

致格实务

上海市延安东路 100 号
联谊大厦 301 室
邮编: 200002
电话: (+8621) 6087 1930
传真: (+8621) 6087 1922
网址: www.zingerlaw.com

致格律师事务所

上海
华盛顿特区
弗吉尼亚

劳动法 LABOR LAW PRACTICE

无固定期限劳动合同的法律规定及司法实践

■ 无固定期限劳动合同背景及热点事件

《劳动法》确立的是一种以固定期限合同为准，无固定期限合同为辅的用工制度，《劳动合同法》则通过一系列强制性规定，试图确立一种无固定期限合同为主的用工制度。

在《劳动合同法》出台前后，有两个大的热点事件出现：一是华为公司在 2007 年年底要求所有工作满 8 年的员工，在 2008 年元旦之前，都要先后办理主动辞职手续，然后再“竞业上岗”。华为这一行为被官方视为一次针对《劳动合同法》无固定期限劳动合同的规避行为，遭受了官方媒体的轰炸；二是全国政协委员、玖龙纸业董事长张茵的“放炮”，其在 2008 年全国两会期间呈交提案，建议政府取消《劳动合同法》中签订无固定期限劳动合同的规定。张茵的提案在社会上遭到了众多网民的批评和谩骂，其公司也一度遭到舆论攻击，称其工厂为“港企内地血汗工厂”“港企之耻”。

此后由于诸多原因，官方宣传口径已做出了某种调整，调整后进行宣传的重点则是企业“误读”了无固定期限劳动合同。

由于缺乏对无固定期限劳动合同制度的正确认识，不少人认为无固定期限劳动合同是“铁饭碗”、“终身制”，认为无固定期限劳动合同一经签订就不能解除。因此，很多劳动者把无固定期限劳动合同视为“护身符”，千方百计要与用人单位签订无固定期限劳动合同。另一方面，用人单位则将无固定期限劳动合同看成了“终

身包袱”，想方设法逃避签订无固定期限劳动合同的法律义务。

■ 无固定期限劳动合同的法律规定

劳动合同期限是指合同的有效时间，它一般始于合同的生效之日，终于合同的终止之时。而其中无固定期限劳动合同，是指劳动合同中只约定了起始日期，没有约定具体终止日期的劳动合同。无论是固定期限、无固定期限还是以完成一定工作任务为期限，都是作为一种任意制度，可由用人单位与劳动者协商选择。在这一任意制度外，《劳动合同法》还开始着力以强制推行的方式推广无固定期限劳动合同，这就在上述任意制度外，发展了强制制度。

在我国《劳动合同法》中有如下关于无固定期限劳动合同的规定。“第十二条 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。”“第十四条 无固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。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。用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。”

■ 签订无固定期限劳动合同条件的法律适用

1、因工作年限而产生的无固定期限劳动合同。劳动者在该用人单位连续工作满十年的，劳动者达到这一年限长度时，劳动者的单方行为就可产生无固定期限劳动合同，劳动合同续订的主动权，完全在劳动者手中。我们具体来看：(1)是指劳动者与同一用人单位签订的劳动合同的期限不间断达到十年。如有的劳动者在用人单位工作五年后，离职到别的单位去工作了两年，然后又回到了这个用人单位工作五年。虽然累计时间达到了十年，但是劳动合同期限有所间断，不符合在“该用人单位连续工作满十年”的条件。《劳动合同法实施条例》第10条将劳动者离开用人单位的原因区别为“因劳动者自身的原因主动辞职到新的用人单位”和劳动者“非因本人原因从原用人单位被安排到新的用人单位工作的”两种情况，在后一种情况下，劳动者在原用人单位的工作年限要合并计算到新用人单位的工作年限中，但如果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，则不再计算劳动者在原用人单位的工作年限而产生的经济补偿。(2)因法定顺延事由，使得劳动者在同一单位工作时间超过十年的，是否作为签订无固定期限劳动合同的理由？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》指出“劳动合同期满，合同当然终止。合同期限的顺延只是为了照顾劳动者的特殊情况，对合同终止时间进行了相应的延长，而非不得终止。《劳动合同法》第四十五条也明确规定：“劳动合同期满，有本法第四十二条规定情形之一的，劳动合同应当顺延至相应的情形消失时终止。”在法律没有对终止的情况做出特别规定的情况下，不能违反法律关于合同终止的有关规定随意扩大解释，将订立无固定期限合同的后果纳入其中。因此，法定的顺延事由消失时，合同当然终止”。(3)

《劳动合同法实施条例》第9条规定，上述工作年限的起始时间，应当自用人单位用工之日起计算，包括《劳动合同法》施行前的工作年限。在这一规定下，显然对上述华为买断事件产生重大影响。

2、因劳动合同签约次数而产生的无固定期限合同。连续订立二次固定期限劳动合同，续订劳动合同的。此前在这一条款的理解上以及在实践操作中曾存在分歧。目前根据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》，该内部指导意见指出“用人单位与劳动者连续订立几次固定期限劳动合同以后，续订合同应当订立无固定期限合同《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。”上海高院的这一意见目前已经成为主流理解，澄清了上述歧义。

结合《劳动合同法》的相关规定，我们可以根据如下步骤进一步理解：

首先是劳动者与用人单位连续订立两次固定期限劳动合同，订立的次数从《劳动合同法》施行后开始计算，这与无固定期限劳动合同制度下的起算时间是不一样的，后者是从“用工之日”开始计算，因而也就没有区分《劳动合同法》施行前后；

其次是劳动者没有出现《劳动合同法》第39条、第40条第1、2项规定的情形，这里主要是排除劳动者存在过错性解除以及非过错性解雇的情况。

再次是用人单位与劳动者双方就续订劳动合同达成一致。有人理解这里的“续订”应当是劳动者的单方行为就可，即只要劳动者要求订立，用人单位就一定得订立劳动合同。这一理解显然有失偏颇，也是劳动合同法实施后产生歧义的由来。

最后是劳动者提出或者同意续订的，只要是劳动者没有以明示的方式提出订立固定期限劳动合同，则就可以视为劳动者提出或者同意续订的是无固定期限劳动合同。

3、因事实劳动关系而产生的无固定期限劳动合同，也

可称为视为签订无固定期限劳动合同。用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。有的用人单位为了逃避义务，使劳动关系处于一种不明确的状态，在发生劳动争议的时候也无据可查，经常有不订立书面劳动合同的情况发生。对此，劳动合同法对于已经建立事实劳动关系，但没有同时订立书面劳动合同的情况，规定用人单位与劳动者应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。用人单位自用工之日起超过一个月但不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者支付二倍的月工资。用人单位自用工之日起超过一年未与劳动者签订书面劳动合同的，则视为自用工之日满一年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同，并应当立即与劳动者补订书面劳动合同。

■ 如何解除和变更无固定期限劳动合同

- ▶ 无固定期限的劳动合同也是劳动合同的一种类型，在履行过程中，任何一方由于某种原因希望或已提出解除劳动合同，另一方只要表示同意，双方达成一致意见，就可以依据本法第三十六条的规定解除劳动合同。当法律规定的可以解除劳动合同的条件出现，或当事人在合同中约定的可以解除劳动合同的条件出现，无固定期限的劳动合同就可以依法定条件或约定条件解除。如劳动者有本法第三十九条规定的情形之一出现时，用人单位就可以解除劳动合同。用人单位有本法第三十八条规定的情形之一时，劳动者就可以解除劳动合同。由此可见，无固定期限合同并不是没有终止时间的“铁饭碗”，只要符合法律规定的条件，劳动者与用人单位都可以依法解除劳动合同。
- ▶ 有很多错误观点认为无固定期限劳动合同是不能变更的。无固定期限劳动合同和其他类型的合同一样，也适用劳动法与本法的协商变更原则。按照劳动法的规定，用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。除了劳动合同期限以外，双方当事人还可以就工

作内容、劳动报酬、劳动条件和违反劳动合同的赔偿责任等方面协商，进行变更。在变更合同条款时，应当按照自愿、平等原则进行协商，不能采取胁迫、欺诈、隐瞒事实等非法手段，同时还必须注意变更后的内容不违法，否则，这种变更是无效的。

■ 如何降低签订无固定期限劳动合同的法律风险

- ▶ 根据企业自身的用工特点，建立起无固定期限合同管理和评估机制。根据职位、工种的不同，设计不同的劳动合同版本。事先对于具体岗位进行分析，判断签订劳动合同的期限或是否需要签订无固定期限劳动合同。对于符合签订无固定期限劳动合同的员工进行续签评估，考量该职位是否有必要续签。对于保密性强、对企业有过贡献的、技术复杂又需要保持人员稳定的岗位，订立无固定期限劳动合同。这样操作一方面，对于用人单位来说，有利于维护其经济利益，减少频繁更换关键岗位的关键人员而带来的损失；另一方面，对于劳动者来说，有利于增强对企业组织承诺的长久性，也有利于实现职业长期稳定，更好地钻研业务技术。
- ▶ 评估工作岗位的可替代性，如果属于可替代性的，可以进行人员的经常性更换，或劳动合同到期后，先终止一段时间，再订立。但终止后需满足以下三个条件，才能满足规避签订无固定期限劳动合同的目的：一是员工停止工作，二是企业停止支付工资，三是员工的社会保险停止缴纳。
- ▶ 可对劳动合同进行预先设计，以此做到“合同无期限，岗位有期限”，另外在合同中也进行分层考虑，设计薪酬激励机制，加大岗位考核力度。无固定期限劳动合同是由国家法律强制推行的一种制度，随着劳动合同法的施行，无固定期限劳动合同越来越将成为我国企业的主要用工形式，企业应与之建立相适应的管理机制，这有赖于企业人力资源部门以及法律界的深入研究。
- ▶ 作为用人单位，当劳动者符合签订无固定期限劳动合同的条件而提出订立固定期限劳动合同时，一定要保留劳动者提出订立固定期限劳动合同的

书面证据，并作为合同附件妥善保存。否则，发生劳动争议时，可能因为举证不能而被裁决支付每月二倍的工资。

- 在固定期限劳动合同到期前通过与劳动者协商变更劳动合同的期限，来防止达到“连续订立二次固定期限劳动合同”的条件。
- 采取签订完成一定工作任务为期限的劳动合同，来防止达到“连续订立二次固定期限劳动合同”的条件。
- 在对本企业工作时间快满 10 年的员工的劳动关系进行及时评估，以决定去留。

■ 经典案例

案例一

同一集团子公司之间的调动能否连续计算工作年限？

刘某 2000 年 1 月 3 日进入某集团 A 子公司工作，与 A 子公司签订了 3 年期限的劳动合同，2003 年 1 月 2 日合同到期后续签劳动合同，期限 6 年。后刘某于 2008 年 4 月 16 日被该集团调到 B 子公司工作（刘某与 A 子公司签订了劳动合同解除协议，但 A 子公司未给刘某任何补偿），与 B 子公司重新签订了 3 年期限的劳动合同。2011 年 3 月 23 日，刘某以进入该集团工作超过 10 年为由要求与 B 子公司签订无固定期限劳动合同，B 子公司不同意签订并告知刘某 2011 年 4 月 15 日合同到期后将不再与其续签劳动合同，双方发生争议，刘某遂提起劳动仲裁。

致格观点：

- 依据《劳动合同法实施条例》第十条规定，“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。”

- 本案中刘某被安排调入 B 子公司，刘某的工作年限即工龄应当连续计算。至 2011 年 3 月 23 日，刘某在该集团已经连续工作 11 年多，依据《劳动合同法》第十四条的规定，“劳动者在该用人单位连续工作满十年的，劳动者提出订立无固定期限劳动合同的，用人单位应当与其订立无固定期限劳动合同。”故刘某有权利提出订立无固定期限劳动合同。
- 双方在合同届满均同意续签劳动合同时，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同。

案例二

工作满十年，协商一致签订固定期限劳动合同的如何处理？

1997 年 8 月 1 日，王某进入上海某印刷公司工作。至 2007 年 8 月 1 日，王某在公司工作已满 10 年，因为《劳动合同法》即将实施，王某在与公司协商一致后签订了一份为期 2 年的固定期限劳动合同。2 年后，劳动合同期满，公司发出终止劳动合同通知书，告知王某劳动合同于 2009 年 7 月 31 日期满终止。王某则提出其在公司工作已满 10 年，公司应当与其签订无固定期限劳动合同，公司表示拒绝。于是，王某于 2009 年 8 月向公司所在区的劳动仲裁委员会提起劳动仲裁，要求公司于 2009 年 8 月 1 日起与其签订无固定期限劳动合同。

致格观点：

- 对于本案中所涉及的“劳动者在该用人单位连续工作满 10 年”应当签订无固定期限劳动合同的情形，94 年颁布的《劳动法》与 08 年颁布的《劳动合同法》有不同的表述。因为本案中劳动合同签订于 2007 年 8 月 1 日，为《劳动合同法》实施之前，则应当适用《劳动法》的有关规定。
- 在《劳动法》的规定中，应当签订无固定期限劳动合同的条件，除了满足“同一用人单位连续工作满 10 年”之外，还有一个重要条件就是：“劳

劳动者提出订立无固定期限劳动合同”。因此本案中在 2007 年 8 月，王某未与公司提出过签订无固定期限劳动合同，公司即无义务应当与刘某签订无固定期限劳动合同，因此公司与其签订的为期 2 年的有固定期限劳动合同是合法有效的。

- ▶ 而在 08 年《劳动合同法》中，该前提变成为“劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同”，即用人单位失去了不再延续劳动合同的权利。因此假设本案中若有固定期限劳动合同是在 2008 年之后签订的，则即使 2 年固定期限劳动合同期满后，只要劳动者提出续订劳动合同的，且没有提出订立固定期限劳动合同的，则公司就应当与之签订无固定的期限劳动合同。

案例三

公司必须对 10 年以上的员工直接签订无固定期限的劳动合同吗？

员工赵某 1996 年 3 月进入某服装公司工作，劳动合同至 2009 年 3 月 30 日到期。公司在 2009 年 2 月 29 日通知赵某合同到期终止劳动合同，并说明员工在合同终止前有权提出签订无固定期限劳动合同的申请。赵某在合同到期后就没有在到公司上班。2008 年 4 月 7 日公司通知赵某前往公司领取终止劳动合同的经济补

偿金 9000 多元并办理手续。赵某于 2008 年 4 月 12 日向劳动仲裁庭申请仲裁：认为公司必须与自己签订无固定期限的劳动合同，但公司却拒绝签订，并通知员工不再续订劳动合同，双方的劳动合同于 2008 年 3 月 31 日终止，公司的行为严重违反劳动合同法的规定，损害了员工的合法权益，要求公司支付违法解除劳动合同的双倍赔偿金等 10 多万元。

致格观点：

- ▶ 我们认为，公司在合同到期前一个月就通知员工在合同到期终止前有权提出签订无固定期限劳动合同的申请，员工在劳动合同到期前一直未提出，视为双方同意终止合同。现员工又向仲裁庭主张劳动合同的经济补偿金，证明双方劳动关系已经终止。公司已按照终止劳动合同经济补偿金的标准计算了应当支付给赵某的经济补偿金。
- ▶ 本案有不同的观点认为，公司必须对 10 年以上的员工直接签订无固定期限的劳动合同，不能草率的通知赵某终止劳动关系，还要求员工如要续订必须向公司提出申请，给员工要求续订劳动合同设置了人为障碍，增加了员工举证义务。从立法的保护劳动者的本义出发，应当支持员工续订劳动合同的请求。