

民法上の契約理論から見た派遣労働契約

谷 口 聡

Labor Dispatch Contract from the Viewpoint of Civil Law Contract Theory

Taniguchi Satoshi

Summary

There exist 13 kinds of typical contracts in the Civil Code of Japan. However they cannot keep up with real various social problems only by these kinds of typical contracts. Therefore recently the functions of the typical contracts are being studied. At the same time untypical contracts that are not in the Civil Code are becoming the object of investigation. In such a context I got the motivation to write this paper.

In Japan labor dispatch service problem caused the big social disturbance from 2008 to 2009. So the author is interested in the Labor Dispatch Contract.

How should be the Labor Dispatch Contract in the temporary personnel service legally organized from the view point of civil law contract theory? On this paper the author examined that argument under the purpose to get some conclusion about it.

I はじめに

民法623条以下には、雇用契約に関する規定が置かれている。民法改正の手続きおよびその過程における論議においても、この雇用契約に関する冒頭規定ならびにその他の基本原則となる規定は存置される見通しである¹。

「契約自由の原則」という民法における大原則が存在している一方で、民法典は、第三編「債権」、第2章の「契約」に僅か13種類の典型契約に関してのみ規定を置いている。それ以外の民法典規定の保証契約や第三者のためにする契約などいわゆる法典契約を含めても、僅かな契約類型に関する規定が存在するに過ぎない。しかし、これのみでは現在の社会の状況に対応しきれていないように

¹ 『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務 2013）505頁以下、『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』（商事法務 2011）430頁以下など参照。

も思われる。そのような中で、近時、民法典における典型契約の機能が改めて議論されている²。特に、最近においても、民法典における非典型契約の新たな研究の成果も公表されている³。筆者は、このような視点から、近年、大きな社会問題となってきた「派遣労働契約」は、民法の契約理論からどのように捉えられるべきかを検討する動機を得たものである。

さらには、2004年に出版されたJurist増刊の『労働法の争点 [第3版]』においては、「派遣労働の法的性質」が一つの項目として採り上げられている⁴。派遣労働契約は、労働法研究の分野においても、その法的構成について、完全に決着した問題とは言えないようである。

以上のような事情を踏まえ、本稿では、すでに労働法研究の分野では、様々な議論が展開されている「派遣労働契約」の法的構成について、民法上の契約法理の視点から検討を加えたいと考える。特に、派遣労働者と派遣元会社の間の契約関係に焦点を当てて考察したい。

II 派遣労働契約の意義

1985年に制定され、2012年に題名改正された「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」（以下、「派遣法」という）の2条1号によれば、「労働者派遣」とは、「自己の雇用する労働者を当該雇用関係の下に、かつ、他人の指揮命令を受けて当該他人のために労働に従事させること」であると定義されている。ここから、一般的には次のような関係を労働者派遣の関係と解されている。すなわち、労働者を派遣する者（派遣元）と派遣元から派遣される労働者（派遣労働者）、それに派遣労働者を受け入れる会社（派遣先）の三当事者で構成される関係である⁵。

さらに、一般論としては、三当事者間個々の関係を次のように解している。派遣労働者と派遣元は「派遣労働契約」を締結する。この契約に基づいて、「派遣元」は「派遣先」に派遣労働者に対する指揮命令権を移転させる「労働者派遣契約」を締結する。「派遣先」は「派遣労働者」を指揮命令し、労務に従事させる。ただし、「派遣先」と「派遣労働者」の間には契約関係が存在しないとされる⁶。

前述のとおり、筆者が本稿において、焦点を当てるのは、このうちの「派遣労働者」と「派遣元」の間の関係であり、これについて検討するものである。

III 「派遣労働契約」の問題性

昭和22年に制定された労働基準法は、第6条において中間搾取の排除を謳い、「何人も、法律において許される場合の外、業として他人の就業に介入して利益を得てはならない。」とした。そして、

2 代表的な研究として、大村敦志『典型契約と性質決定』（有斐閣 1997）など。

3 椿寿夫・伊藤進編『非典型契約の総合的検討』別冊NBL/No.142（商事法務 2013）。

4 鎌田耕一「派遣労働の法的性質」角田邦重ら編『Jurist増刊 労働法の争点 [第3版]』（有斐閣 2004）。

5 前掲鎌田270頁、馬渡淳一郎『三者間労務供給契約の研究』（総合労働研究所 1992）93頁以下など参照。

6 前掲鎌田270頁、大橋範雄『派遣労働と人間の尊厳』（法律文化社 2007）2頁など参照。

これと同時期である昭和22年に制定された職業安定法の44条は、労働基準法6条の精神である中間搾取の禁止、また、有料職業紹介を禁止する趣旨から労働者供給事業を禁止した。この時点においては、労働者派遣事業は職業安定法44条に明確に違反する事業であった。

しかし、昭和60年（1985年）に派遣法が制定されると、それと同時に職業安定法も改正された。職業安定法44条は、「何人も、次条に規定する場合を除くほか、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。」と規定する一方で、4条6号において、「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就業条件の整備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。」と規定したのである。この定義規定により、本来は44条に違反していたところの労働者派遣事業が、同条の適用除外となったのである。すなわち、職業安定法により全面的に禁止されていた労働者供給事業の一形態である派遣労働事業は、派遣法制定ならびに職業安定法改正により、法認されることとなったのである⁷。

もちろん、派遣法の制定には、後述するように、様々な社会的要請が他方ではあったからなされたものである。しかし、制定当初は、非常に大きな議論を呼んだ立法であった。馬渡淳一郎教授の言葉を借りれば、「派遣法は、若干の労働法学者の反対声明や総評弁護団の（反対）意見書、労働組合によるILOへの提訴など、かなり手荒な歓迎を受けた。現在でも一部の労働法学者は、同法を『やっかいな法律』として白眼視しているかに見える」としている⁸。角田邦重教授と山田省三教授の分析においても、「派遣先についても、自己の事業のための労働力を利用する者は労働法上の使用者として責任を負うという直接雇用の原則を免れることで（間接雇用）、歴史的に築かれてきた労働法の保護を空洞化させ、正規雇用にとって代わることになるとの疑問が提起されてきた」とされている⁹。

社会的に労働者派遣事業が要請されるという現実と法律理論との関係において、真相を突き詰めて述べておられるのは近藤昭雄教授であろう。近藤見解においては、違法であった労働者派遣事業が立法および法改正により合法化された後も問題は解決されていないとされ、派遣労働の問題の「そのほとんどは、明確に、職安法の禁止する『労働者供給事業』に該当するものとして、違法な存在にはかならなかった。ところが労働者派遣法は、そうした労働者派遣を規制するものではなくして、それをそのまま無限定的に法認し、右諸問題をそのまま法内在化させるにいたったものである」とされる¹⁰。

以上のような派遣法の立法における理論状況を概観すると、その出発点は、法的に違法とされていたものが合法化されたという背景が存在していたことがうかがえる。本来、労働法の精神におい

7 荒木尚志『労働法』（有斐閣 2009）429頁。

8 前掲馬渡93～94頁。

9 角田邦重・山田省三『現代雇用法』（信山社 2007）88頁。

10 近藤昭雄「労働者派遣法の適用をめぐる諸問題」季刊労働法140号15頁。

て、中間搾取や有料職業紹介の禁止といった理念とされてきたものに対して、当時としては、かなりの違和感が示された労働者派遣事業が合法化されたということになるものと思われる。このことは、上述、近藤教授が指摘しているとおり、次章Ⅳでみるような、そもそも労働者供給事業自体が抱えていた問題を「法内在化」させることとなるのである。

Ⅳ 労働者派遣法に内在する法的問題点

ここでは、民法623条などの民法規定から派遣労働契約がどのような契約に映るかを検討してみたい。そして、また、そのこととの関係から問題点も考察したい。

1 使用者としての「当事者」性の問題

この問題を考えるに際して第一に検討すべきは派遣元に関する法人格否認の法理の問題である。派遣労働契約においては、派遣元が派遣労働者の唯一の使用者、雇用主である。派遣先は単に指揮命令権の譲渡を受けて派遣労働者を労働に従事させる者に過ぎない。かかる状況においては、唯一の雇用主たる派遣元は、それにふさわしい実態を備えていなければならない。「専ら派遣」と言われるような派遣元が親会社や系列会社にしか派遣労働者を派遣することが禁止されている（派遣法7条1項1号）のは当然のこととして、派遣元が派遣先の会社の採用担当をするための一部局であるようなケース、すなわち、派遣元の法人格が否認されるケースでは労働者派遣契約も派遣労働契約もその成立が否定されるのは言うを待たない。実際に、法人格否認の法理に関しては、いわゆる「伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件」（高松高判平成18年5月18日（労判921号33頁））においても言及されていることから、少なからず、社会的実態としてその存在が推認されることもある。このようなケースとまではいかなくとも、派遣元が派遣労働者の唯一の雇用主としての実態を備えているとは言い難いケースが少なからず存在することが推認される¹¹。さらには、このことと関係して、派遣先と派遣労働者の直接雇用が問題となった事例も存在する¹²。

第二に考察すべきは、登録型派遣の問題である。派遣法2条4号および同条5号により、派遣労働者は「登録型」と「常用型」に分類される。登録型派遣は、派遣元と派遣先の労働者派遣契約が成立している間のみ、派遣元と派遣労働者の間の派遣労働契約が存続するというものであり、派遣労働者の地位が極めて不安定な状況に置かれることは言うまでもない。また、派遣先が労働者派遣契約を解除してしまえば派遣労働者を事実上手で働かせなくてよくなるわけであるから、派遣先は解雇するには都合のよい労働者を労働に従事させているに等しいこととなる¹³。

第三に検討すべきは、「紹介予定派遣」の問題である。派遣法2条6号は「紹介予定派遣」について規定している。紹介予定派遣とは、派遣元が派遣労働者の労務の提供開始前または開始後に派

11 前掲大橋23頁など参照。

12 東京高判平成18年6月29日判タ1243号88頁[マイスタッフ（一橋出版）事件]など。

13 前掲大橋10頁など参照。

遣先に派遣労働者について職業紹介をおこないまたはおこなうことを予定して派遣労働者の派遣をすることができるとする制度である。紹介派遣においては、通常の派遣労働では禁止されている派遣先による事前面接が可能となる（派遣法26条7項）¹⁴。また、派遣先は、最長6カ月間、派遣労働者を事実上の試用期間として、雇用することなしに労働に従事させることができるようになると言われて¹⁵。雇用契約を締結しない派遣先が、事実上の雇用のための事前面接を行ったり、また、事実上の試用をおこなったりすることには問題がある。紹介予定派遣制度を濫用する派遣先は、直接の雇用主としての責任を負うべきであり、派遣先と言う地位に置かれるだけではすまされないと考える。

以上3点の検討を小括する。派遣元が雇用主としての実態を備えていない場合に加えて、派遣先が雇用主に固有に認められる権限を行使するような場合には、「労働者の保護の空洞化」¹⁶を招くことになるのではないだろうか。このことは、派遣元が唯一の雇用主としての地位を実質的には全うしていないということであり、雇用主、すなわち、「使用者」としての当事者性に抵触するものと考ええる。

2 派遣元による中間搾取と派遣労働者の賃金の問題

東京大学社会科学研究所のおこなった調査によれば¹⁷、請負社員・派遣社員に「派遣会社や働いている職場に期待する事項」を複数回答で尋ねたところ、「賃金水準の改善・昇給」という回答が76.4%であった。多くの場合、派遣社員は賃金の面で不満を抱えており、また、実態として低賃金であることがうかがえる¹⁸。派遣先としても、労働力の流動化や労働力が低コストであることが派遣労働者を受け入れる要因となっている。しかし、労働法上の理念として、また、民法623条の「その報酬を与えることを約する」という文言の理念からしても、同一労働同一賃金は雇用契約の基本理念であり、正社員との賃金格差を生じることは許されるものではない。労働力コストを抑えるために派遣労働者を受け入れるという派遣先の態度は誤ったものと言わざるを得ない。このことは、冒頭規定623条の「報酬を与える」という文言部分に抵触するのではないだろうか。

3 「解雇」と「更新」に関する問題

「登録型派遣」においては、前述のとおり、派遣先と派遣元の「労働者派遣契約」が成立している間のみ、派遣元と派遣労働者の雇用契約が維持されるというものであり、実質的には派遣先が解雇の権限を行使できる状況にある。この実態は、民法626条以下の解雇に関する規定よりもはるか

14 前掲大橋61頁など参照。

15 前掲大橋61頁など参照。

16 前掲角田・山田88頁参照。

17 東京大学社会科学研究所「請負社員・派遣社員の働き方とキャリアに関するアンケート調査」（2010）。なお、このアンケート調査には、全国労働組合総連合事務局から、回答の結果が特定の方向性を示すようにするため項目設定において誘導があるなどの批判がなされている。しかし、本稿では、派遣労働者が賃金において満足していない一般的状況を示す資料としては十分なものであると判断して採用した。

18 毎日新聞2011年9月15日2頁参照。

に労働者に不利なものである。端的に言えば、実質的解雇権が雇用主ではない者に与えられていることである。この点は、解雇に関する雇用契約に対する非典型性があると見ることができる。

民法629条は、雇用契約が終了した後であっても、一定の要件を満たす場合には、雇用の更新を推定すると規定している。しかしながら、派遣労働契約においては、派遣期間は原則3年であり、また、その更新についても、労働者派遣法施行令4条に規定される専門26業種や派遣法40条の2第1項第2号イに規定されるプロジェクトの開始・転換・拡大などの業務などの他は、原則として禁止されている（派遣法40条の2第2項）¹⁹。

4 民法625条の問題

民法625条は、使用者の権利の譲渡とその制限について規定し、第1項では特に使用者が権利を第三者に譲渡する場合を定めている。「使用者は、労働者の承諾を得なければ、その権利を第三者に譲り渡すことができない。」としている。

以前の筆者の拙稿²⁰においても分析したとおり、現行民法の立法関係者およびその後におけるしばらくの間の学説においては、使用者と労働者の間の雇用契約の一身専属性という人的色彩が強調されていた事情から、派遣労働契約で議論されるような、いわゆる「使用と雇用の分離」という発想はまったくなく、雇用主の指揮命令権のみの第三者への譲渡というものは考えられていなかった²¹。

そのような従来の雇用契約の発想においては、派遣労働契約はあくまで民法625条に抵触するものであり、民法理論からは非典型契約と把握される可能性の高いものであったとみることができよう。

5 小括

労働法規のみならず、民法上の雇用契約の規定との関係から見ても、やはり、派遣労働契約は問題が少なくなかったことがうかがえる。それは、やはり、民法理論からみても、派遣労働契約の実態が、労働者供給事業であり、そして、それは「中間搾取」と「有料職業紹介」という法的問題を「内在」させているがゆえに必然的に生じる問題であるように思われる。

問題を内在させたまま、労働法規のみならず、民法上の契約理論にも、そのまま適合を図ろうとすることには一定の限界もあるのではないかと憶測する。

V 時代の推移と現在の視点

1 民法の雇用規定の解釈

前述したように、現行民法の立法当時およびその後しばらくの間の議論においては、雇用契約を使用者と労働者の二者間の契約として、人的色彩を強く把握していたことから雇用契約における権

19 安西愈『新版 労働者派遣法の法律実務【上巻】』（労働調査会 2008）581頁以下および同『同【下巻】』754頁以下参照。

20 谷口聡「三当事者雇用契約に関する一考察」産業研究（高崎経済大学産業研究所紀要）47巻1号13頁。

21 前掲谷口14頁以下参照。

利義務の一身専属性が強調されていた。営業譲渡が法典調査会において問題とされたものの、その法的性質について、重要な問題としては扱われてこなかった。以上のことは、筆者の別稿において考察したとおりである²²。

しかし、その後、時代は変遷し、会社は大規模化して、そこで働く労働者と企業との結びつきについても人的結合の色彩は薄いものとなってきた。そのような状況下で、営業譲渡の場合において、労働者の地位が問題化したり、また、出向、プロ野球選手契約、定期傭船契約、企業の賃貸借そして派遣労働契約といった三当事者が関係する雇用契約が登場することとなった。民法学の論客は、これらの状況を踏まえて、そのような新たな雇用契約形態も視野に入れて、雇用契約を論じるようになったと言えるであろう²³。

前述、別稿における筆者の結論は、派遣労働契約については留保するとしても、そのような三当事者関係雇用契約を積極的に是認し、民法改正論議に反映させるべきであるというものであった²⁴。

2 派遣労働法の法的ないし社会的位置づけの変遷

Ⅲで考察したように、派遣法は1985年立法当初から、問題を内在したままの状況で成立をみたものであった。しかし、そのような立法の社会的背景には、他方ではそのニーズが存在していたのであり、また、実態としての派遣労働が広範になされていたという事情があった。

荒木尚志教授は、次のような分析をされている。「実務界においては、1970年代後半から80年代にかけて、適法性に疑いのある人材派遣業が急成長していた。この背景には一方で、企業の側に人件費削減の必要から、一定の業務を外部労働力利用に切り替えようとする動きがあり、他方で労働者とりわけ女性労働者の側で、自らの高度の技術を活用して、ワーク・ライフ・バランスのとれた主体的な職業生活を展開したいとする要求があり、派遣労働という動きが、これらのニーズを満たしていたという側面があった」²⁵とする。

角田教授と山田教授も同趣旨の見解を示される。「派遣事業の事実上の活況が、法律の制定に先行していたことはいうまでもない。産業構造の変動のなかで、企業のフレキシブルな雇用管理を意図した業務の外注化と専門職労働者のフリーワーカー指向が一致したものと説明されたが、法政策的には、労働者流動化への民間活力の利用（規制緩和）としての性格をもつ」とされている²⁶。

そして、派遣法立法後の世界的な労働法規範の変化とわが国の派遣法などへの影響について、諏訪康雄教授は、次のように説明されている。「ILO96号条約を全面的に改定した民間職業紹介事業所条約（第181号）は、・・・有料職業紹介や労働者派遣などの労働市場の仲介サービスを認めるべき場合を、原則自由で例外禁止のネガティブリスト方式で定めるように求めたのである（2条）」。

22 前掲谷口14頁以下参照。

23 例えば、以下のような民法学者の見解は参照されるべきである。幾代通『注釈民法（16）』幾代通編（有斐閣 1973）51～54頁、末栖三郎『契約法』（有斐閣 1977）427～430頁、鈴木祿弥『債権法講義』（創文社 1992）565～576頁、星野英一『民法概論Ⅳ（契約）』（良書普及協会 1994）254～255頁など。

24 前掲谷口24頁。

25 前掲荒木430頁。

26 前掲角田・山田88～89頁。

そして、これを受けて1999年に職業安定法と派遣法が改正されて、民営有料職業紹介事業が認められる職業と労働者派遣事業が認められる業務とを限定してきたこれまでの基本的な考えを変更し、対象職業、業務に関するポジティブリスト方式（原則禁止、例外認容）からネガティブリスト方式（原則自由、例外禁止）へと移行したとしている²⁷。

さらに、諏訪教授は、有料職業紹介と中間搾取を禁止している労働基準法6条との解釈の将来的な展望について、「ネガティブリスト方式が定着していけば、やがてごく限られた例外的な場合のみ有料職業紹介が認められないだけで、ほとんどの有料職業紹介が法認されることとなる」として、スウェーデンとイギリスがその典型であるともしている²⁸。

このように、派遣法の立法からその改正という流れを概観すると、やはり、派遣労働という就労形態は徐々にではあるものの、世界的な労働規範の影響なども受けながら、わが国にも定着してきているようにも思われる。特に、諏訪教授が示されているように、民間職業紹介事業がネガティブリスト方式で認められるようになった今日、本稿で扱う派遣労働者と派遣元の間の契約においても、派遣元の職業紹介的・仲介サービス業的要素というものを正面から受け止めて議論すべき時期にきているのではないだろうか。

もっとも、上述、諏訪見解が示されたのが2003年であり、その後、2008年から2009年にかけていわゆる「派遣切り」「年越し派遣村」²⁹などの言葉に象徴されるわが国における大きな社会問題が顕在化したことは忘れるべきことではない。

VI 派遣労働契約の法的構成に関する諸見解

1 派遣労働を無名契約とする諸見解

1986年にわが国ではじめて派遣法が施行される以前の学説においては、派遣労働契約は労働契約ないし雇用契約と云うものかについて強い疑問が出されていた。

本多淳亮見解によれば、派遣労働者がその雇主に對し労務を提供することははじめから予定されず、相手方である雇主もその労務を受領する意思や条件を備えていないような契約はそもそも労働契約と呼ぶには値しないとし、一種の無名契約と見てもよいが、労働契約としての性格ないし効力には疑問を生じざるを得ない³⁰としていた。

小室豊允見解においても、派遣労働契約について、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、雇用契約と云うのかという根本的な疑念がある³¹としていた。

そして、はじめての派遣労働法施行後に雇用契約とすることを否定する見解として注目を集めたのが瀧川誠男見解である。これによれば、まず、派遣法は使用関係のない雇用と雇用のない使用関

27 諏訪康雄『注釈労働基準法 上巻』東京大学労働法研究会編（有斐閣 2003）123～124頁。

28 前掲諏訪125頁。

29 高井昇・鴨桃代『どうする派遣切り2009』（旬報社 2009）など参照。

30 本多淳亮「派遣労働者と派遣先企業の法律関係」季刊労働法120号25頁以下。

31 小室豊允『使用者概念と労働者派遣』（総合労働研究所 1986）216頁。

係という2つの法律関係を登場させたが、使用関係のない雇用という契約形式が雇用の本質に矛盾しないのかどうか極めて疑問のあることである³²とする。そして、民法623条と625条をみるかぎり契約当事者でない第三者が労働者に対し労働請求権を持ち、労働者も第三者に労働義務を負担するといった形の法律関係を民法は予想していない³³とする。その上で、派遣労働者雇用契約の実質は派遣労働者が他人に労働力使用の目的で貸し出されることへの承諾契約であり、雇用類似の無名契約と解すべきである³⁴としている。

2 派遣労働契約を雇用契約であるとする諸見解

派遣法制定後に、派遣労働契約が雇用契約であると主張して最も中心的な見解となったのが横井芳弘見解である。これは、以下3つの理由から派遣労働契約をして「雇用契約」であるとするものである。①第一に、派遣法2条の「労働者派遣」の定義規定が「自己の雇用する労働者を当該雇用関係の下に」としていることをもって派遣労働契約は雇用契約であるとする。②第二に、民法623条の文理解釈を説明し、「当事者ノ一方カ相手方ニ対シテ労務ニ服スルコトヲ約シ」の「相手方ニ対シテ」というのは、「約シ」にかかるものであって「労務ニ服スルコト」にかかるものではないので、そこでの雇用契約は、契約当事者の一方たる使用者の指揮命令にしたがってのみ労務の提供をしなければならないことを要求しているものではないとする。さらには、「労務ニ服スルコト」と「之ニ報酬ヲ与フルコト」の対価関係が当事者に肯定されれば典型契約としての雇用契約足りうるとする。③第三には、派遣元と派遣労働者の関係が雇用関係にあたらなるとすれば、かえって派遣労働者の保護に欠ける結果をもたらすというのである³⁵。

土田道夫見解は、雇用契約説を支持しつつ、派遣元と派遣先との関係について独自説を展開し、「派遣先事業主への労務指揮権の移転は、その譲渡ではなく、派遣元事業主が労務指揮権の行使を派遣先に委任しているにとどまるものと解される」とされる³⁶。

下井隆史見解においては、民法623条の雇用は、労働者が第三者の指揮命令下での労務給付義務を使用者に対して負う場合をも包摂する概念であるとし、また、派遣労働契約が典型契約としての雇用に当たらないとしても雇用類似の契約と云えやすむとしている³⁷。

この他、根拠は明確には示していないものの、安西愈見解においても雇用契約構成が支持されている³⁸。

砂山克彦見解は、二重の労働契約論を主張する。砂山教授は、派遣労働の実態を分析し、実態上の問題として、派遣先による事前面接、派遣契約の中途解約、適用対象事業外作業への派遣などを挙げた上で、派遣労働者保護の観点から、派遣労働者と派遣元さらには派遣労働者と派遣先との間

32 瀧川誠男『労働者派遣法の実務』（中央経済社 1986）211頁。

33 前掲瀧川212頁。

34 前掲瀧川214頁。

35 横井芳弘「派遣労働者の法的地位」季刊労働法140号 8頁以下。

36 土田道夫「労働者派遣法と労働契約関係」日本労働協会雑誌No.330 48頁。

37 下井隆史「派遣労働の法律関係」ジュリストNo.894 34頁。

38 前掲安西・上巻11頁。

に二重に雇用契約が成立するとする。多数の支持を得ているとは言えない見解であるものの、実態に即した法的構成を試みようとしている点は重要と思われる³⁹。

3 派遣労働契約を「第三者のためにする契約」とする諸見解

甲斐祥郎見解は、次のように説明する。派遣労働契約を基礎づける雇用契約＝労働契約を第三者のためにする契約としてとらえるならば契約当事者の一方たる使用者（派遣元）が要約者、他方の当事者たる労働者（派遣労働者）が諾約者、派遣先が第三者ということになり、要約者と諾約者間に労働に関する指揮命令権を第三者に取得せしめるとの合意が当初からなされていると解することになる⁴⁰とする。

鎌田耕一見解は、法的構成に関する諸説を広く概観した上で、「こうしてみると、派遣元・労働者間の契約は端的に『第三者のためにする労働契約』とみることが最も労働者派遣法の定義に適しているし、また、契約論としてもわかりやすい」と主張されて、第三者のためにする契約構成を支持する⁴¹。

馬渡淳一郎見解は、甲斐見解に対して、第三者たる派遣先は事実上の労務給付利益を受けるにすぎず、派遣先は派遣労働者に対して直接的な労務給付請求権を有するものではないから、派遣労働契約は真正な「第三者のためにする契約」ではなく、「不真正第三者のためにする契約」とあるとの見解も提示されている⁴²。

4 「派遣労働契約」説

この見解は、萬井隆令教授による独自説である。第三者のためにする契約は、派遣法成立以前から存在してきた契約理論であるが、中間搾取の禁止・労務供給事業の禁止が全面的になされていた状況下で一定要件のもとでこれを法認した派遣法には適用できる構成ではないとした上で、派遣元と派遣労働者の間の契約は、派遣法が創設した新しい「派遣労働契約」という契約であるとする⁴³。これは、あくまで派遣法という労働法規から構成される契約であるとしている点の特徴である。民法上の契約理論との関係は必ずしも明確ではないと思われる。

5 若干の検討

第一には、初期の無名契約説とする構成についてである。これらは、派遣法が成立する以前のものであったり、また、立法後間もない時期の見解であることに注意が必要である。

第二に、雇用契約説の中心の見解である横井見解について検討したい。①についてであるが、確

39 砂山克彦「派遣労働の実態と二重の労働契約論」伊藤博義ら編『労働保護法の研究』（有斐閣 1994）87頁。

40 甲斐祥郎「労働契約と労働者派遣について」広島大学総合科学部紀要Ⅱ社会文化研究14巻191頁。

41 前掲鎌田271頁。

42 馬渡淳一郎「『三者間労務供給契約』論」山口経済学雑誌35巻5・6号136頁。なお、ほぼ同趣旨の結論付けをしている見解として、石松亮二「派遣労働関係の法的構成」久留米大学法学1巻1号40頁。

43 萬井隆令『労働契約締結の法理』（有斐閣 1997）105頁以下。

かに派遣法は2条の定義規定で「雇用関係」という表現を用いているが、派遣法立法の源である中央職業安定審議会派遣事業等小委員会報告書によれば、労働者派遣事業を図示する図表において、派遣元と派遣先の関係を「派遣契約」としているのに対して、派遣元と労働者の関係を「雇用関係」としている。ちなみに、派遣先と労働者の関係は「使用関係」としている⁴⁴ことから、横井見解における解釈が妥当なものであることは否定しないものの、そうでない解釈が不可能とまでは言えない素地はあると解される。そして、②については甲斐教授による批判がなされている。それによれば、そもそも契約に基づく権利義務関係は当事者に帰属するものであるから、第三者のために第三者の指揮命令を受けて労務の提供をなす場合をも即座に典型契約としての雇用契約に含まれると解するのは、文言解釈の当否は別としても、民法623条の解釈としては無理があると言わざるをえないとされる⁴⁵。③について、労働者保護の観点から雇用契約とする解釈の必要性が主張されているが、例えば、労働者保護は萬井見解のように、労働法規の適用によって解決していくことが可能であると考えられる。また、筆者の私見としては、何よりも、実態としての雇用契約関係が存在していないのに、これを雇用契約であるとして、派遣元に雇用契約主としての責任を負わせるという構成が果たして本当に派遣労働者の保護に繋がるのか疑問を生じるケースも存在していると考えられる。

第三に、「第三者のためにする契約説」ならびに「不真正第三者のためにする契約説」についてである。この説に対しては、萬井教授から詳細な検討をもとにした批判が展開されているので紹介する。

a.一般的な民法537条の契約理論からは、契約により第三者約款を付すことは公序良俗に反しない限り自由である。一方、労働者派遣においては、第三者約款を派遣元が利用すること自体違法という原則の下で、派遣法が例外的にこれを許可している。b.同じく、民法一般理論においては、第三者のためにする契約の意思表示は不要式行為によるものであるが、派遣元と派遣先の間の労働者派遣契約は、派遣法26条に見られるように厳格な要式行為である。c.一般的な理論においては、受益者は受益の意思表示の後、何ら義務を負担するものではない一方、労働者派遣においては、派遣先は、派遣法によって労働基準法および労働安全衛生法上のいくつかの条項について、みなし「使用者」としての責任を負担する（派遣法44条、45条）。d.民法上の一般理論によれば、諾約者が契約上の給付義務を履行しない場合には、第三者は諾約者に対し履行を請求しうるが、労働者派遣においては、派遣先は、派遣元との間の労働者派遣契約を解除して実質的な関係解消を図ることができるにとどまり、派遣労働者に懲戒処分をすることなどはできない。e.民法538条によれば、第三者が受益の意思を表示した後は、要約者も諾約者も第三者の権利を変更したり消滅させることはできないが、他方、派遣労働においては、労働者には、退職の自由が認められている。このように、萬井教授は、第三者のためにする契約構成を強く批判する⁴⁶。

44 中央職業安定審議会労働者派遣事業等小委員会報告書（座長 高梨昌）（昭和59年（1984））8頁。

45 前掲甲斐184頁。

46 前掲萬井98～100頁。

VII 派遣労働契約と多角的法律関係

派遣元、派遣先、派遣労働者は、特殊な三角形の結合関係を有する法的構造を有している。派遣労働者が派遣元と「派遣労働契約」を締結するという事は、いわゆる多角的法律関係⁴⁷を構成すると考えられる。この関係について、派遣労働者と派遣先には契約関係はないので三面契約ではないが、派遣労働者、派遣元、派遣先の各当事者は、「派遣労働取引関係」を構成する意思を持ってそれぞれこの三角のシステムに入ってきているのであって、いわゆる全体システムへの「関与意思」⁴⁸ないし「参加意思」⁴⁹を持っている。そして、これは単なる多角的法律関係に止まらない。各当事者は、個別の契約締結当初からこの三角関係に入ることを前提としており、さらには、それを継続させることを前提としているという特徴もある。当該三角関係に対しては、各当事者は単に二当事者の契約を締結するよりも付加価値を見出してこのシステムに入ってきている。すなわち、派遣労働者は特殊技能をより高価に提供し、また、ライフスタイルに合った労務を供給できるという利点があり、派遣元には、派遣労働者の実質的労務提供先を紹介することによる収益が得られるという実態上の利点があり、派遣先には、一般社員よりも特殊技能を持った社員を安価で確保できるという利点がある三当事者の労務取引関係となっている。

このように派遣労働関係を多角的法律関係として把握することにより、例えば、リース契約のように⁵⁰、各関係当事者の責任と利益保護を図るシステムを構築することは可能なのではないかと推測されないこともない。

VIII まとめ

本稿における以上の検討を踏まえた上で、以下においてその整理をするとともに、私見を述べてみたい。

民法における雇用契約の解釈については、立法当初は人的色彩の強い契約であり、当事者の権利義務の一身専属性が強調されていたが、その後、特に三当事者が絡む様々な雇用形態が社会に出現するとともに、「雇用契約」の新たな概念構成が必要となった。民法623条のみならず、625条の解釈においても同様であり、使用者の指揮命令権のみを第三者に移転させることも625条の解釈として認められるようになった。他方、労働法分野の研究においても労働基準法6条の下で中間搾取禁止の原理が謳われており、その帰結としての民間職業紹介事業の禁止規定が職業安定法および派遣法に置かれていたが、世界的な労働法規範の変化を受けて、有料職業紹介および派遣労働事業はネガティブリスト方式で法認されるに至っている。

47 “多角的法律関係”に関する重要な研究成果として椿寿夫・中倉寛樹編『多角的法律関係の研究』（日本評論社 2012）参照。

48 伊藤進「『多角的法律関係』規律のための法理形成試論」法時82巻7号88頁以下参照。

49 村田彰「契約の成否・結合と多角的法律関係」法時81巻13号358頁以下参照。

50 織田博子「ファイナンス・リース取引と多角的法律関係」法時81巻9号99頁以下参照。

派遣労働契約の法的構成の議論もこのような雇用契約規範・労働法規範の変遷と無縁ではなかったかのように思われる。派遣法立法の時期の前後においては、雇用契約と構成する見解に反対する主張が強くなされた。これにたいして、派遣法の規定の解釈論を基盤として、雇用契約説、そして、第三者のためにする契約説が主張されてきた。第三者のためにする契約説は、萬井教授による徹底的な否定を受けたものの、現在の主流を占める法的構成論であると言えるであろう。そして、この雇用契約説や第三者のためにする契約説は、派遣法ないし労働者派遣事業そのものに批判的な論者の強力な攻撃に対して、その法的な正当性を何とか構築しようと努力した成果であったと見ることができないこともないであろう。少なくとも、筆者は、法的構成議論の推移をそのように概観している。

最後に、そのような筆者の視点から、派遣労働者と派遣元との間の契約関係について、私見における法的構成に挑んでみたいと欲する。

まず、端的には、派遣事業の民間有料職業紹介的要素を正面から受け入れる構成を試みる時期に来たのではないかと感じている。であるとするなら、派遣労働者と派遣元との間の契約は、(派遣)労働者が、有償で、その労務供給先を派遣元に探してもらい、ないしは、派遣元に情報提供を求め、「労務供給委託契約」と構成してはどうであろうか。また、横井教授は雇用契約と解釈することが労働者保護につながると主張されるが、どうであろうか。本稿Ⅳの1で考察したように、雇用主としての実態がまったくない派遣元が一部において存在しているにもかかわらず、その会社に雇用主としての責任を全面的に負わせるという構成が果たして真の意味で労働者保護になるのか疑問を抱かざる得ないケースもある。逆に、より実態に即した形で法的構成を図り、さらに別の解釈論・立法政策論によって労働者保護を図っていく方が妥当であるようにも思われる。そして、この点に関しては、本稿においては詳細な結論は出せないものの、前章Ⅶで検討した多角的法律関係論の助けを借りることはできないであろうか。三当事者すべてについて多角的法律関係という特殊な結合関係をもつ者として把握し、その全体構造の視点から各当事者の権利義務を把握していくという議論において、労働者保護を手厚く図る解釈論を導きだせるのではないかという希望をもち、今後の課題としたい。

また、本稿では、わが国における派遣労働に関する契約理論の経緯・展開と現状についての分析の上、検討を行ったものであるが、比較法的な検討も重要な課題であると考えてるので、機会を得て、別稿において考察を試みたい。

問題を抱えて出発したわが国の派遣法であったが、紆余曲折を経て、そしてまた、2008年から2009年かけての大きな社会問題化という試練を経てもなお現在、昨年(2012年)の改正を受けてわが国の社会に存続し続けている。派遣事業は結局のところ、多くの課題を残しつつも⁵¹、わが国に根をおろしたと評価してもよいように思われる。そして、もしそれを前提とするなら、それに伴っ

51 例えば、濱口桂一郎「EU労働者派遣指令と日本の労働者派遣法」(大原社会問題研究所雑誌No.604 25頁以下)においては、わが国における派遣労働のより一層の「均等待遇・均衡処遇」の必要性がEU法との比較法的視点から述べられている。

た法的構成を模索する時期が来ているようにも思われる。

(了)

(たにぐち さとし・本学経済学部准教授)

[謝辞]

本稿は、法律行為研究会（椿寿夫先生主宰）において、筆者が数回にわたり報告の機会を賜った際に、伊藤進先生をはじめとする出席の諸先生方のご助言をいただき、参考とさせていただき、まとめたものである。法律行為研究会の先生方に感謝の意を表したい。