

派遣労働者に対する業務命令権の行使

法学部 4年 地神 亮佑

I はじめに

近年、派遣労働者の数はおおむね右肩上がり増加している。厚生労働省の集計結果によれば、平成20年度の派遣労働者数は約399万人であり、平成15年度の約236万人と比較すると5年間で実に約69パーセント増ということになる¹。その増加に従いかつて表に出なかった問題が訴訟等により顕在化する蓋然性が高まるといえよう。

労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備等に関する法律（以下、派遣法）が定義するところの労働者派遣とは、「自己の雇用する労働者を、当該雇用関係の下に、かつ、他人の指揮命令を受けて、当該他人のために労働に従事させることをいい、当該他人に対し当該労働者を当該他人に雇用させることを約するものを含まないもの」（2条1号）である。意味するところは、使用者がもつ権利義務が「雇用」と「使用」で分離されること、すなわち採用・労務管理・解雇といった労働条件を決定付けるような要素と、すなわち業務遂行に必要な指揮命令という要素に分離がなされるということである。これにより、派遣労働者を受け入れる企業にとっては「雇用」からの解放というメリットが生まれ²、直接雇用と比して使用者としての責任が減少することとなり、容易に人員を得ることができる。一方で労働者の側にも多様な働き方を選択できる機会が増加する面でメリットがある。

とはいえ、「雇用」と「使用」の分離は、使用者が一般に行う「業務命令」の分野においてはかなりその境界が曖昧であるとおもう。派遣先が休憩時間を指定する命令を発した場合、派遣元が派遣先で就業する際の服装の指定をする命令を発した場合などが問題となる。

問題となるのは、派遣先がなした業務命令が、労働条件を決定・変更するような要素を含んでいる可能性のある場合である。裁判例では、形式上労働者派遣の形をとっている場合において原則、派遣先と派遣労働者の間で労働契約は成立しないことを確認しているが、派遣先が事実上の労務管理（採用決定・賃金決定・労働時間の決定等）を行っていて、派遣元の法人格が否認されるような場合には黙示の労働契約が成立する余地があることを示している³。すなわち、派遣先が派遣労働者に対しある業務命令を発し、それが事実上の労務管理にあたると認定された場合、派遣先に黙示の労働契約成立を根拠にした直接雇用義務が発生する可能性があるということである。そのように認定されると派遣先にとっては労働者派遣のメリットがなくなることから、どこまでが派遣先の業務命令として認められるのか、明確な基準が必要であるといえよう。

¹ 厚生労働省『労働者派遣事業の平成20年度事業報告の集計結果』（2009年12月11日発表）、同『労働者派遣事業の平成15年度事業報告の集計結果』（2005年2月18日発表）。もっとも、ここでいう派遣労働者の多くは登録型の派遣労働者であり、実態としては必ずしも正確なものではないとされる。この点を指摘した文献として、小嶋典明『職場の法律は小説より奇なり』（2009年、講談社）105頁。

² 勝亦啓文「派遣労働者の保護—派遣元・派遣先の法的責任と課題」季刊労働法211号41頁（2005）。

³ 松下プラズマディスプレイ事件・最二小判平成21・12・18判例集未掲載、いよぎんスタッフサービス事件・高松高判平成18・5・18判例921号33頁、マイスタッフ事件・東京高判平成18・6・29判例921号5頁。いずれも結論としては直接雇用を否認している。

反対に、派遣元が自己の雇用する派遣労働者に対し、派遣先への労務の提供に関する「指揮命令」をなした場合も問題である。派遣先の業務の遂行に関し派遣元が指揮命令をすることは派遣法では予定されておらず、業務処理請負として解釈することも到底できないことであるから⁴、「指揮命令」と評価される業務命令を派遣労働者になした派遣元は、違法派遣を行っているという評価を受けることになりうる。加えてそのような場合、労働者は派遣先からの「使用」と、派遣元からの「使用」という二重の拘束を受けることになり、人格権侵害の問題となりうる。上述した服装の指定や、派遣先での就労後の報告書作成命令といった業務命令がこれにあたることはないのか、これも明確な基準がない。

本稿では、まず業務命令の概念・法的根拠とその限界を検討した後、派遣労働者に対する業務命令権を行使することがどの程度「派遣先の労務管理」や「派遣元の指揮命令」と評価されるかについて検討する。

II 業務命令権の概念と法的根拠の整理

1 業務命令権の概念

業務命令という言葉は、日常的に広範に使用される概念である。最高裁は業務命令を「使用者が業務遂行のために労働者に対して行う指示又は命令」と明確に概念定義している⁵。この場合の「業務」というのは事業の遂行全般を意味する広い概念であるから、業務命令権は労務提供遂行に直接関連するものだけでなく、経営秩序の規律、施設管理権などを含む包括的な権利概念といえる⁶。ここでも、業務命令権の検討に関して同じ概念を利用することとしたい⁷。

このように業務命令の概念は広範で包括的なものであるから、ここでその分類を試みたい⁸。まず、業務命令は①労務提供の遂行に直接関係する命令と②労務提供の遂行に直接は関係しない命令がある。さらに①の命令はa. 労務提供そのものを請求する命令、すなわち出社命令や、労働者の配置・業務内容・労働時間の決定といった内容の命令、b. 業務に関する具体的命令、すなわち日常の業務に関する指示、短期の出張命令などであり、さらに労務提供の仕方や職場のあり方といった行為規範の決定（服務規律）という命令、c. 労働契約の内容を変更する命令、具体的には長期の配置転換命令、出向命令、というように分類される。そして、②の命令はa. すでに履行済みないし、これから履行する労務提供に関してなされる命令、具体的には報告書作成命令や研修命令、健康診断受診の指示など、b. 物的施設の管理に関する命令、というように分類できる。

⁴ 業務処理請負は職業安定法施行規則4条の4要件を満たすものと考えられることができる。

⁵ 電電公社帯広局事件・最一小判昭和61・3・31 労判470号6頁。

⁶ 土田道夫『労務指揮権の現代的展開』（1999年、信山社）253頁。

⁷ 同様の見解として、小西國友「業務命令権の法的根拠と判例動向」季刊労働法159号（1990）85頁。この概念設定を消極的に解する見解は、土田・前掲注5、253頁以下。本稿における分類の①のa. で時間外労働を命じるものを除いた命令とb. の命令を行う権利について「労務指揮権」の語を用いるべきであるとする。

⁸ 小西・前掲注7、土田・前掲注6、228頁以下などを参考にした。

2 業務命令権の法的根拠

業務命令は、労働者に対しその意思に反してでも一方的になされるものであるから、使用者はそれをなす上で一定の権利を有することが必要となる。上述の最高裁判例⁹では、一般の業務命令権につきその根拠を、「労働者とその労働力の処分を使用者に委ねることを約する労働契約にある」と解している。そして、「就業規則が労働者に対し、一定の事項につき使用者の業務命令に服従すべき旨を定めているときは、そのような就業規則の規定内容が合理的なものであるかぎりにおいて当該具体的労働契約の内容をなし、使用者はそれに基づき業務命令を発しうる」と、合理的な就業規則が労働契約の内容になりうることを示している。

ただし、業務命令権は上述のとおり広範な概念であり、性質の異なる各種の権利から構成される複合的な構造を有しているといえるから¹⁰、その法的根拠はより個別的に考察していく必要がある。

本稿の分類で言うところの①労務提供遂行に関する命令のうち、a. 労務提供そのものを要求する命令とb. 具体的命令をなす使用者の権利の根拠は、労働契約が継続的債権関係でありかつ労働義務が抽象的性格をもつことから導き出されるといえる。労働契約は長期にわたる契約関係であるので、労働義務内容を労働契約（就業規則・労働協約も含む）であらかじめ詳細に決定しておくことは困難となる。このような不特定債務を契約の枠内で特定する機能を持つのが当該命令である¹¹。つまり、このような業務命令をなす権利は労働契約そのものによって基礎づけられるといえる。ここから、使用者がその権利を当然に有することが肯定される。

分類①のうち、c. 労働契約の内容を変更する命令について、日常的で一時的なものについては上記b. の具体的命令と同視でき、使用者は労働契約そのものを根拠としてなすことができる。問題となるのは長期の配転・出向のような契約内容変更の命令である。このような業務命令をなす根拠は、労働義務の内容特定という性格から直接導くことができないため、使用者が当該命令をなすには労働者の特段の合意が必要であるとされる。特段の合意の内容については、労働者の個別的な合意が必要であるとする見解と就業規則など包括的な同意で足りとする見解が対立するが、最高裁は、採用時に勤務地の限定の合意がなく、就業規則に転勤を命ずることができる規定があった事例につき、使用者は「個別的同意なしにX（労働者：注釈筆者）の勤務場所を決定し、これに転勤を命じて労務の提供を求める権限を有する」¹²として、包括的同意があれば個別的同意がなくとも配転命令権を有すると解している。個別的同意を必要とする見解¹³は、ワーク・ライフ・バランスの問題を解消できる可能性を秘めている点では評価できるが、企業内市場の硬直化をもたら

⁹ 電電公社帯広局事件・前掲注5。

¹⁰ 小西・前掲注7。

¹¹ 土田・前掲注6, 272頁。

¹² 東亜ペイント事件・最二小判昭和61・7・14 労判477号6頁。

¹³ 和田肇『人権保障と労働法』（2008年、日本評論社）170頁など。

すため妥当とは思われず、判旨に賛成である。出向命令については、原則労働者の承諾が必要とされるが、労働者の給付義務を大きく変更せず、就業規則や労働協約等承諾と同視しうる根拠があれば個別同意を不要とした判例¹⁴がある。

分類②の労務提供の遂行に直接関連しない命令のうち、a. すでに履行済みであるか、いまだ履行していない労務提供に関する命令は、労働契約からその権利が当然に発生するものとはいえないため、労働者の特段の合意が必要な場合が多い。このようなものであっても、業務上必要であり特定の労働者の利害に重大な影響を及ぼす命令でなければ、就業規則などの包括的な同意で足りるであろう。

最後に、分類②のうちb. 物的施設の管理に関する命令についてであるが、最高裁が無許可の企業施設利用に関して「企業は、その存立を維持し目的たる事業の円滑な運営を図るため、それを構成する人的要素及びその所有し管理する物的施設の両者を総合し合理的・合目的的に配備組織して企業秩序を定立し、この企業秩序のもとにその活動を行うのであって、企業は、その構成員に対してこれに服することを求めうべく、その一環として、職場環境を適正良好に保持し規律のある業務の運営体制を確保するため、その物的施設を許諾された目的以外に利用してはならない旨を、一般的に規則をもって定め、または具体的に指示、命令することができ」とし¹⁵、使用者が経営上の必要から当然にもつ企業秩序定立・維持権限にその根拠を持つとする。

3 業務命令権の限界

使用者は上述したような法的根拠をもち労働者に業務命令をなしうるが、当該命令が、業務上の必要がないのになされた場合、違法・不当な目的でなされた場合、労働者の思想・良心の自由を侵害するないし肉体的・精神的不利益が重大であるといった人格権の侵害に当たる場合は、業務命令権の濫用であるとして無効とされる。具体的な裁判例としては、軽微な服装規定違反者への就業規則書き写し命令を違法とした最高裁判所判決¹⁶、職場内トラブルを原因とする炎天下の踏切番業務命令を違法とした高裁判決¹⁷、疾病を持つ子二人がいる共働き労働者への配転命令を通常甘受すべき不利益を著しく超えるものとして無効とした地裁決定¹⁸、自己の信仰する宗教と異なる修養団体への講習会への出張命令を違法とした地裁判決¹⁹、格別の不快感を与えない口ひげを剃るべき業務命令が不当であるとした地裁判決²⁰などがある。

¹⁴ 新日本製鐵（日鐵運輸）事件・福岡高判平成12・11・28 労判806号58頁。

¹⁵ 国鉄札幌運転区事件・最三小判昭和54・10・30 民集33巻6号647頁。

¹⁶ JR東日本（本荘保線区）事件・最判平成8・2・23 労判690号120頁。

¹⁷ JR西日本（吹田工場）事件・大阪高判平成15・3・27 労判858号154頁。

¹⁸ 明治図書出版事件・東京地決平成14・12・27 労判861号69頁。

¹⁹ 三重宇部コンクリート事件・名古屋地判昭和38・4・26 判時333号10頁。

²⁰ イースタン・エアポートモータース事件・東京地判昭和55・12・15 労民31巻6号1202頁。

Ⅲ 業務命令の具体的内容と派遣労働者に関わる問題

以下では、派遣労働者に対して業務命令権をどの程度行使できるのか、「指揮命令」を行っているとは認定されれば違法派遣と評価される派遣元、事実上の労務管理を行っているとは認定されれば黙示の労働契約が成立し、直接雇用義務が発生する可能性がある派遣先それぞれについて具体的に検討していく。

1 労務提供の遂行に直接関係する業務命令

(1) 労務提供そのものを要求する命令

派遣先が派遣労働者に対し出社を求める業務命令は、そもそも当該労働者の労働契約締結の相手方である派遣元が行うことができるようにも思える。しかし、派遣先と派遣元の労働者派遣契約と労働者の同意²¹によって、本来派遣元のもつ労務提供を命令する権利が派遣先に移転するものと解するのが相当であるため、そのような出社命令は派遣契約に基づき派遣先のみ行うことができる。では、派遣先が労務提供命令権を有しているにもかかわらず派遣労働者が出社しない場合、派遣元が当該労働者に出社命令をなしうるだろうか。このような命令は、労務提供命令権が派遣先に移転していることから、派遣元が本来失っているはずである派遣法でいうところの「指揮命令」の権限を労働者に対し行使することになり、二重の拘束をすることになり違法になると解するべきである²²。なお、労働者派遣事業を行う企業が自己の常用雇用する労働者を自社に出社させ、派遣利用企業の突発的な人材の要求などに応えるためそのまま待機させる命令については、特定の派遣契約と無関係であることから、労働者と派遣元企業との労働契約に依拠することになり、契約に規定があれば有効となる。一方登録型派遣の労働者に対し同様の待機命令を発した場合は、登録型派遣の労働者と派遣事業を行う企業にはいまだ業務命令をなしうる根拠としての労働契約が締結されていないのであるから、当該命令は待機を目的とした労働契約締結の申込みと捉えるべきであろう。したがって、労働者は当該出社・待機命令を拒否できると考える。

派遣先企業内での派遣労働者の配置を決定したり、労務提供内容（具体的には業務の内容そのものや労働時間という労働条件）の決定をしたりする命令については、このような決定の命令は派遣法のいうような「指揮命令」ではなく、労働契約から発生する労務管理というべきものであるから、派遣元と派遣先による労働者派遣契約と、派遣元と派遣労働者による労働契約に基づいて、権利の濫用とされない範囲で派遣元が行いうる。一方で派遣先は、このような命令を実質的に行ってしまうと、それが派遣元の実態を失わせるもの

²¹ 指揮命令権の移転につき労働者の同意を根拠とする見解は、安西愈『新・労働者派遣法の法律実務』（2000年、総合労働研究所）313頁以下。

²² なおこの場合、労働者は使用者に帰責事由がない限り賃金請求権を失うことになる。さらに、当該労働者は派遣先に対し債務不履行責任を負い、派遣代金により本来派遣元が得られるはずであった利益について不法行為の損害賠償責任を負うという構成がとられることになろう。

と評価された場合、派遣労働者との間に黙示の労働契約が成立したと判断されてしまう可能性がある。ところが、実際には事業の進行状況などに従い労働時間や休憩時間の延長短縮、業務内容の軽微な変更などが派遣先によってなされることは避け得ないことである。業務上の必要があり派遣先が当該命令を行わざるを得ない場合、厳密には派遣元に連絡、再度派遣契約を締結し、派遣元は派遣労働者と労働契約の内容変更をする、という手続きがとられなければならないだろうが、現実的ではない。業務上の必要と労働者の同意に応じて、派遣先が労働契約の内容を多少なりとも柔軟に解釈できるような法理が必要ではないだろうか。労働契約が継続的性格をもち、かつ労働義務が不特定債務であり、それを特定する効果を持つのが業務命令であるという点から導き出すことは可能であるとおもう。ただ現時点では、上記命令は不当の評価を受けることになるだろう。

なお法定時間を超えた労働や休日労働を指示する命令に関しては、派遣元において過半数代表者との三六協定の締結が前提となる。当該協定が締結されていないにも関わらず派遣先が残業や休日労働を命じた場合、強行法規たる労働基準法の適用を受け超過部分につき無効となり、使用者として労働基準法違反の罰則を受ける。

(2) 業務の遂行に関する具体的命令

業務の遂行に関して、日常の様々な指示（命令）をすることは、すでに述べたとおり労働契約そのものに根拠を持つ権利が派遣先に移転していることからして、権利の濫用にあたらぬ程度で、派遣先に当然認められるものである。一方で、そのような命令を派遣元が行った場合²³、二重の拘束となり派遣法の趣旨を没却するものであるから、違法となる。

労務提供の仕方や職場のあり方といった行為規範の決定（服務規律）という命令については、権利の濫用とされない限りにおいて派遣先がそれをなす権利を有すると解すべきであろう。このような行為規範の決定は労働義務を特定し業務を遂行する上で不可欠な「指揮命令」であり、一方で労働条件を決定付けるものではないからである。問題となるのは、派遣先に就業する前に派遣元が、労務提供の仕方や職場のあり方といった行為規範につき派遣労働者に指示をなした場合である。たとえば、派遣元が物品の輸送方法について指示をする、作業着やユニフォームといった衣服を購入させそれを着用するよう指示をする、などということが考えられる。一方で、派遣先においても行為規範を決定する命令を受けられる場合があり、それは二重の指揮命令となり労働者を不当に拘束することにならないだろうか。これは、派遣元と派遣先の間で締結された労働者派遣契約に依拠するところが大きいとおもう。派遣契約に行為規範の決定をなすような規定があった場合（派遣先が派遣元から派遣される労働者に特定の服装をさせてほしい旨の要求をし、それが契約内容となる場合などが考えられる）は、派遣元がその契約に従い派遣労働者に行為規範の決定たる業務命令をなすことができると考える。本来派遣先が行う業務命令の一部を派遣元に委託することで、派遣先の業務命令とバッティングすることはなくなるはずであり、二重の拘束

²³ もっとも、派遣取引関係の顧客ともいべき派遣先をさしおいて派遣労働者に指揮命令するようなことは考えがたい。安西・前掲注 21, 662 頁。

とはならないからである。反対に、派遣契約に規定が無いにも関わらず、派遣元が労働者に対し派遣先での行為規範の決定をするような業務命令をなした場合は、派遣元の「指揮命令」があったとして違法派遣の評価を受けることが免れ得ないと解するべきであろう。

(3) 労働契約の内容を変更する命令

労働契約の内容を変更する命令については、それが一時的なものであれ、長期的なものであれ、権利の濫用とならない範囲で派遣元のみが行うことができる。労働契約の締結主体は派遣元であり、労働条件の変更を引き起こすような命令は労務管理で、指揮命令とはいえないからである。派遣先はそのような労働内容の変更をする権利を持ち合わせていないから、当該命令をなした場合は無効となる。

2 労務提供の遂行に直接は関連しない業務命令

(1) 履行済みないしこれから履行すべき労務提供に関する業務命令

すでに履行済みである労務提供に対してなす報告書作成命令のような業務命令は、労働条件の決定という事項ではなく「指揮命令」にあたると考えられるので、派遣契約・労働契約という労働者の合意に基づいて、権利濫用とならない限りにおいて派遣先がなすことができる。派遣元がそのような業務命令を課すことは、労働者を二重に拘束することになり妥当ではない。

また、これから履行すべき労務提供に関する業務命令について、派遣元が行う研修などへの参加命令が問題となる。このような業務命令を、特定の労働者派遣契約に直接関連するような研修参加を派遣元が独自になす場合は、派遣元が業務の遂行に関して具体的な指揮命令をしているものとして違法の評価を受けると解すべきだが、当該派遣元での研修が派遣契約・労働契約の内容となっている場合や、派遣元と労働者の間の労働契約や就業規則に基づき職業能力向上のため、特定の派遣契約に関係なく、常用雇用の労働者に研修を命じるような場合は、二重の拘束ではないので、業務命令権の濫用でない限り違法ではないと考えられる。

健康診断受診命令のように、履行済み・未履行いずれの労務提供にも関連するような業務命令も、研修と同じく当該命令が派遣契約・労働契約の予定するところであるか、そして特定の派遣契約に関連しているかどうかによって、その評価は分かれることになる。

(2) 物的施設の管理に関する命令

企業内の施設を維持ないし保全するため労働者になす業務命令は、当該労働者が現に就労している事業場の使用者がなすことができると考える。具体的には、派遣契約と労働契約に従い派遣先で就労している場合は派遣先の使用者が、待機等で派遣元にて就労している場合は派遣元の使用者が当該業務命令をなすことができる。企業秩序定立・維持権限を根拠にした物的施設の管理に関する命令を、他社で就労中の労働者にまでなすことは不可能だからである。

3 業務命令違背の労働者に対する懲戒権行使の主体

以上、多様な業務命令を派遣先・派遣元が行うことについて分析的にその適否を検討してきたが、最後に、業務命令が適法になされた場合、それに違反する行為を行った派遣労働者に対し使用者が制裁罰としての懲戒処分を行うことについて検討したい。

使用者の懲戒権については、最高裁が「使用者は、広く企業秩序を維持し、もって企業の円滑を図るために、その雇用する労働者の企業秩序違反行為を理由にして、当該労働者に対し、一種の制裁罰である懲戒を課すことができる」と判示している²⁴。このような企業秩序定立・維持権限を根拠に、使用者は業務命令に従わない労働者に対し企業秩序を害するものとして懲戒処分をなしえるのであるが、懲戒権の法理を労働者派遣の問題に当てはめる場合、「使用者」が派遣先・派遣元のいずれとなるのかが問題となる。労働契約の締結主体が派遣元であること、指揮命令権が派遣元から派遣先に移転したとはいえ懲戒権も移転した解することは派遣法の解釈上困難であること、さらに同一の事由につき二重に懲戒処分を受けることは避けなければならないことから、業務命令違反をなした派遣労働者に対する懲戒権は派遣元のみが持つものと解するのが相当であるが、当該労働者が企業秩序を害した相手方は派遣先であるのに、派遣先が直接懲戒権を行使できないというのも不都合が生じることになろう。この問題についてはさらなる検討が必要である。

IV おわりに

労働者派遣制度の下では、派遣労働者の立場が一番弱いのは言うまでもないが、派遣先と派遣元の間では取引関係における顧客である派遣先が優位に立つように考えられる。しかし業務命令権の行使という観点から見ると、派遣先は派遣元と労働者の間の契約内容と、派遣元との派遣契約に縛られ現場であまり融通が利かず、さらに業務命令違背の懲戒権も直接行使できないということで、かなり抑制された状態にあるといえる。もちろん、明らかに派遣先が労務管理をしているような場合は労働者保護の観点から直接雇用の義務が生じるのはやむをえないであろうが、派遣先の使用人が現場で多少の融通は利かせることができるよう、労務管理に関わる業務命令権の行使については、労働者の利益と業務上の必要性を勘案しつつ緩やかに解していくべきではないだろうか。一方で派遣元は、顧客たる派遣先とバッティングするような業務命令（指揮命令）を発することはないにせよ、立場上不利な派遣労働者を独自の部分で業務命令によって拘束することがままある。このような命令については労働者の不当な拘束であり、人格権保護の観点から違法と判断していくことが必要と考える。

派遣先の現場での業務命令を柔軟に行えるようにし、派遣労働者を派遣先と派遣元の二重の拘束から保護する法理の構築が必要とされているのである。

²⁴ 関西電力事件・最一小判昭和58・9・8 労判415号29頁。経営上の必要性や労働関係の性質上当然に使用者の懲戒権が認められるとする固有権説と解される。これに対し、懲戒権の根拠を労働契約に求める立場は、水町勇一郎『労働法第2版』（2008年、有斐閣）154頁など。

法学部 4年 地神 亮佑