

优秀论文:完善劳动合同立法 建立稳定和谐的劳动关系 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/484/2021\\_2022\\_\\_E4\\_BC\\_98\\_E7\\_A7\\_80\\_E8\\_AE\\_BA\\_E6\\_c122\\_484452.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_E6_c122_484452.htm)

在市场经济国家中，劳动合同制度是整个劳动法律制度的基础，是劳动关系产生、变更、终止的依据。劳动合同的风吹草动会给整个劳动关系的稳定带来根本上的影响。它是直接搭建在劳动者和用人单位之间的一座桥梁，与每个劳动者的生活息息相关。可以说，劳动合同的规范与否在很大程度上将会影响到劳动者切身利益的享有和保护。1994年我国《劳动法》的制定从法律上根本改变了用人单位的劳动用人依靠行政手段分配的计划管理体制，使用人单位和劳动者双方真正从行政管制走向契约关系。但在《劳动法》13章107条中只有第三章共有20条规定了“劳动合同和集体合同”。除此之外，就是杂乱无章的部门规章、地方规章、地方性规范文件和政策调整之，其法律效力和稳定程度是可想而知的。当前我国诉至法院的民事纠纷越来越多，在其中因劳动合同而发生的法律纠纷数量也不断攀升，仅凭现有的法律法规已无法调整，确显得力不从心，劳动合同的立法亟待进行。美国法学家庞德指出：法律必须稳定，但又不能静止不变，人们必须根据法律所应调整的实际生活的变化，不断对法律进行检查和修改。我国立法机构对劳动合同的立法已经列入规划，法学理论和实务界对劳动合同的立法也见仁见智。但从总体来看，影响我国劳动关系稳定和谐的主要矛盾是：劳动合同的主体范围狭窄，有相当一部份应当列入劳动合同调整的劳动关系置于劳动法的保护之外；我国劳动法对劳动合同期限的规定及现实操作

使劳动者处于不稳定的状态；用人单位非依正当程序解除劳动合同，使劳动者的权益不能得到有效的司法保障。本文就这些问题进行阐述。

一、劳动合同的主体范围应当扩大

劳动合同的主体可概括为用人单位和劳动者，用人单位与劳动者是相对应的。因此劳动合同的主体问题其实就是劳动者的范围问题。《劳动法》第2条及有关解释规定我国《劳动法》规定的“劳动者”只包括与境内企业、个体经济组织建立劳动关系的劳动者，国家机关、事业单位、社会团体的工勤人员、实行企业化管理事业单位的非工勤人员。这是计划经济体制下规制劳动关系的产物。随着市场概念在全社会的深化，劳动关系的货币化、市场化程度日渐稳定深入，这一规定不能适应现实的需求，并带来若干问题这样：

1. 众多非《劳动法》规定的劳动者被排除在司法保护的大门外，如比照公务员制度的事业单位的工作人员、农村劳动者、家庭保姆等均不是劳动合同的主体，不受我国《劳动法》的保护。尤为突出的是“农民工”问题，其福利待遇、社会保险得不到保护，法院不受理。再比如，教师行业虽然已有《教师法》、《高等教育法》等法律的保护，但是这些法律的规定较原则，可诉性不强，同时教师的报酬权、职业自由权等劳动权益受侵害时又不适用《劳动法》，因此教师的劳动争议只能依赖于行政部门的人事仲裁。这使得教育机构的管理者任意挪用教师工资福利、无端扣留要求调离或另谋职业的教师的档案的现象不断发生，而争议却得不到司法解决。
2. 进一步强调了劳动者的身份特征。我国的户籍制度使“城”“乡”二元身份长期存在，使农民被视为“二等公民”。而被排斥在劳动合同主体之外的也大部份是农民工。他们只是因为自己无法

选择的出身而不能得到法律的保护，这与我国宪法确立的平等保护原则不相符，与法治精神背道而驰。梅因说：“所有进步社会的运动，到此为止，是一个‘从身份到契约’的运动。”[1]。这种继续强调身份的规则应当得到改变。劳动关系是社会的基本关系，权利主体应当具有普遍性。考虑我国现阶段国情，窃以为，我国《劳动合同法》的主体应当是所有建立劳动合同关系的劳动者。这里的劳动合同是实际劳动合同关系，所有以提供体力或智力服务以换取工资收益的劳动雇用或劳动服务合同关系。其主体除法律已规定的主体外，还应当包括事业单位人员、教育单位人员、家庭保姆、农民工以及律师、会计师等中介机构人员、实习人员等，还应当包括从原单位下岗但未解除劳动合同关系却另谋工作单位的人员，以及法律法规许可的兼职人员等，但公务员除外，单纯种植份地的农民也不能成为劳动合同的主体。理由是：第一，劳动权是人权，是人权的社会化，是社会经济关系市场化、货币化的产物，是国家用法律强制力有效限制契约自由原则、保障那些靠出卖劳动力才能与生产资料相结合并获得薪金以维持生存的弱势者们在有劳动能力或丧失劳动能力的情况下都可以获得生存的权利。因此劳动合同应当是所有建立劳动关系的劳动者与用人单位之间一种普遍的协议。第二，我国市场经济的深入发展，使许多行业已经或逐步走出计划经济篱笆，教育业、中介行业和部分农民均已走向市场，劳动者的市场观念、自由选择意识和劳动保障意识都在加强，劳动争议日渐增多，众多劳动争议无法提起司法保护程序，不能获得司法保护，这是与法治国家精神相背离的，严重阻碍社会的发展。第三，我国传统体制下的一个劳动者只

对应一个用人单位的原则在市场经济条件下应当有所突破。因为我国下岗问题并不能在短时期内消亡。我国在长期计划经济体制下形成的就业政策造成了许多国有经济单位冗员多。一方面国家政策允许他们与原单位保持劳动者关系，原单位发给最低生活费，另一方面在原单位不可能满足其生活的情况下另谋职业，与另一单位形成实际的管理与被管理的关系，如果这一关系不确定为劳动合同关系，其应享有的劳动权益如福利、休息休假、工伤保险等将得不到保障。同理，法律法规许可兼职的人员如高校科研教学人员的兼职活动，也同样是劳动合同关系，应当纳入《劳动合同法》调整。第四，我国公务员具有特殊性，与一般劳动者不是同一种法律关系，且具有一定优势地位，不是劳动权的主体。而我国农业的市场化程度不足，有些尚属于半自然经济状态，因此单纯种植份地的农民尚不是劳动合同的主体。

## 二、劳动合同的期限应当以无固定期限合同为原则，固定期限合同为补充

我国《劳动法》规定的劳动合同期限分为有固定期限、无固定期限和以完成一定的工作为期限。而对无固定期限合同的条件是“劳动者在同一用人单位连续工作满十年以上，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”。1996年劳动部颁布了《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》，其第2条又作了补充规定：工作年限较长且距法定退休年龄十年以内的，复员、转业军人初次就业的，以及法律、法规规定的其他情形下，如果劳动者提出订立无固定期限的劳动合同，用人单位应当与其订立无固定期限的劳动合同。按我国以上法律规定，可提出签订无固定期限劳动合同要求的仅限于极

少数符合条件的劳动者，一些长期在同一单位工作的工人，或虽不在同一单位却是因为前后单位之间的承继关系而在长期工作的工人，以及已过“黄金年龄”的四十岁以上的职工，他们非常渴望订立无固定期限劳动合同，而事实上他们的愿望很难实现。在实践中，用人单位利用自己的优势地位，通常让劳动者一年一签，最多也是三年一签，使劳动者总处于不稳定状态，即使用人单位侵犯了自己的劳动权益，为了能继续与用人单位签订合同而忍气吞声，一些劳动者即使有权提出签订无固定期限的劳动合同，但由于其在劳动法律关系中处于相对弱势地位，因此往往不敢主张法律赋予的权利，或者在其主张遭到拒绝后也不敢声张。市场经济发达国家和地区都很重视稳定劳动关系，以实现人力资源的优化配置。例如，《法国劳动法典》严格限制签订有固定期限的劳动合同，鼓励签订无固定期限的劳动合同，要求订立定期劳动合同必须以书面形式，并应准确表达订立合同的原因，非如此订立的合同视为订立了不定期劳动合同[2]。我国台湾地区《劳动基准法》第9条规定：“劳动契约分为定期契约和不定期契约。临时性、短期性、季节性及特定性工作订为定期契约，有继续工作者应为不定期契约，定期契约届满后，有下列行为之一者，视为不定期契约：（1）劳工继续工作，而雇主不立即表示反对者；（2）虽订另外新约，惟其前后劳动契约之工作期间超过90日，前后契约间断期间未超过30日者。”[3]因此，笔者认为，订立无期限劳动合同对劳动者而言，使其劳动心态相对稳定；而对于用人单位而言，也可以有稳定的用工群体，使劳动者专心于同一用人单位。所以，对于劳动者依法提出订立无固定期限的劳动合同而用人单位不同

意订立，或者用人单位只同意订立有固定期限的劳动合同，建议在今后的《劳动合同法》立法过程中参照其他国家和地区已有的相关立法作出明确规定，以订立无期限的劳动合同为原则，以固定期限的劳动合同为例外，以利于依法追究用人单位的法律责任，最终达到保护劳动者的合法权益，稳定劳动关系的目的。

三、对劳动者单方解除劳动合同应有条件地限制，用人单位单方解除劳动合同应当依正当程序进行

- 1、劳动者单方解除劳动合同应有条件地限制。劳动合同的单方解除包括用人单位单方解除劳动合同和劳动者单方解除劳动合同。《劳动法》第31条规定：“劳动者解除劳动合同，应当提前三十日以书面形式通知用人单位。”这一条赋予劳动者单方解除劳动合同的权利，并进而保护劳动者的劳动权利。可以看出，《劳动法》第31条的规定更多的是维护了劳动者的利益，使劳动者拥有了流动的主动权，如果对此条款加以限制，必将侵犯劳动者的权益。但笔者认为，《劳动合同法》的宗旨应当是维护劳动合同双方的权益，既保护劳动者的权益，同时又为企业发展稳定护航。维护用人单位利益和维护劳动者权益之间并不矛盾，应通过立法建立一种良好的解除劳动合同的法律制度，以使人力资源通过劳动力市场的作用真正实现优化配置。在实践中劳动者这一权利的行使可能给用人单位带来不利的影晌，首先，劳动法一刀切地授予劳动者单方解除劳动合同的权利，必然影响到用人单位正常的工作和生产安排，这是显而易见的。如一些企业的业务骨干，凭借自己的业务、技术优势，带走原单位的技术秘密，成为原单位的竞争对手，给原单位造成很大的经济损失。因此，《劳动合同法》在立法过程中也应当适当考虑具备一

定条件劳动者如高薪聘任的业务骨干、技术骨干等单方解除劳动合同的赔偿问题，并建议在立法中不再将保密条款作为约定条款，而应将其规定为合同的法定条款，这样才能更好地保护用人单位的利益。其次，解除合同的通知期一律规定为30日很不合理，因为实践中不同素质的劳动者其可替代的程度不一样，高级人才的可替代程度低于普通劳动者。在此问题上，德国的有关规定可资借鉴。《德国民法典》第622条规定了终止雇佣关系的预告期限，其中，对职工的劳动关系与工人的劳动关系作了不同的规定。职工的劳动关系的终止预告期限为6个星期，双方可在合同中约定较短的期限，但不得少于1个月。如果劳动关系在同一企业或联合企业已存续5年，预告期限延长到1个月，已存续10年的，预告期限延长到2个月，已存续20年的，预告期限延长到3个月，50年以上的劳动合同，预告期限为6个月。[4]

#### 2、用人单位单方解除劳动合同应当依正当程序进行

《劳动法》第25-27条规定了用人单位单方解除劳动合同的情形。在当前对劳动关系的稳定有较大影响的是第27条即用人单位单方面经济性裁员问题，这是困扰我国社会稳定和谐的重大问题，也是我国劳动关系不稳定的重要因素。1997年我国国有企业职工分流及下岗人数为1274万人，其中640万人被分流，占国有企业职工总数的17%（《中国劳动年鉴》1998年）；1998年国有企业下岗职工为1219万人，其中609万人实现了再就业，包括企业内部转岗分流人员；1999年上半年，国有企业下岗职工总数为742万人，其中202万人实现了再就业（根据劳动和社会保障部的数字）。随着劳动合同制度适用范围的扩大，有可能遇到下岗问题的职工人数还会增大。对于涉及如此大数量人员的问题，法律

应当予以规范。我国在长期计划经济体制下形成的就业政策造成了许多国有经济单位冗员多。加之我国劳动力长期供大于求等其他因素，使得通过社会解决下岗问题亦有诸多困难。再者，随着我国加入世界贸易组织而必然进行的产业结构调整,下岗问题还会不断出现。对于经济性裁员用人单位往往有如下几种作法：一是离退休相差5-10年的劳动者往往实行内退（提前退休），用人单位发给劳动者最低工资和上交劳动保险，达到退休时实现正式退休；二是离退休年龄较远的劳动者实行下岗但不解除劳动合同，用人单位发给最低工资（有的是最低生活费），劳动者可自主创业或另谋职业；三是对离退休年龄较远的劳动者实行买断工龄，用人单位根据劳动者的工作年限及离退休的年限一次性发给一定的补助费，劳动者自主择业。对前两种情形，主要问题是：一是用人单位不顾劳动者的意愿，有的劳动者还年富力强，还可以另谋职业，其愿意按正常解除合同的程序获得补偿并另谋职业；二是劳动者与另谋单位的劳动关系不能得到劳动法的保护，实践中往往按劳务合同对待，使其劳动权益不能得到保护。对于后一种情形，问题是：一是买断工龄本身没有法律依据，其合法性是受质疑的；二是买断工龄补偿没有法定标准，导致现实中补助过低，劳动者无法创业或择业；三是用人单位没有顾及劳动者的意愿。我国的下岗问题将长期存在,不是一个“过渡性问题”。《劳动合同法（草案）》应在分析中央和地方有关政策的执行情况和借鉴其他国家一些做法的基础上,对《劳动法》第27条规定的内容扩展。法律对经济性裁员的规范主要包括三方面的内容：一是决定下岗人员要考虑的因素；二是由谁决定和如何决定下岗人员,即下岗的程序

；三是劳动者下岗的方式。对此,其他一些国家的做法值得借鉴。从其他国家的一些法律规定看,首先,企业确定被裁减人员一般考虑下面一些因素:雇员的工龄、工作能力、工作态度、雇员的身体状况和雇员的家庭负担等。其次,企业裁减人员的程序大致包括下列方面:一是提前通知雇员本人,二是应当允许工会提前介入,下岗方案应当经工会通过。三是向劳动行政部门报告下岗方案。四是劳动者对下岗方案有争议的,可以通过劳动仲裁或诉讼的方式解决;如果工会认为下岗方案有争议,也有权通过劳动仲裁或诉讼的方式解决。再次,下岗的方式可以由劳动者选择,劳动者可以根据自己的情况选择内退、下岗择业还是全面解除劳动合同。对买断工龄的方式,笔者认为,这是一种规避法律的方式,劳动者与原用人单位实际是全面解除劳动合同,但劳动者获得的补偿要大少于以解除合同方式取得的补偿,且在自主择业时的劳动合同关系往往也被认为是劳务关系,更难以理解的是,买断工龄的争议不能获得司法解决,劳动仲裁部门和法院均不受理这类纠纷。因此,《劳动合同法》应当将买断工龄的方式纳入到解除合同中解决,且争议应当最终获得司法解决。最后,被裁减人员应享受的一些优惠政策,如享有重新被雇佣的优先权和免费培训等应当作为劳动者的权益纳入《劳动合同法》调整。

#### 四、劳动合同中应当有强制性条款

(一) 劳动合同应当有强制条款的原因。 劳动合同的强制性条款即标准条款,其规范对象是用人单位。理由是: 1、在现代劳动合同中合同的意思自治原则逐渐由社会共同意志和当事人意思相结合的共同意志所代替。传统的契约劳动合同是建交在当事人的意思自治基础上的,法的效力被限定为补充当事人

合意的内容，强调双方当事人的共同意志。法律具有的最主要特征就是赋予当事人自由决定权，当事人可以选择适用，国家对合同的规定不具有强制性，法律只是在特定情形之下对合同起辅助作用。[5]但是，随着经济的垄断化，劳资双方力量极不对称、占有信息极不对称，平等和意思自治原则在劳动关系中有其形无其实，劳动者只有签订与不签订合同的自由，而没有对劳动合同内容协商的自由。劳动合同一方面要实现权利义务的创设自由，另一方面要实现国家对劳动关系的干预，法律在保障自由意志的同时，逐渐对特殊意志的自由度施加以拘束力，在这个过程中，劳动合同体现的普遍意志因素增加，换言之，社会的普遍意志反过来统治了个体的特殊意志。随着个人主义向社会本位主义的发展，使政府逐渐加强对劳动关系的干预，从10小时工作日到8小时工作日的跨越，从各种社会保险制度的建立到最低工资标准、最低生活保障制度的发展，从禁止强迫劳动到禁止使用童工的规定等，都是从维护社会稳定和劳动者弱者的劳动权益，且这些强制性规范逐渐从国内标准演变成为国际标准。在劳动关系中实行若干强制性标准，在某种程度上来说，这是通过政府干预的方式使现代劳动关系中的资方单方的意思自治向劳资双方意思自治予以矫正。因此，在现代劳动关系中，资方在劳动合同中应当在政府干预的强制标准之上保障劳动者的权益。

2、在现代劳动关系中，劳动合同往往是由强势的用人单位单方面拟订具有固定格式合同，弱勢的劳动者一方事实上不得不接受而订立劳动合同。从法学理论上说，其条款本身是不具有法律效力的，但是劳动者一方对于固定的劳动合同条款要么接受，要么拒绝，从而使其意思表示自由的能力受

到极大的限制。如果在劳动合同中不以明示的方式将政府对劳动关系的强制性规范写进劳动合同，对法律意识不强的普通劳动者一方面不完全知道自己拥有哪些权利。另一方面，即使劳动者知道自己的权益但却在劳动合同中没有记载或是相反的记载且劳动合同又是当初劳动者自愿签订的，那么劳动者将难以理直气壮地请求资方给付自己应当拥有的劳动权益。

（二）劳动合同中应当有哪些强制性条款

- 1、提供劳动安全保护的义务 保障劳动者的生命健康是用人单位的应尽职责，无论劳动合同中是否约定。用人单位应当根据劳动者的工作性质提供安全用具、安全场所，进行安全警示，培训劳动安全规范，预防职业病，保障职业安全等。
- 2、遵守8小时工作日和最低工资报酬的义务 用人单位应当严格遵守国家关于工作时间的强制性规定，对需要延长劳动时间的应当遵守延长劳动时间的规定。用人单位不得任意延长劳动时间，延长劳动时间应当给付相应报酬。用人单位给付的工资应当在政府规定的最低工资数额以上，且这一数额应当排除用人单位为劳动者缴纳的社会保险金。
- 3、缴纳强制性社会保险的义务 社会保险是国家通过立法建立的一种社会保障制度，目的是使劳动者在因年老、患病、伤残、死亡、失业等原因，丧失劳动能力或中断就业，本人和家属失去生活来源时，能够从社会(国家)获得物质帮助。社会保险是用人单位和政府

对劳动者履行的社会责任，它具有强制性、保障性、福利性、普遍性，对维护劳动者的合法权益，保障劳动者的基本生活，促进劳动力的合理流动，促进企业间的平等竞争，维护社会稳定，促进社会经济发展具有重要作用。我国的社会保险由基本养老保险、工伤保险、基本医疗保险、失业保险和

生育保险五个险种组成。根据我国劳动与社会保障部的规定，由单位和个人缴费的社会保险有基本养老保险、基本医疗保险和失业保险，用人单位必须向当地社会保险经办机构办理社会保险登记，工伤保险、生育保险则全部由用人单位缴费，个人不缴费。

4、保障劳动者参加和组织工会的权利

随着垄断资本的扩张，劳动者个人在强大的资方面前式微，劳动者只能团结起来，以集体抗争的方式争取和维护个体的权利。1998年国际劳工大会通过的《基本劳动权利原则宣言》将“工人的基本权利”确定为四个方面的权利：结社自由并有效承认集体谈判权利；消除一切形式的强迫劳动；有效废除童工；消除就业歧视。[6]我国已经批准《经济、社会及文化权利国际公约》。承认这一公约，实际上即是承认目前国际劳工组织提出的核心劳工公约，因为这一公约已包括了核心劳工公约的基本内容。而结社权即参加工会权又是其它几项权利实现的组织基础。我国《工会法》第3条规定劳动者都有依法参加和组织工会的权利，任何组织和个人不得阻挠和限制。在《劳动合同法》中明确此项权利有利于劳动者理直气壮地行使该项权利。

（三）劳动合同中强制性条款的法律效力

在《劳动合同法》立法过程中，应当规定用人单位将本单位的格式劳动合同交劳动行政部门备案，在备案的劳动合同中，应当具备所有的强制性条款。在用人单位与劳动者签订劳动合同以后，无论其合同中是否具备强制性条款，都应当认为强制性条款是劳动合同的应有内容。对非以书面形式签订的劳动合同，只要劳动者能证明其与用人单位的劳动关系，就应当认定强制性条款对其具有法律效力。同时，应当加强政府对用人单位的强制性条款的审查责任和对强制性义

务履行的监管责任，对违反强制条款的用人单位应当追究其行政和刑事责任。五、结语 随着市场经济的发展，劳资矛盾已逐渐成为我国无法回避的社会问题。“如果说今后中国可能会发生某种不稳定局面的话，那么，酿成这种不稳定局面的主要因素应该是劳动问题积累和社会劳动关系矛盾的激化。” [7]法律对劳动者关怀的程度决定了劳动者对法律的信赖和选择程度，决定了劳资矛盾的走向。富勒认为，法律乃是为了满足或有助于满足人们的共同需求而做出的一种合作努力，每一条法律规则都有旨在实现法律秩序某种价值的目的。 [8] 建立和谐的法治的社会是我国长期的社会主义建设实践的总结和选择，而和谐的劳动关系的建立是和谐的政治和法律秩序的基础。在《劳动合同法》的立法过程中，立法者应当着眼于和谐的、法治的劳动关系的建立，使劳动者和用人单位都能从中体会到权利保障和人文关怀。正如英国法哲学家边沁所言，法律应当是最大多数的公民的福音。 注释：  
[1][英]梅因.古代法[M].北京：.商务印书馆1996，97页 [2] 郑爱青.法国劳动合同立法的启示[J].北京：法学杂志，2000.(5)  
[3] 王全兴主编.劳动法 [M].北京：中国法制出版社，2001，167页 [4] 黄越钦.劳动法新论[M].北京：中国政法大学出版社.2003，82页 [5] [美]约翰#8226.梅利曼#8226.大陆法系[M]北京：知识出版社,1984:107-109 [6] 常凯. WTO、劳动标准与劳工权益保障. 北京：中国社会科学，2001（1）. [7] 常凯.劳动关系,劳动者,劳权[M].北京:中国劳动出版社,1995年,7页 [8] 博登海默.法理学:法律哲学及法律方法[M] 北京：中国政法大学出版社，1999. 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](http://www.100test.com)