

# 違法派遣と労働者供給事業

近藤昭雄

- 一 はじめに
- 二 分析の対象と視点
- 三 労働者供給事業の禁止——職安法四四条の主旨
- 四 派遣法前史——偽装請負の横行による禁止の空洞化
- 五 派遣法の制定と労働者供給事業
- 六 違法派遣と派遣先・元企業の責任
- 七 おわりに

## 一 はじめに

一九八六年に、労働者派遣法（労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備等に関する法律）が制定・施行されておよそ三〇年、とりわけ、法が禁止する特定業務（現行法Ⅱ労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者供給事業）が

働者の保護等に関する法律四条―以下、「派遣法」とのみ、いう）を除くすべての業務において、「派遣労働」という形態の労働力利用が認められるに至った二〇〇三年からでも、一〇数年、間接雇用という形で労働力の利用は、派遣法に基づいて、適正・適法になされているはずであるし、されていなければならぬはずである。

しかし、資本の強欲は、偽装請負等による派遣法の潜脱、派遣期間規制の違反等の派遣法違反を繰り返している。<sup>(1)</sup>ところが、そうした事態は、派遣労働者を利用する企業（以下、「ユーザー企業」と表現する）の資本としての強欲に基づいて生じてきたものであるにも拘わらず、現行法制およびその運用の下では、偽装請負を含め、派遣法違反として、派遣元企業のみが責任追及されるに止まって、ユーザー企業は何らの責任を負わされることはない。

そして、そのことが、法制定三〇年を経過するも、法の潜脱がやむことなく、そのことが派遣労働者の雇用の不安定さと派遣労働の一層の安易な利用を生んでいる基となっている。そこで、本稿では、偽装請負・違法派遣は、職安法四四条が禁止する「労働者供給事業」に該当することを明らかにすることを通して、そのような場合における派遣元・ユーザー企業双方の責任を問うことに道を拓きたい、とするものである。

## 二 分析の対象と視点

(一) 本稿では、前述したように、違法派遣が「労働者供給事業」に該当することを明らかにすることを目的としている。

違法派遣というとき、もっとも典型的なものは、「偽装請負」である。偽装請負とは、請負契約形式をもって労働

力を利用しながら、「請負」としての実質を欠き、「派遣労働」に他ならない労働力の利用であるにも拘わらず、派遣法所定の適法な派遣として行われていない労働力の利用形態を指している。

なお、この偽装請負問題は、従来は、専ら、(派遣)労働者に対する注文主企業(ユーザー企業)の雇用責任(両者間に労働契約関係が成立するか)の問題として議論されてきた。しかし、本年一〇月一日より施行される改正派遣法四〇条の六第一項は、派遣法の「規定の適用を免れる目的で、請負その他労働者派遣以外の名目で契約を締結し、……労働者派遣の役務の提供を受けること」を行った場合(四号)には、「その時点において、当該労働者派遣の役務の提供を受ける者から当該派遣労働者に対し、その時点における当該派遣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し込みをしたものとみなす。」として<sup>(3)</sup>いるので、偽装請負は「労働者供給事業」に該当するかの問題は、いわば旬を外れた問題と思われなくてはならない。しかし、労働者供給事業については、これを行った者も、その者から労働者の供給を受けた者も、いずれともに刑事責任が問われることになっている(職安法六四条九号)ことに<sup>(4)</sup>加え、後述するように、労基法六条(中間搾取の禁止)の適用も問題になる。さらに、現在、国会会期中の派遣法改正案においては、派遣業者が派遣事業の許可を受けていて、そこから派遣された労働者であれば、その長期的使用が可能となるにも拘わらず、資本の強欲が生んできたこれまでの事態から見ると、なお、偽装請負を使った労働力の利用が行われて行くであろうことは、十分に予想されるところでもある。したがって、これらのことからすれば、偽装請負は「労働者供給事業」に該当する否かの問題の検討は、なお、重大な意義を持つものと思われる。

また、「出向」という人事異動名目を用いて派遣を行う事例等<sup>(5)</sup>、これまで、様々な派遣法違反が展開されてきた。そこで、上記に加えて、派遣法の主旨・性格との関連で、派遣法違反の派遣が「労働者供給事業」<sup>(6)</sup>に該当するかの問

題についても、検討していくものとする。

(二) 前述のように、偽装請負が「労働者供給事業」に該当するとの主張は、主として、注文主（ユーザー）企業と（派遣）労働者との間に労働契約関係が存するとの主張の前提として、偽装請負関係は、ユーザー企業と下請企業との間の請負契約に基づき、下請企業が、その雇用した（労働契約を締結している）労働者をユーザー企業に送り出し、その支配下で労働に従事させるものであるところ、それは「労働者供給」に他ならず、違法な行為であり、したがって、請負企業・労働者間の労働契約は、そのような違法な「労働者供給事業」関係の基になっているものであって、無効となるとの主張として、展開されたものであった。

一方、そのような主張に対しては、職安法四四条が「何人も、……労働者供給事業を行い、又はその労働者供給事業を行う者から供給された労働者を自らの指揮命令の下に労働させてはならない。」として、労働者供給事業を行うことも、そこから労働者の派遣を受けることも禁止する一方、四条六項において、「この法律において『労働者供給』とは、供給契約に基づいて労働者を他人の指揮命令を受けて労働に従事させることをいい、労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の保護等に関する法律……第二条第一号に規定する労働者派遣に該当するものを含まないものとする。」と規定しているところ、偽装請負といえども、請負企業が労働者を雇用し、その労働者をユーザー企業に派遣し、その指揮命令下で労働に従事させているのであるから、派遣法二条一号という「労働者派遣」に他ならず、したがって、偽装請負は、違法派遣ではあるが、「労働者供給事業」には該当しないとする論（派遣法単独適用説）が、主張される<sup>(一)</sup>。

それに対し、偽装請負は労働者供給事業に該当とするとの上記考えの基礎は、派遣法、職安法は、それぞれ独立の法であり、したがって、一つの行為につき、重疊的に適用され、偽装請負は派遣法に基づかない違法派遣であると同時に、職安法四四条に違反するものであるかぎり、「労働者供給事業」であって、それぞれの法違反の責任が発生するとの主張（重疊適用説<sup>8</sup>）であり、したがって、職安法四六項にいう「労働者派遣」とは、派遣法に基づいて適法に行われている労働者派遣を指すものであると、主張する。

一方、偽装請負の場合につき、当該請負契約は「脱法的な労働者供給契約として、職安法四四条及び中間搾取を禁じた労働基準法六条に違反し、強度の違法性を有し、公の秩序に反するものとして民法九〇条により無効とすべきである」として、請負業者・労働者間の労働契約および当該請負契約の双方を無効とした上で、ユーザー企業と労働者との間の労働契約の成立を認めたと高裁判決（松下プラズマディスプレイ（パスコ）事件・大阪高判平二〇・四・二五労判九六〇）を否定するに当たって、最高裁は、たとえ、請負契約形式が取られていたとしても、「注文者（ユーザー）編注」がその場屋内において労働者に直接具体的な指揮命令をしているような場合には、……これを請負契約と評価することはできない。そして、上記の場合において、注文者と労働者との間に雇用契約が締結されていないのであれば、上記三者間の関係は、労働者派遣法二条一号にいう労働者派遣に該当すると解すべきである。そして、このような労働者派遣も、それが労働者派遣である以上は、職安法四六項にいう労働者供給に該当する余地はないものというべきである。」として、上記「派遣法単独適用説」の立場をとった（最一小判平二一・一二・一八労判九九三）。

これら両判決に対しては、様々な評釈が展開されたが<sup>9</sup>、それらは、偽装請負の場合に当該請負契約を無効とした上で、ユーザーと労働者との間にいわゆる黙示の労働契約が成立することを認めるべきか否かの問題についての理論分

析が中核であつて、偽装請負が労働者供給事業に該当するか否か、職安法四条六項を如何に理解すべきかについては、必ずしも、十分には議論されなかつたように思われる。

しかし、実は、この「派遣法単独適用説」は、職安法四条六項の形式的文理解釈のみからすると合理的なように見えるものの、実質的根拠については、ほとんど示されてはいないものである。そして、職安法四条や派遣法制定の歴史的経緯や意味との関連で見ると、それは、むしろ、非合理的・非論理的な見解であることが見えてくる。そこで、以下では、職安法四条や派遣法制定の歴史的経緯や意味の分析を通して、「職安法・派遣法重畳適用説」が取られるべきであること、言い換えれば、偽装請負は労働者供給事業に該当し、また、労基法六条に違反するものであることを、分析・論及していくものとする。

### 三 労働者供給事業の禁止——職安法四条の主旨

一九四七年、職業安定法四四条は、「何人も、……労働者供給事業を行つてはならない」と、「労働者供給事業」、すなわち、雇い入れた労働者を他者に提供するという形の労働力の利用形態を禁止し、この四四条の規定に違反した者（労働者供給事業）を行った者は）「一年以下の懲役又は一万円以下の罰金」に処するものとした（六四条四号）。更に、翌四八年には、「又はその労働者供給事業を行う者から供給される労働者を使用してはならない。」と加えて、供給を受けた企業も、合わせて、処罰するものとした。加えて、職安法は、施行規則四条一項において、「労働者を提供しこれを他人に使用させる者は、たとえその契約の形式が請負契約であっても、次の各号のすべてに該当する場合を除

き、……労働者供給の事業を行う者とする。」(傍点・筆者)として、「請負」と言えるためには、1.「作業の完成について事業主としての財政上並びに法律上のすべての責任を負うものであること」、2.「作業に従事する労働者を指揮監督するものであること」、3.「作業に従事する労働者に対し、使用者として法律に規定されたすべての義務を負うものであること」、4.「自ら提供する機械、設備、器財……若しくはその作業に必要な材料、資材を使用し、又は専門的な企画、技術を必要とする作業を行うものであって、単に肉体的な労働力を提供するものではないこと。」という、この四つの要件をすべて満たさなければならず、そうでない場合は、「労働者供給事業」に当たるとはならず、「犯罪」行為であるとした。

このように徹底した労働者供給事業の排除を定めた職安法四四条は何を意図して、あるいは、何を目的としたのであろうか。

この点について、労働法學上、必ずしも十分な議論がなされているとはいえないが、共通した主張・理解は、労働者供給事業禁止と「表裏一体の関係」にあることとして、「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「直接雇用の原則」を定めたものであるとする見解である。<sup>(10)</sup>

この見解は、妥当なものではあるが、しかし、更にこれらの主張の意義を深めるべく、労働者供給事業の禁止に至る歴史的事実をフォローしながら、その経緯について探求することを通して、そのことの意義について、明らかにしていきたい。

明治時代に始まる近代的工業生産において必要とされた熟練労働力は、その当初においては、企業と「職人―徒弟」

を抱える親方との「請負契約」を通して調達され、その「職人―徒弟」に対する管理についても、企業の関与は間接的であった。しかし、日本の産業革命の時を過ぎて、近代的技術の導入を基礎とした明治後期の重化学工業の展開期に入ると、そのような近代的技術に対応する熟練工育成のため、企業が労働者を直接雇用し、初期教育を基礎とした労働過程での指導・教育（OJT）を通して、熟練労働者を養成し、生産活動を展開する方式へと、転換していくことになる（労務管理の自立化と日本的雇用慣行の成立）。

しかし、他方、直接雇用ではない労働力の利用（間接雇用形態）も、なお残存していくことにもなる。すなわち、①工場生産において、主生産工程の外にあつて、それを補助する労働集約的な雑作業分野において、②臨時的に発生した業務への対応のために、あるいは、③都市部から隔離された土地において、多数の人力によって担われる作業現場や、大量の、とりわけ強い筋力を持った労働力を必要とする労働集約的な現場、等においては、それらに対処するための大量の労働力を集め、あるいは、恒常的にプールしておく、それらを企業に提供（労働者供給）するとともに、統括する分野も、併存的に、存在していくことになるのである。とりわけ、鉱山、炭鉱、建築・土木、港湾等の業務においては、強い筋力を持った大量の労働力が必要とされるために、いわゆる「組」という形で組織化された肉体労働者集団を丸ごと受け入れ、その組の幹部にその管理を委ねる状態で、業務運営への組み入れが行われていく（「組制度」）。

それらは、「請負」という形式はとるものの、実質は、人（労働力）を「集め」、それらを、丸ごと、企業に「提供」し（俗にいう「人出し」＝労働者の供給）、更にそれら労働集団を直接管理するという形で、展開される。

そのとき、労働力を組織化し、提供する主体（俗にいう「労働ボス」）は、そのコストという名目で、労働者から多

額の金員を収奪（賃金からピンハネ）し、それを可能にするために、暴力的強制力を行使し、ことに、大量の、とりわけ強い筋力を持った労働力を必要とする労働集約的な現場においては、そのような労働形態の本質から、人集め（労働者のプール）や管理は、すぐれて「暴力的」であり、それ故にきわめて非人間的な支配と、時には、私的生活領域にまで及んだ極度の収奪（たとえば、割高な生活必需品購入の強制、博奕による商品の巻き上げ、等）が展開することにもなる。

このように見てくると、間接雇用の活用は、利潤追求のための合理的・効率的労務構成という企業経営の要請・必要性に基づいて展開、利用されていったものであって、決して、決して、封建的労働慣行などというものではない。特定の分野で、暴力的支配が行われるというのは、決して、日本だけのものではない。例えば、港湾労働や炭鉱・鉱山での労働形態は、歴史的に、どこの国においても、実力的・暴力的であった。労働過程におけるBOS Sという言葉概念自体がそのことを表している。

確かに、人材（労働者）の供給には、暴力的要素が入り易い。というのは、人を商品化し、直接人を引き渡し、あるいは、支配するのであるから、労働組合や法の関与を通して、労働過程が近代化・民主化されていかない限り、実力は、ストリートに、人に向かって展開されるからである。したがって、実は、労働者に対する暴力的支配というものは、労働者供給という事態に本質的に内在するものであり、暴力の排除、労働者の自立化といった労働過程の民主化は、労働者供給という事態の排除をもって、もつともよく、達成できるのである。

これらにより、敗戦後の労働過程の「民主化」の主要な政策の一つとして、暴力的支配の現実を取り除き、もって、労働者の福祉の増進を達成するために、「労働ボス」の温床である「労働者供給事業」を日本社会から排除すること

が選択されたのである。<sup>(11)</sup>

それらが日本固有の問題でないことは、「労働は商品ではない」との理念の下、労働市場の適正な機能の確立に心を寄せてきたILOの努力とも、通じるものである。<sup>(12)</sup> 確かに、暴力的支配の仕組み・構造は、その国の（したがって、日本特有の）慣行・仕組みをもって展開されているものであるから、わが国における、それに対抗する具体的政策がその特性、すなわち、労働者支配の戦前における実態に合わせて、展開、説明されていくことになるのは、当然である。したがって、その面のみを捉えるならば、労働者供給事業の禁止の主旨を、「封建的労働慣行の排除」としてのみ捉える見解が生まれることも、十分に予想される。しかし、そのように片面的把握からは、封建的部分の排除ということだけに止まらずに、労働者供給事業の全面禁止がなされたのは何故なのかの説明はし切れない。それは、労働者供給事業それ自身が、本質的に、非人道的、非民主的なものであり、それ故に全面禁止されたとみるのでなければ、その本質的意義の理解には、つながり得ないものである。

これと同様の視点から、浜村教授は、同じく、労働者供給事業の禁止の「規範的根拠をなすものが『労働は商品ではない』という命題です。」と説かれ、<sup>(13)</sup> また、鎌田教授は、労働者供給事業を禁止するに至ったGHQの考え方を探った後に、「労働者供給事業の禁止の背景には、労働者供給事業を利潤や搾取の目的・手段にしてはならないという『アメリカの人権思想』があ」った、と指摘されている。<sup>(14)</sup>

事実、GHQ労働課マンパワー政策担当者・マッケボイは、一九四六年初めからの種々検討の結果、「長期的に見ればやはり労働ボス制度に代わる他の労務供給制度を設けた方が、労働者の福祉、利益につながるという結論になりました。われわれの戦略の中には、GHQの圧力によって労働ボスの勢力をかなり弱めれば、後は組合運動の発展の

中で、労働ボス制度を根絶できるという思惑があったのです。もちろんその背景にはアメリカの人権思想、労務供給事業を利潤や搾取の目的、手段にしてはならないという概念、それを法的に防止するのは社会的責任であるという思想がありました。<sup>(15)</sup>と、同じく、GHQの労働課労働者供給事業禁止担当官・コレットは、「この度新しく実施される職業安定法は今まで日本にあつた人夫供給業とか親分子分による口入れ稼業というものを根本から廃止してこの封建制度が生んだ最も非民主的な制度を改正し労働者を鉄か石炭かのように勝手に売買取引することを日本からなくして労働者各人が立派な一人前の人間として働けるように計画されたものである。」<sup>(16)</sup>と、各、述べたといい、更に、職安法の「法案理由説明要旨」においては、本法案においては、「労働者保護」のため、「他人の勤労の上に存在する労働者供給事業を禁止するものであります。すなわち……従来多く行われてきた労働者供給事業は、中間搾取を行い、労働者に不当な圧迫を加える例が少なくないのに鑑み、労働の民主化の精神から全面的にこれを禁止しようとするものであります。」と、述べられている。<sup>(17)</sup>

このように見てくると、職安法四四条による労働者供給事業の禁止は、同六四条の処罰規定とも相俟つて、憲法の人権保障理念を労働市場の場で具現化したものであり、したがって、労働者を商品として取引対象としてはならない、そのような行為は常に、反人道的・反憲法的営為に他ならないとの「公序」を生み出したものというべきである。それは、決して、「行政的取締規定」などに止まるものではなく、雇用関係法の根本規範をなす原則というべきものである。

#### 四 派遣法前史——偽装請負の横行による禁止の空洞化

以上のような、深遠な意図をもった職安法の制定にも拘わらず、経済復興とそれに続く高度成長の展開の中で、それは、「偽装請負」という手段（違法行為）をもつて、少しずつ蝕まれ、次第に、むしろそれら既成事実を肯定的に評価しようとする、労働者の人権も経済成長に価値的優位を認めるグループの登場・勢力拡大によって、大穴を開けられるに至る。労働者派遣法の登場である。その意味で、派遣法は、反公序的違法行為の積み重ねの中で生み出された現代の「鬼子」なのである。

##### (一) 禁止規定の潜脱

##### (一) 技術革新と間接雇用の展開

朝鮮戦争に伴う特需を契機とした産業復興から産業基盤の強化へと向かう一九五〇年代（昭和二〇年代後半）に入ると、間接雇用禁止の政策はゆるめられ、経済（産業）発展に人間を従属させる政策へと舵取りがなされていく。

それは、まず、昭和二十七年、前記職安法施行規則四条一項四号の「専門的な企画、技術」とあった部分を、「企画」（専門的な）<sup>18</sup>がとれる）若しくは専門的な技術若しくは専門的な経験」（注および傍点筆者）と改正し、請負業者の参入可能性を広げると同時に、一〜三号の要件チェックを徹底してネグレクトする政策として、展開される。

これらの結果、鉄鋼、造船、化学等の重化学工業の分野を中心に、「請負」名義の「労働者供給」＝偽装請負が広がっ

ていく。すなわち、これらの産業では、多数の下請企業が生産を担っているが、それは、その下請け企業の労働者の多くが、注文主である企業の構内において、その生産過程に組み込まれながら労働に従事するという形で展開されたのであった。このような、下請け企業の労働者で、注文企業（あるいは、元請け企業）の構内で労働に従事する者は「社外工」と呼ばれたが、この社外工は、昭和二〇年代後半から次第に増大し、昭和三〇年代に入ると、一層の増加・拡大を示したのであった。すなわち、昭和三〇年代に入ると、わが国産業は、急速な技術革新・合理化を展開させていくが、その結果、生産のための基幹的作業分野と補助的作業分野とが截然と区別されるようになり、その基幹的作業は正社員（本工）労働者が、3K労働である補助的作業分野は社外工が担うという形で、間接雇用化は急速に展開されていったのである。これらの結果、技術革新・合理化の進んだ作業現場ほど、社外工の占める割合は大きくなる。たとえば、昭和三〇年代の後半（一九六〇年代前半）、新日鐵の中核事業所である君津では、下請け化率が七五パーセントを超えるほどであり、そして、それは、鉄鋼・造船・化学産業における一般的傾向となっていたのであった。<sup>(19)</sup>

それら社外工の大部分は、注文（ユーザー）企業の生産工程に組み込まれつつ労働に従事するのであるから、それを提供する企業は、「労働者供給事業」であり、注文（ユーザー）企業は、それから労働者の供給を受ける者に他ならない。ところが、経済の高度成長、したがって、その基礎をなす技術革新・合理化を最大の「善」となす政策は、それを無批判的に受け入れるイデオロギーに支えられ、そのような「労働者供給事業」の蔓延を黙認していく。その結果は、職安法四四条、六四条の死文化であった。

と同時に、この「社外工」の置かれた状況は、「間接雇用」の特性を表して、余りあるものである。すなわち、第一に、①低コストでの労働力の利用という本質、②さらに、注文主と下請け企業双方からの二重収奪に起因する（直

接雇用に比しての) 低い労働条件、第二には、「派遣労働者」は、「労働力商品」として取引対象とされるのだから、「人間」ではなく、原料や機械と同様、生産財の一つとして、扱われる(人間の商品化)。第三に、「社外工」という表現に象徴される身分的格差(労働分野における格差のみならず、企業内における様々な「二流市民」的処遇、正社員労働者への隷属)である。例えば、鉄鋼業や造船業等において、本工(正社員)と社外工では、入構する門が異なり、食堂や更衣所も、区別されていたという。そして、作業現場では、それら社外工を、本工労働者が、帝王のごとく威張りちらしながら、働かせていたのである。というのも、労働関係の近代化に伴って、物理的暴力を用いての支配は次第に影響を潜めるとはいうものの、「労働者供給事業」が「人間の商品化」である以上、労働力の利用・支配は、直接、労働者に対する人的支配として現象する<sup>(21)</sup>ことは、不可避だからである。「労働者供給事業」における人的支配という事態は、繰り返し言うように、決して、戦前が封建的雇用関係だったから発生するのではなく、「労働者供給事業」の本質に他ならないものなのである。第四に、不安定雇用という本質である。本来的に、社外工は、「景気の安全弁」として、企業に利用され、正社員の職を支える存在(正社員の「職の安全弁」とされる。その結果、社外工の職は、景気の変動を真っ先に受け、不安定化する)のである。これらが社外工労働の実態であり、それが禁止されねばならない理由なのである。

## (二) 高度成長と間接雇用の拡大

このようにして再び登場し、一九六〇年代の前半(昭和三〇年代後半)、重化学工業分野に定着していった「間接雇用」という労働形態は、一九六〇年代後半に入ると、企業の間接作業分野へと拡大していく。清掃、受付、空調管理等のビルのメンテナンス業務(ビル・メン)、警備業務等の間接雇用化である。

これらも、「請負契約」名義に偽装請負で展開されていくのであるが、時は、高度成長の真つ只中、合理化を最高の善とする前記風潮の中、さほどその問題性が社会的関心を呼ぶこともなく、また、「間接部門」は企業活動の中で、相対的に自立していることから、「請負契約」概念との乖離も、問題視されることもなく、推移していく。

さらに、この「間接雇用」形態を利用した合理化にコスト削減方式は、一九七〇年代に入ると、①パンチカード・システム、ワープロ等の機材の利用などに代表される事務の機械化に伴って、その機械化された業務分野における利用、②高度成長の結果としてのサービス経済化に伴って隆盛化したサービス産業や販売部門、情報伝達技術の発展によつて隆盛した放送業界（とくに、TV部門）における利用等へと、量的にも、質的にも、大きく、拡大していく。

そして、一九八〇年代に入ると、企業の全分野におけるコンピュータの利用が始まり、それに関連した作業領域で、あるいは、コンピュータ化の結果単純化されるに至った作業領域で、「間接雇用」が利用されていく。例えば、コンピュータシステムの構築に従事するSE（システムエンジニア）、その設計に基づき具体的にシステムを作り上げていくプログラマー、システムに情報を送り込むキーパンチャーといったコンピュータシステム関連業務の従事者、そして、そのようにして構築されたシステムを利用して行われる業務処理の分野等において、他社に雇用された労働者を利用した業務展開がなされていく。その結果、一九八〇年代以降の企業における労働力構成において、「間接雇用」は、重要な構成要素となり、企業活動に、したがって、日本経済の発展にとつて、不可欠なものとされていくのである。

### (三) 事実関係的労働契約論の登場

以上に見たように、請負契約類型による労働力利用形態（間接雇用）の多くは、職安法違反に他ならないのであるが、

旧労働省はそれに目をつぶり、「正社員」のみをもって組織された労働組合の大勢も、その利用の容認へと突き進んでいったのであった。

しかも、社外工（「事業場内下請労働者」とも表現された）利用の職安法違反可能性を問題提起され、職業安定所あるいは職安局が注意勧告、あるいは是正勧告をするや、ユーザー企業は、それまで、さんざん社外工労働者を収奪し続けたにも拘わらず、当該請負契約を破棄し、当該労働者を解雇するという形で対応する。本来は犠牲者である労働者への更なる犠牲をもつて、責任逃れをしようとするのである。

これに対し、ユーザー企業の雇用責任を追及する運動が生まれ、それに応えていったのが、偽装請負の反規範性を強く意識し、それへの強い批判を基礎に、事実関係的労働契約論をもって、社外工とユーザー企業との労働契約関係を承認しようとした、近畿放送事件（京都地決昭五一・五・一〇労判二五二）、青森放送事件（青森地判昭五三・二・一四労判二九二）から、サガテレビ事件（佐賀地判昭五五・九・五労判三五二）へと続く、三判決である。<sup>22</sup>

これらは、いずれも、民放連が展開した事業場内下請労働者の「本工化」運動<sup>23</sup>に関連した事案であって、事実関係的労働契約論を取ったことにおいて注目されるが、その基礎にあったのは、偽装請負の反規範性に対する強い批判の意識であり、サガテレビ事件判決が鋭く指摘するように、職安法違反の行為により労働者を収奪し、利益を得ていながら、社外工利用の職安法違反可能性を問題提起され、注意勧告あるいは是正勧告がなされるや、請負契約を破棄し、当該労働者を解雇するという形で対応するという、本来は犠牲者である労働者への更なる犠牲をもつて、責任逃れをしようとすることを強く非難して、ユーザー企業の雇用責任を追及しようとする問題意識であったといえる。<sup>24</sup>

そして、これらは、学説における事実関係的労働契約論<sup>25</sup>と基礎的発想を同じくし、合わせて、労働者供給事業批判

への有力な論陣を構成したものであった。

しかし、こうした偽装請負・労働者供給事業の反公序性・反規範性への非難を基礎とした判決群が、犠牲となった労働者の救済に向けて、ある意味、「究極の選択」ともいうべき「事実関係の労働契約論」へと踏み込んでいったのに対し、その結論部分のみを、形式理論的に取り上げ、意思表示論を中心とした伝統的・古典的契約理論の立場から、それらを否定する判決が大勢を占めていくことになる。

そのような立場から「事実関係の労働契約論」を否定した最初の事例は、日本データビジネス・全日空事件（大阪地決昭五一・六・一七労判二五六）<sup>(26)</sup>であるが、その後、プリティッシュ・エアウェイズ・ボード事件（東京地判昭五四・一一・二九労判三三二）を経て、サガテレビ事件の高裁判決（福岡高判昭五八・六・七労判三五二）をもって、とどめを刺されることになる。そして、派遣法の制定もあって、この種の事件は現れなくなるが、派遣法の制定にも拘わらず、なお偽装請負を続ける資本の強欲に、再び、裁判事例が現れてはくるものの、松下プラズマディスプレイ（バスコ）事件高裁判決（大阪高判平二〇・四・二五労判九六〇）まで、日本データビジネス・全日空事件決定的論理による問題処理が続いていくことになる。<sup>(27)</sup>この松下PDP事件高裁判決は、サガテレビ事件佐賀地裁判決への回帰であったと評価できるものの、これも、再び、最高裁により否認された結果、大半の下級審判例が、最高裁の論を形式的に繰り返していくこと<sup>(28)</sup>によって、前記三判決や上記大阪高裁判決がそろって提起した本質的問題は忘れ去られていく。それ故にこそ、前記二において提起したように、この最高裁の論理を否定して、偽装請負をめぐる問題の解決に向かわねばならないというべきなのである。

## 五 派遣法の制定と労働者供給事業

### (一) 派遣法の制定

前記四(一)に指摘したような事態の進展とともに、国家の政策は、労働者供給事業の排除に向かうどころか、一九八八(昭和五三)年、行政管理庁の「民営職業紹介事業等の指導監督に関する行政監査結果に基づく勧告」において、事務処理、情報処理、ビル管理等における業務請負事業についての調査に基づき、その果たしている役割について積極的に評価するとともに、労働省に対し、「業務処理請負事業に対する指導・規制のあり方について検討すること」が勧告された。これを受けて、労働省は、同年、「労働力需給システム研究会」を発足させ、一九九〇(昭和五五)年一〇月には、同研究会は、「今後の労働力需給システムのあり方についての提言」をなし、続いて、その三年九ヶ月後(その間約二年半は検討が中断されていたというから、実質は、一年数ヶ月の検討である)、「労働者派遣事業制度の創設」が提言されるに至った。更に、それを受けて設置された「労働者派遣事業問題調査会」(職安局長の私的諮問機関)の報告を受けて、労働省は、中央職業安定審議会に対して検討を依頼し、同審議会は、その内部に「労働者派遣事業等小委員会」を設置し、問題の検討を委ねた結果、同小委員会は、一九八四(昭和五九)年四月、約二ヶ月の検討を経て、「労働者派遣事業問題についての立法化の構想」なる報告書を提出した。そして、これをベースとした中央職業安定審議会での議論を踏まえて、労働省が、「労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の確保等に関する法律案要綱」を作成し、中央労働条件審議会の議を経て、一九八五(昭和六〇)年三月一九日、

国会に上程され、同法案は、同年六月一日に可決されて、七月五日に交付・施行されるに至った。<sup>(29)</sup>

かくして成立した派遣法（労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備等に関する法律）は、派遣事業を行うことができるのは、いわゆる専門一六業種（施行令二条）に限定したが、一九九六年に一〇業種が追加された。しかし、この間も、派遣労働は、特定専門業種以外においても、請負名義での偽装行為（偽装請負）として展開され、あらゆる業種分野で、実質、派遣事業が営まれていく状況であった。そして、ここでも、派遣法制定の時と同じく、その経済的効果を喧伝して、違法状態を追認する道が選択された。すなわち、一九九九年の、労働者派遣事業の全面解禁である。従来、派遣事業を営んでもいい業種を法定する（ポジティブリスト）方式から、逆に、労働者派遣事業を営んではならない事業（派遣法四条一項、施行令二条）のみを定め（ネガティブリスト）、それ以外の業種すべてにおいて、労働者派遣事業を行うことを可能にしたものであり、派遣法の質的転換である。

## （二） 派遣法制定と職安法四条六項の意味

以上の歴史分析と、派遣法制定の経緯から、明らかなことは、①今日、「派遣労働」と観念されている働かせ方は、「労働者供給事業」として、刑罰つきで禁止された違法なものであったこと、②派遣法は、そのうちの一定のものが、「労働力の需給調整システム」において相当の役割を果たしているとの肯定的評価に基づいて、まずは、その一定のもの（一六業種）について、「労働者派遣制度」として、制度化したものであること、である。

しかし、これに対し、旧労働省は、これらの経緯につき、「これまで、請負などの形式において行われていても、雇用されている会社と実際に働く会社が異なるという就労形態は『派遣』と仮称され、事務処理サービス業や情報処

理関連業を中心に著しく増加してきた。しかし、このような就労形態は、職業安定法四四条で禁止されている労働者供給事業に該当するおそれがあるのではないか、また、労働者の就業条件や使用者責任が不明確であるために労働者の保護に欠ける面がある、などの指摘がなされ、法律的な整備が求められていた。／そこで派遣法では、同事業を『自己の雇用する労働者を他人の指揮命令を受けて労働に従事させる』事業と定義し、有料職業紹介事業などと並ぶ労働力需給システムの一つとして位置づけている。これにより雇用関係のない労働者を他人の指揮命令下で働かせる労働者供給事業、自ら指揮命令し業務の完成に責任を負う請負事業など類似の就労形態との区別がなされ、派遣事業における派遣元と派遣先それぞれの使用者責任の分担が法的に整備されることになった。／なお、労働者供給事業については、……これまで通り禁止される。」と解説している。<sup>(30)</sup>

このいうところは、結局、①派遣法は、派遣事業を、「自己の雇用する労働者を他人の指揮命令を受けて労働に従事させる」事業と定義して、制度化し、労働力需給システムの一つとして位置づけ、②その結果、雇用関係のない労働者を他人の指揮命令下で働かせる「労働者供給事業」、自ら指揮命令し業務の完成に責任を負う「請負事業」との区別がなされた、というものと要約できる。そして、これに基づき、派遣法二条一号に該当する働かせ方である限り、「労働者供給事業」には当たらないとする職安法四六項の理解へとつながっていく。

確かに、学説の中にも、これと同じように、派遣法は、労働者供給事業の中から、「労働者派遣」という形態を取りだし、合法化するとともに、派遣法の規制対象としたものであるとする見解があり（濱口桂一郎「いわゆる偽装請負と黙示の労働契約」NBL八八五号一三頁以下）、先に、職安派遣法四六項の理解につき、「単独適用説」として紹介した立場は、すべて、この労働省の考え方と同じものと理解できる。

しかし、上記労働省の主張は、第一に、論理的に筋が通らない。派遣法が派遣労働を（一定範囲で）制度化したものであるというのはその通りであるが、このことから、「これにより、雇用関係のない労働者を他人の指揮命令下で働かせる」ものが「労働者供給事業」に限定される、という結論に急に飛んでいて、その理由は、何ら示されていない<sup>(31)</sup>。また、派遣法によって、派遣労働を制度化したというのであれば、職安法四条六項は、その「制度化された派遣」、すなわち、その制度の枠の中で行われる派遣を指すというのでなければ、法の整合性は成り立たなくなる。制定当初、「派遣」として許容された業種は、一六業種に限定され、それ以外の業種で派遣事業を行うことは禁止され（四条三項）、その違反には罰則が適用される（五九条一号）までになっているのに、その禁止された派遣までもが、職安法では、適法化されてしまうという矛盾を生むことになる。各制定法は、それぞれの法目的を有するから、違法評価は一元的ではないことはその通りであるが、そうであればなおさら、何故そのような違いが正当化されるかについて、説明があつてしかるべきである。

第二に、それ以上に重大な問題は、派遣法の制定過程において、労働者供給事業について労働省が言うようなことは、どこでも、提言されておらず、審議され、承認されてもないことである。なるほど、前記中央職業安定審議会労働者派遣事業等小委員会の報告の別紙・「労働者派遣事業問題についての立法化の構想」の中には、労働省主張と同様に、「労働者派遣事業」を前記主張のように定義づけるとともに、それを労働力需給システムの一つとして位置づけるものとした上で、「供給元と労働者との間に雇用関係がないものが労働者供給事業となる」と定義してはいる。しかし、この点は、その後の審議では、格別に取り上げられることもなく、むしろ、中央職業安定審議会の労働大臣宛答申では、労働省の法案要綱は「おおむね妥当である」としつつも、「労働者派遣事業の制度化に当たっては、職

業安定法四四条の基本精神を堅持する」ことを求めている。そして、その後の国会審議においても、前記のような労働者供給事業概念につき、議論され、また承認されたといった形跡は見られない。そうすると、前記概念規定は、労働省の論証抜きの勝手な解釈であるに過ぎない。そもそも、雇用関係がない状態で、他人の指揮下で労働に従事させるなどということは、結局、暴力的に個人を拉致・監禁し、鎖にでもつないで働かせるといった事態しかありえないし、今日、そのような事態は、本来的に起こり得ないことである。ということは、現代において、「労働者供給事業」は存在し得ないということになり、結局、職安法四四条は、死文化するに至る。このように重大な結果を、格別の議論もなく、行政の解釈のみによって強行しようなどということは、あつてはならないことである。

第三に、労働省の前記主張は、これまでに述べてきた、「労働者供給事業」禁止の意味、派遣法制定に至る歴史的過程、派遣法制定の主旨からして、成り立ち得ない主張であるといわざるを得ない。逆に、この考え方によれば、それまで「労働者供給事業」であつた派遣労働が、職安法四六項によって、すべて合法化され、「労働者供給事業」として、刑罰つきで禁止された違法なものであつた偽装請負・労働者派遣を一六業種について合法化したという、派遣法制定の過程と主旨に、明らかに、反することである。むしろ、派遣法が全業種に労働者派遣という働かせ方を容認せず、一六業種に限定したのは何故なのか、説明がつかないことにならう。それは、違法評価されていたものを一六業種に限って合法化したと理解することの方が、派遣法の意義を際立たせるものであらう。

また、至つて不十分とはいえ、派遣法制定以前には、労働省自らが、偽装請負に対し、是正勧告をなしてきたものであり、それは、偽装請負は職安法四四条違反であるとの認識を前提としていたことは明らかである。派遣法制定後、労働省は、「労働者派遣事業と請負により行われる事業との区分に関する基準」（昭和六一年四月一七日労働省告示第三七

号)を告示したが、「請負」ではなく、「労働者派遣」に当たるとして示された基準は、従前、「労働者供給」に当たるとして、旧職安法施行規則四条に規定されていた内容と、ほとんど同一である。ということは、「労働者派遣」と「労働者供給」とは同質のものであると、労働省自らが認識していたことを意味するものといわざるを得ない。

以上の諸点からすれば、「労働者派遣」は「労働者供給」にはならないとする主張は、成り立ち得ない論であると  
いわざるを得ないものである。

ところで、この、職安法四条六項によるすべての派遣労働の合法化という目論見は、当初より、労働省の腹の中であつて、どさくさの中に、これを紛れ込ませたと勘ぐれないではない。<sup>(32)</sup> 派遣法制定後の、一六業種以外の業種における偽装請負(派遣法四条三項違反)に対する黙認・放置の甚だしさは、職安局・職業安定所が、労働基準監督署のような司法警察権限を持たないということを差し引いても、意図的怠慢という他ないものである。そして、そのゆえに、職安法四条六項が、他の諸規定からは浮いた存在となつて、混乱を生んでいるものである。

しかし、このようなためにする解釈による法の強引な死文化は、断固批判されなければならないし、「派遣法単独適用説」といった形で、決して、それに乗つてもならないというべきである。これを、再度確認するならば、職安法四条六項において、「労働者供給事業」に当たらないとされる「労働者派遣」とは、派遣法に基づき、適法に行われる派遣労働のことであつて、それに適合しない派遣＝偽装請負は、「労働者供給事業」にほかならないということである。

## 六 違法派遣と派遣先・元企業の責任

### (一) 労働者供給事業としての責任

以上、検討してきたように、「派遣労働」という働かせ方は職安法により禁止された「労働者供給事業」であり、しかし、派遣法はその派遣労働を制度化し、その制度の範囲内ものについて、その禁止から外したものである。したがって、企業は、「派遣」という働かせ方（間接雇用の利用）を選択したのであれば、「派遣法」に適合した制度に基づいた利用を行うべきであって、実質それに該当しないにも拘わらず、「請負」を偽装して、「派遣」という働かせ方を利用（間接雇用の利用）するなどというのは、派遣法違反であるのみならず、職安法の労働者供給事業禁止（四四條）違反であり、請負業者、ユーザー企業の双方が、職安法六四條九号に基づき、一年以下の懲役又は百万円以下の罰金を免れないことになる、というべきである。

一方、職安法違反行為（偽装請負）の私法上の評価につき検討すれば、同法はもとより、労働力の需給関係を規律する基本法であり、いわば、その法的関係・構造についての公序（国家レベルのシステム）を構築しているものであり、「労働者供給事業の禁止」は、その基本原則の一つとして、「公序」の一部をなすものといえる。先に見たように、少なからぬ判例がいうような、「行政的取締法」ではないのである。そのような、見解は、日本の労働力の需給関係の法秩序を根底から覆してしまう見解という他ない。

したがって、偽装請負が職安法違反行為であるということは、それを構成する法的関係のすべてが違法評価を受け、

法律行為であれば、違法・無効となる。したがって、偽装請負を成り立たしめている請負業者と労働者との間の労働契約は違法・無効と評価されなければならない。この意味で、前述した松下PDP事件最高裁判決の立場は否定されるべきものである。

今一つの問題は、偽装請負が職安法違反として、違法であるとして、労働者との関係で、不法行為を構成することになるかの問題である。

この点につき、既に見たように、派遣（労働者供給）という働かされ方は人間の商品化であり、すぐれて非人道的なものであつて、それだけに抑圧的な労働関係を生むものであつたことからすると、労働者人格の基本を侵害するものとして、労働者に対する関係でも、不法行為たる性格を持つ行為であることを免れず、そのような違法な形態で労働者を働かせたことにつき、請負業者、ユーザー企業の双方が、労働者に対し、不法行為に基づく損害賠償責任を免れないといふべきであるが、ここでは、スペースの関係上、多くを論ずる余裕がないので、上記の点を指摘するに止める。

ところで、派遣法は、およそ三〇年の歴史の中で、対象範囲を広げただけでなく「派遣」という働かせ方についての制度を詳細化してきた。さらに、きわめて、不十分ではあるものの、派遣が常用代替的機能を営むことの防止、不安定雇用であることへの補正等（四〇条の二、四〇条の三、等）、「派遣労働者の保護」が進められてきた。ところが、それらの点についても、少なからぬ違反や怠慢が展開されてきた。

しかし、先に論じたように、派遣法は、違法である労働者供給事業を、例外的に、法のうちに取り入れて制度化し、合法化した（免責した）ものであつた。それは、結局、派遣という働かせ方が、派遣法の定める仕組みのうちに行わ

れることを条件として、合法化したことを意味する。<sup>(35)</sup>したがって、派遣法の規定に違反する事実（派遣法規定は、時期によって変化している）、それぞれの段階における派遣法の規定に違反する行為すべて<sup>(36)</sup>がある限り、その働かせ方そのものが、派遣法による免責効果は適用されず、違法な働かせ方をさせた（労働者供給事業）を行った者が責任を負うことを免れず、また、偽装請負の場合と同様、派遣元、派遣先の双方が、労働者に対し、不法行為に基づく損害賠償責任を免れないというべきである。

## （二） 違法派遣と労基法六条

最後に、偽装請負（違法派遣）と労基法六条の問題について、論及しておきたい。

先に見たような戦後の労働関係の民主化の中で、「労働者供給事業」の禁止と並んで、労基法六条において、いわゆる「中間搾取の排除」が法定された。

なぜ、労働者供給事業が行われるかといえ、労働者を供給して、そこから「利」を得ることができるからである。したがって、「労働者を供給して、そこから『利』を得る」ことは、「労働者供給事業」の実質そのものである。それは、労働者を他者の支配下で労働に従事させ、労働者がその労働から得る賃金の一部を横取り（ピンハネ）するといふ形で行われることを実質としているからである。したがって、この関係こそが、労働者供給事業の「温床」となっているわけで、それ故に、その「温床」を排除することをもって、労働者供給事業禁止は、はじめて、実効的になる。その意味で、労基法上の「中間搾取の排除」と「労働者供給事業の禁止」は、表裏一体、不即不離の関係にあるものである。

以上の意味において、「労働者供給事業」は、当然に、労基法の禁止する「中間搾取」に該当するものと捉えらる。事実、労働省は、昭和二三年の通達において、「労働者供給事業」は、労基法六条に該当するものとしている（昭二三・三・二基発第三八一号）。したがって、これによれば、先に論じた通り、偽装請負・違法派遣は「労働者供給事業」なのであるから、労基法六条の禁止する「中間搾取」に該当するものとなる。

先に論じたように、「派遣」という労働力の利用形態は、「労働者供給事業」に該当するものであるが、派遣法が一定条件・制度の下に、それを合法化したものであり、したがって、派遣法違反の労働力の利用形態（偽装請負、派遣法違反の派遣）は「労働者供給事業」に該当する違法なものであった。したがって、派遣法に適合した派遣形態は、「法律に基づいて許される場合」に当たるものとして、労基法六条の適用を免れるが、偽装請負、派遣法違反の派遣は、「法律に基づいて許される場合」には該当せず、労基法六条違反の責を免れないということになる。

ところが、派遣法の制定とともに、この考え方が修正される。労働省（厚労省）は、「派遣元と労働者との間の労働契約関係及び派遣先と労働者との間の指揮命令関係を合わせたものが、全体として当該労働者の労働関係となるものであり、したがって派遣元による労働者の派遣は、労働関係の外にある第三者が他人の労働関係に介入するものではない」として、「派遣」という労働形態である限り、労基法六条に該当するものではないとし、この論理は、繰り返し、主張されている（昭和六一・六・六基発第三三三三号、昭六三・三・一四基発第一五〇号、平一一・三・三一基発第一六八号<sup>37</sup>）。したがって、これによれば、偽装請負・違法派遣であっても、派遣法二条一号の「労働者派遣」に該当する限り、労基法六条には該当しないことになる<sup>38</sup>。

しかし、この理屈は、おかしい。労基法六条は、労働者を供給して、そこから「利」を得ることを禁じたものであ

り、労働者の労働力の利用（労働）関係の外にいる「他人」、換言すれば、労働者がある者の指揮命令下に労働に従事して、そのことから金銭（賃金）を得るといふ関係<sup>38</sup>そのある者と労働者の間の関係の外にいる「他人」がその関係に入り込んで利を得ることを禁じたものである。というのも、「他人」がピンハネしよう（利を得よう）とするのは、労働者の労働（労務提供）から生じた利についてであり、労働契約（雇用契約）が結ばれているという関係からは、何者も生み出されないものである。そうである以上、その労働力の現実的利用とその対価の支払い関係の当事者以外のすべての者が、「他人」であり、その者がそのような関係に関わって、何らかの経済的利益を得ている限り、それは、労基法六条に違反した行為（中間搾取）に該当するといふべきなのである。<sup>(39)</sup>

以上を取りまとめれば、先に論じたように、「派遣」という労働力の利用形態は、「労働者供給事業」に該当するものであるが、派遣法が一定条件・制度の下に、それを合法化したものであり、したがって、派遣法違反の労働力の利用形態（偽装請負、派遣法違反の派遣）は「労働者供給事業」に該当する違法なものであった。したがって、派遣法に適合した派遣形態は、「法律に基づいて許される場合」に当たるものとして、労基法六条の適用を免れるが、偽装請負、派遣法違反の派遣は、「法律に基づいて許される場合」には該当せず、労基法六条違反の責を免れないということである。<sup>(40)</sup>

## 七 おわりに

本稿を上梓すべきかについては、最後まで、迷い抜いた。というのも、冒頭に述べたとおり、偽装請負をめぐる問

題は、従来、主として、ユーザー企業の雇用責任（労働契約関係の成否）問題として論議されてきたところ、本年一月からの派遣法四〇条の六の施行により、当該問題の論議は、実用法的課題ではなくなつてしまつた。また、現国会に上程され、おそらく、そのまま可決・成立するであろう派遣法改正案は、派遣労働を恒常化するものであり、派遣法批判は、もはや、犬の遠吠えのようなものとなりつつある。そのような状況下において、本稿は果たして価値を持ち得るのか、という疑念が常につきまとい続け、現在もなお、ぬぐい切れていないからである。

しかし、他方、資本の強欲は、今後とも、偽装請負という形での違法行為を消滅させることはないであろうし、派遣という労働者の働かせ方、労働関係は、いかに定着化しようとも、人の道に反した、非人道的事象であることに変わりはない。

であれば、偽装請負、違法派遣につき、資本の責任を追及すること、派遣労働というのは、本来的に、「労働者供給事業」という、非人道的営みであることを主張し続けることは、なお、日本の労働者の福祉にとって、重要な意義があることは否定できまい。

それらの点から、実用法学者としての歩みの一端として、あえて、本稿を脱稿し、大方の批判に委ねようとしたものである。<sup>(4)</sup>

- (1) 二〇〇五年頃というやや古い時期についてはあるが、その状況につき、浜村彰「偽装請負と受け入れ企業の使用者責任」（労旬一六三五号）参照。また、偽装請負の実態については、朝日新聞特別報道チーム「偽装請負」、キヤノン非正規労働組合編『キヤノンに勝つ』、等、参照。

- (2) 派遣法の施行に伴つて発せられた厚生労働省告示第三七号「労働者派遣事業と請負により行われる事業との区分に関する

基準」(昭和六一年四月一七日)は、請負形式の利用を標榜していても、「①自己の雇用する労働者の労働力を自ら直接利用するものであること。②請負契約により請け負った業務を自己の業務として当該契約の相手方から独立して処理するものであること。」の要件を満たさない限り、それは「派遣」に他ならないものであり、したがって、派遣法所定の手続きを履践していない限り、それは、「請負」であることを偽装した違法派遣であることを含意した概念として、「偽装請負」と表現されているものである。

なお、豊川義明「松下PDP事件大阪高裁判決をどう読むか?」(労働法学会研究報No. 2413)は、偽装請負は派遣法の枠組みから外れたものであって、「派遣法違反ではない」としている(一一頁)。

(3) 四〇条の六第一項によって、「みなし」の対象とされる行為は、偽装請負の場合(四号)の他に、四条一項の禁止業務に従事させた場合(一号)、派遣元事業主以外の派遣事業主から労働者派遣の役務を受けた(二四条の二)場合(二号)、派遣可能期間を超えて労働者派遣の役務の提供を受けた(四〇条の二)場合(三号)の三つである。

(4) その法案の骨子は、①現行の「一般労働者派遣事業」・「特定労働者派遣事業」の区分を廃止し、一本化するとともに、すべてを「許可制」とすること、②派遣元において無期雇用されている派遣労働者の利用については、期間制限は適用除外となること、③それ以外については、派遣労働の利用は三年を限度とするが、派遣先従業員の過半数組合または過半数代表者の意見を聞いた場合は、さらに三年、以後も、同じ方法で、期間延長することができること、にある。これは、結局、派遣労働の恒常化に他ならない。

(5) これまでの法制の下では、製造業での派遣の利用が禁止されている時期における偽装請負(派遣)の事例(ナブテスコ(ナブコ西神工場)事件・神戸地姫路支判平一七・七・二二労働九〇一、日本精工事件・東京地判平二四・八・三一労働一〇五九、ダイキン工業事件・大阪地判平二四・一一・一労働一〇七〇、等)や、期間制限違反の偽装請負(派遣)(パナソニックエコシステムズ事件・名古屋地判平二三・四二八労働一〇三二、名古屋高判平二四・二・一〇労働一〇五四、三菱電機事件・名古屋高判平二五・一・二五労働一〇八四、等)や専門二六業種に該当しない業務への従事(前掲パナソニックエコシステムズ事件、等)があるが、改正法の下では生じ得ない事案なので、除外する。なお、高橋賢司『労働者派遣法の研究』三二六頁以下、参照。

(6) その一部を含めて、「出向」が利用された事案として、東レリサーチセンターほか事件(大津地判平二二・二・二五労働一

〇〇八)、ウップスほか事件(札幌地判平二二・六・三、札幌高判平二三・一・二七勞判一〇一二)、日本トムソン事件(神戸地姫路支判平二三・二・二三、大阪高判平二三・九・三〇勞判一〇三九)等。しかし、いずれの場合も、「労働者供給事業」に該当するとは判断されていない。また、古くは、一九九五年一月、日航が、CAの採用につき、子会社で採用し、日航に向わせるという方式を採用することを発表し、物議を醸した例がある。「出向」方式による偽装に対しては、各地の職安局が是正勧告を出し、それが発端で解雇等につながったことが、右事案になっているが、職安局は、総じて、この偽装については、否定的対応を取っているようである。また、日航の事例に対しては、旧運輸省・労働省の圧力もあって、すぐ撤回され、CAは一定年数勤務後の正規雇用への移行を前提とした有期の直接雇用となった(この頃から、CAの有期雇用化が進み、現在では、全体の八割が有期雇用となっているといわれている)。

(7) 濱口桂一郎「偽装請負と黙示の労働契約―松下プラズマディスプレイ事件―」(NBL八八五号一三頁以下)、高橋賢司・前掲書三〇四頁、菅野和夫「労働法(第一〇版)二六二頁、荒木尚志「労働法(第二版)四八九頁以下、等。

勿論、この説は、職安法四条六項を根拠に、派遣法二条一号の「労働者派遣」に適合するものである限り、「労働者供給事業」には該当しないというものであるから、名目は「派遣」であっても、派遣法二条一号に適合しない場合(例えば、二重派遣)は、「労働者供給事業」となる(菅野・前掲書二二頁)ことからすれば、NTT(多重請負)事件(大阪高判平二三・二・七勞判一七五九)は、この点からの検討があつてしかるべきであつたが、判旨は、単純に、松下PDP事件最高裁判決の論理に依拠するのみで、この点への配慮は、まったくなされていない。

(8) 萬井隆令「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」(勞句一六九四号一九頁以下)、同。「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・出向概念と相互の関係―」(労働法一一四号七〇頁以下)、西谷敏「労働法(第二版)四六八頁、浜村彰「違法な労働者供給・労働者派遣と労働契約関係」(法学志林九八卷一号)一四三頁以下、勝亦啓文「派遣法における派遣先の雇用責任の範囲と課題」(勞判九九七号五頁以下)、等。なお、上記学説の表示は、萬井教授の区分・表示に従った。また、同教授は、野田進「松下PDP事件・大阪地裁判決が展開する三つの『雇用契約』」(勞句一六八二号)二二頁以下の見解につき、「折衷説」と位置づけておられるが、業者と労働者との間に「雇用の実態が見られない場合」には「労働者供給事業」となるとする見解は、(偽装請負は、業者自らが雇用した労働者をユーザーに派遣するものであり、常に、業者・労働者間には雇用関係が存在し、それ故に派遣と同視されるのだから)詰まるところ、

「派遣法単独適用説」に相当するものと、解される。

- (9) 高裁判決評釈として、毛塚勝利「偽装請負・違法派遣と受け入れ企業の雇用責任」(労判九九六号五頁以下)、萬井隆令「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」(労旬一六九四号一七頁以下)、豊川義明「松下PDP事件大阪高裁判決をどう読むか?」(労働法学研究会報二四四三三四頁以下)、川口美貴「松下PDP事件・大阪高裁判決の意義」(労旬一六八二号一二頁以下)、中野麻美「問われる労働者派遣の基本設計」(労旬一六八二号一七頁以下)、野田進「松下PDP大阪高裁判決が展開する三つの『雇用契約』」(労旬一六八二号二〇頁以下)、同「社会法判例研究」(法制研究七五巻二号五一五頁以下)、萬井隆令「社会的に公正な法理を示した判決」(労旬一六八二号二四頁以下)、沼田雅之「偽装請負と黙示の労働契約の成否」(法時八一巻三号一二五頁以下)、濱口桂一郎「いわゆる偽装請負と黙示の雇用契約」(NBL八八五号一三頁以下)、大橋将「偽装請負・違法派遣における労働契約の帰趨」(労働法一一三号一六四頁以下)、等。

最高裁判決評釈として、勝亦啓文・前掲論文、名古道功「判例評釈」(民商法雑誌一四二巻六号七二頁以下)、島田陽一×土田道夫「ディアローグ・労働判例この一年の争点」(日本労働研究雑誌六〇四号三一頁以下)、岡田幸人「最高裁判所判例解説」(六三巻一〇号二五一〇頁以下)、同「時の判例」(ジュリ一四一七号一四五頁以下)、大内伸哉「いわゆる偽装請負と黙示の労働契約の成否」(ジュリ一四〇二号一五〇頁以下)、等。

- (10) 萬井隆令「労働者派遣法における期間制限の意義」(龍谷法学四二巻一五頁以下)一〇頁、同旨・鎌田耕一「労働者供給事業禁止規定の立法主旨と意義」(労旬一一〇八号六二頁以下)、浜村彰「派遣法改正の動向」(労働法学研究会報二四三二号)、沼田雅之「労務供給の多様化と直接雇用」(労働法一一二号二九頁以下)、道幸哲也「偽装請負と黙示の雇用契約関係」(法時八〇巻六号一四頁以下)、清正寛「雇用保障における『直接雇用の法理』」(林迪廣先生還暦祝賀記念論文集二七五頁以下)、西谷敏「労働法(第二版)」(三八三頁)、等。なお、鎌田前掲論文では、「元請人直用主義」と表現されている。

なお、萬井隆令・山崎友香「労働者供給」の概念(労旬一五五七号六頁以下)では、「直接雇用の原則」の法定と労働者供給事業の禁止との関連を、「労働者が契約上の使用者ではなく、その使用者によって提供された先の企業の指揮命令のもとで就労することになることは、労働者が商取引の対象として、物化されることであり、労働の民主化を阻害することになるから、そのような事態を避けるべく、いわば日本の民主化政策の一環として、職安法は労働者供給事業を禁止したものである。」と説かれている。

(11) 一方で、「職業安定法の制定に際し、労働者供給事業にそれが封建的な雇用慣習の名残であり、労働の民主化を図ろうとする日本国憲法の精神に反するものとされた。」(高梨昌編著『詳解労働者派遣法』二三三―三四頁)との主張が、なお強く主張され、旧労働省の論理として、派遣法の制定へとつながっていく。意図的に、労働実態の一面のみを取り上げた主張といわざるを得ない。同旨・小島典明「労働市場をめぐる法政策の現状と課題」(労働法八七号一九頁以下)。同論文においては、一方、「労働は商品ではない」との理念は、むしろ、労働市場の適正・活発な形成にとつて、マイナスであるとして、否定的に捉えられている。

(12) ILOは、一九四八年に、八八号条約(職業安定組織条約)、翌四九年に九六号条約(有料職業紹介所に関する条約)を採択しているが、そこにおいては、労働者供給への規制も、重要な要素となっている。

(13) 浜村・前掲論文八頁。そこでは、更に続けて、「この命題には二つの意味があります。一つは、労働をものとして取引してはならないということです。労働者供給事業のように、労働者を一つの商品として売買し、そこから利益を得ることは許されないとのことです。二つめは、労働は労働者の自由意思に基づいてなされるべきだということです。」と、説かれている。

(14) 鎌田・前掲論文七一頁。

(15) 竹前栄治『証言日本占領史』二六〇頁より引用。

(16) 北海道労働科学研究所『臨時工』(後編)五〇五頁より引用。

(17) 高梨編著・前掲書三三頁。

(18) 濱口桂一郎「請負・労働者供給・労働者派遣の再検討」(労働法一一四号八一頁以下)八三頁、参照。

(19) 社外工使用の構造の総体については、必ずしも、明らかならされたわけではない。造船業における実態について、小林健一『現代日本の雇用構造』、山本潔『日本労働市場の構造』、小林惟三『造船業における社外工の実態』(月労問一八四号)、金子征史『社外工の労使関係』(ジュリ五三二号)、等、および、拙稿「臨時工、社外工、季節工の実態」(労働教育九七号)、参照。

(20) それらについての社外工の実態は、必ずしも、資料的に明らかにされてはおらず、いわば、足で書かれた、報告があるのみである。深田俊祐『新日鉄の底辺から』によれば、一九七〇年段階の新日鉄の社外工は、当時の全国平均の倍以上の残業・休日労働をしても、全国平均の六〇〜八〇%、本工の基準内賃金額前後の賃金にしかならないものであったことが示されている。更に、鎌田慧『死に絶えた風景』、参照。

(21) 日本平和学会第二二回大会(一九八五年五月二五・六日)では、「人間の凌辱」こそが「暴力」であるとし、制度―社会の仕組みによる「人間の凌辱」を「構造的暴力」として位置づけ、「労働における構造的暴力」について論議した(日本平和学会編『構造的暴力と平和』(平和研究叢書3))。この観点から見ると、社外工の実態は、まさに、「人間の凌辱」に他ならず、「国の内側にひそむ構造的暴力」により生み出されたものである。

(22) ここに挙げた判例については、「黙示の契約論」として説明されるのが一般である。しかし、「黙示の合意」に基づく契約関係の成立という原則は、契約論上、当然の前提である。したがって、最高裁も、「黙示の合意」が認められ得る関係においては、名目上の請負契約の注文主(ユーザー)との間の労働契約の存在を肯定している(安田病院事件・第三小判平一〇・九・八労判七四五)。しかし、三判決は、理論的テクニクとして、「黙示の合意」の推認という論理を用いるが、基本、指揮命令を中心とした事実的な使用従属関係の存在↓黙示の合意の推定↓労働契約の成立という論理枠組みなのであって、契約論で言う黙示の合意や、最高裁の論理とは、本質的に異なる。そこで、無用な混乱を避けるため、ここでは、「事実的労働契約論」に立つものと、位置づけておきたい。なお、明示の労働契約関係の存在しない場合であっても、下請労働者と注文主企業との間で、「暗黙のうちに雇用契約関係が成立している」として、労働契約の成立を肯定したのは、新甲南鋼材工業事件(神戸地判昭四七・八・一労判一六一)を嚆矢とするが、本判決をいずれに属するものとしてみるべきかは、確定的にはいえないように思われる。

(23) サガテレビ事件地裁判決において、その過程が詳細に認定されている(労判三五二号七八〇頁)。

(24) サガテレビ事件判決は、「使用者の社会的・道義的責任が正しく追及され、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えよう。」と論じている。このような発想は、「規範的解釈」論を主張される理論(豊川義明「違法な労働供給関係における供給先と労働者との黙示の労働契約の成否」(『甲南法学』二〇一五〇巻四号三九七頁以下)や「規範的契約解釈」論(毛塚勝利「偽装請負・違法派遣と受け入れ企業の雇用責任」(『労判九六号五頁以下)といった論議を連想させるが、ここでは、論及を避ける。

(25) 本多淳亮『雇用調整と人事問題』八章以下、萬井隆令『労働契約締結の法理』第二章第三節、等。厳密に言えば、各理論、各判決は、理論内容を異にする部分があるが、ここでの主要論点ではないので、一括的に示すに止める。

(26) 事案は、航空会社に派遣されたキーパンチャーの、当該航空会社との労働契約関係の成立の可否が争われたものであるが、

大阪地裁決定は、「成立が認められるべき契約関係は労働契約であるから、単に事実上の使用従属関係が存在するというだけでなく、経験則ないし一般社会通念上、一方労働者の側では注文者を自らの使用者と認め、その指揮・命令に従って労務を供給する意思を有し、他方注文者の側ではその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するものと推認するにたるだけの事情が存在するでなければ」ならないとし、「いわゆる事実的契約関係説」については、「肯定すべき法理上の根拠を見出すことはできない」と、一蹴している。以後の偽装請負事案においてユーザー企業との労働契約関係の成立を否定する判決は、ほとんど、この発想に基づいている。例えば、三判決と同じ放送関係職場における事案であるテレビ東京事件（東京地判平元・一一・二八労判五五二）等。

- (27) 当該福岡高裁判決後も、ユーザー企業との契約関係の成立を認めた判例もわずかに存在する（センエイ工業事件・佐賀地武雄支決平九・三・二八労判七一九、前掲安田病院事件、ナブテスコ（ナブコ西神工場）事件・神戸地姫路支判平一七・七・二二労判九〇一）が、それらはいずれも、請負企業が社会的実態性を欠いたものであつて、三判決とは、相当に趣を異にする。

- (28) 最高裁判決後の状況については、河村学「松下PDP最高裁判決後の状況」（労旬一七五九・六三三頁以下）参照。なお、ユーザー企業との契約関係の成立を認めたものとして、マツダ防府工場事件（山口地判平二五・三・一三労判一〇七〇）があるが、その判断枠組みは、基本的に、最高裁と同一であり、一部否定的考えをとるものもある（山本陽大「違法な労働者派遣と黙示の労働契約の成否」（労働法一二二号一六七頁以下）もの、おしなべて、肯定的評価に傾いているようである（スペースの関係上、掲載誌のみを示す。水町勇一郎・ジュリ一六四一、桑村裕美子・ジュリ一四六六、和田肇・塩見卓也・法政論集二五一号、沼田雅之・法時八六卷九号、等）。

- (29) 詳しくは、高梨編著・前掲書、参照。

- (30) 労働省職業安定局監修・労働基準調査会編著『労働者派遣法ハンドブック』七頁。

- (31) 萬井隆令・山崎友香「労働者供給」の概念（労旬一五五七号六頁以下）一六頁以下は、労働省が、格別の根拠も示さずとなく、労働者供給概念の歪曲を進めたことを強く、批判する。

- (32) 萬井・山崎・前掲論文一七頁以下は、労働省の隠された意図を、労働省が派遣法施行直前の一九八六年六月六日に、基発三三三三号において本文に示したような「労働者供給事業」概念を示しているところに、見出し、批判する。

- (33) 派遣法制定後も、労働者供給事業が蔓延している実情については、萬井・山崎・前掲論文七〇八頁、参照。また、偽装請負問題に関わる判例群の多さも、その実体の証左である。
- (34) これまでも、それぞれ、その直接的理由付けには相違がある（さらに、本稿の主旨とも全く異なる）が、偽装請負に関わって、ユーザー企業の、労働者に対する損害賠償責任を肯定したものととして、積水ハウスほか（派遣労働）事件（大阪地判平二三・一・二六労判一〇二五）、パナソニックエコシステムズ（派遣労働）事件（名古屋地判平二三・四・二八労判一〇三三）、名古屋高判平二四・二・一〇労判一〇五四）、日本トムソン事件（神戸地姫路支判平二三・二・二三労判一〇三九、大阪高判平二三・九・三〇労判一〇三九）、三菱電機ほか（派遣労働者・解雇）事件（名古屋地判平二三・一・二二労判一〇四〇）等。しかし、大半の判例は、派遣法規定への明確な違反を偽装請負でごまかす悪質例であっても、責任を問うことは、一切、なされていない。
- (35) 派遣法違反の多くは、派遣法が規定する派遣利用期間制限の潜脱、違反であったが、当該違反の法的性格については、ユーザー企業の雇用責任との関係で争われ、あるいは、論じられることが多く（しかし、大半の判例は、その点に配慮を及ぼすことはなかった。それらの点については、萬井隆令「労働者派遣法における期間制限の意義」（龍谷法学四二巻一号五頁以下）、参照）、本稿のような視点とは、問題関心を異にしていた。
- (36) 高橋賢司『労働者派遣法の研究』三一五頁以下は、派遣法の各規定の法的性格を検討した上で、①「命令権（指揮命令権の意味と思われる——編注）を注文人（ユーザー企業——編注）が行使している」という典型的な労働者派遣法違反の場合、および、②派遣可能期間に違反する場合」に関わる労働者派遣法等の関連規定は、強行規定と解されるのではないかとされている（三二三頁）。しかし、本文に述べたように、派遣法制定の法的意味からすれば、このような限定をする必要はなく、派遣法のどの規定に違反した場合であっても、すべての法的責任を負うべきものと、考える。
- (37) これを基本的に肯定するものとして、菅野和夫『労働法（一〇版）』一七四頁、等。
- (38) この論によれば、先に論及した、派遣法二条一号の「労働者派遣」に該当しないものは「労働者供給事業」に該当し、職安法四四条違反を構成するという論と同様、派遣法二条一号の「労働者派遣」に該当しないものは労基法六条違反の責めを免れないことになる。これにより、平成二〇年六月四日付東京労働局発表によれば、同局長は、二重派遣をした業者を「労基法六条違反」等に基づき、書類送検したという。
- (39) これに対し、諏訪康雄教授（東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法・上』一三〇頁以下）は、「他人」とは、派遣元・

派遣先・労働者の三者以外の「他人と他人との就業関係」をいうものとし、馬渡淳一郎教授（三者間労務供給契約の研究）一〇三頁以下）は、派遣元企業は、労働者の「使用者」なので、「他人（第三者）」ではない、としている。

(40) 同様の考え方に立つものとして、萬井隆令「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」（労旬一六六五号五五頁以下）六一頁以下、等。

(41) 朝日新聞デジタル・二〇一四年一〇月八日によれば、福島労働局は、東京電力福島第一原発における偽装請負に関し、「再発防止」を文書指導したという。原発労働における偽装請負・ピンハネの横行は、つとに指摘されているところであり、労働現場の「闇」は尽きない。本稿がその排除に向けた一助になってくれることを祈るのみである。

#### 〔付記〕

廣瀬教授は、時代に対する「怒りの人」であったように思う。そして、私との関係は、その怒りを論議し合うことにより作られていたといえる。民法学とは無縁の私が、この論集の一端に参加することができたのも、そのような交わりの賜であろう。思えば、本稿で取り上げたテーマも、生前、よく議論し合ったものであり、それゆえに、本稿が、追悼論文に値するものといえるかとはともかくも、それらのことへの思い出のすべてを込めて、論じたつもりである。そして、今は、ただ、早すぎた死を惜しみつつ、心から、御冥福を御祈りするのみである。

（本学名誉教授）