

判例研究

受入会社と社外労働者との間の労働契約の成否

和田 肇

はじめに

いわゆる「偽装請負」、「違法派遣」について、社外労働者と受入会社との間の労働契約の成立を認めた松下プラズマディスプレイ事件大阪高裁判決<sup>1)</sup>について、私は、判示内容にはいくつかの疑問がありながらも、結論自体には賛成したいと考えている。本稿ではその理由を論じてみたい。まず最初に事実（一）と判旨（二）を紹介した後に検討に入る（三）。最後にまとめを行っておく（四）。

一 事実

一 当事者

被告・控訴人・被控訴人Yは、プラズマディスプレイパネル（PDP）を製造している会社である。原告・控訴人・被控訴人Xは、平成一六年一月二〇日に訴外A社に雇用され、同日からYの本社工場において働いていた。AX間の契約では、契約期間は二ヶ月、更新があり、時給は一三五〇円、就業場所はYの工場、従事する業務内容はクリーンルーム内の製造・器械管理・運搬・材料補給など、その他休日・休暇、交通費等が定められていた（臨時雇用契約書、別紙一）。

AYの関係は、平成一四年頃以降、PDPの生産業務委託基本契約およびこれに基づく業務委託個別契約を作成したが、そ

こにはAがYから設備、器械、器具等の設備を借り受け、Aがその賃料を支払う旨が規定されていた。Xは、AとY間には資本関係があること、役員の交流、従業員の出向等の人的関係があること、YがAの専属的な取引先であること、XのAにおける採用面接にはY従業員が立ち会っていたことを主張しているが、判決はこれら「事情を認めるに足りない」としている。

#### 一 XのYにおける勤務状況

(1) 平成一七年七月二〇日まで

二ヶ月毎に契約は更新されたが、契約書は作成されていない。作業内容は、デバイス部門の一工程である封着工程に従事したが、この工程にいる管理者と現場リーダーはいずれもY従業員であった。朝最初にY従業員の指導の下に、A従業員とY従業員が一緒に朝会を行い、封着工程ではA従業員とY従業員とが混在して作業を行っていた。作業の指示はY従業員によって行われていた。休日出勤もY従業員の指示で行われることもあった。ときおりYの業務命令でA従業員、Y従業員が参加する勉強会が実施され、それに対して残業代が支払われていた(支払方法は判決からは不明)。同工場内にはA従業員が常駐していたが、この者がA従業員の労働時間管理を行っていたかどうか

は、不明である。

Xは、平成一七年三月上旬にYから移籍話を持ちかけられたことを契機として、その就業状態が労働者派遣法違反に当たると考え、同年四月二十七日にYに直接雇用を申し入れ、その後五月一日にD労働組合(地域合同労組)に加入し、団体交渉を通じて同様の申し入れをした。またXは、この交渉と併行し、大阪労働局に対し、Yの工場における勤務実態はA社による労働者派遣である等として是正申告を行い、大阪労働局は是正指導を行った。これを受けてYは、デバイス部門における請負契約を労働者派遣契約に切り替えることとし、A社との業務請負契約については平成一七年七月二〇日限りで解消することとした。A社はXに対し、他部門に移るよう打診したが、Xがこれを断ったため、Xは同日限りで、A社を退職することとなった。

(2) その後Yによる更新拒否まで

その後D労働組合を通じて、XのYでの雇用とその内容について交渉が続けられ、同年八月一九日、Xは、Yの提示した、業務内容を従前と異なるリペア作業等とし、契約期間を平成一八年一月三十一日(ただし同年三月末日を限度としての更新はあり得る)とする、期間工としての雇用契約書(本件契約書、別

紙二）に、Yの提示した条件について内容証明郵便で契約期間と業務内容について異議をとどめる旨の通知をしたうえで、署名押印した。勤務開始後も、D労働組合はXの雇用契約を期間の定めのないものに変更すること、従事する作業内容は従前のものにするを申し入れていた。

Xは平成一七年一月一日にYに対して、期間の定めのない雇用契約上の地位を有することの確認等を求めて本件訴訟を提起した。

その後Yは、平成一七年二月二十八日に、翌年一月三十一日の期間満了をもって、雇用契約が終了する旨通知し、同日以後、Xの就労を拒否している。

Xの請求内容はその後、①雇用契約上の地位確認、②未払賃金請求、③リペア作業に従事する義務の不在確認、④雇用契約の終了および作業内容の変更が不法行為に当たるとした慰謝料請求に変更されている。①に関する請求内容は、主位的請求としてそもそも本件契約書の作成前から期間の定めのない黙示の労働契約が成立している（本件雇用契約一）。予備的請求としてYとAとの関係は労働者派遣であり、製造業での労働者派遣禁止が解除されてから一年経過した平成一七年三月一日時点でYにはXに対する雇用契約申込業務（労働者派遣法四〇条の四）

が発生し、それ以降もYがXからの労務の提供を受け続けたことにより期間の定めのない雇用契約の成立が認められる（本件雇用契約二）。これらが認められないとしても平成一七年八月九日のYの採用時における雇用契約には期間の定めがない（本件雇用契約三）。そして解雇は無効となり、あるいは期間の定めがあるとしてもその雇止めは信義則に反して許されない。

### 三 第一審判決<sup>2)</sup>

①②について請求棄却、③について請求却下、④の一部（リペア作業を命じたこと）について請求認容。

## 二 判旨

第一審判決変更・請求一部認容（①②③について請求認容、④について損害賠償額を増額）

### 一 黙示の雇用契約（本件雇用契約一）の成否

（1）「Y・A間の契約の契約書上の法形式は業務委託契約と・・・されたものであるが、・・・Y・A間の契約は、AがXを他人であるYの指揮命令を受けてY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。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、各契約がなされてXがPDP製造業務へ派遣された日である平成一六年一月二〇日時点（平成一五年改正前労働者派遣法下）においては、  
 ・・・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（同法附則四項、同法四条三項）  
 ・・・ていたものであって、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。  
 ・・・いずれにしろ、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。」

特定製造業務への派遣事業は平成一五年労働者派遣法改正により平成一六年三月一日から禁止が解除され、「Xが同月二〇日から期間二か月として改めて締結又は更新されたX・A間の契約に基づきY・A間の契約に従い稼働したことが同法上可能な労働者派遣と評価し得るとしても」、この業務での派遣可能期間は一年であり（同法四〇条の二第二項、附則五項）、Xの派遣は解禁後一年を経過した平成一七年三月一日を超えて同年七月二〇日まで継続されていたから、Aにおいて同法三五条の二

第一・二項違反があり、Yにおいても同法四〇条の二第一項に加えて、大阪労働局が認定したように同法二四条の二や同法二六条違反があり、「そもそも労働者派遣契約ないし派遣労働契約の締結にあたって遵守が求められる多くの手続規定を遵守、履践していないことが明らかである。」

「そうすると、平成一六年三月二〇日以降も、Yは上記違法状態（幾多の労働者派遣法違反）下でXを就業させることを認識していた若しくは容易に認識し得るものであったこと、平成一七年四月二十七日にXが就業状態が労働者派遣法等に違反していることを認識して直接雇用を申し入れた後もXをして就業させたこと等を考慮すれば、Y・A間、X・A間の各契約は、契約当初の違法、無効を引き継ぎ、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。」

(2) 「黙示の合意により労働契約が成立したかどうかは、当該労働供給形態の具体的実態により両者間に事実上の使用従属関係、労務提供関係、賃金支払関係があるかどうか、この関係から両者間に客観的に推進される黙示の意思の合致があるかどうかによって判断するのが相当である。」

前記の事実からすると、YX「間に事実上の使用従属関係があったと認めるのが相当であり、また、XがAから給与等とし

て受領する金員は、YがAに業務委託料として支払った金員からAの利益等を控除した額を基礎とするものであって、YがXが給与等の名目で受領する金員の額を実質的に決定する立場にあったといえるから、Yが、Xを直接指揮、命令、監督して本社工場において作業せしめ、その採用、失職、就業条件の決定、賃金支払等を実質的に行い、Xがこれに対応して上記工程での労務提供をしていたということが出来る。「無効である前記各契約にもかかわらず継続したX・Y間の上記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X・Y間の労働契約のほかになく、両者の間には黙示の労働契約の成立が認められるというべきである。」

「上記労働契約の内容は、期間二か月、更新あり、賃金時給一三五〇円等、X・A間の契約における労働条件と同様と認めるのが相当であるところ、Y従業員により上記契約成立後直ちにPDP製造封着工程業務への従事を指示され、Xがこれに依じたから、同業務が従事する業務として合意されたと解すべきである。」「したがって、X主張の期間の定めがないとの点は認められず、上記認定、説示した範囲での労働契約の成立を認めることができる。」

## 二 本件雇用契約二の成否

派遣先が派遣受入可能期間を超えてなお労働者派遣法四〇条の四に基づく申込をしないまま、派遣労働者の労務提供を受け続けている場合には、「同条の趣旨及び信義則により、直接雇用契約の締結義務が生じると解しうるとしても、契約期間の定め方を含む労働条件は当事者間の交渉、合意によって決せられるべき事柄であって、派遣先において同条に基づき当然に期間の定めのない契約の締結義務が生じるとまでは解されない。」

## 三 本件雇用契約三における期間の定めの有無と雇止め効力

「X・本件労働組合、Yの交渉を経て、本件契約書の作成により本件雇用契約三が締結され」、それによって別紙一のおとり時給が一六〇〇円になるなどの変更がされたが、Xは、有期とされる契約期間と従前従事していた封着工程ではない業務内容につき異議を留めた上で、本件契約書を作成したものであるから、「同契約書とおりの期間の定め、更新方法及び業務内容の合意が成立したとはいえず、他方、期間の定めのないこととする合意やPDP製造封着工程の業務に限ってこれを行うとの合意があったことも認められない。」したがって、本件雇用契

約三の締結後も、本件雇用契約一の「黙示の労働契約における契約期間及びX・Y間の労働契約の内容となるものであって、両者間の契約内容は別紙三のとおりとなる。」

（なお別紙三は、本件雇用契約一が本件契約書（別紙二）および本件雇用契約三によって修正された内容のものである。）

#### 四 リペア作業等に従事する義務の存否

YがXにリペア作業を命じたことは従前従事していた業務である封着工程からの配転命令にあたり（本件配転命令）、リペア作業の必要性は乏しく、同命令はXが労働局への申告をしたこと等に対する報復等の不当な動機、目的でなされたものであると推認できる。「したがって、前記業務命令は権利濫用として無効であり、Xはリペア作業に就労する義務はない。」

#### 五 雇用契約の帰趨

XY間の雇用契約は、平成一七年八月二日の本件契約書による合意以降も期間二か月毎に更新されていたから、Yが同年一二月二八日に平成一八年一月三二日の満了をもってXとの雇用契約が終了する旨通告したことは、解雇の意思表示にあたる。リペア作業への配置転換は無効であり、封着工程の業務作業が

終了したなどの事情は見当たらないから、解雇の意思表示は解雇権の濫用に該当し無効というべきである。

仮に解雇の意思表示でなく、雇止めの意思表示としても、上記契約は平成一六年一月以降多数回に渡って更新されていた上、Xの従事していた封着工程は現在も継続されており明らかに臨時的業務でなく、その雇用関係はある程度の継続が期待されていたところ、雇止めの意思表示は、「更新拒絶の濫用として許されない。」

#### 六 不法行為の成否

YがXにリペア作業への従事を命じた業務命令ならびに解雇または雇止めの意思表示は不法行為を構成する。

### 三 検討

#### 一 本判決の意義

本件は、請負の契約形式を採っているが、職安法施行規則四条の掲げる要件を満たしておらず、また実態としては労働者派遣であるとしても労働者派遣法で禁止されている業務への派遣がなされていた（途中から合法的な労働者派遣に変わったが）

という三者間法律関係（いわゆる偽装派遣）の下で、元請会社に下請会社従業員に対する雇用契約上の使用者性を認めた事例である。現在大きな社会問題となっている偽装請負事例についても影響を及ぼすと考えられる、実務上も重要な判決といえる。

労働者派遣法制定以降の類似の事例としては、本件と同様に製造業における偽装請負事案で、受入会社と社外労働者間の黙示の労働契約の成立を認めたナブテスコ事件<sup>33)</sup>がある。同事件でも、職安から偽装請負の是正指導を受けており、受入会社が当該労働者に対して直接労働指揮を行い、請負会社は法人格が形骸化しているとはいえないが、受入会社の賃金支払いと採用の代行機関にすぎないと判断されている。また、事実上の使用従属関係の存在に加えて、労働時間の管理や作業方法等が受入会社によって管理されていたこと、請負代金は受入会社に対する業務給付の対価として計算されていたといえること、派遣会社は受入会社に対して労働者を提供するため設立された会社であること等から、黙示の労働契約の存在が肯定された事例としてセンエイ事件<sup>34)</sup>がある。

これに対して労働者派遣事例では、法律違反の事実があっても、派遣先会社の派遣労働者との間の黙示の労働契約の成立は容易には認められていない。たとえば登録型派遣労働者が、企業

グループ内の親会社にのみ労働者派遣をする会社との有期労働契約を更新して、一三年にわたって親会社に派遣されてきた事案では、派遣期間が行政指導指針で許されている三年を超えたこと、派遣先での業務に派遣対象業務以外のものが含まれていたことから、問題のある労働者派遣であることは認められながら、派遣元会社が企業としての実態を有し、派遣労働者の人事管理権限を有していたことから、派遣労働者と派遣先会社との間の黙示の労働契約の成立が否定されている<sup>35)</sup>。その他、労働者派遣事例で黙示の労働契約の成立および親子会社間における法人格否認の法理の適用も否定されているものとして、日建設事件<sup>36)</sup>や一橋出版・マイスタッフ事件<sup>37)</sup>がある。

## 二 第一審判決との違い

本判決と第一審判決<sup>38)</sup>とは結論が大きく異なるが、もっとも重要な違いは黙示の労働契約論にある。つまり、第一審判決は、「Xを含むA従業員の当時の就労状態は、いわゆる偽装請負の疑いが極めて強い」としながら、XはAとの間で雇用契約を締結しAから賃金を支給されていたこと、YとAとの間に資本関係などは認められず、YとAが実質的に一体であると認められないこと、本件三者の法律関係は労働者派遣の関係で、「その



ような状態が継続したからといって、XとYとの間に黙示の雇用契約が成立することにはならない」とする。

XAY間の関係や契約の終了に係わる事実の認定は両判決とも同じであり、第一審判決は偽装請負の疑いが強いとしながら、伝統的な黙示の労働契約論の枠組みを踏襲し、Aの存在が形式的ではないことから、XY間の黙示の労働契約の成立を否定する。これに対し本判決は、本件三者関係を偽装請負と断定し、黙示の労働契約論について従来とは異なる枠組みを採っている。

なお、連鎖労働契約の更新拒否の評価の違いも（第一審判決は、XY間には期間の定めがある本件雇用契約三が成立しており、それが更新されたことよってXに雇用関係の継続への期待権が生じたとはいえないとする）、連鎖労働契約に関する認定が異なることに起因している。また、リペア作業への配転命令の評価についても、第一審判決は、それ以前に従事してきた封着工程と大きく異なること、他の従業員との接触が極度に制限されることから違法性を肯定しているが、高裁判決は、報復的で違法性が高く、その必要性が低いという。しかし、慰謝料の損害額は異ならない。

### 三 偽装請負、違法派遣に当たる契約の効果

(1) 本件の高裁判決では、次の事実が認定されている。

① XAY間には、労働契約が締結されていた。また、AY間には請負契約といえる業務委託契約が締結されており、Xは同契約に基づいてYの事業場で業務に従事していた。

② Aが委託された業務の遂行に必要な設備、器械、器具類等は、Yから賃貸しており、自ら提供をしてはいなかった。

③ Yの下での作業は、Y社とA社らの従業員が混在しており、Xらへの作業指示、休日出勤命令、勉強会への参加はYが行っていた。

なお、判決の認定からは明らかではないが、XがYで行っていた業務内容は、デパイス部門の一工程での封着作業であり、これは必ずしも専門的な知識や経験を有する作業とはいえない。以上のことからAによるYへのXの提供は、形式上は請負契約の一種である業務委託契約に基づいて行われていたが、職安法施行規則四条の要件を満たさず、請負契約を偽装したものである。第一審判決は、「Xを含むA従業員の当時の就労状態は、いわゆる偽装請負の疑いが極めて強い」と評価している。

(2) 業務請負が職安法施行規則四条の示す四要件を満たしていない偽装請負で、かつ実態は労働者派遣でありながら労働者



派遣法の規制を逸脱している違法派遣の事案において、「偽装」や「違法」が何を意味するかについては議論がある。

第一の問題は、偽装請負・違法派遣と労働者供給との関係についてである。

ある学説は、職安法四条六項は、労働者派遣法二条一号に規定する「労働者派遣」を労働者供給から除外しており、したがって「労働者派遣」の形態を採っているものはすべて職安法の規制の外にあるという。これによれば、労働者派遣法の規制に反する違法派遣は、労働者派遣法違反として扱われることはあるが、職安法違反とはならないとされる。<sup>10)</sup> この見解では、職安法違反の労働者供給になるのは、労働者派遣法二条一号という労働者派遣以外のもの、つまり二重派遣、往復派遣、業として行われる出向あるいは厚生労働大臣の許可を得ないで行われる労働者供給くらいということになるであろう。しかし、出向のほとんどは「業として」ではなく「人事異動」の一環として行われるから、この見解では今日では労働者供給はごく希にしか存在しないことになる。

これに対して多数学説は、労働者派遣法は、その規制に服する適法な労働者派遣を取り出して合法化しているだけであるから、法律に反する違法な労働者派遣は職安法の禁止の解除がな

されず、職安法四条の禁止する労働者供給になるという。<sup>11)</sup> ただしこの見解では、労働者派遣契約は労働者派遣法の規制のすべてに適合していなければならないのか、部分的な違法派遣の場合に労働者供給に当たらないことがあり得るのか、必ずしも明確ではない。

労働者派遣法は、事業開始において許可や届出という特別の要件を課し、最初はごく限定された一三の専門業務から出発したことを考えると、労働者派遣法二条一号という「労働者派遣」の形態を採っているものはすべて労働者供給から除外された、と解するのは職安法と労働者派遣法の体系的な整合性に合致しないであろう。対象業務が大幅に拡大された今日でもこのことには変わりはないはずである。労働者供給に当たるものとしては、労働者派遣法の根幹を揺るがし、労働市場の大きな攪乱要因となるような違法派遣が考えられる。具体的には、許可や届出を怠ったり、許可が取り消された（同法五条以下）派遣元が行う労働者派遣や、禁止業務（同法四条一項）での労働者派遣が考えられる。本件はまさにそうした事例である。

なお、違法派遣が職安法四四四条違反になるとすると、同時に中間搾取を禁じた労基法六条違反ともなりうる。<sup>12)</sup>

(3) 第二の問題は、職安法四四四条に違反したり、あるいは労

働者派遣法に違反する業務請負契約、労働者派遣契約は違法・無効となるか、という問題である。

労働者供給を全面的に禁止する職安法四四条については、一般的に刑罰規定であるとともに私法上の強行（効力）規定と解されているから、偽装請負や違法派遣が労働者供給に該当するならば、その契約は違法無効となる。したがって、前述した私見では、A Y間の本件業務委託契約は職安法四四条に反し、民法九〇条から公序違反で無効となる。

これに対して労働者派遣法違反の場合については、議論がある。

有効説は、許可や届出違反での労働者派遣（労働者派遣法五条、一一一条）、あるいは禁止業務での労働者派遣（同法四条一項）については罰則が科されるし（同法五九条、六一一条）、同法の多くの規定違反については厚生労働大臣による指導、助言、勧告、改善命令、公表等の監督行政が行われることから、労働者派遣法は基本的に行政取締法規であると解する。そしてこのことから、政策的に設けられた行政取締法規違反については行政（労働局）による是正指導等はなされるが、効力規定としてそれに反するような契約を無効にするものではないという。これは公法私法二分論に基づく伝統的な取締法規論を前提にして

いる。

これに対して無効説は、法律上明確に禁止している行為を行うために締結された労働者派遣契約をなおも有効とするのは妥当ではないという<sup>103</sup>。この説は、有効説の提起している問題について十分な反論を行っていない点で難点を抱えている。しかし、だからといって無効説が適切でないとはいえない。

ある私人の行為に対して国家が行政機関として介入したり、刑罰権をもって介入することが認められていながら、同じ国家机关である裁判所だけが介入できないという主張について、単に当該規定が行政取締法規であるという説明だけでは説得的ではない。強行規定ではない限り取引安全の保護のために当該契約を無効にすべきではない、との主張も予想されるが、明文上強行規定であることが明らかにされていない場合でも、行政法規の目的から法規違反の法律行為の無効を導くことは可能である。

こうした主張をするのが、最近の民法学説の潮流である。ここでは公法と私法の分離ではなく、相互依存の関係が説かれる<sup>104</sup>。大村によれば、伝統的な取締規定論は取引とは直接関係しない警察法令を念頭に置いたものであり、取引と密接な関連性を有する経済法令についてはそのままの形では維持できない。経済

法令の中にも、当事者の利益を保護することを目的とした法令（消費者保護法令等）と取引環境である市場の秩序を維持することを目的とした法令（独占禁止法、不正競争防止法等）があり、後者の場合は当事者間の取引の利益や信義にも配慮しなければならぬが、市場を確保するためには法令違反行為を無効とすることによってある程度個人的な利益を後退させてもやむを得ない、とされる。また山本は、経済法令によって形成される公序を経済的公序といい、裁判所は、過剰介入に当たらない限り、民法九〇条を用いて法令を補完することが要請されることがあるという。<sup>118</sup>

職安法や労働者派遣法は、政策的な法律であるが、健全な労働市場を確保・維持することを目的とした経済法令であり、とくにそれに向けている派遣対象業務や派遣期間等に関する規制は、経済法令による「公序」を形成しており、これも民法九〇条の公序となると解するべきである。健全な労働市場を維持するために禁止されている行為を目的とする契約は、有効にしておく必要性に乏しいし、またそうすべきではないであろう。なお、労働者派遣契約等が違法・無効となっても、労働者の提供元と社外労働者の労働契約は直ちに無効になるわけではない。常用型の派遣労働者の例を考えると、このことは頷けるで

あろうが、登録型の場合にも同じである。登録型の派遣労働者の派遣元との労働契約は、一般には労働者派遣契約を前提としているが、これが無効になっても派遣元からの労働契約の解約は、エストップルの原則に反し直ちに無効とはならないからである。

四 Yの労務指揮権の行使はどのように説明したらよいのか（一）以上のことから、A・Y間の業務委託契約は、高裁判決がいうように、職安法四四条に違反し民法九〇条から無効になると解される。XがYで業務に従事し始めた平成一六年一月には、いまだ特定製造業への労働者派遣は禁止されていたのであるから、高裁判決がいうように、A・Y間の法律関係を労働者派遣契約と考えても、それは法律違反として無効となる。数ヶ月後の同年三月一日からこうした労働者派遣も禁止が解除されるようになっていたとしても、違法状態が治癒されるわけではない。（二）A・Y間の業務委託契約が無効と判断されたにもかかわらず、YがXに対して恒常的に行使していた労務指揮権（指揮命令権）はどのように評価したらよいのであろうか。ここでの労務指揮権は、部分的なそれではなく、使用者が通常行使するような包括的な性格のものである。

こうした労務指揮権は、労働契約に不可欠な使用者の権利である労務給付請求権の重要な（あるいは密接不可分な）部分で成すものである。<sup>201</sup>ある者がこの権利を獲得する方法は、次のような場合に限られる。

その一は、一般的な形態であるが、労働契約を締結することによって獲得する方法である（民法六二三条、労働契約法六条参照）。この労働契約は、通常は当事者の明示の意思の合致（多くの場合に労働契約書が締結される）によって成立するが、黙示に成立する場合もあり得る。後者のケースについては、後述する。

その二は、労働者の同意に基づいてある者から権利を移譲してもらおう方法である（民法六二五条一項参照）。出向の場合や労働者派遣の場合がこれに当たると解してよいであろう。労働者派遣において派遣先が行使する労務指揮権の性格については、確かに学説上議論がある。<sup>202</sup>

派遣先は派遣元の有する権利の行使を委任され、事実上これを行使しているにすぎないと解する見解（事実上委任説）がある。<sup>203</sup>しかし、これでは、労務指揮権という重要な権利を派遣先が適法に行使していること、派遣先は自らの利益のために労務指揮権を行使していることを十分には説明できない。<sup>204</sup>

また、雇用と使用が分離する労働者派遣に関する派遣元と労働者の間の契約は、通常の労働契約ではなく、労働者派遣法が創設した新たな類型の労務提供契約であり、派遣先の労務指揮権も派遣元との労働者派遣契約によって創設され、派遣先はこれを原始的に取得するという見解（原始取得説）がある。<sup>205</sup>労働者派遣を前提にした労働契約は、民法六二三条が予定していた通常の雇用（労働契約）と異なるのはその通りであるが、だからといって派遣先は労務指揮権を原始取得すると解するのは飛躍があると思われる。派遣先の労務指揮権は、派遣元との間の労働者派遣契約によって獲得するが、それは派遣元と派遣労働者との間の労働契約の存在を前提にしており、しかもその範囲は労働者派遣契約の合意内容に拘束されているからである。<sup>206</sup>

こうしたことを考えると、派遣先の行使する労務指揮権を派遣元から「譲渡」されたものと解する見解（権利譲渡説）が、私は最も適切と考えている。労働者派遣のように、使用者たる地位から離脱することなく、労務指揮権のみが移転する形態は、まさに民法六二五条一項が想定している法律関係であるからである。<sup>207</sup>労働者派遣では、労働者は当初から第三者のために労務を提供することを予定しており、労務指揮権が派遣元に帰属することはあり得ないとの批判もあるが、派遣労働には登録型の

ほかに常用型もあり、少なくとも常用型については派遣元に当初から労働指揮権が帰属してはいないとはいえない。常用型と登録型とで法的な性格を異にすると解するのも適切ではない。観念的であろうとも、派遣元は労働者との間で労働契約を締結することによって労働給付請求権を取得し、その一部を成す労働指揮権を労働者派遣契約を通じて派遣先に譲渡すると解するものが、労働者派遣の法形式に最も適合的であるといえる。

話を本筋に戻すと、以上の二ケース以外に、ある者が労働給付者に対して適法に労働指揮権を行使することはあり得ない。適法にというのは、労働者派遣の場合には労働者派遣法、労働者派遣契約および派遣労働者と派遣元との間の労働契約の枠内で、ということの意味している。もし第二のケースのように他から労働指揮権を譲渡してもらったのであれば、その権利を原始取得したと考えるしかない。このことは、A Y間の業務委託契約が無効になったから当然に出てくる帰結ではなく、YがXに対して労働指揮権を行使していることから出てくる効果である。つまり、労働指揮権の行使とそれへの服従という「事実上の使用従属関係」から、「黙示の労働契約」の存在が推認されることになる<sup>40</sup>。

この見解については、なお検討すべき点がある。つまり、(イ)

派遣元と派遣労働者の労働契約が有効であることは、この見解を採ることの障害とならないのか、(ロ)賃金支払いをどのように考えたらよいか、(ハ)従来黙示の労働契約論との関係をどのように理解したらよいか、という問題である。

#### 五 二重の労働契約の存在はあり得るか

本件でA Y間の業務委託契約が職安法や労働者派遣法に反して無効になっても、A X間の労働契約にはただちには影響しない。常用型と登録型を問わず、派遣労働者の保護を考えれば、必ずしも派遣労働者と派遣元との労働契約を無効とする必要もない。そうすると派遣労働者については二重の労働契約関係が存在することになる。

二重の労働契約が存在することは、出向のケースや労働者が二社との間で労働契約を締結したケースを考えれば、現実により得ることである。ただし本件のような違法請負や違法派遣のケースでは、出向ケースや二社と労働契約を締結したケースと異なる点がある。出向ケースでは、出向先との間にも労働契約は確かに存在しうるが、出向先には解雇等労働者の身分の得失を生じさせたり、休職措置のように身分に重大な影響を与えるような権限は一般にはないし、労働者も出向先に労働契約上の

地位確認を当然には請求できないと解されており、それは完全な意味での労働契約ではない。これに対して労働者派遣の場合には、労働者はいずれかの使用者を選択できるが、この選択は労働契約上の地位確認請求ができることを意味している。また、二社との間の労働契約の締結ケースでは、労務遂行の段階では一社の労働契約を選択しなければならないが、その場合には選択されなかった他社から損害賠償請求される可能性がある。これに対して労働者派遣の場合には、選択されなかった者からの損害賠償の請求は、エストッペルの原則に反して許されない。かくして派遣元と派遣労働者の労働契約が有効に存続しうることは、派遣先との間の労働契約の存在を肯定することの障害とはならない。

#### 六 賃金支払いをどのように考えたらいいのか。

労働契約の不可欠な要素は、労務給付に対して報酬が支払われていることである（民法六二三条、労働契約法六条参照）。もし私見のように、派遣元と派遣労働者の間に適法な労働契約が存続し続け、報酬が支払われているとしたら、派遣先は派遣労働者に対して直接報酬を支払っていないことになり、ここにおける労働契約の存在は否定されることになるのではないか、

との疑問が提起されよう。

しかし、賃金の支払い形態も二重の労働契約が存在することの決定的な障害とはならない。というのも、二重の労働契約が併存すると一般に考えられている出向の場合にも、出向労働者に出向先から直接賃金が支払われる場合だけでなく、出向元から継続して支払い続けられるケースが多々存在しているからである（この場合にも出向先から出向元に対して何らかの金銭が支給される場合とされない場合がある）。つまり、労働者に対して直接賃金を支払うことがなくとも労働契約は成立しうる。

本件のように、A Y間の業務委託契約が無効となると、YからAに支払われる金銭は業務委託の対価とはいえなくなる。むしろそれは、Xらの労務を利用した対価をA（仲介業者）に支払っていると解される。この場合に、派遣先と派遣労働者との間に労働契約が成立するとすると、派遣元が労働者派遣契約に基づいて派遣先から支払われた派遣料金（本件では業務委託料金）から一部控除して派遣労働者に賃金を支払うことは、労基法六条で禁止する中間搾取に該当する<sup>80</sup>。

高裁判決は、「XがAから給与等として受領する金員は、YがAに業務委託料として支払った金員からAの利益等を控除した額を基礎とするものであって、YがXが給与等の名目で受領



する金員の額を実質的に決定する立場にあったといえるから、Yが、Xを直接指揮、命令、監督して本社工場において作業せしめ、その採用、失職、就業条件の決定、賃金支払等を実質的に「行」っていたというが、このように技巧的な解釈を施す必要はない。

## 七 黙示の労働契約論の発展

### （1）伝統的な枠組み

前述したように、労働契約は黙示でも成立しうる。過去の裁判例を見ると、形式上の使用者（甲）以外の者（乙）と労務提供者（社外労働者（丙））の間に使用従属関係が存在することに加えて、次のような事情が認められる場合に、乙と丙との間の黙示の労働契約の成立が肯定されている。<sup>83</sup>

①甲は一応会社形式を採っているが、企業としての人的・物的設備をほとんど有せず、もっぱら乙への労働者のあっせんを行っているにすぎないような場合である。<sup>84</sup>

②甲は企業としての実体を有してはいるが、請負業務を遂行するための人的・物的設備は有しておらず、乙の労働者募集あるいは賃金支払いの代行機関になっているにすぎない場合である。<sup>85</sup>労働者派遣法制定以降では、本件と同様に製造業における

偽装請負事案で、職安から偽装請負の是正指導を受けており、受入会社が当該労働者に対して直接労務指揮を行い、請負会社は法人格が形骸化しているとはいえないが、受入会社の賃金支払いと採用の代行機関にすぎないと判断される事例<sup>86</sup>、あるいは労働時間の管理や作業方法等が受入会社によって管理されており、請負代金は受入会社に対する労務給付の対価として計算されていたといえ、また派遣会社は受入会社に対して労働者を提供するため設立された会社であるとされた事例<sup>87</sup>が、これに当たる。

③当初は丙が甲との間に労働契約を締結して乙に派遣されるという実体を有していたが、その後の推移の中で乙から丙に對して支払われる金銭が、丙の乙に対する労務提供の対価と見なすことができるようになり、甲が乙の賃金支払いの代行機関になってしまっている場合である。<sup>88</sup>

これらは要するに、甲と乙が実質的に一体であるとか、あるいは甲の存在がかなり形骸化しているような事情が認められなければならない、ということである。本件の第一審判決は、こうした伝統的な黙示の労働契約論の枠組みを踏襲し、甲（本件ではA）の存在が形式的ではないことから、丙（本件ではX）乙（本件ではY）間の黙示の労働契約の成立を否定した。つま



り、XはAとの間で雇用契約を締結しAから賃金を支給されていたこと、YとAとの間に資本関係などは認められず、YとAが実質的に一体であると認められないこと、本件三者の法律関係は労働者派遣の關係で、「そのような状態が継続したからといって、XとYとの間に黙示の雇用契約が成立することにはならない」とする。

また、登録型派遣労働者が、企業グループ内の親会社にのみ労働者派遣をする会社との有期労働契約を更新して、一三年にわたって親会社に派遣されてきた事実でも、派遣期間が行政指導指針で許されている三年を超えたこと、派遣先での業務に派遣対象業務以外のものが含まれていたことから、問題のある労働者派遣であることは認められながら、派遣元会社が企業としての実態を有し、派遣労働者の人事管理権限を有していたことから、派遣労働者と派遣先会社との間の黙示の労働契約の成立が否定されている<sup>300</sup>。

## (2) 枠組みの修正

しかし私は、伝統的な枠組みに新たな類型を追加する必要があると考えている<sup>301</sup>。それは、本件のように健全な労働市場を大きく攪乱するような違法性の強い請負や労働者派遣の類型である。

偽装請負で違法派遣が行われている場合に、当該請負契約や労働者派遣契約は違法で無効となるが、その効果としては二つのことが考えられる。その一は、当該労働者を派遣元や労働者提供会社に戻し、そのことから生じる損害について当該労働者から派遣先会社あるいは労働者受入会社に対する賠償請求を認めることである。その二は、労働指揮権を行使している派遣先あるいは労働者受入会社と当該労働者との間の労働契約関係を認める方法である。

後者については、立法論としてはあり得る考え方ではあるが、職安法や労働者派遣法にそうした規定がない以上、解釈論としては無理があるとの批判が予想される<sup>302</sup>。しかし、第一の方法のように、派遣労働者XをAに戻すだけだと、自ら違法状態の創出に積極的に関与し、かなり長期にわたってXを使用しているYの責任を不問に付することになり、妥当な対応方法とはいえない。Yに何らかの形で使用者としての責任を負担させることが、法的正義に適うだろう。Aとの間の契約が脱法目的で無効でありながら、長期にわたってXをあかかも自らの労働者と同じように使用している場合には、YがXに対して現実に行使している労働指揮権は原始取得したと考えるしか説明が付かない。つまり、本件のような事実関係の下では、Aの存在が形骸化し

ているか否かとは関係なく、Yが長期にわたってXに対して労働指揮権を行使している事実自体から、当事者の黙示の意思の存在を擬制し、両者間の黙示の労働契約の成立を肯定すべきであろう。この場合、X・A間の雇用契約は、必ずしも無効とはならないが、極めて形式的な契約になっていると解される。こうした処理が契約正義の実現に合致している。

#### 四 まとめ

以上の述べてきたことから、次のように高裁判決は一部を変更しながらも、なお維持されるべきである。

Xが平成一六年一月二〇日からYの下で勤務することを目的としてA・Y間で締結された業務委託契約は、職安法施行規則四条の要件を満たさず、また労働者派遣法四条一項に反した契約として、職安法四四条の労働者供給事業に当たり、民法九〇条により無効となる。

この点高裁判決の判示は妥当である。

Yが一定期間にわたってXに対して行使していた労働指揮権は、Aから移譲されたものではなく、Xとの間の黙示の労働契約によって取得したものと解される。この点の高裁判決の判示

については、修正が必要であるといえる。

この労働契約の内容は、高裁判決がいうように、「期間二か月、更新あり、賃金時給一三五〇円等、X・A間の契約における労働条件と同様と認めるのが相当であるところ、Y従業員により上記契約成立後直ちにP・D・P製造封着工程業務への従事を指示され、Xがこれに応じたから、同業務が従事する業務として合意されたと解すべきである。」「したがって、X主張の期間の定めがないとの点は認められず、上記認定、説示した範囲での労働契約の成立を認めることができる。」「Xが主張するように、Z・Y間に期間の定めのない労働契約が成立していた（本件雇用契約一）と解する余地はない。この点の高裁判決の判示も妥当である。

その後必ずしも契約書が作成されることなく、X・Y間の労働契約は更新されてきた。したがって、Xが主張するように、製造業での労働者派遣禁止が解除されてから一年経過した時点で、Yには労働者派遣法四〇条の四に基づく雇用契約申込義務が発生すると解する余地はなく、したがってそれを行使しないことによってX・Y間に期間の定めのない労働契約が成立する（本件雇用契約二）と解する必要もない。この点の高裁判決の判示については、修正を要する。

なお、平成一七年七月二〇日にXがAを退職したことは、それまで存在していた二重の労働契約のうち一方を解約したことを意味するが、そのことによってX・Y間の労働契約の帰趨には何ら影響を与えるものではない。

平成一八年八月一九日に、XはYの提示する契約内容の一部に異議を留めながら署名押印して雇用契約書を取り交わしているが、この契約はそれまでの雇用契約の内容について、時給は一、六〇〇円に変更されたが、雇用期間については変更されなしか、あるいは少なくとも二ヶ月から六ヶ月に変更して更新されたものと解される。したがって平成一七年二月二八日に、翌年一月三一日の期間満了をもって雇用契約を終了させるというYの通知は、期間の定めのある労働契約の更新拒否といえる。その当否については、高裁判決がいうように、同契約は平成一六年一月以降多数回に渡って更新されていた上、Xの従事していた封着工程は現在も継続されており明らかに臨時的業務でなく、その雇用関係はある程度の継続が期待されていたところ、雇止め意思表示は、「更新拒絶の濫用として許されない」。以上の点については、高裁判決の判示を若干修正する必要がある。リペア作業等に従事する義務の存否については、高裁判決のいうように、YがXにリペア作業を命じたことは従前従事して

いた業務である封着工程からの配転命令にあたり、リペア作業の必要性は乏しく、同命令はXが労働局への申告をしたこと等に対する報復等の不当な動機、目的でなされたものであると推認でき、「したがって、前記業務命令は権利濫用として無効であり、Xはリペア作業に就労する義務はない。」  
YがXにリペア作業への従事を命じた業務命令ならびに解雇または雇止めの意思表示は、高裁判決のいうように不法行為を構成する。

## 注

- (1) 大阪高裁平成二〇年四月二五日判決（平成一九年（ネ）第一六六一号、地位確認等請求控訴事件、吉岡力対松下ブラズマディスプレイ株式会社）、労判九六〇号五頁。
- (2) 大阪地判平成一九・四・二六労判九四一号五頁。
- (3) 神戸地明石支判平成一七・七・三二労判九〇二二二頁。
- (4) 佐賀地武雄支決平成九・三・二八労判七一九号三八頁。
- (5) 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・一八労判九二二号三三頁。
- (6) 大阪高判平成一八・五・三〇労判九二八号七八頁（法律上許される以外の業務にも従事していた）。
- (7) 東京高判平成一八・六・二九労判九二二号五頁（面接試験に派遣会

社の役員も関与している点があるが、労働者派遣自体には違法性はあまり無い。

(8) 第一審判決に賛成するものとして、宮永晃一「労働者派遣法四〇条の四に基づく雇用契約申込義務」学会誌労働法二二号（二〇〇八年）一五九頁以下、反対のものとして、川口美貴「派遣先に対する地位確認と損害賠償請求」季刊労働者の権利二七三号（二〇〇八年）五四頁以下、萬井隆令「偽装業務請負における労働者とユーザー間の労働契約の成否」労旬二六六五号（二〇〇八年）五五頁以下。

(9) 偽装請負、違法派遣については、菅野和夫『労働法・第八版』（弘文堂、二〇〇八年）一九九頁以下、有田謙司「偽装請負」法学教室三一八号（二〇〇七年）二頁以下参照。請負と労働者派遣との関係については、「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を定める告示」（昭和六一・四・一七労告三七号）も参照。

(10) 水町勇一郎『労働法・第二版』（有斐閣、二〇〇八年）三五九頁以下、濱口桂一郎「いわゆる偽装請負と黙示の労働契約の成立」NBL八八五号（二〇〇八年）一九頁、野田進「松下PDP事件・大阪高裁判決が展開する三つの『雇用契約』」労旬一六八二号（二〇〇八年）二二頁以下。安西愈「労働者派遣法の法律実務・上巻」（労働調査会、二〇〇八年）一六頁以下も同旨か。有田・前掲論文（注⑨）三頁は、労告二七号等を根拠に行政解釈もこの立場であるという。

(11) 萬井隆令『労働契約締結の法理』（有斐閣、一九九七年）三三五頁、山口浩一郎「対象業務外の労働者派遣事業と派遣契約における解約金

条項の効力」判評四八一号（一九九九年）二〇二頁、浜村彰「違法な労働者供給・労働者派遣と労働契約関係」法学志林九八巻一号（二〇〇一年）一五七頁。なお、菅野・前掲書（注⑨）一九九頁以下は、「違法派遣（または労働者供給）」と微妙な表現をとっているが、この説と解してよいであろう。

(12) なお、同条違反の私法上の効果として、当該労働契約は無効になるが、その場合には全部無効だけでなく、一部無効もありうる（東大労働法研究会編『注釈労働基準法・上巻』（有斐閣、二〇〇三年）一三三頁以下（諏訪康雄））。

(13) 菅野和夫『労働法・第五版』（弘文堂、一九九九年）一九九頁、浜村彰「派遣元の形式的・名目的性格と親会社たる派遣先の使用者責任」労旬一五八九号（二〇〇四年）二二頁。なお、裁判例はこの規定を取り締規定であり、効力規定ではないと解しているようである（サガテレビ事件・福岡高判昭和五八・六・七判時一〇八四号二二六頁参照）。

(14) 菅野・前掲書（注⑨）一九六頁。同旨の裁判例として、ホクトエン지니어リング事件・東京地判平成九・一一・二六判時一六四六号一〇六頁。

(15) これについては、山本敏三『公序良俗の再構成』（有斐閣、二〇〇〇年）二二九頁以下を参照。

(16) 浜村・前掲論文（注⑬）二〇頁以下。

(17) 大橋洋一・山本敏三「対話で学ぶ行政法—民法との対話」法学教室二四九号（二〇〇一年）六〇頁以下（山本発言）。

- (18) 大村敦志「取引と公序(下)」ジュリスト一〇二五号(一九九三年)六八頁以下。
- (19) 山本・前掲書(注⑮)二五〇頁以下。
- (20) これに対し濱口・前掲論文(注⑩)一九頁以下では、労働者派遣法における許可業務は、その時々々の政策的な配慮に基づくもので、それに反する労働者派遣が公序違反とまではいえないとされる。ここでの公序は、反倫理性を考えているといえる。
- (21) この点については、土田道夫『労働指揮権の現代的展開』(信山社、一九九九年)四八三頁以下を参照。
- (22) 出向では、出向元の使用者としての地位の全部又は重要な部分が出向先に移転するが、だからといってこの人事異動の形態について民法六二五条一項の適用を否定する理由はどこにもない。これについては、拙稿「出向命令権の根拠」学会誌労働法六三号(一九八四年)二八頁以下を参照。
- (23) 土田・前掲書(注⑫)五二八頁以下、鎌田耕一「派遣労働の法的性質」Jurisist増刊『労働法の争点・第三版』(二〇〇四年)二七〇頁以下を参照。
- (24) 土田道夫「労働者派遣法と労働契約関係」日本労働研究雑誌三三(三〇号)(一九八九年)三九頁以下(なお、その後同・前掲書(注⑫)五三〇頁以下では説を変え、権利譲渡説を採用している)、下井隆史『労働基準法・第四版』(有斐閣、二〇〇七年)一四一頁。
- (25) 土田・前掲書(注⑫)五三〇頁以下も参照。
- (26) 萬井・前掲書(注⑪)一〇七頁以下。
- (27) 土田・前掲書(注⑫)五二八頁以下も参照。
- (28) 横井芳弘「派遣労働者の法的地位」季労一四〇号(一九八六年)一三頁。
- (29) これについては、前掲拙稿(注⑫)三二頁を参照。
- (30) 萬井・前掲書(注⑪)七七頁以下、竹下英男・清水洋二・脇田滋「労働者派遣法の基本的性格と重要問題」労旬一一三二号(一九八五年)二三頁(脇田発言)。
- (31) ちなみに厚労省の解釈でもこうした可能性は認められている。「労働者派遣事業関係業務取扱要領」は、派遣制限期間を超えて派遣がなされている場合について、次のような見解を述べている。
- 「雇入れ勧告を行うケースは、派遣元事業主と派遣先との間で、派遣先の事業所その他派遣就業の場所ごとの同一の業務について労働者派遣契約が派遣受入期間を超えて締結されることが想定し難い中では、既に労働者派遣契約の根拠なく、また、派遣元事業主と派遣労働者の間の雇用契約の根拠なく、事実上派遣先において就業を継続している状態であって、更に勧告の実施要件を満たしている場合と考えられる。このため、派遣先が、労働者派遣契約による授權がない中で、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

受入会社と社外労働者との間の労働契約の成否（和田）

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。」

③② 労働者派遣や労働者の提供から得た利益から金銭を控除して支払うことが労基法六条の中間搾取に該当しないためには、派遣先や労働者提供先と当該労働者との間に労働契約が存在しないことが条件であるので（菅野・前掲書（注⑨）一四四頁）、本件のような場合にはこの条件を満たさないことになる。

③③ 拙稿「労働契約における使用者の概念」労旬一五八五号（二〇〇四年）六頁以下。

③④ 新甲南鋼材工業事件・神戸地判昭和四七・八・一判時六八七号九六頁。なお労組法七条に関連した事件であるが、大阪地労委（大藤生コシ三田）事件・大阪地判平成八・九・三〇労判七〇九号六七頁は、このケースである。

③⑤ 青森放送事件・青森地判昭和五三・二・一四労民集二九卷一号七五頁。

③⑥ 近畿放送事件・京都地決昭和五一・五・一〇労判二五二号一六頁。

③⑦ ナブテスコ事件・神戸地明石支判平成一七・七・二三労判九〇一号二二頁。

③⑧ センエイ事件・佐賀地武雄支決平成九・三・二八労判七一十九号三八頁。

③⑨ 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・一八労判九二二号三三頁。

④④ 前掲拙稿（注③）二〇頁。

なお、菅野・前掲書（注⑨）九四頁は、業務処理請負や労働者派遣が契約形式通り行われている限りは、社外労働者と受け入れ企業との間には労働契約関係は成立し得ないという。このことは、本件のような、業務請負等が違法である場合の社外労働者と受け入れ企業との間の労働契約関係の成否については、白紙にしていると解すべきであろう。

〈本稿は平成二〇年度科学研究費・基盤研究(A)（研究代表者・和田 肇）の研究成果である〉