

直接雇用の申込みみなし規制(派遣法40条の6)をめぐ
る解釈問題(1) :

1項各号の関係整理、および「承諾」の意思表示のあ
り方を中心に (橋本誠一先生退職記念号)

メタデータ	言語: ja 出版者: 静岡大学人文社会科学部 公開日: 2022-09-08 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 本庄, 淳志 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00029118

論 説

直接雇用の申込みみなし規制
（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題（1）

— 1項各号の関係整理、および「承諾」の意思表示のあり方を中心に —

本 庄 淳 志

はじめに

I. 申込みみなし規制の概要

II. 派遣法40条の6第1項各号の解釈問題

III. 派遣先の申込み、および労働者の「承諾」の意思表示をめぐる解釈問題
(以上、本号)

IV. 直用化時の労働条件をめぐる解釈問題

おわりに
(以上、次号)

はじめに

2012年改正で創設された派遣法40条の6は、派遣法の一定の規制に違反する場合に、派遣先¹が、派遣労働者に対して直接雇用の申込みをしたとみなす旨を規定する。現行法の申込みみなし規制は、私法上の効果

¹ 厳密には、労働者派遣法の枠組みによる狭義の派遣先にとどまらず、「労働者派遣の役務の提供を受ける者」を広く対象とするが、本稿では特に必要である場合を除き、便宜上、「派遣先」と総称する。「派遣先」と「労働者派遣の役務の提供を受ける者」との用法の混乱を指摘するものとして、萬井隆令『労働者派遣法論』（旬報社、2017年）100頁以下を参照。なお、労働者派遣の役務の提供を受ける者が国または地方公共団体の機関である場合には、派遣法40条の6ではなく40条の7の規律が及ぶが、本稿では扱わない。

があるという点でも、それが発動される要件の面でも、旧法に比べて労働者保護としての側面が大幅に強化されている。これは一種の法による労働契約の締結強制であり、立法論としてはその理念的な正統性について再検証すべき対象であると考えられる²。

一方、解釈論としてみると、同制度には、派遣先という労働契約の当事者でないものとの間で新たに労働契約の締結を強制するなかで、理論的に不十分な点が多く、実務上も混乱した状況が窺える。

本稿は、直接雇用の申込みみなし規制(派遣法40条の6)をめぐる解釈問題に焦点を絞り、同条が果たし得る役割と、その限界を探ることを目的とする。

I. 申込みみなし規制の概要

1. 派遣法40条の6の内容

派遣法40条の6の直接雇用の申込みみなし制度の趣旨は、労働者派遣法違反を是正するにあたり、派遣労働者の希望を踏まえつつ雇用の安定が図られるようにすること、および、違法派遣を受け入れた者にも責任があるなかで、派遣先にも民事的な制裁を科すことにより、派遣法の規制の実効性を確保することにある(平成27年9月30日職発0930第13号「労働契約申込みみなし制度について」、以下、施行通達)³。

² 派遣法40条の6(直接雇用の申込みみなし規制)の立法政策上の課題については、拙著『労働市場における労働者派遣法の現代的役割』(弘文堂、2016年)152頁以下、および拙稿「派遣先の直接雇用申込みみなし規制の正当性」法時90巻7号(2018年)44頁以下を参照。

³ 鎌田教授は、みなし規制を、「違法状態の解消にあたって雇用が失われるおそれがあるために、派遣先に対して、既存の雇用関係と同一の労働条件を内容とする労働契約締結を強制する制度」と位置づけられる。そして、同制度の合憲性という文脈で、派遣労働者の社会経済的状況に照らせば公共の福祉に合致すると積極的に評価される(鎌田耕一「労働法における契約締結の強制—労働者派遣法における労働契約申込みみなし制度を中心に—」山田省三ほか編『労働法理論変革への模索—毛塚

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題（1）

派遣法40条の6には、派遣先の主観的な意思とは無関係に、労働者の承諾の意思表示さえあれば、派遣先との間で直接の労働契約を成立させるという私法的効力がある⁴。2012年に改正される以前の旧40条の4でも、派遣受入期間の制限に抵触する場合に、派遣先には、派遣労働者に対する直接雇用の申込み義務が課されていた。しかし、旧法はあくまで公法上の義務を定めたものであり、違反した場合にも、厚生労働大臣による指導・助言や、一定の場合に労働契約の申し込みをすべきことの勧告が予定されるにとどまっていた（旧49条の2第1項）⁵。また、当時の申込み義務では、派遣期間の制限に抵触する場合に、派遣元から派遣先に対して抵触日の「通知」があることが要件とされていたが⁶、現実には、こうした「通知」を欠くケースが裁判紛争の大部分を占めており、派遣先の法的責任を問うことを困難にしていた。一方、現行法にこうした要件はなく、派遣先による労働契約の「申込み」が法的に問題となる余地が格段に広がっている。

申込みみなし規制の対象となる違法行為は、派遣法40条の6第1項各号に列挙されている。具体的には、派遣先が、①港湾運送業、建設業、警備業といった派遣禁止業務で派遣を利用した場合（第1号＝法4条3

勝利先生古稀記念』（信山社、2015年）551頁）。同様の視点からみなし規制に肯定的なものとして、水町勇一郎『詳解労働法（第2版）』（東京大学出版会、2021年）449頁など。

⁴ 施行通達。

⁵ パナソニックプラズマディスプレイ（パスコ）事件（大阪地判平成19年4月26日労判941号5頁）。この点については、拙稿「派遣期間の制限・申込義務と派遣労働者の保護」季労220号（2008年）176頁を参照。

⁶ 2012年改正以前の派遣法40条の4では、「派遣先は、第35条の2第2項の規定による通知を受けた場合において、当該労働者派遣の役務の提供を受けたならば第40条の2第1項の規定に抵触することとなる最初の日以降継続して第35条の2第2項の規定による通知を受けた派遣労働者を使用しようとするときは、当該抵触することとなる最初の日の前日までに、当該派遣労働者であつて当該派遣先に雇用されることを希望するものに対し、雇用契約の申込みをしなければならない」とされていた（下線部は筆者による）。

項違反)、②派遣元事業主以外から派遣労働者を受け入れた場合(第2号=法24条の2違反)、③派遣先単位での期間制限に違反して派遣労働者を受け入れた場合(第3号=法40条の2第1項違反)、④個人単位の期間制限に違反して派遣労働者を受け入れた場合(第4号=法40条の3違反)、⑤派遣法等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、法26条各号で求められる労働者派遣契約の記載事項を定めずに労働者派遣の役務の提供を受けた場合(第5号)が、申込みみなし規制の対象となる。

これらの各法違反が認められる場合には、派遣労働者に対して派遣先が直接雇用の「申込み」をしたものとする、みなし効果が発生する。そして、この法律で擬制された「申込み」に対して派遣労働者が「承諾」の意思表示をすれば、派遣先が善意無過失の場合を除き、派遣就労時の労働条件と同一の内容で、派遣先との間で直接の労働契約が成立する。

2. 善意無過失による抗弁

派遣法40条の6第1項各号の違反について、派遣先が善意無過失の場合には、直接雇用の申込みみなし効果は発生しない(同項但書⁷)。派遣法40条の6の趣旨(前述)からすれば、派遣先が結果的に違法派遣を受け入れていたとしても、善意無過失の場合には規制の実効性を確保することも期待できず、また、——労働契約の締結強制である、労働契約の申込みみなし効果を生じさせるほどの——、重大な民事的責任を派遣先に課すことは適切でないためである。

たとえば、派遣先や労働者等が、第1項各号の該当性について厚生労働大臣(実際には所轄の労働局長)に対して助言を求めたところ(法40

⁷ 同但書では、「労働者派遣の役務の提供を受ける者が、その行った行為が次の各号のいずれかの行為に該当することを知らず、かつ、知らなかつたことにつき過失がなかつたときは、この限りでない」と規定される。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題（1）
条の8）、同局から特に問題とされなかったケースでは、派遣先は法違反
について善意無過失と評価できることが多いであろう⁸。

また、いわゆる偽装請負を対象とする第5号に関連するケースでは、
法違反か否かについて微妙な判断を要することも少なくない。この点、
後述のように（→II 3）、筆者は、第5号事案に該当するケースの大部分
は、同時に、第2号（無許可の派遣元からの派遣受入）や第3・4号（派
遣期間の制限違反）と重複するものと理解している。したがって、第5
号への該当性が直接争われる事案はもちろん、形式的には第2号や第3・
4号違反が争われている事案であっても、第5号事案との重複が問題とな
るようなケースであれば、善意無過失の抗弁が認められる余地は十分にある。

これに対して、いわゆる偽装請負が問題となり得るケースでなければ
（それ自体きわめて例外的であるとも考えられるが）、無許可の派遣元か
らの派遣受入（第2号）や派遣期間の制限違反（第3・4号）について、
派遣先は比較的容易に認識することができる。この場合には、派遣先に
善意無過失の抗弁が認められる余地は広くないものと解される。

なお、当初は善意無過失であっても、事後的にそうでなくなった場合
には、翌就業日以降に行われた違法行為について本抗弁は認められない
（施行通達）。

II. 派遣法40条の6第1項各号の解釈問題

1. 第1項各号をとりまく状況の変化——継続的な派遣利用の可否

前述のように、申込みみなし規制の対象となる違法行為は、派遣先による、①派遣禁止業務での派遣受入れ、②無許可の派遣元からの派遣受入れ、③派遣先単位での派遣期間の制限違反、④個人単位での派遣期間

⁸ 鎌田耕一＝諏訪康雄編『労働者派遣法（第2版）』（三省堂、2022）343頁 [山川隆一]、菅野和夫『労働法（第12版）』（弘文堂、2019年）412頁など。

の制限違反、⑤いわゆる偽装請負等のケースである。

①について、こうした規制がそもそも適切であるかどうかはともかく、これまでの裁判例で派遣禁止業務への該当性等が直接問題となったケースは見当たらない⁹。労働者派遣をめぐる裁判例で争われてきた事案の多くは、②～⑤のケースである。

②～⑤のケースについて考えるうえで、かつては、いわゆる政令26業務(当初13業務、最終的には28業務まで拡大)を除く自由化業務において、派遣の受入期間が比較的厳格に制限されていたことに留意する必要がある。2015年の派遣法改正以前には、政令指定業務を除き、使用者が、自ら直接雇用しない外部の労働者を継続的に利用するためには、いわゆる業務処理請負を典型として、労働者派遣以外の形式で労働者を受け入れる必要があった。

こうしたなかで、実態として労働者派遣に該当する場合には②～⑤の事実が問題となり、裁判例でもこれをめぐる紛争は少なくない。典型的には、いわゆる偽装請負の状態で派遣期間の上限を超えてもなお発注元(派遣先)が労働者の受け入れを継続してきたところ、発注元(派遣先)の都合で企業間での契約が解消されたのを機に労働者が請負企業(雇用主)から解雇・雇止めされたケースで、発注元と労働者間での直接の労働契約の成否(黙示の労働契約)などが法的紛争となってきた。

しかし、直接雇用の申込みみなし規制をめぐるのは、2012年の派遣法改正で法40条の6が創設されたのち、同条の施行を待つことなく、再度、派遣法の根幹部分で2015年に大改正がされることとなる¹⁰。特に、期間制限のあり方については、現在では、派遣先の業務区分、すなわち従前

⁹ 派遣禁止業務にかかる規制の沿革と、そこでの派遣受入について申込みみなし規制の対象とすることの問題については、拙稿・前掲注2書156頁以下を参照。

¹⁰ この間の経緯や問題点については、拙稿「労働者派遣制度の検討課題」日本労働法学会誌120号(2012年)241頁以下、および、拙稿「労働者派遣制度の現状と未来」法律のひろば69巻2号(2016年)44頁以下を参照。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題（1）

の政令指定業務か自由化業務かという区分に関わらず、派遣労働者を継続的に受け入れる途が開かれており、抜本的に変更（規制緩和）がされている。現在の期間制限には、派遣先に対する、派遣先単位および個人単位での受入期間の制限（法40条の2・3）、そして、派遣元に対してこうした派遣を禁ずる規制（法35条の2・3）がある。

このうち派遣先単位での期間制限は、派遣先の事業所その他派遣就業の場所（事業所等）ごとの業務での受入期間を制限するものである。ここでいう事業所等とは、工場、事務所、店舗など、場所的に他の事業所その他の場所から独立していること、経営の単位として人事、経理、指導監督、労働の態様等においてある程度の独立性を有すること、一定期間継続し、施設としての持続性を有すること等の観点から実態で判断される¹¹。労働者派遣の利用が制限される期間は、原則3年で、いわゆるクーリング期間は3ヵ月である¹²。たとえば、ある派遣就労の受け入れが3年以内で一旦終了しても、その後、3ヵ月以内に同一の事業所等で派遣を受け入れた場合には、前後の派遣期間が通算される。

派遣先単位での期間制限は、派遣労働者が交代した場合はもちろん、派遣元（派遣会社）が変更した場合にも及ぶ。派遣法における期間制限の趣旨は、(1)派遣労働者による派遣先の常用労働者の代替を防止するとともに、(2)派遣就業を望まない派遣労働者が、派遣就業に固定化されることを防止することである¹³。派遣先単位での期間制限は、派遣によって派遣先の常用労働者の雇用が侵食されることを防止すること（上記(1)）を主眼とする点では、2015年改正以前の期間制限と軌を一にする。

もっとも、現在の派遣先単位での期間制限は、派遣先が派遣先の過半数代表の意見を聴取したうえで、3年を上限に延長し、その後も繰り返

¹¹ 派遣先指針第2の14(1)。

¹² 派遣法40条の2第2項、派遣先指針第2の14(3)。

¹³ 派遣法25条、派遣先指針第2の14も参照。

し再延長することができる。たしかに、過半数代表が延長に異議を述べたときには、派遣先は延長理由を誠実に説明する努力義務がある。とはいえ、過半数代表の同意(労使協定等)がなくとも受入期間を延長できるなど(派遣法40条の2第3～6項)、2015年改正以前の期間制限から大きく変質している。なお、申込みみなし規制との関係では、意見聴取手続きのうち、過半数組合等に対する通知、意見の内容等の書面による記載や周知手続きに瑕疵があるだけでは、直接雇用の申込みみなし効果は生じない¹⁴。

一方、2015年の法改正で全く新たに創設された個人単位の期間制限は、派遣先の事業所その他派遣就業の場所における同一の組織単位の業務で、3年を超えて継続して、同一の派遣労働者の受入れを禁止するものである。しかし、この規制は、派遣元で無期雇用された労働者等について一切適用がない。さらに、有期雇用の派遣労働者を受け入れる場合であっても、派遣先で受け入れる組織単位(課、グループ等)を変更する場合には、——労働者派遣(個別)契約の見直しが必要であることが一般的であろうが——同一の派遣労働者を継続的に利用することが可能となっている。少なくとも、今後は、期間制限違反が直接雇用の申込みみなし規制との関係で問題となるケースは減少するものと見込まれる。

こうした状況下において、いわゆる偽装請負(第5号)についても、2015年の改正以前と比べれば、派遣先・派遣元にとってあえてリスクを犯す要因は相当に薄れており、漸進的には、真正な請負への事業形態の転換とならび、法的に偽装請負か否かが微妙なケースについては、適法な労働者派遣への切替えが進むとも考えられる。

ただし、期間制限に関する規制が実質的にみて規制緩和されたのとは異なり、いわゆる偽装請負に関しては、実務的に労働者派遣との峻別に

¹⁴ 施行規則33条の9参照。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題（1）

困難を伴うことに変わりはなく、いまなお理論的にも実務的にも問題となる余地も少なくない。そこで以下では、第5号について詳しく検討しておこう。

2. 偽装請負と直接雇用の申込みみなし規制

（1）適用潜脱目的と善意無過失（法40条の6但書）との関係

前述のように、派遣法40条の6第1項各号への該当性について、派遣先が善意無過失の場合には、直接雇用の申込みみなし効果は発生しない（派遣法40条の6第1項但書）。さらに、いわゆる偽装請負のケースを対象とする第5号¹⁵に関しては、労働契約の申込みみなし効果が発生するのは、派遣先において派遣法等の適用を免れる目的（以下、適用潜脱目的という）がある場合に限定されており、その解釈が問題となる。

この点、第5号の適用潜脱目的が認められるケースでは、同時に、遣法派遣の受入れについて善意無過失と評価し得ないことが一般的であろう¹⁶。一方、適用潜脱目的の有無については、派遣法が善意無過失という40条の6第1項全体にかかる消極要件とは別に、第5号事案についてのみ、わざわざ適用潜脱目的があることを求めた趣旨が問題となる。

（2）行政解釈

立法時の議論では、いわゆる偽装請負のケース（派遣法40条の6第1項5号）は同項の他の類型と異なる独自の論点があることが繰り返し確認されていた¹⁷。

¹⁵ 第5号：この法律又は次節の規定により適用される法律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、第26条第1項各号に掲げる事項を定めずに労働者派遣の役務の提供を受けること。

¹⁶ この点を明言するものとして、東リ事件（大阪高判令和3年11月4日労判1253号60頁）がある。

¹⁷ たとえば、第221回労働政策審議会・職業安定分科会・需給制度部会（2015年5月18日）において、厚労省の富田需給調整事業課長（当時）は、第5号の特徴として、

これを受けて、行政解釈では、いわゆる偽装請負等の場合には、他の類型と異なり派遣先等の主体的な意思が介在することが指摘され、単に偽装請負等の状態になっただけでは、偽装請負等の「目的」があるとは推定されないとされる。

他方で、派遣先において、契約当初に法の適用を免れる「目的」がなかった場合でも、労働者を受け入れる間に「いわゆる偽装請負等」に該当するとの認識が生じた場合には、直接雇用の申込みのみならず効果が発生する。この場合、認識が生じた時点が1日の就業開始時点であればその日以降に、1日の途中であれば翌就業日以降に指揮命令等を行い、「偽装請負」の状態となった時点が、直接雇用の申込みの時点となる¹⁸。

(3) 裁判例

一方、裁判例をみると、いわゆる「適用潜脱目的」の成否が問題となった例としては、ハンプティ商会事件、日本貨物検数協会事件、東り事件がある(2022年5月時点)。

ハンプティ商会事件¹⁹では、いわゆる適用潜脱目的を求めた趣旨について、派遣法40条の6第1項5号の違反に関しては、「派遣先において、区分基準告示の解釈が困難である場合があり、客観的に違反行為があるというだけでは、派遣先にその責めを負わせることが公平を欠く場合があるから」とする。

「単に違法行為であるかどうかを知っているだけではなくて、免れる目的というものを役務の提供を受けている人が持っているなければいけないということが」他の類型と異なること、「客観的に見れば、偽装請負の状況になっていたとしても・・・直ちに労働契約申込みのみならず制度が発動するというわけではなくて、この目的が認定されるということが前提になってくるのが違い」であると説明している。

¹⁸ 施行通達。

¹⁹ 東京地判令和2年6月11日労判1233号26頁。同事件の評釈として、桑村裕美子「労働者派遣法40条の6第1項5号の「免れる目的」の有無」ジュリスト1562号(2021年)130頁がある。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題（1）

そのうえで、適用潜脱目的の有無の判断に関しては、「労働者派遣の役務提供を受けていること、すなわち、自らの指揮命令により役務の提供を受けていることや、労働者派遣以外の形式で契約をしていることから、派遣先において直ちに同項5号の「免れる目的」があることを推認することはできない」としている。これは、前述の行政解釈に準拠したものといえる。

これに対して、日本貨物検数協会（日興サービス）事件の原判決では²⁰、この適用潜脱目的の有無について、労働者派遣以外の名目で契約を締結したこと、および当該契約にもとづき労働者派遣の役務の提供を受けていることの主観的な認識（悪意）または認識可能性（過失）と必ずしも同一でなく、このような形式と実質の齟齬により労働者派遣法等による規制を回避する意図を示す客観的な事情の存在から認定すべきとしており、行政解釈よりもやや柔軟な立場が示されている。

具体的に同事件では、派遣法の相次ぐ改正のなかで、いわゆる偽装請負が問題となっている検数等の業務でも労働者派遣が可能となった経緯や、派遣先（発注企業）である被告Y₁社が、派遣元（請負企業）であるY₂社の従業員を検数業務に従事させるためには、Y₂社との間で労働者派遣契約を締結するのが自然とする。そして、実際にも、(1)原告労働者Xらを含むY₂社従業員を指揮命令下に置いて検数業務に従事させ、労働者派遣の役務の提供を受けることで、Y₂社らが指定事業体とされた趣旨が実現されたこと、(2)その期間も、Y₂社の設立以来約10年間という長期間に及んでいたことを指摘する。こうして同判決は、派遣先（発注企業）であるY₁社は、労働者派遣法およびそれが準用する労基法等の適用を免れる目的（適用潜脱目的）で、派遣元（請負企業）であるY₂社との間に業務委託契約を締結し、これにより労働者派遣の役務の提供を受けてい

²⁰ 名古屋地判令和2年7月20日労判1228号33頁。

たと評価した²¹。

一方、同事件の控訴審は、適用潜脱目的の有無について、第5号に該当する行為を行ったこと（労働者派遣以外の名目で契約を締結していること及び当該契約に基づき労働者派遣の役務の提供を受けていること）という客観的事実の認識（悪意）から直ちにその存在が推認されるものではないが、他方で、その存在を直接的に示す証拠（行為主体の指示や発言）がなければ認められないものでもなく、その存在を推認させる事情が存在する場合はもとより、上記客観的事実の認識があり、かつ、それにもかかわらず適用潜脱目的ではないことをうかがわせる事情が一切存在しないような場合にも、その存在を推認することができるとしている。原判決と概ね同旨と解されるが、後段部分についてはニュアンスが異なり、よりいっそう柔軟な立場を示すようにもみえる。

さらに、東り事件では、第1審²²では偽装請負への該当性そのものが否定されていた。これに対して控訴審²³では、これを認めたくえて、日常・継続的に偽装請負等の状態である場合には、特段の事情がない限り、偽装請負等の状態にあると認識しつつ組織的に偽装請負等の目的で役務提供を受けたと推認することで、いわゆる適用潜脱目的を柔軟に解する立場が示されている。これも、日本貨物検数協会（日興サービス）事件の高裁判決に近いものといえよう。

このように、一部の裁判例では、行政解釈に比べて適用潜脱目的を柔軟に解する立場もみられる。とはいえ、これまでの公判裁判例が少ないこともあり、現時点で、いわゆる適用潜脱目的の解釈にかかる裁判例の立場が明確とまではいえない。

²¹ ただし、同事件の結論としては、派遣法40条の6による派遣先の直接雇用の申込みのみならず効果を認めつつも、労働者側の「承諾」の意思表示がないと評価することで、労働契約の成立が否定されている（後述）。

²² 神戸地判令和2年3月13日労判1223号27頁。

²³ 大阪高判令和3年11月4日労判1253号60頁。

（4）適用潜脱目的の解釈のあり方

それでは、適用潜脱目的の有無については、どのような視点で判断すべきであろうか。

学説では、労働者派遣と請負とのいわゆる区分基準告示（37号告示）²⁴等を参照しつつ、労働者派遣に該当すると認識できない複雑な三者関係が存在する場合のほかには、適用潜脱目的を積極的に推定するものがある²⁵。前述の東り事件・高裁判決や日本貨物検数協会（日興サービス）事件の高裁判決は、この立場に近いものといえる。

他方で、派遣法40条の6が、善意無過失の抗弁（1項但書）に加えて、いわゆる偽装請負のケース（1項5号）にのみ適用潜脱目的を求めている点を重視し、適用潜脱目的の有無をめぐる解釈としては、法の適用を回避する積極的意図（脱法意図）が必要とするものもある²⁶。前述のハンプティ商会事件や行政解釈は、この立場と同旨のものと解される。

この点、派遣元・派遣先等が故意に偽装した場合（脱法意図が認められるケース）を別にすれば、派遣先にとって、違法な偽装請負と適法な労働者派遣とを区別することは必ずしも容易でない点に留意する必要がある²⁷。両者の区別は、具体的には、当該事業者には業務遂行、労務管理

²⁴ 職安法施行規則4条1項、昭和61年4月17日労働省告示37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」。

²⁵ 和田肇ほか編著『労働者派遣と法』（日本評論社、2013年）53頁 [沼田雅之]、塩見卓也「『直接雇用申込みみなし』規定の分析」労旬1845号（2015年）20頁など。

²⁶ 鎌田＝諏訪編・前掲注8書340頁 [山川隆一]、安西愈『多様な派遣形態とみなし雇用の法律実務』（労働調査会、2017年）388頁、桑村・前掲注19 [判批] など。

²⁷ 本稿とは異なり、偽装請負の判断が容易であると理解するものとして、萬井・前掲注1書54頁等を参照。この立場は、主として故意による偽装のケースを念頭におき、かつ、発注者が派遣法違反に抵触する可能性があることを知りながら、あえて請負という法形式をとった場合を広く故意偽装に含める（少なくとも批判的な）立場のようである。しかし、派遣法と抵触するリスクを認識したうえで、労働者派遣に移行するのか、それとも指揮命令を伴わない真正な業務処理請負を目指すのかは経営上の選択の問題であって、それ自体を脱法意図ないし故意と解することはできない。たとえば製造業であれば、いわゆる「製造業の請負事業の雇用管理の改善及び適正化の促進ガイドライン」（平成19年6月29日基発0629001号）にもとづき対応

および事業運営において注文主からの独立性があるか、すなわち、①当該事業者が自ら業務の遂行に関する指示等を行っているか、②当該事業者が自ら労働時間等に関する指示その他の管理を行っているか、③当該事業者が、服務規律に関する指示等や労働者の配置の決定等を行っているか、④当該事業者が請負により請け負った業務を自らの業務として当該契約の注文主から独立して処理しているか否かで判断される²⁸。

もっとも、これらの諸要素は、業種や事業形態にもよるものの、ますます判断が難しくなりつつある。

たとえば、ソフトウェア開発業界では、従来の(請負や委任と親和的な)ウォーターフォール型²⁹での開発とは異なる、(労働者派遣とも親和的な)いわゆるアジャイル型³⁰の開発手法が急速に広がっている。そこでは、ユーザーとベンダーとが細かな仕様をその都度詰めながら、小単位での実装とテストを繰り返すことで開発が進められている。このユーザーによる個別の指示(注文)が、真正な請負契約または委任契約による「注文の指示」なのか、あるいは、本来であれば労働者派遣(派遣法上の諸手続を履践していない場合には偽装請負)に該当し得る「指揮命令」なのかを峻別することは容易でない³¹。

したつもりが、結果として(指揮命令があった等として)偽装請負と評価されることもあるが、その判断が容易でないことについては、東リ事件の地裁判決と高裁判決の評価の違いなどをみただけでも明らかであろう。

²⁸ いわゆる区分基準告示(前掲注24)、および同告示に関する各疑義応答集(平成21年3月31日職発0331007号。最新は令和3年5月の第3集)を参照。同告示について、裁判例も「労働者派遣法の適正な運用を確保するためには労働者派遣事業に該当するか否かの判断を的確に行う必要があるという観点から同法の行政解釈を示したものであり、その内容には合理性が認められる」等と支持するものが多い(東リ事件・高裁判決など)。

²⁹ 最初に全体の機能設計・計画を決定したうえで、それに従って開発・実装していく手法。

³⁰ プログラム開発において、当初は大きな単位でシステムを区切ることなく、小単位での実装とテストを繰り返すという開発手法。仕様変更にも柔軟に対応できることや、不具合が生じた場合にも戻る工数が少ないこと等から開発期間を大幅に短縮できる点に特徴がある。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題（1）

このうち、ベンダーの要員（エンジニア）に相当程度の裁量の余地があり、専門的な技術・経験をもとにエンジニアが独自に判断のうえ作業しているといった実態があれば、偽装請負には該当しないと考えられる³²。もっとも、その分水嶺は、個々のエンジニアの裁量や専門性の程度と、相対的にみたユーザー側のそれとの差によるところが大きい。(1)個々のエンジニアの裁量や専門性が一定の水準を満たさない、(2)あるいはエンジニアの専門性が高い場合であっても、ユーザー側にも専門的な知見を有するものがいてベンダー要員の業務遂行の独立性に疑義が生じる場合等では、偽装請負に該当する可能性が高い。こうした問題に対して、区分基準告示と疑義応答集（第3集）のもとで適法な労働者派遣と違法な偽装請負とを峻別するという対応には、すでに限界が見えている³³。

たしかに、理論的には、アジャイル型の開発については、派遣法と抵触するリスクを避けるためにも、予めベンダーが労働者派遣の事業許可を受けよう誘導していくこともあり得る。しかし、中小・零細のベンダーも少なくないなかで現実性には乏しい。さらに、ソフトウェア業界では、ウォーターフォール型とアジャイル型とを組み合わせたハイブリッド型での開発手法も拡大しつつあるなかで、ウォーターフォール型とアジャイル型とで区別すること自体も難しくなりつつある。

また、より一般的にも、IT・コミュニケーションツールを駆使しての、労働者に対する「指示」手段の多様化や、他方で、仕事の高度化に伴っ

³¹ アジャイル型開発における偽装請負該当性については、上山浩＝田島明音「アジャイル型開発と偽装請負」NBL1196号（2021年）50頁、および、厚労省「『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』（37号告示）に関する疑義応答集（第3集）」（2021年5月13日）も参照。

³² 上山＝田島・前掲注31論文。

³³ アジャイル型開発をめぐることは、既存の枠組みに当てはめること（区分基準告示に関する疑義応答集の追加はこれに該当する）は不適切で、そもそも新たな制度設計が必要とも指摘されている。一例として、規制改革推進会議・成長戦略ワーキング・グループ第6回（2021年2月25日）議事録、経団連「改訂 Society 5.0の実現に向けた規制・制度改革に関する提言」（2020年10月13日）等を参照。

て労働者の裁量が大きくなり、それに対する指揮命令のあり方自体も概括・抽象化していくなかでは、今後、むしろ偽装請負か否かの判別が困難なケースが増加していくものと考えられる。現在の区分基準告示は、典型的には建設業での重層的請負や製造業での構内請負を念頭に設計されたものであるが、徐々に妥当性を失い、見直しや廃止の圧力に晒されることになろう。

こうしたなかで、単に結果として偽装請負の状態が生じたというだけでは、労働契約の締結強制という「合意原則」を大きく修正するだけの正統性があるとはいえない。善意無過失による抗弁とは別に「免れる目的」を明記した立法趣旨をふまえれば、5号違反と評価するためには、あくまでも派遣先の主観的な脱法意図があることを基本としつつ、それが認められないケースでは、主観的な脱法意図があるのと同視できる程度に、派遣法違反に対する客観的にみた認識可能性がある場合に限定するのが適切であろう³⁴。

³⁴ 第5号についてのみ適用潜脱目的を求めた理由は、立法時の厚労省鈴木需給調整事業課長によると次のように説明されていた。すなわち、「なぜ偽装請負だけが主観要件かということですが、この議論については、まず禁止業務派遣、期間制限違反については禁止業務に就かせるなり、期間制限を違反していたということは、派遣先では明白にわかりますから、派遣先でわかった上で、違反をやっている。無許可・無届派遣については、派遣先において、例えば無許可とか、無届出というのは容易に確認することができるので、そういう派遣を受け入れたということは、故意、もしくは重大な過失があると評価できるだろう。ただ偽装請負の場合は、37号告示の適用解釈等々がなかなか難しいというご意見もあって、実際に派遣先・派遣元が偽装請負をやっているという意識がないまま、正しい請負でやっていると考えつつも、労働局の目から見ると、偽装請負だというケースもままあるわけです。そういう意味で・・・違反類型の中で、偽装請負だけが故意又は重過失という場合ではない形で違反が成立するケースもあるだろうという議論になって、みなし雇用等の派遣先に雇用をさせる形での法違反の解決方法については、派遣先がこの違反について責任を負っているという形でないとい不公平だろうという議論が前提としてあって、・・・偽装請負の場合については、派遣先が一定程度それをわかってやっけていて、もしくは重過失で偽装請負になってしまっているということがあるときに限ってやるというのが、公平性の観点からいだろうという議論で、偽装請負だけに主観要件をかけている」(第116回労働政策審議会・職業安定分科会・需給制度部会(2008年7月30日))。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題（1）

この点、前掲の東り事件の高裁判決は、日常・継続的に偽装請負の状態であったという結果から適用潜脱目的を推認している。しかし、いわゆる偽装請負が問題となるケースのなかには、違法状態（偽装請負）となることを避けるために、請負関係の適正化を図ったつもりが（真正な請負を目指すか労働者派遣を利用するかは経営上の選択の問題であって、それ自体が脱法意図とはいえないだろう）、事後になって結果として偽装請負と評価されることも少なくない³⁵。こうしたケースにまで「適用潜脱目的」を推認することは、派遣法40条の6の立法趣旨である、派遣先に民事的な制裁を科すことで派遣法の規制の実効性を確保するという目的にもそぐわない。

偽装請負か否かの判断が容易であったにも関わらず、日常・継続的に偽装請負の状態であったというケースであれば、派遣法40条の6第1項但書でいう「善意無過失」でないとの推定が強く働くものと考えられる。また、派遣先等に（主観的な脱法意図があると同視できる程度に）法違反についての認識可能性があるものとして、適用潜脱目的が推認されることもあろう。しかし、偽装請負か否かの判断が容易とは言い難い大多数のケースについては、日常・継続的に偽装請負の状態であったという点から「適用潜脱目的（第1項第5号）」を推認するというのには論理の飛躍がある。

（5）判断の基準時等

以上のほか、適用潜脱目的の有無を判断する際には、その判断の基準時（どの時点で「適用を免れる目的」が必要か）や、目的を有する主体（「適用を免れる目的」を誰が有している必要があるか）をどのように解するかも問題となる。

³⁵ 前掲注27も参照。

前者について、行政解釈は、契約当初に法の適用を免れる「目的」がなかった場合でも、労働者を受け入れている間に「いわゆる偽装請負等」に該当するとの認識が派遣先に生じた場合に、申込みみなし効果を認めている(前述)。これに対しては、「免れる目的で・・・契約を締結し」、という条文の文言に整合しないとの批判がある³⁶。この立場は、原則としては、あくまで契約締結時に偽装請負である旨の認識があるケースに対象を絞るものといえる。

しかし、第5号は、「この法律又は次節の規定により適用される法律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、第26条第1項各号に掲げる事項を定めずに労働者派遣の役務の提供を受けること」を対象とする。この「免れる目的」を、契約の締結時点にだけ向けられたと解することは、偽装請負(派遣法違反)という実態を問題視して申し込みみなしの対象とした趣旨を没却することになり、制度趣旨として一貫しない。「免れる目的」が問題視する対象は、契約の締結時点の状況はもちろん、その後に偽装請負の状態となったケースも含めて、派遣先が、違法なことを認識しつつ「役務の提供を受ける」ことを広く対象に含むと解すべきであろう。この「認識」をどの程度求めるかについて、当初に請負契約等を締結した時点と、事後的に偽装請負の状態となった場合とで基準を異ならせる理由はない³⁷。

次に、適用潜脱目的の存否について、誰を基準に考えるのかも問題と

³⁶ 安西愈=木村恵子『実務の疑問に答える労働者派遣のトラブル防止と活用のポイント』(日本法令、2016年)296頁。桑村・前掲注19[判批]も、契約締結権者の認識を基準とすることは派遣法40条の6第1項5号の文言に合致すること、および同項が契約自由の例外であり拡大解釈すべきでないものとして肯定的に評価する。なお、安西・前掲注26書392頁は、途中で偽装請負状態となった場合の適用潜脱目的の解釈をめぐり、少なくとも未必の故意に近い認識のある場合や形態として悪質性を有する場合に、第5号の要件に該当するとしている。

³⁷ ただし、善意無過失(派遣法40条の6第1項但書)の判断に影響することはあり得よう。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題(1)
なり得る。前掲のハンプティ商会事件³⁸では、派遣法40条の6第1項5号の「免れる目的」は、派遣先が法人である場合には法人の代表者、または、法人から契約締結権限を授権されている者の認識として、これがであると認められることが必要であるとされており、参考となる³⁹。

3. 派遣法40条の6第1項各号の関係

(1) 第5号の現実的な位置づけ

前述のように、派遣法40条の6第1項5号（偽装請負）事案における、いわゆる適用潜脱目的の有無をめぐる解釈論としては、派遣先の主観的な脱法意図か、少なくともそれと同視できる程度に、派遣法違反に対する客観的にみた認識可能性を要すると解すべきである。たとえば、単に偽装請負の状態が継続しているといった事情から、適用潜脱目的があると推認することは不適切だと考えられる。

もっとも、いわゆる適用潜脱目的をめぐり、このように第5号への該当性について限定的に解するとしても、その実益は乏しいといえる。すなわち現実には、第5号が問題となる事案は、同時に「派遣元事業主以外の労働者派遣事業を行う事業主」から派遣の役務の提供を受け（第2号）、または派遣期間の制限にも抵触している（第3・4号）ことが少なくないからである。

(2) 第3・4号と第5号との重複

このうち、派遣期間の制限については、2015年の派遣法改正により大幅に規制緩和された面がある（前述）。特に、派遣元で無期雇用された労働者であれば、期間制限との抵触という点で、みなし規制の発動が実務的に問題となることはないとも考えられる。この場合には、もっぱら第

³⁸ 前掲注19。

³⁹ この点については、安西・前掲注26書385頁以下が詳しい。

5号のみが問題となる余地はある。

しかし、派遣労働者の大部分を占める、派遣元で期間を定めて雇用される派遣労働者に関しては、派遣期間の制限(原則3年)が広くおよぶ。たしかに、有期雇用の派遣労働者であっても、派遣先単位の期間制限にかかる意見聴取等の手続きや、個人単位での期間制限に抵触する場合の配置換え(派遣先で受け入れる組織単位を変更すること)等が適法になされているケースであれば、派遣期間(派遣先での受入期間)を延長する余地はある。とはいえ、いわゆる偽装請負が問題となっている場合に、こうした手続きが履踐されていることは考え難い。むしろ、このように派遣法の適用を念頭に置いた労務管理がなされているケースであれば、第5号の「適用潜脱目的」を積極的に肯定すべきことになる。

要するに、いわゆる偽装請負が問題となっており、かつ、その対象となる就労(派遣受入)期間が3年を超えるケースの大部分では、派遣期間の制限にも抵触することとなり、派遣法40条の6第1項3・4号により、申込みみなし効果が発生する可能性が高い。

(3) 第2号と第5号との重複

さらに、このような期間制限の点をおくとしても、いわゆる偽装請負が問題となるケースの大部分は、同時に、第2号にも該当すると考えられる。

第2号は、派遣法「第24条の2の規定に違反して労働者派遣の役務の提供を受けること」をみなし申込みの対象とする。そして、同法24条の2では、「労働者派遣の役務の提供を受ける者は、派遣元事業主以外の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てはならない」旨を規定する。要するに第2号は、「派遣元事業主以外の労働者派遣事業を行う事業主」、すなわち無許可の派遣元から派遣の役務の提供を受けた場合に、申込みみなしの対象とするものである。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題（1）

この点、第1に、労働者派遣事業の許可は、個別の労働者派遣毎になされるわけではなく、派遣元という「事業主」単位で付与される。すなわち、理論的には、適法な許可を得た派遣元から（したがって第2号には該当しない）、もっぱら当該の就労関係に限っては、請負契約等にもとづきながら当該の発注企業（派遣先）がいわゆる偽装請負の状態（第5号）になっている場合等もあり得る。

しかし、請負企業等がそもそも労働者派遣事業の適法な許可を得ていないケース（こちらの方が事案として大多数ではないだろうか）では、仮に、適用潜脱目的の点で第5号には該当しない場合であっても、第2号に該当することは否定し難く、結局は派遣法40条の6による直接雇用の申込みみなし効果が発生する。

第2に、「派遣元事業主以外の労働者派遣事業を行う事業主」として、いかなる者を想定するかも問題となり得る。たとえば、「労働者派遣事業を行う事業主」を限定的（形式的）に解し、いわゆる偽装請負のケースにおける請負企業等を含まないと解する余地もあろう。無許可で労働者派遣事業を行った場合には、派遣元は、1年以下の懲役刑または100万円以下の罰金刑の対象となる（派遣法59条）⁴⁰。前述（→II 2）のように、適法な業務処理請負と違法な偽装請負との区別が必ずしも容易でないこともふまれば、罪刑法定主義の観点からも、「労働者派遣事業を行う事業主」を限定的に解する必要性は高いともいえる。

しかし他方で、パナソニックプラズマディスプレイ（パスコ）事件・最高裁判決⁴¹によると、いわゆる偽装請負のケースでも、労働者・雇用主間の労働契約、および、雇用主・ユーザー企業間の契約関係（業務処

⁴⁰ 一方、派遣先が無許可の派遣元から派遣労働者を受け入れた場合、派遣法40条の6による申込みみなし規制の対象となるほかは、是正勧告や企業名の公表等が予定されるにとどまる（派遣法49条の2）。

⁴¹ 最二小判平成21年12月18日民集63巻10号2754頁。

理請負契約等)の実態から、三者の関係は派遣法2条の労働者派遣に該当すると性質決定されている⁴²。

これをふまえれば、無許可での派遣にかかる「労働者派遣事業を行う事業主」についても、外形的にみて労働者派遣事業を行いながら、厚生労働大臣による適法な許可を得ていない事業主を広く含む概念とみるべきであり、いわゆる偽装請負のケースを除外することは難しいように思われる。こうしたケースで、派遣元が刑事責任を負うか否かについては、「労働者派遣事業を行う事業主」の解釈問題としてではなく、刑事責任を負わせるに足りるだけの過失が派遣元にあるか否か、というレベルで対応すべきであろう。

このような立場によると、結局、第5号事案のほとんどは、同時に第2号にも違反しているということになる。

(4) 立法上の課題

こうしてみると、解釈論としては、派遣法40条の6第1項5号における、いわゆる偽装請負ケースでの適用潜脱目的を厳格に解する実益は乏しい。

それと同時に、立法論としては、派遣法40条の6により派遣先の申込みを擬制するという立法政策の当否に加え、仮にそれを前提にするとしても、このように実質的に適用対象が重複する規制において、要件を異ならせることの適否も問題となる。

⁴² 同事件では、「請負人による労働者に対する指揮命令がなく、注文者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作業を行わせているような場合には、たとえ請負人と注文者との間において請負契約という法形式が採られていたとしても、これを請負契約と評価することはできない。そして、・・・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3者間の関係は、労働者派遣法2条1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、職業安定法4条6項(現在の第7項。筆者注)にいう労働者供給に該当する余地はない」とされている。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題（1）

現実的にみて、いわゆる適用潜脱目的の有無を限定的に解する実益が乏しいこと、一方、同目的が認められるケースでは、違法派遣の受入れについて善意無過失とは評価し得ない（東り事件・高裁判決）こともふまえれば、立法論としては、そもそも第5号自体を削除するか、あるいは、これを残す場合にも適用潜脱目的の要件については削除したうえで、第5号事案における善意無過失（第1項但書）の解釈問題として再整理することが適切であろう。

Ⅲ. 派遣先の申込み、および労働者の「承諾」の意思表示をめぐる解釈問題

1. 問題の所在

派遣法40条の6第1項各号の法違反が生じると、派遣先は、善意無過失の場合を除き、「当該労働者派遣に係る派遣労働者に対し、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込みをしたもの」とみなされる。

派遣法40条の6は、派遣先の主観的な意思に関わらず、法律によって労働契約の締結を強制するところ、形式的には、派遣先による直接雇用（労働契約の締結）の申込みという意思表示を擬制している。類似の例としては、有期労働者の雇用保障に関わる労契法18条（無期転換ルール）や同19条（雇止め制限法理）があるが、そこでは、派遣法40条の6とは異なり、使用者の承諾の意思表示が法律で擬制されている⁴³。

諸外国でも、使用者や派遣先の意に反してもなお、無期雇用への転換や派遣先での直用化を法律で強制する例はある。しかし諸外国では、所

⁴³ たとえば労契法18条は、「同一の使用者との間で締結された二以上の有期労働契約・・・の契約期間を通算した期間・・・が五年を超える労働者が、当該使用者に対し、現に締結している有期労働契約の契約期間が満了する日までの間に、当該満了する日の翌日から労務が提供される期間の定めのない労働契約の締結の申込みをしたときは、使用者は当該申込みを承諾したものとみなす」と規定する。

定の要件を満たす場合に、労働者による申出等を待つことなく、直截に
有期雇用の無期転換（あるいは有期雇用の期間の定めを無効とすること
で、当初から無期雇用であったと評価する例）や派遣先での直用化を図
る例が多い⁴⁴。

これに対して日本では、使用者や派遣先意思表示を擬制する法形式
をとる。労働契約の締結（有期雇用の更新や無期雇用への転換を含む）
というきわめて重要な局面において、一方当事者による申込みに対する
他方当事者の承諾という法形式をとり、無期転換や派遣先での直用化に
ついて労働者の選択に委ねている。これは、直接に法律関係を擬制する
ことを避け、労働契約における合意原則（労契法3条1項）との調和を
図るものといえる⁴⁵。

しかし同時に、労契法18・19条や派遣法40条の6は、あくまで使用者
や派遣先意思表示を擬制するにとどまるため、第1に、これらの意思
表示に対応する、他方当事者である労働者の申込み（労契法18・19条）
や、承諾（派遣法40条の6）のあり方が問題となる。特に、労契法18・
19条とは異なり、派遣法は違法状態という事実が認められる場合に法律
で「申込み」の意思表示を擬制する。労働者はもちろん、派遣先自身「申
込み」をしたと認識すらしていないケースも少なくないと考えられるな
かで（善意無過失の問題でもあるが、それが認められない場合も含まれ
る）、労働者の「承諾」のあり方が問われている⁴⁶。また、第2に、こう

⁴⁴ 諸外国における労働者派遣制度の概要については、拙稿・前掲注2書の第3章を
参照。なお、労働者派遣に関しては、近年では派遣先での直用化によって労働者の
保護を図ることよりも、派遣元での処遇改善に力点が置かれている。

⁴⁵ ただし、筆者は、これはあくまでも形式的な調和を図ったものに過ぎず、実質的
にみて合意原則に著しく抵触するなかで、特に派遣法40条の6による直接雇用の申
込みみなし規制については、立法論として正当化できないと考えている。詳細は、
拙稿・前掲注2論文等を参照。

⁴⁶ 一方、労契法18条や19条では、あくまで労働者側の申込みというアクションがあ
ることが前提となっているため、契約締結にかかる当事者の認識というレベルでは、
一般的な契約締結の申込み・承諾という問題と接近する。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題（1）

した意思表示を行うことを、労働者と使用者（または派遣先）との間の合意により、あるいは労働者による一方的な意思表示によって放棄することの可否も問題となり得る。以下、それぞれ検討しておこう。

2. 派遣労働者による承諾

派遣法40条の6のもと、派遣先による直接雇用の申込みがあるとみなされたケースで、派遣労働者の側も「承諾」をした、あるいは「承諾しない」旨の意思表示をしたと認められるのは、どのような場合であろうか。この点、たとえば雇止めを制限する労働法19条については、労働者による労働契約の締結（更新）の申込みの意思表示をめぐり、使用者による雇止めの意思表示に対して労働者による何らかの反対の意思表示が使用者に伝わる程度で足りる、とされている⁴⁷。一方、派遣法40条の6ではこうした指針はない。

(1) 裁判例－日本貨物検数協会（日興サービス）事件⁴⁸

裁判例では、派遣法40条の6のもと、派遣先による直接雇用の申込みの「みなし」効果が発生する場合にも、派遣労働者の側の「承諾」の意思表示を厳格に求めることで、労働契約の成立を容易には認めないものがある（日本貨物検数協会〔日興サービス〕事件⁴⁹）。

⁴⁷ 平成24年8月10日基発0810号第2号「労働契約法の施行について」。

⁴⁸ 名古屋地判令和2年7月20日労判1228号33頁、名古屋高判令和3年10月12日労判1258号46頁。同事件の評釈として、小宮文人「偽装請負と労働者派遣法の労働契約申し込みみなし制度適用の有無」季労273号（2021年）244頁、松井良和「労働者派遣法における労働契約申し込み見なし制度の運用と労働者の承諾の有無」法時93巻9号（2021年）152頁等。

⁴⁹ 派遣法40条の6による「申込みみなし」効果の発動が認められた他の事例として、東り事件・高裁判決（前掲注23）がある。同事件では、原告労働者らが、所轄労働局に偽装請負の是正を求める申告をし、さらに派遣先（発注元企業）に対しては、派遣法40条の6にもとづく直接雇用を求めることを明言していたケースで、労働者による「承諾」の意思表示があったこと自体は争点となっていない。

同事件では、控訴人である労働者Xらが団体交渉を通じて派遣先である被控訴人Y社での直用化を求めていた(すなわち派遣先での直接雇用を明確に希望していた)事情があり、これが「承諾」の意思表示と評価し得ないかが問題となった。また、いわゆる偽装請負の状態が解消されてから1年以内において、派遣先での直接雇用を求める他の意思表示がないと評価されるなかで、1年経過後におけるY社(派遣先)による「申込み」の効力等も問題となった。

同事件の高裁判決は、みなし申込みに対する承諾の意思表示について、それが派遣先との間の新たな労働契約の締結を内容とするものであり、かつ、その内容やそれがされた際の状況等からみて、それが、みなし申込みに対する承諾の意思表示と実質的に評価し得るものであれば足りると解するのが相当とする。具体的に、みなし申込みに対応する承諾の意思表示としい得るためには、少なくとも、使用者が変わることに伴って必然的に変更となる労働条件等があったとしてもなお、派遣元との従前の労働契約の維持ではなく、派遣先との新たな労働契約の成立を希望する(選択する)意思を派遣労働者が表示したと評価し得るものでなければならないとする。その理由として、判決は、そうでなければ派遣労働者の希望を的確に反映しないとする⁵⁰。

そして、X(労働者)らが労働組合を通して、Y社(派遣先)での直用化にかかる団体交渉をY社に対して求めていた点については、その要求内容が労働条件の向上を内容とするもので、Y社によるみなし「申込み」

⁵⁰ この点、原判決では、派遣法40条の6によるみなし申込みに対する承諾の意思表示は、労働者に対して、派遣元との従前の労働契約を維持するのか、あるいは派遣先との間で新たに労働契約を成立させるのかという選択権を付与したもので、通常労働契約締結における承諾の意思表示と異ならないとする。そして、労働者がみなし申込みの存在を明確に認識せずに直接雇用の要望を出したとしても、労働者の自由な意思による選択権の行使とは評価できず、むしろ、このような場合にまで労働契約の成立を認めることは、労働者の希望を的確に反映したとは限らないとしていた。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題（1）

と異なる内容の要求を続けた点や、Y社によるみなし申込みがあったことを前提とする仮定的な主張すらしていないことを指摘する。こうした視点のもとで、同判決は、団体交渉を通じた派遣先での直用化の要求について、実質的にみてY社によるみなし申込みに対する承諾の意思表示であるとは評価できないとし、XらのY社に対する地位確認請求を棄却した。

なお、このような立場によると、(1)そもそも派遣労働者において、派遣先による直接雇用の申込みがあったことを現実知り得るのか、(2)派遣先としてそれを労働者に何ら知らせることなく、事後的に1年の「承諾」可能期間が徒過したと主張することを認めても良いのか、という問題が生じる。

高裁判決は、(1)について、立法論として検討の余地があることを示しつつも⁵¹、現行の申込みみなし制度においては、派遣労働者がみなし申込みの発生または承諾期間の進行開始を認識し得る措置は何ら講じられておらず、派遣法40条の6第2項は、承諾期間について、派遣労働者が「〇〇を知った時」から進行するものとはせず、派遣労働者の認識の有無にかかわらず「同項に規定する行為が終了した日」から進行するとした。

また、(2)について、Xらは、派遣先は派遣労働者に対して信義則上または条理上の義務として、申込みみなし規定の適用可能性についての説明義務を負い、派遣労働者がみなし申込みを認識するに至るまで承諾期間は進行しない旨の主張をしていた。この点、高裁判決は、派遣元と派遣先の「両者の間に法人格否認の法理が適用されるような場合は別として、・・・現行の労働者派遣法は派遣労働者がみなし申込みの発生又

⁵¹ 具体的には、みなし申込みに対する派遣労働者の承諾の機会を確保し、申込みみなし制度が実際に機能するようにするためには、同制度の新設または改正にあたり、派遣労働者がみなし申込みの発生または承諾期間の進行開始を認識し得る措置を盛り込むことと併せて、派遣労働者がこれらを知った時を承諾期間の始期とすることも、立法論としては一つの選択肢として考えられるとする。

は承諾期間の進行開始を認識し得る措置を講じていない(講ずることができにもかかわらずあえて講じていないとも考えられる)から、それにもかかわらず信義則又は条理上の義務として派遣先に上記のような説明義務を負わせることは適当ともいえない」とする。

こうして同事件の高裁判決は、Y社がXらにおいては承諾可能期間が徒過したと(みなし申込みの効力喪失)主張することについて、信義則に反するものとはいえないとして、Xらの地位確認請求を棄却した⁵²。

(2) 承諾の意思表示のあり方

① 労契法19条における「申込み」の意思表示

派遣法40条の6のみなし申込みに対応する派遣労働者の「承諾」の意思表示のあり方について、たとえば労契法19条における労働者の「申込み」のあり方⁵³と同様に、派遣先で直接雇用されることを希望する旨の何らかの意向(希望)が派遣先に伝わる程度で足りる、との立場もあり得る。

しかし、この問題を考えるうえでは、労契法19条による労働契約の締結(更新)強制と、派遣法による直用化の強制との違いをふまえた、解釈上の区別が必要であると思われる。

まず、労契法19条では、同条の諸要件を満たすことを前提に、「契約期間が満了する日までの間」に労働者が使用者に対して当該契約の更新の申込みをするか、または、「当該契約期間の満了後遅滞なく有期労働契約の締結の申込みをした場合」に、使用者はこれに承諾をしたものとみなされる。この更新、または(期間満了後に遅滞なくなされる)新たに締

⁵² なお、原審は、信義則違反に該当しない理由として、Y社が労働契約の申込みみなし制度が対象とする違法な労働者派遣の受入れを既に解消し、派遣法40条の6の規制目的が実現されていること、こうしたなかでY社に対して民事的制裁を加える理由に乏しいことを指摘していた。

⁵³ この点については、前掲注47の指針を参照。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題（1）

結される労働契約の労働条件については、「従前の有期労働契約の内容である労働条件と同一の労働条件」となる。

すなわち、労契法19条により使用者に強制されるのは、過去に有期労働契約を締結していたのと、①同一の当事者間で、②労働条件についても従前と同一の内容で、③労働契約の締結（更新）の申込みに対して「承諾」をするというものである。労働者にとって、労働契約の更新により不利益が生じることも考え難い⁵⁴。

こうしたなかでは、労働者の選択として、使用者による更新の拒絶（雇止め）を受け入れることにより雇用を終了させるか、または雇用の継続を希望するのかが判明すれば法律関係を画定することができる。そうすると、労働者の申込みの意思表示の認定のあり方としても、労働契約の締結・更新という法律行為にかかる明確な表示意思が認められるケースに限ることなく、単に使用者の雇止めに対して反対する旨の、何らかの意図が伝わる程度で足りるものと解される⁵⁵。

② 派遣法40条の6における「承諾」の意味

これに対して、派遣法40条の6のもと、労働者と派遣先との間で直接の労働契約が成立する場合には、当事者の変動をはじめ、法律関係に根本的な変化が生じることとなる。こうした直用化は、必ずしも労働者にとって有利になるとも限らない点に留意する必要がある。

まず、当事者の変動に関して、派遣法では、同法40条の6により派遣

⁵⁴ 理論的には、労働者の予期せぬかたちで有期雇用が更新された結果、契約期間中の拘束（退職の自由の制限）が問題となる余地はある。しかし、この問題は民法628条の「やむを得ない事由」の解釈問題として適切な処理が可能である点もふまれば、労契法19条により有期労働契約を更新することが、更新しない場合と比べて労働者の不利益となる状況は考え難い。

⁵⁵ 労契法19条の立法化に際しての国会審議では、使用者による雇止めの意思表示に対し、「嫌だ」、「困る」というなど、反対の意思が伝わる言動があれば足りるとの政府答弁がされている（2012年7月25日衆議院厚生労働委員会津田大臣政務官発言）。

先での直接雇用が成立した場合における、派遣元との労働契約の帰趨について特段の定めはない。この点、たしかに派遣先で直接雇用される場合にも、派遣元との労働契約が当然に終了するとは限らない。たとえば、ある労働者が同時期に複数の派遣先で就労していたケースなど、派遣先における(直接雇用での)就労と両立し得る範囲では、派遣元との派遣労働契約がなお残存する可能性はある。しかし、派遣先に対する労働債務の履行と、派遣元に対するそれとが両立し得ない場合には、労働者と派遣元との労働契約の帰趨が問題となる。

この点、派遣法40条の6による直用化が現実には紛争となりやすいのは、労働(拘束)時間や就労期間、派遣料金に由来する賃金水準の点などで、労働者と特定の派遣先との依存度が高いケースであると考えられる。こうしたケースでは、派遣先に対する(直接雇用されての)労働債務の履行と、派遣元に対するそれ(=他の派遣先での派遣就労の継続等)とが両立し得ない場合が少なくないであろう。この場合に、派遣元との労働契約を合意により終了させる、あるいは労働者が自発的に退職をする場合には大きな問題とならないが、派遣元の側から解雇・雇止めをする場合もあろう。あるいは、理論的には、契約目的の喪失ということで、解雇や雇止めとは別の契約終了事由として理論構成する余地もある⁵⁶。いずれにしても、派遣元、派遣先、労働者のいずれにとっても、派遣法40条の6にもとづく直用化のケースで、法律関係の根幹部分で影響が及ぶことになる。

また、労働条件の維持(一貫性)という面でも、派遣法40条の6による派遣先での直用化と、労契法19条による同一当事者間における雇止めの制限(有期労働契約の更新)とでは、現実的には大きく異なる面があ

⁵⁶ この点は、企業間の労働者派遣契約の解消に伴って、労働契約を自動的に終了させる旨の労働契約上の条項(派遣条項あるいは自動終了条項)の有効性という問題とも関連する。派遣条項の有効性については、拙稿・前掲注2書130頁以下を参照。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題（1）

る。たしかに、派遣法40条の6と労契法19条とは、いずれも「同一の労働条件」を内容とする契約の締結を強制する点で、一見すると異ならない。しかし、派遣先での直用化が問題となる場合には、労働契約の当事者が変更されるなかで、「同一の労働条件」を維持するといっても自ずと限界がある（後述）。

さらに、派遣先で派遣法40条の6第1項各号の違法行為が継続する場合には、派遣先は、違法行為が行われた日ごとに労働契約の申込みをしているとみなされる。その間に、派遣労働条件（派遣元との労働契約の内容）が変わっていることもあり得るが、その場合には、派遣先として、それぞれ異なる労働条件での申込みをしているとみなされる。そして、この各申込みは、派遣労働者が派遣元を退職した後も含めて、違法行為が終了したときから1年間は撤回することができない。

こうしたなか、すでに派遣元を退職した労働者も含めて、同一の労働者派遣契約（基本契約）に由来して、複数の派遣労働者による「承諾」が問題となることも十分に考え得る⁵⁷。この場合、労働条件を含む当事者間の法的関係を画定するには、よりいっそう複雑な考慮が必要となる。これらは、有期雇用の雇用保障に関する労契法18条や19条とは異なった、派遣法40条の6の特徴といえる⁵⁸。

そもそも、派遣先による直接雇用の「申込み」やこれに対応する労働者の「承諾」、あるいは逆に、労働者の側からの直接雇用の「申込み」や派遣先による「承諾」が問題となるのは、派遣法40条の6にもとづく場

⁵⁷ たとえば、違法行為が継続するなか、派遣労働者が交代しながら就労していたケースなどで問題となる。

⁵⁸ 無期転換ルール（労契法18条）や雇止め制限法理（労契法19条）における労働者の「申込み」は、①前者については、有期労働契約の契約期間中に、②後者については、有期労働契約の契約期間中または当該期間の満了後遅滞なく行う必要があり、比較的短期に法律関係が確定する。また、同一の当事者間で複数の労働条件での申込みが問題となる余地もないし、他の労働者の「申込み」との衝突も考える必要がない。

合に限られない。たとえば派遣法40条の5も、派遣先が派遣元から1年以上の期間継続して同一の派遣労働者を受け入れるケースで、当該事業所等で「通常の労働者」の募集を行うときには、当該募集に係る事項を当該派遣労働者にも周知する義務を派遣元に課している。これに対して労働者が申込みをした場合には、やはり、派遣先と派遣労働者との間での意思表示の合致が問題となる。このように派遣法上の要請によるケースも含め、派遣先による直接雇用の申込みが、派遣法40条の6とは異なるかたちでなされる場合もあり、その場合には労働条件も含め、交渉により自由に設定することができる。その一方で、前述のように、派遣法40条の6によるみなし「申込み」については、法所定の違法状態が認められた場合にみなし効果が発動されるなかで、派遣先自身ですら申込みをしていると認識していないケースもあり得る。

こうしたなかで、派遣法40条の6のもとでの直用化をめぐるのは、派遣労働者の「承諾」の有無やその時期が、当該労働者と派遣元・派遣先という三者間の、さらには派遣先での直用化が潜在的に問題となり得る他の労働者（すでに派遣元を退職した者を含む）も含めた、不安定な法的地位を画定していくうえで決定的に重要となる。

また、派遣法40条の6は、違法派遣の是正にあたり、派遣労働者の希望を踏まえつつ雇用の安定を図ること、および、派遣先にも民事的な制裁を科すことで派遣法の実効性を確保することを目的とするにとどまる。すなわち、同条の申込みみなし規制は、派遣労働者の処遇を派遣就労の当時よりも改善することを目的に、派遣先での直用化を積極的に推進するものではない。派遣法は、同法違反のペナルティとして派遣先に契約の締結を強制しているが、それは、あくまで派遣先が当初に意図した労働者を使用する目的と乖離しない範囲にとどめられている⁵⁹。こうした

⁵⁹ この点について詳細は、拙稿・前掲注2論文49頁を参照。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題（1）

なかで、派遣先での直用化は、派遣労働者にとってメリットになるとも限らない⁶⁰。むしろ、従前の労働条件が維持されるにとどまるなかで、直用化のメリットはほとんどないといってよい点で、労契法19条が問題となる状況とは大きく異なっている⁶¹。

③ 具体的な認定基準

このように法的に重要な意味をもつ意思表示の有無を認定するうえで、派遣労働者において、派遣法40条の6に基づく「承諾」であると明確に認識している必要はないとしても、単に派遣先での直接雇用を希望し、派遣先がそれを知り得るというだけでは足りないというべきだろう。

むしろ、前述した派遣法40条の6の趣旨や、直用化で実現する法的地位の変動の意味をふまえると、派遣労働者において、当該の派遣労働関係が派遣法40条の6第1項各号のいずれか、または、少なくとも派遣法

⁶⁰ 日本貨物検数協会（日興サービス）事件・控訴審判決（前掲注48）も、「労働者派遣法40条の6が、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」（派遣元における労働条件と同一の労働条件）を内容とする労働契約であり、指揮命令関係の実態も変わらないといっても、別の使用者（派遣先）との間で新たに成立する労働契約であるから、有給休暇の日数や退職金算定の基礎となる勤続年数等は承継されないと解されるほか、使用者が変わることに伴って承継されないこととなり、あるいは派遣先の就業規則等との関係から新たに加わることとなる労働条件も必然的に生じ得ると解され、その中には、派遣労働者にとって有利なものだけでなく不利なものがある可能性も否定できない」ことを指摘して、労働者による承諾の意思表示を厳格に解している。

⁶¹ 本稿の検討対象ではないが、こうした視点に照らせば、労契法19条（雇止め制限法理）と同18条（無期転換ルール）とは、同じく有期労働者の雇用保障にかかわる規制であり、使用者の「承諾」みなしの前提として労働者の「締結の申込み」を要する点で共通するとしても、その認定のあり方として異なる配慮が必要ということになる。すなわち、雇止め制限法理については、労働者にとって特段の不利益は生じ得ないなかで、前掲の施行通達が示すように、単に雇用の継続を希望する程度で足りる。これに対して、無期転換ルールについては、就業規則等で「別段の定め」がある場合に労働条件の変更が生じる（不利益な場合も含む）可能性があるほか、これがない場合にも、契約解釈を通じて労働者にとって予期せぬ事態が生じ得る。そうすると、無期転換ルールにおける「締結の申込み」の有無については、雇止め制限法理（労契法19条）と比べて慎重な認定が必要となると考えられる。

に違反しており、派遣労働者の希望次第で直用化が図られることを認識したうえで、主体的・積極的に「承諾」したと評価し得る事情が必要であると考えられる。

一方、派遣法40条の6が「同一の労働条件」を内容とする直用化を前提とする以上、たとえば派遣労働者が直用化とあわせて労働条件面の改善を求め、それに固執している場合なども、原則として同条のみなし申込みに対する「承諾」とは異なるものと解すべきだろう。具体的には個々の意思解釈の問題となるが、派遣労働者が、派遣元での雇用が失われたケースなどを典型として、派遣先での直用化(雇用維持)そのものに主眼をおいていると認められることが必要であり、それを超えて労働条件の改善に主眼があるケース(派遣元での雇用維持がなされるケースであればこうした例が少なくないであろう)では、のみなし申込みに対する「承諾」とは評価できないと考えられる。

この点、前掲の日本貨物検数協会(日興サービス)事件の高裁判決は、X(派遣労働者)らが団体交渉を通して直用化を求めている点に関連して、それが労働条件を向上させることを内容とするものであり、直用化と労働条件の向上という、「いわば両者のいいとこ取りをしようとするものである点において、Y社(派遣先)によるのみなし申込み(派遣元である訴外A社における労働条件と同一の労働条件による新規採用)とは異なる内容のものであり、このいいとこ取りが実現しなくてもなおA社との従前の労働契約の維持ではなくY社との新たな労働契約の成立を希望する(選択する)意思が明らかになっているとはいえない(むしろ、いいとこ取りに固執しているように見える)から、これをもってY社によるのみなし申込みに対する承諾の意思表示と実質的に評価し得るものともいい難い」としている。

なお、このように、派遣法40条の6による派遣先の直接雇用の申込みに対応するものとして、派遣労働者の「承諾」の意思表示を限定的に解

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題（1）

しても、労働者としては、違法派遣の終了から1年以内であれば、あらためて直接雇用への申込みを「承諾」すれば、派遣先での直用化が実現され得る。すなわち、実質的にみても、前述のような「承諾」の意思表示の解釈がそれほど大きな問題があるとは考え難い⁶²。これは労働者の「承諾」時期と密接に関わる問題でもあるので、次でみておこう。

3. 申込みの撤回制限をめぐる解釈問題

労働者の「承諾」時期に関連して、派遣法40条の6は、派遣先による直接雇用の申込みという意味表示を法律で擬制するものであり、これに対応する派遣労働者の「承諾」の時期等をめぐっては立法的な対応が必要となる。同条による直用化に際して、承諾の時期や方法等については派遣法による特別な規制が及び、一般的な契約の成立に関する民法521条～528条の諸規制は原則として適用されないと解される⁶³。

(1) 撤回制限の内容（派遣法40条の6第2・3項）

まず、派遣先は、派遣法40条の6第1項各号で定める違法行為が行われた日ごとに、善意無過失でないかぎり、当該派遣労働者に対して労働

⁶² この点、日本貨物検数協会（日興サービス）事件（前掲堀48）では、承諾可能期間（1年）の徒過を理由として、申込みみなし規制による派遣先での直用化が否定されている。こうした結論には批判もあろう。しかし、違法状態が解消されてから1年が経過した以上、派遣法40条の6の立法趣旨である、①違法派遣を是正することに伴って派遣労働者に生じる不利益を防止すること、②および、派遣法の履行確保を目的とした、派遣先に対するペナルティを課するという側面の、いずれの観点からしても、法律により直接雇用を義務づける必要性は失われたとすべきだろう。

⁶³ 民法では、契約の締結および内容の自由（521条）、契約の成立と方式（522条）等に関する規定がある。たとえば、承諾の期間の定めがある申込みについては、原則として撤回が認められない（523条1項）。申込者が申込みに対して期間内に承諾の通知を受けなかったときは、その申込みは効力を失う（同条2項）。承諾の期間の定めのない申込みについては、民法525条で規定がある。なお、民法524条（遅延した承諾の効力）や528条（申込みに変更を加えた承諾）については、派遣法40条の6により擬制された申し込みに対応する労働者の「承諾」の場合にも、特に排除すべき理由はない。

契約の申込みをしているものとみなされる。派遣先は、同条1項各号の違法行為が終了した日から1年以内は、申込みを撤回できない(同2項)。この期間内に派遣労働者が「承諾」の意思表示をした場合には、派遣先との間で直接の労働契約が成立する。このような撤回の制限は、派遣法40条の6が、派遣先に対する民事的なペナルティである点と、派遣労働者に対する保護を目的としている点から導かれる。

一方、派遣労働者からの「承諾」の申出等がない場合、すなわち、派遣法40条の6第1項所定の違法な状態が解消されてから1年以内において、派遣先が派遣労働者から当該申込みに対して「承諾する」旨、または「承諾しない」旨の意思表示を受けなかったときには、派遣先のみなし申込みは効力を失う(同3項)。

(2) 複数の「申込み」と撤回制限

この点、いわゆる日雇い派遣のようなケースを別にすれば、派遣先による違法行為が1日だけにとどまることは、通常は考え難い。違法状態が2日以上にわたり継続する場合には、派遣先による申込みは、違法状態が続く期間中、1日毎に新たに成されたものと解されている⁶⁴。この間に派遣元との間で労働条件が変更されていた場合には、派遣先が派遣労働者に対して申し込んだとみなされる労働条件も、その都度変化する。違法行為が継続した場合、派遣労働者は、最新の申込みに限ることなく、派遣先による複数の直接雇用の「申込み」のなかから自由に選択したうえで、「承諾」の意思表示をすることができる。

労働条件の画定問題と関連して、派遣法は、1年間の撤回制限の起算点として、申込みがあったとき(＝違法状態の発生時)からではなく、「当該労働契約の申込みに係る同項に規定する行為が終了した日」と規定

⁶⁴ 施行通達。鎌田＝諏訪編・前掲注8書344頁[山川隆一]。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題（1）

する（40条の6第2項）。この点、ある違法行為が継続する場合に、派遣法40条の6による申込みとしては、日々別個、新たなものである（前述）。一方、申込みの対象となる（当該労働契約の申込みに係る）違法行為自体は、1日毎に終了しているとはいえ、翌日以降も継続しているとみるのが自然であろう。そうすると、現行法の解釈としては、労働者は、申込時（違法状態となったとき）から起算すると1年を超える過去の申込みについても、当該申込みに係る同一の違法行為が終了してから1年以内である限りにおいて、承諾できると解するほかにないようと思われる⁶⁵。

以上で述べたことは、労働者が派遣元を既に退職している場合でも同様である。たとえば、派遣法40条の6第1項各号に抵触する違法状態が継続している間に、複数の派遣労働者が交代しつつ就労していたケースでは、派遣先は、すでに派遣元を退職した者を含めて、複数の派遣労働者に対して、日々、直接雇用の申込みをしたとみなされる。この申込みに対して複数の派遣労働者（退職した者も含む）が承諾の意思表示をした場合、派遣先との間で、複数の労働契約が成立することになる。

すでに退職した派遣労働者にまで、退職の理由を問うこともなく本条による直用化を認めることについては、派遣労働契約（特に契約期間等）の解釈によるところが大きいものの、派遣先に予期せぬコスト負担を強いる可能性が高い⁶⁶。

⁶⁵ こうした帰結は、特に無期雇用で派遣元での労働条件が過去に変更されていたケースできわめて法的安定性を欠くことになる（有期雇用であれば契約期間の解釈を通して適切な処理が可能であろう）。また、違法派遣の解消に伴う不利益の軽減等という制度趣旨にも合致せず、早急な立法対応が必要であろう。

⁶⁶ これに対して、退職労働者について解釈により直用化を否定する立場として、安西・前掲注26書414頁以下がある。そこでは、(1)「派遣元と派遣労働者との間の私法上有効な労働契約について、すでにその履行が終了しているのに、違反行為の制裁として派遣先等が違法派遣がなされた時点と同一期間、同一業務をもって、改めて直接雇用しなければならないとするのは、従事すべき業務がなく、雇用意思がないのに雇用を強制することになってしまい、合理的な制裁の範囲を超える」こと、(2) 1年の撤回制限期間中であっても、労働契約の期間の解釈により、「違反行為の時点に遡って派遣先等との労働契約が成立するというのは、そもそも履行不能であって

そもそも派遣法40条の6は、違法な派遣状態を是正するにあたって、派遣労働者の雇用が失われるといった不利益を防止すること等を狙いとす。立法論としては、仮に申込みみなし規制の大枠を維持するとしても、派遣先による直接雇用の申込みに対して「承諾」できる労働者として、(1)すでに退職した派遣労働者は原則として含めず、現役労働者に限定する、(2)あるいは、まずは現役の労働者を優先し、すでに派遣元を退職している労働者に関しては、退職理由(退職の理由が違法状態の是正とどのように関わるか)によって直用化の可否を異ならせることが、制度の趣旨として一貫する⁶⁷。

また、解釈論としては、退職等に至る事情が多様であるなかで、派遣元を退職した労働者について一律に排除することは不適切だとしても、複数の労働者による承諾があるケースで、①派遣元を既に退職した労働者、②派遣元との労働契約のもとで、別の派遣先で就労を継続している労働者、③現に当該派遣先で就労している現役の派遣労働者とで、それぞれ要保護性が異なることを考慮すべきだろう。具体的には、それぞれの派遣労働者(退職者も含む)の派遣労働契約の解釈を通して、派遣先での直用化が複数の労働者では並立しえない場合には、上の各労働者間で優先順位を異ならせることが適切と考えられる⁶⁸。

無効と解さざるを得ない」とされる。しかし、(2)は有期雇用の契約解釈の結果としてあり得るとしても退職者を一律に排除すべき理由にはならない。また、(1)については、立法論としてはともかく解釈論としては無理があるほか、実質的にみても、退職の理由もさまざまであるなかで一律の排除は適切でないと思われる。

⁶⁷ なお、筆者は、派遣法40条の6による派遣先での直用化について、①派遣労働者にもたらすメリットがきわめて限定的であること、②労働契約の締結強制をめぐり、理論的にも実務的にも看過できない多数の問題があること、③申込みみなし規制が発動される前提である違法派遣の類型(第1項各号)について、それぞれ再検証を要すること等から、現在のような申込みみなし規制のあり方自体が、そもそも立法政策として適切でないと考えている。詳細は、拙稿・前掲注2書、および前掲注2論文を参照。

⁶⁸ ①と②でどちらの要保護性が高いかは、議論の余地がある。しかし、違法状態を是正ことに伴った不利益からの保護の必要性という点からすると、少なくとも③の労働者を優先すべきことについて、大きな異論はないように思われる。

(3) 違法行為の継続と「承諾」・「不承諾」

以上の撤回制限に関連して、派遣法40条の6第1項各号で定める違法行為が継続したケースでは、派遣先による複数の「申込み」と、これに対して派遣労働者が「承諾する」または「承諾しない」旨の意思表示をした時期との関係が問題となる。

① 事前の放棄・不承諾

まず、申込みみなし効果が発生する以前に、労働者が、派遣先との間で、将来、労働契約の「申込み」をしたとみなされる場合にも一切「承諾しない」ことを合意しても（事前の不承諾合意）、原則として公序（民法90条）違反で当該合意は無効となる⁶⁹。また、派遣労働者がこうした意思を一方的に表明していた場合、すなわち放棄の意思を示した場合、信義則（民法1条2項）に照らしても、後日の「承諾」を妨げるものではないと解すべきである。

将来において、派遣労働者の「承諾」が問題となる状況はさまざまに変化し、事前に予測できるものではない。たとえば、派遣法40条の6第1項各号との抵触が、いつ、どのようなかたちで問題となり、違法状態を是正する際に労働者にどのような不利益が生じるかは、主として派遣先や派遣元の現実の対応に左右される。これらは、いずれも労働者が派遣先による直接雇用の申込みに対して「承諾」するか否かを判断する基礎となる重要事項である。こうした事項が一切特定されないなかで、直接雇用の申込みに対するあらゆる「承諾」を事前に放棄することを認めると、強行規定として本条に私法上の効力を認めた意義が著しく減殺され適切でない。

このような視点に照らせば、仮に派遣労働者が、一旦は派遣法40条の

⁶⁹ 施行通達。鎌田＝諏訪編・前掲注8書349頁〔山川隆一〕。

6による直接雇用の申込みに対して「承諾しない」旨の意思表示を示した場合でも、その後もなお同条1項各号の違法状態が継続している間は、原則として日々の新たな「申込み」に対して、随時、「承諾する」ことができるものと解される。

② 「承諾」と他の申込みの帰趨、および違法行為終了後の「不承諾」の意味

これに対して、過去に派遣法40条の6第1項各号所定の違法状態が継続したものの(すなわち、同条により、派遣労働者に対して派遣先から複数の申込みがなされている状態)、派遣労働者が、いずれかの申込みに対して「承諾する」旨の意思表示をした場合(すなわち、派遣先との間で直接の労働契約が成立した場合)に、派遣法40条の6による「他の」みなし申込みについては、どうなるのであろうか。

あるいは、過去に違法状態が継続してきたとしても、既にその違法状態が解消されているなかで、違法行為が終了してから1年という承諾可能期間内に、派遣労働者が「承諾しない」旨の意思表示を積極的に示した場合には、どのように解すべきであろうか。このことは、派遣法40条の6によらず、派遣先が(労働条件の変更などを伴いながら)任意的に当該労働者を直接雇用した場合などでも問題となる。

こうした「承諾する」「承諾しない」という意思表示は、もっぱら労働者の意向でなされることもあり得るが、現実的には、派遣元や派遣先が主導して、派遣法40条の6による派遣先の申込みに対して労働者が「承諾する」または「承諾しない」旨を確認することも十分に考えられる。

たしかに、派遣法40条の6第2・3項によると、違法行為が終了しても、その後1年間は申込みの撤回が制限されている。派遣労働者がある特定の申込みに対して「承諾する」または「承諾しない」旨の意思表示をしても、それとは別の「申込み」については残存し、派遣労働者がこれに対して改めて承諾をすることも妨げられない、との考え方もあり得る。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題(1)

しかし、このような解釈では、違法行為が終了してから1年以内において、著しく法的安定性を欠くことになる。このことは、派遣元、派遣先、派遣労働者という三者はもちろん、場合によってはすでに退職した労働者にまで深刻な影響を及ぼす可能性がある。

一方、派遣法40条の6の申込みみなし制度の趣旨は、労働者派遣法違反を是正するにあたり、派遣労働者の希望を踏まえつつ雇用の安定が図られるようにすること、および、違法派遣を受け入れた者にも責任があるなかで、派遣先にも民事的な制裁を科すことにより、派遣法の規制の実効性を確保することにある。すでに派遣先での直用化が実現しているケースや、すでに違法状態が是正されているケースで、しかも、派遣労働者自身も一旦は直接雇用の申込みに対して「承諾する」または「承諾しない」旨の意思表示を明示的にしている場合にまで、これと異なる他の申込みになお法的効力を認めることは、自己決定（私的自治）の否定はもちろん、こうした制度趣旨とも乖離する。

前述のように、「承諾する」ことの事前の放棄（直接雇用の申込みに対し「承諾しない」ことを事前に合意すること等）が原則として公序違反となるのは、端的に言えば、将来において直接雇用が問題となるシチュエーションが多様かつ変化することが理由であった。

これに対して、一旦、派遣法40条の6により派遣先による直接雇用の申込みがあったものとみなされ、この申込みに対して派遣労働者が積極的に「承諾する」または「承諾しない」旨の意思表示をしたケースでは、派遣労働者としても、さまざまな事情をふまえた判断をしている。このことは、当該時点で問題となっている他の「申込み」には応じない理由としても、判断の基礎となった部分で共通する。つまり、派遣労働者の明示的または黙示的な意思解釈を通して、これらの他の申込みについては、原則として「承諾しない」というのが合理的な意思解釈となろう。

そこで、派遣先による連続する複数の申込みのうち、ある申込みに対

して派遣労働者が「承諾する」または「承諾しない」旨の意思を示した場合には、その時点で派遣法40条の6により既に生じている他の申込みについては、効力を失うか、労働者の側でそれ以後の「承諾」を放棄したと解すべきであろう。少なくとも、労働者がこれらに改めて「承諾」することについては、特段の事情のないかぎり、信義則(民法1条2項)に違反するものとして認めるべきではない⁷⁰。

③ 立法論

立法論としてみると、そもそも違法行為が継続した場合に、派遣先が日ごとに新たに別の申し込みをしたとみなす処理自体に問題がある。こうした処理は、派遣労働者を含む各当事者の認識と著しく乖離し、前述のように技巧的で煩瑣な解釈をしない限り、派遣労働者の「承諾する」「承諾しない」という自己決定と抵触し、法的安定性を著しく損なうほか、派遣法40条の6の制度趣旨と乖離することにもなる。

この点、申込みが日々新たにされたとみなす意義は、主として、(1)どの時点まで派遣労働者が承諾できるのか(派遣先の申込みがいつまで有効か)を、申込みと承諾という形式によりつつ画定する意味と、(2)違法状態が継続するなかで、派遣労働者の労働条件が変化した場合にも対応できるようにすることにある、と考えられる。

しかし、直接雇用を「申込み」の擬制という手法で義務づけることと、その際の労働条件をどのように設定するのかは、一応区別することができる。すなわち、派遣先による「申込み」としては、あくまで単一の意思表示と評価したうえで⁷¹、前述の(1)については、(現行制度にあわせる

⁷⁰ これに対して、派遣労働者が「承諾しない」旨の意思表示をした時以後に、派遣法40条の6第1項各号所定の違法状態が発生・継続した場合には、同条のもとで新たに派遣先の申込みが擬制されることになり、労働者はこれに対して承諾し得る点については前述した(→III 3(3))。

⁷¹ このような理解によると、最初の違法行為の発生(=申込みがなされた時点)後

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題（1）
のであれば）違法行為の終了から1年経過後までは直接雇用の申込みが
継続していることとし、(2)の直用化時の労働条件に関しては、違法行為
が継続した期間中のどの時点のものとするのかを、派遣労働者が自由に
選択できるよう制度設計することが妥当であるように思われる⁷²。

(4) 「承諾しない」旨の意思表示のあり方

前述のように、筆者は、派遣法40条の6による直接雇用の申込みに対
して、労働者が「承諾しない」旨の意思表示をした場合にも、積極的な
意味を見出す立場である。そうすると、次に、直接雇用の申込みに対し
て、派遣労働者の「承諾しない」旨の意思表示を、どのように認定すべ
きかが、「承諾する」旨の意思表示のあり方（→Ⅲ 2(2)）とあわせて問題
となる。「承諾しない」旨の意思表示がなされた場合には、派遣法40条の
6による派遣先での直用化の途がなくなるからである。

この点、「承諾する」旨の意思表示については、派遣法40条の6の立法
趣旨や、直用化によって生じる法的地位の変動の意味をふまえ、派遣勞
働者において、当該の派遣労働関係が派遣法40条の6第1項各号のいず
れか、または、少なくとも派遣法に違反しており、派遣労働者の希望次
第で直用化が図られることを認識したうえで、主体的・積極的に「承諾」
したと評価し得る事情が必要である（前述）。

これと対比すると、たしかに、「承諾しない」旨の意思表示がされたと
しても、派遣元、派遣先、派遣労働者の三者の法律関係に何ら変動が生
じない点で、「承諾」の場合とは異なる面がある。しかし同時に、私見に

に派遣労働条件が変更されたケースで、これを現行制度のように新たな申込みとし
て整理しない以上は特別な対応が必要となる。

⁷² 具体的には、現行制度では違法行為の終了から1年以内であれば、それ以前のも
のも含めて申込みが残存すると解さざるを得ないと思われる（前述）。しかし、制度
の趣旨や法的安定性を考えれば、立法論としては、選択できる労働条件として、違
法行為が終了してから直近1年以内のものとすることが適切であろう。

よると、意思表示の時点で違法状態がすでに解消されているケースでは、「承諾しない」旨の意思表示によって、その時点で発生している他の申込みに関しても、直用化の途は絶たれることになる(前述)。派遣法40条の6による直接雇用の申込みみなし制度の趣旨は、違法な派遣状態を解消することに伴う不利益から労働者を保護すること等にある。こうした観点から、違法状態が終了してから1年以内には、派遣先による直接雇用の「申込み」は撤回を制限されている。

このような視点に照らせば、こうした規制と実質的にみて抵触しかねない労働者による「承諾しない」旨の意思表示についても、「承諾する」場合の意思表示と同様に限定的に解しつつも、自己決定(私的自治)との調和や法的安定性という観点から効力を認めることが適切であろう。具体的な認定手法については、「承諾する」場合と同様に解してよいものと思われる。

〈次号に続く〉