

劳务派遣员工“转正”涉及的工龄继承问题

劳务派遣员工在“身份转换”时，针对“身份转换”前的一段工龄，若没有领取过经济补偿¹，用人单位通常会碰到劳务派遣员工在“身份转换”过程中的工龄继承问题，所谓“身份转换”的情形主要有如下：

1. 劳务派遣员工转为劳动合同制员工的情形（简称“派遣转正”）
2. 原属于劳动合同制员工，后转为劳务派遣员工的情形（简称“逆向派遣”）
3. 劳务派遣员工在不同劳务派遣单位之间进行转移的情形（简称“派遣转移”）

对此问题，现律师结合法律规定、司法实践及实务操作，简要分析如下。

【法条回顾】

劳务派遣员工的工龄计算和继承问题，主要涉及到的法律依据如下：

1. 《劳动合同法实施条例》第 10 条：劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的，劳动者在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位的工作年限。原用人单位已经向劳动者支付经济补偿的，新用人单位在依法解除、终止劳动合同计算支付经济补偿的工作年限时，不再计算劳动者在原用人单位的工作年限。
2. 《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 5 条：劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作，原用人单位未支付经济补偿，劳动者依照劳动合同法第三十八条规定与新用人单位解除劳动合同，或者新用人单位向劳动者提出解除、终止劳动合同，在计算支付经济补偿或赔偿金的工作年限时，劳动者请求把在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位工作年限的，人民法院应予支持。用人单位符合下列情形之一的，应当认定属于“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”：（一）劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作，劳动合同主体由原用人单位变更为用人单位；（二）用人单位以组织委派或任命形式对劳动者进行工作调

派遣社員を「正規雇用化」する際の勤務年数の継続に関して

派遣社員の「雇用形態の変更」の際、「雇用形態の変更」前の勤務年数に対して経済補償金を支払っていない場合¹、使用者は、派遣社員の「雇用形態の変更」過程において社員の勤務年数をどのように扱うかという問題に直面することになる。「雇用形態の変更」状況として、以下のパターンが考えられる。

1. 派遣社員を直接雇用の社員に切り替える場合（以下、「派遣社員の正規雇用化」という）
2. 元々、直接雇用の社員であったが、後に派遣社員に切り替える場合（以下、「逆派遣」という）
3. 派遣社員を異なる劳务派遣企業間で移動させる場合（以下、「派遣企業間での移動」という）

これらについて、法律規定、司法実践及び実務上の取扱いを踏まえて考察する。

【法律条項を振り返る】

派遣社員の勤務年数の計算と継続に関する主な法的根拠：

1. 「労働契約法実施条例」第 10 条：労働者が本人の原因によらずに元の使用主から新しい使用主での業務を手配された場合、元の使用主における労働者の勤務年数は新しい使用主における勤務年数に加算する。元の使用主がすでに労働者に対し経済的補償金を支払っている場合において、新しい使用主が法に依拠し労働契約を解除、終了し、経済的補償金を支払う勤務年数を計算するときは元の使用主における労働者の勤務年数は計算しない。
2. 「労働紛争案件を審理する際の適用法律の若干事項に関する最高人民裁判所による解釈（四）」第 5 条：労働者が本人の原因によらずに元の使用主から新しい使用主での業務を手配された場合、元の使用主が経済補償金を支払っておらず、労働者が労働契約法第三十八条規定に従い、新しい使用主と労働契約を解除する場合、又は新しい使用主が労働者に対して労働契約の解除、終了を申し入れた場合で、経済補償金又は賠償金を支払うために勤務年数を計算するとき、労働者が元の使用主における勤務年数を新しい使用主での勤務年数に加算するよう請求した場合、人民裁判所はこれを支持しなければならない。使用主が以下に列挙するいずれかの状況に合致する場合、「労働者が本人の原因によらずに元の使用主から新しい使用主での業務を手配された場合」として認定しな

¹ 本文討論の工龄繼承問題，均是建立劳务派遣员工在“身份转换”时没有领取经济补偿的前提上的，下同。

¹ 本文で検討している勤務年数継続問題は、いずれも「雇用形態の変更」時に派遣社員が経済補償金を受け取っていないことを前提としている。

动；（三）因用人单位合并、分立等原因导致劳动者工作调动；（四）用人单位及其关联企业与劳动者轮流订立劳动合同；（五）其他合理情形。

なければならない。（一）労働者が依然として元の勤務場所、持ち場で勤務しており、労働契約の主体がもとの使用者から新しい使用者に変わった場合、（二）使用者が委任派遣又は任命により労働者の配置転換を行った場合、（三）使用者の合併、分割などにより労働者の配置転換が生じた場合、（四）使用者及びその関連企業が労働者と交互に労働契約を締結した場合、（五）その他合理的状況。

【具体分析】

1. 劳务派遣单位是否属于《劳动合同法实施条例》第 10 条中的用人单位？

《劳动合同法实施条例》第 10 条规定，若“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的”，除已支付经济补偿外，“劳动者在原用人单位的工作年限应当合并计算为新用人单位的工作年限”。但是，因为劳务派遣单位存在独特性（经营劳务派遣业务），是否能被认为属于该规定中的用人单位而适用该规定呢？

律师认为，虽然劳务派遣单位与普通用人单位存有差异，但是并不妨碍劳务派遣单位被认为属于《劳动合同法实施条例》第 10 条中的用人单位而适用，原因如下：

- 1) 法律并没有将劳务派遣单位排除出用人单位的范围之外：虽然《劳动合同法》对劳务派遣以专章进行规定，并且劳务派遣单位也与普通用人单位存有差异，但法律并没有将劳务派遣单位排除出用人单位的范围之外，劳务派遣单位仍然属于用人单位；
- 2) 《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 5 条对“非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”有过明确解释：
 - 劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作，劳动合同主体由原用人单位变更为新用人单位；
 - 用人单位以组织委派或任命形式对劳动者进行工作调动；
 - 因用人单位合并、分立等原因导致劳动者工作调动；
 - 用人单位及其关联企业与劳动者轮流订立劳动合同；
 - 其他合理情形。以上描述，也没有将劳务派遣单位排除在外，并且，劳务派遣员工在劳务派遣单位与用工单位之间流转，也基本能够符合“劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作，劳动合同主体由原用人单位变更为新用人单位”的情形；
- 3) 对这一点，目前也有些司法判例进行了认可，举一例如《上海市第二中级人民法院

【考察】

1. 劳务派遣企业は、「労働契約法实施条例」第 10 条における使用者に該当するか。

「労働契約法实施条例」第 10 条によれば、「労働者が本人の原因によらずに元の使用者から新しい使用者での業務を手配された場合」、経済補償金を支払済みである場合を除いて、「元の使用者における労働者の勤務年数を新しい使用者における勤務年数に加算する」ことになっている。しかし、劳务派遣企業は特異な性質を有する（劳务派遣業務を取り扱う）ため、本規定における使用者として本規定が適用されるであろうか。

劳务派遣企業は一般的な使用者と異なる点があるが、以下の理由により、「労働契約法实施条例」第 10 条における使用者に該当し、本規定の適用を妨げるものではないと筆者は考える。

- 1) 法律は劳务派遣企業を使用者の範囲から除外していない。「労働契約法」では劳务派遣について、個別に章を設けて定めており、また劳务派遣企業は一般的な使用者と異なる点があるが、法律は劳务派遣企業を使用者の範囲から除外しておらず、従って、劳务派遣企業は本規定の使用に該当する。
- 2) 「労働紛争案件を審理する際の適用法律の若干事項に関する最高人民法院による解釈（四）」第 5 条では、「本人の原因によらずに元の使用者から新しい使用者での業務を手配された場合」について明確に説明している。
 - 労働者が依然として元の勤務場所、持ち場で勤務しており、労働契約の主体が元の使用者から新しい使用者に変わった場合。
 - 使用者が委任派遣又は任命により労働者の配置転換を行った場合。
 - 使用者の合併、分割などにより労働者の配置転換が生じた場合。
 - 使用者及びその関連企業が労働者と交互に労働契約を締結した場合。
 - その他合理的状況。上述の説明でも劳务派遣企業を使用者の範囲から除外しておらず、派遣社員が劳务派遣企業と派遣受入企業との間で移動する場合も、「労働者が依然として元の勤務場所、持ち場で勤務しており、労働契約の主体が元の使用者から新しい使用者に変わった場合」にほぼ当てはまる。
- 3) この点については、これを認める司法判例も現在存在する。例えば、「上海市第二中级人民法院

(2014)沪二中民三(民)终字第 1576 号民事判决书》。

2. 认定工龄继承的条件

律师认为,劳务派遣单位虽然在《劳动合同法实施条例》第 10 条的适用范围之内,但并不意味着,只要劳务派遣员工在劳务派遣单位与用工单位之间实现了“身份转移”,其工龄便要合并计算,根据规定,继承工龄需要满足两个条件:

- 1) 非因本人原因变更用人单位:关于“非因本人原因变更用人单位”,如上所述,《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 5 条有过明确解释,对于如何举证证明“非因本人原因变更用人单位”的问题,劳务派遣员工有举证责任,需要证明该变动是受用工单位安排,用工单位如要否认,则通常需要举证证明劳务派遣员工是自愿解除上一个劳动关系,自愿进入新用人单位工作。
- 2) 变更用人单位时并未获得经济补偿:根据《劳动合同法实施条例》第 10 条规定,如果劳务派遣员工在“身份转换”时,对前一段工龄已获得过经济补偿,工龄不再继承;同时,需要注意的是,并非只要原用人单位未支付经济补偿,新用人单位就要继承工龄,确定原单位是否需要支付经济补偿,应当要看劳务派遣员工从原用人单位离职类型,只有属于《劳动合同法》第 46 条规定情形的,原用人单位才有义务支付经济补偿。

【劳务派遣员工身份转换时的工龄继承情形总结】

根据上述分析,当劳务派遣员工在“身份转换”时,是因原用人单位(包括劳务派遣单位,或者劳务派遣单位与用工单位一致安排)的安排,并且,原用人单位(包括劳务派遣单位,或者用工单位代为支付)没有向劳务派遣员工支付过经济补偿,则劳务派遣员工在“身份转换”后,其工龄将由下一用人单位继承,具体情形总结如下:

情形一	A	B
身份转换	派遣转正:劳务派遣员工先与劳务派遣单位 A 签订劳动合同,并被派遣至 B 工作,后“转正”与 B 签订劳动合同。	

所(2014)滬二中民三(民)終字第 1576 号民事判決書」などがそれぞれである。

2. 勤務年数継続の認定条件

労働派遣企業は、「労働契約法实施条例」第 10 条の適用範囲内であるが、派遣社員の「雇用形態の変更」が労働派遣企業と派遣受入企業との間で行われさえすれば、同社員の勤務年数を必ず通期計算しなければならないというわけではない。規定によれば、勤務年数を継続するには以下の 2 つの条件を満たさなければならないことになっている。

- 1) 使用者の変更が本人の原因によらないこと:「本人の原因によらず使用者を変更する場合」に関しては、上述の通り、「労働紛争案件を審理する際の適用法律の若干事項に関する最高人民裁判所による解釈(四)」第 5 条において明確に説明されており、「本人の原因によらず使用者を変更した」ことの証明責任は派遣社員にあり、当該変動は派遣受入企業が手配したものであることを証明する必要があるが、派遣受入企業がこれを否認する場合には通常、派遣社員の意思で前労働関係を解除し、派遣社員の意思で新しい使用者のもとで勤務することになったことを証明しなければならない。
- 2) 使用者を変更した時に派遣社員が経済補償金を受け取っていないこと:「労働契約法实施条例」第 10 条の規定によれば、派遣社員が「雇用形態の変更」時に、変更前の勤務年数について経済補償金を受け取っている場合、勤務年数は新しい使用者に承継されないことになっている。しかし、元の使用主が経済補償金を支払っていない場合は、元の使用主における勤務年数を新しい使用者が必ず承継しなければならないというわけではなく、元の使用主が経済補償金を支払う必要があるかどうかを確定するには、派遣社員が元の勤務先を離職するに至った原因を確認する必要があり、「労働契約法」第 46 条規定の状況に該当する場合に限り、元の使用主は経済補償金を支払わなければならない点に注意する必要がある。

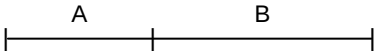
【派遣社員の雇用形態を変更する場合の勤務年数継続状況のまとめ】

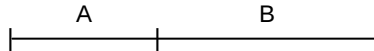
上述の考察によれば、派遣社員の「雇用形態の変更」が、元の使用主(労働派遣企業を含む)による手配又は労働派遣企業と派遣受入企業が合意のうえでの手配が原因で行われ、尚且つ元の使用主(労働派遣企業を含む)が派遣社員に対して経済補償金を支払っておらず、派遣受入企業も立て替えていない場合、派遣社員の「雇用形態の変更」後、同社員の勤務年数は新しい使用者に承継されることになる。下表にて状況別にまとめる。

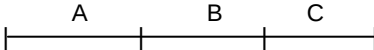
状況一	A	B
雇用形態の変更	派遣社員の正規雇用化:派遣社員が先ず、労働派遣企業 A と労働契約を締結し、B に派遣され、後に「正規雇用化」されて、B と労働契約を締結する。	

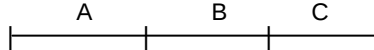
工龄继承	劳务派遣员工在被 A 派遣至 B 工作期间的工龄由 B 继承。
-------------	---------------------------------

勤務年数継続	派遣社員が A から派遣されて B で勤務した期間における勤務年数は B に承継される。
---------------	--

情形二	
身份转换	逆向派遣：劳动者先与用人单位 A 签订劳动合同，后受 A 的安排，与劳务派遣单位 B 签订合同，再由 B 逆向派遣至 A。
工龄继承	劳务派遣员工在 A 用工期间的工龄由 B 继承。

状況二	
雇用形態の変更	逆派遣：労働者が先ず、使用者 A と労働契約を締結し、後に A の手配により、劳务派遣企業 B と契約を締結してから、B が A に逆派遣する。
勤務年数継続	派遣社員の A での勤務年数は B に承継される。

情形三	
身份转换	派遣流转：劳务派遣员工受劳务派遣单位 A、B、C 的安排，先后与 A、B、C 签订劳动合同，在其之间流转。
工龄继承	劳务派遣员工在 A、B 的工龄由 C 继承。

状況三	
雇用形態の変更	派遣企業間での移動：派遣社員が劳务派遣企業 A、B、C の手配により、相前後して A、B、C と労働契約を締結し、派遣企業間を移動する。
勤務年数継続	派遣社員の A、B における勤務年数は C に承継される。

【总结】

劳务派遣员工在“身份转换”过程中，通常涉及到劳务派遣单位、劳务派遣员工、用工单位三方，如涉及到经济补偿与工龄继承的问题，建议三方之间签署相关协议，以明确工龄继承及相关问题，以免争议。

（里兆律师事务所 2015 年 12 月 25 日编写）

【まとめ】

派遣社員の「雇用形態の変更」過程においては通常、劳务派遣企業、派遣社員、派遣受入企業の三者に関係してくるものであるため、経済補償金と勤務年数継続の問題に直面した場合、争いにならないよう、三者間で協議書を締結し、勤務年数の継続及び関係事項について明確にしておくことが望ましい。

（里兆法律事務所が 2015 年 12 月 25 日付で作成）