

# Namrun Quarterly

ナムランクォーターリー

発行所 / 弁護士法人 苗村法律事務所 大阪市北区西天満 2 丁目 6 番 8 号 堂島ビルディング 7 階

制作協力 / 株式会社 陸風社 <http://www.rikufusha.co.jp/>

## Index

国際著作権法学会  
京都大会の開催  
...1

【苗村法律事務所のファイルより】  
労働者派遣法改正による  
日雇派遣原則禁止  
...1 ~ 2

【最近の判例から】  
取締役による従業員の  
引抜きと不法行為  
...3 ~ 4

苗村法律事務所主催  
セミナーのご案内

【事務局から】  
~ 古都をご案内 ~  
...4



## 国際著作権法学会京都大会の開催

10月中旬、京都で国際著作権法学会の大会がウェスティン都ホテルで開催されました。15号でお伝えしたNPO法人京都伝統フォーラムもお手伝いし、私も事務局の一人として参加致しました。七代目小川治兵衛作の、ほんの少し楓が紅を差し始めた日本庭園「流響院」でのウェルカムパーティーで始まった大会は、クラウド環境における著作権をテーマに2日にわたって熱心な討議が行われたようです。私達スタッフは、様々な連絡事項を伝えたり、資料を整理したり、はたまたスピーカーの名札を交換したりして、会場内外をうろろしながら、残念ながらほとんど大会の内容を聞くことができません。内容については、ご容赦ください。本大会の2日間はともに雨で、流響院の晴天に皆、心から感謝しました。

私が特に担当したのは、流響院でのアナウンスと最後のディナーの司会です。どちらも着付けの間、響壁にも会場を抜け出して、着物に着替えました。日本女性は着物姿が一番美しいという信条のもと、パーティーはなるべく着物で参加しているのですが、効果の方は???

クロージングディナーは、能楽観世流シテ方・片山九郎右衛門ご当主自らが演じる『石橋』で始まり

ました。石橋は、歌舞伎の鏡獅子の元となった切能の演目の一つで、後シテは、文殊菩薩に使える獅子の豪壮な舞です。などと偉そうに解説していますが、私も見るのは初めて。あまりの迫力に思わず両手が口元に行き、拝む形になりました。その後、未生流笹岡・笹岡隆甫お家元によるいけばなパフォーマンスと尺八のコラボレーションにも絶大な拍手。普通、締めめのディナーという出し物の最中にも立ち歩く人、おしゃべりに夢中になる人などがいて、主催者側は、出演者にも気を遣って板挟みになるのですが、まったくそんな心配は無用でした。最後に園城美花さん率いるカルテットで『G線上のアリア』等有名な曲を演奏していただき、それまで日本文化の催しに圧倒されていた感のあった外国からの多数の参加者は、慣れた世界にほっとした感じで聞きほれ、またまた大拍手でディナーを終えることができました。

内向きになっているという日本人、私達が持つすばらしい文化を、もっと国際社会でアピールしていきたいと思った次第です。

苗村 博子  
(なむら ひろこ)



着物姿で司会を務めました

## 苗村法律事務所のファイルより

# 労働者派遣法改正による日雇派遣原則禁止

### 1 法改正の経緯

平成 18 年頃から、偽装請負・違法派遣問題、違法な給与天引き、労災隠し、ワーキング・プアなどが問題とされ、特に日雇

派遣労働者については、派遣元会社による雇用管理が不十分といわれました。そこへ、リーマンショックに端を発する派遣切りが社会問題化し、日雇派遣に対する規制強化の

流れがさらに強まりました。このような流れを受けて、平成 24 年 3 月 28 日、派遣労働者の保護を目指し労働者派遣法が改正され、同年 10 月 1 日より施行されています\*1。

## 2 日雇派遣の原則禁止

改正労働者派遣法では、原則として日雇派遣を禁止しています。ここでいう「日雇派遣」とは、日々または30日以内の期間を定めて雇用する労働者派遣のことです。これは、あくまで「派遣元と派遣労働者との雇用契約」の期間が30日以内のものを禁止するのであり、派遣先と派遣元との契約期間を縛るものではありません。日雇派遣の一番の問題は、雇用管理責任が曖昧になる点であり、それは「派遣元と労働者との間の関係の希薄さ」に起因するところが大きいからです。

なお、「30日以内」とされた理由は、30日を超える期間を定めて雇用契約を締結した場合は雇用保険加入の対象となることから<sup>※2</sup>、適正な雇用管理が可能と考えられる点にあるようです。

## 3 日雇派遣禁止の例外

(1) もっとも、日雇派遣禁止には例外が認められています（改正労働者派遣法35条の3第1項）。

第一は、当該日雇労働者の適正な雇用管理に支障を及ぼすおそれがないと認められる業務として政令<sup>※3</sup>で定める業務について労働者派遣をする場合です。

第二は、雇用の機会の確保が特に困難であると認められる労働者の雇用の継続等を図るために必要であると認められる場合、その他政令で定める場合です。

(2) まず、第一の例外の趣旨は、以下のとおりです。日雇派遣労働者の中には今までどおりの働き方を希望する者も多く、原則禁止にした場合、失職するおそれがあります。また、雇用者責任を果たせない事業者に対しては個別のケースに応じた指導強化で対応することも可能です。そこで、日雇派遣が常態であり、かつ、労働者保護に問題の少ない業務では、政令により限定列挙する形で日雇派遣を認めたのです。

具体的には、改正前の労働者派遣法において派遣期間制限のない業務として列挙されていた“専門26業務”のうち、ソフトウェア開発業務や通訳業務、秘書業務等の“17.5業務”が、日雇派遣原則禁止の例外

とされています（政令4条1項）<sup>※4,5</sup>。

(3) 次に、第二の例外は、政省令<sup>※6</sup>に以下のように規定されています。

- ア. 日雇労働者が60歳以上である場合
  - イ. 日雇労働者が学校教育法の学校（専修学校・各種学校を含む。）の学生又は生徒（定時制の課程に在学する者等を除く。）である場合
  - ウ. 日雇労働者の収入（生業収入）の額が500万円以上である場合
  - エ. 日雇労働者が生計を一にする配偶者等の収入により生計を維持する者であって、世帯収入の額が500万円以上である場合
- 上記アが例外とされたのは、禁止すると高齢者の雇用機会確保の点で不都合が生じるためであり、他方、上記イ、ウ、エが例外とされたのは、逆にそもそも雇用確保の要保護性が低いためだとされます。

## 4 企業にとっての注意点

(1) 以上の改正に伴い、企業としては以下の点に注意する必要があります。

まず、改正前の専門26業務については、派遣契約上は形式的には専門26業務とされていながら、実態としてはそれ以外の業務に労働者派遣を行うケースが見られたことから、労働局が、専門26業務への該当性につき集中的に指導監督してきました。さらに、行政機関が、例外業務の該当性に関する解釈を変更することで、これまで17.5業務に該当するとされてきた業務についても、例外には該当しないと判断するおそれがあります。したがって、企業としては、専門業務の該当性についての行政機関の解釈に注意していく必要があります。人材会社の中には、例外規定は運用次第で大きく変わるリスクがあり、それに頼ってはいは事業の安定性を確保できないという意識のもと、日雇派遣は全て使えなくなるという前提で事業構築しているところもあるようです。

(2) 次に、物流業界等、繁忙期のある業界が派遣先である場合、人手不足に拍車がかかることとなります。

対応策としては業務請負とすることが考えられますが、偽装請負とならないよう注意が必要です。また、『日々紹介』といわれる

システム（利用者が労働者と直接雇用契約を締結する点に着目し、給与振込を除く労務手続きを代行するシステム）も、対応策の一つとして考えられます。しかし、日々紹介は事実上の日雇派遣とみられるリスクがあり、コンプライアンスリスクは増すとわざるを得ません。さらに、『雇用管理代行』という、求人や雇用管理を代行する仕組みも考えられますが、これも、利用者の直接雇用となりうるため、日々紹介と同様のリスクが生じます。

このように、繁忙期のある企業では、人員を派遣労働者に頼ることができなくなるため、計画的な人員募集が必要です。また、人材調達ができて、個々の仕組みに応じたコンプライアンスリスクに十分な注意を払う必要があります。

(3) 改正労働者派遣法は施行されたばかりであり、行政がどのような態度をとるかにつき、今後の運用を注視していく必要があります。



西村 真由美  
(にしむら まゆみ)

※1 本改正により、労働者派遣法の正式名は「労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備等に関する法律」から「労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の保護等に関する法律」に改正され、法律の目的にも、派遣労働者の保護のための法律であることが明記されました。

※2 雇用保険法6条3項

※3 改正後の労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の保護等に関する法律施行令（以下「政令」とします）第4条

※4 厚労省ホームページ厚労省ホームページ [http://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/koyou\\_roudou/koyou/haken-shoukai/kaisei/02.html](http://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/koyou_roudou/koyou/haken-shoukai/kaisei/02.html)

※5 日雇派遣禁止の例外業務が“17.5業務”と表現されているのは、改正前政令4条1項第16号で、「受付・案内」と並んで「駐車場管理等」が規定されていたところ、今回の改正で、案内・受付は日雇派遣禁止の例外とされ、駐車場管理は例外とされなかったことによるものです。

※6 政令4条、改正後の法施行規則（以下「省令」とします）第28条の2及び第28条の3

# 取締役による従業員の引抜きと不法行為

## 【はじめに】

移籍する取締役や競合会社による従業員の引抜きとそれによる技術流出がかねてより大きな問題となっており、移籍する取締役等による従業員の引抜きが不法行為を構成するかという問題も、実務上検討されることが多い法律問題の一つかと思われます。

そこで、今回は、株式会社の取締役が、在任中に、部下である従業員を勧誘し、競合会社へ移籍させた場合における、当該取締役及び競合会社の不法行為責任の有無が問題となった東京地裁平成22年7月7日判決・判タ1354号176頁をご紹介します。

## 【事案の概要】

原告であるXの事業は、映像事業部とテレコミュニケーション事業部（以下「本件事業部」といいます。）の二つの事業部を基礎としており、本件事業部の売上はXの総売上の約5割を占めていました。

Xは、業績不振のため平成19年度より財務状況が悪化し、主要株主等に増資の引受けを中心とする支援を求めていたところ、競合会社である被告Yの代表取締役Aは、Xの大口顧客の執行役員から、Xの破綻回避への協力の打診を受けました。そこで、Aは、X取締役Zに対し、X支援策として、X従業員をZとともにYに移籍させ、YがXのソフトウェア等の保守管理業務を実施し、ソフトウェアの著作権者であるXに使用料を払う形の業務提携を提案し、従業員の人選や移籍のタイミングは、Zに一任しました。

その後、Zは、移籍勧誘の対象とした従業員の雇用条件をYに開示し、Yから同従業員宛の内定通知書の交付を受けるなどした上で、順次、移籍予定の従業員に対して移籍の勧誘を行いました。

その結果、平成19年12月から平成20年1月にかけて、本件事業部に従事する従業員の約3分の1である8名がYに移

籍することとなりました。そして、Xが予定していた増資は、全ての引受先が辞退する意向を表明したため頓挫し、Xは本件事業部の維持を諦め、Bに本件事業部を譲渡することとしました。

Xは、Z及びYの行為が違法な従業員引抜き行為にあたるとして、Z及びYに対し、不法行為等に基づき、従業員の移籍等により生じた損害の賠償を求めました。

## 【争点】

### 1 Z及びYの不法行為等に基づく損害賠償責任の有無

### 2 損害額

## 【判旨】一部認容・控訴

### 1 Zの不法行為について

本判決は、Zの不法行為の成否について、①本件事業部の存続には、自社開発したソフトウェアについての知識・技術を有する人的資源が不可欠であり、その中核を担うZらの移籍は、総売上の50%強を占める本件事業部の存続自体を困難にしかねないものであって、原告の事業全体に多大な影響を与えるものであったこと、②Xは増資等により資金調達を図る意向であったところ、Zは、取締役会における十分な議論を経ずに、従業員の移籍というXの意向とは矛盾する方策を採ったこと、③Zによる勧誘方法は、移籍対象となった従業員に虚偽を含む事実を告げ、Xの内規に違反してX従業員の雇用条件をYに開示し、これを踏まえて作成された内定通知書を移籍対象従業員らに交付するなど、不当なものであったこと等を指摘し、Zによる本件事業部の従業員に対する移籍の勧誘は、取締役としての善管注意義務（会社法330条、民法644条）や忠実義務（会社法355条）に違反し、社会的相当性を欠くものであって、不法行為を構成すると判断しました。

### 2 Yの不法行為について

本判決は、Yの不法行為の成否について、

Yは、Zらの移籍がXに重大な影響を与えることは認識していたが、①Yは、Xの破綻を回避するための業務提携等の打診を受け、Zらに業務提携の提案を行ったのであり、Zの顧客を奪取する等の意図をもって協議を開始したのではないこと、②Yは、専らZを通じてのみ従業員の移籍等に関する協議を行っており、Xの増資の進捗状況等は知らなかったこと、③Yは、Zからの連絡により、移籍の勧誘がX内部である程度肯定的に受け取られていたと認識していたこと、④YはZによる雇用条件の開示がXの内規に違反していたとは知らなかったこと等を指摘し、Yによる移籍の勧誘は、社会的相当性を欠く違法なものであったと評価することはできず、不法行為を構成しないと判断しました。

### 3 損害額について

本判決は、従業員の移籍により履行不能となった業務のYへの委託費用や、受注が内定していた案件に関する逸失利益、弁護士費用をZの不法行為による損害として認め、Zに約5500万円の賠償を命じました。他方、事業譲渡に関する費用等については、Xが平成19年当初から資金繰りに窮しており、Zらの移籍という事態の有無にかかわらず、本件事業部を譲渡せざるを得なくなる可能性があったこと等を考慮し、Zの不法行為との相当因果関係を否定しました。

## 【検討】

多くの裁判例は、本件のような取締役による従業員の引抜き工作について不法行為が成立するためには、当該行為が社会的に見て不当であることが必要であるとしており、本判決と同様に、従業員の引抜きが会社に与える影響の大きさや、引抜き工作の態様を考慮して、不法行為の成否を判断しています。

競合会社による従業員の引抜き工作につ

## ～古都をご案内～

7月中旬、梅雨明け間近の頃、アメリカから独占禁止法を専門にされている弁護士の先生が来阪されました。夏休みということもあり、ご子息と一緒に来日でした。自由時間を利用して、“ぜひ日本らしい日本である京都を見たい”とご希望でした。高校生のご子息は、海外旅行は今回が初めてとのこと。初めての海外旅行で日本に来て頂いた事を光栄に感じつつ、お2人の京都案内という大役を務めました。

なんと運よく祇園祭の季節に来日されたお2人。京都観光の日は銚子初めの日でしたので、まずは四条烏丸からスタートしました。銚子の大きさや装飾の違い、不安定な銚子に大勢の人々がバランスよく乗っている姿、一般の人たちが嬉しそうに曳き初めに参加している様子に感激されていました。

次に向かったのは金閣寺。目の前に突然現れる黄金の建造物は、お2人には圧巻のようでした。その日は少し曇り模様でしたので、光り輝く金閣寺に曇り空、何とも言えない雰囲気や情緒にあふれていました。庭の散策含め、たづねり金閣寺見学をした後は、清水寺へ。金閣寺とはまた違った趣の清水寺。三重塔や大舞台等を満喫して、音羽の滝の水も飲まれました。同じカップの使い回しにはきつとご抵抗もあったと思いますが、アドベンチャラスなお2人は、果敢に挑戦されたのです。と言うより、いつも音羽の滝をスキップしている私にも、飲まなきゃ!と勧めてくださったのです。

半日でしたが、古都をエンジョイされたご様子のお2人。お土産に購入された金の鼻と長刀銚子のミニチュアを手に笑顔で大阪への帰路につかれました。

お父様は優秀な弁護士であるにも関わらず、とても気さくでユーモアセンスもたっぶりの素敵な方、ご子息も温かい家庭に育てられているのがよく分かる純粋な少年。お2人との出会いと、旅のお手伝いをする機会を頂いた事に感謝の気持ちでいっぱいです。

ちなみに苗村からは、七味屋本舗のひょうたん型入物に入った七味をプレゼントしたそうです。



貴方の流暢な英語力あればこそのアテンド依頼でした。ありがとう。(苗)

「全国」@大阪・京橋  
上海蟹祭り 11/20まで!!

いて、不法行為責任が認められるかについても、同様に、当該行為が社会的に見ても相当であるかにかかっていますが、競合会社の行為に不法行為の成立を認めた裁判例は、引抜き工作を実行した取締役との間に密接な協力関係を認定している場合が多く、本件におけるYとZには、そこまで

の密接な協力関係が認定されなかったものと思われま。

従業員の引抜きの問題は、職業選択・営業の自由とも関連し、適法違法の線引きが難しい問題ですが、本判決は、不法行為の成否及び損害の範囲について判断した一事例として、実務上参考になるものと考えます。



橋本 孝史  
(はしもと たかし)

- ※1 取締役による従業員の引抜きについては、取締役の忠実義務(会社法355条)との関係も問題になりますが、忠実義務違反によって当然に不法行為が成立するのとは必ずしも明らかではありません。  
取締役の忠実義務違反の成否に関しては、在職中の取締役が従業員の引抜き工作を行えば、それだけで忠実義務違反になるとする見解(吉原和志「判批」ジュリスト920号37頁他)と、取締役による引抜き工作が何らかの不当性を備えた場合のみ忠実義務違反となる見解(江頭憲治郎「判批」ジュリスト1081号124頁他)が対立しています。
- ※2 東京地判平成17年10月28日・判時1936号87頁、東京地裁平成18年12月12日・判時1981号53頁等。
- ※3 前掲東京地裁平成18年12月12日、東京地判平成20年12月10日・判時2035号70頁等。

さらに詳しい内容は、弁護士法人 苗村法律事務所のホームページにアクセスください。

## 「苗村法律事務所主催セミナー」のご案内

### 「米国市場におけるビジネスと法的注意点セミナー」

【日 時】第1回「アメリカ法の基礎・契約について・

アメリカ民事訴訟手続の概観①」

平成24年11月28日(水)14時30分～17時

第2回「アメリカ民事訴訟手続の概観②・

アメリカで特に注意すべき法律」

平成24年12月4日(火)14時30分～17時

【懇親会】第2回セミナー終了後に下記会場付近にて懇親会を開催します  
18時～19時30分頃(予定)

【会場】大阪・堂島ビルディング 9階会議室

【講師】弁護士・ニューヨーク州弁護士 苗村博子

【参加費】無料(懇親会にご参加の方のみ3,000円程度実費を頂戴致します)

米国でのビジネスにおいて大切な契約から訴訟手続、注意すべき法律などについて、2回にわたり詳しくお話しします。

### 「M&A 対策セミナー」

【日 時】第1回平成24年11月30日(金)15時～17時

第2回平成24年12月5日(水)15時～17時

【懇親会】第2回セミナー終了後に下記会場ビル内

レストランにて懇親会を開催します

18時～19時30分頃(予定)

【会場】東京・丸の内パシフィックセンチュリー琥珀 A&B

【講師】弁護士・ニューヨーク州弁護士 苗村博子

【参加費】無料(懇親会にご参加の方のみ3,000円程度実費を頂戴致します)

海を越えたM&Aが増加する中で、その対策として知っておくべき点として、特に精査すべき項目、望ましい最終合意のあり方などを、分かりやすくお話しします。

【問い合わせ・申込み先】

苗村法律事務所 (TEL:06-4709-1170) までご連絡下さい

<http://www.namura-law.jp>

#### 弁護士法人 苗村法律事務所

〒530-0047

大阪市北区西天満2丁目6番8号 堂島ビルディング7階

※地下鉄御堂筋線又は京阪淀屋橋駅1番出口を上がり、御堂筋を北へ徒歩5分

TEL:06-4709-1170 FAX:06-4709-0131

受付時間/9:00～18:00

#### 東京事務所

〒100-6208

東京都千代田区丸の内1丁目11番1号

パシフィックセンチュリープレイス 8階

※地下鉄丸の内線「東京駅」八重洲口より徒歩2分

TEL:03-6860-8325 FAX:03-6860-8560

受付時間/9:00～18:00

