

はしがき

筆者が弁護士になってから、既に25年以上の歳月が流れたが、その間、ほぼ一貫して、使用者側の労働事件・相談を主な仕事としつつ、一部、一般民事・会社法関係の仕事にも従事してきた。

そうした中、特に使用者側の労働事件・相談を扱う際に常に念頭に置かねばならないことは、特定のある労働者（あるいは、その労働者が所属する労働組合）との紛争に入る場合であっても、当該企業の労働者（従業員）全体の信頼を害するようなことに至らないようにせねばならない、ということである。すなわち、使用者が一人の労働者（あるいは一つの労働組合）に対して行う施策、措置は、他の労働者に対する関係で公平、公正なものであるか、少なくとも、公平、公正を重視しているという使用者の姿勢が不可欠である。この公平、公正の重視という姿勢に、一番、便宜かつ有用な道しるべとなるのが、法令であり、厚労省等の指針であり、さらには裁判例である。ことに裁判例は、具体的な紛争において、使用者と労働者がとった行動が説示されている点の特徴である。もとより、裁判例というのは、常に既発生の案件に対する解決策（指針）であり、その意味で、社会経済の実勢（ことに、急激な技術革新とグローバル化の時代に照らして）からすれば、常に「時代遅れ」のリスクは負ってはいる。しかしそれも含めて、裁判例が納得性を確保するための重要な材料であることは疑いをいれない。そういった日頃の思いを込めて、本書においては、比較的、筆者が有用と感じてきた裁判例の解説、俯瞰に重点を置いたところである。もちろん、個々の裁判例の重要性、説示の趣旨の評価は、個々人で異なり得るところであり、読者は本書での俯瞰に過度に拘泥することは好ましくはないが、実務における最初の道しるべとして、参考になれば幸いである。

末筆ながら、本書の刊行にあたっては、有斐閣編集部の亀井聡様、笹倉武宏様をはじめとする関係者各位、及び当事務所のパラリーガル担当者にも、大変なお手数をおかけした。ここに、厚く謝意を申し上げる次第である。

2019年11月

岡芹 健夫

PART 1**個別的労働紛争****CHAPTER 01****労働契約性**

I. 労働契約性についての紛争の所在	2
II. 用役利用者と用役提供者との契約	4
1. 契約の種類	4
(1) 請負契約関係（民法 632 条）	4
(2) 委任・準委任（民法 643 条, 656 条）	4
(3) 委託	4
2. 労働契約とその他の用役利用契約の区別の判断	5
(1) 判断基準の原則	5
(2) 裁判例	5
i 最高裁判例…5 / ii 最高裁判例以外の裁判例（労働契約性肯定例）…7	
iii 最高裁判例以外の裁判例（労働契約性否定例）…8	
3. 実務の具体的対応	9

CHAPTER 02**労働契約の成立**

I. 労働契約の成立・不成立に関する紛争の所在	11
II. 採用内定の意義と法的性質, 効果	11
1. 採用内定の性質	11
2. 採用内定の問題の所在	12
III. 採用内定の判断基準の考察	12
1. 最高裁判例の俯瞰	12
2. 他の裁判例の俯瞰	13
3. 実務の具体的対応	14
IV. 契約の成否に関するその他の紛争例	14
1. はじめに	14
2. 基本的認識と裁判例	15
3. 実務の具体的対応	16

CHAPTER 03**成立した労働契約の内容**

I. 紛争の背景と実益	18
II. 判断基準の考察	18
1. 裁判例の俯瞰	18
2. 実務の具体的対応	20

CHAPTER 04**採用の自由**

I. 採用の自由に関する紛争例と問題の所在	22
II. 採用の自由とその限界についての考察	22

CHAPTER 05**使用者**

I. 問題の所在	25
II. 黙示の労働契約の成否の問題	25
1. はじめに	25
2. 裁判例	26
(1) 否定例	26
(2) 肯定例	29
3. 実務の具体的対応	30
III. 法人格否認の法理	31
1. 問題の生じ方	31
2. 法人格否認の法理の内容	31
3. 裁判例	32
(1) 否定例	32
(2) 肯定例	34
4. 実務の具体的対応	36

CHAPTER 06**労働契約の承継**

I. 問題の所在	39
II. 会社の合併	39
1. 会社合併の意義	39
2. 労働契約の承継の内容	39
III. 事業譲渡	40
1. 事業譲渡の意義	40
2. 事業譲渡による労働契約承継の効果	40
3. 裁判例	41
(1) 労働契約の承継の基準	41
(2) 労働契約承継の合意の解釈	42
(3) 法人格否認の法理, 実質的同一性	43
i 肯定例…44 / ii 否定例…45	
4. 実務の具体的対応	46
IV. 会社分割	47
1. 会社分割の意義	47
2. 会社分割の法制度	48
(1) 概要	48
(2) 会社分割による労働契約承継の効果と手続	48
i 労働契約承継の効果…48 / ii 「主として従事する労働者」の判断…49	
(3) 労働契約承継の手続	50
i 労働契約承継法7条の措置(7条措置)…50	
ii 商法等改正附則5条の協議(5条措置)…50 / iii 労働者, 労働組合への通知…51	
3. 裁判例	51
(1) 労働契約承継肯定例	51
(2) 労働契約承継否定例	53
4. 実務の具体的対応	54

CHAPTER 07**試用期間**

I. 問題の所在	56
----------	----

II. 試用期間および本採用拒否の法的性質、有効性の判断基準の考察	56
1. 試用期間の法的性質	56
2. 本採用拒否の有効性	57
3. 試用期間の長さ	59
4. 試用期間の延長をめぐる裁判例	59
5. 有期労働契約が試用期間と解釈された裁判例	60
III. 実務の具体的対応	62

CHAPTER 08

賃金（残業の問題を含む）

I. 残業代に関する紛争	64
1. 問題の所在	64
2. 労働している時間帯が問題となる紛争類型	65
(1) 労働時間の把握	65
(2) 裁判例の俯瞰	66
3. 実務の具体的対応	67
4. 労働時間に該当するかが問題となる紛争類型	68
(1) 労働時間の定義	68
(2) 裁判例の俯瞰	69
i 朝礼、更衣時間等に関する紛争についての裁判例	69
ii 手待ち時間・待機時間に関する紛争についての裁判例	70
iii 警備員・管理人の仮眠時間等	72
iv 使用者からの残業指示の有無に関する紛争についての裁判例	74
(3) 実務の具体的対応	76
5. 残業代の支払が必要な場合であるか否かが問題となる紛争類型 （事業場外みなし、固定残業代制、管理監督者への該当性等の問題）	77
(1) 問題の所在	77
(2) 固定残業代制についての紛争	77
i 問題の所在	77
ii 裁判例の俯瞰	78
(3) 実務の具体的対応	81
(4) 管理監督者についての紛争	82
i はじめに	82
ii 行政上の指針	83
iii 裁判例の俯瞰	83
iv 実務の具体的対応	88
(5) 事業場外みなし制と裁量労働制	89
i はじめに	89
ii 事業場外みなし制	90
iii 裁量労働制	92

II. 賃金の金額の減額をめぐる紛争	94
III. 賃金支払の4原則をめぐる紛争	94
1. 賃金の4原則の概論	94
2. 全額払いの原則についての紛争	94
(1) 裁判例	94
(2) 実務の具体的対応	96
IV. 賞与, 退職金, 年俸をめぐる紛争	96
1. 賞与に関する紛争について	97
(1) はじめに	97
(2) 裁判例	97
i 金額について…97 / ii 支給時期および支給条件について…98	
(3) 実務の具体的対応	98
2. 退職金に関する紛争について	99
(1) はじめに	99
(2) 裁判例	100
i 懲戒解雇における退職金不支給・減額の場合…100	
ii 競合他社への就職などといった非違行為を理由とする不支給・減額の場合…102	
(3) 実務の具体的対応	105
3. 年俸に関する紛争について	105
(1) はじめに	105
(2) 年俸制に関する残業代についての行政通達, 裁判例	106
(3) 実務の具体的対応	106

CHAPTER 09**労働時間**

I. 1日の労働時間に関する紛争	108
1. 時間外労働と業務命令	108
(1) 問題の所在	108
(2) 36協定の締結のしかたに関する法令, 裁判例	109
(3) 時間外労働の業務命令の可否についての裁判例	110
(4) 実務の具体的対応	111
2. 変形労働時間制	112
(1) 制度の概要	112
(2) 裁判例	112

(3) 実務の具体的対応	114
II. 労働日に関する紛争	115
1. 法定休日について	115
(1) 法定休日の特定	115
(2) 休日の振替	115
i 法規制	115
ii 裁判例および実務の具体的対応	116
2. 年次有給休暇	117
(1) 法規制	117
(2) 年休使用の用途および目的について	118
i 法規制	118
ii 裁判例	118
iii 実務の具体的対応	120
(3) 使用者の時季変更権および計画年休制について	120
i 法規制	120
ii 裁判例	122
iii 実務の具体的対応	124
(4) 年休取得と不利益取扱い	124
i 法規制	124
ii 裁判例	124
iii 実務の具体的対応	126

CHAPTER 10

配転・出向・転籍

I. 配転	128
1. 配転の概念	128
2. 配転命令の限界	128
3. 裁判例	130
(1) 職種の限定・勤務地の限定について	130
i 職種の限定の合意の有無について	130
ii 勤務地限定の合意の有無について	131
iii 職種の限定・勤務地限定合意が認められる場合の配転命令の効力について	133
(2) 配転命令の権利濫用の有無について	134
i 権利濫用の判断基準——東亜ペイント事件判決	134
ii 業務の必要性および配転命令における動機・目的について	135
iii 労働者の不利益の程度について	136
iv 配転命令の有効性と配転命令に従わない労働者に対する解雇の効力との関係	139
4. 実務の具体的対応	140
II. 出向・転籍	142
1. 出向・転籍の意義, 異同	142
2. 出向・転籍の要件および限界	143
(1) 出向の場合	143

(2) 転籍の場合	143
3. 裁判例	144
(1) 出向についての裁判例	144
i 出向命令の根拠について…144 / ii 出向命令と権利濫用の有無について…145	
(2) 転籍についての裁判例	147
4. 実務の具体的対応	148

CHAPTER 11**昇格・降格**

I. 昇格	150
1. 昇格の法的意義	150
2. 昇格についての裁判例	151
(1) 昇格差別の合法・違法性について	151
i 男女差別の例…151 / ii 労働組合員差別の例…151 / iii その他の例…153	
(2) 昇格差別があった場合の救済方法について	153
3. 実務の具体的対応	155
II. 降格	156
1. 降格の意義および種類	156
2. 降格の各類型の法的性格	157
(1) 職制上の役職・職位を下げる降格の法的性質（昇進の反対措置）	157
(2) 職務遂行能力の資格・等級・グレード等の地位を下げる降格（昇格の反対概念） の法的性質	157
(3) 懲戒処分としての降格	158
3. 降格の裁判例	158
(1) リーディング・ケース	159
(2) 職制上の役職・職位の降格（昇進の反対概念）について	159
i 原則論および労働契約の内容からくる制約…159 / ii 権利濫用法理からくる制約…160	
(3) 職務遂行能力の資格・等級・グレード等の地位を下げる降格（昇格の反対概念） について	166
i 職務遂行能力の資格・等級・グレード等の地位を下げる降格を有効とした例…166	
ii 職務遂行能力の資格・等級・グレード等の地位を下げる降格を無効とした例…166	
4. 実務の具体的対応	167

CHAPTER 12**雇用平等，ワーク・ライフ・バランス**

I. 男女平等	169
1. 男女平等の原則とその法制	169
2. 賃金差別について	170
(1) 裁判例	170
(2) 実務の具体的対応	172
(3) 賃金差別以外の差別について——昇進・昇格差別，不利益取扱い等	173
II. 母性保護（産前産後休業等）	174
1. 母性保護に関する法規制	174
2. 裁判例	175
3. 実務の具体的対応	177
III. 育児介護休業	178
1. 法規制	178
(1) 育児休業	178
(2) 介護休業	180
2. 裁判例	182
3. 実務の具体的対応	186

CHAPTER 13**ハラスメント**

I. はじめに	188
II. セクシュアル・ハラスメント	188
1. 定義および法令	188
2. セクシュアル・ハラスメント防止のため使用者会社が行うべき施策	189
3. セクシュアル・ハラスメントがあった場合の使用者の責任	190
4. 裁判例	190
(1) 「職場」の認定	190
(2) 使用者会社の防止義務	191
(3) セクシュアル・ハラスメントの行為の認定	191
(4) セクシュアル・ハラスメントの加害者への処分	192
(5) 実務の具体的対応	194

III. パワー・ハラスメント	196
1. 定義および法令	196
2. 関連する諸問題	197
3. 裁判例	198
(1) 部下への指導の目的・程度が問題となった例	198
(2) 人格侵害的言動	199
(3) 過大なノルマ	199
(4) 注意・指導の場所	200
(5) 指導・叱責の時間および時間帯	200
(6) 上司と部下の人間関係	201
(7) 判断が微妙な例——一審と二審との判断が異なった例	202
4. 実務の具体的対応	204

CHAPTER 14**安全配慮義務**

I. 労働契約と安全配慮義務	207
1. はじめに	207
2. 安全配慮義務の内容とその違反による損害賠償責任	207
(1) 安全配慮義務の内容	207
(2) 相当因果関係	208
(3) 過失相殺	208
II. 労働者災害補償保険法による補償	208
1. 労基法の災害補償と労働者災害補償保険法による補償	208
2. 労災保険法の補償の認定（労災認定）	209
(1) はじめに	209
(2) 補償対象となる者	209
(3) 業務上の認定	209
i はじめに…209 / ii 脳・心臓疾患についての業務上の認定…210	
iii 石綿による疾病についての業務上の認定…211 / iv 精神障害についての業務上の認定…211	
3. 労災保険法による補償と使用者会社の損害賠償責任との関係	212
4. 裁判例	213
(1) はじめに	213
(2) 脳、心臓疾患等の損害の場合	214
(3) 石綿健康被害の場合	216

(4) 精神障害の場合（自殺を含む）	217
5. 実務の具体的対応	219

CHAPTER 15

懲戒

I. 企業秩序と懲戒	222
II. 服務規律	222
1. 服務規律の意義・内容	222
2. 服務規律の限界——労働者の権利との調和	223
III. 懲戒権	224
1. 懲戒権の根拠と限界	224
2. 懲戒処分 of 意義, 種類	225
(1) 譴責, 戒告	225
(2) 減給	225
(3) 出勤停止, 停職（懲戒休職）	225
(4) 降格・降職	226
(5) 諭旨解雇（諭旨退職）・懲戒解雇	226
IV. 懲戒処分 of 有効要件	227
(1) 就業規則の根拠および一事不再理	228
(2) 懲戒事由についての使用者会社の認識	228
(3) 濫用のないこと	228
V. 懲戒事由	229
(1) 職務懈怠（勤怠不良）	229
(2) 業務命令違反	229
(3) 職場規律違反	229
(4) 経歴詐称	230
(5) 私生活上の非行	230
(6) 二重就労（兼職）の禁止	231
VI. 裁判例	231
1. 総論的問題	232
(1) 就業規則との関係	232
(2) 懲戒事由の遡及適用の可否および一事不再理の原則	232
i 懲戒事由の遡及適用…232 / ii 一事不再理…232	

(3) 懲戒権行使と懲戒事由の認識	234
(4) 懲戒手続	235
i 告知, 弁明の機会の付与	235
ii 懲戒手続についての規定	235
(5) 懲戒処分と不法行為	236
2. 各論的問題——懲戒事由毎の懲戒権濫用の有無	237
(1) 職務懈怠	237
i 無断欠勤等の外形的な不就労の例	237
ii 外形的には就労しつつ内実に問題がある例	238
iii 精神的不調者の例	239
(2) 業務命令違反	239
i 上長の指示・命令に対する違反	239
ii 残業命令拒否	240
iii 配転拒否	240
iv 危険業務の拒否	241
v 受診命令の拒否	241
(3) 職場規律違反	243
i 横領, 背任, 使用者備品の不正利用・損壊, 暴行等の不正行為	243
ii 企業内の造反行為, 使用者会社・上司への誹謗中傷, 職場における協調の欠如等	244
iii 上司の部下に対する指揮・監督責任	245
(4) 経歴詐称	246
(5) 私生活上の非行	247
(6) 二重就労(兼職)の禁止	250
(7) 内部告発行為	251
i 内部告発行為についての法的保護	251
ii 懲戒無効例	252
iii 懲戒有効例	253
(8) 企業施設の無断使用等(政治活動, 組合活動)	254
VII. 実務の具体的対応	256
1. 懲戒処分についてよくみられる課題への対策	256
2. 最終的な判断	258

CHAPTER 16

休職と自宅待機

I. 意義・根拠, その他の概念との異同	260
II. 休職	261
1. 休職の種類	261
(1) はじめに	261
(2) 傷病休職	261
(3) 事故欠勤休職	262
(4) 起訴休職	262
(5) その他の休職	262

2. 裁判例（傷病休職に関するものについて）	263
(1) 傷病の業務起因性について	263
(2) 治癒（復帰可能性）の判断について	264
i 原則…264 / ii 判断時期, 対象職務についての拡張…265	
(3) 治癒（復帰可能性）の判断材料	267
i 判断材料の提供について…267 / ii 相対する医師の判断の判定・選択…268	
III. 実務の具体的対応	269

CHAPTER 17

労働条件の変更

I. 不利益変更の態様	273
II. 不利益変更の意義・方法	274
1. 不利益変更の意義	274
2. 不利益変更の方法	274
(1) 同意による方法	274
(2) 就業規則の不利益変更による方法	274
(3) 労働協約による方法	275
(4) 有期労働契約の契約更新時における労働条件の不利益更新	276
III. 裁判例	276
1. 不利益変更の意義	276
2. 労働者の同意による不利益変更	277
(1) 労働者が異議を申し出ない場合と黙示の合意の成立	278
(2) 不利益変更への合意が真意に基づくものといえるか	279
3. 就業規則変更による不利益変更	281
(1) 大曲農協事件	281
(2) 第四銀行事件	282
(3) みちのく銀行事件	283
(4) 函館信用金庫事件	285
4. 労働協約による不利益変更	286
(1) 最高裁判例	286
(2) 下級審裁判例	288
(3) 小括	289
5. 有期労働契約の契約更新時における労働条件の不利益更新	290

IV. 実務の具体的対応	292
--------------	-----

CHAPTER 18	解雇（懲戒解雇を除く）
-------------------	--------------------

I. 解雇の意義・類型	294
1. 解雇の意義	294
2. 解雇の理由の類型	294
II. 解雇の法規制	296
1. はじめに	296
2. 労契法 16 条, 17 条以外の法規制の主なもの	296
(1) 労基法によるもの（労基法 20 条以外のもの）	296
(2) 労基法以外による制限	297
(3) 労基法 20 条（解雇予告）による法規制	297
i 法規制の内容…297 / ii 解雇予告が適用とならない労働者…298	
iii 解雇予告義務違背と解雇の効力…298	
(4) 就業規則による制約	299
3. 解雇権濫用禁止の法理	299
(1) 労契法 16 条	299
(2) 労契法 17 条	300
III. 労契法 16 条, 17 条にかかる裁判例	300
1. 労働者側の事情による解雇（能力, 適格性, 秩序違反等）	301
(1) 勤怠不良	301
(2) 能力不足, 成績不良	301
i 有効例…301 / ii 無効例…302	
iii 労働契約における職種や地位の特定の意味について…302	
(3) 心身の傷病	303
(4) 配転・出向等の命令違背	304
(5) 職場における非違行為	304
(6) 職場外（私生活上）の非違行為	306
(7) 実務の具体的対応	307
i 総論——判例調査の重要性…307 / ii 各論——使用者側の対応…308	
2. 使用者側の事情（経営上の必要性）による解雇	309
(1) 整理解雇	309
i 整理解雇の意義…309 / ii 整理解雇の 4 要素…310	

iii	人員削減についての経営上の必要性（整理解雇の要素(a)）	…311
iv	解雇回避措置（整理解雇の要素の(b)）	…313
v	被解雇者選定の合理性（整理解雇の要素の(c)）	…316
vi	解雇手続の合理性（整理解雇の要素(d)）	…319/vii 若干の新しい流れ…323
viii	実務の具体的対応	…323
(2)	企業閉鎖による労働者全員の解雇	…325
i	企業閉鎖（会社解散）と解雇	…325
ii	企業閉鎖による解雇に対する整理解雇法理の適用の適否	…325
iii	企業閉鎖による解雇の裁判例	…327
iv	解散した会社以外との労働契約関係が問題となる事例（使用者性の問題、労働契約承継の問題等）	…328
v	実務の具体的対応	…328
(3)	解雇をめぐるその他の事情が問題となった事案	…329
i	解雇の動機	…329
ii	解雇の手続	…330
iii	解雇事由の告知	…332
3.	普通解雇をめぐるその他問題	…333
(1)	懲戒解雇事由による普通解雇の可否	…333
(2)	懲戒解雇から普通解雇への転換の可否	…334
(3)	解雇時認識していなかった事実（事由）について主張することの可否	…336
4.	解雇の承認（および信義則による解雇無効主張の制限）	…337

CHAPTER 19

解雇以外の雇用終了

I.	はじめに	…340
II.	辞職	…340
1.	辞職の意義	…340
2.	法規制	…340
(1)	期間の定めがない労働契約の場合	…340
(2)	期間の定めがある場合	…341
3.	辞職の法的性格	…341
4.	裁判例	…341
III.	合意解約	…342
1.	合意解約の意義	…342
2.	裁判例	…343
(1)	労働者による労働契約解約・終了の申入れの意思表示の瑕疵が問題となる例	…343
(2)	労働者の解約の申入れに対する使用者の承諾の有無について	…345

3. 実務の具体的対応	347
IV. 退職勧奨	348
1. 意義と裁判例	348
2. 実務の具体的対応	349
V. 定年制	349
1. 意義と裁判例	349
2. 実務の具体的対応	351

CHAPTER 20

有期労働契約による雇用

I. 有期労働契約に関する規制	352
(1) 契約期間についての法規制	352
(2) 契約期間中の中途解約についての規制	353
(3) 有期労働契約の更新の規制	353
i 法規…353 / ii 労契法 18 条の要件…353 / iii 労契法 18 条の効果…354	
iv 無期転換権発生の例外…355	
(4) 有期労働契約の更新拒否についての規制	355
i 使用者による有期労働契約の更新拒否の可否…355 / ii やや特殊な場合…356	
iii 有期労働契約の黙示の更新…357	
(5) 「有期労働契約の締結、更新及び雇止めに関する基準」による規制	358
(6) 期間の定めがあることによる不合理な労働条件の禁止	358
i 法規…358 / ii 均等待遇と均衡待遇の判断…359	
II. 定年後の再雇用	360
1. 法規	360
2. 継続雇用における規制	361
III. 裁判例の概観	361
1. 労契法 19 条の適用に関する裁判例	361
(1) はじめに	361
(2) 有期労働契約が実質的に期間の定めのない労働契約となっているとされた裁判例	362
(3) 有期労働契約において、労働者側に雇用関係の継続について合理的期待が認められるとされた裁判例	363
(4) 有期労働契約において、労働者側に雇用関係の継続について合理的期待がないと	

された裁判例	366
(5) 更新回数・期間につき上限が存する場合についての裁判例	368
2. 契約更新における条件の変更	369
3. 有期労働契約の期間満了への整理解雇の法理の適用	370
4. 有期労働契約の黙示の更新	372
5. 期間の定めがあることによる不合理な労働条件の禁止	372
(1) 2つの最高裁判例	372
(2) 下級審の裁判例	376
6. 定年後の継続雇用について	379
(1) 高年法9条の効力	379
(2) 高年法9条1項2号の基準に該当する労働者の請求	379
(3) 定年再雇用時における契約条件の提示について	380
IV. 実務の具体的対応	381
1. 労契法19条の適用について	381
2. 契約更新における条件の変更	382
3. 有期労働契約の期間満了への整理解雇の法理の適用	382
4. 期間の定めがあることによる不合理な労働条件の禁止	383
5. 定年後の継続雇用（再雇用）について	384

PART 2 集团的労働紛争

CHAPTER 01 労働組合加入，結成に関する紛争

I. 労組法における労働組合の法的地位	389
1. 労働組合の概念，種類	389
2. 労働組合の要件	390
(1) 労組法上の「労働者」	390
i 法令…390 / ii 裁判例…390	
(2) その他の要件	393
i 主体性…393 / ii 自主性…393 / iii 目的…395 / iv 団体性…395	
3. 労働組合の法的保護	395
(1) 憲法上の保護	395

i 団結権…396 / ii 団体交渉権…396 / iii 団体行動権…396	
(2) 労組法上の保護	397
i 不当労働行為の禁止…397 / ii 労働協約の規範的効力, 一般的効力…398	
II. 実務における具体的対応	398

CHAPTER 02**団体交渉**

I. 問題の所在	401
II. 団体交渉の主体・対象事項	402
1. はじめに	402
2. 団体交渉の主体	402
(1) はじめに	402
(2) 裁判例	402
3. 対象事項	405
(1) はじめに	405
(2) 裁判例	406
III. 誠実団体交渉義務	407
1. はじめに	407
2. 裁判例	408
IV. 実務の具体的対応	409

CHAPTER 03**団体行動**

I. 労働組合の団体行動の法的保護	411
II. 団体行動の正当性の要件	411
1. 争議行為	411
(1) はじめに	411
(2) 裁判例	412
2. 争議行為以外の組合活動(団体行動)	415
(1) はじめに	415
(2) 裁判例	417

III. 争議行為への使用者の対抗手段	420
IV. 実務の具体的対応	421

CHAPTER 04

労働協約

I. 労働協約の意義・要件・効力等	423
1. 労働協約の意義・要件	423
2. 効力	423
(1) 規範的効力	423
(2) 規範的効力の人的範囲	424
(3) 債務的効力	425
II. 裁判例	425
1. 労働協約の成立	425
2. 労働協約の効力	427
III. 実務の具体的対応	428

CHAPTER 05

不当労働行為

I. はじめに	430
II. 不当労働行為の成立の有無	430
1. はじめに	430
2. 労組法7条各号の不当労働行為	430
(1) 不利益取扱い	430
(2) 団体交渉拒否	431
(3) 支配介入	431
(4) 報復的不利益取扱い	432
III. 裁判例	432
1. 不利益取扱いに関する例	432
2. 団体交渉拒否の例	434
3. 支配介入の例	434
(1) 使用者会社の従業員による支配介入	435
(2) 使用者会社の言論	436

(3) 会社施設利用拒否	437
(4) 会社解散	439
(5) 労働協約の不履行・解約	439
IV. 実務の具体的対応	440

判例索引	443
-------------------	------------

I. 労働契約の成立・不成立に関する紛争の所在

労働契約をめぐるのは、労働契約の成立の有無について当事者間で、認識が一致しない事例が存する（多くの場合、内定段階における紛争と呼ばれる）。無論、契約成立の有無の紛争は、労働契約以外の契約（例えば、売買契約や賃貸借契約等）においても生じ得るが、労働契約の場合は、労働者としては、賃金を得る機会を失うということになり、事態は深刻である。

II. 採用内定の意義と法的性質、効果

1. 採用内定の性質

労働契約の成立の有無を法的に判断するには、採用内定の意義と法的性質および効果についての理解が必要である。

採用内定とは、一般には、労働契約の成立過程において、(a)使用者による労働者の募集、(b)応募者に対する使用者による採用試験の実施と合格判定、を経て、応募者（の一部）に対して使用者より行われる採用予定もしくは決定の通知のことをいうとされている。これは、多くの場合は、新規学卒者の募集・応募・採用の過程においてみられるものであるが、理論的には、中途採用者でも生じ得る。

実務的には、採用内定には、「採用予定としての採用内定」と、「採用決定としての採用内定」とが存在すると解される。採用予定としての採用内定は、労働契約成立までは進んでおらず使用者による採用予定取消しが想定されているものであり、採用決定としての採用内定は、労働契約成立まで進んでおり、その取消しには、労働契約の取消し、つまりは、労働契約の解約である解雇の要件を満たすことが必要となる、というものである。ただし、実際の紛争事例においては、このいずれに該当するのか、不明瞭な場合もあり、正確な判断には、裁判例の理解が必須となる。

2. 採用内定の問題の所在

採用内定が、前述1でいう採用予定としての内定であるか、採用決定としての内定であるかの違いの実益は以下の通りである。

採用予定としての内定であれば、使用者が内定を取り消しても、内定者としては労働契約上の地位（つまりは従業員であること）を主張することができず、事案によって、使用者が内定者に対して不法行為による損害賠償責任（民法709条）を負うか否かが問題となるに留まる。一方、採用決定としての内定であれば、使用者が内定を取り消す行為は、法的には、労働契約の解約（つまりは解雇）ということとなり、その有効性の判断には労契法16条（無期労働契約の場合）もしくは同17条（有期労働契約の場合）の適用がある。つまりは、内定者は従業員としての地位を主張し、賃金請求権などの権利も主張できる、ということとなる。そのため、採用内定の性質の判断は極めて実益が大きく、使用者側、労働者（内定者）側双方にとって、重要な問題といえる。

Ⅲ. 採用内定の判断基準の考察

1. 最高裁判例の俯瞰

採用内定に関する代表的な裁判例としては、大学新卒者に対する採用内定の労働契約性が問題とされた大日本印刷事件判決（最判昭和54・7・20労判323号19頁）がある。同判決は、使用者側よりなされた「採用内定の段階においては、被上告人が上告人会社において有する地位、受ける給与、勤務時間、勤務場所等、労働契約の内容である労働条件は、なんら明らかにされておらず、労働条件について当事者間に合意が成立したと認めるべき事実はない」との主張に対し、「本件採用内定通知のほかには労働契約締結のための特段の意思表示をすることが予定されていなかったことを考慮するとき…本件誓約書記載の五項目の採用内定取消事由に基づく解約権を留保した労働契約が成立したと解するのを相当とした原審の判断は正当」と判示している。なお、他にも、採用内定の段階において労働契約の成立を認めた最高裁の裁判例として、電電公社近畿電通局事件判決（最判昭和55・5・30労判342号16頁）がある。

上記の裁判例によれば、採用予定としての採用内定と、採用決定としての

採用内定との違いの判断、すなわち、労働契約成立段階に至っているか否かの判断は、「採用通知のほかには労働契約締結のための特段の意思表示をすることが予定」されているか否か、による（なお、ここで成立する労働契約は、一般に、解約権留保付き労働契約といわれる）。つまりは、使用者側が、採用内定通知を出す場合に、採用内定の後に、正式採用の連絡等の「特段の意思表示」を予定していないような場合は、当該採用内定は、採用決定としての内定となると解される。

2. 他の裁判例の俯瞰

最高裁以外の裁判例につき、まず、採用内定につき労働契約成立を認めたものを挙げると、例えば、インフォミックス事件決定（東京地決平成9・10・31 労判726号37頁）は、マネージャー職として中途採用された者への採用内定につき「債務者は債権者に対し、所属、職能資格等級、給与条件、入社希望日等を記載した採用条件提示書を送付し、債権者が…入社承諾書を送付したこと、入社承諾書には『会社の事前の許可なくして、入社日を変更することはありません。』、『入社承諾書提出後は、正当な理由がない場合は、入社を拒否しません。』と記載されていること、債務者は債権者に対し、入社承諾書を受諾した旨伝えるとともに、『入社手続きのご案内』と題する書面を送付し、これ以外に労働契約締結のための手続等は予定しないこと、…の事実によれば、本件採用内定は、就労開始の始期の定めのある解約留保権付労働契約である」として、労働契約が成立しているとし、結論として、使用者からの採用内定取消しを否定した。また、同種、同結論の裁判例として、オプトエレクトロニクス事件判決（東京地判平成16・6・23 労判877号13頁）がある。

一方、採用内定における労働契約成立を否定したものとして、コーセーグループ（第2）事件判決（福岡高判平成23・3・10 労判1020号82頁）は、採用内内定を取り消された者につき、採用内内定とは、正式な内定までの間、使用者が内内定者を囲い込み他の使用者に流れることを防ごうという事実上の活動にすぎないとして、労働契約成立を否定している（ただし、使用者側の採用内内定の取消しの過程につき、信義則違反があるとして、使用者側に採用内内定者に対する55万円の損害賠償を命じている）。

3. 実務の具体的対応

使用者会社側より、採用内定について相談を受ける場合には、採用内定の労働契約成立を否定（採用予定としての採用内定にとどまること）する方向で検討することが期待される場合が多い。そこで、依頼者およびその関係者からの相談、事情聴取の中で、採用内定が労働契約に至っていないことを裏付ける方向での事実（ひいては証拠）が見つけれないかを検討することとなるが、そこでは、まさに前掲大日本印刷事件判決の説示たる、採用内定「通知のほかに」「労働契約締結のための特段の意思表示をすることが予定」されているといえないかを検討することとなる。なお、採用内定については、実務上、①入社日の日付が入っている使用者からの採用内定通知、②内定者からの入社承諾書、③内定者による使用者開催の研修の参加、といったような事象が一つあれば、当該採用内定により労働契約成立に至っていると判断されることが多いことは、参考になると思われる。なお、前掲インフォミックス事件判決なども、入社承諾書とその認定の一要素として挙げている。

実践
知！

採用内定の成立の有無は、労働契約成立の合意についての最終的な意思決定が契約当事者（特に使用者会社側）に留保されているか否かに関わる。近時は、採用についての交渉も電子メールで行われることが多く、その電子メールでのやり取りの中から、採用内定通知が、いまだ、採用決定には至っていないことをうかがわせるやり取りがないかを探していくことも有用である。

IV. 契約の成否に関するその他の紛争例

1. はじめに

最後に、契約成立の有無に関わる紛争としては、採用内定に関わるもの以外にも存在するので、以下に、簡単な基本的認識および紛争をめぐる裁判例とそれを踏まえての実務の対応の考察を述べておくこととする。

2. 基本的認識と裁判例

労働契約も契約であり、両当事者の意思の合致が必要である。しかし、労働契約の場合、例えば売買契約などと比較して、その内容は多岐にわたることが少なくない。中心的要素だけでも、労働者の提供する労務内容、労働時間、賃金額とその内訳・計算方法といったものがあり、その全ての詳細を契約締結前に確定して決定することは難しい。そのため、使用者と労働者との間で、契約内容についてどこまで具体的に合意が成立していれば、労働契約が成立したといえるのかが問題となることが少なくない。

そこで、裁判例の俯瞰であるが、まず、労働契約成立の有無が問題となり、労働契約の成立を肯定した代表的な裁判例をあげると、再掲となるが、大学新卒者に対する採用内定の労働契約性が問題とされた大日本印刷事件判決（最判昭和54・7・20 労判323号19頁）は、「採用内定の段階においては、被上告人が上告人会社において有する地位、受ける給与、勤務時間、勤務場所等、労働契約の内容である労働条件は、なんら明らかにされておらず、労働条件について当事者間に合意が成立したと認めるべき事実はない」との使用者側の主張に対し、同判決は、採用内定の法的性格を論ずる前の判決部分にて、「採用内定の制度は、…その実態は多様であるため、採用内定の法的性質について一義的に論断することは困難というべきである。…具体的事案につき、採用内定の法的性格を検討するにあたっては、当該企業の当該年度における採用内定の事実関係に即してこれを検討する必要がある」として、労働契約内容の合意の範囲については、事実関係に則して考えるべきとし、最終的に、前述Ⅲ1の通り、労働契約の成立を認めている。

他方、労働契約の成立を否定した代表的な裁判例として、日本周遊観光バス事件判決（最判昭和61・11・6 労判491号104頁）は、その原審判決（大阪高判昭和61・4・24 労判479号85頁）の「バス労組と被控訴会社との間において、労働条件さえ折り合えば〇〇を嘱託雇用すること、本件協定という賃金体系のうち勤続7年の乗務員給とすることがひとまず合意されたものの、その余の賃金体系である時間保障給、一時金、及び重要な労働条件となる担当車輛、行き先についてはいまだ合意に達していなかったから、結局〇〇の嘱託雇用契約はその要素の合意を欠き形式的にも実質的にも成立していなかった」との判示を肯定し、労働契約の成立を否定した。また、下級審では、生協イーコープ・下馬生協事件判決（東京高判平成6・3・16 労判656号63

頁)は、友好関係にある2団体において、ある従業員を移籍させることとなり当該従業員も移籍承諾書に署名したが、移籍先と当該従業員との間で雇用条件等が折り合わないままに移籍先より採用拒否の通知を受けたという事案において、「控訴人は、参加生協から被控訴人生協への移籍を基本的に受け入れ、被控訴人生協と雇用契約を締結する方向で話し合いを進めていたものの、それはあくまで、控訴人の考えていたとおりの雇用条件が満たされるということが前提となっていたものであり、そのことは被控訴人生協側にも示されていたこと、しかし、本件では、それらの条件が結局折り合うに至らず、…被控訴人生協から採用を拒否する旨の通知を受けたのであるから、控訴人と被控訴人生協との間に雇用契約が成立したと認めることができない〔註：判示中「控訴人」とは当該従業員、「参加生協」とは移籍元、「被控訴人」とは移籍先のことである〕」とし、移籍先と当該従業員との労働契約の成立を否定した。この裁判例も、労働者と使用者との間に個別具体的な雇用条件につき同意がなければ労働契約が成立しないとした裁判例といえる。

3. 実務の具体的対応

前述2の、労働契約の成立を肯定した裁判例と否定した裁判例とを比較すると、まず肯定裁判例(大日本印刷事件)が大学新卒者の事案なのに対し、否定裁判例の日本周遊観光バス事件判決は、定年後の社員の事案、生協イーコープ・下馬生協事件判決も、すでに雇用関係にある者の移籍の事案であることが特徴として挙げられる。すなわち、新卒者の新規の労働契約の場合は、一括採用ということもあり個別の新卒者と個別の労働条件につき合意することは実際上困難であることに加え、新入の正社員であるから、その労働条件は使用者の就業規則、労働協約といった労働契約以外の根拠によって労働契約の具体的内容の詳細を補完して確定し得るところがあるが、否定裁判例の事案はそうした事情がなかったということが考えられる。依頼者の立場にたつて、新卒者をはじめとする新入社員であるか中途入社であるか、正社員であるか契約社員であるか(ともに、後者の方が、契約時により個別具体的な労働条件の合意が必要とされる度合いが高い傾向にある)、といった事実関係を重要視しつつ、関係者からの事情聴取を通して、弁護士としての法的見解を持つことが肝要である。

I. 問題の所在

契約とは、通常、当事者を明示、特定して締結される。労働契約の場合、労務を提供する労働者と、労務を受けて賃金を支払う使用者とが特定される。しかし、社会的実情として、例えば使用者会社側が複数の法人格によるグループとなっている場合、あるいは、別個の法人格の取引先と密接な関係を有する場合など、一見して使用者が分かりにくい場合が存する（親子会社、注文者と請負、労働者派遣等）。

このような場合でも、平穩に雇用と賃金が確保されていれば、通常、問題が顕在化しないが、労働契約の形式上使用者とされていた使用者会社が、人員削減を行う、あるいは有期の雇用契約を終了させる、といったような場合、労働者としては、自らに対して使用者としての責任（大きなものとしては、雇用を維持し賃金を支払う義務）を有する者が誰であるのか、は重大な意味を有する。ここに、労働契約の使用者が誰か、という問題が生ずる。

労働契約の使用者が問題となる事例としては、実務として多くみられる例として、

- (a) 労働者と労働契約の形式を踏んでいない使用者会社との間の黙示の労働契約の成否が問題となる場合、
- (b) 法人格否認の法理が問題となる場合、
- (c) 事業譲渡や会社分割による場合、

などがみられる。ただし、上記(c)は、いったん、使用者が確定した労働契約の承継の問題として、若干、考慮が異なるので、Chap. 6で触れることとし、本章では上記(a), (b)について検討する。

II. 黙示の労働契約の成否の問題

1. はじめに

社会的実情としては、ある企業が業務を遂行するにあたり、他企業に業務

遂行を注文し、注文を受けた請負企業の雇用する労働者が業務を実行したり（請負契約の場合）、あるいは、派遣先として派遣元から受け入れた派遣労働者が業務を実行していること（労働者派遣契約）は多くみられる。こうした場合、上記の請負企業の労働者、派遣労働者が、自らが直接に労働契約を締結している請負企業あるいは派遣会社ではなく、実際の業務の帰属者である注文者や派遣先を相手に、自己との間に労働契約が成立すると主張する事象がみられる。以下に、裁判例を通して、判断基準を考察する。

2. 裁判例

以下に、注文者と請負企業の労働者、あるいは派遣先と派遣労働者との間の労働契約成立が問題となった例について、肯定例と否定例とに分けて紹介する（なお、ここでは否定例を先に紹介するが、これは、労働契約の直接的当事者をそのまま認めるという点からは否定例が原則であり、当事者間の合意の尊重という点では、肯定例の方が例外的なものと解されるからである）。

(1) 否定例

まず、代表的な裁判例としては、一時期社会的注目を浴びた松下ディスプレイ事件判決（最判平成21・12・18民集63巻10号2754頁）がある。これは、注文者企業より業務を請負っていた請負企業に雇用されていた労働者が注文企業に対して雇用関係の確認等を求めた事件であり、原審（大阪高判平成20・4・25労判960号5頁）において、注文者と社外労働者との間に黙示の労働契約を認めるに至ったものを、最高裁判決において覆した裁判例である。上記最高裁判決は、「被上告人〔註：労働者〕は、…パスコ〔註：請負企業〕と雇用契約を締結し、…パスコから本件工場に派遣され、上告人の従業員から具体的な指揮命令を受けて封着工程における作業に従事していた…のであるから、パスコによって上告人に派遣されていた派遣労働者の地位にあった…。…労働者派遣法の趣旨及びその取締法規としての性質、さらには派遣労働者を保護する必要性等にかんがみれば、仮に労働者派遣法に違反する労働者派遣が行われた場合においても、特段の事情のない限り、そのことだけによっては派遣労働者と派遣元との間の雇用契約が無効になることはない…」、「上告人はパスコによる被上告人の採用に関与していたとは認められない…」のであり、被上告人がパスコから支給を受けていた給与等の額を上告人が事実上決定していたといえるような事情もうかがわれず、かえって、パスコは、

被上告人に本件工場のデバイス部門から他の部門に移るよう打診するなど、配置を含む被上告人の具体的な就業態様を一定の限度で決定し得る地位にあったものと認められるのであって、…上告人と被上告人との間において雇用契約関係が黙示的に成立していたものと評価することはできない」と説示した。すなわち、上記最高裁判決は、労働派遣法の規定に違反した労働者派遣について、労働者派遣契約とそれに伴う派遣元企業・派遣労働者間の雇用契約を無効とまで解する（原審判決）ことなく、それまでの裁判法理（後述）に沿って、注文者企業が、当該労働者の採用、労働条件（賃金等）を実質的に決定しているといった通常の使用者にみられるような意思決定を行っているか否かを基準としたところである。

もっとも、付言すれば、上記松下ディスプレイ事件判決の時点では、現在とは労働者派遣法の内容が異なり、現行の労働者派遣法では、契約形式上は請負契約等の形態となっても、実態上は労働者派遣となっている（注文者企業が請負者企業の労働者を指揮命令下において就業させている）ような、いわば偽装請負の状態を意識して生じさせた場合等は、注文者企業より当該労働者に対して直接雇用の申込みがなされたとみなされるので（労働者派遣法40条の6第1項5号）、一定の範囲で上述の原審判決の結果となるように法改正がなされていることには留意すべきである。

他に、否定例としては、先行的なものとして、サガテレビ事件判決（福岡高判昭和58・6・7労判410号29頁）がある。これは、派遣先企業と派遣された労働者との間の労働契約の成立の有無が問題となった事案につき、「企業がその業務を行うについて必要な労働力を獲得する手段は、直接個々の労働者との間に労働契約を締結することに限定されているわけではなく、広く外注と称せられる種々の方法が存するのが実情であって、…当時者間の意思の合致を全く問題とすることなしに、単に使用従属関係が形成されているという一事をもって直ちに労働契約が成立したとすることはできない」と原則論を述べつつも、「派遣先企業との間に事実上の使用従属関係が存在し、しかも、派遣元企業…の存在が形式的名目的なものに過ぎず、かつ、派遣先企業が派遣労働者の賃金額その他の労働条件を決定していると認めるべき事情のあるときには、派遣労働者と派遣先企業との間に黙示の労働契約が締結されたものと認めうべき余地がある」と、例外的に黙示による雇用契約を認めるべき基準を提示した上で、当該事案については、派遣元は、派遣先から「資本的にも人的にも全く独立した企業であつて、…実質上の契約主体として契

約締結の相手方とされ、現に被控訴人ら従業員〔註：労働者ら〕の採用、賃金その他の労働条件を決定し、身分上の監督を行っていたものであり、したがって、派遣先企業…と同一視しうるような形式的、名目的な存在に過ぎなかつたというのは当たらない。また、他方、控訴人会社〔註：派遣先〕は、製帳社〔註：派遣元〕が派遣労働者を採用する際にこれに介入することは全くなく、かつ、業務請負の対価として製帳社に支払っていた本件業務委託料は、派遣労働者の人数、労働時間量にかかわらず、一定額…と約定していた（これらの金額が製帳社従業員に支払われる賃金総額と直接関連するものとして算出決定されたことを窺わせる資料はない。）のであるから、控訴人会社が被控訴人ら派遣労働者の賃金額を実質上決定していたということは到底できない」として、派遣先と労働者との間の労働契約の成立を否定した。また、セントランスほか事件判決（最判平成4・9・10 労判619号13頁）は、ある会社に雇用されていた労働者が、別会社に出向となり、その出向先が業務委託契約を締結した注文者企業にて当該労働者が就労していた事案であるが、原審判決（東京高判平成3・10・29 労判598号40頁）による「控訴人〔註：労働者〕と被控訴人セントランス〔註：請負企業〕の間では明確に雇用契約が締結され、…賃金はすべて被控訴人セントランスから支払われていたこと、…被控訴人ら〔註：請負企業、注文者〕は、いずれも、それぞれ事業内容を異にする独立した法人企業であって、…被控訴人セントランスは自らの意思で控訴人の採用、賃金その他の勤務条件の決定、指揮監督も行っており、他の被控訴人らの意思によりこれらが決定されていたというような関係はないこと」より、注文者企業と労働者との間の労働契約成立を否定した説示を維持している。他に、これらと同趣旨のものとしては、大映映像ほか事件判決（東京高判平成5・12・22 労判664号81頁）は、注文企業と請負企業労働者との指揮・監督の事実があつたとしても、直ちに雇用関係として評価し得る使用従属関係があつたと判断することはできないと判示している。

これらの裁判例からは、労働契約の成立には、問題となった労働者の採用、不採用、またその賃金といった労働条件が、実態として注文者・派遣元等において決定され、その賃金支払も請負業者、派遣元を経由して社外労働者に支払うものと認め得ること（当該労働者に賃金を支払う意思を有するものと推認されるなど）といった事実関係が要件とされているといえよう。

(2) 肯定例

注文者企業や派遣元と、請負企業労働者や派遣労働者との間の労働契約の成立を肯定する裁判例としては、古くは青森放送事件判決（青森地判昭和53・2・14 労判 292 号 24 頁）は、請負企業による社外労働者の募集、採用、支払は、注文者のための代行機関として行われていた旨を認定し、労働契約性を認めている。また、平成に入ると、センエイ事件判決（佐賀地武雄支判平成9・3・28 労判 719 号 38 頁）は、注文者企業と請負人企業より派遣された労働者との間の労働契約の成否が問題となった事案につき、「債権者〔註：労働者〕らが…債務者〔註：注文者企業〕から作業上の指揮命令を受けて労務に従事するという使用従属関係が存在していた…、債権者らを含む光幸商事〔註：請負人企業〕の従業員の賃金に関しては、…債務者は、光幸商事に対し、毎月末に前月分の出来高に応じて、消費税相当分3パーセントを上乗せして、その請負代金を支払うこととされていたが、…その請負代金は、基本的に、作業に従事した労働者の人数と労働時間とで算出される債権者らを含む光幸商事の従業員の受ける賃金の総額と直接関連するものであることを推認することができる上、その額は、實際上債務者によって決定されていたと評価することができ、…債権者らの配置や職場規律の適用等の労働条件の決定に関しても、…これを債務者が行っていたというべき事例があることを裏付ける資料も存在する。これらの事情に加えて、…光幸商事…は、…他企業との間の業務請負契約ないし他企業への労働者派遣の実績もなく、むしろ、債務者のみとの関係で光幸商事が設立された経緯があること」等より、注文者企業は請負人企業からの労働者を使用し、業務請負企業を通して賃金を支払う意思を有していたとして、労働契約の成立を肯定した。結論は前述(1)とは分かれたが、賃金をはじめとする労働条件を実質的に決定しているか否かが重要な判断要素の一つであることは、否定例の裁判例と共通するといえる。

さらに、近時のものとして、マツダ防府工場事件（山口地判平成25・3・13 労判 1070 号 6 頁）は、派遣先が、派遣社員にランク制度やパフォーマンス制度を導入していたことに加え、常用雇用の代替防止という派遣法の根幹を否定する施策をとっていたことに鑑み、実質的には労働者派遣と評価できず、結論として、派遣先と派遣労働者との間の労働契約を肯定している。

3. 実務の具体的対応

使用者会社の弁護士として、労働契約の形式を経ない黙示の労働契約の成否が問題となる事案に携わる場合、多くは、本書でいう、注文者企業、派遣先企業の立場であろう。すなわち、黙示の労働契約の成立を否定する側で主張（および立証）を展開することとなる。

この場合、まず重要なのが、前述2(1)の裁判例でも再三述べられているように、弁護士する企業が、問題となる労働者の採否、労働条件（特に賃金）を決定していないという事実を可能な範囲で主張すること（相談段階では、そのような事実が認められないように、予防しておくこと）である。そのためには、できれば訴訟前の段階において、当該労働者の採否、労働条件を決定することを極力控えるのはもちろん、そうした決定の事実を推認されるリスクを避けるために、注文者企業の立場の場合では当該労働者を雇用している請負人企業との契約条件については請負業務の対価をなるべく請負人企業の人件費とは関連しない形とすること等（派遣先の場合は難しいところもあるが）、当該労働者との労働条件についてのやり取りを行わないこと、当該労働者の業務内容、配置については、注文者企業の立場の場合には請負人企業の裁量に委ね、派遣先企業の立場の場合には、派遣元との派遣契約の段階で極力具体的かつ明瞭に特定すること（つまりは、派遣契約自体で決定されており、派遣先の裁量で決定したと受け取られることは避けること）、といった措置が肝要である。訴訟になった段階においても、当該労働者の採否や労働条件の決定について、請負人企業や派遣元の裁量を裏付ける事実を収集、整理して主張することが必要である。

もとより、労働者派遣法のみなし雇用（労働者派遣法40条の6第1項5号）が適用となるような違法派遣は論外である。

実践知！

顧客会社の取引先会社において、雇用責任等をめぐる紛争が生じた場合、その取引先の労働者の業務実態によっては、顧客の会社に対して雇用責任等を追及してくる労働者があり得るので、注意しておくこと。そのためには、紛争前、紛争後を問わず、取引先の労働者の採否、労働条件を決定しているという事実等が認められないよう注意すること。

そうした決定をなしていることを推認される行動を行わないよ

著者紹介

岡芹健夫

OKAZERI TAKEO

高井・岡芹法律事務所所長弁護士。早稲田大学法学部卒業。1994年弁護士登録。同年高井伸夫法律事務所入所。2010年所長に就任、現在に至る。

2013年より経営法曹会議幹事、2019年より筑波大学法科大学院非常勤講師。

著書に『労働条件の不利益変更』（2015年・労務行政）、『取締役の教科書』（2013年・経団連出版）、『雇用と解雇の法律実務』（2012年・弘文堂）など。

LAWYERS' KNOWLEDGE

労働法実務 使用者側の実践知

2019年12月30日 初版第1刷発行

著者 岡芹健夫
発行者 江草貞治
発行所 株式会社 有斐閣
郵便番号 101-0051
東京都千代田区
神田神保町 2-17
電話 03-3264-1314（編集）
03-3265-6811（営業）

<http://www.yuhikaku.co.jp/>

デザイン キタダデザイン
印刷 株式会社理想社
製本 牧製本印刷株式会社

© 2019, Takeo Okazeri. Printed in Japan

落丁・乱丁本はお取替いたします。
定価はカバーに表示してあります。
ISBN 978-4-641-24326-2

JCOPY 本書の無断複写（コピー）は、著作権法上での例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に、（一社）出版者著作権管理機構（電話 03-5244-5088, FAX03-5244-5089, email:info@jcopy.or.jp）の許諾を得てください。