

平成28年12月15日判決言渡 同日原本領収 裁判所書記官
平成28年(行コ)第201号 不当労働行為救済申立棄却命令等取消請求控
訴事件(原審・大津地方裁判所平成27年(行ウ)第13号)

口頭弁論終結日 平成28年10月27日

判決

控訴人 X1ユニオン
被控訴人 滋賀県
上記代表者兼処分行政庁 滋賀県労働委員会
被控訴人補助参加人 Z1株式会社

主文

- 1 本件控訴を棄却する。
- 2 控訴費用(補助参加により生じた費用を含む。)は控訴人の負担とする。

事実及び理由

第1 控訴の趣旨

- 1 原判決を取り消す。
- 2 滋賀県労働委員会(以下「県労委」という。)が、滋労委平成25年(不)第2号事件について平成26年12月15日付けで発した命令のうち、主文第2項の棄却命令を取り消す。
- 3 訴訟費用は、第1,2審とも、被控訴人の負担とする。

第2 事案の概要等

1 事案の概要

3頁1行目の「あるとして、」の次に「被控訴人補助参加人はA1に対して直接雇用の申入れを行うこと及び被控訴人補助参加人は控訴人の団体交渉申入れに応じることを求め、」を加え、2行目の「救済」を「救済命令」に改め、8行目の「原告組合員」を「控訴人組合員であるA1」に改めるほかは、原判決「事実及び理由」中の第2,1記載のとおりである。

2 関連規定,前提事実,争点及び争点に対する当事者の主張は、次のとおり補正し、3項のとおり当審における控訴人の補足的主張を加えるほか、原判決「事実及び理由」中の第2,2ないし5(3頁11行目から11頁23行目まで)のとおりである。なお、特に断りのない限り略称は原判決に従う。

- (1) 4頁21行目の「請け負っており、」を「請け負っているC1株式会社からその業務の一部の下請けをしており、」に改め、21から22行目の「の孫請けをしていた。」を「につき被控訴人補助参加人との間で工事下請基本契約を締結し、各協力会社から派遣された労働者が本件工事に従事していた。」に改める。
- (2) 5頁17行目の「土木軌道」の次に「,賃金は、昼勤2000円,夜勤2500円の時間給、」を加える。
- (3) 6頁14行目の「従事していた」の次に「ところ、C2の労働者と称する者は、C2以外の者が雇用する労働者であった」を加える。

- (4) 7頁24行目の「社員」の次に「(社員と称する者)」を加える。
- (5) 8頁10行目から11行目までを次のとおり改める。
- 「イ 被控訴人補助参加人がA1の就労機会を奪ったこと
- 被控訴人補助参加人は、A1らブラジル人労働者を排除するため、正当な解除事由が存在しないのに、C2に実現不可能な条件を提示して、平成23年12月末をもって本件基本契約を打ち切った。このためA1は本件工事に従事することができなくなり、A1はC5との雇用契約を終了した。これは、被控訴人補助参加人の意向によりA1の就労の機会が奪われたに等しく、その意味で被控訴人補助参加人はC5のA1に関する人事に関与したといえる。」
- (6) 9頁2行目の次に行を改めて以下のとおり加える。
- 「原判決は、面接日時が不明であるなどとして面接の事実を否定しているが、本件事件の審問手続におけるA1や被控訴人補助参加人代表者C3の証言によれば、A1が、本件工事に従事する前にC4の面接を受けることなく、被控訴人補助参加人事務所において、被控訴人補助参加人の担当者と会っていることは明らかであり、事前面接があったと認められる。」
- (7) 9頁7行目から8行目にかけての「C2の社員」を、「作業現場で働いたC2の社員(社員と称する者)」に改め、10行目の「対価から」の次に「供給元の一定割合の中間搾取分が控除されるなどして」を加える。
- (8) 9頁11行目の末尾の次に行を改めて「また、原判決は、被控訴人補助参加人が請負代金を支払った相手はC2であるが、A1の給与を支払っている主体はC5であることから、被控訴人補助参加人がA1の給与の支払に関与していることを否定しているが、A1に給与を直接支払うのがC5であることは、C2及び被控訴人補助参加人の関係が労働者供給関係であることからすると当然のことであり、被控訴人補助参加人の関与を否定する理由にならない。さらに、原判決は、被控訴人補助参加人がA1の雇用先がC5であることなどを把握していなかったとして被控訴人補助参加人が給与支払に関与していたことを否定する根拠としているが、被控訴人補助参加人は当初A1がC4に所属していることを知っていたところ、作業日報には、平成23年の段階では既にA1はC2の従業員として記載されているから、被控訴人補助参加人はA1がC4からC2に移籍した事実は知っていたことになる。そして被控訴人補助参加人は、平成24年8月30日付け是正報告書において、被控訴人補助参加人がC2から労働者供給を受けていたことを事実上認めているのであるから、A1がC2の従業員でなくなっていたことも認識していた。さらに、C2及びC5の代表者C6の息子は被控訴人補助参加人の従業員であるなど、被控訴人補助参加人代表者や従業員とC6の間では面識がある。以上からすると、A1がC5の社員になっていたことも把握していたといえる。」を加える。
- (9) 9頁23行目の次に行を改めて以下のとおり加える。

「C 5 は、被控訴人補助参加人において作成された作業予定表に基づき派遣すべき人物を決めているとはいえ、実際には、被控訴人補助参加人が C 5 から保線工事に従事するために労働者供給を受けるべき人物は 7 名と決まっているから、必要な人員が 7 名を下回らない限り、C 5 には A 1 を従事させる以外に選択の余地はなく、例えば平成 23 年 9 月 1 日から同 12 月 31 日までの間でこのような意味で C 5 が A 1 を選択できたのは 14 日間にすぎない。したがって、C 5 には A 1 の就業を管理する権限がなかったに等しい。」

3 当審における控訴人の補足的主張

(1) 黙示の労働契約の成否について

原判決は、A 1 と C 5 の間の雇用契約が公序良俗に違反して無効であるか否かを判断することなく、被控訴人補助参加人と A 1 との間で A 1 の就業や給与への関与があったかどうかのみを検討して、A 1 と被控訴人補助参加人間の黙示の労働契約の成否を判断している。しかし、最高裁判所平成 20 年（受）第 1240 号同 21 年 12 月 18 日第二小法廷判決は、労働者派遣の場合に派遣先と労働者との間に黙示の雇用契約が成立するかに関し違法な派遣がされたというだけでは特段の事情がない限り派遣元と労働者間の雇用契約が無効となるものではないとして、派遣元と労働者間の雇用契約が有効であることを前提に、①給与の額の決定、②採用についての関与、③具体的な就業態様の決定の有無の諸要素がある場合に派遣先と労働者間の黙示の労働契約の成立の余地があると判断しているから、派遣元と労働者間の雇用契約が無効であるか否かを判断しないで黙示の雇用契約の成否を判断した原判決は、上記判例の枠組みに反し、違法である。

また、原判決は、黙示の雇用契約の成否について、上記①、②の検討は行っているが、③については、具体的な就業態様を誰が決定していたか検討することなく、①、②の関与がないだけで黙示の労働契約の成立を否定した点で不当である。

また、上記①、②について、給与の決定に係る被控訴人補助参加人の関与が間接的で、給与の支払主体が C 5 であり、欠勤の連絡先が C 5 であることなどを理由に黙示の労働契約を否定しているが、このような事実は労働者供給関係の特性上当然のことであって、これらの事実が黙示の労働契約の成否に影響するものではない。

このように、原判決は、労働者供給関係の特性を考慮せず判断しており、著しい事実誤認がある。

(2) 雇用主と部分的に同視できる程度の現実的かつ具体的支配権を有していることについて

最高裁判所平成 5 年（行ツ）第 17 号同 7 年 2 月 28 日第三小法廷判決では、①作業日時、作業時間、作業場所、作業内容等の決定主体が誰か、②使用される器材の所有関係、③作業主体の企業秩序に組み込まれてい

たか、④作業時間帯の変更、作業時間の延長、休憩等の点で指揮監督下におかれているかを検討し、部分的とはいえ雇用主と同視できる程度に支配決定できる地位にあった者を労組法上の使用者に当たるとしているところ、本件は、上記各基準要素を満たしている。

しかるに、原判決は、使用者に当たるかについての判断基準を、労務管理の主体、給与額の決定及び給与の支払の主体という、上記以外の事情を判断要素とし、他方、判断要素とすべき就労内容の決定の具体的な内容については、単に「一定の関与」として無視し、使用者に当たらないと判断したもので、不当である。

第3 当裁判所の判断

1 認定事実

次のとおり補正するほか、原判決「事実及び理由」中の第3の1（11頁26行目から15頁22行目まで）に記載のとおりである。

- (1) 12頁12行目の「各日」から13行目の「作成し」までを「翌年の作業計画（各日別、作業種別の現場必要人数、合計人数等）を記載した作業計画書及び各二次下請会社毎の各日の必要予定人員数を記載した勤務予定表を作成し」に改める。
- (2) 12頁24行目の「作成していた。」の次に「点呼簿には、当日作業する予定の被控訴人補助参加人従業員や各二次下請会社の社員ないし社員と称する者の氏名が記載されており、作業予定表には、どの作業員が当日どこでどのような仕事をするのかが判るように作業現場、作業種別ごとの割り振り等が記載されていた。」を加える。
- (3) 13頁18行目の「平成6年以降、」の次に「いところがC4で働いていたことから、その紹介でC4に就職し、その後もC6に従って」を加え、20行目の「支払われていた」の次に「(争いのない事実)」を、22行目から23行目にかけての「していた」の次に「(乙10・85頁、11・8頁)」をそれぞれ加える。
- (4) 13頁23行目の「被告補助参加人は、」から25行目末尾までを次のように改める。

「被控訴人補助参加人は、A1の雇用主について、当初C4に雇用されていたことや、後にC2に雇用されていたことの認識はあったが、その間の経緯の詳細は知らず、最終的な勤務先がC5になっていたことも知らなかった。また、被控訴人補助参加人は、A1の雇用先が上記のように変更されることにつき何ら関与していなかった（乙11・4頁、35頁）。」
- (5) 15頁22行目の末尾の次に行を改めて次のとおり加える。

「(9) 本件基本契約が終了することに伴い、A1は本件工事に従事することはできなくなったため、C5の担当者は、平成23年12月中旬ころ、A1に対し、本件工事の仕事は今月で終わりであることを告げ、別の現場で働くよう打診した。しかし、A1は、新しい現場の仕事では本件工事より時給等の労働条件が悪くなることからこれを断った。このため、

A 1 は平成 23 年 12 月 26 日の本件工事での就業を最後に、C 5 の仕事には出なくなった。(乙 10・81 頁, 乙 61, 87)

- (10) A 1 は、平成 24 年 4 月頃、控訴人に加入し、C 5 に対し、有給休暇 4 1 日分の給与相当額等として 60 万円を求める訴えを提起した。C 5 と A 1 との間では、A 1 が平成 23 年 12 月 27 日以降は有給休暇を取得し平成 24 年 2 月 7 日まで在籍していた扱いとすることを前提に、A 1 に対し解決金 35 万円を支払う旨の裁判上の和解が平成 24 年 6 月 19 日に成立した。(乙 82)」

2 争点(1)被控訴人補助参加人が、労組法 7 条の「使用者」に当たるかについて

(1) 黙示の雇用契約の成立について

ア 本件において、A 1 は形式的には C 5 との間で労働契約を締結しており、被控訴人補助参加人との間で明示の労働契約を締結していないことには争いが無いところ、控訴人は、被控訴人補助参加人への労働者供給を目的とする C 5 と A 1 との間の雇用契約は公序良俗に反して無効であり、被控訴人補助参加人と A 1 との間に黙示の労働契約が成立している旨主張する。

A 1 と被控訴人補助参加人との間で黙示の労働契約が成立していることと認められるためには、被控訴人補助参加人と A 1 との間で労働契約を締結する意思が客観的に推認されることを基礎付ける事実関係が認められることが必要である。そのためには、労働契約が使用者が労働者に対して賃金を支払い、労働者が使用者に労務を提供することを基本的な要素とする以上、実質的にみて被控訴人補助参加人により A 1 に対する給与の決定、支払がされているとみなし得るような関係があることや、採用、配置、懲戒、解雇などの人事労務管理についての権限を被控訴人補助参加人が事実上有していること等の事情を要し、単に、作業についての指揮命令権等を有するだけではこれを認めることはできないと解される。

そこで、被控訴人補助参加人が A 1 に対して有していた支配、決定権の内容を検討すると、下記(ア)ないし(エ)のとおり、被控訴人補助参加人は、A 1 に対し、その日の作業内容、作業時間等を決定し、現場での指揮命令権を有していたことは認められるが、各人の労務管理までは行っておらず、給与を実質的に支払っていたとみなし得る権限や採用や雇用の終了等についての権限は有していなかったと認められ、黙示の労働契約が成立していたと認めるに足りる客観的状況があったとは認め難い。

(ア) 作業内容等についての支配について

前記認定事実 1 (2)のとおり、被控訴人補助参加人は、名工建設から受け取った年間・月間スケジュールに基づいて、作業内容や必要人数を記載した作業計画書を作成し、これを各二次下請会社に交付し、作業当日には各二次下請会社が提出した出勤表をもとに各労働者の作業場所毎の配置を決め、点呼簿やその日の作業予定表を作成していたのであるから、被控訴人補助参加人が、A 1 の各出勤日の最終的な作業現場、作業内容を決

定していたことが認められる。また、前記認定事実(5)ないし(7)のとおり、被控訴人補助参加人の社員である軌道作業責任者の任務には工事施工の指示及び施工工程の確認が含まれていたことや、作業現場において班長等の被控訴人補助参加人の従業員がA1を始めとするブラジル人労働者に対して作業内容を指示していた事実が認められる。これらの事実からすると、被控訴人補助参加人が、本件工事についてA1の作業場所、作業内容、作業時間等を決定し、現場での指揮命令を行っていたということはできる。

もっとも、前記のとおり、被控訴人補助参加人が作業計画書で指定するのは各作業毎の必要人数のみであり、これに応じて各二次下請会社が作成した出勤表のとおり派遣ないし供給された労働者について、作業予定表によりその日の作業現場等を決めていたにすぎないから、誰を派遣ないし供給するかを決定するのは各二次下請会社に委ねられていたといえるし、A1が仕事を休む場合にはC5等の雇用契約会社に連絡し、同会社が承認していたのであるから、個々の作業員の1月を通じた具体的な就労日数や就労時間等の管理は、各二次下請会社又はC5が行っていたというべきである。

控訴人は、被控訴人補助参加人から必要人数を7名以上と求められれば、もはやC5としては全員を就業させるしかなく、人員を選択する余地はない旨主張するが、被控訴人補助参加人から送付される作業計画書には、各二次下請会社に求める人数が記載されているのみであって、派遣ないし供給すべき者を特に指定することはないのであるから、C5が更に人員を雇い入れれば、C5において任意に人員を選択することも可能であった。したがって、C5から7名と指定されただけで誰を就業させるかの決定権までもが被控訴人補助参加人にあるということとはできない。

(4) 給与の決定・支配について

前記補正後の前提事実(2)エ、前記認定事実1(3)のとおり、A1の給与は、A1とC5との間での労働条件契約書によってあらかじめ時給2000円ないし2500円と定められており、基本的には、C5が、これに基づいて稼働時間を計算し、支払っていたものと認められる。そして、上記契約条件は、C5が自ら決定、提示し、A1がこれに合意して成立したものであり、その合意に被控訴人補助参加人が関与していたことはいわゆるがわれないから、A1の給与の額の決定、支払について被控訴人補助参加人が支配していたとはいえない。

控訴人は、C5からA1に支払われる給与の額は、被控訴人補助参加人からC2に対し、C2から派遣された労働者の延べ人数に1人当たりの単価を乗じて得られた請負代金額から、C2やC5の取得する利益を控除した上で支払われているから、A1の給与の額も実質的には被控訴人補助参加人が定めていることになる旨主張する。

確かに、C5がA1との間で合意した給与の条件は、C5が被控訴人補

助参加人ないしC 2から支払われると見込まれる請負代金額を前提に、自らの利益や経費を考慮して算出されたものであり、その原資も上記請負代金であると考えられるが、その算出に当たって考慮された利益率や経費率、労働者毎の配分割合等はC 5がその経営判断として独自に定めているものであり、これに被控訴人補助参加人が関与していることをうかがわせる事情は何ら認められないこと、C 5は、被控訴人補助参加人から請負代金の支払が遅延したとしてもA 1に対しては期日までに給与を支払う義務を負うことなどからすると、これらの事実をもって被控訴人補助参加人がA 1の給与の決定や支払について支配権を有しているということとはできない。

(ウ) 採用における支配について

控訴人は、被控訴人補助参加人がA 1の採用にも関与していた旨主張する。しかし、前記認定事実のとおり、A 1がC 4に就職したのは、C 4に勤めていたA 1のいこの紹介があったことが直接の理由であると認められ、被控訴人補助参加人の関与によるものではない。しかも、控訴人の主張によっても、被控訴人補助参加人がその採用に関与したことの根拠は、A 1が、事前に被控訴人補助参加人の面接を受けたというものであるが、この点に関するA 1の証言は、単に被控訴人補助参加人の事務所で代表者ないし担当者に会ったというものにすぎないのであって、その訪問日や、具体的にどのような面接が行われたか等の内容も明らかでない。かえって、C 3は、本件事件の審問手続において、A 1が被控訴人補助参加人の事務所に来たのはIDカードを作成するためであった旨供述し、同供述内容は合理性があり信用できることからすると、上記面会がA 1の採用の可否を決めるものであったとは認められず、被控訴人補助参加人がA 1の採用に関与していたとは認められない。

(エ) 雇用関係終了における支配について

控訴人は、被控訴人補助参加人はC 2との本件基本契約を解除することによりA 1とC 5との間の雇用契約も終了させることができたとして、被控訴人補助参加人はA 1の雇用関係終了に関する権限を有している旨主張する。

確かに、本件基本契約の合意解除によりA 1が本件工事に従事することができなくなったことは認められるが、そのことから直ちにA 1とC 5との雇用関係までが終了するものではない。前記認定事実によれば、実際にも、C 5は、本件工事に従事できなくなったA 1に対し、別の現場で稼働してC 5との雇用関係を継続できるよう打診をしたが、A 1が新しい現場で稼働した場合の待遇に不満があったためこれを断ったため、C 5とA 1との間の雇用契約を合意解約したことが認められるのであって、A 1がC 5を退職したのは、A 1とC 5自身の判断によるもので、本件基本契約が終了したことは、その契機ではあっても直接の原因とはいえない。

また、A 1 は、C 5 と退職の合意をした後、C 5 に対し、有給休暇 4 1 日分の給与の請求をする訴えを提起し、裁判上の和解をしているが、A 1 が、これらの訴えや和解の相手方として C 5 を選択し、和解に当たって和解金を支払う判断をしたのも C 5 であって、被控訴人補助参加人は関与していないことが認められるから、A 1 自身も、雇用や解雇に関しては C 5 に判断権が帰属していることを認めていたといえる。

以上のとおり、A 1 と C 5 との雇用関係の終了ないし継続の判断について被控訴人補助参加人が関与しているとは認められない。

イ これに対し、控訴人は、A 1 と C 5 間の雇用契約は公序良俗に反して無効であるから、その判断を前提に A 1 と被控訴人補助参加人の間に黙示の雇用契約の成否を判断すべきである旨主張する。

しかし、仮に、A 1 と C 5 間の雇用契約が、控訴人の主張するように違法な労働者派遣を目的とするものであったとしても、そのみで直ちに、雇用契約自体が公序良俗違反により無効であるということとはできないし、また、仮にこれが無効であったからといって、A 1 の雇用契約の相手方が、論理必然的に被控訴人補助参加人と定まるものでもない。むしろ、前記のとおり A 1 と被控訴人補助参加人間に黙示の労働契約の成立を認めるに足りる客観的状況が存しない以上、A 1 と被控訴人補助参加人間に黙示の労働契約の合意を認めることができないことには変わりはない。よって、控訴人の主張は理由がない。

(2) 被控訴人補助参加人が、雇用主と同視できる程度に基本的労働条件等を現実的かつ具体的に支配、決定することができる地位にあることから労組法 7 条の使用者に当たるとの主張について

一般に、使用者とは、労働契約法上の雇用主をいうものであるが、労組法 7 条にいう「使用者」は、同条が団結権の侵害に当たる一定の行為を不当労働行為として排除、是正して正常な労使関係を回復することを目的としていることにかんがみると、雇用主以外の事業主であっても、雇用主から労働者の派遣を受けて自己の業務に従事させ、その労働者の基本的な労働条件等について、雇用主と、部分的とはいえ同視できる程度に現実的かつ真体的に支配、決定することができる地位にある場合には、その限りにおいて、上記事業主は同条の「使用者」に当たるものと解するのが相当である（最高裁判所平成 5 年（行ツ）第 1 7 号同 7 年 2 月 2 8 日第三小法廷判決・民集 4 9 卷 2 号 5 5 9 頁）。

このように、雇用契約関係にない者も労組法 7 条の使用者に含まれるのは、同条の使用者が、団体交渉を中心とした団体的労使関係の当事者として不当労働行為を禁止され、労働委員会の発する救済命令の名宛人となる者を意味することから、必ずしも契約の相手方でなくても、団体交渉事項について現実的かつ具体的な支配権を有する者は、その限りにおいてかかる責務を負うのに適する場合があるからであると解される。

本件においては、控訴人は、被控訴人補助参加人に対し、A 1 の雇用継続

及び直接雇用を求める団体交渉を申し入れ、その対応及びA1の直接雇用に関する不利益取扱いの是正を求めていたのであるから、その目的が実質的にはA1の雇用確保にあることは明らかである。したがって、これらの交渉事項との関係で、被控訴人補助参加人が労組法7条の使用者に当たるといえるためには、雇用確保に関する事項につき、雇用主と同視できる程度の現実的、具体的な支配権を有していると認められることが必要である。

しかし、上記認定のとおり、被控訴人補助参加人は、派遣ないし供給されてきたA1ら労働者の、当該出勤日の作業内容等についての支配決定権は有しているものの、その採用、配置、解雇等には関与せず、賃金の決定や支払にも関与していないことが認められるから、少なくともA1の雇用確保ないし直接雇用について雇用主と同視できる程度の現実的、具体的支配権を有しているとは認められない。よって、被控訴人補助参加人を同条の使用者と認めることはできないというべきである。

これに対し、控訴人は、被控訴人補助参加人の有する作業内容、業務態様等についての支配決定権の具体的内容を考慮して使用者性を判断すべきである旨主張する。しかし、上記の労組法7条の使用概念の趣旨からすれば、雇用契約を締結していない者について自己が支配、決定権を有していない事項についてまで使用者性が認められ、団体交渉に応じるなどの義務を負うべき合理的理由はないから、被控訴人補助参加人がA1の日々の作業内容等について支配権を有していたとしても、そのことをもって雇用確保を交渉事項とする本件において使用者性が認められるべきこととなるものではない。しかも、被控訴人補助参加人が作業内容等に関して有する支配決定権は、各二次下請会社から派遣ないし供給されてきた労働者について、その日の作業現場や作業内容等を決め、指揮命令する権限にすぎず、各労働者の週間ないし月間を通じた就業日数、就業時間等を把握し、管理しているものではない等限定的なものにとどまるから、日々の労働条件等に関する事項についての交渉であれば別として、少なくとも、雇用確保を求める交渉において雇用主と同視できる程度の支配決定権を有しているとする根拠になるものではない。よって控訴人の主張は理由がない。

- (3) 以上によれば、その余の点を検討するまでもなく、被控訴人補助参加人が不当労働行為を行ったとは認められないから、本件棄却命令の取消しを求める控訴人の請求は理由がない。

第4 結論

以上の次第で、控訴人の請求を棄却した原判決は相当であり、本件控訴は理由がないから、これを棄却することとして、主文のとおり判決する。

大阪高等裁判所第1民事部