

## 指揮権の対象事項

— W. Böttner および A. Böker の説を中心に —

藤原 稔 弘

### はじめに

西ドイツの労働法学説において、従来、指揮権(Direktionsrecht oder Weisungsrecht)は、労働関係の本質から生じ、使用者の地位に固有のもの、ないしは当然に帰属するものと解され、実際上も労働給付の内容特定や経営秩序の保持に関して多様な問題局面を有し、使用者の持つ最も重要な権利とされて来た。また、使用者の指揮権については、労働関係の本質や労働関係と労働契約の関係の捉え方等に周知のような対立が見られた間も、いくつかの点ではほぼ一致した理解が成立していた。そして、こうした西ドイツの指揮権論の影響は、我国でも、指揮命令権ないしは労務指揮権の捉え方に窺われるばかりでなく、<sup>(2)</sup>配転・転勤をめぐる議論や職場規律、企業秩序の維持に関する諸問題において、指揮権に類似する権利の存在に言及されることがしばしばある。<sup>(3)(4)</sup>

ところが、西ドイツにおいては、60年代半ばから70年代にかけて、従来の指揮権論に対する批判的な学説が相次いで登場し、指揮権の法的根拠や性格、<sup>(5)</sup>対象事項等をめぐって活発な論議が交わされるに至った。本稿は、そのような西ドイツの新たな指揮権論の紹介を目的とするが、その中でも、とりわけ従来の学説に比して特徴的な指揮権論を展開していると思われるW. ベットナーとA. ベーカーの両氏の所説を取り上げることとする。また、従来の指揮権論に対する両氏の批判は、多岐に及ぶため、指揮権の対象事項に関する見解を中心に紹介し、従来指揮権の対象とされて来たどのような事項が、両氏においては、その対象から除外されるに至ったかを明らかにしたいと考える。

### (注)

(1) 労働関係の本質、労働関係と労働契約の関係および当事者の義務について、契

約説と編入説の対立点を紹介し、検討した従来の代表的な文献に、片岡昇『団結と労働契約の研究』248頁以下がある。

- (2) 青木宗也「指揮命令権の構造とその限界」季刊労働法41号33頁以下や三島宗彦「労働者・使用者の権利義務」『新労働法講座7・労働保護法(1)』127頁以下等を参照。
- (3) 労務指揮権と配転命令権の關係に着目し、配転・転勤に関する従来の学説を詳細に整理し、検討したものに、渡辺裕「配置転換・転勤と出向」『文献研究労働法学』17頁以下がある。
- (4) たとえば、毛塚勝利「労働契約と組合活動の法理」日本労働法学会誌57号33頁以下は、近時の組合活動をめぐる最高裁判例の特徴が、企業ないし使用者に企業秩序維持のための規律定立権を、労働者に秩序遵守義務を労働契約上当然に導く点にあると指摘する。
- (5) このような西ドイツの指揮権論の動向は、渡辺章「労働給付義務と形成権の理論」『有泉古稀記念論集・労働法の解釈理論』59頁以下および大沼邦博「労務指揮権と組合活動の権利」『現代労働法講座3・組合活動』121頁以下で、すでにその一部が紹介されている。

## 1. 従来の学説における指揮権の対象事項

まず、新しい理論の紹介に入る前に、筆者の参照し得た資料の範囲内ではあるが、従来の学説において、どのような事項が指揮権の対象として想定されていたかを明らかにしたい。

### (1)労働給付に関する指揮と経営秩序に関する指揮

最初に述べたように、西ドイツの労働関係の理論において、労働関係の本質(すなわち労働の従属性)や労働関係と労働契約の關係の理解等については、見解の対立が見られた。しかし、指揮権については、それが労働関係の本質から生じ、使用者としての地位に当然に帰属するものであること、被用者は、指揮権の及ぶ範囲内において、使用者の指揮命令に対する服従義務(Gehorsampflicht)を負担することなどは一致を見ていたし、また、このような指揮権の行使は、その対象となる事項に即して、以下のように労働給付に関する指揮と経営秩序に関する指揮に区別されるのが通常であった。<sup>(1)</sup>

まず、使用者の指揮権は、労働契約において一般的、概括的にしか定められなかった労働給付の義務の内容を事後に詳細に特定する権利としての意味を有した。<sup>(2)</sup>つまり指揮権は、労働義務の内容を具体化し、もしくは特定する権利として、労働給付の種類や範囲、労働の実行の方法や場所、労働時間の状態や長さの確定にかかわるものであった。<sup>(3)</sup>したがって、適法な時間外労働や交代勤務

の指図、職務の内容や勤務地の変更を伴う配転・転勤を指示すること等は、指揮権の重要な内容をなした。

しかしまた、使用者の指揮権は、本来の労働給付の内容をなす事項のみならず、広く経営内における被用者の行態をも規制の対象とするものであった。すなわちそれは、経営の秩序（Ordnung des Betriebes）にも及び、服務規則（Dienstvorschriften）の制定権限をも含み、また使用者の指揮権に対応する被用者の服従義務は、本来の労働給付の領域では、労働義務の一構成要素にすぎないのに対して、本来の労働給付以外の被用者の行態の規制が問題となる時、<sup>(4)</sup>はじめて独立の義務になるとされた。<sup>(5)</sup>そして、このような経営秩序に関する指揮の対象としては、疾病の届出や出退勤の通知の指示、事故防止や安全衛生上の諸処置、被用者の携帯品の保管、経営内の諸設備の保存・管理、喫煙禁止、<sup>(6)</sup>服装規制や入出門規制（Torkontrolle）等多様な事項が列挙されていた。

もっとも、このような指揮権の両側面の区別が場合によっては容易でないことも認められていた。しかし、このことによって両者の区別の必要性は否定されなかった。というのは、労働給付に関する指揮が労働義務の具体化の措置として、その行使の範囲が労働契約上の労働義務の範囲を出ないのに対して、経営秩序に関する指揮には、このような制約がなく、使用者により広い裁量の余地が認められ、<sup>(7)</sup>両者は異なる制約に服するからであった。

以上が使用者の指揮権の行使の対象となる事項として通常挙げられるものであるが、逆に、その性質上指揮権の対象から除外されるものの例には、賃金の支払い（Lohnzahlung）や経営外、勤務外における被用者の行為の規制があった。<sup>(8)</sup>後者の経営外、勤務外の行為が指揮権の対象から除外される理由としては、それがもっぱら忠実義務（Treupflicht）の対象であり、かつその内容は、使用者の一方的意思を問題とすることなく、信義則や取引慣行（Verkerssitten）に基づいて客観的に定まり、指揮権による特定の余地が存しないことが指摘されていた。<sup>(9)</sup>

## (2) 指揮権の限界

上述したように、従来の学説においては、労働給付の内容の特定に関して、あるいは経営秩序の保持のために、多様な事項が指揮権の行使の対象として想定されていた。しかし、これは、法律、労働協約、経営協定、労働契約の範囲内のことであり、これらの指揮権に優位する規定要因により労働関係の内容が

定められるかぎり、指揮権は及ぶものではなかった。<sup>10</sup>また、使用者の指揮権も私法上の主観的権利の一種として、信義則、権利濫用の禁止等権利行使の一般原則に反することは許されず、使用者の配慮義務（Fürsorgepflicht）も指揮権の行使に対する制約をなすことがあった。<sup>11</sup>

これらの指揮権に課される様々な限界のうち、労働契約上の限界について若干附言すると、指揮権に限界を画するのは労働契約上の明示の合意ばかりでなく、黙示の合意も含まれていた。すなわち、労働契約において労働給付の種類、場所等につき、詳細な明示の定めがなされるのはきわめてまれであるが、明示の定めを欠く場合に、直ちに指揮権による特定が認められるかと言えば、そうではない。まず、取引慣行や信義則などの契約解釈の原則にもとづき、可能なかぎり黙示の契約当事者の意思が推定されるべきで、それが不可能な場合にはじめて指揮権による充足が認められたにすぎなかった。<sup>12</sup>

このように、使用者の指揮権には、様々な限界が課され、とくにその行使の範囲は、労働協約、経営協定、労働契約により制約された。しかし他方、労働協約、経営協定、労働契約によって指揮権が拡大可能であることも認められていた。たとえば、指揮権は一般に、報酬の減額を伴う職務への配転権能を含まないが、労働協約、経営協定あるいは労働契約によって指揮権が拡大され、この種の配転も可能になるとされていた。<sup>13</sup>

（注）

- (1) 渡辺章前掲論文64頁以下を参照。
- (2) Hueck—Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Bd. I, 7Aufl., 1963, S. 158. ただ、指揮権の性格については、E. Molitor, “Grund und Grenzen des Weisungsrechts”, *RdA* 1959, S. 3 で形成権（Gestaltungsrecht）と規定されている他はあまり明確ではない。
- (3) Vgl. A. Nikisch, *Arbeitsrecht*, Bd. I, 3 Aufl., 1961, S. 255 ; Kaskel—Dersch, *Arbeitsrecht*, 5 Aufl., 1957, S. 136f.; Nipperdey—Mohnen—Neumann, *Der Dienstvertrag*, 1958, Anm. 155 zu § 611 ; H. Galperin, “Das Weisungsrecht des Arbeitgebers”, *DB* 1952, S. 186 ; K. Maurer, “Das Direktionsrecht des Arbeitgebers”, *AuR* 1956, S. 139.
- (4) Hueck—Nipperdey, a. a. O., S. 159 ; Nikisch, a. a. O., S. 256. これに対して、Galperin, a. a. O., S. 186 は、服務規則の制定権限を指揮権に含めることに疑問を示している。
- (5) Hueck—Nipperdey, a. a. O., S. 238 ; Nikisch, a. a. O., S. 283. なお Kaskel—Dersch, a. a. O., S. 146 は、服従義務（Gehorsamspflicht）とい

う用語の使用に反対しているが、同一の内容の義務の存在は肯定する。

- (6) Vgl. Hueck—Nipperdey, a. a. O., S.239 f.; Nikisch, a. a. O., S.256 f.; Nipperdey—Mohren—Neumann, a. a. O., Anm. 157—159 zu § 611; Galperin, a. a. O., S.186; Maurer, a. a. O., S. 139.
- (7) Vgl. Hueck—Nipperdey, a. a. O., S. 239, Nikisch, a. a. O., S. 256.
- (8) Hueck—Nipperdey, a. a. O., S. 159; Nipperdey—Mohren—Neumann, a. a. O., Anm. 155 zu § 611.
- (9) Hueck—Nipperdey, a. a. O., S. 159f. Fn. 29. 同旨, Maurer, a. a. O., S. 139f. これに対して, Nikisch, a. a. O., S. 258 は, 特別の経営の利益 (besondere Betriebsinteressen) の保護のために必要なかぎりで, 経営外の被用者の行態をも規制し得るとする。
- (10) Hueck—Nipperdey, a. a. O., S. 161; Nikisch, a. a. O., S. 255 f.
- (11) Vgl. Hueck—Nipperdey, a. a. O., S. 159 Fn. 38; Nikisch, a. a. O., S.257; Galperin, a. a. O., S. 186. なお, 使用者の配慮義務による指揮権の制約については, Molitor, a. a. O., S. 6 も参照。
- (12) Hueck—Nipperdey, a. a. O., S. 200f.; Nikisch, a. a. O., S. 285.
- (13) Hueck—Nipperdey, a. a. O., S. 201; Maurer, a. a. O., S. 141. また連邦労働裁判所の判例については, 毛塚勝利「西ドイツにおける配転の法理」労働法律旬報 898 号56頁以下が詳しい。

## 2. 経営秩序に関する指揮の原則的否定

——ベットナーの所説——

最初に, 従来の指揮権論に対する批判的な学説として, ベットナーの所説を取り上げる。ベットナーの指揮論は, 1971 年に出版された著書によって発表されたが, 以下においては, 指揮権の対象事項に関する叙述を中心に, この著書の内容を紹介することとする。

### (1) 理論的前提

まず, 指揮権の考察に当たって, ベットナーがどのような理論的前提に立っているかである。この点に関し, 彼は, その著書の冒頭で, 指揮権の考察の課題を, 「労働関係の債務法的把握 (schuldrechtliche Auffassung) の立場から, 使用者の指揮権に関する従来の見解を再検討すること」とりわけ, 使用者に指揮権が存在するということが, そのような見地とどこまで整合し得るかを吟味し直すことにあるとしている。<sup>(1)</sup> すなわち彼においては, 使用者に指揮権が認められるにしても, それは一般債務上の諸原則に適合するかぎりにおいてであり, また, そのようなものとして指揮権を再構成することが試みられるわけである。

そして、ベツトナーが指揮権の考察の理論的前提として特に重視する債務法上の原則は何かと言うと、それは、債務関係における債務や法律行為の内容特定性 (inhaltliche Bestimmtheit) であり、彼は、指揮権を創設する合意や指揮権による具体化の対象となる被用者の義務についても、このような原則からの離脱を認めない。

## (2) 指揮権と労働義務

ベツトナーは、従来指揮権の対象とされて来たものの中で、労働給付に関する指揮からその考察を始めている。まず指揮権と労働義務との関係について、ベツトナーの理論の特徴としては、従来、労働関係を他の労務供給関係から、また労働義務を他の労働給付義務から区別する指標であった労働の従属性、とくに労働の実行における指揮命令への拘束から生じるとされた人的従属性 (persönliche Abhängigkeit) の観念が否定されるに至ったことを指摘しなければならない<sup>(2)</sup>。ベツトナーは、このような基準ではなく、別の基準によって労働義務とそれ以外の労働給付義務との区別を試みる。すなわち、彼は、労働給付の内容も他の給付行為と同様、契約によって個別的、一義的に特定されるか、単に種類に応じて (gattungsmäßig) 特定されるかのいずれかであるとしたうえで、契約によって定められた給付行為の一義性の欠如が労働義務の特質をなすという。つまり、ベツトナーにおいては、労働義務と他の労働給付義務の区別は、種類債務 (Gattungsschuld) と特定債務 (Speziesschuld) との区別に帰着させられることになる<sup>(3)</sup>。そして、使用者の指揮権は、自動車運転手、帳簿係というように契約上定められた職務に属する同一種類の多様な給付行為のどれを、いつ、どこで行うかを指定し、労働義務の履行を可能にするために、給付内容を個別的に特定する権利として捉えられる<sup>(4)</sup>。

このように、ベツトナーにおいて指揮権は、人的従属性の観念から切り離され、純然たる給付特定権として捉えられることになるが、また、従来指揮権と結び付けられて来た被用者の人的従属性を労働関係に本質的なものと見ない結果、指揮権がその地位に固有のもので、当然に使用者に帰属するという観念も排斥される。つまり、使用者が労働給付の内容特定権を取得し、指揮権が成立するのは、労働契約上の合意の範囲内であり、しかもこのための合意は、指揮権の行使が問題となる個々の事例ごとに定められた内容特定性を持つものでなければならない<sup>(5)</sup>。ただ、指揮権を創設する合意は、明示の合意である必要はな

く、黙示的なものでもよいし、このような明示、黙示の合意が存在するという条件の下においてであるが、指揮権は、労働給付の種類、場所、時間等、従来<sup>(6)</sup>の学説におけると同様の事項に及ぶとされている。

### (3) 指揮権と経営秩序

次に、指揮権のもう一つの側面、経営秩序と指揮権との関係についてベツトナーの所説を見て行きたいが、彼の指揮権論の特色は、この領域においてより明瞭に示されると言える。すなわち、経営秩序に関する指揮が原則として否定されることになる。

この点に関し、まずベツトナーは、従来の見解を批判することから始めている。すでに述べたように、従来の学説において、使用者は、指揮権にもとづき経営秩序の保持のために多様な作為、不作為を命じることができ、被用者は、服従義務にもとづいて、そのような指揮命令に従うよう義務づけられるが、ベツトナーは、服従義務の次のような性格を問題とする<sup>(7)</sup>。すなわち、労働義務の場合は、労働契約において一定の職務や職種が定められ、個々の労働給付は、このような職務や職種に属する給付として共通の特徴を有している。ところが、服従義務の内容をなす被用者の個々の行態には、共通の指標や特徴は見出し難く、服従義務の内容は、種類に応じても特定されておらず、むしろ使用者の指揮命令によってはじめて特定されると言っても過言ではないとする。ベツトナーは、このような包括的で、無限定な義務は、債務法上の義務として存在し得ないと結論する。

次に、それではベツトナーが経営秩序と指揮権の関係について、どのように捉えているかであるが、この問題に関し、まず彼は、従来経営秩序に関する指揮の対象とされて来た事項を、労働給付と不可分で労働義務の内容として包摂可能な事項とそうでない事項に区別する必要を説く。前者の労働義務に包摂可能な事項には、個々の労働給付が有効になされるために被用者に要求される行態や労働給付の遂行のために必要な様々な補助行為や準備行為が含まれ、このような範囲の行態ならば、すでに個々の被用者の労働義務の内容となっており、それに対応する特別の義務は全く要しないとする<sup>(8)</sup>。また、このような行態の内容が、労働契約によって終局的に確定されていない場合には、指揮権の行使の余地も生じるが、それは労働義務を対象とする指揮権の行使に他ならないとされる<sup>(9)</sup>。

しかし、このようにして労働義務の中に包摂することができない被用者の行態、つまり、個々の職務の内容にかかわらず、経営内の被用者のすべてに一樣に求められる行態の規制には問題が残る。それには、被用者の携帯品の保管、経営施設の保存、管理、出退勤の通知、欠勤の届出等、依然として多くの事項が含まれているとされる。このような事項に関する被用者の行態について、ベツトナーは、これらの諸行態間には、やはり共通の特徴やメルクマールはなく、したがって服従義務のような単一の義務の内容として捉えることはできず、それぞれが独立した、個々の義務の内容でなければならないとしている。<sup>40</sup>そして、これらの義務は、法律、労働協約、経営協定等に基づいて創設され、しかもこれらの義務の内容をなす行態は、通常すでに個別的に特定されているか、根拠となった規定自体によって特定可能であり、一方的な指揮命令による特定の余地が存しないとされ、かくして、経営秩序に関する指揮が原則的に否定されることになるわけである。

#### (4)労働協約、経営協定による指揮権の拡大の否定

最後に、ベツトナーの理論の特徴として、従来<sup>41</sup>の理論において承認されていた労働協約、経営協定による指揮権の拡大が否定された点に触れておく。ベツトナーは、労働義務の内容を個別的に特定する指揮権の内容が多岐にわたり、かつ個々の被用者の職務内容に応じて異なり、一般的に確定され得ないところから、指揮権の創設 (Begründung) には法律、労働協約、経営協定が適合せず、それは個々の労働契約によってのみ可能であるとしたうえで、<sup>42</sup>労働協約、経営協定による指揮権の拡大 (Erweiterung) についても、次のように、有利原則 (Günstigkeitsprinzip) に依拠しつつ否定的な結論を下している。<sup>43</sup>つまり彼によると、使用者に指揮権が認められる限りにおいて、被用者は、当該の労働条件につき契約の締結により合意に達する可能性を失い、使用者には、被用者との法律関係をその関与なくして、単独の行為により変更する権利が与えられる。したがって、指揮権は、被用者の法律行為上の自由 (rechtsgeschäftliche Freiheit) を制約するもので、指揮権を拡大すること自体が被用者にとって不利益であり、有利原則に反するという。また拡大される内容にかかわらず、指揮権の拡大そのものが有利原則に反するから、有利、不利の内容上の比較が問題とならず、労働協約、経営協定による拡大の対象となった事項につき、労働契約に定めが置かれていなかったとしても、何ら差し支えないとしている。



## (注)

- (1) Walter Böttner, *Das Direktionsrecht des Arbeitgebers*, Marburg, 1971, S. 1f.
- (2) Böttner, a. a. O., S. 12 ff.
- (3) Böttner, a. a. O., S. 29 f. 同様の観点からの区別は、ワイマール時代に、H. ヘニガーによって試みられている。しかし彼の場合、種類労働 (Gattungsarbeit) が他人決定労働 (fremdbestimmte Arbeit) と同視され、種類労働において労働の実行の内容を特定するのは、つねに使用者であると仮定されている点で、ベットナーとは決定的に異なる。ベットナーにおいては、労働給付の内容の不特定性は、特定権の所在についてのいかなる判断も示すものではない (Vgl. Böttner, a. a. O., S. 29 Fn. 208, S. 85)。なお、ヘニガーの所説とその批判については、津曲蔵之丞『労働法原理』179頁以下を参照。
- (4) またこの事と関連し、ベットナーは、使用者の指揮命令を法律行為、指揮権を形成権と明確に規定している (Böttner, a. a. O., S. 49 ff., S. 59 ff.)。
- (5) Böttner, a. a. O., S. 32, S. 78 f.
- (6) Böttner, a. a. O., S. 32 f.
- (7) Böttner, a. a. O., S. 38 f. また、同一の理由にもとづいて忠実義務も否定される (Böttner, a. a. O., S. 35 f.)。
- (8) Böttner, a. a. O., S. 40 f.
- (9) Böttner, a. a. O., S. 41.
- (10) Böttner, a. a. O., S. 42 f.
- (11) Böttner, a. a. O., S. 43 f. 例外としてベットナーが挙げているのは、違約罰 (Vertragsstrafe) の定めがある場合に、違約金の金額の確定に、使用者の裁量の余地が認められることである。
- (12) Böttner, a. a. O., S. 70 f.
- (13) Böttner, a. a. O., S. 73 f.

### 3. 労働給付に関する指揮と指揮権の補充性

#### ——ベーカーの見解——

次に、ベットナーの著書と同年に公刊された著作によりつつ、指揮権の対象事項に関するベーカーの所説を紹介したいが、彼の指揮権論の特色は、従来の理論やベットナーと異なり、給付の内容を特定する権利として指揮権を捉えるのではなく、これを、給付の取り立て、履行の請求の権利と理解するところにある。<sup>(1)</sup>

#### (1) 指揮権と契約事項

まず最初に、ベーカーは、従来、労働給付に関する指揮の性格の理解に関して、労働契約の内容を一方的に特定、変更する形成権の行使と、労働契約上の

義務の履行請求に他ならない本来の指揮命令とが混同されていたことを指摘する。<sup>(2)</sup>たとえば、ベーカーが従来の学説と並んで批判の対象とするゼルナーにおいては、指揮権を含む使用者の単独決定権能 (Alleinbestimmungsbefugnis) が一様に BGB 315 条の給付の内容を特定する形成権と捉えられ、<sup>(3)</sup>労働契約の対象となり得る労働条件は、使用者の一方的な給付特定権によっても規律可能であって、一方的な給付特定権による労働条件の決定と労働契約による決定とは、その対象および効果において何ら異ならず、両者は、労働条件決定の手段として同価値 (gleichwertig) であり、かつ互換可能 (austauschbar) であるとされた。<sup>(4)</sup>ベーカーは、このような同価値性、互換可能性の認識を批判し、指揮権の対象となる事項と契約の対象となる事項との峻別を主張する。すなわち彼によると、契約の対象となる事項と指揮権の対象となる事項との区別は、その性質によって客観的に定まり、労働契約による規律に適合的 (zugänglich) で、合理的方法で (vernünftigerweise) 契約上規律可能な事項は、指揮権の対象とはならず、原則として合意によらなければならない。<sup>(5)</sup>ただ、このような事項に関しても、特約にもとづき、契約内容を一方的に特定する形成権が使用者に与えられるが、それは指揮権とはされない。

また、以上のように、契約の対象となる事項と指揮権の対象となる事項を峻別するベーカーにおいては、労働契約による指揮権の拡大も認められない。<sup>(6)</sup>つまり、指揮権の対象となる事項は、その性質によって客観的に定まり、契約当事者の意思に左右されず、特約にもとづいて拡大可能な権利は、労働契約の内容を一方的に特定、変更する形成権であり、指揮権ではないとされる。

## (2) 指揮権の補充性

以上見て来たように、ベーカーにおいて、労働契約によって規律可能 (regelmäßig) な事項から、指揮権は完全に除外されるが、さらに、このことから、次のような原則が導き出されている。すなわちベーカーによると、労働給付の内容に欠缺がある場合にも、「契約の当事者が自由に行使できる他の法的手段によって充足され得ないかぎりにおいて」、最後の手段 (ultima ratio) として、指揮権による充足が認められるにすぎず、このような指揮権の性格は、その補充性 (Subsidiarität) と呼ばれている。<sup>(7)</sup>

ところで、従来の学説においても、指揮権の補充性の原則は不完全ながら承認されていた。つまり、労働義務の内容の確定は、明示の合意が存しない場合

でも、可能なかぎり黙示的な合意内容の推定を通じてなされるべきで、それが不可能な場合にはじめて、指揮権の行使が認められたにすぎなかったが、ベーカーのいう指揮権の補充性は、より徹底したものである。なぜなら、従来の学説においては、黙示的ではあれ、現に定められた契約内容が指揮権の行使の余地を制約するものであったのに対し、ベーカーにおいては、契約によって定め得る事項から指揮権が除外されるからである。<sup>(8)</sup>

さらに、ベーカーにおいて、指揮権の補充性が認められるのは、契約の対象となる事項だけではない。彼は、労働契約によって規律可能でない事項においても、労働契約上の職務、職種の観念に照らして被用者の自主的決定に委ねられていると予想される労働給付の手段、方法の選択には指揮権が及び得ないとし、このような被用者の自主的決定を、その自己主導 (Eigeninitiative) と呼んでいる。<sup>(9)</sup>そして、このような自己主導の余地は、専門的な知識や技術を要する職務の場合には大きい、これらの職務に限定されるものではないとされている。

### (3) 指揮権の固有の対象領域とその性格

結局のところ、ベーカーにおいて使用者の指揮命令の対象となるのは、上述の契約事項と自己主導事項以外の労働給付の内容および労働契約上の労働給付義務と直接関係しない経営内における被用者の諸々の行態である。<sup>10</sup>彼は、このような事項を対象とする指揮命令を、使用者が一般債権者の地位において行う債務の履行に対する協力行為と捉え得るとしているが、同時にそれに解消し切れない側面を持つことも認めている。すなわち、使用者は、一般債権者の地位においては、債務者たる被用者の給付行為に対していかなる直接的な支配権も有せず、給付の実現は、一定の法的手続を経なければならないが、使用者には、指揮命令による給付行為の直接的規制が容認されなければならないが、それが使用者の指揮命令に固有の「支配的要素 (dasherrschaftliche Element)」をなすという。<sup>11</sup>

また最初に、ベーカーは、給付の取り立て、履行の請求の権利として、指揮権を捉えていると言ったが、彼においても、指揮権が一般の請求権 (Anspruch) と異なる特徴を有することは認められている。すなわち、指揮権は、作為、不作為の要求 (Verlangen) を内容とし、その性格上請求権に類似するが、指揮権の行使の対象には、多様な作為、不作為が含まれ、要求し得る行態の内容に

ついて広範な裁量の余地が使用者に認められる点で、通常の請求権と異なるとされる。<sup>13</sup>このような特徴を踏えて、ベーカーは、指揮権を「準請求権 (Quasi-Anspruch)」<sup>14</sup>としている。

(注)

- (1) Alexander Böker, *Das Weisungsrecht des Arbeitgebers*, Frankfurt, 1971, S. 11 f. なお、渡辺章前掲論文78頁以下も参照。
- (2) ベーカー以前にも、指揮権と労働給付の内容特定権との区別の必要性を説くものに、E. Böttcher, “Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis”, *AuR* 1967, S. 352 f. や W. Hefermehl, “Erklärungen und Handlungen im Arbeitsverhältnis”, *BArbBl.* 1967, S. 315 f. 等があった。
- (3) Alfred Söllner, *Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis*, Wiesbaden, 1966, S. 9 f. S. 22 ff.
- (4) Söllner, a. a. O., S. 37 f.
- (5) Böker, a. a. O., S. 16 f. 契約の対象となる事項の具体例としてベーカーが示すのは、労働契約上の職務の変更や職務評価にかかわる事項を始めとして、経営組織上の服属関係の変更、労働の態様に影響を及ぼす職場の装備の変更（たとえば、電動式タイプを機械式タイプに変えること）や労働時間の規制等である。また、この点については、渡辺章前掲論文79頁を参照。
- (6) Böker, a. a. O., S. 62 f.
- (7) Böker, a. a. O., S. 17 f.
- (8) 大沼前掲論文128頁以下も、指揮権の補充性に言及するが、それは従来の意味のものであると解される。
- (9) Böker, a. a. O., S. 27 f., S. 82 ff. また同様に、O. Wlotzke, “Leistungspflicht und Person des Arbeitnehmers in der Dogmatik des Arbeitsvertrages”, *RdA* 1965, S. 182 f. も、被用者が自主的に労働給付の内容充足を行う権限（同時に義務）を有することを明らかにしている。
- (10) Böker, a. a. O., S. 31 f.
- (11) Böker, a. a. O., S. 25 f.
- (12) Böker, a. a. O., S. 31, S. 35 f.
- (13) Böker, a. a. O., S. 56 f. この点と関連して、ベーカーは、指揮権に対応する被用者の義務として、服従義務を積極的に肯定し、しかも労働給付に関しても独立の義務として捉える必要があるという (Böker, a. a. O., S. 57 f.)。これに対して、ベツナーは、指揮権を形成権と見るなら、使用者の指揮命令への応諾を義務づける服従義務のような義務は不要であるとする (Böttner, a. a. O., S. 2 f.)。
- (14) Böker, a. a. O., S. 103.

## むすび

以上、指揮権の対象事項に関するベツトナーとベーカーの所説を紹介して来たが、最後に両説の若干の検討を行なって本稿の結びとしたい。

まず、ベツトナーの所説である。彼においては、従来の学説におけるように指揮権が労働関係の本質から生じ、使用者に固有のものとは考えられず、特定の事項について使用者が労働給付の内容特定権を取得し、指揮権が成立するためには、労働契約にその旨の特約が存しなければならない。ところが、このような特約が存在するという条件の下においてではあるが、労働給付の内容特定に関して、従来の学説とほぼ同一の事項が指揮権の対象として想定されていた。また、指揮権を創設する合意には、明示の合意だけでなく、黙示の合意も含まれ、たとえば、指揮権による配転の可否に関し、このような黙示的な合意の<sup>(1)</sup>広範な認定を通じて、従来の学説、判例と大差のない結論に終わっている。

しかし、ベツトナーの理論の特色は、なによりも、経営秩序に関する指揮の考察にある。彼は、経営秩序を捉える義務が労働義務と異なり、単一の義務ではあり得ず、被用者に要求される行態に応じそれぞれが独立した義務として、法律、労働協約、経営協定等に基づいて創設されることを明らかにし、しかも、このような義務の内容は、通常すでに個別的に特定されているか、ないしは根拠となった規定自体に基づいて特定可能であり、使用者の指揮命令による具体化の余地が存せず、このことから経営秩序に関する指揮の原則的な否定が帰結された。すなわち、ベツトナーにおいては、経営秩序の内容を使用者がその裁量にもとづいて一方的に定めるものとは考えられず、被用者が経営内において一定の行態を要求されるとしても、そのためには、法律、労働協約、経営協定等に然るべき根拠規定が存しなければならない。たとえ、使用者が被用者の行態の規制のために事実上指図を行なったとしても、それは、法的にはもはや本来の指揮命令と評価されることはない。

次に、ベーカーの見解についてであるが、彼の場合は、労働給付に関する指揮の考察において、その特色が顕著に認められると思われる。つまり、指揮権と給付を特定する形成権とが区別され、指揮権の補充性の原則にもとづき、契約の対象となる事項および被用者の自主的決定に委ねられるべき事項から指揮権が完全に排除された。このように、ベーカーにおいては、労働給付の内容に欠缺が認められる時にも、その充足を行う権限が、たえず指揮権として使用者

に帰属するとは考えられず、その事項の性質により、契約当事者の合意あるいは被用者自身によって行なわれるべきことが明らかにされた。しかし、この点に関するベーカーの見解に問題がないわけではない。第一に、契約の対象となる事項か否かの区別の基準について言えば、非常に抽象的な基準と若干の具体例が示されているだけで精緻さを欠くことは否定できない。第二に、契約の対象となる事項についても、指揮権とは異なるが、給付内容を一方的に特定する権利が労働契約によって使用者に与えられることは認められるし、しかも、このような権利の制約については言及されるところがない。むしろ、それが指揮権とは異質な権利とされることで、ベーカーによって示された指揮権に固有の制約<sup>(2)</sup>を免れる結果になるのではなかろうか。

最後に、両氏の所説に共通の特徴を指摘すると、それは、労働給付や経営秩序の内容の確定に際し、指揮権を有することで使用者に認められる裁量の余地を、従来の学説と比較してより制限的に解したことであろう。しかし、このことから、両氏の見解の妥当性を即断することは適切ではなく、その前に、集団的労働法を含む西ドイツの労働法制度全体の中で、使用者の指揮権にどのような規制が加えられているかが明らかにされねばなるまい。

(注)

(1) Vgl. Bötther, a. a. O., S. 83 f.

(2) Vgl. Böker, a. a. O., S. 69 ff.