

派遣可能期間制限を回避する違法派遣と 黙示の労働契約

—マツダ防府工場事件・山口地裁平成25年3月13日判決について—

萬 井 隆 令

自動車製造現場に派遣を受けいれているマツダ防府工場では、派遣業者とコンサルタント契約を結んで連携し、派遣期間が満了した際、派遣労働者を「サポート社員」という名称で定期契約によって直接雇用し、期間が満了すると、再び派遣という形式に戻して使用し続けていた。また、有能な労働者の「定着を目指して」設計されたA～CおよびSのランク制度により労働者を個別に評価し、それと、出勤率、事前教育等に着眼して派遣業者を評価するパフォーマンス評価制度と合わせて、それと派遣代金を連動させて事実上賃金を決めていた。それだけでなく、二度目以降は労働者ごとに派遣対象となるか否かを判断して業者に告げ、実質的にはマツダが派遣元の労働者の採否を左右していた。ところが、リーマンショックを機に、期間満了の際に次の派遣契約を結ばず、派遣元は労働者を雇止めした。それに対して、労働者15人がマツダを相手として、黙示の労働契約が成立していたとして労働契約関係存在確認を請求し、山口地裁は13人について請求を認容した⁽¹⁾。

従来は、偽装請負の場合に黙示の労働契約の成立を主張する事案が多かったが、松下PDP事件・最高裁判決がそれを否定した⁽²⁾後、下級審ではその主張を認める判決は見られなくなった。そのような中で、期間制限を回避する違法行為等を理由とする点で事案は異なるものの、派遣先との

黙示の労働契約の成立を認めたことで注目された。

しかし、本判決を純粹に黙示の労働契約の存在を認定したものと評価するには、少なからず躊躇を感じざるを得ない。判例評釈は多いが、マツダ判決が松下PDP事件・最高裁判決を踏襲しつつ判旨を展開しているため、そこで示された黙示の労働契約が認定されるための要件と対比しつつ、判決の特徴の紹介と、批判する場合も、最高裁の判旨を基準とする解説で終わり、掘り下げた分析が欠けるものが多い⁽³⁾。黙示の労働契約論を深めるために、同判決を全面的に評釈することにした。

I マツダ事件・山口地裁判決要旨

1 事案の概要

当事者たる原告の各人について、派遣元、派遣期間、就業した職場名、従事した業務等および、本件で特に問題となるサポート社員制度、ランク制度、パフォーマンス制度等が詳細に認定される（労働判例1070号18～30頁…以下、頁のみ示す）。

2 派遣労働契約を無効と解すべき否か

(1) 本件派遣は40条の2に違反する脱法的な違法派遣か

直用のサポート社員制度は「単にクーリング期間を満たすためだけの方便」であった。派遣－直用－派遣という「循環は…そのように制度設計がなされた結果として必然的に生じたもの」で、実質的にマツダが「派遣可能期間の制限を超過して労働者派遣の提供を受けていた」ものと認められ、派遣法40条の2に違反する。

(2) 派遣労働契約を無効と解すべき否か

ア 「有効な派遣労働契約が締結され、原告らの就労形態が労働者派遣である以上…職安法4条6項にいう労働者供給に該当する余地はない」。

イ 松下PDP事件最高裁判決は、①派遣法の趣旨および取締法規とい

う性質、②労働者保護の必要性等に鑑み、派遣法に違反したとしても、「特段の事情のない限り、そのことだけによっては…雇用契約が無効となることはない」。

ウ マツダは「組織的かつ大々的に、かつ被告及び派遣元が協同して」40条の2を潜脱し、ランク制度とパフォーマンス評価制度により、「より高い能力を有する派遣労働者の定着を目指し」、派遣元も協力していた。マツダは利益につなげる基本思考のもと、ランク制度により、派遣労働者を自社の社員同様に育成し、「あたかも雇用契約を結んだのと等しい命令する者と命令される者という上下関係を作出した」。人数枠があるランクSは、在職期間などによる有資格者から職長が評価して認定し、「数に限りのある選りすぐりの労働者を囲い込む」ものであったし、S以外にも、派遣以前に「安全教育…実技試験を受けて配属先の職場を決められた者がいる」など派遣労働者の「特定」が行なわれていた。

エ マツダは、派遣を利用すれば「本来は甘受せざるを得ないはずの生産性の低下を受け入れないで、熟練工の長期的な確保を目指して」おり、マツダが定めた派遣労働者の「管理指針は、現場レベルにおいては形骸化していた」。

オ 以上の認定した事実には照らすと、マツダはサポート社員制度、ランク制度等により、「派遣法の根幹を否定する施策を実施し…形式的には労働者派遣の体裁を整えているが、実質はもはや労働者派遣と評価することはできない」。

「偽装請負のようにそれ自体からは直接雇用の契機が出現しない場合とは異なり…サポート社員を経験した派遣労働者については、その前後の業務内容、勤務実態、使用従属関係の有無等を併せ考慮することにより、派遣労働期間中についても直接雇用を認め得る契機は高い」。その上、①派遣法の適用否定による「取引関係に及ぼす影響」は考慮すべきではない、②監督行政によってはサポート社員経験者を保護できない、③派遣法の枠

内では「自ら組織的かつ大々的な違法状態の創出に積極的に関与した被告の責任を事実上不問に付すことになる」、④サポート社員経験者については「後記3のとおり黙示の労働契約の成立を認めることができる諸事実が存することも加味する」と、「派遣労働契約を無効であると解すべき特段の事情があると認められる」。

M、Qはサポート社員を経験せず、「雇用継続に対する期待を有していたとも認められない」から、派遣労働契約を無効と解すべき特段の事情は認められない。

カ 以上によれば、(Mらを除く)原告らの「派遣労働契約は無効」であり、「労働者派遣契約は違法な労働者供給契約に該当し」、公序良俗に反し無効である。

3 黙示の労働契約が認められるか

(1) 黙示の労働契約の成否

ア 黙示の労働契約の成否は、「事実上の使用従属関係、労務提供関係、賃金支払関係」があり、その関係から「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って判断するのが相当である」。

イ 原告らは派遣であるから、マツダの「指揮命令下にあったことは当然である」。

さらに、①当初、学科講習・実地研修を受けた者や、試験により選別されて職場配置が決まった者がいた、②働きぶりによって配置が変わった者もいた、③派遣元が変わった後も、マツダの仲介により派遣された者もいた、④多くの職場でマツダの従業員と混在して就労していた、⑤2交代制で、就業時間はマツダの従業員と同じであり、出・退勤の管理、残業・休日出勤の指示、年休の調整等、労働時間管理は職長らが行ない、しかも『マツダ製造カレンダー』を交付し、盆、年末年始などの長期休暇のスケジュールを把握していたし、長期休みの際の「緊急連絡用住所録」が作成されていた、⑥作業着はマツダの従業員と同じで、最初の一着は派遣元が

支給し、次からは自費負担となるが、工場の売店でマツダの従業員と同じように割引制度を利用して購入できた、⑦TPMと呼ばれる改善運動などへも参加していた。

以上の事実によれば、マツダは「作業上の指揮命令や出退勤の管理を行うのみならず…派遣を受けない形で雇入れを拒否することのできる権限を事実上保持することにより、生産効率の高い有能な労働者の派遣を受けることができるように配置換えをする権限も有しており、これらは労働者の雇用に関与している事情といえ、したがって、原告M及び同Qを除く原告らと被告との間には、使用従属関係及び労務提供関係が認められる」。

ウ ランク制を通じてマツダが「派遣労働者の給与等の名目で派遣元から受領する金員の額を実質的に決定する立場にあった」。

エ マツダが原告らを「直接指揮、命令監督して…作業せしめ、その就業条件の決定、賃金の決定等を実質的にを行い…これに対応して…労務提供していた」から、「黙示の労働契約の成立が認められる」。

オ サポート社員を経験しないM、Qについては、派遣労働契約を無効と解すべき特段の事情はないから、マツダとの労働者派遣契約は労働者供給契約には該当せず有効であり、そうであれば、Mらがマツダの指揮命令下にあったのは派遣である以上、当然で、マツダとの間に黙示の労働契約が成立していたとは認められない。

(2) 黙示の労働契約の内容

ア 長期雇用の意図からすれば、期間の定めのない労働契約が成立する。

イ 平均賃金とする黙示の合意が成立していた。

ウ したがって、未払い賃金につき支払い義務を負う。

4 サポート社員の雇止めについて

サポート社員制度の意義に照らし、「賃金を平均給与額とする期間の定めのない労働契約が成立していた」。

5 不法行為

(1) 原告らについて (略)

(2) M、Qについて

Mは人証請求もせず、陳述書も提出していないから、雇用継続を期待していたとは認められない。Qは、「自己の雇用形態が派遣であることを認識して」就業していたし、サポート社員の経験もないから、雇用継続を期待していたとも認められない。したがって、M、Qに期待権侵害を理由とする不法行為は成立しない。

II 判決の批判的検討

同判決は、まず、派遣労働契約の有効性を審理し、無効と判断した後、それを前提としてマツダとの黙示の労働契約を認定する作業に移る。だが、二重の労働契約説も有力であるように、派遣労働契約が有効であったとしても黙示の労働契約は認定し得ることからすると、叙述の順序・在り方に疑問がある。しかし、それ以上に、黙示の労働契約の認否とは不可分の「事実上の使用従属関係」という概念についての理解に疑問があり、さらに黙示の労働契約を認定する論理が鮮明でないという問題がある。以下、もっぱら、後者の2点について批判的検討を行なうことにする。

1 派遣と労働者供給事業の関係について

判決は、有効な派遣労働契約の締結を理由として、本件は労働者供給事業にはあたらないという。黙示の労働契約論とは直接は関わらないが、2つの点で疑問がある。

まず、「有効な派遣労働契約が締結され…」と始まるが(32頁)、本件では、有効な派遣労働契約や労働者派遣契約が存在したのか、が一つの争点とされた。したがって、派遣労働契約の有効性は様々な事実審理を経て到達した結論として判示されるべきであって、審理に入る前に、「有効な派

遣労働契約」を前提とすべきではない。しかも審理の結果、原告らの派遣労働契約は無効という結論に到達しているから（34頁）、冒頭の当該叙述は判決の結論と相反している。その矛盾は、覆い難い不都合なのではあるまいか⁽⁴⁾。

次に、「派遣である以上…労働者供給」には該当しないとか、派遣労働契約は有効であるからマツダと業者との「労働者派遣契約が労働者供給契約に該当する余地はな」という判断（32頁、36頁）は、理由の説明は不要なほど、自明のことではない。派遣という形式をとっていたとしても、実質的にそれが違法・無効であれば、マツダの指示を受けて就労していた関係を合法化する法的根拠が存在しないことになる。労働契約を結んでいても、派遣業者が当該労働者を第三者に提供し、その指揮命令の下で就業させることは、違法派遣であると同時に労働者供給事業に当たることがあり得るという見解（派遣法職安法重畳適用説）は有力である。それを退け、職安法単独適用説を採るのであれば、それについて丁寧に理由を説明する必要がある⁽⁵⁾。

鎌田耕一氏は、労働者供給と労働者派遣とは「行為類型」が異なると解し、それを理由に当該判示を支持される⁽⁶⁾。しかし、それは、派遣法は職安法44条が禁止する労働者供給事業の一部を「労働者派遣」という新たな概念で括って合法化したという歴史的事実に照らし、成立する余地のない見解である。もっとも、鎌田氏は労働者供給事業では供給先と労働者との間に「雇用関係」が生じると解されるから⁽⁷⁾、派遣法の定義上、雇用関係の生じない労働者派遣とは「行為類型」が異なると主張されるのかも知れない。しかし、そうだとすると、鎌田氏は、そもそも、なに故に職安法が労働者供給事業を禁止したのか、という根本的な問題につき説明に窮することになる⁽⁸⁾。

2 使用従属関係概念について

本判決は、黙示の労働契約の存否は「両者間に事実上の使用従属関係、労務提供関係、賃金支払関係があるかどうか、また、これらの関係から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って判断する」という、定型句ともなっているオーソドックスな見解に立って審理に入る。だが、その基礎となるべき、肝腎な「使用従属関係」という概念やその意義を裁判所が正確に理解しているのか、疑問がある。マツダが派遣元による「雇用に関与している事情」があるから「使用従属関係…が認められる」と判示するが（35頁）、その論理は判り辛い。

（1）マツダが派遣元の「雇用に関与している事情」

本判決はまず、派遣であるから原告らがマツダの「指揮命令下にあったことは当然」とした。その上で、具体的に、マツダが研修を行ったり、試験した後に配置を決めた例、働きぶりによって配転した例、休日や年次有給休暇の取得を含む労働時間管理、作業着の購入方法、改善運動への参加等々の事実を指摘する。本来なら、指揮命令に従った就労という最も重要な要素があればそれだけで充分であるが、その上に、それらの事実が加われば、マツダとの間に使用従属関係があったとの結論は揺るぎないであろう。ところが本判決はそこで締めくくのではなく、続けて、それらの事実は「派遣元からの派遣を受けない形で雇入れを拒否することのできる権限を事実上保持することにより、生産効率の高い有能な労働者の派遣を受けることができるように配置換えをする権限も有して」いることを示すものと位置付けて、それを「労働者の雇用に関与している事情」と判断し、「したがって…使用従属関係及び労務提供関係が認められる」と判示する（35頁）。

ある労働者は派遣として受け入れないと告げて、派遣元に当該労働者の採用を断念させるのであれば、それは「雇用に関与」したとは言い得であろう。ところが本判決は、直ちにそう述べるのではなく、採用を断念さ

せる権限の保持が配転権限の保持をも意味すると指摘し、そういう事情があるから「雇用に関与」していると、配転権限を媒介にして、マツダによる業者の労働者採用権限への介入・干渉を雇用管理という問題に結び付け、最終的に使用従属関係の存在を認めるという結論を導いている。

しかし、業者による労働者の採否を左右する権限がどのような論理でマツダの配転権限の保持を意味するのか、また、その「配転」は何を指すのか。受けいれた派遣労働者の配置換えは、労働者派遣契約における合意の範囲内であればマツダが行ない得る。特定の労働者の採用を断念させ、派遣元が採用し派遣しなければ、その後の配転はあり得ないから、配転権限を保持することもない。マツダが派遣元に特定の労働者の採用を断念させることが、どのような意味で配転権限の保持を意味し、その配転権限の保持がどのような意味で「雇用に関与している事情」となるのか、その論理はまったく不明である。

そもそも「雇用に関与」という文言は、前後の脈絡から、松下PDP事件・最高裁判決が、派遣元による労働者の採用に派遣先が「関与」している場合には、派遣先との間に黙示の労働契約が存在すると認められる場合があると述べたことを念頭においたものと推認される。松下PDP最高裁判決の趣旨は、派遣先による「関与」が労働者の採用について派遣元に決定的影響を与えるようであれば、実質的には派遣先が労働者の採用を決定し、その後に派遣元を指示して労働者派遣という形式を整えただけのこと、その場合には、当初から派遣先と労働者との間に（黙示の）労働契約が結ばれていたと看做し得るということであった⁽⁹⁾。

「雇用する」と「採用する」は同じ意味で用いられることもあるが、「採用」は、企業の外部にいた労働者を労働契約を結んで労使関係に入れる行為のことであり、ごく限られた時期に行なわれる。しかし、「雇用に関与」という場合は、労使関係に入った後、本判決が「配置換えなど」を含めているように、就業の指示を中心とする様々な指揮命令とそれに従った

労働者の行動を想定していることが多い。派遣先が配転を行ない得ることは「雇用に関与している」といっても誤りではないが、だからといって、それが使用従属関係の存在について特に何かを解明したというものでもない。

特定の労働者の採用（と、その後の派遣）を断念させる程度まで「雇用に関与」していれば、その後に様々な使用従属関係が展開されるであろうが、逆に、派遣においては、そのような「関与」がない場合でも、使用従属関係は生じるし、むしろ、それが通例である。同一の場所で同一の業務に就労し続ける多くの派遣労働者は配転を経験しないことになるが、その場合も、派遣先と彼らとの間には使用従属関係が存在することは間違いのない。つまり、本判決の当該指摘の前後の文章は「したがって」によって接続されるようなものではない。そのことは、「使用従属関係」という概念を的確には把握していないこと意味する。

業者が業務請負契約を結んでいる状況の下で、当該業者の従業員が発注者に対し黙示の労働契約の存在確認を求める訴訟であれば、発注者の指揮命令とそれに従った労働者の就業という実態があることの立証には独自の意義がある⁽¹⁰⁾。しかし、元々、派遣は労働者を「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こと」である以上（派遣法2条1号）、派遣先と労働者との間に使用従属関係が存在することは当然である。判決は、「原告M及び同Qを除く原告ら…」というが、Mらも派遣労働者で、両人にはマツダの指揮命令が及ばなかったわけではなく、何故、Mら2人を「除く」のか、理解し難い。

要するに、本判決は、原告らはマツダの「指揮命令下にあった」と述べた後、その内容に関して延々と、配転、労働時間管理等の事実について諸事実を紹介していくのだが、結局は、それらと使用従属関係の存在をどのように関連付けたのか、その論理の内容は不明であり、そのことは同時に、「使用従属関係」概念について正確に理解していたのかを疑わせることに

なる。

(2) 「使用従属関係」の意義

労働契約を締結して、それに基づき、使用者が指揮命令して労働者を就労させる状況であれば、使用従属関係が存在するが、それは当然のことであるので、そのような場合に事改めて使用従属関係の存在を指摘することはない。また、適法な労働者派遣が行なわれている場合も、派遣先が労働者を指揮命令して就労させることは、その指揮命令権の根拠について理論上は見解が分かれるものの⁽¹¹⁾、合法的であるから、この場合も、使用従属関係の存在を問題視することもない。

ところが、労働契約を結んでいないにもかかわらず、資本所有や企業間の取引、融資といった事情を背景に、事実として、優位な立場の企業が他企業の従業員を指揮命令して自己のために就労させることがある。その場合、労働契約の締結という法的後ろ盾がないから「事実上」の使用従属関係という以外にない。すなわち、「使用従属関係」は、もっぱら、そのような、合法的な根拠が無い、事実上の関係であるからこそ、あらためてその根拠が問われ、それに対して、黙示の労働契約が結ばれていたという認定が争われるという事情がある場合に問題となる概念である。

本件では、例えば原告Eは車両製造部でサイドフレームに部品を取り付けるセット場で部品を供給する作業を行っていたが(19頁)、それは誰の指揮命令に従って行なわれたのが重要であって、配転によってそれを変更することは付随的な要素にすぎない。本件は、「派遣」として始まったから、当初はマツダが指示することは当然であったが、派遣可能制限期間とサポート社員としての直用期間を超えたにもかかわらず、なお続けてマツダが指示し続け、派遣法違反という状況の下における作業が存在したからこそ、マツダとの事実上の使用従属関係が問題視されるのである。本判決のような、指揮命令に従った就労の事実に加えて雑多な事実を指摘し、

配転権限の保持を媒介として、派遣元の労働者の採用権限への干渉を「雇用に関与している事情」と判断し、それを「したがって」でつないで使用従属関係を認めるという説明の在り方によれば、指揮命令に従った就労の事実はあるが、採用権限への干渉や配転権限の保持がなければ、「事実上の使用従属関係」は認められないという、到底、容認され得ない結論になる。その点で、上記の説明の在り方は些細なこととして見過すことはできない。

判例の中には、労働者の提供を受けた企業が「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NTT（多重派遣）事件・大阪高裁判決のような、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ものもある⁽¹²⁾。それ以外にも、「使用従属関係」を的確には捉えていない判例学説も少なくない⁽¹³⁾。山口地裁もまた肝腎な「使用従属関係」という概念を的確には理解していない疑いがある。

3 使用従属関係と黙示の労働契約の存在認定を接続する論理について

(1) 使用従属関係と黙示の労働契約の存在認定

本判決は、「偽装請負のようにそれ自体からは直接雇用の契機が出現しない場合」というが（34頁）、偽装請負と認定されれば、当然、黙示の労働契約の存在を推認され、「直接雇用の契機が出現」する⁽¹⁴⁾。それを何ら説明もなく排除するところに、本判決の根本的な欠陥の一つがある。それは、争点に係る判示にとって最も重要な、使用従属関係等の存在と黙示の労働契約の存在認定を接続する論証の在り方への疑問に繋がる。

山口地裁は、サポート社員制度、ランク制度等により「派遣法の根幹を否定する施策を実施していた…形式的には労働者派遣の体裁を整えているが、実質はもはや労働者派遣と評価することはできない」と判断し、「派

遣労働契約を無効であると解すべき特段の事情がある」とする（34頁）。そこで、先に述べたように、本来ならば、派遣労働契約は無効であるにもかかわらず、マツダが就業を指示していて、事実上の使用従属関係等が生じていると判断される筈だが、直ちにそう判断するわけでもない。

ただ、本判決はとにもかくにも、マツダと労働者との間に使用従属関係などがある、賃金額もマツダが決定していたと認定し、「そうすると…黙示の労働契約の成立が認められる」という。結論においては黙示の労働契約の存在を認定するが、「そうすると」だけでは何も説明したことにはならない。黙示の労働契約論としては、一方が指示し、他方がそれに従って就労するという関係は、本来、有効な労働契約が成立して初めて存在し得る関係であること、当該事案では現にそのような使用従属関係がマツダとの間に存在しているが、有効な労働契約はないこと、したがって、その関係を肯定しようとすれば黙示の労働契約が成立していると看做す以外にないという説明があって初めて、「黙示の労働契約の成立が認められる」という結論が説得的と認められる。当然といえば当然の説明で、自明のこととして省略したのかも知れないが、先に指摘した、使用従属関係についての的確な理解を欠きながら黙示の労働契約を認定し得るのかという疑問がある上、何よりも、M、Qについては黙示の労働契約を認定しない根拠が明白でないという重大な問題があるので、山口地裁は「そうすると」において、そのような理解をしていたのか、疑問を感じざるを得ない。

（2）事件についての心象と判決の論理

本判決は、サポート社員を経験した労働者については「黙示の労働契約の成立を認めることができる諸事実が存することも加味」して派遣労働契約を無効と解すべき「特段の事情」の存在を認めた（34頁）。裁判官が事実を確認していく過程で得た、事件全体に対する心象としては理解できなくはない。だが、判決文の上の論理としては、結論を中途の判断の根拠と

して「加味」することが適切だとは考え難い⁽¹⁵⁾。

4 MおよびQについて黙示の労働契約を否認する根拠について

サポート社員を経験しないM、Qは、派遣労働契約を無効と判断すべき「特段の事情」は認められないことを理由に、マツダとの労働者派遣契約は「違法な労働者供給契約には該当」せず、合法的な派遣であるからマツダの指揮命令下にあることは「当然」だとして、マツダとの黙示の労働契約を認めていない。それは、何を示唆するのか。

本判決が一般論として、使用従属関係等および賃金の決定を指標とすると述べている点に着目したためと推測されるが、黙示の労働契約関係の認否に際し「これまでの判例等の動向とおおむね軌を一に」しており、「妥当な結論」と理解する論者がある⁽¹⁶⁾。しかし、判決は筋の通った論証を以て結論を導くべきであり、13人について結論が妥当だから、Mらに関しての判示については理由は問わないで良いということでは済まされない⁽¹⁷⁾。労働契約が認定された13人については「妥当」であったかもしれないが、M、Qについては単純にそうとは言い難い。本件の原告は15人であり、判決は一体のものであるから、Mらについての結論も含めて「妥当」であることが求められる。

(1) マツダにおける派遣と直用（サポート社員）の「循環」の意義

本判決は、マツダにおける派遣－直用－派遣という「循環」は、「クーリング期間を満たすためだけの方便として…制度設計」され、組織的かつ大々的に導入されたもので、「形式的には労働者派遣の体裁を整えているが、実質はもはや労働者派遣と評価することはできない」と判示した（34頁）。Mは2007年3月、Qは2008年7月にマツダに派遣され、就労し始めたが、サポート社員制度は2004年10月、ランク制度は2006年9月に導入されており、したがって、両者とも同「循環」に組み込まれている。派遣－

直用－派遣という「循環」システムはランク制やパフォーマンス評価制度と一体の労務政策であった。ところが、それは「全体として」違法なシステムであり、派遣とは「評価できない」。その制度の中で、Mらについてだけ、合法的な派遣が存在し得るというのは矛盾ではないのか。本件においては「全体として」違法な「循環」システムになっている以上、当該「循環」に組み込まれているMらもサポート社員を経験することになるのは必至であり、未だそれを経験していないからといって、法的に当該制度と切り離して評価することが可能なのか、また、適切なのか。サポート社員を経験したか否かによって、結論が異なることが合理的と認められるか、が本件の焦点というべきであろう⁽¹⁸⁾。

本判決はM、Qについては、派遣元との派遣労働契約を無効と解すべき「特段の事情」は認められないことを理由に、マツダ・業者間の契約は「労働者供給契約に該当する余地はなくなる」という（35～36頁）。「特段の事情」を否認する理由は「後述のとおり」というが、その「後述」とは、雇止めを不法行為と認めない理由として、Mについては「人証請求もなされなかった」とか陳述書を出していない、Qについては派遣労働契約を締結し、派遣として就労していたと指摘し、「雇用継続に対する期待を有していたとも認められない」という判断である（36頁）。しかし、人証や陳述書の提出は本件訴訟にとって不可欠とはいえないし、派遣として就労していたことは他の原告も同様である。原告らは全員が黙示の労働契約の存在確認を求めて訴訟を提起しているのであって、Mらについてだけ、先のことを理由に「雇用継続への期待を有していたとは認められない」と判断するのはMらの意思を無視し、訴訟提起の意義を否定するもので、裁判所としても越権、無謀という以外にないし、「特段の事情」を否認する理由とはなり得べくもない。

(2) M、Qについては黙示の労働契約を否認する論拠

一般論的に、黙示の労働契約が認定される要素を指摘はするのだが、使用従属関係と黙示の労働契約認定との関係を論理的に関係付ける、本件に即した叙述が判決のどこにも見られない。再度指摘すれば、黙示の労働契約論の基本的な説明が欠けているのは、山口地裁は、使用従属関係概念を的確に把握し得ていないだけでなく、加えて、使用従属関係等の存在と黙示の労働契約との論理的関係を正確には理解していなかったからではないかという疑問を拭い得ない。法律的には、マツダ事件における派遣の合法性を問い、違法と判断した場合には、その違法状態を公平公正に解決する方策を示すことこそが裁判所の役割であるが、違法な「循環」に巻き込まれているMらについてもその役割は果たされたと言い得るのか、疑問である。

(3) 原告13人とM、Qについての判断を分かちもの

事実上の使用従属関係および賃金の決定・支払いという要因は原告全員に共通するのであるから、黙示の契約の存否について13人とM、Qとで結論が分かれた原因は、従来の黙示の労働契約を認定するその2つの要因以外に実質的な根拠を求めたことにありと推測する以外にない。

それに関し、塩見卓也氏は、Mらも「脱法目的の制度の一部」として組み込まれているから、彼らについても「特段の事情」の存在を認めることは「可能」だと指摘しながら、サポート社員を経験した労働者については「前後の業務内容、使用従属関係の有無を併せ考慮することにより、派遣労働期間中についても直接雇用を認め得る契機は高い」とした判示が、逆に、それをMらについては認めなかった「理論上の根拠」だと推測される。しかし、結論としては、長期勤務への期待の存在が認められれば、Mらについても「特段の事情」を認めるべきだとされる⁽¹⁹⁾。M、Qについても使用従属関係は存在しており、長期勤務を期待していたからこそ本件訴訟を提起しているのであって、「業務内容」の異同が労働契約関係の存否に

影響するわけではないから推測を交えつつ論証は揺れており、一貫性に欠けるため論旨は鮮明ではない。

他方、山本陽大氏は、M、Qについては前記「循環」を経験していないから派遣法違反はなかったと捉えてのことであろうが、結論が分かれたのはマツダに対する「派遣法違反という評価に由来する」と解し、本判決に同意される⁽²⁰⁾。しかし、マツダの派遣制度は「体裁」だけで「全体とし」違法なシステムだと判断されており、前記「循環」を経験していないからといって、Mらについては合法的な派遣であったと判示しているわけではないから、それにも賛同し得ない。

私見によれば、山口地裁は、サポート社員としてマツダと労働者との間に明示の有期労働契約が結ばれ、その期間が満了した際に再度、派遣に転換したことをもって労働者派遣法に違反するとみて、その法的評価の効果として派遣契約という形式（外皮）が消去され、サポート社員としての労働契約がそのまま継続していると判断したのではあるまいか。それも黙示の労働契約と言えなくもないが、（サポート社員としての）明示の労働契約が継続して存続していたと解したものとみるのが、判示内容に適合すると考えられる⁽²¹⁾。そのために、他方で、サポート社員を経験していないM、Qについてのみ、労働契約の存在確認請求を棄却したのではあるまいか。

Ⅲ 小括

山口地裁は、最高裁判決にいう「特段の事情」がある場合には派遣労働契約が無効となる（となれば、論理必然ではないが、マツダとの労働契約関係を認める強い契機となる）として検討を進め、本件では派遣－直用（サポート社員）－派遣という「循環」は派遣法40条の2に違反し、ランク制度、パフォーマンス評価制度等と併せて「特段の事情」が認められる

から派遣元との労働契約は無効であると判断した。そうすると、マツダと労働者との法的関係を説明することが不可欠となるが、使用従属関係の存在、賃金額のマツダによる実質的決定を認定して、Mらを除き、「黙示の労働契約の成立が認められる」とした。しかし、「使用従属関係」についての理解に疑いがある上に、不可欠な筈の、黙示の労働契約の存在認定についての確な論証が存在しない。本件で黙示の労働契約の存在を認定したのは別の思考によったと推測する以外にない。

サポート社員としてマツダと直接の労働契約関係が生じたが、その契約期間が満了した後、派遣に戻したことは派遣可能期間に係る規制を免れようとする点で違法であり、当該派遣労働契約は無効である、すると法的関係に空白が生じるから、サポート社員としての労働契約関係がそのまま継続していると解し、それを黙示の労働契約だと述べた、そう考えて初めて、サポート社員を経験せず、直接雇用の労働契約を結んだことのないM、Qについては黙示の労働契約の成立を認定しなかったことと符合するのではないか。しかし、それは、本来の黙示の労働契約論とは異質である。

従来の判例評釈には、13人の原告が認められた黙示の労働契約の成立が、M、Qについては認められなかったことをも視野に入れ、それを全体的に評釈したものは僅かである。判決は一体のものであるから、M、Qに係る判示についての分析を欠く評釈は重要な一部について分析の欠いているというべきであって、それだけでも評釈全体の妥当性を疑わせることになるのではあるまいか。

-
- (1) マツダ防府工場事件・山口地判平25.3.13労判1070号5頁。
 - (2) 松下PDP事件・最2小判平21.12.18労判993号5頁。
 - (3) 判旨に概ね肯定的なものが多い、岡田和樹「黙示の労働契約が認められた『派遣－雇用－派遣』の謎とその背景」NBL1004号7頁、塩見卓也「派遣先・派遣労働者間の黙示の労働契約の成立を認めた事例」名古屋大学法政論集251号395頁、水町勇一郎「脱法的な違法派遣における派遣先との黙示の労働契約の成否」ジュリ1461号119頁、中村和雄「黙示の労働契約」ジュリ増『〔実務に効く労働判例精選〕』11頁、沼田雅之「派遣期間の制限回避を目的とした脱

法的行為と黙示の労働契約の成否」法時86巻9号136頁、桑村裕美子「脱法的な違法派遣と黙示の労働契約の成否」ジュリ臨増1466号234頁、河合壘「クーリング期間中に直接雇用されていた派遣労働者について、派遣先との黙示の労働契約成立が認められた例」労働法学研究会報256号24頁、矢野昌浩「派遣先との黙示の労働契約の成立と常用雇用の代替防止」法セ701号121頁、「ディアログ・労働判例この1年の争点」日労研雑誌652号17頁（野川忍）等および、本件に係る高裁宛意見書として執筆された和田肇「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提案』（信山社、2015年）497頁。

批判的なものも散見される。吉田肇「派遣可能期間規制の脱法と黙示の労働契約の成否」民商149巻1号91頁、山本陽大「違法な労働者派遣と黙示の労働契約の成否」学会誌122号167頁、中山達夫「労働者派遣法に違反する労働者派遣と黙示の労働契約の成否」労働法令通信2326号24頁、前掲「ディアログ」日労研652号17頁（鎌田耕一）等。

- (4) 前掲注（3）で紹介した中には、その趣旨の指摘をする評釈は見当たらない。瑣末なことではない筈だが。
- (5) 違法派遣等に対する法の適用問題に係る論争について、詳しくは、萬井『労働者派遣法論』（旬報社、2017年）28頁以下。
- (6) 前掲注（3）鎌田・日労研雑誌652号19頁。
- (7) 鎌田耕一・諏訪康雄編『労働者派遣法』（三省堂、2017年）42頁以下。同書について、萬井「書評・鎌田耕一・諏訪康雄編『労働者派遣法』」龍谷法学50巻2号（2017年）366～378頁参照。
- (8) 前掲注（5）萬井『労働者派遣法論』141頁以下。
- (9) 前掲注（5）萬井『労働者派遣法論』236頁以下、特に236～237頁。
- (10) 萬井「業務請負契約による就業と『労働者』」龍谷法学51巻1号（2018年）123頁。
- (11) 前掲注（5）萬井『労働者派遣法論』205頁以下。
- (12) NTT（多重派遣）事件・大阪高判平23.2.17労旬1759+60号108頁。DNP ファイン事件・さいたま地判平27.3.25労旬1859号41頁も同様である。萬井「『事実上の使用従属関係』『労務提供関係』の意義」労旬1859号22頁は後者についての評釈である。
- (13) 吉田肇氏は、本件の評釈において、黙示の労働契約が認められる要件の一つとして、派遣先が労働者に対して「労務給付請求権を有する」ことを挙げられるが（前掲注（3）吉田・民商法雑誌149巻1号97頁）、労務給付請求権は労働契約を結んで初めて得られるものであるから、それを有していることは既に労働契約が成立していることを意味するわけで、吉田氏は問題の所在を捉え損ねているのではあるまいか。なお、吉田氏は労務給付請求権を有すると認められる事情として、「その採用が実際上派遣先企業によって決定され

ている」とか、業務の分野が「派遣法の定める範囲を超え、正規社員の就業と区別し難い状況になっている」こと等を挙げられるが、それらは労務給付請求権の有無と関わることではない。

その他の例について、詳しくは、前掲注（５）萬井『労働者派遣法論』289～307頁。

- (14) 前掲注（５）萬井『労働者派遣法論』287頁以下。
- (15) 反対に、中村和雄氏は「当然行うべきこと」とまで言われるのだが、何故「当然」なのか、理解できない、前掲注（３）中村『ジュリ増〔実務に効く労働判例精選〕』17頁。
- (16) 前掲注（３）沼田・法時86巻9号136頁。同旨、前掲注（３）矢野・法セ701号121頁。前掲注（３）でみた判決に肯定的な評釈は、おおむね、そのような理解なのかも知れない。
- (17) 日本電気硝子事件において滋賀県労働委員会は、偽装請負の発注者の団体交渉法上の「使用者」性を認めたが、その論拠には論理の倒錯というべき欠陥があった。ところが、結論が妥当とされたためか、当該論拠の当否を問うことなく、それに倣う中労委命令が相次いでいる。事案は異なるが、その問題性について、前掲注（５）萬井『労働者派遣法論』341頁以下。
- (18) M、Qに係る問題を取り上げるのは、塩見卓也氏（名古屋大学法政論集251号408頁）と山本陽大氏（学会誌122号175頁）だけである。後述するように、分析はいずれも妥当とは言い難い。なお、他の評釈は両者の問題には言及されない。紙幅の有無ではなく、視点の問題である。
- (19) 前掲注（３）塩見・名古屋大学法政論集251号408～409頁。
- (20) 前掲注（３）山本・学会誌122号175頁。なお山本氏は、13人についても契約締結についての当事者の意思の合致は推認されていないとして、判決の結論に異議を唱えられる。
- (21) 和田肇氏は、本件事実関係の下では、派遣元はマツダの「人事・賃金支払い代行機関化」しており、「派遣期間中も有期労働契約は反復更新されていた…その結果…サポート社員であった者のみならず、最終的な身分が派遣社員であった者についても、雇用の終了は反復更新していた有期労働契約の雇止めにあたる」と指摘される（前掲注（３）和田『労働法理論変革への提案』515～516頁）。Mらについては言及されないので断言はできないが、理論的には私見と同趣旨であろうか。