

労働者派遣事業と労働契約

馬 渡 淳一郎

- 1 序言
- 2 有料職業紹介の制限禁止
- 3 労働者供給事業の制限禁止
- 4 三者間の契約関係

1 序言

自己の雇用する労働者を他の企業等に派遣して派遣先の業務に就労させる、いわゆる「労働者派遣事業」が近年急速に発展している。この事業は労働法上複雑な問題を提起し、学説・判例ともに種々の見解が錯綜している。

他方この問題についての政府筋の動きは次の通りである。

昭和53年7月行政管理庁、労働省に対し「民営職業紹介事業等の指導監督に関する行政監察に基づく勧告」を行う。

昭和53年10月 労働省職業安定局長の諮問機関「労働力需給システム研究会」設置

昭和55年4月 同研究会「今後の労働力需給システムのあり方についての提言」発表

昭和55年5月 労働省職業安定局長の諮問機関「労働者派遣事業問題調査会」設置

昭和59年2月 同調査会報告書を提出

昭和59年10月 中央職業安定審議会労働者派遣事業等小委員会「労働者派

遣事業の立法化の構想（試案）」を公表

労働大臣の諮問機関「労働基準法研究会」が「派遣・出向等複雑な労働関係に対する労働基準法等の適用について」報告

昭和59年11月 中央職業安定審議会「労働者派遣事業問題の立法化構想」を報告

これを受けて政府は次期通常国会に労働者派遣事業法案（仮称）を提出する方針と伝えられる。

このように立法化を目前にしてはいるが、いなそれだけに一層、理論的に明らかにしておかなければならない問題が山積している。本稿では、労働者派遣事業をめぐる職業安定法上の問題および労働契約上の基本的な問題に絞って検討を加え、私見を述べてみることにしたい。

2 有料職業紹介の制限禁止

一 職業安定法32条

職業安定法32条は有料の職業紹介事業を原則として禁止し、「美術、音楽、演芸その他特別の技術を必要とする職業に従事する者」（現在27業種）について例外的に大臣の許可制によりこれを認めるにすぎない。労働者派遣事業（以下「派遣業」とよぶ）はこの規定に違反するものであろうか。

また労働基準法6条は、許可された場合のほかは「他人の就業に介入して利益を得」ることを禁じている。派遣業はこの規定に違反するであろうか。

「有料の職業紹介」は営利を目的としない「実費職業紹介」と営利を目的とする「営利職業紹介」に分けられるが、いずれにしても同法上の「職業紹介とは、求人及び求職の申込を受け、求人者と求職者との間における雇用関係の成立をあっ旋することをいう」と定義されている。

(1) この定義のうちまず「雇用関係」の概念が、雇用契約または労働契約と

同義であるとするれば、派遣業は「雇用関係の成立をあっ旋する」ものではない。なぜなら派遣業においては、少なくとも形式上は派遣元——派遣労働者間に雇用契約が結ばれ、派遣先——派遣労働者間には直接の契約関係はないからである。もっとも、この形式を否定して派遣先——労働者間に「事実的契約関係」や「黙示の契約関係」が成立していると考えれば、反対の結論になるであろう（この点については後述する。）。

これに対し「雇用関係」の概念を、雇用契約または労働契約が存在する場合に限らず、より広く実質的な使用従属関係が存在する場合にまで拡大するならば、派遣業はこの実質的な使用従属関係の認定如何によっては、職業安定法32条に違反することになる。

判例は「雇用関係」の概念を広く解釈している。派遣業の事案ではないが、紹介業者が売淫の行われることを知りつつ接待婦を特殊喫茶店に紹介し、職業安定法32条1項、63条2号、64条1号等の罪に問われた刑事事件において、最高裁は「法5条にいわゆる雇用関係とは、必ずしも厳格に民法623条の意義に解すべきものではなく広く社会通念上被用者が有形無形の経済的利益を得て一定の条件の下に使用者に対し肉体的、精神的労務を供給する関係にあれば足りるものと解するを相当とする」と判示している¹⁾。

また芸妓を芸妓置屋に紹介し、職業安定法32条1項、64条1号、労働基準法6条、118条の罪に問われた事件で、最高裁は前記の解釈を維持するとともに、労働基準法6条の「就業に介入して」とは、「同法第8条の労働関係の開始存続について媒介又は周旋をなす等労働関係について何らかの因果関係を有する関与をなす場合を謂うものであるから、必ずしも雇傭契約の成立を必要とするものと解すべきではない」とする原審の判断を支持している²⁾。

有料職業紹介を制限禁止する法の趣旨は、近代産業社会において有料職業

1) 最一小判昭29・3・11刑集8巻3号240頁。本件第1審も同旨であるが「広く被用者が報酬を得て一定の労働条件の下に使用者に対し労務を供給する関係（使用従属の関係）の事実上存在する場合をも包含する」と言っている（大阪地判昭26・7・16前記判例集収録）。

2) 最三小判昭35・4・26刑集14巻6号768頁。

紹介が人身売買や強制労働などの弊害を生じた歴史的事実にもとづき、これを防止することにある。そしてこのような弊害は、必ずしも厳密に雇用契約の成立をあっせんする場合に限られないから、「雇用関係」という柔軟な表現が用いられたものと考えられる。

それゆえに「雇用関係」の概念は、判例と同様、当事者間の契約形式にこだわらず、実質的な使用従属関係を意味するものと解釈してよいであろう。(2) つぎに右の定義のうち「求人・求職の申込」および「求人者・求職者」という要件についても、雇用契約の締結の申込および申込人に狭く限定して解釈すべきでないことは、「雇用関係」の場合と同様である。

以上の解釈を単純に適用すると、派遣業は、派遣先と労働者の間に実質的な使用従属関係を生じる場合は、職業安定法32条に違反することになる。

しかし右のような解釈を形成した判例の事実関係は、売淫の行なわれる特殊喫茶店に接客婦を紹介したというのであって、往時の典型的な口入れ屋、周旋屋、桂庵に関するものである。これに対し派遣業は人身売買、強制労働などの弊害を伴わない新しい産業として現代社会に登場している。

また右の判例の事案においては、有料職業紹介業者と労働者の間に雇用契約が存在するわけではないのに対して派遣業においては、派遣元と派遣労働者の間に雇用契約が結ばれ、この契約の履行過程において、派遣先と派遣労働者の間にある種の関係が生じるのである。このような相違点を度外視して従来の解釈論をそのまま派遣業に適用することには、なお慎重に検討すべき問題があると思われる。

上記の問題についてはILOでの議論が参考になるので、次にそれを見よう。

二 ILO条約と派遣業

ILOは「1919年失業条約」(第2号)第2条で、「中央政府ノ管理ノ下ニアル公ノ無料職業紹介所ノ制度ヲ設ク」べきことを定め、また「公私ノ無料職業紹介所ヲ併設スル場合ニ於テハ此等紹介所ノ運用ヲ国ノ規模ニ於テ調整

スル為ノ措置ヲ執ル」こととした。ここでは有料職業紹介については言及されていない。

しかし「1919年失業ニ関スル勧告」(第1号) 1項は、「職業紹介所にして手数料を徴する又は営利の為其の事業を經營するものの設立を禁止する措置を執ることを勧告」し、またそれが現存する場合には、「政府の免許の下に於てのみ之を經營することを許し又能ふ限り速に之を廃止する為実行し得べき一切の措置を執ることを勧告」した。

つぎに「1933年有料職業紹介所条約」(第34号)は、営利目的の有料職業紹介所は条約の効力発生より3年以内に廃止することとし(第2条)、非営利目的の有料職業紹介所については、権限ある機関の監督に服せしめることとした(第4条)。

「1933年職業紹介所勧告」(第42号)は、その前文において、営利目的の有料職業紹介所を能う限り短期間内に全廃することが望ましいとしながらも、「尤も或る職業に付ては、右紹介所の廃止は、無料の公の職業紹介所が廃止せらるる紹介所に全くは代り得ざる国に於て或る困難を伴ひ得る」ことにかんがみ、

①無料の公の職業紹介所を有料職業紹介所がしばしば利用される職業の必要に適合せしめるための措置をとること、

②特定職業のために専門化された公の職業紹介所を有するという原則を適用し、またその紹介所には関係職業の特性、慣行及び慣習を熟知する者が所属すること(第1項)、などを勧告した。つまりこの勧告では、有料職業紹介所の廃止を基本にしつつも、そのためには公の職業紹介所自身が労働市場のニーズに応えられるよう努力しなければならないことが意識されている。

「1948年職業安定組織条約」(第88号)は、完全雇用政策に欠くことのできない機関として「無料の公共職業安定組織」のネットワークを作ることを定めているが、有料職業紹介については直接触れていない。

「1948年職業安定組織勧告」(第83号)は、「当該当局が特別の理由により私的職業紹介機関の存在が望ましいか又は欠くべからざるものであると考え

る職業を除いて、すべての職業における私的職業紹介機関の必要を除去するように、職業安定業務の能率をあげるため組織的な努力が払われなければならない」(26項)と述べている。この後段の考え方は、前述の「1933年職業紹介所勧告」(第42号)と同じ趣旨であろう。前段では、私的職業紹介機関の存在が例外的に認められる余地を残しているのが注目される。

「1949年有料職業紹介所(改正)条約」(第96号)は、その第2部または第3部を選択して受諾する仕組みになっている。第2部は、営利目的の有料職業紹介所を、権限のある機関が定める期限までに廃止するとしつつも、「公共職業安定組織が確立されるまでは廃止しないものとする」と定め(3条1項2項)、その他廃止されるまでの間の監督(4条)、例外的に廃止されない場合の要件と監督(5条)、非営利目的の有料職業紹介所の監督(6条)等を定めている。

第3部は、営利目的の有料職業紹介所の廃止を唱わず、監督を行うに止どめ(10条)、その他非営利目的の有料職業紹介所の監督(11条)等を定めている。

なおわが国は、第3部を選択して批准している。2号条約、88号条約も批准しているが34号条約は批准していない。

以上のようなILOの条約や勧告に照らして、派遣業はどのように評価されるであろうか。これについてスウェーデン政府の照会に対するILO事務局の回答があるので検討してみよう³⁾

スウェーデン保健・社会問題省は、ILOの「1949年有料職業紹介所(改正)条約(第96号)第1条1項(a)の「営利を目的として経営される職業紹介所、すなわち、使用者又は労働者から直接に又は間接に金銭その他の物質的利益を得る目的で、労働者に対しては職業を、また、使用者に対しては労働者をあっせんするため仲介者として行動する個人又は会社、協会、機関その他の団体(ただし書きは省略)」という定義の範囲を明らかにするよう求めた。

3) ILO OFFICIAL BULLETIN, 49, 1966, July, pp. 390 - 396

その背景はこうであった。スウェーデンには「移動タイプライティング業者」(AMBULATORY TYPEWRITING AGENCIES)と呼ばれるものがあり、これが最高裁によって国内法に違反する「営利職業紹介所」と判断された。政府はこの種の業者の自由化を含む法改正を検討するにあたり、条約上いかなる拘束を受けるかを照会したのである。

タイプライティング業者は二つの業務形態をもっていた。一つは印刷の請負であって、注文に応じて、合意の範囲内では自己の自由な裁量による労務の成果を提供するものである。他の一つ(いわゆる「移動タイプライティング業者」)は、労務の供給、つまり自己の雇用する職員を供給するものである。派遣労働者の労働内容の決定とその指揮は派遣先が行う。業者(派遣元)は職員(派遣労働者)の資格について保証することはあるが、それ以上は労働の成果につき何らの責任も負わない。業者は派遣期間に対してだけ職員に賃金を支払う。しばしば業者はこの二つの業務形態を兼業し、職員も区別されないことがある。

そこで次の3点が照会された。

①派遣先と派遣労働者間に直接の契約関係がなく、派遣業者と派遣労働者間にそれがある場合に、派遣業者は条約にいわゆる「有料職業紹介所」と考えられるか。

②そうだとすると「移動タイプライティング業者」は「有料職業紹介所」と見なされるべきか。

③ふたたびそうだとすると、条約に拘束される国においてかかる業者の機能はどのような結論になるか。

つぎに上記①に対するILO事務局の見解をみてみよう(②③については省略する)。

まず第一に条約の定義は、労働者に「職業」(EMPLOYMENT)をあっせんする、「使用者」(EMPLOYER)に労働者をあっせんすると言っているが、派遣業はこれに該当するかという問題がある。しかしこれらの用語は通常必ずしも契約関係にあることを意味しないから、条約の適用範囲を制限するも

のではない。

さらに傍証として、まったく同じ定義をしている「1933年有料職業紹介所条約（第34号）に関連して、

(i) 1932年の総会に提出された調査報告は「間接的雇用作用」(INDIRECT EMPLOYMENT OPERATION)によって有料職業紹介がなされると述べていること。

(ii) 1932年総会の有料職業紹介所に関する委員会審議の中で、支払の性質、形態、額は有料職業紹介所の判断基準にはならない。例えば職を求めている看護婦が看護婦ホステルに寄宿させられ、患者に派遣され、患者はホステルに支払いをし、看護婦はより少なく受取るというように、料金は間接に課されることもある。

(iii) 1932年総会の討議にもとづき作成された質問事項には有料職業紹介所の範疇に関する質問が含まれているが、これに対する「各国政府の回答から『紹介所 (AGENCY)』の用語は、条約草案上営利紹介業務のあらゆる形態や条件を包含するように最も広い意味で用いられるべきであると一般に考えられていることは明らかである」とILO事務局が述べていること。そこで総会に提出された草案では「有料職業紹介所」の定義は、「営利の目的で紹介業務を行うことを主たる要件」として提出され、「その意図は、この意味で、紹介所のとる形態、業務がなされる頻度、料金が支払われる当事者につき最も広い範囲を与えることである」と説明されたこと。

(iv) 1933年総会における条約草案の最終審議では、事務局が提出した「有料職業紹介所」の定義は多くの修正を受け、その多くはここで検討している問題に関するものであったが、とくにつぎの2点に触れると、一つは「仲介者として」という語句が、雇用を見出すという観念は使用者・労働者間の独立の仲介者を意味するという理由で導入された。その意図は、使用者またはその雇用する者が自らの目的で労働を見出す行為を、条約の範囲から除外することであった。もう一つは、「利益を得、使用者または労働者に料金を課する目的をもって」という当初の文言が、「使用者または労働者より直接又は

間接に金銭上又は他の物質上の利益を得る目的を以て」という文言に置き換えられ、営利紹介の形態・方法の多様性が強調されたことである。

(v) 条約・勧告適用専門家委員会の専門家が、形式上使用者として自ら雇用している労働者を企業に供給する、いわゆる「労務下請業者」(LABOUR CONTRACTORS)を条約の適用対象であると結論しているパキスタンの事例があること。

ILO 事務局は以上のような理由で「移動タイプライティング業者」のような派遣業は条約所定の有料職業紹介所に該当すると判断した。

ILO 事務局の見解はそれなりに首肯できるものであるが、しかし、第一に各種業務の請負契約は一般に契約の自由に属すること、第二に、合法的な請負契約と「有料職業紹介所」として条約の適用を受ける派遣業との境界が明らかでないこと、第三に、派遣業も「有料職業紹介所」と見做す旨の明文の規定がないこと、などの弱点をもっていたことも否定できない。

その結果、右の ILO 事務局見解は、その後の派遣業の発展を阻止することができなかった。これを全面禁止する国、反対に自由放任している国が若干あるが、多くの国はむしろ一定の規制を加えつつもこれを公認する傾向にあるといえよう。

このように国内においても国際的にも、派遣業は有料職業紹介所に関する従来の解釈論の次元ではもはや処理しきれない問題になってきているのである。

4) INTERNATIONAL INSTITUTE FOR TEMPORARY WORK; TEMPORARY WORK IN MODERN SOCIETY, A COMPARATIVE STUDY, PART I ~ III.

脇田滋「派遣労働者の保護についての国際比較」日本労働法学会誌59号46頁。

馬渡淳一郎「EC 諸国における一時的雇用」山口経済学雑誌31巻5・6号183頁。

3 労働者供給事業の制限禁止

一 職業安定法44条の立法趣旨

職業安定法44条は、労働者供給事業を行うこと、およびこれを行う者から供給される労働者を使用することを原則として禁止している。派遣業はこの規定に違反するものであろうか。

同法5条6項は、「労働者供給とは、供給契約に基づいて労働者を他人に使用させることをいう」と定義し、同法施行規則4条はその詳細な判断基準を定めているので、これらの規定に照らして派遣業の個別的な実態が評価されることになる。しかし、合法的な請負と違法な労働者供給との境界線は必ずしも明確ではない。とくに施行規則4条の昭和27年改正によって、労働者供給の概念は縮小されるとともに曖昧になった。

ここではしかし、技術的な判断基準の問題はさておき、職業安定法44条の立法趣旨を検討しよう。

まずILO条約との関係では、職業安定法44条は直接ILO条約に準拠するものではなく、わが国独自の事情にもとづいて制定されたものであろう。そのことはその立法過程におけるGHQや厚生省当局の見解によっても知られるし、また労働者供給事業を禁止する明文を有するのはイタリー、スウェーデン、日本の3カ国にすぎないことでも知られる（この点でも、既述のILO事務局見解がはたして条約加盟各国において、条約の内容として十分明確に意識されていたものか否か若干疑問に思われる）。

さて労働者供給事業禁止の立法趣旨は、従来一般に、強制労働の禁止（労働基準法5条）、中間搾取の排除（同法6条）を目的とし、これによって前近代的な雇用慣行を排除し、労働の民主化をはかろうとするものであると理解されている。

ところが今日の派遣業の多くは、かつての労働者供給事業のような強制労働、中間搾取の弊害を伴わない業務形態による新しいサービス業として展開

しつつあるのであり、たとえ形式的要件を満たしたとしても、前記の趣旨にもとづく法取締りの対象とするには必ずしもなじまないものである⁵⁾。

二 学説

そこで最近学説の一部に労働者供給事業禁止の趣旨を見直し、新たな趣旨を抽出しようとする傾向が生じている⁶⁾。

このうち「使用者責任潜脱防止」説⁷⁾は、供給先の使用者責任の潜脱防止に立法趣旨を求めている。これは供給元よりも供給先に焦点を移したものであり、現行規定が供給元の供給行為と供給先の使用行為の両面を対象にしてはいるものの、もともと供給行為のみを対象にしていたという歴史的経緯からみると、立法趣旨の換骨奪胎であり、疑問がある。のみならず派遣業に関連させて考えると、少なくとも形式上、派遣元が使用者としての法的地位を有して存在している限り、いかなる場合に、使用者責任の「潜脱」という反価値的評価がなされるべきかは大いに問題のあるところである。簡単に反価値的評価をなしえないからこそ、今日派遣業は世界的に先進諸国において否定し去ることのできない存在となり、その合法性を確立しつつあるからである⁸⁾。

また「直接雇用」説⁹⁾は、職業安定法44条を、間接雇用の禁止（供給先の

5) そのために、行政当局も職業安定法44条の適用には慎重を期している（佐藤博史「要員派遣・派遣事業とその問題点を探る」電波新聞社35～36頁参照）。

なお強制労働についてはともかく、中間搾取については今日もあるという異論があろう。それを全く否定はできないが、反面、合法的な請負業も営利事業であれば利益を伴うのが当然であり、これをすべて「業として他人の就業に介入して」得るものということもできない。刑罰法規であるからには労働基準法6条の構成要件は厳密に解釈されなければならない。労働基準法5条、6条、職業安定法44条が前提としていたのは労働ボスによる前近代的な雇用慣行であり、日本の産業化が始まって以来の過剰人口の存在がそれを支えていたが、昭和30年代後半、高度経済成長によって労働力不足に転じて以来、これらはほとんど消滅した。低成長下で雇用問題が再び深刻になったとはいえ、時代の変化は掩うべくもない。

6) 本文に下記のほか、渡辺章、労働判例研究会報告「労働判例」NO.352 19頁

7) 松林和夫「労働者派遣事業制度化問題の検討」日本労働法学会誌59号24頁。

労働力利用形態選択の自由の制約), 直接雇用の要請という労働法原理に立脚するものとして把える。ここでも立法趣旨の換骨奪胎がみられる。供給労働者の使用を禁止する法改正は, 労働者供給事業禁止の実効を期するためのものにすぎない。また「間接雇用」の概念は法律上の雇用契約関係でないものを指称して用いられており厳密さに欠けるように思われる。間接雇用禁止の理由としては, 賃金等の不利と, 雇用の不安定とがあげられているが, 派遣業について考えると, 労働条件の有利不利は一概に言えない。雇用の不安定についても, 労働者自らが, 特定企業に固定されない, あるいは短期的な雇用を希望する場合が少なくない。それが派遣業成長の一因でもある。強制労働や中間搾取などの弊害がないにもかかわらず, また労働条件や雇用の上でも格別重大な問題はないにもかかわらず, 「労働力利用形態選択の自由」を否定し, 加えて直接雇用を義務づけるとするならば, それは合理的根拠なく経済活動の自由(契約の自由, 職業選択の自由)を不当に制限することになるであろう。

今日必要なことは, なかば死文化しつつある古い立法に固執し, 立法趣旨を換骨奪胎して蘇生させ, 派遣業に示される新しい経済社会の変化を抑圧阻害することであろうか。それとも新しい時代の変化に即応して, 必要な立法政策の転換を検討することであろうか。公共職業安定所の職業紹介にせよ, 有料職業紹介にせよ, 職業紹介には一定の限界があり, それが充足することのできない社会的経済的需要を充たすことに派遣業発展の基盤がある。ことに公共職業安定所は, このような需要にこたえることができなかった。いま派遣業を禁止しても, それが果たしている社会的経済的役割を肩代りしうる機関は存在しておらず, また禁止する理由もない。にもかかわらず立法者が

8) SERGIO RICCA ; PRIVATE TEMPORARY WORK ORGANISATIONS AND PUBLIC EMPLOYMENT SERVICES: EFFECTS AND PROBLEMS OF COEXISTENCE. INTERNATIONAL LABOUR REVIEW. Vol. 121 NUMBER 2 p. 141.

9) 清正寛「雇用保障法における『直接雇用の法理』——労働者供給事業禁止法理の再検討——」林迪廣先生還暦祝賀論文集「社会法の現代的課題」所収。

これを禁止すれば無責任のそしりを免れない¹⁰⁾職業安定法44条の解釈運用にあたって、このことを十分考慮する必要がある。

三 判例

判例は職業安定法44条の立法趣旨をどう捉えているであろうか。

① マネキン派遣業を目的とする会社を設立した者が、行政指導の結果、会社解散のやむなきに至ったことによる損害につき、国および東京都に対して国家賠償法にもとづき賠償請求をした「東販事件」¹¹⁾において、判決は、職業安定法44条の立法趣旨は、中間搾取の防止と「あわせて、かかる場合には、労働者がその自発的意思によるものではなく、労働者供給事業者の命令ないしその指示に従って、受動的に就労先が定められることとなる結果、当該労働者自身の意に反してでも労働者供給事業者の定めた労務に就かざるを得なくなるという事態を事前に防止することにあるというべきである」と述べている。したがって職業安定法44条には「労働者の職業（職場）選択の自由を確保するという側面がある」のであり、「その究極の目的とするところは、（略）労働者に対する中間搾取の排除および強制労働の禁止を定めた労働基準法6条、5条と同じ趣旨といえることができる」という。

同様に、市の学校警備員委託契約の更新拒絶につき、地位保全の仮処分を求めた事案で、枚方市事件¹²⁾でも、判決は、職業安定法44条が禁止の対象にしているのは「労働者から独立した意思主体である第三者が労働者自身の意思によらずその労働者を他に就労させる場合である」と述べている。

このように「就労先の受動的決定」を「職業（職場）選択の自由」「強制労働の禁止」と対置して、労働者供給事業禁止の理由とする論理は成立しないであろう。労働者供給事業における強制労働とは、暴力的な監視労働を意味するのであって、当事者間の自由な契約にもとづき供給されることまで含

10) SERGIO RICCA, op. cit. chapter 8 & 9 cf.

11) 東京地判昭56・2・27判例時報1013号 51頁。

12) 大阪地判昭47・4・27労民23巻2号278頁。

むものではない。もしこれを含むというのであれば、一般の企業における出向はもちろん、出張や配置転換も、職場選択の自由を害し強制労働にあたるとして禁止されなければなるまい。派遣の場合も、派遣元と派遣労働者の間に、派遣先について明示又は黙示の合意がある点では多くの配転・出向と異らない。

② 放送関係の委託業務契約の解除にともない派遣元から解雇された労働者が、派遣先に対して地位保全の仮処分を求めた「サガテレビ事件」において1審判決¹³⁾は、「職安法44条が労働者供給事業を禁止しているのは、強制労働、中間搾取等の弊害を防止するためであるが、それは単に個々具体的に強制労働、中間搾取等を目的とする労働者供給事業を禁ずるばかりではなく、右のような弊害が伴いやすく、ひいては労働者の雇傭関係を不安定にする労働者供給事業を制度として禁ずることにより労働者を保護し、労働の民主化をはかることを目的としているものである」と述べている。

同様のことはかつて行政通達（昭24・2・21職発239）においても、「労働者供給事業禁止の趣旨は、単に中間搾取、強制労働の排除を目的とするだけでなく広く雇用形態の民主化を計るにある」と述べられている¹⁴⁾

しかし労働・雇用形態の「民主化」とは、労働ボスの支配する前近代的雇用慣行を否定する占領政策の目的を指したものであって、それ以上のものではない。「民主化」という抽象的で曖昧なマジックワードで、派遣業が一般に否定されるものではあるまい。それは出張、配転、出向等を「民主化」を理由に一般的に否定することはできないのと同様である。

4 三者間の契約関係

つぎに派遣業における三者間の契約関係を検討してみよう。

13) 佐賀地判昭55・9・5労働判例 NO.352, 62頁

14) 清正教授はこれらの判例・通達を、間接雇用の禁止、直接雇用の要請を前提にしたものとされる（前掲論文参照）。

一 派遣先と派遣元の契約関係

派遣先と派遣元の間には何らかの事務委託契約が結ばれている。これは民法上の請負契約もしくは有償委任契約の一種と考えられる。請負契約といるためには「仕事の完成」を目的とするということ、請負人の仕事遂行上の独立性、仕事の完成と報酬の対価関係、危険負担等が判断基準とされる。ただし危険負担は任意規定であり特約が可能であるから有力な判断基準ではない。また委任契約といるためには、事務の専門性、事務処理上の受任者の独立性が必要とされる。

しかし「仕事の完成」「事務の処理」と言っても、今日では複雑多岐にわたり、土木建築や医療等のように典型的で明確な輪郭を有するものばかりではなくなっている。流動的、非典型的な事務が増加している。肌理細かに多種多様のサービスを提供するところに、脱工業化、サービス経済化社会の特徴があるのである。

また請負人・受任者の業務遂行上の独立性と言っても、それらに雇用される労働者ができる限り顧客（派遣先）の希望に沿って流動的、非典型的なサービスを提供する場合には、外見的には当該労働者と顧客（派遣先）の間に雇用契約が存在する場合に近似するに至る。しかしもちろんそれは外見にすぎない。

派遣先と派遣元間の契約が、職業安定法44条に照らして違法無効とされるか否かは、当該派遣業の実態によりケース・バイ・ケースであるが、現行法を形式的に厳格に適用すれば、違法とされる場合が少なくないであろう。

しかし今日の派遣業が、立法者が当時前提として考えていた労働者供給事業の実態とは大きく異なるものであることは否定しえないであろう。したがってすでに述べた立法の趣旨からすると、現行法を形式的に派遣業に適用することは、すでに経済社会の実情に即さなくなっている。

判例は三者間の契約関係を考察するにあたり、しばしば派遣元が企業としての実体を具えたものであるか、それとも名目的なものにすぎないものかを

問題にしている¹⁵⁾そのこと自身は正当であると考え。なぜなら一種のサービス業における契約主体としての実体判断が必要だからである¹⁶⁾しかしその具体的な認定については、後述するサービス業における労働契約の特性を考慮せず、安易に名目的存在とされたり、労務管理の代行機関とされることがあるのは問題である。

二 派遣元と派遣労働者の契約関係

派遣元と派遣労働者の間には、特定又は不特定の派遣先において、ある種の労働に従事する旨の労働契約が結ばれている。つまり派遣先に労務を提供する形になる。ところが一般に労働（雇用）契約は使用者に対して労務を提供するものであるから、派遣元と派遣労働者の間の契約関係には疑問を生じ¹⁷⁾かえって後述のように派遣先を使用者と認定し、派遣先と派遣労働者の間に労働（雇用）契約関係が存在すると主張される一因になっている。

市民法上、伝統的な「雇用契約」の概念は、契約当事者たる使用者を労務の直接の受領者として構成されてきた。このことは、雇用契約概念形成の当時においては、農業労働者、鉱山労働者、手工業職人ないし工場労働者、家事使用人等の雇用が法概念を抽出し構成するための現実の素材であったからである。いいかえれば、市民法が形成される19世紀までは、第1次産業および第2次産業が経済活動の中心であり、したがって賃金労働者も主としてこれらの産業に就業していたのである。

15) 新甲南鋼材工業事件（神戸地判昭47・8・1労働判例 NO.161, 30頁）。近畿放送事件（京都地決昭51・5・10労働判例 NO.252, 16頁）。青森放送事件（青森地判昭53・2・14労働判例 NO.292, 24頁）。日本データ・ビジネス・全日空事件（大阪地決昭51・6・17労働判例 NO.256, 47頁）。サガテレビ事件（前掲）他。

16) 豊川義明「派遣労働者の実態と労働契約関係」日本労働法学会誌59号68頁はこれに対し批判的であるが、新しいサービス業の発展に眼をつむることにならないであろうか。

17) たとえば①労働判例研究会における横井教授の発言、労働判例 NO.352, 29頁。②大沼邦博「事業場内下請労働者の法的地位」（下）労働判例 NO.367, 7頁。③豊川義明、前掲論文68頁。④小室豊允「派遣労働者の諸問題」日本労働法学会誌59号20頁。

しかしいまや先進諸国においては、第3次産業への就業者が全就業者の過半数を占めるに至っている。わが国でも現在すでに55%をこえており、昭和65年には60%に達すると予測されている。このような産業構造の変化は労働法にも深い影響を与えるものである¹⁸⁾労働契約の概念も例外ではあるまい。

第3次産業は多かれ少なかれサービス業的性格をもつ。すなわち物を採取したり加工したりするのではなく、人（使用者ではなく第3者たる顧客）に対して種々のサービスを提供するのである。したがって労務の直接の受領者は、契約当事者たる使用者というより第3者たる顧客であるかのような現象を呈する場合が少なくない。ことに使用者の事業場外で労務を提供する場合はそうである。

一例をあげれば、会社に雇用されて労働しているタクシー運転手は、乗客の求めに応じて乗客に対してできうる限りの運送サービスを提供する。行先、経路、スピード、待時間等の指図も乗客が行うのである。派遣業におけるタイピストや通訳やガイドなどでも大同小異であろう。

この場合タクシー運転手が自動車という使用者所有の資本設備を用い、派遣業のタイピスト等は用いないということは、その業種の特殊性によることであって、本質的な相異ではない。自動車陸送業や運転代行業においては運転の労務のみを顧客に提供しているが、運送サービスの提供という契約の基本的目的はタクシーと変わらない。他方、タイピスト等を派遣する企業がタイプライターやワードプロセッサを提供する場合もありうる。

勤務場所が使用者自身の事業場の内か外かということも契約類型の相異にはならない。雇用契約にもとづく外勤労働者が少なくないからである。

顧客が個人か企業かということも区別の指標にはならない。企業がタクシーを借り上げる場合があり、逆に個人が派遣業を利用する場合もあるからである。

それでもなおタクシー運転手の労務は、第3者たる顧客ではなく使用者が

18) OTTO KAHN-FREUND; LABOUR RELATIONS—HERITAGE AND ADJUSTMENT.

受領するのであり、その契約は雇用契約であるとするならば、派遣元と派遣労働者の関係も同様ではあるまいか。派遣業においてはサービス業的性格が一層濃厚であり、請負契約における注文者の指図が雇用契約における使用者の指揮命令に一層接近しているということはあるにしても、それは各業種における濃淡の量的差異であって、サービス業の雇用契約は多少ともそのような特徴を持っているのである。

第1次産業や第2次産業をモデルにした民法の雇用契約に拘わるならば、これを無名契約とよんでもよい。いな、歴史的な典型契約のモデルを純粋に維持するためには、無名契約とした方がむしろ良いと考える。第3次産業の発展にともなって発展してきた契約モデルだからである。しかし第3者へのサービスの提供を内容とする雇用契約が過去になかったわけではなく、ただ十分意識的に契約構造が分析されないまま、当然のことながら民法の雇用契約として扱われたきた場合が多いと思われる。無名契約と位置づけるとしても、それは雇用契約の亜種(VARIATION)であって、別の種目に属するわけではない。

ともあれ労働法学上の労働契約の概念は必ずしも民法の雇用契約に限定されないのであるから、この無名契約を労働契約の概念に包摂することは可能である。したがって派遣労働者に対し一般の労働法規を適用することはむしろ当然であって、たゞ特別の諸問題について特別法を制定する必要があるだけである。

かつて、芸妓を芸妓置屋に紹介した者が有料職業紹介罪に問われた事件で、判例は芸妓とその所属置屋の関係についてつぎのように述べている¹⁹⁾「本件芸妓置屋営業の実体は、料理店等芸妓需要者側の注文に応じて自家住込の芸妓の労務を遊客に提供し、芸妓をしてその対価を獲得させ、そのうちから一定の金額を看板料または下宿料等の名義で徴収してこれを収益とする営業であり、一方本件芸妓は(略)置屋の有形無形の経済的な力に依存し、これによって注文に応じて客席に待して諸般の労務に服することによって置屋の右

19) 東京高判昭29・8・16高裁判集7巻7号1152頁。

営業内容を充足することを職業とするものであるから（略）、このような芸妓の職業形態は、置屋のために労務に服することに外ならないものというべく、置屋と芸妓との以上のような関係は、職業安定法第5条に所謂雇用関係に該当するものと認めるのが相当である。もとより同法に所謂雇用関係は（略）必ずしも民法第623条にいう雇用契約と同一に解すべきものではなく、また雇用関係における被用者は隷属的又は従属的労働者もしくは労働基準法に所謂労働者に限定するいはれはなく、労務が直接使用者に提供され、その対価が相手方自身の計算において支払われることを要するものでもない。

この場合、芸妓を派遣労働者、置屋を派遣元に置き換えて読むならば、サービス業における「雇用関係」について判例は、労務が直接使用者に提供されなくとも、派遣労働者は派遣元のために労務に服すると考えているのである。そしてこのような芸妓置屋は職業紹介事業とも見做されていないし（昭29. 10. 13職発581）、労働者供給事業として扱われてきたものでもない。

第三者に対してサービスを行うのであっても、契約当事者たる使用者「のために労務に服する」と考えられるならば、これを労働契約と理解することが可能である。これを「第三者のためにする契約」と構成する必要はないし、それはかえって実情に即さないであろう。

三 派遣先と派遣労働者の関係

派遣先と派遣労働者の関係について学説は、①民法の賃貸借の規定を類推して、派遣先に転借人としての責任を認める説、②事実関係説、③事実的労働契約説、④黙示の労働契約成立説、⑤指揮命令権代位行使説、などを提起し、派遣先に使用者としての地位ないし責任を認めようとしている²⁰⁾

判例は、黙示の労働契約の成立を認め、派遣先に使用者としての責任を認めるものと、契約関係を否定するものにわかれている²¹⁾

ここでは、派遣先と派遣労働者の間に直接の労働契約関係を認めうるか否

20) 学説の紹介については、大沼邦博「事業場内下請労働者の法的地位（中）」労働判例 NO. 365, 4頁。豊川義明, 前掲論文71頁を参照されたい。

かを検討しよう。

(1) 事実的労働契約説

事実的労働契約説は、西ドイツにおける「事実的契約関係」の理論²¹⁾に依拠したものであるが、西ドイツのこの理論は、ドイツ民法が準契約の規定を持たないところから、雇用契約の関係ではその無効取消の場合の遡及効の制限を意図しているものようである。しかし派遣業の場合は、派遣元——派遣労働者間の契約の効果として派遣先へのサービスの提供が行われており、かつこの契約を無効とすべき理由はないから、この理論を適用する余地はないであろう。

(2) 黙示の労働契約成立説

この説は「事実上の使用従属関係」を根拠に、派遣先——派遣労働者間に労働契約締結の合意を擬制している。

しかし労働契約は使用従属関係を特質とするとはいえ、逆は常に真ならず、使用従属関係に類似する関係があれば労働契約があるとは限らない。

既述のように、サービス業においては、注文者に対しそのニーズに応じて臨機応変に柔軟なサービスを提供しなければならず、それが派遣元と派遣労働者間の契約上の義務でもある。注文者である派遣先に対してできる限りのサービスを提供すること、そのこと自身が派遣元と派遣労働者間の使用従属関係のあらわれであり、派遣先と派遣労働者間の使用従属関係なのではない。

21) 黙示の労働契約の成立を認める判例——新甲南鋼材工業事件。近畿放送事件。青森放送事件（以上注15を参照）。教育社事件（東京地八王子支決昭50・12・25労働判例 NO.380, 61頁. 要旨）。サガテレビ事件（注13を参照）等。

「契約関係を否定する判例——日本データ・ビジネス・全日空事件（注15を参照）。岡谷鋼機事件（大阪地判昭55・2・22労働判例 NO.337, 66頁）。ブリティッシュ・エアウェイズ・ボード事件（東京地判昭54・11・29労働判例 NO.332, 28頁）。教育社事件（東京高判昭56・12・10労働判例 NO.380, 61頁）。サガテレビ事件（福岡高判昭58・6・7労働判例 NO.419, 29頁）。

22) 植林弘「事実的契約関係」注釈民法13巻85頁。

サービス業の労働契約のこのような特性に注目せず、派遣先と派遣労働者間の使用従属関係と見誤るのは皮相な見解というべきであろう。

中央職業安定審議会労働者派遣事業等小委員会の「労働者派遣事業の立法化の構想（試案）」が、派遣元——派遣労働者の関係を「雇用関係」、派遣先——派遣労働者の関係を「使用関係」と規定したのは、この意味で理解することができるし、またそのように理解すべきである。

私見のように考えれば、「二重の労働契約」説や、派遣元と派遣先が「両者相まってはじめて、通常の労働契約における使用者たる地位にあった」²³⁾というような理論的混乱を整理することができる。

しかしサガテレビ事件地裁判決は、上記のような誤謬をおかした上に、派遣元——派遣労働者間の明示の契約関係や、派遣労働者に対する派遣先の「無関係社告」など、都合の悪い事実にも拘わらず「無」から「有」を作り出し、派遣先——派遣労働者間の労働契約の存在を導くために、「伝統的な意志表示理論の修正」と称して、私法理論の根本をねじ曲げる無理と誤謬を重ねてしまっている。高裁判決がこれを取消したのは当然のことであったといえよう。

以上のとおり、派遣業の場合、派遣先と派遣労働者間に、直接の労働契約の存在が肯定される余地は原則としてないものと言わなければならない。ではどのような場合に例外が認められるであろうか。

それは①派遣元——派遣先の関係に法人格否認の法理を適用しうる場合、もしくは②派遣先が派遣元の労働者の採用、解雇、派遣人事、労働条件決定などに全面的に直接介入している場合、であって、かつ、当該労働者が当該派遣先に、長期間固定的専属的に派遣されている場合、に限られると考える。なぜならこのような場合には、派遣元と派遣労働者間の使用従属関係の結果、現象的に派遣先と派遣労働者の間に、ある種の「使用関係」が生ずるといっても、直接、派遣先と派遣労働者間に使用従属関係の存在を承認してよいだけでなく、さらに、実質的な契約意思も推認できるからである。

23) 前掲サガテレビ事件第1審判決。

(付記) 本稿は、文部省在外研究員として留学中のロンドン大学高等法律研究所において執筆したものである。このため持参の資料の外に参照できない文献が若干あった。また11月の渡欧までに、10月18日労働省発表の「『労働者派遣事業』の立法化の構想(試案)」,「労働基準法研究会報告」を入手することができたが、これらについての論評やその後の資料や情報には接することができなかったことをお断りしておきたい。本稿の校正と資料の点検にあたっては、小山正善助教授に大変お世話になった。厚く御礼申し上げたい。(昭和59年12月20日)