

人社部酝酿《劳动合同法》解读，更细化的《劳动合同法》

——《贯彻实施〈劳动合同法〉若干规定（讨论稿）》
几个重点条款简要探讨

2015 年 06 月，人力资源和社会保障部就贯彻实施劳动合同法组织了研讨会，重点研讨了名为《贯彻实施〈劳动合同法〉若干规定（讨论稿）》的文件，对讨论稿，律师现择其几个重点条款予以简要探讨。需要说明的是，讨论稿仅为内部讨论文件，而最终版本的出台尚无时间表，律师对讨论稿探讨的目的也仅在于向读者介绍和分析立法动态。

第十条 用人单位根据劳动合同法第四条规定，经过民主程序制定或修改的规章制度，内容合法，并已向职工公示或告知的，可以作为用工管理和劳动争议处理的依据。

用人单位将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定进行公示或者告知，可以采取劳动者签收、组织培训等方便劳动者知悉的方式。

第十二条 劳动合同法实施之前用人单位依法制定的规章制度，内容不违反现行法律、行政法规及政策规定，且履行了劳动合同法第四条规定的程序并公示告知的，可以作为用工管理和劳动争议处理的依据。

【简要探讨】

讨论稿该条款对《劳动合同法》实施前及实施后制定的规章制度均提出民主程序的要求，该要求与许多地区的现行政策多有不符：

1. 有些地区仅对《劳动合同法》实施后制定的规章制度提出民主程序的要求，对《劳动合同法》实施前制定的规章制度并没有民主程序的要求，例如江苏¹、广东²、北京³等；
2. 有些地区尽管对《劳动合同法》实施后制定的规章制度提出了民主程序的要求，但是也充分考虑到了用人单位劳动管理的实际情况，规定了，即使在没有履行民主程序的情况下，若用人单位履行了公示程序、且劳动者没有异议（通常是指劳动者签收）、且规章制度没有违反法律规定的，也可以适用，例如广东、浙江⁴，上海在实务中也倾向于这一模式。

与北京、广东、江苏、上海、浙江等地的现行

人的資源社会保障部による「労働契約法」の解説、「労働契約法」がより詳細化される

——『「労働契約法」実施貫徹に関する若干規定（検討案）』の重要条項を解説する（連載の二/全二回）

2015 年 6 月、人的資源社会保障部は、労働契約の実施貫徹をテーマとするシンポジウムを開催し、『「労働契約法」実施貫徹の若干規定（検討案）』と呼ばれる文書について重点的に論議した。筆者はそのうちの重要と思われる条項を幾つかピックアップし、簡潔に考察する。なお、本検討案はあくまでも内部検討文書でしかなく、最終稿の公布スケジュールはまだ出ていない。従い、本文における検討案の考察目的は、あくまでも読者に立法の動きを紹介しながら分析することであり、この点、予めご理解いただきたい。

第十条 使用者が労働契約法第四条の規定に基づき、民主手続きを経て制定し又は修正した規則制度の内容が合法であり、且つ従業員に対して公示又は告知を行っている場合、雇用管理および労働紛争処理の根拠とすることができる。

使用者が労働者の密接な利益に直接関係する規則制度および重大事项決定の公示又は告知を行う場合、労働者によるサイン受取、研修実施など労働者への周知に便利な方法を取ることができる。

第十二条 労働契約法実施前に使用者が法に依拠し制定した規則制度の内容が現行の法律、行政法规および政策規定に違反しておらず、且つ労働契約法第四条規定の手続きを履行した上で公示、告知をしている場合、雇用管理および労働紛争処理の根拠とすることができる。

【筆者の考察】

検討案の本条項は、「労働契約法」実施前および実施後に制定された規則制度のいずれに対しても民主手続きの実施を要求しており、本要求は多くの地区の現行政策と合致していない。

1. 江蘇¹、広東²、北京³ などの一部地区では、「労働契約法」実施後に制定された規則制度のみに民主手続きを要求しており、「労働契約法」実施前に制定された規則制度に対しては民主手続きの実施を要求していない。
2. 広東、浙江⁴ などの一部地区では、「労働契約法」実施後に制定された規則制度について民主手続きの実施を要求しているものの、使用者による労働管理の実情を充分に考慮した上で、民主手続きを実施していない場合であっても、使用者が公示手続きを実施しており、且つ労働者も異議を唱えておらず（通常、労働者によるサイン受取を指す）、規則制度が法律規定に違反していなければ、適用可能である旨規定している。上海でも実務上、このような方法を実施する傾向にある。

北京、広東、江蘇、上海、浙江などの地区の現行政

政策相比较，讨论稿对民主程序的要求异常严格，但因与许多地区的现行政策冲突，也不排除讨论稿进一步修订的可能性。但不可否认的是，讨论稿表明了人力资源和社会保障部对民主程序的重视，鉴于此，律师建议用人单位在制定、修订规章制度时，需更重视履行民主程序。

备注：

¹ 《关于审理劳动争议案件的指导意见》【苏高法审委[2009]47号】

第十八条 用人单位在《劳动合同法》实施前制定的规章制度，虽未经过《劳动合同法》第四条规定的民主程序，但其内容不违反法律、行政法规及政策规定，且不存在明显不合理的情形，并已向劳动者公示或者告知的，可以作为处理劳动争议的依据。用人单位在《劳动合同法》实施后制定、修改规章制度，经法定民主程序与工会或职工代表协商，但未达成一致意见，若该规章制度的内容不违反法律、行政法规的规定，不存在明显不合理的情形，且已向劳动者公示或者告知的，可以作为处理劳动争议的依据。

有独立法人资格的子公司执行母公司的规章制度，如子公司履行了《劳动合同法》第四条规定的民主程序，或母公司履行了《劳动合同法》第四条规定的民主程序且在子公司内向劳动者公示或告知的，母公司的规章制度可以作为处理子公司劳动争议的依据。

² 《关于适用〈劳动争议调解仲裁法〉、〈劳动合同法〉若干问题的指导意见》【粤高法发[2008]13号】

第二十条 用人单位在《劳动合同法》实施前制定的规章制度，虽未经过《劳动合同法》第四条第二款规定的民主程序，但内容未违反法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示或告知的，可以作为用人单位用工管理的依据。

《劳动合同法》实施后，用人单位制定、修改直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，未经过《劳动合同法》第四条第二款规定的民主程序的，原则上不能作为用人单位用工管理的依据。但规章制度或者重大事项的内容未违反法律、行政法规及政策规定，不存在明显不合理的情形，并已向劳动者公示或告知，劳动者没有异议的，可以作为劳动仲裁和人民法院裁判的依据。

³ 《北京市劳动和社会保障局、北京市高级人民法院关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要》

37、用人单位在《劳动合同法》实施前制定的规章制度，虽未经过《劳动合同法》第四条第二款规定的民主程序，但内容未违反法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示或告知的，可以作为用人单位用工管理的依据。

⁴ 《关于审理劳动争议案件若干问题的意见(试行)》【浙法民一(2009)3号】

第三十四条 用人单位在《劳动合同法》实施前制定的规章制度，虽未经过该法第四条第二款规定的民主程序，但内容不违反法律、行政法规、政策及集体合同规定，不存在明显不合理的情形，并已向劳动者公示或告知的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。

《劳动合同法》实施后，用人单位制定、修改或者决定直接

策と比較すると、検討案では民主手続きに対する要求が異様に厳しくなっているものの、多くの地区の現行政策と抵触するため、検討案が更に修正される可能性も否定できない。しかしながら、検討案において人的資源社会保障部が民主手続きを重視していることは紛れもない事実であり、従って、使用者が規則制度の制定、修正を行うにあたっては、民主手続きの実施を更に重要視する必要がある。

備考：

¹ 「労働紛争案件審理に関する指導意見」【蘇高法審委[2009]47号】

第十八条 使用者が「労働契約法」実施前に制定した規則制度は、「労働契約法」第四条に規定する民主手続きを経ていないものの、その内容が法律、行政法規および政策規定に違反しておらず、且つ著しく不合理な状況が存在せず、労働者に公示または告知済みの場合、労働紛争処理の根拠とすることができる。使用者が「労働契約法」実施後に規則制度の制定、修正を行い、法定の民主手続きを経て、工会または従業員代表との協議を行っているものの、合意に至っていないが、同規則制度の内容が法律、行政法規の規定に違反しておらず、著しく不合理な状況が存在せず、且つ労働者に公示または告知済みの場合、労働紛争処理の根拠とすることができる。

独立法人資格を有する子会社が親会社の規則制度を実施する場合、子会社が「労働契約法」第四条に規定する民主手続きを履行している、または親会社が「労働契約法」第四条に規定する民主手続きを履行しており、且つ子会社内で労働者に公示または告知をしている場合、親会社の規則制度を子会社の労働紛争を処理する上での根拠とすることができる。

² 『労働紛争調停仲裁法』、『労働契約法』適用の若干事項に関する指導意見【粤高法発[2008]13号】

第二十条 使用者が「労働契約法」実施前に制定した規則制度は、「労働契約法」第四条第二項に規定する民主手続きを経ていないものの、内容が法律、行政法規および政策規定に違反しておらず、且つ労働者に公示または告知済みの場合、使用者による雇用管理の根拠とすることができる。

「労働契約法」実施後、使用者が労働者の密接な利益に直接関係する規則制度または重大事項を制定、修正する場合で、「労働契約法」第四条第二項に規定する民主手続きを経ていないとき、原則上、使用者による雇用管理の根拠とすることはできない。但し、規則制度または重大事項の内容が法律、行政法規および政策規定に違反しておらず、著しく不合理な状況が存在せず、且つ労働者に公示または告知済みであり、労働者が異議申立てをしていない場合、労働仲裁および人民法院による裁判における根拠とすることができる。

³ 「労働紛争案件の法律適用問題に関する北京市労働社会保障局、北京市高级人民法院による検討会議事録」

37、使用者が「労働契約法」実施前に制定した規則制度は、「労働契約法」第四条第二項に規定する民主手続きを経ていないものの、その内容が法律、行政法規および政策規定に違反しておらず、労働者に公示または告知済みの場合、使用者による雇用管理の根拠とすることができる。

⁴ 「労働紛争案件審理の若干事項に関する意見(试行)」【浙法民一(2009)3号】

第三十四条 使用者が「労働契約法」実施前に制定した規則制度は、同法第四条第二項に規定する民主手続きを経ていないものの、内容が法律、行政法規および政策、集団契約規定に違反しておらず、且つ著しく不合理な状況が存在せず、労働者に公示または告知済みの場合、人民法院による労働紛争案件審理の根拠とすることができる。

「労働契約法」実施後、使用者が労働者の密接な利益に直接

涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，未经过该法第四条第二款规定的民主程序的，一般不能作为人民法院审理劳动争议案件的依据。但规章制度或者重大事项决定的内容不违反法律、行政法规、政策及集体合同规定，不存在明显不合理的情形，并已向劳动者公示或告知，且劳动者没有异议的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。

第二十七条 劳动合同期满，劳动者符合劳动合同法第十四条第二款规定的情形的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同。

劳动合同法实施后，用人单位与劳动者连续订立了二次固定期限劳动合同，且劳动者没有劳动合同法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，用人单位应当在第二次劳动合同期满时，与劳动者订立无固定期限劳动合同。

【简要探讨】

连续订立2次固定期限劳动合同后，在第3次订立无固定期限劳动合同时，用人单位是否有选择权的问题，实务中存在截然不同的两类意见：

1. 认可用人单位有选择权：其依据是，《劳动合同法》第14条规定的订立条件是“连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，**续订劳动合同的**”，此处所谓的“续订劳动合同的”应当理解为“双方同意续订”，若一方不同意续订，则有权选择不订立无固定期限劳动合同。上海⁵持这类意见。
2. 不认可用人单位有选择权：不赞同上述对“续订劳动合同的”的理解，认为只要劳动者提出订立无固定期限劳动合同，就应当订立。北京、江苏等大部分地区持这类意见。

讨论稿该条款持第2类意见，若将来按第2类意见执行，对已执行的其他地区影响不大，但是，对目前执行第1类意见的上海可能会产生较大影响，不过，届时上海是否又有新的政策，目前还不得而知。

尽管如此，鉴于讨论稿有此规定，律师认为，上海的用人单位将需要慎重对待订立第2次固定期限劳动合同的问题。

备注：

⁵《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》【沪高法[2009]73号】

関係する規則制度または重大事項を制定、修正する場合、同法第四条第二項に規定する民主手続きを経ていないとき、一般的には、人民法院による労働紛争案件審理の根拠とすることはできない。但し、規則制度または重大事項決定の内容が法律、行政法規、政策および集団契約規定に違反しておらず、著しく不合理な状況が存在せず、且つ労働者に公示または告知済みであり、尚且つ労働者が異議申立てをしていない場合、人民法院による労働紛争案件審理の根拠とすることができる。

第二十七条 労働契約期間が満了し、労働者が労働契約法第十四条第二項に規定する状況に適合する場合、労働者が期間の定めのある労働契約の締結を申し入れた場合を除き、使用者は労働者と期間の定めのない労働契約を締結しなければならない。

労働契約法実施後、使用者が労働者と連続して2回、期間の定めのある労働契約を締結し、且つ労働者に労働契約法第三十九条および第四十条第一号、第二号に規定する状況がない場合、労働者が期間の定めのある労働契約の締結を申し入れた場合を除き、使用者は2回目の労働契約期間の満了時に、労働者と期間の定めのない労働契約を締結しなければならない。

【筆者の考察】

連続して2回、期間の定めのある労働契約を締結した後、3回目の契約更新時に期間の定めのない労働契約を締結する際に、使用者に選択権があるかどうかについては、実務上、意見が完全に2つに分かれている。

1. 使用者に選択権を認める意見：「労働契約法」第14条規定の締結条件は、「連続して2回、期間の定めのある労働契約を締結し、且つ労働者に第三十九条および第四十条第一号、第二号に規定する状況がなく、**労働契約を更新する場合**」であり、ここで言う「労働契約を更新する」とは、「双方が契約更新に同意する」とことと理解すべきであり、いずれか一方が契約更新に同意しなかった場合には、期間の定めのない労働契約を締結しないことを選択する権利があるというもの。上海⁵では、この見方がなされている。
2. 使用者の選択権を認めない意見：上記の「労働契約を更新する場合」についての理解とは異なり、労働者が期間の定めのない労働契約の締結を申し入れてきた場合には、締結しなければならないと考えるもの。北京、江蘇など大部分の地区では、この見方がなされている。

検討案の本条項では後者側の見方をしており、将来、後者側の意見で実施された場合、すでに本意見どおりに実施されている他地域での影響は大きくないが、現在、前者側の意見を実施している上海では、やや大きな影響があると思われるが、そのタイミングで上海で再び新たな政策が出されるかどうかについては、現在定かたではない。

しかしながら、検討案に本規定があることから、上海の使用人は2回目の期間の定めのある労働契約締結問題については慎重に対処する必要があると思われる。

備考：

⁵「『労働契約法』適用の若干事項に関する意見」【滬高法[2009]73号】

四、涉及无固定期限劳动合同的几个问题

(四) 用人单位与劳动者连续订立几次固定期限劳动合同以后，续订合同应当订立无固定期限合同

《劳动合同法》第十四条第二款第(三)项的规定，应当是指劳动者已经与用人单位连续订立二次固定期限劳动合同后，与劳动者第三次续订合同时，劳动者提出签订无固定期限劳动合同的情形。

第三十条 劳动合同期满后自动延续或双方协商延长劳动合同期限的，视为双方续订劳动合同，计入连续订立劳动合同次数，但符合订立无固定期限劳动合同条件的除外。

第三十一条 用人单位与劳动者自解除或终止固定期限劳动合同之日起六个月内再次订立固定期限劳动合同的，属于劳动合同法第十四条第二款第三项所称的“连续订立二次固定期限劳动合同”的情形。

【简要探讨】

讨论稿该条款将“劳动合同期满后自动延续”、“双方协商延长劳动合同期限”、“用人单位与劳动者自解除或终止固定期限劳动合同之日起六个月内再次订立固定期限劳动合同”均计入订立劳动合同的次数，进一步约束了规避无固定期限劳动合同的行为。但是，律师倾向于认为，将所有的“双方协商延长劳动合同期限”都认定为订立劳动合同显得并不合理，因为“双方协商延长劳动合同期限”并不必然是为了规避无固定期限劳动合同，有时是为了业务交接、收尾工作的需要等。对于这一点，《江苏省劳动合同条例》第17条规定的“用人单位与劳动者协商延长劳动合同期限，累计超过六个月的，视为双方连续订立劳动合同”则可能更加科学、合理。

第三十四条 劳动者具有劳动合同法第四十二条第一、三、四项规定的情形，劳动合同期限顺延的，不属于续订劳动合同的情形。

劳动者具有劳动合同法第四十二条第一、三、四项规定的情形，因劳动合同期限顺延而符合劳动合同法第十四条第二款第一项规定的条件，劳动者要求签订无固定期限劳动合同的，用人单位应当与其签订无固定期限劳动合同。

【简要探讨】

“连续工作满十年”是订立无固定期限劳动合同的条件之一，但是，劳动者若因《劳动合同法》第42条规定的延期情形而导致“满十年”，是否也能要求订立无固定期限劳动合同？

四、期間の定めのない労働契約に関する事項

(四) 使用者が労働者と連続して数回、期間の定めのある労働契約を締結後、契約更新を行う場合、期間の定めのない労働契約を締結しなければならない

「労働契約法」第十四条第二項第(三)号の規定は、労働者がすでに使用者と連続して2回、期間の定めのある労働契約を締結済みであり、労働者と3回目の契約更新を行う時、労働者が期間の定めのない労働契約の締結を申し入れた場合を指していると考えられる。

第三十条 労働契約期間満了後、自動延長した場合又は双方で協議の上労働契約期間を延長した場合、双方は労働契約を更新したものとみなし、労働契約の連続締結回数に計上する。ただし、期間の定めのない労働契約締結条件に適合する場合は除く。

第三十一条 使用者が労働者と期間の定めのある労働契約を解除した又は終了した日から6ヶ月以内に再度、期間の定めのある労働契約を締結した場合、労働契約法第十四条第二項第三号に言う「期間の定めのある労働契約を連続して2回締結した」状況に該当する。

【筆者の考察】

検討案の本条項は、「労働契約期間満了後、自動延長した場合」、「双方で協議の上労働契約期間を延長した場合」、「使用者が労働者と期間の定めのある労働契約を解除した又は終了した日から6ヶ月以内に再度、期間の定めのある労働契約を締結した場合」を労働契約締結回数にカウントし、期間の定めのない労働契約の締結回避行為を更に制約している。しかしながら、「双方で協議の上労働契約期間を延長した場合」の全てを労働契約締結に認定することは明らかに不適切ではなからうかとも思われる。なぜならば、「双方で協議の上労働契約期間を延長する」ことは必ずしも期間の定めのない労働契約の締結回避行為であるとは限らず、業務の引継ぎ、業務終結などで必要な場合もあるからである。この点については、「江苏省労働契約条例」第17条規定の「使用者が労働者と協議の上、労働契約期間を延長し、累計で6ヶ月を超える場合、双方が連続して労働契約を締結したものとみなす」といった規定のほうが、より現実的で合理的であると思われる。

第三十四条 労働者に労働契約法第四十二条第一、三、四号に規定する状況があり、労働契約期間を顺延する場合、労働契約の更新状況に該当しない。

労働者に労働契約法第四十二条第一、三、四号に規定する状況があり、労働契約期間の顺延により労働契約法第十四条第二項第一号に規定する条件に適合し、労働者が期間の定めのない労働契約の締結を申し入れた場合、使用者は同労働者と期間の定めのない労働契約を締結しなければならない。

【筆者の考察】

つまりは、「勤続年数満10年」は期限の定めのない労働契約締結の条件の一つであるものの、労働者が「労働契約法」第42条に規定する延期状況によって「満10年」となった場合にも、期間の定めのない労働契約の締結を求めることができるのか、ということである。

讨论稿该条款持肯定态度，这与广东¹、江苏²等地规定一致，与上海³的规定不一致。虽然讨论稿的规定符合“连续工作满十年”字面含义，但是，相比较而言，律师倾向于认为，上海的规定似乎更符合法律本意。

备注：

¹ 《关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》【粤高法[2012]284号】

18、劳动合同期限届满后，因符合《劳动合同法》第四十二条第（一）、（三）、（四）项规定情形而续延，致使劳动者在同一用人单位连续工作满十年，劳动者提出签订无固定期限劳动合同的，应予支持。

² 《关于审理劳动争议案件的指导意见》【苏高法审委[2009]47号】

第九条 劳动合同期限届满后，因下列情形而续延，致使劳动者在同一用人单位连续工作满十年，劳动者提出订立无固定期限劳动合同的，应予支持：

- （一）从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；
- （二）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；
- （三）女职工在孕期、产期、哺乳期的。

³ 《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》【沪高法[2009]73号】

四、涉及无固定期限劳动合同的几个问题

（三）因法定顺延事由，使得劳动者在同一单位工作时间超过十年的，是否作为签订无固定期限劳动合同的理由

劳动合同期满，合同当然终止。合同期限的续延只是为了照顾劳动者的特殊情况，对合同终止时间进行了相应的延长，而非不得终止。《劳动合同法》第四十五条也明确规定：“劳动合同期满，有本法第四十二条规定情形之一的，劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止。”在法律没有对终止的情况做出特别规定的情况下，不能违反法律关于合同终止的有关规定随意扩大解释，将订立无固定期限劳动合同的后果纳入其中。因此，法定的续延事由消失时，合同当然终止。

検討案の本条項では、この点について肯定的見方を示しており、広東¹、江蘇²などの規定とも一致しているが、上海³の規定とは異なる。検討案の規定は字面的には「勤続年数満10年」を意味するものではあるが、相対的に見た場合、上海の規定のほうが法律の趣旨に即しているようにも思われる。

備考：

¹ 「労働人事紛争案件審理の若干事項に関する座談会議事録」【粤高法[2012]284号】

18、労働契約期間満了後、「労働契約法」第四十二条第（一）、（三）、（四）号に規定する状況に適合し順延したことで、労働者の同一使用者における勤続年数が満十年となった場合に、労働者が期間の定めのない労働契約の締結を申入れたとき、これを支持しなければならない。

² 「労働紛争案件審理に関する指導意見」【蘇高法審委[2009]47号】

第九条 労働契約期間満了後、下記の列挙する状況により順延したことで、労働者の同一使用者における勤続年数が満十年となった場合に、労働者が期間の定めのない労働契約の締結を申入れたとき、これを支持しなければならない。

- （一）職業病危害作業に接触した労働者が離職前の職業健康検査をしていない、または職業病の疑いのある病人が診断もしくは医学観察期間中の場合。
- （二）病気に罹患しまたは私傷により負傷し、規定の医療期間内である場合。
- （三）女子従業員が妊娠期間、出産期間、授乳期間中である場合。

³ 「『労働契約法』適用の若干事項に関する意見」【滬高法[2009]73号】

四、期間の定めのない労働契約に関する事項

（三）法定の顺延事由により、労働者の同一勤務先における勤務年数が十年を超えた場合を期間の定めのない労働契約締結の理由とするかどうか

労働契約期間満了により、労働契約は当然のことながら終了する。契約期間の延長は単に労働者の特別な状況を配慮し、契約の終了時間を延長するものであり、終了することができないわけではない。「労働契約法」第四十五条でも、「労働契約期間が満了し、本法第42条に規定される事由のいずれかに該当する場合、労働契約は相応する事由がなくなるときまで延長されてから終了しなければならない」旨が明確にされている。法律上、終了状況について特段の規定がない場合、契約終了に関する法律規定に違反し、任意に拡大解釈を行い、期間の定めのない契約を締結させてはならない。従い、法定の延長事由が消失した時、契約は当然に終了する。

第五十三条 劳动者在试用期内患病或者非因工负伤须停工治疗的，在规定的医疗期内，试用期中止。医疗期满，试用期继续履行。劳动者不能从事原工作的，用人单位可以依据劳动合同法第三十九条第一项依法解除劳动合同。

【简要探讨】

劳动者在试用期内进入医疗期，将使得用人单位无法进行试用期考核，《江苏省劳动合同条例》第15条规定“劳动者在试用期内患病或者非因工负伤须停工治疗的，在规定的医疗期内，试用期中止”）比较明确，使用“试用期中止”的制度来解决此问题，讨论稿该条款规定与江苏省的规定类似。

律师倾向于认为，该制度顾及了试用期试用与考核的目的，使得试用期没有被医疗期覆盖，用人单位仍然有机会根据约定的试用期期限进行考核，并且，若劳动者无法恢复工作接受考核，则可视为不符合录用条件而可以解除劳动合同，较为合理。

第五十五条 用人单位依据劳动合同法第三十九条第二、三、四、五、六项与劳动者解除劳动合同的，应当在本合同期限内自知道或应当知道劳动者存在上述情形之日起一年内解除劳动合同。

【简要探讨】

讨论稿该条款规定了用人单位按《劳动合同法》第39条解除劳动合同（典型的情形如违纪解除）的时效，即“本劳动合同期限内，且自用人单位知道或应当知道之日起1年”，设定时效，能够督促用人单位对劳动者的违纪行为尽快处理，使劳动者尽早明确自己违纪行为的后果，以免劳动者处于不稳定状态。

不过，讨论稿虽然规定了解除劳动合同的时效，但对解除解除劳动合同之外的其他违纪处分时效没有规定，此类规定尚仍处于空白状态。

实际上，无论是否有讨论稿规定，律师都倾向于认为，从合理性出发，对于劳动者的违纪行为，不论是解除劳动合同，还是给予其他处分，若用人单位决定采取处分措施，则宜尽量在“本劳动合同期限内，且自用人单位知道或应当知道之日起1年”采取。

第五十三条 労働者が試用期間中に病気に罹患し又は私傷のため業務を停止し治療をする必要がある場合、規定の医療期間中、試用期間は中断する。医療期間満了後、試用期間は継続する。労働者が元の業務を行えない場合、使用者は労働契約法第三十九条第一号に基づき法に依拠し労働契約を解除することができる。

【筆者の考察】

労働者が試用期間中に医療期間が出現した場合、使用者は試用期間中に実施する適性の評価判断が実施できなくなる。「江蘇省労働契約条例」第15条の「労働者が試用期間中に病気に罹患し又は私傷のため業務を停止し治療をする必要がある場合、所定の医療期間中は、試用期間を中断する」旨の規定で、この問題は、「試用期間の中断」制度により解決する旨が比較的明確にされており、検討案の本条項規定は江蘇省の規定と類似している。

本制度は試用期間における試験雇用と適性の評価判断の目的を配慮し、試用期間を医療期間中に組み入れてしまわないことで、使用者は引き続き約定した試用期間で適性の評価判断を行うことができ、しかも、労働者が業務を再開できずに適性の評価判断を受けられない場合には、採用条件に適合しないものとみなすことができ、労働契約を解除できるため、相対的に合理的な内容であると思われる。

第五十五条 使用者が労働契約法第三十九条第二、三、四、五、六号に基づき、労働者との労働契約を解除する場合、本契約期間内において、労働者に上述の状況が存在することを知った日または知るべきであった日から1年以内に労働契約を解除しなければならない。

【筆者の考察】

検討案の本条項では、使用者が「労働契約法」第39条により労働契約を解除するにあたって（典型的状況としては、紀律違反に伴う解除など）の時効（即ち、「本労働契約期間内であり、尚且つ使用者が知った日または知るべきであった日から1年」）について規定している。時効を設定することで、使用者に対しては労働者の紀律違反行為を迅速に処理するよう促すことができ、労働者もなるべく早い段階で自身の紀律違反行為によってもたらされる影響を知ることができるため、労働者が不安定な状態に置かれることを防ぐことができる。

しかしながら、検討案では労働契約解除の時効を規定しているものの、労働契約解除以外のその他紀律違反処分時の時効についての規定は依然として不明確なままである。

実際には、検討案に規定があるかどうかに関係なく、合理性という視点から見た場合、労働者の紀律違反行為に対しては、労働契約を解除したり、又はその他の処分を行う場合のいずれにおいても、使用者が処分措置の実施を決定した場合、なるべく「本労働契約期間内であり、尚且つ使用者が知った日または知るべきであった日から1年」以内に行うことが望ましいと思われる。

第五十九条 用人单位依据劳动合同法第三十九条、第四十条规定解除劳动合同，但未按照第四十三条规定履行通知工会义务，且未在劳动者申请仲裁前补正的，属于违法解除。

【简要探讨】

讨论稿该条款与《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第12条“建立了工会组织的用人单位解除劳动合同符合劳动合同法第三十九条、第四十条规定，但未按照劳动合同法第四十三条规定事先通知工会，劳动者以用人单位违法解除劳动合同为由请求用人单位支付赔偿金的，人民法院应予支持，但起诉前用人单位已经补正有关程序的除外”的规定存在冲突，即讨论稿要求“通知工会程序”必须在“劳动者申请仲裁前补正”，而《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》仅要求在“起诉前补正”，关于此冲突如何协调，可能还需要进一步明确。

律师倾向于认为，就用人单位而言，建议在单方解除劳动合同之前即按《劳动合同法》第43条规定履行通知工会程序，避免拖延至“劳动者申请仲裁前”或“起诉前”。

第六十七条 劳动合同法实施前存续的劳动合同在劳动合同法实施后解除，劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限自用工之日起算，最高不超过十二年。

【简要探讨】

劳动者工作年限跨越《劳动合同法》实施前后，对于经济补偿的计算，目前主流的计算方式是分段计算，即《劳动合同法》实施前，根据当时的规定计算，《劳动合同法》实施后，根据《劳动合同法》的规定计算。

讨论稿该条款的计算方法实际就是《劳动合同法》的规定（《劳动合同法》实施前并无平均工资三倍封顶的规定），但讨论稿把其适用范围延伸到了“《劳动合同法》实施前存续的劳动合同”，此规定若实施，将可适当降低用人单位的经济补偿支付成本。

（里兆律师事务所 2015年08月26日编写）

第五十九条 使用者が労働契約法第三十九条、第四十条の規定に基づき労働契約を解除したものの、第四十三条規定に基づく工会への通知義務を履行しておらず、尚且つ労働者による仲裁申立が行われる前に補正していない場合、違法解除に該当する。

【筆者の考察】

検討案の本条項は、「労働紛争案件審理の適用法律の若干事項についての最高人民法院による解釈（四）」第12条の「工会組織を設立した使用者による労働契約の解除は労働契約法第三十九条、第四十条の規定に適合するものの、労働契約法第四十三条規定に基づく工会への事前通知を行っておらず、労働者が使用者による労働契約の違法解除を理由として、賠償金の支払を使用者に請求した場合、人民法院はこれを支持するものとする。但し提訴前に使用者が関係手続きを補正している場合は除く」との規定とは矛盾しており、即ち、検討案では、「工会への通知手続き」の補正は「労働者による仲裁申立が行われる前」に行う必要があるとしているのに対して、「労働紛争案件審理の適用法律の若干事項についての最高人民法院による解釈（四）」では、「提訴前に補正する」ことを求めているだけであり、この矛盾点を如何に調整するかについては、更に明確にされていく必要があると思われる。

使用者について言えば、労働契約の一方的解除を行う際には、「労働者による仲裁申立が行われる前」または「提訴前」まで引き延ばすことはせずに、「労働契約法」第43条の規定に従い、予め工会への通知手続きを履行しておくことが望ましい。

第六十七条 労働契約法実施前から存続する労働契約を労働契約法実施後に解除する場合で、労働者の月賃金が使用者所在地の直辖市、区を設けている市級人民政府公布の本地区の前年度の労働者の月平均賃金の三倍を上回るとき、当該労働者に支払う経済補償金の基準は従業員の月平均賃金の三倍の金額で支払い、経済補償金支払年数は雇用日より起算し、最高で十二年を超えないものとする。

【筆者の考察】

労働者の勤務年数が「労働契約法」実施前後に跨る場合の経済補償金の計算について、現在の主流の計算方法は、段階別計算方法（即ち、「労働契約法」実施前は、当時の規定に従って計算し、「労働契約法」実施後は、「労働契約法」の規定に従って計算する方法）である。

検討案の本条項における計算方法は、実際のところ、「労働契約法」の規定に基づく（「労働契約法」実施前は平均賃金3倍を上限とする旨の規定はなかった）ものであるが、検討案では適用範囲を「労働契約法」実施前から存続する労働契約まで拡大しており、本規定が実施された場合には、使用者の経済補償金支払コスト削減につながる事が予測される。

（里兆法律事務所が2015年8月26日付で作成）