

您现在的位置: >>>首页>>>商事法学>>>学者论坛

《劳动合同法》的地方立法资源评述

王全兴、侯玲玲

上传时间:2005-9-15

浏览次数:2659

字体大小: 大 中 小

【内容摘要】许多地方劳动合同立法在适用范围、先合同义务、违约金和赔偿金条款、合同形式、合同无效、主体变动及其后果、合同解除、连带责任等问题上,弥补了《劳动法》的不足,但仍然存在一定的缺陷。制定《劳动合同法》,应当吸收借鉴地方劳动合同立法的合理之处,并对这些问题作完整的制度设计。

【关键词】《劳动法》 《劳动合同法》 地方劳动合同立法 比较研究

实行劳动合同制度,是我国经济体制改革和劳动制度改革的重要内容。改革的复杂性和长期性,决定了诞生于改革进程中的《劳动法》(1994年)对劳动合同制度不可能作详尽的规定,只得授权地方政府“根据本法和本地区的实际情况,规定劳动合同制度的实施步骤,报国务院备案”。于是,许多省、市相继出台了劳动合同条例、规定、办法,使《劳动法》的规定得以细化和补充,有的还突破了《劳动法》的规定。这是体制转型时期地方制度竞争和创新的重要体现,应当成为制定《劳动合同法》的重要立法资源。本文试图通过比较和评述已有的地方劳动合同立法,就其中在一定程度上弥补了《劳动法》不足,但又需要进一步完善的问题展开讨论。

一、《劳动合同法》的适用范围

《劳动法》第2条规定:“在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织(以下统称用人单位)和与之形成劳动关系的劳动者,适用本法。国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者,依照本法执行。”由于劳动合同制度覆盖面的扩大和用人主体类型的增多,这条规定的局限性日益凸显。许多地方立法对劳动合同制度的适用范围作出了突破性规定,主要有:(1)用人主体范围的扩展。北京市、湖南省、山东省、浙江省等地方的立法将民办非企业单位纳入用人主体范围。(2)适用标志的统一。《劳动法》第2条第1款以“建立劳动关系”,第2款以“建立劳动合同关系”,作为界定适用本法的劳动者范围的标志。而在上海市、浙江省的立法中,这种标志被统一规定为“建立或者形成劳动合同关系”。(3)适用程度的一致。《劳动法》第2条第1款中的“适用本法”和第2款中的“依照本法执行”,表明第1款规定的劳动关系与第2款规定的劳动关系在适用《劳动法》的程度上存在差别。而在上海市、浙江省、广东省等地方的立法中则对各种劳动合同关系统一规定为“适用本条例(规定、办法)”,从而取消了不同劳动关系在劳动法适用上的程度差别。《深圳经济特区劳动合同条例》第3条将“员工”界定为除公务员或者参照享受公务员待遇的人员以外的被特区内用人单位招用的人员,将“用人单位”界定为特区内招用员工的企业、国家机关、事业单位、社会团体、个体经济组织。这也表明各种劳动合同关系在适用该条例时没有程度差别。(4)劳动合同类型的增加。《上海市劳动合同条例》设专章(第五章)对非全日制劳动合同作特别规定,首次将非全日制劳动关系纳入劳动法的调整范围。上述突破,在一定程度上适应了经济体制改革和劳动制度改革的需要。

热门文章

- 周珂 气候变化问题之批判 (2008-5-31)
- 子明 项目债券的运作和主要法律问题 (2008-6-1)
- 唐应茂 存托凭证的运作方式及其法律构架 (2008-6-1)
- 余保福 银行业关联交易的法经济学分析 (2008-6-2)
- 闻达 从法律角度看欧元 (2008-5-31)
- 唐应茂 美国控制银行欺诈犯罪的发展历程 (2008-6-3)
- 芮嗣文,唐应茂 金融服务贸易协定 (2008-6-2)
- 于绪刚 《1996年全国性证券市场促进法》美国证券市场监管体制的变革法 (2008-6-3)
- 余少祥 论公共利益与个人权利的冲突与协调 (2008-6-4)
- 芮嗣文 美国对保险费率的监管 (2008-6-4)

专题

- 股东诉权
- 商法中的程序之维
- 公司分立
- 证券市场的信息披露制度
- 证券市场的自律监管机制
- 股东身份(资格)的认定
- 公司登记
- 公司法的规范
- 公司的社会责任
- 公司资本制度

更多专题>>

地方立法对劳动合同制度适用范围的界定也存在下列不足：**(1)**用人主体范围的界定缺乏灵活性。随着市场经济的发展，新的市场主体类型纷纷出现，为了充分发挥劳动合同法对劳动关系的法律调整功能，应当相应扩展用人主体范围。然而，现行地方立法同《劳动法》一样对用人主体类型只作封闭式列举规定，有的地方立法虽然增列了“民办非企业单位”，但仍未能将新出现的各种用人主体类型都纳入劳动合同制度的适用范围。**(2)**适用标志的选择缺乏完整性。依《劳动法》第19条规定，劳动关系即书面劳动合同关系，未签订书面劳动合同即未建立劳动合同关系。现有地方立法都以“建立或者形成劳动合同关系”作为界定劳动合同制度适用于劳动者范围的标志，这就将尚未建立劳动合同关系的劳动者排除在劳动合同制度的适用范围之外，而这同《劳动法》第2条第1款的规定和《劳动法》适用于事实劳动关系的实践是不吻合的。

基于以上分析，笔者认为《劳动合同法》对适用范围的界定应考虑以下问题：**(1)**为了确保《劳动合同法》适用范围的稳定性和适应性，应当对用人主体类型作开放式列举，即除了列举《劳动法》及现有地方劳动合同法所规定的企业、个体经济组织、民办非企业单位、国家机关、事业组织、社会团体外，还增加规定“法律法规确认的其它用人主体”，这样便于将自然人用人主体、农场主等新出现的用人主体纳入其中。顺带说明的是，将“用人单位”改为“用人主体”似乎更为科学。**(2)**在劳动者范围上，规定“建立或应当建立劳动合同关系的劳动者，适用本法。”**(3)**在适用程度上，对所有用人主体与其劳动者都规定“适用本法”，而不再作“依照本法执行”的规定。

二、订立劳动合同阶段当事人的先合同义务

《合同法》第42条规定了民事合同的先合同义务，从而通过法律形式将民法上的缔约过失责任的适用范围由原来的无效合同、被撤销合同扩展到合同的订立过程，这是我国合同立法的一大进步，也是诚信原则在合同法中的最大化体现。劳动合同关系具有人身性和从属性，更应当强调双方诚实、守信，以善意的方式行使权利和履行义务，因而更有必要在立法中强调劳动合同订立阶段的诚信原则，规定当事人的先合同义务。而《劳动法》虽然规定了用人主体应当对由于其过错所订立的无效劳动合同给劳动者造成的损害承担赔偿责任，但这只是涉及用人主体订立合同前的部分注意义务，而不能涵盖诚信原则所涉及的全部；并且，由于对劳动者的先合同义务未作类似的要求，劳动者在劳动合同订立过程中违反诚信原则使用人主体利益受损的情况，实践中屡见不鲜。

对于劳动合同当事人的先合同义务，许多地方立法已有关注。北京市、上海市、浙江省、山东省、湖南省等地方规定的先合同义务主要有：**(1)**用人单位如实向劳动者说明岗位用人要求、工作内容、工作时间、劳动报酬、劳动条件、社会保险、职业危害及其后果、职业病防治措施和待遇、规章制度等情况。浙江省及杭州市的立法还要求这种说明应采用书面形式或者在劳动合同中写明。**(2)**订立劳动合同，用人单位不得以任何形式向劳动者牟取不正当利益，不得向劳动者收取抵押金、抵押物、定金或者其他财物，不得强迫劳动者集资入股，也不得扣押劳动者的身份证等证件。**(3)**劳动者应当如实向用人单位提供本人身份证和学历、就业状况、工作经历、职业技能、健康状况等证明。

现行地方立法的规定也存在不足。主要表现在：**(1)**规定的先合同义务内容不完整，大多只限于双方的告知义务。**(2)**未规定违反先合同义务的法律责任，无法保障先合同义务的履行，使得先合同义务的规

定形同虚设。(3)未明确规定在合同订立过程适用诚信原则,不利于司法实践中自由裁量权的行使。

(4)未就劳动合同可否适用保证制度的问题作出明确规定,而实践中有的用人主体要求他人作为劳动者的保证人。(5)未规定双方达成的承诺订立劳动合同的协议(如高校毕业生求职过程中与用人主体签订的就业协议)的约束力。

结合已有的地方立法和《合同法》的规定以及劳动关系的特殊要求,笔者认为《劳动合同法》的制定应当考虑以下问题:(1)明确规定以诚信原则作为是否违反先合同义务的衡量标准。(2)完整规定先合同义务的内容。至少应包括:双方当事人告知重要事项的义务;相互照顾和协助的义务;劳动者不得向他方泄漏在订立合同过程中知悉的用人主体商业秘密的义务;用人主体不得以任何形式向劳动者牟取不正当利益,不得向劳动者收取抵押金、抵押物、定金或者其他财物,不得强迫劳动者集资入股,也不得扣押劳动者的身份证等证件的义务,以及就劳动者的安全和健康等权益给予特别注意的义务。需要说明的是,劳动者在求职过程中往往比较被动,必须按用人主体的要求为一定的行为,其安全、健康、财产等权益不可避免地要受一定影响。规定用人主体特别注意义务,有利于求职者求职过程中权益的保护。如求职者在面试中受到伤害,如果是用人主体未履行特别注意义务所致,用人主体应负相应的法律责任。(3)劳动合同的人身关系内容,用人单位不得要求劳动者提供保证人。(4)劳动合同订立前达成的承诺订立劳动合同的协议对双方都有约束力,用人主体违反该协议给劳动者造成损失的,应当承担赔偿责任,劳动者违反该协议则应当赔偿用人主体在招录过程中所发生的费用。(5)设计相应的违反先合同义务的法律责任。《劳动合同法》关于违反先合同义务的法律责任的设计不能完全照搬《合同法》的规定,即除赔偿责任外,还应当根据劳动法的特点设计其他责任类型,如对用人主体及其责任人的行政处罚等。

三、违约金和赔偿金条款

关于劳动合同的违约金或赔偿金条款,由于签订劳动合同时对违反劳动合同所造成的损失难以预计、劳动者的赔偿能力极为有限、实行法定赔偿标准、赔偿金支付受工资支付规则限制等原因,有些国家在立法中规定劳动合同不得约定违约金或赔偿金额。我国《劳动法》第19条将违约责任列为必备条款,但对如何约定违约责任,包括是否可以约定违约金或赔偿金条款、违约金或赔偿金额,则无明确规定。

地方立法对违约金或赔偿金条款已作限制性规定。主要有:(1)对可以约定违约金的情形进行限制。如《上海市劳动合同条例》第17条规定,劳动合同对劳动者的违约行为设定违约金的,仅限于违反服务期约定和违反保守商业秘密约定的情形。在《浙江省劳动合同办法》第16条中还增加了一项“法律、法规、规章规定可以设定违约金的其他情形”。(2)对违约金的数额进行限制。如《北京市劳动合同规定》第19条规定,劳动者向用人单位支付的违约金最多不得超过本人解除劳动合同前12个月的工资总额,但劳动者与用人单位协商一致解除劳动合同的除外。《上海市劳动合同条例》第17条规定,违约金数额应当遵循公平、合理的原则约定。(3)规定赔偿金的标准。如《广州市劳动合同管理规定》第37条规定,劳动合同当事人一方因过错不履行劳动合同而给对方造成经济损失的,赔偿金一般不得超过违反劳动合同时上年度广州市职工平均工资的两倍;但属教育培训、商业秘密等方面的损失赔偿除外。

现行地方立法的不足主要在于:(1)未明确规定赔偿金和违约金的关系。即违约金和赔偿金可否同时适用的问题不明确。(2)未确定赔偿责任因劳动合同主体不同而适用不同的原则。对劳动者应当适用合理

赔偿的原则，立法对赔偿金额的限制应当针对劳动者，而不是用人单位；用人单位则应当适用全额赔偿原则。**(3)**未规定违约金与经济补偿的关系。依据《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》的规定，用人单位违反劳动合同提前解除劳动合同的，经济补偿和违约赔偿可以并存。而经济补偿和违约金可否并存则不明确。**(4)**未对约定的服务期的条件和期限作出规定。**(5)**允许约定违约金和赔偿金的法定条件不完整。

笔者认为，制定《劳动合同法》应当考虑：**(1)**对约定劳动者的违约金和赔偿金额的限制。主要有：**①**劳动合同只可就没有法定赔偿标准而损失额可以预计的赔偿金，约定其数额；对已有法定标准的，约定的赔偿金额不得高于此标准。**②**劳动合同约定劳动者的赔偿金额，应当符合合理赔偿原则，不能超过劳动者的一般承受能力。**③**由于违约金在违反劳动合同但未造成损失的情况下具有惩罚性，因而对劳动者的违约金数额应当实行法定标准。**(2)**对允许约定劳动者违约金的情形作明确限定。应只限于以下情形：**①**违反服务期的约定；**②**违反保守商业秘密的约定。**(3)**关于劳动者服务期的约定应予以限制。因为服务期的约定是劳动者承担违约责任的法定前提条件，即劳动者即使依法定程序预告解除劳动合同，也不能免责。所以，立法对服务期的约定应加以限制。主要有：**①**约定情形的限制。一般情况下只可约定劳动合同期限而不得特别约定服务期，除非劳动者在劳动合同订立或履行期间享受特殊待遇，如用人单位出资培训、额外给付安家费、赠送住房等。**②**服务期限的限制。应当对服务期限设计一个法定最高标准，即不能超过5年。因为服务期过长，既不有利于人力资源的自由流动，又对劳动者不公平。尽管用人单位出资培训，劳动者也为学习付出了时间、精力等代价，对于所学的知识和技能也有支配权，用人单位无权以过长的服务期来限制其权利行使。**(4)**规定赔偿金、违约金、经济补偿金的关系。经济补偿不属于违约责任，因而可以与违约金、赔偿金并用。至于违约金与赔偿金关系，宜参照《合同法》作出规定。

四、劳动合同的形式

各国劳动立法对劳动合同形式的规定，可归纳为三种模式：**(1)**允许一般劳动合同采用口头形式，只要求特定劳动合同采用书面形式。**(2)**劳动合同一般要求采用书面形式，但允许在特殊情况下采用口头形式。**(3)**要求所有劳动合同都采用书面形式。这三种模式的本质区别在于当事人选择合同形式的自由度不同。

我国《劳动法》虽然采用了上述第**(3)**种模式，但实践中存在着大量的非书面合同形式的劳动关系，被确认为无效者则不多见。这表明立法上限制劳动关系当事人对合同形式的选择，并未起到实际效果。其原因主要在于：**(1)**确认大量非书面劳动合同无效的成本过高。**(2)**确认非书面劳动合同无效对劳动者并不一定有利，因为劳动合同被确认无效，对劳动者来说就意味着失业。既然如此，在立法上可适当放松对劳动合同形式的限制。

《上海市劳动合同条例》采用的是上述第**(2)**种模式，在规定劳动合同一般应采用书面形式的同时，还对非全日制劳动合同作了特别规定，既可以采用书面形式，也可以采用其他形式；劳动合同当事人一方提出用书面形式的，应当采用书面形式。这虽然突破了《劳动法》关于劳动合同形式单一性的规定，但是，这种模式仍以书面形式为主，未能解决我国实践中存在大量非书面劳动合同而又未能确认其无效的问题，对于全日制劳动关系当事人而言，仍然没有选择劳动合同形式的自由。因而相对于《劳动

法》来说，并无根本性区别。

笔者认为，我国劳动合同立法可考虑采用第(1)种模式，对一般劳动合同允许当事人选择口头或书面形式，当事人一方提出采用书面形式的，应当采用书面形式；而对于特定劳动合同，则必须采用书面形式。理由如下：(1)我国非书面形式的劳动合同在实践中大量存在，承认其合法性也就是扩大对劳动者的保护范围。(2)扩大当事人对劳动合同形式选择的自由度，可降低监督成本。(3)允许劳动合同采用口头形式，如果有相应的配套措施，并不一定会带来大量口头劳动合同的存在和不利于保护劳动者的后果。《劳动法》规定书面形式为唯一合法形式的目的是为了减少劳动纠纷的产生以及纠纷产生之后书面合同能起到有效证据的作用。多数人担心口头形式的劳动合同很难达到这种效果，从而不利于劳动者的保护。其实不然，举证责任的特殊设计完全可以解决这个问题，并且可促使用人主体积极选择书面形式订立劳动合同。例如，在涉及非书面形式的劳动合同纠纷中，对于劳动者的权益，劳动者就其权益提出的主张不负举证责任，如果用人主体提不出有效证据来反驳这种主张，就应当支持劳动者的主张。如果这样，用人主体利用口头劳动合同来谋取更多利益的企图就难以得逞。

此外，应参照《合同法》对劳动合同的书面合同形式作进一步的说明。例如：(1)将书面形式解释为合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。(2)对用人主体提出的格式劳动合同，如果其条款有歧义，就应当作出有利于劳动者的解释。

五、劳动合同的无效

《浙江省劳动合同办法》第18条、《山东省劳动合同条例》第12条、《上海市劳动合同条例》第20条、《北京市劳动合同规定》第22条等对劳动合同无效的规定较之《劳动法》的规定，主要有两点不同：(1)增加了劳动合同无效的情形。如北京市增加了内容显失公平以及有关劳动报酬和劳动条件等标准低于集体合同规定的情形。(2)规定了劳动合同无效后果的特殊性。即注意到了劳动力支出后的不可回收性，规定劳动合同被确认为无效前劳动者已履行劳动给付义务的，用人主体应当提供相应的劳动报酬等待遇。

但与《合同法》关于合同无效的规定相比，仍存在不足。目前无论是《劳动法》还是地方立法都只规定劳动合同无效，而未规定劳动合同可撤销或变更的情形，即一旦劳动合同被确认无效，从订立之时起，就没有法律约束力。这种规定和《民法通则》及已经废止的《经济合同法》的相关规定基本一致。《合同法》则对此作了修正，即一方以欺诈、胁迫的手段订立的合同，未损害国家利益的，另一方当事人可选择变更或撤销合同。变更权和撤销权的赋予，使受害方占主动地位，有利于受害者权利的保护。劳动合同立法也应当引入这种规定。因为劳动者在订立合同时处于相对弱势，尤其在就业竞争激烈的情况下，如果一律认为在此种情形下订立的劳动合同自订立时起无效，用人主体极易通过主张劳动合同无效，来逃避其依据合同应承担的用工义务，而劳动者则会顾虑因主张权利而失业，不愿提起劳动仲裁或诉讼。反之，此种情形下赋予劳动者以变更权或撤销权，让劳动者自由选择，便可消除劳动者主张权利的后顾之忧。同理，变更权或撤销权的确立也有利于保护用人主体作为受害者时的权利。

结合《合同法》及地方劳动合同立法的有关规定，笔者认为，《劳动合同法》可对劳动合同无效及可变更或撤销的情形作以下设计：(1)劳动合同无效的情形有：①一方以欺诈、胁迫的手段订立劳动合

同, 损害国家利益的;②恶意串通, 损害国家、集体或者第三人利益的;③以合法形式掩盖非法目的的;④损害社会公共利益的;⑤违反法律、法规、规章及集体合同的强行性规定的。(2)当事人一方有权请求劳动仲裁机构或法院变更或撤销劳动合同的情形有: ①因重大误解订立的;②在订立劳动合同时显失公平的;③一方以欺诈、胁迫的手段或乘人之危, 使对方在违背真实意思的情况下订立劳动合同, 但未损害国家利益的。当事人请求变更的, 劳动仲裁机构或法院不得撤销。其劳动合同无效或撤销的法律后果可借鉴《劳动法》及地方劳动合同立法的已有规定。变更权及撤销权的消灭可借鉴《民事通则》、《合同法》的有关规定。

六、主体变动对劳动合同的影响

在企业改革和产业结构调整的实践, 用人主体变动呈现出多种情形, 这必然给劳动合同的运行带来重大的影响。而《劳动法》除了在第26条规定订立合同时所依据的客观情况发生重大变化致使原合同无法履行, 而当事人不能就变更合同达成协议, 用人单位可以预告解除外, 未作更多规定。综合《北京市劳动合同规定》第27条, 《上海市劳动合同条例》第24条, 《浙江省劳动合同办法》第22条, 《山东省劳动合同条例》第13、19条, 《宁波市劳动合同条例》第20、22条的规定, 用人主体变动可归纳为如下几类情形: (1)原主体消灭, 无新主体产生, 如破产、解散、关闭、被撤销、拍卖等;(2)原主体消灭, 新主体产生, 如合并、分立、兼并等;(3)原主体未消灭, 但相关因素发生变化: ①法律属性变化, 如合资、转制等;②经营状况变化, 如转产、重大技术改造、经营方式变化、跨地搬迁等;③主体名称、法定代表人、负责人变更。

有的地方立法还从另外角度对用人主体变动的情形作出分类, 例如: (1)《浙江省劳动合同办法》第22条分为经营方式变化和资产性质变化;(2)《山东省劳动合同条例》第19条将资产性质变化和经营方式变化又分为主体资格改变和未改变两类情形;(3)《宁波市劳动合同条例》第20条将劳动合同订立时所依据的客观情况发生变化分为约定岗位消失和未消失两类情形。

地方立法根据用人主体变动情形的不同类别, 分别规定了相应的法律后果: (1)原主体消灭而无新主体产生的法律后果。如果被消灭主体的资产有受让主体, 就可能发生劳动者全部或部分被资产受让主体接受的情形, 对此, 《宁波市劳动合同条例》第22条规定了两种情形: 一是全部或部分劳动者被其他用人单位接受, 劳动者愿意与接受单位建立劳动关系。原用人单位、接受单位、劳动者三方必须签订接收协议;接受单位可以依据接收协议与劳动者重新订立劳动合同;接收协议必须对劳动者在原用人单位的工龄作出处理, 约定劳动者在原用人单位的工龄不计算为接收单位连续工龄的, 原用人单位应当发给经济补偿金。二是劳动者未被其他单位接收或者劳动者不愿和接收单位签订劳动合同, 原用人单位可以与其解除劳动合同, 并按规定发给经济补偿金。(2)原主体消灭而新主体产生的法律后果。《北京市劳动合同规定》第27条和《浙江省劳动合同办法》第22条规定, 原劳动合同由继承权利义务的用人单位继续履行, 用人单位变更名称的, 劳动合同还应当变更用人单位名称。《上海市劳动合同条例》第24条还增加规定了一种后果, 即当事人可以协议变更或解除劳动合同, 但当事人另有约定的从其约定。《浙江省劳动合同办法》第22条还进一步规定, 资产性质发生变化后新成立的用人单位与劳动者协议变更劳动合同的, 应按照国家有关规定支付相应的经济补偿金。(3)原主体未消灭但相关因素发生变化的法律后果。《浙江省劳动合同办法》第22条规定, 经营方式发生变化, 劳动合同应当继续履行。《山东省劳动合同条例》第13条规定, 劳动合同履行期间, 用人单位变更名称、法定代表人、负责人的, 不影响劳动合同的履行;第19条规定, 用人单位资产性质或经营方式发生变化, 主体资格改

变的，变更后的用人单位可以与劳动者协议变更或者重新订立劳动合同，变更或者重新订立的劳动合同期限不得少于原劳动合同未履行的期限。《宁波市劳动合同条例》第20条第3款规定，企业转(改)制、跨地搬迁、转产或者进行重大技术改造，致使劳动合同确定的生产、工作岗位消失，当事人就劳动合同变更未达成协议的，用人单位可以预告解除劳动合同;达成劳动合同变更协议的，劳动者在本单位的工作年限应当连续计算。此外，《上海市劳动合同条例》第25条和《浙江省劳动合同办法》第20条还规定了签约用人单位和实际用人单位不一致的法律后果，即签约用人单位可以与实际用人单位约定，由实际用人单位承担或部分承担对劳动者的义务;实际用人单位未按约定承担对劳动者的义务，签约用人单位应当承担对劳动者的义务。

上述比较表明，各地立法互有长短。应当综合吸收各地方立法的优点，在《劳动合同法》中对用人主体变动的法律后果作出具体规定。其中应注意以下问题：**(1)**用人主体变动的分类。有的分类不够周延，如北京、上海的立法只有合并、分立两种情形;有的对分类不够清晰，如浙江、山东的立法中所规定的“资产性质变化”，应包括哪些具体情形则不明确;不同地方立法所采取的分类标准不一致，如主体资格是否变化、资产性质是否变化、约定岗位是否消失等。鉴于此，应当就主体变动的类型，作出统一、规范、尽可能周延的规定。**(2)**合同继承、变更、解除的顺序选择。用人主体变动后，对原劳动合同的处理有继承、变更、解除三种方式，鉴于我国就业压力巨大、国有企业改革遗留问题多、劳动者承受力有限等因素，应当遵循劳动者随着生产资料、工作岗位的转移而转移的原则，按照“继承-变更-解除”的顺序进行选择，尽可能减少失业情形的发生。**(3)**新旧合同的衔接。在继承和变更的情形中，新旧合同的衔接，除了在继承和变更用人单位名称、法定代表人、负责人的情形中强调用人单位继续履行原劳动合同所规定义务外，还要特别注意工龄处理和经济补偿金的问题，例如，浙江省立法规定，资产性质发生变化后，新成立的用人单位与劳动者协议变更劳动合同的，应按有关法律的规定支付相应的经济补偿金。又如，宁波市立法规定，协议变更劳动合同的，劳动者在本单位的工作年限应当连续计算;用人单位发生变更的，原单位、接收单位、劳动者三方签订的接收协议应当对劳动者在原单位的工龄作出处理，其中，协议约定劳动者在原单位工龄不计算为接受单位连续工龄的，原单位应当支付经济补偿金。

七、劳动合同的解除

(一)用人主体即时解除权与内部劳动规则

《劳动法》第25条规定，劳动者严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度(以下简称规章制度)的，用人单位可以解除劳动合同，但对劳动纪律和规章制度的有效要件未作规定。这就给用人单位利用其单方制定的劳动纪律和规章制度滥用即时解除权开了方便之门。对此有的地方立法有所关注。《北京市劳动合同规定》第30条第2款在复述《劳动法》第25条上述规定的同时，还规定“用人单位的规章制度与法律、法规、规章相抵触的除外”。《浙江省劳动合同办法》第24条第3款规定，劳动者严重违反劳动纪律或用人单位依法制定并公示的工作制度的，用人单位可以解除劳动合同。这里，强调了“依法制定”和“公示”，并且将规章制度限定为“工作制度”。《广州市劳动合同管理规定》第21条第2款、《杭州市劳动合同条例》第30条第2款等也强调了据以解除劳动合同的规章制度必须依法制定。然而，地方立法并未具体和完整规定规章制度的有效要件，也未对据以解除劳动合同的严重程度的标准作出规定。

笔者认为,《劳动合同法》应当就用人主体因劳动者严重违反劳动纪律和规章制度而解除劳动合同的问题作出具体规定。其中,特别应当规定以下问题:(1)用人主体以劳动者严重违纪违章而解除劳动合同所依据的纪律和规章制度,应当只限于劳动纪律和作为劳动规则的用人主体规章制度,将此统称为“内部劳动规则”更为准确和科学。因为劳动法所规范的范围应当只限于劳动过程中的行为,政治、非职业道德、计划生育等与劳动过程无关的问题不应当纳入其中,劳动者在劳动法中的守纪(章)义务应当只限于遵守内部劳动规则。(2)凡职工人数达到一定界限的用人主体都应当依法制定内部劳动规则,并规定未制定和未依法制定内部劳动规则的法律后果。而《劳动法》只规定了未依法制定内部劳动规则的法律后果,而未规定未制定内部劳动规则的法律后果。(3)内部劳动规则的有效要件,其中应当包括:①主体要件,即能够制定内部劳动规则的主体应当只限于法律法规和用人主体内部最高效力文件(如公司章程)授权其制定内部劳动规则的单位行政机构;②内容要件,即内部劳动规则的内容应当不违反法律法规和集体合同的规定;③程序要件,即在制定内部劳动规则的程序中应当包括职工参与、公示和劳动行政部门备案三个环节。(4)内部劳动规则内容所必备的事项,应当在立法中有明确的列举,对某些重要内容还有必要作出示范性的纲要式规定,或者授权特定机关制定示范文本,同时,赋予用人主体以确定内部劳动规则具体内容的自主权。(5)职工和用人单位都必须遵守内部劳动规则,并且对违反内部劳动规则的处罚规则作出原则性和基准性规定。由于用人主体对违纪违章者即时解除劳动合同必须以违纪违章程度达到严重为条件,所以,对严重违纪违章的标准应当在立法中作出原则性、基准性的规定,并要求用人主体依此标准在内部劳动规则中作出尽可能具体的规定。(6)以劳动者严重违纪违章为由解除劳动合同,应当遵循一事不二罚和超过追究时限不罚的原则。

(二)劳动者预告解除权的限制

《劳动法》第31条规定,劳动者解除劳动合同,应当提前30日以书面形式通知用人单位。这赋予了劳动者解除劳动合同的极大自由,促进了劳动力的自由流动,有利于劳动力资源的市场配置。但这条规定不利于劳动关系的稳定,甚至影响用人主体培训职工的积极性。针对此问题,现行有权解释中规定:劳动者提前30日以书面形式通知用人单位,解除劳动合同,无需征得用人单位同意。但由于劳动者违法或违反劳动合同有关约定解除劳动合同给用人单位造成经济损失的,应该根据法律、法规、规章的有关规定和劳动合同的约定承担赔偿责任。这里的问题在于,符合《劳动法》第31条的劳动合同解除既然是合法解除,就不应承担违约责任,但上述有权解释中却认为这种解除有可能出现违法和违约,而未具体规定其违法、违约的情形。

针对这种不足,有的地方立法作了补充规定。《北京市劳动合同规定》第34条、《浙江省劳动合同办法》第28条对劳动者的预告解除权除了《劳动法》第31条规定的30日预告期外,还规定了劳动合同可约定预告期,并规定劳动者给用人单位造成经济损失尚未处理完毕或者未按照劳动合同约定承担违约责任的,不得行使预告解除权。这种规定的问题在于:(1)允许约定预告期,但未作限制性规定。依劳动合同约定的劳动者利益不得低于法定标准的原理,约定预告期不应当超过30日的法定预告期。(2)以劳动者给用人单位造成经济损失尚未处理完毕或者未按照劳动合同约定承担违约责任为由,排斥劳动者行使预告解除权,但对这种“排斥”未作限制性规定。这就给用人单位滥用这种“排斥”提供了空间,实际上是以“留置”劳动者的方式来保证劳动者承担赔偿责任和违约责任,与劳动法保障劳动者自由流动的精神相悖。

《上海市劳动合同条例》第17条对劳动者依《劳动法》第31条预告解除劳动合同可能出现的违约情形列举规定了两种,即违反服务期约定和违反保守商业秘密约定,但未将这两种违约情形作为不得行使

预告解除权的条件。该条的可取之处在于：**(1)**区分了两种劳动合同期限。一种是一般期限，即未给劳动者附加特殊待遇的劳动合同期限；另一种是特殊劳动合同期限，即与给劳动者附加特殊待遇相对应的服务期，这种期限符合权利义务相一致的精神。《劳动法》第31条表明，一般劳动合同期限对劳动者几乎没有约束力，劳动者只要提前30日书面预告解除，就不能认为是违法和违约解除。而特殊劳动合同期限对劳动者则有约束力，劳动者违反这种期限解除劳动合同，就构成违约解除。**(2)**预告解除劳动合同与承担违约责任并存。即承担违反服务期约定和保密约定的责任，并不排斥行使预告解除权，这既尊重了《劳动法》第31条所体现的保障劳动者辞职自由和劳动力自由流动的精神，又使用人主体的合法权益得到了必要的保护。

基于上述比较，笔者认为，在《劳动合同法》中应当坚持以下几点：**(1)**贯彻《劳动法》第31条的立法本意，不得附加任何理由限制劳动者依据该条行使预告解除权。**(2)**区分劳动者预告解除合同与违法违约行为的界限，明确依据该条规定解除劳动合同是合法解除而不是违法违约行为。**(3)**对与劳动者预告解除相关联的违法违约行为作明确的列举规定，以防止用人主体任意以劳动者违法违约为由给劳动者行使预告解除权设置障碍。**(4)**即使劳动者因违法违约而应当承担违约责任，也不得以此对劳动者合法的预告解除权进行抗辩，即承担违法和违约责任与预告解除合同互不排斥。

八、劳动合同的连带责任

《劳动法》第99条规定，用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者(以下简称招用在职劳动者)，对原用人单位造成经济损失的，该用人单位应当依法承担连带赔偿责任。《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》(劳部发[1995]223号)第6条将这种赔偿责任进一步表述为，除该劳动者承担直接赔偿责任外，该用人单位应当承担连带赔偿责任，且其连带赔偿的份额应不低于对原用人单位造成经济损失总额的70%；并且还将赔偿范围限定为对生产、经营和工作造成的直接经济损失，以及因获取商业秘密给原用人单位造成的经济损失(这种损失按《反不正当竞争法》第20条的规定执行)。上述规定的不足在于：**(1)**新用人单位承担连带赔偿责任的要件中只有招用行为、经济损失和因果关系三种，而未考虑到新用人单位有无过错的因素，这对无过错的新用人单位有失公正。**(2)**遗漏了不正当争夺人才的另一种形式，即新用人单位参与劳动者违法违约解除与原用人单位的劳动合同，给原用人单位造成经济损失。对这种情形也有必要追究新用人单位的连带赔偿责任。**(3)**没有规定新用人单位连带赔偿责任的免责条件。这与现实情况的复杂多样性不符。**(4)**将赔偿范围仅限于对生产、经营和工作造成的直接经济损失和因获取商业秘密造成的损失，显得不够周延，例如，因违反服务期的约定所造成的经济损失，就未包括其中。**(5)**劳部发[1995]223号文件中，“劳动者承担直接赔偿责任”的表述欠科学，一是该表述与“用人单位承担连带赔偿责任”的表述不对应，容易使人将“用人单位承担连带赔偿责任”理解为“间接承担赔偿责任”，即先由劳动者赔偿，劳动者不能赔偿时再由用人单位赔偿。而这与连带赔偿责任的原意不符。连带赔偿责任的承担无既定的先后顺序之分，权利人可请求任一责任人先行赔偿。二是该表述与赔偿范围中列举的“对生产、经营和工作造成的直接经济损失”出现在同一条文中，容易使人将“直接赔偿责任”误解为“赔偿直接经济损失”。

部分地方立法弥补了上述不足。如《浙江省劳动合同办法》第40条将招用在职劳动者是由劳动者提供虚假证明造成的作为新用人单位的免责条件。《宁波市劳动合同条例》第42条将新用人单位应当承担连带赔偿责任的行为限定为采用不正当竞争手段招用在职劳动者。《杭州市劳动合同条例》第48条在

赔偿范围中新增加了“劳动合同约定的其他事项”。

基于上述比较,《劳动合同法》的制定中应当注意以下问题:(1)新用人单位承担连带赔偿责任的条件。一是应当把新用人单位的过错作为招用在职劳动者的构成要件之一。因为要求新用人单位承担连带赔偿责任,旨在制止不正当人才竞争,稳定劳动关系,维护劳动力市场秩序。将新用人单位承担连带赔偿责任的行为限定为不正当竞争行为,把过错规定为构成要件之一,与这种宗旨相符,并且有利于人才竞争的正常展开。二是对新用人单位参与劳动者违法违约解除与原用人单位的劳动合同,也要求承担连带赔偿责任,这也有利于实现上述宗旨。这种行为的构成要件,其中应当包括:①新用人单位具有帮助、促成劳动者违法违约解除劳动合同的故意;②新用人单位实施了对劳动者违法违约解除劳动合同的参与行为;③违法违约解除劳动合同给原用人单位造成经济损失。(2)新用人单位连带赔偿责任的免责事由。因劳动者提供虚假证明造成新用人单位招用在职劳动者,可作为新用人单位招用在职劳动者的免责事由。劳动者与原用人单位劳动合同的解除距新用人单位录用该劳动者已超过一定期限,可作为新用人单位参与劳动者与原用人单位解除劳动合同的免责事由。(3)赔偿范围。借鉴《杭州市劳动合同条例》第48条的规定,在赔偿范围中增加“劳动合同约定的其他事项”。(4)连带赔偿责任承担的安排。原用人单位既可以同时请求新用人单位和劳动者承担赔偿责任,也可任意选择新用人单位或劳动者先行承担赔偿责任。但无论在何种情况下,都应当要求新用人单位承担的赔偿份额不低于原用人单位经济损失额的70%。与此安排对应,在程序法上,应当将新用人单位和劳动者作为共同被上诉人(被告人),而不是将新用人单位作为第三人。这样处理更便于仲裁、诉讼成本的节约。但这样就需要对劳动争议的当事人作重新界定,即与用人单位对应的当事人中必须有但不限于劳动者,换言之,与劳动者对应的当事人中必须有但不限于用人单位。

(原载于《法学》2005年第2期)

《劳动法》第2条第1款中的“劳动关系”,既包括劳动合同关系,也包括非合同劳动关系;既包括劳动法律关系,也包括事实劳动关系。

王全兴:《劳动法》,法律出版社1997年版,第159页。

王全兴:《劳动法》,法律出版社1997年版,第221~222页。

王全兴:《劳动法》,法律出版社1997年版,第226~227页。

《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》(劳部发[1995]309号)第32条和《劳动部办公厅1995年12月19日给浙江省劳动厅的复函》(劳办发[1995]324号)。

传统的劳动争议的定义是劳动者与用人单位之间关于劳动权利义务的争议。笔者认为,可以将此定义修改为以劳动者与用人单位之间劳动权利义务争议为核心的争议。

[【我想发表评论】](#)

[【将文本推荐给好友】](#)

[【关闭窗口】](#)

相关文章: [←](#)

王全兴、侯玲玲 《劳动合同法》的地方立法资源评述

王全兴、侯玲玲 劳动关系双层运行的法律思考

王全兴、侯玲玲 《劳动合同法》的地方立法资源评述

本网站由王利明教授创办并提供全部运作资金

建议使用IE4.0以上1024*768浏览器访问本站

版权所有©2000-2008：中国民商法律网本网站所有内容，未经中国民商法律网书面授权，不得转载、摘编，违者必究。

征稿启事 投稿邮箱：ruccivillaw@163.com, civillaw@ruc.edu.cn

京ICP备05010211号