

# 相談室 Q&A

## 出 向 関 係

### Q 月の半分を自社、もう半分を別会社で勤務させる形の出向契約は締結可能か

当社では人事交流の観点から、入社5年目の社員を別会社に一定期間在籍出向させています。今回、ある社員が入社5年目に到達しましたが、重要なプロジェクトに参画しているために他の社員と同じように出向させることが難しい状況です。そこで、月の勤務日数のうち半分は当社で勤務してもらい、もう半分は出向先で勤務してもらう形で出向契約を締結したいと考えています。このような契約は締結可能でしょうか。

(東京都 M社)

A 出向元と出向先の双方で勤務することを前提とした出向契約も有効であり、締結可能である。しかしながら、労働時間の把握や懲戒権の行使、社会保険の適用関係に配慮して、慎重に検討する必要がある

回答者 家永 勲 いえなが いさお 弁護士(弁護士法人ALG & Associates 執行役員)

## 1. 出向について

在籍出向とは、在籍中の事業主との労働契約を維持しつつ、出向先において就労することを意味しています。出向先との間でも、全部または部分的な労働契約関係が生じるとされており、法的には使用者が有している労働契約関係の一部を譲り渡す状況ともいえます。労働者派遣との相違については、出向元と出向先の双方との間で労働契約が成立している点にあるといわれていますので、指揮命令関係だけを出向先に委ねる場合には、労働者派遣事業に該当し、業として反復継続して行う場合には、労働者派遣事業の許可を得る必要があります。

在籍出向に関して、判例では、就業規則および労働協約に社外勤務させることがある旨の規定が存在し、労働協約に社外勤務の定義、出向期間、出向中の社員の地位、賃金、退職金、各種の出向手当、昇格・昇給等の査定その他処遇等に関して、出向者の利益に配慮した詳細な規定が設けられて

いることを前提に、個別的同意なしに、従業員としての地位を維持しながら、出向先の指揮監督の下に労務の提供を命ずることができると判断しています(新日本製鐵[日鐵運輸第2]事件 最高裁二小 平15. 4.18判決)。

判例では、出向者の利益に配慮した規定が出向命令前にあらかじめ定められていたことが前提とされていますので、単に出向の根拠となる抽象的な規定が就業規則に定められていれば足りるというわけではないことには注意が必要です。

出向者の利益に配慮した規定が備えられていない場合には、出向者との合意に基づき、出向先や出向に関わる労働条件を整理する必要があります。特に重要な労働条件としては、賃金、出向期間、復帰の仕方、労働時間、就業場所などが挙げられます。

また、在籍出向に関しては、禁止されている労働者供給事業との相違が問題となることがあります。

労働者供給事業との関係でいえば、①労働者を離職させるのではなく、関係会社において雇用機会を確保する、②経営指導、技術指導を実施する、③職業能力開発の一環として行う、④企業グループ内の人事交流の一環として行う等のいずれかに該当する場合、労働者供給事業には該当しないと解釈されています。

人事交流の観点からの在籍出向であれば、企業グループ内の場合、④企業グループ内の人事交流の一環といえるでしょう。ただし、企業グループ内ではない場合には、③職業能力開発の一環などの目的がなければならぬと考えられます。

## 2. 出向中の兼務の取り扱い

出向中に兼務しない場合、出向元の取り扱いとしては休職とした上で、昇給や退職金算定などの観点からは勤続年数を通算することが多いといえます。

ご質問の場合の出向元での取り扱いですが、必ず休職にしなければならないわけではなく、例えば、副業または兼業の状況と同様に、双方の元で労働日を分け合って働いてもらうことも可能と考えられます。

ただし、出向において双方で働くことは、一般的な出向とは異なる部分があるため、特に、労働時間の算定方法や懲戒権の行使に関する整理などは注意が必要となります。

### [1] 労働時間の算定

まず、労働時間の算定に関して、事業場を異にする場合には、これらを通算するものとされています（労働基準法38条1項）。したがって、出向元と出向先の2カ所で働く場合には、労働時間を通算して計算する必要があります。

この場合の通算方法ですが、①労働契約の締結の先後の順に所定労働時間を通算し、②発生順に所定外労働時間を通算するという解釈が、厚生労働省の「副業・兼業の促進に関するガイドライン」において示されています。

出向元と出向先が、同日に勤務することはなく、1日単位で就業場所が変わる場合には、通算8時

間の法定労働時間に関しては、自社における時間外労働を把握すれば足りるため、日々の時間外労働の把握に関して特段の配慮は不要と考えられます。一方で、週40時間の法定労働時間を超過するか否かについては、通算することにより割増賃金が発生するなどの影響があるため、双方の間で労働時間の合計を把握しておく必要があります。その場合、所定労働時間ではなく、所定外労働時間が問題になると考えられることから、発生時期の先後関係に対応して、週40時間を超過した時間外労働をさせた事業主が、割増賃金を支払う必要があります。

### [2] 懲戒権の行使

次に、懲戒権の行使について、出向元と出向先の双方で働く場合でないのであれば、基本的な考え方としては、労働者の地位に関わる権利義務として解雇権や復帰命令権は出向元に残り、就労に関わる権利義務として労務提供請求権や指揮命令権は出向先に移転すると考えられています。

しかしながら、出向元と出向先の双方で働く場合は、労務提供請求権や指揮命令権は、労働日に応じて分け合うこととなります。このことを出向契約に明確な定めなく合理的に解釈することで解決するのは、困難であると考えられることから、出向契約においては、出向元における労働日（または曜日）と業務内容、出向先における労働日（または労働日）と業務内容を可能な限り具体的に明記した上で、労務提供請求や業務内容に対する指揮命令をいずれの企業がいつ実施できるのか、明確にしておくべきと考えます。

そのほか、社会保険（厚生年金保険および健康保険）や雇用保険に関しては、適用要件を双方ともに充足しない場合（例えば、双方の所定労働時間が20時間未満である場合など）には、適用がないような事態も生じる可能性があります。出向元と出向先においてちょうど半分ずつにすると、このような事態を招くことが懸念されるため、社会保険関係の加入に関する配慮も検討する必要があります。