

ドイツ真正貸借労働関係と従業員代表法制との
結節点に関する基礎的考察

——事業所所属性をめぐる裁判例を中心に——

中
内
哲

目次

一 はじめに——問題の所在等

二 判例法理の形成

(1) 端 緒——労働者派遣法を媒介にして

① 不真正貸借労働関係と従業員代表法制

② BAG 第一法廷一九八八年九月二八日決定

(2) 定 立——BAG が同日に下した二つの判断

① BAG 第七法廷一九八九年一月一八日決定(事件番号 7 ABR 62/87)

② BAG 第七法廷一九八九年一月一八日決定（事件番号 7 ABR 21/88）

(3) 小括

三 判例のその後と学説における議論状況等

(1) 判例

(2) 学説

(3) 二〇〇一年法改正の内容とその影響

四 おわりに——総括・評価等

一 はじめに——問題の所在等

(1) ドイツにおける使用者 (Arbeitgeber) も、わが国の (在籍) 出向と同様に、自ら雇用する労働者 (Arbeitnehmer) を一定期間 (vorübergehend) その労働契約関係を維持させたまま他企業へ送り出す人事措置を講じることがある。この時形成される、被異動労働者 (Leiharbeiternehmer) 以下では単に「被異動者」と記す。労働契約上、被異動者の使用者たる送出企業 (Verleiher 貸主)・実際に被異動者へ指揮命令を下している受入企業 (Entleiher 借主)、以上三者間の繋がりには、真正貸借労働関係 (echtes Leiharbeitsverhältnis) と称されている。労働法学が通常想定する「使用者」対「労働者」の二者ではない右関係は、解釈上、様々な問題点に直面せざるをえない。かつて筆者は、基本的には制定法の規制を受けず、契約自由原則に委ねられるとされる真正貸借労働関

係の私法面に關する判例の動向・それに呼応した学説の議論状況を検討したが、それだけでなく、事業所組織法 (Betriebsverfassungsgesetz, BetrVG) の適用局面でも、解釈上の疑問・課題がいくつか浮上する (本稿の表題で「結節」という語を用いた意は、この点にある)。

(2) 同法は、事業所 (Betrieb) の人員規模に応じて設置される従業員代表組織「事業所委員会 (Betriebsrat) 以下に「BR」と記すことがある)」が労働条件を使用者と共同決定すること (Mitbestimmung) あるいは、従業員への個別的人事措置 (personelle Einzelmaßnahmen) 等に関与すること (Beteiligung) により労働者保護を図ろうとするドイツ従業員代表制度を法的に根拠づけている。同法がこのBRと当該事業所で就労する従業員とを直接結びつける重要な機会の一つに、右委員会を構成する委員 (Betriebsratsmitglied) 以下では「従業員代表委員」と記す) を法定された規程に則って選出する手続き (Betriebsratswahl) 以下では「従業員代表選挙」と記す) を挙げることができる。

一九五二年に制定された事業所組織法 (BetrVG vom 11.10.1952 (BGBl. S.681)) は、一九七二年と二〇〇一年に大幅に改正された。現行の二〇〇一年法 (BetrVG vom 25.9.2001 (BGBl. S.2518)) およびその前身である一九七二年法 (BetrVG vom 15.1.1972 (BGBl. S.13)) は、BRの設置対象を「(右選挙の) 選挙権を有する労働者 (wahlberechtigte Arbeitnehmer)」が常時五名以上存在する事業所とし (一条)、事業所が擁する当該労働者の人員規模に応じた段階ごとに最小一名から二名刻みで増加させて選出すべき従業員代表委員の数を定めている (九条)。この一条・九条にいう「従業員代表選挙の選挙権を有する労働者」の要件として、私企業の現業労働者 (Arbeiter) か職員 (Angestellte) であること (五条一項)、満一八歳以上であること (七条) 等が明定されているが、同法の条文中に現れない当該要件の存否如何は解釈に委ねられた。

(3) 労働事件の最上級審である連邦労働裁判所 (Bundesarbeitsgericht) 以下単に「BAG」と記す) は、一九七七年一月二八日第一法廷決定⁶⁾を契機に、右「選挙権を有する (wahlberechtigt)」の意義を「事業所に所属する (betriebsangehörig)」と解した上で⁷⁾、この事業所所属性 (Betriebszugehörigkeit) を、ア・使用者と労働者との間に労働契約関係が存在すること、イ・事業所に労働者が編入 (Eingliederung) されていること⁸⁾、以上二要件で判断する枠組み (Zwei-Komponenten-Lehre) 以下「二要件説」と記す) を構築し維持してきたとされる⁹⁾。

BAGのこうした二要件説に照らすと、企業間人事異動により真正貸借労働関係が生じた場合、送出企業との労働契約関係を維持しながら受入企業の指揮命令下にある被異動者は、異動前に配置されていた送出企業の事業所と実際に就労している受入企業の事業所、いずれに所属し従業員代表選挙に参加できるのか、がまず問題となる。なぜなら、送出企業事業所との関係では右要件イが、受入企業事業所との関係では同アが満たされないのであるからである。事実、一九八〇年代末以降、被異動者に関する事業所所属性の(不)存在を前提に、真正貸借労働関係の当事企業が右選挙の無効確認や取消し等を、他方、当該当事企業に設置された事業所委員会が同選挙における被異動者の(被)選挙権存在確認等を求めて労働裁判所 (Arbeitsgericht) 以下単に「AG」と記すことがある) に中立 (Antrag) をしており¹⁰⁾、右で摘示した問題点は、単に講字上のみならず、企業実務上も解明されるべき法的課題といえるのである。

(4) 本稿は、かかる被異動者の事業所所属性に関する議論を、とくに判例の動向に焦点を当てて検討する。筆者がかかるテーマを取り上げる関心の奥底には、わが国のいわゆる「(事業場における) 過半数労働者代表」制(労基法二四条一項ただし書・三六条一項本文等)の下で出向労働者をどのように位置づけるか、との間が横たわっている¹¹⁾。

二 判例法理の形成

(一) 端緒——労働者派遣法を媒介にして

① 不真正貸借労働関係と従業員代表法制

本稿の検討対象「真正貸借労働関係における被異動者の事業所所属性」へ臨む裁判所の分析視角は、一見、思わぬところからもたらされた。以下の通り（後掲二（一）②）、真正貸借労働関係の対概念である不真正貸借労働関係（unechtes Leiharbeitsverhältnis）の当事者および関係B R間で事業所組織法上の権利義務関係が争われた事案におけるB A Gの判断がその契機になったといえるからである。そこで、右判断を取り上げる前に、不真正貸借労働関係とそれに対する法規制、ならびに当該関係当事者と事業所組織法上の権利義務関係について簡潔に解説しておこう。

不真正貸借労働関係とは、使用者たる派遣元企業（Verleiher 貸主）が、派遣（Ausleihe）を目的として雇用了派遣労働者（Leiharbeiternehmer）を、業（Gewerbe）（gewerbsmäßig）¹⁵⁾ 第三者である派遣先企業（Entleiher 貸主）に送り出す場合を指すという。当該関係は、原則として契約自由原則に委ねられる真正貸借労働関係とは異なり、一九七二年に制定された労働者派遣法（Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, AÜG）¹⁶⁾ に基づき厳格に規制される。例えば、ア・連邦レヴェルの所管機関から許可（Erlaub）を受けた事業主のみがこの「業とする労働者派遣（gewerbsmäßige

Arbeitsnehmerüberlassung)を管む」ことができ(一条一項一文等)、イ・右許可を得ず違法に労働者派遣が実施された場合、派遣元は現在五二〇ユーロ以下の過料(Geldbuße)に問われるだけでなく(一六条一項一文)、派遣労働者との労働契約関係を無効とされ(九条一号)、さらに、ウ・当該労働者と派遣先との間に労働契約関係が擬制される(一条一項一文)。なお、同法制定以降、真正貸借労働関係は「業としない労働者派遣(nichtgewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung)」とも称されるようになる。貸借労働関係の真正・不真正を分ける基準である「業務性(Gewerbsmäßigkeit)」は、労働者派遣事業の継続性・当該事業の独立性(selbstständige Tätigkeit)・派遣元の利潤獲得意思(Gewinnerzielungsabsicht)と(一)三要素によって判断されている。(18)

制定当初の同法は、事業所組織法との関連で、労働者派遣関係の当事者ら(派遣元・派遣先・派遣労働者、および派遣元・派遣先事業所に設置される各BR)がいかなる権利義務関係にあるかを定めていなかった。ところが、右当事者間で当該権利義務関係が法廷で争われ、それにBAGの判断が示される等した結果、一九八一年に労働者派遣法が改正され、派遣労働者が派遣期間中も派遣元事業所に所属すること(二項)、派遣先事業所で実施される従業員代表選挙においては、派遣労働者が選挙権・被選挙権いずれも有しないこと(二項)、派遣労働者が派遣先事業所で就労する以前に、当該事業所のBRが事業所組織法九九条に基づき個別的人事措置に認められた関与権(Beteiligungrechte)を派遣先へ行使できること(三項)等が明文文化されたのである(当時の第一款(Artikel 1)一四条)。(19)

次に見るBAG第一法廷一九八八年九月二八日決定では、この労働者派遣法(第一款)一四条三項に基づく関与をめぐる、派遣先と当該事業所のBRとが争った事案であった。

② B A G 第一法廷一九八八年九月二八日決定（以下、I 決定）

【事実の概要】派遣先企業である申立人 (Antragsteller) X は、設計技師 (Konstrukteur) である派遣労働者 A を一九八六年一〇月二〇日から翌八七年四月一七日までの約六ヶ月間就労させるつもりで、労働者派遣法一四条三項・事業所組織法九九条二項一号に基づき、A を配置する予定の事業所に設置された B R である被申立人 (Antragseigner) Y から A の受入れ (Einstellung) に関する同意 (Zustimmung) を得ようと Y に諮った。ところが Y は、これを拒絶する (verweigern)。その理由は、すでに A が、一九八五年九月二日から翌八六年一月二〇日までの約五ヶ月弱、および、同年三月三日から九月三日までの六ヶ月間の二度にわたって、同一業務を担当するために X へ派遣されており、三度目にあたる今回の派遣もそれまでと同一の業務への従事を予定していたため、こうした短期間の中断を挟んだ同一労働者の同一業務への繰り返し派遣は、当時、派遣期間を六ヶ月に制限していた労働者派遣法三條一項六号に違反すると判断したからであった（現在、同号は削除されている）。

X が事業所組織法九九条四項に基づき Y に代わる同意を A G に申し立てたところ、第一審 (ダルムシュタット労働裁判所一九八六年一月一七日決定) 原審 (フランクフルト州労働裁判所一九八七年八月四日決定) とともに X の主張を認めたため、Y が B A G へ特別抗告 (Rechtsbeschwerde) に及ぶ。

【決定要旨】原決定破棄自判

A 「Y の：「抗告」は許容される」にもかかわらず、「不当にも、原審はそれを認めなかった」。

「事業所組織法九九条二項一号は、法令等の違反を理由に、事業所委員会が使用者の個別的人事措置に対して同意を拒絶する権利を認める」一方、「いかなる内容が法令違反に該当するかについては沈黙している」。

「同項…の意義および立法趣旨は、事業所委員会の同意拒絶権 (Zustimmungsverweigerungsrecht) による

て、従業員の集团的利益と当該個別労働者の個人的利益を保護することにある。それゆえ、企図された労働者の派遣が六ヶ月を超える場合には、労働者派遣法…三条一項六号違反を理由に、同委員会は同意拒絶権を行使しうる。なぜなら、その違反が、派遣先事業所に配置される派遣労働者の個人的利益と当該事業所従業員の集团的利益に關わるからである。また、その文言・制定経緯 (Entstehungsgeschichte) ・意義・目的からすれば、同号は、「派遣先事業所での」連続した六ヶ月を超える派遣労働者の就労を排除しようとし、なおかつ、このことは、派遣労働者が連続した六ヶ月を超えて就労することを予め (von vornherein) 企図している場合にも、事業所委員会は右同意拒絶権を行使しうるとの命題を導き出す」。

つまり、「派遣先の事業所での六ヶ月を超える」派遣労働者の「就労が予め計画されている際には、その労働者派遣は事業所組織法九九条二項一号にいう法律に違反するものと解釈され」、「当該違反を理由に、派遣先の事業所委員会は、…同号に基づく同意拒絶権を行使しうる」。

本決定は、右のように述べて、Yの主張を受け入れ原審の判断を覆したが、かかる判断を進める過程で、次のようにも言及している。すなわち、

イ「労働者派遣法…一四条三項「一文」は、「派遣労働者が就労を開始する以前に」派遣先の事業所委員会が事業所組織法九九条に基づき「当該労働者の配置に対して」関与できると規定する。この条文は、直接には…業とする労働者派遣にのみ適用されるはずであるが、類似した利害関係 (gleiche Interessen) や「派遣労働者が配置され」という事実」に「受入事業所の従業員が抱く驚愕の感情 (Betroffenheit) を根拠として、業としない労働者派遣」である真正貸借労働関係」…にも類推適用される (entsprechend anwenden)」と。

本件は、労働者派遣法が適用される「業とする労働者派遣」当事者およびその関係BRが、同法一四三項（とくに一文）および同項が援用する事業所組織法九九条の適用の可否を争った事案である。その解決・処理のためには右判示アで十分であって、BAGがわざわざ「業としない労働者派遣」に触れる必要はない。したがって、右判示イは、本決定における傍論と位置づけてよいであろう。

傍論とはいえ、また、特定の条項（一四三項）のみが争点だったとはいえ、その適用対象を本来、業とする労働者派遣≠真正貸借労働関係に限定しているはずの労働者派遣法が業としない労働者派遣≠真正貸借労働関係に類推適用される可能性を労働事件の最上級審であるBAGが指摘したことは、「業としない労働者派遣」関係当事者間では契約自由原則が貫かれ同法の適用を受けないとそれまで理解していたに違いない企業実務に対して、決して小さくないインパクトを与えたのではないかと推測される。

本決定は、右類推適用の根拠に「類似した利害関係 (gleiche Interessen)」と「派遣労働者の配置に対して派遣先事業所の従業員が抱く驚き」を挙げたが、前者が具体的にいかなる意義・内容なのかまでは直接論じていない。但し、本決定が判示イに続けて引用した学説をたどると、(不)真正貸借労働関係における労働者 (Leiharbeiter) が貸主たる派遣元や送出企業 (Verleiher) との労働契約関係を維持していること、および、当該労働者が借主たる派遣先や受人企業 (Entleiher) の事業所に実際に統合されていること (faktische Integration) 以上二点が右類推適用を可能ならしめる決定的構成要素 (maßgebliche Gestaltungs faktoren) として掲げられている。²⁶⁾

(2) 定立——BAGが同日に下した二つの判断

ここで取り上げる事案は、一九七二年に全面改正された事業所組織法の下で、いずれも本稿の検討対象である「真正貸借労働関係における被異動者の事業所所属性」が実質的に争点とされ、それに取り組んだBAGが初めて、しかも同日に判断を下した二件である。

① BAG第七法廷一九八九年一月一八日決定（事件番号7 ABR 62/87）（以下、II決定）

【事実の概要】財団法人（eine Stiftung des Bürgerlichen Rechts）である被申立人Y（以下、Y財団）は、整形外科（Orthopädische Klinik）と救急病院（Unfallkrankenhaus）を経営している。申立人Xは、Y財団の整形外科部門に設置されたBRである。

Y財団とA大学とは協定に基づき人事交流を実施しており（その際、被異動者と使用者との法的関係は維持されたままである）、右部門では、Y財団・A大学双方のスタッフが共同で業務に当たっていた。Xは、近く実施される従業員代表選挙に先だつて、同部門で就労するA大学のスタッフが事業所組織法五条一項にいう労働者であること等の確認（Feststellung）を求める申立をAGに行う。⁽⁸⁾

第一審（ベルリン労働裁判所一九八七年一月二二日決定）および原審（ベルリン州労働裁判所一九八七年二月二日決定）において、その主張を斥けられたXが特別抗告に及ぶ。

【決定要旨】特別抗告を認めず

(i) 「Xの特別抗告には理由がない。」

Y財団整形外科部門で就労するA大学のスタッフが事業所組織法五条にいう労働者にあたるもの「Xの…主張は正当化できない。…このことは、労働者派遣法…一四条一項を、「本来なら」法律上の規制を受けない…「はずの」業としない労働者派遣に対して類推適用する」(entsprechende Anwendung) から結果として導き出される。」

(ii) 労働者派遣法一条一項一文にいう労働者派遣に該当するためには、使用者たる派遣元 (Verleiher) に、業務性 (Gewerbsmäßigkeit) より具体的には、「利潤獲得意思 (Gewinnerzielungsabsicht) が認められなければならぬ」(当裁判所第二法廷一九七七年二月一〇日決定 (BAGE 29,7) 同第五法廷一九八三年六月一五日判決 (BAGE 43,102) 参照)。

(iii) 本件の認定事実に鑑みれば、Y財団にスタッフを送り出している「A大学には、「右にいう」利潤獲得意思が全く認められない」。したがって、本件におけるA大学 (送出企業)・Y財団 (受入企業)・同財団で就労するA大学のスタッフ (被異動者) の三当事者関係は、業としない労働者派遣に該当するといえる。

(iv) 前掲I決定は、「同法…一四条三項一文が業としない労働者派遣に類推適用される旨判示した。本法廷は、右決定に依拠して、同条のその他の条項も、…業としない労働者派遣に類推適用されるとの立場を採用する」。使用者たる貸主 (Verleiher) が、業として、あるいは、業ではなく、第三者である借主 (Entleiher) に労働者 (Leiharbeiter) を送り出していることは、「当該労働者の事業所組織法上の地位にとつては何ら考慮するに値しない。なぜなら、業としない労働者派遣「である真正貸借労働関係」でも、被異動者は、「派遣労働者と同様、使用者たる」送出企業との労働契約関係を維持しつつ、「実際に指揮命令を下す」受入企業の事業所に一時的に編入されるからである。こうした「三当事者間における派遣労働者と被異動者との」利害状況の比較可能性 (die Vergleichbarkeit der Interessenslage) のために、「本来は業とする労働者派遣に直接適用される」労働者派遣法…

一四条は、…業としない労働者派遣に対しても適用されるべきである。」

(v)「これを本件に当てはめると、労働者派遣法：一四条一項が類推適用され、A大学のスタッフは、…Y財団整形外科部門での就労中、事業所組織法五条一項にいうY財団の当該事業所に所属する労働者には該当しないとの結論に至る。むしろ彼らは、…送り出し前に配置されていた…A大学付属病院の労働者のままなのである」。したがって、Xの主張を斥けた原審の判断は是認できる。

本決定は、使用者たる企業に雇用される労働者が他企業で就労する場合に、その三者関係が労働者派遣法で規制される「業とする労働者派遣」に該当するか否かの判断基準に関し、従来の判例が用いたそれ(前掲二(一)①)に則るとし(判示(ii))、本件で登場するY財団・A大学・同財団で就労するA大学スタッフという三者関係にこれをあてはめ、自らのスタッフをY財団に送り出しているA大学に利潤獲得意思がないことを理由に、当該三者関係を業としない労働者派遣≠真正貸借労働関係と評価した(判示(iii))。

次いで、本件の争点「Y財団で就労するA大学スタッフの事業所所属性」如何を判断する前提であり、かつ、本稿が最も関心を寄せる「真正貸借労働関係における受入企業と被異動者との事業所組織法上の関係」について一般論(判示iv)が展開される。そこでは、ア・右関係に対する労働者派遣法の類推適用に傍論で言及した前掲I決定が援用できる、イ・おそらく事案との関係上、I決定では同法一四条三項(とりわけ一文)に限定されていたと思われる当該類推適用の対象条文が、同条の他の条項にも及ぶ、ウ・こうした類推適用の根拠は「利害状況の比較可能性」に求められるが、その内容は、(不)真正貸借労働関係における労働者が貸主との労働契約関係を維持しつつ、借主の事業所に編入されることを指す、以上三点が明らかにされた。

最後に、判示Ⅴは、こうした一般論（判示Ⅳ）を本件へ当てはめて、Y財団で就労するA大学スタッフが、受入企業である同財団整形外科部門との関係で事業所組織法上の労働者には該当しない、いいかえれば、当該就労先事業所に対する事業所所属性を有しないとの結論を導出した。これを支える類推適用対象条文たる労働者派遣法一四一条一項が、派遣期間中もお派遣労働者が派遣元事業所に所属する旨を定めていることは、すでに述べた通りである（前掲二（一）①）。

かかる本決定は、I決定と比較すると、次の二点に特徴を見いだすことができる。第一に、「業とする労働者派遣」当事者および関係BR間における事業所組織法上の権利義務如何を規定した労働者派遣法一四一条、しかもその一部である三項一文が、本来その規制対象ではない「業としない労働者派遣」＝真正貸借労働関係に類推適用されることを傍論で触れたに過ぎなかったI決定に対し、本決定は、I決定を援用しつつ、そこから大きく踏み出し、同条三項のみならず、同条の他の条項、とりわけ一項も右類推適用の対象になり、かつ、そのことを一般論として判示した点である。

第二に、I決定は、当該類推適用の根拠に「類似した利害関係（gleiche Interessen）」を持ち出したが、その内容を自身では語らなかつた。他方、本決定は、右根拠として「利害状況の比較可能性（die Vergleichbarkeit der Interessenslage）」を掲げた上で、その内容を、労働者と使用者たる貸主との労働契約関係の維持、および、借主事業所への当該労働者の編入と具体的に提示した点である。なお、BAGが示した「類似した利害関係」（I決定）と「利害状況の比較可能性」（本決定）については、表現を異にするだけで、その実質は同一と把握される。なぜなら、I決定で引用された学説は、まさに本決定が説示した右二点の内容を指摘していたからである。

②BAG第七法廷一九八九年一月一八日決定(事件番号7 ABP 21/88)⁽¹⁾ (以下、Ⅲ決定)

【事実の概要】本件は、右①事件の両当事者が申立人・被申立人の立場を入れ替えて争った事案である。Y財団(申立人)は、人事交流協定に基づき受け入れているA大学のスタッフをはじめ、そもそも自らの事業所への所属性を有しておらず、Y財団事業所の従業員代表選挙では選挙権を持たないはずの複数の労働者集団を有権者数に組み入れる等して実施された一九八七年三月の従業員代表選挙の無効を求める申立をAGへ行った。

第一審(ベルリン労働裁判所一九八七年九月一七日決定)原審(ベルリン州労働裁判所一九八八年二月一日決定)ともにY財団の主張を認めたため、右①事件のX(被申立人)が特別抗告に及ぶ。

【決定要旨】特別抗告を認めず

(i)「Xの特別抗告には理由がない。」

原審は、事業所の人員規模に応じて選出すべき従業員代表委員数を定めた事業所組織法九条一文がその算定基準としている選挙権を有する労働者(wahlberechtigte Arbeitnehmer)につき、事業所に所属する労働者(betriebsangehörige Arbeitnehmer)のみがこれに該当すると判断した。「かかる解釈は、法的に何ら誤っていない。」

(ii)事業所所属性は、使用者との間に労働契約関係を有し、かつ、その事業組織(Betriebsorganisation)で当該使用者からの指揮命令に服して労務を給付する労働者にのみ認められるとの解釈を、「当裁判所は、…[従業員代表選挙における被選挙権(das passive Wahlrecht)⁽²⁾の有無が争われた一九七七年一月二八日第一法廷決定(BAG 29,398)において]明確に判示した。右選挙での選挙権(das aktive Wahlrecht)についても」と同様、事業所に所属する労働者のみが当該権利を有するといえる」。

(iii) (a) 右で述べた二要件のうち、前者を満たさない、つまり、「労働契約を締結していない他企業 (Betriebsinhaber) の事業組織への労働者の…編入は、「当該他企業における」事業所所属性を根拠づけけないとの解釈が、労働者派遣法…一四条一項からもたらされる。」

(b) 「同項は、派遣労働者が派遣期間中も派遣元の事業所に所属する旨規定する」。他方、「派遣先の」事業組織に対する派遣労働者の編入が同事業所に所属する従業員の集团的利害 (kollektive Interessen) にも影響を与えうる (Berühren) との事情は、当該労働者の配置の際に、事業所組織法九九条に基づく関与権を労働者派遣法が「派遣先の」事業所委員会へ認める…「労働者派遣法一九八一年改正」をもたらしした (同法…一四条三項一文参照)」。すなわち、「前述の二要件を満たすことよってのみ労働者の完全な事業所所属性が認められるべきことを、同法…一四条は疑う余地なく (eindeutig) 明らかにした」。

(c) 加えて、「本法廷は、「業とする」労働者派遣関係において、使用者の機能 (Arbeitgeberfunktion) が…「派遣元である」労働契約上の使用者 (Vertragsarbeitgeber) …と…「派遣先である」事実上の使用者 (faktische Arbeitgeber) …とに分割される事態に陥る」とも認めざるを得ない」。使用者による「個別的…人事措置に対して事業所委員会の…関与「が認められる理由」の大部分において労働契約関係の存在が前提とされる限り、右の「使用者機能の分割という」事態では、事業所組織法上、「派遣労働者と」派遣元との間になお維持されている労働契約関係が、より大きな重要性 (ein größeres Gewicht) を有する」。いいかえれば、「派遣先事業所への労働者の…編入は、事業所組織法上、使用者との労働契約関係…を必ずしも…前提としない一定の権利義務を派遣先の業所委員会に帰属させる限りの意義しか有しないのである」。

(d) また、派遣労働者が派遣先事業所で実施される従業員代表選挙における選挙権・被選挙権ともに有しない旨

を定めた「労働者派遣法：一四条二項一文」と、「派遣元・派遣先双方の事業所における」派遣労働者の二重所属性 (doppelte Betriebszugehörigkeit) を是認することとは矛盾する。したがって、派遣労働者は、派遣先事業所の従業員代表選挙において、選挙権者・被選挙権者いずれにもなりえない。」

(iv) 本日、本法廷が本件のXおよびY財団を当事者とする別事件で判断したように、「労働者派遣法：一四条一項は、…業としない労働者派遣に類推適用される (entsprechende Anwendung)」。A大学が利潤獲得意思を有していないため、本件のA大学・Y財団・同財団で就労するA大学のスタッフという三当事者関係は右派遣に該当して同項が類推適用される結果、「当該スタッフは、事業所組織法九条にいう…事業所に所属する労働者…として考慮されてはならない」。

(v) 以上により、右スタッフが事業所組織法九条にいう「選挙権を有する労働者」に該当せず、Y財団事業所の人員へ算入されないとした原審の判断は是認することができる。

事業所で選出すべき従業員代表委員数は、当該事業所が抱える「(当該代表の) 選挙権を有する労働者 (wahlberechtigte Arbeitnehmer)」数に応じて定まり(事業所組織法九条一文)、右「選挙権を有する」との意義は、従来の判例上、事業所所属性を指すことは、すでに触れたが(前掲一(3))、本決定も、これを確認している(判示(i)(ii))。

続けて本決定は、II決定を所与の前提として、A大学・Y財団・同財団で就労するA大学スタッフによる三者関係を、A大学に利潤獲得意思が欠けていることを理由に、労働者派遣法の規制対象外である「業としない労働者派遣」と捉え、なぜそれが可能かを述べることなく、当該派遣に同法一四条一項が類推適用されるとし(判示(iv))、

Y財団事業所における当該スタッフの事業所所属性を否定した(判示(v))。

本決定をこのように理解すれば、判示(iii)は、その傍論と位置づけられるが、そこには、I・II決定では触れられなかった「BAGが従前から採用してきた事業所所属性を決する二要件説の立場から、三当事者関係である業とする労働者派遣関係をいかに把握すべきか」についての言及がある。その要点を取り出すと、次の二点ではないか。ア・右二要件である、労働者の「使用者に対する労働契約関係の存在」と「事業組織への編入」とでは、前者がより重視される。これは、派遣労働者の事業所所属性が派遣元にあるとする労働者派遣法一四条一項によっても確認できる(判示(c))と、これを補完する(a)(b)。イ・右アの反射的解釈として、また、派遣先事業所で実施される従業員代表選挙の選挙権と被選挙権をいずれも派遣労働者に認めない同法一四条二項一文の定めからも明らかのように、派遣労働者が派遣元・派遣先事業所の双方に所属すると解釈することはできない(判示(d))と。本決定は、II決定と同様、業としない労働者派遣に対する労働者派遣法一四条全体の類推適用を認めているから(判示(iv))、右ア・イ二点が業としない労働者派遣においても当てはまる旨解する立場と想像できる。

(3) 小括

以上の検討から、BAGは、前掲I・II・IIIの各決定を蓄積させることで、本稿の検討対象である「真正貸借労働関係における被異動者の事業所所属性」に関し、次の四つの命題をひとまず打ち立てたといえよう。

すなわち、①不真正貸借労働関係⇨業とする労働者派遣を規制する労働者派遣法一四条一項が、本来、その規制対象ではない真正貸借労働関係⇨業としない労働者派遣に類推適用され、その結果、被異動者の事業所所属性は、送出企業にのみ認められる(以下、この考え方を「送出企業単独所属説」と記す)。②右類推適用を支える実質的

理由は、労働者と(不)真正貸借労働関係当事二企業との関係の相似性あるいは共通性である。それは、より具体的には、当該労働者(Leiharbeiter)と貸主(Verleiher)との労働契約関係の維持、および、借主(Entleiher)事業所への当該労働者の編入が並立している状況を指す。③右①の反射的解釈、あるいは、労働者派遣法一四条二項類推適用の結果として、被異動者が、送出企業・受入企業のいずれにも事業所所属性を有するとの解釈(以下、この考え方を「二重所属説」と記す)は排除される。④右①や③は、事業所所属性を決する二要件説の立場から三当事者関係である真正貸借労働関係を把握する際、第一要件「労働契約関係の存在」が第二要件「事業所(あるいは事業組織)への編入」に比してより重視される結果でもある。これを成り立たせる根拠は、従業員が有する使用者との「労働契約関係」を基盤に、当該従業員を構成員とするBRに使用者の個別的人事措置への関与権を付与する事業所組織法と、当該契約関係を必ずしも前提としない一定の権利義務を労働者が「編入」された派遣先事業所のBRに認める労働者派遣法との差異に求められている(Ⅲ決定の判示(iii)(c)をあらためて参照)、と。

三 判例のその後と学説における議論状況等

(一) 判例——Ⅲ決定以降に下された三つの判断を通じて

前章二で確認した「真正貸借労働関係における被異動者の事業所所属性」に関する判例の立場・考え方は、次に見るように、脈々と現在に至るまで受け継がれている。

① BAG 第七法廷二〇〇〇年三月二二日決定⁹⁾

【事実の概要】ドイツを肩書地として運送業等を営む申立人企業Xは、トラック運転手と労働契約を締結している。同企業は、右運転手との関係で、会計上・税法上・社会保険法上の責任を果たしてはいたが、実際の運送業務に関する指示は、その親企業でイタリアを肩書地とするAから発せられ、当該運転手は国境を越えて貨物輸送業務に従事していた。

一九九七年七月に実施されたXの事業所における従業員代表選挙で、トラック運転手五名が当選したが、Xは、その実施以前から、当該運転手らが同社に対する事業所所属性を有せず、したがって、従業員代表選挙における(被)選挙権を持たないとの主張を前提に、当該(被)選挙権を規定した事業所組織法七条・八条に違反して実施された右選挙の無効等を確認する申立をAGへ行った。

第一審(ケルン労働裁判所一九九七年二月二六日決定)はその主張を斥けたのに対し、原審(ケルン州労働裁判所一九九八年四月一日決定)はXの抗告(Beschwerde)を認め右選挙を無効と判断したため、Xの事業所に設置されたBRである被申立人Yが特別抗告に及ぶ。

【決定要旨】原決定破棄自判

「Yの特別抗告には理由がある。原審は、不当にも、「一九九七年七月にXの事業所で実施された」従業員代表選挙を無効と判断した。」

「Xに採用されたものの、実際には…Aの指揮命令を受けているトラック運転手らは、事業所組織法上、Xに所属する。この結論は、労働者派遣法一四条一項の類推適用(entsprechende Anwendung)によってもたらされる。」

「当裁判所がすでに確立した判例によれば、事業所組織法上、事業所に所属するとは、労働者が、使用者との労働契約関係を有し、かつ、その事業組織内で当該使用者からの指揮命令に服して労務を給付することである」（前掲Ⅲ決定等参照）。もっとも、「労働者が…使用者によつて他企業に送り出され、その事業組織へ…編入された場合、この事態は、事業所組織法上、原則として、他企業の事業所に対する当該労働者の所属を根拠づけない。これは、「派遣労働者の事業所所属性が派遣期間中もおお派遣元事業所にあることを規定した」労働者派遣法一四条一項が示すとおりである。…立法者は、業とする労働者派遣が実施され、労働契約上の使用者たる派遣元と実際の使用者である派遣先との間で使用者の機能が分割される際、事業所組織法上、…「派遣労働者の」派遣先事業所への…編入よりも、派遣元との間でなお維持される「労働」契約…関係をより重視（ein größeres Gewicht）したと考えられる（前掲Ⅲ決定参照）。ゆえに、「派遣先に対する派遣労働者の完全な事業所所属性は根拠づけられない（前掲Ⅲ決定…「等」参照）」。

「労働者派遣法一四条一項は、業とする労働者派遣のみを直接の適用対象としている。しかしながら、利害状況の比較可能性（die Vergleichbarkeit der Interessenlage）を理由に、本来、規制することを想定していなかった業としない労働者派遣へも類推適用される（前掲Ⅱ決定参照）。派遣元が、業として、あるいは、業ではなく、労働者派遣を実施しても、そのことは、派遣労働者の事業所組織法上の法的地位に何ら考慮されない」。なぜなら、「業としない労働者派遣」である真正貸借労働関係」でも、被異動者は、「派遣労働者と同様、使用者たる」送出企業との労働契約関係を維持し、受入企業の事業所へ編入される」からである。

労働者派遣法上の労働者派遣であるためには、従来の判例により（本法廷一九九〇年三月二一日決定（BAGE 6543）等参照）、利潤獲得意思がなければならぬが、「本件において使用者であるXにそれはない」。

以上を踏まえると、本件における三当事者関係は、業としない労働者派遣であり、労働者派遣法一四条一項の類推適用の結果、当該トラック運転手は、使用者であるXの事業所に対してその所属性を有し、当該事業所で実施された従業員代表選挙の（被）選挙権者である。したがって、これと異なる原審の判断は認められない。

② BAG 第七法廷二〇〇四年三月一日決定³⁾

【事実の概要】従前A市が担っていた近距離交通事業の所管部局の一部が切り出され設立された申立人X会社では、同社に雇用される者三三名と、X会社と同様の事情で誕生したB会社から受け入れている労働者三八名とが共同して業務に当たっていた。

二〇〇二年四月に実施されたX会社事業所における従業員代表選挙で、同社の生え抜き労働者二名およびB会社出身の労働者三名が当選する。X会社は、B会社から受け入れた労働者三八名にはX会社への事業所所属性がなく、右選挙での（被）選挙権を有しないとの主張を前提に、選出すべき従業員代表委員数を定めた事業所組織法九条一文に反して実施された右選挙の無効確認等を求める申立をAGに行った。

第一審（バイロイト労働裁判所ホフ支部二〇〇二年八月二〇日決定）原審（ニュルンベルク州労働裁判所二〇〇三年八月一日決定）ともにX会社の主張を認めたため、X会社事業所に設置されたBRである被申立人Yが特別抗告に及ぶ。

【決定要旨】特別抗告を認めず

「Yの特別抗告には理由がない」。なぜなら、事業所の人員規模に応じて選出すべき従業員代表委員数を定めた事業所組織法九条一文・従業員代表選挙の被選挙権を定めた同法八条等に違反して、X会社事業所の当該選挙が実

施されたからである。

本法廷は、二〇〇三年四月一六日決定 (BAGE 106.64) において、派遣労働者が派遣先事業所との関係で、事業所組織法九条にいう従業員代表選挙の選挙権を有する労働者 (wahlberechtigte Arbeitnehmer) に該当しない旨判示したが、「このことは、業としない労働者派遣に該当する本件にもそのまま妥当する。」

「当裁判所が確立した判例によれば、…「事業所組織法九条で考慮されるべき」「従業員代表選挙で」選挙権を有する労働者」とは「事業所に所属する労働者のみ」を指す(前掲Ⅲ決定参照)。

この「事業所に所属する労働者とは、使用者との労働契約関係を有し、かつ、その事業組織に編入された労働者である(前掲Ⅲ決定…「等」参照)。この要件を派遣労働者は充足しない。なぜなら、業とする労働者派遣では、派遣先と派遣労働者との間に労働契約関係が存在しないからである(本法廷二〇〇〇年一〇月二五日決定 (BAGE 96.150)…参照)。派遣先事業所への派遣労働者の…編入は、当該事業所に対する所属性を正当化しない。この」とは、「派遣労働者が派遣期間中も派遣元事業所に所属する旨定めた」労働者派遣法一四条一項から導かれる。…立法者は、業とする労働者派遣が実施され、労働契約上の使用者たる派遣元と実際の使用者である派遣先との間で使用者の機能が分割される際、事業所組織法上、…「派遣労働者の」派遣先事業所への…編入よりも、派遣元との間でなお維持される…「労働」契約…関係をより重視したと考えられる(前掲Ⅲ決定参照)。以上に鑑みると、「派遣先に対する派遣労働者の完全な事業所所属性は根拠づけられない(前掲Ⅲ決定、右①決定参照)。」

「労働者派遣法一四条一項は、業とする労働者派遣のみを直接の適用対象としている。しかしながら、利害状況の比較可能性を理由に、本来、規制することを想定していなかった業としない労働者派遣へも類推適用される(前掲Ⅱ決定参照)。派遣元が、業として、あるいは、業ではなく、労働者派遣を実施しても、そのことは、派遣労働

者の事業所組織法上の法的地位に何ら考慮されない」。なぜなら、「業としない労働者派遣」である真正貸借労働関係」でも、被異動者は、「派遣労働者と同様、使用者たる」送出企業との労働契約関係を維持し、受入企業の事業所へ編入される」からである。

したがって、B会社から受け入れX会社で就労していた労働者らは、労働者派遣法一四条一項類推適用の結果、X会社に対する事業所所属性を有せず、ひいては同事業所で実施された従業員代表選挙の（被）選挙権を行使できない。これを理由に当該選挙を無効と判断した原審の判断は是認できる。

③BAG第七法廷二〇〇五年四月二〇日決定⁽³⁾

【事実の概要】複数の企業を擁するGコンツェルン（Konzern）⁽⁴⁾の一員である申立人企業Xは、同コンツェルン全体のため、それを構成する他の企業（以下、コンツェルン企業（Konzernunternehmen））へ自らが雇用した労働者を必要に応じて配置する等の役割を負っていた。当該労働者の賃金はXが支払い、実際の就労に関わる判断や指揮命令権の行使は、労働者が配置された当該企業が担っていた。

二〇〇二年四月に実施されたXの事業所における従業員代表選挙では、実際に当該事業所で業務に従事している四名に、他のコンツェルン企業で就労している者も加え、合計八二名の選挙権者が存在することを前提に、五名の従業員代表委員が選出される。Xは、他のコンツェルン企業で就労している者が自らの事業所に対する所属性を有するはずがなく、それゆえ、右選挙での選挙権を有しないとの主張に基づき、右選挙の無効等を確認する申立をA Gを行った。

第一審はXの主張を認め同選挙を無効と判断したのに対し、Xの事業所に設置されたBRである被申立人Yが抗

告したところ、原審（ヘッセン州労働裁判所二〇〇三年一月二七日決定）は第一審の判断を覆して右選挙を有効としたため、Xが特別抗告に及ぶ。

【決定要旨】特別抗告却下（zurückweisen）

「X企業の特別抗告には理由がない。」

「事業所組織法七条で定められた「従業員代表選挙の」選挙権および同法八条に基づく「当該選挙の」被選挙権は、事業所に所属する労働者のみが有する。当該労働者は、使用者との労働契約関係を有し、かつ、その事業組織内で当該使用者からの指揮命令に服して労務を給付する者である（当該判断所で確立された判例である。右①②決定：「等」参照。）」

これに照らすと、GコンツェルンのXと労働契約を締結し、同コンツェルン内の他の企業で就労する労働者らは、「Xには編入されていない」が、「労働者派遣法一四条一項の類推適用により、事業所組織法上、「労働契約上の使用者であつて」送出企業であるXの事業所に対する所属性を有し」、同法七条：および八条の要件を満たす。右類推適用は、Xに利潤獲得意思がなく業務性が認められないためにもたらされる。

Xとの労働契約関係を維持しつつ、他のコンツェルン企業で就労する「本件の労働者らは、労働者派遣法一四条一項の類推適用により、事業所組織法上、Xの事業所に所属する。」

「同項は、派遣労働者が派遣期間中も派遣元事業所へ所属する旨を定める。：派遣先に対する派遣労働者の完全な事業所所属性は根拠づけられない（右①②決定参照）。いいかえると、「派遣労働者の事業所所属性は、派遣元」にあり続けるということである。」

本来、業とする労働者派遣のみを直接の適用対象とする「労働者派遣法一四条一項は、利害状況の比較可能性を

理由に、業としない労働者派遣に対しても類推適用される。派遣元が、業として、あるいは、業ではなく、労働者派遣を実施しても、そのことは、派遣労働者の事業所組織法上の法的地位に何ら影響を与えない」。なぜなら、「業としない労働者派遣」である真正貸借労働関係」でも、被異動者は、「派遣労働者と同様、使用者たる」送出企業との労働契約関係を維持し、受入企業の事業所へ編入される」からである。

以上に基づくと、本件における右労働者らは、繰り返しではあるが、労働者派遣法一四條一項の類推適用により、事業所組織法上、X企業の事業所に所属し、それゆえに、二〇〇二年四月にXの事業所で実施された従業員代表選挙で選挙権を行使しうる。Xの主張を斥けた原審の判断は是認できる。

以上の通り、BAGは、A・前掲II決定において「利害状況の比較可能性 (die Vergleichbarkeit der Interessenslage)」と表現され右①②③決定がいずれもそれを引用した、(不)真正貸借労働関係における労働者 (Leiharbeiter) が貸主 (Verleiher) と労働契約関係を継続し、借主 (Entleiher) の事業所に編入されるといふ共通した状況を実質的根拠に、イ・本来、適用対象ではない業としない労働者派遣II真正貸借労働関係に対して、労働者派遣法一四條、とりわけ、派遣労働者が派遣期間中も派遣元事業所に所属する旨を定めた一項を類推適用することによって、ウ・被異動者の事業所所属性を送出企業の事業所のみに定める、いいかえれば、送出企業単独所属説を採用し二重所属説を排除する (前章小括(二)(4)①②③) をあらためて参照) という、前掲IIIII決定を通じて定立された判例法理で事案に対処する姿勢を継承している。

(2) 学説

こうした判例に対して、学説の大勢はこれを支持するが、被異動者が送出企業・受入企業双方の事業所に所属すると捉える二重所屬 (doppelte Betriebszugehörigkeit) 説も少数ながら有力に主張されている。この見解の基点は、受入企業が被異動者に対して実際の就労に関わる指揮命令をなす一方で、送出企業がそれに関わらない指揮命令を被異動者へなお下している状況にあると思われるが、二重所屬説を採る論者の一人 Hamann は、次のように主張する。

「事業所組織法五条は、「事業所の」所屬を判断する規定ではなく、単に、誰を同法における労働者と評価できるかを確認する規定である」。こうした視点からすると、「厳格な「二要件説 (Zwei-Komponenten-Lehre)」は、受入企業と被異動者との間に存在する個別法的關係 (individualrechtliche Beziehung) をなおさりにしてしまふ。右両者間に労働契約關係が存在しないとしても、それは、「送出企業と受入企業とで」使用者機能が分割される事態において、受入企業と被異動者との間に、労働法上の關係 (Arbeitsrechtliche Beziehung) が一切生じないことを意味しない。…「真正貸借労働關係を実施する際に送出企業・受入企業間で締結され、法的性質としては第三者のためにする契約 (echter Vertrag zugunsten Dritter) に位置づけられる」契約 (Leiharbeitsvertrag) に基づいて、受入企業は、被異動者に対する独自の給付請求権 (eigene Leistungsanspruch) を獲得する。当該請求権を根拠に、受入企業は、送出企業と同様、自らの事業目的のために被異動者の労働力を利用する権限を行使できるのである。他方で、当該請求権は、通常の労働契約關係に伴う…付随義務の根拠ともなる (民法二四一条二項参照)。…こうした労働法上の關係が、事業所組織法上、受入企業に対する被異動者の事業所所屬性を根拠づけ

る。被異動者は、受入企業が雇用しその事業組織に編入した労働者と相似する立場であり (vergleichbar)、かつ、被異動者が給付する労務およびその行為に関しては、受入企業の秩序 (Organisationsrecht) と指揮命令に服しているのである」¹⁰⁾。

なお、一九七二年制定から二〇〇二年改正による廃止に至るまで、労働者派遣法三条一項六号が派遣期間を規制していた時期には、当該期間を一つの基準としてさらに様々な見解が唱えられていたが¹¹⁾、当該規制が撤廃された今日の学説は、送出企業単独所属説または二重所属説に集約されていると捉えてよい。

(3) 二〇〇一年法改正の内容とその影響

事業所組織法が二〇〇一年に改正されたことは、冒頭ですでに指摘していたが (前掲一(2))、労働者派遣法も同年に改正されている。実はそこには、本稿の検討課題である「真正貸借労働関係における被異動者の事業所所属性」如何との関係で影響を及ぼしうる内容が含まれていた。

①事業所組織法では、七条が「満一八歳を迎えた全ての労働者は、「従業員代表選挙での」選挙権を有する。」と定めていたところ、「事業所の満一八歳を迎えた全労働者は、「従業員代表選挙での」選挙権を有する。労働者が労務を給付するため他の使用者に派遣 (überlassen) された場合には、就労先の事業所での配置 (Einsetzen) が三ヶ月を超えた時に、当該労働者は「従業員代表選挙での」選挙権を有する。」に、②労働者派遣法では、「派遣労働者は、派遣先の事業所において実施される従業員代表選挙の選挙権および被選挙権を有しない。」とあつた一四条二項一文が、「派遣労働者は、…派遣先の事業所において実施される従業員代表選挙において、被選挙権を有しない。」に改められたのである。

右改正による決定的な変化は、その文言から明らかなように、派遣先事業所で実施される従業員代表選挙において、従前なら全く否定されていた選挙権を派遣労働者が行使できるようになった点である。¹⁴⁾

当該改正が業としない労働者派遣＝真正貸借労働関係における被異動者の事業所所属性に対して、いかなる影響を与えるか。業とする労働者派遣の事案ではあったが、派遣先事業所で二〇〇二年三月に実施された従業員代表選挙の有効性が争われたBAG第七法廷二〇〇三年四月一六日決定¹⁵⁾には、次のような言及がある。すなわち、「二〇〇一年事業所組織法改正により挿入された」七条二文が、派遣先の事業所で実施される従業員代表選挙の際に、派遣労働者の選挙権：「の行使」を「一定の要件の下で」認めたことは、「派遣労働者の事業所所属性に」何らの変化ももたらさない。同法改正によっても、派遣先に対する派遣労働者の事業所所属性が認められたわけではないのである」。改正後の同法七条の定め「からは、派遣労働者は、「派遣先の」事業所の労働者ではないことが読み取れる。このことは、「改正されることなく」依然として (nach wie vor)、派遣労働者の所属を派遣元の事業所と規定する労働者派遣法一四条一項の定めと適合的である」と。この後に生じた同種の事件に対するBAG第七法廷二〇〇三年一〇月二二日決定 (BAGE 108189) にも、これと同じ判示が看取される。

他方、これら二つの決定と同じく二〇〇二年に受人企業で実施された従業員代表選挙における被異動者の事業所所属性および(被)選挙権が争点となった右三(一)②③決定では、先に見た通り、労働者派遣法一四条一項の類推適用が持ち出されるだけで、法改正で新たに認められた派遣先事業所における派遣労働者の選挙権(同条二項一文)との関係については、何らの言及もなかった。

以上を考えると、判例は、二〇〇一年の事業所組織法・労働者派遣法改正を次のように位置づけるのであろう。当該改正は、派遣労働者ひいては被異動者の事業所所属性そのものには影響を与えるのではなく、事業所

所属性を離れて、あくまでも個別の権利として派遣先・受入企業の事業所における選挙権を当該労働者に付与したに過ぎない、と。⁽⁴⁾

もつとも、このような理解に基づく、受入企業の事業所で実施される従業員代表選挙における被異動者の選挙権の存否は、事業所所属性の帰趨にかかわらず、独立した法律問題として浮上しうる。なぜなら、前掲Ⅱ決定は、労働者派遣法の類推適用の範囲について、前掲Ⅰ決定が対象とした一四条三項だけでなく、同条他の条項にも及ぶと述べているからである(前掲二(2))①判示(iv)。つまり、同条二項一文の類推適用に基づいて、受入企業における選挙権が被異動者に認められる可能性はなお残る。その意味で、右三(1)②決定の一部には疑問があり、判例の今後の動向に留意する必要がある。

学説の状況としては、右判例と同様、二〇〇一年に改正された事業所組織法・労働者派遣法の内容が派遣労働者・被異動者の事業所所属性に影響を与えることはないとする見解が有力といえる。⁽⁵⁾

四 おわりに——総括・評価等

(1) ここまで、真正貸借労働関係における被異動者の事業所所属性をめぐる議論を判例の動向を中心に検討してきた。

BAGの姿勢は一貫している。すなわち、(不)真正貸借労働関係三当事者間において、労働者(Leiharbeiter)が使用者である貸主(Verleiher)との労働契約関係を継続・維持している一方、借主(Entleiher)の事業所へ編

入されているという共通の実態¹¹利害状況の比較可能性 (die Vergleichbarkeit der Interessenslage) を実質的な基盤として、派遣期間中も派遣労働者は派遣元の事業所に所属する旨を定める労働者派遣法一四条一項の類推適用を法的根拠に、送出企業単独所属説が唱えられる。対する学説では、かかる判例を支持する見解が多数を占める。その存否が従業員代表選挙における(被)選挙権の発生・付与如何を決するという法的効果をもたらす点から考れば、事業所組織法・労働者派遣法を通じた事業所所属性に対する規制は、公法的性格を強く帯びる。ゆえに、私法上の法的地位・権利義務関係に依拠することなく、事業所所属性の規範的内容等を独自に判断することも可能と思われ、かかる観点に基づいた見解が二重所属説なのであろう。しかしながら、ドイツの判例とこれを支持する多数説は、真正貸借労働関係における被異動者の事業所所属性につき、こうした思考を採っていないと評価できる。なぜなら、ドイツの判例・学説は、当該関係の三当事者間における私法上の権利義務関係を整理するにあたっても、基本的に労働契約関係が送出企業と被異動者との間に唯一存在するとの理解を出発点にするからである。¹²なお、BAGは、前掲三(1)②決定にも見られたように、真正貸借労働関係の対概念である不真正貸借労働関係¹³業とする労働者派遣における派遣先と派遣労働者との労働契約関係の成立・存在も明確に否定する。¹⁴

以上に鑑みると、ドイツの判例は、真正・不真正を問わず、貸借労働関係における当該労働者 (Leiharbeiter) の事業所所属性の帰趨を、むしろ積極的に、その私法上の法的地位や権利義務関係、つまりは、三当事者間の労働契約関係に接合させて決する立場を志向しているように映る。

(2) 翻って、わが国では、ドイツのような常設の従業員代表機関が置かれていないため、ドイツに関する右検討からわが国に対する何らかの示唆を直接に得ることは困難といわざるを得ない。とはいえ、本稿の冒頭で触れたように(前掲一(4))、労基法上のいわゆる過半数労働者代表制(以下では単に「過半数代表者」と記す)

が設定・運用されており、そこでは、右代表者の選出要件として「過半数」が課されている。

事件当時、現行の労基則六条の二が制定されておらず、通達（昭六三・一・一基発一号）上の要請に過ぎなかつた民主的手続きを経ないで就任した過半数代表者が締結した三六協定の効力を否定したトーコロ事件最高裁判決（最一小判平一三・六・二二労働八〇八号一頁）を参考にすれば、条文上の要件である「過半数」を選出時に実際には充足していない代表者により締結された労使協定の効力が、司法審査の結果、否定される事態も十分想定できる。それだけに、過半数代表者の選出に課された「過半数」要件の充足のあり方を考察することには、一定の法的意義がある⁵⁰。以下では、二企業と向き合うため、当該要件の充足如何を判断するにあたって不安定な存在となりうる出向労働者との関係で、「過半数」要件をいかに理解すればよいかについて、右の検討で得たドイツの知見を糧に若干ではあれ検討してみる。

一般的な説明では、出向関係に対する労基法の適用は、出向労働者の就労実態に即して、あるいは、出向元・出向先・出向労働者、以上三当事者間の合意を基に決定される⁵¹。かつて、労働基準法研究会報告「派遣・出向等複雑な労働関係に対する労働基準法等の適用について（昭和五九年一〇月一八日）」は、実態調査を踏まえながら、出向元・出向先へ労基法を適用するにあつての大まかな割り振りを、賃金・労働時間・就業規則等、事項別に整理した⁵²ことがあり、これをそのまま取り込んだ行政解釈も存在する（昭六一・六・六基発三三三三号のほか、昭三五・一一・一八基取四九〇一号の二、平一一・三・三一基発一六八号も同趣旨と思われる）。他方、過半数代表者は、「特定事項ごと、特定案件ごと」に、当該事件・案件に限って事業場を代表する⁵³者として、理論上は、その時々、必要な事項・案件ごとに選出される。

この時、右の一般的な説明や通達の受け止め方如何によつては、労基法の適用が予想される事項・案件では、過

半数代表者の被選出母集団たる「労働者」に出向労働者を算入し、同法が適用されないと推測できる事項・案件では当該労働者を右母集団に算入しない旨、出向元・出向先が取り扱うことが想定できる。このような取扱いは法的に許容されるか。筆者は、過半数代表者の選出という、強行法規であり刑事罰の発動さえ伴いうる労基法適用の一局面（公法的性格を帯びる規制内容）が、当事者意思によって左右されることに違和感を覚える。

ここでドイツの知見を参考にすると、①労働者派遣法には、派遣元・派遣先に対する労基法適用に関する特例を定めた条項（四四条等）があるが、これを類推適用するという視点、または、②出向三当事者間の労働契約関係に依拠するという視点から、右の間に対する是非を解析できるのではないか。もともと、前者①は採用できないであろう。なぜなら、わが国の労働者派遣（労働者派遣法二条一号）と出向との間には、真正貸借労働関係に対するドイツ労働者派遣法の類推適用を実質的に支えている「利害状況の比較可能性」に見られるような共通基盤が成立しないからである。その具体的理由としては、第一に、わが国の派遣労働者と派遣先との間には労働契約関係が存在しないことが前提とされるのに対し（労働者派遣法二条一号）、出向労働者は出向元と出向先いずれとも部分的ではあれ労働契約関係にあると解されている点、第二に、ドイツでは業とする労働者派遣（≡真正貸借労働関係）と業としない労働者派遣（≡真正貸借労働関係）とは対概念であるが、わが国では、労働者派遣法が「業として行わない労働者派遣」概念（三八条等）を設けたために、労働者派遣と出向とは、右のような対概念の關係に該当しない点が挙げられる。

他方、②労働契約関係に依拠するという視点はどうか。右で少し触れたように、出向労働者は、労働契約関係を維持している出向元とはもちろん、出向先とも部分的ではあれ労働契約関係にあるため、この視点からは、事項・案件にかかわらず、過半数代表者の選出という労基法の適用場面では、出向元・出向先双方の事業場において被選

出母集団たる「労働者」に算入すべきという、出向関係当事者にとって明瞭でわかりやすい規範が設定される。かかる解釈は、前述した二つの通達よりもむしろ、労基法三六条一項における労働者の範囲に関わり、管理監督者（同法四一条二号）等、除外可能な労働者層の存否の問い合わせに対し、「三六」協定は、…「同項」の対象となる労働者の過半数の意思を問うためのものではなく、…二四条、…九〇条におけるのと同様当該事業場に使用されているすべての労働者の過半数の意思を問うためのもの」（傍点は筆者による）として、疑義が向けられた労働者層を当該労働者に含めるべきと回答した通達（昭四六・一・一八 四五基収六二〇六号、昭六三・三・一四基発一五〇号、平一一・三・三一基発一六八号）と軌を一にするものと把握できる。⁵⁵⁾

こうした右②の視点から、先に想定した出向元・出向先の取扱いに対する間を解析すれば、次のように考えられよう。すなわち、出向元・出向先が、各々の事業場における過半数代表者選出に際し、出向労働者を被選出母集団たる「労働者」からそもそも排除することは、当該労働者との間に部分的ではあれ労働契約関係が存在する以上、労基法の解釈適用を誤つたものであり、当該手続きで選出された代表者が締結した労使協定の法的効力は無効と判断されるおそれがある、と。

(3) 本稿は、ドイツ真正貸借労働関係における被異動者の事業所所属性に焦点をあてたが、当該関係と従業員代表制との結節点としては、送出企業・受入企業とその事業所に設置されるBRとが締結する事業場協定(Betriebsvereinbarung)の被異動者に対する法的拘束性や、送出企業が発出する企業間人事異動命令に対する右両BRの関与等、なお解明すべき課題が存在する。それだけに、本稿はまさに「基礎的」考察に留まるものであり、かかる諸課題については今後検討を進め、他日別稿を立てて臨みたい。

(1) (在籍) 出向の法的意義は一樣ではないが、ひとまず「指揮命令権者を変更する使用者の人事措置」と解しておく。久保敬治・浜田富士郎「労働法」(ミネルヴァ書房、一九九三年) 三三三六頁「浜田富士郎執筆」参照(同旨、日東タイヤ事件控訴審判決・東京高判昭四七・四・二二六労働一八九号五八頁)。あえて法令上にその意義をたどると、雇用保険法施行規則一〇二条の第三一項二号イ(1)(i)に「労働者が」失業することなく他の事業主に雇い入れられること」とある。

出向の実態については、労務行政研究所「出向制度に関する最新実態」(労政時報三七六三号(二〇〇九年)六頁、産勞総合研究所「二〇〇九年 中高年層の処遇と出向・転籍等の実態に関する調査」(企業と人材四二巻九五七号(二〇〇九年)三四頁、調査研究報告書No.126「出向・転籍の実態と展望」(日本労働研究機構、一九九九年)等の調査結果を参照されたい。

(2) 土田道夫「労務指揮権の現代的展開」(信山社、一九九九年)一八七頁以下(初出・土田道夫「労働契約における労務指揮権の意義と構造(三)」法学協会雑誌二〇五巻二二号(一九八八年)一六八八頁(とくに二七二四頁以下)参照。

(3) 中内哲「ドイツ労働法における真正貸借労働関係の法理」季刊労働法一七八号(一九九六年)一二八頁等参照。

(4) 事業所の定義規定は、法律に置かれていないが、判例・学説は、これを「使用者が単独もしくは労働者と共同してその内部で有形無形の営業財産を用いつつ、一定の作業技術的目標を追求する組織的統一体」と解している。vgl.BAGE 1,175=AP Nr.1 zu § 88 BetrVG 1952:BAGE 40,163=AP Nr.3 zu § 4 BetrVG 1972:BAGE 86,370=AP Nr.6 zu § 8 BetrVG 1972:BAGE 109,322=AP Nr.22 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb; Schaub/Vogelsang, Arbeitsrechts-Handbuch,13.Aufl.,2009, § 18 Rdnr.1;Richardi/Wlotzke/Wilfmann/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (21-MünchArbR) /Richardi,Band 1,3.Aufl.,2009, § 22 Rdnr.5ff.;Leinemann (Hrsg.),

- Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht (Nf-KasselerHandb) / Etzel, Band 2, 2. Aufl., 2000, 9.1 Rdnr.1; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Band II, 2008, S.256; Weber/Ehrich/Hörchens/Oberthür, Handbuch zum Betriebsverfassungsrecht, 2. Aufl., 2003, Teil A Rdnr. 1, Düwell (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz (BfV-Hako-BetrVG) / Kloppenburg, 1. Aufl., 2002, §1 Rdnr.11; Etzel, Betriebsverfassungsrecht, 8. Aufl., 2002, A. Grundbegriffe Rdnr.1; Löwisch/Kaiser, Betriebsverfassungsgesetz, 5. Aufl., §1 Rdnr.3, 2002,
- (5) 事業所組織法八七条一項は、重要な労働条件を形成する労働時間(二一〇号・三三〇号)・賃金(四一〇号・一一〇号)・福利厚生(八八号・九〇号)等、社会的事項(Soziale Angelegenheiten)として各号に掲げた事項について使用者とBRとが共同決定すべき旨を定める。書面化された両者の合意は事業所協定(Betriebsvereinbarung)と呼ばれ、これは、労働契約に対して直律的かつ強行的効力を有する(同法七七条四項一文)。藤内和公「ドイツの従業員代表制と法」(法律文化社、二〇〇九年)八四頁以下および一〇三頁以下等参照。
- (6) 例えば、事業所組織法九九条は、常時二〇名を超える「従業員代表選挙での」選挙権を有する労働者「を擁する使用者に対して、採用(Einstellung)や配置転換(Versetzung)等が実施される際に関係するBRへの通知義務等を課す一方(二項)、同BRに対して、法令違反等を理由とした当該人事措置に対する同意拒絶権を与えている(二項)。個別的人事措置やそれに対するBRの関与の詳細については、藤内・前掲註(5)書一五七頁以下等参照。
- (7) 例えば、Schaub/Koch, a.O. (Fn.4), § 210 Rdnr.2は、「当該制度について次のように述べている。「従業員代表法制(Betriebsverfassungsrecht)は、…使用者が行う措置に対する労働者の保護、および、…使用者による「経営上の」判断への労働者集団(Arbeitnehmergemeinschaft)への関与を目的とする」」。
- (8) 具体的には、事業所組織法一二六条に基づき連邦参議院(Bundesrat)の同意を得て連邦労働・社会秩序省

(Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung) が定める同法第一施行命令 (Erste Verordnung zur Durchführung des BetrVG) を指す。同命令は、俗に選挙規則 (Wahlordnung, WO) と呼称される。

(9) BAG 29,398=AP Nr.2 zu § 8 BetrVG 1972.

本件の事案の概略は、以下の通りであった。一九七五年四月に申立人X会社の事業所で実施された従業員代表選挙で、被申立人Yは一九五五年以来の連続当選を果たした。他方、X会社の一〇〇%子会社で一九六八年に設立されたA会社の事業所で同月に実施された当該選挙でもYは初当選した上、当該BRの議長 (Vorsitzender) に就任する。X会社は、YがA会社設立以来、A会社に編入 (Eingliederung) 後掲註 (11) 参照) されており、もはやX会社では就労していないことを理由に、YがX会社の従業員代表委員に選出されたことを取消す申立 (Antrag) をAGへ行った。第一審・原審ともにX会社の主張を認めたため、YがBAGへ特別抗告 (Rechtsbeschwerde) をなす。なお、従業員代表選挙に関わる訴えについては、後掲註 (13) を参照。

BAGは、従業員代表選挙における被選挙権が認められるためには、「労働法上の事業所所属性 (arbeitsrechtliche Betriebsangehörigkeit)」と「実際の事業所所属性 (tatsächliche Betriebsangehörigkeit)」がともに存在しなければならないが、Yが有するのはX会社に対する前者のみであることを根拠に、Yの主張を斥け原審の判断を是認した。

(10) なお、被選挙権者を定めた同法八条一項には、次のように「事業所に所属する」という文言が用いられている。

「六ヶ月間当該事業所に所属した (angehören) … [従業員代表選挙の] 全ての選挙権者は、被選挙権を有する。(第二文以下省略)」

(11) 「編入」とは、「使用者の指揮命令下にある労働者が事業組織 (Betriebsorganisation) において当該事業目的達成のために配置されている (einsetzen) 状態」(vgl. Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum

Arbeitsrecht (NLE-ErfK) /Eisemann/Koch,9.Aufl.,2009,§ 7 BetrVG Rdnr.2) 4695ff. 「労働者及び引寄せられた職務を遂行する期間・期間・場所について、使用者の包括的な命令権に服すること」が特徴 (vgl.BAGe 41,247=AP Nr.42 zu § 611 BGB Abhängigkeit;BAGe 69,286) を述べている。

(2) Vgl.Schaub/Koch,a.O. (Fn.4), § 213 Rdnr.11;MünchArbR./Joost,Band 23.Aufl.,2009,§ 216 Rdnr.38ff.;

Löwisch/Kaiser, a. a. O. (Fn.4), § 7 Rdnr.12,44ff. Gamillscheg,244ff. 使用者との労働契約関係が「原則として」当該事業所への労働者の編入をもちた場合である。 vgl.Gamillscheg,a.O. (Fn.4), S.306.

前掲一九七七年十一月二八日第一法廷決定以降、二要件説を採用したと認められるBAfGの判断は以下を参照。 vgl.BAG Urteil v.21.10.1980,AP Nr.17 zu Internationalen Privatrecht=NJW 1981,1175;BAGe 69,286=AP Nr.1 zu § 7 BetrVG 1972;BAGe 72,12=AP Nr.8 zu § 1 GesamthafenbetriebsG ;BAGe 94,144=AP Nr.8 zu § 14 AÜG;BAGe 98,60=AP Nr.1 zu § 87 Leiharbeiternehmer BetrVG 1972;BAGe 106,64=AP Nr.1 zu § 9 BetrVG 2002;BAGe 108,185;BAGe 110,27=AP Nr.8 zu § 7 BetrVG 1972;BAG Beschluß v.10.11.2004,AP Nr.11 zu § 7 BetrVG 1972=DB 2005,1067;BAG Beschluß v.20.4.2005,NZA 2005,1006;BAG Beschluß v.7.5.2008,NZA 2008,1142.

(3) 従業員代表選挙に関する訴えは、決定手続を (Beschlußverfahren) として審理される (労働裁判所法 (Arbeitsgerichtsgesetz vom 2.7.1979 (BGBlI S.853,ber.S.1036), ArbGG) 二二条一項一号・八〇条一項)。

決定手続とは「聴聞 (Anhörung)」により進行し (同法八三条四項)、労使はともにこれに参加しなければならない (同条三項)。AGは、当該手続を得た全ての証拠に基づき自由な心証によって判断する (同法八四条)。マンフレート・レーヴィツィシュ著 (西谷敏・中島正雄・米津孝司・村中孝史共訳) 『現代ドイツ労働法』 (法律文化社、一九九五年) 四九六頁「西谷敏担当」等参照。右の「聴聞」とは、裁判所が訴訟当事者に「事実上・法律上の点について陳述の機会を与え

る」と説明される。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)三二頁参照。

なお、A Gの決定に対しては、州労働裁判所(Landesarbeitsgericht)への抗告(Beschwerde)が認められ(労働裁判所法八七条一項)、州労働裁の判断に不服がある当事者は、さらにB A Gへ特別抗告(Rechtsbeschwerde)することができる(同法九二条一項)。ペーター・ハナウ・クラウス・アドマイト著(手塚和彰・阿久澤利明共訳)「ドイツ労働法」(信山社、一九九四年)三五〇頁以下「阿久澤利明担当」等参照。

(14) より具体的には、当該過半数代表者の選出に際し、出向労働者を出向元・出向先いずれの事業場で被選出母集団である「労働者」に算入すべきか、という問題である。本文後掲四(2)で言及する。

(15) Vgl.Schaub/Kochaa.O. (Fn.4), § 120 Rdnr.1;MünchArbR/Schürenaa.O. (Fn.12), § 318 Rdnr.67.

なお、B A Gは、使用者たる派遣元企業(Verleiher)が他企業である派遣先(Entleiher)に対して、自らが雇用する労働者に関する労働力の処分を委ねる一方、当該労働者が派遣先の事業所に完全に編入され、派遣先の指揮命令にのみ従って業務を遂行している状態と説明する。vgl.BAGE 29,7=AP Nr.9 zu § 103 BetrVG 1972;BAGE 31,135=AP Nr.2 zu § 1 AÜG;BAGE 43,102=AP Nr.5 zu § 10 AÜG;BAGE 60,368=AP Nr.2 zu § 14 AÜG (本文ご参照の註): BAGE 65,43=AP Nr.15 zu § 1 AÜG;BAGE 77,52=AP Nr.11 zu § 10 AÜG;BAGE 77,102=AP Nr.16 zu § 1 AÜG;BAGE 78,252=AP Nr.18 zu § 1 AÜG;BAGE 80,46=AP Nr.19 zu § 1 AÜG;BAGE 87,186=AP Nr.24 zu § 1 AÜG;BAGE 96,150;BAG Beschluss v.20.4.2005,NZA 2005,1006.

(16) 同法の正式名称は、「業とする労働者派遣の規制に関する法律(Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung vom 7.8.1972 (BGBl. S.1393))」である。

(17) 同法制定以来、連邦雇用庁(Bundesanstalt für Arbeit)が当該許可を判断すべきだが、二〇〇二年に同庁が組織変更

され、現在、連邦雇用エイジェンシー (Bundesagentur für Arbeit) がその判断を担っている (一七条等)。

(18) 同法一条一項一文は、以下のような条文である。

「派遣元として第三者 (派遣先) に労働者 (派遣労働者) を業として…派遣する意思を有する使用者は、許可を得なければならぬ。」

右の邦訳にあたっては、大橋範雄「派遣労働と人間の尊厳」(法律文化社、二〇〇七年) 一八七頁等参照。

(19) Vgl. BAG 29/7=AP Nr.9 zu § 103 BetrVG 1972; BAG 43/102=AP Nr.5 zu § 10 AÜG; BAG 65/43=AP Nr.15 zu § 1 AÜG; BAG 105/59=AP Nr.5 zu § 13 AÜG; BAG 113/218; BAG Beschluss v.20.4.2005, NZA 2005/1006.

右のほか、次の文献も参照。vgl. Schaub/Koch, a.O. (Fn.4), § 120 Rdnr.12; ErfK/Wanka, a.O. (Fn.11), § 1 AÜG Rdnr.31ff.; Kasserhandb/Düwell, a.O. (Fn.4), 45 Rdnr.162ff.; Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz/Hamann, 4. Aufl., 2009, § 1 Rdnr.239; Ulber, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Aufl., 2006, § 1 Rdnr.148; Becker/Wulfgramm, Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Aufl., 1985, Rdnr.27ff.

(20) その経緯については、大橋・前掲註(8) 書111-113頁以下等のほか、次の文献も参照。vgl. Schüren/Hamann/Schüren, a.O. (Fn.19), Einl.; Rdnr.60; Ulber, a.O. (Fn.19), Einl.; B. Rdnr.18; Becker/Wulfgramm, a.O. (Fn.19), Einl. Rdnr.132ff.

(21) ちなみに、現行の同法一項・二項・四項は、以下のような条文である。

第一項

「使用者は、採用…〔等〕を行う以前に、事業所委員会に対して、当該人事措置を告知し、かつ、…当該措置対象者たる労働者に関する情報を与えなければならない。(第二文以下省略)」

第二項

「事業所委員会は、以下の各号の一に該当する場合、「当該人事措置に対する」同意を拒絶することができる。

一 当該人事措置が、法…令…〔等〕に違反して実施される場合（第二号以下省略）」

第四項

「事業所委員会が同意を拒絶した場合、使用者は、同委員会に代わる同意を労働裁判所に申し立てることができる。」

(22) 労働者派遣法は当初、第一款で労働者派遣関係当事者の権利義務関係等、第二款以降で他法との調整等を規定しているが、現在、第二款以降は失われ、かつての第一款にあたる部分が現行法の内容のすべてである。そこで本文・脚註とも、以下においては、当時の条文と現行のそれとの連続性あるいは異同を見やすくするため、「第一款」の表記を省略することがある。

(23) 当時の同条は、以下のような条文であった（第四項省略）。

第一項

「派遣労働者は、派遣先における労務給付中も、派遣元で配置されていた事業所の一員 (Angehörige) たる地位を保持する。」

第二項

「派遣労働者は、…〔派遣先事業所で実施される従業員代表〕選挙において選挙権および被選挙権を有しない。（第二文以下省略）」

第三項

「派遣労働者が〔派遣先の事業所で〕就労を開始する以前に、同事業所の事業所委員会は、事業所組織法九九条に基づき関与することができる。（第二文以下省略）」

右の邦訳にあたっては、大橋範雄「派遣法の弾力化と派遣労働者の保護」(法律文化社、一九九九年)三四五頁等参照。

(24) BAGF 59,380=AP Nr.60 zu § 99 BetrVG 1972.

(25) 同法制定当初、派遣期間は三ヶ月に制限されていたが、その後、六ヶ月(一九八五年改正)・九ヶ月(一九九三年改正)・十二ヶ月(一九九七年改正)・二十四ヶ月(二〇〇一年改正)へと延長され、ついには当該期間制限そのものが廃止された(二〇〇二年改正)。

こうした経緯については、浜田富士郎・香川孝三・大内伸哉編「グローバル化と労働法の行方」(勤草書房、二〇〇三年)八七頁および九一〜九二頁「中内哲執筆」、大橋・前掲註(18)書六七頁以下等のほか、次の文献も参照。

vgl. Schüren/Hannam/Schüren a.O. (Fn.19), Einl.Rdnr.61 und § 3 Rdnr.3; Ulber a.O. (Fn.19), Einl.B. Rdnr.20ff.

(26) 従業員代表選挙に関する訴えについては、前掲註(13)を参照。

(27) 大橋・前掲註(18)書一九七頁以下は、本件の核心たる争点「派遣の中断」あるいは「繰り返し派遣」の是非に注目して検討する。

(28) Becker/Wulfgramm a.O. (Fn.19), Art1 § 14 Rdnr.13.

(29) BAGF 60,368=AP Nr.2 zu § 14 AUÜG.

(30) Xが申立内容を「Y財団で就労するA大学スタッフの事業組織法上の労働者(Arbeitnehmer)性の確認」とした理由は、おそらくA大学が私企業ではなかったためではないかと推測される。本決定には、連邦(Bund)もしくはその構成州(Land)の業務(öffentlicher Dienst/公務)に従事する職員(Personal)を対象とする職員代表法(Personalvertretungsgesetz, PersVG vom 5.8.1955 (BGBl. S.47))とロスタットの関係についての言及が見える。vgl. BAGF 60,373,375ff.=AP Nr.2 zu § 14 AUÜG,unter III 1 a und b der Gründe.

もともと、BAGは、従来の判例等に基づき、この点で検討を止めることなく、本稿にとって最大の関心事である「真正貸借労働関係における被異動者の事業所組織性」に争点を収斂させ結論へ至っている。

(13) BAG 61.7=AP Nr.1 zu § 9 BetrVG 1972.

(32) 当該被選挙権に関する事業所組織法八条一項の定めは、前掲註(10)を参照。同項の定めで明らかのように、被選挙権は選挙権を前提とした概念であるため、結局、その帰趨は、事業所所属性如何で決まる。

(23) BAG 94.144=AP Nr.8 zu § 14 ArbZG.

(25) BAG 110.27=AP Nr.8 zu § 7 BetrVG 1972.

(26) NZA 2005.1006.

(36) コンツェルン法は、株式法 (Aktiengesetz vom 6.9.1965 (BGBl. I S.1089), AktG) 一八条に基づいて形成される企業集団である。同一コンツェルン内部では、企業の垣根を越えた人事異動が日常的に実施されているようであり、こうした異動は真正貸借労働関係の一形態に該当するに解する見解も存在する。例えば、以下の文献を参照。vgl. Rütters/Bakker, Arbeitnehmerentsendung und Betriebsinhaberwechselzifa 1990, S.245 (S.273); Hako-BetrVG/Kloppenburger, a. a. O. (Fn.4), § 5 Rdnr.14.

右人事異動は、労働者派遣法一条三項二号に基づき同法の適用を原則として除外されており、関係当事者間の法律関係は契約自由に委ねられる。こうしたコンツェルンにおける企業間人事異動を検討したものとして、中内哲「ドイツのコンツェルン (Konzern) における企業間人事異動の法理に関する基礎的考察」日本労働法学会誌八八号(一九九六年)三九頁がある。

(27) Vgl. Schaub/Kochaa.O. (Fn.4), § 217 Rdnr.11b; Ulberaa.O. (Fn.19), § 14 Rdnr.2; Etzel, aa.O. (Fn.4), A.

Grundbegriffe Rdhr. 29; Löwisch/Kaiser, a.O. (fn.4), §7 Rdhr.19.

(38) 例えは、以下の文献を参照。vgl.Schüren/Hamann/Hamann.a.O. (Fn.19), § 14 Rdhr.20ff.;Fitting, Betriebsverfassungsgesetz. 21. Aufl., 2002, §5 Rdhr.216 und §7 Rdhr.41.

ちなみに、一九七二年に改正される以前の一九五二年事業所組織法の下で、真正貸借労働関係における被異動者の事業所所属性についてBAGまで争われた事案が二件存在した。

① BAG 第一法廷一九五八年四月二一日決定 (BAGE 5.274=AP Nr.1 zu § 6 BetrVG 1952) では、ア・事業所組織法上、労働者の事業所に対する二重の所属を否定する条文が用意されていないこと、イ・同法の立法過程では二重所属を認める条文が用意されたことがあること、ウ・受入企業の指揮命令に被異動者が拘束されること、以上三点を主たる理由に、送り出した地方自治体と受入企業双方の事業所に対する被異動者の二重所属を認める判断が下されている。

② BAG 第一法廷一九六四年四月二八日決定 (BAGE 16.1=AP Nr.3 zu § 4 BetrVG 1952) は、一九五二年法四条にいう労働者 (Arbeitnehmer) に該当するか否かの判断基準を、事業所における職務 (Tätigkeit) への従事に置き、被異動者が受入企業で職務に従事していたことを理由に、当該企業における被異動者の (被) 選挙権を認めた。

他方、学説でも二重所属を認める説が有力に主張をわづめた。vgl.Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 17, Aufl., S.525; ders., Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band II, 2. Halband, 7. Aufl., 1970, S.1131; Nikisch, Arbeitsrecht, Band 13, Aufl., 1961, S.242 Anm.44; ders., Arbeitsrecht, Band III, 2. Aufl., 1966, S.77.

(39) Vgl. Schüren/Hamann/Hamann.a.O. (Fn.19), § 14 Rdhr.20; Fitting, a.a.O. (Fn.38), § 5 Rdhr.214.

(40) 同項は、以下のような条文である。

「債務関係は、その内容に基づき、他方当事者の権利・財産・法益に顧慮するすべてを全ての当事者に義務付ける。」

右の邦訳にあたっては、半田吉信「ドイツ債務法現代化法概説」(信山社、二〇〇三年)四四二頁等参照。

(41) Schüren/Hamann/Hamanna.a.O. (Fn.19), § 14 Rdnr.22f.

(42) 少なくとも、次のような見解が唱えられていた。

① 派遣期間制限内の送出であれば送出企業の事業所にのみ、その制限を超える送出の場合は受人企業の事業所にのみ所属するという「所属移転」説。例えば、以下の文献を参照。vgl.Dietz/Richardi,Betriebsverfassungsgesetz,Band 1,6.Aufl.,1981,§ 5 Rdnr.5f.;Richardi,Wahlrechtigung und Wahlbarkeit zum Betriebsrat im Konzern,NZA 1987, S.145 (S.147); Fabrius/Kralj/Thiele/Wiese/Kreutz,Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz/Kreutz,Band 15,Aufl.,1994,§ 7 Rdnr.43ff.

② 派遣期間制限内の送出であれば送出企業の事業所にのみ、その制限を超える送出の場合は送出企業・受人企業双方の事業所に所属するという「所属付加」説。例えば、以下の文献を参照。vgl.Halbach,Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte des Einsatzes von Leiharbeitnehmern und Unternehmerarbeitern,DB 1980,S.2389 (S.2391); Rühers/Bakker.a.O. (Fn.36), S.309ff.;Fitting/Kaiser/Heither/Engels,Betriebsverfassungsgesetz,18.Aufl.,1996,§ 5 Rdnr. 64a.

③ そもそも送出企業ではなく、受人企業の事業所にのみ所属するという「受人企業単独所属」説。例えば、以下の文献を参照。vgl.Säcker/Joost,Betriebszugehörigkeit als Rechtsproblem im Betriebsverfassungs- und Mitbestimmungsrecht,1980,S.44ff.

(43) この改正の経緯については、大橋・前掲註(18)書二二三頁以下等のほか、次の文献も参照。vgl.Schüren/Hamann/Schürena.a.O. (Fn.19), Einl Rdnr.82 und § 14 Rdnr.50;Ulbera.a.O. (Fn.19), Einl B Rdnr.50 und § 14 Rdnr.2.

- (44) 派遣先事業所における当該選挙権は、派遣元事業所におけるそれに付加して認められるものである。
vgl. ErFK/Eisemann/Koch.a.O. (Fn.11), § 7 BetrVG Rdnr.6; ErFK/Wank.a.O. (Fn.11), § 14 AÜG Rdnr.5;
Schüren/Hamann/Hamann.a.O. (Fn.19), § 14 Rdnr.49; Löwisch/Kaiser. a. a. O. (Fn.4), § 7 Rdnr. 6; Weber/
Ehrich/Hörchrens/Oberthür. aa.O. (Fn.4), Teil B Rdnr.18.
但し、派遣先事業所における派遣労働者の被選挙権は、従来そのまま明確に否定されている。
- (45) BAG 106.64=AP Nr.1 zu § 9 BetrVG 2002.
- (46) 労働者派遣法一四条二項二文に基づき派遣労働者の権利（派遣先事業所における事業所集会 (Betriebsversammlungen) への参加権等）に対して、すでにBAGは、事業所所属性とは切り離し、派遣先事業所への編入 (Eingliederung) を根拠に当該労働者へ付与された (zustehen) ものとの位置づけを与えていることが参考になる。前掲III決定のほか、前掲三(一)①③決定、前掲第七法廷二〇〇三年一〇月二二日決定 (BAG 108.185) 参照。
- (47) Vgl. Schaub/Koch.a.O. (Fn.4), § 217 Rdnr.11; ErFK/Eisemann/Koch.a.O. (Fn.11), § 7 BetrVG Rdnr.6;
Schüren/Hamann/Hamann.a.O. (Fn.19), § 14 Rdnr.30; Uibera.a.O. (Fn.19), § 14 Rdnr.9.
- (48) 中内・前掲註(3) 論文一四三頁以下、同・前掲註(34) 論文四六頁以下のほか、中内哲「ドイツにおける出向の法理論」六甲台論集「法学政治学篇」四二巻二号(一九九六年)九三頁(とくに一〇二頁以下)等も参照。
- (49) Vgl. BAG 87.186=AP Nr.24 zu § 1 AÜG; BAG 96.150=AP Nr.15 zu § 10 AÜG; BAG 105.317; BAG 106.64=AP Nr.1 zu § 9 BetrVG 2002; BAG 108.185.
わが国の労働者派遣法二条一号と異なり、ドイツの労働者派遣法上、派遣先と派遣労働者との間に労働契約関係が成立・存在するかについては、明文の規定がない。

(50) 過半数代表者の被選出母集団たる「労働者」の範囲については、講学上かなり以前から諸説が対立している状況にある。これを俯瞰したものと、金子征史Ⅱ西谷敏編『基本法コンメンタール 労働基準法「第五版」』（日本評論社、二〇〇六年）一九〇頁以下「金子征史Ⅱ藤本茂執筆」等参照。

(51) 菅野和夫『労働法「第八版」』（弘文堂、二〇〇八年）四二〇頁、土田道夫『労働契約法』（有斐閣、二〇〇八年）三九五頁、山川隆一『雇用関係法「第四版」』（新世社、二〇〇八年）一〇八頁、水町勇一郎『労働法「第二版」』（有斐閣、二〇〇八年）一四六頁、荒木尚志『労働法』（有斐閣、二〇〇九年）三六七頁等参照。

(52) 季労一三四号（一九八四年）一三三頁（出向に関する記述は一三六～一三九頁、実態調査は一四一頁以下）参照。

(53) 東京大学労働法研究会編『注釈 労働基準法 上』（有斐閣、二〇〇三年）三七頁「川田琢之執筆」。

(54) 例えば、菅野・前掲註（51）書四一九頁以下、荒木・前掲註（51）書三六七頁、山川・前掲註（51）書一〇八頁、渡辺章『労働法講義 上』（信山社、二〇〇九年）五五三頁、中窪裕也Ⅱ野田進Ⅱ和田隆『労働法の世界「第八版」』（有斐閣、二〇〇九年）二八〇頁、下井隆史『労働基準法「第四版」』（有斐閣、二〇〇七年）三三二頁、西谷敏『労働法』（日本評論社、二〇〇八年）二三三頁、高梨昌編著『詳解労働者派遣法「第三版」』（エイアル研究所、二〇〇七年）二八八頁以下等参照。

但し、出向三当事者間には、出向元と出向労働者との間のみ労働契約関係が存在すると捉える見解も少数ながら主張されている。渡辺裕「出向の規程と法律構成」日本労働協会雑誌一九二号（一九七五年）二四頁（とくに三三頁以下）、同「出向時の労働条件」日本労働法学会誌六三三号（一九八四年）四六頁（とくに七〇頁以下）、同「労働者派遣事業と事業主の法的責任」信州大学経済学論集二三三三号（一九八五年）三三三頁（とくに四一頁以下）、馬渡淳一郎「労働者派遣法と三者間労働供給契約」季労一五七号（一九九〇年）六頁（とくに一四頁）、同「三者間労働供給契約の研究」（総合労働研究所、

一九九二年）八四頁等参照。

(55) 結果として同旨、菅野・前掲註(51) 書一〇四頁、荒木・前掲註(51) 書一四一頁、土田・前掲註(51) 書一五六頁、山川・前掲註(51) 書一七頁等参照。これらでは、過半数代表者の被選出母集団たる労働者が、なぜ事業場の「全」労働者なのかについて言及が見られないが、東京大学労働法研究会編「注釈 労働基準法 下」(有斐閣、二〇〇三年) 六〇九頁「中窪裕也執筆」では、「労基法の全体的な構造や規定の文言からすれば、「昭四六・一・一八 四五基取六二〇六号、昭六三・三・一四基発一五〇号、平一一・三・三一基発一六八号で示された」行政解釈の考え方が自然であろう」と説明されている。

【附記】本稿は、「熊本大学平成二二年度科学研究費補助金インセンティブ」による研究成果の一部である。