

論説

労働者派遣法の構造と派遣労働者の法的地位

香山忠志

- 目次
- はじめに
- 第一 労働者派遣事業とは
- 一 労働者派遣の意義
- 二 労働者派遣事業とは
- 三 労働者派遣事業の適用除外業務
- 第二 労働者派遣契約の成立
- 一 雇用契約と労働者派遣契約
- 二 派遣受入期間と派遣期間
- 三 派遣労働者を特定する行為の禁止
- 四 雇用制限の禁止

- 五 派遣労働者の不正行為と派遣元の責任
 - 第三 労働保護法の適用等
 - 一 労働基準法の適用
 - 二 労働安全衛生法の適用
 - 三 労災保険法の適用、安全配慮義務
 - 四 派遣元・派遣先の義務
 - 第四 労働者派遣契約の消長と派遣労働者の地位
 - 一 解雇権濫用法理の類推適用
 - 二 労働者派遣契約の中途解約が及ぼす雇用契約への影響
 - 第五 派遣労働者と派遣先との労働関係
 - 一 黙示の労働契約と法人格否認の法理適用
 - 二 派遣先による直接雇用
- おわりに

はじめに

本稿は、労働者派遣事業の構造と労働者派遣事業における派遣労働者の法的地位について考察するものである。¹⁾人材派遣の中でも自己の雇用する労働者を他社に派遣し、他社の指揮命令の下に業務を遂行する、いわゆる労働者派遣事業は労働者供給事業との類似性から職業安定法との関係が、使用者責任（派遣元、派遣先のどちらに雇用主としての責任があるか）の点から労基法等の労働保護法規の適用関係が、それぞれ問題となるが、これらの問題に

一応の決着をつけていわゆる労働者派遣法（昭和六〇年法律第八八号）がスタートした。その後、平成二年、平成六年、平成八年、平成十一年、平成十五年とそれぞれ法改正がなされた。このうち平成十一年の改正ではILO総会で第一八一号条約が採択されたことが契機となり、適用対象業務がネガティブリスト方式に変更され、平成十五年の改正では製造業、社会福祉施設での医療業務が解禁された。その結果、厚生労働省が平成十九年二月二十八日に発表した報告書²によると、二〇〇六年度の派遣労働者数は対前年比で二六%増の三二一万人となり過去最高を記録した。景気回復による企業の人手不足に加え、二〇〇四年三月に解禁された製造業への派遣も急増した。業種別では製造業への派遣が二四万人で前年に比べ二倍以上に増えた。派遣業界の総売上高は三四%増の五兆四一八九億円にものぼっている。他方で、違法派遣も後を絶たず、厚生労働省は派遣大手のグッドウイルに対し、平成十九年二月二二日二重派遣や建設・港湾といった禁止業務への派遣等を行ったことから事業停止命令を出したとフルキャストに対し、平成二〇年一月三日建設・港湾業務に違法派遣を行ったことから事業停止命令を出したと報道された。更に平成二〇年一月三十一日警視庁はグッドウイルの本社、支店を含め一ヶ所を職業安定法違反（二重派遣が労働者供給の禁止に該当する）の疑いの下に家宅搜索をした。しかしながら派遣労働者数はこれからも増加するであろう。派遣労働は就業の機会の増加という面とともに不安定雇用の拡大という面をもち、この両面が表裏の関係にある。本稿は派遣労働の法的構造及び派遣労働者の法的地位の考察を通して法制度の現状と派遣労働者保護の限界に関する若干の考察を行うものである。

第一 労働者派遣事業とは

一 労働者派遣の意義

(1) 労働者派遣とは、「①自己の雇用する労働者を、当該雇用関係の下に、かつ、②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をいい、③当該他人に対し当該労働者を当該他人に雇用させることを約してするものを含まないものとする。」と定義されている(二条一号)。労働者派遣は、①の点において労働者供給と、②の点において業務請負と、③の点において在籍出向と区別される。

(2) 労働者供給事業は中間搾取・強制労働の温床となることから、労働ボス排除政策の一環として、一九四七年制定の職安法に当初から禁止規定が盛り込まれていたものである。この労働者供給事業は、労働組合が厚生労働大臣の許可を受けて無料で労働者供給事業を行う場合を除いて、「何人も労働者供給事業を行い、又はその者から供給される労働者を自らの指揮命令の下に労働させてはならない。」(職安法四四四条、四五条)とされ、罰則の定めもある(六四四条)。労働者派遣事業が制度化されてからは、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、労働者派遣法二条一号に該当するものを含まないものをいう(職安法四六条六項)と定義されるに至っている。

そして、禁止されている労働者供給と労働者派遣との区別(厚生労働省職業安定局「労働者派遣事業関係業務取扱要領」(最終改正平成一九年四月一日、以下では、単に「業務取扱要領」という)第1の1(5)参照)は、(a)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場合のうち、供給元と労働者との間に雇用契約関係のないものはすべて労働者供給に該当する³⁾。雇用契約関係の存否は、具体的には、労働保険、

社会保険の適用、給与所得の確認等に基づき行う。(b)供給元と労働者との間に雇用契約関係がある場合であっても、供給先に労働者を雇用させることを約して行われるものについては、労働者派遣に該当せず労働者供給となる。

(3) 次に、労働者派遣の場合には派遣先と派遣労働者との間に指揮命令関係が存するが、業務請負の場合には注文主と請負事業者の労働者との間には指揮命令関係が存在しない。労働者派遣と業務請負との区別の基準は昭和六一年労働省告示第三七号において詳細な基準が定められている。

二 労働者派遣事業とは

(1) 労働者派遣事業には、派遣労働者が常時雇用される労働者のみである特定労働者派遣事業とそれ以外の一般労働者派遣事業に分けられる(二条)。「それ以外の」労働者とは、派遣希望者を派遣元に登録し、派遣の都度派遣期間に応じた雇用契約を締結するタイプである(登録型と呼ばれる)。派遣元への登録自体は雇用契約を締結したことに⁽¹⁾ならない。登録型派遣では派遣期間と労働契約期間とが直結しており、派遣契約の終了によって雇用契約も終了する。これに対し、特定労働者派遣事業は常時雇用される労働者のみを雇用する形態であり(常用型と呼ばれる)、派遣元が派遣労働者と期間の定めのない雇用契約⁽²⁾を結び当該労働者を雇用しつつ派遣先に派遣するタイプである。二〇〇六年度の統計によれば、派遣元と雇用契約を結び登録型派遣が二三万人で全体の七三%を占めた。派遣元に常時雇われている常用型派遣は二二万人であった。派遣労働者の平均賃金(八時間換算)は、登録型派遣が多い一般労働者派遣が一万〇五七一円、常用型派遣は一万四一五六円であった。

特定労働者派遣事業か一般労働者派遣事業か、いずれに該当するかは事業所ごとに判断されるが、一つの事

業所において一般労働者派遣事業と特定労働者派遣事業とが共存することはなく、常時雇用される労働者以外の労働者が一人でも存在すれば一般労働者派遣事業を行う事業所となる。もつとも臨時的な理由により、たまに一次的に常時雇用される労働者以外の労働者を反覆して労働者派遣する意図が客観的に認められないときは特定労働者派遣事業としての取り扱いを変える必要はないものとされている。

一般労働者派遣事業は雇用が不安定となるため厚生労働大臣の許可制となっており、許可の有効期間は三年間とされ、更新することができ、その場合の有効期間は更新後五年間となっている(一〇条)。特定労働者派遣事業は届出制であり、有効期間の定めはない。

(2) 登録型と常用型の区別

しかし、実は登録型か常用型かの事実認定は容易でない場合がある。

伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件¹¹ 高松高判平成一八・五・一八労働判例九二一三号三三頁がその例である。

XはZ(派遣元・伊予銀ビジネスサービス)に雇用されY₂(派遣先・銀行)の支店に派遣され就労していた。Zは特定労働者派遣事業を営む会社であり、Y₂との派遣契約、Xとの雇用契約も六ヶ月ごとに更新するものとされ、現に更新してきた。その後、一般労働者派遣事業を営むY₁が設立され、Zから人材派遣事業の譲渡を受けた。以後、XはY₁(派遣元・いよぎんスタッフサービス)に六ヶ月ごとの期間で雇用され、従前と同様のY₂の支店に派遣され就労していたが、Y₂の従業員とトラブルを起こしたことから、Y₁Y₂間の派遣契約が更新されることなく終了し、これに伴ってX Y₁間の雇用契約も更新されることもなく期間満了により終了した。XはY₁に雇用され前後約一三年間にわたって六ヶ月の雇用期間を反復更新してきたこととなる。そこで、XがY₁及び

Y₂に対し、労働契約上の地位の確認を求めた。

このケースのなかで、X₁Y₁間の雇用契約の雇止めに関し、解雇権濫用法理が類推適用されるか否かを判断する前提として、X₁Y₁間の雇用契約が登録型か常用型かが争われた。

裁判所は、まず、Y₁の営業譲渡元であるZとXとの雇用契約を登録型の雇用契約と認定する。その理由として、「Xにおいて、金融機関経験者の中でも特殊の経歴、技能を有していたとは認められず、Zにおいても、Xの特殊な経歴、技能に着目してXを派遣労働者として雇用したものと認められない。また、Zが派遣先の決まらない待機期間中の休業手当支払義務（労基法二六条）を負担してまでXを常用の派遣労働者として雇用する意思を有していたとは考えられないことからすると、Zとしては、T支店への派遣期間中に限ってXを雇用する意思であったものと認められる。そして、XとZとは、以後、平成元年六月一日まで、六ヶ月の期間の定めのある雇用契約の更新をし、また、平成元年一月一日以後は、XとY₁との間で、同様に六ヶ月の期間の定めのある雇用契約を締結し、その更新を繰り返してきたものと認められる。」としたうえで、XとY₁間の雇用契約がXとZとの間の雇用契約と基本的性格が変容していたと認めるに足りる特段の事情は見当たらないことから、XとY₁との間の雇用契約を登録型と認定した。これに対し、Zは特定労働者派遣事業の届出しが行っておらず、特定労働者派遣事業は常用型の雇用契約しか締結できない。Zが待機期間中の休業手当支払義務を負担してまでXを雇用する意思はないことを常用型ではなく登録型の根拠の一つとしているのは、本末転倒であり、本件は常用型と認定すべきであったとの批判がある。⁷⁾

(3) 許可や届出は事業主（会社）単位で行うこととなっており、支店ごとに許可や届出を行う必要はない。申請書、届出書には事業所の名称等を記載すべきことになっている。そして、事業計画書などの許可・届出の際の

添付書類を事業所ごとに提出しなければならないこととなっている。

- (4) 労働者派遣事業の許可を受け、又は届出を行った者が派遣事業に関わる自己の名義を他人に貸して派遣事業を行わせてはならない(一五条、二二条)。名義貸しを認めると欠格事由に該当する者が労働者派遣事業を営むことになる等許可制度自体、届出制度自体の維持が困難になるためである。一般労働者派遣事業について名義貸しを行った者には、刑罰が科され(五九条一号、特定労働者派遣事業の罰則よりも重い)、法に違反するものとして許可取消し、事業停止命令、改善命令(一四条一項、二項、四九条一項)の対象となる。特定労働者派遣事業についても名義貸しを行った者には刑罰が科され(六〇条二号)、事業停止命令、改善命令、事業廃止命令(二二条一項二項、四九条二項)の対象となる。

- (5) 子会社を派遣会社として設立し、本社のみ労働者の派遣を行うことは可能であろうか。労働者派遣事業が「専ら労働者派遣の役務を特定の者に提供することを目的として行われている場合、厚生労働大臣は派遣事業の目的又は内容を変更するよう勧告することができる。」(四八条二項)とされ、また、一般労働者派遣事業の場合には、許可条件として「専ら労働者派遣の役務を特定の者に提供することを目的として行うものでない」こととされている(七条一項一号)。このように「専ら派遣」が適当でないとされているのは、本来禁止されている労働者供給事業について、労働力の需給調整システムとして特別に認めようとするものだから、特定の企業のみ労働力の需給調整システムとして利用することは適切ではないとの考えに基づくものである。したがって、「特定の者」とは一つであると複数であると問わず派遣先が特定していることを意味する。特定の者か否かは事業目的のみならず事業運営の実態に照らして判断されることになる。

もつとも、これには例外がある。それは、派遣事業を行う派遣元が雇用する派遣労働者のうち、一〇分の三

以上の者（ただし、他の事業主の事業所を六〇歳以上の定年により退職した後、受け入れた者に限る。）が六〇歳以上である場合には、雇用の機会の確保が特に困難であると認められる労働者の雇用の継続等を図る必要があることから、その例外が認められている（七条一項一号、労働者派遣法施行規則一条の三）。したがって、本社の定年退職者を受け入れる受け皿として子会社を派遣会社として設立し、本社の定年退職者を派遣労働者として雇用し、その派遣会社（子会社）から派遣労働者の派遣を受け、本社の特定の業務のみに従事させることも可能となっている。高年齢者雇用安定法が六五歳までの継続勤務を定めており、継続勤務とは定年退職者の属していた会社と同一である必要はなく、直接雇用であれば期間雇用でも構わないとしていることも合致するところである。高年齢者処遇の一つの在り方として参考となる。

三 労働者派遣事業の適用除外業務

(1) 適用除外業務に係る制限

当初、適用対象業務は二六業務に限定されていたが、平成一一年に原則自由化され、ネガティブリスト方式となった（四条一項）。その結果、現在では、建設業務、港湾運送業務、警備業務、政令で定める業務（医療・薬剤・看護などの八業務）が適用除外業務となっているのみである。但し、現行法の下においても二六の業務は、専門性が特に高い業務、あるいは特別の雇用管理を必要とする業務ということから派遣先の一般常用労働者の代替として機能することはないものとして、派遣受入期間についての制限がない（後述）。

(2) 適用除外業務以外の業務に係る制限

(a) 人事労務管理関係のうち、派遣先において団体交渉又は労働基準法に規定する協定の締結等のための労使協議の際に使用者側の直接当事者として行う業務。この業務について労働者派遣を行うものでないことは一般

労働者派遣事業の許可条件とされており、許可後もその違反は許可取消しの事由となる。(b)弁護士、外国法事務弁護士、司法書士、土地家屋調査士、公認会計士、税理士、弁理士、社会保険労務士、行政書士の業務。これらについては各資格を規定している法律に、これらの資格は個人がそれぞれ業務の委託を受けて業務を行うことが定められていることから、当然に派遣の対象業務とならないものと理解されている。(c)建築事務所の管理建築士。これは建築士法により「専任」でなければならぬこととされていることから、労働者派遣業務の対象とならないのである。

第二 労働者派遣契約の成立

一 雇用契約と労働者派遣契約

登録型派遣の場合、派遣元は派遣労働者としての雇用であることを、あらかじめ明示しなければならない(二二条一項)。「あらかじめ」とは「労働契約の締結の際に」という意味である。「派遣労働者という地位で、第三者に派遣される者としての雇用」であることを明示し、そのような雇用契約上の地位にあることを承諾させておく必要があるからである(民法六二五条一項参照)。派遣元は労基法一五条による労働条件を明示する以外に、派遣契約に定める事項その他の就業条件を明示する義務を負う(三四条)。派遣契約のなかで、派遣労働者の業務内容、就業場所、指揮命令権者、派遣期間、就業日、就業時間、安全衛生、苦情処理手続などを規定しなければならない(二六条一項)。

二 派遣受入期間と派遣期間

(1) 派遣期間

(一) 派遣先と派遣元は労働者派遣契約において、派遣期間を定めなければならない(二六条)。例えば、「〇年〇月〇日から〇ヶ月間」「〇年〇月〇日から〇年〇月〇日まで」のごとくである。

派遣期間を定めない「期間の定めのない派遣契約」は派遣法二六条に違反するものとして違法となる。派遣受入期間の定めのない業務に関する派遣の場合でも、派遣期間を定める必要がある。なぜなら、派遣労働者とすれば派遣契約に期間の定めのないほうが望ましいが、他方、派遣先の雇用関係から見れば派遣労働者が長期にわたって勤務することは常用労働者の雇用を阻害することにもなるので、派遣期間に制限を設け、これにより常用労働者の安定した雇用との調和を図ろうとしたのである。

(二) 派遣期間と派遣受入期間との関係

① 派遣受入期間に制限のある業務

派遣期間が派遣受入期間を超える期間を定める派遣契約の締結はできない。しかし、派遣受入期間の範囲内であれば派遣期間を更新できる。派遣受入期間を超える派遣期間の更新はできない。

② 派遣受入期間に制限のない業務

派遣期間は派遣法二六条二項に規定されており、厚生労働大臣の定める期間内としなければならない。この厚生労働大臣の定める期間は平成二年労働省告示第八三号で定められている。派遣受入期間の定めのない二六の業務の大部分について、その期間は三年とされている。では、三年の派遣契約を締結して更新することはどうか。派遣契約の更新自体は禁止されていない。しかし派遣契約に「自動更新条項」

をおくことは派遣法二六条違反とされている。

(2) 派遣受入期間の制限

(一) 派遣先は、当該派遣先の事業所その他派遣就業の場所ごとの同一の業務について、派遣元から派遣可能期間を超える期間継続して労働者派遣の役務の提供を受けてはならない(四〇条の二第一項、三項)。これは臨時的・一時的な労働力の需給調整のために行う労働者派遣について、派遣労働者による常用労働者の代替防止を図るためである。派遣受入期間は派遣可能期間(原則一年、最長三年)において定まり、派遣先の過半数労働組合、これがない場合は過半数労働者代表者からの意見聴取を経て一年を超え三年以内の派遣受入期間を定めることもできる。派遣受入期間の制限は事業所その他の場所ごとの「同一の業務」について判断される。派遣元は派遣先の「同一の業務」について派遣受入期間を超えて労働者派遣を行ってはならない(三条の二)。「同一の業務」である限り、派遣先は同一派遣元からであろうと別の派遣元からであろうと派遣受入期間を超えて派遣労働者を受け入れることが禁止される。

(二) 「同一の業務」とは、いかなる概念であろうか。労働者派遣契約を更新して引き続き当該労働者派遣契約に定める業務に従事する場合は「同一の業務」にあたる。そのほか派遣先における組織の最小単位において行われる業務は、「同一の業務」とみなすこととなっている(業務取扱要領第九の四(4)口参照)。なお、この場合における最小単位の組織としては、業務の内容について指示を行う権限を有する者とその者の指揮を受けて業務を遂行する者とのまとまりのうち最小単位のものをいい、係又は班のほか課、グループ等が該当する場合もあり、名称にとらわれず実態をみて判断すべきものとされている。

(三) 「継続して」とは、新たな派遣を受ける場合、その直前の労働者派遣との間が三ヶ月を超えないときは「継

(四) 派遣受入期間の制限されない業務（四〇条の二第一項）は左記②～⑤である。
 続いて「いるものとみなされる（「派遣先が講ずべき措置に関する指針」第二の一四(3)参照）。したがって、労働者派遣を受けることができる」とされる期間は、最初の派遣の開始日から最長三年間であるが、三ヶ月間の期間をあげれば、同一の業務に係るものであっても前の派遣期間を算入する必要がないこととなる。

	業務の種類	派遣受入期間の制限
①	②～⑤以外の業務	最長三年まで（※1）
②	ソフトウェア開発等の政令で定める業務（二六業務）	制限なし
③	いわゆる三年以内の「有期プロジェクト」業務	制限なし
④	日数限定業務（※2）	制限なし
⑤	産前産後休業、育児休業、介護休業等を取得する労働者の業務	制限なし

※1 一年を超える派遣を受けようとする場合は、派遣先の労働者の過半数で組織する労働組合等からの意見聴取が必要である。

※2 その業務が一ヶ月間に行われる日数が、派遣先の通常の労働者の所定労働日数の半分以下かつ一〇日以下の業務。

(五) ②～⑤の派遣受入期間の制限のない業務の実施に伴い、付随的に①の派遣受入期間の制限のある業務を行う場合であつて、かつ、派遣受入期間の制限のある業務の割合が通常の場合の一日当たり、または一週間当たりの就業時間数で一割以下の場合には、全体として派遣受入期間の制限を受けない業務として取り扱うことができる（業務取扱要領第九の四(3)ハ参照）。

(六) 労働者派遣事業を行う事業主から労働者派遣の役務の提供を受ける者は、その指揮命令の下に当該労働者派遣に係る派遣労働者を適用除外業務に従事させてはならない(四条三項)。派遣元の違反については、許可取消し、事業停止命令、改善命令、事業廃止命令の対象となり(二四条一項二項、四九条一項、二一条一項)、罰則もある(五九条)。派遣先の違反については勧告、企業名公表の対象となる(四九条の二第一項、二項)。

一方、適用除外業務について派遣がなされた場合の派遣元と派遣先間の契約関係における民事上の効力については如何。この点につき、ネガティブリスト方式となった平成一一年改正前に派遣法の対象業務以外の業務について労働者派遣がなされたケースについては、ホクトエンジニアリング事件¹¹東京地判平成九・一一・二六判例時報一六四六号一〇六頁は次のとおり述べる。曰く「労働者派遣法四条三項の規定は、労働力需給調整システムとして需給の迅速かつ的確な結合を図るためには、労働大臣の許可等の要件の下で労働者派遣事業という方法により行わせる必要があるものに限って右事業を行わせることが適当であること、及び雇用慣行との調和を考慮すれば雇用慣行に悪影響の少ない分野に限って労働者派遣事業を許すことが適当であるなどにかんがみて、労働者派遣法四条一項にいう適用対象業務以外の業務について労働者派遣事業を行うことを禁止し、もって労働者派遣事業の適正な運営の確保と派遣労働者の雇用の安定その他福祉の増進を図るといふ政策的若しくは公益的見地から行政上設けられた取締規定にすぎず、その違反の民事上の効力まで否定する趣旨の効力規定ではないものと解される。」と。平成一一年改正により対象業務がネガティブリスト方式となり、適用除外業務が定められたが、その適用除外業務について労働者派遣がなされた場合の派遣元と派遣先間の契約関係における民事上の効力についても、この見解は基本的に妥当する。

(七) 派遣先はどのようにして派遣受入期間の制限に抵触する日を知ることができるであろうか。この点について、派遣先は、新たな労働者派遣契約を締結しようとするときは、あらかじめ、派遣元に対し、派遣受入期間の制限に抵触する最初の日を通知しなければならないとされており(二六条五項)、この通知によって派遣元は派遣受入期間の制限に抵触することとなる最初の日を知ることができる。通知の方法は書面の交付又はファックス、電子メールでもよい(労働者派遣法施行規則二六条の二)。派遣元はこの通知がない限り、派遣先との間で派遣契約を締結してはならない(二六条六項)。派遣元が抵触日以後も派遣を行った場合、刑罰が科され(六一條三号)、一般労働者派遣事業の許可取消し事由となる(一四條)。

(八) 派遣受入期間の制限を徹底するため、派遣元は派遣受入期間の制限に抵触する日に近接するタイミング(派遣受入期間の制限に抵触することとなる最初の日の一月前の日から)で、当該抵触日以降継続して労働者派遣を行わない旨を派遣先及び派遣労働者に通知しなければならない(三五条の二第二項。これを「派遣停止の通知」という)。派遣停止の通知をする趣旨は、当事者間で派遣受入期間の制限を直接確認させ、受入期間の制限違反を未然に防止しようとするにある。そして、この派遣停止の通知には特別の効果が結び付けられている(派遣停止の通知を受けた派遣労働者が派遣先による雇用申込み義務の対象となる)。

(3) 派遣期間内の労働者派遣契約の中途解除

(一) 労働者派遣契約の解除に関しては、派遣法に規定するものと民法の一般原則によるものがある。

① 解除事由及び解除禁止事由

(a) 派遣法上の派遣元の解除事由

派遣元は、派遣先が当該派遣就業に関し、労働者派遣法又は同法第三章第四節(労基法等の適用に関

する特例等)に違反した場合においては、派遣の停止又は派遣契約の解除をすることができる(二八条)。これは労働者保護の観点から定められた派遣元の権限であり、「直ちに」派遣契約解除の効力を生ずる。これにより派遣先が損害を被つても、派遣元は債務不履行による損害賠償義務を負わない。民法上の解除の特例である。

二八条は効力規定と解されており、二八条に反し派遣契約において解除制限事由を定め、又は解除予告期間を定めたとしても、当該定めは無効と解される。

(b) 民法上の解除事由

これは債務不履行を理由とする法定解除又は約定解除権の行使による解除(民法五四〇～五四三条)のことである。法定解除といえは、派遣契約の不完全履行が問題となる。履行催告(派遣労働者の交代を要求する)後も債務の本旨に従った履行といえないなら契約の解除が可能となる。

(c) 派遣先の解除禁止事由

派遣先は派遣労働者の国籍、信条、性別、社会的身分、労働組合の正当行為をしたこと等を理由として派遣契約を解除してはならない(二七条)。これは派遣契約の解消が派遣労働者の解雇に結びつきやすい特性にかんがみ、派遣先による不当な理由による派遣契約の解除を禁止し、雇用の安定を図つたものである。

② 解除の効果

派遣法二八条の解除も民法による解除もいずれも、将来に向かつてのみ解除の効力を生ずる(非遡及である。二九条)。

(二) 派遣先は派遣元に帰責事由がない場合でも派遣契約を解除することができるか。

(a) 「派遣先が講ずべき措置に関する指針」第二の六(4)に損害賠償等に係る適切な措置として、次の指針が定められている。

「派遣先は、派遣先の責に帰すべき事由により労働者派遣契約の契約期間が満了する前に労働者派遣契約の解除を行おうとする場合には、派遣労働者の新たな就業機会の確保を図ることとし、これができないときには、労働者派遣契約の解除を行おうとする日の少なくとも三〇日前に派遣元事業主に対しその旨の予告を行わなければならないこと。当該予告を行わない派遣先は、速やかに、当該派遣労働者の少なくとも三〇日分以上の賃金に相当する額について損害の賠償を行わなければならないこと。」と定められている。そして、厚生労働省の労働者派遣契約のモデル例にも同旨の条項が契約内容として示されている。

(b) もし、このモデル例を使って派遣契約を締結しておれば、それが約定解除事由となり、派遣先は「三〇日分の賃金相当の損害金」を派遣元に払えば、派遣元に責がなくとも派遣契約を期間中自由に解消することができることになる。この指針やモデル例は派遣先に有利であるが、指針で示されている以上、その指針を内容とする約定は公序良俗違反ともなりえないだろう。そうすると派遣先に責がある場合であっても約定解除権の行使による労働者派遣契約の解除は有効となる。翻って考えると、こうした指針がなくとも派遣元はユーザーである派遣先と力関係において弱い存在であり、指針において、例えば、「労働者派遣契約の解除には合理的理由が必要である。」といった、派遣元を保護する内容を示すのであれば納得できるが、逆に派遣先を保護する指針を示すのはどういうことであろうか。派遣労働者の身分は労働者派遣契約が存在して初めて保障されるものである。この指針は派遣労働者の身分をいたずらに不安定にする要因の

一つである。この指針はこのままでよいのだろうか。

- (c) これに対し、モデル例を使っていない労働者派遣契約であれば、指針が契約内容とはなっていない。したがって、派遣元に帰責事由があれば格別、そうでなければ派遣先は派遣期間中に労働者派遣契約の一方的解除はできない。派遣先による派遣契約の解除が派遣先の帰責事由によるものであれば、派遣元は危険負担における債権者主義の原則から派遣料の請求権を失うものではない（民法五三六条二項）。

三 派遣労働者を特定する行為の禁止

派遣先は派遣労働者の特定を目的とする行為をしないように努めなければならない（二六条七項）。派遣元も派遣先による特定行為に協力してはならない（「派遣元事業主が講ずべき措置に関する指針」第二の一（1）参照）。特定行為とは、派遣先が特定の労働者を指名すること、派遣先が派遣労働者の性別（派遣労働者を男性又は女性と指定することは、均等法六条一号の「労働者の配置」に関する性別を理由とした差別的取扱いとされ均等法上も禁止されている）、年齢を限定すること、派遣先に派遣労働者の履歴書を送付させること、派遣先による派遣労働者の事前面接などである。これは、どの労働者を派遣するかは派遣元の権限と責任であるということを根拠とする。しかし、どういった労働者が派遣先に配置されるかは現実には派遣先であることから派遣先の関心が高い。現行法については批判が多く撤廃が望ましい。紹介予定派遣については、派遣先が一定の要件の下に年齢・性別を特定して派遣を求めることが許容されることとなった（派遣先が講ずべき措置に関する指針」第二の一八（3）（4）参照）。

派遣先による特定行為が禁止されている現行法の下で、派遣先が派遣労働者に事前面接をすること等により、派遣先と派遣労働者との間に黙示の労働契約が成立したとして後日争われることが多いことを派遣先は知らねば

ならない。

四 雇用制限の禁止

派遣元は派遣労働者との間で、正当な理由がなく、派遣労働者と派遣先との間で派遣元との雇用契約終了後に、派遣先に雇用されることを禁ずる旨の契約を締結してはならない（三三条）。

三三条が明文で禁止するのは、①派遣元が派遣労働者との間で、正当な理由なく、雇用契約終了後に派遣労働者が派遣先に雇用されない旨の契約（例えば、退職後六ヶ月間は派遣先に雇用されないこと）を結ぶこと、②派遣元が派遣先との間で、正当な理由なく、雇用契約終了後に派遣労働者を雇用しない旨の契約（例えば、派遣先が派遣労働者派遣を受けた派遣労働者について、当該労働者派遣の終了後、一年間は雇用しない）を結ぶことである。いずれも禁止されているのは雇用関係終了後の不採用の合意である。同条項違反については、派遣元の許可取消し、事業停止命令、改善命令の対象とされている（一四一条一項、二二条二項、四九条一項）。

三三条違反の場合の民事上の効力如何。派遣先であった者に雇用されることを制限する旨の契約を締結することが許されることになると、憲法二二条により保障されている派遣労働者の職業選択の自由を実質的に制限し、派遣労働者の就業の機会を制限することを許容することとなる。そうすると三三条は効力規定と解さねばならない。したがって、労働者派遣法三三条に違反して締結された契約条項は私法上の効力が否定され無効なものとなる⁹⁾。

次に、三三条違反か否かが争われたホクトエンジンアリング事件¹⁰⁾東京地判平成九・一一・二六判例時報一六四六号一〇六頁を紹介する。

X（自動車運行会社）はY（会社）と自動車運行管理請負契約を結び、Xの従業員AをYに派遣しYの提供す

る自動車をYの指示の下にY副社長の専属運転手として稼働させていた。右請負契約には派遣期間を一年間とし更新することができるとするほか、「Xの従業員を雇用する目的で請負契約の更新を拒絶した場合、Yは基本管理料(月四三万円)の六ヶ月分の解約金(二五八万円)をXに支払う」旨の契約条項となっていた(本件条項)。その後、請負の更新期間中にYがAを熱心に勧誘したことから、Aは期間途中でXを退職した。AはXY間の派遣期間満了による契約終了後、Yに雇用された。そこで、Xは本件条項に基づき、Yに対し、解約金二五八万円の支払を求めた。これに対し、Yは本件条項が派遣法三三条二項に反し無効である等と主張して争った。

裁判所は、本件条項は、憲法二二条により保障されている派遣労働者の職業選択の自由を実質的に制限し、派遣労働者の就業の機会を制限する結果を生じさせる条項であり、形式的には労働者派遣法三三条二項に違反するものではないが、実質的にこの規定に違反するものとして、本件条項の私法上の効力を否定し、無効なものとすべきであると判断している。しかし、本件条項は、①派遣先の引き抜き防止のための措置と解されること、②対等の交渉力を持つ企業間の合意で、一方が他方に強制的に押しつけたものではないこと、③抑止手段も解約金の支払いであり、採用そのものの禁止ではないこと、④解約金の額もそれほど高いとはいえないこと、以上から三三条に違反しないとの有力な批判がある。¹⁰⁾

五 派遣労働者の不正行為と派遣元の責任

派遣労働者が派遣先で不正行為を行った場合の派遣元の債務不履行責任、不法行為責任が問題となったのが、テンブロス・ベルシステム24事件¹¹⁾東京地判平成一八・一〇・二二労働判例八七四号七一頁である。派遣元に対し、大きな警鐘を与えた判決である。

Y(派遣元・ベルシステム24)はNTT東日本から業務(マイライン申込顧客獲得訪問営業活動業務)を委託

され、急遽、大量の人員が必要となったことから、X（派遣元・テンブロス）ほかから人材派遣を受け入れ、受託業務に従事させていたところ、Aが派遣期間中のマイライン申込書を偽造（三三三通中七四通偽造、一通代筆）していたことが発覚した。そのためN T T東日本はYへの業務委託を解除した（Xの派遣労働者の中にはA以外にも不正行為をしていた者がいたことも後に判明している）。これによりYは営業損害を受けた。Xは派遣料の支払を求め、逆にYが反訴請求として民法四一五条、民法七一五条により損害賠償の支払を求めた。裁判所は反訴請求についてXに債務不履行責任は認められないが、不法行為責任が認められると判示した（しかし、Yにも五割の過失が認められ、五割の過失相殺をした）。

(1) 派遣元の債務不履行責任について、裁判所は、派遣先Yにおいて急遽大量の人員が必要になったことからT（会社）に派遣を要請し、それでも人数が不足していたためXに派遣を求めたが、Xの既登録者の派遣では足りずに新規に登録・雇用した者を派遣したものであることから、適性を備えた者のみを選別して派遣すること¹¹。したが、債務の内容となっていたものとは認め難いと判示している。しかし、大量の人員不足を補うために急遽新規登録雇用した者を選別し派遣せざるを得なかったとしても、派遣元Xは単に人を派遣すればよいというものではなく、派遣業務の遂行を適正に処理できる人材を派遣することが派遣契約の内容となっているはずである。業務に絡んで不正行為をしたということは、派遣元が業務遂行を適正に処理できない人材を派遣したということであり、派遣元の債務不履行である。しかしながら、本件の場合にはXには「帰責事由はない」との理由で債務不履行責任を否定すべききものであった。¹²なぜなら、①XはAを含む派遣労働者の登録・雇用およびYへの派遣に際し、派遣労働者の前勤務先の退職理由、稼動意欲、業務適性を確認する措置を講じていたこと、②労働者派遣法二四条の三やこれを受けた「派遣元事業主が講ずべき措置に関する指針」第二の一〇（個

人情報の保護)が派遣労働者の個人情報保護を図っている趣旨に照らし、少なくともAらの稼働意欲や業務適性を疑わせる事由があったとは認められない本件諸事情の下では、XがAらの新規登録・雇用に当たり、同人らの前勤務先に問い合わせるまで、その退職理由を調査すべき義務はないからである。

(2) 派遣先の使用者責任について

(一) Aが派遣先での業務遂行中に派遣先に損害を与えた場合、派遣元に使用者責任が発生するであろうか。裁判所は、Aらが「Xとの間で雇用契約を締結して、Xの指揮監督を受ける労働者となったものであり、その雇用関係を維持しつつ、Xの命令によって一時的にYの下に派遣され、その指揮監督下で労働することになったのであるが、労働の対価である賃金はXから支給される一方で、XはYから派遣料の支払を受けてAらの労働によって利益を得ていた」という関係があり、Xは民法七一五条の使用人であると判断し、Yに対する使用者責任を認めている(Yは民法七一五条の第三者であることを前提とする判断である)。使用者責任の法的根拠を報償責任、危険責任の思想に求めることが多いが、その見地からしても妥当な判決である。具体的な指揮命令権は派遣先Yが有しているが、Yの指揮監督が不十分であった点は、過失相殺の問題として扱えばX・Y双方の利害の調整が可能である。裁判所も、①派遣期間中は派遣先であるYの指揮監督下にあるため、XとすればAらの動向の確認が容易でないこと、②短期間で大量に配置された派遣労働者の中にマイライン申込書を偽造する者がでてくるかも知れないことをYは予想し、同一営業訪問員の提出した申込書の確認作業をYの同一担当者に割り当て、印影、筆跡を精査するよう指示などしておれば、早期に不正行為を発見できたと考えられることから、Yに五割の過失相殺を行った。

(二) テンブロス・バルシシステム24事件は派遣業務を遂行する過程で派遣労働者による違法行為が派遣先に加え

られたことから派遣先が民法七一条の第三者であることを前提として派遣元に損害賠償を請求したケースである。派遣業務を遂行する過程で派遣労働者による違法行為が派遣先以外の第三者に加えられた場合はどうであろうか。これまでの判例傾向からすると民法七一条の使用者とは派遣労働者と雇用関係にある派遣元のみならず、派遣労働者について業務上の指揮命令権を有する派遣先も同条の使用者と解される。使用者とは明確に雇用関係にある必要はなく、事実上の指揮監督関係があれば足りるからである。¹²⁾したがって、派遣先も民法七一条の使用者と考えられる。この場合、派遣元も同時に民法七一条の使用者に当たるから、派遣元と派遣先の責任は不真正連帯の関係にあるものと解する。

第三 労働保護法の適用等

一 労働基準法の適用

(1) 派遣労働者は派遣元と労働契約を締結しているから、派遣元に雇用される労働者である。そこで、労働保護法規は原則として派遣元に適用される。しかし、実際に労働するのは派遣先においてである。派遣中の派遣労働者には派遣先が指揮命令を行っている。そこで、労基法、労安法、じん肺法、作業環境測定法、雇用機会均等法については特例措置が定められている。

派遣法四四条一項（均等待遇・強制労働の禁止・徒弟の弊害排除）は派遣先・派遣元の両方が使用者として責任を負う（罰則も適用される）。

四四条二項は派遣先のみが使用者として責任を負う事項である（派遣先に罰則が適用される）。

四四条一項、二項に記載のない事項については、派遣元のみが使用者として責任を負う。

したがって、派遣労働者の労働時間・休憩・休日等の労働条件の枠の設定自体は雇用主である派遣元の権限と責任である。派遣労働者が派遣先で時間外労働、変形労働時間制やフレックスタイム制を利用するには派遣元で、それが可能となる就業規則や労使協定を締結しておく必要がある(四四条二項で「派遣元の事業場の就業規則が適用される」と読み替え規定がある)。三六協定等の締結・届出は派遣元事業主と派遣元事業場の過半数労働組合、これがない場合は過半数労働者代表者との間で締結する。この場合の労働者には派遣労働者も含まれるが、登録段階の労働者は含まれない。派遣先において専門業務型裁量労働制(三八条の三)を適用するためには、派遣元において労使協定の締結や届出をする必要がある。三八条の四による裁量労働制は、その性質上派遣労働者には適用されないと考えられている。派遣中における具体的な労働時間等の決定は派遣先の権限である。派遣先は三六協定の範囲内で派遣労働者を労働させることができる。

(2) 派遣労働者は派遣元に雇用されており、派遣元が雇用管理責任を行うことから、派遣元が就業規則が適用される。派遣元には派遣労働者に関する就業規則作成義務があるが、派遣先には派遣労働者に関する就業規則の作成義務はない。派遣労働者に対する懲戒処分についてはどのように考えるべきであろうか。この点につき、派遣労働者に対する雇用管理責任は派遣元が負うことから派遣元が派遣労働者に対する懲戒処分を行い、派遣先には懲戒権限はない。派遣労働者は派遣先の指揮命令に従って労働することによって、派遣元に対する労働契約上の労働義務を履行している関係にある。派遣労働者の派遣先での非違行為は派遣元に対する労働義務違反となるのである。但し、派遣労働者が派遣先の企業秩序を乱した場合には労働者派遣契約の債務不履行であり、派遣元における当該労働者に対する懲戒処分だけで終わらず、派遣先に対する派遣元の契約上の責任が発

生する余地がある。

(3) 割増賃金も派遣元に支払い義務がある。年休も派遣元との間で締結された雇用契約で定められた労働日（登録型では具体的に雇用契約を結んでから）につき一定期日付与される。雇用機会均等法の原則的な責任主体は派遣元である。

二 労働安全衛生法の適用

(1) 労働安全衛生法上の事業者とは派遣元であるが、現実の作業は派遣先で行われるため、特例措置を定め、派遣先を事業者とみなして労働安全衛生法を適用することとした。

派遣法四五条一項は派遣元と派遣先の両社を労働安全衛生法の事業者として適用する規定である。

四五条三項は派遣先の事業者のみを労働安全衛生法上の事業者とみなして責任を負わせ、派遣元には責任を負わせないものと規定されている。

(2) 労働安全衛生法上の安全管理は派遣先の義務か派遣元の義務か。

(一) 適法な派遣の場合は、具体的な指揮命令権も施設・機械等の設置管理権も派遣先が有しているため、派遣先に労働安全衛生法上の安全確保のための措置義務と共に安全管理体制（安全管理者・安全衛生推進者・作業主任者・安全委員会）の設置義務を負わせるが（四五条三項）、派遣元には責任を負わせないこととした（四五条五項）。これは派遣元には具体的な指揮命令権ないし機械等の設置管理権もないから、派遣元に責任を負わせるも実効性を期し難いからである。

(二) これに対し、請負の場合は雇用と使用とが一致するため、請負事業者が労働安全衛生法上の安全管理責任を負う。偽装請負の場合には、注文者企業が請負人の従業員を具体的に指揮命令しているし、また設備等の設置管理も

注文者企業が行っている。このことからその実態は雇用と使用が分離している場合であり、注文者企業が派遣法四五条の「派遣先の事業を行う者」とみなされて労安衛法が注文者企業に適用される。

三 労災保険法の適用、安全配慮義務

(1) 労災保険法の適用に関しては特例措置が定められていない。そこで、原則にかえて雇用主である派遣元の責任と考えられている。これは災害補償のうち、休業補償・遺族補償・障害補償などは就労による賃金の補填を目的としており賃金に代替するものであるから、賃金支払義務を負う派遣元に労基法上の災害補償責任、したがって労災保険法の適用を認めるべき考えと符合する。請負の場合には正当な請負であろうと偽装請負であろうと、請負事業者に災害補償責任、したがって労災保険法が適用される。

(2) 安全配慮義務についてはどうか。

(一) 適法な派遣の場合には、派遣先に安全確保措置を講ずる労安衛法上の義務があり(四五条三項)、派遣元にはない(四五条五項)。安全管理に落ち度があり派遣労働者が負傷した場合には、派遣先が安全配慮義務違反又は不法行為による責任を負う。そうするとこの場面では補償と賠償が分離することになる。もつとも派遣元も一般的な健康管理責任を雇用契約上負っているので、派遣元も健康管理に責任があれば、派遣元も派遣先と連帯して賠償責任を負担すべきことになる。

(二) 正当な請負の場合は請負事業者のみが安全配慮義務違反又は不法行為責任を負う。注文者企業には一般的に賠償責任はない(民法七一六条)。偽装請負の場合どうか。判例上、安全配慮義務は「ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務」とされている。偽装請負の場合は注文者企業が請負事業者の従

業員に対し、具体的な指示命令や注文者企業の設備等を用いて作業を行っているものであるから、注文者企業は「特別な社会的接触に入った」ものとして請負事業者の従業員に対し、安全配慮義務違反による損害賠償責任を負う。この場合、請負事業者も注文者企業と連帯して賠償責任を負う。

四 派遣元・派遣先の義務

(1) 派遣元の義務

派遣労働者の福祉の増進のための措置（三〇条）、適正な派遣就業の確保のための措置（三二条）、派遣労働者であることの明示等（三二条）、派遣労働者に係る雇用制限の禁止（三三条）、就業条件等の明示（三四条）、派遣先への通知（三五条）、派遣受入期間の制限の適切な運用（三五条の二）、派遣先及び派遣労働者に対する派遣停止の通知（三五条の二）、派遣元責任者の選任（三六条）、派遣元管理台帳の作成・記載及び保存（三七条）の各義務が定められている。

次に、派遣労働者の個人情報情報の適正管理に関しては、以下のとおり定められている。

派遣労働者の個人情報に関する守秘義務として、派遣労働者の個人情報の収集・保管・使用を、業務の目的達成に必要な範囲内で行うこと（二四条の四）、人種・民族・出生地など差別の原因となるおそれのある事項や、思想・信条・労働組合への加入状況についての収集は禁止されていること、本人からの直接収集又は本人の同意を得て他から収集する等適法かつ公正な手段によらねばならないこと、派遣先へ提供すべき個人情報情報は三五条に規定されたもののほか、派遣労働者の業務遂行能力に関する情報に限られる（二四条の三第一項）。派遣元は労働者の個人情報適正に管理するために必要な措置を講じなければならないとされており（二四条の三第二項）、これに基づき個人情報適正管理規程の制定が必要である。派遣元及びその代理人、使用人その

他の従業員である者又はあつた者は、正当な理由なく業務上知り得た秘密を他に漏らしてはならない（二四条の四）。

(2) 派遣先の義務

労働者派遣契約に関する措置（三九条）、適正な派遣就業の確保等のための措置（四〇条）、派遣受入期間の制限の適切な運用（四〇条の二）、派遣労働者の雇用の努力義務（四〇条の三）、派遣労働者への雇用契約への申込み義務（四〇条の四、四〇条の五）、派遣先責任者の選任（四一条）、派遣先管理台帳の作成・記載・保存及び記載事項の通知（四二条）の各義務が定められている。

第四 労働者派遣契約の消長と派遣労働者の地位

派遣労働者と派遣元との雇用契約は、労基法その他の法令、派遣元の就業規則、派遣契約によって内容が特定される。派遣労働者は派遣労働契約の範囲内で労働義務を負う。その範囲を超えて派遣先の指揮命令に従う必要はない。

一 解雇権濫用法理の類推適用

登録型派遣の場合、派遣期間と雇用期間とが原則として一致していることから、派遣契約が期間満了で終了すれば、派遣労働契約も期間満了で終了する。登録型の派遣労働者が長期にわたり同一派遣先に派遣されてきた場合、その雇止めと解雇権濫用法理の類推適用があるか。

有期の雇用契約が当然更新を重ねるなどしてあたかも期間の定めのない契約と実質的に異ならない状態で存在

している場合、あるいは期間満了後も使用者が雇用を継続すべきものと期待することに合理性が認められる場合、当該雇用契約の更新拒絶（いわゆる雇止め）をするに当たっては、解雇の法理を類推すべきであり、当該雇用契約が終了となってもやむを得ない合理的理由がない限り、更新拒絶は許されないとするのが判例である。¹³⁾しかし、派遣はそもそも臨時的・一時的な必要性に基づくものであることから、長期にわたり有期雇用が反復更新されることは予定されていない。そうすると「有期の派遣労働契約があたかも期間の定めのない契約と実質的に異なる状態」で存在している場合」はまず考えられない。

次に、「雇用継続についての合理的期待という点ではどうか。この点につき、登録型派遣につき六ヶ月の派遣期間を四回更新し（したがって六ヶ月の雇用期間を四回更新）、期間満了で雇止めとなったマイスタッフ（一橋出版）事件¹⁴⁾東京高判平成一八・六・二九労働判例九二一号五頁では、派遣労働者は雇用の継続についてある程度の期待を有していたとしても、①労働者派遣法は派遣労働者の雇用の安定のみならず、派遣先の常用労働者の雇用安定も立法目的として派遣期間の制限を設けるなど、上記目的との調和を図っており、同一労働者を同一の派遣先へ長期間継続して派遣することは常用代替防止の観点から本来労働者派遣法の予定するところではないこと、②派遣労働契約は労働者派遣契約の存在を前提としており、派遣でない通常の雇用契約の場合と同様に雇用継続の期待を求めることは困難であることから、解雇権濫用法理を類推適用すべき前提を欠いている」とし、労働契約上の地位の確認訴訟は請求棄却となっている。

前掲伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件高松高裁判決（前後約一三年間にわたって、期間六ヶ月の派遣労働契約が反復更新されてきた例）も、マイスタッフ（一橋出版）事件東京高裁判決と同旨の理由の下に、あたかも期間の定めのない契約と実質的に異なる状態が存在している場合、あるいは雇用を継続すべきものと期

待することに合理性が認められる場合に当たらないと判示し、解雇権濫用法理の類推適用を否定している。裁判例では、派遣という形態が利用されている限り、派遣労働者の雇止めには解雇権濫用法理の類推適用はないとする結論で固まったと見てよい。この結論はやむを得ないと考えている。

二 労働者派遣契約の中途解約が及ぼす雇用契約への影響

(1) 登録型派遣において、派遣先から派遣労働者の交代要請があり派遣元がその要請を受け入れて派遣労働者を交代させた場合、雇用契約への影響如何。三都企画建設事件Ⅱ大阪地判平成一八・一・六労働判例九一三号四九頁がこの問題を扱っている。

X(土木施工管理技師等の資格を有する者)は、Y(派遣元・三都企画建設、一般労働者派遣事業を営む会社)であるが、派遣法上の許可を得ていない)に派遣登録をしていた。登録に当たり、Xはパソコン技能につきエクセルはできるがCADはできないと回答していた。YはB(派遣先・設計会社)からの派遣要請に基づき業務協力基本契約を締結し、XをBに派遣し、水道工事の施工管理に当たさせた。しかし、Xがエクセルは使えたがCADが使えなかったことからBの不満が募り、BからYに派遣労働者の交代要請があった。やむなくYはCADを使えるCをXに代えて派遣した。それに伴いYは仕事がなくなったXを解雇した。この解雇は有効か。無効であるとすればXは残余雇用期間の賃金を請求できるか、それとも休業手当の請求権を有するか。

(一) 派遣先のBから派遣元のYに派遣労働者Xの交代要請があったとする。Xの能力不足等がYB間の労働者派遣契約の債務不履行(不完全履行)と評価される場合であれば、Xの交代要請は有効であり、この場合、Yが完全履行(Xに代えて別の有能な派遣労働者を派遣する)をしないなら、Bによる派遣契約の解除も有効である。派遣契約が有効に解除された場合にはYB間の派遣契約は終了し、これによりXY間の雇用契約

も終了する。YがXを交代させた場合、登録型派遣においては派遣契約と雇用契約とは密接な関係にあり、Xの能力不足等が原因で派遣契約が有効に解除されれば、雇用契約も履行不能となると考えられる。この場合は、雇用期間の途中解雇の要件である労働契約法一七条の「やむを得ない事由」を満たすと解され、解雇は有効である。

(二) これに対し、BからYにXの交代要請があつたが、しかしながら、Xに能力不足等はなく労働者派遣契約の債務不履行（不完全履行）と評価されない場合はどうであろうか。この場合、BはXの交代を要請することはできない。YがBからの交代要請に応じなかったとしてもBは派遣契約を有効に解除することはできない。にもかかわらず、YがBからの要請に応じて別の派遣労働者に交代させた。これに伴いXの就労が不能となった。この場合、YはXを解雇することができるか。この点につき、労働契約法一七条により有期の労働者の期間途中における解雇には「やむを得ない事由」を必要とするところである。派遣契約に不完全履行がないにもかかわらず、派遣契約の中途においてXを交代させ、Xに新たな就労先がなかったとしても、直ちにXを解雇することはできないと考えられる。債務不履行がないにもかかわらずXを交代させたのはYの営業政策によるものであり、その責任をXに負担させるわけにはいかない。期間中の解雇が肯定されるだけの「やむを得ない事由」は特段の事情のない限り認められないと解される。¹⁴⁾

(三) では、この場合、Xは残余の雇用期間につき賃金請求権を有するか、それとも労基法二六条の休業手当請求権を有するか。

この点につき、三都企画建設事件大阪地裁判決は、派遣元Yとすれば、Xの派遣先Bでの勤務状態を知る立場になくBの主張を争うことは極めて困難であり、Yは乏しい資料からBの要請に従わざるを得ず、その

結果、交代させられたXの仕事がなくなり就労不能(履行不能)となったとしても、それは「債権者の故意、過失又はこれと同視すべき事由」に該当しない、すなわち、雇用主であるYの責に帰すべき事由に該当しないと判断して民法五三六条二項の適用を否定した(貸金請求権は消滅する)。他方、労基法二六条の「使用者の責に帰すべき事由」とは不可抗力を除く全ての事由をいい、使用者側に起因する経営、管理上の障害を含む¹⁵とされていることから、本件はYに起因する経営、管理上の障害に該当すると考え、Xに労基法二六条の休業手当請求権のみを認めた。判決に反対の学説がある。一つは派遣労働者に賃金請求権を認めるべきであるとする学説¹⁶と他の一つは休業手当請求権さえも否定する学説¹⁷である。しかしながら残余期間の賃金請求権を否定し、休業手当請求権を認めた判決の立場は、派遣元と派遣労働者双方の立場に配慮した妥当な判断であると考える。第一に、登録型派遣にあつては派遣元・派遣労働者共に派遣先あつてのものである。派遣労働者は派遣先が確保されて初めて就労が可能となる。派遣元は派遣労働者が派遣先で働いて派遣料を手にすることができる。派遣労働者の就労先がないにもかかわらず派遣労働者に残余の雇用期間の賃金を払うとなれば、その費用をどこから捻出するのか。第二に、派遣元と派遣先とは現実には力関係に差があり、派遣元はユーザーである派遣先の意向を尊重せざるを得ない立場にある。第三に、しかも派遣契約の不完全履行か否かの資料は現実の就労が派遣先において行われることから、獲得が困難である。それゆえ、派遣元が派遣先の要請に従って派遣労働者を交代させたからとしても、民法五三六条二項の債権者(派遣元)の責に帰すべき事由に基づく履行不能とはいえない。但し、派遣元と派遣先とが共謀のうえで派遣労働者の就労を妨害したなど特段の事情のあるときは例外が認められて良い。

(四) 以上のとおり、YB間の派遣契約にYの債務不履行(不完全履行)があるか否か、その不履行が派遣労働

者の解雇事由に該当するか否かが問題となる。そのため、安西弁護士は派遣契約において次の条項を明記すべきであると提案されており参考となる。¹⁸⁾

「『派遣先は派遣元事業主に対し、次の各号に該当する場合には、当該派遣労働者の交替を請求することができる。

- ① 派遣労働者の知識・技術・能力等が、他の派遣労働者に比し、または、業界の標準的な労働者の技術等の水準に比し、著しく低く、派遣契約に定める業務の遂行が不十分なとき。
 - ② 派遣労働者が、正当な理由なく、派遣先責任者及び指揮命令者等の指示に従わないとき。
 - ③ 派遣労働者が、正当な理由なくしばしば欠務し又は遅刻、早退する等派遣先の業務の遂行に支障を生ずるとき。
 - ④ その他右に順ずる業務遂行上支障のあるとき。」
- 派遣契約の解除についても、『派遣先は第〇条に定める派遣労働者の交替の請求をした後、一週間を経過しても、派遣元事業主が交替の派遣労働者による業務の提供をしない場合には、催告なくしてこの契約を解除することができる。前項の場合において、派遣先が派遣元事業主の右の債務の不履行により損害を蒙った場合には、契約解除と同時にまたはその後速やかに、派遣元事業主に対し損害賠償の請求をなしうるものとする。』このような、派遣労働者の不完全な労働の提供により、派遣先から交替要員の派遣を求められ、あるいは派遣契約を解除されるという状態を生じたときは、派遣元に対する派遣労働者の雇用契約上の業務の提供も同時に不完全履行となるから派遣業務不適格に該当し、派遣元の就業規則の定めにより解雇できることになる。」と。

(2) 「モデル就業条件明示書」に則った雇用契約と登録型派遣労働者の解雇

(一) 指針を受けて厚生労働省が派遣労働者に対する「モデル就業条件明示書」を作成し、そのなかで次のように記載している（業務取扱要領第八の六(3)参照）。

「派遣労働者の責に帰すべき事由によらない労働者派遣契約の解除が行われた場合には、派遣先と連携して他の派遣先をあつせんする等により新たな就業機会の確保を図ることとする。また、労働者派遣契約の解除に伴い派遣労働者を解雇しようとする場合には少なくとも三〇日前に予告することとし、三〇日前に予告しないときは労働基準法第二〇条第一項に基づき解雇予告手当を支払うこと、休業させる場合には労働基準法第二六条に基づく休業手当を支払うこと等、雇用主に係る労働基準法等の責任を負うこととする。」

この明示された内容で雇用契約が締結された場合、どういった意味を有するであろうか。派遣元は、三〇日前の予告又は三〇日分の賃金の支払による派遣労働者の解雇が有効となるであろうか。二つの見解がある。

甲説は、労基法二〇条の適用のあることを定めた当然の規定であり、解雇事由を約定するものではないと解する。この説によるときは、雇用期間の途中における解雇であるから解雇事由を厳密に判断することになる。これに対し、乙説は、次のように説く。すなわち、派遣先による一方的な派遣契約の解除は派遣元にとってはその責を負わせることができない重大な事由である。しかし、他方派遣労働者の保護の必要性もあるので、三〇日前の予告か三〇日分の賃金を派遣元に支払わせることにより、雇用契約を終了させることとして、双方の公平を図ったものである。派遣元にとっては派遣手数料が入らないにもかかわらず、賃金を払わねばならないことから、甲説は派遣元にとってダブルパンチであるとする。⁽¹⁹⁾

(二) いずれの説を妥当とすべきか。この点に關し、労働契約法一七条により有期の労働者の期間途中における

解雇には「やむを得ない事由」を必要とするところである。期間雇用の定めは派遣労働者にとってみれば雇
用保障の意味を有する。したがって、労働契約法一七条は期間途中における使用者の解雇を原則として禁止
する片面的強行規定と解される。²⁰⁾乙説は労働契約法一七条に違反する見解であり、甲説が妥当である。

第五 派遣労働者と派遣先との労働関係

一 黙示の労働契約と法人格否認の法理適用

(1) 黙示の労働契約の成否

派遣労働者と派遣先との間で黙示の労働契約の成立が認められるであろうか。派遣労働者と派遣先との間に
黙示の労働契約が成立したといえるためには、単に両者の間に事実上の使用従属関係があるというだけではな
く、諸般の事情に照らして、派遣労働者が派遣先の指揮命令のもとに派遣先に労務を供給する意思を有し、こ
れに関し、派遣先がその対価として派遣労働者に賃金を支払う意思が推認され、社会通念上、両者間で労働契
約を締結する意思表示の合致があつたと評価できるに足りる特段の事情が存在することが必要である。何故な
らば、労働者派遣の法律関係は、派遣元が派遣労働者と結んだ労働契約に基づく雇用関係を維持したままで、
派遣労働者の同意・承諾の下に派遣先の指揮命令下で労務給付をさせるものであり、派遣労働者は派遣先とは
雇用関係を持たないものである（派遣法二条一号）から、派遣労働者が派遣先の指揮命令下で労務給付をして
いたからといって、それだけでは、派遣労働者と派遣先との間に黙示の労働契約が成立したとはいえないこと
は、もともと派遣法が当然のこととして予定している法律関係である。²¹⁾より具体的にいえば、派遣元と派遣労働

働者間に黙示の労働契約が成立したといえるためには、①派遣元が形式的存在に過ぎず、派遣労働者の労務管理を行っていない反面、②派遣先が実質的に派遣労働者の採用、賃金額その他就業条件を決定し、③配置、懲戒等を行い、④派遣労働者の業務内容・派遣期間が労働者派遣法で定める範囲を超え、派遣先の正社員と区別し難い状況となっており、⑤派遣先が、派遣労働者に対し、労務給付請求権を有し、賃金を支払っていると認められる事情があるときには、派遣労働契約は名目的なものに過ぎないとして、派遣労働者・派遣先間に黙示の労働契約の成立を認める余地がある。

違法な労働者派遣であれば派遣先との間で黙示の労働契約の成立を認める見解もあるが、あくまでも派遣先と派遣労働者間での意思の合致（派遣先と派遣労働者との間の直接的な賃金の支払と労務の受領の関係をすることを）のあることが必要である。意思の合致を推認するための間接事実として、前記①から⑤が重要である。

- ①を必要とするのは、二重の労働契約の成立は認められないからであり、②から⑤を必要とするのは派遣先と派遣労働者間の労働契約の成立を認定するためである。前掲伊予銀・いよぎんスタッフサービス事件高松高裁判決が述べるように、派遣先が適用対象業務以外の業務をやらせたり、派遣労働者の特定行為を行うなど、いくつかの派遣法違反があったとしても、派遣労働者と派遣元との間の雇用契約が有名無実なものとはならない以上、一般的には派遣労働者と派遣先との間で黙示の労働契約が成立する余地はないものといわねばならない。
- (2) 法人格否認の法理適用の可否

法人格否認の法理の適用により派遣先に対し派遣労働者が労働契約上の地位を主張できるであろうか。法人格否認の法理とは、実体は個人企業又は親会社の一部分である会社について、その法人たる属性を認めることが正義・衡平に反する場合に、特定の事案について法人格を否定し、背後の実体である個人又は親会社と同一

視して法的処理を行う理論である²⁶。周知のとおり法人格否認の法理には法人格形骸化論と法人格濫用論とがあり、これまでの裁判例では法人格濫用論が問題となっている。そして、法人格濫用論とは法人格を否認することによって、法人の背後にあつてこれを道具として支配している者について、法律効果を帰属させ、又は責任追及を可能にするものであるから、その適用に当たっては、法人を道具として意のままに支配しているという「支配」の要件が必要であるとともに、法的安定性の要請から、「違法又は不当な目的」という「目的の要件」も必要であると解される²⁷。

前掲マイスタッフ（一橋出版）事件東京高裁判決では、(a) Y_2 （派遣先）は Y_1 （派遣元）の発行済み株式の一七・五%を保有していたに過ぎず、 Y_1 は Y_2 と別個独立に存在し営業活動を行い、派遣先も Y_2 以外に常時一〇〇〜一四〇名の労働者の派遣を行っていた。会計上の処理も別個独立である。(b) Y_1 の売上における Y_2 の比率は一五%程度である。(c) Y_1 の代表者のHは既に Y_2 の代表者を退任している。(d) Y_1 の Y_2 に対する派遣料の請求額が他社に派遣した場合の派遣料額より安かったとしても不当に低廉な派遣料ともいえない。(e) Y_1 がXの賃金、各種保険料の支払、所得税、社会保険料等の徴収手続を行っている。以上からしても、 Y_2 が Y_1 を支配しているとは認められず、 Y_1 の法人格を濫用しているものとはいえないと判断し法人格否認の法理の適用を認めなかった。黙示の労働契約の理論と同様、ここでも派遣法のルールに従って派遣が行われておれば、法人格否認の要件を欠くものといわねばならない。

二 派遣先による直接雇用

(1) 労働者派遣法上の派遣先の雇用努力義務

派遣先は、同一業務について、派遣元から継続して一年以上の期間派遣労働者を受け入れてきた場合、引き

続き当該業務に当該一年が経過した日以後従事させる場合で、その日以後当該業務に新たに労働者を雇用しようとする場合は、その派遣労働者を雇い入れるよう努めなければならない(四〇条の三)。四〇条の三は、条文上からも明らかかとおり派遣受入期間の制限のある業務に従事してきた派遣労働者に関する規定である。

この制度は派遣先における派遣労働者による常用労働者の代替防止を確保するとともに、常用雇用を希望する派遣労働者の常用雇用への移行を促進させるためのものである。

派遣先に雇用の努力義務が発生するのは、①派遣先が同一の業務について継続して一年以上派遣を受け入れた場合において、②派遣実施期間が経過した日以降、当該同一の業務について新たに労働者を直接雇用しようという場合であり、③当該同一の業務に派遣実施工間継続して従事した派遣労働者であって、次の(イ)(ロ)の要件をいずれも満たす者についてである。(イ)その派遣労働者が派遣実施工間の経過した日までに当該同一業務に従事することを希望する旨派遣先に申出たこと、(ロ)派遣実施工間が経過して七日以内に派遣元との雇用契約が終了するものであること。要するに、この制度は、一年以上「同一業務」についていた当該派遣労働者についての派遣先の優先雇用の努力義務を定めたものである。この制度は左記(2)とは別の制度である。

(2) 労働者派遣法上の派遣先の雇用申込み義務

(一) 派遣受入期間の制限のある業務の場合

派遣受入期間の制限に抵触することとなる場合であって、その日以後も派遣労働者を引き続き使用しようとするときは、派遣先は雇用されることを希望する派遣労働者に対して、派遣受入期間の制限に抵触することとなる最初の日の前日までに、雇用契約の申込み義務がある(四〇条の四)。この制度趣旨は、派遣受入期間の制限に抵触する前に、派遣先に雇用申込みを義務付けることにより、派遣受入期間の制限に違反して派

遣が行われることを未然に防止し、労働者派遣から派遣先の直接雇用へと移行させるためである。派遣受入期間中に派遣労働者が交代する場合があるが、派遣先が雇用申込み義務を負う派遣労働者は、交代した後の三五条の二第二項の派遣停止の通知を受けた派遣労働者である。派遣停止の通知がなされず、抵触日以後も労働者派遣が行われている場合には、派遣先は雇用申込みの対象としないこととなる（業務取扱要領第九の五(1)へ参照）。派遣先は違法状態を解消（具体的には、抵触日以後の労働者派遣を取り止めること）すれば、雇用申込み義務はなくなる。

(二) 派遣受入期間の制限のない業務の場合

派遣受入期間の制限のない業務に関し、同一の業務について三年を超えて同一の派遣労働者を受け入れられている場合、三年経過後に当該業務に労働者を新たに雇い入れようとするときは、派遣先は当該派遣労働者について雇用契約の申込みをしなければならない（四〇条の五）。四〇条の五は、派遣受入期間の制限のない業務に派遣を受け入れてきた派遣先の雇用申込み義務である。この制度趣旨は派遣労働者の雇用の安定を図るため、派遣労働者の希望を踏まえて派遣先に直接雇用される機会をより多く確保することである。

受入停止期間が三ヶ月以下の場合には、「継続して」派遣を受け入れているものと判断され、派遣受入期間が通算されるが、停止期間が三ヶ月を超えておれば、その後の派遣の受入は停止前の派遣受入とは別の新たな派遣の受入と判断される（「派遣先が講ずべき措置に関する指針」第二の一四(3)参照）。

(二) 共通点と相違点

① (一)とも平成一五年改正により導入された制度である。四〇条の四も四〇条の五も「みなし雇用」の制度でもないし、雇用義務でもなく、「雇用申込み義務」を派遣先に課したにとどまった。これは派遣労働

者や派遣先の意思に反して、あるいは両者の意思が合致しないまま両者間に雇用契約の成立を認めることはできないし、相当でもないからである（この点は(四)で再説する。）。

② 両者を仔細にみると、²⁸⁾両者とも派遣先の雇用申込み義務であるが、四〇条の四の方は派遣期間を超えて引き続き当該派遣労働者を「使用しようとするとき」に発生する義務であり、その派遣労働者を使用するのを止めて、新たな労働者を雇い入れる場合は射程外となっている。他方、四〇条の五の方は派遣労働者が従事していたと同一の業務について、「労働者を雇い入れようとするとき」に発生する義務である。当該同一の業務につき、引き続き労働者の派遣を利用しようとする場合には申込み義務は発生しない。

③ 雇用申込み義務は直接雇用の申込み義務であるが、労働条件について法は無関心である。当然、雇用申込の内容は期間雇用を排除するものではない。

④ 四〇条の四、四〇条の五に反し、派遣先が雇用契約の申込みを行わず、厚生労働大臣の指導・助言（四八条）に従わないときは、雇用契約の申込みの勧告が行われる（四九条の二第一項）。その勧告にも従わない場合は厚生労働大臣は企業名を公表することができる（四九条の二第三項）。こうした行政上の措置が用意されている。

(四) 雇用申込み義務の私法上の効力

① この雇用申込み義務は公法上の義務と解されているので私法上の効力はないものと解される。²⁹⁾派遣法は、国対派遣元事業主、国対派遣先事業主という関係を規定しているもので、派遣労働者に直接雇用申出の権利を与えたものではない。³⁰⁾これに対し、派遣労働者が制限期間（期間制限のない業務については三年）の経過により申込みの効果が発生したものと認め、派遣労働者が事実上勤務を継続していれば黙示の同意が

あったものとして派遣先との間に労働契約の成立を認めるべきだとの学説もある^①。しかし、四〇条の四、四〇条の五とも「みなし雇用」の制度ではないことに加え、派遣法の行政取締規定としての性格から、派遣先が申込みをしたものとみなす効果が私法上も発生するとの解釈は困難である^②。そもそも派遣先による雇用申込みの内容となる労働条件の確定さえもできていないのであり、継続使用された事実があっても派遣先との間で黙示の労働契約の成立は認め難い。

- ② 派遣先が四〇条の四、四〇条の五に違反し、雇用申込み義務を履行しないとき、派遣労働者による不法行為請求（申し込みがなされなかったことを理由とする損害賠償請求）が可能であるかのごとき見解もある^③。しかし、四〇条の四の場合には違法状態を解消する自由も派遣先には存在するはずであり、派遣労働者も派遣先による雇用を期待できる立場にはない。また、四〇条の五の場合も新たに同一の業務につき労働者を採用しようとする場合であるが、派遣労働者よりも有能な労働者がおればその人を採用したいというのが世の常である。派遣元に未だ雇用されている派遣労働者に雇用申込をして派遣元との関係を悪化させたくないという配慮をする派遣先もいるだろう。派遣労働者による不法行為による損害賠償請求が可能なる場合があるとすれば、それは派遣先が派遣労働者に対し、その者を雇用したいという積極的言動を行い、派遣労働者もその気になり、派遣元を辞めた、あるいは近々辞めることになっている。しかし、派遣先の気が変わり他の労働者を新規に採用したといった特段の事情のある場合に限られるだろう。このように特段の事情のある場合に損害賠償請求が認められるということは、四〇条の四、四〇条の五といった条文の直接の効果とみるべきではあるまい。

(五) 雇用申込み義務と立法政策

四〇条の四も四〇条の五も常用型の派遣労働者の場合であっても、登録型の派遣労働者と同様に派遣先による雇用申込み義務の対象となるとされている(業務取扱要領第九の五(3)参照)。しかし、四〇条の四と四〇条の五を常用型の派遣労働者にも拡張する行政解釈は、派遣元が従業員を育ててきたにもかかわらず、派遣先による引拔を国家が行政上の措置に基づき強要するものであり、派遣元の営業の自由の侵害とならないのか(四〇条の三の場合には、派遣労働者が派遣元と雇用関係が終了することを要件の一つとしていることと対比)、他方、派遣先についても採用の自由の侵害とならないのか、更に検討が必要であろう。筆者は、この行政解釈には強い疑問を感じている。

おわりに

労働者派遣事業は低賃金と不安定雇用の温床である。いまや派遣という言葉は格差社会の代名詞となった感がある。派遣労働にはOJTを通して技術・技能・経験・知識を磨くという発想が存在しない。現行法を前提とする限り、不安定雇用の歯止めには解釈上の限界がある。

労働者派遣法の見直しが必要である。しかし、労働者派遣法の見直しを検討してきた厚生労働省の労働政策審議会労働力需給制度部会は、平成一九年一月二五日、中間報告をとりまとめ、その中で、派遣は「原則自由であるべきだ」とする経営側と、「限定的なものであるべきだ」とする労働側の間で基本的な考え方の違いがあり、「議論を続けても、有意義な結論に到達することは困難」と指摘し、労働者派遣法改正を見送ることとした。

今後の立法政策として、二つの見解がある。一つは、ドイツ労働者派遣法を参考として労働者派遣事業を全て許可制としたうえ、無許可派遣、派遣期間の上限を超えた派遣、あるいは均等待遇原則の実現ができない派遣などには、派遣労働者と派遣先との間で擬制労働関係の成立を認める「みなし雇用」の制度を導入すべきであるとの見解である。他の一つは、わが国派遣法制定当初の理念に立ち返って、専門的知識、経験⁽³⁴⁾を必要とする業務、つまりポジティブリスト方式を中軸にすえた法体系に再構築すべきであるとする見解である。⁽³⁵⁾すなわち、ポジティブリストの対象業務は専門的職業的外部労働市場を形成しており企業内の労働市場とは競合しにくいから、常用代替は起きにくい。また、ポジティブリストの対象業務は相対的に高賃金の市場を形成しており、良好かつ安定した派遣市場の形成が期待できるというのである。

両見解とも労働者派遣制度の根幹にかかわる問題であり、筆者はその当否について結論を出すことができるだけの資料を現時点で持ち合わせていない。この点は他日を期したい。

参考文献

- 厚生労働省職業安定局「労働者派遣事業関係業務取扱要領（最終改正平成一九年四月一日）」
 高梨昌「詳解労働者派遣法（第三版）」（エイデル研究所、二〇〇七年）
 安西愈「新・労働者派遣法の法律実務」（総合労働研究所、二〇〇〇年）
 安西愈「労働者派遣と請負・業務委託・出向の実務」（労働調査会、平成一七年）
 雇用流動化実務研究会「Q & A 派遣労働者雇用管理の手引（改訂版）」（新日本法規、平成一七年）

- (1) 本稿は本学と岡山県行政書士会との協定に基づく行政書士を対象とする平成一九年度法学研修講座のうち労働法の講義案に加筆補正を加えたものである。
- (2) <http://www.asahi.com/life/update/1228/TKY200712280296.html>
- (3) 派遣元から受け入れた派遣労働者を他の企業へ派遣する二重派遣は「自己の雇用しない労働者」を派遣の対象とするものであり、(イ)の点から許されず、職安法四四条により禁止されている。この二重派遣の解消方法としては、(イ)派遣元から注文主に直接労働者派遣を行うこと。(ロ)派遣先が注文主から発注のあった業務を注文主から労働者に対する指揮命令を受けない適正な請負により実施することが必要となる。
- (4) 一般派遣事業の場合の登録は求職者名簿的な役割が中心だから他の派遣会社への登録も禁止できない。憲法二二条の職業選択の自由や職安法二条の趣旨からも二重登録の禁止は不当な制限となる。
- (5) その他、日日雇用者又は有期雇用者でも採用のときから一年を超える期間について引き続き雇用されると見込まれる者も「常時雇用される者」に含まれる(業務取扱要領第一の三(4)ハ参照)。
- (6) <http://www.asahi.com/life/update/1228/TKY200712280296.html>
- (7) 浜口桂一郎「労働判例研究」ジュリスト一三三七号一八頁、座談会「派遣先の直接雇用責任を問う」労働法律旬報一六三九一六四〇号三五頁(浜村彰発言)。
- (8) 安西愈「新・労働者派遣法の法律実務」(総合労働研究所、二〇〇〇年)四七八〜四七九頁。
- (9) ホクトエンジニアリング事件Ⅱ東京地判平成九・一一・二六判例時報一六四六号一〇六頁、高梨昌編著「詳解労働者派遣法(第三版)」(エイデル研究所、二〇〇七年)四四八頁。
- (10) 山口浩一郎・判例評論四八一号四一頁。
- (11) 新春鼎談「労働者派遣と派遣元・派遣先企業の義務」労働判例八八〇号二〇頁の山田・安西・鎌田発言。
- (12) 最新小判昭和四一・七・二一民集二〇巻六号一三三五頁、最新小判昭和四二・一一・九民集二一卷九号二三三六頁

- ほか。
- (13) 東芝柳町工場事件Ⅱ最一小判昭和四九・七・二二民集二八巻五号九二七頁、日立メデイコ事件Ⅱ最一小判昭和六一・一二・四判例時報一二二一号一三四頁。
- (14) 「やむを得ない事由」の判断は厳格である。例えば、安川電機八幡工場事件Ⅱ福岡高決平成一四・九・一八労働判例八四〇号五二頁、モーブツサンジャンバン事件Ⅱ東京地判平成一五・四・二八労働判例八五四号四九頁、安川電機八幡工場事件Ⅱ福岡地小倉支判平成一六・五・一一労働判例八七九号七一頁。
- (15) ノースウエスト航空事件Ⅱ最一小判昭和六二・七・一七労働判例四九九号六頁。
- (16) 新谷真人「登録型派遣労働者の途中交代と賃金請求権」労働法律旬報一六四二号五三頁は民法五六条二項を適用して残余期間中の賃金請求権を認めるべきであると主張する。坂井岳夫「労働者派遣契約の中途解除と派遣労働者の解雇・賃金請求権・休業手当請求権」日本労働法学会誌一〇九号一七八頁も同趣旨。
- (17) 下井隆史「労働基準法（第三版）」（有斐閣、二〇〇一年）一二九頁。但し、同教授は「労働基準法（第四版）」（有斐閣、二〇〇七年）一五七頁で改説され、三都企画建設事件大阪地裁判決に賛意を表わされている。
- (18) 安西愈・前掲書（注⑧）四九七頁。
- (19) 安西愈・前掲書（注⑧）四九〇頁。
- (20) 民法六二八条につき桑村裕美子「労働判例研究」ジュリスト一二八五号一三一頁。
- (21) 伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件Ⅱ高松高判平成一八・五・一八労働判例九二二号三三頁。
- (22) マイスタッフ（一橋出版）事件Ⅱ東京高判平成一八・六・二九労働判例九二二号五頁。同旨菅野和夫「労働法（第七版補正二版）」（弘文堂、平成一九年）八九頁、下井隆史「労働基準法（第四版）」（有斐閣、二〇〇七年）三八頁、山川隆一「雇用関係法（第三版）」（新世社、二〇〇三年）一一頁。
- (23) 浜村彰「違法な労働者供給・労働者派遣と労働契約関係」法学志林九八巻一号一四三頁。

- (24) 座談会「労働者派遣と派遣元・派遣先企業の義務」労働判例八八〇号一五頁以下の鎌田発言。
- (25) 富永晃一「労働判例研究」ジュリスト一三三〇号一六九頁。
- (26) 最一小判昭和四四・二・二七民集二三卷二号五一頁。
- (27) 前掲マイスタッフ(一橋出版)事件東京高裁判決、下井隆史・前掲書(注22)、三六頁、山川隆一・前掲書一〇頁。
- (28) 水島郁子「職業安定法・労働者派遣法改正の意義と法的課題」日本労働研究雑誌五二三号二三頁。
- (29) 安西愈「改正労働者派遣法の問題点と実務上の対応をめぐって」季刊労働法二〇四号二三〜二四頁。
- (30) 安西愈・前掲季刊労働法二〇四号一九頁。
- (31) 中窪裕也「野田進」和田肇『労働法の世界(第七版)』(有斐閣、二〇〇七年)一二三頁。野田進「ヒューマン・リソース(HR)と法」NBL八四〇号六四頁。
- (32) 水町勇一郎『労働法』(有斐閣、二〇〇七年)三六四頁。
- (33) 水島郁子・前掲論文二三頁、水町勇一郎・前掲書三六四頁。
- (34) 大橋範雄『派遣労働と人間の尊厳』(法律文化社、二〇〇七年)二〇一頁。
- (35) 高梨昌編著『詳解労働者派遣法(第三版)』(エイデル研究所、二〇〇七年)四五頁。