

若者の就業支援政策の批判的検討

——トライアル雇用と紹介予定派遣の法構造について——

萬 井 隆 令

I 若者の就業状況と就業支援政策

(a) 長引く不況の中で失業率はここしばらく5%前後で推移しているが、15歳から34歳までの若者の失業率は2004年で9.5%、15歳から19歳に限ってみれば11.7%にも上る。また同年齢で契約社員、パート、アルバイトや派遣という形態で就業しているフリーターが2001年で417万人存在し、さらに、未婚、仕事も通学も求職活動もしていない、いわゆるニートが52万人に上る。つまり、失業している若者が多い上に、就業している場合であっても不安定就業形態であることが多く、そのような中で就業に向けての意欲を失っている（失いかけている）者も少なくない⁽¹⁾。

(b) 政府は、そのような状況が続くことは職業能力が若者に継承されず、そのために経済基盤の崩壊や所得格差の拡大など社会問題の発生を招くおそれがあるとの認識を示している⁽²⁾。

政府は従来から、雇用政策研究会の報告を受けては雇用審議会を経て数次の「雇用対策基本計画」として政策化してきた。若者についての就業支援政策立案もその中に含まれる。ただ、着手は最近のことであって、今は模索中というべき状況である。したがって、若者の就業支援政策に評価を下すことは時期尚早ではあるが、他方で、模索中であるだけに、それが的外れのものとならないよう、注視と批判的検討を怠らないことが必要でもある。

これまで採られた若者の就業支援政策は、ある研究者の整理によれば、(i) 若者に対する懇切

な就職支援として①ジョブカフェ、②ヤングジョブスポット、③フリーターの常用雇用支援、④「就職力」認証、(ii) 就業を体験させることを通じての雇用促進として⑤若年者トライアル雇用、⑥日本版デュアルシステム、⑦若者自立塾の設立、⑧中学在学中の職場体験とジョブパスポート、そして(iii) いわゆるリカレント教育の促進として⑨フリーター再教育プラン、⑩その他（専門職大学院の設置促進）があり、民間で進められているものとしては、(iv) 学校におけるキャリア教育と(v) 「お試し雇用」の展開としてインターンシップ制と紹介予定派遣がある⁽³⁾。

しかし法的視点から言えば、トライアル雇用と紹介予定派遣だけが「お試し雇用」であって、インターンシップがすべてそれに該当するわけではない⁽⁴⁾、紹介予定派遣は単に民間だけで進められているのではなく、雇用政策の一環と位置づけられ、立法的な整備もなされ公的に推進されている、と筆者は理解している。

(c) 雇用政策研究会は2002年7月18日に発表した『雇用政策の課題と当面の展開—「多様選択可能型社会」の実現に向け個人の新たな挑戦を支援する政策展開』の中でトライアル雇用とインターンシップおよび紹介予定派遣を推奨した。

同研究会は現状の問題の主な原因は若者の職業意識が希薄なことにあると認識し、「若年者への具体的な対応策としては、職業意識の涵養が最重要課題であ」として、学校教育において「職業意識の涵養、職業教育の充実を図る」とともに、

「学生が在学中に自らの専攻、将来のキャリアに関連した就業体験を行う」インターンシップによる「職業理解の向上等」を体系的に推進し、その延長線上にトライアル雇用や紹介予定派遣の促進を提言している。

同日に発表された産業構造審議会『サービス経済化に対応した多様で創造的な就業システムの構築に向けて』や同月23日の総合規制改革会議の『中間とりまとめ』も同趣旨である。要するに、この時期に、政府関係の若者の就業支援政策立案に関わる諸組織が一斉にトライアル雇用や紹介予定派遣の推進を提唱し、それらは直ちに実施に移された。さらにそれらは2003年12月の『青少年育成施策大綱』にも取り入れられた。

(d) 本稿では、そのように若者の就業支援政策の中軸として位置づけられているトライアル雇用および紹介予定派遣について、主として法律的な観点から、法律上の制度、実態と効果、そして問題点などを検討する。

II トライアル雇用

1. 厚生労働省のトライアル雇用奨励策

(1) トライアル雇用とは何か

(a) トライアル雇用とは、正規雇用を見越しながら、就労させつつ適性や業務遂行能力の有無・程度を判定するために、期間を定めて雇用することをいう。

従来からトライアル雇用的な試みを行ってきた企業は相当数あると見られる。それは労働基準法14条が認めている有期雇用契約を利用したもので、雇用政策研究会の提言がきっかけとなって同条は改めて注意を引くことになったが⁽⁵⁾ それ以外に特別の法制度な支えがあるわけではない。

なお同研究会は、別に「常用目的紹介」として「当初求人者と求職者との間で期間の定めのある雇用契約（有期雇用契約）を締結させ、その契約終了後引き続き、両当事者間で期間の定めのない雇用契約（常用雇用契約）を締結させることを目的として行われる職業紹介」を提言している。しかし、それは、正規雇用の成立を期待しつつ、まずトライアル雇用を成立させようとする職業紹介

であり、トライアル雇用はそこである「常用目的紹介」によって成立した有期雇用そのものである。それは厳密には「常用見込みの、一時的な有期雇用紹介」に他ならない。

(b) 企業としては新規採用者が就労後に不適性ということが判った場合とか、労働者が就職はしたものの就労して初めて当該企業なり職務が合わないと判り、退職せざるを得ないといったこともミスマッチの一つであろう。厚生労働省は、そのようなミスマッチは企業に対しては採用を躊躇させ、労働者に対しては不本意就職－退職－失業状態をもたらすものと見ており、本採用する以前に試行的に就労させて企業と労働者が相互に適性を判断した上で本採用に移行するシステムにすればミスマッチを防ぐことができるからトライアル雇用は有意義である、として、2003年4月から「トライアル雇用制度」を発足させた。

同制度は、公共職業安定所が求職者の中からトライアル雇用を経ることが適当と思われる45歳以上65歳未満の中老年者、35歳未満の若年者などを企業（過去6カ月間に労働者の解雇を行った企業等は対象外）に紹介し、企業は雇い入れから2週間以内に当該労働者と話し合っ、正規採用への移行のための要件などに関する「トライアル雇用計画書」について合意を得た上で、それを公共職業安定所に提出した場合、当該企業に対し、1人につき最大3カ月間、月額5万円の奨励金を支給するのである。

(2) トライアル雇用の法的性格と同制度の功罪

(a) 「トライアル」とは言っても、インターンシップとは異なり、労働者としての就労であるから、賃金は支払われるし、労働基準法などの労働関係法令が適用される。

厚労省はトライアル雇用後の本採用への努力を企業に対して要請している。だが、企業は本採用を義務付けられるわけではなく、契約期間満了の際に改めて当該労働者の採否を判断することができる。その場合、法的にはいわゆる「採用の自由」論によって企業の裁量の余地が大幅に認められることになりかねない。その意味で、トライアル雇用労働者は一般の有期雇用契約によって就労する労働者と大差はなく、その地位は不安定である⁽⁶⁾。

それだけに、トライアル終了後の本採用を期待する労働者にとっては企業に好感を持たれることが決定的に重要となる。そのことを熟知している労働者はトライアル雇用期間中に優れた業務遂行能力の持ち主であり、協調性も充分にある等「適性」を備えていると認められるように、ひたすら努力することになる。それは、労働者本来の権利行使を控え、長時間労働をも引き受けること等につながりかねない。将来は正社員への途もあるという説明を受けてアルバイトとして入社し、中古車販売用の情報誌の制作を担当した青年（21才）が、就労後51日で虚血性心疾患（推定）により死亡したが、死亡前4週間の労働時間は232時間7分（時間外労働88時間7分）、1週間前は同じく90時間30分（同50時間30分）にも及んでいた過労死事件さえ発生している⁽⁷⁾。

(b) 労働政策研究・研修機構が2004年に行った『従業員関係の枠組みと採用・退職に関する実態調査』によれば、正規従業員を本採用する前に労働能力を判断するために有期契約労働者として雇入れることがある企業が既に26.8%ある、という。

制度設計の趣旨からすれば、トライアル雇用制度の効果は正規雇用に移行した労働者数に表われる。新聞報道によれば、2001年12月から03年8月までの利用者5.2万人のうち56%、2.9万人が本採用になった⁽⁸⁾。政府は、04年度の利用者3.7万人の80%、3.0万人が本採用された、として評価している⁽⁹⁾。

ただ、公共職安職員からの聞き取り調査によれば、トライアル雇用期間の途中で辞めたケースを含めると政府発表の数字は50%台に下がるとのことである。50%台でも、就業支援政策としては効果的であるという評価もあり得よう。だが最初から本採用を予定していながら、あるいは逆に当該契約期間だけの雇用を予定していながら、奨励金を狙っての申請と見られるものもあるとのことであり、公共職安は「計画書」どおりの運用がなされているか否かを確認することはないから、実際の「効果」は実証されていない⁽¹⁰⁾。

2. 労働契約法と「試行雇用」

労働契約法制の在り方研究会は、2005年9月15

日に最終報告を公表し、「試行雇用契約」と呼ぶ試用を目的とする有期労働契約、すなわちトライアル雇用の制度化を提言した。同研究会は、最高裁判決、すなわち創設されたばかりで教員を充実する必要に迫られており、多くの常勤講師が専任化されたといった実態の下では、1年の常勤講師契約は法的には試用期間である、と判断した神戸弘陵学園事件・最高裁判決⁽¹¹⁾を意識して、本採用の際に付される試用期間と区別するため、「期間満了後に本採用としての期間の定めのない契約の締結がない限り、契約期間満了によって労働契約が終了すること」および本採用の判断基準を明示することなど一定の要件を満たしているものにより、試行雇用契約と認めるものとしている。

だが、同報告には内容上の問題点や疑問がある。

(1) 「試行」と判定・結果説明義務

明示的に合意されている以上、試行雇用契約は期間満了によって終了することになる。

だが、本採用するか否かを判断するために適性や業務遂行能力を観察するという「試行」が目的であった以上、使用者には期間中にそれらを判断するための適切なテストを行うこと、本採用しないとすれば、予め示した基準にどの点で達しなかったのかを説明することが義務づけられるべきであろう。しかし同報告にはそれについて何らの示唆もない。

(2) 違法な採用拒否とその法的効果

同研究会は、差別的な理由や労働者の正当な権利行使を理由とする「本採用拒否はできないこととすることが適当」と述べている。厚生労働省が推奨してきたトライアル雇用が、法的要件や効果を曖昧にしたまま、単に助成金を支払うだけのものであることと比較すれば、期間中の労働者の権利行使を保障しようとしている点で改善である。

ところが同研究会は、「本採用拒否はできない」と定めても、当該規定違反に対する法的効果として本採用を求めることは「全く違う種類の契約の締結を強制する」ことになるから、不利益に対する損害賠償請求に止めることを併せて提言している。

だが、権利行使をしたこと等を理由とする本採用拒否を「法違反」と判断するからには、論理的

に（立証という難問を克服して）、使用者自らが決め、同契約締結の時に明示した基準に達しないこと（テスト不合格）による本採用拒否ではないこと、すなわち試行雇用契約の本来の目的である労働者としての適性等については合格との判断があったことが前提とされている筈である。したがって、有期の試行契約と期間の定めのない労働契約はたしかに「全く種類の違う契約」ではあるが、本採用拒否を違法とし、その法的効果として正規雇用の契約成立を認めたからといって、それは使用者がもともと試行雇用契約終了後に成立することを想定していた契約の成立を認めるだけのことであるから、使用者に不当に「全く違う種類の契約の締結を強制すること」にはなるまい。法違反に対する法的効果を損害賠償請求に限定する合理的な根拠はまったくない⁽¹²⁾。

（3）試行の期間

また同研究会は、特に説明もないまま、労働者の適性等を判断するために必要であれば試行雇用には期間の上限を定めないことも容認され得るという。もとより、労基法14条により、上限は3年となるとしても、無限に時間をかけなければ判定できない労働者の適性や業務遂行能力を想定すること自体が説得的ではない。「業務の専門性等により適格性判断の期間」に若干の差は認められるとしても、一定の期限を設けるべきであろう⁽¹³⁾。

3. 試用期間とトライアル雇用の併用の可否について

雇用契約はある仕事を担当する労働者を雇用するために結ぶものであるから、仕事そのものが継続的であれば、契約は期間の定めがないのが本来のあり方である。その“常用雇用”の原則に従えば、有期雇用は特に期間を定める合理的理由がある場合にのみ許されるべきである。

期間の定めのない労働契約の初期に置かれる試用期間は、判例学説によれば、一般の解雇権とは別に、解約権が留保されており、労働者として適格でないと判断された場合には解約されることがあり得るが、解約権が行使されなければ、期間満了と同時に本採用される、というものである。トライアル雇用は、法的には、労働者の適性等を確

認することを主目的とする試験的就労である⁽¹⁴⁾。つまり、試用期間もトライアル雇用も労働者の従業員としての適格性を審査するという点では共通である。とすると、それぞれの合理性とともに両者の関連、たとえば期間の定めのない契約によって雇用される正規従業員について試用期間が存在する上に、それとは別にトライアル雇用という試用目的の有期契約を並存させることを合理的と評価し得るのか、ということも問われなければならない。

（1）試用期間の合理性について

（a）終身雇用制が崩壊に向かったとはいっても、少なくとも正規雇用労働者については今なお確固として存在しており、そこにおいては、新規学卒者を対象とする定期採用は主な労働者採用形式の一つであり、したがって、試用期間を付した労働契約も存在する。ある調査によれば73%の企業で試用期間がおかれる⁽¹⁵⁾。

企業は近年、即戦力を求める傾向にあると指摘される。だが、ごく単純な労務を担当する場合は別として、毎年労働市場に登場してくる新規学卒の学生・生徒は労働経験を持たない以上、彼/彼女らに既得の労働能力＝採用後の即戦力を期待することはできない。そこで採否の判断対象となるのは、採用後の研修・教育と就労経験を積み途中で徐々に得られると期待される労働能力である。そのような能力は、短期間の試用によってはその有無の判定は不可能であり、その意味で、試用期間は新規学卒者には馴染まない。

新規学卒者の場合、試用期間中、企業は業務内容や経営方針について研修させ、また現場に仮配属して他の労働者と同じ業務に就かせつつ実地に体験・修得させ、OJTを行う。一般の労働者も日常的に多様な企業内教育をうけるほか、配転時には新たな担当業務についての説明・指導をうけ、新型機器導入の際には技術講習をうける。期間や密度、体制に差はあるとしても、新規学卒者の試用も性格上はこれと同様の研修・見習に他ならない。

もっとも、試用期間にもテスト的要素は皆無ではないが、それは各人の適切な勤務配置等の最終的決定の判断資料とするものである。同様な人物

評価は、査定、配転、解雇事件などをめぐって顕在化するものの、日常の業務遂行中に常時、上司が行なっていることであって、それもまた試用（労働者）に固有のことではない。

かつて最高裁は、三菱樹脂事件において、「大学卒業者の新規採用にあたり、採否決定の当初においては、その者の資質、性格、能力その他上告人のいわゆる管理職要員としての適格性の有無に関連する事項について必要な調査を行ない、適切な判定資料を十分に蒐集することができないため、後日における調査や観察に基づく最終的決定を留保する趣旨で」試用制度を設けることは「今日における雇傭の実情にかんがみる」と合理性をもつ、と判示した⁽¹⁶⁾。しかし、その後の大日本印刷事件判決⁽¹⁷⁾以降、労働契約は採用内定によって成立するという判例法理が確立し、労働契約成立の指標と時期が明確になった。内定後数ヶ月を経た試用の時点で得られた「判定資料」に基づいて、遡って内定の可否を決する際のようなまったく白紙の採否の自由が認められるべくもない。あくまで、既に成立している労働契約を解消することもやむをえないと納得せしめ得るほどの合理的理由が必要とされる。その意味で、三菱樹脂事件において採られた解約権留保の趣旨はその後の判決によって修正されたものと解されなければならない。

要するに、一般の新規学卒者の定期採用に試用期間を設けることに合理的理由を見出すことは難しい。新規学卒者は一般的には入社・就労と同時に何ら留保のない労働契約を締結したものと見なされるべきである。

(b) 単純な定型的業務の担当が予定されているパート、学生アルバイト等については、短時間のペーパーおよび実技試験や面接によって、求めている労働能力や適格性を判定し、採否を決定し得る筈である。つまり試用してみるまでもないから、試用期間をおく合理的理由は認められない⁽¹⁸⁾。

特定の季節とか特定の業務に限って採用される季節工、臨時工の場合も同様のことを指摘し得る。加えて、試用制度は、本採用後は期間を定めなくて長期間就労することが前提とされるから、その面からも季節工、臨時工には試用制度は馴染まない。

(c) このように見てくると、適格でないと判断した場合にはそれだけの理由で解約することが認められる「試用」は、既に就労経験があるとか、職業訓練校出身等であって特別の資格や技能があると考えられる労働者を対象とする場合にのみ認められる⁽¹⁹⁾。

(2) トライアル雇用の合理性について

(a) 労働契約法制の在り方研究会は、トライアル雇用は既に活用されている有期契約を「法律上位置付け」、差別的な理由等による本採用拒否からの保護を提案するものであって「決して試行雇用契約を『新設』するものではない」と説明する。

だが、要件や合理的理由のない本採用拒否に対する法的効果を定めた上で、労基法14条の趣旨は労働者の退職制限に対する規制であることや有期契約の更新拒否（雇止め）の濫用についても指摘して、2004年厚生労働省『有期労働契約の締結及び更新・雇止めに関する基準』（告示357号）が有期契約の更新拒否の濫用を防ぐために行っているのと同じ規制、すなわち、トライアル雇用についても契約締結の際には更新の有無とその基準を明示し、雇止めの際には予告すること、労働者が更新しない「理由について証明書を請求したときは、遅滞なくこれを交付」することを使用者に求めている以上、それはやはり「制度化」には違いない。

(b) 問題は、労働者にとってトライアル雇用にいかなるメリットがあるのか、ということである。同研究会は、労働者には「自己の適性を見極められる」メリットがあるという。だが、たとえばそういうメリットがあるとしても、当該労働者が新規学卒者で即戦力になるような既存の労働能力を持っていない場合とか、予定されている労働が単純軽作業・労務など短時間の手ほどきや研修で修得し得る能力で足りる場合には、やはりいずれも、トライアル的な労働はそぐわない。

トライアル的な労働があり得るとすれば、就労経験があるとか、特殊な専門的技能・技術を修得した労働者について、当該能力が当該企業にマッチするものであるか否かが実際に就労してみなければ判定できない性格の能力をテストするといった場合に限られることは試用期間と同様である。

だが、同研究会は「トライアル」と認められる具体的な実質的要件については何ら言及していない。実際に、トライアル雇用において労働能力を向上させるための訓練・研修を行うとか、その成果をみながら適性を判断するための適切なテストをするといった「有益な労働」を行うことができるという保障は法律上はまったく存在しない。通常と変わらない労働だけをさせているのだとすれば、それは「トライアル」という性格や建前に反し、合理的な理由もないまま労働者を不安定な地位に置くだけのことになってしまうことになる。

(3) 試用期間とトライアル雇用の棲み分け

試用期間とトライアル雇用は目的が同一であるから、いずれにするかは選択に委ねざるを得ないであろうが、企業はいずれか一方だけを利用することができる、と解さざるを得ない。トライアル雇用によって適性等を判断しながら、さらに本採用にあたり試用期間を設けるといったことは許されない。合意により設けたとしても、それは労働者をいたずらに不安定な地位に置くという点で公序良俗に反し、当該合意は無効というべきである。

Ⅲ 紹介予定派遣

1. 紹介予定派遣の意義と生成の経緯

(a) 労働者派遣は派遣元が労働者の雇用主であり、派遣先は労働者派遣契約に基づいて労働者の派遣を受け、当該労働者を指揮命令して就労させることをいう（労働者派遣法2条1号）。紹介予定派遣は、本体が派遣であることは変わらないが、派遣元が派遣労働者および派遣先に対し「職業紹介を行い、又は行うことを予定して」という要素が加わる（同法2条6号）。つまり、三者の合意の下に、派遣先が派遣就業の終了後に労働契約の当事者となることを想定しつつ、とりあえずは派遣労働者として就労させるものである点で、派遣先による雇用を想定しない一般の派遣と決定的に異なる。

(b) 労働省は、法令上の規定に基づくことなく、内部文書にすぎない『労働者派遣事業と民営職業紹介事業を兼業する場合の許可基準』において「紹介予定派遣」を「派遣就業終了後に派遣先

に職業紹介することを予定してする派遣」と定義して、突然2000年12月から解禁した。ただしそれは、派遣前ないし派遣期間中に「紹介」することについて派遣先、派遣元および派遣労働者が協議し、同意することは差し支えないが、「紹介」そのものは「派遣就業終了時に改めて行なう」もの、したがって、派遣の終了以前には履歴書を受け取ったり面接することはできない、という趣旨を含むものであった。

その紹介予定派遣が03年6月の法改正（04年3月施行）の際に法律の上で公然と認められるに至った。この間、総合規制改革会議は法改正を待たずに紹介予定派遣については事前面接を容認させようと働きかけたが、労働省は当初の建前を維持して抵抗し続け、結局、法改正によって決着が付けられた。つまり、同法改正の際に、労働者の特定行為を禁止する同法26条7項を改正して「労働者派遣（紹介予定派遣を除く）」と括弧書き部分を加えて派遣開始前や派遣期間中に履歴書の送付や面接などを行なうことを認めた⁽²⁰⁾。

(c) それとともに、改正法は、紹介予定派遣には「当該職業紹介により、当該派遣労働者が当該派遣先に雇用される旨が、当該派遣労働者の役務の提供の終了前に当該労働者と当該派遣先との間で約されるもの」も含まれることとして（同法2条6号）、事前面接の結果、派遣前でも派遣終了後の採用の合意成立があり得ることになった。

したがって、紹介予定派遣には、派遣前あるいは派遣中に、終了後の採用についての合意（採用内定）が成立している場合と、公認当初の紹介予定派遣のように、派遣終了後に派遣先に紹介され、採用試験を受けて、そこで労働契約が締結される場合とがあり得る。

(1) 派遣就業終了以前に採用の合意が成立している場合

派遣開始前あるいは派遣中に、派遣終了後の採用の合意がなされた場合、従来の内定法理からして、それによって、派遣終了後に就労を始める旨の就労始期付き労働契約が成立する⁽²¹⁾。その場合、派遣期間中は、既に派遣先との労働契約は成立してはいるが、当該契約に基づく就労については始期が到来していないから、当面は派遣元との

派遣労働契約に基づいて派遣先の指揮命令に従って就労する、つまり既に契約当事者となっている企業に、その間は労働契約を結ばない形のままで使用される、という変則的な形態になる。

この場合には、既に労働契約が成立しているから派遣終了後に改めて契約を締結する必要はない。そして通常は、派遣終了と同時に先に結ばれた契約に基づく就労が始まることになる。派遣終了後に労働者の就労を拒否することは、既に発効している労働契約の一方的解除、すなわち解雇であり、合理的な理由がない限り無効である（労基法18条の2）。

（2）派遣終了後に採用が合意される場合

紹介予定派遣においては、派遣就業終了後に紹介があり得るというだけで労働者の特定と事前面接や履歴書の提出などが容認される。派遣の開始以前に行なわれる事前面接は、派遣終了後の採用を想定しての面接試験ではなく、取りあえずは派遣先が派遣労働者として受け入れるか否かの採用試験の性格のものとなるであろう。派遣先は事前面接によって労働者を特定し、選抜しながら、あくまで派遣労働者として指揮命令し就労させることが可能である。事前面接をしたからといって企業に何らかの負担がかかるわけではなく、メリットだけがある。派遣先としてはそのメリットを活用しようとするであろうから、(1)のような内定をすることは多くはないと考えられる。つまり、紹介予定派遣の場合、ほとんどは派遣終了後に改めて選考が行われ、採用が決まることになるであろう。

したがって、以下ではもっぱら、この場合について検討することにしよう。

2. 紹介予定派遣と法的規制

（1）紹介予定派遣の期間

『派遣元事業主が講ずべき措置に関する指針』第2の12(1)および『派遣先事業主が講ずべき措置に関する指針』第2の18（一）は、紹介予定派遣の濫用を防ぐために、期間の上限を6ヶ月としている⁽²²⁾。

（2）紹介拒否、採用拒否に対する法的規制とその意義

紹介予定派遣であっても、予定どおり派遣終了後に派遣先に採用された場合には問題はない。そうでない場合が問題である。

(a) 改正法施行規則は、派遣先が期間終了後に「職業紹介を受けることを希望しない場合又は職業紹介を受けた者を雇用しない場合」には、派遣元の求めに応じ、「その理由を、書面の交付」、電子メールの送信等により派遣元に明示する旨を労働者派遣契約に「記載しなければならない」と定めた（同22条の2①号）。上記『派遣元…指針』第2の12(2)は、派遣元は派遣先に対して当該理由の明示を求め、それに応じて派遣先が明示した、採用されなかった理由を労働者に対し書面で説明すべきものとしている。

派遣先ないし派遣元が率先して上記の合意を履行すれば別だが、必ずしもそれは期待し難い。おそらく、労働者が派遣元に要請し、それに応じて派遣元が派遣先に不採用の理由を明らかにするよう求める、というプロセスを辿ることになるだろう。しかし、労働者の要請を受けたからといって、力関係において弱い立場にある派遣元が得意先である派遣先に対して不採用の理由開示を求めるであろうか。

労働者派遣契約に先のような記載をしなかった場合には、厚労相による指導・助言・勧告がなされ、勧告に従わなかった時には企業名が公表されることになっているが（派遣法48条、49条）、少なくとも後者（企業名の公表）が実施された例はほとんどない。また、記載したものの、派遣元が理由開示を求めたが派遣先がそれに応じなかった場合についてペナルティは施行規則には定められてはいない。さらに、派遣元が理由開示を求めなかったり、労働者に対して不採用の理由を説明しなかった場合について、上記『派遣元…指針』は何ら言及していない。

要するに、先の施行規則22条の2①号は何ら実効性を担保されていない。それは、労働者派遣契約は派遣先、派遣元間の民事契約に過ぎない、また派遣先は「採用の自由」を有している、という発想から脱却し得ていないことを示している。

(b) たしかに形式的には、派遣先は派遣元から「紹介」されただけのことである。だが、派遣

先は（大半の場合）事前面接を行い、その後の派遣期間中に、期間満了後に採用することが適当か否かを考慮しながら当該労働者の就労状況をつぶさに観察してきた。一般の職業紹介とはまったく異なるそのような状況にありながら、派遣終了後に、なお採否の判断を自由になし得る、とすることは紹介予定派遣の趣旨に反するのではあるまいか。紹介予定派遣の実態に照らし、労働者として不適格であると判断し、当該判断が合理的な場合に限り採用拒否をなし得るものとすべきである。

(c) 施行規則や上記『派遣先…指針』が派遣先に求めることは、一般の場合には労働者を解雇する際の規制に匹敵する。当該採用拒否は実質的には解雇に準ずる以上、労基法22条を準用し、労働者は直接派遣先に対して理由開示を求め得る、派遣先は文書で理由を説明する義務を負うと解すべきである。

(d) 紹介予定派遣を繰り返すことは同制度の濫用にあたる。派遣先が紹介を受けないか、受けても採用しなかったにもかかわらず、引き続き当該労働者を派遣労働者として受け入れいることを希望した場合、厚労省は、「当該派遣先に対し、当該派遣労働者の雇入れについて必要な指導を行う」ものとしている（平成15年12月25日『労働者派遣事業関係業務取扱要領』第9 派遣先の講ずべき措置等13(7)②）。

派遣先がそのような「希望」をすることは、紹介予定派遣としての受け入れではない以上、労働者の特定を禁止している派遣法26条7項に違反する。他方、派遣法40条の3は、所定の派遣期間を超えて同一業務について労働者を雇入れる時には、派遣として就労してきた労働者を優先的に採用する努力義務を課している。派遣法の構造からしても直接雇用が望ましいことは明確であり、直接雇用を目標とした筈の紹介予定派遣において、期間を超えてさらに就労を望むようであれば、直接に雇用すべきであるとして、厚労省がその趣旨の「指導」を行うことは、派遣法の趣旨から当然のことである。

3. 紹介予定派遣の実情と効果

紹介予定派遣は、派遣終了後、正規従業員とし

て採用するよう紹介するものでありながら、派遣期間中は派遣労働者として、つまり既に一定の労働能力を備えた労働者として派遣先の指揮命令にしたがって就労する。その間、派遣先が労働者の労働能力を向上させるために特別の教育などを行うことは想定し難い。予想されるのは精々、遅刻などの有無や言葉使い、協調性といった類についての「適性」判断くらいであろうか。

紹介予定派遣がそのような実情である以上、同派遣を経て派遣先に正規社員として採用されることが多くなることは期待し難い。厚生労働省によれば、紹介予定派遣をしている派遣元182社のうち17.6%で労働者が派遣先に雇用されたが、派遣労働者全体の20%未満であった、とされる⁽²³⁾。その程度の数であれば、紹介予定派遣制度がなくても、派遣労働者が派遣先の通常の採用試験を受験すれば採用されたのではないかと、つまり、紹介予定派遣が採用を促進する機能をもったということとはなかったのではないかと考えられる。仮定のことであり実証する方法はないが、紹介予定派遣は結局、一定期間、派遣ということで安上がりにより労働者を使用することに道を開いただけのことではないのかという疑問を拭うことができない。

IV まとめ

トライアル雇用、紹介予定派遣のいずれも、若者が正規社員として採用され、雇用が安定することを当面の目的として制度設計されたことになっている。しかし極端な場合、紹介予定派遣を経た後、派遣先にトライアルという形で雇用され、その後、正規社員として採用されたが、数ヶ月間、試用される、といったケースまで想定され得る。となると、所期の目的に沿う効果を果たし得ない、それどころか逆に、種類の異なる非正規雇用としてかなり長期間、不安定な身分に置かれることを誘発するのではないかと問題がある。またかりに両制度によって正規社員としての採用にある程度効果があったとしても、問題の捉え方が誤っているため、現在の若者の雇用問題の解決なり改善にはつながらないのではないかと、という根本的問題がある。

1. 正規社員としての採用促進という目的との実態的な不整合について

かつて思想・信条を理由とする採用差別を容認した三菱樹脂事件最高裁判決は、その後の、募集・採用の際の性差別を禁止する男女雇用機会均等法の制定および改正、特に後者によって、論理的には否定されたものと解された。ところが、2003年12月22日のJR採用差別事件・最高裁判決によって復活するとともに、組合活動を理由とする採用差別を容認するところまで拡張された。にもかかわらず議論中の労働契約法においては、採用の自由への規制は構想されていない⁽²⁴⁾。となると、トライアル雇用や紹介予定派遣の期間満了の際、使用者は彼らを正規従業員として採用するか否かを「自由に」判断することができることになる。

従来は個別企業が工夫して利用してきた、したがって、必ずしも普及してはいなかった新規学卒者についての有期雇用契約や派遣の利用の在り方を、今やトライアル雇用とか紹介予定派遣として政府が行政上あるいは立法措置をとって積極的に促しているのである。今後、使用者に使い勝手の良さが知られるに従い、両制度は急速に普及することが予想される。となると、新規学卒者は正規社員となる以前に必ずトライアル雇用や紹介予定派遣を経由すべきものとされる、つまり若者の就業支援を標榜しながら、現実には、彼らを不安定雇用形態による就労に誘導する機能を持ち、雇用情勢全体としては正規社員の減少と不安定雇用形態の増大に一役買うという事態になるであろうことが危惧される。

2. 法的な、トライアル雇用、紹介予定派遣、試用期間の相互関連について

トライアル雇用、紹介予定派遣そして従来の正規従業員採用の契約に付された試用期間は、いずれも、労働者の適性を判断するための期間と位置づけられる。したがって、法的にはそれらの相互の関連が問題となろう。

(a) 既述のように、試用期間において使用者は対象の労働者は独立して業務を遂行する能力を既に備えてはいないから、研修、見習いなどによってそのような能力を身につけさせるべく、教育

を行い、知識・技術の修得状況を観察する。これに対し紹介予定派遣では、派遣先は労働者を育てるといった意図はなく、また責務を負っているわけでもなく、労働者をいわば即戦力として就労させる。トライアル雇用は中間的な位置付けであり、一定の労働能力を持っていることを確認するために就労させるものである⁽²⁵⁾。

(b) 現実には紹介予定派遣でも知識・技術の修得状況を確認することができ、その意味で試用期間の機能を果たす。したがって、紹介予定派遣を経て派遣先に採用された場合には、改めて試用期間を設定しないよう、厚生労働省は必要な指導を行うものとされている（前掲『労働者派遣事業関係業務取扱要領』第9派遣先の講ずべき措置等13(7)①）。同様に、紹介予定派遣の後にトライアル雇用を行うことも合理性を欠く。

同じことはトライアル雇用についても言い得る筈である。だが、それは単に労基法14条を利用しただけで、特別の法律の規定に基づく制度ではないが故に、試用期間設定禁止の規定も行政指導の方針も存在しない。しかし、解釈論として、トライアル雇用の後の採用については試用期間の設定は合理性を欠き、無効と解すべきであろう。

3. 若者の雇用問題の捉え方について

(a) フリーターの増加、ニートの存在の「発見」、若年労働者における失業者数の増大などの問題を契機に、将来の日本の産業を担うべき層の技術や知識・経験の継承についての危惧もまじえて、若者の雇用問題に関する研究が活発になっている。

気概のなさや神経的な病気などによって定職に就けない、あるいは就いても長続きしない若者が存在しないわけではない。しかし今や、若者の雇用問題の焦点はそのような性格の事柄ではない。フリーターの増加やニートという状況の輩出の主要な要因は、全体として企業が短期間に一定の成果を上げることが求め、正規雇用を減らし、過密・長時間労働を強いつつ、パート、アルバイト、契約社員といった不安定雇用を増大させている状況の中にある、という見解が有力である⁽²⁶⁾。しかし政府は今なお、①職務内容の2極分化による

需給のミスマッチ、②目標実現力のない若者の増加、③就業構造の変化に対応できていない教育や雇用のシステムに原因がある、といった認識しか示していない⁽²⁷⁾。

(b) 企業間競争の厳しさの中で倒産や営業譲渡などが増加し、企業自体が安定的な存在ではなくなりつつある。その中で、若者の就業支援政策の目標とされている、したがって、そうなれば安定的に長期に働き続けるであろうはずの「身分」である正規社員が、成果主義的な競争に晒されながら、過密な内容でかつ過大なノルマを背負って長時間労働を余儀なくされており、年次有給休暇の取得も思うようにならず、さればといって所得が特段向上するわけでもなく、正規社員自身が自らの「身分」に魅力を失い、あるいは健康や生命の不安にさらされて、その結果、確たる見通しもないまま離職という行動に出ることが多くなっている。正規社員が契約社員やアルバイト、パート、派遣労働者らが定時に退社することや上司に嫌味を言われて反発し退職してしまうことを、他の労働条件や身分の不安定さの問題を一瞬忘れて羨ましく思うのも無理がないという倒錯的状况に置かれている。現に、入社3年以内に中卒で7割、高卒で5割、大卒で3割の若者が退社する、七五三という俗称があるが、正規社員となった労働者がそうであり続けることが期待され得るような職場環境ではない、という深刻な事態になっていることが想定されるわけである。

しかも、政府全体の政策が「規制緩和」あるいは「規制改革」を志向する中で、労働政策の上でも労働基準法（契約期間や労働時間制）や労働者派遣法といった基幹部分における改悪が行われた。そして今、労働契約法の制定や労働時間制におけるホワイトカラー・エグゼンプションの導入など一層の改悪が検討されている。他にも、周辺部分における見過ごしにできない改悪もある。たとえば年間総労働時間を1800時間以下に抑える政策を放棄し、「労働時間の短縮の促進に関する臨時措置法」を改正して「労働時間等の設定の改善に関する特別措置法」とした。また、労働安全衛生法に基づき、（過労死を招く危険基準とされる）月間100時間を超えた場合は医師の面接による保

健指導を受けさせることとしている現行の通達「加重労働による健康障害防止のための総合対策」を変更し、労働者の申し出を条件に追加しようとしている。

このように、労働者全体の労働条件の維持改善という労働法の基本原則がないがしろにされようとしている状況であってみれば、フリーターやニートが正規社員志向を強くは持たなくなるのも無理はない。彼ら、彼女らが正規社員になればそれで済む、という問題ではないということである。

そのような状況の中で、トライアル雇用や紹介予定派遣が安定的な正規社員を生み出すことが可能になるわけがない。現実には、それらはむしろ若者を不安定就業形態に誘導する機能を果たしている。今や、若者の就業を支援するという視点から見ても、労働者全体の労働環境・条件の改善が求められていると言わなければならない。

- (1) 熊沢誠『若者が働くとき』（ミネルヴァ書房、2006年）2～9頁、14頁、28頁以下など参照。
 なお、「ニート」という言葉のあいまいさを批判する、本田由起ほか『「ニート」って言うな!』（光文社、2006年）参照。
- (2) 政府広報誌『時の動き』2005年7月号3頁。
- (3) 前掲注（1）熊沢『若者が働くとき』88～91頁。
- (4) インターンシップの実態は多様であって、①アルバイトと俗称される単純作業をさせるだけのもの、②大学の授業の一環と認め、レポート提出を条件に単位を認定するもの、さらには③就職試験の色彩を加味して、研修中に希望が一致すれば採用に移行するものまである、朝日新聞2003年8月15日、同26日。③の中で、採用への移行が明確に予定・合意されている場合は「お試し雇用」といえる。
- (5) 菅野和夫教授は夙に、目的上の制約はないから試用目的の試用雇用契約も当然存在し得る、と指摘されていた、『労働法（第3版）』（弘文社、1993年）144頁参照。
- (6) 青年の失業率が23%と高いフランスで2006年3月9日、雇用促進策として、企業の採用意欲を高める狙いで、26歳未満の青年については試用（見習い）期間を2年間とし、この間は合理的な理由を示すことなく自由に解雇することができるものとするCPE（初採用契約）を認める法律が採択された（朝日新聞同年3月19日など参照）。終了後は「採用の自由」に委ねられるトライアル雇用はそれと同じ機能を持っている。
 なお、不安定雇用を増やすだけのものとみた労働者による、激しく広範な反対運動の結果、フランス政府は同制度を撤回した（朝日新聞同年4月10日）。

- (7) ジェー・シー・エム社事件（大阪地判平16・8・30労働判例881号39頁）。同事件では労災認定を受け、会社に対する労災民訴において勝訴した後、和解した。
- (8) 朝日新聞2004年2月10日付け。北日本新聞2002年9月8日付けによれば、富山県では2001年12月から02年7月までに利用者130名の82%が採用された、という。
- (9) 前掲注（2）『時の動き』2005年7月号5頁。
- (10) 雇用促進に係る助成金制度は数多いが、それについては、申請に対する審査が甘く、運用の事後的な確認もないため、詐欺的なものが多いという、朝日新聞2003年12月2日付け参照。
- (11) 最3小判平2・6・5労働判例564号7頁。
- (12) 同旨、小宮文人「有期労働契約と労働契約法制」労働法律旬報1615・16合併号70～71頁参照。
- (13) 同旨、小宮・前掲労働法律旬報1615・16合併号70～71頁参照。
- (14) かつて試用期間の法的性格論において山口浩一郎教授や花見忠教授が展開された、本来の労働契約と並存するものとしての「特別契約」という見解は、内容的にはまさにトライアル雇用を想定した見解であった、萬井『労働契約締結の法理』（有斐閣、1997年）301頁以下参照。
- (15) 第47回労働政策審議会に資料として提出された『労働関係の実態について』から。
- (16) 最大判昭48・12・12労働判例189号20頁。
- (17) 最2小判昭54・7・20労働法律旬報983号68頁。
- (18) 山口浩一郎教授は、一般論としては「職業上の能力を格別に要求しないような職種」については試用期間が不要と判断されることがある、と指摘される。だが、その要不要が「具体的に問題となるのは家事労働者、とりわけ女中である」、として、一般の労働者については当然必要であるとされる（「試用労働契約の法的構成について」社会科学研究18巻1号99～101頁）。しかし、技術革新が進み、作業が細分化単純化された現代の典型的な工場労働と、雇用主およびその家族との間で技能・経験だけでなく人柄や人間的信頼感まで「適格性」の要素とされざるを得ない女中のような職種を対比するとき、結論はむしろ逆になるべきではあるまいか。
- (19) 詳しくは前掲注（14）萬井『労働条件締結の法理』294頁以下参照。同旨、本多淳亮『雇用調整と人事問題』（ダイヤモンド社、1978年）138頁、名古道功「試用」本多淳亮教授還暦記念論文集『労働契約の研究』（法律文化社、1986年）103頁以下、下井隆史『雇用関係法』（有斐閣、1988年）94頁以下。
- (20) その間の経緯については、小嶋典明「紹介予定派遣と規制緩和」阪大法学51巻5号22頁以下、萬井「市場原理主義と労働者派遣—小嶋典明氏の労働者派遣論の批判的検討」労働法律旬報1571号41頁以下参照。
- (21) 前掲注（14）萬井『労働契約締結の法理』156頁以下参照。
- (22) 平成11年労働省告示第137号（最終改正平成15年厚生労働省告示第448号）参照。
- (23) 朝日新聞2003年11月8日付け。
- (24) 詳しくは、萬井「国鉄分割民営化の際におけるJRの『採用』拒否と不当労働行為」法律時報2004年11月号93頁以下および萬井「労働契約関係の成立・展開と労働契約法制」労働法律旬報1615・1616合併号50頁以下参照。
- (25) 政府は、若年失業者は「職務経験・技能・知識などが不足」しているために就職が困難であるといいつながら、トライアル雇用により「企業の求める能力などの水準と若年求職者の現状の格差を縮小」する、という。だが、肝心の、その格差を埋めるための教育や研修については言及しない、前掲注（3）『時の動き』5頁。
- (26) 前掲注（1）熊沢『若者が働くとき』、同 本田ほか『「ニート」って言うな！』など。
- (27) 前掲注（2）『時の動き』2～3頁。