

浅议《劳动合同法》的若干疏漏 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E6_B5_85_E8_AE_AE_E3_80_8A_E5_c122_485252.htm 【导言】

经过全国人大常委会四次审议、将于2008年1月1日施行的《劳动合同法》是一部重要的法律。但由于种种原因，该法存在一些疏漏，引发了一些争议，并造成实务界的困惑；其中个别条款问题较严重。亡羊补牢犹未为迟，本文旨在就事论事进行探讨，希望提出一些有益的建议。《中华人民共和国劳动合同法》已于2007年6月29日通过，将于2008年1月1日起施行。该法将对劳资关系和企业劳动人事或人力资源管理产生深远影响。比如：除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，员工不同意续订的情形外，固定期限劳动合同期满终止的，用人单位应当向员工支付经济补偿；除非法定情形，员工炒老板鱿鱼可以不支付违约金；连续订立两次固定期限劳动合同之后再续订，除非法定情形，必须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订立书面劳动合同的，视为双方已订立无固定期限劳动合同；用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未订立书面劳动合同的，应当每月支付二倍工资……可以预见，《劳动合同法》实施以后，签订一年以内的短期合同对用人单位而言未必“合算”。一方面，用人单位可能加快“换血”（员工更迭）速度；另一方面，几年之后，用人单位的大部分员工可能都是无固定期限劳动合同员工，“大锅饭”可能回潮，企业管理成本和管理难度可能加大。此外，由于《劳动合同法》规定劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立二年以上的固定期限劳

劳动合同，今后劳务派遣市场可能萎缩。当然，《劳动合同法》的重要意义远远不限于以上几方面。遗憾的是，这样一部重要法律，虽曾大张旗鼓地向全社会征集意见、也经过了立法机关四次审议，却仍然存在一些显而易见的疏漏，有的甚至可说是“硬伤”。笔者无意深究其原因，而且既不代表“资方”、也不代表“劳方”，只是希望以这篇小文抛砖引玉，供立法、司法机关、劳动和社会保障部门以及法律学者参考，在今后制定有关立法解释、司法解释、地方法规、政府规章和规范性文件时尽可能弥补法律的疏漏，也便于我们律师执业。

一、关于订立无固定期限劳动合同的条件（《劳动合同法》第十四条第二款）

《劳动合同法》第十四条第二款规定：“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。有下列情形之一的，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：……（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。”

围绕该第三项（即上文），有两个重大问题有待澄清：1、第一个问题：本项对劳务派遣单位是否适用，有待进一步明确。通常而言，鉴于本项没有“但书”或除外规定，不能排除其对劳务派遣单位的适用。但就劳务派遣的性质而言，要求劳务派遣单位与被派遣劳动者签订无固定期限合同并不适宜。另一方面，根据《劳动合同法》第五十八条第二款，“劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立二年以上的固定期限劳动合同”。如果该款可被认为是该法第十四条的特别条款，则劳务派遣单位在任何情况下均不必与被派遣劳动者签订无固定期限

劳动合同。但该款是否“特别条款”，我们不能擅自揣测；究竟如何理解上述条款之间的关系，届时应以相关有权解释为准。就此，笔者曾与北京某权威的劳动法律师当面交流，他倾向于采取严格的理解，即《劳动合同法》第十四条第二款第三项也适用于劳务派遣单位。但显然还有不同意见。

2、第二个问题（更重要）：在与劳动者连续订立二次固定期限劳动合同后，用人单位有无终止劳动合同的选择权。之所以产生此问题，症结在于本项中“续订劳动合同”六个字。如果立法者的意图是否定用人单位的上述选择权，则“续订劳动合同”六个字（以及“续订”前的逗号）完全是画蛇添足。因为一旦加上该六个字（以及“续订”前的逗号），就不能排除这样一种理解，即，本项通过两个逗号间隔了三个并列的条件：（1）“连续订立二次固定期限劳动合同”；（2）“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”；（3）（双方同意）续订劳动合同。换言之，如果用人单位不同意续订劳动合同，则本项的三个法定条件未完全具备，用人单位也就没有义务与劳动者签订无固定期限劳动合同。平心而论，上述理解无论从语法上还是从法理上，都是完全可以成立的。就法理而言，合同是双方的合意；合同期满后，任何一方都有续订与否的选择权，这种选择权是天经地义、毋庸置疑、也是不宜通过立法予以剥夺的。何况，第十四条第二款第一句就是“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”；如果用人单位不同意，如何能够“协商一致”呢？有参与过《劳动法》起草的北京知名学者持此种意见，笔者倾向于赞同这位前同事的意见，这也是笔者拜读《劳动合同法》第十四条后的第一

反应。微妙之处在于，目前劳动法学界、实务界主流的意见似乎是，只要没有《劳动合同法》第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，劳动者在与用人单位连续订立了二次固定期限劳动合同后，便有权“决定一切”；即，从订立第二次固定期限劳动合同的那一刻起，劳动者就可以预见，自己日后将与用人单位签订无固定期限劳动合同，除非自己不愿意。过犹不及，立法者的意图如果确实如此，则不得不说，《劳动合同法》第十四条第二款存在重大缺陷，未必能充分发挥保护劳动者的作用；其不良后果必将日益显现（企业及律师针对严苛法律的应对措施总是层出不穷），令立法者和一些空有激情的善良学者始料未及。当然，《劳动合同法》第十四条第二款的问题并不仅仅限于第三项。其实，该款第一、二项的相互关系和立法意图也令人困惑，限于篇幅兹不赘言。

二、关于试用期工资（《劳动合同法》第二十条）《劳动合同法》第二十条规定：“劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。”关于该条，存在两种理解：1、第一种理解：试用期工资（1）不得低于本单位相同岗位最低档工资，或者不得低于劳动合同约定工资的80%；（2）并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。2、第二种理解：试用期工资（1）不得低于本单位相同岗位最低档工资的80%，或者不得低于劳动合同约定工资的80%；（2）并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。就中文语法而言，两种理解均不为错；对第二种理解，即使是最吹毛求疵的语法专家，也不能否认此种理解并无不当。当然，一般人多取第一种理解，而且第一种理

解似乎更有利于劳动者，也应更符合立法者的意图。但法律语言必须严谨，排除不必要的歧义；如果对一个如此简单的条文还需揣测、争论、解释，无疑是立法的失败。

三、关于服务期违约金（《劳动合同法》第二十二条第二款）《劳动合同法》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。”该款如此规定，在一定意义上是混淆了“违约金”与“赔偿金”的概念，把二者混为一谈，也大大削弱了“违约金”的惩罚性质，降低了劳动者的违约成本。换言之，劳动者在服务期内提前离职，其作为违约金付出的最大代价也不过是用人单位曾为其支付的培训费用；而这些培训费用是可以转化为个人技能、为其创造日后的收益的。当然，根据《劳动合同法》第九十条，“劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任”。理论上，该“赔偿责任”可与上述“违约金”并存；但日后的劳动争议仲裁与司法实践中，劳动争议仲裁委员会和人民法院是否会支持用人单位在已按照培训费用数额向劳动者追索违约金的情况下再追究其赔偿培训费用的责任，目前尚不明朗。

四、关于竞业限制条款（《劳动合同法》第二十三条第二款）《劳动合同法》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。”该款仅规定“在劳动合同或者保密协议中”约定竞业限制条款。实务中，有些企业与员工可能签订单独的竞业限制（竞业禁止）协议。根据合同自由的原则，只要内容适当，这种单独的协议也应是合法有效的。但根据《劳动合同法》第二十五条，“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违约金”；而没有违约金条款的竞业限制协议，无异于一纸空文。因此，用人单位可能不得不将竞业限制条款纳入劳动合同或保密协议，尽量避免签订单独的竞业限制协议，以免其中的违约金条款被认定为无效。

五、关于劳动者解除劳动合同（《劳动合同法》第三十七条、第三十八条）

《劳动合同法》第三十七条规定：“劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。”第三十八条第一款主要规定了劳动者因用人单位过错“可以解除劳动合同”的几种情形。对上述两个条文之间的关系，《劳动合同法》未予明确；按照通常理解，上述两个条文应是劳动者单方解除劳动合同的两种不同情形；劳动者根据第三十七条解除劳动合同需提前三十日或三日（试用期内）通知用人单位，而根据第三十八条第一款解除劳动合同应无须提前通知；否则，就立法技术而言，将第三十八条第一款单列是毫无意义的。遗憾的是，第三十八条第一款没有强调劳动者可以“立即”、“随时”解除劳动合同或“无须提前通知”而解除劳动合同，如此惜墨如金，实在大可不必。此外，第三十八条第一款第五项（“因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效”）存在逻辑问题

。一般认为，如果合同无效，则不存在“解除”之说；既然合同需要“解除”，那么该合同原本就是有效的。而且，如果用人单位与劳动者双方对劳动合同无效有争议（这在实践中基本上是必然的），根据《劳动合同法》第二十六条第二款，应“由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认”。如经确认劳动合同确属无效，则无须再由劳动者“解除”；如经确认劳动合同有效，则劳动者无权依据第三十八条第一款第五项行使单方解除权。如果双方对劳动合同是否无效有争议而未经劳动争议仲裁机构或者人民法院确认，那么，首先，劳动者不能依据第三十八条第一款第五项行使单方解除权，因为劳动者本人无权“确认”劳动合同无效；其次，如上所述，劳动合同即使无效也无须“解除”。可见，就立法技术而言，《劳动合同法》第三十八条第一款第五项存在瑕疵；第三十九条第五项（用人单位因劳动合同无效而“解除”之）亦然。

六、关于劳动合同的终止（《劳动合同法》第四十四条）《劳动合同法》第四十四条规定：“有下列情形之一的，劳动合同终止：……（二）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的”。实际上，可以说享受基本养老保险待遇的均属退休（包括提前退休）人员，但退休人员未必都能享受基本养老保险待遇。劳动者办理了退休手续，劳动合同即应终止（通常认为退休后“返聘”属劳务关系而非劳动关系）。在这里，立法者可能犯了理想主义的错误（认为退休人员理所当然可以享受基本养老保险待遇）。就形式逻辑而言，上述规定属于“不周延”，导致法律条文不能全面反映和调整社会关系。

七、关于经济补偿的标准（《劳动合同法》第四十七条第二款）《劳动合同法》第四十七条第二款规定：“

劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。”按照上述规定，如果劳动者月工资未超过“本地区上年度职工月平均工资三倍”，则不受“支付经济补偿的年限最高不超过十二年”所限；可以设想，如果两名劳动者在同一用人单位均工作超过十二年，并均有权享受经济补偿其中一名的工资刚好超过“本地区上年度职工月平均工资三倍”（比如多一元钱），而另一名略少（比如差一元钱），那么，前者获得的经济补偿可能比后者少很多，因为他的经济补偿被“封顶”了。这显然是不公平的。

八、关于劳务派遣工作岗位的范围（《劳动合同法》第六十六条）《劳动合同法》第六十六条规定：“劳务派遣一般在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。”实务中，劳务派遣也在一些经常性、主要的、非替代性工作岗位上广泛实施。而该条使用了“一般”一词；何时属“一般”、何时非“一般”，有待进一步明确。这不算一个大的疏漏，但如果法律条文不具有可操作性，还不如暂不规定。

九、关于劳务派遣单位与用工单位对被派遣劳动者的连带赔偿责任（《劳动合同法》第九十二条）《劳动合同法》第九十二条规定：“劳务派遣单位违反本法规定的，由劳动行政部门和其他有关主管部门责令改正；情节严重的，以每人一千元以上五千元以下的标准处以罚款，并由工商行政管理部门吊销营业执照；给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。”上述情形中，如果用工单位本身并无过错，要求用工单位与劳务派遣单位对被派

遣劳动者承担“连带赔偿责任”并不妥当。换言之，在未将“用工单位违法”设定为前提的情况下，规定“用工单位承担连带赔偿责任”相当突兀。而且，该条中的“每人”二字前没有任何定语，也是突如其来；实际上有些违法行为未必可以按“人头”计量。此外，《劳动合同法》第四条（关于规章制度制定要求，其第二款中出现了“职工代表大会”、“全体职工”、“工会”及“职工代表”多种表述）、第八条（双方告知义务，要求用人单位如实告知“劳动者要求了解的其他情况”，过于宽泛。对与劳动者本人无关的情况，如涉及用人单位商业秘密、技术秘密、专有技术的情况以及与高级管理人员和企业经营决策有关的情况，用人单位应有权拒绝向劳动者披露）也值得商榷。还有一些条款（如第九十七条第三款）有待进一步解释。最后，毋庸赘言，针对《劳动合同法》有关条款表述不明确或存在疏漏之处，本文提出的问题及解释仅供参考，实际操作中应根据当时有效的法规、规章、规范性文件、立法解释或司法解释执行。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