

浅谈设置劳动合同违约金的几个问题 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E6_B5_85_E8_B0_88_E8_AE_BE_E7_c122_480645.htm 违约金作为违约方违反合同时应当负担的违约责任之一，在合同法中有着明确的规定。但是，在劳动合同中，违约金是否能作为劳动合同的违约责任的承担方式？各国法律的规定不尽相同，而在劳动法学界对此众说纷纭，支持者与反对者各执一词。我国《劳动法》未对违约金这一违约责任的方式作出规定，但在其后的劳动合同法实践之中，违约金作为承担违约责任的方式，已被大多数人广为接受并在劳动合同的约定条款中适用。全国各个地方要么不作明确规定，要么规定得各有特色，直到2007年6月29日《劳动合同法》颁布，这个问题才在一定程度上形成共识。本文就与劳动合同中设置违约金条款有关的问题，提出几点粗浅的意见：一、劳动合同违约金概念的界定 1、何谓劳动合同违约金？ 1）、违约金、约定违约金：按照合同法的常识，违约金是由法律规定或者当事人约定的，如果实际履行行为不符合合同约定，由违约方偿付给守约方的一定数额的金钱（货币），是合同法中违约责任的一种主要形式。按照法律是否预先明确规定，可将其再细分为：法定违约金和约定违约金。约定违约金是指合同双方当事人签订合合同时自愿约定的违约金比例或数额。 2）、劳动合同违约金：一般地讲，劳动合同违约金是依据法律的明示规定或虽无法律的明示规定但基于自愿原则，由劳动合同双方在商签劳动合同时协商一致，就违约一方出现相应违约事由应向守约方承担的违约金比例或数额所作的明确约定。 2

、劳动合同违约金的法律特性：1)、补偿性，即用于弥补劳动合同守约方因对方违约而遭受的经济损失；2)、惩罚性，即为确保劳动合同的全面履行，而事先约定的对违约方进行的一种经济惩罚。即在守约方没有遭受损失或者损失小于违约金数额时，劳动合同违约金就体现为一定的惩罚性。

3)、尽管劳动合同违约金并不排除惩罚性的法律特征，但考虑到劳动合同主体中劳动者一方的特殊性，在设置劳动合同违约金时，应该着重考虑违约金的补偿性。

二、在《劳动合同法》生效之前，关于能否设置劳动合同违约金的争论

1、主张设立的意见：国家法律、法规对劳动合同设置违约金并无明确规定，而劳动合同双方当事人完全可以基于自愿原则在劳动合同中任意约定违约金，并在一方违约时按照约定适用违约金条款。只要这类约定的违约金条款不违法、不存在明显失公平的情况。

2、反对设置的意见：当国家有关劳动法律、法规乃至规章对劳动合同违约金作出明确规定之前，劳动合同双方当事人不得在劳动合同中设置违约金。

3、折衷设置的意见：基本同意主张设立的意见，但主张应就设置和适用违约金的情形作出限制，比如限制在违反劳动合同约定的有关服务期限或保守商业秘密、竞业禁止条款等范围内。

三、劳动合同违约金立法的阶段性

(一)、2007年6月29日《劳动合同法》颁布之前，《劳动法》及劳动部有关规章对劳动合同当事人在劳动合同中设置劳动合同违约金未作明确规定，而各省、自治区、直辖市的规定又不尽相同。2007年6月29日《劳动合同法》颁布之前，我国已先后出约二十部地方劳动合同规定或条例，根据违约金约定立法角度不同可以分为两类：

1、准许任意约定违约金：以《北京市劳动

合同规定》为代表，北京、河北、吉林、江苏（2003年12月1日前）、山东等地有关劳动合同的《规定》或《条例》规定用人单位、所有劳动者都可以约定并适用违约金，没有劳动者或特定事由的限制。

2、准许限制约定违约金：以《上海市劳动合同条例》为代表，上海、浙江、安徽、江苏（2003年12月1日后）等地有关劳动合同的《规定》或《条例》规定只能对劳动者因违反服务期（合同期限）以及保守商业秘密等特殊约定事由，可以约定并适用违约金。但是，包括四川在内的全国其它大多数省、市并没有以地方法规的形式就劳动合同中约定违约金作出明确规定，保留了这一部分的法律空白。

（二）、2007年6月29日《劳动合同法》颁布之后，《劳动合同法》对劳动合同当事人在劳动合同中设置劳动合同违约金的有了明确规定。

1、第二十二条第二款规定：“劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。”

2、第二十三条第二款规定：“对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。”

3、第二十五条规定：“除本法第二十二条和第二十三条规定的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担的违约金。”由此可见，我国《劳动合同法》立法采用了类似于《上海市劳动合同条例》的准许限制约定违约金的折衷意见。

四、劳动合同违约金设置的合法性

1、2007年6

月29日《劳动合同法》颁布之前，设置劳动合同违约金的法理基础：1)、劳动法兼有私法的性质，不是单纯的公法，可归入社会法范畴。为此，有关私法上比如《民法通则》中规定的自愿、公平原则同样适用于劳动法。2)、合同法是调整各种交易关系的基本法律，为了确保交易的安全、快捷，确立了缔约自由、意思自治原则；而在市场经济条件下，劳动力如同生产资料、消费资料那样已经作为一种商品在参与交换，劳动法完全可以借鉴合同法中前述法律原则的合理内核，允许劳动合同当事人就包括违约金在内的违约责任自由协商约定。3)、纵然劳动合同具有国家干预的公法性，但根据《劳动法》第十七条“订立和变更劳动合同，应当遵循平等自愿、协商一致的原则，不得违反法律、行政法规的规定”，足见其自愿性、协商性却是首要的特征，劳动合同的签订应允许劳动合同当事人在法律强制性规定之外就违约金等违约责任自由约定，同时以必要的国家监管来匡正其不足。4)、考虑到劳动法属于社会法的属性，注意到劳动关系是形式上平等而实质上不平等的社会关系，须要在立法上特别关注劳动者一方的权益，由此，可以立足于社会本位的思想考虑对劳动合同中约定和适用违约金的条件作出明确规定，但并非因此就限制乃至禁止劳动合同当事人在劳动合同中就违约金作出约定，否则，劳动自由的原则也将无法体现，而2007年6月29日颁布的《劳动合同法》对约定违约金的立法态度也正是基于前述考虑。5)、《劳动法》第十九条规定，劳动合同应当具备的条款包括：（一）劳动合同期限；（二）工作内容；（三）劳动保护和劳动条件；（四）劳动报酬；（五）劳动纪律；（六）劳动合同终止的条件；（七

) 违反劳动合同的责任。根据法无明文规定即可为、法不禁止即合法的基本法理，尽管违约责任不能简单等同于违约金，但违约金违约责任的重要承担方式之一。《劳动法》没有明确规定违约金的条款，但是也并非禁止设立违约金，所以，约定支付违约金可以作为违约方承担违约责任的一种形式。

6)、《劳动部关于若干条文的说明》对《劳动法》第十七条“订立和变更劳动合同，应当遵循平等自愿、协商一致的原则，不得违反法律、行政法规的规定。劳动合同依法订立即具有法律约束力，当事人必须履行劳动合同规定的义务”的说明是：“本条第一款中的“法律、行政法规”既包括现行的法律、行政法规，也包括以后颁布实行的法律、行政法规，既包括劳动法律、法规，也包括民事、经济方面的法律、法规。本条第二款中的“依法”是指订立劳动合同时所依据的现行法律和法规。劳动合同依法订立即具有法律约束力，任何第三方不得非法干预劳动合同的履行。”由此可见，劳动合同“依法”订立，应该包括依据《民法通则》、《合同法》等“民事”法律，也就是订立合同时，自愿、意思自治等民法原则照常适用，同时说明“任何第三方不得非法干预劳动合同的履行”，自然也包括劳动行政部门不得在法律规定之外非法干预劳动合同当事人的意思自治。

7)、《劳动法》第十九条第二款规定“劳动合同除前款规定的必备条款外，当事人可以协商约定其他内容。”《劳动部关于若干条文的说明》对该款的说明是：“‘协商约定其他内容’是指劳动合同中的约定条款，即劳动合同双方当事人除依据本法就劳动合同的必备条款达成一致外，如果认为某些方面与劳动合同有关的内容仍需协调，便可将协商一致的内容写

进合同，这些内容是合同当事人自愿协商确定的，而不是法定的。”既然《劳动法》对劳动合同当事人“协商约定其他内容”已经明示授权，而劳动部的“说明”又强调“这些内容是合同当事人自愿协商确定的，而不是法定的”，那么，在劳动合同中由双方自愿协商补充约定违约金为劳动合同违约责任的承担方式就是合法的；8)、劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第47规定：“由于各用人单位千差万别，对工作内容、劳动报酬的规定也就差异很大，因此，国家不宜制定统一的劳动合同标准文本。目前，各地、各行业制定并向企业推荐的劳动合同文本，对于用人单位和劳动者双方有一定的指导意义，但这些劳动合同文本只能供用人单位和劳动者参考。”所以，劳动行政管理部门不得仅以自己向企业推荐的《劳动合同》文本没有规定违约金条款，而用人单位与劳动者协商约定有该类条款而主张该类约定条款无效。9)、劳动部办公厅《关于试用期内解除劳动合同处理依据问题的复函》(劳办发[1995]264号)第二条规定：“关于违反劳动合同的责任问题:根据《劳动法》第十九条规定，用人单位与劳动者可在劳动合同中约定“违反劳动合同的责任”，但必须经双方当事人平等协商，不能由任何一方单独决定。只要约定内容不与法律、法规、规章相抵触，且公平、合理、合乎实际，劳动争议仲裁委员会可将其作为处理劳动争议的依据。”由此可见，在劳动合同中约定违约金条款，“只要约定内容不与法律、法规、规章相抵触，且公平、合理、合乎实际”，该约定违约金条款就依法有效。10)、四川省劳动厅《四川省贯彻执行若干问题的实施意见》第2条规定：“订立劳动合同，应当遵

循平等自愿、协商一致的原则。”第9条规定：“劳动合同应以书面形式订立，其内容要全面，文字表述要准确。其中必备条款不得少于《劳动法》第十九条的规定。除必备条款外，当事人双方还可以协商约定其他内容。劳动合同书文本可以由用人单位自行印制，也可以委托劳动行政部门代为印制。”全国其它地方的劳动行政管理部门都有准许劳动合同当事人遵循“平等自愿、协商一致”原则协商约定劳动合同“其他内容”的类似规定。

2、2007年6月29日《劳动合同法》颁布之后，设置劳动合同违约金的注意事项：1)、必须秉承平等自愿、公平、协商一致的原则；2)、必须恪守《劳动合同法》第二十二条、第二十三条及第二十五条规定的违约金设置条件；3)、必须考虑可操作性，不要脱离企业的实际情况和劳动者的客观承受能力；4)、在合同文本的草拟技巧上，可以在统一的《劳动合同》文本之外，就《劳动合同法》第二十二条、第二十三条规定的可以约定违约金的法定情形单独签订有关专门协议，以便于履行监督和违约责任的追究。

五、劳动合同违约金争议的处理

1、2008年1月1日《劳动合同法》施行之前，劳动合同当事人之间劳动合同违约金争议的处理：1)、合法性认定是处理争议的前提：

a.在国家有关劳动法律、法规未对违约金这一违约责任的方式作出规定，而所在的省、自治区、直辖市也没有地方法规规定的情况下，如果劳动合同当事人已经基于自愿、协商一致原则就违约金作出了明确约定时，不论该类约定是以专门协议或是劳动合同中的个别条款的形式存在，都将依法有效。

b.在国家有关劳动法律、法规未对违约金这一违约责任的方式作出规定，而所在的省、自治区、直辖市的地方法规

已经明确规定的情况下，如果劳动合同当事人基于自愿、协商一致原则就违约金作出的明确约定没有与所属省、自治区、直辖市的地方法规相冲突时，不论该类约定是以专门协议或是劳动合同中的个别条款的形式存在，都将依法有效。2

)、不同的处理程序：a.在国家有关劳动法律、法规未对违约金这一违约责任的方式作出规定，而所在的省、自治区、直辖市也没有地方法规规定的情况下，如果劳动合同当事人就约定的违约金解释或适用发生争议，其性质将是有别于劳动争议的普通民事争议，或者仅仅是与劳动争议相关的民事争议，可以先由双方协商处理或申请劳动行政部门予以行政协调，也可以考虑先申请劳动仲裁，如对仲裁裁决不服，还可依法向人民法院起诉；由于该省、自治区、直辖市的地方法规没有就劳动合同违约金作出明示规定，如果有关劳动合同当事人仅就该约定的违约金部分发生争议，也可以径直依据《合同法》、《民事诉讼法》向人民法院起诉而直接请求司法解决；b.在国家有关劳动法律、法规未对违约金这一违约责任的方式作出规定，而所在的省、自治区、直辖市的地方法规已经明确规定的情况下，如果劳动合同当事人就约定的违约金解释或适用发生争议，应将其视同劳动争议，可以先由双方协商处理或申请劳动行政部门予以行政协调，也可以先申请劳动仲裁，如对仲裁裁决不服，还可依法向人民法院起诉；由于该省、自治区、直辖市的地方法规已经就劳动合同违约金作出明示规定，即使有关劳动合同当事人仅就该约定的违约金部分发生争议，也无权径直依据《合同法》、《民事诉讼法》向人民法院起诉而直接请求司法解决；2

、2008年1月1日《劳动合同法》施行之后，劳动合同当事人

之间劳动合同违约金争议的处理：自2008年1月1日起，由于《劳动合同法》已经开始施行，不论所在的省、自治区、直辖市的地方法规原来对违约金这一违约责任的方式是否已经明确规定，或者其原有法规规定与《劳动合同法》是否存在冲突，均须严格执行《劳动合同法》的规定。如果届时劳动合同当事人就约定的违约金解释或适用发生争议，应统一纳入劳动争议范畴，可以先由双方协商处理或申请劳动行政部门予以行政协调，也可以先申请劳动仲裁，如对仲裁裁决不服，还可依法向人民法院起诉。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com