

書評・鎌田耕一・諏訪康雄編『労働者派遣法』

萬 井 隆 令

本書は「立法に携わった著者陣による充実した解説」と帯に謳い、序編を含めて全11編、派遣法をめぐるほとんどの論点を網羅している。ただ、その「解説」は厚生労働省の見解の紹介および敷衍的色彩が濃い。派遣法を理解するために、厚労省の見解を知ることの重要性は否定しないが、「立法に携わった」（編者のはしがきでは「立法（改正）に関与している」）とはいっても、研究者による執筆であり、独自の見解の披歴も期待したが、それは叶えられないようである。法律関係や法概念について、それぞれ一定の解説がなされるが、その末尾には必ずといってよいほど、厚労省の『業務取扱要領』等が参照されることがそれを示唆している。

また、2015年改正により、派遣可能期間は3年に制限された。改正法の叩き台となった、今後の労働者派遣制度の在り方研究会（鎌田耕一座長）の13年8月『報告書』や、鎌田氏自身の「派遣労働の法政策」（土田道夫、山川隆一編『労働法の争点』）では、期間更新の手続き要件として、少なくとも労使協定ないし労使委員会の決議が想定されていた。ところが、突如、労政審に、派遣先は、職場の過半数労働者の代表の意見を聴きさえすれば、無制限に更新を可能とすることが公益委員から提案され、特に議論もなく決定され、現行の40条の2第4項となった。派遣法の性格を一変させ、「生涯派遣」に道を開くとして批判されたが、そう決めた経緯については疑惑が指摘されている⁽¹⁾。当事者である鎌田氏による説明が期待されたが、改正法における意見聴取や反対意見が出された場合の手続き等、制

度の内容は実に詳しく解説されるが、意見聴取で済まされることになった経緯や、また、その手続きで不都合ではないという、肝心な実体的理由については一言も解説はない（99頁以下）。

派遣法の規定内容についての解説は、施行規則の紹介も含めて相当に詳しく、派遣を利用する当事者にとっては有用な書である。ただ、現実遭遇するであろう事態についての解説がなく、実用書としてはもの足りない点もある。例えば、労働時間制について、36協定の締結は派遣元が行なうことになっている（44条2項）。しかし、派遣元が雇用するとはいっても、労働者は複数の派遣先にでかけており、互いに顔も名も知らない多数の労働者の中から、協定当事者となる労働者の過半数代表を適正に選出し得るのか、また、複数の派遣先で、時間外労働が必要となる理由や職種、残業時間数など、それぞれ異なるはずだが、そのすべてに対応し得る36協定を構想し得るのかといった問題があるが、そういう問題の所在の指摘さえない（174～175頁）。

実務にとって解明しておくべきことが多数あることは否定しないが、他方で、研究者が手掛ける派遣法論では、放置することはできない理論問題が存在する。そのような視点から、以下、理論問題的な幾つかを批判的に取り上げたい。

I 間接雇用に関わる概念論

序編、第1編で派遣法の概要を述べた（諏訪康雄）後、第2編第1章で「労働者派遣法の意義、目的、法的性格」を概説し、第2章で「労働者派遣の概念と類似の労務供給」として、派遣と労働者供給、出向などの概念とそれぞれの関係を論じている（鎌田耕一）。

派遣法に関わる法律論の基礎となる労働者派遣の概念が、それ独自に明確に把握されることが不可欠であると同時に、類似する労働者供給、出向、（龍法 '17）50-2, 366（986）

業務請負などの概念とその関連が解明されなければならない。ある概念が単独には明快であるように見えても、他の概念との関連が不明確で、両者の識別や射程の判断が難しい場合には、当該概念の外縁が分明ではないことになり、結局、当該概念自体も曖昧なものとならざるをえないからである。

鎌田氏は、労働者派遣概念について法律の規定を紹介し、事業の許可制などを簡潔に、要点を判り易く紹介される。派遣先と労働者との関係については、「契約に基づく雇用関係は成立していないが、派遣先の派遣労働者に対する指揮命令関係を中核とする就業関係が存在する」と説明し（33頁図1および37頁）、その後、「5 労働者派遣類似の労務供給」で、(1) 労働者供給事業、(2) 請負事業、(3) 出向、(4) 偽装請負、(5) 二重派遣を論じられる。

1 労働者供給

派遣法は、職安法44条によって禁止されてきた労働者供給事業の一部を「派遣」概念で括って合法化した。その後も職安法44条は存続するから、派遣と労働者供給の区別と両者の関係は、理論的にも実務的にも最も重要な問題の一つである。

派遣法の制定に伴い、職安法の労働者供給事業の定義規定が改正され、派遣法2条1号に規定する「労働者派遣に該当するものを含まない」とした（職安法4条6号）。そこで、それは、派遣法を遵守した適法な派遣を指すのか、それとも、労働者を提供する業者が雇用する形をとっていれば、それを同条にいう「労働者派遣」と理解し、偽装請負などの違法派遣でも含むのかが問われた。後者と解して、明白な偽装請負でさえ、違法だが派遣であり、労働者供給事業ではないとして、それに職安法は適用されないことになれば、派遣法上、偽装請負の発注者や対象業務以外への違法派遣の派遣先など（ユーザー）に対する処罰規定はないから、ユーザーは業務

請負の違法性と刑事法的ペナルティについて特に注意を払うこともなく、偽装請負等の利用も躊躇しないことになる。肯定されて前者となれば、ユーザーに対しても職安法44条により刑事責任が問われ、家宅搜索、関係書類の押収、責任者の逮捕などが予測されることになり、偽装請負、違法派遣を禁圧する効果は格段に増す。つまり、その結論は違法派遣取締りの実効性を左右する重大な意味をもっているだけに注目されたし、なによりも派遣法に対する基本的認識と犯罪の構成要件に関わる重要な解釈問題である。

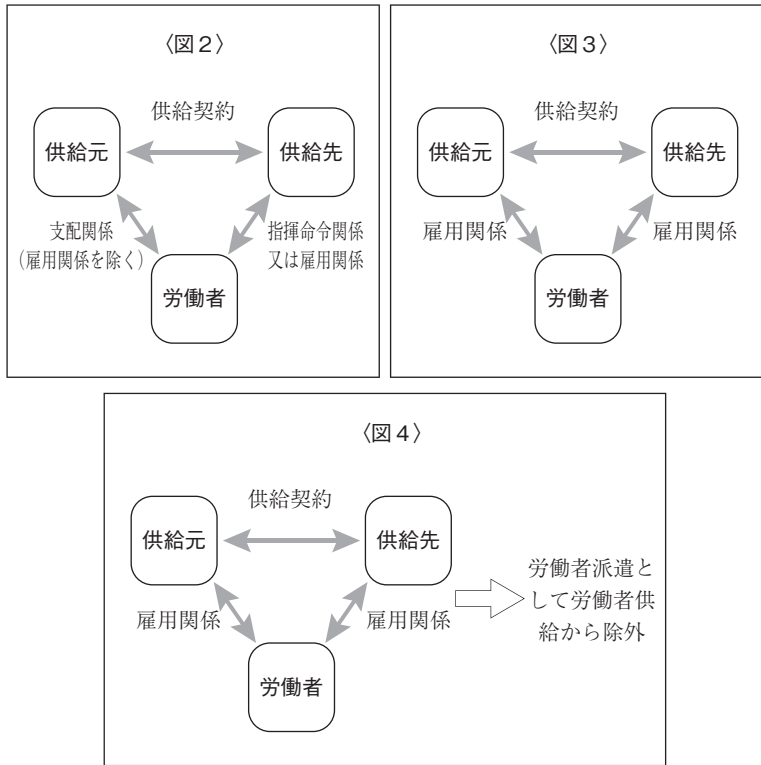
したがって、労働者供給事業の定義と関わり、その問いかけは不可欠な筈であった。それに対する見解は、派遣法単独適用説、職安法・派遣法重畳適用説、折衷説に分かれる⁽²⁾。

鎌田氏は単独適用説をとられるようだが（54頁ほか）、その問題についての考察は脇に置き、労働者供給の概念論を展開される。重畳適用説、折衷説の紹介も批判的解説もない。三説を比較検討し、職安法4条6号の改正の趣旨を確認して、単独適用説をとる、自説の論拠を明確にすることは、研究者としての最低限の社会的責務であるとは考えられないのか、不可解である。

（1）労働者供給事業の3つの図

労働者供給事業の概念論は必ずしも明快ではない。労働者供給について3つの図が示され、供給元、供給先、労働者の3者間を結ぶ線に説明が付されるが（43～44頁）、いずれにも理解し難い部分がある。

図2で、供給元と労働者が「支配関係（雇用関係を除く）」の場合はすべて労働者供給に該当するとし、供給先と労働者を結ぶ線には「指揮命令関係又は雇用関係」と記される。図3は供給元と労働者との間に雇用関係がある場合である。ところが供給先と労働者を結ぶ線には「雇用関係」と説明がある。それは誤植ではない。本文でも、「図3のように……供給先（龍法'17）50-2, 368（988）



に労働者を雇用させることを約して行われるときは、労働者供給に該当する（業務取扱要領第1の1（5））」と説明される（43頁）。

だが、労働者供給事業と供給先・労働者の労働契約（雇用）関係とは両立しない筈ではないのか。

鎌田氏は、高梨昌編著『第3版 詳解労働者派遣法』（エイデル研究所、2007年）に依拠される（43頁）。同書の1985年初版の「はしがき」によれば、「立法化作業に深くかかわった労働省職業安定局の関係職員の全面的な協力」により、「草稿は関係職員の分担により作成され、私が最終的な取りまとめを行なう」形で公刊されたというから、実質的には労働省（厚労省）の公式見解と解される（以下、同書はそのような扱いとする）。結

局、鎌田氏は厚労省見解に依拠されることになるのだが、その高梨『詳解〔3版〕』には、結論だけで解説はない⁽³⁾。

この問題には前史がある。労働省は設置10周年を記念して『労働法コンメンタール』刊行を始め、その一環として職安局編『職業安定法、職業訓練法、緊急失業対策法』を上梓した（労務行政研究所、1960年）。雇用対策法の制定に対応させるべく同書を改訂した1970年、誤って、労働者供給に供給先と労働者が雇用関係の場合もあると書いた。私は、70年版が60年版を写し間違ったと推測しているが⁽⁴⁾、高梨『詳解』初版（1985年）も労働省1986年6月6日『施行通達』もそれを引写した。。

写し間違いは不注意極まりないが、しかし、より重要なのはその結論、つまり労働者供給事業には供給先と労働者とが労働契約を結んでいる場合も含まれる、という理解である。それは、職安法44条による労働者供給事業禁止の趣旨、労働者派遣法が制定されざるを得なかった経緯など、派遣問題の原点を忘れ去っていることを示唆する。何故なら、そもそも労働者供給事業が罰則を以て禁止されたのは、偽装請負の発注者（供給先）が業者の従業員を直接指揮命令して就労させながら、労働契約を結ばないままできて、法的な「使用者」としての責任をとらないこと、業者は労働者を集めて発注者に引き渡すだけで経済的利益を得る（中間搾取する）ことが、「労働は商品ではない」とするILOフィラデルフィア宣言が示す国際的規範に反し、労働法の基本原則の一つである直接雇用の原則に反するからであった。とすれば、（その論理は不詳だが）供給先と労働者が労働契約を結んでいると認められたのであれば、三者間労務提供関係はその時点で解消し、労働者供給事業ではなくなって、もはや禁止する対象が消滅するのではないのか。労務の提供先と直接、労働契約を結び、直接雇用の原則に従う法律関係に復帰した、適法な労使関係というべきではないのか。あるいは、（二重の労働契約説による）出向となるのではないのか。なぜ、それが労働者供給事業ということになるのか。複数の研究者もそれに倣って（龍法 '17）50-2, 370（990）

いるが、不可解極まりない⁽⁵⁾。

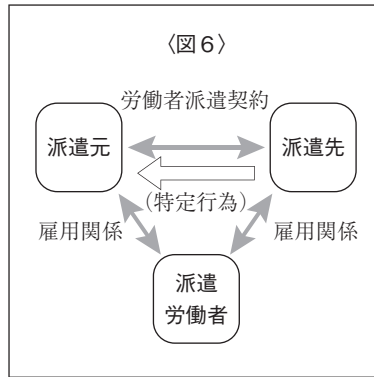
ちなみに、図4では、労働者供給事業において供給先と労働者の間に「雇用関係」がある場合は「労働者派遣として労働者供給から除外」と説明される。派遣では、労働者は派遣先に雇用されないから説明として不正確だが、図3の「労働者供給から抜き出して」、一部を労働者派遣という概念で括って合法化した、という趣旨であろう。

その上、「労働者の自由な意思に基づいて結果として供給先と直接雇用契約が締結されたとしても、これは前もって……雇用させる旨の契約があった訳ではないので、労働者供給ではなく、労働者派遣に該当する」というから(45頁)、増々、何を主張されているのか判らなくなる。「前もって……」に特別な意義でもあるのか。鎌田氏は、派遣では派遣先と労働者が労働契約を結ぶことはないと述べていた(29頁、33頁ほか)のではないのか。

派遣法33条は、派遣元に対し、派遣の終了後、労働者が当該派遣先に雇用されることを禁ずる旨の契約の締結を禁止する。30条1項は、有期労働者の派遣終了の際に派遣元が講ずべき雇用安定措置を列挙するが、第1号は「派遣先に対し……労働契約の申込みをすることを求めること」である。それらは、派遣法は、派遣労働者がそれ以前の派遣先との関係で直接雇用に移行することが望ましいと認識していることを明示している。厚労省も、いわゆる派遣切りの事案に関しては、雇用安定措置として直接雇用を「推奨」してきた⁽⁶⁾。過去において合法か違法かは問わず、労務の提供先が労働者と「雇用関係」になっているならば、その推奨が実を結び、直接雇用の関係が実現していることになるが、何故、それでも労働者と労務提供先との関係が労働者供給の関係とみなされるのか、理解し難い。

(2) 「特定」と労働契約成立の関係

労働者派遣についての図6にも疑問がある。派遣先による「特定行為」



が行なわれた場合、本来、派遣元が行なうべき「派遣労働者の配置行為を派遣先が行っている」から、「派遣先との間に雇用関係が成立すると判断される可能性が高くなり、労働者供給に該当する可能性がある」といい、さらに、それが継続的となると、「可能性」が消えて、「……雇用関係が成立していると判断され、労働者供給にあたる（図6参照）」という（46頁）。その論旨がどうにも理解できない。

派遣法26条6項は、派遣先が労働者派遣契約締結に際し、労働者の「特定」を避けるべき努力義務を定めている。違反すれば指導、助言などを受けることがあるが、それに従わなかったとしても、企業名公表というサンクションは予定されていない（派遣法47条の4～49条の2）。

そして従来、「特定」は、業者が派遣する労働者を決めた後、実際に派遣するまでの間に、氏名、特性、技術等を把握する行為とみられてきたが⁽⁷⁾、鎌田氏は、先には「配置行為」と述べ、「特定を目的とした行為」の例として15年改正後の『派遣法指針』第2の3をひきながら、① 事前面接、② 履歴書を送付させること、③ 派遣契約に性別を記載すること、④ 発注に当たって若年者に限るなど指示することを挙げている（154頁）。

図6の説明には2つの問題がある。まず、①の「事前面接」は現実には派遣先が労働者を選抜し、採用を決定していることを意味することが多く、（龍法 '17）50-2, 372（992）

そうなれば、当初から、派遣先との間に黙示の労働契約が成立していると判断される可能性は大にある⁽⁸⁾。

一部に、「特定」を事前面接（採用選抜試験）とする見解がある⁽⁹⁾。しかし、派遣は派遣元が雇用する労働者の中から派遣する労働者を決定し、派遣する建前であるから、その建前と明らかに矛盾する、派遣先による採用選抜試験（事前面接）を、現行法が定める程度のサンクションに止めておくとは想定し難い。「特定」を、派遣先が労働者の「配置」を決定することだとか、事前面接と解しつつ、避止努力義務に止まると解することは、派遣法の建前・構造とは相容れないのではあるまいか。

それはともかく、①以外の②～④は、派遣先による採用決定と判断される可能性までは含まれない。内容を明示しないで「特定」といっても、それが直ちに派遣先と労働者との労働契約成立の確認を導くとは限らない。「配置行為」と「事前面接」を同じ意義と理解されるのか。図6の説明が思い付き的のようにも感じられる。肝心の、「特定」が「配置行為」であるということは何ら、説明も論証もされていない。

図6の次の問題は、派遣の意義に関わるだけに、より深刻である。仮に、「特定」が事前面接を意味し、事前面接において派遣先が派遣されるべき労働者を選抜していれば、それは実質的に派遣先による採用決定であり、その後に整えられた派遣という形式は偽装であって、当該事前面接において派遣先と労働者との間に直接、黙示の労働契約が成立したと判断される、というのであれば、解釈論として成立し得る⁽¹⁰⁾。しかし、そうならば、派遣先と労働者が「雇用関係」にあることになるが、鎌田氏の「労働者供給にあたる」という指摘（46頁）はなりたたないのではないか。また、法による定義からも外れるから、本来の派遣でもない。それは、派遣切り事件において労働者の黙示の労働契約関係存在確認の訴えが認められた場合に生じることになり、存在し得ると想定されている法律関係でもある、労働者と派遣元、派遣先の二重の労働契約関係になるのではあるまいか。

鎌田氏は、図6に対するそういった疑問に正面から対峙し、自己の見解と『指針』がどう関係するのか、説明なしには済まされまい。

(3) 労働者供給と出向

鎌田氏は、派遣法における派遣の定義の後半、「労働者を当該他人に雇用させることを約」すものとは出向を意味すると指摘しながら(33頁)、他方で、三者間労務提供関係で供給先に雇用させることを約すものは労働者供給事業である、とされる(43～45頁ほか)。とすると、出向と労働者供給に同じ定義が妥当することになり、その二者を識別することは不可能となりはしないか。また、供給先に雇用させると約すものは労働者供給に該当すると言いながら、「労働者の自由な意思に基づいて結果として供給先と直接雇用契約が締結された」場合は、供給先と供給元との約束によるものではないので、労働者供給ではなく「労働者派遣に該当する」という説明(45頁)は整合しないのではあるまいか。

三者間労務提供関係であったものの中で、事情が変わって労務の提供先と労働契約が結ばれることとなることはあり得ないわけではなかろう。だが、そうなると、「前もって……雇用させる旨の契約」があったか否かに関わりなく、三者間労務提供関係は解消して、労務の提供先と労働者との二者間における労務提供関係に移行すると同時に、もはや労働者供給でも労働者派遣でもなくなるのではないのか。諄いようだが、労務の提供先と直接、労働契約を結んでいるにもかかわらず、なお、派遣であるということがあり得るのか、と問いたい。

私見によれば、労務の提供先と労働契約が成立しているのであれば、労働者供給でも派遣でもなく、通常の労働契約関係である。

(4) ま と め

鎌田氏の派遣概念、労働者供給概念、直接雇用の原則に対する理解等に、

幾つか疑問を提起した。それらは、派遣法を論じる場合には、その基礎となる概念であるから、曖昧なままに放置しておくことはできない。

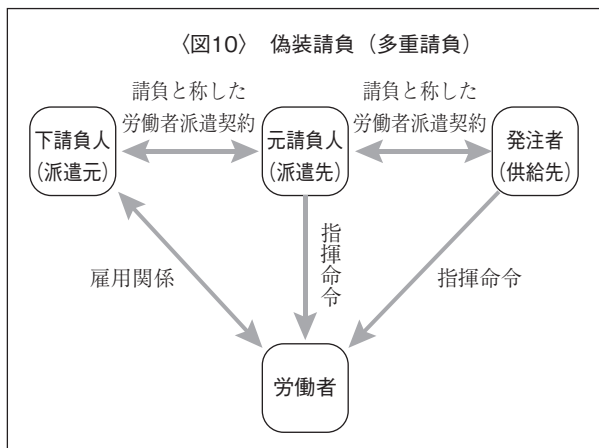
第1編・労働者派遣法の歴史-第1章・立法前史で、諏訪氏は『直接雇用』が原則であると広く捉えられてきた」と述べ、労働者が業務請負においては業者、出向においては出向元と労働契約を結び、そこから指揮命令を受けるのであれば「間接雇用ではなくなる」と述べるものの、最大の問題であった偽装請負の存在やその問題点についての叙述は回避されている(10~11頁)。鎌田氏は続く第2編で、派遣法の目的から叙述を始め、何故、間接雇用を容認することが必要とされ、派遣法が制定されたのかについては一切、言及しない。つまり、職安法44条が労働者供給事業を罰則を以て禁止した趣旨については、叙述範囲の狭間となり、両氏とも掘り下げて分析されないし、そのため、本書では労働者派遣を容認した意義も曖昧なまままで済まされている。「労働力の需給調整機関として適切な機能を果たすように労働者派遣事業の活動を規制する」と位置づけて派遣法の枠組みが叙述されるが(32頁)、労働者供給事業禁止との関係で、派遣法制定の意義を的確に理解していれば、供給先が労働者を雇用している場合も労働者供給にあたることがある、といった解釈が浮上することもなかったと考えられる。問題の原点を押さえることの重要性を痛感させられる。

2 請負事業

ほとんど告示、業務取扱要領の紹介であり、検討は省略する。

3 出 向

叙述は主として、派遣法『施行通達』等と業務取扱要領の紹介であるが、先に指摘したように、労務の提供先に「雇用させることを約」す場合は出向にあたり、「派遣から除外される」と言いながら(33頁)、図3を「労働者供給」であり「労働者派遣」でもあるという(43頁)。出向、労働者供



給、派遣が区分不能となっている。そのため、後は「業として」を持出して、区分する作業に委ねることになる（53～54頁）。

4 偽装請負

松下 PDP 事件最高裁判決を紹介して、偽装請負は派遣にあたりと述べられるが、それは同時に労働者供給にも該当しないのか、という論点には触れられない。

次いで、多重請負については、下請負人が労働者を雇用しているから下請負人と元請負人の間は（違法な）労働者派遣だが、発注者は元請負人が雇用していない労働者を指揮命令して就業させるから労働者供給にあたり、発注者と元請負人に対しては職安法44条が適用されるが、派遣法は適用されず、労働契約申込みみなし制度の適用はない、とされる（54～55頁）。

厚労省は、元請負人には派遣法が適用され、労働契約申込みみなし制度が機能し、労働者が承諾して労働契約が結ばれた後には、元請人が雇用する労働者を発注者が使用することになるから両者間に派遣法が適用され、そこで、ようやく労働契約申込みみなし制度が適用されると解している（平27.9.30職安局長『労働契約申込みみなし制度について』職発0930第13号）。

しかし、同制度の趣旨は、偽装請負の場合、現実「派遣の役務の提供」を受けている者が労働契約の申込をしたものとみなし、直用化により、速やかに労働者に契約上も安定した地位を確保することである。多重請負の場合、中間に介在する業者はいずれにせよ、契約の形式上、間接雇用の「使用者」となって労働者を媒介しているにすぎないから、その時点で元請負人と労働契約を結んでいるか否かといった些末な問題に拘わることなく、現に「派遣の役務の提供」を受けている以上、派遣法が直ちに適用される⁽¹¹⁾。

鎌田氏はその点について解説を第10編第3章に譲られるが、同章担当の山川隆一氏は、前記通達の紹介にとどまり（297～298頁）、結局、本書では理論的解明は棚上げされる。

なお鎌田氏のような理解は、松下 PDP 事件最高裁判決が、偽装請負は労働者供給にあたるが、それに対しては職安法44条は適用されず、派遣法が適用されるところと整合性を保っているのか。説明なしでは済まされまい。

5 二重派遣

当事者間で締結された法形式が請負であれ、出向であれ、それに基づき労働者がA社からB社に「実質的に派遣され」、さらに次の契約によってC社に派遣されれば、二重派遣となる、と指摘される（55～56頁）。ここでも、それに対しても派遣法が適用されるか、という問題の検討は避け、B社からC社への派遣は、（B社が雇用していないことを理由とすると推測される）労働者供給に該当すると指摘するに止まる。

6 小 括

鎌田氏は、派遣法の規定などは詳しく叙述されるが、派遣、労働者供給、出向の概念とその区別といった理論問題について説明はすこぶる明快さを

欠く。労働契約を結ばず、契約上の使用者責任をとらないまま、業者が提供した労働者を使用することが、労働者供給事業が禁止された所以であるにもかかわらず、いかなる論理で供給先が労働者を雇用している場合も労働者供給に該当する、といった見解になるのか、理解し難い⁽¹²⁾。派遣先による労働者の「特定」の意義、二重派遣は違法派遣にはあたらないのか等についての説明も説得力に欠ける。違法派遣に対する刑事法的規制にも言及されない。

派遣については、高梨『詳解〔3版〕』に沿って、① 派遣元が使用者責任を負うから弊害は少ないし、職安法44条の趣旨には反しない、② 中間搾取には当たらないと解説を追加される（43～44頁）。しかし、①、②のような、言い訳的な消極的理由によって派遣法が制定されたわけではあるまい。労働者派遣は職安法44条、労基法6条の趣旨には反するが、それを超えるメリットがあると政策判断して派遣法によって容認したのではなかったのか。誰にとってのメリットかが問われるのだが、その論点を回避してはなるまい。

直接雇用の原則についての自らの理解を示さず、改正職安法4条6項の定義規定についての解釈論争への言及を避けていることが示すように、何ゆえに、労働者派遣法が制定されねばならなかったのか、それ以前、何ゆえに、労働者供給事業が禁止されたのかまで遡っての考察が不十分なため、詰めた分析が行われていない。問題の基点をおさえないでいるから、幾つかの議論の要点が曖昧なままになっている。

II 派遣就業関係の法的性質

1 偽装請負と黙示の労働契約

第7編「派遣労働者・派遣先間の法律関係」執筆は山川隆一氏であるが、第1章「派遣就業関係の法的性質」に関して、労働者は派遣先の指示に
(龍法 '17) 50-2, 378 (998)

従って就労する義務を派遣元に対して負うと述べ、労働者派遣の場合、派遣先と労働者の間については、労働契約には触れないまま、「指揮命令権-派遣元への労働義務具体化」と「派遣就業における安全配慮義務等」の存在を指摘する（210～213頁）。

偽装請負の際の黙示の労働契約関係に関しては、一橋出版（マイスタッフ）事件の東京高裁判決が、発注者との間に事実上の使用従属関係が存在しても賃金額の決定ないし支払いについての合意がない以上は、契約が成立する余地はないとしたことについて、「派遣元が形式的存在にすぎず」、派遣先が実質的に採用、賃金等就業条件を決定し、配置し、「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にあると認められる特段の事情があるとき」と述べる判決部分を全文紹介し、そうした「判断枠組み」の下では契約成立は認められ難いと指摘した後、松下 PDP 事件の高裁と最高裁の判決の紹介に移っていく（216～219頁）。

しかし、一橋出版事件が果たして「適法な労働者派遣」にあたるのか自体について疑問があるだけでなく⁽¹³⁾、同判決については、① 労働契約を結んで初めて得られる権利である筈の「労務給付請求権」を黙示の契約認定の条件とするという矛盾があるし、② 事実上の従属的労働関係がある派遣を前提に述べ始めたにもかかわらず、就業条件の決定など諸要素を列挙した後、「事実上の使用従属関係にあると認められる特段の事情」と重なるという理論上の疑問がある。黙示の労働契約論を検討する上では看過し得ないことのはずで、一橋出版高裁判決や松下 PDP 最高裁判決の判決文を引用しただけで、自らの見解は示さず、それを不問のまま放置するのは適切とはいえない⁽¹⁴⁾。

2 派遣先の講ずべき措置

第2章「派遣先の講ずべき措置」は、法律や行政解釈の紹介・解説に止

まる。40条6項による、労働者の業務遂行状況に関わる情報の派遣元への提供が、現実には、労働者の差替え要請として機能しないか、といった疑問は持たれないようにみられる（225～226頁）。

Ⅲ 派遣先の労組法上の使用者性

第7編第5章は「派遣先の労組法上の使用者性」を扱う。紹介予定派遣に1編をあてながら、この問題を章で扱うのは、問題の重要性から見て均衡を失してはいないか。もとより、より問題なのは、その内容であるが。

1 苦情処理と団体交渉

派遣法40条1項は、「派遣就業に関し、苦情の申し出を受けたとき」誠意をもって遅滞なく、「適切かつ迅速な処理」をすることを、派遣先に義務付けている。派遣先の事業場内で、その指示に従って就労するから、それに固有の苦情もあり得るが、それへの対応は派遣先にしか成し得ないから、派遣先に苦情処理を義務付けたわけである⁽¹⁵⁾。

苦情処理とは別に、団体交渉の申入れがあった場合には、派遣先は誠実に応じる義務がある。団体交渉は、労働組合が個々の組合員の苦情などの解決を当該組合の課題として捉え、団体交渉権の行使によってその解決を図る、集团的労使関係法上のシステムである。

苦情処理システムがあるから団交応諾義務はないとする見解があるが⁽¹⁶⁾、それは両者の質的相違を見ない謬論である。また菅野和夫氏は、派遣法が定める苦情処理のシステムには労働組合も関与できる、それは「派遣先使用者が誠実に対応する限りは、労組法7条2号の交渉に代わるものになる」という⁽¹⁷⁾。現実にもそのように機能することがあり得るとしても、苦情処理は派遣先が個別的に労働者の苦情に対応するものであって、団体交渉には代わり得ない。

派遣法審議の当初、加藤孝職安局長は団体交渉について消極的であったが、最終段階で、谷口隆志労政局長は、派遣法制定は労使関係法の改正を伴わないし、従来の労使関係法について考え方を改めるものではない、「使用者」性について争いが生じた場合は、「裁判所または労働委員会において個々の事実在即して判断されることになる」、と答えている⁽¹⁸⁾。その後の、派遣元で労働条件を決める、派遣先で段取り等について決める、それらの問題は苦情処理で対応する、という谷口労政局長の答弁を、山川氏は、「派遣先が苦情処理という形で紛争処理を図る」という趣旨に理解されるが（240～241頁）、同答弁は苦情処理の在り方を説くもので、派遣先の労組法上の「使用者」性に関わるものではないし、団交応諾義務を否定するものでもない。

山川氏は、基本的には派遣元が使用者として対応するが、就業中の労働条件等については限界があるから、派遣先の「苦情処理の役割の意味が大きくなる」、その役割を無視している場合には「派遣先の使用者該当性が朝日放送事件最高裁判決の枠組みに従って認められることがあり得る」と述べ、派遣法で苦情処理制度が設けられた以上、団体交渉に関しても、派遣法の枠組みに反する偽装請負であったり、苦情処理による対応が無視されている場合に初めて、団体交渉が求められるかのように説かれる（242頁）。しかし、派遣における労組法上の「使用者」性は、労働基本権（団体交渉権）の趣旨に沿って解釈されるべきで、山川氏の見解は、苦情処理と団体交渉は目的、当事者、機能、法的保障内容の全てが基本的に異なることへの理解を欠き、審議の経緯が示す立法の趣旨にも反する。

2 中労委の「使用者」性論

最近の中労委は周知のように、労組法上の「使用者」について、朝日放送事件・最高裁判決のいわゆる部分的使用者性論と従来の学説上の労働契約基準説を接合し、「雇用主と同視できる者……である限りにおいて労組

法7条の『使用者』と解す、雇用主同視説を「一般的な法理」と自称している⁽¹⁹⁾。

ところが山川氏は、その「一般的な法理」に直接には言及せず、派遣就業に関わる事項と直接雇用等に関わる事項に分けて、それぞれ「使用者」性を検討される。「使用者」と交渉事項とは相関性があるから、分析方法の一つの在り方であろう。問題は内容である。

(1) 派遣就業に関わる事項と「使用者」

(a) 派遣就業に関わっては、ショーワ事件命令を、① 法の枠組みや派遣契約の基本的事項を逸脱している場合や ② 法により派遣先に課されている義務や責任を履行していない場合は「使用者」に該当することがあり得る、派遣先からの交替要請等はそれに該当しないと判断したと紹介し、阪急交通社事件では、上記②に違反し、就業については現実的かつ具体的な指示を行ないながら、法が定めた派遣労働者の労働時間管理を行なわなかったから、それについて求められた団体交渉に関しては「使用者」にあたると判断した、と紹介された。中労委は、最終的には、派遣先を雇用主と同視できるか否かを判断基準していると指摘される(240～242頁)。

山川氏の、この部分までの中労委命令の紹介に、3つの問題がある。最も重要なのは、「一般的な法理」を実質的にはそのまま肯定されていると見承けられる点である。これについては一般論レベルの検討が不可欠なので他に譲り、ここでは問題指摘に止める⁽²⁰⁾。

次は、ショーワ事件では、派遣元に対し労働者の交替を求めたことを不利益取扱いとして救済を申立てたのに対し、中労委は、派遣契約における合意の履行にすぎないとして申立を棄却した。だが、契約で一般的に交替要請があり得ると合意したとしても、ある具体的な交替要請が組合活動を理由としたものであれば不当労働行為にあたることは否定できない。中労委は検討すべき問題を逸らしており、論点を外れた判断はまったく意味が

(龍法 '17) 50-2, 382 (1002)

ない。重要な問題だが、その指摘が欠けている。

第3に、中労委は、ショーワ事件、パナソニック HA 事件では、旧派遣法40条の4によって私法的な直用申込義務を負わされていないことを、派遣先の「使用者」性否定の論拠としている。国交省広島事務所等事件では、「業務委託関係を契約形式どおりに適正に運用する」よう行政指導を受けたが、「労働者の直接雇用を求めるまでのものでなかった」ことを論拠としている。つまり、ショーワ事件の「使用者」性の要件②は、法律上あるいは行政指導により、義務付けられていなければ団体交渉に応じる義務がないという論理と裏腹の関係にある。日常的な団体交渉に関して賃上げ、労働時間短縮、労災補償の上積み、組合活動のための三役への時間保障等々について、特に交渉を義務付けるような労働法上の規定は存在しないが、それらの事項は、労働組合であれば団体交渉によって問題を解決するのは当然だと社会的に理解され、法的にはそれを前提として団体交渉権が保障されている。実定法がある問題について交渉義務を課していないくても、労働組合活動の歴史や性格に照らし団体交渉応諾義務は認定されるが、派遣関係になると、特別な交渉義務付け規定がなければ派遣先は「使用者」ではなく、交渉応諾義務はないことになるのは論理が一貫しない。加えて、論理が倒錯している⁽²¹⁾。

(b) 派遣労働者の組合活動に対する不当労働行為としては、不利益取扱いや支配介入も想定される。ところが、山川氏は、労組法が団体交渉を通じた労働者の経済的地位の向上を目的としていることを根拠に、団交応諾義務を負う「使用者」と認められた場合に初めて、不利益取扱いや支配介入が禁止される「使用者」と認められる、とされる(243頁)。もっとも中労委は、ショーワ事件では派遣契約に則った交替要請であるから「使用者」ではないとした。先に指摘したように、それには別の問題があるのだが⁽²²⁾。

労働組合が不利益取扱いの撤回を求めたり、支配介入に対する抗議と謝

罪を求めて団体交渉を申し込んだ場合、その組合要求が社会的に当然視されるならば、誠実に対応して団体交渉に臨まないことは直ちに団交拒否の不当労働行為を構成するというのが常識である。山川氏は、団体交渉権を労働基本権の中心と捉え、就業条件についての団交応諾義務があると認められることが前提であるとされるのだが、なに故、不当労働行為の類型によって「使用者」概念に序列を付け、そのような迂回的判断を必要とするのか。労働問題や労使紛争の実態から懸け離れているが、殊更の説明はない。

（２） 直接雇用等に関わる事項と「使用者」

山川氏は、交渉事項が直用となると、「使用者」性については中労委の「一般的な法理」と実質的に同じ立場にたち、偽装請負では派遣法が遵守されていないから、一般的な使用者性判断に委ねられるが、「採用」に関しては、「採用、配置、雇用の終了（打切り）等の一連の雇用管理」について「雇用主と部分的に同視」し得ることが要件であり、国交省広島事務所等事件命令は妥当とされる（244～246頁）。

しかし、論理倒錯と指摘した問題のほかに、国交省事件は、そもそも、労働者が派遣先に採用（労働契約存在確認）を求める裁判ではない。次期の入札に際し落札できず、請負契約が解消されたからといって、それまでやってきた偽装請負に係る社会的責任を果たす観点から、直用化か他社への就職斡旋等を求められる、交渉に応じて、そのような問題を協議し、説明すべき立場にあるのではないか、が問われている。山川氏は、雇用主と「同視」できるという要件だけでは「あらゆる事業主が使用者に該当するというものになってしまう」と指摘されるが（245頁）、何らの経緯や条件もふまえないで、一般的に企業であれば「採用」の可能性があるといて、直用を求める団体交渉を申し込んでいるわけではない。当該紛争を解決するために将来に向けて直用化を求めているのである。それに対して過去

の「一連の雇用管理」についての雇用主との同視可能性を要件とするのは、辻褄が合わない非現実的な論点を殊更に持出すもので、それを否定したからといって、偽装請負の発注者の団交応諾義務の否定を論証し得るものではない。

3 小 括

派遣先の労組法上の使用者性についても、当然のことながら、憲法が団体交渉権を労働者の基本的人権として保障した趣旨をふまえて検討することが不可欠である。日本では、労働組合運動が社会・国家を動かし、独自の力で憲法や労働基本権を生み出したのではなく、国際的な運動の成果を引き継いでいることも視野に入れなければならない。派遣先に苦情処理を義務づけるの規定の解釈、厚労省の『派遣先指針』や偽装請負の場合に出されている是正勧告、中労委の命令等の理解も、常にその趣旨に沿っているかという検証に耐えられるものであることが求められる。中労委の「一般的な法理」は、限定された事案には適合するとしても、様々な不当労働行為の事案にすべて適用され得るものでないことは心に留めなければならない。

山川氏は最後に、派遣先が派遣契約を中途解約し、労働者が就労機会を失った場合、労働組合が派遣先に就労を求めて団体交渉を申し込んだケースを想定し、それについては契約解除に当たって派遣先が講ずべき措置を定める派遣法29条の2を根拠に、派遣先の「使用者」性を肯定される（246頁）。結論は妥当だとしても、その論証の在り方もまた、論理が倒錯している。

本章の「使用者」性論は、悉くといってよいほど本来の争点から外れ、本筋の議論を欠いている。

Ⅳ 紹介予定派遣

第9編「紹介予定派遣」は竹内寿氏執筆である。在り方研究会は分析もしないまま肯定的に評価し、「さらなる利用の促進」を提言したが、15年改正では特段の検討もされなかった。それだけに、1編を割くことが注目に値する。制度の内容、利用状況などを紹介した後、法理論的検討に移る。

1 紹介予定派遣と「特定」

紹介予定派遣では特定行為が容認される（26条6項）。

鎌田氏は、派遣は派遣元による「労働者の配置」であると認識し、派遣先による事前面接は「配置」を妨げるから、面接を含む「特定」は避止努力義務を課されると解された（154頁）。だが、事前面接は派遣元による配置の妨害（配置権限の侵害）といった性格の問題ではない。派遣元が採用した労働者を派遣するという派遣概念と派遣先による労働者の選抜採用とは本来的に相容れないから、「事前面接」が禁止される。それだけに、紹介予定派遣であれば、「特定」に派遣先による「試験」や「面接」まで含めて、何故それが許容されるのか、筋が通らない。

竹内氏は、業務取扱要領第8の17（4）を引いて、「特定を目的とする行為」は「試験、面接、履歴書の送付等」とされる（267頁）。ところが、同要領にも紹介される『派遣先指針』（2015年告示379号）は①「派遣に先だって面接する」、② 履歴書を送付させる、③ 若年者に限定する等とされている。同じ厚労省の文書でありながら、やや意味が異なる。「試験」は派遣先による選抜試験を指すが、では、それと並ぶ「面接」は何を意味するのか。

業務取扱要領も『指針』も厚生労働省の理解（行政解釈）を展開するものであり、それは派遣法の趣旨に沿う限りで有効である。その趣旨に反する行政解釈は法的拘束力はないし、それを遵守しているからといって派遣（龍法 '17）50-2, 386（1006）

法違反とはならないと保障されるわけではない。「特定」避止努力義務が派遣法に規定された際、脱法行為という説明はあったが、厳密な意味付けはされなかった。竹内氏は行政解釈を問題視はされないが、そもそも「特定」の本来の意義は何か、「採用行為そのものではないが……採用行為に深い関係を持つ」と認識するのであれば、現実には選抜を含む事前面接が多い状況に照らし、紹介予定派遣においては、どの範囲内で事前面接を含む「特定」が容認されることになるのか、それは何故か等々、「特定」の意味内容を見定め、厳密に定義すべきで、曖昧なまま放置してはなるまい。

2 派遣就業中の採用決定

竹内氏は、業務取扱要領第1の4(3)では、採用内定は、「基本的に、派遣就業開始前に行うことは予定されていない」と言いつつ、「法律上は、派遣就業開始前であっても派遣先による採用内定」は否定されない、という(271~272頁)。矛盾ではないのか。その「基本」に背く採用内定を容認する紹介予定派遣の意義は何なのか。

紹介予定派遣は当初、2000年12月に労働省の内部文書で「解禁」し、2003年法改正の際、法律で認められ、派遣前でも派遣終了後の採用を合意する(採用内定する)ことがあり得ることになった⁽²³⁾。その結果、派遣前ないし派遣中に、終了後の採用が決定している型と、派遣終了後に紹介し、採用試験を経て採用決定に至る型の2種が存在することになった。前者では、現に派遣先の指示に従って就労しているが、終了後の派遣先への雇用が現に決まっているわけで、それは派遣の定義(派遣先に「雇用させることを約してするものは含まない」)に反するのではないか、という疑問が浮かぶ。厚労省は1986年6月の『施行通達』以降、それは労働者供給に該当すると解してきたし、本書の図2、3でもそう解説しているから、問題は深刻である⁽²⁴⁾。その、紹介予定派遣に関わる基本問題を放置してにおいては、はしがきで言う、派遣労働の法律関係を理解する「道案内の

役」は果たせまい。

V 派遣法の実効性確保

第10編「労働者派遣法の実効性確保」は山川氏執筆で、行政措置、罰則、民事法上の効果が検討される。しかし、行政措置と民事法上の効果は制度の解説の域を出ない。

行政措置の幾つかの手法を紹介される。ただ、たとえば、厚労省が事業停止命令を出す場合、当該違法派遣の役務の提供を受ける派遣先については所在地を示し、企業名は記さないといい、ブラック企業名の公表と比較しても腰が引けた態度が見られるが⁽²⁵⁾、その指摘など、踏み込んだ分析は見られない。

1 違法派遣に対する刑事的規制

罰則（違法派遣に対する刑事的規制）については、山川氏は、派遣法が「職安法の労働者供給事業の禁止の例外として出発した」、職安法では労働者の提供元、提供先ともに処罰の対象となったが、派遣法では僅かの例外を除いて、違法に「提供を受ける者に対する罰則規定は設けられていない」との指摘にとどまっている（283～284頁）。

合法であれ違法であれ、労働者の提供は送り手（提供元）と受け手（提供先）があって初めて成り立つ。だからこそ、労働者供給事業を禁じた職安法44条は双方とも処罰の対象とした。労働者供給も派遣も、三者間の労務提供関係の構造は変わらないが、派遣法制定の際に、それ以前の刑事的規制策を基本的に変更し、労働者の提供を受ける側の違法行為については刑事的責任を問わないことにしたのか、そうではなく特に変更を意図しなかったとすれば、現行法はどう解釈・運用すべきなのか、が問われる。それは、派遣法制定の際、職安法4条6号の労働者供給事業の定義を変更し、（龍法 '17）50-2, 388（1008）

労働者供給事業には「含まない」とした、派遣法に定める「労働者派遣に該当するもの」とは、派遣法に適合する適正な派遣のことか、それとも派遣の形式に該当することを指すのかという、実効性確保に関して、避けることは許されない解釈論の問題である。

ところが山川氏は、それに対する見解が3つに分かれていることには全く言及されない。論争の存在を知らながら俎上に上げないのは、研究者らしからぬ議論回避の態度である⁽²⁶⁾。

そして、論点を、さりげなく違法派遣の派遣先は派遣元との共犯（教唆犯、幫助犯）として処罰され得るという問題に移し、しかし、三者間の労務提供関係に特有の分析はしないで、一般論として必要的共犯論における派遣先が特に積極的な関与をした場合にのみ処罰されるとの見解を紹介するに止まる。結局、違法派遣に対する刑事法的規制については、本筋に入らず、第10編の名称に反して、派遣法の実効性確保の検証をしないまま終わる（284～285頁）。

2 違法派遣と労働契約申込みみなし制

偽装請負のような違法行為があった場合、40条の6により、発注者や違法派遣の派遣先（ユーザー）の意思を無視して、労働者に労働契約締結を申込んだものと看做すことになる。合意に基づいて契約が成立するという近代法の原則の重大な例外であるが、違法派遣を行なった者に対する「民事的制裁」であり、派遣労働者の「雇用の安定」の観点からの政策として憲法違反とは言えない、と説かれる（293頁）。

ところが、二重派遣の場合、第二次派遣先は労働者を雇用していない業者（第一次派遣先）から派遣を受けるから、労働者供給にあたるが、定義にいう「派遣先」ではないので派遣法の適用を受けない、とされる（297～298頁）。労働者供給と派遣を相互排他的に捉えるわけだが⁽²⁷⁾、自ら、派遣は労働者供給の中から一部を抜き出したものと説明されるように

(44頁図4)、派遣と労働者供給は法的構造は同じであり、労働者供給であると同時に(違法な)派遣である、という理解は充分成立し得る。しかし、その見解の紹介も分析もされない。異論についても言及し、解説する誠実さが望まれる。

VI おわりに

行政解釈を詳細に紹介し、敷衍し、論点は細部にまでわたる。たとえば、40条の6第1項3号にいう「40条の2第1項の規定に違反し……」には、同条第2項に反して労働者の過半数代表の意見を聴取しなかったことは含まれるが、同条第5項に反して、労組が異議を述べた時には説明すべきものとされる、期間延長の理由を説明しなかったとしても、それは含まれない(296頁)、年休の日数計算に関わる勤続年数(302頁)、さらには派遣元が福利厚生施設として設置していたスポーツクラブの利用権などは「労働条件」として派遣先に引き継がれるか、といった問題(303頁)等についても解説があり、(結論は別として)問題の所在の指摘としては有益であった。

だが、① 違法派遣に対する刑事法的規制に関する規定の実情と理論、② 近代法の合意原則に反する40条の6についての理論的整理、③ 派遣には許可を必要とすると強調しながら、「業としない派遣」を容認する解説やその現実性等々、従来から論議されてきた問題について理論的解明を試みられないものも少なくない。

個人単位の派遣可能期間3年という制限は「キャリアアップの観点」からだとされるが(104頁)、失業した労働者がどのようにしてキャリアアップを試みるのか。認識が現実から遊離してはいないか。

なによりも直接雇用の原則は、必ず言及し、なんらかの理論的整理をしない限り、三者間の労務提供関係として、一方で労働者供給事業を禁止し(龍法'17) 50-2, 390 (1010)

ながら、労働者派遣を容認する現行法を、なんらの蟠りもなく解説に取り掛かることはできない筈である。しかし、本書では、直接雇用の原則という言葉さえ見かけられない。それを、労働法上の原則として主張する論者は論拠を示してその主張を展開している。主張・批判・反論などを経て理論は発展していく。それを原則としては認めないのであれば、そのことの論拠を示して自説を展開されるべきである。単なる「ないもの強請り」ではない。

私の問題意識に偏った書評であるにしても、厚労省による解説書ならばともかく、研究者の書として、自らとは異なる見解には言及せず、検討も回避し、主として法令と判例、行政解釈を紹介し、解説するだけでよいのかという疑問を禁じ得ない。

- (1) 萬井「書評『労働法の争点』考」労働法律旬報1843号（2015年）50頁、萬井『労働者派遣法論』（旬報社、2017年）74頁以下。
- (2) 前掲注(1)萬井『労働者派遣法論』28頁以下参照。
- (3) 些細なことだが、鎌田氏は43頁で高梨『詳解〔3版〕』238～239頁を指すが、該当する図6は273頁に掲載されている。
- (4) 最初、「『出向』と『労働者供給』の概念上の混迷の淵源について」労働法律旬報1685号（2008年）で指摘した。詳しくは前掲注(1)萬井『労働者派遣法論』142～146頁。
- (5) 詳しくは、前掲注(1)萬井『労働者派遣法論』146～147頁。
- (6) 詳しくは、前掲注(1)萬井『労働者派遣法論』226頁ほか。
- (7) 厚労省1999年告示138号『派遣先が講ずべき措置に関する指針』。
- (8) 詳しくは、前掲注(1)萬井『労働者派遣法論』244頁以下参照。
- (9) 沼田雅之「派遣労働者の特定行為の禁止」中野・浜村編『最新労働者派遣法Q&A』（旬報社、2004年）60頁、勝亦啓文「派遣労働者の保護」季刊労働法211号（2005年）52頁、大橋範雄『派遣労働と人間の尊厳』（法律文化社、2007年）12頁等。
- (10) 詳しくは、前掲注(1)萬井『労働者派遣法論』244～262頁参照。
- (11) 詳しくは、前掲注(1)萬井『労働者派遣法論』77～84頁
- (12) 供給先が労働者を雇用している場合も労働者供給にあたる、という理解は、橋本陽子氏の在り方研に提出された資料の紹介（132頁）の意図は不明だが、それは別として、本書の執筆者共通の理解のようである。

- (13) 詳しくは、前掲注(1)萬井『労働者派遣法論』255～256頁参照。
- (14) 詳しくは、前掲注(1)萬井『労働者派遣法論』262頁以下参照。
- (15) 高梨『詳解〔第3版〕』484頁以下。
- (16) 安西愈『労働者派遣法の法律実務』（総合労働研究所、1986年）408頁。
- (17) 菅野和夫・諏訪康雄『判例で学ぶ雇用関係の法理』（総合労働研究所、1994年）300頁。
- (18) 1985年5月14日衆議院社会労働委員会議20号8頁（加藤職安局長）、同年6月6日参議院社会労働委員会議25号2頁（谷口労政局長）。
- (19) 国交省広島事務所等（スクラムユニオンひろしま）事件・中労委平24.11.21別中労時1437号39頁ほか。
- (20) 前掲注(1)萬井『労働者派遣法論』317頁以下参照。
- (21) 詳しくは、前掲注(1)萬井『労働者派遣法論』341頁以下参照。
- (22) ショーワ事件・中労委平24.9.19別中労時1436号41頁。
- (23) 経緯は小嶋典明「紹介予定派遣と規制緩和」阪大法学51巻5号（2002年）22頁以下に詳しい。
- (24) 詳しくは、前掲注(1)萬井『労働者派遣法論』117頁以下参照。
- (25) 詳しくは、前掲注(1)萬井『労働者派遣法論』 頁以下および厚生労働省HP（労働基準局監督課2017年6月20日ブラック企業名公表）。
- (26) 詳しくは、前掲注(1)萬井『労働者派遣法論』28頁以下参照。
- (27) 濱口桂一郎氏は両概念は「相互補完的」という表現で、そう理解される、同「いわゆる偽装請負と黙示の労働契約」NBL 885号19頁。それについては前掲注(1)萬井『労働者派遣法論』170頁以下参照。