The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	採用の自由とその制約続 ： 派遣法改正系の批判的検討
Author(s)	小鳥, 典明
Citation	阪大法学. 2010, 60(2), p. 1-23
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55038
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

論　説

採用の自由とその制約　続

――派遣法改正案の批判的検討――

小　嶌　典　明

一　はじめに
二　改正法案にみる直接雇用のみなし規定
　1　ソフトな装い――労働政策審議会の報告
　2　ハードな内実――改正法案の具体的内容
三　直接雇用のみなし規定に代わる選択肢
　1　みなし規定を正当化する政策上の根拠とその限界
　2　直接雇用に代わる派遣先による応分のリスク負担

一　はじめに

いったん参議院に提出された法案を撤回し、同一内容の法案を改めて衆議院に提出する。第一七四回通常国会に内閣提出法案として提出された「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等の一部を改正する法律案」は、このように冒頭から異例のスタートを切った。

改正法案の国会提出が閣議決定されたのが二〇一〇年三月一九日。一〇日後の同月二九日に閣法第五九号としてようやく国会への提出をみたものの、審議に入ることなく四月六日にはこれが撤回され、同日改めて閣法第六〇号として国会に提出される。参議院で先議すれば、それが夏の参議院議員通常選挙でも与党に有利に働く。そうした皮算用も当初はあったとはいうが、早々に撤回を余儀なくされたことにより、国民の目にはかえって醜態をさらすことになった[1]。

マニフェストや共通政策に書かれた事柄は、国民もこれを支持している。二〇〇九年八月末の衆議院議員総選挙で圧倒的勝利を収めた民主党を筆頭に、現在の与党はこう考えている節があるが、国民が支持したのはあくまでも政権交代であって、公約文書に記された個々の政策まで支持したわけでは必ずしもない。

労働問題は、一国の命運を左右する外交・防衛問題に比べれば確かにマイナーな問題であるとはいえ、派遣法の改正については、社団法人である日本人材派遣協会や日本生産技能労務協会の呼びかけに応じて、派遣スタッフを始めとする数十万人の国民が規制強化反対の署名に協力している（派遣協会は約五七万人、技能協は一二万人弱の反対署名をそれぞれ集めた）。

これらの反対署名は、登録型派遣や日雇い派遣、製造派遣の禁止に対する反対を旨とするものであったが、協会に加盟するベンダー企業の関心ももとよりそこにあった。しかし、ユーザー企業の主たる関心は、むしろこうした派遣禁止規定とは異なるところにあったといえる。合意に基づかない労働契約の締結強制を可能にする、直接雇用のみなし規定がそれである[2]。

二　改正法案にみる直接雇用のみなし規定

1　ソフトな装い――労働政策審議会の報告

二〇〇九年一二月二八日、労働政策審議会が「今後の労働者派遣制度の在り方について」と題する報告のなかで内閣が国会に提出する派遣法改正案に盛り込むべき事項として掲げたものの一つに「違法派遣の場合における直接雇用の促進」がある。報告は、次のようにいう。

> **六　違法派遣の場合における直接雇用の促進**
>
> （一）違法派遣の場合、派遣労働者の希望を踏まえつつ雇用の安定が図られるよう、派遣先が、以下の違法派遣について違法であることを知りながら派遣労働者を受け入れている場合には、違法な状態が発生した時点において、派遣先が派遣労働者に対して、当該派遣労働者の派遣元における労働条件と同一の労働条件を内容とする労働契約を申し込んだものとみなす旨の規定を設けることが適当である。
>
> ①　禁止業務への派遣受入れ
>
> ②　無許可・無届の派遣元からの派遣受入れ
>
> ③　期間制限を超えての派遣受入れ
>
> ④　いわゆる偽装請負（労働者派遣法の義務を免れることを目的として、労働者派遣契約を締結せずに派遣労働者を受け入れること）の場合
>
> ⑤　一（登録型派遣の原則禁止）に違反して、常用雇用する労働者でない者を派遣労働者として受入れ

（二）（一）の規定の履行確保のため、通常の民事訴訟等に加え、（一）によりみなされた労働契約の申込みを派遣労働者が受諾したにもかかわらず、当該派遣労働者を就労させない派遣先に対する行政の勧告制度を設けることが適当である。

なお、使用者代表委員から、仮に規定を設ける際には、派遣先の故意・重過失に起因する場合に限定した上で、違法性の要件を具体的かつ明確にする必要性があることに加え、そもそも雇用契約を申し込んだものとみなす旨の規定を設けることは、企業の採用の自由や、労働契約の合意原則を侵害することからも反対であるとの意見があった。

見出しには「直接雇用の促進」とあるものの、その内容は「直接雇用の強制」に限りなく近い。いったん派遣先が労働契約を申し込んだものとみなされると、あとは派遣労働者による承諾の意思表示（受諾）さえあれば、それだけで労働契約は成立してしまうからである。

あたかもソフトな規制であるかのごとく装いをこらしても、衣の下の鎧までは隠せない。仮にこのような印象論に訴える手段によって、使用者代表委員の意見にもある「企業の採用の自由や、労働契約の合意原則を侵害する」との批判をかわすことができると考えているとすれば、安直にすぎるといえよう。

ただ、現実に国会に提出された法案（以下「改正法案」という）は、右にみた報告内容とも、ややニュアンスを異にしていた。より正確にいえば、そのベースとなったかつての野党案（現在の与党三党が野党時代の第一七一回通常国会に提出した法案、以下「三党案」という）と比較しても、その内容には一部とはいえ規制強化色のさらに強まった項目さえみられたのである。

2　ハードな内実――改正法案の具体的内容

改正法案は、四〇条の三に共通見出しのある「派遣労働者の雇用」に関する規定として、新たに次のような定め（登録型派遣の原則禁止規定が施行された後の規定、以下同じ）を置く。

第四十条の六　労働者派遣の役務の提供を受ける者（国（特定独立行政法人（独立行政法人通則法（平成十一年法律第百三号）第二条第二項に規定する特定独立行政法人をいう。）を含む。次条において同じ。）及び地方公共団体（特定地方独立行政法人（地方独立行政法人法（平成十五年法律第百十八号）第二条第二項に規定する特定地方独立行政法人をいう。）を含む。次条において同じ。）の機関を除く。以下この条において同じ。）が次の各号のいずれかに該当する行為を行った場合には、その時点において、当該労働者派遣の役務の提供を受ける者から当該労働者派遣に係る派遣労働者に対し、その時点における当該派遣労働者に係る労働条件と同一の労働条件を内容とする労働契約の申込みをしたものとみなす。ただし、労働者派遣の役務の提供を受ける者が、その行った行為が次の各号のいずれかの行為に該当することを知らず、かつ、知らなかったことにつき過失がなかったときは、この限りでない。

一　第四条第三項の規定に違反して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ること。

二　第二十四条の二の規定に違反して労働者派遣の役務の提供を受けること。

三　第四十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ること。

四　第四十条の九の規定に違反して労働者派遣の役務の提供を受けること。

五　この法律又は次節の規定により適用される法律の規定の適用を免れる目的で、請負その他労働者派遣以

外の名目で契約を締結し、第二十六条第一項各号に掲げる事項を定めずに労働者派遣の役務の提供を受けること。

2　前項の規定により労働契約の申込みをしたものとみなされた労働者派遣の役務の提供を受ける者は、当該労働契約の申込みに係る同項に規定する行為が終了した日から一年を経過する日までの間は、当該申込みを撤回することができない。

3　第一項の規定により労働契約の申込みをしたものとみなされた労働者派遣の役務の提供を受ける者が、当該申込みに対して前項に規定する期間内に承諾する旨又は承諾しない旨の意思表示を受けなかったときは、当該申込みは、その効力を失う。

4　第一項の規定により申し込まれたものとみなされた労働契約に係る派遣労働者に係る労働者派遣をする事業主は、当該労働者派遣の役務の提供を受ける者から求めがあった場合においては、当該労働者派遣の役務の提供を受ける者に対し、速やかに、同項の規定により労働契約の申込みをしたものとみなされた時点における当該派遣労働者に係る労働条件の内容を通知しなければならない。

第四十条の七　労働者派遣の役務の提供を受ける者が国又は地方公共団体の機関である場合であって、前条第一項各号のいずれかに該当する行為を行った場合（同項ただし書に規定する場合を除く。）においては、当該行為が終了した日から一年を経過する日までの間に、当該労働者派遣に係る派遣労働者が、当該国又は地方公共団体の機関において当該労働者派遣に係る業務と同一の業務に従事することを求めるときは、当該国又は地方公共団体の機関は、同項の規定の趣旨を踏まえ、当該派遣労働者の雇用の安定を図る観点から、国家公務員法（昭和二十二年法律第百二十号。裁判所職員臨時措置法（昭和二十六年法律第二百九十九号）に

おいて準用する場合を含む。)、国会職員法（昭和二十二年法律第八十五号)、自衛隊法（昭和二十九年法律第百六十五号）又は地方公務員法（昭和二十五年法律第二百六十一号）その他関係法令の規定に基づく採用その他の適切な措置を講じなければならない。

2　前項に規定する求めを行った派遣労働者に係る労働者派遣をする事業主は、当該労働者派遣に係る国又は地方公共団体の機関から求めがあった場合においては、当該国又は地方公共団体の機関に対し、速やかに、当該国又は地方公共団体の機関が前条第一項各号のいずれかに該当する行為を行った時点における当該派遣労働者に係る労働条件の内容を通知しなければならない。

第四十条の八　厚生労働大臣は、労働者派遣の役務の提供を受ける者又は派遣労働者からの求めに応じて、労働者派遣の役務の提供を受ける者の行為が、第四十条の六第一項各号のいずれかに該当するかどうかについて必要な助言をすることができる。

2　厚生労働大臣は、第四十条の六第一項の規定により申し込まれたものとみなされた労働契約に係る派遣労働者が当該申込みを承諾した場合において、同項の規定により当該労働契約の申込みをしたものとみなされた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就労させない場合には、当該労働者派遣の役務の提供を受ける者に対し、当該派遣労働者の就労に関し必要な助言、指導又は勧告をすることができる。

3　厚生労働大臣は、前項の規定により、当該派遣労働者を就労させるべき旨の勧告をした場合において、その勧告を受けた第四十条の六第一項の規定により労働契約の申込みをしたものとみなされた労働者派遣の役務の提供を受ける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。

派遣法には、労働基準法等の適用に関する特例等について定めた第三章第四節の規定（四四条以下）が存在し、常識的に考えれば、同法は公務員への適用を想定していなかったと思われる。にもかかわらず、これまでは「国、地方公共団体が派遣先である場合についても、法（第三章第四節の規定及び当該規定により適用される労働基準法等の規定を含む。）は全面的に適用される」との考え方が、通達によって採用されてきた。[3] 右にみたように、新設規定がいささか複雑なものとなったのも、ここに理由がある。

しかし、公務員の場合、その任用については、そもそも労働契約といった観念を容れる余地がなく[4]（労働契約法も適用を除外されている。同法一九条一項）、また職員の採用についても、競争試験または選考の方法によることが法定されており（国家公務員法三六条、地方公務員法一七条三項・四項）、それ以外の方法による採用を事実上国や地方の行政機関に強いるような規定を派遣法に新たに設けること（四〇条の七）[5] には、率直にいって違和感を覚えざるを得ない。三党案にもなかったこのような規定がなぜ設けられたのか。その理由が従来の行政解釈を維持することにのみあるとすれば、本末転倒というほかあるまい。

他方、こうした公務員固有の問題を除けば、改正法案に定める直接雇用のみなし規定の内容それ自体は、さほど難解なものではない。みなし規定の適用を受けるのは、四〇条の六第一項各号に定める違法派遣の受入れを行った派遣先であり、そこで違法とされる行為や、派遣先が派遣労働者に対して申し込んだものとみなされる労働契約の内容については、先にみた労働政策審議会報告の前段部分（六の（一））をほぼそのまま条文化したものと考えて差し支えはない。

今、みなし規定の対象となる違法行為に限って、各号別に条文に沿った形でその具体的内容をもう一度示せば、およそ次のようになる。[6]

① 派遣労働者を派遣が禁止される適用除外業務（港湾運送、建設および警備の各業務のほか、物の製造の業務［派遣元が常時雇用する労働者を従事させる場合を除く］を含む）に従事させること（一号）。

② 無許可・無届けの派遣元（二三条一項［および二条六号］で定義される派遣元事業主以外の派遣事業を行う事業主）から派遣サービスの提供を受けること（二号）。

③ 派遣受入れ期間に原則一年・最長三年の制限のある業務（二六業務以外の自由化業務）について、期間制限に違反して、派遣サービスの提供を受けること（三号）。

④ 登録型派遣の原則禁止規定に違反して、派遣サービスの提供を受ける（自由化業務に派遣元が常時雇用する労働者以外の派遣労働者を就かせる）こと（四号）。

⑤ いわゆる偽装請負の場合（派遣法または派遣先を派遣中の労働者を使用する事業主とみなして特例的に適用される法律の適用を免れることを目的として、請負契約等の名目で、派遣契約を結ばずに派遣サービスの提供を受けること）（五号）。

ただ、一口に違法派遣といっても、少し注意していればその受入れを未然に防止できるもの（右の①・②）と、かなり注意していても完全な防止は困難なもの（③・⑤）とがある。なかでも、期間制限違反の派遣受入れ（③）については、派遣受入れ期間に制限のない二六業務と受入れ期間に制限のある自由化業務とを明確に区分することが実務上は不可能に近いことに加え、両者が複合する業務の場合、行政解釈によって自由化業務の割合が時間数にして一割を超えると、全体が自由化業務として扱われることになるため、当事者が知らない間に、期間制限に違反

してしまうケースも実際には少なくない。[7]

このような事情に配慮したためか、三党案[8]ですら、期間制限違反の派遣受入れについては、派遣元から派遣先に派遣停止の通知があることが、雇用契約（労働契約）の申込み義務規定（四〇条の四）と同様、直接雇用のみなし規定を適用する際の要件として定められていた。[9] しかるに、改正法案では、こうした派遣停止の通知がなくても、みなし規定の適用が可能とされたのである。[10]

たしかに、期間制限違反の派遣受入れについては、三党案では、派遣停止の通知がこのように要件とされる一方で、派遣先の悪意までは要件とされていなかった。[11] これに対して、改正法案のもとでは、派遣停止の通知が不要とされる一方で、派遣先が善意・無過失であれば、直接雇用のみなし規定が適用されないという一定の歯止めが用意されている。とはいえ、右のような現状において、仮に派遣先が期間制限違反の事実を「知らなかったことにつき過失がなかった」といえないとすれば、それは歯止めとしての意味を持たないことになる。[12]

労働政策審議会の報告にあったように、派遣先が「違法であることを知りながら」（悪意）「派遣労働者を受け入れている」場合にのみ、直接雇用のみなし規定が適用されるというのであれば、このような懸念も生じなかったのであろうが、現実の条文においてはそうはならなかったのである。

その間の事情は、おそらく審議会の場でも説明されているのであろうが、どこか釈然としないものが残る。ともあれ、「派遣先の故意・重過失に起因する場合に限定」すべきとした使用者代表委員の意見は、完全に無視される結果に終わったのである。

なお、労働政策審議会報告の後段（六の（二））を条文化したものに四〇条の八がある。ただ、直接雇用＝労働契約の申込みみなし規定（四〇条の六）に先行する、労働契約の申込み義務規定（四〇条の四および四〇条の五）

についても、類似規定が以前から四九条の二として設けられており[13]、傍目にもわかりにくいものとなっている。

直接雇用のみなしとかかわる労働契約の申込みについては、指導・助言抜きに厚生労働大臣が勧告を行うことを可能にしたという点に双方の違いはある（四〇条の八第二項と四九条の二第一項とを比較参照）といってよいが、そもそも労働契約の申込み義務規定については、公法上の義務規定として私法上の効果が認められない（厚生労働大臣による指導・助言・勧告等が、当該義務規定の実効性を担保する唯一の措置となる[14]）のに対して、労働契約の申込みみなし規定については、文字どおり私法上の効果が認められる（民事訴訟も可能であることから、厚生労働大臣による指導・助言・勧告等は、みなし規定の実効性を側面でサポートする措置にとどまる[15]）という、その背景にある根本的な違いにも留意する必要がある。

今回の法改正が、このような違いを無視して、労働契約の申込み義務規定についても、これを私法上の義務規定として位置づけるきっかけとなるとは考えたくないが、解釈の統一を口実として、そのような方向にむかう可能性もなくはない。また、労働契約を申し込んだものとみなされる場合には、承諾の意思表示さえあれば、労働契約は成立することになるため、派遣労働者との間に雇用関係がないことを理由に、派遣先が派遣労働者の加入する労働組合との団体交渉を拒否することも、今後は許されなくなるといった問題も一方にはある[16]。

労働契約の申込みみなしを前提として、派遣先に承諾の意思表示を行うと同時に団体交渉を申し入れ、労働局には指導を飛び越えて勧告を求めるとともに、裁判にも訴える。改正法が施行された暁には、そうした世界が現実のものとなると考えて、まず間違いはないであろう。

三　直接雇用のみなし規定に代わる選択肢

1　みなし規定を正当化する政策上の根拠とその限界

直接雇用のみなし規定を正当化する根拠は、どこにあるのか。この問題については、「今後の労働者派遣制度の在り方について」審議を行った第一四〇回労働政策審議会職業安定分科会労働力需給制度部会（二〇〇九年一二月一八日）における、次のような議論が参考になる（なお、使用者を代表する高橋委員および厚生労働省の鈴木需給調整事業課長の発言は、該当部分の抜萃である）。

○高橋委員

みなし規定に……関しては、改めて公益委員の先生でも結構ですし、事務局でも結構ですが、三菱樹脂事件の最高裁判決以来定着してきた採用の自由の原則が侵害されているのではないかと理解するのですが、どうしてそれが認められるのかがどうしても私には理解ができません。また、……労働契約法三条にも労働契約の合意原則が謳われているわけで、これについても反するのではないかと思っております。これらの重要な原則が侵害されていいのかどうかについて、是非ご説明を賜りたいというお願いです。

○鈴木課長

みなしと採用の自由の関係ですが、この辺りは公益からも補足をいただけたらと思います。これについては、あくまでも今回は違法派遣、……三党案でもあるように派遣先も違法だと知りつつやっているという派遣先が有責のケースですので、こういうケースについてはペナルティとしてこの採用を強制することも法制的には禁

止されていないか、あくまでも民事一般のときと異なって違法状態にあるケースに限られるということで、そこはクリアできるのではないかと考えております。

○鎌田委員

みなしについてだけ少し補足します。私がお答えすることは、採用の自由を侵害するのではないか、また合意原則をどう考えるのかといった反対の論拠を出されていますので、これについて少し補足をしたいと思います。ご紹介いただいたように、三菱樹脂事件の最高裁判決は公序に反しない範囲で採用の自由を認めるということですので、いわゆる違法派遣の場合まで採用の自由を確保しなければいけないということではなかろうと思いますので、この点は最高裁判決に必ずしも抵触するわけではないと考えております。

合意原則については、一般に契約については合意原則ですが、一定の法政策的な目的のために契約を強制するような場合は、法令上もありますし、例えば医者などは目の前に病気の人がいれば、それを拒否することは制約されていることからわかるように、合意原則の一定の法政策の中で合意によらない法律関係の形成が認められていると思います。

問題は、そのような法政策的な視点がこの場合何かというと、違法派遣の場合は、単純に言うと違法派遣が出ることによって派遣労働者の雇用の安定が損なわれる可能性があるわけです。つまり、派遣先にしろ派遣元にしろ、違法派遣が行われたからやめましょうという話が筋なわけです。それはいいのですが、そうすると現に働いている派遣労働者の雇用を損なう結果になるわけです。これは労働者供給事業の場合も同じなのですが、そうした場合に本来保護されるべき立法の下で違法によって制裁すべきものが、保護されるものがリスクを負う、保護されるものの利益を損なう形でこの問題を処理することはすべきではないと思います。こうした観点

から、いまのような一定のみなしを含めた制度が合意原則と抵触するわけではないので、その例外として認められるのではないかと考えております。

違法派遣であれば、採用の自由を制限しても判例に抵触することはない。鈴木課長や公益を代表する鎌田委員の発言を要約すると、このようになる。たしかに、三菱樹脂事件の大法廷判決（最大判昭和四八・一二・一二民集二七巻一一号一五三六頁）は、「法律その他による特別の制限」がある場合には、採用の自由についてもその例外を認めるものとはなっている。[17] しかし、法律に定めれば、何でもできるというわけではない。

直接雇用のみなしによる採用の自由の制限は、「職業の自由に対する強力な制限」に当たるという点において、かつての薬事法違憲判決（最大判昭和五〇・四・三〇民集二九巻四号五七二頁）の事案とも共通するものがあり、同判決のいうように、このような立法による制限措置の「合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要し」、「職業の自由に対するよりゆるやかな制限」によっては、その「目的を十分に達成することができないと認められることを要する」と考えられる。[18] それゆえ、違法派遣に対するペナルティというだけでは、到底その合憲性を肯定できないことはいうまでもない。

では、鎌田委員のいう法政策的な視点についてはどうか。なるほど、違法派遣に対する是正措置によって、本来法の保護を受けるべき者がそのリスクを負うことになるといった事態は、これを避けなければならない。つまり、派遣受入れの停止措置によって「現に働いている派遣労働者の雇用を損なう結果」が生じるようなことがあってはならない、という委員の考え方には確かに傾聴すべきものがある。

とはいえ、違法派遣に対する是正措置として、派遣受入れの停止以外の措置がとられる場合もあり、そうするこ

とがむしろ望ましいケースもある。たとえば、催しもの会場で販売の業務に従事する派遣スタッフをたまたま会場周辺の車両誘導業務（派遣が禁止される警備業務に当たる）[19]に従事させたというような場合、仮にその是正措置が必要となるとしても、車両誘導業務をやめさせれば、それで済むはずである。また、いわゆる偽装請負の場合も、期間制限等の点で問題がなければ、派遣への転換を是正措置として排除すべき理由はないということになろう。そして、このような場合には、もとよりみなし規定の適用を認める必要もない。

さらに、直接雇用のみなし規定の目的がもっぱら「現に働いている派遣労働者の雇用を損なわないようにする」ことにあるとすれば、過去一年以内に違法派遣の受入れがあった（四〇条の六第二項を参照）としても、派遣期間の満了を理由として派遣先を既に離れている派遣労働者については、労働契約を派遣先が申し込んだものとみなす必要はなく、派遣期間がいまだ満了していない派遣労働者についても、派遣元による雇用期間（同条第一項本文を参照）とは無関係に、残りの派遣期間についてのみ、みなし規定の適用を認めれば足りる。[20]仮にこのような範囲を超えて、直接雇用のみなし規定を適用する場合には、目的達成に必要な範囲を超える「職業の自由に対する制限」として違憲（適用違憲）となる。筆者はこう考えるのである。

ただ、以上の立論は、あくまで直接雇用のみなし規定の存在を前提としたものであり、立法論してはこのようなみなし規定に代わる、派遣法の改正案も当然のことながら検討されてよい。採用の自由や労働契約の合意原則は、法律による場合であっても、みだりにこれを制限すべきではないからである。[21]

そこで以下では、こうした派遣法改正案の具体例を示すことによって、本稿のまとめにかえることとしたい。

2　直接雇用に代わる派遣先による応分のリスク負担

違法派遣に対する是正措置として、派遣先が派遣受入れの停止（派遣契約の中途解約）措置を講じることが必要となる場合、そのリスクを派遣労働者ではなく、派遣先が負担する。直接雇用のみなし規定に代わる改正案（以下「代案」という）においても、このことが目的となることはいうまでもない。

これを条文の形にして示すと、およそ次のようになる。

（労働者派遣契約の解除に当たって講ずべき措置）

第二十九条の二　労働者派遣の役務の提供を受ける者は、その者の都合による労働者派遣契約の解除に当たっては、当該労働者派遣に係る派遣労働者の新たな就業の機会の確保、労働者派遣をする事業主による当該派遣労働者に対する休業手当等の支払に要する費用を確保するための当該費用の負担その他の当該派遣労働者の雇用の安定を図るために必要な措置を講じなければならない。

2　前項の規定は、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する行為を行い、かつ、その是正を図るための措置として当該労働者派遣に係る労働者派遣契約が解除される場合に準用する。

一　第四条第三項の規定に違反して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ること。

二　第二十四条の二の規定に違反して労働者派遣の役務の提供を受けること。

三　第四十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ること。[22]

四　第四十条の六又は第四十条の七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ること。

五　この法律又は第四節の規定により適用される法律の規定の適用を免れる目的で、請負その他労働者派遣以外の名目で契約を締結し、第二十六条第一項各号に掲げる事項を定めずに労働者派遣の役務の提供を受けること。

第二十九条の三　厚生労働大臣は、前条に規定する派遣労働者の雇用の安定を図るために必要な措置を講じなかった労働者派遣の役務の提供を受ける者に対し、必要な助言、指導又は勧告をすることができる。

2　厚生労働大臣は、前項の規定による勧告をした場合において、その勧告を受けた労働者派遣の役務の提供を受ける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。

今回の法改正においては、派遣先がその都合により派遣契約を中途解約する場合、当該解約に当たって派遣先が派遣元の支払う休業手当の額に相当する費用を負担する等、派遣労働者の雇用の安定を図るための措置を講ずることを、派遣先に法律で義務づけることが予定されているが[23]、代案の狙いは、違法派遣に対する是正措置として派遣先が派遣受入れの停止措置を講じることが必要となる場合にも、同様の義務を派遣先に課すことによって、直接雇用に代わる派遣先による応分のリスク負担を制度化することにある。

つまり、これを代案の条文に即していえば、改正法案の新設規定（二九条の二第一項がこれに該当する）を違法派遣に対する是正措置として派遣契約が中途解約される場合にも準用する（同条第二項）とともに、派遣先が休業手当相当額の費用負担等の措置を講じない場合には、厚生労働大臣による指導・助言抜きの勧告を可能とすること（二九条の三第一項）に、その主眼はあるということになる。

これでは違法派遣に対するペナルティとしては不十分との批判もあろうが、派遣契約の中途解約が直ちに派遣元

との雇用関係の解消を帰結するわけではない。派遣先が休業手当相当額の費用負担を行うことによって、そうした派遣元との雇用関係の維持を容易にすることにもそれなりの意味があり、派遣先による応分のリスク負担という点においても、この程度の負担が妥当といえよう。(24)

なお、代案においては、改正法案に定めのある「離職後一年以内の労働者の派遣労働者としての受入れ」を禁止した規定についても、同条違反の行為に対しては派遣受入れの停止が是正措置として講じられることが想定されることから、これを対象に含める(25)一方、派遣先の都合によって派遣契約が中途解約される場合にも、指導・助言抜きの勧告を可能とすることにより、全体としてもバランスのとれたものとすることに意を用いた。

派遣先にも、できることとできないことがある。以上を要するに、その見極めが今、求められているということができよう。

(1)　以上のほか、内閣提出法案の国会提出に当たっては、労働政策審議会が「おおむね妥当」と答申した厚生労働省案について社民党と国民新党が異議を唱えたため（その結果、派遣元に「期間を定めないで雇用される労働者」について事前面接等の特定行為を解禁する規定が法案から削除された）、当初予定されていた三月一二日の閣議決定が一週間遅れるというハプニングもあった。なお、労働政策審議会は、答申がこのように尊重されなかったことに対して、その後、異例の抗議を行っている。

(2)　日雇い派遣に加え、登録型派遣や製造派遣がワンセットで禁止されると、派遣元＝ベンダー企業は、後に注(6)でみるように、雇用期間が二か月を超え、かつ、少なくとも一年を超える雇用が見込まれる「常時雇用労働者」でなければ、これを派遣することができなくなり、その影響は、そうした「常時雇用」の環境にない派遣スタッフにも当然及ぶ。ただ、「常時雇用労働者」であれば、派遣先による派遣の受入れそれ自体は禁止されないため、派遣先＝ユーザー企業に対する影響はいわば間接的なものにとどまる。これに対して、直接雇用のみなし規定においては、ユーザー企業がもっぱらそのターゲットとなることから、その影響はいうまでもなくダイレクトなものとなる。また、直接雇用のみなし規定について

は、登録型派遣や製造派遣の禁止規定とは異なり、その施行までに猶予期間が設けられていない（注(6)を参照）ことも、こうしたユーザー企業の関心を切実なものとする要因となっているといえる。

(3) 厚生労働省職業安定局「労働者派遣事業関係業務取扱要領」（二〇一〇年四月一日最終改正）一八頁を参照。

(4) 公務員の場合、その勤務条件は法律または条例で定められることから、勤務条件を契約で決めるという考え方がそもそもなく、私法上の契約関係とは異なり、その内容を当事者の合理的意思解釈によって定めることが予定されていないとの考え方が、判例上も一般に採用されている。小嶌『職場の法律は小説より奇なり』（講談社、二〇〇九年）一三五頁を参照。

(5) 同条第一項は、国家公務員法や地方公務員法「その他関係法令の規定に基づく採用その他の適切な措置を講じなければならない」と定めているが、そこにいう「その他の適切な措置」として、競争試験または選考によらない、名目だけの選考採用が事実上、行政機関に強制される可能性が高い。

(6) 直接雇用のみなし規定については、改正法公布後六か月以内の施行が予定されているが、その対象となる違法派遣のうち、製造派遣（①の一部）と登録型派遣（④）については、その施行日を公布後三年以内とすることにより、それぞれの禁止規定が施行されるまでに一定の猶予期間が設けられている。また、いずれの場合も、派遣元が常時雇用する労働者を派遣するときは、例外として派遣を認めるものとなっており、そこでいう「常時雇用労働者」の意義については、従来の解釈（前掲注(3)「業務取扱要領」一六頁）を――法改正による日雇い派遣の禁止を踏まえつつ――踏襲することが予定されている。つまり、派遣元に①期間の定めなく雇用されている者のほか、②一定の期間（二か月を超える期間）を定めて雇用されている者であって、過去一年を超える期間について引き続き雇用されている者または採用の時から一年を超えて引き続き雇用されると見込まれる者が、これに含まれることになる。

なお、製造派遣の禁止と登録型派遣の禁止の違いは、一九九九年の法改正によって派遣が解禁された自由化業務の場合には、①産前産後休業・育児休業・介護休業取得者の代替要員派遣、②高齢者派遣および③紹介予定派遣について例外が認められる（常時雇用労働者以外の者の派遣が可能となる）のに対して、製造業務の場合には、こうした例外が認められないことにある。ただ、①に関しては、一九九九年の法改正以前から、育児介護休業法に定める特例（九九年の法改正により、派遣法の附則に吸収）として、製造業務についても――常時雇用であると否とを問わず――派遣が認められてきた

という経緯があり、このような経緯を無視したものといわざるを得ない。

(7) 小嶌・前掲注(4)一二五頁以下のほか、同「労働市場改革――規制強化論への反論」伊藤隆敏・八代尚宏編『日本経済の活性化――市場の役割・政府の役割』(日本経済新聞出版社、二〇〇九年)九一頁以下、一〇六頁を参照。なお、いわゆる「専門二六業務派遣適正化プラン」に基づいて、二〇一〇年春に都道府県労働局による集中的な指導監督が実施された結果、問題はさらに深刻なものとなったといえる。

(8) 三党案に定める直接雇用のみなし規定(四〇条の六)については、小嶌「採用の自由とその制約――求められる慎重な議論」『阪大法学』五九巻三・四号(二〇〇九年一一月)一二五頁、一四六頁以下を参照。なお、そのスキームは改正法案とはやや異なるものの、派遣労働者の通告または受諾によって、派遣先との間に労働契約が成立するという点では、双方の間にまったく違いはない。

(9) 三党案の四〇条の六第一項五号を参照。そこにいう「第三十五条の二第二項の規定による通知」が派遣停止の通知に当たる。なお、同条第二項後段は、期間制限違反の派遣受入れについては、派遣労働者による期間の定めのない雇用契約への変更を認めるものであったが、派遣停止の通知がないかぎり、いずれにせよそうした状況が生じる余地はなかった。

(10) その結果、期間制限違反の派遣受入れについては、派遣停止の通知がないために、労働契約の申込み義務が派遣先に生じない場合であっても、なお派遣先は労働契約を申し込んだものとみなされる、という大きな矛盾を改正後の派遣法はかかえることになる。こうした仕組みを派遣先に納得せよというのは、明らかに無理があろう。

(11) 三党案では、派遣先が登録型派遣の禁止規定に違反して、派遣元の常時雇用労働者以外の者を派遣労働者として受け入れた場合のほか、無許可・無届けの派遣元から派遣を受け入れた場合には、派遣先が「情を知って」これを行ったこと(派遣先の悪意)を直接雇用のみなし規定の要件としていたが、禁止業務への派遣受入れや期間制限違反の派遣受入れについては、このことを要件としていなかった。

(12) なお、この点に関連して、細川律夫厚生労働副大臣が衆議院厚生労働委員会(二〇一〇年四月二三日開催)において、一般論として次のように答弁していることに注意。「派遣先の知らなかったということについては、知らなかったことについて過失がなかったということを相手先が、派遣先が証明をする、こういうことにもなってまいりますから、ほとんどの場合がなかなか難しいというように考えております」(同委員会の会議録第一九号から引用)。

(13)　現行派遣法四九条の二は、次のように定める。

（公表等）

第四十九条の二　厚生労働大臣は、第四条第三項、第二十四条の二、第四十条の二第一項、第四十条の四又は第四十条の五の規定に違反している者に対し、第四十八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、その者がなお第四条第三項、第二十四条の二、第四十条の二第一項、第四十条の四又は第四十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、第四条第三項、第二十四条の二若しくは第四十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又は第四十条の四若しくは第四十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つたときは、その旨を公表することができる。

(14)　小嶌・前掲注(8)一五二頁の注(20)を参照。

(15)　派遣先の行為が違法派遣の受入れ（四〇条の六第一項各号）に該当するかどうかについては、場合によっては専門的な知識が必要となることから、四〇条の八第一項に定める厚生労働大臣の助言規定に関しては、その意味が多少とも理解できる。しかし、同条第二項以下の規定については、私法上の効果が認められる規定（四〇条の六）が一方に存在するにもかかわらず、このような行政型ＡＤＲのための規定がこれに重ねてなぜ必要となるのか、疑問なしとしない。

(16)　このことは、あまり指摘されないものの、派遣先にとってはきわめて重要な意味を持つ。

(17)　小嶌・前掲注(8)一三一頁を参照。

(18)　なお、薬事法違憲判決は「薬局の開設等の許可基準の一つとして地域的制限を定めた薬事法」の規定を「不良医薬品の供給の防止等の目的のために必要かつ合理的な規制を定めたものということができないから、憲法二二条一項に違反し、無効」としたものであるが、本文に引用した部分に関連して、具体的には次のように述べるものとなっている。

「一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業の選択の自由そのものに

制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要し、また、それが社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によっては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要するもの、というべきである」。

(19) 前掲注(3)「業務取扱要領」二五頁を参照。

(20) なお、このことに関連して、労働政策審議会における実際の議論のなかでは「一定期間経過後に申込みの効果がなくなるというのは、労働者が派遣先を辞めた後という考え方がいいのではないかと思う」との意見が、使用者代表委員ではなく、労働者代表委員から出されるといったこともあった。第一四一回労働政策審議会職業安定分科会労働力需給制度部会（二〇〇九年一二月二二日）における長谷川委員の意見を参照。

(21) たとえば、合意原則についていえば、合意は契約の成立を認めるための十分条件であるとともに、必要条件であるともされていることを忘れてはなるまい。スティーブン・シャベル（田中亘・飯田高＝訳）『法と経済学』（日本経済新聞出版社、二〇一〇年）三一四頁以下を参照。

(22) なお、ここにいう四〇条の六は、登録型派遣の原則禁止規定を意味し、また四〇条の七は「離職後一年以内の労働者の派遣労働者としての受入れ」禁止規定を意味している。このことが、改正法案にあった直接雇用のみなし規定（四〇条の六から四〇条の八まで）の削除を前提としていることはいうまでもない。

(23) なお、現在は「派遣労働者の雇用の安定を図るために必要な措置」の一環として「損害賠償等に係る適切な措置」が大臣告示として定められている。「派遣先が講ずべき措置に関する指針」第二の六（四）を参照。

(24) なお、派遣契約の中途解約に伴って、派遣元が派遣労働者を契約期間の途中に解雇せざるを得ず、その解雇がやむを得ない事由によるものと認められない場合、残りの契約期間について派遣元は通常、賃金全額の支払い義務を負うことになるが、このような場合にも、派遣先が派遣契約期間の残存期間に係る休業手当相当額を限度として、その費用の一部を負担することを筆者の提案は意味している。

(25) ただし、改正法案に定める「離職後一年以内の労働者の派遣労働者としての受入れ」禁止規定は、自発的に離職した

者についても一年間は派遣受入れを禁止するものとなっており、こうした過剰規制ともいうべき規定内容そのものに筆者が同意しているわけではない。この意味で、少なくとも解雇後一年以内の労働者にその対象を限定するような修正は必要といえよう。

【後記】

派遣法改正案については、衆議院における審議未了のまま、二〇一〇年六月一六日には第一七四回通常国会が会期満了により終了したことから、継続審議となった。翌一七日に民主党と日本労働組合総連合会（連合）が締結した参議院選挙に向けた政策協定では「労働者派遣法改正の早期実現」が謳われたものの、同じ日に民主党が公表したマニフェストでは「『郵政改革法案』については、次期国会で最優先課題として速やかな成立を図ります」と明記されたのとは対照的に、派遣法の改正については、党内の慎重派に配慮したためか、法案の早期成立を公約したものとはなっていない。

一方で、民主党のマニフェストには「雇用の不安定化の大きな要因となっている製造業への派遣を原則禁止とするための法案を提出しました」との言及があるとはいえ、参議院選挙後の臨時国会では、こうした過去の経緯にとらわれない、現実を踏まえた冷静な議論が十分に尽くされることを期待したい。