

公務員関係判例研究会 令和7年度 第2回会合 議事要旨

1. 日時 令和7年6月19日(木) 15:00～17:00

2. 場所 中央合同庁舎第8号館6階623会議室及びweb会議

3. 出席者

(会 員) 秋山弁護士、阿部弁護士、石井弁護士(座長)、石川弁護士、植木弁護士、江原法務省訟務局付、川本弁護士、木野弁護士、木下弁護士、木村弁護士、鈴木弁護士、高田弁護士、竹田弁護士、長屋弁護士、西脇弁護士、山田弁護士(五十音順)

(事務局) 内閣官房内閣人事局 野村内閣審議官、石田調査官、小林争訟専門官、福島専門職

4. 議題：最近の裁判例の評釈

①労働者派遣法 40 条の7の要件を満たす派遣労働者からの求めがある場合において、国等の機関は、派遣労働者にかかる労働条件と同一の労働条件を内容とする公務員として採用すべき義務があるか、②大阪医療刑務所長は、本件請負契約の締結に際し、業務の実態が労働者派遣に該当し、労働者派遣法に違反することを認識しながら、労働者派遣法等の法規制の適用を免れるためにあえて本件請負契約を締結し、役務の提供を受けていたか争われた裁判例

5. 議論の概要

(1) 最初に、会員の一人から、次のとおり、議題に関する報告が行われた。

ア 「損害賠償等請求事件(大阪地裁令和4年6月30日判決・以下「一審判決」といい、大阪高裁令和6年6月26日判決・以下「本判決」という。)」は、日東カストディアル・サービス株式会社(以下「A」という。))との間で雇用契約を締結し、同社が請負契約を締結した大阪医療刑務所(以下「B刑務所」という。))において運転手として就労していたX(控訴人、原告)が、その就労は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「労働者派遣法」という。)40条の6第1項5号に該当する違法なものであり、同法40条の7第1項に基づき採用その他適切な措置がされるべきであったと主張し、それにもかかわらず、B刑務所長が、Xを採用せず、その他の措置を講ずることもなかったことは違法な職務執行であるとして、国家賠償法1条1項に基づき、同刑務所を設置する国Y(被控訴人、被告)に対し、損害(Xが採用を求めたとする平成29年6月2日から支給されていたであろう賃金に相当する金額として779万円余及び令和2年9月から本判決確定の日まで毎月20万円、慰謝料として200万円)の賠償及び遅延損害金の支払を求めた事案である(以下、この請求を「本件賠償請求」という。)(注1)。

一審判決(大阪地判令和4年6月30日・労働判例1272号5頁)は、本件賠償請求を棄却した。本判決は、B刑務所長の行為は労働者派遣法40条の6第1項5号所

定の「免れる目的」でしたものとは認められないと判断し、同刑務所長は、同法 40 条の 7 第 1 項に基づき「採用その他の適切な措置」を講ずべき義務を負わず、「採用その他の適切な措置」に関する同刑務所長の職務執行に国賠法上の違法はないとして、本件賠償請求を棄却すべきものとした。なお、本判決は、仮に同刑務所長に上記の目的が認められるとしても、同刑務所長が「採用その他の適切な措置」を講じるべき義務を怠り、職務上の法的義務に違反したと認めることはできないとも述べた。

イ 本判決の概要

(ア) 本判決の認定した事実関係の概要

B 刑務所長と A とが締結した自動車運転業務に関する請負契約、X が同刑務所においてした自動車運転業務への従事等について本判決の認定した事実関係の概要は、次のとおりである。

① X が B 刑務所の自動車運転業務に従事するに至る経緯

I X（昭和 31 年生の男子）は、平成 24 年 4 月日本ハイウェイ・サービス株式会社に雇用されて同社等と B 刑務所長（支出負担行為担当官）との間で締結された請負契約に基づき、B 刑務所における自動車運転業務に従事し始め、同年 9 月からは株式会社アール・エス・シーに雇用され、同様に平成 26 年 3 月までの間上記自動車運転業務に従事した。

X は、B 刑務所長との間で同様の請負契約を締結していた A と、平成 26 年 7 月 1 日雇用契約（以下「本件雇用契約」という。）を締結し、同日から平成 27 年 11 月 18 日までの間、大阪少年鑑別所（D 少年鑑別所）において、自動車運転業務に従事した。本件雇用契約は、期間の定めのあるものであり、平成 27 年 3 月 31 日に更新された際の期間は平成 28 年 3 月 31 日までとされていた。

II B 刑務所長は、平成 26 年から平成 28 年までの間、各年 4 月 1 日付けで、A との間で、期間を 1 年間と定めて、自動車運転業務に関する請負契約（そのうち、平成 28 年 4 月 1 日付けの契約を「本件請負契約」という。）をそれぞれ締結した。

A の大阪支店長は、平成 27 年 11 月 19 日、B 刑務所長に対し、X が B 刑務所における自動車運転業務に従事する旨を通知し、平成 28 年 4 月 1 日付けで本件請負契約が締結された際にも同内容の通知をした。

X は、平成 27 年 11 月 19 日以降、B 刑務所において自動車運転業務に従事した。X は、本件雇用契約につき、平成 28 年 3 月 31 日、期間を同年 4 月 1 日から平成 29 年 3 月 31 日までと定めて更新した。（以下、平成 27 年 11 月 19 日以降の B 刑務所において X が自動車運転業務に従事してした就労を「本件就労」という。）。

III 法務省矯正局総務課補佐官（予算担当）は、平成 20 年 1 月 30 日付けで、各刑事施設及び矯正管区にあてて、「平成 20 年度における民間委託に関する留意事項について」と題する事務連絡を発出した。この事務連絡は、平成 20 年度から自動車運転業務についても民間委託の対象となることや、契約形態として請負契約を締結した場合には、請負人の労働者に対して直接指揮命令をすることはできず、原則として業務管理責任者を定めて施設に常駐させるとともに、業務管理責任者において業務に従事する労働者に仕様書等で定めた業務を履行さ

せるために必要な指示・命令並びに指導を行わせるものとし、仕様書等に詳細な業務マニュアルを盛り込み、業務担当者に対して施設側が指揮命令を行うことがないように担保することなどの留意点を記載していた。

法務省矯正局総務課補佐官（予算担当）は、平成 28 年 1 月 25 日付けで、各矯正管区にあてて、「平成 28 年度民間委託契約等基本方針について」を発出した。これにより、労働者派遣法の改正に伴い、従来請負契約の形態で実施してきた総務系業務につき労働者派遣や直接雇用に移行することが示されたが、自動車運転業務については従来どおり請負契約によるものとされていた。

Ⅳ B 刑務所においては、遅くとも平成 24 年度以降自動車運転業務に関して請負契約を締結していたところ、これが労働者派遣に当たるといった指摘が労働局その他の関係機関からされたことはなかった。

B 刑務所において施設の各種契約に関する事務や自動車運転業務に係る輸送事務を担当する総務部用度課長に平成 28 年 4 月 1 日就いた E（E 課長）は、本件請負契約の締結及びこれに基づく業務の遂行に当たり、前任者から問題点や留意点等について引き継ぎを受けたことはなかった。

② 大阪労働局長の是正指導及びそれを受けた B 刑務所長の対処

Ⅰ X は、平成 18 年 9 月、大阪労働局に対し、本件就労が労働者派遣法に反するとして是正申告を行った。大阪労働局長は、同年 11 月 16 日、B 刑務所の職員が直接 A の労働者に対して業務遂行に係る指示を行っているなどと指摘し、A は B 刑務所に対して労働者派遣事業を行っており、B 刑務所は労働者派遣の役務の提供を受けていると判断されるとして、同刑務所長に対し、同法 48 条 1 項に基づき、A と B 刑務所とで協議の上労働者の雇用の安定を図る措置を講ずることを前提に速やかに是正を図り、是正結果について同年 12 月 16 日までに書面で報告することを求める是正指導（本件是正指導）を行った。ただし、本件是正指導において、同法 40 条の 6 第 1 項 5 号に該当するとの指摘はされていない。

Ⅱ 本件是正指導を受け、E 課長及び大阪矯正管区の担当者は、労働者派遣契約を締結することとなると競争入札によることとなり、必ずしも A が落札するとは限らず、X の雇用が守られなくなるおそれがあるとの考えの下、当初、A との間の本件請負契約を維持したまま、X その他の A の従業員を業務管理責任者に選任し、官用車の運行予定表の作成をさせようとしたが、X がこれを応諾せず、また、大阪労働局も、B 刑務所の刑務官（運転担当）の職務と A の従業員の業務とが混在している点を問題視し、A の業務管理責任者が刑務所職員の分も含めて運行予定表を作成することとなる E 課長らの対応方針が労働者派遣の状況の解消となるかに疑義を示した。そこで、E 課長らは、平成 28 年 12 月 9 日までには、X の自動車運転業務への従事について A との間で労働者派遣契約を締結する方針を決めた。

Ⅲ B 刑務所長は、A との間で、平成 29 年 1 月 4 日、同日から同年 3 月 31 日までの間、運転業務に従事する 2 名の労働者派遣を受ける旨の労働者派遣契約（本件労働者派遣契約）を締結し、これに基づき、X ほか 1 名の労働者が B 刑務所及び D 少年鑑別所に派遣され自動車運転業務に従事した。B 刑務所長は、大阪労働局長に対し、同月 18 日付けで、自動車運転業務については、A との間の請

負契約の内容から削除し、同月4日付けで締結した労働者派遣契約（本件労働者派遣契約）の派遣業務として、是正を図った旨の是正報告書を提出した。

③ 平成29年4月以降のB刑務所の自動車運転業務等に関する状況

I 法務省矯正局総務課補佐官（予算担当）は、平成29年2月25日付けで、各矯正管区にあてて、「平成29年度民間委託契約等基本方針について」と題する事務連絡を発出した。この事務連絡は、平成29年度の基本方針として、自動車運転業務については前年度と同様請負契約によるものとしていた。B刑務所においても、平成29年4月以降、再び自動車運転業務について請負契約を締結して発注することとし、同年3月16日B刑務所における同年度の自動車運転業務についての請負契約に係る入札が行われた。この入札にAも参加したが、落札することはできなかった。当該請負契約は、注文する業務につき表門等の警備の業務を除外して自動車運転業務に限る点、副業務管理責任者を配置する点等において前年度の請負契約と異なるものであったが、自動車運転業務に従事する担当者と業務管理責任者とが同一人とされていた。B刑務所は、同年10月、労働局から再び指導を受け、運行予定表の伝達について、請負契約を締結した会社に対し業務内容をファクシミリ等で伝達し、会社がこれを担当者に伝達する方式に変更した。

II Xは、平成29年3月16日Aが自動車運行管理業務の請負契約を落札することができなかったことを知り、同月27日付けで、法務省矯正局総務課矯正監査室長にあてて、これまでの慣行どおり現在の労働者が新会社との間で契約することを可能として欲しい旨、自分は総務部長及び用度課長から「来年度もお願いします」と雇用の維持を約束されており、これを誠実に守って欲しい旨等を記載した「相談内容」と題する文書（本件文書1）を送付した。同省大臣官房参事官は、同月29日付けで、Xに対し、派遣労働者と雇用する企業との間の契約に関することであり、当局が関与することはできない旨等を記載した回答文書を送付した。

Xは、上記の自動車運行管理業務の請負契約を落札した株式会社アール・エス・シーに雇用されなかったため、平成29年4月1日以降B刑務所で就労することができなくなったことから、同年5月、大阪労働局に相談し、また、労働組合に加入した。同組合は、大阪矯正管区長及びB刑務所長にあてて、同年6月2日付けで、Xが同労働組合に加入した旨及びXについて同年3月末日時点の労働条件を下回ることなく、法令に基づいて採用その他の適切な措置を講じることを要求する旨等を記載した「労働組合加入のお知らせ」と題する文書（本件文書2）を送付した。

Xは、平成29年11月21日本件訴えを提起した。

(イ) 本判決の認定した事実関係の概要

① 労働者派遣法40条の6第1項5号の解釈について

I 労働者派遣法40条の6第1項は、労働者派遣の役務の提供を受ける者が、同項各号に該当する行為を行った場合には、その行為が同項各号に該当することについて善意かつ無過失であった場合を除き（本判決は、この点を「善意・無過失要件」と呼んでいる。）、その行為を行った時点において、労働者派遣の役務の提供を受ける者から派遣労働者に対して、その時点における当該派遣労働者

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す旨を規定する。これは、違法派遣の是正に当たって、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ため、違法派遣を受け入れた者（善意・無過失の場合を除く。）に対して労働契約申込み擬制という民事的な制裁を科すことによって、同法の規制の実効性を確保することを趣旨とするものである。

Ⅱ 労働者派遣法40条の6第1項5号は、同項1号から4号までと異なり、上記の善意・無過失要件に加えて、労働者派遣法又は同法によって適用される労働基準法等の適用を免れる目的（免脱目的）という主観的要件を定めている。同項5号が免脱目的を要件とした趣旨は、同項1号から4号までは違反事実が比較的明らかであるのに対し、同項5号の場合には、労働者派遣における指揮命令と請負における注文者の指図との区別は微妙なことがあり、必ずしも明確に判別することができるとはいえないため、請負その他の名目で契約を締結して役務の提供を受けた者が、労働者派遣におけるような指揮命令を行ったというだけで、直ちに労働契約申込み擬制という民事的制裁を科すことは相当ではないことから、役務の提供を受けた者が労働者派遣契約を締結しなかったことについて直接の雇用関係の設定ないし形成という民事的な制裁を科すに相応しい場合に限定して労働契約申込み擬制の効果を生じさせるためであると解される。

上記のとおり、労働者派遣法40条の6第1項5号についても、同項1号から4号までと同様に善意・無過失の要件が定められており、免脱目的はこれに加えて別個の主観的要件として設けられたものであるから、請負その他の名目で契約を締結した者が、他人が雇用する者に対して自ら指揮命令したとの評価を基礎付ける事実関係を認識・認容しながらこれ（注2）を行っていたとしても、これをもって善意・無過失とはいえないと判断されることがあり得ることは格別、上記の事実関係を認識・認容しながらこれを行っていた事実だけでは直ちに同項5号所定の免脱目的があったと推定されるものではないと解される。同項5号が、上記の趣旨をもって、特に「免れる目的」という積極的な主観的要素を示す文言で要件を明記したことからすると、同号が規定する免脱目的とは、他人の雇用する者による役務の提供を受ける者が、その役務の提供が労働者派遣の役務の提供に当たり、同法の規制に従うことなくこれを受けることが法律上許されないことを知りながら、労働者派遣法等の法規制の適用を免れるために敢えて請負その他労働者派遣以外の名目で契約を締結し、かつ、役務の提供を受けることをいうものと解するのが相当である。なお、このように解したとしても、免脱目的は、役務の提供を受ける者が、労働局等の関係機関等から指導等を受けるなどしたにもかかわらず、実態の改善をせず、労働者派遣以外の名目での契約締結を繰り返して役務の提供を受け続けた事実や、従前は労働者派遣契約を締結していたのに、実態を何ら変えることなく請負契約を締結して役務の提供を受けた事実といった、客観的、外形的事実から推認することが可能であり、直接雇用の申込み擬制を定めた同項の趣旨を実現する上で特段の支障はないといえる。

Ⅲ 免脱目的の判断時期に関しては、労働者派遣法40条の6第1項5号は、免脱目的で請負その他労働者派遣以外の名目で契約を締結し、労働者派遣の役務の

提供を受けた場合、その時点において、役務の提供を受ける者から当該派遣労働者に対して労働契約の申込みをしたものとみなす旨を規定しており、派遣先等が免脱目的で請負契約等を締結した上、指揮命令を行うなどして労働者派遣の役務の提供を受けた場合、同号に該当することは明らかである。また、請負契約等を締結した時点では派遣先等に免脱目的が認められない場合であっても、その後に、派遣先等が受ける役務の提供が、請負その他の労働者派遣以外の名目による労働者派遣の役務の提供に該当することの認識が派遣先等に生じ、これが許されないことを知りながら敢えてその後も指揮命令を行うなどにより改めて、請負その他の労働者派遣以外の名目による労働者派遣の役務の提供の状態になったと認められる場合には、同号の趣旨にかんがみ、免脱目的で請負契約等を締結して労働者派遣の役務の提供を受けた場合と同視し得るといえるから、同号に該当すると解するのが相当である。

② 労働者派遣法40条の7第1項の解釈について

I 労働者派遣法40条の7第1項は、労働者派遣の役務の提供を受ける者が国又は地方公共団体の機関（国等の機関）であって、同法40条の6第1項各号のいずれかに該当する行為を行った場合において、当該行為が終了した日から1年を経過する日までの間に、当該労働者派遣に係る派遣労働者が、国等の機関において当該労働者派遣に係る業務と同一の業務に従事することを求めるときは、国等の機関は、同項の規定の趣旨を踏まえ、当該派遣労働者の雇用の安定を図る観点から、国家公務員法その他関係法令の規定に基づく採用その他の適切な措置を講じなければならない旨を規定している。これは、私人間における労働契約関係が合意によって成立するのと異なり、国等の機関で勤務する公務員の地位については、国家公務員法その他の法令や条例によって規律され、採用を含む任用に当たって様々な基準及び手続が法定されており、勤務条件や職員への給与の支払については法令上の根拠や予算措置が必要であるといった特殊性があることにかんがみ、労働者派遣の役務の提供を受ける者が国等の機関である場合には、同項各号の要件を満たすときであっても、派遣労働者の意思によって直ちに公務員の地位が生ずる効果をもたらすことは相当ではないことから、国等の機関を同条の規定する申込み擬制の対象から外するとともに、国等の機関に対し、同項の規定の趣旨を踏まえ、当該派遣労働者の雇用の安定を図るために、「採用その他の適切な措置」を講ずべき義務を課したものと解される。

II 労働者派遣法40条の7第1項の上記Iの趣旨によれば、国等の機関の行為が同法40条の6第1項各号のいずれかに該当し、派遣労働者から同法40条の7第1項が規定する「求め」があった場合であっても、国等の機関は、同項に基づいて、直ちに、当該派遣労働者を、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公務員として「採用」することが義務付けられていると解することはできない。国等の機関が同項により義務付けられているのは、当該派遣労働者の能力、職務内容、賃金や期間（労働契約の始期及び終期）等の労働条件、派遣労働者からの「求め」がされた時期及びそれまでにとられた措置の有無・内容、当該業務に係る定員及び欠員の状況等の諸般の事情を踏まえ、当該派遣労働者の雇用の安定を図る観点から「採用その他の適切な措置」を講ずることであって、当該派遣労働者を「採用」（任用）することは、「適切な

措置」の例示と解するのが相当である。そして、「適切な措置」の中には、「採用」のほか、他の機関における非常勤職員募集の情報を提供することや、一定期間経過後に欠員が生ずる見込みがある場合にその情報を提供することなど、当該派遣労働者の雇用の安定を図るに資する事実行為を含む様々な行為（処分に当たる行為に限られない。）が含まれることからすると、国等の機関が当該派遣労働者の雇用の安定を図る観点から講ずる「採用その他の適切な措置」の内容の決定については、国等の機関に裁量があるものと解するのが相当である。

Ⅲ 以上によれば、労働者派遣法40条の7第1項は、国等の機関に、当該派遣労働者を「採用」することを義務付けた規定とは解されず、同項により、「採用」を求める具体的な権利が当該派遣労働者に対し付与されたと解することできない。

また、国等の機関は、労働者派遣法40条の6第1項各号のいずれかに該当する行為を行った場合、当該派遣労働者から同法40条の7第1項が規定する「求め」を受けたときは、同項に基づき、当該派遣労働者の雇用の安定を図る観点から「採用その他の適切な措置」を講ずべき義務を負うと解されるが、「採用その他の適切な措置」を講ずるにおいては、その内容について国等の機関に裁量があるものと解されることからすると、同項により、当該派遣労働者に対し、「採用その他の適切な措置」として、「採用」や「採用手続」を講ずることなどの具体的な行為を求めることのできる権利が付与されたと解することできない。

③ 本件請負契約の締結及び本件就労に関するB刑務所長の免脱目的の有無について

I (i) Xは、平成24年4月日本ハイウェイ・サービス株式会社に雇用されてB刑務所における自動車運転業務に従事し始め、その後、雇用主が同年9月から株式会社アール・エス・シーに代わったが、引き続き同刑務所における自動車運転業務に従事したこと、(ii) Xは、平成26年4月から平成27年11月18日まではB刑務所における自動車運転業務から離れていたが、同月19日以降は、Aに雇用されてB刑務所における自動車運転業務に従事していたこと、(iii) XとAとは、平成28年3月31日、本件雇用契約を、期間を同年4月1日から平成29年3月31日までと定めて更新し、Xは、平成28年4月1日以降も、平成27年11月19日から平成28年3月31日までの間と同様に、B刑務所における自動車運転業務に従事していたこと、(iv) 平成27年11月19日以降のB刑務所におけるXの自動車運転業務については、同刑務所職員が、Xに対し、運行予定表を直接交付して、いつ、どこに、どの車両を運転するかを伝達するとともに、注意点等があれば個別に口頭で伝えており、また、突発的な用務が生じた場合は、同刑務所職員がXに対して直接行き先を告げていたこと、(v) 本件請負契約に基づき、Aの従業員が業務管理責任者として配置されていたが、同人は、表門・構外巡回の業務を担当しており、Xの自動車運転業務について業務管理等をすることはなかったこと、(vi) B刑務所では、被告の職員（刑務官）として自動車運転業務に従事する者もいたことが認められる。

これらの事実によれば、遅くとも同日以降、B刑務所の職員が、Aに雇用されているXに対し直接指揮命令等をして、自動車運転業務に従事させていたも

のであり、B 刑務所長は、本件就労により、請負の名目で労働者派遣の役務の提供を受けていたものと認められる。

II しかしながら、まず、本件請負契約の締結の際の免脱目的の有無をみると、(i) 刑事施設の自動車運転業務については、平成20年度から請負契約を締結する方法による民間委託の対象となっており、法務省矯正局は、本件請負契約が締結された平成28年度についても、全国の刑事施設に対し、請負契約が可能であり、これによるの方針を示していたこと、(ii) 本件請負契約には業務管理責任者の定めも置かれていたこと、(iii) B 刑務所においては、遅くとも平成24年度以降自動車運転業務が請負契約の対象とされていたが、本件是正指導を受けるまで、これが労働者派遣に当たるといった指摘が労働局その他の関係機関からされたことはなかったこと、(iv) B 刑務所の自動車運転業務に係る輸送事務を担当していた総務部用度課長に、本件請負契約の締結日に就いたE 課長は、本件請負契約の締結及びこれに基づく業務の遂行に当たり、前任者から問題点や留意点等について引き継ぎを受けたことはなかったこと、(v) E 課長は、大阪医療刑務所の職員が、A に雇用されているX に対し、自動車の運行に関し、時間や行先を口頭又は書面で伝えることは、本件請負契約の対象である業務の内容を伝達しているだけであり、X に対する指揮命令に該当しないと認識しており、大阪医療刑務所の刑務官（運転担当）の職務とA の従業員の業務とが混在していることの問題性等については認識できていなかったことが認められる。これらの事実によれば、本件是正指導を受けるまで、大阪医療刑務所長が、X の本件就労が労働者派遣による役務の提供に当たり、労働者派遣法の規制に従うことなくこれを受けることが法律上許されないことを知っていたとは認められず、したがって、大阪医療刑務所長が、これを知りながら、労働者派遣法等の法規制の適用を免れる目的（免脱目的）で敢えて本件請負契約を締結して本件就労（労働者派遣の役務の提供）を受けたと認めることはできない。

III 次に、本件請負契約の締結後のB 刑務所長の認識及び指揮命令をみても、同刑務所長には、遅くとも本件是正指導を受けた平成28年11月16日において、本件就労が、請負の名目により労働者派遣の役務の提供を受けるものであることの認識が生じたものと認めるのが相当であるが、同刑務所長は、本件是正指導を受けた後、その是正報告の期限までに、X が従事する自動車運転業務に関するA との契約を請負契約から労働者派遣契約に切り替える方針を決め、その後速やかに平成29年1月4日付けで同社との間で本件労働者派遣契約を締結した事実によれば、同刑務所長が、上記の認識が生じた後も指揮命令を行うなどにより改めて、請負等の名目による労働者派遣の役務の提供がされている状態（偽装請負等の状態）になったと認めることはできない。

IV 以上によれば、本件就労をもって請負の名目による労働者派遣の役務の提供を受けたB 刑務所長の行為は、労働者派遣法40条の6第1項5号に定める免脱目的でしたものと認めることはできない。

④ B 刑務所長の職務執行の国賠法上の違法性の有無について

B 刑務所長が本件就労をもって請負の名目による労働者派遣の役務の提供を受けたことは、労働者派遣法40条の6第1項5号に当たらないから、同刑務所長は、同法40条の7第1項に基づき「採用その他の適切な措置」を講ずべき義

務を負わず、「採用その他の適切な措置」に関する同刑務所長の職務執行に国賠法上の違法はない。

なお、仮に、本件是正指導を受けた後も本件労働者派遣契約が締結されるまでの間、B刑務所の職員が自動車運転業務に関しXに対して指揮命令をし続けたとして同刑務所長に免脱目的が認められるとしても、同刑務所長が「採用その他の適切な措置」を講じるべき義務を怠り、職務上の法的義務に違反したと認めることはできない。すなわち、Xは、本件文書1によって労働者派遣法40条の7第1項所定の「求め」をしたとは認められない上に、B刑務所長は、本件是正指導を受け、Xが従事する自動車運転業務に関するAとの契約を請負契約から労働者派遣契約に切り替える方針を決め、その後速やかに平成29年1月4日付けで同社との間で本件労働者派遣契約を締結して、労働者派遣法違反を解消しているほか、平成28年12月13日、B刑務所総務部長及び大阪矯正管区担当者がXと面談し、同総務部長において、自動車運転業務につき、実質は労働者派遣でありながら請負契約の業務として行わせ、法令違反と判断されたことの非を認め、謝罪しており、平成29年1月19日ころにも同総務部長及びE課長において再度Xに謝罪している。加えて、労働者派遣法40条の6は、派遣労働者と派遣元との労働契約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の申込みみなし制度を規定するものであるところ、本件雇用契約は平成29年3月31日を終期とするものであって、本件労働者派遣契約の終期も同日であり、現にXは、同日まで就労している。このようなXに対し、B刑務所長が何らかの措置をして同年4月1日を超えた期間の就労を確保すべき義務を負っていたということとはできない。

ウ B刑務所長の行為の労働者派遣法40条の6第1項5号該当性等に関する問題点の検討

労働者派遣法40条の6第1項5号の解釈適用は、一般に公務員の勤務関係に係る特殊性を持つとはいいい難いが、何と云っても、本件において同号所定の「免れる目的」が認められないというのが本件賠償請求に関する本判決の理由であるから、以下、労働者派遣法40条の6第1項5号の解釈（後記(ア)）、同号所定の「免れる目的」が認められないとした本判決の判断（後記(ウ)）について検討する（同項による労働契約申込みみなし制度に対しては、採用の自由その他の憲法上保障された権利自由との関係につき重要な問題が提起されているが（鎌田耕一「労働法における契約締結の強制」毛塚勝利先生古稀記念551頁、大内伸哉「雇用強制についての法理論的検討」菅野先生古稀記念111頁、本庄淳志・労働市場における労働者派遣法の現代的役割154頁）、本報告では、現行の規定の解釈適用に係る問題に限って論ずる。）。他方、同法40条の7の解釈適用を巡る「なお書き」の説示は、本件賠償請求に関しては仮言的説示ないし一種の傍論であるが、同条の解釈については従来具体的な議論がみられず、職員の勤務関係に係る行政法上の問題を裁判実務に即して考える上では本判決の述べたところが参考になるから、これについてもみておくこととする（後記(イ)）。

(ア) 労働者派遣法40条の6第1項5号の解釈及びこれに関する本判決の判示について

① 労働者派遣法40条の6第1項5号の沿革及び趣旨

・労働者派遣法は、同法 3 条のほかには適用除外の規定がなく、国及び地方公共団体の事務事業を含むあらゆる事業に、原則として適用され、したがって、国及び地方公共団体が派遣先となる場合にも適用されるとされている。

・労働者派遣法40条の 6 から40条の 8 までは、平成24年法律第27号 2 条による改正により加えられた規定である。上記改正においては、違法派遣に対する迅速的確な対処として、この労働契約申込みみなし制度の創設と、労働者派遣事業の欠格事由（労働者派遣法 6 条）の追加とが内容とされている（佐藤康弘「派遣労働者の保護と雇用の安定を図る」時の法令1911号11頁）。

・労働者派遣法40条の 6 から40条の 8 までの規定の施行期日については、国会審議の過程で議員提案により修正され（提案者（田村憲久衆議院議員）は、平成24年 3 月27日参議院厚生労働委員会において、その趣旨を、制度の周知徹底とともに、採用の自由等との関係に関する議論がされることへの期待と説明している。）、平成24年法律第27号の施行日から 3 年を経過した日とされ（佐藤・前掲12頁）、平成27年法律第73号による改正（労働者派遣事業が労働力需給調整に果たしている役割を評価した上で派遣労働者のキャリア形成等の推進を図り雇用の安定と処遇の改善を進めていくことなどを基本的視点とする改正であり、同法は附則 1 条本文により平成27年 9 月30日から施行された。）を経て、同年10月 1 日から施行された（平成24年法律第27号附則 1 条ただし書 2 号、本文、平成24年政令第210号）。

・労働者派遣法40条の 6 は、同法違反の事案が増加し、同じ事業主の下で派遣先が違反を繰り返す場合があり、また、違法派遣の是正が労働者の不利益（雇止め、解雇等）につながる可能性があることなどに徴し、違法派遣への対処として、派遣先が、i 禁止業務に従事させる、ii 無許可事業主から労働者派遣の役務の提供を受ける、iii 労働者派遣の役務の提供を受ける期間の制限に違反する、iv 労働者派遣法の規定の適用を免れることを目的として、請負等の名目で、労働者派遣契約を締結せずに労働者派遣の役務の提供を受ける（いわゆる偽装請負等）の各行為をした場合（各行為を行ったことを知らず、知らないことに過失がない場合を除く。）には、その行為を行った時において、派遣先が派遣労働者に対して、当該派遣労働者の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の申込みをしたものとみなす制度（「労働契約申込みみなし制度」と呼ばれる。）を創設したものであり、民事的効力を有する規定であるとされている。これらの行為をした派遣先にも、善意無過失の場合を除き、違法派遣を受け入れた責任があり、これに対して民事的な制裁を科すことにより同法の規制の実効性を担保することをその趣旨とするとともに、違法派遣の是正に当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ための制度であるとされる。

（平成27年 9 月30日解釈通達、記第 1、労務行政研究所編・改訂 2 版労働者派遣法660頁。「違法派遣を受け入れた者に対する契約締結強制という形での民事的制裁であり、労働者派遣法の実効性確保の手段のひとつとして位置づけられる」（鎌田＝諏訪康雄編・労働者派遣法第 2 版〔山川隆一〕）。

・受入期間の制限を超えて派遣労働者を使用し続けようとする派遣先が雇用を希望する派遣労働者に対し労働契約締結の申込みをしなければならないとしていたそれ以前の制度（平成24年法律第27号 2 条による改正前の労働者派遣法40

条の4)とは異なり、労働者派遣法40条の6は、派遣先がしたとみなされた申込みに対し派遣労働者が承諾の意思表示をした場合には労働契約が締結されることとなるという意味で、「私法上の効果を持つ」「民事的効力を有する」とされる(平成27年9月30日解釈通達、鎌田=諏訪・前掲336頁〔山川〕)。

② 労働者派遣法40条の6第1項5号による労働契約申込みみなし制度の要件及び同項の効果

I 労働者派遣法40条の6第1項5号、同項ただし書の規定

(I) 労働者派遣法40条の6第1項5号

労働者派遣法又は同法第3章(派遣労働者の保護等に関する措置)第4節(労働基準法等の適用に関する特例等)(同法44条から47条の4まで)の規定により適用される法律(労働基準法等が考えられる。)の規定の適用を免れる目的で、請負その他労働者派遣以外の名目で契約を締結し、労働者派遣法26条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(いわゆる偽装請負等)。

(II) 労働者派遣法40条の6第1項ただし書

労働者派遣の役務の提供を受ける者が、その行った行為が労働者派遣法40条の6第1項各号のいずれかの行為に該当することを知らず、かつ、知らなかったことにつき過失がなかったときは、労働契約締結の申込みをしたものとみなされない。「労働契約締結の申込みをしたものとみなす」とする同項所定の効果の発生障害事由(「派遣先等による抗弁」「消極要件」)を定めたもの。この除外は、労働契約申込みみなし制度が「一定の派遣法違反への民事制裁として位置付けられるところから、派遣法違反の事態につき善意無過失であった場合には、制裁を科することは適切でないとの趣旨によるものと思われる」(鎌田=諏訪・前掲342頁〔山川〕)。

II 労働者派遣法等の「規定の適用を免れる目的」の有無の認定判断

(I) 労働者派遣法等の「規定の適用を免れる目的」を要件とした趣旨

「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等の一部を改正する法律案要綱」(労働政策審議会に対する平成22年2月17日諮問別紙)の立案に向けた検討をみると、まず、「今後の労働者派遣制度の在り方に関する研究会」は、「違法派遣の是正の方法として、一定の違法派遣の場合に労働者の雇用の安定につながる形で是正措置を法定することも有効な方法であると考え。この場合、派遣先と派遣労働者との間に雇用関係を成立させる、何らかの手法(「雇用契約申込み」や「みなし雇用」)も一つの工夫として考えられる」とした上、その対象とすべき違法派遣のうち「いわゆる偽装請負については、適法な請負であると双方が誤認していたところ、実際には労働者派遣に該当し、偽装請負となる場合もあるが、これら全てに対して、派遣先での直接雇用を違法の是正手段とすることは適当ではない。このため、そうしたもののうち、「雇用契約申込み」等の措置により是正させるべき違反の範囲について、労働者派遣法の個別の条項違反(派遣契約を締結せずに派遣を行った等)という外形的要件に加えて、偽装の意図という主観的要件を判断することが必要である」とした(平成20年7月28日今後の労働者派遣制度の

在り方に関する研究会報告書17頁)。これを受けて、労働政策審議会職業安定分科会労働力需給制度部会は、「派遣先が、以下の違法派遣について違法であることを知りながら派遣労働者を受け入れている場合には、(中略)労働契約を申し込んだものとみなす旨の規定を設けることが適当である」として「いわゆる偽装請負(労働者派遣法の義務を免れることを目的として、労働者派遣契約を締結せずに派遣労働者を受け入れること)の場合」を挙げたが、「派遣先の故意・重過失に起因する場合に限定した上で、違法性の要件を具体的かつ明確にする必要があることに加え、そもそも雇用契約を申し込んだものとみなす旨の規定を設けることは、企業の採用の自由や、労働契約の合意原則を侵害することからも反対である」との使用代表委員の意見があったことを示した(平成21年12月28日「今後の労働者派遣制度の在り方」3頁)。

東京地判令和2年6月11日(ハンプティ商会事件)は、「派遣先(発注者)において労働者派遣法等の規定の適用を「免れる目的」があることを要することとしたのは、同項〔労働者派遣法40条の6第1項を指す。〕の違反行為のうち、同項5号の違反に関しては、派遣先において、区分基準告示〔労働者派遣事業と請負により行われる事業との区分に関する基準(昭和61年労働省告示第37号)を指す。〕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である」と判示している。

(II) 行政解釈

「他の4つの類型と異なり、派遣先等の主体的な意思が介在するため、善意無過失に係る論点に加え、固有の論点が存在する」「労働者派遣法等の規定の適用を免れる目的(以下「偽装請負等の目的」という。)(中略)の有無については個別具体的に判断されることとなるが、「免れる目的」を要件として明記した立法趣旨に鑑み、指揮命令等を行い、偽装請負等の状態となったことのみをもって「偽装請負等の目的」を推定するものではない」(平成27年9月30日解釈通達、記第2の1(4)イ)

「違法性の認識〔を有しながら〕」(平成27年4月24日労働政策審議会職業安定分科会労働力需給制度部会における需給調整事業課長発言、議事録10枚目)

前掲東京地判令和2年6月11日「労働者派遣の役務提供を受けていることや(中略)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〔労働者派遣法40条の6第1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」

(III) 学説

「法潜脱の目的」「単に労働者派遣以外の契約締結やそれによる役務提供の認識では足りず、規制を回避する意図が必要とされている」(菅野昭夫・労働法第12版618頁)

「この要件は規定の文言からみても主観的な意図を示すものであり、労働者派遣における指揮命令と請負における注文者の指図等との区別は微妙な場合もあるからである」(鎌田=諏訪・前掲340頁〔山川〕)

他方、「さまざまな事実行為を見ながら、本人の主観とは関係なく「免れる目的」があったかどうかというのが判断されるべきであ[る]」前記労働力需給制度部会における労働者代表委員発言、議事録10枚目、「本来、受け入れ側は、派遣と請負とを区別すべき義務を負っているのであるから、偽装請負の目的は、積極的に推認する必要があるというべきである」（小宮文人「労働者派遣法の「労働契約申込みみなし」等の一考察」労法旬2029号30頁）とするものもみられる。

Ⅲ 派遣先に労働者派遣法等の「規定の適用を免れる目的」が認められなければならない時期の解釈

・行政解釈

「労働者派遣法等の規定の適用を免れる目的（以下「偽装請負等の目的」という。）で、請負契約等を締結し、（中略）労働者に労働者派遣と同様に役務の提供を受けた指揮命令を行う等によっていわゆる偽装請負等の状態（中略）となった時点で労働契約の申し込みをしたものとみなされるものである」

「また、請負契約等を締結した時点では派遣先等に「偽装請負等の目的」がなく、その後、派遣先等が受けている役務の提供がいわゆる偽装請負等に該当するとの認識が派遣先等に生じた場合は、（中略）いわゆる偽装請負等に該当すると認識した時点が一日の就業の開始時点であれば当該日以降、認識した時点が開始時点より後であればその日の翌就業日以降初めて指揮命令を行う等により改めて「偽装請負等の状態となった」と認められる時点において、「偽装請負等の目的」で契約を締結し役務の提供を受けたのと同視しうる状態だと考えられ、この時点で労働契約の申し込みをしたものとみなされるものである」（解釈通達記第2の1(4)イ）

・前記労働力需給制度部会における使用者代表委員発言、議事録9枚目

Ⅳ 労働者派遣法40条の6第1項の効果（締結の申込みがあったとみなされる労働契約の内容）

派遣先が所定の各行為を行った時点において、当該労働者派遣の役務の提供を受ける者から当該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。

この申込みに対する承諾の意思表示を派遣労働者がすれば、派遣先との間に労働契約が締結される。このように法律により擬制された労働契約締結の申込みについては、現実になされたそれとは異なり、その内容を法律によって定めなければならない（鎌田＝諏訪・前掲343頁〔山川〕）、労働者派遣法40条の6第1項は、これを「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」の締結の申込みとした。

・同一の労働条件を内容とする労働契約

「労働条件」とは、労働契約の内容を成す事項一般を指すと解されている（鎌田＝諏訪・前掲346頁〔山川〕）。「派遣元事業主等と（中略）派遣労働者との間の労働契約上の労働条件と同一の労働条件（当事者間の合意により労働契約の内容となった労働条件の他、就業規則等に定める労働条件も含ま

れる。）」（解釈通達記第2の2(1)）

労働契約における期間の定めも労働条件に含まれるから、派遣元と派遣労働者とが期間の定めのある労働契約を締結していた場合には、派遣先との間に成立する労働契約も、派遣先と派遣労働者とが別段の定めをしない限り、同じ期間を定めたものであることとなる（鎌田＝諏訪・前掲346頁〔山川〕）。

「労働契約の期間に関する事項（始期、終期、期間）は、みなし制度により申し込んだとみなされる労働契約に含まれる内容がそのまま適用されるものであること（始期と終期が定められている場合はその始期と終期となり、単に「1年間」としているなど始期と終期が定められていない場合には労働契約の始期等に係る黙示の合意等を踏まえて判断される。）」（解釈通達記第2の2(3)）

もっとも、「有期契約期間途中まで違法な間接雇用をしながら、残りの期間だけ本来的な直接雇用の責任を負うだけでは、真の意味での民事制裁の名に値しない（中略）労働契約の同一の労働条件の期間の部分はその始期と終期ではなく、期間の長さ（中略）と理解して、終期を超えた場合でも1年の有期雇用を可能にする解釈を採ることになる」（小宮・前掲34頁）などとする異説もみられる。

③ 本判決の判示

この点に関する本判決の判示（前記5(1)イ(i)）は、上記にみた行政解釈に沿った見解を採ったものといえることができる。

労働者派遣法等の「規定の適用を免れる目的」の有無の認定判断に関しては、「免れる目的で、締結し、提供を受けた」との文理から、「労働者派遣法等の規定の適用を免れる」という派遣先の主観的な意図、目的（学説のいう「法潜脱の目的」、法秩序の側からいえば「違法性の意識」）を要件としたものであり、これが究極的な立証命題であることは明らかである。もっとも、裁判上その事実の認定に際して、請負等の契約に係る経緯、その労働者の就労の状況等の事実からその推認がされ、又はその推認が揺らぎ若しくは反対事実が推認されることがあり得るのは、民事裁判における事実の認定一般の例に洩れない。その意味で、事は、各個の事案における派遣先の主観的な意図、目的の認定に懸かるというほかなく、前記5(1)イ(i)①Ⅱの判示も、まさにこのことを指摘したものと解される。

また、派遣先に労働者派遣法等の「規定の適用を免れる目的」が認められなければならない時期に関しては、Yは、「労働者派遣法40条の6第1項5号の免脱目的は、外形的に労働者派遣の状態となっていることについて悪意や有過失であること（同項ただし書）とは別に、契約締結時に存在することが必要な主観要件として規定されている」と主張し、原審は、「労働者派遣法40条の6第1項5号の文言ないし規定ぶり及び前記（中略）で説示した免脱目的が要件とされた趣旨に照らせば、免脱目的は、「請負その他労働者派遣以外の名目で契約を締結」する行為と「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」の双方に必要であると解されるから、個々の労働者について、労働者派遣の役務の提供を受ける者が、労働者派遣契約とは異なる契約を締結

し、役務の提供を受け始めた時点でこれを有することが必要となるものと解される」と判示していたが、本判決は、前記5(1)イ(イ)①Ⅲのとおり判示した。労働者派遣法40条の6第1項5号の文理によって考えると、「(上略)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」という同号の文句はやや不分明であって、「(上略)法律の規定の適用を免れる目的で、」という言葉は、字句の上では、「請負その他労働者派遣以外の名目で契約を締結し」のみを修飾しているとは断定し難く、「請負その他労働者派遣以外の名目で契約を締結し、(中略)労働者派遣の役務の提供を受ける」という部分の全体に懸かっているとも解し得るから、行政解釈と同じではない理解によるYの主張が採られなかったのはやむを得ないところと考えられる。

(イ) 労働者派遣法40条の7第1項の解釈に関する本判決の判示について

① 労働者派遣法40条の7の沿革及び趣旨

・前記(ア)①のとおり、労働者派遣法40条の7は、平成24年法律第27号による労働者派遣法の改正によって労働契約申込みみなし制度が創設された際に加えられた規定の一つであり、平成27年10月1日から施行された。

・まず、国家公務員法附則6条、地方公務員法58条は、職員に適用しないとする法律として労働者派遣法を掲げておらず、同法自体も3条のほかには適用除外の規定を置いていないことから、同法は、国及び地方公共団体の事務事業を含むあらゆる事業にも原則として適用され、したがって、国及び地方公共団体が派遣先となる場合にも適用されるとされている(高梨昌・詳解労働者派遣法第3版300頁、菅野・前掲386頁)。

・「公共部門において雇用される労働者は、公務員としての地位を有することが一般であり、公務員の任用については公務員関係諸法令が適用されるため、40条の6による申込みみなしに対して派遣労働者が承諾して労働契約が成立するという枠組みを採ることは困難が伴うことが一般である。そこで本条は、国や地方公共団体の機関が労働者派遣を受けている場合、申込みみなしがされる違法事由が存在するときには、申込みみなしという効果までは認めない一方で、国や地方公共団体の機関は、40条の6による申込みみなし制度の趣旨を踏まえ、当該派遣労働者の雇用の安定を図る観点から、公務員関係法令の規定に基づく採用その他の適切な措置を講じなければならないとした。」「ここでは、国や地方公共団体の機関に対して適切な措置を講じることが義務付けられているが、派遣労働者の承諾による労働契約の成立という効果は生じないこととなる」(鎌田=諏訪・前掲355頁〔山川〕)

・「この規定によって、裁判を通じて個々の派遣労働者が派遣先(国や地方公共団体)に対して地位確認を請求できるとは解されない」(本庄・前掲161頁)

② 本判決の判示

労働者派遣法40条の7第1項の解釈に関する本判決の判示(前記5(1)イ(イ)

②)の要点は、次のとおりである。

I 労働者派遣法40条の7の趣旨

国等の機関で勤務する公務員の地位については国家公務員法その他の法令や条例によって規律される特殊性があることにかんがみ、労働者派遣の役務

の提供を受ける者が国等の機関である場合には、労働者派遣法40条の6第1項各号の要件を満たすときであっても、派遣労働者の意思によって公務員の地位が生ずる効果をもたらすことは相当ではないことから、国等の機関を同条の規定する申込み擬制の対象から外すとともに、国等の機関に対し、同項の規定の趣旨を踏まえ、当該派遣労働者の雇用の安定を図るために、「採用その他の適切な措置」を講ずべき義務を課したものと解される。

Ⅱ 労働者派遣法40条の7第1項により講じなければならないとされる措置

国等の機関は、当該派遣労働者を、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公務員として「採用」することが義務付けられていると解することはできない。

国等の機関が同項により義務付けられているのは、当該派遣労働者の能力、職務内容、賃金や期間（労働契約の始期及び終期）等の労働条件、派遣労働者からの「求め」がされた時期及びそれまでにとられた措置の有無・内容、当該業務に係る定員及び欠員の状況等の諸般の事情を踏まえ、当該派遣労働者の雇用の安定を図る観点から「採用その他の適切な措置」を講ずることである。

「適切な措置」の中には、「採用」のほか、他の機関における非常勤職員募集の情報を提供することや、一定期間経過後に欠員が生ずる見込みがある場合にその情報を提供することなど、当該派遣労働者の雇用の安定を図るに資する事実行為を含む様々な行為（処分に当たる行為に限られない。）が含まれ、国等の機関が当該派遣労働者の雇用の安定を図る観点から講ずる「採用その他の適切な措置」の内容の決定については、国等の機関に裁量があるものと解するのが相当である。

労働者派遣法40条の7第1項は、国等の機関に、当該派遣労働者を「採用」することを義務付けた規定とは解されず、同項により、「採用」を求める具体的な権利が当該派遣労働者に対し付与されたと解することはできない。また、同項により、当該派遣労働者に対し、「採用その他の適切な措置」として、「採用」や「採用手続」を講ずることなどの具体的な行為を求めることのできる権利が付与されたものと解することもできない。

これらの判示は、労働者派遣法40条の7の文理に基づき、公務員の任用や勤務関係に関する基本的見地を踏まえて、同条の趣旨と解されるところを導き出した上、「適切な措置」の解釈、中でも、同条1項は、労働者派遣の役務の提供を受けた行政機関にその実施、内容の決定につき裁量権を付与したと解されることを明らかにしたといえることができる。本判決及び第1審判決は、同条に関する初めてに裁判例ながら、立法資料等に乏しい同条に関して（注3）、その文理及び趣旨に即した解釈を施した先例として今後参照されるものと思われる。

(ウ) B刑務所長の行為の労働者派遣法40条の6第1項5号該当性等に関する本判決の判断について

① 本判決は、

I 刑事施設の自動車運転業務については、平成20年度から請負契約を締結する方法による民間委託の対象となっており、法務省矯正局は、本件請負契約が

締結された平成 28 年度についても、全国の刑事施設に対し、請負契約が可能であり、これによるの方針を示していたこと、

II 本件請負契約には業務管理責任者の定めも置かれていたこと、

III B 刑務所においては、遅くとも平成 24 年度以降自動車運行管理業務が請負契約の対象とされていたが、本件是正指導を受けるまで、これが労働者派遣に当たるといった指摘が労働局その他の関係機関からされたことはなかったこと、

IV B 刑務所の自動車運転業務に係る輸送事務を担当していたのは総務部用度課長に、本件請負契約の締結日に就いた E 課長は、本件請負契約の締結及びこれに基づく業務の遂行に当たり、前任者から問題点や留意点等について引き継ぎを受けたことはなかったこと、

V E 課長は、大阪医療刑務所の職員が、A に雇用されている X に対し、自動車の運行に関し、時間や行先を口頭又は書面で伝えることは、本件請負契約の対象である業務の内容を伝達しているだけであり、X に対する指揮命令に該当しないと認識しており、大阪医療刑務所の刑務官（運転担当）の職務と A の従業員の業務とが混在していることの問題性等については認識できていなかったこと、

を認定し、これらの事実によれば、本件是正指導を受けるまで、大阪医療刑務所長が、X の本件就労が労働者派遣による役務の提供に当たり、労働者派遣法の規制に従うことなくこれを受けることが法律上許されないことを知っていたとは認められないとし、したがって、大阪医療刑務所長が、これを知りながら、労働者派遣法等の法規制の適用を免れる目的で敢えて本件請負契約を締結して労働者派遣の役務の提供を受けたと認めることはできないとした。

上記①から⑤までの事実の中では、本判決は、①、②の事実を相対的に重視し、自動車運転業務は、本来請負契約による民間委託の方法を採用することが可能であり、これによるの方針が法務省矯正局から示されていた以上、B 刑務所長、用度課長、矯正管区担当者としては、（その留意点として示された、請負人の労働者に対して直接指揮命令をすることはできないなどのことに対する注意が客観的にみて足りなかったとの批判は免れないけれども、その主観において）本件請負契約を、労働者派遣法の規制の潜脱等の何らかの意図を達するための名目、形骸、仮装と考えていたとは到底認められないと判断したものと理解できようか。

② 労働者派遣法 40 条の 6 第 1 項 5 号所定の同法その他の「規定の適用を免れる目的」の有無を判断した事例として、別紙「「免れる目的」の判断事例」掲記のものがある。

未だ多くない判断事例から裁判例の傾向といったものを見て取ることはできないが、強いていえば、注文者又は委託者と X 従業員の使用者である請負人又は受託者との間の契約の締結等を巡る経緯が重視されており、両名の間で請負契約、業務委託契約等が選択された経緯やその縁由とみられるものが注目された事例があるという程度のことはいえようか。

③ これらのようにいえるとなると、本判決の事例判断も、Aとの間の契約を請負とした理由、縁由につき、支出負担行為担当官及びその補助職員等の立場ないし主観においては、事務連絡に示された本省の方針に従うという以上のものはなく、労働者派遣法の規制の潜脱等の意図などは到底見いだせない認定判断した事例であり、若干の先行事例と概ね同様の着眼によりつつ、手堅い事例判断を下したものと評価することができると考えられよう。

エ 実務上の留意点

(ア) 「免れる目的」の認定について

「免れる目的」は、労働者派遣法 40 条の 6 第 1 項 5 号の私法上の制裁としての性格から発注者・委託者の主観的要件とされたものであるから、取り分けてこの点が認定されないことを期待ないし想定し、そのための用意をあらかじめ採っておくといったことは意味がない。行政機関における役務に係る契約事務としては、契約の種類として請負や業務委託を選択することの適否を十分に考慮し、これらを選択した場合には業務上の指示その他の管理の仕方に注意するといった、偽装請負等の状態を現出させないため発注者・委託者において留意すべき点とされたところを守っていくという当たり前のことに尽きよう。

(イ) 「適切な措置」について

労働者派遣法 40 条の 7 に関する本判決の判示は、具体的権利性の不付与、行政機関の裁量権等といった同条の一般的な解釈問題については、後に続く裁判実務への大きな影響力を持つと考えられる。しかしながら、現に採った処置が訴訟上どう評価されるか（言い換えると、各個の事案において行政機関に付与される裁量権の限度がどのように判断されるか）は、本判決が「適切な措置」の具体例として「他の機関における非常勤職員募集の情報を提供することや、一定期間経過後に欠員が生ずる見込みがある場合にその情報を提供することなど、当該派遣労働者の雇用の安定を図るに資する事実行為を含む様々な行為」を挙げていることを踏まえても、予測が難しい。同条が同法 40 条の 6 の「趣旨を踏まえて」措置を講じなければならないとしていること、飽くまで「適切な措置」の例示としてではあるが同法 40 条の 7 第 1 項が「採用」を明示していることからすれば、現行法の下では、ひとたび同法 40 条の 6 第 1 項 5 号の偽装請負等の状態を現出させてしまった以上は相当に手厚い対応をすべきであるとの立場からの、本判決とは指向を異にする判断例が今後現れる可能性もあるように思われる。もっとも、実際上は、職員募集の情報提供等がある程度の期間にわたり継続して行うといったことのほかには考えにくいであろうか。

(注 1) そのほか、X は、①行政事件訴訟法 3 条 5 項に定める不作為の違法の確認の訴えとして、Y が X につき採用をしなかったことの違法の確認を、②同条 6 項 1 号に定める義務付けの確認の訴えとして、Y が X を採用することの義務付けを、③同項 2 号に定める義務付けの確認の訴えとして、②と同旨を、④同法 4 条前段所定の訴え（実質的当事者訴訟）として、Y が X を B 刑務所における非常勤職員として採用すること又はその採用手続をすることの給付を、それぞれ求めていた。本判決は、X が労働者派遣法 40 条の 7 第 1 項に基づき採用に係る法令上の申請権を有するとは解されないから、同法 37 条、37 条の 3 第 2 項所定の要件を満たさないこと（上記①、③）、Y が X を採用しな

いことにより、Xに重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がないとは認められないから、同法 37 条の 2 第 1 項所定の要件を満たさないこと（上記②）、非常勤職員としての採用は行政処分であるから、これを行うことを実質的当事者訴訟によって求めるのは法の予定するところではなく、「採用手続」を求める訴えの部分は具体的な給付内容が特定されているとはいえないこと（上記④）をそれぞれ指摘し、すべて却下すべきものとした。これらの判断は、労働者派遣法 40 条の 7 第 1 項について本判決の明らかにした解釈に基づき、行政事件の訴訟要件や給付訴訟一般の訴訟要件に関する通常の処理をしたものであるから、それ自体に採り上げるべき論点はない。一方、同項の解釈は、先例がなく本報告で検討すべき法律問題であるが、訴えの適法性について問題のない本件損害賠償請求にも関係する事項であるから、本報告では、専ら本件損害賠償請求に関する本判決の判断について検討することとする。

（注 2）判示の「これ」が何を指すかは、やや不分明である。文脈上は一応「請負その他の名目で契約を締結すること」と解されるが、今は判文のまま記載しておく。

（注 3）労働者派遣法 40 条の 7 に関しては、参考となる立法資料等が甚だ乏しいようである。立案検討や国会審議におけるものは、平成 22 年 4 月 16 日の衆議院本会議において長妻昭厚生労働大臣がした「違法派遣を受け入れた派遣先が国あるいは地方自治体である場合であっても、派遣労働者の派遣先での直接雇用を図るという労働契約申し込みみなし制度と同様の措置となります」との簡略な答弁のほかには、今般調べた範囲では見いだすことができなかった。学説も、本件の第 1 審判決の後にされたその評釈以外には見当たらない。そのうち、小西康之「労働者派遣法 40 条の 7 の解釈と 40 条の 6 の免脱目的の判断時期」ジュリスト 1577 号 5 頁は、「国・地方公共団体を例外的な扱いとすることの是非をあらためて問う機会を提示した」と述べながらではあるものの、採用に関する具体的権利が本条によって生ずるとは解されないことを認めている。他の評釈は、第 1 審判決の結論に強く反対し、「本判決は、（中略）派遣法 40 条の 7 をことごとく歪曲し、あまりにも無理な解釈を重ねる拙劣な内容である。（中略）派遣法 40 条の 7 は 40 条の 6 の存在を承けて、違法派遣を行なってきた国に対し、民事制裁を課す規定であって、（中略）40 条の 6 の適用を受ける企業と 40 条の 7 の適用を受ける国・地方自治体は、派遣法上は同列であって、訴訟の性格も同じと解すべきである」（萬井隆令「派遣法 40 条の 7 と「採用その他の適切な措置」の意義」労法旬 2017 号 30 頁）、「本件においては、法務省の一地方裁判所の裁判官自身が、所属する発注組織である Y（国・法務省）にあらがうことは難しく、身内の Y 大阪医療刑務所（所長）に忖度する極端な解釈を選択せざるを得なかったということがあるのかもしれない」（春田吉備彦「公的機関における違法派遣と公的機関が行うべき「採用その他の適切な措置」について」労働判例 1279 号 104 頁）と述べるもののみである。

（2）続いて、会員間の討議が行われた。

○労働者派遣法 40 条の 6 第 1 項 5 号において「免れる目的」を要件として明記した点や同法 40 条の 7 第 1 項において国又は地方公共団体の機関に対する規定を置いた理由については、どういう場面が免れる目的に該当するのかといった立法趣旨や立法経緯が明らかとなっておらず、実際には現実的な解釈論や実務を離れた規定となっているのではないかと考える。公務の場合における業務委託は通達にもあるように民間の活力を活かすということで開始された経緯もあり、労働者派遣法等の法規制の適用を免れる目的で請負契約を締結する事案はないのではないかと考える。一方、労働者派遣法については規制も緩和されており、今後同法 40 条の 6 が適用される場面は少なくなっていくのではないかと考える。

○行政組織における入札手続について、派遣契約の場合には物品役務の入札手続が必要となり、例えば、施設の監視等の特殊性、専門性の高い業務の場合、長年従事する者に勤務を継続してもらいたいといった事情がある中で派遣契約の入札となると、落札業者が分からず業務レベルが維持できなくなる恐れや業務の効率性が危ぶまれるといった懸念が生じ、結果として請負契約を締結し、労働者派遣法に抵触してしまうことも起こり得るのではないかと考える。入札手続において低いコストで落札した業者が人の起用に関する業務を行うという形態が人材確保としての本来の目的を果たしているのかという点に疑問を持っている。また、偽装請負の規制が当局側及び労働者側の双方にとって自由な人材の運用を妨げているとも考える。

○法律解釈としては、労働者派遣法を潜脱するという積極的な意識がなければ、結論として免脱目的は認定されないと考えるが、公務組織において免脱目的が認められるのはどういう場面か注視していきたい。更に、免脱目的が認定されたとしても、国又は地方公共団体が私法上の採用等の契約を締結するといったことは通常想定されないことから、本判決のとおり次年度の採用枠を伝えるといった情報提供を行うことで講ずべき義務を果たしたことになるかと考えるが、もう一步踏み込んで、例えば、近隣の刑事施設における採用情報を提供するなどといった他に何かできることがないかを検討し、実施した内容を記録しておくといった対応が望ましいのではないかと考える。偽装請負と認定されないために、直接の指示や指揮命令をしないということに尽きるのではないかと考える。

○労働者派遣法 40 条の 6 第 1 項 5 号に規定された免脱目的は、私的自治の原則に対する強烈な介入規定と捉えられ、ペナルティを課すための要件として悪質性が本来的に必要であると考えるところ、国又は地方公共団体においてペナルティを課されるような事態が生じることが現実的でないのではないかと考える。また、同法 40 条の 7 において採用その他の適切な措置を講じなければならないと規定するが、本判決にもあるとおり直ちに公務員の地位が生ずる効果をもたらすことは相当ではないことから、結局のところ、公務員関係を擬制するまでの効果を認めがたい以上、こうした擬制は基本的には働かないことを意味する規定と捉えられるのではないかと考える。

○労働者派遣法 40 条の 7 第 1 項 5 号の免脱目的について、一審判決も本判決も労働者派遣法等の法規制の適用を免れるために「あえて」請負その他労働者派遣以外の名目で契約を締結し、かつ役務の提供を受けることをいうものと解するのが相当であるとしているが、この「あえて」という表現を入れたことは重要であると認識している。言い換えると、法律上許されないことを知っていたにもかかわらずそうしたことに意を払わずに、積極的に契約を締結して役務の提供を受けていた場合には免脱目的

に該当すると見なされるのではないか。本件でも問題となった是正指導の有無、是正指導の内容、違法状態があればその解消の有無、解消の時期といった点が免脱目的の判断要素になると考える。民間企業を当事者とする裁判例では是正指導の前後の経過が重要視されたものもあり、裁判所としては是正指導があった場合の対応に重きを置いていると捉えている。

○労働者派遣法 40 条の 6 第 1 項 5 号における「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」との規定からいわゆる「法の不知」は許されるのか、すなわち法律で規定されていることを知らずに主観的な目的もなく偽装請負を行った場合には本条は適用されないのかについては、平成 27 年 4 月 24 日労働政策審議会職業安定分科会労働力需給制度部会における需給調整事業課長発言において「労働者派遣法又は同法の規定により適用される労働基準法等の規定の適用を免れる目的の認識としては、違法性の認識を有しながら、それでもあえて偽装請負等の状態を続けるというときであれば、労働契約申込みみなし制度の適用をするべき」という説明がされており、主観的な違法性の認識を有する場合に本条は適用され则认为る。

○本件では労働局からは是正指導がなされた後、労働者派遣契約に切り替え、再度、請負契約に戻したという経緯をたどっているところ、改めて請負契約を締結したという当局にとって不利な事実の存在が、免脱目的ありと見なされることにならないかという疑問を持った。この点、労働局の指導に従わないということは一種の悪質性を基礎付けると考えるが、B 刑務所としては法務本省からの指示に従っただけであり、免脱目的はないとされたところ、一般的な見方からすると、国の機関である医療刑務所が同じく国の機関である労働局から改善指導を受けること自体に問題があり、免脱目的の有無が争われた民間の裁判例を踏まえると、今後、当局側に厳しい判断がされることも有り得るのではないかと考える。

○免脱目的の主体として誰についてどういった形で判断するかについては、労働者派遣法 40 条の 7 の条文上はその冒頭で派遣の役務の提供を受ける者が国又は地方公共団体の機関である場合と規定しているため、「機関」が契約を締結し役務の提供を受ける主体となるのではないか。そして、契約締結権限を持つ者がこの機関に当たるという条文解釈をした上で、補助機関である実務担当者の認識は織り込まれるものと考ええる。

(3) 次回会合は、7 月 24 日（木）に開催することとした。

以上