

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（二）（征求意见稿）》解读与建议（上篇）

作者：刘宇翔、吴琼

引言

2023年12月12日，最高人民法院发布了《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（二）（征求意见稿）》（以下简称“《征求意见稿》”），向社会公开征求意见。海问律师事务所劳动法团队结合法律规定、司法实践以及实务经验，对《征求意见稿》在条款解读、相关背景以及完善建议角度进行了逐条分析。上篇将对《征求意见稿》第一条至第十七条分析，以供读者参考。

第一条【股权激励争议的受理】用人单位基于劳动关系以股权激励方式为劳动者发放劳动报酬，劳动者请求用人单位给付股权激励标的或者赔偿股权激励损失发生的纠纷属于劳动争议，但因行使股权发生的纠纷除外。当事人不服劳动争议仲裁机构作出的裁决，依法提起诉讼的，人民法院应予受理。

1、条款背景及解读

此条款明确了以股权激励方式向劳动者发放劳动报酬应作为劳动争议案件审理的情形，具体而言：

- 首先，明确了提出请求针对的主体应当仅限于用人单位。实践中，用人单位用以作为股权激励的标的可能来自关联公司，明确劳动者主张权利的对象十分重要，劳动者应当向用人单位提出劳动仲裁或诉讼请求；
- 其次，以“基于劳动关系”“以股权激励方式为劳动者发放劳动报酬”对股权激励争议的范围进行限定。应当综合考虑双方是否存在劳动关系、是否存在例如股权投资等其他法律关系、股权激励是否与劳动者工作内容、工作表现等事项相关联、劳动者是否享有选择权等关键因素认定股权激励争议范围；
- 最后，将请求的范围限定为“给付股权激励标的或者赔偿股权激励损失”，即应当包括但不限于要求用人单位将股权激励标的登记在劳动者名下、赔偿因无法行权造成经济损失等情形。如涉及到股权转让、分红权、知情权、收（回）购请求权、股东优先购买权等事宜，则属于“行使股权”的范畴，不属于劳动争议的受案范围。

此前裁判实践中对于股权激励争议的性质认定存在不同观点，[1]此条对此进行了统一规范。

2、问题与不足

此条对用人单位向劳动者提出与股权激励相关的请求是否属于劳动争议未作明确。

3、完善建议

实践中，劳动者在取得股权激励权益后出现违反协议约定的行为，用人单位向劳动者要求返还股权激励利益或者依约赔偿损失的争议，也应当一并纳入劳动争议范围中。

原文	建议修订
第一条 【股权激励争议的受理】用人单位基于劳动关系以股权激励方式为劳动者发放劳动报酬，劳动者请求用人单位给付股权激励标的或者赔偿股权激励损失发生的纠纷属于劳动争议，但因行使股权发生的纠纷除外。当事人不服劳动争议仲裁机构作出的裁决，依法提起诉讼的，人民法院应予受理。	第一条 【股权激励争议的受理】用人单位基于劳动关系以股权激励方式为劳动者发放劳动报酬，劳动者请求用人单位给付股权激励标的或者赔偿股权激励损失，或用人单位向劳动者主张追索已给付的股权激励标的及其收益或者赔偿因给付股权激励标的带来的损失所发生的纠纷属于劳动争议，但因行使股权发生的纠纷除外。当事人不服劳动争议仲裁机构作出的裁决，依法提起诉讼的，人民法院应予受理。

第二条 【诉讼中的仲裁时效抗辩之一】当事人未提出仲裁时效抗辩，人民法院不应对仲裁时效问题进行释明。

1、条款背景及解读

此条对仲裁时效的释明问题做了规定，与现行司法实践中不主动释明仲裁时效的做法一致，且与民事诉讼法中关于诉讼时效的规定一致。

2、问题与不足

无。

3、完善建议

无。

第三条 【诉讼中的仲裁时效抗辩之二】当事人在仲裁期间未提出仲裁时效抗辩，在一审期间提出仲裁时效抗辩的，人民法院不予支持，但其基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已超过仲裁时效期间的情形除外。

当事人未按照前款规定提出仲裁时效抗辩，以仲裁时效期间届满为由申请再审或者提出再审抗辩的，人民法院不予支持。

1、条款背景及解读

- 此条对提出仲裁时效的抗辩时间做了细化规定，与民事诉讼法中相关规定保持一致。
- 此条相较于《第八次全国民事审判会议纪要》第二十七条[2]的规定，新增了基于“新的证据”提出请求的除外情形。对“新的证据”的理解，应当遵循《民事诉讼法》及最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释中对新证据的规定。

2、问题及不足

无。

3、完善建议

无。

第四条 【未订立书面劳动合同第二倍工资的仲裁时效】用人单位未依法与劳动者订立书面固定期限劳动合同、以完成一定工作任务为期限劳动合同，劳动者请求用人单位支付未订立劳动合同第二倍工资的，仲裁时效期间适用劳动争议调解仲裁法第二十七条第一款规定，从用人单位应当订立劳动合同之日起满一个月的次日起计算。

用人单位未依法与劳动者订立书面无固定期限劳动合同，劳动者请求用人单位支付未订立劳动合同第二倍工资的，仲裁时效期间适用劳动争议调解仲裁法第二十七条第一款规定，从用人单位应当订立劳动合同的次日起计算。

1、条款背景及解读

此条明确了未订立书面劳动合同第二倍工资不属于劳动报酬，其仲裁时效应适用一年的一般仲裁时效，且明确了一年仲裁时效的起算点为“应当订立劳动合同之日起满一个月的次日”。此前各地庭审实践中针对二倍工资仲裁时效的起算点存在不同观点，[3]此条统一了实践中的不同认知。

2、问题及不足

此条中的“应当订立劳动合同之日”易引起误解。《劳动合同法》第十条明确：“已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。”因此，自用工之日起一个月内用人单位均负有与劳动者订立劳动合同之义务，均属于“应当订立劳动合同之日”，从而导致没有明确的日期。

法律仅对初始建立劳动关系的情形赋予了宽限期，应当续订劳动合同而未及时订立的，不应继续享有一个月的“宽限期”。

3、完善建议

为避免歧义，我们建议对此条的表述略作调整。

原文	建议修订
第四条 【未订立书面劳动合同第二倍工资的仲裁时效】用人单位未依法与劳动者订立书面固定期限劳动合同、以完成一定工作任务为期限劳动合同，劳动者请求用人单位支付未订立劳动合同第二倍工资的，仲裁时效期间适用劳动争议调解仲裁法第二十七条第一款规定，从用人单位应当订立劳动合同之日起满一个月的次日起计算。 用人单位未依法与劳动者订立书面无固定期限劳动合同，劳动者请求用人单位支付未订立劳动合同第二倍工资的，仲裁时效期间适用劳动争议调解仲裁法第二十七条第一款规定，从用人单位应当订立劳动合同的次日起计算。	第四条 【未订立书面劳动合同第二倍工资的仲裁时效】用人单位未依法与劳动者订立书面固定期限劳动合同、以完成一定工作任务为期限劳动合同，劳动者请求用人单位支付未订立劳动合同第二倍工资的，仲裁时效期间适用劳动争议调解仲裁法第二十七条第一款规定，从用人单位应当订立劳动合同用工之日起满一个月的次日起计算。 用人单位未依法与劳动者续订劳动合同，劳动者请求用人单位支付未订立劳动合同第二倍工资的，仲裁时效期间从原劳动合同届满的次日起计算。 用人单位未依法与劳动者订立书面无固定期限劳动合同，劳动者请求用人单位支付未订立劳动合同第二倍工资的，仲裁时效期间适用劳动争议调解仲裁法第二十七条第一款规定，从用人单位应当订立无固定期限劳动合同的次日起计算。

第五条 【特殊劳动报酬的仲裁时效】劳动者主张用人单位支付未休年休假工资报酬、加班费的仲裁时效适用劳动争议调解仲裁法第二十七条第四款规定的，人民法院应予支持。

1、条款背景及解读

此条明确了未休年休假工资报酬、加班费属于特殊劳动报酬，应适用劳动关系终止之日起一年的特殊仲裁时效。[4]此条旨在从经济责任的角度督促用人单位落实带薪年休假制度和加班工资报酬，保障劳动者的休息休假权。

- 对于加班费的仲裁时效，此前最高院、人社部发布的典型案例[5]已明确加班费应适用特别仲裁时效，各地裁判实践也多采纳该口径。
- 对于未休年休假工资报酬的仲裁时效，此前多数地区的裁判实践倾向于认为应适用一般仲裁时效，[6]仅个别地区适用特殊仲裁时效。[7]此条的规定与目前大部分地区的裁判实践不同。

2、问题与不足

无。

3、完善建议

无。

第六条 【达到法定退休年龄但是尚未享受基本养老保险待遇的劳动者的权益保护】达到法定退休年龄但是尚未享受基本养老保险待遇的劳动者为用人单位提供劳动，劳动者请求参照适用劳动法律法规处理劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动保护、职业危害防护以及工伤保险待遇等争议的，人民法院应予支持。

1、条款背景及解读

此条明确了达到法定退休年龄但是尚未享受基本养老保险待遇的劳动者应在劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动保护、职业危害防护以及工伤保险待遇方面受到劳动法的保护，进一步保护了这类劳动者的基础劳动权益。

此前各地的规则中对这类劳动者与用人单位构成劳动关系还是劳务关系观点不一，[8]此条不再以劳动抑或劳务关系来区分这类劳动者如何适用法律，而是规定在基础劳动权益方面均参照适用劳动法律，一定程度上解决了这类劳动者的基础劳动权益保障问题。

2、问题与不足

此条中的“等”字容易引发是否应作扩大解释的争议，从而使得超龄劳动者可请求参照适用劳动法律法规处理的争议的范围存在不确定性。而此条一旦被扩大解释，如劳动者主张离职补偿等劳动权益的，将可能导致劳动者和用人单位之间的权利义务失衡。

3、完善建议

建议删除此条中的“等”字以避免歧义，并可考虑增加列举不应适用劳动法律法规处理的争议的范围。

原文	建议修订
第六条 【达到法定退休年龄但是尚未享受基本养老保险待遇的劳动者的权益保护】 达到法定退休年龄但是尚未享受基本养老保险待遇的劳动者为用人单位提供劳动，劳动者请求参照适用劳动法律法规处理劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动保护、职业危害防护以及工伤保险待遇等争议的，人民法院应予支持。	第六条 【达到法定退休年龄但是尚未享受基本养老保险待遇的劳动者的权益保护】 达到法定退休年龄但是尚未享受基本养老保险待遇的劳动者为用人单位提供劳动，劳动者请求参照适用劳动法律法规处理劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动保护、职业危害防护以及工伤保险待遇等争议的，人民法院应予支持。

第七条 【转包或者分包的劳动关系】具备用工主体资格的承包人将承包业务转包或者分包给不具备用工主体资格的组织或者个人，该组织或者个人招用的劳动者请求确认承包人为承担用工主体责任单位，承担支付工资、给予工伤保险待遇等用工主体责任的，人民法院应予支持。

1、条款背景及解读

此条明确了在转包或者分包给不具备用工主体资格的组织或者个人的情形下用工主体责任的承担问题，与此前最高院和人社部出台的相关规则一致。[9]

2、问题及不足

此条中的“等”字容易引发是否应作扩大解释的争议，且“用工主体责任”的表述方式容易引起该等具备用工主体资格的承包人与劳动者是否构成劳动关系的争议。

3、完善建议

建议删除条款中的“等”字以避免歧义，并对条款的表述作一定调整，以明确承包人依法承担支付工资、给予工伤保险待遇等责任，不等同于承包人与劳动者构成劳动关系。

原文	建议修订
第七条 【转包或者分包的劳动关系】具备用工主体资格的承包人将承包业务转包或者分包给不具备用工主体资格的组织或者个人，该组织或者个人招用的劳动者请求确认承包人为承担用工主体责任单位，承担支付工资、给予工伤保险待遇等用工主体责任的，人民法院应予支持。	第七条 【转包或者分包的劳动关系】具备用工主体资格的承包人将承包业务转包或者分包给不具备用工主体资格的组织或者个人，该组织或者个人招用的劳动者请求确认承包人为承担用工主体责任单位，与转包人或者分包人共同承担支付工资、给予工伤保险待遇等用工主体的给付责任的，人民法院应予支持。

第八条 【被挂靠单位的劳动关系】不具备用工主体资格的组织或者个人挂靠其他单位对外经营，该组织或者个人招用的劳动者请求确认被挂靠单位为承担用工主体责任单位，承担支付工资、给予工伤保险待遇等用工主体责任的，人民法院应予支持。

1、条款背景及解读

此条明确了不具备用工主体资格的组织或者个人挂靠经营的情形下，用工主体责任的承担问题。此前最高院的相关规则明确了被挂靠单位应承担工伤保险责任，[10]此条对支付工资的责任作了进一步明确。

2、问题及不足

无。

3、完善建议

无。

第九条 【混同用工】被多个用人单位交替或者同时进行用工的劳动者请求确认劳动关系的，按照下列情形分别处理：

（一）已订立书面劳动合同，劳动者请求按照劳动合同确认劳动关系的，人民法院应予支持；

（二）未订立书面劳动合同，劳动者请求确认劳动关系的，人民法院可以根据用工管理行为、工作时间、工作内容、工资报酬发放、社会保险缴纳等因素予以确认。

劳动者请求用人单位共同承担责任的，人民法院应予支持，但用人单位之间依法对劳动者的工资报酬、福利待遇等作出约定且经劳动者同意的除外。

1、条款背景及解读

此条旨在解决关联公司之间混同用工的情况下各用人单位之间责任的承担问题。

- 此条在各地裁审规则[11]的基础上，明确了混同用工的定义，即仅限于多个主体“交替”或者“同时”用工。
- 此条进一步赋予了劳动者对请求确认劳动关系的主体的选择权，加强了对劳动者权益的保护。

2、问题及不足

此条第一款第（二）项未明确是否包括已与其中一个用人单位订立书面劳动合同但未与另一用人单位订立书面劳动合同的情形下，能否主张与未订立劳动合同的用人单位确认劳动关系，容易引发争议。例如，实践中存在用人单位安排劳动者劳动合同和分公司/子公司签署，但实际上为总公司/母公司工作的方式，规避其用工责任的情况。

3、完善建议

建议明确订立劳动合同的主体与实际履行的主体不一致的情形下，劳动者享有请求确认劳动关系的选择权，人民法院可根据实际用工情况确认劳动关系。

原文	建议修订
第九条 【混同用工】被多个用人单位交替或者同时 同时进行用工的劳动者请求确认劳动关系的，按照下 列情形分别处理： （一）已订立书面劳动合同，劳动者请求按照劳动 合同确认劳动关系的，人民法院应予支持； （二）未订立书面劳动合同，劳动者请求确认劳动 关系的，人民法院可以根据用工管理行为、工作 时间、工作内容、工资报酬发放、社会保险缴纳等因 素予以确认。 劳动者请求用人单位共同承担责任的，人民法院应 予支持，但用人单位之间依法对劳动者的工资报 酬、福利待遇等作出约定且经劳动者同意的除外。	第九条 【混同用工】被多个用人单位交替或者同时 同时进行用工的劳动者请求确认劳动关系的，按照下 列情形分别处理： （一）已订立书面劳动合同，劳动者请求按照劳动 合同确认劳动关系的，人民法院应予支持； （二）未订立书面劳动合同或者订立劳动合同的主体与 实际履行的主体不一致，劳动者请求确认劳动关系的， 人民法院可以根据用工管理行为、工作时间、工作内 容、工资报酬发放、社会保险缴纳等因素予以确认。 劳动者请求用人单位共同承担责任的，人民法院应 予支持，但用人单位之间依法对劳动者的工资报酬、福利 待遇等作出约定且经劳动者同意的除外。

第十条 【外国企业及常驻代表机构主体资格】依法设立的外国企业常驻代表机构可以作为劳动争议案件的当事人。
当事人依法申请追加外国企业为当事人的，人民法院应予支持。

1、条款背景及解读

此条从诉讼程序上将涉外国企业常驻代表机构（以下简称“代表处”）的民商事争议与劳动争议进行了区分，明确了外国企业及其常驻代表机构这两类主体在中国成为劳动争议当事人的主体资格。此条扩大了对劳动者利益的保护。

- 依据现行规定[12]，代表处在境内并非用人单位的适格主体、不得直接在境内用工。实践中，代表处委托当地外事服务单位，通过劳务派遣的方式在境内用工。
- 与民商事诉讼案件中代表处不具有诉讼主体资格的规则不同，在现行司法实践中涉及代表处的劳动争议诉讼案件中，代表处可以作为适格的诉讼主体。多数劳动争议案件中，劳务派遣单位和代表处共同作为案件当事人。
- 现行司法实践中，在涉及代表处的劳动争议诉讼案件中，当事人申请追加外国企业为当事人的案件十分少见，对此，法院对于是否同意追加外国企业作为当事人的尺度不统一。[13]

2、问题与不足

无。

3、完善建议

无。

第十一条 【外国人、无国籍人的劳动关系】有下列情形之一，外国人、无国籍人请求确认与用人单位存在劳动关系的，人民法院不予支持：

- （一）未依法取得就业证件的；
- （二）超过就业证件使用期限继续在用人单位工作的；
- （三）因违反中国法律被中国公安机关取消居留资格的；
- （四）变更工作单位、就业区域、职业后，未依法变更或者重新办理就业证件的；
- （五）法律、行政法规规定的其他情形。

前款第一项、第二项、第四项规定的情形，已取得永久居留资格的外国人以及符合可免办就业许可和就业证情形的除外。

1、条款背景及解读

此条进一步细化列举了就业证件失效的情形，明确了外国人在中国就业建立劳动关系的前提，即：持有合法有效的外国人就业许可。

依据现行规定^[14]，除了持有外国人永久居留证的人员和其他法定免办外国就业证的人员，外国人、无国籍人在中国就业需办理外国人就业许可。外国人在中国就业、与中国用人单位建立劳动关系的前提系持有合法有效的外国人就业许可，否则属于非法就业、双方之间视为劳务关系。

2、问题与不足

无。

3、完善建议

无。

第十二条 【港澳台居民在内地就业纠纷】香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区居民2018年7月28日之前未依法取得就业证件即与内地用人单位订立劳动合同，劳动者请求确认2018年7月28日之前与用人单位存在劳动关系的，人民法院不予支持；劳动者请求确认2018年7月28日之后与用人单位存在劳动关系，且双方法律关系符合劳动关系构成要件的，人民法院应予支持。

1、条款背景及解读

此条系对台港澳员工就业许可取消前后、在内地劳动关系认定的规则衔接。

2018年7月28日前，台港澳人员在境内建立劳动关系，需以获得就业许可为前提。自2018年7月28日起，台港澳人员在内地就业不再需要办理《台港澳人员就业证》，取消了台港澳人员在境内建立劳动关系的前置条件。^[15]

2、问题及不足

无。

3、完善建议

无。

第十三条 【未订立书面劳动合同第二倍工资的计算方式】用人单位未依法与劳动者订立书面劳动合同的，应当支付劳动者的第二倍工资按月计算。不满一个月的，按该月计薪日计算。

1、条款背景及解读

根据现行规定及部分地方裁审尺度，未签书面劳动合同的第二倍工资起算时点为用工之日起满一个月的次日，截止时间为补订书面劳动合同的前一日。但实践中可能补订的前一日非整月，将存在不满一个月的期间。

2、问题及不足

因“不满一个月的，按该月计薪日计算”中，“不满”可以被理解为仅限于用工之日起次日开始的下一个月，如已经存在一个完整的自然月后产生的新的不满一个月的部分，存在被解释为无法适用上述计算标准的可能性。按照法条目的，我们理解满一个自然月后的部分，仍应当适用按照月计薪日计算。

3、完善建议

原文	建议修订
第十三条 【未订立书面劳动合同第二倍工资的计算方式】 用人单位未依法与劳动者订立书面劳动合同的，应当支付劳动者的第二倍工资按月计算。不满一个月的，按该月计薪日计算。	第十三条 【未订立书面劳动合同第二倍工资的计算方式】 用人单位未依法与劳动者订立书面劳动合同的，应当支付劳动者的第二倍工资按月计算。不满一个月的 部分 ，按该月计薪日计算。

第十四条 【不予支付未订立书面劳动合同第二倍工资情形】因下列情形未订立书面劳动合同，劳动者请求用人单位支付未订立书面劳动合同第二倍工资的，人民法院不予支持：

- （一）因不可抗力导致未订立的；
- （二）因劳动者自身原因未订立的；
- （三）因存在劳动合同法第四十五条、劳动合同法实施条例第十七条、工会法第十九条规定的情形，在劳动合同期满续延期内未订立的；
- （四）法律、行政法规规定的其他情形。

1、条款背景及解读

现行法律规定、裁审实践中，规定或明确了无需支付未订立书面劳动合同第二倍工资的情形。本条款对现有实践进行了梳理，明确了不予支付第二倍工资的情形。

- 不可抗力导致未订立的情形：根据北京市、上海市等地[16]的裁审规定，在新型冠状病毒感染肺炎疫情期间，明确因受疫情影响客观上无法与劳动者订立或续订劳动合同的情形下，劳动者未订立书面劳动合同第二倍工资的主张不予支持。
- 因劳动者自身原因未订立书面劳动合同的情形：根据《劳动合同法实施条例》等规定，[17]劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系。本条款明确了上述情形也无需支付二倍工资。
- 劳动合同期满续延期内的情形：此条梳理了《劳动合同法》第四十五条规定的医疗期、女职工三期等情形，《劳动合同法实施条例》第十七条规定的服务期情形，以及《工会法》第十九条规定的工会主体/委员任职期限情形，明确了关于劳动合同应当续延时无需支付二倍工资。
- 其他情形的兜底条款：我们理解，如无严重违纪等情形的，若职工一方协商代表在其履行协商代表职责期间劳动合同期满的，劳动合同期限自动延长至完成履行协商代表职责之时。但协商代表的情形存在例外情况，且司法实践中较少出现争议，设置兜底条款可

以囊括本情形。

2、问题及不足

无。

3、完善建议

无。

第十五条 【视同订立无固定期限劳动合同期间不支付第二倍工资】存在劳动合同法第十四条第三款规定情形，劳动者以用人单位未及时补订书面劳动合同为由，要求用人单位支付视为已与劳动者订立无固定期限劳动合同期间第二倍工资的，人民法院不予支持。

1、条款背景及解读

2022年2月21日之前，全国层面未明确视同订立无固定期限劳动合同期间不支付第二倍工资，北京市、天津市、四川省等地[18]在地方法性裁审口径中明确了无需支付二倍工资事项。2022年2月21日后，全国的裁审口径[19]中明确了对劳动者以用人单位未订立书面劳动合同为由要求用人单位支付自用工之日起满一年之后的第二倍工资的主张不予支持。本条款对于司法实践确定的标准再次进行了明确。

2、问题及不足

无。

3、完善建议

无。

第十六条 【符合订立无固定期限劳动合同但订立固定期限劳动合同不支付第二倍工资】符合订立无固定期限劳动合同条件的劳动者与用人单位协商一致订立固定期限劳动合同，劳动者请求用人单位支付未订立无固定期限劳动合同第二倍工资的，人民法院不予支持。

1、条款背景及解读

《劳动合同法实施条例》第十一条中，已明确了“除劳动者与用人单位协商一致的情形外，劳动者依照劳动合同法第十四条第二款的规定，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。”此条将“协商一致的情形”进一步明确为“协商一致订立固定期限劳动合同”。在上海市、苏州市、成都市等地[20]裁审实践中，也和本条款的裁审标准一致。

2、问题及不足

无。

3、完善建议

无。

第十七条 【劳动合同的续订】符合下列情形之一，劳动者主张已经与用人单位连续订立二次固定期限劳动合同的，人民法院应予支持：

- （一）用人单位与劳动者协商延长劳动合同期限累计达到一年以上，延长期限届满的；
- （二）用人单位与劳动者约定劳动合同期满后自动续延，续延期限届满的；
- （三）劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作，双方通过交替变换用人单位名称再次订立劳动合同，期限届满的；
- （四）以其他违反诚信原则的规避行为再次订立劳动合同，期限届满的。

1、条款背景及解读

- 全国层面的现行规定中，仅明确了劳动合同期满后继续工作视为继续履行劳动合同，[21]以及交替用工情形下工龄承继事项，[22]没有就该等情形下是否属于“连续订立二次固定期限劳动合同”进行规定。因固定期限劳动合同签订次数涉及员工签订无固定期限劳动合同的资格，与劳动者权益紧密相关，对其进行明确规定有利于保护劳动者权益，防止用人单位变相损害劳动者权益。
- 同时，将劳动合同期协商延长一段期限以内（目前为一年）不视为一次新的续订，给了用人单位与劳动者一定的灵活性空间，尤其在劳动者在离职日仍有部分收尾工作的情况下，此条规定符合实践需求。

2、问题及不足

在各地的规定和庭审实践中，对续订劳动合同次数事项已经存在较为合理的适用标准。

“用人单位与劳动者协商延长劳动合同期限累计达到一年以上”情形：北京市[23]明确如变更后的终止时间晚于原合同终止时间，使整个合同履行期限增加，视为用人单位与劳动者连续订立两次劳动合同；江苏省、深圳市[24]明确用人单位与劳动者协商延长劳动合同期限累计超过六个月，视为续订劳动合同。

我们认为，（1）北京市的裁审观点过于僵化，无法满足实践需求；（2）实践中通常在员工完成收尾性工作等情况下采用协商延长劳动合同的方式，六个月的期限可以完成对应的工作任务；（3）司法解释也应当限制用人单位协商延长的总期限。因此，本情形下明确的累计期限有不当之处。

3、完善建议

原文	建议修订
第十七条【劳动合同的续订】符合下列情形之一，劳动者主张已经与用人单位连续订立二次固定期限劳动合同的，人民法院应予支持： （一）用人单位与劳动者协商延长劳动合同期限累计达到一年以上，延长期限届满的； （二）用人单位与劳动者约定劳动合同期满后自动续延，续延期限届满的； （三）劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作，双方通过交替变换用人单位名称再次订立劳动合同，期限届满的； （四）以其他违反诚信原则的规避行为再次订立劳动合同，期限届满的。	第十七条【劳动合同的续订】符合下列情形之一，劳动者主张已经与用人单位连续订立二次固定期限劳动合同的，人民法院应予支持： （一）用人单位与劳动者协商延长劳动合同期限累计达到一年六个月以上，延长期限届满的； （二）用人单位与劳动者约定劳动合同期满后自动续延，续延期限届满的； （三）劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作，双方通过交替变换用人单位名称再次订立劳动合同，期限届满的； （四）以其他违反诚信原则的规避行为再次订立劳动合同，期限届满的。

