

## ■ 特別研究

# ドイツ労働法における真正貸借労働関係の法理

——三当事者間における労働契約上の権利義務関係の考察を中心に——

神戸大学大学院法学研究科  
博士後期課程  
日本学術振興会特別研究員

中内 哲(なかつち さとし)

## 目次

- 一 はじめに
- (1) 真正貸借労働関係の意義  
(2) 本稿の目的と射程
- 二 学説の歴史的展開
- (1) 第一期 有力説が形成されるまで  
(2) 第二期 有力説の確立  
(3) 第三期 批判説の登場  
(4) 現在
- 三 判例理論の足跡
- (1) 労災関連訴訟  
(2) 労災に関連しない訴訟
- 四 おわりに
- (1) 学説・判例の総括  
(2) 若干の私見  
(3) 今後の課題

## 一 はじめに

### (1) 真正貸借労働関係の意義

「真正貸借労働関係 (echtes Leih-arbeitsverhältnis)」とは、「労働者送出企業である貸主 (Verleiher) に雇用される」貸借労働者 (Leiharbeiter) が、主として貸主の下で労働に従事しつつ、「労働者受入企業である」借主 (Entleiher) の事業所において労働者の不足が生じた場合、もしくはその増強が必要になった場合にのみ、借主の下で一時的に就労する際」に生じる、貸借労働者・貸主・借主の三当事者間の関係を指す。この対概念として、「不真正貸借労働関係 (unechtes Leiharbeitsverhältnis)」が存在するが、これは、「貸主が派遣 (Ausleihe) を目的として貸借労働者を雇用し、業として (gewerbmäßig)<sup>(2)</sup> 借主に派遣する場合」に生じる<sup>(3)</sup>、右三当事者間の関係を指す。現在、不真正貸借労働関係は労働者派遣として、いわゆる「労働者派遣法 (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, AÜG)」により<sup>(4)</sup>、国家の厳しい監督の下に規制されている。例えば、労働者派遣事業は許可制である<sup>(5)</sup> (同法一条)。無許可で労働者派遣を行った場合、当該派遣は違法であり、派遣元と派遣労働者との契約、派遣元と派遣先との契約は無効になる (九条一号)。それに伴い、派遣労働者と派遣先との労働契約関係が擬制される (一〇条一項)。

これに対して、真正貸借労働関係は原則的に、この労働者派遣法の適用を受けない<sup>(6)</sup>。したがって、当該関係に登場する貸借労働者 (以下、単に「労働者」という)・貸主・借主の三者関係は、私法上の一般原則と従来の労働関係

法規によって規整されることになる。

## (2) 本稿の目的と射程

わが国の企業はしばしば「出向」<sup>(7)</sup>を活用する。出向は、技術移転や人事交流など、より積極的な経営目的推進のための措置として、<sup>(8)</sup>あるいは、不況を理由になされる企業の人員削減の際の失業防止措置として<sup>(9)</sup>実施される。

かかる出向に関して、学説・判例は日立電子事件（東京地判昭和四一年三月二日、労民集一七卷二号三六八頁）を契機に活発に議論するようになった。とはいえ、その議論は「出向命令権の根拠」、すなわち、いかなる要件が満たされれば出向が許されるか、に重点が置かれてきた。いかえれば、実際に出向が実施されて成立する出向労働者・出向元・出向先の三当事者間の関係（以下、これを「出向関係」といふ）は法的にいかに評価されるか、という論点は十分に議論されていないのである。<sup>(10)</sup>

出向は今後も活用される可能性が高く、<sup>(11)</sup>出向に関わる法的紛争はますます増加すると予想される。かかる紛争においては、従来の「出向命令権の根拠」だけでなく、出向労働者の出向時の労働条件やその責任分担等、三当事者間の権利義務関係に関する内容が争われる場合も増えてこよう。それゆえに、これまで十分に議論が尽くされてこなかった右論点、

すなわち、「出向関係の三当事者間の法律関係如何」は、早急に解明されるべき課題である。翻つて、ドイツ労働法における真正貸借労働関係の状況を見るに、学説・判例は、当該関係の三当事者間の法律関係について、早くも一九三〇年代後半から議論を開始している。とりわけ、これまでの学説の議論はかなり蓄積しているように見受けられる。

真正貸借労働関係と出向関係は、全く同一の企業間労働力移動の形態であるとはいえないにしても、<sup>(12)</sup>一定の共通性を有していると考えられる。それは以下の理由による。第一に、両者は少なくとも概念上、労働者が労働契約の相手方たる使用者とは異なる企業の下で一定期間就労する関係を指す。第二に、両者は私法上の一般原則と従来の労働関係法規によって規整される。したがって、真正貸借労働関係における学説・判例の議論の成果は、出向関係の三当事者間の法律関係如何について、比較法的考察の一つの契機、あるいは今後の議論のための一つの参考になると思われる。

本稿は、かかる問題意識に基づいて、真正貸借労働関係の三当事者間の法律関係に関する学説・判例の今日までの議論を歴史的に観察し、それを描写することをその目的とする。

なお、本稿はその検討対象を、三当事者間の法律関係のなかでも私法上のそれに限定する。なぜなら、筆者の関心が専ら、例えば、

貸金支払義務負担者の帰趨や労務の提供を受ける借主の指揮命令権限の発生根拠など、労働契約上の権利義務関係の解明に存するからである。したがって、公務員関係法、事業所組織法ならびに労使関係法に関する議論は扱わない。

本稿は、以下、二において学説、三において判例の議論を取り上げ、最後に四として、それら学説・判例の議論を総括するとともに若干の私見と今後の課題について述べる。

## 二 学説の歴史的展開

学説におけるこれまでの議論は、時系列的に四つに区分できる。すなわち、(1)第一期（一九三〇年代後半―五〇年代中頃）、(2)第二期（一九五〇年代中頃―六〇年代初め）、(3)第三期（一九六〇年代初め―八〇年代初め）、(4)現在（一九八〇年代初め）である。このうち、第二期は、現在もなお学説・判例に多大な影響を与える有力説のヒュック（Alfred Hueck）とニキッシュ（Arthur Niksch）の見解が確立される時期である。第一期は有力説が形成されるまでの議論が展開された時期、第三期は有力説に対する批判が生じた時期といえる。そして、現在は、議論が終息し安定した状況を迎えた時期である。本稿は、右時代区分に従って、その目的である三当事者間の私法上の法

律関係に関する議論を描写する。なお、かかる議論の描写にあたっては、 $\alpha$ ・借主—労働者間、 $\beta$ ・借主—貸主間、 $\gamma$ ・貸主—労働者間に三当事者の関係を分ける。

第一期から第三期を通ずる最大の争点は、 $\alpha$ ・借主—労働者間の法律関係如何である。

これに対する評価は二つに分かれる。一つは、当該両者間に「労働関係 (Arbeitsverhältnis)」が成立し、三当事者の中に、貸主—労働者間と借主—労働者間の二つの労働関係が存在する、と捉える二重労働関係説(以下、「二重説」といふ)である。他方は、当該両者間には何らの労働法上の関係も成立せず、三当事者間に存在する労働契約関係は貸主—労働者間のみである、と捉える単一労働関係説(以下、「単一説」といふ)である。三当事者間の私法上の法律関係を考察するにあたっては、この単一説と二重説を対比させて論じる。

とりわけ、 $\alpha$ ・借主—労働者間の考察の際には、①貸金支払義務負担者、②借主の指揮命令権限、③配慮義務 (Fürsorgepflicht) と忠実義務 (Treuepflicht) の三点に関する議論に注目する。配慮義務は労働契約上の使用者の付随的義務であつて、具体的には民法六一八条の安全配慮義務である。他方、忠実義務は労働契約上の労働者の付随的義務である。それは、例えば、競業禁止義務 (Wettbewerbsverbotspflicht) や守秘義務 (Verschwiegenheits-

pflicht) を具体的内容とする。

右三点を取り上げた理由は以下の通りである。第一に、それらが労働契約関係における重要な要素を構成する。第二に、借主と労働者との関係は、労働契約関係が存在するような、つまり借主の指揮命令に従つて労働者が労務を提供するという外観を呈する。第三に、単一説か二重説かという評価の相違が右三点において現れると推測される。

#### (1) 第一期 有力説が形成されるまで

当該期の二重説は、「労働関係」の成立根拠によつて二つに分かれる。すなわち、労務を提供しそれを受領するという事実から直接に「労働関係」を認める見解(以下、これを「II a 説」といふ)と、労働者が借主の事業所に「編入 (Eingliederung)」された時点で「労働関係」が生じるとする見解(以下、これを「II b 説」といふ)である。

II a 説の考え方は、ヴァイマル期のポットホフ (Heinz Potthoff) やモリトール (Erich Molitor) の見解に類似すると思われる<sup>17)</sup>。彼らは、労働契約を労働関係の不可欠な前提とは考えない。事実上の労働関係、つまり、労働者が実際に労務を給付するという事実を重視し、かかる事実に基づいて、労働契約上の権利義務を導き出すことを主張する。それは、当時、社会保険法や労働裁判所法などの公法分野において有効な労働契約の存在が前提と

されていないこと、労働保護法規の整備によつて労働契約がその契約内容を規律する機能を失つていたことを理由とする。彼らの具体的な主張は、ライヒ保険庁 (Reichsversicherungsamt) が労働保護法や社会保険法などの公法上の義務負担者を決定する際に用いていた「労働者が誰に対して実際の就労 (tatsächliche Beschäftigung) をなしたか」という基準を、労働契約上の責任負担者を決定する基準として導入せよ、という内容であつた。

他方、II b 説のそれは、ジーベルト (Wolfgang Siebert) らによつて主張されたナチス期の「労働関係」概念に類似する<sup>18)</sup>。ナチス期には、労働契約と「労働関係」とは完全に峻別された。労働契約は、権利義務関係を発生させる当事者の合意という債権法的性格を奪われ、単に事業所共同体への加入行為の端緒という機能のみを有するに留まる。かわつて、事業所への「編入」によつて生じる「労働関係」概念が最も重要になる。この「労働関係」に基づいて、貸金支払義務や労働義務をも包括した、使用者の配慮義務と労働者の忠実義務が発生するとされたのである。

すなわち、II a b 両説が用いる「労働関係」概念は、ヴァイマル期あるいはナチス期において主張され、労働契約から切り離された「労働関係」概念を背景とすることに注意を要する。

これに対して、単一説は、借主と労働者との間に労働契約関係が存在しないと捉えるがその根拠如何によって、以下の三つの見解に分かれる。

第一に、借主と労働者との関係が労働関係の備えるべき内実を満たしていないことを理由とする見解（以下、これを「Ia説」といふ）である。Ia説は、労働者が無限定かつ無条件に自らの労働力の処分を使用者に委ねる法律関係を労働関係と定義する。真正貸借労働関係が生じた場合、労働者は制限的にのみ、借主に自らの労働力の処分を委ねるにすぎない。したがって、借主と労働者との間に労働契約関係は成立しない。<sup>21)</sup>

第二に、二つの労働関係の存在を同時に認めることは法的に不可能であることを理由とする見解（以下、これを「Ib説」といふ）である。<sup>22)</sup>しかし、その根拠は明らかにされていない。

第三に、借主と労働者は明示的に労働契約を締結していないだけでなく、両者間に黙示の契約締結を認めるような事情も存在していないことを理由とする見解（以下、これを「Ic説」といふ）である。<sup>23)</sup>これは、借主と労働者の意思が労働関係の成立を望んでいないこと、両者間の労働契約関係の不成立が貸主の利益に合致することを根拠とする。<sup>24)</sup>

#### α 借主—労働者間

##### ① 貸金支払義務負担者

「二重説」IIa説は、ヴァイマル期の主張と同様に、「労働関係」の存在に基づいて、労働者に対する借主の貸金支払義務を明確に認める。<sup>25)</sup>IIb説も、両者間に成立する「労働関係」に基づいて、労働者に対する借主の当該義務を認めていると解される。<sup>26)</sup>なお、IIa説は、労働者に対して借主の貸金支払義務が発生するとの主張にはほゞ尽きており、他の論点では沈黙する。

「単一説」Ia説によれば、両者間の関係が労働契約関係ではないことを理由に、貸金支払義務は労働契約上の使用者である貸主が負う。つまり、借主は当該義務を負担しない。Ib説は、いかなる権利義務関係が発生するかは三当事者の一致した契約意思による、と述べるに留まる。<sup>28)</sup>同説は、このほかに、借主—貸主間について言及するのみである。

Ic説はIa説と同旨の主張に加え、<sup>29)</sup>以下のように述べる。借主と貸主との契約によって、借主が貸金支払義務を負う旨取り決めることができる。かかる契約の法的性質は民法三二八条にいう「第三者のためにする契約(Der Vertrag zugunsten Dritter)」である。<sup>30)</sup>当該契約に基づいて、労働者は借主に対して直接に貸金請求権を行使しうると。

##### ② 借主の指揮命令権限

「二重説」IIb説は、真正貸借労働関係の発生によって、貸主の労働給付請求権が借主へ譲渡される（民法六一三条二文参照）と解している。<sup>31)</sup>したがって、借主の指揮命令権限は、明確に述べられていないが、当該請求権の譲渡に基づくと解される。<sup>32)</sup>

「単一説」Ia説は、借主の指揮命令に従って労働を給付するという労働者の意思と、彼によって提供される労働を受領するという借主の意思の一致に基づいて、借主の指揮命令権限を導き出す。その範囲は、貸主が異なる指揮命令を発しない限りで、とされている。<sup>33)</sup>Ib説は、とくにこの点について言及していないが、借主の指揮命令権限を貸主からの委任によって根拠づける可能性がある。なぜなら、借主を委任者(Auftraggeber)と表現し、借主—貸主間を委任関係と捉えているからである。<sup>34)</sup>

Ic説は借主のかかる権限を、貸主から借主への労働給付請求権の譲渡（民法六一三条二文）によって根拠づける。その権限の範囲は、労働給付請求権を譲渡する際に必要となる労働者の同意によって限定される。<sup>37)</sup>また、この説は、理論的には第三者のためにする契約に基づいて借主の指揮命令権限が生じうることにも指摘する。<sup>38)</sup>

## ③配慮義務・忠実義務

先に述べたように、借主と労働者との関係は、借主の指揮命令に基づき労働者が労務を提供するという、労働契約関係にあるような外観を呈する。それゆえに、両者間にかかる義務が発生するか否かが問題となる。

〔二重説〕II b説は、労働者に対する借主の配慮義務、借主に対する労働者の忠実義務を認める。

〔単一説〕I a説は、借主の配慮義務と労働者の忠実義務を認める。それは、両者間に「人格法的関係 (personenrechtliches Verhältnis)」が成立することを理由とする。人格法的関係とは、一方当事者が個々の給付ではなく、自らの人格そのものを提供し、他方当事者がこの提供される人格を保護する関係、とされる<sup>(41)</sup>。

I c説もI a説と同じ結論を導く。それは、両者間に「人格法的忠実関係 (personenrechtliches Treuverhältnis)」が成立することを理由とする<sup>(42)</sup>。当該関係はI a説のいう「人格法的関係」と同旨と解される。

## β 借主—貸主間

この両者間に、貸主が労働者を送り出し借主がこれを受け入れる、という契約が存在することは疑いない。

〔二重説〕II b説によれば、右契約に基づい

て、貸主は借主に対して、給付すべき労務にとつて有用な労働者の労働力を借主の処分に委ねる義務と、労働者が正確に (genügend) 労働を開始できるようにする義務を負う。したがって、貸主は労働者の労務給付自体に責任を負わない<sup>(43)</sup>。

〔単一説〕I a説とI b説によれば、両者間の契約に基づいて、貸主は借主に対して、予定された労働に有用な労働者の労働力の処分を一定期間委ねる義務を負う<sup>(44)</sup>。これはII b説と同旨といえよう。

I c説は右の主張に加え、以下のように述べる<sup>(45)</sup>。かかる契約に基づいて、貸主は借主に對して、労働者が正確に労働を開始できるようにする義務、労働者について秩序に従った (ordnungsgemäß) 選択をなす義務、ならびに当該労働者の能力に関する説明義務を負う。当該契約は労働者自身を送り出すことが債務である。したがって、貸主は労働者を選択する際に過失が存しない限り、労働者の労務給付に関する責任を負わない、と。

## γ 貸主—労働者間

単一説と二重説のいずれの見解も、真正貸借労働関係が発生しても当該両者間の労働契約関係はなお継続する、という点で一致すると解される<sup>(46)</sup>。したがって、当該労働契約に基づいて生じる貸主と労働者の権利義務関係も

存続することになる。

〔二重説〕II a b両説は借主に対する労働者の貸金請求権を認める。ゆえに、これと貸主に対する労働者の貸金請求権との競合が想定される。この点につき、II a説は、黙示に損害担保契約 (Garantievertrag) が締結される<sup>(47)</sup>、あるいは第三者のためにする契約の締結か連帯債務関係 (Gesamtschuldverhältnis) が推定される<sup>(48)</sup>、と主張する。

II b説は、真正貸借労働関係が消滅あるいは派遣期間が終了した場合に言及する。かかる場合、労働者に対する貸主の「復帰 (Rückkehr)」請求権と貸主に対する労働者の「再就労 (Wiedereinstellung)」請求権がそれぞれ生じる<sup>(49)</sup>、と。

〔単一説〕I c説も、真正貸借労働関係が消滅あるいは派遣期間が終了した場合について、II b説と同様に、労働者に対する貸主の復帰請求権と貸主に対する労働者の「再就労 (Wiederbeschäftigung)」請求権を認める<sup>(50)</sup>。これに関連して次のように述べる。貸主は労働者を就労させなかった場合、受領遅滞に陥る。逆に、労働者は貸主の事業所における労務給付を拒否した場合、給付遅滞に陥る。その際、貸主または労働者は相手方に対して損害賠償義務を負う、と<sup>(51)</sup>。

## (2) 第二期 有力説の確立

この期における単一説と二重説の対立は、すなわち、ヒュックとニキッシュの対立である。それは、ヒュックが「契約説(Vertragsstheorie)」の立場から、ニキッシュが「編入説(Eingliederungstheorie)」の立場から、それぞれの見解を展開したことによる。この二説の内容をそれぞれ要約すれば、「契約説」は、労働契約を労務給付と賃金支払の交換を目的とした債権契約あるいは双務契約とし、この労働契約の締結によって労働関係が展開すると捉える。他方、「編入説」は、労働契約の締結によって使用者が労働者を自らの事業所へ編入する義務を負い、事業所への労働者の編入によって「労働関係」が生じると捉える。ただし、例外的な場合(労働契約が無効になった場合など)には、労働者が使用者の事業所へ編入された時点で「労働関係」が発生する、という。「編入説」は、かかる「労働関係」の存在に基づいて、労使の権利義務を導き出すことを肯定する。

ヒュックは、「貸借労働関係は、…労働法上、単一労働関係である」と述べるに留まり、その理由に触れていない。彼が「契約説」に依拠する以上、つまり、労働契約から切り離された「労働関係」概念を認めない以上、借主と労働者との間に労働契約関係は存在し

ないと結論するであろう。これに対して、ニキッシュは、「借主と労働者との間に、労働契約に基づかない、借主の事業所への労働者の編入による労働関係が生じる」と述べる。すなわち、彼によれば、真正貸借労働関係は、編入説のいう労働関係が発生する例外的な場合にあたる。したがって、ニキッシュの用いる「労働関係」概念も労働契約から切り離されていることに注意すべきである。

### α 借主—労働者間

#### ①賃金支払義務負担者

「ニキッシュ」賃金支払義務は、それが労働契約に基づく義務であることを理由に、借主が負う。つまり、借主はこれを負わない。借主は、貸主との契約によって当該義務を引き受けることができる。かかる契約が締結された場合、その法的性質は第三者(労働者)のためにする契約であり、労働者は当該契約に基づき、借主に対して直接に賃金を請求する。

「ヒュック」当該義務は、貸主と労働者との労働契約関係が存続することを理由に、基本的に貸主が負う。ヒュックも、借主による賃金支払義務の引受の可能性、引き受けた場合の借主と貸主との契約の法的性質、その法的効果について、ニキッシュと同様の主張をなす。

#### ②借主の指揮命令権限

「ニキッシュ」借主は貸主との契約によって、かつ労働者が同意した限りで、労働者に対する指揮命令権限を取得する。

「ヒュック」真正貸借労働関係が発生した場合、貸主の労務給付請求権が借主へ譲渡される(民法六一三条二文参照)。したがって、指揮命令権限もこれに伴って、貸主から借主へ移転する。その権限の範囲は、貸主と労働者との合意の内容を限界とする。なぜなら、労働者の同意を得ないまま、貸主と借主との契約によって労働者の労働義務を拡大させることは許されないからである。

#### ③配慮義務・忠実義務

「ニキッシュ」「事業所所属性(Betriebszugehörigkeit)」に基づいて、労働者に対する借主の配慮義務、とりわけ事業所の危険から保護する義務と、派遣の目的に即して適切に制約された、借主に対する労働者の忠実義務が生じる。

「ヒュック」労務給付請求権が貸主から借主へ譲渡されることによって、労働者は、借主に対して直接に労務給付義務を負い、それゆえに、その付随的義務である忠実義務をも負うことになる。他方、借主は労働者の労務給付に関する限りで、配慮義務、とりわけ事業所の設備が民法六一八条の要請に適合するように配慮する義務を負う。

## β 借主—貸主間

「ニキツシュ」労働者の派遣期間は両者間の契約に基づく。当該契約について債務不履行が生じた場合、期間満了以前に、貸主は労働者を呼び戻すことができ、借主は労働者を返還することができる。<sup>(62)</sup>

「ヒュック」彼の主張はニキツシュと同旨である。<sup>(63)</sup>

## γ 貸主—労働者間

ヒュックとニキツシュはともに、この両者間の労働契約関係が真正貸借労働関係の発生によってもなお継続することを前提とする。<sup>(64)</sup>したがって、当該契約関係から生じる権利義務も、それぞれ貸主と労働者に帰属することになる。

両者は、真正貸借労働関係が消滅あるいは派遣期間が満了した場合に言及する。ニキツシュによれば、かかる場合、「労働者は、貸主との間に存在する労働契約に基づく全ての権利を貸主に対して有する」。<sup>(65)</sup>ヒュックによれば、「労働契約に基づく労働者の貸主に対する労働関係が完全に復活する」。

これらはおそらく、貸主と労働者が通常の二者間の労働契約関係に戻ることを指すと解される。

## (3) 第三期 批判説の登場

この期の見解は、第二期のヒュック説に対する批判として唱えられる。

①まず、マイヤーマリー (Theo Mayer-Maly) が、借主と労働者との間に「労働関係」が成立することを理由に、真正貸借労働関係は「二重労働関係 (Doppelarbeitsverhältnis)」である、と主張する。彼は、当該両者間に「労働関係」が成立する理由として以下の三点を挙げる。第一に、借主と労働者との法律関係が労働法的性格 (arbeitsrechtliche Charakter) を有する。第二に、ライヒ労働裁判所一九四〇年六月五日判決のように (後述三(1)②参照)、借主が負担する責任を貸主の補助者責任 (Gehilfenhaftung) と構成するには無理がある。第三に、借主は、自ら雇用する労働者に対して有する指揮命令可能性 (Weisungsmitteilbarkeit) に比して、遜色ないそれを貸借労働者に対して有している。

彼によれば、当該両者間に「労働関係」が発生することによって、貸主と労働者との権利義務関係が、借主と労働者との間においても発生する。かかる見解は、これまでの二重説の延長線上にあるといえる。なぜなら、彼の「労働関係」概念もまた、労働契約から切り離されているからである。

②次に、ヒュックと同じ単一説の立場から

批判的見解が登場する。

コンツェン (Horst Konzen) は、ヒュックの主張の次の二点を批判する。第一に、借主の指揮命令権限の法的根拠である。ヒュックはこの点につき、貸主の労働給付請求権の借主への譲渡と解した。コンツェンは、貸主が自らの指揮命令権の行使を借主へ授権した (ermächtigen) と捉える。その理由は以下のよう説明される。すなわち、指揮命令権は、労働者の労働義務を具体化する使用者の形成権であるから、基本的に労働給付請求権者に帰属する。貸主が復帰命令権を行使しうることとは明らかであり、指揮命令権は貸主に帰属するはずである。にもかかわらず、労働給付請求権が譲渡されると解すると、貸主が行使する復帰命令権を法的に根拠づけることができなではないか、と。<sup>(70)</sup>

第二に、配慮義務と忠実義務の法的根拠である。これは第一点と関連する。ヒュックは、労働給付請求権が貸主から借主へ譲渡される、つまり、労働者が借主に対して直接に労働給付義務を負うことを理由に、配慮義務と忠実義務を根拠づけた。コンツェンも、結論的には借主と労働者が当該義務を負うことを肯定する。しかし、第一点で労働給付請求権の譲渡というヒュックの主張を否定したために、新たな法的根拠を提示せざるを得なくなつたのである。

彼は、その根拠として、「第三者のための保護効を伴う契約 (Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritter)」と「カーリスが唱えた「統一的保護関係 (ein einheitliches Schutzwirkung)」の理論の二つの概念を提示するが、後者を支持する。統一的保護関係の理論を要約すれば以下のようになる。」「契約締結上の過失」の理論で法定的に (gesetzlich) 認められる保護義務 (Schutzpflicht) と、契約締結後に当事者の意思に基づいて認められる保護義務は連続的に捉えられ、すべての保護義務は、取引上の接触に始まり段階的に濃密になる。契約成立の有無に関わらず事実上のものであっても、一定の信頼関係に入れば法定的に保護関係が生じ、この保護関係に基づいて当事者が保護義務を負う、と。

かかる理論を借主と労働者との間にあてはめると、両者の関係は「一定の信頼関係」にあたりと評価できる。なぜなら、借主が労働者に対して指揮命令をなし、労働者がそれに従って労務を提供するという両者の関係が、労働契約関係にあるような状態だからである。したがって、この理論によれば、必然的に契約上の保護義務、すなわち、労働契約上の配慮義務と忠実義務を導き出しうるのである。

③最後に、ハインツェ (Meinhard Heine) が、これまでの単一説と二重説を根本的に批判する。彼は三当事者間の法律関係を「契約

参加 (Vertragsbeitritt)」である、と主張したのである。契約参加とは重畳的な「契約引受 (Vertragsübernahme)」といえ、その一例として、人的会社に新たに社員として参加する場合が挙げられる。つまり、契約参加とは、契約引受人の引受契約の相手方である従来の契約の一方当事者が、当該契約から排除されることなく当事者として留まり、引受人が当該当事者の連帯債務者 (Gesamtdebitor) かつ連帯債権者 (Gesamtgläubiger) として、従来の契約に入り込む、という効果を有する契約である。

三当事者間の関係を契約参加と解すると、貸主はなお完全な使用者の地位を占め、借主は貸主とならんで、労働者に対する連帯債権者かつ連帯債務者となる。前者の連帯債権者たる地位の具体的内容は、労務給付請求権および指揮命令権が貸主と借主の双方に基本的に帰属することである。後者の連帯債務者たる地位のそれは、貸金支払義務および契約上の付随義務 (配慮義務) を、貸主と借主が連帯して負担することである。

ハインツェがかかる主張をなす根拠は以下の三点である。第一に、三当事者の意思内容を分析すれば、彼らは皆、貸主と労働者との間で締結された労働契約の存続を希望しており、とくに借主は、その労働契約によって根拠づけられる貸主の使用としての地位に関

与しようという意思を有している。第二に、ヒュックが労務給付請求権の譲渡と解した点にコンツェンと同様の疑問を抱いた。第三に、ニキッシュが唱えた編入説は三当事者間の権利義務関係を説明できない。なぜなら、それは、単なる事実上の行為から当事者の権利義務を導き出すもので、法が当該行為に特別な効力を与えない限り許されないからである。

#### (4) 現在

これまでの二重説にあたる見解は、もはや存在しないようである。今日の学説の状況を概観すれば以下のようになる。

##### α 借主—労働者間

① 貸金支払義務負担者 当該両者間には何らの契約関係も存在しない。したがって、借主は貸金支払義務を負わない。借主は貸主との契約によって、当該義務を負う旨取り決めることができる。

② 借主の指揮命令権限 この法的根拠として、貸主の労務給付請求権の借主への譲渡、あるいは第三者 (借主) のためにする契約が主張される。その権限の範囲は、労働者の同意と、借主に給付される労務との関連性によって制約される。

③ 配慮義務・忠実義務 両者間は契約関係にないといえ、事実上の関係でもない。借主



は労働者に対して配慮義務を、労働者は借主に對して注意義務 (Sorgfaltspflicht) や保護義務、具体的には、守秘義務や競争禁止義務を負う。<sup>(85)</sup> シャウプ (Günter Schaub) によれば、その法的根拠は、コンツェンが採用しなかつた「第三者のための保護効を伴う契約」である。この契約は、第三者のためにする契約から発展した概念であり、いまや学説・判例によって認められている。当該契約の効果は以下のように説明されよう。債務者は、単に契約の相手方たる債権者のみならず、債権者と一定の法的関係にある者、すなわち、債権者を通じて債務者の給付と接触をもち、かつ、債権者自身が保護義務や配慮義務を負う者に対して、契約上の保護義務違反について損害賠償義務を負う、と。

シャウプは、かかる契約概念を真正貸借労働関係にあてはめるに際して、次のように述べる。真正貸借労働関係を発生させる貸主と労働者の合意と、貸主と借主が締結する「労働者派遣契約 (Arbeitsnehmerüberlassungsvertrag)」が、それぞれ第三者のための保護効を伴う契約である。前者の合意によって労働者が借主に對して守秘義務等を、後者の契約によって借主が労働者に対して配慮義務を負う、と。<sup>(87)</sup>

### β 借主—貸主間

以下の二つの主張がある。両者が締結する労働者派遣契約によって、貸主は借主に對して、予定された労働に有用であり、かつ、必要とされる資格を有する労働者の労働力の処分を委ねる義務を負う。貸主は、労働者の選択に過失がない限り責任を負わない。<sup>(88)</sup>

あるいは、かかる契約に基づいて、貸主は、労働者が契約に従って (vertragsgemäß) 就労しているか、借主が労働保護法規を遵守しているかを監督する義務 (Überwachungs-pflicht) を負う、と。<sup>(89)</sup>

### γ 貸主—労働者間

三当事者間において、労働契約は貸主と労働者との間でのみ締結されている。したがって、貸金支払義務は労働契約上の使用者たる貸主が負う。貸主は、真正貸借労働関係が発生してもなお労働契約上の使用者であり続ける。<sup>(90)</sup>

## 三 判例理論の足跡

真正貸借労働関係に関連する裁判は(1)労災関連訴訟と(2)労災に関連しない訴訟とに分類できるが、その多数は前者(1)が占めている。いいかえれば、労働契約に基づく主たる権利義務関係(例えば、指揮命令権限や貸金支払義務

など)が直接的に争われることはほとんどなかったのである。したがって、本稿の目的である三当事者間の私法上の法律関係の解明という観点からすると、裁判所の言及は、学説における議論と異なり極めて限定的になろう。なお、本稿は、その検討対象を最上級審の判断に限定する。判例の理論的枠組みは、第二次世界大戦以前の最上級審たるライヒ労働裁判所 (Reichsarbeitsgericht) あるいはライヒ裁判所 (Reichsgericht) が下した少数の判決・決定に依拠していると考えられる。

### (1) 労災関連訴訟

ここでは、五つの裁判例を取り上げる。

#### ①ライヒ労働裁判所一九三八年四月二七日

##### 判決

本件は、労働者が借主に對して、民法六一八条の配慮義務違反を理由に、損害賠償請求訴訟を提起した事件である。

「事実の概要」原告X(労働者)は一九〇九年から一九三八年まで、訴外V(貸主)に雇用されていた。

Xは発破作業責任者 (Schießmeister) として、一九一八年頃からコークスを製造するための被告Y(借主)のアンモニア塩倉庫で発破作業に従事していた。しかし、喘息症状を伴った気管支炎に罹患して、一九三一年四月以来、労働に従事できなくなった。Xはその原

因を、倉庫内の粉塵と、アンモニア塩を乾燥させるためのガスであると考えて、Yに對して民法六一八条の配慮義務違反を根拠に損害賠償請求を提起する。第一審と原審はともにXの請求を棄却。

なお、問題とされた倉庫では、一九二八年から乾燥用ガスが使用され、恒常的にガスと粉塵が倉庫内に充満していたが、後に換気装置が設置されている。

【判旨】上告棄却。

本判決は、原審の判断を肯定するのみで、自らの見解を明らかにしていない。本判決の判旨から、原審がいかなる見解であったかを確認する。

第一の争点はXY間の雇用契約関係(Dienstvertragsverhältnis)の存否であった。なぜなら、民法六一八条は、雇用契約上の使用者の労働者に対する生命・健康に関する配慮義務を規定する。おそらく、XはYとの雇用契約の締結を主張したと考えられるからである。この点につき、原審は以下のように判断した。Xは、YV間に締結された発破実施の請負契約の履行補助者(Erfüllungsgenosse)であつて、XY間に雇用契約関係は存在しない。Yは、発破作業に必要なものを用意し、Xに對して発破場所や時間について告知しているが、これは請負契約上の注文者として行われたものである、と。

次に、Yとの雇用契約関係が存在しないにも関わらず、民法六一八条違反を根拠にXがYに對して損害賠償請求権を行使しうるか、が争われた。かかる論点につき、原審は以下のように述べて、これを認める。Yは、注文者として自らの事業所にXを迎え入れる準備をしたことによつて、民法三二八条にいう第三者(X)のためにする契約を黙示にVと締結する。このとき、XのYに對する直接の給付請求権の内容は、民法六一八条に從つた配慮を行ふとするものである。当該契約に基づいて、YはXに對する一定の配慮義務を引き受けることになる、と。

原審は、YがXに對する保護措置を尽くしていたことを理由に、Xの労働能力の喪失に關するYの帰責性を否認して、結論的にXの請求を斥けた。

②ライヒ労働裁判所一九四〇年六月五日判決<sup>22</sup> 本件は、配慮義務違反を理由に、労働者が貸主に對して損害賠償請求訴訟を提起した事件である。

「事実の概要」被告Y(貸主)に雇用される原告X(労働者)は、他の労働者とともに、訴外「国家建築指導部(Die staatliche Bauaufsichtung)」(以下、単に「指導部」という)(借主)の訴外Hの監督の下で、厳寒の中、飛行場の貯蔵槽の度量衡検定作業に従事していた。ところが、風邪をこじらせた上、顔面筋麻痺に罹

患したため、長期にわたつて労働能力を喪失した。Xは、HがYの履行補助者にあたることを理由に、民法六一八条違反に基づく損害賠償請求訴訟を提起する。

これに對して、Yは以下のように反論した。Xとの労働契約の締結は形式的なものである。YはXに對して自ら指揮命令を下しておらず、Xの労働を監督する可能性もなかった。指揮命令は指導部、とくにHが行つていたが、そのHは自らの履行補助者ではない、と。

XはYと労働契約を締結している。賃金はYによつて支払われ、社会保険分担金(Sozialbeitrag)の支払義務や労働災害(Untfall)の届出義務もYが負つていた。Yは、労働者の賃金とそれに三五%を割り増した金額を指導部から受領している。

第一審、原審はともにXの請求を棄却。原審は、指導部が自ら民法六一八条の義務を負う、つまり、HはYの履行補助者ではない、と判示した。これは、Xに對する労務給付請求権がYから指導部に譲渡されていることを理由としていた。

【判旨】原判決破棄差戻。  
本判決は以下のように述べて、原審の判断を否定した。

「…[原審]は、労働関係、なかでも配慮義務と民法六一八条の目的と意義の判断を誤っている…。」

「民法六一八条の規定は、…債権法上の債務である貸金支払義務とならんで事業主に課せられた配慮義務の一つの現れである。…使用者は配慮義務を、労務を履行する者との何らかの取り決めによって課されるのではない。今日の法的認識に基づいて、労働関係の本質、すなわち、誠実と配慮に依拠した人格法的共同体関係の本質から、当然に導き出されるのである。配慮義務は労働関係の一つの本質的構成要素であり、決して免除され得ない。」

以上のことは、使用者が他者に配慮義務の履行を委託し、当該他者が使用者のために配慮義務を履行した場合、当該他者が民法二七八条<sup>(93)</sup>にいう履行補助者にあたる、ということとを排除しない。これは、労働者が使用者によって「第三者である」他の使用者に労務給付を給付する場合、つまり、…いわゆる請負労働者(Unternehmerarbeiten)の場合にもあてはまる<sup>(94)</sup>。かかる場合も、使用者の配慮義務は労働関係に基づいて発生し、存続する。なぜなら、…「使用者が労働力の処分を委ね、配慮義務を委託した」第三者が労働を指導し監督するからである。たとえ第三者が配慮義務の履行を明示的もしくは黙示的に引き受けたとしても、第三者と労働者との間に労働関係は存在しないのであるから、当該第三者は、自らの配慮義務ではなく、使用者の配慮義務を

履行しているにすぎない。すなわち、第三者は履行補助者なのである。かりに、配慮義務の履行の引受に関する約定を民法三二八条にいう第三者のためにする契約とみなすとしても、当該契約は労働者に、第三者である使用者に対してかかる請求権を直接に行使し得るという権利のみを与えるのである(…①判決参照)。」

「指導部がXによって給付された労働の指導と監督を行っていたという事実を根拠に、民法六一八条に基づくXの「Yに対する」請求権を否定することはできない。なぜなら、XとYとの間に労働関係が存することは争いがなく、指導部ではなくYが、社会保険分担金や貸金の支払い、なかでも…労働災害の届出など、労働関係から生じるその他の義務を履行していたからである」と。

さらに、本判決は、労務給付請求権がYから指導部へ譲渡された旨の原審の判示に対して、次のように述べる。

「労働者は、「Hから指揮命令を受けている間も」依然として、Yを使用者とみなすことができた。したがって、Xは、自らに指示を与える者をYから…「労務給付請求権あるいは指揮命令権を」授けられた(ermächtigen)者とみなし得たのである。」

「…[民法六一三条二文にいう労働者の同意]を、特段の事情なしに…導き出すことは

できない。…労働関係が継続しているにも関わらず、労働関係から生ずる全ての権利義務ではなく、労務給付請求権のみを第三者に移転するという可能性は、労働生活(Arbeitsleben)において、やや異常な事態である。…「本件についてみれば、…何らかの特段の事情は…存在しないから」、労務給付請求権の譲渡に対するXの同意があつたとする見解には根拠がない。」

③ライヒ裁判所一九四二年二月一七日決定<sup>(95)</sup>  
本件は、借主が損害賠償責任免責条項であるライヒ保険法(Reichsversicherungsgesetz)八九八条あるいは八九九条を援用し得るか否かが初めて争われた事件である。

「事実の概要」訴外L(貸主)に雇用される原告Xの夫(労働者)は、他の労働者とともに、被告Y(借主)の下で溝を掘り起こす夜間工事に従事していた。ところが、Xの夫が工事中の事故により死亡したため、XはYらに対して月額二二〇マルクの終身年金請求訴訟を提起する。

Xの夫の貸金はLが支払っており、労働に必要な道具もLから支給されていた。なお、Yは、貸金と社会保険料の補償のために、Lに一定の金額を支払っている。

第一審は訴を棄却。原審はXの請求を一部認容したため、Yらが上告に及ぶ。原審は、Yはライヒ保険法八九八条を援用できない、

と判示していた。それは、 $Y_1$ が $X$ に対する配慮義務を独立して負うこと、 $Y_1$ が同法にいう「事業主 (Unternehmer)」にあたらなことを理由とする。

「判旨」原判決破棄差戻。

本判決は、

「…〔原審〕の見解に賛成することはできない。」

として、原審の判断を否定した。

本判決は、 $Y_1$ が $X$ に対する配慮義務を独立して負う旨の原審の判示に対して、

「…〔②〕判決の見解から逸脱する理由がない。」

と述べる。すなわち、特段の事情がない限り、使用者が労務給付請求権のみを第三者に譲渡することは認められないとの立場を採る。本判決は、本件において特段の事情は存在せず、労務給付請求権は譲渡されていないことを理由に、

「原審は、 $Y_1$ が $L$ に課せられている配慮義務を $L$ の履行補助者として履行したにすぎないという点を看過している。」

と判示して、 $Y_1$ を配慮義務の限りで $L$ の履行補助者とした。

原審は、 $Y_1$ が「事業主」にあたらないと判断した根拠を次のように説明していた。ライヒ保険法にいう事業主 (Unternehmer) とは、自らの計算に基づいて事業を行う者であるが、

例えば、それは事業の経済的な結果が有利にも不利にも直接に影響を受ける者である。本件では、かかる事業主は $L$ であって、 $Y_1$ ではない、と。

これに対して、本判決は以下のように判示する。 $Y_1$ は、実際、自己の責任で仕事を行い、 $L$ に賃金相当額を支払うことよって、費用を負担するだけでなく利益も獲得しようとしている。したがって、かりに原審の立場を採ったとしても、

「 $Y_1$ は、…ライヒ保険法にいう事業主といい得る。」

しかし、 $Y_1$ が配慮義務に関する限りで $L$ の履行補助者であることを理由に、

「…〔本件における $Y_1$ のような〕者の法的地位は、ライヒ保険法八九九条にいう、…損害賠償責任において事業主と同等の地位にある者となることがふさわしい、と。

すなわち、本判決は、 $Y_1$ がライヒ保険法八九九条を援用して損害賠償責任を免れ得ると判断したのである。

④ライヒ裁判所一九四三年九月二〇日判決<sup>7)</sup>

本件は、戦前に取り上げるべき労災関連訴訟の最後の事件である。その争点は、③事件同様、借主によるライヒ保険法八九八条あるいは八九九条の援用の可否であった。

「事実の概要」訴外 $G$ (貸主)に左官(Maurer)として雇用されていた原告 $X$ (労働者)は、一

九三七年七月、被告 $Y$ (借主)の下で高圧線の建築作業中、左手が電圧三〇〇〇ボルトの電線に接触して大火傷を負った結果、労働能力を喪失するに至った。

$X$ は、必要な予防措置をとらず、かつ、それを告知しなかった $Y$ に事故の責任があると主張して、 $Y$ に対して損害賠償と慰謝料を求めて出訴する。これに対して、 $Y$ は、当該事故を回避するために必要な全ての措置をとったと反論した。

$X$ の賃金ならびに社会保険分担保金は $G$ から支払われていた。 $Y$ は、 $X$ らに対する指揮命令を行い、賃金等の出費分と利益としての割増分を合わせて $G$ に支払っている。

第一審は訴を棄却。原審が $X$ の請求を一部認容したため、 $Y$ が上告に及ぶ。

「判旨」原判決破棄自判の上、 $X$ の請求棄却。本判決は以下のように判示して、 $Y$ による八九九条の援用を認めた。

「 $G$ も $Y$ も、ともにライヒ保険法の災害保険を義務づけられているから、問題は、 $Y$ が同法八九八条にいう「事業主」にあたるかどうかである。…原審は、 $Y$ が、同法にいう事業主にあたらなことを理由に、八九八条を援用し得ないと判断した。しかし、これで十分に検討されているわけではない。八九九条が $Y$ に適用される可能性が残されている。」

「本件において、 $Y$ は、…労働者に対する

労務給付請求権を有しているだけでなく、貸主の配慮義務を履行する義務を負って、XとGとの間の労働法上の関係の中に入る。…「このような三者」関係を八九九条を有するライヒ保険法は想定していたのである。…そして、YがGのために配慮義務を履行している限り、Yを貸主の授權者として取り扱うことが、当該規定の目的と本件事実と合致する。」

⑤連邦通常裁判所 (Bundesgerichtshof)

一九五三年一月一六日判決<sup>109</sup>

本件は戦後、最上級審が初めて貸借労働関係に言及した訴訟である。その争点は、やはり、借主によるライヒ保険法八九八条または八九九条の援用の可否であった。

「事実の概要」訴外K(貸主)に溶接工(Schweißer)として雇用されていた原告X(労働者)は、他の労働者とともに、被告Y(借主)の下へ派遣されていた。

一九四八年一月、Xらに乗せたYの車が勤務場所へ移動中に事故に遭い、この事故によってXは重傷を負った。XはYに対して、配慮義務違反を理由に、慰謝料等を求めて出訴する。

KはXらと労働契約を締結し、彼らの賃金や社会保険分担金を負担していた。そのKの支払う賃金はYによって補償されている。

第一審はXの請求を認容。Yは、第一審の破棄と訴の棄却を求めて跳躍上告。

「判旨」跳躍上告認容。

本判決は以下のように判示して、Yによる免責条項の援用を認めた。

「原審は、Yの損害賠償責任に関するライヒ保険法八九八条と八九九条の意義を正當に評価しなかった。」

「ライヒ裁判所とライヒ労働裁判所は、借主を民法六一八条の配慮義務の履行に関する貸主の履行補助者とみなした。と同時に、借主と労働者との間に独立した契約関係が成立することを否定した。これに対して、借主の事業所への労働者の編入によって、借主と労働者との間にも労働関係が生じ、この労働関係に基づいて、借主は労働者に対する独立した配慮義務を負う旨、学説において主張する見解がある。かかる学説を考慮しても、借主がライヒ保険法八九九条にいう貸主の授權者もしくは代理人と同等の地位にあたりと結論することの障害とはならない。なぜなら、借主と貸主との約定によって、あるいは編入によって、借主は民法六一八条の配慮義務を引き受けることができるからである。したがって、借主は、貸主と労働者との間に存続する労働契約で定められた内容を限界として、当該義務を引き受けるのである。」

「いわゆる貸借労働関係の場合、借主はライヒ保険法八九九条にいう貸主の授權者もしくは代理人と同等の地位にある。それゆえに、

労働災害から生じた労働者の損害賠償請求権は、同法八九八条の制限の下にあるというライヒ裁判所の見解に当法廷も賛成する。」

ところが、右判決の約三年後の連邦通常裁判所一九五六年七月四日判決<sup>110</sup>によって、ライヒ保険法の免責条項の借主による援用の可否に関するこれまでの判断が変更される。

右判決は、労働者が借主に「編入(Eingliederung)」されているか否かによって、八九九条ではなく、八九八条の援用の可否を判断した<sup>111</sup>。すなわち、右判決は、従来のように、「借主が貸主の配慮義務に関する履行補助者にあたるか」、「借主が同法八九九条にいう『貸主の授權者もしくは代理人』と同等の立場にあるか」を全く問わなかったのである。

本判決以後現在に至るまで、借主によるライヒ保険法の免責条項<sup>112</sup>の援用の可否が争われた事件は、かかる「編入」を基準として判断されている<sup>113</sup>。

(2) 労災に関連しない訴訟

かかる訴訟に分類される裁判例は一件のみである。

⑥ライヒ労働裁判所一九三七年三月二〇日判決<sup>114</sup>

本件は、最上級審に初めて真正貸借労働関係が登場した事件であって、労働者に対する

借主の俸給 (Befoldung) 支払義務の存否が争われた。

〔事実の概要〕原告 X (労働者) は訴外 S 郡 (Kreis) (貸主) に期間の定めのない職員 (Dauerangestellter) として雇用されたが、被告 Y (S 郡貯蓄金庫 (Sparkasse) (借主) の下で業務に従事しており、X の賃金は Y が支払っていた。なお、この S 郡と Y との間には、運営上も財政上も極めて密接な関係が存在する。

一九三五年一〇月、S 郡は俸給が過払いされていたことを X に通告する。これに伴って、Y が月々二〇マルクを留保して X に俸給を支払ったため、X は Y に対して留保されるべき債務の不存在確認請求訴訟を提起する。原審は X の請求を一部認容。Y が上告に及ぶ。

Y は以下のように反論した。Y で就労する X は、S 郡に対してのみ任用関係 (Anstellungsverhältnis) を有する。したがって、たとえ Y が X に対して俸給を支払っているとしても、それは支払窓口 (Zahlstelle) として行っているにすぎない。X は Y に対して俸給請求権を有さず、S に対してのみ請求し得る、と。

〔判旨〕上告棄却。

「Y で業務に従事している X が S 郡に対してのみ任用関係を有するという事実は、X が Y に対して、∴「Y において就労する期間」、

給付した労務につき、雇用契約 (Dienstvertrag) に基づいて得るべき報酬を請求し得るということを排除しない。」

法令に基づいて設立された Y は、当該法令によつて、「X らに対する俸給支払義務を負っていることが明らかに。」

「Y へ配属された X は、Y で就労する期間、雇用契約に基づいて自らに帰属するべき報酬を、労務を給付した Y へ請求し得るとするものが自然な解釈である。∴ X が ∴ Y において就労する義務を負い、そして、Y が X に対して俸給支払義務を負うということによつて、∴「当該両者間に」雇用関係が ∴ 形成される。」

〔例えば、親会社 ∴ 「など」から、業務上の関係を有する、あるいは経営参加している他の会社へ、∴ 特定の目的のため、または、期間を付して、∴ 「労働者」の労働力処分権が委ねられる場合も、∴ 当該労働者は、その企業で就労する間、自らの報酬を労務を給付した相手方から得る、もしくは得るべきであるということが、通常、当事者の意思に合致するであろう。〕

「したがって、Y において就労する X は、S 郡に対してのみ俸給の支払を請求することができ、Y に対して決して請求できない、とする見解は支持できない。」

本判決は右のように判示して、Y が X に対して俸給支払義務を負うことを認めたのである。

#### 四 おわりに

##### (1) 学説・判例の総括

以上、本稿は学説・判例の議論を歴史的に描写してきたが、ここでそれぞれを総括する。「学説」第一期から第三期を通じて、二重労働関係と単一労働関係説が、借主と労働者との法律関係に関する評価をめぐって対立する。本稿は、両説を各期毎に各当事者間で対比させて、その主張の異同を考察した。その結果、両説の主張は結論的に多くの点で重なり合うことが判明する。以下のようにまとめられよう。

##### α 借主—労働者間

###### ① 賃金支払義務負担者

貸主は、労働契約上の使用者であり続けるから、賃金支払義務を負う(単一説・二重説の全ての見解)。問題は、借主が当該義務を負うかである。ニキッシュ以外の二重説は、労働契約から切り離された「労働関係」の成立に基づいて、借主がかかる義務を負うとする(1) α①、(2) ①。単一説とニキッシュは、借主が貸主との契約によつて当該義務を引き受けただけの場合にのみ、これを認める(2) (1) (2) (4) の α

①。借主と貸主との右契約に基づいて、労働者は借主に対して直接に貸金を請求し得るが、当該契約の法的性質は第三者のためにする契約とされる。なお、借主の貸金支払義務を損害担保契約によって根拠づける二重説の見解も存する(二(1)γ)。

### ②借主の指揮命令権限

その法的根拠について、貸主から借主への労務給付請求権の譲渡(二(1)(2)(4)のα②)、委任(二(1)α②)、貸主による借主への指揮命令権の行使の授權(二(3)②)、貸主と労働者との第三者(借主)のためにする契約(二(1)(4)のα②)の四つの見解が主張されている。「労働関係」を根拠とする二重説もある(二(3)①)。労務給付請求権の譲渡と解する最も有力に唱えらるる見解によれば、貸主と借主との契約および労働者の同意に基づいて、指揮命令権限が貸主から借主へ移転する。労働者が借主の下で給付する労務との関連性によって、借主の当該権限を限定する見解も存する(二(4)α②)。

### ③配慮義務・忠実義務

借主は配慮義務を、労働者は忠実義務を負う(II a説、I b説を除く全ての見解)。その法的根拠として、二重説からは事業所所属性(二(2)α③)、単一説からは貸主の労務給付請求権の借主への譲渡(二(2)α③)、統一的保護関係の理論(二(3)②)、第三者のための保護効果を伴う契約(二(4)α③)の三つの見解が唱えられて

いる。第一期の単一説(二(1)α③)は、両者間に成立する人格法的関係を根拠とする旨主張したが、この概念はドイツ労働法において、すでに過去のものとされている。

### β 借主—貸主間

全期を貫く主張は見あたらない。第一期の見解によれば、両者が締結する契約に基づいて、貸主は借主に対して、予定された労働に有用な労働者の労働力処分権を委ねる義務、および当該労働者が正確に労働を開始できるようにする義務を負う。貸主自身は労働者の選択に過失がない限り、労働者の労務給付自体に責任を負わない(二(1)β)。現在の学説にも、これを支持する見解が存する(二(4)β)。両者間の契約に債務不履行が生じた場合、第二期のヒュックとニキッシュによれば、派遣期間満了以前に、貸主は労働者を呼び戻すことができ、借主は労働者を貸主へ返還し得る(二(2)β)。

### γ 貸主—労働者間

真正貸借労働関係が発生しても当該両者間の労働契約関係は継続する。したがって、貸主と労働者との権利義務関係もなお存続する(単一説二重説の全ての見解)。真正貸借労働関係が消滅あるいは労働者の派遣期間が終了した場合、第一期の学説によれば、貸主に復

帰請求権が、労働者に再就労請求権が生じるとされる(二(1)γ)。第二期の主張もこれと同旨のものとして解し得る余地がある(二(2)γ)。<sup>106</sup>これらの主張に加えて、ハインツェの契約参加説が存在する(二(3)③)。この説によれば、貸主はなお完全な使用者としての地位を占める。借主は貸主とならんで、労働者に対する連帯債権者かつ連帯債務者となる。<sup>107</sup>

「判例」本稿は判例を、労災関連訴訟(三(1))と労災に関連しない訴訟(三(2))とに分類した。

まず、労災関連訴訟を見るに、①②事件では、借主あるいは貸主の配慮義務違反の是非が争われた。①判決は、原審が下した以下の二つの判断を肯定して、労働者に対する借主の配慮義務を認めた。第一に、労働者Xと借主Yとの間に労働契約関係は存在しない。第二に、Yは貸主Vの配慮義務を一定限度で引き受ける。いいかえれば、Yは配慮義務に関する限りでVの履行補助者である。かかる判断は、XがVY間に締結された請負契約の履行補助者にあたる、という①事件固有の事実に基づくと解される。

②判決は、右①判決の結論を参考にして、貸借労働関係に関する三つの一般的命題を提示した。すなわち、貸借労働関係は、貸主が借主に配慮義務を委託する場合にあたる。借

主と労働者との間に労働(契約)関係は存在しない。借主は配慮義務に関する限りで貸主の履行補助者である、と。

これに対して、③事件以降は、ライヒ保険法の損害賠償責任免責条項の借主による援用の可否が争われた。裁判所は、争われた内容が①②事件とは全く異なるにも関わらず、②判決が提示した一般的命題を無条件に取り入れ、これを戦後まで引き継ぐ。つまり、右命題は、借主が免責条項にいう「事業主」(八九八条)あるいは「事業主の授権者もしくは代理人」(八九九条)のいずれに該当するかを決定する際に用いられたのである。裁判所は、借主が八九八条にいう「事業主」ではなく、八九九条の「事業主の授権者もしくは代理人」と同等の地位にあたと判示した。これは、借主と労働者との間に労働契約関係が成立しないことを前提に、借主が配慮義務に関する限りで貸主の履行補助者であることを理由とする。

したがって、労災関連訴訟の判例は貸借労働関係に関して、労働者と借主との間に労働契約関係は生じず、借主は配慮義務に関する限りで貸主の履行補助者にあたる、という評価を一貫させているといえる。すなわち、かかる判例は、真正貸借労働関係を単一労働契約関係と捉えていると解される。確かに、連邦通常裁判所一九五六年七月四日判決によつ

て、ライヒ保険法の損害賠償責任免責条項の借主による援用の可否に関する判断枠組みが変更された。しかしながら、右判決によって変更された内容は、借主が当該条項の構成要件である「事業主」に該当するか否かの判断方法にすぎない。真正貸借労働関係は単一労働契約関係であるという評価をも、これによって変更されたと解するべきではないであろう。

②判決はまた、貸主の労務給付請求権の借主への譲渡を原則的に認めない旨判示する。③決定もこの判示を引き継ぐ。借主の指揮命令権限の法的根拠を当該請求権の譲渡と解する見解が学説で有力に主張されていることに照らすと、かかる判示は非常に興味深い。さらに、②判決は、労務給付請求権に関する右命題の②事件へのあてはめに際して、指揮命令権限が貸主から借主へ授権されたと解し得る旨述べる。

他方、労災に関連しない訴訟に分類される事例は、労働者Xに対する借主Yの賃金(俸給)支払義務の存否について争われた⑥事件のみである。⑥判決は借主の当該義務を認め、その理由を同判決は以下のように判示する。XがYにおいて就労する義務を負い、YがXに対して俸給支払義務を負うということによって、両者間に雇用関係が形成される。労働者が労働契約上の使用者とは異なる者の

下で就労する場合、当該労働者が自ら労務を給付した者から賃金を得るということは当事者の意思に合致する、と。かかる判示に基づけば、⑥判決は以下のように解されよう。借主と労働者との間に、賃金支払義務と労務給付義務が向かい合って存在する場合、両者間に労働契約関係が成立する。それは当事者の意思に合致することを理由とする、と。すなわち、⑥判決は、真正貸借労働関係が二重労働契約関係になり得ることを認めているのである。

したがって、判例においては、真正貸借労働関係を単一労働契約関係と捉える立場と、二重労働契約関係になり得ることを認める立場が並立するように見える。これを判例理論の矛盾であると指摘する学説も存する<sup>(10)</sup>。

## (2) 若干の私見

①学説・判例の総括と、②本稿の問題意識の出発点となった出向関係に関連して、いくつかの私見を述べる。

①学説の議論においては、以下の二点が確認されるべきである。第一点として、二重説、単一説、契約参加説いずれの見解も、労働契約関係は貸主と労働者との間にのみ存在することを前提とする。いいかえれば、学説は全体として、真正貸借労働関係を単一労働「契約」関係と把握している、ということである。



これは、単一説と契約参加説は言うまでもなく、二重説も、借主と労働者との間に(労働契約とは切り離された)労働「関係」が成立すると述べるに留まり、両者間に労働「契約」関係が発生するとは全く考慮していないことに徴すれば明らかである。かかる、真正貸借労働関係は単一労働契約関係であるという共通認識が、総括で確認した単一説と二重説の主張の接近をもたらしたとも考えられる。

しかし、いかに接近しているとはいえず、単一説と二重説の主張には大きな対立がある。それは、労働契約から切り離された「労働関係」概念に基づいて、借主と労働者との間に何らかの権利義務関係(例えば、借主の貸金支払義務)を導き出すことを認めるか否かである。本稿は、ドイツにおける主張の是非を決することを目的とするものではないにせよ、二重説のいう「労働関係」概念をいまや採用できない。これが確認すべき第二点である。それは、第一に、労働契約から切り離された「労働関係」概念は、今日もはや認められないこと、第二に、ハイנטツェも指摘するように(二)(3)③、当事者の約束ではなく、労務の受領、事業所への編入、指揮命令可能性といった何らかの事実状態に基づいて、私法上の権利義務を設定することは許されないことを理由とする。おそらく、今日二重説が唱えられない原因は、かかる理由によるのではな

らうか。

判例についてみれば、真正貸借労働関係を単一労働契約関係と捉える立場と、二重労働関係になり得ると考える立場が並立しているように見える。しかし、筆者はこれらを一貫したものとする。なぜなら、判例は貸金支払義務負担者をメルクマールにして、借主と労働者との労働契約関係の成否を判断していると考えられるからである。いいかえれば、判例は、前掲⑥判決のように、借主と労働者との間で貸金支払義務と労務給付義務が向かい合う場合に、労働契約関係を認めると推察されるからである。これは、①事件を除く労働関連訴訟のすべての事件において、貸金支払義務負担者は貸主であったという事実が認定されていることによつて裏付けられる。

かかる私見に基づけば、判例は以下のように解するのであろう。借主が貸金支払義務を負っている場合、原則的に労働者と借主との間に労働契約関係が成立する。ゆえに、両者の間の権利義務関係はその労働契約に基づくことになる。他方、貸主が貸金支払義務を負っている場合、借主と労働者との間に労働契約関係は成立しない。借主は、配慮義務に関する限りで貸主の履行補助者となる。この場合の借主の指揮命令権限は、②判決に基づけば、特段の事情がない限り、労務給付請求権の譲渡によつて根拠づけることはできない。

このような判例の立場は、二重労働契約関係の成立可能性を指摘する主張がそもそも存在しない学説と対比すると特徴的である。

② こうしたドイツの学説・判例から、出向関係について、いかなる示唆が得られよう。日独両国の理論のみを単純に比較して、私見を展開することには慎重にならざるを得ない。それは、真正貸借労働関係と出向関係が一定の共通性を有しているとしても、真正貸借労働関係の実態が全く不明であること、出向関係の実態も産業単位や企業単位で極めて多様に富んでいるであろうことを理由とする。しかしながら、あえて以下の二点を指摘しておきたい。第一に、わが国の行政解釈と多数学説は、出向という概念から論理必然的に、出向先と労働者との間に労働契約関係の成立を認める。これは、ドイツの学説・判例の立場を参考にすると、多少、硬直的あるいは概念的な考え方ではないか。第二に、少数説ながら、出向関係を単一労働契約関係と捉える見解が存する。かかる立場からすれば、ドイツの学説・判例の議論は極めて示唆に富むと思われる。なぜなら、ドイツの学説・判例は、三当事者間の関係を単一労働契約関係と把握した上で、民法上の理論や概念を駆使することによつて、その具体的な権利義務関係の解明を試みているからである。

## (3) 今後の課題

本稿は、真正賃借労働関係の三当事者間の法律関係に関する議論を描写してきたが、検討対象を私法上のそれに限定している。三当事者間の法律関係をドイツ労働法全般にわたって解明するという観点からすれば、今後は、本稿が触れなかつた、とりわけ事業所組織法と労使関係法の領域に関する検討が求められるよう。

また、本稿は、あくまでドイツの学説・判例の議論状況を歴史的に整理したに留まる。その意味で、学説・判例において唱えられた見解が背景とする真正賃借労働関係の経済的意義、その効果や実態、実務における当該関係の取り扱いという事実を明らかにする必要があり、これは、第一の課題を検討する上でも、出向関係との比較を可能にするためにも、不可欠な作業といえる。

- (一) Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 7. Aufl., 1992, S. 918. シャウブは、連邦労働裁判所 (Bundesarbeitsgericht) の一九九二年当時の小法廷裁判長 (Vorsitzender Richter) である。彼のこの著書は、約一九五〇頁にもなる大著であり、現在のドイツ労働法に関するテキストの中で、最も網羅性にすぐれたものといえよう。「小法廷裁判長」の邦訳は労働裁判所法四二一条の邦訳条文を参照。労働省労働統計調査部編

「外国労働法全書」労働行政研究所、一九五六年、五七五頁。

- (2) 業務性 (Gewerksmäßigkeit) は、派遣元の利益獲得の意思、派遣の継続性、事業の独立性の三要素によって判断される。vgl. Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/Marschall, Band II, 1993, §167 Rdnr. 41 ff.
- (3) Schaub, a.a.O., S. 918.
- (4) 正式には「一九七二年八月七日の業としてなされる労働者派遣の規制に関する法律 (Gesetz zur Regelung der gewerksmäßigen Arbeitnehmerüberlassung vom 7. 8. 1972 (BGBl. I S. 1393))」である。
- (5) 真正賃借労働関係は「わが国においても紹介されている。例えば、大橋龍雄「業としての派遣」と派遣労働者の保護」龍谷法字一九巻二号(一九八六年)二四頁、鎌田耕一「労働者派遣法と使用者地位の分割の法理」創路公立大学紀要社会科学研究一号(一九八九年)四九頁。
- (6) Schaub, a.a.O., S. 919.
- (7) 出向は、従来の(出向元)使用者の下での労働者身分を保持した在籍の形で一定期間、他者(出向先使用者)の指揮命令に服させる措置と定義される。久保敏治「浜田富士郎「労働法」(ミネルヴァ書房、一九九三年)三三六頁「浜田」。同旨のもとして、例えば、菅野和夫労働法【第四版】(弘文堂、一九九五年)三七四頁。
- (8) 久保「浜田・前掲書三三六頁【浜田】。
- (9) 日本経済新聞一九九五年一月八日付朝刊五頁は、労働省が不況に対応して企業間労働力移動をスムーズに行うためのアドバイザーを実務経験者から選任する旨報じる。その企業間労働力移動の一形態として出向が想定されている。
- (10) 渡辺裕「出向時の労働条件」学会誌労働法六三号(一九八四年)四七頁。
- (11) 出向に関する調査結果がそれを物語る。「関西経協による「出向に関する調査」(要旨)」労政時報三〇二七号(一九九一年)四二頁以下によれば、当時、従業員一〇〇〇名以上のいわゆる大企業六八社中、六七社が出向を実施していた。さらに、労働行政研究所が一九九五年四月から七月にかけて実施した「高年齢者処遇に関する総合実態調査」によれば、回答を寄せた二二三社のうち、約八七%の企業が出向を実施している。当該調査の結果の概要については、「不況下における高年齢者出向の実態をみる」労政時報三二二四号(一九九五年)二頁以下を参照。
- また、中村和夫「経営戦略の変容と出向」労働一九九六号(一九八八年)一九頁では、出向が社員のキャリア形成や新規事業への進出、経営多角化などを目的とする企業の経営戦略の展開にともなっており、普遍化していき、とされている。
- (12) 脇田滋教授は賃借労働関係を「ドイツの出向制度」と評される。有泉亨ほか編「別冊法ゼミ 基本法コンメンタール労働基準法【第三版】(日本評論社、一九九〇年)六六頁【脇田滋】。これに対し、西谷敏教授は、ドイツには出向にあたる制度はない、とされる。西谷敏「とり社会の条件」(労働旬報社、一九九一年)六〇頁。
- (13) わが国の「労働者派遣法」は出向には適用がない、と解されている。行政解釈につき、労働省職業安定局編著「改訂版 人材派遣法の実務解説」(労働行政研究所、一九九一年)三八頁。学説につき、例えば、片岡昇「労働法(2)【第三版】(有斐閣、一九九四年)八五頁。なお、労働者派遣法は、正式には「労働者派遣事業の適正

な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備等に関する法律」(昭和六〇年七月五日法律八八号)である。

(14) 民法六一八条は次のような規定である。六一八条

「労務給付請求権者は、労務給付の性質が許す限りにおいて、労務給付義務者を生命及び健康の危険から保護するために、労務遂行に供するべき場所、設備、または器具を設置かつ維持し、さらに自己の命令または指揮の下で履行される労務の給付を規律しなければならない。」

邦訳条文は、右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂、一九九五年)三九二頁〔青野博之〕を参照。

(15) Endemann, Die Rechtsstellung des Leiharbeiters, BB 1951, S. 786(S. 787); Kaufmann, Zum Begriff des mittelbaren Arbeitsverhältnisses, seinen Voraussetzungen und Wirkungen, Rda 1951, S. 176(S. 178).

(16) Maus, Das Arbeitsverhältnis, 1948, S. 204 ff.; ders., Handbuch des Arbeitsrechts, Band I, 1955, unter II B1, S. 7 ff.

(17) ポットホフやモリートの学説を紹介する研究は多数存在するが、筆者は、近時のものとして例えば、和田肇「労働契約の法理」(有斐閣、一九九〇年)三八頁以下、竹下政行「多数当事者の労働法律関係(一)」(大阪市立大学法学雑誌三五巻一号(一九八八年)二二五頁、とくに二四六頁以下を参照。

(18) ナチス期の「労働関係」概念を紹介する研究も多数存在するが、筆者は、近時のものとして例えば、和田・前掲書四五頁以下、竹下政行「多数当事者の労働法律関係(二)」(大阪市立大学法学雑誌三五巻二号(一九八八年)四三八頁、

とくに四四四頁以下のほか、我妻栄「民法研究 I 私法一般 [再版増補]」(有斐閣、一九七〇年)三八九頁以下、西谷敏「ドイツ労働法思想史論」(日本評論社、一九八七年)四二九頁以下もあわせて参照。

(19) Hofrichter, Das mittelbare Arbeitsverhältnis, 1939, S. 200.

(20) Hofrichter, a.a.O., S. 201.

(21) Hofrichter, a.a.O., S. 200.

(22) Höcker, Grundsätze über die Rechtsstellung der Unternehmerarbeiter, Rda 1954, S. 127.

(23) Trieschmann, Das Leiharbeiterverhältnis, DB 1956, Beilage Nr. 16, unter IIIa.

(24) Ibid. エントリーメントンは、労働者と借主の意思内容について以下のように述べる。労働者は、貸主との労働関係の枠内で制限的に発せられる借主の指揮命令に基づく労務給付を想定し、貸主に対する労働義務を借主の事業所において履行することを考えている。他方、借主は、自らの労働者身分を当該労働者に与えようとは一時的にさえ考えていない。」

貸主の利益に合致する理由は以下のように説明される。貸主は可能な限り労働者と自らの事業所との結合(Bindung)を望んでいる。かつ、貸主は何時でも労働者を復帰させることによって、彼の無制限な労働力処分権を行使し得るからである。」

(25) Endemann, a.a.O., S. 787; Kaufmann, a.a.O., S. 178.

(26) 労働者と使用者との間に中間者が入り込む賃借労働関係のような「多元的労働関係(mehr-gliedrige Arbeitsverhältnis)」においては、労働受領者(Arbeitsempfänger)が使用者である

ことである。vgl. Maus, a.a.O., 1948, S. 201.

(27) Hofrichter, a.a.O., S. 201.

(28) Höcker, a.a.O., S. 128. とはいえ、当該両者間に労働契約関係は生じないとする以上、I B 説も、借主ではなく貸主が貸金支払義務を負うと結論するであろう。

(29) Trieschmann, a.a.O., unter IIIb.

(30) Trieschmann, a.a.O., unter IIIc.

(31) 民法三二八条は次のような規定である。三二八条

「契約により、第三者が給付を請求する権利を直接に取得する効力をもって、第三者に対する給付を定めることができる。」(第二項以下省略)

邦訳条文は、椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』(日本評論社、一九八八年)三三四頁〔床谷文雄〕を参照。

(32) 民法六一三条は次のような規定である。六一三条

「労務給付義務者は、疑わしい場合、自ら労務を給付しなければならない。労務給付請求権は、疑わしい場合、譲渡することができない。」

邦訳条文は、右近編・前掲書三八二頁〔青野〕を参照。

(33) Maus, a.a.O., 1955, unter II B1, S. 9.

(34) マウスは「労働者が同意する範囲内で、貸主と借主との間の契約によって、借主が貸主からすべての権利義務を引き受ける」といっている。vgl. Maus, a.a.O., 1948, S. 205; ders., a.a.O., 1955, unter II B1, S. 10.

(35) Hofrichter, a.a.O., S. 200 f. けれど、労働者が、自らの労働力処分権を貸主に対する労働関係の枠内に限定して、借主に委ねていることを理由とする。

(36) Höcker, a.a.O., S. 127.

(37) Trieschmann, a.a.O., unter IIIb.

(38) Ibid. ドリリーマン自身は、貸主と借主との間で締結される第三者のためにする契約と述べているが、これは明らかに誤っている。労働者と貸主との間でこれを締結すると考えれば法的に成り立ち得る。

(39) Maus, a.a.O., 1948, S. 205; ders., a.a.O., 1955, unter II B1, S. 10.

(40) Hofrichter, a. a. O., S. 201.

(41) 和田・前掲書三三頁参照。かかる関係を労働関係にあてはめると、労働者が個々の労働給付ではなく、人格そのものを投入する義務すなわち忠実義務を負う、使用者がこれに対して配慮義務を負う関係といえる。この説が主張された当時、労働関係は人格法的関係である、とされてきた。vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I, 6. Aufl., 1955, S. 115 ff.; Nikisch, Arbeitsrecht, Band I, 2. Aufl., 1955, S. 143 ff.

(42) Trieschmann, a.a.O., unter IIIa.

(43) Maus, a.a.O., 1955, unter II B1, S. 8. ヲウスはかかる主張の根拠として、ライヒ裁判所一九二二年三月一八日判決を挙げる。これは、運河の水先案内人のミスによって持船に損害を被った船主がライヒ(Reichsfiskus)に対して損害賠償訴訟を提起した事件であった。

ライヒ裁判所は当該請求を認める判示の中で以下のように述べている。使用者は、自らが職員を慎重に(sorgfältig)選択した旨の、民法八三一条によって義務づけられた証明をなすにあつては、当該職員が有能であり、かつ、職務を遂行するに際して注意を払っていたことをまず証明しなければならぬ、と。vgl. RGZ 79, 101(105 f.). なお、民法八三一条は次のような規定である。

八三一条

「(1)ある事業のために他人を使用する者は、当該他人が事業の執行につき第三者に対して違法に加えた損害を賠償する義務を負う。使用者が、みずから設備または器具を供給し、あるいは事業の執行を指揮しなければならぬ限りにおける、かかる供給または指揮に際して、及び被用者の選任に際して取引上必要とされる注意をなした場合、あるいはかかる注意をなしても損害が発生したであらう場合、損害賠償義務は生じない。」(第二項省略)

邦訳条文は、椿寿夫「右近健男編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』(三省堂、一九九〇年)一四〇頁[村田博史]を参照。

(44) Hofrichter, a.a.O., S. 198; Höcker, a.a.O., S. 127. くマカーは、当該契約が民法六七五条にいう「有償の事務処理契約(Der Vertrag der entgeltlichen Geschäftsbesorgung)」にあたることを考へる。

(45) Trieschmann, a.a.O., unter IIIc.

(46) II b 説とI c 説は、貸主と労働者との間に労働契約関係が存続する旨を明言する。それは、貸主と労働者の分離(Ausgliederung)が目的制限的であること、真正賃借労働関係に関する貸主と労働者との合意の内容に労働契約関係の解消が含まれていないことを理由とする。vgl. Maus, a.a.O., 1948, S. 205; ders., a.a.O., unter II B1, S. 10; Trieschmann, a.a.O., unter III b. 二重説または単一説の他の見解は、当該両者間の労働契約関係の存続を明確に否定して見なす。

(47) Kaufmann, a.a.O., S. 178. なお、損害担保契約とは、一方当事者が相手方に、ある一定

の結果の発生あるいは不発生に対して責任を負うことを約束する」となよって生じる契約である。 vgl. Münchener Kommentar BGB/Söllner, Band II, 1985, Vor §339 RdNr. 14c.

邦語文献は、椿「右近編・前掲書三三五頁(二宮周平)」のほか、鶴井俊吉「損害担保契約の觀念はどのような内容のものとして有用ないし必要か」椿寿夫編「講座・現代契約と現代債権の展望 第三巻 担保契約」(日本評論社、一九九四年)三九頁以下もあわせて参照。

(48) Endemann, a.a.O., S. 787 Ann. Nr. 6.

(49) Maus, a.a.O., 1948, S. 205; ders., a.a.O., 1955, unter II B1, S. 9. くマカーは、その根拠は言及されて見なす。

復帰請求権あるいは再就労働請求権について具体的な議論はなされて見なす。後者については、当時のドイツ労働法は、労働者の就労働請求権、いいかえれば使用者の労働受領義務を基本的に認めて見なすと考えられる。したがって、再就労働請求権は、労働契約に基づく労働者の就労働請求権の「形態と捉えられ」が、この場合、vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., S. 380 ff.; Nikisch, Arbeitsrecht, Band I, 1961, S. 512 ff.

(50) Trieschmann, a. a. O., unter IIIb. ドリリーマンとその根拠に言及して見なす。

(51) Ibid.

(52) 二人の見解における労働契約と労働関係との関係や、二人の見解の差異については、これを参照。 vgl. Hueck-Nipperdey, a.a.O., 1963, S. 113 ff.; Nikisch, a.a.O., 1961, S. 158 ff.

(53) Hueck-Nipperdey, a.a.O., 1963, S. 523.

(54) Nikisch, a.a.O., 1961, S. 242.

(55) Nikisch, a.a.O., 1961, S. 243.

(一九八八年)

- (56) Hueck-Nipperdey, *a.a.O.*, 1963, S. 524.
  - (57) Hueck-Nipperdey, *a.a.O.*, 1963, S. 524 Ann. Nr. 41.
  - (58) Nikisch, *a.a.O.*, 1961, S. 242.
  - (59) Hueck-Nipperdey, *a.a.O.*, 1963, S. 524.
  - (60) Nikisch, *a.a.O.*, 1961, S. 243. この「事業所所属性」の概念は明確ではない。おそらくこれは「労働者の借主の事業所への編入による」のではなく「労働関係」の成立によって生じるべきものであると見るべきであろう。
  - (61) Hueck-Nipperdey, *a.a.O.*, 1963, S. 524.
  - (62) Nikisch, *a.a.O.*, 1961, S. 243.
  - (63) Hueck-Nipperdey, *a.a.O.*, 1963, S. 525 f.
  - (64) コメンツェはこれを明言する。vgl. Hueck-Nipperdey, *a.a.O.*, 1963, S. 524. ニギンツェは賃金支払義務は労働契約上の問題であって、貸主がこれを負うとするから、当該両者間の労働契約関係の存続が前提とされていると考えるべき。vgl. Nikisch, *a.a.O.*, 1961, S. 243.
  - (65) Nikisch, *a.a.O.*, 1961, S. 243.
  - (66) Hueck-Nipperdey, *a.a.O.*, 1963, S. 525.
  - (67) Mayer-Maly, Das Leiharbeitsverhältnis, ZfA 1972, S. 1(S. 23).
  - (68) Mayer-Maly, *a.a.O.*, S. 23f.
  - (69) Konzen, Arbeitsrechtliche Drittheizungen, ZfA 1982, S. 259(S. 282).
- 貸権とは「自己の名においてする法律行為に代りて他人の権利範囲内に干渉する権利または権能」である。vgl. Staudinger/Dieter, 12. Aufl., 1979, Vorbem zu §164 Rdnr. 62.
- 邦語文献は、遠田新一「授権」末川博編集代表『民法法学辞典 上巻』(有斐閣 一九六〇年) 八八四頁、於保不二雄「財産管理権序説(復刻版)」(有信堂 一九九五年)二七頁以下を参照。

- (70) Konzen, *a.a.O.*, S. 281f. なお「かかる批判」コメンツェ(Rolf Birke)によつてすでに主張されたこと。vgl. Birke, Die arbeitsrechtliche Leistungsmacht, 1973, S. 185 ff.
- この批判は「復帰命令権が指揮命令権の一内容であることを前提とするが、その当否には議論がある。」
- (71) Konzen, *a.a.O.*, S. 285.
- (72) Canaris, Anspruch wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritter" bei nichtigten Verträgen, JZ 1965, S. 475.
- カナリスに關する邦語文献として、例えば奥田昌道「契約法と不法行為法の接点」於保不二雄先生還暦記念『民法学の基礎的課題 中』(有斐閣 一九七四年)二〇七頁、とくに二四八頁以下を参照。
- (73) Konzen, *a.a.O.*, S. 287. コメンツェは「統一的保護関係の理論が貸借労働関係における忠実義務と配慮義務の存在を説明し、労働法上の三面関係の基盤に不可欠である」と述べる。なお「カナリス自身も、貸借労働関係における借主の責任に当該理論を応用できることを示唆した。」vgl. Canaris, *a.a.O.*, S. 480.
- (74) Heinze, Rechtsprobleme des sog. echten Leiharbeitsverhältnisses, ZfA 1976, S. 183, insbes. S. 201 ff.
- (75) Esser/Schmidt, Schuldrecht, Band 1, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 5. Aufl., 1976, S. 268. vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, 14. Aufl., 1987, S. 619.
- (76) Heinze, *a.a.O.*, S. 206. 連帯債権は民法四二八条以下に規定される。

- 「数人が一個の給付を請求することができる権利を有する場合において、各人が全部の給付を請求することができ、債務者が一回限りの給付の義務を行うときは(連帯債権者)、債務者は任意に各債権者に対して給付を行うことができる。(第二文省略)」
- 邦訳条文は、権||右近編・前掲書(一九八八年) 四〇五頁【寺田正春】を参照。
- (77) Heinze, *a.a.O.*, S. 207.
  - (78) Heinze, *a.a.O.*, S. 211. なお「賃金の不払いが生じた場合」ハインツェによれば「労働者は貸主と借主の両者に対して、自らの労働給付につき民法二七三条に基づく留置権を有することになる。民法二七三条は次のような規定である。」
- 二七三条
- 「債務者が債権者に対して、自らに義務が生じたものと同じ法律関係に基づいて、弁済期に達した請求権を有するときは、かかる債権関係から異なる結果が生じない限り、当該債務者は、自らが受けるべき給付が履行されるまで、債務の目的である給付を拒絶することができる(留置権)。(第二項以下省略)」
- 邦訳条文は、権||右近編・前掲書(一九八八年) 九七頁【大内和直】を参照。
- (79) ハインツェは「三当事者の意思内容に基づいて次のように考えている。貸主は「労働者を一時的に借主へ派遣することのみを考えており、あくまで当該労働契約の契約当事者であらうとする。借主は、労働者に対する指揮命令権限を維持しようとはするが、労働者との契約締結の意思は有していない。労働者は、借主の下での就労は一時的なもので、貸主との労働契約の継続、貸主の下で就労する権利の継続を願っていない。」

- 8° vgl. Heinze, a.a.O., S. 193 ff.
- (80) Heinze, a.a.O., S. 197 f.
- (81) Schaub, a.a.O., S. 919; Zöllner/Lortz, Arbeitsrecht, 4. Aufl., 1992, S. 299; Handwörterbuch des Arbeitsrechts/Mettlach, 1995, § 1170 Rdnr. 15; Becker, Arbeitsrecht-Blatt (D) Leiharbeitsverhältnis I, 1989, unter VII 1c.
- (82) Mettlach, a.a.O., § 1170 Rdnr. 15, 102; Becker, a.a.O., unter VII 1c.
- (83) Schaub, a.a.O., S. 258.
- (84) Mettlach, a.a.O., § 1170 Rdnr. 13, 119; Becker, a.a.O., unter VII 1b; Marschall, a.a.O., § 168 Rdnr. 69 f.
- (85) Schaub, a.a.O., S. 919, 930; Zöllner/Lortz, a.a.O., S. 299; Mettlach, a.a.O., § 1170 Rdnr. 14, 121a, 126; Becker, a.a.O., unter VII 1b; 54 'Eingliederung' 労働者(借主)の事業所への「編入(Eingliederung)」に於ては当該義務が生じるとする。
- (86) vgl. Larenz, a.a.O., S. 224 ff.; BGH vom 5. 15. 1959, NJW 1959, 1676 = JZ 1960, 124. Larenzの見解を紹介する邦語文献として、例えば、奥田・前掲論文二二九頁以下、田上富信「契約の第三者に対する効力」遺藤浩ほか監修「現代契約法体系 第一巻 現代契約の法理 (1)」(有斐閣 一九八三年)一〇三頁以下を参照。
- (87) Schaub, a.a.O., S. 919, 930.
- (88) Mettlach, a.a.O., § 1170 Rdnr. 102.
- (89) Schaub, a.a.O., S. 919, vgl. Becker, a.a.O., unter VIIIb.
- (90) Schaub, a.a.O., S. 258; Zöllner/Lortz, a.a.O., S. 299; Mettlach, a.a.O., § 1170 Rdnr. 73; Becker, a.a.O., unter VIIIb.

- (91) ARS 33, 61.
- (92) ARS 40, 10.
- (93) 民法二七八条は次のような規定である。  
二十八条  
「債務者は、法定代理人および義務の履行のために使用する者の過失について、自己の過失と同一の範囲において責任を負う。(第二文省略)」  
邦訳条文は、権二右近編・前掲書(一九八八年)一三五頁「今西廉人」を参照。
- (94) 請負労働(Unternehmerarbeit)は、貸借労働関係と同義と思われる。学説における議論を概観すれば、ゴットクヤニキツシヨの見解が登場する以前には、請負労働という文言を用いた論者が存在した。vgl. Endemann, a.a.O., S. 788.
- (95) RGZ 170, 216.
- (96) 正式には「一九二四年二月一五日のライプ保険法(Reichsversicherungsordnung vom 15. 12. 1924 (RGBl. I S. 779.))」である。その八九八条と八九九条は次のような規定であった。  
八九八条  
「事業主は、刑事手続上、当該事業主が故意に事故を引き起こしたと確定された場合にのみ、年金請求権を有していない被保険者およびその遺産相続人に対しても、損害賠償に関するその他の法律上の規定によって、…当該事故により生じた損害を賠償する義務を負う。その際、事業主の債務は、災害保険補償金額を上回った部分の金額に制限される。」  
八九九条  
「前条は、被保険者およびその遺産相続人による、事業主の授權者もしくは代理人に対する損害賠償請求権、そして事業所監督者と労働監督

- 者に対する損害賠償請求権に対しても適用される。」(第二項以下省略)
- (97) RGZ 171, 392.
- (98) BGHZ 8, 330.
- (99) BGHZ 21, 207.
- (100) その「編入」を支える基準は、「労働者が借主の指揮命令に服しているか、人的従属性(personliche Abhängigkeit)が存在するか、である。vgl. BGHZ 21, 207 (213).
- (101) 「一九六三年四月三〇日の災害保険新規制法(Das Unfallversicherungs-Neuregelungsgesetz vom 30. 4. 1963)」によつて、八九八条と八九九条が改正され、現行六三六条となる。同条は次のような規定である。  
六三六条  
「(1)事業主は、自らが労働災害を故意に引き起こした場合、もしくは、当該労働災害が一般的取引に関連して生じた場合にのみ、自らの事業所で就労する被保険者、その親族ならびに遺産相続人に対して、たとえそれらの者が年金請求権を有していないとしても、人的損害の賠償に関するその他の法律上の規定により、当該労働災害が生ぜしめた損害を賠償する義務を負う。被保険者、その同僚ならびに遺産相続人の損害賠償請求権は、労災事故の結果、法令に基づき社会保険の被保険者が受領する給付分について、減額される。  
(2)前項は、他の事業主の下で就労する者に対する被保険者、その親族ならびに遺産相続人の損害賠償請求権にも適用される。」(第三項省略)
- (102) 連邦通常裁判所の裁判例として、例えば以下のものである。一九五八年三月二二日判決 (VersR 1958, 376) 一九六三年一〇月二二日判決 (DB 1963, 1646) 一九六五年二月一四

日判決[NJW 1966, 452]。また、連邦労働裁判所の裁判例としては、例えば一九六九年七月一日判決(DB 1969, 1896)、一九七四年二月一日判決(BAGE 25, 514)、一九八五年一月一日判決(DB 1985, 2697)、一九九一年二月二八日判決(DB 1991, 1681)がある。

(101) ARS 29, 278.

(104) 公法上の法人であり、貯蓄を主たる業務とする。田沢五郎『ドイツ政治経済法制辞典』(郁文堂、一九九〇年)二九三頁、山田晟『ドイツ法律用語辞典「改訂増補版」』(大学書林、一九九三年)五八八頁を参照。

(105) vgl. Schaub, a.a.O., S. 130.

(106) かかる場合、ヒュックとニキッシュによれば、貸主と労働者との関係は、通常の二者間の労働契約関係に戻るとされる。したがって、彼らの主張が第一期の主張と同旨であるためには、次の二点が前提となる。復帰命令権が、コンツェンの指摘のように指揮命令権の一内容であること。再就労請求権が、労働契約上原則的に認められる就労請求権の一形態と捉えられること。(107) 契約参加説に対してコンツェンは以下のように批判する。「個別事例において、…契約参加という解釈が妥当する場合もあり得る。しかし、借主と貸主との契約によって、借主が休暇や疾病のリスク(Urlaub- oder Krankheitsrisiko)を負担しない場合…、これを契約参加とすることは当事者意思を誤って解釈することになる」と。vgl. Konzen, a.a.O., S. 280.

(108) 本判決(S. 13)「労働関係(Arbeitsverhältnis)」は「学説における労働契約から切り離れた「労働関係」概念とは異なり、労働契約関係と同義である。それは、かかる労働関係に基づいて何らの権利義務関係も導き出されていない

ことを考えれば、明らかである。

(109) Heinze, a.a.O., S. 186 ff.; Hensler, Der Arbeitsvertrag im Konzern, 1983, S. 54.

(110) ドイツ労働法は、いまや労働契約から切り離された「労働関係」概念を否定する。vgl. Schaub, a.a.O., S. 131; Zöllner/Loritz, a.a.O., S. 38.

(111) 下級審とはいえ、ヘルリン州労働裁判所一九八一年二月九日判決は、②判決と⑥判決をも参照判例とする。vgl. DB 1981, 1095. 筆者と同様の理解に基づくのではないだろうか。

(112) かかる考え方は、連邦憲法裁判所一九六七年四月四日判決が傍論において、労働関係は双務関係の全ての態様から判断される、と述べたこととも一致するようと思われる。vgl. BVerfGE 21, 245 (266). なお、右判決を邦文に要約したものとして、鎌田・前掲論文五四頁以下。

(113) 渡辺裕・前掲論文のほか、例えば、土田道夫「労働者派遣法と労働契約関係」日本労働協会雑誌(三三〇号)一九八六年(三九頁)、松崎隆「出向」労経速(二七五号)一九八七年(二二頁)、馬渡淳一郎「三者間労務供給契約の研究」(総合労働研究所、一九九二年)七五頁以下。

[付記] 本稿は、一九九四(平成六)年度および一九九五(同七)年度文部省科学研究費補助金(特別研究員奨励費)による研究成果の一部である。

