

ドイツ真正貸借労働関係 (echtes Leiharbeitsverhältnis) の創生とその法規制

— 出向命令法理の再検討に向けた予備的作業 —

中 内 哲

〈目 次〉

- 1 はじめに
 - (1) 問題の所在等
 - (2) ドイツ真正貸借労働関係に対する法規制の概観と本稿の着目点
- 2 真正貸借労働関係の創生に対する私法上の規制
 - (1) 発働要件
 - (2) 行使要件
 - (3) その他の法規制
- 3 真正貸借労働関係の創生に対する事業所組織法上の規制
 - (1) 貸主に対する送出事業所 BR の関与「配置転換」
 - (2) 借主に対する受入事業所 BR の関与「採用」
- 4 おわりに—総括等—
 - (1) 私法上の規制
 - (2) 事業所組織法上の規制
 - (3) 今後の課題

1 はじめに

(1) 問題の所在等

わが国の企業は、その雇用する労働者を期間の長短はあれ一時的に他企業・団体へ配置する人事措置をしばしば発働する⁽¹⁾。その手法としては、①当該労働者がそれまでの労働契約関係を維持したまま他企業等へ送り出される「(在籍) 出向」と、②当該労働者が他企業等との新たな労働契約関係を発生させると同時に、従前の労働契約関係を解

(1) その実態については、例えば、産労総合研究所が実施した「2009年中高年層の処遇と出向・転籍等に関する実態調査」企業と人材49巻957号(2009年)34頁 (http://www.e-sanro.net/sri/ilibrary/pressrelease/press_files/sanro_p091015.pdf) を参照されたい。

消する「転籍」、以上の2種が認められるが、前者①出向が多用されている。

出向という実態は、かなり以前から存在していたに違いないが⁽²⁾、それが法的な争いとして顕在化した嚆矢は、日立電子事件・東京地判昭41・3・31労民集17巻2号368頁であろう。同事件では、使用者が発出した出向命令に服さなかった労働者に対する懲戒解雇処分の法的是非が争われたため、その前提として使用者の出向命令権の存否が問われた。東京地裁は、労働契約の締結から当然に使用者が出向命令権を獲得することはなく、「労働者の承諾その他これを法律上正当づける特段の根拠」を要するとし、就業規則が当該「特段の根拠」たり得る可能性は示唆したものの、同事件被告・日立電子株式会社就業規則において休職事由の1つに掲げられた「社命により社外の業務に専従するとき」との定め（58条1項3号）が、出向命令権（いいかえれば、労働者の出向義務）の創設条項とは解されない旨、判示した。

その後、かかる出向命令権の法的根拠如何を争点とする訴訟が多数提起され、最高裁は、ゴールド・マリタイム事件・最二小判平4・1・24労判604号14頁（原審・大阪高判平2・7・26労判572号114頁の認定判断を是認）が就業規則を⁽³⁾、新日本製鐵（日鐵運輸第2）事件・最二小判平15・4・18集民209号495頁が労働協約を出向命令権の法的根拠として位置づける判断を下している⁽⁴⁾。

出向命令「権」も権利である以上、その濫用は禁止される（民法1条3項、労働契約法3条5項・14条）。労働契約法14条は、文言上、当該濫用性の判断要素として、①発出された出向命令の（業務上の）必要性のほか、「対象労働者の選定に係る事情」および「その他の事情」を掲げるが、これら両「事情」とは、従前の裁判例が考慮してきた②「当該労働者選択（人選）の合理性」、③「当該労働者が被る労働条件上あるいは家庭・生活上の不利益性」、④「出向発令手続きの相当性」を意味すると説明される⁽⁵⁾。

現在における学説の大勢は、出向命令権の法的根拠・濫用性判断に関するこうした判

(2) 第二次世界大戦以前、わが国には、住友・三井・三菱・安田等、財閥と呼ばれる企業グループが存在した。その内部では、グループにとって有為な人材を処遇する手段として、企業を跨ぐ人事異動措置たる出向がおそらく実施されていたのではないかと筆者は推測する。

(3) 「就業規則に基づく休職規程が従業員の出向義務を定めたものとは認められないとした原審の認定判断は、相当として是認できる」と判示した日東タイヤ事件・最二小判昭48・10・19労判189号53頁も、就業規則が当該法的根拠に該当する可能性を示唆したとは捉えられる。

(4) 労働協約がその法的根拠となることを示した下級審に、小野田セメント事件・東京地判昭45・6・29労民集21巻3号1019頁、日東タイヤ事件〔控訴審〕・東京高判昭47・4・26高民集25巻3号203頁等がある。

(5) 荒木尚志＝菅野和夫＝山川隆一編『詳説労働契約法』（弘文堂、2008年）141頁等参照。

例の姿勢を概ね受容するが⁽⁶⁾、それへの批判も存在する。まず法的根拠に対しては、出向が指揮命令権者を変更する人事措置であり⁽⁷⁾、出向労働者に大きな不利益をもたらしかねないこと、労働義務の一身専属性を定めた民法625条1項の射程に出向が含まれること等を理由に、出向命令権を法的に根拠づけるには、当該労働者の「個別」的な同意・承諾を要するとの見解（個別的同意説）も有力に唱えられている⁽⁸⁾。

また、就業規則・労働協約が出向命令権の法的根拠を構成するといっても、裁判所は、出向元たる「会社は、業務上の必要性がある場合、従業員（あるいは組合員）を他の企業・団体へ出向させることができる」旨を定めた就業規則・労働協約条項のみで当該命令権の発生を肯定するわけではない。濫用性判断では、出向先における労働条件・処遇、出向期間、復帰の条件等を整備し、その内容も出向労働者に著しい不利益を被らせないことを求める傾向が認められる（裁判例のかかる立場を具体的同意説と称することがある⁽⁹⁾）。この「諸事情の総合衡量」論に対しては、ア・法的根拠と発生要件（内容規制）とを明確に区別し、出向命令権の行使は労働契約自体を変更するから、後者・発生要件は、企業内人事異動である配置転換命令よりも具体性・合理性という観点から厳格に判断されるべきこと、イ・行使要件（濫用性判断・行使規制）は、実体的要件（上記①～④のほか、動機・目的の相当性）と手続的要件（出向や出向後の復帰に関する情報提供・説明）とに分けて司法審査すべきとの主張が唱えられている⁽¹⁰⁾。

すなわち、企業が在籍出向関係を創生させる場面で生じる労働紛争、より具体的には、「出向命令権の法的根拠」「（これに基づき）具体的に発出された出向命令の法的是非（濫用性）」へ裁判所が臨む立場は、ほぼ定まったと評価できるものの、上述の批判に照らせば、筆者は、講学上、より説得的、あるいは、より緻密な理論構成に向けて再検討すべき課題がなお横たわっていると考えるのである。

(6) 土田道夫『労働法概説 [第3版]』（弘文堂、2014年）179頁以下、荒木尚志『労働法 [第2版]』（有斐閣、2013年）400頁以下、菅野和夫『労働法 [第10版]』（弘文堂、2012年）519頁以下等参照。

(7) 久保敬治＝浜田富士郎『労働法』（ミネルヴァ書房、1993年）336頁〔浜田富士郎執筆〕等参照。

(8) 例えば、西谷敏『労働法 [第2版]』（日本評論社、2013年）228頁以下、唐津博「出向命令権の法的根拠と労働者の同意」唐津博＝和田盛＝矢野昌浩編『新版労働法重要判例を読むII』（日本評論社、2013年）110頁（とくに119頁）参照。協約自治の限界を根拠に、労働協約から出向命令権は生じないとする見解として、土田道夫＝豊川義明＝和田盛『ウォッチング労働法 [第3版]』（有斐閣、2009年）153頁等参照。

(9) 土田・前掲註(6) 巻179頁等参照。

(10) 土田道夫『労務指揮権の現代的展開』（信山社、1999年）583頁以下等参照。

本稿は、そうした本格的な再検討への1道程として、比較法的な視角を活用するべく、ドイツの真正貸借労働関係 (echtes Leiharbeitsverhältnis. 以下、eLAV と表記することがある) に注目し、当該関係の創生の場面における法規制・法理論の現状を俯瞰する。その理由として、① eLAV は、貸主 (Verleiher. 送出企業) たる「使用者 (Arbeitgeber) が、自ら雇用し、普段は自らの指揮命令下で就労する労働者 (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 (借主 (Entleiher. 受入企業)) へ送り出す人事措置」と説明され⁽¹¹⁾、わが国の (在籍) 出向関係と相似すること、②出向元・出向先・出向労働者を当事者とする出向関係と同様、eLAVにおける貸主・借主・被異動者 (Leiharbeitnehmer) 3当事者間の法律関係如何は、1995年労働者派遣法 (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, AÜG. BGBI. I S.158) の規制を受ける不真正貸借労働関係 (unechtes Leiharbeitsverhältnis) = 派遣労働関係⁽¹²⁾とは異なり、契約自由原則 (der Grundsatz der Vertragsfreiheit) にひとまず委ねられること、③ eLAV を創生させる貸主による企業間人事異動措置の発動要件等をめぐっては、労働事件を所管する労働裁判所 (Arbeitsgericht) で訴訟として争われ、あるいは、学説で議論されてきたという経緯・蓄積があること、少なくとも以上3点を指摘できる。

(2) ドイツ真正貸借労働関係に対する法規制の概観と本稿の着目点

前述の通り、真正貸借労働関係は、契約自由原則で規律される。したがって、被異動者と貸主とが、実施のたびに、借主の下での就労について合意すれば、その送り出し自体には法的な障害は生じない。しかしながら、かかる合意なしに、貸主が被異動者をその意に反しても借主へ送り出そうとすれば、その法的構造と是非が問われる (論点①: eLAV を創生させる貸主による企業間人事異動措置の発動要件)。また、ドイツでは、契約一方当事者による給付決定に対して、民法典 (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB. BGBI. I S.42 ber.S.2909 und BGBI.2003 I S.738) 315条1項に基づく「公正な裁量 (billiges Ermessen)」規制が及び、当該給付決定が「公正な裁量」に服さなければ、そ

(11) Vgl. Schaub/Koch, Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Aufl., 2011, § 120 Rdnr. 2; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArb)/Wißmann, Band 2, 3. Aufl., 2009, § 279 Rdnr. 5.

(12) 真正貸借労働関係と不真正貸借労働関係 (派遣労働関係) との区別については、さしあたり、中内哲「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」熊本法学119号 (2010年) 131頁 (とりわけ132頁および135頁以下) を参照されたい。

の法的効力は否定される⁽¹³⁾。この理は、貸主による一方的な eLAV の創生の場面、すなわち、貸主が被異動者を自企業の枠を超えて一方的に借主へ送り出す企業間人事異動措置を発動させる際にも妥当すると受け止められており⁽¹⁴⁾、その判断基準・要素如何が判例・学説の関心の対象である (論点②：上記異動権限の行使要件)。

このように、論点①②は、先に指摘したわが国における「出向命令権の法的根拠」「具体的に行使された同命令の法的是非」と通底する命題と受け止められ、以下で順に言及する。

なお、真正貸借労働関係の創生に対する一般私法上の規制は、以上の2点を指すが、ドイツでは、2001年事業所組織法 (Betriebsverfassungsgesetz, BetrVG. BGBl. I S. 2518) に基づく従業員代表法制が整備されており、事業所 (Betrieb)⁽¹⁵⁾ に常設される従業員代表委員会 (Betriebsrat. 以下、BR と記すことがある) が eLAV の創生の際に関与 (Beteiligung) する (同法99条)。これは、わが国とは異なる法制であるが、当該関与のあり方・結果次第では、貸主が企業間人事異動措置を発令する権限の私法上の効力 (論点①②) へ影響を与えると説明される⁽¹⁶⁾ (論点③)。そこで、前掲論点①②に続き、当該論点③事業所組織法に基づく BR の関与についても目配りする。

2 真正貸借労働関係の創生に対する私法上の規制

(1) 発動要件

先にも触れたように (前掲1 (1))、貸主と被異動者とが借主における実際の勤務場所や担当職務・賃金をはじめとする労働条件等について、具体的・個別的な合意を形成できた場合、真正貸借労働関係 (eLAV) は円滑に創生されるはずである⁽¹⁷⁾。したがって、

(13) 土田・前掲註 (10) 巻121頁以下等参照。

(14) Vgl. Maschmann, Abordnung und Versetzung im Konzern, RdA 1996, S. 24 (S. 26); v. Hoyningen-Huene-Boemke, Versetzung, 1991, S. 96f.; Rùthers-Bakker, Arbeitnehmerentsendung und Betriebsinhaberwechsel, ZfA 1990, S. 245 (S. 249); Windbichler, Arbeitsrecht im Konzern, 1989, S. 94.

(15) 事業所概念については、例えば、中内・前掲註 (12) 論文164頁 (脚註 (4)) のほか、以下の文献も参照。Vgl. Schaub/Linck, a.a.O. (Fn. 11), §17 Rdnr. 1ff.

(16) 土田・前掲註 (10) 巻63頁等参照。

(17) 当該合意は、変更契約 (Änderungsvertrag) と呼ばれる。Vgl. Maschmann, a.a.O. (Fn. 14), S. 26.

論点①が法律紛争として浮上するのは、こうした具体的・個別的な合意がなく、貸主が被異動者を借主へ送り出す企業間人事異動措置を一方的に命令する場面である。

判例・学説は、貸主と被異動者との間に締結される労働契約 (Arbeitsvertrag) のみで、貸主が上記措置の発動権限を獲得できるとは捉えていない。少なくとも、労働契約上、貸主に当該権限を留保する (vorbehalten) 取り決め (送出 (おくりだし) 条項 (Abordnungsklausel) と表記されることがある) が必要だと解している⁽¹⁸⁾。同条項の具体例としては、「[使用者たる親] 会社は、従業員に対して、その業績 (Leistungen) ・能力 (Fähigkeiten) に応じ…他の職務 (Tätigkeiten) へ異動する (betrauen) 権限を留保する。当該留保は、社内における…他の勤務場所 (Ort) への配置、あるいは…[会社が所属するコンツェルン (Konzern)⁽¹⁹⁾内の] 子会社 (Tochtergesellschaft) への配置へも援用される。」⁽²⁰⁾が挙げられる。

とはいえ、貸主は、労働契約で前掲送出条項を整備してもなお、企業間人事異動措置を発動できる権限を手にはできない。まず被異動者が受け取る賃金は、送出前後で減額されてはならず、さらに、借主の下で当該労働者が従事する職務は、その有する能力で対応できる内容であるべき、という。いずれも、使用者の一方的決定により、労働条件の核心領域 (Kernbereich) に対する侵害 (Eingriff) まで労働者が負担させられてはならない、という考え方に基づく⁽²¹⁾。

注意すべきは、労働契約以外に一定の労働条件規制権能を有する事業所協定

(18) Vgl. Maschmann, a.a.O. (Fn. 14), S. 27; Rùthers-Bakker, a.a.O. (Fn. 14), S. 259f.; Windbichler, a.a.O. (Fn. 14), S. 114. なお, Abordnung (派遣・送り出し) は, 制定法上の文言である。例えば, 2009年連邦官吏法 (Bundesbeamtengesetz, BBG. BGBI. I S. 160) 27条参照。

(19) コンツェルンの概念については, いささか古い, ひとまず中内哲「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88号 (1996年) 39頁 (とりわけ40頁以下) 等のほか, 以下の文献も参照。Vgl. Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK)/Oetker, 13. Aufl., 2013, § 18 AktG Rdnr. 1ff.; Schaub/Linck, a.a.O. (Fn. 11), § 18 Rdnr. 1ff.; MünchArb/Richardi, Band 1, 3. Aufl., 2009, § 23 Rdnr. 1ff.

なお, コンツェルン内部における貸主・借主・被異動者の3当事者間の法律関係に対しては, 当該労働者が派遣されるために雇用されたり就労したりしない限り, 労働者派遣法は適用されない (同法1条3項2号)。本号の文言は, 派遣労働に関する2008年EU指令に伴う同法改正により2011年12月1日付けで一部変更された。Vgl. Boemke-Lembke (Hrsg.)/Lembke, AÜG, 3. Aufl., 2013, §1 Rdnr. 213ff.; Jürgen Ulber (Hrsg.)/Jürgen Ulber, AÜG, 4. Aufl., 2011, §1 Rdnr. 349ff.

(20) Vgl. Rùthers-Bakker, a.a.O. (Fn. 14), S. 249.

(21) Vgl. Maschmann, a.a.O. (Fn. 14), S. 28.

(Betriebsvereinbarung. BR と使用者とが取り交わす書面による契約 (事業所組織法77条)) は, eLAV を創生させる法的根拠として許容されていないことである⁽²²⁾。

(2) 行使要件

労働契約の上記送付条項等に基づき, 貸主が企業間人事異動措置を発動させる権限を有したとしても, それが実際に行使された際に, 被異動者を法的に拘束し, 借主の下で就労させることを義務づけるか否かは, あらためて民法315条1項にいう「公平な裁量」に基づく審査によらなければならない (前掲1(2))。

公平な裁量は, 個々の事案における諸般の事情を勘案して判断されるため⁽²³⁾, その判断基準・要素を定型的に捉えることは難しいものの, eLAV の創生にあたって重視されるべき要素・指標として, ア・経営上の必要性 (betriebliche Erfordernisse) と, イ・被異動者における家庭の事情を挙げる見解がある。この立場は, 前者ア・経営上の必要性の程度について, 急を要する (dringend. 後掲2(3)参照), あるいは, 余人を持っては代え難い⁽²⁴⁾という高度な指標を掲げる一方, 後者イ・家庭の事情では, 就学義務を負う子供・共働きする配偶者の存在や貸主における勤務地付近に居住目的で所有し現にそこで暮らす不動産 (genutztes Immobiliareigentum) を有するといった, 一定の年齢に達し, それに相応する職業経験を積んだ労働者に現実化が想定できる事柄を例示する⁽²⁵⁾。

(22) Vgl. Maschmann, a.a.O. (Fn. 14), S. 27. 事業場協定については, 藤内和公『ドイツの従業員代表と法』(法律文化社, 2009年) 85頁以下等を参照。

なお, 労働組合 (Gewerkschaft) と使用者 (団体) とが取り交わす書面による契約である労働協約 (Tarifvertrag. 1969年労働協約法 (Tarifvertragsgesetz, TVG. BGBl. I S. 1323) 1条) については, その発動要件性を例外的であれ認める見解と, 否定的に捉える見解とに分かれるようである。前者として以下を参照。Vgl. Maschmann, a.a.O. (Fn. 14), S. 27 Anm. Nr. 28. 後者としては以下を参照。Vgl. Rùthers-Bakker, a.a.O. (Fn. 14), S. 263f.

(23) 土田・前掲註(10) 巻122頁, 椿寿夫=右近健男編『ドイツ債権法総論』(日本評論社, 1988年) 201頁等参照。

(24) ドイツ語の原文は, 以下のように記述されている。すなわち, Zu prüfen ist schließlich stets, ob andere geeignete Arbeitnehmer vorhanden sind, die von der Abordnung weniger schwer betroffen würden. Vgl. Maschmann, a.a.O. (Fn. 14), S. 29.

なお, この指標は, 平等取扱原則 (Gleichbehandlungsgrundsatz) から導かれる社会的選択 (Sozialauswahl) と関連するという。Vgl. Maschmann, a.a.O. (Fn. 14), S. 29; Rùthers-Bakker, a.a.O. (Fn. 14), S. 266f.

(25) Vgl. Maschmann, a.a.O. (Fn. 14), S.29; v. Hoyningen=Huene-Boemke, a.a.O. (Fn. 14), S. 94; Rùthers-Bakker, a.a.O. (Fn. 14), S. 266.

(3) その他の法規制

以上では、真正貸借労働関係（eLAV）の創生に対する契約自由原則あるいは民法の一般条項に基づく規制について述べてきた。そこでは、①貸主と被異動者との具体的・個別的合意と、②労働契約上の送出条項（前掲2(1)）により貸主に留保された企業間人事異動措置の発令権限の行使が想定されている。

もっとも、eLAVは、この2つの手法によってのみ創生されるわけではない。1969年解雇制限法（Kündigungsschutzgesetz, KSchG, BGBl.I S.1317）2条に基づく「変更解約告知（Änderungskündigung）」も当該関係を産み出さう。変更解約告知とは、使用者が労働者を解雇すると同時に、従前から変更された労働条件を内容とする新たな労働契約を締結する旨、労働者に対して申込みの意思表示を発する措置である（同条1文）。労働者は、使用者との労働契約関係を継続させつつ、変更労働条件の可否を労働裁判所で争う機会を保障されている（同条2文）。

つまり、前記①貸主と被異動者との合意がなく、同②労働契約で送出条項が整備されていないとしても、③貸主が被異動者を解雇し、同時に、借主の下での一時的就労を変更労働条件の核とする新労働契約の締結を申し込む変更解約告知を行うことにより、eLAVを創生できると解されるのである⁽²⁶⁾。

同法は、当該変更解約告知の行使要件として「社会的正当性（soziale Rechtsfertigung）」を設定する（同条1文）。その具体的内容は、「急を要する経営上の必要性（dringende betriebliche Erfordernisse）」であるが⁽²⁷⁾、かかる必要性が認められるeLAVの具体例として、貸主で必要な原材料等を借主から納入させる準備のために被異動者を送り出す場合や、貸主・借主両企業が技術協力するために各々の従業員を相互に送り出し・受け入れる場合、さらには、貸主における被異動者の就労可能性が失われる一方、借主においては一時的に当該労働者を活用できる職務が存在する場合等が示されることがある⁽²⁸⁾。

なお、判例・学説の一部は、④労働契約の締結で使用者たる貸主へ当然にもたらされる指揮命令権（Direktionsrecht）の行使がeLAVを創生させうると解する⁽²⁹⁾。もちろ

(26) Vgl. Maschmann, a.a.O. (Fn. 14), S. 30.

(27) Vgl. Maschmann, a.a.O. (Fn. 14), S. 30; v. Hoyningen=Huene-Boemke, a.a.O. (Fn. 14), S. 75ff.; Schaub/Linck, a.a.O. (Fn. 11), § 137 Rdnr. 42.

(28) Vgl. Maschmann, a.a.O. (Fn. 14), S. 30; Windbichler, a.a.O. (Fn. 14), S. 150.

(29) Vgl. Maschmann, a.a.O. (Fn. 14), S.29; v. Hoyningen=Huene-Boemke, a.a.O. (Fn. 14), S. 88.

ん、指揮命令権は、同一企業内の配置転換 (Versetzung. その法的意義は後掲 3 (1) ア参照) さえ法的に裏打ちできないのであるから、まして、同一企業の枠を超えた企業間人事異動措置の法的根拠たりえない、というのが原則である⁽³⁰⁾。ゆえに、上述の指揮命令権行使は、例外的に位置づけられる。使用者の意思を離れて生じた異常な状況 (außergewöhnliche Situationen)⁽³¹⁾、あるいは、被異動者が貸主における職務と同価値、可能であれば、より高い価値の職務に借主で従事できる場合と説明されている⁽³²⁾。

3 真正貸借労働関係の創生に対する事業所組織法上の規制

事業所組織法は、事業所の人員規模に応じて常設される従業員代表委員会 (BR) が労働条件を使用者と共同決定すること (Mitbestimmung)、あるいは、使用者による従業員への個別的人事措置 (personelle Einzelmaßnahmen) 等に関与することにより労働者保護を図ろうとする制度を基礎づけている⁽³³⁾。

BR に関与が認められる個別的人事措置の中で、真正貸借労働関係 (eLAV) の創生へ密接に関わるのは、結論を先取りしていえば、貸主の事業所における配置転換 (Versetzung) と借主の事業所における採用 (Einstellung) である (同法99条1項1文)。常時20名以上の労働者を擁する事業所で配置転換 (配転)・採用を実施する使用者は、当該事業所に設置された BR へ両措置に関する情報を予め提供する等し、その同意を取り付けなければならない (同項)。同意を得られない人事措置は、私法上、無効となる⁽³⁴⁾。

もっとも BR は、当該措置に対する同意の自由裁量を有しているわけではなく、法令・労働協約・事業所協定違反等、法定された6つの事由 (同条2項各号) に該当する場合にのみ同意を拒否できるという立場である (同項)。すなわち、ここにいう関与とは、個別的人事措置に対する BR の同意拒否権を指す。BR から同意を拒否された使用者は、労働裁判所に当該同意に替わる決定 (Beschuß) を求める申立 (Antrag) をなし (同

(30) Vgl. Maschmann, a.a.O. (Fn. 14), S.30; v. Hoyningen=Huene-Boemke, a.a.O. (Fn. 14), S. 216.

(31) Vgl. Maschmann, a.a.O. (Fn. 14), S. 29. もっとも、この状況は、経営困難な緊急事態を指すものではない、とされており、具体的な場面が想像しにくい。

(32) Vgl. Maschmann, a.a.O. (Fn. 14), S. 30.

(33) さしあたり、中内・前掲註 (12) 論文133頁および同頁脚註 (7) (8) を参照されたい。

(34) 藤内・前掲註 (22) 書157頁等参照。

条4項), 同措置を暫定的に実施することもできる(同法100条1項)。

(1) 貸主に対する送出事業所 BR の関与「配置転換」

まず確認すべきは、ア・雇用関係法(または、個別的労働法。Individualarbeitsrecht)における配転とイ・事業所組織法上の配転との法的意義の異同である。前者アの配転とは、職種・勤務地・作業量(Art, Ort und Umfang der Tätigkeit)といった労働者の職務の範囲を変更する(Änderung des Aufgabenbereich)使用者の人事措置と受け止めてよい⁽³⁵⁾。他方、後者イの配転とは、同法95条3項に定義規定が置かれており、「1ヶ月を超えることが予定される、または、労務提供の状況が著しく変更することを伴う他の労働領域(Arbeitsbereich)への[労働者の]配属」⁽³⁶⁾とされている。いずれの法的意義においても明確に示されているわけではないが、両者とも、ひとまず、同一企業内(いいかえれば、労働契約当事者たる使用者の下)における人事異動を想定していると解される⁽³⁷⁾。

これを踏まえると、真正貸借労働関係(eLAV)の創生と事業所組織法上の個別的人事措置とが法的に交錯する論点の第1は、借主の事業所への被異動者の配属という1企業の枠を超えた企業間人事異動が、貸主および送出事業所のBRにとって同法95条3項という配転に該当するかである。連邦労働裁判所(Bundesarbeitsgericht, BAG)は、同一コンツェルンに所属する企業間人事異動で上記論点が争われた事案において、その配転該当性を認める判断を下している⁽³⁸⁾。

(2) 借主に対する受入事業所BRの関与「採用」

次に浮かび上がる論点は、借主および当該事業所のBRにとって、被異動者の配置は、事業所組織法99条1項1文という採用に該当するか、である。判例は、採用について、その文字通りの意味である労働契約の新規締結に限定することなく、事業所に対する労働者の編入(Eingliederung)⁽³⁹⁾であると解しており、学説も、これを支持してい

(35) Vgl. Schaub/Linck, a.a.O. (Fn. 14), § 45 Rdnr. 14ff. und 23ff.; MünchArb/Reicholt, a.a.O. (Fn. 19), § 36 Rdnr. 33.

(36) 同項の邦訳にあたっては、藤内・前掲註(22) 書160頁, マンフレート・レービッシュ(訳者代表・西谷敏)『現代ドイツ労働法』(法律文化社, 1995年) 214頁 [中島正雄執筆] 等参照。

(37) Vgl. MünchArb/Matthes, a.a.O. (Fn. 11), § 264 Rdnr. 3.

(38) BAG 第1法廷1991年2月19日決定(BAGE 67, 236=BAG AP BetrVG 1972 § 95 Nr. 26=NZA 1991, 565) 参照。

(39) 編入概念については、ひとまず中内・前掲註(12) 論文166頁脚註(11)のほか、以下の文献も参照。Vgl. Schaub/Koch, a.a.O. (Fn. 14), § 212 Rdnr. 6.

る⁽⁴⁰⁾。また、判例は、労働者派遣法に現在の14条3項（派遣労働者が実際に就労する事業所のBRは派遣先に対し同意拒否権を行使しうる旨を定めた条項）が挿入される以前に、派遣先との間に労働契約関係が存在しない派遣労働者の配置が事業所組織法にいう採用に該当し、BRが関与しうるかが争われた事案で、これを認めていた⁽⁴¹⁾。

これらに鑑みれば、判例上、明らかにされているわけではないが、借主の受入事業所への被異動者の配置は同法にいう採用に該当し、当該事業所のBRは、借主に対する同意拒否権を行使しうるとの結論が導かれよう。

4 おわりに—総括等—

(1) 私法上の規制

以上、わが国における出向命令法理の再検討を念頭に置きながら、本稿は、在籍出向関係と相似すると考えられるドイツの真正貸借労働関係 (eLAV) が創生される際の法的構造やそれに対する法規制・法理論の現状をたどってきた。

まず論点①貸主による企業間人事異動措置の発動要件については、貸主と被異動者とが締結する労働契約のみでは、それを満たさないと判断された。この点は、日独に共通する⁽⁴²⁾。もっとも、わが国では法的根拠として大いに活用される就業規則・労働協約といった集団的な労働条件規制手段は、その位置づけ・重みを与えられず、ドイツは、あくまでも労働契約を重視していることが、あらためて明らかになった⁽⁴³⁾。

その理由は、本稿で探求できなかつただけに、今後検討すべき課題である^Q。1つの推測としては、日独の労働契約締結慣行の差異が反映されているように思われる。具体的には、わが国の企業は、とくに新規学卒者の採用にあたって、彼らを幹部職員として養

(40) Vgl. Schaub/Koch, a.a.O. (Fn. 14), § 241 Rdnr. 11; MünchArb/Matthes, a.a.O. (Fn. 11), § 263 Rdnr. 7.

(41) BAG 第1法廷1974年5月14日決定 (BAGE 26, 149=BAG AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 2) 等のほか、以下の文献も参照。Vgl. ErfK/Kania, a.a.O. (Fn. 19), BetrVG § 99 Rdnr. 8.

(42) 両国とも、労働契約に基づく権利義務に一身専属性を認める民法条項を有していることが影響を与えているのであろう。幾代通=広中俊雄編集『新版注釈民法(16)債権(7)』(有斐閣、1989年) 60頁以下 [幾代通執筆] 等のほか、以下の文献も参照。Vgl. Maschmann, a.a.O. (Fn.14), S. 28; Rùthers-Bakker, a.a.O. (Fn.14), S. 260f.

(43) 土田・前掲註 (10) 書188頁が、このことに触れている。

成することを想定し、当該労働者の勤務地・職種を限定することなく企業に白紙委任させた状態で彼らを迎え入れ処遇する。労働契約は、労働者と企業との法的な接続点の意義のみを有し、本来そこで規制されるべき労働条件は、就業規則・労働協約に基づき画一的・統一的に処理され（労働条件の標準化）、企業主導で運用される。他方、ドイツでは、労働協約・事業所協定は最低労働条件として機能し、労働者個人と企業とが取り交わす労働契約（書）で、賃金・職務内容・勤務地等、基幹的な労働条件が個別具体的に決定される⁽⁴⁴⁾。

比較法的手法で論点①を検討する際には、こうした差異・対称性を十分に踏まえた慎重かつ注意深い考察を進行させなければならないであろう。なお、ドイツでは、変更解約告知による eLAV の創生も解雇制限法に基づき許容されるが（前掲 2 (3)）、それは、まさに当該意思表示が制定法上に根拠を有し、その当否を争う司法制度も整備されているこそ、と筆者は評価する。したがって、現時点では、わが国で変更解約告知を取り入れることには消極的にならざるを得ない⁽⁴⁵⁾。

論点②貸主による企業間人事異動権限の行使要件では、その行使を無効へ導く判断要素・指標として、貸主側の「経営上の必要性」と被異動者側の「家族の事情」を提起する主張が見いだされた。判例による出向命令権の濫用に関する判断枠組みは、配転命令権の濫用におけるそれと重複して、出向元の「業務上の必要性」と労働者が被る「不利益性」（当該不利益性を構成する具体的事情の 1 つに、労働者本人や家族の監護・介護・疾病等の状況）に注目する⁽⁴⁶⁾。ここにも、日独に共通性が認められるかのように見える。しかしながら、その評価のあり方は、全く異なるのではないか。すなわち、ドイツの見解では、貸主の「経営上の必要性」は高度に設定され、被異動者の「家族の事情」は立証しやすいと推測できる内容であったところ（前掲 2 (2)）、わが国における出向元の「業務上の必要性」は、余人を持って代え難い程度まで求められておらず、労働者の「本人・家族の上記諸状況」は、立証しやすい程度ではないように思われるからである⁽⁴⁷⁾。

こうしたことから、論点②における日独の判例・学説の主張や見解についても、論点①に臨む前述の姿勢・視座で探究することにより、その根拠・理由・論理展開まで含め、

(44) やや古い文献とはいえ、西谷敏『ゆとり社会の条件』（労働旬報社、1992年）57頁以下参照。

(45) 変更解約告知に関する判例・学説の現状については、土田・前掲註(6)書245頁以下、荒木・前掲註(6)書373頁以下等参照。

(46) 菅野・前掲註(6)書521頁等参照。

(47) 菅野・前掲註(6)書521頁では、業務上の必要性については、「整理解雇の回避や管理職ポストの不足など、それを首肯せしめるだけの企業経営上の事情」、労働者が被る不利益性の程度については、「著し」さを要すると説明されている。

立体的・説得的に提示できるように努めなければならない。

(2) 事業所組織法上の規制

eLAV が 1 企業の枠を超えた企業間人事異動措置を伴うことから、そもそも被異動者を送り出す貸主事業所の BR、当該労働者を受け入れる借主事業所の BR が、同法99条に基づく関与（同意拒否権の行使）をなし得るのかを確認した。両 BR とも関与できる立場にあることにより、eLAV の創生に対する法的分析は、私法上の規制・理論だけでなく、事業所組織法上のそれも含めて展開させる必要がある。

その意味で、本稿では全く触れることができなかった 6 つの同意拒否事由（同法99条 2 項各号）の当否に関する判断枠組み・要素、さらには当該事由が認められる・認められない場合を決定づける認定事実等も探究すべき事項と認識している⁽⁴⁸⁾。

(3) 今後の課題

本稿は、まさに真正貸借労働関係の創生に関わる法規制・法理論の「現状」を「俯瞰」したに留まった。以上で指摘した諸点のほか、全体として本稿では果たせずじまだった、ドイツの判例・学説を時系列で丁寧かつ丹念に追跡して、それらの推移・進展を把握し、両者の蓄積・形成を明らかにすることを直近の課題として取り組みたい。また、筆者なりに出向命令法理の展開をあらためて整理・構成する作業も、比較法的な分析に不可欠だと考えている。

(48) 筆者は、これらが論点②で貸主による企業間人事異動の権限行使を無効に導く判断要素・指標を抽出し分析することに大きく貢献するのではないかと、この仮説を立てている。

また、2 つの BR が関与することからドイツ特有の複雑な法律問題が浮上することも予想される。つまり、各 BR の同意拒否権行使の法的判断が分かれた場合である。同一の（従属）コンツェルン内であれば、コンツェルン BR（同法54条以下）が有効に機能するのか。日本法との比較という視点を離れて、筆者にとって興味を引く論点である。

コンツェルン BR については、マンフレート・レービッシュ（訳者代表・西谷敏）・前掲註(36) 書160頁等のほか、以下の文献も参照。Vgl. Schaub/Koch, a.a.O. (Fn. 14), § 226 Rdnr. 1ff.; MünchArb/Matthes, a.a.O. (Fn.11), § 227 Rdnr. 1ff.; ErfK/Koch, a.a.O. (Fn. 19), BetrVG § § 54~59.