

Title	採用の自由とその制約 : 求められる慎重な議論
Author(s)	小嶋, 典明
Citation	阪大法学. 2009, 59(3,4), p. 125-153
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/55199">https://doi.org/10.18910/55199</a>
rights	
Note	

*Osaka University Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

# 採用の自由とその制約

——求められる慎重な議論——

小 嵐 典 明

- 一 はじめに
- 二 採用の自由と黙示の労働契約
- 三 労働関係法令による「採用の自由」の制約とその限界
  - 1 職業安定法および同法施行規則——労働者供給事業の禁止
  - 2 労働者派遣法に固有の制約規定
    - A 雇用契約の申込み義務
    - B 雇入れ勧告
- 四 失われる採用の自由——労働者派遣法の改正と直接雇用のみなし規定
- 一 はじめに

二〇〇九年八月三〇日に行われた第四五回衆議院議員総選挙では、民主党が三〇八議席を得て圧勝し、同年九月一六日には、それまでの自由民主党と公明党による自公連立政権に代わり、新たに民主党、社会民主党（社民党）

および国民新党の三党からなる連立政権が誕生することになった。

これら三党の間には、外交・防衛政策をめぐって、いまだにその考え方に基本的な差異が残るとはいうものの、こと雇用政策に関してはその立場に大きな違いはみられず、九月九日の「連立政権樹立に当たったの政策合意」においても、三党が総選挙を目前に控えた八月一日に合意した「共通政策」の合意事項が一言一句違わずそのまま採用されるに至っている。「政策合意」の第六項にいう「雇用対策の強化―労働者派遣法の抜本改正―」がそれであり、副題にある労働者派遣法の抜本改正については、次のように述べるものとなっている。

○「日雇い派遣」「スポット派遣」の禁止のみならず、「登録型派遣」は原則禁止して安定した雇用とする。製造業派遣も原則的に禁止する。違法派遣の場合の「直接雇用みなし制度」の創設、マージン率の情報公開など、「派遣業法」から「派遣労働者保護法」にあらためる。

このように労働者派遣法の改正項目は多岐にわたるとはいえ、注目度の高い登録型派遣や製造派遣の原則禁止についても、そのすべてが違法派遣を対象として新たに創設される「直接雇用みなし制度」とリンクしていることに注意する必要がある。派遣先に対する影響という点においても、これまでの雇用政策⇨労働法制からの転換という点においても、この直接雇用のみなし制度ほど大きなインパクトを与えるものはない。

労働契約の締結に関する明示または黙示の合意がなくても、――違法派遣というだけで――派遣先はその締結を強制される。その結果、これまでは判例においても明確に尊重されてきた採用の自由が大きく損なわれることは、これを否定できないからである。

黙示の労働契約の成立をめぐる従来の判例法理や、労働者派遣法に定める雇用契約の申込み義務、雇入れ勧告の

規定に関するこれまでの行政解釈に照らしても、三党の考える「直接雇用みなし制度」の創設が実務に与える影響はあまりにも大きい。

では、これらの判例法理や行政解釈は、具体的にはどのようなものであったのか。以下では、この点を明らかにすることからまず議論を始めたい。

## 二 採用の自由と黙示の労働契約

使用者には採用の自由がある。誰と労働契約<sup>(1)</sup>を締結してもよいし締結しなくてもよい。労働契約も契約である以上、こうした契約の自由（契約締結の自由、相手方選択の自由）は最大限尊重されなければならない。わが国の法令も、この契約の自由に国家が介入しないことをこれまでは原則としてきた<sup>(2)</sup>。

たとえば、このことに関連して、最高裁は三菱樹脂事件の大法廷判決（最大判昭和四八・一一・一二民集二七巻一一号一五三六頁）において次のようにいう。

「憲法は、思想、信条の自由や法の下の平等を保障すると同時に、他方、一二条、二九条等において、財産権の行使、営業その他広く経済活動の自由をも基本的人權として保障している。それゆえ、企業者は、かような経済活動の一環としてする契約締結の自由を有し、自己の営業のために労働者を雇傭するにあたり、いかなる者を雇入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて、法律その他による特別の制限がない限り、原則として自由にこれを決定することができるのであって、企業者が特定の思想、信条を有する者をそのゆえをもって雇い入れることを拒んでも、それを当然に違法とすることはできない」。

契約は、申込みの意思表示と承諾の意思表示が合致することによって成立するが、労働契約もまたその例外では

ない。労働契約法六条も「労働契約は、労働者が使用者に使用されて労働し、使用者がこれに対して賃金を支払うことについて、労働者及び使用者が合意することによって成立する」として、合意原則を宣明している。

したがって、そうした労働者と使用者の合意（意思表示の合致）が明示のものとしては存在しないにもかかわらず、黙示の労働契約が成立したとするためには、当事者間にこのような意思表示の合致（合意）があったと認められる特段の事情が存在することを必要とする。さもなければ、法人格否認の法理（形骸化の法理）が少なくとも適用ないし準用されるような場合であることが必要となる。使用者の採用の自由⇨契約締結の自由を前提として考える限り、そう解さざるを得ない。

この理は、派遣労働者と派遣先との関係においても等しく妥当することであって、たとえば、近時の裁判例には次のように述べるもの（伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件⇨高松高判平成一八・五・一八労判九二一号三三頁）がある。

「労働者派遣の法律関係は、派遣元が派遣労働者と結んだ雇用契約に基づく雇用関係を維持したままで、派遣労働者の同意・承諾の下に派遣先の指揮命令下で労務給付をさせるものであり、派遣労働者は派遣先とは雇用関係を持たないものである（派遣法二条一号）」。したがって、派遣元と派遣労働者との間で雇用契約が存在する以上は、派遣労働者と派遣先との間で雇用契約締結の意思表示が合致したと認められる特段の事情が存在する場合や、派遣元と派遣先との間に法人格否認の法理が適用ないしは準用される場合を除いては、派遣労働者と派遣先との間には、黙示的にも労働契約が成立する余地はない」。

具体的には、「派遣労働者と派遣先との間に黙示の雇用契約が成立したといえるためには、単に両者の間に事実上の使用従属関係があるというだけでなく、諸般の事情に照らして、派遣労働者が派遣先の指揮命令のもとに派

遣先に労務を供給する意思を有し、これに関し、派遣先がその対価として派遣労働者に賃金を支払う意思が推認され、社会通念上、両者間で雇用契約を締結する意思表示の合致があったと評価できるに足りる特段の事情が存在することが必要である」。

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

判決はこのように述べるのである。<sup>(3)</sup> 黙示の労働契約の成立について、大方の者が納得し得る考え方がここには示されていることができよう。

たしかに、労働基準法の適用を受ける労働者とはどのような者をいうのかといった問題については、指揮監督下の労働等「使用従属性」の有無が決定的なメルクマールとなる。<sup>(4)</sup>

また、労働組合法七条にいう使用者として、どのような者が不当労働行為を負うのかといった問題についても、これに類似した判断基準が用いられることが多い。たとえば、朝日放送事件（最三小判平成七・二・二八労働六六八号一頁）において、最高裁が次のように述べるのはその典型といつてよい。

「労働組合法七条にいう『使用者』の意義について検討するに、一般に使用者とは労働契約上の雇用主をいうものであるが、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、雇用主以外の事業主であっても、雇用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、その限りにおいて、右事業主は同条の『使用者』に当たると解するのが相当である」。

しかし、右の判旨からも明らかなように、このように基本的な労働条件等について現実的かつ具体的な支配・決定権を有するからといって、こうした事情がその者を雇用主とするわけではない。つまり、使用者性や労働者性の有無は、雇用関係の存否とは次元を異にする問題であることに注意する必要がある。

たとえば、このことに関連して、黙示の労働契約の成否について論じたリーディングケースともされる、ある裁判例（サガテレビ事件Ⅱ福岡高判昭和五八・六・七判時一〇八四号一二六頁）は次のように述べる。

「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じ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」<sup>(5)</sup>。

これに対して、黙示の労働契約の成立を容易に認める見解は、そうした労働関係法令の適用（使用従属関係の有無）の問題と、労働契約それ自体の成立の問題を無意識のうちに混同しているともいうことができる。<sup>(6)</sup>

ただ、前述した三菱樹脂事件の大法廷判決も「労働者を雇傭するにあたり、いかなる者を雇い入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて、法律その他による特別の制限がない限り、原則として自由にこれを決定することができる」とするものであり、使用者の採用の自由についても「法律その他による特別の制限」がある場合には、そうした法令による制約を受けることまでは、これを否定していない。

では、採用の自由を制約を課すそのような法令が実際に存在するかどうか。また、そうした法令が存在するとすれば、どのような条件が整った場合に、いかなる制約が使用者には課せられるのか。以下では、こうした点的を絞って、検討を行うこととしたい。

### 三 労働関係法令による「採用の自由」の制約とその限界

先に述べたように、わが国の法令は、契約締結の自由や相手方選択の自由（契約の自由）に国家が介入しないことを原則としており、労働関係法令もこれまではこの原則に忠実に遵ってきたといえる。

たとえば、男女雇用機会均等法五条は「事業主は、労働者の募集及び採用について、その性別にかかわらず均等な機会を与えなければならない」と定めているが、本条は文字どおり募集・採用時における均等な機会の付与を事業主に義務づけた規定であり、これをもとに特定の労働者の採用を強制することは、およそ不可能という以外はない。

また、障害者雇用促進法四三条は、同法に定める法定雇用者数以上の障害者の雇用を一般事業主に対して義務づけるものであるといえ、当該義務は、障害者の雇入れに関する計画の作成・提出や厚生労働大臣による計画の変更・実施勧告（四六条）および企業名の公表（四七条）のほか、障害者雇用納付金の納付義務（五三条）等を根拠



づけるものではあっても、それ以上のものではない。

さらに、高年齢者雇用安定法九条に定める継続雇用制度の導入を始めとする高年齢者雇用確保措置についても、同法一〇条に規定する厚生労働大臣の指導・助言・勧告規定と一体のものとして、公法上の義務を事業主に課すにとどまっております。同法が特定の労働者に対して、採用に係る私法上の権利を与えたものではないことは、これを論ずるまでもない。<sup>(7)</sup>

他方、労働基準法三条に定める国籍、信条または社会的身分を理由とする差別的取扱いの禁止や、労働組合法七条一号に規定する正当な組合活動への従事等を理由とする不利益取扱いの禁止についても、これらの規定は、あくまで雇入れ後の使用者の行為を禁止の対象としたものであって、採用⇨雇入れには適用されないとの考え方が判例上も確立している。<sup>(8)</sup>

このように、わが国の労働関係法令が、いかに使用者の「採用の自由」を尊重する姿勢をこれまで貫いてきたかは、これらの主要労働立法と判例・裁判例によるその解釈を一瞥するだけでも明らかというほかないが、こうした法令の姿勢は、職業安定法や労働者派遣法に代表される労働市場法の世界においても、ほぼ一貫していたということができる。

ただ、これらの労働関係法令に対する誤解が黙示の労働契約の成立に関するやや極端な理解と相まって、使用者の「採用の自由」をあたかも否定するような解釈を生み出してきた。また、こうした誤解は「雇入れ契約の申込み義務」や「雇入れ勧告」について定めた労働者派遣法固有の規定にも同様に見られ、このことが派遣先に対して派遣労働者の直接雇用を求める組織的な運動にもつながっている。以下にみるように、そういっても大過はない状況がみられるのである。

1 職業安定法および同法施行規則——労働者供給事業の禁止

職業安定法四四条は「何人も、次条に規定する場合を除くほか、労働者供給事業を行い、又はその労働者供給事業を行う者から供給される労働者を自らの指揮命令の下に労働させてはならない」と規定し、労働組合法上の労働組合や公務員法上の職員団体が厚生労働大臣の許可を受けて、無料の労働者供給事業を行う場合（四五条）を除き、労働者供給事業を全面的に禁止している。

また、職業安定法六四九号は「第四四条の規定に違反した者」は「これを一年以下の懲役又は百万円以下の罰金に処する」と定めており、労働者供給事業については、供給先も供給元と同様、刑事罰の対象とするところに、同法の特徴がある<sup>(9)</sup>。

しかし、一方で、職業安定法四六条六項は「この法律において『労働者供給』とは、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ことをいい、労働者派遣法第二条第一号に規定する労働者派遣に該当するものを含まないものとする」と定め、後段の要件に該当する「労働者派遣」は、そもそも「労働者供給」に含めないことを明らかにする。

つまり、「自己」の雇用する労働者を、当該雇用関係の下に、かつ、他人の指揮命令を受けて、当該他人のために労働に従事させる」ものは、「当該他人に対し当該労働者を当該他人に雇用させることを約してするもの」を除き、「労働者供給」には該当しない<sup>(10)</sup>。職業安定法四六条六項と、「労働者派遣」を定義した労働者派遣法二条一号の規定を併せ読めば、このようになる。

したがって、いわゆる偽装請負についても、請負会社との雇用関係が明確である限り、違法派遣とはなっても「労働者供給」になることはなく、これを事業として行ったとしても「労働者供給事業」を禁止した職業安定法四四

条に違反することはない。

たしかに、通達もいうように「供給元と労働者との間に雇用契約関係がある場合であっても、供給先に労働者を雇用させることを約して行われるものについては、労働者派遣には該当せず、労働者供給となる（法第二条第一号<sup>11</sup>）」。

とはいえ、通達がその一方で「派遣先に労働者を雇用させることを約して行われるもの」の判断については、契約書等において派遣元、派遣先間で労働者を派遣先に雇用させる旨の意思の合致が客観的に認められる場合はその旨判断するが、それ以外の場合は、次のような基準に従い判断するものとする」としている点にも、やはり留意する必要がある。<sup>12</sup>

① 労働者派遣が法の定める枠組に従って行われる場合は、原則として、派遣先に労働者を雇用させることを約して行われるものとは判断しないこと。

② 派遣元が企業としての人的物的な実体（独立性）を有しない個人又はグループであり派遣元自体も当該派遣元の労働者とともに派遣先の組織に組み込まれてその一部と化している場合、派遣元は企業としての人的物的な実体を有するが当該労働者派遣の実態は派遣先の労働者募集・賃金支払の代行「機関」となっている場合その他これに準ずるような場合については、例外的に派遣先に労働者を雇用させることを約して行われるものと判断することがあること。

このうち、後者（②）の場合は、法人格否認の法理（形骸化の法理）が適用ないし準用されるようなケースを指すと考えてよい。つまり、そのようなケースに限って、労働者供給事業禁止規定（職業安定法四四条）の違反が問

題となると、行政も考えていることがわかる。

「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場合のうち、供給元と労働者との間に雇用契約関係がないものについては、すべて労働者供給に該当する<sup>(13)</sup>」のはもとより当然とはいえ、労働者供給に該当するケースは、このように供給元と労働者との間に雇用関係が存在しないか、その関係が存在しないに等しい（供給元が組織としての実体を備えていないか、供給先の労働者募集や賃金支払の代行機関となっている）場合に限られる。

つまり、単に「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」関係⇨使用従属関係が認められるというだけでは労働者供給に該当するとはいえず、これを事業として行ったとしても、職業安定法四四条違反は成立しないのである。

なお、以上の理は、労働者供給事業と請負事業との区分について定めた職業安定法施行規則四条に関しても、同様に当てはまるのであって、同条が一項柱書きでその適用対象とする「労働者を提供しこれを他人の指揮命令を受けて労働に従事させる者」から、労働者派遣法「第二条第三号に規定する労働者派遣事業を行う者」を除外していることから、それは明らかといえる。

派遣法二条三号は「労働者派遣事業」を「労働者派遣を業として行うことをいう」と定義するにすぎないものであるが、このことに関連して、通達が「労働者派遣事業は、労働者派遣を業として行うことをいうものであり、派遣労働者が従事する業務に応じて労働者派遣に該当したり、該当しなかったりするものではなく、「労働者派遣法が派遣事業を禁止した」適用除外業務（略）について労働者派遣を業として行ったとしても労働者派遣事業に該当する」としていることにも、注意が払われるべきであろう。<sup>(14)</sup>

裁判例のなかには、「職業安定法施行規則四条一項所定の適法な派遣型請負業務足りうること」または「労働者派遣法に適合する労働者派遣であること」といった要件が充足されなければ、業務委託契約の形式がとられていても、「脱法的な労働者供給契約として、職業安定法四四条及び中間搾取を禁じた労働基準法六条に違反し、強度の違法性を有し、公の秩序に反するものとして民法九〇条により無効というべきである」とするもの（松下プラズマディスプレイ事件Ⅱ大阪高判平成二〇・四・二五判時二〇一〇号一四二頁）もみられるが、以上にみたようにこうした極論は行政も採用しておらず、その法令解釈には著しい無理と誤解がある。

この事件のように、受託者（請負会社）と労働者の間に雇用関係が存在する場合には、労働基準法六条にいう「他人の就業に介入して」利益を得るという法律に定める要件をそもそも満たさない<sup>(15)</sup>。したがって、このような場合には、同条違反もまた成立しないのである。

右の大阪高裁判決は、きわめて強引ともいえる手法によって、黙示の労働契約の成立を認めたという点で批判を免れないものであるが、その前提として、前述したような誤解に基づき、受託者と労働者との間の労働契約も「公の秩序に反するものとして民法九〇条により無効」と断じることにより、その存在を安直に否定したという点でも大きな難がある（ただ、高裁判決も、受託者と労働者との間に雇用関係が存在する場合には、黙示の労働契約の成立は認められないとの判断に立っていたものといえる）。

請負（派遣）会社と労働者との間に明確な雇用関係が認められる限り、注文者（派遣先）が職業安定法四四条違反に問われる可能性はなく、同法施行規則四条の適用が問題とされることもない。このことは、使用者としての責任の所在（雇用関係の存在）を明確にすることにより、「労働者派遣」が「労働者供給」の例外として解禁をみたという歴史的事実によるものであって、こうした法令の条文からも直ちに明らかとなる事実を否定するような誤解

は、可及的速やかにこれを正す必要があるといえよう。

## 2 労働者派遣法に固有の制約規定

職業安定法とは違い、労働者派遣法には、使用者の「採用の自由」を直接制約したかみえる同法固有の規定が存在する。

「雇用契約の申込み義務」について規定した四〇条の四および四〇条の五のほか、これらの規定を背景として雇用契約の申込みに関する指導・助言・勧告について定めた四九条の二第一項、そして「雇入れ勧告」について定めた同条第二項の規定がそれである。

これらの義務・勧告規定は、いずれも派遣先を名宛人とするものであるが、「雇用契約の申込み義務」が派遣先に課せられているといっても、その性格は公法上の義務というべきものであって、申込み義務が生じる場面も狭い範囲に限られている。また、「雇入れ勧告」については、さらに対象となる範囲が限定されており、実際にも雇入れが勧告されるケースはきわめて希といって差し支えはない。

しかし、「雇用契約の申込み義務」や「雇入れ勧告」については、現行法の規定する内容が一方は複雑にすぎ、他方は簡略にすぎることをもって、その意義が甚だしく誤解ないし曲解され、十分に理解されていないのが現状となっている。

そこで、以下ではこうした誤解を正すべく、これらの義務・勧告規定がもっぱら行政による適正な労働者派遣の履行確保を目的とした規定である（なお、雇用契約の「申込み勧告」と「雇入れ勧告」のいずれにおいても、これに従わなかった派遣先の企業名を公表することが行政のとり得る履行確保措置の限度となる。労働者派遣法四九条

の二第三項を参照) ことにかんがみ、行政がこれらの規定をどのように解釈・運用してきたのかという点を中心に、その意義を明らかにすることとしたい。

#### A 雇用契約の申込み義務

労働者派遣の対象となる業務は、大別して、事務用機器操作等の二六業務を始めとする「派遣受入期間の制限のない業務」と、一般事務等の「派遣受入期間の制限のある業務」(平成十一年および同一五年の法改正によって派遣が可能になった業務(いわゆる自由化業務))。その受入期間は原則一年、最長三年に制限される。労働者派遣法四〇条の二を参照) からなる。

労働者派遣法はこれら業務のいずれについても「雇用契約の申込み義務」を課すものとなっているが、同法に定める「申込み義務」の趣旨や要件等は双方の間で明確に異なっており、通達はこれを次のように説明している(以下、通達の引用においては、その記述に従って、労働者派遣法を「法」と略す。なお、傍線部や「」は、筆者による<sup>(17)</sup>)。

(1) 派遣受入期間の制限のある業務に係る雇用契約の申込み義務

#### イ 概要

派遣先は、……派遣停止の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、……派遣受入期間の制限に抵触することとなる最初の日以降継続して派遣停止の通知を受けた派遣労働者を使用しようとするときは、当該抵触することとなる最初の日の前日までに、当該派遣労働者であって当

該派遣先に雇用されることを希望するものに対し、雇用契約の申込みをしなければならない（法第四〇条の四）。

ロ 趣旨

派遣受入期間の制限に抵触する前に、イの行為をすることを義務付けることにより、派遣受入期間の制限に違反して労働者派遣が行われることを未然に防止し、労働者派遣から派遣先の直接雇用へと移行させるためである。

ハ 派遣労働者の希望の把握方法 略

ニ 雇用契約の申込みの時期及び方法 略

ホ 雇用契約の申込み義務を果たさない場合の取扱い

(イ) 厚生労働大臣は、派遣停止の通知を受けながら派遣受入期間の制限に抵触することとなる最初の日の前日までに雇用契約の申込みをせず、派遣受入期間の制限に抵触することとなる最初の日以降継続して派遣労働者を使用した派遣先に対し、法第四八条第一項の規定による指導又は助言「雇用契約申込みの指導・助言」をしたにもかかわらず、その者がなお当該規定に違反している場合には、当該者に対し、法第四〇条の四の規定「に」よる雇用契約の申込みをすべきことを勧告することができる（法第四九条の二第一項）（略）。

また、厚生労働大臣はこの勧告をした場合において、その勧告を受けた者がこれに従わなかったときは、その旨を公表することができる（法第四九条の二第三項）（略）。

(ロ) (イ) (ハ) 略



へ 派遣停止の通知がされなかった場合の取扱い

派遣受入期間の制限に抵触することとなる最初の日の一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、派遣元事業主から派遣停止の通知がなされなかった場合については、派遣先は雇用「契約」申込みの義務の対象とはしないものである。

なお、派遣停止の通知がなされずに、派遣受入期間の制限に抵触する日以後も労働者派遣が行われている場合には、派遣元事業主は法第三五条の二第一項違反に該当し（略）、派遣先は法第四〇条の二第一項違反に該当しているものであり（略）、直ちに労働者派遣が中止されなければならない。

(2) 派遣受入期間の制限のない業務に係る雇用契約の申込み義務

イ 概要

派遣先は、当該派遣先の事業所その他派遣就業の場所（以下「事業所等」という。）ごとの同一の業務（「派遣受入期間の制限のない業務」に限る。）について、派遣元事業主から三年を超える期間継続して同一の派遣労働者に係る労働者派遣の役務の提供を受けている場合において、当該同一の業務に労働者を従事させるため、当該三年が経過した日以後労働者を雇い入れようとするときは、当該同一の派遣労働者に対し、雇用契約の申込みをしなければならない（法第四〇条の五）。

①～⑤ 略

ロ 趣旨

派遣労働者の雇用の安定を図るため、派遣労働者の希望を踏まえて派遣先に直接雇用される機会をより多く確保するためである。

ハ 雇用契約の申込みの方法等 略

ニ 雇用契約の申込み義務を果たさない場合の取扱い

(イ) 厚生労働大臣は、三年を超えて派遣労働者を受け入れていた派遣先が雇用契約の申込み義務を果たさなかった場合であって、法第四八条第一項の規定による指導又は助言「雇用契約の申込みの指導・助言」をしたにもかかわらず、その者がなお当該規定に違反している場合には、当該者に対し、法第四〇条の五の規定による雇用契約の申込みをすべきことを勧告することができる（法第四九条の二第一項）。また、厚生労働大臣はこの勧告をした場合において、その勧告を受けた者がこれに従わなかったときは、その旨を公表することができる（法第四九条の二第三項）（略）。

(ロ) ～ (ハ) 略

(3) その他留意点

常用型の派遣労働者の場合であっても、登録型の派遣労働者と同様に、派遣先による雇用契約の申込み義務の対象となるものである。

このように、派遣受入期間の制限のある業務（二六業務以外の「自由化業務」）については、派遣元事業主から「派遣停止の通知」のあることが、派遣先に「雇用契約の申込み義務」が生じるための大前提となる（「派遣停止の通知」がない場合、「雇用契約申込み義務」の対象としないことは通達もこれを明記する。前記（1）へを参照）。また、派遣受入期間の制限のない業務（二六業務等）については、「派遣元事業主から三年を超える期間継続して同一の派遣労働者に係る労働者派遣の役務の提供を受けている場合」であって、かつ「当該同一の業務に労働者を従事させるため、当該三年が経過した日以後労働者を雇い入れようとするとき」でなければ、派遣先が「雇用契約の

申込み義務」を負うことはない。

派遣期間が三年を超えれば、それだけで、派遣先には「雇用契約の申込み義務」が発生する。新聞等でもそれが真実であるかのように報道されることから、このように考える向きもある（労働局への申告やこれに関連した訴訟も、そうした理解に基づいて行われている）が、それが誤解であることは明らかという以外にない。

とはいえ、労働者派遣法四〇条の四に規定する「第三五条の二第二項の規定による通知」が「派遣停止の通知」を意味することは、よほど同法の内容に通じていなければすぐにはわからない。そうした労働者派遣法の複雑で難解な規定内容が、こうした誤解を生んだともいえるのである。

## B 雇入れ勧告

他方、労働者派遣法四九条の二第二項の規定（平成二十一年の法改正の際に、国会修正により追加）は、派遣先が同法四〇条の二第一項に定める「派遣受入期間の制限」に違反して派遣労働者を受け入れており、かつ、その派遣労働者が派遣先に雇用されることを希望している場合には、それだけで「雇入れ勧告」を可能とする規定であるようにも読める。

しかし、行政はここでもこのような解釈には与せず、きわめて限定的な解釈を採用する立場を明らかにする。以下にみる通達<sup>(18)</sup>がそれであるが、このことは最後の部分（ホ）まで読み進まないといけない。労働者派遣法の規定内容が簡略にすぎ（上記の国会修正においても、さしたる議論はなかった）ため、その内容は字義どおりに解説せざるを得ないが、「雇入れ勧告」を実際になし得るケースには自ずと限界がある。そうした行政の解釈・運用の姿勢を明確にしたものとして、これを読むこともできよう。

(7) 派遣受入期間の制限を超えて労働者派遣の役務の提供を受けた場合の取扱い

イ 概要

厚生労働大臣は、派遣受入期間の制限を超えて労働者派遣の役務の提供を受けている者に対し、法第四八条第一項の規定による指導又は助言をしたにもかかわらず、その者がなお当該期間の制限を超えて労働者派遣の役務の提供を受けている場合には、当該者に対し、当該派遣就業を是正するために必要な措置をとるべきことを勧告することができる（法第四九条の二第一項）。

また、厚生労働大臣は、派遣受入期間の制限を超えて労働者派遣の役務の提供を受けており、かつ、当該労働者派遣の役務の提供に係る派遣労働者が当該派遣先に雇用されることを希望している場合において、当該派遣先に対し、法第四八条第一項の規定により指導又は助言をしたにもかかわらず、当該派遣先がこれに従わなかったときは、当該派遣先に対し、当該派遣労働者を雇い入れるよう勧告することができる（法第四九条の二第二項）。

厚生労働大臣はこれらの勧告をした場合において、その勧告を受けた者がこれに従わなかったときは、その旨を公表することができる（法第四九条の二第三項、略）。

ロ 雇入れの指導又は助言、勧告、公表の内容

(イ) 法の規定により派遣先に対し派遣労働者を雇い入れるように指導又は助言、勧告する際には、当該派遣労働者の希望による場合を除き、期間の定めなき雇用によるよう指導又は助言、勧告する。

(ロ) 略

ハ 権限の委任 略

ニ 雇入れの指導又は助言、勧告、公表の手続 略

ホ 雇入れ勧告の対象となった派遣先と派遣労働者の法的関係

雇入れ勧告を行うケースは、派遣元事業主と派遣先との間で、派遣先の事業所その他派遣就業の場所ごとの同一の業務について労働者派遣契約が派遣受入期間を超えて締結されることが想定し難い中では、既に労働者派遣契約の根拠なく、また、派遣元事業主と派遣労働者との間の雇用契約の根拠なく、事実上派遣先において就業を継続している状態であって、更に勧告の実施要件を満たしている場合と考えられる。

このため、派遣先が、労働者派遣契約による授權がない中で、派遣労働者の指揮命令を継続している状態を前提として、以下のような法解釈が行えると考えられる。

(イ) 派遣労働者が派遣元事業主との雇用契約を解除したり、雇用契約期間が満了する等派遣元事業主との雇用関係が既に終了している場合には、派遣先との雇用関係が成立していると推定でき、訴訟において派遣労働者は、勧告の内容に従った雇用関係の確認や損害賠償請求を行うことが可能である。

(ロ) 派遣元事業主との雇用関係が終了していない場合であっても、勧告の実施後派遣労働者が派遣元事業主との雇用関係を終了させれば、(イ)と同様の請求が可能である。

(注)

派遣元事業主は、法律上派遣先の「同一の業務」について派遣受入期間を超えて労働者派遣を行ってはならない義務を課せられており(法第三五条の二)、違反に対しては、許可の取消し等の行政処分のみでなく、直接罰則も付されることから、派遣受入期間を超える労働者派遣「契約」の締結は想定し難い。

このように、「雇入れ勧告」については、その内容が「期間の定めなき雇用によるよう」派遣先に勧告するものとなっている（前記ロ（イ）を参照<sup>19</sup>）ものの、実際に勧告が行われるケースが「既に労働者派遣契約の根拠なく、また、派遣元事業主と派遣労働者の間の雇用契約の根拠なく、事実上派遣先において就業を継続している状態であって、更に勧告の実施要件を満たしている場合」に限定され、「派遣先が、労働者派遣契約による授權がない中で、派遣労働者の指揮命令を継続している状態」を前提としている（前記ホ）というのであれば、十分に納得がいく。

すなわち、そのような状態は「黙示の労働契約」の成立が認められる典型的なケースともいえるのであって、行政が「訴訟において、派遣労働者は、勧告の内容に従った雇用関係の確認や損害賠償請求を行うことが可能」と訴訟の内容に踏み込んだ異例の法解釈を行った（前記ホ（イ）を参照）としても、そこに何ら不思議はない。これを逆にいえば、既に派遣元と派遣先との間の労働者派遣契約がその効力を失い、派遣元と派遣労働者との間の雇用関係もはや存在しなくなっている場合、またはそれに準ずるような場合でなければ、「黙示の労働契約」が成立することはない。こうもいえることができるのである。

ただ、仮に「雇入れ勧告」があったとしても、そのことによって直ちに雇用契約の締結が擬制され、そうした契約関係が創設されるわけではない。行政のなし得ることは、前述したように「雇用契約の申込み勧告」と同様、勧告に従わなかった派遣先の企業名を公表することがその限度となるのである。<sup>20</sup>

なお、労働者派遣法は四八条一項で、派遣先に対しても「労働者派遣事業の適正な運営又は適正な派遣就業を確保するために必要な指導及び助言をすることができる」旨を規定し、四九条の二第一項では、同法に規定する派遣受入期間の制限等に違反する「派遣就業を是正するために必要な措置若しくは当該派遣就業が行われることを防止するために必要な措置をとるべきこと……を勧告することができる」旨、定めている（前記イを併せ参照）が、近

年その一環として「派遣労働者の雇用の安定を図るよう」行政が派遣先を指導するケースが増加しているともいう。しかし、このような指導が派遣労働者の「直接雇用」を含まないことは、最近の通達<sup>(21)</sup>が「今後の是正指導に当たっては、対象労働者の雇用の安定を図るための措置を講ずることの指導とは別に、派遣先又は発注者に対して対象労働者の直接雇用を推奨する」と述べ、派遣労働者の直接雇用をその雇用の安定を図るための措置と明確に「区別」していることから明らかといえる。

使用者の「採用の自由」を侵害しかねない「直接雇用」は、行政としてもその「推奨」しかできない。これを「指導」と呼ぶのは、強弁以外の何ものでもないのである。

#### 四 失われる採用の自由——労働者派遣法の改正と直接雇用のみなし規定

二〇〇九年の通常国会に、民主党、社民党および国民新党の三党によって共同提出された（民主党「非正規雇用対策プロジェクトチーム」の座長を務める、細川律夫衆議院議員ほか五名による）労働者派遣法改正案には「派遣労働者の雇用」について、次のように定める規定が置かれている。

#### 第四十条の六 労働者派遣の役務の提供を受ける者が次に掲げる行為をした場合には、当該労働者派遣に係る

派遣労働者は、当該労働者派遣の役務の提供を受ける者に対し、自己の雇用主とみなす旨を通告することができる。

一 第四条第三項の規定に違反して派遣労働者を同条第一項各号のいずれかに該当する業務に従事させること。

- 二 情を知つて、第四条の二第一項の規定に違反して常時雇用する労働者でない者を労働者派遣の対象とする一般派遣元事業主から当該常時雇用する労働者でない者に係る労働者派遣の役務の提供を受けること。
- 三 情を知つて、第五条第一項の許可を受けないで一般労働者派遣事業を行う者又は偽りその他不正の行為により同項の許可若しくは第十条第二項の規定による許可の有効期間の更新を受けた者から労働者派遣の役務の提供を受けること。
- 四 情を知つて、第十六条第一項に規定する届出書を提出しないで特定労働者派遣事業を行う者から労働者派遣の役務の提供を受けること。
- 五 第三十五条の二第二項の規定による通知を受けたにもかかわらず、第四十条の二第一項の規定に違反して労働者派遣の役務の提供を受けること。
- 六 前各号に掲げる行為に準ずる行為であつて、派遣労働者の利益を著しく害する行為として厚生労働省令で定めるもの
- 2 前項の規定による通告があつた場合には、当該通告をした派遣労働者と当該通告に係る労働者派遣をする事業主との間の雇用契約は、当該通告が当該労働者派遣の役務の提供を受ける者に到達したときに、当該労働者派遣をする事業主から当該労働者派遣の役務の提供を受ける者に対し、移転したものとみなす。この場合において、当該通告が同項第五号に掲げる行為を理由とするものであるときは、当該派遣労働者は、当該雇用契約を期間の定めのないものに変更することができる。
- 3 労働者派遣の役務の提供を受ける者は、当該労働者派遣に係る派遣労働者から第一項各号に掲げる行為を理由として自己の雇用主とみなす旨の通告を受けたときは、直ちに、当該通告を受領した旨を当該派遣労働



者に通知しなければならない。この場合において、当該労働者派遣の役務の提供を受ける者は、自己の行為が同項各号に該当しないと思考するときは、その旨を併せて通知しなければならない。

4 労働者派遣の役務の提供を受ける者は、第一項の規定による通告を受けたときは、直ちに、その旨を当該労働者派遣をする事業主に通知しなければならない。

本稿の冒頭で述べた「連立政権樹立に当たっての政策合意」第六項にある「違法派遣の場合の『直接雇用みなし制度』の創設」に係る規定、つまり「直接雇用のみなし規定」がこれに当たる。派遣法改正案自体は、国会の解散に伴っていったん廃案となったとはいえ、内閣提出法案の形式をとらなければ、近い将来、これと同じ規定を含む改正法案が今回と同様に議員立法の形で提出される可能性が高い。<sup>22)</sup>

派遣先に「直接雇用のみなし通告」が到達すれば、——当事者間に雇用契約の締結に関する合意がまったくなくとも——、雇用契約が自動的に派遣元から派遣先に移転する(四〇条の六第二項)。労働契約法もよもや想定していなかった世界が今、現実のものとなるうとしているのである。

いわゆる違法派遣に適用対象は限られるとはいうものの、その範囲はきわめて広い。無許可・無届け事業者からその事情を知りつつ派遣を受け入れること(四〇条の六第一項三号・四号)はもとより、次のいずれかに該当する派遣先の行為はすべて、「直接雇用のみなし通告」の対象となる。

- ① 派遣労働者を港湾運送、建設および警備等の各業務のほか、改正法が原則として派遣事業を禁止する製造業務を含む適用除外業務に従事させること(同項一号)。
- ② 改正法により登録型派遣(一般派遣元事業主に常時雇用されない労働者の派遣)が原則として禁止される業務について、その事情を知りながら、登録型派遣労働者の派遣を受け入れること(同項二号)。

③ 派遣元から「派遣停止の通知」を受けたにもかかわらず、期間制限（原則一年、最長三年）に違反して派遣を受け入れること（同項五号）。なお、この場合、派遣労働者が——派遣先との合意を経ずに——雇用契約を期間の定めのないものに変更することも可能。

④ 右に準ずる行為であって、派遣労働者の利益を著しく害するもの（同項六号。省令事項ではあるが、偽装請負のほか、事前面接を始めとする派遣労働者の特定行為がこれに含まれることはほぼ確実<sup>23)</sup>）。

他方、これらの行為を行った派遣先に対しては刑事罰が科せられるとともに、改正法によって創設される派遣先の団交応諾義務（四七条の二三）に基づいて、厳密には「みなし通告」の対象とならない場合（派遣受人期間の制限には違反するが、「派遣停止の通知」がない場合等）にも、派遣労働者の加入する労働組合との交渉を派遣先は余儀なくされる。そうした派遣先にとっては予想だにできなかった未来が待ち受けているのである。

たしかに、違法派遣に対する規制をこのような形で抜本的に強化すれば、違法派遣は根絶できるかもしれない。ただ、その前に派遣そのものが使われなくなり、世の中から姿を消す。法改正によって派遣先が直面するであろう問題を考えれば、その可能性のほうがはるかに高い。

こと労働契約については、その成立に当たって、当事者である労使の合意をかならずしも必要としない。使用者にとっては「採用の自由」を失うことを意味する、そのような契約法の大原則の修正がはたして必要なのかどうか。そうした観点からも、労働者派遣法の改正については、——熟慮に熟慮を重ねた——慎重な議論が今、求められているということができる<sup>24)</sup>。

(1) 以下では、労働契約を雇用契約ということもある。本稿では、両者をことさらに区別しない。

(2) たとえば、わが国の法令のなかには、ガス事業法二六条一項のように「一般ガス事業者は、正当な理由がなければ、その供給区域又は供給地点における一般の需要に応ずるガスの供給を拒んではならない」と定めるものもある（他に、電気事業法一八条一項、熱供給事業法一三条一項、工業用水道事業法一六条一項等）が、このようにして契約の締結が強制されるのは、あくまで「公共財」を供給する事業者に限られるといつてよい。

(3) なお、判決は、その結論において、本件の場合には、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は存在せず、法人格否認の法理の適用ないし準用も認められなかった。

(4) 労働基準法研究会「第一部会報告（労働契約関係、昭和六〇年二月一九日）」労働省労働基準局編『労働基準法の問題点と対策の方向』（日本労働協会、昭和六一年）五四頁以下を参照。

(5) 菅野和夫『労働法（第八版）』（弘文堂、平成二〇年）九三頁も、本判決を拠りどころとしつつ「社外労働者が受入企業の事業場において同企業から作業上の指揮命令を受けて労働に従事しても（この意味で使用従属関係が存在しても）、それだけで黙示の労働契約関係が成立するわけではない」ことを強調する。

なお、判決は、前記引用部分に続けて、次のようにいう。「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」（ただし、本件では、結局のところ「黙示の労働契約が締結されたものと認める根拠は見出し得ない」とされた）。こうした考え方が、先にみた伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件の判決にも踏襲されていることはいうまでもない。

(6) なお、裁判例のなかには、こうした混同の危険を生じかねない一般論を述べるものもある。たとえば、やや特殊な事案とかかわる事件ではあるが、安田病院事件（大阪高判平成一〇・二・一八労判七四四号六三頁）において裁判所が示した次のような一般論がそれである。「使用者と労働者との間に個別的な労働契約が存在するというためには、両者の意思の

合致が必要であるとしても、労働契約の本質が労働者を指揮命令し、監督することにあると解する以上、明示された契約の形式のみによることなく、当該労務供給形態の具体的実態を把握して、両者間に事実上の使用従属関係があるかどうか、この使用従属関係から両者間に客観的に推認される黙示の意思の合致があるかどうかにより決まるものと解するのが相当である」。

(7) なお、西日本電信電話事件(大阪地判平成二一・三・二五労経速報二〇三七号一二頁)において、大阪地裁は、高年齢者雇用安定法九条が「事業主に対する継続雇用請求権を付与するのと同様の効果をもたらす規定(直截的に私法的効力を認めた規定)とまで解することはできない」として、事業主が「私法上の義務として労働者に対して継続雇用義務ないし雇用を保障する義務を負っている」との主張を斥けている。小嶋「労働法における公法上の義務」『阪大法学』五八巻三・四号(二〇〇八年一月)五九一頁以下、六〇八―六一四頁を併せ参照。

(8) たとえば、労働基準法三条については、前掲・三菱樹脂事件大法廷判決が、同条は「雇入れそのものを制約する規定ではない」と明言する。また、労働組合法七条一号についても、近年の判例(JR北海道・日本貨物鉄道事件Ⅱ最一小判平成一五・一二・二二民集五七巻一 一号三三五頁)は、「雇入れの拒否は、それが従前の雇用契約関係における不利益な取扱いに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ない限り、労働組合法七条一号本文にいう不利益な取扱いに当たらない」とする。

(9) なお、労働者派遣法には、派遣先による違法派遣の受入を禁止した規定は存在する(たとえば、四条三項は派遣事業が禁止される適用除外業務に係る派遣の受入を、四〇条の二第一項は派遣受入期間の制限に違反する派遣の受入を、それぞれ禁止する)ものの、これを処罰の対象とする規定は設けられていない。

(10) 労働者派遣法二条一号が「労働者派遣」を定義するに当たり、その後段で「当該他人に対し当該労働者を当該他人に雇用させることを約してするものを含まないものとする」としたのは、在籍出向が同法の規制を受けないようにすることに、目的があった。その結果、在籍出向は「労働者供給」に含まれることになったものの、社会通念上、事業として行うものではないとの理由により、在籍出向を継続反復して行ったとしても「労働者供給事業」の禁止規定には違反しないと解されている。

(11) 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」(平成二二年五月一八日最終改正)一〇頁。

(12) 引用は、前掲書一頁による。

(13) 前掲書一〇頁。

(14) 前掲書一六頁を参照。したがって、行政当局も、違法派遣であることは、当該事業が労働者派遣事業に該当するか否かの判断にまったく影響を与えないと考えていることがわかる。法文を素直に読む限り、それ以外の解釈はあり得ないともいえる。

(15) なお、この点に関連して、解釈例規は次のように述べる。「供給元と労働者との間に労働契約関係がある場合については、労働者派遣と同様、供給元は「他人の労働関係に介入」するものではない」。厚生労働省労働基準局編『労働基準法解釈総覧「改訂一三版」』（労働調査会、平成二十二年）五四頁。

(16) とりわけ判決が、労働者が受託者から給与等として受領する金員が業務委託料として委託者が受託者に支払った金員から受託者の利益等を控除した額を基礎とするものであったことを理由に、委託者が給与等の額を実質的に決定する立場にあったとした点は、疑問というほかない。

(17) 引用は、厚生労働省職業安定局・前掲書二五三―二五六頁による。

(18) 引用は、厚生労働省職業安定局・前掲書二四九―二五一頁による。

(19) なお、「雇用契約の申込み勧告」については、通達もこのような制限を設けていない。

(20) ただ、「雇用契約の申込み義務」は、あくまで公法上の義務にとどまり、私法上の権利を派遣労働者に認めたものとは解されない（松下プラズマディスプレイ事件Ⅱ大阪地判平成一九・四・二六労判九四一号五頁のほか、菅野・前掲書二〇四頁を参照）ことから、仮に「申込み勧告」があったとしても、訴訟で「勧告の内容に従った雇用関係の確認」が認められる余地はないといえるものの、「雇入れ勧告」については、通達が述べるような事情があれば、これを認める余地があるといった違いはある。なお、「雇用契約の申込み義務」および「雇入れ勧告」については、小島「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』五九巻一号（二〇〇九年五月）一頁以下を併せ参照。

(21) 二〇〇八年一月二八日に厚生労働省が職業安定局長名で発出した通達「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」（職発第一二二八〇〇二号）を参照。

(22) ただ、仮に議員立法という形式がとられた場合には、労働政策審議会における労使間の「合意」形成を経て、立法や法

改正を行ってきたという、これまでの慣行が一拳に崩壊するといった深刻な問題もある。小寫「三党の派遣法改正案に重大欠陥」『月刊人材ビジネス』二〇〇九年九月号一〇頁以下、一一頁を参照。なお、二〇〇九年一〇月七日には、長妻昭厚生労働大臣から労働政策審議会に対して「今後の労働者派遣制度の在り方について」調査審議を求めるとの諮問があり、議員立法による派遣法の改正は当面回避されたといえるが、国会への法案提出等の段階において、労働政策審議会の建議＝労働者派遣法の改正に優先する形で、三党案との調整が図られる可能性は依然として残されている。

(23) たとえば、三党案の作成に当たって、多大な影響を与えたと思われる「労働者派遣法見直しに関する連合の考え方」(連合第二五回中央執行委員会確認)／二〇〇七年九月一三日) IVの3「直接雇用みなし規定の創設」を参照。

(24) なお、以上のほか、総選挙前の与党案(内閣提出法案)と当時の野党案(三党案)をもとに、これを批判的に分析・検討したものと、小寫「労働市場改革——規制強化論への反論」伊藤隆敏・八代尚宏編『日本経済の活性化——市場の役割・政府の役割』(日本経済新聞出版社、二〇〇九年九月)第三章(九一頁以下)を参照。