

ドイツ労働者派遣法における 擬制労働関係論の再検討 (1)

大橋 範雄

目次

- 一. はじめに
- 二. 立法目的および発生史
- 三. 9条1号による無効の法的効果
- 四. 擬制労働関係成立の意味
- 五. 擬制労働関係成立の諸前提
 - (1) 10条1項の射程範囲
 - (2) 擬制労働関係の例外
 - (3) 擬制労働関係の開始
 - (4) 契約締結に際しての許可の欠如
 - (5) 契約締結後の許可喪失 (以上本号)

一. はじめに

わが国の派遣法は1985年に制定され、翌86年に施行されてから30年が経過し、派遣労働者数も今日134万人に達している¹⁾。この間派遣法は、その性格を大きく変更する法改正を何度も経験し今日に至っている。ところで、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てきたといわれている。確かに両国の派遣法制間には類似点が存在することも事実であるが、他方、派遣労働関係の性質についての基本的認識およびそこからくる派遣労働者の保護に関する規定については根本的な相違点も存在するのである。そもそもドイツの派遣法は、1972年制定当初より、いわゆるネガティブリスト方式を採用し、派遣対象領域の原則自由化を前提としていたのに対し、わが国の派遣法は当初、専門性と雇用管理の特殊性という点に限定してポジティブリスト方式を採用したことからも分かるように原則禁止、例外承認を原則として出発したのであった。しかし、わが国の派遣法は、その後99年の法改正においてこの方針を根本的に転換し、ネガティブリスト方式を採用することにより、派遣労働の原則自由化という方向に舵を切ることになったのである。さらに2003年の法改正においてはそれまで禁止されていた製造業への派遣も解禁された²⁾。ある

1) 総務省労働力調査 (基本集計) 2016年3月分 (2016年4月28日公表) 参照。

2) 製造業への派遣の承認はわが国においては派遣労働者の権利保護という点から極めて問題のある法改正であるが、理論上は「雇用」と「使用」の分離した労働関係である派遣労働関係を承認する派

意味、これら一連の規制緩和をめざした法改正によってわが国の派遣法は、「雇用」と「使用」が分離した派遣労働関係を原則承認したことになり、その点ではわが国がモデルとしたドイツ派遣法と類似した理念を有した法律となったといえよう。この法改正により派遣労働が一挙に拡大し、2008年のリーマンショックに端を発したいわゆる“派遣切り”という現象が同年の年末に集中的に発生し、社会問題となったことは今なお記憶に新しいところである。

派遣法は“派遣切り”による派遣労働者の大量解雇を防ぐことができなかったという現実直面し、とりわけ、派遣労働者の保護規定の貧困さが問題となった。他方、派遣法成立当初から派遣労働の原則自由化を前提として出発しているにもかかわらずドイツにおいては、リーマンショックに際してわが国におけるような“派遣切り”による大量解雇により「年越し派遣村」の出現といった深刻な社会問題となるような現象は見られなかった。もちろんこの相違は両国における失業保険や社会保障法制の相違にもよるところが大きく、派遣法にのみその原因を求めることはできないが、それでも両国の派遣法制の違いを考えるうえで興味深い現実である。その後自民党主導内閣から民主党主導内閣への政権交代が実現し、民主党政権下の2012年3月に派遣法改正が行われ、それまでわが国の派遣法にはなかった違法派遣に際して派遣先と派遣労働者との間に「みなし」雇用を発生させるというドイツ派遣法10条1項における「擬制労働関係制度」と類似した法規定（40条の6）が導入されることになった。本来、派遣法上は契約関係にない派遣先と派遣労働者との間に一定の要件の下に労働契約関係の成立をみなすことを規定する「みなし」雇用制度の導入は、「雇用」と「使用」の分離した派遣労働関係において就労する派遣労働者の保護という観点からは重要な法改正であったといえよう³⁾。

ところが改正派遣法は2012年10月1日に施行されたのであるが、「みなし」雇用の成立を認めた法規定は、改正法施行3年後の2015年10月1日施行となったのであった。この間

遣法を制定した時点で、何故ポジティブリスト方式でなければならぬのかということの理由付けが必要となる。現実にはわが国の派遣法は唯一の契約上の使用者である派遣元の使用者性を追求する法規定もなく、使用者性が否定されたときの派遣先の使用者責任についての法規定も不十分であることから、このような中で製造業への派遣を承認することは、現実には派遣労働者の雇用不安を引き起こすことは容易に想像ができることであるし、現にリーマンショック後の「派遣切り」による派遣労働者の大量失業を見ればその危険性は明らかである。しかし、日本がモデルとしたドイツにおいては派遣法の成立当初より、ネガティブリスト方式をとっており、製造業派遣は、派遣法成立以前も成立後も派遣労働者が最も多く就労する分野であることには変わりがない。しかもわが国におけるような製造業における“派遣切り”が特別大問題となったこともない。むしろドイツにおいては派遣法制定時に最も問題となった点は「雇用」と「使用」の分離した労働関係が認められるか否かという点であった。この違いはわが国の派遣法をめぐる問題点を考える上においても極めて興味深い点である。

- 3) 派遣労働関係の特徴は、「雇用」と「使用」の分離にあるので、本来派遣先と派遣労働者との間には労働契約関係は存在しないのであるから、派遣法が「みなし」により派遣先と派遣労働者との間に労働契約関係の成立を認めることは、理論的には派遣労働の本質を根本的に変更する法改正となるのである。

再び政権交代が起こり、安倍内閣の下で「みなし」雇用に関する法規定が施行される以前に派遣法改正が行われ、派遣期間の上限規制が実質的に撤廃される等の重大な変更内容を伴った法改正案が過去2回の廃案を経て3度目で2015年9月成立し、「みなし」雇用制度が施行される前日の9月30日に施行されたのである。改正派遣法の紹介および問題点については多くの紹介や論評があり⁴⁾、本稿の主要テーマではないので詳細はそちらに譲るが、ここでは本稿のテーマとの関連において以下の二点だけを指摘するにとどめたい。

一つ目は、「業としての」派遣を行おうとする派遣元に対して、従来は労働者派遣を一般労働者派遣と特定労働者派遣とに分け、前者は許可制、後者は届け出制としていたのをやめ、「業としての」派遣を行おうとする派遣元に対して許可の取得を義務付けたことである(5条1項)。法理論上は派遣労働関係における労働契約上の唯一の使用者(=雇主)は派遣元ということになる。したがって、派遣元が労働契約上の唯一の使用者としての実体、すなわち、雇主として危険負担を負い得る実体を有していることが、「雇用」と「使用」が分離した派遣労働関係が成立し得るための不可欠な前提となるのである。そこで、派遣元がこのような実体を有しているのか否かについて所轄官庁によって厳格に審査されることが必要となってくるのである。それ故に所轄官庁による許可交付は、派遣労働に対する本質的要請と言わざるを得ない。この点でわが国の派遣法は今回の法改正によって、ようやく派遣法としての体裁を備えたといえよう⁵⁾。

二つ目は、従来の派遣法制定以来の基本理念であった「派遣労働は臨時労働である」という基本原則を破棄し、派遣期間の上限規制を撤廃した点である。そもそも派遣法は、「派遣労働は臨時労働である」との出発点から、改正前には原則1年、例外3年という派遣期間の上限規制を設けていたのであるが、改正派遣法は、この規制を一定の手続きの下で撤廃したのである。この法改正により、派遣労働は臨時労働から恒常的労働へとその性格を根本的に変更することになったのである。その結果、従来は派遣法によって派遣期間に上限規制が設けられていたのであるが、この上限規制が撤廃され、派遣先は派遣先従業員の過半数代表⁶⁾の意見を聴取し、派遣労働者を入れ替えさえすれば派遣労働を恒常的に

4) 労旬1845号(2015年)の特集「労働者派遣法改正のゆくえ」所収論考である沼田雅之「2015年労働者派遣法改正案の問題点」7頁以下、塩見卓也「『直接雇用申し込みみなし』規定の分析」19頁以下、北川健一「派遣法『改正』の経緯と背景」27頁以下、高橋賢司「平成27年労働者派遣法改正法の検討」季刊労働法251号(2015年)、小西康之「『期間』規制と労働者派遣のこれから」ジュリスト1487号(2015年)、本庄淳志『労働市場における労働者派遣法の現代的役割』(2016年 弘文堂)72頁以下参照。

5) 従来から派遣法では唯一の労働契約上の使用者は派遣元であると規定されていたにもかかわらず、特定労働者派遣事業に際しては届け出制となっており、これでは派遣元が真に労働契約上の使用者としての使用者責任を負い得る実態を有しているか否かを判断することができないので、当局による厳格な許可制が派遣労働法認の前提としているのがドイツ派遣法の出発点である。この点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』(1999年 法律文化社)(以下、『弾力化』と略す)8頁以下参照。

6) ドイツにおいては派遣先の従業員代表委員会委員選挙に際して労働者の基礎数に派遣労働者も算入されるが、わが国の派遣法における派遣先事業所の従業員数には派遣労働者は算入されない点で、

利用できるようになり、上限規制違反を回避するために従来利用されていた「クーリング期間」を設ける必要はなくなったのである⁷⁾。もちろん、同一派遣労働者を派遣先事業所の同一の組織単位に3年を超えて引き続き派遣する場合や派遣先の事業所ごとの業務について延長手続きを取らず、いったん労働者派遣が終了した後再度派遣を再開する場合には依然として「クーリング期間」が必要であることには変わりはない⁸⁾。2013年3月の改正派遣法によって新たに導入された「みなし」雇用に関する法規定が2015年10月1日から施行されたので、従来の上限規制が存していたならば派遣法違反に該当し、当該規定が適用され、派遣先と派遣労働者との間に雇用関係が成立することになったのであるが、今回の法改正により成立した派遣法が9月30日施行であることから、派遣先での過半数代表の意見聴取をおこなえば、派遣期間違反の派遣そのものが存在しなくなり、本来であれば成立する「みなし」雇用が成立しなくなるので、「みなし」雇用の適用範囲が狭まることになり、派遣労働者の保護という視点からは大いに問題となる法改正である。しかも「みなし」雇用制度は2013年3月の法改正によってはじめてわが国の派遣法の中に導入された制度であり、その施行が同改正派遣法施行3年後の2015年10月1日となっていたのであるから、今回の改正派遣法が同年9月12日に成立し、同年9月30日施行ということで、今回の法改正以前に改正された「みなし」雇用に関する法規定が施行される前日に後の改正法により、先に改正された法規定の一部が重要な変更内容を含むものであるにもかかわらず、一度も施行されることなくその効力の一部が失効するという大変奇妙な経緯をとることになったのである。もちろん、派遣期間違反以外の違法派遣に対しては40条の6が適用されるので、違法派遣に際して「みなし」雇用が適用されること自体には変わりはないが、派遣期間制限違反の派遣には適用されなくなったという点では「みなし」雇用の適用される違法派遣の範囲が狭められることになったといえるのである。わが国の「みなし」雇用発生の要件としての違法派遣には、様々な内容が含まれていることはドイツ法との比較において特徴的である。

他方、ドイツ派遣法には違法派遣に際して派遣先と派遣労働者との間に労働関係の成立を擬制する旨の規定（10条1項）が存在する。この制度については約30年前に初めて私が紹介し、これにより成立した労働関係を「擬制労働関係」と名付けた⁹⁾。この間ドイツ派

両者間に大きな差異が存する。大橋範雄『派遣労働と人間の尊厳』（2007年 法律文化社）（以下『尊厳』と略す）148頁以下参照。Vgl. Linsenmaier/Kiel, Der Leiharbeitnehmer in der Betriebsverfassung- “Zwei-Komponenten-Lehre” und Normzweckorientierte Gesetzesauslegung, RdA2014, s. 137f.

7) クーリング期間については、大橋範雄「派遣法改正に当たっての提言」大原社会問題研究所雑誌605号（2009年）、本庄淳志「派遣先での直用化をめぐる諸問題」季刊労働法231号（2010年）32頁参照。なお、ドイツに関しては大橋『弾力化』249頁以下参照。

8) 厚生労働省・都道府県労働局「平成27年労働者派遣法改正法の概要」（<http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunituite/bunya/0000077386html>）6頁参照。

9) 大橋範雄『「擬制労働関係」による派遣労働者の保護』労旬1179号（1987年）（大橋『弾力化』所収）41頁以下参照。

遣法も1972年の法制定から40年以上が経過し、とりわけ、80年代半ば以降の労働法の弾力化過程の中で、重要な原則をも含め大きく変更が加えられてきた。これについてはすでに指摘したところであるので¹⁰⁾、ここでは繰り返すことは避けるが、本稿のテーマとの関連で若干の重要な変更についてだけ指摘しておくことにとどめる。とりわけ、派遣法制定当初から派遣法の骨格を構成していた派遣期間の上限規制が度重なる延長の末、2002年ついに撤廃されるに至った。派遣期間に上限規制を設けるということは、ドイツにおいては派遣法制定をめぐって、「雇用」と「使用」の分離した不安定な労働関係である派遣労働関係に派遣労働者を長期にわたって投入することに対する批判とさらに派遣労働が常用雇用の代替として利用されることへの警戒から派遣法制定に対する強い批判が社会全体に広がっていたので、このような批判にこたえるためにも派遣労働はあくまでも臨時労働であり、決して常用雇用の代替として利用するものではないとの証しとして連邦政府は、派遣期間を短期に設定したのであったという歴史的経緯がある。それ故に、派遣法制定に際してのこのような歴史的経緯は、派遣期間の問題を考える際に決定的に重要な判断要素となるのである¹¹⁾。その後、派遣期間が雇用情勢の悪化を理由として延長されたときにも派遣期間の上限規制という基本方針には変更はなかったのである。その意味で、いわゆるハルツ改革による2002年の派遣法改正において派遣期間の上限規制が撤廃されたことは派遣法の基本的性格を左右する重大な本質規定の変更を意味する法改正であったといえよう¹²⁾。ドイツ法をモデルとしてきたわが国の派遣法にとっては、上限規制を撤廃した2002年の法改正は、今回のわが国派遣法改正の手本となったということもできよう。しかし、ドイツ派遣法にあっては派遣期間の上限規制の撤廃という派遣法の本質規定を変更するにも等しい重要な変更に際して、その代償措置としてこれまで「雇用」と「使用」の分離した派遣労働関係においては労働契約上の使用者は唯一派遣元であることを理由に理論的に不可能として拒否されてきたいわゆる均等待遇原則を派遣法中に導入したことは派遣労働者の保護という視点からは看過することのできない重要な法改正であった。これに対し、派遣期間の上限規制撤廃に際してもわが国の改正派遣法には均等待遇原則の規定が導入されなかったという事実は、両国の派遣法を比較する際に派遣労働者の保護という視点からは看過することのできない重要な差異である。

さて、ドイツ派遣法は2002年均等待遇原則の導入と引き換える形で、いったん撤廃した

10) 大橋『弾力化』223頁以下、同『尊厳』67頁以下および同「ドイツの労働者派遣法」和田肇他編著『労働者派遣と法』（日本評論社、2013年）278頁以下参照。

11) ドイツにおいては派遣法制定のきっかけとなった1967年4月4日付連邦憲法裁判所の判決により派遣を私的職業紹介として職業紹介の国家独占に反する旨の法規定が違憲と判断される以前には派遣は私的職業紹介であるとされてきた歴史的経緯から、派遣と私的職業紹介との違いを明確にする必要が生じた。そこで派遣法は、両者を区別する重要な基準として、臨時的・一時的労働力需要に対応するのが派遣であり、臨時的でないものは私的職業紹介となる旨規定したのである（旧派遣法1条2項、なお条文の翻訳については『弾力化』337頁参照）。したがって、派遣期間を臨時的といえる水準に限定する必要に迫られ、「3か月」という上限規制を導入したのであった。

12) 大橋『尊厳』91頁以下参照。

れ、派遣先と派遣労働者との間に労働関係が成立することになることから、同制度は、違法派遣に際してドイツ派遣法10条1項により派遣先と派遣労働者との間に擬制労働関係が成立するという点で一見類似しているように見えるが、果たして理論的に類似の制度といえるのであろうか。ドイツ派遣法にいう擬制労働関係は、労働契約を媒介として成立するのではなく、派遣労働者の保護という法目的から派遣法中に導入された法制度であり、結果として労働契約により派遣先と派遣労働者との間に成立した労働関係(=労働契約関係)と同様の法的効果をもたらすのに対し、わが国の「みなし」雇用制度は、違法派遣に際して派遣先が派遣労働者に労働契約締結の申込みをしたと「みなす」という制度であるから、派遣先と派遣労働者間には労働契約による労働関係が成立することになる点で、擬制労働関係と「みなし」雇用との間には大きな理論的相違が存するのである。すなわち、わが国の「みなし」雇用制度により成立する派遣先と派遣労働者との間の労働関係は、あくまでも労働契約を媒介として成立する労働契約関係であるのに対し、ドイツの擬制労働関係制度は、派遣法10条1項という法規定により派遣先と派遣労働者との間に強行的に創設された制度で、労働契約を媒介としていないという点において両制度間には根本的な相違がある。

にもかかわらず、その成立要件が違法派遣を前提としている点では両国の派遣法とも同じであるが、ドイツ派遣法にいう擬制労働関係成立要件としての違法派遣とは9条1号にいう無許可派遣の場合のみを意味し、その際には無条件で成立するのに対し、わが国の「みなし」雇用の場合には、派遣法は、無許可派遣に限定せず、「みなし」雇用が成立する前提条件を広くとらえ、しかも派遣先がその行為が違法であることを知らず、かつ知らなかったことにつき過失がなかった時には成立しない旨規定している(40条の6但し書き)点で日独両国の派遣法は大きく異なっているのである。

現行ドイツ派遣法では派遣は臨時的労働(1条1項2文)と規定されている。そもそも派遣法成立当初より、派遣期間に上限規制を置くことが派遣労働関係を承認する重要な要件とされていたのである。派遣法制定をめぐって当時からドイツにおいては、派遣労働が常用雇用の代替として利用されることを理由に強い反対意見が存在していたので、これに対する反論として派遣期間の上限を3か月と短期に設定したのであった。この3か月という期間が当時の連邦政府主張のように短期で常用雇用代替措置として十分なものであるか否かはさておき、とにかく派遣法は、派遣を臨時労働と考え、上限規制を超えた派遣を派遣法上の「派遣」概念から除外し、これを私的職業紹介ととらえていたので、派遣法上擬制労働関係による派遣先と派遣労働者との間に労働関係の成立をはかり、派遣労働者の保護をする必要はなかったのである。すなわち、当時の派遣法によれば派遣が派遣期間の上限規制を超えたときは、当該関係はもはや派遣労働関係ではなく、私的職業紹介となるのであるから(旧1条2項)¹⁶⁾、派遣労働者と派遣先との間には労働関係が成立することになったのである。その後ドイツ派遣法は、派遣期間については10年以上手を付けなかった

16) 旧規定の条文については、大橋『弾力化』337頁以下における派遣法の翻訳参照。

のであるが、80年代半ば以降の労働法の弾力化過程の中で、派遣法によってではなく、就業促進法（Beschäftigungsförderungs-gesetz）を制定し派遣期間を6か月へと延長したのである。その後、9か月、12か月さらには24か月へと延長し続け、ついに2002年には派遣労働への均等待遇原則の導入と引き換えにいったん廃止されることになったのであるが、これにより派遣法の立法趣旨である派遣労働＝臨時的労働という原則が根本的に変更されたわけではなかったし、派遣労働契約の存続期間にも大きな変化はなく、一貫してその多くは3か月未満と短期である¹⁷⁾。

さて、2008年 EU 派遣労働に関する指令は、派遣労働を臨時的労働と定義し、EU 各国に2011年末までに同指令を国内法化することを義務づけた。そこでドイツ派遣法も EU 派遣指令の国内法化の方針に従って変更されることになったのである。主要な変更点の一つが派遣労働は「臨時的」労働であるとの文言を1条の中に挿入したことである。派遣法はその際に、「臨時的」の内容については具体的に明記しなかったことから、当該規定の解釈を巡って、これをプログラム規定と解し、派遣期間の制限は存しないとの見解もある¹⁸⁾。しかし、具体的な規定が存在しないからといって、短期間の派遣を反復継続することや期間の定めのない派遣が「臨時的」労働概念に適合しないことは、EU 派遣指令の趣旨およびその国内法化を義務づけられ法改正された派遣法の立法趣旨およびドイツ派遣法制定当時の「派遣労働は臨時労働である」という立法趣旨からも明らかであろう。そもそもドイツ派遣法はその制定当初より、「雇用」と「使用」の分離した労働関係の是非をめぐる大

17) 派遣期間の上限延長は、80年代半ば以降急速に進行したが、その理由は、派遣期間の延長により派遣労働者の雇用の安定が図られるということであった。しかし、現実には政府の統計資料からも分かるように、派遣期間の延長によっても派遣労働者の労働契約期間は伸びず、終了した労働契約の多くが3か月未満であったことから分かるように、派遣期間の延長は派遣労働者の雇用の安定には繋がっていないことが明白となったのである。この点については大橋『弾力化』187頁の表6-8参照。さらに2004年以降派遣期間の上限規制が撤廃されたのであるが、連邦政府の10次報告によっても2004年時点で派遣労働者の終了した労働契約期間は3か月未満が約60%であり、派遣期間の上限規制の延長及び撤廃と派遣労働者の雇用の安定とは直接関連性がないことを示している。この点については、大橋『尊厳』78頁以下参照。その後2010年の11次報告においても2008年12月時点で派遣労働者数66万7373人のうち1週間未満が5万8038人、1週間から3か月未満が28万3269人と報告されており、半数以上が3か月未満で終了している点では一貫している（Vgl. BT-Drucks. 17/464, s. 48, Tabell 16.）。同様の傾向は、12次報告（BT-Drucks. 18/673）においてもみられる。同報告によれば、2012年12月時点で派遣労働者数82万2379、合法派遣元数は1万8024で規模は2009年から2012年までは75%が50人以下の派遣労働者を雇用し、このうち40%が10人未満の派遣労働者を雇用しているとされている（BT-Drucks. 18/673, s. 25 f.）。また同時点で終了した労働関係数は65万8146で、そのうち3か月未満が49%（BT-Drucks. 18/673, s. 40 Tabell 10）であり、連邦雇用エージェンシーによれば、派遣労働以外のすべての就労形態においては、派遣労働における労働関係の終了期間の5倍強の長さであると報告されている（BT-Drucks. 18/673, s. 29）ことから分かるように派遣労働関係の存続期間はかなり短く、派遣期間の上限規制の緩和および撤廃が派遣労働者の雇用の安定には繋がっていないことがわかる。なお、派遣期間の弾力化過程については、大橋『弾力化』223頁以下および同『尊厳』67頁以下参照。

18) この点については、高橋前掲書79頁以下および本庄前掲書370頁以下参照。

論争から派遣を臨時労働と位置づけ出発しており、派遣労働の本質に何ら変化はないのであるから、今回の法改正による派遣労働の臨時的性格の派遣法中への導入は直接的には確かにEU指令の国内法化によってもたらされたものではあるが、これは単にそれまで上限規制に関する規定を有していなかった派遣法の中にEU派遣指令の国内法化によって「臨時的」という文言を挿入したというのではなく、本来制定当初より約30年間にわたって「派遣は臨時労働」という基本理念に基づいて上限規制に関する規定を有していたドイツ派遣法の法体系の中で再び派遣を「臨時的」と再定義したことおよびドイツ派遣法体系全体から総合的に判断すれば、むしろ派遣法の出発点を再確認したものであると考えることの方が法改正の趣旨の正しい理解といえよう¹⁹⁾。事実、法改正後に出された判決においては短期の派遣の更新により長期に及んだ派遣を1条1項2文違反であるとの判断を示している。ただし、派遣法旧規定のように上限規制違反の派遣を私的職業紹介とみなす規定が現行法には存在しないことから、1条1項2文違反の臨時的派遣でない派遣の法的効果として派遣先と派遣労働者との間に労働関係の成立を認めることに対しては否定的である²⁰⁾。このように違法派遣に際して派遣先と派遣労働者との間に労働関係が成立するといってもわが国とドイツの派遣法との間ではその成立要件や内容、ひいては派遣労働関係の本質に関する理解が大きく異なっている。私は約30年前にドイツ労働者派遣法10条1項の研究を通し、当該規定により成立する労働関係を「擬制労働関係」と名付け、その解明を試みた

19) 連邦政府は連立を組むCDU/CSUとSPDとの間の2013年12月16日付け連立協定(Koalitionsvertrag)に基づき「臨時的」の期間を18か月と決定し2017年1月実施を予定している。この点については本庄前掲書375頁以下参照。ただし、ドイツにおいても派遣期間の上限を18か月にし、派遣労働者のみを交代させることによって派遣労働が恒常的労働の代替となる危険性を指摘する見解がある。Vgl. Seel, Neue Spielregel für die Arbeitnehmerüberlassung-Eine Analyse des Referententwurf des AÜG, öAT2016, s. 28f.

20) BAG v. 10. 07. 2013 AP AÜG § 1 Nr. 33におけるBAGの見解をその後の裁判例も踏襲して「臨時的」でない派遣を1条1項1文違反と判断している。その他BAG v. 03. 06. 2014-9AZR829/13. および同日に下されたBAG v. 03. 06. 2014 APAÜG § 1 Nr. 35やBAG v. 29. 04. 2015 AP AÜG § 1 Nr. 37等がある。「臨時的」の意味を厳格に解し、派遣による恒常的職場の代替を認めない見解も存在する。Vgl. Fütterer, Prozessuale Möglichkeiten zur Durch-Setzung des Verbots der nicht vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung gem. § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG nF., AuR 2013, s. 120. ところで、「臨時的」の内容を18か月とした場合にも「人＝派遣労働者」に対する規制とみるか「職場」に対する規制とみるかによって結果は全く違ったものになってくる点は注意を要する。すなわち、前者の見解をとるならば、派遣労働者を「18か月」ごとに交代すれば、派遣先は永久的に派遣労働者を利用できることになり、この点ではわが国の派遣法と同様派遣が恒常的労働の代替として利用される可能性が生じるのに対し、後者の見解をとれば派遣労働は「18か月」を超えて利用できないことになる点でどちらの解釈を採用するかによって結果において大きな差異が発生することになるのである。また派遣期間の長さについてはこれを有期労働契約法14条2項1文における「2年」の上限規制に合わせることを求める見解も強く主張されているが、これなど派遣労働は、「雇用」と「使用」が分離した労働関係であるのに対し、有期労働は直接雇用であるという本質的な相違が両者間にあることを無視した議論であるといえよう。これらについてVgl. Hamann, Umsetzung der Vorgabe "vorübergehend" in der Leiharbeitrichtlinie Regierungsemp-Fehlungen an den nationalen Gesetzgeber, NZA 2015, s. 905.

ことがある。しかし、その後ドイツ派遣法も幾度となく重要な法改正を重ね、今日に至っていることは既述の通りである。派遣法は度重なる改正により原則にかかわるような重要な法改正を経験してきているのであるが、その中にあっても擬制労働関係制度は制定当初より今日に至るまで一貫して存在し続けてきている。わが国における擬制労働関係に関する本格的な理論研究は今日に至るまで私の研究以外には存在せず、いまだにしばしば引用されているというのが現実である。そこで、再度、擬制労働関係についてその後の私自身の研究成果やドイツにおける研究成果を踏まえ、再検討を加える意義は少なくないと考え、本稿において再検討を試み、今日的意義を解明することにした。

二. 立法目的および発生史

10条1項は、9条1号および2号による無効原因を理由とした派遣元と派遣労働者との間の派遣労働契約の無効後の法的効果について規定している。すなわち、10条1項による派遣先と派遣労働者との間に労働関係の擬制が成立するための前提条件は、9条1号により派遣元と派遣労働者との間の派遣労働契約が無効となることである。したがって、10条1項による擬制労働関係の成立に際してはいわゆる二重の労働契約関係は明確に否定されている点に特徴がある。9条1号および2号以外の9条2a号、3号、4号および5号による契約の無効は、10条1項の適用対象外となる。これは、10条1項の規定の核心は、派遣先と派遣労働者との間の労働関係の法的擬制という点にあり、たとえ完全とまではいえなくとも違法派遣（＝無許可派遣）の清算のための規定であるからである。この点については有力説も含め、見解の相違は見当たらない²¹⁾。10条1項による擬制労働関係は、違法派遣の私法上および社会法上の責任と個々の違法派遣先に対する罰則との両方を課すものであると考えられている。したがって、擬制労働関係成立のための前提となる違法派遣は、その存立が許されざるきわめて強い違法性をおびた労働関係であるから、派遣元と派遣先との間の労働者派遣契約とともに派遣元と派遣労働者との間の労働契約も無効とならなければならない、擬制労働関係においては二重の労働契約は否定され、派遣先との間にのみ労働関係の成立が擬制されるとの考えに基づいている点に、ドイツ派遣法における擬制労働関係の特徴が存在するのである²²⁾。

10条1項の規定は派遣労働者の保護を主要目的としており、その目的実現のために労働契約上予定された派遣元との間の労働関係に代えて、派遣先との間に法律上擬制された労働関係（＝擬制労働関係）の成立という法的効果を生じさせるのである。そのうえ擬制労働関係という法制度は、無許可派遣に際して派遣先が望まない派遣労働者との間に労働関係を法的に成立させることにより間接的に派遣労働の監視機能を果たすことが期待されているのである²³⁾。さもなければ派遣先は派遣労働を利用することはせず、最初から労働者を

21) Schüren/Hamann, AÜG4. Aufl. 2010 § 10Rn. 1., Thüsing/Mengel, AÜG § 10Rn. 1., Urban-Crell/Germakowski, AÜG2. Aufl. 2013, § 10Rn. 2., Ulber, AÜG4. Aufl. 2011 § 10Rn. 1.

22) Motz, Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 39 Edition, AÜG § 10 Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit, Pflichten des Arbeitgebers zur Gewährung von Arbeitsbedingungen, Rn. 1.

直接雇用していたはずであるから、派遣先にとっては派遣労働者との間に労働関係が成立する事態は何としても回避したいと考えることは容易に想像できることである。擬制労働関係制度は派遣法によって創設された制度であるから、派遣先は、本来望まない派遣労働者との間に労働関係の成立が擬制されることを回避するために派遣元の派遣許可の取得の有無および当該派遣の適法性の入念な審査を実施するようになることが考えられる。このように派遣先が派遣労働者を利用する際には当該派遣が合法か否かに強い関心を抱くことになり、その結果、無許可派遣元は顧客である派遣先を見つけることが困難となることから、派遣元は許可取得に努めるようになるので、擬制労働関係は、間接的に派遣に対する監督機能を有すると考えられている²⁴⁾。有力学説である Thüsing/Mengel の見解もまた、10条1項の派遣法への導入の意義は直接的には派遣労働者の保護を目的としているが、副次的には派遣先がより厳格な基準で派遣元を選択することにより、派遣元に対する監督効果がある旨主張しており²⁵⁾、このような見解は、ドイツにおいては派遣法制定当初より今日に至るまで、強力に主張されてきている²⁶⁾。

このような見解が成立するためには連邦雇用エージェンシーによる許可交付が派遣元の使用者としての信頼性判断に際して実質的意味を有していなければならない。したがって、連邦雇用エージェンシーによる形式的審査で許可が自動的に付与されるのではなく、許可交付は派遣元が通常の雇主としての実体と責任を有しているということであり、これは、「雇用」と「使用」の分離した派遣労働関係成立の前提条件を派遣元が充足していることを意味し、擬制労働関係制度の本質を考察するうえで看過できない重要な前提である。

ところで、2002年12月31日まで有効であった10条1、2および4項の各旧規定は派遣法制定以来改正されずに存続し続けて来たものであり、労働および社会秩序委員会ならびに政府案および担当部局提案についての法務委員会の修正案に基づいて制定されたものであった²⁷⁾。その中にあって10条3項は、社会保険料不払いに際しての使用者に対する罰則を規定した1986年刑法266a条の刑法上の不備および違法派遣への適用範囲の拡大のために導入されたものであるとされている²⁸⁾。2002年1月1日ドイツ派遣法史上初めて当時の新規定である10条5項において均等待遇規定が導入される重要な法改正が実施され、さらにその後の法改正を経て2002年12月23日付労働市場サービス労働の近代化のための第一法律により、2003年1月1日以降現行規定が導入されることになったのである²⁹⁾。その際に当該

23) ErfK/Wank, § 10Rn. 1., Urban-Crell/Germakowski, AÜG, § 10Rn. 2.

24) このような見解は、派遣法制定当初より存在している。この点については大橋『弾力化』49頁参照。

25) Thüsing/Mengel, AÜG, § 10Rz. 2.

26) Vgl. Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 10Rn. 3., Boemke/Lembke, AÜG, § 10Rn. 6., ErfK/Wank, § 10Rn. 1., Urban-Crell/Germakowski, § 10Rn. 1f., Ulber, AÜG § 10Rn. 5, 9f.

27) BT-Drucks. 6/3505, s. 3, 8., 詳細については、Vgl. Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 1f.; Boemke/Lembke, § 10Rn. 2.; Schüren/Hamann, § 10Rn. 6ff.; Ulber, § 10Rn. 2f.

28) Boemke/Lembke, § 10Rn. 2.

29) 均等待遇原則の導入過程の詳細については、とりわけ、大橋『尊厳』92頁以下参照。Vgl. Urban-Crell/Germakowski, Einl. Rn. 31ff.

規定は、3条における拒否理由および9条による無効理由の変更に対応するように改正されたのであった。すなわち、3条および9条において規定されている拒否理由および無効原因も、それまでの条文には存在しなかった均等待遇違反に関する規定を10条5項に新たに導入したことにより、追加される形で、10条5項に合わせて改正されたのである。これに対して10条1項ないし3項は、ほとんど改正されていないのであるが、その中において2項はその立法趣旨を明確にするために9条1号による無効に限って、2項の損害賠償請求権が発生する旨補足した法改正であって、他に何も新たな理論上重要な変更を伴った改正ではなかったのである。なお、10条2項の派遣元に対する派遣労働者の損害賠償請求権については、今日に至るまで派遣労働者の権利保護という点からは実質的意味は大きいものとはいえないのである。しかし、派遣労働関係においては派遣元が唯一の契約上の使用者であるということが原則でありかつ派遣労働関係存立の前提条件であるから、派遣許可による使用者責任の実質的担保および使用者責任から契約上の使用者である派遣元に対する損害賠償請求権を派遣労働者に承認したことの理論的意義は依然として大きいといえよう³⁰⁾。

いずれにせよ2002年法改正により均等待遇実施義務が派遣元に課せられ、同義務違反は許可の拒否理由（3条1項3号）および9条1号による無効理由となり、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ったことは、10条5項に対する批判もあるが³¹⁾、理論上は重要な法改正であったといえよう。今日では旧10条4項および10条5項は、旧3条1項6号の削除に合わせて削除され、代わって9条2号による均等待遇命題を保障するために10条4項が導入されているのである。旧19条の経過規定により、10条4項の規定内容は、2003年1月1日以前に創設された旧派遣労働関係に、さらに2004年1月1日以降はすべての派遣労働関係に適用されていたのである。結局、経過規定により旧規定は2003年12月31日まで適用されていたのであるが、2011年12月1日施行の改正派遣法により現在では10条4項は改正され、9条2号による無効に際して、重要な労働条件の保障に関する派遣元の義務が規定されているのである。とりわけ、派遣元の当該義務違反は、16条1項7aにより秩序違反の構成要件に該当することになったのである³²⁾。さらに新規定である10条5項は派遣労働者に最低賃金請求権を明確に承認しているのである。

このように度重なる法改正を経て派遣法は今日に至っており、擬制労働関係について規定した10条についてもとりわけ、均等待遇原則の導入に伴いその内容が豊富化されてきたのである。しかし、違法派遣に際して派遣先と派遣労働者との間に擬制労働関係の成立を規定する10条1項については派遣法制定当初より今日に至るまで不変である。そこで、同規定が有する今日的意義を再検討することは派遣労働者の保護という視点からも有意義であると考えられる。

30) BT-Drucks. 15/25, s. 39. なお10条2項の派遣元の損害賠償義務の詳細については、大橋『弾力化』67頁以下参照。

31) この点については大橋『尊厳』97頁以下参照。

32) Vgl. BT-Drucks. 17/4804, s. 10.

三. 9条1号による無効の法的効果

ドイツ派遣法はその制定当初より今日に至るまで、一貫して当初は「業としての」派遣を行おうとする派遣元に対し、現在では「業としての」に代え「経済活動としての」派遣を行おうとする派遣元に対し当局（連邦雇用エージェンシー）の許可の取得を義務づけている³³⁾。したがって、無許可派遣に際しては9条1号により、派遣先と派遣元との間の労働者派遣契約および派遣元と派遣労働者との間の派遣労働契約（＝労働契約）の両契約ともに無効となる。これは派遣許可を有していない派遣元は、それ自身が契約上の使用者＝雇主としての使用者責任を有していないものと派遣法は理解し、このような使用者との契約は、無効となり、派遣先と派遣労働者との間に労働関係が擬制されると判断していることを意味しているのである³⁴⁾。このことから分かるようにドイツ派遣法は、「雇用」と「使用」の分離した労働関係という特殊な労働関係においては労働契約上の使用者は派遣労働者に対して契約上の使用者としての使用者責任を負いうる実態を有していなければならないという基本認識を基礎としていることが読み取れるのである。そこで法は、派遣元との間の労働契約が無効となると同時に派遣労働者の保護が必要となることから、10条1項により指揮命令権者である派遣先と派遣労働者との間に擬制労働関係を創設したのである。すなわち、9条1号により両契約がともに無効となって初めて、10条1項により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るのである³⁵⁾。

ところで、このように10条1項により擬制労働関係が成立するためには、9条1号に規定するすべての前提が揃うことが必要となると考えられている³⁶⁾。すなわち、当該派遣が派遣元の許可不保持により無効となった場合にのみ、擬制労働関係が成立するのである。

さて、旧1条は、派遣法の適用対象となる労働者派遣を「業として」の派遣に限定していたので、「業としない」派遣には許可は必要ではなかったのである。しかし、現行法は、2008年のEU派遣指令の国内法化による法改正の結果、新规定である1条において「業としての」派遣に代えて「経済活動として」行われる派遣が許可対象と変更になったのである。その結果、現行派遣法において10条1項による擬制労働関係が成立するのは、「経済活動としての」派遣が無許可派遣元によって行われた場合にのみ成立することになったのである。しかし、派遣法は、「経済活動としての」派遣については明確な定義を有していないのであるが³⁷⁾、「経済活動としての」派遣と「業としての」派遣の違いは、後者が営

33) 現行派遣法においては許可取得義務者を「業としての」派遣から「経済活動としての」派遣を営もうとする派遣元に変更されたが、この点については、大橋範雄「ドイツの労働者派遣法」和田他編著『労働者派遣と法』（日本評論社、2013年）293頁以下参照。

34) Vgl. Schüren/Hamann, § 10Rn. 44., Ulber, § 10Rn. 4., Boemke/Lembke, § 10Rn. 7.

35) この点についてドイツにおいては学説上共通認識となっている。Vgl. Boemke/Lembke, § 10Rn. 13ff., ErfK/Wank, § 10Rn. 2., Sandmann/Marschall/Schneider, Art. 1 § 10Rn. 22., Schüren/Hamann, § 10Rn. 34., Ulber, § 10Rn. 17., Urban-Crell/Germakowski, § 10Rn. 6., Thüsing/Mengel, § 10Rn. 4.

36) Boemke/Lembke, § 10Rn. 10.

37) Ulber, § 1Rn. 196.

利目的³⁸⁾としてなされる派遣であるのに対し、前者は、「商品またはサービスを特定の市場に提供することに目的があるすべての活動」を目的とした派遣であるので、必ずしも営利目的としてなされる「自己の経済活動」だけではなく³⁹⁾、例えば、教会等の慈善活動としてなされる場合にも許可が必要なこともある点で、以前の「業としての」とは異なって広くとらえているのである⁴⁰⁾。もちろん、純粋な慈善活動、福祉活動、学術活動や芸術活動については「経済活動」から除外されることは言うまでもないことである⁴¹⁾。

9条1号以外の理由による契約の無効、たとえば、瑕疵ある代理、書式要件不備等の理由による労働者派遣契約または派遣労働契約の無効に際しては、10条1項による擬制労働関係は成立しないのである⁴²⁾。そもそも「雇用」と「使用」が分離した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、すなわち、雇主とされるわけであるから、派遣元が雇主としての危険負担を負い得る実体を有していることが派遣労働者の保護にとって不可欠であるとの立場に立って、10条1項により派遣労働者の保護を図っているのである。したがって、擬制労働関係が成立するのは、9条1号違反を理由とする両契約無効の場合に限定されることになるのである。10条1項に規定する擬制労働関係は、黙示の労働契約によって成立するのではなく、派遣労働者の保護を目的として派遣法によって創設された法制度であるという点に特徴がある。この点はわが国において2015年10月1日施行の派遣法40条の6に規定する「みなし」雇用制度とは決定的に異なるのである。ドイツ派遣法では無許可派遣が問題となるケースは9条1号のみではなく、無許可派遣元による違法就労外国人の派遣に際して派遣元および派遣先に対する刑罰を定めた15条以下のケースがあるが、9条1号違反を理由として派遣労働契約および労働者派遣契約が無効となった場合以外では10条1項による擬制労働関係は成立しないのである。15条以下に規定する無許可派遣元による違法就労外国人の派遣に際しては、当該外国人が就労許可を有していないことを理由に派遣先と派遣労働者との間に擬制労働関係は成立しないとされている⁴³⁾。すなわち、擬制労働関係が成立するための前提とした、派遣労働者が合法的に就労可能な場合に限定されることになるのである。

四. 擬制労働関係成立の意味

9条1号により労働者派遣および派遣労働契約が無効となった場合には、10条1項により派遣先と派遣労働者との間に「労働関係が成立したとみなす」旨規定されている。同規定により立法者は、派遣先と派遣労働者との間に労働関係を強行的に成立させたのである。同規定は、派遣労働者側からすれば使用者の交代を一方的に命じられたことを意味するの

38) Boemke/Lembke, § 1Rn. 46.

39) Boemke/Lembke, § 1Rn. 49., Urban-Crell/Germakowski, § 1Rn. 89a.

40) 大橋前掲註33書294頁以下参照。

41) Urban-Crell/Germakowski, § 1Rn. 89c.

42) Thüsing/Mengel, § 10Rn. 5.

43) Vgl. Boemke/Lempke, § 10Rn. 15., Urban-Crell/Germakowski, § 10Rn. 6.

である。したがって、10条1項にいう擬制労働関係は、同規定に定める要件が成立すれば、関係当事者である派遣労働者、派遣元および派遣先の意思とは無関係に三面関係である派遣労働関係が解消され、派遣労働者の使用者が派遣元から派遣先に強制的に変更されることを意味することであり、この制度は、黙示の合意による労働契約の成立といった契約論とは別次元のもので、不安定な身分に置かれている派遣労働者の保護という視点からドイツ派遣法によって創出されたドイツ派遣法独特の法制度であるとの認識でドイツにおいては一致しているのである⁴⁴⁾。したがって、10条1項により成立した擬制労働関係は、関係当事者である派遣労働者、派遣元および派遣先にとっては自らの意思で自由にできない不可変的効力を有しているとされている⁴⁵⁾。それ故に労働者は、BGB613a条6項による事業移転に際して認められている労働者の異議申立権とは異なり、擬制労働関係における使用者変更に対して異議申立権を有しておらず、派遣先に対する即時解約権のみを有することになる⁴⁶⁾。結局、10条1項による擬制労働関係の法的効果は、関係当事者の合意や契約の自由という原則とは無関係に直律強行性を有しているという認識について争いはないという事実は、擬制労働関係の性質およびわが国派遣法における「みなし」雇用制度との比較を考えるにあたって無視できない重要な点である。擬制労働関係は、派遣労働者の保護目的、すなわち、公法的目的により導入された制度であることから、契約の自由の名の下にこれを否定することはできないとされている⁴⁷⁾。ドイツでは派遣労働関係は不安定な労働関係であるから、このような特殊な労働関係において就労する派遣労働者の保護が重視されており、その一つの現れが立法による擬制労働関係制度の創設であると考えられる。したがって、擬制労働関係制度の公法的性格から、当然、その内容についても限定的に理解することが要請されるのである。すなわち、派遣労働関係は、派遣元が唯一の契約上の使用者としての実体を有する場合にのみ成立する特殊な労働関係であるから、無許可派遣元による派遣労働者の派遣は、公序違反と考えることができ、派遣労働者の保護という視点から、9条1号により当該三面関係を無効とし、新たに派遣先との間に擬制労働関係の成立を認めることは合理的な解釈といえよう。

五. 擬制労働関係成立の諸前提

(1) 10条1項の射程範囲

ここで10条1項による擬制労働関係の射程範囲について考えてみよう。これまで、労働

44) この点については私もすでに指摘しているところであるが、擬制労働関係制度は、法律によって創設された制度であるから、派遣元と派遣労働者との間の労働契約が無効となる必要はないとの解釈論は成立する余地はないのである。

45) Vgl. Boemke/Lembke, § 10Rn. 22., Schüren/Hamann, § 10Rn. 40.

46) Vgl. Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 10Rn. 4, 10, 38., Schüren/Hamann, § 10Rn. 4., ErfK/Wank, § 10Rn. 8., Urban-Crell/Germakowski, § 10Rn. 7f., Motz, Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 39. Edition, AÜG, § 10Rn. 2.

47) Vgl. Ulber, § 10Rn. 9., Schüren/Hamann, § 10Rn. 36, 40f., Boemke/Lembke, § 10Rn. 10., Thüsing/Mengel, § 10Rn. 6., BT-Drucks. 6/2303, s. 14.

法をはじめとする国内法は、国家の主権の及ぶ範囲内で効力を有すると考えられてきたし、労働法を含めた派遣法もドイツ国内だけの適用を考えていれば十分であった。しかし、グローバル化が進行し、EU域内においてはヒト、モノ、サービスの流れが自由化されるようになると、派遣労働者が外国の派遣先で就労するケースが発生する。この点がかつて擬制労働関係論について論文を発表した当時とは派遣労働をめぐる状況が根本的に違っている。そこで、本稿ではこの点について新たに検討することにしよう。

ドイツ国内に住所を有する派遣元が無許可派遣を行った場合に、国外の派遣先との間に擬制労働関係が成立することになるのかという疑問がわいてくる。この点については10条1項による擬制労働関係は、当該規定が属地主義原則により国内に限られているので、国外への派遣に対しては適用されず⁴⁸⁾、派遣労働者には10条2項による派遣元に対する損害賠償請求権しか残されていないと考えられている⁴⁹⁾。したがって、違法派遣によって派遣労働者が損害を被った場合の救済方法は、10条1項による派遣先との間の擬制労働関係によってではなく、2項による派遣元に対する損害賠償請求権しかないことになるのが現実である。しかし、派遣労働者の保護という視点から考えれば、10条2項による派遣元に対する損害賠償請求権の内容は、履行利益ではなく、信頼利益に限定されることになるので、理論上はともかく、実際には派遣労働者の権利保護にはあまり貢献しないといえよう⁵⁰⁾。結局、10条1項における擬制労働関係は、違法な国外への派遣には、たとえ9条1号の要件を充足したとしても適用されないという限界を有していることがわかる。この限界を克服するためには、少なくともEU派遣指令において10条1項のEU諸国への適用を規定する必要があるが、現実にはそのような規定はEU派遣指令中には存在せず、むしろ、ドイツの擬制労働関係制度はEU内でもドイツ法の擬制労働関係制度は例外として存在していることから、外国への違法派遣に同制度を使って派遣労働者の保護を図ろうとすることは不可能といわざるを得ないのである。

(2) 擬制労働関係の例外

擬制労働関係は、9条1号により派遣元と派遣先との間の労働者派遣契約および派遣元と派遣労働者との間の派遣労働契約が無効になったとき10条1項により成立するのであるが例外が存在する。すなわち、10条1項の保護目的は専ら、派遣労働者の派遣元に対する契約上の請求権の喪失に代わる補償として、派遣先に対する同等の請求権を承認するという点に存するのであるから、派遣先が誠実に振舞い、かつ派遣労働者が11条3項により、許可の喪失や更新拒否、取消し等の事実について派遣元から遅滞なく通知を受け、当該労働者派遣の違法性を承知した上で実際に就労していない場合には、派遣労働者が派遣先での実際の就労以前に10条1項による法的効果を主張することは信義則違反を理由に許されないと考えられている⁵¹⁾。この他労働者派遣契約によって派遣元は、派遣労働者を派遣先

48) Motz, Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 39. Edition, AÜG § 10, Rn. 6.

49) Vgl. Ulber, Einl. Rn. 45 ff., § 10 Rn. 4, 14., Thüsing/Mengel, § 10 Rn. 7.

50) 大橋『弾力化』67頁以下参照。

に派遣する義務を負うが、これはいわゆる種類債務であって、その時点では派遣労働者は特定されておらず、これを特定するのは派遣元であるから、実際の就労に際して初めて派遣労働者が特定されるので、就労以前に擬制労働関係が成立するとすれば擬制労働関係の一方当事者である派遣労働者を特定することができないことを理由に、実際の就労以前には派遣労働者は擬制労働関係の成立を主張できないとの見解も存在するのである⁵²⁾。この点はわが国の派遣法40条の6但し書きにある派遣先が違法派遣だということを知らなかったことに故意過失がなかった場合に「みなし」雇用は成立しないとの規定とは根本的に違っている。

しかし、派遣労働者は、当該派遣の合法性に疑念を抱いていたとしても就労拒否が現実には可能であったのか否かが重要な判断基準となるのである。派遣労働者は通常の労働者と比較しても弱い立場におかれているのであるから、拒否の自由は失業の危険性に曝されることにつながり、そうだとすれば、もしそのような状況下で違法派遣を承知で就労していたとしても、そのことをもってその責任を一律に派遣労働者に転化することは、擬制労働関係創設趣旨からいっても正しい法適用とはいえないであろう。したがっていかなる場合が例外事例に該当するかを確定することが重要であり、さもなければ10条1項の実践的意味がなくなってしまうであろう。

(3) 擬制労働関係の開始

擬制労働関係は10条1項により成立するドイツ派遣法独特の法制度であるが、それではいつの時点で成立するのであろうか。10条1項によれば、派遣元と派遣先との間の労働者派遣契約により、派遣労働者がその労働を派遣先において開始すべき時点で初めて擬制労働関係が成立する旨規定されている。この点については学説上も異論は見当たらない⁵³⁾。このことから現行法上では1条により「経済活動として」の派遣に必要な許可が9条1号により無効となった時点やたとえ派遣労働者との間で万が一就労開始時期について労働者派遣契約とは異なった内容の約定が存在していたとしてもこの事実は派遣先との間での擬制労働関係の成立時期にとっては重要ではないと考えられている⁵⁴⁾。さらに労働者派遣契約の締結時点や派遣労働者による実際の就労開始時点⁵⁵⁾もまた擬制労働関係の成立時期決定にとっては重要ではないと考えられている。しかし、派遣元と派遣先との間で就労時期が未確定であるかまたは後にはもはや確定できないときは、例外的に実際の就労時点をもつ

51) Vgl. Ulber, § 10Rn. 22f., BAG vom 11. 12. 1996-5AZR708/95.

52) Vgl. Boemke/Lembke, § 10Rn. 27 ff.

53) Vgl. Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 10Rn. 12., ErfK/Wank § 10Rn. 3., Sandmann/Marschall/Schneider, Art. 1. 1 § 10Rn. 4., Boemke/Lembke, § 10Rn. 16 ff., Schüren/Hamann, § 10Rn. 46 ff., Ulber, § 10Rn. 10 f, 22 ff., Urban-Crell/Germakowski, § 10Rn. 10., Thüsing/Mengel, § 10Rn. 9. このようにドイツの主要なコンメンタールにおいても見解の一致を見ている。

54) Vgl. Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 10Rn. 12.

55) Vgl. Becker/Wulfgramm Art. 1 § 10Rn. 12., Sandmann/Marschall, Art. 1 § 10Rn. 4., Boemke/Lembke, § 10Rn. 16., Ulber, § 10Rn. 10 f, 22 ff., Urban-Crell/Germakowski, § 10Rn. 10.

て擬制労働関係が成立したと学説および判例上考えられている⁵⁶⁾。実際の就労時点をもって擬制労働関係の成立を認めようとする解決方法は、例えば派遣労働者または派遣先の拒否により就労予定日に就労が実際になかったような事例にも同様の方法で解決されるべきとの考え⁵⁷⁾に基づいて主張されているが、派遣法上は労働者派遣契約において予定されていた就労開始時点に開始されるとの見解が有力である⁵⁸⁾。なお、擬制労働関係の成立時点を実際の就労開始時点とするか労働者派遣契約における就労予定時点とするかということとは別に、擬制労働関係は、個別の派遣労働者ごとに個別に成立するという点は、擬制労働関係の成立時期を考える上で重要である。擬制労働関係は派遣労働者が個別に特定されたときにのみ成立する。確かに特定化は、実際の就労開始前になされるのが常であり、その結果、擬制労働関係の成立時期は、法規定により、その限りで労働者派遣契約において予定されていた就労開始時点であって、実際の就労開始時ではなく確定されることになるとされている⁵⁹⁾。いずれにせよ、この時点で擬制労働関係が開始されるか否かは、次に論じる契約締結時における許可の欠如問題と関係している。

結局、擬制労働関係は実際の派遣時点で、派遣先事業所における実際の労働の受け入れをもって開始されると考えられているが、ただ実際の労務の受領が病気等で遅れる場合には、労働者が実際にその後なお派遣される限り、派遣予定時点をもって擬制労働関係が成立すると考えられている⁶⁰⁾。期限付許可の場合には許可期間の徒過（2条4項1文）、無期限許可の場合には派遣元が3年間派遣を行なわなかったことを理由として（2条5項2文）許可が派遣労働者の派遣先での就労中に初めて失効するときは、派遣先との間に擬制労働関係が直ちに成立することになるのであるが、派遣元の許可の不保持が撤回、取消しまたは不更新に起因するときは、派遣労働契約および労働者派遣契約は、最長12か月の清算期間の満了まで有効なのである⁶¹⁾。その場合には、派遣元との間の派遣労働契約が1年以下の有期労働契約の場合には、清算期間が適用されるので、擬制労働関係は成立せず、清算期間中は旧来の派遣元との間の労働関係が存続することになり、したがって、10条1項の規定が意味を有するのは、はじめから派遣元が無許可派遣を行った場合に限定されることになるのである。もちろん、清算期間が成立する場合でも、派遣元との間の派遣労働契約が期間の定めのないものである場合には、擬制労働関係が成立する余地はあり得る。派遣の終了または新たな派遣許可の取得によって1項1文の擬制に先んじて防御措置がとられないときは、擬制労働関係の開始は、2条4項4文による清算期間の終了後にずれる

56) Vgl. BAG vom 10. 2. 1977, APNr. 9 zu § 103 BetrVG 1972, Bl. 2/1.,なお、この BAG 決定については既に紹介および検討しているので、詳細は大橋『弾力化』28頁以下参照。Vgl. ErfK/Wank, § 10Rn. 3., Urban-Crell/Germakowski, § 10Rn. 11.

57) Vgl. Schüren/Hamann, § 10Rn. 49ff., Ulber, § 10Rn. 22ff.

58) Vgl. Boemke / Lembke, § 10Rn. 19., Ulber § 10Rn. 24.

59) Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 12Rn. 21., Boemke/Lembke § 10Rn. 19., Ulber, § 10Rn. 24.

60) Vgl. Schüren/Hamann, § 10 Rn. 48.

61) Vgl. Motz, Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 39, Edition, AÜG § 10 I Rn. 7., Schüren/Hamann, § 10Rn. 51., Ulber, § 10Rn. 27., Erfk/Wank § 10Rn. 7., Thüsing/Mengel, § 10Rn. 13.

込むことになり、その結果、10条1項による擬制労働関係に関する法規定は、当該期間経過後に初めて適用され得ることになるのであった⁶²⁾。

(4) 契約締結に際しての許可の欠如

派遣元が派遣労働契約締結時に必要な許可を有していないときには派遣元と派遣労働者との間の派遣労働契約は、9条1号により無効となり、いったん無効となった契約は、本源的無効であるから、たとえ後に派遣元が許可を取得したとしても派遣労働契約が二度と有効となることはない。その場合にはせいぜい契約無効後派遣元が派遣労働者と新たに派遣労働契約を締結することができるにすぎないのである⁶³⁾。派遣先と派遣労働者との間の擬制労働関係は、派遣元と派遣先との間の労働者派遣契約における派遣労働者の就労開始予定時点において開始されることになる。

他方、擬制労働関係は、当事者が労働者派遣を就労開始予定時点でもはや欲せず、そのうえ派遣労働者が就労を全く開始しないときは成立しないとの見解がある⁶⁴⁾。しかし、このような見解に対して、10条1項は、約定労働開始時点で擬制労働関係成立の焦点を合わせているのであって、派遣労働者の実際の就労に焦点を合わせているわけではないので、擬制労働関係不成立という例外を認めることに対して否定的見解も存在するのである⁶⁵⁾。

このように擬制労働関係の成立時期をめぐっては学説上も派遣労働契約における就労予定日とするのか実際の就労日とするのかで争いがあるが、10条1項の立法趣旨が派遣労働者の保護という点にあることを考えれば、擬制労働関係の終了のためにはBGB623条による書式に従った解約告知または解消契約によらなければならない、単なる不就労という事実または口頭による約定では不十分との見解が支持されよう⁶⁶⁾。

ところで、10条1項による擬制労働関係の特徴として、学説上は関係当事者がそのことを知っているか否かとは無関係に当事者意思から独立して成立する点にあるとされている⁶⁷⁾。それ故に派遣元が善意の派遣先および派遣労働者を当該派遣が無許可派遣であることを欺いていたとしても、擬制労働関係は善意の派遣先および派遣労働者に適用されると考えられる⁶⁸⁾。すなわち、派遣先は無許可派遣の不知を理由に擬制労働関係の成立を免れることができない点でわが国の「みなし」雇用制度とは根本的に異なり、派遣先にとってはより厳しい法制度であるといえよう。そこで派遣先は派遣元との労働者派遣契約の締結

62) BAG vom 23. 7. 2014, NZA2015, s. 46.

63) Vgl. Thüsing/Mengel, § 9Rn. 12.

64) Vgl. ErfK/Wank, § 10Rn. 3., Schüren/Hamann, § 10Rn. 35, 47., Ulber, § 10Rn. 11, 24f. Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 10Rn. 14.

65) Vgl. Boemke/Lembke, § 10Rn. 16ff., Schüren/Hamann, § 10Rn. 47ff.

66) Vgl. Thüsing/Mengel, § 10Rn. 10.

67) Vgl. Becker/Wulfgramm, Art. 1. § 10Rn. 13., Boemke/Lembke, § 10Rn. 13., ErfK/Wank, § 10Rn. 5., Sandmann/Marschall/Schneider, Art. 1 § 10Rn. 5., Schüren/Hamann, § 10Rn. 36., Ulber, § 10Rn. 19.

68) Vgl. Vgl. Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 10Rn. 13., ErfK/Wank, § 10Rn. 5., Sandmann/Marschall/Schneider, Art. 1 § 10Rn. 5., Ulber, § 10Rn. 19.

に際して、派遣元の許可保有の有無について強い関心を抱くことになるから、そのことが派遣元に対する許可取得圧力となるのである。

(5) 契約締結後の許可喪失

派遣元が契約締結時に派遣許可を有していた場合には、派遣先との間の労働者派遣契約および派遣労働者との間の派遣労働契約は、契約締結時点では有効に成立するのであるが、許可が失効すると各契約は、9条1号により原則として無効となり派遣元と派遣労働者との間の派遣労働契約による労働関係は、両者間の契約が無効となっており、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にもかかわらず、事実上の労働関係に転化すると考えられている⁶⁹⁾。この場合においても擬制労働関係の成立にとって決定的な時点は、10条1項1文により約定された就労開始時点である。しかし、いずれにせよ10条1項の文言によれば、派遣先での就労開始が擬制労働関係成立のための前提であることは確かである。したがって、派遣労働者が派遣先の下で既に労働を開始した後に初めて派遣元の許可が失効する事態が発生したときは、10条1項1文および4文により擬制労働関係は、9条1号により派遣労働契約および労働者派遣契約が無効となった時点から成立することになるとの見解が支配的であるといえよう⁷⁰⁾。

しかし、ここで注意する必要があるのは、10条1項により擬制労働関係が成立する前提は、派遣元が1条による必要な許可を有していないときに、9条1号により労働者派遣契約および派遣労働契約が無効となったという客観的事実の存在である。だが、当該派遣が無許可派遣となるのは何も9条1号による場合にのみ限定されるものではないということは、擬制労働関係の成立時期を考える際に重要となってくるのである。というのも許可喪失という事態は、許可の取消し(4条)、撤回(5条)または延長拒否(2条4項3文)によっても発生するのであるが、これらの場合には9条1号による無許可派遣の場合のように許可の喪失により直ちに派遣労働者契約および労働者派遣契約の無効には至らず、2条4項1文により最長12か月の清算期間の適用を受け、その後契約の無効という法的効果が発生するからである⁷¹⁾。もっとも清算期間内に派遣の終了によるかまたは新たに派遣許可を取得することによるかして擬制労働関係の成立回避が図られないときには、清算期間の長さに応じて擬制労働関係成立の開始時期もまたずれ込むことになるのである。すなわち、たとえ無許可派遣であっても1条違反の場合以外の無許可派遣の際には清算期間中は、派遣労働契約および労働者派遣契約の二つの契約は有効なのであるから、9条1号の場合の

69) Vgl. BAG vom 10. 2. 1977, APNr. 9 zu § 103BetrVG, 1972, Bl. 2/1., Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 10Rn. 15., ErfK/Wank, § 10Rn. 5., Sandmann/Marschall/Schneider, Art. 1 § 10Rn. 14., Schüren/Hamann, § 9 Rn. 27f, § 10Rn. 144ff.

70) Vgl. Ulber, § 10Rn. 26., 同旨 Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 10Rn. 16., ErfK/Wank, § 10Rn. 7., Urban-Crell/Germakowski, § 10Rn. 12. これらの見解に対して有力な反対説として Boemke/Lembke, § 10Rn. 20 がある。

71) Vgl. Schüren/Hamann, § 2Rn. 72ff., Boemke/Lembke, § 2Rn. 33ff.

ように二つの契約がともに無効となるという事態は発生しないので、擬制労働関係も成立しないことになるのである。これはすべての無許可派遣に際して直ちに10条1項により擬制労働関係が成立するものではないことを意味し、擬制労働関係が成立するためには、9条1号により労働者派遣契約および派遣労働契約が両方とも無効となるということが必要なのであり、このように両契約の無効という要件が不可欠であるという点は、擬制労働関係制度の特徴として特筆すべきことであるといえよう。換言すれば、擬制労働関係は、二重の労働契約関係の否定を前提として存在するということを意味しているのである。なお、清算期間満了後に擬制労働関係が成立する可能性のある許可喪失に際しても、関係当事者の不知または擬制労働関係成立についての関係当事者の意思の欠如は、擬制労働関係成立の妨げにはならないと考えられているのである⁷²⁾。このように擬制労働関係が関係当事者の意思とは無関係に成立するのは、擬制労働関係が黙示の合意を媒介として成立するのではなく、労働者保護という立法目的から、9条1号によって派遣労働契約が無効になった場合に限って10条1項により自動的に成立するものだからである。この点は擬制労働関係の特徴であるといえよう。

72) Vgl. Ulber, §10Rn. 26., Urban-Crell/Germakowski §2Rn. 37., Schüren, §2Rn. 72., Boemke/Lembke, §2Rn. 32. なお、清算期間中は擬制労働関係が成立しないことについては、本稿五(3)「擬制労働関係の開始」24頁以下参照。