

黙示の労働契約論：試論

——労働者派遣法40条の6への架橋——

萬 井 隆 令

1 問題の所在

(1) 黙示の労働契約の成否が問われる2つの場合

労働契約は労働者が「使用者に使用されて労働し、使用者がこれに対して賃金を支払う」と合意することによって成立する（労働契約法6条）。それが本来の在り方である。

それ以外に、黙示の合意があったとして労働契約の成立・存在が認定されることがある。一つは、業務委託、代行、演奏など何らかの形で労務提供に関わる契約があり、実態からみて、それが法的性格としては労働契約と認められる場合である。他は、企業間の業務請負等の契約履行の形をとる請負の発注者や無許可の業者から派遣を受けた派遣先など（以下、一括してユーザーという）が、業者の従業員を指揮命令して就労させている実態がある時、両者間に黙示の労働契約の存在を推認する場合である。本稿は後者について論じる。

なお、労働者派遣の形式をとってはいるが、経緯をみると、業者が紹介した複数の労働者の中から派遣先が自ら面接や実技のテストをして適任者を選抜・決定した後、業者が当該労働者を採用して派遣した事案も多い。だが本来の派遣は、業者が派遣先からの依頼に応じて、適任者を、常用品の場合は雇用する労働者の中から決定し、登録型の場合は登録者の中から選んで採用し、派遣することである。先のような事案は形式を整えただけ

の偽装派遣であり、当初から、派遣先との間に労働契約が成立していると判断すべきである。それは他に論じたので⁽¹⁾、本稿では扱わない。

(2) 黙示の労働契約推認の要件が問われる事情・背景

問題の典型的なケースは派遣切りである。偽装請負等が告発され、ユーザーが職安法44条や派遣法の違反について労働局からは正指導を受け、しかし率直に対応するのではなく、業者との請負契約等を解除して従来の関係を白紙に戻す、契約を解除された業者は労働者を雇用しておく余裕がないため解雇する、それに対して労働者がユーザーを相手方として雇用関係存在確認の訴えを提起する、その論拠として、それまでの使用従属の実態から判断すれば、ユーザーとの間に黙示の労働契約が成立していると主張するという経緯を辿る。

事案は事業場内下請問題など呼ばれて古くからあり、当初は裁判で労働者の主張が認められた⁽²⁾。1985年の労働者派遣法制定は、労働者供給事業の一部を「労働者派遣」概念で括って一定の規制の下に合法化したが、それには、相次ぐ裁判や団体交渉によって直用化（黙示の労働契約の確認）を求める動きを封じ込める意図も含まれていた。

しかし皮肉にも、派遣法の成立自体が間接雇用という手法を広報する機能を果たし、また派遣法の期間制限等の制約を厭う企業を誘導する面もあり、偽装請負は絶えることがない。派遣法を潜脱するため派遣と短期直用を反復する例もある。そこで同様な紛争が続き、2008年のリーマンショック後は派遣切りが多発し、裁判は一挙に増えた。

しかし最近、特に松下 PDP 事件最高裁判決⁽³⁾以降、黙示の労働契約成立が認定される例は殆んどない。下級審は、偽装請負等の事案において黙示の労働契約が認定されることは最早ないと多寡を括ったのか、判決文の内容は、事実認定は杜撰である、判断について理由を示さない、はては提訴それ自体の道を閉ざすなど、総じて思考停止状態とも呼ぶべき、憂うべ

き状態にある⁽⁴⁾。

2 黙示の労働契約論を検討する際の依るべき基軸 ——直接雇用の原則

(1) 直接雇用の原則の意味と法的根拠

(a) 黙示の労働契約論の検討に際して依るべき基点は、労働者を指揮命令して自己のために就労させるためには当該労働者と直接に労働契約を締結して指揮命令権を得なければならない、という直接雇用の原則である。

ILOは1944年のフィラデルフィア宣言で「労働は商品ではない」と言い、労働することを売買や賃貸借の対象としてはならないとした。同宣言の趣旨を具体化し、戦前の半封建的雇用慣行の払拭の意図も込めて、1947年制定の戦安法は44条において、労働者を供給することおよび当該業者から供給を受けて使用することのいずれをも禁止した。「他人の就業に介入して利益を得」る中間搾取を禁止する労基法6条も別の角度からの同原則の具体化である⁽⁵⁾。

労働契約を結ばないまま、他の業者の従業員を自ら指揮命令して働かせることは、使用者責任の潜脱を図るもので、同原則に照らし容認され得ない。そこで、将来に向けて事態の公正な解決を図るべく、実態として労働者を指示して自己のために就労させていたのであれば黙示の労働契約の成立が推断されユーザーは使用者と認められる、という解釈論が派生する。

派遣法は成立以降、対象業務や派遣期間などについて次々と規制緩和を行なったが、一方では、労働者保護を徐々に充実させた。特に、40条の3から40条の6は、派遣の基本的枠組みを外れる場合、同原則に従い、両者間に労働契約を成立させる方向を明示している。

(b) 直接雇用の原則の根拠を民法623条および625条に求める見解もある⁽⁶⁾。たしかにそれらの条項は直接雇用を基本的な在り方と示唆している。

しかし、民法は基本的には任意法規であり、それと異なる合意をすることは妨げられない。民法625条自体が定めるように、「労働者の承諾」があれば指揮命令権を「第三者に譲り渡すこと」も可能であり、そのような譲渡契約は有効である。

だが、労働法は基本的に強行法規であり、たとえ労働者が承諾したとしても、契約上の指揮命令権を第三者に譲渡したり、その行使を委任することは許されない。職安法44条は違反行為に対しては刑罰を科すこととしてだけでなく、違反する合意を容認しない。その点で、直接雇用の原則の根拠を法623条等に求めることは妥当ではない⁽⁷⁾。

(2) 直接雇用の原則を否定する見解

派遣法の制定は直接雇用の原則を改めて想起させる契機ともなったが、それを労働法上の原則とは認めない見解もある。

馬渡淳一郎氏は、職安法44条は封建的雇用慣習の残滓、労働ボスの排除、労働の民主化を趣旨とすることまでは認められるが、三者間の労務供給契約の存在を基本的に肯定し、「就労先の受動的決定自体が問題なのではない」として、それを原則とは認められない⁽⁸⁾。

本庄淳志氏は、労働ボス排除の政策が時代のニーズに合わないと判断され、「派遣という間接雇用が合法化されて久しく」、定着している現実を直視すべきで、直接雇用の原則（直用主義）の法的根拠は希薄である、派遣元が形骸的な存在で、派遣先が事実上、労働者の採用ほかの人事、労働条件の決定等を行なっているといった特段の事情がない限り、労働契約は派遣元と労働者の間で結ばれることは当事者間でも十分に認識されている、としてユーザーとの間に黙示の契約成立を認めない判例を是認される⁽⁹⁾。

大内伸哉氏は、主に政策的判断として、正社員の雇用の安定を重視すれば雇用の調整弁である派遣を含む非正社員の存在は否定し得ない、労働者も派遣という就労形態に合意している、雇用の安定のためには政府や企業

が努力し、エンプロイヤビリティを向上させる以外にない、経済的必然性に逆らい、法的に直接雇用を強制することは好ましくないとされる⁽¹⁰⁾。

（３） 直接雇用の原則への言及を回避する研究者

直接雇用の原則を肯定はしないが、しかし、積極的に否定するわけでもなく、同原則についての見解を明らかにされない研究者もある。

菅野和夫氏は、職安法44条は「『労働ボス』による労働者の支配と搾取」、「労働の強制、中間搾取、使用者責任の不明確化などの弊害を伴いがち」として禁止されたと説明されるが、たとえば派遣法40条の4については「期間の制限を設けた以上は、派遣可能期間を超えて……引き続き労働者派遣の形態で受入れることは許されず……直接雇用へ移行すべし、との考え方」を解説されるに止まる⁽¹¹⁾。

荒木尚志氏、土田道夫氏は派遣法の制定から叙述を始められ、職安法44条の立法趣旨にまで遡ることもなく、40条の4についても規定内容の説明で終わっている⁽¹²⁾。

（４） 派遣法40条の6の理解

2012年法改正の際に規定された派遣法40条の6（施行は15年10月とされた）は、偽装請負や対象業務以外の業務についての違法派遣等の場合、「その時点」でユーザーは労働者に「労働契約の申込みをしたものとみなす」と定め、合法的な労働者派遣の枠組みを外れる場合には直接雇用の原則に立ち戻るべきものとする。なぜ、同条が派遣法に定められたのか、労働契約は労使の合意によって締結されとする契約法理の重大な例外であるだけに、説得的で明快な説明が求められる。

それについて、派遣法は間接雇用を容認したが、それは例外であってあくまで直接雇用が原則であり、重大な法違反の場合、その原則に立ち戻ることとした、という説明は単純明快で、かつ説得力もある⁽¹³⁾。

直接雇用の原則を積極的に肯定されない諸氏は、そのような説明はできず、さればといって他に適当な説明も思い付かれないようである。テキストなどで言及が避けられない場合は、条文の平板な紹介にとどまり、同条の趣旨については説明を避けている印象を拭い得ない⁽¹⁴⁾。

やや積極的に異論を呈する野田進氏にしても、採用の自由に反し「違憲の疑いさえあると評価されかねない」と断言は避けられ、本庄氏は「採用の自由を限定的に制約する他の類型と比べ突出し」ており「正当化は困難」と、その存在を無視したい様子で、同条の「根底には……直用重視の考え方がある」とは認めながら、「根拠は希薄」というだけで、直用主義を「根底」におく同条の法的意義の説明を回避している⁽¹⁵⁾。

(5) 小 括

労働者派遣を一定の要件の下に容認しながら、当該要件を充たさなくなった場合、法律により、派遣先が直接、労働者を雇用すべしとする例はドイツ、イタリア、フランス、韓国でも見られる⁽¹⁶⁾。派遣法40条の6は、その意味では国際的な原則である直接雇用の原則の妥当性を承認し、それをようやく国内法化した点で重要な意義がある。

3 事実上の使用従属関係の存在の意義

さて問題は、黙示の労働契約を論じる前提となる、事実上の使用従属関係の存在を法的にはどのように評価するか、である。従来は、それは所与の前提であるかのように認識されていた。だが、その認識自体が問い直される必要がある。

(1) 下井隆史氏の見解

下井氏は、「そもそも、黙示の労働契約の存否が問題となるのは……現

実に指揮命令の下で労務給付がされている場合なのであるから、事実上の使用従属関係の存在はいわば当然の前提であって……契約の成立の根拠として特にあげることの意味があるとは考えられない」と述べられる⁽¹⁷⁾。一見、尤もらしいが、的外れである。

事実上の使用従属関係は、法的に適正な権限はないにもかかわらず、資本力、取引関係その他の力関係などを背景に、取引業者の従業員を現に指揮命令をして就労させている状態を指す。それは自然に発生した事象でも労働者が持ち込んだ事情でもなく、ユーザーが派遣法の適用を免れる目的をもって意図的に創り出した人為的状况に他ならない。つまり、それは「当然の前提」として肯定されるような事態ではない。社会的には存在すべからざる違法状態であるにもかかわらず存在しているからこそ、それをめぐる紛争を将来に向けて法的に公正に解決するための法的根拠として、黙示の労働契約の存在が提唱される。労働契約なしに出現し得ない筈の使用従属関係が現実として存在するからには、契約が暗黙のうちに結ばれたと考えるのは思考の筋として自然である。それ故、事実上の使用従属関係の存在自体を「黙示の労働契約の成立の根拠として特にあげる」意味は充分にある。

(2) 一部の判例が示す無理解

事実上の使用従属関係という概念を正確には理解していない判決がある。

NTT（多重請負）事件で大阪高裁は、NTT が「作業上の指揮命令を行っていた」と認めながら「事実上の使用従属関係……があったとは認められない」という⁽¹⁸⁾。法的根拠のない「作業上の指揮命令」関係こそ「事実上の使用従属関係」を指すという、基礎的理解さえ欠いている。

NTT 西日本 AP 事件で大阪地裁は、事実上の使用従属関係の存在は、派遣元は形骸化し、派遣先が「労務給付請求権を有し、賃金を支払っている等……事実上の使用従属関係にあると認められるような特段の事情」が

ある場合に認められる、と同義反復であり、何も語らないに等しい⁽¹⁹⁾。

(3) 主観的認識の偏重を避けること

一般的には契約の成立には両当事者の合意が要件である。ただ、その存否は、主観的意思の合致ではなく、客観的事実関係・経過の総合的判断によって決せられるべきである。

当事者が事態を正確に捉え、事実関係を記憶しているとは言い難いことがある。それ以上に重視すべきは、三者間労務提供関係に係る法律論は複雑であり、当事者の主観的認識を無条件に前提とはなし得ないことである。

実態は偽装請負であっても、否、そうであるからこそ、ユーザーも業者も違法状態を糊塗する手立てを種々講じ、適法な派遣の形式を整えるよう努めている。他方、派遣元に雇用され派遣されていると説明され、派遣元から給与表を渡されて賃金を支払われれば、労働者は「派遣」だと理解する。そう思い込まされて生まれた虚偽の認識である。当事者の、特に労働者の主観的な、しばしば誘導された虚偽の認識を基礎として法的判断をすべきではない。さらに、派遣元も事態を法的に正確に把握できているとは限らない。派遣元も労働者も法律に精通していない場合、双方の認識が一致したとしても、それはある法状態を正確に捉えているとは限らない。

NTT（多重請負）事件・京都地裁判決は、黙示の労働契約の存在認定のためには「労働者が注文主を使用者と認め……注文主も請負業者の配下にある労働者を自らが雇用する労働者と認め……るに足りる事実がなければならぬ」とするが⁽²⁰⁾、双方の意思がそうであれば紛争とはならず、訴訟提起の必要もない。同判決は問題の所在さえ理解し得ていない。

(4) 事実上の使用従属関係の位置づけ

事実上の使用従属関係は、それが存在すること自体が異常であり、法的には否定的評価を受ける、存在すべからざる事態である。したがって訴訟

となった場合、訴訟当事者として形式上は対等な立場にあるが、問題状況を考慮すれば、ユーザーは規範的批判を受け、最初から事態について弁明を求められる立場にある。したがって、黙示の労働契約論の存否については、中立的にではなく、労働者保護の立場からユーザーに対する批判的視点をもって臨むことが求められていることが確認されねばならない（後述5（1）(イ)参照）。

4 黙示の労働契約認定の要件の「定式化」

事実上の使用従属関係が存在することを前提として、他にどのような要件があれば黙示の労働契約の存在を認定し得るであろうか。

初期のころは、事実上の使用従属関係の存在自体によって黙示の労働契約の存在が推認され、他に要件を求められることもなかった。ところが、訴訟において被告が様々に主張し、それを受容する判例が蓄積されるにつれて要件が次々と追加され、近年は、多くの要件を備えた場合にのみ認定することが「定式化」され、結局は、その存在認定を否定するパターンに統一されつつある。

（1） 初期の黙示の労働契約論

リーディングケースである新甲南鋼材事件で神戸地裁は、個人Mから提供された6～8人の労働者を本工と「共同作業を行わせるなど、その生産工程に組み込み……出欠をチェックし、職務の態様に従った配置や時間外労働の命令等もすべて会社の指示に基づいて行われていた」事態を直視すると、「日々労務を提供し、会社がこれを受領している限り、両者の間には少なくとも暗黙のうちに雇用契約が成立している」と認めた⁽²¹⁾。

近畿放送事件で京都地裁は、使用従属関係の存在を指摘するほか、業務は近畿放送の「社員によっていつでも代替できる内容」であり、請負代金

は「一定の仕事に対する報酬ではなく……労務の提供と対価的牽連関係を有し実質は賃金とみるべきもの」で、請負契約が「外装に過ぎないとの認識はあった」として、黙示の労働契約の存在を認定した⁽²²⁾。

つまり、それらの事件において裁判所は、主に（京都地裁は「認識」も指摘するが）使用従属関係の存在から率直に黙示の労働契約の存在を推認したのである。

（２） 安田病院事件および松下 PDP 事件の大阪高裁判決

（a） 安田病院事件で大阪高裁は、実態として「事実上の使用従属関係があり」、「両者間に客観的に推認される黙示の意思の合致がある」場合は労働契約の存在が認められる、と一般論を述べた後、事実関係によれば派遣は「形式だけ」で、結局、Y（医師）の「指揮、命令及び監督のもとにY病院に対して付添婦としての労務を提供し、Y病院がこれを受領していた」から「実質的な使用従属関係が存在」し、「客観的に推認される……意思は、労働契約の締結と承諾」であったとして、黙示の労働契約の成立を認めた⁽²³⁾。

労務管理の内容はワンマン経営のため異例ではあるが、それは偽装請負等の事案でも大同小異である。法的に適切な説明のつかない使用従属関係の存在から直接、黙示の労働契約の存在を認定した点では、それ以前の判例を踏襲していた。最高裁も同判決を維持した⁽²⁴⁾。

（b） 松下 PDP 事件は訴外P社と業務委託契約をむすび、その履行として提供された労働者を松下 PDP が指揮命令して就労させていた、典型的な偽装請負事件である。

大阪高裁は、松下PDPの社員が就労に関わる指示をすべて行い、社員と混在した就労があった、更衣室、休憩室も同じであった等と指摘し、賃金は委託料から業者の「利益等を控除した額を基礎」としているから松下 PDP 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」、したがって、継続したその「関係を法的に根拠づけ得るのは」両者間の黙示の労働契約の成立しかない、と判示した⁽²⁵⁾。

同高裁判決は、下級審で事実上の使用従属関係の存在だけでは黙示の労働契約の存在を認めず、他の幾つかの要件を充たして初めて契約を認定する（現実には、認定しない）傾向が既に顕著になっている中で⁽²⁶⁾、事実上の使用従属関係そのものが黙示の労働契約の存在を推認させることを説いた点に重要な意義があった。

ただそれは、偽装請負等を利用し、それが判例上も容認されていると見ていた企業の嫌悪の対象となり、間接雇用に寛容な研究者には違和感を惹起したと推測される。

（３） 黙示の労働契約認定の要件とその検討

黙示の労働契約存在認定の要件を詳細に「定式」化した典型的な例は、一橋出版（マイスタッフ）事件東京高裁判決である。東京高裁は、派遣元が形式的存在に過ぎない反面、「派遣先が実質的に労働者の採用、賃金額その他の就業条件を決定し、配置、懲戒等を行い、派遣労働者の業務内容・期間が労働者派遣法で定める範囲を超え、派遣先の従業員と区別し難い状況となっており、派遣先が、派遣労働者に対して労務給付請求権を有し、賃金を支払っており、そして、当事者間に事実上の使用従属関係があると認められる特段の事情があるとき」には派遣先との間に黙示の労働契約の成立を「認める余地がある」と判示した⁽²⁷⁾。

同判決も事実上の使用従属関係の存在の意義を誤解している。しかも、それ以外のことについては、いかなる意味でそれらが存在しなければ黙示の労働契約を認定し得ない「要件」なのか厳密には検討せず、思い付き的にあらゆる事柄を羅列したように見える。

なお、「派遣先の従業員と区別し難い状況となつて……」は、独自の要件なのか、その前の文章を受けるのか、その後の「労務給付請求権を有し

……」等の文章を導くのか、判然としない。悪文で、いずれとも決められない。本稿では前後の語句をそれぞれ独自の「要件」と見ることにする。

(ア) 「派遣先が実質的に……採用……を決定」

事件は本来、ユーザーたる一橋出版が実質的に採用を決定した後、派遣の形式をとった派遣偽装である⁽²⁸⁾。それは「派遣」の概念の枠外にあり、当初から黙示の労働契約が成立しているから（本稿1(1)参照）、同判決は無用の「要件」を提示したことになる。

松下 PDP 最高裁判決が採用への「関与」問題を指摘したために、その問題が改めて浮上したが、「採用」なり「関与」の意義についての正確な理解が求められる⁽²⁹⁾。

(イ) 「派遣先が実質的に……賃金額その他の就業条件を決定……配置、懲戒等を行い」

賃金については項を改めることにし、まず「就業条件を決定……」について検討したい。

(a) 「就業条件」が就労環境や就労場所、使用する機器の種類等を意味するのであれば、それを派遣先が決定するのは当然のことである。また、適法な派遣の場合、労働者派遣契約に従って派遣先が労働者を職場に「配置」するのも当然のことであるし、派遣契約で約される担当業務に幅がある場合、その枠内で行われる配置換え・担当業務の変更は容認される。

(b) 適法な派遣においても、派遣先が懲戒権を取得することはないから、ユーザーによって懲戒が適法に行われることはあり得ない。

ただ、偽装請負等の場合も、労働者が非違行為を行なったとか遅刻した時にユーザーが減給することは現実の問題としてはあり得る。そのようなことこそ正に事実上の支配従属関係の徴表である。しかし、正社員でも就労中の怠慢とか非違行為がなければ懲戒されないから、懲戒がなかったか

らといって労働契約関係がないことを意味するわけではない。

(ウ) 「業務内容・期間が……法で定める範囲を超え」

判決は、政令指定業務に係る派遣契約であるにもかかわらず、実際には自由化業務を遂行しており、派遣可能期間を超えて就労していたことを、派遣法が規定した「範囲を超え」としているという。だが、それは適法な派遣とは認められないと指摘し、事実上の使用従属関係があったことを示すに過ぎない。

(エ) 派遣先が「労務給付請求権を有し」

(ア) 「労務給付請求権」（指揮命令権とも呼ばれる）は、労働者に対し一定の労務を指示し、就労することを求め得る権利であり、労働契約を結んで初めて使用者が得る。つまり、現に「労務給付請求権を有」しているならば、既に労働契約が成立していることを意味する。だが、既に労働契約を結んでいるならば、労働者が改めて当該ユーザーを相手どって労働契約関係存在確認の訴えを提起する必要もない。

派遣先が「労務給付請求権を有し」等というのは、正当な権限を持たないにもかかわらず、事実上指揮命令して就労されている実態を念頭においてと考えられるが、それをそのように言うことは、ユーザーが「労務給付請求権を有」すということ等の法的意義も、事実上の支配従属関係の下にある労働者が黙示の労働契約の存在確認を求める問題の性格も理解していないことを示唆するだけである。

(b) 週れば、菅野和夫氏は『労働法』初版において、労働契約の存在確認のためには「受入企業が社外労働者に対して、労務給付請求権を有すると認められる」一方、業者がなお「配置・懲戒・解雇等の権限を」保持していないことが必要であると書かれた⁽³⁰⁾。私は夙に上記の趣旨の指摘をしたが⁽³¹⁾、その後も菅野氏の文章は同じままである⁽³²⁾。

もともと菅野氏は、初版ではその叙述に、① 業者がユーザーの組織に組み込まれている、② 請負の実態がユーザーの募集・賃金支払いの代行である、③ 業務に従事する間に労働契約の諸要素が具備されたという3つの場合は、黙示の労働契約が存在すると認定されると付記し、判例を挙げられた⁽³³⁾。しかし、その付記は第3版で削除され、第5版からは、いかなる趣旨かはわからないが、結論部分にセンエイ事件・佐賀地裁竹雄支部判決だけを紹介されている⁽³⁴⁾。

(c) 最近、土田道夫氏は、労働契約法6条の労働契約の定義を根拠に、黙示の労働契約の存在を認めるには、労働者が「労働義務を負い」、かつユーザーが賃金支払い義務を負担していると評価し得る事実関係の存在が「必須の要件」とであるとされる⁽³⁵⁾。「労働義務」は労務給付請求権と対をなすものであって、いずれも労働契約の存在を前提とするのであり、主張の趣旨も、したがって問題点も菅野氏と同一である。

(d) ちなみに、派遣法制定当時、適法な労働者派遣において派遣先は何を根拠に労働者を指揮命令し得るのが理論上、問題となった。労働者に対する派遣業者の労務給付請求権の行使を委任されたとする見解、その権利を譲渡されたとする見解、派遣法と労働者派遣契約において創設された、派遣先の独自の権利であるとする見解などが表明された⁽³⁶⁾。いずれにせよ、合法的な派遣ならば、派遣先が派遣契約によって自らのものとした労務給付請求権を行使すると理解することもあり得る。

(オ) 小 括

(a) 一橋出版事件東京高裁判決に倣う判決は多い⁽³⁷⁾。だが同高裁判決等は、論理の正確さ、説得力、紛争解決策の公正さ・社会的妥当性など、いずれの点についても肯定的には評価し得ない。

判例上「要件」として挙げられている諸事実は、(ア) は問題外として、(イ)「就業条件」、「配置」の決定・実施や「実質的な懲戒処分」も、(ウ) 業
(龍法 '16) 48-3, 44 (1074)

務や派遣期間が適法な「範囲」を超えていたことも、(エ) ユーザーによる労務の指示も、適法な権限に基づくことなくユーザーが実態として行なっているだけのことであって、すべて事実上の使用従属関係を構成する要素に他ならない。つまり、それらが別に独自に存在しなければ黙示の労働契約が成立しないという意味で、黙示の労働契約存在認定の「要件」ではない。不可欠の要件ではないものをわざわざ取り上げて、その不存在を理由に契約を否定したわけで、むしろ、労働契約の存在を認めないために無理に捻出されたものという印象を拭えない。

(b) 検討課題として残るのは、労働契約が労務の提供とそれに対する賃金の支払いを中心とする合意であることに照らし、事実上の支配従属関係は存在するが、ユーザーが賃金の決定・支払をしていないという消極的事実をどのように考えるのか、である。

5 賃金の決定、支払いに関わる要件論

(1) 賃金の決定・支払と労働関係

(ア) 「賃金」を要件とすることの意義

従来の判例は、いかなる理由で賃金を不可欠の要件としてきたのか。全日空（NDB）事件で大阪地裁は「直接当該労働者に対し賃金を支払う意思」の存在を求めるが、理由については「労働契約であるから」としか語らず、その他の判例もほぼ同様である⁽³⁸⁾。

菅野氏もユーザーが賃金を「實際上」決定し、請負企業を介してユーザー「自身によって支払われているとみなしうることが必要」と述べられたが、理由は賃金を労働契約の基本的要素として指摘されるだけである。それと同様の論文やテキスト類は多い⁽³⁹⁾。

要するに、賃金の決定・支払を黙示の労働契約認定のために絶対不可欠

の要件だと強調されるが、意外にも、その理由はそれ以上は説明されていない。だが、それは議論する余地や必要のないほど当然のことではない。

ユーザーが実質上、「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るものと推認するに足るだけの事情」が認められた場合⁽⁴⁰⁾には使用従属関係を補強し、労働契約の存在を推定すべき決定的な根拠となる。だが、逆にそのことまでも契約認定の要件とする必要はない。

(イ) 視点一問題状況の特徴の把握・分析・法理論化の必要性

ユーザーは従来の学説判例を考慮し、契約上の使用者としての問責を免れるため、労働者に対して賃金を決定し、支払うことは意識的に、可能な限り避ける。

しかし、事件の性格や事情を考慮することなく、賃金を直接に支払っていないことを理由に労働契約の成立を認めないのは、ユーザーの自らの法違反を棚上げにした脱法の建前論を法的には一理あるものとして容認し、最も重視されるべき法的正義の実現、紛争の公正な解決といった司法機関としての基本的な責務を遂行せず、それに叛くものである。

ちなみにサガテレビ事件で佐賀地裁は、力関係において優位にあるユーザーに違法行為的要素がある場合、「使用者の有する社会的・道義的責任との関連で、労働者の生存権がより保障される方向……不正が是正される方向で、伝統的な意思表示理論の修正が妥当とされる場合もあり」得る、との基本姿勢を明示した⁽⁴¹⁾。

(ウ) 「賃金」の意義

(a) 無償の労働はあり得ないから、賃金は労働契約の本質的要素である。だが、賃金の支払関係がない場合は労働契約関係があるとはいえない、と解すべきものではない。

賃金は「名称の如何を問わ」ないし、第三者を経由した経済的利益も賃金に該当する、未払の場合は後で支払わせることもできる。労基法24条は、労働に見合う賃金の全額払いを求めるが、その「労働」は合法的な労働契約を結んだうえでのものに限られることはなく、仮に契約がなくても、実際に労働させた以上は支払いを義務付けられる。自ら主導的に創り出した違法な事実上の使用従属関係の下で、つまり法的に適正な契約上の根拠なく指揮して就労させながら、その労働に対して賃金を支払わないことは二重に違法である。

労働者を指揮命令して就労させ、利益を得ながら、その労働に対して賃金を支払わないことが認められるのは、代金を派遣業者に支払い、その中から業者が賃金を支払うことが認められる、適法な労働者派遣の場合に限られる。

ユーザーは業者との経済的関係を利用して、その労働者を指示して現実には就労させる関係を事実上創り出しながら、労契法3条、6条や労基法15条等の労働法規に違反する状態を告発され、ないしは労働局から是正を求められたのを期に、あるいは経営状態の悪化を理由に、ユーザーが当該関係を導いている契約を解除する、それにより失業した労働者が黙示の労働契約論を援用してユーザーに直接雇用を求めると、突如、労働契約の建前やあるべき労働契約像を持ち出して、違法な自らの当該賃金不払いを棚上げにし、むしろそれを逆手に取って、労働契約は労働と賃金の交換であり、賃金を決定ないし支払っている事実がなければその存在を認めがたい、と主張する。それは俗にいう「盗人、猛々しい」態度であり、法的正義に著しく反する⁽⁴²⁾。

青森放送事件において、青森地裁は、「賃金の直接の支給者が誰れであつたかというようなことは、その事柄の性質上いかようにも操作し偽装し得ることであるから……賃金の直接の支給者……をさまで重要視することはできない」と喝破している⁽⁴³⁾。

(b) 三者間の労務提供関係において、業者は請負代金から必要経費を差し引き、幾らかの利益を捻出することを唯一の目的とする。代金全額を労働者に渡してしまえば、彼らを「雇用」している意味がなくなるどころか、事業者として存続さえできないから、自己の賃金規定に基づいて労働者に支払い、差額を捻出するのは必然である。だが経済合理性があることとユーザーと労働者との労働契約関係を認定することは別次元の問題である。

(エ) 「実質的な決定」と「事実上の決定」

松下 PDP 事件において大阪地裁は、松下 PDP が「賃金額の決定に与える影響は大きい」が、「そのことから……雇用関係」を認めることはできない、と判示した⁽⁴⁴⁾。

大阪高裁は、「賃金は……業務委託料として支払った金員から P の利益等を控除した額を基礎とする……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」から松下 PDP は「賃金支払いを実質的に行」なっていたと判示した⁽⁴⁵⁾。

しかし最高裁は、「給与等の額を Y (松下 PDP) が事実上決定していたといえるような事情もうかがわれ」ず、偽装請負、使用従属関係等の事情を総合しても、「雇用契約関係が黙示的に成立していた」とは評価し得ない、と判示した⁽⁴⁶⁾。

最高裁は法律審でありながら、事実審である大阪高裁の事実認定を覆し得るのか、それとも同判示は高裁が認定した事実についての最高裁としての法的判断なのかという問題もある⁽⁴⁷⁾。額を「実質的に決定」と「事実上決定」がどの点で異なるのか定かではない。ただ、賃金を直接支払う関係がなければ労働契約の存在を認定できないとすれば、業者やユーザーの思惑をそのまま追認する役割を持つが、大阪地裁が賃金の「支給」を要件としたのとは異り、大阪高裁が「実質的に決定」といい、最高裁も「額を……事実上決定」していたかに着目した点は注目し値する。

(2) 事実上の使用従属関係と中間搾取

事実上の使用従属関係はユーザーと労働者とそれを仲介する業者の三者によって構築されている。偽装請負や違法派遣は「法律に基づいて許される場合」に該当しないから、ユーザー・労働者間を仲介して利益を得ていれば、中間搾取として労基法6条が適用される。そのような違法な仲介料を業者は手に入れることはできないから、ユーザーが業者に支払った仲介料は本来は労働者に渡されるべき賃金と看做されるべきである。それについては既に別稿で述べたので、これ以上は立ち入らない⁽⁴⁸⁾。

6 小括——派遣法40条の6への架橋

事実上の使用従属関係、ユーザーの労働者への賃金不払い、この2点について事実面に即した厳密な法的評価をすることなく、両者があたかも自然に生成し存在するものであるかのように錯覚し、それを所与の前提として黙示の労働契約を論じたところに、従来の議論の盲点があった。起点を誤り本筋を外れると、議論は本来の軌道から外れていく。黙示の労働契約論が問われる場面を具体的に想定し、その法的評価を正しく定めて議論に入る必要がある。

(1) 黙示の労働契約論の再認識

(ア) 黙示の労働契約論が問われる場面

再確認したいが、黙示の労働契約の存在が主張されるのは、事実上の使用従属関係を創り出し、長年、違法状況を積み重ねてきたユーザーが、その是正を求められている場面である。ところがユーザーは、違法な事実上の使用従属関係の将来へ向けての是正を求める労働者に対し、本来なら契約の有無に関わりなく支払うべきであった賃金の未払いという別の違法行

為を対置して退けようとする。しかし、一つの違法状態を自らの別の違法行為で以て隠蔽するために、労働契約本来の姿を持出すのは筋違いも甚々しい。

(イ)「規範的解釈」

ユーザーに契約締結の意思の表明を求めることは不可能であり、それに拘ることは現実にはその恣意を容認することになる。内心の意思は実際には把握できないから、ある紛争の公正な解決のためには、外見から推認され得る客観的な意思が拠り所となる。直接雇用の原則は、正に「原則」であるがゆえに、それを基準として労働契約の成立が確認されるという意味で契約内在的であり、当事者意思を推認する際、合意の推定に直に働きかける権能を有する。

違法な行為を法解釈に組み込むことはできない。問題状況を考慮するならば、労働法的正義実現のためには、事実上の使用従属関係さえ認定されれば、直接雇用の原則に従い、賃金の支払いの有無を問うことなく、黙示の契約成立を認定すべきである。

そのような黙示の労働契約論を特別視して「規範的解釈」と呼び、契約解除や賃金不払いを不法行為を認めることはともかく、労働契約の成立を認めるのは論理に飛躍がある、契約成立にはあくまで当事者の合意が必須であるとする見解がある⁽⁴⁹⁾。

しかし、法解釈は、紛争となっている事実関係に法規範を適用し、当該紛争を公正に解決する使命を持つから、そう称するか否かは別として常に「規範的」である。そうであるからこそ、偽装請負等の場合に、労働者に対しユーザーは契約締結の意思がないとか賃金支払いをしていないから契約成立を認定できないと主張することは許されない。つまり契約成立が認定されるべきであるという論理を「規範的解釈」だと自称する研究者が存在するのである⁽⁵⁰⁾。結論が異なるのは、当該紛争をどのように捉え何を

規範とみるのか、いうところの「規範」の理解が異なるからに外ならない。

(ウ) 黙示の労働契約論と派遣法40条の6

土田氏は、解釈論としては無理だが、「企業の法令違反行為を是正する機能を営む」ものとして派遣法40条の6条を評価される⁽⁵¹⁾。ただ、解釈論と立法は性格、効果に差はあるにせよ、法理論的には通底しているべきで、それを単純に別のものと視るべきではない。まず、法源として「条理」まで根拠とし得る法解釈（論）を、可能な限り突き詰めることが求められている⁽⁵²⁾。そして同条は、（違法な）事実上の使用従属関係を創り出したユーザーに対しては黙示の労働契約の存在が認められるという法解釈が妥当であるが、学説判例は膠着状態にあり、また裁判では決着を付けがたい、労働者が不合理な状況を強いられ続けられる状況の打開のために、労働法的正義を優先し、立法的解決を図ったとみるのが自然である。

安倍政権による労働法制改革によって、派遣可能期間制限が著しく緩和され、それに応じて40条の6の適用範囲は縮減されたにしても、その骨格は維持され、少なくとも偽装請負については同条1項5号により契約申込みみなし制はそのまま維持される。国会全会派が賛成している同条は今や社会の支配的規範意識に支えられ、確固たる基盤を持つ。

外見上の合意を優先する法解釈論は社会全体の規範意識のそのような変化・発展に立ち遅れ、見直しを迫られている。一部の学説が同条の説明に窮しているのは、その状況に理論的に対応し得ていないことを示している。黙示の労働契約論の成立を肯定する見解こそが労使関係の実態に見合う合理的な解釈である⁽⁵³⁾。

(2) 黙示の労働契約の成立時期

近畿放送事件で京都地裁は、「遅くとも前記団体交渉申入れのころまでに」と、黙示の労働契約成立の時点特定しなかった⁽⁵⁴⁾。訴訟では、契

約成立の時点が争われるわけではなく、契約の存在の確認を求められている。過去における事実上の使用従属関係や賃金の未払いは不法行為として処理されざるを得ないとしても、判決の時点で、成立の時期には触れないままで、将来に向けて労働契約の存在を確認することはあり得る。

派遣法40条の6は、偽装請負等を「行った場合には、その時点において」契約申込をしたものとみなすとした。契約論としては、それに対する労働者の承諾が必要であるから、派遣法上はその承諾があった時点で労働契約が成立することになる。

- (1) 萬井「業務請負、派遣のユーザーによる事前面接の法的意義——選抜試験、【関与】、【特定】とその関連」労旬1721号7頁、萬井「労働法解釈の在り方について——実態の把握、分析、法理論化——」学会誌126号3頁。
- (2) 新甲南鋼材事件・神戸地判昭47.8.1判時687号96頁、近畿放送事件・京都地判昭51.5.10労判252号16頁等。
- (3) 松下PDP事件・最2小判平21.12.18労判996号5頁。
- (4) 萬井「派遣切り事件裁判の最近の傾向・特徴と問題点——偽装請負・違法派遣のユーザーと労働者との労働契約関係について」労旬1764号37頁。
- (5) 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）83～87頁、萬井「労務提供に関わる三者間関係の概念について——労働者供給・派遣・出向の概念と相互の関係」学会誌114号70頁以下、西谷敏『労働法〔第2版〕』（日本評論社、2013年）463頁、和田肇「労働者派遣の法規制に関する総括的検討」和田・脇田・矢野編『労働者派遣と法』（日本評論社、2013年）355頁等。
- (6) 毛塚勝利「偽装請負・違法派遣と受入企業の雇用責任」労判966号5頁、浜村彰「労働者派遣法の今後の法的規制のあり方」学会誌112号45頁。
- (7) 萬井「偽装請負における業者従業員と発注元との労働契約関係の成立について」労旬1694号28頁。
- (8) 馬渡『三者間労務供給契約の研究』（総合労働研究所、1992年）52～57頁。
- (9) 本庄「派遣先での直用化をめぐる諸問題」季労231号26頁、本庄「派遣先企業の責任」山川・土田編『労働法の争点』（有斐閣、2014年）162頁。
- (10) 大内『雇用社会の25の疑問——労働法再入門〔第2版〕』（弘文堂、2010年）296頁以下。
- (11) 菅野『労働法〔第10版〕』（弘文堂、2013年）269頁。諏訪康雄「労働市場と法」東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法上巻』（有斐閣、2003年）118頁以下も同様である。

- (12) 荒木『労働法〔第2版〕』（有斐閣、2013年）486頁、土田『労働契約法』（有斐閣、2008年）694頁、土田『基本講義労働法』（新世社、2010年）221頁、高橋賢司『労働者派遣法の研究』（中央経済社、2014年）307頁以下。
- (13) 沼田雅之「2012年改正労働者派遣法の概要とその検討」前掲注(5)『労働者派遣と法』48～50頁、根本到「職安法44条、労基法6条と労働者派遣法の関係」同『労働者派遣と法』65頁、和田肇「黙示の労働契約における意思の推定」毛塚勝利先生古稀記念『労働法理論変革への模索』（信山社、2015年）512頁。
- (14) 前掲注(11)菅野『労働法〔第10版〕』269～270頁、前掲注(12)荒木『労働法〔第2版〕』500～501頁、土田道夫『労働法概説〔第3版〕』（弘文堂、2014年）330頁、高橋『労働者派遣法の研究』302頁。
- (15) 野田「有期・派遣労働契約の成立論的考察——労働契約の合意みなしと再性質決定との対比をめぐって」菅野和夫先生古稀記念論文集『労働法学の展望』（有斐閣、2013年）217頁、前掲注(10)本庄・『労働法の争点』162頁。本庄氏は別稿で、施行されれば派遣先は短期、低い労働条件で処遇するから、労働者にむしろ有害である、と指摘される、「改正労働者派遣法をめぐる諸問題」季労237号30頁以下。
- (16) 大橋範雄「ドイツの労働者派遣法——2011年改正の特徴と意義」前掲注(5)『労働者派遣と法』281頁、矢野昌浩「フランスの労働者派遣法」同書316頁、脇田滋「韓国の労働者派遣法」同書346頁等参照。
- (17) 下井氏の、松下 PDP 事件に関わる、平成20年6月19日付最高裁宛『意見書』9頁。
- (18) NTT（多重請負）事件・大阪高判平23.2.17 労旬1759+60号115頁。DNP ファイン事件・さいたま地判平27.3.25も同旨、労判ジャ42号62頁。東レリサーチセンター事件で天津地裁も、派遣であったことを認めながら「実質的な使用従属関係、労務提供関係」の存在を否定している、天津地判平22.2.25 労判1008号86頁。
- (19) NTT 西日本 AP 事件・大阪地判平22.12.27 判タ1349号118頁。同事件・控訴審判決は地裁判決を追認する（大阪高判平23.10.6 判例集未掲載—原本7頁）。積水ハウスほか事件・大阪地裁判決も同文である、労判1025号42頁。
- (20) NTT（多重請負）事件・京都地判平22.3.23 労経速2072号21頁。前掲注(19)同事件・大阪高裁判決もその論理を引き継いでいる、労旬1759+60号108頁。
- (21) 前掲注(2)判時687号96頁。
- (22) 前掲注(2)労判252号16頁。
- (23) 同事件・大阪高判平10.2.28 労判744号69頁。
- (24) 同事件・最3小判平10.9.8 労判745号5頁。
- (25) 同事件・大阪高判平20.4.25 労判960号19～20頁。
- (26) サガテレビ事件・福岡高判昭58.6.7 労判410号、BAB（花王社）事件・

- 東京地判昭 54.11.29 労判332号28頁、JR 西日本（大誠電機）事件・大阪地判平 13.3.9 労判869号86頁、一橋出版（マイスタッフ）事件・東京高判平 18.6.29 労判921号 5 頁、伊予銀・いよぎんスタッフサービス事件・高松高判平 18.6.29 労判921号33頁、松下 PDP 事件・大阪地判平 19.4.24 労判941号 5 頁など。
- (27) 前掲注(26)労判921号11頁。その後の前掲注(20)NTT 西日本 AP 事件・大阪地裁判決（判タ1349号118頁）、東レリサーチセンター事件・大阪高裁判決（平23.2.8 判例集未掲載—原本11頁）は一字一句違わないし、アヴァンストレート事件・津地裁判決（平 22.9.29 判例集未掲載—原本16頁）等もほとんど同文である。
- (28) 詳しくは前掲注(1)萬井・学会誌126号12頁。
- (29) 前掲注(1)萬井・労旬1721号 7 頁参照。
- (30) 同『労働法』（弘文堂、1985年）76頁。
- (31) 萬井「業務処理請負企業の従業員と元請け企業との労働契約関係の存在認定について」龍谷法学34巻 2 号（2001年）107頁以下。
- (32) 前掲注(11)菅野『労働法〔第10版〕』120頁。
- (33) ①の例として阪神観光事件・大阪高判昭 55.8.26 労民31巻 4 号902頁、②の例として青森放送事件・青森地判昭 53.2.14 労判292号24頁、③の例として前掲注(2)近畿放送事件・労判252号16頁を指摘された、前掲注(31)菅野『労働法』76～77頁。
- (34) 菅野『労働法〔第 3 版〕』（1993年）79～80頁、菅野『労働法〔第 5 版〕』（1999年）94～95頁、前掲注(11)菅野『労働法〔第10版〕』120頁。センエイ事件・佐賀地武雄裁判平 9.3.28 労判719号38頁。
- (35) 土田「労働法の解釈方法についての覚書」菅野・中島・山川・野川編『労働法がめざすべきもの』（信山社、2011年）166～169頁。
- (36) 萬井『労働契約締結の法理』（有斐閣、1997年）69頁以下参照。
- (37) 前掲注(26)のほか、三菱電機ほか事件・名古屋地判平 23.11.2 労判1040号20頁、同事件・名古屋高判平 25.1.25 労判1084号75頁、資生堂（アンフィニ）事件・横浜地判平 26.7.10 労判1103号57頁等。
- (38) 全日空（NDB）事件・大阪地判昭 51.6.17 労判256号55頁、時期的には早いサガテレビ事件・福岡高判昭 58.6.7 労判410号33～34頁に続き、ブリティッシュ・エアウェイズ・ボード（花王社）事件・東京地判平 2.12.14 労判332号30頁、大映映像事件・東京地判平 5.5.31 労判630号81頁。
- (39) 前掲注(11)菅野『労働法』75～76頁、第10版120頁でも同文。前掲注(35)土田『労働法が目指すべきもの』166～167頁ほか例は多いので、あえて指摘はしない。
- (40) 前掲注(38) 労判256号55頁。
- (41) サガテレビ事件・佐賀地判昭 55.9.5 労判352号90頁。
- (42) 同旨、前掲注(6)毛塚・労判966号 5 頁。

- (43) 前掲注(33)労判292号28頁。
- (44) 前掲注(26)労判941号17頁。
- (45) 大阪高平 20.4.25 労判960号20頁。
- (46) 前掲注(3)労判993号12頁。
- (47) 萬井「松下 PDP 事件・最高裁判決の批判的検討」労旬1714号8～9頁。
- (48) 萬井「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1665号60頁以下。
- (49) 前掲注(35)土田・『労働法がめざすべきもの』169～170頁。
- (50) 前掲注(6)毛塚・労判966号5頁、豊川義明「違法な労働者供給関係における供給先と労働者との間の労働契約の存否」甲南法学50巻4号258頁等。
- (51) 前掲注(35)土田・『労働法が目指すべきもの』172～173頁。
- (52) 前掲注(1)萬井・学会誌126号3頁。
- (53) 厚労省は15年5月18日の労政審労働力需給制度部会に提出した資料で、偽装請負の「状態となったことのみをもって『偽装請負等の目的』を推定」はしないとし、同条の適用の限定を意図している。意図的に周到な準備をして運用されている偽装請負について、「免れる目的」を「推定」しないのは根拠薄弱としか言えない。
- (54) 前掲注(2)労判252号19頁。

追記

この問題については、かつて、使用者代位権行使説、事後的労働関係説、客観的黙示の労働契約説などの間で論争があり、それを整理して、私は片面的事実的労働契約関係説を提唱した（「事業場内下請労働者と労働契約論」龍谷法学14巻1号—後に、推敲して前掲注(36)萬井『労働契約締結の法理』245頁以下に収録）。

ただ最近まで、疑問を感じつつも、私も従来の学説判例、特に「合意」の認定のあり方および賃金が支払われていないことの意味に拘泥していたが、その問題と論理展開の在り方を整理し、同説と基本的発想は異ならないが、本稿のように根本的に改める。そのため、本稿は近年の私の論稿の幾つかと重複する部分も多いが、宥恕されたい。

なお、脱稿時は派遣法改正の行方は見通せなかったもので、本稿は15年9月改正前の派遣法を前提としたが、内容は法改正によっても基本的には妥当する。