

关于连续订立 2 次固定期限劳动合同后订立无固定期限劳动合同的问题

连续订立 2 次固定期限劳动合同后，用人单位是否必须（不得不；没有选择权）与劳动者订立无固定期限劳动合同，对于该问题，法学理论上和司法实践中都存在一定的争议，争议主要源于对《劳动合同法》第 14 条第 2 款第（3）项的不同理解。

《劳动合同法》第 14 条第 2 款第（3）项

（前文略）有下列情形之一，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：

（略）

（三）连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第 39 条和第 40 条第 1 项、第 2 项规定的情形，续订劳动合同的。

（略）

有期労働契約を連続して 2 回締結した後で無期労働契約を締結することについて

有期労働契約を連続して 2 回締結した後で、雇用主は必ず労働者と無期労働契約を締結しなければならない（選択の余地はなく、そうせざるを得ない）かどうかという問題について、法学理論上と司法の実践では一定の相違があり、その相違とは主に「労働契約法」第 14 条第 2 項第（3）号に対する認識のズレによるものである。

「労働契約法」第 14 条第 2 項第（3）号

（前文略）下記の状況のいずれかに該当する場合において、労働者が労働契約の更新、締結を申し入れ又は承諾する場合、労働者が有期労働契約の締結を求める場合を除き、無期労働契約を締結しなければならない。

（略）

（三）連続して 2 回有期労働契約を締結し、且つ労働者に本法第 39 条及び第 40 条第 1 号、第 2 号に定める状況が認められず、労働契約を更新する場合。

（略）

从上述规定的字面意思理解，同时满足以下条件的，应当订立无固定期限劳动合同：

1. 已经连续订立二次¹固定期限劳动合同；
2. 劳动者没有《劳动合同法》第 39 条【过失性辞退情形】²和第 40 条第 1 项、第 2 项【无过失性辞退情形】³规定的情形；
3. “续订劳动合同”；
4. 劳动者提出订立无固定期限劳动合同⁴。

争议的根源产生于上记的 3，由此产生下述两种主流观点。根据《劳动合同法》立法机关的相关说明，以及上海、江苏等地方目前的司法实践，对于下述两种主流的观点及其理解，我们整理如下：

上述の規定の表面上の意味から理解するのであれば、以下の条件を同時に満たす場合、無期労働契約を締結しなければならない。

1. 既に連続して 2 回¹ 有期労働契約を締結していること。
2. 労働者に「労働契約法」第 39 条【過失による論旨退職の状況】² 及び第 40 条第 1 号、第 2 号【過失によらない論旨退職の状況】³ に定める状況が認められないとき。
3. 「労働契約を更新」するとき。
4. 労働者が無期労働契約の締結を求めたとき⁴。

相違の根源は、上記の 3 によるものであり、これにより以下の 2 通りの主流の観点が生じている。「労働契約法」立法機関の斯かる説明、及び上海、江蘇等の地方の現在の司法実践に基づき、以下の 2 通りの主流の観点及びその認識を下表にまとめる。

¹ 根据《劳动合同法》第 97 条规定，此处“订立固定期限劳动合同的次数”，自 2008 年 01 月 01 日以后开始计算。例如，2007 年 07 月 01 日首次签订固定期限劳动合同、合同期限 1 年（第一次订立；但未开始起算订立的次数），2008 年 07 月 01 日续订固定期限劳动合同、合同期限 1 年（第二次订立；开始起算订立的次数，作为“第一次”），2009 年 07 月 01 日续订固定期限劳动合同、合同期限 1 年（第三次订立；计入连续订立的次数，作为“第二次”），到 2010 年 07 月 01 日再次续订劳动合同时，满足“已经连续订立二次固定期限劳动合同”的条件。

² 「労働契約法」第 39 条の規定によると、ここにいう「有期労働契約を締結する回数」は、2008 年 1 月 1 日以降から起算する。たとえば、2007 年 7 月 1 日に契約期間が 1 年とする有期労働契約を初めて締結し（最初の締結ではあるが、締結の回数はまだ起算していない）、2008 年 7 月 1 日に契約期間を 1 年とする有期労働契約を更新し（2 回目の締結であり、締結の回数は「1 回目」として起算する）、2009 年 7 月 1 日に契約期間を 1 年とする有期労働契約を締結し（3 回目の締結であり、連続した締結の回数を「2 回目」として計算する）、2010 年 7 月 1 日に労働契約を改めて更新する場合、「既に連続して 2 回有期労働契約を締結した」という条件を満たすことになる。

³ 《劳动合同法》第 39 条：劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

- （一）在试用期间被证明不符合录用条件的；
- （二）严重违反用人单位的规章制度的；
- （三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；
- （四）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；
- （五）因本法第 26 条第 1 款第 1 项规定的情形致使劳动合同无效的；
- （六）被依法追究刑事责任的。

⁴ 「労働契約法」第 39 条：労働者に下記の状況のいずれか 1 つが認められる場合は、雇用主は労働契約を解除することができる。

- （一）試用期間中に採用条件に適合しないことが証明されたとき。
- （二）雇用主の規則制度に著しく違反したとき。
- （三）職責を著しく怠慢し、又は私利を図ることにより、雇用主に重大な損害を与えたとき。
- （四）労働者が同時に他の雇用主と労働関係を構築し、本組織の業務任務の完成に深刻な影響をもたらし、又は雇用主が指摘を行っても是正しないとき。
- （五）本法第 26 条第 1 項第 1 号に定める状況により労働契約が無効となったとき。
- （六）法により刑事責任を追及されたとき。

⁵ 《劳动合同法》第 40 条：有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：

- （一）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；
 - （二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；
- （后文略）

⁶ 「労働契約法」第 40 条：下記の状況のいずれかに該当する場合、雇用主は 30 日前までに書面にて労働者本人に通知し、又は労働者に 1 ヶ月分の給与を別途支給した後で労働契約を解除することができる。

- （一）労働者が疾病や業務に起因しない負傷のため、定められた医療期間が満了した後に、もとの業務を行うことができず、且つ雇用主が別途手配する業務も行うこともできないとき。
- （二）労働者が業務に堪えることができず、訓練又は職位の調整を行ってもなお業務に堪えることができないとき。

（後文略）

⁷ 《劳动合同法》第 12 条规定：劳动合同分为固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同和以完成一定工作任务为期限的劳动合同。因此，《劳动合同法》第 14 条第 2 款中的“除劳动者提出订立固定期限劳动合同外”，实际上可以理解为“劳动者提出订立无固定期限劳动合同”。

⁸ 「労働契約法」第 12 条では、労働契約は、有期労働契約、無期労働契約、特定作業の完成までを期限とする労働契約に分けられる、と定めていることから、「労働契約法」第 14 条第 2 項にいう「労働者が有期労働契約の締結を求める場合を除き」とは、実際には、「労働者が無期労働契約の締結を求める」とものと理解することができる。

	观点 A	观点 B		观点 A	观点 B
观点诠释	<ul style="list-style-type: none"> 观点 A 认为：连续订立二次固定期限劳动合同（上記 1），且劳动者没有《劳动合同法》第 39 条和第 40 条第 1 项、第 2 项规定的情形（上記 2），此时，只要劳动者提出订立无固定期限劳动合同（上記 4），则用人单位必须与劳动者订立无固定期限劳动合同（即，用人单位此时没有选择权）。 采纳这种观点的人认为，“续订劳动合同”并非此处的条件之一⁵。 	<ul style="list-style-type: none"> 观点 B 认为：连续订立二次固定期限劳动合同（上記 1），且劳动者没有《劳动合同法》第 39 条和第 40 条第 1 项、第 2 项规定的情形（上記 2），此时，如果用人单位和劳动者都同意续订劳动合同的（上記 3），那么，只要劳动者提出订立无固定期限劳动合同（上記 4），则用人单位必须与劳动者订立无固定期限劳动合同（即，对于“是否同意续订劳动合同”，用人单位还有选择权）。 采纳这种观点的人认为，“续订劳动合同”是此处的条件之一；既然是“续订”，那么，应尊重合同双方的“续订意愿”（意味着用人单位也可以表达“同意续订的意愿”或者“不同意续订的意愿”）。 	観点の解釈	<ul style="list-style-type: none"> 观点 A の考え方：連続して 2 回有期労働契約を締結し（上記 1）、且つ労働者に「労働契約法」第 39 条及び第 40 条第 1 号、第 2 号に定める状況が認められない（上記 2）場合には、労働者が無期労働契約の締結を求める（上記 4）だけで、雇用主は必ず労働者と無期労働契約を締結しなければならない（つまり、雇用主はこのとき選択の余地はない）。 この観点を受け入れるひとによれば、「労働契約の更新」は、必ずしもここでの条件の 1 つではないと認識される⁵。 	<ul style="list-style-type: none"> 观点 B の考え方：連続して 2 回有期労働契約を締結し（上記 1）、且つ労働者に「労働契約法」第 39 条及び第 40 条第 1 号、第 2 号に定める状況が認められない（上記 2）場合、雇用主と労働者が労働契約の更新に同意する（上記 3）ときは、労働者が無期労働契約の締結を求める（上記 4）だけで、雇用主は必ず労働者の無期労働契約を締結しなければならない（つまり、「労働契約の更新に同意するかどうか」について、雇用主には選択の余地がある）。 この観点を受け入れるひとによれば、「労働契約の更新」は、ここでいう条件の 1 つであると認識され、「更新」であるからには、契約両当事者による「更新の意思表示」が尊重されなければならない（つまり、雇用主も「更新に同意する意思表示」又は「更新に同意しない意思表示」を示すことができることを意味する）。
主要依据	<ul style="list-style-type: none"> 《劳动合同法》的立法机关全国人大常委会，于 2007 年 06 月 29 日举行的关于《劳动合同法》的新闻发布会上，对此问题进行的专门说明⁶。 	<ul style="list-style-type: none"> 上海市高级人民法院于 2009 年 03 月 03 日发布的《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》（沪高法【2009】73 号）的第 4 条（4）款。 	主な根拠	<ul style="list-style-type: none"> 「労働契約法」の立法機関である全国人民代表大会常務委員会が、2007 年 6 月 29 日に開かれた「労働契約法」に対するプレスブリーフィングにて、この問題について行った個 	<ul style="list-style-type: none"> 上海市高級人民法院が 2009 年 3 月 3 日に公布した『労働契約法』適用の若干事項についての意見」（滬高法【2009】73 号）的第 4 条（4）項。 「滬高法【2009】73 号」文の認識によると、

⁵ 也有人理解，“劳动者提出订立无固定期限劳动合同”就是表达“续订劳动合同”的意愿，因此，已经符合此处“续订劳动合同”的要求。

⁵ 人によっては、「労働者が無期労働契約の締結を求める」ことは、「労働契約の更新」の意思表示を示すものと理解されるため、ここにいう「労働契約の更新」の要求に適合している。

⁶ 说明全文，请参考以下网址：

<http://www.npc.gov.cn/npc/oldarchives/xwzb/xwzb/index.jsp?lmid=ch&pdmc=ch&dm=ch13.htm>。其中，相关的部分，请参考全国人大常委会法制工作委员会行政法室主任李援于“2007-06-29 16:34”的说明。

⁶ 全文の説明は、下記 URL を参照。

<http://www.npc.gov.cn/npc/oldarchives/xwzb/xwzb/index.jsp?lmid=ch&pdmc=ch&dm=ch13.htm>。そのうちの関係する部分については、全国人民代表大会常務委員会法制作業委員会行政法室の李援主任による「2007-06-29 16:34」の説明を参照。

	<ul style="list-style-type: none"> 全国人大常委会的主要理由是：①为了解决劳动合同短期化的问题；②劳动者没有过错、遵纪守法、且能够胜任工作。因此，他们认为，用人单位和劳动者签订无固定期限劳动合同是合理的。 需要指出的是，全国人大常委会在新闻发布会上的“说明”，理论上，并非中国《立法法》第2章第4节规定的“法律解释”。当然，考虑到上述说明毕竟代表了立法机关的意见，因此，其仍然具有较强的指导性和参考价值。 	<ul style="list-style-type: none"> “沪高法【2009】73号”文认为，《劳动合同法》第14条第2款第(3)项应当是指“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⁷，劳动者提出签订无固定期限劳动合同的情形”，也就是说，以“用人单位与劳动者续订第三次劳动合同”为前提。 需要指出的是，“沪高法【2009】73号”文理论上并非“司法解释”，而只是上海市高级人民法院的内部指导文件，且仅适用于上海市范围内的法院系统。 	<p>別の説明⁶。</p> <ul style="list-style-type: none"> 全国人民代表大会常務委員会の主な理由は、①労働契約が短期化する問題を解決し、②労働者に過失がなく、規律を遵守し、順法し、且つ業務に堪えることができることであり、彼らの認識によると、雇用主と労働者が無期労働契約を締結することは合理的であるとされる。 注意すべき点として、全国人民代表大会常務委員会がプレスリリースにおいて行った「説明」は、理論上は、中国の「立法法」第2章第4節に定める「法律の解釈」ではない。勿論、上述の説明が立法機関の意見を代表するものであることを考慮すると、それは依然として濃い指導性と参考価値があると考えられる。 	<p>「労働契約法」第14条第2項第(3)号は、「労働者が既に雇用主と連続して2回有期労働契約を締結した後に、労働者と契約を3回度目に更新する際⁷、労働者が無期労働契約の締結を求める状況」をいい、つまり、「雇用主と労働者が労働契約を3度目に更新する」ことを前提とするものである。</p> <ul style="list-style-type: none"> 注意すべき点として、「滬高法【2009】73号」文は、理論上は、「司法解釈」ではなく、上海市高级人民法院内部の指導的文書でしかなく、また上海市範囲内の法院システムにだけ適用されるものである。
司法実践	<ul style="list-style-type: none"> 根据律师目前了解的情况，江苏省的劳动行政部门、劳动争议仲裁机构、以及法院较多持观点A。 	<ul style="list-style-type: none"> 根据律师目前了解的情况，上海市的劳动行政部门、劳动争议仲裁机构、以及法院较多持观点B。 	<ul style="list-style-type: none"> 筆者が現在把握している状況によると、江蘇省の労働行政部門、労使紛争仲裁機関、及び法院は、観点Aを多く取り入れている。 	<ul style="list-style-type: none"> 筆者が現在把握している状況によると、上海市の労働行政部門、労使紛争仲裁機関、及び法院は、観点Bを多く取り入れている。
律师小结	<ul style="list-style-type: none"> 两种观点产生截然不同的结论，观点A侧重于保护劳动者的权益，而观点B则更侧重于保护用人单位的权益。 综合上述分析、并结合以往实践经验，律师倾向于认同上述观点B，但两种观点之争在法学理论上和司法实践中至今未得到解决。因此，律师建议，实践操作中谨慎应对。 		<ul style="list-style-type: none"> 2つの観点は全く異なる結論を導くものであり、観点Aは、労働者の権益の保護に重きを置き、観点Bは、雇用主の権益の保護により重きを置くものである。 上述の分析を総合し、且つこれまでの実戦経験とあわせると、筆者はどちらかというとして上述の観点Bに賛同するが、2つの観点の相違は法学理論上及び司法の実践においてもこれまでのところ解決できていない。したがって、実践の取扱いにおいては慎重に対処するのがよい。 	

结合前述分析，对于题述问题，建议企业谨慎应对，律师的简要提示如下：

前述の分析とあわせ、標題の事項について、企業は慎重に対処すべきであり、筆者の本件に関する簡潔なコ

⁷ 观点B认为，“沪高法【2009】73号”文此处的解释来源于《劳动合同法》第14条第2款第(3)项中“续订劳动合同”的表述；此处的“与劳动者第三次续订合同时”不应仅仅做“时间点”方面的理解，还应理解为是一项条件。

⁷ 観点Bの認識によると、「滬高法【2009】73号」文にいう解釈の源は、「労働契約法」第14条第2項第(3)号にいう「労働契約の更新」という文言であり、ここにいう「労働者と契約を3回更新するとき」は「時間における」認識だけを行うのではなく、これを1つの条件として理解すべきだと考える。

- 建议尽可能用“约定”的方式弥补法律规定上的“暧昧”（例如，在双方的《劳动合同》中明确约定，连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有《劳动合同法》第 39 条和第 40 条第 1 项、第 2 项规定的情形，双方也都同意续订劳动合同的，那么，只要劳动者提出订立无固定期限劳动合同，用人单位应当与其订立无固定期限劳动合同），以降低不确定性和风险性。
- 在个案的处理中，由于中国不同地方的劳动行政部门、劳动争议仲裁机构、以及法院，可能有不同的理解，因此，在实践操作前，建议与当地的劳动行政部门等进行沟通，确认当地的主流理解和做法，以尽量降低风险。

备注：请点击以下网址，查看相关法令的全文内容：
《中华人民共和国劳动合同法》
http://www.gov.cn/ziliao/flfg/2007-06/29/content_669394.htm

（里兆律师事务所 2010 年 11 月 05 日整理编写）

メントは以下のとおりである。

- 可能な限り「約定」することにより、法律の規定の「曖昧」な部分を補填することにより（たとえば、双方の「労働契約」中に、連続して 2 回有期労働契約を締結し、且つ労働者に「労働契約法」第 39 条及び第 40 条第 1 号、第 2 号に定める状況が認められず、双方とも労働契約の更新に同意する場合、労働者が無期労働契約の締結を求めたときは、雇用主はその労働者と無期労働契約を締結しなければならないと明確に約定するなどである）、不確定な要素とリスクを引き下げるのがよい。
- 個別の案件を処理する過程で、中国の地方ごとの労働行政部門、労使紛争仲裁機関、及び法院には異なった解釈が存在する可能性があるため、実践で取扱う前に、現地の労働行政部門等と意思疎通を図り、現地の主流の認識と手法を確認し、可能な限りリスクを引き下げるのがよい。

備考：関係する法令の全文の内容をご覧になる場合は、以下の URL をクリックしてください。
「中華人民共和国労働契約法」
http://www.gov.cn/ziliao/flfg/2007-06/29/content_669394.htm

（里兆法律事務所が 2010 年 11 月 05 日付で作成）v