

Title	〔労働法・経済法 九八〕 出向と本人の同意
Sub Title	
Author	阿久澤 亀夫(Akusawa, Kameo) 社会法研究会( Shakaiho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1974
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology ). Vol.47, No.6 (1974. 6) ,p.75- 81
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19740615-0075">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19740615-0075</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

消・無効確認ないし不存在確認の訴が認容されれば、認容判決の対世効により、社員・株主は決議の有効であることを主張しえなくなる。

かような次第であるから、私は社員・株主にも共同訴訟的補助参加の利益は認められてしかるべきであると解する（同旨、瀧川・前掲論文三三五頁）。

## 〔労働法・経済法九八〕 出向と本人の同意

以上を要するに、判示事項第二点は正当である。

三 控訴審が認定した本件決議の瑕疵が取消事由に該当する点については、異論はなからう。そうであるとすれば、判旨の結論は妥当である。

石渡哲

### 〔事 実〕

被告Aは、昭和三七年三月一五日上告人日東タイヤ株式会社（以下単に会社という）に雇用され生産部門に勤務していた。ところが会社は、Aに対し、昭和四二年二月二五日総務部総務課に配転せしめると同時に、待命休職を命じ、系列会社で、地元の出身者が代表者となつており、資本金一〇〇万円で、会社の東京支店営業部サービス課係長であつたKが出向して常務取締役就任したほかには女子事務員一名、タイヤ・パンク修理専門の作業員一名しかいない訴外東海タイヤ株式会社への出向を命じた。ところが東海タイヤで必要としていた職種は、Aのように生産部門で会社に五年も勤務し

ていた者ではなく、それとは全く別個のタイヤのセールスマンが予定されていた。

また会社においては、休職の形で労働者を他社へ出向させる例が多く、昭和三三年二月から昭和四二年四月の間に出向者本人の同意を得て出向を命じたものが五二名、内一三名が現場作業員からの出向であり、その出向先は、いろいろで、会社がその全株式を所有するいわゆる直営代理店および会社がその過半数の株式を所有するが、地元の者が代表権をもついわゆる系列代理店などで、出向者の早い者は、三ないし六か月で復帰し、遅い者も三ないし五か年で会社へ復帰している。

日東タイヤ事件  
最高裁判所第二小法廷 昭四七（オ）七九八号  
昭和四八・一〇・一九判決  
労働判例一八九号五三頁

以上の事情のもとにおいて、Aは、会社の右出向命令を拒否したため、会社は同年三月一〇日Aを懲戒解雇とした。そこでこの出向命令および懲戒解雇の無効を争うのが本件である。第一審判決（横浜地裁、昭和四四・六・二〇、労経速報六八五号）は、これに対し、就業規則上、休職規定が存在していること、そして休職規定のなかに出向が規定されていることを根拠として、Aは出向義務がある旨を判旨している。つまり会社の就業規則第六二条には、「従業員の休職については別に定める休職規定による」と定められており、休職規程第一条には、「社員が左の各号の一に該当するときは休職を命ずる」と定められ、その第五号に、「他社出向その他特命に依る業務処理のため必要があるとき」と規定されている。なお右規程第二条には、特命休職の休職期間は、「他社出向中その他特命による業務処理完了まで」との規定がある。

ところで控訴審（東京高裁判決、昭和四七・四・二六判決、判例時報六七〇号、九四頁以下）は、原判決を取消し、Aの労働契約関係の存続を認めているが、その理由は、後記の通りである。

なおこの会社には、労働組合があり、Aは職場の組合活動の中心となる組合活動家であつたと同時に、青年婦人部長として組合活動に参加していたが、この点に関する判断は述べられていない。

いずれにしても以上事実のもとで上告されたのが本件であり、最高裁は、控訴審判決を全面的に認め、上告を棄却している。

## 〔判旨〕

まず第一点は、「原審の認定した事実関係のもとにおいては、上

告会社の原判示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、相当として是認することができ、このことは、就業規則の性質を所論のように法規範と解するかどうかによつて左右されるものではない。原判決に所論の違法はなく、論旨は採用することができない」とする。この部分について原審は以下のように述べる。すなわち「就業規則には従業員の休職については別に定める休職規程によるとだけ定め、その休職規程によれば、休職に該当する場合の一として他社出向その他特命による業務処理のために必要があるときに特命休職を命ずることを定め、休職期間、休職期間中の給与、復職についてそれぞれその二ないし五で簡単に定めていることが認められるが、従業員の出向義務自体についての明文の規定はなく、労働者の同意なしに一方的に出向を被控訴人が命じうる根拠を示す証拠はない……」とする。

第二点は、「所論の点に関する原審の認定は、原判決挙示の証拠関係に照らして首肯するに足り、その過程にも所論の違法はない」とする。これに相当する原審は、以下のように述べる。すなわち「会社においてその従業員が、出向命令に服しており成立に争いのない乙第六号証によつて認められるように控訴人所属の労働組合も出向命令権自体を否定していないとしても、これだけで出向会社における出向期間、給与体系その他の労働条件について確たる定めがあると認められないことも前記認定のとおりであるから到底確立した慣行が存し、控訴人も黙示的にこれに同意していたものとは認められ

ない」とする。

第三点は、「所論は、原判決の結論に影響しない傍論を非難するものにすぎず」、採用することはできないとしている。しかし、この部分は、出向による労働条件の低下があるかどうかを論述する部分であり、上告理由の中ではかならずしも理論だつていないが、傍論として判断するのである。

第四点は、「被上告人が本件出向をいつたん承諾しながらこれを翻えたものであるとの事實は、原審の認定しないうところである」としている。

#### 〔評 釈〕

結論に賛成であるが、論旨はなお検討の余地がある。

#### 一 出向についての判例の動向と問題点

出向は、一つの会社から他の会社へ勤務移転をすることであり、その種類にも多種多様な形態がある。しかし二つの会社の間にはならぬかの関連性があり、本件のように系列関係にある場合が、かなり多くみられる。そして出向に当つて本人の承諾が必要であるのかどうか、それとも就業規則なり、労働協約なりで予め出向について規定していれば、そこに使用者の出向命令権が生じ、同時に労働者の義務が生ずるのかどうか。この場合、就業規則と労働協約とは、異なる取扱いがなされるべきものなのかどうか。そしてかりに就業規則や労働協約がある場合、このような社会規範による包括的同意を以つてしては不十分であり、個別的・具体的出向先についての個人労働者の同意が必要であるのかどうか。就業規則や労働協約にお

いて出向に関する規定がない場合でも、そこに労使間の出向についての慣行が成立している場合には、その慣行を通して労働者本人の同意を推認できるものかどうか。また本人にかわつて労働組合が出向について同意を与え得るものなのかどうか。組織上、経営上一体関係にある企業集団のなかにおいて出向は、配置転換と区別されるものなのかどうか。出向が、ジョブ・ローテーションとして常態化している企業態のものにおいて、これを十分熟知した上で入社した場合、出向をすることは労働契約の内容となつてみるとみるべきかどうか。問題は、限りなく発展するなかで、現実的には、企業が多方面にその経営を進展させるなかにおいて、出向の必要性と問題性は、ますます重要さと複雑さとを増大している。

ところで、出向が最初に問題となつたのは、昭和四一年日立電子事件<sup>(1)</sup>においてである。この事件においては、まず第一に、使用者は、労働者と労働契約を締結すれば、そのことだけで出向を命令しうるものかどうか、判旨の最初で論述され、そのような使用者の権能はないことが明確にされている。つぎの論点は、出向制度が会社内において慣行化している場合について、従業員一般が会社には出向命令権があり、出向命令には当然応じなければならないと確信しているものと速断することは疑問であるとしている。以上の二点が、この事件における主要な問題点であり、結論的には本人の承諾なり、特約のない限り、使用者の出向命令は、効力を發揮しないというのである<sup>(2)</sup>。

そして労働協約なり、労働協約の附属規定に出向を規定している

場合、その労働協約の適用を受ける労働者には、出向義務が発生するという見解をとる判例が、二、三出現するに至つた。<sup>(3)</sup>これに対して就業規則上になんらかの出向に関する規定がある場合にも、労働者には出向義務が生ずるとする見解もある。<sup>(4)</sup>どうやらこの判決の底流には、就業規則のなかで出向について規定するならば、それによつて労働者に出向義務が生ずるという考え方をとるようである。しかし労組法一六条では労働協約に不可変的効力を与えているが、就業規則には、労基法九三条が片面的効力しか与えられていない。そこで労働条件に重大な変化をもたらす本件出向において安易に右のような考え方が取れるかどうか疑問である。そもそも就業規則上の出向規定が問題として取り上げられた事例は、かなりあるが、<sup>(5)</sup>出向規定が就業規則のなかに規定化されているだけで、出向義務ありとする見解は、余りみられない。

現在において、出向につき本人の同意を要するという点においては、判例、学説は、ほぼ一致しているようであるが、それならば、その同意は、就業規則なり、労働協約なりで推認するのか、それともそうした規則なり協約なりで特別規定しているにもかかわらず、なお本人の同意を必要とするのかどうかについては、見解が分れる。本件判官が全面的に容認する控訴審判決は、「仮に就業規則に契約の効力の変更を認める見解によるとしても、就業規則に明白に出向義務を規定する必要がある」としているが、ここで契約の効力の変更を認めるということが、両面的変更を意味するのかそれとも片面的変更を意味するのかわからずしも明らかでないが、一般的に

就業規則について両面的変更を認める見解は、稀であり、そうだとすれば片面的変更を持つ就業規則、つまり労働協約とは明らかに異なる就業規則によつて出向を具体的に規定すれば、それで労働者に出向義務が生ずるということになり不可解である。判官は、就業規則と労働協約が同一効力を持つものとしての理論の展開であるのか、その点は、右論旨のみではかならずしも明らかでない。

いずれにしても本件判決は、最高裁見解として、出向には本人の同意を必要とすることを明らかにしており、この点は、注目すべきである。ところで本件判決は、このように重要な出向の事件について、真正面から論旨の展開を行うことを避けており、かえつてそのため誤解を招く点もないわけではなく、この点不満な印象を拭いきれない。

## 二 出向の意義と解釈

すでに指摘したように出向にはさまざまな形態があり、これを大きく区分して在籍出向と移籍出向と呼ぶのが普通の方法である。しかしこの区別の基準は、出向元会社に籍を置いているかどうかの区別であつて、これだけですべての出向を理解するわけにはいくまい。とりわけ移籍出向の場合には、労働契約の解約と締結とが出向の表裏を構成しているのであるから、在籍出向とは、その事実概念は同一としても法律概念として同一視できるかどうか疑問である。<sup>(6)</sup>つまり在籍出向の場合は、出向元会社に籍を置きながら、つまり労働契約は、出向元会社と締結しながら、その労働契約における現実的労働の提供を他の会社で行うのであり、出向元会社は、休職の状

態でありながら出向先会社においてその労務指揮に服するのである。これこそ本来的な出向といふべきであつて、出向元会社においては、既に労働契約関係が断絶してしまふ転籍出向においては、労働契約が変更したといふべきで出向元会社の影響があるとすれば、二ないし三年も経過したら出向元にかえるといふ一種の予約があるにしろ、そしてそれが労働契約内容になつてゐるにしろ、出向元会社との労働契約関係は、完全に断絶されている。そして右の予約は、労働者の入社時における内定以上に軽視される可能性さえ包蔵してゐるのである——つまり単なる紳士契約の場合もある——。

本件は、在籍出向であり、労働契約は、なお依然として出向元会社との間に存続している。しかし問題なのは、判旨がそれ程に重視してゐない労働条件の不利益性の問題である。たまたま本件においては、労働条件についての不利益性が明らかでなく、かえつてそこには差別がないと口頭で約束されてゐるのであるが、東海タイヤのように弱小企業の場合、賃金の支払いや休暇、休日などについて不利益のかたちで差が出てくるのは当然といふべきであつて、名目は出向といひながら労働契約内容の不利益な変更を当然のこととしてゐるのであつて、使用者は、このような不利益性を伴う出向を一つの権能として労働者に命令しうるものであるとは到底考へることができない。つまり出向という名にその方式を借りた労働条件の不利益変更といつてもさしつかえないであらう。もちろん在籍出向のすべてがこのような傾向をたどるとはかぎらないが、本件においては、少くともそうした危険性が全然ないとはいへないのであつて、在籍

出向の労働者の義務性を理解する場合、この点は、重要な判断基準となるであらう。

つぎに出向を理解する場合、当該会社における慣行と意思解釈の問題である。上告人の主張のなかには、本件会社において約九か年間にわたつて出向を命ぜられた者が五二名あることが強調され、そこに出向についての慣行化が主張されているが、少なくとも慣行というからには、右の五二名がすべて本人の同意なく出向を命じ、やむなくこれに従つたといふのでなければならぬし、かりに慣行があつたにしろ労働条件の一方的な不利益な変更が、明らかにさしせまつてゐるとき、その慣行はなお効力を持ちうるかどうか疑問である。少なくとも慣行について法的確信説をとる以上、そのような確信がすべての従業員に存在したとは認めえない。そして慣行が、労働契約内容となつてゐたといふ理解も適切を欠いてゐる。むしろ現実的かつ実際的には、出向者本人の同意を得て出向させることが慣行化してあり、このような方式をとらない出向は少ないのではないだらうか。<sup>(8)</sup>

### 三 労働協約と本人の同意

まず問題となるのは、民法六二五条、つまり「使用者ハ勞務者ノ承諾アルニ非サルハ其權利ヲ第三者ニ讓渡スルコトヲ得ス」との規定である。現在の使用関係が、雇用契約ではなく労働契約を基調として展開されてゐるとはいひながら、右民法の規定が労働契約に対してならぬかの影響を与えずにはいまい。一定の会社に労働者が雇用されるについて、実際に労務指揮権を發動する使用者が、何人

あるかは極めて重要なことであり、会社が一方的に他の会社で就労するよう命令し得ないことは、右民法の規定から明らかといえよう。この民法の基本原則は、契約理論、引いては労働契約理論の基本原則である。そして、もしここで労働者の相手方選択の自由が制約されることありとせば、そこにはそれだけの合理的理由がなければならぬであらう。

労働契約の一身専属性を指向について強く主張し、出向者本人の個別的同意が必要とする見方は、かなり有力であり、その論旨もバラエティに富んでいる。たとえば民法六二五条の労働者使用権の無断譲渡を禁止する規定は、強行規定であり、これに違反する措置は無効で労働組合という組織の強制力をもつてしても左右できないとする。ところで現代社会における労働力は、きわめて組織化されているのであり、その組織化のなかに合理性を貫徹するものは、労働協約でなければならない。ここでは当然に就業規則は、別の観点からみられるべきであつて、労働協約のみがひとりよくその合理性を追い得るものというべきである。この労働協約が機能する労使関係の社会は、いうまでもなく労働契約を締結することによつて使用者と個々の労働者により構成されるのであるが、民法六二五条においては、右のような労働協約を中心とした労使関係の社会を想定していない。したがつて労働契約のみを考える場合には、民法六二五条の存在は極めて重要であるが、労働力の組織化とこれを支配する労働協約がある場合には多少異なり、出向の合理的理由が労働協約を通じて定立されていなければならないであらう。しかし右労働協

約といえども、労働者個人の意思を無視して適用されるべき性質のものではなく、さりとて労働者個人のまつたく我儘な拒否まで保護されるべき性質のものでもない。かくて最終的には、労働者個人の意思を聴き、同意のうえで初めて出向を命じうることになるのであるが、その場合労働者個人の同意権の濫用は、許されぬであらう。

#### 四 結 び

以上、現在までにわが国において論議されてきた見解を要約しながら、出向法理の正しい理解を探してきたのであるが、ここで結論的要約を試みてみることにしよう。まず労働者を出向させる場合、出向命令に應ずる義務は、単に雇用されているということだけでは生じてこない。つまり労働契約は、原則として特定の使用者と労働者との間に締結されているのであつて、締結に当つて労働契約内容に特段の約束があれば別としても、就業規則について契約説を取つた場合、就業規則の中に出向について規定しているならば契約内容となつてゐるではないかとの抽象的、包括的同意を推認することは、就業規則の法的性格から不可能であると考へる。そもそも就業規則についての契約説が、正当であるとは考へていないので、右のような論理の展開には、到底首肯することができない。しかし労働協約については、これと異なる考へ方、つまり包括的同意を個人の同意と考へてよいのであるが、個人労働者が出向に當つて特別の意思表示をした場合、とりわけ反対の意思を明示した場合には、この個人意思が、濫用のないかぎりまた合理的理由のないかぎり優先

すると考えるべきである。

- (1) 日立電子出向拒否事件、東京地裁、昭和四一・三・二一、労民集一七卷二号、三六八頁。
- (2) 阿久澤亀夫「出向拒否と懲戒解雇」季刊労働法六〇号、一〇三頁参照。
- (3) 日本電気出向拒否事件、東京地裁、昭和四三・八・三一判決、労民集一九卷四号、一一二頁。小野田セメント出向拒否事件、東京地裁、昭和四五・六・二九判決、労民集二卷三号、一〇一九頁。神鋼電機事件、津地裁、昭和四六・五・七決定、労働判例一三三三号、一四頁。
- (4) 名村造船所出向拒否事件、昭和四八・八・一六判決、労働判例一八五号、二七頁。
- (5) 石川島播磨重工業事件、東京地裁、昭和四七・七・一五判決、労働判例一五六号、四五頁。スイス事件、名古屋地裁、昭和四五・九・七判

## 〔最高裁判事例研究 一一六〕

昭四八三（最高民集二七卷）  
（二号三四四頁）

債権に対する仮差押の執行と当該債権についての給付訴訟

貸金請求事件（昭和四八・三・一三第三小法廷判決）

X（原告・被控訴人・被上告人）は、訴外A会社の法人格ある労働組合で、Y<sub>1</sub>ほか二九名（被告・控訴人・上告人）は、A会社従業員であるとともにX組合の組合員でもあつた（後に脱退）。

判例研究

決、労働判例一一〇号、四二頁。

- (6) 三島宗彦「出向をめぐる法律問題」季刊労働法七〇号、二五頁以下。
- (7) その主張は、かならずしも、適切な主張ではなく、多少理解に苦しむところがあるが。
- (8) 沼田・本多・榎井「労使慣行をめぐる法律問題」二二八頁参照。
- (9) 外尾健一「採用・配転・出向・解雇」労働法実務大系九、一八八頁、岸井貞男「ゼミナール労働法」三三三頁。山本吉人「雇用形態と労働法」上、一八二頁。高木紘一「出向」ジュリスト労働法の判例、五〇頁。
- (10) 本多淳亮「合理化と人事問答」八五頁参照。
- (11) この場合、労働組合が単に同意を与えたということでは、労働協約が存在していないということから、その合理性があるとはいえないであらう。

阿久澤亀夫

XとAとの間の労働争議（昭和四〇・八頃から同四一・三・一七）に伴い、Aから、その従業員に対して年末一時金が支給されなかつたため、Xは、該一時金が支給されたときは即日弁済すること等の約言で、各組合員に対して一時金相当額を貸付けた。その後、Aから右一時金の支給があり、他の組合員は弁済したが、Y<sub>1</sub>らはこれを弁済しないので、Xから請求したのが本件である。

第一審ではXの請求が容れられた（一部認容）。

八一

（六九七）