

对《劳动合同法》若干不足的反思 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__E5_AF_B9_E3_80_8A_E5_8A_B3_E5_c122_485304.htm 《劳动合同法》的通过有利于劳动者利益的保护，但该法在无固定期限劳动合同、劳动合同瑕疵、违法解除劳动合同的法律责任、劳务派遣中派遣单位和用工单位义务和责任的分担、劳动者未足额获得劳动报酬、加班费等时的法律救济等方面仍存在不足，有待通过司法解释或修改法律进一步修改完善。《劳动合同法》通过后，各界好评如潮。毫无疑问，该法的通过有利于明确劳动合同双方当事人的权利义务，大大推进劳动者合法权益的保护。但该法也并非尽善尽美，尤其《劳动合同法》是在多方利益主体博弈之下而诞生，难免存在妥协和让步，加上理论界对劳动合同法和劳动法许多问题的理论准备并不充足，也导致该法在立法内容和立法技术上存在缺陷，至少从某个角度审视是如此。本文拟就《劳动合同法》存在的若干主要不足之处进行分析，求教于大家，以期待劳动合同法的进一步完善或者配套司法解释的出台，促进该法的更好实施。

一、无固定期限合同 《劳动合同法》为了改变我国目前劳动合同普遍短期化的缺陷，鼓励当事人订立长期合同，加大了用人单位订立无固定期限合同的义务（第14条）。这种立法思路在目前我国背景下无可厚非，但仔细分析条文，则会发现存在漏洞。根据《劳动合同法》第14条的规定，“无固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同”，而2006年向社会公布的《劳动合同法（草案）》（第9条）将无固定期限合同定义为“是指用人

单位与劳动者未以书面形式约定合同终止时间的劳动合同”；前者要求无固定期限合同的成立必须有当事人的约定，只是没有确定终止时间，后者则是“未约定”终止时间。比较而言，前者更为合理，因为无固定期限合同对双方当事人影响重大，应经双方明确表示才可成立。这一定义的重大转变带来的问题是如果当事人没有约定合同期限，如何认定合同的期限？因为《劳动合同法》第12条规定，劳动合同分为固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同和以完成一定工作任务为期限的劳动合同。根据《劳动合同法》对这三种劳动合同类型的定义，如果当事人不约定劳动合同的期限，该合同显然不属于这三种合同。尽管《劳动合同法》第14条第3款规定，“用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。”但如果当事人已订立了书面劳动合同，只是没有约定合同期限，第14条第3款就无法适用。签订了书面合同但没有约定合同期限的劳动合同，因此也不能视为无固定期限合同。而且根据《劳动合同法》第26条有关劳动合同无效事由的规定看，劳动合同缺乏必备条款并不无效，因此没有约定合同期限的劳动合同就属于既非无效又不受《劳动合同法》调整的“另类合同”。尽管，《劳动合同法》第81条规定，用人单位提供的劳动合同文本未载明本法规定合同必备条款，给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。但如果劳动合同不是由用人单位提供文本而是由双方协商订立的，该条也无法适用；即使合同文本由用人单位提供，在双方没有约定合同期限的情形下，是否构成损害以及损害的数额都难以计算。而且该条款也仅仅只是责任条款，没有约定合同期限的劳

动合同如何适用法律仍然无法解决。未来实践中，大量订立了书面合同但没有约定合同期限的劳动合同如何适用法律将是一大难题。根据《劳动合同法》鼓励订立无固定期限合同的精神，如果将现有条文第14条第3款改为“用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动或者劳动合同中没有约定合同期限的，视为……”，增加“或者劳动合同没有约定合同期限”的内容就可以避免这一漏洞。目前只能通过司法解释对第14条第3款进行扩大解释，以弥补这一重大漏洞。

二、劳动合同的瑕疵

《劳动合同法》有关合同瑕疵的主要不足在于将以欺诈、胁迫的手段订立的合同作为无效合同而不是可撤销的合同。笔者认为将以欺诈、胁迫手段订立的合同作为可撤销合同更为合理。因为将采取欺诈、胁迫等手段订立的劳动合同作为可撤销合同，赋予受害方变更或者撤销的权利，受害方将占有主动地位，受害方可以选择变更或者撤销合同，也可以使合同有效，获得就业机会以及劳动法和劳动合同法上的权利，这样更有利于受害方的权利保护。[1]而且劳动合同的无效涉及一系列棘手的法律难题，包括工伤的认定和其他社会保险的效力等复杂问题。立法应当尽可能的使劳动合同有效，这样可以保持劳动关系的稳定，促进就业。作为可撤销合同，劳动者可以在撤销期限内主张合同无效，如果过了撤销期，在《劳动合同法》赋予劳动者解除劳动合同高度自由权的背景下，例如双方协商一致可以解除（第36条），劳动者提前三十天书面通知用人单位可以解除劳动合同（第37条），劳动者完全可以通过解除劳动合同的方式来结束双方的劳动关系，并可以名正言顺的获得合同解除时的经济补偿。由于将以欺诈、胁迫手段订立的合同作为无效合同

，为了使劳动者在合同无效时也可以同样获得合同解除时的经济补偿（第46条第1项），《劳动合同法》第38条规定，因以欺诈、胁迫的手段订立或变更合同致使合同无效的，劳动者可以解除劳动合同（第38条第5项，第26条第1款）。这种规定，在法理上是错误的，因为合同无效并不存在解除的问题，合同解除的前提是合同的有效成立。如果将以欺诈、胁迫手段订立的合同作为可撤销合同就可以避免法理上的障碍，因为可撤销合同过了撤销期就成为有效合同，自然可以解除；如果当事人在撤销期内撤销合同的，则不适用劳动合同解除的规定，适用劳动合同无效的缔约过失责任，即劳动合同被确认无效，给对方造成损害的，有过错的一方应当承担赔偿责任（第86条），在法理上可以言之成理。

三、劳动合同的解除

《劳动合同法》扩大了劳动者可以解除合同的事由（第38条），在限制用人单位解除劳动合同的事由上也有所增加，《劳动合同法》第42条规定了六种用人单位不能解除劳动合同的事由，在《劳动法》（第29条）规定基础上增加了“从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的”；“在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的”情形，遗憾的是《劳动合同法》没有将国外通常禁止雇主解雇雇员的事由，即在雇员拒绝雇主的命令从事违法行为时雇主不得解雇雇员的情形包含在内。例如，雇员拒绝提供虚假证据，拒绝超速或者超载驾驶货车，雇主不得解雇雇员。在美国，即使雇主和雇员约定双方可以随时解除劳动合同，判例也不允许雇主解雇拒绝从事违法行为的雇员。[2]有关合同解除的主要不足体现在违法解除或终止合同的责任上。《

《劳动合同法》第87条和第90条分别规定了用人单位和劳动者违反《劳动合同法》解除合同的赔偿责任。第87条规定，用人单位违反本法规定解除或终止劳动合同的，应当依照合同解除或终止时用人单位支付的“经济补偿标准的二倍”向劳动者支付赔偿金；第90条规定，劳动者违反本法规定解除劳动合同，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。这两条规定，看似加重了雇主的赔偿责任，其实并不合理。首先，用人单位的赔偿责任仅限于经济补偿标准的两倍，换言之，用人单位的责任是受到限制的，而劳动者的责任则不受限制，这显然对劳动者不公，劳动者面临巨大的风险。第二，用人单位违法解除劳动合同，将其赔偿数额固定为合同依法解除时经济补偿标准的2倍是否充分合理？举例，假设一名劳动者与用人单位签了一份5年期限的固定合同或无固定期限合同，劳动者工作1年后，如果用人单位违法解除劳动合同，此时雇主的赔偿标准仅为2个月的工资（1月工资的2倍），劳动者损失的四年甚至更长的工资和其它损失都无法得到赔偿，这种赔偿标准对劳动者极为不公！在合法解除合同场合，经济补偿的重要意义在于补偿劳动者工作期间的贡献，因此，应根据其工作年限，计算经济补偿金额；而在违法解除劳动合同场合，赔偿的目的是弥补劳动者合同剩余期限的工资和其它损失，而不是已工作期间的贡献，二者机理完全不同。《劳动合同法》这种简单的规定，不符法理。而且这种责任机制容易鼓励用人单位尽早违法解除劳动合同，因为劳动者已工作期间越短，雇主的赔偿金额越少，这种责任机制实在荒谬。除了法理基础和立法技术的严重缺陷，这种责任机制也远远无法赔偿劳动者因合同解除而遭受的实际损失。在美国，在固定期限合

同中，法院通常会判决被告赔偿原告合同解除时至合同到期日之间的工资损失，如果原告在合同到期后难以找到相似的工作或者只能找到工资更低的工作，被告还要赔偿原告的未来损失。 [3]在无固定期限合同中，如果原告对雇主提供无固定期限工作产生了合理期待，则雇主在没有正当事由解雇雇员时，法院通常会通盘考虑雇主如果未解除雇员时雇员可以获得的收入、雇员剩余工作年龄等因素来决定赔偿金额。在Beales v. Hillhaven, Inc. [4]案件中，内华达州最高法院支持了陪审团对一名62岁女雇员赔偿208,476美元的裁决，因为原告举证她很难在该领域找到类似的工作，而且可能工作到65或者70岁，并证明了其损失将在49,152美元至315,791美元之间。在Diggs v. Pepsi-Cola Metropolitan Bottling Co., Inc. [5]案件中，第六巡回法院根据原告解雇后的工作薪酬和原有薪酬的差距，判决被告支付其26年半的未来工资损失赔偿。在Stark v. Circle K Corp. [6]案件中，蒙大纳州最高法院根据专家证人的意见支持了一项支付给原告28年未来工资损失的赔偿。总之，在美国判例中，法院通常需要考虑四大因素：雇员的年龄以及找到类似工作的可能性，工资以及津贴等其他无形的福利，原告找到新工作需要的花销，原告重新找到工作之前合理期间可以获得的诸如汽车、保险等额外福利的重置价值（replacement value）。 [7]从比较法角度看，我国《劳动合同法》将雇主违反解除合同的赔偿金额固定化，且赔偿标准低下，极有可能使《劳动合同法》有关鼓励用人单位和劳动者订立无固定期限合同以及严格限制雇主解除劳动合同的努力落空。《劳动合同法》这种单一的、僵化的违法解除劳动合同的责任标准不能不说是《劳动合同法》的一大

败笔！四、劳务派遣制度 《劳动合同法》对劳务派遣作了专节的规定，其主要进步在于：明确了劳务派遣单位的设立门槛（第57条）；明确了用人单位和被派遣劳动者之间劳务派遣合同以及劳务派遣单位和用工单位之间劳务派遣协议的内容（58、59条），尤其是劳务派遣单位必须和被派遣劳动者签订二年以上的固定期限合同；劳务派遣单位应当将劳务派遣协议的内容告知被派遣劳动者（第60条）；明确了派遣单位和用工单位之间的法定义务。在我国，现实中劳务派遣存在的主要问题是派遣单位和用工单位相互推卸责任，导致劳动者无法获得直接受雇雇员享有的权利。《劳动合同法》进一步明晰了派遣单位和用工单位之间的义务和责任。这些规定整体上是正确的，但还不足于保障派遣工人权利的实现。针对劳务派遣单位克扣工资以及用工单位没有支付加班费和其他福利导致同工不同酬的弊端，《劳动合同法》规定派遣单位必须履行用人单位对劳动者的义务，不得克扣用工单位按照劳务派遣协议支付给被派遣劳动者的劳动报酬（第58条、60条）。用工单位必须告知被派遣劳动者工作要求和劳动报酬，支付加班费、奖金和相关福利待遇（第62条）。但该法第62条没有明确用工单位是向劳务派遣机构还是被派遣劳动者支付加班费和其他福利待遇。既然用工单位有义务告知被派遣劳动者劳动报酬并支付加班费等福利（62条第2、3款），派遣单位负有不得克扣劳动报酬的义务，为何法律不直接规定由用工单位直接向被派遣劳动者支付工资、加班费及其他福利？仅仅规定派遣单位不得克扣劳动报酬根本无法保证被派遣劳动者及时足额获得报酬。而且，只有让用工单位直接向被派遣劳动者支付报酬及其他福利才能真正实现同工

同酬。如果用工单位先支付给派遣单位，派遣单位再支付给被派遣劳动者就难以判断是否同工同酬，也难以阻止派遣单位克扣被派遣劳动者的报酬。关于劳务派遣适用的行业范围，《劳动合同法》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。作为法律条文，这种政策性的模糊概述并没有实际意义，事实上劳务派遣也不应当限制其行业。在有些国家例如美国，劳务派遣的盛行始于20世纪70年代。以往劳务派遣主要流行于特殊行业，例如化工和石油行业、工程和设计行业、建筑行业等等。但时至今日，劳务派遣已经渗透到整个经济的各个领域，从“看门人（janitor）”到首席执行官（chief executives），各个层面的劳务派遣发展迅速。[8]事实上，在一些高级行业采用劳务派遣的用工形式，由于劳动者自身的力量更强，更容易保护自己，出现损害被派遣劳动者利益的可能性更小。因此，实在没有必要将劳务派遣限制在临时性、辅助性或者替代性的岗位。《劳动合同法》第76条规定，用人单位不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者。这种规定也缺乏理论依据。派遣单位可以向其他单位派遣劳动者，为何不能向本单位派遣劳动者？事实上，劳务派遣经济上的合理性也是明显的。劳务派遣的用工形式满足了雇员灵活就业的需要，特别是在有关劳工保护和雇员福利的立法越来越复杂，雇主用工的成本和面临的风险不断加大的情况下，通过劳务派遣公司的专业化服务，不仅可以减低用人单位的风险，而且可以提高人力资源管理的效率和专业化水平，从一定意义上讲，这种专业的分工也有利于劳工权利的保护。在美国，劳务派遣经济上的合理性也得到政府的明确承认。例如，纽约在其2002年通

过的一项州法中明确的指出，“职业雇主组织为该州的商业和市民提供了有价值的服务（valuable service），因此，职业雇主组织的权利和义务应该予以明确。”[9]因此，用人单位自设劳务派遣单位有其合理一面，有利于对本单位雇员进行更加专业化的管理，对于大型公司，只要其符合法定的设立派遣公司的条件，似乎没有充分理由禁止其设立派遣公司。为了防止用人单位和自设劳务派遣公司合谋损害派遣雇员的利益，可以引入美国所谓的“单一雇主（single employer）”理论，即如果两家机构符合一定条件，例如两家机构存在经营上的相互关系、拥有共同的管理层、对劳动关系实行集中控制、拥有共同所有者或股东时，两家机构将被视为单一雇主，派遣机构和用工单位必须连带承担责任。这也许是对用工单位自己设立派遣公司进行规制的另一种可行思路，简单的禁止只会破坏市场的机制。关于劳务派遣单位和用工单位的责任，《劳动合同法》第92条规定，劳务派遣单位违反本法规定的，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责任。这种规定从表面上看有利于保护劳动者，但由于派遣单位应当履行用人单位对劳动者的义务（第58条），用工单位将面临很大的风险。笔者认为，如果不区分雇主责任的类型，一律让用工单位和派遣单位承担连带责任，用工单位就无法通过劳务派遣的形式事先控制自身风险，使用劳务派遣对用工单位的经济意义就会大为下降，从而不利于劳动者就业和劳务派遣行业的发展。因此，笔者认为，用工单位不应连带承担派遣机构的所有雇主责任，用工单位应主要承担派遣工人处于其控制过程中产生的责任。概括而言，用工单位应和派遣机构连带承担有关工作时间、最

低工资、加班限制和加班报酬、安全和卫生、反就业歧视、休息休假等责任，用工单位不应承担有关招聘、劳动合同订立、变更、解除、终止等生产经营过程以外产生的责任。劳务派遣的存在和流行肯定有其经济上的合理性，过分加重用工单位的责任，不利于该行业的积极发展，最终也会损害劳动者的利益。

五、用人单位违反报酬支付义务的法律责任

对劳动者而言，工资、加班费等报酬是其从事劳动的主要目的，及时足额获得相应的报酬是劳动者最基本的权利。《劳动合同法》应该对劳动者的工资请求权进行特殊保护，尤其是在我国用人单位拖欠工人工资比较普遍的情形下，更有必要针对该问题做出特殊的规定。《劳动合同法》第85条规定，用人单位未及时足额支付劳动报酬、不支付加班费或者报酬低于最低工资时，劳动行政部门可以责令用人单位限期支付，逾期不支付应按50%以上100%之下的标准加付赔偿金。这种规定表面看来对劳动者保护的力度很大，但却过分依赖于行政机关，并没有明确赋予劳动者诉权。行政机关不可能明察所有没有及时足额支付报酬、加班费的情形，当行政机关“不责令”时，劳动者如何获得救济？该规定不仅赋予行政机关过多的自由裁量权，有关50-100%额外赔偿金的僵化规定也缺乏灵活性，难以保证劳动者获得充分的救济。由于劳动报酬是劳动者的基本权利，法律应该建立更加严格的保护制度以及对违法用人单位的惩罚机制，不能仅仅依靠行政机关责令用人单位履行支付义务。例如，在美国，为了保护雇员这一基本权利，法律对雇主履行有关工资工时的规定，建立了五种充分的执行机制：（1）行政主管机构（劳动部）可以代表雇员提起诉讼要求雇主支付最低工资、加班费和误期损

害赔偿金 (liquidated damages) ; (2) 行政主管部门可以向法院申请禁止令要求雇主停止违法行为 ; (3) 行政主管部门可以对雇主的违法行为处以罚款 ; (4) 雇员可以提起民事诉讼 , 要求雇主支付最低工资、加班费以及误期损害赔偿 ; (5) 司法部可以提起刑事指控。 [10] 具体到我国 , 在保留行政机关责令用人单位履行义务的同时 , 应赋予受害人起诉的权利 , 增加对违法用人单位的行政处罚 , 用人单位违法情节严重的 , 应科以刑事责任。总之 , 劳动报酬是雇员的基本权利 , 必须加大保护力度 , 加重雇主违法的责任。现有《劳动合同法》对雇员报酬请求权这一基本权利的保护显然是远远不够的。

六、小结 《劳动合同法》的通过无疑有利于保护劳动者的权益 , 但由于理论准备不足 , 我们在雇主利益和雇员利益的平衡上还存在不少缺憾。在某些方面 , 雇主承担了不该承担的义务和责任 , 而在某些方面 , 对雇员的保护又不够充分。究其原因 , 还是我们对许多制度背后的基础理论研究不够 , 对许多用工行为背后的经济、社会和文化因素的研究不深入。如何建立一套理性、科学的劳动合同法律制度仍是我们面临的重大课题。在制定劳动合同法以及其它劳动法律时 , 我们必须努力寻求二者关系平衡的科学基础 , 不能使劳动合同法沦为利益集团简单讨价还价的场所。总之 , 在劳动合同制度的设计上 , 应以科学的眼光从理性的角度设计制度 , 使法律确实具有可行性 , 避免法律成为简单的摆设甚至起到阻碍劳动者利益实现的相反效果。

【注释】 作者简介 : 中国社会科学院法学研究所助理研究员 [1] 王全兴 : 《劳动法》 (第二版) , 法律出版社2004年版 , 第137页。 [2] Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W.

Shoben, Employment Law, West, 2005, p.777. [3] Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, Employment Law, West, 2005, p.817. [4] 108 Nev. 96, 825 P.2d 212 (1992). [5] 861 F.2d 914 (6th Cir. 1988). [6] 230 Mont. 468, 751 P.2d 162 (1988). [7] Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, Employment Law, West, 2005, pp.818-819. [8] H. Lane Dennard, Jr. and Herbert R. Northrup, “ Leased Employment: Character, Number, and Labor Law Problems ” , Georgia Law Review, Spring 1994, pp. 683, 684, 696. [9] Laws 2002, ch. 565, § 1, eff. March 23, 2003. [10] Fair Labor Standards Act, Section 16, 17. 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