

# 日系ブラジル人労働者の就労に関する 契約法上の諸問題

池田真朗  
前田美千代

日系ブラジル人労働者の就労に関する契約法上の諸問題

- はじめに―シンポジウムの報告にあたって―
- 一 日系ブラジル人労働者をとりまく状況  
―日本における労働市場の現況からの考察―
  - 二 三極型労働供給の諸契約の比較
  - 三 日系ブラジル人労働者特有の問題の解決へ向けて
  - 四 結び

## 〔前注〕

本稿は、二〇〇二年八月二六日から二九日にかけて、ブラジル・サンパウロ大学法学部（FADUSP）で行われ

た、「日伯比較法及び在日ブラジル人就労者に関する国際シンポジウム」の第二日目に池田真朗が行った報告に、時間の関係で省略した部分を加え、注記を施して論文の形態としたものである。報告は池田が単独で行ったものであるが、文献資料の収集、関係機関への聞き取り調査、および報告の基礎となった初期草稿の作成については、池田の指導の下で、当時サンパウロ大学大学院に留学中であった前田美千代が行った。報告原稿は、それをもとに池田が完成させたものである。そこで本稿は、前田によるブラジル法

関係の注記等も補充したうえで、兩名の共同作業であることとを明らかにして、連名で発表するものである。ただし、本報告に示された立法提言等は、池田の判断によるものであり、その他本稿中に不備な点があれば、責めはすべて池田が負う。なお、本報告については、主催者たるブラジル伯日比較法学会 (IDCBJ) の側で講演録がまとめられる予定であるが、本報告のポルトガル語訳についても、前田が作成して同学会に提出済みである。

(1) 本シンポジウムは、いわゆる日系ブラジル人の日本への出稼ぎ者に関する問題を、労働問題、医療社会保障問題、家族法と司法共助問題、就労の法的問題、社会保障問題、子供の教育・非行問題、出稼ぎ支援団体の活動等、多面にわたって分析・検討するものであった。ちなみに、池田昭博サンパウロ大学経済経営学部教授の報告によると、在日ブラジル人の数は (日系・非日系を含めて) 一九八八年には約四千人だったものが二〇〇〇年には約二五万四千人と、二二年間で二五万人という急激な増加を示し、二〇〇二年現在では、ブラジルから日本への出稼ぎ者は約二六万人と推計されているという。なお、この急増のきっかけとなったのは、一九九〇年六月施行の改正入管法によって、南米日系人労働者か日本において何の制約もなく就労できるよ

うになったことであるのは、周知のとおりである。本多淳亮・村下博編『外国人労働者問題の展望』(大阪経済法科大学出版部・一九九五年) 一四〇頁以下、村下博『外国人労働者問題の政策と法』(大阪経済法科大学出版部・一九九九年) 一四五頁以下等参照。

はじめにーシンポジウムの報告にあたってー

私は、一九九八年八月のブラジル移民九〇周年記念日伯比較法シンポジウムに続いて、ここサンパウロ大学でシンポジウムの報告者となる機会を与えられたことを、関係者の皆様方、ことに、サンパウロ大学法学部博士教授二宮正人先生、および本シンポジウム全体の座長でもある伯日比較法学会理事長・サンパウロ大学法学部博士教授・慶應義塾大学名誉博士渡部和夫先生に感謝申し上げます。

私は、日本の民法を専門にしている学者でありますので、今回のシンポジウムのテーマを、主として日本の契約法の観点から分析してみたいと思います。私の報告が、他の先生方の具体的な現状報告とあいまって、日系ブラジル人の日本での就労問題に、少しでも有益な分析材料となれば幸いです。<sup>(3)</sup>

(2) 本報告は、八月二十七日夕刻からの、「就労問題の法的視点」に関する部会で、花田ネルソン弁護士（元サンパウロ州高等裁判所裁判官）を座長とし、ワルキュール・ロヘス・リヘイロ・タ・シルヴァ サンパウロ大学法学部教授をコメンテーターとして、千葉大学法経学部手塚和彰教授の報告に続いて行われた。ちなみに手塚教授には、『外国人労働者』、『続外国人労働者』（日本経済新聞社、一九八九年、一九九一年）、『外国人労働者の労働実態』（共編、明石書店、一九九二年）等、外国人の就労問題に関する諸著作がある。

(3) 外国人労働者に関する文献は、多数存するか、注(1)(2)に掲記したもののほか、桑原靖夫編『グローバル時代の外国人労働者』（東洋経済新報社、二〇〇一年）、井口泰『外国人労働者新時代』（筑摩書房、二〇〇一年）、鐘ヶ江晴彦編『外国人労働者の人権と地域社会』（明石書店、二〇〇一年）、中本博皓『グローバル化時代を迎えた日本経済と外国人労働者政策』（税務経理協会、二〇〇一年）、野川忍『外国人労働者法』（信山社、一九九三年）、労働者職業安定局編『外国人労働者の就労・雇用ニーズの現状』（労務行政研究所、一九九七年）、外国人労働者弁護士（ラフル）編『外国人労働者と権利救済―弁護士上の活動リポート―』（海風書房、一九九二年）、山川隆二『国際労働関係

の法理』（信山社、一九九九年）を参照。

日系ブラジル人労働者に関する文献は、日本語によるものとして、(財)産業雇用安定センター編『日本で働く日系人のためのガイドブック』（財)産業雇用安定センター、二〇〇一年）、小内透・酒井恵真編『日系ブラジル人の定住化と地域社会』（御茶の水書房、二〇〇一年）、大宮知行『デカセーギ』（草思社、一九九七年）、佐野哲『ワーカールの国際還流』（日本労働研究機構、一九九六年）、渡辺雅子編『共同研究出稼き日系ブラジル人』（明石書店、一九九五年）（ポルトガル語によるものについては、Maria Editeuza Fontenelle Reis, *Brasileiros no Japão: O elo humano das relações bilaterais*, Masato Ninomiya (org.), Kaledus-Primus, São Paulo, 2001 (プリム・エヂレウザ・フォンテネル・レイス『在日ブラジル人―二国間関係の人的絆―』宮正人編・訳 (Kaledus-Primus, 二〇〇一年))；Masato Ninomiya (org.), Dekassegui, Sociedade Japonesa, São Paulo, 1992; Lili Katsuco Kawamura, *Para onde vão os brasileiros? Imigrantes brasileiros no Japão*, UNICAMP, São Paulo, 1999; Neide L. Patarra (Coord.), *Emigração e Imigrações Internacionais no Brasil contemporâneo*, 2ª ed., FNUAP, São Paulo, 1995; Masato Ninomiya (org.), *O Futuro da Comunidade Nikkey*, Ed. Mania de Livro,

- São Paulo, 1996; Lili Katsuco Kawamura, *Trabalhadores Brasileiros no Japão: Estratégias de formação cultural*, UNICAMP, São Paulo, 1997; Paulo Yokota, *Fragmentos sobre as Relações Nipo-Brasileiras no pós-Guerra*. Topbooks, Rio de Janeiro, 1997; Reimei Yoshioka, *Porque Migramos do e para o Japão*, Massao Ohno Editor, São Paulo, 1995; Lisa Bornstein, "Globalização e Migração: Comentários sobre o Chamado Fenômeno Dekassegü," In *Lições da Economia Japonesa*, Gilson Schwartz(Org.), Saraiwa, São Paulo, 1995; Toshiaki Saito, "Brasileiros e Japoneses, confronto de Identidade (o perfil psicológico do nikkei)," In III Convenção Panamericana Nikkei: O Nikkei e sua americanidade, Massao Ohno Editor, São Paulo, 1986, p. 199-212; J u Iia Kubo Saito, "Auto-estima e auto-conceito entre os jovens descendentes de japoneses." In III Convenção Panamericana Nikkei: O Nikkei e sua americanidade, Massao Ohno Editor, São Paulo, 1986, p. 241-260; Fernando Henrique Cardoso, "A Americanidade dos Nikkeis." In O Nikkei e sua americanidade, Massao Ohno Editor, São Paulo, 1986, p. 5-20; Masato Nimomiya, "Uma visão sobre o direito do trabalho no Japão," *Revista da Faculdade de Direito*, vol. 24, 1999, pp. 163-179; Lili Katsuco Kawamura, "Quem são os Brasileiros que Trabalham no Japão." In *A Quebra dos Mitos*, Tetsuo Chigusa(org.), IPC Produções & Consultória, Tóquio, 1994, 移民労働者の権利意識と労働生産性 Daniela de Carvalho, *Migrants and Identity in Japan and Brazil: the Nikkeijin*, London, New York: Routledge, 2002; Joshua Hotaka Roth, *Brokered Homeland: Japanese Brazilian Migrants in Japan*, Cornell University Press, 2002; Lane Ryo Hirabayashi, Akemi Kikumura-Yano, James A. Hirabayashi, *New Worlds, New Lives: Globalization and People of Japanese Descent in the Americas and from Latin America in Japan (Asian America)*, Stanford University Press, 2002; Daniel Touro Linger, *No one Home: Brazilian Selves Remade in Japan*, Stanford University Press, 2001; Keiko Yamataka, *Return Migration of Japanese-Brazilians to Japan: The Nikkeijin as Ethnic Minority and Political Construct*, University of California, Berkeley, 1995; Peter Stalker, *The Work of Strangers – A survey of International Labour Migration*, International Labour Organization, Geneva, 1994; Yoko Seller, "Nikkeijin: The

Phenomenon of Return Migration." In Japan's Minorities: The Illusion of Homogeneity, org. Michael Weiner, TJ Press Ltd. Padstow, Cornwall, Great Britain, 1997; Robert J. Smith, "The Ethnic Japanese in Brazil." In Journal of Japanese Studies, vol. V, 1979; Kenji Yamamoto, "Job Change of Foreign Workers in Contemporary Japan — The Case of Japanese Brazilians." In Journal of International Economic Studies, n. 9, The Institute of Comparative Economic Studies, Housai University, Tokyo, 1995; Gwenn-Hael Denigol, "Les Nikkeijin du Brésil." In Immigration et Minorités Ethniques au Japon, Maison Franco-Japonaise, Tokyo, 1995 を参照。また、アメリカ・ニューヨーク市におけるブラジル人労働者について、Maxine L. Margolis, Little Brazil, Princeton University Press, 1993 を参照。

## 一 日系ブラジル人労働者を取りまく状況

— 日本における労働市場の現状からの考察 —

### (一) 基本形態としての直接雇用と労働者派遣業の登場

労働関係の基本的な形態は、直接雇用、つまり「雇用主

と使用者は同一人で、労働者は、雇用主と就業条件について合意し、雇用主の指揮命令下で労働し、その対価である賃金を雇用主から支払われる」というものである。日本において、従来の雇用に関する法制は、この基本形態を予想して成立し、存続してきた。まず一八九八年に施行された民法典の中で、雇用契約に関する規定が置かれた（民法六二五条以下）。しかしこの民法典の規定では労働者の保護が十分でなかったため、第二次世界大戦後に、労働基準法・労働組合法・労働関係調整法といういわゆる労働三法の立法がなされた。労働基準法が一九四七年に施行された後は、民法の雇用契約の規定は、家内労働者（家族だけ雇用関係を結んでいるもの）と家事使用人（いわゆるハウスメイド）のみに適用され、他の一般の雇用契約には、すべて労働基準法が適用される形になっている。

しかしながら、今日の日本の労働市場は、このような伝統的な直接雇用・終身雇用から、間接（三極型）雇用、非終身雇用にシフトしつつある。これは、労働力の需要面からいえば、マイクロ・エレクトロニクスを中心とする新たな技術革新の波が広範な分野に広がり、これに伴って専門的な業務分野について企業が外部に支援を求める形（いわゆるアウトソーシング）が増えてきたこと、一方、労働力

の供給面では、ことに若い女性などの間に、自分の希望する日時に合わせて、専門的な知識、技術、経験を活かし、職場のわずらわしい人間関係にとらわれずに就業することを希望する労働者が増加していること、が挙げられる。このような労働力の需給の変化を調整するために登場したのが労働者派遣業（人材派遣業）であり、他の企業に対して、自己の雇用する労働者を派遣して就業させることを業務とする。<sup>(4)</sup> こうして、労働力需給のニーズに雇用形態が対応していない状況を埋める形で、人材派遣業は発達してきた。<sup>(5)</sup>

(二) 労働者派遣と職安法四四四条及び労基法六条違反の可能性

労働者派遣業は、右記のように、労働力の多様なニーズに対応した需給の結合を促進し、労働者の就業機会を拡大させる側面もあるが、同時に、労働者を派遣先の企業で就業させることから、職業安定法四四四条で禁止されている労働者供給事業との関係で問題が生ずることが懸念されるほか、労働者保護に関する労働基準法六条が規定する中間搾取の禁止とも絡み、当初は問題視されてきた。<sup>(6)</sup>

すなわち、職安法四四四条は、「何人も、第四五条に規定する場合を除く外、労働者供給事業を行い、又はその労働

者供給事業を行う者から供給される労働者を使用してはならない」と定めている。四五条に規定する場合は、労働組合が労働大臣の許可を受けて無料で労働者供給事業を行う場合であるから、労働組合以外は労働者供給事業を行う余地は全くない。さらに職安法施行規則四条は、上記労働者供給事業にあたらぬかどうかの認定基準として四要件（詳細は後述）を掲げるとともに、その一つでも欠ける場合は、たとえ請負契約の形式をとっていても労働者供給事業とみなす旨定めており、加えて、それら四要件の具体的な意味内容に関し、職安局から「職業安定法の『労働者供給事業』に関する解釈手引きについて」と題する文書が示されている。

したがって、派遣元と派遣先間の業務委託契約に基づき労働者を派遣して派遣先の業務の一部を処理する形態が職安法四四四条に違反しないとされるための要件は、かなり厳しいものと結論付けられていたのである。<sup>(7)</sup>

(三) 職安法四四四条及び労基法六条の趣旨と現状

職安法四四四条及び労基法六条の趣旨は、実力的な支配関係や封建的な身分関係に基づくくいわゆる口入れ稼業と、これによるピンハネを防止し、労働の民主化を図ろうとする

ものであって、その意図は派遣元と派遣先との単なる請負契約の形式によって潜脱されてはならないという点にある。

第二次世界大戦後間もない頃の、いわゆるタコ部屋と呼ばれる過酷な労働条件での強制的な就労や、口入れによるピンハネがみられた時代にあつては、厳格な規制も実態に合致した合理的な定めということができたであろう。しかし、生活水準が向上し、労働者の認識も高まってきている今日、右のような口入れ稼業やこれによるピンハネの事例は、暴力団が港湾荷役会社に人夫を供給するなどの特殊な事例を除きほとんど姿を消しつつある。その反面、職業の専門分化と利益の追求は、業務委託を専門とする企業の出現を歓迎する一方、労働者もそのような会社であることを十分承知の上応募し、採用されているばかりか、賃金その他の労働条件も学歴、能力に照らして判断すれば決して不当に劣悪とはいえない。

このような現状においても、職安法四四条の文言に従えば、業務委託契約に基づく労働者派遣はことごとく違法とならざるを得ない。こういう不合理を緩和する目的で、一定の要件のもとに人材派遣業を立法化していこうとする動きが出てきた。

#### (四) 労働者派遣事業法（人材派遣業法）の成立

以上のような動向を受けて、昭和六〇年（一九八五年）に制定されたのが、「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」（以下労働者派遣事業法または派遣業法と略す。日本では人材派遣業法とも呼ばれる）である。これによって、従来の直接雇用の形態から逸脱した雇用形態の一部が規制を加えられつつ法制化（合法化）されることになった。<sup>(10)</sup> この内容については後に触れるが、この法律でもかなりの程度に労働者の保護が図られている。ただし、同法では、現在のところ、同法が適用される派遣事業は二六種に限定されており、不熟練単純労働は含まれていないが、この点の法改正の動向についても後に述べる。

#### (五) 日系ブラジル人労働者を取り巻く雇用問題の本質

以上の考察をした上で、初めて日系ブラジル人労働者を取り巻く雇用問題の法的な本質が見えてくる。つまり、日本で就労する日系ブラジル人労働者の相当数が、現場の企業との直接の雇用契約による就労ではなく、また、間接的な雇用の中でも労働者派遣事業法の保護を受ける派遣契約による就労でもない、業務請負とか構内請負などと呼ばれ

る契約の名のもとに、実際には合法的な請負契約の範疇に入るかどうかとも疑わしい、間接雇用の中でも最も不安定で法的裏付けの薄い就労形態にあるということなのである。

そのことの法的意味を正確に把握するために、以下にはまず、間接的な雇用形態、つまり就労先企業と、中間に入る業者と、就労者という三極関係に立つ契約関係を類型的に比較考察しておくことにしたい。

(4) 坂本清「人材派遣業法で雇用慣行は変わるか」国会月報三三巻四四〇号(一九八五年八月)一四頁、藤崎昇「自由化された人材派遣と職業紹介」立法と調査二二三号(一九九九年九月)三六頁、麻生光洋「人材派遣業法について」研修四四六号(一九八五年八月)三八頁。

(5) 中央職業安定審議会労働者派遣事業等小委員会報告書(昭和五九年二月)は、派遣法の立法の必要性について、「今後に予想される急速な労働力人口の高齢化、産業構造の転換等の労働力需給両面における多様な変化に的確かつ弾力的に対応し、労働力需給のミスマッチの解消を図ること」とであると述べている(秋澤清彦「人材派遣業法と雇用形態」季刊労働法二三六号(一九八五年七月)四八頁)。

(6) 坂本・前掲注(4)論文一四頁。

(7) 宮本光雄「人材派遣をめぐる実務上の諸問題(1)」N

BL三一八号(一九八四年二月)一〇頁。

(8) 昭和五二年六月、労働省は、キーパンチャーその他あらゆる業種の人材を派遣していることで有名な「マンパワー・ジャパン」社を約一年かけて調査した結果を発表したが、これによれば、同社は労働者供給と類似の事業であるが、派遣されている労働者はアルバイト気分の若い女性が多くピンハネ等の苦情はほとんど出ていないとした上、厳密に解釈すれば違法の疑いもあるが、刑罰を加えるほどの重大な違法性があるとはいえないとして告発等の措置を講じなかった(宮本・前掲注(7)論文一一頁)。

なお、労働者派遣法に関する文献は、本稿に示したものの他、小井土有治『人材派遣と労使の課題』(税務経理協会、一九九二年)、小井土有治『人材派遣業法―雇用新時代の到来―』(改訂版)(税務経理協会、一九八五年)、大橋龍雄『派遣法の弾力化と派遣労働者の保護―ドイツの派遣法を中心に―』(法律文化社、一九九九年)、中野麻美『派遣社員トラブルなんでもQ&A』(日本法令、二〇〇〇年)、労働法令研究会編『改正労働者派遣法の実務解説』(労働法令協会、二〇〇一年)、労働調査会編『新しい労働者派遣法』(労働調査会、二〇〇〇年)、労働省職業安定局民間受給調整事業室編『労働者派遣法の実務解説』(労務行政研究所、二〇〇〇年)、日本労働研究機構編『欧米諸国における労働者派遣法の実態』(日本労働研究機構、一

九九八年)、安西愈『労働者派遣法の法律実務(第二版補正二版)』(総合労働研究所、一九九七年)、脇田滋『労働法の規制緩和と公正雇用保障』(法律文化社、一九九五年)、場渡淳一郎『三者間労務供給契約の研究』(総合労働研究所、一九九二年)を参照。

(9) この段階で宮本弁護士は、「職安法四四条は死文化しつつある」と述べていた。宮本・前掲注(7)論文二頁。

(10) 労働者派遣法の立法作業の発端となったのは、「業務処理請負事業」の監査結果に基づく行政管理庁(現在の総務庁)の昭和五三年七月の「勧告」であり、さらに遡れば建設雇用改善法の制定が昭和五〇年に中央職業安定審議会に提言された際の高梨提案にはじまっており、法案の国会提出までに一〇年間経過したことになる。その間に、労働力需給システム研究会の「今後の労働力需給システムのあり方についての提言」(昭和五五年四月)、労働者派遣事業問題調査会報告書(昭和五九年二月)、中央職業安定審議会労働者派遣事業等小委員会報告書(昭和五九年一月)が公表され、さらに、労働者職業安定局の「労働者派遣事業の制度化に関する法的措置についての考え方」(昭和六〇年一月一六日)、法律案要綱(昭和六〇年二月五日)を経て、法案の作成・提出に到達した(萩澤・前掲注(5)論文四九頁、高梨昌「人材派遣業の立法化構想」ジュリスト八三二号(一九八五年三月)七頁、坂本哲也「労働者派遣

事業法制化の経緯と背景」ジュリスト八三二号(一九八五年三月)二六頁)。こうした規制緩和は、ILO一八一号条約の採択に象徴される国際的な動向と軌を一にするものであった。

## 二 三極型労務供給の諸契約の比較

### (一) 業務請負

業務請負<sup>(11)</sup>と呼ばれるものは、伝統的な土木・建設業における請負等ではない、生産請負を主とするものであるが、実際にはその中に、ソフトウェア開発のアウトソーシングのような高度な技術性をもつものから、単純反復労働の色彩の強いものまで、多様な内容がある。しかしその基本的な法的性質は、民法上の請負契約であるというべきである(ただし実際には、もはや請負という名称がふさわしくない、一種の無名契約のごときものと把握したほうがよいものも存在する。この点は後述する)。請負契約とは、労務の成果としての仕事の完成を目的とする契約であり(民法六三二条)、注文者との請負契約に従い請負業者(受注者)が自らの業務として自己の裁量と責任のもとに自己の雇用する労働者を直接使用して仕事の完成にあたるものをいう<sup>(12)</sup>。

請負業者は、請負った業務の遂行に関して、基本的に発注者からの指揮・関与は受けない<sup>(13)</sup>。また、原材料の手配、労働者の手配、使用する労働者との関係等からあらゆるものについて法的責任を負うことになる<sup>(14)</sup>。ただし、もちろん注文者が材料を提供する場合があることは、民法上も認められている。そして、注文者の供給した材料やそれを用いた注文内容自体に瑕疵があつて損害が発生した場合には、請負人は担保責任を負わない<sup>(15)</sup>ことが民法に規定されている(六三六条)。

請負は、労働者が注文主の指揮命令を受けないという点で、労働者派遣と決定的に異なる。そしてそのことは、とりもなおさず、就労先の注文主企業は請負企業の雇用する労働者に対して直接の責任を負わないということにもなる。両者の区別については、「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」(昭和六一年労働省告示第三七号)及び職業安定法施行規則第四条で、その具体的判断基準を示している。

その基準とは、①作業の完成について事業主として財政上および法律上のすべての責任を負うものであること、②作業に従事する労働者を指揮監督するものであること、③作業に従事する労働者に対し、使用者として法律に規定さ

れたすべての義務を負うものであること、④みずから提供する機械、設備、器材(業務上必要なる簡易な工具を除く)もしくはその作業に必要な材料、資材を使用しまたは企画もしくは専門的な技術もしくは専門的な経験を必要とする作業を行うものであつて、単に肉体的な労働力を提供するものではないこと、の四要件である。適正な業務請負とされるためには、これらの基準をすべて満たさなければならず、法の適用を免れるために単に形式的に整えられているものは、その実態に従つて、労働者供給ないし労働者派遣として法の規制を受ける。具体的な判断は、個々のケースごとに実態的になされる<sup>(16)</sup>。

なお民法上の請負契約は本来、仕事の完成を目的とするものであるから、特約がなければ注文主から請負人に対する報酬は後払いであり、かつ中途まで仕事をしても、所期の目的が達成できなければ、途中までのつまり出来高による支払いもない、という契約である。したがって、請負人が自己の帰責事由で仕事を途中でやめた場合には、注文主には報酬支払義務は生じない。この点は、請負人に雇われている被用者には、賃金の支払いなどで不利な状況が生まれる可能性が内在しているといえる。

## (二) 労働者供給事業

労働者供給事業とは、先に述べたように、自己の支配下にある労働者を供給契約に基づき他人のもとに派遣しその他人の指揮命令のもとにその他人の業務に従事させることをいう。<sup>(17)</sup>従って、労働者供給事業は、①供給元と労働者との間に事実上の支配関係が存し(労働者派遣法の施行に伴い、雇用関係が存在する場合が除かれる)、供給先と労働者との間には雇用関係、指揮命令関係が生ずる形態、または②供給元と供給先に二重の雇用契約が生ずる形態のいずれかである。<sup>(18)</sup>ただし先に述べた職業安定法四五条の関係から、労働組合以外は労働者供給事業を行う余地はない。つまりこれは、日本の労働法制上、非常に例外的にのみ合法と認められる概念ということになる。

なお後に再論する労働者派遣事業は、従来の職安法五条六項の労働者供給を業として行う労働者供給事業から一部取り出し認めた概念であるが、労働者供給事業と労働者派遣事業は、次の二点で明確に区別される。①労働者供給契約に基づいて労働者を他人の指揮命令のもとに労働に従事させるもののうち、供給元と労働者との間に雇用関係がないものについては労働者供給業となる。②①と異なり供給元と労働者との間に雇用関係がある場合であっても、相手

先に労働者を雇用させることを約して行われるものについては労働者派遣に該当せず、労働者供給となる。<sup>(19)</sup>

## (三) 職業紹介事業

職業紹介とは、人(求職者・労働者)と仕事(求人者・事業主)の間にたつて、仕事を探している人に対しては仕事(事業主)を斡旋することであり、人を求めている事業主に対しては人(労働者)を斡旋することである。紹介事業主と労働者の間は、仕事を斡旋するだけの関係であり、支配従属関係はない。<sup>(20)</sup>労働者と紹介先事業主との関係は、雇用するかしないかの関係となる。職業紹介業務は、一九九九年の職安法改正までは、一部職業を除き有料で行うことを禁止されていたほか、無料の職業紹介については、公共職業安定所、学校教育法に規定された学校、労働大臣の許可を受けた公益法人による職業紹介事業ときわめて限定されていた。一九九九年の改正により、一定の要件をクリアしたものが厚生労働大臣の許可を受ければ、事業を行うことができるようになった(職安法三三二の一一)。これに伴い、職業紹介事業者は、許可を受けるに際して、厚生労働大臣に申し出ることにより、その取り扱うことのできる職業について制限を設けることができるとされた。

(四) 労働者派遣事業

1 定義

これについては、少し詳細に紹介したい。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してするものを含まないものとする、と定義される(派遣法二条一号)。簡潔に言えば、労働者派遣とは、自己の雇用する労働者を第三者の指揮命令下において働かせるものをいい、第三者が当該労働者を雇用しないものをいう。

従って、派遣法が構想する労働者派遣事業は、はじめから派遣先と派遣労働者の間には雇用関係を認めず、使用関係のみを認めようとするものである。派遣元と労働者との関係は雇用関係、派遣先と労働者との関係は使用関係、と区別されることになる。<sup>(21)</sup>

しかしながら、このように雇用と使用の不一致を正面から認めることにより、派遣元、派遣先及び派遣労働者の三者間における法律関係はどのように解されるのか、とりわけ従来の直接雇用を念頭においている労組法及び労基法の

適用関係、とくにその履行に関する使用者としての責任の所在が不明確なることについてはどのように対処するのかが問題となる。以下順次検討するが、問題はあるものの、基本的には、派遣法による就労者の保護は相当に図られているといえる。

2 派遣労働者と派遣先の法律関係

(1) 労働組合法の適用

まず、派遣労働者には、派遣先の不当労働行為に対する労働組合法の適用があり、派遣先は、労働法七条二号の定める団体交渉当事者としての「使用者」にあたるという判断法理が確立している。<sup>(22)</sup>

それでは、およそ派遣先と派遣労働者との間に使用従属関係が認められれば、使用者は派遣先であって、派遣元ではないと断定されるのだろうか。この点、派遣労働者の労働条件のうち、雇用者たる派遣元が、賃金・賞与等の支払の法律上の義務を負担する以上、派遣元との団体交渉によりその維持・向上を図ることが相当であって、派遣先にこれを求めても実現は困難というほかはない。

こうしてみると、労働法上の使用者を複数と捉え、雇用契約上の雇主として賃金の決定・変更に関しては派遣元を

使用者と認めるのが正当であり、派遣先に関しては、その使用従属関係が認められる限度で使用者と認めれば足りると考えられる。

さらに派遣法では、派遣トラフルが生じたときには、派遣元責任者と派遣先責任者との間で迅速に苦情を解決するための仕組みを設けている。従って、派遣先が労働組合からの団体交渉を拒否し、派遣労働者からの苦情の解決を遅らせることは、労組法第七条二号の団体交渉拒否に該当するほか、苦情の迅速な解決を求める派遣法第四〇条にも抵触するといふべきである。<sup>(24)</sup>

### (2) 労働基準法の適用

では、労働基準法はどう適用されるか。労基法九条は、「この法律で労働者とは、職業の種類を問わず、前条の事業又は事務所に使用される者で、賃金を支払われる者をいう」と定めている。ここで明らかなように、労働者性の判断基準は、「使用される」ことであつて「雇用される」ことではない。すなわち、労基法が適用される「労働者」と「使用者」の関係は、必ずしもその間に労働契約が存在する必要はなく、一方の指揮命令に服して労務を提供しているという従属労働の実態が事実状態として存在すれば足りる(使用従属関係ないし労働契約なき労働関係<sup>(25)</sup>)。

派遣の場合、派遣先が派遣労働者を直接指揮監督している部分については、使用従属関係が存在するものとして、その限度で派遣先が労基法上の使用者としての責任を負うことになる。<sup>(26)</sup>

### (3) 労災補償責任

労災保険の加入者は派遣元であり、補償責任も一次的には派遣元が負うと解されている<sup>(27)</sup>。しかしながら、使用従属関係を通じ派遣先が労基法上の使用者と認められると、労基法上の災害補償責任も派遣先にあると解すべきとも考えられ、その責任をカバーする制度が労災保険法であるとすれば、労災保険法上の使用者責任も派遣先が負うと考え得る。ただし、労災補償責任は、使用者の過失を要件とせず、具体的な労務提供またはそのための使用者の拘束下にある状態での危険の顕在化に対する責任制度であるからである。<sup>(28)</sup>

### (4) 安全配慮義務

右記のように、労災保険の加入者は派遣元であり、補償責任も一次的には派遣元が負うと解されるとしても、安全衛生管理体制や健康管理等の責任は派遣先も負っており、派遣先が派遣労働者に対して適切な作業管理を行わず、過大な業務量の作業を行わせたために病気等になったのであ

れば、労災保険給付の価格の限度を超える損害について、派遣先に対して安全配慮義務違反に基づく民事上の損害賠償責任を追及し得ると考えられる（この責任は、不法行為上の責任ともなるが、日本の判例は、契約上の付随義務としてもこの安全配慮義務を認めている）。ただし、派遣就労が派遣先の事業所において派遣先の指揮命令下になされることから、派遣先に労働者の労働災害・職業病の発生を予防し、その結果の増悪を防ぐための適切な処置を講ずる義務が認められるからである。<sup>(29)</sup>

### 3 派遣労働者と派遣元の法律関係

#### (1) 登録

登録とは、派遣労働者が当該派遣会社を通じて派遣就業の機会を得ることを希望してその旨派遣会社に依頼し、派遣会社はこれに承諾する行為であり、登録関係とは、労働者が当該派遣会社を通じて派遣就業を希望し、派遣会社はこれを受けて、当該労働者の技能や希望に添った派遣先における就業機会の実現に向けて働きかけることを内容とする契約関係であつて、単なる事実関係ではないと解される。<sup>(30)</sup>ただし、派遣会社は派遣就業の機会の提供を義務付けられるものではないが、登録によって善良なる管理者の注意義

務をもって派遣就業の機会の提供に向けた業務処理をなすべき契約上の義務を負担する法律関係が成立すると解すことが妥当であり、従つて、派遣元は、登録関係に入る時点から労働関係法規上の規制を受けると解される。この点につき、派遣法三〇条は、派遣元事業主は、その雇用する派遣労働者または派遣労働者として雇用しようとする労働者について、各人の希望及び能力に応じた就業の機会及び教育訓練の機会の確保、労働条件の向上その他雇用の安定を図るために必要な措置を講ずることによつて、福祉の増進を図るよう努めなければならないと定めており、ここにいふ「雇用しようとする労働者」とは、まさに登録してこれから派遣の対象となろうとする労働者のことであつて、したがつて派遣元は、いわゆる登録スタッフに対して、派遣法上の当該努力義務を負担すると解される。

#### (2) 派遣労働契約の成立

直接雇用と異なつて、雇用主ではない第三者の指揮命令下で働く労働者派遣においては、労働者にとつてリスクが大きいため、労働契約成立の基礎にある同意の原則をより徹底する必要がある。従つて、派遣法第三二条では、派遣労働者であることの明示と同意の原則を定めた。

派遣労働者と派遣元の間には、労働契約が成立し、雇用

関係が存する。派遣元は文字通り雇用主として労基法の適用を受け、労基法一五条により、同法施行規則五条一項に定めるいわゆる労働条件を、労働契約締結に際し労働者に明示しなければならない。労働者を派遣する場合には、その都度、派遣労働の就業条件を文書（「就業条件明示書」）で事前に明示することが義務付けられている（派遣法三四条）。

#### 4 派遣元と派遣先間の法律関係

##### （1）派遣契約解除と派遣労働者の解雇

派遣元と派遣先の間には、労働者派遣契約が結ばれる。労働者派遣契約とは、派遣元と派遣先との間で、派遣元が自ら雇用する労働者を派遣先の指揮命令下において働かせることを約し、派遣先がこれに対して派遣料金を支払うことを約して成立する契約である（したがって言うまでもなく、派遣先と派遣労働者との間で締結される派遣労働契約と当該労働者派遣契約は異なる概念である）。

さて、派遣元と派遣先間の法律関係については、日系ブラジル人労働者問題のなかで最大の割合を占める解雇の点のみ限定して述べておきたい。派遣元と派遣先間の労働者派遣契約が解除されても、派遣労働者と派遣元の労働

契約関係は消滅せず、労働契約関係が終了するためには、派遣元が派遣労働者を解雇する必要がある。労働者の解雇については、雇用主である派遣元の権限濫用の有無が問われ、合理的な事情がない以上、労働者の解雇は許されない（労基法二〇条参照）。

派遣元が派遣労働者を解雇できない以上、派遣労働契約は有効に存続するわけである。その場合、派遣元は賃金を支払う義務を負担することになるが、労働者が職場を失って就業できない状態にあるところから、果たして賃金支払義務を負担すべきであるのか、また肯定するとしてもその範囲が問題となる<sup>(32)</sup>。

派遣労働者は、派遣元との間に雇用関係がある。常用型労働者派遣の場合はもちろん、期間を定めた契約である登録型労働者派遣の場合であっても、派遣元は派遣労働者との間で締結した労働契約で定めた契約期間は、派遣労働者を雇用継続する契約上の義務を負っている。基本的には、派遣元が派遣先から労働者派遣契約打切られて派遣就業の継続ができない場合であっても、派遣元の責任として、別の就労先を派遣労働者に紹介して雇用を継続するか、契約期間中の賃金保障が必要である。

派遣元は、派遣労働者を別の派遣先を紹介して就労継続

をはかるなど解雇を回避する努力義務がある。そうした努力なしに派遣労働者にだけ負担を強いるかたちで解雇をすることは解雇権の濫用と考えられる。とくに、登録型労働者派遣の場合、派遣元は、契約した期間について労働者を雇用継続する義務を負っている。

労働者は、派遣元事業主の「責に帰すべき事由」によって就労できなかったときには、その期間中の賃金全額を派遣元に請求することができる（民法第五三六条第二項但書）。少なくとも、労働基準法第二六条は、天災などを除き、「使用者の責に帰すべき事由」による休業については平均賃金の六割の手当を保障しているので、派遣元に対してこの休業手当を請求することができる。

## 5 派遣法の修正強化

以上のように、派遣法はかなりの程度に労働者保護の手当てをしていたのであるが、なお、①派遣先が支払う派遣料金が、賃金として確実に労働者に支払われるか、②派遣法では、雇用に関する労働法上の責任は派遣元が負担し、使用従属関係に伴う労働法上の責任は派遣先が負担することとして、いままで一体と捉えられてきた雇用責任と使用者責任とを分離させることにしたが、その場合、労働法上

の権利による労働者保護が曖昧にならないか、③労働者派遣は、常用代替防止等の要請に基づいて、法律上、派遣期間の制限を設けることになったが、これによって労働者派遣契約及び派遣労働契約の期間の定めを置くことが必然的に要請される結果、派遣労働者の雇用の安定が損なわれるのではないか、等の問題があるとされた。

そこで、以上の諸問題に対処するため、派遣法の改正が行われ、一九九九年一月一日施行となった。改正のポイントは、第一に派遣労働者の保護強化、第二に常用労働の代替防止である。派遣労働者の保護強化としては、①契約の中途解除防止、②社会保険等の適用促進、③個人情報管理強化、④派遣先の雇用責任の強化が盛り込まれた。なお、契約の中途解除や社会保険等の加入が問題となるのは、派遣労働者の多くが登録型であることによるとして、改正作業の段階で、登録型派遣労働の廃止如何が問題とされたが、現在登録型派遣労働者は派遣労働者全体の八割を占めるに至っていることからして、派遣制度の根幹にも関わる問題であるとされ、三年後の見直しを求めるとどまった。一方、正規雇用を阻害しないための常用労働の代替防止に関して、労働者派遣が行える業務に制限を設けていない臨時的・一時的派遣について、派遣期間を一年に限定した。

これに違反した場合には、派遣元には改善命令を出す等の措置をとる一方、派遣先に対しては、勧告・公表の対象とするほか、当該労働者を雇い入れる努力義務を課すという措置を講じている。

- (11) 菅野和夫『労働法第五版補正二版』（弘文堂、二〇〇一年）一九六頁、片岡昇・前田達明編『労働法』（青林書院、一九九五年）三四三頁、安枝英神・西村健一郎『労働法（第6版補訂）〈有斐閣双書ブリマ〉』（有斐閣、二〇〇〇年）一二頁、三七頁、四一頁、佐藤健宗・村山晃「ある『請負』型人材派遣会社の実態と不当配転撤回の闘い」労働法律旬報一二三三号（一九九九年二月）四五頁。
- (12) ローマ法では、請負契約は、「*Locatio operis factio- di*」と呼ばれ、*locatio operis*（仕事の賃貸）、すなわち現行法で言うところの雇用契約の一種であった（Marco Aurélio Stumpf Gonzalez, “Noções sobre contratos na construção civil,” *Estudos Jurídicos*, v.29, n.º 77, set./dez., 1996, p. 126）。ある者が他人のために労働して報酬を得る関係（労働関係）については、民法では、使用者の指揮命令下の労働に服する場合には「雇用」（日本民法六二三条、ブラジル民法五九三条）という契約形態が、そして仕事の完成や事務の遂行を一任される場合については「請負」（日本民法六三二条、ブラジル民法六一〇条）・

「有償委任」（日本民法六四三条・六四八条、ブラジル民法六五三条）という契約形態が設けられた（菅野・前掲注（11）書六九頁）。請負契約と雇用契約が、両者とも人的労働をその内容としながら、決定的に異なる点は、雇用契約が、使用者の指揮命令下の労働に服することを内容とする契約であるのに対して、請負契約が、労働の成果としての仕事の完成を目的とする契約である点である（Clóvis Bevilacqua, *Código Civil Comentado*, 8ª ed., vol. IV, Rio de Janeiro, 1950, p. 55; Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, vol. 5, 32ª ed., São Paulo, 2000, p. 189; Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, vol. 3, 30ª ed., São Paulo, 2002, p. 251; Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed., tít. XLVI, t. 44, Rio de Janeiro, 1972, p. 415）。「使用者の指揮命令下の労働に服する」か「仕事の完成を目的とする」かということは、ひるがえって、報酬の支払われ方に違いが出る。すなわち、雇用契約——ローマ法での仕事の賃貸（*locatio operis*）——は、まさにこの物の賃貸（*locatio rei*）がそうであるように、テンポラリーな期間、一定の物や一定の労働を享受したことについて、その報酬は、その利用時間に対応しているのに対し、請負契約では、その報酬は、時間ではなく、労働の結果たる具体的な完成それ自体に対応している（Alfredo de Al-

meida Paiva, Aspectos do Contrato de Empreitada, São Paulo, 1955, p. 18; Miguel Maria de Sena Lopes, Curso de Direito Civil, vol. 4, Rio de Janeiro, 1966, n.º 446)。このことは、さらに、雇用契約では、契約当事者間に指揮命令関係が存するのに対し、請負契約では、それが存しない、すなわち、請負人は、報酬に対応する仕事の完成に向けて、注文者の指揮命令を受けずに専ら自己の裁量でとり行うという差異を生ずる (Washington de Barros Monteiro, loc. cit; Sílvio Rodrigues, loc. cit; Costa Sena, Da empreitada no direito civil, São Paulo, 1935, p. 27)。また、雇用契約上の労働者は、労務の提供により完成させた物が滅失しても、報酬債権を失わないのに対し、請負契約上の労働者、すなわち請負人は、完成物が引渡前に滅失した場合、原則的に報酬債権を失う (Caio Mário da Silva Pereira, "Contrato de empreitada," Revista de Direito Tributário, v.13, n.º 50, out./dez., 1989, p. 45)。なお、労働法における「労働契約」とは、労働基準法が適用される労働供給契約のことであり、「労働契約」は民法上の「雇用」に該当する場合が大多数であるが、それとは必ずしも一致せず、民法上の「請負」又は「委任」の形式をとった労働供給契約でもありうるし、また民法上の「雇用」、「請負」又は「委任」の形式をとっていない(非典型の)労働供給契約でもありうる(菅野・前掲注

(11)書七〇頁)。

(13) この趣旨については、各国とも共通の理解がなされている。たとえば、ブラジルでもよく紹介される文献として、Henri et Leon Mazeaud et Jean Mazeaud, Leçons de droit civil, t. III, vol. 2, 5<sup>e</sup> éd., Paris, 1980, p. 743, n.º 1.332.

(14) 中野麻美編著、派遣労働研究会著『労働者派遣の法律相談』(キョウセツ、二〇〇一年)二二頁。

(15) この趣旨についてもブラジルで紹介される文献の一つとして、Henri de Page, Traité élémentaire de droit civil belge, 4<sup>e</sup> éd., t. IV, vol. 2, Bruxelles, 1997, n.º 848.

(16) 中野編・前掲注(14)書二二―二二頁、生田正之「人材派遣業法の運用と実務方針」NBL三六〇号(一九八六年九月)七頁。

(17) 中野編・前掲注(14)書二四頁、宮本・前掲注(7)論文九頁、安枝・西村・前掲注(11)書二四五頁。

(18) 生田・前掲注(16)論文八頁。

(19) 労働者供給事業を業として行うことについては、今後とも同法四四条の規定により禁止されるものであり、従って、労働者派遣事業の制度化により、請負により適法に行われる事業の範囲に変更を生ずるものではない。

(20) 中野編・前掲注(14)書二五―二六頁。

(21) このような派遣法の究極のねらいは、派遣元と労働者

- との間に事実上の支配関係しか認めないということになれば、「労働条件の維持改善」を主たる目的として組織される労働組合が労働者供給事業を行う場合と異なつて、派遣元と労働者との関係において労働者の保護に欠けることになるので、派遣元と労働者との間に雇用関係を成立させ、派遣元に使用者としての責任を負わせようとする点にある。
- (22) 油研工業事件・最判昭和五十一年五月六日（民集三〇巻四号四〇九頁）、朝日放送事件・最判平成七年二月二十八日（労判六六八号一一頁）、ガルトダ・インドネシア航空事件・東京都地方労働委員会平成六年二月一日命令（不当労働行為事件命令集一平成六年一（東京都地方労働委員会事務局）一三頁）、日東運輸事件・兵庫県地方労働委員会昭和六十二年七月二十四日命令（不当労働行為事件命令集一昭和六十二年一（兵庫県地方労働委員会事務局）一〇頁）。なお、日東運輸事件については、野田底吾「派遣先企業の使用概念と団交応諾義務」労働法律旬報一一七九号（一九八七年一月）四六頁。
- (23) 労働委員会規則三二条ノ二は、複数の使用者が被申立人となることも予定している。
- (24) 中野編・前掲注(14)書二六三頁。
- (25) 典型例は、出向先と出向労働者との関係である。いわゆる在籍出向の場合、出向先と出向労働者の間には単に事実上の使用従属関係が成立するにすぎないが（栃木合同運送事件・名古屋地判昭和五十六年二月二十五日・判時一〇四六号一三四頁）、使用従属関係の存在ゆえに出向先は労基法上の使用者とされ、使用従属関係の存在する範囲で労基法の適用を受ける。このように解する趣旨は、結局労基法が、現実の従属労働に対し最低限の労働基準を設定し、それ以下の条件での労働を許さないとすることを目的としているからである。なお、学説には、在籍出向の場合に、出向先と出向労働者の間で当然に労働契約が成立するとみるものもある（来栖三郎『契約法』（法律学全集21）（有斐閣、一九七四年）四三〇頁）。
- (26) 法定の割増賃金について等がこれに該当するであろう。
- (27) 中野編・前掲注(14)書二四九頁、菅野・前掲注(11)書三三一頁、片岡・前田編・前掲注(11)書三四六頁、安枝・西村・前掲注(11)書一七九頁、久保敬治・浜田富士郎『労働法』（ミネルヴァ書房、一九九三年）四三三頁。
- (28) 宮本光雄「人材派遣をめぐる実務上の諸問題（3）」NBL三二二号（一九八五年二月）二六頁。
- (29) 中野編・前掲注(14)書二四九頁、菅野・前掲注(11)書七四頁、三七〇頁以下、片岡・前田編・前掲注(11)書一七七頁、安枝・西村・前掲注(11)書一八九頁、久保・浜田・前掲注(27)書三三一頁、四四七頁。
- (30) 中野編・前掲注(14)書七五頁、八〇頁。
- (31) 高梨昌編『詳解労働者派遣法』（日本労働研究機構、

二〇〇一年)三七三頁、宮本光雄「労働者派遣モデル契約書作成の実際」NBL三六〇号(一九八六年九月)一五頁。

(32) 中野編・前掲注(14)書二二九頁。

(33) 派遣法では、臨時的・一時的派遣の場合は、雇用の努力義務や雇用勧告の定めがあり、また、二六業務の派遣についても、通達で、三年をこえたときにはスタッフを雇用することがふさわしい旨周知するよう派遣先に求めている。

これは、派遣労働者による通常の労働者の代替の活用を制限し、安定的な正規雇用を侵食させないという配慮に基づくもので、そうした派遣法の基本的趣旨によれば、長期にわたって派遣の活用を続けるのであれば通常の常用雇用に切り替えるよう求められているものと解するべきである。

このような場合、ドイツ及びフランスでは、派遣先ユーザーのみなし雇用規定を置いており、雇用責任が問われることとなる。

### 三 日系ブラジル人労働者特有の問題の解決へ向けて

#### (一) 現状

日本の産業雇用センターでのヒアリングから理解される日系ブラジル人労働者の問題は次のような諸点である。第

一に解雇の問題、第二に賃金未払い、第三に労災、第四に雇用保険加入の問題である。すでに見てきたように、わが国においては、労務供給の方法が三極型となるために引き起こされる各種の問題は、派遣法の制定という形で収斂され、同法改正のなかで問題解決が図られてきた。右記の四点についても、派遣法上ではそれなりの対処が施されていることはすでに見てきた通りである。

そして、わが国の労働者のうち、日系ブラジル人労働者に特有といえるのが、日系ブラジル人の場合、ごく一部の直接雇用者を除けば、必ず三極型の労務供給の形にならざるを得ないという点にある。なせなら、三極型の第一歩が、エンプレイテラ<sup>(35)</sup> (empregadora) ないし empreiteira) つまり仲介業者の活動を通じて、すでにブラジルで始まっているからである。日系ブラジル人が日本へ出稼ぎに行こうとする場合、まずは仲介業者(エンプレイテラ)に相談するというのが典型的なパターンである。日本でたくさんお金か稼げる等の内容のチラシ広告を出しているエンプレイテラも少なくなく、中には労働者一人頭四〇万円といった金額を徴収していることもあるという<sup>(36)</sup>。こうして、エンプレイテラが日本企業の労働者募集を直接代行する形になっている場合もあれば、日本に着いてみると、第二の

仲介業者がまだ間に入っていて、そこから仕事の紹介を受ける場合もあり、このような形で、三極型のうち、仲介の部分が、二重にも三重にもなっているケースが存在する。

日系二世、三世、四世と世代が進むにつれ、日本語の能力は皆無に等しくなる一方、三世、四世という若い日系人ほど日本で働きたいと希望する傾向にあるため、エンブレイテラを頼る他に方法がないという点が、このような二重、三重の中間搾取の実態を生んでいる。

以上の現状は、すでに考察してきた点からして、わが国の各種労働法規との関係で当然問題であることは言うまでもない。三極型の労働者供給オペレーションにおいて、三極のバランスをとり、三極法律関係の権利・義務および責任の所在等を明らかにした集大成が、現時点では労働者派遣法であり、派遣法が守られている状態こそが、三極型労働者供給の指向すべき状態であると言える。

なお、日系ブラジル人労働者が多く就業している物の製造の業務については、現行の労働者派遣法では、労働者派遣事業が禁止されている業務の一つとなっているが、一九九九年の改正から三年後の見直しでは、これが禁止業務から外される可能性があるとされており、そうになると、日本の労働市場一般にとって労働者派遣法が使い勝手の良いも

のなる一方、日系ブラジル人労働者にとっても、三極型の理想形態たる派遣法の理念が業界に浸透することにより、労働者の権利等の面で保護が強化される方向へ向かうと思われる。一九九九年末から三年後というところ、二〇〇二年つまり今年の末ということになるが、報告時（八月）現在、厚生労働省では研究会を組織して検討に入っており、改正の動きが始まっているやに聞いている。

## （二） 日系ブラジル人労働者の雇用形態と、いわゆる業務請負契約の違法性判断

そうすると、現実の問題は、日系ブラジル人労働者が実際にどのような契約で雇用されているのかということである。おそらく、現実には、間接雇用の中でも現在はまだ派遣法の対象とならない、業務請負や構内請負(37)と呼ばれる契約で注文主たる企業と契約している請負業者と、雇用契約を結んでいるということであろう。問題は、その場合の雇用契約の内容である。

請負業者かしっかりと実体のある工事会社などであり、日系ブラジル人労働者がその被用者ということであれば、請負業者と被用者の間は、労働諸法が問題なく適用になる正式の雇用契約となる可能性がある（しかしそれでも実際

には、臨時雇いという形の期限を切った契約になることも多いかと思われるが)。問題は、その請負業者が、実際は労働力を供給するだけで、独立した工事事業等の実体を持たない場合である。極端にいえば、会社には電話一本しかないような請負業者も現実には存在するともいわれている。

再度繰り返し返せば、日本の法規上適正な業務請負に該当するためには、次の四つの要件を満たす必要がある。①作業の完成について事業主として財政上および法律上のすべての責任を負うものであること、②作業に従事する労働者を指揮監督するものであること、③作業に従事する労働者に対し、使用者として法律に規定されたすべての義務を負うものであること、④みずから提供する機械、設備、器材（業務上必要な簡易な工具を除く）もしくはその作業に必要な材料、資材を使用しまたは企画もしくは専門的な技術もしくは専門的な経験を必要とする作業を行うものであること、単に肉体的な労働力を提供するものではないこと。

なお、以上全ての要件を満たさなければならぬ。これに該当しない、あるいは一見四要件をクリアしているが実態は問題が多い業者が、日系ブラジル人を表面上雇用して、注文主企業に業務請負あるいは構内請負と称して送り込む形態が最も問題で、前記のような紛争を生ぜしめ

ていると考えられる。つまり、請負である以上は、注文主たる就労先企業には、請負業者の従業員に対する直接の法的義務がほとんど発生しないのである（一部の安全配慮義務等はお考えられるが）。それでいて、実際の雇い主たる請負業者が、上記の業務請負にもあたらない違法業者であるとすれば、就労した労働者の法的保護は、誰によっても保障されないという不当な結果になってしまう。電話一本しかないというような、実体の希薄な請負業者の場合には、業者自体の経営基盤が脆弱なため、資金の不払いや倒産の可能性も高いと考えられるのである。

さらに、日系ブラジル人労働者のスキームに登場するエンプレイテラないし仲介業者の活動は、前記の四要件のうちの一つも満たすものではないことが明らかであり、労働者供給事業に該当し、職安法四四条に違反する。

この点、今後の派遣法の見直しで、日系ブラジル人が多く就業する単純製造ラインを派遣法の適用下に置くこととなれば、エンプレイテラは、派遣元としての責任を負う可能性が出てくるが、その前にまずは派遣法上の派遣元事業主とされるための要件を満たす必要がある。

したがって私見では、派遣法を改正して単純製造業務の請負も派遣法の対象とすべきであろうと考える。それによ

って、違法あるいは不適切な業者は、派遣元事業主としての認可を得られない結果、参入がかなり排除できると考えられるからである。

また、エンプレイテラが業務請負でもなく派遣法上の派遣元でもないときとされる場合、エンプレイテラの法的性質ないし三者間の利益状況を検証しその適正化に向かわしめるための理論的な手法としては、一つには、他の三者間契約——例えば下請契約<sup>(39)</sup>——と比較して示唆を得るアプローチと、一つには、仲介とは何かを検討していくアプローチが考えられる。したがって、ブラジル法の側からは、ブラジル民法における下請契約論<sup>(40)</sup>の検討と、ブラジル新民法典に新しく典型契約として規定が加えられた仲立契約（新民法典七二二条〜七二九条<sup>(42)</sup>）の検討が、おそらくはここにおいて意義があろう。

(34) 日本企業の中でも、労働者の募集（職安法第三篇第二章参照）をブラジルで直接行っているものも非常に僅かではあるが存在する。

(35) *empregueira* とは、本来、請負人（男性形 *empregueiro*）という意味の言葉であるが（女性形となるのは、「請負会社」という意味で使われているためである）、

そこから、日系人の出稼ぎ問題においては、専ら労働者あつせんブローカーの意味で使われている。ちなみに、二〇〇二年公布のブラジル新民法典の請負契約については六一〇条以下に規定されているが、そこでは専ら建築請負等が扱われている。

(36) 飛行機代が入っているというが、日本までの往復運賃は二〇万円程度である。しかも四〇万円をブラジル通貨で換算すると、ブラジル中産階級の平均所得等から推察しても、一般のブラジル人は非常に高いと感じる額である。

(37) 構内請負とは、伝統的な土木・建設業における請負等ではない、生産請負を主とするものである（構内請負は職業安定法施行規則という業務請負でなければならぬのもちろんである）。構内請負については、尾崎正利「構内請負業と雇用問題」地研年報（三重短期大学地域問題総合調査研究室、二〇〇二年三月）が最新の研究である（尾崎教授は今回のシンポジウムにも報告者の一人として参加され、移住労働者と社会保障というテーマで報告をされた）。なお、先行業績として、小路行彦「構内請負業の産業・労働者特性」鎌田耕一編『契約労働の研究—アウトソーシングの法律問題』（多賀出版、二〇〇一年二月）がある。

(38) もちろん、派遣法の対象業務の改正は、日系ブラジル人労働者の問題を解決するためだけに考えられることではないが、厚生労働省の所轄局は、この問題を十分に視野に

入れて法改正を検討してほしいものである。

(39) 下請契約では、通常の請負契約における注文者と請負人(元請人)間の関係に加えて、元請人と下請人間、注文者と下請人間の関係がそれぞれ問題となる。下請契約の特徴的な点は、注文者と下請人との間には、直接の契約関係が存しないことである(Luis Carvalho Fernandes, "Da subempreitada," Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, v.12, n.º 1, 1998, p. 81)。その他ブラジルにおける下請契約については、Bruno Luiz Weiler Siqueira e Mani Aparecida da Silva Siqueira, "Empreitada e subempreitada: responsabilidades e limites," LTr: Revista Legislação do Trabalho, v.61, n.º 11, nov, 2000, p. 1400; Luciano Dorea Martinez Carreiro e Rodolfo M. V. Pamplona Filho, "Empreiteiro: subempreiteiro e empregado: responsabilidade subsidiária ou solidária?," LTr: Revista Legislação do Trabalho, v.62, n.º 12, dez, 1998, pp. 1607-1613; Jorge Luiz Braga, "Dos limites da responsabilidade do empreiteiro em face do contrato de subempreitada de obra civil," LTr: Revista Legislação do Trabalho, v.63, n.º 4, abr, 1999, pp. 500-503; Arnaldo Süssekind, Instituições de Direito do Trabalho, 8ª ed, vol. 1, Rio de Janeiro, 1981, pp. 434-

44) を参照されたい。

(40) 参考となるわが国の制度では、仲立がある。仲立とは、他人間の法律行為の媒介を引き受ける行為であり、営業的商行為の一種(商法五〇二条一項)である。媒介される法律行為が商行為であれば商法上の仲立人(商法五四三条)となり、商行為以外の法律行為(例えば、住宅・宅地の売買周旋、結婚の媒介など)であれば民事仲立人となる。営業として行う以上、民事仲立人もまた商人となる(商法四条一項)。なお、「媒介」とは、いわゆる斡旋であって、他人の間に立って他人を当事者とする法律行為の成立に尽力するという事実行為をいう。

媒介を業とする点では媒介代理商(商法四六条)に似ているが、一定の商人のために継続的關係に立つものではなく、広く他人間の媒介をする点で異なる。また、他人間の契約の締結に尽力する事実行為をするにすぎない点で、自ら法律行為をし、又は代理をする問屋(商法五五一条)・準問屋(商法五五八条)・締約代理商(商法四六条)等とは異なる。しかし、他人の行為を補助し、信頼忠実關係を基調として成立する点では、これらに共通する性格をもつ。仲立人をめぐる法律關係について、仲立人と媒介行為の当事者との關係は、非法律行為的事務の委託として、準委任となる(民法六五六条)。その結果、仲立人は、受任者として媒介委託者に対して義務を負うか、そのほかに、仲

立入の特殊な地位に基づいて当事者の双方に対して、見本保管義務（商法五四五条）、結約書の交付義務（商法五四六条・五四八条）、仲立人日記帳の備置義務（商法五四七条・五四八条）、当事者の氏名を黙秘した場合の履行担保責任（介入義務）（商法五四九条）を負い、結約書交付後には仲立料を請求することができ、その仲立料は特約のない限り、両当事者の平分負担となる（商法五五〇条）。繰り返せば、仲立料を請求するには、仲立人の媒介によって当事者間に契約が有効に成立し、その効力を生ずることが必要である（窪田宏『商法総則・商行為法（商法講義Ⅰ）』（晃洋書房、一九七九年）一五一頁以下、大隅健一郎・大森忠夫編『商法概説（Ⅰ）第四版（有斐閣双書）』（有斐閣、一九九四年）三八頁以下、近藤光雄『商法総則・商行為法（第二版）』（有斐閣、一九九六年）一一一頁以下、一八〇頁以下、蓮井良憲・森淳二朗編『商法総則・商行為法』（法律文化社、一九九二年）一一三頁以下、二二二頁以下、落合誠一・大塚龍児・山下友信『商法Ⅰ総則・商行為（有斐閣Sシリーズ）』（有斐閣、一九八八年）九五頁以下、一四九頁以下、蓮井良憲『商法総則・商行為法要説（第二版）』（法律文化社、一九九九年）九九頁以下、一一〇頁以下）。

(41) ブラジル国家社会保障院 (Instituto Nacional de Seguridade Social: INSS) による勤務秩序令 (Ordem

de Serviço) 第一六五/九七号第一一条項は、「下請契約とは、建築工事の全部又は一部をとり行うために、材料を提供するか又は材料を提供することなく、請負人その他の企業との間で締結される契約のことである」と規定する。さらに、ブラジル統合労働法 (Consolidação das Leis do Trabalho: CLT) 第四五五条は、「下請契約において、下請人は、下請人が従業員と締結する労働契約から生ずる義務を負担し、かつ、その従業員には、下請人の当該義務の不履行に際し、元請人に対し、請求する権利を有する」と規定し、続く同条補項 (Parágrafo único) は、「元請人は、民法の規定するところに従い、下請人に対し償還請求権 (ação regressiva) を有し、また、本条において規定された義務の履行を確実にするために、下請費用総額の留置をなす」と規定する。

この点より、エンブレイテラが実体を有する建築工事会社であれば、下請人と考えることも可能である（しかしそのような実体はまずありえない）。そして、下請人の従業員―すなわち日系ブラジル人労働者―の給料債権を確保する手段として、下請人が給料を支払わない場合には、下請人の従業員は、元請人に給料を請求することができ、また元請人は、そのような場合に備えて、下請人に対し償還請求権を有するほか、下請費用総額の留置をなす。

(42) 一九一六年旧民法典に代わり、二〇〇二年一月一〇日

に公布(二〇一四〇六号)、二〇〇三年一月一日施行のブラジル新民法典の該当条文は以下の通りである(前田訳)。

七二二条 仲立契約 (contrato de corretagem) によつて、委任契約によらずして他者に役務の提供 (prestação de serviço) を行う者又は何らかの従属関係にある者は、その指示するところに従つて、他者のために一つ以上 (um ou mais) の取引を成就することを要す。

七二三条 仲立人 (corretor) は、当該取引が必要とする注意 (diligência) 及び思慮 (prudência) をもつて媒介を遂行することを要す。すなわち、依頼人 (cliente) に対し、任意で、取引の進展状況に関する情報を与えることを要す。また、当該取引の安全性又は危険性、価格の変更及び当該仲立の職務の結果に影響を及ぼし得る他点につき、仲立人の理解し得る範囲内において依頼人に説明することを要し、怠つた場合には、損害賠償の責めを負う。

七二四条 仲立人の報酬は、法律に規定がない場合及び当事者間で約定されていない場合、当該取引の性質及びその地の慣習に従い、裁定される。

七二五条 仲立契約において約定された結果が達成された場合、又は媒介行為の両当事者の解除により仲立契約が実行されなかった場合であっても、報酬は仲立人に支払

われなければならない。

七二六条 媒介行為の両当事者間において直接取引が開始され締結された場合、報酬は仲立人に支払われない。但し、専属仲立 (corretagem com exclusividade) が書面により約定されていた場合には、仲立人は、仲立なく取引が実現された場合であっても、仲立人が活動を怠つたことが証明される場合を除いて、報酬全額を請求し得る。

七二七条 期間の定めのない契約で、取引の注文者 (dono do negócio) が仲立人を解雇する場合で、後になつて取引が仲立の結果として成立する場合、仲立人は報酬を請求し得る。また、契約期間が経過した後取引が成立し、それが仲立人の仕事の結果である場合も同様である。

七二八条 取引が二人以上の仲立人により成立する場合、反対の取り決めがある場合を除いて、報酬はすべての仲立人に平等に分配される。

七二九条 この法典中の仲立の規定は、特別法の他の規則の適用を除外するものではない。

#### 四 結び

以上の考察から、問題は日本法の整備だけでは処理しき

れず、ブラジル国内法の整備と、本日の報告では言及できなかった、国際労働契約の問題にもかかってくることが理解される。

ただ、ここまでの考察をふまえていえば、最終的な理想型のひとつは、ブラジル国内の公的機関に、日本企業に対する職業紹介の集中的な権限が与えられ、その公的機関による職業紹介への信頼を基礎に、日本企業が、日系ブラジル人労働者を直接雇用する形態が一般的になるという状況であろう。たとえば、現在すでに存在する、日伯雇用サービスセンター（ブラジルにおける国外就労者情報援護センター、C I A T E）に、より強大な権限と機能を与え、エンプレイテラが実質的に排除される状況になることなどが望まれるのである。

また、間接雇用ではあっても、今後、派遣業法の改正により、日系ブラジル人就労者の多くが、労働者派遣業法の適用下にある派遣契約を正しく結ぶことができるような状況になれば、問題はかなり解決されるといえそうである。

（追記） 本稿執筆にあたり、内藤恵本塾大学法学部助教授からは、参考書籍の貸与等のご教示を受けた。記して学恩に感謝する次第である。

なお、本稿の内容自体は二〇〇二年八月の報告時のままとし、その後の国内の法改正の動き等については言及していないことをお断りしておく。