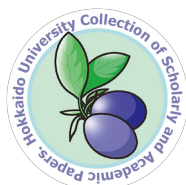




HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	労働者派遣における派遣先の直接雇用義務に関する一考察：伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件を題材に
Author(s)	久慈, 享
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル, 15, 1-25
Issue Date	2008-12-12
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/40082
Type	departmental bulletin paper
File Information	JRJ15_001.pdf



労働者派遣における派遣先の直接雇用義務に関する一考察

－伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件を題材に－

く じ すすむ
久 慈 享

目 次

第1章 はじめに	3
第2章 労働者派遣法の歴史	3
第1節 職業安定法の制定－直接雇用の原則	3
第2節 労働者派遣法の制定－派遣的形態の拡大という実態の法律による追認	4
第3節 判例に見る労働者派遣の問題点	7
第1款 「請負」、「出向」、「派遣」の相違	7
第2款 派遣元の使用責任	7
第3款 予定派遣先での就労不能による派遣元からの労働契約の一方的解約	8
第4款 派遣期間途中時の解雇における派遣労働者の賃金請求権及び休業 手当	8
第5款 有期派遣労働契約における試用期間	9
第6款 暴行等	9
第3章 伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件の検討	9
第1節 事案の概要	10
第2節 一審判旨（棄却）	10
第3節 二審判旨（一部認容－不法行為による慰謝料1万円、一部棄却）	11
第4節 検討－判例の傾向とその問題点	12
第1款 黙示の労働契約論	12
第2款 労働者派遣法、職業安定法抵触の評価	14
第3款 労働者派遣法上の派遣先の使用責任	15
第5節 どう考えるべきか	17

第1款 労働者派遣法2条1号における「労働者派遣」の定義の解釈	17
第2款 派遣期間の制限又は派遣業務の限定の意味－労働者派遣法の立法趣旨への回帰	18
第3款 本件へのあてはめ	19
第4章 結びにかえて	20

第1章 はじめに

1985年、「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（以下、「労働者派遣法」と呼ぶ。）」が制定されてから、1999年、2003年の2度の大きな改正を経た現在、派遣労働が着実に社会的な定着を見せている反面、大企業による偽装請負や違法派遣の増加に伴い、派遣労働者の保護の要請が強くなっていることは、社会的に見ても周知の事実といえる。

労働者派遣法上、原則として契約上の使用者責任は派遣元にあり、派遣先にそれが生じるのは、禁止対象業務違反、派遣先が労働者派遣の受入れ期間制限に違反したときに、厚生労働大臣が雇用契約の申し込みや雇入れを行うことを勧告した場合に限られる。しかしこれはあくまでも公法上の義務であり、企業名の公表がなされるだけである¹。違反企業に対する行政指導と最終的な企業名公表の制裁がなしうるといっても、これまで公表まで行ったのはほぼ皆無という状況²を考えると、私法上の問題として、派遣先と派遣労働者との間の直接的な法関係を認め、司法による救済を検討する必要があると思われる³。しかし、労働者派遣法の誕生によって、派遣労働者と派遣先との間には労働契約関係はより一層認められなくなってしまった現状がある。

このような状況を受けて、派遣労働者と派遣先との労働契約関係を認めることは、解釈論からでは困難であるとの理解から、当該労働下で就労する労働者の保護をいかに図るべきかを踏まえ、利用する労働力に対する指揮監督関係が不明確なまま労働力利用が行われている場合、ないし適法な派遣と評価できない場合に、雇用主とは別の事業者が労働力を利用している事実を以って、雇用関係を認める思い切った方策を検討すべきである⁴、という立法論的見解も少なくない。

しかし、立法や法改正は多大な労力と時間を要し、その間にも数多くの派遣労働者は「無理のきく『商品』」として扱われ、契約の途中解除や打ち切り⁵等、権利を侵害され続けてしまうという危険

性が増すばかりである。そこで、本論文では、労働者派遣法制定・改正の歴史、議論を追うことにより、労働者派遣法の立法趣旨、目的を多面的に導き出し、そのバックグラウンドを踏まえて、労働者派遣法違反の事実を派遣労働者と派遣先との労働契約関係を認める上でなんらかの効果をもたらすものと捉えることはできないか、というアプローチから、立法論ではなく法解釈により派遣労働者と派遣先との労働契約関係を認めることができるかどうかを検討していきたい。

第2章 労働者派遣法の歴史

本論文の最大のテーマである「派遣先の直接雇用義務」を検討する際、労働者派遣法の根底に流れる立法趣旨や、そこで行われてきた議論を無視することはできないと思われる。また、労働者派遣法の立法趣旨を考える際、職業安定法の存在やまたその立法趣旨を無視することはできない。

職業安定法及び労働者派遣法の制定や改正については、今までに数多くの文献⁶が出されており、それらを参考に、本章では、職業安定法及び労働者派遣法の制定、改正の経緯や、そのときになされた議論を見ることによって、労働者派遣法制定の歴史を概観し、そこから労働者派遣法の立法趣旨を探っていきたい。

第1節 職業安定法の制定－直接雇用の原則

労働者派遣を始めとする労働者供給事業が開始されたのは、古く戦前まで遡る。労働者供給事業は、仲仕、土木建築人夫、工場雑役等を工場・事業場に供給する事業として、口入屋等（いわゆる「労働ボス」）と呼ばれ、戦前の日本においては古くから存在した事業であった。これら労働ボスが、供給労働者を自らの支配下に置き、ピンハネ等を行っていたのである。その後太平洋戦争の終結に伴い、日本は、国民主権、恒久平和、基本的人権の尊重を基本原理とする日本国憲法の制定の道を歩んだ。このような状況下、日本国憲法の職業選択の自由（憲法第22条1項）、生存権の保障（同法

第25条1項)の実現を目的とする職業安定法案が1947年の第1回国会に提出された。そこでの政府の提案理由⁷では、労働者供給事業の禁止について、「すなわち本法案の規定によって認められる労働組合法による労働組合が労働大臣の許可を受けて行うものの外、従来多く行われてきた労働者供給事業は、中間搾取を行い、労働者に不当な圧迫を加える例が少なくないのに鑑み、労働の民主化の精神から前端的にこれを禁止しようとするものがあります⁸」と述べられている。そして職業安定法(法律第141号)は1947年11月30に公布され、同年12月1日より施行された。なお、この職業安定法の根本理念は、①労働の民主化、②職業選択の自由の尊重、③公共の利益への奉仕、④科学的職業安定行政の確立、にあったとされている⁹。このようにして、職業安定法44条の規定により、労働者供給事業が禁止されることとなった。

職業安定法施行後、請負契約による下請作業と労働者供給との区別が不明確で、請負を装った労働者供給がなされる危険性があるのではという問題が生じるようになった。そこで、1948年2月7日、職業安定法施行規則に第4条が新たに追加されることとなる¹⁰。この職業安定法施行規則4条によって、労働者を提供しこれを他人に使用させる者は、たとえその契約の形式が請負契約であっても、4条各号のすべてに該当する場合を除き、労働者供給の事業を行う者とされることとなった。4つの要件とはすなわち、(1)作業の完成について事業主としての財政上並びに法律上のすべての責任を負うものであること(1号)、(2)作業に従事する労働者を指揮監督するものであること(2号)、(3)作業に従事する労働者に対し、使用者として法律に規定されたすべての義務を負うものであること(3号)、(4)自ら提供する機械、設備、器材(業務上必要な簡単な工具を除く)若しくはその作業に必要な材料、資材を使用し、又は専門的な企画、技術を必要とする作業を行うものであって、単に肉体的な労働力を提供するものではないこと(4号)、である。

この職業安定法施行規則4条の追加に伴い、労働

省職業安定局長より通達「労働者供給事業に関する件」(昭和23年2月5日付職発第81号)が発せられ、労働者供給事業の禁止における対策として次のような方針が出された。同通達は、①労働者は原則として従来の供給先において常用又は臨時の直用労働者とする、②従来の供給先に直用化できないときは、その労働者を公共職業(労働)安定所に登録して、積極的に適職のあっ旋を行い、就職を確保する、③従来の労働者供給事業が、供給事業以外の事業を持っていてそれに専従する場合、労働者をその専属労働者にする、等が示されている。この通達の基本となっているのは被供給労働者の供給先における直用化、つまり直接雇用の要請といってよい。

このように見ていくと、職業安定法44条は、労働者供給事業は必然的に、供給元が本来労働者が得べき賃金のいわゆるピンハネ(中間搾取)をとめない、同事業の遂行のために強制労働が行われる虞があるなど弊害をとまなうという現実的な理由から禁止するだけでなく、「直接雇用の原則」を法律化したものであるといえる¹¹。労働法レベルにおける労働者の雇用保障という観点からみると、直接雇用は雇用保障を支える前提条件であって、労働権からの規範的要請であると解すべきであり、職業安定法44条はこの労働権に基づく「直接雇用の原則」を確認し具体化した規定であると解すべき¹²であると思われる。

第2節 労働者派遣法の制定－派遣的形態の拡大という実態の法律による追認

しかし、職業安定法制定後1970年代から1980年代にかけて、労働行政は、行政的な監督をサボタージュすることにより、請負を偽装した労働者供給形態(「社外工」など)をはじめとする不安定雇用形態や、直接雇用ではあるが臨時工といった差別的雇用形態の拡大と蔓延を放任してきた¹³。そのため、ビルメンテナンス業、情報処理業、事務処理業といった業種を中心に派遣的形態の事業が増加し、また派遣的形態の事業を利用する企業もそれと共に増加していった¹⁴。労働省は、これらを

公認する理由として、技術革新の進展に伴うME、OA化や経済のサービス化、ソフト化を掲げると共に、労働者の社会的地位等の変化、つまりは働く側における自由に仕事をしたいという意識の変化が強まったことを強調する。職業安定法44条の規定により労働者供給事業が禁じられる体制がある一方で、職業安定法違反の疑いが強い業務処理請負といった派遣の形態が先行していたのである。それに伴い、労働者供給事業として一律に禁止し、請負という形態で就業させるよりも、派遣という形態に即したルールづくりを行う中で労働者の保護を図って行くほうが適当であるとの要請も出るようになってきた。このような実態に鑑み、行政管理庁は労働省に対し1978年7月、「民間職業紹介事業等に関する行政監査結果に基づく勧告」を行った。勧告の内容は、職業安定法違反の業務処理請負の実態を指摘する一方で、「労働者供給事業に対する規制の在り方についても職業安定法の立法趣旨、内外の動向を踏まえて検討する必要がある」とするものであった。これを受け、労働省は同年に労働力需給システム研究会¹⁵を設置し、労働者派遣形態の事業への対応策や法制の見直しについて検討が行われることとなった。

1980年4月4日、労働力需給システム研究会は、「今後の労働力需給システムのあり方についての提言」を発表し、ここではじめて職業安定法改正を前提とした労働者派遣事業の公認と民間職業紹介の拡大を打ち出したのである。その理由として、本提言では、「職業安定法における労働者供給事業の禁止規定との関係では、同規定は法制定以前において多く発生した強制労働や中間搾取の防止という点で一定の分野においては、なおその役割を果たしているものの、労働基準法その他の労働者保護に関する法令が整備され、労働者の自覚も高まっている今日において、労働者派遣事業が直ちにそのような弊害を生むものと断定することは適当ではないと認められ、そして、このような形態の事業は、社会的分業の利益もあって、経済社会活動の一環として広く活用されている現状を直視するならば、むしろ、労働者派遣事業に対し、

今後、行政上どのような方針でのぞむかを明らかにすることの方が必要で、このことがかえって職業安定法の趣旨をより実効のあるものにすることができるものと考えられた¹⁶からだとしている。

その後、この提言を受け、労働省は同年5月に労働者派遣事業問題調査会¹⁷を発足、1984年2月15日には労働者派遣事業問題調査会報告書が取りまとめられた。本報告書では、派遣の形態の事業につき、「大勢としては、労働者保護の観点から早急に必要な規制措置を講じた上で、労働者派遣事業を認めていくべきである」と結論づけた。この報告書を契機に立法化が急ピッチで進められることとなった。労働者派遣事業問題調査会報告書を受けた労働省は中央職業安定審議会¹⁸に検討を依頼した。中央職業安定審議会は、派遣の形態の事業に関する問題の重要性、緊急性を考慮し、特別に労働者派遣事業等小委員会¹⁹の設置を決定した。同年11月、労働者派遣事業等小委員会は「労働者派遣事業問題についての立法化の構想」と題する報告書を取りまとめることとなる。そこでは、労働者派遣の定義の明確化をはじめ、対象業務の限定、さらには、常用型の労働者派遣に加えて、登録型の労働者派遣までも派遣業の対象とすることが提案されていた。なお、本報告書には別添として「労働者派遣事業問題について」と題された労働側の意見が付されており、「労働者供給事業は、供給元が雇用責任を持つか持たないにかかわらず、原則的に禁止されるべきものであること」や、「労働者派遣事業の立法化はあくまでも厳しい制限の下でのみ許されることであり、短期、もしくは繁忙期における要員確保に限定されるなどの条件が付されるのは当然であること」、「特定企業へ、恒常的に反復して、労働者の派遣を行うことを目的とする事業活動は禁止されるべきであること」等が主張されている。

これを受け労働省は、1985年1月16日労働者派遣法案の骨格である「労働者派遣事業の制度化に関する法的措置についての考え方」を中央職業安定審議会に提示し、労働者派遣事業等小委員会での検討が行われた。その後、同年2月5日より、

労働大臣から中央職業安定審議会に「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確保等に関する法律案要綱」が諮問され、同年3月19日、政府は法律案を第102回国会に提出した。

同年4月5日より審議が開始された衆議院社会労働委員会では、職業安定法44条との関係や、派遣事業の規制が、労働者派遣一般の規制へ大きく性格を転換していること、常用労働者に対する悪影響、特に、正規労働者が同意なく派遣の対象となる可能性があること、対象業務が不当に拡大される可能性があること、中間搾取についての規制がないなど、具体的な派遣労働者の保護が十分ではないこと、派遣先の団交応諾義務が明確でないといった派遣先事業主の責任等といったことが論点となった。その結果、労働者派遣に関する料金の記載、海外派遣に関する規制措置等5点の修正を加えた上で、労働者派遣法案が可決された。なお、その際に、「対象業務を具体的に定めるに当たっては、我が国の雇用慣行との調和に十分留意し、常用雇用労働者の代替を促すこととならないよう、十分配慮すべきであり、中央職業安定審議会の意見を尊重して、慎重に対処すること」等の内容とする、計8項目にのぼる附帯決議が採択されており、同年5月17日の衆議院本会議において法案は可決され、同日、参議院に送付された。

参議院社会労働委員会は同年5月23日より開始され、そこでは、派遣先と派遣労働者との団体交渉権を法定化すべきではないか、適用対象業務に対する考え方、本制定により派遣先における常用労働者の代替が促進され、日本的雇用慣行に悪影響を及ぼすことになるのではないか、また、派遣期間についても制限を課すべきではないか、請負を労働者派遣事業との認定区分の明確化等といった広範にわたる論点が提起された。審議の結果、①労働者派遣期間についての制限措置（法第26条2項）、②派遣先における派遣労働者の苦情の迅速な解決のための措置（法第40条）の2点について修正が加えられ、同年6月6日可決された。なお、参議院においても附帯決議が提起され、その内容

は、衆議院の附帯決議に、請負と労働者派遣事業との認定区分に関するものを含む3項目を加えた11項目であった。その後同6月7日の参議院本会議で修正法案は可決された。

同法案は再度衆議院に回付され、同年6月11日の衆議院本会議で可決、成立した。こうして労働者派遣法は翌1986年7月1日から施行されたのである。

このように見ていくと、労働者派遣事業という就業形態がまず実態として先行したため、労働者派遣法は、これを追認する事業法としての面が強く、労働者保護法としての側面が弱くなった²⁰、という指摘もあり得よう。しかし、あくまでも労働者派遣法は民間の労働者供給事業を規制する職業安定法の特別法として位置づけられるものであり²¹、その根底に流れる「直接雇用の原則」を軽視、忘却することは許されないというべきである。

なお、労働者派遣法制定後、その後の社会情勢の変化等に対応する形で労働者派遣事業制度の見直しが行われ、1990年（適用業務対象の拡大等）、1994年（高齢者に係る労働者派遣事業の特例の創設）、1996年（適用業務対象の拡大）には制度改正が、また、1999年、2003年には法改正が行われている。

1999年の法改正における主な改正点としては、適用業務対象につき、それまでのいわゆるポジティブリスト方式からネガティブリスト方式へと改正され、一部の業務を除いては原則自由化されることとなったことが挙げられる。またそれに加えて従来の適用対象26業務を除く、ネガティブリスト化により新たに労働者派遣が認められ業務の派遣期間は1年間を持って上限とされ、それに違反する派遣先に直接雇入れ勧告といったペナルティーが課されることとなった。

また、2003年の法改正においては、26業務以外の一般的派遣業務における派遣期間につき、従来の1年間から3年間に延長された。それに伴って、新たに派遣先の雇用契約申込み義務が創設され、派遣先のリスクがある程度強化された。その他、それまで労働者派遣としての形態での就労を禁止

されていた製造業につき、労働者派遣の解禁が認められたり、紹介予定派遣についての規定が盛り込まれたりする等、労働者派遣法は制定当時とは大きくその内容を改正されたと言えよう（なお、1999年及び2003年の改正により強化された労働者派遣法上の派遣先の使用者責任の詳しい内容については、後述する。）。

しかし、このような2度の大きな改正を経ても、労働者派遣事業制度はあくまで「臨時的・一時的な労働力の需給調整に関する対策」であるといった基本的な考え方は今もなお不変である²²。

第3節 判例に見る労働者派遣の問題点

先に見てきた経緯により制定、改正された労働者派遣法であるが、施行後も問題は絶えず、実際に裁判で争われ、事件になったものは多数存在する。これは、労働者派遣法は実態の追認という形で、議論の集約も不完全なまま制定されてしまったということ、そして内容的には、労働者派遣法の制定により労働者派遣という雇用と使用の分離という形態を認めることによって、派遣元の責任と派遣先の責任、リスクの分担があいまいになってしまったこと等が理由として考えられる。その判例の蓄積により、徐々に労働者派遣法の性格、特徴、問題点が浮き彫りになっていたことは言うまでもない。以下、実際に裁判で争われた労働者派遣に関する重要な判例²³を紹介する²⁴。

第1款 「請負」、「出向」、「派遣」の相違

三和プラント工業事件²⁵は、被告会社と原告との契約関係が争われ、「請負」、「出向」、「派遣」の3つの契約形態の相違が判断された事件である。判決は、「労務供給の形態が、労務の供給を受ける訴外会社の定める就業時間に従い、同社の現場総責任者の監督や指示に従いながら労務を供給することが求められるものであることや、その対価も月額という時間の長さによって決められていたこと」等から、本件契約が、「労務の供給による仕事の完成自体を目的とし、対価も完成された仕事に対して支払われる請負契約であることは解し

難い」、とした。また、「訴外会社に原告に対し賃金等の対価を支払うべき義務を負っていないことからしても、訴外会社と原告との間には雇用契約がないことは明らか」であるから、右当事者間に新たに雇用関係が生じる出向とは異なり、被告会社と原告との契約は、「被告会社が原告を疎外会社に派遣するためのその前提として締結した雇用契約である」、とした。

第2款 派遣元の使用者責任

派遣元の使用者責任が争われた事件としてパソナ事件²⁶がある。本件は人材派遣会社（被告Y1）の社員（被告Y2）が派遣先の会社（原告X）の金員を横領したことにつき、Y1の使用者責任が争われた事案であるが、判決は、Y2の担当すべき仕事の範囲には現金業務が含まれる上、①Y2はY1に雇用されてXへ派遣され、Y1から給与の支払いを受けていたこと、②Y1の派遣担当が定期的にXを訪れ（派遣後しばらくは週1回程度、その後は月1回程度）、Y2の仕事振りを見て監督していたこと、③XからY1に支払われるY2の派遣料からY2の給与を控除した額に相当する金員（Y2の給与の約半額）は、Y1による派遣労働者の指揮監督の対価の意味もある等から、Y2の横領行為は、Y1の職務の執行につきなされたものと解されるとし、Y1の使用者責任が肯定された。

また、テンプロス・ベルシステム24事件²⁷は、派遣元（原告）が、派遣先（被告）に対し、派遣料の支払いを求める一方で、派遣先が、派遣元から派遣された派遣労働者らが、派遣先の業務遂行するに当たり、不正行為をして派遣先に損害を与えたとして、派遣元に対し、債務不履行又は不法行為による損害賠償の支払いを求めた事案である。裁判所は、派遣労働者らの不正行為の事実を認めた上で、労働者派遣法「第24条の3や、これを受けた『派遣元事業主が講ずべき措置に関する指針』（平成11年11月17日労働省告示第137号）第2の10（個人情報の保護）等が、派遣元事業主に対し、派遣労働者の個人情報を派遣業務の目的達成に必

要な範囲内で適正に管理することを義務づけるとともに、社会的差別の原因となるおそれのある事項等についての情報収集を禁止するなどし、派遣労働者の個人情報保護を図っていることを勘案すると……〔派遣元は派遣労働者〕の前勤務先に問い合わせまで、その退職理由を調査すべきであったということはできない」等の理由から、派遣元の、派遣労働者の稼働意欲や業務適正の確認、不正行為の調査・実態解明、稼働状況の監督についての債務不履行責任を否定した。一方で、派遣元と派遣労働者らの関係からすれば、派遣労働者らが派遣先に対し不法行為を行った場合には、派遣元は「民法715条が被用者の行為につき責任を負わせていることとしている使用者に当たるものと解するのが相当である」とし、派遣先が派遣労働者らを指揮監督していたことは、派遣元の「使用者責任を否定するものではなく、過失相殺において斟酌されるものである」として、派遣元の使用者責任を認めている。

第3款 予定派遣先での就労不能による派遣元からの労働契約の一方的解約

パソナ（ヨドバシカメラ）事件²⁸は、労働者派遣等を業とするY1から採用を内定されていたXが、研修後、Y2と予定派遣先であったY2との間の業務委託契約の不成立を理由に、Y1から就労拒絶を受けた事案である。そこでXは、Y1との間で労働契約を締結したXを違法に解雇した等として、また、予定派遣先であるY2に対しては、Y2がY1との間で業務委託契約を締結したことによりXとの間に労働契約が成立していた等として、Yらに対し損害賠償を求めた。裁判所は、Y1のXに対する就労拒絶については、留保解約権の行使であるとした上で、「Xの採用が内定したと考えられる本件研修の後、本件業務委託契約が不成立となることが確定し、限定されていた就業場所・職種での原告の就労が不能となった以上、留保解約権に基づき、Xの採用内定を取り消したことは、解約権留保の趣旨・目的に照らして社会通念上相当として是認することができるから、Y

1による解約権の行使は適法かつ有効であるといわなければならない」とした。また、予定派遣先であるY2とXとの労働契約については、「Xは、Y1が人材派遣会社であることを認識しながら、その求人募集に応募し、Y1の面接を受け、Y1との雇用契約であることが明記されている誓約並びに承諾書の提出を求められるとともに、Y1の入社式の案内を受け、Y1による本件就労拒絶後も主としてY1と新たな就業場所について交渉していたのであって……Y2との本件業務委託契約が成立せず、XがY2の指揮命令下で就労することはなかったことも考慮すると、XとY2との間に黙示的に労働契約が成立したとは到底認めることができない」、とした。これは後に紹介する派遣先と派遣労働者との間の労働契約の成否に関する判例とは違い、派遣労働者の実際の就労なしに、派遣先との労働契約を争っており、この点が特徴的であるといえよう。

第4款 派遣期間途中時の解雇における派遣労働者の賃金請求権及び休業手当

三都企画建設事件²⁹は、Yに雇用され高度な専門性をもつ派遣労働者Xが、報告書の作成に際しパソコンを使いこなせないことによって周囲の業務との齟齬をきたしたとして、派遣期間途中で派遣先から交代を要請されたことから、Yに対し、未払賃金等の支払を請求した事案である。裁判所は、Xの勤務状況がYと派遣先との間の労働者派遣契約上の債務不履行事由に該当するとはいえないとした上で、「Yとしては、派遣先から、Xの勤務状況が、Yと派遣先との労働者派遣契約上の債務不履行事由に該当すると主張して、Xの就労を拒絶し、その交代を要請されたとしても、Xの勤務状況について、これをよく知る立場になく（その情報は、派遣先企業とXが有していることになる。）、派遣先の主張を争うことは極めて困難というべきである（派遣先やXから、Yにとって有利な情報を得ることは極めて困難と思われる。）。このような状況下において、派遣先からXの就労を拒絶された場合、Yとしては、乏しい資料しか

ないにもかかわらず、派遣先によるXの交代要請を拒絶し、債務不履行事由の存在を争って、派遣代金の請求をするか否かを判断することもまた困難というべきである。そうすると、Yが、派遣先との間で、債務不履行事由の存否を争わず、Xの就労が履行不能となった場合、特段の事情のない限り、XのYに対する賃金請求権……は消滅するというべきである（民法536条2項の適用はないと考える。）。／一方、Yの判断により、派遣先との紛争を回避し、派遣先からのXの就労拒絶を受け入れたことにより、派遣先におけるXの就労が不可能となった場合は、Xの勤務状況から、Yと派遣先との労働者派遣契約上の債務不履行事由が存在するといえる場合を除き、労働基準法26条にいう「使用者に帰すべき事由による休業」に該当し、Xは、Yに対し、休業手当の支給を求めることができると考える」と判示した。派遣元と派遣先とのリアルな力関係がダイレクトに反映された判断であると思われる。

第5款 有期派遣労働契約における試用期間

フジスタッフ事件³⁰は、勤務態度不良を理由とする試用期間中の有期派遣労働者に対する解雇が有効とされた事案である。派遣期間が43日間と短期間で一定の業務を処理するための急を要する業務であった労働者派遣雇用契約における試用期間の設定につき、裁判所は、「他社との派遣基本契約に基づいて需要に応じて労働者を雇用して当該他社に派遣する会社は、有期雇用とはいっても自社の従業員として他社に派遣するもので、当初の面接・面談あるいは応募者の履歴のみから被用者の能力や適正等の見極めが十全にできるものではなく、派遣社員の質や派遣会社の信用・評判等を維持するためにも自社の従業員を管理する必要がある、そのために……契約条項により14日間（この期間中は解雇予告手当支給の対象外）の試用期間を設けているものと思われる。このような契約条項が労基法の強行法規に反するものとまでは考えられず、むしろ私的自治における契約の自由の範囲内による派遣会社の合理的な対応というべきで

あり、濫用にわたるような試用条項の適用実態があるといった特段の事情がない以上、そのような使用の試みが有期雇用であるということで許されないということとはできない」と判示している。

第6款 暴行等

ヨドバシカメラほか事件³¹は、派遣された会社（Y4）の販売売場において、仕事上のトラブルについて謝罪していた派遣労働者（X）に対する、派遣元（Y2）社員による暴行につき、同社社員の不法行為および同社の使用者責任を認めて慰謝料10万円の連帯支払いが命じられた事例である。本件において派遣ないし委託の状況は、少々ややこしいのだが、Xは労働者派遣事業等を目的とするY1社及びY2社と雇用契約を結んでおり、Y1社及びY2社はY3社から携帯電話機の販売業務を受託されており、かつY3社はY4との間では携帯電話契約の取次等を内容とする代理店契約が結ばれていた。結果として、一審、二審ともにY3社やY4社が、直接雇用していない従業員の起こした暴行事件の責任を負うことを認めなかったが、本件事件のあったY4社の店舗の労働実態について、厚生労働省職安局は、実態として派遣労働だとし、さらにY1・Y2社→Y3社→Y4社という派遣は法律で禁じられている「二重派遣」と判断し、各社にそれぞれ職業安定法44条、労働者派遣法5条、24条違反（二重派遣、無許可業者の派遣と受け入れなど）があると認定し、職業安定法48条2項による「文書指導」を行っている事実があり、本件における就労環境は劣悪なものであったことが窺える。違法な派遣形態かつ杜撰な雇用管理の下で働く派遣労働者のなまなましい就労実態を見せ付けられた事件であるといえよう。

第3章 伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件³²の検討

このように、労働者派遣に関する判決が多数出される中、派遣労働者と派遣先との間の労働契約

の成否が直接争われる事案が登場する。伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件は労働者派遣法制定後初めて派遣労働者と派遣先との間の労働契約の成否が正面から争われた事案である。この事件を題材に、法解釈による派遣労働者と派遣先との労働契約が成立する可能性を検討していくこととする。なお本件においては、契約打ち切りの是非や不法行為等も争われているが、ここでは本文の趣旨に則り、派遣労働者と派遣先との間の労働契約の成否にのみ焦点を当て、以下紹介する。

第1節 事案の概要

本件は、昭和62年（1987年）2月以降、派遣法による派遣元事業主であるIBSないしY1（平成元年12月1日にIBSから人材派遣事業の営業を譲り受けた）の派遣労働者として、派遣先であるY2において支店業務に従事していたXが、Y1が平成12年5月31日をもって労働者派遣を終了したことに関し、雇止めに至る経過に被控訴人らの種々の違法行為が存在し、雇止めは違法、無効であるなどと主張して、雇用関係存在確認、賃金請求及び損害賠償請求をした事案である。

昭和62年（1987年）2月18日、XはIBSに派遣先を問屋町支店とする派遣労働者として雇用された。IBSとY2との間では、同年2月18日ころ、Xの派遣に関し、派遣期間を同年2月18日から同年5月末日までとする労働者派遣契約が締結された。派遣期間中である同年5月1日、Xの派遣先は石井支店に変更され、Xは、平成元年（1989年）11月30日まで、間断なく石井支店で就労した。その後同年9月21日にY1が設立されたのを機に、Y1とY2の間でXに関する労働者派遣契約が締結され、毎年6月1日及び12月1日の6ヶ月ごとに更新された。また、Y1は、同年12月から平成11年（1999年）12月まで、毎年2回、雇用期間を12月1日から翌年5月31日まで又は6月1日から11月30日までとしてXの雇用契約の更新を行った。Xは平成12年（2000年）5月31日まで、間断なく石井支店で就労した。

Xの業務内容は、主に事務用機器の操作であり、

以前は口座振替業務に関する端末操作を行っていたが、平成8年（1996年）2月1日以降、為替業務に関する端末操作に従事していた。また、Xはメール便の処理業務をほぼ一人で行っており、このうち、取立手形の発送、振込書類通知書の発送、文書為替や雑為替の送付などはX担当の端末操作に関わるものであったが、端末操作に直接関わらない郵便物の発受なども含まれていた。その他、Xは、公務員給与の袋入れ作業、大口集金先の集金への同行、コピーやファックス操作、顧客獲得のためのセールス等、本来の派遣対象業務外の業務を行ったことがあった。

なお、Y1は、主にY2及びその関連会社に労働者派遣を行うことを業とする、Y2の100パーセント出資する子会社であり、Y1の社長、取締役及び管理職の全員はY2人事部付向社員で構成されており、Y2の取締役人事部長はY1の取締役に就いている。加えて、Y1の派遣先のほとんどがY2とその関連会社に限定されている。また、Y2の担当者がXの派遣就業前にXの事前訪問に応じて面談していたことが事実として認定されている。

第2節 一審判旨（棄却）

一審は次のように判断した。

「労働契約といえども、黙示の意思の合致によっても成立しうるものであり、これは、本件のように、別途派遣法に基づく明示の派遣契約が締結されている場合でも変わるところはない。すなわち、派遣元の存在が形式的に名目的なものに過ぎず、実際には派遣先において派遣労働者の採用、賃金額その他の就業条件を決定しており、派遣労働者の業務の分野・期間が派遣法で定める範囲を超え、派遣先の正規職員の作業と区別し難い状況となっており、また派遣先において、派遣労働者に対して作業上の指揮命令、その出退勤等の管理を行うだけでなく、その配置や懲戒等に関する権限を行使するなど、実質的にみて、派遣先が派遣労働者に対して労務給付請求権を有し、かつ賃金を支払っていると認められる事情がある場合には、

前記明示の派遣契約は有名無実のものに過ぎないというべきであり、派遣労働者と派遣先との間に黙示の労働契約が締結されたと認める余地があるというべきである。」

本件においては、①Xの採用段階において、労働者派遣法の禁ずる「労働者の特定行為」がY2によって行われた可能性が高いこと、②Xは、派遣対象業務以外の業務に従事させられていたこと、③派遣法の趣旨に反して長期にわたって派遣がおこなわれていたこと、④Y1の派遣労働者に対する管理体制は十分ではなかったことが認められるが、一方で、①Y1はY2に独立して、賃金の決定等をおこなっていること、②Xの採用段階においても、詳細な労働条件はIBSにおいて提示され、決定されたこと、③Xの自己申告書の提出をY2が求めたのは雇入れ決定後であり、そのことは「労働者の特定行為」にあたらぬこと、④特定の企業に派遣する「専ら派遣」は派遣法の趣旨に反するが、本件の場合、民業を圧迫しないようにとの四国財務局の指導があったからであり、その後はY2とは関係のない企業への派遣割合を増加させてきたこと、等の事情があることから、「YらによるXの雇用及び派遣体制には、派遣法の規定及び趣旨に照らして、少なからず問題があることは否めないというべきであるが、他方……Y1は形式のみではなく、社会的実体を有する企業であり、Xの就業条件、採用の決定、さらにはXに対する賃金（慰労金を含む）の支払いは、すべてY1において行っているのであるから、XとY1との雇用関係が有名無実のものであるとはいえない。」

第3節 二審判旨（一部認容—不法行為による慰謝料1万円、一部棄却）

その後Xは一審の判断を不服として、控訴した。これに対し二審は次のように判断した。

「労働者派遣の法律関係は、派遣元が派遣労働者と結んだ雇用契約に基づく雇用関係を維持したまま、派遣労働者の同意・承諾の下に派遣先の指揮命令下で労務給付をさせるものであり、派遣

労働者は派遣先とは雇用関係を持たないものである（派遣法2条1号）。／したがって、派遣元と派遣労働者との間で雇用契約が存在する以上は、派遣労働者と派遣先との間で雇用契約締結の意思表示が合致したと認められる特段の事情が存在する場合や、派遣元と派遣先との間に法人格否認の法理が適用ないしは準用される場合を除いては、派遣労働者と派遣先との間には、黙示的にも労働契約が成立する余地はないのである。」

「派遣労働者と派遣先との間に黙示の雇用関係が成立したといえるためには、単に両者の間に事実上の使用従属関係があるというだけでなく、諸般の事情に照らして、派遣労働者が派遣先の指揮命令のもとに派遣先に労務を供給する意思を有し、これに関し、派遣先がその対価として派遣労働者に賃金を支払う意思が推認され、社会通念上、両者間で雇用契約を締結する意思表示の合致があったと評価できるに足りる特段の事情が存在することが必要である。／何故ならば、労働者派遣の法律関係は、派遣元が派遣労働者と結んだ雇用契約に基づく雇用関係を維持したまま、派遣労働者の同意・承諾の下に派遣先の指揮命令下で労務給付をさせるものであり、派遣労働者は派遣先とは雇用関係を持たないものである（派遣法2条1号）から、派遣労働者が派遣先の指揮命令下で労務給付をしていたからといって、それだけでは、派遣労働者と派遣先との間に黙示の雇用契約が成立したとはいえないことは、もともと派遣法が当然のこととして予定している法律関係だからである。」

本件についてみるに、Xは、IBSやY1との間で、IBSやY1を雇用者とし、Xを労働者とする雇用契約書を作成していること、IBSやY1から派遣社員就業条件明示書の交付を受けていたこと、Xの賃金もIBSやY2から支払われていたこと、また、控訴人はIBSやY1に雇用されていると認識していたこと等の事実を照らすと、「XがY2の指揮命令のもとにY2に労務を供給する意思を有し、これに関し、Y2がその対価として控訴人に賃金を支払う意思が推認され、社会通念上、XとY2間で雇用契約を締結する意思表示の合致が

あったと評価できるに足りる特段の事情が存在したものと、到底認めることができない。「したがって、XとY2との間に黙示の雇用契約が成立したと認めることもできない。」

「派遣元が派遣労働者との間で派遣就業の同意を伴う雇用契約を締結している場合であっても、派遣元が企業としての実体を有せず、派遣先の組織の一部と化していたり、派遣先の賃金支払の代行機関となっていて、派遣元の実体が派遣先と一体と見られ、法人格否認の法理を適用しうる場合、若しくはそれに準ずるような場合には、派遣先と派遣労働者との間で雇用契約が成立しているものと認めることができる。」

「Y1は、派遣元として必要な人的物的組織を有し、適切な業務運営に努めており、独立した企業としての実体を有し、派遣労働者の採用や、派遣先、就業場所、派遣対象業務、派遣期間、賃金その他就業条件の決定、派遣労働者の雇用管理等について、Y2とは独立した法人として意思決定を行っており、Y1は、Y2の第二人事部でもなければ、賃金支払代行機関でもない。」

第4節 検討—判例の傾向とその問題点

第1款 黙示の労働契約論

労働者派遣法制定以前も派遣労働者³³と派遣先との間の労働契約の成否が争われた事案が多数存在する。初期の裁判例においては、社外労働者（派遣労働者）と受入企業（派遣先）との労働契約の成否について、そのアプローチについてはある程度ばらつきが見られたが³⁴、サガテレビ事件³⁵高裁判決において、黙示の労働契約説を採用して以来、それが判例法理として確立されたと言える。つまり、前掲サガテレビ事件高裁判決では、「労働契約は、労働者が使用者との間に、その使用者の指揮、監督を受けて労務に服する義務を負う一方、その対価として賃金を受ける権利を取得することを内容とする債権契約であり、したがって、一般の契約と同様に契約締結者の意思の合致によって始めて成立するものである」ことを前提としつつ、「労働契約といえども、もとより黙示の意思の合

致によっても成立しうるものであるから、事業場内下請労働者（派遣労働者）の如く、外形上親企業（派遣先企業）の正規の従業員と殆ど差異の形で労務を提供し、したがって、派遣先企業との間に事実上の使用従属関係が存在し、しかも、派遣元企業がそもそも企業としての独自性を有しないとか、企業としての独立性を欠いていて派遣先企業の労務担当の代行機関と同一視しうるものである等その存在が形式的名目的なものに過ぎず、かつ、派遣先企業が派遣労働者の賃金額その他の労働条件を決定していると認めるべき事情のあるときには、派遣労働者と派遣先企業との間に黙示の労働契約が締結されたものと認めうべき余地がある」とする。その後の裁判例の蓄積により、裁判所がよりどころとする黙示の労働契約を認めうる具体的要素としては、(i) 受入企業と社外労働者との間にいわゆる使用従属関係（受入企業の指揮命令下での労務の提供）が存在していること、(ii) 受入企業が事前面接等を行うなどして請負企業による当該社外労働者の採用決定に関与していること、(iii) 請負・業務委託料等の名目で受入企業から請負企業に支払われている代金が、当該仕事の報酬ではなく、労働者の時間当たりの賃金単価を基礎として計算されるなど実質的に賃金としての性格を有すること、(iv) 請負企業が独立した企業としての実体がないか、または受入企業の賃金支払等の代行機関にすぎなく、労働契約上の使用者としての実質的機能や責任を十分に果たしていないこと、の以上4点にほぼ集約できよう³⁶。但し、黙示の労働契約説はフレームとしての確立は見られるが、具体的判断の場面において、相対的に(i)が重視されているという傾向はいえるものの³⁷、各要素の評価の仕方は裁判例によって一貫しているわけではない³⁸。

黙示の労働契約の成立が争われた事案は多数あるが、サガテレビ事件以降、その成立を認めた事例は、大阪地労委（大藤生コン三田）事件³⁹、センエイ事件⁴⁰、安田病院事件⁴¹、ナブテスコ（ナブコ西神工場）事件⁴²の4件のみである。

黙示の労働契約論は、本件においても見られる

ように労働者派遣法上の派遣労働者と派遣先との間の労働契約の成否についてもある程度踏襲されているといえよう。マイスタッフ（一橋出版）事件⁴³では、「労働契約も他の私法上の契約と同様に当事者間の明示の合意によって締結されるばかりでなく、黙示の合意によっても成立し得るところ、労働契約の本質は使用者が労働者を指揮命令及び監督し、労働者を指揮命令及び監督し、労働者が賃金の支払いを受けて労務を提供することにあるから、黙示の合意により労働契約が成立したかどうかは、明示された契約の形式だけでなく、当該労務供給形態の具体的実態により両者間に事実上の使用従属関係があるかどうか、この使用従属関係から両者間に客観的に推認される黙示の意思の合致があるかどうかによって判断するのが相当である」との一般論を述べた上で、本件一審とほぼ同旨の要件を提示している。すなわち、①派遣元が形式的存在に過ぎず、派遣労働者の労務管理を行っていない反面、②派遣先が実質的に派遣労働者の採用、賃金額その他の就業条件を決定し、③配置、懲戒等を行い、④派遣労働者の業務内容・期間が労働者派遣法で定める範囲を超え、派遣先の正社員と区別し難い状況となっており、⑤派遣先が、派遣労働者に対し、労務給付請求権を有し、賃金を支払っており、そして、当事者間に事実上の使用従属関係があると認められる特段の事情があるとき、には、当該派遣労働契約は名目的なものにすぎず、派遣労働者と派遣先との間に黙示の労働契約が成立したと認める余地があるとする。

一方、本件二審においては、「派遣元と派遣労働者との間で雇用契約が存在する以上は、派遣労働者と派遣先との間で雇用契約締結の意思表示が合致したと認められる特段の事情が存在する場合や、派遣元と派遣先との間に法人格否認の法理が適用ないしは準用される場合を除いては、派遣労働者と派遣先との間には、黙示的にも労働契約が成立する余地はないのである」、との前提を示した上で、「派遣労働者と派遣先との間に黙示の雇用関係が成立したといえるためには、単に両者の間に事実上の使用従属関係があるというだけでなく、

諸般の事情に照らして、派遣労働者が派遣先の指揮命令のもとに派遣先に労務を供給する意思を有し、これに関し、派遣先がその対価として派遣労働者に賃金を支払う意思が推認され、社会通念上、両者間で雇用契約を締結する意思表示の合致があったと評価できるに足りる特段の事情が存在することが必要である」、と判示し、その理由として、「労働者派遣の法律関係は、派遣元が派遣労働者と結んだ雇用契約に基づく雇用関係を維持したままで、派遣労働者の同意・承諾の下に派遣先の指揮命令下で労務給付をさせるものであり、派遣労働者は派遣先とは雇用関係を持たないものである（派遣法2条1号）から、派遣労働者が派遣先の指揮命令下で労務給付をしていたからといって、それだけでは、派遣労働者と派遣先との間に黙示の雇用契約が成立したとはいえないことは、もともと派遣法が当然のこととして予定している法律関係だからである」としている。加えて、本件一審及びマイスタッフ（一橋出版）事件において挙げられていた黙示の労働契約の成立を認める要素の内、重要な判断指標であった上記①の派遣元の形式性・名目性の要素を排除し、法人格否認の法理の問題として処理している。これは、本件一審、及びマイスタッフ（一橋出版）事件とはかなり異なったスタンスに立っていると言える。すなわち、派遣先と派遣労働者の雇用契約の成立については当事者の「意思」というものをより重視する考え方に立ち、労働者派遣法上の労働者派遣にあっては雇用契約関係は派遣元との間にあるのであって、派遣労働者は派遣先と雇用関係を持たないという原則をしきりに強調しているのである⁴⁴。派遣労働者保護の観点から見ても、労働者派遣法以前の判例法理の流れをより踏襲するマイスタッフ（一橋出版）事件の判断を現在の判例の立場と見るべきであると思われる。

しかしどちらの立場をとったとしても、派遣元の形式性・名目性がマイスタッフ（一橋出版）事件においては黙示の労働契約成立の要件とされ、伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件では法人格否認の法理の要件として掲げられ、労働者派

遣は、派遣元と派遣労働者との間に雇用契約関係があり、派遣先のために派遣先の指揮命令を受けて労働することとい⁴⁵、いわゆる雇用と使用との分離を前提としているため、派遣先との雇用契約関係を問うことになると、実体のある派遣元との雇用契約が締結されている以上、請負のケースと比べてハードルが高くなる傾向があることは否めない。裁判所がこのような黙示の労働契約論を採用する限り、派遣先と派遣労働者との労働契約の成立は非常に困難であると思われる。事実、黙示の雇用契約関係が認められた事案は未だ存在しない⁴⁶。

他方、学説⁴⁷においては、判例の立場と同じ黙示の労働契約説の他、使用従属関係が認められれば、当事者の意思の合致を要することなく直ちに労働契約の成立が認められるとする見解（事実労働関係説）⁴⁸や、労働契約の成立には当事者の意思の合致を要するとしつつも、使用従属関係自体から労働契約の黙示の締結意思を客観的に推認できると説く見解（客観的黙示の労働契約説）⁴⁹、また、「いかなる法形式をとったにせよ、社会類型的に労働契約から生ずる関係と同視し得る使用従属関係を形成・存続せしめた以上、法令違反等の場合を除き、そこには労働契約の存在が推定され、労働者は労働契約関係の存在を主張し得……企業はこれに対して労働契約締結に関する意思の不存在をもって抗弁することは許されない」とする見解（片面的事実労働契約関係説）⁵⁰が、それぞれ主張されている。

第2款 労働者派遣法、職業安定法抵触の評価

本件においては、控訴の際、Xの就労に関して、労働者派遣法やその趣旨、行政指導に違反していたことにつき、XとY2との間に黙示の労働契約が成立していることの根拠の1つであるとして主張している（本件控訴理由④）。しかし、高松高裁は、「労働者派遣の法律関係は、派遣元が派遣労働者と結んだ雇用契約に基づく雇用関係を維持したままで、派遣労働者の同意・承諾の下に派遣先の指揮命令下で労務給付をさせるものであり、派

遣労働者は派遣先とは雇用関係を持たないものである（派遣法2条1号）。／したがって、派遣元と派遣労働者との間で雇用契約が存在する以上、派遣労働者と派遣先との間で雇用契約締結の意思表示が合致したと認められる特段の事情が存在する場合や、派遣元と派遣先との間に法人格否認の法理が適用ないしは準用される場合を除いては、派遣労働者と派遣先の間には、黙示的にも労働契約が成立する余地はないである」として、一般的な行政指導による派遣期間（3年間）を超越してY2の支店で勤務していたことや、部分的に派遣対象業務の範囲を超える業務に従事していたこと、Y2の担当者がXの派遣就業前にXの事前訪問に応じて面談していたことなど、Xの雇用及び派遣体制に、派遣法の趣旨、行政指導に照らして少なからず問題点があったことは認定した上で、このような「問題点があったからといって、そのことを根拠に、XとY2との間には、黙示的にも労働契約が成立したと認めることはできない」と判断した。

職業安定法44条違反の評価として、それをもって派遣元と派遣労働者との労働契約が無効であるという主張がなされた事案はいくつか見られるが、判例はそれだけの理由では公序良俗に反し無効と解することはできないとの立場をとる傾向にある⁵¹。これに対し職業安定法第44条違反行為を目的とする労働者供給契約が無効と評価されることについてはほぼ異論がない⁵²とされる。

労働者派遣法違反の事実をもって、派遣先と派遣元との労働者派遣契約が公序良俗違反により無効であるとの主張がなされた日建設計事件⁵³では、「平成9年12月以降の控訴人の仕事については、必ずしもOA機器による文書作成や書類の整理が主とはいえず、通常の事務の仕事にも相当従事したとみる余地が十分あるが、これは有効に成立した控訴人とAビジネス間の派遣労働契約の効力の問題であって、控訴人と被控訴人間の上記合意契約の効力に影響を及ぼすものではない。なお、被控訴人とAビジネス間の派遣労働契約について、労働者派遣法4条3項（平成6年当時のもの）や

職業安定法44条に適合しないと解される部分があるとしても、これらの規定がいずれも行政取締規定であることからすると、そのことによって、控訴人、Aビジネス間の派遣労働者契約が直ちに無効になるということはできないというべきであると判断されている。

第3款 労働者派遣法上の派遣先の使用者責任

労働者派遣法40条の3は、「派遣先は、当該派遣先の事務所その他派遣就業の場所ごとの同一の業務（前条第1項各号に掲げる業務を除く。）について派遣元事業主から継続して1年以上前条第1項の派遣可能期間以内の期間以内の期間労働者派遣の役務の提供を受けた場合において、引き続き当該同一の業務に労働者を従事させるため、当該労働者派遣の役務の提供を受けた機関（以下この条において「派遣実施期間」という。）が経過した日以後労働者を雇い入れようとするときは、当該同一の業務に派遣実施期間継続して従事した派遣労働者であって次の各号に適合するものを、遅滞なく、雇い入れるように努めなければならない。」と規定されている。この規定は、1999年の改正時に設けられたもので、2003の改正により派遣期間が1年から3年に変更されたものである。この規定の趣旨は、派遣先における常用雇用労働者の派遣労働者による代替の防止を確保するとともに、常用代替を希望する派遣労働者の常用雇用への移行を促進するためのものであるとされている⁵⁴。

しかしこれは、派遣先が労働者を雇用する場合には、当該業務について労働者派遣を受けていた労働者を優先的に雇い入れることを促進するための優先雇用の努力義務⁵⁵にすぎない。簡単に言うと、「1年以上1つのポストについて派遣労働者を使用し、1年がたったので、事業主がそのポストについてだれか別の人を採用して、いわば直接雇用労働者を雇おうというときには、1年間継続して使用した派遣労働者を優先的に採用するように努力して下さい」⁵⁶ということである。また、2003年改正以前の旧49条の2第2項および第3項は、派遣期間の上限規制を超えての派遣労働者の

使用に際して、厚生労働大臣による当該派遣労働者の雇用の指導・助言・勧告及び勧告に従わなかった場合の企業名の公表を定めていたが、先も述べた通りこれまで公表まで行ったのはほぼ皆無という状況を考えると、その有効性、実効性については疑わしい⁵⁷。大誠電機工業事件⁵⁸では、「ただし、労働者派遣法40条の3は、派遣先に対し派遣労働者を雇入れるよう努力すべき義務を認め、同法49条2項及び3項はそれについて指導、助言及び勧告をし、最終的には企業名の発表を含めた行政指導をすることによって間接的に派遣労働者の雇用を強制することを定めているが、同法によっても派遣先に雇用すべき義務が発生するものではなく、雇用契約はあくまでも労使双方の意思の合致がなければ成立しないからである」、と判示されている。

2003年の法改正では、派遣先の雇用契約申込み義務が新設された。労働者派遣法40条の4では一般的派遣業務の場合の派遣先の雇用契約申込み義務が定められており、「派遣先は、第35条の2の第2項⁵⁹の規定による通知を受けた場合において、当該労働者派遣の役務の提供を受けたならば第40条の2第1項⁶⁰の規定に抵触することとなる最初の日以降継続して第35条の2第2項の規定による通知を受けた派遣労働者を使用しようとするときは、当該抵触することとなる最初の日の前日までに、当該派遣労働者であって当該派遣先に雇用されることを希望するものに対し、雇用契約の申込みをしなければならない。」と規定されている。また、労働者派遣法40条の5では、専門26業務等の派遣労働者に対する派遣先の雇用申込みが義務付けられている。そこでは、「派遣先は、当該派遣先の事業所その他派遣就業の場所ごとの同一の業務（第40条の2第1項各号に掲げる業務に限る。）について、派遣元事業主から3年を超える期間継続して同一の派遣労働者に係る労働者派遣の役務の提供を受けている場合において、当該同一の業務に労働者を従事させるため、当該3年が経過した日以降労働者を雇い入れようとするときは、当該同一の派遣労働者に対し、雇用契約の申込みをし

なければならない。」と規定されている。

派遣先がこれらの規定に違反した場合、派遣先は労働者派遣法上どのようなリスクを負うことになるのであろうか。労働者派遣法49条の2は、厚生労働大臣は、第40条の4又は第40条の5の規定に違反している者に対し、第48条第1項⁶¹の規定による指導又は助言をした場合において、その者がなお第40条の4又は第40条の5の規定に違反しており、又は違反するおそれがあると認めるときは、当該者に対し、「第40条の4若しくは第40条の5の規定による雇用契約の申込みをすべきことを勧告することができる」としている。また同2項は、「当該労働者派遣の役務の提供に係る派遣労働者が当該派遣先に雇用されることを希望している場合において、当該派遣先に対し、第48条第1項の規定により当該派遣労働者を雇い入れるように指導又は助言をしたにもかかわらず、当該派遣先がこれに従わなかったときは、当該派遣先に対し、当該派遣労働者を雇い入れるように勧告することができる」、としている。加えて同3項は、「厚生労働大臣は、前2項の規定による勧告をした場合において、その勧告を受けた者がこれに従わなかったときは、その旨を公表することができる」、と規定している。

ここで問題となるのは、雇用義務の申込み義務とはどのような性格を持つものなのか、具体的に言えば、違法継続派遣はいわゆる「みなし雇用」となるのか、ということである。ドイツ⁶²を始めとするヨーロッパ諸国や韓国⁶³などでは、上限期間を超えた場合は派遣先との間に労働契約関係が成立する旨の規定がある。2003年改正時の国会ではこの点についても議論された。ドイツの派遣制度にない、日本でもみなし雇用制度を導入すべきではないか、という質問に対し、当時の厚生労働省職業安定局長は、「我が国の場合、それをどうするかということで考えますと、1つは、派遣労働者自身が、派遣労働をやめて常用雇用になりたいと考えている労働者ばかりではないということ、それから、雇われる場合に、今までちょうど派遣されていた企業に本当に就職したいと思っている

かどうかというようなこと等がありまして、当事者の意思というものにかかわりなく、当事者の意思を法律で否定する形で雇用関係を設定してしまう、こういうことになるんじゃないかというふうに思われまして、そういった中で、一方では企業にも採用の自由が認められているわけでありますから、そのあたりを考え合わせますと、今の段階でそういった強制的な雇用関係、雇用契約の成立をさせるというだけの法律的な合理性といえますか、そういったものが1つあるかということがあるのではないかというふうに思いますし、それからもう1つは、労働条件を考えますと、強制的に雇用契約、雇用関係が成立するといったときに、労働条件をどういうふうに決めたらいいのかということになるのではないかと思います。／ヨーロッパの場合は、御案内のとおり、産業別あるいは職業別に労働協約で労働条件が決まっているということで、どこで働こうと同じような労働条件であるという労働市場の状況がございますので、これも可能になっているのだらうと思うんですが、日本の場合は、企業ごとの労働条件あるいは働く形態ごとの労働条件等々さまざまがございますので、今の段階でみなし雇用制度を導入することになりますと、やはり慎重に対応せざるを得ないのかな、こういうふうに思っております。』⁶⁴と述べており、みなし雇用の適用はないとされている。したがって、あくまでも派遣先に課されるペナルティーは、勧告・公表などにとどまるのである⁶⁵。労働者派遣法40条の4の規定について、松下ブラザーマディスプレイ（パスコ）事件⁶⁶は、「労働者派遣法は、申込の義務を課してはいるが、直ちに、雇用契約の申込があったのと同じ効果までを生じさせるものとは考えられず（したがって、原告が承諾の意思表示をすることにより、直接雇用契約が締結されるわけではない。）、被告に直接雇用契約の申込の義務が課せられ、これを履行しない場合に、労働者派遣法に定められる指導、助言、是正勧告、公表などの措置が加えられることはあっても、直接雇用契約の申込が実際になく、直接の雇用契約が締結されると解することはできな

い」としている。先に述べたように、勧告・公表までいった例がほぼ皆無という状況を考えると、その実効性は疑わしい。現在の法枠組みでは、労働者派遣法違反がある場合でも、派遣先の契約上の使用者責任が直ちに問われるシステムにはなっていないのである。

第5節 どう考えるべきか

それでは、労働者派遣法違反がなされた場合には、労働者派遣法上の行政処分の他に、契約上の解釈によって派遣先の契約上の使用者責任、つまり、派遣先が派遣労働者の使用者であることを導き出すことは不可能なのであろうか。

確かに判例⁶⁷でも見られるように、現在の法枠組みでは労働者派遣法違反の事実をもって、派遣先と派遣労働者との間の労働契約が成立する仕組みにはなっていない。しかし、労働者派遣の拡大の中で、違法派遣が社会的な問題として広がっている現状を考えると、私見では労働者派遣法、職業安定法違反の事実を軽視すべきではないと考える。この問題につき、浜村教授は、「派遣法2条1号の定める派遣労働関係は、それだけを取り出して理解すべきではなく、あらためて職安法や派遣法全体の規制枠組みの中に位置付けたうえで理解されなければならない」とした上で、「派遣法2条1号でいう派遣労働関係は、当該労働者派遣が派遣法の規制枠組みに従って行われている場合にはじめて成立するのであり、派遣法の規制枠組みを遵守することなく労働者派遣が行われている場合には、派遣法2条1号に定める労働者派遣には該当せず、それゆえ、派遣労働者と派遣元とのみ雇用関係が成立し、派遣先との間には事実上の使用関係しか存在しない派遣労働関係は、かかる場合には法的に成立しないものといわなければならない」、と述べている⁶⁸。つまり、受入れ期間の制限を越える派遣労働者の使用禁止の場合や、労働者派遣法が派遣先による派遣労働者の使用を明確に禁止しているにもかかわらず、それに違反して派遣労働者を使用するために労働者派遣契約が締結された場合は、当該労働者派遣契約は公序良

俗違反として無効と解されることになる⁶⁹。労働者派遣法違反の事実を契機に、派遣先と派遣労働者との間に労働契約関係を積極的に認めようとするこの立場は非常に示唆に富み、支持したい。

第1款 労働者派遣法2条1号における「労働者派遣」の定義の解釈

労働者派遣法2条1号では、「労働者派遣」について次のように定義している。つまり、労働者派遣とは、「自己の雇用する労働者を、当該雇用関係の下に、かつ、他人の指揮命令を受けて、当該他人のために労働に従事させることいい、当該他人に対し当該労働者を当該他人に雇用させることを約してするものを含まないとする」とされている。この「労働者派遣」の定義の理解については大きく分けて2つの見解の対立が見られる。

1つ目の見解は、労働者派遣法2条1号の趣旨は、派遣契約において派遣労働者を派遣先に雇用させることを約するものを労働者派遣法の適用対象から排除することをいうのであって、派遣労働者と派遣先とが自発的に労働契約を締結することを労働者派遣法が禁止したり、または、これを無効とすることを意図したものではない⁷⁰等の理由から、労働者派遣法が派遣先と派遣労働者との間で労働契約の成立する可能性を全面的に排除したものと解することはできないとするものである⁷¹。この見解にたつとすれば、派遣元の名目化や形骸化等の事実の有無に関係なく、派遣先と派遣労働者との間で労働契約の成立もあり得ることとなる。

これに対し、もう1つの見解としては、派遣関係について、派遣元が契約上の使用者責任を負い得る実体を有していることを前提とする趣旨であり、派遣元以外との労働契約は存し得ず、確かに労働者派遣法は、派遣労働者と派遣先とが自発的に労働契約を締結することを禁止してはいないが、その場合には当該労働関係は、もはや労働者派遣法が予定する派遣労働関係ではなくなってしまう⁷²、とするものである。この立場に立つと、派遣元が契約上の使用者責任を負い得る実体を有している限り、派遣労働者と派遣先との労働契約は

成立する余地はないこととなる。

直接雇用を原則としつつ厳格な一定の条件の下で、労働者派遣という形態をあくまで例外的に認めるという職業安定法及び労働者派遣法の趣旨を鑑みるに、派遣元の実体性に関わらず、派遣先と派遣労働者との間の労働契約成立の可能性があるとする前者の見解が妥当と思われる。

第2款 派遣期間の制限又は派遣業務の限定の意味－労働者派遣法の立法趣旨への回帰

労働者派遣法は、制定当初、適用対象業務を専門的又は一時的な業務に限定（いわゆる専門26業務）し、労働者派遣という形態を例外的に認めていた。そして、同法26条2項に基づく告示⁷³により、派遣元が派遣先との間で締結し得る労働者派遣契約の期間は最長1年間とされており、また、同一の派遣労働者について同一の業務に継続3年を超えて派遣しないようにとの行政指導がなされていた⁷⁴。労働者派遣事業はあくまで「臨時的・一時的な労働力の需給調整に関する対策」であるという労働者派遣法の基本姿勢に鑑みると、これらは、国会の議論でもなされていた「常用労働者の代替の防止」という観点からの要請の結果であると考えられる。常用労働者の代替の防止とは、すなわち、派遣先が、人件費削減等といった派遣先の事情のみによって、本来ならば派遣先が直接雇用すべき労働者を、派遣先の契約上の使用者責任のより軽い派遣労働者として派遣先で働かせ、日本における雇用慣行、つまり「直接雇用の原則」を無視することを防止する、ということに他ならない。その後1999年の法改正により、適用対象業務は、ポジティブリストからネガティブリストに変更され、一部の業務を除いては原則自由となったが、派遣期間の制限（労働者派遣法40条の2）及びそれに伴う派遣先のリスク（雇入れ勧告、公表）という形（同法49条の2）で、「常用代替の防止」という原則は少なからず守られていると言ってよい。

雇入れ勧告の対象となった派遣先と派遣労働者の法的関係について、行政による解釈では、以下

のような態度を示している。すなわち、「雇入れ勧告を行うケースは、派遣元事業主と派遣先との間で、派遣先の事業所その他派遣就業の場所ごとの同一の業務について労働者派遣契約が派遣受入期間を超えて締結されることが想定し難い中では、既に労働者派遣契約の根拠なく、また、派遣元事業主と派遣労働者の間の雇用契約の根拠なく、事実上派遣先において就業を継続している状態であって、更に勧告の実施要件を満たしている場合と考えられる。／このため、派遣先が、労働者派遣契約による授権がない中で、派遣労働者の指揮命令を継続している状態を前提として、以下のような法解釈が行えると考え。／（イ）派遣労働者が派遣元事業主との雇用契約を解除したり、雇用契約期間が満了する等派遣元事業主との雇用関係が既に終了している場合には、派遣先との雇用契約が成立していると推定でき、訴訟において、派遣労働者は、勧告の内容に従った雇用関係の確認や損害賠償請求を行うことが可能である。／（ロ）派遣元事業主との雇用関係が終了していない場合であっても、勧告の実施後派遣労働者が派遣元事業主との雇用関係を終了させれば、（イ）と同様の請求が可能である。／（注）派遣元事業主は、法律上派遣先の「同一の業務」について派遣受入期間を超えて労働者派遣を行ってはならない義務を課せられており（法第35条の2）、違反に対しては、許可の取消し等の行政処分のみでなく、直接罰則も付されることから、派遣受入期間を超える労働者派遣の締結は想定し難い。」⁷⁵とされている。これによれば、労働者派遣契約の根拠を欠いているにも関わらず、派遣先が事実上派遣労働者を使用している場合には、派遣労働者と派遣先との間に労働契約が成立しうることとなる。

労働者派遣法はあくまで職業安定法の特別法である。また、もともと労働者供給事業として禁止されていた形態を、派遣形態の拡大という実態に合わせるように一定の条件の下で労働者派遣事業という形態として取り出し、それを例外的に認めたという労働者派遣法の特殊性等を考慮すると、労働者派遣法は、行政取締法規としての性格のみ

ならず、職業安定法及び労働者派遣法の趣旨及び目的に鑑み、「常用代替の防止」という基本原則に違反する場合には、私法上の強行法規的な性格として、または公序をなしえんと解すべきであるとする。したがって、労働者派遣法に違反する当該労働者派遣契約は公序良俗違反として無効と解されるべきである。そして、派遣先は労働者派遣契約の根拠なしに派遣労働者をその指揮命令のもと使用したことになるので、職業安定法の立法趣旨である「直接雇用の原則」に則り、前記行政解釈の言うように派遣先と派遣労働者との間に労働契約が成立していたもの認められる。そのように解さない限り、派遣労働者の保護という観点からすると労働者派遣法の実効性はほぼ無いものと等しくなってしまうと言えよう。

この点につき、裁判所の判断⁷⁶は、労働者派遣法はあくまでも行政取締法規であり、労働者派遣法違反があったとしても派遣労働契約が直ちに無効になるとは言えないとする。法令違反の法律行為の効力の問題としては、かつては行政的取締法令違反と経済統制法違反がその主要なものであったが、現代では資本主義の高度化に対応する問題として新に独占禁止法違反行為（例えば価格カルテルや不正な取引方法）、労働組合法違反行為（例えば不当労働行為たる解雇）の効力の問題が生じている⁷⁷。取締法規に違反する契約という論点については、とりわけ民法の分野では学説で活発な議論がなされていたようである⁷⁸。その中で、末弘教授は、取締法規違反行為を無効とすべきか否かを決定する際に、①法令違反行為を無効とすることが禁止目的のために必要かという実質的考慮と、②違反行為を無効とすることによって当事者相互間に不公正が生じないかどうかという視点、を重視すべきことを説いている⁷⁹。これらの点を考慮したとき、①実質的考慮との関係からすれば、派遣可能期間を超えてもなお派遣労働者が派遣され続けているという事例が多いことや、本件のように、派遣労働者に適用対象業務以外の業務に従事させる企業が多数存在すること、また、いわゆる偽装請負の拡大といった現状を考慮すると、勧告や公

表だけではその実効性は担保できず、「常用代替の防止」という労働者派遣法最大の目的のため、当該違反行為を無効とすることが必要不可欠であることは誰の目から見ても明らかであろう。②当事者間の不公正性については、当該違反行為を無効としない方が、派遣労働者にとっては不公正であり、逆に、無効になったからといって、派遣先にとって不公正であることは考えられない。したがって、労働者派遣法違反の事実により、当該労働者派遣契約は無効となると解される。

このように解した場合、派遣労働者と派遣元・派遣先との間に2重の労働契約関係が成立することとなるが、派遣労働者が派遣元との労働契約を解約したり、期間満了により終了したと考えられる場合には、派遣先との間だけに労働契約関係が成立することになる⁸⁰と考えられる。また、労働者派遣法違反の事実から、派遣元と派遣労働者との労働契約も民法90条違反により無効となる余地も少なからずあると考える。

第3款 本件へのあてはめ

本件について見るに、昭和62年（1987年）2月に締結された本件労働者派遣契約において、Xの従事する派遣業務は、いわゆる専門26業務の内、事務用機器の操作とされていた。言わずもがな、1986年の段階においては、適用対象業務はポジティブリスト形式を取っており、専門26業務以外の業務への派遣は旧労働者派遣法4条1項及び3項により、明確に禁止されていた。しかし、裁判所も認定しているように、平成8年以降、郵便物の発受や公務員給与の袋入れ作業、大口集金先の集金への同行、コピーやファックス操作、来客接待、顧客獲得のためのセールス等、部分的に本来の派遣対象業務外の業務に従事していたことが認められる。また、Xは一般的な行政指導による派遣期間（3年間）を超過して約13年間（昭和62年2月18日から平成12年5月31日まで）Y2の支店で勤務していたことも認められる。これら労働者派遣法違反の事実は、労働者派遣法の最大の趣旨である「常用代替の防止」の原則に逆行したものであ

ることは明らかである。したがって、本件労働者派遣契約は民法90条公序良俗に違反し、無効である。これにより、Y 2は労働者派遣契約の根拠なしにY 2の指揮命令の下にXを使用していたこととなるので、Y 2とXとの間には労働契約が成立していたものと認められる。

第4章 結びにかえて

以上のように、派遣先と派遣労働者との間の労働契約の成立の可能性を考察してきた。労働者派遣という形態が今日の日本で着実な広がりを見せ、働く側においても積極的に労働者派遣という形態を選択する者が少なからず存在するという反面、偽装請負や違法派遣により、労働者が不当に搾取されている例はメディアで取り上げられているだけでも相当数存在するといった現状がある。このような現状があるからこそ、今一度労働者派遣法の存在意義及び目的を再考し、職業安定法の根底に流れる「直接雇用の原則」の精神に立ち返る必要があるのではないかと考えた次第である。

なお、蛇足ではあるが、上記のように解した上で、派遣先と派遣労働者との間の労働契約の成立が認められたと仮定したとき、もうひとつ問題となり得るのは、派遣労働者の業務内容や期間の定めの有無等といった労働条件の内容であろう。この点につき、「勤務継続の事実を重視すれば、派遣時から継続して勤務するものとして少なくとも派遣中と同一の労働条件を確保すること（たとえば派遣中に取得した年次有給休暇の権利についても、喪失しないよう法的措置を講ずること）、派遣先における就業規則の適用はもちろん、同一の職務を担当する労働者との均等待遇に配慮したものであること、期間の定めを付することについては、そもそも当該業務による活用が臨時的・一時的なものではなかったということになるのであるから、期間の定めのない雇用であることを原則とすることを内容とすべき」⁸¹である、との指摘がある。

なお、本論文出稿後、前記松下プラズマディス

プレイ（パスコ）事件の控訴審において、黙示の労働契約の成立を認めるという画期的な判決が出された。そこでは、「1審被告・パスコ間……1審原告・パスコ間の契約は、脱法的な労働者供給契約として、職業安定法44条及び中間搾取を禁じた労働基準法6条に違反し、強度の違法性を有し、公の秩序に反するものとして民法90条により無効というべきである。……したがって、1審被告・パスコ間、1審原告・パスコ間の各契約は締結当初から無効である。……無効である前記各契約にもかかわらず継続した1審原告・1審被告間の……実態関係を法的に根拠づけ得るのは、両者の使用従属関係、賃金支払関係、労務提供関係等の関係から客観的に推認される1審原告・1審被告間の労働契約のほかなく、両者の間には黙示の労働契約の成立が認められるというべきである」、としている。

ここでは詳細な検討はせず、判旨の紹介にとどめるが、高裁レベルで黙示の労働契約の成立を認めた点で、今後の労働者派遣法の改正や偽装請負に対する裁判所の姿勢にも非常に影響を及ぼす判決であると考えられ、注目に値しよう。

1 労働者派遣法第49条の2。

2 浜村彰＝中野麻美＝小林譲二＝豊川義明「座談会／派遣先の直接雇用責任を問う－伊予銀行事件・一橋出版事件の高裁判決を受けて」労旬1639号（2007年）12頁では、「これがなかなか違法派遣とか偽装請負がなくなる大きな原因の一つ」と述べている（浜村発言）。

3 同旨として、勝亦啓文「派遣労働者の保護－派遣元・派遣先の法的責任と課題－」季刊労働法211号（2005年）49－50頁。

4 勝亦・前掲注3）51頁、大橋範雄『派遣法の弾力化と派遣労働者の保護』（1999年、法律文化社）41頁以下、脇田滋「派遣労働者の過労自殺と使用者責任の保護」労旬1602号（2005年）12頁等。

5 中野麻美『労働ダンピング－雇用の多様化の果てに』（2006年、岩波新書）67－68頁。

⁶ 例えば、高梨昌『第三版労働派遣法』（エイデル研究所、2007年）、小室豊充『使用者概念と労働者派遣』（1986年、総合労働研究所）259頁以下、西谷敏＝脇田滋『派遣労働の法律と実務』（1987年、労働旬報社）12頁以下等。

⁷ 1947年8月15日衆議院社会労働委員会における職業安定法案提案理由（高梨・前掲注6）59頁）。

⁸ 高梨・前掲注6）59頁。

⁹ 高梨・前掲注6）57頁。

¹⁰ その後、1952年2月に職業安定法施行規則第4条の改正が行われ、同条1条4号の「専門的な企画、技術」を「企画若しくは専門的な技術若しくは専門的な経験」と改められ、労働者供給事業とはみなされない請負事業の範囲が拡大されることとなった。

¹¹ 萬井隆令＝山崎友香『『労働者供給』の概念－労働者派遣法制定を契機とする労働省による解釈の変更とその問題点』労旬1557号6頁。ここでは、「直接雇用の原則」を労働法上の基本原則の1つとしている。

¹² 清正寛「雇用保障法における『直接雇用の法理』－労働者供給事業禁止法理の再検討－」林迪廣先生還暦祝賀記念論文集『社会法の現代的課題』（1983年、法律文化社）288頁。

¹³ 脇田滋『労働法の規制緩和と公正雇用保障－労働者派遣法運用の総括と課題－』（1995年、法律文化社）93頁。

¹⁴ 1983年労働省「雇用管理調査」によると、全体では利用企業の割合は2割程度であるが、規模が大きくなるに従ってその割合は高まり、300人以上規模の企業では半数を越し、5000人以上規模の企業では実に8割の企業が派遣的労働者を受け入れていた（高梨・前掲注6）90頁。）。

¹⁵ 座長高梨昌（労働省中央職業安定審議会会長）、大宮五郎（中央労働委員会委員）、岡本秀昭（法政大学教授）、佐野陽子（慶応義塾大学教授）というメンバーで構成された。

¹⁶ 高梨・前掲注6）130頁。

¹⁷ 労使をはじめ広く関係者の意見を聞きコンセンサスの形式を図りつつ、労働者派遣事業に関し、

労働力需給システムの中での位置づけ、その具体的な制度の在り方、制度化を図る場合の問題点等について調査、検討することを目的とした、職業安定局長の私的諮問機関。石川吉右衛門（東京大学名誉教授）を会長として、公益、労働者、使用者各側委員に加え、特別委員として労働者供給事業を実施している労働組合や関係業界の代表も参加し、総勢21名で構成された。

¹⁸ 労働大臣の諮問機関。会長は大内力（東京大学名誉教授）、公使労各側7名で構成されている。

¹⁹ 公使労各側3名で構成された。

²⁰ 堀江孝司『現代政治と女性政策双書ジェンダー分析8』（2005年、劉草書房）147頁。

²¹ 斉藤善久「労働者派遣法の改正」日本労働法学会誌95号（2000年）195頁。

²² 高梨・前掲注6）3頁。

²³ 本文に挙げた事件の他、職業安定法、労働者派遣法は営業上の利益を保護することを目的とする法ではないから、同法違反を理由に損害賠償請求はなし得ないとされたエム・ジー企画事件（岡山地裁平成元年3月22日判決労判540号78頁）、派遣労働者であった原告が、派遣先での労働環境の悪さ等のため病気となり、休業し、かつ、退職を余儀なくされたと主張して、休業損害および慰労料の支払いを、また、提起された退職金額以上の退職金の支払いを、それぞれ請求し、いずれも棄却された日本パナユーズ事件（大阪地裁平成3年8月27日判決労判601号38頁）、労働者派遣法4条3項、33条2項が取締規定かそれとも効力規定かを巡って争われたホクトエンジニアリング事件（東京地裁平成9年11月26日判決判例時報1646号106頁）、労働者派遣事業を営む被告が、派遣労働者である原告との間で、契約期間の途中で解約する代わりに新たな就職先を紹介する旨の合意につき、被告が当該債務を履行しなかったとしてなされた損害賠償請求が棄却されたエキスパートスタッフ事件（東京地裁平成9年11月11日判決労判729号49頁）、労働者派遣契約に基づき派遣された者が無断欠勤により派遣先会社のソフト開発の遅延をもたらしたことについて派遣会社の債務不履行に基づ

く損害賠償義務が認められた（過失相殺7割）派遣料請求本訴・損害賠償請求反訴事件（東京地裁平成9年12月26日判決判タ1011号178頁）、派遣会社に対する派遣社員の休業補償残額請求を認め、慰謝料請求は棄却した**テンプスタッフ事件**（東京地裁平成14年5月14日判決労経速1825号48頁）、派遣会社が派遣労働者を派遣先に面接させ派遣したこと等を理由の損害賠償請求が棄却された**パーソンズ等事件**（東京地裁平成14年7月17日判決労経速1834号3頁）等がある。

²⁴ ここでは民事事件を紹介するが、労働者派遣法が行政取締法規であるがゆえに、民事事件のみならず、労働者派遣法がらみの刑事事件も存在する。例えば、**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違反被告事件**（横浜地裁昭和63年5月25日判決判例時報1277号169頁）－派遣先のストリップ劇場経営者が卑わいなショーを演じさせることを知りながら、自己の雇用する女性を踊り子として派遣した事案につき、労働者派遣法58条の「公衆道徳上有害な業務に就かせる目的で労働者派遣をした」罪が成立するとした事例、**アダルトビデオ派遣事件**（東京地裁平成6年3月7日判例時報1530号144頁）－芸能プロダクションである有限会社及びその代表者らが、会社の業務に関して雇用労働者をアダルトビデオ製作会社に派遣したという事案につき、アダルトビデオへの出演行為は、労働者派遣法58条の「公衆道徳上有害な業務」に該当するとした事例、等がある。

²⁵ 東京地裁平成2年9月11日判決労判569号33頁。派遣労働者への時間外手当の支払いが認容された例。

²⁶ 東京地裁平成8年6月24日判決判例時報1601号125頁。

²⁷ 東京地裁平成15年10月22日判決労判874号71頁。

²⁸ 大阪地裁平成16年6月9日判決労判878号20頁。

²⁹ 大阪地裁平成18年1月6日判決労判913号49頁。

³⁰ 東京地裁平成18年1月27日判決労経速1933号15頁。

³¹ 東京高裁平成18年3月8日判決労判910号90頁、

一審＝東京地裁平成17年10月4日判決労判904号5頁。

³² 高松高裁平成18年5月18日判決労判921号33頁、一審＝松山地裁平成15年5月22日判決労判856号45頁。

³³ 労働者派遣法制定以前においては、「派遣労働者」のほか、「社外労働者」や「社外工」等の語も「派遣労働者」の同義語として用いられていた。

³⁴ **サガテレビ事件**以前の事案で、黙示の労働契約が認められた例として、**新甲南鋼材工業事件**（神戸地裁昭和47年8月1日判決労判161号30頁）、**近畿放送事件**（京都地裁昭和51年5月10日決定労判252号16頁）、**青森放送事件**（青森地裁昭和53年2月14日判決労判292号24頁）があり、否定された事例として、**日本データ・ビジネス、全日空事件**（大阪地裁昭和51年6月17日決定労判256号47頁）、**ブリティッシュ・エアウエイズ・ボード事件**（東京地裁昭和54年11月29日判決労判332号28頁）、**岡谷鋼機事件**（大阪地裁昭和55年2月22日判決労判337号66頁）、**教育社事件**（東京高裁昭和56年12月10日判決労判380号61頁、一審＝東京地裁八王子支部昭和50年12月25日決定労判380号66頁（要旨））、**藤井組事件**（大阪地裁昭和58年1月25日判決労判403号46頁）、**中央生コン・池本興業事件**（高知地裁昭和58年5月23日判決労判422号62頁）がある。

³⁵ 福岡高裁昭和58年6月7日判決労判410号29頁、一審＝佐賀地裁昭和55年9月5日判決労判352号62頁。

(1),(2)³⁶ 浜村彰「違法な労働者供給・労働者派遣と労働契約関係－高砂香料工業事件鑑定意見書－」法学志林98巻1号148頁以下。

³⁷ 使用従属関係が否定された事例として、**大映映像ほか事件**（東京高裁平成5年12月22日判決労判664号81頁、一審＝東京地裁平成5年5月31日判決労判630号77頁）がある。

³⁸ 橋本陽子「下請企業の労働者と元請企業との間の黙示の労働契約関係の存否－センエイ事件－」ジュリスト1141号（1998年）191頁。

³⁹ 大阪地裁平成8年9月30日判決労判708号67頁。ただし、本件は不当労働行為事件であり、労組法

7条2号所定の「使用者」に該当する理由として、生コン会社と傭車契約先の会社に雇用されているミキサ車運転手との間の黙示の雇用契約が成立し労働契約関係にあったとしている。

40 佐賀地裁武雄支部平成9年3月28日判決労判719号38頁。

41 最三小平成10年9月8日判決労判745号7頁、二審＝大阪高裁平成10年2月18日判決労判744号63頁、一審＝大阪地裁平成9年2月17日判決労判715号70頁。

42 神戸地裁明石支部平成17年7月22日判決労判901号21頁。

43 東京高裁平成18年6月29日判決労判921号5頁、一審＝東京地裁平成17年7月25日判決労判900号32頁。

44 浜村彰＝中野麻美＝小林譲二＝豊川義明「座談会／派遣先の直接雇用責任を問う－伊予銀行事件・一橋出版事件の高裁判決を受けて」労旬1639・40号（2007年）13頁、浜村発言。

45 労働者派遣法2条1号参照。

46 その他、派遣先と派遣労働者との間の雇用契約関係が正面から争われた事案として、**日建設計事件**（大阪高裁平成18年5月30日判決労判928号78頁、一審＝大阪地裁平成17年2月18日判決労判897号91頁（要旨））、**松下プラズマディスプレイ（パスコ）事件**（大阪地裁平成19年4月26日判決労判941号5頁）があり、いずれも黙示の労働契約関係は否定されている。なお、本論文出稿後、**松下プラズマディスプレイ（パスコ）事件控訴審**（大阪高裁平成20年4月25日判決雑誌未掲載）において、黙示の労働契約の成立を認めるという判決が出された。詳細については後述する。

47 学説の整理・検討は、萬井隆金『労働契約締結の法理』（1997年、有斐閣）247頁以下に詳しい。

48 本多淳亮『雇用調整と人事問題』（1978年、ダイヤモンド社）204頁。

49 高木紘一「社外工・下請労働者の雇用実態と労働法上の地位」季労110号（1978年）49頁。

50 萬井・前掲書注47）250頁以下。

51 前傾日本データ・ビジネス、全日空事件、前傾

サガテレビ事件、前掲アサヒ三教事件。

52 浜村彰「派遣元の形式的・名目的性格と親会社たる派遣先の使用者責任－伊予銀行事件鑑定意見書」労旬1589号21頁。請負契約が職業安定法44条の禁ずる労務供給契約に当たるものとして評価された例として前掲**近畿放送事件**、業務委託契約が職業安定法44条を逸脱するものとして公序良俗に違反して無効と判断された例として、前掲**サガテレビ事件**がある。

53 大阪高裁平成18年5月30日判決労判928号78頁、一審＝大阪地裁平成17年2月18日判決労判897号91頁。

54 労働者派遣事業関係業務取扱要領237頁。

55 前掲注54）237頁。

56 安西愈「改正労働者派遣法の問題点と実務上の対応をめぐって」季刊労働法204号（2004年）15頁。

57 大橋範雄「派遣先企業の責任」角田邦重ほか編『労働法の争点〔第3版〕』（2004年、有斐閣）274頁も同旨。

58 大阪高裁平成15年1月28日判決労判869号68頁、一審＝大阪地裁平成13年3月23日判決労判806号30頁。

59 「派遣元事業主は、前項の当該抵触することとなる最初の日の1月前の日から当該抵触することとなる最初の日の前日までの間に、厚生労働省令で定める方法により、当該抵触することとなる最初の日以降継続して労働者派遣を行わない旨を当該派遣先及び当該労働者派遣に係る派遣労働者に通知しなければならない。」

60 「派遣先は、当該派遣先の事業所その他派遣就業の場所ごとの同一の業務（次に掲げる業務を除く。第3項において同じ。）について、派遣元事業主から派遣可能期間を超える期間継続して労働者派遣の役務の提供を受けてはならない。

一 次のイ又はロに該当する業務であって、当該業務に係る労働者派遣が労働者の職業生活の全期間にわたるその能力の有効な発揮及びその雇用の安定に資すると認められる雇用慣行を損なわないと認められるものとして政令で定める業

務

イ その業務を迅速かつ的確に遂行するために専門的な知識、技術又は経験を必要とする業務

ロ その業務に従事する労働者について、就業形態、雇用形態等の特殊性により、特別の雇用管理を行う必要があると認められる業務

二 前号に掲げるもののほか、次のイ又はロに該当する業務

イ 事業の開始、転換、拡大、縮小又は廃止のための業務であって一定の期間内に完了することが予定されているもの

ロ その業務が1箇月間に行われる日数が、当該派遣就業に係る派遣先に雇用される通常の労働者の1箇月の所定労働日数に比し相当程度少なく、かつ、厚生労働大臣の定める日数以下である業務

三 当該派遣先に雇用される労働者が労働基準法（昭和22年法律第49号）第65条第1項及び第2項の規定により休業し、並びに育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律（平成3年法律第76号）第2条第1号に規定する育児休業をする場合における当該労働者の業務その他これに準ずる場合として厚生労働省令で定める場合における当該労働者の業務

四 当該派遣先に雇用される労働者が育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律第2条第2号に規定する介護休業をし、及びこれに準ずる休業として厚生労働省令で定める休業をする場合における当該労働者の業務」。

61 「厚生労働大臣は、この法律（前章第4節の規定を除く。第49条の3第1項、第50条及び第51条第1項において同じ。）の施行に関し必要があると認めるときは、労働者派遣をする事業主及び労働者派遣の役務の提供を受ける者に対し、労働者派遣事業の適正な運営又は適正な派遣就業を確保するために必要な指導及び助言をすることができる。」。

62 ただし、ドイツの現行派遣法においては派遣期間の上限規制が撤廃されたことから、上限規制を超えた派遣に際して派遣先との間に労働関係が成立する旨の法規定は削除された（大橋・前掲注57）274頁）。

63 「派遣勤労者保護等に関する法律」。1998年2月制定、同年7月施行。同法は、派遣の対象範囲を26業務に限定し、また派遣期間も原則1年・最長2年として制限し、さらに派遣先で2年を越えて継続雇用した場合には直接雇用したものとみなされる（李鋌「偽装請負と不法派遣における派遣先企業との雇用関係－SK事件ソウル中央地裁2005年4月28日判決」労判926号96頁。）。

64 第156回国会衆議院厚生労働委員会第12号（平成15年5月7日（水曜日））厚生労働省職業安定局長（当時）戸茱利和発言（http://www.shugiin.go.jp/itdb_kaigiroku.nsf/kaigiroku/）。

65 一方で、中野麻美「改正労働者派遣法の意義と課題」季刊労働法203号（2003年）134頁では「労働者派遣の適法な基礎を有しない労働者派遣関係については、派遣先と労働者との雇用関係が推定され则认为すべきであり、雇用申込み義務を定めたこの条項がある以上、その推定を覆すという積極的な意思表示はできず、労働者は雇用関係にあるものとして地位確認請求をなしうと考えるべきである。」といった主張も存在する。

66 大阪地裁平成19年4月26日判決労判941号5頁。

67 前掲大誠電気工業事件、前掲日建設計事件、前掲松下プラズマディスプレイ（パスコ）事件等。

68 浜村・前掲注36）156頁。

69 浜村・前掲注52）20頁。

70 鎌田耕一「有期契約による長期雇用派遣労働者の雇止めと派遣元・派遣先企業との関係－伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件（松山地裁平15.5.22判決労判856号45頁）－」労判863号11頁。

71 萬井・前掲注47）230頁、横井芳弘「派遣労働者の法的地位」季刊労働法140号（1986年）6頁等。

72 大橋・前掲注57）273頁等。

73 「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に関する法律第26条第2

項の規定に基づき労働大臣が定める告示」(労働省告示第38号)。

74 小嶋典明「改正労働者派遣法の意義と課題」季刊労働法190・191合併号56頁等。

75 前掲注54) 228頁。

76 前掲日建設計事件等。

77 高津幸一「民法90条－取締法規に違反する契約」別冊ジュリスト民法判例百選。総則・物権〔第四版〕(1996年、有斐閣) 38頁。

78 この点、判例・学説の詳しい流れについては、

川島武宜＝平井宜雄編『新版注釈民法(3) 総則(3)』(2003年、有斐閣) 108頁以下、237頁以下、を参照。

79 末弘厳太郎「法令違反行為の法律的効力」民法雑考(1932年、日本評論社) 153頁。

80 浜村・前掲注52) 22頁。

81 中野・前掲注65) 134頁。

(くじ すすむ 北海道大学法学研究科修士課修了)