



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

2007年8月12日第1稿作成

無固定期間労働契約の法的強制のインパクトとソリューションに関する Q&A

弁護士法人キャスト系賀
弁護士 村尾 龍雄

Q1 無固定期間労働契約とは何でしょうか。

A 「中華人民共和国労働契約法」(全国人民代表大会常務委員会 2007年6月29日公布、2008年1月1日施行。以下「労働契約法」といいます)第14条第1項は「『無固定期間労働契約』とは、雇用単位と労働者とが終了の時の確定がない旨を約定する労働契約をいう。」と規定します。

労働契約法第12条は「労働契約は、固定期間労働契約【¹】、無固定期間労働契約及び一定の業務任務の完了を期間とする労働契約【²】に分かれる。」と規定しますから、3つの期間のうちの1つであるということがわかります。

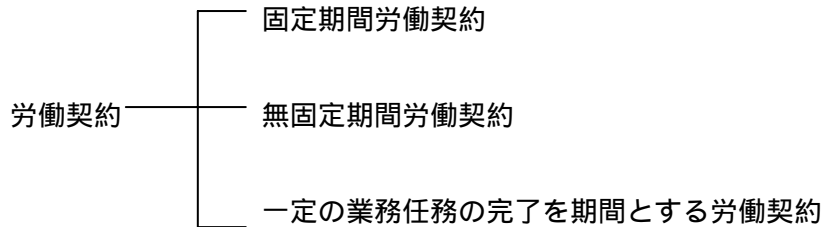
「雇用単位と労働者とが終了の時の確定がない」のですから、日本法でいえば、期間の定めのない労働契約に該当します。

¹ 労働契約法第13条第1項は「『固定期間労働契約』とは、雇用単位と労働者とが契約終了の時を約定する労働契約をいう。」と規定します。

² 労働契約法第15条第1項は「『一定の業務任務の完了を期間とする労働契約』とは、雇用単位と労働者とがある業務の完了を契約期間として約定する労働契約をいう。」と規定します。例えば、工場の操業開始までに必要な事務一切を「ある業務」とし、テスト生産の完了をもって「ある業務の完了」とする場合がこれに該当します。



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。





本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

Q2 無固定期間労働契約とは日本の終身雇用と一緒なのでしょうか。

A 日本の民法第627条第1項は「当事者が雇用の期間を定めなかったときは、各当事者は、いつでも解約の申入れをすることができる。この場合において、雇用は、解約の申入れの日から二週間を経過することによって終了する。」と規定します。しかし、この条文は労働者の使用者に対する解約の申入れの場合にはそのまま妥当するものの、使用者の労働者に対する解約の申入れについて、労働基準法第20条第1項が「使用者は、労働者を解雇しようとする場合においては、少くとも三十日前にその予告をしなければならない。」として、予告期間の定めを置くほか、解雇権濫用法理より、合理的な理由の存在が求められ、これを欠いたままでなされる解約の申入れは権利濫用(民法第1条第3項)に該当するとして、法的に容認されません。平成15年(2003年)改正で新設された労働基準法第18条の2が「解雇は、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合は、その権利を濫用したものとして、無効とする。」と規定し、従前から判例法理で認められてきたものを立法化した通りです。その結果、労働者は定年退職となり、又は定年解雇されるまで【3】、合理的な理由がない限り、労働契約を解除(解雇)されません。【4】によって、期間の定めのない労働契約は終身雇用の基礎となります。

中国における無固定期間労働契約は、法形式として、期間の定めのない労働契約であるという共通項のほか、その法的効果として、定年【5】に達するまで、解除事由(労働契約

³ 日本法は定年退職と定年解雇を区別しており、前者は労働契約の終了事由の約定として、定年に達したときに当然に労働契約が終了するもので、後者は定年に達したときに解雇の意思表示をし、それによって契約を終了させるものである、とされます(菅野和夫「労働法(第七版補正版)」弘文堂・406頁)。しかし、中国では労働契約法第44条本文、第2号は「労働者が基本養老保険待遇の法による享受を開始したとき。」を労働契約の終了事由であるとしており、定年に達したことを契機として、基本養老保険待遇を享受する限り(「統一的企業従業員基本養老保険制度の確立に関する國務院の決定(國務院1997年7月16日発布・施行)第5条第1項第1文は「この決定を実施した後に就職する従業員で、個人納付料の納付年限が累計15年に達したものについては、定年退職後に月ごとに基本養老金を支給する。」と規定します)労働契約法により労働契約の終了強制が働きます。

⁴ 解雇権濫用法理は合理的な理由を要求するのみならず、相当性の原則も併せて要求します。最高裁判例が「普通解雇事由がある場合においても、使用者は常に解雇しうるものではなく、当該具体的な事情のもとにおいて、解雇に処することが著しく不合理であり、社会通念上相当なものとして是認することができないときには、当該解雇の意思表示は、解雇権の濫用として無効になる」(最高裁昭和52年1月31日判決・労働判例(産労総合研究所)268号17頁)と述べる通りです。

⁵ 一般に男性満60歳、女性幹部満55歳、女性一般労働者満50歳です。例えば「労働及び社会保障部の国家規定に違反し、企業従業員が早期退職することを制止及び是正する関係問題に関する通知」(労働及び社会保障部1999年3月9日発布・施行。労社部発〔1999〕



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

法第 39 条、第 40 条） 終了事由（同第 44 条）のない限り、これを解除、終了することができないという共通項を有します。したがって、法形式、法的効果に着目する限り、日本の終身雇用と一緒に、ということができます。

もっとも、異なる点がないわけではありません。すなわち、日本の終身雇用は、長らく終身雇用を中心とする日本の雇用文化を背景とするものであり、日本企業が正社員の一生の働く場所を保障するという決意のあらわれとして実施されるものであるのに対して、中国の無固定期間労働契約は、固定工制から労働契約制に移行した旧国営企業（全人民所有制企業）の労働者に適用される例こそあるものの、全体としては僅少であり、中国企業（内資企業）において労働契約を書面で締結する比率は 100% に遠く及ばず、締結されとしても、外商投資企業と同様、1 年に 1 回雇止めの機会のある契約社員中心主義の雇用文化であるという現状に鑑みれば、無固定期間労働契約は今後労働契約法の強制により、やむを得ず増加するというものであって、両国の企業マインドには決定的な相違があります。

8 号)の「一、国家の退職年齢に関する規定を厳格に執行し、規定違反の早期退職を断固として制止する行為」は「国家の法定する企業従業員の退職年齢は、男性満 60 歳、女性従業員満 50 歳、女性幹部満 55 歳である。(鉱坑等の)地下、高度、高温、特別な重労働又はその他の身体の健康に有害な業務(以下特殊業種という)に従事する場合、退職年齢は男性 55 歳、女性満 45 歳とする。病気又は労災以外で身体障害となり、医院の証明かつ労働鑑定委員会の確認により労働能力を完全に喪失した場合、退職年齢は男性満 55 歳、女性満 45 歳とする。」と規定します。

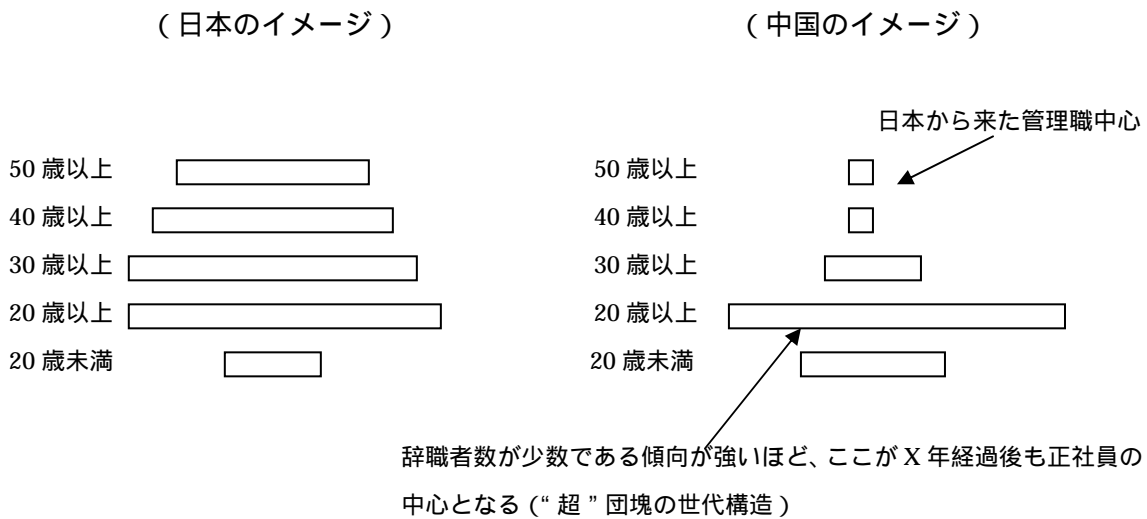


本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

Q3 無固定期間労働契約の強制は日系企業にいかなるインパクトを与えるのでしょうか。

A 無固定期間労働契約の強制は日系企業、特に生産型企业に過去に例を見ない多大な影響を与えると考えられます。その2つの理由について、以下、解説します。

まず、第1の理由は、無固定期間労働契約が突如強制される結果、世代ごとにバランスのとれた正社員配置ができないことです。すなわち、雇用文化として終身雇用が大原則である日本（バブル経済の崩壊後、派遣の占有比率が上昇したとはいえ、現在、なお3分の2超が正社員であると言われます）では、日本企業は、終身雇用を前提として、世代ごとにバランスのとれた正社員配置を行っています。ところが、中国における日系企業（外商投資企業）においては、1年に1回の雇止めの機会のある契約社員中心主義の雇用文化が横行していたところに、労働契約法の施行を契機として、突如、無固定期間労働契約化が強制されることになるのですから、現時点で存在する特定世代の労働者が集中的に正社員化し、世代バランスが完全に崩れることになるのです。



次に、第2の理由は次の通りです。すなわち、上場企業である中国企業を例にとると、本社には法務、知的財産、人事、総務、財務、経理、広報等の管理部門が多数あり、国内には複数の工場、支店、子会社、関連会社等を有し、今後、第11次5カ年計画の標榜する「自主创新」政策（中国企業が世界に通用する技術を有し、これを背景として世界に通用するブランディング、そして市場を確保していくとする政策）を背景に、「走出去」（「引進來（外資誘致）」を本質とする伝統的改革開放モデルから、中国企業が海外に飛躍することを奨励する政策）が活性化すると、海外にも同様の拠点を形成していくことになります。



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

この場合、終身雇用化の結果、高年齢、高コストの正社員が増加しても、若手社員にないハイレベルの知識、知恵、経験により高付加価値サービスを提供する場（例えば管理部門のトップ、工場総経理）が多数あるため、正社員の適正配置が可能となります。もちろん、労働契約法施行により無固定期間労働契約が突如増加する結果、世代ごとのバランスが崩れた正社員化が進むことのインパクトは中国企業にも少なからずあると思いますが、経済成長がなお目覚しく、かつ、会社そのものの発展もここ数年で軌道に乗った場合が多数である中国企業の社員の増加ニーズは力強く、多様かつ多数の正社員配置の場と相俟って、そのインパクトを吸収してソフト・ランディングを図ることが可能であると思われます。

これに対して、日系企業、特に生産型企業の場合は、全く異なる状況にあることが理解されなければなりません。すなわち、中国では計画経済の影響より、1企業1プロジェクトの原則が1980年代、1990年代に存在しました。これは、1企業は1プロジェクトにのみ従事し、複数のプロジェクトの実施を認めないとする原則です。計画経済時代には、国家がまずプロジェクト（例えば製鉄プロジェクト）を決め、その実施手段として旧国営企業（例えば宝山製鉄）を設立して、これに実施させるというアプローチがとられましたので、旧国営企業が儲かりそうだからといって、他のプロジェクトに手を出すということは到底容認されませんでした。当該原則は過去には外商投資企業にも徹底され、例えば家庭用と業務用の冷蔵庫は別プロジェクトであるから、別の合併会社を設立せよ、家庭用と業務用の空調機も別プロジェクトであるから、別の合併会社を設立せよ、さらに共通基幹部材であるコンプレッサー（圧縮機）も完成品（冷蔵庫・空調機）とは別のプロジェクトであるから、別の合併会社を設立せよ、といった具合で、冷蔵庫と空調機のプロジェクトを実施するだけで、5つもの異なる合併会社の設立を強制される例があったのでした。現在、日本の代表的な家電メーカーが数十社もの生産型企業を有しているのはそのためです。

近時、この1企業1プロジェクトの原則は、審査認可実務上、相当に緩和され、例えば白物家電は1企業にまとめることが容認されていますが、外商投資企業が別の省に立地をしている場合、合併を通じて1企業にまとめあげていこうとすれば、合併の結果、支店化（分工場化）を余儀なくされる地方では、それまで管轄税務局に貢献してきた企業所得税や増値税の税収を全て本店となる地方に吸い上げられるというデメリットが生じるため、税務登記、税関登記の抹消プロセスにおいて、管轄税務局、管轄税関からひどいイジメに遭うことが予想され、法的には可能でも、実務的には合併に踏み切れないというのが実情となることが多いと思われます。

ところで、こうした多数の生産型企業には法務、知的財産など多数の共通する管理事項



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

があり、グループ・トータルとしての間接経費削減の観点より、投資性公司や上海に管理性公司を設立し、そこに全体の管理部門を集中させる傾向が近時、顕著です。また、「外商投資商業領域管理弁法」(商務部 2004 年 4 月 16 日発布、同年 6 月 1 日施行)の登場で、WTO 加盟後 3 年を経過する 2004 年 12 月 11 日には外資企業(外商独資企業)の販売会社の設立が可能となった結果、製販分離政策が急速に進み、生産型企业には販売部門がなくなる例が急増しています。その結果、1 企業 1 プロジェクトの原則の残滓である多数の生産型企业は、現在では管理部門を持たず、また販売部門ももたない、生産のみを行う工場と化しています(1 企業 = 1 プロジェクト = 1 生産工場)。

さて、生産のみを行う工場において、高い年齢で、高いコストではあるが、その知識、知恵、経験を活用して高付加価値サービスを生み出すことのできる「場」があるでしょうか。仮にあるとしても、そうした「場」は、“超”団塊の世代的に、特定世代においてのみ突如集中的に形成される正社員全体を吸収できる程度の分量を有するのでしょうか。答えは、例外なく NO ではないか、と推測します(ワーカーが圧倒的多数を占める労働集約型工場ほど、NO の程度は一層顕著になると思われます)。

そもそも生産工場の現場は、プロ野球と一緒に、優れた監督やコーチも一定数必要ですが、中心となるのは 20 歳代、30 歳代の若い選手であるはずですが、レギュラーメンバー全員が 44 歳でなお活躍するロジャー・クレメンス投手と同年齢である、ということはありません。もしあり得たとしても、それはプロ野球集団ではあり得ません。ロジャー・クレメンスや過去のノーラン・ライアン投手、日本ではベ이스ターズの工藤投手は佐渡島のトキ並みの希少種だからこそ、話題になるのです。

ところで、プロ野球球団で終身雇用が導入されたらどうなるでしょうか。1 軍も 2 軍も皆、定年までの安定的な雇用が保障されれば、総額予算規制のために若手の優秀な選手を採用することもできませんので、最初は強豪チームであっても、年数の経過と共に必ずや弱体化し、活性化を図ることが決してできないチームとなるでしょう。それなのに、年俸だけは据え置きどころか、クビにならないことをいいことに、年数の経過と共に値上げ要求が出てくるし、皆概ね同い年であることから仲良し集団化し、競争はしない、努力はしない、となれば、何時かオーナーはコスト高を吸収できるだけの広告効果を得ることもできない、結果として、負けてばかりのロートル球団など潰れてしまおうと決意することになるかもしれません。

さて、プロ野球で起こることが必定のこうした事実は、これと共通項の多い生産のみに



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

特化する工場では決して起こりえない、という道理は成り立つでしょうか。

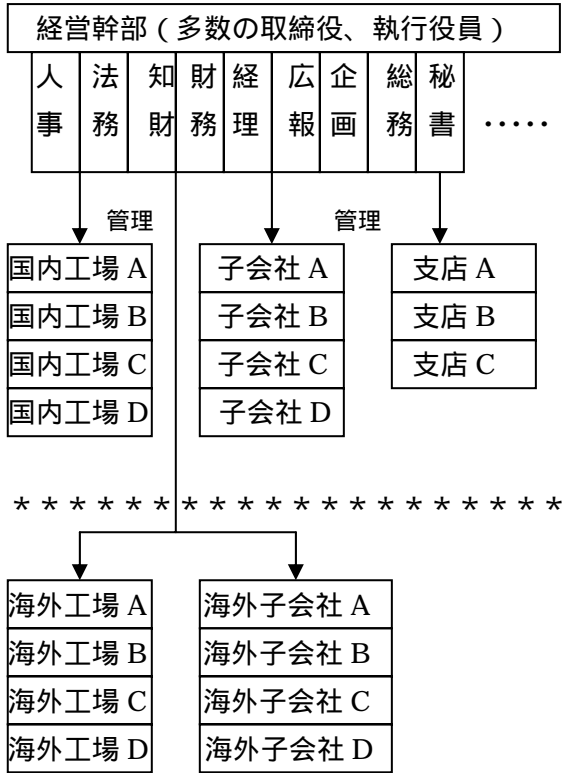
「成り立つのだ」と確信する総経理、そして本社は、今後、労働契約法施行により突如、無計画にもたらされる無固定期間労働契約化を受け入れればよいでしょう。しかし、これは「成り立たない」と確信する総経理、そして本社は、この問題が巷間認識されるよりも、深刻であり、漫然と無固定期間労働契約化を受け入れることは、生産工場の緩やかな撤退決定に等しいことを銘記すべきでしょう。【6】

⁶ 筆者の分析では、現状においてこの問題に無関心でいられるのは、外地人依存度が高く、全ての外地人が2年乃至5年で主として春節を契機として帰郷して戻ってこなくなる弊害に苦しんでおり、人員定着こそが最重要課題である深セン、東莞等の生産工場だけであると思われます。



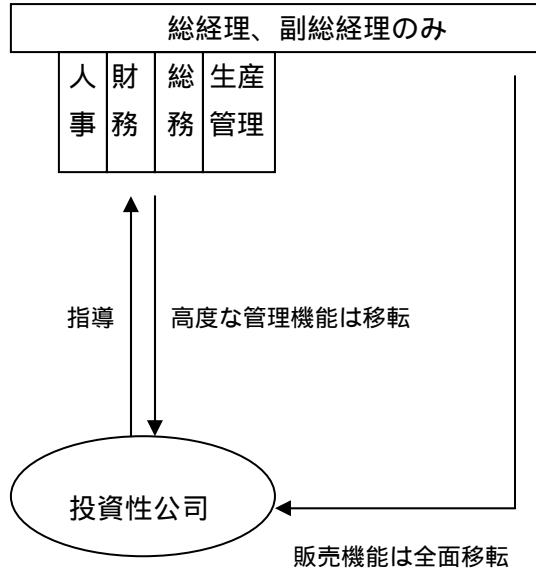
本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

上場企業である中国企業



年齢、コストも高いが、知識、知恵、経験を有する正社員を配置できる「場」が多数

上場企業である日本企業の子会社である生産型企业



年齢、コストも高いが、知識、知恵、経験を有する正社員を配置できる「場」が僅少
正社員の突如、無計画の増加は生産工場の中長期的衰退原因に



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

Q4 無固定期間労働契約の強制が働くのはどのような場合でしょうか。

A 労働契約法が無固定期間労働契約を強制する場合について、労働契約法第 14 条第 2 項は次の通り規定します。このうち、特に重要なところは下線部を付したところで、以下では当該箇所について解説します。

第 14 条第 2 項 雇用単位と労働者とは、協議により合意したときは、無固定期間労働契約を締結することができる。次に掲げる事由の一があり、労働者が労働契約の更新若しくは締結を提起し、又はこれに同意する場合には、労働者が固定期間労働契約の締結を提起する場合を除き、無固定期間労働契約を締結しなければならない。

(1) 労働者が当該雇用単位において連続して勤続 10 年以上であるとき。

(2) 雇用単位が初めて労働契約制度を実行し、又は国有企業が制度改革により新たに労働契約を締結するときに、労働者が当該雇用単位において勤続 10 年以上であり、かつ、法定の退職年齢まで 10 年に満たないとき。

(3) 2 回の固定期間労働契約を連続して締結し、かつ、労働者に第 39 条並びに第 40 条第 1 号及び第 2 号所定の事由のない場合において、労働契約を更新するとき。

1、無固定期間労働契約の法律要件（その 1） - 第 14 条第 2 項本文

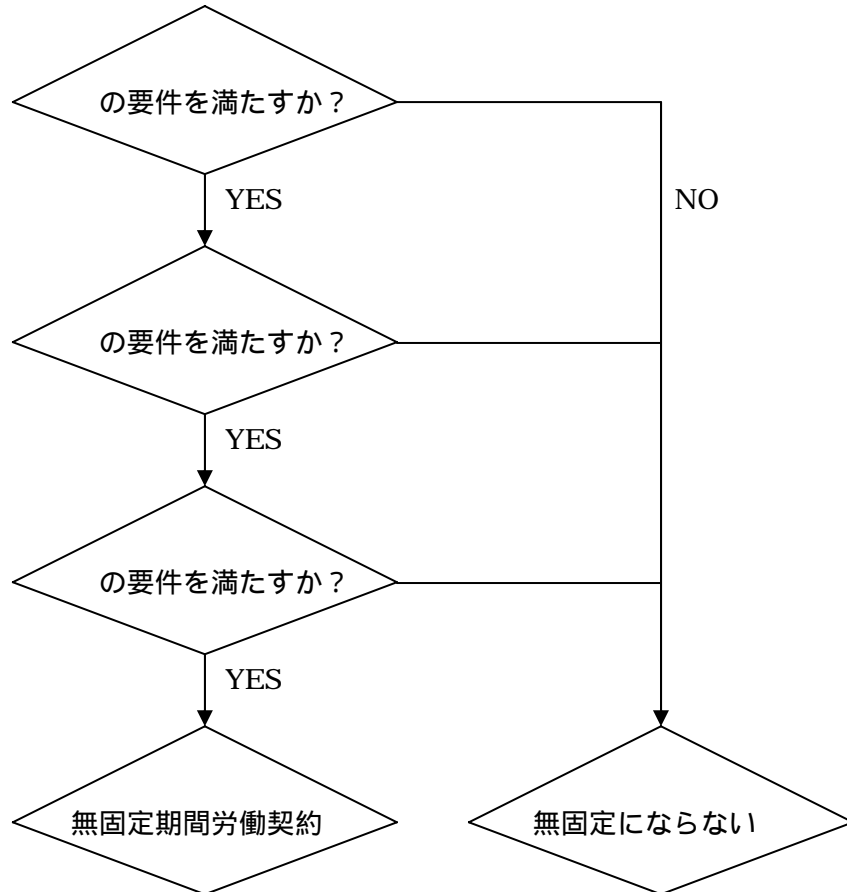
無固定期間労働契約を強制される要件は 乃至 の 3 つに分かれます。

次に掲げる事由の一があり、労働者が労働契約の更新若しくは締結を提起し、又はこれに同意する場合には、労働者が固定期間労働契約の締結を提起する場合を除き、無固定期間労働契約を締結しなければならない。



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

これをフローチャートにすると、次の通りです。



2、無固定期間労働契約の法律要件（その2） - 労働契約法第14条第2項第1号

の要件の1つである「労働者が当該雇用単位において連続して勤続10年以上であるとき。」について、この期間計算は労働契約法の施行前の期間を含みます。労働契約法第97条第1項第2文が「第14条第2項第3号所定の固定期間労働契約の連続締結に係る回数は、この法律の施行後に固定期間労働契約を更新したときから計算を開始する。」と規定しているところ、労働契約法第14条第2項第1号の計算開始について規定していないことより、文言として、そう理解することができます。

この10年ルールについて、次の諸点に注意する必要があります。



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

(1) 労働法第20条第2項との相違点(重要)

労働契約法第14条第2項第1号は労働法第20条第2項と一見そっくりな規定であり、これを再言したにすぎないかに見えますが、実際にその要件を精密に比較しますと、両者は似て非なるものであり、労働者に有利な変更がなされていることが理解できます。労働契約法第14条第2項本文、第1号との比較を容易にするために、 の番号を付します。

「労働法」(全国人民代表大会常務委員会 1994年7月5日公布、1995年1月1日施行)
 第20条第2項 労働者が同一の雇用単位において連続して満10年以上勤務し、 当事者双方が労働契約を延長することに同意する場合において、 労働者が無固定期間の労働契約を締結する旨を提案するときは、 無固定期間の労働契約を締結しなければならない。

これについて、両者の要件に関する比較表を作成し、両者の異同を検討します。

<p>労働法第20条第2項 労働者が同一の雇用単位において連続して満10年以上勤務し、 当事者双方が労働契約を延長することに同意する場合において、 労働者が無固定期間の労働契約を締結する旨を提案するときは、</p>	<p>労働契約法第14条第2項本文、第1号 労働者が当該雇用単位において連続して勤務10年以上であるとき。 労働者が労働契約の更新若しくは締結を提起し、又はこれに同意する場合には、 労働者が固定期間労働契約の締結を提起する場合を除き</p>
--	---

これを見ますと、 についてこそ同じであると評価できるものの、 について、労働法は10年経過後の更新の機会に当事者(労使)の合意を要求するのに対して、労働契約法は「労働者が(一方的に)労働契約の更新・・・を提起・・・する」だけで足り、使用者(会社)には拒絶できる権利を認めていないという大きな相違点があります。

また、 について、労働法は労働者に無固定期間労働契約の締結を提案することを要求しますので、労働者が使用者による労働契約の更新拒絶をおそれ、10年経過後も当該要求をしない可能性があります。労働契約法は当該要求をする必要をなくし、「労働者が固定期間労働契約の締結を提起する場合」を除き、無固定期間労働契約となる旨を規定したという大きな相違点があります(労働者が自らに有利で、不利になることのない無固定期間労働契約の享受を拒否し、敢えて固定期間労働契約締結を提起する可能性は絶無に等しい



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

と思われますので、 の要件はあってなきが如きものと思われます【⁷】。

は使用者のコントロール外の事象ですから、労働契約法は同一の雇用単位において連続して勤続 10 年以上である場合、使用者に抗う術なく無固定期間労働契約となることを規定したと評価することができます。

(労働契約法による新たなルール)

労働契約法施行日である 2008 年 1 月 1 日以降に到来する固定期間満了日において連続 10 年勤務の要件を具備する労働者については、使用者に雇止めの権利はなく、労働者が一方的に更新を提起し、かつ、敢えて固定期間労働契約の締結を提起しない限り、固定期間満了日において無固定期間労働契約化する。

(2) 連続して勤続 10 年以上の計算に関する特殊なルール (重要)

ここで注意をすべきは、10 年の期間計算の基礎に 2007 年 12 月 31 日以前の期間を含むということのほか、中外合資経営企業及び中外合作経営企業において、中国側当事者から転籍出向した労働者がいる場合、当該労働者が中国側当事者において稼働していた期間を含むという点です。したがって、当該労働者の中国側当事者で稼働していた期間を X 年、中外合資経営企業及び中外合作経営企業において稼働した期間を Y 年とすれば、X+Y 10 となった後の固定期間労働契約の更新時において、使用者に更新拒絶権は既になく、抗う術なく無固定期間労働契約となります。【⁸】

⁷ 使用者が労働者に不当な圧力をかけることにより、通常想定し難い固定期間労働契約締結の提起を促したとすれば、固定期間労働契約を無固定期間労働契約に変更する旨の請求により、事後的に無固定期間労働契約とされる可能性があります。

「中華人民共和国契約法」(全国人民代表大会 1999 年 3 月 15 日公布、同年 10 月 1 日施行) 第 54 条第 2 項 当事者の一方が詐欺、強迫の手段を用い、又は他人の危急に乗じて、相手方を真実の意思に背かせる状況の下で締結させた契約について、損害を受けた者は、人民法院又は仲裁機関に対し、変更又は取消を請求する権利を有する。

⁸ (重要)

上海市に法定住所を有する中外合資経営企業及び中外合作経営企業について、1998 年 3 月 19 日以後に中国側当事者から転籍出向した労働者について、X+Y の合算ルールの適用はありませんでした。

「上海市の外商投資企業の労働管理における幾つかの問題の処理意見に関する上海市労働局の通知」(上海市労働局 1998 年 3 月 19 日発布・施行。2003 年 2 月 8 日廃止) 第 1 条 外商投資企業の中国側投資単位が従業員を推薦して外商投資企業において勤務さ



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

その法的根拠は次の通りです。

「労働部弁公庁の『外商投資企業労働管理規定』の貫徹の関連問題に関する回答レター」(労働部 1995 年 7 月 14 日発布・施行。労弁発〔1995〕163 号)

第 2 条第 6 項 合併、合作の中国側単位が合併、合作企業の業務に手配された中国側従業員について、その連続稼働年数は、元の単位の稼働期間及び合併、合作企業の稼働期間により合併計算する。

当事者双方が労働契約の延長に同意したときに、従業員の連続稼働年数が満 10 年以上であり、かつ、無固定期間労働契約の締結を提起すれば、企業はこれと無固定期間労働契約を締結しなければならない。

「『外商投資企業労働管理規定』の貫徹の関連問題に関する回答レター」中の連続勤務年数をいかに解釈するののかに関する労働部弁公庁の回答レター(労働部 1996 年 3 月 8 日発布・施行)

北京市労働局に回答する。

貴局の「『外商投資企業労働管理規定』の貫徹の関連問題に関する回答レター」中の連続勤務年数をいかに解釈するののかに関する回答申請」(京労関文〔1996〕12 号)は、これを

せる場合には、契約制従業員流動弁法に従い、原単位が推薦される従業員と労働契約を解除し、規定に従い経済補償を支払い、かつ、退職手続をする。外商投資企業は、中国側投資単位の推薦する従業員を採用する場合には、法により労働契約を締結し、かつ、採用手続をしなければならない。推薦される従業員の同一雇用単位における連続勤務期間については、外商投資企業と労働関係を確立する日から起算する。中国側投資単位と外商投資企業とは、外商投資企業が中国側投資単位の推薦する従業員を採用することに係る労働関係問題については、法により関係する協議書を締結する場合には、協議書に従い処理する。

2、この意見施行以前に既に推薦され外商投資企業に入って勤務している全人民所有制及び都市・鎮集団所有制の中国側投資単位の原固定制従業員の同一の雇用単位における連続勤務期間については、原中国側投資単位における勤務期間と外商投資企業における勤務期間とを合算する。

問題は上記法令が 2003 年 2 月 8 日に失効した後、上海市において X+Y の合算ルールの適用はなおないことになるのか、中央法令に準拠し同日以降は合算ルールの適用を受けることになるのかにあります。この点について、上海市労働及び社会保障局にインタビューした結果によれば、上記法令の失効後も、「上海市労働契約条例」及びその関係法令(上記法令第 1 条に直接相当する条項はありません)により、中外合資経営企業、中外合作経営企業に中国側当事者から転籍出向する場合は、上記法令第 1 条の通り処理をすべきであり、上海市において X+Y の合算ルールの適用はなおないことになる、とのこと。もっとも、中国側当事者が当該処理を怠った場合には、やはり中央法令に従って処理することになる可能性がある点には注意を要します。



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

受領した。検討を経て、ここに書面により次のように回答する。

我が部の「『外商投資企業労働管理規定』貫徹の関連問題に関する回答レター」（労弁発[1995]163号。以下「回答レター」という。）第2条第6号は、主として合資及び合作企業の特別な状況についてした規定である。合資及び合作企業を合資及び合作の中国側単位と同一の雇用単位とみなす旨を規定している。従業員が労働契約を継続締結する際に、その合資及び合作の中国側単位における連続勤務の期間は、合資及び合作企業において連続勤務する期間と合算しなければならない。したがって、「回答レター」中において言及される「連続勤務年数」は、「労働法」第20条の「同一の雇用単位において連続勤務する」の意義と同一である。

（3）連続性の切断に関する解釈可能性

労働契約法セミナーを2007年7月、8月上旬に各地で開催していますと、10年の連続性を切断するために、固定期間労働契約の更新時に、敢えて雇止めをし、その後1週間程度を経て固定期間労働契約を再度締結するというテクニックは有効か、という質問を複数回頂戴しました。しかし、これについて、次の法文に照らせば、違法無効と判断される可能性があると思われます（違法無効となった場合のペナルティについて、後述の4、参照）。また、こうした狡猾なテクニックを弄してまで無固定期間労働契約を回避しようとするれば、労働者の使用者への不信を惹起し、勤労意欲の低下、モラルハザードなどを招来することは確実であり、労務管理上も妥当な選択ではないと言わざるを得ません。

「民法通則」（全国人民代表大会 1986年4月12日公布、1987年1月1日施行）

第58条 次に掲げる民事行為は、無効とする。

（第1号乃至第6号省略）

(7)適法な形式をもって不法な目的を覆い隠したもの

2、無効な民事行為は、行為の始めから法的効力を有しない。

3、無固定期間労働契約の法律要件（その3） - 労働契約法第14条第2項第3号

（1）労働契約法第14条第2項第3号の規定する法律要件

労働契約法第14条第2項第3号について、3つの要件から成りますので、ここでは（a）乃至（c）を付して個別に考察します。



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等をお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

「(a) 2 回の固定期間労働契約を連続して締結し、かつ、(b) 労働者に第 39 条並びに第 40 条第 1 号及び第 2 号所定の事由のない場合において、(c) 労働契約を更新するとき。」

まず、(a) の 2 回の固定期間労働契約を連続して締結するという意味は読んで字の如くです。もっとも、固定期間労働契約の連続回数の計算について、労働契約法第 97 条第 1 項第 2 文が「第 14 条第 2 項第 3 号所定の固定期間労働契約の連続締結に係る回数は、この法律の施行後に固定期間労働契約を更新したときから計算を開始する。」と規定している通り、2008 年 1 月 1 日以降の固定期間労働契約の更新後にカウントを開始するのであり、2007 年 12 月 31 日以前のを遡及的にカウントするものでないことに注意を要します。

固定期間労働契約の連続締結に関して、使用者が連続性を切断するため、実際には連続雇用する意図を有しながら、途中で敢えて雇用しない短期間を挟むことで、連続性を切断することの可否が問題となるところ、これについては前述の通り、民法通則第 58 条第 1 項本文、第 7 号、第 2 項により、違法無効となる可能性がありますし、労務管理上も妥当ではありません。

次に、(b) について、労働契約法第 39 条、第 40 条第 1 号、第 2 号【⁹】は各種解雇事由を規定するところ、解雇事由があるか否かは固定期間労働契約の固定期間中にこそ意味があるものの、期間満了時において無固定期間労働契約になるか否かを論じる労働契約法第 14 条第 2 項本文、第 3 号の適用が問題となる場合には無意味なものではないか、との批判

⁹ 労働契約法

第 39 条 労働者に次に掲げる事由の一がある場合には、雇用単位は、労働契約を解除することができる。

- (1) 試用期間において採用条件に適合しないことが証明されたとき。
- (2) 雇用単位の規則制度に重大に違反したとき。
- (3) 職責を重大に失当し、私利を図り、雇用単位に重大な損害をもたらしたとき。
- (4) 労働者が同時に他の雇用単位と労働関係を確立し、当該単位の業務任務の完了に重大な影響をもたらし、又は雇用単位の指摘を経て、是正を拒絶するとき。
- (5) 第 26 条第 1 項第(1)号所定の事由に起因して労働契約が無効となったとき。
- (6) 法により刑事責任を追及されたとき。

第 40 条 次に掲げる事由の一がある場合には、雇用単位は、30 日前までに書面により労働者本人に通知し、又は労働者に 1 か月分の賃金を余分に支払った後に、労働契約を解除することができる。

- (1) 労働者が病を患い、又は業務外の原因により負傷した場合において、所定の医療期間満了の後に原業務に従事することができず、また、雇用単位が別途手配した業務に従事することもできないとき。
- (2) 労働者が業務に堪えることができず、養成・訓練又は業務職位の調整を経て、なお業務に堪えることができないとき。



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

があり得るところです。

しかし、この点について、「中華人民共和国労働契約法解説」(全国人民代表大会常務委員会法制工作委员会行政法室編著)42ページは次の通り解説します。

「本規定中に『労働者は本法第39条、第40条第1項、第2項所定の事由』という1つの条件がある。この条件について、かつて異なる認識があった。ある者は、労働者第39条、第40条第1項、第2項所定の事由がありさえすれば、雇用単位は労働契約を解除することができ、労働契約の更新を論ずるまでもなく、これによりこの条件は形骸化したもので、実質的な意義はない。研究を経て、異なる角度からこの条件を見ることができると考える。すなわち、法定解除事由を有する労働者について、この条件は確かに実質的な意義はなく、更新を待たずして、雇用単位は労働契約を解除することができる。しかし、規律に従い、法を守る労働者について言えば、稼働期間中において規律に従い、法を守り、稼働任務を良好に完遂すれば、自信を持って雇用単位に更新を要求することができ、雇用単位もまた当該労働者を継続使用しなければならなくなる。この条件は労働者の規律遵守、法令遵守、勤労を導くのに有利であり、雇用単位がこうした労働者を引き留めるのにも有利である。」

最後に、(c)について、「労働契約を更新するとき」の主語が誰かが問題となるところ、契約の更新は通常、一方の契約当事者だけで実施できるものではなく、契約当事者双方が合意して初めてなし得るものであることに鑑みれば、契約当事者双方＝労使であると理解することができます。これにより、(b)解雇事由のない限り、(a)2回の固定期間労働契約を連続して締結し、その後、(c)労使が労働契約を更新することを合意した場合に、労働契約法第14条第2項本文の規定する 要件(「次に掲げる事由の一があり」)を具備するものと解されます。

重要ポイント

使用者の固定期間労働契約の更新拒絶権(雇止めの権利)の行使は、たった1回になる可能性がある！？(「1回限りの雇止めの機会」説と「2回の雇止めの機会」説の戦い)

したがって、法文の素直な解釈からすれば、(c)に依拠して使用者に2回の更新拒絶権(雇止めの権利)が留保されることになるはずですが、「中華人民共和国労働契約法解説」は使用者の更新拒絶権は1回限りであると考えている節があることには注意を要します。



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等をお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

以下に同書の気になる記述を抜粋します。

「中華人民共和国労働契約法解説」

(a) 41、42 ページ

3. 2 回の固定期間労働契約を連続して締結し、かつ、労働者に第 39 条並びに第 40 条第 1 号及び第 2 号所定の事由のない場合において、労働契約を更新するとき。

この号の規定に基づくと、労働者が第 39 条並びに第 40 条第 1 号及び第 2 号所定の雇用単位が労働契約を解除することができる状況にない場合には、雇用単位と労働者とが 1 度固定期間労働契約を締結し、2 回目に固定期間労働契約を締結した場合には、次回は、無固定期間労働契約を締結する可能性が高いことを意味している。

労働契約法制定の過程において、この規定は、比較的大きな論争を引き起こした。一部では、固定期間労働契約を 2 回連続して締結すれば、無固定期間労働契約を締結する必要があるとした場合には、労働関係の硬直化をもたらし、また、「鉄飯碗」¹⁰時代に逆戻りする可能性があるという意見があった。また、一部の雇用単位は、無固定期間労働契約の締結を回避するために、一部の技能が低く又は職位専門性の強くない労働者について固定期間労働契約を 1 回締結するだけとなり、かえって労働契約の短期化に係る問題を深刻にするという意見もあった。検討を経て、次の通りの認識が形成された。第一に、無固定期間労働契約は「鉄飯碗」ではなく、労働契約解除の法定事由が出現すれば、同様に解除することができること。第二に、我が国の労働契約の短期化問題は、主に雇用単位がその優勢な立場を乱用することによってもたらされたものであり、実践において多くの労働契約が短期化しているが、労働関係は長期化しているという状況が存在する。これは、雇用単位には正常かつ継続的に従業員を雇用する必要がある、しからざる場合には、企業の発展に不利となることを説明している。したがって、1 回だけの短期の固定期間労働契約を締結することは、企業の利益には適合せず、この規定は直接に労働者の失業をもたらすことはない。反対に、労働単位が無固定期間労働契約の締結を回避しようとするならば、1 回の比較的長期間の労働契約を締結する可能性があり、これは労働者にとって有利となる。

2、248、249 ページ

第 82 条 雇用単位は、労働者使用の日から 1 か月を超え 1 年未満に労働者と書面による労働契約を締結しない場合には、労働者に毎月 2 倍の賃金を支払わなければならない。

雇用単位がこの法律の規定に違反し労働者と無固定期間労働契約を締結しない場合には、無固定期間労働契約を締結すべき日から労働者に毎月 2 倍の賃金を支払う。

(中略)

二、雇用単位が本規定に違反し、労働者と無固定期間労働契約を締結しない場合

¹⁰ 半永久的な保証のあること、又は食いはぐれのないこと。



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

本法の規定に基づけば、「労働契約は、固定期間労働契約、無固定期間労働契約及び一定の業務任務を完了することを期間とする労働契約に分かれる。」「無固定期間労働契約とは、雇用単位と労働者が終了の時の確定のない旨を約定する労働契約をいう。」とされる。当面、わが国の労務就業市場において労働契約の短期化現象が生じ、労働関係の安定及び調和、収入分配制度及び従業員の関係する権益の実現について、いずれも消極的な影響を生じてきた。長期的観点から見れば、企業、労働者、政府について言えばいずれも不利であり、最終的に国民経済の持続、調整、安定、健康な発展に影響を与える。これにより、労働者の合法的権益を維持・保護し、労働関係の調和のとれた発展を促進するため、労働契約法において、労働契約の短期化を抑制する措置をとることは非常に必要なことである。本法第14条は無固定期間労働契約の締結について明確な規定を作成した。本条において「本法の規定に違反し、無固定期間労働契約を締結しない場合」とは、主として雇用単位が本法第14条第2項の規定に違反し、労働者と無固定期間労働契約を締結しない行為をいい、主として以下の三種の事由が含まれる。(一)労働契約を更新するとき、労働者が当該雇用単位において既に連続して勤務満10年以上であり、労働者が労働契約の更新を提起し、又は同意しているのに、雇用単位が無固定期間労働契約の締結を拒絶した場合、(二)雇用単位が最初に労働契約制度を実行し、又は国有企業改革で重ねて労働契約を締結し、労働者が当該雇用単位において連続して勤務満10年以上であり、かつ、法定退職年齢まで10年以内となった場合に、労働者が労働契約の更新を提起し、又は同意しているのに、雇用単位が無固定期間労働契約の締結を拒絶した場合、(三)連続して2回固定期間労働契約を締結した場合で、かつ、労働者に本法第39条及び第40条第1項、第2項所定の事由がなく、労働者が労働契約の更新を提起し、又は同意しているのに、雇用単位が無固定期間労働契約の締結を拒絶した場合である。

上記太字下線部の記述だけではわかりにくいので補足しますと、使用者に2回の雇止めの機会があるという現在の一般的理解は、前述の通り、労働契約法第14条第2項第3号の「(a)2回の固定期間労働契約を連続して締結し、かつ、(b)労働者に第39条並びに第40条第1号及び第2号所定の事由のない場合において、(c)労働契約を更新するとき。」という文言のうち、(c)について、「労使が労働契約を更新するとき。」の意味に読むことを前提としています(その読み方は非常に素直な読み方である、と思います)。(a)乃至(c)の要件が全部揃って、初めて11ページのフローチャートに示すの要件がクリアされるのですから、 に関する「労働者が労働契約の更新…を(一方的に)提起…する場合」という要件が問題となるのは、 の「(c)労使が労働契約を更新するとき。」が充足された後であるべきところ、 まず最初に労使が労働契約の更新を合意したのに、 「労働者が労働契約の更新…を(一方的に)提起…する」というのでは概念的に矛盾するので、これ



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

を合理的に解釈しようとするれば、固定期間労働契約を 2 回連続して締結した後に「(c) 労使が労働契約を更新」することを合意し、そこで 3 回目の固定期間労働契約が締結され、その固定期間が満了する場合に「労働者が労働契約の更新…を(一方的に)提起…する」限り、使用者に抗う術なく無固定期間労働契約になる、と理解すべきように思われます。

ところが、「中華人民共和国労働契約法解説」は、「連続して 2 回固定期間労働契約を締結した場合で、かつ、労働者に本法第 39 条及び第 40 条第 1 項、第 2 項所定の事由がなく、労働者が労働契約の更新を提起し、又は同意しているのに、雇用単位が無固定期間労働契約の締結を拒絶した場合」が違法であり、後述の労働契約法第 82 条第 2 項のペナルティの対象になるというのですから、(c) の要件と の要件を混同し(筆者は順序としてまず

(c) の要件充足を文言上、先に検討すべきであり、 の要件充足はその後に検討すべきものであると考えており、両者を競合させてはならないと考えています) 両者の競合の結果、 の要件を優先させて、(c) の要件をなきものにするという解釈を行っているように見えるのです。

繰り返しですが、現状において筆者は使用者に 2 回の更新拒絶権を認める解釈が法文の素直な読み方としては正しいと考えていますが、「中華人民共和国労働契約法解説」が全国人民代表大会常務委員会法制工作委员会行政法室の編著にかかる大変権威のある本であることに鑑みれば、そこで示された 1 回限りの雇止めの機会とする解釈可能性を無視する訳にはいきません。

今後、この点については、労働及び社会保障部の部門規則や最高人民法院の司法解釈で一刻も早く明確な解釈が示されることが望まれますが、もし「1 回限りの雇止めの機会」説が国家の正式な解釈として定着するならば、現在までの労働契約法第 14 条第 2 項第 3 号に関する一般的理解と異なり、しかもその解釈は使用者に極めて不利な内容になりますので、多くの使用者がパニックになる可能性すらあると考えます。

今後、国家の正式な解釈の登場が注視されます。

4、無固定期間労働契約を締結しない場合のペナルティ - 労働契約法第 82 条、第 87 条

無固定期間労働契約を締結すべきであるのに、これを締結しない違法行為については、次の通り無固定期間労働契約を締結すべき日以後、2 倍の賃金支給義務が科されます。当該違法行為が相当期間経過後、しかも多数の労働者について発覚した場合、同日に遡り再度



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

当該労働者に既に支払った賃金と同額のペナルティを支払わされる結果になるのですから、場合により経営破たんの原因にもなりかねません。

労働契約法第 82 条第 2 項 雇用単位がこの法律の規定に違反し労働者と無固定期間労働契約を締結しない場合には、無固定期間労働契約を締結すべき日から労働者に毎月 2 倍の賃金を支払う。

また、無固定期間労働契約を締結すべきであるのに、これを締結せず、誤って固定期間労働契約を締結した結果、本来設けられるべきでなかった固定期間の満了を理由として、労働契約を終了した場合には、「この法律の規定に違反して労働契約を・・・終了する場合」に該当するものとして、通常の 2 倍の経済補償金を支払わされることとなります。

労働契約法第 87 条 雇用単位は、この法律の規定に違反して労働契約を解除し、又は終了する場合には、第 47 条所定の経済補償標準の 2 倍により労働者に賠償金を支払わなければならない。



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

Q5 無固定期間労働契約の強制を回避するには、どのような方法がありますか。

A 無固定期間労働契約の強制を回避する方法は、主として2つに分かれます。すなわち、固定期間の長期化を図る方法と 労務派遣を活用し、直接労働契約を締結するのを回避する方法の2つです。

Q6 固定期間の長期化を図る方法の内容及びその限界について教えてください。

A 固定期間の長期化を図る方法は、労働契約法第14条第2項第3号の規定する2回連続の労働契約締結後の更新により、無固定期間労働契約化するタイミングを長期化させて、使用者に付与された2回の更新拒絶権行使（雇止め）の機会（前述の通り、使用者は1回限り雇止めの機会を有するとの説があり得ますが、ここでは原稿作成時点における一般的理解を前提として、このように解することにします。以下、同様の記載のある場合について同じ）を確実にすることを目的とするものです。

2回連続の労働契約締結後の更新により、無固定期間労働契約化を強制する法制度は2008年1月1日の労働契約施行日以降の更新の機会からカウントされますので（労働契約法第97条第1項）同日以降の更新の機会に、従前のように1年の固定期間を例えば2年、3年の固定期間に改め、その間に労働者の資質等をしっかりと見極めて、雇止めの対象とすべき労働者についてはそのようにし、優秀な労働者についてのみ無固定期間労働契約化することを認めるというアプローチは有効であるように思われます。

しかし、この方法には2つの大きな限界があります。

1、連続10年勤務ルールとの競合問題

まず、2回連続の労働契約締結により無固定期間労働契約化の強制が働くルールは2008年1月1日以降に適用されますが、連続10年の勤務により無固定期間労働契約化の強制が働くという労働契約法第14条第2項第1号のルールは2007年12月31日以前の稼働年数も取り込んで計算することを要求するために、同日において連続10年勤務になる労働者については2008年1月1日以降の固定期間満了日において、使用者に雇止めの権利はなく、無固定期間労働契約化が強制されます。2007年12月31日において連続10年勤務になる労働者がいないとしても、6年、7年になる労働者がいる場合に、2008年1月1日以降の



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

固定期間を2年、3年とするときには、同日以降、1回目か2回目の固定期間満了日に既に連続10年勤務の要件を満たしてしまうために、使用者に雇止めの権利はなく、無固定期間労働契約化が強制される結果が生じます。このように2つの異なるルールの競合により、固定期間の長期化という方法が期待通りの機能を果たし得るのは、2008年1月1日以降に新規設立する企業だけであり【11】、2007年12月31日以前に設立した企業は、長短の区別こそあれ、それまでの稼働年数が連続10年勤務の基礎に算入されるため、連続10年勤務ルールとの競合により、所期の目的を達することができなくなる可能性がある点に注意を払う必要があります。

2、労働者の見極めが2回の機会に本当に可能か、という問題

固定期間の長期化により、使用者が2回の雇止めの機会に労働者の見極めを行うという仮説は本当でしょうか。

まず、労働者のうち人材、すなわち日本の短期大学に相当する大専卒業者を中心とする、各地の人事局が管轄権を有する者について考察します。

人材について性悪説的発想に立てば、2回の雇止めの機会（試用期間【12】における解雇の積極的活用を含めることを考えれば、3回）の到来まではおとなしくしておいて、無固定期間労働契約化後、就業規則違反で解雇にならない程度に手を抜いたり、賃金上昇などの権利行使のみ積極化させる狡猾な労働者が存在するリスクが想定されます。また、性悪説的発想を前提としないとしても、なおリスクはあります。すなわち、平均的な人材が22歳

¹¹ 2008年1月1日以降に新規設立する企業は、固定期間を4年11.5ヶ月とし、2回の合計で9年11ヶ月となるように設計したり、初回を3年、2回目を6年11ヶ月となるように設計するなど、2回の雇止めの機会を確保できるように工夫をする余地があります。

¹² 労働契約法第21条は「試用期間において、労働者に第39条並びに第40条第(1)号及び第(2)号所定の事由がある場合を除き、雇用単位は、労働契約を解除してはならない。雇用単位は、試用期間に労働契約を解除する場合には、労働者に理由を説明しなければならない。」と規定する一方で、同法第39条第1号が「試用期間において採用条件に適合しないことが証明されたとき。」を解除事由としていることより、規定形式はともかく、理由説明義務が使用者に課されたことは別として、労働法第25条と実質的な変更はないとの見方もあり得るところです。しかし、労働者の雇用の促進・安定を図る労働契約法の施行後は、使用者が労働者に事前に採用条件を明確に説明することが強く求められ、またこれを口頭のみで済ませ、書面説明を怠るときには、後に労働紛争が発生したときに労働争議仲裁委员会及び人民法院により、使用者が採用条件の不適合を証明することに失敗したと認定されることにより、試用期間中の解除が相対的に困難になる傾向があると思われれます。試用期間中の解除を積極化したいと希望するならば、採用条件の明確な設定を心掛ける必要があると思われれます。



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

で入社すると仮定して、固定期間を 2、3 年とする場合は 4 乃至 6 年で無固定期間労働契約化し、遅くとも連続 10 年勤務ルールとの関係より、入社後 10 年で無固定期間労働契約化するわけですが、そうだとすれば男性人材の場合、満 60 歳の定年まで 30 歳前後からの 30 年前後の雇用を保証しなければならない中、若い時代にはやる気もあり、無固定期間労働契約化にふさわしいと判断してそうしたけれども、年齢が高くなるにつれて、真面目ではあるが、リーダーとしての資質に大きく欠けることが判明し、年齢に伴う賃金の高コスト化には見合わないことが明白になるリスクがあります。こうしたリスクは 2 回の雇止めの機会の活用では克服不能なものです。

次に、労働者のうち労働力、すなわち高等学校卒業以下の学歴保有者で、比較的単純な労働に従事しており、各地の労働及び社会保障局が管轄権を有する者について考察します。

労働力である労働者についても人材について指摘したところと共通する問題があるほか、数千人から時に 1 万人を超える日系の生産型企業も多々ある中で、ここまで多数の労働力である労働者について、公平で平等を疑われることのない人事評価を制定し、これを執行することが可能でしょうか。それが不可能又は困難であるとするれば、それ自体がリスクであるといえるでしょう。また、労働力である労働者に関しては、決定的リスクがあります。すなわち、いかに真面目な労働力である労働者であっても、全員が熟練工や高級技術者になることはできないのであって、年齢と共に体力が低下して、高コスト化に見合うだけの労働力の提供が困難になることは必定です。ところが、2 回の雇止めの機会を活用するアプローチは、労働力である労働者が若い時代の最長 10 年以内の短期間で無固定期間労働契約化すべきか否かの選択を行うことを内容とするものであり、そこでは労働者の人格や資質、識見、能力等が問題とされるだけであって、「人は必ず老いる」という克服不可能な自然の摂理との関係は一切考察対象外とされます。こうした文脈で「合格」と判断された労働力である労働者が累積すると、その工場は年数の経過と共に活力を失い、コスト高となって、やがて本社の工場閉鎖決定が下ることになるでしょう。このように 2 回の雇止めの機会を活用するアプローチは、労働力である労働者について克服不能のリスクを抱えるのであり、このアプローチに依拠する場合、中長期的には工場閉鎖を選択するのと同様である、との見方が成立するかもしれません。

このようにして 2 回の雇止めの機会を活用するアプローチは、労働契約法の施行前後には 1 つのソリューションとして考察対象となるでしょうけれども、中長期的にはこれのみに依拠するアプローチの不合理が明白になっていくものと考えます。



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

Q7 労務派遣を活用し、直接労働契約を締結するのを回避する方法の内容及びその限界について教えてください。

A 労務派遣を活用する方法は、雇用単位が直接労働契約を締結することを回避することにより、連続 10 年勤務ルール及び固定期間労働契約の 2 回連続締結するルールによる無固定期間労働契約化を回避することを目的とするものです。これについて解説しましょう。

まず、連続 10 年勤務ルールに関する労働契約法第 14 条第 2 項第 1 号は、無固定期間労働契約化の要件として「労働者が当該雇用単位において連続して勤務 10 年以上であるとき。」と規定します。ここにいう「労働者」に被派遣労働者も含まれると解すれば、派遣先において物理的に連続して勤務 10 年に達した段階で、被派遣労働者「が労働契約の…締結を提起…する場合」には、無固定期間労働契約化するのではないかと懸念があります。しかし、労務派遣を活用する場合、同法第 58 条第 1 項第 1 文が「労務派遣単位は、この法律にいう雇用単位であり、雇用単位の労働者に対する義務を履行しなければならない。」と規定していることにより、労務派遣単位（派遣元）こそが被派遣労働者の「雇用単位（中国語で「用人单位」）」であり、同法第 59 条第 1 項第 1 文の「労務派遣単位の労働者派遣は、労務派遣形式による労働者使用を受け入れる単位（以下「労働者使用単位」という。）と労務派遣合意を締結しなければならない。」との規定により、労働者使用単位（中国語で「用工单位」、派遣先）と法的に位置付けられる派遣先において無固定期間労働契約化が義務付けられることはない、と考えられます。【¹³】

次に、固定期間労働契約の 2 回連続締結ルールに関する労働契約法第 14 条第 2 項第 3 号は、無固定期間労働契約化の要件として「2 回の固定期間労働契約を連続して締結し、かつ、労働者に第 39 条並びに第 40 条第(1)号及び第(2)号所定の事由のない場合において、労働契約を更新するとき。」と規定します。労務派遣を活用する場合、労働者使用単位（派遣先）が被派遣労働者と「2 回の固定期間労働契約を連続して締結」することはありませんが、無固定期間労働契約が義務付けられることはない、と考えられます。

¹³ 労務派遣への移行段階で例えば連続勤務が 9 年 6 ヶ月になっているなど、10 年まであと僅かの場合にも、連続 10 年勤務の要件を満たさない限り、無固定期間労働契約化はしないこととなりますが、これに関して「中華人民共和国労働契約法解説」40 ページは「雇用単位がこの規定を回避し、労働者が勤務 9 年半になる頃に、いろいろな手段を講じて勤務期間が 10 年に達することのないようにしながら、なお当該労働者を継続して使用するという状況を防止するために、具体的な法執行及び司法部門は、相応する補充規定を定めることができる。」と記載しており、今後、この問題は労働及び社会保障部の部門規則や最高人民法院の司法解釈により、調整される可能性があります。



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

以上より、労務派遣の活用は、無固定期間労働契約化を回避する法的効果を有するものと考えられます。

もっとも、労務派遣の活用には、次の3つの限界があります。

1、労務派遣単位のコンプライアンス維持の意識、体制との関係

労働契約法第92条は、労務派遣単位が違法行為を行った場合について、「労務派遣単位がこの法律の規定に違反した場合には、労働行政部門その他の関係主管部門が是正を命ずる。事案が重大である場合には、1名につき1千円以上5千円以下の標準により罰金を科し、かつ、工商行政管理部門が営業許可証を取り消す。」と規定するほか、「被派遣労働者に損害をもたらした場合には、労務派遣単位及び労働者使用単位は、連帯賠償責任を負う。」と規定し、被派遣労働者に対する派遣元（労務派遣単位）と派遣先（労働者使用単位）の連帯賠償責任を明確化しました。

労働契約法第58条第1項は「労務派遣単位は、この法律にいう雇用単位であり、雇用単位の労働者に対する義務を履行しなければならない。」と規定する一方で、同法第62条は「労働者使用単位は、次に掲げる義務を履行しなければならない。」と規定し、「(1) 国の労働標準を執行し、相応する労働条件及び労働保護を提供すること。」「(2) 被派遣労働者の業務要求及び労働報酬を告知すること。」「(3) 時間外労働手当及び業績効果奨励金を支払い、業務職位と関連する福利待遇を提供すること。」「(4) 職位にある被派遣労働者に対し業務職位に必要とされる養成・訓練をすること。」「(5) 連続して労働者を使用する場合には、正常な賃金調整メカニズムを実行すること。」といった法的義務を課しており、被派遣労働者に対して労務派遣単位及び労働者使用単位が共同責任を果たす仕組みがとられています。この構造ゆえに、同法第64条も「被派遣労働者は、労務派遣単位又は労働者使用単位において法により労働組合に参加し、又はこれを組織し、自身の適法な権益を維持・保護する権利を有する。」と規定し、被派遣労働者に派遣元（労務派遣単位）派遣先（労働者使用単位）のいずれかを選択して労働組合に参加し、またこれを設立する権利を認めたと考えられます。

このように労働契約法は、従前、法律レベルで規定が存在しなかった労務派遣について、同法第57条乃至第67条で初めて法律レベルにおける規制を置いたと同時に、その構造について、派遣先（労働者使用単位）が被派遣労働者に対する全てのリスクを派遣元（労務派遣単位）に移転することを許さず、被派遣労働者に対する共同責任を負担させて、当該



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

リスクを共有させることで、被派遣労働者の権利保護を図ろうとしている点が明確に理解されなければなりません。

換言すれば、今後は労務派遣の 2 つの要素、すなわち人材派遣と労働力派遣のいずれについても、コンプライアンス維持に対する意識、体制を有しないいい加減な労務派遣単位を選択すれば、その違法行為の全責任が即、派遣先（労働者使用単位）に降りかかることになるのです。

こうして、今後、人材派遣と労働力派遣について、適切な労務派遣単位を自社の所在地において発見することができるかが重要になると同時に、被派遣労働者に対して共同責任を負担することはやむを得ないとしても、内部的な責任分担をどうするかを労務派遣契約で明確に決めておくことこそが事後的な求償権行使のために必要不可欠の要素となることが認識されなければなりません。

2、2年以上の固定期間労働契約の締結の強制ルールとの関係

(1) 2年以上の固定期間労働契約の締結の強制ルールとの関係

労働契約法第 58 条第 2 項は「労務派遣単位は、被派遣労働者と 2 年以上の固定期間労働契約を締結し、月ごとに労働報酬を支払わなければならない。被派遣労働者に業務のない期間において、労務派遣単位は、所在地の人民政府所定の最低賃金標準に従い、当該者に月ごとに報酬を支払わなければならない。」と規定し、労務派遣単位に被派遣労働者と 2 年以上の固定期間労働契約の締結を義務付けています。この趣旨について、「中華人民共和国労働契約法釈義」(全国人民代表大会常務委員会法制工作委员会編) 214 乃至 216 ページは次の通り解説しています。

「労務派遣単位は、被派遣労働者と少なくとも 2 年以上の固定期間の労働契約を締結することを要する。労働契約の期間は、本来、労働契約の双方当事者が約定しなければならない。固定期間の労働契約でもよく、無固定期間の労働契約でもよく、又は一定の業務完了を期間とする労働契約であってもよい。固定期間の労働契約については、双方が期間を約定することもできる。但し、この法律では、労務派遣における労働契約期間について強制的な規定を設けており、すなわち 2 年を下回ってはならず、2 年を上回ってもよい。実際の業務において、一部の労務派遣単位は、雇用単位の責任を免れるために故意に労働契約において具体的な契約期間を約定せず、労務派遣単位と受入単位とが締結する労務派遣合意



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

において約定する業務期間又は労務派遣労働者が受入単位のために労働を提供する実際の期間を基準として規定している。労務派遣合意においてその期間を 1 年と約定したときは労働契約の期間も 1 年となり、労務派遣労働者の受入単位における労働の提供が事前に終了するときは労働契約も同時に終了することとなる。この点について一部の同志は、労務派遣単位は仲介ではなく、労務派遣労働者は労務派遣単位の正式な従業員であり、労務派遣単位は雇用単位として相応する責任を負わなければならないと建議し、労働契約においてその期間を明確に約定し、かつ、当該期間は労務派遣合意において約定される期間を下回ってはならないとすることを建議した。この問題を解決するために、この条項では、労務派遣単位は、労働者と 2 年以上の固定期間労働契約を締結しなければならないと規定している。この規定に対し、意見聴取の過程において、ある労務派遣単位は、実践において受入単位の労働者使用期間を労務派遣契約の期間とする方法は確かに適切でないにもかかわらず、この条項で労務派遣単位と労働者とが締結する契約を労働契約と規定する一方で、労働契約法には通常の労働契約について最低期間を設定する規定がなく、労務派遣契約についてのみ最低期間を 2 年として規定するのは、必ず法律の不一致をもたらし、また労務派遣単位の負担を重くして、不公平をもたらすとした。ある雇用単位は、労務派遣単位は最低期間を 2 年とする負担を多かれ少なかれ雇用単位に転嫁するに違いなく、雇用単位のコストが大きく引き上げられることになり、就業に不利であると主張した。また、労務派遣契約の最低期間を 2 年にすると、労務派遣は臨時的、補助的かつ代替的な業務職位において実施するという規定に矛盾することになるという主張もあった。繰り返し検討を重ねて考慮した結果、我々は、次のとおり判断した。すなわち、労務派遣において雇用単位が故意に労働契約に具体的な契約期間を約定せず、労務派遣単位と受入単位とが締結する労務派遣合意において約定する業務期間又は労務派遣労働者が受入単位のために労働を提供する実際の期間を基準とするよう規定し、労務派遣労働者が受入単位における労働の提供を事前に終了するときは労働契約も同時に終了するという事態を途絶させるためには、法律が労務派遣の労働契約期間に対し最低期間の規定を設けることは必要であり、これは労働契約期間に係る問題を解決するのみならず、同時に労働者が業務のない期間にあるときは、労務派遣単位が労務派遣単位の所在地の人民政府の規定する最低賃金標準を下回らない労働報酬を支払うことを要することも規定する。これは、労務派遣という労働者使用の形態の不正常な発展を制限する有効な経済手段の一つでもある。」

以上の記述からすれば、労務派遣単位が被派遣労働者と締結する労働契約は、必ず 2 年以上の固定期間労働契約であることを要し、仮に 2 年以上の固定期間労働契約を 2 回連続して締結し、更新するとしても、労務派遣単位において無固定期間労働契約化することはなく、常時、2 年以上の固定期間労働契約を締結することが義務付けられていると理解する



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

ことができます。【14】

とすると、労務派遣単位は、2年以上の固定期間において「被派遣労働者に業務のない期間」が生じ、その結果、「労務派遣単位は、所在地の人民政府所定の最低賃金標準に従い、当該者に月ごとに報酬を支払わなければならない。」との法的義務が働くことを回避するために、一方で固定期間を最短の2年間とすると共に、他方で労働者使用単位（派遣先）に対して、労務派遣契約の期間を2年間とし、当該期間中に労働者に労働契約法第39条、第40条第1号、第2号の規定する解雇事由のない限り、労務派遣契約を解除できない旨の条件設定を受諾するように要求するものと思われます。

こうして、従前の1年に1回雇止めの機会のある固定期間労働契約中心の雇用文化は、今後、2年に1回雇止めの機会のある労務派遣契約中心の雇用文化に移行する可能性があり、当該期間の短縮を図ることは不可能である点に労務派遣の活用の限界があるといえます。

(2) 従前の労務派遣を活用した繁忙期における人員調整策の終焉の可能性

家電をはじめとする完成品メーカーの場合【15】、春節、労働節、国慶節といった三大休

¹⁴ 無固定期間労働契約化する場合、労務派遣単位が被派遣労働者と締結する労働契約で当初に派遣する派遣先（労働者使用単位）のみを唯一の派遣先とし、ここで失職したとしても、他の派遣先をアレンジしないことを明確に規定しておけば、労働契約法第40条第3号の規定する「労働契約締結の際に根拠とした客観的状況に重大な変化が生じ、労働契約を履行するすべをなくさせ、雇用単位と労働者との協議を経て、労働契約内容の変更につき合意に達することができないとき。」に該当するものとして、30日前の通知をすることにより、労働契約を解除することが可能になります。労働契約法第58条第2項は、無固定期間労働契約が被派遣労働者にとっては不利益に働き得るという特性に着眼して、被派遣労働者の雇用の長期化、安定化を図るために、2年以上の固定期間労働契約の常時締結義務を課したと理解することができます。

¹⁵ プロモーション問題 - 労務派遣と業務処理請負（プロジェクト請負）の区別の明確化の要請

家電をはじめとする完成品メーカーは、商戦時期にはマーケティング会社に依頼し、商品のプロモーションを実施します。その具体的方法は、家電メーカーを例にとると、マーケティング会社が労働契約を締結する多数の労働者（プロモーター）を専売店や家電量販店の自社コーナーに派遣してもらい、家電メーカーの指揮命令のもとで、消費者に商品宣伝を行うというものです。優秀なプロモーターは、1つの家電量販店で成績が上がると、他の成績不良の家電量販店へと家電メーカーの指示で動くことも多々あります。こうしたプロモーションは、従前、労務派遣の一類型ではなく、マーケティング会社がプロモーションという1つのプロジェクトを請け負うものとして、「プロジェクト請負（中国語で項目承包）」と理解されてきました。これは日本でいえば、業務処理請負に相当します。ところで、今までは、労務派遣と業務処理請負の相違について、中国では論じる意義が余りありませ



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

暇やクリスマス商戦と関係する生産時期は必ず繁忙期となり、固定的な労働者だけでは生産を実施するのに不足するため、労務工（又は季節工、臨時工）と呼ばれる流動的な労働者を労務工派遣の形式で確保する例が多々あります。こうした労務工は数ヶ月の雇用だけで不要となり、15日程度の事前通知を労務工派遣会社宛、行うだけで、何時でも雇用調整ができるとされてきたのです。

しかし、今後、こうした労務工派遣を各地の労務工派遣会社に依頼する場合に、同社が確実に2年以上の固定期間労働契約の待遇を労務工に付与しているか否かなど、法令遵守を確認しなければなりません。いい加減な労務工派遣会社を利用して、ここが労働契約法施行後も、2年以上の固定期間労働契約の待遇を付与せず、派遣先からの事前通知期間満了と同時に労働契約を終了するなどの違法行為を実施すれば、労働契約法第92条により連帯賠償責任を負担するリスクが生じることとなります（その場合、各被派遣労働者について、2年から実際稼働期間を控除した期間の最低賃金相当額が連帯賠償責任の最低限を画することになると思われるところ、被派遣労働者数が多数になればなるほど、最低限の賠償額だけでも巨額になる懸念があります）。

こうした観点から、法令遵守の確認をすれば、労務工に関して適法な労務派遣の実施を行うことができる労務工派遣会社はほとんどなくなる可能性があります。なぜなら、労務工はその性質上、1年未満の繁忙期に限定して雇用調整を図るための存在であり、2年以上の固定期間労働契約の保証には本来的に馴染まないことから、当該保証を遵守して、派遣先から切られた後も、固定期間が2年に達するまで、最低賃金保証をするか（これは経済的に不可能でしょう）、確実に他の派遣先をアレンジできる能力を有する労務工派遣会社は現在のところ存在しないと思われるからです。

とすると、労務工による雇用調整は今後2つの方向で解消を図るほかないと思われます。

んでした。概念的には前者は被派遣労働者は派遣先の指揮命令で動き、後者は派遣元に相当するマーケティング会社の指揮命令で動くと言っても、労務派遣について法的規制がなかったのですから、指揮命令を誰が実施しようが違法の問題を惹起すると認識されてこなかったからです。しかし、労働契約法により労務派遣について、例えば2年以上の固定期間労働契約の締結義務が派遣元（労務派遣単位）に課されるなどの新たな法的規制が登場すると、今までのように、労務派遣と業務処理請負の区別について、家電メーカーは無頓着であってはならないこととなります。なぜなら、実態が労務派遣であるのに、マーケティング会社が労働契約法の潜脱行為を実施する場合、労働契約法の遵守を事後的に強制され、また同法第92条により連帯賠償責任を負担するリスクが生じるからです。今後、中国版「偽装請負」問題が取沙汰される前に、家電メーカーをはじめとする完成品メーカーは、これに関するコンプライアンス体制構築をどうするかについて、議論する必要があると思われま



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

第 1 の方向は、コンプライアンス維持に対する意識、体制を有し、かつ、労務工に 2 年以上の固定期間労働契約の保証を付与しながら、短期的な雇用調整を希望するメーカーの要求に対応できる、すなわち短期間の事前通知期間中に他の派遣先を確実に探索することができるルートを持つ労務工派遣会社が登場することを前提として、ここに労務工派遣を依頼するというものです。しかし、このアプローチは、そのような労務工派遣会社が現在のところ存在していないと思われることから、果たして今後登場するのが問題となり、確実性を欠く憾みがあります。

第 2 の方向は、労務工を直接雇用に変更することです。すなわち、労務工の予定稼働期間相当の固定期間労働契約を締結し、仮にこれを延長することがあったとしても、2 回の連続した固定期間労働契約の締結で打ち止めとし、決して 3 回目に突入しないとするものです。稼働する業務内容が明確に特定できる場合は、一定の業務任務の完了を期間とする労働契約を締結することで対応することも検討対象となります。もっとも、この選択肢について、例えば固定期間労働契約を締結する場合には、従前と比べて、ただでさえ雇止めに関する経済補償金負担がコスト増加要因となるほか【16】、保守的観点より予定稼働期間を実際よりやや長めに設定するとすれば、それもまたコスト増加要因となり、労務工を利用した雇用調整について、ダブルのコスト増加を覚悟しなければならなくなります。

このように労務工派遣問題について、労務派遣がベストのソリューションにはならないという点に、労務派遣の活用の限界を見ることができます。

3、労務派遣の活用が可能な業務職位との関係

労働契約法第 66 条は「労務派遣は、一般に、臨時的、補助的又は代替的な業務職位において実施する。」と規定しており、労務派遣の活用が可能な業務職位を制限しています。これは労務派遣の活用の 1 つの限界を隠します。

¹⁶ 労働契約法第 46 条本文は「次に掲げる事由の一がある場合には、雇用単位は、労働者に経済補償を支払わなければならない。」と規定し、同条第 5 号が「雇用単位が労働契約に約定する条件を維持し、又は引き上げて労働契約を更新し、労働者が更新に同意しない状況を除き、第 44 条第 1 号の規定により固定期間労働契約を終了するとき。」と規定したことにより（同法第 44 条本文は「次に掲げる事由の一がある場合には、労働契約は、終了する。」と規定し、同条第 1 号は「労働契約の期間が満了したとき。」と規定します）、使用者による雇止めは、経済補償金の支払事由となりました。



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

その趣旨について、「労働契約法釈義」228、229 ページは次の通り説明しています。

「この条項は、労務派遣が適用される職位範囲に関する規定である。

我が国の法律が労務派遣に対し規範及び制限を有していなかったことから、雇用単位は、労働者使用コストを引き下げ、労働法の責任を回避するために、自由に労務派遣労働者を使用したことから、労務派遣の範囲が不断に拡大し、派遣労働者の人数も不断增加することとなった。ある業種及び企業の中には、労務派遣労働者が半数以上を占め、労働者使用形態の主流となっているところもある。長期間かつ安定的に需要のある業務職位においても、労務派遣労働者が使用されており、例えば銀行の窓口職員等である。これらの労働者使用の形態を規範化しなければ、その発展にまかせ、労務派遣は近いうちに全ての企業の労働者使用の常態になる可能性があり、労働関係の基礎は、重大な挑戦を受けることとなり、労働者の適法な権益は得べき保障を得られなくなり、社会的公平の維持及び実現も困難になる。このため、労働契約法は、労務派遣は、一般に、臨時的、補助的又は代替的な業務単位にのみ適用することを明確に規定し、もって労務派遣という種類の労働者使用形態が日増しに拡大している現象を解決することを意図している。

外国及び地域の幾つかの規定を見ると、大多数の国は、労務派遣の初期においていずれも厳格な管制を実行し、業務職位に対しても一定の制限を設けている。日本は、1985年に制定した「労働者派遣法」において、労務派遣につきある種の業種領域、例えば港湾運送業等の業務に従事することを禁止することにつき明確に規定している。我が国の台湾地域の「派遣労働法」も、業種を区分して労務派遣の範囲を限定している。「フランス労働法典」は、労働区分を経常的労働と臨時的労働に分け、労務派遣の範囲を法律において明確に規定する臨時的労働範囲に限定している。ペルーは、フランスと同様に、労務派遣を臨時的業務の範囲に限定している。一部の同志は、労務派遣は、現在、世界中の労働者使用において発展しており、我が国の労働契約法でこれについて厳しく管制すべきではないと主張した。国外の状況を見ると、いくつかの先進国家においては、労務派遣に対して管制から徐々に開放していく過程をたどっている。労務派遣というこの種の労働者使用の形態は、我が国においては始まったばかりであり、経験がなく、幾つかの問題が発生している。したがって、この法で労務派遣に対して幾つかの制限的な規定を設けたものである。人材市場のメカニズムが徐々に健全化するに伴い、労務派遣という労働者使用形態もその特有の作用を発揮し、徐々に発展するであろう。

この条項は、原則的に労務派遣の職位の適用範囲を規定しており、臨時的、補助的又は代替的な業務職位を含む。具体的な業務単位については、国務院の労働行政部門がこれを制定し、又は関係部門と共同して制定することができる。」



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

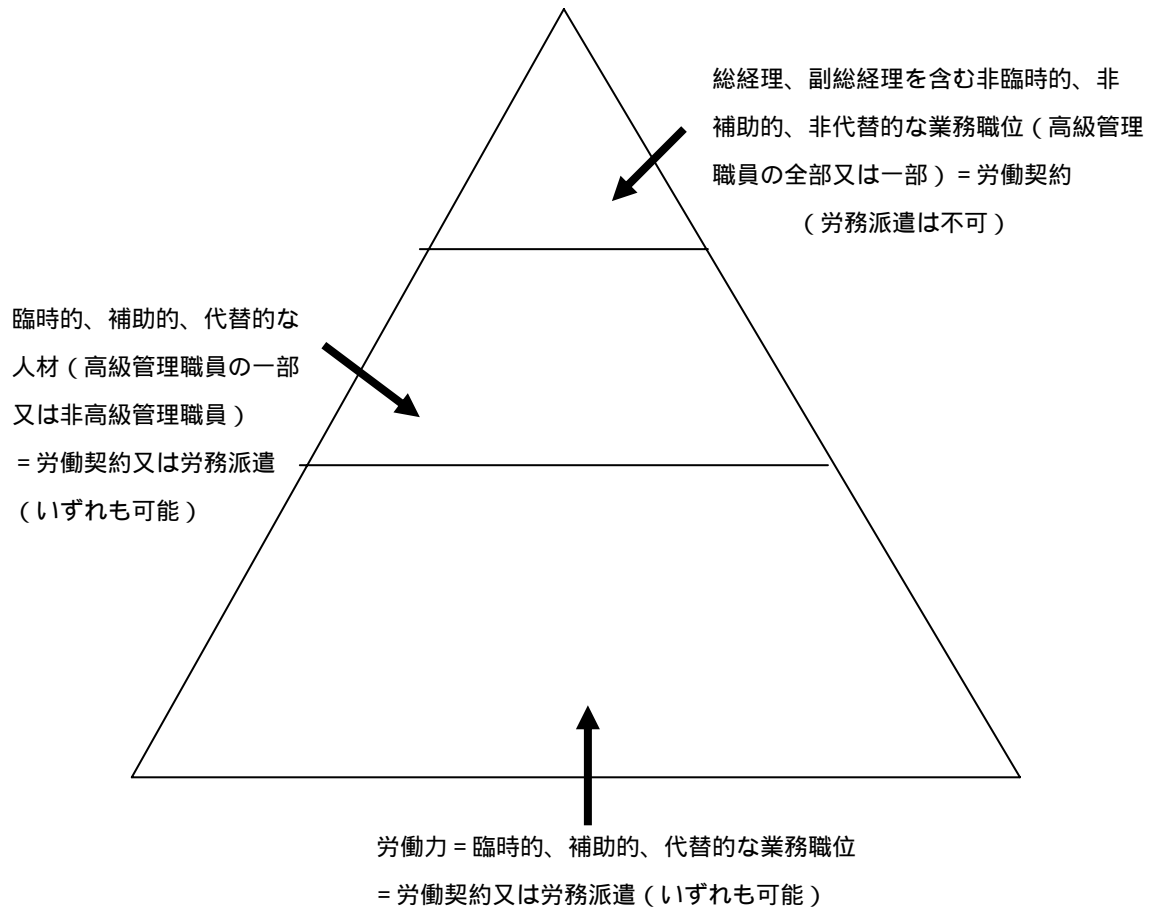
以上の通り、労働契約法第 66 条は労務派遣中心主義の雇用文化の成立を阻止するための規定であることは明らかですが、労働契約法第三草案には存在した「具体的な業務職位は、内閣府の労働行政部門が規定する。」という一文が削除されたことから、労働及び社会保障部の部門規則で臨時的、補助的、代替的な業務職位の具体的な意義、基準が明確にされるとは限らなくなりました。そこで、何が臨時的、補助的、代替的かはまず外商投資企業が経営自主権に基づき基準を作成することで足りると解され、後に労働契約法の要求でないにせよ、労働及び社会保障部が任意に部門規則を制定する場合は、当該基準が部門規則に抵触する限度でその是正を図ればよいということになると思われま

そうして見ると、当該部門規則が任意に制定されない限り、日常経営管理の頂点である総経理とその補佐を行う副総経理はさすがに非臨時的、非補助的、非代替的であるとしても、労務派遣の範囲を最大化することを希望する外商投資企業は、総経理、副総経理以外の全業務職位を臨時的、補助的、又は代替的であるとして、労務派遣の対象とする可能性があり、その場合にも、当該選択を労働契約法第 66 条違反であると断ずることはできないと思われま

したがって、上記部門規則が任意に制定されない限り、労務派遣の対象範囲をどこまでの業務職位とするかは、労働契約法の要求に基づくというよりも、日常の労務管理のあり方として、どのような人事組織設計とするのが労働者、特に幹部職員のモチベーションを高めることができるのか（総経理、副総経理以外は全員、被派遣労働者とする場合は、幹部職員のモチベーションに影響する可能性があると思われま）という観点から決定されるべき事柄であるということが出来るかもしれま



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

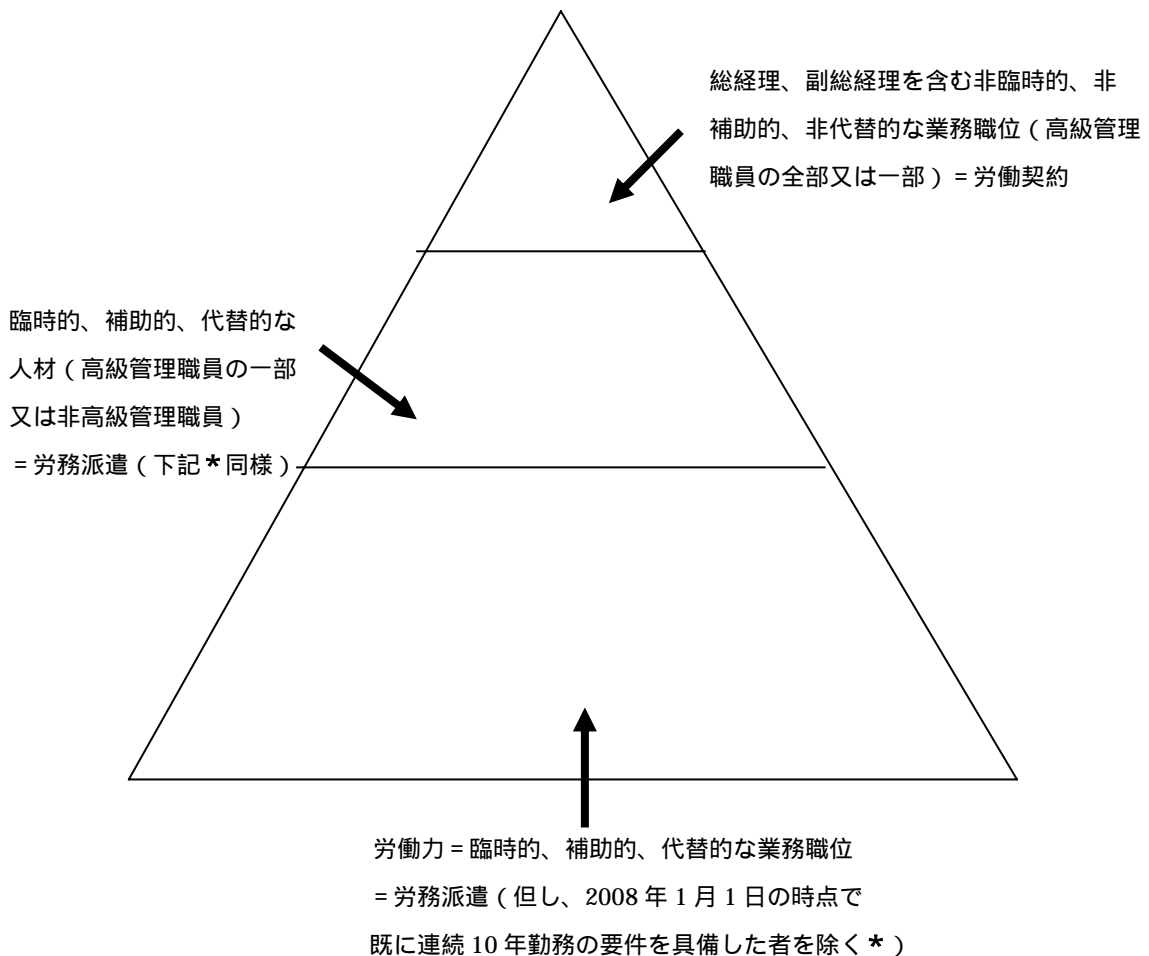




本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

Q8 今後、外商投資企業、特に生産型企業の雇用形態はどのような類型にシフトしていくことになると予想されるでしょうか。また、当該類型にシフトしていくプロセスにおいて、いかなる問題があるでしょうか。

A 今後、外商投資企業、特に生産型企業の雇用形態は、雇用ピラミッドの頂点に総経理、副総経理を中心とする高級管理職員の全部又は一部（当該一部以外の部分は、企業の経営自主権の行使として、高級管理職員でありながら、なお臨時的、補助的、代替的な業務職位であるとの位置付けがなされた者【¹⁷】）の労働契約締結組が位置し、その直下に高級管理職員の一部（高級管理職員の一部がなお臨時的、補助的、代替的な業務職位とされる場合における当該一部）並びに非高級管理職員である人材及び労働力の全部が原則として労務派遣組として位置付けられるという雇用ミックスに移行すると思われま（例外は 2008 年 1 月 1 日の時点で既に連続 10 年勤務の要件を具備した労働力等）。



¹⁷ 前述の通り、労働及び社会保障部の部門規則で別途制限がなされない限り、こうした選択も適法であると思われま。



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

もっとも、現在、既存会社が労働契約を締結している労働者が臨時的、補助的、代替的な業務職位にある場合、上記ピラミッド型の雇用ミックスに移行するとしても、当該労働者をいかに説得し、労務派遣にシフトさせるかが問題となります（新設会社は、当初より雇用ミックスを念頭に人事設計ができますので、当該問題については考慮する必要がありません）。

以下ではこれに関する 2 つのポイントを解説しますが、実務的に実施する場合にリスクをゼロ化することはできませんので（だからといって、労働契約をそのまま継続すれば、代わりに、突如、無計画な無固定期間労働契約化のリスクが現実化することになります）最終的には各外商投資企業で具体的にどうすべきかを考えていただくほかないという結論に至ることをあらかじめ正直に申し上げます。

1、労働者の説得手段（その 1）

労働契約を締結している法的地位を被派遣労働者の法的地位に移行させることは、一般的に不利であるとの感覚は誰も持つところですから、単に「どうでしょうか」と尋ねただけであれば、必ず「嫌だ」という反応が返ってくると思われれます。このように相手方が嫌がっていることを実現するためには、(a) 相手方に代償措置（通常、経済的な代償措置）を講じるか、(b) 相手方の意見にかかわらず、強制的に実現する手段があるかのいずれかの可能性しかありません。

そこで、まず (a) について検討すると、労働契約を締結している労働者を説得の上で、合意解除契約を締結し、過去の稼働年数に応じた経済補償金【¹⁸】を支払い、その上で労務派遣にシフトしてもらうという方法が代償措置として考えられます。これは経済補償金の支払いにより、過去の稼働年数を一旦リセットできることを意味しますし、労働者としても一時に経済補償金を手中にできるメリットがあることから、安定性の高い方法であると思われれます。

しかし、この方法には、一時に多額の経済補償金が発生するという外商投資企業のデメリットがあります。当該デメリットは労働者数が比較的少数である場合には、受諾可能なものかもしれませんが、労働者数が極端に多い生産型企業では、経済補償金総額が巨額になることより、軽々に受諾を決定することは到底できないでしょう。

¹⁸ 労働契約法第 47 条参照。



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

そこで、次に(b)について検討すると、少なくとも現在、労働者と固定期間労働契約を締結している外商投資企業は、原則として次回更新時期において雇止めをする権利がありますので(例外は次回更新時期が2008年1月1日以降で、かつ、その時点で労働者が連続10年勤務の要件を具備している場合)、労務派遣への移行を拒絶する労働者について雇止めをする旨を通知することにより、半ば強制的に労務派遣への移行を実現することが考えられます。

しかし、このような方法は日本企業のメンタリティには合わないことが多く(外商投資企業の出資者の所属する国家又は地域によっては、何ら躊躇なく上記半強制的移行を実施する可能性があります)、終身雇用が自国の雇用文化である日本企業の場合は、ここまでドラスチックな対応をするには心理的なハードルが相当高くなります)、また労働者の心理に大きな不満を残すことになり、今後の労務紛争の原因を形成するリスクがあります。

もっとも、熟考の末、結果的に(b)に踏み切らざるを得ないと判断する日系企業は相当数あるはずであると推測されます。その場合に労務リスクを低減するための努力として、(a)のように経済的代償措置を用意することはできないとしても、雇用ミックスに移行し、労務派遣を有効に活用しなければ、中長期的には工場閉鎖となり、全員が失業する憂き目に直面し得ること、被派遣労働者でも、2年の固定期間の雇用保証を享受でき、これは従前の1年の固定期間と比較して有利なことを説明することに加えて、例えば次のような説明を付け加える工夫が検討されてよいかもしれません。こうした周辺措置の充実、(b)の選択を行う場合に必須不可欠のものであると思われる。

(1) 臨時的、補助的、代替的な業務職位から非臨時的、非補助的、非代替的な業務職位にシフトするための昇進ルールと人事考課制度の明確化、透明化を図ること

(2) 昇進ルールに基づき、早期に直接労働契約の締結が可能な法的地位を得られるように、研修制度を充実させて、頑張った労働者にはより多くの機会が付与されるように配慮すること

(3) その結果、直接労働契約の締結が可能な法的地位を得た労働者について、被派遣労働者に移行する前の直接労働契約を締結していた時代の稼働年数を連続10年勤務ルールとの関係で算入するルールを創設すること



本書の著作権は弁護士法人キャスト系賀に帰属し、当該法人の事前の書面による許諾なく、転載等を行うことをお断り致します。また、今後登場する法令、司法解釈により、本書の記述と異なる結果が導かれる可能性があることには十分ご注意ください。

結局、労働者の説得を諦めて現状維持のまま推移することを選ぶか（この場合、中長期的な工場閉鎖の選択となる可能性があります）、経済的代償措置を覚悟するか、（周辺措置の充実によりリスク低減を図る努力はするにせよ）日本企業のメンタリティを克服すると同時に、一定の労務リスクを覚悟して、ドラスティックな選択をするかという3つの選択のいずれにも一長一短があり、各外商投資企業が本社経営陣の価値観や各企業の経営状況その他の諸要素を総合的に勘案して、いずれの方法を採用するかを悩んだ末に決めるほかないというのが結論となります。

2、労働者の説得手段（その2）

労働契約を締結する法的地位を被派遣労働者の法的地位にシフトさせることを決定する場合、上記（a）（b）いずれの方法を採用するにせよ、その説得を誰が行うかという問題が残ります。

この点について、中国語が流暢な日本人経営幹部がいたとしても、その説得を日本人が実施するには俄かに賛成できません。いかに経営合理であるとしても、労働者に不利益となり得る選択を最初に話すのが日本人であるというのは、アプローチとして反感を煽るリスクがあります。少なくとも根回しをし、労働者のコンセンサスを得る段階においては、中国人経営幹部がこの説得の任務を担うべきものと思われま。当該中国人経営幹部は非臨時的、非補助的、非代替的な業務職位を有する総経理、副総経理、高級管理職員であり、少なくとも自らは労働契約を締結する法的地位を保持できる労働者であると思われまが、自らが当該法的地位を享受しながら、労働力である労働者等には被派遣労働者へのシフトを促すというのですから、当該中国人経営幹部は相当程度、労働力である労働者等の信任を得ている者でなければならぬでしょう（そうでなければ、中国人経営幹部ですら反感を買う可能性があります）。

巷間、中国人経営幹部の登用の必要性が叫ばれて久しいのですが、多数の企業においてその実現はなお初歩的段階にとどまると思われま。しかし、こうした緊張を強いられる場面でこそ、こうした有能で、労働者の信任も得ている中国人経営幹部が真価を発揮するのであって、その有無、多寡は労働者の説得の成否に大きく影響するものと思われま。各企業において、中国人経営幹部の登用をどの程度熱心に行ってきたかがここで問われることになっていると言ってよいでしょう。

（了）