

派遣法の契約申込みみなし制と 労働契約法18条、労基法19条

—アズビル事件・東京地判令6.4.25、東京高判令6.11.19について—

萬井隆令*

1. 問題の所在

(a) 労働契約法18条は、同一の使用者の下で定期労働契約が更新され、通算で5年を超えると、労働者が無期労働契約に転換すると申し込んだ場合、「使用者は当該申込みを承諾したものとみなす」と定める。ある業務が5年以上も継続するのであれば、担当する労働者は期間の定めのない契約によって雇用することが合理的であると判断し、雇用の安定を保障するために無期契約への転換権を保障した。

(b) 労働者派遣法40条の6第1項は、偽装請負など所定の類型の違法派遣が行なわれた場合、派遣先はその時点におけるのと「同一の労働条件を内容とする労働契約の申込みをしたものとみなす」と定める。「承諾」すれば、相手方（違法派遣先）の意思とは関わりなく（その意に反しても）労働契約が成立する。合意があって初めて成立する通常の契約とは異質のことを定めており、しかも第2項は、その申込みは当該「行為が終了した日から1年」は撤回できないとし、承諾の権利を1年間保障している。違憲論も存在するが、同調者はほとんどいない⁽¹⁾。

* よろいたかよし 龍谷大学名誉教授

ところで、仮に労働者が違法派遣を感知しても、何らかの形で問題化すれば、企業は違法状態を解消するために法的基盤となっている請負契約などを解除し、仕事を失った雇用主からはそれを理由として解雇される不安があり、有期の場合はさらに期間満了により雇止めに遭うことは必至であるから、とりあえず就労し続けることが多い。そのため、契約が有効に存在している間は労働契約申込みみなし制（以下、同みなし制という）を援用することは少なく、現実には、派遣が終了してから、あるいは終了が日程に登る段階になって初めて問題化する。そのため、同みなし制が問題となる事案の多くは、その時点で派遣元等との労働契約は既に存在していないことが多い。それ故、労働者の承諾権が違法派遣終了後1年間保障されていることの意義は極めて大きい。

(c) 熱供給設備の運転・保守管理業務を請負うアズビル（Y）は同業務の一部を10年近くタック（T）に委託してきた。原告（X）は2012年4月、Tに雇用され、その指示に従って6年余り、夜勤のボイラー技士等としてYの指揮命令を受けながら訴外Aの空調設備の運転等に従事してきた。

Yは、神奈川労働局から無登録派遣に該当するとして是正指導を受けたため、2019年1月に、2018年9月末日に遡ってTとの業務委託契約を解除し、派遣契約に切り替えたものとした。

労災によりXは2018年7月3日以降休業したが、その件で労働局と接触した際、問題について教示を受けたXは、2018年12月20日、派遣法40条の6に基く契約申込みを承諾する旨伝えたのだが、Yは書面により交渉を重ねたものの「承諾」を拒否し続け、当該休業の期限と有期労働契約の期間満了が同じ2019年3月末であったが、結局、最後まで「承諾」に応じなかった。

(d) Xは2020年10月2日、Yに対し、労働契約上の権利を有する地位にあることの確認および労災による休業後の未払の賃金などを請求する訴えを提起し、同時に労働契約法18条に基づき無期契約への転換を通知した。

訴訟では、①同みなし制に基づく労働契約の成立、②Yにおける無期転換、③労災休業終了後の雇止めと就労拒否の適法性などが争われることになる。

2. 判決要旨

(ア) 東京地裁判決

(a) 東京地裁民事第36部（中野哲美裁判長裁判官、石川慧子、木田佳央人裁判官）は双方の主張を整理し、争点として、①派遣法40条の6に基づく同みなし制による労働契約の成否等、②脱法目的、③過失、④雇用期間の定め、⑤労働契約法18条による無期契約への転換、⑥労働契約法19条該当性、⑦同条柱書該当性、等を挙げたが、「本件制度による労働契約の成否の点は一旦措き」と述べ、争点①～③については認定事実も示さず、争点④以下についてのみ、次のように判示した。

(b) Xは公共職安を通じて1年の有期雇用であると認識しながら応募し採用された。「更新に当たって契約書等の書類の作成は一切なく、特段の手続き」もなく、Xは異議を唱えないまま更新を繰返したもので、期間の定めのある労働契約であった、Tとの間に契約更新に係る合意が成立していることを示す事情は存在しないから、契約の無期転換に関しては、同みなし制度により成立し得るYとの労働契約に関する事情についてのみ考慮すべきである。Yは同みなし制による「契約成立自体に一貫して否定的」で、2019年3月31日以降、更新の期待を抱かせる態度はとっていないし、一度も更新されていないから、同条「各号に該当する事情がある」とは認められない。

Xの無期転換の意思表示は2020年10月2日で、Yとの間に「成立し得る労働契約の終了日より後であるから…期間の定めのない労働契約に転換することはない」。

同みなし制により成立する労働契約上の法的地位は、Tの「労働契約上

の地位を法的承継するものではなく、新たな契約関係の成立により生じる」ものであるため、YとTは「同一の使用者」とはいえず、Xの「契約期間が5年を超えるもの」ではないから、労働契約法18条は適用され得ない。

「仮に本件制度の適用が認められたとしても、それにより…成立する労働契約は、平成31年（注—2019年）3月31日をもって終了する」。

（イ）東京高裁判決

東京高裁第10民事部（松井英隆裁判長裁判官、小島清二、佐藤隆幸裁判官）は地裁判決をほぼ全面的に踏襲しており、特に新たな判示はない⁽²⁾。

3. 判決および判例評釈の検討

地裁、高裁判決だけでなく、原告代理人甲斐田沙織弁護士と沼田雅之氏の評釈⁽³⁾も併せて論評の対象とする。

（1）判決が判断を回避した問題

東京地裁は争点①については「一旦措き」とするが、それは事件全体に関わるもので、それを判断しないまま契約期間等を論じたところで意味はない。特に、次の2点は結論を左右することであり、判断を回避しては済まされない。

（ア）労働契約申込みみなし制について

是正指導を受けたYは業務委託契約を派遣に切替えたと主張するが、以下（イ）で述べるように同切替は容認され得ない。したがって、偽装請負は継続しており、Xが「承諾」をした2018年12月20日、X・Y間に新たに労働契約が成立したと解すべきである。

派遣法40条の6によれば、Yとの労働契約における条件はTの下におけるのと「同一の労働条件」であるが、具体的にそれは如何なるものか。期

間の定めについて言えば、地裁、高裁とも、有期契約であり3月末日で契約は終了すると判示する⁽⁴⁾。だが、契約終了とされた時点で就労が6年を超えていたから、労働契約法18条に基づく無期労働契約に転換する要件を充たしていた。また、同みなし制によれば、2018年12月からYとの1年契約が存在し、加えて、Tの下での条件と「同一の労働条件」がYとの契約の内容になるから、Tの下での就労期間をYとの関係においても通算し得る。Xが2020年10月2日に行使した無期契約転換権が有効であれば、Yは合理的理由がない限りXを解雇することはできない。

(イ) 業務請負から労働者派遣への切替えについて

業務請負契約の形式をとりながら、実際には注文主が業者の従業員を直接指揮命令していた場合、「請負」の要件を充たさず、偽装請負（職安法違反の労働者供給事業であり、同時に違法派遣である）と判断される。労働局からは是正指導を受けて、Yは2019年1月、法的基盤となっていた業務請負を2018年9月に遡って労働者派遣に切替えたと主張する。

偽装請負の是正を指導された業務請負の注文主が労働者派遣への切替えにより是正を図ろうとする例は多い。派遣法26条を遵守すれば、契約内容を書面上、遡って切替えることは当事者が合意すれば可能かも知れない。しかし、それに照応する、指揮命令とそれに従った就労という事実は、その性格上、遡及して存在しなかったことに変更し得る事柄ではない。さらに、何よりも、派遣契約への切替えは企業間の合意と書面上の処理だけでは完了し得ない。派遣元は労働者に対し、自らの下で就労するのではなく、派遣先に出向いて、その指揮命令に従って就労することを明確に告げ、その了解を得て派遣労働契約を締結しなければならない（派遣法32条ほか）。派遣は、企業間の労働者派遣契約および派遣元・労働者間の派遣労働契約という、性格が異なる2つの契約が整備されて初めて実施し得る。

本件で、適法な派遣形式の労務提供の状態に転化したとの主張について

は厳密な事実確認が不可欠である。判決を読む限り、労働者の了解は得ておらず、派遣労働契約は成立していない。その点についてだけでも、地裁が争点①について判断を回避したことは妥当とはいえない。

(ウ) まとめ

甲斐田氏は、Tによる契約更新につき「契約書等の書類の作成は一切なし」とする自動更新を窺わせる認定と契約更新について黙示の合意は存在しないとの判断は「齟齬」するし、雇用の安定を図る同みなし制の趣旨に「逆行する結論」だと批判されるが、それ以上は詳述はされない。沼田氏は、XはYとの労働契約はTとの有期労働契約と「契約の期間が同一であると解したうえで、雇止め法理の適用を否定した点に特徴がある」と指摘されるだけで、同みなし制の適用に関しては詳述されない⁽⁵⁾。

いずれも、派遣への転換そして争点①についての判断回避に関わる問題点を指摘されず、判決の問題点の核心を剔抉していないという憾みがある。

(2) 派遣法40条の6の意義—「直用みなし」制という略称について

甲斐田弁護士は、派遣法40条の6を「直用みなし」制と略称される⁽⁶⁾。

同条は違法派遣を受けていた派遣先の労働契約の申込みをみなし、「承諾」があれば労働契約が成立するとするもので、一定の違法派遣が認定された場合に、労働者の意思を問うことなく、直ちに直用が成立し、労働契約関係が存在するとみなす制度ではない。

2008年7月、「今後の労働者派遣制度の在り方に関する研究会（鎌田耕一座長）」は、2003年改正派遣法40条の4による労働契約申込み義務制は実効性に欠けている—実は、40条の4は私法的効力を有しないとする行政解釈とそれに追隨する判例学説によって創出された状況なのだが⁽⁷⁾—と判断し、それに代わるものとして、(a) 労働契約関係の成立みなし制、(b) 労働契約の申込みみなし制、(c) 労働契約申込み義務付け制、(d)

雇用申込みの行政指導という案を例示したが、最終的に（b）契約の申込みみなしが法制度化された経緯がある。

「直用みなし」は（a）労働契約関係の成立みなしであって、労働者の「承諾」が問題となることはないが、派遣法40条の6が定める（b）同みなし制では、「承諾」したか否かが争点になり得る⁽⁸⁾。甲斐田氏は両者を混同ないし同一視している。「直用みなし」は略称として適切ではない。

（3）Yによる雇止めの正当性

申込みみなしに対するXの「承諾」を受けながら、Yは請負契約もTとの労働契約も終了したとして、労災休業期間が満了した後も就労を拒否し続けている。その雇止めの当否が問題となる。

（ア）Tとの労働契約期間に係る合意について

同みなし制によってYとの間で成立する労働契約の期間はTの労働条件と「同一」であるから、まず、Tとの間の（契約期間を含む）労働条件が確認されねばならない。

（a）Xは、契約更新を繰返し無期契約に転化する状況になっていたからYとの間でもそれと「同一の労働条件」として無期契約の存在を認めるべきだと主張した。しかし東京地裁は、Tとの無期契約の存否はともかく、Yとの契約期間はYとの契約が成立した後の事情について判断すべきだとし、Yは派遣法40条の6の適用に否定的であったし、仮に同条によるとしても、契約は一度も更新されていないから、労働契約法18条を適用する余地はないと判示した。

契約期間に係る合意は契約文書等に記載がないために紛争となるのであるから、一方当事者の態度等に左右されるのではなく、契約に係る諸事情を総合的かつ客観的に観察して認定すべきである。東京地裁は、契約更新に係る「黙示の合意」を示す事情は存在しないというが、6年以上、更新

に関わり「契約書類等の作成は一切なく、特段の手続きは行われていない」とし、自動更新であったこと、つまり無期とする黙示の合意を認定する要件は十分に充たされていたことを認定している。東京地裁は、肝腎な「同一の労働条件」の意義と具体的内容についての審理を行っていない。争点の中でも重要な意味を持つ黙示の合意に関わる判断の在り方を理解していないとの誹りを免れない。

(b) 契約期間に関して、かつて本庄淳志氏は「残存期間」論を提唱された。同みなし制によって違法派遣先との間に生まれる労働契約の契約期間は、派遣労働契約が有期の場合、派遣先は「当初に予定した労働力利用（派遣受入）の期間」だけの利用を予定していたから、「派遣就労した期間を除いた残存期間での直用化が図られる」という見解である⁽⁹⁾。しかし、本庄氏は有期契約および派遣に対する認識不足に基づく誤謬を冒している。

企業はある業務の処理を担当させるために労働者を雇用する。当該業務が当面は継続する場合には労働者は期間の定めをしないで雇用することが合理的であり、したがって、労働法上は無期雇用が原則である。しかし現実には、有期雇用であれば労働諸条件は正規社員よりも低くても済むという歪んだ社会的観念があり、また期間満了の際に契約を更新せず雇止めとすれば解雇法理の制約を免れ得るという打算により、継続する業務についても有期契約の労働者を充てることが少なくない。だが、契約更新を繰り返すと打算の不合理性が顕わとなる。労働契約法18条は更新により雇用が5年を超えると不合理性を容認できないとして無期雇用への轉換権を規定した。無期雇用が原則であるからこそ、有期雇用の濫用と判断された場合、無期雇用へと戻す立法政策上の措置である⁽¹⁰⁾。一つの企業で有期で働かせ続けている不合理性が顕わになるから、同条は一つの企業で有期で雇用が継続している場合を想定している。企業を転々と変わりながら働く状況を想定するものではない。

沼田氏は、当該私見を、労働契約法18条は同みなし制による契約創設の

場面を想定していないと解していると指摘し、その指摘は「派遣元と派遣先を『同一の使用者』と解することは困難」だとする行政解釈や山川、本庄氏らの解釈を支持する結論を導くものになっている⁽¹¹⁾。しかし、労基法も同様だが、労働契約法では契約の相手方は一つの企業であるから、当然、三者関係の労働者派遣を想定していないが、そのことと、労働契約法18条にいう「同一の使用者」に違法派遣元・派遣先に当たらないから元における就労期間を先におけるものと通算しないことが妥当かとは別の問題である。同みなし制は違法派遣に関わった労働者の違法な提供元と提供先という「法人格の異なる2つの企業の存在を前提」とするもので、「同一の使用者」であることを想定するものではないが、派遣先は、派遣元との間と「同一の労働条件」で契約申込みをみなされ、労働者の承諾で成立するから、実質的に包括承継と異ならない。したがって、派遣元との契約期間は「同一の労働条件」として違法提供先との間で生じる労働契約に引継がれると解すべきである⁽¹²⁾。その限りにおいて、沼田氏の上記指摘は私見の趣旨を誤解されていることになる。

本庄氏は派遣先の「当初の目的」を指摘されるが、反復更新という事実は、現実には業務は引き続き存在しているから、労働者の契約を有期とする社会的合理性は存在せず、反復更新して継続的に「労働力を利用する」ことが当事者の「当初の目的」であったことを示している。元々、「残存期間」を想定していないし、短期間の間に雇止めの機会があり、そこで契約を解消するから、実際に「残存期間」は生ずることもない。契約の形態・内容等には実質的に派遣先の意向が優越的に反映されるから、実態との照合、合理性の検証なしに、派遣先が表示したことをそのまま了解することはできない⁽¹³⁾。

派遣法40条の6の「承諾」権は、現実には大半が、労働局の指導とか労働組合による団体交渉における問題追及を受けて、派遣先が偽装請負の解消のため請負契約を解消したため業者が仕事を失なった結果、失業に至っ

た労働者が窮余の一策として行使する。また、既に労働契約は存在していないから「残存期間」も存在しないが、その有無に関係なく、違法行為終了後1年間は「承諾」権が保障されている。

同みなし制は、単純に新たな労働契約を成立させる制度ではない。仮に、企業は既に業務請負による企業活動を停止していたとしてもなお、新たな労働契約の成立を強要するから、理念としては、事業の再開を強いることにもなる。同みなし制はそのようなことまで含んだ、違法派遣を利用してきた企業に対する民事制裁である。日本経団連は派遣法の2015年改正に際し、2012年改正によって法制度化されたが施行が延期されていた同みなし制の「施行前の制度自体の廃止」を求めたが、鋭敏に感じ取った同みなし制の重い負担に対し財界の強い反対があるのも故無きことではない。

要するに、本庄氏は現実を洞察し損ねており、「残存期間」論は現行の法的構造にそぐわない。

本判決は「残存期間」論と通底し、派遣法40条の6の規定内容と違法派遣をめぐる現実の事態を理解し得ていないとの批判を免れがたい。

(イ) 労働契約法18条の「同一の使用者」の意義と無期転換について

東京地裁は、同みなし制により成立する「法的地位」は、従前の「労働契約上の法的地位を法定承継するものではなく、新たな契約関係の成立により生じる」から、YとTは「同一の使用者」とはいえず、それぞれの契約期間を「通算することはできない」、Yとの期間は5年を超えないから労働契約法18条は援用し得ない、と判示する。

(a) Xは有期契約の更新により6年以上も就労している間に無期契約に転化したと主張したが、東京地裁はXの「自白」を認定し、それに基づき、当該契約は2019年3月末を以て終了したと判示した。それは、前提として、偽装請負（違法派遣）は労働者派遣への転換により消滅し、もはや派遣法40条の6の援用—「承諾」による労働契約の成立はあり得ないという

判断を含んでいる。しかしその前提的判断は、労働者派遣の構造についての理解不足によるもので、上記のように派遣への転換が適法になされたとは認められない（3—(1)—(イ) 参照）。

さらに、仮に2018年9月に遡って派遣へ切替えたというYの主張が認められ、Tによる労働者の提供が適法化されとしても、その時点までは偽装請負が継続していたことは否定されない。したがって、派遣法40条の6の第2項、3項により、Xは2019年9月までは「承諾」によりYとの間に労働契約を成立させる権利を保障されている。

(b) 沼田氏は、本件は「労働契約法18条の潜脱を目的に、あえて法人格を濫用」した事案ではないことを理由に本判決を肯定される。だが、偽装請負はすべてが直ちに「労働契約法18条の潜脱」を直接の「目的」としたものではないとしても、「法人格の濫用」であることは否定できない。派遣法40条の6は労働者の違法な提供元と提供先を繋げて把握し、元との労働契約関係を先との関係へ転化させることを内容とする民事制裁である。

派遣法40条の6はYとTが「同一の使用者」ではないことを前提とし、むしろ、同一ではないからこそ「使用者」の地位を実質的にYに引継がせることを意図して、同条の適用が認められる「時点における当該労働者に係る労働条件と同一の労働条件を内容とする労働契約の申込み」をみなしている。

(c) 派遣法40条の6は同みなし制による新たな労働契約成立に際し、労働者が不利益を被ることのないようにする趣旨で、最低でも「同一」の条件を引継ぐよう定めたもので、当該「労働条件」には契約期間も含まれる。東京地裁は「法定承継」ではないと判示する。「包括承継」ではないとする趣旨であろうが、派遣法に依拠している点ではまさに「法定承継」であり、また、Tの下におけるのと「同一の労働条件」をYに引継がせており、その限りにおいてTとYは「同一の使用者」と言い得る状況にあり、包括承継に等しい。したがって、Tの下で就労してきた期間がそのままYとの

就労期間に通算して加算されるのは理の当然である。沼田氏のように「立法的措置」を待つまでもない。

東京地裁は派遣法40条の6の趣旨を歪曲し、労働契法18条との連携を不当に断つ解釈と言わざるを得ない。

(d) 地裁は、「同一の労働条件」に関して、労働契約が成立しているとしても、無期契約への転換の意思表示は2020年10月2日で、同みなし制により「成立し得る労働契約の終了日（2019年3月31日）よりも後である」と指摘して、無期労働契約への転換を否定した。しかし、同判示はXの主張全体を正しく認識していない。

Xは、労災休業が終了した日以降のYの就業拒否の違法性をも主張している。就業拒否が違法であれば労働契約は有効に存在し続けていることになるから、期間の「通算」の可否の問題に移るべきであり、そして通算が認められれば無期契約への転換は可能である。

地裁はYとTは「同一の使用者」ではないとして「通算」を否定しているが、当該判示は上記のように妥当とは言い難い。

(e) 要するに、地裁判示には派遣法40条の6についての誤解と労働契法18条についての理解不足が重なっており、判示は不当というべきである。

(ウ) 雇止めの合理的理由について

Yは本件の業務請負契約を派遣に切替えたと主張する。だが、同主張は先に詳述したように、容認され得べくもない。また、容認されたと仮定しても、切替は2018年9月であり、それまでは偽装請負が存続していたことは否定すべくもない。

派遣法40条の6第2項により違法派遣の終了後1年間は労働者の「承諾」権の行使が保障されるが、Xが「承諾」を通知したのは、稀な例だが、まだ偽装請負が終了していない、2018年12月20日である。東京地裁は派遣への切替えを認定しながら、それで偽装請負が終わったとは述べず、その

終了は7ヶ月も後の2019年3月と述べており、重要な事実について判断には齟齬がある（少なくとも、判旨は不鮮明である）。

東京地裁が本件の偽装請負が終了したとする2019年3月には、Xは既にYとの間に労働契約が存在する労働者となっているから、その契約を終了させるためには、YがXを雇止めする合理的理由があることが求められる。

地裁は、請負契約が終了する日と労働契約の期間が満了する日が同じであったと特に指摘する。しかし、本件の場合、YとTとの業務請負なり派遣契約が終了したか否かは、もはやXとYとの労働契約関係には関わりのないことである。過去にTと有期契約を結んでいたとしても、本件の時点ではXとYとの間で労働契約が成立していて、既にTとは無縁であり、Tとの契約の終了はY・X間の労働契約終了の理由とはなり得ない。

Xの労働契約は派遣法40条の6によって成立がみなされた労働契約であり、そのことに伴う特別の条件が存在することが留意されねばならない。経緯を想起すれば、同みなし制の「承諾」を告げる2018年12月20日まで、XはTと1年の有期契約を結んでいたが、その「承諾」の時点における労働条件と「同一の労働条件」がYとの間に生じる労働契約において保障される。「同一の…」は、同みなし制によって成立する際の労働条件は少なくとも従前の労働条件を下回ってはならないという意味での「同一」である。仮に有期契約であったとしても、それはYとの間の新たな労働契約であり、それによって以前よりも期間が縮小することは認められない。したがって、Tとの1年契約が引き継がれ、「承諾」した2018年12月から1年間の期間が定められたものとなる。

ちなみに、東京地裁はTとの契約の終了日は2019年3月末であるとしているが、繰り返すが、2018年12月の「承諾」によって、XはYとの労働契約の成立が認められると同時に、X・Tの労働契約は解消することを見落としている。それは同みなし制の構造を理解していないことを示唆する⁽¹⁴⁾。

例として、労働者Aが業者Bに雇用され、業務請負の下で実際には注文主Cの指示に従って就労していたが、Aは知人から2025年2月上旬にそれが偽装請負であり同みなし制による対応が賢明であるとの教示を得た。注文主Cは労働局から是正指導を受けたため請負契約を2月末に解除し、有期労働契約であったためAは25年3月末にBから雇止めをされたという（在りがちな）ケースを想定してみよう。その例では、適法な派遣となった25年2月末に違法派遣は終了する。しかし、派遣法40条の6第2項により、2026年2月までは「承諾」権を保障されているから、Aが2025年7月に「承諾」をCに伝えた場合、その時にはBとの契約関係は解消し、失業状態になっているが、AとCの間に労働契約が成立したとされる。派遣法40条の6を素直に解する限り、その結論を否定することはできない。

業務請負契約も終了し、労働契約も期間満了によって消滅しているから、契約申込みみなし制は援用し得ないと東京地裁は判示するが、それは同制度に無知であり、特に派遣法40条の6第2項を無視しているための誤判であり、到底、是認され得ない。

（エ）労災休業中の雇止めと労基法19条

従来ほとんど論じられたことがなく、原告も主張しないが、労災により休業中のXを休業期間満了と同時に雇止めすることは労基法19条に抵触するか、という問題がある。

（a）労基法19条は、使用者は、労災により「療養のために休業する期間及びその後30日間…解雇してはならない」と定める。「解雇」の類型に制限は付されていないから、普通解雇、整理解雇はもとより、懲戒解雇についても禁止される⁽¹⁵⁾。

労災が治癒した後も通常健康体とはいえないため、その回復を待つため、労災による休業終了後30日間は解雇は禁止される。使用者にとっては不都合に違いないが、置かれている労働者の状況を考慮し、労災につき責

めを負うべき使用者に敢えて手厚い労働者保護の負担を負わせている。

(b) 問題は、条文上の「解雇」に、有期雇用の期間満了の際の更新拒否（雇止め）が含まれ、労基法19条が適用あるいは類推適用されるのか、である。

労基法は期間の定めにつき入口規制はしないで、単に、3年を超える期間を定めることを禁止するだけである（14条）。そのため、現実には、業務は会社にとっては継続的に必要不可欠であり、担当する労働者を確保する必要があるにもかかわらず、雇用調整の安全弁として、短い期間を定め、いつでも契約を解消することができる状況を確保しつつ期間が満了すると更新を繰り返し、その結果、あたかも期間の定めのない状態と異なる状態となっていることが少なくない。

「解雇」は本来、無期の労働契約を一方的に解除することであり、有期契約の期間満了による雇止めは形式的には「解雇」ではない。両者は法的な性格が異なるが、有期契約の更新を繰返し、恰も無期契約と異なる状況にある場合には、期間満了を理由とする雇止め（更新拒否）は実態としては解雇と異ならない。そのような実情を反映し、東芝柳町工場事件で最高裁は、反復更新されてきた場合、次の更新を期待することは法的保護に値すると判断し、解雇法理を類推適用した。それが確立した判例法理となり、ほぼ同一の内容で労働契約法19条に取り入れられ、存在するに至っている。

その法環境の下で、労基法19条の雇止めへの適用ないし類推適用問題が提起される。労働省は夙に1988年基発150号において、有期契約が「期間満了後引続き雇用関係が更新されたと認められる」場合は19条が適用されるとした。例外的な位置付けとはいえ、労働省も有期雇用労働者に対する雇止めに対しても労基法19条の適用があると認めたのである。

(c) 従来、雇止めに対する労基法19条の適用が裁判において論じられた例は殆どない⁽¹⁶⁾。本件はまさに基発150号が想定する無期契約と異なる

い実情であったから、原告は同条を援用して主張すべきであったろう。主張していれば、重要な争点となったに違いない。

(オ) まとめ

東京地裁は、派遣法40条の6による「契約の成否の点は一旦措き…」といいながら、「仮に本件制度の適用が認められたとしても…」労働者派遣契約および派遣労働契約が終了する日をもって終了すると述べて請求を棄却した。しかし、同みなし制が適用され、「同一の労働条件」が的確に理解されていれば、その「終了」は否定される。

YはXから労働契約申込みみなし制の「承諾」の通知を受けながら、協議にかこつけてその受理を延期し続け、労働契約の成立を認めず、労務提供を受けることもなく、法制度を無視する態度を押し通している。東京地裁、高裁ともそれを咎めない。司法機関の存在意義を自ら放擲するもので、寒心に堪えない。

(4) 判例評釈の在り方

判決は、具体的な紛争をめぐって当事者双方が事実関係について立証を尽くし、それに関わる法律論を主張し、裁判所がそれについて示した判断である。判例評釈は、それらに即して当該判決の具体的な問題点を指摘し、どのように判断すべきであったのかを対置すべきである。行政解釈や研究者の論稿を紹介し、それと対比・論評することでは済まされない。

(ア) 甲斐田氏の評釈について

(a) 甲斐田氏は、主要な問題点として、①「Tにおける契約更新の黙示の合意」の否定、②雇用契約期間の始期終期を「派遣元契約と同一とすること」、③Yに対する「合理的な更新期待」の否定を挙げられる。

①については先に紹介した。

②は、「承諾」によるYとの労働契約に係る始期終期についての指摘であるが、立法過程で「成立（承諾）時点が始期となる」と重ねて確認されており、始期終期をT、Yと同一視することは、実際に承諾がなされるのは「仕事がなくなり排除された」状況であることに照らし、ほとんど「なんの保護も受けられないかごく短期間しか派遣先との労働契約が成立せず、違法派遣は正に巻き込まれる形で失職」という事態を招くと指摘し、同みなし制の「趣旨目的に反する」と批判される。

同批判は適切であるが、立法過程や9.30通達で委ねるとした「司法判断」が示されたのだから、Xの敗訴後の実情をつぶさに紹介して、上記判断が現実にはXにどのような状況を齎し「保護」に反しているのか、具体的に批判されるべきであろう。

③については、地裁はTとYは「同一の使用者」ではないことを論拠としたが、「契約主体としては二法人間にまたがる同一職場・同一業務内容の…継続」について類似の事案に関わる判例を紹介し、Yに対する「高度の更新期待を有する状態」を指摘し、TとYの勤務日数を通算することの合理性を主張される。

指摘される立教女学院事件は一学院内で派遣から有期嘱託職員への変更、京都COM事件は親会社が同一であって、それらが、批判の論拠となし得る「類似」の事案といえるかは疑問である。本件では、偽装請負に対する民事制裁として承諾権が違法行為終了後1年間保障されている同みなし制の趣旨に照らし、就労期間を通算することが合理的であると論証する必要がある。

(b) 同みなし制による「承諾」により契約の相手方がTからYが変わるが、「雇用」の相手方がT、Yのいずれなのか、「有期派遣契約」とは企業間の労働者派遣契約なのかそれとも派遣企業と労働者との派遣労働契約なのか。それらを容易には判読しがたい記述が散見される。明快な表現を期待したい。

(イ) 沼田氏の評釈について

沼田氏は、冒頭で、本判決は①派遣法40条の6第1項にいう「同一の労働条件」と期間の定めとの関係、②派遣先との関係で雇止め法理という2つの問題が争われた初めてのケースと位置づけられる。ただ、「雇止め法理(労働契約法19条)」と記されるが、それに係る氏の見解が明確でないため、同みなし制や労働契約法18条との関係についての叙述が難解になる憾みがある。

(a) 雇止め法理に関わり、行政解釈(9.30通達)と学説(山川隆一、本庄淳志、萬井)を紹介される。私見については、労基法が有期契約に「入口規制」をせず「濫用的運用を規制する立場(無期転換制度)」をとることを根拠に、無期雇用が原則であると解すことは「無理」だとされる。

私は、①労基法による期間の上限規制、②労働契約法17条2項が有期雇用の「目的に照らして、必要以上に短い期間を定め」反復更新しないよう「配慮」を求めることおよび③有期契約濫用への対処策は幾つかあり得る中で無期転換制度を採った趣旨を総合すれば、無期雇用が原則であると解することが「無理」であるとは考えない。

9.30通達によれば、有期労働契約の「始期、終期」はTとの契約の「内容がそのまま」Yとの契約に適用される。だが、先に指摘したように現実には、申込みに対する「承諾」の時点で注文主は紛争から離脱するためには業務請負契約等を解除し、労働者は仕事を失った業者から解雇されている状況にあることが多い。本件で、終期は「内容がそのまま」であれば、Yの下で働き始める予定の2019年4月1日には労働契約は消滅しており、結局、Yとの関係では同みなし制は空転する。

また、雇止めの法理は「『事実』の積み重ねを総合考慮する法理」であり、一方的なみなしによって契約を成立させる同みなし制は「地位の包括承継」であるから、雇用継続に対する「期待的利益」も承継されると主張される。しかし、その「期待的利益」は労働契約法19条を支えるであろう

が、直ちに18条の法理念とはなり得ない。18条を支えるのは無期雇用原則を措いて、他にはあるまい。

Yとの契約の具体的な内容をどのように想定するのが焦点であり先決である。同みなし制によって成立する労働契約の期間に関しては行政解釈や山川、本庄氏の解釈を「妥当」とされるが、何を根拠に同通達等を「妥当」とされるのか。肝腎な焦点に係る論証を欠くため、全体としての説得力に欠ける。

(b)「労働契約申込みみなし制度の趣旨」と題する項で、松下PDP事件・最高裁判決は、多重請負の場合には「実際に労働者を受入れて使用している」注文主との間に黙示の労働契約成立が認められる、とする規範的解釈をとったと指摘される。しかし、本件は二重請負ではないから、松下PDP事件判決にいう「特段の事情」があったかは問題にならないし、黙示の労働契約の成否が争点でもない。派遣法40条の6が創出するのは明示の労働契約であって、同判決紹介にどのような意義があるのか、疑問である。

沼田氏は、直接雇用を原則と解し、例外的に間接雇用を利用する場合には、毛塚勝利氏に倣い、「適切に（外部）労働力を利用し、労働者の安全や雇用上の利益を害しないようにする注意義務」があるとして、義務違反があった場合には直接雇用の原則に立ち戻っても「仕方がないという受入先の『意思』が推認される」と述べ、その「受入先の『意思』」が派遣法40条の6を支えると解されている。だが、文脈で重きを占める毛塚氏提唱の「第三者労働力適正利用義務」なるものは内実に欠けている⁽¹⁷⁾。

そもそも、間接雇用は労働者派遣法の諸規定を遵守することが不可欠の条件であるが、派遣法44条、45条は労基法および労働安全衛生法の一定の条項に関しては派遣先をそれらの条項の「使用者」と見做して直接「適用」とすると定める。そこに規定されるのは「注意義務」に止まるものではない。それらを踏まえた上で、派遣法40条の6は一定の違法派遣を受け入

れた者に民事制裁として労働契約の成立（使用者責任の引き受け）を強制するのであって、「雇止め法理」の枠に収まるものでもなく、第三者の労働力利用者の「注意義務」違反を追及したり、違法先を「推認」ないし擬制するものでもない⁽¹⁸⁾。ちなみに、違法派遣先の労働者とは労働契約を結ぼうとはしない意思は強固であって、結ぶ意思の存在を推認し得るような状況ではない。そうであるからこそ、派遣法40条の6は契約申込みをみなし、労働者の承諾によって労働契約を創設することとしたのである。沼田氏は、「…制度の趣旨」と題しながら、諸制度を精確に把握されていない。

(c) 東京地裁は労働契約法18条の無期転換制度に関し、TとYを「同一の使用者」とは解さず、同条の適用を否定する。「同一の使用者」であることを否定する本件判決および9.30通達や山川氏らは派遣法40条の6の意義を精確に捉え損ねている。

しかし、先に述べたように（3(3)(イ)(b)）、Yに対して労働契約法18条が適用されると解すべきである。沼田氏は、解釈論としては「困難」だとして山川氏らに同調し、後は「立法的措置」を期待して稿を終えられる。しかし、私の指摘を「もっとも」だと肯定されるのであれば、解釈論は保留するという選択肢もある。特に根拠を示さないまま9.30通達などに同調されるのは釈然としない。

沼田氏は、私の解釈論の全体を捉えず、労働契約法18条に係る私見を同みなし制を想定していないとだけ述べているかのように認識されているのかもしれない。叙述が拙かったからであろうか、労働契約法18条と派遣法上の同みなし制の関係に関わる私見を正確には理解されなかったのは不本意である。

(d) 実は、沼田氏は、厚労省や鎌田耕一氏、荒木尚志氏らと同様、労働者供給事業の図において供給先と労働者を結ぶ線を「労働契約」とし、供給先と労働者は労働契約関係にあると解されている⁽¹⁹⁾。労働者派遣につ

いては派遣先と労働者を「指揮命令権」されるから、供給と派遣を明確に区別した上での表記である。そうならば、労働者供給事業を禁止する法的根拠は何か。同図に付される説明は氏自身が従前から提唱し、そして本件評釈においても指摘される直接雇用の原則と矛盾はしないのか。当初から供給された労働者とは労働契約関係にあるというのであれば、地裁がYとXの間に新たな労働契約の成立を想定することを基礎から批判されねばならないのではあるまいか。厚労省や鎌田耕一氏らも同様に解されるが、派遣法40条の6第1項5号は偽装請負と判明した時点で注文主（供給先）に労働契約の申込みをみなし、労働者の承諾によって新たに労働契約を創設させる（同一の者の間で労働契約が重複して存在することになる）が、そもそも、当初から供給先と労働者との間に労働契約が存在しているのであれば、改めてもう一つ労働契約を創る同条の趣旨は何か、そこで出現する労働契約の併存という事態、両契約の関係をどのように説明されるのか⁽²⁰⁾。説明不能と推測されるが、説明できなければ、本件判例評釈を基礎から自ら崩壊させることになりはしまいか。

労働者供給とは何か、供給先、供給元、労働者三者の法的関係をどのように解するのか、それと労働者派遣はどこが同じで、どこが異なるのか、間接雇用論を根本から整理し直される必要がある。

（ウ）両氏に期待されること

判例評釈の焦点を鮮明にすることを重視し、甲斐田氏は原告代理人として、Xから事案の推移と訴訟提起を決断するに至った事情、その時点における具体的な問題等を詳しく聴き取られた筈で、それを整理して、本判決では、労働者の「保護」に反する、どのような不都合な事態が生じるのか等を具体的に説くことが期待された。沼田氏は、行政解釈や学説の分析よりも、間接雇用に関わる法構造を的確に把握し、本件判示の具体的な問題点の追及に力点を置かれるべきであつたろう。

なお、甲斐田氏が訴訟において労基法19条を援用されなかったのは原告代理人としては落ち度であろう。また、裁判所は当事者が主張立証しなかった事実については認定し得ないとしても、法解釈論上の問題については独自に判断を示しうる立場にあるから（当事者に釈明を求めることが望ましいとしても）、必要かつ有益であれば、将来の同様の事案に指針を示すためにも、本件であれば有期労働者の雇い止めに対する労基法19条の適用問題に言及することが望ましい。その意味で沼田氏が同条には全く言及されなかったのは遺憾である。

4. 小括

違法派遣を行なってきた企業が、派遣法40条の6に基づき労働者の「承諾」を条件として新設することになる労働契約は、在来の、企業の合併や事業譲渡などに際し、新たに成立する企業へ移籍する労働者の労働契約とは、成立の要件や手続きも異なるだけでなく、全く性格が異なる。同みなし制は違法派遣に対する民事制裁として新たに設けられたもので、それによって成立する労働契約は従来の労働契約とは性格を異にし、時には、既に廃業した事業についても再開を強いることにもなる。そのような異質の労働契約が創設されたことにつき、裁判官や弁護士（法律実務家）も研究者も、刮目して解釈に当たる必要がある。

-
- (1) 萬井隆令『労働者派遣法論』（旬報社、2017年）51頁。
 - (2) アズビル事件・東京地判令6.4.25労働法律旬報2078号36頁、同事件・東京高判令6.11.19労働法律旬報2078号33頁。
 - (3) 甲斐田沙織「アズビル事件地裁・控訴審判決の問題点」労働法律旬報2078号（2025年）6頁、沼田雅之「労働契約申込みみなしにより成立した派遣先の労働契約と雇止め法理の適用」労働法律旬報2078号12頁。
 - (4) 前掲注（2）。判旨紹介をしており、判決文は短いので、掲載誌と頁の記載は原則として省略する。
 - (5) 前掲注（3）甲斐田・労働法律旬報2078号7～8頁、沼田・労働法律旬報2078号12頁。

- (6) 前掲注(3) 甲斐田・労働法律旬報2078号6頁。
- (7) 前掲注(1) 萬井『労働者派遣法論』49頁。
- (8) 萬井隆令「派遣法40条の6適用の要件と労働者の『承諾』—全港湾・日検事件・名古屋地判令2.7.20」労働法律旬報1970号43頁以下。
- (9) 本庄淳志「派遣先の直接雇用申込みみなし規制の正当性—雇用保障の視点から見た規制の再構成」法律時報90巻7号(2018年)49頁、同「直接雇用の申込みみなし制(派遣法40条の6)をめぐる解釈問題」静岡大学法政研究27巻1号(2022年)3頁以下。
- (10) 西谷敏『労働法〔第3版〕』(日本評論社、2020年)501頁、前掲注(3)労働法律旬報2078号21頁。
- (11) 沼田氏は、私は労働契約法18条は同みなし制による契約創設の場面を想定していないと解されるが(前掲注3)労働法律旬報2078号21頁)、それは拙著の読み込み過ぎ(誤解)である。
- (12) 萬井隆令「派遣法40条の6適用限定・否定論の批判的検討」労働法律旬報1957号(2020年)58頁。
- (13) 萬井隆令『労働者派遣法の展開と法理』(旬報社、2025年)158頁。
- (14) 本庄淳志氏も同じ誤解をしている。萬井隆令「続々・派遣法40条の6論の諸相—本庄淳志氏の『解釈問題』について」労働法律旬報2042号(2023年)50頁。
- (15) 厚労省労働基準局編『労働基準法(上)』(労務行政研究所、2011年)264頁、東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法』(有斐閣、2003年)352頁(野田進)、土田道夫『労働契約法〔第2版〕』(有斐閣、2016年)651頁、西谷敏『労働法〔第3版〕』(日本評論社、2020年)453頁、荒木尚志『労働法〔第5版〕』(有斐閣、2022年)335頁等、通説である。
- (16) ドコモCS事件について大阪地裁へ提出した意見書において、それを論じた、萬井隆令「有期契約更新拒否(雇止め)と労基法19条—セクハラ等に起因する精神障害が労災と認定されたドコモCS事件をめぐる」労働法律旬報1921号(2018年)35頁。ただ、原告が判決まで訴訟を続けられず、金銭和解で終結したため、裁判所の見解は示されなかった。しかし、請求額の3分の2(200万円)を支払ったことから、ドコモCSは訴訟は不利であると認識していたと推測される。
その後、有期契約労働者が労災により休業中、疾病が回復していないことを理由に雇止めされた事案で、原告が、労基法19条1項を挙げ、それに「照らせば、本件雇止めに客観的に合理的理由がない」と主張した大器CCおよびENEOS事件(同事件・大阪地判令3.10.28労働判例1257号)がある。労基法19条を主張の合理性の根拠としたもので、同条の適用ないし準用を主張してはいない。
- (17) 萬井隆令「続・派遣法40条の6論の諸相とその批判的検討—毛塚勝利氏、

-
- 沼田雅之氏の見解について」労働法律旬報2033号（2023年）40頁。
- (18) 前掲注（3）沼田・労働法律旬報2078号20頁、前掲注（12）萬井隆令『労働者派遣法の展開と法理』173頁。
- (19) 藤本茂ほか編『ファーストステップ労働法』（エイデル研究所、2020年）309頁、諏訪康雄・鎌田耕一編『労働者派遣法〔第2版〕』（三省堂、2022年）47頁、荒木尚志『労働法〔第5版〕』（有斐閣、2022年）596頁。
- 供給元とは（労働契約はなく）事実上の労働関係である場合にのみ労働者供給となるという理解も問題なのだが、萬井隆令「偽装請負に対する法規制のあり方―翻弄される『労働者供給』概念に関して」労働法律旬報1980号（2021年）51頁以下。
- (20) 前掲注（12）萬井『労働者派遣法の展開と法理』38頁以下。