

直接雇用の申込みみなし規制(派遣法40条の6)をめぐる
解釈問題(2) :
直用化時の労働条件をめぐる解釈問題

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2023-03-29 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 本庄, 淳志 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00029614

論 説

直接雇用の申込みみなし規制
（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題(2)
— 直用化時の労働条件をめぐる解釈問題—

本 庄 淳 志

はじめに

I. 申込みみなし規制の概要

II. 派遣法40条の6第1項各号の解釈問題

III. 派遣先の申込み、および労働者の「承諾」の意思表示をめぐる解釈問題
(以上、第26巻2・3・4号)

IV. 直用化時の労働条件をめぐる解釈問題

おわりに
(以上、本号)

IV. 直用化時の労働条件をめぐる解釈問題

1. 派遣法40条の6による直用化時の労働条件

派遣法40条の6第1項に定められた各要件を満たすと、派遣先は、派遣労働者に対して労働契約（直接雇用）の申込みをしたものとみなされる。これに対して、当該派遣労働者が承諾の意思表示を示した場合には、派遣先との間で、直接の労働契約が成立する。それでは、この新たな労働契約における労働条件はどのように画定されるのであろうか。

派遣法40条の6は、派遣先の希望とは無関係に法律によって労働契約の締結を強制するものであるが、形式的には、派遣先による労働契約の

「申込み」という意思表示を擬制する手法をとっている。ここで、どのような労働条件で「申込み」の意思表示を擬制するかは立法政策の問題であって、派遣労働者として就労した当時の労働契約が当然にそのまま包括承継されるわけではない¹。

もっとも、派遣法40条の6のもとで、派遣先が申し込んだとみなされる労働契約は、「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」の内容となる（同条1項柱書）。そして、派遣先での直用化を希望する派遣労働者において、従前（派遣就労時＝派遣元との間での派遣労働契約）と同一の労働条件で派遣先と労働契約を締結する一助とするために、派遣元も、派遣先から求めがあった場合には、派遣先に対して当該労働者の労働条件に関する情報を提供することを義務づけられる（同条4項²）。

派遣法40条の6と同じく、一方当事者（使用者）の意に反して労働契約の締結を私法上も強制される典型例としては、労契法18条（無期転換ルール）と同法19条（雇止め制限法理）がある。このうち、いわゆる無期転換ルール（労契法18条）では、労働条件について、従前のそれと同一であることを原則としつつも、就業規則等によって「別段の定め」をする余地が明文で認められている³。これに対して派遣法40条の6では、

¹ 鎌田耕一＝諏訪康雄編『労働者派遣法（第2版）』（三省堂、2022）336頁〔山川隆一〕。

² 同項によると、「第1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」。

³ 労契法18条によると、一定の要件を満たす場合に、労働者の無期転換の申込みに対して使用者が承諾したものとみなしつつ、「この場合において、当該申込みに係る期間の定めのない労働契約の内容である労働条件は、現に締結している有期労働契約の内容である労働条件（契約期間を除く。）と同一の労働条件（当該労働条件（契約期間を除く。）について別段の定めがある部分を除く。）とする。」とされる（下線は筆者による）。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題（2）

直接雇用される際に派遣先の就業規則等により労働条件を変更することは想定されておらず、その点では労契法19条（有期雇用の雇止め制限法理）と類似する⁴。

もっとも、有期雇用の雇用保障に関わる労契法18条や19条では、あくまでも従前と同一の当事者間において労働契約の締結や更新を法律で強制するにとどまる。これに対して、派遣法40条の6による直用化では、派遣先という、従前は労働契約の当事者でなかったものに対して労働契約の締結を新たに強制するなかで、派遣就労時（＝派遣元との派遣労働契約）と「同一の労働条件」を維持するといっても課題は多い。以下では、主要な点について検討しておこう。

2. 労働契約の期間

派遣法40条の6のもと、派遣労働者が派遣先で直接雇用される際の労働契約の期間の定めについて、(1)従前の労働契約（派遣労働契約）に期間の定めがない場合には、無期での直接雇用となり、(2)派遣労働契約に期間の定めがあった場合には、当該期間の定めが維持される。

(1) 無期雇用での直用化

理論的には、派遣元で期間の定めなく雇用されていた派遣労働者が、派遣先で直接雇用されることも十分にあり得る⁵。この場合、派遣先に対しては解雇規制がそのまま及ぶことになり、派遣労働者を直接雇用して以後の解雇には、事前の予告（労基法20条）に加えて、客観的合理的

⁴ 労契法19条によると、有期労働者の雇止めに対して、同条1号または2号の事由に該当し、かつ、雇止めに客観的合理性と社会通念上の相当性を欠く場合には、「使用者は、従前の有期労働契約の内容である労働条件と同一の労働条件で当該申込みを承諾したものとみなす」とされる（下線は筆者による）。

⁵ 裁判例として、東リ事件（大阪高判令和3年11月4日労判1253号60頁）、日本貨物検数協会（日興サービス）事件（名古屋高判令和3年10月12日労判1258号46頁）。

な理由が必要となる（労契法16条）。この点、一般的には、いわゆる総合職の正社員と比較した場合には、派遣労働者について職務内容や勤務場所が限定されていることから、解雇に際しての解雇回避努力義務の範囲は相対的にみると軽減されることが少なくないと考えられる。

もっとも、いわゆる限定正社員であっても解雇回避努力が必要であることに変わりはない。すなわち、派遣先が派遣元との間の（企業間の取引である）労働者派遣契約を、一方的または合意により解約し、それによって派遣労働者の受入れを終了させることと比べれば、法的なハードルは格段に高くなる。このことは、労働者にとっては雇用安定に資する反面、派遣先にとっては雇用調整の際に予期せぬ負担を生じさせる可能性がある。

また、派遣法では、派遣労働者を事前に特定することを目的とする行為（特定目的行為）が努力義務にとどまるとはいえ禁止されるところ（26条6項）、派遣先として、労働者の情報を得ないままに無期雇用での直用化を強制されるケースもあり得る。

たしかに、いわゆる偽装請負が問題となるケースでは、派遣先が請負企業の労働者（法的には派遣労働者）を受け入れる際に、事前に特定を目的とする行為が見られるケースも少なくない。しかし同時に、発注元（派遣先）は違法な偽装請負と評価されることを避けるために、さらには、労働者との間で黙示の労働契約が成立することを避けるためにも、請負企業の労働者の属性に関知しないことが重要であるなかで、違法派遣のケースで必ずしも特定目的行為があるとも限らない。現実には、事前の特定目的行為がないままに、結果として当該関係が派遣法40条の6第1項各号に該当するものと評価され、申込みみなし効果が発動されるケースも少なくないと考えられる。

そうすると、派遣先としては、過去の就労実態から、労働者の職務遂行能力についてはある程度の推測・把握はできるとしても、労働者の経

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題（2）

歴、職歴といった個人情報等については何ら知り得ないままに、無期雇用での直用化を強いられることになる。現実の労務管理としては、派遣先での直用化に際して任意にこうした情報収集を行うことになると考えられるが、その際、派遣先の人事管理において、やはり予期せぬ負担が生じることもあろう。

もっとも、無期雇用の派遣労働者に関しては、2015年の法改正により派遣期間の制限が撤廃されているなかで、派遣先としては、適法なかたちで派遣労働者を継続的に受け入れる途が開かれている。派遣労働者のうち無期雇用で就労するものの割合が4割程度であることもあわせて考えれば、現実には、派遣法40条の6により無期での直用化が図られるケースは例外的であると考えられる。

たしかに、東り事件・高裁判決⁶（派遣先に対する無期雇用での地位確認請求を認容）や、日本貨物検数協会（日興サービス）事件⁷（偽装請負により法40条の6によるみなし申込みを認めつつ、労働者の承諾がないものとして、派遣先での無期雇用での地位確認請求を棄却）のように、無期雇用での直用化が現実の問題となるケースもある。ただ、今後、このような地位確認請求が認容される例が増え、一方で適法な労働者派遣への切替えがうまく進まない場合には、偽装請負が現実の問題となるようなケースであればあるほど（典型的には故意に偽装されている場合）、請負企業において労働者を有期で雇用するケースが増え、かえって労働者の地位が不安定になるという弊害も予測される。いずれにしても、現行制度のもとで、派遣先での無期雇用による直用化が増加していく未来は想像しがたい。

⁶ 前掲注5。

⁷ 名古屋高判令和3年10月12日労判1258号46頁。

(2) 有期雇用での直用化

一方、派遣労働者のうち、概ね6割程度は、派遣元との間で期間の定めのある労働契約を締結している⁸。有期雇用では、契約期間中の解約には「やむを得ない理由」が必要であり、比較的強度の雇用保障が図られる（民法628条、労契法17条）。しかし同時に、有期雇用では、契約期間の満了毎に、労働者は雇止め（契約の不更新）のリスクに晒されるなかで、派遣先での直用化に際しての契約期間のあり方が深刻な問題となる。

派遣法40条の6にかかる施行通達⁹では、(1)派遣元との労働契約において始期と終期が定められていた場合は、新たな労働契約でもその始期と終期となること、(2)他方で、派遣元との労働契約において、期間について、単に「1年間」としているなど始期と終期が定められていない場合には、労働契約の始期等に係る黙示の合意等をふまえて判断することが示唆されている。したがって、労働者と派遣元との間での派遣労働契約において、始期や終期が明示されていたケースはもちろん(1)、単に期間の長さを定めたにとどまる場合であっても(2)、契約解釈を通じて、原則としては、すでに派遣労働者として就労した期間を除いた残存期間での直用化が図られることになると考えられる。

こうした解釈には批判もあるが、「同一の労働条件を内容とする労働契約」を申し込んだとみなす派遣法の文言とは整合する。また、派遣法40条の6の立法趣旨のうち、労働者派遣法違反を是正するにあたり、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にするという目的に照らせば、当初の派遣元との契約目的（派遣元との関係で期待し得る

⁸ 厚労省「労働者派遣事業の令和3年6月1日現在の状況（速報）」（2022年3月31日）によると、派遣労働者の総数約169万人のうち、無期雇用の者が約68万人（対前年比約11%増）、有期雇用の者が約101万人（対前年比6%増）である。

⁹ 平成27年9月30日職発0930第13号「労働契約申込みみなし制度について」。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題（2）

雇用期間を含む）を超えるケースにまで、雇用責任を派遣先に対して帰責する根拠は乏しい。むしろ、派遣先の（当初の）労働力利用に対する需要状況、すなわち外部労働者の受入れにかかる契約目的とも大きく乖離しない点で、適切といえる。

ただし、こうした解釈は、労働者にとって、派遣元での雇用が現に失われたケースを別にすると、派遣先での直用化自体にメリットがないことを意味している。立法論としては、このように派遣労働者にとってメリットが乏しく、他方で契約自由の原則を大きく修正して労働契約の締結を法律で強制し、かつ、直用化にかかる手続等の点でも派遣先に過度の負担を強い得る規制の正統性は、疑問と言わざるを得ない¹⁰。

3. 無期転換ルール（労契法18条）との関係

次に、労働契約の期間に関連して、派遣法40条の6により派遣労働者が派遣先で直接雇用された場合に、いわゆる無期転換ルールがどのように適用されるのかを検討しておこう。労契法18条では、有期雇用が更新により通算契約期間が5年を超えるケースで、労働者が希望する場合には、一定要件のもとで、労働契約を無期雇用へと転換する（従前の有期雇用の期間満了後に、無期雇用としての労働契約の締結申込みを承諾したとみなされる）ことが規定される（いわゆる無期転換ルール）。

(1) 「同一の使用者」をめぐる問題

労契法18条のもとで無期転換が認められるのは、あくまで、「同一の使用者との間で締結された二以上の有期労働契約」が、契約の更新によっ

¹⁰ 派遣法40条の6（直接雇用の申込みみなし規制）の立法政策上の課題については、拙著『労働市場における労働者派遣法の現代的役割』（弘文堂、2016年）152頁以下、および拙稿「派遣先の直接雇用申込みみなし規制の正当性」法律時報90巻7号（2018年）44頁以下を参照。

で通算5年を超える場合である。ここでいう「同一の使用者」とは、使用者が法人である場合には法人単位で、労働契約を締結する法律上の主体が同一であることを意味する。派遣労働者が派遣先で直接雇用されるケースで、労働者にとって現実の就労先や指揮命令をする者に（派遣労働者として就労した当時と）変更がないとはいっても、派遣元と派遣先とはあくまでも別の主体である。こうしたなか、派遣元での就労期間は原則として通算されない¹¹。

もっとも、無期転換ルールに関する労契法18条の施行通達¹²では、同条における「同一の使用者」の解釈として、例外的に、「使用者が、就業実態が変わらないにもかかわらず、・・・無期転換申込権・・・の発生を免れる意図をもって、派遣形態や請負形態を偽装して、労働契約の当事者を形式的に他の使用者に切り替えた場合は、法を潜脱するものとして、同項の通算契約期間の計算上「同一の使用者」との労働契約が継続するとされている。すなわち、当事者が形式的に異なる場合であっても、例外的には期間を通算する余地があることが示唆されている。

この問題と関連して、派遣法40条の6にもとづく直用化のケースではないが、同条が施行される以前に派遣先が派遣労働者を任意に有期雇用で直接雇用し、その後、契約更新を重ねたなかで、無期転換ルールが適用されるか否かが問題となった例として、日本通運（横浜）事件¹³がある。

同事件では、原告労働者Xが、派遣での就労期間とあわせれば有期雇用の通算契約期間が5年を超えるなかで、新たな使用者であるY社（か

¹¹ 前掲注9の施行通達。

¹² 平成24年8月10日基発0810号第2号「労働契約法の施行について」。

¹³ 日本通運（横浜）事件（横浜地川崎支判令和3年3月30日労判1255号76頁）。類似の事案として、日本通運（東京）事件（東京地判令和2年10月1日労判1236号16頁）でも、当初は派遣労働者として就労していた原告が、派遣法40条の6の施行以前に、任意的に派遣先で期間を定めて直接雇用され、その後、更新を繰り返しつつ無期転換が問題となる通算5年を目前にして雇止めをされたケースで、無期転換の可否が争われている（結論は否定）。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題(2)

つての派遣先)による雇止めが労契法18条の潜脱となるという趣旨の主張をしていた。これに対して裁判所は、無期転換ルールの適用に関する5年間の期間の算定について、労契法18条は「同一の使用者」と定めているところ・・・派遣期間中においては派遣労働者であったXと派遣先であるY社との間に直接の契約関係はなく、本件において派遣元であるA社と派遣先であるY社とを実質的に同一と考えるべき事情も本件証拠上うかがえないから、派遣契約期間を通算するなどとするXの主張は採用できない」としている。

このように、行政解釈や裁判例では、当事者が形式的にみれば変更しているケースでも、例外的に契約期間を通算する余地が示されているものの、それは、あくまで、派遣元と派遣先とが実質的に同一と考えるべき事情がある場合に限定されている。そして、派遣元や請負企業について、労働契約上の独立した主体としての実態が認められるケースであれば、派遣先と派遣元等とを実質的に同一と評価することはできないと考えられる。労契法18条でいう「同一の使用者」というためには、派遣や請負を交えて結果的に同一労働者が継続的に就労したというだけでは足りず、こうした関係のある使用者（派遣先）が積極的に作出し、それによって派遣元の企業としての実態が形骸化したような事情が必要であり、事実上、法人格否認の法理が適用されるような場合、あるいは、いわゆる偽装請負のなかでも故意による偽装と評価できる場合の一部（法人格否認の法理の適用までは認めがたいケースであるが、派遣元の労働契約の当事者としての独立性に疑義が生じる程度に、派遣先が労働者の雇用管理に直接介入することで偽装請負を主導した場合）等に限られよう。

(2) 無期転換「申込み」の時期をめぐる問題

無期転換ルールをめぐるっては、以上で述べた期間通算のほかにも、派遣元に対して無期転換の申込みをする時期が問題となる。

(a) 労働者が申込みをしないケース

まず、派遣労働者が派遣元に対して、労契法18条所定の期間内に無期転換の申し出をしていないケースが考えられる。労契法18条の無期転換ルールは、通算した契約期間が5年を超えるケースで、「現に締結している有期労働契約の契約期間が満了する日までの間に」、労働者が「当該満了する日の翌日から労務が提供される期間の定めのない労働契約の締結の申込み」をすることを発動の要件としている。派遣労働者と派遣元との関係において、仮に有期雇用の更新による通算契約期間が5年を超え、期間の点では労契法18条の要件を満たしたとしても、労働者が派遣元に対して現実にかような権利を行使していない場合には、当該労働契約はあくまで有期のままであり、当該期間の満了後には同条による無期転換は認められない。

この状態で、派遣法40条の6により派遣先との間での直接雇用が問題となる場合にも、無期転換への期待等は「労働条件」とはいえず、派遣先に引き継がれることはないと解される。ただし、派遣就労当時の実態によっては、こうした期待が、派遣先による雇止めの適法性を判断するうえで、総合考慮の要素となることまでは否定されないと考えられる（→4(5)(b)参照）。

(b) 派遣元との関係では無期転換したケース

次に、派遣元との関係では無期転換が認められる場合であっても、派遣先との間で当然に無期雇用での直用化が図られるわけではない。すなわち、派遣元での有期雇用の通算契約期間が5年を超えるケースで、労働者が契約期間内に無期転換の申込みをしたケースでは、当該時点において、派遣就労が違法に継続しているか否かで腑分けが必要となる。

第一に、派遣元に対する無期転換の申込みの時点で、なお、派遣労働関係が派遣法40条の6第1項各号に該当する違法なかたちで継続してい

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題(2)

るケースであれば、派遣労働者は、派遣先の申込みに対して承諾の意思表示をすることによって、派遣先との間でも無期雇用での直用化が図られるものと解される。

もっとも、無期転換後の直用化をめぐることは、当初の（期間を定めた）派遣労働契約において、一般的には、その期間と一致する派遣元－派遣先間での労働者派遣（個別）契約の存在を前提としていることの評価が問題となる。派遣法40条の6は「同一の労働条件」での直用化を求めるところ、派遣元との関係において法律により無期転換が図られるとはいっても、企業間での労働者派遣（個別）契約には期間の定めが残存している。そこで、直用化後の労働条件を画定する際に、当該の労働者派遣（個別）契約における期間の定めをどこまで考慮すべきか検討する必要がある。

この点、理論的には、当初の労働契約が、あくまでも有期の労働者派遣（個別）契約を前提としたものであり、かつ、当該の労働者派遣契約の期間の定め自体は維持される以上、無期雇用での直用化そのものが「同一の労働条件」での直用化を図る法の趣旨に矛盾するという見方もあり得る。この立場によれば、仮に派遣元との関係で無期転換したケースであっても、派遣先との関係では無期での直用化自体を一律に否定することが整合する。

しかし、こうした立場を突き詰めると、単に無期雇用での直用化の是非という問題にとどまらず、結局のところ、派遣元との関係においても無期転換ルールを実質的に無意味にしかねず、適切ではない。また、企業間での労働者派遣（個別）契約と派遣労働契約とはあくまで別個のものである以上、論理的にみても、前者に期間の定めがあることと、後者に期間を定めないこととは両立し得る¹⁴。そこで、派遣労働者において

¹⁴ 派遣法は労働者派遣契約に期間を定めることを求めている（26条1項4号）が、これは無期雇用での派遣を容認すること（40条の2第1項1号）や、派遣元で無期転換が図られることと矛盾するものではない。

も、無期転換やその後の派遣先での（無期での）直用化があり得ることを肯定したうえで、企業間での労働者派遣（個別）契約に期間の定めがある点については、更新の実態等の諸般の事情をふまえつつ、契約解釈を通して、事後的な解雇の合理性（労契法16条）を判断する際の一要素にとどまると解すべきであろう。

第二に、派遣元との関係では無期転換が認められる場合であっても、すでに派遣先での受け入れそのものが終了しているケース、または受け入れ自体は継続しているものの、派遣法40条の6第1項各号で定める違法な状態が解消されているケースも少なくないと考えられる¹⁵。

派遣法40条の6は、「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擬制するが、契約期間を含む具体的な「労働条件」を画定する基準時は、同条1項各号所定の違法行為があった時点であり、労働者が承諾をする時点ではない。また、労契法18条の無期転換ルールは、法所定の要件を満たす場合に労働契約を当初から無期雇用であったとみなす、あるいは契約期間の定め自体を無効とするものではなく、労働者からの申込みがあることを前提として、あくまで当該の有期労働契約が終了する時点において、それとは別個に、期間の定めのない労働契約の締結を強制するものにとどまる。

こうしてみると、過去に労働者派遣が違法なかたちで行われ、かつ、労働者が派遣元に対しては労契法18条による無期転換の申込みをした場合であっても、すでに派遣先での受け入れが終了しているケースや、違法状態が解消されているケースでは、あくまでも過去の違法行為に対するペナルティとして、従前（無期転換前）の労働契約の期間で、直接雇用の申込みが擬制されるにとどまる。したがって、第一の場合とは異なる

¹⁵ 典型的には、派遣先による派遣受入れの中止をきっかけとして、派遣元が派遣労働契約を中途解約し、または期間満了時の雇止めをすることが見込まれるなかで、派遣労働者が派遣元での無期転換とあわせて派遣先での直用化を求めるようなケースである。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題（2）

り、派遣先は、派遣法40条の6によっても無期雇用での直用化は強いられないということになろう。

4. 雇止め制限法理（労契法19条）との関係

(1) 雇止め制限法理の基本的な枠組み

次に、派遣先での有期雇用による直用化をめぐるのは、いわゆる雇止め制限法理との関係でも、派遣労働者が派遣先で直接雇用される以前の、派遣労働者－派遣元間での有期雇用の雇用管理をとりまく実態等をどのように考慮するかが問題となる。労契法19条によると、(1)有期雇用が反復継続し、その後の雇止めを実質的に無期雇用における解雇と同視できる場合（第1号）、(2)または、当該労働者において、有期労働契約の期間満了時に当該契約が更新されると期待することについて合理的な理由がある場合に（第2号）、それぞれ客観的にみて合理的な理由がなければ、使用者による雇止めが制限される。

前述の無期転換ルール（労契法18条）は、同一当事者間での有期雇用の反復的な利用を立法で特別に制限したものであり、無期転換が問題となる通算5年という期間やいわゆるクーリング期間（原則として6ヵ月）の長さをはじめ、ある意味で硬直的な規制である¹⁶。

これに対して、雇止め制限法理（労契法19条）は判例法理を立法化したという経緯もあり、有期雇用の利用をとりまく実態をふまえて柔軟な解釈がなされる点に特徴がある。このような雇止め制限法理は、派遣法40条の6のもとで、派遣労働者が派遣先で直接雇用された後で雇止めをされるケースでも、無期転換ルールの適用よりもいっそう問題となる可

¹⁶ 無期転換ルールの例外としては、年収1075万円以上の高度専門職や60歳以上の継続雇用の高齢者（いずれも有期雇用特別措置法による特例）、大学等、研究開発法人等の研究者等に関する特例（科学技術・イノベーション創出の活性化に関する法律第15条の2）があるが、その対象は限定的である。

能性が高い。

さらに、雇止め制限法理（労契法19条）に関しては、有期雇用の更新上限等に関する使用者の一方的な通知がある場合、あるいは、一方的な通知にとどまらず、契約の締結・更新時等に合意されている場合があり（更新上限の定めや不更新条項）、慎重な検討が必要となる。有期雇用の更新の上限（最長期間や更新回数）、あるいは不更新に関する定めや一方的な通知は、雇止めの適法性をめぐり、主として労働者の雇用継続に対する合理的期待の有無（労契法19条2号）を判断する際に問題となる。

このうち不更新の特約について、学説では、労働者に対して雇用継続に対する合理的期待を放棄するか、または契約の不更新という不利益を甘受するかの二者択一を迫る点を問題視し、効力を認めないものがある¹⁷。この立場によると、反復継続してきた有期雇用は一体的に評価され、ある時点で合理的期待が生じた後に不更新等の特約をしても、それ自体、公序違反として無効とされる。

しかし、このような解釈では、有期雇用から無期雇用への転化を否定し、あくまで有期雇用としての雇用保障をめざしてきた判例法理や、それを立法化した労契法19条の趣旨と整合しない¹⁸。労契法19条1号または2号を満たすかどうかについては、あくまでも、雇止め時のあらゆる事情が総合的に考慮される¹⁹。そして、更新上限の定めや不更新特約、あるいはその一方的な通知等がある場合において、それと矛盾しない雇用管理が徹底されているケースでは、19条1号への該当性が否定されることはもちろん、2号との関係でも、労働者の雇用継続への合理的期待を

¹⁷ 学説の議論状況については、拙稿「有期労働契約の更新拒否（判批：日立メディコ事件）」別冊ジュリスト230号（2016年）162頁等。

¹⁸ 荒木尚志編『有期雇用法制ベーシックス』（有斐閣、2014年）83頁〔池田悠〕。

¹⁹ 労契法の施行通達（前掲注12）によると、労契法19条1号または2号への該当性については、当該雇用の臨時性・常用性、更新の回数、雇用の通算期間、契約期間管理の状況、雇用継続の期待をもたせる使用者の言動の有無などを総合考慮して、個々の事案ごとに判断される。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題(2)

否定する方向で考慮される可能性が高い²⁰。

裁判例でも、当初から労働者が更新の上限を明確に認識していた場合はもちろん²¹、契約が反復継続するなかで事後的に不更新特約が設けられた場合であっても、使用者が十分な説明をなし、労働者も契約更新がないことを十分に理解している場合には、労働者の雇用継続（契約更新）に対する合理的な期待がないものとして、雇止め制限法理（現在の労契法19条）による救済が否定されている²²。

それでは、派遣法40条の6のもと、派遣先が期間を定めて派遣労働者を直接雇用するケースで、以上のような一般的な（当初から直接雇用である場合の）雇止めと比べて何か特殊な点はあるのだろうか²³。

²⁰ なお、こうした不更新条項等を就業規則で定める際には、労働者に対する周知のほか、内容の合理性が問題となり得る（労契法7条）。こうした合理性審査のあり方については、拙稿「日本郵便（更新上限）事件 [判批] 判時2470号（2021年）139頁、および拙稿「労契法7条による契約規範の形成と制約のあり方」日本労働法学会誌133号（2020年）68頁を参照。

²¹ 日本通運（横浜）事件・前掲注13、ドコモ・サポート事件（東京地判令和3年6月16日LEX/DB: 25590526）、仙台市社会福祉協議会事件（仙台地判令和2年6月19日労経速2423号3頁）、高知県立大学後援会事件（高知地判平成30年3月6日労判1183号18頁）、北海道大学（契約職員・雇止め）事件（札幌地判平成26年2月20日労判1099号78頁 [上告不受理]）、ダイキン工業事件（大阪地判平成24年11月1日労判1070号142頁）など。

²² 日本通運（東京）事件・前掲注13、本田技研工業事件（東京高判平成24年9月20日労経速2162号3頁 [上告不受理]）など。ただし、たとえば放送大学学園事件（徳島地判令和3年10月25日労経速2472号3頁）や博報堂事件（福岡地判令和2年3月17日労判1226号23頁）のように、すでに合理的期待が発生したあとに、無期転換を避ける等の目的から更新上限の定めを新設したようなケースでは、個々の事情に応じて雇止めの適法性が否定されることがある。また、日本通運（東京）事件・前掲注13では、契約更新時に不更新条項を創設することは、労働者に直ちに契約関係を終了させるか次期の期間満了時に契約関係を終了させるかの二者択一を迫ることを問題視し、不更新条項等を含む契約書に署名押印する行為があったことをもって、直ちに不更新条項等に対する承諾があり、合理的期待の放棄がされたと認めるべきではなく、労働者の自由な意思に基づいてされたものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在する場合に限り、労働者により更新に対する合理的な期待が放棄されたと認めるべきとされている。

²³ なお、派遣法40条の6が施行される以前のケースであるが、派遣先が労働者を任意的に直接雇用したあとに、契約更新時の雇止めが認められた事例として、日本通

(2) 派遣元での契約更新「申込み」の時期をめぐる問題

前述した無期転換ルール（労契法18条）とは異なり、労契法19条の雇止め制限法理では、たとえ有期労働契約の期間が満了した後であっても、遅滞がなければ、労働者による更新の申込みが認められている。したがって、同条の諸要件を満たすケースであれば、派遣法40条の6により派遣先で直接雇用される直前であったとしても、労働者が派遣元に対して雇止めに反対する旨の何らかの意向を示すことで、派遣元との関係では契約更新という効果が生じることになる。

もっとも、派遣元との関係で雇止めが問題となっているケースでは、派遣元－派遣先間での労働者派遣（個別）契約についても終了している（あるいは予定されている）ことが少なくないと考えられる。労働者が雇止めに対して反対の意向を示した時点で、すでに派遣先での受け入れが終了していた場合や違法状態が解消されていた場合には、派遣先との関係では、あくまでも過去の違法行為に対するペナルティとして、従前（雇止め制限法理が適用される以前）の労働契約の期間での直用化が図られるにとどまると解される。労働者が派遣元での雇止めに反対をした時点で、派遣法40条の6第1項各号所定の違法状態がなお継続している場合にかぎり、労契法19条により更新された契約期間で、派遣先での直用化が認められることになろう（→3(2)も参照）。

(3) 「同一の使用者」をめぐる問題

次に、派遣元で期間を定めて雇用される派遣労働者を、派遣先が派遣法40条の6のもとで直接雇用した後に雇止めをしたケースで、その適法性を判断する際に、労働者－派遣元間での有期雇用の通算契約期間や契

運（東京・横浜）事件（各前掲注13）のほか、パナソニックプラズマディスプレイ（パスコ）事件（最二小判平成21年12月18日民集63巻10号2754頁）、ダイキン工業事件（前掲注21）などがある。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題(2)

約の更新回数等をどのように評価すべきかが問題となる。

事案毎に判断するほかないが³、無期転換ルールの場合と同様に、派遣元と派遣先とが一体となっており、派遣元の法人格を否認し得るような特殊なケース等であれば、期間等の通算を問題とする余地がある。とはいえ、こうした特殊な例を別にすると、派遣元と派遣先とは「同一の使用者」とは評価し得ない以上、派遣元での有期雇用の更新回数や契約期間が派遣先との間で通算されることはない²⁴。

また、労働者が派遣元との間で、有期雇用の更新につきいわゆる合理的期待（労契法19条2号）を有していたとしても、実際に雇止めに対して反対の意思を示すなどして、派遣元との関係において契約更新がなされていないケースでは、こうした期待は派遣先での直用化後の雇止めが適法か否かを判断するうえで、原則として考慮対象とならないと考えられる。

この点、派遣法40条の6が、一定の違法な派遣受入れのケースで、派遣先に対して、「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義務づけていることとの関係が問題となる。しかし、派遣先が申し込んだとみなされるのは、従前と「同一の労働条件」であるが、これは派遣元との関係をそのまま包括承継することを意味しない。また、そもそも労働契約の更新について

²⁴ 前掲注9の施行通達、鎌田＝諏訪編・前掲注1書348頁〔山川隆一〕など。なお、派遣関係の事案ではないが、ビソー工業事件（東京地判令和3年7月8日LEX/DB:25590651）では、マンション管理人としてA社で雇用されていた労働者が、管理業務の受託先の変更（A社→B社）に伴ってB社に移籍した後に雇止めされたケースで、「原告は、本件業務の受託会社の変更に伴い、異なる受託会社との間で労働契約を締結している・・・」であり、本件業務の受託会社が・・・変更されるに際しては採用面接が行われ、少なくとも2名の管理員が不採用とされる・・・など、従前の受託会社と管理員との雇用関係が当然に新たな受託会社に引き継がれるものではないことからすれば、原告が、本件労働契約の締結以前に本件住宅の管理員としての勤務を継続していたとしても、そのことが契約更新に対する合理的期待を生じさせるものということとはできない」とされている。

の「合理的期待」は、厳密には労働条件といえるものではない以上、派遣先で新たに締結される労働契約の内容を構成しない。たとえば、「当該有期労働契約が更新されるものと期待することについて合理的な理由がある」か否か（労契法19条2号）の判断についても、あくまでも、派遣先で直接雇用されて以後のさまざまな実態から判断することになる。

以上要するに、派遣先での直用化後の雇止めについて、原則としては一般的な有期雇用の雇止めと比べて特別なことはない。こうしたなか、典型的には、派遣労働者が派遣先で直接雇用された直後に、契約更新のタイミングを待って雇止めされるようなケースでは、労働者の雇用継続に対する合理的期待（労契法19条2号）が否定される結果、派遣先での早期の雇止めが認められる可能性が高いものと考えられる。

(4) 更新上限や不更新特約等の位置づけ

この問題と関連して、派遣元との間で、有期雇用の更新をめぐり、当初から更新の上限（通算の契約期間や更新回数）の定めがある場合（＝更新上限の合意）、あるいは、当初はこうした定めがなかったものが、更新時になって、今回が最後である旨を約して更新した場合に（＝不更新の特約）、こうした合意内容も「労働条件」として派遣先に承継されるのか、仮に承継されなかった場合には、その法的な位置づけが問題となる。

派遣先への承継の対象となる労働条件をめぐって、施行通達によると、「立法趣旨に鑑み、申し込みをしたものとみなされる労働条件の内容は、使用者が変わった場合にも承継されることが社会通念上相当であるもの」に限定される。この点、たしかに、更新上限等の定めについては、派遣元に固有の契約内容としての側面が強い。派遣元と派遣先とは別の法的主体であり、労働者を利用することに対するニーズが全く異なっている。こうしたなか、更新上限の定め等については、派遣先に対して「承継されることが社会通念上相当」でないとみる余地があるし、むしろそれが

解釈論としては自然ともいえる。

しかし他方で、こうした定めは、有期労働契約の存続期間（特に更新の有無）と密接に関係する。有期労働契約の期間は、素直に考えれば、当該労働契約の当事者にとってきわめて固有の労働条件としての側面が強く、「使用者が変わった場合にも承継されることが社会通念上相当」と言えるかは疑問がある。ところが、前述のように、有期雇用の契約期間をめぐっては、原則として、派遣元での雇用期間を差し引いた残存期間でのみ派遣先での承継が認められている。このことは、契約解釈を通して、実質的にみると派遣元での就労期間（あるいは有期雇用の残期間）が大きな意味を持つことを示している。こうした点をふまえれば、更新上限の定め等についても、有期雇用の存続期間の解釈において同じく重要な機能を果たすなかで、これを全く無視するという解釈ではバランスを欠くことになる。

また、更新上限の定めがあるケースでは、契約解釈を通して、当該上限の範囲内に限れば、むしろ労働者の雇用継続に対する期待の合理性（労契法19条2号）が認められるケースも少なくない²⁵。派遣労働関係においても、労働契約の更新について上限を設けつつ、当該上限となる期間内であれば、特段の事情のない限りは労働契約の更新が予定されていると評価できるケースもあろう。すなわち、更新上限の定めは、その枠内という限られた範囲であれば、労働者にとっても雇用保障の面で積極的な意味をもつことがある。

²⁵ たとえば、定年退職後において、高年法上の継続雇用制度のもとで労働契約を締結した場合に、一定年齢（典型的には65歳）までの契約更新については雇用継続の合理的期待を原則的に肯定したバキュームモールド工業事件（東京地判平成23年9月16日労経速2127号21頁）やエフプロダクト事件（京都地判平成22年11月26日労判1022号35頁）がある。また、大学で特定のプロジェクトに従事するものとして雇用した労働者について、プロジェクト終了までの契約更新については雇用継続の合理的期待を認めた高知県公立大学法人事件（高松高判令和3年4月2日労経速2456号3頁〔上告不受理〕）等も参考となろう。

以上要するに、たしかに、派遣元と派遣先とでは、労働者の使用期間に関するニーズが異なることが一般的であり、更新上限等の定めは、これを具体化したものとして承継対象から一律に除外するという考え方もあろう。しかし、更新上限等の定めは、労働者にとっても雇用保障という点で重要な意味を持ち得るものである。また、こうした定めは、派遣先への承継対象となるか否かが先鋭化する労働契約の期間の定めやその解釈とも密接に関係するところ、労働契約の期間については契約解釈を通して派遣元での契約期間（有期雇用の残存期間）が実質的に考慮されている。こうしたなか、労働契約の更新上限の定め等について、もっぱら派遣元に固有の労働条件として評価し、派遣先への承継を一律に否定することは適切でないと思われる。

もっとも、雇止めの適法性を判断する際には、こうした更新上限の定めや不更新特約の有無が決定的となるわけでもなく、それを含めたあらゆる事情が総合的に考慮される（前述）。たしかに、前述のように、一般の2当事者間での労働契約であれば、更新上限の定め等に矛盾しない雇用管理が徹底されているケースで、上限を超える雇用継続の合理的期待（労契法19条2号該当性）が否定される傾向にある。これとの対比では、派遣先で直接雇用されたあとの労働者との関係においても、労働条件として形式的に承継された更新上限の定め等に積極的な意味を持たせるといった考え方が整合する。しかし他方で、派遣先で直接雇用されて以後に雇止めの適法性を判断する際には、派遣元での雇用管理の実態は原則として考慮対象とならないこと（前述）、そして何よりも、派遣元から派遣先へという当事者の変動は無視し得ない。

こうしたなかで、更新上限等の定めが、形式的には派遣先との（直用化時の）労働契約の内容になっているとはいっても、こうした条項から直截に法律関係を確定することは著しくバランスを欠く。また、一般的に、更新上限等が明確に定められている場合であっても、これに則した

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題(2)

雇止めを直ちに適法とはみずに、あくまで総合考慮の対象にとどめる従来の裁判例の傾向とも矛盾することになる。

これらの点をふまえると、派遣元との間で存在した更新上限について、労働者と派遣先との間で新たに明示または黙示的に再確認したと評価できる特段の事情がある場合のほかには、派遣元との間で存在した更新上限の定め等について、雇止めの適法性を判断するうえで、原則として考慮する必要はないものと解される。要するに、派遣元との間で存在した有期雇用の更新上限等の定めについて、理論的にみると、労働条件の一部を構成するものとして派遣先への承継を一応は認めようとして、雇止めの適法性を判断する際には、こうした定め等について、雇止めを認める積極的な事情としては考慮しないというのが、現行制度のもとでの解釈の帰結となると考えられる。これに対して、更新上限等の定め範囲内で、労働者が派遣元との関係で雇用継続に対する合理的な期待があるものと評価できるケースでは、こうした期待を派遣先に対して転移させることの可否について、別途検討が必要となる（→(5)(b)参照）。

(5) 派遣先での雇止めにおいて労働者と派遣元との関係性が問題となる余地はあるか

以上のように、派遣先による直用化後の雇止めの適法性を判断するうえで、更新上限の定め有無も含めて、原則としては、従前の派遣元と労働者間での有期雇用をとりまく実態は考慮されない。しかし、労働者と派遣元との有期雇用をとりまく実態等について、例外的とはいえ、影響を及ぼす余地がないのかどうか問題となる。

(a) 黙示の同意によるアプローチとその限界

まず、労働者と派遣元との間で、労働契約の更新について同意（主として黙示の同意）があると認められるケースが考えられる。

学説では、雇用継続に関する合理的期待（労契法19条2号）の派遣先への承継について、「こうした状態が直ちに労働者派遣の役務の提供を受ける者との間の労働契約にも設定されるとはいいいにくい」としつつも、派遣元との間で労契法19条1・2号の所定事由を満たすと評価される場合には、契約更新につき黙示の合意が認められる事案も少なくないとするものがある²⁶。具体的には、(1)同条第1号のいわゆる実質無期状態と認められる場合や、(2)第2号にいう合理的期待が認められる事案のうち、いわゆる継続特約型²⁷で、こうした黙示の同意が認められる可能性がある²⁸と指摘されている²⁸。

この点、労働者と派遣元との間で契約の更新について同意があると認められるならば、それが「労働条件」であること、派遣先による同一の労働条件での「申込み」の対象となり、労働者の派遣先での直用化後の労働条件を規律することに、それほど異論はないと思われる²⁹。ただし、派遣元との関係において黙示の同意があったといえるかどうかは、派遣

²⁶ 鎌田=諏訪編・前掲注1書349頁[山川隆一]。

²⁷ 労働省労働基準局監督課編『有期労働契約の反復更新に関する調査研究会報告』（座長・山川隆一）（2000年）15頁以下では、雇止めをめぐる当時の裁判例を整理したうえで、継続特約型として、実質無期型とは認められないものの、「格別の意思表示や特段の支障がない限り当然更新されることを前提として契約が締結されているとし、期間満了によって契約を終了させるためには、従来取扱いを変更して契約を終了させてもやむを得ないと認められる特段の事情の存することを要するとするなど、雇用継続への合理的な期待が、当初の契約締結時等から生じていると認められる契約」と整理されている。具体的には、龍神タクシー事件（大阪高判平成3年1月16日労判581号36頁）などが念頭に置かれている。

²⁸ 労働省労働基準局監督課編・前掲注27報告書は、有期労働契約を、(1)実質無期契約タイプ、(2)期待保護（反復更新）タイプ、(3)期待保護（継続特約）タイプ、(4)純粹有期契約タイプの4類型に区別する。荒木尚志『労働法（第4版）』（有斐閣、2020年）536頁以下も参照。一方、この分類に疑問を呈するものとして、水町勇一郎『詳解労働法（第2版）』（東京大学出版会、2021年）388頁。

²⁹ こうした更新の同意は、もっぱら派遣元に固有の契約内容であって、派遣先に対して「承継されることが社会通念上相当」でない²⁹と見る余地もある。しかし、こうした一律の除外が適切でないことについては、更新上限等に関するケース（前述）と同様に解してよいだろう。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題(2)

先にとっては全く予測可能性に欠けるほか、そもそも派遣元との関係で黙示の同意を認め得るケースはきわめて限定的であることを、いかに評価すべきかが問われている。

たしかに、有期雇用の実態が多様であるなかで、たとえば実質無期型や継続特約型といった類型化をしたうえで、それぞれの雇止めの適法性を判断する際に重視すべきポイントを整理することには、一定の意義がある。とはいえ、こうした類型はあくまで講学上の整理にとどまり、実際の紛争解決においては、あくまで当該の有期雇用をとりまく実態を個別にみる必要がある。

この点、有期雇用について、いわゆる実質無期状態といえるケースや継続特約型といえるケースであれば、雇用を継続すること（有期労働契約の更新）について、使用者を含む当事者の合理的な意思と必ずしも矛盾しないという評価はできる。しかし、それ以上に、雇用継続の「合意」があるとまでは認め難いのが一般的であろう。契約更新について当事者の合意を（黙示的な場合も含めて）認定できるのであれば、当該の合意自体を根拠に労働契約の更新が認められるのであって、そもそも労契法19条各号への該当性を問題にする必要はない。実質無期型であれ継続特約型であれ、契約更新の明確な合意までは認め難いものの、それに近い（矛盾しない）当事者意思が認められるケースを類型化したものにすぎない。契約更新について黙示の「同意」まで認められるケースなど、現実にはきわめて稀と考えられる。

そうすると、次に、これ以外の場合に、労働者と派遣元との間の有期労働契約をとりまく実態から、派遣先での直用化後の雇止めに制限する必要があるかどうかを問われよう。

この点、まず、有期雇用の特徴に着目すると、(1)契約期間中は両当事者を拘束するという機能と、(2)期間満了により当然に終了するという機能とがある。そして、特に有期雇用の雇止めが問題となるケースでの実

態からすると、ある単一の契約期間の長さ（これ自体が労働条件に該当することに、異論は無いであろう）自体は契約当事者間で特に問題となることはない。むしろ紛争の核心は、この単一の契約が更新されることで、いつまで継続するのか（適法に終了させることができるのか）という点にあり、それが労働契約の当事者にとって最大の関心事であるといつてよい。

一方、派遣法40条の6の直接雇用の申込みみなし制度の趣旨は、労働者派遣法違反を是正するにあたり、派遣労働者の希望を踏まえつつ雇用の安定を図られるようにすること、および、違法派遣を受け入れた者にも責任があるなかで、派遣先にも民事的な制裁を科すことにより、派遣法の規制の実効性を確保することにある³⁰。

たしかに派遣法は、派遣労働契約と同一の労働条件での申込みを派遣先に義務づけることで、派遣先での直用化によって労働者に不利益が生じないように配慮している。しかし、前述のように、雇止めをめぐる法的紛争の核心は、単一の契約期間の長さではなく、更新の可否をめぐる問題である。こうしたなか、派遣先において、ある単一の有期雇用（残存期間）での直用化を図るだけでは、雇止めをめぐる紛争の核心部分を見落とすことになる。労働者が派遣先で直接雇用されたケースで、その後の雇止めの適法性を判断するうえで、かつての派遣元と労働者間での有期雇用の実態を考慮する余地を、従前の派遣元との間で契約更新につき黙示の同意を認め得るケースに限定することは、黙示の同意というアプローチでカバーできる領域がきわめて限定的であることもふまえると、結局、違法状態の解消に伴う雇用喪失という大きな不利益を派遣労働者に負わせることを意味する。また、黙示の同意というアプローチにのみ頼ることは、雇止め制限の本質が、必ずしも合意に還元できない場合も

³⁰ 前掲注9の施行通達。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題(2)

含めた労働者の期待保護にある点を看過することにもなる。

このことは、一般的な（当初から2当事者間で労働契約が展開されたケースでの）雇止めの適法性判断と比べて、著しくバランスを欠くように思われる。派遣先に対する民事的なペナルティという申込みみなし制度の趣旨もふまえれば、派遣労働者が派遣法40条の6により派遣先で直用化されたあとの雇止めの判断に際して、従前の派遣元と労働者間での有期雇用をとりまく実態を、黙示の同意がある場合のほかにも、一定の範囲で考慮するような解釈論を模索することが必要であると考えられる。

(b) 合理的期待の転移というアプローチ

派遣法40条の6のもとで派遣先での直用化が実現する場合にも、従来
の派遣元と派遣労働者間の労働契約が派遣先に包括承継されるわけでは
ない。派遣元と労働者間での契約更新をとりまく実態等についても、派
遣先には承継されない。雇止めの適法性については、原則としては派遣
先で直接雇用された後の諸事情から判断することになる。

他方で、派遣先で直用化された労働者が雇止めをされた場合に、それ
が適法か否かを判断する基準時は、派遣先が雇止めをした時点となる。
労契法19条による雇止めの適法性判断において、原則としては派遣先で
の直用化後の事情が重要であるとしても、例外的に、従前の派遣元との
間における諸事情を考慮することも当然には排除されない。たとえば、
派遣元と労働者との間で、無期転換ルール（労契法18条）や雇止め制限
法理（労契法19条各号）が適用され得る状態にあるものの、労働者が派
遣元に対して、現実にこれらにもとづく「申込み」をしていないケース
が考えられる。前述した、更新上限の枠内で雇用継続の合理的期待が認
められるケースも、この一類型である。

有期労働契約が更新されることへの期待等は「労働条件」とはいえず、
派遣法40条の6により派遣先に申込みが義務づけられる対象には含まれ

ない（前述）。しかし、派遣当時の就労実態に関わらず、こうした期待を一切考慮しないというのも適切ではないだろう。

それでは、具体的にどのような場合であれば、派遣先による雇止めの適法性を判断する際に、派遣元における有期雇用をとりまく実態を考慮する余地があるのだろうか。

前述のように、派遣元での有期労働契約の通算期間や更新回数をはじめ、契約更新をとりまく実態等については、派遣先に承継されるものではない。こうしたなかで、派遣労働者が派遣元との関係において、雇用が継続されることを単に主観的に期待していたというだけでは、法的意味を持ち得ない。雇止めについて、社会通念に照らして解雇と同視できる事情があるか（労契法19条1号）、または、労働者の雇用継続に対する期待が合理的なものであること（同2号）に加えて、そうした広義の期待保護の要請を派遣元ではなく派遣先に帰責する根拠（派遣先においても雇用が継続されると期待することの合理的な事由）が必要となろう。そして、就業継続に関して派遣労働者が事実上もちうる期待という点では、間接雇用という派遣の三面構造のなかで、(1)労働者－派遣元間での雇用継続の期待に関わる側面と、(2)労働者－派遣先間での事実上の就労継続の期待に関わる側面という、両側面がある点にも派遣就労の特殊性がある。

こうした視点に照らすと、立法政策としてはもちろん、解釈論としても、派遣労働関係のタイプに応じて解釈準則を検討することが有用だと思われる。以下でみておこう。

(6) 派遣労働関係のタイプによる区別の必要性³¹

派遣労働者の雇用保障のあり方を検討する際には、同じく派遣労働関

³¹ 労働者派遣のタイプで区別した立法政策のあり方については、拙稿・前掲注10の諸論文を参照。本稿もこうした分析視角を基軸としている。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題(2)

係といっても多様なものがあるなかで、派遣（間接雇用）の是非という all or nothing な視点だけでは、運動論としてはともかく、実用法学として建設的な議論にはなり得ない。派遣就労の実態に応じて、雇用保障の程度等の違いをふまえた腑分けが必要となってくる。

この点、日本では、法制度上、企業の枠を超えた労働者間（たとえば派遣元と派遣先という別企業で雇用される労働者の間）で、労働条件に格差が生じることが当然視されてきた³²。また、期間の定めのない労働契約に試用期間を設け、使用者が当該期間内に労働者を解雇することも容易ではない。他方で、有期雇用については特に利用事由が制限されておらず（入口規制の欠如）、ただ、それが反復継続した場合の出口規制（労契法19条の雇止め制限法理や同18条の無期転換ルール）があるにとどまるために、雇用の入口段階で、有期雇用による登録型派遣が濫用的に利用されやすい構造がある。

労働者派遣のタイプを区別する際にもさまざまなものがあり得るが、以上の点をふまえれば、有期雇用と無期雇用との雇用保障の面での差異、および、間接雇用としての派遣が労働市場において果たし得るマッチング機能に照らして、(1)派遣元での雇用保障を図るべき無期雇用での**常用型派遣**、(2)派遣元との労働契約には期間の定めがあるが、派遣元への登録と不特定の派遣先とのマッチングを通じて、複数の派遣先での就労を予定する、**真正な登録型派遣（労働力プール型）**、(3)同じく有期雇用であるが、そもそも登録の段階からある特定の派遣先での就労しか予定しない、**派遣先限定の登録型派遣**という3つの区分が有用であるように思わ

³² たしかに、近年の労働者派遣法では、派遣労働者の処遇をめぐり、派遣先で直接雇用される通常の労働者との均衡が目指されている（30条の3。努力義務として30条の5等）。しかし、こうした規制には労使協定等による広範な例外が認められ（30条の4）、実務的にもこの例外が広く浸透している状況にあり、企業の枠を超えた均衡処遇が強力に推し進められているわけではない。

れる³³。このうち雇止め制限法理が関係してくるのは、有期雇用である(2)と(3)の登録型派遣である。

そもそも登録型の派遣では、一般論として、労働者が直接雇用されている場合や常用的な派遣の場合と比べて、解雇・有期労働法制のもとで雇用保障が図られる余地が小さい。これは、登録型派遣が有期雇用であることに加えて（有期雇用の一般的な特徴）、特定の派遣先での就労を前提に労働契約を締結しているために、企業間での労働者派遣契約が解消された場合に（派遣労働契約の目的の喪失）、派遣労働契約の中途解約のケース（労契法17条参照）を別にすれば、派遣元での雇用保障が困難であるという登録型派遣の構造そのものに由来する。

他方で、登録型派遣のなかでも、本稿でいう真正な登録型派遣（労働力プール型）（前記(2)）であれば、ある有期労働契約が終了したとしても、派遣元での登録（待機）の状態に戻り、ふたたび別の企業間での労働者派遣契約を前提とした有期労働契約を締結するというかたちで、派遣元との関係は維持されることとなる。こうした真正な登録型派遣であれば、立法政策として、派遣先でなく派遣元に積極的に何らかの法的責任を課していく余地がある³⁴。その意味で、同じく登録型の派遣でも、当初からある特定の派遣先での派遣就労のみを予定し、ただ形式的に「登録」したうえで有期労働契約の締結をしたにとどまる派遣先限定の登録型（前記(3)）とは構造的に異なるし、労働者－派遣元間の派遣労働契約に対し、特定の派遣先が事実上関与している場合でも、その意味合いも大きく異

³³ 詳細は、拙稿・前掲注10書404頁以下を参照。

³⁴ たとえば、派遣元と登録（待機）状態にある者との関係によっては、ある特定の派遣労働関係（有期労働契約）の終了後も、登録状態にある者の希望等に応じて新たな派遣先を積極的に提案することや、登録者の能力開発に努めるといった派遣元の信義則上の義務や、それに違反した場合の損害賠償責任等が問題となりうる（詳細は、拙稿・前掲注10書408頁以下）。労働者派遣法も、不十分なが、こうした措置を講ずること等を派遣元に対して義務づけている（30条の7、30条1項2号および4号、施行規則25条の4・5等）。

なってくる。

筆者が登録型の派遣を2つに区別するのは、同じく有期労働契約にもとづく就労であり、単独の派遣労働契約だけに着目すれば大差のない登録型派遣においても、労働契約の締結以前あるいは終了後の「登録（待機）」段階まで含めて派遣労働関係を俯瞰すると、同じく「登録（待機）」後に期間を定めて労働契約を締結するとはいえ、派遣労働者に対する広義の雇用保障のほか、能力開発等に対する派遣元のコミットメントの程度、さらには労働市場における労働力の需給マッチング機能の点で大きく異なるものと評価でき、両者の違いをふまえた解釈論および立法政策が必要であるとの考え方による³⁵。

そして、労働契約の当事者ではない派遣先に対して、派遣労働者の雇用責任を積極的に課すことができるのは、登録型派遣のいわば濫用的な形態である(3)の類型であり、そこに対象を絞ったうえで、派遣期間の制限等とあわせて派遣先に雇用責任を課していくことが正当化される余地がある。これは主として立法政策の問題であるが、同時に、雇止め制限法理（労契法19条）の解釈のあり方を検討する際にも援用できると思われる。

派遣先限定の登録型では、労働市場において適切なマッチング機能を果たしているとも評価できず、むしろ、解雇規制を回避する手段として濫用的に用いられる可能性が少なくない。このタイプで派遣先が現実にも果たす役割や労働者が有する雇用継続に関する期待の内容に照らせば、こうした状況が継続する場合に、雇用責任を派遣先に転嫁することも正

³⁵ なお、本稿における登録型派遣の2つのタイプの区別は、あくまで理念的なものであって、現実には、両者の間に濃淡の異なる様々な派遣就労がある。たとえば、当初は真正な登録型として複数の派遣先での就労を繰り返すうちに、特定の派遣先で継続的に就労するように変化したという場合など、個々のケースに応じて、いずれに近いのかを検討する必要がある。しかし、それでも、派遣就労の実態が多様であるなかで、性格の全く異なる2つのタイプを理念モデルとして区別し、それぞれに必要な法規制のあり方を提示することには意義があると考えられる。

当化されよう。すなわち、派遣労働者の期待保護の観点から、労働契約の締結（更新）を派遣元でなく派遣先に対して強制するためには、(1)純然たる新規採用ではなく、実質的には雇用の終了と同視し得る状況にあることに加えて（雇用の出口問題への転移）、(2)そうした状況が派遣元でなく派遣先によって作出されたと評価できる事情が必要である（雇用責任の派遣先への転嫁）。一般には、派遣労働関係において(2)は認め難いが、派遣先限定の登録型であればこれを肯定する余地がある。

(7) 派遣先での雇用継続の合理的期待が肯定される場合

前述のように、派遣法40条の6のもと、派遣先での有期雇用での直用化が実現し、その後に派遣先が当該労働者を雇止めしたケースで、（直接雇用される以前の）派遣元と労働者間での有期雇用をとりまく実態を雇止めの適法性の判断において考慮する余地があるのは、派遣労働者が派遣元との関係で雇用が継続されることを、単に主観的に期待していたというだけでは十分でない。すなわち、こうした期待が合理的なものであり（派遣元での雇用継続の合理的期待）、かつ、そうした期待保護の要請を派遣元ではなく派遣先に帰責する根拠（派遣先においても雇用が継続されると期待することを基礎づける事情）がそれぞれ必要となる。

(a) 合理的期待が肯定され得る類型－派遣先限定の登録型

まず、前者について、雇止め制限法理（労契法19条）のなかでも、特に問題となる雇用継続の合理的期待（同条2号）の有無を検討する際には、労働者と派遣元との個別の派遣労働契約の目的、および労働契約の締結前後の派遣元への「登録（待機）」の実態に照らして、派遣労働者がある特定の派遣先での就労のみを念頭に、派遣元と労働契約を締結・更新してきたと評価できるケースが考えられる。この場合には、派遣先との間における雇用継続に対する合理的期待の有無を判断するうえで、かつ

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題（2）

ての派遣元と労働者との有期雇用をとりまく実態を考慮する余地がある。

前述のように、就業継続に関して派遣労働者が事実上もちうる期待としては、(1)労働者－派遣元間での雇用継続に関する期待と、(2)労働者－派遣先間での事実上の就労継続に関する期待という両面が密接に関係する。派遣先限定の登録型の場合には、(1)と(2)が事実上連動するのであり、派遣先に対して転移を認める余地があると考えられる。

一方、これ以外の場合、すなわち、真正な登録型＝派遣先無限定での登録型と評価できるケースで、派遣先での直用化後の雇止めが問題となる場合には、前述の(1)が認められても(2)が認められることは通常は考え難い。ある労働者について、派遣登録の実態や各労働契約の目的に照らして、当該関係のもとで、（派遣元での登録と労働契約の締結・更新を繰り返しながら）複数の派遣先での就労を予定しているようなケース（真正な登録型＝派遣先無限定での登録型）では、労働者としても特定の派遣先での就労継続を期待することが合理的とはいえない。すなわち、派遣元での雇用管理の実態から、派遣先に対して雇用責任を帰責させる根拠に欠けるといふべきだろう。この類型の事案では、もっぱら派遣先で直用化されて以後の事情から雇止めの適法性が判断され、それ以前の、労働者－派遣元間での有期雇用をとりまく実態について考慮する余地はないものと思われる。

(b) 派遣先への転移

こうして、派遣労働関係のなかでも、派遣先限定の登録型に近いタイプと評価でき、派遣労働者の雇用継続に対する合理的期待が認められるケースに限れば、派遣先での雇止めの適法性を評価するうえで、従前の派遣元での有期雇用をとりまく実態を考慮する余地が生じてくる（前述）。

しかし、この場合にも、こうした事情を、派遣先による雇用保障の問題として転移させる根拠が別途問題となる。

事案毎に判断するほかないが³⁶、たとえば、派遣先が、いわゆる特定目的の行為（派遣法26条6項³⁶）をはじめ、派遣元での労働者の採用等に直接的に関与しているような事情が認められる場合や、さらには、派遣元での個々の労働者の雇用管理について積極的に関与していると評価できる事情がある場合などが考えられる。

また、派遣労働者が派遣先で直接雇用されるに至った背景事情として、(1)違法状態（派遣法40条の6第1項各号）を解消するために、派遣元や派遣先の都合により派遣元での雇用が失われ、結果として派遣先での直用化が余儀なくされたようなケースと（労働者にとっては消極的な直用化の場合）、(2)派遣労働者が、派遣元での雇用継続も可能であったにも関わらず、自ら積極的に希望して派遣先での直用化が実現した場合とでは、評価が異なって良いように思われる。特に前者の場合には、労働者－派遣元間での雇用継続（前述の(1)）を危うくした責任が派遣先にもあるなかで、労働者の雇用・就労継続への期待を派遣先に対して転移させることにも、十分な理由があると考えられるからである。

5. 就業規則の適用関係

次に、派遣法40条の6のもと、派遣先での直用化が実現した場合における、派遣先の就業規則の適用をめぐる問題を整理しておこう。

派遣法40条の6のもとで新たに成立する労働契約は、派遣先による労働契約の申込みを法律で擬制し、これに対して労働者が承諾の意思表示をすることで設立したものである。労働条件の面では、労働者が派遣就労していた当時の労働条件と同一の内容で、派遣先が労働契約の申込み

³⁶ 同項によると、「労働者派遣（紹介予定派遣を除く。）の役務の提供を受けようとする者は、労働者派遣契約の締結に際し、当該労働者派遣契約に基づく労働者派遣に係る派遣労働者を特定することを目的とする行為をしないように努めなければならない」。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題(2)

をしたものとみなされている。ここでいう「労働条件」とは、従前の派遣元と労働者間の個別の労働契約で規定されたものに限らず、派遣元の就業規則や労働協約が派遣労働契約を規律していた場合には、その内容も含めて維持される。

その一方で、派遣法40条の6により成立する労働契約は、一般的には、あくまで個別の契約（特約）を根拠に労働条件を規律するものと解さざるを得ない。

たしかに、理論的には、労働契約の締結時（派遣先で直接雇用される際）に派遣先が合理的な内容の就業規則を派遣労働者に対して周知したケースで、特約（個別の労働契約）と抵触しない範囲であれば、派遣先の実業規則による契約内容の規律を認める余地はある（労契法7条、12条）。派遣法40条の6により派遣先の申込みが擬制される場合にも、具体的な労働条件について就業規則による規律を一律に否定すべき根拠はない。

典型的には、派遣先でパートやアルバイト、契約社員など非典型雇用の労働者に適用される就業規則がすでに存在するケースが考えられる。この場合に、(1)就業規則の内容が合理的であること（労契法7条）、(2)就業規則が派遣労働者に対しても採用（直接雇用）時に実質的に周知されていること（労契法7条）、(3)就業規則の合理的な解釈として、派遣先で新たに直接雇用される労働者にも適用し得ると解されること、(4)従前の派遣元との間で存在した労働条件を下回らないこと（労契法7条但書、派遣法40条の6第1項本文）の諸条件を満たせば、直用化後の労働条件について、この就業規則の規律が及ぶこととなる。

このようなケースで、就業規則と個別の労働契約の内容とが抵触する場合の法的処理については、一般的な解釈がそのまま当てはまる。すなわち、派遣就労当時の労働条件が、派遣先で適用される就業規則の基準に達しない場合には当該部分が無効となり、就業規則の定める基準で補

充される（労契法12条）。一方、派遣就労当時の労働条件が、派遣先で適用される就業規則の基準を上回っていた場合には、個々の労働契約において就業規則よりも有利な特約があるものとして、当該個別契約の内容が維持される（労契法7条但書、派遣法40条の6第1項本文）。

もっとも、派遣先で就業規則の周知がなされていないケースでは、派遣法40条の6の申込みみなしにより成立する労働契約は、それ単独で労働条件を構成し、就業規則による規律は及ばないと解するほかない。現実には、派遣法40条の6で直用化が図られるケースで、労働契約の締結時（労働者の承諾時）に派遣先の実業規則が周知されているケースは稀であろう³⁷。

こうしたなか、実務的には、(1)就業規則によらない、もっぱら個別の労働契約による雇用管理に徹するか、(2)派遣法40条の6とは別に、任意的に派遣労働者と新たに合意することにより、派遣先の実業規則が適用されることを前提として派遣先での直用化を図ることになろう。(3)あるいは、有期雇用での直用化のケースであれば、その後、労働契約を更新する際に、派遣先の実業規則が適用されることを確認すること（更新時の労働条件の変更）も考えられる。

このうち(2)と(3)のケースでは、労働者が、派遣法40条の6にもとづく

³⁷ 就業規則の実質的周知がない点で、個別の労働契約に対する契約内容規律効（労契法7条）が否定された例として、河口湖チーズケーキガーデン事件（甲府地判平成29年3月14日LEX/DB: 25545729）がある。同事件では、規則がファイルに閉じられて従業員控え室の棚に備え付けられていたとしても、労働者が就業規則として用いられていること及びその内容を認識できたとはいえ、労働者がこれを知ろうと思えばいつでも知り得る状態にあったとはいえないとして、就業規則の拘束力が否定されている。また、ムーセン事件（東京地判平成31年3月25日労経速2388号19頁）では、労働者らの入社時に作成された「雇用契約書兼就業条件明示書」で就業規則に言及されている部分があること、会社のパソコンの共有フォルダ内に「AP契約社員就業規則」等の名称の電子ファイルが保存されていることを指摘しつつも、会社が労働者に対し、就業規則を保存した場所やその内容を確認する方法について説明していたとは認められないこと等から、就業規則の契約内容規律効（労契法7条）が否定されている。

直接雇用の申込みみなし規制（派遣法40条の6）をめぐる解釈問題（2）

（派遣先の）申込みに対して承諾することを放棄したといえるかどうかの問題となる（→前号Ⅲ3(3)）。(1)任意的に直用化が図られた、(2)あるいは派遣法40条の6による直用化後に契約の更新がされたものの、(a)派遣法40条の6による申込みに対する「承諾」を放棄したと評価できない場合で、かつ、(b)派遣先の就業規則の内容が従前の派遣労働契約の水準を下回るケースでは、派遣労働者は、承諾可能期間内（派遣法40条の6第2・3項）であれば、原則として（信義則に反しないかぎり）同条による申込みを別途承諾することができるかと解される。これは、形式的には、従前の労働契約の黙示的な解消と新たな労働契約の締結ということになるが、実質的には、雇用関係そのものは維持しつつ、もっぱら労働条件の改善のみを意味するものであり、労働契約の更改と評価することもできよう。

6. 派遣元に固有の労働条件

以上のほか、派遣法40条の6による直用化をめぐることは、派遣先に承継されない労働条件としてどのようなものがあり得るかも問題となる。この点、施行通達によると、「立法趣旨に鑑み、申し込みをしたものとみなされる労働条件の内容は、使用者が変わった場合にも承継されることが社会通念上相当であるもの」に限定される。

一言で「労働条件」といってもさまざまなものがあるなかで、具体的には今後の解釈問題となるが、たとえば、派遣元に固有の派遣労働者としての教育訓練や福利厚生に関する制度などは、承継対象とならない典型例となろう³⁸。

³⁸ 具体例として、鎌田=諏訪編・前掲注1書347頁〔山川隆一〕は、派遣労働者としての地位に性質上固有といえる労働条件の定め（派遣元に派遣就業の遂行状況を報告する義務）や、派遣法30条の2所定の派遣労働者に特有な教育訓練が契約内容となっている場合を例示する。

承継される具体的な労働条件を画定する際には、労働者－派遣元間で明示を義務づけられた労働条件（労基法15条）を典型とする労働条件通知書の内容、待遇に関して説明された内容（派遣法31条の2）、就業条件を明示する書面（同34条）の記載内容などが手掛かりとなる。

一般論としては、(1)労働条件のなかでも、債務内容を容易に画定でき、かつ、制度の新たな創設等が必要でないものであれば、個別の労働契約による承継に馴染むものとして、原則として承継対象となるものと解すべきであろう。

(2)これに対して、派遣元の実業規則で制度化された集団的な労働条件のなかには、重要な労働条件であるものの、債務内容を具体的に特定し難いものもある。たとえば、派遣元の人事上の裁量権を基礎づける就業規則の条項などは、もっぱら派遣元に固有なものであることに加えて、債務内容の特定も容易でないなかで、原則として、個別の労働契約で派遣先へ承継されることはないと考えられる。

たしかに、前述のように、派遣法40条の6による直用化に際して、派遣先の実業規則による規律が当然に及ぶわけではない。そのうえで、派遣元の実業規則で規定された労働条件でも、派遣先に承継されないものが少なからずあるとなれば、結果として、労働条件の重要な部分で空白が生じることになる。それでも、上記(2)のような労働条件について承継することは、派遣労働者にとっても派遣先にとっても無用な混乱と負担を強いるものとして、原則として承継を否定すべきと考える。

いずれにしても、派遣労働条件をめぐる、現実的には派遣元での就業規則により規律されている部分も少なくないなかで、このうちどの部分について、派遣先との間の新たな労働条件として申込みを擬制するかをめぐっては、実務的には混乱が避けられないと思われる。

おわりに

本稿では、派遣法40条の6による派遣先での直用化をめぐる法的諸問題のうち、主として解釈論上の問題に焦点を絞り、同条が果たし得る役割と、その限界を探ることを試みた。申込みみなし規制をめぐるのは、その発動要件に関する解釈問題、同条1項各号それぞれの関係、法律で擬制された「申込み」に対する派遣労働者の「承諾」の意思表示のあり方、直用化後の労働条件のあり方など、多数の論点がある。端的に言えば、これらの多くは、労働契約の直接の当事者ではない派遣先に対して、法律によって労働契約の締結を強制することによる無理を露呈している面がある。

申込みみなし規制は、違法派遣の解消に伴う派遣労働者の保護に主眼があり、その目的から、無期雇用で直接雇用されるケースや、派遣元で雇用を喪失したことに伴って消極的に直用化が図られるケースを別にする、派遣先での直用化自体には、労働条件の改善という面でも、雇用保障という面でも、基本的に労働者にとってのメリットは乏しい。その一方で、派遣法40条の6には採用の自由との抵触という根本的な問題に加えて、解釈論としても、本稿で検討したように様々な課題がある。より本質的には、立法政策としてこのような仕組みが妥当か否か、再検討が必要であろう。

※本研究はJSPS科研費 22K01188の助成を受けたものである。