

## はしがき

本書は、近年大きく変貌しつつある日本の労働者派遣制度のあり方について、日本と同じく解雇規制を基軸とする労働法制を展開しつつ、派遣についても積極的に認めてきたオランダ法、および、派遣を例外的な雇用形態とし、直接雇用を重視する考え方が根強くみられるドイツ法との比較検討をふまえつつ、日本の労働市場に適した規制手法の提言を試みたものである。

第1章で本書の基本的な分析視角を示したうえで、第2章では労働者派遣をめぐる日本の立法政策や学説・裁判例の動向を鳥瞰している。日本において労働者派遣は、戦後の職安法で全面的に禁止されたものが1985年の派遣法で解禁されて以来、厳しい批判に晒されている。派遣法のもとで、労働者派遣は対象業務が大きく制限され（1999年以前）、あるいは臨時的・一時的な場合に限って許容されてきた。こうした規制は2012年の法改正で一旦は強化されたものの、その直後の2015年には大幅な見直しが図られるなど混迷した状況にある。

こうしたなかで、職安法と派遣法との関係を整理し（今日において派遣と職安法上の労働者供給事業とは区別すべきこと）、これまでの直用重視の規制に普遍的な正統性はないことを示しつつ、かえって、派遣法が中核としてきた常用代替防止目的のもとでは、派遣労働者にバランスのとれた法的保護が図られていない問題があることなど、現在の労働者派遣制度をとりまく状況を分析している。

第3章では、本書の比較対象国であるオランダ、ドイツの法規制に大きく影響を及ぼすEU指令の内容や、解雇に対する包括的な規制を欠くアメリカにおける労働者派遣の位置づけを概観している。労働者派遣をめぐっては、とりわけ派遣労働者の地位の不安定性と処遇の低さが問題となっているところ、ある国の労働者派遣制度は当該国の労働法体系（たとえば解雇規制や有期労働法制の内容）や労働市場の状況により大きく影響を受けると考えられる。

こうした視点のもと、第4章および第5章では、それぞれオランダおよびドイツの労働者派遣制度のほか、両国の解雇・有期労働法制等についても視野を広げた検討をしている。両国ともに、解雇規制を中心に労働市場における労働力の需給調整に原則的な制限を課している点で日本とも共通の基盤があるが、労働者派遣の位置づけは大きく異なっている。

オランダでは、労働者派遣をはじめ雇用形態の多様化が積極的に進められてきた。労働者派遣に関しては、派遣先で直接雇用される労働者との均等待遇原則を軸としつつも、たとえば派遣期間を制限したり、さらには直接雇用を重視するような政策はとられていない。むしろ派遣就労の開始段階では、派遣のマッチング機能を最大限に活かす規制緩和が図られている。ただし、派遣労働者の雇用保障をめぐることは、2014年の法改正で再規制が図られていることが示すように、派遣労働者にも段階的な保護を及ぼすことが特に重視されている。一方、均等待遇原則には（他の雇用差別禁止立法とは異なる）広範な例外の余地があり、産業横断的な労働条件決定システムのもとで、間接雇用である派遣労働関係において柔軟な利益調整規範として機能している。

他方、ドイツでは、伝統的に、労働契約に期間を定めず直接雇用される労働者（常用労働者）を重視してきたものが、深刻な失業問題を背景に、2000年代に入って大幅な規制緩和の動きがあった。労働者派遣についても、新たに均等待遇原則を定めつつも、従来の期間制限等が撤廃されてきた。しかし、派遣の濫用的な利用が問題となるなかで、最近では、ふたたび直接雇用を重視して派遣の利用期間を制限する改正法案が提出されているなど、制度の根幹部分で流動的な状況にある。

第6章では、これまでの分析をふまえた立法論を展開している。オランダとドイツにおける派遣期間の制限や直用重視の考え方の違いからも明らかなように、労働者派遣の規制手法は、各国の法体系や労働市場をとりまく状況に応じて相当に異なっている。日本では、直接雇用を重視する観点から、伝統的に常用代替の防止を中核とした規制が展開されてきたが、筆者は、同目的から一律・硬直的に規制を課すことについて、歴史的にはともかく、現時点では理論的な正当化は困難と考えている。また、登録型派遣を全面的に禁止することや、均等待遇原則を軸とした規制を展開することも現時点で適切とは考えていない。本書では、派遣の多様性やそれが果たしうる役割をふまえ、解雇・有期労働法制とのバランスを考慮しつつ、個々の派遣労働者の労働条件に応じた規制展開の必要性を説いている。日本の労働法体系のもとで、好ましい派遣（真正な常用型派遣および真正な登録型派遣）とそうでない派遣（派遣先を限定した登録型派遣）を区別し、特に後者について濫用を防止する規制が必要と考え、派遣先での直用化の問題も含めて、労働市場における労働者派遣法の現代的役割を模索している。

本書は各国の労働市場における労働者派遣の位置づけを探るものであり、検討

対象は多岐にわたるが、各項目でそれぞれ小括を設けているので、必要に応じて活用して頂きたい。

本書は、2009年に神戸大学大学院法学研究科に提出した博士論文を土台としている。しかし、その後のいわゆるリーマン・ショックを経て、日本、オランダ、ドイツともに、労働者派遣をはじめ非典型雇用に対する法規制に大きな変化がみられることから、全面的に加筆・修正している。労働者派遣をとりまく状況が刻々と変化するなかで、さらに検討すべき課題を残しつつも、議論が混迷しているいまこそ、本書を刊行することに意味があると考えた。

拙いながらも本書を完成するまでには、多くの先学から直接・間接のご教示を頂いている。各研究会やプロジェクト、さらには大学院時代の先輩・後輩や友人との忌憚のない議論も、筆者にとっては刺激的なものであった。しかし、なによりも、指導教員である大内伸哉先生による温かいご指導がなければ、筆者が研究者として歩み出すことは難しかったに違いない。大内先生との出会いがなければ、筆者の性格からして、オランダ法研究という未知の領域に踏み込むこともなかったであろう。既存の価値観にとらわれず大所高所から議論を展開される先生からは、今日に至るまで日々刺激を頂いてきた。また、学部および修士課程を通して筆者を見守り、労働法研究者としての可能性を見いだしてくださった土田道夫先生との出会いがなければ、筆者の人生は大きく異なるものとなっていたであろう。両先生には感謝の言葉もない。本書で労働者派遣をめぐる議論に一石を投じ、読者諸賢のご批判を仰ぎ、再度、筆者なりの見解を示すことで、学恩にささやかでも報いることができれば幸せに思う。

また、本格的なモノグラフとして本書は筆者の処女作となるが、厳しい出版事情のなか辛抱強く筆者を励ましつつ、プロとして行き届いたお世話をしてくださった弘文堂の清水千香さんに厚くお礼申し上げたい。最後に、本書は、大学院への進学にはじまり、研究者となることを応援してくれた父母と、息子（聡志）の出産・育児と続く不規則な生活のなかで筆者を支えてくれている妻、雅子に捧げたい。

2015年12月

本庄 淳志

\* 本書は、科学研究費補助金・研究成果公開促進費（平成27年度）の助成を受けている。

## 目 次

## 第1章 問題状況と検討の視角

第1節 問題の所在	1
I はじめに	1
II 労働者派遣の特徴	2
1 労働者供給の側面	3
2 需給のマッチング機能	3
3 雇用政策との関わり	4
III 本書の目的と構成	6
第2節 前提的考察	8
I 派遣法の規制目的	8
II 労働市場と労働者派遣制度	11
III 検討の視角	14
1 解雇・有期労働法制	15
2 事業への参入規制	16
3 派遣期間	16
4 均等待遇原則	18
5 集団法的規制	20
IV 小 括	21

## 第2章 日本の問題状況

序 説	23
第1節 派遣法制定以前の状況	24
I 職安法制の展開	24
1 立法の経緯	25
2 職安法44条	26
3 戦後労働法制の特徴	27
4 業務処理請負業の登場	29
II 派遣的就労と労働契約論——「使用者」概念の拡大	32
1 転貸借説・事務管理説	33
2 中間搾取排除説	34
3 事実的労働契約関係説	34
4 準労働契約説	36
5 黙示の労働契約説	37
III 直用中心主義	38
1 清正寛教授の見解	38
2 脇田滋教授の見解	40
3 毛塚勝利教授の見解	42
IV 小 括	43

第 2 節 労働者派遣制度の変遷	45
I 労働者派遣の制度化	45
1 制定の経緯	45
2 1985年法の内容	47
II 労働者派遣法の変遷	53
1 1990年の制度改正	53
2 1994年の制度改正	55
3 1996年の制度改正	56
4 1999年の制度改正	56
5 2003年の制度改正	65
6 2012年の制度改正——立法政策の動揺	68
7 2015年の制度改正（現行法）	72
III 労働者派遣の実態	77
1 市場規模・売上	77
2 労働者	78
3 派遣元の事業規模等	79
4 業務別の動向	80
5 派遣料金	80
6 賃金・付加給付等	81
7 雇用契約の期間等	82
IV 小 括	83
第 3 節 労働者派遣の位置づけ	85
I 間接雇用としての労働者派遣	85
II 派遣法の成立と「労働者供給事業」概念の縮小	88
1 派遣法単独適用説	88
2 職安法重畳適用説	89
3 裁判例	91
4 考察	97
III 労働者派遣と中間搾取（労基法 6 条）	105
1 労基法 6 条の立法趣旨	105
2 間接雇用と労基法 6 条	106
第 4 節 派遣労働者の雇用保障をめぐる問題	108
I 労働者派遣契約に対する解消制限	109
II 派遣元での雇用保障	113
1 労働契約における期間設定の意味	113
2 無期雇用の場合	114
3 有期雇用の場合	117
4 派遣条項（自動終了条項）の有効性	130
III 派遣先への雇用責任の転嫁	134
1 直接雇用の申込義務	134
2 損害賠償をめぐる問題	143
3 黙示の労働契約	146
4 直接雇用申込みみなし制度	152
IV 小括と今後の展望	164

第5節 派遣労働条件の水準等に関する法規制 .....	167
第6節 集团的労働法上の問題 .....	170
I 派遣法の規制 .....	170
II 派遣労働者の団体交渉権 .....	171
1 派遣元に対する団交権 171	2 派遣先に対する団交権 171
3 小括 175	
第7節 小括——日本法の特徴 .....	176
第3章 国際的動向	
第1節 統計資料 .....	181
第2節 アメリカ .....	183
第3節 EU 諸国 .....	185
I パートタイム・有期労働指令 .....	185
II 労働者派遣指令 .....	186
1 採択までの経緯 186	2 指令の内容 187
3 指令の特徴 191	
III 小 括 .....	192
第4章 オランダにおける問題状況	
序 説 .....	193
第1節 規制の沿革 .....	195
I 1999年以前の状況 .....	195
1 労働仲介法 195	2 TBA 法 196
3 労働力供給法 198	4 派遣労働者の法的地位 199
5 小括 200	
II 柔軟性と保障法、労働市場仲介法の制定経緯 .....	201
1 概要 201	2 柔軟性と保障の覚書 203
3 STAR 合意 208	4 派遣協定 210
5 小括 211	
第2節 現行法の規制内容——解雇・有期労働法制等 .....	212
I 期間の定めのない労働契約の終了方法 .....	213
1 制度の概観 213	2 UWV による解雇の許可 216

3 簡易裁判所での解消手続き（民法典671b条）	225
4 移行手当の制度化	227
5 小括	229
II 有期労働法制	231
1 規制の沿革	231
2 出口規制の創設（3×3×3ルール：旧制度）	233
3 労働協約による逸脱	235
4 2014年の法改正（3×2×6ルール）	236
5 有期労働法制の特徴	238
III 差別禁止法制等	238
1 フレキシブル労働者の保護	239
2 差別禁止法制	239
3 「同一（価値）労働・同一賃金」原則について	249
IV 小括	252
<b>第3節 現行法の規制内容——労働者派遣</b>	254
I 法規制の展開	254
II 労働市場仲介法（WAADI）	255
1 規制内容	255
2 登録制度	256
3 均等待遇原則（8条）	258
III 労働者派遣関係——民法典との関わりを中心に	263
1 労働者派遣の定義（民法典690条）	263
2 民法典の特則（民法典691条）	267
3 組織編入	279
4 小括	281
IV 派遣先に対する法規制	283
V 労働協約による規制	284
1 適用状況	284
2 雇用保障——フェーズ制度	286
3 賃金等	289
4 移行手当	293
5 派遣先の労働協約	293
6 小括	294
<b>第4節 小括——オランダ法の特徴</b>	296
I まとめ	296
II 評価	298

## 第5章 ドイツにおける問題状況

序 説	301
第1節 解雇・有期労働法制	302
I 解雇法制の展開	302
1 解雇制限法 302	2 解雇の金銭解決制度 304
II 有期労働法制	305
III 小 括	307
第2節 労働者派遣制度の沿革と特徴	308
I 概 要	308
II ハルツ改革以前の状況	309
1 民営職業紹介と労働者派遣 309	
2 1967年連邦憲法裁判所決定 310	
3 1972年労働者派遣法の枠組み 312	4 小括 317
III 労働市場改革——ハルツ改革を中心に	317
1 概要 317	2 解雇法制の変化 320
3 有期労働法制——TzBfGの規制 326	
4 派遣制度改革——ハルツ第I法 329	5 小括 334
IV 2011年改正による再規制	335
1 改正の背景事情 335	2 2011年改正の内容 338
第3節 現行法の規制内容	342
I 概 要	342
II 労働者派遣関係	344
III 参入規制	345
1 許可制度と行政監督 345	2 許可基準等 346
3 義務違反の法的効果 347	4 許可制度の特徴 349
IV 均等待遇原則（不利益取扱いの禁止）	352
1 原則——立法経緯と内容 352	
2 労働協約による「別段の定め」 356	
3 均等待遇をめぐる法律問題 358	
V 雇用保障と待機期間	362
1 解雇規制 363	2 有期労働契約の場合 365
3 待機期間と賃金 367	



VI 組織化・集団化 .....	369
VII 派遣期間をめぐる解釈問題と新たな立法動向 .....	370
1 はじめに .....	370
2 派遣法1条1項をめぐる解釈問題——新たな期間制限 .....	371
3 新たな立法規制の動き .....	375
第4節 小括——ドイツ法の特徴 .....	377
I まとめ .....	377
II 評価 .....	378
<b>第6章 労働市場における労働者派遣法の現代的役割</b>	
<b>第1節 分析結果</b> .....	381
I 規制の異同 .....	381
II 規制の違いの背景 .....	384
1 解雇・有期労働法制の違い .....	384
2 均等待遇の違い .....	387
<b>第2節 日本法への示唆</b> .....	389
I 基本的視点 .....	389
II 2015年改正法の評価 .....	392
1 許可制への統一 .....	392
2 業務区分の撤廃 .....	392
3 期間制限の見直し .....	393
4 全体的な評価 .....	394
III 均等待遇（不利益取扱いの禁止）について .....	395
1 雇用システムの違い .....	396
2 均等待遇規制（不利益取扱いの禁止）の規範的位置づけ .....	399
IV 雇用保障をめぐる問題 .....	401
1 常用型派遣 .....	402
2 登録型派遣 .....	404
V 直用化をめぐる問題 .....	416
1 申込みみなし制度 .....	416
2 間接的な誘導 .....	418
おわりに .....	419
事項索引 .....	422
判例等索引 .....	424

# 第1章 問題状況と検討の視角

## 第1節 問題の所在

### I はじめに

労働者派遣は、今日、企業が労働力を調達するうえで不可欠の手段となっており、派遣労働者の数は252万人（常用換算で126万人）に達している<sup>1)</sup>。しかし他方で、派遣労働者は、働く貧困層（ワーキングプア）の典型とされ、いわゆる正社員——すなわち、①労働契約に期間の定めのない、②直接雇用で、③フルタイムで就労する労働者——との処遇格差が社会問題となるなかで、労働者派遣を通じて労働力を調達することには厳しい批判もある<sup>2)</sup>。

格差が実際にどの程度生じているのか、その是正が必要かどうかも問題であるが、法的問題としては、とりわけ次の点に留意する必要がある。すなわち、「格差」が生じる要因のなかには、直接雇用の場合であっても生じ得るものと、派遣労働に固有の、三者関係から構造的に生じるものとが混在しているということである。

1) 厚生労働省「平成25年度 労働者派遣事業報告書の集計結果」（2015年3月公表）。

2) こうした格差は、就労形態の多様化が進展したことも関係している。この点、1990年代には、正社員の増加とともに自発的に非正社員（パートタイム労働）を選んでいった者が増加していたのに対して、2000年代に入ると、正社員の削減を伴いつつ、非自発的にフルタイムで就労する非正社員（派遣社員、契約社員、嘱託）が増加したとされる（厚生労働省政策統括官付労働政策担当参事官室「就業形態の多様化と労働者の意識の変遷」ジュリスト1377号（2009年）18頁）。また、こうした格差は、単に景気循環的な要因によってのみ引き起こされたのではなく、構造的要因にも起因している（樋口美雄「法と経済学の視点から見た労働市場制度改革」鶴光太郎ほか編著『労働市場制度改革—日本の働き方をいかに変えるか』（日本評論社、2009年）281頁以下など）。さらに、こうした非正社員の一部は、社会制度から排除されているという問題もある（久米功一＝大竹文雄＝鶴光太郎＝奥平寛子「非正規労働者における社会的排除の実態とその要因」日本労働研究雑誌634号（2013年）100頁を参照。なお、「正社員」の定義については、さしあたり、有田謙司「非正規雇用労働者をめぐる法的諸問題」ジュリスト1377号（2009年）25頁を参照。

前者の問題については、労働法制全体の整合性を意識しつつ、法による介入の要否を俯瞰的に議論することが重要である。たとえば、雇用保障のあり方に着目すると、派遣労働者の雇用が不安定であることは、一般の有期雇用の場合と大差がない可能性がある<sup>3)</sup>。この場合に、有期労働法制と労働者派遣法制とで、規制を大きく異ならせることは不適切であろう。

他方、労働者派遣の構造から生じる後者の問題について、当事者による是正も見込まれない場合には、法が特別に介入することも検討されてよい。たとえば、同じく雇用保障の程度に着目する場合でも、派遣労働においては、企業間で締結される労働者派遣契約の帰趨が派遣労働者の雇用に重大な影響を及ぼしている可能性がある。さらに、労働者派遣の場合には、派遣先で直接雇用されている労働者との処遇格差も問題となり得る。この問題は、従来の、同一企業内での処遇格差への対応策とは、そもそも異なる視点を必要としている。

こうして、労働者派遣で労働力を調達することに対する社会からの批判は、格差問題を背景に、派遣労働者の雇用環境の悪さ（不安定性や賃金の低さなど）から生じているものであるが、法的な批判としては、それに加えて、企業が労働者を直接雇用せずに、派遣会社の社員を活用するという間接雇用は、それ自体で、労働法の趣旨にあわないという原則論に基づくものも強い。では、そもそも労働者派遣には、一般にどのような特徴があるのだろうか。

## II 労働者派遣の特徴

法的にみると、労働者派遣は、①派遣労働者、②派遣元（派遣会社）、③派遣先（ユーザー企業）の三者間での契約関係で構成される。労働者は、労働者と派遣元との契約（以下、派遣労働契約）と企業間の契約（以下、労働者派遣契約）に基づいて、派遣先の指揮命令下で就労する。労働者と派遣先との間で直接の契約関係はない（図表1）。すなわち労働者派遣は、雇用主と実際の労働力の利用者と

---

3) たとえば、パートタイマーに対する東京都の調査によると、有期雇用が8割を超え、その7割は契約期間が1年以下となっており、直接雇用であっても雇用が安定しているとは限らない。実際には契約が更新されることも多く、特に女性では比較的に長期間、同一の会社で就労している実態があるが、全体では過半数が5年未満にとどまっている（東京都産業労働局「平成25年度 中小企業労働条件等実態調査—パートタイマーに関する実態調査」(2014年3月公表)。

が分離した間接雇用である点で、一般的な直接雇用とは区別される。

機能面に着目すると、労働者派遣には、①労働者供給としてのネガティブな側面と、②労働市場の需給マッチングを図るポジティブな側面とがある。そして、③職業紹介とは異なり、間接雇用のままでマッチングを図るという点で、特別な考慮も必要となる。以下で詳しくみておこう。

## 1 労働者供給の側面

日本では、労働者派遣は、元来、労働者供給事業に該当するものとして、職業安定法（以下、職安法）によって禁止されてきた。

戦前には、労働ボスが労働者を支配し、配下の労働者をユーザー企業に仲介するケースが数多くみられた。労働ボスによる支配はときに暴力等を伴うものであり、中間搾取のほか、人権侵害の温床となり得るものであった。こうした弊害を防止し労働の民主化を図るために、戦後の職安法では、「供給契約に基づいて労働者を他人の指揮命令を受けて労働に従事させること」を、労働者供給事業として禁止することとなった（4条6項、44条）。

職安法のもとでは、労働ボスのように、事実上の支配力によって労働者を利用する場合のほか、労働者と供給元との間で自由意思に基づく契約関係がある場合であっても、こうした労働力を用いることは全面的に禁止された。こうして、現在という労働者派遣も、労働者供給事業に該当するものとして、日本では1985年に至るまで厳しく禁止されてきた。

## 2 需給のマッチング機能

他方で、労働者派遣には、労働市場における需給マッチングを図るというポジティブな側面もある。経済が拡大し、企業活動も多様化・複雑化するなかで、労働者が個人で適職を探すことには限界がある。たしかに、日本では、大企業の新卒定期採用にみられるように、定期的・集団的にマッチングが図られる場合もある。しかし、労働力の需給を定期採用だけでカバーすることは不可能であるし、

〔図表1〕

