

労働市場における労働者派遣法の現代的役割

——雇用保障と均等待遇をめぐるオランダ法，ドイツ法からの示唆

本庄 淳志

(神戸大学大学院)

労働者派遣制度は、労働力の需給調整に関する法システムと密接な関係をもち、労働市場の状況もふまえた体系的な分析を要する。本稿では、オランダ法とドイツ法の検討を通して、解雇規制を基軸とする法体系のなかで、外部労働力である労働者派遣に対する規制はどうあるべきか、規範的な視点を提示する。第1に、両国の労働者派遣制度で共通する点として、期間制限などの公法的規制や、直接雇用を原理的に重視する考え方は後退し、均等待遇原則を中心に労働者個人の保護をめざした規制が展開されている。ただし、均等待遇原則は、職務給制度の下で賃金決定の準則を定めるものにとどまり、差別禁止立法のように強力に平等取扱いを志向するわけでもない。第2に、オランダとドイツでは、直接雇用への政策的誘導の有無という点で、基本的な考え方の違いもみられる。その背景には、①有期雇用等の臨時的労働力の利用に対する、伝統的な規制アプローチの違いと、②均等待遇原則の例外である協約自治の正統性に対する評価の違いとがある。これら両国の経験から、有期雇用の利用が広く認められており、均等待遇原則の導入も困難な日本の現状をふまえると、事業規制などの画一的な規制は改めつつ、派遣労働者個人に着目した法的保護を強化していくこと、それと同時に、派遣労働者の選択を制限しないよう、情報提供などゆるやかに直接雇用へと誘導する政策が望まれる。

目次

- I はじめに
- II オランダ・ドイツの問題状況
- III 比較法からの示唆
- IV まとめ

I はじめに

労働者派遣は、企業が労働力を調達するうえで不可欠な手段となってきたが、格差問題を背景とした厳しい批判を受けている。法的にも、労働者派遣が労働法の趣旨にあわない、という原則論が根強く主張されている。この立場は、職安法が厳格に禁止した派遣労働を、派遣法が例外的に解禁したという経緯を重視するものであるところ、次のような2つの異なる考え方を背景とする。

すなわち、第1に、労働者派遣は、派遣先の労働者の雇用を侵食するおそれがあるという批判である（派遣先の正社員の保護）。実際にも、派遣法は、常用代替を防止する観点から、派遣対象業務や期間を厳しく制限してきた。第2に、労働者派遣は派遣労働者にとって望ましくないもので、できるだけ派遣先で直接雇用すべきとの批判である（派遣労働者の保護）。最近の法改正では、第1の点は徐々に後退し、むしろ第2の考え方が強化されて、派遣労働者を派遣先での直接雇用へと誘導するような規定も設けられている。たとえば、派遣が一定期間継続すると、派遣先は派遣労働者に対する直接雇用の申込義務を負うし、学説では、直用関係の擬制など、より強力な私法効を認める立場も有力に主張されている。

しかしながら、労働者派遣には労働市場におけ

るマッチング機能もあり、これは派遣労働者を含む当事者に有利な面もある。1985年に労働者派遣が合法化されたのは、こうしたマッチング機能が重視されたからに他ならない。派遣労働者のなかにも、労働者派遣の迅速で多彩なマッチング機能を重視する者がいるであろうが、このような労働者にとっては、労働者派遣に対する規制がかえって逆効果となる可能性もある。もちろん、労働者派遣をめぐっては、雇用が不安定であるという問題のほか、労基法違反のケースもみられるなど、改善されるべきものも多い。しかしそれは、直接雇用を原則とする考え方から、間接雇用を制限して解決されるべきとも限らない。常用代替を防止するために派遣労働者の働き方を制限することは、派遣労働者と直用労働者との格差が問題となっているなかで、労働者間の利益を調整する仕組みとしても不適切な可能性がある。

それでは、現在、派遣法が果たすべき役割は、どのようなものであろうか。労働者派遣は、派遣元での雇用を維持したままで労働市場のマッチングを図るものであり、その規制のあり方は、労働政策に関する重要論点の1つといえる。そして、日本では解雇が規制され、労働力の需給調整に制限が課されていることをふまえると（労契法16条）、これと同じく労働力の需給システムに位置づけられる派遣法制についても、解雇規制とのバランスを図ることが法体系上は重要となる。

これまでの議論状況を見ると、直用重視の立場から、労働者派遣を臨時的・一時的なものに限定すべきとするものと、逆に、雇用創出等の観点から、規制緩和をさらに進めるべきとの立場とが激しく対立してきた。特に前者の立場からは、外国法の分析を通して、直用・無期雇用を雇用の原則的形態とし、日本の制度状況が批判されてきた。しかしながら、前述した労働者派遣の特徴をふまえると、その規制のあり方は、各国の労働市場政策や労働市場の状況と密接に関係しているはずである。とりわけ現在では、ILOが労働者派遣を制限する立場を改めて、むしろ積極的に位置づけるという方針転換をしたこともあり、各国の法制度はますます多様化している。外国の法制度を分析する上では、こうした変化を十分に汲み、ある

国のある一時代の制度をあたかも普遍的なものとして理解することは厳に慎むべきであろう。とはいえ、解雇規制を基軸とする法体系をもつ国では、労働者派遣に対しても何らかの規制があると予想され、その分析は、日本の法制度を考える上でも有益な示唆をもたらすはずである。

本稿は、このような問題関心にもとづき、雇用の安定を重視しながらも、労働者派遣を積極的に促進する政策を展開しているオランダの労働者派遣法制、および、直接雇用を重視しながら、失業対策という観点から徐々に規制緩和を進めるドイツの労働者派遣法制を分析・検討し、日本における、労働者派遣の規制のあり方についての示唆を得ようと試みたものである。分析対象国として両国を選じたのは、いずれも比較的厳格な解雇規制を中心として、労働力の需給調整を制限している点で日本と共通するほか、直用主義に対する考え方の違いがみられ、労働者派遣をめぐるとの問題を考える上で示唆に富むと考えられるからである。

以下では、オランダ・ドイツの問題状況とその背景事情を紹介したあとで（Ⅱ）、比較法からえられる日本の立法政策に対する知見を示すこととする（Ⅲ）。

Ⅱ オランダ・ドイツの問題状況

1 オランダ法

オランダの労働者派遣制度をみると、1999年に「柔軟性と保障法」が施行される前後で大きな変化がみられる。従来の労働者派遣法制では、許可制度と期間制限を中心とする、公法的アプローチが採用されていた。その主な目的は、労働者派遣が派遣先の雇用慣行に悪影響を及ぼすことを防止する点にあったが（派遣先正社員の保護）、派遣労働者の法的地位は不明確であるほか、現実には違法派遣の横行を防止できないという問題が指摘されていた。

こうしたなかで、「柔軟性と保障法」は民法典で労働者派遣の特則を定めるとともに（第10編11章）、従来の許可制度や期間制限を撤廃し、私法的アプローチへの転換を図っている。そこでは、

厳格な解雇規制のもと、非正社員の労働力利用の柔軟性と、労働者個人に対する法的保護とのバランスをどのように図るのが重視されている¹⁾。現在の労働者派遣制度は、民法典による、①有期労働法制の例外としての26週ルール、②中途解約を自由化する「派遣条項 (uitzendbeding)」に関する規制、③そして、労働市場仲介法による、派遣先の直用労働者との均等待遇原則を中核とする。

まず、①についてみると、労働者派遣の場合には、派遣労働者として就労する最初の26週間は、有期労働法制の適用、具体的には更新回数の上限規制(出口規制)を受けない。最初の26週以内であれば、有期契約が反覆継続しても無期雇用に転換することはない。次に、派遣条項とは、派遣先の要請により労働者派遣契約が解消された場合に、派遣元が派遣労働者との雇用関係を終了させることができる特別な約定である。労働契約に派遣条項がある場合には、派遣先の終了要請と同時に労働関係も終了し、解雇規制の適用はない。そして、派遣先の要請としては、労働者派遣契約のすべてを解消するケースのほか、単に派遣労働者の交替を求めるケースも含まれる。このような派遣条項は、労働者の法的地位をきわめて不安定にするので、派遣就労期間(派遣元での雇用期間)が26週を超えると無効となる。

このように、オランダでは、法律上、派遣労働者の就労期間が26週を超えるかどうかで、雇用保障のあり方が大きく変化する。26週未満であれば、有期労働法制の適用除外と派遣条項により、いわゆる登録型派遣も広く認められている。この登録型派遣は、解雇規制が及ばない点できわめて自由度が高い。一方、26週が経過すると、派遣労働者にも有期労働法制がそのまま適用され、労働契約に期間の定めがないものとみなされ、派遣条項の利用も禁止される(常用型派遣への転換)。ただし、この26週という期間については、労働協約で「別段の定め」をする余地があり、実際に大多数の労働者に適用されている労働協約をみると、期間は1年半(78週)にまで延長されている。

次に、派遣労働条件については、労働市場仲介法のなかで均等待遇原則が定められている。まず、同法によると、派遣労働者の賃金は、派遣先の同

一または同等の職務 (gelijke of gelijkwaardige functies) で直用される労働者に支払われる賃金あるいは付加手当 (overige vergoedingen) の水準と、同等でなければならない(8条)。この均等待遇原則の特徴は、第1に、職務の同一性に着目することで、派遣労働者と派遣先の直用労働者との均等待遇を志向する点、第2に、賃金や追加的補償という金銭的給付の均衡を主眼とする点、第3に、派遣元あるいは派遣先の労働協約で「別段の定め」をすることが広く認められる点を指摘できる。このような法制度は、最近のEC指令の内容にも即している。

要するに、オランダ法は、派遣のマッチング機能を重視し、一定期間は有期労働に対する規制を及ぼさないことで派遣を利用しやすくしている。他方、派遣が長期化する場合には、常用型派遣へ転換することで雇用保障が強化され、有期雇用の出口規制(3×3×3ルール)との整合性が重視されている。また、派遣労働条件については、雇用政策的に均等待遇の準則を定めることで、関係当事者間の利益調整が図られている。派遣期間が長期化することも特に問題とは考えられておらず、実際に労働協約をみても、勤続期間に応じた処遇改善が目指されている。オランダでは、派遣労働者(間接雇用)としての保護が重視されており、派遣労働者を直接雇用へと誘導する政策は採られていない。

2 ドイツ法

次に、ドイツ法をみると、ドイツでも1972年の派遣法(AÜG)制定当時と現在とで、法制度が大きく変更されている。ドイツでは、職業紹介事業は国家が独占すべきとの考え方により、民営職業紹介事業が厳格に禁止されてきた。そして、労働者派遣についても、1957年の職業紹介失業保険法は、民営職業紹介事業の一種として包括的に禁止していた。しかし同法が「営業の自由」を侵害し違憲とされたため、職業紹介と区別して労働者派遣が合法化された事情がある²⁾。

1972年の派遣法は、①許可制度による事業の参入規制、②派遣上限期間の制限(3カ月)、③派遣期間と雇用期間の一致の禁止(登録型派遣の全

面禁止), ④有期労働契約の利用事由の制限(労働者の個人的理由による場合のみ許容)を中核としていた。そして重要な点は、これらは事業の許可基準という公法的規制であると同時に、違反のケースでは、違法な職業紹介事業と推定され、派遣労働者と派遣先との労働契約関係が擬制されることである(擬制的労働関係)³⁾。このように、派遣法は、伝統的に、同法に反する違法派遣のケースで強力に直接雇用へと誘導する仕組みをもつ。

しかし、上限期間の延長を中心に規制緩和が進められ、現在では、前述の各規制のうち、②(派遣上限期間)、③(登録型派遣の全面禁止)、④(利用事由の制限)は撤廃されている。つまり、派遣期間や利用事由という点では、派遣先での直接雇用へと誘導する枠組みはない。他方で、①(許可制度)は維持されており、しかも、期間制限の撤廃とあわせて、派遣労働条件について、派遣先の直用労働者との均等待遇原則が導入された点が重要である。また、登録型派遣については、同時期に制度化されたパートタイム・有期労働契約法による制約(入口規制)がある。これらは、いわゆるハルツ改革期の制度改正である。

ハルツ改革では、人材サービス・エージェンシー(PSA)を設置することにより、官民が協働して、労働者派遣を利用した需給マッチングを図ることが目指された。これは、ドイツの深刻な雇用情勢を反映して、失業者を派遣するケースで特別な規制緩和を図るものである。具体的に、直前に失業者であった労働者を派遣するケースでは、均等待遇原則の例外が妥当する(第1の例外)⁴⁾。この第1の例外は、賃金水準についての適用除外にとどまり、期間も最初の6週間に限定される。一方、均等待遇原則には、労働協約で「別段の定め」をする余地もある(第2の例外)。協約による場合、「別段の定め」の内容や期間に制限はない。そしてより重要な点は、労働協約が定める範囲内であれば、非組合員、あるいは使用者団体に非加盟の派遣元であっても、個別労働契約で労働協約の基準を援用できることである。個別合意での逸脱は、少なくともEC指令では明文化されていないし、同じく均等待遇原則を規定するオランダ法とも異なるドイツ法の特徴といえる。実務では、この第

2の例外、特に個別合意による協約基準の援用が一般化している。ただ、均等待遇原則(=派遣先の同種の直用労働者の労働条件)と比較すると、協約の水準は低いようであり、学界では批判が強い。その背景には、労働組合に派遣労働者の代表を欠き、適切な利益調整が図られていないという考え方があ

現在のドイツ法の特徴は、均等待遇原則が、単に労働条件の向上を図るとい

る私法的な規制にとどまらず、許可制度と関連づけられている点にある。理論的には、均等待遇原則違反のケースは許可義務違反と評価され、職業紹介事業を営むとの推定によって派遣先との直用関係が擬制される。つまり、期間制限は撤廃されたものの、均等待遇原則と許可制度との関連づけにより、法違反の場合に強力に直接雇用への誘導が図られる点をみれば、従来の制度と基本的な考え方に変わりはない。ただ、実際には、均等待遇基準が守られているとはい

いはいい難い状況にあり、利益調整のあり方が問題となっている。

3 法規制の異同と背景事情

(1) 規制の異同

以上のように、オランダとドイツのいずれでも、伝統的には、公法的な規制を中心として、労働者派遣を臨時的・一時的なものに限定することで、既存の雇用慣行への影響を軽減するという考え方がみられた(常用代替防止目的)。しかし、こうした法制度の下で、派遣労働者の法的地位が不安定である(オランダ)、あるいは、失業問題を背景に規制緩和を進めた結果、労働者派遣の臨時性に疑念が生じるなかで(ドイツ)、両国とも、現在では、派遣労働者個人の権利を重視する立法政策へと転換が図られている。そこでは、期間制限のような画一的な規制ではなく、派遣労働者を含む当事者のニーズ次第では、間接雇用としてでも(直接雇用と変わりなく)長期間にわたって就労することが認められている。両国の法制度において、常用代替防止の考え方は、もはや規制の主たる目的ではないし、労働者派遣を臨時的・一時的なものに限定すべきとの強固な考え方もうかがえない。具体的な規制手法をみると、少なくとも派遣労働

者のニーズと反しない工夫がみてとれる。

もっとも、オランダとドイツの両国ともに、現在でも、厳格な解雇規制を中心とする雇用の存続保護を重視する労働法制を維持しており、こうした法体系のなかで、労働者派遣の弊害をどのように軽減するのが問題となる。この点、オランダ法とドイツ法では、異なるアプローチが採用されている。すなわち、まず、オランダ法では、労働者派遣のマッチング機能を重視し、有期労働に対する規制（出口規制）を一定期間及ぼさないことで、派遣を利用しやすくすると同時に、均等待遇原則により労働条件の向上を図っている。こうした法制度の下で、間接雇用について特に問題視はされておらず、直接雇用への誘導もみられない。他方、ドイツ法をみると、伝統的に、許可制度や期間制限を設け、規制に違反した場合に派遣先での直用を義務づけるなど、直接雇用へと強力で誘導する政策がとられてきた。たしかに最近では、マッチング機能を重視して、期間制限の撤廃などの規制緩和が進められてきている。しかし、許可義務を中核として依然として厳しい規制があり、労働者派遣に肯定的なわけではない⁵⁾。

(2) 背景事情

オランダ法もドイツ法も、共通してみられるのは、雇用の存続保護を重視しながらも、労働力の需給マッチングの観点から、労働者派遣の機能を積極的に認め、そのうえで、派遣労働者のニーズに反しないかたちで、最終的には安定的な雇用へと誘導する政策がとられていることである。このような政策の背景には、無期の直接雇用だけでは失業問題や就労形態の多様化の要請に対応できないが、他方で、解雇規制を中心とする法体系との調和も無視できないという事情がある。

こうして、オランダでは、間接雇用のまま労働条件の向上を図ることが重視され、ドイツでは、派遣労働条件の向上と同時に、直接雇用へと誘導する仕組みも残されている。両国の規制が異なるのは、次でみるように、①有期労働法制の違いのほか、②均等待遇原則により、どこまで雇用平等が浸透しているかの違いによると考えられる。

①有期労働法制の違い

まず、雇用保障の問題について、オランダとド

イツの両国とも、法制度として雇用の存続保護を重視している点で共通する。こうした状況下では、有期雇用や派遣のような臨時的労働力の利用に対して、解雇規制とのバランスをどのように図るのが問題となろう。

結論からすると、オランダとドイツの状況を比較すれば、両国ともに雇用の開始段階で解雇規制の例外を認めつつ、雇用関係が一定の期間継続すると、雇用保障を強化する点で共通する。ただし、具体的なアプローチには違いがみられ、①無期雇用を原則としながらも、一定期間は解雇規制そのものを及ぼさないか（ドイツ）、②有期雇用の利用を広く認めつつ、反覆継続のケースでは無期雇用へと誘導することで解雇規制を及ぼすか（オランダ）、という差がある。

まず、オランダ法をみると、労働契約に期間の定めがないケースでは、当事者が特別に試用期間を設定した場合を除き、契約締結の初日から解雇規制が適用される。試用期間を設ける場合にも、最長期間（2カ月）などの点で比較的厳格な規制がある。使用者が労働契約を期間の定めなく締結する場合には、雇用の開始時点であっても相当なリスクを伴うといえる。

もっとも、オランダでは、有期雇用については比較的自由に利用することが許されている。たしかに、有期労働契約であっても、更新回数（3回）あるいは更新も含めた最長期間（3年）を超える場合で、それぞれ3カ月間のクーリング期間を挟まない場合には、期間の定めのない労働契約へと転換し、厳格な解雇規制が適用される（3×3×3ルール：出口規制）。しかし一方で、有期労働契約の締結や更新の理由は問われず、有期雇用の利用そのものは制限されない。つまり、オランダでは、無期雇用を原則としつつも、有期雇用に対する規制は反覆継続による解雇規制の潜脱・回避を防止するにとどまっており、たとえ業務が継続的であっても、労働者を臨時的に利用すること自体を制限する考え方はみられない。むしろ、法制度として厳格な解雇規制のもとで、有期雇用は、実質的には試用期間としての役割を果たしている。そして、オランダでは、比較的長期間雇用される労働者がいる一方で、とりわけ自発的な転職を中心に労

働市場の流動化も進んでいる⁶⁾。

このような状況のもとでは、労働者派遣のケースでも、派遣元の雇用責任を事後的に追求すれば足りるし、法体系としても一貫する。そして、労働者派遣のように断続的な就労も予想される場合には、有期労働法制のうち、更新回数の制限について例外を定めておく必要がある。こうしてオランダでは、労働者派遣の開始段階で有期雇用による登録型派遣も含め広く許容しつつ、一定期間の経過後には常用型派遣へ転換させることで、雇用の存続保護が図られている。

これに対して、ドイツでは、伝統的に有期雇用の利用そのものが制限されてきた事情がある。たしかに近年では、有期雇用の利用に「客観的理由」を問わないケースが拡大されてきているが、あくまで例外的な位置づけにとどまる。すなわち、パートタイム・有期労働契約法の列挙事由に該当しない場合には、有期雇用は、たとえ反覆継続の事実がなくとも無期雇用へと転換するのであり、有期雇用の利用についてネガティブな考え方がみられる（入口規制⁷⁾）。ドイツでは、業務が継続するかぎりには、労働契約に期間を定めるべきではないと考えられているのである。実際にも、ドイツでは労働者の平均勤続年数が10年近くに及ぶなど、長期雇用慣行がみられる一方で、外部労働市場のマッチング機能に対する懐疑的な見方がある。こうした状況下では、労働者派遣の利用についても、それ自体で問題になる可能性が高い。その一方で、解雇規制をみると、ドイツでは、雇用関係が6カ月以上継続してはじめて雇用保障が図られる⁸⁾。

こうして、ドイツでは、派遣労働契約に期間を定めることは容易でないが、無期雇用であっても解雇制限法が6カ月間は適用されないことからすると、少なくとも、雇用の開始段階でマッチング機能を重視している点で、オランダ法と共通する。実際、現在では、たとえば登録型派遣も完全に否定されるわけではないし、期間制限の撤廃により、常用型派遣であれば間接雇用も広く認められている。ドイツでは、法体系における整合性からは、臨時的な労働力として労働者派遣を利用することは望ましくないと考えられているが、雇用保障に関する法制度をみるかぎり、間接雇用と直接雇用

とで決定的な違いがあるわけでもない。それにもかかわらず、ドイツ法が直接雇用への誘導を重視するのには、次の第2の理由がある。

②均等待遇の違い

すなわち、第2の点につき、オランダとドイツの両国ともに、派遣労働者と派遣先の直用労働者との均等待遇原則が規定されている点で共通する。こうした均等待遇規制は、EUレベルでも導入されている。

ところで、たとえばアメリカのように、解雇が原則的に認められており、労働条件も外部労働市場で決定される場合とは異なり、解雇規制を中心としている法体系の下では、雇用の存続保護のあり方のほか、組織内部で労働条件をどのように決定するののかも重要となる⁹⁾。均等待遇原則は、その中核を担う規制といえる。この点、均等待遇とは、等しいものに対して等しい処遇を及ぼすというものであり、絶対的な平等論や差別禁止規制と類似する面があるため、その異同を分析する必要があるだろう。

まず、均等待遇原則の導入経緯をみると、オランダでは、そもそも間接雇用の解禁当時からこうした考え方がみられた。ただ、その目的は、必ずしも派遣労働者の労働条件の向上を意図したものではなく、むしろ、派遣労働者の賃金水準が（税や社会保障費用の免脱という弊害を伴いながら）不当に高騰するなかで導入されたという事情がある。一方、ドイツ法をみると、均等待遇の考え方は、派遣期間の延長と密接に関係してきた。すなわちドイツでは、労働者派遣を臨時的・一時的なものに限定していた時代には異別取扱いも問題とされていなかったが、期間制限を撤廃する際に、「賃金のダンピング防止」という目的から均等待遇原則が導入された経緯がある¹⁰⁾。これらの点からすると、均等待遇原則には、単に派遣労働者の処遇向上を図る目的があるというよりは、同時に、直接雇用を中心に展開されてきた、既存の雇用慣行との調和を図ることも期待されたと推察される。

そして、具体的にみると、労働者派遣における均等待遇原則は、労働協約による「別段の定め」を予定している点が注目される。こうした規制は、他の差別禁止立法にはみられないものであり、均

等待遇原則は、絶対的な平等を志向したり、あるいは理念主導的に均等待遇を強力に押し進めるものではなく、むしろ、当事者間の利益調整の手段として位置づけることが適切であろう。そうであるならば、実際にどのように利益調整が図られているのかによって、制度に対する評価は異なるはずである。

このような視点でオランダとドイツの規制を比較検討すると、いずれも、実務上は労働協約による「別段の定め」が重要である点で共通する。しかしながら、両国では、実態として均等待遇の浸透の程度——より正確には、同原則を軸とした利益調整のあり方に対する評価——に違いがみられ、この違いが、有期労働法制の違いと相まって、直接雇用を政策的に重視するかどうかという点で、規制の差違を生み出していると考えられる。

まず、オランダでは、派遣元の使用者団体——ABU（一般人材派遣協会）またはNBBU（オランダ人材派遣協会）——と労働組合との間で締結された労働協約が、派遣労働者の9割をカバーする状況にある。前述のように、派遣労働者に対する均等待遇規制は当事者間の利益調整という側面が強いものであるところ、オランダでは、ABU協約を中心に当事者間で適正な利益調整が図られるものと考えられている。具体的に労働協約をみると、派遣就労期間に応じて、派遣労働者の法的保護を強化する制度となっており、前述した雇用保障の問題と同様に、継続雇用の事実と労働条件の向上とが関連づけられている。この点、オランダでは、信義則上、同一労働同一賃金原則が問題となる余地があるが、判例は同原則の射程を狭く解しており、むしろ、労働協約による集団的な利益調整を優先させている¹¹⁾。労働者派遣における均等待遇も、こうした考え方と軌を一にするといい。

一方、ドイツ法も、労働協約を重視する点ではオランダ法と共通する。判例によると、均等待遇原則は、労働協約による「別段の定め」の余地があるからこそ、協約自治に適合するものとして合憲性をもつ¹²⁾。ただ、オランダ法と比較すると、ドイツ法では、労働協約の定める範囲内で、協約の規範的効力の及ばない派遣労働者についても

（非組合員や、使用者が協約締結団体に非加盟のケース）、個別合意によって労働協約の基準を援用することが認められる点に特徴がある。こうした制度は、本来であれば例外的なものであるが、実務上は一般化している。しかし、労働協約による労働条件の水準は低く、その原因として、派遣労働者の組織率の低さや利益代表の欠如が指摘されており、労働協約による利益調整の正統性が疑問視される状況にある。こうした状況下では、間接雇用としての固定化は望ましいものでなく、期間制限を撤廃しながらも、直接雇用へと誘導する仕組みが残されていることも理解しやすい。

Ⅲ 比較法からの示唆

1 労働者派遣の位置づけ

それでは、両国の動きは、日本法における解釈論、立法論において、どのような示唆を与えるものであろうか。

まず、日本でも、法的に直接雇用を原則視する根拠は失われている。日本では、封建的労働慣行から脱却するという目的の下で、職業紹介事業に対する規制とは別に、労働者供給事業として派遣が包括的に禁止されてきたという歴史的事情がある（職安法旧5条）。これは、オランダやドイツで、職業紹介の国家独占政策の下で労働者派遣が禁止されてきたこととはニュアンスが異なる。比較法的にみると、間接雇用は必ずしも労働者の人権問題として禁止されたのではないからである。このことは、たとえばドイツの派遣制度が、（職業紹介の国家独占を前提としつつ）労働者派遣の禁止を違憲とした判例を契機に制度化された点からも明らかであろう。そして、日本でも、1985年の派遣法の成立によって、派遣と労働者供給事業とは概念上も区別されたのであり、直接雇用を重視する原理的な根拠は失われている¹³⁾。

ただし、このことは、政策的に直接雇用を重視することまで否定するものではない。現在、労働者派遣のあり方が社会問題となっているのは、無期の直接雇用（＝正社員）と比較して、雇用保障と賃金という重要な労働条件について顕著な格差

があるためである。たしかに、雇用保障については、現在でも派遣元が法的責任を負うのであるし、他方、派遣労働条件の点では、オランダのように均等待遇を軸にした利益調整が徹底されるならば、間接雇用を問題視する理由はないかもしれない。とはいえ、日本では、派遣を臨時的・一時的なものに限定する考え方から、派遣労働者の雇用保障は必ずしも重視されてこなかったし、労働条件についても企業ごとの格差が大きく、均等待遇が一般化しているとは言い難い。そして、企業内部での柔軟な賃金決定システムや労働組合の組織状況からすると、均等待遇原則の導入やその実現は容易ではないだろう。

したがって、当面の間は、派遣を直接雇用へと誘導する仕組みが、格差の固定化を防ぐために重要な政策となる。ただし、その政策は、①派遣期間の制限や登録型派遣の禁止といった、派遣労働者の就労を画一的に制限する「規制」ではなく、派遣先を含めた当事者に、常用型派遣を選択するよう制度的なインセンティブを与えること、②こうした柔軟な法制度の下で、たとえば派遣労働者の職業能力を向上させるなど、市場における労働者個人の処遇改善を支援することに重点を置くことが適切である。派遣労働者のなかには、積極的に直接雇用を希望する者だけでなく、派遣の迅速で多彩なマッチング機能を期待する者もいるなど、利益状況が一様でなく、この多様性そのものは、今後の労働市場政策のなかでも尊重されるべきだからである¹⁴⁾。

2 制度設計の方向性

(1) 基本的な視点

以上に述べた観点からすると、現在の労働者派遣法は、次のように評価できる。まず、法律の根底にある考え方は、派遣を臨時的・一時的なものに限定することで、常用代替の防止を図るというものである。前述のように、こうした規制は、正社員の保護と派遣労働者の保護という2つの目的を含んでいるが、派遣がすでに一般化し格差が問題となっている現在では、後者に重点を置くべきであろう。

そうすると、現在の規制のうち、派遣対象業務

による規制の区別や派遣受入期間の制限は、派遣労働者の意思や能力と無関係であり、個々の派遣労働者のサポートという観点からは正当化できない。同様に、登録型派遣を一律に禁止するような政策も、適切とはいえない。特に日本では、有期雇用の利用事由が制限されているわけでもなく、事後的に「雇止め」が問題になっているにとどまることからすると、法体系として登録型派遣を禁止する理由に乏しい¹⁵⁾。

しかし他方で、派遣の利用により労働法制が回避され、そうした不当な競争圧力によって、とりわけ派遣を非自発的に選択した労働者の格差が固定化することは、防止する必要がある。

(2) 雇用保障について

こうした観点からは、今後の労働者派遣制度のあり方を考える上で、法規制を、労働契約に応じて登録型（有期雇用）と常用型（無期雇用）とで再整理し、規制を異ならせることが適切であろう¹⁶⁾。登録型と常用型では、派遣労働者に必要な法的保護も異なると考えられるからである。

まず、常用型派遣については、派遣元での雇用継続を尊重すべきであり、派遣先での直用化を図る必要性は低い。派遣期間の長短も問題とすべきでなく、解雇・雇止め法理により、派遣元での雇用の存続保護を図る解釈論を徹底すれば足りる。他方、登録型派遣については、派遣期間と雇用期間とが一致する点で、派遣労働者の地位が不安定となる原因は、派遣先の事情によることも大きい。登録型派遣では、濫用的な利用を防止する観点から、期間制限を維持し、一定期間の経過後には、派遣先との直用関係を擬制したり直用申込義務を立法化する余地がある。

以上のほか、派遣先の欠員に関する情報提供義務が、解釈論（あるいは立法論）としてあり得る。これは、派遣労働者の直用化を支援するという観点から、常用型にも認めるべきものであるが、登録型と比較すれば必要性に乏しく、義務の程度を異ならせることが適切と考えられる。

(3) 均等待遇について

これに対して、派遣労働条件への介入について、とりわけ均等待遇原則を用いることには慎重であるべきであろう。均等待遇規制の主眼は、賃金水

準への介入にあるが、そもそも賃金は、労働契約上の対価として、まさに契約自由が妥当すべき性質のものである。しかし他方で、日本でも、派遣労働者と派遣先の直用労働者との均等待遇原則を導入すべきとの主張や、それが不可能であるならば、労働者派遣の利用そのものを制限すべきという主張がある。また、最近では、立法政策上も「均等待遇（または均衡処遇）」の考え方がみられる（パートタイム労働法8条、9条、労契法3条）。均等待遇の問題はどのように考えるべきだろうか。

①賃金決定システムの違い

まず、オランダやドイツで均等待遇原則が導入された背景事情として、両国では、伝統的に、産業別の労働組合と使用者団体との団体交渉により、職務給制度を中核とする賃金決定システムが構築されてきた、という事情がある。職務給制度の下では、労働者派遣に規制を及ぼさない場合には、派遣の利用による労働力のダンピングや、処遇格差が問題となりやすい。派遣労働者は、派遣先で実際に従事する職務でなく、派遣元との労働契約に基づいた、「派遣労働者」としての職務区分で就労することになるからである。

そうすると、職務給制度のもとでは、派遣労働者と直用労働者とで賃金の均衡を図る必要性は特に高いといえるし、むしろ、均等待遇原則は、職務給制度を補完する役割を果たすことになる。実際、均等待遇原則の導入目的をみると、オランダでは、職務給制度の下での派遣労働者と直用労働者との利益調整が目指されていたし、ドイツでも、期間制限の撤廃に伴う賃金ダンピングの防止というねらいがあった。こうして、均等待遇原則は賃金決定の一指標としての準則にすぎず、労働協約で「別段の定め」をする余地が広く残されているという特徴もみられた。

一方、日本では、個別企業レベルの交渉を通じて賃金が決まることが一般的であり、各企業において、組織内部での柔軟な配置・昇進を前提とした賃金決定システムが普及している。つまり、労働者の間で賃金格差が生じているのは、職務の違いだけでなく他の要素による部分も大きく、「均等（均衡）」の比較がきわめて困難な状況にある¹⁷⁾。たしかに、前述のように、パートタイム労働法の

改正により、立法政策上も「処遇の均衡」が問題となりつつある。しかし、現時点でパートタイム労働法の射程は限定的であるし、まして、労働者派遣という三者関係において、処遇の均衡を判断するための一般的な基準はみあたらない。実態とあまりに乖離した法規制は、無用な混乱を生じさせかねず、その導入には慎重を期すべきであろう¹⁸⁾。

この点、企業実務においては、従来の年功的処遇を改め、職務内容をより重視した賃金制度へとシフトする動きもみられる。しかしながら、現在もなお、多くの企業は労働者の潜在的な職務遂行能力を広く考慮しているし、こうした結果は、長期安定雇用を尊重する考え方も密接な関係を持ち、長期雇用について大多数の使用者と労働者の支持がある以上、当面の間は、純粋な意味での職務給制度が一般化するとは考えがたい¹⁹⁾。また、法制度の面でも、たとえば配転法理など、長期雇用を前提に発展してきたものがあるという現状は無視できない。

今後は、「職能」を重視する賃金制度の普及・定着により、緩やかなかたちで、職務をいっそう重視する人事制度へ移行することも考えられる。こうした方向性は、労働者の多様化が今後さらに進むと予想されるなかで、不合理な処遇格差を軽減するためには望ましいものかもしれない²⁰⁾。とはいえ、このような変化が急速に生じるとは想像しがたい。以上の状況からすると、現時点での均等待遇原則の導入は、既存の雇用慣行や法制度と正面から対立することとなり、仮に導入したとしても、実効性を確保することは困難であろう。

②均等待遇規制の規範的位置づけ

次に、こうした実務上の問題とは別に、規範的な観点からみても、均等待遇原則の導入には慎重であるべきである。この点を検討する上では、均等待遇原則を導入した先例として、EU諸国の法制度が参考となろう。

EC指令をみると、さまざまなかたちで、均等待遇原則に対する例外が認められている²¹⁾。そして、具体的な立法例としてオランダ法をみると、オランダの雇用差別禁止立法には、一般に、①あらゆる労働条件についての「異別取扱い」を原則

的に禁止し、②法に違反していないかどうかを判断する際に、個別の正当化を要するという特徴がある。③また、差別問題に対しては、法制度上、CGB（均等処遇委員会）という専門行政機関が紛争解決に関与することが予定されている。これに対して、労働者派遣における均等待遇原則をみると、①について金銭的給付の格差が問題の中心であり、②について労働協約による別段の定めが尊重されており、③の紛争解決手段も予定しない。このうち①や③は決定的なものではないが、②については、本質的な考え方に違いがあるといつてよい。つまり、均等待遇原則には、間接雇用の特殊性を考慮した、関係当事者間の利益調整という考え方が強く表れている。同原則は、こうした利益調整手段の一つとして、賃金額の準則を定めるものにすぎず、具体的な調整を関係当事者の集団的決定に委ねるものとして、柔軟な仕組みをもつものである。

このことは、同じく労働協約での「別段の定め」を尊重するドイツ法、あるいは、EC指令の均等待遇原則のもとで、労働協約による「別段の定め」という例外を立法化している多くのEC加盟国でも、同様に考えてよいだろう。これらの諸国では、仮に「均等待遇」や「差別禁止」という表現が用いられている場合であっても、少なくとも派遣労働者に関する均等待遇原則については、他の差別禁止原則とは異なる考え方が採用されているのである。

同様のことは、前述したEC指令において、典型的な常用型派遣のケースであれば、それだけで、均等待遇原則から逸脱する余地が認められている点からも裏付けられる。

要するに、オランダやドイツでは、法制度上は均等待遇原則が規定されているとはいえ、こうした規制には、他の差別禁止規制ではみられない相対的に柔軟な例外が許容されており、実態としても、労働協約による「別段の定め」がきわめて重要な役割を果たしている。そこでは、当事者間の利益調整という観点が重視されているが、派遣先の直用労働者との均等待遇を強力に推し進めるといふ考え方は希薄である。こうした均等待遇規制については、規範的な意味で日本に導入する必要性は

弱いのであり、前述した現在の状況を考えれば、その導入は適切でないということになる。

IV まとめ

現在の労働者派遣法をみると、常用代替防止の観点から、上限期間や対象業務の制限など、派遣先の直用労働者の利益を重視する規制が数多くみられる一方で、労働者の権利という視点から、個人としての派遣労働者に法的サポートを及ぼすといふ考え方は希薄である。しかしながら、労働者派遣には労働力の需給マッチング機能があり、今後、ますます労働者間の利益状況が多様化すると予想されるなか、労働者個人に着目し、そのニーズに反しないかたちで、既存の法制度とのバランスを図る立法政策が重要となる。

この点、解雇規制を中心として、雇用の存続保護を重視してきた日本法の下では、派遣労働者に対しても何らかの雇用保障が必要となろう。具体的には、常用型派遣に対しては、解雇規制を十分に機能させる解釈論を徹底するとともに、雇用の存続保護が困難である登録型派遣については、濫用防止を図ることが重要となる。一方、日本の有期労働法制に照らせば、登録型派遣を全面的に禁止するという主張は、法体系上のバランスを欠く。同様に、ヨーロッパ諸国で一般化しつつある均等待遇原則についても、規範的な意味で日本法に導入する根拠はない。同原則は、職務給制度の下で、当事者間の利益調整の準則を定めたものにとどまり、絶対的な平等取扱いを志向したり、差別禁止という観点から強力に推し進められているものではないからである。労働者派遣制度は、各国の雇用システムと密接に関係しており、諸外国の制度の一部分だけを切り取って導入することは避けなければならない。

こうした観点から、今後、日本で必要とされる法制度の枠組みを考えると、①直用主義を強固に推進することには正当性がないこと、および、派遣労働者個人のニーズを尊重すべきことから、従来の公法的な画一の規制を撤廃しつつ、②登録型と常用型とで規制を区別し、当事者が常用型の利用を選択するよう制度的な誘導を図ること、③具

体的に、登録型では短期的なマッチング機能を尊重しつつ、雇用の存続保護の点で派遣先にも責任を課すことで、派遣先が常用型（または直用）を利用するインセンティブをもたせること、④均等待遇の実現が当面困難なことから、常用型を含めて、派遣先ポストの情報提供義務といった緩やかなかたちで、直接雇用へと誘導する仕組みを設けることが適切ではないだろうか。

*本稿は、2009年6月の労働政策研究会議での報告をまとめたものであるが、同報告では、博士論文で分析・検討した研究成果のうち、主に外国法から示唆される立法論を中心とし、日本の問題状況については扱わなかった。分析の全体像については、神戸法学雑誌59巻3号（近刊）を参照。

- 1) オランダの解雇規制の特徴については、さしあたり、拙稿「中小企業に対する労働法規制の適用除外——オランダ」季労226号（2009年）117頁を参照。
- 2) BVerfG, v.4.4. 1967, AP Nr 7 zu § 37 AVAVG. 同決定を紹介するものとして、脇田滋「派遣労働者の保護についての国際比較」日本労働法学会誌59号（1982年）56頁、今野順夫「労働者派遣契約と請負契約——西ドイツにおける区別標識論議」福島大学教育学部論集35号（1983年）33頁、上条貞夫「労働者派遣の法理——ドイツ司法の軌跡」労旬1685号（2008年）16頁など。
- 3) 擬制的労働関係については、大橋範雄『派遣法の弾力化と派遣労働者の保護——ドイツの派遣法を中心に』（法律文化社、1999年）、同『派遣労働と人間の尊厳——使用者責任と均等待遇原則を中心に』（法律文化社、2007年）が詳しい。
- 4) なお、PSAについては、その後の法改正によって廃止（他の就職支援サービスとの整理・統合）されている。しかし、均等待遇に関する派遣法の例外規定については、現在もなお維持されている。
- 5) もっとも、近年では、許可制度の相対的な重要性は低下している可能性がある。ドイツ法は、労働者保護という観点もふまえて派遣元の法的責任を強化する一方で（均等待遇原則の導入）、常用型派遣については、徐々にではあるが、職業紹介との関連性をむしろ切断する方向で制度改革を進めているとみることもできる（期間制限の撤廃など）。一方、職業紹介と類似した機能をもつ登録型派遣については、規制緩和によって利用の余地が拡大しており、これを例外視することは難しくなっている。さらに、派遣法の制定当時とは異なって、民営職業紹介事業に対する法規制そのものが根本から見直されてきていることも看過できない（民営職業紹介事業の積極的な位置づけへの転換）。要するに、派遣法で重視されてきた、派遣と職業紹介とを峻別し、派遣労働関係が違法と評価される場合には直接雇用へと強力に誘導していくという考え方も、質的にみると大きく変化してきている。したがって、今後の法改正のなかで、許可制度と直接雇用への誘導策がどこまで維持されるのかという点には、十分に注視しておく必要がある。
- 6) OECD. Stat Extracts (2007); Danish Technological Institute, "Job Mobility in the European Union: Optimising its Social and Economic Benefits", April 2008.
- 7) ただし、現行法でも、最初の2年間は有期雇用の利用事由を要さないため（パートタイム・有期労働契約法14条2項）、

入口規制の意義は大きく減殺されている。とはいえ、この例外は、たとえば登録型派遣のように断続的な就労のケースで利用できないため、派遣労働契約に期間を定めることは依然として容易ではない。

- 8) この待機期間（Wartezeit）であっても、たとえば母性保護法など、他の個別立法による解雇制限が及ぶほか、民法典の一般条項により、使用者が害意や恣意に基づいて労働者を解雇することは禁止される。とはいえ、これに該当して救済が図られるケースは、あくまでも例外として位置づけられている（Glöge/Preis/Schmidt, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 9. Aufl., 2009, § 1 KSchG Rn. 32ff. [Oetker]）。
- 9) こうした観点からアメリカとドイツ、日本の労働市場法制、解雇法制、労働条件変更法理を比較分析した先行研究として、荒木尚志「雇用システムと労働条件変更法理」（有斐閣、2001年）がある。
- 10) BT-Drucks. 15/25 vom 5. 11. 2002, S. 26ff.
- 11) HR 8 april 1994, JAR 1994/94; HR 30 januari 2004, JAR 2004/68.
- 12) BVerfG, v.29. 12. 2004, AP Nr 2 zu § 3 AEntG. 同決定を紹介するものとして、橋本陽子「第2次シュレーダー政権の労働法・社会保険法改革の動向——ハルツ立法、改正解雇制限法、及び集团的労働法の最近の展開」学習院大学法学会雑誌40巻2号（2005年）173頁以下、川田知子「ドイツ労働者派遣法における均等待遇原則の憲法適合性」亜細亜法学44巻1号（2009年）191頁がある。
- 13) この点については、職安法44条等を根拠として、現在もなおお用主義を原理的に正当化しようとする立場もあるが、賛成できない。詳細は、拙稿・前掲注*論文を参照。
- 14) こうした考え方は、従来の法改正のなかでもみられた。たとえば、派遣対象業務が制限されるなか、1994年の派遣法改正で、高齢者について対象業務のネガティブリスト方式が導入されたのは、高齢者は、他の年齢層と比較して雇用情勢が厳しく、また、個々人で健康状態や体力の差が大きいため、多様な就労形態を用意する必要があるとの考え方に基づいていた。
- 15) なお、ドイツの有期労働法制をみても、度重なる規制緩和によって例外が幅広く許容されており、入口規制が厳格に維持されているとはいえない状況にある。
- 16) 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）も、基本的に同じ視点を提示するものといえる。
- 17) この点については、大内伸哉「労働法が『ワーク・ライフ・バランス』のためにできること」日本労働研究雑誌 No. 583（2009年）30頁も参照。
- 18) 人事管理論の観点からこうした指摘をするものとして、たとえば、守島基博「今、公正性をどう考えるか——組織内公正性論の視点から」鶴光太郎=水町勇一郎=樋口美雄（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）235頁以下がある。なお、労働法制の改革のあり方については、大内伸哉「法制度と実態の関係に関する二つのテーゼ——労働法制の改革をめぐる学者は何をすべきか」『友愛と法——山口浩一郎先生古稀記念論集』（信山社、2007年）33頁以下も参照。
- 19) 近年の賃金制度の動向については、さしあたり、労働政策研究・研修機構「今後の企業経営と賃金のあり方に関する調査」（2009年6月）を参照。長期雇用に対する労使の意識については、同調査のほか、厚生労働省「平成21年版 労働経済の分析」（2009年6月30日）も参照。

- 20) この点については、遠藤公嗣「職務給と『同一価値労働同一賃金』原則——均等処遇のために（下）」労旬 1686号（2008年）28頁も参照。
- 21) Council Directive 08/104/EC of 19 November 2008. 同指令の成立に至る経緯と内容については、濱口桂一郎「EU派遣労働指令の成立過程とEU諸国の派遣法制」季労 225号（2009年）83頁で詳しく紹介されている。

ほんじょう・あつし 神戸大学大学院法学研究科研究生。
最近の主な著作に「派遣期間の制限・申込義務と派遣労働者の保護」（季労 220号）、「『使用者が雇用する労働者』の退職と団交応諾命令の拘束力」（季労 225号）。労働法専攻。