

劳动和社会保障法律资讯

第十八期

深圳市律师协会劳动与社会保障法律业务委员会

二〇一三年十二月

本期目录

一、案例参考

上海一中院案例：连续订立四次固定期限劳动合同，不符合订立无固定期限劳动合同的法定情形 2

广东高院再审案例：连续订立二次固定期限劳动合同后须订立无固定期限劳动合同 6

二、理论探讨

连续订立二次固定期限劳动合同后用人单位的选择权分析 10

上海市第一中级人民法院 民事判决书

(2012)沪一中民三(民)终字第745号

上诉人(原审原告) 甲某。

被上诉人(原审被告) 甲公司。

上诉人甲某因劳动合同纠纷一案，不服上海市浦东新区人民法院(2012)浦民一(民)初字第1153号民事判决，向本院提起上诉。本院于2012年5月22日受理后，依法组成合议庭于2012年6月5日公开开庭进行了审理。本案现已审理终结。

原审认定，甲某于2008年4月14日进入甲公司工作，担任人力资源部副总监。双方共签订劳动合同四次，最后一期《劳动合同》的期限从2011年4月20日至2011年10月21日止。2011年10月13日，甲某发邮件询问甲公司劳动合同续订意向。此后，双方邮件往来讨论续签劳动合同及新岗位薪酬事宜。2011年10月20日，甲公司交给甲某为期一年的“协议书”，该协议书明确甲某的岗位、期限及薪酬意向，但甲某对协议书上明确的期限提出异议，并拒绝签署。同日，甲公司发出《劳动合同到期终止通知》，通知甲某由于双方协商未达成一致意见，故劳动合同到期后不再续签。甲某最后工作至2011年10月21日。为此，甲某于2011年10月

28日向上海市浦东新区劳动人事争议仲裁委员会提出申诉，要求甲公司：1、恢复劳动关系；2、按每月33,000元的标准支付2011年10月22日至劳动关系恢复之日止的工资；3、补缴2011年10月22日至恢复劳动关系之日止的城镇社会保险。经仲裁，裁决对甲某的请求均不予支持。甲某不服该裁决，遂向原审法院提起诉讼。要求甲公司：1、恢复劳动关系；2、按每月人民币33,000元的标准支付2011年10月22日至劳动关系恢复之日止的工资。

原审认为，根据劳动合同法规定，劳动者已经与用人单位连续订立二次固定期限劳动合同，除双方同意订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同。本案中，甲某与甲公司双方已订立了四次固定期限劳动合同，甲某与甲公司在连续签订二次劳动合同后实际已符合签订无固定期限劳动合同的条件，但甲某与甲公司仍签订了固定期限劳动合同，根据劳动合同法的规定，该固定期限劳动合同对双方均具有约束力，在合同期满时，该合同自然终止。现双方在第四次固定期限劳动合同期满时，因双方未就新的劳动合同协商一致，甲公司在该次劳动合同期满后与甲某终止劳动合同，并无不当，亦符合上述相关法律规定。故甲某要求与甲公司恢复劳动关系及按每月33,000元的标准支付2011年10月22日至劳动关系恢复之日止的工资的诉讼请求，依据不足，不予支持。依照《中华人民共和国劳动合同法》第十四条第一款、第二款第（三）项的规定，原审法院于二〇一二年四月二十七日作出判决：驳回甲某的诉讼请求。案件受理费10元，减半计5元，免予收取。

判决后，甲某不服，上诉于本院，上诉称：根据相关法律规定，满足续订无固定期限劳动合同但双方未续订的，应当按照最后一份劳动合同的权利义务签订无固定期限劳动合同。本案根据上述法律规定，甲公司应当与其签订无固定期限劳动合同，故其要求撤销原审判决，并依法改判甲公司：1、恢复劳动关系；2、按每月人民币 33,000 元的标准支付 2011 年 10 月 22 日至劳动关系恢复之日止的工资。

被上诉人甲公司答辩称，甲某系第五次签订劳动合同，其公司没有任何义务与甲某签订无固定期限劳动合同。原审法院的判决正确，请求驳回甲某的上诉请求，维持原判。

本院经审理查明，原审认定事实无误，依法予以确认。

本院认为，根据相关法律规定，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劳动合同时，劳动者提出签订无固定期限劳动合同，应当订立无固定期限劳动合同。本案中，甲某虽提出签订无固定期限劳动合同，但双方已订立四次固定期限劳动合同，不符合规定的情形。因此，双方未就新劳动合同协商一致，甲公司可以终止劳动合同。综上，甲某要求与甲公司恢复劳动关系，并要求按每月人民币 33,000 元的标准支付 2011 年 10 月 22 日至劳动关系恢复之日止的工资的请求，缺乏法律依据，故本院不予支持。综上所述，原审法院的判决事实清楚，适用法律正确，本院予以维持。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费人民币 10 元，由上诉人甲某负担。

本判决为终审判决。

审判长 崔婕

代理审判员 施磊

代理审判员周

二〇一二年七月十七日

书记员赵亚琼

广东省高级人民法院

民事裁定书

(2011)粤高法民一申字第1662-1664号

申请再审人(一审原告、二审上诉人): 深圳市宝安区大浪理想深圳工厂。

负责人: 钱某。

申请再审人(一审原告、二审上诉人): 理想工业(香港)有限公司, 住所地: 香港。

法定代表人: 白井信某, 董事长。

被申请人(一审被告、二审被上诉人): 邢友强, 男, 汉族, 1981年7月19日生, 户籍地址: 湖南省益阳市, 身份证号码: 430*****。

被申请人(一审被告、二审被上诉人): 袁小松, 男, 汉族, 1982年5月25日生, 户籍地址: 湖南省绥宁县, 身份证号码: 430*****。

被申请人(一审被告、二审被上诉人): 方业涛, 男, 汉族, 1981年8月28日生, 户籍住址: 河南省, 身份证号码: 411*****。

申请再审人深圳市宝安区大浪理想深圳工厂(以下简称理想厂)、理想工业(香港)有限公司(以下简称理想公司)因与被申请人

邢友强、袁小松、方业涛经济补偿金纠纷三案，不服广东省深圳中级人民法院(2011)深中法民六终字第 506-508 号民事判决，向本院申请再审。本院依法组成合议庭对本案进行了审查，现已审查终结。

申请再审人理想厂、理想公司申请再声称：合同期满后，申请人并无再续订劳动合同的意思表示，而是希望劳动合同到期后自然终止，故本案不存在需要申请人应当无条件签订无固定期限劳动合同的情形，更不存在申请人违法解除劳动合同的事实。而且，申请人并无恶意解除或者终止劳动合同的行为，不应支付被申请人违法解除劳动关系的双倍赔偿金，最多仅需要根据标准支付被申请人经济补偿金。

本院审查认为，理想厂分别与邢友强、袁小松、方业涛三位员工签订的劳动合同合法有效，各方当事人应当按照劳动合同的约定和劳动法律法规的规定行使权利、履行义务。本案争议焦点为：理想公司、理想厂与邢友强、袁小松、方业涛解除劳动合同是否属于违法终止劳动合同。

根据《中华人民共和国劳动合同法》第十四条规定：“有下列情形之一的，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：……（三）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。……”可见，我国劳动法规定，连续订立二次固定期限劳动

合同，且劳动者没有《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条和四十条第一项、第二项的情形，第二次劳动合同期满后，劳动者提出或者同意续订劳动合同的，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。本案中、理想厂、理想公司与邢友强、袁小松、方业涛等三位员工已连续订立二次固定期限劳动合同，三位员工没有《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条和四十条第一项、第二项规定的情形，而且三位员工在第二次劳动合同期满前已经向理想厂提出订立无固定期限劳动合同。因此，理想厂、理想公司依法应当与邢友强、袁小松、方业涛等三位员工订立无固定期限劳动合同。理想厂、理想公司未与三位员工订立无固定期限劳动合同、并以第二次劳动合同到期为由，终止其与三位员工的劳动合同关系不符合法律规定，属于违法终止劳动合同，理想厂、理想公司应当向三位员工支付违法终止劳动合同赔偿金。原审法院根据三位员工的工作年限及各方当事人在一审审理中确认邢友强、袁小松、方业涛解除劳动合同前12个月平均工资计算的理想厂、理想公司应当支付的违法终止劳动合同赔偿金数额正确。理想厂、理想公司认为其不存在违法解除劳动关系，其无须支付邢友强、袁小松、方业涛三位员工二倍赔偿金的请求，没有法律依据，原判决不予支持并无不当。申请再审人理想厂、理想公司的申请再审理由不能成立，本院不予采纳。

综上，申请再审人理想厂、理想公司的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十九条规定的再审情形。依照

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百八十一条第一款的规定，裁定如下：

驳回深圳市宝安区大浪理想深圳工厂、理想工业(香港)有限公司的再审申请。

审 判 长 李学辉

审 判 员 孙桂宏

审 判 员 杨雪清

二〇一一年九月二日

书 记 员 黎云香

连续订立二次固定期限劳动合同后 用人单位的选择权分析

文：李迎春律师

【说明】本文成文于2012年初，文中引述的个别地方指导意见已不再适用，请读者自行甄别。

【摘要】连续订立二次固定期限劳动合同后，当劳动者主张订立无固定期限劳动合同时，用人单位是否有“选择权”？司法实践中有两种截然不同的适用意见，且方向背道而驰，损害了法律的权威性。文章从劳动合同法立法目的、域外劳动合同立法借鉴、立法机关审议过程重现以及对不同观点的反驳等多个角度进行分析，有助于准确把握劳动合同法第十四条第二款第（三）项的立法原意。

【关键词】二次固定期限劳动合同 无固定期限劳动合同 续订选择权

《中华人民共和国劳动合同法》第十四条第二款规定，“用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。有下列情形之一的，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：（一）劳动者在

该用人单位连续工作满十年的；（二）用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的；（三）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。”司法实践中对于第（一）项、第（二）项情形的适用并无争议，只要劳动者符合该两项条件之一，提出订立无固定期限劳动合同的，用人单位必须订立，没有其它选择。但关于第（三）项在实践中的适用却是冰火两重天，出现截然不同的两种做法，导致司法实践面临困境，严重损害了法律的权威，笔者认为，有必要对该问题进行研究、分析，探究劳动合同法中该条款的立法原意。

一、本文提及的“选择权”的含义

本文所述的“选择权”，是指用人单位与劳动者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，劳动者提出要求订立无固定期限劳动合同时，用人单位是否可以选择订立而不订立而直接终止劳动合同，双方劳动关系消灭。如果用人单位可以在第二次固定期限劳动合同到期时选择终结双方劳动关系，即有选择权，如果用人单位必须按照劳动者的意思表示而续订无固定期限劳动合同，则无选择权。

二、司法实践中对“连续订立二次固定期限劳动合同”后用人单位选择权的适用现状

关于《劳动合同法》第十四条第二款第（三）项的理解，司法

实践中有两种意见：

第一种意见认为，劳动合同法规定无固定期限合同，引导企业和劳动者去建立无固定期限合同，本意是要鼓励劳动关系双方建立长期、稳定的劳动关系。用人单位与劳动者连续订立二次固定期限劳动合同后，且劳动者没有违法违纪以及不能胜任工作的情况，只要劳动者提出订立无固定期限劳动合同，用人单位必须无条件的与劳动者订立无固定期限劳动合同，即用人单位这时不能终止劳动合同，否则属于违法终止。比如北京司法实践就持这种观点。

第二种意见认为，该条规定在“劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同”之前需具备三个条件：（1）连续订立二次固定期限劳动合同；（2）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；（3）续订劳动合同的。《劳动合同法》第十四条第二款第（一）项、第（二）项均无“续订劳动合同的”这个条件，满足连续工作年限就必须订立，第（三）项中增加了“续订劳动合同的”这个条件，根据法条前后文意思应当是指前面两次固定期限劳动合同终止后，双方再次决定续订劳动合同的，劳动者提出要求，则应当签订无固定期限劳动合同。如果用人单位不愿意再次“续订劳动合同的”，则因为缺乏双方共同的“续订劳动合同的”意思表示，劳动合同终止，即使劳动者提出要求，也因不符合该条规定的条件而无法达到目的。另外，从法理上说，劳动合同也需基于双方合意，合同期满后，任何一方都有续订与否的选择权，法律不能强迫一方订立劳动合同，用人单位选择不续订不宜通过立法予

以剥夺。司法实践中，该观点得到很多裁判机关支持，比如，《广州市劳动争议仲裁委员会、广州市中级人民法院关于劳动争议案件研讨会会议纪要》（穗劳仲会纪〔2011〕2号）第十五条规定，连续订立二次固定期限劳动合同，且双方当事人同意续订劳动合同，劳动者提出订立无固定期限劳动合同的，应当订立无固定期限劳动合同。ⁱ显然采用的是第二种意见，需满足“双方当事人同意续订”这个前提，只要用人单位不同意续订，则无法订立无固定期限劳动合同。上海市高级人民法院关于印发《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》的通知（沪高法【2009】73号）第四条第（四）项关于用人单位与劳动者连续订立几次固定期限劳动合同以后，续订劳动合同应当订立无固定期限劳动合同的问题中，上海高院的意见为：《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。ⁱⁱ该条规定模棱两可，并未明说第三次续订时到底要不要双方共同意思表示，但在上海司法实践中，用人单位有选择权的观点仍占主流。

对同一个条款的适用，司法实践中竟然得出两种截然不同的结果，且两种结果背道而驰，一种结果对劳动者有利，一种结果对用人单位有利，我想，不管立法者的原意如何，该条款从立法技术上看肯定存在瑕疵，导致理解各异，严重损害了法律的权威性。

三、从劳动合同法的立法目的探究劳动合同法第十四条第二款第（三）项的原意

纯从劳动合同法条款本身的文义去理解，已经无法得出条文本身真实的含义，从司法实践中对该问题适用的混乱可见一斑，这时应当从立法目的去分析法条的原意，判断法律条款所追求的价值取向。

（一）劳动合同短期化是劳动合同法需解决的主要问题

劳动法自 1995 年 1 月 1 日开始施行后，劳动合同短期化现象越来越严重，用人单位从解雇成本角度考虑，大多不愿与劳动者签订长期合同，劳动合同一年一签的情况非常严重，有的用人单位甚至将劳动合同分解为一年签多次。因为按照当时的规定，短期劳动合同终止方便，且无需支付经济补偿金。实践中绝大多数的劳动合同期限基本都在 1 年以内，劳动合同短期化倾向明显，影响了劳动关系的和谐稳定。也在一定程度上影响了职工的就业稳定感和对企业的归属感，也影响了劳动者为企业长期服务的工作热情和职业规划，对企业的长期发展、社会的和谐稳定都产生了不利影响。为了更好地维护劳动者的就业稳定权，《劳动合同法》在制度设计层面对无固定期限劳动合同的订立条件做了全新的设计，目的只有一个，引导用人单位订立更长期限的劳动合同和无固定期限劳动合同。

（二）立法过程中对其它国家和地区劳动合同立法的借鉴

与我国情况截然相反的是，国外很多国家无固定期限劳动合同是劳动合同的基本形态，固定期限劳动合同的适用反而有严格的限制，很多情况下不允许订立固定期限劳动合同，且规定固定期限劳动合同在一定条件下就必须转为无固定期限劳动合同，这显然为我

国劳动合同法中关于固定期限劳动合同向无固定期限劳动合同转化的立法提供了有益的参考。

《越南社会主义共和国劳动法》(2002年4月2日国会第11届会议通过,自2003年1月1日起生效)第27条第2款规定,定期合同期满后,“倘双方不签订新劳动合同时,其原先合同视为不定期劳动合同;若双方再签订期限确认的新劳动合同时,则亦仅能再签订一次限期合同,而嗣后劳工仍继续工作者,则应改签为不定期劳动合同。”越南规定两次固定期限劳动合同期满后,只要劳动者仍继续工作(是否单方意思不明确),就需订立无固定期限劳动合同。

《台湾劳动基准法》第9条规定,“劳动契约,分为定期契约及不定期契约。临时性、短期性、季节性及特定性工作得为定期契约;有继续性工作应为不定期契约。定期契约届满后,有左列情形之一者,视为不定期契约:一、劳工继续工作而雇主不即表示反对意思者。二、虽经另订新约,惟其前后劳动契约之工作期间超过九十日,前后契约间断期间未超过三十日者。”台湾的规定显然很严格,第二次劳动合同即会视为无固定期限劳动合同。

《比利时雇佣合同法》(1978年7月3日)第10条规定,“当事人连续签订了两个或两个以上的有一定期限的合同,如果这些合同不因工人方面的理由而中断,则应把这些合同看作是一个没有一定期限的合同,除非雇主以工作的性质或其它合法理由为这些合同提供依据。”比利时规定两次固定期限劳动合同后只要不因劳动者原因而解除,就应当视为无固定期限劳动合同。

《保加利亚劳动法典》(1977 年国家报公布)第 27 条规定,“劳动合同分为:1)不定期的;2)定期 3 年以内的;3)以完成一定的工作为期限的。第 28 条规定,如果协议期限已满,或者一定的工作已经完成,企业、机关或团体在期满前 3 个月或更多日期内未提出改变意见,劳动合同则被认为是不定期的,工人或职员可以留用。”保加利亚的规定显然也非常严格,实际上等于第一次固定期限劳动合同期满前未被终止,则视为无固定期限劳动合同。

《喀麦隆劳工法典》第 30 条第(二)项规定,“如合同是规定期限的,则这种期限不应超过两年。第(三)项规定,在合同超过上述规定的两年期限,并且工作关系在合同期满后还在继续,这种规定期限的合同应转为喀麦隆国籍工人的不规定期限的合同。”喀麦隆的规定显然也是指固定期限劳动合同期满后仍在职的,应转为无固定期限劳动合同。

《埃塞俄比亚劳动文告》(1975 年 12 月 6 日)第八条第二项规定,“如工作具有连续性,根据本条第一项第(二)项订立的定期合同,应当认为是已经订立了不定期的合同。”埃塞俄比亚更为严格,只要是工作是具有连续性的,即使签订的是固定期限劳动合同也应视为是无固定期限劳动合同。

《法国劳动法典》第 122-1 规定,“定期雇佣合同,在其签订时要特别明确的规定固定的期限。如定期合同时间期满后,双方之间的合同雇佣关系还继续存在,该合同将成为一个不定期的合同。”另外,《法国劳动法典》还规定,定期雇佣合同只能展期一次,且需原

合同中有展期的规定，续订期限加上原合同期限一般不得超过 18 个月。从法国的规定看，差不多也是第一次合同到期后双方劳动关系仍继续存在的，即成为无固定期限劳动合同关系。

从以上国家的劳动立法来看，多数国家的规定是劳动合同到期后，用人单位只有一次选择权，也就是说只要第一次固定期限劳动合同到期后劳动关系仍在存续，即直接视为双方为无固定期限劳动合同关系。我国劳动合同法第十四条第二款第（三）项关于固定期限劳动合同向无固定期限劳动合同转化的规定显然不是闭门造车造出来的，而是借鉴了这些国家的立法经验，这对我们理解劳动合同法该条款的原意无疑很有帮助。

（三）连续订立二次固定期限劳动合同，应续订无固定期限劳动合同条款在立法过程中的演变

探究立法过程中立法者设置该条款的目的显然比毫无头绪的对该条款进行所谓的“法理分析”或“文义解释”来得更为直接，脱离立法原意去进行所谓的“法理”分析无疑是无源之水、无本之木。2006 年 3 月 20 日，全国人大常委会办公厅发出通知，全文公布劳动合同法草案，向社会各界广泛征求意见。公布的劳动合同法草案中关于无固定期限劳动合同的规定为第九条第三款，即“已存在劳动关系，但是用人单位与劳动者未以书面形式订立劳动合同的，除劳动者有其他意思表示外，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同，并应当及时补办订立书面劳动合同的手续。”ⁱⁱⁱ并无“连续订立二次固定期限劳动合同”后应订立无固定期限劳动合同的相

关规定。

2006年12月11日、12月19日，全国人大法律委员会两次召开会议，对劳动合同法草案进行了审议，审议过程中，“有些常委委员提出，不订立书面劳动合同就视为订立无固定期限劳动合同，这样规定无法操作，实践中也并不一定有利于劳动者。有些常委委员提出，解决不订立书面劳动合同的问题应通过制度设计，引导双方订立书面劳动合同，同时也要考虑实际情况，增加可操作性。”“有些常委委员提出，劳动合同法应重视解决劳动合同短期化的问题，有针对性地作出规定。法律委员会经同国务院法制办、劳动保障部、全国总工会研究，建议增加规定：（1）鼓励签订无固定期限劳动合同，规定有下列情形之一，劳动者提出续签劳动合同的，应当签订无固定期限劳动合同：（一）续延劳动合同时，劳动者已在该用人单位连续工作满十年以上的；（二）用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新签订劳动合同时，劳动者在该单位连续工作满十年或者距法定退休年龄十年以内的；（三）连续签订两次固定期限劳动合同后续签的。”^{iv}这就是该条款的最初来源，经对草案审议后，劳动合同法（草案二次审议稿）首次规定该内容，其中第十四条第二款规定，“用人单位与劳动者协商一致，可以签订无固定期限劳动合同。有下列情形之一，劳动者提出续签劳动合同的，应当签订无固定期限劳动合同：（三）连续签订两次固定期限劳动合同后续签的。”

2007年4月10日、4月17日，全国人大法律委员会先后召开

会议，对草案二次审议稿进行了审议。^v审议过程中，对草案二次审议稿关于无固定期限劳动合同订立条件作了一些文字修改。劳动合同法（草案三次审议稿）第十四条第二款内容修改个别文字如下：

“用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。有下列情形之一的，劳动者提出或者同意续订劳动合同的，应当订立无固定期限劳动合同：（三）连续订立两次固定期限劳动合同后续订的。”
三审稿相对于二审稿，用词更为准确，将“签订”修改为“订立”。将“劳动者提出续签劳动合同的”修改为“劳动者提出或者同意续订劳动合同的”，无疑加大了对劳动者的保护力度。

2007年6月11日，6月19日全国人大法律委员会两次召开会议，对劳动合同法（草案三次审议稿）进行了审议。针对草案三次审议稿第十四条第二款第三项的规定，“有些常委委员认为，连续订立两次固定期限劳动合同后续订劳动合同，就要签订无固定期限劳动合同，可能造成劳动关系僵化，建议再作斟酌。法律委员会经同财政经济委员会和国务院法制办、劳动保障部、全国总工会研究认为，无固定期限劳动合同只是“无确定终止时间”的劳动合同，并不是终身制的“铁饭碗”，只要出现解除劳动合同的法定情形，同样可以解除。劳动者在两次签订固定期限劳动合同期间遵纪守法，能够完成工作任务，用人单位与其订立无固定期限劳动合同是合理的。据此，法律委员会建议将这一项修改为：“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规定的情形续订劳动合同的，应当订立无固定期限劳动合同。”^{vi}这次审议，立法者的态度是“劳

动者在两次签订固定期限劳动合同期间遵纪守法，能够完成工作任务，用人单位与其订立无固定期限劳动合同是合理的”，显然不是指用人单位可以在第二次劳动合同到期时终止劳动合同。

（四）立法机关在不同场合对该条款做的解释

2007年6月29日，全国人大常委会办公厅召开劳动合同法新闻发布会，正式公布《中华人民共和国劳动合同法》，全国人大常委会法制工作委员会行政法室主任李援就该问题在新闻发布会上了解释，“连续订立两次固定期限劳动合同以后，劳动者没有本法第39条和第40条规定的情形，这两条规定的情形就是劳动者没有违规、违纪、违法的情形，没有患病、负伤，不能胜任工作的情况下，劳动者提出要续订劳动合同的时候，用人单位应当签订无固定期限劳动合同。特别是第三项在制定过程当中，我们反复征求了意见，二审以后，这个修改意见又在相当范围的社会层面征求意见，大家都对连续两次签订固定期限劳动合同，再签订就要签订无固定期限劳动合同的规定，表示不解，或者是反对的意见。后来我们想到，为了解决劳动合同短期化的问题，要作这样的规定，并且劳动者是在没有出错的情况下，是遵纪守法、努力工作的情况下，已经连续两次签订固定期限劳动合同，已经付出了劳动，在工作期间能够胜任用人单位工作的情况下，用人单位和劳动者签无固定期限劳动合同也是合理的。”^{vii}全国人大常委会委员、全国人大常委会法制工作委员会副主任信春鹰在新闻发布会提到，“至于刚才提到的如果一个劳动者怎么样来主张自己建立无固定期限劳动合同的权利，根据第14

条，如果你认为你是一个合格的劳动者，你符合这个法定的要件，你就可以和你的用人单位主张这样的权利。”以上两个发言人的发言内容意思很明确，“劳动者没有违规、违纪、违法的情形，没有患病、负伤，不能胜任工作的情况下，劳动者提出要续订劳动合同的时候，用人单位应当签订无固定期限劳动合同”，也就是说，续订的要求可由劳动者决定。

劳动合同法正式公布后，全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编写了《中华人民共和国劳动合同法释义》（法律出版社）一书，在无正式的立法解释的情况下，该书对条文的释义无疑代表立法机关的看法，具有较大参考价值。该出版物中对劳动合同法第十四条的释义中有如下内容：“在劳动合同法制定过程中，这一项规定引起了较大的争议。有一些意见认为，连续签订两次固定期限劳动合同，就要订立无固定期限劳动合同，有可能造成劳动关系的僵化，又回到铁饭碗时代。一些单位为了避免签订无固定期限劳动合同，对一些低技能、岗位专业性不强的劳动者只签一次固定期限劳动合同，反而加重了劳动合同短期化的问题。”经研究认为，“实践中存在大量劳动合同短期化，而劳动关系长期化的情形，这说明用人单位需要正常、连续的用工，否则不利于企业的发展，因此，只签一次短期的固定期限劳动合同并不符合企业的利益，本规定不会直接导致劳动者失业。”由此可见，立法者在立法时已经对用人单位终止劳动合同的选择权进行了考虑，已经预判了第一次合同到期时用人单位即可能终止劳动合同，也反向证明了该条款的真正含义是

第二次合同到期时用人单位没有选择权，否则立法过程中根本不会讨论第一次合同到期就终止合同的问题，完全可以讨论第二次合同到期怎么办的问题。关于该条款的理解，该释义进一步说明，“对遵纪守法的劳动者而言，如果其在工作期间遵纪守法，很好地完成了工作任务，就可以理直气壮地要求用人单位续约，用人单位也应该继续使用该劳动者。这个条件有利于引导劳动者遵纪守法，工作兢兢业业，也有利于用人单位留用这部分劳动者。”^{viii}从该段内容看，显然也是指劳动者具有续约的决定权，无需双方共同决定续约才可提出订立无固定期限劳动合同。

四、驳某些观点

实践中认为用人单位可在第二次固定期限劳动合同届满终止劳动合同不再续订的理由主要有三，下面逐一反驳：

第一个理由认为，劳动合同法第十四条第二款规定了三种可订立无固定期限劳动合同情形，即：“用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。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：（一）劳动者在该用人单位连续工作满十年的；（二）用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的；（三）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。”唯独第（三）项情形中多了“续订劳动合同的”

七个字，第（一）项、第（二）项中却没有这几个字，可见立法原意是必须有双方的意思表示。如果用人单位不同意续订，则不能进入续订的环节，当然不存在再订无固定期限劳动合同的问题。笔者认为，“续订劳动合同的”七个字显然是从行文逻辑上考虑连接前面“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”这句话，并无特别含义，因为已经存在了两个书面劳动合同，订立无固定期限劳动合同必然是在续订环节发生，故加上“续订劳动合同的”七个字。为什么第（一）项、第（二）项没有“续订劳动合同的”七个字，理由很简单，因为第（一）项、第（二）项中的前提条件是“劳动者在该用人单位连续工作满十年的”和“用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的”，这两个前提条件和第（三）项不同，都不一定已订书面劳动合同，比如劳动者已在用人单位连续工作10年以上，但并无书面劳动合同，在劳动合同法立法之前，这种情况很常见，如果也添加“续订劳动合同的”这个后缀显然不恰当。所以，“续订劳动合同的”这几个字的存在不是立法者刻意表达第三种情形下双方的续订“意思表示”，而是行文的逻辑需要，不要过度解读。

第二个理由是劳动合同的订立也应遵循“契约自由”原则，应基于双方合意，法律不能强制当事人订立劳动合同。所以用人单位在第二次固定劳动合同到期后，法律不能强制用人单位与劳动者订

立劳动合同，用人单位可选择终止双方劳动关系。其实驳倒这个论点很容易，简单类比一下就知道这个论点站不住脚。假设这个论点可以成立，则劳动者在用人单位连续工作满10年后也无法订立无固定期限劳动合同，道理很简单，当劳动者主张订立无固定期限劳动合同的，用人单位同样可以劳动合同的订立应基于双方合意，法律不能强制当事人订立劳动合同进行抗辩，这实质上等于架空了劳动合同法关于无固定期限劳动合同制度的全新设计，三种订立无固定期限劳动合同的情形都可能无法实现。从常理判断，这个理由肯定是错的。所以，我们不能纯以民法上的“契约自由”观点来看待劳动合同，劳动合同立法中不完全遵循“契约自由”原则的现象比比皆是，比如劳动合同的解除受到法律的限制，劳动合同的终止情形不能约定，必须法定，用工之日起超过一年未订立劳动合同的，法律直接拟制双方已订立无固定期限劳动合同等等。不能否认，劳动合同具有合同的一般特征，但基于劳动者在劳动关系中处于相对弱势的特殊性，劳动合同更有不同于民事合同的特点，即侧重对劳动者的偏重保护以及为实现偏重保护而对“契约自由”加以限制，这符合现代劳动法的立法原则，由国家强制力对“契约自由”进行适度干预，其它国家的劳动立法亦有这种做法。

第三个理由是如果用人单位在第二次固定期限劳动合同到期无选择权，则会导致用人单位选择在第一次固定期限劳动合同到期时终止劳动合同，反而会让劳动者提前失业，不利于建立长期稳定的劳动关系。笔者认为，这个理由的提出前提是将劳动者假定为“不

干活的家伙”，将用人单位假定为想随时终止用工的“无良资本家”，这观点带有明显的偏见。其实这个问题立法者在立法过程中已经有预判，立法者认为从企业的发展角度看，用人单位实际上是需要正常、连续的用工的，从实践中出现的劳动合同短期化，而劳动关系长期化也可以看出只签一次短期的固定期限劳动合同并不符合企业的利益，因此企业从长远利益考虑，不会因为需订立无固定期限劳动合同而选择终止劳动合同，这实际上用工成本更高，既有终止合同的成本，还有招收新人的培训成本，以及机会成本等等。故从另一个角度看，劳动合同法作出这样的规定反而会促使用用人单位在订立第一次固定期限劳动合同时选择较长期限，达到劳动合同法所追求的建立更长期的、稳定的劳动关系的目的。

综上所述，笔者从立法目的、域外劳动合同立法借鉴、立法机关的审议过程以及笔者对不同观点的反驳等多个角度分析得出结论，用人单位与劳动者连续订立两次固定期限劳动合同后，如劳动者提出需续订无固定期限劳动合同，用人单位没有选择权，必须订立。另外，从劳动法立法的价值取向看，立法的目的是为了更好的保护劳动者权利，当一个法律条文同时存在对劳动者有利和对用人单位有利两种不同理解时，不可能采纳对用人单位有利的解释，而应当以有利于劳动者的理解为准，否则将违背立法的初衷。笔者也看到，有的地方立法已对劳动合同法该争议条款进行明确，如广东省实施《中华人民共和国劳动合同法》若干规定（送审稿）第六条规定，用人单位与劳动者已连续订立二次固定期限劳动合同，第

二次固定期限劳动合同期满后，劳动者没有《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条和第四十条第一项、第二项规定情形且提出订立无固定期限劳动合同的，用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同。（文：李迎春，深圳律师协会劳动社会保障法律业务委员会主任）

ⁱ 《广州市劳动争议仲裁委员会、广州市中级人民法院关于劳动争议案件研讨会会议纪要》（穗劳仲会纪〔2011〕2号）第15条

ⁱⁱ 上海市高级人民法院关于印发《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》的通知（沪高法【2009】73号）第4条

ⁱⁱⁱ 《中华人民共和国劳动合同法（草案）》，中国人大网

http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/flca/2006-03/20/content_347910.htm

^{iv} 全国人民代表大会法律委员会关于《中华人民共和国劳动合同法（草案）》修改情况的汇报——2006年12月24日在第十届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议上全国人大法律委员会副主任委员 胡光宝，中国人大网 http://www.npc.gov.cn/npc/zt/2007-08/14/content_374711.htm

^v 全国人民代表大会法律委员会关于《中华人民共和国劳动合同法（草案二次审议稿）》修改情况的汇报——2007年4月24日在第十届全国人民代表大会常务委员会第二十七次会议上全国人大法律委员会副主任委员 胡光宝，中国人大网 http://www.npc.gov.cn/npc/zt/2007-08/14/content_374710.htm

^{vi} 全国人民代表大会法律委员会关于《中华人民共和国劳动合同法（草案三次审议稿）》审议结果的报告——2007年6月24日在第十届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议上全国人大法律委员会副主任委员 胡光宝，中国人大网 http://www.npc.gov.cn/npc/zt/2007-08/14/content_374709.htm

^{vii} 劳动合同法新闻发布会，中国人大网

<http://www.npc.gov.cn/npc/oldarchives/xwzb/xwzb/index.jsp@lmid=ch&pdmc=ch&dm=ch13.htm>

^{viii} 《中华人民共和国劳动合同法释义》（全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编写，法律出版社）第46-47页