

# 労働者派遣法

## ——労働契約申込みみなし制度の効果と問題点

小宮 文人

(元専修大学教授)

労働者供給の一形態である労働者派遣は、昭和60年制定の労働者派遣法（「派遣法」）によって徐々に解禁され、平成15年には全面解禁された。これにより、労働者の間接雇用は歯止めがなくなり、労働者の雇用が著しく不安定になっていった。この状況に対処するため、平成24年の改正法40条の6によって、「労働契約申込みみなし制度」が導入（27年施行）された。同制度は、重大な派遣法違反があった場合、派遣先は、善意無過失の場合を除き、派遣労働者を派遣元と同一の労働条件で労働契約の締結を申し込んだものとみなすとするものである。この制度は、導入当初多くの社会的関心を集め、これに関する裁判例も一定の数に達している。そこで、本稿において、それらの裁判例を検討して、この制度の実効性とその問題点を考察したところ、同条の「適用を免れる目的」の立証、労働者の「承認」や承諾猶予期間の進行の認識の問題等があるため、派遣先との労働契約を成立させることは困難であることが分かった。その主な原因は、改正法40条の6の規定の仕方に欠陥があるだけでなく、裁判所が労働契約締結の自由を重視する立場から、派遣先に労働契約の締結を強制することを「民事的制裁」として謙抑する解釈姿勢をとっていることにあって考えられる。

### 目次

- I はじめに
- II 40条の6の趣旨・目的
- III 違反行為該当性の立証
- IV 偽装請負等の該当性
- V 「法律の適用を免れる目的」
- VI 「承諾する旨」の意思表示
- VII 承諾の意思表示を妨げる行為
- VIII 成立する労働契約の内容
- IX おわりに

### I はじめに

平成24年に成立し、平成27年に施行された改正労働者派遣法40条の6は、派遣先が派遣労働

者の役務を受け入れる者（派遣先）は、次の場合（1項各号）においては、善意無過失である場合を除き、派遣労働者に対して、その時点における当該労働者の労働条件と同一の労働条件で「労働契約の申込みをしたものとみなす」と定めた。それらは、①受入禁止業務への派遣労働者を受け入れ（1号）、②無許可派遣元からの派遣労働者を受け入れ（2号）、③派遣可能期間を超える事業者からの事業所その他派遣就業場所ごとの業務への派遣労働者を受け入れ（3号）、④派遣可能期間が延長された場合の3年を超える期間の派遣就業場所の組織単位ごとの業務への同一派遣労働者を受け入れ（4号）、または、⑤法律の適用を「免れる目的」で「労働者派遣以外の名目で契約を締結し」、法所定の労働者派遣契約事項（26条1項各号）を

定めずに受け入れた場合（5号）である。

労働者派遣は、「自己の雇用する労働者を、当該雇用関係の下に、かつ、他人の指揮命令を受けて、当該他人のために労働に従事させる」ものと定義され（労働者派遣法2条1号）、それまでは、職業安定法44条によって刑罰をもって全面禁止されていた労働者供給の一形態であり、昭和60年の労働者派遣法によって解禁された。もっとも、当初は、労働者派遣は一部解禁にとどまっていたが、その後規制緩和が進み、平成11年には、派遣対象業務がほぼ全面的に自由化され、平成15年には、製造業への派遣も解禁され、派遣可能期間も3年に延長された。平成15年の改正法は、派遣先は派遣制限期間を避けるため派遣元がなす派遣停止通知に反して派遣先が派遣労働者を使用する場合は、当該労働者が雇用を希望する場合には、派遣先に労働契約を申し込む義務が課された（旧法40条の4）。しかし、同規定は、現実に労働契約の成立に導く効果を有しなかった<sup>1)</sup>。

他方で、派遣法制定前にも、請負人が雇用し、注文者に派遣され、その指揮命令に服して働く労働者が注文者に対し、職安法44条違反を理由として労働契約上の地位の確認を求める訴訟は存在したが、同条違反が労働者と注文者の間の黙示の労働契約を成立させる重要な判断要素になるとする判例は、近畿放送事件京都地裁決定等<sup>2)</sup>を除き、あまりみられなかった<sup>3)</sup>。そして、派遣法制定後は、同法が派遣先の指揮命令を適法化したことから、派遣先との事実上の使用従属関係は意味を失い、派遣先に対する地位確認訴訟はほぼ違法派遣の場合に限定されることになった。この種の争いに決着を付けたのがパナソニックプラズマディスプレイ事件最高裁判決<sup>4)</sup>である。同事件では、被告Y社は訴外A社と業務請負契約を締結し、A社が原告労働者Xを有期労働契約で雇用し、Y社指揮命令を受けて労働していた。Xは、これは業務請負ではなく、職業安定法44条、労働者派遣法に違反すると大阪労働局に申告し、Yに直接雇用を求め、新たに有期雇用契約で雇用された後、Y社によって期間満了を理由に雇止めされた。Xは、Yとの間に黙示の労働契約が成立していると主張して、地位確認を求めた。一審<sup>5)</sup>

は、黙示の労働契約の主張を退け、請求を棄却したが、控訴審<sup>6)</sup>は、Y社・A社間の業務委託契約は、労働者派遣法に適合した労働者派遣たり得ないものであり、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働基準法6条に違反し、民法90条により無効であるなどとして、Y・A社間及びX・A社間の各契約を無効とした。これを一つの重要な根拠として、X・Y社間に黙示の契約の成立を認め<sup>7)</sup>、Xの雇止めを無効とした。しかし、最高裁は、労働者派遣が違法であっても、派遣法2条1号の定める労働者派遣に該当すれば、派遣先と派遣労働者間に雇用契約が締結されていない限り、労働者供給に該当する余地はないので、派遣先は、職安法64条の罰則の適用も受けない。また、派遣先がその採用に関与し、給与などの額を事実上決定し、また派遣元が具体的な就業態様を一定限度で決定し得る地位にあったと認められる場合、派遣労働者と派遣先との雇用契約が黙示的に成立したものと評価できないとした。

このように、戦後第三者による労働者の間接雇用は、公法上、厳しく規制されていたにもかかわらず、民事上、違法派遣における派遣先の雇用責任を追及する手段もなく、特に昭和60年労働者派遣法によりその公法上の規制が著しく緩和されてきた上に、その規制を逃れる違法派遣が多いことから、派遣労働者の雇用の安定と保護を求める声が高まってきた。とりわけ、リーマン・ショック下に起きた平成20年12月の派遣切りを象徴する「年越し派遣村」事件によって最高潮に達した。当時すでに違法派遣を是正するために派遣先での直接雇用を考える必要があることが厚生労働省の研究会報告に明記されていたが<sup>8)</sup>、これを機に、派遣労働者の雇用の安定と保護のための労働者派遣法改正の動きが本格化し、平成24年に労働者派遣法の正式名称と目的に「派遣労働者の保護」が付加され、本稿冒頭に掲げた40条の6が定める「労働契約申込みみなし」制度が導入されたのである（同制度の規定に関する施行は平成27年である）。

しかし、労働者が、この申込みみなし制度に基づいて派遣先に対して、その従業員の地位を確認

する訴訟において、その地位が確認された裁判例は極めて少ない。その理由は何か？ また、制度のどこに問題があるのか？ 本稿においては、今までに判例集などで公表されている判例を通して、労働契約申込みみなし制度の実際の効果とその問題点を検討する。

## II 40条の6の趣旨・目的

制度の趣旨・目的を論じた最初の判例として、日本貨物検数協会（日興サービス）事件名古屋地裁判決<sup>9)</sup>が挙げられる。同判決は、「違法な労働者派遣の是正に当たって、派遣労働者の希望を踏まえつつ雇用の安定が図られるようにするため、同条1項各号に該当する行為が行われた場合、当該行為を行った時点において、労働者派遣の役務の提供を受ける者が派遣労働者に対して労働契約の申込みをしたものとみなす制度であり、その趣旨は、……違法な労働者派遣を受け入れた者にも責任があり、そのような者に民事的制裁を科すことにより、労働者派遣法の規制の実効性を確保することにある」とした。これは、厚生労働省通達（職発0930第13号平成27年9月30日）の文言どおりの内容であり、東り事件大阪高裁判決<sup>10)</sup>もほぼ同じ説示を行っており、裁判所の共通の理解といえる。そして、「派遣労働者の希望」「民事的制裁」及び「実効性の確保」という各語句は、多くの裁判所がしばしば判決の結論を導くために依拠してきたキーワードということができる。

申込みみなし制度を派遣法の「実効性の確保」のための「民事的制裁」と捉える見解は、派遣先の採用の自由に対する規制を正当化する一つの根拠とするものとみることにもできる。最高裁は、三菱樹脂事件最高裁判決<sup>11)</sup>において、使用者は「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」とし、この見解はその後もずっと維持されているからである。実際、法案の段階で、採用の自由の立法による制限措置の合憲性は、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であり、よりゆるやかな制限では目的達成に十分ではないことが必要であるから、「違法派遣に対するペナルティと

いうだけでは、到底その合憲性を肯定できない」とする批判<sup>12)</sup>や従前の法的関係から生じる雇用継続への合理的期待がある場合以外は特に慎重であるべきであり、「派遣先の採用の自由を制約することは、理論的にあり得ないことではないとしても、行為の反規範性が雇用強制という制裁内容と均衡がとれていないのではないか」との疑問が提起されていた<sup>13)</sup>。確かに、指揮命令していただけた派遣先に、労働契約の締結を強制するものであるから、派遣労働者の雇用喪失の防止や「民事的制裁」というだけではなく、より本質的な理由が必要というべきであろう。その理由として挙げられるのが、直接雇用の原則である。同原則を支持する学説は多いが、その根拠をどこに求めるかは多岐に分かれている。多くは、労働者供給事業を禁止する職安法44条に根拠を求めるが<sup>14)</sup>、これに加えて中間搾取を禁ずる労基法6条を挙げるもの<sup>15)</sup>、民法623条を根拠とするもの<sup>16)</sup>がある。いずれにせよ、第二次大戦後、憲法27条の下で職安法44条が刑罰をもって労働者供給事業を禁止し、直接雇用を前提とした法整備が図られたことは疑いない<sup>17)</sup>。しかし、昭和60年の労働者派遣法制定以降、間接雇用が次第に解禁されてきたが、その弊害が際立ってきた。このため、改正法40条の6は、特に重大な労働者派遣法違反があった場合に限り、直接雇用の原則に立ち返って、派遣事業の適正な運営と労働者保護の目的達成に実効性が高いと期待される申込みみなし制度を創設したものということができる。違法派遣の当事者である派遣先に刑罰を科しても労働者の雇用の確保には必ずしも繋がらない。そのため、そうした違法状態の解消のため労働者派遣契約が解除されて、労働者が失職することを防ぐために、「派遣労働者の希望」する派遣先に雇用責任を課することにしたものといえる<sup>18)</sup>。直接雇用原則の行き過ぎた緩和により奪われた雇用の安定と労働者保護を推進する目的で契約の自由に「特別の制限」を課すことにしたのである。確かに、違法な派遣を創り出した派遣先に民事上の負担を負わすものであるから、民事制裁的な側面があることは否定できないが、直接雇用の原則に戻って、労働者の雇用の安定と保護という改正法



の目的である「実効性の確保」のため、その違法な派遣のもとで派遣先が免れていた雇用上の使用者の地位を確認することにしたまでのことであり、派遣先の違法行為に対して罰として制裁（「民事的制裁」）を科することを目的としてはいない<sup>19)</sup>。したがって、「実効性の確保」を強調しないで「民事的制裁」の負の側面ばかり強調して制度の適用を狭める理由とすべきではない<sup>20)</sup>。40条の6の目的と手段を取り違えてはならないと思われる。

### Ⅲ 違反行為該当性の立証

40条の6は、派遣先が派遣労働者に対し労働契約の申込みをしたものとみなす原因となる派遣先の行為として、冒頭に挙げた①～⑤の5つの派遣法違反行為を挙げている。これらの内、①～④の派遣先の違反行為の存否を労働者が知るのとは比較的容易であり、他方で派遣先がその該当行為を善意無過失で行ったと主張することは困難といえる。したがって、申込みみなしの立証はそれほど困難ではないと思われる。これに対し、後述するように、労働者が⑤の違反行為を知るのとは容易ではない。しかし、請負等の形式で労働者派遣を行う場合には、①から④までの行為のいずれかにも該当する場合が大多数であると思われるから、それが労働者派遣であるとされれば、①～④の理由で申込みみなしを立証することは比較的容易である。特に、請負等の名目で労働者派遣を行う場合は、実際には、許可を受けている派遣の場合もあるが、大多数は無許可派遣であるから、「法律の適用を免れる目的」を厳格に解しても、多くの場合はみなし申込みの成立は達成できる<sup>21)</sup>。ただ、特別な法的な知識を有せず、事業の仕方に関する情報が得られ難い労働者にとって、請負等の名目で他企業に派遣されていた労働者が実は労働者派遣であると認識するのは難しい。この点の検討はⅣに譲り、ここでは、判例上争われた請負等の形式での労働者派遣に関するみなし申込み訴訟の多くは、上記②の違反行為に関するものであることだけを指摘するに止める<sup>22)</sup>。

### Ⅳ 偽装請負等の該当性

上記⑤の違反行為、すなわち、偽装請負等のケースについては、偽装請負該当性のみならず、「法律の適用を免れる目的」の要件が過重されている。偽装請負該当性に関して、多くの判例は、昭和61年4月17日労働省告示第37号「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」に基づく判断をしている。これによれば、労働者派遣に該当しない請負契約といえるためには、当該事業者が、①自ら業務の遂行に関する指示等を行い（2条1号イ）、②自ら労働時間などに関する指示その他の管理を行い（2条1号ロ）、③労務規律に関する指示等や労働者の配置の決定等を行い（2条1号ハ）、かつ、④請負により請け負った業務を自らの業務として当該契約の注文主から独立して処理していることが必要とされる（2条2号）。そして、従来のほとんどの判例が請負契約等ではなく労働者派遣に該当することを肯定している<sup>23)</sup>。

東り事件において、一審判決<sup>24)</sup>は該当性を否定したが<sup>25)</sup>、同事件控訴審判決<sup>26)</sup>は該当性を肯定した。この違いは、控訴審判決が区分基準を忠実に適用し、実質的、実態的な事実認定を行ったのに対し、一審判決が告示37号の区分基準を大雑把に適用し、表面的、形式的な事実認定を行ったことに起因するといえる。とりわけ、控訴審判決が、独立の業務処理に関して、区分基準2条2号に定められた請負事業であるための要件ごとに判断を行ったのに対し、一審は、区分基準の総合判断を行った。これは、区分基準2条の「各号のいずれにも該当する場合を除き、労働者派遣を行う事業主とする。」との定めと反する。控訴審判決は、区分基準を「内容には合理性が認められる」行政解釈として、これを「参照」して労働者派遣事業に該当するか否かを「的確に」判断するというスタンスで実態に踏み込んだ実質的解釈を行ったといえる。これは、過労死の認定基準等の行政解釈基準に対する裁判所の姿勢と共通するもので、偽装請負該当性判断に適したものといえる。この区分は、必ずしも、派遣先にとって明白

とはいえないが、その判断は客観的なものであり、少なくとも司法上困難を伴うものとはいえない。ただ、繰り返しになるが、特別な法的な知識を有せず、事業の仕方に関する情報が得られ難い労働者にとっては、その区別は難しく、とりわけ派遣元・先が意図的に偽装している場合は極めて困難である。

## V 「法律の適用を免れる目的」

### 1 要件とする理由

偽装請負の場合には、さらに派遣先が「法律の適用を免れる目的」を有していたことが必要とされる（1項5号）。したがって、また、派遣先のそうした脱法目的が認められる場合は、前記の違法派遣受け入れの善意無過失は認められる余地はないとされる<sup>27)</sup>。「法律の適用を免れる目的」を課した理由につき、ハンプティ商会事件<sup>28)</sup>において、東京地裁は、「派遣先において、区分基準告示の解釈が困難である場合があり、客観的に違反行為があるというだけでは、派遣先にその責めを負わせることが公正を欠く場合があるからである」と説明した。判例は、一般に、派遣の指揮命令と請負の指図の区別が微妙であり、請負契約を締結したものが労働者に指揮命令を行ったことだけで、役務提供の受領者に労働契約締結という民事的制裁を科するのは正当でないから、脱法目的という主観的要件を加重したものと解して<sup>29)</sup>、脱法目的の立証を「民事的制裁」の要件と位置付けている。ちなみに、「法律の適用を免れる目的」とは、名目である請負等ではなく派遣であることを認識していることを意味し、それ以上に法律の適用を回避する積極的な意図または悪意を意味するものではない<sup>30)</sup>。「民事的制裁」の要件という、あたかも単なる認識以上の積極的意図または悪意が必要であるかのような示唆を与え兼ねず適切ではないと思われる。

### 2 目的の推認

これは、受け入れ先の主観の問題であるため、それをどのように推認すべきかが問題となるが、

多くの判例は、推認に極めて慎重である。例えば、国・大阪医療刑務所事件の大阪地裁判決<sup>31)</sup>は、「違法性を認識していたことを示す指示、発言又は文書と行った事実関係または証拠がなければ認定できないわけではない」とするものの、「労働局などの関係機関などから指導等を受けるなどした事実や、従前は労働者派遣契約を締結していたのに、就業実態を何ら変えることなく請負契約を締結した事実」という限定的な推認事例を挙げるにとどまる。また、竹中工務店ほか2社事件において、大阪地裁判決は、「以前にも労働局から……同様の是正指導を受けながら同様の契約を繰り返したといった事実は認められないこと」を推認否定の重要な要素とした<sup>32)</sup>。確かに、労働者は労働局から40条の6第1項各号該当性についての必要な助言を得ることができ、労働局は派遣先に必要な指導及び助言をすることができる（48条）が、労働局の指導が入らなかったことを脱法目的の否定要素とするのは適切ではない<sup>33)</sup>。

ちなみに、有力学説の中には、「明らかに指揮命令と評価できる関与が日常的に行われ、そのことを会社上層部も認識・認容していた場合」には脱法目的が推認できるとするものがある。そして、会社上層部の認識・認容は、その意図を示す発言、「実質的に労働者派遣契約の内容を示すといえる覚書」等でも推認できるとするが<sup>34)</sup>、注文会社に偽装意図があるなら、そうした文書は残さないのであろう。これに対し、前掲日本貨物検数協会（日興サービス）事件地判・高判は、客観的事実の認識があれば、脱法目的ではないことを窺わせる事情が一切ない場合は推認できるとした。これを一歩進めたのが、前掲東リ事件控訴審判決は、「日常のかつ継続的に偽装請負等の状態を続けていたことが認められる場合には、特段の事情がない限り、……偽装請負等の状態にあることを認識しながら、……組織的に偽装請負等の目的」があったと推認するのが相当であるとした。これは、派遣先は請負と派遣を区別すべき義務を負っていることを考慮して、脱法目的の立証責任を派遣先に転換させるものとみられる。注文者が請負企業の労働者を日常的に直接指揮命令しており、かつ、そのことが一定期間継続している場合、注

文主が派遣労働の受入に気づかなければならないといえるから、その状態を是正しない場合には、特段の事情がない限り、脱法的な目的があると推認すべきであろう。すなわち、脱法目的の立証を「民事的制裁」の要件と位置付けても、脱法目的を必要とする理由が派遣先の派遣該当性判断の困難なことに尽きるのであるから、この推定の妥当性を否定することにはならないと思われる。ちなみに、前掲国・大阪療養刑務所判決は、「法律上許されないことを知りながら……適応を免れるためにあえて請負その他……の名目で」（筆者下線付加）としており、「あえて」という文言で認識に加えて積極的な主観的意思を要求するが、労働者に無理を強いることになり妥当ではない。

東リ控訴審判決は、次の4つの事実から、偽装請負を認識しながら「組織的に偽装請負等の状態を継続していた」ことを推認することができるとし、労働者受入企業Y社の反証を退けて脱法目的があったと判示した。①業務請負契約締結当初から、巾木工程では（常任主任及び各班の主任はY社の従業員が務め、その従業員の他に1名いる班もあったことなど）、Y社指揮監督下でのY社従業員とL社従業員が混在し偽装請負が実在していたこと、②派遣が可能になった後も、両社従業員の巾木工程・化成品工程において混在し続けていたこと、③平成26年頃、巾木工程のL社従業員を指導していたY社従業員を異動させたこと、④巾木工程の業務請負から派遣への契約切り替え後も労働実態が変わらなかったこと、である。これらの事実認定を前提とすれば、Y社の脱法目的が推認できることは明かである。しかし、脱法目的を推定するためには、必ずしも、これらのすべての間接事実がなければならぬわけではない。偽装請負等の状態が本件における程、長期にわたり明白かつ一貫して継続する場合に限定されると解されるべきではないであろう。すなわち、本件の事実、本判決の判断枠組みの及び得る限界を画するような事例とはいえない。その意味では、同判決の判断枠組みの射程をどこまで及ぼし得るかは明かではない。各事案の具体的な事実関係によって異ならざるを得ず、これから、脱法目的を推認するためには、請負契約の締結経

緯、締結後の契約の継続期間、作業ないし労働の実態（渾然一体性、組織の一体性）、労働者派遣契約に移行した場合はその前後の作業・労働形態の変化などをも総合して判断することになると思われる<sup>35)</sup>。

### 3 目的存否判断の基準時

また、判例の中には、偽装請負等の目的は、派遣先が労働者派遣契約と異なる契約を締結し役務の提供を始めた時点において、派遣先が有していた必要があるとして、脱法目的所在の基準時を契約締結時に限定するものがある。その理由として、前掲医療刑務所事件判決は、①条文上、「契約の締結」と「役務の提供を受けること」との間に「または」等の接続詞がないこと、②悪質性や違反の程度が低いこと、③労働者派遣と請負等の指図は明確に判別し難いこと、および、④「民事的制裁」として直接の労働関係を認める効果を挙げた。しかし、①の理由は、真正な請負契約の締結後、その履行の過程で労働者派遣の実態となった時点で請負等の名目での契約の締結を維持しているのであるから、余りにも形式的な文言解釈といわざるを得ない。②の理由は、真正な請負契約が締結後名目だけのものになった時点で労働派遣の役務を受けるのは積極性において悪質性が弱いといえないこともないが、偽装請負状態を認識しつつそれを維持することも、脱法意図を有することには変わりはない。③の理由は、気づいた時点で是正しなくて済むのかという疑問を生ぜしめる。④の理由は、いつ脱法目的を有するに至ったかということとは直結しない。結局、これらの理由が示すことは、同判決が「民事的制裁」であることを理由として、5号の規制を極めて悪質性の高い違反ケースに限定しようとしたことを示すものといえる。同判決の見解は、明らかに平成24年改正法第2条施行通達職発0930号第13号（平27年9月30日）に反し、他の判例の支持も得られていない<sup>36)</sup> 特異なものといえる。

### 4 40条の6第1項5号の類推適用

なお、前掲竹中工務店ほか2社事件では、二重偽装請負に40条の6第1項5号が適用または類



推適用されないかが争われた。大阪地裁は、申込みみなしの対象は、「労働者派遣の役務の提供を受ける者」であり、注文主が契約を締結している相手方である元請負人は、下請負人が雇用する労働者とは雇用関係にないから、注文主は、申込みみなしの対象にはならないとした。また、40条の6の類推適用に関して、大阪高裁は、40条の6の趣旨の趣旨からすると二重偽装請負の場合も同趣旨が妥当する面もあるとしながらも、①派遣法制定時その後の改正時における衆参両院での立法経緯と附帯決議、②40条の6の類推適用と職業安定法の規制の重複のほか、③下請人の雇用する労働者の提供を受けた元請人がその労働者を注文者に提供している中で当該労働者を指揮命令している場合は、元請負人に40条の6が適用されるから、単純な偽装請負と二重偽装請負の場合とで労働者の保護に著しい不均衡は生じないことを理由として、注文者への類推適用をも否定した。もっとも、前記施行通達は、「みなし制度に基づき元請負人が請負契約を締結している下請負人の労働者に対して労働契約の申込みをした者とみなされ、当該労働者が承諾の意思表示をした後、当該元請負人と請負契約している注文主が偽装請負等の目的をもって偽装得請負等の状態で役務の提供を受けた場合には」、注文主にみなし制度が適用されるとしている。このため、その労働者が元請負人と注文主に同時にみなし申込みに対する承諾の意思表示をした場合には、注文主との間の労働契約が成立する可能性があるとの見解が主張されている<sup>37)</sup>。ただこの場合も、注文者の偽装請負の目的が立証されなければならず、大阪高裁は、注文者と元請けが密接な関係の下で恒常的な偽装請負状態を作出し、前者と下請けとの間に元請けを介在させて中間搾取させたという労働者側の主張を退けた。

## VI 「承諾する旨」の意思表示

40条の6第1項各号該当性が肯定され、派遣先のみなし申込みが肯定される場合、派遣先との間に直接労働契約が成立するためには、派遣労働者が承諾の意思表示（3項）を行う必要がある。

前掲日本貨物検数協会（日興サービス）事件において、地裁は、第3項の承諾の意思表示は、通常の意味表示と「何ら異ならないもの」であるから、「労働者がみなし申込みの存在を明確に認識せずに労働者派遣の役務の影響を受ける者に対して直接の雇用の要望を出すなどしたとしても、それは、労働者の自由な意思による……選択権の行使として評価することはできない」とした。しかし、同項の「承諾」は、通常の契約の申込みのような明確な申込みではなく、使用者の行っている違法行為を申込みと擬制したものである。しかも、派遣先はしばしば意図的にその違反行為を隠蔽しようとする。したがって、労働者が派遣先の違反行為を認知することが難しい。こうした場合、労働者が派遣先との雇用を望んでいることが明確に派遣先に認識できるならば、契約の成立を肯定するのが立法趣旨に適っていると考えられる。地裁のいうような「労働者がみなし申込みの存在を明確に認識」していることまで要求する必要はないと思われる。したがって、高裁が、これを改めて、「基本的には異なるものではない」、すなわち、「派遣先との間の新たな労働契約の締結を内容とするものであり、かつ、その内容やそれがされた際の状況などからみて、それがみなし申込みに対する承諾の意思表示と実質的に評価し得るものであれば足りる」としたのは当然といえる。

しかし、高裁は、これに続けて、申込みみなし規定は、「派遣労働者の希望を的確に反映させるために派遣先との新たな労働契約の成立をその承諾に意思表示に係らしめ」る趣旨であるから、「みなし申込みに対する承諾の意思表示といい得るためには、少なくとも、使用者が変わることに伴って必然的に変更となる労働条件等があったとしてもなお派遣元との従前の労働契約の維持ではなく派遣先との新たな労働契約の成立を希望する（選択する）意思を……表示したと評価し得るものでなければなら」ないとした。第3項の労働者の「承諾」は、労働者が派遣先の雇用を求める明確な意思が確認できる表示があれば足りるのであって、訴訟を提起している労働者が不利な条件も生じ得ることについて熟慮して意思表示したといえるか否かについてまで問題とする趣旨と捉え

るべきではないであろう。それは、派遣先との労働契約締結を阻害する余計なパターンリスティックな介入というしかない。

ところで、同事件では、所属労働組合が団体交渉で直用化を求めたことが、個々の労働者の承諾の意思表示に該当するかが争われたことから、高裁は、その要求の経緯や内容に照らし、個々の労働者を代理した何らかの意思表示とはいえず、また、仮に何らかの意思表示であったとしても、「派遣労働者の希望」を的確に反映させようとする申込みみなし制度の趣旨と労働契約上の地位の得喪は自己決定事項であり労働協約で処理し得ないので個別の代理権授与がなく、対象者すら特定されない組合の意思表示をもって、個々の労働者の承諾の意思表示とはいえないと述べた。この見解は、一般論としては、妥当な規範的判断枠組みといえるが、実施の申込みではなく、あくまでみなし申込みであることを前提にすれば、何らかの形で労働者の直接雇用を求める意思が派遣先に伝えられたことが確認できる限り、承諾があったと認めてよいのではないと思われる。なお、高裁は、労働者の直接雇用の要求内容が、派遣先のみなし申込みと「同一の労働条件」と異なる場合は、承諾の意思表示と評価できないと判示した。しかし、申込みみなし制度は、あくまで重大な違法派遣に関して派遣先での雇用を確保するための制度であるから、例えば、労働者が派遣先に直接雇用と労働条件の改善を同時に求めているも、労働条件の改善がなければ直用を求めない趣旨でない限り、派遣元と同一の労働条件での承諾として契約の成立を認めてよいと思われる。

以上のように、裁判所は、労働者の承諾の意思表示を現実の申込みに対する承諾の意思表示と同様に厳格に解釈したり、必要以上に労働者の真意を推定するような解釈をしている。このようなこともあってか、第5号該当が争われた事件において労働者の承諾の意思表示が認められたものは、組合が団体交渉を行い、かつ派遣労働者が個別に直接雇用の申込みを承諾する旨の書面による通知を行った前掲東リ事件控訴審判決のみにとどまっている。

## VII 承諾の意思表示を妨げる行為

派遣労働者の承諾の意思表示は、その申込みに該当する行為が終了した日から1年以内に行う必要がある(2項)。この期間内に承諾の意思表示をしなければならないこと以外の要件は定めていないので、その意思表示の後に派遣元が派遣労働者を整理解雇したとしても、派遣先との間で労働契約を成立させることができると思われる<sup>38)</sup>。他方で、とりわけ、5号該当事由の存否について派遣労働者が申込みの存否を認識するのは容易ではないから、派遣先が偽装事実を隠ぺいしようとした場合には、その期間内での認識はますます困難となるが、これについても、40条の6に特別の規定は置かれていない。前掲ベルコほか(賃金請求ほか)事件において、札幌地裁は、「40条の6第1項は、労働者派遣による役務の提供を受けた者が労働契約の申込みをしたものとみなし、もって、派遣労働者に対し、当該役務提供を受けた者との間に労働契約を締結するかどうかについて、選択権を付与したものと解される。そして、同法の趣旨が派遣労働者の保護を図るところにあることにも照らすと、かかる選択権は法律上保護されたものというべきであって、当該役務提供を受けた者は、派遣労働者の選択権の行使を妨害しないようにする不法行為法上の義務を負う」とした。ただ、通常、役務受領者が故意過失によって選択権の行使を妨害したことを派遣労働者が立証するのは容易ではない。前掲日本貨物検数協会(日興サービス)事件において、情報を隠蔽した派遣先が承諾期間制限を主張することは信義則に反する旨の派遣労働者の主張を退けつつ、名古屋高裁は、「みなし申込みに対する派遣労働者の承諾の機会を確保し、申込みみなし制度が実際に機能するようにするためには、……派遣労働者がみなし申込みの発生または承諾期間の進行開始を認識し得る措置を盛り込むことと併せて、派遣労働者がこれらを知ったときを承諾期間の開始とすることも、立法論としては一つの選択肢として考えられ」、現行制度には、そのような実効性の問題が内在しているとの指摘があると述べた<sup>39)</sup>。



## Ⅷ 成立する労働契約の内容

### 1 有期労働者の場合

派遣先との間で成立する労働契約は、その時点における派遣元での労働条件（当事者間の合意により労働契約の内容となった労働条件の他、就業規則などに定める労働条件も含まれるが、使用者が変わった場合にも承継されることが社会通念上相当であるものに限定される<sup>40)</sup>）と「同一の労働条件」の内容となる。しかし、それは、従前の使用者の労働契約上の地位の法的承継でない。この点で特に問題なのは、派遣労働者全体の約60%を占める有期雇用派遣労働者<sup>41)</sup>の承諾によって成立する契約の内容であろう。例えば、前掲国・大阪医療刑務所事件では、短期雇用の有期派遣労働者が、偽装請負から派遣労働契約に転換された期間満了直前にその後の雇用を求めた。厳密には、同事件は40条7の事件であるが、40条の6の規定に基づいて、地裁判決は、請負契約に基づく雇用契約の終期も労働局の指導にしたがってなされた労働者派遣契約の終期も同日で、当該労働者は同日まで就労したのであり、契約期間が満了しているの、終期を超えた「期間の就労を確保すべき義務を」負わないとした。同判決は、また、派遣元との雇用契約の始期及び終期を含まない形での申込み擬制は、認められないとした。これは、派遣元との労働契約の始期と終期が定められている場合は、労働者の承諾の時点で成立する派遣先との労働契約の期間は、その時点から派遣元との契約期間の残りの期間になるとする施行通達の見解と一致する。いずれにせよ、この判決からすると原告労働者は、承諾の意思表示をした29年3月27日から同月31日までの4日間の直用の可能性しかなかったことになる。なお、同通達は、単に1年間としているなど始期と終期が定められていない場合には、労働契約の始期等に係る黙示の合意などを踏まえて判断されるとしているが、有期契約の場合、通常終期は定まっているはずであるから、どれ程の意味があるのか必ずしも明らかではない。むしろ、終期が定まっていなくても、労働者の承諾があった日（3月27日）から1年間（合意

された期間）が始まるとする方が申込みみなし制度の雇用存続の保護という趣旨・目的に適うのではなかろうか？

また、同判決の処理の仕方を正当化するため、同判決は、「比較的長期間の有期雇用とされる場合もあるのみならず、期間の定めもないものもあること……踏まえると、……定義どおり派遣労働者と派遣元の労働契約期間と同一期間と解釈したとしても、……40条の6の趣旨が没却されるものと解することはできない」とする。しかし、こうすると、事業の仕方に関する情報が得られ難い労働者が偽装請負か否かを判別するのは極めて困難なうえ、短期の労働契約で雇われる労働者がそれを判別し、派遣元にとどまるか、みなし申込みを承諾して派遣先に移るかの決断をすることは至難の業であるから、派遣先に有期労働契約の残余期間だけ雇用責任を負わせるだけでは、派遣労働者の雇用存続の保護という観点からは問題があることは明らかである<sup>42)</sup>。なお、萬井教授は、登録派遣の場合、派遣元と派遣先が労働者派遣契約を締結し、派遣元が派遣労働者を短期の派遣労働契約を締結して同労働契約を労働者派遣契約存続期間ずっと反復更新し続ける実態からみて、派遣元との派遣労働契約と同一期間での終了を認めるのは適切でないとする<sup>43)</sup>。

### 2 労働契約法18条及び19条の役割

また、アズビル事件東京地裁判決<sup>44)</sup>において、地裁判決は、本件制度によって成立する労働契約上の法的地位は、当該労働者と派遣元との労働契約上の地位を法定承継するものたり得ないから、有期派遣労働者が派遣元との間に労働契約法19条各号の事情が存在しても、それらの事情は本制度によって派遣先に引き継がれない。また、同条各号の事情は、「従前の使用者と当該労働者のとの間で更新することについて黙示の合意が成立しているなど労働条件の一部となっているような場合を除き」、派遣元での労働条件に含まれるものといえないから、仮に「労働契約法19条各号の事情が存在するとしても」、その事情は、みなし制度によって成立する労働契約の内容になるものではないとした。しかし、労契法19条の定

める事情、すなわち、当該労働契約が実質無期状態にあり、または、雇用継続の合理的期待が生じている場合には、むしろ、契約更新の黙示的合意が肯定されると解することができるであろう<sup>45)</sup>。とりわけ、実質無期状態とした東芝柳町工場事件最判<sup>46)</sup>は、黙示の合意の存在を前提としていたものであることが想起されるべきだろう<sup>47)</sup>。さらに、地裁は、派遣先に労働者が派遣元との間に有した地位の承継でない以上、同法18条の適用に当たって、派遣元との間の労働契約期間を通算することはできないから、同条による無期労働契約への変換はないと判示した（施行通達と同旨）。ただ、本庄教授が指摘されるように、派遣先が派遣元と実質的に同一と考えられる場合は、すなわち法人格否認の法理が適用される場合や故意的な偽装請負と評価できる場合は、労契法18条に基づき派遣先に移行後も無期労働の申込みが可能になる可能性はあると思われる<sup>48)</sup>。

## IX おわりに

労働者派遣法40条の6の労働契約申込み制度は、直接雇用の原則に戻って、雇用の安定と労働者の保護という目的の「実効性の確保」のため、同法所定の重大な違反があった場合、その違反行為に関与した派遣先に労働契約上の使用者としての雇用責任を課するものである。しかし、本稿の検討によれば、その目的を達成するための同条の実効性はかなり疑わしい。とりわけ、先ず第1に、第5号の労働者派遣以外の名目での派遣に関しては、「適用を免れる目的」の立証が困難であることが問題である。第2に、みなし申込みの存在が認められても、労働者の「承諾」の意思表示が厳格に解釈される傾向があるという問題がある。第3に、「承諾」が認められる場合でも、第2項、3項の労働者が承諾猶予期間の進行開始を認識できないことがあるという問題がある。第4に、有期労働契約の労働者がその期間満了後に気づいた場合、その承諾猶予期間が意味を失ってしまうという問題がある。第5に、第1項の「同一の労働条件」との関係で、有期労働者は、労契法18条や19条の適用を受けないとされれば、実質

的に意味のある救済を受けられないという問題がある。これらの諸問題により、申込みみなしによって派遣先との間に労働契約を成立させることは極めて難しく、実際に、それを認めた判例は1件しか存在しない。結局の所、現行の制度は、直接雇用を実現するという効果は極めて限定されており、法所定の特定の違反に対する一定の抑制効果しかないのではないかと思わざるを得ない。すなわち、本稿Ⅱでみた諸判例のいう制度の目的である「労働者派遣法の規制の実効性を確保」は達成されていないといえることができる。

これは、本稿で検討したように、40条の6の規定の仕方に欠陥があるだけでなく、裁判所による同規定の解釈の仕方にも起因するものといえるのではないと思われる。その根底には、労働契約締結の自由に対する法規制については、裁判所は謙抑的でなければならないという考えがあるように思える。申込みみなし制度を派遣先に対する「民事的制裁」として捉えるのもこの発想のためではなかろうか？ 筆者は、この制度は、間接雇用は一定の規制の下で例外的に認められるのであって、存枠を超える場合には、直接雇用の原則に戻すべきであるとの基本理念に基づいて定められたものと解している<sup>49)</sup>。それは、長年の懸案事項とされ、違法な間接雇用を廃絶する画期的な立法措置であったことに鑑みれば、現行法の改正とその立法趣旨を活かすための積極的な解釈が必要である<sup>50)</sup>。「民事的制裁」という用語が一人歩きして、改正派遣法の「実効性の確保」という40条の6の目的をおろそかにするのは、本末転倒である。

1) 三菱電機ほか事件・名古屋高判25・1・25 労判1084号63頁は、同規定は公法上の義務を定めたにすぎず、また、派遣元からの通知を受けたことを要件とするものであるから、派遣先が派遣労働者の雇用を継続させただけでは、黙示の労働契約は成立しないとした。

2) 京都地決昭51・5・10 労判252号17頁。職安法44条や労基法6条違反で派遣元と労働者の契約を無効とし、労働者と派遣先の事実上の使用従属関係を重視して派遣先との黙示契約を認めた例として、他にサガテレビ事件・佐賀地判昭55・9・5 判時998号103頁がある。

3) 殆どの判例は、派遣先との事実上の使用従属関係に加え、契約締結当事者の意思の合致を重視する立場から、黙示の合意を認めることができる徴表（採用への関与や賃金その他の労働条件を決定していると認めるべき事情）の存在を要求した（サガテレビ事件・福岡高判昭58・6・7 労判410号29頁等参照）。

- 4) 最二小判平 21・12・18 労判 993 号 5 頁。
- 5) 大阪地判平 19・4・26 労判 941 号 5 頁。
- 6) 大阪高判平 20・4・25 労判 960 号 5 頁。
- 7) これは、一種の規範的意思解釈をしたものである。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 頁以下、11 頁。
- 8) 「今後の労働者派遣制度の在り方に関する研究会報告書」（平成 20 年 7 月）。
- 9) 令 2・7・20 労判 1228 号 33 頁、名古屋高判令 3・10・12 労判 1258 号 46 頁。
- 10) 令 3・11・4 労判 1253 号 60 頁。
- 11) 最大判昭 48・12・12 民集 27 卷 11 号 1536 頁。
- 12) 小島典明「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 卷 2 号（2010 年）1-23 頁。
- 13) 大内伸哉「雇用強制についての法理論的検討：採用の自由の制約をめぐる考察」『労働法学の展望』（有斐閣、2013 年）93-114 頁。
- 14) 萬井隆令『労働者派遣法の展開と法理』（旬報社、2025 年）17-18 頁。
- 15) 西谷敏『労働法』（日本評論社、2008 年）526 頁。
- 16) 毛塚・前掲注 7）論文 9 頁。
- 17) 本庄淳志『労働市場における労働者派遣法の現代的役割』（弘文堂、2016 年）28 頁。
- 18) 鎌田耕一「労働法における契約締結の強制」『労働法理論変革への模索』（信山社、2015 年）521 頁以下、539 頁。
- 19) 勝亦教授は、実態として当該労働者を指揮命令して利用した者が直接的に雇用責任を負うべき旨主張する（勝亦啓文「今後の派遣労働法制のあり方」島田陽一先生古稀記念論集『働く社会の変容と生活保障の法』（旬報社、2023 年）147 頁以下、156 頁）。
- 20) 沼田教授は、民事制裁というのは、通常、労働基準法の付加金のごとく刑事制裁と同種の効果を民事上も期待するもので、40 条の 6 の規定の効果はこれに当たらないとする（沼田雅之「労働契約申込みみなし制度の制度趣旨と二重の労働者派遣」浜村彰先生古稀記念論集『社会法をとりまく環境の変化と課題』（旬報社、2023 年）285 頁以下、288 頁）。
- 21) 本庄淳志「直接雇用の申込みみなし規制（派遣法 40 条の 6）をめぐる解釈問題（1）：1 項各号の関係整理、および「承諾」の意思表示のあり方を中心に」静岡大学法政研究 26 卷 2-4 号（2022 年）77 頁以下、97 頁。
- 22) 労働者派遣該当性が認められ、みなし申込みが認められた事例にベルコほか（賃金請求ほか）事件・札幌地判令 4・2・25 労判 1266 号 6 頁があり、労働者派遣該当性が否定された事例に野村證券・野村ホールディングス事件・東京高判令 6・2・8（東京地判令 5・7・19 労判 1313 号 38 頁）がある。
- 23) ハンプティ商会ほか 1 社事件・東京地判令 2・6・11 労判 1233 号 26 頁、前掲日本貨物検数協会（日興サービス）事件地判・高判、前掲ベルコほか（賃金請求ほか）事件地判、国・大阪医療刑務所事件・大阪地判平 4・6・30 労判 1272 号 5 頁。
- 24) 神戸地判令 2・3・13 労判 1223 号 27 頁。
- 25) 他の否定例として、太陽液送事件・大阪地判支判令 4・7・12 労判 1287 号 62 頁、前掲野村證券・野村ホールディングス事件地判及び同事件高判。
- 26) 大阪高判令 3・11・4 労判 1253 号 60 頁。
- 27) 前掲東リ控訴審判決。これは、脱法目的が違反事実の認識を前提としている以上当然といえる。
- 28) 東京地判令 2・6・11 労判 1233 号 26 頁。
- 29) 竹中工務店事件・大阪高判令 5・4・20 労判 1295 号 5 頁等。
- 30) 沼田教授は、「かりに『適用を免れる目的』をある種の『故意』と解釈するなら、本条の『知らず、かつ、知らなかったことにつき過失がなかったとき』という場合に責任が発生する本条の法構造と明らかに矛盾することになる。」とする（和田肇・脇田滋・矢野昌浩編著『労働者派遣と法』（日本評論社、2013 年）53 頁（沼田雅之執筆箇所））。
- 31) 令 4・6・30 労判 1272 号 5 頁。
- 32) 大阪地判令 4・3・30 労判 1274 号 5 頁。前掲ハンプティ商会事件も参照。
- 33) そうした指導が実際に迅速に行われているか否かも明らかではない。労働局の助言や指導が適切かつ迅速に行われているか否かの実態調査は、今後の社会学分野等での研究に期待したい。
- 34) 鎌田耕一・諏訪康雄編『労働者派遣法（第 2 版）』（三省堂、2022 年）341 頁（山川隆一執筆箇所）。
- 35) 小宮文人「労働者派遣法の『労働契約申込みみなし』の一考察」専修ロージャーナル 17 号（2021 年）253 頁以下、263 頁。
- 36) 竹中工務店ほか 2 社事件・大阪高判令 5・4・20 労判 1295 号 5 頁も「偽装請負等の状態が生じていた」ことを問題としている。
- 37) 萬井・前掲注 14）書 77 頁。
- 38) 前掲東リ事件控訴審判決。
- 39) 同判決は、括弧書きで平成 27 年 9 月 8 日の参議院厚生労働委員会の附帯決議を引用した。
- 40) 前掲施行通達。
- 41) 厚生労働省「令和 5 年度労働者派遣事業報告書の集計結果（速報）」。
- 42) 本庄淳志「派遣先の直接雇用申込みみなし規制の正当性：雇用保障の視点からみた規制の再構成」法律時報 90 卷 7 号（2018 年）44、49 頁。
- 43) 萬井・前掲注 14）書 152-155 頁。
- 44) 東京地判令 6・4・25LEX/DB25620860。
- 45) 前掲鎌田・諏訪編『労働者派遣法（第 2 版）』349 頁（山川隆一執筆箇所）。
- 46) 最一小判昭 49・7・22 民集 28 卷 5 号 927 頁。
- 47) 小宮文人「有期労働契約の雇止め規制：判例法理と労契法 19 条の解釈」季刊労働法 255 号（2016 年）125 頁以下、130 頁。
- 48) 本庄淳志「直接雇用の申込みみなし規制（派遣法 40 条の 6）をめぐる解釈問題（2）：直用化時の労働条件をめぐる解釈問題」静岡大学法政研究 27 卷 1 号（2023 年）1 頁以下、9 頁。
- 49) 小宮文人「労働者派遣法の「労働契約申込みみなし」等の一考察：40 条の 6 第 1 項 5 号に関する最近の三つの判例を中心として」労旬 2029 号（2023 年）25 頁以下、34 頁。
- 50) これとは反対に、契約の自由を重視する本庄教授は、申込みみなし制度の適用は、①常用型派遣、②真正な登録型派遣（労働力プール型）、③派遣先限定の登録型派遣のうち、労働市場におけるマッチング機能を果たさず、むしろ、解雇規制を回避する手段として濫用的に用いられる可能性が多く、雇用責任を派遣先に転化することが正当化できる派遣先限定の③の派遣労働者に限定し、かつ、その労働者の期間が実質的に機能していない場合や雇用継続の期待が法的保護に値する程度に達している場合に限定すべきであると主張される。本庄・前掲注 48）論文 26 頁以下参照。

こみや・ふもと 元専修大学法学部教授。主著に『雇用終了の法理』（信山社、2010 年）。社会学専攻。