

无固定期限劳动合同功能定位之反思

杨姝玲

(哈尔滨商业大学 法学院,黑龙江 哈尔滨 150028)

摘要:《劳动合同法》规定了强制用人单位订立无固定期限劳动合同的情形,使无固定期限劳动合同承载着保护劳动者、维护劳动关系稳定的功能。由于实践中用人单位采取各种措施规避与劳动者订立无固定期限劳动合同,致使其立法初衷不能实现。在劳动合同立法中,应当确立以无固定期限劳动合同为原则,固定期限劳动合同为例外,同时放宽无固定期限劳动合同的解除条件,辅之以完善失业保险等制度,以实现劳动关系的稳定和谐。

关键词:劳动合同法;无固定期限劳动合同;固定期限劳动合同

中图分类号:DF47

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2011)05-0033-05

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。在我国《劳动合同法》中,按照劳动合同期限进行分类,劳动合同可以分为有固定期限的劳动合同、无固定期限的劳动合同和以完成一定工作为期限的劳动合同。无论是哪一类别的劳动合同,都属于任意性规范,劳动者与用人单位可以自由选择所订立的劳动合同种类,但是,在我国对无固定期限合同规定了单方强制制度。《劳动合同法实施条例》第11条规定:“除劳动者与用人单位协商一致的情形外,劳动者依照劳动合同法第14条第2款的规定,提出订立无固定期限劳动合同的,用人单位应当与其订立无固定期限劳动合同。”也就是说,只要符合规定的前提,仅须劳动者的单方意思表示就可以产生无固定期限劳动合同成立的效力。对用人单位而言,订立无固定期限合同则为其应负担的强制义务,如果用人单位不履行这一义务,则应承担不利的法律后果,依据《劳动合同法》第82条,用人单位违反这些规定“不与劳动者订立无固定期限劳动合同的,自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。”

强制用人单位订立无固定期限劳动合同主要包括以下三种情形:第一,因工作年限而订立的无固定期限合同。这里的“工作年限”是指“劳动者在该用人单位连续工作满10年”或者“用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时,劳动者在该用人单位连续工作满10年且距法定退休年龄不足10年的”。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;第二,因签约次数而出现的无固定期限合同。劳动者连续订立2次固定期限劳动合同,且劳动者没有本法第39条(劳动者的过错性解除)、第40条第1项(劳动者医疗期届满解除)及第2项(劳动者不能胜任工作解除)规定的情形,续订劳动合同的,劳动者提出或者同意续订劳动合同的和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。第三,因事实劳动关系而产生的无固定期限合同。用人单位自用工之日起满1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。无固定期限合同的单方强制制度引起社会各方的讨论热情,本文拟从无固定期限劳动合同的功能定位角度,对其相关规定予以探讨。

一、无固定期限劳动合同之功能定位

(一)无固定期限劳动合同之保护与稳定功能

在《劳动法》的立法过程中,立法机关确立无固定期限劳动合同制度的初衷,在于维护稳定的劳动关系。

实践中,由于许多用人单位只与劳动者签订短期的劳动合同,倾向于使用职工年轻时的“黄金时期”,之后便终止劳动关系;此外,理论界与实务界认为法律应当对一些老职工的权益保护问题作出回应,允许订立长期劳动合同,因此,为了进一步维护劳动者权益,从而促进劳动关系的稳定,规定了“劳动者在同一用人单位连续工作满十年以上,……应当订立无固定期限劳动合同”。此后,法律规定的劳动者的保护范围在逐渐扩大^①,由于该法条规定了在双方同意续签劳动合同的条件下,劳动者提出订立无固定期限劳动合同时,用人单位才与之订立,使得无固定期限劳动合同订立的情形在实践中大打折扣。所以,在现行《劳动合同法》中引入了无固定期限劳动合同订立的单方强制制度,明确了需要特殊保护的劳动者范围,在法定情形下,用人单位必须与之订立无固定期限劳动合同,从而体现了劳动合同法立法的宗旨——保护劳动者的合法权益,构建和发展和谐稳定的劳动关系。

(二)无固定期限劳动合同之惩罚功能

在确认无固定期限劳动合同具有保障和稳定劳动关系功能的前提下,具体规定了只要用人单位存在“过错”,就应当视为其与受到“损害”的劳动者之间已经订立无固定期限劳动合同,这样,无固定期限劳动合同既被认为是特定劳动者群体的保护,同时又是对有过错的用人单位的“惩罚”。最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》(法释[2001]14号)第16规定:“根据劳动法第二十条之规定,用人单位应当与劳动者签订无固定期限劳动合同而未签订的,人民法院可以视为双方之间存在无固定期限劳动合同关系,并以原劳动合同确定双方的权利义务关系。”如果在法定情形下,用人单位不履行与劳动者订立书面劳动合同的义务,则要承担与劳动者订立无固定期限劳动合同的不利法律后果。《劳动合同法》第14条第3款规定,用人单位自用工之日起满1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。上述规定体现的是将订立无固定期限劳动合同,作为用人单位违反相关法律规定的一种惩罚。

(三)无固定期限劳动合同功能定位与劳动立法理念

现有的劳动立法理念,是将劳动者作为被保护的主体,将维持劳动者与用人单位之间的劳动关系,看作是劳动关系和谐稳定的主要标志。对于劳动合同的订立,立法对用人单位规定有单方强制制度,同时严格限制用人单位解除劳动合同,特别在劳动者没有过错,而用人单位欲单方解除劳动合同方面^②,规定了极为严格的限制措施。用人单位只有在法定情形下,遵循严格的法定程序才能与劳动者解除劳动合同。《劳动合同法》第41条规定企业在特定情形下,可以进行经济性裁员,但对于其实体条件与程序规则,法律规定较为严苛。根据《劳动合同法》第40条:“有下列情形之一的,用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后,可以解除劳动合同:(一)劳动者患病或者非因工负伤,在规定的医疗期满后不能从事原工作,也不能从事由用人单位另行安排的工作的;(二)劳动者不能胜任工作,经过培训或者调整工作岗位,仍不能胜任工作的;(三)劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行,经用人单位与劳动者协商,未能就变更劳动合同内容达成协议的。”关于这一规定,理论上的探讨及在实践中的运用多聚焦于以下方面:其一,用人单位另行安排的工作与原工作是否应当具有关联性^[1],以及用人单位在另行安排新工作时的主观动机问题。一般认为,用人单位不能安排劳动者从事另外一项其身体条件不允许的工作,判断用人单位主观上是否存在恶意,主要从新的工作岗位对劳动者在身体条件和技能上的要求,是否超出劳动者原来所从事的工作,如果明显地超出,可以认定用人单位主观上存在恶意。其二,关于“不能胜任”的标准问题,可以借鉴台湾地区的判例确定的标准,从主客观两个方面进行判断:1. 能力不及致使无力完成工作任务;2. 怠于认真完成被指派的劳动工作致使工作任务无法完成;3. 出于主观故意未能完全履行劳动义务。^{[2]167}此外,劳动者应当不断提高自己的劳动技能,以适应工作岗位的需要,用人单位也应当根

① 劳动部《关于实行劳动合同制若干问题的通知》(劳部发[1996]354号)第2条的规定对劳动者的保护范围进一步扩大,包括:工作年限较长,且距法定退休年龄10年以内的;复员、转业军人初次就业的;法律、法规规定的其他情形。

② 无固定期限劳动合同的解除,包括协商解除、劳动者单方解除以及用人单位单方解除。对用人单位单方解除问题,本文仅关注在劳动者无过错的情况下,用人单位的提前通知解除以及经济性裁员,而不包括即时解除。

据科技发展水平有计划地培训劳动者。我们可以看出,无论是理论上还是在司法实践中,普遍的倾向是严格地限制用人单位解除无固定期限的劳动合同,用人单位既不存在解雇自由,也没有解雇保护。

此外,若无固定期限劳动合同的解除涉及到诉讼,法定的举证规则为“因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议,用人单位负举证责任”^①。即要遵循“举证责任倒置”原则,而且从法院处理劳动纠纷案件的实践观察,一般都是本着向劳动者保护倾斜的原则。

二、无固定期限劳动合同功能之不能实现

合同的本质是合意,无固定期限劳动合同的订立,应当是劳动者与用人单位双方自愿的、协商一致的结果,但由于无固定期限劳动合同承载着立法者所期待的诸多功能:稳定劳动关系、保护特殊劳动群体以及惩罚存在“过错”的用人单位,立法明确了用人单位承担着在法定情形下,必须与劳动者订立无固定期限劳动合同的义务;此外,无固定期限劳动合同,除了在劳动者存在过错的情形外,用人单位想要解除是极其困难的,一旦涉及到诉讼,又面临着举证规则不利、社会舆论以及劳动者群体性事件等压力。如此这般,从法律颁布之日起,用人单位视无固定期限劳动合同为畏途,于是有了这样的对策——尽量避免与劳动者订立无固定期限的劳动合同,在《劳动合同法》实施前后,用人单位采取的典型规避措施主要有:

第一,设法使用人单位签订无固定期限劳动合同的条件不成就。用人单位主要采取的措施包括缩短或中断连续工作的时间以及不续签劳动合同。2007年10月,在《劳动合同法》生效前夕,中国最大电信设备制造商深圳华为公司采取了一项重大举措:包括总裁任正非在内的工作满8年的华为员工,涉及7000多人,在2008年1月1日之前,都要办理主动辞职手续,再竞争上岗,重新与华为签订1-3年的劳动合同。其中,所有自愿离职的员工都将获得华为公司支付的补偿,华为为此耗资10亿元。与此同时,华为与绝大部分“自愿辞职”员工重新签订劳动合同,这就是“先辞职再竞岗”以实现工龄清零的“华为门”事件。^[3]尽管华为公司一再强调这种做法只是公司的一次正常的内部人事调整,与《劳动合同法》并无关系,但其规避“劳动者在该用人单位连续工作满十年”这一规定的意图欲盖弥彰;2007年7月,LG电子裁掉11%的中国员工,并且主要针对工龄在5年以上10年以下的员工;同年8月,中央电视台解聘了1800名编外人员,占全台总人数的20%;同年11月,沃尔玛全球采购中心在深圳、上海、莆田以及东莞四个分部,突击裁员近200人……^[4]

第二,用人单位本身不与劳动者发生劳动合同关系,而采用劳务派遣的用工方式。劳务派遣制度的初衷是为了在临时性、辅助性或替代性的工作岗位上实施,但实践中,很多用人单位出于降低成本(包括人力资源管理成本、税收成本、解约成本)等方面的考虑,在非辅助性的工作岗位上同样适用。这种用工方式受到了越来越多用工单位的青睐,甚至威胁到传统的用工方式,在劳务派遣制度下,由派遣机构与员工签订劳动合同,用人单位将签订无固定期限劳动合同的风险转移给劳务派遣机构。实践中,相当一部分用人单位迫使劳动者辞职再变更为劳务派遣工,以规避签订无固定期限劳动合同。2007年10月,湖北省政府发出通知,要求在全省机关事业单位清理临时人员用工,推行临时聘用人员“人事派遣制度”;同年11月,中国银行四川省分行向数千代办员——银行除正式员工外的临时工作人员宣布,必须解除合同,要么领辞退金回家,要么成为劳务用工——与劳务公司签署劳动合同后再由后者派遣到中国银行上班;同期,中石化山东潍坊分公司以类似的方式将数百人变成了劳务公司员工。^②

用人单位通过相关规避行为,不与劳动者订立无固定期限劳动合同,那么无固定期限劳动合同所承载的相关功能当然不能实现。这时不应仅仅强调用人单位对于《劳动合同法》的误读,而需要反思制度的有效性

① 最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》(法释[2001]14号)第13条。

② 《可能影响了劳动合同立法进程的事件》,http://news.163.com/08/0221/18/458BLOQC0001124J.html,访问时间:2011年9月4日。

与可行性问题。

三、无固定期限劳动合同之完善

(一)无固定期限劳动合同的订立

通常的观点强调,劳动关系的维持是劳动关系稳定的标志,我国《劳动合同法》也规定了在哪些情形下,用人单位与劳动者应当订立无固定期限劳动合同。但是,无论具体规定的内容如何,只要用人单位主观上不愿与劳动者订立无固定期限劳动合同,总会有规避的方式出现。我们不妨借鉴相关国家的做法,即以无固定期限劳动合同为原则,固定期限劳动合同为例外。在法国,劳动合同期限分为有固定期限和无固定期限两种,根据法国《劳动法典》第121-5条的规定,“除法律明确要求订立的定期劳动合同外,劳动合同的订立无需明确固定期限。”^[5]有固定期限的劳动合同受到严格限制,允许雇主与雇员签订这类合同的情况主要有三种:“一是某一岗位缺员,依不定期劳动合同招聘的受薪雇员尚未到岗,需要人代替;二是企业工种变动性增强;三是具有季节性或临时性特点的工种。”^[6]且对于定期劳动合同的期限有上限规定,即在任何情况下,累计最长不得超过24个月(2年);德国《雇主法》也坚持“以无固定期限的劳动关系为主,而固定期限的劳动关系则属于例外情况,需要具备特殊理由才允许订立。”^[7]

无固定期限劳动合同作为劳动合同的主要形式,其明确规定了固定期限劳动合同的适用范围及条件,有利于用人单位与劳动者之间建立稳定的劳动关系,防止用人单位过度使用劳动者的“黄金年龄”,同时,也有利于增强用人单位的凝聚力,从而促进用人单位的长远发展。我们认为,我国的劳动立法在劳动合同期限问题上,应当以无固定期限劳动合同为常态,同时关注行业的差异性,比如,具有季节性或临时性特点的工种;同时,也应考虑用人单位规模的差异性,基于雇佣成本的考虑,应当允许规模与实力尚不强大的用人单位^①订立固定期限的劳动合同,至于具体的判断标准,可以从注册资本、雇佣劳动者的数量等方面考虑。

(二)无固定期限劳动合同的解除

首先,应当适度放宽无固定期限劳动合同解除条件。现行立法对于劳动者单方解除劳动合同规定了较为宽松的条件,但在劳动者无过错情形下,对于用人单位单方解除劳动合同有着较为严格的限制。考察相关立法例,大多严格限制固定期限劳动合同的解除,而对于无固定期限劳动合同的解除相对宽松,比如,法国、德国。我国若确立无固定期限劳动合同为常态,对于用人单位应当确定相对宽松的解除条件,一是基于利益平衡的考虑,二是为了减少用人单位的对抗心理。根据我国的立法传统及司法实践,我国不宜对解雇原因进行概括性、原则性的规定,这里我们可以借鉴台湾的立法。根据《台湾劳动标准法》第11条:雇主在以下情况下经预告可以解除劳动合同:第一,歇业、改组或转让时;第二,亏损或业务紧缩时;第三,不可抗力暂停工作在一个月以上时;第四,业务性质变更,有减少劳工的必要,又无适当工作可供安置时;第五,劳工对于所担任之工作确不能胜任时。^[8]我们可以采取列举加概括式的方法,列举用人单位对于劳动者非过错性解除的情形。

其次,应当制定灵活的解除无固定期限劳动合同的预告期制度。对用人单位来说,劳动者工作的时间越长,熟练程度越高,可替代性就越低;对于劳动者而言,劳动者工作的时间越长,对用人单位的依赖程度就越深,再就业的困难程度就越高。我国对于无固定期限劳动合同解除的预告期为30日,期限较为单一,不能适应实践的需求。关于解除通知的时限,各个国家或地区的立法各有不同:我国台湾地区规定:“(一)继续工作三个月以上一年未滿者,于十日前预告之;(二)继续工作一年以上三年未滿者,于二十日前预告之;(三)继续工作三年以上者,于三十日前预告之。”^{[2]158}在瑞典,其《就业保护法》规定:“雇员有权得到的通知期:2个月,如果受雇于该雇主的时间合计至少2年但不超过4年;3个月,如果受雇于该雇主的时间合计至少4年但不

① 王一江:《吁请对中小企业免除〈劳动合同法〉》,认为有利于建立一个公平高效的和谐社会,有利于同时帮助中小企业家和最底层劳动者两个弱势群体, <http://yijiangwang.blog.sohu.com/>, 访问时间:2011年9月4日。

超过6年;4个月,如果受雇于该雇主的时间合计至少6年但不超过8年;5个月,如果受雇于该雇主的时间合计至少8年但不超过10年;6个月,如果受雇于该雇主的时间合计至少10年”^[9]。本文认为,应当根据劳动合同期限的长短,确定用人单位单方解除无固定期限劳动合同的预告期。可以考虑这样规定:连续工作1个月以上不满1年的,预告期为15日;连续工作1年以上不满5年的,预告期为30日;连续工作5年以上,预告期为45日。当事人可以约定预告期限,但不得短于法定的预告期限。

最后,应当完善无固定期限劳动合同的解除程序。放宽无固定期限劳动合同解除条件,并不意味着放松对劳动者权益的保护,我们应当确立完备的解除劳动合同的程序性规定。根据我国《劳动合同法》第43条:“用人单位单方解除劳动合同,应当事先将理由通知工会。用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的,工会有权要求用人单位纠正,用人单位应当研究工会的意见,并将处理结果书面通知工会。”但是,我国的劳动合同立法没有规定用人单位单方解除劳动合同时,劳动者的申辩制度。我们可以借鉴法国劳动立法,规定用人单位单方解除劳动合同时应当告知劳动者解除劳动合同的理由,并告知劳动者可以在一定的期限内(比如15日)提出辩解,以使劳动者的合法权益得到充分保护。^[10]

综上,《劳动合同法》关于无固定期限劳动合同订立的单方强制制度,试图通过强化用人单位在社会保障上的作用,把劳动者与用人单位强制性地捆绑在一起,借此保护劳动者的权益、实现劳动关系的稳定、促进社会的和谐。但实践中的情形是,用人单位的规避行为推陈出新、愈演愈烈,使得无固定期限劳动合同所承载的功能不能实现。我们应当重新审视与反思现行制度的有效性问题,考虑在立法上确立无固定期限劳动合同为原则,固定期限劳动合同为例外,同时放宽解除无固定期限劳动合同的条件。这样,既能缓解用人单位的对抗心理,又能维护劳动者权益以及劳动关系稳定。同时,还要完善相应的制度,比如养老保险、失业保险以及最低生活保障措施等,共同实现劳动关系的稳定、和谐。

参考文献:

- [1]江山. 医疗标准及医疗期满解除终止劳动合同规则[J]. 中国劳动, 2008(11):51.
- [2]黄越钦. 劳动法新论[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2003.
- [3]李华斌. 《劳动合同法》一石激起千重浪[J]. 中国审判, 2008(2):4-5.
- [4]蔡健晖. 解雇自由抑或解雇保护——试析无固定期限劳动合同的制度困境[J]. 福建师范大学学报:哲学社会科学版, 2011(1):44-45.
- [5]王益英. 外国劳动法和社会保障法[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2001:202.
- [6]何燕珍. 从容应对“无固定期限合同”[J]. 人力资源开发与管理, 2008(7):93.
- [7]姜颖. 无固定期限合同立法完善之探讨[J]. 中国劳动关系学院学报, 2008(5):14.
- [8]黎建飞. 解雇保护:我国大陆与台湾地区之比较研究[J]. 清华法学, 2010(5):7.
- [9]陈国文. 瑞典劳动法中的解雇制度研究[J]. 西部法学评论, 2008(5):126.
- [10]袁刚. 范围. 我国劳动合同解除权的体系问题研究[J]. 理论界, 2011(7):46.

A Reflection on the Functions of Non-fixed-term Labor Contract

YANG Shuling

(School of Law, Harbin University of Commerce, Harbin, Heilongjiang 150028, China)

Abstract: Labor Contract Law prescribes that the concluding of non-fixed-term labor contract with employees by employers is mandatory, which makes non-fixed-term labor contract possess functions of protecting employees and maintaining stable labor relations. However, in practice, employers tend to take various measures to avoid concluding non-fixed-term labor contract with employees and that makes the legislation intent impossible to be achieved. The legislation of labor contract should be established, with fixed-term labor contract being the supplementary, on the basis of the principle of concluding non-fixed-term labor contract. Meanwhile, with the simpler process of dissolution of labor contract coupled with improving unemployment insurance system, the harmony and stability of labor relations can be achieved ultimately.

Key words: Labor Contract Law; non-fixed-term labor contract; fixed-term labor contract

(责任编辑:董兴佩)