

派遣法改正にあたっての提言

—厚生労働省「今後の労働者派遣制度の在り方に関する
研究会報告書」(2008年7月28日)を中心にして

大橋 範雄

はじめに

- 1 派遣法改正に際しての課題
- 2 報告書の検討
- 3 派遣法改正に際しての留意点

はじめに

2008年11月4日政府は派遣法改正案を国会に提出した。いまや派遣労働を含めた非正規雇用が全就労者中4割弱を占めるようになり、偽装請負問題やワーキングプア問題が深刻な社会問題となってきている。その中にあっても派遣労働者数は近年飛躍的に伸び合法派遣だけでも384万人に達するに及んでいる(2008年12月26日厚労省発表)。偽装請負(=違法派遣)を含めると派遣労働者数はさらに大きく増加することは確実である。派遣という働き方は1985年の派遣法成立以前は職安法44条によって罰則をもって禁止されていた労働者供給事業であった。派遣法は労働者供給事業のうち派遣法の要件を充足したもののだけを労働者派遣として合法化したのであった。したがって85年成立翌86年施行された派遣法は、当初は、派遣をごく例外的働き方として16業務に限って承認したのであった。すなわち当初派遣法は、派遣を認めるに際していわゆるポジティブリスト方式をとって限定的に承認したのであった。その後3年後の見直しに際しての90年改正においては根本的な見直しは行われず、派遣元責任者講習の受講義務付け等労働者保護措置の拡大がなされたにすぎない。94年改正に際しては、高齢者等の雇用の安定等に関する法律の一部改正に伴い高年齢者雇用対策の観点から60歳以上の高年齢者に係る派遣事業の特例として港湾運送業務、建設業務、警備業務及び物の製造の業務以外の業務への派遣が1年を限度に可能となったのである。このような改正は、原則ポジティブリスト方式を維持しながら、特例的にネガティブリスト方式を認める方式であり、ネガティブリスト方式への転換のための一歩と評価できる改正であった。

さらに96年法改正に際しては派遣対象業務をそれまでの16業務に加えてOAインストラクションの業務、図書の制作及び編集の業務等10業務を追加して26業務へと拡大したのであった。それに加え、育児・介護休業取得者の代替要員業務につき、港湾運送業務、建設業務及び警備業務以外の業務につき特例的ネガティブリスト方式が採用されたのであった。

このような経過を経て99年法改正へとつながっていくのである。1997年ILO181号条約（民間職業仲介事業所条約）に基づき、派遣を「臨時的・一時的」な労働需要に対する一般的な労働力需給システムと位置付け、対象業務をネガティブリスト方式化し、港湾運送業務、建設業務、警備業務、物の製造の業務及び医療関係業務以外を解禁したのであった。そして拡大された業務については派遣期間の上限を1年とし、労働・社会保険の適正加入のための措置、派遣労働者の個人情報保護、事前面接等の特定行為の制限、派遣労働者による行政機関への申告制度の創設を内容とした改正であり、派遣法制定以来の抜本的改正といえる内容であった。このような内容の改正であったが、98年通常国会では法案提出が見送られ、同年秋の臨時国会では法案は提出されたが、継続審議となり99年通常国会で与野党共同の修正を経てようやく成立したのであった。その後、2003年の法改正では、1年の派遣可能期間を3年に延長し、製造業への派遣も解禁されるようになったのである。その結果派遣労働者数は今日、合法派遣だけでも384万人と飛躍的に伸びたのである。

派遣法改正の経過からもわかるように派遣法制定から今日にいたるまで規制緩和路線にしたがった法改正が行われてきたのであった。ところが、今日に至って、規制緩和一辺倒に対する弊害が派遣労働の分野でも顕著になり、ここにいたってようやく規制緩和一辺倒から労働者保護の必要性という視点から規制を加える必要性に迫られ、今回厚労省は、改正案を国会に提出することになったのである。本稿では果たしてこの改正案が真に派遣労働者の保護と常用代替としての利用の防止という視点からの改正案となっているかを、2008年7月28日発表された報告書⁽¹⁾の検討を通して考えてみることにする。その際に現行派遣法の問題点のうち派遣労働者の保護にとってとりわけ重要と思われる点につき使用者責任との関連で、報告書がどのように考えているかを中心に検討を加えることにより、派遣労働の本質と派遣労働者の保護について考えてみることにする。報告書においてもとりわけ、均等待遇原則の導入の是非を巡っては具体的にドイツの派遣法について言及されていることに見るようにわが国の派遣法はドイツの派遣法をモデルとしているといわれているところから、検討に際してはドイツ法及びそこに流れている理念との比較を試みることにする^(2・3)。

1 派遣法改正に際しての課題

現行派遣法の問題点が今年ほど集中的に現れた年は少ないであろう。ワーキングプア問題に見られるような格差是正のためにどのような改正がおこなわれるべきかについて考えてみよう。現行派遣法の最大の問題点は、7月末で廃業したグッドウィル問題が発生した時にも明らかなように、派遣元の派遣法違反に際してもそれがいかに重大な違反であっても派遣元の営業停止命令は出せても、一番の被害者である派遣労働者を救済するための法規定を有していないことにより、最終的には派遣労働者を救済することができないことである。同様のことは当該労働形態が偽装請負＝違法

(1) 「今後の労働者派遣制度の在り方に関する研究会報告書」厚生労働省、2008年7月28日。

(2) 大橋範雄『派遣労働と人間の尊厳』法律文化社、2007年参照。

(3) ドイツ派遣法の全体については旧法についてはあるが、大橋範雄『派遣法の弾力化と派遣労働者の保護』法律文化社1999年参照。

派遣であるとされた場合でも、派遣法中には派遣労働者と派遣先との間に擬制労働関係の成立を認める等の救済規定が存在しないことから、確実な救済が図られにくい点にもみられるのである。派遣労働者の保護を図るためには、指揮命令権者であり、実際の使用者である派遣先の雇用責任が問われなければならない。いわゆる派遣先との間に擬制労働関係（みなし雇用）成立を認める法規定の創設が不可欠である⁽⁴⁾。

次に現実の派遣の現場でよくみられるものに派遣先による事前面接・特定行為⁽⁵⁾があるがこれは派遣労働者の採用に際して労働契約上の唯一の使用者である派遣元が労働契約の相手方である派遣労働者を決定するのではなく、第三者である派遣先が事前面接を行い派遣労働者を決定した後当該労働者と派遣元は労働契約を締結するものであり、これでは派遣元は契約上の使用者とは到底言えないであろう。当該行為を禁止し、当該行為が行われた場合の派遣労働者の保護についての規定の創設が求められるところである。

均等待遇原則の派遣労働者への適用についての規定の創設も不可欠である。これについてはEU指令が今年イギリスの賛成によりようやく採択されたが、すでに多くのEU諸国においては派遣労働者の均等待遇原則が規定されているのである。

わが国の派遣法はいわゆる常用雇用型派遣とともに登録型派遣を承認しているが、登録型派遣は、派遣期間中だけ派遣元と労働契約関係が存在するというものであり、このような労働形態では派遣労働者の雇用の安定を図ることはできない。そのため派遣法は登録型派遣は許可制としているが、先のグッドウィル問題でもふれたように許可を取り消しても派遣労働者の救済及び雇用の安定は図られないのである。そもそも登録型派遣に際しては派遣法上唯一の使用者とされる派遣元はいかなる役割を果たすのか。派遣期間中派遣先に代わって派遣労働者に賃金を支払っているに過ぎない存在ではないのかという疑問がわいてくる。このような実態にある登録型派遣を承認することが派遣法における労働者派遣の定義からしても許されるのかということが問われなければならない。

さらに常用雇用型派遣は雇用の安定が図られていることから届出制となっているが、はたして本当に雇用の安定が図られているといえるのか疑問である。常用雇用型派遣の場合でも派遣元が専業派遣事業者である場合に、先の派遣と次の派遣との間に期間がある場合に短期であればともかくすぐには見つからない場合に、その間の賃金を支払う能力があるのかという疑問がある。もしそれが可能だとすれば派遣元のマージン率はかなり高率ということになり、極めて問題である。したがって、常用雇用型の場合であっても派遣労働者の保護という視点からは許可制にする必要がある。

派遣法は、派遣の常用代替利用の禁止要請から専門職・雇用管理の特殊性を理由とした26業務以外は原則1年、特例として3年までの延長を認める派遣可能期間を設けているが、先の派遣と次の派遣との間に3カ月のクーリング期間を設けその間派遣先が直接雇用し3カ月後に再度派遣元と2年11カ月の有期労働契約を締結して同一派遣先に派遣されるということを繰り返す場合に3カ月というクーリング期間の持つ意味を考える必要がある。このような形でクーリング期間を利用して派

(4) この点ではドイツ派遣法には擬制労働関係の成立を認める法規定が存在する。これについては大橋前掲註3書41頁以下参照。沼田雅之「労務供給の多様化と直接雇用の原則」『学会誌』112号、2008年、41頁参照。

(5) 大橋範雄「派遣先による事前面接・特定行為と派遣先の使用者性」『労旬』1665号、2008年、65頁以下参照。

遣を繰り返すことは派遣可能期間設定の意味を没却することになるだけでなく、派遣先の雇い主としての責任の回避という点からも問題である。

同様に派遣先の雇い主としての責任の回避という点では、もっぱら派遣の問題がある。これは派遣先の雇い主としての責任の回避だけではなくそもそも派遣法という派遣労働の労働力需給調整制度という点からも問題である。

以上のように現行派遣法にはワーキングプア問題を生み出す多くの問題があるが、報告書⁽¹⁾は法改正に際してこれらの諸問題にどのように対処しようとしているのかについて検討を加える中で、派遣労働関係について考えてみよう。

2 報告書の検討

(1) 登録型派遣と日雇い派遣

報告書は、「派遣労働者の雇用形態別にみた労働者派遣事業の在り方」の中でまず日雇い派遣の在り方について検討を加えている。登録型派遣の究極の形態である日雇い派遣については、現実には、短期の労働力需要が存在し、学生など、短期で臨時的に働きたいニーズもあり、これに応える労働力需給調整のシステムとして、一定の機能を果たしているとの評価に立った上で、しかしながら、一方で、あまりにも短期の雇用・就労形態であることから派遣元・派遣先の双方で必要な雇用管理がなされず、禁止業務派遣や二重派遣、賃金からの不正データ整備費の控除等の法違反問題が生じてきているので、労働者保護という政策的観点から禁止することを検討すべきとの立場に立っている。その上で、「一定期間」以下の労働契約の労働者を派遣することを禁止すべきとしているが、この期間を30日としている。すなわち、日雇い派遣は弊害が大きいので禁止するが、労使双方にニーズがあるとの理由で、短期の労働契約であっても30日を超える場合には承認するというものであり、派遣労働者の雇用の安定という視点からはきわめて問題のある認識であると言わざるを得ないであろう。

さらに報告書は、日雇い派遣労働者の直接雇用をあっせんするための職業紹介事業の整備等の促進や常用化の支援も含めた公共職業安定所での支援が充実されるよう、併せて措置を行うことを挙げている。

しかし、日雇い派遣は登録型派遣の一形態であるからそこから派生する問題は基本的に同じである。すなわち、派遣期間と労働契約期間が同一であるという点では日雇い派遣も登録型派遣もまったく同様であるが、報告書は、登録型派遣については禁止するのではなく、派遣労働者の待遇の改善のための措置等を講じていくほか派遣元に対し、長期間登録型派遣で就労しているが常用雇用を希望する労働者に対し、常用雇用型派遣への転換や紹介予定派遣を活用した派遣先への常用就職の促進等を努力義務として課すことを挙げている。

報告書の日雇い派遣については、短期で臨時的に働きたいニーズを理由に一定の評価をした上で、あまりに短期雇用なので、問題が発生しているとの認識に立ちながら、短期雇用は、派遣が臨時的・一時的な労働力需給調整システムと位置付けられているから、短期の有期労働契約による派遣は予定されているとして短期雇用の派遣を全面的に禁止できないとしている。その上で、日雇い派

遣の禁止に当たっては、一定期間以下の労働契約の労働者を派遣の対象にすることを禁止するという形で、一定期間を30日としている。

しかし、そもそも派遣は、その制定当初から今日に至るまで常用代替の防止のために臨時的・一時的労働とされているのであり、派遣元と派遣労働者との労働契約が労働者派遣契約同様短期でよいことを意味しないのである。派遣法上派遣元が唯一の労働契約上の使用者とされているが、使用者であれば雇い主としての責任をはじめとした使用者としての危険負担を負いうる実態を有していなければならない⁽⁶⁾。したがって、報告書の認識のように、派遣期間と派遣労働契約期間が一致することが前提となるような労働関係においては派遣元の使用者性が厳しく問われなければならないであろう。

報告書は、日雇い派遣を禁止するにあたって労働力需給を円滑に調整するため、日雇いの直接雇用をあっせんするための職業紹介事業の整備等の促進や日雇い派遣労働者の常用化の支援も含めた公共職業安定所での支援が充実されるよう合わせて措置を行うことを提起している。

・PSA（人材サービスエイジェンシー）による派遣⁽⁷⁾

労働権保障という視点からは、私的職業紹介や労働者派遣に依拠するのではなく、公共機関が責任をもって無償で職業紹介を行うことが基本となろう。その点でわが国にとっても参考となるのはドイツのPSAであると思われるので、以下PSAについてみてみよう。

PSAは派遣法によってではなく、ハルツ委員会提言に基づいた第一次市場改革法による改革の結果、社会法典第三編に第37条Cの規定を新設することにより2003年1月1日に創設されたのであった。当該規定によればPSAは、高年齢労働者や長期失業者等の職業紹介困難者の労働市場への正規従業員としての復帰を目的として各公共職業紹介所（後に雇用機構に改称）の所轄ごとに少なくとも1つ設置が義務付けられているのである。当初計画では、PSAにより年間5万～7万件の職業紹介を予定していたのであるが、2004年10月末時点でPSAによって終了した95005件の派遣のうち11%が社会保険加入義務ある就労についてのみであった⁽⁸⁾。このドイツにおける事実は何を示しているのだろうか。職安の積極的関与により職業紹介困難者である失業者の正規雇用への登用を目指し

(6) この点ドイツ派遣法は徹底していて派遣労働関係においては派遣元が唯一の労働契約上の使用者であるから、使用者としての危険負担を負わない時は、当該関係は派遣ではなく職業紹介であるとの規定を有している（1条2項）。ドイツでは伝統的に労働者派遣は私的職業紹介として禁止されてきたが、1967年の連邦憲法裁判所の違憲判決を機に私的職業紹介のうちから、派遣元と派遣先との間に労働契約が締結され、派遣元が労働契約上の使用者責任を負い得る実態を有している場合にのみ派遣労働関係と理解されているのである。現行派遣法の当該条文については、前掲註2書187頁以下参照。なお、本稿では紙数の都合上言及していないが、ドイツではわが国同様、職業紹介の国家独占という立場から私的職業紹介は長らく原則禁止されてきたが、最近の規制緩和の中で、最初は許可制で、その後届出により可能となった。旧派遣法は、派遣期間が12カ月を超えた時は、私的職業紹介とみなす旨の規定が存在していた。旧派遣法については大橋前掲註3書335頁以下の訳参照。

(7) 大橋前掲註2書99頁以下参照。Vgl. Kruse, Lüdtke, Reinhard, Winkler, Zamponi, Sozialgesetzbuch III, Arbeitsförderung, Lehr- und Praxiskommentar, Nomos 2008, 1. Aufl. S. 153f.

(8) Vgl. J. Ulber, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2006, 3. Aufl. S. 297, Rz. 3

て創設されたPSAによる派遣であっても、派遣から常用雇用への道は厳しいことを示しているといえる。したがって、報告書のように業としての職業紹介予定派遣ではその目的を達成することは困難であるといえよう。わが国の派遣法の理解によれば派遣は派遣元との間に唯一の労働契約関係が存在し続けているが、職業紹介は派遣先との労働契約関係の成立を目的とするものであるため、両者の目的は異なっており、派遣法の中でそれとは別の職業紹介を目的とした派遣を認めることはできないであろう。そもそもPSAの有している特別な課題は、労働者派遣によって失業者を優先的に職業紹介することにある。したがって、PSAによる派遣は、通常の業としての派遣とは異なり、主要目的は、失業者に正規雇用の職場を紹介することにあるとされている。このように失業者の職業紹介を目的として派遣を利用するというのであれば、労働権保障という視点から短期の業としての派遣に依拠するのではなく、ドイツの例のように公共職業安定所が責任を持って行うべきである。

ところで、わが国の派遣法は、その成立当初から常用雇用型派遣と登録型派遣の2種類を承認しているが、ここで改めて日雇い派遣をその究極形態とする登録型派遣についてとりわけ派遣元の使用者責任に焦点を当てて、派遣法でいう派遣労働関係成立の前提要件を満たすのかを中心に考察してみよう。

「雇用」と「使用」が分離した労働関係である派遣労働関係が成立するための不可欠の前提は、派遣労働者の労働契約上の使用者性が確保されているということである。すなわち、派遣元はまず第一に雇い主として派遣労働者に対する使用者責任を負う企業実態を有するとともに、派遣労働関係において雇い主としての主体性を有していることが必要である。派遣は本来臨時的・一時的労働および常用代替として利用される心配のない専門職（26業務）に対してのみ認められているのであるから、専門職である26業務以外は原則1年、特例として3年という期間制限が付されているのである。派遣労働の本質的要請としての派遣期間の制限と派遣労働者との労働契約期間とは連動しないはずである。派遣元は、雇い主として当然派遣労働者の雇用の安定を図ることが義務付けられているのである。このように考えるならば、本来全く無関係であるはずの派遣期間と派遣労働者との間の労働契約期間の一致を前提とした登録型派遣はそもそも派遣労働関係の前提要件を欠くものといわなければならない。この場合に、いかなる意味において派遣元は派遣労働者に対する使用者責任を果しているといえるのであろうか。派遣労働関係から発生する様々の問題は、とりわけ、派遣全体の7割を占めるとされている登録型派遣が圧倒的に多いことを理由に登録型派遣の禁止を求める見解が多く存在するのである。

ドイツ派遣法においては1972年の制定以来約30年間登録型派遣は私的職業紹介として禁止されてきたのである⁽⁹⁾。わが国においては労働者派遣は、職安法で禁止されている労働者供給事業の中から派遣法に定める要件を充足したものだけを取り出して合法化された雇用就労形態であると考えられている。したがって、現行法上は登録型派遣も派遣法上の要件を充足している限りにおいて合法的な労働力需給調整システムと考えられているのである。確かにドイツ法と日本法とでは派遣労働についての認識が法規定上は異なっているが、わが国の場合であっても登録型派遣においては派遣元と派遣労働者との間で形式的な労働契約関係だけが存在し、派遣元が派遣労働者に対して労働契約

(9) 大橋前掲註2書67頁以下参照。

上の使用者として賃金支払い以外派遣労働者の職業訓練や職業教育などの職業能力開発施策等の使用者責任を何ら果たさず、派遣先に対して派遣労働者の雇い主として何ら影響力を行使し得ない時には、派遣元は単に職業紹介を営んでいるにすぎないと考えられよう。その際には、派遣元は、派遣先に代わって派遣労働者に賃金を支払う存在にしかすぎず、このような賃金支払いは労基法24条の賃金の直接払い原則違反ということになる。また、派遣元が派遣労働者を実質支配している場合には労働者供給に該当するといえよう。したがって、前者の場合には派遣元と派遣先との間のみ労働契約関係が成立し、後者の場合には二重の労働契約関係が成立すると考えられる。いずれにしても登録型派遣の場合には、派遣期間中のみ派遣元と派遣労働者との間に労働契約関係が存在するというものであるから、派遣元は、通常の労働契約上の使用者義務および使用者としての危険負担を負うことができないので、派遣法自身が規定する派遣労働の定義である派遣元が唯一の労働契約上の使用者であるという前提を欠く労働形態ということになり、派遣労働者の保護という視点から禁止されるべきである。現行法の下でも登録型派遣の場合には、許可制を採用しているのであるから、違法派遣を理由とする許可取り消しに際しては派遣労働契約および労働者派遣契約は無効となり、指揮命令権者である派遣先と派遣労働者との間に労働関係が成立するとの解釈も不可能とはいえない。松下PDP事件大阪高裁判決⁽¹⁰⁾が当該三面関係を労働者供給事業と解し、極めて強い違法性ゆえに公序良俗違反を理由とし、派遣労働契約および労働者派遣契約を無効とし、派遣先と派遣労働者との間に黙示の労働契約の存在を理由に労働契約関係の成立を認めた論理も基本的に同様の見解と思われるのである。

登録型派遣については派遣期間と労働契約期間が一致することから派遣労働者の雇用の安定という観点からは問題の多い労働形態であるという点については、報告書も認めるところであるが、常用雇用型派遣については、報告書は、派遣労働者を派遣元事業主が常時雇用することにより、派遣就業の機会がない時についても雇用関係が継続するものであり、日雇い派遣、登録型派遣、常用雇用型派遣の三形態の中では最も安定した働き方として評価できるとしている。派遣法改正に際してワーキングプアの温床として日雇い派遣等に代表される登録型派遣の禁止と対象業務の限定（ポジティブリスト方式）を求めて、99年法改正以前の派遣法の状態に戻せとの見解も強力に主張されている⁽¹¹⁾。

しかし「雇用」と「使用」が分離した派遣労働関係においてはたして常用雇用型派遣は雇用の安定した労働形態といえるのかについては大いに疑問が残る。派遣元が常用雇用型派遣を営む場合であっても専業派遣事業者である場合には、派遣のない期間賃金支払いの原資はどのように調達できるのだろうか。確かに派遣空白期間中も登録型派遣とは異なり、賃金支払いはなされるが、問題はその内容である。賃金として支払われるものが基本給だけであり、しかもその基本給が極めて低額の場合には、当該賃金が、労基法1条1項が要求する「人たるに値する生活」を保障する内容と

(10) 松下プラズマディスプレイ（パスコ）事件・大阪高裁平20・4・25判決『労判』960号8頁以下、特集「松下PDP事件・大阪高裁判決を読んで」『労旬』2008年12頁以下参照。

(11) （シンポジウム）さあつくろう派遣法改正案 各党の改正案を聴く院内集會—今こそ希望のもてる働き方の実現を—『労旬』1676号、2008年、6頁以下参照。中野麻美「労働者派遣法改正—研究会報告と『たたき台』を読む」『労旬』1676号、2008年、5頁以下参照。

なっているか、すなわち、「人間の尊厳」を確保し得る内容となっているかが問題である。派遣待機期間中の派遣労働者の賃金をも含めた労働条件が労基法1条1項の要請を充足するものでない時には、常用雇用型派遣といえども雇用の安定が保障されている労働形態であるとは決して言えないであろう。やはり派遣元の労働契約上の使用者適格性が厳しく問われる必要がある。その点では派遣法改正論議において報告書をはじめとして99年派遣法改正以前に戻し登録型派遣の廃止を求める諸見解の多くが、常用雇用型派遣に対する許可制の導入に触れていない点は、派遣労働の本質に関する理解について私見と異なる。これは、「みなし雇用」(=擬制労働関係)を要求する見解においてもその成立要件及び創設根拠についての見解の相違が生じるのである。私見によれば直接雇用が労働法上の原則であり、本来「雇用」と「使用」の分離した労働関係である派遣労働関係はその存在が許されないのであるが、派遣法によって一定の要件の充足をもって人為的に認められた労働関係であるから、法的要件を欠くときには、「雇用」と「使用」は分離せず指揮命令権者である派遣先と派遣労働者との間に労働関係が成立すると考えるべきであろう。わが国では既述のように派遣は労働者供給事業と理解されているのに対しドイツでは私的職業紹介と理解されているという相違は存在するが、わが国の場合には違法派遣は労働者供給事業となるから、派遣先と派遣労働者間に指揮命令権の存在と労務提供の事実から黙示の労働契約を理由として、ドイツにおいては私的職業紹介であるから派遣先と派遣労働者との間に労働関係が成立すると考えられ、それが10条1項により規定されているとの相違は見られるが、いずれにしても派遣先との間に労働関係が成立することになるといえる。したがって当該派遣が合法か違法かは労働関係の成立にとって極めて重要である。派遣労働関係が成立するための前提は派遣元が唯一の労働契約上の使用者であるということであるから、派遣元の使用人としての適格性の審査が派遣労働関係成立判断にとっては不可欠となる。したがって、常用雇用型派遣であっても許可制としなければならないのである。このように考えるならば常用雇用型派遣の場合であっても、派遣元が専業派遣事業者である場合には、使用者としての適格性を確保することは極めて困難であろう。そのことはドイツにおいては派遣許可取得者のうち半数近くが年間1人の派遣労働者をも派遣していないという事実からも理解できよう⁽¹²⁾。ドイツでは、少なくない派遣元が兼業派遣事業者であるといわれているのである。

そもそもわが国においても派遣法制定に際しては常用雇用型派遣のみに限定しようとしていたし、わが国が派遣法制定に際してモデルとしたドイツにおいては、制定当初から約30年間常用雇用型派遣のみが厳格な許可制の下で承認されていたという事実が存在する。ドイツでは派遣法制定に際して労組のみではなく、学者や教会関係者をも含めて「派遣労働は人身売買」であるとの強い反対意見があり、政府としては、派遣労働関係の成立要件は派遣元が労働契約上の使用者として責任を負いうる実態を有するという点を強調し、派遣期間と派遣労働者の労働契約期間が一致する派遣(=登録型派遣)を禁止し、常用雇用型派遣のみに限定したうえで、すべての派遣元に対して許可取得を義務付けることにより反対者の理解を得ようとしたのである。すなわち、派遣労働関係という労働関係は常用雇用型派遣であっても派遣労働者の保護および常用代替利用の防止という点からきわめて問題であるという認識の下で、すべての派遣元に対して許可取得を義務付け、無許可派遣

(12) 大橋前掲註2書78頁以下参照。

および許可取り消しに際して派遣労働者の保護という視点から派遣先と派遣労働者との間に擬制労働関係の成立を認める法規定を派遣法制定時から今日に至るまで堅持しているのである。しかもドイツにおいては派遣労働関係終了後約30%の労働者が正規雇用労働者となるという現実がある⁽¹³⁾。政府もその目的が成功しているか否かは別にしてもPSAの創設に見るように派遣を正規雇用への第一段階と位置付けている点はわが国とは根本的に違う点である。

(2) 均等待遇原則の適用とマージン率

派遣法改正に際しては均等待遇原則の派遣労働関係への適用が強く主張されている。この点について報告書は、福利厚生や教育訓練などについては、現に派遣先で指揮命令を受けて働いているということに着目した措置がなされることが必要としながらも、賃金の均等待遇原則の導入については、わが国には適用することができないとの結論に達している。すなわち、均等待遇は、ドイツやフランスなど主としてヨーロッパで採用されている考え方であり、その背景にはこれらの諸国では企業を超えた職種別賃金が普及しており、わが国では企業別賃金でしかも年功賃金が主流であるので、均等待遇原則の派遣労働者への適用はなじまないとの立場に立っている。しかし、派遣労働関係においては派遣労働者の保護が最大の法的課題となるが、派遣労働関係が報告書の指摘のようにわが国の労働条件決定システムの特異性から均等待遇原則を適用することが不可能な労働関係であるならば、派遣労働関係は、派遣労働者の差別的労働条件を前提とした労働関係ということになり、このような不平等を前提とした労働形態は許されるものではないであろう。

またマージン率との関係においても均等待遇原則の導入は重要な意義を有しているといえる。報告書においても派遣法改正についての各種提言においても均等待遇原則の導入とマージン率とを関連付けて論じているものはないと思われる⁽¹⁴⁾。現に、報告書においてはマージン率の規制については、派遣料金は、労働者派遣というサービスの対価として派遣元と派遣先との間で決定され、派遣元はこの中から派遣労働者に賃金を支払い、事業運営を行うのであるから派遣料金と賃金との差額を規制することは事業運営の中で労働者に支払う賃金の設定を規制することを意味し、ほかの事業においてはなされていないこのような規制を労働者派遣事業にのみ課すことに明確な理由は存しないと否定的見解を示している。

派遣労働はその特殊性ゆえに通常の労働関係以上に派遣労働者の保護が強く求められる労働形態であるから、通常の労働形態とは異なる規制があっても何ら問題とはならないと考えられるのである。しかし、許可制と結びついた擬制労働関係の成立を前提とした均等待遇原則を導入すればあえてマージン率を規制しなくとも派遣労働者の保護とマージン率の規制は可能であると思われる。均等待遇実現義務を派遣元に課し、違反に対しては、派遣元が労働契約上の使用者責任を果たしていないので使用者としての適格性の欠如を理由に派遣許可が取り消され、無許可派遣となるので、その結果、派遣先と派遣労働者との間に擬制労働関係が成立することになり、派遣労働者の保護は図られることになろう。また派遣元は賃金についてもその他の福利厚生についても派遣先の同種ある

(13) 同上83頁参照。

(14) 中野前掲註11論文6頁参照。

いは類似の労働に従事する正規従業員との均等待遇の実現を義務付けられているのであるから、派遣料金は、当然派遣元と派遣先との間で決定されるが、派遣先はこれをできる限り低額に抑えようとするであろう。派遣元は派遣料金の中から賃金を支払うのであるから高いマージン率を得ようとするれば派遣料金が高騰することになり、派遣先を見つけにくくなるから顧客を得ようとするれば当然マージン率は低く抑えざるを得なくなるが、それは報告書が指摘するように派遣元と派遣先との業者間で取り決められた結果である。しかし、これが成立するためにはやはり派遣元が使用者としての適格性を有しており、事業主体としての実態を有していることが不可欠であるから、派遣法改正に際してはそのことが考慮されなければならない。派遣労働関係への均等待遇原則の適用は、派遣先にとっては労働者を直接雇用するより高額の派遣料金を派遣元に支払うことを意味するので、派遣を人件費節約のための労働力調達手段として用いることはできなくなり、真に臨時的・一時的労働で緊急性を要する場合にだけ利用せざるを得なくなり、結果として、派遣労働の規制につながる効果を発生するといえよう。

報告書においても指摘されているので、ドイツの均等待遇原則がどのようなものかについて詳細は別稿に譲るが、その概要をドイツ派遣法全体の中での位置付けとの関連において紹介することにより、わが国の派遣法改正についての留意点を述べることにする。

(3) ドイツにおける均等待遇原則の適用⁽¹⁵⁾

ドイツにおいても派遣法上均等待遇原則の派遣労働関係への適用が義務付けられたのは比較的最近のことである。ドイツにおいても労働市場の規制緩和の名の下に一連の市場改革法が相次いで実施される中で、最初に均等待遇原則が派遣労働関係に適用されたのは、2001年7月23日付のジョブ・アクティブ法においてであった。同法による派遣法改正によって派遣期間の上限がそれまでの12カ月から24カ月へと延長されたのに伴い、新たに10条に5項を創設することにより「派遣元は、12カ月経過後派遣労働者に派遣先事業所に適用される賃金を含めた労働条件を適用しなければならない」旨の規定が付け加えられたことにより、12カ月を超えた派遣に際しては初めて均等待遇原則の適用が規定されたのである。しかし、この段階では、12カ月以下の派遣に対しては均等待遇の適用はなく、完全な意味での均等待遇原則の派遣労働への適用が実現したわけではなかった。当該規定によって果たしてどの程度の派遣労働者に均等待遇原則が適用されるかは疑問であった。事実、連邦政府の9次報告によれば、1999年上半期派遣労働関係の13.3%が1週間未満で、49%が3カ月未満しか存続期間がなかったので、10条5項の適用対象となる1年を超える派遣事例はほとんどないと考えられ、当該規定は派遣労働者の均等待遇実現にとってはほとんど意味がないとの見解もドイツには存在した。しかし、労働契約の相手方の違いを超えて派遣労働関係への均等待遇原則の適用実現のための第一歩としては評価できる規定であったといえよう。

連邦政府は、2002年12月20日付ハルツ委員会提言を受け、労働市場改革法を成立させ、同法により派遣法を再度改正し、派遣期間の上限規制を撤廃すると同時に均等待遇原則のより徹底した実現を目指す規定を新たに創設することになったのである。ドイツの派遣法における均等待遇は、わが

(15) 大橋前掲註2書85頁以下参照。

国でもその立法要求が強まっている派遣労働に対する労働者保護という視点からの派遣労働の規制強化、擬制労働関係の導入、均等待遇原則の確立等を考える上で密接な関連性を有しており、それ故にわが国の派遣法改正に際しても大いに参考となるのでその概要について以下紹介することしよう。

ドイツにおいても派遣法の規制緩和が進行してきたが、その中であつても不変の原則は、派遣元の許可取得義務と無許可派遣に際しての派遣先と派遣労働者との間に擬制労働関係の成立を認めるという二点である。これらの点については1972年の制定当初から今日に至るまで不変である。一連の派遣法の規制緩和の中で、法制定以来の原則であつた派遣労働の常用雇用代替利用の防止目的のための派遣期間の上限規制については撤廃されたが、それと引き換えに均等待遇原則が導入された点は派遣労働者保護にとっては重要である。ドイツにおいては、派遣は基本的に正規雇用への一過程という位置付けで、労働契約上の使用者としての派遣元が使用者責任を負うとの立場に立っている。したがって、派遣元が使用者責任を負う実態を有していなかったり、実際に使用者責任を負わなかった時には、「雇用」と「使用」の分離した派遣労働関係成立の前提条件を欠くので、派遣労働者保護という視点から、指揮命令権者である派遣先との間に擬制労働関係が成立する旨の規定を有している。したがって、2004年以降完全な意味での均等待遇原則の適用も派遣法の派遣労働関係に対するこのような理解の中で位置づけられるものである。すなわち、派遣元は労働契約上の使用者として派遣労働者と派遣先で比較し得る労働に従事している正規従業員との賃金をも含めたすべての労働条件について均等待遇原則を適用することを義務付けられているのである。派遣元が均等待遇原則を実行できない時には、派遣元は労働契約上の使用者としての使用者責任を果たしているとは考えられないゆえに、派遣許可は当局によって拒否（ドイツ派遣法3条1項3号）あるいは無効（同法9条2号）とされ、その結果、業としての派遣に際して不可欠の派遣許可（同法1条）を有していないことになるので当該派遣は無許可派遣となり、派遣労働契約および労働者派遣契約は無効となり、代わって派遣先と派遣労働者との間に擬制労働関係（同法10条1項）が成立するのである。ドイツ派遣法はこのように均等待遇原則の実現に際して複雑な論理を使って実現しようとしているのであるが、きわめて論理的で説得力に富む法理論であり、わが国の派遣労働関係への均等待遇原則の適用をはじめとした派遣労働者の保護及び派遣労働の常用雇用の代替利用禁止という視点からの法改正に際して参考になる法制度であるといえよう。わが国の派遣法はドイツの派遣法をモデルとして制定されたといわれているが、そうであるならばなおさらこの法理論は法改正に際して参考になるであろう。けだし、派遣労働関係においては派遣元が唯一の労働契約上の使用者であるという点については両国の派遣法においても同様の理解であるからである。そうであるならば、基本的な点においては参考にすべき点は多いといえよう。すなわち、派遣元の使用者としての適格性をいかに確保し、それが失われた時に派遣労働者の保護をいかに図るかという点が重要になるのであるが、報告書にはこの点についての明確な視点が欠如しているといえよう。

それではドイツの均等待遇とはどのようなものなのか見てみよう。

(賃金請求権の範囲と対象)

均等待遇原則の適用対象は重要な労働条件であるからまず賃金が増えられるが、賃金には、いわゆる基本給以外に危険手当、超過勤務手当、深夜・休日労働手当が含まれる。さらにこれら以外の労働条件に派遣先の正規従業員が享受する福利厚生制度の利用もこれに含まれるとされている。しかし、適用されるべき重要な労働条件の中に含まれるか否かという点で議論となるものに賃金以外に企業忠誠に対しての支払いについての取り扱いである。具体的に問題となるのは、まず第一に労働者が翌年まで就労することを前提に支給される年末特別手当についてである。というのは派遣労働者は、ドイツにおいても有期労働契約を締結して就労することも多いからである。この場合に参考となるのが、派遣先における有期雇用の正規従業員に当該手当が支給されているか否かという点である。有期雇用の正規従業員に対して当該手当が支給されているのであれば、派遣労働者もまた、年末特別手当請求権を有すると解することが正当であるとされている。同様の論理で、勤続年数に応じて支給されるそのほかの金銭給付である企業老齢年金や利益配当に対しても均等待遇原則が適用されると考えられている。このようにドイツの派遣法による均等待遇原則の適用に際しては、均等待遇原則の適用対象となる重要な労働条件には派遣先事業所の正規従業員に支給されるほとんどすべての給付が含まれることになり、その限りにおいては、同一（価値）労働同一賃金原則をも含めた均等待遇原則が派遣労働関係においても実現される基礎が現行派遣法によりできたとの評価は下せよう。

しかし、わが国において均等待遇原則を派遣労働関係に適用した場合には、必ずしもドイツと同様な結果が期待できるとは限らないのである。たとえば年末賞与の支給についてみてもわが国の場合にはドイツとは違い正規従業員についてはかなりの額になるのに対し、有期労働契約で就労している派遣労働者に対応する派遣先の有期雇用労働者は、非正規従業員であり、正規従業員との間には質的な相違が存在するゆえにこの種の労働者との比較は均等待遇原則の適用の本来の目的を達したとは言えないのである。わが国の企業には雇用就労形態の名の下に直接雇用であっても様々な雇用形態をとる労働者が就労しており、労働者間に厳然たる格差が存在しているのが現実である。わが国の人事雇用政策は、崩壊しつつあるとはいえ、今日に至るまで、正規従業員については基本的に終身雇用制を前提とした年功序列型賃金体系が主流を占めていることは否定できない。そのため、たとえドイツのように均等待遇原則を派遣法中に規定したとしても、ドイツと同様の効果を生むとは限らない。この点にわが国の派遣法の抱える困難性があり、それゆえに報告書も均等待遇原則の適用を見送ったのであろう。しかし、今日、同一（価値）労働同一賃金原則を含めた均等待遇原則の労働関係への適用は世界的共通認識であるといえる状況になってきている。現にEUにおいても2008年10月22日欧州議会において派遣労働者と正規労働者との均等待遇指令が採択され即日発効した結果、加盟27カ国は3年以内に国内法に適用することが義務付けられたのである⁽¹⁶⁾。わが国においては雇用就労形態の違いを理由とした労働条件格差が当然のごとく存在しており、派遣労働関係への均等待遇原則の適用条件を欠く労働環境が支配的であるならば、労働条件の差別的待遇を前提とした労働形態

⁽¹⁶⁾ Vgl. Leiharbeitsrichtlinie erlassen-BMAS, <http://www.bmas.de/portal/29200/>.

である派遣労働関係の存在が許される労働環境にないといえよう。しかし、わが国においては現に384万人の派遣労働者が存在するのであるから彼らの保護のためには均等待遇原則の適用が不可欠であり、当面賃金については派遣先の比較し得る労働に従事する正規労働者との比較において均等待遇原則の適用が図られるべきであろう。

（4）クーリング期間について

わが国の派遣法においては26業務以外の派遣は派遣可能期間が存在していることから、連続して派遣労働者を受け入れることはできない。26業務以外の派遣については原則1年、派遣先の過半数組合またはそれが存在しない時には過半数代表からの意見聴取を経て、最長3年の派遣受け入れ期間の制限が付されている。そこで、二つの派遣の間に一定の空白期間を設けて派遣を再開することが許されるのかが問題となってくる。派遣法は両派遣にどれだけの空白期間を設ければ新しい派遣とみなされるのかについては何も規定していない。本来、派遣は臨時的・一時的労働であり、常用雇用の代替利用は禁止されているのであるから、たとえ空白期間を置いたとしても同一派遣先が長期にわたって派遣労働者を受け入れることは、派遣法の立法趣旨からは許されないことである。報告書は、派遣期間を制限する以上、これを撤廃することは不可能であって、派遣受け入れ期間の制限の趣旨が徹底されるよう、厳正な運用がされるべきであるとしている。わが国派遣法はクーリング期間についての規定を有しておらず、「派遣先指針」において3カ月のクーリング期間を定めているにすぎない。したがって、派遣期間終了後3カ月のクーリング期間中派遣先が派遣労働者を有期雇用で直接雇用し、その後再度当該労働者を派遣労働者として就労させる形でのクーリング期間の利用は、本来のクーリング期間の趣旨にも派遣可能期間を設けた趣旨にも合致しない脱法行為として無効であると考えられる。クーリング期間は空白期間の長さによって決定されるのではなく、両派遣間に内容的関連性がない場合にだけ一定のクーリング期間の経過により初めて、両派遣は別個の派遣であるとの判断が下せるのである。この内容の関連性の有無によってクーリング期間を有効とみる考え方は、ドイツの派遣法においてかつて採用されたものであった⁽¹⁷⁾。ドイツの現行派遣法は派遣期間の制限は撤廃されているので今日ではクーリング期間については問題とはならないが、かつては派遣は臨時労働で決して常用雇用の代替として利用されてはならないとの法的要請から制定当初より1985年までの13年間は3カ月の短期に派遣期間の上限規制が設定されていた。当時においても派遣終了後たとえば有給休暇を派遣労働者に取得させその終了後に再度同一派遣先への派遣を行うというような脱法的手法で連続派遣が行われていたので、連邦雇用庁（当時）はその回状において先行した派遣期間の25%以上の中断期間を空けた場合には後続の派遣との間に関連性がなくなるとのいわゆる「25%条項」を設定したのであった。これは連続派遣を防止するために派遣と派遣との間に空白期間を置きその空白期間の長さで前後の派遣の連続性の有無を判断するという考え方であるが、これに対しては学説から異論が続出し、結局期間の長さのみではなく、前後の派遣の内容の連続性の有無によって連続派遣か否かを判断する考えが主流となったのであった。しかし、今日では派遣期間に制限がないところから、クーリング期間は問題とはならなくなったのであ

(17) 大橋前掲註3書249頁以下参照。

る。だが、わが国の派遣法は派遣期間に制限を設けているのであるから、前後の派遣が連続しているか否かの判断基準として単なるクーリング期間の長さによってのみ判断するのではなく、長さに加えその内容の連続性の有無によって判断するようになれば、派遣法中に派遣期間の制限を設けた意味を没却することになる。

(5) 派遣先による事前面接および特定行為⁽¹⁸⁾

派遣先による事前面接および特定行為は、労働契約関係にない派遣先が派遣労働者を選考し、特定するわけであるから、いかなる法的根拠をもって正当化できるのであろうか。とりわけ、派遣の70%を占める登録型派遣に際しては、派遣労働者の採用行為を意味するのであるから、当該行為は、私的職業紹介に該当し派遣法上到底許されるものではなくその際には、派遣先との間で直接労働契約関係が成立することになると考えられるのである。登録型派遣において派遣先による事前面接・特定行為が行われた場合にはその時点では、労働契約上の使用者である派遣元と派遣労働者との間には未だ労働契約関係は成立していないのであるから派遣元は労働契約上の使用者とは言えず、したがって派遣労働関係は成立していないと考えられるから、派遣法上許されないことは言うまでもないことである⁽¹⁹⁾。報告書においても登録型派遣については、特定を目的とする行為が雇用関係の存否に大きく影響し、労働者供給事業に該当する可能性があり、雇用機会の喪失につながる可能性があることから、規制の対象から外すことは適当ではないとされている。

これに対して、報告書は、常用雇用型派遣で期間の定めのないものについては、派遣元と派遣労働者との間に雇用関係が存在し、さらにこれが当該派遣就労にかかわらず継続することが前提となることから、仮に特定を目的とする行為が行われたとしても、これにより雇用関係の存否に影響することはないことから、この場合については、特定を目的とする行為を可能としても差し支えないと考えられるとしている。しかし、本来、労働者派遣契約においては派遣対象業務が特定されるのであって、その業務遂行のため必要な能力を有する労働者の決定および派遣は、派遣元が自己の労働者の中から決定するのであるから、派遣先が労働者を特定することはできないのである。したがって労働力のミスマッチが生じることは当然予想されることであり、もし派遣先が自ら労働者を特定したいのであれば、派遣という労働形態ではなく、直接雇用すべきであり、派遣の趣旨とは相いれないゆえに派遣先による派遣労働者の事前面接および特定行為は許されないのである。また報告書は、期間の定めのない常用雇用型派遣の場合には派遣先による特定行為で不採用となっても派遣元との間の雇用関係は継続されるので雇用の安定という点では問題がないとしているが、その際に派遣労働者の賃金がどのように決定されるかによって必ずしも雇用の安定が図られるとはいえない。すなわち、派遣労働者の賃金が派遣先の如何および就労の如何を問わず常に一定である場合には報告書の見解は雇用の安定という点では妥当するが、派遣空白期間中は、基本給だけしか支払われず、しかもその基本給が極めて低く設定されている場合には、派遣先による特定行為が即派遣労働者の労働条件に大きく影響することになり、労働契約上の派遣元の使用人としての適格に疑問が

(18) 大橋前掲註5 論文65頁以下参照。

(19) 同旨、浜村彰「労働者派遣の今後の法的規制のあり方」『学会誌』112号、2008年、50頁参照。

生じることになる。この場合には、派遣労働者にとっては第三者である派遣先が派遣労働者の労働条件を直接決定することになり、派遣労働関係の基本的前提を欠くことになるのでたとえ期間の定めのない常用雇用型派遣の場合であっても事前面接・特定行為は許されないのである。しかも、第三者である派遣先が労働契約関係にない派遣労働者を特定することは、派遣労働者の人格権侵害でもあり、「人間の尊厳」という視点からも到底許されるものではないであろう。

(6) 紹介予定派遣

報告書は、紹介予定派遣は、職業紹介を行うことを予定して行う労働者派遣の一形態であり、一定期間の労働者派遣の後、派遣先での直接雇用へ移行することを念頭において行われるので、円滑な労働力需給調整に資するもので、やむを得ず派遣労働者として働いており、派遣でない働き方を希望する労働者にとっては、これを実現する1つの手段となり得ると肯定的に評価している。しかし、わが国においては派遣と私的職業紹介とはその立法趣旨が異なるものであり、派遣業者としての派遣元に私的職業紹介をも担わせることを意味し、しかも派遣元は職業紹介が成立すれば紹介手数料をも得ることになり、二重の中間搾取を許すことになるから労働者保護という視点からも認められない。紹介予定派遣期間中は派遣労働者は実質上無権利状態におかれ、その間に団結権をも含めた労働基本権の行使が大きく制限されることになり、問題である。さらに紹介予定派遣中に二重派遣等の違法派遣が行われた場合にも派遣先との擬制労働関係の成立を認める等の派遣労働者の保護規定が存在せず、派遣労働者の雇用の安定にはつながらないといえよう。労働権保障という視点から派遣から正規雇用へとという道を目指すのであれば既述のようにドイツのPSAに見られるように通常の業としての派遣とは別に職安を中心とした公的職業紹介の充実が図られるべきであろう。

3 派遣法改正に際しての留意点

「雇用」と「使用」の分離した派遣労働においては唯一の労働契約上の使用者は派遣元であるから、派遣労働関係成立のためには派遣元が使用者責任を負い得る実態を有していることであり、この前提を欠くときは、派遣労働関係は成立せず、その際には派遣先と派遣元との労働者派遣契約及び派遣元と派遣労働者との間の派遣労働契約が無効となり、代わって、派遣先と派遣労働者との間に擬制労働関係が成立する旨の法改正が必要である。そのために業としての派遣を営もうとするすべての派遣元に使用者としての適格性の確保という視点から許可の取得を義務付け、無許可派遣に際しては派遣労働者の保護という視点から派遣労働契約および労働者派遣契約を無効とし代わって派遣先との間に擬制労働関係の成立を認める法規定の創設、使用者適格性の欠如は許可の拒否または取り消し理由となる旨の法規定の創設、均等待遇原則の実現を派遣元に課し、実現されない時には派遣元の使用者としての適格性欠如を理由とする許可の取り消し理由となる旨の規定の創設、その他事前面接・特定行為等派遣元の使用者責任の不履行および派遣元の使用者としての危険負担の回避が許可取り消し理由となる旨の法規定の創設が必要である。その際にドイツの派遣法上の諸規定及び経験が大いに参考になろう。

（おおし・のりお 大阪経済大学経済学部教授）