

# 法律意見書

－福祉及び介護施設における看護師の日雇派遣について－

2019年9月27日

石寄・山中総合法律事務所

弁護士 石寄 信憲

弁護士 橘 大樹



本意見書は、労働者派遣法 35 条の 4（日雇派遣の原則禁止）が定める例外業務に関し、日雇派遣規制の立法経緯に基づいてその解釈を明らかにするとともに、福祉及び介護施設における看護師の日雇派遣が同条の例外業務に該当し得るかについて意見を述べることを目的とする。

## 目次

### 本意見書の結論

#### 理由の要旨

#### 第 1 日雇派遣規制が立法された経緯・目的

- 1 労働者派遣と日雇派遣規制
- 2 日雇派遣規制の成立に至る経緯
- 3 改正法が規定する内容

#### 第 2 当職の意見

- 1 政令業務を 17.5 業務に限る正当性がないこと
- 2 「適正な雇用管理に支障を及ぼすおそれ」の意義
- 3 「労働契約期間」と「派遣期間」の区別
- 4 福祉及び介護施設における看護師の業務について
- 5 働き方改革実行計画の目的とも合致すること

#### 第 3 結論

### 【本意見書の結論】

福祉及び介護施設における看護師の業務は、労働者派遣法 35 条の 4 が定める専門的知識等を必要とする業務に該当し、かつ適正な雇用管理に支障を及ぼすおそれがあるとの根拠も存在しないことから、同条に基づく政令業務として追加するのが相当と考える。

### 【理由の要旨】

1 日雇派遣規制は、ネットカフェ難民等のワーキングプア問題やデータ整備費控除等の不適正の雇用管理に対処するため、2012 年改正法により新設されたものである。

しかし、「政令」が定める例外業務は、専門 26 業務という全く異なる観点から整理された内容が基になっており、立法時の議論と明らかに整合していない。その後の法改正で専門 26 業務という概念自体がなくなった今、早急に政令業務の見直しを行う必要がある。

2 政令業務の見直しは、各個人が子育てや介護等の事情を抱えながらも就業に参加できる環境整備を掲げた「働き方改革実行計画」とも合致する。

かつ、2025 年に団塊の世代が全員 75 歳以上となる超高齢社会を迎える中、看護職員の不足が深刻化している。高齢者の福祉及び介護に支障を来す事態を避けるためにも、看護業務に携わっていない約 41%の看護師の中から、自身の都合に合わせて働く日時を選びやすい日雇派遣を通じ看護職員の確保を図る必要性は高い。

3 労働者派遣法 35 条の 4 の「適正な雇用管理に支障を及ぼすおそれ」との関係で、日雇派遣労働者以外の者に係る介護・医療の安全上の問題を考慮することは、同条の制定に係る立法事実に反する。同条の「雇用管理」という文言や、研究会報告書及び建議が「労働者の不利益」を問題としていたこととも齟齬している。

また、日雇派遣規制は労働契約の期間の長さを規制するものであるから、日雇労働（直接雇用）や特定の派遣先で 1 日だけ就業する場合にも同様に懸念される事態を、日雇派遣においても考慮することは、同条の内容や法制定の経緯に整合しない。

4 そのため、福祉及び介護施設における看護師業務につき「労働契約の期間」が短い労働者派遣を行うことでいかなる雇用管理上の支障が懸念されるかがこ

こでの問題である。とりわけ、日雇派遣が広く行われていた時期に同業務において雇用管理上の支障が相当数生じる弊害が見られたか(2012年改正法時の立法事実)を確認する必要がある。

また、2015年改正法の許可制一本化により、全ての労働者派遣事業は「派遣労働者に係る雇用管理を適正に行うための体制」が確保されることとなった点も重要である。

## 第1 日雇派遣規制が立法された経緯・目的

### 1 労働者派遣法と日雇派遣規制

#### (1) 労働者派遣の性質

派遣元事業主が雇用する労働者を派遣先に派遣し、その指揮命令のもとに労働に従事させる「労働者派遣」は、1985年制定の労働者派遣法により制度化されたものである。

労働者派遣法の制定に当たっては、労働者派遣事業が長期雇用システム(労働者の職業生活の全期間にわたるその能力の有効な発揮及びその雇用の安定に資すると認められる雇用慣行)を侵食しないようにするという点が特に考慮され、その結果、長期雇用システムでは人材養成がしにくい業務に限って労働者派遣を可能とする方法(ポジティブリスト方式)がとられた。この対象業務は当初16業務であったが、1996年政令改正で26業務へと拡張され、**専門26業務**と呼称された。

そのため、派遣就業は臨時的かつ一時的なものであることを原則とするとの考え方がとられており、この旨は現在も労働者派遣法25条に明記されている<sup>1</sup>。

このように、派遣就業は「臨時的かつ一時的」なものと位置付けられていることから、本来、派遣元事業主が派遣労働者との間で短期の有期労働契約を締結して派遣を行うことは制度上予定されたものといえる。日雇派遣が労働者派遣の性質上当然に否定されるべきものではない点は、2008年7月28日「今後の労働者派遣制度の在り方に関する研究会報告書」においても確認されている<sup>2</sup>。

<sup>1</sup> 労働者派遣法25条は「厚生労働大臣は、労働者派遣事業に係るこの法律の規定の運用に当たっては、労働者の職業生活の全期間にわたるその能力の有効な発揮及びその雇用の安定に資すると認められる雇用慣行並びに派遣就業は臨時的かつ一時的なものであることを原則とするとの考え方を考慮するとともに、労働者派遣事業による労働力の需給の調整が職業安定法に定める他の労働力の需給の調整に関する制度に基づくものとの調和の下に行われるように配慮しなければならない。」と規定している。

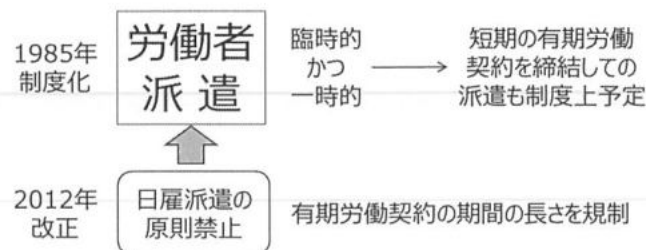
<sup>2</sup> 同報告書5頁は「我が国においては、雇用契約の期間について、これを付す場合の事由の制限や、下限規制はされていない。また、労働者派遣法においても、臨時的・一時的な労働力需給調整のシステムとして位置付けられていることから、短期の有期

## (2) 労働者派遣法 35 条の 4 及び施行令 4 条

これに対し、2012 年改正で盛り込まれた労働者派遣法 35 条の 4 は、日々又は 30 日以内の期間を定めて雇用する労働者を「日雇労働者」と定義した上で、派遣元事業主は、政令で定める場合を除き、その雇用する日雇労働者について原則として労働者派遣を行ってはならないとの規制を設けるに至った<sup>3</sup>。

この日雇派遣の原則禁止は、派遣元事業主と派遣労働者との間で締結される労働契約の期間の長さを規制するものであって、派遣元事業主と派遣先との間で締結される労働者派遣契約の期間の長さを規制するものではない。そのため、労働契約の期間の長さが 31 日以上であれば、A 社へ 2 日、B 社へ 1 日、C 社へ 3 日など、短期の派遣を行うことは同条に違反しない。

以下、この労働者派遣法 35 条の 4 及び政令（施行令 4 条）が新設されるに至った立法過程について述べることにする。



## 2 日雇派遣規制の成立に至る経緯

### (1) 背景となった社会情勢（2006～2007 年）

2006 年から 2007 年にかけて「格差社会」が大きな社会問題となり、その中で、日雇派遣で就労しながら、インターネットカフェや漫画喫茶で寝泊ま

---

雇用契約を締結して派遣されることは制度上予定されている形態であるともいえる。したがって、日雇派遣について、雇用契約の期間が短いということだけで、そのような形態の派遣が当然に否定されるものではない。」と述べている。

<sup>3</sup> 2012 年改正法が施行された時点での条文番号は 35 条の 3 であったが、その後、2015 年改正法の際に条文番号が 35 条の 4 に変更となった。本意見書では労働者派遣法 35 条の 4 に条文番号を統一して記述することとする。

りする「ネットカフェ難民」の実態が広く報道されるようになった<sup>4</sup>。

さらに、大手派遣会社において「データ装備費」等の名目により給与からの不透明な天引きが行われていることが大きく報道され、社会的に問題視された。

こうした社会的情勢を受け、厚生労働省は2007年6～7月に実態調査を行い、2007年8月に「日雇い派遣労働者の実態に関する調査」「住居喪失不安定就労者の実態に関する調査」の結果を発表した<sup>5</sup>。

その後にかかれた労働政策審議会（職業安定分科会労働力需給制度部会）では、日雇派遣の問題点として、「仕事があるかどうか前日まで分からない」「当日キャンセルがある」「給与からの不透明な天引き」「物品購入の強制」「安全衛生措置が適切に講じられていない」「派遣元事業主による雇入れ時教育が未実施」「労働条件の明示が適正になされていない」「教育訓練の機会が確保されていない」といった項目が挙げられている<sup>6</sup>。

2007年12月に発表された中間報告では、日雇派遣の一部規制強化を行うことについて「一定程度意見の一致が得られている」とされた<sup>7</sup>。

## (2) 労働者派遣制度の在り方研究会（2008年）

この中間報告を受け、2008年2月から厚生労働省内に設置された「今後の労働者派遣制度の在り方に関する研究会」での検討が始まった。

2008年4月の第4回研究会では、日雇派遣で働く派遣労働者を対象としたヒアリングも実施され、ヒアリングで聴取した主な事項として「危険業務

<sup>4</sup> 「格差社会」は2006年、「ネットカフェ難民」は2007年の新語流行語大賞のトップテンに選出された。

<sup>5</sup> 主な調査結果として、2007年8月28日「日雇い派遣労働者の実態に関する調査及び住居喪失不安定就労者の実態に関する調査の概要」によれば、①短期派遣労働者には若年層が多く、特に男性においては、正社員になることを希望する者も多く見られること、②住居を失い寝泊まりのためにネットカフェ等を常連的に利用する「住居喪失者」は、約5400人と推計され、その年齢構成としては20歳代と50歳代に山が見られること、③「住居喪失者」である「短期派遣労働者」は、両調査において一定数見られたが（概数調査によれば約600人）、「住居喪失者」は「短期派遣労働者」ばかりでなく、むしろ「短期雇用労働者（1ヶ月未満の直接雇用契約）」や「失業者」のほうが多いことの3点が報告されている。

<sup>6</sup> 2007年10月15日第105回労働政策審議会職業安定分科会労働力需給制度部会における配布資料「日雇い派遣について主に指摘されている事項」。

<sup>7</sup> 2007年12月25日労働政策審議会職業安定分科会労働力需給制度部会「労働者派遣制度の検討状況について（中間報告）」。

についても、特段の指示や教育はない」「スキルアップ、また、労働条件の向上もない」「日雇派遣自体はなくなるべきものと思うが、すぐにやると、現在日雇派遣で働いている人は困ることになるので、日雇直用はしっかり可能であるようにしてほしい」との結果が記録されている<sup>8</sup>。

この時期、与党内（自民党及び公明党）にも新雇用対策に関するプロジェクトチームが立ち上げられ、2008年7月8日に「日雇派遣は、派遣の中でも特に雇用が不安定であることから、原則禁止とすること。ただし、日雇派遣が常態であり、かつ、労働者の保護に問題がない業務等については、ポジティブ・リスト化して例外的に認めるものとする」との提言を発表した<sup>9</sup>。

そして、2008年7月28日の研究会報告書<sup>10</sup>は、日雇派遣について、「あまりにも短期の雇用・就業形態であることから、派遣元・派遣先の双方で必要な雇用管理がなされず、また、事業主のコンプライアンス意識の低さも相まって、現実には、禁止業務派遣や二重派遣、賃金からの不適正なデータ装備費の控除等の法違反の問題が生じており、労働災害の発生も指摘されている。本研究会で実施したヒアリングにおいても、派遣労働者からは、日雇派遣においては労災も多く、自らも被災したことがあるという事例も示された。また、労使双方から、特に、危険業務の日雇派遣については問題があるとの意見が出されている」との問題点を指摘した上で、派遣元事業主の教育訓練が不十分である場合に労働災害が発生するおそれがあるような危険度が高く、安全性が確保できない業務、雇用管理責任が担いえない業務は禁止の対象とすべきであるとの意見を述べている。

一方、専門業務等を中心に、労働者の側に広く交渉力があり、短期の雇用であっても労働者に特段の不利益が生じないような業務など、日雇派遣を禁止する必要がない業務もあるとされた。

### (3) 労働政策審議会の建議（2008年）

上記の研究会報告を受け、2008年7～9月に労働政策審議会（職業安定分科会労働力需給制度部会）で審議が行われ、同年9月24日に建議が発表さ

<sup>8</sup> 2008年4月11日第4回今後の労働者派遣制度の在り方に関する研究会「議事概要」。

<sup>9</sup> 2008年7月8日与党新雇用対策に関するプロジェクトチーム「労働者派遣制度の見直しに関する提言」。

<sup>10</sup> 2008年7月28日「今後の労働者派遣制度の在り方に関する研究会報告書」。

れた<sup>11</sup>。

建議は、日雇派遣について「日々又は 30 日以内の期間を定めて雇用する労働者について、原則、労働者派遣を行ってはならないものとするのが適当」と述べた上で、日雇派遣が常態であり、かつ、労働者の保護に問題ない業務等について、政令によりポジティブリスト化して認めることが適当としている。

具体的には、いわゆる専門 26 業務の中から、特別な雇用管理を必要とする業務（建築物清掃、建築設備運転・点検・整備、駐車場管理、テレマーケティング営業）及び日雇派遣がほとんどみられない業務（放送機器等操作、放送番組等演出、インテリアコーディネーター、アナウンサー、放送番組等における大道具・小道具）を除外したものをリスト化すべきとした。

その上で、建議は、「これ以外の業務については専門性があり労働者の保護に問題のない業務のリスト化など、適宜リストの見直しを行うことが適当である」とも述べている。

#### (4) 改正法の成立（2012 年）

2008 年 11 月、上記の建議に基づいて作成された労働者派遣法改正案が国会提出されたものの、成立には至らず、2009 年 7 月の衆議院解散により廃案となった。この間、リーマン・ショックの影響から製造業を中心に派遣労働者を含む非正規労働者の人員削減が行われ、2008 年末から 2009 年始にかけて、NPO 法人及び労働組合等が日比谷公園内に「年越し派遣村」を設置し、労働者派遣法の規制強化の動きはさらに強まっていた。

2009 年 8 月末の衆議院議員総選挙を経て民主党政権が発足後も、労働者派遣改正の審議は進められ、結局、2012 年 3 月に改正法が成立となり、2012 年 10 月 1 日に施行となった。

この 2012 年改正法は、日雇派遣の原則禁止に対する例外として、「雇用の機会の確保が特に困難であると認められる労働者の雇用の継続等を図るために必要であると認められる場合その他の場合で政令で定める場合」を追加し、具体的には、高齢者（60 歳以上）、昼間学生、副業として従事する者（生業

<sup>11</sup> 2008 年 9 月 24 日労働政策審議会建議「労働者派遣制度の改正について」。



収入が 500 万円以上)、主たる生計者でない者（世帯収入が 500 万円以上）が政令で列挙されることとなった。

なお、2009 年 12 月の労働政策審議会答申では「日々又は 2 ヶ月以内の期間を定めて雇用する労働者については、労働者派遣を禁止することが適当」と規制対象を広げる方向の内容がいったん示されたが<sup>12</sup>、結果的に成立した 2012 年改正法では、2008 年の建議と同様に「日々又は 30 日以内」を規制対象とする形に戻された。この答申は政令によるポジティブリスト化については 2008 年法案と同様としている。

2006～2007 年	「格差社会」「ネットカフェ難民」や大手派遣会社による「データ装備費」等の天引きが社会的に問題となる。
2007 年 8 月	日雇派遣労働者、住居喪失不安定就労者に関する実態調査の結果が発表される。
2007 年 12 月	労働政策審議会の中間報告。審議では「仕事があるかどうか前日まで分からない」「当日キャンセルがある」「給与からの不透明な天引き」「教育訓練の機会が確保されていない」等の問題点が挙げられる。
2008 年 2 月	労働者派遣制度の在り方研究会での検討開始。2008 年 4 月のヒアリングでは「危険業務についても、特段の指示や教育はない」「スキルアップ、また、労働条件の向上もない」との聴取結果。
2008 年 7 月	与党プロジェクトチーム「労働者派遣制度の見直しに関する提言」。 労働者派遣制度の在り方研究会報告書。「禁止業務派遣や二重派遣、賃金からの不適正なデータ装備費の控除等の法違反」「労働災害の発生」等の問題が指摘される。
2008 年 9 月	労働政策審議会の建議。日々又は 30 日以内の期間を定めて雇用する労働者について、原則、労働者派遣を行ってはならない。

<sup>12</sup> 2009 年 12 月 28 日労働政策審議会答申「今後の労働者派遣制度の在り方について」。

	専門 26 業務から一定業務を除外したものをポジティブリスト化。
2008 年 11 月	上記建議に基づく改正法案を提出（2009 年 7 月の衆議院解散により廃案）。
2008 年末から 2009 年始	NPO 法人及び労働組合等が日比谷公園内に設置した「年越し派遣村」が社会的に話題となる。
2009 年 9 月	民主党政権発足。
2009 年 12 月	労働政策審議会答申。「日々又は 2 ヶ月以内」に規制対象を広げる内容を示す。政令によるポジティブリスト化は 2008 年法案と同様。
2012 年 3 月	改正法成立。2011 年 12 月の国会修正により「日々又は 30 日以内」に戻される。また、例外に「雇用機会の確保が特に困難等」が追加。
2012 年 10 月	改正法施行。

### 3 改正法が規定する内容

#### (1) 労働者派遣法 35 条の 4 の内容

このようにして新設された労働者派遣法 35 条の 4 は、日雇労働者（日々又は 30 日以内の期間を定めて雇用する労働者）について、派遣元事業主は労働者派遣を行ってはならないと定め、日雇派遣を原則禁止している。

この日雇派遣の原則禁止は、労働者派遣契約の期間の長さではなく、労働契約の期間の長さを規制したものである（第 1・1(2)参照）。換言すれば、派遣元事業主と派遣労働者との間で締結される有期労働契約の期間の下限を設定する規制といえる。

ただし、労働者派遣法 35 条の 4 は、以下 2 点の例外を定め、これらについて派遣元事業主が日雇派遣を行うことを可能としている。

- ① その業務を迅速かつ的確に遂行するために専門的な知識、技術又は経

験を必要とする業務のうち、労働者派遣により日雇労働者を従事させても当該日雇労働者の適正な雇用管理に支障を及ぼすおそれがないと認められる業務として政令で定める業務

- ② 雇用の機会の確保が特に困難であると認められる労働者の雇用の継続等を図るために必要であると認められる場合その他の場合で政令で定める場合

(2) 例外①：専門的知識等を必要とする業務のうち、適正な雇用管理に支障を及ぼすおそれがないと認められる業務

第1の例外として、政令（施行令4条1項）は、いわゆる専門26業務のうち一部の業務（17.5業務と呼ばれる）を列挙し、これらについては日雇派遣を可能としている<sup>13</sup>。

禁止の例外となる業務		
○ソフトウェア開発	○調査	○事業の実施体制の企画・立案
○機械設計	○財務処理	○書籍等の制作・編集
○事務用機器操作	○取引文書作成	○広告デザイン
○通訳、翻訳、速記	○デモンストレーション	○OAインストラクション
○秘書	○添乗	○セールスエンジニアの営業、金融商品の営業
○ファイリング	○受付・案内	
	○研究開発	

専門26業務は、元々は長期雇用システムでは人材養成がしにくい業務として労働者派遣が可能なものとして列挙されたものであったが（第1・1(1)参照）、その後の改正を経て、2012年改正法の施行時点では、期間制限ルールの対象外として位置付けられていた。

しかし、2015年改正法により期間制限ルールが一新されたのに伴い、長期雇用システムを侵食しないものとして整理されてきた専門26業務という概念自体が労働者派遣法から消滅するに至っている。

<sup>13</sup> 17.5業務と呼ばれるのは、いわゆる専門26業務のうち第16号として「受付・案内、駐車場管理等」が定められていたところ、この中の「駐車場管理等」が日雇派遣が可能なものから除外されたため、残る「受付・案内」を0.5業務と認識したことによる。端的に「受付・案内」を1業務とカウントし、18業務と認識することでも問題はない。

(3) 例外②：雇用機会の確保が特に困難な労働者の雇用継続等を図るために必要な場合等

第2の例外として、施行令4条2項及び施行規則28条の2、3は、日雇労働者の安全又は衛生を確保するため必要な措置その他の雇用管理上必要な措置を講じている場合であって、

- (ア) 日雇労働者が60歳以上の者である場合
- (イ) 日雇労働者が学校教育法1条、124条又は134条1項の学校の学生又は生徒である場合（定時制課程の在学者等は除く）
- (ウ) 日雇労働者の生業収入の額が500万円以上である場合
- (エ) 日雇労働者が主として生計を一とする配偶者その他の親族の収入により生計を維持している場合であって世帯収入の額が500万円以上である場合

を列挙している。

## 第2 当職の意見

### 1 政令業務を17.5業務に限る正当性がないこと

(1) 労働者派遣法35条の4は、その立法経緯から明らかなように、ネットカフェ難民に代表されるワーキングプア問題、データ装備費の控除等の不適正な雇用管理、労働災害につながるおそれの高い就労実態といった弊害に対処するため、2012年改正法において新設された法規制である(第1・2参照)。

しかしながら、例外として政令に定められた日雇派遣が許容される場合(施行令4条1項、2項)は、このような立法時の議論と整合しない内容となっている<sup>14</sup>。

(2) 施行令4条1項が定める例外①は、専門的知識等を必要とする業務に従事しており、労働者に特段の不利益が生じない場合には、日雇派遣を許容する趣旨に基づくものであるが(第1・2(3)参照)、実際に政令で列挙されたのは専門26業務から一部を除外したもの(17.5業務)であった。

しかし、この専門26業務は、長期雇用システムを侵食しないという観点から、法制定の当初は労働者派遣を可能とする業務として、その後は期間制限ルールの対象外として位置付けられていたものである(第1・1(1)、第1・3(2))。これに対し、日雇派遣規制の例外は、日雇派遣によっても労働者に特段の不利益が生じないという観点から検討すべきものである。

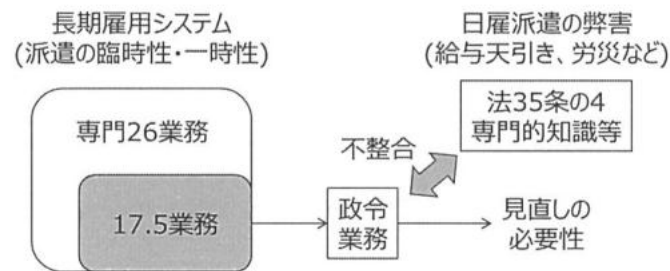
そのため、労働者派遣法35条の4が規定する「その業務を迅速かつ的確に遂行するために専門的な知識、技術又は経験を必要とする業務のうち、労働者派遣により日雇労働者…に従事させても当該日雇労働者の適正な雇用管理に支障を及ぼすおそれがないと認められる業務」が後者の観点に基づくものであるにもかかわらず、政令において、長期雇用システムを侵食しないという前者の観点を当て嵌めるのは不整合と指摘せざるを得ない。

(3) 以上のとおり、例外①として政令で定める業務が現行の17.5業務のみであ

<sup>14</sup> 同旨の指摘として、鎌田耕一・諏訪康雄編『労働者派遣法』90頁(三省堂・2017年)、諏訪康雄ほか「座談会：労働者派遣法改正法をめぐって」ジュリスト1446号(2012年)10頁、15頁、19頁[濱口桂一郎発言]。

る理由は存在しない。先述した労働者派遣法 35 条の 4 の本来の趣旨に基づいて、あるべき政令業務を再検討すべきである<sup>15</sup>。2015 年改正法により既に専門 26 業務という概念が消滅に至った今、その要請は一層高まっているといえる。

加えて、2008 年 9 月の労働政策審議会建議は、「これ以外の業務については専門性があり労働者の保護に問題のない業務のリスト化など、適宜リストの見直しを行うことが適当」と述べていたものであり、労働者派遣法 35 条の 4 における政令業務の見直しは、2012 年改正法の趣旨と決して齟齬するものではない<sup>16</sup>。



## 2 「適正な雇用管理に支障を及ぼすおそれ」の意義

- (1) 労働者派遣法 35 条の 4 は、専門的知識等を必要とする業務のうち「適正な雇用管理に支障を及ぼすおそれ」がないと認められる業務について、日雇派遣を許容している。

ここにいう「適正な雇用管理に支障を及ぼすおそれ」とは、労働者派遣法 35 条の 4 の制定に係る立法事実（労働政策審議会や労働者派遣制度の在り方研究会で確認された事実）に照らし、当日キャンセルの頻発、賃金からの不適正な費用控除、物品購入の強制、教育訓練の未実施、労働災害の発生、禁止業務派遣や二重派遣等の事態が生じるおそれを意味すると解される（第

<sup>15</sup> たとえば、同じ「専門業務」であっても、労働基準法 38 条の 3 に基づく専門業務型裁量労働制においては、労働時間規制の趣旨に照らし、専門 26 業務とは異なる内容を省令で列挙している。法規制の趣旨・目的が異なれば政省令で定めるべき業務内容が異なるのは当然といえる。

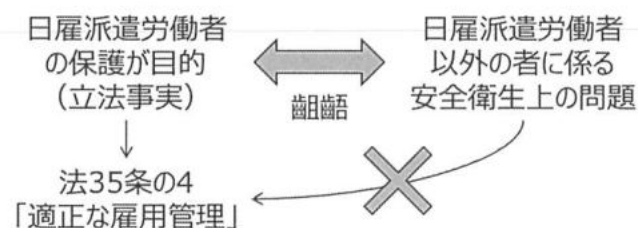
<sup>16</sup> 2008 年 9 月の建議に基づいて提出された改正案は 2009 年 7 月に廃案となったものの、2009 年 12 月の労働政策審議会答申は政令によるポジティブリスト化について 2008 年法案と同様と述べている。

1・2(2)(3)参照)。

- (2) 2012年改正法の施行前においては、当然ながらあらゆる業務について日雇派遣が行われていた。

そのような中、2006年から2008年頃にかけて上記(1)のような事態が社会的に問題となったことから日雇派遣規制の必要性が提起されたところ、これらの事態は、いずれも日雇派遣労働者自身が被る不利益を問題視したものである。日雇派遣労働者以外の者との関係で、介護・医療の安全上の問題が生じることに着目したものではない。

したがって、政令業務の見直しを検討するに当たり、労働者派遣法35条の4にいう「適正な雇用管理に支障を及ぼすおそれ」との関係で、かかる安全上の問題を考慮することは、同条の制定に係る立法事実に反するものであって許されない。さらに、日雇派遣労働者以外の者の不利益を考慮することは、同条の「雇用管理」という文言にも反する上、労働者派遣制度の在り方研究会報告書が「労働者に特段の不利益が生じないような業務」、2008年労働政策審議会建議が「労働者の保護に問題ない業務等」と述べていたこととも齟齬する。



- (3) 念のため付言するに、国が指定する看護学校等を卒業し、看護師国家試験を合格した看護師にとって、点滴、注射、服薬管理等は日常業務の範囲であり、日雇派遣によったとしても上のような安全上の問題が生じるとは認め難い。また、現在も31日以上の期間を定める労働契約を締結した上で、福祉及び介護施設において看護師が1日だけ派遣就業を行うことは可能であるが、その中で安全上の問題が生じているとの実態は特に報告されておらず、その旨を実証する根拠もない。

元々、2012年改正法の施行前はあらゆる業務について日雇派遣が実施され

ていた中、労働者派遣法 35 条の 4 の立法過程において、日雇派遣労働者以外の者に係る安全上の問題、あるいはそれに起因して日雇派遣で働く看護師について雇用管理上の支障が現に生じているとの実態が指摘されたということもない。

すなわち、日雇派遣により福祉及び介護施設における看護業務を実施した場合に安全上の問題やそれに起因する雇用管理上の支障が生じるとの指摘は、2012 年改正前は同業務につき日雇派遣が行われ、かつ現在も看護師が労働者派遣により 1 日だけ就業することが可能である中、実証を伴わない抽象論にすぎないと指摘せざるを得ない。

### 3 「労働契約期間」と「派遣期間」の区別

労働者派遣法 35 条の 4 は、派遣元事業主と派遣労働者との間で締結される労働契約の期間の長さを規制するものであり、有期労働契約の期間の下限を設定する法規制といえる（第 1・1(2)、第 1・3(1)参照）。

そのため、労働契約の期間の長さが 31 日以上であれば、複数の派遣先のうち、特定の派遣先に派遣される期間を 1 日とすることは何ら問題ない（なお、行政解釈によれば、31 日以上の労働契約期間中に派遣される期間が 1 日しかない、労働契約の初日と最終日しか派遣の予定がないにもかかわらず当該期間を通じて労働契約を締結するなど、社会通念上明らかに適当とはいえない労働契約については、日雇派遣の禁止の適用を免れることを目的とした行為とされる。ここで想定しているのは、そのような問題ある場面ではなく、31 日以上の労働契約期間中に複数の派遣先において相当期間の派遣が行われるものの、そのうち個々の派遣先に派遣される期間は 1 日という場面である）。

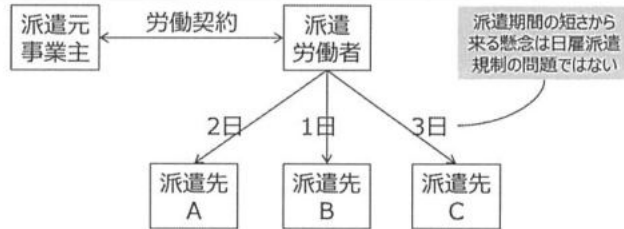
また、使用者が労働者との間で直接に労働契約を締結する場合、有期労働契約の期間を 1 日とする日雇労働も、現行法上禁止されていない。

このように、現行法上、特定の就業先において、1 日単位の労働を行うことが禁止の対象とされているわけではない。

したがって、労働者派遣法 35 条の 4 における政令業務の見直しを検討するに当たり、日雇労働（直接雇用）や特定の派遣先で 1 日だけ就業する場合にも同様に懸念される事態を、日雇派遣（有期労働契約の期間が日々又は 30 日以内であること）に関して考慮し、見直しの懸念事項とすることは、労働者派遣



法 35 条の 4 の内容及び同条制定の経緯と整合せず、妥当でない。



たとえば、2018年11月に開催された規制改革推進会議専門チーム会合においては、看護の現場ではハラスメント等の問題が生じており、労働者の身体的・精神的負担への対処がおろそかになるとの懸念が提起されている<sup>17</sup>。しかしながら、このようなハラスメントの問題は、医療、介護、福祉の全ての現場に共通する課題であり、日雇派遣に特有の問題ではない。すなわち、日雇労働や、派遣労働者が31日以上の期間を定める労働契約を締結した上で複数の派遣先のうち特定の派遣先で1日だけ派遣就業する場合にも同様に懸念されることである<sup>18</sup>。これらは、行政官庁の是正指導等を通じて対処されるべきことであって、労働者派遣法35条の4の解釈に関連するものとはいえない。

すなわち、①派遣労働者に係る労働契約期間が日々又は30日以内の短期となることで生じる問題なのか、②(31日以上の期間を定める労働契約を締結した上で)短期の派遣就業を行う場合や日雇労働にも生じる問題なのかを切り分けて議論を進めなければならない。この点に関しては、日雇労働も労働者派遣もそれだけでは禁止されていない中、両者が組み合わせるとなぜ禁止しなければならないほどの支障が発生するのか、説得的な論拠は示されていないとの指摘すらなされている<sup>19</sup>。

<sup>17</sup> 2018年11月28日第1回規制改革推進会議専門チーム会合議事概要17頁。

<sup>18</sup> さらにいえば、日雇派遣が認められている「添乗」「案内・受付」等でも同様のおそれが認められることとの関係が説明できない。

<sup>19</sup> 濱口桂一郎「21世紀の労働法政策(2)第一章労働者派遣システムを再考する(1)偽装請負と日雇派遣の再検討」時の法令1809号32頁(2008年)。さらに、脚注4に挙げた厚生労働省の実態調査によれば、実は、ネットカフェ難民等の住居喪失者は「短期派遣労働者」よりも、1か月未満の直接雇用契約(日雇労働)の方が多いたことが分かっている。

## 4 福祉及び介護施設における看護師の業務について

### (1) 法律の要件

労働者派遣法 35 条の 4 は、日雇派遣が許容される例外の一つとして、①専門的な知識、技術又は経験を必要とする業務であること、②労働者派遣により日雇労働者を従事させても当該日雇労働者の適正な雇用管理に支障を及ぼすおそれがないと認められる業務であることの 2 要件を掲げている。

そこで、ここまで述べてきた同条の立法趣旨も踏まえながら、福祉及び介護施設における看護師の日雇派遣が上記①②の要件を満たすか否かについて意見を述べる。

### (2) 要件①：専門的な知識、技術又は経験を必要とする業務

看護師になるためには、国が指定する看護大学、専門学校、看護師養成所等を卒業して受験資格を得た上で、看護師国家試験に合格し、厚生労働大臣が発行する看護師免許を受けなければならない。

国家資格である看護師の業務が専門的な知識、技術又は経験を必要とする業務に該当することは明らかである。日雇派遣が認められている「案内・受付」「事務用機器操作」等と比較してもその専門性は高い。

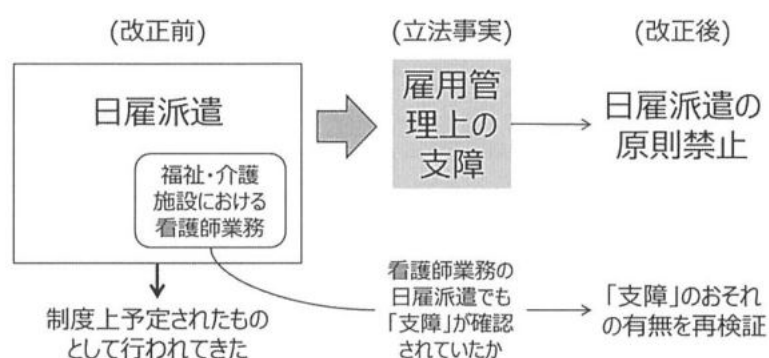
### (3) 要件②：適正な雇用管理に支障を及ぼすおそれがない業務

労働者派遣法 35 条の 4 にいう「適正な雇用管理に支障を及ぼすおそれ」の意義については既に述べたとおりである（第 2・2）。

本来、労働者派遣の臨時性・一時性からすれば、短期の有期労働契約を締結して行われる日雇派遣も制度上予定されたものであり（第 1・1(1)）、実際にも、2012 年改正法の施行前は看護師の業務についても日雇派遣が行われてきた。そのような中、ネットカフェ難民等のワーキングプア問題が大きく取り上げられるほか、当日キャンセルの頻発、賃金からの不適正な費用控除、物品購入の強制、教育訓練の未実施、労働災害の発生、禁止業務派遣や二重派遣等の問題が判明したことから、これら雇用管理上の支障を根拠として、

日雇派遣に対する規制が新設されるに至ったものである。

こうした経緯からすれば、福祉及び介護施設における看護師の業務について雇用管理上の支障を及ぼすおそれがあるかを検討するに当たっては、2012年改正法の制定に当たり、いかなる業種等において、上記のような問題が認められたのかを検証することが重要となる。



たとえば、2019年4月の規制改革推進会議に提出された資料によれば、日雇派遣に関連する問題事例が過去の新聞記事より抜粋されているが、物流業務や禁止業務である港湾関連業務の事例が紹介されており、いずれも看護師業務に係るものではない<sup>20</sup>。

既述のとおり、2012年改正法が制定された際、「政令」に定める業務が「立法」の趣旨とは整合しない内容で定められたとの経緯があり、この旨を指摘する文献も存在している（第2・1参照）。このことは、立法の趣旨に照らし本来であれば日雇派遣が許容されて然るべき専門業務についてまで、日雇派遣の原則禁止の網をかけてしまった可能性があることを意味している。

そのため、今一度2012年改正法時の立法事実を再検証することで、福祉及び介護施設の看護業務においても、日雇派遣の問題点として指摘されていた事態（雇用管理上の支障）が相当数生じていたか、その旨を実証する根拠が存在したかを確認する必要がある。

現時点ではこのような事態やその旨の実証は特に見当たらない上、日雇派遣が可能とされる「添乗」「案内・受付」「事務用機器操作」等と比較して、福祉・介護施設における看護師の業務の方が雇用管理上の支障を及ぼすおそ

<sup>20</sup> 2019年4月5日規制改革推進会議第3回働き方の多様化に資するルールの整備に関するタスクフォース厚生労働省提出資料25頁。

れが高いことを裏付ける根拠も存在しない点からすれば、同業務は、適正な雇用管理に支障を及ぼすおそれがない業務に該当すると評価できる。

#### (4) 許可制一本化による監督強化

さらに、2015年改正法は、一般労働者派遣事業と特定労働者派遣事業の区別を廃止し、全ての労働者派遣事業を許可制のもとに置き、派遣元事業主に対する監督を強化することとした。

そのため、2019年現在、全ての労働者派遣事業は許可制のもとに置かれており、かつ、許可基準の一つとして「派遣労働者に係る雇用管理を適正に行うための体制が整備されていること」が定められている（労働者派遣法7条1項2号、同法施行規則1条の4第2号）。許可の有効期間は3年とされ、満了後も引き続き労働者派遣事業を行おうとする者は、許可基準に照らして許可の更新を受けなければならない。そして、許可を得た事業主が労働者派遣法の規定に違反したり、許可条件に反したりしたときは、許可取り消しや事業停止命令の対象となりうる（労働者派遣法14条）。

このように、現在は「派遣労働者に係る雇用管理を適正に行うための体制が整備されていること」という許可基準に基づいて全ての労働者派遣事業を許可制に一本化する監督強化が既に実現されており、この規制を通じ、2006年から2008年頃とは異なって労働者派遣事業における「雇用管理」の適正さは担保されている<sup>21</sup>。

#### (5) 小括

以上によれば、福祉及び介護施設における看護師の日雇派遣は、労働者派遣法35条の4が定める要件①②を満たすため、日雇派遣が許容される政令業務として追加することは十分可能と考える。

<sup>21</sup> 実際、2019年改正法（いわゆる派遣労働者の同一労働同一賃金）の施行日が大企業、中小企業とも一律2020年4月1日とされ中小企業への適用猶予が設けられなかった理由について、当事務所が厚生労働省に問い合わせたところ、厚生労働省は「短時間・有期雇用労働法と異なり中小企業に対し適用猶予がないのは、労働者派遣事業の許可基準として、派遣労働者に係る雇用管理を適正に行うための体制が整備されることを求めており、そうした部門を持つ派遣元事業主においては、中小企業であっても今回の法改正に対応することが困難でないため」と回答している。

## 5 働き方改革実行計画の目的とも合致すること

### (1) 働き方改革実行計画の目的

2017年3月28日に発表された「働き方改革実行計画」<sup>22</sup>は、その冒頭、日本の経済成長の隘路の根本には「少子高齢化、生産年齢人口減少すなわち人口問題という構造的な問題」があると指摘する。そして、このような構造的問題を乗り越えて日本経済の再生を実現するには労働参加率の向上が不可欠であり、そのためにも長時間労働の是正等に向けた施策を講じなければならぬとしている。

このように、政府の「働き方改革実行計画」は、経済成長に向けて労働参加率の向上を図るという主目的に基づいており、そのためには、各々が子育てや介護等の諸事情を抱えながらも労働に参加できる環境整備が重要と指摘するものであったといえる。

### (2) 看護師の労働参加率向上の必要性

他方、2018年11月の規制改革推進会議専門チーム会合の提出資料<sup>23</sup>によれば、現在、日本には約170万人の看護師が存在するものの、その約41%に上る約70万人が看護業務に携わっておらず、大半が結婚して家庭に入った看護師であり、個人のライフスタイルと勤務形態が合わないために国家資格を有する看護師が働けない現状が認められる。

そして、同資料によれば、実際、現在は離職中の看護師から「出産・育児が一段落したら、再度看護現場に復帰したい。ついては、今のうちから月に何日かは看護に携わって、スキルを落とさないようにしたい」「将来の復帰は今のところ考えていないが、看護師の資格を持っているので、月に1回でも看護師として働き、社会の役に立ちたい」「家事に差し障りのない範囲で、週に1~2回程度は看護業務に従事し、副収入を得たい」との希望が数多く出ているということである。

<sup>22</sup> 2017年3月28日働き方改革実現会議決定「働き方改革実行計画」。

<sup>23</sup> 2018年11月28日規制改革推進会議第1回専門チーム会合特定非営利活動法人日本派遣看護師協会提出資料。

加えて、看護師の労働参加率向上の必要性は、看護師側のニーズのみならず、高齢者の福祉及び介護という観点からも要請されることである。厚生労働省内に設置された検討会の資料によれば、2025年にいわゆる「団塊の世代」が全て75歳以上となる超高齢社会を迎える中、看護職員の不足という問題が指摘されており<sup>24</sup>、その中で福祉及び介護施設での看護職員の人員需要への対策も急務となる。

### (3) 日雇派遣の政令業務追加という解決策

元々、日雇派遣には、派遣登録をしておき自身の都合に応じて働く日時を選べるために便利であるというメリットが存在する<sup>25</sup>。

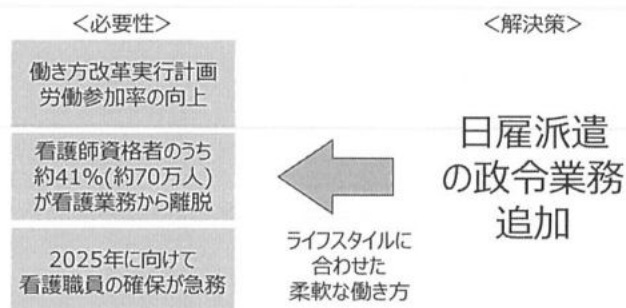
国家資格を有する看護師の約41%にも上る約70万人が主に家庭生活との兼ね合いから看護業務に携わっていないという事実がある中、福祉及び介護施設における看護師の日雇派遣は、それに対する有効な解決策となる上、労働参加率の向上や消費の押し上げといった「働き方改革実行計画」の要請、あるいは看護職員の確保に関する議論にも合致した施策となりうる。

すなわち、ライフサイクルやライフスタイルに合わせた柔軟な働き方が困難であること等により約70万人もの看護師資格者が看護業務に携わっていないという状況に対し、自身の都合に応じて働く日時を選ぶことが可能な日雇派遣という就業形態は、上記(1)(2)で指摘した問題に対する有効な解決策となり得る。

とりわけ、超高齢社会において看護職員が不足し、2025年に向けて高齢者の福祉及び介護が果たされなくなるという事態を避けるためにも、早期に看護師の政令業務追加を進めるべきと思料する。

<sup>24</sup> 2019年6月27日医療従事者の需給に関する検討会看護職員需給分科会「看護職員確保策に関するこれまでの議論のまとめ（たたき台）」。

<sup>25</sup> 2007年8月28日「日雇い派遣労働者の実態に関する調査」10頁。



#### (4) 日雇派遣の例外（施行令 4 条 2 項）の矛盾

この点、施行令 4 条 2 項及び施行規則 28 条の 2、3 は、第 2 の例外として生業収入又は世帯収入が 500 万円以上の者について日雇派遣の実施を認めているが（第 1・3(3)）、収入が低く日雇派遣で生計費を得る必要性の高い者の方が逆に日雇派遣での就労を禁じられるという矛盾が生じている。看護師についていえば、上記(2)のような希望を有する看護師のうち、より収入を得たいと考える世帯収入 500 万円未満の者が日雇派遣を利用できない状態となってしまう。

このような法制度上の矛盾を抱えたままでは「働き方改革実行計画」が掲げる中間層の厚みや消費の押し上げも果たされず、政令業務の追加により労働者側のニーズに応える必要性も高い。

### 第 3 結論

以上のとおり、福祉及び介護施設における看護師の業務は、労働者派遣法 35 条の 4 が定める専門的知識等を必要とする業務に該当し、かつ適正な雇用管理に支障を及ぼすおそれの根拠となる実証も存在しないことから、同条に基づく政令業務として追加するのが相当と考えるものである。

以上