The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	派遣期間の制限に関する覚書 : いわゆる三年の期間制限とは何か
Author(s)	小嶌, 典明
Citation	阪大法学. 2002, 52(3,4), p. 123-148
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55366
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

派遣期間の制限に関する覚書

――いわゆる三年の期間制限とは何か――

小嶌典明

一　はじめに
二　旧適用対象二六業務に対する行政指導――通達を素直に読む
三　行政指導の目的――目的から消えた派遣労働者の雇用の安定
四　行政指導の内容――派遣スタッフだけが背負う大きな不利益
五　まとめにかえて

一　はじめに

派遣法は読みづらいといわれる。その正式名称（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）はみるだけで多くの者に法律を読む気をなくさせるし、労働基準法等の適用に関する特例等について定めた第四四条以下の規定（読み替え規定）は、その難解さのゆえに誰もまともに読んだことがないのではないかとさえ思う。かくいう筆者もその一人にほかならないが、その派遣法が本年一二月一日には改正法施行

後三年が経過する日を迎える。

改正法施行三年後の見直し規定（平成一一年法律第八四号改正附則第九条）にかかわらず、既に法改正に向けた検討は始まっているが、[1] 最大の焦点は、同法に定める一年の期間制限がどの程度緩和されるかにある。[2] マスコミはしばしば、旧適用対象二六業務に対する期間制限を三年の期間制限といい、制限期間の長さだけに違いがあるようにいうが、実はそうではない。

旧適用対象二六業務に対する三年の期間制限は、あくまで行政指導に基づくものであり、その対象も一般派遣元事業主（登録型の派遣会社）に限られている。他方、それ以外の業務に対する一年の期間制限は法律に根拠をおくものであって、ずばり派遣先（ユーザー）に狙いを定めたものとなっている。つまり、派遣先は一年を超えて派遣サービスの提供を受けることができないというのがその内容であるが、二六業務については、そのような派遣先に対する指導はいっさい行われてこなかったのである。

ただ、そうした期間制限の違いを明らかにすることが本稿の目的ではない。[3] 旧適用対象二六業務に的を絞って、行政指導の意味を明らかにする。そこに本稿の目的はある。その内容は多くの場合、誤解されているし、筆者自身の理解も不十分なところがあった。たとえば、通達は、「派遣先における常用雇用の機会が不当に狭められることを防止する」ため、三年を超えて派遣を継続して行わないよう、一般派遣元事業主に対して指導を行うとしているが、そこにいう「常用雇用の機会」とは期待に反して、派遣スタッフを派遣先で常用雇用することを念頭においたものではなかったのである。

二　旧適用対象二六業務に対する行政指導——通達を素直に読む

現行通達は、派遣期間の制限について次のように述べる。少し長くなるが、以下では最低限必要と思われる注釈等を加えつつ、その全文を素直に読むことから始めたい。

【派遣期間の制限】（労働者派遣事業関係業務取扱要領(4)　第七　労働者派遣契約　二　契約の内容等　(2)）

イ　概要

派遣元事業主は、労働者派遣契約を締結する際に定めなければならない労働者派遣の期間については、厚生労働大臣が期間を定めた業務に関しては、当該期間を超える定めをしてはならない（法第二六条第二項）。

ロ　派遣期間の制限の趣旨

（イ）派遣先が安易に派遣労働者を利用する事態を防止し、派遣先の労働者の雇用の安定を図るためのものである。

（ロ）禁止されるのは、派遣元事業主が厚生労働大臣の定める期間を超えた労働者派遣の期間を労働者派遣契約において定めることであり、契約の更新をすべて禁止するものではない。ただし、この場合も［旧適用対象二六業務以外の業務については］第九の四の労働者派遣の役務の提供を受ける期間の制限（一年の期間制限——注）を超えて、派遣先が労働者派遣の役務の提供を受けることはできない（法第四〇条の二第一項）。

（ハ）派遣元事業主以外の者が労働者派遣を行う場合について規制するものではない。

ハ　厚生労働大臣の定める期間

厚生労働大臣が定める期間は、当該労働力の需給の適正な調整を図るため必要があると認められる場合に定められ、業務の種類に応じ当該労働力の需給の状況、当該業務の処理の実情等を考慮し、併せて常用雇用労働者の

代替への影響、日本的雇用慣行との調和、派遣労働者の雇用の安定等についても勘案して定める。

具体的には次のとおりとする（平成二年労働省告示第八三号）。

（イ）第九の四の(3)のイの①に掲げる業務のうち、

(1)から(13)まで及び(16)のうち建築物又は博覧会場における来訪者の受付又は案内の業務並びに(17)から(23)まで、(25)及び(26)の業務……一年

上記以外の業務……なし

なお、同一の派遣労働者が複数の業務に従事した場合についての期間としては、第九の四の(3)のイの①に掲げる業務のみ行う場合については、その主として従事する業務に係る期間を適用することとし、第九の四の(3)のイの①に掲げる業務以外の業務と併せ行う場合については、すべて第九の四の労働者派遣の役務の提供を受ける期間の制限を超えない期間とする。

〈注〉第九の四の(3)のイの①に掲げる業務とは、派遣法施行令第四条に定める旧適用対象二六業務をいう。

右にみたように、このうち、(14)建築物清掃、(15)建設設備の運転、点検、整備、(16)受付・案内、駐車場管理等（建築物または博覧会場における来訪者の受付または案内の業務を除く）、および(24)テレマーケティングの営業の各業務については、労働者派遣契約に定める派遣期間に厚生労働大臣の定める上限が設けられていない（したがって、これらの業務については、ニ～ヘに定める規制が及ばないものと考える）。[5]

それゆえ、派遣期間に一年の上限が設定されている業務は、(1)ソフトウエア開発、(2)機械設計、(3)放送機器操作、(4)放送番組等の演出、(5)事務用機器操作、(6)通訳、翻訳、速記、(7)秘書、(8)ファイリング、(9)調査、(10)財務処理、(11)取引文書作成、(12)デモンストレーション、(13)添乗、(16)建築物または博覧会場における来訪者の受

付・案内、(17)研究開発、(18)事業の実施体制の企画・立案、(19)書籍等の制作・編集、(20)広告デザイン、(21)インテリアコーディネータ、(22)アナウンサー、(23)ＯＡインストラクション、(25)セールスエンジニア等の営業、[6]および(26)放送番組等における大道具・小道具の二三業務となる。

なお、これら二六業務とそれ以外の業務を複合して行う場合には、派遣先が一年を超えて派遣サービスの提供を受けることが禁止されることを内容とする、法律に基づく一年の期間制限の対象となる。

ニ　労働者派遣契約の更新

(イ)「契約の更新」とは、「一定の期間を定めた契約において、その期間の満了に際して、当事者の約定によりその契約の同一性を存続させつつ、その存続期間のみを延長すること」又は「従来の契約期間の満了に際して、従前の契約に代えてこれと同一内容の別個な契約を新しく締結すること」をいう。

(ロ)派遣期間が定められ、当該契約の更新が行われるにしても、当該更新が自動的に行われる定めとなっている場合（いわゆる自動更新条項がある場合）は、派遣期間を設定していると評価できないものであり、当該定めをしている場合は法第二六条第二項に違反することとなる。

ただし、有期的事業の遂行のために臨時的に設けられた組織において就業させる労働者派遣については、当該更新された派遣期間を通算した期間が三年を超えないものについては当該更新が自動的に行われる旨を労働者派遣契約に定めることができるものとする。

この場合において、

a「更新が自動的に行われる定め」とは、具体的には、例えば、「特段の事情（例えば、契約当事者の契約解除の意思表示）がない限り労働者派遣契約を自動的に更新する」旨の定めが該当する。

b「有期的事業」とは、当該事業の始期及び終期が明確に定められているなど当該事業が一定の期間で完了することが客観的に明確であるものをいうものであり、例えば完成期日が契約により定められている情報処理システムの開発や各種プラント工事等をいうものである。

c「臨時的に設けられた組織」とは、当該事業を行うために、新たに設けられた事業所及び部、課、室等の部署をいうものであり、かつ、当該事業の終了後は当該組織が解散又は消滅することが客観的に明確であるものをいうものである。なお、いわゆるプロジェクトチームについては、当該プロジェクトチームに専属の労働者が相当数存在し、かつ、業務上の指揮命令系統が明確に他の部門と区別されているものについてはこれに該当するものである。

〈注〉なお、右のただし書に関連して、改正派遣法第四〇条の二第一項第二号は、二六業務以外の業務についても、「事業の開始、転換、拡大、縮小又は廃止のための業務であって一定の期間内に完了することが予定されているもの」に関しては、同条第一項本文に規定する一年の期間制限の例外（上限三年）を認めている。ただ、こうした自動更新と関わる指導自体は法改正前から行われていた。

（ハ）労働者派遣契約において、「契約当事者の合意により労働者派遣契約を更新する」旨の定めをすることは許容されるものである。

（ニ）契約上は自動更新を行うものとはなっていない場合であっても、実態として自動更新となっているものは、法第二六条第二項の趣旨に反するものであるので留意すること。

（ホ）なお、派遣期間の制限の限度を超える労働者派遣契約であっても、その超える部分が民事上当然無効となるものとは評価できないものであるので留意すること。

〈注〉ここでいう「派遣期間の制限の限度を超える労働者派遣契約」が何を意味するのかは定かでない。更新が繰り返され、実態として自動更新となっているような場合をさすというのが素直な読み方であろうが、その場合も、派遣法第二六条第二項の趣旨に反する（ハの(ロ)）とはいえても、これに違反するとまではいえず、限度を超える部分が民事上当然に無効とならないのはいうまでもない。

ホ　労働者派遣契約の更新を行う一般派遣元事業主に対する指導

(イ) 派遣期間の制限の趣旨は、ロの(イ)に掲げるように、派遣先に常用雇用される労働者の派遣労働者による代替を防止することにあることから、三年を超えて引き続き同一の業務に継続して派遣労働者を従事させるような場合は、本来は直接雇用にすることが望ましい旨の周知を行うこと。

(ロ) 労働者派遣契約の更新は禁止されるものではないが、派遣先における常用雇用の機会が不当に狭められることを防止するため、一般派遣元事業主に対して、合理的な理由なく同一の派遣労働者（期間の定めなく雇用されている者を除く。）について就業の場所及び従事する業務が同一の労働者派遣を継続して三年を超えて行うことのないよう指導を行うこと。

(ハ)「合理的な理由」には、当該三年を超えた日から起算して一年以内に当該業務が消滅することが確実であると認められること及び派遣労働者の就業時間が夜間である、あるいは就業日数が著しく少ない（おおむね月間七日未満）、就業時間が著しく短い（おおむね週間一五時間未満）等当該派遣先における通常の労働者の勤務時間帯と著しく異なっていることが該当する。

(ニ)「継続して」の判断については、当該派遣労働者に係る派遣就業の終了の日から次の派遣就業の開始の日までの期間が三か月以下の場合は当該労働者派遣を継続して行っているものとする。

この場合において、継続して行われる労働者派遣の期間の算定については、それぞれ派遣契約に係る当該派遣労働者の労働者派遣の開始の日から終了の日までの期間を合計するものとする。

（ホ）派遣元責任者講習及び定期指導はもとより、求人説明会、関係事業主団体等の会議の機会をとらえて当該派遣契約を三年を超えて更新しないよう、この取扱いの趣旨、内容を説明し、周知徹底を図ること。さらに、合理的な理由なく同一の派遣労働者（期間の定めなく雇用されている者を除く。）について就業の場所及び従事する業務が同一の労働者派遣を継続して三年を超えて行っているあるいは当該就業に係る労働者派遣契約期間中に三年を超えることとなる一般派遣元事業主に対しては、当該労働者派遣契約の終了後は当該労働者派遣を行わないよう十分な指導を行うこと。

ヘ　違反の場合の効果

労働者派遣期間の制限に違反した場合、派遣元事業主は、許可の取消し（法第一四条第一項）、事業停止命令（法第一四条第二項、法第二一条第二項）、改善命令（法第四九条第一項）の対象となる。(7)

派遣期間の制限（いわゆる三年の期間制限）に関する行政指導は、もっぱら派遣元事業主を対象とし、派遣先はその対象には含めない。右の通達からは、こうした行政当局の姿勢が明確になる。行政指導の法的根拠は、通達の冒頭にあるように、派遣元事業主と派遣先が締結する労働者派遣契約に定めるべき「労働者派遣の期間」について厚生労働大臣が上限を設けることを認めた派遣法第二六条第二項にあるが、(8)この規定自体がかなりイレギュラーなものであったことは条文を読めばわかる。つまり、以下にみるように、それは派遣元事業主のみを名宛人とするものだったのである。

第二十六条

2　派遣元事業主は、前項第四号に掲げる労働者派遣の期間（第四十条の二第一項第三号に掲げる業務［産休や育児休業等の代替要員の行う業務――注］に係る労働者派遣の期間を除く。）については、厚生労働大臣が当該労働力の需給の適正な調整を図るため必要があると認める場合において業務の種類に応じ当該労働力の需給の状況、当該業務の処理の実情等を考慮して定める期間を超える定めをしてはならない。

契約とは当事者間の合意に基づいて締結されるものであり、労働者派遣契約ももとよりその例外ではない。にもかかわらず、派遣法は、その内容をあたかも派遣元事業主が一方的に定めることができるかのように規定したのである。(9)

やや穿った見方をすれば、派遣先（派遣法では「労働者派遣の役務の提供を受ける者」ともいう）に責任が波及するのを防ぐため、こうした規定方法を採用したとも考えられるが、(10)そこに業法としての派遣法の限界があったともいえる。ただ、法律がこのように定めた以上、これを根拠になしうる行政指導は、当然、派遣元事業主を対象としたものに限られることになる。まずは、この単純な事実を確認した上で、次に進むことにしよう。

三　行政指導の目的――目的から消えた派遣労働者の雇用の安定

現行通達は、派遣期間制限の趣旨を「派遣先が安易に派遣労働者を利用する事態を防止し、派遣先の労働者の雇用の安定を図る」ことにあるとする（ロの(イ)）。法改正前の通達にも、こうした記述はあったらしい。なぜこのような曖昧な言い方をするかといえば、当時は通達の内容が公表されていなかったためであるが、これをですます調に改め、公刊したものと推測される労働省職業安定局編著『新・労働者派遣法の実務解説』（平成一〇年、労務行政研究所）にも同様の記述はあった（一八九頁）。

しかし、この解説書には、法改正後に公刊された労働省職業安定局民間需給調整事業室編『労働者派遣法の実務解説』（平成一二年、労務行政研究所）にはみられる、ある重要な記述がスッポリと抜け落ちている。「派遣期間の制限の趣旨は、……、派遣先に常用雇用される労働者の派遣労働者による代替を防止することにあることから、長期間引き続き同一の業務に継続して派遣労働者を従事させるような場合は、本来は直接雇用にすることが望ましい」（二二五頁）との記述がそれであるが、これが現行通達ホの(イ)を下敷きにしたものであることはいうまでもない。

従前、筆者は、現行通達ロの(イ)にある「派遣先の労働者」には、派遣先で働く派遣スタッフも含まれるものと早呑み込みし、同ホの(ロ)に「派遣先における常用雇用の機会が不当に狭められることを防止するため」とあるのを、派遣スタッフが派遣先において常用雇用される機会を不当に狭められることを防止することに、その目的があると勝手に思い込んでいたが、[11] どうも違うようなのである。

とはいえ、派遣期間制限の趣旨が「派遣先の常用労働者の雇用の安定を図る」ことにあり、あるいは一層露骨な形で「派遣先に常用雇用される労働者の派遣労働者による代替を防止することにある」とまでいわれると、首を傾げざるをえない。

よく知られているように、労働者派遣契約に定める派遣期間について、労働大臣が上限を定めるに当たっては、これを次の基準に照らして行うことが、長らくその方針とされてきた。

「第一に、適用対象業務の種類に応じて定められる。すなわち、当該業務の種類によっては労働者派遣の期間について、制限を加える必要があるものもあり、また必要がないものもあることにかんがみ、また、期間の長さも当該業務の性格によって異なってくることから、業務の種類ごとに定めることとされている。

第二に、適用対象業務に係る労働者の雇用の安定を踏まえて定められる。すなわち、労働市場の状況に照らし

て、当該業務に係る派遣労働者の雇用の安定を図る観点と派遣先における常用雇用労働者の雇用の安定を図る観点との調和等により定められるものである。

第三に、当該業務の処理の実情を勘案して定められる。すなわち、当該業務の性格によって、業務処理に関する期間は異なるものであるから、その実情を踏まえて、実効あるものとする必要がある。[12]」

そこには、まだしも、「派遣労働者の雇用の安定を図る観点」と「派遣先における常用雇用労働者の雇用の安定を図る観点」とを調和させるという考え方がみられた（前掲・第二）が、現行通達では「派遣労働者の雇用の安定を図る観点」がどこかに消えてしまっている。派遣スタッフへの配慮や思いやりといったものが伝わってこない。現行通達には、そうした冷たさが感じられるのである。

たしかに、派遣法第二六条第二項には、同法の制定当初から、常用雇用労働者の雇用の安定（常用代替の防止）というメッセージが埋め込まれていた。[13]だが、行政指導に基づく三年の期間制限については、少なくとも平成一一年の法改正までは、そうした意識が希薄であったために、これが前面に出ることもなかった。[14]右にみた通達の記述内容の推移（それ自体、推測の域を出ないが）は、このように説明することもできるのである。

他方、派遣期間制限の趣旨が「派遣先に常用雇用される労働者の派遣労働者による代替を防止することにある」とすると、それは派遣先による「労働者派遣の役務の提供を受ける期間」の制限について定めた次の改正派遣法第四〇条の二第一項ともバッティングすることになる。

第四十条の二　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（次に掲げる業務を除く。次条において同じ。）について、派遣元事業主から一年を超える期間継続して労働者派遣の役務の提供を受けてはならない。

一　次のイ又はロに該当する業務であって、当該業務に係る労働者派遣が労働者の職業生活の全期間にわたるその能力の有効な発揮及びその雇用の安定に資すると認められる雇用慣行を損なわないと認められるものとして政令で定める業務

イ　その業務を迅速かつ的確に遂行するために専門的な知識、技術又は経験を必要とする業務

ロ　その業務に従事する労働者について、就業形態、雇用形態等の特殊性により、特別の雇用管理を行う必要があると認められる業務

二　以下、略

右の第一項第一号イおよびロに定める業務の内容は、改正前の派遣法第四条第一項第一号および第二号に定める同法の適用対象業務のそれと同じであり、改正法は素直に読めば、旧適用対象二六業務に関するかぎり、「派遣先に常用雇用される労働者の派遣労働者による代替」をもたらす危険のない、つまり第一号本文にいう「当該業務に係る労働者派遣が労働者の職業生活の全期間にわたるその能力の有効な発揮及びその雇用の安定に資すると認められる雇用慣行を損なわない」業務として、これを認めたということになる。(15)

そうした常用代替の危険のある、旧適用対象二六業務以外の業務に限って、派遣先に一年を超えて派遣サービスの提供を受けることを禁止する。それが法改正の意図だとすれば、本来、派遣法第二六条第二項に根拠をおく大臣告示は、法改正の際にこれを削除すべきであったともいうことができよう。(16)

たしかに、常用代替の危険は程度問題であり、旧適用対象二六業務についても長期間にわたって派遣期間が更新されることになれば、その危険が増大するといった主張はあろうが、そのために法文を曲げてまで拡張解釈を行う(17)（「雇用慣行を損なわない」という部分を「雇用慣行を損なうおそれの少ない」と事実上読み替えてしまう）こと

は妥当ではない。

また、そもそも「派遣先における常用雇用労働者の雇用の安定」を図るためには、そこで現に働いている「派遣労働者の雇用の安定」を犠牲にしてもよいという考え方には、とうてい同調できないものがある。派遣スタッフにも「職業選択の自由」はあるはずなのに、なぜ派遣スタッフだけが働くことのできる期間を制限されるのか。[18] こうしたスタッフの素朴な疑問にも正面から答える。そのような姿勢が今、我々には求められているのである。

四　行政指導の内容——派遣スタッフだけが背負う大きな不利益

事務用機器操作を始めとする従来型の派遣業務についても、派遣期間が三年を超えると、派遣先に派遣スタッフを雇用する義務が発生する、少なくとも努力義務程度のものは生じるのではないか。このように思っている者は、筆者の周りにも少なくない。とりわけ、法改正の結果、営業職や販売職等の新規派遣業務について、派遣法が一年の期間制限とその後の雇用義務（努力義務）を規定して以来、そのように考える者が増えた。

しかし、もちろん派遣法にそのような定めはないし、先にみたように、通達も、派遣先に対して雇入れの指導を行うとは一言もいっていない。「三年を超えて引き続き同一の業務に継続して派遣労働者を従事させるような場合は、本来は直接雇用にすることが望ましい旨の周知を行う」（ホの(イ)）。名宛人を派遣先に限定することもなく、[19] 単にそういっているにすぎないのである。

他方、派遣元事業主を対象とする行政指導の内容も、かなりわかりにくいものとなっている。ただ、行政当局が派遣会社に求めているものが、三年を超える派遣契約の更新を行わないこと、すなわちそのような派遣契約の打ち切りにあることだけはハッキリしている。このことは「一般派遣元事業主に対して、合理的な理由なく同一の派遣

労働者（期間の定めなく雇用されている者を除く。）について就業の場所及び従事する業務が同一の労働者派遣を継続して三年を超えて行うことのないよう指導を行う」（ホの（ロ））とか、こうした「一般派遣元事業主に対しては、当該労働者派遣契約の終了後は当該労働者派遣を行わないよう十分な指導を行う」（ホの（ホ））と述べる通達の内容からも、疑う余地はないといえる。それが派遣スタッフにとっては、雇用の終了つまり失業を意味していても[20]、そんなことは意に介さない。そうした冷淡な姿勢が通達には見え隠れするのである。

なるほど、通達は、以下にみるように、派遣期間の制限に数多くの例外を認めている。それが一方で行政指導の理解をさらに困難にしているのも確かであるが、他方では派遣の活用に対する障害を取り除くことを通じて、雇用機会の拡大を求める派遣スタッフにも、その限りにおいて、プラスに作用してきたことは否めない。

まず、派遣期間の制限は「労働者派遣契約の更新を行う一般派遣元事業主に対する指導」として行われることから、仮に派遣スタッフが所属する派遣会社を替われば、「就業の場所及び従事する業務が同一の派遣サービスを継続して三年を超えて提供する」ことが可能になる。ただ、こうした一からのやり直しが派遣スタッフにとっては、その賃下げを意味することも希ではない、といった問題点も指摘されている[21]。

また、通達は、前述したように、派遣会社に「期間の定めなく雇用されている者」についても例外を認めており、常用型の特定派遣元事業主を含め、派遣会社と派遣スタッフとの間に期間の定めのない雇用関係がある場合には、これまた行政指導の対象外となる[22]。しかし、こうした派遣会社との常用雇用の関係を望まないスタッフ[23]にとっては、それは意味のない例外ともいえる。

さらに、通達は、右にみたように、同一の派遣労働者について「就業の場所及び従事する業務が同一の労働者派遣を継続して三年を超えて行うことのないよう指導を行う」としており、派遣スタッフが交替すれば、三年を超え

て、ユーザーが同一の派遣会社からスタッフの提供を受ける（派遣契約を更新する）ことについても、これをまったく問題にはしていない。[24]

とはいえ、こうした数々の例外をみていると、行政指導の目的（趣旨）が派遣先における常用労働者の代替防止にあるといくら強調されても、空疎にしか響かないものとなる。常用代替の防止というスローガンが無意味に繰り返し叫ばれるなか、派遣スタッフだけが大きな不利益を背負わされている。こう感じるのは、おそらく筆者だけではないであろう。

五　まとめにかえて

派遣法には、昭和六〇年の制定（翌六一年施行）当初から、次のように定める規定が存在した。その見出しには「運用上の配慮」とある、同法第二五条の定めがそれである。

第二十五条　労働大臣（厚生労働大臣――現行規定）は、労働者派遣事業に係るこの法律の規定の運用に当たっては、労働者の職業生活の全期間にわたるその能力の有効な発揮及びその雇用の安定に資すると認められる雇用慣行を考慮するとともに、労働者派遣事業による労働力の需給の調整が職業安定法に定める他の労働力の需給の調整に関する制度に基づくものとの調和の下に行われるように配慮しなければならない。

その後段部分は、職業紹介事業と競合しない範囲に派遣事業の活動領域を限定する（たとえば、前者のマネキンと後者のデモンストレーションが競合しないように需給調整＝参入規制を行う）[25]など、かつては猛威をふるったが、法改正に伴う対象業務の原則自由化（ネガティブリスト化）を契機に、その役割を終えた。また、先にみたように「常用代替の防止」を意味する前段部分も、以前は派遣法が派遣事業の対象業務を特定の業務（ポジティブリスト）

に限るための理論的根拠とされたが、[26] 法改正後は主として新規対象業務に係る派遣期間の一年制限の理論的拠り所を提供するものとなった。[27]

とはいえ、派遣法第二六条第二項にも、同法の制定当初から、こうした常用雇用労働者の雇用の安定（常用代替の防止）を図ろうとする狙いがあったことは、前述したようにこれを否定できない。たとえば、派遣法の生みの親とされる高梨昌信州大学教授（当時）は、その編著『詳解労働者派遣法』（昭和六〇年、日本労働協会）において、このことを次のように説明する。

「第二項は、労働者派遣契約に定める労働者派遣の期間について、一定の制限を課すことができることを定めたものである。労働者派遣事業制度の運用に当たっては、雇用慣行に配慮し、常用雇用労働者の代替を促すことにならないようにすべきである。このような趣旨で、労働者派遣契約に定める労働者派遣の期間を制限することにより、常用雇用労働者の安定した雇用機会の確保との調和を図ろうとするものである」（二七四頁）。

しかし、この派遣法が施行される前に刊行された書物には、労働者派遣契約で定める労働者派遣の期間について労働大臣が上限を定めるに当たっての基準（前掲）に関する言及はあるものの、その更新に関する記述はいっさいない。右の基準に続けて、「なお、新たな労働者派遣契約の締結により、個別の労働者派遣の期間を定めることを妨げるものではない」[28]（二七七頁）。こう述べるにすぎないのである。

他方、当時、労働省職業安定局長として、派遣法の制定に責任を負っていた白井晋太郎氏が、同法が施行された翌年に刊行した『労働者派遣法の理論』（昭和六二年、近代労働経済研究会）をみても、労働者派遣契約の更新に関する記述こそあるものの、その長さはわずか一〇行ときわめて短く、派遣契約に自動更新条項が設けられている場合には「法第二六条第二項に違反することになると解される」（二二五頁）との説明に続いて、次のような指摘

を行うにとどまっていることが注目されてよい。

「また、契約上は自動更新となっていない場合であっても、合理的な理由なしに繰り返し更新が行われるような場合は、法第二六条第二項の趣旨に反するといえる。なお、派遣期間の制限を超える労働者派遣契約であっても、その超える部分が民事上当然無効となるものではない」（同前）。

それゆえ、少なくとも派遣法制定当初は、一定期間を超える派遣契約の更新を行政指導をもって一律に規制するような考えはなく、ましてこれを三年とする意図などなかった。こういっても差し支えはない。にもかかわらず、その後、派遣契約の更新の限度を三年とする行政指導が定着。最近の労働行政には、先にみたように、常用代替の防止にその根拠があることをあえて強調する動きさえみられる。(29)

しかし、常用代替の防止とは、いわば派遣スタッフを除け者にすることと同じであり、常用代替の防止が強調されることによって、派遣スタッフが得るものは何一つない。このことは先の法改正によって導入された新規対象業務に対する一年の期間制限において既に経験済みのことであり、こうした愚を来るべき法改正においてもう一度繰り返す（趣旨・目的が同じだとして、旧適用対象二六業務についても、法律上の期間制限に一本化する）(30)ことはぜひとも避けなければならない。筆者はこう考えるのであるが、どうであろうか。

（1）総合規制改革会議『重点六分野に関する中間とりまとめ』（平成一三年七月二四日）二〇頁を参照。なお、この間の経緯については、小嶌「改正派遣法見直しの前倒しは、総合規制改革会議の共通認識」『月刊人材ビジネス』平成一三年九月号四頁以下を参照。

（2）たとえば、小嶌「スタッフの視点に立った規制改革が大切」『月刊人材ビジネス』平成一四年九月号四頁以下を参照。

(3) 三年制限と一年制限の違いについては、これまでにも何度か言及している。たとえば、小嶌「労働市場の規制改革——派遣法の見直しを中心に」『ＥＳＰ』平成一三年一一月号四四頁以下、同「雇用拡大に貢献の期待される人材ビジネス」『月刊人材ビジネス』平成一四年一月号六頁以下を参照。

(4) なお、その全文については以下のサイトを参照。http://www.mhlw.go.jp/general/seido/anteikyoku/jukyu/haken/youryou/index.html

(5) 一般には、旧適用対象二六業務全体について三年の期間制限がかかるようにいわれているが、厳密には正しくない。なお、このことは既に、小嶌「労働市場の規制改革——職業安定法・労働者派遣法改正の評価」八代尚宏編『社会的規制の経済分析』（平成一二年、日本経済新聞社）第二章のなかで指摘している。

(6) 平成一四年三月二九日の政令改正により、派遣法施行令第四条第二五号は次のように改められ、金融商品の営業関係業務が新たに加わることになった（傍線部分が改正箇所）。それゆえ、旧適用対象二六業務というのも、厳密には正確ではない。

第四条　法第四十条の二第一項第一号の政令で定める業務は、次のとおりとする。

二十五　顧客の要求に応じて設計（構造を変更する設計を含む。）を行う機械等若しくは機械等により構成される設備若しくはプログラム又は顧客に対して専門的知識に基づく助言を行うことが必要である金融商品（金融商品の販売等に関する法律（略）第二条第一項に規定する金融商品の販売の対象となるものをいう。）に係る当該顧客に対して行う説明若しくは相談又は売買契約（これに類する契約で同項に規定する金融商品の販売に係るものを含む。以下この号において同じ。）についての申込み、申込みの受付若しくは締結若しくは売買契約の申込み若しくは締結の勧誘の業務

なお、ＩＴ関連商品の営業については、右の「『プログラム』には、ＩＴ関連商品としてのシステム、ソフトウェア、ネットワーク等が該当する」ことが通達で明確にされることにより、対象業務の拡大が図られた。

(7) ただ、そこにいう「労働者派遣期間の制限に違反した場合」とは、イの概要にもあるように（ロの(ロ)も併せ参照）、派遣元事業主が個々の労働者派遣契約において厚生労働大臣の定める期間を超える派遣期間の定めを行う場合（自動更新の定めをおく場合を含む）のみを指すのであって、ホに定める「労働者派遣契約の更新を行う一般派遣元事業主に対

する指導」に派遣元事業主が従わないような場合は、これに含まれないものと理解するほかない。

というのは、許可の取消しや事業停止命令、改善命令は、いずれも基本的には法令違反を前提としており、労働者派遣契約の更新に係る行政指導（いわゆる三年の期間制限）に一般派遣元事業主が従わなかったとしても、それだけではこうした処分の対象とはなりえないからである。このことは、以下に引用する許可の取消し等に関する処分の根拠規定からも明らかといえよう。なお、後掲注(8)を参照。

（許可の取消し等）

第十四条　厚生労働大臣は、一般派遣元事業主が次の各号のいずれかに該当するときは、第五条第一項の許可を取り消すことができる。

一　第六条各号（第四号を除く。）のいずれかに該当しているとき。

二　この法律（次章第四節の規定を除く。）若しくは職業安定法の規定又はこれらの規定に基づく命令若しくは処分に違反したとき。

三　第九条第一項の規定により付された許可の条件に違反したとき。

2　厚生労働大臣は、一般派遣元事業主が前項第二号又は第三号に該当するときは、期間を定めて当該一般労働者派遣事業の全部又は一部の停止を命ずることができる。

〈注〉①　第一項第一号は、法定された許可の欠格事由に該当する場合をいう。

②　第一項第二号も、法令違反（省令もしくは大臣告示に違反する場合を含む）または法律（派遣法もしくは職安法）に基づく処分への違反のみを対象とする。

③　第一項第三号にいう「許可の条件」は、第九条第二項により、「当該許可の趣旨に照らして、又は当該許可に係る事項の確実な実施を図るために必要な最小限度のものに限り、かつ、当該許可を受ける者に不当な義務を課することとなるものであつてはならない」とされており、これを受けた通達（労働者派遣事業関係業務取扱要領　第四　一般労働者派遣事業　一　許可手続　⑽　許可の条件）も、「許可をした後においても一定の条件の下に当該事業を行わせることが必要であると考えられる場合に付されるものであり、具体的には、例えば専ら労働者派遣の役務を特定の者に提供することを目的として行うものではないこと、派遣先におけ

る団体交渉又は労働基準法に規定する協定の締結等のための労使協議の際に使用者側の直接当事者として行う業務について労働者派遣を行うものではないことといった条件が付されるものである」等としているところから判断して、いわゆる三年の期間制限が「許可の条件」として定められる可能性はないといえる。

（改善命令等）

第四十九条　厚生労働大臣は、派遣元事業主が当該労働者派遣事業に関しこの法律その他労働に関する法律の規定（これらの規定に基づく命令の規定を含む。）に違反した場合において、適正な派遣就業を確保するため必要があると認めるときは、当該派遣元事業主に対し、派遣労働者に係る雇用管理の方法の改善その他当該労働者派遣事業の運営を改善するために必要な措置を講ずべきことを命ずることができる。

〈注〉第四十九条第一項も、法令違反をその前提としており、単なる行政指導への違反に対して改善命令を出すことはこれを認めていない。

(8)　ただ、派遣法第二六条第二項が法的根拠になるといっても、それは個々の労働者派遣契約に定められる派遣期間に、厚生労働大臣が上限を設けることが法律上認められるというにすぎず、こうして定められた大臣告示が派遣契約の更新については何ら定めをおいていない以上、更新の限度を三年と定める行政指導（いわゆる三年の期間制限）は、むしろ法令に直接の根拠を持たない行政指導というほうがより正確である。

(9)　次のように規定する派遣法第二六条第三項についても、これと同じことがいえる（特に第一号および第二号に定める内容はもっぱら派遣先の問題であり、異様との感を免れない）。

第二十六条

3　前二項に定めるもののほか、派遣元事業主は、労働者派遣契約であつて海外派遣に係るものの締結に際しては、厚生労働省令で定めるところにより、当該海外派遣に係る役務の提供を受ける者が次に掲げる措置を講ずべき旨を定めなければならない。

一　第四十一条の派遣先責任者の選任

二　第四十二条第一項の派遣先管理台帳の作成、同項各号に掲げる事項の当該台帳への記載及び同条第三項の厚生労働省令で定める条件に従つた通知

三　その他厚生労働省令で定める当該派遣就業が適正に行われるため必要な措置

(10) 派遣元と派遣先との間における使用者責任の配分において、現行派遣法が成功しているとは必ずしも思えない。たとえば、ある座談会において、筆者は次のように述べたことがある。

「◎――使用者責任を明確にし実情に即した見直しを

小嶌……派遣というのは、初めに法律があって現在のような制度になったのではなく、最初は請負類似の行為として出発したわけですね。そうしたサービス業の発展する社会的な土壌があった。そして、そういった流れをうけて派遣法はできたわけです。この派遣法の一番大きな意義は、派遣元に使用者としての責任を負ってもらうということを明確にしたことだと思います。労働者供給だと元も先も使用者としての責任を取らない。それは問題なので、このこと自体は、私はよかったと思っています。

私自身が無理があると思っているのは、人工的に元と先に責任を振り分けた部分です。たとえば災害保障責任。……、これは派遣元にしかないという仕組みにしてしまった。派遣先にも応分の責任を負担させるのは当然だと思うんですが、そういう意味でかなり人工的な無理をしている。たぶん、ああいうふうにしないと労基法がうまく適用できないとか、監督行政に支障を来すということだったんだろうと思いますが、最初に決めたままでいいのかという問題はあると思います。もう少し実情に即した形で、見直しを進めていくことが必要でしょう。

障害者の雇用率というのもそうです。雇用率は派遣元でしかカウントしないという現在の仕組みの下では、障害者の派遣の伸びはあまり期待できない。思い切ってダブルカウントを認めて、派遣元でカウントし、派遣先でもカウントするということになると障害者の雇用拡大にもつながると思うんですけれども。それから事業所税についても派遣元にかけていますね。これも実際の就労場所は請負と同じでユーザーの事業所なのですから、現状でいいかという問題がある。いずれにせよ、派遣元と派遣先の関係というのは、もう少し見直していく必要があるように思います」。社団法人日本人材派遣協会編『人材派遣　新しい波――人材派遣白書二〇〇二年版』(平成一三年、東洋経済新報社) 九七頁以下所収の座談会「望まれる規制緩和と人材ビジネス」(引用部分は一二一―一二二頁)。

(11) 前掲注(3)に挙げた拙稿では、いずれもこうした「誤り」を犯した。

(12) 労働省職業安定局民間需給調整事業室編著『労働者派遣法』(平成一一年、労務行政研究所) 二四〇―二四一頁。

なお、同様の記述は、高梨昌『詳解労働者派遣法』（昭和六〇年、日本労働協会）二七七頁、白井晋太郎『労働者派遣法の理論』（昭和六二年、近代労働経済研究会）二二四頁等にもみられる。

(13) 高梨・前掲注(12)『詳解労働者派遣法』二七四頁を参照。なお、具体的には、後に本文(五)で述べる。

(14) たとえば、行政当局の編集した派遣元責任者向けの講習用テキストも、法改正までは、期間制限の趣旨・目的を説明することなく、単に「労働者派遣契約の更新は禁止されるものではありませんが、派遣先における常用雇用の機会が不当に狭められることを防止するため、一般派遣元事業主は、合理的な理由なく、同一の派遣労働者（期間の定めなく雇用されている者は除きます。）について就業の場所及び従事する業務が同一の労働者派遣を継続して三年を超えて行わないようにして下さい」などと述べるにとどまっていた。労働省職業安定局編著『派遣元責任者必携労働者派遣法』（平成一〇年、財形福祉協会）五七頁。

しかるに、法改正後は、こうした記述が次のようにガラッと変わるのである。「派遣期間の制限の趣旨は、派遣先に常用雇用される労働者の派遣労働者による代替を防止するため、三年を超えて引き続き同一の業務に継続して派遣労働者を従事させるような場合には、本来直接雇用にすることが望ましいというものです」。「したがって、……労働者派遣契約の更新は禁止されるものではありませんが、派遣先における常用雇用の機会が不当に狭められることを防止するため、一般派遣元事業主は、合理的な理由なく同一の派遣労働者（期間の定めなく雇用されている者を除きます。）について就業の場所及び従事する業務が同一の労働者派遣を継続して三年を超えて行わないよう指導されています」。労働省職業安定局民間需給調整事業室編著『派遣元責任者必携［増補改訂］労働者派遣法』（平成一二年、財形福祉協会）五〇—五一頁。

(15) 筆者は、このことを異なる角度（反対方向）から、次のように指摘したことがある。「なるほど、従来から派遣事業が認められてきた事務用機器操作等二六業務については、『当該業務に係る労働者派遣が労働者の職業生活の全期間にわたるその能力の有効な発揮及びその雇用の安定に資すると認められる雇用慣行を損なわないと認められるもの』（略）として、従前の取扱い（原則として上限一年の派遣契約を三年まで更新することが可能）が継承されることになったが、このことは逆にいえば、改正法が新規対象業務を本来的に「終身雇用慣行」を損なうものとして位置づけたことを意味している。すなわち、新たな期間制限の目的が派遣労働者による常用労働者の代替（常用代替）の防止にある

ことは、法文上からも明らかなのである」。小嶌「求められる派遣スタッフのための規制改革」『日本労働研究雑誌』平成一三年四月号（四八九号）一四頁以下、一五頁。

(16) なお、この点に関連して、高梨昌信州大学名誉教授も次のような興味深い指摘をされている。「ポジティブリストの方は、派遣期間制限を撤廃すべきだと思います。もともと専門職市場ですから、正社員との代替関係は弱いはずで、あったとしても部分的なものです。また専門職市場は、比較的出入りがしやすい市場ですから、そこでは、派遣と常用雇用が棲み分けることができます」。同「初めに『規制緩和・撤廃ありきの議論には疑問』」『月刊人材ビジネス』平成一四年八月号六頁以下、一二頁。ただし、ネガティブリストの方は一年制限のままで良いという見解には承服しかねる。

(17) なお、高梨昌『詳解労働者派遣法［第二版］』（平成一三年、日本労働研究機構）にも、常用代替の「おそれが客観的に低い」（四四七頁）とか「常用雇用の代替のおそれが少ない」（四四八頁）といった記述がみられる。

(18) 派遣スタッフにも「職業選択の自由」があることに、筆者が初めて注意を促したのは、小嶌・前掲注(15)「求められる派遣スタッフのための規制改革」においてである。なお、総合規制改革会議『規制改革の推進に関する第一次答申』（平成一三年一二月一一日）二八頁も、こうした考え方のもとに次のように述べる。「派遣労働者にも、他の労働者と同様に職業選択の自由が認められるべきであり、就くことのできる職種（業務）や働くことのできる期間が制限されていることは問題があることから、対象業務や派遣期間の制限については、これを原則として撤廃することが望ましいとの考え方に留意すべきである」。

(19) ①直接雇用が望ましい旨の記述が「労働者派遣契約の更新を行う一般派遣元事業主に対する指導」の冒頭に位置していること、②いわゆる三年の期間制限に関する行政指導がこうした派遣元事業主に対してのみ行われていること、および③派遣元事業主に「期間の定めなく雇用されている者」については、このような行政指導の対象から除外されていることを考えると、派遣元事業主に対して常用雇用（直接雇用）を求めることのほうが、その現実的可能性を別とすれば、よほど筋が通っているし、ある意味ではわかりやすい。なお、派遣期間が長期化するにしたがって、派遣元との雇用関係を強める仕組みを採用している国にオランダがある。水島郁子「欧州連合」『外部労働市場の現状と課題に関する調査研究』（平成一四年、産業研究所／企業活力研究所）一九頁以下、二七―二九頁を参照。

(20) 派遣市場を人為的に縮小しようとした場合、それが一般的にも派遣スタッフの失業が増加するだけに終わる可能性

の高いことについては、小嶌「労働市場の規制改革とデータの重要性」『ジェトロセンサー』平成一三年一二月号三八頁以下、三九頁を参照。

(21) 藤川恵子「労働者派遣の現状と展望――アメリカにおける労働者派遣と共同使用者の概念を中心に――」『季刊労働法』一八六号（平成一〇年九月）一四九頁以下、一九一頁注(18)を参照。

(22) なお、常用型派遣の場合、スタッフの意向としても長期派遣を希望する者が多い。たとえば、大阪府が平成一〇年に実施した調査（筆者と藤川恵子が調査票の作成と報告書の執筆に従事）においては、常用型派遣スタッフの五三・八％が三年を超える派遣を希望していた。小嶌「改正労働者派遣法の意義と課題」『季刊労働法』一九〇・一九一合併号（平成一一年一〇月）五二頁以下、六一頁表2を参照。

(23) たとえば、大阪府の調査の場合、登録型派遣スタッフの五二・七％が「派遣スタッフとして働きたい」と答えており、「正社員として働きたい」の三八・四％を大きく上回っている。小嶌・前掲注(22)「改正労働者派遣法の意義と課題」六二頁表3を参照。また、日本人材派遣協会が登録型スタッフを対象として平成一三年に行った調査においても、「今後も派遣スタッフとして働きたい」とする者が四五・二％と「できれば正社員になりたい」の三六・六％を上回っている。なお、同調査の結果概要については、小嶌・前掲注(3)「労働市場の規制改革――派遣法の見直しを中心に」四四―四五頁を参照。

(24) たしかに、現行通達ホの(イ)は「三年を超えて引き続き同一の業務に継続して派遣労働者を従事させるような場合は、本来は直接雇用とすることが望ましい」としており、①合理的な理由や派遣元との常用雇用関係の有無にかかわらず、また②派遣会社や派遣労働者が途中で替わった場合にも、ともかく三年を超えて引き続き同一の業務について派遣サービスの提供を受ける場合には、直接雇用に転換することが望ましいといっているようにも読めるが、その旨の周知を行うにとどまり、こうした方向で行政指導を行うとまではいっていない（そのような行政指導を派遣先に対して行う法律上の根拠はどこを探してもない）ことにも注意する必要がある。

(25) このような需給調整の典型ともいえる参入規制は、今日ではおよそ認めがたいものであるが、当時は次のような理由からこれが正当化されていた。「たとえば、同一の労働市場において、労働者派遣事業と民営職業紹介事業とが競合し、同一の労働者をめぐって争いが生じ、さらに同一の事業主が民営職業紹介事業と労働者派遣事業を兼ねて行い、同

一の労働者を労働者派遣事業と民営職業紹介事業の双方の対象とする場合には、労働者の地位の不安定を招き、労働者の保護に欠ける事態が生ずるおそれも懸念される」（高梨・前掲注(12)『詳解労働者派遣法』二六八―二六九頁）。

(26) たとえば、高梨・前掲注(12)『詳解労働者派遣法』二〇四頁は、このことを次のように説明する。「我が国の雇用慣行との調和にも考慮する必要があり、労働者派遣事業として行われても、この雇用慣行に悪影響を及ぼすことの少ない業務分野や、労働力の需給結合の方法として特に労働者派遣事業として行わせる必要性の高い業務分野に限り認めていく必要がある」。

(27) 前掲・注(15)を参照。

(28) 派遣契約が更新される可能性について、当時どの程度認識されていたのかは、この記述からはわからない。しかし、少なくともその再締結については、ことさら問題にしないという姿勢であったように思われる。

(29) たとえば、高梨・前掲注(17)『詳解労働者派遣法［第二版］』も、「労働者派遣契約の更新は禁止されるものではない」とした上で、端的に次のように述べる。「ただし、派遣期間の制限の趣旨は派遣先に常用雇用される労働者の派遣労働者による代替を防止することにあることから、三年を超えて引き続き同一の業務に継続して派遣労働者を従事させるような場合は、本来は直接雇用とすることが望ましいものである。このような趣旨で、派遣先における常用雇用の機会が不当に狭められることを防止するため、一般派遣元事業主について、合理的な理由なく同一の派遣労働者（期間の定めなく雇用されている者を除く。）について就業の場所及び従事する業務が同一の労働者派遣を継続して三年を超えて行わないこととしている」（三八九頁）。

(30) 仮に常用代替の防止という命題が正しければ、高梨・前掲注(17)『詳解労働者派遣法［第二版］』にある、以下のような指摘にも説得力がある。すなわち、労働者派遣の期間について何らかの制限を設ける場合、「派遣先において同一の業務について継続して労働者派遣の役務の提供を受けることができる期間に着目することが適当である。そのような方法を採らない場合には、派遣先は、派遣元事業主を順次入れ替えること等により長期間にわたって労働者派遣の役務の提供を受けることができることとなることから、派遣先の常用雇用の代替防止の実効を期すことが困難となる」（四四七頁）との指摘がそれであるが、その前提にこそ問題はあるといえる。また、こうした方向で期間制限の一本化が図られた場合、派遣スタッフは「職業選択の自由」をさらに失うことになる。このことだけはやはり肝に銘ずる必要

があろう。