

平成 26 年 度

---

博 士 論 文

題 目	主 題	国際労働契約の法的規律
	副 題	絶対的強行法規と国際私法の交錯
指導教員	黄ジンテイ	
学籍番号	J12702	
氏 名	徐艶紅	
提出日	平成 27 年 1 月 30 日	

帝塚山大学大学院法政策研究科

経済のグローバル化に伴い、企業の国際進出が増えるとともに、国境を越えた人的交流も増加している。このような背景の下で、渉外的な要素を持つ労働契約つまり国際労働契約がますます増えている。

国際私法の観点から見れば、労働者が外国人とか、労働者を雇用した企業が外国法人という要素だけではなく、労働契約が外国で履行されること、つまり労務提供地が外国であるという点も渉外的要素である。さらに、労働契約が外国で締結されたこと、つまり契約締結地が外国であるという点も渉外的要素といえる。ただ、これらの要素のうち、契約締結地が偶然的に決まることがあるし、契約当事者が故意に操作することもできるから、労働契約の規律の観点からみれば、やはり重要な要素ではない。

つまり、国際労働契約にはさまざまな類型があるが、その渉外的な要素を捉えて考えれば、特に労働者を雇用した企業がどの国の法人か、また労務提供地が国内か国外かが重要である。本論文では主につぎのような国際労働契約を念頭において検討したい。

類型①外国人労働者が内国企業に雇用され、内国で勤務するケース、

類型②労働者が内国企業に雇用され、外国で勤務するケース、

類型③労働者が外国企業に雇用され、内国で勤務するケース。

日本との関連でいえば、日本企業が外国人労働者を雇用し、日本で勤務させる場合は類型①にあたる。また、日本企業に雇用された日本人または外国人労働者が、その日本企業の外国事務所・営業所に配属する場合、または一定期間駐在・出向する場合は類型②にあたる。さらに、外国企業が雇用した日本人または外国人労働者が、その企業の日本事務所で勤務する場合は類型③にあたる。

一方、中国との関連でいえば、類型③のように、外国人や海外留学経験のある中国人が、外国企業に雇用されて、中国事業のための中国で勤務するケースは以前から多い。また、類型①のように、外資系中国法人を含む中国企業に雇用されて、中国で勤務する外国人が増えている。そして、まだ人数は多くないかもしれないが、「レノボ」や「ファーウェイ」などを代表とした中国のハイテク企業に雇用された中国人技術者などが、企業の海外事業のために外国で勤務するのが類型②に該当する。さらに、日本ではあまり見られないが、中国では、中国人労働者が中国の労務派遣会社に雇用されたうえ、外国に労務派遣され、建設工事などに従事するケースも多い。

いずれにしても、これらの国際労働契約について、法がどのように規律し労働者の利益を保護するかが重要である。その規律方法として、2つの方法があると考えられている。

1つ目は、労働契約という法律関係から出発して、法廷地の国際私法によって労働契約の準拠法を決定し、その準拠法によって当該労働契約を規律する方法である。しかし、労働者と使用者の間には、一般的に交渉力・情報力等に関して圧倒的な格差がある。通常の契約と同じように、当事者自治による準拠法選択を無制限に認めてしまうと、使用者が自身に一方的に有利な法を準拠法として労働契約に規定し、労働者にそれを受け入れさせる

ことが発生する可能性が高いと考える。従って、国際私法による労働契約の準拠法決定という点において、どのように労働者を保護するかという問題がある。

2つ目は、法廷地の労働関係法規が強行法規であるから、その強行的な適用範囲から出発して、ある国際労働契約がその労働法規の強行的な適用範囲に含まれる場合に、国際私法によって指定される準拠法とは無関係に、常にその労働法規によって当該労働契約を規律する方法である。これはいわゆる絶対的強行法規による規律である。しかし、絶対的強行法規の意義は、これまで日中両国において十分な議論がなされているとはいえず、しかも具体的にどのような労働法規が絶対的強行法規に該当するかも明確ではないので、実際の問題を解決するのは容易ではない。

このような問題意識をもち、本論文では、国際私法と労働関係法規の両面に分けて、日本法と中国法を比較研究した。労働者保護の観点に立って、国際労働契約が日中両国の国際私法によってどのように準拠法決定されるのか、また両国の労働関係法規においてどのような絶対的強行法規が存在し、それらの絶対的強行法規がどのように国際労働契約を規律しているのかをめぐって、法の現状と問題点を研究した。

第2章では、従来の立法、学説、裁判例と現行法の解釈をもとに、日中の国際私法による労働契約の準拠法決定のルールを検討したあと、特に当事者自治、客観的連結、その他の点に分けて両国の国際私法を比較した。

その結果、労働契約についても原則的に当事者自治を認める日本法に対して、中国法は当事者自治を一切認めず、常に労働提供地法を適用する点は適切ではなく、外国人労働者が外国会社に雇用され、中国で勤務するようなケースについては、労働者が当事者自治により本国でもある当該外国法を適用する可能性を残すべきと主張した。また、客観的連結について、日本法は最密接関係地法を適用するのに対して、中国法は直接に労働提供地法を適用する違いがあるが、柔軟性と判断の利便性という一長一短があると指摘した。最後に、労働派遣に関する中国法の特別な規定について、外国に対して中国人労働者を派遣する渉外的な労働派遣がたくさん行われている中国の実情に合った規定であり、中国人派遣労働者に対して、派遣元地法にあたる中国法の適用可能性を確保している点を考えれば、労働者保護を実現することができる規定と評価した。

第3章では、絶対的強行法規を適用する理論の意義と、絶対的強行法規の適用が問題となる場面について検討した。ここでは、ヨーロッパにおける絶対的強行法規の特別連結論を紹介したあと、日本の学説判例における絶対的強行法規の扱い、中国の新しい国際私法における絶対的強行法規の適用に関する明文規定を比較し、さらに、国際労働契約に関して、第2章で検討した日中両国の国際私法の規定をもとに、具体的にどのような場面で自国の絶対的強行法規の適用を検討すべきかを検討した。

その結果、日本法では、使用者と労働者が日本法を労働契約の準拠法として合意せず、かつ、労働者が外国で勤務するケースと、使用者と労働者が外国法を労働契約の準拠法として合意し、労働者が日本で勤務しているが、日本法の特定強行規定を労働契約の最密接関係地法として適用すべき旨の意思表示をしていないケースでは、日本の労働関係法規における絶対的強行法規の適用が問題となる。これに対して、中国法では、労働提供地が外国である場合に、中国の労働関係法規における絶対的強行法規の適用が問題となる。

第4章では、絶対的強行法規の判断基準について、日中の学説と立法を比較したうえ、

主に私人間の利益を調整し、重大な社会公益に関係しない規定は、絶対的強行法規と考えるべきではないこと、個別の規範ごとに性質決定しなければならず、法規自体の適用範囲規定だけを根拠に、その法規全体が絶対的強行法規にあたる判断することはできないことを指摘した。そのうえ、日中の労働関係法規の具体的な規定を挙げて、どの規定が絶対的強行法規にあたるかについて検討した。

その結果、日本法に関しては、解雇制限に関する労働基準法 19 条、使用者の安全配慮義務に関する労働契約法 5 条、女性差別を禁止した男女雇用機会均等法 5 条、6 条と 9 条、有料職業紹介事業者に対して、厚生労働省が認めた手数料など以外の費用徴収を禁止する職業安定法 32 条の 3、使用者が労働者の正当な組合活動を理由に解雇その他不利益な取扱いをすることを禁止する労働組合法 7 条 1 号などは、絶対的強行法規にあたると考えている。

また、中国法に関して、女性労働者と未成年労働者の特別保護を定めている労働法 58 条～65 条、使用者の労災責任を労働契約によって制限することを禁止する安全生産法 49 条、危険な作業を拒否した労働者などに対する不利益な措置の禁止に関する 51 条と 52 条、強制労働の禁止などに関する労働契約法 88 条、就業の差別を禁止する就業促進法 3 条と 27 条、労働者の組合活動の権利を保障する労働組合法 3 条などは、絶対的強行法規にあたると考えている。

国際労働契約における労働者を保護するために、国際私法による労働契約の準拠法決定だけではなく、労働関係法規における絶対的強行法規の役割も大きい。日中両国の労働関係法規のうち、具体的にどの規定が絶対的強行法規に関して、まだ研究が少なく、特に中国法に関しては、ほとんど先行研究がない分野である。そのため、本論文は私見を多く述べているが、中国涉外民事関係法律適用法 4 条が明文規定で絶対的強行法規の適用を定めたから、今後はより多くの学者がこの分野の研究を進めることができれば幸いである。



目次

第1章 はじめに

第2章 国際私法による労働契約の準拠法決定

第1節 日本国際私法における労働契約の準拠法決定

- 一 法例時代の状況
- 二 法の適用に関する通則法の制定
- 三 小括

第2節 中国国際私法における労働契約の準拠法決定

- 一 民法通則時代の状況
- 二 国際私法立法案における規定
- 三 涉外民事関係法律適用法の制定
- 四 小括

第3節 労働契約の準拠法決定に関する日中比較

- 一 当事者自治
- 二 客観的連結
- 三 その他

第3章 絶対的強行法規による労働契約の規律

第1節 ヨーロッパにおける「絶対的強行法規の特別連結論」

- 一 絶対的強行法規の特別連結論とは
- 二 法廷地国の絶対的強行法規と第三国の絶対的強行法規
- 三 ローマI規則における絶対的強行法規の特別連結論

第2節 日中の国際私法における絶対的強行法規の特別連結論

- 一 日本法上の議論
- 二 中国法上の議論
- 三 日中の比較

第3節 労働契約における日中の絶対的強行法規の適用場面

- 一 労働契約に絶対的強行法規が適用される場面
- 二 労働契約において日本法の絶対的強行法規が適用される場面
- 三 労働契約において中国法の絶対的強行法規が適用される場面

第4章 日中の労働関係法における絶対的強行法規の検討

第1節 絶対的強行法規の判断基準

- 一 日本法上の議論

二 中国法上の規定と議論

三 比較と私見

第2節 日本の労働関係法における絶対的強行法規

一 日本の労働関係法の概観と体系

二 日本の労働関係法における絶対的強行法規の検討

第3節 中国の労働関係法における絶対的強行法規

一 中国の労働関係法の概観

二 中国の労働関係法における絶対的強行法規の検討

第5章 おわりに

## 第1章 はじめに

経済のグローバル化に伴い、企業の国際進出が増えるとともに、国境を越えた人的交流も増加している。このような背景の下で、渉外的な要素を持つ労働契約つまり国際労働契約がますます増えている。

国際私法の観点から見れば、労働者が外国人とか、労働者を雇用した企業が外国法人という要素だけではなく、労働契約が外国で履行されること、つまり労務提供地が外国であるという点も渉外的要素である。さらに、労働契約が外国で締結されたこと、つまり契約締結地が外国であるという点も渉外的要素といえる<sup>1</sup>。ただ、これらの要素のうち、契約締結地が偶然的に決まることがあるし、契約当事者が故意に操作することもできるから、労働契約の規律の観点からみれば、やはり重要な要素ではない。

つまり、国際労働契約にはさまざまな類型があるが、その渉外的な要素を捉えて考えれば、特に労働者を雇用した企業がどの国の法人か、また労務提供地が国内か国外かが重要である。本論文では主につぎのような国際労働契約を念頭において検討したい。

類型①外国人労働者が内国企業に雇用され、内国で勤務するケース、

類型②労働者が内国企業に雇用され、外国で勤務するケース、

類型③労働者が外国企業に雇用され、内国で勤務するケース。

日本との関連でいえば、日本企業が外国人労働者を雇用し、日本で勤務させる場合は類型①にあたる。また、日本企業に雇用された日本人または外国人労働者が、その日本企業の外国事務所・営業所に配属する場合、または一定期間駐在・出向する場合は類型②にあたる。さらに、外国企業が雇用した日本人または外国人労働者が、その企業の日本事務所で勤務する場合は類型③にあたる。

一方、中国との関連でいえば、類型③のように、外国人や海外留学経験のある中国人が、外国企業に雇用されて、中国事業のための中国で勤務するケースは以前から多い。また、類型①のように、外資系中国法人を含む中国企業に雇用されて、中国で勤務する外国人が増えている。そして、まだ人数は多くないかもしれないが、「レノボ」や「ファーウェイ」などを代表とした中国のハイテク企業に雇用された中国人技術者などが、企業の海外事業のために外国で勤務するのが類型②に該当する。さらに、日本ではあまり見られないが、中国では、中国人労働者が中国の労務派遣会社に雇用されたうえ、外国に労務派遣され、建設工事などに従事するケースも多い。

いずれにしても、これらの国際労働契約について、法がどのように規律し労働者の利益を保護するかが重要である。その規律方法として、2つの方法があると考えられている。

1つ目は、労働契約という法律関係から出発して、法廷地の国際私法によって労働契約の準拠法を決定し、その準拠法によって当該労働契約を規律する方法である。しかし、労働者と使用者との間には、一般的に交渉力・情報力等に関して圧倒的な格差がある。通常の契約と同じように、当事者自治による準拠法選択を無制限に認めると、使用者が自身に一方的に有利な法を準拠法として労働契約に規定し、労働者にそれを受け入れさせることが発生する可能性が高いと考える。従って、国際私法による労働契約の準拠法決定という点において、どのように労働者を保護するかという問題がある。

2つ目は、法廷地の労働関係法規が強行法規であるから、その強行的な適用範囲から出発

して、ある国際労働契約がその労働法規の強行的な適用範囲に含まれる場合に、国際私法によって指定される準拠法とは無関係に、常にその労働法規によって当該労働契約を規律する方法である。これはいわゆる絶対的強行法規による規律である。しかし、絶対的強行法規の意義は、これまで日中両国において十分な議論がなされているとはいえ、しかも具体的にどのような労働法規が絶対的強行法規に該当するかも明確ではないので、実際の問題を解決するのは容易ではない。

このような問題意識をもち、本論文では日本と中国の国際私法と労働関係法規を比較する。そして、労働者保護の観点から、上述した各類型の国際労働契約が日中両国の国際私法によってどのように準拠法決定されるのか、また両国の労働関係法規においてどのような絶対的強行法規が存在し、それらの絶対的強行法規がどのように国際労働契約を規律しているのかをめぐって、法の現状と問題点を研究する。

## 第2章 国際私法による労働契約の準拠法決定

### 第1節 日本国際私法における労働契約の準拠法決定

本節では、日本の国際私法における労働者の保護について、まず従来の国際私法である法例時代の規定、裁判例と学説を分析する。そのあとに、法の適用に関する通則法の制定の際の議論を紹介して、通則法の規定と解釈を検討する。最後に、日本の国際私法における労働者保護の現状をまとめ、その特徴を明らかにする。

#### 一 法例時代の状況

##### 1 法例の規定

日本では、明治31年(1898年)に制定された法例が、従来の国際私法の法源であった。法例7条は、契約の準拠法決定について定めた規定であり、その第1項は、「法律行為ノ成立及ヒ効力ニ付テハ当事者ノ意思ニ從ヒ其何レノ国ノ法律ニ依ルヘキカヲ定ム」と規定し、いわゆる「当事者自治の原則」を定めている。つまり、契約の準拠法は、当事者自らの意思に従い決定する。

「当事者自治の原則」は、世界各国の国際私法上広く認められている基本原則であるが、その根拠は、契約自由の原則や、当事者の意思の尊重などにあるとされるため<sup>2</sup>、対等の商人間の、国家の強行法規による規制のない売買契約などには最もよく妥当する<sup>3</sup>。これに対し、消費者契約や労働契約など、当事者間に明白な交渉力・情報力などの格差がある契約類型については、使用者が一方的に自分に有利な法を選択するおそれがあり、完全な当事者自治を認めてよいか問題である<sup>4</sup>。しかし、法例には労働契約に関する明文の規定が設けられていないため、その準拠法決定は従来から学説判例上議論されてきた。

##### 2 学説と裁判例

法例時代の裁判例では、以下に紹介するもの以外に、渉外的な要素を有する労働契約であるにもかかわらず、国際私法の観点から準拠法を検討しないで、当然に日本法を適用するものが多く存在していた<sup>5</sup>。

これに対して、学説では、主に法例7条の当事者自治の原則が労働契約においてどの程度まで妥当するかについて、さまざまな論理が提唱されていた。これらの学説は、一定範囲で当事者自治の原則を制限すべきだという認識では共通する。そして制限論としている異なる学説が主張されたが、有力なのは公法理論、公序論と特別連結理論であった。

#### (1) 公法理論とインターナショナル・エア・サービス不当解雇事件<sup>6</sup>

公法理論とは、労働関係への強行法規による規制は公法的法規であり、ある契約が特定の国家の公法的統制法規によって規律されているときは、当事者自治は制限される。たとえば、日本で労働が行われる労働契約については、たとえ当事者が外国人であり、また外国法の適用を合意していても、日本の労働基準法や労働組合法の適用を免れることはできないとするものである<sup>7</sup>。

裁判例においてこの公法理論を採用したとされるのは、以下に紹介するインターナショナル・エア・サービス不当解雇事件である。

### 「インターナショナル・エア・サービス不当解雇事件」

本件では、カリフォルニア州法人に雇用され、日本において労務を提供する米国人労働者の解雇が組合活動を理由とする不利益取扱いを禁止する労働組合法 7 条 1 号の規定に違反するか否かが争点となった。裁判所は、法例 7 条に基づきカリフォルニア州法を選択する当事者の黙示意思を認定する一方、労働組合法 7 条 1 号違反の解雇の効力については法例 7 条は適用されないとした。そのうえで、裁判所は労働組合法 7 条 1 号の規定を直接適用して解雇を無効とした。

#### <事実の概要>

被申請人 Y（インターナショナル・エア・サービス・カンパニー・リミテッド）は、アメリカ合衆国カリフォルニア州法に基づいて設立された法人であって、各国の航空及び空輸業者に対する飛行要員の供給を行うことを業として、日本国内に現業事務所を置いて、訴外 A（日本法人）らに対して飛行要員を提供していた。申請人 X（米国国籍）は、昭和 35 年に Y 社に雇用され、昭和 36 年から A 社の日本国内線の機長として勤務していた。X Y の間の契約では、雇用期間中 X は A 社へ派遣されること、派遣期間中に業務に関して発生した一切疾病、障害ならびに死亡から生ずる請求権はカリフォルニア州法の労働者災害補償法に準拠することなどが定められていた。

X は昭和 39 年 9 月ごろ、昇格をめぐる苦情を申し立てる文書を Y 社に送ったが、Y 社はこれを取り上げなかった。そこで X はほか 2 名の者とともに労働組合結成に向けた準備行動を取るようになった。ところが、Y 会社は 9 月 30 日限り X を解雇するとの意思表示をした。X は、本件解雇が労働組合法 7 条 1 号に反して無効であるとして、地位保全と賃金仮払いの仮処分申請をした。

#### <判旨>解雇無効、申請認容。

「本件労働契約は、アメリカ合衆国「カリフォルニア」州法人である被申請会社とアメリカ合衆国人である申請人との間にアメリカ合衆国カリフォルニア州で締結されたものであつて、……アメリカ合衆国連邦法あるいは同国カリフォルニア州法を準拠法として選択したものと考えられる。」

しかし、本件解雇の意思表示は、Y 社から、「本件労働契約に基いて A 社に派遣され、その支配の下に A 社国内線の機長として勤務している、東京都港区在住の X に対してなされたものであるから、かかる解雇の効力は、労務の給付地であるわが国の労働法を適用して判断すべきであつて、この点に関するかぎり法例第七条の適用は排除されるものと解すべきである。ただし、労働契約関係を律する労働法はひとしく労使の契約関係を規律する一般私法法規と異り、抽象的普遍的性格に乏しく各国家がそれぞれ独自の要求からその国で現実に労務給付の行われる労使の契約関係に干渉介入し、独自の方法でその自由を制限し規整しているので、労働契約に基く現実の労務給付が本件の如く継続して日本国内で行われるようになった場合には、法例第七条の採用した準拠法選定自由の原則は属地的に限定された効力を有する公序としての労働法によって制約を受けるものと解するのを相当と

するからである。」

「そこで、労働組合法第七条第一号にうかがわれる公序に照して、……本件解雇は、申請人の労働組合結成準備を嫌って行われたものであると認めるのが相当である。従つて、本件解雇は、前記労働組合法第七条第一号にうかがわれる公序に反し無効であるといわなければならない。」

## (2) 公序論とシンガー・ソーイング・メシーン解雇事件<sup>8</sup>

公序論とは、当事者自治の原則をそのまま承認し、法例 33 条の公序に反する場合にだけ当事者の法選択を否定する立場である。公法理論との根本的な違いは、当事者自治による準拠法選択を原則的に認める点である。裁判例において公序論を採用したとされるのは、以下に紹介するシンガー・ソーイング・メシーン解雇事件である。

### 「シンガー・ソーイング・メシーン解雇事件」

本件では、ニュージャージー州法人の日本支社のゼネラル・マネージャーとして勤務する米国人労働者の解雇の効力が争点となった。裁判所は、法例 7 条の規定に基づきニューヨーク州法を選択する当事者の黙示意思を認定し、同法に従って解雇を有効とした。

### <事実の概要>

X（アメリカ・ニュージャージー州法に基づいて設立された会社）と Y（米国国籍）の間で、雇用契約（本件雇用契約）が締結された。本件雇用契約に基づき、Y が X の日本支社の開発部ゼネラル・マネージャーとして日本で勤務し、月に日本支社から 34 万円及び本社からアメリカ合衆国ニューヨーク市において 604 ドル 17 セントの各報酬の支給、Y の 4 人の子女が東京で通学するにつき必要な授業料及び通学費の支給を受け、並びに Y が居住するに適す家具付の建物 1 棟（本件建物）及び自家用自動車 1 台（本件自動車）の引渡を受け本件雇用契約存続中これを無償で使用できる旨の特約が付されていた。しかし、Y は業績不良で解雇され、X は Y に対して家屋明渡と自動車の返還を求めた。

### <判旨>解雇有効、請求認容。

本件契約がアメリカ・ニュージャージー州法にもとづき設立された法人である X とアメリカ合衆国国籍を有する Y との間で、アメリカ・ニューヨーク市において、英語を使用し締結されたことは当事者間に争いがなく、この事実と Y が X の日本支社の職員として雇用されたものであり報酬の一部はアメリカ合衆国ドル建てで表示されニューヨーク市で支払われる合意であったことを併せ考えれば、本件契約の成立及び効力についてアメリカ連邦法及びアメリカ・ニューヨーク州法をもって準拠法と推認すべきである（法例七条参照）。

本件雇用契約において継続的労務給付及び報酬の一部支払の各義務の履行地は日本である。……法例 7 条にいう準拠法指定自由の原則により外国法を適用すべきものとされた場合に、継続的労務給付地が日本であり、日本に独自の強行法規たる労働法規があるという一般的な理由に基づき法例 30 条を根拠として法例 7 条の適用を排斥すべきではない。個々の外国法規を適用した結果日本の労働法規によって維持される社会秩序が個々の具体的に破壊されるか否かを判定すれば足りる。



アメリカ連邦法及びアメリカ・ニューヨーク州法によれば、使用者は期間の定めのない労働契約を組合活動を理由とする等不当労働行為に該当しない限りいつでも何らの理由もなしに解約できるのである。…… Xの各意思表示はYの組合活動を理由とする等不当労働行為に該当するとの主張のない以上有効であって、本件雇用契約はこれにより終了したから、Yは本件建物及び自動車を占有する権原を失ったものである。

本件につき日本労働法上重要な地位を占める信義則ないし権利濫用の法理を適用しないことは、ただちに日本の労働法によって維持される社会秩序を破壊するとは判断できない。

けだし日本において解雇の意思表示の効力がこれらの法理により制限される実質的理由は次のとおりと考えられる。日本の労働市場は非流動的であり、使用者に圧倒的に有利であったのみならず、労働組合の団結及び交渉力は充分でなく、長期雇傭を前提とした年功序列賃金及び多額の退職金制度が一般に採用されている関係上、老若男女を問わず一旦解雇された労働者は、賃金、職務上の格付、退職金の算定等も含め同等又はそれ以上の労働条件を獲得して直ちに他に雇用されることが困難であって、解雇により生活上著しい打撃を受ける。裁判所は労働者のかかる事情と使用者の主張する企業経営上の要請とを比較考量して、そこに日本社会において妥当な一線を画すべく、解雇自由の原則に対しこれらの法理による制限を敢て加えたのである。

本件被告は前記のような労働事情のもとにある日本労働者とは無縁の存在である。従って右契約終了の意思表示につき信義則及び権利濫用の法理を適用しないからといって法例三〇条にいう公の秩序に反するとは到底考えられない。

### (3) 強行法規の特別連結理論

この理論は当事者の選択した法でも法廷地法でもない、契約関係に実質的な関係をもつ第三国の強行法規の適用を、特別の連結を通じて確保しようとするものである。法廷地の強行法規の適用は公法理論、公序論でも可能であるが、どちらの理論によっても契約の準拠法でも法廷地法でもない第三国の強行法規を適用することはできない。

問題は、どこの国の強行法規がどのような場合に、当事者の選択した法の適用を排してまで特別に連結されるべきかを具体的に確定することである。その点において、1980年のEC契約準拠法条約（ローマ条約）6条が参考になると論じられている<sup>9</sup>。

ローマ条約6条は、つぎのように規定している。

1項 第3条の規定にかかわらず、労働契約の場合には、当事者による法選択は、労働者に対する保護であって、法選択のない場合に次項により適用される法の強行規定が付与するものを、労働者から奪う結果となつてはならない。

2項 第4条の規定にかかわらず、労働契約は、第3条に従った法選択がなされていない場合には、次に掲げる法により規律される。ただし、一切の事情から、労働契約が他の国とより密接な関連を有することが明らかになる場合には、当該他の国の法により規律される<sup>10</sup>。

a号 労働者が契約の履行のため常時ある国で労務に従事する場合には、一時的に他の国に派遣される場合であっても、その労務に従事する国の法

b号 労働者が同一の国において常時その労務に従事しない場合には、その者が雇用された営業者の所在する国の法

つまり、ローマ条約 6 条によると、労働契約において当事者の法選択は、当事者の法選択がない場合に本来適用される法の強行法規によって労働者に与えられる保護を、奪う結果をもたらすものであってはならない。そして法選択のない場合の準拠法は、他により密接な関係を有する国がない限りは、まず労働者の常時労務給付地国、労働者の常時労務給付地がないときは労働者を雇い入れた営業所の所在地国の法であるとされる。

#### (4) 学説の比較

ここでは、以上に紹介した学説上の理論を比較してみたい。

公法理論は、渉外的労働関係の労務給付地が日本であって、日本の公法によって規制される場合に、その労働契約の準拠法決定に関する当事者自治をすべて排除して、必ず日本の公法を適用する理論である。この理論は、日本の公法上認められている保護を、その渉外的労働契約の労働者に保証できるというメリットがある。使用者が日本の公法よりも労働者に不利な外国法を、準拠法として労働者に合意させたとしても、その合意は排除される。しかし、使用者と労働者によって選択された外国法が、日本の公法よりも労働者を厚く保護する場合もありえるが、この理論によれば、日本で労務給付地が行われる限り、外国法の適用が一切ありえないことになるので、妥当ではないと批判される<sup>11</sup>。また、ここでいう公法とは何かは明確ではなく、判断基準もまだないとされる<sup>12</sup>。労働基準法、労働組合法がこれに含まれるといわれるが、ほかにどのような法律があるかは、不明確である<sup>13</sup>。

公序論は、渉外的労働契約であっても、当事者自治による準拠法選択を原則的に認める。当事者が日本法を準拠法として選択した場合は、公法理論と同じ結果になる。これに対して、当事者が外国法を準拠法として選択した場合に、その準拠外国法を適用した結果が日本の公序に反する場合だけ、国際私法の公序規定によってその外国法を排除して、代わりに日本法を適用する。この理論のメリットは、労働者に対して最低限でも日本法上の保護を与えることができ、また当事者自治によって日本法よりも厚く労働者を保護する外国法の適用を選択することも可能である。しかし、外国法の適用結果が公序に反するかどうかの判断は、簡単ではなく、それを争う当事者の負担も、裁判所の負担も大きく、結果の予測も困難であり、法的安定性と予測可能性に問題がある。

強行法規の特別連結理論は、ローマ条約 6 条のように、他により密接な関係を有する国がない限りは、労働者の常時労務給付地法が労働者に与える保護を最低限の保護とする。当事者自治によって合意された準拠法が労働者の保護により有利な場合には、その法を適用する。当事者自治によって合意された準拠法が労務給付地法よりも労働者の保護に不利な場合には、少なくとも労働者に労務給付地法上の保護を保証する。公法理論と比較すると、当事者自治の可能性を認めるという違いがある。また、公序論と比較すると、法廷地法である日本法ではなく、労働契約と最密接関係を有する労務給付地法を適用することを可能にしている。これらが、強行法規の特別連結理論のメリットであると思われる。しかし、裁判所は、当事者が選択した準拠法と労務給付地法を比較して、そのどちらがより厚く労働者を保護するかを判断しなければならない（優遇比較とよばれる）ので、負担が非常に大きくなることがいえる。

## 二 法の適用に関する通則法の制定

## 1 通則法制定時の議論

平成 15 年から、100 年以上の間にわたり適用されてきた法例を全面的に見直す立法作業が始まり、その成果として、平成 18 年（2006 年）に、財産法部分を中心として法例を全面改正した「法の適用に関する通則法」が成立し、平成 19 年 1 月 1 日より施行された。

この立法の審議過程において、労働契約の準拠法は消費者契約の準拠法と並行して審議され、大きな争点のひとつであった。労働者保護の特則を設けること自体についてほとんど異論はみられなかったとされ、議論の焦点はどのような形で労働者保護を図ることであったようである<sup>14</sup>。

たとえば、法制審議会第 3 回会議においては、当事者自治があっても、労働者に対して一定の準拠法上の労働者保護を奪われないようにして、その準拠法の候補として、労務給付地法、それが決まらない場合には労働者の常居所地法、それも決まらない場合には労働者を雇い入れた営業所の所在地法とすることが検討された。これに対しては、労働者の常居所地法は労働契約との密接関係性がないとして、ここで挙げる理由はないとの批判がなされていた<sup>15</sup>。

その後、第 15 回会議においては、当事者自治の原則によって合意された労働契約の準拠法よりも、労務給付地法、それが決まらない場合には労働者を雇い入れた営業所の所在地法によって労働者がより保護される場合にはそれによることが提案され、この段階で労働者の常居所地法という文言が消えた<sup>16</sup>。

さらに第 16 回会議においては、労働者の保護は直接に労務給付地法ではなく、労働契約の最密接関係地法によって行うこと、その際に労務給付地法を労働契約の最密接関係地法と推定することなどが提案されていた。また、この段階で、労働者の保護は、自動的ではなく、労働者が「強行法規の適用を求めることができる」という形にすることが提案されていた<sup>17</sup>。その理由は、当事者が合意した契約準拠法と労働契約の最密接関係地法を比較して、より労働者保護に有利な法を判断するいわゆる「優遇比較」の負担を、裁判所に課すことは訴訟実務上困難であると指摘されたからである<sup>18</sup>。

以上のような議論の結果、今の通則法 12 条ができたのである。

## 2 通則法の規定と解釈

通則法は、7 条において契約の準拠法決定における「当事者自治の原則」を規定したうえ、12 条に「労働契約の特例」を定めている。

12 条は、

「1 項 労働契約の成立及び効力について第 7 条又は第 9 条の規定による選択又は変更により適用すべき法が当該労働契約に最も密接な関係がある地の法以外の法である場合であっても、労働者が当該労働契約に最も密接な関係がある地の法中の特定の強行規定を適用すべき旨の意思を使用者に対し表示したときは、当該労働契約の成立及び効力に関しその強行規定の定める事項については、その強行規定をも適用する。

2 項 前項の規定の適用に当たっては、当該労働契約において労務を提供すべき地の法（その労務を提供すべき地を特定することができない場合にあっては、当該労働者を雇い入れた事業所の所在地の法。次項において同じ）を当該労働契約に最も密接な関係がある地の法と推定する。

3項 労働契約の成立及び効力について第7条の規定による選択がないときは、当該労働契約の成立及び効力については、第8条第2項の規定にかかわらず、当該労働契約において労務を提供すべき地の法を当該労働契約に最も密接な関係がある地の法と推定する。」と規定している。

12条1項は、労働契約についても、当事者自治を全面的に否定するのではなく、売買契約などほかの一般的な契約と同様に、当事者が自由に準拠法を選択することができると規定している。したがって、労働者と使用者が労働契約において選択した法が、その労働契約の原則的な準拠法となる。

そして、当事者が労働契約の最密接関係地法以外の法を準拠法として選択した場合であっても、労働者が使用者に対して労働契約の最密接関係地法中の強行規定を特定してその適用を求める意思表示すれば、その事項について当該強行規定をも適用するとしている。したがって、結果的には、当事者が選択した法と、労働契約の最密接関係地法のうち、より厚く労働者を保護するほうが適用されることになる。

1項の適用に関して、「最も密接な関係がある地の法中の特定の強行規定を適用すべき旨の意思を使用者に対し表示」することは要件に該当し、「その強行規定をも適用する」は効果に該当する。そして1項の解釈に関して、「強行規定」、「特定」、「意思表示」と「その強行規定をも適用する」ことの解釈が重要であると考えられる。

まず、「強行規定」は、任意規定に対する概念であって、判例上の法理も含まれると解される。たとえば、英米法の判例法理や、日本の判例上における解雇権濫用の法理なども強行規定として主張することができる<sup>19</sup>。

つぎに、強行規定の「特定」は、どの程度までの特定が必要かが問題になる。労働契約の最密接関係地法全体を漠然と挙げる場合は、特定といえないだろう。これに対して、特定の法令の特定の条項を挙げていればもちろん「特定」といえるが、労働者を保護する立場から考えれば、これに限定すべきではないと考えられる。学説上、そこまでの特定ができていなくても、最密接関係地法中の特定の強行規定を適用すべきという労働者の意思が、その主張内容から客観的に認識できれば足りるという見解が示されており<sup>20</sup>、私見もこれに賛成する。

そして、「意思表示」は、使用者に対してなされることが必要とされているが、条文上、その時期と方式に限定が規定されていないため、口頭の意思表示も認められ、また裁判手続内における意思表示に限らず、裁判外における意思表示であってもよいと解される<sup>21</sup>。

最後に、「その強行規定をも適用する」とは、当事者が合意により選択した準拠法に加え、その強行規定が累積的に適用されることを意味し、2つの法の効果が異なる場合には、一般的に労働者に有利とされる効果が認められると解すべきとする見解がある<sup>22</sup>。しかし、本章第2節1で述べたように、通則法12条は、当事者が合意した契約準拠法と労働契約の最密接関係地法を比較して、より労働者保護に有利な法を判断するといういわゆる「優遇比較」の負担を、裁判所に課さないで、労働者に課しているのである。そうすると、労働者がわざわざこの強行規定の適用を求める意思表示をしている以上、その強行規定を適用したほうが当然に合意により選択した準拠法よりも労働者に有利であると考えて、直接にその強行規定を適用すればよいのではないかと考える。

12条2項は、労働契約の最密接関係地法を推定する規定であり、一般的に、労務提供地法を最密接関係地法と推定しており、また労務提供地が特定できない場合に、労働者を雇い入れた事業所の所在地法を最密接関係地法と推定することとしている。ここでいう労務提供地が特定できない場合の例として、航空会社の乗務員のように、労務提供地が複数の国にまたがって、一定しないケースが挙げられている<sup>23</sup>。

本稿で取り上げた2つの裁判例を含め、通則法12条の導入によって、これまでの裁判例の結論が大きく変化しないとされる<sup>24</sup>。インターナショナル・エア・サービス不当解雇事件について、労働組合法7条1号を後述するいわゆる絶対的強行法規として準拠法に関係なく適用するか<sup>25</sup>、または、労働契約の最密接関係地法である日本法の強行規定として通則法12条1項に基づいて適用することが考えられるが、いずれにしても解雇は無効と判断されるだろう。また、シンガー・ソーイング・メシーン解雇事件についても、労働者であるゼネラル・マネージャーYは、いわゆる職種・職位が特定されて中途採用された上級管理者であり、その能力不足が解雇事由である場合に、日本法の解雇権濫用の法理を適用しても解雇は濫用ではないと判断されるだろう<sup>26</sup>。

### 三 小括

通則法12条は、ほかの一般的な契約類型と同様に、労働契約についても原則的に当事者自治を認めている。労働契約において、通常、労働者が事業者よりも弱い立場にあると考えられ、その場合に当事者自治を認めることが必ずしも労働者の保護にならないと考えられる。ただ、法例時代の学説の比較の部分ですでに述べたように、公法理論のように当事者自治をまったく認めないと、せっかく当事者が合意した準拠法が労働者に有利な場合でも、その合意が無駄になってしまう。たとえば、日本人労働者が日本において日本の会社に雇用され、日本で勤務したのち、中国などの外国にある子会社や営業所などに派遣され、数年間だけ現地で労務を提供する場合に、当事者自治を認めれば、労働契約における明示の準拠法選択または黙示の意思による準拠法選択によって日本法が準拠法になるケースが多いかもしれない。このようなケースでは、日本法が原則的な準拠法になり、整備された日本の労働者保護の法制が適用され、労働者本人にとってもなじみのある法であるから、労働者保護に有利な結果をもたらすことが多いように思われる。また、このような労働者は、会社と組合の間の団体交渉による労働条件に従い、会社と労働契約を結ぶことが多いから、日本法を適用することは、日本の会社にとっても予測を超えるとはいえず、日本で勤務する会社のほかの労働者との間の区別もなくなる。

他方、すでに述べたように、通則法12条において、最密接関係地法による労働者保護を実現するためには、労働者自身による積極的な意思表示が必要になる。しかも、この意思表示はあまりに漠然としたものでは認められず、適用しようとする最密接関係法上の強行規定を特定して主張しなければならない。これに対して、労働者に特定の強行法規の主張責任を課し、関係する実質法の内容を的確に理解した上で、その強行法規中の具体的な法的主張を行うことを要求することは、労働者に過大な負担を課し、労働者保護の効果を空洞化する危険があり、使用者の利益保護に傾きすぎると批判し、問題が残る立法であると主張する見解がある<sup>27</sup>。この見解からすると、いわゆる「優遇比較」を労働者ではなく、裁判所が行わなければならないが、労働者の保護と裁判所の負担軽減の間でバランスを



どのように取ればよいかは、難しい問題であり、さらに検討が必要であろう。

## 第2節 中国国際私法における労働契約の準拠法決定

本節では、中国の国際私法における労働者の保護について、まず従来の国際私法である民法通則その他の法律規定と学説を紹介する。そのあとに、2000年以降の立法案などにおける労働契約に関する規定を紹介し、また、今回新しく制定された涉外民事関係法律適用法の規定を分析する。最後に、中国の国際私法における労働者保護の現状をまとめ、その特徴を明らかにする。

### 一 民法通則時代の状況

#### 1 民法通則の規定

中国では、後述する涉外民事関係法律適用法が制定されるまで、国際私法の規定は主に民法通則の第8章であった。この法律は、1986年4月12日に制定され、1987年1月1日より施行されたものである。民法通則第8章は、「涉外民事関係法律の適用」というタイトルのもと、第142条から第150条まで9カ条の国際私法規定をおいていた。このうち、第145条は涉外契約に関する規定であり、その内容は、以下のとおりである。

「1項 涉外契約の当事者は、法律に別段の定めがある場合を除き、契約の紛争処理に適用する法律を選択することができる。

2項 涉外契約の当事者が、選択をしていない場合は、契約と最も密接な関係にある国の法律を適用する。」<sup>28</sup>

このように、民法通則145条は、当事者自治の原則と最密接関係地法の原則を定めたものである。それによれば、契約当事者は契約準拠法を合意によって選択することができ、またこのような選択がない場合に、契約の最密接関係地法が契約準拠法になる。

また、1999年中国「契約法」126条にもほぼ同様な規定が置かれ、当事者自治の原則と最密接関係地法の原則が定められている。

このように、中国では、涉外契約に関し、当事者による準拠法指定が許されることは、民法通則と契約法のどちらにおいても定められている。しかし、この2つの法律はどちらも労働契約に関しては明文の規定を置いていない。そのため、涉外労働契約に関しても、当事者自治が認められるかどうかについて、必ずしも十分に明確ではなかった。

#### 2 他の法律における規定

中国では1985年に「涉外経済契約法」が制定・施行され、また2年後の1987年に、最高人民法院によって「『涉外経済契約法』の適用における若干問題に関する解答」（以下涉外経済契約法司法解释という）という司法解释が公布された。この「涉外経済契約法」は、1999年の「契約法」の施行に伴い効力を失ったため、同法の解釈に関する涉外経済契約法司法解释も当然同じく効力を失ったが、涉外経済契約法司法解释に労働契約に関連する規定が存在していたため、ここで紹介する。

涉外経済契約法の5条は民法通則145条と同様に、当事者自治の原則と最密接関係地法の原則を定めたが、涉外経済契約法司法解释1条6項は、当事者が契約準拠法を合意によ

って選択しなかったときの最密接関係地法の推定規定を、売買契約、保険契約など契約の種類ごとに置いていた。そのうち第 8 号は労務契約に関する推定規定で、「労務実施地法」を最密接関係地法として適用すべきと規定していた。つまり、この規定から考えると、涉外経済契約法司法解釈は涉外労務契約について、当事者自治を否定しなかったということになる。

ただ、ここでいう労務契約が労働契約と完全に同じ意味かどうかは疑問が残る。中国の国際私法の学説上もこの点において混乱しているようで、労務契約を後述する労務派遣契約に限定する記述がある<sup>29</sup>と同時に、労務契約を広く労働契約と同一視するような記述もある<sup>30</sup>。

### 3 裁判例

中国において、これまで公表された裁判例のなか、涉外労働契約に関するものは非常に少なく、準拠法が正面から争われたものになるとさらに少ないが、次の裁判例を紹介する価値があると考えられる。

「遠洋漁船船員死亡事件<sup>31</sup>」

<事実の概要>

被告は福州市の漁業会社であり、2002年6月6日に船員の李氏と「涉外労働契約」を締結し、李氏を雇用して、同社の遠洋漁船に乗船させている。契約には、李氏の雇用期間を30ヶ月とすること、毎月の給料を2000元とすること、ボーナスは会社の規定により、李氏の出来高によって支払われること、契約期間中に会社が李氏のために傷害保険を掛けること、労働災害の治療費を会社が負担すること、傷害・死亡事故について中国の労働法規に従い処理すること、李氏が船長の命令に従い、会社の規則を遵守することなどが定められていた。

2003年3月20日未明、李氏が乗船している被告会社の遠洋漁船はスリランカ海域で海賊に襲われ沈没し、李氏が死亡した。しかし、被告会社は契約に反して李氏のために傷害保険と労災保険に加入していなかった。また事故のあとに李氏の遺族に3万元(約40万円)のみしか支払わなかったため、李氏の遺族らは原告として、被告会社に対し、労働契約に基づく李氏の死亡による補償として約35万元、保険契約を契約しなかったことによる損害賠償として10万元、合計約45万元を請求した。

<判旨>一部請求認容。

アモイ市海事法院は、まず、本件漁船がスリランカ海域で操業していたこと、李氏の死亡も同海域で発生したことから、本件訴訟は涉外紛争であり、契約の準拠法を決定する必要があるとした。そして、判旨は民法通則や契約法における国際私法の規定に明確に言及しないで、契約当事者は中国人と中国会社であり、契約は中国で締結されたこと、漁船は中国船籍であることを理由に、中国法が契約の最密接関係地法であると判断し、さらに、契約において乗船中の事故について中国の労働法規によって処理すると規定され、訴訟中に原被告がともに中国法を援用したとして、中国法を選択する意思があると判断して、中国法が契約準拠法であると判示した。

補償金について、李氏が勤務中の襲撃によって死亡したため、労働災害であると認定し、福建省の労災補償算定規定によって死亡補償金約29万元を認めた。一方、会社が契約に反し



て人身保険と労災保険を掛けなかった点を契約不履行として、損害賠償を求めた原告の請求について、労務契約ではどのような保険種類と保険金額の保険を掛けるべきかを具体的に合意しなかったため、損害賠償金を算定する根拠はないとして、認めなかった。

なお、この事件に関する担当裁判官による判例解説<sup>32</sup>では、涉外労働契約の最密接関係地法を「労務実施地法」と推定する上述の涉外経済契約法司法解釈 1 条 6 項 8 号が、失効してはいるが、合理性があり参考にすることができると明言している。そのうえ、李氏が労務を実施したのは洋上であるが、漁船は中国船籍であり、船上を中国領土とみなすことができるとして、労務実施地法も中国法であるとしている。

この事件の主な争点は、労働契約上の死亡補償金の支払義務とその金額の問題であり、契約の準拠法によって決定しなければならないのは明らかである。本件で問題となった労働契約は、中国会社と中国人労働者の間で締結され、契約締結地も中国であり、さらに契約の内容（乗船中の事故の処理）に関しても、中国の労働法規に依拠するところがある。外国に関連する要素は、漁船が外国の海域で操業するという点だけであった。このような契約に関して、中国法を準拠法として紛争を処理することは、当事者双方にとって公平であると考えられる。したがって、私見として、契約の準拠法を中国法とする判旨の結論に賛成する。

判旨に関して特に注目したい点は、裁判所は国際私法の根拠規定を挙げなかったが、涉外労働契約についても、ほかの契約類型と同じように、当事者自治と最密接関係地法原則によって準拠法を決定し、実質的には民法通則 145 条、契約法 126 条と同様な方法で結論を示したところである。これは、裁判所が涉外労働契約について、民法通則 145 条、契約法 126 条が直接に適用できるかどうかは断言できないが、本来同じルールによることができると考えたからであろう。

## 二 国際私法立法案における規定

第 1 節で述べたように、民法通則の時代に、涉外契約の準拠法決定に関して明文規定が存在したが、それらの規定が涉外的労働契約についても適用できるかどうかについて、不明確であった。また裁判例においてもこの点を明確に判断しないで、準拠法のみを決定するものがあつた。一方、裁判例が少ないことが原因だったのかもしれないが、学説も涉外的労働契約の準拠法について、外国の立法例などを紹介し分析するものがあるが、中国の実情や中国法の立場から詳細に検討するものがあまりみられなかった。これは、中国国際私法の発展の歴史が短いことと大きな関係があると考えられる。

中国における近代的な法整備は、20 世紀の 80 年代に入ってから本格的に始まった。「民法通則」が 1986 年に制定されるまで、ほとんど国際私法規定が存在しなかった。その民法通則に関しても、9 か条の国際私法規定を含むだけであり、まだまだ不十分であった。中国の経済発展と改革開放が進展するにつれ、国際私法の整備がますます重要な課題となった<sup>33</sup>。そこで、90 年代の初めごろから、国際私法の研究者たちが新しい国際私法を制定すべきと主張するようになった。そのような流れのなか、中国国際私法学会が「国際私法模範法」を起草し、2000 年にその第 6 版を公刊した。

1987 年に設立された中国国際私法学会(当時の名称は中国国際私法研究会であった)は、全国の国際私法教員、研究者だけでなく、裁判官、弁護士など実務家も多数所属する学術

団体である。学会は、1993年に開催された年次総会の際に、立法機関と教育研究機関の参考に供するための「国際私法模範法」を起草することを決定した。その後、学会によって起草された国際私法模範法は、数回の修正作業を経て、最終的には2000年に第六次模範法として完成し、公表された<sup>34</sup>。この模範法は、法律ではなく、裁判において直接に依拠することはもちろんできないが、学会での議論を経てからできたため、中国の国際私法学説の多数説とみることができると考える。

模範法は、国際裁判管轄、外国判決の承認執行など国際民事訴訟法の規定も含むものとなっており、合計166か条からなる。そのうち、労働契約の準拠法に関連する規定は以下のものである。

#### 「第100条（当事者自治）」

契約は、当事者の合意により、明示の方式を用いて選択された法による。……

当事者は契約締結時または契約締結後に、裁判所が審理を開始するまでに準拠法を選択することができる。また、契約締結後において契約締結時に選択された法律を変更することもできる。かかる変更は遡及効を有するものではあるが、これにより、第三者の権利を害してはならない。

当事者は選択された法律を契約の全部、一部、またはいくつかの部分に適用することができる。

#### 第101条（最も密接な関係）」

当事者による法選択がなかったときは、契約に最も密接な関係を有する国の法が適用される。通常の場合に、下記の契約の最も密接な関係地法は、以下の規定に依拠して確定する。

……

(14) 労務提供契約は、労務給付地法による。

……

ただし、上記契約が明らかに他の国または地域により密接な関係があるときは、当該他の国または地域の法が適用される。」<sup>35</sup>

100条は契約準拠法の決定に関する当事者自治の原則を定めるものである。100条1項は、当事者自治による契約準拠法の選択を明示の方式によるものに限定する。2項は、準拠法選択の時期と効果を定める規定であり、契約締結後の準拠法選択と準拠法変更を認めるが、第三者に対抗できないことを明らかにしている。3項は、いわゆる契約準拠法の分割指定を認めている。

101条は、当事者自治による準拠法選択がなされなかった場合の契約準拠法を定める規定である。それによれば、この場合に契約の最密接関係国法が準拠法として適用される。労務提供契約については、通常の場合に、労務給付地法が最密接関係国法とされるが、その契約が労務給付地以外の国とより密接な関係があるときに、当該その他の国の法が準拠法になる。

これらの規定は、当事者自治を原則的に認めること、当事者による法選択がなされなかった場合に、一般的に労務給付地法を最密接関係地法として適用することが定めている。それまでにすでに存在した民法通則、契約法、涉外経済契約法司法解釈の関連規定よりも

詳細であるが、内容的に大きく異なるところはない。

### 三 涉外民事関係法律適用法の制定

中国では2002年に国際私法規定を含む民法典草案を国会に相当する全国人民代表大会に提出したが、その草案には労働契約の準拠法に関する規定はなかった。その後、民法典草案を一括して審議して立法するのではなく、「物権法」、「不法行為法」など分割して立法することになったが、新しい国際私法に当たる「涉外民事関係法律適用法」は2010年に審議、制定された<sup>36</sup>。

#### 1 涉外民事関係法律適用法の規定

涉外民事関係法律適用法 41 条は、「当事者は、合意により契約に適用する法を選択することができる。当事者が選択しなかったときは、最も当該契約の特徴を表わすことができる義務の履行をする一方当事者の常居所地法又はその他当該契約と最も密接な関係を有する法を適用する。」<sup>37</sup>と定め、従来の立法における契約準拠法の決定に関する規定とほとんど同じである。

これに対して、労働契約に関する涉外民事関係法律適用法 43 条はまったく新しく制定された規定であり、以下のように規定する。

「第 43 条 労働契約については、労働者の労務地法を適用する。労働者の労務地の確定が困難であるときは、雇い入れた事業者の主たる営業地法を適用する。労務派遣については、労務の派遣元地法を適用することができる。」<sup>38</sup>

この規定は、従来の条文、模範法、裁判例と異なるものである。その特徴として、2点を挙げる可以考虑。1つ目は、通常の労働契約と労務派遣を区別して、労務派遣の準拠法について特別規定を設けた点である。2つ目は、労働契約の準拠法決定について、当事者自治の原則と最密接関係地法による補充を完全に排除して、原則として、労務地という明確な連結点によって準拠法を決定する点である。

#### 2 涉外民事関係法律適用法の趣旨と解釈

ここでは、涉外民事関係法律適用法が制定、公布されてから、中国の学説、裁判所側が示した見解を紹介して、43 条の立法趣旨と解釈を検討する。

##### (1) 当事者自治の原則の排除

まず、43 条は、当事者自治の原則と最密接関係地法による補充を排除しているが、この点に対して、ドイツ、スイス、日本などの外国の立法は、労働契約についても当事者自治の原則を維持しているが、これらの国においても、当事者自治の原則を制限したり、労務給付地を最密接関係地と推定したりしているため、実際に自由に当事者自治と最密接関係地法を適用することはないので、中国法と実質的に大きく異ならないという見解がある<sup>39</sup>。これに対して、当事者自治を一切排除すると、労働者は事業者と合意できる準拠法と法選択規則によって客観的に指定される準拠法を比較してより厚い保護を与えてくれる法の適用を受けることができないため、労働者保護の観点からすれば望ましくないと批判する意見がある<sup>40</sup>。さらに、外国会社が中国に駐在させている外国人労働者のケースを例として、

当事者が外国法を準拠法として選択した場合に、当事者自治を認めるべきであるとして、当事者自治を完全に排除した 43 条を批判する見解もみられる<sup>41</sup>。

## (2) 労務地法主義

つぎに、43 条は労務地法を労働契約の原則的な準拠法として定め、労務地の確定が困難である場合のみ、使用者の主たる営業地法を準拠法と規定する。ここでいう労務地は、日本法でいう「労務給付地」や「労務提供地」と同義であるといえることができる。

労務地法主義を採用する点について、中国の学説はおおむね賛成している。その理由は、諸外国の立法も基本的に労務地と使用者の営業所所在地を連結点としており、また労務地法は労働者にとってもっとも容易に知ることができるからである<sup>42</sup>。ここでいう「労務地の確定が困難であるとき」について、労務地が一つの地に固定されない、つまり複数の地にまたがって労務が提供されるケースを含むと解釈される<sup>43</sup>。

## (3) 労務派遣に関する特別規定

最後に、43 条は労務派遣について、特別な規定を設け、労務の派遣元地法を適用することができるものと規定している。労務派遣の準拠法について個別に規定する立法例はほとんどなく、43 条は非常に珍しい規定であるといえる<sup>44</sup>。ここでは労務派遣の準拠法決定について少し詳しく述べることにする。

### (a) 労務派遣とは

労務派遣は、中国の労働契約法にも規定されている特殊な労働契約である。労務派遣は派遣会社、派遣される労働者と労務派遣を受け入れる会社という 3 者間の関係である。中国労働契約法 58 条によれば、派遣会社は使用者として、労働者との間に労働関係が存在すると認定され、派遣会社は労働者を雇用し、人事管理を行い、労働報酬と福利厚生などの義務を負担するほか、派遣会社と労働者との労働契約には、派遣先会社、派遣期間と職務内容が記載されなければならない。一方、派遣会社と派遣を受け入れる派遣先会社との間には派遣労働者の人数と職務内容、派遣期間、報酬・管理費用などの支払いを定めた労務派遣契約が締結される<sup>45</sup>。派遣労働者が受け入れ会社に派遣されれば、その後の具体的な労働内容、勤務地、勤務時間などは受け入れ会社が決定する<sup>46</sup>。

### (b) 労務派遣の連結点

43 条は、労務派遣の準拠法として、「労務の派遣元地」によると規定している。「労務の派遣元地」<sup>47</sup>という用語は、中国の労働契約法その他の法では使用されておらず、国際私法である「涉外民事関係法律適用法」独自の用語である。しかし、その意味について、立法機関による公式の説明がなされておらず、これまで公表されたいくつかの解説書と論文を読む限り、その理解がまだ統一されていないようである。

#### ① 労務の派遣元地を派遣先会社の主たる営業所所在地と理解する説<sup>48</sup>

この立場を採る学者は、労務派遣には、派遣会社が労働者を派遣先会社に派遣してそこで労働するケースと、派遣先会社が労働者の労働場所、労働時間等の具体的な労働事項を

指示するケースがあると指摘し、また、派遣会社と労働者の間に労働契約があるのに対して、派遣先会社と労働者の間に労働契約がないため、労務派遣では派遣先会社と労働者の間の関係に重点を置くべきであるとして、労務の派遣元地法は派遣先会社にとっての労務派遣元地法、つまり派遣先会社の主たる営業所所在地を指すと主張する。裁判官の中にこのような立場を支持する者もいる<sup>49</sup>。

## ② 労務の派遣元地を労働者の出身国と理解する説<sup>50</sup>

この説は、中国における国際労務派遣の実情、つまり中国に関係する国際的な労務派遣の多くは中国の労務派遣会社が中国人労働者を外国に派遣するのであり、労働契約は派遣元地である中国で締結されることを前提としている。この説を主張する学者はこのような前提を述べたうえ、派遣会社の設立地と主たる営業所所在地は、派遣労働者の国籍と住所地と同一であり、派遣元地法と労務派遣契約とは密接な関連があり、また派遣元地法を適用して下された判決は、外国において承認執行を得やすいとして、連結点としての「派遣元地」の正当性を論述した。この見解によれば、43条にいう労務派遣元地法はほとんどの場合に中国法になるだろう。

別の学者も、一般的に労務の派遣元地は労働者が属する国であり、労務の派遣元地法の適用を認めると準拠法に対する労働者の予見可能性を大きく高めることができるとして、労務の派遣元地という連結点の採用を賛成したうえ、中国が派遣労働者を数多く海外に送り出す国として、労務派遣元地という新しい連結点を使用することによって、実質的に労働者の属人法を適用することができ、自国の派遣労働者の利益を保護することができる<sup>51</sup>と述べている。

## ③ 私見

(a) において述べたように、中国の労働契約法によれば、労務派遣において、派遣会社は労働者を雇用したうえ、派遣先会社との労務派遣契約に基づいて労働者を派遣する。つまりここでいう「派遣」とは、派遣会社が労働者を派遣先会社に派遣することを指すのである。①の学説がいうように派遣先会社が労働場所を指定し、派遣労働者に派遣先会社が所在する国以外の国での勤務を指示することがあるとしても、これはあくまで労働場所の指定であって、労務の派遣ではないため、派遣先会社の主たる営業所所在地を労務派遣元地と理解する①の学説には賛成することができない。43条にいう労務の派遣元地は、派遣労働者が派遣会社に雇用された地、すなわち労働者の本国であると考えるので、②の学説に賛成する。

なお、43条は労務派遣について、労務の派遣元地法を「適用することができる」と定めているが、どのような場合に労働契約の原則的な準拠法である労務地法ではなく、労務の派遣元地法を適用するかについて、規定していない。この点に関する中国の学説上の議論はまだ少ない。ある学説は、労務派遣元地法は労務地法や雇い入れた事業者の主たる営業地法に優先して適用すべきであると主張する<sup>52</sup>。その理由として、労務派遣元地は労務派遣の特徴的な給付地で、労務派遣という特殊な労働関係の重心であり、また、ほとんどの場合、少なくとも労務地と事業者の主たる営業地のどちらか一方が確定できるのであり、労務派遣元地法を優先的に適用すると理解しないと、労務の派遣元地法を定めた規定が無意



味になってしまうことを挙げている。

私見も、涉外民事関係法律適用法が一般的な労働契約における労働地という連結点とは別に、労働派遣に関して労働派遣元地という特別の連結点を設けた以上、基本的に派遣元地法を優先して適用すべきであると考えている。また、上述した②の説がいうように、中国の現状を考えれば、労働の派遣元地法はほとんどの場合に中国法であるから、派遣元地法を適用することは、中国人派遣労働者の予測可能性を確保でき、その利益保護に適うだろうと考えられる。

#### 四 小括

中国の新しい国際私法である涉外民事関係法律適用法における労働契約の規定は、当事者自治という主観的連結方法を完全に排除している。また、客観的連結についても、最密接関係地法を適用するという柔軟なルールではなく、直接に労働地（労働給付地、労働提供地と同じ）法を渉外的労働契約の準拠法と規定する。裁判所にとって、労働給付地がどの国であるかを判断するだけでよいので、非常に判断しやすいといえる。

中国の労働市場は、日本などの先進国と比較すればまだまだ閉鎖的であるので、中国国内で働く労働者のほとんどは中国人であり、裁判所に提起される労働訴訟のほとんどが、中国会社と中国人労働者の間の紛争で、労働給付地も中国国内であるから、もともと渉外的要素はなく、当然中国の労働法や労働契約法などが適用される。

しかし、涉外民事関係法律適用法 43 条は、労働派遣について特別規定を設けているが、これはほかの国ではあまり見られない条文である<sup>53</sup>。中国は人口大国であり、労働力の大国でもある。派遣労働者として海外に派遣される中国人労働者がたくさんいるから、中国の立法者は、このような中国人派遣労働者の保護に関心があるかもしれない。43 条は、このような労働派遣について、派遣元地法つまり中国法を適用することもできるし、またふつうの労働契約と同じように、労働地法つまり派遣先の外国法を適用することも可能である。中国法と外国法のうち、労働者をより厚く保護する法を適用すれば、中国人派遣労働者にとって有利である。

### 第 3 節 労働契約の準拠法決定に関する日中比較

本節では、ここまで検討した日本の国際私法と中国の国際私法における労働契約の準拠法決定に関する規定を、当事者自治、客観的連結、その他の点に分けて、比較してみたいと考える。

#### 一 当事者自治

日本の法の適用に関する通則法 12 条は、労働契約における当事者自治も原則的に認める。これに対して、中国の涉外民事関係法律適用法 43 条は、労働契約における当事者自治を一切認めない。一般的な労働契約には、もともと準拠法に関する合意はないと思われるから、当事者自治を認めても、多くの労働契約に関して、実際には意味がないだろう。

しかし、日本の裁判例として紹介した「インターナショナル・エア・サービス不当解雇事件」も、「シンガー・ソーイング・メシオン解雇事件」も、裁判所は当事者による準

扱法の合意を認め、しかも外国法を合意したと認定しているから、当事者自治の原則を維持する価値があることを示している。この 2 つの事件は、どちらも外国人労働者が外国会社に雇用され、日本で勤務するケースであって、外国法を準扱法と認めることが合理的な場合がある。しかし、同じ事件が中国で発生した場合に、つまり外国人労働者が外国会社に雇用され、中国で勤務するケースについて、中国法は一律に労務地法である中国法を適用することになるから、外国人労働者にとって予想に反する可能性が高い。特に、その外国人労働者が 1、2 年間という比較的短い期間だけ中国で勤務する場合に、中国法を適用することは、労働者にとって不合理な結果をもたらすこともありえると考えられる。

従って、中国法に関しても、上のような労働契約について、当事者自治またはほかの方法で、労務地法である中国法ではなく、労働契約が締結され、また使用者と労働者の本国でもある外国法を適用する可能性を残す必要があると考える。

## 二 客観的連結

法の適用に関する通則法 12 条は、当事者自治がなされなかった場合の客観的連結について、最密接関係地法を適用する。その場合に、労務提供地法を最密接関係地法と推定する。これに対して、中国法は最密接関係地法ではなく、直接に労務地（労務提供地）法を適用する。

この違いについて、日本法は柔軟性を確保するというメリットがあるが、一方では判断が面倒になるおそれがある。中国法は簡単なルールで適用しやすいというメリットがあるが、特殊な労働契約に柔軟に対応できないというデメリットがある。どちらにも利点と欠点があるが、中国の新しい国際私法は全体的に、ケース・バイ・ケースの手法、つまり具体的事案におけるより密接な関係を有する法を適用するという手法を基本的に採用していないとされ、準扱法決定の具体的妥当性よりも法的安定性を重視したことが背景である<sup>54</sup>。

## 三 その他

ほかに、中国法は労務派遣について特別な規定を設けているが、日本法にはそのような規定はない。これは両国の実情に合っていると考える。日本国内に派遣会社がたくさんあるが、外国に日本人労働者を派遣することはほとんどない。一方、外国から日本に派遣されてきた外国人労働者について、当事者自治が認められるし、また労働者が労務提供地法である日本法の強行規定を主張して適用を受けることができるから、労働者保護は実現できる。

これに対して、中国では、外国に対して中国人労働者を派遣する渉外的な労務派遣がたくさん行われており、中国法はこのような労務派遣について、派遣元地法である中国法と、労務地法である派遣先の外国法のどちらも適用できるように規定している。特に、中国人派遣労働者に対して、派遣元地法にあたる中国法の適用可能性を確保している点を考えれば、やはり労働者保護を実現することができるといえる。



### 第3章 絶対的強行法規による労働契約の規律

第2章では、日中両国の労働契約の準拠法決定ルールを比較検討して、両国の国際私法における労働者保護を考察した。しかし、国際私法における労働者保護は、準拠法決定のレベルの話であり、最終的には、労働法や労働契約法など労働関係法規によって労働者を保護しなければならない。また、これらの労働関係法規には、準拠法が自国法か外国法かにかかわらず、必ず適用するルール（いわゆる絶対的強行法規）がある<sup>55</sup>。渉外的労働契約における労働者保護に関して、国際私法による準拠法決定だけでなく、労働法規における絶対的強行法規の役割も大きい。日中両国の労働法規を研究して、絶対的強行法規による労働者保護を研究する必要がある。本章では、絶対的強行法規を適用する理論の意義と、絶対的強行法規の適用が問題となる場面について検討したい。

#### 第1節 ヨーロッパにおける「絶対的強行法規の特別連結論」

##### 一 絶対的強行法規の特別連結論とは

「絶対的強行法規の特別連結論」は、ヨーロッパで発祥した法理論であるといわれる<sup>56</sup>。その内容は、絶対的強行法規を、準拠法のいかんにかかわらず、その法規固有の効力に基づいて適用することである<sup>57</sup>。

ここの「絶対的強行法規」とは、国内実質法上の強行法規のなかでも特に強行性が強く、通常の抵触法上の準拠法指定とは独立に適用されるべき法規を指す。その呼び方は、国によって異なる。ドイツ法では「介入規範」や「国際的強行法規」と呼ばれ、フランス法では「直接適用法」と呼ばれ、イタリアでは「必要的適用法」と呼ばれる<sup>58</sup>。呼び方が異なるが、基本的にはすべて同じ概念だと考えてよいといわれる<sup>59</sup>。

##### 二 法廷地国の絶対的強行法規と第三国の絶対的強行法規

「絶対的強行法規の特別連結論」においては、自国（法廷地国）の絶対的強行法規を適用する理論と、準拠法が属する国以外の第三国の絶対的強行法規を適用する理論という区別がある<sup>60</sup>。

法廷地国の絶対的強行法規を適用する理論は、ヨーロッパのいくつかの国で実際に立法されている。例えば、イタリア国際私法 17 条は、「イタリア法の規定が、その目的及び適用範囲にかんがみて、外国法の指定にかかわらず事案を強行的に規律するものの適用を妨げるものではない。」と規定している。また、スイス国際私法 18 条は、「スイス法の規定は、その特別の目的のために、本法により指定される法のいかんにかかわらず強行的に適用されるべき場合には、その適用を留保する。」と定めている。また、1980 年 E C 契約準拠法条約（ローマ条約）7 条 2 項も、「この条約の規定は、法廷地の規定であって、契約の準拠法にかかわらず事案を強行的に規律するものの適用を妨げるものではない」と定めて、法廷地の絶対的強行法規の適用を認めている<sup>61</sup>。

これに対して、第三国の絶対的強行法規を適用する理論は、1980 年 E C 契約準拠法条約（ローマ条約）7 条 1 項において、つぎのように定められている。

「ローマ条約 7 条 1 項： この条約に基づいてある国の法を適用する場合において、事案と密接な関連を有する他国の強行規定については、それがその他国の法によれば契約の

準拠法にかかわらず適用されるべきものであるときには、これに効果を付与することができる。この強行規定に効果を付与するか否かの判断においては、その性質、目的及びその適用または不適用から生じる結果を考慮に入れなければならない。」<sup>62</sup>

また、第2章で引用したローマ条約6条も、労働契約に関する第三国の絶対的強行法規の適用を認める規定である。

### 三 ローマI規則における絶対的強行法規の特別連結論

EUでは、2008年6月17日に、ローマ条約に代わる「契約債務の準拠法に関する規則」（以下「ローマI規則」）が制定された。この規則は、規則の29条によれば2008年7月24日に発効した。また規則28条によれば、2009年12月18日以降に締結された契約には、ローマ条約ではなく、規則が適用される。

ローマI規則の9条は、絶対的強行法規の特別連結論に関して、ローマ条約の7条を改正した。9条は、つぎのように定めている。

「ローマI規則9条1項 絶対的強行規定とは、ある国にとり、政治的、社会的又は経済的組織のように、その適用範囲においては、本規則における契約準拠法にかかわらず適用されるほどに、公益を守るために重大であるとみなされる条項である。

2項 本規則は法廷地法における絶対的強行規定の適用を制限するものではない。

3項 契約債務履行地の絶対的強行規定が契約の履行を違法としている場合に限り、その優先的強行規定を認めることができる。それを認めるか否かを判断する場合、その性質、目的及び適用または不適用の結果を考慮しなければならない。」

ローマI規則9条と従来のローマ条約7条を比較すると、両方ともに法廷地の絶対的強行法規の適用を認めていることが分かる。違いは、新しいローマI規則9条1項は、絶対的強行法規の定義を定めている点である。また、第三国の絶対的強行法規の適用について、ローマ条約7条1項は一般的に第三国の絶対的強行法規を適用できると定めているが、ローマI規則3項は、①適用できる第三国の絶対的強行法規を契約債務履行地の法に限定し、②その絶対的強行法規が契約の履行を違法にする場合に限定している<sup>63</sup>。

## 第2節 日中の国際私法における絶対的強行法規の特別連結論

### 一 日本法上の議論

#### 1 絶対的強行法規の定義

日本法では、絶対的強行法規の特別連結論に関する明文の規定が設けられていないが、国際私法の学説上では多くの議論が存在する。

西谷先生は「絶対的強行法規」ということばを使い、「国家利益・社会政策の実現を目的とする特に強行性の強い法規であって、準拠法如何にかかわらず適用されるべき法規範を指す」と定義している<sup>64</sup>。横溝教授は「強行的適用法規」と呼び、「準拠法選択規則による通常の準拠法指定に拘らず、わが国が法廷地である限り、その内容が貫徹されるべきであるという法規が強行的適用法規である」と述べている<sup>65</sup>。また、高杉教授によれば、この理論は日本では「公法」や「直接適用法」とも呼ばれ、「国際私法によって指定される準拠法

とは無関係に、その法規の適用意思に従い、一定の事案に対して常に適用される法規である」と述べている<sup>66</sup>。

絶対的強行法規の定義に関するこれらの学説は、絶対的強行法規が一国の法規のなかでも特に強行性が強い法規である点、国際私法によって指定される準拠法が外国法であるかどうかにかかわらず必ず適用される点において同じである。ただし、これらの点以外に、上記各学説には微妙な違いも存在する。例えば、西谷説の定義は、絶対的強行法規が「国家利益・社会政策の実現を目的とする」法規だという点を明確に強調している。高杉説の定義は、絶対的強行法規はその法規自身の「適用意思」に従って適用されると主張している。

## 2 絶対的強行法規の適用根拠

日本法では、絶対的強行法規の適用を定めた明文規定はないが、学説判例上、法廷地である日本の絶対的強行法規の適用が認められている。

判例として、第2章で紹介した「インターナショナル・エア・サービス不当解雇事件」がある。この事件では、カリフォルニア州法人に雇用され、日本の航空会社に派遣され日本の国内線において労務を提供する米国人労働者が、組合を結成しようとしたところ、労務派遣会社から解雇された。この解雇が組合活動を理由とする不利益取扱いを禁止する労働組合法7条1号の規定に違反するかどうか争点となった。東京地方裁判所は、法例7条に基づきカリフォルニア州法を選択する当事者の黙示意思を認定する一方、「法例第七条の採用した準拠法選定自由の原則は属地的に限定された効力を有する公序としての労働法によって制約を受ける」として、労働組合法7条1号違反の解雇の効力については法例7条は適用されないとした。そのうえで、裁判所は労働組合法7条1号の規定を直接適用して解雇を無効とした。

第2章においても説明したように、従来はこの判例は公法理論の判例と理解されていた<sup>67</sup>。公法理論とは、労働関係への強行法規による規制は公法的法規であり、ある契約が特定の国家の公法的統制法規によって規律されているときは、当事者自治は制限される、というものである。これに対して、最近の学説は、労働組合法7条を日本の絶対的強行法規にあたるとして、本件は法廷地の絶対的強行法規の直接適用を認めた判例と理解している<sup>68</sup>。そもそも高杉教授が指摘したように、日本では絶対的強行法規のことを、「公法」と呼ぶこともある<sup>69</sup>。

このように、判例として、法廷地である日本の絶対的強行法規の適用を認めるものが存在すると理解することができる。学説の通説も、少なくとも法廷地の絶対的強行法規は適用すべきと主張している<sup>70</sup>。

法例を全面改正して、新しい国際私法である通則法を制定の際に、絶対的強行法規の規定を設けるべきかの検討が行われた。しかし、「どのような規定が絶対的強行法規に該当するかを明確に定義付けることはできず、法制的に条文を設けることは困難であること、法廷地の絶対的強行法規の適用については多くの学説および実務によって肯定されており、条文を設けなければ実現できないものではないこと」などの理由で、結論として、絶対的強行法規に関する規定を設けないこととされた<sup>71</sup>。従って、通則法において、明文規定は存在しないが、少なくとも法廷地である日本の絶対的強行法規の適用は解釈上可能であるとされる<sup>72</sup>。

法廷地の絶対的強行法規が学説と判例によって適用されるのに対して、第三国の絶対的強行法規を適用すべきかどうかは、日本ではまだ明確ではない。法廷地の絶対的強行法規の適用と区別して、第三国の絶対的強行法規の適用は、日本では「強行法規の特別連結理論」と呼ばれることが多い<sup>73</sup>。この理論は、第2章ですでに紹介しているが、日本の学説では、この理論を支持する意見もあるが、第三国と事案との密接関連性の探求は困難であり、法的不安定性を招くこと、明文の規定がないことを理由に、解釈論としてこの考え方を採用することができないとする慎重論が強い<sup>74</sup>。

## 二 中国法上の議論

### 1 法律適用法制定前の状況

中国では、民法通則など従来の国際私法には、絶対的強行法規に関する規定はなかった。また、中国の国際私法の学説では、絶対的強行法規に関する議論があまり多くなかった。まず、フランス法における絶対的強行法規の特別連結論（直接適用法の理論）が、学者の論文によって紹介された<sup>75</sup>。この理論は、より具体的に、「国がある特殊な涉外法律関係を調整するため、強行力をもつ法律規範を制定する。これらの強行力をもつ法律規範は、抵触法による指定を問わずに直接に適用され、『直接適用の法』という」と紹介されている<sup>76</sup>。

この理論が中国で注目されるようになったのは、2000年代に入ってからであり、香港法人に融資をした香港の銀行に対して、中国の法人や政府機関などが中国の強行法に反して行った債務保証の有効性が争われた複数の裁判例がその契機であった。

1995年に制定された中国担保法8条は、国家機関が債務の保証人となることを禁止している。また、中国が外為管理の観点から、対外保証の供与を厳しく管理しており、1996年国務院「外貨管理条例」23条及び2000年の担保法に関する司法解釈<sup>77</sup>6条によれば、中国法人が域外債権者に対し担保を供与する場合に、外貨管理機関の批准を得なければならず、審査登記を経ていない担保契約が無効である。しかし、裁判例では、香港・マカオの銀行と本土企業の香港・マカオ現地法人との間の融資契約について、中国本土の法人または政府機関が保証人となっていた。そこで、裁判では、保証契約の準拠法として香港法ないしマカオ法が合意されているにもかかわらず、当該保証契約が中国本土の法律によって無効とされうるかが争われた<sup>78</sup>。

裁判の結果、このような保証契約はすべて無効と判断されたが、一部の裁判所は、契約が中国の公序に反するとして、民法通則150条の公序条項を適用した<sup>79</sup>。これに対して、ほかの裁判所は、契約当事者が香港法・マカオ法を選択することは、故意に中国担保法などの強行規定の適用を回避する目的があるとして、民法通則司法解釈194条の法律回避条項を適用し、その準拠法選択を無効と判断した<sup>80</sup>。しかし、公序条項も法律回避条項も、ここで問題となっている紛争に対処する条文根拠としては本来適切ではないとされる<sup>81</sup>。つまり、当時の中国法上では、適切な根拠条文が存在していなかったのである。

### 2 法律適用法4条と司法解釈の規定

新しく制定された中国国際私法である法律適用法は、4条において、「中華人民共和国の法律に、涉外民事関係に対して強行規定があるときは、当該強行規定を直接に適用する。」と定めている。この規定によれば、中国のある強行規定が涉外民事関係について定めてい

るときに、国際私法である法律適用法によって準拠法と指定されなくても、直接的に適用するので、「直接適用の強行規定」という表現を使っているが、いわゆる絶対的強行法規の特別連結論を採用したといえる。また、4条によって適用されるのは、法廷地である中国の絶対的強行法規であって、第三国の絶対的強行法規の適用を認める明文規定はまだ設けられていない。

2012年12月10日に、中国の最高裁判所である最高人民法院が法律適用法について初めての司法解釈を公布し、2013年1月7日に施行した。最高人民法院「涉外民事関係法律適用法」の適用に関する若干問題の解釈（一）（以下「法律適用法司法解釈（一）」）<sup>82</sup>である。この司法解釈の10条はつぎのように定めて、法律適用法4条を解釈している。

法律適用法司法解釈（一）第10条<sup>83</sup>：

以下の状況のいずれかに該当する場合であって、中華人民共和国の社会公共利益に関係し、当事者が約定によって適用を排除することができず、抵触規範によることなく直接に涉外民事関係に適用する法律、行政法規の規定は、人民法院は涉外民事関係法律適用法第4条に規定する強行規定である旨認定する：

- （一）労働者の権益保護に関するもの；
- （二）食品又は公共衛生の安全に関するもの；
- （三）環境安全に関するもの；
- （四）外貨管理等金融安全に関するもの；
- （五）独占禁止、アンチダンピングに関するもの；
- （六）強行規定と認定すべきその他の状況。

法律適用法司法解釈（一）10条4号は、明らかに保証契約に関する従来の裁判例を念頭に置いた規定である。この規定によって、これまでと同じ保証契約に関連する裁判が発生した場合に、裁判所は公序条項や法律回避条項を適用しなくても、中国の強行法規に反する保証契約を無効にすることができるようになると思われる。しかし、対外担保に関する外貨管理以外に、1号～5号は具体的にどのような絶対的強行規定を指すかは明確ではなく、今後の学説の展開と裁判例の蓄積を待つ必要があるとされる<sup>84</sup>。

### 三 日中の比較

ヨーロッパで発祥した絶対的強行法規の特別連結論について、日本の学説では昔は「公法論」、「直接適用法」、現在では「絶対的強行法規」や、「強行的適用法規」と呼ばれている。中国の学説では「直接適用の法」と呼ばれ、立法では「直接適用の強行法規」と呼ばれている。しかし、呼び方が異なるが、いずれも通常国際私法規定によって準拠法が指定されているにもかかわらず、ある国の強行法規の適用を特別に認める理論であるから、中身は同じ理論を指していると考えられることができる。

ヨーロッパでは本来、絶対的強行法規の特別連結論には、法廷地国の絶対的強行法規を適用する理論と、第三国の絶対的強行法規を適用する理論がある。法廷地である自国の絶対的強行法規を適用することは、日本でも中国でも認められている。異なるところは、中国法は新しく立法した国際私法である法律適用法において明文規定を設けたのに対して、日本法は判例と通説が一致してその理論を支持しているが、二ですでに述べた理由により



通則法を立法した際に明文規定を設けなかったのである。

これに対して、第三国の絶対的強行法規を適用する理論について、中国にも日本にも明文規定はなく、学説も賛成する立場と反対する立場が対立しているので、この理論を正式に採用するには未ださらに学説上の議論が必要であると思われる。

### 第3節 労働契約における日中の絶対的強行法規の適用場面

#### 一 労働契約に絶対的強行法規が適用される場面

本章第2節で述べたように、日本も中国も、自国の絶対的強行法規の適用を認めている。では、国際労働契約に関して、具体的にどのような場面で自国の絶対的強行法規の適用を検討しなければならないのか。

国際労働契約に自国法が準拠法として指定されれば、おそらく絶対的強行法規の特別連結論の適用を検討する必要はない。なぜならば、つぎの章で検討するように、ある法規定が絶対的強行法規にあたるかどうかを判断することは非常に困難な作業である。そして、自国法が準拠法であれば、絶対的強行法規の特別連結論をわざわざ使わなくても、自国の絶対的強行法規が準拠法である自国法の一部として、当然適用することができる。つまり、この場合に、その強行法規が労働契約の準拠法として適用されるのか、それとも絶対的強行法規の特別連結論によって適用されるのかを区別する必要はあまりなく、絶対的強行法規にあたるかどうかを判断する難しい作業を避けることができる。言い換えれば、国際労働契約の準拠法は外国法であるときに、はじめて絶対的強行法規の適用を考えればよいということになる。

そこで、この節では、第2章で比較検討した日中の国際私法上の労働契約の準拠法決定に関する規定をもとに、国際労働契約の準拠法は外国法になって、自国の絶対的強行法規の適用が問題となる場面を検討する。

#### 二 労働契約において日本法の絶対的強行法規が適用される場面

日本の国際私法（通則法）によって、国際労働契約の準拠法が外国法となるのはどのような場面であるか。

通則法は、国際労働契約についても当事者自治（通則法7条）を認めているが、使用者と労働者が労働契約の最密接関係地法以外の法を合意した場合であっても、労働者が当該労働契約の最密接関係地法の特定の強行規定を適用すべき旨の意思を使用者に対し表示すれば、その強行規定が定める事項については、その強行規定をも適用することとなっている（通則法12条1項）。そして、労働契約の最密接関係地法とは、通常、労務提供地法であると規定されている（通則法12条2項）。

まず、使用者と労働者が日本法を労働契約の準拠法として合意している場合に、その当事者自治が認められ、日本法が準拠法として適用されるから、絶対的強行法規の適用を検討する必要はない。具体例として、日本会社と労働者が日本法を準拠法と指定する労働契約を締結した場合を挙げることができる。この場合に、勤務地（つまり労務提供地）が外国であっても、日本法が準拠法となるから、日本の絶対的強行法規も当然適用される。

つぎに、使用者と労働者が外国法を労働契約の準拠法として合意している場合であって

も、日本が労務提供地であるときに、日本法がその労働契約の最密接関係地法となるので、労働者は日本法の特定の強行規定を適用すべきという意思表示をすることができる。そして労働者がそのような意思表示をすれば、日本法の特定強行規定が適用されるので、この場合にも、その特定強行規定が絶対的強行法規に該当するかどうかを検討する必要はない。具体例として、外国会社と労働者は外国法を準拠法と指定する労働契約を締結し、労働者が日本で勤務している場合に、労働者は日本法が労働契約の最密接関係地法であるとして、日本法の特定強行規定の適用を主張しているときに、この場面に該当する。

これに対して、ある日本の強行規定が絶対的強行法規として適用されるのは、つぎのような場面であると考えられる。

①使用者と労働者が日本法を労働契約の準拠法として合意せず、かつ、労働者が外国で勤務するケースである。この場合に、日本法は当事者が合意した準拠法ではないし、労務提供地が外国であるため労働契約の最密接関係地法も日本法ではないので、日本法は準拠法として適用されない。しかし、この場合にも、使用者が日本の会社であるとか、労働者が日本人であるとか、この労働関係が日本と何らかの関係があることが考えられ、日本法の絶対的強行法規を適用する必要性がある。

②使用者と労働者が外国法を労働契約の準拠法として合意し、労働者が日本で勤務しているが、日本法の特定強行規定を労働契約の最密接関係地法として適用すべき旨の意思表示をしていないケースである。この場合に、労働者が日本法の特定強行規定の適用を求めているれば、通則法 12 条 1 項によってその強行規定を準拠法として適用することになるが、労働者が日本法に関して十分な情報と知識がなく、主張をしなかったこともあり得る。このときに、日本法の強行規定をすべて自動的に適用することは、労働者の意思表示を要求する通則法 12 条 1 項の趣旨に反するが、日本の強行規定のうちの絶対的強行法規は、日本が法廷地である限り、当然に適用されるものであって、労働者による適用の主張は不要である<sup>85</sup>から、このケースでは自動的に適用される。

### 三 労働契約において中国法の絶対的強行法規が適用される場面

中国の国際私法（法律適用法）によって、国際労働契約の準拠法が外国法となるのはどのような場面であるか。

法律適用法 43 条は、国際労働契約について当事者自治による準拠法選択を排除し、必ず労務提供地法を適用すると定めている。ただひとつの例外は、労務派遣について、派遣元地法を適用することができる。

まず、国際労働契約によって労働者が中国で勤務し、つまり労務提供地が中国である場合に、中国法は労働契約の準拠法として適用されるので、中国の絶対的強行法規の適用を検討する必要はない。この場面に該当するのは、つぎのような具体的な類型が考えられる。

1 つ目に、中国会社が外国人労働者を雇用し、中国で勤務させるケースであるが、外国人が中国で就労するには、中国の主管政府機関から就労許可証を取得するなどの関連手続きが必要であり、中国で社会保険に加入する必要もある<sup>86</sup>ので、その労働契約に対して、絶対的強行法規を含む中国法を準拠法として適用するのは適切であると思われる。なお、外国会社が設立した中国現地法人も、中国法人であるので、この類型に属する。

2 つ目に、外国会社が中国に駐在員事務所（代表所）を設置し、その事務所が中国人労働



者を雇用し、中国で勤務させるケースである。実は、駐在員事務所は中国では直接に労働者を直接に雇用することは認められておらず、中国現地の人材派遣会社経由の間接雇用しか認められていない。つまり、駐在員事務所は所在地の中国地方政府が指定した渉外人材サービスを提供する人材派遣会社と派遣契約を締結し、人材派遣という形をとって、人材派遣会社が直接雇用した中国人労働者を派遣労働者として受け入れている<sup>87</sup>。この場合に、中国人労働者と中国現地の人材派遣会社との労働契約は、完全に中国の国内契約で、当然中国法が適用される。また、駐在員事務所と中国人派遣労働者との労働関係は、労務派遣に該当するが、法律適用法 43 条によれば、労務提供地法を適用しても、派遣元地法を適用しても、どちらの法も中国法であるから、結果は同じである。

3 つ目に、外国会社の外国人労働者が、その外国会社の中国現地法人に出向し、あるいは駐在員事務所に駐在するケースである。この場合に、労働契約は事前にその労働者と外国会社との間に締結され、その契約では当事者自治によって外国法が準拠法として合意されている可能性もあるが、中国法律適用法によれば、労務提供地が中国である以上、必ず中国法が準拠法として適用され、中国の絶対的強行法規も適用される。このような準拠法決定方法は、労働者の期待に反し、労働者にとって不合理な結果をもたらすこともありえると考えられることは、第 2 章ですでに述べたとおりであるが、法律適用法 43 条がそのような規定内容となっているから、仕方がないと言わなければならない。

つぎに、中国人労働者が労務派遣により外国に派遣され、外国で勤務する場合に、労務提供地法は外国法になるが、法律適用法 43 条はこの場合に派遣元地法を適用することができると定めている。第 2 章ですでに述べたように、労務派遣に関して派遣元地という特別の連結点を設けた以上、基本的に派遣元地法を優先して適用すべきであると考えられ、また中国の現状を考えれば、労務の派遣元地法はほとんどの場合に中国法であるから、派遣元地法を適用することは、中国人派遣労働者の予測可能性を確保でき、その利益保護に適うだろうと考えられる。つまり、この場合にも中国法は派遣元地法として適用されることになるので、中国法の絶対的強行法規の適用を検討する必要はない。

これらの場面に対して、国際労働契約について中国法の絶対的強行法規が適用されるのは、労務提供地が外国である場合である。例えば、中国会社に雇用された中国人労働者が、短期の出張ではなく、長期間に外国で勤務するケースである。現在中国の企業は海外進出を強化しており、中国の通信会社や建設、鉄道会社が東南アジア、アフリカ、南米など途上国を中心に多くの事業を展開している。これらの中国会社の海外事業の現場では、中国人派遣労働者だけでなく、会社に直接雇用された中国人の管理職や技術者も働いている。これらの中国人管理職や技術者と中国会社との労働契約について、法律適用法 43 条によれば労務提供地法である外国法が本来適用されるが、中国と密接な関係があるから、中国の絶対的強行法規を適用する必要性は十分にあると考えられる。

## 第4章 日中の労働関係法における絶対的強行法規の検討

本章では、絶対的強行法規の判断基準について、日中の学説と立法を比較したうえで、明らかにしたい。そのうえ、日中の労働関係法規の具体的な規定を挙げて検討し、どの規定が絶対的強行法規にあたるかについて、私見を述べていきたい。

### 第1節 絶対的強行法規の判断基準

#### 一 日本法上の議論

##### 1 明文規定なし

日本では、絶対的強行法規の特別連結論は比較的新しい理論であり、第3章で述べたように、通説と判例は法廷地である日本の絶対的強行法規の適用を認めているが、通則法にはその明文規定が設けられていないため、具体的に日本法のどの実質法規定が絶対的強行法規に該当するかは、国際私法の立法にその判断基準は未だ存在しないと云わなければならない。

また、日本の一つ一つの実質法にも、その法規が絶対的強行法規であることを示す明文規定が存在しない<sup>88</sup>。従って、具体的にいかなる強行法規を絶対的強行法規と性質決定するかについては、まだ明確な基準がなく、解釈によって導くしかないとされている<sup>89</sup>。

##### 2 個別法規ごと判断

では、学説はどのようにこの問題を議論しているのか。まず、学説は法律単位ではなく、ある法律の個別の法規ごと、絶対的強行法規であるかどうかを性質決定すべきと考えている。西谷教授によると、「一つの法律は、性質の異なる複数の規範からなることが多く、また特定の規範をある法律中で規定するか否かは、多分に立法技術的な問題である。したがって、ある法規が絶対的強行法規に該当するか否かは、法律単位ではなく、個別の規範ごとに性質決定する必要がある」と述べている<sup>90</sup>。横溝教授も同じ立場を取っている<sup>91</sup>。

##### 3 公益性

つぎに、学説はどのような基準で個別の法規が絶対的強行法規に該当するか否かを判断するのか。具体的にどの規範が絶対的強行法規に該当するかについては、その規定の性質や適用範囲、事案と当該規定との関連性など、様々な要素を考慮して決定すべきとされる<sup>92</sup>。その際に、国家の政治的、社会的、経済的組織の保護に必要な法規が絶対的強行法規であることには特に異論はないが、契約の一方当事者についての特定の私的利益を保護する法規までも絶対的強行法規とするか否かという点には争いがあるとされる<sup>93</sup>。第3章で紹介したローマI規則9条1項は、「絶対的強行法規とは、ある国にとり、政治的、社会的又は経済的組織のように、その適用範囲においては、本規則における契約準拠法にかかわらず適用されるほどに、公益を守るために重大であるとみなされる条項」と定義しているから、日本でもこの概念は国家の政治的、社会的、経済的組織の保護に必要な法規に限定され、私人間の権利義務の調整を目的とする法規を含まない見解が増えているようである<sup>94</sup>。

例えば、横溝教授は、「一般に、ある法規が強行的適用法規であるか否かの決定基準は、当該法規の趣旨・目的に示される強行性ないし公権力性」としている<sup>95</sup>。また、西谷教授は、

「絶対的強行法規は、通常の抵触規則による準拠法の決定とは異なり、その法規の性質及び規律目的を基礎として『法規からの出発』によってその適用の有無が決定される。したがって、私人間の権利義務の調整を目的とする法規まで絶対的強行法規に含めることは背理であり、あくまで国家の政治的・社会的・経済的秩序の維持を目的とする法規だけを絶対的強行法規と解すべきであろう」と述べている<sup>96</sup>。

#### 4 法規自体の適用意思

高杉教授は、「ある法規が強行的適用法規であるか否かの判断基準について、公益目的の実現のために準拠法に関係なく常に適用を要求するとの法規の意思を基準とすべきであり、したがって、刑罰規定などによりその規定の強行的実現が担保されているかどうか、または、明文上、強行的適用が定められているか、を一応の具体的基準とすべき」としている<sup>97</sup>。しかし、これに対して、ある強行法規が地域的適用範囲を特定しており、この適用範囲に含まれる事案に対してかならず適用されなければならないとしても、この強行法規は絶対的強行法規であるとは限らない立場もある<sup>98</sup>。

#### 5 まとめ

これらの学説をまとめると、絶対的強行法規であるかどうかの判断指針として、以下の2点を考えることができる<sup>99</sup>。1点目は、その法規の実効性を確保するための刑事罰や行政機関の介入などを通じて公権力が介入する度合、つまり公益性が高い点である。ただし、ある法規自体が強行的な適用範囲を定めていればそれだけで絶対的強行法規と判断するかどうかについて争いがある。2点目は、その法規の目的が一般的であり、個別的・具体的な事案における利益を目的としない(私人間の利益調整を目的としない)という点である。

### 二 中国法上の規定と議論

中国法は、国際私法である法律適用法4条において絶対的強行法規の適用を明文で定め、さらに法律適用法に関する司法解釈(法律適用法司法解釈(一))において絶対的強行法規の定義を解釈している。司法解釈(一)10条によれば、絶対的強行法規とは中国の社会公共利益に関係する強行法規のことである。司法解釈(一)に関する最高人民法院の裁判官はインタビューの際に、「法律適用法4条にいう強行規定は、涉外民事関係に適用される強行規定を指すものであって、立法目的の観点から考察しなければならない。強行規定の適用は、公序条項の適用と同じように、外国法の適用を排除する目的がある制度だから、厳格、慎重に理解すべきである。濫用すると、国際私法の作用を損害し、消極的な結果をもたらしてしまうおそれがある。」と述べている<sup>100</sup>。

法律適用法司法解釈(一)10条は、絶対的強行法規が存在する法分野の具体例として、労働者の権益保護に関するもの、食品又は公共衛生の安全に関するもの、環境安全に関するもの、外貨管理等金融安全に関するものと独占禁止、アンチダンピングに関するものを挙げている。しかし、どの具体的な法律または規定が絶対的強行法規にあたるかは示していないので、今後の学説と裁判例の発展によって明らかにしていく必要がある。

中国の学説には、絶対的強行法規は具体的な法規ではなく、ある法律全体を指すと考えている立場がある。この立場は、絶対的強行法規はその法規の適用範囲を定める規定と

具体的な実体法規の両方を含むとして、裁判官は絶対的強行法規を使って涉外民事関係を調整する時に、抵触法の指定によらずに、立法者がその法律に明文で規定した適用範囲のみによって、当該法律の適用範囲を決定すればよいとしている<sup>101</sup>。学説によると、ここでいうその法律の適用範囲は、「属人的」でも可能であるし、「属地的」でも可能である。すなわち、この法律は国内で発生した事柄に適用することもあれば、国外で発生した自国民と関係する事柄に適用することもある<sup>102</sup>。

### 三 比較と私見

日本法も中国法も、どの法律のどの規定が絶対的強行法規であるかについて、その法律自身ははっきり定めていないことがよくある。結局両国ともに、解釈で個別に判断するしかない。

日本の学説も中国の最高裁司法解釈も、絶対的強行法規の判断基準として、公益性を保護するという立法目的を挙げている。これには私見も賛成する。

日本の学説では、絶対的強行法規の法目的は社会一般の公益であって、私人間の利益調整を目的としないと考えられる説が有力である。これに対して、中国法ではそのような議論が見当たらない。ただ、絶対的強行法規は準拠外国法の適用を排除する強い効果があるから、その判断は慎重にしなければならないだろう。少なくとも、主に私人間の利益を調整し、重大な社会公益に関係しない規定は、絶対的強行法規と考えるべきではないだろう。

中国の学説<sup>103</sup>は、立法者がその法律に明文で規定した適用範囲によって判断すべきという。日本にも高杉教授の立場<sup>104</sup>はこれに近いかもしれない。しかし、これに対して、ある強行法規がその法律自身の地域的適用範囲を特定して、この適用範囲に含まれる事案に対して必ず適用されなければならないと定めているとしても、この強行法規は絶対的強行法規であるとは限らないとする立場もある<sup>105</sup>。

この点について、中国の法律、特に後で紹介する労働関係法では、適用範囲を示す明文規定を法律の最初に設けることがよくあるが、普通はその法律全体の適用範囲を示す規定である。このような規定に基づいてその法律を絶対的強行法規と判断すると、その法律の個別規定ではなく全体が絶対的強行法規になってしまい、妥当ではないと思う。やはり、西谷説がいうように、個別の規範ごとに性質決定しなければならない。法規自体の適用範囲規定だけを根拠に、その法規が絶対的強行法規にあたりと判断することはできないと考えられる。

## 第2節 日本の労働関係法における絶対的強行法規

### 一 日本の労働関係法の概観と体系<sup>106</sup>

日本の労働関係法は、体系的に、個別的労働関係法、雇用保障法、団体的労働関係法と公務員労働関係法に分類することができる。具体的に、

#### ① 個別的労働関係法（雇用関係法）

個別的労働関係法（雇用関係法）とは、労働者個人と使用者ないし事業主との関係を規制する法である。この中には、労働条件の基準に関する労働基準法、最低賃金法、労働安

全衛生法などは、個別的労働関係法の中心的地位を占める。また、平成 19（2007）年に制定された労働契約法や、雇用の分野における男女の機会均等の実現を図る男女雇用機会均等法、労働者の業務上災害に対する補償につき保険制度を導入している労働者災害補償保険法（以下「労災保険法」という）などがある。

## ② 雇用保障法（労働市場法）

雇用保障法（労働市場法）とは、雇用の確保と促進、失業時における生活保障などを目的とする法である。雇用保障法には、雇用保険法、職業安定法、雇用対策法などが含まれる。

## ③ 団体的労働関係法

団体的労働関係法とは、労働組合と使用者もしくは使用者団体の関係、あるいは労働組合内部における関係を規制する法である。労働組合法、労働関係調整法などがこれにあたる。

以上のような労働関係法の類型のほかに、国家公務員および地方公務員の労働関係ないし勤務関係について、民間部門とは異なる特別の取り扱いがなされている。これは公務員労働関係法と呼ばれる分野で、国家公務員法、地方公務員法、国家公務員災害補償法などが含まれる。しかし、公務員労働関係は基本的に純粋な国内労働関係として、当然日本法を適用すると考えられるから、以下では特に取り上げない。

## 二 日本の労働関係法における絶対的強行法規の検討

以下では、日本の労働関係法における絶対的強行法規を個別具体的に検討する。その際に、日本法上の労働関係にかかわる絶対的強行法規が適用される場面に注意する必要がある。第 3 章で検討したように、日本法上の絶対的強行法規の適用が問題となるのは、国際労働契約の準拠法が日本法ではないときである。具体的には、①使用者と労働者が日本法を労働契約の準拠法として合意せず、かつ、労働者が外国で労務を提供するケース、②使用者と労働者が外国法を労働契約の準拠法として合意し、労働者が日本で労務を提供しているが、日本法の特定強行規定を労働契約の最密接関係地法として適用すべき旨の意思表示をしていないケース、である。これらのケースにおいて、労働契約の準拠法が外国法になるが、それでも強い公益性の観点から適用しなければならない日本の法規範は、絶対的強行法規であると考えられる。特に①の場面において、ある日本法上の規定は絶対的強行法規と判断されなければ、適用されることはありえないので、絶対的強行法規か否かの判断がきわめて重要である。

### 1 個別的労働関係法（雇用関係法）

#### (1) 労働基準法

##### (a) 労働基準法の概要

労働基準法は、日本の個別的労働関係法における最も基本的な法規である<sup>107</sup>。労働基準法は労働条件の最低基準を定めるものであり（労働基準法 1 条 2 項）、この基準に達しない労働条件を定める労働契約は、その部分については無効となり、無効となった部分は、



労働基準法で定める基準による（13条）だけでなく、事業者が刑事罰（117条以下）や労働基準監督制度による行政取締（97条以下）を受けることになる。このように、労働基準法は刑罰法規としての側面、行政取締法規としての側面、および民事法規としての側面をあわせもつことになる<sup>108</sup>。

労働基準法の刑罰規定と行政取締法規は、国家権力の行使であるから、属地主義の原則がとられ、少なくとも違反行為の一部が日本国内でなされた場合に適用される<sup>109</sup>。これに対して、労働基準法の民事法規の地域的適用範囲は、「事業が日本国内にある場合」と解されている<sup>110</sup>。

#### (b) 学説

学説では、労働基準法が一定基準に達しない労働契約を無効にするなど、契約の私法上の効力に介入するだけでなく、違反行為について罰則をもって強行するものであるから、その強行的な適用意思を根拠に、労働基準法を絶対的強行法規と理解する立場がある<sup>111</sup>。

これに対して、法律全体ではなく、個別の法規範ごとに絶対的強行法規かどうかを検討すべきという立場に立って、休業手当支払い義務を定めている労働基準法26条<sup>112</sup>や、時間外手当支払い義務を定めている37条を挙げて、これらの規定は規定の文言からも、その「個別労働関係」性からも、使用者と労働者の個別の労働関係上の義務を強化したものであって、絶対的強行法規ではないと解する学説がある<sup>113</sup>。

#### (c) 私見

前述したように、絶対的強行法規の判断は、公益性の高さを基準にすべきであり、主に私人間の利益調整を目的とする規定は、絶対的強行法規と解すべきではない。また、法律自体の適用範囲規定だけでその法律全体を絶対的強行法規と解するのではなく、個別規定ごとに検討すべきであると考えられる。

このような立場に立って、労働基準法の中の民事法規、つまり13条～23条の労働契約に関する規定、24条～31条の賃金に関する規定、32条～41条の労働時間などに関する規定を中心に分析する。

まず、労働基準法13条～23条の労働契約に関する規定のうち、特に重要な規定は解雇制限に関する19条である。19条は、使用者は労働者の傷病休養期間や産休期間などに解雇してはならないと定めている。これは、傷病休養期間や産休期間などに解雇されれば、労働者は生活さえできなくなるので、これは労働者ひとりひとりの利益だけでなく、社会公益にも深くかかわると考えられる。従って、絶対的強行法規であると思われる。これに対して、たとえば14条の契約期間は、期間の定めのある労働契約（いわゆる有期労働契約）は最長期間を原則3年間と定めているが、これは民法628条によれば有期労働契約の期間途中の解約は「やむを得ない事由」がある場合に限定されているから、労働者の退職の自由を確保するために、有期労働契約の期間を一定期間に制限する必要があるとして設けられている規定である<sup>114</sup>。つまり、労働基準法14条は民法628条の問題点を避けるため規定であり、日本法が準拠法ではない国際労働契約の場合、もともと民法628条は適用されないから、労働基準法14条を絶対的強行法規と解して適用する必要はないだろう。

つぎに、労働基準法24条～31条の賃金に関する規定のうち、重要なのは26条の休業手



当の規定である。26条は、使用者の責任で労働者が休業になった場合において、使用者はその労働者に対して、休業期間中に、その平均賃金の60%以上の手当を支払わなければならないと定めている。この条文は、使用者と労働者の個別の労働関係上の義務を強化したものであるから、主に私人間の利益を調整し、重大な社会公益に関係しない規定にあたるから、絶対的強行法規ではないと考えられる。

最後に、労働基準法32条～41条の労働時間などに関する規定は、絶対的強行法規ではないと考える。なぜなら、労働時間と休暇は、使用者と労働者の個別労働関係の利益調整の問題であるし、また、日本が国際労働機関(ILO)1151号条約(一日8時間・週48時間制)、47号条約(週40時間制)、132号条約(年次有給休暇)、140号条約(有給教育休暇)などを批准していない点をも、労働時間と休暇のことは日本の社会公益と深くかかわるとは言えにくいだろう。たとえば、中国の工場の労働者が残業が少ないと逆に不満でストライキをするように、労働時間について国によってもしくは人によって考え方が様々であるから、労働契約の準拠法が外国法である場合や、労務提供地が外国である場合などにおいて、労働時間に関する労働基準法の規定を絶対的強行法規として適用する必要はないだろう。

## (2) 最低賃金法

最低賃金法は、賃金の低廉な労働者について、賃金の最低額を保障するための法律である(最低賃金法1条)。この法律は、かつて労働基準法におかれていた最低賃金に関する規定を独立させて、別個の法律にしたものである<sup>116</sup>。最低賃金法4条1項は、使用者は、最低賃金の適用を受ける労働者に対し、その最低賃金額以上の賃金を支払わなければならないと定めている。4条1項の違反に対して、40条は罰則を定めている。最低賃金法の民事法規の地域的適用範囲は、労働基準法と同じく、「事業が日本国内にある場合」と解される<sup>117</sup>。

学説では、最低賃金法が公法的強行法規という観点から、絶対的強行法規と解する立場がある<sup>118</sup>。しかし、労働者の生活を保障するための最低賃金は、当然生活する国の物価水準に関係するから、労働者が外国で労務を提供し、その外国で生活するような場合に、日本の最低賃金法を適用することは妥当ではないだろう<sup>119</sup>。なので、労働者が日本で労務を提供する場合には、最低賃金法を絶対的強行法規にあたると解されるが<sup>120</sup>、外国で労務を提供する場合には、絶対的強行法規と解する必要はないと考えられる。

## (3) 労働安全衛生法・労災保険法

### (a) 労働安全衛生法

労働安全衛生法も、もともとは労働基準法の中におかれていた安全衛生に関する規定を独立させて、別個の法律にしたものである<sup>121</sup>。その立法目的は、「労働者の安全と健康を確保するとともに、快適な職場環境の形成を促進すること」である(1条)。

労働者の安全と健康の確保は、もちろん社会公益に深くかかわるし、労働安全衛生法の違反に対して刑事罰を設けており(115条の2以下)、および労働基準監督制度により行政取締も大きな役割を果たしている<sup>122</sup>。そこで、学説では労働安全衛生法が公法的強行法規という観点から、労働基準法と同様に絶対的強行法規と解する立場がある<sup>123</sup>。しかし、労

働安全衛生法の規定のほとんどは、国家が事業者に対して労働災害防止のための最低基準を守るよう義務付け、その違反に対して罰則による制裁を設けるものであり、私人間の権利義務関係を直接に規律する民事法規を持つかどうかをめぐって見解の対立があるとされる<sup>124</sup>。つまり、国際労働契約に関する民事裁判で労働安全衛生法を絶対的強行法規として適用して裁判をすることが想定しにくいだろう。

さらに、安全衛生の基準は、当該国家の経済・社会的状況と密接にかかわるもので、就労の場所にかかわらず普遍的に適用されることが予定されていないといえるので<sup>125</sup>、少なくとも労務提供地が外国である場合に、日本の労働安全衛生法を絶対的強行法規として適用することは行き過ぎであると考えられる。

#### (b) 労災保険法

労災保険法は、最低賃金法や労働安全衛生法と違い、労働基準法と同じ時期に独立の立法として制定されたものである。この法律は、事業主が政府によって運営されている公的な保険システムに加入することにより、労働災害を受けた労働者に補償を行う枠組みを採用している<sup>126</sup>。事業主が行政庁に対する報告義務などを違反した場合には、労災保険法 51 条以下に事業主に対して刑罰をする規定が存在する。

労災保険法についても、公法的強行法規という観点から同様に絶対的強行法規と解する立場がある<sup>127</sup>。しかし、労災保険法の内容は、労働契約の規律というよりは、日本国内の社会保険制度の運営を中心とするものであるし、労災保険の給付も日本の行政手続きによって行われる<sup>128</sup>から、労働安全衛生法と同じ、民事裁判で絶対的強行法規として適用して裁判をすることが想定しにくいだろう。

さらに、労災保険法 33 条 7 号には、日本国内の事業主が労働者を海外で行われる事業に従事させるために派遣した場合に、特別に日本の労災保険に加入させる制度がおかれている。しかし、この特別加入制度は自動的に適用されるのではなく、労災保険法 36 条によれば、国内事業主が申請して、政府が承認した場合に初めて適用される。つまり、少なくとも外国を労務提供地とする国際労働契約については、たとえその労働者が日本人であって、使用者が日本国内の事業主であっても、労災保険法が自動的に適用されないので、絶対的強行法規ではないことになる。

#### (4) 労働契約法

学説の多くは、労働契約法の諸規定は、16 条の解雇権濫用法理を含めて、私人間の権利義務関係の調整を目的としており、労働契約法に違反する行為についての罰則等は規定されていないから、絶対的強行法規と解されないとしている<sup>129</sup>。

解雇権濫用の法理は、現在の労働契約法に明文で定められるようになる前は、判例上の理論であった。そのときの裁判例であるシンガー・ソーイング・メシーン事件<sup>130</sup>においても、裁判所は日本で労務提供する米国人労働者と米国会社との労働契約について、契約準拠法はニューヨーク州法であるとして、日本法の解雇権濫用法理の適用を否定した。この裁判例をみても、当時から裁判所は解雇権濫用の法理を絶対的強行法規とはみていないことが分かる。

ただ、労働契約法 5 条は、いわゆる使用者の安全配慮義務として、「使用者は、労働契約

に伴い、労働者がその生命、身体等の安全を確保しつつ労働することができるよう、必要な配慮をするものとする。」と定めている。この規定は、労働者の生命、身体などの安全を保護する目的があるから、解雇権濫用よりも公益性が高いといえる。従って、絶対的強行法規であると解すべきであろう。

#### (5) 男女雇用機会均等法

男女雇用機会均等法は、雇用における男女の均等な機会・待遇の確保を目的とする法律であって（1条）、事業主に対して、募集・採用（5条）、配置・昇進・教育訓練、福利厚生および定年・退職・解雇（6条）についての女性差別を禁止し、婚姻、妊娠、出産等を理由として女性労働者に対する解雇などの不利益取扱いを禁止している（9条）。

男女雇用機会均等法には、刑事罰の規定はほとんど設けられていないから、絶対的強行法規ではないという考え方もありえる<sup>131</sup>。しかし、男女雇用機会均等法1条によれば、雇用における男女の均等な機会・待遇の確保は法の下での平等を保障する憲法14条の理念にのっとる日本の社会政策であるから、絶対的強行法規と解すべきと考えられる<sup>132</sup>。アメリカやイギリスにおいても雇用差別禁止は契約準拠法にかかわらず適用されるものと理解されているから<sup>133</sup>、日本の男女雇用機会均等法を絶対的強行法規と解することは、世界の流れにも一致すると考えられる。

なお、男女雇用機会均等法は、労働基準法と異なり、日本に所在する事業に対して適用するのではなく、日本に存在する事業主に対して適用される<sup>134</sup>。つまり、男女雇用機会均等法を絶対的強行法規として解することは、日本企業が外国で労働者を雇用する場合に行う男女差別の行為に対しても、この法律を適用することを意味するので、注意する必要がある。

## 2 雇用保障法（労働市場法）

日本では、戦後、憲法27条1項は「すべて国民は、勤労の権利を有し、義務を負ふ。」と定め、労働権を保証している。これを受けて、労働者に就労の機会を保障し、労働者の雇用の安定を図り、さらに失業した労働者のすみやかな労働関係への復帰を促進することを目的とした法律が、雇用保障法として数多く制定されている<sup>135</sup>。

### (1) 雇用保険法

雇用保険法は、昭和49年（1974年）に従来の失業保険法を改正して制定された法律である。この法律は就職の促進、失業の予防などを図ることを目的に（1条）、失業者の生活保障として必要な給付を行うほか、失業の予防・雇用の創出のための積極的措置が設けられている<sup>136</sup>。

雇用保険法も公法的強行法規という観点から絶対的強行法規と解する立場がありえるが、労災保険法と同様に、日本国内の社会保険制度の一部として、日本の行政手続きによって行われるから、民事裁判で絶対的強行法規として適用して裁判をすることが想定しにくいだろう。

### (2) 職業安定法

職業安定法は、戦後間もない昭和 22 年（1947 年）に制定されたものであり、公共職業安定所などが職業紹介事業を行うことにより、労働者に職業に就く機会を与え、職業の安定を図ることを目的とする（1 条）。

職業安定法の目的は、日本という国家が自らの労働市場政策を実現するために設定した社会政策的なものである<sup>137</sup>。この法律の規定のほとんどは、事業者に対する規制であるから、基本的に行政法規であるが、その 32 条の 3 に、有料職業紹介事業者に対して、厚生労働省が認めた手数料など以外の費用徴収を禁止している規定がある。この規定は、私人間の権利義務関係に影響するから、民事法規といえることができる<sup>138</sup>。

学説は、職業安定法は私人間の利害調整よりも、主に日本の労働市場政策の実現に関連するため、絶対的強行法規と解すべきであるとしている<sup>139</sup>。この学説によれば、職業安定法が保護しているのは日本の労働市場であり、問題の有料職業紹介事業者が国外にあるとしても、使用者か労働者のどちらかが日本国内にあれば、日本の労働市場が影響を受けるので、職業安定法 32 条の 3 などが絶対的強行法規として適用されるという。この学説の立場に立てば、たとえば外国の労働者仲介業者が日本に向けて労働者を紹介し斡旋する場合に、職業安定法の適用を受けることになる<sup>140</sup>。

### （3）雇用対策法

雇用対策法は、昭和 41 年（1966 年）に制定されたものであり、国の雇用に関する施策全般についての総合的な政策の樹立を図ることを目的としている。この法律には、職業の安定を図るための国の施策（4 条）、地方公共団体の施策（5 条）と事業主の責務（6 条）などを定めているが、事業主に対してはただ努力義務を課しているに過ぎず、罰則もほとんどないから、雇用対策法を絶対的強行法規と解することはできないと考えられる。

## 3 団体的労働関係法

### （1）労働組合法

労働組合法は、労使対等の団体交渉によって労働者の地位を向上させ、労働者による自主的な労働組合の組織と団結を擁護し、団体交渉を助成することを目的とする（1 条）。労働組合法は基本的に国家と使用者との関係を規律する法律と位置づけられているが、不当労働行為のうち、特に使用者が労働者の正当な組合活動を理由に解雇その他不利益な取扱いをすることを禁止している労働組合法 7 条 1 号は、通説判例上、絶対的強行法規と解されている<sup>141</sup>。

労働者の労務提供地が日本国内にある場合に、労働組合法 7 条 1 号はもちろん適用される。これに対して、労務提供地が外国にある場合に、労働組合法 7 条 1 号が適用されるかは問題である。たとえば、日本会社の海外事業場に、日本国内の組合に所属する労働者が駐在や出向により勤務する場合に、労働組合法 7 条 1 号を適用すべきだろうか。

私見は、このような場合にも労働組合法 7 条 1 号を適用すべきと考えている。その根拠は、日本国憲法 28 条は「勤労者の団結する権利及び団体交渉その他の団体行動をする権利は、これを保障する。」と定めており、また、日本が ILO87 号条約（結社の自由及び団結権保護、1948 年）と 98 号条約（団結権及び団体交渉権、1949 年）を批准している。従って、日本の組合に所属する労働者が会社の命令により外国で勤務するようになって、その組

合活動は労働者の権利として保護されなければならないからである。

これに対して、海外事業場が現地で採用され、現地で労務提供する労働者については、日本国内の労使関係には直接に関係はなく、このような場合に、外国現地の労使関係法に委ねるべきと考えられ、日本の労働組合法を絶対的強行法規として適用すべきではないと考えられる<sup>142</sup>。

## (2) 労働関係調整法

労働関係調整法は労働組合法とあいまって、労働関係の公正な調整を図り、労働争議を予防・解決することを目的とする（1条）。この法律は、労使間の労働争議が発生した場合に、どのように解決すべきかの手続きなどを定めている。「手続きは法廷地法による」という国際私法の原則により、外国での労働争議に対して、日本の労働関係調整法を絶対的強行法規として適用することは妥当ではないと考えられる。ただ、上述したように、日本会社の海外事業場に、日本国内の組合に所属する労働者が駐在や出向により勤務する場合には、労働組合法7条1号とともに、労働関係調整法も絶対的強行法規として適用すべきであろう。

## 第3節 中国の労働関係法における絶対的強行法規

### 一 中国の労働関係法の概観

中国では従来、社会主義国家として労使関係の対立がないと考えられるから、法律によって調整する必要はないとされていた。しかし、経済の市場化によりさまざまな資本形態が登場したため、労働関係法を制定し労働者の権益を保護する必要性が徐々に認識されるようになってきた。

そこで、まず労働法が1994年に制定され（2009年改正）、その後失業保険条例（1999年）、社会保険費徴収暫定条例（1999年）などが制定された。さらに、2008年の労働契約法（2012年改正）の施行に始まり、社会保険法（2010年）など労働関連の法律・法規が数多く施行され、労働関連法の整備は進んでいる。中国人従業員の権利意識が比較的に高いことに加えて、従業員の権利保護を目的としたこれらの労働関連の法律・法規の整備によって、労働紛争は増加する傾向にある<sup>143</sup>。

中国の労働関係法を、日本法と同様に個別的労働関係法、雇用保障法、団体的労働関係法などに分類することは難しいかもしれないが、仮に日本法の分類方法に従った場合に、およそ以下のように整理することができる。

#### ① 個別的労働関係法（雇用関係法）

個別的労働関係法（雇用関係法）として、2009年改正労働法、2010年社会保険法、2014年改正安全生産法、2011年改正職業病予防・処理法、2012年改正労働契約法などを挙げることができる。

#### ② 雇用保障法（労働市場法）

雇用保障法（労働市場法）として、2007年就業促進法を挙げることができる。



### ③ 団体的労働関係法

団体的労働関係法として、労働組合法を挙げることができる。

## 二 中国の労働関係法における絶対的強行法規の検討

以下では、中国の労働関係法における絶対的強行法規を個別具体的に検討する。日本法と同様に、この場合に中国法上の労働関係にかかわる絶対的強行法規が適用される場面に注意する必要がある。第3章で検討したように、中国法上の絶対的強行法規の適用が問題となるのは、国際労働契約の準拠法が中国法ではないときである。すなわち、労務提供地が外国であるケースである。この場合に、涉外民事関係法律適用法43条によれば、労働契約の準拠法が外国法になる。しかし、たとえば海外に進出する中国会社に雇用された中国人労働者が、長期間に外国で勤務するような場合に、中国の絶対的強行法規の適用が問題となりえる。そこで、このような国際労働契約の具体的な場面を念頭において、中国労働関係法上の具体的な絶対的強行法規を検討していきたい。

### 1 個別的労働関係法（雇用関係法）

#### (1) 労働法

##### (a) 概要

中国労働法は1994年に初めて制定され、2009年に改正されたものである。その第1条によれば、憲法に基づき、労働者の権利を保護し、労働関係を調整して、社会主義市場経済に適合するような労働制度を打ち立てることが労働法の目的である。

労働法の適用範囲は、その第2条によれば、中国国内の企業や個人事業主（これらをまとめて使用者という）と、これらの使用者と労働関係を形成している労働者に対して適用されるだけでなく、国家機関、公立の学校・病院などの公的団体と、これらの使用者と労働関係を形成している労働者に対しても適用される。しかし、中国の中央省庁である労働部の通達によれば、公務員、公的団体に勤務する準公務員、出稼ぎ労働者などについては労働法は適用されない<sup>144</sup>。

労働法は、第1章総則、第2章就業の促進、第3章労働契約と集团的労働協約、第4章労働時間と休憩休暇、第5章賃金、第6章労働安全衛生、第7章女性労働者と未成年労働者の特別保護、第8章職業訓練、第9章社会保険と福祉、第10章労働紛争、第11章監督検査、第12章法的責任、第13章附則、計107条からなる。労働法は中国労働関係法規の基本的な法律であり、その内容は原則的な規定が多い。労働法の原則的な規定に基づいて、より詳細な労働法規が制定されることがある。たとえば、労働法第2章就業の促進と第8章職業訓練について、「就業促進法」が制定されている。労働法第3章労働契約と集团的労働協約について、「労働契約法」が制定されている。第6章労働安全衛生について、「安全生産法」と「職業病予防・処理法」が制定されている。労働法第9章社会保険と福祉について、「社会保険法」が制定されている。第10章労働紛争について、「労働紛争調停仲裁法」が制定されている。

以上のように労働法以外に、より詳細な法律が制定されている分野については、後で詳しく述べることにする。それ以外の分野、つまり第4章労働時間と休憩休暇、第5章賃金、



第 7 章女性労働者と未成年労働者の特別保護における規定について、絶対的強行法規があるかをここで検討したい。

#### (b) 労働時間と休憩休暇

労働法における労働時間と休憩休暇に関する規定は、36 条～45 条である。労働法 36 条は標準労働時間を一日 8 時間、週 44 時間と定めている。また、労働法 41 条は残業時間について、労働者の健康を確保した条件のもとで、原則一日 3 時間を超えず、月 36 時間を超えない範囲で、労働者と協議したうえで残業をさせることができると定めている。そして、労働法 44 条は残業代の計算方法を定めている<sup>145</sup>。

これらの労働時間と休憩休暇に関する規定は、労務提供地が外国である場合に、中国法の絶対的強行法規として適用すべきではないと考えられる。その理由は、日本法について述べたのと同様である。つまり、労働時間と休憩休暇は、使用者と労働者の個別労働関係の利益調整の問題である。また、中国は国際労働機関 (ILO) 1 号条約 (一日 8 時間・週 48 時間制) と 47 号条約 (週 40 時間制) などを批准していない。これらの点をみれば、労働時間と休暇のことは中国の社会公益と深くかかわるとは言えにくいから、労働時間と休憩休暇に関する規定は、絶対的強行法規と解しないで、労務提供地が外国である場合には、準拠法である労務提供地法に委ねるべきと考える。

#### (c) 賃金

労働法における賃金に関する規定は、第 46 条～51 条であるが、特に重要なのは最低賃金に関する規定である。48 条は、「国家が最低賃金保障制度を実施する。最低賃金の具体的基準は省、自治区、直轄市人民政府が規定し、国務院に届け出る。」と定めている。また 49 条は、次の要素に基づいて最低賃金の基準を確定・調整しなければならないと定めている：①労働者本人および平均扶養人数の最低生活費用、②社会平均賃金水準、③労働生産率、④就業状況、⑤地区間の経済発展水準の差異、である<sup>146</sup>。

労働法におけるこれらの最低賃金に関する規定も、絶対的強行法規ではないと考える。最低賃金は労働者の生活を保障するためのものであり、労働法 49 条が規定しているように、その地域の最低生活費用、社会平均賃金水準、地区間の経済発展水準に影響を受ける。従って、労務提供地が外国である場合に、中国国内の基準を適用することは適切ではないし、中国の政府または裁判所が外国での最低賃金水準を判断することも難しいので、やはり準拠法である労務提供地法に委ねたほうが妥当と思われる。

#### (d) 女性労働者と未成年労働者の特別保護

労働法 58 条～65 条は女性労働者と未成年労働者の特別保護を定めている。中国民法通則 11 条は成年年齢を 18 歳と定めているが、「未成年社保護法」38 条は 16 歳未満の人の就労を禁止しているので、未成年労働者とは、16 歳以上、18 歳未満の労働者を指すことになる。

労働法 59 条は女性労働者に対して、鉱山作業などの重労働を禁止している。61 条は妊娠中の女性労働者に対する体力労働と残業、夜勤を禁止している。62 条は出産する女性労働者に対して最低 90 日間の産休を与えている。64 条は未成年労働者に対して、鉱山作業、有毒作業、重労働などを禁止している<sup>147</sup>。

労働法におけるこれらの女性労働者と未成年労働者の特別保護に関する規定は、女性労働者と未成年者の生理的特徴を考へて、労働者の労働提供地が中国国内か外国かに関係なく、その健康を保護するために必要な規定である。また、中国はILOの138号条約（最低年齢、1973年）と182号条約（最悪の形態の児童労働、1999年）を批准しており、これらの条約を遵守することは国際義務である。したがって、労働法における女性労働者と未成年労働者の特別保護に関する規定は、労働提供地が外国で、労働契約の準拠法が外国法であっても、適用されるべき絶対的強行法規にあたると思われる。

## (2) 社会保険法

社会保険法は2010年に制定された新しい法律である。その第2条によれば、国家は基本的な年金保険、医療保険、労災保険、失業保険、出産保険などの社会保険制度を建設すると定められている。また、その第4条によれば、中国国内の使用者と労働者は法に従い社会保険料を納付する。使用者が社会保険登記を行わない場合に、罰金などの罰則が適用される（84条）。さらに、外国人が中国国内で就労する場合に、社会保険法に従い、中国人労働者と同様に社会保険に加入することが定められているが（97条）、中国会社が外国で雇用した労働者について、中国の社会保険に加入することに関する規定はない。

社会保険法は、中国政府が運営する公的な保険システムである。その法律内容は、労働契約の規律というよりは、中国国内の社会保険制度の運営を中心とするものであるし、保険の給付も中国の行政手続きによって行われるから、民事裁判で絶対的強行法規として適用して裁判をすることが想定しにくいだろう。

さらに、日本の労災保険法33条7号と違って、中国国内の使用者が労働者を海外で行われる事業に従事させるために派遣した場合に、特別に中国の社会保険に加入させる制度がないから、外国を労働提供地とする国際労働契約については、たとえその労働者が中国人であって、使用者が中国の使用者であっても、社会保険法は適用されないと考えられるので、絶対的強行法規ではないことになる。

## (3) 職業病予防・処理法と安全生産法

職業病予防・処理法は2001年に制定され、2011年に改正された法律である。その目的は、職業病のリスクの予防とコントロール、職業病の防止を通じて、労働者の健康を保護することである（1条）。

職業病予防・処理法は、国家が使用者に対して労働環境の整備、職業病の予防、防護と管理措置、医療衛生機関に対して職業病の治療体制、地方政府に対して使用者の措置に対する監督体制を義務付け、その違反に対して使用者と医療機関を処罰する規定を設けるものであり、私人間の権利義務関係を直接に規律する民事法規は存在しない。つまり、国際労働契約に関する民事裁判で労働安全衛生法を絶対的強行法規として適用して裁判をすることが想定しにくいだろう。

安全生産法は2002年に制定され、2014年に改正された法律である。その目的は、生産の安全を強化し、労働災害を防止、減少させることによって、労働者その他の者の生命と財産の安全を保護することである（1条）。

安全生産法は、主に使用者とその管理者の労災防止に関する責任、国の労働安全監督機

関と地方政府の職責、労災事件の調査と処理、使用者に対する罰則などを定めているが、使用者と労働者の間の私人間の権利義務関係に関する民事法規もいくつか存在する。たとえば、安全生産法 49 条は、使用者が労働契約において労災責任を免除または軽減することを禁止している。51 条と 52 条は、危険な作業を拒否した労働者や緊急避難した労働者に対して、使用者が解雇、減給などの不利益な措置を取ってはならないと定めている。これらの民事法規は、労働者の生命安全保障を保護する最低限の規定であり、高い公益性があると考えられるから、たとえ労務提供地が外国であっても、適用すべき絶対的強行法規にあたると思われる。

#### (4) 労働契約法

労働契約法は 2007 年に制定され、2012 年に改正された法律である。その目的は、労働契約制度を整備し、労働契約の双方当事者の権利義務を明確させ、労働者の権利を保護し、安定した労働関係を構築することである（1 条）。

労働契約法の適用範囲は、上述した労働法の適用範囲とほとんど同じであるが、企業、個人事業主、国家機関、公益団体、社会団体以外に、民間団体とその労働者にも適用されるという追加がある（2 条）。

労働契約法のほとんどの規定は、私人間の権利義務関係の調整を目的としており、罰則も規定されていないから、高い公益性がないと考えられ、労務提供地が外国で、準拠法が外国法となる国際労働契約については、絶対的強行法規として適用されないと考えられる。

ただ、労働契約法 88 条は、次の場合に使用者の刑事責任を追及すると定めている：①暴力、脅迫または人身自由を違法に制限する手段で労働を強制した場合、②安全規則を無視して危険な作業を指揮、強要し、労働者の人身安全を害した場合、③労働者に対して侮辱、体罰、殴打、違法な捜査または監禁した場合、④劣悪な労働条件またはひどく汚染された労働環境により、労働者の心身の健康に重大な損害を与えた場合<sup>148</sup>。

この規定は刑事罰を用意しているうえ、その内容も労働者の保護に最低限必要なものであるから、高い公益性があると思われる。従って、労働契約法 88 条に限って、絶対的強行法規を解すべきと考えられる。

## 2 雇用保障法（労働市場法）

中国の雇用保障法として、2007 年に制定された就業促進法を挙げることができる。就業促進法の目的は、就業を促進し、経済の発展と就業の拡大を均衡させることである（1 条）。

就業促進法のほとんどの規定は、職業仲介機構の設置基準、職業訓練、就業援助など就業を促進するための国と地方政府の施策に関するものである。しかし、つぎのようにいくつかの民事規定がある。

就業促進法 3 条は、労働者の民族、人種、性別、宗教信仰による就業の差別を禁止している。27 条も、原則として、性別により女性の雇用を拒否すること、雇用要求を高めることを禁止している。これらの差別禁止規定に違反した場合に、労働者が民事裁判を提起することができる（62 条）。

就業促進法における就業差別の禁止について、罰則が設けられていないが、中国憲法 33 条は法の下での平等を定め、47 条は男女の平等を定めているから、就業差別の禁止は高い公

益性がある規定であると考えられる。さらに、中国はILO100号条約（同一報酬、1951年）、111号条約（差別待遇（雇用及び職業、1958年）と122号条約（雇用政策、1964年）を批准している。これらの点を考えれば、就業促進法における就業差別の禁止の規定は、労務提供地が中国か外国かにかかわらず、絶対的強行法規として適用されると考えられる。

### 3 団体的労働関係法

中国の団体的労働関係法として、1992年に制定され、2001年に改正された労働組合法を挙げることができる。

社会主義の中国では、特に国営企業が中心だった時代に、労働者と組合は企業と対立関係ではなかったため、組合活動の重要性が高くなかった。現在の労働組合法も、基本的には組合の組織と権利義務に関する規定で、労働者と使用者の私人間の権利義務関係に適用する民事法規は多くない。

労働組合法3条は、中国国内の企業などで賃金収入を主な生活基盤とする労働者は、民族、人種、性別、職業、宗教信仰、教育のレベルをとわず、法に従って組合を組織し参加する権利を有し、いかなる組織と個人もこれを阻止し制限してはならないと定めている。また、50条は3条の違反に対して刑事罰を含む罰則を設けている。52条は、労働者が組合活動に参加したことを理由に労働契約を解除された場合や、組合員が労働組合法に定められる組合の職責を履行することにより労働契約を解除された場合に、労働行政機関は使用者に対し、当該労働者を労働に復帰させることおよび停職期間中の報酬補償を命じると定めている。

労働組合法のこれらの規定は、憲法35条が保障する労働者の権利を具体的に保護している。社会主義国家としての中国にとって、非常に高い公益性があると考えられ、絶対的強行法規であると考えられる。従って、中国会社の中国国内における労働組合に所属する労働者が、会社の命令により外国で勤務するようになっても、その労働者の組合活動は中国労働組合法上の権利として保護されなければならない。ただ、これに対して、中国企業が海外に進出し、現地で採用し、現地で労務提供する労働者については、中国国内の労使関係には直接に関係はなく、このような場合に、外国現地の労使関係法に委ねるべきと考えられ、中国の労働組合法を絶対的強行法規として適用すべきではないと考えられる。

## 第5章 おわりに

本論文では、国際私法と労働関係法規の両面に分けて、日本法と中国法を比較研究した。労働者保護の観点に立って、国際労働契約が日中両国の国際私法によってどのように準拠法決定されるのか、また両国の労働関係法規においてどのような絶対的強行法規が存在し、それらの絶対的強行法規がどのように国際労働契約を規律しているのかをめぐって、法の現状と問題点を研究した。

第2章では、従来の立法、学説、裁判例と現行法の解釈をもとに、日中の国際私法による労働契約の準拠法決定のルールを検討したあと、特に当事者自治、客観的連結、その他の点に分けて両国の国際私法を比較した。

その結果、労働契約についても原則的に当事者自治を認める日本法に対して、中国法は当事者自治を一切認めず、常に労務提供地法を適用する点は適切ではなく、外国人労働者が外国会社に雇用され、中国で勤務するようなケースについては、労働者が当事者自治により本国でもある当該外国法を適用する可能性を残すべきと主張した。また、客観的連結について、日本法は最密接関係地法を適用するのに対して、中国法は直接に労務提供地法を適用する違いがあるが、柔軟性と判断の利便性という一長一短があると指摘した。最後に、労務派遣に関する中国法の特別な規定について、外国に対して中国人労働者を派遣する渉外的な労務派遣がたくさん行われている中国の实情に合った規定であり、中国人派遣労働者に対して、派遣元地法にあたる中国法の適用可能性を確保している点を考えれば、労働者保護を実現することができる規定と評価した。

第3章では、絶対的強行法規を適用する理論の意義と、絶対的強行法規の適用が問題となる場面について検討した。ここでは、ヨーロッパにおける絶対的強行法規の特別連結論を紹介したあと、日本の学説判例における絶対的強行法規の扱い、中国の新しい国際私法における絶対的強行法規の適用に関する明文規定を比較し、さらに、国際労働契約に関して、第2章で検討した日中両国の国際私法の規定をもとに、具体的にどのような場面で自国の絶対的強行法規の適用を検討すべきかを検討した。

その結果、日本法では、使用者と労働者が日本法を労働契約の準拠法として合意せず、かつ、労働者が外国で勤務するケースと、使用者と労働者が外国法を労働契約の準拠法として合意し、労働者が日本で勤務しているが、日本法の特定強行規定を労働契約の最密接関係地法として適用すべき旨の意思表示をしていないケースでは、日本の労働関係法規における絶対的強行法規の適用が問題となる。これに対して、中国法では、労務提供地が外国である場合に、中国の労働関係法規における絶対的強行法規の適用が問題となる。

第4章では、絶対的強行法規の判断基準について、日中の学説と立法を比較したうえ、主に私人間の利益を調整し、重大な社会公益に関係しない規定は、絶対的強行法規と考えるべきではないこと、個別の規範ごとに性質決定しなければならず、法規自体の適用範囲規定だけを根拠に、その法規全体が絶対的強行法規にあたると判断することはできないことを指摘した。そのうえ、日中の労働関係法規の具体的な規定を挙げて、どの規定が絶対的強行法規にあたるかについて検討した。

その結果、日本法に関しては、解雇制限に関する労働基準法19条、使用者の安全配慮義務に関する労働契約法5条、女性差別を禁止した男女雇用機会均等法5条、6条と9条、有

料職業紹介事業者に対して、厚生労働省が認めた手数料など以外の費用徴収を禁止する職業安定法 32 条の 3、使用者が労働者の正当な組合活動を理由に解雇その他不利益な取扱いをすることを禁止する労働組合法 7 条 1 号などは、絶対的強行法規にあたると考えている。

また、中国法に関して、女性労働者と未成年労働者の特別保護を定めている労働法 58 条～65 条、使用者の労災責任を労働契約によって制限することを禁止する安全生産法 49 条、危険な作業を拒否した労働者などに対する不利益な措置の禁止に関する 51 条と 52 条、強制労働の禁止などに関する労働契約法 88 条、就業の差別を禁止する就業促進法 3 条と 27 条、労働者の組合活動の権利を保障する労働組合法 3 条などは、絶対的強行法規にあたると考えている。

国際労働契約における労働者を保護するために、国際私法による労働契約の準拠法決定だけではなく、労働関係法規における絶対的強行法規の役割も大きい。日中両国の労働関係法規のうち、具体的にどの規定が絶対的強行法規に関して、まだ研究が少なく、特に中国法に関しては、ほとんど先行研究がない分野である。そのため、本論文は私見を多く述べているが、中国涉外民事関係法律適用法 4 条が明文規定で絶対的強行法規の適用を定めたから、今後はより多くの学者がこの分野の研究を進めることができれば幸いである。



主な参考文献

・日本

- 櫻田嘉章＝道垣内正人編著『注釈国際私法・第1巻』（有斐閣 2011年）  
小出邦夫『逐条解説・法の適用に関する通則法』（商事法務 2009年）  
神前禎『解説 法の適用に関する通則法』（弘文堂 2006年）  
松岡博編『国際関係私法入門（第3版）』（有斐閣 2012年）  
松岡博『現代国際私法講義』（法律文化社 2008年）  
木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之『国際私法概論（第4版）』（有斐閣 2005年）  
山川隆一『国際労働関係の法理』（信山社 1999年）  
土田道夫『労働契約法』（有斐閣 2008年）  
安枝英紳＝西村健一郎『労働法（第10版）』（有斐閣 2009年）  
大江橋法律事務所中国プラクティスグループ編『中国法実務教本——進出から撤退まで』（商事法務 2014年）  
黄韜霆「中国の新しい国際私法について」帝塚山法学 22号  
黄韜霆「中国国際私法総則部分の解説」帝塚山法学 26号  
西谷裕子「消費者契約および労働契約の準拠法と絶対的強行法規の適用問題」国際私法年報 9号  
村上愛「法の適用に関する通則法 12条と労働契約の準拠法」一橋法学 7巻 2号  
村上愛「法の適用に関する通則法 12条と労働法規の抵触法的処理——「法例」から「法の適用に関する通則法」へ——」国際私法年報 11号

・中国

- 最高人民法院民事審判第四庭・編著『「中華人民共和国涉外民事関係法律適用法」条文理解与適用』（中国法制出版社 2011年）  
杜涛『涉外民事関係法律適用法評』（中国法制出版社 2011年）  
黄進＝姜茹嬌編『「中華人民共和国涉外民事関係法律適用法」積義与分析』（法律出版社 2011年）  
齐湘泉『「涉外民事関係法律適用法」原理与精要』（法律出版社 2011年）  
司法解釋（一）に関する最高裁担当者のインタビュー記事（「關於適用『中華人民共和国涉外民事関係法律適用法』若干問題的解釋（一）答記者問」中国最高人民法院 HP [http://www.court.gov.cn/xwzx/jdjd/sdjd/201301/t20130106\\_181593.htm](http://www.court.gov.cn/xwzx/jdjd/sdjd/201301/t20130106_181593.htm)）  
田曼莉「国際私法 - 直接適用の法の分析と比較」中国国際私法と比較法年刊 5巻（2002年）121-139頁  
裴普＝黄彦斌「涉外労働関係法律適用問題研究」（2012年中国国際私法学会論文集）378頁  
『中華人民共和国労働法配套解説与案例注釈』（中国法制出版社 2013年）  
『中華人民共和国労働合同法配套解説与案例注釈』（中国法制出版社 2013年）  
國務院法制弁公室編『中華人民共和国労働法注解与配套（第2版）』（中国法制出版社 2011年）

- 1 山川隆一『国際労働関係の法理』（信山社 1999 年）13 頁。
- 2 松岡博編『国際関係私法入門（第 3 版）』（有斐閣 2012 年）94 頁。
- 3 松岡博『現代国際私法講義』（法律文化社 2008 年）110－111 頁。
- 4 松岡『国際関係私法入門』前掲注（2）・105 頁、松岡『現代国際私法講義』前掲注（3）・111 頁、西谷裕子「消費者契約および労働契約の準拠法と絶対的強行法規の適用問題」国際私法年報 9 号 29 頁。
- 5 村上愛「法の適用に関する通則法 12 条と労働契約の準拠法」一橋法学 7 卷 2 号 342、361、369 頁。
- 6 東京地決昭和 40 年 4 月 26 日判例時報 408 号 14 頁。
- 7 木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之『国際私法概論（第 4 版）』（有斐閣 2005 年）124－125 頁。
- 8 東京地判昭和 44 年 5 月 14 日判例時報 568 号 87 頁。
- 9 木棚＝松岡＝渡辺前掲注（7）・126 頁。
- 10 訳は、法例研究会「法例の見直しに関する諸問題（1）」別冊 NBL80 号 63 頁を参照した。
- 11 木棚＝松岡＝渡辺前掲注（7）・124－125 頁。
- 12 西谷前掲注（4）・42 頁。
- 13 村上愛「法の適用に関する通則法 12 条と労働法規の抵触法的処理——『法例』から『法の適用に関する通則法』へ——」国際私法年報 11 号 150 頁。
- 14 小出邦夫『逐条解説・法の適用に関する通則法』（商事法務 2009）159 頁。
- 15 神前禎『解説 法の適用に関する通則法』（弘文堂 2006 年）105 頁。
- 16 神前前掲注（15）・105 頁。
- 17 神前前掲注（15）・105 頁。
- 18 小出前掲注（14）・159 頁。
- 19 小出前掲注（14）・157 頁。
- 20 神前前掲注（15）・91－92 頁、107 頁。
- 21 小出前掲注（114）・157 頁、神前前掲注（14）・92 頁。
- 22 神前前掲注（15）・93 頁。
- 23 小出前掲注（14）・158 頁。
- 24 村上前掲注（5）・311 頁。
- 25 村上前掲注（5）・345 頁。
- 26 村上前掲注（5）・351－352 頁。
- 27 松岡『現代国際私法講義』前掲注（3）・115 頁。
- 28 条文の訳は、中国総合研究所編集委員会編『現行中華人民共和国六法』（ぎょうせい、加除式）を参照した。
- 29 趙相林編『中国国際私法立法問題研究』（中国政法大学出版社 2002 年）285 頁。
- 30 趙相林前掲注（29）・287 頁。
- 31 アモイ海事法院 2003 年 10 月 26 日判決、(2003)厦海法商初字第 136 号。
- 32 データベース「北大法宝」検索番号 CLI.C.48401。
- 33 中国国際私法学会編著（袁藝訳）『中国国際私法模範法—第六次草案—』（加除出版 2004 年）序言参照。
- 34 中国国際私法学会編著前掲注（33）・序言。
- 35 訳は、中国国際私法学会編著前掲注（33）・75 頁、80 - 81 頁を参照した。
- 36 黄韜霆「中国の新しい国際私法について」帝塚山法学 22 号 63－64 頁参照。
- 37 訳は、黄韜霆前掲注（36）・94 頁参照。
- 38 訳は、黄韜霆前掲注（36）・94 頁参照。
- 39 黄進＝姜茹嬌編『「中華人民共和国涉外民事関係法律適用法」釈義与分析』（法律出版社 2011 年）239 頁。
- 40 裴普＝黄彦斌「涉外労働関係法律適用問題研究」（2012 年中国国際私法学会論文集）378

頁。

- 41 杜涛『涉外民事關係法律適用法釈評』（中国法制出版社 2011 年）336 頁。
- 42 黄進＝姜茹嬌前掲注（39）・239 - 240 頁。
- 43 黄進＝姜茹嬌前掲注（39）・240 頁。
- 44 齐湘泉『「涉外民事關係法律適用法」原理与精要』（法律出版社 2011 年）327 頁。
- 45 労働契約法 59 条、黄進＝姜茹嬌前掲注（39）・241 頁。
- 46 最高人民法院民事審判第四庭編著『「中華人民共和國涉外民事關係法律適用法」条文理解与適用』（中国法制出版社 2011 年）310 頁。
- 47 中国法の原文は「勞務派出地」である。
- 48 黄進＝姜茹嬌前掲注（39）・241 - 242 頁。
- 49 最高人民法院民事審判第四庭編著前掲注（46）・310 頁。
- 50 齐湘泉前掲注（44）・327 - 328 頁。
- 51 裴普＝黄彦斌前掲注（40）・380 頁。
- 52 裴普＝黄彦斌前掲注（40）・380 頁。
- 53 齐湘泉前掲注（44）・326 - 327 頁。
- 54 黄韜霆前掲注（36）・81 頁。
- 55 西谷前掲注（4）・30 頁、村上前掲注（13）・150 頁、杜涛前掲注（41）・338 頁参照。
- 56 韓德培「國際私法的晚近發展趨勢」『韓德培文集・上』（武漢大学出版社 2007 年）所収、47 頁（初出は中国国际法年刊 1988 年号）。
- 57 法例研究会「法例の見直しに関する諸問題（1）」前掲注（10）・65 頁。
- 58 法例研究会「法例の見直しに関する諸問題（1）」前掲注（10）・65 頁脚注 128、野村美明「契約の準拠法 I ——当事者による法選択と強行法規」日本國際經濟法学会編『國際經濟法講座 II 取引・財産・手続』（法律文化社 2012 年）23 頁脚注 67。
- 59 法例研究会「法例の見直しに関する諸問題（1）」前掲注（10）・65 頁脚注 128。
- 60 同上。
- 61 これらの条文の翻訳は、法例研究会「法例の見直しに関する諸問題（1）」前掲注（10）・71 頁を参照した。
- 62 同上。
- 63 野村「契約の準拠法 I ——当事者による法選択と強行法規」前掲注（58）・23 頁脚注 70。
- 64 西谷前掲注（4）・41 頁
- 65 櫻田嘉章＝道垣内正人編著『注釈國際私法・第 1 卷』（有斐閣 2011 年）36 頁（横溝大）。
- 66 櫻田＝道垣内前掲注（65）・289 頁（高杉直）。
- 67 木棚＝松岡＝渡辺前掲注（7）・124 - 125 頁
- 68 横溝前掲注（65）・37 頁、小出前掲注（14）・86 頁。
- 69 本節 1 参照。
- 70 法例研究会「法例の見直しに関する諸問題（1）」前掲注（14）・67 頁、西谷論文 41 頁。
- 71 小出前掲注（14）・92 頁。
- 72 小出前掲注（14）・88 頁、横溝前掲注（65）・第 1 卷 40 頁。
- 73 法例研究会「法例の見直しに関する諸問題（1）」前掲注（10）・65 頁脚注 129。
- 74 法例研究会「法例の見直しに関する諸問題（1）」前掲注（10）・68 頁。
- 75 韓前掲注（56）・48 頁。
- 76 田曼莉「國際私法 - 直接適用の法の分析と比較」中国國際私法と比較法年刊 5 卷（2002 年）121 頁
- 77 最高人民法院「關於適用中華人民共和國担保法若干問題的解釋」（担保法の適用に関する若干問題の解釋）（法釈〔2000〕44 号）。
- 78 黄韜霆「中国國際私法總則部分の解説」帝塚山法学 26 号 148 頁。
- 79 広東省汕頭市中級人民法院（2001）汕中法經二初字第 37 号判決、広東省仏山市中級人

- 民法院（2002）仏中法経二初字第52号判決、広東省広州市中級人民法院（2002）穗中法民三初字第142号判決、広東省広州市中級人民法院（2002）穗中法民三初字第189号判決。
- 80 広東省仏山市中級人民法院（2001）仏中法経初字第285号判決、最高人民法院（2001）民四終字第16号判決。
- 81 黄前掲注（78）・148頁。
- 82 最高人民法院「關於適用『中華人民共和國涉外民事關係法律適用法』若干問題的解釋（一）」（涉外民事關係法律適用法の適用に関する若干問題の解釋（一））（法釈〔2012〕24号）。2
- 83 訳は、黄前掲注（78）・148頁を参照した。
- 84 黄前掲注（78）・149頁。
- 85 高杉前掲注（66）・289頁。
- 86 中国法実務教本 p 195
- 87 中国法実務教本 p 191
- 88 西谷・国際私法年報論文 41-42頁
- 89 西谷・国際私法年報論文 42頁
- 90 同上。
- 91 横溝前掲注（65）・37頁。
- 92 小出前掲注（14）・88頁。
- 93 横溝前掲注（65）・36頁。
- 94 野村前掲注（58）・23頁。
- 95 横溝前掲注（65）・36頁。
- 96 西谷前掲注（4）・42頁。
- 97 高杉前掲注（66）・290頁
- 98 村上前掲注（13）・159頁。
- 99 野村前掲注（58）・23頁。
- 100 最高裁記者問答、高曉力「關於適用『中華人民共和國涉外民事關係法律適用法』若干問題的解釋（一）的理解与適用」人民司法 2013年3号 23頁。
- 101 田前掲注（76）・123-125頁。
- 102 田前掲注（76）・123頁
- 103 田前掲注（76）・123頁
- 104 高杉前掲注（66）・290頁
- 105 村上前掲注（13）・159頁。
- 106 土田道夫『労働契約法』（有斐閣 2008年）11 -14頁。
- 107 山川 178頁。
- 108 山川 178頁。
- 109 山川 178-179頁。
- 110 山川 182-184頁、高杉 291頁。
- 111 土田前掲注（106）・719頁、高杉前掲注（66）・291頁、西谷前掲注（4）・44頁。
- 112 26条は「使用者の責に帰すべき事由による休業の場合においては、使用者は、休業期間中当該労働者に、その平均賃金の百分の六十以上の手当を支払わなければならない。」と定めている。
- 113 村上前掲注（13）・161頁、野村前掲注（58）・26頁。
- 114 土田前掲注（106）・72頁。
- 115 国際労働機関（ILO）は、1919年に創設された、世界の労働者の労働条件と生活水準の改善を目的とする国連最初の専門機関であり、本部はジュネーブにおかれている。ILOの加盟国は、185ヶ国以上である。日本は常任理事国であるが、労働者保護に関わる重要な条約（1号条約（一日8時間・週48時間制）、47号（週40時間制）、132号（年次有給休暇）、140号（有給教育休暇）など）が未批准である。ILOはこれまで多くの条約および勸

告を採択し、各国の労働法に相当の影響を与えているとされる。ただし、ILOの勧告と条約はそれ自体日本（や中国）の労働法の法源となるものではなく、日本がその条約を批准し、それに対応した国内法を制定したときに、初めて日本国内で法源となるのである。安枝＝西村 8 頁など参照。

- 116 山川前掲注 (1)・193 頁。
- 117 高杉前掲注 (66)・291 頁。
- 118 土田前掲注 (106)・719 頁、高杉前掲注 (66)・291 頁。
- 119 山川前掲注 (1)・194 頁
- 120 山川前掲注 (1)・194 頁、西谷前掲注 (4)・45 頁。
- 121 山川前掲注 (1)・192 頁。
- 122 山川前掲注 (1)・192 頁。
- 123 土田前掲注 (106)・719 頁。
- 124 山川前掲注 (1)・192 頁。
- 125 山川前掲注 (1)・193 頁。
- 126 山川前掲注 (1)・194 頁。
- 127 土田前掲注 (106)・719 頁。
- 128 山川前掲注 (1)・195 頁。
- 129 西谷前掲注 (4)・45 頁、村上前掲注 (13)・160 頁、高杉前掲注 (66)・290 頁、野村前掲注 (58)・26 頁。
- 130 第 2 章第 1 節二 2 参照。
- 131 山川前掲注 (1)・196 頁。
- 132 山川前掲注 (1)・197 頁、『労働契約法』719 頁。
- 133 山川前掲注 (1)・197 頁。
- 134 山川前掲注 (1)・197 頁。
- 135 安枝英紳＝西村健一郎『労働法 (第 10 版)』(有斐閣 2009 年) 252 頁。
- 136 安枝＝西村前掲注 (135)・253 頁。
- 137 山川前掲注 (1)・209 頁。
- 138 山川前掲注 (1)・209 頁。
- 139 山川前掲注 (1)・209 頁。
- 140 山川前掲注 (1)・214－215 頁。
- 141 山川前掲注 (1)・200 頁、西川 44－45 頁、高杉 291 頁、村上 163－164 頁、野村 26－27 頁。判例としては、第 2 章で紹介したインターナショナル・エア・サービス事件がある。
- 142 山川前掲注 (1)・204 頁。
- 143 大江橋法律事務所中国プラクティスグループ編『中国法実務教本——進出から撤退まで』(商事法務 2014 年) 195 頁。
- 144 1995 年 8 月 4 日労働部『『中華人民共和国労働法』の貫徹執行に関する若干問題の意見』(労部発〔1995〕309 号) 4 条。
- 145 『中華人民共和国労働法配套解説与案例注釈』121－142 頁参照。
- 146 『中華人民共和国労働法配套解説与案例注釈』151－157 頁参照。
- 147 『中華人民共和国労働法配套解説与案例注釈』221－237 頁参照。
- 148 『中華人民共和国労働合同法配套解説与案例注釈』209－210 頁参照。