The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	派遣先による派遣労働者の直接雇用 ： 正すべき誤解
Author(s)	小嶌, 典明
Citation	阪大法学. 2009, 59(1), p. 1-20
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54963
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

論　説

派遣先による派遣労働者の直接雇用

――正すべき誤解――

小　嶌　典　明

一　はじめに
二　現行派遣法にみる雇用契約の申込み義務
　1　二六業務とそれ以外の業務では異なる要件
　2　申込み義務の法的性格とその履行確保手段
三　派遣法改正案の批判的検討――雇入れ勧告から労働契約の申込み勧告へ
　1　現行規定――適用場面が狭い範囲に限られた雇入れの指導・勧告規定
　2　改正規定――労働契約の申込み義務を前提としない申込みの勧告規定

一　はじめに

派遣労働は「臨時的、一時的な場合」に限って認められたものであり、その受入れ期間が最長三年に制限されるのも、こうした派遣労働の性格に由来する。仮に一九九九年の派遣法改正により派遣が可能となった業務（自由化業務）についてこのようにいうのであれば、――その是非はともかくとして――そこに誤りはない。しかし、国会

では、そうした限定がなされないまま、質疑が交わされることも多い。例えば、二〇〇八年二月八日の衆議院予算委員会における共産党の志位和夫委員長と、福田康夫内閣総理大臣（当時）および舛添要一厚生労働大臣との間で行われた次のようなやりとりは、その典型ともいうことができる（以下、会議録による）[1]。

○志位委員　……そもそも、労働者派遣制度について政府は何と言ってきたか。労働基準法、職業安定法では、人貸し業というのは厳しく禁止されております。ですから、政府は、派遣労働を導入するときに、これはあくまでも例外だ、臨時的、一時的場合に限る、常用雇用の代替、正社員を派遣に置きかえることをしてはならないという条件をつけてきたと思います。

政府は、これまでの国会答弁で、派遣労働は一時的、臨時的場合に限定し、常用労働を代替する、リストラの手段として使われることは絶対にあってはならない、企業のリストラにこたえて不安定な低賃金労働力がこれによって拡大するようなことはないようにしなければならないなどと繰り返し言明してきました。

総理に確認しておきたいと思います。

常用雇用の代替、すなわち、正社員の代替として派遣労働を導入することはあってはならない、この原則は今においても変わりませんね。確認するだけです。これは大事な原則の確認です。

○福田内閣総理大臣　現在でも、この労働者派遣制度を臨時的そして一時的な労働力の需給調整制度として位置づけているということに変わりはございません。

○志位委員　変わりはないということでした。

もう一つ、総理に確認しておきたい。

派遣労働は、今言われたように、一時的、臨時的な場合に限定し、常用労働を代替するものであってはならない

という原則を担保しているのが派遣受け入れの期間制限だというのが、政府の立場だと思います。すなわち、派遣期間は原則一年、過半数の労働者の意見を聴取した場合、三年までという制限があって、派遣制限期間を超えて同一業務をさせることは違法行為になる。派遣期間を超えた労働者には派遣先は直接雇用の申し込みを行う義務が課せられている。つまり、期間制限を設けていることが常用雇用の代替の禁止を担保している、これが政府のこれまでの立場だと思いますが、これも変わりありませんね。これを確認したい。確認です。

○舛添国務大臣　派遣受け入れ期間制限が今おっしゃった常用雇用の代替にしないことを担保している、これが政府の立場でございます。

首相や厚労相の答弁は官僚が用意したものであろうが、あまりにも簡略にすぎる。少なくとも、質問の内容に不正確な点がある場合には、これを正した上で答弁するのが本来の姿であろう。

まず、臨時的・一時的な労働力の需給調整制度としての労働者派遣の位置づけは、一九八六年に「派遣労働を導入したとき」ではなく、九九年の法改正により、二六業務以外の自由化業務に「派遣労働を導入したとき」に始まること、これを逆にいえば、法改正以前から派遣が認められていた事務用機器操作をはじめとする二六業務については、この位置づけが当てはまらないことを明確にしなければならない。(2)

また、派遣受入れ期間が最長三年（原則一年）に制限される自由化業務についても、制限期間を超えたというだけでは派遣先に直接雇用の申込み義務は生じない。このことも同様に明確にする必要がある。

この点については以下にみるように、二〇〇九年二月四日の衆議院予算委員会において、舛添大臣が――雇用契約の申込み義務とかかわる要件に関するかぎり――正確な答弁を行っているが、質問を行った志位委員長にはその

意味が十分に理解できなかったらしい。

このことを議事内容（本稿執筆時点では会議録が公表されていなかったため、「しんぶん赤旗」の記事による。[3]以下同じ。なお、表記は会議録のそれに統一している）に沿って確かめてみよう。

○**志位委員**　この議論をすすめる前提として、ここで労働者派遣法の大原則を再確認しておきたいと思います。これは、厚生労働大臣に二つの点を確認したい。

第一は、派遣は「臨時的、一時的業務に限る」「常用雇用の代替――正社員を派遣に置き換えることはしてはならない」、これが労働者派遣法の大原則だということです。

第二は、この大原則を担保するものとして、派遣受け入れ期間の期間制限が設けられていることです。すなわち派遣期間は原則一年、最大三年までという制限があり、期間制限を超えて同一業務をさせることは違法行為になる。三年を超えて労働者を使い続けようという場合には、派遣先企業は労働者に直接雇用の申し出をしなければならない。ということですが、この二点、間違いないですね。

○**舛添国務大臣**　労働者派遣法におきまして、この臨時的、一時的な労働力の［需給］調整制度として派遣制度［が］位置づけられている、まずこれはその通りです。それから、派遣可能期間を制限する、今、制限期間は委員がおっしゃったとおりですが、これは派遣労働を常用雇用の代替にしないことの担保のためであります。そして、派遣可能期間を超えた派遣労働者を使用しようとする場合は、一定の要件、一定の要件というのは、派遣先と派遣労働者があらかじめ派遣元事業主から派遣停止の通知を受けていると、こういう条件があれば、派遣先に雇用されることを希望する者に対し、雇用契約を申し込まなければならないと、こういうふうになっております。

○**志位委員**　基本的に確認いたしました。（派遣労働の期間制限は）三年以内ということですね。

このように、舛添大臣の答弁を志位委員長は「基本的に確認」したというのであるが、その後にはすぐ「さきほど確認した通り、派遣労働というのは、最長でも三年までで、三年を超える場合には、派遣先企業は直接雇用を申し出なければならないわけですよ」との発言が続く。「一定の要件」が必要との答弁は、委員長の耳を素通りしているというほかないのである。

国会質疑の場で、質問者の誤解に逐一反論することは大人げないとはいうものの、法令の内容を無視した誤解については、やはりその都度誤りを正す必要がある。そうした誤解に基づく無用のトラブルを避けるためにも、その必要は大きいといえよう。(4) では、現行派遣法は、派遣先による派遣労働者の直接雇用について具体的にどのような定めを置いているのか。以下では、その検討に歩を進めることにしたい。

二　現行派遣法にみる雇用契約の申込み義務

1　二六業務とそれ以外の業務では異なる要件

派遣法は、事務用機器操作や財務処理をはじめとする二六業務については、派遣先による派遣受入れ期間に制限を設けていない。他方、一般事務や製造業務など、二六業務以外の業務については、派遣受入れ期間を原則一年、最長三年に制限している（四〇条の二第一項を参照）。

このように、二六業務とそれ以外の業務とでは派遣受入れ期間の制限に違いはあるものの、そのいずれの場合においても、派遣法は「一定の要件」を満たすことを条件として、派遣労働者に対して雇用契約の申込みを行う義務を派遣先に課すものとなっている。同法四〇条の三に始まる「派遣労働者の雇用」に関する規定として定められた四〇条の四および四〇条の五の規定がそれである。

第四〇条の四　派遣先は、第三五条の二第二項の規定による通知を受けた場合において、当該労働者派遣の役務の提供を受けたならば第四〇条の二第一項の規定に抵触することとなる最初の日以降継続して第三五条の二第二項の規定による通知を受けた派遣労働者を使用しようとするときは、当該抵触することとなる最初の日の前日までに、当該派遣労働者であって当該派遣先に雇用されることを希望するものに対し、雇用契約の申込みをしなければならない。

第四〇条の五　派遣先は、当該派遣先の事業所その他派遣就業の場所ごとの同一の業務（第四〇条の二第一項各号に掲げる業務に限る。）について、派遣元事業主から三年を超える期間継続して同一の派遣労働者に係る労働者派遣の役務の提供を受けている場合において、当該同一の業務に労働者を従事させるため、当該三年が経過した日以後労働者を雇い入れようとするときは、当該同一の派遣労働者に対し、雇用契約の申込みをしなければならない。

ただし、これらの規定をみてもわかるように、一口に雇用契約の申込み義務とはいっても、その要件はそれぞれに異なる。

まず、これらの規定のうち四〇条の四の規定の適用を受ける二六業務以外の業務（同条の引用する「第四〇条の二第一項の規定」により、派遣受入れ期間に制限を受ける業務）については、①派遣労働者が派遣先に雇用されることを希望していることに加え、②派遣先に対して「派遣停止の通知」（同条にいう「第三五条の二第二項の規定による通知」をいい、抵触日（派遣先が「労働者派遣の役務の提供を受けたならば第四〇条の二第一項の規定に抵触することとなる最初の日」）の一月前からその前日までの間に派遣元事業主が行う）のあることが、雇用契約申

込み義務の発生要件となる。[5]

また、四〇条の五の規定の適用を受ける二六業務（同条にいう「第四〇条の二第一項各号に掲げる業務」には二六業務が、その典型例として含まれる）については、派遣先が①同一の業務に三年を超えて同じ派遣労働者を使用している場合（いわゆる三年超えの派遣）であって、かつ②その業務に労働者を新たに雇い入れようとするときに初めて、雇用契約の申込み義務が発生する。[6]

したがって、二六業務以外の自由化業務（二〇〇四年三月一日に派遣が可能になった製造業務を含む）については、最長三年の制限期間を超えて派遣先が派遣を受け入れている場合でもあっても、派遣元から「派遣停止の通知」が派遣先に対してなされないかぎり、雇用契約の申込み義務は発生せず、二六業務についても、派遣先が労働者を新規採用するといったことのないかぎり、たとえ派遣受入れ期間が既に三年を超えていても、派遣先に雇用契約の申込み義務が生じることはない。

なお、「派遣停止の通知がなされずに、派遣受入期間の制限に抵触する日以後も労働者派遣が行われている場合には、派遣元事業主は法第三五条の二第一項違反に該当し（略）、派遣先は法第四〇条の二第一項違反に該当しているものであり（略）、直ちに労働者派遣が中止されなければならない」。このように通達（労働者派遣事業関係業務取扱要領）も述べていることに注意すべきであろう。[7]

2　申込み義務の法的性格とその履行確保手段

右にみた雇用契約の申込み義務は、その履行確保がいずれも厚生労働大臣の指導・助言、勧告等の措置にゆだねられている。その意味で、次のように定める派遣法の規定は、これを雇用契約の申込み義務の規定と一体のものと

してみる必要がある。[8]

（指導、助言及び勧告）

第四八条　厚生労働大臣は、この法律（略）の施行に関し必要があると認めるときは、労働者派遣をする事業主及び労働者派遣の役務の提供を受ける者に対し、労働者派遣事業の適正な運営又は適正な派遣就業を確保するために必要な指導及び助言をすることができる。

2　略（いわゆる専ら派遣に関する勧告規定）

（公表等）

第四九条の二　厚生労働大臣は、……第四〇条の四又は第四〇条の五の規定に違反している者に対し、第四八条第一項の規定による指導又は助言をした場合において、その者がなお……第四〇条の四又は第四〇条の五の規定に違反しており、又は違反するおそれがあると認めるときは、当該者に対し、……第四〇条の四若しくは第四〇条の五の規定による雇用契約の申込みをすべきことを勧告することができる。

2　略

3　厚生労働大臣は、前二項の規定による勧告をした場合において、その勧告を受けた者がこれに従わなかったときは、その旨を公表することができる。

このように、派遣法の施行とかかわる厚生労働大臣の指導・助言に関する一般的権限について定めた四八条一項の規定だけを読むと、指導・助言の範囲に特段制限はなく、派遣法の「施行に関し必要がある」と認められる場合には、どのような指導・助言も可能なようにみえるが、[9]雇用契約の申込み義務に関して厚生労働大臣が四八条一項

の規定による指導・助言を実際に行うことができるのは、あくまで当該義務の違反が認められる場合、つまり派遣先が「第四〇条の四又は第四〇条の五の規定に違反している」場合に限られることは、四九条の二第一項の規定からも明らかといえる。

また、四九条の二第一項によれば、勧告は雇用契約の申込み義務違反を前提として指導・助言がなされた後、さらにその違反または違反のおそれがある場合に初めて可能となるのであって、先にみた「派遣停止の通知」等の要件を満たす場合でないかぎり、申込み義務違反そのものが成立せず、これが指導・助言や勧告の対象となり得ないことはいうまでもない。

しかるに、このような明文の規定を無視する形で、都道府県労働局に対して申告が組織的に行われているという実態がある。たとえば、自由法曹団の作成した「労働者派遣法に基づく直接雇用の指導、助言及び勧告に関する申告書」[10]は、その例証ともいうことができる。「申告書」（例）は、次のようにいう。

労働者派遣法に基づく直接雇用の指導、助言及び勧告に関する申告書

二〇〇九年二月一四日

厚生労働大臣
〇〇〇〇　殿
東京労働局長
〇〇〇〇　殿

東京都文京区小石川二丁目三番二八号
申告者　○　○　○　○

第一　申告の趣旨

労働者派遣法第四八条第一項、第四九条の二第一項に基づき、被申告者◎◎◎◎株式会社に対して、「申告者○○○○に対して労働者派遣法第四〇条の四の規定による『期間の定めのない雇用契約の申込み』をしなければならない」ことを指導、助言、勧告すること

第二　申告の理由

1　◎◎◎◎株式会社における偽装請負と期間制限違反

(1) 私は、平成一五年七月一日に株式会社☆☆☆☆に雇用され、同日から平成一八年九月三〇日まで、株式会社☆☆☆☆が◎◎◎◎株式会社から請け負った△△△△の製造ラインで働いてきました。

株式会社☆☆☆☆は製造ラインの業務を請け負ったという形をとっていましたが、私は、◎◎◎◎株式会社の社員と混在して働き、同社の社員から業務上の指示を受けていました。したがって、私の就業実態は偽装請負そのものでした。

(2) その後、偽装請負に対する社会的批判が強まる中で、株式会社☆☆☆☆と◎◎◎◎株式会社は就業形態を請負から派遣に切り替え、私は、平成一八年一〇月一日から、株式会社☆☆☆☆から◎◎◎◎株式会社への派遣労働者として、◎◎◎◎株式会社の△△△△の製造ラインで働いています。

(3) 以上のとおり、私は、平成一五年七月一日から五年七か月にわたって、実質的には派遣労働者として、◎◎◎◎株式会社の△△△△の製造ラインで働いています。製造業務について労働者派遣を行うことが

できるようになった平成一六年三月一日から計算しても、五年近くになります。この間、派遣就業の場所と業務はまったく同じです。

したがって、ゆうに、「平成一六年三月一日の施行当初は一年間、平成一九年三月一日からは三年間」の製造業務についての制限期間を超えています。

2　私の「雇入れ希望書」の提出と◎◎◎◎株式会社による拒否

（1）私は、平成二一年一月二〇日、◎◎◎◎株式会社に対して、「私は、◎◎◎◎株式会社の正社員と同等の労働条件で、◎◎◎◎株式会社の正社員として雇用されることを希望します。」との「雇入れ希望書」を提出し、「期間の定めなく雇用するよう」申し込みましたが、◎◎◎◎株式会社は一月二六日その申し込みを拒否しました。

（2）◎◎◎◎株式会社は、労働者派遣法第四〇条の二第一項に違反して、同社の△△△△の製造ラインで派遣労働者を働かせています。したがって、◎◎◎◎株式会社は、私に対して、労働者派遣法第四〇条の四の規定による「期間の定めのない雇用契約の申込み」をする義務があります。しかし、◎◎◎◎株式会社は、私の「期間の定めなく雇用するよう」との申し込みを拒否しています。

（3）以上のとおり、◎◎◎◎株式会社は労働者派遣法第四〇条の四の規定に違反しているので、同法第四八条第一項の規定により同社に指導、助言し、◎◎◎◎株式会社がなお同法第四〇条の四の規定に違反しているときは、同法第四九条の二第一項の規定により同社に勧告をすることを申告するものです。

以　上

右の申告書にある事案は、いわゆる偽装請負から派遣に転換したケースであり、申告書も――偽装請負の期間を含め――派遣期間は既に三年を超過しているとの判断を前提としている。しかし、派遣に転換した後の受入れ期間は二年数か月足らずであり、抵触日までにはまだ数か月を残していることから、当然のことながら派遣元が派遣先に対して「派遣停止の通知」を行ったという事実はない。つまり、現行法上は、派遣先が雇用契約の申込みを行う義務を負わない事案ということになる。

たしかに、偽装請負から派遣に転換した場合、双方の期間を通算するという立場を現在、厚生労働省（労働局）は採用している。[11] とはいえ、そうした通算の結果、制限期間を仮に超えることがあっても、「派遣停止の通知」がない以上、派遣先に雇用契約の申込み義務が生じることはない。それゆえ、雇用契約の申込み義務違反ということでは、勧告はもとより、指導・助言も、これを行う根拠を欠く。

先にみたように、「派遣停止の通知がなされずに、派遣受入期間の制限に抵触する日以後も労働者派遣が行われている場合には、派遣元事業主は法第三五条の二第一項違反に該当し（略）、派遣先は法第四〇条の二第一項違反に該当している」とはいえるものの、そうした場合に労働局がなし得るのは「派遣受入れの中止」の指導・助言、勧告にとどまるのであって、[12] 雇用契約の申込みを指導したり、勧告することまでは認められていない。

運動論としてこうした申告に取り組むことは理解できるが、法律論としては大きな無理がある。そういわざるを得ないのである。

なお、企業には「採用の自由」があり、私法上、雇用契約の締結（採用）を強制できないことは論ずるまでもない。したがって、雇用契約の申込み義務も、その法的性格は行政による指導・助言、勧告等の措置を履行確保手段とする「公法上の義務」として、これを理解すべきことになる。[13]

また、仮に雇用契約の申込み義務が派遣先に生じ、さらに指導から勧告へと進んだとしても、行政がとり得る措置は、最も厳しいものでも社名公表という措置に限られる（四九条の二第三項）。たしかに、行政、特に労働局の指導や勧告には従わざるを得ないという現実は一方にあるものの、公法上の義務と私法上の義務とではやはり明確な違いがある。このこともまた、失念すべきではない。

三　派遣法改正案の批判的検討——雇入れ勧告から労働契約の申込み勧告へ

1　現行規定——適用場面が狭い範囲に限られた雇入れの指導・勧告規定

派遣法には、一読するだけではその意味が理解できない厄介な規定が存在する。「厚生労働大臣は、派遣先が第四〇条の二第一項の規定に違反して労働者派遣の役務の提供を受けており、かつ、当該労働者派遣の役務の提供に係る派遣労働者が当該派遣先に雇用されることを希望している場合において、当該派遣先に対し、第四八条第一項の規定により当該派遣労働者を雇い入れるように指導又は助言をしたにもかかわらず、当該派遣先がこれに従わなかったときは、当該派遣先に対し、当該派遣労働者を雇い入れるように勧告することができる」と定めた同法四九条の二第二項の規定がそれである。

これを素直に読めば、①派遣先が派遣受入れ期間を最長三年に制限した規定（四〇条の二第一項）に違反して派遣を受け入れており、かつ、②派遣労働者が派遣先に雇用されることを希望している場合には、——それだけで——派遣先に対して派遣労働者を雇い入れるよう指導・助言し、派遣先がこれに従わなかったときは雇入れの勧告を行うことまでが可能になる。そう読めなくもない。

しかし、このような条文の理解では、自由化業務について雇用契約の申込み義務を派遣先に課すに当たって、派

遣法がなぜ派遣元からの「派遣停止の通知」を要件としたのか、その説明がつかない。先にみたように、雇用契約の申込みとかかわる指導・助言または勧告も、こうした「派遣停止の通知」があることを前提とするものとなっており、雇用契約の申込みを指導・勧告する場合には「派遣停止の通知」が必要となるが、雇入れの指導・勧告にはそれが不要というのでは、およそ整合性がとれない。そうした矛盾が避けられないのである。

したがって、これを立法ミスということはきわめて容易ではあるものの、具体的な指導・勧告に当たる行政も、拱手傍観を決め込んでいたというわけでは決してない。「雇入れ勧告を行うケースは、派遣元事業主と派遣先との間で、派遣先の事業所その他派遣就業の場所ごとの同一の業務について労働者派遣契約が派遣受入期間を超えて締結されることが想定し難い中では、既に労働者派遣契約の根拠なく、また、派遣元事業主と派遣労働者の間の雇用契約の根拠なく、事実上派遣先において就業を継続している状態であって、更に勧告の実施要件を満たしている場合と考えられる」。このように通達が明記していたことも知る必要がある。(14)

つまり、条文の体裁とは明らかに異なり、派遣元が派遣先と締結した派遣契約も、派遣労働者との間で結んだ雇用契約も、そのいずれもが既に失効し、事実上、労働者が派遣先で就業を継続しているにすぎない状態にその適用場面を限定する。そうした解釈・運用が現実には行われてきたのである。

なお、通達が右の引用文に続けて「このため、派遣先が、労働者派遣契約による授権がない中で、派遣労働者の指揮命令を継続している状態を前提として、以下のような法解釈が行えると考えられる」と、訴訟に言及する異例の指摘を行ったのも、こうした状況を念頭に置くものであったといえる。

（イ）派遣労働者が派遣元事業主との雇用契約を解除したり、雇用契約期間が満了する等派遣元事業主との雇用関係が既に終了している場合には、派遣先との雇用関係が成立していると推定でき、訴訟において、派遣労働者

は、勧告の内容に従った雇用関係の確認や損害賠償請求を行うことが可能である。

（ロ）派遣元事業主との雇用関係が終了していない場合であっても、勧告の実施後派遣労働者が派遣元事業主との雇用関係を終了させれば、（イ）と同様の請求が可能である。

派遣先と派遣労働者との間で「黙示の労働契約」が成立する場合も、本来はこうした場合を指していう。このように考えることも、あるいは可能であろう。[15]

2　改正規定――労働契約の申込み義務を前提としない申込みの勧告規定

こうしたなか、二〇〇八年一一月に内閣が国会に提出した派遣法改正案では、この四九条の二第二項が次のような規定にその姿を変えることが予定されている。

「厚生労働大臣は、労働者派遣の役務の提供を受ける者が次の各号のいずれかに該当しており、かつ、当該労働者派遣に係る派遣労働者から当該労働者派遣の役務の提供を受ける者に雇用されることの希望を有する旨の申出があった場合において、当該労働者派遣の役務の提供を受ける者が当該派遣労働者を雇用することが適当であると認められる場合として厚生労働省令で定める場合に該当するときは、当該労働者派遣の役務の提供を受ける者に対し、当該派遣労働者に対する労働契約の申込みをすべきこと及び当該労働契約に定める賃金その他の厚生労働省令で定める労働条件を当該派遣労働者の派遣就業に係るものに比べて低下させることのないように適切な措置をとるべきことを勧告することができる。

一　第四条第三項の規定に違反してその指揮命令の下に当該労働者派遣に係る派遣労働者を同条第一項各号のい

ずれかに該当する業務に従事させ、又は第二四条の二若しくは第四〇条の二第一項の規定に違反して労働者派遣の役務の提供を受けたとき。

二　当該労働者派遣に係る契約の内容及び業務の処理の実情、この法律の規定の遵守の状況その他の事情を勘案して第四〇条の二第一項の規定に違反するおそれがあると認めるとき。」

右の規定改正は、適用除外業務への派遣（四条三項違反）、期間制限違反（四〇条の二第一項違反）、無許可・無届け事業所からの派遣（二四条の二違反）またはいわゆる偽装請負（改正後の四九条の二第二項二号に定めるケース）であって、派遣先に「一定の責任」のある場合に「派遣先に対し行政が賃金及び雇用契約期間について従前以上の条件で雇用契約を申込むことを勧告できることとすることが適当である」とした、労働政策審議会の建議（二〇〇八年九月二四日）を受けて行われるものであるが、いかなる場合に派遣先に「一定の責任」があるとされるのかについては、派遣先が派遣労働者を雇用することが適当と認められる場合との縛りはあるものの、結局のところ厚生労働省で定めるものとされている。

建議では、この点につき「使用者代表委員からは、行政による派遣先に対する雇用契約申込みの勧告については、派遣先の故意・重過失に起因する場合に限定し、個別的かつ総合的に判断して措置するべきであるとの意見があった」ことが付記され、派遣先に故意または重過失が認められる場合にその適用範囲は限定されるとも聞くが、当事者が期間制限を受けない二六業務の派遣または適法な請負と認識している場合であっても、二六業務とそれ以外の業務、または請負と派遣との区別は容易ではなく、これが期間制限違反の派遣または偽装請負と判断される可能性は十分にあり[16]、その際、ユーザー企業に重大な過失があったなどとして、労働契約（雇用契約も、このように名称が変わる）の申込み勧告を受けるといったケースも考えられる。

労働契約の申込み義務を一定の要件のもとに課した上で、その義務違反に対して労働契約の申込みとかかわる指導や勧告を行うというのであれば、まだ理解できるとはいえ、そうした義務を課さずに勧告のみをなし得るというのはやはり納得がいかない。[17]

今回の法改正では、指導・助言を前提としない労働契約の申込み勧告も可能となる（いわゆる指導・助言前置の廃止）が、期間制限違反の派遣一つをとっても、指導・助言を前提とする勧告規定（四九条の二第一項）が一方で存続し、しかもそこにいう指導・勧告は、「派遣受入れの中止」を派遣先に対して求めることを内容とすると理解されることから、[18]現場は以前にも増して混乱を免れないものとなる。

「労働者派遣法の改正案においては、まさに委員がご指摘になった偽装請負や派遣期間制限に違反した派遣先に対して、労働契約を申し込むことおよび賃金その他の労働条件を低下させることのないよう措置すべきことを勧告する規定が盛り込まれておりますので、一日も早くこの改正案のご審議をお願いしたいと思います」。先にもみた二〇〇九年二月四日の衆議院予算委員会では、そうした答弁も舛添厚生労働大臣は行ったというが、そこには何の留保条件もない。

意図せざる期間制限違反や偽装請負についても、労働契約の申込み勧告が行われるのではないか。そうした懸念を拭えないかぎり、企業は派遣や請負の活用にいやでも消極的になる。そのことが契約期間の短縮やひいては雇用機会の喪失をもたらすことによって、働く者の立場をより悪くする。規制強化には、そうした副作用があることも忘れてはならない。

（1）第一六九回国会衆議院予算委員会議録第五号を参照。

（2）たとえば、一九九九年四月一六日の衆議院労働委員会において、甘利明労働大臣（当時）は派遣法の改正案について

「昨年五月、臨時的、一時的な労働力の需給調整に関する対策としての労働者派遣事業制度の実施及び派遣労働者の適切な就業条件の確保を図るための措置を講ずるべき旨の建議をいただいたところであります」とした上で、「労働者派遣の期間について、臨時的、一時的な労働力の需給調整に関する対策として労働者派遣事業制度を位置づける観点から、専門的な知識、技術または経験を必要とする業務等のうち、中央職業安定審議会の意見を聞いて定める業務等を除き、派遣先は、同一の業務について一年を超える期間継続して労働者派遣を受けてはならないこととしております」と、改正法案の提案理由を説明している。第一四五回国会衆議院労働委員会議録第八号を参照、

(3)　二〇〇九年二月六日付け「しんぶん赤旗」（ネット版）を参照。

(4)　小嶌「労働者派遣法改正案と企業経営――直接雇用、強制のリスクも」（二〇〇九年四月一日付け「日本経済新聞」掲載「経済教室」）も、こうした観点から書かれている。

(5)　厳密にいえば、舛添厚生労働大臣の前掲答弁にもあったように、派遣元から派遣労働者に対して「派遣停止の通知」が行われていることも、雇用契約申込み義務が発生するための要件となる。ただ、少なくとも派遣先に対して「派遣停止の通知」が行われている場合には、このことによって派遣先はその事実を認識することが可能になる（不意打ちを食らうこともない）ことから、派遣先に雇用契約の申込み義務が生じると考えても差し支えはあるまい。

(6)　なお、「三年超えの派遣」について、このように雇用契約の申込み義務を課したことにより、派遣先が三年を超えて同一の派遣労働者を使用することに慎重になり、派遣労働者の雇用はかえって不安定なものとなった。このような問題点については、小嶌『職場の法律は小説より奇なり』（講談社、二〇〇九年）一一二頁以下所収の「第七話　かえって雇用が不安定化した派遣社員」を参照。

(7)　「労働者派遣事業関係業務取扱要領」（二〇〇九年三月三一日最終改正）「第九　派遣先の講ずべき措置等　5　派遣労働者への雇用契約の申込み義務　(1)　派遣受入期間の制限のある業務に係る雇用契約の申込み義務　へ　派遣停止の通知がされなかった場合の取扱い」を参照。

なお、右の通達は、該当箇所の冒頭で「派遣受入期間の制限に抵触することとなる最初の日の一月前の日から当該抵触することとなる最初の日の前日までの間に、派遣元事業主から派遣停止の通知がなされなかった場合については、派遣先は雇用申込みの義務の対象とはしない」ことも明確にしている。

(8) 同様のことは、高年齢者雇用安定法に定める高年齢者雇用確保措置（事業主による継続雇用制度導入等の義務）と、その履行確保措置（厚生労働大臣の指導・助言、勧告）との関係についても指摘できる。小嶌「労働法における公法上の義務」『阪大法学』五八巻三・四号（二〇〇八年一一月）三五頁、五二頁以下を参照。

(9) 派遣法四九条の二第一項は、同法四〇条の二第一項（期間制限）違反についても、厚生労働大臣が「第四八条第一項の規定による指導又は助言」を行い、違反状況が継続するような場合には、「第四〇条の二第一項の規定に違反する派遣就業を是正するために必要な措置若しくは当該派遣就業が行われることを防止するために必要な措置をとるべきこと」を勧告することができる旨を定めているが、ここにいう指導等の内容も条文自体からは判然としないという問題がある。

(10) 自由法曹団が二〇〇九年二月一八日付けでそのホームページに掲載したものによる。

(11) このことは、二〇〇九年二月四日の衆議院予算委員会においても、共産党の志位委員長が舛添厚生労働大臣の答弁という形で確認を行っている。

(12) なお、派遣元は、期間制限違反の派遣を行ったこと（三五条の二第一項違反）により、刑事罰（三〇万円以下の罰金、六一条三号）のほか、許可の取消し等の行政処分を受ける可能性もある。後掲・注(14)を参照。

(13) この点については、小嶌・前掲「労働法における公法上の義務」六一頁注(11)を参照。

(14) 前掲「労働者派遣事業関係業務取扱要領」「第九・四　派遣受入期間の制限の適切な運用　(7) 派遣受入期間の制限を超えて労働者派遣の役務の提供を受けた場合の取扱い　ホ　雇入れ勧告の対象となった派遣先と派遣労働者との法的関係」を参照。なお、派遣受入期間を超える労働者派遣契約の締結が想定し難いことの理由として、通達は「派遣元事業主は、法律上派遣先の『同一の業務』について派遣受入期間を超えて労働者派遣を行ってはならない義務を課せられており（法第三五条の二）、違反に対しては、許可の取消し等の行政処分のみでなく、直接罰則も付されること」を挙げる。

(15) 思うに、派遣法違反の問題は別として、派遣元と派遣労働者との間に雇用関係が存在する場合には、派遣先との間に「黙示の労働契約」が成立する余地は原則としてない（請負会社と請負労働者との間に雇用関係が存在する場合も同じ）と考えるべきであろう。

(16) 自由法曹団の「申告書」もそうであるが、現実に労働局への申告が行われるケースはその大半がこうした例によって占められている。

(17)　義務違反または禁止規定違反の行為があった場合に、初めて行政による指導や勧告も可能となる。それが本来の姿といえよう。

(18)　前掲注(9)でみたように条文自体からは明確とはいえないが、そのように解釈する以外にない。なお、「派遣停止の通知」がない場合の期間制限違反の派遣については、前掲注(7)の本文で引用したように、通達もこうした考え方をとることを明らかにしている。