



出向と派遣

土田 道夫
(同志社大学教授)

I はじめに

出向と派遣は「似て非なるもの」か、それとも「非して似たるもの」か——これはなかなか難しいテーマである。本稿の立場は、両者は「似て非なるもの」だということである。

II 法律論における「似て非なるもの」

まず、法的には、出向と派遣は「似て非なるもの」である。確かに、出向と派遣はともに、労働者が使用者（出向元、派遣元）と労働契約を締結しつつ、第三者（出向先、派遣先）の指揮命令の下で就労する形態であり、その点では「似て」いる。しかし、両者の法的性格は以下のとおり区別され、その点で「非なるもの」と理解されているからである。

まず、労働者派遣法2条1号は、派遣について、「自己の雇用する労働者を、当該雇用関係の下に、かつ、他人の指揮命令を受けて、当該他人のために労働に従事させることをいい、当該他人に対し当該労働者を当該他人に雇用させることを約してするものを含まないものとする」と規定しており、これが派遣と出向の違いを示すものとされる。つまり、派遣は、①労働者と派遣元との間に雇用関係（労働契約）がある一方、②労働者と派遣先との間には指揮命令関係しかない関係（間接雇用）を意味する。これに対して、出向は、間接雇用に類似する関係ではあるが、労働者・出向先間に、②の指揮命令関係に加えて部分的な権利義務関係（契約関係）が成立する（二重の労働契約説）ことから、労働者・派遣先間に指揮命令関係しかない（②）派遣と異なることになる。上記のとおり、派遣法2条1号は、相手方企業に対し自己の労働者を「雇用させ」て労働させる形態を派遣から除いているが、これは、出向を上記のように理解した上で除外する趣旨と解されている¹⁾。

一方、出向サイドから見ると、派遣法のような立法はないものの、上記のとおり、二重の労働契約説が有力であり、労働者・出向先間に、部分的な権利義務関係（契約関係）が成立するものと解されている²⁾。ただし、この関係（出向労働関係）はあくまで部分的な

契約関係にとどまり、労働者が出向先の従業員としての地位を取得するという意味での包括的契約関係まで成立するわけではないが、ともかく一種の契約関係と理解されているのである。

もっとも、こうした派遣法の規律や出向法理に対しては、些か人為的であり、説得力に乏しいという批判がなされるかもしれない。確かに、派遣法の定義は、出向に関する議論の蓄積のないまま二重の雇用関係が存在する関係と観念した上で派遣と峻別するというものであり、かなり人為的な立法政策であることは否定できない。また、出向と派遣を労働者・第三者企業間の部分的権利義務関係（契約関係）の有無で区別しようとする学説の立論にも問題がないわけではない。確かに、出向において部分的権利義務関係が成立するという理解は正しいが、一方、派遣の場合も、労働者・派遣先間に指揮命令関係はあるのだから、派遣先に指揮命令権が帰属していることは確かなのである（派遣先への指揮命令権の帰属については、原始取得説、委任説、譲渡説という法律構成に関する議論があるが、譲渡説が適切である³⁾）。また、派遣先が指揮命令権に付随する義務として安全配慮義務を負うこともほぼ異論なく肯定されている⁴⁾。

こうして見ると、出向と派遣は、建前上は確かに「似て非なるもの」であるが、実際にはさほど截然と区別できるものでもなく、その違いは相対的・流動的であり、「非して似たるもの」という側面を有していることがわかる。

III 雇用システムにおける「似て非なるもの」

このように、純然たる法律論で出向と派遣を区別することに無理があるとすれば、両者が「似て非なるもの」か、それとも「非して似たるもの」かを決定する根拠は、やはり、労働市場および雇用システムにおいて両者が営む機能の違いに求めるほかないであろう。

この点、出向は、正社員の企業間人事異動であり、企業のグループ経営を支える中枢的人事システムを意味する。かつての出向は、企業間の人事交流や中高年者のポスト不足による関連会社への異動を主流としていたが、近年には、企業のネットワーク型グループ経

営を支える戦略的人事という積極的機能を担うとともに、正社員労働者のキャリア形成のツールとして機能するに至っている。官民交流の手法としても定着してきた。また、グローバル企業の出向に眼を向ければ、出向社員と出向先との間で5500万円余という巨額の株式受領権(RSU)の支給義務が争われる世界である⁵⁾。その代わり、出向の運用は、基本的に労使自治に委ねられ、出向を直接規律する実定法はわずか1条、出向命令権濫用を規律する労働契約法14条のみである(このほか、出向命令権の根拠に関する規定として、労働契約の一身専属性を定めた民法625条1項が適用されることが多い⁶⁾)。

これに対して、派遣は、労働市場における労働力需給システムとして、労働者供給の中から抜き出して人為的に創設されたシステムであると同時に、典型的な非正規雇用形態である。派遣は、1985年、企業内部の教育訓練・配置システムでは賄えない専門的人材の外部調達システムとして発足したものの、度重なる規制緩和によって製造業派遣を含む原則自由化が実現し、使い勝手の良い雇用調整弁としての非正規雇用の一角を占めるに至っている。特に、リーマン・ショック後の景気後退期は、間接雇用の特質を利用した「派遣切り」が横行し、不安定雇用の代名詞という不名誉な位置づけを得ている。派遣法の立法政策が二転三転して迷走を続けているのも(2015年の通常国会でも大きな改正が行われる予定である)、派遣法が全62条という大部にわたり、詳細な施行規則や指針とともに、微に入り細に至る法規制を設けているのも、派遣のこうした性格に由来する。非正規労働者の中で派遣が占める割合(6%前後)を考えると、費用対効果の面で疑問が残る規制である。私自身は、派遣については、対象業務を制定当初の専門的業務に限定するなど抜本的に再考すべきだと考えているが、そこまで極端に考えなくても、派遣に無数の問題点があることには異論のないところであろう。

こうして、出向と派遣は、法的には、労働者が第三者の指揮命令の下で就労する形態という基本的枠組みは共通し、建前上は「似て非なるもの」であるものの、実質的には「非して似たるもの」という側面も有する一方、その現実の意義と機能は全く異なり、まさに「非なるもの」である。法的な枠組みと実体的機能がこれほど乖離している例も珍しい。

IV 立法政策の再考

それでは、出向と派遣のこうした違いを前提とすると、法的には、両者の関係をどのように考えるべきだろうか。この点については、派遣が労働市場における労働力需給政策として創設された制度であることを踏まえて、労働者派遣法上、派遣につき、労働者を営利事業として第三者に提供する形態として定義し(たとえば、「自己の雇用する労働者を、当該雇用関係の下に、かつ、他人の指揮命令を受けて、当該他人のために労働に従事させることを業として行うこと」)、純然たる人事異動である出向と区別することが適切な立法政策と考える。つまり、派遣は労働市場法の世界、出向は労働契約法の世界という観点から切り分けて、派遣を労働市場における労働者提供・労働力需給の営利事業と位置づけ、企業間人事異動としての出向と区別する考え方である。私は、この構想を、派遣法制定直後の1986年に本誌掲載論文で提唱したが⁷⁾、その後、全く顧みられていない。しかし、派遣というシステムを維持するのであれば、こうした立法政策も検討に値するのではないだろうか。

- 1) 労働省職業安定局『人材派遣法の実務解説(改訂版)』(1991・労務行政研究所)37頁、菅野和夫『労働法(第10版)』(2012・弘文堂)257頁。
- 2) 菅野・前掲1)書523頁、土田道夫『労働法概説(第3版)』(2014・弘文堂)182頁等。
- 3) 土田道夫『労働契約法』(2008・有斐閣)703頁、同『労務指揮権の現代的展開』(1999・信山社)528頁以下参照。
- 4) 菅野・前掲1)書273頁、ヨドバシカメラ事件・東京地判平17・10・4労判904号5頁(ただし、義務違反は否定)。
- 5) JPモルガン証券事件・東京地判平24・8・17[LEX/DB25482601]。
- 6) 出向については、派遣とは逆に、出向労働関係の法的規律について、完全に労使自治に委ねるのではなく、より客観的な法規範を定立する必要があると考える。土田道夫「『出向労働関係』法理の確立に向けて——出向中の法律関係をめぐる一考察」菅野和夫先生古稀記念論集『労働法学の展望』(2013・有斐閣)484頁以下参照。
- 7) 土田道夫「労働者派遣法と労働契約関係」日本労働協会雑誌330号(1986)43頁。

参考文献

萬井隆令「出向の概念について——労働者供給、派遣概念との関連性を視野に」龍谷法学41巻4号(2009)708頁。

つちだ・みちお 同志社大学法学部・法学研究科教授。最近の主な著作に『労働法概説(第3版)』(弘文堂、2014年)。労働法専攻。