



2015.2.15  
コチ コンサルティング

春節が目前になり、《勞務派遣暫定規定》施行(2014年3月1日)から1年が経とうとしています。派遣総量規制(勞務派遣労働者は全従業員の10%以下とする)の達成期限まで1年余りとなりましたが、法規がどこまで厳格に執行されるのかが注目される中、昨年末12月31日に、上海市では人力資源・社会保障局と高級人民法院より、勞務派遣活用に関する會議要項が公表されています。本号では、勞務派遣暫定規定の現状、並びに、離職者の多い時期の留意点として、最近問題が散見される「競業制限(避止)協議」と「機密保持協議」に関してご報告いたします。

皆様よい春節をお迎えください。新春快樂！

### 内容 【人事・勞務情報】

- 勞務派遣暫定規定施行1年後の状況
- 離職時の留意点「競業制限(避止)協議」と「機密保持協議」

### 人事・勞務情報

#### ■ 勞務派遣暫定規定施行1年後の状況

《勞務派遣暫定規定》(略称《派遣規定》)施行後、地域毎に勞務派遣従業員使用調整計画の届出期間や方法に関する通達が出され、既に大半の地域で届出期間は終了しています。

\* 勞務派遣暫定規定日本語訳: <http://cochicon.com/1-1-2-4-1/>

\* 勞務派遣使用調整計画の届出: <http://cochicon.com/wp-content/uploads/2014/09/CoChi-HR-Navi-Vol-47.pdf>

上海市では届出義務がある企業が2万社強に対し、実際の届出は2千社であり、本年の社会保険監査では派遣使用比率の高い企業が重点監査対象となると公表されています。

昨年末に公表された、上海市の《派遣規定》施行後の課題に関する會議要項では、違法派遣、業務委託等に対する高等法院の判断が公表されています。主要なポイントは下記；

#### ① 勞務派遣会社の行政許可の過渡期

《労働契約法修正決定》(略称《修正決定》)に定められた勞務派遣会社の正規行政許可取得の過渡期期間1年が終了し、行政許可のない勞務派遣会社の新規派遣業務は認めない。公布から施行までの期間(2012.12.28~2013.6.30)に締結した勞務派遣契約は満了まで継続可。

#### ② 勞務派遣会社の行政許可取消、更新不可

許可取消または更新不可であった勞務派遣会社との間で既に締結済みの労働契約/派遣契約は派遣期間満了まで継続可。

#### ③ 行政許可未取得の勞務派遣会社との契約

派遣協議の無効判定までは、派遣会社/使用企業/労働者の3者は原契約・実質履行の内容に基づき確定することができる。使用企業は《労働契約法》【第40条-3】(契約締結時の客観的状況の変化)に基づき経済補償金を支給し使用関係を協議解除することができる。

#### ④ 違法派遣 NAVI

三性(臨時性、代替性、補助性)、派遣労働者比率(10%以下)の規定は派遣会社または使用企業の義務である主体的管理性規定であり、違反した場合も派遣協議/労働契約の効力には影響しない。三性、派遣比率に起因する争議は《労働争議調停仲裁法》(略称:《調停仲裁法》)に規定する労働争議案件として受理しない。当事者による労働契約/派遣協議の無効の確定、労働者による使用企業との労働関係の確定は法的根拠に乏しく支持しない。

#### ⑤ 同一労働同一賃金

派遣労働者と直接雇用労働者の同一労働同一賃金に関わる問題は社会保障行政部門が法規に基づいた改正指導を実施する。《調停仲裁法》が規程する範囲の労働報酬争議は労働争議処理機構が法に基づき処理する。

**⑥ 労務派遣会社への“差戻し”可能な状況 NAVI**

《派遣規定》に列挙した①契約締結時の客観的状況の変化/人員削減条項に合致する差戻し、②企業の清算時の差戻し、③労務派遣協議期間の満了、以外に労働契約法、**労働契約法解除事項に合致する場合は派遣労働者の派遣会社への差戻しが可能。**

**⑦ “差戻し”後の再派遣**

合法的な“差戻し”後、労働者が合理的な再派遣に応じない場合、労働契約、就業規則、関連法規に基づき処理できる。

**⑧ “差戻し”根拠に関わる争議**

差戻しの根拠が不十分であり、かつ労務派遣会社が合理的な期間（一般的に1ヶ月）内に新たな派遣を実施しない場合、労働者は労働契約を解除し経済補償金を要求することができる。

**⑨ 使用企業/労務派遣会社/労働者3者の権利義務の紛糾処理**

労働者と派遣会社または使用企業との間の労働争議は《調停仲裁法》に基づき派遣会社、使用企業を共同当事者とし、個別に法的責任を確定する。**使用企業が労働者に損害を与えた場合は派遣会社と使用企業は連帯賠償責任を負う。**

**⑩ 《修正決定》施行以前に締結された労働契約/派遣協議**

《修正決定》施行以前（**2013.6.30以前**）に締結した**労務派遣契約は満了まで継続可**。ただし、同一労働同一賃金は法規に基づき修正すること。

**⑪ 労務派遣と業務委託（HRサービスアウトソーシング）の区分 NAVI**

- ・業務委託（HRサービスアウトソーシング）は市場動向により出現した新たな状況であり、労務派遣から業務委託への転換過程における法律関係、管理権調整は複雑である。
- ・労働争議案件における**労務派遣と業務委託の区別に関わる問題は、就業規則の活用、使用企業の指揮管理権の強弱の程度等の要素により総合的に判断する。**
- ・業務委託元が消防、安全生産、製品サービスの質、業務場所の秩序等の管理を必要とし、委託先労働者に対して部分的に指揮管理権を行使する場合、労働争議処理機構はケースごとに慎重に処理し単純に法律関係による改変（＝契約関係の変更）のみで判断を下さない。
- ・**業務委託（HRサービスアウトソーシング）の委託元と委託先は協議により合理的に具体的な管理範囲を確定することができる。**
- ・**業務委託契約が無効と判断されない状況の場合、委託元による委託先労働者への部分的な越権指揮は修正しなくてはならない。労働者がこれをもって労務派遣であると主張する事、または委託元との労働関係の存在（＝直接雇用）の確認を求める場合、法的根拠に乏しく支持しない。**

**NAVI** 《労務派遣暫定規定》では派遣可能職務（臨時性、代替性、補助性）のうち、補助性職務は「主要業務をサポートする非主要業務」としながらも、「補助性職務で使用する場合、工会あるいは従業員代表と協議決定し、企業内で公示すること」とされており、実質的に企業毎に決定可能とされています。

政策の意図とは異なり、日系企業では、労務派遣契約の継続を希望する無固定期間労働契約の古参従業員の直接雇用移行が課題となっている状況が散見され、補助性職務の活用が検討されています。三性の判断でもめた場合も、労働仲裁では取り扱わないと明言されていることは、補助性職務の活用の柔軟性を高めるものと思われます。

**NAVI** 本会議要項では、労務派遣労働者の“差戻し”（退回）に関わる問題に多くの文言を割いています。《労務派遣暫定規定》で労働者保護強化を目的としており、規定施行を理由とした派遣労働者の“差戻し”を禁じていますが、“差戻し”に関わるとトラブルが多発しているものと思われます。本会議要項⑥では、労働契約解除不可状況の差戻しを再度禁じており、労務派遣を臨時性、代替性で活用する場合も、女性が妊娠した場合は労務派遣契約を満了することができず、第二子の出産が増えていることから、女性の短期労働者の確保が企業の課題となっています。

**NAVI** 流動性が高く募集、人事管理が煩雑な労務派遣工、労務派遣販売員等の使用契約を業務委託契約へ切り替える動きがありますが、日系企業では、日本同様、偽装請負と判断されるリスクが課題となっています。

本会議要項は、新たな業務委託による労働者使用への過渡期において、業務委託の場合の労働者保護の視点から、使用企業が一定の労働者管理に関わることを認めるものと言えます。労働争議、安全生産体制の確保等は法的に雇用関係が無い業務委託であっても、委託元が責任を免れないとしています。また、業務委託労働者が、委託元に管理される体制から、労働契約関係に疑義を持った場合も法院ではあくまで業務委託先労働者として取り扱うという姿勢が明示されています。

### ■ 離職時の留意点「競業制限協議」と「機密保持協議」

春節休暇前後は離職率の最も高い時期です。労働契約法施行後、“辞められるリスク”に代わって“辞めさせられないリスク”が企業の課題となっていますが、主動的離職の場合、同業他社への転職が多い中国では、企業機密の保護に留意する必要があります。

機密保護にかかわる従業員との契約は「競業制限（避止）協議」（競業協議）と「機密保持協議」（保密協議）があります。

#### ● 「競業制限（競業避止）協議」（競業協議）

競合企業への転職、競合企業の起業等を制限する契約。約定期間内に就職をしない場合は経済補償金（通常離職時経済補償金とは異なる）の支給義務が発生する。労働者が違反した場合は違約金を請求できる。

対象 : 高級管理人員、高級技術人員、その他守秘義務を負う人員に限る。

期限 : 最長 2 年間

経済補償 : 一般的に労働者の労働契約解除あるいは終了前 1 2 ヶ月の平均給与の 30%。

上記が労働契約履行地の最低賃金を下回る場合、労働契約履行地の最低賃金。

(地域差異あり)

違約金 : 協議により定める。

解除 : 企業側には一方的な任意解除権がある。行使した場合、労働者には 3 ヶ月分の競業避止補償請求権あり。

#### ● 「機密保持協議」（保密協議）

就労先、職業を制限するものではないが、指定機密の漏洩を禁じる協議書。締結範囲、期間の制限、補償金等の規定はない。

**NAVI** 競業制限協議（競業避止協議）は対象となる特殊職種を中途採用する場合を除き、昇格により対象職種に就いた場合、離職時に締結する場合がほとんどであり、労働契約締結と同時に締結する事は少ないため、労働契約書にはあらかじめ競業制限協議差し入れの可能性と、拒否できない事を明記しておく必要があります。ただし、一旦締結した場合、理由の如何を問わず、本人が就職しない場合には経済補償金の支払い義務が発生しますので、留意を要します。

機密保持協議は労働契約締結と同時に締結し、離職後の機密保持も含めて約定するのが一般的ですが、離職時にも、離職協議書等で離職後の機密保持を約定しておくことが安全策です。