

労働者派遣事業と事業主の法的責任

渡 辺 裕

一 はじめに

1 労働省は、今後の産業構造の変化、とりわけ第三次産業構造の変化に対応する労働力需給のミスマッチの調整をはかるため、従前から労働者供給事業と抵触してきたきらいのある私企業の労働者派遣事業の制度化（法認化）を行い、併せて派遣労働者の労働条件の保護をはかるために「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（以下労働者派遣事業法という）」の制定を進めてきた。法案要綱は、昭和60年2月5日中央職業安定審議会に諮問され、ただちにその内容を基本的に了承する旨の答申がなされた。これをうけて、法案は関係法律改正案とともに内閣

(1) この法案の衆議院議決に際しては次のような附帯決議が行われた。

政府は、次の事項について特段の配慮をすべきである。

- 1 対象業務を具体的に定めるに当たっては、我が国の雇用慣行との調和に十分留意し、常用雇用労働者の代替を促すこととならないよう、十分配慮すべきであり、中央職業安定審議会の意見を尊重して、慎重に対処すること。特に、製造業の直接生産工程に従事する事務については、労働者派遣事業の対象とはしないこと。
- 2 いわゆる二重派遣は、労働者供給事業に該当し、禁止されるものであるので、その旨の周知徹底を図るとともに、二重派遣が行われることのないよう、厳格な指導に努めること。
- 3 派遣元事業主から教育訓練に関する計画を提出させ、これに基づき、派遣労働者の雇用の安定その他福祉の増進を図られるよう、適切な指導に努めること。
- 4 労働時間、休日等の労働基準法等の適用の特例については、労働者の保護に欠けることのないよう、その周知徹底に努めること。
- 5 労働者派遣事業と有料職業紹介事業とが競合することにより、労働者の保護に欠けることのないよう、適切な調整に努めること。
- 6 労働者派遣事業、労働組合が行う労働者供給事業その他の民間の労働力需給調整システムにより就業する労働者について、社会・労働保険の適用の促進その他福祉の向上を図られるよう、適切な指導に努めること。
- 7 労働者派遣事業が適切に運営され、労働者の保護と雇

提出案件として第百二回通常国会に提案され、昭和60年6月11日に成立し、同年7月5日に公布された。施行は、昭和61年7月1日の予定である。

この国会審議に際しては、激しい論議をよぶなかで、昭和60年5月14日衆議院社会労働委員会で一部修正のうえ賛成多数で可決（自民・公明・民社の3党の賛成）され、同月17日衆議院本会議で可決、参議院に送付された⁽¹⁾。

一部修正の内容は、次の5点であった。

- ① 一般労働者派遣事業の許可の申請又は特定労働者派遣事業に係る届出書の提出に際し添付する事業計画書及び定期的に提出する事業報告書には、労働者派遣に関する料金等の事項を記載して、提出しなければならないものとする。こと。（第5条第4項及び第23条第2

用の安定が確保されるよう、関係職員の増員をはじめ、行政体制及び民間の協体制の整備を図るとともに、労働力需給の変化に的確に対応するため、公共職業安定機関の機能の充実、強化に努めること。

- 8 いわゆる派遣店員について、その適正な就業を確保するため、派遣、元派遣先両者間の取り決め及び派遣店員の管理の在り方に関し、業界に対し適切な指導に努めること。

参議院本会議における議決に際しては、衆議院本会議における8項目の附帯決議に、次の3項目を加えて、11項目の附帯決議が行われた。

- 1 請負形式により実質的に労働者派遣事業が行われることを防止するため、請負であるか否かの認定基準の作成に当たっては、中央職業安定審議会の意見を聴いて、可能な限り客観的に明確なものとなるよう慎重に検討するとともに、その厳正な運用に努めること。
- 2 派遣先における作業内容、作業環境等に関し問題が生じた場合には、派遣労働者、派遣先事業主との十分な協議を通じて、これらの問題が円滑に処理されるよう、事業主に対する指導に努めること。
- 3 労働者派遣事業は、労働力需給調整制度の一つとして位置付けられるものであると同時に派遣労働者の雇用の安定、福祉の増進に資することを目的とするものであることに鑑み、単なる企業内の余剰労働力の調整策として行われることのないよう、適切な運用に努めること。

項関係)

- ② 派遣元事業主は、海外派遣をしようとするときは、あらかじめ、労働大臣に届け出るとともに、労働者派遣契約の締結に際し、派遣先が、派遣先責任者の選任、派遣先管理台帳の作成、記載及び通知その他派遣就業が適正に行われるために必要な措置を講ずるべき旨を定めなければならないものとする。
- (第23条第3項及び第26条第2項関係)
- ③ 新たに労働者派遣の対象としようとするときは、労働者派遣の対象となる旨の労働協約又は就業規則の定め適用を受ける労働者についても、あらかじめ、その旨を明示し、その同意を得ることを要するものとする。
- (第32条第2項関係)
- ④ 労働大臣は、労働省令で定める場合を除き、専ら特定の者に対し役務を提供することを目的として労働者派遣事業が行われていると認めるときは、当該事業の目的及び内容を変更するように勧告することができるものとする。
- (第48条第1項関係)
- ⑤ この法律の施行後三年を経過した場合において、必要があると認めるときは、この法律の規定について検討を加え、必要な措置を講ずるものとする。
- (附則第4項関係)

その後参議院社会労働委員会においても、6月6日、常用労働者削減に対する歯止め策や、派遣先会社と派遣労働者との間の紛争回避策として、2点の再修正が行われた(自民、公明、民社3党賛成多数で可決)。同月7日参議院本会議にて修正可決され、更に新たに衆議院に再送付された。⁽¹⁾

- ① 派遣労働者が長期間勤務して事実上常用雇用に代替することがないよう、労働大臣は対象業務によって告示などで派遣期間を定めることができ、これに対し派遣元事業主(人材派遣業者)はその期間を超える派遣契約を結んではならないこと(第26条第2項関係)

- ② 派遣先事業主は、派遣労働者から苦情が出た場合に、その内容を派遣元事業主に通知して三者間で誠意をもって処理しなければならないこと(第40条第1項関係)

6月11日、衆議院本会議にて労働者派遣事業法はようやくに成立をみた。そして、今後は施行に向けて、対象業務の確定のための政令づくりに論議の場を移すことになった。

2 労働者派遣事業法の法案要綱については、筆者はすでに「労働者派遣事業の制度化とその法律関係」と題する論稿を呈示している⁽²⁾。労働者派遣事業の制度化法認化の基本的仕組みについて概観するとともに、制度化された後の労働者派遣事業の定義や法律関係について、制度化以前の法律関係と比較して如何なる相違を生ずるかとの点から検討を試みた。加えて、労働者派遣事業者の規制について実効性ある規制方法や、派遣労働者の良好なる労働条件(就業条件)を現実的に確保するとの視点から、労働者派遣事業法の内容やその運用上の問題点、更には就業規則の内容など現実の機能面から生ずる問題点を指摘しつつ、今後、派遣労働者の保護法としての内容を十分に確保することができる方向へと労働者派遣事業法の運用を充実していくべきことを主張したところである。従来、労働者供給事業に抵触しないようにと形式的には請負・委任の契約形態をとりながらも、実質的には抵触の疑いが濃厚であるグレイ・ゾーンが大きく拡大発展してきている。このグレイ・ゾーンにおかれている実質的に数百万の派遣労働者に対して、現実的に保護を行い、従来の不安定かつ半法認の状態から、本工労働者同様に、安定かつ法認の状態へと改善をはかることは、派遣労働者自身の側に立つ法規制のあり方を構想するならば、是非とも必要であると判断されたからである。⁽³⁾

既稿においては、紙数の制約上、法律関係を

(2) ジュリスト831号12頁以下

(3) 座談会「労働政策・労働行政の動向と労働法学の課題」

(労働法律旬報1113号)における榎井常喜教授および山本吉人教授の発言(25~32頁)と視点は同様である。

めぐる問題点、雇用形態を就業条件の規制に関する問題点、そして法適用対象業務をめぐる区別の問題点について論議するに止まった。そこで、続いて、労働者派遣事業法の施行後、労働契約上の派遣元事業主の責任はどのようなものか、また派遣先事業主の責任はどのようなものか、検討を進める。併せて、この使用者責任の問題を検討するに際して必要である派遣労働形態と出向労働形態に関する比較的考察を行い、もって派遣労働形態の特質を明確にしつつ使用者責任をめぐる検討を試ることとした。

二 派遣元事業主および派遣先事業主の法律上の責任

1 労働者派遣事業をめぐる派遣元事業主・派遣先事業主・派遣労働者の三者の間の法律関係・労働契約関係の複雑さ・曖昧さに起因してか、労働基準法（以下労基法とも略する）労働安全衛生法（以下安衛法とも略する）等の労働者保護法規の労働者派遣事業関係当事者への具体的な適用については、明確なる適用指針や解釈運用が行われて来なかった。判例においては、派遣先事業主と派遣労働者との間の、労働契約関係の存否、労働災害補償責任の存否、賃金支払義務の有無などについて個々の判示をみるか、労基法等の違反の有無について論じられたものをみるに至っていない。また、派遣元事業主とは別個に、派遣先事業主の労基法等上の責任（派遣先事業主に対する労基法等の適用）を認めうる場合があるとの行政解釈をもみるに至っていない。この結果、労働者保護法令の厳格なる遵守の責任は、労働契約の形式上の当事者たる派遣元事業主に専ら負担され、派遣先事業主については、責任を負担させることをめぐる是非の論議があるとしても、実際にはその厳格なる遵守義務から“放任”されてきた。

諸研究論文上も、労働者派遣事業においては労働者保護面での危険があることはつとに懸念されながらも、派遣先事業主に対する法遵守を

厳格に要請する趣旨からか、あるいは部分的にはあれ派遣事業主に対する責任の配分が労働者派遣事業を“認知”することにつながるの危惧からか、派遣先事業主に対する労基法等の適用そして強力な行政監督を行うべきであるとの主張をなかなかみるに至らなかった。現行法令による規制を妥当とせず、むしろ派遣労働者の“一時的労働”の実態に適合する労働者保護立法を特例立法として行うべきであるとの主張が呈示されてきたところである⁽⁴⁾。ここに、派遣元事業主と派遣先事業主の双方に、あるいは実態に相応して適宜配分して労基法等の適用を行うという“解釈理論”をもつに至らなかった一因があるといえる。

現実には、最近では、少なからざる派遣元事業主が次第に就業規則を整備してきており、外観上は労基法等の法律上の責任を誠実に果たしているよううかがうことができる。しかしながら仔細にその就業規則および附属規程類の内容やその運用方を検討すると、労働者保護法令が期待する程度に至っていないものが多数みられる。第一には、就業規則を単に形式的に作成したに止まるものである。第二は、就業規則上詳細な規定をおいているが、派遣労働という特殊性に相応するような内容、すなわち派遣先事業所における労務提供という形態に見合った労働条件の具体的確保をはかるという内容を採用していないものである。通常の自社事業所における労務提供を規律する就業規則を以ては、指揮命令・労働時間算定・残業労働方法などをみるまでもなく、派遣労働を規律できない部分が多い。第三は、派遣先事業所における労働条件をめぐるトラブルについてこれを迅速確実に処理する方法が明記されていないものである。総じて、派遣元事業主の作成する就業規則、あるいは派遣元事業主と派遣先事業主との間の労働者派遣契約書のいずれをみても、労基法等の諸法律責任を明確にするような就業形態をとるには未だ十分に“成熟”していない状態にあるといえよう。

(4) 松林和夫「労働者派遣事業制度化問題の検討」学会誌労

2 このように法律上の責任の所在が十分に派遣労働の実態と対応していない状態に対して、労働力需給システム研究会の提言をうけて本格的な立法化のための検討作業に着手した労働者派遣事業問題調査会は、その報告書（以下調査会報告書という）のなかで、「派遣労働者の保護という観点からは、派遣労働者が派遣先事業所において就業する場合の法律関係を明かにし、もって労働者保護法規の適用関係を明確化する必要がある」として、立法的解決を図ることを具体的に提言した。その構成は次のとおりであった。

- ① 派遣労働者についての労働条件は、原則として、すべて派遣元事業主が決定し、派遣元事業主は労働基準法上の使用者責任を包括的に負うこと。
- ② 派遣先事業主、労働者派遣契約に基く当該業務遂行上の指示は、派遣元事業主と派遣労働者との間で決定されている労働条件及び労働基準法等の関係法規に反して行うことはできないこと。
- ③ 派遣先事業主の指示が労働基準法等に違反する場合は、派遣先事業主が使用者として労働基準法等の定める責任を負うこと。また、派遣先事業主でなければ決定し、又は管理しえない安全衛生や作業環境に関する労働安全衛生関係法規に定める事項の一部についても、派遣先事業主は使用者責任を負うこと。

また、労働基準法研究会第一部会報告書「派遣・出向等複雑な労働関係に対する労働基準法等の適用について」（以下労基研報告書という）は、労基法上の「使用者」責任の所在について、「派遣先事業主又は派遣先事業主のために派遣労働者を指揮命令する者」に認めることが困難であるとし、「派遣労働者が相当に広汎に存在するに至った現在、これらの点について速かに立法的解決を図る必要がある⁽⁵⁾」ことを提言した。派遣元事業主は労基法10条の「使用者」に当るが、派遣先事業主又は派遣先事業主のために派

遣労働者を指揮命令する者は「その事業の労働者に関する事項について、事業主のために行為をするすべての者」に当るかどうかは疑義が存するところであり、労基法はこれを予想していないとし、更に、労基法違反の責任を拡大する両罰規定である121条1項の定める「事業主のために行為した代理人、使用人その他の従業者」にも明らかに当たらないとし、派遣先における労基法違反の責任を派遣先、派遣元の双方に対して問い得ないおそれがあることを指摘した。

労働安全衛生法上の「事業者」責任についても同様であり、派遣先事業主又は派遣先事業主のために派遣労働者を指揮命令する者は「事業を行う者で、労働者を使用する者」に当らず、派遣先における安衛法違反の責任を負わないことになるとする。

この労基研第一部会の考え方を前提として、労働基準法、労働安全衛生法および労働者災害補償保険法の各規定の具体的適用関係について詳細な立法化すべき事項を掲げられた。そしてこの大部分は、法案要綱に組み入れられることになる。

中職業労働者派遣事業等小委員会報告書「労働者派遣事業問題についての立法化の構想」（以下「立法化の構想」とする）は、労働基準法等の適用の明確化のための措置の提案の部分（二六）のなかで、この労働基準法研究会第一部会検討結果を基本的に修正を加えることなくそのまま取り入れている。この点で、「立法化の構想」は単なる職安審のレビューの検討に止まらず、労基研の労働者保護法規の見直し作業とタイアップしたものとなっていることを忘れてはならないであろう。

この「立法化の構想」に沿って、労働省は、労働者派遣事業法案のなかで、労働基準法等の適用に関して特例措置を設けることとし、特別立法による解決をはかることとした。

3 法の第三章第四節「労働基準法等の適用に

(5) 「派遣事業問題調査会報告書」2—3頁

(6) 「労働経済旬報」1984年11月下旬号35頁

(7) ジュリリスト831号44頁以下

関する特例」は、労働基準法、労働安全衛生法、じん肺法および作業環境測定法の各法を派遣先事業主に適用するために特例措置を講ずるものであるが、派遣先事業主への各法適用を行う前提として、派遣先事業主を各法上の使用者または事業主と「みなす」旨のみなし規定を設けた。これも労働基準法研究会第一部会の提言に従うものである。

各法の具体的な適用関係を図示すれば次のとおりである（じん肺法および作業環境測定法は省略する）。

第1表 労働基準法の適用関係

派遣元	派遣先
均等待遇 男女同一賃金の原則 強制労働の禁止	均等待遇 強制労働の禁止 公民権行使の保障
労働契約 賃金 変形労働時間の定め、 時間外・休日労働の協 定・届出 時間外、休日、深夜の 割増賃金 年次有給休暇 最低年齢 年少者の証明書	労働時間、休憩、休日 労働時間及び休日（年 少者及び女子） 深夜業（年少者及び女 子） 危険有害業務の就業制 限（年少者及び妊産婦等） 坑内労働の禁止（年少 者及び女子）
帰郷旅費（年少者） 産前産後の休業	産前産後の時間外、休 日、深夜業 育児時間 生理日の就業が著しく 困難な女子に対する措置 徒弟の弊害の排除
徒弟の弊害の排除 職業訓練に関する特例 災害補償 就業規則	徒弟の弊害の排除

寄宿舎 申告を理由とする不利 利益取扱禁止 国の援助義務 法令規則の周知義務	申告を理由とする不利 利益取扱禁止 国の援助義務 法令規則の周知義務 （就業規則を除く）
労働者名簿 賃金台帳 記録の保存 報告の義務	記録の保存 報告の義務

第2表 労働安全衛生法の適用関係

派遣元	派遣先
職場における安全衛生 を確保する事業者の責務 事業者等の実施する労 働災害の防止に関する措 置に協力する労働者の責 務 労働災害防止計画の実 施に係る労働大臣の勧告 等 総括安全衛生管理者の 選任等	職場における安全衛生 を確保する事業者の責務 事業者等の実施する労 働災害の防止に関する措 置に協力する労働者の責 務 労働災害防止計画の実 施に係る労働大臣の勧告 等 総括安全衛生管理者の 選任等
衛生管理者の選任等 産業医の選任等	安全管理者の選任等 衛生管理者の選任等 産業医の選任等 作業主任者の選任等 統括安全衛生責任者の 選任等 元方安全衛生管理者の 選任等
衛生委員会	安全委員会 衛生委員会 労働者の危険又は健康 障害を防止するための措 置 事業者の講ずべき措置
	労働者の遵守すべき事項
	元方事業者の講ずべき措 置 特定元方事業者の講ずべ き措置 定期自主検査 化学物質の有害性の調 査

安全衛生教育（雇入れ時）	安全衛生教育（危険有害業務就業時） 職長教育 就業制限
中高年齢者等についての配慮	中高年齢者等についての配慮
事業者の行う安全衛生教育に対する国の援助	事業者の行う安全衛生教育に対する国の援助 作業環境を維持管理するよう努める義務 作業環境測定
健康診断（一般健康診断等）	健康診断（有害な業務に係る健康診断）
健康診断（健康診断の結果に基づく作業転換等の措置）	健康診断（健康診断の結果に基づく作業転換等の措置） 病者の就業禁止 作業時間の制限
健康の保持増進のための措置	健康の保持増進のための措置 安全衛生改善計画等 機械等の設置、移転に係る計画の届出、審査等
申告を理由とする不利益取扱禁止	申告を理由とする不利益取扱禁止
報告等	使用停止命令等 報告等
法令の周知	法令の周知
書類の保存	書類の保存等
事業者が行う安全衛生施設の整備等に対する国の援助	事業者が行う安全衛生施設の整備等に対する国の援助
疫学的調査等	疫学的調査等

法第44条ないし第47条の各法条上の責任の分担関係は、従来の法適用の疑点を解消するとともに、派遣先事業主に対する責任を明確にし、その範囲の客観的確定をはかる点において意味があるとともに、労働基準法等の遵守に係る監督行政上の責任を一段と明確にする点で評価される必要がある。すなわち、従来、派遣先会社における派遣労働者の労働条件の確保につき、実際上は究極的に派遣元会社に対してしか監督行政権限の行使をなしえなかった弊害を克服して、派遣先会社に対する監督行政権限の行使を容易にするものということができる。

なお、この法第四節の規定は、単に労働基準

法等の適用の特例措置に止まるものでないことは注目に値する。派遣先事業主および派遣元事業主の一方または双方に厳格な責任を課するとともに、他方で労働基準法違反をもたらす労働者派遣契約（派遣就業条件）に従う派遣労働者の派遣を新たに派遣元事業主に禁止している（法第44条第3項）。労働安全衛生法の規定に対する違反をもたらす場合も同様である（法第45条第6項）。この派遣禁止規定は、保護法令を遵守する派遣労働条件の確保をはかる点で重要な意義をもつものであるが、しかしながらこの禁止規定の違反に対する制裁は特別に予定されていない。法が一般的に規定する労働大臣の改善命令（第49条）止まるにすぎないとすれば、その実効性確保が非常に困難になる。法違反の派遣元事業主に対する許可の取り消しや、事業の廃止命令および停止命令について、第四節に関する違反はその対象から外されており（法第14条、第21条）、何らの制裁や罰則を予定されていない。そこで、労基法および安衛生法違反のおそれのある派遣就業条件のものの派遣労働者の就業は、現実には、法違反を生じて初めて各法違反の責任を派遣先事業主および派遣元事業主が負うことになる。労働者派遣禁止規定を第4節に設けたことの意義は認めるとしても、これを実効あらしめるための措置が全く欠如している点は大きな疑問の残るところである。

三 派遣労働契約の特質

——派遣と出向との比較——

次に、出向形態における労働契約関係と派遣形態における労働契約関係の比較を通じて、派遣労働契約の特質を検討していきたい。

1 出向労働契約と派遣労働契約は本質的には同一であるとの指摘があるが、この両者の労働契約上の比較検討は従来全く行われていない。出向に関する法的検討の関心は、主として、使用者の出向命令権限の存否、すなわち労働者の出向労働義務の存否に注がれてきた。近年、出

向時の労働条件や団体的権利義務関係について、ようやくと端初的な検討が始まり、出向形態についての労働契約関係も出向時の労働条件、とりわけ就業規則の適用関係をも視野に含めた検討を行うことの必要性が指摘されているところである。⁽⁸⁾

他方、派遣問題に対する検討も、派遣先会社と派遣労働者との間の労働契約関係の存否の問題が中心であった。すなわち、派遣先会社が派遣労働者の“派遣止め”行為から生ずる派遣元会社の解雇に関して、派遣先会社と派遣労働者との間に労働契約関係の成立を認めて派遣労働者を派遣先会社の従業員としての取扱いを認めることをめぐる論議であった。

判例も次第に蓄積するなかで、派遣先会社と派遣労働者との間の労働契約関係の成否の判断基準を明確にしている。⁽⁹⁾ サガテレビ事件控訴審判決（福岡高裁昭和58年6月7日判決、労働判例410号29頁）は、派遣先会社が企業としての独自性——人的物的面における組織的実体を有していない場合や、派遣元会社が企業としての独立性を欠いて派遣先会社の労務担当の代行機関——労働者募集や賃金支払の代行機関にすぎない場合は、派遣先会社と派遣労働者との間の労働契約関係の成立の可能性を認めたりうえで、職安法44条違反の派遣労働について、精緻な事実認定のうえに立って、次のような諸事実を重視している。

① 作業の態様

- イ 作業の場所（会社社屋内に限定）
- ロ 労務提供方法（派遣先会社の職場秩序に従って労務提供をなすべき関係）
- ハ 指揮命令（派遣先会社の社員および担当課長からの直接の指示、注意の存在）

② 採用方法および労働条件

- イ 募集採用の独立性（派遣先会社の不介入）

- ロ 賃金その他労働条件決定の独立性
- ハ 身分上の監督権の独立行使
- ニ 業務委託料の算定方法の非賃金計算性（派遣労働者の人数、労働時間量とかかわりなく業務別単価を積算する出来高計算方法）
- ホ 人事異動の独立性（派遣先会社の不介入）

③ 職安法44条違反

この結果、先ず、①の諸点から、派遣労働者と派遣先会社との間に「使用従属関係」の存在を認め、ここから安全配慮義務等の一定の使用責任を派遣先会社に認める。次に、②の諸点から、「黙示の労働契約が締結されたと認める根拠は見出し得ない」として、包括的な労働契約関係の成立を否定する。第三に、業務委託契約が労働者供給事業に該当し職安法44条に違反することになるとしても「それだけの理由では、前叙の事実関係のもとにおいて」は、派遣先会社との間に労働契約関係が成立しない、と判断する。

労働契約配係の成立の判断基準については、判例は、「使用従属関係」の存否よりも、募集採用や労働条件決定に関する派遣元会社の独立性の有無を重視する傾向をとるかのようである。従って、判例理論からするならば、派遣元会社が、第1に企業としての組織的実体が存在すること、第2に募集採用や労働条件決定の独立性が存在すること、の要件を充足するときは、派遣先会社との間に労働契約関係は成立しない。⁽¹⁰⁾

2 つづいて、派遣労働をめぐる三当事者間の法的関係を検討し、出向労働との対比を行うこととする。第1図は労働者派遣事業に関してであり、第2図は労働者供給事業に関してである（「立法化の構想」より）。労働者派遣事業法施行後の適用対象業務の三当事者の関係は、基本

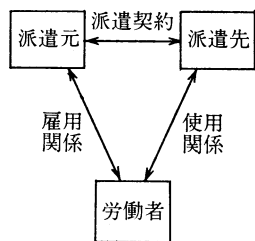
(8) 萩沢清彦「関連事業への出向をめぐる法的諸問題」公企労センター調査研究資料100号。安西愈「出向・派遣・転籍の法実務」産業労働研究所刊。今野順夫「出向命令の効力と出向中の労働契約関係」季刊労働法129号50頁の他、拙稿「出向時の労働条件」学会誌労働法63号46頁など。

(9) 判例の動向については、渡辺章「労働者派遣事業をめぐる労使紛争」および別表の参考判例、労働判例352号19頁、

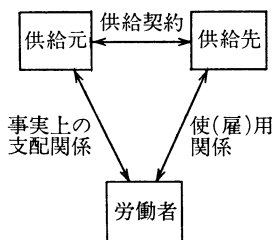
千徳輝夫「派遣労働者」裁判実務大系5（労働訴訟法）青林書院刊など。

(10) 同旨、ブリテッシュ・エアウェイズ・ボード事件 東京地判昭和54年11月29日労働判例332号29頁、反対に、賃金支払方法をも重視して労働契約問題の成立を認めた例として、近畿放送事件 京都地決昭和51年5月10日労働判例252号17頁

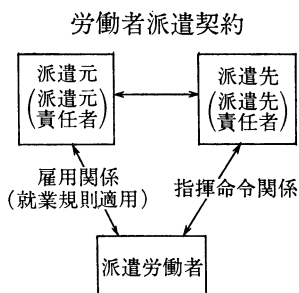
第1図 労働者派遣事業



第2図 労働者供給事業



第3図 新法に基づく労働者派遣事業



的に第1図と変るものではないが、若干詳しく図示すると第3図のとおりである。

法適用対象業務の場合、派遣労働者は、第1に派遣元会社との間の労働契約に基いて、派遣元会社の派遣労働する旨の指揮命令（以下派遣命令という）をうけ（「自己の雇用する労働者を、当該雇用関係の下に、……当該他人のために労働に従事させる」法第2条一号）、派遣先会社の指揮命令に従い派遣先会社に対して労働提供する（「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」られる、法第2条一号）義務を負う。特定労働者派遣事業の場合と一般労働者派遣事業の場合とを問わず派遣元事業主は、自己の派遣労働契約の内容に則って、

当該労働者の派遣を指揮命令する。すなわち、派遣という形態の労働の場所（派遣先会社と具体的な職場）、労働の種類（派遣時の担当職種と職務）および労働の態様（派遣時の、派遣先会社に対する労働提供の方法）という労働契約上の「要素」たるべき事項および派遣期間について、派遣先会社が労働契約上の基本的な指揮命令権を行使しなければならず、これが前提となる。この場合、派遣元会社は、まず、当該派遣労働者との間で締結された労働契約の内容（就業規則、労働協約および個別的労働契約から成る）に違反してはならず、労働者派遣契約上の就業条件等に違反してはならない（法第26条第34条）。

次に、労働者の派遣をうけた派遣先会社は、労働者派遣契約上明示された就業条件の範囲において、「労働者派遣の役務の提供を受ける者のために、就業中の派遣労働者を直接指揮命令する者に関する事項」（法第26条第1項三号）に従ってのみ、派遣労働者に対して直接の指揮命令を行うことができる。従ってこの派遣先会社の取得する直接的な指揮命令権の範囲は、派遣先会社の固有の指揮命令権を侵害することは許されず、通常は日常的な具体的な仕事の指図接配の範囲に止まることとなり、労働場所や労働の種類の変更までは命令することができないであろう。

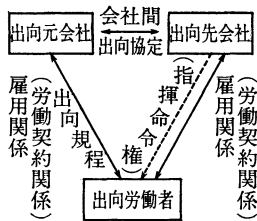
なお、派遣労働者の就業規則については派遣元会社の就業規則適用が予定されている（法第44条第3項上は不明であるが、前掲別表に従うと派遣元会社に労基法適用が明示されている）。この就業規則条項の適用は、身分的事項に関しては派遣元会社の規則適用を予想し、それ以外の具体的な日常的な指揮命令事項に関しては派遣先会社の就業規則の分担的適用を予定しているのであろうか。今日の出向労働に関する出向元会社の就業規則の適用関係をみると、出向元会社には身分的事項を中心とした事項が残り、それ以外の労働条件事項の多くは出向先会社の就業規則適用が行われている例が多い。更に、出向の場合には、出向元会社での身分取扱いは

休職扱いとする例が多い。この点と比較すると、派遣労働の場合は、現在のところ、派遣元会社に対しては休職的扱いに非ざる特殊な身分取扱いを行うとともに、労基法の就業規則条項の適用も殆んど派遣元会社の規則によることを予想しているのではないと思われる。

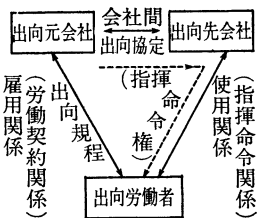
そこで派遣形態と出向形態との若干の比較を行うこととする。出向形態をめぐる労働契約関係は、具体的な当該出向に関する労使間の個別の合意の内容に従って多様であり必ずしも一義的に論ずることはできない。身分的な取扱い（休職か否か）、懲戒権の帰属、賃金支払義務者の帰属、社会保険の適用関係、福祉厚生制度の利用権関係、就業規則の適用関係はなどの出向元会社出向先会社間の分担関係によって多様である。しかしながら、出向先会社の出向労働者に対する指揮命令関係の理解の仕方から考えると、出向中の労働関係について、二重の労働契約の存在を認める見解と単一の労働契約の存在を認める見解をが対立する。

第4図は、二重の労働契約関係説の考え方を

第4図



第5図



(1) 拙稿「出向時の労働条件」前掲66—71頁

(12) 労働者派遣法に反対する労働法学者の「声明」労働法律旬報1113号36頁、総評弁護士団「労働者派遣法案に対する意

図示したものである。出向中は、原則として、出向先会社と出向労働者との間にも労働契約が成立し、出向先会社は自らの労働契約上の指揮命令権を行使すると主張する。この見解に従うならば、出向元会社の出向命令に応ずることは、新たに出向先会社との間にも労働契約（2～3年の有期の労働契約ということになるであろうか？しかし、一年を超える有期の労働契約は労基法14条違反として無効である）を締結することを意味する。これに対して、単一の労働契約関係説の理解に従うならば、第5図のとおり、労働契約関係はそもそも出向先会社と出向労働者との間には成立しないことになる。出向先会社の指揮命令権も、出向元会社の指揮命令権を出向先会社が授権をうけて行使するという関係になる。

3 労働者派遣事業法に対する主要な批判点の一つは、労働者派遣が、労働契約論上本質的には出向と同一であるとの点にある⁽¹³⁾。すなわち、出向形態については、二重の労働契約説を採りながら、本質的にはこれと同一である派遣形態については単一の労働契約説をとり、派遣先会社の使用者責任の成立を制限しようとしていると批判する。そしてこの点から、「派遣事業の労働関係は出向と類似したものであるから、かりに派遣事業を認める必要があるというのであれば、派遣先と派遣労働者との間にも派遣労働契約を条件とする労働契約が成立することを明記し、とくに資力の乏しい派遣先が倒産その他の理由による賃金不払を起したときの責任や労災の損害賠償責任、派遣先の労働条件に関する派遣労働者との届出承諾義務等を派遣先も免れてないことを等確認的に明らかにしておくことが必要であろう」（傍点筆者）との立法論が主張されるところとなる。

出向論をめぐる論議されている二重の労働契約論は、「近代法の下にあっては、他人の指

見書」労働法律旬報1121号68頁

(13) 外尾健一「労働者派遣事業法強化の問題点」ジュリスト831号23頁

揮監督下で労働を提供するという関係は契約を媒介をすることなしには生じないという基本的視点から⁽¹⁴⁾、あるいは「出向先と労働者の合意を基礎に形成されている『二重の労働契約』⁽¹⁵⁾」を根拠に、更には「法人格形骸化の理論」⁽¹⁶⁾を前提として、これを肯定している。これらの考え方は、出向という他人の指揮命令下で他人に労働を提供するという形態から派生する「不確定な状態に置かれた労働者の適法な利益を擁護するために、出向先企業に労働契約上の主体性＝責任能力を認めさせようという点」⁽¹⁷⁾に共通の狙いがある。

他人の指揮命令下で他人のために労働提供を行うことを内容とする契約関係を、通常の労働契約とは異質のものとして理解し、これを別個のものとして検討してみることの必要性を指摘する見解もある。この見解は、「そもそも、自己に対してではなく、第三者に労務を提供するという契約が、雇用契約と区別するのとかという根本的疑問⁽¹⁸⁾」から生ずる。また、「近代法の下にあって、他人の指揮監督の下で労務を提供するという関係は契約を媒介とすることなしには生じえないとの基本的視点から、出向を出向元との間における労働契約の履行とはみず……二重の労働契約が複合的に成立する⁽¹⁹⁾」との見解も、二重の労働契約論の主張の形をとっているものの、その内実は「他人の指揮監督の下で労務を提供するという関係」を通常の個別的合意に親むものではないとする、特殊な労働提供形態に対する特殊な法的理解が潜在しているとみることができ⁽²⁰⁾。

第三者の指揮命令下で第三者のために労働提供を行うという合意がそもそも許されるかと、いう命題から始まった出向労働契約論議が、今日では出向時の労働関係の実態を踏まえた労働契約関係成否の検討が必要である状態に到達し

たことはすでに指摘したところである。最近の出向時の労働条件、就業規則上の出向規程、労働協約上の出向協定の分析に従うならば、出向中の出向労働者と出向先会社との間の関係は、単なる身分上の在籍関係というすぐれて消極的な身分的な関係に止まるものでなく、むしろ賃金支払義務、懲戒権、人事賃金査定権、社会保険負担義務、福利厚生制度利用提供義務、出向労働者からの苦情処理義務、労働条件格差調整保証義務、安全配慮義務など労働条件全般にわたり出向元会社の権利義務が具体的に存在し、この権利行使、義務履行をめぐる法的関係として、積極的な関係である。そして現実にもこれらの権利義務をめぐる個別的紛争が次第に表面化してきている。これらの点からみると、出向の性質に関して二重の労働契約関係説の前提する出向元会社を出向労働者との関係、すなわち消極的な在籍関係身分関係のみを内容とする労働契約関係が出向の法的関係であるという理解は修正される必要があると思われる。すなわち、出向元会社（本来の使用者）は、単なる身分上の使用者たる地位に止まるのではなく、現実の労働契約上の諸権利義務関係について使用者たる地位に立っており、その権利を行使し義務を履行している、と理解される必要がある。

このように、出向元会社と出向労働者との間の労働提供関係の法的評価は、「他人の指揮命令下で他人のために労働提供を行う」行為を、出向元会社と労働者との間の労働契約上いかに評価するかにかかわる。この行為が、文字通り「他人」（出向先会社）に対する労働提供行為だけを法的に意味する行為に該とするならば、出向元会社は法的評価において何ら労働の提供を受けていないことになる。他方、見方を変えるならば、他人の指揮命令下で他人のために行う労働提供行為といえども、現象的にはともか

(14) 高木紘一「配転・出向」現代労働法、講座10巻（労働契約）137頁

(15) 今野順一「出向命令の効力と出向甲の労働契約関係」前掲59頁

(16) 秋田成就「企業間人事移動に伴う法的問題」学会誌労働法63号20—1頁

(17) 秋田成就・前掲21頁

(18) 小室豊允「派遣労働者の諸問題」学会誌労働法59号20頁

(19) 高木紘一「配転出向」前掲137頁

(20) 「最近の労使紛争とその問題点」における横井芳弘教授の発言、労働判例352号30—1頁

(21) 秋沢清彦「配転・出向に関する最近の判例について」中央労働時報439号2頁

く、本質的には出向元会社に対して労働提供を行っているとの法的評価を加えることも可能である。すなわち、使用者の労働受領行為とは、現実的に受領するか否か（例えば、賃金のみを支払い現実的には労働受領を拒否する場合）、自分で現実的に受領するか否か（例えば、出向の場合）にかかわらず、観念的に受領する場合をも包含すると理解する考え方をとることも可能である。現代の企業活動上の労働者の労働形態は多様であり、他人（他企業）の下での他人（他企業）のための労働提供行為といえども自ら（自企業）の利益に合致するとならば、その労働提供行為は間接的には自ら（自企業）に労働提供をしている、より直截には、観念的に自ら（自企業）に労働提供をうけていると評価することができよう。人事交流型、経営監督型、技術指導援助型の出向類型は、まさしくこの典型であろう。更に、近年増加してきた出向中の賃金支払方法が出向元会社の直接支払方式（出向先会社は自社基準に従う計算賃金相当額分を負担金として一括して出向元会社に支払うという意味で、分担金方式ともよばれる）に移行しつつある事実も加えて出向時の労働提供をめぐる法的関係を理解するならば、出向元会社と出向労働者との間に労働提供と賃金支払の対価関係が半ば観念的に半ば現実的に成立していることを認めることができよう。そして、出向労働者の、労働提供、賃金支払という労働条件の他にも、出向元会社に対するその他の権利義務関係の広範な存在を認めるとき、これを総合的にみて、出向元会社と出向労働者との出向労働契約関係の内容は単に身分的な在籍関係に止まるものでなく、現実的な具体的な権利義務関係であるということができる。

そこで次には、出向元会社と出向労働者との間の具体的な内容をもつ労働契約関係を認めながらも、出向先会社と出向労働者との間に重量的な、または分割的な「二重の労働契約関係」が成立していると評価するという見解も最近有力に主張されているが、この見解の妥当性が問

題となる。これまでみてきたように具体的な労働条件、その他の権利義務関係の存在状況から出向中の労働契約関係をみると、通常の出向類型においては、特別に明示して二重の労働契約の締結を行う場合の外は、あえて二重の労働契約関係を認める必要はないかとも思われる。契約内容の実態から、また労働提供——指揮命令関係からみても、「二重の労働契約関係」を認めることの実益は必ずしも大きくはないように思われるからである。

4 出向中の労働契約関係について単一説に立つならば、派遣労働者の労働契約関係についても、労働契約論上格別大きな相違を生ずるわけれない。出向形態も派遣形態も、「他人の指揮命令下における他人のための労働提供」が、自分の使用者（出向元会社、派遣元会社）に対しても労働提供していると評価される点においては基本的に変わる場所がないからである。

細部についてはあるが、派遣労働契約と出向労働契約との相違として、次のようなものを挙げることができる。第1に、派遣労働契約が専ら派遣労働形態の労働提供を行うことを目的とするのに対して、出向形態は通常の労働契約の一内容として暫定的臨時的な短期間（2～3年程度）の出向労働形態を主たる目的とする。すなわち派遣はいわば恒常的な契約内容を予定するものであるのに対して出向は臨時的暫定的な契約内容として予定されている。出向労働形態は、移籍出向形態又は移籍予定（準備）出向形態と異なり、出向元会社への復帰を前提とする労働形態をその核心とすると考えられるべきである。

第2に、派遣労働の労働の種類については、労働者派遣事業法の規制の下では、適用対象業務が限定的に特定されており（法第4条1項2項）、派遣労働者の就業する業務は特定のであり、通常は労働契約の内容上適用対象業務の範囲内で具体的に特定されている業務に限定されるであろう。これに対して、出向労働の場合は、

出向先会社における就業業種については、配置転換の法理の場合と同様に、労働協約就業規則に制限的な定めのおかれている場合や、個別の合意をして特約ある場合、その他当該出向時の担当業務の指揮命令が権利濫用にわたる場合を除いては、特定されることはなく無制限である。

第3に、第三者（出向先会社、派遣先会社）の労働指揮については、出向労働の場合は、通常出向元会社と出向先会社との間の労働者出向契約に基いて、出向先会社の就業規則上の労働提供に係る条項（労働時間関係条項および労働指揮関係条項）が適用され、これに従って出向先会社の指揮命令をうける。これに対して、派遣労働の場合は、派遣労働者に対する派遣先会社の就業規則（労働提供関係条項を含めて）の適用は通常予定されない（前掲第1表参照）。労働者派遣事業法の下では、派遣労働者は専ら派遣元会社の就業規則の適用をうけるのであるから、派遣労働者は、この範囲内で、労働者派遣契約の内容として明示された事項についてのみ、派遣先会社の労働指揮をうけることになる。

第4に、第三者の就業条件・労働条件に関する責任については、出向先会社は通常出向先会社の就業規則の適用を通じて労働条件に係る諸義務の履行責任を直接に負う（理論構成のいずれをとるとしても）ことになる。派遣の場合は、前述のとおり、就業規則上の諸義務の履行責任は派遣元会社が負うに止まる。派遣先会社は、労働者派遣事業法の労基法等の適用の特例措置に伴い、この法律上特別に労働基準法が適用される諸条項を除き、特別の労働条件（就業条件）に係る労働契約上の責任を負うことはない。

第5に、出向の場合は、出向元会社は出向期間満了後は復帰命令義務を負うことは前述のとおりである。特定労働者派遣事業の場合は、派遣期間（法第26条第2項）満了後は、他の派遣先会社への派遣労働を指揮命令する義務を負うことになるのであろう。他の派遣労働を指示しない場合は、派遣元会社は、使用者の責に帰す

べき労働受領遅滞として、賃金相当額の損害賠償責任を負うことになると思われる。

四 残された問題

1 このように考察を進めてくると、出向労働形態についても「二重の労働契約関係」が論理必然的に成立するものとは考えられない。むしろ、出向労働形態も、出向元会社との単一の労働契約関係に立つことをその基礎として考えると考えられるべきであり、この点は派遣労働形態と同様になると思われる。従って、派遣労働形態について、派遣元会社と派遣先会社との間に「二重の労働契約関係」の成立を認める意図のもとに、派遣を出向とは本質的には同一であると主張する見解は、派遣と出向とを労働契約関係上同一の理解の仕方を行う点では妥当であるとしても、「二重の労働契約関係」を認める点で不適当であるということになる。結局、独立した企業実体を有する派遣先会社は、通常は、派遣労働者との間に、派遣元会社との間の労働契約とは別個の、二重の労働契約関係を成立させるものでないであろう。

次に、派遣元事業主の使用者としての能力について、すなわち派遣元会社の企業としての人的物的な実体および派遣先会社等からの独立性について、労働者派遣事業法は直接の明示規定を設けていない。一般的な欠格事由（法第6条、第71条）の他には、許可制をとる一般労働者派遣事業の許可をうけるための資格要件として、「一 労働力の需給の適正な調整の促進のために必要であり、かつ適切であること、二 派遣労働者に係る雇用管理を適正に行い得るものであること。三（労働者派遣）事業を的格に遂行するに足る能力を有するものであること」（法第7条第1項）の三要件を課している。すなわち、労働力需給調整上の要件、雇用管理能力上の要件および派遣業務遂行能力上の要件である。この雇用管理能力、派遣業務遂行能力の具体的

④ 単純な「二元の労働契約関係説」に立たない見解として、大沼邦博事業「場内下請労働者の法的地位（下）」労働判

例367号6—9号、横井芳弘教授の発言「労働政策・労働行政の動向と労働法馬の課題」前掲28頁

な審査上の判定基準は、いずれ施行規則等に詳細に明示されることになると思われるが、この点は、従来の利例上の形成されてきた労働者派遣企業の人的物的実体性の有無および独立性の有無の判断基準が踏襲されるべきである（本稿三1参照）。しかし、届出制をとる特定労働者派遣事業の場合は、一般労働者派遣事業の場合と異なり、何らの資格要件を課していない。労働管理能力、労務遂行能力、その他賃金支払を保障する企業としての実体にかかる要件についての特別な要件は要求されていない（定期的な事業報告書及び収支報告決算書の提出義務を課し、行政監督を行うという間接的な規制に止まる）。この点からすると、後見的な行政監督が予定されているとはいえ、特定労働者派遣事業を営む企業の実体および独立性については何らの規制がない。従って、届出を行った特定労働者派遣事業主であるとしても、判例理論に従うと、企業としての実体および独立性を有していないと判断される場合、派遣先会社が派遣元会社のこのような状態を認識しているときは、派遣先会社と派遣労働者との間に労働契約関係が成立しうることになる。

安全衛生に関する派遣先会社の責任は、労働安全衛生法の適用が明示されているので、大き

な問題を生ずることは殆んどないと思われるが、理論上は、労働安全衛生法の適用の如何にかかわらず、従来の判例理論が労働者派遣事業法施行後も有効に当てはまるであろう。派遣元会社の倒産的の賃金支払義務についても同様である。

2 労働者派遣事業法の適用対象業務は、前述のとおり、今後中央職業審議会の意見聴取のう え、政令で定められることになる。そこで対象業務に指定されなかった業種の労働者派遣事業の扱いが課題となる。これらの業種については、労働者派遣事業法が制定されていない状況と何ら変わるところがない。職業安定法44条は依然としてこれらの適用外業務については厳格に適用される。更にまた、これらの業種の派遣元会社から労働者の派遣をうける派遣先会社は、派遣先会社の企業の実体および独立性の有無の判断の結果、派遣労働者との間に労働契約関係の存在を認められることがあることは、従来と変わるところがない。ただし、労働者派遣事業法の施行前後をみると、労働者供給事業の禁止の意味は労働者派遣事業法と相俟ってより強く考えられるべきことは忘れられてならないであろう。

㉔) 小西国友教授は、「派遣元使用者との間の労働契約が有名無実に近いものであり派遣先使用者との間に指揮命令関係が存在する場合には、派遣先使用者との間の労働契約の論議を肯走する方向で立法的配慮がなされるべき」ことを提言されている（同「多様化する労働契約法」季刊労働法

130号88頁）

㉕) 適用対象業務をめぐる問題については、拙稿「労働者派遣事業の制度化とその法律関係」前掲17—8頁、および拙稿「労働者派遣事業法の対象業務と委託外注」病院44巻7号592頁（医学書院刊）を参照されたい。