

公募研究シリーズ

③7

# 雇用形態の多様化時代に おける企業外部労働力の 包摂に関する研究

本庄 淳志

静岡大学

人文社会科学部法学科 准教授

全労済協会

## 発刊にあたって

本報告誌は、2012年度の全労済協会公募委託調査研究テーマ「絆の広がる社会づくり」で採用となった、「雇用形態の多様化時代における企業外部労働力の包摂に関する研究」の研究成果です。

派遣労働者が社会的に問題視されたのが、2008年リーマンショック後の「派遣切り」やその年の暮れから正月にかけての「年越し派遣村」でした。それらを通じて派遣労働者の雇用の不安定や生活実態が明らかになり、労働条件の改善、さらには正社員化を求める声が高まりました。

本研究は、労働者の雇用形態が多様化し、労働者派遣に代表される雇用のアウトソーシングが進む中で、同一職場内での別企業の労働者をいかに法的にも包摂し、労働条件の適正化を図っていくのかという視点で考察しています。

派遣法が派遣を臨時的、一時的なものに限定する「常用代替防止」を基本としているのに対して、筆者は立法論として直用労働者の利益保護の観点に立った「常用代替防止」目的を早急に改め、派遣労働者の個人の保護に軸足を移した法規制に改めることを主張しています。

本研究は労働者派遣制度の沿革や派遣法の改訂の課題、そして個別法及び集団法の両面から派遣労働者の労働条件の適正化や権利義務の問題について裁判令等を踏まえて分析し、必要な法規制の将来像を明らかにしています。

ただ派遣労働者の法的保護を論じる場合でも、常用型派遣や登録型派遣など派遣契約の実態に即して区別することが必要だと指摘しています。

本報告書は全体の構成や各章の要旨を概要として掲載しています。概要をお読みいただければ、より一層、本文のご理解が深まるのではないのでしょうか。

派遣労働者の問題は、一般企業のみならず協同組合や労働組合など協同組織が直面する問題でもあります。そういう意味では、広く協同組合、労働組合そして行政や研究者の皆様の参考になれば幸いです。

「公募委託調査研究」は、勤労者の福祉・生活に関する調査研究活動の一環として、当協会が2005年度から実施している事業です。勤労者を取り巻く環境の変化に応じて毎年募集テーマを設定し、幅広い研究者による多様な視点から調査研究を公募・実施することを通じて、広く相互扶助思想の普及を図り、もって勤労者の福祉向上に寄与することを目的としています。

当協会では研究成果を「公募研究シリーズ」として順次公表しています。

(財) 全労済協会

概要	1
第一章 問題状況と検討の視角	3
第1節 はじめに	3
第2節 労働者派遣をとりまく法状況	4
I. 労働者派遣制度の沿革	4
II. 2014年改正法案の内容	8
第二章 個別的労働法上の諸問題	11
第1節 労働者派遣契約の解消制限	11
第2節 派遣元での雇用保障	14
I. 労働契約における期間設定の意味	14
II. 無期雇用の場合	14
III. 有期雇用の場合	16
IV. 自動終了条項の有効性	25
第3節 派遣先への雇用責任の転嫁	27
I. 直接雇用の申込義務	27
II. 損害賠償をめぐる問題	34
III. 黙示の労働契約	36
IV. 直用申込みみなし制度	44
V. 2014年改正法案の評価	51
第4節 小括と今後の展望	52
第5節 派遣労働者の雇用喪失に対する救済法理	54
I. 登録型派遣の特徴	54
II. 登録型派遣の2つのタイプと雇用喪失に伴う損害賠償責任	55
第三章 集団的労働法上の問題	59
第1節 労組法上の使用者概念	59
I. 労組法上の労働者性、使用者性	59
II. 使用者性をめぐる学説の対立	62
第2節 派遣労働条件紛争における派遣先の使用者性	68
I. 苦情処理制度	68
II. 派遣就業条件をめぐる団体交渉における使用者性	71
第3節 直用化や雇用安定等をめぐる問題	73
I. 義務的団交事項の範囲——採用をめぐる団体交渉	73
II. 近似アプローチ	74
III. 隣接アプローチ	80
IV. 最近の労働委員会命令	82
第4節 今後の課題	92

## 概 要

近年、企業競争のグローバル化の中で、労働者の雇用形態もきわめて多様化し、労働法上の新たな問題を生じさせている。とりわけ労働者派遣に代表される雇用のアウトソース化が加速しているなかで、同一職場内で就労する他企業の労働者をいかにして法的にも包摂し、労働条件の適正化を図っていくのかという課題が突きつけられている。しかし、これまでの立法政策、および先行研究の多くでは、こうした労働者の直用化や正社員化を間接的に志向するばかりで、外部労働力そのものとしての保護を図るという視点は極めて手薄な状況にある。こうした問題意識から、本研究では、同一職場内で就労する企業外部の労働力を、法的にいかに包摂するのかという問題について、個別法と集団法の両側面から検討した。

まず、個別法上の問題としては、主として、当該労働者の、①雇用保障をめぐる問題、②現実の就業先における安全・衛生をめぐる問題、③労働条件の改善をめぐる問題がある。このうち、②はいわゆる安全配慮義務をめぐる問題として、一般法理のもとで包摂され、また、③は法政策として長期的な課題にとどまると考えられる。他方で、①は、直接雇用の場合であれば解雇が現に規制されるなかで（労契法16条）、それと均衡のとれた法的保護のあり方が問われている。そこで本研究では、①をめぐる問題を包括的に検討した。

この点、派遣的就労形態にある労働者の雇用保障をめぐる問題は、理論的には、①労働力の取引を行う企業間（派遣先と派遣元）において、取引契約（労働者派遣契約）の解消を制限するというアプローチと、②労働契約の当事者である雇用主（派遣元）の解雇や雇止めを制限するというアプローチがあり得る。このうち①については、現行法のもとでも一定の制約があるが（派遣法27条参照）、その規制内容は限定的である（べき）ことを明らかにした。

他方で、②についてこれまでの裁判例を精査すると、労働者派遣契約の解消に伴って労働者が雇用を喪失した事案のうち、労働契約に期間の定めがない場合には、間接雇用である派遣労働契約といえども、労働者に帰責性のない解雇のケースでいわゆる整理解雇の4要素に則して合理性が審査されている。特に、当該労働者が複数の派遣先で就労を予定していたと評価できるケースでは、結論として解雇が無効とされる例も少なくない。同様に、労働契約に期間の定めがあり、それを中途解約する場合にも、労契法17条の「やむを得ない事由」の判断枠組みのもとで整理解雇の4要素に則して厳格な保護が図られており、解雇規制が機能する余地がある点で直接雇用の場合と異ならない。

これに対して、有期雇用の期間満了による雇止めに関する裁判例をみると、派遣労働者の雇用保障をめぐる問題は、間接雇用の一般的な特徴に加えて、いわゆる常用代替防止目的を根拠として、裁判例は法的保護にきわめて消極的な立場にある。ただし、後者については、現行法のもとでも、①派遣法の枠組みに従って、②自由化業務で行われる労働者派遣のうち、③派遣労働者が当該の特定の派遣先での就労のみを予定していたケースでのみ考慮すべきものであって、一律・包括的に保護を否定することは適切でない。

ところで、派遣労働者の雇用責任をめぐる問題は、派遣先での直用化をめざすべきとの考え方が有力に主張されている。派遣法でも直接雇用の申込み義務が規定されているが、現行の規制や黙示の労働契約を根拠として派遣先に雇用責任を転嫁することは理論的に無理がある。また、立法論としても、たとえば期間制限の問題など、現行法規制の根底部分について見直す必要があるところ、2015年10月に施行予定の改正法には看過できない矛盾がある。立

法論として直用化を志向する場合にも、派遣労働契約の実態に即して法的保護のあり方を区別していくことが適切である。

こうした状況下で、本研究では、派遣労働者の雇用喪失に対する救済法理のあり方として、現行法のもとでの解釈論として、派遣労働契約の実質的な内容で区別すべきことを論じている。すなわち、第1に、真正な常用型派遣（労働契約に期間の定めがなく、複数の派遣先での就労が想定されるものとして、当該労働契約の範疇で派遣元での雇用保障を期待し得るタイプ）の場合には、直接雇用の場合と大きく異なる配慮は不要である。これに対して、いわゆる登録型派遣の場合、直接雇用とは異なるマッチング機能があることに鑑みて、労働契約の実態に応じて2つのタイプに区別すべきことを主張している。すなわち第2に、真正な登録型派遣（労働契約において、ある特定の派遣先での就労に限定されているが、当該契約の終了後には登録段階に戻り、さらに別の派遣先での派遣就労を期待し得るタイプ）については、①派遣元に再配置義務があり、違反の場合には損害賠償責任が生じる一方で、②派遣先の喪失に伴う労働契約の解消自体は、事前の合意がある場合には有効とみる余地がある。他方で、第3に、派遣先限定の登録型派遣の場合（第2のタイプとは異なり、登録段階でも、ある特定の派遣先での就労のみを予定しているタイプ）については、「登録」に独自の法的意義は認め難く、派遣先との強度の接着関係がある点で、同一派遣先での派遣継続へ向けた取組みの程度——たとえば、当該派遣先との労働者派遣契約の継続へ向けた努力——が慎重に審査されるべきであり、労働者が結果的に雇用を喪失した場合には、派遣元だけでなく派遣先も損害賠償責任を負うべき旨を論じている。

次に、第3章では、集団法上の問題を検討している。この点をめぐる最大のテーマは、派遣労働者を代表する労働組合に対して、派遣先がどのような場合に労組法上の「使用者」として団交応諾義務を負うのかという問題である。労働委員会命令や裁判例を分析したところ、最近、中労委が詳細な一般論を展開したこともあって、実務は急速に固まりつつある。そこでは、いわゆる労働契約基準説に依りつつ、①労働者の基本的な労働条件等について、雇用主と部分的とはいえ同視できる程度に現実的かつ具体的に支配、決定することができる地位にあるか否か（近似アプローチ）、②クボタ事件で示された、当該労働者との間に、近い将来において雇用関係の成立する可能性が現実的かつ具体的に存するか否か（隣接アプローチ）、という、2つのアプローチからの判断枠組みが、派遣労働関係においても応用されている。この基本枠組み自体は適切と考えられるが、派遣的就労関係においては、派遣労働者の労働契約のあり方によって、その具体的な判断が類型的に異なるものと解される。そこで本研究では、前述の個別法上の問題と同様に、集団法の領域でも、上の両アプローチの具体的な判断のなかで、①真正な常用型派遣、②真正な登録型派遣、③派遣先限定の登録型派遣とで区別した判断をすることを提示している。

# 第一章 問題状況と検討の視角

## 第1節 はじめに

近年、企業競争のグローバル化の中で、労働者の雇用形態もきわめて多様化し、労働法上の新たな問題を生じさせている。とりわけ労働者派遣や業務処理請負に代表される雇用のアウトソース化が加速しているなかで、同一職場内で、別企業の労働者をいかにして法的にも包摂し、その労働条件の適正化を図っていくのかという課題が突きつけられている。しかし、これまでの立法政策、および先行研究の多くでは、こうした労働者の直用化や正社員化を間接的に志向するばかりで、外部労働力そのものとしての保護をどのように図っていくのかという視点は極めて手薄な状況にある。

本研究では、同一職場内で就労する企業外部の労働力を、法的にいかに包摂するのかという問題について、個別法と集団法の両側面から検討を加える。

まず、現行制度の下で、実際のユーザーとの間での黙示の労働契約の成否や、現在の労働者派遣法で定められた直接雇用の申込義務、さらには、同法の2012年改正で新たに設けられた直接雇用申込のみなし規定（2015年10月施行予定）の射程について、既存の裁判例や立法時の議論を精査して明らかにする。このうち、直用化に関して決定的に重要な役割を担う直接雇用の申込みのみなし規定については、2012年の改正で導入されたものの、2015年10月の施行を待つなかで、2014年3月11日には、派遣法の根幹部分の再改正を求める法案が国会に提出されており、のみなし規定についても、実質的にみた規制対象の範囲について大幅な修正がみられる。派遣法が外部労働力の利用をめぐる中心的な立法であること、そして、この改正法案では従来の規制の根幹部分での改正が目指されていることもふまえれば、法改正の動きについては、特に慎重にフォローしていくことが必要であろう。

本稿では、こうした動きに留意しつつ「のみなし規定」のあり方についても検討を加える。また、派遣労働者の雇用保障の問題は、何も派遣先での直用化だけでなく、本来であれば、労働契約の当事者である派遣元が法的責任を負うべき事項である。そこで、現在の法制度のもとで、派遣元での雇用保障がいかにして図られるべきかという問題について、労働者派遣のタイプを区別した上で、特に、派遣法の根底にある常用代替防止目的との関係にも留意して分析・検討する。

他方、集団法上の問題としては、近年、ユーザー企業にとっては外部の労働者が、派遣法上の規制等を手がかりに、労働組合法の解釈問題として、直接の契約関係にはない実際のユーザー企業こそが使用者であるとして、団体交渉を求めるケースが増加している。この点、近年の有力説では、労働契約の当事者以外の者であっても、労働契約に「近似」または「隣接」する関係にある者（事実上強度の影響を及ぼす者、または近い過去または未来に労働契約当事者となりうる者）に使用者概念の拡張を認める立場が有力に主張されており、裁判例や労働委員会の実務にも影響を与えている可能性が高い。本稿では、この理論が実務上どのように応用されているのかに着目する。

本稿では、上で述べた点について、間接雇用を解禁した労働者派遣法制定（1985年）以降の裁判例および命令例を対象として、ユーザー企業と外部労働者との間で黙示の労働契約の成立が認

## 第一章 問題状況と検討の視角

められるための要件、および、労組法上、外部労働者を使用するユーザー企業が、どのような事情があれば、使用者として団体交渉へ応諾する義務等を負うのかを明らかにする。その際、たとえば派遣法が度重なる改正を経て、一定の場合に直接雇用へと誘導する規制を導入・強化してきたなかで、こうした変化が裁判例や命令例に対して与えた影響に注目する。

また、集団法上の問題について、本稿では具体的に、これまでの各都道府県の労委命令および裁判例のうち、違法・適法を特に区別せず、外部労働力を利用するケースで使用者概念の拡張を認めたものを収集し、調査・分析のうえで、使用者概念の拡張が認められるための要素を抽出し、先述の学説が実務でどのように応用されているのか（いないのか）を明らかにする。

外部労働力の利用に関する立法上の大きな動きとして、2012年の派遣法改正、および2014年の改正法案がある。これらの改正法（案）は、個別法および集団法の両面において、無数の新たな解釈問題を惹起しうるものであるが、その成立・施行前である現時点でも既に、実務はいわば混乱した状況にある。こうしたなか、派遣法の制定以来の動向について網羅的な調査・分析を通じて、外部労働者の法的保護のあり方について、具体的な判断要素とあるべき規範とを提示していくという本研究の作業は、きわめて有意義であると考えられる。以下では、まずは、外部労働力の利用に関する基本法である労働者派遣法の沿革を概観したのちに（本章第2節）、個別法上の問題（第二章）、それから集団法上の問題（第三章）に区別して検討を進める。

## 第2節 労働者派遣をとりまく法状況

### I. 労働者派遣制度の沿革<sup>1</sup>

日本においては、外部労働力の利用をめぐる基本法として、労働者派遣法がある<sup>2</sup>。同法は、戦後の職業安定法制の例外として1985年に立法されたものであるが、その後をめぐるしく改正が続くとともに、現在もなお、派遣法と職安法との関係をどのように理解するのか、そして派遣法上の各規定の解釈をめぐる激しい対立がある。そこで、以下では、まずは派遣法の改正経緯を概観することとする。

#### 1. 1985年以前

現在の労働者派遣法は、職業安定法と「相まつて」、労働力の需給調整の適正化を図るために各種の事業規制を展開するとともに、派遣労働者の保護等を図ることを目的とする（派遣法1条）。

この点、戦後の職安法制は、「供給契約に基づいて労働者を他人の指揮命令を受けて労働に従事させる」労働者供給事業を、労働組合が労働大臣の許可を得て無料で行う場合を除き、全面的に禁止することからスタートした（職安法44条）。これは、前近代的な雇用慣行、とりわけ強制労働や中間搾取等の弊害を排除するためであり、労働者派遣のような間接雇用も、1985年に職安法制の例外として制度化されるまでは、罰則つきで厳格に禁止されていた。しかし現実には、当

<sup>1</sup> 以下の内容は、拙稿「労働者派遣制度の見直しにかかる検討状況——制度化以来の基本軸の転換とその評価」法律のひろば67巻5号（2014年）を加筆修正したものである。

<sup>2</sup> 正式名称は、「労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の保護等に関する法律」である。なお、この名称は2012年改正によって変更されたものであり、それ以前は、「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」であった。

時においても、業務処理請負というかたちで業務のアウトソース化がみられ、また、産業構造が大きく変化し、女性の雇用社会への進出が進むなかで、労働力の需給マッチングの一手段として、労働者派遣の制度化が進められたのであった。

## 2. 労働者派遣の制度化

こうして制定された1985年の労働者派遣法では、派遣事業を一般労働者派遣事業と特定労働者派遣事業とで区別し、労働大臣（当時）による許可制（一般労働者派遣事業：登録型）または届出制（特定労働者派遣事業：常用型）という事業への参入規制を設けるとともに、派遣の対象先を政令で定める13の業務に限定していた。対象業務を制限したのは、労働者派遣という新たな雇用形態が内部労働市場へ浸食することにより、正社員を中心とする派遣先の雇用慣行への影響を防ぐためであった。この点、当時の13業務であれば、内部労働市場とはそもそも市場が異なるために、派遣先で直接雇用されるいわゆる正社員と派遣労働者とは競合しないという論理であった。

もっとも、対象業務については、その後の政令改正によって、16業務（1986年改正）、26業務（1996年改正）と相次いで規制緩和されるとともに、これら対象業務以外であっても、60歳以上の高年齢者を派遣する場合や（1994年改正）、育児・介護休業取得者への代替派遣（1996年改正）については原則的に解禁されていくこととなる。

ここで注目すべきは、派遣法が当初から派遣先の業務によって規制を区別し、また、事業法として、法違反を犯す派遣元や派遣先に対する種々の罰則や行政処分を予定するという公法的な規制を展開する一方で、派遣労働者の属性や個別の派遣労働条件には無関心であったという点である。とりわけ労働者派遣制度の中核を支える対象業務の点では、派遣労働者個人の属性や労働条件に着目して規制を展開するという発想はみられず、もっぱら派遣先での業務や人員に配慮した規制が展開されてきた。この点、1994年の改正で、60歳以上の高年齢者を派遣する場合には対象業務が原則として自由化されているが、それも、たとえばこれら高年齢の派遣労働者の経験等から交渉力が高いという理由によるのではなく、あくまで、派遣先での代替防止を目指したものと評価すべきである。端的に言えば、当初の派遣法は、派遣先の直用労働者の利益を重視するという意味で「常用代替の防止目的<sup>3</sup>」を中核とする一方で、派遣労働者の保護（サポート）という視点はきわめて希薄であった。

## 3. 対象業務の拡大と期間制限——1999年改正

もっとも、派遣法はその後相次いで改正され、特に1999年には、派遣対象業務について、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の大転換が図られている<sup>4</sup>。すなわち同年の改正では、従来のように労働者派遣ができる業務を政令によって列挙する方式を改めて、

<sup>3</sup> 労働者派遣の制度化に際しては、「派遣される労働者の保護を図るという観点だけではなく、労働者全体の雇用の安定と労働条件の維持、向上が損なわれることのないよう配慮する必要」があり、「新規学卒者を常用雇用として雇い入れ、企業内でキャリア形成を図りつつ、昇進、昇格させるという我が国の雇用慣行との調和を図る必要がある」と考えられていた（中央職業安定審議会労働者派遣事業等小委員会報告書（1984年11月17日））。

<sup>4</sup> 具体的には、①派遣法の制定当時から明確に禁止対象とされてきた、港湾運送業、建設業、警備業等のほか（派遣法4条参照）、②製造現場での業務や、③医療業務など一部を除いて、派遣が原則的に許容されることとなった。その後、②と③については一部で規制緩和が図られている。

派遣法が制定当初から明示的に禁止してきた、港湾運送業務、建設業務、警備業等の政令で定める業務以外の業務については（派遣法4条参照）、原則として派遣先として認めることとした<sup>5</sup>。もっとも、同年の改正では、従来から派遣対象であった「政令26業務」については広く許容する一方で、新たに労働者派遣の利用が許されるようになった、いわゆる「自由化業務」については、派遣期間を制限することによって、これまでとは異なるアプローチで常用代替の防止を図ることが企図された。

このような目的からすると、派遣期間を制限したうえで、そこで規制対象となる具体的な期間（当時は1年、現在では最長3年）を算定する際に、同一労働者の通算派遣期間ではなく、派遣労働者を交代した場合や派遣元を変更した場合も含めて、派遣先での同一業務での受入期間に着目してきたことは、制度の理念として一貫する。ただ、こうした規制は、派遣労働者の雇用の安定性に対する配慮には欠けており、実際に期間制限に抵触する場合に、派遣労働者をどのように扱うべきかが問題となる。そこで、新たな期間制限のもとでは、当該時点で就労していた派遣労働者を、派遣先での直接雇用へと誘導する努力義務を設けることで、常用代替防止目的と派遣労働者の保護との調和を図ることが目指されることとなる。このことは、とりわけ2003年の法改正で鮮明となっている。もっとも、当時はまだ、期間制限に抵触する場合に、行政指導等によってゆるやかに直用化を目指すという、公法的な規制にとどまっており、派遣労働者が個人の権利として直用化を求めることは、相当に困難な状況であった。

こうした法制度のもとで、裁判例では、一般法理に基づいて、派遣労働者の雇用保障をいかに図るのかという労働契約上の問題をめぐり、派遣元だけでなく派遣先の責任を問うものが多発することとなる。特に、いわゆる登録型派遣の場合には、派遣先と派遣元での労働者派遣契約の解消に伴って、派遣労働者が派遣元から解雇や雇止めされることも珍しくない。この場合に、理論的には解雇規制等によって派遣元で雇用保障が図られるべきことになるが、現実には、有期労働契約の中途解約のような法的規制の比較的厳格なケースを別にすれば（労契法17条参照）、多くのケースで解雇や雇止めが適法とされている。こうしたなか、裁判例では、主として黙示の労働契約を根拠として派遣労働者が派遣先に対して地位確認を請求したり、派遣先の不法行為責任を問うものが多発している。また、集団法の領域でも、派遣労働者が加入する労働組合が、当該労働者の「直用化」や「雇用喪失問題の解決」を掲げて団体交渉を求めた場合に、派遣先が法的にみてこれに応じる義務があるか否かが争われる状況にあった。

#### 4. 立法政策の動揺（2012年改正＝現行法）

特に、いわゆるリーマン・ショックに起因する「派遣切り」が社会的関心を集めるなかで、民主党政権のもと、2012年には派遣法の大幅な規制強化が図られることになる。1985年の解禁以来、労働者派遣についての立法政策で概ね規制緩和が続けられてきたことと対比すると、同改正は大きな転換を目指すものであった。同年の改正内容は多岐にわたるが、主として、①日雇派遣の制限、②グループ企業内派遣や離職者派遣の制限、③マージン率の公開、④労働者派遣事業の許可についての欠格事由の整備、⑤違法派遣のケースにおける派遣先の直接雇用申込みみなし規定の

<sup>5</sup> 労働者派遣が禁止される業務については、この他にも、医療関連業務（派遣法施行令2条参照）や、弁護士、司法書士、社会保険労務士等の士業、さらには、「人事労務管理関係のうち、派遣先において団体交渉又は労働基準法に規定する協定の締結等のための労使協議の際に使用者側の直接当事者として行う業務」などがある。それぞれ問題はあるが、本稿の問題関心から、以下では中核的な業務区分についてのみ検討する。

創設、⑥賃金の均衡に関する法規制の導入などであった<sup>6</sup>。

このうち①として、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が原則として禁止され、例外として、「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」、および「雇用機会の確保が特に困難な場合」等で政令で定めるもののみ許容されることとなった（派遣法35条の3）。この2種類の例外のうち、前者としては、いわゆる政令26業務のうち17.5業務が、後者については、(a)60歳以上の高齢者、(b)昼間学生、(c)副業として日雇派遣に従事する者、(d)主たる生計者でない者とされた。そして、たとえば副業として日雇派遣を行うための要件として、生業の収入額または世帯収入額が年間で500万円を超えること等が、政省令によって定められている。

次に、いわゆる常用代替を防止するために、グループ企業内の派遣会社が当該グループ企業に派遣する人員の割合について、派遣就業に係る総労働時間の8割以下にすべきとされた（派遣法23条の2）。この対象となる「関係派遣先」の範囲や派遣割合の算定方法については、省令に委ねられている<sup>7</sup>。また、同様の考え方から、派遣先を退職して1年以内の労働者についての派遣が禁止される。ただし、定年退職者のように、「雇用の機会の確保が特に困難であり、その雇用の継続等を図る必要があると認められる者」は、例外として厚生労働省令で認められるという仕組みである。

さらに、同年の改正では、一定の違法派遣の場合には、派遣先が派遣労働者に対して労働契約の申込をしたものとみなし、派遣労働者を派遣先で直用化することが私法上も義務づけられた（2015年10月施行予定）。現在でも、派遣労働者と派遣先との間で明示または黙示の同意が認められるケース、あるいは、派遣元と派遣先との間で法人格否認の法理が適用されるケースであれば、理論的には直用化が図られる余地はあるが、いずれもきわめて限定的な場合に限られる<sup>8</sup>。

これに対して、2012年の改正法では、従前の公法的な申込義務を改め、「みなし規定」という民事上の規制手法を用いて派遣先での採用を義務づけることで、労働契約の締結段階における合意原則を大きく修正するものとなっている。具体的に「みなし規定」が適用されるのは、①港湾運送業、建設業、警備業等の派遣禁止業務で派遣労働者を受け入れた場合、②（許可または届出手続きを履践した）派遣元事業主以外から派遣労働者を受け入れた場合、③派遣期間の制限違反、④いわゆる偽装請負（派遣法上の諸規制に違反して、請負形式でありながら発注者が指揮命令を行う場合）という違法行為のケースが広く対象に含まれている。

同改正では、法律の名称が変更され、「派遣労働者の保護」が目的として明示されることとなった（1条参照）。しかし、とりわけ期間制限違反に対する制裁を強化した点からは、従来の派遣法の根底にある常用代替防止という基本理念を堅持する立場がうかがえる。他方で、たとえば日雇派遣の制限や、派遣元での無期雇用への転換促進の努力義務（30条）など、一部の規制からは、派遣労働者の個々の労働契約に着目した規制を展開する考え方も看取され、いわば、常用代替防止目的と派遣労働者の保護との両面から、法規制の根幹部分で二重構造がみられる。そのうえ同改正については、いわゆる登録型派遣、製造業務派遣、派遣期間等について、施行1年経過後を目途に労働政策審議会での議論を開始すべき旨、さらには、政令26業務や期間制限のあり

<sup>6</sup> 2012年の派遣法改正の問題点については、拙稿「新法解説 労働者派遣法—業法から派遣労働者保護法への転換に向けて」法学教室386号（2012年）31頁。

<sup>7</sup> 具体的に省令では、会計基準をもとに、グループ派遣先への派遣時間数から算定することとされる。

<sup>8</sup> 派遣労働者と派遣先との間で黙示の労働契約の成立を否定した代表例として、パナソニックプラズマディスプレイ（パスコ）事件（最二小判平成21年12月18日民集63巻10号2754頁）。

方等について「速やかに」見直しの検討を始めるべきとの付帯決議があり、完全施行を待たずに早晩見直しの対象となることは明らかであった。

## II. 2014年改正法案の内容

### 1. 事業区分の廃止

こうして民主党政権下で2012年4月に施行されたばかりの現行法は、同年10月には、厚生労働省内において学識経験者からなる研究会が設置され、再検討の対象となる。その内容は、2013年8月に「今後の労働者派遣制度の在り方に関する研究会報告書」として取りまとめられ、その後、労働政策審議会での議論と厚生労働大臣に対する法改正の建議等を経て、2014年3月11日付けで、再び、改正法案が第186回通常国会へ提出されることとなった。派遣先が違法に労働者派遣を利用した場合に、「みなし規定」によって、制裁として派遣労働者の直接雇用を義務づけるという2012年改正の重要部分が未施行ななかで、法案内容をめぐっては与野党の激しい対立が予想された。また、同国会では数多くの労働関連立法の審議が予定されており、国会情勢によっては審議未了で廃案となる可能性も少なくない状況にあった。さらに、このような状況下で、改正法案については、罰則に関しての量刑の記載ミスなど事務手続上の問題も見つかるなどして批判が強まり、結果的には、通常国会の会期終了によって廃案となっている。ただし、これは完全な廃案というわけでもなく、2014年秋の臨時国会において、実質的に同内容の法案が再提出される見込みである。

このように、現時点では再度の法改正がなされるか否か、実現するとしていかなる内容となるか、施行時期がいつとなるのかについて、きわめて流動的な状況にある。ただ、現時点で構想されている内容は、これまでにない派遣法の骨格部分の変更も含め、きわめて大胆なもので、しかも、上の未施行部分よりも早い2015年4月、または同時期である2015年10月の施行も考えられるところであり、注目に値する。その主な内容は、次のようなものである。

まず、派遣事業について、従来の一般労働者派遣事業と特定労働者派遣事業という区別が廃止され、すべて許可制に統一することが目指されている。そもそも派遣法が当初から事業を区分し、一般労働者派遣事業（登録型）について許可を要件としつつ、特定労働者派遣事業（常用型）について届出制を採用してきたのは、「常時雇用される労働者」を派遣する同事業であれば、労働者の雇用の安定が図られており、派遣労働者の雇用管理を適正に行い得るか等の要件について事前の審査は不要との考え方による。

しかし、ここでいう「常時雇用」とは、労働者が期間の定めなしに雇用されている場合のほか、有期雇用であっても、過去1年以上にわたり雇用を継続されてきた者、さらには、採用時から1年を超えて引き続き雇用されると「見込まれる」者までも対象とされており、実際、常用型であるからといって直ちに労働者の雇用が安定しているとは、到底評価できない状況にあった。そして、本来であれば派遣元で常用的に雇用確保がなされるべきであるにもかかわらず、その派遣元としての資産要件等もなく届出で足りる特定労働者派遣事業者に対する行政指導が多発し、業界団体からさえ適正な法規制が求められるなかで、すべての労働者派遣事業を許可制とすることが目指されているのである。

### 2. 対象業務区分の廃止と常用代替防止目的の変質

次に、1985年に労働者派遣が制度化されて以来の基本枠組みであった、派遣先の業務による区分の廃止である。前述の通り、現行法では、政令28業務（2012年改正に前後して、従来の26業務

に2業務が追加されたもの)と自由化業務とで規制が大きく異なっているが、その根底には、いずれも常用代替防止の考え方がある。ただ、現実には、28業務に該当するか否かの峻別が容易でなく予見可能性に欠き、また、そもそも業務区分による期間制限は妥当でない等の批判があるなかで、こうした規制の撤廃が目指されているのである。これと関連して、改正案では、従来の派遣先の業務区分による期間制限を改めて、派遣期間のあり方については、①個人単位と、②派遣先単位とで規制を区別している。

まず、個人単位での期間制限として、派遣先の「事業所その他派遣就業の場所における組織単位ごとの業務」では、同一の派遣労働者を3年以上継続して受け入れることが禁止される。これに違反した場合には、派遣先が労働契約の申込をしたと「みなす」ことで、当該派遣労働者の直用化を図ることが目指されている。同時に、派遣元に対しても、期間満了後に雇用継続を希望する派遣労働者について、雇用安定措置を講ずることが求められている。ここでいう派遣先の組織単位とは、「配置された労働者の業務の遂行を指揮命令する職務上の地位にある者が当該労働者の業務の配分に関して直接の権限を有するものとして厚生労働省令で定め」た労働者の配置区分であり、具体的には、派遣元と派遣先との間における労働者派遣契約で規定される。

このような「組織単位」という新たな概念は、次述の派遣先単位での期間制限とは異なって、(労働者派遣契約の内容を変更して)派遣労働者が派遣先で配置を変更されるようなケースであれば、期間制限の対象とならないことを意味している。他方で、同一の組織単位内においては、派遣上限期間である3年に満たない場合であったとしても、派遣元や派遣先に対して、「特定有期雇用派遣労働者等」を対象として、——たとえば同一業務で新規採用をする場合に、当該派遣労働者を優先的に扱う等の——雇用安定に関する措置を講じる義務や努力義務が課されている。

次に、派遣先単位での期間制限については、派遣先の同一の事業所その他派遣就業の場所ごとの業務において、派遣労働者を継続して受け入れることについて3年を上限とし、例外的に、派遣先が派遣先の過半数労働組合(過半数組合がなければ過半数代表者)から意見を聴取した場合には、最長3年毎の延長を認めるというものである。派遣先が、派遣先の過半数組合等からの意見聴取なしに期間制限に違反した場合には、労働契約申込みみなし制度による直用化の対象とされている。もっとも、これは過半数組合等からの意見聴取手続きを求めるにとどまり、同意までは必要でなく、派遣を継続利用するか否かの決定権はあくまでも派遣先(企業)にある。こうした規制手法は現在の派遣法40条の2第4項(派遣期間について、原則1年としつつ例外的に3年まで認めるための要件)でもみられる。しかし、新たな規制のもとでは、従来の規制ではあくまで最長3年間に限って派遣利用が認められていたのとは異なり、更新による上限をなくす一方で、実際に派遣先が期間を延長した場合には、過半数組合等に対する説明義務が課されている点に特徴がある。

さらに、この2種類の新たな期間制限に関しては、重要な例外がある。すなわち、①派遣元で期間の定めなく雇用される労働者、②雇用機会の確保が特に困難として厚生労働省令で定めた者(60歳以上の高年齢者等)、③現在も期間制限の対象外である、日数限定業務や有期プロジェクト業務、育休代替業務等での派遣については、派遣期間の制限を受けないものとされる。前述のように、法案では、従来の「一般」と「特定」との事業区分が廃止されているが、同時に、派遣労働契約の期間の定めの有無に応じて派遣期間に関する法的規制を大きく異ならせ、真の意味で、「登録型」と「常用型」とで再整理を図るものとして大いに注目される<sup>9</sup>。こうした規制

<sup>9</sup> こうした立法規制の必要性については、拙稿「労働市場における労働者派遣法の現代的役割—契約自由と法規制との相克をめぐる日本・オランダ・ドイツの比較法的分析」神戸法学雑誌59巻3号(2009年)を参照。

## ■ 第一章 問題状況と検討の視角

手法は、従来の期間制限が、（派遣先の直用労働者の利益を重視する意味での）常用代替防止目的から導入されてきた点と、決定的に異なる考え方を背景としている。改正案は建前として常用代替防止目的を基本的に維持することを強調しているが、その実質的な内容をみると、派遣先の直用労働者の利益を重視する規制から、派遣労働者個人の労働条件（契約）に着目した規制へと、基本思想の大転換があるといつてよい。

### 3. その他の改正点

以上のほか、改正法案では、派遣労働者の労働・社会保険の適用を促進するために、派遣元の新たな義務として、①派遣労働者に対して、労働契約の締結時に保険加入資格の有無を明示すること、②派遣労働者の保険加入状況を派遣先が確認できるようにするために、派遣先に対しても、派遣労働者の被保険者証の写しを提示すること等が求められている。また、派遣労働者のキャリア・アップや派遣労働者と派遣先の直用労働者との均衡処遇を推進することを目的として、派遣元や派遣先に対して、種々の説明を義務づけるほか、教育訓練の実施や派遣先の福利厚生施設の利用機会の付与等に関して、配慮義務を定めることが予定されている。特に派遣元には、派遣労働者が段階的かつ体系的に技能や知識を習得できるように、教育訓練を実施することが義務づけられる。

他方で、現行法が施行から間もないこと（一部は未施行）への配慮からか、改正法案は、2012年の改正点については正面からの検討を加えていない。たとえば、日雇派遣の禁止については、教育訓練の充実により労働災害を防ぐこと、そして、日雇派遣が例外的に許容される年収要件等の見直しなど、法改正を伴わないレベルでの対応を検討するにとどめる中途半端な内容となっている。

それでは、こうした状況下において、ユーザー企業にとって外部労働力である派遣労働者の法的保護は、いかにして図られるのであろうか。以下では、個別法上の問題と（第二章）、集団法上の問題（第三章）に区別して分析・検討する。

## 第二章 個別的労働法上の諸問題

外部労働力の利用をめぐる諸問題のうち、個別的労働法上の中心的な論点となっているのは、派遣労働者の雇用保障をめぐる問題であるといつてよい。それは、直接雇用されたいわゆる正社員の場合であれば、法的にみても解雇に対する保護が図られているのに比べて、派遣労働者の場合には、法的保護のあり方が大きく異なる可能性があることに由来している。つまり、間接雇用である労働者派遣については、直接雇用の場合と比べて法的保護の枠組みや実態が異なる可能性があり、現行の解雇規制とのバランスをふまえて検討することが不可欠なのである。

これに対して、雇用保障に関するもの以外の大きな論点として、①現実の就業先である派遣先の就業環境や安全・衛生等をめぐる問題、②あるいは、賃金など派遣労働条件の改善といった問題（たとえば、派遣先の直用労働者との処遇の均衡確保等）もあるが、これらの問題を法的にみれば、①については、労災保険制度の枠組み、あるいは民事上の安全配慮義務を根拠として一定の救済が図られるという点で異論はなく、実際の紛争も必ずしも多くはない。他方で、②については、法政策として重要な論点であるものの、近い将来において、解釈論としても立法的にも、実効的な規制が展開される可能性は低いといつてよい。それは、派遣労働者の労働条件の改善を図る場合に、何（誰）を基準とするのかという点で十分なコンセンサスがなく、現実にも、派遣労働者と、派遣先で直接雇用される労働者の労働条件、とりわけ派遣先の正社員の労働条件とでは、その決定システムが大きく異なることに由来している。すなわち、派遣労働条件が、基本的には当該派遣先または派遣元が属する地域での外部労働市場で決まるのに比べると、派遣先の正社員の労働条件については、多くの場合、派遣先の企業内部での柔軟な人事権を前提として内部的に決定されているといつてよく、さらに、そもそも雇用主が異なることもふまえれば、両者の比較可能性は著しく低い状況にある。こうした状況下では、法規制によってこれらの格差を実効的に是正することにも相当に慎重な姿勢が必要であり、実際に法的介入について極めて抑制的な現行制度のあり方も、当面の間は適切であると解される。

こうした問題関心から、本稿では、前者の雇用保障をめぐる問題について詳しく分析・検討する。派遣労働者をはじめ外部労働者の雇用保障めぐっては、法的にみれば労働契約の直接の当事者である派遣元や業務処理請負企業が負うべき問題であるが、現実には、たとえば派遣先での業務の縮小（廃止）に伴って、派遣労働者が派遣元から解雇される場合のように、派遣先の事情に起因して紛争が生じる場合が少なくない。このようなケースで、労働力を使用してきたユーザー企業は、法的にはどのような責任を負うべきなのであろうか。この問題について理論的には、第一に、企業間での取引契約（労働者派遣であれば労働者派遣契約）の解消そのものを制限するという方法と、第二に、企業間での労働力の取引については特に制限することなく、別の手法によって派遣労働者の雇用保障策を探求する方法とがあり得るので、以下でそれぞれの可能性について検討しておこう。

### 第1節 労働者派遣契約の解消制限

これまでの裁判例では、派遣先と派遣元という企業間での労働者派遣契約の解約については、

## 第二章 個別的労働法上の諸問題

原則として自由であって特別な合理性は求められておらず、それをふまえた上で、労働者に対する派遣元の解雇（雇止め）の合理性のみが争われるケースが一般的であった。ただ、理論的には、企業間での労働者派遣契約の解約自体を法的に制限することによって、結果として派遣労働者の雇用確保を図るというアプローチもあり得る。学説でも、たとえば、「労働者派遣契約は派遣元と派遣先の契約であって労働契約ではないが「雇用労働」に関わる契約ではあるから、その解約もしくは更新拒否には合理的理由を要する（それが欠けていれば権利濫用で無効になる）」との試論が提示されている<sup>10</sup>。まずは、こうした労働者派遣契約の解消を制限する余地について検討しておこう。

派遣法27条によると、派遣先は、「派遣労働者の国籍、信条、性別、社会的身分、派遣労働者が労働組合の正当な行為をしたこと等を理由として、労働者派遣契約を解除してはならない」。派遣元と派遣先との間で締結される労働者派遣契約は、企業間の取引契約であって、資本主義経済体制のもとでは契約自由が広く妥当すべき性格のものといえる。このことは、契約の内容面だけでなく、締結や解消をめぐっても異なる。しかし、派遣労働契約では、取引の対象が労働力である点で生身の派遣労働者の処遇にも直結し得ることから、特別な規制が課されているのである。これまでの裁判例で、派遣法27条違反が争われたケースはきわめて稀であるが、学説では、同条が単なる公法上の規定にとどまらず、一定の私法的効力を有すること（したがって、これに違反する契約解除に法的効力は認められないこと）に争いはないと思われる。問題は、ここでいう私法効の具体的な内容である。

派遣法27条について、①企業間での労働者派遣契約の解約を制限する意味での私法効と、②派遣元による、派遣労働者に対する解雇の効力問題とは一応区別され、①について、同条に違反する解約告知は無効と解すべきである。労働者派遣契約の解約について、法定の解除権のほか（民法540条以下）、約定により解約事由を定めることも契約自由の範疇にある。しかし、こうした約定に対しても公序による制約があるのは当然であり、それに反する条項および権利行使は無効と解される。そして、派遣法27条の規制内容からすると、同条は公序の一部を明示化したものと評価すべきであり、これに反する解除権の行使は、公序違反（民法90条）ないし権利濫用（民法1条3項）として認められないというべきである。

問題は、その場合の派遣元による解雇が当然に無効となるかどうかである（前記②）。この点に関する裁判例はきわめて少ないが、最近のトルコ航空ほか（派遣客室乗務員）事件では、派遣労働者らが正当な組合活動を行ったことを理由とした労働者派遣契約の解除を、派遣法27条違反として無効とするとともに、同解除が有効であることを前提とした派遣元による労働契約の中途解約も、その前提を欠き無効とされている（なお、その後の雇止めは適法とされている）<sup>11</sup>。

この点、派遣法27条の解除事由の制限は、その文言からも例示列举と解されるところ、派遣先が法所定の事由を直接の理由として契約解除をするケースならばともかく、実際の紛争では、これとは別の解約事由がただ形式的に示される場合が多いと考えられる。そうすると、企業間での労働者派遣契約の解約が有効か否かについて、派遣元が一義的に判断することは不可能に近い。それにも関わらず、これが結果として無効となる場合に派遣元での解雇までも当然に無効となるとすれば、派遣元にとって予見可能性を欠く点で問題がある。とはいえ、法的にみると、派遣元としては、事後的であれ労働者派遣契約の解約の有効性を争い、それが無効となれば、派遣先に

<sup>10</sup> 下井隆史『労働基準法（第4版）』（有斐閣、2007年）157頁。

<sup>11</sup> トルコ航空ほか（派遣客室乗務員）事件（東京地判平成24年12月5日労判1068号32頁）。

対して対価請求ないし賃金相当額以上の損害賠償請求をなし得ることをふまえれば、前記②の効力について①の有効性と直結させる立場も、不当とまではいえないだろう<sup>12</sup>。

ただし、派遣法27条は、派遣先を名宛人としており、派遣先が一定の差別的な理由に基づき労働者派遣契約を一方的に解除すること（のみ）を禁止している点で、その射程が限定されていると見てよい。換言すれば、同条は派遣先による解除権の行使のみを制限しているのであって、労働者派遣契約を派遣先と派遣元との合意によって解約する場合には、もはや同条の射程外にあり、契約関係は適法に終了すると解される。この点、企業間で労働者派遣契約を合意解約する場合にも、派遣法27条違反となり得ると解する立場もあるが<sup>13</sup>、「違反である」ことの法的帰結については明らかでない。そして、法的にみると、解除権の行使による一方的な契約解除と、当事者の合意に基づく契約関係の解消とは全く別物であって、私的自治の原則のもとでは、当事者が解除に合意している場合になお、国家が当該契約関係の継続を強制することについては、相当に強度の正統性が必要というべきである。この点、派遣先のみを名宛人とする派遣法27条の文理解釈からすると、同条はあくまでも派遣先による解除権の行使を制限したものであって、派遣先と派遣元との間で合意によって契約関係を解消する事案では、もはや規制の対象外というべきである。したがって、労働者派遣契約が合意によって解消されたケースでは、派遣元が派遣先に対して、事後になって、契約の有効性を前提に対価ないし損害賠償を請求することは、原則として認められないこととなる。

ただし、これらの合意解約の場合にも、派遣元において、労働者に対する解雇の有効性が別途問題となることは言うまでもない。派遣労働者の雇用維持が困難となった原因が、労働者派遣契約の合意解約に起因する場合には、企業間での合意解約自体の適法性は問題とならないとしても、派遣労働者との関係では、派遣元は本来応ずる必要のない合意に応じたものとして、派遣労働者の雇用確保に関するリスクを引き受けたものと解すべきである。そして、派遣元での解雇の有効性を判断する際にも、合意解約に至る経緯が、強行規定である派遣法27条の趣旨に照らして差別的と評価し得るか否か——換言すれば、派遣元として、同意を法的に拒否し得る余地がどの程度あったのか——も、重要な考慮要素となると解される（この問題は、第2節で検討する派遣元の雇用責任の問題である）。

とはいえ、派遣法27条に基づいて労働者派遣契約の解消が制約されるのは、あくまでも一定の差別的な場合に限定され、経営上の事由に基づく労働力の需給調整であれば規制対象とはならないと解される。また、前述のように、同条は派遣先による解除権の行使を一定範囲で制限しているものの、派遣先と派遣元との間で労働者派遣契約を合意解約するような場合には、もはや規制の対象に含まれない。そうすると、このアプローチによって派遣労働者の雇用が守られるケースは限定的であると考えられる。立法論としても、企業間での労働者派遣契約の解消について原則的に規制を課していくことは、外部労働市場における労働力の需給調整に原則的に制約を課すことを意味しており、労働者派遣についてのみ特別に規制を課すことは、制度全体のバランスを欠き妥当ではなかろう。そうすると、この問題に対するアプローチとしては、派遣先での直用化問題を別にすると、派遣元での解雇・雇止め適否が中心となる。

<sup>12</sup> 問題類型は異なるが、たとえば、ユニオン・ショップ協定に基づく解雇のケースで、（使用者が介入すること自体が法的に制限される）労働組合による組合員に対する除名処分が結果的に無効となった場合に、使用者の労働者に対する解雇も無効となるようなケースと比べれば、予見可能性を欠くことによる使用者のリスクはより小さいとの評価も可能であろう。

<sup>13</sup> 高梨昌『詳解 労働者派遣法（第3版）』（エイデル研究所、2007年）431頁。

## 第2節 派遣元での雇用保障

### I. 労働契約における期間設定の意味

派遣元での雇用保障の問題を考えるうえでは、労働契約における期間の定めの有無が一つのポイントとなる。労働契約は、期間の定めのある有期雇用（有期労働契約）と、期間の定めのない無期雇用（無期労働契約）とで区別することができ、雇用保障の面では法規制が大きく異なっているからである。

まず、無期雇用について、民法では、労働契約の両当事者は、2週間前の予告（解約告知）さえすれば、特段の理由を問わずに労働契約を解約することが認められている（民法627条）。しかし現在では、このうち使用者からの解約告知（解雇）については、解約事由の面でも、予告期間の面でも大幅に修正が図られている（労契法16条、労基法20条参照）。特に解約事由について、労契法16条によると、「解雇は、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合は、その権利を濫用したものとして、無効」となる。したがって、使用者が合理的理由なしに労働者を解雇した場合、法的には、労働契約関係は存続することとなり、労働者は単なる金銭補償ではなく、労働者としての地位の確認および解雇期間中のバック・ペイを求めることができる。

これに対して、有期雇用については、合意によって期間を定めた以上、両当事者について当該期間内での中途解約が厳格に制限される一方で（民法628条）、期間が満了した場合には、特段の意思表示なしに契約関係は当然に終了することが原則である。この点、両当事者の合意があれば契約を更新することは妨げられないが、各更新はあくまで合意にもとづく以上、ある時点でいずれか一方が反対した場合には、契約は更新されず当該契約関係は自動的に終了することとなる。そして、日本では、有期雇用の利用事由の面で特段の正当性は必要とされておらず、ある労働契約に期間を定めるか否かは、当事者が自由に決めることができる<sup>14</sup>。

もっとも、有期雇用が反復継続したのちに使用者が更新を拒絶する「雇止め」については、判例法理によって一定の制約が課されてきた（現在の労契法19条）。また、2012年の労働契約法の改正によって、雇止めのケース以外にも、有期雇用の更新による総期間が5年を超える場合に、労働者の請求に応じて、無期雇用へと転換する仕組みが導入されている（労契法18条）。

有期雇用に対するこうした規制は、特に有期雇用の反復継続的な利用に一定の制約を課すことによって、解雇規制とのバランスを図ることに狙いがある。しかし、それでもなお、無期雇用であれば原則的に解雇規制が及んでくると対比すれば、有期雇用と無期雇用との間で法的保護の程度には大きな差があるといつてよい。このことは、派遣労働契約の場合にも原則として同じであると考えられるので、以下でそれぞれ区別して検討する。

### II. 無期雇用の場合

まず、派遣労働契約に期間の定めがない場合には、派遣労働者に対しても、労働契約法16条の

<sup>14</sup> 労基法14条では、労働契約に期間を定める場合に、ひとつの契約期間の上限は原則として3年以内に制限される。これは、有期労働契約が当該の契約期間内において両当事者を拘束することに鑑みて、不当な人身拘束から労働者を保護することが狙いであって（労基法137条も参照）、ある有期労働契約を合意に基づいて更新し、両当事者の関係が結果として3年を超えること自体は特に制限されない。

規制がそのまま及ぶ。すなわち、解雇には「客観的に合理的」な理由を要し、「社会通念上相当」であることが求められる点で、直用労働者の場合と異ならない。典型的に想定されるは、派遣元が特定労働者派遣事業（常用型）の届出をしており、かつ実際にも労働契約に期間の定めがないケースである。この場合、仮にある派遣先での就労を継続することが不可能になったとしても、それだけでは、派遣元による解雇の合理性は認められないと考えられる。派遣元には、整理解雇の4要素（①人員削減の必要性、②解雇回避の努力義務、③被解雇者選定の合理性、④手続きの相当性）に照らし、解雇回避努力義務の一環として当該労働者を他の派遣先へ派遣することなどが求められよう。

この類型の代表的な裁判例として、**シーテック事件**がある<sup>15</sup>。同事件は、派遣元と期間の定めのない労働契約を締結した派遣労働者が、自動車エンジニアとして（現在の政令28業務のうち「研究開発」業務に該当する）、継続的に複数の派遣先で就労してきたなかで、ある時点の派遣先であるA社の急激な需要変動で労働者派遣契約が更新されず、それに伴って派遣元から解雇されたという事案である。

裁判所は、前述の整理解雇の4要素に即して、まず、人員削減の必要性については、派遣元の利益が大きなマイナス計上となっていること、月毎の売上高が減少していることや、待機社員が増加しているという事実を指摘し、切迫性について検討の余地はあるものの人員削減の必要性自体は否定し難いとする。

次に、解雇回避努力の点では、派遣元が間接部門で希望退職者を募集し、技術社員の一時帰休を実施し、新規採用の中止を決定し、事務消耗品の購入を禁止し、時間外労働の削減などにより経費を削減し、また、利益がない場合であっても派遣先との契約を締結する方針で契約数を増やす努力をしていたことを指摘する。しかし他方で、原告を含む技術社員に対しては、派遣元は希望退職の募集も行わないまま、待機社員となった全員を対象に整理解雇を実施したところ、そもそも整理解雇に際して派遣元が削減目標を定めていたかも明らかではないとする。そして、派遣元で既に一定数の人員削減が行われてきた事実をふまえ、さらに整理解雇を実施する必要性について真摯に検討していないことを指摘し、これらの事情からすれば、整理解雇を回避する努力を十分に尽くしていないとした。

また、人選の合理性の点でも、派遣元が待機社員となった技術社員を順次解雇の対象としており、各技術社員の有する技術や経歴等について検討した形跡がないことを指摘する。そして、原告については、派遣先で一定の高い評価が得られていたことに言及し、こうした勤務状況、技術や経歴等について一切検討することなく、待機社員になるという事実のみをもって整理解雇の対象としたことについて、客観的な合理性を有さないとした。

最後に、手続きの相当性について、この事件で原告労働者は、解雇以前には訴外C労働組合に加入していたところ（解雇後は脱退して、訴外D労働組合に加入している）、派遣元とC組合との間では解雇に先立ち一定の交渉が行われていたこと、派遣元が待機社員に対して整理解雇に関する説明会を開催したこと等を指摘し、こうした対応が明らかに相当性を欠くとまではいえないとした。

こうして同事件では、整理解雇の有効性について、人員削減の必要性と手続きの相当性は認められたものの、派遣元の解雇回避努力と被解雇者選定の合理性を欠く点が重視されて、結論的に解雇は無効なものであるとして、派遣労働者の派遣元に対する地位確認請求が認容されている。

<sup>15</sup> 横浜地判平成24年3月29日労判1056号81頁。

## 第二章 個別的労働法上の諸問題

同種の事件として、テクノプロ・エンジニアリング事件がある<sup>16</sup>。この事件も、派遣労働者が派遣元と期間の定めのない労働契約を締結し、13年間にわたって複数の派遣先で就労してきたところ、ある派遣先との労働者派遣契約の期間満了に伴って派遣元で整理解雇された事案である。裁判所は、やはり整理解雇の4要素に照らして、①切迫した人員削減の必要性がないこと、②希望退職者を募集しないなど解雇回避努力が不十分であること、③自己都合退職をしない待機労働者の全員を対象に、それまでの就業状況等を一切考慮しない人選基準も不合理であることを指摘して、解雇を無効としている。

また、ジョブアクセスほか事件・前掲の控訴審でも、原審で、当該労働契約の解釈として、派遣先での「職務（労務）を遂行することを内容とするもので、当該職務が存在する限りでの」無期の労働契約とされたのとは異なり、控訴審では、就労先として特定の派遣先に限定しない無期の労働契約であったと評価され、ある派遣先の需要変動に応じた派遣元での整理解雇について、4要素のいずれについても消極的に評価して解雇が無効とされている。

ところで、間接雇用である労働者派遣において、ある派遣先での就労が困難となった場合には、理論的には、派遣元での解雇の合理性について広範に認めるべきとの考え方も十分にあり得るところである。たとえば、ジョブアクセスほか事件・前掲の一審判決などは、こうした考え方を背景としたものと推察される。しかし、これまでの裁判例の趨勢をみるかぎり、派遣労働者の雇用保障をめぐる問題のうち、労働者が派遣元との間で期間の定めのない労働契約を締結しており、かつ、労働契約上、複数の派遣先での就労を予定しているケースでは、仮に、ある特定の労働者派遣契約が解消された場合であっても、派遣元での解雇については一般的な整理解雇の問題として処理がなされ、結論としても解雇無効となることは珍しいものではない。これは、派遣労働契約においても、契約解釈によって複数の派遣先での就労が予定されるものと評価できる場合には、直接雇用の場合と同様に、いわゆる整理解雇に関する法理が十分に機能する余地があることを示唆している。

### Ⅲ. 有期雇用の場合

これに対して、派遣先が限定されており、労働契約にも当該の労働者派遣契約の期間をふまえた期間が設定されている場合となると、労働者の雇用保障をめぐる法的問題について事情が異なってくる。この点、有期労働契約のなかには、暦日によって期間を定める労働契約のほか（確定期限）、ある特定の仕事が完了することによって終了する労働契約（労基法14条も参照）、さらには、たとえば病気休職者の復帰など一定のイベントが生じた場合に終了する労働契約（不確定期限）のいずれも含まれる。

もっとも、前述のように、このように労働契約に期間が設定されている場合でも、①労働契約の期間満了以前の中途解約のケースと、②有期雇用が反復継続している場合における、いわゆる雇止めのケースとでは法的規制のあり方が大きく異なるので、それぞれ区別して検討しておく。

#### 1. 労働契約の中途解約のケース

##### (1) 労契法17条の意義

労働契約法17条1項によると、期間の定めのある労働契約を、その途中で使用者が一方向的に解

<sup>16</sup> 横浜地判平成23年1月25日判時2102号151頁、東京高判平成23年9月29日判例集未登載。

約することは（中途解約）、「やむを得ない事由がある場合」にかぎって許される。民法では、労働契約の各当事者に対して、中途解約をする場合に「やむを得ない事由」を求めているが（民法628条参照）、労契法はこのうち使用者からの一方的な中途解約（解雇）について、強行的に制限を課しているのである。学説や裁判例では、この「やむを得ない事由」とは、使用者が期間の定めのない労働契約を解消する場合の「客観的に合理的な理由」（労契法16条）と比較して、より厳格なものとして理解されている。のみならず、たとえば当事者が事前に合意している場合であっても、中途解約に際して「やむを得ない事由」を不要とすることはできないとされる<sup>17</sup>。

この点、本来であれば、労働契約に期間の定めを付した場合に、当該期間設定にいかなる意味を持たせるのかは、契約自由の原則のもとで、当事者が任意に決めるべきことであるのかもしれない。有期雇用には、①期間満了まで雇用を保障するという機能と、②期間満了によって当該契約関係が当然に終了するという機能とがあるが、他方で、労働契約に期間の定めのない無期雇用について解雇が規制されている現状のもとでは（労契法16条参照）、多くの使用者は、②の機能を重視して有期雇用を利用するインセンティブがあるとも考えられる。つまり、あらゆる有期雇用について、当事者が期間満了までの雇用保障を重視して期間を定めたことには、当事者の純粋な意思表示としては無理があろう<sup>18</sup>。

とはいえ、解雇が規制されており、雇用の存続保護を重視する法体系のもとでの規制のバランスを考えると、立法政策として有期雇用の雇用保障機能（①）を尊重し、それに反する合意を制限することにも十分な理由がある。そして、労契法17条1項の立法経緯や同条が強行規定であることもふまえると、有期雇用については、仮に当事者が期間満了までの雇用保障機能を重視していなかったとしても、やはり、期間満了までは雇用の継続を図ることが原則とされるべきであろう。

このことは派遣労働契約の場合であっても同じであり、実際の裁判例をみても、派遣先で需要が減少したことを理由に労働者派遣契約が解消され、それに伴って派遣労働契約が中途解約されたケースで、「やむを得ない事由」を厳格に解釈するものがみられる<sup>19</sup>。これらの事案では、当該派遣関係が、派遣法の枠組みでいう登録型（一般労働者派遣事業）に基づくものなのか、それとも常用型（特定労働者派遣事業）での労働者派遣によるものかという点は重視されておらず、むしろ、有期雇用とは期間満了までの雇用保障を約するものであるとの理解を前提として、中途解約（解雇）の効力が否定されている。前述した労契法17条1項の趣旨からすると、こうした立場も基本的には支持されるべきであろう。

## (2) 「やむを得ない事由」の解釈問題

もっとも、理論的にみると、有期雇用の解約事由が厳格化されているとはいえ、中途解約の余地そのものは残されている。言い換えると、使用者の中途解約には「やむを得ない事由」を必ず

<sup>17</sup> 菅野和夫『労働法（第10版）』（弘文堂、2012年）234頁、土田道夫『労働契約法』（有斐閣、2008年）679頁、荒木尚志＝菅野和夫＝山川隆一『詳説労働契約法（第2版）』（弘文堂、2014年）169頁）など。

<sup>18</sup> たとえば、学生のアルバイトで労働契約に期間の定めがあるケースなどでは、両当事者ともに、期間満了までの雇用保障など念頭にないケースが少なくないものと思われる。

<sup>19</sup> プレミアライン（仮処分）事件（宇都宮地判平成21年4月28日労判982号5頁）、ワークプライズ（仮処分）事件（福井地判平成21年7月23日労判984号88頁〔ダ〕）、ニューレイバー（仮処分）事件（横浜地判平成21年3月30日労判985号91頁〔ダ〕）など。

## 第二章 個別的労働法上の諸問題

要するといえるが（労契法17条1項の強行法規性）<sup>20</sup>、具体的に「やむを得ない事由」の有無を判断する際には、労働契約における当事者意思も重要な考慮要素となろう。こうして、有期雇用であっても当事者の契約締結の目的が重要であることに変わりはなく、典型的には、派遣法でいう登録型と常用型との区別についても、中途解約の効力を判断する際に、一般論としては次のような影響を及ぼすと考えられる。

すなわち、第一に、ある有期労働契約が登録型派遣を前提に締結されたものと評価されれば、当該契約は特定の派遣先での就労を予定していたものとして、仮に当該派遣先での就労が困難となった場合には、中途解約の「やむを得ない事由」が認められる余地は大きくなると考えられる。典型的な登録型派遣の特徴は、派遣期間と労働契約期間とが一致しており、当該労働契約の範囲では他の派遣先での就労をそもそも予定していない点にある。そうである以上、労働契約に期間の定めがあるとしても、派遣先が失われたケースで、期間満了までの雇用保障を強く約したものとみることが契約解釈としては難しいであろう。

一方、第二に、当該労働契約関係が、いわゆる常用型派遣を前提とした有期雇用に基づくものと評価されると、少なくとも、当該期間満了までの雇用保障が図られる可能性は高いといえる。有期雇用の中途解約（解雇）には「やむを得ない事由」を要するところ、常用型派遣では複数の派遣先での就労も予定されているとみるべきであり、特定の派遣先で就労できなくなったというだけでは、派遣元での解雇（中途解約）の合理性は認められないというべきであろう。ただし、ここでも、ある特定の派遣先での就労が長期間に及んでいた場合には、一般的な解雇のケースと同様の問題——すなわち、解雇規制が通常通りに適用されるとしても、その具体的な判断枠組みのなかで、契約解釈を通して解雇回避努力義務の範囲が相対的には縮小される可能性があるという問題——が残るように思われる。

いずれにしても、派遣法の世界を離れた一般法理を前提とすれば、労契法17条1項によると、使用者は、有期労働契約について、「やむを得ない事由がある場合でなければ、その契約期間が満了するまでの間において、労働者を解雇することができない」。このことは、派遣労働契約の場合でも当然に妥当する。ただし、労働者派遣契約の終了という派遣就労先の喪失は、労働契約を中途解約する「やむを得ない事由」に該当するとみる余地もあり、特に、いわゆる整理解雇の4要素との関係が問題となり得る。

労働者派遣契約の解消に伴って、期間を定めた労働契約が中途解約されるケースについて、学説では、労契法17条の「やむを得ない事由」の判断に際し、整理解雇法理を用いることに否定的な立場がある<sup>21</sup>。すなわち同条は、「雇用期間の定めがある場合、期間中の雇用保障の程度は期間の定めのない労働契約より強度であるということの意味するにとどまり『やむを得ない事由』が解雇権濫用法理の延長線上にあり、それに内包されたより厳しい要件であること」を意味しないとし、「判例上用いられる整理解雇の4要件は、企業内で人材を育成し、長期的な雇用を保障する、いわゆる正社員に対する解雇を主に想定したものであるから、4要件では雇用期間の持つ意味は考慮されていない」。・・・「結局、経営上の理由による期間途中の解雇については、期間中の雇用保障という観点から有期労働契約に即した『やむを得ない事由』の判断要素を考えるべき」との立場である。

<sup>20</sup> この点については、たとえば、荒木尚志『労働法（第2版）』（有斐閣、2013年）498頁参照。

<sup>21</sup> 中山慈夫「派遣契約の解除と登録型派遣労働者の解雇－アウトソーシング事件」ジュリスト1430号（2011年）96頁。

裁判例のなかでも、ニューレイバー（仮処分）事件<sup>22</sup>、社団法人キャリアセンター中国事件<sup>23</sup>のように、整理解雇法理を明確には用いないままに、有期労働契約を中途解約する「やむを得ない事由」の有無を検討し、いずれも解雇（中途解約）を無効としたものがある。

この点、整理解雇の4要素とは、解雇権の行使が権利濫用か否かを判断する際の指標であって、4つの要素自体は合理的なものとして裁判例が蓄積されてきた。この各要素が、権利濫用の有無を判断する際の4つの代表的な留意点を示したものとみれば、これを全面的に排除することは一般的に困難であるし、また、厳格に4要件説の立場による場合でなければ、中途解約のケースで排除する実益もない。たしかに、上の立場が指摘するように、従来の事案の多くが典型的な「正社員」を対象としてきたことをふまえれば、それと異なる雇用形態の場合に、労働需要が失われたことを理由とする（ジョブ・レス）解雇や雇止めの特徴をふまえた法理の微修正は必要であろう。しかし、その際にも、整理解雇の4要素を全面的に排除する必要はなく、事案に応じた修正を施しつつ、特に、雇用期間の途中で解雇しなければならないほどの「やむを得ない事由」があるか否かに重点を置いた判断をすることで足りると思われる<sup>24</sup>。

実際、これまでの裁判例でも、企業間での労働者派遣契約の終了（期間満了または中途解約）に伴い、労働契約が期間満了以前に中途解約されたケースで、整理解雇の4要素に即して、「やむを得ない事由」の有無を判断するものがある。たとえば、プレミアライン（仮処分）事件<sup>25</sup>では、労働者派遣契約の解約に伴う有期労働契約の中途解約について、期間内に解雇する経営上の必要性がなく、希望退職者の募集や再就職先の斡旋等もなかったとして、無効とされている。同様に、ワークブライズ（仮処分）事件<sup>26</sup>でも、労働者派遣契約の解除に伴う労働契約の中途解約のケースで、整理解雇の事実について使用者側の具体的な疎明を欠くとして、解雇が無効とされている。さらに、アウトソーシング事件<sup>27</sup>では、「やむを得ない事由」の有無を判断する際に、整理解雇の4要素の点でより厳格に判断すべきとの立場のもとで、結論として解雇が無効とされている。

以上要するに、理論的には、中途解約について「やむを得ない事情」が必要であるとしても、具体的に当該事情の存否を判断する際には、契約解釈を通じて解雇回避措置の範囲が縮小する可能性は十分にある。しかし、これまでの裁判例をみるかぎり、仮に労働者の現実の就労先となる派遣先が特定（限定）されており、当該の労働者派遣契約の終了に伴う場合であったとしても、労働契約に期間の定めがあるケースでは、その中途解約は容易には認められていない。ここでも、派遣労働者の雇用保障について、一般の直接雇用による有期雇用の場合と同様に、労契法17条（およびその具体的な判断要素としての整理解雇法理）は一定の機能を果たしているといえよう。

<sup>22</sup> 横浜地決平成21年3月30日労判985号91頁 [ダ]。

<sup>23</sup> 広島地判平成21年11月20日労判998号35頁。

<sup>24</sup> 前掲のニューレイバー（仮処分）事件でも、実質的な判断としては、人員削減の必要や解雇回避努力など整理解雇の4要素への配慮がみられる。そして同事件では、これに対する使用者側の具体的な疎明がないとして中途解約の効力が否定されている。

<sup>25</sup> 宇都宮地栃木支決平成21年4月28日労判982号5頁。

<sup>26</sup> 福井地決平成21年7月23日労判984号88頁。

<sup>27</sup> 津地判平成22年11月5日労判1016号5頁。

### 2. 期間満了による雇止めのケース

#### (1) 雇止めに対する法規制

次に、期間途中での中途解約の場合ではなく、労働契約の反復継続後の雇止めのケースをめぐる裁判例をみると、現行派遣法のもとでの労働者派遣の位置づけを反映して、直接雇用の場合と明確に異なる判断が示されている。

まず、すでに詳細に検討したように、現在の派遣法の根底にある考え方は、派遣を臨時的・一時的なものに限定することによって、常用代替の防止を図るというものである。一方、派遣労働者と直用労働者の利益調整のあり方としては、自由化業務について派遣期間を制限しつつ、上限期間が経過する場合には、派遣先に派遣労働者に対する直接雇用の申込義務を課すという政策がとられている。ただし、現行法のもとでの直用申込義務等については、法律の文言上、そして立法当時の議論からも明らかなように、具体的な地位確認請求ができるほどの私法上の効力は認められていない。実際、裁判例のなかでも、直接雇用の申込義務から派遣労働者と派遣先との間で労働契約関係の成立を認めたものは、皆無であるといつてよい。そこで以下では、派遣法で特別に創設された直接雇用の申込義務を離れて、一般法理の解釈問題を中心に検討を進めることとする。とりわけ重要なのは、ある派遣先で長期間の派遣就労が継続し、その後、何らかの事情によって労働者派遣契約が解消されるケースである。この場合、派遣労働者の処遇はどうなるのであろうか。

一般に、解雇規制によって労働力の需給調整に制限が課されている場合には、有期労働契約が反復継続し、その後に雇止めをされるケースで、解雇規制とのバランスをどのように図るのが問題となる<sup>28</sup>。この点、日本の判例法理によると、有期契約が、期間の定めのない契約と実質的に異なる状態にある場合や（東芝柳町工場事件）<sup>29</sup>、そうでなくとも、当事者が雇用の継続を期待できる状況にある場合に（日立メディコ事件）<sup>30</sup>、雇用の存続保護が図られてきた。これらの判例法理の考え方を整理したパナソニックプラズマディスプレイ（パスコ）事件・最高裁判決によると、「期間の定めのある雇用契約があたかも期間の定めのない契約と実質的に異なる状態が存在している場合、又は、労働者においてその期間満了後も雇用関係が継続されるものと期待することに合理性が認められる場合には、当該雇用契約の雇止めは、客観的に合理的な理由を欠き社会通念上相当であると認められないときには許されない」<sup>31</sup>。このように、有期労働契約であっても、一定のケースでは解雇権濫用法理が（類推）適用され、雇止めに「客観的で合理的な理由」が必要とされるのである（＝出口規制）。こうした判例法理は、現在では労契法19条として立法化されている。

派遣労働者の労働契約の相手方が派遣元であることからすると、派遣労働者の雇用保障をめぐる問題については、一般の直接雇用の場合と同様に、派遣元での解雇・雇止めの適否が問題となるはずである。ところが、裁判例のなかでは、日本の派遣法の特徴である「常用代替の防止目的」に言及することにより、直接雇用の場合とは法的に異なる評価をするものがある。すなわち、「雇止め制限法理」は、労働者派遣のケースにはそのままは妥当するとは考えられていない。これが問題となった代表例が、伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件と、マイスタッフ

<sup>28</sup> 解雇規制のあり方と有期労働法制との関わりについては、さしあたり、大内伸哉（編）『有期労働契約の法理と政策－法と経済・比較法の知見をいかして』（弘文堂、2014年）を参照。

<sup>29</sup> 最一小判昭和49年7月22日民集28巻5号927頁。

<sup>30</sup> 最一小判昭和61年12月4日判時1221号134頁。

<sup>31</sup> 最二小判平成21年12月18日民集63巻10号2754頁。

(一橋出版) 事件である。以下でみておこう。

(2) 伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件<sup>32</sup>

代表例である伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件では、Y 1 社（派遣元）の派遣労働者である X が Y 2 銀行（派遣先）に派遣され、為替・預金業務等で13年あまりにわたって就労してきたところ、Y 2 銀行が派遣労働者の受入れを打ち切ったケースで、① X と Y 2 銀行との間での黙示の労働契約の成否や、② Y 1 社による雇止めの適法性等が問題となった。

高松高裁は、①の黙示の労働契約の成否について、「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の間には、黙示的にも労働契約が成立する余地はない」として、否定している。黙示の労働契約をめぐるこのような判断については、他の裁判例と基本的に異ならない（詳細は第3節）。

むしろ、同事件でより注目すべきなのは、②の雇止めの適法性をめぐって判示した部分である。高松高裁は、X が Y 1 社における、契約期間を6ヵ月とする登録型の派遣労働者であるとしたうえで、労働契約の「更新が反復継続されてきたからといって、解雇権濫用の法理が類推適用される場合に当たると認めることはできない」とし、原判決の立場を維持している。この点、原判決は、「X が Y 2 銀行への派遣による雇用継続について強い期待を抱いていたことは明らか」としながらも、「労働者派遣法は、派遣労働者の雇用の安定だけでなく、常用代替防止、すなわち派遣先の常用労働者の雇用の安定をも立法目的とし、派遣期間の制限規定をおくなどして両目的の調和を図っているところ、同一労働者の同一事業所への派遣を長期間継続することによって派遣労働者の雇用の安定を図ることは、常用代替防止の観点から同法の予定するところではないといわなければならない」として、「X の雇用継続に対する期待は、派遣法の趣旨に照らして、合理性を有さず、保護すべきものとはいえない」と判示していた<sup>33</sup>。

以上要するに、同事件では、有期雇用の反復継続後の期間満了に伴う雇止めについて、派遣的就労形態の場合には、派遣法の常用代替防止という趣旨をふまえて、労働者の雇用継続に対する期待の合理性を一律に否定することで、解雇権濫用法理の（類推）適用自体を否定するかなのような判示がなされている。

(3) マイスタッフ（一橋出版）事件<sup>34</sup>

同様に、マイスタッフ（一橋出版）事件では、Y 1 社（派遣元）の派遣労働者である X が、学術書・教科書の販売等を目的とする Y 2 社（派遣先）に派遣され、約2年間就労していたケースにおいて、派遣中止に伴う Y 1 社の雇止めの適法性等が問題となった。

東京高裁は、まず、法人格否認の法理の適用や、X と Y 2 社との間での黙示の労働契約の成立について否定している。その上で派遣元である Y 1 社における雇止めの適法性を検討し、当該契約関係は、X が期間6ヵ月の有期契約を更新する派遣労働者であるとしたうえで、「労働者派遣法は、派遣労働者の雇用安定のみならず、派遣先の常用労働者の雇用安定も立法目的とし、派遣

<sup>32</sup> 高松高判平成18年5月18日労判921号33頁、最二小決平成21年3月27日労判991号14頁（上告不受理）。

<sup>33</sup> 松山地判平成15年5月22日労判856号45頁。

<sup>34</sup> 東京高判平成18年6月29日労判921号5頁、最一小決平成18年11月2日判例集未登載（上告不受理）。

## 第二章 個別的労働法上の諸問題

期間の制限規定を設ける（派遣法40条の2）などして上記目的の調和を図っており、同一の労働者を同一の派遣先へ長期間継続して派遣することは常用代替防止の観点から本来同法の予定するところではないから、労働者派遣契約の存在を前提とする派遣労働契約について、派遣ではない通常の労働契約の場合と同様に雇用継続の期待に対する合理性を認めることは、一般的に困難である」と判示した。

### (4) 「常用代替の防止」目的と雇止め制限法理

これらの裁判例の考え方を鄒衍すれば、次のようになる。すなわち、直接雇用の場合とは異なり、外部労働力である労働者派遣については、派遣法のもとで臨時的・一時的に労働力を利用できるものとして制度化されたものであるから、仮に、結果的に派遣による就労期間が（違法に）長期化して、労働者と派遣元との間の有期労働契約が反復継続しているとしても、そこで雇用の継続に対して期待を抱くことは不合理であり、法的保護に値しないということである。その結果、これらの裁判例では、派遣法の趣旨から「雇用存続に対する派遣労働者の合理的期待」が否定されている。そして、これら両事件の結論は、いずれも最高裁で維持されているほか、最近の下級審の裁判例でも同様の考え方がうかがえる<sup>35</sup>。

この点、現在の派遣法の根底にある「常用代替防止」目的については、派遣先の直用労働者の利益保護の観点から導入されたものであって、派遣労働者の利益と抵触するケースも十分にあり得る。筆者は、立法論としては、この常用代替防止目的を早急に改め、派遣労働者個人の保護に軸足を移した法規制に改めるべきことを説いてきた<sup>36</sup>。そして、2014年現在、こうした方向での改正法案が第186回通常国会に提出され、一旦は廃案となったものの、同年秋の臨時国会で再提出される見込みであることは前述の通りである。ただ、現行制度において、派遣労働者が特定の派遣先で継続的に就労することには、常用代替防止の観点から制約が課されていることは認めざるを得ない。端的に言えば、派遣労働者の雇用保障は、間接雇用に由来する派遣の普遍的な特徴に加えて、常用代替の防止という現行法の特異な目的から、より一層不安定とならざるをえない構造となっている。

もっとも、派遣法でいう常用代替の防止目的と、派遣労働者が派遣元との労働契約関係の存続に関して有する期待が合理的かどうかという問題とは、理論的に別物である。学説では、信義則による補充的・修正的解釈の要請は直接雇用の労働契約のみならず派遣労働契約にも及ぶとして、雇用継続への期待の合理性を直ちに否定するのではなく、それが認められるケースであれば解雇規制を類推適用する立場も有力に主張されている<sup>37</sup>。

<sup>35</sup> マイルストーン事件（東京地判平成22年8月27日労経速2085号25頁）、トルコ航空ほか（派遣客室乗務員）事件（東京地判平成24年12月5日労判1068号32頁）など。

<sup>36</sup> 拙稿「労働市場における労働者派遣法の現代的役割－契約自由と法規制との相克をめぐる日本・オランダ・ドイツの比較法的分析」神戸法学雑誌59巻3号（2009年）。

<sup>37</sup> 小西國友「派遣労働契約の反覆更新と、解雇法理の類推適用の可否－伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件」ジュリスト1274号（2004年）210頁、富永晃一「派遣労働者と派遣先の黙示の労働契約と派遣元による雇止めの成否－マイスタッフ（一橋出版）事件」ジュリスト1330号（2007年）168頁、水町勇一郎『労働法（第5版）』（有斐閣、2014年）350頁。また、西谷敏『労働法（第2版）』（日本評論社、2013年）480頁も、派遣法の本来の趣旨に反して契約更新を繰り返す、派遣労働者を利用してきた派遣元が、突然派遣法の本来の趣旨を理由として雇止めを正当化しようとするのは、許されないとする。なお、伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件・前掲の上告審における今井裁判官の反対意見も参照。

この問題について、立法論としてはともかく、現在の派遣法では、いわゆる政令28業務とそれ以外の自由化業務とで、常用代替をめぐる評価の違いから明確に異なる規制が展開されているのであり、それに即した検討が必要である<sup>38</sup>。

まず、派遣法の制定当初から派遣が認められ、その後に対象業務の拡大が図られてきた現在の政令28業務（従来の26業務）については、派遣法の建前では、派遣対象業務の棲み分けにより、そもそも常用代替の問題は生じないはずである。政令28業務（当初は13業務）であれば、派遣先のいわゆる正社員と市場が異なるというのが派遣法の制定時からの考え方であったはずである。そうすると、政令28業務では、派遣先で派遣労働者を継続的に受け入れること自体は何ら違法でなく、派遣元との関係でも、労働者の雇用継続に対する「期待の合理性」を判断する際に、派遣法でいう常用代替の防止目的からの制約を受ける理由はない<sup>39</sup>。

一方、1999年の法改正で解禁された、いわゆる自由化業務での派遣については、派遣先は、原則1年、例外的に派遣先の過半数組合または過半数代表者の意見を聴取した上で、最長3年まで、同一業務での派遣利用が認められる（派遣法40条の2）。すなわち、自由化業務では、政令28業務のような業務の限定ではなくて、同一派遣先での最長受入期間を法律で制限するとともに、派遣を直接雇用へと誘導していくことが目指されている。自由化業務で、ある特定の派遣先での派遣を継続することは、現行法上、「常用代替防止」という派遣先の直用労働者の利益を重視する観点から許されていない。したがって、自由化業務において、派遣労働者がある特定の派遣先で継続的に使用されていたとしても、派遣法の枠組み（特に期間制限）に従った臨時的な派遣である限りは、派遣労働者が当該派遣先との関係を前提に、派遣元での雇用継続に対して期待を抱いたとしても、合理的とは評価できないだろう。

これに対して、自由化業務での派遣であっても、①派遣法の期間制限の枠組みから外れて、派遣が違法に継続しているケース、あるいは、②派遣法の枠組みに従っている場合であっても、派遣先を変更することで派遣元との労働契約関係が長期間に及んでいるケースとなれば、事情は異なってくる。①のケースでも、当該派遣先との関係でみれば、たとえば行政指導を契機とした適法化を目的として、企業間での労働者派遣契約を解消することが（現行法上は）望ましいことは認めざるを得ない。しかし、派遣法でいう常用代替の防止目的と、派遣労働者が派遣元との労働契約関係の存続に関して有する期待が合理的かどうかという問題とは、理論的に別物である。特に期間制限違反のケースでは、派遣元との関係で、派遣労働者が雇用継続に対して有する期待の合理性を直ちに否定することは到底適切とはいえず、個々のケースでの事情（雇用継続を期待させる先行行為の有無、派遣先や派遣元における労働力を長期利用する意図の有無等）に応じ、派遣元は労働法19条のもとで労働契約の更新を義務づけられる余地がある。このことは、②のケースにも当てはまる。

こうしてみると、派遣労働関係において、常用代替防止目的から派遣労働者の雇用保障に関して特別な制約があるのは、①派遣法の枠組みに従って、②自由化業務で行われる労働者派遣のう

<sup>38</sup> ただし私見によると、現在の政令28業務と自由化業務とで区別することには、そもそも規制の正統性がなく、派遣法の規制を複雑化した上に実効性にも欠けるという無用の規制である。立法論としては、これら業務の区分を原則としてなくしたうえで、常用代替をめぐる問題も含めて改めて検討すべきであり、現在の改正法案でもこうした方向が示されている。

<sup>39</sup> この点、前掲の伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件は、当時の政令26業務に該当した可能性があり、仮にこれが認められれば常用代替防止目的はそもそも問題とならないのであるから、まずは26業務該当性の有無を検討すべき事案であったと思われる。

ち、③派遣労働者が当該の特定の派遣先での就労のみを予定していたケースという、3つの要素を満たす極めて限定的な局面に限られる。これに対して、政令28業務での派遣や、自由化業務でも、派遣法の期間制限に違反している場合（典型的には、いわゆる偽装請負のもとで期間制限に抵触してきたケース）、あるいは、派遣法にしたがった適法な派遣労働関係であるとしても、派遣先を変更することで派遣元との労働契約関係が反復継続しているケースとなれば、派遣労働者の雇用継続への期待が合理的か否かの判断に際し、常用代替防止目的は何ら影響がないものと解される。したがって、上の裁判例が、派遣法の常用代替防止目的に言及することで、広く一般に雇用継続への期待の合理性を否定している点には賛成できない。前述の3要素を満たす例外的なケースを別にすれば、一般の直接雇用の場合と同様に、個々の具体的事情を検討して、雇止め制限法理（労契法19条）が適用される余地もあると解すべきである。

### (5) 雇止め制限法理の限界

とはいえ、裁判例の立場を前提とすれば、雇止め法理によって派遣労働者の雇用の存続保護を図ることは相当に難しいし、そうでなくとも、労働者派遣を法制度のなかで臨時的・一時的なものとして位置づける以上、派遣元での雇用継続の「期待」にも自ずと限界がある<sup>40</sup>。

学説では、労働契約においては、直接雇用が原則であることが法的にも求められているとの考え方を前提として、それに対する例外である労働者派遣については臨時的・一時的な場合に限定すべきとの立場から、期間制限に違反するなどの違法派遣のケースでは、派遣労働者と派遣先との間で直接雇用の関係を擬制すべきとする立場もある<sup>41</sup>。しかし、派遣法の成立によって、職業安定法が堅持してきた直用主義の原理的な正統性が失われる一方で、立法政策として、派遣法は派遣先の直用労働者の利益を重視する観点も含めて常用代替の防止を目指してきた。そうすると、こうした立法政策の適否はともかくとして、裁判例の立場は、現行法のもとでやむをえない面もあるというべきであろう。

この点、上の裁判例では、派遣法の常用代替防止目的への言及に続けて、次のような判示部分があり注目される。すなわち、同事件で問題となった労働契約は、企業間での労働者派遣契約の存在を前提とするところ、「企業間の商取引である派遣契約に更新の期待権や更新義務を觀念することはできないから」、派遣元と派遣先との間での労働者派遣契約は、その期間が満了し、更新がなされなかったことにより終了したとした上で、仮に、原告と派遣元との労働契約が「期間の定めのない契約と実質的に異ならない状態で存在しているということができ、あるいは・・・原告の雇用継続に対する期待になお合理性を認める余地があるとしても」、当該労働契約の前提たる労働者派遣契約が期間満了により終了したという事情は、「当該雇用契約が終了となってもやむを得ないといえる合理的な理由に当たる」という点である。

繰り返しになるが、自由化業務での期間制限に抵触するような違法派遣のケースで、派遣法の常用代替防止目的から直ちに労契法19条でいう期待の合理性を否定することには、問題がある。他方で、予備的に雇止めの適法性を検討した上で、労働者派遣契約の終了に伴う派遣元での雇止めを当然に適法とした判旨は、要するに、派遣労働関係において、労働契約で特定の派遣先での就労のみを予定している場合には、期間満了による雇止めはもちろん、仮に労働契約に明確な

<sup>40</sup> 同旨の指摘として、皆川宏之「労働者派遣をめぐる法的問題」日本労働研究雑誌582号（2009年）4頁など。

<sup>41</sup> たとえば、脇田滋「伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件・最高裁上告不受理決定を批判する」労旬1705号（2009年）32頁。

(暦日による) 期間の定めがない場合であったとしても、解雇規制によって雇用保障を図ることの難しさを示唆している。

たとえば、最近の**トルコ航空ほか(派遣客室乗務員)事件**では<sup>42</sup>、派遣法の常用代替防止目的に言及し、予備的に雇止めの適法性判断をするという、いよぎん事件と同様の立場によりながらも、後者については当然に適法とするのではなく、当該事件の事実関係をふまえた、より実質的な判断がなされている。そして同事件でも、①当該労働契約では、当初からある特定の派遣先での就労を予定していたこと、②労働者派遣契約が更新される見込みがなかったこと、③派遣元が原告労働者らの一部に対して、不十分ながらも、代わりとなり得る派遣先を提示していたこと、④派遣元の取引関係からすれば、代替となり得る派遣先は容易に見出せないことを指摘し、結論として、期間満了による雇止めが適法とされている。

また、やや事案が異なるものとして、**アデコ(雇止め)事件**がある<sup>43</sup>。同事件では、ある派遣先での管理的業務に従事するために派遣元で採用された労働者が、有期労働契約に基づいて2年程度就労していた。ところが、当該労働者の経験不足や適格性の欠如が問題化するなかで、派遣先による減員要請に伴って派遣元で雇止めされたという事案である。この事件では、最後の契約更新時に、いわゆる不更新条項が設定されたケースで、その後の雇止めについて雇用継続に対する期待の合理性が否定されている。

労契法19条によると、有期雇用の雇止めについて、①実質的に期間の定めのない労働契約と同視できる場合、②または、雇用継続に対する労働者の期待が合理的と評価できる場合には、無期雇用における解雇に合理性が求められる(労契法16条)のと同様に、雇止めが制限されることで雇用の存続保護が図られる。しかし、とりわけ派遣労働関係においては、裁判例をみる限り、期間満了による雇止めのケースで、派遣労働者による地位確認請求の多くが否定されている。

#### IV. 自動終了条項の有効性

こうしてみると、派遣労働者の雇用保障をめぐるのは、現行の労働者派遣法でいう常用代替防止目的とは無関係に、間接雇用である労働者派遣の普遍的な特徴や、それを前提とした当事者の意思解釈を媒介して、直接雇用の場合とは異なる特別な制約があり得ることが示唆されている。

そもそも派遣労働契約の解釈として、ある派遣先での就労が終了した後に、現実に派遣のない待機期間中にも賃金を支払うことを特別に約定しているような場合でない限り、当該契約は、当該特定の派遣先での就労を前提としているとみるのが素直な解釈であろう。このことがもっとも鮮明化するのが、仮に労働契約で明示的な約定がある場合であれば、企業間での労働者派遣契約の終了に伴って、派遣労働契約も当然に終了すると解する余地はあるか、という「自動終了条項」をめぐる問題である。

この問題について、たとえば、**ジョブアクセスほか事件**の第一審では<sup>44</sup>、当該労働契約の解釈として、派遣先であるA社での「職務(労務)を遂行することを内容とするもので、当該職務が存在する限りでの『期間の定めのない』労働契約であると解するのが相当」として、派遣先の消滅(解散)に伴い、原告と派遣元との労働契約も終了するとされている。同様に、**マイルストーン事件**・前掲でも、特に明示の特約等のないケースで、「登録型有期労働契約の場合、派遣期間

<sup>42</sup> 東京地判平成24年12月5日労判1068号32頁。

<sup>43</sup> 大阪地判平成19年6月29日労判962号70頁。

<sup>44</sup> 東京地判平成22年5月28日労判1013号69頁。

## 第二章 個別的労働法上の諸問題

と雇用契約期間が直結しているため、労働者派遣が終了すれば雇用契約も当然に終了する」として、企業間での労働者派遣契約の期間満了にあわせた派遣元での雇止めが適法とされている。

他方で、これまでの裁判例の多くでは、こうした労働契約の終了を解雇（または雇止め）の問題として扱い、労働契約を当然に終了させることには慎重である。たとえば前掲の**ジョブアクセスほか事件**の控訴審でも<sup>45</sup>、当該労働契約の解釈として、特定の派遣先で就労するという就労先の限定のない無期の労働契約であると評価し直すことで、労働者派遣契約の終了により労働契約が当然に終了するとの原審を修正するとともに、派遣元による解雇の合理性についても否定して労働者の地位確認請求を認容している。

もっとも、これまでの事案では、労働契約において、企業間での労働者派遣契約の終了に伴って派遣労働契約も当然に終了する旨の、労働契約上の明確な規定があるわけでもない。たとえば、**社団法人キャリアセンター中国事件**では<sup>46</sup>、自動終了に関する明示の同意がないケースで、黙示の同意を認定することには慎重であるべきとし、同事件でも結論として否定するという構成となっており、自動終了に関する契約条項の有効性自体は正面から論じられていない。現時点で事案の蓄積がないこともあり、この問題に対する裁判例の立場は不明確な状況にある。

それでは、理論的にみた場合に、仮にこうした「自動終了条項」が明示的に設けられていたとすると、その効力を認める余地はあるのだろうか<sup>47</sup>。前述のように、派遣労働契約の解釈では、待機期間中の賃金保障を欠くなど、特定の派遣先での就労が労働契約の前提となっているのが一般的であるとすれば、仮にこうした自動終了条項が適法と解される場合には、派遣労働者について、そもそも解雇や雇止めの合理性が問題となる余地は大幅に縮小する。同様のことは、一般の直接雇用の場合であっても理論的に問題となり得るが<sup>48</sup>、間接雇用である派遣労働関係においてはより先鋭化するのである。

学説では、第一に、こうした自動終了を認めることは、強行規定である労契法17条に違反するとの批判がある<sup>49</sup>。たしかに、労働契約を使用者が一方的に終了させる解雇であれば、労契法16条や17条の規制に服するのは当然といえる。しかし、自動終了条項に基づく労働契約の終了は、少なくとも形式的には、当事者の個別同意または就業規則に基づく労働契約の終了事由によるのであって、使用者の一方的な権利行使とは次元を異にする。自動終了条項が強行規定（解雇規制）に直ちに違反するとみることには、無理がある。

他方、第2の批判として、自動終了を許容することは、「これまでの裁判例の立場に沿わないだけでなく、理論的にも、派遣先を介在させたり契約上職務を限定することによって恣意的に労働契約を終了させることを可能とし労働者を不安定な状況に置くもの（解雇法理の潜脱にあたる

<sup>45</sup> 東京高判平成22年12月15日労判1019号5頁。

<sup>46</sup> 広島地判平成21年11月20日労判998号35頁。

<sup>47</sup> この問題に関連して、安西愈『新版 労働者派遣法の法律実務（下巻）』（労働調査会、2008年）795頁は、派遣法では派遣労働者に対する就業条件の明示が義務づけられており（34条）、当該規制に則して労基法20条に準じ30日分の賃金を支払うことが事前に明示されているような場合については、労働者派遣契約の終了に伴う派遣元での雇止めを原則的に適法とすべきとする。

<sup>48</sup> 典型的には、有期雇用で一定の事業完了を目的としているケースが考えられるし（労基法14条も参照）、無期雇用であっても、職種や勤務地について明確に特定されているケースとなると、その再編に伴う労働契約の自動終了の可否については検討の余地がある。

<sup>49</sup> 仲琦「派遣契約の中途解除による派遣労働者の解雇－社団法人キャリアセンター中国事件」ジュリスト1421号（2011年）127頁。

もの)として妥当でない」とするものがある<sup>50</sup>。この立場は、第1の批判とはやや異なって、自動終了条項が強行規定たる解雇規制に実質的に抵触するとの問題認識のもと、従来の裁判例とのバランスからも、解雇規制を適用していくことを正当とする立場である。

たしかに、派遣労働関係において「自動終了条項」の有効性を認めることが、実質的にみて解雇規制と抵触する面があることは否定できない。しかし、現実には就労していた派遣先での就労継続が困難となるケースで、労働契約を終了させること自体には一定の合理性がある。このことは、労働者がそうした事情を十分に認識した上で労働契約を締結している場合には、より一層妥当する。「契約上職務を限定する」こと自体は不合理なことではないし、その場合のジョブ・レスを理由とした解雇も、直ちに恣意的とまでは評価できないと思われる。また、従前の裁判例が否定的であるとはいっても、これまでの事案では、労働契約で明確な約定がないなかでの自動終了の可否が争われたケースが大多数であり、仮に明確な合意(契約条項)に基づき、かつ、上のように労働者も十分な認識を有している場合についてまで、自動終了の効力を当然に否定する立場が確立しているわけではない。そして、たとえば、労働者が私傷病や事故欠勤により休職し、当該休職期間が満了した後に自動退職するという制度、あるいは、ある一定年齢に達した労働者を自動的に退職させるという定年退職制度など、労働契約の終了をめぐるても、解雇規制に服さない、約定された終了事由による労働契約の自動終了の余地があることと対比すれば、労働者派遣の場合にも、こうした条項を直ちに全面的に無効とする必然性はない。

むしろ、このような自動終了について、就業規則の合理性(労契法7条)を認めるための要件、あるいは、個別同意によって自動終了が約定されている場合には、当該条項を公序(民法90条)に照らして有効とみるための要件を検討していくべきであろう。この点、たとえば定年制であれば、労働者の機会の平等と、人事の刷新や定年までの雇用機会の確保といった実質的な合理性から有効と解され、また、休職期間満了による自動退職制度であれば、解雇猶予措置としての面から制度の合理性が肯定されている。これらと比べれば、派遣労働契約における自動終了条項に「猶予措置」としての側面はなく、より一層の慎重な考慮が必要であろう。

私見によると、真正な登録型派遣(真正登録型)であれば、自動終了条項の効力を認める余地があるが(詳細は第5節を参照)、これらに該当するのは、あくまで例外的な場合といえる。すなわち、現実には問題となる紛争の多くで自動終了条項は無効となり、派遣元による解雇または雇止めの問題となるところ、派遣先の喪失という点で、特に、いわゆる整理解雇の4要素に照らした判断が求められる。

### 第3節 派遣先への雇用責任の転嫁

#### I. 直接雇用の申込義務

第1章で概観したように、日本の労働者派遣法は、派遣を臨時的・一時的なものに限定するという「常用代替の防止」を基本軸として規制を展開している。派遣法は、当初は派遣対象業務を13業務に限定し、派遣先で直接雇用される労働者とは市場の異なる類型でのみ派遣利用を許容することで、この「常用代替の防止」を目指していた。しかし、1999年に対象業務が原則として自

<sup>50</sup> 水町勇一郎「派遣業務の消滅による派遣労働者の労働契約の終了—ジョブアクセスほか事件」ジュリスト1422号(2011年)145頁。

## 第二章 個別的労働法上の諸問題

由化されてからは、この新たな自由化業務について、今度は、派遣期間を制限することによって上の目的が堅持されてきた。もっとも、「常用代替の防止」を貫徹すると、派遣元、派遣先、そして派遣労働者という全当事者のニーズが合致している場合であっても、ある特定の派遣先での継続的な派遣就労は法的に認められず、このことはかえって派遣労働者の雇用の不安定化をもたらす可能性がある。典型的には、派遣期間の制限に抵触し、所轄労働局からの是正指導を受けた場合に、派遣先が当該関係の適法化を図るために労働者派遣契約を解消するようなケースである。

この問題に関連して、派遣法では、期間制限と抵触する場合に、派遣先に対して派遣労働者への直接雇用の申込義務を課すことで、派遣労働者の雇用の安定と、常用代替防止目的との調和を図ることが企図されている。以下では、この直接雇用の申込義務をめぐる法的問題を検討する。なお、現在の派遣法でいう直接雇用の申込義務には、努力義務も含めていくつかの類型があるが、以下では実際の紛争で典型的に問題となる法40条の4の申込義務を検討対象とする。

### 1. 申込義務の発生要件

派遣法40条の2第1項によると、「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・・・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」。これが、いわゆる自由化業務に対する期間制限である。

そして、派遣法35条の2によると、「派遣元事業主は、派遣先が当該派遣元事業主から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項の規定に抵触することとなる場合には、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ってはならない（第1項）。また、「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」（第2項）。

その上で、派遣法40条の4によると、「派遣先は、第35条の2第2項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つて当該派遣先に雇用されることを希望するものに対し、労働契約の申込みをしなければならない」。

非常に複雑な構造であるが、上の諸規制の文言からすると、直接雇用の申込義務の発生要件として、派遣先が、①派遣元からの期間抵触の「通知」を受けること、②派遣上限期間に抵触した後も派遣労働者を使用しようとする事、③労働者が直接雇用を希望することが必要だと考えられる<sup>51</sup>。また、解釈論としては、④ここでいう「派遣先」とは労働者派遣法の枠組みにしたがったものに限定され、いわゆる偽装請負のケースのように、単に「労働者派遣の役務の提供者」は含まれないとみる余地もある<sup>52</sup>。

<sup>51</sup> この点については、小畠典明「派遣先による派遣労働者の直接雇用－正すべき誤解－」阪大法学59巻1号（2009年）1頁、同「採用の自由とその制約－求められる慎重な議論－」阪大法学59巻3・4号（2009年）125頁。なお、反対の立場として、萬井隆令「労働者派遣法における期間制限の意義」龍谷法学42巻1号（2009年）5頁も参照。

<sup>52</sup> このような解釈の問題点については、第三章第3節IV3を参照。

## 2. 申込義務の内容

上の申込義務の発生要件について、どのように理解するかについては様々な立場がある。これまでの裁判例は、①の「通知」を欠くことを理由に、申込義務の発生を否定する立場で概ね一致している。行政解釈も同様である<sup>53</sup>。このような立場を前提にすれば、派遣元による抵触日通知を欠くような現実の多くの紛争事例では、そもそも申込義務は発生せず、申込義務自体が空文化することになる点で批判もあろうが、ここでは詳しくは検討しない。

本稿の問題関心からより重要と考えられるのは、上の要件をどのように解するにしても、派遣先に生じるのは、結局のところ公法的な観点からの、直接雇用の「申込義務」にとどまるという点である。つまり、労働者派遣法は、少なくとも明文の規定では、派遣労働者と派遣先との労働契約関係の成立や、派遣先の「申込」を擬制していない。そして同条違反の効果もまた、厚生労働大臣による勧告や企業名公表が予定されるにとどまる（49条の2）。これは、たとえばドイツ法で、従来、派遣上限期間を超える違法派遣のケースで、私法的にも派遣先との直用関係が明示的に擬制されていたことと比較すると（ただし現在は前提となる期間制限自体が廃止されている）、相当に緩やかな規制であるといえる。

裁判例をみると、たとえばパナソニックプラズマディスプレイ（パスコ）事件の大阪地裁判決では<sup>54</sup>、派遣先による「直接雇用契約の申込が実際でない以上、直接の雇用契約が締結されると解することはできない」とされている。派遣法40条の4を公法上の取締規定と解して、私法的な効力を否定したのである。これは、行政解釈と同様の立場であるとともに、多数説とも一致する<sup>55</sup>。では、このような解釈は適切といえるのか。次で検討しよう。

## 3. 申込義務の法的意義

### (1) 私法効を否定すべき根拠－採用の自由を中心に

直接雇用の申込義務については、派遣先の「採用の自由」との関係が問題となる<sup>56</sup>。採用の自由は、経済活動の自由の一環として憲法で保障されている重要な原則である（三菱樹脂事件・最高裁判決<sup>57</sup>）。また、本来は他人同士である使用者や労働者が、労働契約に基づいてさまざまな法的責任を負うのは、自らの意思で契約を締結したからにはほかならない。責任の根拠を契約（合意）に求める以上、国家が法によって契約締結の自由に介入すること、とりわけ契約の締結自体を強制するという手法で介入することに対しては、特に慎重な姿勢が必要である。さらに、日本の労働法体系のもとで、採用後の解雇全般に合理的理由が必要とされ、労働力の需給調整に制限が加えられていること（労契法16条）、そして解雇規制の内容として、合理性のない解雇を無効として契約関係の継続を強制する処理がされていること（単に損害賠償の問題にとどまらないこと）も併せて考えれば、使用者にとって、雇用の入口段階での「採用の自由」は、実質的にもきわめて重要な意義を有することになる。

<sup>53</sup> 労務行政研究所（編）『労働者派遣法』（労務行政、2013年）490頁、厚生労働省職業安定局『労働者派遣事業関係業務取扱要領』（平成26年4月）235頁。

<sup>54</sup> 大阪地判平成19年4月26日労判941号5頁。

<sup>55</sup> 学説として、土田道夫『労働契約法』（有斐閣、2008年）707頁など。

<sup>56</sup> 派遣法改正をめぐる採用の自由を重視する立場として、小嶋典明「採用の自由とその制約－求められる慎重な議論－」阪大法学59巻3・4号（2009年）125頁、および、同「採用の自由とその制約－続－派遣法改正案の批判的検討」阪大法学60巻2号（2010年）1頁。

<sup>57</sup> 最大判昭和48年12月12日民集27巻11号1536頁。

## 第二章 個別的労働法上の諸問題

たしかに、現行法の下でも、使用者が有する採用の自由が無制約に認められているわけではない。たとえば、男女雇用機会均等法5条<sup>58</sup>や雇用対策法10条、障害者雇用促進法<sup>59</sup>などでみられるように、一定の差別禁止や雇用政策的な目的によって「採用の自由」は制限されている。しかし、これらの規制について、「採用の自由」に対する具体的な制限方法をみると、法は個別の求職者に（採用）請求権を与えておらず、したがって使用者は特定の求職者の雇入れを強制されず、せいぜい損害賠償の問題が生じるにとどまる。例外として、不当労働行為のケースで、労働委員会による救済として雇入れを命じる理論的余地はあるが、これは、労働委員会に与えられた裁量権の問題であって、採用を希望する者がいきなり裁判所で労働契約上の地位を確認できる性質のものではない。そうすると、労働者派遣で特定の派遣労働者の直用化を擬制するような立法政策を取り入れる場合には、他の法制度以上に明確な根拠が必要となるはずである。

また、仮に派遣労働者と派遣先との契約関係を擬制する場合には、新たな労働条件の水準をどのように設定するのも問題となる。日本においては、労働契約の重要な要素である賃金の決定方法でさえも、企業毎に、あるいは同一企業内であっても例えば正社員と非正社員とで大きく異なる。さらに、同一企業のいわゆる正社員間で現に従事している職務まで同一である場合でさえも、勤続年数を含め、当該企業内で形成されたキャリアという属人的な要素に応じて、処遇は大きく異なるのが通例である。こうした格差は、正社員について企業内部での配置・昇進を前提にするという雇用システムと密接に関連するものであり、職務給制度に典型的に見られるような、産業別の労働条件決定が浸透している欧米諸国とは事情が大きく異なる点といえる。こうした状況下では、契約関係を擬制した場合にも、具体的な労働条件を確定することは容易なことではない。これまで派遣法が派遣先との直用関係を擬制しなかったのは、それが当事者意思に反するとして社会的コンセンサスを得られないこと、および、新たな労働条件について依るべき基準がないとの理由によるものであった<sup>60</sup>。

たしかに、派遣法違反の是正措置として、行政上の裁量に基づく指導等に委ね、派遣労働者が自ら裁判で争う余地を認めないのでは、規制の実効性確保という点では疑問がないわけではない<sup>61</sup>。また、「採用の自由」に対する立法による制限に関連して、2012年の法改正により、従来の雇止め制限法理の立法化に加えて、有期雇用が反復継続するなど一定の要件を満たす場合に、労働者の申し出に応じて、使用者が当該申出を承諾したとみなす規定が新設されている（労契法18条、19条）。この新たな規制は、使用者の「採用の自由」を直接に制限し、ある特定の労働者との間で労働契約締結の強制を図るものである。しかし、こうした規制の正統性はひとまず置くとして、「みなし」効果が生じる要件について法律で具体的に設定したうえで、労働者の申込に対し

<sup>58</sup> 正式名称は、「雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律」。

<sup>59</sup> 正式名称は、「障害者の雇用の促進等に関する法律」。

<sup>60</sup> 第156回衆議院厚生労働委員会会議録・第14号（平成15年5月14日）。この点については、三洋アクア事件（名古屋地一官支判平成21年8月4日労経速2052号29頁）も参照。

<sup>61</sup> この点、いわゆるリーマン・ショックの時期には、派遣法違反である「偽装請負」が社会問題となるなかで、厚生労働省は指導を強化する傾向にあった。たとえば、平成19年7月から平成20年3月までの間で、派遣上限期間の違反に関する指導として、①請負事業者に対して指導が行われたケースでは（指導件数522件、労働者数12,744人）、1,211人（9.5%）が発注元で直用化されており、②派遣元・派遣先に対して指導が行われたケースでは、指導件数96件（労働者数1,629人）のうち1,088人（66.8%）が派遣先で直用化されている（詳細は、厚生労働省「偽装請負等に対する是正指導後の労働者の雇用状況等」、同「現下の厳しい雇用失業情勢を踏まえた労働者派遣契約の解除等に係る指導に当たっての労働者の雇用の安定の確保について」（平成20年11月28日職発第1128002号＝労働法令通信2166号（2008年）所収）を参照）。

て「使用者は・・・当該申込みを承諾したものとみなす」というかたちで、明確に私法的な効力を認める規制となっており、現在の派遣法の申込義務とは基本的に異なっている点も参考となる。労働者派遣法には、労基法13条のように法違反のケースで直律的効力を定める規定はない<sup>62</sup>。個別の条文に明確に私法的な効力を定める規定がない以上、現在の派遣法を根拠に契約締結まで擬制するような解釈には、到底賛同し得ない。

これに対して、学説では、一般条項である信義則（民法1条3項、労契法3条4項）や公序（民法90条）を媒介して、実質的にみれば、現在の派遣法上も申込義務に私法的な効力を認めようとする主張もあるので、ここで検討しておこう。具体的な効果面に着目すると、学説は、労働者と派遣先との間で黙示的な労働契約の成立を認めるものと、申込義務を手がかりとして派遣先の損害賠償責任を導くものとで区別できる。

## (2) 申込を実質的に擬制する立場

申込を実質的に擬制する最近の代表的な例として、毛塚教授の主張を検討する<sup>63</sup>。

毛塚教授は、まず前提として、直接雇用こそが雇用の原則的形態であることを主張される。もっとも同説は、従来の他の学説のように職安法44条や労基法6条から直用主義を正当化することには懐疑的であり、職安法44条は、「違法な第三者労働力の利用を禁止したものではありません。第三者労働力の利用一般に関して直接言及するものではない。中間搾取の禁止を定めた労基法6条も、業としての他人の就業に介在して中間搾取をすることを禁止したもので、結果的に直接雇用の促進をねらったものとはいえるが、これだけで、直接雇用の原則を示した規定とまで読むことには難」があるとする。

そのうえで、直接雇用の原則は、「民法623条が、『雇用は、当事者の一方が相手方に対して労働に従事することを約し、相手方がこれに対してその報酬を与えることを約することによって、その効力を生ずる』と、二当事者間の双務有償契約を原則としたうえで、民法625条が『使用者は、労働者の承諾を得なければ、その権利を第三者に譲り渡すことができない』と規定しているところにみるべき」とされる。同教授の理解によると、「雇用契約の一身専属性は、使用者は他者の労働力を利用する場合は、それを提供する労働者と直接的に契約を締結する義務を負う、雇用主の直接雇用の原則でもある。民法がこのような直接雇用（二当事者間契約）を雇用契約の原則とするのは、これが、雇用契約の支配的類型である」からであり、「労基法6条および職安法44条が法律で許容される場合を除き三者間労働契約関係を禁止するのは、三者間労務提供関係が、労働者の利益を損ねる蓋然性をもつからである」。

こうした前提のもとで、同教授は、「直接雇用の原則の例外である三者間労働関係により第三者労働力を利用する者には、その利用の形式や方法が適法・適正であることに留意して利用すること」を求め、派遣先の信義則上の義務として、第三者労働力（他社労働者）の「適正利用義

<sup>62</sup> ただし、労基法13条の補充項について、法が特別に創設したものと解するのか、当然のことを単に確認した規定と解するのかでは争いがある（東京大学労働法研究会（編）『注釈労働基準法（上巻）』（有斐閣、2003年）268頁〔執筆者：大内伸哉〕）。なお、労働立法における公法と私法との関係については、西谷敏「労働法規の私法的効力－高年齢者雇用安定法の解釈をめぐって」法時80巻8号（2008年）80頁も参照。

<sup>63</sup> 毛塚勝利「偽装請負・違法派遣と受入企業の雇用責任－松下プラズマディスプレイ（パスコ）事件高裁判決にみる『黙示の労働契約』論の意義と課題－」労判966号（2008年）5頁。なお、同様の考え方により、派遣先での継続利用の事実からより直接に黙示の労働契約の成立を模索する立場もある（代表例として、浜村彰「改正労働者派遣法の検討」労旬1554号（2003年）28頁）。

## 第二章 個別的労働法上の諸問題

務」を負うとされる。この適正利用義務の具体的内容として、労働力の「利用者は、当該利用契約を締結する際には、どのような法的根拠に基づくものであるか、送出元がそのような契約を締結する資格を持つかを確認することであり、当該契約の履行過程においても、当該利用契約において自ら負う法律上契約上の義務を適正に履行することはもちろん、送出元が当該契約を適法・適正に履行しているかを確認すること」があげられる。

そして、その効果としては、①義務違反は利用者の過失を推認させることから、労働者が損害賠償責任を追及する際に証明責任を軽減すること、②当該受入契約が無効となる時に発生する「黙示の労働契約」の成否判断に際して、当該受入契約が有効なときに成立する法的事実をもって、その成立を妨げる事実として主張・抗弁することを信義則上認めないこと、があげられる。さらに②については、義務違反の効果として直ちに受入先に雇用責任が転嫁されるわけではなく、請負企業（あるいは派遣元）が独自の事業体としての基盤を持ち、労働者を期間の定めなく雇用し、雇用保険等の負担に遺漏がない場合には、受入先との黙示の労働契約の成立を否定する余地があるとされる。

この主張の要点は、民法623条や625条を根拠に直接雇用の原則を導き、それに反する雇用については、労働力の利用者に信義則上の「適正利用義務」があることを根拠として、特に重大な派遣法違反があり企業間での労働力の取引契約が無効となるようなケースで、当該労働者と派遣先との間での黙示の労働契約の成否を判断する際に、派遣先の主張・抗弁を制限することにある。これは、あくまで黙示の同意を法的根拠としている点では、派遣法の申込義務と直結するものではない。しかし、実際に考慮されているのは労働者の一方的な希望のみであって、派遣先の意味は顧みられていないことからすると、実質的には申込義務の私法効を認めるのにひとしい主張といつてよい。

この点、一般に、信義則には矛盾行為の禁止という考え方が含まれていることからすると、派遣先の主張・抗弁を制限するというだけでは、まず形式論として、「適正利用義務」という新たな中間概念をわざわざ措定する必要があるかどうかは疑問である。付随義務の範囲を安易に拡大することは、当該義務とまた別の義務との関係性をめぐる問題、すなわち他の同種義務との重複や調整、あるいは他の権利義務との矛盾・衝突を生じさせ、かえって法的義務の内容の希薄化をもたらし、法の履行確保という点でも問題となり得るからである<sup>64</sup>。

そして、より重要な点として、「適正利用義務」あるいは信義則を直接の根拠として、派遣先の主張や抗弁を制限するという効果を仮に認めるとしても、そのことが、なぜ、黙示の労働契約の成立に繋がるのかがはっきりしない。毛塚教授は、黙示の労働契約論が規範的解釈であることを強調されており、おそらく、何らかの価値判断を含む解釈をすべきとの趣旨であると思われるが、はたしてこれで十分な理由といえるかは疑問である。前述の「採用の自由」の重要性やそれに対する現行諸制度における制限の仕組みをふまえれば、派遣法で定める期間制限違反の事実があるというだけで、当事者が明確に反対しているにも関わらず、一般条項を媒介に労働契約の成立意思までも実質的に擬制する根拠としては、あまりにも薄弱ではなからうか。

さらに、そもそもこの主張の根底にある、直接雇いを重視する考え方や、その法的根拠にも疑問がある。民法623条で規定される雇用関係は、派遣元と派遣労働者との間でもみられるもので

<sup>64</sup> この点については、中嶋士元也「労働関係上の付随的権利義務に関する感想的素描」土田道夫＝荒木尚志＝小畑史子（編集代表）『労働関係法の現代的展開－中嶋士元也先生還暦記念論集』（信山社、2004年）159頁以下も参照。

あり、間接雇用を否定する法的根拠としては不十分である。また、民法625条では、労働者の承諾があれば、使用者は第三者に対して権利を譲渡することも認められており——これを否定することは困難であろう——、労働者派遣もこうした雇用形態の一種であるといえる<sup>65</sup>。民法の起草過程をみても、立法者は雇用と賃貸借とをパラレルにとらえ、民法625条については、転貸借のケースと同様に、使用者が有する権利の一部のみを第三者に移転する場合も想定した議論がされていた<sup>66</sup>。そうすると、民法の解釈として、労働契約の当事者と指揮命令の当事者とを常に一致させるべきとすることには相当な無理がある。たしかに、労働契約の当事者と指揮命令者と異なるケースでは、労働者の地位が不安定となる可能性があることは否定できない。しかし、そうであるからこそ、派遣法では、労働者本人の同意を確実なものとするための規制が設けられているのである（派遣法32条）。

なお、民法623条が二当事者間の契約関係を念頭に置いており、また、現実にも雇用契約の多くが二当事者間で展開されているという事情は、契約の解釈準則となる可能性は十分にある。すなわち、ある複数の当事者間で役務提供と対価の支払いがなされている場合に、関係当事者の意思が不明確なケースであれば、民法623条が典型的には二当事者の関係を想定していることを手がかりとして、当該関係についても、労働者と実際の就労先との二当事者の関係を前提にしたものと評価する余地はある。しかし、それは当事者意思に反しない範囲での解釈準則にとどまるのであって、明示的な意思表示がなされている場合にそれを無視する根拠とはなりえず、ましてや、雇用と使用の分離を一律に否定する法規範とみることもできない。

この学説は、信義則という一般条項を根拠とする以上、理論的な可能性を完全には否定できないものである。しかしながら、上に述べた点、および労働契約の成立というきわめて重要な場面で、当事者意思をあまりにも無視した解釈として賛成できない。

### (3) 申込義務を手がかりに損害賠償責任を認める立場

次に、学説では、「労働法上の公序」を根拠として、申込義務違反のケースで、派遣先の損害賠償責任を肯定する立場もある<sup>67</sup>。その理論的な根拠付けについて具体的には明らかにされていないが、この立場は、実質的にみると派遣労働者の派遣就労継続への期待（権）を保護しようとするものと評価できる。

このような立場も、先ほどと同様に、不法行為法または信義則という一般条項を根拠とする以上は、完全に可能性を否定できる性格のものではない。また、効果面で損害賠償責任に限るのであれば、前述の「採用の自由」との衝突の程度は雇用関係の強制を義務づけるのに比べれば僅かにとどまる。ただ、そうであるとしても、たとえば、申込義務違反により派遣労働者が被る損害とは何かははっきりしないし、派遣法でいう期間制限に抵触するとはいえ、派遣労働者と派遣元との契約関係がなお継続している点をどのように評価するのか、あるいは、派遣元による抵触日の通知など、派遣法で申込義務が発生するとされるための諸要件について、私法上の判断

<sup>65</sup> なお、派遣先による指揮命令の法的根拠については、派遣元が指揮命令権を譲渡したとみるか、委任したとみるかなど争いがあるが、ここでは立ち入らない。本稿の関心からポイントとなるのは、民法625条では、当事者の合意によって、使用者の権限の全部または一部を第三者に委ねることが許容されているという点である。

<sup>66</sup> 法務大臣官房・司法法制調査部監修『法典調査会・民法議事速記録四〔日本近代立法資料叢書4〕』（商事法務研究会、1984年）。詳細は、土田道夫（編）『債権法改正と労働法』（商事法務、2012年）44頁以下〔本庄淳志／大内伸哉〕を参照。

<sup>67</sup> 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－」季労211号（2005年）52頁。

でどこまで考慮するのかという問題があり、派遣先に損害賠償責任を帰責させるための具体的な要件も効果も全く明らかにされていない。

また、そもそも派遣先は、派遣期間の上限と抵触する場合には、派遣関係を適法に終了させることができるし、繰り返すように、現在の派遣法における期間制限の趣旨が、派遣先の雇用慣行への影響を防止するという意味での常用代替防止の観点から導入されていることからすると、こうした終了はむしろ望ましいものとさえいえる。とりわけ自由化業務についてみると、ある特定の派遣先が、長期間にわたり労働者派遣を継続利用するということは、労働者派遣法が予定するものではない（伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件・前掲も参照）。一方、従来の政令28業務では事情が異なるという反論の余地もある。しかし、自由化業務と政令28業務とで規制が異なるのは、28業務については、いわゆるメンバーシップ型雇用のなかでの正社員が従事するのは異なる業務であること等から、そもそも派遣先の直用労働者との代替が生じないとの考え方が背景にある。つまり、両者で規制が異なるのは、派遣先の雇用慣行への影響がどの程度であるかという評価の違いにすぎず、常用代替の防止を図るという法の基本的な立場に差違はないとみるべきだろう<sup>68</sup>。派遣法は、労働者派遣を臨時的・一時的なものに限るべきとの規制を展開しており、このことは派遣法改正に際しての「研究会報告」でもくり返し確認されている<sup>69</sup>。

そうすると、仮に、ある派遣労働者が派遣就労の継続に対して期待を有していたとしても、自由化業務について、期間制限の本来の意義は無視できないと解される。さらに、上の常用代替防止を図る観点から、現行法のもとで、派遣期間の算定は派遣先の同一業務での受入期間によるのであって、労働者個人の就労期間とは区別される点にも注意が必要である。たとえば、期間制限に抵触するケースのなかには、派遣労働者が交代を繰り返した場合も含まれるが、こうした点を無視して結論として一括りに損害賠償責任を導くのは、まず結論ありきという議論であって法律論としていささか乱暴というほかない。

これらの事情を考慮すれば、派遣先が仮に申込義務に違反しているケースであっても、それだけで損害賠償責任が生じることはないというべきである。ただし、冒頭で述べたとおり、直接雇用の申込義務や期間制限など派遣法の規制をひとまず離れて、個々の事情によっては、一般法理のもとで派遣労働者に対する損害賠償責任が認められる余地はあるので、以下でみておこう。

### II. 損害賠償をめぐる問題

派遣労働者が雇用を喪失したことを契機として、派遣元または派遣先に対して損害賠償請求をすることができるかという点について、裁判例の立場ははっきりしない。この点、たとえば労働組合に対する差別的な意図や、あるいは労働者の人格権を侵害する言動など、派遣先または派遣元の明確な害意を伴って派遣労働者が雇用を喪失したケースであれば、不法行為責任（慰謝料請求）が認められるのは当然である<sup>70</sup>。問題は、雇用喪失、あるいは派遣法に違反していることか

<sup>68</sup> たとえば、政令28業務についても、厳密には派遣期間の定めは最長3年であり、その更新が許されるにすぎない。そして、3年が経過したあとに派遣先が同一業務で新規採用をするケースでは、派遣労働者に対して直接雇用を申込み義務が課されている。つまり、派遣期間の問題は残されている点には注意を要する。

<sup>69</sup> 政府答弁も同様の立場である（第169回衆議院予算委員会議録第5号参照）。

<sup>70</sup> このような例として、たとえば、伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件・前掲や、テー・ピー・エスサービス事件（名古屋地判平成20年7月16日判例965号85頁〔ダ〕（LEX/DB: 28142094））などがある。また、派遣労働者を一旦は有期で直接雇用した後で雇止めしたケースで、慰謝料請求のみ認容されたパナソニックプラズマディスプレイ（パスコ）事件・前掲も類似の事案といえる。

ら、直ちに（または、ただ形式的に信義則等を媒介として）不法行為責任を認め得るか否かである。

否定例として、たとえば、**日本トムソン事件・控訴審**がある<sup>71</sup>。同事件では、出向、請負、労働者派遣と形態を変更しながらも、実質的には違法な労働者派遣が5年超にわたって継続した後、派遣先が派遣労働者を一旦は直接雇用したものの、その後になされた雇止めの適法性が争われた（地位確認請求はいずれも棄却されている）。控訴審では、派遣法の趣旨や派遣の社会的な有用性を指摘したうえで、「非許容業務でないのに派遣労働者を受け入れ、許容期間を超えて派遣労働者を受け入れるという労働者派遣法違反の事実があったからといって、直ちに不法行為上の違法があるとはいいい難」として、慰謝料請求を認容した一審判決が修正されている<sup>72</sup>。

また、**マイルストーン事件・前掲**は、約6ヵ月の有期雇用を2年半継続し、実質的には同一の派遣先で、当初は秘書として（政令28業務に該当）、その後は秘書を含む複合業務に従事していたところ、派遣先からの「区切りの良いところで」の期間満了による交代要請に伴って、派遣元で雇止めされた事案である。原告労働者は、派遣元に対して不法行為に基づく損害賠償を求めたところ、判旨は、①派遣法の常用代替防止目的からすると、労働者の雇用継続に対する期待には合理性がないとし、民法709条の「法律上保護される利益」への該当性を否定するとともに、②予備的に、仮に期待が合理的であったとしても、登録型派遣では労働者派遣契約の終了により労働契約も当然に終了するとして、派遣元の不法行為責任を否定している。これらの裁判例は、派遣元での地位確認請求が否定されたケースと同様の論理で、損害賠償請求についても、原則的に否定する立場といえる。

他方、損害賠償請求が認容された事例として、まず、派遣元と派遣先の双方の責任を認めたものとして、**三菱電機ほか（派遣労働者・解雇）事件**がある<sup>73</sup>。同事件で原告労働者らは、労働者派遣契約の更新からわずか10日後に、派遣先が契約を解除したことを契機に労働契約を中途解約されている。判旨は、派遣元や派遣先が、派遣法違反から直ちに共同不法行為責任を負うかという点については、これを否定している。また、本件での労働者派遣契約の打切りは、いわゆるリーマン・ショックのなかで相当の必要性があり、新たな派遣先のあっせん等が容易でなく、そもそも派遣労働者の雇用責任については派遣元が負うべきことを指摘する。しかし、それでもなお、派遣先による契約解除の時期や態様を重視し、派遣労働者の「雇用の維持又は安定に対する合理的な期待をいたずらに損なうことがないようにするとの信義則上の配慮を欠いたもの」と判示して、派遣元だけでなく派遣先も連帯して責任を負うとして慰謝料請求を認容している。

また、派遣先に対する請求が認められた他の例として、**パナソニックエコシステムズ（派遣労働）事件**は<sup>74</sup>、派遣先での需要が減少したことにより労働者派遣契約が更新されず、それに伴って派遣労働者が派遣元で雇止めされた事案である。この事件では、自由化業務で期間制限に違反して派遣が継続していたケースで、派遣元に対しての請求はない。一方、派遣先に対する慰謝料請求については、違法状態の解消を図るための恣意的な打ち切りで、説明を尽くしていないとして認容した一審の結論が、高裁、最高裁ともに維持されている。

<sup>71</sup> 大阪高判平成23年9月30日労判1039号20頁、最二小決平成24年7月13日労判1050号97頁（上告不受理）。

<sup>72</sup> 同種の事案として、**ダイキン工業事件**（大阪地判平成24年11月1日労判1070号142頁）も参照。

<sup>73</sup> 名古屋地判平成23年11月2日労判1040号5頁、名古屋高判平成25年1月25日労判1084号63頁、最一小決平成25年10月17日（上告不受理）。

<sup>74</sup> 名古屋地判平成23年4月28日労判1032号19頁、名古屋高判平成24年2月10日労判1054号76頁、最二小決平成24年10月12日労判1056号97頁〔ダ〕。

## 第二章 個別的労働法上の諸問題

同様に、日本トムソン事件・前掲の第一審では、派遣先が期間制限等を見做して「漫然と派遣労働を継続したのであるから、これは、法が許容する場合に限って三者間労働関係を認めている労働関係法規の趣旨に反する」として、雇止めをした使用者（従前の派遣先）に対する慰謝料請求が認容されていた。ただし、このような立場は、結局のところ派遣法違反から直ちに不法行為責任を認めるに等しく、理論的に重大な問題があるところ<sup>75</sup>、控訴審では、慰謝料請求も否定されたことは前述した。

さらに別の肯定例として、雇止めに際し、労働契約の当事者である派遣元の損害賠償責任を否定しつつ、派遣先の不法行為責任のみを肯定したものとして、**積水ハウスほか（派遣労働）事件**がある<sup>76</sup>。同事件は、ある派遣労働者が、3ヵ月ごとに合計15回、約3年8ヵ月にわたって有期労働契約を反復更新して、同一派遣先で政令28業務（事務用機器操作）での派遣に従事していたところ、労働者派遣契約の期間満了に伴って派遣元でも雇止めされた事案である。判旨は、派遣先の所長が、派遣は一旦終了するが3ヵ月後に再び派遣として受け入れる旨の発言をしており、また、派遣元においては代替となる派遣先を模索していたというケースで、派遣先に対する慰謝料請求のみ認容している。

### Ⅲ. 黙示の労働契約

以上のように、派遣労働者が雇用を喪失した場合に、派遣元や派遣先が損害賠償責任を負うかという点について、裁判例の立場ははっきりしない。もっとも、実際の紛争においては、損害賠償（のみ）を求めるものは少数派であって、その多くでは、解雇・雇止め等の適法性を争って派遣元での雇用保障が求められ、あるいはそれ以上に、派遣先に対して地位確認の請求がなされている。

派遣労働者をはじめ構内下請企業の従業員など、ユーザー企業からすると外部の労働者が、典型的には派遣先での労働需要の減少に伴って派遣元から解雇や雇止めをされる場合に、派遣先に対して地位の確認を求める方法として、黙示の労働契約の成立を主張することがある。この点、契約関係を当事者の意思によらずに擬制することは、契約の本質に反するとの批判があることをふまえ、当事者意思から派遣先に責任を課す試みが黙示の労働契約説と呼ばれる考え方である<sup>77</sup>。これまでの裁判例も、派遣先との契約関係が肯定されたケースでは、ほぼ全ての事案で黙示の労働契約が根拠とされている。

もっとも、この立場のなかでも、労働契約成立における当事者意思をどのようにして評価するかという点で、相当にニュアンスが異なる点には注意が必要である。すなわち、一方で、黙示的な労働契約の成立について、派遣先の主観的意思は重視すべきでないとの主張があり、これは実質的にみると、派遣先と労働者との使用従属関係から労働契約関係の成立を肯定する立場、なかでも事実的労働契約関係説と呼ばれる立場と軌を一にする<sup>78</sup>。この立場は、労働契約は生存権に

<sup>75</sup> 派遣法の期間制限や申込義務への違反から損害賠償責任を認めることの問題点については、拙稿「派遣先での直用化をめぐる諸問題」季労231号（2010年）26頁も参照。

<sup>76</sup> 大阪地判平成23年1月26日労判1025号24頁。

<sup>77</sup> 黙示の労働契約説が登場する前後の学説の議論状況については、拙稿「労働者派遣をめぐる法理論（第3期文献研究労働法学〔第1回〕）」季労233号（2011年）200頁を参照。

<sup>78</sup> たとえば、事実的労働契約関係説の主唱者であった本多教授は、後に、このような黙示の労働契約論を積極的に評価されている（本多淳亮「派遣労働者と派遣先企業との法律関係」季労120号（1981年）22頁）。

立脚した保護の対象であるとして、市民的自由の原理とは区別すべきとの考え方を基礎としている。

前述のように、裁判例をみると、派遣法が制定される以前から、労働者と派遣先（発注元）との間での直接の契約関係が結論的に肯定されたケースでは、黙示の労働契約を根拠としている点で一致している<sup>79</sup>。しかし、裁判例においても、当事者意思を具体的に評価する手法は様々である。このような違いを反映した代表的な裁判例として、サガテレビ事件とパナソニックプラズマディスプレイ（パスコ）事件をみておこう。

## 1. サガテレビ事件

サガテレビ事件では、労働者派遣法が成立する以前、派遣的就労が原則的に禁止されていた時代に、派遣先と労働者との間での黙示の労働契約の成否が争われた。同事件では、地裁判決と高裁判決とで、同じ認定事実のもとで黙示の労働契約の成否が検討されたが、法的評価の違いにより正反対の結論となった点が注目される。

事実の概要は次のようである。労働者Xら（申請人、被控訴人）は、訴外A社の従業員として、民間テレビ放送会社Y社（被申請人、控訴人）に派遣され、Y社屋内で就労していた。Xらは、Y社で直接雇用される従業員で構成される労働組合からの支援を受けて、自らも労働組合を結成し、A社に対して処遇改善等を求める活動をしていた。A社は、Xらの活動が激しくなった昭和50年6月にY社との業務委託契約を解除し、Xらに対しては解雇を通告した。その後、Y社は、訴外B社との間で業務委託契約を締結して当該業務を継続していた。

本件は、Xらが、従前の派遣先であるY社との間に明示または黙示の労働契約が成立していると主張して、Y社の従業員としての地位の保全を求めたものである。

### (1) 一審判決

一審である佐賀地裁判決は次のように述べて、黙示の労働契約の成立を肯定した<sup>80</sup>。すなわち、「言うまでもなく憲法は国民の生存権的基本権を広範囲にわたって保障し、その中に勤労の権利（27条）が規定されている。これらから読みとれる憲法の理念・精神は、私人どおしの法律関係を律するに際しても尊重され、指導理念とさるべきである。・・・伝統的・古典的な契約理論即ち意思表示理論は自由・平等・独立の法主体たる私人どおしの交渉を前提にしているのに対し、現実の社会における労務を供給する契約の法主体たる私人どおしは、決して右のような前提関係にないことが圧倒的である。このように、使用者と労働者の力関係に差がある場合、そのことを無視することは相当でない。しかも、この力関係において優位にある使用者（側）に職安法44条違反・・・があるとした場合、使用者の有する社会的・道義的責任との関連で、労働者の生存権がより保障される方向で、逆にいえば、使用者の社会的・道義的責任が正しく追及され、不正が是正される方向で、伝統的な意思表示理論の修正が妥当とされる場合もありえ」る。

そして具体的には、Y社には、Xらとの間で「労働契約を締結するという意思は認められないどころか、それを否定する意思が貫徹していた」としながらも、「しかし、それは法形式上のものにすぎず、実態はXらとの間に使用従属関係が存在するもの、即ち労働契約が存在すると評価

<sup>79</sup> 当時の裁判例の傾向を分析するものとして、さしあたり、渡辺章「労働者派遣事業をめぐる労使紛争－法改正の動向と判例の検討」労判352号（1981年）19頁。

<sup>80</sup> 佐賀地判昭和55年9月5日労判352号62頁。

## 第二章 個別的労働法上の諸問題

される方がより自然であり、しかも、右の法形式そのものがA社とY社間の業務委託契約を基本に据えていたところ、同契約は・・・職安法44条に違反し、公序良俗に反するものであった」などとする。そして、Y社は「Xらの労働契約締結の申込みを黙示的に承諾」していたとして、Y社（派遣先）とX（労働者）らの間で労働契約関係を肯定したのである。

このように、一審判決は、派遣先が労働者と労働契約を締結することを明示的に拒否していたにもかかわらず、使用従属関係の実態があったことを重視して、黙示的に労働契約が成立したと判断した点に特徴がある。

### (2) 控訴審判決

これに対して控訴審では、伝統的な意思表示理論から労働契約の成立を否定するという、理論的にも、結論的にも、正反対の判断がされている<sup>81</sup>。控訴審も、労働契約が一般の契約と同様に契約締結者の意思表示の合致によって初めて成立するとした点で、一審判決と変わりはない。しかし控訴審では、XらがA社（派遣元）との間で明確に労働契約を締結していたこと、他方でY社（派遣先）との間では明示の労働契約を締結していないことが重視された。具体的には次のようである。

すなわち、労働契約は、「労働者と使用者との間に強弱の差はあれ何らかの程度においていわゆる使用従属関係を生じさせるものであるから、特定の当事者間に事実上使用従属関係が存在するということは、その間に労働契約が成立していることを推測させる一応の徴表であると言えないことはない。しかし、企業がその業務を行うについて必要な労働力を獲得する手段は、直接個々の労働者との間に労働契約を締結することに限定されているわけではなく、広く外注と称せられる種々の方法が存するのが実情であって、その場合においても個々の労働者の労働力は何らかの意味でその業務組織に組み込まれるか少くともその業務活動を分担することとなるから、その限度では労働者と使用者との間に強弱の差はあっても何らか事実上の使用従属関係を生ずることがあるものというべきである。従って、当事者間の意思の合致を全く問題とすることなしに、単に使用従属関係が形成されているという一事をもって直ちに労働契約が成立したとすることはできない」。

「しかし、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んど差異のない形で労務を提供し、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ことはいうまでもない」。

控訴審は、このように述べた上で事案を具体的に検討し、派遣元が形骸化していた等の事実は認められないとして、結論として、Y社（派遣先）とX（労働者）らとの間での労働契約関係の成立を否定した。

<sup>81</sup> 福岡高判昭和58年6月7日労判410号29頁。

## (3) サガテレビ事件の評価

このような判旨をめぐっては、当時、理論面と結論面のそれぞれについて、賛成・反対の立場で評価がわかれ激しい対立があった。

控訴審に賛成する立場は、要するに、労働契約は意思表示の合致によって成立する、という考え方を貫徹するものである。この立場によると、派遣先との間で事実上の使用従属関係があるとしても、それは「労働契約が成立していることを推測させる一応の徴表」にすぎない<sup>82</sup>。言い換えると、黙示の労働契約の成否は、派遣先の主観的な意思も含めて総合的に検討されるべきというもので、契約原理からすると論理は明快である。こうした考え方は、ほぼ同時期のブリティッシュ・エアウェイズ・ボード事件でも、より端的に指摘されていた。すなわち同事件では、派遣元が職安法44条や労基法6条違反の有罪判決を受けていることを前提としつつ、私法上の問題としては、労働者と派遣先との間で黙示の労働契約が成立するとの労働者側の主張を退け、職安法違反の事実についても、単に「労働者供給者と労働者との間に実質的な契約関係が何もないことを示す一つの資料となることがあるだけである」と論じている<sup>83</sup>。

他方、一審判決を支持する立場からは、派遣先がXらとの直接の契約関係を拒否する意思を有していたとしても、控訴審には、それを労働法上の原則から評価するという視点が欠落していると批判される。この立場によると、「派遣元企業が形式的名目的な存在であることは、黙示の契約成立の十分条件的な要素であると言えるが、必要条件的な要素ではない」とされ、また、「派遣労働に伴う三面関係が派遣先企業による関連労働法規上の使用者責任を免脱する意図が内包されていることを認識し脱法的行為を許さない」ことが必要とされる<sup>84</sup>。

このように、労働者派遣法が成立する以前において、裁判例のなかで、仮に職安法44条違反と評価される場合であっても、派遣的就労における三者関係を私法上どのように理解するのかは一様でなかった。その後、1985年に派遣法が成立した後の裁判例をみると、労働者と派遣元との間で労働契約関係があるケースでは、職安法違反が問題となったものは例外的である。あるいは、そもそも職安法44条は、労働者を名宛人とした民事上の効力規定でない以上、民事裁判を通して権利を実現するという点で、労働者としては、職安法違反を問題とする意味はなく、派遣法の適用を前提とした主張をせざるをえないのかもしれない。

たしかに学説では、従来から職安法44条違反の事実を黙示の労働契約の成否と関連づける解釈論が積極的に展開されてきた。たとえば、職安法違反あるいは公序（民法90条）違反を理由に三

<sup>82</sup> 控訴審のような考え方により、一審判決に反対する立場として、山口浩一郎「事業場内下請における派遣労働者と派遣先企業との雇用関係の存否」判時1013号（1981年）193頁〔判例評論273号47頁〕、菅野和夫「派遣労働者と派遣先会社との黙示の労働契約が認められないとされた事例」季刊実務民事法5号（1984年）248頁、和田肇「派遣労働者と派遣先企業間における労働契約関係の成否」ジュリスト754号（1981年）120頁など。

<sup>83</sup> 東京地判昭和54年11月29日労判332号28頁。

<sup>84</sup> 脇田滋「派遣労働者と受入会社間の労働契約関係」季労130号（1983年）191頁以下。このほか控訴審判決に対する批判として、大沼邦博「事業場内下請労働者の法的地位（上・中・下）」労判363号、365号、367号（1981年）、砂山克彦「事業場内下請労働者と労働契約関係－サガテレビ事件」労判414号（1983年）16頁など。こうした主張の背景には、一審判決が従来の黙示的契約理論ないし意思表示理論に反省を加えつつ、生存権保障の理念に立って実体を評価するという態度をとったことを積極的に評価する考え方がある。なお、一審判決の評価については、本多淳亮「事業場内下請労働者の法的地位をめぐる最近動向」労旬1011号（1980年）4頁も参照。本多教授は、一審判決が派遣元と労働者との契約関係を無効とせず、結果として二重の契約関係を認めたことに疑問を呈しながらも、派遣元との契約関係については、労働者と派遣先（親会社）との間の労働契約関係に比べてウェイトが低いものとした点で、正当な判示であると支持されている。

者間の契約関係を無効としたり、信義則（民法1条2項）により派遣先（発注元）の抗弁を制限するといった考え方である。しかしながら、実際の裁判例をみるかぎり、労働者と派遣先との契約関係が認められたケースでは、少なくとも黙示の同意を根拠とすることで一致している。そして、具体的な判断のなかで、職安法違反の事実がどのように関係するのかははっきりしない。つまり、訴訟戦略という意味では、労働者が、当該三者関係を、「労働者派遣」ではなくて「労働者供給」であると主張する積極的な意味は乏しいといえる。そのためもあってか、裁判例では、そもそも労働者が職安法違反の主張すらしないケースも少なくない。

### 2. パナソニックプラズマディスプレイ（パスコ）事件

#### (1) 事件の概要

しかし、最近のパナソニックプラズマディスプレイ（パスコ）事件では、原告労働者と請負企業との間で明確に労働契約関係が存在していたケースで、一審（大阪地裁）判決<sup>85</sup>では、派遣法を適用したうえでその解釈が問題となったのに対して、控訴審（大阪高裁）判決<sup>86</sup>では、職安法44条との抵触が問題とされ、結論としても、原告労働者と派遣先（発注元）との間で労働契約関係の成立を認めるという正反対の判断がなされた。

この控訴審判決に対して派遣先である会社側は上告をした。その後、経済情勢が急速に悪化し、いわゆる「派遣切り」が社会問題となるなかで同事件は関心を集め、また、法的にみても、職安法と派遣法との関係をめぐる初めての最高裁判決として注目されていた。2009年末の判決で、最高裁は高裁判決を明確に否定し、判例上は、派遣法と職安法との関係をめぐる問題によりやく決着がついたとあってよい<sup>87</sup>。一審、控訴審の判断を含めて以下で詳しく検討しておこう<sup>88</sup>。

本件で、原告Xは、平成16年1月に訴外A社と労働契約を締結し、A社と被告Y社との業務請負契約にもとづいて、Y社工場内で製造業務に従事していた。製造ラインにおいては、Y社の親会社（M社）からの出向労働者が、Xを含むA社従業員に指揮命令をしていた（いわゆる「偽装請負」）。この点、A社が労働者派遣事業の許可取得または届出をしていたかどうかは明らかでなく、さらに当時においては、そもそも製造業務への労働者派遣には特別な規制があった。すなわち、Xが従事した製造業務は、平成16年3月1日の改正法施行日までは、そもそも派遣対象業務ではなく、同日以後、上限期間を1年として解禁されたという事情がある（平成19年3月1日以後は、他の自由化業務と同様に最長3年までに延長されている）。

Xは、平成17年4月頃から、直接あるいは労働組合を通してY社に対し直接雇用を申し入れ、さらに、前述した「偽装請負」の実態を所轄の労働局に申告した。これを受けて、同年7月4日に所轄労働局が是正指導したところ、A社は業務請負から撤退した。そして同月21日以後は、訴外B社が、Y社との間で労働者派遣契約を締結し、製造業務への労働力の提供を続けていた。A社の撤退に伴い、Xが再びY社に直接雇用を求めY社はこれに応じたが、その契約内容には期間

<sup>85</sup> 大阪地判平成19年4月26日労判941号5頁。

<sup>86</sup> 大阪高判平成20年4月25日労判960号5頁。

<sup>87</sup> 最二小判平成21年12月18日労判993号5頁。その後の下級審では、労働者と実際の就労先（発注元や派遣先）との黙示の労働契約の成否を判断するうえでも、職安法44条や労基法6条違反の事実は関係しないと明言するものも登場してきている（日本電信電話ほか事件・京都地判平成22年3月23日労経速2072号3頁）。

<sup>88</sup> 同事件については、拙稿「派遣期間の制限・申込義務と派遣労働者の保護－松下プラズマディスプレイ（パスコ）事件が示唆するもの－」季労220号（2008年）176頁も参照。

の点などで争いがある。Y社の主張によると、平成18年1月31日が経過し、Xとの雇用関係は期間満了により終了した。本件は、XがY社に対して、そもそも派遣的就労をしていた当時から黙示的に労働契約が成立していた、あるいは、仮にそうでなくとも、労働者派遣法にもとづいて労働契約が成立していたなどと主張し、Y社の従業員としての地位確認を求めて提訴したものである。

## (2) 一審判決

一審判決では、まずは黙示の労働契約の成否が検討された。大阪地裁は、「Xに対する指揮命令は、Y社が行っていたと認めることができる」としながら、しかし、「雇用契約の本質は、労働を提供し、その対価として賃金を得る関係にあるが、労働の提供の場において、XとY社との間に指揮命令関係があるといっても、その間に、賃金の支払関係がない場合は、両者の間に雇用契約関係があるとはいえない。・・・本件では、XはA社との間で雇用契約を締結し、A社から賃金を支給されていた」とする。

そして「Y社とA社との間に資本関係などは認められず、Y社とA社が実質的に一体であると認めるに足りる証拠もない」として、「上述した関係の実質は、A社とY社が・・・派遣契約を締結し、同契約に基づき、A社との間で雇用契約を締結していたXが、Y社に派遣されていた状態というべきである。しかし、そのような状態が継続したからといって、XとY社との間に黙示の雇用契約が成立することにはならない」とした。

そのうえで一審では、労働者派遣法に基づいた、派遣先の直接雇用の申込義務（派遣法40条の3以下）の解釈が争点となった。この点、「XとY社との関係が、A社とY社との派遣契約に基づく、Y社を派遣先、Xを派遣労働者とする関係であると解する以上、Y社としては、一定の条件のもと、労働者派遣法に基づき、Xに対し、直接雇用する義務が生じる・・・」。しかし、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・・・、（同義務違反の場合に）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でない以上、直接の雇用契約が締結されると解することはできない」と判示されている。

要するに、一審判決では、まず、A社－Y社間の契約について、形式的には「業務請負契約」であったにもかかわらず、その実質が「労働者派遣」に該当すると判断されている。そして、X－Y社間の黙示の労働契約の成否についても、「偽装請負」の実態は特に重視されていない。また、派遣法上の直接雇用の申込義務については、判旨はそれを公法上の取締規定と解して、私法上の効力を否定している<sup>89</sup>。

## (3) 控訴審判決

これに対して、大阪高裁は、職安法44条および労基法6条との抵触を理由として、三者間の契約関係（派遣元と派遣先との間での業務請負契約、および労働者と派遣元との間での労働契約）

<sup>89</sup> 申込義務の位置づけについては、本節Iを参照。裁判例で政令28業務（当時の26業務）における直用申込義務（法40条の5）について私法効を明確に否定するものとして、三洋アクア事件（名古屋地一宮支判平成21年8月4日労経速2052号29頁）がある。なお、パナソニックプラズマディスプレイ（パスコ）事件の最高裁判決では、この問題に直接触れられていないが、紛争の経緯からすると、申込義務の私法効を否定する立場（少なくとも肯定する立場ではない）とみてよいだろう。

## 第二章 個別的労働法上の諸問題

を、いずれも公序に反する無効なものとした<sup>90</sup>。その論理は次のようなものである。

まず判旨は、職安法4条6項の労働者供給には、労働者派遣は含まれず、派遣法に適合する就業形態は職安法44条に抵触しないことを確認する。しかし、Xの就労実態からすると、「(A社・Y社間の請負契約は) A社がXを他人であるY社の指揮命令を受けてY社のために労働に従事させる労働者供給契約というべきであり、X・A社間の契約は、上記目的達成のための契約と認めることができる」。

さらに、「仮に前者を労働者派遣契約、後者を派遣労働契約と見得るとしても、(当時において)・・・労働者派遣事業を、臨時的・一時的な労働力の迅速・的確な需給調整を図るための一般的なシステムとする一方、労働者に対する不当な支配や中間搾取等の危険が顕在化するおそれなどが認められる業務分野については労働者派遣事業を認めるべきでないとの労働者保護等の観点から、物の製造の業務への労働者派遣及び受入は一律に禁止され・・・(る等の状況にあり)、各契約はそもそも同法に適合した労働者派遣足り得ないものである」。以上のように述べて、判旨は、このような業務請負契約、あるいは労働者派遣契約は、「いずれにしろ、脱法的な労働者供給契約として、職安法44条及び中間搾取を禁じた労基法6条に違反し・・・、民法90条により無効」であるとした。

そのうえで同判決は、「無効である前記各契約にもかかわらず継続した・・・実体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・・・(労働者と派遣先との)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」として、XとY社との間で直接の労働契約の存在を認めたのである。

以上のほか、控訴審では、派遣法上の直接雇用の申込義務についても検討されている。この点、「Y社・A社間の契約は労働者供給契約、X・A社間の契約は同目的達成のための契約であって、労働者派遣法に適合した労働者派遣がなされていない無効のものであるから、同法40条の4の適用があることを前提にX・Y社間において当然に同条に基づき直接雇用申込義務が生じると解することは困難」である。

要するに、控訴審判決では、公序(民法90条)の判断においてではあるが、形式的に派遣法2条の労働者派遣に該当するケースで、当該関係は、実質的にみると職安法44条の労働者供給にあたりと評価されたのである。そして控訴審では、各契約が無効であることを前提に、当該三者関係を適法化する法形式として、XとY社との間で黙示的に労働契約が成立したものと評価している。これは、一審判決が、当事者の客観的な意思表示から黙示の労働契約の成立を否定しつつ、一方で、派遣法の適用を前提として、同法にもとづく申込義務の解釈を論じたこととは、基本的な考え方を異にしている。このような裁判例は、学説の議論状況とあいまって、派遣法の成立後において、派遣法と職安法とがどのような関係にあるのかという基礎的な問題ですら、いま

<sup>90</sup> 控訴審判決に対する評釈として、毛塚勝利「偽装請負・違法派遣と受入企業の雇用責任－松下プラズマディスプレイ(パスコ)事件高裁判決にみる『黙示の労働契約』論の意義と課題－」労判966号(2008年)5頁のほか、濱口桂一郎「いわゆる偽装請負と黙示の雇用契約－松下プラズマディスプレイ事件」NBL885号(2008年)13頁、野田進「松下プラズマディスプレイ(パスコ)事件」法政研究75巻2号(2008年)515頁、中山慈夫「偽装請負と黙示の労働契約－松下プラズマディスプレイ事件高裁判決を契機として」山口浩一郎ほか(編)『経営と労働法務の理論と実務－安西愈先生古稀記念論文集』(中央経済社、2009年)、「特集 松下PDP事件・大阪高裁判決を読んで」労旬1682号(2008年)6頁以下などがある。

だ明確でない状況にあることを示しているといえよう。

#### (4) 最高裁判決

もっとも、前述のように、この高裁判決の論理は最高裁で明確に否定されたために、派遣法の施行から四半世紀がたち、ようやく、判例上は派遣法と職安法との抵触問題について決着がつけられたといつてよい。

まず、最高裁は、「請負契約においては、請負人は注文者に対して仕事完成義務を負うが、請負人に雇用されている労働者に対する具体的な作業の指揮命令は専ら請負人にゆだねられている。よって、請負人による労働者に対する指揮命令がなく、注文者がある場屋内において労働者に直接具体的な指揮命令をして作業を行わせているような場合には、たとい請負人と注文者との間において請負契約という法形式が採られていたとしても、これを請負契約と評価することはできない」とし、いわゆる偽装請負のケースであっても、派遣法の諸規制が適用されることを確認する。

すなわち、「注文者と労働者との間に雇用契約が締結されていないのであれば、上記三者間の関係は、労働者派遣法2条1号にいう労働者派遣に該当すると解すべき」ことになる。そして重要な点として、最高裁は、「このような労働者派遣も、それが労働者派遣である以上は、職業安定法4条6項にいう労働者供給に該当する余地はない」として、職安法と派遣法を重疊的に適用することを明確に否定している。

そのうえで、派遣労働者の法的地位については、たとえ派遣法違反のケースであっても、「労働者派遣法の趣旨及びその取締法規としての性質、さらには派遣労働者を保護する必要性等」から、「特段の事情のない限り、そのことだけによっては派遣労働者と派遣元との間の雇用契約が無効になることはない」として、派遣元（または請負会社）との労働契約が有効に存続することを原則とする。一方、労働者と派遣先との間での労働契約関係の成否については、派遣元における採用時の関与がなかったこと、賃金額の決定主体が派遣元であること、さらには、派遣元が一定の限度で労働者の配置など就業態様を決定し得る地位にあったこと等を考慮して、派遣先との間で黙示の労働契約が成立したとの原告側の主張を退けている。

こうしてみると、現行制度のもとで、①労働者が派遣元と労働契約を締結して、派遣元と派遣先との間での労働者派遣契約に基づいて、派遣先事業所内で就労しているケース、②あるいは、業務処理請負という形式のもとで、やはり発注元の事業所内で就労しているケースを典型として、どのようなタイプのものであったとしても、派遣先（発注者）が労働者を直接に雇用するのではなく、あくまでも外部の労働力として受け入れる意図を有しており、かつ、当該労働者が派遣元（請負企業）との間で明示的に労働契約を締結しているといった場合には、黙示の労働契約を根拠として、派遣先との間で労働契約の成立を認めることは不可能に近いといつてよい。このような考え方や裁判例の立場に対しては批判もあろう<sup>91</sup>。しかし、当事者の明示の意思表示を歪めてまで黙示的な「意思解釈」と称して規範的な解釈をすることは、ある種の価値判断の押しつけ

<sup>91</sup> 最近の代表的な批判例として、萬井隆令「偽装請負、違法派遣と刑事的規制」龍谷法学46巻4号（2014年）899頁。なお、パナソニックプラスマディスプレイ（パスコ）事件・最高裁判決以降、派遣先との間で黙示の労働契約の成立が認められた例外的な事案として、マツダ防府工場事件（山口地判平成25年3月13日労判1070号6頁。控訴後に和解）があるが、同判決の問題点については、さしあたり、山本陽大「違法な労働者派遣と黙示の労働契約の成否」日本労働法学会誌122号（2013年）167頁を参照。

であって、もはや意思解釈として妥当とはいえず、裁判例の立場は支持されるべきである。

### IV. 直用申込みみなし制度

#### 1. 規制内容（2012年改正）

これまで検討したように、現行制度のもとでは、派遣労働者の雇用保障をめぐる責任問題について、派遣先に転嫁することには相当に高いハードルがある。また、派遣元においても、派遣労働者の雇用保障を図るためには、直接雇用の労働者に比べて困難な面があることは否定できない。

こうしたなか、特に2008年のいわゆるリーマン・ショックに前後して、大きな景気変動のなか、派遣労働者の雇用が著しく不安定であることが社会的に問題視されるようになった。そして、政権交代を経た民主党政権のもとで、2012年の派遣法改正では、派遣労働者と派遣先との関係において、従来の公法的な観点からの直接雇用の申込義務を改め、私法上の規制として、一定要件のもとで派遣先に派遣労働者に対する直接雇用（労働契約）の申込みをすることが義務づけられている（2015年10月施行予定）。

2012年改正法によると、法40条の6として、派遣先が一定の違法行為を行った場合には、その時点において、派遣先から当該派遣労働者に対し、その時点における当該派遣労働者に係る労働条件と同一の労働条件を内容とする労働契約の申込みをしたものとみなされる。現行法では、派遣元から派遣先に対して、派遣停止の「通知」があることが申込義務の発生要件とされているが、改正法でこのような縛りはない。ただし例外として、派遣先がこれら各行為に該当することを知らず、かつ、知らなかったことにつき無過失のときはこの限りでないものとされる。

派遣先が新たに申し込んだとみなされる労働条件については、当該労働者と派遣元との労働契約の水準が維持されるために、派遣先で直接雇用される同種労働者の水準とは一致しない。労働契約の期間についても同様であり、当該労働者は派遣先で無期雇用として直用化されるわけではなく、派遣元との労働契約で定めた期間の定めが維持されることとなる。この点、たとえば派遣元と1年の派遣労働契約を締結していた労働者が、派遣開始から10ヵ月目に、みなし規定によって派遣先で直用化されるというケースで、派遣先が申し込んだとみなされる労働契約の期間が、当初の契約期間である1年となるのか、それとも残期間である2ヵ月となるのかは現時点で明らかでない。この問題は、今後の労働政策審議会での議論や裁判例等に委ねられるのであろうが、派遣労働契約に期間の定めがある場合の多くでは、単に期間の長さが定められるだけでなく、契約の始期を示すことで、結果的に契約の終了時期も明らかになると考えられるので、「同一の労働条件を内容とする労働契約」を申し込んだとみなす改正法の文言からすると、上の例では2ヵ月と解することが自然と思われる。このような解釈は、労働力利用に関する派遣先のニーズとも大きく矛盾しないという意味で、実質的にも妥当と考える<sup>92</sup>。

直接雇用の申込があったものとみなされる違法行為とは、具体的には、①港湾運送業、建設業、警備業という派遣禁止業務で派遣を利用した場合（4条3項違反）、②派遣元事業主以外から派遣労働者を受け入れた場合（24条の2違反）、③派遣期間に制限がある業務について期間制

<sup>92</sup> この点、数年前の労働政策審議会での議論をみると、新たに擬制される契約の期間については、派遣元との契約の残期間とは無関係とする旨の発言もみられる（第141回労働政策審議会・職業安定分科会・労働力需給制度部会（2009年12月22日）の鎌田発言）。しかし、派遣先の労働力利用に対する需要状況を全く無視するもので、少なくとも改正法の解釈論としては賛成できない。

限に違反して派遣労働者を受け入れた場合（40条の2第1項違反）、④さらには、派遣法等の適用を免れる目的で、請負その他労働者派遣以外の名目で契約を締結し、役務の提供を受けた場合である。

これら各違法行為の終了した日から1年以内には、派遣先は直接雇用の申込について撤回することを許されず、派遣労働者が承諾の意思表示をした場合には、派遣先との間で労働契約が締結されたものとみなされる<sup>93</sup>。前述のように、直用化に際しての労働条件は、各違法行為の「時点における当該派遣労働者に係る労働条件と同一の労働条件」となるので、派遣元は、当該労働者の労働条件に関する情報を派遣先に対して提供することを義務づけられる（40条の6第4項）。この直用化の申込みみなし規定には私法上の効力があると解されるが、それと同時に、公法的にも、派遣先が「当該派遣労働者を就労させない場合には」、厚生労働大臣による助言、指導または勧告の対象になり、それでも応じない場合にはその旨を公表されるというかたちで（49条の2）の履行確保が目指されている。

さらに改正法では、派遣先が国や地方公共団体等の機関である場合についても、上と同様の派遣法違反がある場合について、直用化を図るための措置を講じることが義務づけられている（40条の7）。

現行法での直接雇用の申込義務とは異なり、改正法のもとでは、派遣先の意味とは無関係に、一定の違法派遣の場合には派遣労働者を派遣先で直用化することが私法上も義務づけられている。現行法のもとでも、派遣労働者と派遣先との間で黙示の同意が認められる場合、あるいは、（実際の適用例はないが理論的には）派遣元と派遣先との間で法人格否認の法理が適用されるようなケースでは例外的に直用化が図られる余地はあるものの、いずれもきわめて限定的なものであることと対比すると、改正法は、派遣労働関係において、労働契約の成立時の合意原則を大きく修正するものとなる。

## 2. みなし規制の評価と問題点

この直接雇用申込のみなし規定については、施行が延期されているとはいえ、相当に問題がある。当時の国会審議でも、こうした規制は「採用の自由」や労働契約における合意原則との関係で問題があるという、ある意味で当然の指摘がなされていた<sup>94</sup>。こうした批判に対する当時の厚生労働大臣の答弁では、みなし規定は、民事上のペナルティーとして直用化を義務づけるものであって採用の自由に反しないし、派遣先による申込みの意思表示があるとみなすにすぎないために、労働者側の意思は尊重され問題はないとされているが、いずれも到底説得的とは思われない<sup>95</sup>。たとえ民事上のペナルティーであっても、採用の自由と抵触することに何ら変わりはないし、そうしたペナルティーとしての規制が当然に正当化されるわけではない。また、合意原則とは、常

<sup>93</sup> 法40条の6第2項および第3項の文言、および1年以内の申込の撤回を制限した趣旨からすると、たとえば、派遣労働者が直用化について一旦は辞退したような場合でも（あるいは直用化しない旨の合意が認められる場合でも）、それだけで同条の適用を回避することはできず、法所定の各違法行為から1年が経過するまでの間であれば、派遣労働者は、信義則に反しない限り、再度、直用化を求めることができるものと解される。

<sup>94</sup> この問題に対し「採用の自由」を重視する観点からの批判として、小寫典明「採用の自由とその制約－求められる慎重な議論－」阪大法学59巻3・4号（2009年）125頁、同「採用の自由とその制約－続－派遣法改正案の批判的検討」阪大法学60巻2号（2010年）244頁。

<sup>95</sup> 当時の小宮山大臣の答弁については、第179回衆議院厚生労働委員会会議録・第6号（平成23年12月7日）を参照。

## 第二章 個別的労働法上の諸問題

識的に考えて、労働者の一方的な意思だけでなく、その相手方である使用者の意思をも尊重すべきことを要請するものであって、労働者に選択権を保障しさえすれば抵触が生じないという性格のものではない。少なくとも、上の大臣答弁は全くの無内容であると言わざるを得ない。

この点、筆者としても、「採用の自由」や「合意原則」と抵触してもなお、法政策として、派遣先へのペナルティーの一種として、派遣労働者の直用化を義務づけることを一切否定するつもりはない。しかし、そこで重要となるのは、解雇が規制されるなかでの契約締結の義務づけという私的自治を大きく修正するだけのペナルティーを科すことについて、実質的に正統性があるかどうかである。それでは、2012年法が、ペナルティーとして直接雇用の申込を義務づけてまで遵守を求める諸規制には、「採用の自由」や「合意原則」という、労働契約における基本原則を大きく修正するだけの十分な正統性があるのだろうか。以下で検討する。

この点、みなし規定の適用が予定されるのは、①港湾運送業、建設業、警備業という派遣禁止業務で派遣を利用した場合、②派遣元事業主以外から派遣労働者を受け入れた場合、③派遣期間の制限違反、④いわゆる偽装請負等の違法行為があった場合が広く対象に含まれている。しかしながら、私見によると、労働者派遣をとりまく状況が派遣法の制定当時から大きく変化してきているなかで、もはや、これらの前提となる規制自体に十分な合理性がなく、特に、派遣労働者の保護に資するか否かという観点から、改めてその要否を吟味されてしかるべきものである。

第一に、①の原始ネガティブリスト業務への派遣は、派遣法の制定当時から禁止されてきたものであるが、その沿革からすると、この規制は必ずしも派遣労働者の保護という観点から導入されたものではない。むしろ、派遣法でこれら事業への派遣が禁止されているのは、労働者派遣という新たな事業を合法化するにあたって、事業規制の棲み分けが図られたにすぎないものとみるべきである<sup>96</sup>。この点、現在でも、港湾労働や建設業においては特別な雇用管理が必要との観点から、港湾労働法や建設労働者雇用改善法が整備されている。そして、これらの特別法のなかでは、港湾労働者派遣事業、あるいは建設業務労働者の就業機会確保事業として、少なくとも常用的な労働者については、特別な要件のもとで派遣的就労が認められている<sup>97</sup>。要するに、原始ネガティブリスト業務のうち、少なくとも建設業と港湾運送業では一定の間接雇用も認められていることをふまれば、派遣法でこれら事業への派遣が禁止されているとしても、それに違反するペナルティーとして、直ちに採用の自由や合意原則を大きく修正するだけの十分な根拠があるとはいえない<sup>98</sup>。

第二に、②派遣先が派遣元事業主以外から派遣労働者を受け入れた場合について、派遣法では、事業に許可（一般労働者派遣事業）または届出（特定労働者派遣事業）が必要とされており、派遣先がこうした手続を欠く事業主から派遣労働者を受け入れることは、たしかに事業規制

<sup>96</sup> 建設業務や港湾運送業務等が派遣法の対象とされなかったのは、それぞれ特別の雇用調整制度があったためとされる（高梨昌「人材派遣業の立法化構想－とりまとめにいたる経緯と争点－」ジュリスト831号（1985年）8頁。なお、第102回参議院社会労働委員会会議録・第25号（昭和60年6月6日）も参照）。また、警備業務が労働者派遣の対象から除外されたのは、警備業務は請負によって実現できるという理由のほか、監督官庁である警察庁が反対したためとされる（第102回衆議院社会労働委員会会議録・第15号（昭和60年4月16日）の加藤職安局長発言のほか、乗本正名「警備業の現状と労働者派遣業問題」ジュリスト831号（1985年）40頁。

<sup>97</sup> 港湾労働法12条以下、建設労働者雇用改善法31条以下。

<sup>98</sup> また、法律の規制体系という形式面でも、現在のような事業法による棲み分けを前提とするのならば、派遣法のなかで直用化を義務づけるのではなく、それぞれの特別法において直用化の要否を検討することが一貫するであろう。

の根幹に関わる重大な違法行為であるといつてよい。他方で、個々の派遣労働者の保護という視点からみた場合には、実質的な労働条件がどの程度の水準で担保されているのかによって規制を異ならせるべきであり、それと無関係に、単に行政上の手続の履践状況によって直用化を義務づけることに十分な合理性があるとはいえない。また、企業外部の労働力利用のうち、いわゆる業務処理請負については何ら法的規制がない一方で、当該関係が、ひとたび労働者派遣に基づくものと評価されると法的規制が大きく異なる現行制度のもとで、両者の区別は派遣先による指揮命令の有無という非常に曖昧な基準によるものとされている。こうしたなかで派遣法の形式的な許可や届出の有無を極端に重視することは、立法政策としてバランスを欠くと言わざるを得ない。

第三に、③派遣期間の制限に違反している場合について、期間に着目をして労働者の直用化を志向することも法政策として十分検討に値するが、その前提として、そもそも現在の派遣法がどのような観点から派遣期間に制限を課してきたのか、そして、その考え方を今後も維持すべきかという検証が不可欠である。これまでも指摘した通り、自由化業務における派遣期間の制限は、派遣先の直用労働者の代替防止を基本的な考えとして展開されてきたものであって、派遣労働者個人を保護する観点から設けられたものではない。その名残を端的に示すのが、派遣期間を算定する際に派遣先での派遣受入期間が重視されるにとどまり、個々の派遣労働者の派遣期間は原則として（同一派遣労働者の派遣期間が、結果的に派遣受入期間の上限と抵触する場合でなければ）問題とならないという点である。

2012年の改正でもこの期間算定の根本的な問題は残されているのであって、たとえば、期間に制限のある自由化業務で派遣を受け入れる場合に、派遣先の同一業務での受入期間が3年を超えれば規制対象となる。ただし、この3年間のうちで派遣労働者が交代をしたケースを念頭に置けば、改正法で直用申込みの「みなし規定」の対象となるのは、個々の派遣労働者の就労期間とは無関係に、3年を超えた時点（派遣先の同一業務での受入上限期間を超過した時点）でたまたま派遣されていた労働者に限定される。

その一方で、ある特定の派遣労働者が、派遣先を転々と変更されて派遣就業を継続するような場合には、その総期間がどれだけ長期間にわたっているとしても、直用申込みみなし規定の対象には含まれない。ある労働者が同一派遣先の別業務に派遣される場合も同様である。派遣労働者の保護という観点から、一定期間の経過後に直用化を目指していくというのであれば、本来、個々の派遣労働者の派遣就労期間にこそ着目すべきであって、派遣先の同一事業での受入期間のみ制限するという現行法（および2012年改正法）の規制は、常用代替防止を強化するというならばともかく、個々の派遣労働者保護という観点からどこまで正当性をもつというのであろうか。

もちろん、実務上は、同一労働者が継続的に派遣され、派遣先での派遣受入期間に抵触する場合——派遣受入期間と労働者個人の派遣期間とが結果として一致する場合——も少なくないと考えられる。しかし、法律上、あくまで派遣先の業務での受入期間のみが問題とされている点は、法の基本的なスタンスを示すものとして軽視できない。1999年改正により自由化業務で定められた派遣期間の制限は、あくまでも、常用代替の防止という目的から導入されたものであり、より率直に言えば、限られた労働力需要のなかで、派遣先で直接雇用される労働者と派遣労働者とで仕事の奪い合いとなり、派遣先の雇用慣行に悪影響が生じることを法律の力で抑止しようとしたものであった。その背景には、それまでの直接雇用を中心とする長期安定的な雇用が望ましく、かつ、今後も基本的に維持すべき（できる）との考え方があり、当時の状況に照らせば、こうした目的から規制を課したことも不合理とまではいえない。

しかし、このように派遣労働者個人の労働条件を無視した規制は、長期安定雇用の理想を追求

## 第二章 個別的労働法上の諸問題

する裏側で、現実には就労している派遣労働者の保護という観点からはきわめて不十分であり、ときとして有害ですらあったものである。派遣先の業務での受入期間を制限したことにより、派遣労働者としては、同一の派遣先で長期間にわたり適法に就労することが不可能になる。このことは、派遣労働者の雇用安定という面でも、あるいは継続的な就労を通じてスキル・アップを図っていくという点でも、派遣労働者にとってマイナスに作用するものといえる。派遣労働者の保護を志向する改正法の基本姿勢からすると、まずは、期間制限のあり方自体を再検証する必要がある。そして実際にも、2014年の改正法案では、期間制限のあり方について抜本的な見直しを目指されている（第一章第2節Ⅱ）。

第四に、いわゆる偽装請負等の違法行為があった場合について、これまで繰り返し指摘されてきた通り、労働者派遣と請負との区別は、理念的には指揮命令の有無によってなされるものの、実務上の峻別はそれほど容易なことではない。派遣先が故意に請負を偽装した場合や重過失が認められる場合であればともかく、改正法では、単なる過失のケースでもみなし規定を適用するものとされており、施行期限までに周知徹底をいかに図るとしても相当な混乱が予想される<sup>99</sup>。さらに、第二の点とも関連するが、違法派遣の場合にも派遣法にもとづく規制が適用され、かつ、その内容として、単なる公法上の規制にとどまらず直用化という契約締結までも義務づけるものである以上、改正法は三者間での労務給付関係をめぐる実務に多大な影響を与えるものとなる。もちろん、こうした影響の大きさから、直ちに改正法の正当性が否定されるわけではない。しかし、この問題は、企業活動における外部労働力の利用全般について、どのような方向を目指していくのかという根源的な問題と関わっているのであって、本来であれば、業務処理請負や在籍出向のようなケースも含めて、その規制の方向性を広く議論すべき性格のものである。

以上要するに、本来であれば、直接雇用のみなし申込の対象となる現行の各規制、およびその背景にある派遣法の常用代替防止という基本的な理念の正当性が揺るぎないものである場合に初めて、規制の実効性確保という観点から、改めて「みなし規定」と「採用の自由」や「合意原則」との抵触問題を検討することが筋といえる<sup>100</sup>。しかし、2012年の改正法では、その前提部分について確信の無いままに「みなし規定」の創設に踏み切りつつ、他方で、施行を2015年まで延期することで安易に妥協した点で、きわめて問題が多い<sup>101</sup>。

仮に現在のまま施行された場合には、どのようなことが予想されるのであろうか。前述のように、改正法で導入されるみなし規定によって直用化される際の労働条件については、契約期間も含めて、派遣元との労働契約の水準がそのまま維持される。そうすると、派遣先としては、第一に、できるだけ短期の有期雇用で雇用された派遣労働者を受け入れること、第二に、労働条件の水準としてもできるだけ低い派遣労働者を受け入れることが、みなし規定が適用され得るケースを想定した法的リスクの回避策となる。現実には多くの場合に派遣元との関係で派遣先の交渉力

<sup>99</sup> 労働政策審議会での検討状況をみると、当初は、派遣先が「違法であることを知りながら」派遣労働者を受け入れている場合のみが「みなし規定」の対象となる予定であった。この点については、第140回労働政策審議会・職業安定分科会・労働力需給制度部会（2009年12月18日）の議論も参照。

<sup>100</sup> 派遣法の常用代替防止目的と、派遣労働者の直用化による保護との関係をめぐる問題点については、拙稿「派遣先での直用化をめぐる諸問題－派遣労働者の保護をいかにして図るべきか」季労231号（2010年）26頁参照。

<sup>101</sup> さらに、国会質問でも指摘されていたように、労働契約の申出があったものとみなす期間を1年間としている点についても、現に働いている派遣労働者の保護（違法な派遣就業関係の適法化に伴う派遣労働者の不利益を防止すること）を目的とするならば、すでに退職した派遣労働者は含めず、現役の派遣労働者のみを対象にすべきであろう。

が高いと考えられるなかで、これが、労働者の雇用の存続保護や労働条件水準の維持改善にとってマイナスに作用する可能性はきわめて高い。改正法のもと、派遣先にとって派遣労働者の直用化というリスクが相当に高くなるなかで、労契法3条2項や17条2項および改正法での均衡処遇の理念（30条の2）など絵に描いた餅に終わり、悪質な派遣元事業者による労働条件のダンピングを促すことにでもなれば、派遣労働者の保護法としては本末転倒である。

また、派遣労働者の直用化に関連して、改正法では、国や地方公共団体の機関が派遣労働者を受け入れるケースで、一定の法違反があった場合にも、派遣労働者の要望にもとづき、「当該派遣労働者の雇用の安定を図る観点から、国家公務員法・・・その他関係法令の規定に基づく採用その他の適切な措置を講じなければならない」ものとされている。前述のみなし規定とは異なり、この規定によって、裁判を通じて派遣労働者個人が派遣先に対して地位確認を請求できるとは解されないが、措置義務とはいえ、公務労働においても直用化を志向していることも注目すべき点であろう<sup>102</sup>。

この点、やや様相は異なるものの、直接雇用の場合における非常勤職員の雇い止めに関する裁判例をみると、非常勤職員は公法上の地位設定に由来し再任用は行政処分であるという考え方から、解雇権濫用法理の適用ないし類推適用を否定する立場で一貫している<sup>103</sup>。労働契約法でも、一定の有期雇用を無期雇用へと転換していくことが目指されているものの、同法は公務員に対しては適用されない（労契法18条、22条参照）。非常勤職員が再任用を拒否された場合に、立法政策としてどのように救済を図っていくのかについては、きわめて不透明な状況にある。

これに対して、派遣法の世界では、これまでの通達でも、公務員が派遣労働者となること、および、国や地方公共団体が派遣先として派遣労働者を受け入れることの双方が認められてきた<sup>104</sup>。また、そもそも、民間企業の労働者と非常勤職員との就労実態に大差がないなかで、両者の労働法上の保護を大きく異ならせるだけの実質的な理由があるとは思われないうし、ペナルティーによる直用化という点ではなおさら、労働契約にもとづき就労する一般労働者と非常勤職員とで法規制が大きく異なることは望ましくない。以上要するに、改正法で非常勤職員のケースでも直用化をめざすことは、直用化を目指すという内容面での妥当性をひとまず置けば、派遣法の規制体系としては一貫している。しかし他方で、国や地方自治体等で期間を定めて任用される職員および外部から派遣された労働力について、無期中核的な職員との雇用保障のバランスをどのように図っていくのかは、今後、労働法制全体のなかで正面から検討すべき重要課題であって、労働者派遣制度という搦め手からの立法を通じて進めていくべき事柄ではないだろう。

### 3. 2014年改正法案による実質的修正

もっとも、冒頭で述べたとおり、このような直接雇用の申込みみなし規制については、2015年10月の施行を待つ現時点ですでに、その根幹部分が揺らいでいる。現在、派遣法の再改正が目指

<sup>102</sup> 公務員の採用については、競争試験または選考の方法によって行うことが原則である（国公法36条、地公法17条等）。

<sup>103</sup> 大阪大学図書館事件（最一小判平成6年7月14日労判655号14頁）。解雇権濫用法理の適用を否定しつつ、国賠法にもとづく慰謝料請求のみを認めたものとして、中野区（非常勤保育士）事件（東京高判平成19年11月28日労判951号47頁）、最近では武蔵野市事件（東京地判平成23年11月9日労経速2132号3頁）など。

<sup>104</sup> 厚生労働省「労働者派遣事業関係業務取扱要領（平成26年4月1日版）」19頁。これに対する批判として、小嶋典明「採用の自由とその制約－求められる慎重な議論－」阪大法学59巻3・4号（2009年）125頁、同「採用の自由とその制約－続－派遣法改正案の批判的検討」阪大法学60巻2号（2010年）244頁。

## 第二章 個別的労働法上の諸問題

されており、仮にこれが成立すれば、上の施行時期よりも早い2015年4月または同時期である10月には、規制の中核的部分が変更されることとなるからである。たしかに、改正法案は、2012年の改正それ自体について正面から再検討するものではない。しかし、改正法案を実質的にみると、派遣法の制定以来の規制枠組みを大幅に変更するものであって、そこでは、みなし規制の前提となる諸規制も大幅に変更される見込みである。そして、改正法案はこれまでの派遣法の根幹部分の変革を伴うもので、しかも、直近の2012年改正とも大きく方向性が違うだけに、細部では両者の規制が整合しない、過渡的な内容となっている。

まず、改正法案のもとでは、規制対象事項のうち、「派遣元事業主以外から派遣労働者を受け入れた場合」や、「派遣期間の制限違反」について、そもそも規制の根底部分が崩れていることは前述の通りである。すなわち、前者については、「一般労働者派遣事業」と「特定労働者派遣事業」の区別が廃止されて、許可・届出という制度そのものの見直しが行われる予定であるし、後者については、期間制限の概念が、従来型の常用代替防止を主眼とするものから、派遣労働者の保護を志向するものへと根底から変更されている。このうち前者については、労働者派遣事業を許可制度に一本化したうえで、違反に対する制裁を強化するという意味では、違法派遣の場合に直接雇用のみなし規定を用いることについても、2012年法と大きく矛盾するものではなく正当化の余地もあろう。しかし、後者については、規制の根幹部分で理念の転換がみられるのであって、みなし規制を維持することが妥当かどうかは特に慎重な検討を要する。

これまでの裁判例では、派遣元から期間制限を徒過してある派遣先へ継続的に派遣されてきた労働者が、いわゆる「派遣切り」によって雇用を喪失するケースで、主として、期間制限違反があったことなどを手がかりとして、労働者保護のあり方が争われてきたとあってよい。しかし、改正法案では、そもそも期間制限が問題となるのは、有期雇用での派遣労働者のうち、同一労働者を派遣先の同一組織単位へと継続的に派遣してきた場合という、限定的な場面に限られている。そして前述の通り、ここでいう「組織単位」については、派遣労働者、および、派遣元、派遣先という当事者間の契約によって自由に変更する余地がある。そうすると、今後、「みなし規制」の主戦場は、期間制限の問題を離れて、いわゆる偽装請負のようなケースへと移行すると考えられる。

ところが、肝心の規制対象はきわめて不透明なままで、派遣先での直用化の強制という契約原理を大幅に修正する制裁が予定されている。すなわち、いわゆる偽装請負を念頭におくとして、派遣法等の「適用を免れる目的で、請負その他労働者派遣以外の名目で契約を締結し、・・・労働者派遣の役務の提供を受ける」場合とは、どのような場合が該当するのか。また、例外的に派遣先が責任を免れ得るケースとして、このような「行為に該当することを知らず、かつ、知らなかつたことにつき過失がなかつたとき」とは、いかなる場合なのかについて、立法府や労働政策審議会は責任をもって明確な基準を示すべきである。この点、2012年の改正時には、みなし規定を施行する際には改めて具体的な基準を示す旨が謳われているが、仮にこれが画餅に帰すことが予想できるのであれば（当然に予想すべきであるが）、たとえ施行待ちの段階であるとしても、みなし規制のあり方自体を再検討するのが本筋であろう。

以上要するに、私見によると、2012年改正で導入された直接雇用申込の「みなし規制」については、規制導入時に議論された派遣法の規制枠組みの根幹部分について大幅な変更が予定されるなかで、再度、みなし規制の当否について慎重に検討すべきである。とはいえ、現在の動向をみるかぎり、残念ながら、直近の改正においてこうした根本的な見直しがなされる可能性は低いといわざるを得ない。

## V. 2014年改正法案の評価

こうしてみると、2014年の改正法案については次のように評価できる。第一章（第2節）で確認した改正法案を鳥瞰すると、2012年改正による現行法を実質的には大幅に見直す内容が含まれている。ただし、法案が単に規制緩和を進めるものと理解すべきではない。たしかに、改正法案は、派遣事業の区別や派遣先対象業務による規制の区別といった、派遣法の制定当時の規制手法を放棄している。しかし他方で、派遣労働者の労働契約に着目して、新たな規制があわせて提示されている点には注意が必要であろう。これは、派遣法が、常用代替防止目的からの一律・硬直的な事業規制ではなく、派遣労働者の保護を図る目的で、個々の労働者の就労条件に着目した労働法的な規制へと軸足を移すことを意味しており、基本的な方向性として支持されるべきである。

もっとも、日本の労働市場の二重構造、すなわち、いわゆる正社員について内部労働市場での人材育成や賃金決定を中核とする一方で、派遣労働者との間で現実にさまざまな格差が生じている点は、労働者派遣制度のあり方を検討する上で軽視できない。特に、派遣労働者の処遇を犠牲にすることで、正社員の雇用の代替が促進されることは好ましくないだろう。とはいえ、こうした価値判断については、原則として、主たる当事者である派遣労働者、および派遣先の直用労働者の選択に委ねるべきであって、国家が一律硬直的な規制を課すような事柄ではないと思われる。

こうした観点からすれば、改正法案は規制緩和一辺倒のものとは到底評価できない。むしろ法案は、派遣労働者の保護を重視した規制へと基軸を変更し、あわせて常用代替防止の問題については、派遣労働者のニーズに反しない範囲で、——すなわち、①派遣元での雇用保障が期待可能な無期雇用であれば、法制度上は特に問題視することなく、②他方で、濫用的な利用もあり得る有期雇用での派遣については、個々の派遣労働者の継続的な利用を制限するとともに、派遣先の過半数組合などに代表される直用労働者の意思を反映する仕組みを採用することによって——、制度全般にわたる再規制を図ったものというべきであろう。

他方で、前述のように、改正法案は派遣法の根幹部分の変革を伴うもので、しかも、直近の2012年改正とも大きく方向性が違うだけに、細部では両者の規制が整合しない、過渡的な内容となっている。したがって、今後も、法改正をめぐる議論が継続されるものと思われる。

また、期間制限に関連して、個人単位での期間制限と派遣先単位での期間制限を区別すること自体は妥当と思われるが、前者につき、わざわざ「組織単位」という新たな概念を設けて、制度を複雑化する点には異論の余地がある。有期雇用の濫用的な利用を防止して、派遣労働者の雇用安定を図るという目的からすれば、同一労働者について、端的に派遣先事業所レベルでの利用期間を制限することが一貫するとの考え方もあり得るからである。他方で、前述のように、派遣先の「組織単位」については容易に変更可能である点をふまえれば、このような規制は、ある派遣労働者について、派遣先でさまざまな仕事を経験することで多能職化を促進し、結果として派遣労働者のemployabilityを高め、雇用の安定や処遇改善に繋がる可能制も否定できない。こうした規制であれば十分に正当化の余地があると思われるが、今後、規制対象となる「特定有期雇用派遣労働者等」の範囲とともに、施行後の動向を慎重に見極めなければならない。

さらに、2012年改正による現行法では、日雇派遣について原則的に禁止されるものの、例外的に、いわゆる17.5業務等については許容されている。改正法案はこの規制自体を見直し対象に含めていないため、そもそも政令28業務の業務区分については合理性を欠くとして廃止しつつ、そのうち17.5業務については、日雇派遣との関係で特別な意義を認めるという、きわめて不合理な

## 第二章 個別的労働法上の諸問題

内容となっている。

こうしてみると、改正法案については、労働契約に着目をして規制の骨格部分を再構成するという、基本的方向は支持できる。他方で、前述の不整合（特に、直用みなし規定のあり方や17.5業務の問題）は、いずれも解釈上の不毛な混乱を生じさせる可能性が高く、改正法案の基本軸に則して、再々度の改正による早急な対応が避けられないであろう。

### 第4節 小括と今後の展望

以上、派遣労働者に代表される外部労働力の利用に関連した個別法上の諸問題について、特に実務的にも理論的にも最重要論点である労働者の雇用保障をめぐる問題を中心として、現在までの立法動向および裁判例をふまえて分析・検討した。

まず、立法に着目すると、日本では外部労働力の利用に関する基本法として労働者派遣法がある。しかし、同法が1985年に制定される以前には、そもそも職業安定法44条のもとで間接雇用が全面的に禁止されていたこともあり、派遣法の制定後にも、同法と職安法との規制がどのように関係するのかについて、基本的な理解の対立がある。その主眼とするところは、派遣法の規制枠組みに大きく違反する就労に対して、三者間での関係を法的にどのように理解するのかという争い、特に「黙示の労働契約」の成否をめぐる解釈をめぐる争いでもあった。この問題については、2009年のパナソニックプラズマディスプレイ（パスコ）事件・最高裁判決<sup>105</sup>によって、判例上は一応の決着をみており、それ以後の裁判例は基本的に同判例の枠組みにしたがっている。それによると、①派遣法に違反する派遣的就労形態も同法上の労働者派遣に該当し、職安法44条違反とはならないこと（派遣法2条および職安法4条も参照）、②労働者と派遣元との労働契約関係も、原則として有効とみるべきこととなる。

そのうえで、派遣先との黙示の労働契約の成否について、従来から学説や一部の下級審では、意思解釈を規範的に行う立場もみられたところ、最高裁はこれを明確に否定して、あくまでも当事者の表示意思を尊重すべきことを確認している。換言すれば、仮に派遣法違反等の事実があったとしても、なお派遣先や派遣元、さらには労働者の意思表示は重要であって、法違反の事実を意思解釈のレベルでは反映しないとの立場が支持されたといつてよい。このような立場からすると、解釈論によって、労働者と、実際の就労先である派遣先あるいは発注元企業との間で、黙示の労働契約の成立が認められる余地はほとんどなく、実際、その後の裁判例で黙示の労働契約の成立が認められたケースは皆無に等しい。

同様に、現在の派遣法では派遣期間を制限するとともに、それに抵触する場合に、派遣先には、抵触時点で就労している派遣労働者に対する直接雇用の申込義務を課しているが、同義務は第一義的には派遣先が国家に対して負う公法上の義務であって、派遣労働者個人が派遣先との間で私法的な労働契約関係の成立を主張する根拠とはならない。さらに同義務が生じる前提には、派遣元による抵触日の通知の要件が課されているなど、要件面でも申込義務が活用される余地は大きく制限されている。学説上は、派遣先による申込みを実質的にみれば擬制するような立場、あるいは、申込義務を手がかりとして派遣先の損害賠償責任を主張する立場もあるが、いずれも支持し得ない（第3節）。こうして、派遣先に対して雇用責任を追求することについて、現行制

<sup>105</sup> 最二小判平成21年12月18日労判993号5頁。

度上は相当に高いハードルが設定されている。

もっとも、2012年の法改正によって、一定の違法派遣のケースでは、派遣先が派遣労働者に対して直接雇用の申込みをしたものと「みなす」規定が導入された。同改正内容が2015年10月に施行されれば、この問題をめぐる状況は一変することが予想される。ただ、現在、その基本部分も含めて再改正の動きが活発化しているなかで、立法動向については引き続きフォローが必要である。この点、「みなし規定」という現行制度の基本を大きく変更する規制を導入する場合には、その前提となる派遣法で違法とされる行為類型についても再検討が必要であるところ、2012年の改正時にこうした配慮は全くみられない。他方、現在国会で審議中（一旦は廃案となったが、臨時国会で再提出の見込みである）の2014年改正法案では、そもそも派遣法の根底部分での規制の改変が目指されている。要するに、「みなし規制」についてはその前提部分が大きく揺らいでおり、早急に再検討の対象とされるべきである。

なお、外部労働者の雇用保障に関連して、企業間での労働力の取引（労働者派遣であれば労働者派遣契約、業務処理請負であれば当該請負契約）そのものを直接に制限して、たとえば労働者派遣契約の解消自体を規制するというアプローチもあり得るが、現行法での規制対象は例外的な場合にとどまるし、立法論としてもこの方向を拡大することは好ましくない（第1節）。

他方で、こうした現行制度のもとで、派遣労働者を典型とする外部労働者の雇用保障が実際どのように図られているのかをみると（第2節）、第一に、①派遣労働契約に期間の定めがなく、②就労が予定される派遣先としても、ある特定の派遣先に依存するのではなくて複数の派遣先で就労することが予定されている場合には、直接雇用の場合と同様に、解雇規制が機能する余地は十分にある。この労働契約の特徴に着目をした、真の意味での「常用型派遣（真正な常用型派遣）」については、間接雇用であることを理由として、派遣労働者の雇用保障をめぐって特別な法規制を課していく正統性には乏しいといえる。

第二に、上の真の意味での「常用型派遣」とは異なる類型として、労働契約において、暦日や確定期限、契約期間の長さを示すことによって契約の存続期間が明示的に定められている場合、および、こうした意味での期間の定めはないものの、内容面で、ある特定の派遣先での派遣就労のみを予定しているタイプを、本稿では「登録型派遣」と呼ぶこととする。これらは、いずれも有期労働契約の一類型か、少なくともそれと同視できるものであるところ、この登録型派遣の雇用保障をめぐる問題は、派遣労働契約の中途解約の問題と、有期労働契約の雇止めをめぐる問題に大別できる。このうち中途解約についてみると、たとえ派遣先から労働者派遣契約を中途解約されたことに伴う場合であったとしても、派遣元での労働契約の中途解約について、理論的にも、そして実際の裁判例上も厳格に制限されているといえてよい。ここでも労働者派遣に対して特別に規制を課す正統性は乏しいといえよう。

問題は、有期雇用の雇止めの場合、および形式的には無期雇用であったとしても派遣先を限定したタイプにおける解雇の場合である。すなわち第三に、有期労働契約の期間満了に伴う雇止めについて、いわゆる常用代替防止目的を強調して法的保護を否定することは適切でない。現行法上は、常用代替の防止目的が雇止めの適法性判断に影響するのは、①派遣法の枠組みに従って、②自由化業務で行われる労働者派遣のうち、③派遣労働者が当該の特定の派遣先での就労のみを予定していたケースという、3つの要素を満たす極めて限定的な局面に限られるべきである。これに対して、政令28業務での派遣や、自由化業務でも、派遣法の期間制限に違反している場合（典型的には、いわゆる偽装請負のもとで期間制限を無視しているケース）、あるいは、派遣法にしたがった適法な派遣労働関係であるものの、派遣先を変更することで派遣元との労働契約関係

## 第二章 個別的労働法上の諸問題

が反復継続しているケースとなれば、派遣労働者の雇用継続への期待が合理的か否かの判断に際し、常用代替防止目的は何ら影響がないものと解され、いくつかの裁判例はこれを区別していない点で問題がある。

もっとも、これら常用代替防止という目的とは別に、間接雇用である労働者派遣の性格そのものにより、派遣労働者の「雇用継続に対する期待」の合理性には限界があることは否定できない。このことは、派遣労働関係において、労働契約で特定の派遣先での就労のみを予定している場合には、その労働契約の解釈を通じて、期間満了による雇止めの場合はもちろん、仮に労働契約に明確な期間の定めがない場合であったとしても、解雇規制によって雇用保障を図ることが難しいことを示唆している。この類型については、間接雇用としての労働者派遣と直接雇用の場合とでは法的保護の実態が大きく異なっているのであって、派遣労働者の雇用保障に関して特別な規制枠組みを検討する必要性が特に高いといえる。ただ、前述のように、2012年の改正法による直接雇用のみなし規定や、2014年の改正法案による規制内容では、この問題に対する適切な対応策とはいえない。そこで、以下では本稿で述べる意味での登録型派遣に対する救済法理のあり方を検討する<sup>106</sup>。

### 第5節 派遣労働者の雇用喪失に対する救済法理

#### I. 登録型派遣の特徴

そもそも登録型派遣には、いかなる特徴があるのだろうか。派遣元への「登録」とは、一般には労働契約を締結する一過程である。これを法的にみると、①登録者または派遣元が、それぞれ相手方からの労働契約の申込を誘引している事実上の状態と評価できる場合がある。②また、事案によっては、派遣元が登録者と派遣先とのマッチングを図ることを内容とする、労働契約とは別個の特別な無名契約に基づく関係（登録契約関係）が成立していると評価すべき場合もあろう。さらに、前者については、①(a)登録者が派遣元からの労働契約の申込みを誘引し、派遣元が特定の派遣先とマッチングを図った上で労働契約の申込みを行い、それに対して登録者が承諾することで労働契約が成立する一過程と評価できるケースもあれば、①(b)反対に、派遣元の承諾によって労働契約が成立すると評価できるケースを念頭に置くならば、派遣元からの労働契約の申込みの誘引があって、その後に登録者からの申込みがあり、派遣元の承諾によって労働契約が成立する一過程と評価できるケースもあろう<sup>107</sup>。

そして、上のいずれの場合であったとしても共通する点として、こうした登録段階を経て締結された労働契約の第1の特徴として、当該労働契約では、ある特定の派遣先での就労のみが予定されている点を指摘できる。登録型派遣では、登録状態にある複数の候補者のなかから、派遣元

<sup>106</sup> 派遣労働契約における期間の定めの有無と登録型・常用型との区別については、立法政策としても、両者の関連づけを今後強めていくことは十分に考えられるし、そのことは個別法・集団法上も解釈の指針となり、労働者保護の観点からも望ましいものである。この点については、拙稿「労働市場における労働者派遣法の現代的役割－契約自由と法規制との相克をめぐる日本・オランダ・ドイツの比較法的分析」神戸法学雑誌59巻3号（2010年）を参照。

<sup>107</sup> このような事例として、リクルートスタッフィング事件（東京地判平成17年7月20日労判901号85頁 [ダ]）も参照。

とある特定の登録者との間での合意によって、具体的に派遣先を特定して労働者が派遣元との間で労働契約を締結するのであり、当該労働契約には、たとえば職種や勤務地を限定する趣旨が内包されている（派遣法26条、34条も参照）。そうすると、当初の予定通り、労働者派遣契約の終了に伴って派遣労働者が派遣元で雇止めされる場合には、手続上の重大な瑕疵がある場合を別にすれば、仮に従来の一般的な整理解雇に関する法理を適用ないし類推するとしても、ほとんどのケースで、結果として「適法に」雇止めが認められる可能性が高い。前述のように、裁判例では、こうした登録型派遣で労働者派遣契約が終了した場合の雇止めについては、地位確認請求が否定されるケースが大多数である。

他方で、このような登録型派遣の第2の特徴として、一般の有期雇用であれば、労働契約が適法に解消されると両者の関係が全て清算されるのに対して、登録型派遣では、仮に当該労働契約について使用者の解雇または雇止めが適法と評価できる場合であっても、再び「登録」状態に戻って将来の労働契約の締結を待つ状態となり、派遣元との関係そのものは直ちに失われぬ点を指摘できる（このことは、次述の「真正な登録型」の場合で特に妥当する）。見方を変えれば、労働契約を締結しない「登録」の段階であっても、登録者と派遣元との間で継続的な社会的接触があると評価できるケースも少なくなく、その場合には、信義則または場合によっては登録契約に基づいて、登録者と派遣元という両当事者が一定の法的責任を負うことがあり得る関係とみることができる。

このように、「登録」の段階も含めて派遣労働契約をみると、同じく「登録」後に労働契約を締結する登録型派遣にも、理念型としては大別して次の2つのタイプがあると考えられる。すなわち、①上で述べたように、ある特定の派遣先での派遣就労後には、再び登録状態に戻って、結果として複数の派遣先での就労を予定するタイプと（以下、本稿では真正な登録型派遣と呼ぶ）、②そもそも、ある特定の派遣先での一回的な派遣就労しか予定しないタイプである（以下、本稿では派遣先限定の登録型と呼ぶ）。そして、両者は、労働市場における労働力の需給マッチング機能の点で大きく異なるものと評価でき、両者の違いをふまえた解釈論および立法論が必要であると考えられる。以下では、現行法の下での解釈論の方向性について試論的に提示する。

## II. 登録型派遣の2つのタイプと雇用喪失に伴う損害賠償責任

### 1. 真正な登録型（労働プール型）

第1は、派遣元が登録段階で登録者の資質等を確認し、労働力としてプールをした上で、派遣元の判断に基づいて、登録「後」に派遣先とのマッチングが図られるタイプである（真正な登録型／労働プール型）。

このタイプでは、登録を通じて派遣元が一定の労働力をゆるやかに確保しておきながら、ある派遣先との間で労働者派遣契約が締結されるのに応じて、登録者と派遣先とのマッチングが図られる。ここでは、登録者は派遣元での「登録」に基づいて多様な派遣先で就労することが予定され、ある特定の派遣先での就労が終わることで派遣労働契約が終了した後も、派遣元との「登録」関係のもとで、新たな派遣先とのマッチングを待つことが当事者間で含意されている。つまり、派遣終了後における「登録」関係は、事実上の状態といえども単なる一回的な契約の締結過程とも異なるものとして、登録者および派遣元は双方に対して、法的にも信義則または登録契約に基づいた一定の配慮が要請され得る状態と評価できる。この類型では、派遣労働契約とは別個の「登録」に、法的にも独自の意義があるといえる。

真正な登録型（労働プール型）の場合には、ある特定の派遣先での就労継続が困難となる場合

に、派遣元は、労働契約の終了後にも、新たな派遣先を確保することが強く求められる。すなわち、登録者の就労継続への期待に一定の合理性が認められる場合には、仮に、ある特定の派遣先での就労をめぐる解雇や雇止めの適法性が認められるとしても、信義則または場合によっては登録契約にもとづいて、派遣元は、再度、新たな代替派遣先の紹介などを求められる。そして、こうした努力を欠くケースでは、信義則上の義務違反または不法行為に基づいて、派遣元は派遣労働者（厳密には登録者）に対する損害賠償責任を負う余地があると解すべきである。そこでの保護法益は登録労働者の期待利益であり、損害賠償責任の有無を判断する要素としては、従前の派遣就労期間の長さや労働契約の更新回数、派遣元の責任者の言動など、実質的には労契法19条2号、および雇止めをめぐる従来の裁判例で考慮要素として蓄積されている事項が参考になるものと思われる。登録型派遣という、雇用保障の程度が著しく低い就労形態を広く認めていく前提として、こうした派遣元による配慮は積極的に求めるべきであり、その前提があつてこそ、紹介先での直接雇用を前提とする職業紹介事業とは別に、登録型派遣という派遣元が継続的に介在した形での雇用形態を法政策として積極的に位置づけていく余地があるものと思われる。

また、この類型では、派遣元との間では複数の派遣先で就労することが含意されている分、ある特定の派遣先が関与して解雇規制が潜脱される可能性は低く、他方で、派遣元への「登録」を通して、労働者にとっては労働市場でのマッチングの有用性が高い類型でもある。こうした点をふまえば、労働契約や就業規則において、ある派遣先との労働者派遣契約の終了により派遣労働契約も自動的に終了する旨の明示的な規定（自動終了条項）がある場合には、そうした個別同意の効力または就業規則の合理性を肯定することで、派遣労働契約の自動終了を容認する余地があると思われる。ただし、仮にそうであるとしても、労働契約が適法に終了したかどうかという問題とは別個に、登録関係に基づいて、派遣元が信義則または登録契約上の義務違反ないし不法行為により、派遣労働者（厳密には登録者）に対する損害賠償責任を負う余地がある点については前述の通りである。

他方で、このような自動終了条項がない場合において、一旦、派遣元によるマッチングによって派遣先が決定し、派遣元との間で労働契約が締結されると、その後の中途解約については、労働契約に期間の定めがある以上、「やむを得ない事由」が必要である（労契法17条）。仮に当該派遣先での就労継続が困難であるとしても、労働契約の期間満了までの間は、代替となる派遣先を確保しての雇用継続が求められ、それが不可能である場合にも、労働者は民法536条2項にもとづいて賃金請求権を失わない。この点、「登録」から労働契約の締結に至る経緯をふまえば、一般論として、後述の第2の類型（派遣先限定の登録型）とは異なって、真正な登録型（労働プール型）の場合には、ある特定の派遣先との接着関係が強度でないことからすると、両者で比較すれば、代替となる派遣先の範囲は広範に認めるべきであろう。さらに、派遣元から他の派遣先へ派遣することが打診された場合などでは、元の派遣労働契約について中途解約を認める余地そのものも、第2の類型と比べれば相対的に広がるものと考えられる。

### 2. 派遣先限定の登録型

これに対して、第2は、労働契約の締結前であることはもちろん、そもそも登録「以前」に、すでに派遣先が特定されているタイプである（派遣先限定の登録型）。このタイプでは、労働契約の締結以前の「登録」の段階で、すでに特定の派遣先での就労のみが予定されており、当該の派遣労働契約の終了後には、他の派遣先で就労することは基本的に予定されていない。裁判例に登場する事案の圧倒的多数はこの類型であり、ある特定の派遣先への派遣期間が長期間に及ぶこ

とも稀ではないなかで、労働契約の締結に際して派遣先が違法に関与することも少なくない。さらに、派遣期間が長期化した場合にも、通常、派遣元の事情によって労働者を差し替えることも予定されていない。この類型では、登録者は、派遣元だけでなく派遣先との関係でも当初から強度の繋がりがあり、実質的にみれば、派遣元が派遣先の採用や労務管理を代行している一面があることも否定できず、「登録」の独自の意義はきわめて小さい。

派遣先限定の登録型は、労働者にとって、派遣元での登録と労働契約の締結のいずれの面でも、ある特定の派遣先での就労が前提とされており、そこでの就労継続への期待が特に大きい類型である。その一方で、ある特定の派遣先との間で強度の接着関係がある点からすると、労働者派遣契約の終了に伴って、派遣労働契約をも終了させるという自動終了条項へのニーズがあることも否定できず、その有効性が問題となる。

しかし、そもそも特定の派遣先での就労のみを予定しており、登録について独自の意義が大幅に減殺されているこの類型では、第1のタイプ（真正な登録型）とは異なって、雇用喪失（自動終了）に伴う不利益軽減措置として、派遣元が別の新たな派遣先とのマッチングを図ることに期待するのも非現実的であろう。派遣先限定の登録型では、「登録」に独自の法的意義は認め難く、一般の有期労働契約、なかでも一定の事業完了を目的とした有期労働契約と本質的に異ならない。こうしたなかで、派遣先の喪失を理由とする自動終了条項の効力を認め、派遣元や派遣先の損害賠償責任までも否定することは、まさに解雇規制の事実上の潜脱という不利益のみを労働者に押しつけるものとして、合理性は認められないというべきである。少なくとも期間満了までの派遣元での雇用保障が強く求められ、中途解約については特に制限されるべき類型といえよう。

この類型では、ある特定の派遣先で就労するということが、労働契約はもちろん、派遣元での登録の前提ともなっているのであるから、派遣元の解雇回避努力義務の一環として、同一派遣先での派遣継続へ向けた取組み、——たとえば、当該の派遣先との間で労働者派遣契約が継続されるように努力するといった交渉態度——がポイントとなる。また、労働契約の中途解約の有効性判断、あるいは雇止めに伴う派遣元の損害賠償責任の有無を判断する際に、仮に、派遣元が代替となる派遣先を提供していた事実が認められるとしても、その内容として、当初の派遣先との高い近似性が求められる類型である。換言すれば、この類型で、派遣元が従前の派遣労働条件と大きく異なる派遣先を紹介したとしても、不利益軽減措置を図ったものとして安易に評価すべきではない<sup>108</sup>。

また、この類型において、たとえば「登録」の段階で、派遣先が登録者と面談するなど労働者を違法に特定し（派遣法26条7項も参照）、実質的にみて、派遣元での個別労働者の採用に派遣先が関与していると評価できる場合などでは、派遣労働者の雇用喪失に際して、派遣元だけでなく、派遣先の損害賠償責任も問題となり得ると解すべきである。すなわち、派遣先限定の登録型で、ある特定の労働者の採用段階から派遣先が積極的に関与しているようなケースでは、派遣先

<sup>108</sup> たとえば、トルコ航空ほか（派遣客室乗務員）事件（東京地判平成24年12月5日労判1068号32頁）は、派遣労働者である原告らの採用経緯は明らかでないが、おそらくは、トルコ航空での客室乗務員として就労することを前提に募集された（派遣先限定の登録型）と考えられるケースであった。判旨は、雇止めの適法性判断に際して、派遣元が自動車の新車発表会の接客スタッフを募集するメールを送信した点を、不十分ながらも代替派遣先を提示したものと評価している。しかし、同事件で問題となった労働契約について、派遣先限定の登録型と評価できる場合であったとすれば、地位確認請求を棄却した結論はともかくとして、仮に不法行為責任が争われたケースであったとしても、このように業務内容が大きく異なる代替派遣先を提示した点を積極的に評価すべきではない。

## 第二章 個別的労働法上の諸問題

は、単なる労働力として当該派遣労働者を受け入れるのではなく、派遣労働者「個人」の属性に着目しているものと評価できる。その一方で、派遣労働者としても、同一派遣先での就労継続への期待の程度は特に高く、その期待には合理性があるというべきだろう。したがって、派遣先はこうした期待利益を保護すべき信義則上の義務や不法行為に基づいて、労働者派遣契約を突然に解消するようなケースでは、派遣労働者に対しても慰謝料として損害賠償責任を負う余地がある。

具体的には、従来の裁判例で、派遣先との間で黙示の労働契約の成否を判断する際に用いられてきた要素、——すなわち、派遣元事業主が名目的な存在にすぎず、派遣先事業主が、派遣労働者の採用や解雇、賃金その他の雇用条件の決定、職場配置を含む具体的な就業態様の決定、懲戒処分を事実上行っているなど、派遣労働者の人事労務管理等が、派遣先事業主によって事実上支配されているといえる事情の有無——を参考にして、ある労働者について、派遣先が主導して派遣先の事業に組み込んだものと評価できる場合には、たとえ黙示の労働契約の成立までは認められないケースであっても、派遣先都合での雇用喪失に際して、損害賠償責任の有無という点では、信義則や不法行為を媒介に、派遣元と派遣先を一体的にみて派遣先の責任まで問う余地がある。

これまで、派遣先の損害賠償責任がどのような場合に肯定されるのかについて、裁判例の立場ははっきりしなかった（第3節Ⅱ）。この点、裁判例を鳥瞰すると、①派遣先または派遣元の明確な害意を伴って派遣労働者が雇用を喪失したケース、②派遣先の責任者が、具体的な再派遣の時期を示して労働者に雇用継続の期待を抱かせるといった、特別な先行行為が認められるケースに加えて、③以上のような事情がなくても、信義則を媒介に、突然の労働者派遣契約の解消について、主として手続的な面で派遣先の不法行為責任を認めたものがあつた。このうち③のケースは、まさに、派遣先限定の登録型の特徴をふまえたものと位置づけた上で、他の裁判例の蓄積を待って具体的な類型化をしていくことが今後の課題であると思われる。

## 第三章 集团的労働法上の問題

第三章では、派遣労働者を中心とする企業外部の労働者を利用する場合における、集団法上の問題について検討する。現行制度のもとでは、集団法の領域で外部労働者の包摂に關しての特別な法規制は設けられておらず、この問題は、結局のところ労働組合法の解釈問題に帰着する。

この点、理論的にも実務的にも最も問題となるのは、労働者が直接雇用されている場合と同様に、労組法7条の不当労働行為をめぐる問題である。労組法7条によると、「使用者は、次の各号に掲げる行為をしてはならない」として、具体的には、①労働者が組合員であることや正当な組合活動をしたことに対して、不利益に取り扱うこと（不利益取扱い）、②使用者が雇用する労働者の代表者と団体交渉をすることを正当な理由がなくて拒むこと（団交拒否）、③労働者が労働組合を結成し、若しくは運営することを支配し、若しくはこれに介入すること（支配介入）等が、いずれも不当労働行為として禁止されている。

このうち、団交拒否（労組法7条2号）についてみると、労働者を代表する労働組合が団体交渉を申し込んだ場合には、使用者は当該交渉事項がいわゆる義務的団交事項に該当するかぎり、原則として応諾義務を負うことになる。そして、使用者は、交渉において必ずしも譲歩することまでは求められないものの、交渉事項の内容に応じて誠意をもって対応する義務（誠実交渉義務）を負うものとされ、これに反した場合には労組法7条2号違反の不当労働行為が成立する。これは、当事者間での団体交渉を促進することで、労働条件を自主的に維持・改善することを狙いとする規制であり、労働者が直接雇用されている場合であれば、そのまま妥当する。しかし、問題はそれにとどまらず、たとえば、ある派遣労働者が企業外部の労働組合に加入して、当該組合が派遣元でなく派遣先に対して団体交渉を求めた場合に、派遣先がこれに応じる義務があるかどうかをめぐる紛争も、近年では特に多発している。

以上のような不当労働行為をめぐる問題については、まず、そもそも派遣先が労組法上の使用者に該当することが前提となる。仮にこれが否定されるならば、派遣先について、労組法にもとづいた不当労働行為責任は問われない。実際の紛争の多くも、この点が争われているので、以下ではこの問題を中心に検討を進めることとする。

### 第1節 労組法上の使用者概念

#### I. 労組法上の労働者性と使用者性

労組法には労働基準法10条のような「使用者」の定義規定はなく、どのような者が「使用者」に該当するかについては、全て解釈に委ねられている<sup>109</sup>。この点、一般的には、「使用者」とは「労働者」に対応する概念であると理解されており、労働者性を確定すれば、アプリアリに使用者も明らかになると考えられている<sup>110</sup>。さらに、労組法上の「労働者」と、労組法7条2号でい

<sup>109</sup> 労基法10条によると、労基法上の使用者とは、「事業主又は事業の経営担当者その他その事業の労働者に関する事項について、事業主のために行為をするすべての者」とされる。

<sup>110</sup> ただし、厳密には、不当労働行為の使用者について、労組法3条でいう労働者概念の相対概念として理解することには古くから批判がある（外尾健一『労働団体法』（筑摩書房、1975年）208頁など）。

う「雇用する労働者」も、同一の概念であると解されてきた。

この点、労組法上の労働者とは、「職業の種類を問わず、賃金、給料その他これに準ずる収入によつて生活する者」である（労組法3条）。こうした定義は、典型的には労基法または労契法が適用されるような労働契約関係において妥当するが、それにとどまらず、たとえば失業者やプロ野球選手など、一般的には労基法上の労働者としては認めにくい者まで含めた広範な概念であると解されてきた。

ところが、最近、**新国立劇場運営財団事件**<sup>111</sup>や**INAXメンテナンス事件**<sup>112</sup>、**ビクターサービスエンジニアリング事件**<sup>113</sup>といった、労組法上の労働者性について限定的に解する高裁判決が相次いで登場してきている。ここでの詳論は控えるが、これらの事件では、形式的には請負または委任契約によって労務を提供している者（個人）の労組法上の労働者性が争われ、都道府県労委、中労委ともにこれを肯定していたのに対して、高裁レベルでは、いずれも労働者性が否定されたという点が注目、批判されている（なお、その後の上告審では、いずれも労働者性が肯定されている）<sup>114</sup>。また、学説のなかにも、労組法における労働者性判断と、同法7条2号の「雇用する労働者」とで別の基準を用いる余地が示されているなど<sup>115</sup>、労組法上の労働者性をめぐる議論がにわかに活発化してきている<sup>116</sup>。

こうした最近の裁判例および学説での議論は、直接的には、労働組合法上、いかなる者が労働者となり得るのかという「労働者性」の範囲が争われたものである。しかし同時に、前述の新国立劇場運営財団事件、INAXメンテナンス事件、ビクターサービスエンジニアリング事件では、いずれも、ある二当事者間における一方当事者の労働者性が争われたのであって、これは、見方を変えれば、他方当事者の労組法上の使用者性をめぐる問題と評価することもできるのであり両者は無関係とはいえない。たしかに、伝統的に、労組法上の労働者性は広範に認めるべきと考えられてきたものの、理論面では十分に検討がされてきたとは言い難い。そして、これまでの裁判例や労働委員会命令において当事者の範囲が争われたケースも、その多くは、ある契約当事者間で労働者性や使用者性が認められることを所与として、当該契約関係にない第三者にまで使用者性が認められるかどうかという、「使用者」概念の「拡張」の問題をめぐったものであった。しかし、今後は、労働者性判断をどのように行うのかという議論が深化することに伴って、使用者概念についても相対的に変化する可能性もある。たとえば、労組法上の「労働者」性を柔軟に判断することにあわせて、「使用者」の範囲にも変化が生じることもあろう。

ところで、仮に、前述のように労働者性と使用者性とが完全に対応し、セットで画定される概念とする立場を貫徹するならば、法的な判断枠組みのレベルでも、労働者性の判断枠組みと使用

<sup>111</sup> 東京高判平成21年3月25日民集65巻3号1278頁。

<sup>112</sup> 東京高判平成21年9月16日労判989号12頁。

<sup>113</sup> 東京高判平成22年8月26日民集66巻3号1152号。

<sup>114</sup> 最三小判平成23年4月12日（新国立劇場運営財団事件）、最三小判平成23年4月12日（INAXメンテナンス事件）、最三小判平成24年2月21日民集66巻3号955頁（ビクターサービスエンジニアリング事件）。

<sup>115</sup> 野田進「就業の『非雇用化』と労組法上の労働者性－労組法3条から同7条2号へ」労旬1679号（2008年）6頁など。

<sup>116</sup> この間の議論動向については、竹内（奥野）寿「労働組合法上の労働者性について考える－なぜ「労働契約基準アプローチ」なのか？」季労229号（2010年）99頁のほか、土田道夫「『労働組合法上の労働者』は何のための概念か」季労228号（2010年）127頁、古川陽二「最近の不当労働行為救済申立てをめぐる諸問題(1)(2)」労判988号、989号（2009年）を参照。

者性の判断枠組みとは見方を変えたものにすぎず、実質的な判断要素としては完全に一致し、そもそも両者で区別する必要はないはずである。この点、労働者性をめぐる最近の**ビクターサービスエンジニアリング事件**・控訴審などでは、労働者とは、「労働契約上の被用者と同程度に、労働条件等について使用者に現実的かつ具体的に支配、決定される地位にあり、その指揮監督の下に労務を提供し、その提供する労務の対価として報酬を受ける者」であるという独特の判断枠組みが示されていた<sup>117</sup>。この枠組みは、従来、使用者概念の拡張の一事例とされてきた、**朝日放送事件**・最高裁判決の枠組みを彷彿させるものである。あとで詳しく検討するように、同最高裁判決では、使用者性の判断において、労働契約の当事者でない場合にも、「労働者の基本的な労働条件等について、雇用主と部分的とはいえ同視できる程度に現実的かつ具体的に支配、決定することができる地位にある場合には、そのかぎりにおいて、右事業主は同条の『使用者』に当たる」とされていた。ビクターサービスエンジニアリング事件・控訴審は、まさに労組法上の使用者性の判断枠組みと労働者性の判断枠組みについて、理論面でも一致させて整理することを試みた可能性がある。

しかし、労働者性判断と使用者性判断とはあくまで別個のものであって、上のような枠組みを一般化することは適切でないと思われる。換言すれば、労働者性と使用者性とを同時に画定し、労組法7条2号の「雇用する労働者」の判断とも常に一致させることには疑問の余地がある。たとえば、①失業者や、②職安法45条にもとづいた労働組合による労働者供給事業が行われる場合における組合員など、特定の使用者とは無関係に労働者性が問題となる場合があり得るからである。また、日本では労働組合は企業別に組織されていることが一般的であるが、仮に産業別で組織されるようなケースを想定する場合にも、同様の問題が生じる。産業別組合の場合、そこに加入する個人が、現時点である特定の企業との間で何ら雇用関係がない場合もあり得るのであって、こうした者を労組法上の「労働者」と評価し得るかどうかは理論的に明確とはいえない。

たしかに、これらの対象者について、後述の労働契約関係との「隣接」アプローチ（時間的拡張）を手がかりとして処理することも考えられる。すなわち、失業者や、労働組合による労働者供給事業の対象となる者らについては、現時点では特定の使用者というべきものはないとしても、「近い将来において雇用関係の成立する可能性が現実的かつ具体的に」存すると評価することで、労働者性と使用者性とを同時に探求することも理論的には可能であるのかもしれない。しかし、——これまで労働者性が肯定されることを所与として構築されてきた——使用者性の判断枠組みから、現時点で特定の使用者というべきものが全く明らかでないにも関わらず、抽象的に使用者なるものを措定することで翻って労働者性までも肯定するという上の手法は、相当に迂遠で無理もある。むしろ、このケースでは、端的に労組法上の労働者性について、労働組合への加入資格の有無や実際の加入状況（労働組合による支援の実態）も含めて検討し、使用者性の問題については、それとは別に改めて検討の方が簡便で実態にも即している。

要するに、労働者概念と使用者概念とは多くの場合に対応関係にあるものの、常に対応しているとは限らないことからすると、労働者性判断と使用者性判断とを区別するというこれまで用いられてきた手法は、結果として、十分な理由があるものと思われる。さらに、本稿で扱うような、三者間における「使用者概念の拡張」のケースでも、労働者性と使用者性とが厳密に対応しているかどうかについては、なお検討の余地がある。こうした限界領域において、労働者性と使用者性とがどのように関係しているのかという問題については、今後なお理論的な検討を要する

<sup>117</sup> 東京高判平成22年8月26日民集66巻3号1152号。

課題であるように思われる。

## II. 使用者性をめぐる学説の対立

次に、労組法上の「使用者」の範囲に関連して、その最小単位については、**済生会中央病院事件・最高裁判決**が参考となる<sup>118</sup>。それによると、労組法上の使用者は、法律上独立した権利義務の帰属主体であることが求められており、企業主体である法人の単なる構成部分にすぎないものは使用者に該当しない。学説でも、この点について特に大きな争いはないようである。

これに対して、使用者概念をどこまで広く認めていくのかについては（使用者概念の拡張）、伝統的には、学説および裁判例上、大別して次のような2つの考え方で激しい対立がみられる。

### 1. 支配力説、対抗関係説

まず、労組法上の使用者とは、「被用者の労働関係上の諸利益に何らかの影響力を及ぼし得る地位にある一切の者」、あるいは、「労働者の自主的な団結と、団結目的に関連して対抗関係に立つもの」とする学説があり、これらは、支配力説あるいは対抗関係説と呼ばれている（本稿では、両者を併せて支配力説とする）<sup>119</sup>。

この立場の根底にあるのは、不当労働行為制度について、労働契約上の責任問題を問うのではなくて、団結権侵害行為を実効的に排除し、使用者の妨害・抑圧から自由な組合活動を保障するための制度であることを、特に重視する考え方である。そして、上の一般論から明らかなように、この立場は使用者概念を広く認めていくことを志向する点に主眼がある。

### 2. 労働契約基準説、準契約当事者説

これに対して、使用者概念について、比較的に限定的に解していこうとするのが、労働契約基準説、または準契約当事者説と呼ばれる考え方である（本稿では、両者を併せて労働契約基準説とする）。すなわち労組法上の使用者とは、「労働契約の当事者および實際上それに準ずる地位にある者」とする下井教授や<sup>120</sup>、「労働契約関係ないしはそれに近似ないし隣接する関係を基盤として成立する団体的労使関係の一方当事者」とする菅野教授に代表される立場が、これに該当する<sup>121</sup>。

労働契約基準説の根底にある考え方は、前述の支配力説とは異なって、「不当労働行為責任を負うべき『使用者』の範囲について、いくらでも外延が広がるような開放的な概念でもって決めることが妥当であるとは思えない」<sup>122</sup>との問題意識である。ただし、この労働契約基準説の立場においても、労組法上の使用者を労働契約の一方当事者に限定するという意図はみられない。菅野教授の分類にしたがうならば、労働契約関係ないしはそれに「近似」ないし「隣接」する関係が認められれば、労働契約の当事者でなくとも使用者性を認める余地がある。

<sup>118</sup> 最三小判昭和60年7月19日民集39巻5号1266頁。

<sup>119</sup> 岸井貞男『不当労働行為の法理論』（総合労働研究所、1978年）148頁、外尾健一『労働団体系』（筑摩書房、1975年）208頁など。

<sup>120</sup> 下井隆史『労使関係法』（有斐閣、1995年）106頁。

<sup>121</sup> 菅野和夫『労働法（初版）』（弘文堂、1985年）562頁、同・第10版（弘文堂、2012年）753頁以下、荒木尚志『労働法（第2版）』（有斐閣、2013年）632頁。

<sup>122</sup> 下井隆史『労使関係法』（有斐閣、1995年）243頁。

### 3. 学説の評価

このような学説の対立状況は、見方を変えると、労組法上の使用者性を重疊的に認め、積極的に拡大することを志向するのか（支配力説、対抗関係説）、それとも、部分的にのみ拡張を認めていくのか（労働契約基準説）という対立であるといってもよい。

実際の裁判例や命令例をみると、かつては両説いずれの立場からも、労働契約の当事者以外の使用者性を肯定した例と否定した例とがみられた。これに対して、最近の中労委命令や裁判例では支配力説の立場は明確に否定されており、実務的な方向は固まりつつある<sup>123</sup>。仮にこの点をおくとしても、上の総論レベルでの対立状況が、各論的な判断のなかで結論にどこまで違いを生じさせるかについては、使用者性をめぐる事案が多種多様であることもあって、はっきりしない部分が多い。したがって、両説いずれの立場によっても、具体的な事案でどのように判断すべきかについて、さらに類型化したうえで下位規範となる枠組を示していくことが課題であるように思われる。

この点、前述の各学説のなかでも、労働契約基準説における、「労働契約関係ないしはそれに近似ないし隣接する関係を基盤として成立する団体的労使関係の一方当事者」とする立場については、より具体的な判断指標が示されている<sup>124</sup>。この区別は、本稿のテーマである、派遣労働関係における派遣先の使用者性をめぐる問題を分析するうえでも有用であると考えられるので、以下で、裁判例も含めて確認しておこう。

### 4. 労働契約関係との隣接、および近似

#### (1) 隣接アプローチ（時間的拡張）の特徴

まず、労働契約関係との「隣接」とは、菅野教授によると、ある時点では雇用主そのものではないとしても、「近い過去において使用者であった者または近い将来雇用主となる可能性が現実的・具体的に存する企業は、雇用主と同様に労組法7条の使用者に当たる」とする考え方である。ここでは、ある労使関係において、将来または過去という時間軸のなかで、どこまで使用者性を認めるかが問われており、いわば、使用者概念の時間的拡張が問題となっている。見方を変えれば、この「隣接」類型は、労働者性についてもはっきりしないケースであるともいえる。

この点については、退職者のいわゆる「駆け込み訴え」を典型例として、古くから事案の蓄積がある。たとえば、**日本鋼管鶴見造船所事件**では、解雇から4年ないし6年が経過した後に、退職労働者らが現職従業員とともに労働組合を結成し、「使用者」に団体交渉を申し入れたケースで、団交拒否が不当労働行為に該当するものと評価されている<sup>125</sup>。同様に、有期雇用の期間満了によって雇用関係が終了する場合にも、当該終了をめぐっての団交拒否について不当労働行為が成立する余地がある（**国・中労委（オンセンド）事件**など<sup>126</sup>）。さらに最近では、在職中のアスベスト曝露によって中皮腫等に罹患した退職労働者が、退職後数十年が経過した後に企業外部の労働組合に加入して団体交渉を求めるといった、雇用関係の終了そのものに争いが無いケースであっても、使用者の団交応諾義務が認められてきている。ただし、このタイプのなかで、労組法上

<sup>123</sup> 高見澤電機製作所外2社事件（東京高判平成24年10月30日重要命令集1440号47頁）、明治大学事件（東京高判平成25年10月1日判例集未登載、最一小決平成26年3月6日〔上等不受理〕）など。

<sup>124</sup> 詳細については、菅野和夫「会社解散をめぐる不当労働行為事件と使用者－四つの類型とその判断基準」『安西先生古稀記念論文集 経営と労働法務の理論と実務』（中央経済社、2009年）を参照。

<sup>125</sup> 最三小判昭和61年7月15日労判484号21頁。

<sup>126</sup> 東京地判平成20年10月8日労判973号12頁。

の使用者性ないし団交応諾義務が認められるケースについて、「雇用問題の清算」——主として退職時の条件——に関して争われる場合に限定していくのか、それとも、在職中の紛争の「ほころび」がある場合であれば広く使用者の責任を認めていくのかについては対立がある<sup>127</sup>。

他方で、以上のように過去の法律関係や、あるいはその終了が直接に争われた紛争と異なり、厳密には、将来に向けて雇用関係が成立する現実的かつ具体的な可能性が問題となった先例的な事件として、**土佐清水鯉節水産加工業協同組合事件**がある<sup>128</sup>。同事件では、労働者らが個々の水産加工業者との間で短期の季節労働契約を毎年更新してきたなかで、加工業者の協同組合は、当年の労働契約締結の以前にも労組法上の使用者として団交応諾義務があるか否かが問題となった。この点、当該地域では、ほぼ全業者が協同組合に加入し、協同組合が労働条件の水準を統一的に設定していたという事情があった。高松高裁は、この問題を労働者性の問題として扱い、「一定の地域において、使用者側の者と労働者側の者との間において日々または季節的な雇用が恒常的に繰り返され、特別の事情のない限り将来雇用されることが確実な場合には、雇用関係の存在する場合と実質上差異がなく、将来の労働条件について使用者と団体交渉をする必要性の存することもいうをまたないから、労組法7条2号にいう「雇用する労働者」には、本件のような雇用関係に準ずる関係のある労働者を含む」として、団交拒否が不当労働行為に該当すると判示していた。また、最近でも、非常勤職員の再任用後の労働条件をめぐる団交拒否の適法性が争われた**東京都（専務的非常勤職員設置要綱）事件**において、都道府県労委、中労委、および取消訴訟のいずれでも、これまでの更新実績等をふまえて、隣接アプローチのもとで、相手方である東京都の労組法上の使用者性が肯定されている<sup>129</sup>。

このような傾向は、問題となる当事者が複数となった場合でも基本的に同様であり、特に、厳密な意味で雇用主がない場合であれば、ある当事者間で過去に労働契約関係が反復継続してきた事実を重視して、使用者性が積極的に肯定されているとよい。たとえば、**日本ヒルトンほか1社事件**では、紹介事業者からの紹介のもとで日々雇用のかたちで就労してきた配膳人が加入する労働組合が、紹介先であるホテルに対して勤務日数の減少に関して求めた団交拒否等について、不当労働行為に該当するかどうか争われた<sup>130</sup>。中労委は、配膳人である組合員Xと紹介先であるホテルとの関係について、形式的には日々雇用契約の形態であるが、実態としては約5年間にわたって労働関係が継続していたといえるから、ホテルは組合員Xの雇用主に当たるとして、労組法上の使用者性を肯定している。これが、個別法上も黙示の労働契約関係が成立しているとする趣旨かどうかははっきりしないが、少なくとも労組法上の使用者性の有無についての判断としてみるかぎり、そこで考慮されている要素は、過去に労働契約が反復継続してきたという事実のみであって、かつ、第二章で確認した個別法上の地位確認請求がなされる場合とは異なって、それほど厳格なハードルが設定されているわけではない。

さらに、以上のように、問題となっている当事者間で、過去に直接の労働契約関係（または任

<sup>127</sup> 後者の例として、**兵庫県・兵庫県労委（住友ゴム工業）事件**（大阪高判平成21年12月22日判時2065号3頁、最一小決平成23年11月10日重要命令集1418号46頁〔不受理〕）がある。同事件の問題点については、山本陽大〔判批〕同志社法学61巻7号（2010年）289頁を参照。

<sup>128</sup> 高松高判昭和46年5月25日労民集22巻3号536頁、高知地判昭和44年4月4日労民集20巻2号350頁、高知県労委昭和42年4月17日。

<sup>129</sup> 最二小決平成26年2月7日（不受理）、東京高判平成25年4月24日、東京地判平成24年12月17日、中労委平成23年10月5日、東京都労委平成22年4月20日重要命令集1420号130頁。

<sup>130</sup> 中労委平成24年3月7日、東京都労委平成22年12月21日。

用関係)が反復継続していたという事実が認められないか、その程度が小さい場合であっても、別途、明確な不当労働行為意思が認められるようなケースでは、使用者性を柔軟に認める例もみられる。すなわち、**日本印刷事件**では、派遣先が派遣労働者を直用化した後に組合活動が公然化し、当該労働者が労基法上の過半数代表者として立候補するという状況下で雇止めが行われ、それをめぐる団交を拒否したことなどが、労組法7条各号の不当労働行為に該当するか否かが問題となった<sup>131</sup>。東京都労委は、使用者側の主張していた労働者の非違行為等の有無について検討し、当該組合員の各行為が契約更新拒否を許容し得る程度に重大なものであったと評価することはできないとして、結局、雇止めは不当労働行為意思に基づくものであったとして、労組法7条各号に違反する不当労働行為として救済命令を発している。

他方で、三当事者以上の関係のなかで、現時点で雇用主が明確に存在し、実質的な労働条件決定まで行っているケースとなれば、隣接アプローチのもとでも、特段の事情(先行行為)がなければ、雇用主以外の者について使用者性は原則的に否定されている。たとえば、**パナソニックエコシステムズ事件**では、派遣法40条の4の直接雇用の申込義務の発生の有無や、それ以外の理由によって派遣先が派遣労働者を直接雇用する可能性に加えて、派遣先の言動により派遣労働者らが派遣先に直接雇用されるとの期待を抱くことの可能性について検討し、結論的に派遣先の使用者性が否定されている<sup>132</sup>。同様に、**日本鋳鍛鋼事件**でも、派遣労働者に対して、派遣先で直接雇用される労働者から正社員化の打診があったケースで、派遣労働者には一定の期待があったとしつつ、これは採用権限がない者の発言である一方、正社員化を図るという合意がないことを重視して、結論として派遣先の使用者性が否定されている<sup>133</sup>。

このことは、近い将来において、雇用主が消滅することが想定されるケースでも基本的に同じである。たとえば、**ブリーズベイホテル事件**では、競売でホテルを取得した会社による従前のホテル従業員労組に対する団交拒否が問題となった。同事件では、あくまで全員の雇用維持を要求する組合側と、労働者を選別することを前提とする取得者側の立場とが徐々に乖離していくなかで、結論としてホテル取得会社の使用者性が否定されている。そこでは、新たな経営者が従業員の雇用についてどのような意向を有しているのか、従業員側の対応、実際に採用された従業員の数、団交申入から事業開始までの時間的な近接性、新旧の事業主体の関係が総合的に考慮されている<sup>134</sup>。他方、このような類型のなかでも、子会社の吸収合併を予定する親会社や(**西武バス事件**<sup>135</sup>)、新病院での労働契約上の使用者となる蓋然性が高い医師(**盛岡観山荘病院事件**<sup>136</sup>)など、客観的にみて近い将来において労働契約関係が成立する蓋然性が特に高い場合には、現時点では労働契約の当事者でないとしても、使用者性が積極的に肯定されている。

これらの事案を概観すると、明示的に隣接アプローチによる一般論を展開していないケースも含めて、次のような特徴を指摘できる。まず、隣接アプローチのもとで労組法上の使用者性が問題となる事案では、過去の紛争が問題となっている場合はもちろん(過去との隣接)、たとえ、

<sup>131</sup> 東京都労委平成24年11月20日。

<sup>132</sup> 愛知県労委平成24年9月24日労判1057号170頁。

<sup>133</sup> 福岡県労委平成23年11月15日労判1038号95頁[ダ]。

<sup>134</sup> 中労委平成24年5月9日重要命令集1431号31頁。

<sup>135</sup> 東京都労委平成24年1月24日。

<sup>136</sup> ただし、同事件の中労委命令については、労組法7条2号の使用者性の問題として検討している点、および隣接アプローチによりつつ事項相対的な判断をしている点で疑問の余地がある(中労委平成20年2月20日、岩手県労委平成18年6月15日)。

近い将来において労働契約関係が成立する現実的かつ具体的な可能性が問題となっている事案であっても（未来との隣接）、そこで検討事項となるのは、やはり、問題となっている当事者間の過去の諸事情をふまえた関係性である。換言すれば、未来との隣接が争われる事案について、形式的には採用をめぐる問題であっても、まったくの新規採用をめぐる問題として扱われているのではなく、実質的には雇用終了をめぐる紛争または採用後の労働条件をめぐる紛争として理解されているとよい。そして、問題となっている関係が二当事者にとどまらないことや、そのなかで雇用主が消滅するという事実は決定的なわけではなくて、あくまで、雇用主以外の者との間での労働契約関係が成立する現実的かつ具体的な可能性が検討されている。

こうしてみると、隣接アプローチが問題となる事案では、いわゆる部分的な使用者性が問題となるのではなく、過去の諸事情を手がかりとして、（包括的な使用者性の基礎ともなる）労働契約関係が成立する現実的かつ具体的な可能性の存否が問われている。そして具体的な判断の際には、原則としては、過去の諸事情のうち、たとえば労働契約が反復継続されてきたという事実など、当事者意思と大きく乖離しない枠組みのなかで、ただ、特別な先行行為がある場合にはそれを広く考慮して、柔軟に判断する姿勢が見て取れる。後者について、特に明確な不当労働行為意思がある場合となれば、上の当事者意思と明確に乖離するような場合であっても、隣接アプローチから使用者性が肯定されている可能性が高い。このような隣接アプローチは、見方を変えれば、契約関係の成立（未来との隣接）や存続（過去との隣接）に対する労働者の期待の合理性に着目するアプローチであるとも評価できよう。

#### (2) 近似アプローチの特徴——朝日放送事件

これに対して、労働契約関係との近似アプローチとは、労働者の労働条件に「現実的かつ具体的な」支配力を有する者に対して、部分的な使用者性を認めていくロジックである。典型的には、親子会社における親会社の使用者性や、派遣労働関係における派遣先の使用者性などは、こうした「雇用主と近似」した使用者概念の拡張問題であるといえる。この類型において、少なくとも直接の雇用主（契約の相手方）との関係では、労務提供者の労働者性ははっきりしている。前述した「隣接」のアプローチでは、ある二当事者の関係のなかで、労働者性にあわせて使用者概念が時間的な幅も含めて判断されていた。これに対して、「近似」のアプローチでは、三当事者以上の複雑な関係のなかで、不当労働行為制度における使用者は誰なのかが問題となるケースといえよう。

この使用者概念の「近似」が実際に問題となり、現在もなお先例として重要性をもつのが、**朝日放送事件・最高裁判決**である<sup>137</sup>。同事件の補助参加人であるX2らは、労働者派遣法が制定される以前に、訴外各企業（派遣元）によって雇用され、派遣先であるY社の現場においてテレビ番組の制作業務に従事していた労働者らである。そして、申立人であるX1労働組合は、X2らが組織・加入する労働組合である。X1組合が、労働条件の改善を求めて、現実に労務の指揮監督を行っていた派遣先（朝日放送）に対して団体交渉を求めたところ、派遣先がこれを拒否したことが不当労働行為に該当するか否かが争われた事案である。

労働委員会への救済申立てに対して、大阪地労委では、「勤務内容等被申立人の関与する事項について」の団交応諾が命じられた<sup>138</sup>。これに対して中労委では、上の初審命令を一部変更しつ

<sup>137</sup> 最三小判平成7年2月28日民集49巻2号559頁。

<sup>138</sup> 大阪地労委昭和53年5月26日別中労時918号26頁。

つも、「申立人の組合員らの番組制作業務に関する勤務の割り付けなど就労に係る諸条件について」、派遣先に団体交渉を義務づける救済命令が発出された<sup>139</sup>。

派遣先である朝日放送が救済命令の取消しを求めて提訴し、第一審で棄却されたものの<sup>140</sup>、続く控訴審では、次のように述べて派遣先の使用性性が否定されている<sup>141</sup>。すなわち、「労働組合法7条の『使用者』とは、必ずしも労働者との間に雇用契約を締結した雇主に限定されるわけではなく、雇用契約がなくても、契約上の当事者である雇主と同一視し得る程度に労働者の労働関係上の諸利益に直接の影響力ないし支配力を及ぼし得るような地位にある者を含むと解するのが相当である」。「しかしながら、このことは、雇用契約の有無という形式をはじめから無視してよいことまで意味するものではない」。「現に労働者と雇用契約を締結している者がある場合には、そのこと自体一つの徴憑としての意味を持つから、それが形式に過ぎず、実は雇用契約上の雇主以外の者が賃金や労働時間、職場への配置等の基本的な労働条件を決め、労働者の勤務の提供を指揮命令していると常識で判断することができるような場合に、はじめてその者を使用者と認めることができるというべきである」。

このように、派遣先の労組法上の使用者性を、きわめて限定的な場面にかぎり認めるという高裁判決の枠組みについて、学界は概ね批判的であった。そうした状況下で、最高裁は、労組法上の使用者性に関連して次のような一般論を述べ、再び、結論として派遣先の使用性性を肯定する。すなわち、労組法7条の使用性とは、一般に労働契約上の雇主をいう。しかし、「同条が団結権の侵害に当たる一定の行為を不当労働行為として排除、是正して正常な労使関係を回復することを目的としていることにかんがみると、雇主以外の事業主であっても、雇主から労働者の派遣を受けて自己の業務に従事させ、その労働者の基本的な労働条件等について、雇主と部分的とはいえ同視できる程度に現実的かつ具体的に支配、決定することができる地位にある場合には、そのかぎりにおいて、右事業主は同条の『使用者』に当たる」というのである。このような立場は要するに、雇主との労働契約関係を基軸としつつ、基本的労働条件等に対して現実的かつ具体的な支配、決定をする地位にある場合には、事項相対的に、雇主以外のものについても、部分的に使用者性を認める余地があるというわけである。

この朝日放送事件・最高裁判決は、労組法7条の「使用者」の判断基準を最高裁としてはじめて定式化したものであり、きわめて重要な意義を有している。この点、たしかに同判決以前にも、最高裁は、**油研工業事件**<sup>142</sup>、**中部日本放送事件**<sup>143</sup>、**阪神観光事件**<sup>144</sup>において、構内下請関係ないし派遣労働関係と評価できるケースで、いずれも派遣先や発注元の労組法上の使用者性を結論的に肯定していた。しかし、これらの事件では、いずれも使用者性の判断枠組みについての一般論は述べられておらず、また、使用者性が肯定された背景事情として、労働契約の当事者である企業（雇主）が形骸化しており、事業主体としての実態がなかったという点が指摘できる。これに対して、朝日放送事件・最高裁判決では、労働契約上の使用者に事業主体としての実態があるなかで、上の労組法上の使用者性判断についての一般論を述べている点で、その後の学界での議論や実務に大きな影響を及ぼすこととなる。

<sup>139</sup> 中労委昭和61年9月7日別中労時1037号145頁。

<sup>140</sup> 東京地判平成2年7月19日民集49巻2号594頁。

<sup>141</sup> 東京高判平成4年9月16日民集49巻2号629頁。

<sup>142</sup> 最一小判昭和51年5月6日労判252号20頁。

<sup>143</sup> 最一小判昭和51年5月6日労判252号27頁。

<sup>144</sup> 最一小判昭和62年2月26日労判492号6頁。

### 第三章 集团的労働法上の問題

朝日放送事件は、構内下請における受入企業（派遣先）の労組法上の使用者性が問題となったケースであった。しかし、近年では、労働契約関係との「近似」が問題となるケースで、この枠組が類型の違いを超えて用いられてきている<sup>145</sup>。また、前述のように、下級審のなかには、同事件の判断枠組みに近いかたちで、「使用者性」ではなく、「労働者性」を判断するうえでの一般論まで提示するものも登場している<sup>146</sup>。こうしたなかで、労組法上の使用者性は、労働契約の相手方当事者だけでなく、①派遣・構内請負関係における派遣元・発注元の企業や地方自治体、②親子関係における親会社、③企業倒産時における破産管財人、④さらに場合によっては、会社に対して支配力を有している他の労働組合などにまで認められている。

## 第2節 派遣労働条件紛争における派遣先の使用者性

それでは、以上でみたような労組法上の使用者性をめぐる議論は、三者間での派遣労働関係においては、どのようなかたちで現れるのだろうか。

まず、派遣労働者にとって労働契約の相手方が派遣元であることからすると、原則として、派遣元が労組法上の使用者にも該当することに争いはない。ただ、間接雇用である労働者派遣の特徴からすると、もっぱら派遣元で決定できる労働条件についてはともかく、派遣先での就業環境をめぐる問題など（派遣先施設の利用や労働時間の具体的な管理のあり方をめぐる問題など）、派遣元が関与する余地が小さい事項については、派遣元との義務的団交事項に該当しない場合や、あるいは、そもそも派遣元が労組法上の使用者ではないと評価されるケースもあり得よう。この点、派遣元が自ら解決できない事柄であるからといって、直ちに派遣元の使用者性や団交応諾義務が否定されるわけではない。一般論としては、このような事項についても、派遣元は労働者派遣契約を通じて派遣先に対して何らかの打診をする程度のことは可能であり、その範囲で、派遣元にも団交応諾義務はあるものと解される。

とはいえ、実際には、このような間接的なアプローチではなく、派遣労働者が加入する労働組合が、直接、派遣先に対して団体交渉を求めるケースが少なくない。以下では、このように派遣先の団交応諾義務をめぐる問題を検討する。この問題は、派遣期間中の労働条件をめぐるケースと、このような労働条件紛争ではなく、派遣先での直用化や雇用の安定化を求めて派遣先に団交を申し込むケースとで大別することができるので、それぞれ検討する。

### I. 苦情処理制度

#### 1. 制度の内容

派遣法では、派遣期間中の労働条件をめぐって、派遣元や派遣先に対して苦情処理制度の設置が義務づけられており、団体交渉およびその前提となる派遣先の使用者性との関係が問題となる。

派遣法によると、まず、企業間での労働者派遣契約のなかで、苦情処理に関する事項を定めるものとされ（26条1項7号）、苦情処理に対応するために、派遣元と派遣先でそれぞれの責任者

<sup>145</sup> この点に関する批判として、西谷敏『労働法（第2版）』（日本評論社、2013年）567頁、同『労働組合法（第3版）』（有斐閣、2012年）157頁も参照。

<sup>146</sup> ビクターサービスエンジニアリング事件（東京高判平成22年8月26日民集66巻3号1152号）。

を設置し、管理台帳を作成することが求められている（36条、37条、41条、42条）。

そのうえで、派遣先は、派遣労働者から派遣就業に関する苦情を受けたときには、「派遣元事業主との密接な連携の下に、誠意をもつて、遅滞なく、当該苦情の適切かつ迅速な処理」を図る義務を負う（40条1項）。また、派遣先は、「派遣就業が適正かつ円滑に行われるようにするため、適切な就業環境の維持、診療所、給食施設等の施設であつて現に当該派遣先に雇用される労働者が通常利用しているものの利用に関する便宜の供与等必要な措置を講ずる」努力義務も負う（同2項）。

## 2. 団体交渉制度との異同

このような苦情処理手続には、実質的にみると、労働条件の維持・改善を目的とする団体交渉制度と共通する面がある。現実に行われる団体交渉のなかには、労働者個人の労働条件の改善や紛争解決を目的とするものが含まれており、こうした「実質個別紛争」であれば、苦情処理手続によっても十分に対応できる可能性がある。その一方で、労働者派遣法における苦情処理制度は、以下でみるように、①目的および法的サポートのあり方、②対象となる労働者の範囲、③対象事項の点で、労組法によって保護される団体交渉制度と異なる点があることも軽視すべきではない。

第一に、苦情処理手続は、派遣就業条件の適正化を図ることを目的としているが、具体的にどのように制度を設計し、運用していくのかという面では、派遣元や派遣先に裁量の余地が広く残されている。そして、派遣法によると、派遣元と派遣先はそれぞれ連携して、「誠意をもつて、遅滞なく、当該苦情の適切かつ迅速な処理」にあたることを義務づけられているが、これに違反した場合でも行政指導による履行確保措置が予定されているにすぎない。

一方、労組法には、「労働者が使用者との交渉において対等の立場に立つことを促進することにより労働者の地位を向上させる」という目的がある（1条）。そして、使用者の団交拒否は不当労働行為の一類型として禁止されている（7条2号）。使用者概念の拡張が認められるケースで、派遣先が義務的団交事項について交渉を拒否することは不当労働行為に該当し、労働委員会によって団交応諾の救済命令が発出されることとなろう。さらに、その後、救済命令が確定判決によって支持された場合には、これに違反すれば罰則の適用まで予定されることもふまえると（労組法28条）、団交拒否に対する救済手段としては、苦情処理手続における行政指導よりも格段に強力な法的サポートがあると評価できる。

第二に、対象となる労働者の範囲という点では、派遣労働関係において、苦情処理手続は団体交渉以上に広い射程をもつ。派遣労働者が派遣先を相手に団体交渉を行うためには、労働組合に加入し、派遣先の労組法上の使用者性が認められる場合にかぎられるが、この点は個々の事案をみていくほかない。労働条件のうち、派遣先にのみ決定権限が認められるものであればともかく、そうでない事項については、そもそも派遣先の使用者性が否定される可能性も高い。これに対して、苦情処理手続においては、全ての派遣労働者が対象とされ、派遣元・派遣先の双方の対応が義務づけられる点に特徴がある。

第三に、対象事項の点でも、派遣法上の苦情処理手続と団体交渉とでは範囲が異なっている。苦情処理手続は、「苦情の適切かつ迅速な処理」を図るというものであり、対象となる苦情の内容については特に限定されていない。ただし、たとえば派遣先における「適切な就業環境の維持、診療所、給食施設等の施設であつて現に当該派遣先に雇用される労働者が通常利用しているものの利用に関する便宜の供与」等に関する事項については、必要な措置を講ずる努力義務が定

められるにすぎない。苦情処理手続の主な対象は、派遣就業（実際の労務）に直接関わる問題であるといえる。したがって、たとえば派遣先施設の利用に関わる問題など、労務の遂行と直結しない事柄については、——前述のように入口段階で派遣労働者による苦情申立そのものは広く認められていても——実際の処理手続の対象から除外されているか、少なくとも、派遣先の具体的な対応はそれほど厳格に求められていないとみることができる。

これに対して、団体交渉であれば、①組合員である労働者の労働条件その他の待遇や、②当該団体的労使関係の運営に関する事項であって、使用者に処分可能なものについて（義務的団交事項）、使用者は原則的に応諾義務を負い、誠実な交渉を求められる<sup>147</sup>。たとえば、施設利用に関する事柄も義務的団交事項にあたるためと解されるから、ここでも、団体交渉と苦情処理手続とで役割に違いがあることは明らかであろう。

### 3. 苦情処理制度の位置づけ

以上の点からすると、派遣労働関係において派遣法にもとづいた苦情処理手続が設けられていることは、それだけで派遣先の労組法上の「使用者性」判断を左右するものではないと考えるべきである。同手続は、個々の派遣労働者の苦情対応を予定するものであって、団体交渉による労働条件の維持・改善を目的とする労組法の考え方とは異質であり、実際にも両者には多くの相違点がある。そして、派遣法の立法者も、使用者概念の拡張を認めてきた従来の労組法上の解釈問題には立ち入らない立場であったこともふまえると、苦情処理制度を団体交渉の代替手続とみることは適切でないだろう<sup>148</sup>。したがって、苦情処理制度の整備状況や実際に派遣労働者がこれを利用したか否かにかかわらず、派遣先の使用者性、さらには団交応諾義務の存否というレベルでは、別途の検討が必要ということになる。

ただし、解釈論としては、両者の共通性をふまえて調整を図ることが望ましいともいえる。そもそも、不当労働行為制度の本来の目的は、「正常な集团的労使関係秩序の迅速な回復、確保を図る」というものである（第二鳩タクシー事件<sup>149</sup>、朝日放送事件・最高裁判決など）。そこでは、単なる過去の紛争解決というよりは、将来に向けて集团的労使関係秩序を回復することが目指されている。一方、派遣労働関係において団交拒否が問題となっている事案の多くは、派遣労働者が外部労組に加入するなどして一回的な紛争解決を求めるという点で、実質個別紛争とでも呼ぶべきものである。このように、不当労働行為制度の目的と必ずしも一致しない実質個別紛争について、個別法上の苦情処理制度がわざわざ設けられているにもかかわらず、派遣先の使用者概念を拡大していくことで、かえって苦情処理制度の意義が没却されることは望ましくない。

このような観点からは、派遣先が労組法上の使用者に該当するか否かという次元ではなくて、

<sup>147</sup> 石川吉右衛門『労働組合法』（有斐閣、1978年）148頁、菅野和夫『労働法（第10版）』（弘文堂、2012年）655頁。

<sup>148</sup> 派遣法制定当時の議論をみると、当初、立法に深く携われた高梨教授は、「派遣契約関係になる派遣元と先とは相対契約である」ことを理由として、「仮に派遣社員から契約した就業条件の履行について違約があるとの苦情が提出された場合には、派遣元と連絡調整して処理する制度を設けるように提案し、団体交渉義務は派遣先には課さない」との立場を示されていた（高梨昌「人材派遣業の立法化構想—とりまとめにいたる経緯と争点—」ジュリスト831号（1985年）10頁）。しかし、法案審議の段階では、使用者概念の拡張をめぐる問題について、これまでの実務上の解釈を立法によって改める趣旨ではなく、引き続き、裁判例や命令例に委ねることが再三確認されている（第102回衆議院社会労働委員会会議録・第20号（昭和60年5月14日）、同参議院社会労働委員会会議録・第25号（昭和60年6月6日））。

<sup>149</sup> 最大判昭和52年2月23日民集31巻1号93頁。

派遣先の使用者性を一旦は認めたとえ、その交渉態様が、いわゆる誠実交渉義務に反するか否かという観点から苦情処理手続のあり方を位置づけることが考えられる。個々の判断はケース・バイ・ケースとならざるをえないものの、たとえば、派遣労働者が苦情処理手続を利用することなく団体交渉を求めている場合には、派遣先は、交渉の席上で、まずは苦情処理手続を利用するよう回答して交渉を打ち切ったとしても、誠実交渉義務に反するとまではいえないであろう。

要するに、派遣法では特別に苦情処理制度が設けられていることや、実際に、こうした苦情処理制度をどのように整備し運用しているのかという点は、派遣先が誠実に団体交渉を尽くしたかどうかというレベルで考慮要素とはなる。しかしそれ以上に、これら制度の存在が、団体交渉に代替するものとして、派遣先の労組法上の使用者性までを否定できるものではない。したがって、派遣先に対して、どのような場合に使用者概念の拡張が認められるのかという問題については、引き続き、労組法の解釈問題に委ねられている。

## II. 派遣就業条件をめぐる団体交渉における使用者性

### 1. 朝日放送事件・最判の射程

この点で参考となるのは、前述の朝日放送事件・最高裁判決で示された労働契約との「近似」という判断枠組である。同事件は、派遣法が制定される以前の事案であったが、現在では、派遣労働関係においても援用できると考えられる<sup>150</sup>。つまり、労働者派遣においては、原則として派遣元が労働条件を決定しているとしても、具体的な労務遂行方法などは、派遣先が派遣元から委ねられた労務指揮権の範疇で「現実的かつ具体的に支配、決定」していると評価できる可能性がある。あるいは、派遣先での施設利用に関わる事柄など、そもそも派遣元に処分権限はなくて、もっぱら派遣先が派遣労働者の労働条件を決定しているとみるべきケースもあろう。

これに対して、朝日放送事件・最高裁判決で示された判断枠組が、派遣労働関係に適用されないと断定することは困難である。この点、たとえば山口教授は、派遣法が雇用と使用を分離する特殊な立法的配慮をしたことを理由として、他の場合と異なった基準を用いるべきとされ、具体的には、「苦情処理手続（派遣法40条）が前置され、これが尽くされないかぎり派遣先を使用者とする救済申立はできないと解すべき」とされる<sup>151</sup>。しかし、同教授も、「最終的に判例・命令の立場に与すべき」とされているので、派遣先の使用者性を一切否定する趣旨ではないだろう。また、派遣先と派遣労働者との間に労働契約関係がないために、仮に労働者が加入する労働組合と派遣先との間で団体交渉が行われたとしても、労働協約の規範的効力（労組法16条）が認められないといった事情も、それだけで派遣先の労組法上の使用者性を否定する根拠とはならない。こうして、現在の学説では、朝日放送事件・最高裁判決の射程が派遣労働関係に及ばないとするものは、見あたらない<sup>152</sup>。

<sup>150</sup> 西谷敏『労働組合法（第3版）』（有斐閣、2012年）152頁、渡辺章「派遣労働者受入れ企業の団体交渉上の使用者性—朝日放送事件」労判672号（1995年）6頁など。

<sup>151</sup> 山口浩一郎『労働組合法（第2版）』（有斐閣、1996年）82頁。

<sup>152</sup> 安西愈『新版 労働者派遣法の法律実務（下巻）』（労働調査会、2008年）1287頁以下は、派遣法の定めにしたがった適法な派遣労働関係であれば、派遣先の使用者性を否定するようである。ただ、この立場も、最高裁の判断枠組を適用したうえで、具体的な判断のレベルで（すなわち、現実的かつ具体的な支配・決定がないとの理由で）派遣先の使用者性を否定する趣旨であろう。なお、萬井隆令「団体の労働関係における使用者」角田邦重ほか（編）『労働法の争点（第3版）』（有斐閣、2004年）71頁は、山川隆一「集团的労働関係における使用者」山口浩一郎ほか（編）『労働判例百選（第6版）』（有斐閣、1995年）10頁について、最高裁の射程が労働者派遣関係に及ばないとする立場として位置づけているようであるが、そのような意図はないものと解される。

## 2. 分析の基本的枠組み

もっとも、同事件の枠組を、具体的なケースでどのようにあてはめるかについては、多様な立場が考えられる。

この点、労働者派遣の特徴が、雇用と使用とが分離した間接雇用であることからすると、労組法上の使用者性の有無を判断する場合についても、この特徴を反映した解釈を試みるのが望ましいであろう。すなわち、派遣労働関係において使用者性を判断する際に基準となるのは、雇用（労働契約）に関わる事柄については原則として派遣元が使用者として法的責任を負い、例外的に、派遣元に具体的な決定権のない「使用」に関わる事柄については、派遣先に使用者性を認めるという考え方であるように思われる<sup>153</sup>。使用者概念の拡張を認めた朝日放送事件・最高裁判決が、基本的な判断枠組のなかで「雇用主と部分的とはいえ同視できる程度」の現実的かつ具体的な支配、決定がある場合という基準を用いていることから、労組法上の使用者性判断について、あくまでも雇用主との関係を土台とする考え方がうかがえる<sup>154</sup>。

そして、ある労働条件が、具体的に雇用と使用のいずれに強く関係するのかは、派遣法の規定も参考となろう。たとえば、派遣法では、労基法や労働安全衛生法の責任をめぐって、一部で派遣先を特別に同各法の使用者とみなす規定が設けられている（派遣法44条、45条を参照）。こうした規制も参考としながら、派遣先は、これらの事項について現実的かつ具体的に支配・決定できる地位にあるものとして、労組法上も、当該事項をめぐり団体交渉当事者としての使用者性が認められるべきである。こうして派遣元は、賃金、労働時間の枠組をはじめ、多くの労働条件について、労働契約の当事者として団交応諾義務を負う。一方、派遣先は、実際の労務遂行方法や、労働時間の具体的な配分について（時間外労働命令なども含めて労働者派遣契約の範囲内で）、あるいは、就労環境に関する事項について、派遣労働者を代表する労働組合に対して団交応諾義務を負うと解すべきであろう。

もちろん、こうした考え方は、労働者派遣の性質からいわば規範的に演繹される視点にすぎず、実際の事案では、これと異なるさまざまな「現実的かつ具体的な支配、決定」による影響が及んでいる可能性も否定できない。とはいえ、間接雇用そのものが合法的に認められている現在においては、少なくとも、法律の枠組みにのった適法な派遣労働関係について、こうした視角から分析をはじめることが適切であるように思われる。

このように、派遣期間中の派遣先の労組法上の使用者性については、朝日放送事件・最高裁判決の枠組をもとに、実質的支配による労働契約関係との「近似」が認められるかどうか为中心的な問題となってくるところ、具体的な判断については、ケース・バイ・ケースとならざるをえない。これに対して、派遣労働者は、派遣先にとってあくまでも外部の労働力であることからすると、少なくとも派遣期間中においては、派遣労働条件をめぐり紛争について、労働契約関係との「隣接」アプローチ（＝使用者概念の時間的拡張）から派遣先に使用者性を認める余地は、原則

<sup>153</sup> こうした問題を判断する際の基本的な視点は、通常直接雇用の関係において義務的団交事項とされる事柄は、原則として、派遣元または派遣先のいずれかが応諾義務を負うとの視点であるように思われる。本来、労働条件は（団体）交渉を通して維持・改善されるべきものであるが、その交渉事項の範囲が、間接雇用であるというだけで制約されることは望ましくない。理念としては、派遣労働者の団体交渉であっても、直接雇用と同等の保護を及ぼす可能性を追求すべきであろう。

<sup>154</sup> 朝日放送事件・最高裁判決の意義については、直井春夫「朝日放送事件最高裁判決の読まれ方－労組法7条の使用者の判断基準－」中央労働時報1062号（2006年）2頁も参照。

として否定されることとなろう。

### 第3節 直用化や雇用安定等をめぐる問題

次に、派遣先での派遣労働者の直用化を求める団体交渉や、直用化までは求めないにしても、派遣先に対して、雇用喪失に伴う補償金の支払いや雇用の安定等を求める団体交渉について、本稿では、第一に、こうした交渉が「義務的団交事項」といえるのかどうか、第二に、朝日放送事件の判断枠組（「近似」アプローチ）は採用の場面にも及ぶのかどうか、第三に、労働契約関係との「隣接」アプローチから使用者性を認める余地があるかどうかという順に検討する。

#### I. 義務的団交事項の範囲——採用をめぐる団体交渉

直用化要求をめぐって派遣先が団交応諾義務を負うのかという問題については、こうした要求が、そもそも義務的団交事項にあたるかどうかの検討を要する。仮にこれが否定されるのであれば、派遣先に何らかのかたちで使用者性が認められるとしても、その意義は——少なくとも労組法7条2号との関係では——大きく減殺されることになるからである。

この点、(1) 一般に団体交渉の対象となる労働条件とは、労働者が労働を行ううえでの契約上の条件を指し、雇用契約成立後のものを前提としていること、(2) および、朝日放送事件・最高裁判決でも、あくまでも雇用契約が成立したあとの採用後の「労働条件」について現実的かつ具体的な支配、決定がある場合に、使用者概念を拡張する余地が認められているにとどまることを理由として、直用化要求は義務的団交事項に含まれないとする立場もある<sup>155</sup>。そこでは、採用事項については個別紛争解決促進法でも「あっせん」の対象から除外されていること（同法5条）、および、JR北海道（日本貨物〔北海道・国労〕）事件において<sup>156</sup>、最高裁が新規採用に関する事項は労働条件に該当しないと判示したことも指摘されている。

たしかに、こうした主張には説得的な面がある。通常の労使関係においては、採用そのものが団体交渉の対象となることはレア・ケースであるし、朝日放送事件でも、勤務時間の割り振り、労務提供の態様、作業環境等といった、採用後の労働条件——中労委の命令主文では、番組制作業務に関する勤務の割り付けなど就労に係る諸条件——をめぐる団交拒否が問題とされていた。また、労組法の文言からしても、使用者が禁止されているのは、「雇用する」労働者の代表者との団交拒否であるから（7条2号）、雇用される以前の採用事項は原則として含まないとみることもできよう。

しかしながら、それでもなお、採用に関する事項について派遣先の団交応諾義務を認める余地があるように思われる。この点、直用化をめぐる団交としては、すでに直用化が決まったあとの労働条件の内容に関わるものと、直用化そのものを求めるものがある。前者については、派遣先の使用者性が認められるかぎり、義務的団交事項に該当することに争いはないであろう。

一方、後者について、たしかに純然たる新規採用のケースであれば、企業に団体交渉が義務づけられることはないと考えられる。個別紛争解決促進法にもとづく「あっせん手続き」で募集・採用事項が除外されていることや、JR北海道（日本貨物）事件・最高裁判決の考え方もこうし

<sup>155</sup> 安西愈『新版 労働者派遣法の法律実務（下巻）』（労働調査会、2008年）1311頁以下。

<sup>156</sup> 最一小判平成15年12月22日民集57巻11号2335頁。

た立場と軌を一にする。これに対して、紛争当事者間において、以前に一定の法的関係が認められるケースとなれば事情は異なる。不当労働行為制度が契約責任の追及を目的とするものでない以上、採用事項であるというだけで、交渉対象から一律に除外される必然性はないはずである。実際、たとえば親会社の支配によって子会社が解散され、子会社の労働者が親会社を相手に雇用継続を求めるようなケースにおいて、採用を含む雇用問題につき親会社に団交応諾を命じた例もある<sup>157</sup>。

なお、前述のJR北海道（日本貨物）事件では、採用拒否が不利益取扱い（労組法7条1号）にあたるか否かが問題になったのであって、義務的団交事項の範囲が正面から争われたのではない。しかも、同事件でも、「従前の雇用契約関係における不利益な取扱いにはほかならないとして不当労働行為の成立を肯定することができる場合に当たるなどの特段の事情」がある場合には、雇入れ拒否といえども不利益取扱いにあたる余地が認められている。ただ、同事件は、結果的には（2名の裁判官の反対意見を伴いながらも）新規採用のケースであると評価され、不当労働行為の成立が否定されたにすぎない。このことからすると、むしろ、採用をめぐる団交拒否のケースであっても、例外的には不当労働行為に該当する余地が示されたとみるべきであろう。

そして、派遣労働者の直用化をめぐる問題は純然たる新規採用のケースとは異なること、さらに、派遣法では一定の場合に直用化への誘導が図られていることもふまえると、採用事項であるというだけで、派遣先の団交応諾義務を一律に否定することは適切でない。もちろん、直用化要求は契約上の当事者の変動を求めるものであって、こうした事柄について派遣先の使用者性が認められるケースは例外的であろう。ただ、これは個々の使用者性判断の結果の問題であって、採用に関する事柄が義務的団交事項に一切含まれないというものではない、と考えられる。

## II. 近似アプローチ

### 1. 採用をめぐる団体交渉と近似アプローチ

もっとも、採用をめぐる交渉が義務的団交事項に含まれることと、朝日放送事件・最高裁判決で示された近似アプローチにもとづいて、派遣先での直接雇用を求める団体交渉について派遣先の使用者性を認めることとは、一応は区別して考えるべきであろう。同事件では、「基本的な労働条件等」について、現実的かつ具体的な支配、決定がある場合に使用者概念の拡張が認められたのであって、この「基本的な労働条件等」の範囲と義務的団交事項の範囲とは、必ずしも一致しないからである。たとえば、義務的団交事項のなかには、「当該団体的労使関係の運営に関する事項」も含まれるが、これが朝日放送事件の射程に含まれるかどうかについては両論があると考えられる。

このように、使用者概念の拡張を検討する際には、朝日放送事件・最高裁判決でいう「基本的な労働条件等」に何が含まれているのかを分析する必要性が生じてくる。同事件では、初審命令、中労委命令ともに、採用事項について派遣先の部分的使用者性を否定したなかで（申立ての却

<sup>157</sup> このようなケースとして、たとえば、**大仁事件**（北海道労委平成21年1月9日命令集未登載）や、**大阪証券取引所事件**（中労委平成15年3月19日中央労働時報1015号16頁）などがある。なお、大阪証券取引所事件の取消訴訟では、大阪地労委および中労委の救済命令が取り消されているが、そこでも朝日放送事件・最高裁判決の枠組みに基づいて、取引所が組合員らの基本的労働条件等について「現実的かつ具体的に支配、決定することができる地位にあった」か否かが検討され、結果的に使用者性が否定されたにすぎない（東京地判平成16年5月17日労判867号5頁）。

下)、取消訴訟においては、その適否そのものが争われていないという事情があった<sup>158</sup>。こうした紛争の経緯からすると、最高裁としても、少なくとも構内下請や派遣のケースにおいては、採用事項を「基本的な労働条件等」に含まないと考えたとみる余地もある。

しかし他方で、最高裁が、採用事項について「基本的な労働条件等」から明確に排除したという意図もうかがえない。同事件で採用事項への言及がなかったのは、当事者の訴訟戦略や主張方法によるもので、固有の事情にすぎないとみることでもある。実際、その後の命令例をみると、最高裁の判断枠組を用いながら、雇用主以外の企業や自治体での直用化（雇用問題）をめぐる団交拒否が、不当労働行為にあたるか否かが検討されている<sup>159</sup>。たしかに、結論としては、ほとんどの事件で、直用化（採用）をめぐる派遣先等の使用者性が否定されている。また、朝日放送事件の当時とは異なって、今日では、労働者派遣法の制定によって雇用と使用の分離した間接雇用も合法的に認められているのであるから、直用化要求をめぐることは、よりいっそう派遣先の使用者性を厳格に判断すべきとも考えられる。とはいえ、上の労働委員会の命令も、採用事項について「現実的かつ具体的な支配、決定」がないとの評価によるのであって、これを一切排除する趣旨はみられない。少なくとも労働委員会や下級審の実務では、朝日放送事件・最高裁判決の射程は採用事項にまで及んでいるといつてよい。

こうして、典型的には派遣労働者が派遣元での雇用を喪失したことを契機に、派遣先に対して団体交渉を求めるケースでは、近似アプローチのもとで、直用化問題も含めて、個々の事案ごとに派遣先に労組法上の使用者性があるかどうか判断されるべきこととなる。

もっとも、こうした事案で、近似アプローチのもとで派遣先の使用者性を肯定するためには、直用化を求める場合にしても、あるいは、直用化そのものではなく派遣労働者としての就労継続や何らかの経済的措置等を求める場合にしても、いずれも、雇用の得喪に関わる「就労の諸条件に止まらず、一連の雇用の管理に関する決定について、雇用主と同視できる程度に現実的かつ具体的な支配力」が求められる。つまり、上のような契約上の基本的な地位の変動に関わる事項について、「現実的かつ具体的な支配、決定」があるといえるためには、前述した、現在の雇用関係を所与として、派遣労働条件の一部をめぐる交渉相手方として、派遣先に労組法上の使用者性が認められるかという問題と比較すれば、相対的に厳格な判断が必要となるはずである。これら労働契約上の地位の得喪をめぐる問題については、雇用主以外の者による、強度の、あるいは包括的な支配・決定があることが必要と解すべきであり、したがって、労働契約の当事者である雇用主（派遣元等）が形骸化しているといった事情でもない限り、結論として使用者性が否定されるべきケースが多いであろう。

具体的な判断は個々の事案によらざるを得ないが、ここでも、第二章で述べた、労働者派遣のタイプに応じて判断していくことが有用であると考えられる。すなわち、本稿で提示した、①真正な常用型派遣の場合（労働契約に期間の定めがなく、複数の派遣先での就労が想定されるものとして、当該労働契約の範疇で派遣元での雇用保障を期待し得るタイプ）、②真正な登録型派遣の場合（労働契約としてはある特定の派遣先での就労に限定されているが、当該契約の終了後に

<sup>158</sup> 大阪地労委昭和53年5月26日別冊中時918号26頁、中労委昭和61年9月7日別冊中時1037号145頁。

<sup>159</sup> 結論として使用者性を否定した例として、**杉並区・杉並障害者福祉会館運営協議会事件**（中労委平成15年7月2日別冊中時1301号311頁）、**田尻町事件**（中労委平成19年2月21日別冊中時1357号533頁）、**大阪市事件**（中労委平成20年5月7日重要命令集1371号1頁）が、他方、肯定例として、**タイガー魔法瓶事件**（大阪府労委平成20年10月10日命令集未掲載）などがある。

は、登録段階に戻り、さらに別の派遣先での派遣就労を期待し得るタイプ)、③派遣先限定の登録型派遣の場合(②とは異なり、登録段階でも、ある特定の派遣先での就労のみを予定しているタイプ)とでは、それぞれ典型的に派遣先の影響力のあり方は大きく異なるはずである。直用化等をめぐる団交拒否のケースで派遣先による包括的な支配・決定の有無を検討する際にも、今後は、これら派遣元と派遣労働者との労働契約関係の特質をふまえた解釈論を展開していくことが必要である。そして、たとえば③の派遣先限定の登録型の派遣であると評価できる場合に、派遣先の主導によって労働者の差し替えが行われたことに起因して、当該労働者が派遣元での雇用を喪失するようなケース等であれば、上の近似アプローチのもとでも、なお、派遣先の労組法上の使用者性を広く認める余地があるものと思われる<sup>160</sup>。

## 2. 団交事項による区別

また、同じく派遣元での雇用喪失をきっかけとして生じる紛争であっても、理論的には、①直用化という派遣先での採用そのものを求めての団体交渉と、②それ以外の雇用喪失に起因した要求、——たとえば、(a)雇用喪失をめぐると問題解決の全般をめぐるとの団体交渉、(b)金銭的な補償を求めての団体交渉、(c)派遣労働者として同一派遣先での就労継続を求めての団体交渉、(d)過去の違法行為(派遣法違反等)をめぐるとの団体交渉、(e)次の就労先の確保を求める団体交渉——とは、それぞれ別物である。そうすると、近似アプローチのもとで派遣先の使用者性を判断する際にも、両方で判断枠組みを異ならせるべきか否かを検討する必要がある。

そして、仮に、直接雇用をめぐるとの団体交渉であれば使用者性を否定される場合が多いとしても、上の②の各類型をめぐるとの紛争では、派遣先が「現実的かつ具体的に支配、決定」しているものとして、より積極的に労組法上の使用者性を認めていくべきとの考え方も検討に値する。実際、いくつかの県労委命令では、こうした観点から、争点となった複数の団交事項のうち直接雇用を求めるもの「以外」については、使用者性を柔軟に認める立場も示されている<sup>161</sup>。

この点、たしかに、前述の各団交事項はそれぞれ内容を異にし、特に、派遣先での直用化そのものを求める団体交渉と(①)、それ以外の場合とでは(②)、理論的にも、派遣先が有する「採用の自由」への抵触の程度が大きく異なることは否定できない。また、近似アプローチでは、事項相対的に派遣先等の部分的な使用者性が問題となる以上、団交事項に応じてそれぞれを検討すること自体は必要といえる。

しかし他方で、紛争の実態としてみれば、上の事項を掲げて団体交渉を求めるケースの多くで、これら複数の団交事項は並列的に掲げられている。これは結局のところ、こうした事案では、明示的には直用化の要求を掲げていない場合であっても、派遣元での雇用喪失を契機として、仮に派遣先で直用化されていたならば得られたであろう金銭的な補償を求めるものであったり、あるいは、過去の違法行為を糾弾しつつも、労働契約の相手方である派遣元ではなく派遣先に対して雇用責任を問うものであって、派遣先での直用化を掲げて団体交渉を求める場合と、基

<sup>160</sup> このような事例として、不当労働行為の有無が直接に争われたのではないものの、派遣先の不法行為責任が肯定されたものとして、**国(神戸刑務所・管理栄養士)事件**(大阪高判平成25年1月16日労判1080号73頁、神戸地判平成24年1月18日労判1048号140頁)も参考となろう。

<sup>161</sup> 典型例として、**パナソニックホームアプライアンス(パナソニック草津工場)事件**(滋賀県労委平成23年10月17日重要命令集1425号1頁)、**日本電気硝子(ニューマンパワーサービス)事件**(滋賀県労委平成23年12月8日)を参照。ただし、後述のように、いずれについても申労委では滋賀県労委の命令が取り消されている。

本的な動機や目的の点で異なることを示唆している。すなわち、実際の紛争では、上の各交渉事項についても、派遣元での雇用喪失問題や、そうでなくとも、派遣先に対して何らかの雇用責任を帰責していくことが中心的な争点なのであって、実質的にみれば、直用化を求める場合と異なるものと評価できる場合が大多数であろう。したがって、このように評価できる場合には、やはり雇用の得喪という基本的労働条件等に対する、強度の、あるいは包括的な支配・決定があることが必要と解すべきように思われる。

この点に関して、実務上も、本節IVで検討する最近の中労委命令では、一部でこうした立場がうかがえる。たとえば、**パナソニックホームアプライアンス（パナソニック草津工場）事件**で、中労委は、違法派遣をめぐる金銭解決等の問題は、就労時の具体的な労働条件や待遇等に関する会社との未解決事項が問題となったものではないとする。中労委によれば、同事件での組合側の主張は、むしろ、過去の派遣的就労が違法であったという背景事情のもとで、会社が両組合員を直接雇用すべきとの主張を前提とするものであり、仮に直用化されていたならば得られていたであろう金銭等の保障や謝罪を求める趣旨であると解されている。そして、「本件交渉事項は、会社が両組合員の雇用主であること又は雇用主と同視し得る地位にあることを前提としたものであるといえ、会社がこのような団交事項に応諾する義務が生じるといえるためには、両組合員の就労の諸条件に止まらず、両組合員の一連の雇用の管理（採用、配置及び雇用の終了）に関する決定についても、雇用主と同視できる程度に現実的かつ具体的な支配力を有している必要がある」との立場から、派遣先の使用者性を積極的に肯定した初審命令を変更している<sup>162</sup>。

同様に、**日本電気硝子（ニューマンパワーサービス）事件**においても、中労委は、明示的には「これまでの中間搾取と違法な労働者供給事業に対する補償をすること」を示した団交事項について、実質的にみれば、「会社らが・・・組合員らを直接雇用すべきであったことを前提に、・・・組合員らが会社らに直接雇用されていたならば得られたであろう会社らの従業員との賃金の差額相当額等の補償を求めるものと解するのが相当」として、やはり、直用化を求める団体交渉と同視して判断する立場を示している<sup>163</sup>。

これに対して、前述のさまざまな団交事項のうち、(d)過去の違法行為をめぐる団体交渉のなかでも、たとえば過去の労基法違反（典型的には労働時間の管理をめぐる問題）や、あるいは派遣先で直接雇用される労働者によるパワハラをめぐる問題等が交渉事項とされているケースのように、雇用の得喪そのものに争点がないと評価できる事情があれば、上で述べたこととは前提が異なるのであって、派遣先の部分的使用者性を積極的に認めるべきであろう。ただし、この類型の紛争については、①当該の団交事項が、近似アプローチでいうところの「基本的労働条件等」でないものとして使用者性が否定される場合もあり得るし、②あるいは、仮に使用者性が肯定された場合にも、すでに終了した過去の紛争であるとして現時点での救済利益が否定され、結論として不当労働行為の成立が認められないケースもあり得る点には注意が必要である。

いずれにしても、上に述べた観点からすると、労組法上の使用者性の判断の次元では、まずは、組合側が団体交渉を求めている事項について、単に形式的にみるのではなくて、当該交渉の真の目的（交渉事項を実質的にみたときに、雇用の得喪そのものの適否が内容となっているか否か）を探求していくことが重要となってくる。

<sup>162</sup> 中労委平成25年2月6日労判1070号172頁 [ダ]。

<sup>163</sup> 中労委平成26年2月19日。

### 3. 派遣法29条2項および派遣先指針との関係

次に、この問題をめぐっては、労働者派遣法において派遣先が講ずべき措置とされている事項との関係や、同法47条の3にもとづいて厚生労働大臣が定める指針との関係についても検討しておく必要がある。この点をめぐる先例的な裁判例や命令例はまだないが、後述のショーワ事件・中労委命令では、派遣先指針（当時）を考慮して、近似アプローチのもとで派遣先の使用者性を肯定する余地が示唆されているなど、実務的にも問題となりつつある<sup>164</sup>。

派遣先に生じた事由によって労働者派遣契約を打ち切る際に、派遣先がどのような措置を講じべきかについては、従来から派遣先指針のなかで定められてきた。しかし、この指針は派遣労働者に具体的な請求権までも認めうる性質のものではなかった。2012年の法改正により、現在、この指針の内容は派遣法29条の2として立法化されている。

それによると、「労働者派遣の役務の提供を受ける者は、その者の都合による労働者派遣契約の解除に当たっては、当該労働者派遣に係る派遣労働者の新たな就業の確保、労働者派遣をする事業主による当該派遣労働者に対する休業手当等の支払に要する費用を確保するための当該費用の負担その他の当該派遣労働者の雇用の安定を図るために必要な措置を講じなければならない」。

この2012年の改正法で導入された措置義務も、派遣労働者が、民事裁判を通じて特定の措置の実施を求めうる程度にまで具体化されたものでなく、私法上の効力規定ではないという点で従来の指針と同じである。したがって、個別法上の解釈問題としては、仮にこれに違反した場合でも、まずは公法的な観点から、派遣法違反のケースを広く射程に含む行政指導等の対象となる余地があるにとどまると解される（派遣法48条1項参照）。

しかし、この新たに法律に格上げされた措置義務にもとづく具体的な措置のあり方は、派遣労働者の処遇に直接関係しうるものであることから、解釈上も何らかの影響を及ぼす余地は十分にある。特に留意すべき問題として、派遣先は、こうした措置を求めて派遣労働者を代表する労働組合が団体交渉を要求した場合について、労組法にもとづき応諾義務を負う余地があると解される。すなわち、派遣先都合によって労働者派遣契約を解消する場合において、派遣先は、派遣労働者の新たな就業確保や、派遣元による休業手当等の支払いに要する費用負担など、「派遣労働者の雇用の安定を図るために必要な措置」をめぐり団体交渉について、労組法上の使用者と認められ、それを正当な理由なく拒否することは、不当労働行為（労組法7条2号違反）になるものと思われる。

たしかに、間接雇用である労働者派遣の本来の姿からすると、派遣労働者の雇用の安定化は、労働契約の相手方である派遣元において図られるべき事柄である。個々の派遣労働者の労働契約上の地位の変動に関わる事項については、基本的に派遣先が直接に関与すべき事柄ではない。したがって、労組法の一般的な解釈からすれば、①朝日放送事件・最高裁判決で示されたような、基本的労働条件等に対する実質的な支配・決定の有無や程度から労組法上の使用者概念を認めていくという「近似アプローチ」であれ、②あるいは、近い将来（過去）において労働契約関係が成立しうるか否かという観点から使用者性を認めていく「隣接アプローチ（使用者概念の時間的拡張）」であれ、労働者派遣が適法に行われているかぎり、雇用喪失に関わる団体交渉につい

<sup>164</sup> なお、後述のように、ショーワ事件は、最近の中労委命令の基本的立場を示すものと評価できるが、派遣先指針等の位置づけの点に関しては、同事件以外の中労委命令で特に触れられておらず、はっきりしない状況にある。

て、派遣先の労組法上の使用者性は原則的に否定すべきである<sup>165</sup>。

他方で、近似アプローチのもとでは、「基本的な労働条件等について、雇用主と部分的とはいえ同視できる程度に現実的かつ具体的に支配、決定することができる地位にある場合に」、雇用主以外の者に使用者性が認められる。ここでは、基本的労働条件等について「現実的かつ具体的に支配、決定」があると評価できる場合はもちろん、それが「できる地位にある」場合であれば、現時点で必ずしも現実的かつ具体的な支配、決定をしていなくとも、使用者性を肯定する余地があるとみるべきである。すなわち、派遣労働関係における派遣先の労組法上の使用者性をめぐる問題のうち、近似アプローチから使用者性を判断していく際には、朝日放送事件・最高裁判決以来の多くの事案で注目された、事実上の支配・決定の状況に着目していくことと同時に、たとえば派遣法44条以下や29条2項のような特別な立法上の根拠がある場合には、今後は、そこでの個別法上の規範内容にもとづいて設定される「地位」にも注目していく必要があるように思われる。

そして、現在の派遣法29条の2によると、上の近似アプローチのもとで労組法上の使用者性を認められるような状況を、派遣先がわざわざ作り出すことが、規範的に要請されている。この点、派遣先都合による労働者派遣契約の解除により、派遣労働者が結果的に派遣元での労働契約上の地位までも喪失する場合に、これを派遣先の「現実的かつ具体的な支配、決定」によるものとみるかどうかは評価が分かれるところであろう。ただ、2012年改正法のもとでは、派遣先都合による中途解約のケースという限定的な場面とはいえ、派遣先は現実的かつ具体的な措置を講ずべき地位にあるものと位置づけられている。同条については、たとえば直接雇用の申込義務のように要件面での厳格な縛りがないうちで、派遣労働者の私法上の地位にも影響を及ぼす蓋然性の高い規制である。前述のように、同規制は一義的には公法上の義務を定めたものにとどまるが、その履行状況は派遣労働者の処遇に直結するものであって、まさに団体交渉を通じてその内容を詰めることにも十分な意義がある。

以上要するに、派遣先は、①直用化をめぐる団体交渉であれば使用者性を原則として否定されるものの、②労働者派遣契約の終了をあくまでも所与としつつ、上のように、間接的にとどまる不利益軽減措置を求める団体交渉にかぎっては、特別な立法によって、当該措置に関する範囲で労組法上の使用者性を肯定する余地があると解される。なお、筆者は以前には、法29条の2の立法化に伴い、直用化を掲げての団体交渉も含めて派遣先の使用者性が肯定されるものと考えていた<sup>166</sup>。しかし、派遣法29条の2の規範内容としては、こうした地位の変動そのものが求められているわけではなく、派遣先都合によって労働者派遣契約が終了する場合に、不利益を軽減することが間接的に求められているにとどまっている。そこで本稿では、直用化（および直用化を念頭に置いた金銭補償等）を求めての団体交渉の場合と、それ以外の間接的な不利益軽減措置を求める団体交渉の場合とで区別し、後者に限っては使用者性を肯定すべきとの立場に改める。

もっとも、ここでも、組合側が団体交渉を求めている事項について、単に形式的にみるのではなくて、当該交渉の真の目的を探求していくことが必要であり、たとえば、直用化以外の「派遣労働者の新たな就業の機会の確保」を団交事項として掲げつつ、その真の目的が、直用化という

<sup>165</sup> 直用化をめぐる派遣先の労組法上の使用者性、および団交応諾義務の存否については、拙稿「労組法上の使用者者－派遣先の団交応諾義務を中心に」季労229号（2010年）110頁、および、「労働者派遣をめぐる法理論（第3期文献研究労働法学〔第1回〕）」季労233号（2011年）218頁も参照。

<sup>166</sup> 拙稿「改正労働者派遣法をめぐる諸問題－施行後の抜本的再検討に向けて」季労237号（2012年）29頁。

### 第三章 集团的労働法上の問題

雇用上の地位の変動を求めるものと評価できる場合などでは、使用者性の有無に関しても、後者の枠組みで判断されなければならない。

また、当該の団体交渉の真の目的を評価した結果、仮に雇用上の地位の変動を直接に問わない団体交渉と評価できる場合にも、この義務が派遣法によって特別に創設されたものであることに鑑みて、同法の規制内容に則した検討が必要となってくる。すなわち、派遣法29条の2が規制の対象としているのは、あくまでも派遣先都合によって労働者派遣契約が解除される場合に限定されており、このことは労組法上の使用者性判断においても斟酌すべきである。こうしたケースに典型的に該当するのは、当初予定された期間満了以前に、派遣先の経済的な理由によって、派遣先が労働者派遣契約を中途解約するようなケースである。それ以外にも、労働者派遣契約を反復継続した後に、派遣先の申し出により更新をしないようなケースも射程に含まれる可能性があるが、当然に認められるわけではなかろう。他方、派遣先での労働者派遣の受け入れが単発的であり、しかも、労働者派遣契約で約定された期間満了によって派遣が終了するような場合は、もはや派遣法29条の2の対象外なのであり、特別に根拠づける立法規制を欠く以上、原則に戻って、労組法上の使用者性についても原則として否定すべきと解される。

さらに、派遣法の枠組みによると、「労働者派遣の解除にあたって講ずる派遣労働者の雇用の安定を図るために必要な措置に関する事項」は、派遣元と派遣先との労働者派遣契約で定めるべき事項とされている（26条1項8号）。仮に派遣先の使用者性が肯定され、派遣労働者を代表する労働組合との団体交渉を義務づけられる場合にも、まずは労働者派遣契約の内容に則した措置の履践実態が交渉の出発点となり、不当労働行為の判断（特に誠実交渉義務違反の判断）にも影響するものと考えられる。たとえば、労働者派遣契約で派遣元がとるべき措置が明確化され、それが現実に実施されている場合には、派遣先の団交応諾義務が縮小ないし否定される余地もあると解される。

### Ⅲ. 隣接アプローチ

以上のような「近似」アプローチによるほか、直用化をめぐる団体交渉については、労働契約関係との「隣接」という、使用者概念の時間的拡張の観点から問題となる余地もある。

この点を考えるうえで参考となるのが、クボタ事件・中労委命令、および同事件の取消訴訟である<sup>167</sup>。同事件では、派遣先が直用化を決定した後に、当該派遣労働者が加入する労働組合との団体交渉を拒否したことが不当労働行為として争われ、結論として派遣先の使用者性が肯定されている。

中労委は、「労組法7条にいう『使用者』は、同法が助成しようとする団体交渉を中心とした集团的労使関係の一方当事者としての使用者を意味し、労働契約上の雇用主が基本的にこれに該当するものの、必ずしも同雇用主に限定されるものではない」として、ここでは朝日放送事件・最高裁判決の考え方を踏襲している。そのうえで、本件の特徴は、中労委が、「雇用主以外の者であっても、当該労働者との間に、近い将来において雇用関係の成立する可能性が現実的かつ具体的に存する者もまた雇用主と同視できる者であり、労組法上の『使用者』と解すべきである」との一般論を示し、結論としても、派遣先の団交応諾義務を認めた点である。

<sup>167</sup> 中労委平成21年9月2日労経速2053号19頁。および東京高判平成23年12月21日判例集未登載、東京地判平成23年3月17日労経速2105号13頁。なお、一般論は述べていないものの、同事件の大阪府労委命令（平成20年10月29日命令集未登載）も同じ結論であった。

この一般論が、朝日放送事件・最高裁判決（近似アプローチ）とどのような関係にあるのかは、はっきりしない点もある。本件では、近い将来に雇用関係が成立する現実的・具体的な可能性から使用者性が認められているが、これは見方によっては、最高裁判例でいう「労働条件等に対する現実的かつ具体的な支配、決定」がないケースにまで、派遣先の使用者性を認めたと解する余地もあるからである。実際、クボタ事件では、派遣元と派遣先との間で資本関係や役員の人間的な交流はなく、また、派遣先が労働者に対して直接に指揮命令をしていた点も、派遣元が派遣法上の手続きを履践していたために問題とされていないなど、派遣元の企業としての独立性が十分に認められるケースであった。そして、他の労働条件についても、派遣先が現実的かつ具体的に支配・決定していたという認定もされていない。つまり、同事件は、朝日放送事件・最高裁判決（近似アプローチ）の枠組のもとでは、これまで一般に使用者概念の拡張が否定されてきたケースであるといってもよく、それにもかかわらず、結論として派遣先に労組法上の使用者性が認められた点は注目に値する。

ただし、クボタ事件では、派遣労働者が派遣先で直用化されることが、すでに決まっていたという点で事案の特殊性がある。事件の背景には、派遣先の関連会社に対して、所轄の労働局が派遣法で求められる派遣期間の遵守等に関する行政指導を行った経緯があり、こうしたなかで、派遣先は、派遣労働者の全員を直用化していくことを目指したという事情があった（ただし、直用化の条件は契約期間を6ヵ月とする有期雇用で、更新回数も最大3回とされていたために、派遣労働者は主にこの点の改善をめざして団体交渉を求めている）。認定によると、派遣先が派遣労働者に対して直用化に関する説明会を実施した時点で、派遣労働者が同意書さえ提出すれば、約2ヵ月後に派遣先の従業員となることが確実であったとされている。

こうしてみると、同事件は通常の派遣労働関係とは異なって、派遣先が労働契約の直接の当事者となることが予定されていたのであり、朝日放送事件のように、労働契約関係との「近似」ではなくて、時間的な拡張すなわち「隣接」が問題となったケースとして、両者を区別すべきであろう（中労委は、その後のヤンマー事件においてこのことを明示し、同じく隣接アプローチから派遣先の労組法上の使用者性を肯定している<sup>168</sup>）。そしてクボタ事件では、派遣労働者が希望さえすれば直用化されることが決まっていたという点で、直用化の可能性が相当に高い（＝現実的かつ具体的な）事案であったと評価できる。実際、同事件の取消訴訟において、第一審では中労委命令がそのまま支持されたのに対して、控訴審では、派遣先との間ですでに直接の契約関係が成立したものと認定されている<sup>169</sup>。

このように、クボタ事件には事案の特殊性があり、その結論について過大に評価することは適切でない。とはいえ、同事件で示された一般論については、派遣法上の申込義務と派遣先の労組法上の使用者性との関わりを検討するうえでも示唆的である。現在の派遣法では、派遣労働者の派遣先での直用化が間接的に目指されていることをふまえると、「隣接」アプローチによって労組法上の使用者性が問題となる余地も拡大しつつあるからである。

もちろん、前述のように、労働者派遣が適法に行われているかぎりは、「隣接」アプローチによって派遣先の使用者性が問題となることは、原則としてないと解すべきである。しかし、これに対して、たとえば、派遣上限期間を徒過して派遣先が派遣労働者を継続的に利用しており、直

<sup>168</sup> ヤンマー事件（中労委平成22年11月10日重要命令集1412号1頁）。

<sup>169</sup> なお、控訴審においても、仮に労働契約の成立が認められないとしてもという留保を付した上で、第一審と同様に中労委命令の考え方自体は支持されている。

用申込義務の要件を充たしているケースなどでは、派遣先に労組法上の使用者性を認める余地があると考えられる<sup>170</sup>。ただし、仮に直接雇用の申込義務を手がかりにするとしても、後述のように、その要件をみると、そもそも派遣先に申込義務が生じる可能性は現実には相当に小さいと言わざるを得ない。また、そもそも現行法のもとで、申込義務の前提となっている派遣期間の制限について、期間の算定が労働者個人の就労期間ではなくて、派遣先の同一業務（ポスト）での派遣利用期間にとどまる点をどう考慮するかという点など、派遣法の根幹に関わる問題についても検討していく必要がある。さらに、2012年の改正法のうち、施行が2015年10月まで延期されている部分についてこのまま施行されたならば、一定のケースで、派遣先が私法上も直接雇用に申し込んだとみなされることになるので、それに伴って、集団法の領域でも、「隣接」アプローチによって派遣先の使用者性が認められる余地は著しく拡大するものと考えられる。

いずれにしても、理論的には隣接アプローチによって派遣先に使用者性を認める余地があるとしても、具体的にどのような事情があれば、「近い将来において雇用関係の成立する可能性が現実的かつ具体的に存する」と評価できるかについて、より下位規範となる判断枠組みを示していくことが、喫緊の課題であるといえよう。

この点、私見によると、隣接アプローチからの判断をしていく際にも、第二章で検討した、①真正な常用型派遣の場合（労働契約に期間の定めがなく、複数の派遣先での就労が想定されるものとして、当該労働契約の範疇で派遣元での雇用保障を期待し得るタイプ）、②真正な登録型派遣の場合（労働契約としてはある特定の派遣先での就労に限定されているが、当該契約の終了後には、登録段階に戻り、さらに別の派遣先での派遣就労を期待し得るタイプ）、③派遣先限定の登録型派遣の場合（②とは異なり、登録段階でも、ある特定の派遣先での就労のみを予定しているタイプ）という違いに応じて、区別していくことが適切であると考ええる。

すでに指摘したように（第1節Ⅱ4）、隣接アプローチとは、ある当事者（労働者）が他方当事者（派遣先等）との間で、労働契約関係が成立する現実的かつ具体的な可能性の存否を問うアプローチであって、これは見方を変えれば、労働者が労働契約の成立に関し有している期待の合理性に着目するアプローチとも評価できる。そして、こうした期待の合理性の有無を判断する上では、過去および現在の諸事情を総合考慮していく必要があるところ、派遣法上の直接雇用の申込義務などはその一要素にすぎない。たとえば、派遣労働者に対して、派遣先が直用化を示唆する言動があったと認められる場合などでは、申込義務の存否を離れて、隣接アプローチから派遣先の使用者性が肯定される余地もあろう。むしろ、期待の合理性の有無を判断する際には、期待を受ける側の地位にも着目して区別して類型化していくことが有意義であり、労働契約の特徴に着目する上の諸類型も、その中核的な要素となるものと考えられる。

#### IV. 最近の労働委員会命令

以上、派遣労働関係を中心として、外部労働力を利用する場合における、派遣先（または発注者）の労組法上の使用者性をめぐる基本的な判断枠組みについて分析・検討した。それでは、実際の労働委員会の実務では、どのような処理がなされているのであろうか。

この点、都道府県労働委員会のレベルでは、地域によっては、派遣労働者が派遣元での雇用を喪失したことを契機として、派遣先に対して団体交渉を求めたケースで、派遣先の使用者性を積

<sup>170</sup> 同様に、登録型による紹介予定派遣で、違法に期間を超過しているケースなどでも、「隣接」アプローチが問題となる余地があると考えられる。

極的に認めるものがある。たとえば、日本製箔事件・滋賀県労委命令<sup>171</sup>、日本電気硝子事件・滋賀県労委命令<sup>172</sup>、日本電気硝子（ニューマンパワーサービス）事件・滋賀県労委命令<sup>173</sup>、日本精工事件・滋賀県労委命令<sup>174</sup>、パナソニックホームアプライアンス（パナソニック草津工場）事件・滋賀県労委命令<sup>175</sup>、ブリヂストンケミテック事件・三重県労委命令<sup>176</sup>、中国地方整備局・九州地方整備局（スクラムユニオン・広島）事件・広島県労委命令<sup>177</sup>などを中心に、それぞれ枠組みは異なるものの、派遣法違反の事実を重視して、制裁的に派遣先に使用者性を認めていくかのような立場が散見された。

しかし、最近になって、中労委は、①ショーワ事件をはじめとして<sup>178</sup>、②阪急交通社事件<sup>179</sup>、③中国地方整備局・九州地方整備局（スクラムユニオン・広島）事件<sup>180</sup>、④東海市事件<sup>181</sup>、⑤パナソニックホームアプライアンス（パナソニック草津工場）事件<sup>182</sup>、⑥日本電気硝子事件<sup>183</sup>、⑦日本電気硝子（ニューマンパワーサービス）事件<sup>184</sup>、⑧近畿地方整備局事件<sup>185</sup>と、いずれも、上の都道府県労委命令の立場を明確に否定する判断枠組みを示しており、労働委員会の立場は固まったと見てよい状況にある。そこで以下では、これら中労委命令を中心に分析・検討する。

## 1. ショーワ事件

### (1) 事案の概要

ショーワ事件では、労働者派遣契約の中途解約に起因して、派遣労働者が結成・加入した労働組合が派遣先に対して、派遣先での直用化等を内容とする団体交渉を求めたところ、派遣先が労組法上の使用者ではないとしてこれを拒否したことが、労組法7条2号の不当労働行為に該当するか否かが争われた。

この事件における事案の特徴として、派遣元に事業主としての実体があり、概ね適法な労働者派遣が行われていた（ただし一部では期間制限に抵触していた）という事情がある。派遣先は、経済状況の悪化を理由として労働者派遣契約を解除し、その際、派遣先から派遣元に対しては1ヵ月分の補償金の支払いがなされるとともに、派遣元で労働者に対して休業補償をすることなどを要請していた。しかし、結局、一部を除いて派遣労働者らが派遣元から解雇または雇止めされたことに伴い、派遣先に対して直用化や雇用安定等を内容とする団体交渉を求めたところ、派

<sup>171</sup> 滋賀県労委平成17年4月1日。

<sup>172</sup> 滋賀県労委平成22年12月6日。

<sup>173</sup> 滋賀県労委平成23年12月8日。

<sup>174</sup> 滋賀県労委平成23年4月21日重要命令集1419号1頁。

<sup>175</sup> 滋賀県労委平成23年10月17日重要命令集1425号1頁。

<sup>176</sup> 三重県労委平成22年10月25日。

<sup>177</sup> 広島県労委平成23年6月24日労判1029号94頁 [ダ]。

<sup>178</sup> 中労委平成24年9月19日重要命令集1436号16頁。

<sup>179</sup> 東京地判平成25年12月5日労経速2201号3頁、中労委平成24年11月7日重要命令集1437号1頁、東京都労委平成23年9月20日重要命令集1418号1頁。

<sup>180</sup> 中労委平成24年11月21日重要命令集1437号21頁、広島県労委平成23年6月24日労判1029号94頁 [ダ]。

<sup>181</sup> 中労委平成25年1月25日労経速2178号3頁、大阪府労委平成23年9月9日。

<sup>182</sup> 中労委平成25年2月6日労判1070号172頁 [ダ]、滋賀県労委平成23年10月17日重要命令集1425号1頁。

<sup>183</sup> 中労委平成25年7月3日、滋賀県労委平成22年12月6日。

<sup>184</sup> 中労委平成26年2月19日。

<sup>185</sup> 中労委平成26年3月5日、大阪府労委平成24年2月13日。

### 第三章 集团的労働法上の問題

遣先がこれを拒否したという事案である（なお、派遣先は、団体交渉には応じていないものの、労働者派遣契約の中途解約が、経済状況による整理であることの説明はしていた）。

組合の救済申立てに対して、初審埼玉県労委は、労組法7条の「使用者」とは、「労働契約上の雇用主が基本的にこれに該当するが、必ずしも同雇用主に限定されるものではなく、雇用主が形骸にすぎず、当該労働者を受け入れている派遣先会社はその受入れや労働条件等の決定について実質的な支配力を有している場合等もこれに該当する」との一般論を展開した<sup>186</sup>。そのうえで、本件では、派遣元が形骸化し、派遣先が派遣労働者である組合員らに対し、本来、派遣労働者に対して有する指揮命令権を超えるような実質的な支配をし、労働条件等の決定を行っていたとは認めることはできないとする。また、県労委は、派遣法や同法に基づく派遣先が講ずべき措置に関する指針（平成11年労告第138号）にも言及する。この点、同指針によると、派遣契約を契約期間中に解除する場合には、新たな就業機会の確保を図ることとし、これができないときには、派遣会社に対しては一定割合の金員を支払うべきことが定められている。県労委は、こうした指針等の位置づけについて、これらが規定するような、派遣先が「負担すべき事項に関する団交であれば、会社はこれを応諾する義務がある」としつつも、本件で組合が求めていた団交事項は、「いずれも会社による派遣労働者の雇用の継続であって、会社が派遣労働者に義務を負う内容ではない」とし、いずれの観点からも、結論として派遣先の労組法上の使用者性を否定して申立てを却下した。これに対して組合側が、中労委に再審査請求したのが本件である。

#### (2) 労組法7条の使用者性の判断枠組み

中労委は、まず、労組法7条の使用者性の判断枠組みについて、次のような一般論を提示している。すなわち、「労組法第7条は、労働者が使用者との交渉において対等の立場に立つことを促進するために、労働者が自主的に労働組合を組織し、使用者と労働者の関係を規制する労働協約を締結するための団体交渉をすること、その他の団体行動を行うことを助成しようとする労組法の理念に反する使用者の一定の行為を禁止するものであるから、同条にいう「使用者」は、同法が上記のように助成しようとする団体交渉を中心とした集团的労使関係の一方当事者としての使用者を意味し、労働契約上の雇用主が基本的にこれに該当するものの、必ずしも同雇用主に限定されるものではない」。

すなわち、「雇用主以外の者であっても、例えば、当該労働者の基本的な労働条件等に対して、雇用主と部分的とはいえ同視できる程度に現実的かつ具体的な支配力を有しているといえる者や、当該労働者との間に、近い将来において雇用関係の成立する可能性が現実的かつ具体的に存する者もまた雇用主と同視できる者であり、労組法第7条の「使用者」と解すべきである。これらのことは、労組法第7条の使用者性を判断するための一般的な法理といてよい」。

このように、中労委は、前述の近似アプローチ、および隣接アプローチによる判断枠組みが、労組法7条の使用者性を判断する際の一般的な枠組みであることを明確に述べている。

#### (3) 派遣先の使用者性について

##### ① 原則否定

その上で、中労委は同事件で問題となった、派遣先がどのような場合に労組法上の使用者に該当するのかという問題について、さらに、次のように詳細な一般論を展開している。

<sup>186</sup> 埼玉県労委平成22年6月23日重要命令集1420号484頁。

すなわち、「派遣法に基づく派遣先事業主の使用者性については、労働者派遣法の制定時・・・の政府答弁において、労働者派遣法は、派遣労働者との雇用契約が派遣元事業主との間で結ばれることを前提としており、集团的労使関係における使用者は雇用主である派遣元事業主である旨が述べられている。そして、このように、通常の場合において、派遣先事業主が派遣労働者との関係で労組法第7条の使用者とならないことは、その後の同法改正時における国会での政府答弁でも一貫している・・・。このことからうかがえる立法趣旨としては、労働者派遣法は、明文の規定は設けていないものの、同法上の枠組みに従って行われる労働者派遣の派遣先事業主については、当該派遣労働者（その属する労働組合）との関係において労組法第7条の使用者に該当しないことを原則として立法された、と解するのが相当である。このことは、労組法第7条の使用者に関する・・・（前述の）一般的な法理のうち、同使用者は労働契約上の雇用主を基本とするとの部分に沿う考え方といえる」。

要するに、派遣法の立法趣旨からすると、適法な派遣労働関係においては、原則として、派遣先の労組法上の使用者性は否定されるというのである。

## ② 例外肯定

他方で、中労委は、例外的に派遣先の労組法上の使用者性が肯定される場合についても一般論を提示する。

すなわち、「もっとも、制定時及び各改正時における国会での政府答弁においても、個別具体的な事案における、当該事案ごとの派遣先事業主の労組法第7条の使用者性については、当該事案の内容に即して労働委員会や裁判所が判断すべきものである旨等が述べられている・・・。このことからすれば、立法趣旨としても、労働者派遣法上の派遣先事業主につき、・・・原則に対する例外として、当該派遣労働者との関係において、・・・（前述の）一般的な法理のうち雇用主以外の場合に関する法理に従って労組法第7条の使用者性が認められる余地を残していることがうかがわれる」。

具体的の中労委が想定するのは、「例えば、労働者派遣が、労働者派遣法の枠組み又は労働者派遣契約で定められた基本的事項を逸脱して行われている場合には、労働者派遣法の立法趣旨・・・は妥当し難いのであり、派遣先の事業主は、・・・（前述の）一般的な法理のうち、雇用主以外の場合に関する法理に従い、当該労働者の基本的な労働条件等に対して、雇用主と部分的とはいえ同視できる程度に現実的かつ具体的な支配力を有していると認められれば、当該労働条件等については、労組法第7条の使用者性を認め得ることとなる」。

また、「例えば、労働者派遣法は、同法第44条ないし第47条の2に規定するとおり、派遣先での指揮命令に関わる労働基準法、労働安全衛生法等の一定の規制につき、派遣先の事業を派遣中の労働者を使用する事業とみなして派遣先事業主に法遵守の責任を負わせており、また、一定期間を超えて継続する労働者派遣が一定の要件を満たす場合には、派遣先事業主に対し、11年改正においてその派遣労働者の直接雇用の努力義務を（同法第40条の3）、15年改正においてその派遣労働者の直接雇用の申込義務（同法第40条の4及び同条の5）をそれぞれ課してもいる。これらの規定のように、労働者派遣法の枠組みに従って行われる労働者派遣の派遣先事業主であっても、同法上一定の場合には、派遣労働者の労働条件や雇用について、一定の責任を負わされたり、義務を課されているのであって、そのような場合については、労働条件や雇用に関する団体交渉等を保障する労組法の趣旨にかんがみ、・・・（前述の）一般的な法理のうち、雇用主以外の場合に関する法理に従い、当該派遣先事業主に労組法第7条の使用者性を認める余地がある」とする。

### 第三章 集团的労働法上の問題

#### (4) 近似アプローチ

##### ① 派遣元の形骸化等について

上のような、労組法7条の使用者性の一般的な判断枠組み、および、特にそのうち派遣労働関係における使用者性の判断枠組みを述べたのちに、中労委は本件事案を具体的に検討している。

まず、中労委は近似アプローチの観点から検討を加えている。この点、前述のように、近似アプローチとは、端的にいえば、朝日放送事件・最高裁判決で示された、基本的労働条件等に対する現実的かつ具体的な支配、決定の有無や程度に着目して、雇用主以外の部分的使用者性を認めていくアプローチである。中労委は、この枠組みのもとで、本件では、「X1らの労働者派遣が労働者派遣法の枠組み又は労働者派遣契約で定められた基本的事項を逸脱しているとは認められず、かかる観点からは、組合の主張する本件団交申入れに係る団交事項について会社に労組法第7条の使用者性を認めることはできない」とした。

これに関連して、組合は、(a)労働者派遣契約上の派遣料と組合員らの賃金が対応関係にあること、(b)組合員らの雇用契約の解除が、派遣先による労働者派遣契約の中途解除に起因するものであることを指摘し、これらをもって派遣元が形骸化し、あるいは派遣先が派遣元を支配している旨の主張をしていた。しかし、中労委は、(a)の主張については、派遣労働者の賃金が派遣料金を原資とするものであるため一般的に認められる事実というべきものであり、(b)の主張については、派遣先による派遣契約の中途解除があったとしても、派遣元の派遣労働者に対する雇用責任は依然として存するのであり、このことからすれば、「派遣元会社が派遣労働者を解雇したことは派遣元会社の責任に帰すべき事実というべき」とした。

##### ② 次の就労先の確保等について

また、同様に近似アプローチに関わるものとして、初審・埼玉県労委では、「派遣先が講ずべき措置に関する指針（派遣先指針）」等を根拠として、「次の就労先の確保」等をめぐる団体交渉について、場合によっては派遣先の労組法上の使用者性を肯定する余地を認めつつも、本件団交事項にはこうした事柄は含まれていないと評価することで具体的な判断を避けていた。

これに対して中労委では、派遣法に基づく11年指針は、「派遣先事業主に対し、派遣先事業主の責めに帰すべき派遣契約の中途解除の場合に、派遣労働者の新たな就業機会の確保を図ることとし、これができない場合は、派遣元事業主に生じた損害・・・を派遣元事業主に支払うことを求めている。・・・11年指針のこのような規定からすれば、派遣先事業主が当該派遣労働者の新たな就業機会の確保を図ることをせず、しかも、相当の猶予期間をもって労働者派遣契約の解除の予告をしなかったこと等によって派遣元事業主に生じた損害の賠償が派遣元事業主に支払われていない場合には、・・・（前述の）一般的な法理のうち、雇用主以外の場合に関する法理に従い、当該派遣先事業主は、「次の就業機会の確保」を団交事項とする団交申入れにつき、当該派遣先事業主が当該派遣労働者の基本的な労働条件等に対して雇用主と部分的とはいえ同視できる程度に現実的かつ具体的な支配力を有しているものとして労組法第7条の使用者となる余地があるものと解すべき」とした。

#### (5) 隣接アプローチ

##### ① 直接雇用申込義務について

次に、中労委は、いわゆる隣接アプローチ（使用者概念の時間的拡張の観点）からも、派遣先の使用者性の有無を検討している。この点、派遣法では、いわゆる自由化業務について派遣期間

を制限するとともに、当該期間を超えて労働力を利用する場合には、派遣先に、派遣労働者に対する直接雇用の申込義務を課している。そこで、この直接雇用の申込義務と、労組法上の使用者性判断における、派遣先が労働契約の直接の当事者となる現実的かつ具体的な可能性との関係が問題となり得るのである。

中労委はこの点について詳細に検討し、「労働者派遣法は、①本件のように派遣可能期間を超えるなどの一定の要件を満たす場合に派遣先事業主に派遣労働者の直接雇用の申込義務を課し（労働者派遣法第40条の4）、②この義務の履行につき厚生労働大臣による行政勧告ないしその前段階としての行政指導がなされ得ること（同法第49条の2第1項、同法第48条第1項）、③同義務が発生しない場合であっても、一定の場合に厚生労働大臣による雇入れの行政勧告ないしその前段階としての行政指導がなされ得ること（同法第49条の2第2項、同法第48条第1項）、④派遣先事業主がこれら②及び③の行政勧告に従わない場合には、その旨の公表がなされ得ること（同法第49条の2第3項）を規定している」ことを、まずは確認する。

そして、この直接雇用申込義務の一般的な位置づけとして、「派遣可能期間を超える労働者派遣に関する上記①の直接雇用の申込義務の規定は、派遣先事業主に対して公法上の義務を課し、行政上の監督を及ぼすものにとどまり、私法上の義務を課すものではないから、同規定の要件を充足して直接雇用の申込義務が生じたからといって」、前述の一般的な法理で述べたところの、「近い将来において派遣労働者との間に雇用関係が成立する可能性」が、直ちに現実的かつ具体的にになるものではないとする。

## ② 行政指導の位置づけ

他方で、「労働行政機関が上記②又は③の規定に従って、派遣先事業主に対して、当該労働者派遣の実態にかんがみ、当該派遣労働者の雇入れ（直接雇用）の行政勧告ないしその前段階としての行政指導を行うに至ったという場合には、派遣先事業主は、その行政勧告又は行政指導に従って当該派遣労働者の雇入れに応じることが法律上強く求められ、そのため、客観的にみても、派遣元事業主が同雇入れに応じる可能性が現実的かつ具体的にになるに至っている状況にある」とする。

そして、「上記②又は③の規定に従って派遣先事業主に対して当該派遣労働者の雇入れを求める行政勧告ないしその前段階としての行政指導がなされた場合においては・・・（前述の）一般的な法理のうち、雇用主以外の場合に関する法理に従い、当該派遣先事業主は、当該派遣労働者との間で近い将来において雇用関係の成立する可能性が現実的かつ具体的に存する者として労組法第7条の使用者となり得る」とする。

なお、第一章で検討したように、直接雇用の申込義務に関連して、2012（平成24）年の法改正によって、一定の要件のもとで、派遣先が派遣労働者に対して直接雇用での労働契約を申し込んだとみなす規定が導入され、現在、2015年10月の施行を待つ状況である。中労委はこの点にも言及しており、「24年改正後の労働者派遣法においては、一定の違法派遣の場合の派遣先事業主の直接雇用申込みのみなし規定が新設されており、同法が施行された後において、同改正により直接雇用の申込みがなされたとみなされる場合は、派遣先事業主は直接雇用後の労働条件につき上記の使用者性を肯定されることとなる」と付言している。

## 2. ショーワ事件の意義

このショーワ事件・中労委命令には、次のような意義がある。

すなわち第一に、同事件では、労組法上の使用者性判断をめぐり、近似アプローチと隣接アプローチに言及して、それらが労組法7条の使用者性を判断するための一般的な枠組みであることを明示した点である。たしかに、両アプローチの基本的な考え方については、朝日放送事件・最高裁判決（近似アプローチ）、および、クボタ事件（隣接アプローチ）といった裁判例で既に示されてきたものであったが、基本的には講学上の概念にとどまっていた。これに対して本命令では、これらが、労組法7条の使用者性判断の一般論であることを明言している。とりわけ、朝日放送事件・最高裁判決で示された近似アプローチの射程をめぐっては、これまで学説で争いの多かつたところであるが、本命令は、これを、本件事案のような外部労働者を受け入れて就労させているという派遣的就労のケースだけではなく、事案の類型を超えて、使用者性を判断するための一般論であることを示した意義は大きい。

第二に、本命令は、上の一般的な判断枠組みを具体的に派遣労働関係において当てはめようとして、より下位の枠組みとなる、派遣先の労組法上の使用者性をめぐり一般的な判断枠組みを示した点でも重要な意義がある。そこでは、①派遣法の制定時、およびその後の改正時の国会答弁をふまえて、派遣法の立法趣旨として、適法な労働者派遣であれば派遣先の使用者性は原則的には否定しつつ、②他方で、同じく立法当時の議論から、例外的に派遣先の使用者性が認められる余地を残している。具体的には、②(a)派遣法の枠組みや労働者派遣契約の基本事項を逸脱したケース、②(b)また、適法な労働者派遣の場合であっても、派遣法の規定等から一定の使用者性を認める余地があるとの一般論が展開されている。

第三に、隣接アプローチに関連して、これまでの裁判例等からは明確でなく、学説での議論も十分でなかった、隣接アプローチと、派遣法上の直接雇用の申込義務との関係をめぐり一般論が示された点も重要である。ここでは、仮に申込義務の発生要件を満たす場合にも、現行制度における同義務の公法的な性格から、原則的には派遣先の使用者性が否定されるとしつつ、例外的に、行政機関（都道府県労働局）による指導がある場合には、直接雇用される可能性が現実的かつ具体的になったものとして使用者性を肯定する余地があるとされている。

第四に、本命令が明示的に検討しているわけではないが、中労委が、上の両アプローチを「労組法7条」の使用者性の一般的な判断枠組みであるとしており、「労組法7条2号」の事案であることについて特別に考慮することなく、換言すれば、同条の使用者性を各号で区別することなしに統一的に判断している点も注目すべきである。実際、本件事案のなかでは、派遣先による派遣労働者の交代要請があった点について、労組法7条1号（不利益取扱いの禁止）違反も争われていたが、中労委は使用者性の判断枠組みについて特に2号事件と区別はしていない。

### 3. その後の中労委命令と問題点

このように、ショーワ事件・中労委命令は、それまでの一部の県労委命令において派遣先の使用者性を積極的に認めてきた立場を明確に否定し、同種事案における一般的な判断枠組みを示している点できわめて重要な意義を有する。そして、その後の中労委命令からは、このショーワ事件の考え方を基本としながらも、より厳格な姿勢が見てとれる。

まず、**阪急交通社事件**において<sup>187</sup>、中労委は、ショーワ事件を踏襲しつつも、近似と隣接という両アプローチは、雇用主と「同視できる限りにおいて」の使用者性の判断枠組みであることを

<sup>187</sup> 東京地判平成25年12月5日労経速2201号3頁、中労委平成24年11月7日重要命令集1437号1頁、東京都労委平成23年9月20日重要命令集1418号1頁。

明示し、以後の中労委命令はすべてこの立場で一貫している。ショーワ事件でも明示的な言及はないものの同旨の立場だと考えられるが、阪急交通社事件以降の中労委命令では、たとえば朝日放送事件・最高裁判決の文言により忠実に、あくまで、雇用主と「同視できる限りにおいて」使用者性を肯定すべきことが明言されている。

次に、より重要な点として、続く中国地方整備局・九州地方整備局（スクラムユニオン・広島）事件<sup>188</sup>において、中労委は、近似アプローチから派遣先の使用者性を判断する際に、直用化や直用化以外の雇用確保（他の就業機会の確保）をめぐる団体交渉の場合には、特に要件を加重する立場を示している。それによると、上のような団交事項は、「組合員らの雇用そのもの、すなわち、採用、配置、雇用の終了（打切り）等の一連の雇用の管理に関する決定に関わるもの」であるとして、これらの事項について派遣先の労組法第7条の使用者性を肯定するためには、派遣先が「就労の諸条件に止まらず、上記の一連の雇用の管理に関する決定について、雇用主と同視できる程度に現実的かつ具体的な支配力」を有することを求めている。そして、その後の上記各中労委の命令でも、このような立場は堅持されている。

また、隣接アプローチの点でも、中労委は派遣先の使用者性を認めることについて、消極的な立場を示している。まず、派遣法上の申込義務の位置づけをめぐる問題のうち、中労委は、上で述べた全ての事案において、期間制限への抵触等に関しての派遣元による通知（抵触日の通知）を欠くことに着目をして、一貫して申込義務の発生を否定するとともに、仮に、この要件の充足をおくとしても、同義務が結局のところ公法上の義務であることを強調することで、隣接アプローチから派遣先の労組法上の使用者性を基礎付けることを、原則的に否定している。このことは、同義務の個別法上の位置づけをめぐるこれまでの裁判例や、集団法の領域でも、最近の川崎重工業事件・神戸地裁判決にみられるように<sup>189</sup>、裁判例の基本的な立場と一致するといえる。

また、申込義務違反の場合も含めて、所轄労働局による行政指導があった場合の位置づけについても、中労委は、派遣先の使用者性が肯定される場合について限定的に解している。すなわち、ショーワ事件においては、具体的な行政指導がなされていない状況下で、一般論として行政指導について特別な意義を認めていたのに比べると、その後の、中国地方整備局・九州地方整備局（スクラムユニオン・広島）事件<sup>190</sup>、東海市事件<sup>191</sup>、パナソニックホームアプライアンス（パ

<sup>188</sup> 中労委平成24年11月21日重要命令集1437号21頁、広島県労委平成23年6月24日労判1029号94頁 [ダ]。

<sup>189</sup> 神戸地判平成25年5月14日労判1076号5頁、兵庫県労委平成23年6月9日。

<sup>190</sup> 「労働者（組合員ら）の雇用の安定を図るための措置を講じることが挙げられているのみであり、国が組合員らを直接雇用（任用）することを特に要請しているわけではなく、むしろ、違反条項の摘示において派遣先事業主の直接雇用に係る労働者派遣法第40条の3、同条の4及び同条の5を除く旨が明記されている」。これらの行政指導は、「業務委託関係を契約形式どおりに適正に運用することを求めるに止まるものであり、当該労働者の直接雇用（任用）を求めるまでのものではなかった」。

<sup>191</sup> 「派遣法に違反するとして、労働者の雇用の安定を阻害しないように違反の是正を求めるものであり、X2組合員の直接雇用を特に要請しているものとはいえない。また、当該是正指導書の交付に先だつてのX2組合員の直接雇用に係る労働局担当者の口頭による推奨は、X2組合員の直接雇用を、派遣法違反の状態の解決策の一つとして提示したにとどまるものと解される。・・・X2組合員と市との間に新たな雇用契約が締結される可能性が新規採用の場合に比べ格段に高まっていたとみることはできず、組合の主張するように近い将来において市と同人との間に雇用関係が成立する可能性が現実的かつ具体的に存していた、とはいえない」。

### 第三章 集団的労働法上の問題

ナソニック草津工場)事件<sup>192</sup>、日本電気硝子(ニューマンパワーサービス)事件では<sup>193</sup>、いずれも、問題となる行政指導の内容として、直接雇用を「特に要請」している場合に限定している。換言すれば、所轄の労働局による行政指導のうち、単に直接雇用を推奨するにとどまっている場合には、派遣労働者の雇入れを求める行政勧告ないし行政指導がなされたとは認められないとの立場が示されている。その結果、これまでのところ、所轄労働局による行政指導があったことを根拠として、派遣先との間で労働契約が成立する現実的かつ具体的な可能性があると評価された事例は見当たらない。

さらに、直接雇用の申込義務の位置づけに関連して、中労委は、中国地方整備局・九州地方整備局(スクラムユニオン・広島)事件において、先例であるショーワ事件とは異なるいわゆる「偽装請負」のケースで、申込義務に関する規制の適用自体を否定するかのような判断をし、その後の東海市事件、日本電気硝子事件、近畿地方整備局事件でも、この立場を踏襲している。それによると、派遣法上、「派遣先」と「労働者派遣の役務提供を受ける者」とは区別されており、直接雇用の申込義務を負うのは、派遣法でいう「派遣先」なのであって、いわゆる偽装請負の場合のように「労働者派遣の役務提供を受ける者」については、そもそも申込義務自体が生じないとする立場が示唆されている。

この点、中労委が、「派遣先」と「労働者派遣の役務の提供を受ける」者とを区別して、きわめて形式的な判断をしている点には異論がある。たしかに、派遣法40条の2で派遣労働者の受入期間が制限される名宛人は「派遣先」である。また、労働者派遣契約における派遣対象業務の制限や期間制限などは、「労働者派遣の役務の提供を受ける」者が対象であるが、これも「派遣元事業主から」役務提供を受ける場合であって(26条5項等)、偽装請負の場合などは含まれないとみる余地もある。そして、労働者派遣契約に関する派遣先の措置義務(派遣法39条)についての準用規定でも、期間制限等は対象外とされている(派遣法43条)。

他方で、労働者派遣と請負との区分基準を示す厚生労働省の「労働者派遣事業と請負により行われる事業との区分に関する基準」からも明らかなように<sup>194</sup>、たとえ形式要件を満たさない者であっても、派遣元が「労働者派遣元事業主」に該当することはあり得る。ここでは、いわゆる偽装請負のケースも含めて、実質的に労働者派遣に該当する場合には当然に期間制限の対象となることが想定されている。そうすると、これに対応する派遣法上の「派遣先」と「労働者派遣の役務の提供を受ける者」という区別についても、後者は、①業としない労働者派遣や、②派遣元事業主以外からの(許可等を得ない違法な)派遣のケースを想定したものであって、「派遣先」概念をあえて限定するというよりは、より広く規制対象とするための用法であると解すべきである。実際、派遣法上の各種罰則の対象も「労働者派遣の役務の提供を受ける者」と広く設定され

<sup>192</sup> 「既に両組合員の会社での就労が終了し、派遣元事業主であるA社との雇用関係も終了した後に行われたもので、その内容は直接雇用を推奨するものにすぎず、会社に対し、会社での就労が終了した両組合員を直接雇用することを特に要請するものではなかった」。

<sup>193</sup> 原告X1らの派遣就労期間中には「会社らが労働行政機関からX1組合員らの雇入れ(直接雇用)を求める行政勧告ないし行政指導が行われたことは何らうかがわれない」。また、その後になされた行政指導について、所轄労働局長が「会社らに対して行った行政指導は、X1組合員らがY事業場での就労を既に終了し、訴外A社との間の雇用関係も終了した後に行われたもので、是正指導書の「法条項」では、労働者派遣法第40条の3ないし5が明示的に除かれているなど、会社らに対してX組合員らの雇入れ(直接雇用)を要請するものではなかった」。

<sup>194</sup> 昭和61年労告37号、平成24年厚労告518号。

るとともに、労働者派遣契約解除に際して講ずべき措置（29条の2<sup>195</sup>）の名宛人は、「役務の提供を受ける者」となっているなど、「派遣先」という用法をあえて限定して用いる意図はみられない。さらに、現在の中労委の立場は、結局のところ、直接雇用の申込義務を重視しておらず、むしろ、同義務違反の場合も含めて、所轄労働局等から直接雇用を「特に要請」する是正指導がある場合にはじめて、派遣先との間で労働契約関係が生じる「現実的かつ具体的な可能性」を認めるものである。

要するに、①派遣法での「派遣先」と「労働者派遣の役務の提供を受ける者」という区別は、「派遣先」概念を限定するというよりは、より広く規制対象とするための用法であると解されること、②いわゆる偽装請負のケースでも、少なくとも行政指導・勧告の対象であること（派遣法48条）、③そして、たとえば派遣先が何らかのかたちで直用化を期待させた場合など、派遣法上の申込義務とは別の観点からも派遣先との間で労働契約関係が生じる「現実的かつ具体的な可能性」が生じうることをふまえれば、隣接アプローチの射程に関して両者の区別に固執する必要はない。結局、申込義務をひとつの手がかりとしつつも、個別事案における労働契約関係が成立する「現実的かつ具体的な可能性」の有無を検討すれば足りるし、その必要があると考えられる。

#### 4. 裁判例の状況

他方、裁判例の状況を見ると、これまでのところ、裁判例で両アプローチを一般的な枠組みとして明示するのは、川崎重工業事件の1件にとどまる<sup>196</sup>。そして同事件は、特に近似アプローチの判断に際して、直用化のような採用事項についてはそもそも射程外であるかのような判断をしており、これまでの命令例や裁判例の立場とは異なるものであるとともに、内容面で問題も多い。すなわち同事件では、一方で、朝日放送事件・最高裁判決で示された「基本的労働条件等」のなかに採用事項は含まれないとしつつ、他方で、「直接雇用に関して、雇用主である・・・と同視できる程度に現実的かつ具体的な支配、決定」ができたか否かを検討している点で、そもそも矛盾した内容となっているなど、先例とはなり得ないものと思われる。

もっとも、裁判例の立場を概観すれば、朝日放送事件・最高裁判決で示され、それ以後の裁判例で定着している近似アプローチはもちろん、隣接アプローチについても、使用者概念の判断枠組みとして承認されていると見てよい。

たとえば、有期雇用の反復継続後の雇止めが問題となった東京都（専務的非常勤職員設置要綱）事件において<sup>197</sup>、最高裁は、「労組法7条にいう「使用者」は、労働契約関係ないしはそれに隣接又は近似する関係を基盤として成立する団体労使関係上の一方当事者で賃金を支払う者を意味」としたうえで、「その一方当事者と特定の労働者との間の労働契約が法律上終了することが予定されているとしても、直ちに再び当該労働者との間に従前と同様な労働契約関係が成立する現実的かつ具体的な可能性が存する場合には、上記一方当事者は、当該労働者との関係で

<sup>195</sup> 「労働者派遣の役務の提供を受ける者は、その者の都合による労働者派遣契約の解除に当たっては、当該労働者派遣に係る派遣労働者の新たな就業の機会の確保、労働者派遣をする事業主による当該派遣労働者に対する休業手当等の支払に要する費用を確保するための当該費用の負担その他の当該派遣労働者の雇用の安定を図るために必要な措置を講じなければならない。」

<sup>196</sup> 神戸地判平成25年5月14日労判1076号5頁、兵庫県労委平成23年6月9日。

<sup>197</sup> 最二小決平成26年2月7日（不受理）、東京高判平成25年4月24日、東京地判平成24年12月17日、中労委平成23年10月5日、東京都労委平成22年4月20日重要命令集1420号130頁。

### 第三章 集団的労働法上の問題

労組法7条にいう「使用者」に該当する」とする。その理由として、「このように解さないと、上記のような労働者は、事実上継続的な雇用が行われているにもかかわらず、そのような雇用実態にふさわしい処遇を求めて労働組合が団体交渉を行う余地がなくなることになり、憲法28条が労働者に団体交渉その他の団体行動をする権利を保障した趣旨が損なわれる」ことを指摘している。

このような判旨からすると、最高裁も、労組法上の使用者性の判断枠組みとして、「近似」と「隣接」の両アプローチを用いる立場を志向しているといえる。なお、上の一般論では、労組法上の使用者の要件として、賃金支払いまで求めているようにもみえる。仮にそうであれば、朝日放送事件・最高裁判決をはじめ、これまでの他の同種事例で示されてきた一般論とは大きく異なるものといえる。そして、使用者性の判断において賃金支払いを重視することは、特に、近似アプローチのもと、雇用主以外の第三者が含まれる三当事者以上の関係の中において、部分的な使用者性の有無を判断する枠組みとしては適切でないと思われる。この点については今後の裁判例の動向をみる必要があるが、これが、同事件で問題となった事案のように、①労組法上の使用者性と同時に、相手方の労働者性も問題となりうる二当事者の間で、②隣接アプローチでの判断に限ったうえで、③かつ、使用者性を肯定する十分条件として、賃金支払いがあることを重視する、というのであれば特に問題はないものと思われる。

また、前述のように、同事件は二当事者間における雇止めの事案であって、派遣労働関係における派遣労働者と派遣先のように、過去に直接の契約関係がない当事者間で隣接アプローチから使用者性の有無が問題となった事案ではない。しかし、この点については、下級審ではあるものの、すでに前述のクボタ事件で、三者間のなかでも隣接アプローチからの判断がなされ<sup>198</sup>、結論としても派遣先の使用者性が肯定されており、今後、裁判例のなかでも両アプローチでの判断が定着していくものと予想される。

#### 第4節 今後の課題

派遣労働者を含めた外部労働力の包摂に関連した集団法上の問題として、本章では、労組法上の使用者概念について、特に、派遣労働関係における派遣先、および、いわゆる「偽装請負」のように、労働者派遣法の枠組みには必ずしも則さない派遣就労のケースにおける発注者を念頭に、どのような場合であれば、これら労働力を実際に利用する企業が団体交渉への応諾を義務づけられるのかを中心として、一般的な議論との関わりを検討した。

労組法上の使用者性をめぐる議論のなかには、同時に、その相手方である労働者性の問題と評価できるものも多く、最近の裁判例で争われている労働者性判断をめぐる議論の深化は、使用者性を判断する際にも参考となるものといえる。他方、労組法上の当事者について、三者以上の複雑な関係のなかで問題となっているケースは、使用者性判断に固有の問題として論じることにも馴染むものである。この点、学説では古くから支配力説や対抗関係説と呼ばれる立場と、労働契約を中核に据える労働契約基準説と呼ばれる立場とで対立が見られる。しかし、最近の裁判実務および中労委の実務は、明確に後者を支持するものと評価でき、学界での議論はともかくとして、

<sup>198</sup> 東京高判平成23年12月21日、東京地判平成23年3月17日労経速2105号13頁、中労委平成21年9月2日労経速2053号19頁、大阪府労委平成20年10月27日労判969号94頁 [ダ]。

実務的な方向性は固まりつつあると言ってよい。

とはいえ、いずれの立場によるにしても、代表的な類型ごとに、個々の具体的な判断枠組みを示していくことが必要であることについて、大きな異論はないであろう。この点、労働契約関係ないしはそれに「近似」、「隣接」する場合に労組法上の使用者性を認めていくという考え方は、派遣労働関係における労組法上の問題を検討するうえでも参考となる。

まず、派遣期間中の派遣労働条件をめぐって、派遣法では特別に苦情処理制度が設けられているが、このことは、少なくとも使用者性の存否というレベルでは解釈に影響しないと考えられる。派遣労働条件に関しては、朝日放送事件・最高裁判決の枠組にもとづいて、労働契約関係と「近似」するものと評価できるかどうかが争点となる。実際の裁判例や労働委員会の実務でもこうした考え方が支持されており、たとえば**阪急交通社事件**・東京地裁判決では<sup>199</sup>、労働時間管理のあり方をめぐって派遣労働者が加入する労働組合が団体交渉を求めたケースで、近似アプローチのもとで、派遣先の労組法上の部分的な使用者性が肯定されている。

次に、派遣期間の満了後、または、派遣期間内であっても中途解約等にともない、労働者が派遣先に直用化を求めて団体交渉を求めるケース、あるいは、直用化までは求めないものの、何らかの雇用安定措置や補償金の支払い等を求めるケースについて、派遣先の使用者性や団交応諾義務を一刀両断に否定するべきではない。これらの事項をめぐっては、労働契約関係との「近似」と「隣接」の両アプローチからの検討が必要となってくる。

このうち、「近似」の判断枠組としては、朝日放送事件・最高裁判決が中核となると考えられるが、雇用上の地位の得喪までも左右するほどの「現実的かつ具体的な支配、決定」が求められる点では、前述した、派遣労働条件の一部をめぐる交渉相手方としての使用者性が問題となる場合と比較して、相対的に厳格な判断が必要である。この点、最近の中労委命令では、これらの事項が、組合員らの雇用そのもの、すなわち、採用、配置、雇用の終了（打切り）等の一連の雇用管理に関する決定に関わるものであることを重視する。そして、これらの事項について派遣先の労組法7条の使用者性を肯定するためには、派遣先が「就労の諸条件に止まらず、上記の一連の雇用の管理に関する決定について、雇用主と同視できる程度に現実的かつ具体的な支配力」を有することを求めているが、この立場は支持されるべきである。その結果、これらの事項をめぐる団体交渉に関して、労働契約関係との「近似」アプローチから派遣先に応諾を義務づけることについては、労働者派遣が適法に行われているかぎり、原則として否定されることになろう（ショーワ事件以降の中労委命令も同旨）。また、たとえば「偽装請負」のように違法な派遣的就労の場合であっても、それだけで派遣先（ユーザー企業）の使用者性が肯定されるわけではなく、やはり上の観点からの包括的な支配・決定の有無が検討されるべきである。

具体的な判断は個々の事案によらざるを得ないが、ここでも、本稿第二章で提示した、労働者派遣のタイプに応じて判断していくことが有用であると考えられる。すなわち、派遣元での雇用喪失を契機とした派遣先に対する団体交渉は、派遣先での直用化を求める場合にしても、あるいは直用化そのものではなく派遣継続や何らかの経済的措置を求める場合にしても、いずれも、雇用の得喪に関わるものと評価できるのであれば、「就労の諸条件に止まらず、上記の一連の雇用の管理に関する決定について、雇用主と同視できる程度に現実的かつ具体的な支配力」が求められる。そして、その具体的な判断においては、第二章で検討した、真正な常用型派遣の場合（労働契約に期間の定めがなく、複数の派遣先での就労が想定されるものとして、当該労働契約の範

<sup>199</sup> 東京地判平成25年12月5日労経速2201号3頁。

疇で派遣元での雇用保障を期待し得るタイプ)、②真正な登録型派遣の場合(労働契約としてはある特定の派遣先での就労に限定されているが、当該契約の終了後には、登録段階に戻り、さらに別の派遣先での派遣就労を期待し得るタイプ)、③派遣先限定の登録型派遣の場合(②とは異なり、登録段階からすでにある特定の派遣先での就労のみを予定しているタイプ)とでは、それぞれ典型的に派遣先の影響力は大きく異なると考えられ、これに則して判断することが有用である。そして、特に、これまでの裁判例や命令例で多く登場している③のタイプであれば、上の近似アプローチのもとでも、なお、派遣先の労組法上の使用者性が肯定される余地を慎重に検討すべきものと思われる。

一方、労働契約関係との「隣接」の問題としては、クボタ事件などが参考となるが、派遣労働者はあくまでも外部の労働力である以上、ここでも、労働者派遣が適法に行われているケースでは、派遣先での直用化が確実であるという例外的な事情がある場合を別にすると、派遣先の使用可能性が問題となることはないと考えられる。その一方で、たとえば派遣上限期間との抵触などにより、派遣労働者が派遣先にとって単なる外部労働力とは評価しえない事情がみられるケースとなれば、「隣接」アプローチから派遣先の使用可能性が問題となる余地も否定できない。この点、中労委は、派遣法の直接雇用の申込義務を手がかりとしつつ、同義務が現時点では公法上の義務であること、そして紛争となった事案で派遣元による抵触日の通知を欠き、申込義務が発生する要件を満たさないことから結論的に使用可能性を否定しているが、この立場についても基本的には支持できる。

ただし、中国地方整備局・九州地方整備局(スクラムユニオン・広島)事件以降の中労委命令において、「派遣先」と「労働者派遣の役務の提供を受ける」者とを区別して、きわめて形式的な判断をしている点には異論がある。現在の中労委の立場は、結局のところ、直接雇用の申込義務を重視しておらず、むしろ、同義務違反の場合も含めて、所轄労働局等から直接雇用を「特に要請」する是正指導がある場合にはじめて、派遣先との間で労働契約関係が生じる「現実的かつ具体的な可能性」を認めるものである。この点、①派遣法での「派遣先」と「労働者派遣の役務の提供を受ける者」という区別は、「派遣先」概念を限定するというよりは、より広く規制対象とするための用法であると解されること、②いわゆる偽装請負のケースでも、少なくとも行政指導・勧告の対象であること(派遣法48条)、③そして、たとえば派遣先が何らかのかたちで直用化を期待させた場合など、申込義務とは別の観点からも派遣先との間で労働契約関係が成立する「現実的かつ具体的な可能性」が生じうることをふまえれば、隣接アプローチの射程に関して両者の区別に固執する必要はなく、ただ、個別事案における「現実的かつ具体的な可能性」の有無を検討することが適切である。なお、これに関連して、2012年の派遣法改正により、一定の要件を充たす場合に、私法上も派遣先が直接雇用の申込みをしたとみなす規制が導入されたことをふまえると、同改正法の施行後(2015年10月)には、この「隣接」アプローチのもとで派遣先の使用可能性が争われるケースが多発すると予想される。

このようななかで、今後は、労組法上の使用者概念をめぐる一般的な議論と同時に、労働者派遣における派遣先の使用可能性の問題についても、さらに各論的な検討を進めていくことが必要となろう。その際には、特に近似アプローチに関わるものとして、派遣法をはじめとした個別法上の諸規制の規範内容を明らかにしていくことのほか、派遣法の根底にある常用代替防止目的と派遣労働者の保護という目的とが、どのような関係にあるのか、併せて再検討することも不可欠である。それと同時に、そもそも労組法上の「使用者」とはどのような概念であるのかについては、不当労働行為制度の目的論——近年急激に増加している実質個別紛争のなかで、正常な労使

関係の回復という目的を、どこまで重視するのかといった論点——にまで遡った検討も必要であるように思われる。

そして、近似アプローチであれ、隣接アプローチであれ、現在の派遣労働者の労働契約上の地位に応じて、①派遣先による、基本的労働条件等への現実的かつ具体的な支配、決定があるかどうか、およびその程度（近似アプローチ）、②あるいは、派遣先と直接の労働契約関係が成立する現実的かつ具体的な可能性——見方を変えれば、当該労働者が直用化に関して有する期待の合理性や程度（隣接アプローチ）——には違いが生じることをふまえれば、今後は、派遣的就労形態について一括りに位置づけるのではなく、派遣元との関係性から類型化して区別することが有意義といえる。すなわち、第二章で検討した、①真正な常用型派遣の場合、②真正な登録型派遣の場合、③派遣先限定の登録型派遣の場合とでは、それぞれ典型的に派遣先の影響力は大きく異なるのであり、個別法上の解釈問題としてはもちろんのこと、直用化等をめぐる団交拒否のケースで派遣先の包括的な支配・決定の有無を検討する際（近似アプローチ）、あるいは労働者が有する期待の合理性を検討する際にも（隣接アプローチ）、今後は、これら派遣元と派遣労働者との労働契約関係の特質をふまえた解釈論を展開していくことが必要であると考えられる。

## 〈執筆略歴〉

本庄 淳志（ほんじょう あつし）

静岡大学 人文社会科学部法学科 准教授

2009年神戸大学大学院法学研究科博士後期課程修了。博士(法学)。

2009年大阪経済法科大学法学部非常勤講師。

2010年大阪経済法科大学法学部講師。

2011年より現職。

主な著書・論文

「労働市場における労働者派遣法の現代的役割－契約自由と法規制との相克をめぐる日本・オランダ・ドイツの比較法的分析－」

神戸法学雑誌59巻3号（2009年）

大内伸哉（編）『有期労働契約の法理と政策－法と経済・比較法の知見をいかして』（弘文堂、2014年）

土田道夫（編）『債権法改正と労働法』（商事法務、2012年）

など。

---

雇用形態の多様化時代における  
企業外部労働力の包摂に関する研究

2014年10月

発行 ■ 一般財団法人全国勤労者福祉・共済振興協会  
〒151-0053 東京都渋谷区代々木2-11-17  
ラウンドクロス新宿5階  
TEL: 03 - 5333 - 5126  
FAX: 03 - 5351 - 0421

印刷 ■ 太平印刷株式会社

---

# 全労済協会「公募研究シリーズ」既刊報告誌

(所属・役職は発行当時です。)

## ③⑥ 『「おしゃべりパーティ」によるコミュニティの再建』 2014年9月

研究代表者：就実大学経営学部講師 加賀美 太記

- 日本型生協の特徴であった「班」活動が、社会環境の変化から後退していく中で、班に変わる新しいコミュニティの可能性として注目されているのが、「おしゃべりパーティ」である。本研究はパーティ実施生協の訪問調査や組合員へのアンケート調査などに基づき、パーティの課題と展望を明らかにする。

## ③⑤ 『再生可能エネルギーと地域社会における絆づくりに関する比較研究』 2014年3月

法政大学人間環境学部教授 西城戸 誠

- 東日本大震災以降、エネルギー確保の重要性や需給の逼迫などに急速に関心が寄せられている。本研究では、「市民出資型再生可能エネルギー事業」が地域に対してどのような波及効果を及ぼしているのか、地域主導型の内発性を重視した「コミュニティー・パワー」の事業展開に着目した。多様な国内事例を取り上げ、事業をとりまく課題や方策を提言する。

## ③④ 『2011年東日本大震災下の中小企業再生と雇用問題

～広い社会的支援と阪神淡路大震災との比較の視点から～』 2014年1月

研究代表者：岩手大学人文社会科学部教授 田口 典男

- 東日本大震災の被災地の復興には、壊滅的な被害を受けた地元中小企業の再生と雇用問題が最優先の課題である。本研究では、復旧過程で浮かび上がった産業構造上の問題、今後の復興を担う地域の若者の就労の課題、企業再建のための幅広い支援活動等を調査した。また、阪神淡路大震災の復興取り組みとの比較により、本震災の特徴と課題を提言する。

## ③③ 『住民自治を基盤とする地域医療システムと自治体病院の再編

～北海道釧路市の救急医療システムの改革と市立釧路総合病院の経営再建～』 2013年11月

北海道医療大学看護福祉学部専任講師 櫻井 潤

- 近年、医療をめぐる問題として、夜間救急における医師不足や病床不足による受入不能の問題等がたびたび報道され、誰もが当事者になりうる状況にある。本研究では、釧路市の救急医療システム改革と市立釧路総合病院の再建に向けた取り組みを検証し、地元組織の主導性と住民自治に基づく公民協働が鍵となる持続可能性な地域医療システムについて提言する。

## ③② 『地域防災における相互扶助のあり方に関する研究』 2013年10月

徳島大学環境防災研究センター特任准教授 照本 清峰

- 今後発生することが予測されている東海・東南海・南海大地震では、家屋建造物の損壊により多くの被害が生じるとともに、津波の来襲によって甚大な被害にあうとされている。本研究では、津波被災地域における防災まちづくり活動と学校の防災教育活動の連携による相互扶助モデルの構築がどのような役割を果たすのか、地域防災力を高めるための計画・方法を示す。

③① 『放射能公害に伴う避難生活における紐帯の維持・再生に関する研究』

～福島県飯館村住民を事例として～』 2013年9月

日本大学生物資源科学部研究員 浦上 健司、日本大学生物資源科学部教授 糸長 浩司

- 未曾有の災害となった2011年3月11日の東日本大震災。その中でも人的な事故となった原子力発電所の水素爆発による事故は、福島県飯館村を含む近隣住民の生活を一変させた。本研究では、放射能降下によって避難を余儀なくされた飯館村住民の、避難時から現在までの行動とその思いを調査し、非常時の紐帯の維持・再生に関して、さらには国の対応・政策について提言する。

③② 『協力して生産性を上げる職場作りのためのアクションチェックリストの開発』 2013年6月

北里大学医学部公衆衛生学准教授 和田 耕治

- 近年、職場における労働者のメンタルヘルスは、企業にとっても労働者自身にとっても大きな課題となっている。有効的な対策としては平時から職場の雰囲気・体制の確保を重視したポピュレーションアプローチが重要である。本研究により作成されたアクションチェックリストを使用することによる職場改善策、さらにはメンタルヘルス疾患の一次予防について展望する。

②⑨ 『退職後勤労者の家族および近隣との「つながり」と高齢期の健康状態に関する調査研究』 2013年5月

東京医科歯科大学大学院医歯学総合研究科講師 清野 薫子

- 勤労者が退職して高齢期となり、在宅での医療や介護などのケアを必要とする際には、様々な人々に支えられ交流を持つことが、その予後や健康水準に大きな影響を及ぼす。本研究は高齢者の家族や近隣とのきずなやつながりの実態を調査し、医療・介護ニーズ、生活ニーズとの関連を明らかにすることにより、超高齢化時代の地域社会づくりを展望する。

②⑧ 『非自発的孤立・無縁ゼロ社会創成のためのセーフティネット設計』 2013年5月

大阪大学社会経済研究所・特任研究員 青木 恵子、東京大学大学院工学系研究科技術経営戦略学専攻・特任研究員 赤井 研樹

- 貧困や失業だけでなく、社会における人々の相互依存関係からも脱落する「社会的排除」が問題視されるようになって久しい。本研究では、ペアや集団による協働作業の実験等を通して孤立に至る要因を解明し、社会的なつながりについて金銭価値での計測を試みる。また、孤立・無縁を防ぐ試みの施策を検証し、社会的孤立状態からの脱却に向けて提言する。

②⑦ 『インターネット上の社会関係資本に基づく地域社会政策』 2013年1月

早稲田大学大学院経済学研究科博士後期課程 軍司 聖詞

- 絆のほころびが社会問題となっている現代、特に深刻であるのが地域社会で孤立しやすいとされている若者である。多くの若者は現実社会ではなく、インターネット上に絆を広げているという現状がある。本研究では、インターネット上に絆を広げる若年層の交流状況を分析し、若年層も巻き込んだ地域づくりを行うための地域社会政策を考察する。

②⑥ 『福祉NPOと地域自治組織の連携システムに関する調査研究』 2012年12月

大阪市立大学都市研究プラザ特別研究員 栗本 裕見、関西大学社会学部教授 橋本 理

- 行政が供給する「行政サービス」ではなく、行政とともに地域住民やNPO、企業を担い手とする「公共サービス」充実のための「地域自治組織」が注目されている。「地域自治組織」における自治体と住民組織の関係、地域組織間の関係の現状を調査を基に分析することにより、地域自治組織の課題と展望を明らかにする。

②⑤ 『地域通貨を活用したコミュニティ・ドックによる地域社会の活性化』 2012年10月

研究代表者：北海道大学大学院経済学研究科教授 西部 忠

**全劳济协会**