

保华月刊

Baohua Monthly

2020年8月刊
Aug. 2020
第43期
NO. 43

- 案例调研：二次固定期限劳动合同之后续订的固定期限劳动合同能否到期终止？
- 《关于做好涉新冠肺炎疫情劳动争议调解和案件审理工作的指导意见》



总编：董保华
责编：董润青、杨杰
编辑：于海红



保華律師事務所

2 **劳动法新闻资讯**

Labor Law News

劳动新规详解

Close Look at New Labor Regulations

12 新法规：《关于做好涉新冠肺炎疫情劳动争议调解和案件审理工作的指导意见》

New Regulation: *Guiding Opinions on Implementing Labor Dispute Mediation and Case Trial Related to COVID-19*

热点追踪

Hot Issues

22 案例调研：二次固定期限劳动合同之后续订的固定期限劳动合同能否到期终止？

Case Study: Whether the employer has the right to terminate the third fixed-term labour contract due to the expiry of the contract?

老董杂谈

Professor Dong By-Talk

30 再析不定期劳动合同

Reanalysis of open-ended employment contract

新闻总结



一、 证监会发布《非上市公司监管指引第 6 号——股权激励和员工持股计划的监管要求（试行）》

来源：证监会

摘要：近日，证监会发布了《非上市公司监管指引第 6 号——股权激励和员工持股计划的监管要求（试行）》（以下简称《指引》），自发布之日起施行。

Abstract: Recently, the CSRC issued the *Regulatory Guidelines for Unlisted Public Companies No.6-Regulatory Requirements for Equity Incentives and Employee Stock Ownership Plans (Trial)* (hereinafter referred to as the *Guidelines*), which will be implemented as of the date of publication.

为深化新三板改革，支持鼓励民营经济、中小企业创新发展，规范挂牌公司实施股权激励和员工持股计划，进一步发挥新三板市场服务实体经济的功能，证监会发布了《非上市公司监管指引第 6 号——股权激励和员工持股计划的监管要求（试行）》（以下简称《监管指引》），自发布之日起施行。

《监管指引》坚持市场化、法治化原则，扩大公司自主决策空间，丰富员工持股计划形式，强化市场约束机制，发挥主办券商督导作用，明确了适应新三板市场实践和挂牌公司特点的股权激励和员工持股计划监管规则。

《监管指引》分三个部分：第一部分规定了股权激励的对象、激励方式、定价方式、股票来源、条件、必备内容和各方权利义务安排，对绩效考核指标、分期行权、信息披露以及实施程序等进行规定。其中，股权激励的方式主要是限制性股票和股票期权，股票来源主要为发行新股、回购股票和股东赠与。第二部分规定了员工持股计划的资金和股票来源、持股形式、管理方式和信息披露要求。其中按管理方式分为委托管理型和自我管理型两类，委托管理型应备案为金融产品且持股 12 个月以上，自我管理型需“闭环运行”至少 36 个月，两类员工持股计划在参与发行时均视为一名股东，无需穿透或还原。第三部分附则主要规定禁止利用股权激励和员工持股计划进行内幕交易等违法违规活动。

政策适用方面，《监管指引》发布施行时，新三板挂牌公司已经发布股权激励和员工持股计划草案，但未经股东大会审议通过的，应当按照《监管指引》的各项要求对照调整；已经股东大会审议通过的，可继续执行。

二、 国家医保局公布 2020 年国家医保药品目录调整工作方案及申报指南

来源：澎湃新闻

摘要：近日，国家医保局公布《2020 年国家医保药品目录调整工作方案》和《2020 年国家医保药品目录调整申报指南》，明确与新冠肺炎相关的呼吸系统疾病治疗用药、国家基本药物等 7 种情形的目录外药品，可纳入 2020 年药品目录拟新增药品范围，这标志着新冠肺炎相关治疗用药拟纳入医保。调整后的新版药品目录将于年底公布，最快年底施行。

Abstract: Recently, The National Healthcare Security Administration of The People's Republic of China published the *Work Plan for Adjustment of National Medical Insurance Drug List in 2020 and Declaration Guidelines for Adjustment of National Medical Insurance Drug List in 2020*, which clarifies that drugs beyond the catalogue in seven situations, including the therapeutic drugs for respiratory diseases related to COVID-19 and national essential drugs, can be included in the scope of new drugs in the 2020 drug catalogue. This indicates that the drugs related to

COVID-19 will be included in the medical insurance. The adjusted new drug list will be announced at the end of the year and will be implemented as soon as the end of the year

根据上述方案，对于医保目录外药品，拟新增的七类药品包括：

1. 与新冠肺炎相关的呼吸系统疾病治疗用药。
2. 纳入《国家基本药物目录（2018年版）》的药品。
3. 纳入临床急需境外新药名单、鼓励仿制药品目录或鼓励研发申报儿童药品清单，且于2020年8月17日（含，下同）前经国家药监部门批准上市的药品。
4. 第二批国家组织药品集中采购中选药品。
5. 2015年1月1日至2020年8月17日期间，经国家药监部门批准上市的新通用名药品。
6. 2015年1月1日至2020年8月17日期间，根据临床试验结果向国家药监部门补充申请并获得批准，适应症、功能主治等发生重大变化的药品。
7. 2019年12月31日前，进入5个（含）以上省级最新版基本医保药品目录的药品。其中，主要活性成分被列入《第一批国家重点监控合理用药药品目录（化药及生物制品）》的除外。

符合条件的药品目录外西药和中成药，一律由企业按程序提出申请，经审核通过后纳入拟新增范围。独家药品的认定，以2020年8月17日为准。而已在目录内的药品，将有两类被调出，分别是：

1. 被国家药监部门撤销、吊销或者注销药品批准证明文件的药品。
2. 综合考虑临床价值、不良反应、药物经济性等因素，经评估认为风险大于收益的药品。

此外，与同治疗领域的其他药品相比，价格/费用明显偏高，且近年来占用基金量较多的药品，以及其他两类情形药品将调整支付标准。

三、 劳动力市场活跃度回升

来源：人民日报

摘要：二季度，用人单位招聘各类人员约441.2万人，环比减少79.5万人；进入市场的求职者约333.7万人，环比增加9.1万人，市场需求略大于供给。随着复工复产的持续推进，劳动力市场供求压力有所缓解。日前，人社部发布《第二季度部分城市公共就业服务机构市场供求状况分析》（以下简称《分析》），揭示了部分趋势。

Abstract: In the second quarter, employers recruited about 4.412 million people of various types, a decrease of 795,000 quarter on quarter. About 3.337 million job seekers entered the job market, an increase of 91,000 quarter on quarter, and the market demand was slightly greater than the supply. With the continuous advancement of resumption of work and production, the pressure of supply and demand in the labor market has been alleviated. A few days ago, the Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China released the *Analysis of Market Supply and Demand of Public Employment Service Institutions in Some Cities in the Second Quarter* (hereinafter referred to as *Analysis*), which revealed some trends

小企业招聘需求回升明显

二季度，83个城市公共就业服务机构市场供求信息显示，与上季度相比，

需求人数下降 15.6%，求职人数增长 2.9%。

中国就业研究所研究员丁大建表示，需求端的下降主要是受全球疫情冲击，世界经济衰退，外贸型企业面临较大压力，减少了岗位释放。供给端的变动是因为受疫情防控影响，一季度求职人员数量较少，进入二季度，我国疫情防控取得阶段性成果，求职人数回升。“需求端供给端一降一升，市场供求压力得到缓解，求人倍率较大幅度回落。”

奥飞玩具业务负责人蔡金顺对此深有体会，“一边是订单急着交付，一边是招不到人，复工复产后面临的最大挑战就是缺人”。他坦言，一季度企业主要精力都用在招聘上，进入二季度，员工队伍则保持基本稳定。

虽然劳动力市场求人倍率较大幅度回落，但市场需求总体略大于供给。得益于我国经济发展稳中有进的态势，2017 年四季度以来，我国劳动力市场求人倍率连续保持在 1.2 以上，并呈现总体上升趋势。

城市公共就业服务机构代表的是线下招聘的情况，那么在线上，劳动力市场供求情况如何？

中国人民大学、智联招聘联合发布的《2020 年第二季度中国就业市场景气报告》显示，相比一季度，二季度招聘需求人数和求职申请人数分别增加 34.74% 和 42.55%。“受疫情防控影响，高校毕业生求职时间延长且更加依赖线上求职渠道，带来了二季度求职申请人数的持续上升。”智联招聘执行副总裁李强说。

不同的是，线上市场的岗位需求走出一条“上扬”曲线。“数据显示，随着稳就业举措全面落地，4—6 月招聘需求人数逐渐上升，市场需求回暖，带动就业局势逐步回稳。”李强说，特别是小型企业展现出强大韧性，二季度劳动力需求回升迹象明显，招聘需求人数环比上涨超 45%。

分区域看，中、西部地区市场用人需求缺口较大。与去年同期相比，西部地区市场用人需求增加了 5.6 万人，增长了 5.4%，展现出较好的发展势头。

营销、餐饮服务、快递等行业用人需求较大

《分析》显示：企业用人需求主要集中在制造业、批发和零售业、居民服务和其他服务业、住宿和餐饮业、信息传输计算机服务和软件业、交通运输仓储和邮政业等行业。十大城市岗位需求和求职排行榜显示，营销人员、包装工、餐饮服务人员、快递员等职业的用人需求较大。

与上季度相比，生活性行业中，卫生社会保障和社会福利业需求上涨 184.9%，交通运输仓储和邮政业上涨 8.7%，教育行业上涨 7.4%。

近年来，我国第三产业就业人员占比连续上升，截至 2019 年底占比达 47.4%，是我国吸纳就业的主力军。随着复工复产、复商复市稳步推进，服务业岗位需求回升，“主力军”作用再显。

其中，交通运输仓储和邮政业招聘需求上涨最为明显。快递员连续两个季度成为最短缺职业第二名，在重庆、西安、郑州，快递员求人倍率高达 10：1，缺口较大。

“疫情防控期间，不少领域创新了线上服务模式，前期蓄积的大量消费需求正渐次在线上释放，增强快递业发展的动能，带动相关岗位需求持续上涨。”国家邮政局发展研究中心副研究员王岳含说。

在线上招聘市场，娱乐、体育、休闲行业招聘需求人数大幅增长。

“受直播、主播等线上活动带动，本季度娱乐、体育、休闲行业招聘需求人数环比增加 117.82%，远大于求职申请人数增幅，景气指数上升明显。”李强说。

特别是对高校毕业生而言，这些行业或将成为不错选择。数据显示，二季度娱乐、体育、休闲行业对应届生招聘需求同比增加 349%，环比上涨 300%。

新基建信息基础设施产业的核心技术人才也供不应求。李强介绍，根据计量模型预测，到今年底，信息基础设施产业核心技术人才的缺口将达到 417 万人。

专业技术人员、高级技能人员很抢手

《分析》中，一组数据特别亮眼——技术员求人倍率为 2.18，工程师求人倍率为 2.17，高级工程师为 2.12，高级技能人员为 2.1。

“求人倍率超过 2，意味着对这类人才而言，不再是岗位选人，而是人挑岗位。”丁大建说。专业技术人员、高级技能人员依旧是劳动力市场上的香饽饽。

“打‘飞的’去上班喽！”7月7日，来自衡阳技师学院的17名毕业生在长沙黄花机场围成一圈，竖起大拇指拍照留念。他们即将飞往福州，到福耀玻璃实习。“没想到一毕业就能到大公司顶岗实习，待遇很不错。”机电专业学生刘庆昱自信满满。

面对复杂严峻的高校毕业生就业形势，衡阳技师学院截至6月底的毕业生总体就业率与往年基本持平。“企业有需求，也认可我们的教学。”学院就业处负责人张诚介绍，仅福耀集团就招收了143名实习生。

一技在手，工作不愁。数据显示，41.4%的市场用人需求对技术等级或职称有明确要求，其中，对技术等级有要求的占26.4%，对专业技术职务有要求的占14.7%。

为进一步扩大和稳定青年就业，近日人社部、财政部、共青团中央部署实施百万青年技能培训行动，在2021年底前将面向各类青年群体开展职业技能培训200万以上人次。鼓励企业组织新招用高校毕业生或在职青年职工等参加1年以上的企业新型学徒制培训。

人社部还推出职业技能电子培训券。劳动者可通过电子社保卡领取电子培训券并扫码使用。持有电子培训券的劳动者在参加培训时，不必再垫付资金，省去了事后报销等环节。

四、 澳大利亚恐迎第二波失业潮

来源：中国新闻网

摘要：近日，据澳洲网报道，由于疫情再度暴发，且联邦政府缩减了留职补贴，澳大利亚或遭受第二波失业潮的困扰。新数据显示，澳大利亚未来8个月内或将有超过64万人被解雇。咨询公司麦肯锡称，随着澳大利亚即将到来的第二轮失业潮，从现在至2021年3月之间，零售业及建筑业将约有33万人失业，最少也可能出现27万人失业。这意味着疫情对经济的影响可能会持续十年。

Abstract: Recently, According to Australian news reports, Australia may suffer from the second wave of unemployment due to the re-outbreak of the epidemic and the reduction of the retention subsidy by the Australian Federal Government. New data shows that more than 640,000 people will be laid off in Australia in the next eight months. According to McKinsey, a consulting firm, with the coming second wave of unemployment in Australia, between now and March 2021, about 330,000 people will lose their jobs in the retail and construction industries, and at least 270,000 people may lose their jobs. This means that the impact of the epidemic on the economy may last for the whole decade.

另据麦肯锡公司的数据显示，迄今为止，零售业已经因疫情而失去了 4.2 万个工作岗位，并且可能还会再失去 21.5 万个工作岗位。悉尼的主要百货商店仍未重新开放部分店铺，而且由于疫情，他们面临着销售量的大幅下降。

澳大利亚的留职补贴原定于今年 9 月 27 日到期，但现在已经被延长至 2021 年 3 月 28 日。根据新政的规定，补贴金额已从每两周 1500 澳元降低到 9 月 20 日起的 1200 澳元，并将从 2021 年 1 月 4 日起降低到 1000 澳元。澳大利亚财政部长科曼表示，留职补贴的金额将来可能会再次改变。

此外，封闭的边境、不断加深的经济衰退和强制隔离措施，正在摧毁着澳大利亚的旅游业。澳大利亚旅游业目前已经流失了 2 万多个工作岗位，而且损失将来只会更严重。

据估计，因航班、酒店、旅游和租车等预订服务的取消，澳大利亚旅游业已经损失了大约 100 亿澳元。退款的问题大约需要一年的时间才能全部解决。

澳大利亚旅行社联合会首席执行官鲁德说：“在新冠肺炎疫情之前，全国范围内共有近 3000 家旅行社，雇用了 4 万名澳大利亚人。而澳大利亚旅行社联合会最近的一项会员调查显示，98%的会员旅行社收入因疫情下降了 90%，甚至更多。”澳大利亚旅行社联合会正与政府合作，希望尽快放宽限制。

五、 京津冀实行职称资格互认

来源：人民日报

摘要：近日，《北京市职称评审管理暂行办法》（以下简称《办法》）开始实施。《办法》规定，实行京津冀职称资格互认，津冀两地的职称证书在北京市职称晋升、岗位聘用、人才引进、培养选拔、服务保障等领域与北京颁发的证书具有同等效力。

Abstract: Recently, the *Interim Measures for the Administration of Professional Title Evaluation in Beijing* (hereinafter referred to as the *Measures*) has been implemented. The *Measures* stipulates that implements the mutual recognition of the professional title qualifications among Beijing, Tianjin and Hebei, and the professional title certificates issued by Tianjin and Hebei have the same effect as the certificates issued by Beijing in the professional title promotion, post employment, talent introduction, training selection and service guarantee.

据介绍，凡是与北京市国有企业事业单位、非公有制经济组织、社会组织等建立人事劳动关系的专业技术人才，包括港澳台地区人才、持有外国人来华工作许可证的外籍人才，以及在北京工作 1 年以上的自由职业专业技术人才，不看国籍、户籍、地域、档案等关系，均可申报北京职称评审。

为简化职称认定程序，减少人才重复评价，降低就业创业成本，北京规定对于外省调入、系列转换、职业资格对应范围内的专业技术人才，用人单位可按照岗位要求择优聘任。个人申报高一级职称的可持原职称证书直接申报。

此外，北京还将搭建便利化服务平台，完善全市职称评审系统，减少纸质材料，缩短办理时限，推进职称申报全程网上办理；开放职称信息网上查验服务，实行电子职称证书。

六、 《江西省企业工会工作条例》10 月 1 日起施行

来源：法治日报

摘要：近日，江西省人大法制委、省人大社会委、常委会法工委、省总工会

联合召开贯彻实施《江西省企业工会工作条例》(以下简称《条例》)新闻发布会。
《条例》经江西省十三届人大常委会第二十一次会议审议通过,将于10月1日起施行。

Abstract: Recently, the Jiangxi Province People's Congress legislative affairs Committee, the Jiangxi Province People's Congress Society Committee, the Jiangxi Standing Committee Lawyer' Committees and the Provincial Federation of Trade Unions jointly held a press conference to implement the *Regulations on the Work of Enterprise Trade Unions in Jiangxi Province* (hereinafter referred to as the *Regulations*). The *Regulations* were reviewed and approved at the 21st meeting of the Standing Committee of the 13th Jiangxi Provincial People's Congress and will be implemented on October 1st.

江西省人大常委会副主任、省总工会主席龚建华介绍说,《条例》注重从制度上解决企业工会工作中带有根本性、全局性、长期性的问题,是江西工运事业发展进程中的又一部重要法规,为推动构建和谐劳动关系提供了有力法治保障。

《条例》包括总则、企业工会组织、企业工会职责、企业工会经费和财产、法律责任、附则等六章,共48条。《条例》对企业建会时间提出了明确要求,规定“企业应当自开办或者设立之日起一年内依法建立工会组织”。针对非公有制企业“建会难”、非公有制企业职工缺乏自我保护意识的问题,《条例》明确规定可以由上级工会督促指导组建工会,同时规定企业应当予以支持和协助。

现实中,企业工会主席配备级别过低,在维护职工权益时出现缺少话语权、维权难的问题。对此,《条例》明确规定企业工会主席的配备,即“国有、集体及其控股企业工会主席按企业党政同级副职条件配备,专职工会副主席按不低于企业中层正职配备。其他企业工会主席享受企业行政副职待遇”,并明确了由同级党组织负责人担任工会主席的,应当配备专职工会副主席。作此规定,有利于保障企业工会主席和副主席更好地履行职责。

对无固定用人单位的货运司机、网约车司机、快递员、网约送餐员、护工护理员、家政服务员、商场信息员、房产中介员、保安员、创客等灵活就业人员加入工会较为困难的问题,《条例》规定了灵活就业人员“可以申请加入工作时间较长或者具有挂靠关系的所在企业的工会,也可以就近申请加入区域或者行业联合工会”。

对劳务派遣工入会困难的问题,《条例》既明确规定劳务派遣企业组建工会并吸纳劳务派遣工加入的义务,又规定“经劳务派遣企业与用工企业协商一致,劳务派遣工也可以加入所在用工企业的工会”。对现实中企业职工个人申请工伤认定存在一定困难的情形,《条例》规定了企业工会应当协助办理义务。这些规定有利于发挥企业工会贴近职工、切实维护职工劳动权益的作用。

七、江苏法院建立类案强制检索报告制度

来源: 人民网

摘要: 近日,江苏省高级人民法院发布《江苏省高级人民法院关于建立类案强制检索报告制度的规定(试行)》(以下简称《规定》)。今后,江苏省各级法院法官在案件审理过程中,可以通过在线检索、查阅相关资料等方式,发现与待决案件在案件基本事实和法律适用方面相类似的案例,为待决案件裁判提供参考。

Abstract: Recently, Jiangsu Higher People's Court issued the *Provisions of*

Jiangsu Higher People's Court on Establishing Compulsory Retrieval Report System for Similar Cases (Trial) (hereinafter referred to as *Provisions*). From now on, in the process of trial, the judges of courts at all levels in Jiangsu Province can find cases similar to pending cases in terms of basic facts and application of laws through online query and access to relevant database, so as to provide reference for the judgment of pending cases.

类案检索，是指法官通过在线检索、查阅相关资料等方式发现与待决案件在案件基本事实和法律适用方面相类似的案例，为待决案件裁判提供参考。根据规定，正在审理的案件有下列情形之一的，应当进行类案检索：

- (1) 法律规则适用不明的案件；
- (2) 新类型案件；
- (3) 合议庭对于法律适用问题存在重大分歧的案件；
- (4) 拟作出的裁判与本院或者上级法院的类案裁判可能发生冲突的案件；
- (5) 案件当事人及其辩护人、诉讼代理人或者公诉机关提交类案生效裁判支持其主张的案件；
- (6) 院庭长依照审判监督管理权限，要求进行类案检索的案件。

根据规定，案件承办法官可以指派法官助理或者自行进行类案检索，承办法官对检索结果的分析应用负责。类案检索范围包括最高人民法院发布的指导性案例，《最高人民法院公报》刊登的案例、裁判文书，最高人民法院及其相关业务部门发布的典型案例、作出的生效裁判，《江苏省高级人民法院公报》刊登的参阅案例、长三角四地高级人民法院联合发布的典型案例，以及上级法院及本院作出的其他生效裁判。此外，在应当进行类案检索的情形和范围以外，鼓励法官根据办案需要扩大检索范围。

对于检索出的类案，最高人民法院发布的指导性案例，应当参照适用；按照第4条规定顺位检索到的其他案例和生效裁判，可以参照适用。类案检索情况应当形成报告。报告可以是表格式，可以作为审理报告的一项内容，也可以是单独的检索报告。经过类案检索的案件，承办法官向合议庭、专业法官会议、审判委员会汇报时，应当全面汇报检索结果和分析应用情况。类案检索报告，应当作为案卷内容归档。合议庭、独任法官拟作出的裁判结果与经检索发现的类案裁判一致的，可以径行作出裁判，但依照有关规定应当提交专业法官会议、审判委员会讨论的除外。

全省各级法院应当将类案强制检索报告制度落实情况纳入案件质量评查和法官审判绩效考核，省法院将加强类案检索技术的研发，探索建立统一的检索案例库，开发便捷的检索工具。

八、上海著名外企工会联合会发布三大报告

来源：人民网

摘要：近日，在市总工会的指导和推动下，上海著名外企工会联合会正式成立，同时对外发布了《2020年上海著名外企社会责任发展报告》《2020年疫情防控期外企复工管理与劳动关系调研报告》《2020年上海著名外资企业薪酬趋势报告》。三大报告的发布，旨在进一步推动著名外企在承担社会责任和创建和谐劳动关系方面的作用，助力上海营商环境持续优化。

Abstract: Recently, under the guidance and promotion of Shanghai Federation of Trade Unions, the Shanghai Federation of Trade Unions of Famous Foreign

Enterprises was formally established. At the same time, it released the *Report on Social Responsibility Development of Famous Foreign Enterprises in Shanghai in 2020*, *Investigation Report on Resumption Management and Labor Relations of Foreign Enterprises during Epidemic Prevention and Control in 2020*, and the *Report on Salary Trend of Famous Foreign-funded Enterprises in Shanghai in 2020*. The release of the three major reports aims to further promote the role of famous foreign companies in undertaking social responsibilities and creating harmonious labor relations, and help Shanghai's business environment to be continuously optimized.

报告一：超九成企业将社会责任建设常态化

《2020年上海著名外企社会责任发展报告》解读

《2020年上海著名外企社会责任发展报告》显示，在沪著名外企既是上海高质量发展的领跑者，也是社会价值的重要缔造者。回顾改革开放以来上海的发展历程，在沪著名外企履行社会责任，积极参与解决可持续发展问题，不断探索履行社会责任内涵，有力促进营商环境持续优化、改革开放持续深化、创新赋能持续强化，对上海城市发展起到积极的促进作用，已成为履行社会责任的先行者。

报告指出，在沪著名外企将履责与企业战略、行业发展和城市发展紧密联系起来，形成系统化的履责体系：一是履责目标与企业战略相互契合。超过九成的企业将社会责任建设作为常态化工作推进，积极披露企业社会责任履行情况。二是履责绩效与行业发展密切联系，把社会责任的履行情况作为上下游产业和合作伙伴的考虑因素，促进产业链、行业间社会责任的协同发展。三是履责模式与城市发展同频共振，构建起企业与社会、企业与企业、企业与个人之间良性互动的纽带。

社会责任的履行是一项长期任务，报告对外企履行社会责任提出了三点建议：一是进一步打造外企经济社会效益同向同行的生态圈。发挥引领示范作用，加强规范化建设，建立行业标准，提升行业、产业社会责任的整体履责水平。二是进一步打造国际国内通用语言互融互汇的文化圈。抓住社会责任这一“国际通用商业语言”，鼓励外企主动向利益相关方呈现全球理念在上海落地的实践。三是进一步打造社会责任履责模式高质高效的发展圈。把握技术驱动力，在技术研发和商业模式创新中要充分考虑利益相关方的影响，开创社会责任问题的新思路、新方法；把握员工驱动力，鼓励员工成为企业社会责任的履约共同体；把握创新驱动动力，不断拓宽社会责任关注和披露的广度和深度。

报告二：疫情催生新型用工模式发展

《2020年疫情防控期外企复工管理与劳动关系调研报告》解读

2020年上半年，突如其来的新冠疫情席卷全球，疫情的蔓延对经济运行体系造成了冲击，并迅速传递到实体经济，外企作为连接中国经济与世界经济的重要桥梁，在本次疫情中受到国内外疫情的双重影响。《2020年疫情防控期外企复工管理与劳动关系调研报告》调研了12个行业的外企后指出，在市委市政府推出的各项纾困政策帮助下，在沪外企坚定信心，落实举措，疫情下的劳动关系持续保持和谐稳定，呈现以下特点：

一是市场信心依旧，用工规模稳定。疫情发生后，上海市各级政府出台的各类扶持政策起到积极作用，使在沪外企对未来持续抱有坚定信心。超过七成的企业表示没有批量精简人员的计划，仅有三成企业拟采用“只出不进”的方式实现人力资本优化和成本控制。

二是短期热点聚焦，劳动关系平稳。在沪外企劳动关系保持持续平稳，受访企业普遍表示疫情未造成劳动争议显著增加。疫情下，企业和员工比较关注的是诸如延迟复工的假期政策等方面的政策解读和操作指引等具体议题。考虑到劳动争议发生存在滞后性，未来劳动报酬支付、企业原因解除纠纷和低绩效员工解除纠纷可能会成为争议的增长点，建议劳动关系各方持续关注。

三是疫情催生创新，用工日趋灵活。疫情催生了新型用工模式的发展，除了劳务外包、非全日制用工、劳务派遣等传统的方式外，平台用工模式和共享用工模式也崭露头角，新型用工模式凭借灵活性和适应性，有助于实现劳动力市场的动态平衡。

报告同时向企业、员工和政府提出倡议和建议：一是企业方面，主动变革以迎接挑战，经营上勇于创新，员工管理上也可尝试新模式新方法。二是员工方面，通过工会等渠道强化与企业的协商沟通机制，在彼此理解的基础上，与企业共渡难关。三是政府方面，出台法规对新型灵活用工模式进行规范管理，在疫情期间进一步延展、拓宽对企业的扶持，从而给予企业更多实惠与帮助。

报告三：在沪外企薪酬市场总体稳定

《2020年上海著名外资企业薪酬趋势报告》解读

2020年上半年，受国内及全球疫情影响，上海市外资企业受到不同程度的影响，企业经营压力加大，薪酬涨幅放缓，如何有效激活组织，精准激励，提升组织与人才运营效率，是企业主要面临的管理挑战。工会联合会成立之际，《2020年上海著名外资企业薪酬趋势报告》显示，在沪外企薪酬市场保持总体稳定并呈现了新的发展趋势，大多数上海外企对2020年后持续经营恢复持乐观态度。

报告显示，除少部分受疫情冲击较大的行业以外，绝大多数企业通过采取控本提效、调整运营策略和业务布局、利用优惠政策等举措把疫情不利影响降到最低。从2020年企业的调薪计划来看，超过五成的企业表示2020年加薪计划未受疫情影响，平均薪酬增长率有所放缓。

在制定调薪方案时，企业更注重对绩优核心人才倾斜的趋势。据统计，2020年绩优核心人才的调薪率为8.5%，是其他员工涨薪率的2倍，新兴技术、医药研发、新能源新材料与数字化等各行业热门紧缺人才涨幅高于市场平均水平。除现金激励外，企业还通过精神激励、人才发展、创新型组织与激励模式等多元化方式，多管齐下提升人才激励效果。

对此，报告建议，应对疫情下的企业管理挑战，外企工会更应该充分发挥桥梁和纽带作用，通过参与工资集体协商，帮助企业完善和优化薪酬体系管理制度、绩效评价与激励办法，助力企业提升薪酬保障与人才激励效果。

法规名称：《关于做好涉新冠肺炎疫情劳动争议调解和案件审理工作的指导意见》

Regulation: Guiding Opinions on Implementing Labor Dispute Mediation and Case Trial Related to COVID-19

发布：江苏省高级人民法院、江苏省人力资源和社会保障厅、江苏省司法厅

Published by: Jiangsu Higher People's Court, Jiangsu Provincial Bureau of Human Resources and Social Security and Jiangsu Provincial Department of Justice

公布日期：2020年7月27日

Published on: July 27, 2020

施行日期：2020年7月31日

Implemented on: July 31, 2020

概要：江苏省高级人民法院联合省人力资源和社会保障厅、省司法厅近日发布《关于做好涉新冠肺炎疫情劳动争议调解和案件审理工作的指导意见》（以下简称《指导意见》，及时回应涉疫劳动争议的热点、难点问题，引导树立同舟共济、共克时艰、共谋发展的意识。

Abstract: Jiangsu Higher People's Court, in conjunction with Jiangsu Provincial Bureau of Human Resources and Social Security and Jiangsu Provincial Department of Justice, recently issued the Guiding Opinions on Implementing Labor Dispute Mediation and Case Trial Related to COVID-19 (hereinafter referred to as the Guiding Opinions), it timely responded to the hot and difficult issues of labor disputes during the epidemic, and guided the establishment of the awareness of helping each other, overcoming difficulties and seeking common development.

要点:

Highlights:

一、 工资待遇支付方面

Salary payment

1、 春节假期延长期间（即 2020 年 1 月 31 日至 2 月 2 日）的工资:

Salary during the extended period of the Spring Festival holiday (from January 31 to February 2, 2020):

（1）期间如劳动者因疫情防控未能休假，用人单位又未能在六个月内安排劳动者补休的，劳动者有权要求按本人工资的二倍支付加班工资。

During the period, if the employee fails to take vacation due to epidemic prevention and control, and the employer fails to arrange for the employee to take compensatory vacation within six months, the employee has the right to request to pay overtime pay twice his/her salary.

（2）用人单位在该期间未安排劳动者工作，按原工资计发方式处理。

Any employer who fails to arrange employees to work during this period shall be treated according to the calculation and payment method of the original salary.

详见《指导意见》第 7 条。

See Article 7 of the *Guiding Opinions* for details.

2、 用人单位因疫情防控迟延复工或者虽复工但劳动者因疫情防控未能返岗期间期间的工资:

Salary during the period when the employer delays returning to work due to epidemic prevention and control, or when the employer has returned to work but the employee fails to return to work due to epidemic prevention and control:

（1）劳动者用完各类休假后仍不能复工的，用人单位可以参照停工、停产期间工资支付的相关规定支付相应工资。

Where an employee cannot return to work after all kinds of vacations have been used up, the employer may pay corresponding salary with reference to the relevant regulations on salary payment during shutdown and production suspension.

（2）在一个工资支付周期内的，按照劳动合同约定的标准支付工资，一般支付

基本工资、岗位工资等固定构成部分，可以不支付与实际出勤相关的交通补贴、伙食补贴等款项，但不得低于当地最低工资标准；超过一个工资支付周期的，按照不低于当地最低工资标准的 80% 支付劳动者生活费。

If salary is paid in accordance with the agreed standards in the labor contract within a salary payment cycle, fixed package such as basic salary and post salary are generally required to be paid, and transportation subsidies and meal subsidies related to actual attendance may not be paid, but shall not be lower than the local minimum wage standard. Where a salary payment cycle has been exceeded, the employee's living expenses shall be paid at a rate not lower than 80% of the local minimum salary.

(3) 停工停产期间计算从 2020 年 2 月 3 日起至用人单位复工或劳动者返岗前一日止。

The calculation of the shutdown period is from February 3, 2020 to the day before the employer returns to work or the employee returns to work.

详见《指导意见》第 8 条。

See Article 8 of the *Guiding Opinions* for details.

3、灵活提供劳动的工资：

Flexible salary for providing labor:

(1) 用人单位安排劳动者通过灵活办公方式提供正常劳动的，对该期间的工资支付双方未约定的，用人单位需按正常劳动支付其工资。

If the employer arranges employees to provide normal labor through flexible office work, the employer shall pay their salaries according to normal labor if both parties have not agreed on the payment of salaries during this period.

(2) 劳动者在休息日工作又未能在六个月内补休，可要求用人单位按照本人工资的二倍支付劳动报酬。

Any employee who works on a rest day and fails to be arranged for compensatory time off within six months may ask the employer to pay the labor remuneration twice his/her salary.

详见《指导意见》第 9 条。

See Article 9 of the *Guiding Opinions* for details.

4、被依法隔离人员的工资：

Salary for legally isolated personnel:

(1) 劳动者不能提供正常劳动的，仍可以要求用人单位按正常劳动支付其工资，标准参照《指导意见》第 8 条停工停产期间第一个工资支付周期内的工资标准执行。

If the employee can't provide normal labor, he/she can still ask the employer to pay his/her salary according to normal labor. The standard shall be implemented with reference to the salary standard in the first salary payment cycle during the period of suspension of work and production in Article 8 of the *Guiding Opinions*.

(2) 用人单位安排劳动者灵活办公的，按照《指导意见》第 9 条的规定支付相应工资。

Where the employer arranges employees to work flexibly, the corresponding salary shall be paid according to Article 9 of the *Guiding Opinions*.

(3) 用人单位已停工停产的，按照《江苏省工资支付条例》第三十一条的停工停产规定处理。

Any employer who has stopped production shall be dealt with according to Article 31 of the *Regulations on Wage Payment in Jiangsu Province*

(4) 用人单位有证据证明劳动者不遵守政府防控措施而被采取隔离措施的，劳动者无权要求用人单位按正常劳动支付其工资的。

Where the employer has evidence to prove that the employee fails to comply with the government's prevention and control measures and is taken isolation measures, the employee has no right to ask the employer to pay his/her salary according to normal labor.

详见《指导意见》第 10 条。

See Article 10 of the *Guiding Opinions* for details.

二、特殊工时制度申请方面

Application for special working hours system

疫情期间用人单位未依法履行实行特殊工时制度审批手续，双方对加班工资发生

争议的，如用人单位能举证证明实行不定时工作制或者综合计算工时工作制的合理性，裁判机关可以根据实际情况酌情计算劳动者加班工资。

During the epidemic period, if the employer fails to perform the examination and approval procedures for implementing the special working hours system according to law, so that both parties have disputes over overtime pay, if the employer can prove the rationality of implementing the irregular working hours system or the comprehensive working hours system, the judgment organ can calculate the overtime pay of employees according to the actual situation.

详见《指导意见》第 15 条。

See Article 15 of the *Guiding Opinions* for details.

三、共享用工方面

Sharing employment

共享用工中，实际用人单位克扣、无故拖欠劳动者工资，劳动者可以请求用人单位支付工资，并由实际用人单位承担连带责任。

In the process of shared employment, if the actual employer deducts or defaults on the employee's salary without reason, the employee may request the employer to pay the salary, and the actual employer shall bear joint and several liabilities.

详见《指导意见》第 16 条。

See Article 16 of the *Guiding Opinions* for details.

四、劳动合同解除方面

Termination of labor contract

劳动者患有或者疑似患有新冠肺炎，故意隐瞒病情，拒绝接受检疫、强制隔离或者治疗的，用人单位可以解除劳动合同。

Where an employee suffers from or is suspected to suffer from COVID-19 and deliberately conceals his/her illness and refuses to accept quarantine, compulsory isolation or treatment, the employer may terminate the labor contract.

详见《指导意见》第 18 条。

See Article 18 of the *Guiding Opinions* for details.

新法规链接：

江 苏 省 高 级 人 民 法 院
江 苏 省 人 力 资 源 和 社 会 保 障 厅
江 苏 省 司 法 厅

关于做好涉新冠肺炎疫情劳动争议调解和案件审理工作的指导意见

为全面落实中央、最高人民法院、人力资源和社会保障部、司法部和省委、省政府关于依法防控疫情和促进经济社会发展工作的部署和要求，及时有效化解涉新冠肺炎疫情劳动争议，促进劳动关系和谐稳定，现结合我省劳动争议审理工作实际，提出以下意见：

一、妥善处理涉疫情劳动争议总体要求

- 1.坚持精准服务。坚持在常态化疫情防控中加强应对，加快推进生产生活秩序全面恢复，注重严防控和促发展并进，充分发挥依法防控疫情和保障经济社会发展的职能作用，密切关注新冠肺炎疫情期间劳动关系运行中出现的突出问题，妥善处理相关劳动争议，为做好“六稳”工作、落实“六保”任务提供精准服务。
- 2.树立平衡保护理念。受新冠肺炎疫情影响，劳动关系新情况、新矛盾、新问题增多，在处理涉疫情劳动争议时，要坚持依法保护劳动者权益与促进用人单位健康发展并重的理念。既要依法加强劳动者保护，特别是新冠肺炎患者、病原携带者、疑似病人、密切接触者等依法被隔离人员的权益，又要依法采取切实有效措施服务和保障好用人单位复工复产。
- 3.保障政策效果。涉疫情劳动争议的处理，既要正确适用现行劳动法律法规，又要深刻把握和贯彻执行国家关于确保疫情防控、稳定劳动关系、支持用人单位复工复产和促进经济社会发展的政策和精神，鼓励双方尽量通过协商方式处理疫情期间有关劳动报酬、休息休假等事宜，依法保障相关政策措施落地落稳落实。

二、坚持和发展新时代“枫桥经验”，深入推进劳动争议多元化解

- 4.全面推进多元化解。积极主动作为，推动建立健全人民调解、行政调解、律师

调解、行业调解、仲裁调解、司法调解等既各司其职又同向发力的共建、共享、共治联动工作机制。加强用工指导和争议化解，引导劳动者与用人单位共渡难关、共谋发展，促进双方共同营造新型和谐劳动关系。

5.对接一站式多元解纷机制。将涉疫情劳动争议的处理纳入一站式多元解纷机制统筹推进，充分运用“审务进基层、法官进网格”机制、“无讼村居（社区）”创建、“互联网+调解”和“江苏微解纷”平台以及“非诉讼服务分中心”等开展劳动争议化解工作，最大限度地把矛盾纠纷及时化解在萌芽、妥善解决在当地。

6.调解贯穿仲裁、诉讼全过程。对于进入仲裁、诉讼程序的劳动争议，牢固树立全程调解理念，将调解贯穿仲裁、诉讼全过程。注重调解方式、方法创新，充分运用邀请调解、委托调解机制，充分发挥人民调解员、劳动争议调解员、工会干部、企业代表等促进调解的作用，整合资源、多方联动，形成工作合力，力促案结事了人和。

三、妥善处理拖欠劳动报酬纠纷，切实保护劳动者权益

7.春节假期延长期间的工资。2020年1月31日至2月2日为春节假期延长期间，该期间因疫情防控未能休假又未能在六个月内补休的劳动者，请求用人单位按照本人工资的二倍支付劳动报酬的，应予支持。用人单位在该期间未安排劳动者工作，适逢工作日或者休息日的，按原工资计发方式处理。

8.未提供正常劳动的工资。用人单位因疫情防控迟延复工或者虽复工但劳动者因疫情防控未能返岗期间的工资支付，双方有约定的，从其约定。未约定的，对用完各类休假后仍不能提供正常劳动的劳动者，用人单位可以参照停工、停产期间工资支付的相关规定支付相应工资。在一个工资支付周期内的，按照劳动合同约定的标准支付工资，一般支付基本工资、岗位工资等固定构成部分，可以不支付与实际出勤相关的交通补贴、伙食补贴等款项，但不得低于当地最低工资标准；超过一个工资支付周期的，按照不低于当地最低工资标准的80%支付劳动者生活费。

上述停工停产期间计算从2020年2月3日起至用人单位复工或劳动者返岗前一日止；但对用人单位在2020年春节假期前已停工停产的，其停工停产起始日期为宣布停工停产之日。

工资支付周期按照双方所签订的劳动合同的约定或者用人单位依法制定的规章

制度确定，最长不得超过一个月；用人单位停工停产后复工，复工后再次停工停产的，重新计算停工停产期工资。

9.灵活提供劳动的工资。用人单位因受疫情影响安排劳动者通过电话、网络等灵活方式提供正常劳动，对该期间的工资支付双方有约定的，从其约定。未约定的，劳动者请求用人单位按正常劳动支付其工资，应予支持。劳动者在休息日工作又未能在六个月内补休，请求用人单位按照本人工资的二倍支付劳动报酬的，应予支持。

10.特殊劳动者的工资。因医疗机构或者政府依法对新冠肺炎患者、病原携带者、疑似病人、密切接触者等实施隔离措施，导致劳动者不能提供正常劳动的，劳动者请求用人单位按正常劳动支付其工资，应予支持。

上述工资参照第8条停工停产期间第一个工资支付周期内的工资标准执行；用人单位安排劳动者灵活办公的，按照第9条的规定支付相应工资；用人单位已停工停产的，按照《江苏省工资支付条例》第三十一条处理。

用人单位有证据证明劳动者不遵守政府防控措施而被采取隔离措施的，劳动者请求用人单位按正常劳动支付其工资的，不予支持。

11.医疗期工资。新冠肺炎患者、病原携带者、疑似病人、密切接触者在医疗机构或者政府依法对其实施隔离措施结束后，仍需停止工作进行治疗，请求用人单位按照医疗期有关规定支付工资的，应予支持。

四、依法保障用工自主权，促进用人单位健康稳定发展

12.统筹安排年休假。用人单位在疫情防控迟延复工期根据生产、工作的具体情况统筹安排年休假，原则上应当按照规定征求劳动者本人意愿。用人单位能够举证证明明确因疫情影响未能征求劳动者本人意愿，劳动者以未征得其同意为由主张已休年休假无效，请求用人单位支付应休未休年休假工资报酬的，不予支持。

13.调整用工。用人单位因受疫情影响导致生产经营困难，经法定程序或者有关政策规定采取轮岗轮休、缩短工时、降低薪酬待遇、延期支付工资等方式稳定工作岗位，劳动者请求支付该期间劳动报酬差额的，一般不予支持。

14.合理调整工作岗位举证责任。除《中华人民共和国劳动合同法》第四十条规定的用人单位可以单方面调整劳动者工作岗位的法定情形外，用人单位在疫情期间可以按照劳动合同约定或者规章制度规定对劳动者工作岗位进行合理调整。双

方就调岗发生争议的，用人单位应当对调整劳动者工作内容和工资报酬的合理性承担举证责任。

15.依法申请特殊工时制度。用人单位以延迟复工系因政府疫情防控有关规定限制为由安排标准工时制劳动者补回等量工作时间，劳动者请求用人单位支付加班工资的，应予支持。

用人单位在疫情期间需采取集中工作、集中休息方式保持正常生产经营的，应当履行不定时工作制或者综合计算工时工作制的审批手续。未依法履行审批手续，双方对加班工资发生争议的，原则上用人单位应当举证证明实行不定时工作制或者综合计算工时工作制的合理性。对于劳动者的工作岗位确实具有不定时工作制或者综合计算工时工作制的特点、依据标准工时计算加班工资明显不合理，或者工作时间无法根据标准工时进行计算，或者其上级单位、行业主管部门已办理了相应岗位、工种的不定时工作制或者综合计算工时工作制审批手续的，可以根据实际情况酌情计算劳动者加班工资。

16.共享用工。用人单位在疫情期间按照劳动合同约定或者经与劳动者协商一致，可以临时将劳动者指派到其他单位（以下称实际用人单位）工作。实际用人单位克扣、无故拖欠劳动者工资，劳动者请求用人单位支付工资，并由实际用人单位承担连带责任的，应予支持。

五、鼓励和引导用人单位与劳动者共克时艰，依法维护劳动关系和谐稳定

17.劳动合同的订立。用人单位因受疫情影响未能与劳动者依法及时订立或者续订书面劳动合同的，可以合理顺延订立书面劳动合同时间或者采用符合法律规定的电子形式订立劳动合同。劳动者请求用人单位支付合理顺延期间未签订书面劳动合同二倍工资，或者以电子形式不属于书面劳动合同为由请求用人单位支付未签订书面劳动合同二倍工资的，不予支持。

18.过失性辞退。劳动者存在以下行为，符合《中华人民共和国劳动法》第二十五条或者《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条规定情形的，用人单位可以解除劳动合同：

（1）劳动者患有或者疑似患有新冠肺炎，故意隐瞒病情，拒绝接受检疫、强制隔离或者治疗的；

（2）符合规定复工的用人单位，劳动者经劝导无效或者以其他非正当理由拒绝

返岗的。

用人单位依据上述规定解除劳动合同，劳动者请求用人单位支付违法解除劳动合同赔偿金的，不予支持。

19.无过失性辞退与经济性裁员。用人单位确因疫情影响导致生产经营发生严重困难，符合《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第（三）项、第四十一条规定情形的，用人单位可以解除劳动合同。劳动者请求用人单位支付违法解除劳动合同赔偿金的，不予支持，但可以请求用人单位支付经济补偿。

20.违法解除或者终止劳动合同。劳动合同在隔离治疗期、医学观察期以及因政府实施隔离措施或者采取其他紧急措施期间到期的，应当顺延至上述期限结束。劳动者因隔离治疗、医学观察、政府实施隔离措施或者采取其他紧急措施而不能提供正常劳动，用人单位以此为由解除劳动合同，或者终止在上述期间到期的劳动合同，劳动者请求继续履行劳动合同的，应予支持；劳动者不要求继续履行或者劳动合同已经不能继续履行的，劳动者请求用人单位支付违法解除劳动合同赔偿金的，应予支持。

21.经济补偿的支付。劳动者因用人单位在疫情防控期间存在《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第一款第（一）、（二）、（三）项规定的情形解除劳动合同，请求用人单位支付经济补偿的，应当结合用人单位受疫情影响的实际情况，综合考虑其拖欠劳动报酬、调整工作岗位、未依法缴纳社会保险等情形的主观恶意、违法程度以及当地政策等因素审慎认定。

22.工伤保险待遇。在新冠肺炎预防和救治工作中，劳动者因履行工作职责而感染新冠肺炎或者因感染新冠肺炎而死亡，经依法认定为工伤的，应当享受工伤保险待遇。已参加工伤保险的，由工伤保险基金和用人单位按照《工伤保险条例》等相关规定支付；未参加工伤保险的，由用人单位按照法定标准支付。

2020年8月25日

二次固定期限劳动合同之后

续订的固定期限劳动合同能否到期终止？

Whether the employer has the right to terminate the third fixed-term labour contract due to the expiry of the contract?

上海保华律师事务所 奚沁赞

Baohua Law Firm Xi Qinyun

根据《劳动合同法》第十四条第二款第三项¹的规定，在劳动者与用人单位已经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²和第四十条第一项、第二项³规定的情形下，若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，用人单位应当与其订立无固定期限劳动合同。然而在实操中，用人单位和劳动者有时会选择在连续订立二次固定期限劳动合同后再次签订固定期限劳动合同。在这种情况下，若该份固定期限劳动合同到期后，劳动者未在用人单位连续工作满十年的，用人单位是否有权以合同期满为由终止劳动合同呢？笔者通过调研各地法律法规及司法判例，对上述问题进行了总结。

According to Article 14 paragraph 2 item 3 of Labour Contract Law, if the labour contract is to be renewed after two fixed-term labour contracts have been concluded consecutively, and the employee is not under any of the circumstances as mentioned in Article 39 and Paragraphs 1 and 2 of Article 40 of this Law, then an open-ended labour contract shall be concluded unless the employee proposes to conclude a fixed-term labour contract. In practice, however, employers and employees sometimes choose to sign a fixed-term labour contract again after concluding two consecutive fixed-term labour contracts. In this case, if the fixed-term

¹ 《劳动合同法》第十四条第二款第三项：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：

(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。

² 《劳动合同法》第三十九条：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) 因本法第二十六条第一款第一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。

³ 《劳动合同法》第四十条：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；

labour contract expires, and the employee fails to work in the employer continuously for 10 years, whether the employer has the right to terminate the labour contract due to the expiry of the contract? Therefore, the author summarizes the above issues by investigating the laws and regulations and judicial cases in various places.

目前各地对二次固定期限劳动合同之后再签固定期限劳动合同是否能到期终止的司法口径有以下三种：一，当地出台地方性法规、规章或裁审文件，明确规定了此种情形下，除非劳动者表示不再续签，否则用人单位不得单方终止劳动合同；二，当地出台地方性法规、规章或裁审文件，明确规定了此种情形下，用人单位若决定不再与劳动者续签劳动合同，则有权单方终止与劳动者的劳动关系；三，当地并无成文规定，需从司法实践中得出相关结论。

口径一：除非劳动者表示不再续签，否则用人单位不得单方终止劳动合同

在此种口径下，是否终止劳动合同的选择权在于劳动者，只有劳动者表示不再与用人单位续签的，用人单位才可根据劳动者的选择与劳动者终止劳动关系，否则用人单位不得单方终止劳动合同。故此种情形下，劳动者与用人单位第三次签订的固定期限劳动合同，其本质无异于双方签订了无固定期限劳动合同。目前在北京、天津等地均有适用此种类型的相关规定。

（一）北京市

为明确实务操作，北京市高级人民法院及劳动争议仲裁委员会于2014年发布了《关于劳动争议案件适用法律问题研讨会会议纪要（二）》，其中针对这一问题进行了阐释⁴，即在用人单位与劳动者连续订立二次固定期限劳动合同后，劳动者与用人单位再次订立固定期限劳动合同的，适用《劳动合同法》第十四条规

⁴ 35、用人单位与劳动者连续订立二次固定期限劳动合同后，劳动者与用人单位再次订立固定期限劳动合同的，最后一次固定期限劳动合同到期时，用人单位是否可以终止劳动合同？

在用人单位与劳动者连续订立二次固定期限劳动合同后，劳动者与用人单位再次订立固定期限劳动合同的，适用《劳动合同法》第十四条规定。在最后一次固定期限劳动合同到期时，应认定符合连续订立二次固定期限劳动合同的条件，排除法定情形外，劳动者提出或者同意续订、订立无固定期限劳动合同，用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同。

定。在最后一次固定期限劳动合同到期时，应认定符合连续订立二次固定期限劳动合同的条件，排除法定情形外，劳动者提出或者同意续订、订立无固定期限劳动合同，用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同。

【北京案例】（2019）京 02 民终 5216 号、（2020）京民申 629 号

法院认为 J 公司与倪某已签订了三份《聘用协议书》，实为劳动合同。在双方第三份《聘用协议书》到期后，倪某不同意终止，故 J 公司终止双方聘用协议的行为不符合法律规定。倪某坚持要求恢复双方劳动关系继续履行，于法有据。

类似案例还有（2018）京 02 民终 9431 号、（2018）京 03 民终 1574 号、（2017）京 01 民终 7226 号、（2016）京 02 民终 4106 号等。

（二）、天津市

天津市高级人民法院《天津法院劳动争议案件审理指南》【津高法（2017）246 号】第十六条⁵对此问题进行了规定，即劳动者与用人单位连续订立二次以上固定期限劳动合同，且劳动者没有《劳动合同法》第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，劳动者提出或者同意续订劳动合同，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，用人单位拒绝与劳动者订立无固定期限劳动合同的，不予支持。

【天津案例】（2018）津 02 民终 2927、2928 号

法院认为争议焦点为黄某第三份固定期限劳动合同到期后能否终止的性质认定。本案中，黄某入职后已签订三次劳动合同，其符合签订无固定期限劳动合同的条件。对此，G 公司对于是否续签劳动合同并无选择权。因此，双方劳动合同到期后并不导致双方劳动合同的终止。

口径二：用人单位若决定不再与劳动者续签劳动合同，则有权单方终止与劳动者的劳动关系

口径二则与口径一截然相反，认为二次固定期限劳动合同之后再签固定期限劳动合同并到期的，用人单位若决定不再与劳动者续签劳动合同，则完全有权单方终止与劳动者的劳动关系。上海市即支持此种口径的典型代表。

⁵ 第十六条【连续订立二次以上固定期限劳动合同的劳动者要求订立无固定期限劳动合同的处理】劳动者与用人单位连续订立二次以上固定期限劳动合同，且劳动者没有《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，劳动者提出或者同意续订劳动合同，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，用人单位拒绝与劳动者订立无固定期限劳动合同的，不予支持。

（一）、上海市

《上海市高级人民法院关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》⁶中对与这一问题也有着明确的规定，即劳动者符合签订无固定期限劳动合同的条件，但与用人单位签订固定期限劳动合同的，根据《劳动合同法》第十四条及《实施条例》第十一条的规定，该固定期限劳动合同对双方当事人具有约束力。合同期满时，该合同自然终止。

【上海案例】(2019)沪 01 民终 6522 号

法院认为 H 公司与黄某已连续订立三次固定期限劳动合同，黄某系在第四次续订合同时提出要求签订无固定期限劳动合同，因此不符合上述法律规定的情形。根据 H 公司与黄某续签期限为 2015 年 12 月 1 日至 2017 年 11 月 30 日的劳动合同中约定双方的合同期限至 2017 年 11 月 30 日，该固定期限劳动合同对双方当事人均具有约束力，合同期满时，该合同自然终止。因此，H 公司于 2017 年 11 月 17 日通知黄某劳动合同于 2017 年 11 月 30 日到期终止，于法不悖。

口径三：当地并无成文规定，需从司法实践中得出相关结论

除了第一、第二种口径外，更多的地区，对于二次固定期限劳动合同之后再签固定期限劳动合同能否到期终止这一问题并无任何成文规定，但笔者认为可以从当地的法院案例来予以分析并得出相应的结论。

笔者通过检索重庆市、广东、浙江、江苏、辽宁等地的案例，发现多地法院均持类似口径一观点，即认可二次固定期限劳动合同之后再签固定期限劳动合同的，该份固定期限劳动合同到期后，除非劳动者表示不再续签，否则用人单位不得单方终止劳动合同。

【重庆案例】(2019)渝 05 民终 3665 号

法院认为，R 公司与秦某签订第三次劳动合同时，作为用人单位的 R 公司应当将可以签订无固定期限合同的权利告知秦某，由秦某作出选择和决定，但 R 公司没有举证证明是秦某在明知其有选择权的情况下主动提出了签订固定期限劳动合同的要求，故第三次合同中关于劳动合同期限的约定应属无效条款。

【广州案例】(2018)粤 01 民终 14597 号

⁶ 沪高法[2009]73 号

本院认为，根据《中华人民共和国劳动合同法》第十四条第二款第（三）项关于“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：（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”的规定，现员工与公司签订了三次固定期限的劳动合同，符合签订无固定期限劳动合同的条件。员工在第三次劳动合同期满前要求与公司签订无固定期限的劳动合同，但公司拒绝签订，并解除与被上诉人之间的劳动关系，属违法终止劳动关系。

【江苏案例】（2017）苏 05 民终 8434 号

法院认为，用人单位与劳动者连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有违法违纪以及不能胜任工作的情况，只要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，用人单位不能终止劳动合同，必须与劳动者订立无固定期限劳动合同。本案中，双方已连续订立了三次固定期限劳动合同，蔡某亦于合同期限届满前向 L 公司提出签订无固定期限劳动合同的书面申请，L 公司仍然单方面终止劳动合同的行为，已构成违法终止劳动合同，依法应支付蔡某经济赔偿金。

类似案例还有（2017）苏 05 民终 7800 号、（2016）苏 02 民终 3177 号、（2015）苏中民终字第 01299 号等。

【浙江案例】（2014）浙甬民一终字第 593 号

法院认为，郑某与 M 公司在满足订立无固定期限劳动合同条件的情况下，再次订立了固定期限劳动合同，现郑某并无证据证明双方在签订固定期限劳动合同时被上诉人存在欺诈、胁迫等情形，可见签订固定期限劳动合同系双方协商一致的真实意思表示，应认定该合同合法有效。且在新一期固定期限劳动合同到期后，郑某仍可提出续订无固定期限劳动合同的主张，对其建立长期、稳定的劳动关系这一根本利益并无损害。

【辽宁案例 1】（2018）辽 01 民终 1338 号

沈阳市中级人民法院认为，劳动者与用人单位分别于 2014 年 1 月 1 日、2014 年 7 月 1 日、2015 年 1 月 1 日签订三份固定期限劳动合同，合同终止日期为 2015

年6月30日，因双方已经连续签订三次固定期限劳动合同，合同到期终止后，L公司应与陈某签订无固定期限劳动合同。

虽然上述案例都认可二次固定期限劳动合同之后再签固定期限劳动合同的，到期后用人单位不得单方终止劳动合同这一观点，但是笔者仍在上述地区找寻到了一个持相反观点的案例。

【辽宁案例2】(2016)辽02民终6544号

与沈阳市中级人民法院的判决结果不同，大连市中级人民法院认为在满足订立无固定期限劳动合同条件的情况下，双方再次订立了固定期限劳动合同的，应认定签订固定期限劳动合同系双方协商一致的真实意思表示，合法有效，用人单位到期后有权终止劳动关系。此案的法官认为，根据《劳动合同法》第三条、第十四条和《劳动合同法实施条例》第十一条规定，劳动者即使符合订立无固定期限劳动合同的情形，但与用人单位订立固定期限劳动合同的，应视为放弃了无固定期限劳动合同的订立选择权，该固定期限劳动合同对双方当事人均具有约束力。本案中，双方当事人于2012年2月1日签订首份劳动合同，后经三次变更合同期限延长至2015年12月31日，并已实际履行。据此，劳动者主张约定的固定期限劳动合同条款无效，均缺乏事实和法律依据，法院不予采纳，用人单位无需继续履行劳动合同。

由此可见，在实操中，辽宁省的不同市对这一问题的看法也有不同。笔者以为，辽宁省出现相反案例的原因在于大连市倾向于在签订两次固定期限劳动合同后用人单位可以终止劳动合同，而沈阳市则倾向于签订两次固定期限劳动合同后用人单位无权选择是否终止劳动合同，必须与劳动者签订无固定期限劳动合同，这种分歧从签订两次固定期限劳动合同衍生到了签订三次固定期限劳动合同上。与大连市持相似观点的还有四川省。

【四川案例】(2015)达中民终字第136号

法院认为，《劳动合同法》第十四条第二款（三）项的规定并不禁止用人单位与劳动者协商一致，在订立第三次劳动合同时订立固定期限劳动合同，只要双方签订了固定期限的劳动合同，其行为应受法律保护，就不存在“违反法律规定”的问题。劳动者符合签订无固定期限劳动合同的条件，但与用人单位签订固定期限劳动合同的，根据《劳动合同法》第十四条及《劳动合同法实施条例》第十一

条的规定，该固定期限劳动合同对双方当事人具有约束力。合同期满，该合同自然终止。本案中，在订立第三次劳动合同是经双方同意后订立的，系当事人真实意思表示，其行为具有法律效力。故双方第三次合同期满时，该合同自然终止。

总结

鉴于《劳动合同法》自生效起至今已有十二载，越来越多的劳动者在与用人单位签订劳动合同时已满足连续签订两次固定期限劳动合同的情形。对于劳动者而言，签订无固定期限劳动合同是保护自身的福利，对于用人单位而言，则使内部缺少了良性的竞争和新鲜的劳动力。故在此情形下，很多用人单位会选择在连续订立二次固定期限劳动合同后与劳动者再次签订固定期限劳动合同。

对此，各地对二次固定期限劳动合同之后再签固定期限劳动合同是否能到期终止的司法口径有所不同。个别地区如上海在这一问题上给予了用人单位更为宽泛的选择权，用人单位无需继续履行劳动合同；而大多数地区，或以明文规定的形式、或以司法判例的形式，给予了劳动者更多的保护，要求用人单位不得单方终止劳动合同。故对于用人单位而言，在与劳动者签订及终止二次以上的固定期限劳动合同时应当审慎，并参考当地的相关实操，以免在发生劳动争议时需要向劳动者支付违法终止赔偿金或未签订无固定期限劳动合同的二倍工资。当然，如何在保护劳动者权益的基础上使得劳动关系保持灵活，也是今后值得探讨的一个问题。

再析不定期劳动合同



1993 年是我国劳动法起草的关键一年，笔者曾发表《试析不定期劳动合同》一文，当今我国劳动合同法的起草又进入关键时刻，在此时重提劳动合同期限的话题，实在是因为这一问题对于我国劳动合同制度的走向具有重大意义。1 年来，随着我国劳动合同制度的实践，信息交流的日益广泛，笔者对于这一问题的认识有所深化。

一、不定期劳动合同与社会法的发展¹

劳动法是公法与私法相互渗透与交融而形成的，其形成的途径主要有“私法公法化”和“公法私法化”。就西方发达国家而言，虽也存在着“公法私法化”的情况，但劳动法的出现，主要还是“私法公法化”的过程，即国家干预加强，公法职能增长的结果。从我国的情况来看，则是走过了一条从高度集中统一的计划经济到在市场经济条件下形成劳动法，将国家用工转化为企业用工和劳动者的自主择业，这是一个“公法私法化”的过程。劳动合同期限的历史沿革也体现了这一特点。

(一)从定期合同到不定期合同是雇佣关系规范方式的转变

从《法国民法典》到《德国民法典》都强调了定期合同作为调整雇佣关系的重要作用。19 世纪后期，随着工人运动的发展，各国为了稳定劳动关系，降低失业率，确保社会安定繁荣，纷纷完善各自的劳动立法，劳动关系转向劳动法调整，不定期劳动合同也应运而生。法国在 1910 年公布的《劳动法典》第一卷，就将雇佣合同单独列为第二篇，开始推行不定期劳动合同，并将定期的劳动合同作为一种“临时性的劳动合同”做了相当多的限制性规定。随着劳动关系调整中社会化因素加入，无固定期限劳动合同在国外用工形式中逐渐占据主导地位，任何劳动者，不分民族、种族、性别、财产状况、宗教信仰，都享有平等地签订无固定期限劳动合同的权利。

德国于 1951 年 8 月 10 日制定了《解雇限制法》，规定设立劳动关系的期限必须要有正当的事由，通过对定期合同的限制，进一步确立了不定期劳动合同的主导地位。德国《雇主法》坚持订立无固定期限劳动合同，固定期限劳动合同只

董保华，论文转载自《劳动合同研究》，2005 年 10 月。

¹ 本文对该部分中涉及各国不定期劳动合同的立法规定仅做简单概括，详细、系统的资料可参阅《劳动合同研究》一书中由崔浩撰写的《劳动合同期限研究综述》。

有在例外情况下才能签订。²《法国劳动法典》法律篇第 121-5 条明确指出：劳动合同一般不约定期限，即雇主与雇员一般应订立无固定期限的劳动合同；³有固定期限的劳动合同是例外情形，只能在法律明确规定的临时性、季节性等几种情况下才能订立。

表面看来，从定期合同转向不定期合同为主似乎只是合同期限的变化，其实这一转变涉及劳动关系的理解以及由此产生的规范方式的变化。定期合同是将劳动关系理解为双方地位平等且信息充分和对称。不定期合同的发展首先是尊重了信息不充分的现实，双方需要在雇佣关系的实际履行中进一步调整，大部分国家在这一基础上更进一步认识劳动关系中的地位不平等，信息不对称，从而通过解雇保护来进一步加强对劳动者的保护。

(二)不定期合同体现了尊重实际履行的理念

从某种意义上说劳动合同源于私法的雇佣合同，立足于传统私法立场，坚持的是民法的理念。定期合同强调尊重双方当事人订立合同时的合意，在这样基础上产生的合同当然应当不折不扣得到执行，违反应当构成违约。在这种契约关系中当事人作为自己的立法者，被认为最能体现个人的独立人格。当以定期合同作为劳动关系的枢纽时，强调的是雇佣当事人之间在缔结合同时信息充分而对称，双方地位平等，雇佣自由。恩格斯认为，“只有能够自由地支配自身、行动和财产并且彼此处于平等地位的人们才能缔结契约。”⁴“人在这些民法上的资格中，被作为平等的主体对待，两者之间的经济实力、社会势力、情报收集能力的差异完全没有被当成问题。”⁵

不定期合同最初在大部分国家被理解为双方当事人只要给对方一定的预告期，就可以被终止的合同。⁶这种合同是正式就业开始之前签订的未来就业合同，在形式上一般没有特殊要求，可以是书面的也可以是口头的，它实际上被视为是一种不完全契约，须在实际履行中加以完备，通过实际履行来克服不完全契约的

² 《中德劳动与社会保障法：比较法文集》，北京：中信出版社，2003 年第 88 页。

³ 《法国劳动法典》，罗结珍译，国际文化出版公司，1996 年第 19-20 页。

⁴ 《马克思恩格斯选集》第 4 卷，人民出版社 1972 年版，第 76 页。

⁵ 拉德布鲁赫：《法律中的人》，桑田二郎、常盘忠允译，《拉德布鲁赫著作集》，东京大学出版会，昭和 7 年，第 12 页。

⁶ 《日本民法典》第 627 条规定，当事人未定雇佣期间时，各当事人可以随时提出解约申告，于此情形，雇佣因解约申告后经过两周而消灭。《意大利民法典》第 2118 条规定：对于未约定期限的劳动合同，任何一方都享有按照行业规则、惯例或者公平原则规定的期限和方式履行了通知义务之后解除合同的权力。《法国劳动法典》第 122-4 条规定：不定期的雇佣合同，只要遵守规定，签订合同的双方的任何一方都可以予以终止。

弊端。这一制度的建立实际上是引入了雇佣双方的信息都是不充分的，需要在雇佣关系中进一步调适的社会法理念。合同规定了人们承诺交换的安排，并确保了承诺的强制履行。但是，所有的承诺都可以强制履行的前提是未来的每一种可能性都被考虑到了。这是一种理想的合同状态，有学者借鉴经济学上的完全竞争概念将其称为“完备合同”——假如可强制履行，那就能理想地适应实现立约人和受约人的一种承诺⁷。就像完全竞争一样，完备合同的形成是有条件的，包括：个人的理性、完备的环境、有足够的买主和卖主、交易的过程没有成本。但在现实的劳动合同中，劳动力买主和卖主的不平衡，信息的不完备，交易成本不为零，根本无法实现完备合同的条件。在劳动合同中，由于对合同履行内容的不确定以及合同本身的继续性，反复谈判确定合同内容的成本畸高。如果在劳动合同履行过程中必须不断地谈判，那么谈判的成本将大于履行合同的收益，最终的结果也可能是不再履行劳动合同。因此，不定期合同赋予双方较为灵活的终止劳动关系的权利。

（三）不定期合同与解雇保护相结合

不定期劳动合同在发展过程中，进一步和地位不平等与信息不对称的概念相联系。星野英一在分析了劳动关系的特点后指出：“根据这些，可以说已经从将人作为自由行动的立法者、平等的法律人格即权利能力者抽象地加以把握的时代，转变为坦率地承认人在各方面的不平等及其结果所产生的某种人享有富者的自由而另一种人遭受穷人、弱者的不自由、根据社会的经济的地位以及职业的差异把握更加具体的人、对弱者加以保护的时期。”劳动法“从正面承认了如前所述的雇主与劳动者之间在经济、社会方面的不平等，并企图纠正从那些不平等产生出的不正当的结果”，并“将人按照雇主和劳动者这一具体的类型来处理”。⁸劳动法中出现了一个重要的概念：解雇保护。

对于解雇自由和解雇保护，理论界围绕效率与公平进行了争论，至今未有定论，这种争论往往体现在各国的立法和实践中，也极大地影响了各国对于不定期合同的理解。解雇自由，源于私法中的契约自由原则，是指根据雇主一方意愿可随意终止劳动合同关系的行为。解雇保护是指解雇的权利受到国家法律的制约，

⁷ 拉德布鲁赫：《法律中的人》，桑田三郎、常盘忠允译，《拉德布鲁赫著作集》，东京大学出版会，昭和37年，317页。

⁸ [日]星野英一：《私法中的人》，民商法论丛(第8卷)，166页。

这种制约只适用于雇主，对雇员不适用，是一种社会法的理念。根据解雇保护对契约自由原则的修正程度，解雇保护理论又可以分成两种学说：一是限制解雇权滥用，雇主对劳动者行使解雇权时，必须遵守法律和约定的禁止解雇的条件，这种观点仍肯定解雇自由权，但以滥用之禁止作为解雇自由权的一种抑制。⁹二是正当事由说，对解雇自由做了很大的限制，认为没有正当事由，不得解雇¹⁰。

德国以前一向是采用自由意志原则，但在 1920 年通过的一项制定法中，清楚限制任何“反社会性的”解雇。法国 1973 年以前的劳动法认为劳动合同的解除是雇主的特权，与之相对应的雇员则没有单方解除合同关系的权利。这样的规范，往往使雇主滥用权利，雇员工作毫无保障。工会认为仅仅依靠法院运用“权利滥用”¹¹原则审查雇主的解雇行为并不能给予劳动者足够的保护。在工会组织和学术界的努力呼吁下，1973 年 7 月 13 日的法律对劳动合同的解除进行了一系列的改革，确立了双方当事人均有权单方解除合同关系的原则，提出了解除合同的实质要件和程序要求，并建立了有利于雇员的举证倒置原则。欧洲大部分国家在解雇保护法上“从限制解雇权滥用”转向了“正当事由说”。

与欧洲国家不同的是，美国对政府公权力过分介入私人契约关系一事，总是尽量设法避免。雇佣自由原则备受各方攻击，时至今日，它虽受到诸多限制，却仍是规范美国雇佣关系的一项重要原则，而多数州法院及部分学者也认为这项原则仍有继续存在的必要。

可见，就大部分国家而言，强调解雇保护，但仍有一些国家则侧重雇佣自由。在强调解雇保护的國家中，保护的度也不相同。西方国家不定期劳动合同至少存在三种典型的模式：一是美国模式：劳动力市场完全开放，虽主张不定期劳动合同，但这种合同可以自由解除，没有限制，因此基本上仍是雇佣自由的模式；二是欧洲模式：劳动力市场相当开放，主张不定期劳动合同，限制定期劳动合同，但是不定期劳动合同仍然可以解除，只是对解雇做了部分限制；三是日本模式：劳动力市场不够发达，对于部分员工主张不定期劳动合同，尽管从法律上看，只要用人单位支付补偿金，不定期劳动合同仍然可以解除，但在现实生活中这一解

⁹黄越钦：《劳动法新论》，北京：中国政法大学出版社，2003 年第 157 页。

¹⁰黄越钦：《劳动法新论》，北京：中国政法大学出版社，2003 年第 157 页。

¹¹19 世纪法国下级法院首次运用民法中的“权利滥用”理论解决单方解除劳动合同的问题。根据该理论，违法行使权利尤其是解雇权可能构成“权利滥用”。但最高法院对此类判决是否合法并未做出认定。直到 1890 年 1 月 27 日在修订民法第 178 条时虽然仍保留了原有的规定，但增加了重要的一款“但是合同因一方意志而解除的，受害方可主张赔偿”，这使解雇权滥用的可法判例获得了法律依据。

除受到较为严格的限制。

二、我国不定期劳动合同制度的现状

（一）从固定工制度到不定期合同，我国用工制度发生变化

我国的不定期合同则走了一条与世界大部分国家截然不同的发展道路。在改革前我国长期实行的高度集中统一的管理模式中，劳动关系的基本特征是：劳动力实行计划配置、用工形式采取国家用工、劳动管理实际上是公共管理、调节方式是行政调节。我国的总体性社会结构中，国家垄断着包括物质财富、人们生存和发展机会(如就业机会)以及信息等所有重要资源，国家对社会生活实行严格而全面的控制。职工进入企业后实行“固定工制度”。它是我国当时全民所有制单位的基本劳动制度。这种制度的基本特点是“固定”，人员只进不出，职工的工作期限没有规定，就业后长期在一个单位内从事生产和工作，职工一般不能离职，单位也不能辞退，工资待遇和劳保福利是根据国家的统一规定给予。劳动力基本上处于凝滞状态，个人对国家是一种人身依附关系。仅从期限的角度来看，这是一种超稳定的不定期劳动关系。

改革开放的 20 多年中，国家通过缩小控制范围，改革控制方式，规范控制手段，逐步扩大了社会的自由活动的空间，促成了国家与社会间的结构分化，尤其是以产权的多元化和经济运作市场化为基本内容的经济体制改革则直接促进了一个相对自主性的社会形成。它表现在社会成为一个相对独立的提供发展和机会的源泉，个人对国家的依附性明显降低。随着我国市场经济的发展，劳动关系已发生了深刻的变化：劳动力走向市场配置，用工形式实行企业用工，劳动管理成为经营管理，调节方式采取合同调节。劳动合同期限成为这种转轨的重要手段。我国推行了一种以固定期限为主，不固定期限为辅的模式，希望通过劳动合同的签订、履行、终止、变更、解除，调节劳动力的供求关系，既能使劳动者有一定的择业权，又能制约劳动者在合同期内履行劳动义务和完成应尽的职责，从而使劳动力有相对的稳定性和合理的流动性。

（二）我国的不定期合同演变成为一种福利性合同

我国劳动合同的推行开始于 20 世纪 80 年代，当时主要针对新招用的员工，实行的是定期合同；90 年代开始在已经参加工作的员工中推行劳动合同制，试点中采用了无固定期限的劳动合同。但何谓“无固定期限的劳动合同”本身缺乏

界定。我国《劳动法》第 20 条的规定，使我国的不定期合同与大部分国家的理解出现分歧。

按照《劳动法》第 20 条第 1 款规定，根据劳动合同的期限划分，可以将劳动合同分为有固定期限的劳动合同、无固定期限劳动合同及以完成一定工作为期限的劳动合同。实际上，以完成一定工作为期限的劳动合同也是一种定期劳动合同。因此，劳动合同的期限实质上就是定期和不定期两种。就字面上看，无固定期限劳动合同是指不约定终止日期的劳动合同，当事人只约定合同生效的起始日期，不对劳动关系的存续期限做出具体明确的约定。这一字面含义可以做出两种解释，一是当事人可以随时以解除或终止的方式消灭该合同的效力，二是劳动关系只有在双方约定的条件出现时才能终止或在法律规定的条件下才能解除。

按照《劳动法》第 20 条第 2 款规定，“劳动者在同一用人单位连续工作满 10 年以上，当事人双方同意续延劳动合同的，如果劳动者提出订立无固定期限的劳动合同，应当订立无固定期限的劳动合同。”这一规定使第 1 款并不确定的含义被确定下来。无固定期限劳动合同，往往被理解为劳动合同中没有合同有效期限的规定，劳动合同无限期有效。合同签订后，如无特殊原因，劳动者与用人单位的劳动法律关系无限期延续，直至退休。¹²另外，这一规定的强制性特点使人们有理由认为这是对 10 年以上工龄的老职工的一种照顾形式。

这种照顾的形式在劳动合同终止与解除中得到了支持。为防止劳动合同制下用人单位任意解除劳动合同，《劳动法》对用人单位的解除权进行了极严的限制，而劳动合同的到期终止则并无多少限制。“趋利避害”是任何理性人和经济人的本性，立法上对用人单位的过紧的解除权限制使雇主选择避开“解除劳动合同”而选择“终止劳动合同”。对于无固定期限合同而言，由于不存在到期终止的形式，劳动关系只能因解除而消灭。劳动关系得到从紧保护。

为什么对老职工要进行照顾呢？首要的理由是在固定工制度向劳动合同制度转变过程中所要求的社会平稳，劳动部最初也是这样解释的¹³。然而，无固定期限合同应当是一种过渡性的安排还是制度性安排？由于劳动法并未做出回答，人

¹² 马原：《劳动法条文精释》，北京：人民法院出版社，2003 年，第 202 页。

¹³ 《劳动部关于实行劳动合同制度若干问题的通知》第 2 条规定：“在固定工制度向劳动合同制度转变过程中，用人单位对符合下列条件之一的劳动者，应当与其订立无固定期限的劳动合同：(1) 按照《劳动法》如果其提出订立无固定期限的劳动合同，的规定，在同一用人单位连续工作满 10 年以上，当事人双方同意续延劳动合同的；(2) 工作年限较长，且距法定退休年龄 10 年以内的；(3) 复员、转业军人初次就业的；(4) 法律、法规规定的其他情形。”

们有理由认为这是一种长久的制度性安排。作为一种制度性安排，这一规定价值判断的意义远远大于这一规定字面意义：一是只要有 10 年以上的工龄就应当照顾，那么现实生活中存在着一些更应当照顾的对象；二是作为照顾应当存在一系列更为具体的照顾措施。这种价值判断通过有关部门的解释而变得具体。

有关部门从照顾对象上进行了扩大的解释。照顾对象从工作满 10 年以上的老职工扩大到了¹⁴工作年限较长，且距法定退休年龄 10 年以内的老职工；¹⁵进一步扩大到复员、转业军人初次就业的¹⁶，运动员退役，农民轮换工¹⁷，征地农民工¹⁸转为城镇户口等。

一些地方立法进一步从照顾措施上进行了设计。《浙江省劳动合同办法》在国家劳动法的基础上对解除理由进一步收紧，无固定期限劳动合同只能适用过失性解除，用人单位不可以适用劳动法规定的非过失性解除，如医疗期解除、不能胜任解除、客观情况变化解除和经济性裁员，这样的规定几乎剥夺了用人单位对无固定期限劳动合同的解除权。《青岛市劳动合同管理规定》规定，在医疗期满解除、客观情况重大变化解除、经济性裁员解除等情况下，对在本单位工作 10 年以上的老职工，从第 11 年起，每满 1 年增发相当于本人 1.5 个月的工资。

当无固定期限合同成为一种照顾的特殊形式，也就具有了福利的涵义，这种福利甚至于可以成为一种奖励措施。如《北京市劳动合同规定》《贵阳市劳动合同管理办法》《新疆维吾尔自治区劳动合同管理办法》《重庆市职工权益保障条例》等均规定省(部)级以上劳动模范、先进工作者或者“五一”劳动奖章获得者，可以要求签订无固定期限劳动合同。

(三)我国的不定期合同承载着与定期合同不同的功能

随着无固定期限合同的日益异化，这种合同形式与定期合同承载的功能就各

¹⁴见《劳动部办公厅对〈关于实行劳动合同制若干问题的请示的复函〉》(劳办发[1997]88)、《劳动部办公厅关于贯彻〈外商投资企业劳动管理规定〉有关问题的复函》(劳办发[1994]246号)、《劳动部办公厅关于农民合同制工人续订劳动合同有关问题的复函》(劳办发[1995]281号)。

¹⁵见《劳动部关于全面实行劳动合同制的通知》(劳部发[1994]360号)、《劳动部办公厅对〈关于全面实行劳动合同制若干问题的请示〉的复函》(劳部发[1995]19号)、劳动部《实施〈劳动法〉中有关劳动合同问题的解答》(劳部发[1995]202号)。

¹⁶中共中央、国务院、中央军委在《军队转业干部安置暂行办法》中的规定。

¹⁷以法定形式规定可以签订无固定期限劳动合同的主体的法律规定只有《劳动部办公厅对〈关于农民轮换工问题的请示〉的复函》，第 1 条规定：“关于农民轮换工转为城镇户口合同制工人问题，仍应根据《全民所有制企业招用农民合同制工人的规定》(1991 年国务院令 87 号)第 10 条的规定办理。对转为城镇户口的合同制工人，其中连续工作满 10 年以上的，如果提出订立无固定期限劳动合同，企业应与其签订无固定期限劳动合同。”

¹⁸《北京市劳动合同规定》第 15 条规定：有下列情形之一，劳动者要求订立无固定期限劳动用人单位应当订立无固定期限劳动合同：……(3)建设征地农转工人员初次分配工作的。

不相同。经济体制改革初期人们所期望那种“劳动者和企业通过劳动力市场双向选择，劳动者以工资为测量器和指示器在社会范围内的流动”，劳动力通过市场来配置的要求，主要由定期合同来完成。无固定期限合同承载的则是让一些不适宜参与市场竞争的主体，以安置的方式退出或有限地参与市场竞争。

这种功能分配具有一定的合理性。我国建国以来，固定工作为用工制度的主要形式，在保障劳动者就业和社会主义初级阶段的经济建设中发挥了重要的作用。在计划经济体制下，中国一直处于高就业局面。1952年全国总人口就业率为36.1%，60年代为50%¹⁹。如果我们不加过渡，过快地将所有的员工推向市场，会引起社会激烈震荡，因此在一定时期内锁定一部分员工不完全参与市场竞争不失为一种可以采纳的方式。但我国现在将其作为一种制度化、长期化的措施来推广就会带来诸多问题。

无固定期限合同的福利性质会使员工丧失进取的动力，也会使企业背上沉重的包袱。很多签订了无固定期限劳动合同的员工，由于没有失业的紧迫感，不愿意去学习和接受新的知识，致使自己的知识结构老化，也使企业无法跟上科技的步伐。北京某企业1200多名员工都是20年以前的老人，因为20年没有换人，企业连会接收电子邮件的人都没有。这种企业所遇到的困境是可以想象的。不定期合同的福利功能与企业的非福利机构特征相抵触。这种老职工主要集中在国有企业，由于国有企业长期以来为国家做出的超额贡献，这种福利功能本是应当由国家或社会来承担的。无固定期限合同其实也成了国家将一部分社会职能转嫁给企业的形式。这种社会福利职能的转嫁最终使国有企业不堪忍受，终于爆发了声势浩大的“大下岗”。国有企业员工希望通过无固定期限合同保持一种超稳定的劳动关系的愿望被彻底打破。无固定期限合同的员工面对随意下岗，恰恰是最不固定的。

当“大下岗”离我们而去时，有关部门开始希望恢复无固定期限合同原有的福利功能，一些地方立法，更将这种福利功能推向极致。不定期合同的福利功能与企业的非福利机构特征相抵触的矛盾依然存在，相当一部分企业开始以种种方式进行抵制。例如，劳动关系的10年终止，一些企业尽量选用10年以下的员工；对于10年以上的员工，如果企业要继续使用，尽可能通过关联企业或劳动力派

¹⁹ 《东北亚劳动力资源现状与合作研究》，

http://www.ecdc.net.cn/newindex/chinese/page/tumen/dongbei_jingji/05/1_2.htm。

遣企业来进行。无固定期限合同与我国其他一些照顾措施相类似，渐渐演变成一种新的歧视形式。

随着我国劳动合同立法的推进，我国无固定期限合同出现了一次重塑机会，搞清楚我国无固定期限合同与各国无固定期限合同的差别就显得至关重要。

三、我国不定期合同与美、日、欧模式的比较²⁰

从世界范围看，对不定期合同存在不同的理解，以美国、日本、欧洲为例，我们可以与我国的不定期合同进行对比。通过对比可以看出，我国的不定期合同与世界大部分国家的不定期合同完全不同。

（一）中美模式的比较

美国劳动法通常包括两个部分，一是劳工法，一是就业法。由于美国在殖民地时期，一直沿用英国制度，因此，私人性质雇佣关系也被认为是一种主仆关系，所以英国雇佣关系的一年一任和事先预告两个制度一直被沿用。这种情形一直到19世纪后半期，才开始发生变化，逐渐发展出一套独特的雇佣自由制度。美国普通法上一直认为除非雇佣当事人事先特别约定一定的存续期间，否则该契约即属不定期契约。缔约双方都有随时解除契约的自由。根据雇佣自由原则，雇主享有极大的解雇权，可随时将雇员解雇，而无须说明任何理由。反之，受雇者也可随时离职而去，另谋高就。

1985年，上诉法院在著名的 *Martin v. New Life Insurance Co.* 一案中，明确宣示雇佣自由原则。在该案中，马丁是纽约人寿保险公司不动产部门的高级主管，年薪一万美金，在被解雇后他向法院提起诉讼，认为他与该公司之间是不定期雇佣关系，是一种一年一任契约，因为由他是领取年薪的事实，可以推定其雇佣期间是一年。纽约上诉法院对此案宣示了下列两项重要原则：(1)不定期雇佣关系，应被推定为一种依双方自由意志而产生的雇佣关系，因此雇主可基于任何理由，不论是否正当，甚至是毫无理由，而终止与受雇者的雇佣合同。(2)年薪制一事，并不能推定雇佣期间是一年。由于纽约州一直是美国经济中心所在，因此，这项判决很快即为其他各州法院所普遍接受，而某些法院甚至更进一步认为：某些具有永久性质的雇佣契约，是一种不定期雇佣契约，雇主可任意终止与受雇者的雇佣合同，无须负法律责任。

²⁰ 这部分国外资料，由笔者的两位研究生收集，美国部分主要由纪冠男收集，日本、欧洲部分由崔浩收集。

当然,这项普通法原则并非毫无限制,各种特别制定法,即常对之加以限制。举例而言,联邦、各州及各地方政府的公务员,由于他们身份受各类人事法规的特别保障,因此,其辞退接任当然需要有实体性法律依据,而且应依一定程序而行。另外,为保障越战退伍军人的权益,联邦法特别规定他们在退伍后,可返回原工作单位继续服务,而在复职后一年内,除非基于正当理由,否则雇主不得任意将之辞退。此外,在有工会组织存在的私营企业,有工会会员身份的员工,通常受团体协约的特别保障,在这些协约的有效存续期间内(通常是2~3年),除非是基于正当理由,否则雇主不得任意加以解雇。同时为保护员工组织工会的基本权利,雇主也不得任意辞退组织工会或参与工会活动的员工,否则其行为即构成所谓“不公平劳动行为”。在20世纪60年代及70年代所特别制定的某些联邦公益性劳工法,如1964年《民权法案》第7章,1967年《就业年龄歧视法》,以及1973年《复健法》,均明确规定不得因种族、肤色、性别、年龄、伤残、原始国籍或宗教信仰不同,在就业上有歧视待遇,由于这些受雇者都属于特别受保护阶层的成员,因此雇主不得任意将其解雇。而联邦最高法院也在几个著名案例中,一再重申反对就业歧视的重要原则。最后,某些教育职业是采取任期制,如大学资深教授等,在任职界满前,除非有正当理由,雇主亦不得任意辞退受雇者。在过去30多年来,由于各州法院及议会干预,雇用自由原则已经被逐渐修正,目前在47个州内,雇主已无解雇雇员的绝对权,而所谓不当解雇的诉讼层出不穷。中美之间对于不定期合同的理解显然存在着巨大的差异。

一是基本涵义的差异。我国的无固定期限劳动合同被理解为劳动关系只有在双方约定的条件出现时才能终止或在法律规定的条件下才能解除,法院对于终止解除的尺度常常从严掌握。美国则将不定期合同理解为除法律限定的条件外,当事人可以随时以解除或终止的方式消灭该合同的效力的一种合同。

二是适用范围的差异。尽管我国从理论上说,任一主体,只要双方愿意均可签订不定期合同,但由于不定期合同对于用人单位限制过多,当签约权掌握在用人单位手中时,一般均不愿意在国家限定以外签订不定期合同。不定期合同主体主要是国家要求的几种,如老职工、退伍军人、建设征地农转工等特殊主体。美国的不定期合同则是一种普遍的制度。

三是价值目标的差异。我国无固定期限劳动合同是带有照顾特点的福利合同,

推行的目标是锁定一部分老员工，使其不参与或有限度地参与市场竞争。美国的不定期合同则是完全与劳动力市场相联系的用工形式。

四是解雇限制条件不同。我国无固定期限劳动合同由于排除了限制较松的到期终止形式，在劳动合同解除上主要受法定解除条件的从紧限制。美国的不定期合同则是受各种特别制定法以及一些判例的限制。这种限制多是从反歧视等视角出发，可以说是一种从宽的限制。

虽然美国式的雇佣自由原则饱受各方攻击，但时至今日，多数州法院及美国学者仍认为这项原则有继续存在的必要。他们认为，这项原则的最大优点是具有相当弹性，因此，在生产技术或营运情况有变更时，劳资双方均可灵活运用、调整，如雇主不能任意解雇其员工，常易造成劳动市场供需不均的状况。经济的发展也产生出一些支持这种观点的理由：(1)在中小型企业，由于雇主与雇员个人关系较密切，而每位雇员的个人表现往往会影响整个企业的正常运营，若雇主无法任意将无效率或不需要的员工辞退，会产生营运不良的影响。(2)对某些中上层经理性或管理性的所谓机要性受雇者而言，由于雇主对其评估往往必须有相当主观性，而其对雇主又需有特别的忠诚义务，因此，对这种劳资关系，以雇佣自由原则来规范为宜。(3)由于新兴服务业逐渐成长，而这些行业的劳资关系，也较容易由雇佣自由原则来规范。

对于雇主滥用解雇权的情形，美国学者认为，虽有发生但是取消这一原则也不见得就能避免，反而可能影响就业。假如雇主为避免不必要的解雇纠纷常会不愿招募新员工或者故意延长新招募员工的试用期，而不愿正式录用。这种情形会增加刚进入劳动力市场新手的就业困难，而使该国本已严重的少数民族青少年失业问题更恶化。从深层次上看，美国一向崇尚私法自治原则，对政府公权力过分介入私人契约关系一事，总是尽量设法避免，由于制定禁止不当解雇的立法，在技术上确有困难之处，因此此项雇佣自由原则仍会继续适用，虽然它会被不断修正。

美国的劳动力市场是全世界最市场化的，信奉“雇用自由和解雇自由”，尽管美国的价值判断标准有其合理性，其与市场经济高度契合的特点也为实践证明取得了巨大的成功。但大部分中国学者认为，职业稳定权是劳动权中非常重要的

权利²¹，而不愿接受美国的模式。我国的劳动力市场虽然也逐步实现了市场化，但是市场化程度并不高，如果立即照搬美国的现行制度，可能会拔苗助长，不仅劳动者难以适应，就是用人单位也难以适应，最终伤害的还是我国劳动力市场的活力。

(二) 中日模式的比较

日本在第二次世界大战后形成了日本特色的终身雇佣制，这套制度并不是国家通过立法形式确认下来，而是完全由企业自发形成，更具有行业规则的性质。随着现代产业的迅速发展，企业越来越希望确保有技能、守纪律、长期稳定的熟练的劳动力。从而促使日本企业界更加注重终身雇佣制。不过当时的终身雇佣制还属于“经营方保留解雇权”的“单方终身雇佣制”²²。但是，如果企业的经营比较稳定，而工人本人又希望继续受雇，企业方面一般是不轻易解雇工人的。同时，防止劳动力流动三法律^③等法令严格规定，各企业招雇、使用、解雇、辞退工人都必须得到国民职业指导所所长的批准，并接受厚生大臣在这方面的监督。正是在这种背景下，终身雇佣制开始在大企业逐渐实现惯例化。第二次世界大战后，日本经过民主化改革，废除了财阀及其家族式的统治，通过追求取消工人、事务员身份差别的工人运动的掀起，促进了等级社会的解体，许多工会组织迫使资方签订协议，如果没有工会同意不能解雇工人。尤其是在能源革命中对有纷争的煤矿业内部的人员调整，主要是围绕三并三池煤矿的解雇问题的劳资激烈冲突，都进一步促使终身雇佣制实现了惯例化。

如果对中日的劳动关系做一对比，就会发现，1978年开始的经济体制改革推动了中国劳动力市场化的进程，同时也迫切需要各类劳动立法对市场条件下的劳动关系加以调整。党的十一届三中全会以后，劳动制度的改革首先从打破国家“包就业”的制度开始，接着又在新招工人中实行了劳动合同制²³。1995年《劳动法》颁布实施之后，固定工用工制度已经被普遍的劳动合同工制度所替代。截至2000年1月，全国城镇国有企业、集体企业和外商投资企业实行劳动合同制度的职工占到了职工总数的98.1%。²⁴然而，由于我国的不定期合同被演变成

²¹金英杰：《职业稳定性应受关注》，载《工人日报》2005年6月24日，第007版。

²²关口功：《终身雇佣制》，文真堂，1996年第68、72页。

²³1939年的《从业人员雇入限制令》、1940年的《从业人员流动防止令》和《青少年雇人限制令》以及1941年的《劳务调整令》。

²⁴董保华：《劳动法论》，世界图书出版公司，1999年第157页。

福利合同，我国推行的劳动合同是以定期劳动合同为主，通过这次改革，中国的劳动力市场的市场化程度总体上已经走到了日本模式的前面，但这种市场化主要体现在定期合同中，就不定期合同而言，日本的市场化程度仍高于中国。

中日之间对于不定期合同的理解显然也存在着很大的差异。

(1)基本涵义不同。我国的无固定期限劳动合同被理解为劳动关系只有在双方约定的条件出现时才能终止或在法律规定的条件下才能解除。日本的终身雇佣制从法律上看，只要用人单位支付赔偿金，劳动合同仍然可以解除，属于“经营方保留解雇权”的“单方终身雇佣制”。

(2)适用范围不同。我国是以照顾对象作为无固定期限劳动合同的适用范围，主要是工作满10年以上的老职工，复员、转业军人初次就业，运动员退役，农民轮换工，征地农民工转为城镇户口等，一些市场竞争能力较弱的对象。日本的终身雇佣制并不是适用于日本的所有企业。它只适用于大企业和部分中小企业的正式职工，对短工、临时工等非正式职工是不适用的。广大中小企业因为竞争地位不稳定，倒闭的可能性较大，所以本身也难以维持大企业那样的雇佣制度。企业的非正式职工、甚至是部分中小企业的正式职工，他们的就业、工资和劳动条件等在很大程度上是由公开的劳动力市场决定的。实际上，在日本6352万就业人口中，其中雇佣劳动者大约5390万，其余1000万左右为私营和自由职业者；5390万被雇佣的劳动者当中，大约3500万的人是被终身雇佣的²⁵。可见日本终身雇佣制的适用对象是市场竞争能力较强的员工。

(3)保障手段不同。我国是以照顾对象作为无固定期限劳动合同的适用范围，无固定期限合同的福利性特征与企业的非福利性机构的矛盾就会变得较为突出。因此，我国主要通过国家或地方的法律、法规、规章的强制力来保障无固定期限劳动合同的适用。日本终身雇佣制所要吸引的对象是市场竞争能力较强的员工，这套制度并不是国家通过立法形式确认下来，而是完全由企业自发形成。企业希望确保有技能、守纪律、长期稳定的熟练的劳动力，能终身为其服务，其维系的基础是企业信用，依靠惯例化行业规则来实现。

由于这两种制度都会使部分劳动力被横向阻断，不进入劳动力市场，因此我国的学者往往认为日本的劳动力市场和我国近似。日本的终身雇佣制在稳定日本

²⁵参见[日]总务省“劳动力调查(详细集计)”。

的劳动关系方面确实也发挥了很大的作用，所以很多学者认为终身雇佣制比较适合我国的国情，希望以日本为楷模来进行中国的改革。但笔者认为这种想法并不恰当。诚然，日本的终身雇佣制有其一定的合理性，但这一制度也存在着巨大的风险。

首先，从企业方面看，终身雇佣制本身具有僵化的缺陷，缺乏劳动力市场需要的弹性。由于终身雇佣制的实施，企业难以适应自身对劳动力需求的变化。在经济发生变化时，终身雇佣制首先采取的措施是增减工作时间。以制造业为例，1975年，日本制造业上人平均年工作时间为2043小时；到泡沫繁荣期的1988年，年工作时间增加至2189小时；但当泡沫繁荣崩溃，经济长期萧条，失业率逐年上升的同时，劳动时间却大幅度缩减，1996年制造业工人年工作时间已降至1993小时，比1988年减少了196小时，减幅达9%。这时采取增减工作时间的就显得有些不够了。在整个社会必须对产业结构进行调整时，企业缺乏灵活的应变机制，再加之就业倾向本身就落后于经济发展趋势，因此面对突如其来的经济变化，以及激烈的国际竞争和信息化程度的迅速发展，雇主很难在必要的情况下迅速降低劳动成本，从而导致竞争力下降。

终身雇佣制的维系过分依赖企业的信用，一旦企业信用丧失，就可能使这一制度崩溃。据《日经商业》进行的一项调查，日本制造业、金融业和非制造业大公司在1994-1997年期间已经裁退了成千上万的员工：日本电报电话公司减少了49000个职位，日产减少9200个职位，东芝减少7000个职位。金融机构也在大量裁员，以此作为注入公共资金的一个条件。这种大量裁员从根本上动摇了企业的信用基础。

其次，从员工方面看，终身雇佣制会使得企业的人员发生一系列的问题。进入20世纪80年代后，日本人的收入开始大幅度上升。这时的就业者已不像五六十年代的员工一样希望依靠稳定的工作来维持生计，而是追求个人价值的体现，崇尚工作的乐趣。这样一来，不管什么企业，要想用一条绳子拴住员工已经不具有可能性。正如东京苏菲亚大学一名管理专家说的，终身雇佣制的崩溃，“主要原因之一是它所要管理的人变了”²⁶。

与此同时，日本的老龄化程度从1997年起已经是世界第二，60周岁以上的

²⁶胡学龙：《终身雇佣：日本人开始说“不”》，载《经济月刊》2000年第5期。

老人占所有人口的 17%²⁷。实施终身雇佣制正加速增大企业的工资成本。一方面，人口中年轻劳动力所占比重下降；另一方面，由于经济增长减速，企业极力控制新招收年轻的职工，所以，企业内部职工老龄化加速。并且由于年功序列制，越是上一级的管理人员，其年龄就越大，造成了企业经营管理阶层的老龄化。然而再优秀的管理人员，过了 50 岁以后，其体力和脑力也将会出现衰退的现象，他们一般是凭经验办事，采取“回顾式”的经营方式，结果会使企业组织僵化，进而无法适应技术革新和消费多样化迅速发展的要求。

最后，从政府方面看，随着日本经济的连续低迷，劳动力市场又发生了重大的变化，对于目前的就业状况，日本政府也做出了相应的对策。早在 1999 年 6 月 11 日，日本政府就公布了紧急雇佣计划（“紧急雇佣对策与产业竞争力强化对策”）来对付当前社会的失业问题。该计划将重点从维持就业转移到在公司内创设新工作和给就业市场带来更大流动性上。其主要内容可概括为以下几点：创设私营业工作机会，支持再就业；中央和地方政府机构提供临时工作和就业机会；更好地利用人力资源，实行技能开发计划，促进人力资源的可就业能力；审查失业保险，保险赔偿费优先考虑中老年失业者，优先安排就业调整资助，以鼓励行业间的劳动力流动等。这些措施强化了社会保障，削弱了企业保障。

由此可见，日本自身的终身雇佣制也正面临危机，现在，很多学者认为日本的终身雇佣制已经土崩瓦解²⁸，日本国内在 2003 年劳动基准法修改时也体现出其瓦解的趋势，这次修改主要是体现在两方面：(1) 延长定期劳动合同的期限上限；(2) 对劳动合同的设立、变更、终止的标准进行修订。²⁹

中国“大下岗”的经历还记忆犹新，而日本尚未完全走出困境，两个曾经实行终身雇用制的国家，最终都未能维系“终身雇用”的制度安排。我国绝不能再重蹈覆辙。

（三）中欧模式的比较

欧洲模式下，各国都是存在劳动力市场的国家，但在劳动用工上并不是完全市场化，欧洲在解雇保护上采取正当理由说，由于有着较高的解雇保护水平，劳动关系具有相当的稳定性。我国现行的不定期劳动合同与欧洲相比也存在差异。

²⁷数据引自“中国老龄协会网站”。

²⁸张舒英：《日本的终身雇佣制及其瓦解的必然性》，引自中国社会科学院网站。

²⁹日本劳动政策研究、研修机构《劳动政策研究报告》，2004 年 7 月。

第一，不定期合同性质不一致。我国现行的不定期劳动合同主要是一种福利合同，是国家将福利性安置义务转嫁给企业的一种形式，可以说是一种特殊形式。在我国只有定期合同才成为一种普遍形式，而在欧洲模式下，不定期劳动合同则是作为一种普遍的用工制度，定期劳动合同则是作为一种特殊性质的劳动合同，一般都是用于临时性、季节性等劳动关系。

第二，不定期合同主体不一致。我国无固定期限劳动合同在实际生活中仅适用于老职工或一些特殊群体。欧洲大部分国家不对不定期劳动合同的签订主体进行规定，任何劳动者，只要达到法定年龄，具备劳动能力，都应当签订不定期劳动合同。同时，还对定期劳动合同的上限做了严格的规定。法国《劳动法典》规定定期劳动合同续订期限加上原合同期限一般不得超过 18 个月。葡萄牙法律规定固定期限劳动合同只有在极为特殊的情况之下，其最长期限才能达到 3 年。《俄罗斯联邦劳动法典》规定固定期限劳动合同不超过 5 年³⁰。通过定期合同下限的规定将合同转为不定期合同，使不定期合同成为主导形式。

第三，不定期合同的确立方式不同。我国规定不定期合同一定要用书面形式确立。欧洲各国一般对不定期劳动合同的形式不做要求，不要求必须签订书面劳动合同，口头合同同样具备法律效力。《法国劳动法典》第 2 章第 122 一 3 一 1 条规定：定期劳动合同必须用书面形式制定并应准确表述订立合同之原因，非如此，订立的合同视为无确定期限。³¹即不定期劳动合同可以是书面或口头形式的。英国、德国等国的劳动法都规定，雇佣关系可以是书面的，也可以是口头的。³²这些规定不仅适用不定期劳动合同，也适用定期劳动合同。

第四，不定期合同终止解除条件不一样。我国的不定期劳动合同是不能无因终止的，只有当事人约定的劳动合同终止条件出现，才可以终止不定期劳动合同。欧洲模式的不定期劳动合同都是可以终止的：欧洲各国虽然提倡“解雇限制”，但是只要用人单位支付经济补偿金，就可以随时终止或解除劳动合同，也有一些国家规定只要在有原因的情况下，也可不支付经济补偿。

由于欧洲劳动合同的期限和我国劳动合同的期限存在区别，导致劳动力市场与劳动合同的性质差异，劳动合同的原则不一致。我国的劳动法虽然将劳动合同

³⁰劳动和社会保障部劳动科学研究所《外国劳动和社会保障法选》，北京：中国劳动出版社，1995。

³¹罗结珍：《法国劳动法典》，国际文化出版公司，1996。

³²王益英：《外国劳动法和社会保障法》，北京：中国人民大学出版社，2001 年第 32、85 页。

分为定期和不定期劳动合同,但是由于不定期劳动合同只是部分劳动者的福利性、补偿性待遇,所以我国劳动法主要推行定期劳动合同。国外法律则一般将劳动合同的原则规定为以无固定期限劳动合同为主。

四、我国不定期合同的改革趋势

我国的无固定期限合同由于其福利性内容的导入,使其与国际惯例脱轨。从解决我国现行的不定期合同人手,重新赋予不定期合同新的涵义。这就需要对我国现行制度做出较大的调整。从国外的情况看,无论是美国、日本、欧洲也都在对不定期合同进行某种修正。将我国不定期合同与美国模式、日本模式、欧洲模式相比较就可以发现,美国模式虽具有经济上的合理性,也取得了令人信服的效果,但由于其过分推崇雇佣自由面不易为我国所接受;日本模式作为另一个极端,由于其不能适应市场的变化,也不应采纳。对于我国最具借鉴意义的当属欧洲模式。笔者认为欧洲不定期劳动合同可以作为我国改革借鉴的目标。

如果说我国从固定工制转向劳动合同制时需要在一定时期内对一些老职工进行照顾,但将10年以上的老职工都列入照顾行列显然是不妥的。我国无固定期限合同的改革应当从“去福利化”开始。无论是劳动者还是用人单位都应当有权终止劳动合同。解雇保护主要应体现在提前通知、支付经济补偿金、解除理由这三项措施上³³。不定期应当体现在法律限定内,双方当事人根据各自情况而要求的变动性,双方有正当理由就可以解除合同(应当是正当理由而不是法定理由),如果没有正当理由解雇的应当支付经济补偿金。对于我国不定期合同改革的重点应当是去除其福利因素,放宽不定期劳动合同的政策限制,使其能够成为一种与市场相联系,劳动力能有序流动的形式。

³³详见本书中笔者撰写的《解雇保护制度研究》一文。



地址：上海市长宁区定西路988号银统大厦南楼601室

Address: 601, South Tower, YinTong Building, 988 Ding Xi Road, Changning District, Shanghai

邮政编码：200050

Postcode: 200050

www.baohualaw.com