

論 説

労働者派遣法における期間制限の意義

萬 井 隆 令

はじめに

労働者派遣法は、いわゆる専門業務など26業務以外の、一般の業務に関して、「同一の業務」については派遣という就労形態の期間を限定している（26条1項4号、35条の2ほか）。派遣は一時的な労働需要に応えるものであるという位置付けからして当然のことではある。だが従来、その意義は必ずしも重視されてこなかった憾みがある。

本稿は、訴訟となっている具体的な事案に即しつつ、労働者派遣法における期間制限の意義を検討するものである。

I 事件の概要

訴状によれば、日系ブラジル人労働者である原告マルセロ（以下、Xという）は農機具、自動車部品等の製造販売会社ムサシ鉄工（以下、Yという）を被告とし、以下の事実をあげて、労働契約上の権利を有する地位にあることの確認と未払い賃金の支払などを請求している。

Xは、派遣業者ラポールサービス（以下、Zという）で通訳として働いていた兄マルコス（以下、Mという）の紹介でYの社長と面接し、採用が決定された。そこでZに登録し、ZとYとの労働者派遣契約に基づき、2005年7月19日からYで派遣労働者として就労を始め、NC旋盤を使うカム等の工程を担当した。

それから1年3ヵ月後、Xは派遣期間を超えて就労させている問題について愛知労働局に是正指導を申告し、労働局は派遣法40条の4、48条に基づく指導を行った。Yはそれを受けて、Xを直接雇用することにした。ところが、当初、

06年10月20日にYが渡した労働条件通知書（COMUNICARD SOBRE AS CONDICÖES DE TRABALHO）には期間の定めがないものとされていたにもかかわらず、後に10月24日にYから渡されXが記名した契約書（Contrao de Trabalho）には6ヶ月の期間の定めがなされていた。そして、1回更新した後、07年10月、契約更新を拒否され、就労を拒否された。

Ⅱ 検討

1. X・Y間の当初からの労働契約成立について

(1) XとYの「事前面接」の意義

本件では、XはまずYの社長と面接し、採用されることが決まった後に、Zに登録し、Y・Z間で2005年3月21日付けで結ばれている労働者派遣基本契約および同日付けの個別契約⁽¹⁾に基づき、2005年7月からZの従業員としてYへ派遣された、という経緯があり、したがって、実質的にはX・Y間で当初から直接に労働契約が成立していた、とXは主張する⁽²⁾。Yは、きっかけとしてMの紹介があり、派遣契約締結以前にXと会ったことは認めるが、それはXが希望したので、「従事予定の業務内容を知ってもらうため、工場内の見学等を行ったに過ぎない」と反論する⁽³⁾。

(a) Yの当該主張は「労働者派遣」の意義を理解していないことを自ら表明するものであって、その内容はそもそも派遣というものの性格・仕組みにそぐわない。

本来、労働者派遣としては、先ず、派遣先が労働者が担当すべき業務、必要な労働者数、派遣期間などを派遣元に提示し、両者間で代金その他についても協議し、合意が成立すれば基本的な労働者派遣契約を締結する。同契約は相当に厳密な要式契約であって、協議・合意し契約書に記載すべき事項は派遣法26条1項に列挙されている。派遣法施行規則21条3項は契約を書面化することを義務付けている。10項目にわたり合意すべき内容に照らし、口頭で合意し、そのすべてを正確に記憶していることは不可能に近いし、契約内容を明確化するた

めにも必要不可欠だから、書面化は当然のことであろう。そのようにして契約が成立した後（あるいは、契約交渉と併行して）、派遣元は、常用型であれば従業員の中から当該契約履行に適合する者を選抜・決定し、登録型であれば思わしい登録者と連絡を取り、協議・交渉を経て派遣する労働者を決めて労働契約を結び、そうして初めて特定された当該労働者に係る個別派遣契約が締結され、ようやく実際に派遣という運びになる。

その過程で、中には就労開始に先立って派遣先の就労場所を確認したいと申出る労働者もあり得よう。だが、本件のように派遣はおろか、Yで就労するか否かさえ決っていない時点で、労働者が個別に就労予定の工場や事務所を見学するようなことは通常はあり得ない。何故なら、それは派遣先となるべきものが負っている、事前に労働者を特定する行為の避止義務（派遣法26条7項）に違反するし、その時点では派遣そのものが現実化するかは未定であって、労働者としては工場見学などは無駄足になる可能性もあるものだからである。

同義務は努力義務に過ぎないとの見解もある⁽⁴⁾。だが、派遣法26条7項の規定の法的性格とは次元の異なる問題として、派遣先が労働者を派遣以前に特定することは、先に見た派遣という働き方についての手順が前後することであり、派遣本来の性格にそぐわない、ということの方が重要である。特定避止は努力義務に過ぎないといった主張をすること自体が、暗に特定行為の存在を自認するとともに、派遣の性格・仕組みを正確に認識していないことを自ら語っていることになる。

(b) Yの認識不足の問題以上に重要なことは、本件では、先ずYがMの紹介を受けてXを面接し、Yでの就労を決めた後に、その連絡ないし指示を受けた派遣業者であるZがXを雇用し、Yへ派遣したという経緯そのものである。

Y社長自らが陳述書において、MがXを「推薦してくれたので、後日、Xを面接して、Zの派遣社員として、Yで働いてもらうことになりました」と誤解の余地のないほど明快に述べている⁽⁵⁾。それは、Yが採用のための面接を行い、そこで採用を決定したことを自認するものである。

そうだとすれば、本件においては、YがXの採用を決定した後に、Zは派遣業者としてXを雇用し、Yへ派遣しているという形式を整えただけのもの、つまり派遣は偽装であって、実態はYによる直接雇用に他ならない。したがって、

労働契約は諾成契約であり特に形式は必要ではなく、安田病院事件において最高裁も認めたように、その成否は「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」のであるから⁽⁶⁾、同面接によって「Yで働いてもらうこと」が決まり、そのことがXへ伝えられた時点で、法的にはX・Y間の直接の労働契約が成立したと解釈することが事実関係に最も適合することになる。

(2) X・Y間の労働契約成立と現在の法状態

法的にはYによる直接雇用が当初から成立しているにもかかわらず、その後、Zが派遣元となって労働者派遣の形式がとられたことは、Yによる使用者責任の潜脱と、そのYの要請に応じかつそれを利用した、Zによる、労基法6条が禁止する中間搾取が始まったことを意味する。もとより、そのようなことは法律上は容認され得ないから、05年7月以降、X・Yの労働契約関係が継続し、現在に至っていることになる。したがって、Xの請求は認められるべきである。

なお、禁反言の法理に照らし、ZはXに対しては自ら積極的に労働契約の無効を主張し得る立場にはなく、Xから求められれば「使用者」としての責任を免れることはできない。その意味でX・Z間の労働契約は片面的にのみ無効と解すべきであって、Xが有効として労働契約の履行を求めたとすれば、それは容認されるべきである⁽⁷⁾。そうすると、XがYに労働契約関係の確認を求め、それが容認されると二重に労働契約関係が存在することになる。それは変則的だとはいえ、偽装請負、違法派遣や出向など三者関係では出現し得る法状態である。

2. X・Y間の直接雇用の契約について

1で述べたように、本件では当初からX・Y間に労働契約が成立していたと解すべきである。既に存在するX・Y間の労働契約をYが一方的に労働者派遣による就労形態に変更することは一般には認められるわけではない。

ただ、X・Y間の労働契約は、理論的に考察した場合に存在を認められるべきものというものであって、Yの所在地や業種、Xが日系ブラジル人であり、国籍が同じ交友関係にある労働者も派遣という就業形態が多かったこと、紹介したM自身が派遣業者であるZの従業員であったことなど諸般の状況から、XはYの指示に従い派遣の形式で就労を開始することになった。そのため、現実には派遣に固有の次の問題が生じるようになった。

(1) 派遣法における「派遣期間」の意義

(a) 派遣法においては、「派遣期間」は重要な意義を持つものとして位置づけられ、極めて厳格な規制が行われている。それは、派遣は本来は臨時的・一時的なものであるべきで、ある業務が恒常的に続くのであれば、当該業務は直接に雇用された労働者が担当すべきであることが基本であるからに他ならない。

派遣法においては、いわゆる専門職など26業務以外の、本件のような製造業務については、派遣元は期間を超える派遣を禁止される（派遣法35条の2第1項）。その派遣期間は個々の労働者について規制されるものではなく、派遣労働者によって遂行されるべき特定の「同一の業務」について規制される（40条の2第1項）。したがって具体的には、労働者Aを派遣をする契約を結ぶ際には、派遣先となるべき企業はまず当該業務について他の派遣労働者B、Cなどによってその直前まで遂行された期間を確認し、それによって判明した制限期間に到達する日をあらかじめ派遣元となるべき業者に通知しなければならない（26条5項）。派遣先において過去、派遣労働者が当該業務に就労していたか否かは、派遣元がそれまで当該業務について当該派遣先に労働者を派遣していれば知っているであろうが、常にそうであるとは限らないから、その通知がない限り、派遣元は派遣期間についての規制を遵守する術がない。したがって、先ず派遣先の通知が不可欠なのである。そして当該通知がない場合には、労働者派遣契約の締結は許されない（26条6項）。そのようにして、派遣が許容される期間を双方で確認した上で、その範囲内で具体的には何日間、派遣をするのか合意し、それを記載した労働者派遣契約書を作成しなければならない（26条1項4号、同法施行規則21条3項）。

派遣期間がこのように厳格な手続きを経て定められる以上、期間満了の日は極めて明確であるが、それでもなお念を押す趣旨で、派遣元は期間満了日以降は派遣しない旨を派遣先および労働者に予め通知することが義務付けられている（35条の2第2項）。

派遣先は期間を超えて派遣を受けてはならない（40条の2）。そして、前記通知を受けた場合、期間後も当該労働者を「使用しようとするときは」雇用契約の申込を義務付けられている（40条の4）。申込を受けるのは「当該派遣先に雇用されることを希望する」派遣労働者であるから、そこでただちに労働条件についての交渉・確認がなされ、合意が成立し、労働契約が締結されることになる。

(b) そもそも派遣法は、本来は職業安定法44条により禁止される労働者供給事業の中から一部を「派遣」という概念で括って合法化する法律であるが、職安法44条は業者が労働者供給を行うことだけでなく、企業が当該業者から供給を受けた労働者を使用することをも禁止している。それは、請負契約の発注元などが業者の従業員を直接指揮命令して自己のために就労させることは許されないということであり、企業は労働者を指揮命令しようとする場合には、労働者と労働契約を締結し、労務指揮権を自ら手にすべきである、ということと表裏一体の関係にある。つまり、職安法44条の法的理念は直接雇用の原則である⁽⁸⁾。

したがって、違法派遣があるとか派遣期間が満了した場合などには、常に直接雇用が回帰すべき方向である。上記の派遣法35条の2、40条の2、40条の4などは直接雇用の原則を具体化するものであり、厳格に遵守することが求められている。

(2) 派遣法40条の4に基づき結ばれる労働契約

本件においては、Zによる派遣が期間の1年を超えて行われたことについてXが派遣法40条の4に基づいて労働局に是正指導をするよう申告し、その後、労働局の指導を受けて、Yは06年10月20日付けでXを直接雇用することにし、24日から就労することとなった。

労働条件通知書は06年10月20日に渡されたが、そこではNao determinadoが丸で囲まれて雇用期間の定めなしとされた（甲3号証）。だが、10月20日付けで作成されている契約書では、Period de trabalho（期間の定め）の項目に2006年10月24日から2007年4月27日までと記入されている（甲4号証）。その記載のいずれが真実かをめぐってX、Y間には認識に違いがある。

ただ、直接雇用の契約が06年10月であることが示すように、Xは2005年7月19日から派遣労働者として働き始め、そのまま翌年10月まで働き続けていて、派遣期間1年を超えていることについては争いはない。したがって、直接雇用の契約の期間の定めの有無とは次元の異なる問題として、そもそも本件においては派遣法40条の4が定める申込義務違反が存在したのか、40条の4に基づく直接雇用のX・Y間の労働契約は何時締結されるべきか、また同契約に期間の定めをすることは認められるのか、を検討する必要がある。

（ア）派遣元による通知の欠落と40条の4による申込義務

（a）Yは、Zが35条の2第2項による期間満了に関わる通知を怠っていたから、その通知があったことを前提とする40条の4による直接雇用契約の申込義務は発生していない、と主張する^{（9）}。

しかし、派遣という働き方は直接雇用の原則にとっては例外であるだけに、実際に派遣という就労形態を利用しようとする場合には派遣元、派遣先双方に一定の要件を充たすことが求められ、また幾つかの手続きが課せられている。その一つが要式契約たる労働者派遣契約の締結である。同契約を締結するために両者間で法律に定められた事項について協議し合意する必要があるが、派遣期間については先にみた、極めてきめ細かな手順を踏むことが義務付けられている。

派遣期間満了に関わる通知を怠り、また期間を超えて派遣を続けることはZの派遣法35条の2違反を構成する。

しかし、それだけではなく、派遣先は契約で定めた派遣期間を超えて派遣を受けてはならないという義務を独自に課されている（40条の2）。Yは派遣契約の当事者であり、当然に派遣労働者を適法に受け入れ得る期限となる日を知っている。というよりもむしろ、派遣法26条5項により、Yが率先して期間につ

いて協議事項として提案をしているのであるからZ以上に明確に認識し、熟知しているはずであり、しかも、合意した内容は書面に作成され、Yの手元に保管されているから、いつでも確認し得ることである。したがって、Zから当該通知を受けたか否かにかかわりなく、派遣先たるYが期間を超えてXを受容れ、指示して就労させることは40条の2違反を構成する。

(b) 直接雇用の申込をしないことは、「…雇用契約の申込をしなければならない」と明確に申込義務を定める40条の4違反を犯していることになる。それは、Yが主張するように、派遣元の「通知義務違反の結果責任を被告に負担させること」⁽¹⁰⁾ではなく、派遣先が本来自ら責任を負うべき固有の義務に違反しているのである。Yは、「Zから通知がなかったことから、期間の超過を認識しておら」なかった、と弁明するが⁽¹¹⁾、自らの固有の義務違反の責任をZに転嫁しようとする、許容され得ない弁明である。

(c) 40条の4はたしかに「…通知を受けた場合において…」と規定しており、派遣先の直接雇用申込義務はそれを条件とするかのようにも読めないわけではない。だが、通知がなくても雇用申込義務が課されるとすれば、通知を規定する部分は「条文の趣旨に反する有害的な規定」だといったYの理解⁽¹²⁾は、歪んだ視点から生じる詭弁である。それは派遣法35条の2によって派遣元が通知を義務付けられている以上、法律の建前として、それが履行されることを前提とするから、通知があったものとして表現されている、と素直に理解すべきものであろう。派遣元の通知義務不履行の場合には派遣先には直接雇用申込義務が発生しないと、派遣先の固有の義務を合理的な理由もなく免除するような恣意的反対解釈が導かれるべきものではない。

(イ) 派遣法40条の4に基づく直接雇用の成立の在り方

(a) 「…継続して…使用しようとするとき」に労働契約の申込を義務付けていることから明かなように、派遣法40条の4の本来の趣旨は、期間満了以前に雇用の申込をして労働者と合意し、派遣先と労働者の間に直接的に新たな労働契約が結ばれ、派遣労働者の立場から直用の労働者になって、当該労働契約の履行として就労が行われることである。本件で、派遣労働者としてXがYの指揮の下で就労を始めたのは2005年7月19日であるから、製造業務についての

期間の上限が1年とされていた当時であって、遅くとも、06年7月18日以前にYがXに直用することを申込み、労働契約を締結しておくべきであった。もっとも、Y・Zは05年3月21日に派遣基本契約、個別契約を結び、期間は1年後の06年3月20日までとしているし、ZがXに交付した就業条件明示書でも派遣期間は同日までと明記しているから⁽¹³⁾、本来ならば、3月20日までに直用を申し込むべきであった。

(b) その本来の在り方が実現されていれば、労使間の紛争が起きることはない。現実には40条の4の私法的効力が問われるのは、期間を超えて労働者が派遣先の指示に従って就労し続けているにもかかわらず、まだ明示では労働契約が結ばれていない状態においてである。逆に言えば、法40条の4の存在が顧みられるのは、皮肉なことだが、同条に違反し、派遣期間を超えて労働契約が結ばれないまま派遣先との事実上の使用関係が続けられている状況の下においてである。

したがって、当該紛争は、同条の直接の私法的効力というよりも、むしろ、明示の労働契約がないまま存続している、派遣当時と同様の事実上の使用従属関係の下で黙示の労働契約の存在が認定されることによって解決されることになる⁽¹⁴⁾。その問題は項を改めて論じることとしたい。

(3) 派遣期間を超えた就労継続により認定される労働契約とその法理

(ア) 期間を超えて継続される就労と黙示の労働契約

(a) 労働者派遣契約が期間満了によって有効性を失った後も継続されている就労については、先に指摘したように厳密には40条の4の私法的効力の問題ではなく、法的根拠がないまま就労が継続されているという事実そのものをもって派遣先から契約申込があり、労働者がそれを承諾し、黙示の労働契約が成立したものとみなし得るのか、という問題である。

(b) 1999年の派遣法改正により、派遣期間を超えて労働者を使用し続けている場合、是正を指導されたにもかかわらず従わないときは、「当該派遣労働者を雇い入れるよう勧告」する行政指導の権限を定めた（49条の2第2項）。

次いで、2003年に法40条の4を新設した際、同規定の意義に係る国会審議に

において、同条の私法的効力に関わり、期間を超えて派遣就労が継続している場合、労働者は申込がなくても就労を継続させているという事実そのものにより申込があったとみなすことはできるのかとの質問に対し、戸刈厚生労働省職業安定局長は直接的には答えなかったが、その答弁に代えて、期間の超過により派遣元と労働者との雇用関係は切れているが、派遣先が使用し続けている状態は「一般的には雇用関係の成立という可能性が非常に高い」と述べた⁽¹⁵⁾。

それを受けて厚労省は、改正法施行後の通達において、合法的に始められた派遣であっても期間を超えた場合には、「派遣先が、労働者派遣契約による授権がない中で、派遣労働者の指揮命令を継続している状態」であるから、解釈論としては、派遣元との雇用関係が終了している場合（終了させれば）、「派遣先との雇用関係が成立していると推定」できる（雇用関係確認の裁判を行い得る）と述べている⁽¹⁶⁾。

(c) このように、派遣法違反の場合には直接雇用の原則へ回帰すべきことが徐々に明確にされてきているが、その問題は、もとは存在した労働者派遣契約が期間満了になって失効した場合だけでなく、請負契約の履行の形で従業員を発注元に出向かせて働かせていたが実質的には労働者供給事業と判断され、したがって請負契約が違法無効とされ、法的根拠なく発注元が請負業者の従業員を指揮して就労させていた場合にも問われることである。

そして後者の事案であった松下PDP事件において、大阪高裁は、黙示の労働契約の存否の判断は、使用従属関係等の実態から「両者間に客観的に推認される黙示の意思の合致」の有無にかかる、との見解を示した⁽¹⁷⁾。それは安田病院事件において最高裁も採った判断枠組であり⁽¹⁸⁾、法的な判断枠組みとしては通説である。

(イ) 黙示の労働契約の認定基準

(a) 問題は、その「意思の合致」をいかなる事実に基づいて認定するか、にある。

現代労働法の下では、誰しも労働契約なしには労働者を指揮命令して就労させ得ない。労働契約を締結したからこそ、一方当事者は使用者として労働者に対する労務指揮権を取得し、また労働者は使用者の指揮命令に従って就労すべ

き労働義務を負い、そうして使用従属関係に入っていく。それが本来の在り方である。

にもかかわらず、労働契約の根拠なしには本来は存在すべからざるはずの「事実上の使用従属関係」が実態としては存在していることがある。その場合、その法的根拠が問われなければならない。そして、労働契約の本質は使用者の指揮命令に従った労務の提供とそれに対する賃金支払いにあるが、次に述べるように賃金支払はさておき、就労についての合意の存在が労働契約存在認定に欠くことのできない要件である。とすると、「事実上の使用従属関係」が存在している場合、まず、黙示の労働契約の存在が推定される。

本件では、Y・Z間の労働者派遣契約は期間を超えたことによって06年3月20日には失効し、したがってZがXらを派遣し、Yがそれを受けてXらを指揮命令する法的根拠がないにもかかわらず、以前と同様に、7カ月余もYとXの間に「事実上の使用従属関係」が継続してきた。それを「法的に根拠づけ得る」ものは何か、と問われれば、当該使用従属関係から客観的に推認されるX・Y間の黙示の労働契約以外にはない、と言わなければなるまい。

(b) 黙示の労働契約の成立に関して、労働者を直接使用しているユーザーが「労務に対する報酬として直接当該労働者に対し賃金を支払う意思」を有していない限り、労働契約の成立を認めない見解があるが⁽¹⁹⁾、それは適切ではない。

そもそも、現実自ら指揮命令して就労させながら、その労働者に対して賃金を支払わないことは、適法な労働者派遣といった特別な法的根拠がある場合を除き、許されることではない。労働者がユーザーの指示に従って就労しているという事実によって労務の提供については客観的に合意の存在が認定される以上、本来、労働者に対して直接支払われるべき賃金が業者を経由し間接的に支払われていることは、労基法24条違反が問題になりこそすれ、ユーザーとの間の労働契約の存在を否認する根拠とはなり得ない。

労働契約は双務・有償の契約であり、無償の労働契約はあり得ない。とはいえ、賃金は「名称の如何を問わ」ないし、また直接払いの原則（労基24条）違反の問題を別とすれば、第三者を経由した経済的利益も「賃金」と認められ得る。未払の場合は後で支払わせることも可能である。したがって、安田病院事

件のようにユーザーが賃金を決定し直接支払っている場合、それは労働契約の存在を立証する有力な根拠となるが、逆に、事件の性格や事情を考慮することなく、それがなければ労働契約の成立を認めないのは、現実には、労働者とユーザーの労働契約関係の存在認定に不必要な障壁を設け、ユーザーの「脱法意図」を容認し、結局、偽装請負を放置・放任する役割しか果たさない。

ユーザーは安価に手間をかけず自らの組織内に労働者を調達さえできれば、彼らの賃金決定や支払に必ずしも関与する必要はなく、むしろ関与しないのが通例である。また、業者は偽装請負（労働者供給）によって得た代金から利益を得ること（中間搾取）を基本的な目的としている。業者が代金をすべて労働者に配分してしまえば、彼らを「雇用」している意味もなく、自ら存立さえできなくなるから、差額を捻出すべく、当然、自己の規定に基づいて労働者に支払う。だがそれは正に、職安法施行規則4条2項が想定する「故意」の「偽装」であり、他方では労基法6条が禁止する中間搾取に他ならない。

もとより、YはXらと労働契約を結ぶ意思はなく、直接、賃金を支払う意思もない。しかし、そのような職安法44条の規制を免れようとする脱法的な意図は法的には斟酌はされ得ないものである。

(c) Yは、派遣期間を超えて就業させていた派遣先に対して労働契約関係の存在確認を求めた伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件⁽²⁰⁾についての高松高裁平成18年5月30日判決の、「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…を除いては…黙示的にも労働契約が成立する余地はない」という判示部分を引用し、本件では単に期間を超えて派遣就業が継続したに過ぎず、黙示の「意思表示が合致したと認められる特段の事情」は存在しない、と主張する。それは「1年間という期間の限定が付されていることを知らなかった」ため、派遣期間を超えて就労させた過失は認めるが、それは違法な労務供給とか公序良俗違反にはあたらない、したがって、「前提となる公序良俗違反による契約の無効が認められない」からX・Y間の黙示の労働契約が成立するわけがない、という釈明である⁽²⁰⁾。それは、偽装業務請負（労働者供給事業）であり、契約が公序良俗違反で無効と判断された松下PDP事件を念頭に、それとは事案が異なるとの趣旨であろう。

しかし、それは次の3点で受容れられ難い釈明である。

まず第1に、Yが引用する高松高裁の当該判示は、あくまで労働者派遣の定義にかかわる一般論である⁽²¹⁾。つまり、労働者派遣が派遣法の手続き、要件等を充たして合法的に行われており、派遣元と労働者との間に適正な労働契約が結ばれている場合についての一般論である。本件のように、当初はYが面接し、採用を決定し、それから形式ばかりの派遣としたり、限定された期間を超えてなお労働者を提供し続けている場合にもそのまま援用し得る解釈論とは考え難い。

定められた期間を超過した後のユーザーと労働者との法律関係を如何に構成するかについては、派遣法は何も語ることはなく、解釈論に委ねられている。Yの、期間を超えた後もZとX間に労働契約が存在したとの主張⁽²²⁾は、一時的な労働需要への対処を前提とする派遣法における期間を限定することの重要性に鑑み、法理論としては通用し得ない⁽²³⁾。

さらにYは、ZとXとの間における労働契約の存在をYとXとの労働契約の成立認定を否定する根拠ともしているが、出向の法的性格論における二重の労働契約説の存在が示唆するように⁽²⁴⁾、また、学生が複数企業から内定通知を受けることがあるが、そのような場合であっても、理論的には採用内定によって労働契約が成立することは通説判例であるように⁽²⁵⁾、合法的な派遣の場合は別として、一人の労働者について複数企業との間で労働契約が成立し得る法理論的可能性は充分にある。その点で、Yの主張は根拠がなく、ユーザーと労働者間に労働契約が成立・存在する可能性が否定されるものではない。

第2に、先に見た労働者派遣契約締結の要件を充たし、手続きを踏んでいれば、自ら作成した契約書に明記したことであり、契約を結んでからそれほど長い時間が経過しているわけでもないのであるから、派遣期間に「限定が付されていることを知らなかった」ということはおよそあり得ない。そのような主張は、実際には契約の際には期間についての協議も合意もなかった、つまり、自ら法廷に書証として提出した労働者派遣契約書（乙20号証、21号証）は実は契約締結当時に適正に作成されたものではなく、後日、本件訴訟が始まってから法律上の形式を整える必要から作成した、と自白したに等しい。契約書の類は後日捏造できないものではないのである。仮にそうではないとしても、Yは

「故意に法律を無視していた訳ではない」と言うが⁽²⁶⁾、派遣期間の限定という派遣が合法と認められるための基本的枠組みについて無知であるか、実際には期間限定は知ってはいるが無視していたことだけは間違いない。

第3に、Yは、本件は当初の合法的な派遣が期間を超えただけであって、公序良俗違反の事案ではないと弁明している⁽²⁷⁾。だが元々、派遣は労働者供給事業の一部を法定の要件を充たす限りにおいて許容されているに過ぎず、繰り返し述べるように派遣法上重要な意義を持つ、限定されている期間を超えたことは、軽微な法違反には止まらず、職安法に違反する公序良俗違反の状態になるのである。

また、公序良俗違反により派遣契約が無効になったのか、派遣期間を超えたことによって派遣契約が失効したのかとは別の問題として、法的根拠がないまま、企業が労働者を指揮命令して就労させているという事態に変わりはない。そして本件では、Yによる指揮命令、それに従ったXの就労についての法的根拠が問われているのである。つまり、その釈明は問題の所在を見誤った、意味のない釈明に他ならない。

ましてや、本件では法定の派遣期間を超えたことによってXとZの労働契約は存在根拠を失っているのであるから、その釈明はまったく根拠を持たない。

(d) YはXら派遣労働者と労働契約を結ぶ意思を持ってはいないであろうことは容易に想像される。だが、ここで問われる「意思」は、派遣先や偽装業務請負業者の主観的な意思ではなく、あくまで実態から「客観的に推認される…意思」である。

期間を徒過したことは、先に見た派遣法における派遣期間の位置づけと派遣契約締結の手続きについての規制に照らせば、けっしてYが弁明するように「軽微な過失」⁽²⁸⁾ではない。Yは7カ月余も明確な意思を持って日々、指揮命令を続けXをして就労させた。YはXの存在を認識し、自己の事業のために就労させようとしたし、XはそのYの指示に従って就労した。それは、本来ならば労働契約の一方当事者である使用者と他方当事者である労働者としての意思である。当該意思の存在がまさに重要な意味を持つのである。

もとより、その他に、職安法44条の規制を免れようといった「脱法意図が認められる」場合には、「当事者に適用規範の選択を許すわけにはいかない」か

ら、そのような場合にはYの「契約意思を問題にすることは無意味」である⁽²⁹⁾。

(ウ) 派遣法40条の4に基づく契約と期間の定め

(a) ところで、本件では派遣法40条の4に基づき結ばれる労働契約に期間の定めをすることの当否が問われている。

そこで結ばれることが予定される労働契約は、派遣先は自ら指揮命令して就労させてきて、当該労働者の能力、作業態度等も十分に把握しており、処理すべき業務も続く見通しがある、という状況で結ばれる契約である。そうであるとすれば、景気の調整弁として利用したいといった経営判断や経営者の主観的意図はともかく、法的には、既に長期に継続してきていて、現に期間の定めのない契約と異ならない状況にある当該労働契約に改めて期間の定めをする合理性は存在しない。

(b) 派遣は本来、一時的なものと位置づけられているために、派遣労働者の場合は、登録型の場合は仕事がある間だけの雇用であるから必然的に有期雇用であるし、常用型であっても有期雇用が多い。

しかし、判例上、有期契約の更新拒否を実質的な解雇として把握し、解雇法理によって労働者を保護する法理が確立している。周知のように、反復更新された後の更新拒否（雇止め）について、東芝柳町工場（臨時工）事件において最高裁は、有期契約が反復更新されて「あたかも期間の定めのない契約と実質的に異ならない状態で存在」している場合、雇い止めは契約を終了させる趣旨で、「実質において解雇の意思表示にあたる」から、その効力は解雇に関する法理を類推して判断すべきである、とした⁽³⁰⁾。また、反復更新されていない場合でも、「期間満了後も雇用を継続するものと期待することに合理性」がある場合は、その期待は法的保護に値する⁽³¹⁾。そのような判例の根底にあるのは、労働契約は本来は期間の定めのない契約とすべきもので、期間の定めは特に期間を設ける合理的理由がある場合に限られる、という常用雇用の原則である⁽³²⁾。

同原則に照らしても、有期契約に合意をし、その期間が満了したという形式だけで考えてはならず、状況や問題を具体的に考え、法律効果を検討すること

が重要である。

(c) したがって、40条の4により成立する労働契約は、それを別に合理的と解する特段の根拠がない限り、期間の定めのない契約であると解すべきである。

なお、その契約の他の労働条件は交渉—合意によって決せられる。ただ、その場合には、他の正規従業員の労働条件と差別されてはならないから、自ずから、交渉の範囲は限定されることになるう。

(4) 本件におけるY・X間の労働契約と期間の定め

(a) 本来、先に述べたようにY・X間においては06年3月に、期間の定めのない労働契約が結ばれたと認定されるべきである。だが実際には、派遣期間を超えて7ヶ月も経過した後で、YがXに06年10月20日に渡した日本語とポルトガル語併記の労働条件通知書（甲3号証）と10月24日に渡したポルトガル語のみの契約書（甲4号証）が存在し、前者の通知書では期間の定めがないものとされていたにもかかわらず、後者のXが記名した契約書では6ヶ月の期間の定めがなされていた。

両者の関連について、Xは、①労働局に申告した際の代理人弁護士と一緒に労働条件通知書（甲3号証）を検討し、10月22日にYにその内容で労働契約を締結する旨の意思を伝え、Y代表者も了解し、同24日から就労を開始した⁽³³⁾、②契約書（甲4号証）は就労から1週間ほど後にYがXに手渡し記名を求めたものだが、Yの側には押印はなくブラジル人であるXが正式の契約書であれば必ずするはずの（外国人登録証にするような）サインもしていないもので、それは正式の契約書ではない、③Xはそう認識していたから11月18日から数回にわたってYが押印した正式の契約書を提示するよう求めたが、Yはその都度曖昧な答えしかせず、12月25日頃、ようやく日本語だけの「雇用契約書（臨時）」（甲5号証）を渡したが、そこにも期間の定めは存在しなかった⁽³⁴⁾、要するに、期間の定めのない労働契約が結ばれた、と主張している。

これに対しYは、甲3号証の労働条件通知書は、労働局の指導を受けて直接雇用することは決めたものの、契約内容を定めかね、豊橋職業安定所で入手し

た様式を「参考にできないかと考え…利用の可否を確認するため、例示として条件を記入し…サンプルとして交付したに過ぎ」ず、労働契約の申込ではないと反論し、Y・X間で結んだのは上記の期間を6ヶ月とした契約書（甲4号証）であるとか、Xは「口頭で契約を成立させる日本語能力を有しない」から、口頭ではいかなる労働契約も成立していない、労働条件通知書にはXの記名もサインもなく、Yの押印もないにもかかわらず、契約社会であるブラジル育ちのXがそれを有効な書面であると主張するのは非論理的である、Xが担当したのは「材料の投入、切粉の除去、加工品の目視検査、箱詰めなど」誰でもできる作業であり、「NC旋盤の段取工といえるだけの技術・技能」を有しないXを期間の定めのない契約によって長期に雇用するわけがない等と述べている⁽³⁵⁾。

(b) 両者の主張のいずれが事実に基づくと判断されるかは事実認定の問題である。

だが、Y自身が、Xは「労働条件」とか「記入してください」という言葉も理解できないほど日本語の理解能力は極めて低いと主張しているのであるから⁽³⁶⁾、Yが口頭でどのように説明したとしても、通訳もいない状況では、Xが甲3号証をサンプルと理解し、認識して受け取ったと主張することは自己矛盾である。Xが文面にポルトガル語で標記されているとおり労働条件通知書として理解したのは当然である。

そして、甲3号証には、契約期間、就業の場所、従事すべき業務の内容、日勤時および交替制の始業・終業の時刻をはじめ休憩、休日、休暇などの労働時間制、賃金については基本給以外の家族手当等や支払い方法、62歳定年制や解雇の理由と手続き、雇用保険までA4で3枚にわたり詳細に記載されており、労基法15条が想定している労働条件を明示した文書としての要件は十分に充たされている。サンプルであれば必ずしも記入する必要はないはずの、制服や靴を支給された場合にXが支払うべき金額まで具体的に書かれている。他方、甲4号証は様式がまったく異なっており、A4で1枚の簡略なもので、そもそも甲3号証をサンプルとしたという位置と整合性に欠ける。また、甲4号証自体が労働契約書としては不備も甚だしく、甲4号証には労働時間制については就業規則によると記載されているだけで、Yはそれを渡すとき、就業規則を示しもせず、交付もしていないのであるから、労働条件明示義務にも違反する。

しかも重要なことは、Xは甲3号証に明示されたとおりの労働条件で実際に就労したという否定し難い事実である。職種は甲4号証ではFabricacao de autopecas（自動車の部品製造）と記載されているが、それはむしろYの業種であって、甲3号証に記載されている Maquinista（機械工）の方が、NC旋盤を使ってカム、リングなどの業務を担当したXにとっては職種としては適切な表示であった。甲3号証には午前7時50分からの日勤と午後5時および7時からの2種類の夜勤が示されているが、Xは実際にその記載どおりの形で交替制勤務に就いていることはタイムカード（甲8号証）の記載によって明白である⁽³⁷⁾。そしてXからの事情聴取によれば、諸手当は家族手当を除いて甲3号証どおりに支払われ、また、制服代は実際に、Zの従業員として派遣されていたときにZを通じて、靴についてはYに雇用されたあと直接に、Xが甲3号証記載どおりに3500円をYに支払っている。

それらの事実に照らしても、甲3号証が労働条件明示の文書であり、それに合意したというXの主張が正当である。とすれば、甲3号証に記載されているように、労働契約には期間の定めはなかった、と認めるべきであろう。

注

- (1) 乙20号証および21号証。
- (2) Xの訴状2～3頁。
- (3) Yの08年12月11日付け第1準備書面4頁。
- (4) 前掲注(3) Yの準備書面4～5頁。
- (5) Y社松井繁浩社長の08年1月28日付け陳述書（乙1号証）1頁。
- (6) 同判示は大阪高裁平成10年2月18日判決であるが（労働判例744号63頁）、最3小判平10・9・8労働判例745号7頁により支持された。
- (7) 同旨、和田肇「受入会社と社外労働者との間の労働契約の成否」名古屋大学法政論集228号（2008年）13頁。
- (8) 同旨、清正寛「雇用保障法における『直接雇用の法理』」林迪廣先生還暦祝賀記念論文集『社会法の現代的課題』（法律文化社、1983年）275頁、鎌田耕一「労働者供給事業禁止規定の立法趣旨と意義」労働法律旬報1108号（1984年）72頁、伊藤博義「雇用形態の多様化と労働法」（信山社、1996年）131頁、脇田滋『労働法の規制緩和と公正雇用保障』（法律文化社、1995年）9頁、中野麻美「労働者派遣を中心とした第三者労務供給関係の問題点と課題」学会誌労働法112号（2008年）29頁、沼田雅之「労務供給の多様化と直接雇用」学会誌労働法112号35頁、西谷敏『労働法』

- (日本評論社、2008年) 383頁等。
- (9) 前掲注 (3) Yの準備書面4頁。
- (10) 前掲注 (3) Yの準備書面4頁。
- (11) 前掲注 (3) Yの準備書面4頁。
- (12) Yの09年1月30日付け第2準備書面5頁。
- (13) 前掲注 (1) 乙20号、21号および19号証参照。
- (14) その意味で、法40条の4は、直接雇用の原則を確認した意義は大きいが、現実の紛争を解決するためには援用の価値はほとんどない。現在、法改正が論議されているが、期間を超えて就労が続いている問題については、派遣先と労働者との間に労働契約が締結されたものとみなす、という「みなし」規定とすることが必要である。
- (15) 2003年6月5日、参院厚生労働委員会議事録参照。
- (16) 『労働者派遣事業関連業務取扱要領』（職発1225003号別添）「第9＝派遣先の講ずべき措置等・5＝派遣労働者への雇用契約の申込み義務」参照。
- (17) 大阪高判平20・4・25労働判例960号19頁。
- (18) 前掲注 (6) 参照。
- (19) 菅野和夫『労働法』（弘文堂、1985年）86頁、同『労働法〔第8版〕』（2008年）93～94頁。その他、JR吹田工場（大誠電機）事件・大阪地判平13・3・9労働判例806号87頁、松下PDP事件・大阪地判平19・4・26労働判例941号17頁等。
- (20) 前掲注 (3) Yの準備書面5～6頁、前掲注 (12) Y第2準備書面4頁。
Yは「法人格否認の法理の適用ないし準用」がない場合についての判示部分も引用するが、本件ではZの法人格は議論の対象にはなっていないので、検討は省略する。
- (21) 労働判例921号41頁および53頁参照。
- (22) 前掲注 (12) Y第2準備書面5頁。
- (23) 伊予銀行等事件にかかわる高松高裁判決は、この問題についての検討は余りにも不十分である、前掲注 (21) 労働判例921号53頁参照。
- (24) 詳しくは、萬井「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年）78頁以下参照。
- (25) 詳しくは、萬井『労働契約締結の法理』（有斐閣、1997年）156頁以下参照。
- (26) 前掲注 (3) Yの準備書面4頁。
- (27) 前掲注 (3) Yの準備書面4～5頁。
- (28) 前掲注 (3) Yの準備書面5頁。
- (29) 村中孝史「労働契約概念について」京都大学法学部創立百周年記念論文集第3巻（有斐閣、1999年）501頁。
- (30) 最1小判昭49・7・22民集28巻5号927頁。
- (31) 龍神タクシー事件・大阪高判平3・1・16労働判例581号36頁。
- (32) ILOは158号「使用者の発意による雇用の終了に関する条約」において、解雇権制限という同条約による「保護を回避する目的とするものが利用されることを防ぐための適当な保障」を締約国に求めている。もともと、ILO憲章19条5項 (e) によって

加盟国は未批准であっても条約に関する「自国の法律及び慣行の現況」を「理事会が要請する適当な間隔」において事務局長に報告する責務がある。それに加えて、1998年に採択された「労働における基本的な原則及び権利のILO宣言」によって、158号条約のような「雇用及び職業に関する差別の撤廃」に関わる条約については、批准しているか否かに関わらず「加盟国であるという事実そのものから生じる義務」として誠実に「尊重し、促進し及び実現する」義務を負っている（「想起」すべき第二項目（d）参照）。最高裁判決を初めとする従来判例は、同条約にいう「適当な保障」に対応する機能を果たしており、国際社会との関係でも今後も尊重されるべきものである。

(33) 前掲注（2）Xの訴状18～19頁。

(34) 前掲注（2）Xの訴状19～22頁、。

(35) 前掲注（3）Yの準備書面6～8頁。

(36) Yの答弁書3頁、5頁ほか。

(37) 甲8号証に示されているタイムカードは、Xが日勤と深夜勤とを繰り返したことを記録している。

追記・本稿は、ムサシ鉄工（マルセロ）事件にかかわり、名古屋地方裁判所豊橋支部民事口A係に提出した意見書である。若干、字句を修正している。

なお、本稿は平成20年度科学研究費・基礎研究（A）（研究代表者・和田肇）の研究成果である。