

シャカイホウハンレイケンキュウ(1)

馬渡, 淳一郎
姫路獨協大学法学部教授

社会法判例研究会
姫路獨協大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/2038>

出版情報：法政研究. 62 (2), pp.123-138, 1995-11-07. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：



社会法判例研究 (一)

社会法判例研究会

人材スカウト業と有料職業紹介事業の法規制——東京エグゼクティブ・サーチ事件

最高裁平成六年四月二二日第二小法廷判決
平成三年(オ)第一九四三号損害賠償請求事件上告
民集四八巻三号九四四頁、判時一四九六号六九頁、判夕八四九号二六九頁、労判六五四号六頁

【事実の概要】

原告(控訴人・上告人) Xは、企業の依頼によりその必要とする人材を探索し、右企業への就職を勧奨し就職させる、いわゆる人材スカウト(あるいはヘッド・ハンティング)業者であり、有料職業紹介事業につき労働大臣の許可(職業安定法以下「職安法」という)三二一条一項但し書を受けている。被告(被控訴人・被上告人) Yは、内科・婦人科の診療所を経営する個人(非医師)である。

昭和六二年七月一〇日頃、XはYの依頼を受け、右診療

所の院長として勤務することのできる内科または婦人科の医師を探索し紹介することを約し、同月一三日頃から医師の探索を始め、数人の医師をYに紹介したが成約に至らず、約一年七カ月後の平成元年二月一五日頃、訴外A医師を紹介した結果、YA間で同年四月一日より年俸一千万円で雇用する旨の契約が成立した。

成約後の平成元年三月三〇日頃、XY間で、A医師の就職に至るまでのXの業務(以下「本件業務」という)の対価として、調査活動費五〇万円、報酬一五〇万円(年俸の一五%)、計二〇〇万円をYが六月三〇日限り支払う旨の契約(以下「本件契約」という)が結ばれた。その後Yが支払わないので、Xが支払請求の訴。

〔二審〕(東京地判平二・一〇・三〇労判六二三号八三頁、判夕七七一号一七二頁)

〈Yの主張〉 Xの本件業務は労働大臣の許可による職業紹介業務であるから、職安法三二条六項、同法施行規則二四条一四項、別表第三により、XにはA医師の六カ月分の賃金の百分の一〇・一(一五〇万五千元)を超える紹介手数料の請求権はない。

〈Xの主張〉 本件業務は単なる職業紹介ではなくへッ

ド・ハンティング（以下「人材スカウト」という）である。人材スカウトへの需要は経済社会の発展により正当に生じたものであり、職業紹介にまつわる弊害の生じるおそれもないから、人材スカウトは職安法三二条等の規制対象ではなく、紹介手数料の制限も受けない。

一審判決は、つぎのように述べてXの請求を棄却した。人材スカウトは「企業経営や運営についてすぐれた能力を有する者又は特殊な分野について特別な知識経験を有する者等」を対象とする。「しかし本件の紹介行為の対象となったのは、医師の資格を有する者であればよく、医業のある分野において特別な能力を有することまでも要求されたのではなかったのであるから（証拠略）本件紹介行為は、原告が職安法の規制外にあることを強調するヘッド・ハンティングに該るとは言えない。」ゆえに、人材スカウトに職安法の規制が及ぶか否か検討するまでもなく、本件紹介行為は職安法三二条等の規制対象である。

【二審】（東京高判平三・八・二六労判六二三号七九頁、判タ七七一号一六八頁、判時一四〇三号三〇頁）

〈Xの主張〉 ①本件業務は、求人活動の代行を含む人材スカウトを内容とする人材コンサルタント業務であるから、

これを対象とする本件契約は、請負又は請負類似の無名契約であり、職業紹介事業ではない。②仮に本件業務が職安法、同施行規則の適用を受けるとしても、それは本件業務のうち「職業紹介部分」に限られ、「スカウト部分」は別個の報酬契約が可能であり、本件契約は両部分の報酬を定めたものとして有効である。③仮に本件業務、本件契約が職安法、同施行規則の適用を受けるとしても、これらは取締規定であり、契約の効力に影響はない。④仮に本件業務が右法・規則違反としても、Yは自らの事業経営のためXに本件業務を依頼し、本件契約により利益を得ており、支払段階での契約無効の主張は信義則違反である。

〈Yの主張〉 ①本件業務または本件「スカウト部分」が右法・規則の規制を受けないとの主張は争う。②本件業務は「職業紹介部分」及び「スカウト部分」が一体として法三二条一項の許可に基づくものであり、その報酬額は法三二条六項、同法施行規則二四条一四項により制限される。二審判決は、Xの主張をいずれも否定し、控訴棄却。X上告。

【判旨】 上告棄却。

① 職業紹介の意義とスカウト行為について。

「職安法にいう職業紹介におけるあつ旋とは、求人者と求職者の間における雇用関係の成立のための便宜を図り、その成立を容易にさせる行為一般を指称するものと解すべきであり（最高裁昭和二八年へあゝ第四七八七号同三〇年一〇月四日第三小法廷決定・刑集九卷一一号二一五〇頁）、右のあつ旋には、求人者と求職者の間に雇用関係を成立させるために両者を引き合わせる行為のみならず、求人者に紹介するために求職者を探索し、求人者に就職するよう求職者に勧奨するいわゆるスカウト行為（以下『スカウト行為』という）も含まれるものと解するのが相当である。ただし、（中略）スカウト行為が右のあつ旋に当たらず、同法三二条等の規制に服しないものと解するときは、以上に述べた同法の趣旨を没却することになるからである。この理は、スカウト行為が医師を対象とする場合であっても同様である。」

② あつ旋と求職申込みの先後関係について。

「同法にいう職業紹介にあたるというためには、求人及び求職の双方の申込みを受けることが必要である（同法五条一項）が、右の各申し込みは、あつ旋に先立ってなされ

なければならぬものではなく、例えば、紹介者の勧奨に応じて求職の申込みがされた場合であってもよい。」

「Xにおいて医師を探索し、YにA医師を紹介し、その結果、YとA医師の間に雇用契約が成立した旨を認定する原判決は、XがYに同医師を紹介する以前に、同医師からXに対する求職の申込みがされたことを認定し、判示しているものというべきであるから、原判決が同医師の求職の申込みを認定していない旨の論旨は、原判決を正解しないでこれを非難するものというべきである。」

③ 法定最高限度を超える手数料契約の私法上の効力について。

「法三二条六項は、有料職業紹介の手数料契約のうち労働大臣が中央職業安定審議会に諮問の上定める手数料の最高額を超える部分の私法上の効力を否定し、右契約の効力を所定最高額の範囲内においてのみみとめるものと解するのが相当である。」

【評釈】

職安法の解釈適用に疑義があり、右記判旨の①②に反対。以下、これらに絞って問題点を検討する。

一 職業紹介と労働者募集

(一) 職業紹介における「あつ旋」の意義

本件の最大の争点は、いわゆるスカウト行為が職業紹介の範疇に含まれるか否かである。

職安法五条一項は、「この法律で職業紹介とは、求人及び求職の申込を受け、求人者と求職者の間における雇用関係の成立をあつ旋することをいう」と定義する。

右の「あつ旋」について、判旨①引用の最三小判昭和三〇年一〇月四日（職安法違反事件）は、非常にゆるやかに解している。これについては、学説判例上ほとんど異論がないようであり、同事件における解釈としては筆者もこれを支持する。

しかし同事件の事案は、一女性から特殊飲食店の住み込みの従業婦となるための世話を依頼された福岡市の被告人が、酌婦等の口入れをする知人甲に同女を紹介し、甲は従兄の乙に紹介し、乙は山口県宇部市の特殊飲食店に紹介した結果、雇入れ契約が成立したとして、職安法六三条二号違反（公衆衛生または公衆道徳上有害な業務への職業紹介等の罪）に問われたものである。それゆえ、判旨①引用

の判示は、職業紹介とは「自ら又は人を介し、両者を引き合わせ若くはその手引をするなど求人者と求職者の間に雇用関係の成立するようその機会を作り出すことであつて、必ずしも自己自らが終始直接求人者との間に介在し、雇用関係の成立に関与することを要しないもの」という、同事件二審判決を支持する文脈で示されたものであり、本件とは事実関係がまったく異なっている。

ところで、いうまでもなく、ある法律上の行為類型の内包外縁を定める場合に注意すべきことは、他の行為類型との関係（境界線）である。それを考慮しないで、不用意にある行為類型の外縁を広げるならば、たちまち他の行為類型と衝突し、混乱を招くことになる。それゆえ、「あつ旋」の概念をゆるやかに規定した前記判例には、暗黙のうちに重要な前提条件が含まれている。すなわち、「当該行為が職安法上の他の行為類型に該当しない限り」という条件である。この前提条件を離れて、判旨①引用の最三小判昭和三〇年一〇月四日の判示を一人歩きさせ、「職業紹介」の概念を拡大して同法上の他の行為類型をこれに吸収するならば、職安法の規制システムは矛盾と混乱に陥ることになる。

(二) 「職業紹介」と「労働者募集」の区別

職安法上の各種の行為類型のうち、本件で特に検討すべきものは「労働者募集」である。同法五条五項は、「この法律で労働者の募集とは、労働者を雇用しようとする者が、自ら又は他人をして、労働者となろうとする者に対し、その被用者となることを勧誘することをいう」と定義する。そのうち、「労働者を雇用しようとする者が、その被用者以外の者をして労働者の募集を行わせようとする」場合を、一般に「委託募集」と呼び、これは労働大臣の許可制となっている（同法三七条）。

そこで法の定義規定によれば、「職業紹介」は、求人者と求職者の双方から求人及び求職の申込を受け、両者間の雇用関係の成立をあっ旋するものであるのに対し、「委託募集」は、求人者がその被用者以外の募集従事者に労働者の募集を委託し、労働者となろうとする者に対し被用者となるように勧誘する募集業務を代行させることをいう、と解することができる。¹⁾しかし、有料職業紹介業者が募集を委託された場合は、両者の区別は必ずしも容易ではない。労働者募集とくに「委託募集」については、明治時代の府県の取締規則に続いて、内務省令「労働者募集取締令」

(大正一三年)、改正「職業紹介法」(昭和一三年)にもとづく「労働者募集規則」等により、早くから規制が行われてきた。²⁾現行法はこれらの規制を継承したものであり、「職業紹介」や「委託募集」の概念は基本的に共通であると考えられる。また、「職業紹介」と「委託募集」の区別について詳論する学説判例は、最近ではきわめて少ない。そこでいささか古いが、戦前および戦後初期の学説判例を参照しながら、さらに掘り下げて検討してみよう。

両者には、次のような基本的な相違が見い出される。

(1) 主体 有料「職業紹介」の主体は職業紹介業者であり、特定の求人者や求職者ではない。求人者や求職者は「あっ旋」の依頼人ならびに対象者ではあっても、主体ではない。「委託募集」の主体は、委託をした特定の求人者であり、委託を受けた募集従事者ではない。募集従事者は、募集活動の代行者ではあるが主体ではない。それゆえ、特定の求人者が存在しない募集活動は、法令上の委託募集ではない。

(2) 客体 「職業紹介」の客体は、不特定多数の求人者や求職者であるが、「委託募集」の客体は、不特定多数の「労働者となろうとする者」である。

(3) 行為の態様と法律関係 「職業紹介」は、求人者および求職者それぞれの他方に対する「あつ旋」の申込を受けて、両者間を仲介し、雇用関係の成立に向けてあつ旋するものである。職業紹介業者と求人者および求職者の間の法律関係は、職業紹介の事務処理を目的とする準委任契約の関係であり、これを使用者側からみれば、職業紹介業者は一種の媒介代理商（商法四六条）とみることもできる。

「委託募集」は、雇用契約締結の「申込の誘引」に相当する事実行為を被用者以外の者に行わせるものであり、募集委託者（労働者を雇用しようとする者）と受託者（募集従事者）の法律関係は、一種の請負契約またはこれに類する無名契約の関係である。

(4) 報酬支払 上記の法律関係の相違に基づく当然の結果として、「職業紹介」では、求人者と求職者の双方から受付手数料を受けることができる（ただし、紹介手数料は求人者からのみに制限されている）。「委託募集」では、募集従事者は募集委託者からだけ報償金を受けることができ、労働者からは受けることができない（職安法三二〜四一条）。

(三) 「職業紹介」と「労働者募集」の交錯

右の区別は基本的な相違であり、具体的には次のように交錯した現象がありうる。すなわち、第一に、職業紹介業者が求人者の申込を受けたあと、まだ求職者の申込をしていない労働者に当該求人への応募を積極的に勧奨する場合。この勧奨行為は労働者募集に類似するが、勧奨の主体は職業紹介業者であって募集主ではなく、職業紹介業者は職業紹介の準委任契約の履行のため、自主的に付随的行為を行っていると考えられる。それゆえ、報酬も職業紹介の報酬であって、労働者募集の報酬ではない。なおこれと同様に、職業紹介業者が、求職者の申込を受けたあと、まだ求人者の申込をしていない企業に求人を要請する、いわゆる求人開拓活動も、職業紹介の付随的行為である。

第二に、労働者募集従事者が、募集活動の結果応募してきた労働者を募集主に紹介する場合。この紹介行為は、求人求職の双方の申込に基づく職業紹介に類似するが、職業紹介の準委任契約に基づくものではなく、労働者募集委託契約の成果の、募集主への最終的な引き渡しであり、労働者募集委託契約の一部である。

以上のように、「職業紹介」と「労働者募集」には交錯した部分があるが、それらはそれぞれその法的性格が異

なっており、交錯していることを理由に、二つのカテゴリーを合体したり、一方を他方に吸収すべきではない。これらの関係を図解すれば、下図のようになる。

なお、有料職業紹介業者が委託募集の募集従事者となった場合、募集従事者の募集活動それ自体は、職業紹介業者が職業紹介の付随的行為として労働者に対して行う求職の申込の積極的な勧奨と、事実上変わらない。それゆえ募集主のための募集については募集に関する法令を適用し、応募労働者を当該募集主以外の求人者に紹介する場合は職業紹介に関する法令を適用すべきことになる。⁽⁴⁾

(四) 小括

さて、以上の検討に基づいて判断すると、本件人材スカウト行為は、求人者の意を体して、適当な人材を探索し勧誘する行為であるから、行為の主体、客体、行為の態様と法律関係、報酬支払のいずれの側面から見ても、少なくとも形式上は「委託募集」に該当するものであり、「有料職業紹介」とみるべきではない。それゆえ、判旨①は不当といわざるをえない。

労働省の「民間労働力需給制度研究会」（高梨昌座長）の報告書（平成二年六月）が、人材スカウト業について

図1 職業紹介と委託募集の交錯

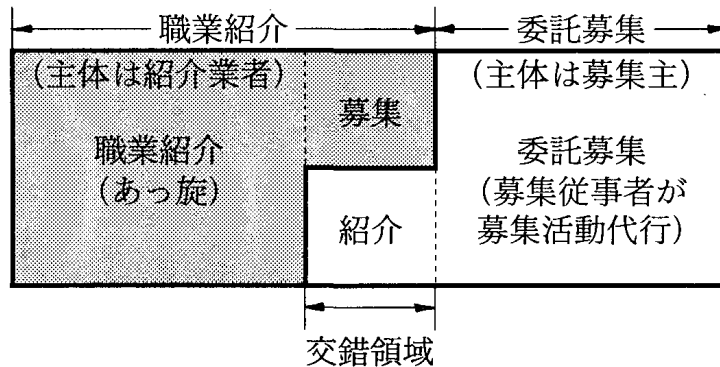
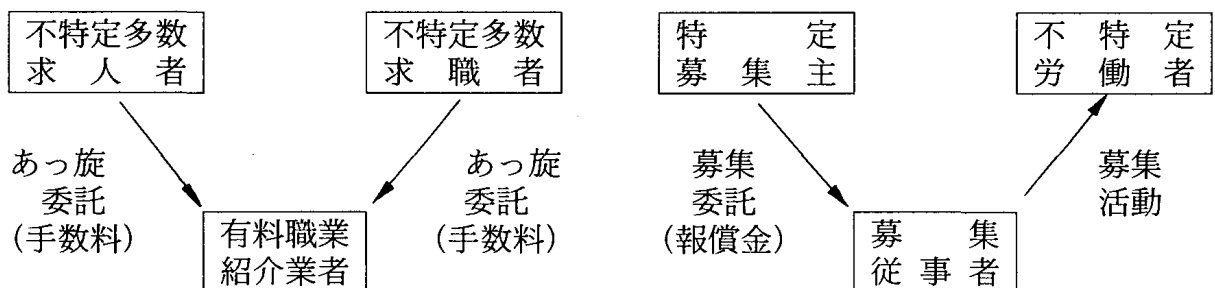


図2 有料職業紹介と委託募集の概念図



「特定労働者募集受託事業」（仮称）の制度化を提案していることから、「委託募集」の一種という認識がうかがえる。この事実は二審判決でも言及されているが、それにもかかわらず同判決も最高裁判決も「委託募集」該当性をまったく検討しなかったのはなぜか、理解し難い。「委託募集」の規制が時代遅れのためほとんど死法と化し、忘却されていること、現代の人材スカウト業は明治以来の「委託募集」とはまったくかけ離れたものであることが、おそらく根本的な原因であろう。

また一審判決は、本件紹介行為を、「特別の能力を有する者」が対象ではないことを理由に、原告が職安法の規制対象外と強調する「人材スカウト」とは言えないとしたが、人材スカウトでなければ当然に「有料職業紹介」に該当するとはいえない。原告は一貫して本件行為を「有料職業紹介」ではないと主張しているのであるから、行為の性質上、「委託募集」該当性を検討し、その上で、該当するとしても「委託募集」の規制を及ぼすべきか、それとも規制対象外とすべきか検討すべきであった。有料職業紹介の許可業者であるからといって、その事業活動がすべて有料職業紹介とみなされるべきものではない。

職安法は「有料職業紹介」と「委託募集」を区別し、それらの許可も違反に対する罰則も別々である。また「委託募集は、法律の規定に従って設立された中小企業の事業主が、その所属する団体に労働者の募集を委託する場合に限って許可する」（取扱要領）ことになっており、有料職業紹介業者には許可されていない。しかし本判決が「委託募集」を「有料職業紹介」に吸収合併してしまった結果、論理的には次のようなことがありうる。すなわち有料職業紹介の許可業者は、別途に許可を受けることなく「委託募集」の営業もできることになり、また、「委託募集」の許可を受けて募集に従事していても、「有料職業紹介」の無許可営業の罪に問われるおそれが生じる。このような矛盾と混乱を招く解釈は、避けなければなるまい。

つぎに、判旨②の前段は、「有料職業紹介」業務の付随的行為と、基本的活動形態ないし法的定義とを混同している。職業紹介においては、企業に対する求人開拓活動が頻繁に行われるし、求人申込を受けたあと求職者を探索勧誘することもありうる。しかし、「有料職業紹介」の基本的活動形態ないし法的定義は、求人・求職の双方の申込みを受け、両者をあつ旋することであって、求職者の探索勧誘

を基本的活動形態とする業務は、「委託募集」である。「委託募集」においても、募集の委託を受けたあと、求職者を探索勧誘するまでもなく、あらかじめ求職（転職）の意思があることを承知していた労働者を直ちに応募させ、紹介することが可能な場合がありうる。しかし、それは基本的活動形態とはいえない。

にもかかわらず、判旨②の後段は、原告は探索勧誘の結果、応募者から求職申込を受けているので、求人・求職双方の申込みを受けたことになり、したがってこれは「有料職業紹介」に該当すると強弁する。職安法における「有料職業紹介」と「委託募集」の区別や両者の交錯領域についての問題意識があつたならば、結論は違つていたのではあるまいか。

二 「委託募集」と人材スカウト業

職安法三七条一項は、「労働者を雇用しようとする者が、その被用者以外の者をして労働者の募集を行わせようとするとき」、これを大臣許可制としている。また、委託募集の募集従事者への報償金については、これとは別個の大臣許可制となっている（同二項）。それゆえ委託募集は、法

文上、有料無料を問わず、また募集従事者が募集代行を業とすると否とを問わず、さらに労働者の種類や人数等を問わず、きわめて包括的に許可制となっている。

しかし職安法が本来それほど包括的な規制を予定していたとは考えられない。

わが国では、あらゆる企業や団体が、公務員以外のほとんどあらゆる職業について、広く「縁故募集」を行っている。「縁故募集」は縁故者を通じて労働者の募集を行うのであるから、形式上は「委託募集」に該当する。しかし日常茶飯事の「縁故募集」について、大臣許可の申請や法規制違反が問題になったことはほとんどなく、また一般にそれが規制対象であるとは考えられていないし、考えるべきでもない。このことは、委託募集については、すでに立法当初から、明治以来のその社会的実体が暗黙の前提となつていて、法文上の包括的な定義は、その社会的実体を想定し、これと結合していたことを示すものである。それゆえ、そのような社会的実体を有し、種々の弊害を生じる狭義の「委託募集」を除く広義の委託募集については、法の欠缺領域であり、自由にゆだねられている分野とみるべきである。

では、その社会的実体はどのようなものであったか。

大正一三年労働者募集取締令制定当時広く行われていた労働者募集には、直接募集、委託募集、親方募集の三つの形態があった。「直接募集」はおもに農村での製糸織物女工の募集方法であり、これらの会社の被用者が担当した。⁵⁾「委託募集」はおもに大都市での土工夫（および鉱夫の一部）の募集方法であり、有料職業紹介業者が募集に従事した。「親方募集」はおもに鉱夫の募集方法であり、納屋頭が行った。

土工夫や鉱夫の多くは独身の壮年男子であるので都会地で獲得しやすく、都会地では地縁血縁がうすいので、有料職業紹介業者や募集屋に依存する委託募集の方法がとられた。委託募集の弊害の最たるものは、「ポンビキ」によるものであった。⁶⁾ポンビキへの支払や、人数が揃うまで駅付近の宿屋に宿泊させ食事をさせ、汽車賃を払って工事現場や鉱山へ引率するには相当の経費を要するため、移動中および到着後も逃亡を防ぐための監視と強制労働が行われた。さらに、直接募集、委託募集、親方募集の三つの形態の共通点は、勤務地からは遠隔の地で労働者を募集したため、労働者の宿舎を必要としたことであり、その結果、寄宿舎

は重要な労働問題であった。⁷⁾

戦後、職安法により厳しく規制されることになったのは、このように、おもに土工夫を対象とし、労働生活諸条件の提示にいつわりが多く、しかも土工部屋制度と結合し、監視強制労働と賃金不払（直接払、全額払の拒否）が行われ、しばしばポンビキが跳梁するような、そういう社会的実体をもつ委託募集であった。それゆえにそれは種々の弊害を伴っていた。⁸⁾これが法規制の対象たる狭義の「委託募集」である。

現代の人材スカウトは、形式上は「委託募集」（従事者）に該当する。しかしそれは立法当時は存在もしていなかった新たな事業であつて、実質においては、職安法が想定した狭義の「委託募集」には該当しない。かつての「委託募集」が伴っていた弊害も、人材スカウトには見られない。それゆえ、本件人材スカウトには、「委託募集」に関する規制を及ぼすべきではない。

原審は、人材スカウトに対する有料職業紹介の法規制の適用除外の主張を、立法論にすぎないとして退けた。しかし、「委託募集」に関する職安法三七条は、縁故募集の例が示すようにもともと制限的に解釈適用すべきものである

から、これを人材スカウトについて適用をしないこととしても、それは解釈論の問題であって、立法論ではない。むしろ十分な根拠なく募集活動を規制するときは、契約の自由（営業の自由）の不当な制限として適用違憲の問題を生じるであろう。

狭義の「委託募集」に該当するとすれば、Xは無許可で募集活動に従事したことになり、「有料職業紹介」としての手数料はおろか、「委託募集」の報償金も請求できないことになる。「有料職業紹介」にも狭義の「委託募集」にも該当しないとすれば、契約の自由が認められ、契約に基づく全額の請求が認められる。それゆえ結論はオール・オア・ナッシングであり、いずれが妥当な結論であるかは明らかであろう。

三 法定最高限度を超える手数料契約

本件人材スカウトが有料職業紹介の法規制を受けるといふ前提の上で、判旨③は法定最高限度を超える手数料契約を無効とした。その前提が正しければこれは妥当な結論であろうが、前提に疑義があるのでここでは触れないことにする。

なお、委託募集従事者への報償金の額は、応募して就職した者一人につき、その就職後最初の一カ月に支払われる賃金総額の一割以内で、かつその上限は人数にかかわらず総額で月三千元とされている（職安法施行規則二八条八項。なおこの金額は、改正されたことがない）。これは職業紹介手数料（無期契約で六カ月を超えて雇用された場合、六カ月の賃金総額の百分の一〇・一）（同規則別表第三）よりはるかに低く抑えられている。このことも、委託募集がおよそどのような社会的実体の想定のもとに規制対象とされているかを雄弁に物語っている。これは有料職業紹介よりもはるかに高いコストを必要とする人材スカウトという現代的ビジネスには、およそ釣り合いな非現実的な金額であり、ほとんどポンビキ料金というべきである。

付言すれば、委託募集の規制の理由の一つとして「他人の就業に介入して利益を得」るいわゆる中間搾取の禁止（労働基準法六条）があげられる。また「有料職業紹介」「委託募集」「労働者供給事業」に関する職安法違反と、労基法六条違反とは、観念的競合の関係に立つと解されている。しかし、労基法六条の趣旨は、前近代的な身分的ないし実力的支配関係の下での就業介入による利得を禁止する

ことにあり、人権侵害を伴わないサービス業の正当な報酬を否定するものと解すべきではない。⁹⁾

また、委託募集の規制の背景には、職業紹介の国家独占の立法政策があるが、それはいままさに世界的に捨て去られようとしている。民営職業紹介を禁止していたドイツでも、「採用コンサルタント」にセールス・マネージャーの人材スカウトを依頼した企業が、その報酬の支払いを請求されるという、本件に類似した事件があつた。ドイツの地裁および高裁は請求を棄却したが、EC裁判所は、公共職業紹介所が人材スカウトに対する市場の需要を満たすことが明らかに不可能な場合に、加盟国が民間の「採用コンサルタント」の活動を禁止し、その契約を無効とすることは、公共職業紹介所の独占的地位を濫用させ、競争の効率性を損なうものとして、EEC条約九〇条一項に違反すると判断した。¹⁰⁾その後ドイツは民営職業紹介を自由化した。ILO九六号条約も一九九七年には改正される見通しとなっている。本判決はこのような新しい時代の変化への対応をしりごみしたばかりか、クラシックな解釈適用としても的はずれであつたといわざるをえない。

(1) 次の学説も同旨。「委託募集事業は、営利職業紹介と大差がないように思える。しかし、前者は、特定の募集主がおり、その委託をうけて募集従事者が募集を行うが、後者は、紹介業者が不特定多数の求人者、求職者の申込を前提としている点が異なっている。すなわち、後者が求職者が出頭するのを待っている消極的なものであるのに対して、前者は、積極的に労働力の開拓を行っている」(内山尚三「職業紹介・労働者募集」『新労働法講座8労働保護法(2)』昭和四二年)三五三頁。

(2) 拙稿「職業安定法制の課題」ジュリスト一〇六六号一八七頁。なお、この論文で筆者は、本件は有料職業紹介ではなく労働者募集のカテゴリーに属するとみるべきであると指摘しておいた。これを詳述することが本稿のねらいである。

(3) 筆者の上記の区分は、下記の諸学説に負うところが大きく、これらとほぼ共通の理解に基づいている。

「募集の本質は労働契約の申込の誘引である」(木村清司「労働者募集取締令釈義」へ大正一五年)四一頁。「労働者募集とは特定の傭主の爲め其の委託を受けたる者が不特定の労働者若くは労働者たらんとする者又は其の意思決定を左右し得る者に対し積極的に就業の勧誘を爲すこと及び其の目的達成の爲めに爲す行為を総称する」(同六三頁)。同書は、労働者募集の積極的要件を次のように示している。

「一 特定の傭主たるべき者即ち募集主が主体たること。

(1) 雇傭の仲介に非ずして申込たること。募集は紹介周旋と其の性質を異にし、雇傭の仲介に非ずして雇傭其のものの申込又は其の誘引である。故に傭主の特定せざる募集は適法なる募集でない。募集の成立には傭主たるべきものが主動者たることを要する。之に反しては紹介、周旋は仲立人が主体にして傭主の特定するを要しない。(2) 募集主は傭主たるべき者たること。(3) 募集主とは就業場を単位として見ること」(同六三頁)。以下、項目のみ摘記する。「二 職工、鉦夫、土工其の他の人夫を客体とすること。三 不特定人に対すること。四 積極的に傭主自ら又は第三者が傭主の爲めに就業を勧誘すること。(1) 積極的勧誘を要件とする。(2) 就業の勧誘を要件とする。(3) 勧誘の手段に人的要素を必要とする。(4) 傭主又は其の委託を受けた者が従事すること。(5) 就業の勧誘に牽連する行為を包含すること」(同六三〜七六頁)。

「労働者の募集は、実際上は委託募集が業として行われる場合などでは、職業紹介との区別が困難な場合も少なくないのであるが、観念上は労働者募集と職業紹介とは、明らかに区別される。前者が、特定の募集主の先ず存在することを前提として、これによって募集従事者が生じ募集が行われるのに対して、後者は、紹介者又は紹介業者が不特定多数の求人者求職者に先き立って存在し求人求職の申込によって行われる」(石崎政一郎「職業安定法上の問題」『総合判例研究叢書・労働法(II)』(昭和四一年)七五頁)。

また判例も、「求人者の依頼によって周旋者が勧誘行為をする以上は、周旋というも職業紹介ではなく、労働者の募集の範疇に属するものと認むべきものである」という(東京高判昭二八・一二・二六特三九・二三九。石崎政一郎・前掲書七二頁)。

(4) 「募集主が他人を介して募集に従事せしむる場合は、右の従事者の行為は事実上募集主と応募者との間を周旋する行為と変わりがなく、したがって募集行為を紹介周旋を営業とする者に委託することも生ずるものである。右の場合、営利職業紹介業者が募集行為を為す関係においては労働者募集取締令の募集従事者に関する規定を適用せらるべきであり、逆に募集従事者が特定の募集主以外に周旋紹介を為し得るためには営利職業紹介取締規則による事業の許可を受くべきである」(菊地勇夫「労働法」(昭和一三年)一〇七頁)。

これに対しつぎの説は、常に両方の許可を要求するようである。「職業紹介業者が特定の事業主の委託を受け、募集に従事するときは、其の行為は募集従事行為なると同時に職業の紹介周旋行為である。故に此の場合には本令の適用を受くると同時に庁府県の職業の紹介周旋に関する取締規則及び大正一六年一月一日よりは営利職業紹介事業取締規則の適用を受けるものと解すべく、従って職業の紹介周旋の営業の許可の外に本令に依り募集従事者の許可を受ける且つ此等に規定せらるる取締規定も募集行為に就いて適用

がある」(木村清司・前掲書八〇頁)。

(5) 農村には頼むに足る有料職業紹介業者が存在せず、また製糸織物業は土木建設業等と異なり労働者の継続的安定供給を必要とし、しかも若年女性を対象としたため、信用を得やすい「直接募集」が行われた。ちなみに職安法では、「直接募集」は昭和六〇年まで許可制、その後届出制になつてゐる(三六条)。その背景には、「直接募集」の「女工哀史」的な社会的実体があつた。そのような実体が消滅した今も、法規制だけが過去の遺物として残つてゐる。たとえば企業の人事担当者は新規採用のため全国で学生の直接募集をおこなつてゐるが、それが法の規制対象たるべき「直接募集」であるとは、ほとんど誰も意識してゐないであらう。

(6) 『ポンビキ』は通常一定の住所なく多く木賃宿に居り東京に在つては主として浅草公園付近に徘徊し失業者、家出者を捉えて甘言を弄して就職を勧誘し、手数料を得て周旋屋、募集屋に売り込むのである。多くは一定の周旋屋、募集屋に隷属することなく独立に活動し最も高く買う周旋屋、募集屋に売り付ける。斯かる浮浪者に依る就職勧誘が公明に行われ得ないことは言を俟たない。人夫募集の弊害の第一はこの『ポンビキ』に原因して居る」(木村清司・前掲書三六頁)。

(7) 「職工寄宿舎、土工部屋及び鉞夫納屋の諸制度と労働者募集とは相表裏前後する關係に在る」(木村清司・前掲書

四頁)。「労働者無き地方に事業を起すものは漫然労働者を俟つも容易に之を得べくも無い。大いに労働者に対し積極的に勧誘し之を招致することを要する」(木村清司・前掲書一九頁)。

(8) 「労働者の募集はとかく労働者の無知に乗じまた労働条件に明確を欠き、労働者保護のうえから弊害の多いものであつた。特に委託募集においては報償金を受けて募集行為を業としてゐる者を中心として行われるので、募集行為を業とする者は、いわゆる他人の就業に介入して利益を得る典型的な労働の中間搾取を行う者であり、しかも報償金を目当てとして無責任かつ無計画な募集を行い易くその弊害は甚だしいものがあつた」(労働省職業安定局編「職業安定法・職業訓練法・緊急失業対策事業法」『労働法コンメンタール』3(昭和三五年)一三七頁)。

(9) 花見忠「規制緩和と労働法」書齋の窓四四三号へ一九九五年四月、四六頁。なお水谷謙治「アメリカ・人材派遣業の研究(正・続)」立教経済学研究所四六卷四号一頁、四七卷一―三頁は、人材派遣業における「搾取」論を経済学的に検討し、つぎのように指摘している。「派遣会社と労働者との取引対象は、商品としての労働力である。派遣会社と顧客(ユーザー会社)との取引では、売買対象は、派遣会社が購入したままの労働力商品ではない。売買対象になるのは――やや機械的で形式的な表現をすれば――派遣労働(力)に一体化された派遣会社のサービスである。い

いかえれば、顧客は、労働者の募集・選別・調査・訓練・連絡・調整・管理等によって可能になった Just-in-Time による労働提供に料金を払うのである。このサービスは、労働力または時間決めによるその提供と分離できない」(続四二頁)。いわゆるピンハネについては、「労働者は、新聞広告等であらかじめ自分の賃金水準を知ったうえで企業との賃金契約を行なう。企業が契約どおりに賃金を支払う場合には、そのこと自体がピンハネだとは到底いえない」と。従来の中間搾取論には、このようなサービスについての理解が欠落し、ピンハネについても論理的に必ずしも正確ではなかったように思われる。委託募集や有料職業紹介等についても、それぞれ一定のサービス・コストを要し、顧客はそのサービスを購入するのであるから、人権侵害等の弊害を伴わない限り禁止する理由はない。

(10) 前掲注(2)の拙稿およびつぎの判例を参照されたい。
Klaus Hoefner and Fritz Elser v Macrotron GmbH, Case C-41/90, Court of Justice of the European Communities, Reports 1991-4, I-1979.

(参考評釈)

小俣勝治・季労一七三号一五八頁。

諏訪康雄・法学教室一六九号へ一九九四年一〇月一〇二頁。

田中豊・ジュリスト一〇五一号へ一九九四年九月一日七八頁。

盛誠吾・労働判例六六二号へ一九九五年二月十五日六頁。
脇田滋・重要判例解説ジュリスト別冊へ一九九五年六月一日二〇二頁。

(原審評釈)

山川隆一・ジュリスト一〇三六号へ一九九三年二月二五日一三〇頁。
和田肇・判例時報一四一五号二〇四頁(判例評論四〇〇号五七頁)。

(馬渡淳一郎)