

doi: 12. 3969/j. issn. 1672-0598. 2010. 04. 016

论我国无固定期限劳动合同制度 ——以用人单位单方解除制度为视角*

谢 奕

(中国政法大学 民商经济法学院,北京 100088)

[摘要] 劳动合同制度是劳动法的核心,劳动合同解除制度是劳动合同制度中的主要内容之一,单方解除则为解除制度的重点。无固定期限劳动合同制度重点在于合同解除后责任承担问题,其法律效力理论体现了对用人单位单方解除权的限制。我国应借鉴国外解雇自由与解雇保护原则相协调的模式,而我国现行立法三种劳动合同适用同一种解除制度,其合理性有待商榷。解除原因认定、解除期限通知等规范的可操作性也应进一步加强。

[关键词] 劳动合同法;无固定期限劳动合同;单方解除;解雇保护

[中图分类号] D923.6 [文献标志码] A [文章编号] 1672-0598(2010)04-0089-07

劳动合同制度是劳动法的核心,劳动合同单方解除制度是劳动合同制度的主要内容之一。台湾学者黄越钦的《劳动法新论》,由中国人民大学劳动和社会保障法研究所主办、林嘉博士主编的《劳动法评论》,王全兴教授主编的《劳动法学》等著作均对劳动合同的相关制度与法理在一定系统、层次下进行了阐述。

对无固定期限劳动合同的国内学界研究,笔者认为论文资料可以分为以下几种类型:第一种主要论述职业稳定权和推广无固定期限劳动合同的观点,如金英杰、叶静漪、李坤刚等学者;第二种是以董保华为代表的讨论无固定期限劳动合同背后的理念,立法目标和总的制度适用范围研究,倡导“双向改革”,他不赞同现行《劳动合同法》抽象而不区分具体情形地推行无固定期限劳动合同的方式;第三种以西南政法大学熊晖为代表的观点认为要么如美国根本不作规定,要么就以激进态度直接限制固定期限劳动合同的适用,他不赞同现行《劳动合同法》的“温和改良主义”的适用方式。第四种是多篇硕士学位论文所探讨的,结合国内外关于无固定期限劳动合同的规定,探讨我国无固定

限劳动合同的订立、解除、终止的立法及缺陷。此外,吴元元载于《现代法学》2009年第一期的《劳资契约安排的制度逻辑——无固定期限劳动合同的法律经济学重读》,观点和论述也非常新颖。

一、《劳动合同法》第 14 条及用人单位规避实例

我国于 2008 年起实施的《劳动合同法》第 14 条对无固定期限劳动合同进行了界定。劳动者和用人单位没约定劳动合同终止具体时间的劳动合同就是无固定期限劳动合同,包括没有约定终止的具体日期和没有约定终止的具体时间。职业稳定权是首要考虑因素,在学者著述中多有论述。^{[1][2][3]}无固定期限劳动合同的终止时间不由当事人约定的,但这并不等于无固定期限劳动不能出现终止或解除的情况,只是终止或解除的情形为法定。它规定了订立无固定期限合同的三种情形和一种推定情形,可看出立法者的几点用意:

第一,保护工龄较长的老职工。体现在该条第二款第一项。

* [收稿日期] 2010-04-16

[作者简介] 谢奕(1985—),女,湖南邵阳人;中国政法大学民商经济法学院,硕士研究生,主要从事经济法研究。

董保华教授认为要分情况建立具体的无固定劳动合同制度。不同地域、不同生活习惯的劳动者对于职业稳定的要求不同。如农民工是以一年为外出务工周期,他们与企业高管的要求明显不同。不同年龄的劳动者对于职业稳定的要求不同。同观点参见沈同仙.权利保护和利益平衡——对劳动合同立法中几个有争议问题的看法[J].中国劳动,2005(7):32;沈水生.辩证看待劳动合同短期化[N].人民日报,2006-5-10.笔者对此观点表示赞同。

第二,保护老体制下的某些老职工。体现在该条第二款第二项。

第三,限制固定期限劳动合同的应用,推广使用无固定期限劳动合同,体现在该条第二款第三项。

第四,通过自动推定为无固定期限劳动合同的规定,强化书面劳动合同的订立,体现在该条第三款,作为对企业的“惩罚措施”。

现实情形却不尽如人意。2007年10月以后到2008年1月1日《劳动合同法》实施之日,广东、四川、福建、海南等省份,发生多起企业突袭辞退老员工、强迫员工“自愿”辞职,重签劳动合同的事件,强迫职工辞职后再入职或改为派遣工、使工龄归零、规避《劳动合同法》第14条。

深圳华为技术有限公司出台《关于解除或终止劳动关系的补偿规定》,动员7000多名工龄在8年以上的老员工主动提出解除劳动关系,提出“针对‘工号文化’,内部分配的不和谐做一些调整,让公司更有活力”、“辞职完全属于员工自愿,绝大部分员工会通过竞岗回到原来岗位”、“依据劳动合同法对人力资源管理做调整,理顺我们的劳动规范和规范劳动合同”、“没有侵犯员工权益,所有自愿辞职员工都将获得华为相应补偿”,补偿方案为“N+1模式”。

为何意在保护劳动者的无固定期限劳动合同条款反而挤压了劳动者的就业空间,使得职业稳定权受到损害?为什么企业对于意在衡平劳动者职权和用人单位用人自主权的抗辩事由非但“不领情”,反而以裁员、买断工龄等措施来表达自己强烈的负向反馈?

二、无固定期限劳动合同基本理论

在界定上,无固定期限劳动合同最初在大部分国家被理解为双方当事人只要给对方一定的预告期,就可以被终止的合同。《日本民法典》第627条规定:当事人未定雇佣期间时,各当事人可以随时提出解约申告,于此情形,雇佣于解约申告后经过两周而消灭。《意大利民法典》第2118条规定:

对于未确定期限的劳动合同,任何一方都享有按照行业规则、惯例或者公平原则规定的期限和方式履行了通知义务之后解除的权利。法国劳动法典第122—4条规定:不定期的雇佣合同,只要遵守规定,合同的任何一方都可以予以终止。^[4]

(一)无固定期限劳动合同制度的理念——以合同解除后责任承担为主要着眼点

民法因素与社会法因素是通过定期合同和定期合同这两种合同形式体现的:定期合同在相当程度上保留了私法的传统,无固定期限劳动合同在很大程度上集中体现了社会法的基本要求——职业稳定权,学者认为职业稳定权是劳动权重要内容之一。^{[1]169}

固定期限劳动合同的范围一般都有很严格的限制,意思自治在固定期限劳动合同中受到很多法定约束。固定期限劳动合同具有既不利于保护雇员的就业稳定性(如短期合同)又限制了劳动合同双方当事人的选择自由权(如长期合同)的弊端,其应用在国外受到普遍限制。不定期合同赋予了双方较为灵活的终止劳动关系的权利。

固定期限劳动合同与无固定期限劳动合同选择了不同路径:前者是以严格限制解雇来维持合同静态短期的稳定,而后者以灵活的解约制度来维持一种长期动态的雇佣稳定。这就必然导致在法律规制上的差异——前者必以解雇权滥用禁止为基本理念,后者则以合同解除后的责任承担为主要着眼点。^[5]

(二)无固定期限劳动合同的法律效力理论——重点在于对用人单位单方解除权的限制

无固定期限劳动合同的法律效力体现为双方当事人自合同成立生效后即受合同约束,双方当事人可依法或依约定解除之而不受期限之限制。对无固定期限合同的法律规制,其重点在于对合同解约权的限制而不是对于期限的强制规定。正因为没有期限的限制,双方当事人可以随时行使解除权来终止合同,为防止解除权之滥用,法律必须对其制限。^[6]

“N+1”模式为:经济赔偿税前总额=(N+1)×员工月补偿工资标准(税前)。但月补偿工资标准不仅仅是员工的月标准工资,还包括员工上年度奖金月均摊值。N为员工在华为连续工作的工作年限,此外还额外支付一个月工资。按照这一模式估算,假设一个工龄满9年的员工,月薪为2万,上一年年终奖为6万,那么他此次获得的买断工龄赔偿金额为:2×(9+1)+6/12(9+1)=25万。此补偿标准优厚于《劳动合同法》规定。离职员工保留所持有公司的虚拟受限股资格。现行华为工号制度取消,所有工号重新排序,排序不分先后,不再体现员工工作年限长短。引自郑爱青.劳动合同法十大热点评析[M].中国劳动社会保障出版社,2008:72

其中,本文将讨论的解雇制度在国外是劳动合同终止的一种形式^[7],含义非常广泛,本文中解雇限定在用人单位因劳动者原因单方行使合同解除权的情形。

按照行使解除权的主体不同,劳动合同单方解除又可以分为用人单位单方解除(通常称为解雇或辞退)和劳动者单方解除(通常称为辞职)。用人单位单方解除制度主要包括用人单位的即时解除、预告解除、经济性裁员,也可分为过失性解雇、非过失性解雇及经济性解雇三种形式。具体而言,用人单位单方解除权的行使包含三种情形:一、劳动者严重违反劳动纪律;二、劳动者不能胜任工作,经岗位调整后仍不能胜任;三、出现《劳动合同法》第四十二条列明的经济性裁员。

第一,无固定期限劳动合同意在维持一种动态的劳动关系平衡,其利益平衡的方式是给予双方自由选择合同效力存续与否的权利。

第二,解约事由限制。为了防止解除权之滥用,法律需对其进行限制,但这种限制又不能剥夺双方当事人对于无固定期限合同的解约自由。否则,无固定期限劳动合同就成为卖身契。由此,无固定期限劳动合同的解约事由的确定必须在公平与自由之间平衡而形成一种灵活的规制方式。世界各国在无固定期限合同解除事由的规制上对雇主解除权的限制多为解雇事由的概括性规定,其具体判断留给当事人和法官。

第三,无固定期限劳动合同的解除程序。在我国,不少用人单位和劳动者对于无固定期限劳动合同的解除,存在普遍性的理解错误,主要认为无固定期限劳动合同一经签订就不能解除。解除程序主要包括解雇通知的做成及期限的规定,其根源于“一方解除合同应当给对方合理时间”这一合同法规则,其目的是使劳动合同解除明确化,以防权利滥用。

第四,雇主单方解除劳动合同时,应对劳动者的信赖利益进行补偿,信赖利益产生于无固定期限

合同之根本宗旨即维护劳动关系之稳定。因此,无固定期限劳动合同与固定期限劳动合同的最大不同之处就在于前者允许以补偿金的形式替代合同之履行,而后者则严格限制合同之解约。^[6]

(三)国外关于无固定期限劳动合同解除的模式——解雇自由与解雇保护原则的倾斜与平衡

如今西方各国家,如法国、英国、美国等把不定期劳动合同作为企业用工的主导形式。就倾斜保护而言,社会法强调地位不对等和信息不对称,目前大部分国家接受了雇佣保护原则。^[6]解雇保护是指解雇的权力受到国家法律的制约,这种制约只适用于雇主,对雇员不适用。^[8]解雇保护与解雇自由的论证由来已久,在此不赘述。^[7]

1. 美国模式。美国将不定期合同理解为除法律限定的条件外,当事人可以随时以解除或终止的方式消灭该合同的效力的一种合同,发展成为与劳动力市场相联系的用工形式。根据雇佣自由原则,缔约双方都有随时解除契约的自由。美国的价值判断标准有其合理性,其与市场经济高度契合的特点也为实践证明取得了巨大的成功。^[9]

在解除制度上,美国有反歧视等公共政策限制。美国解雇保护主要通过集体谈判实现,谈判签订的集体协议中大多包含了除具有“正当理由”外禁止解雇员工的条款,这些条款通过协议中的申诉或仲裁程序得到强制执行。^[6]

2. 欧洲模式。在这种模式下劳动力市场相当开放,法律虽主张不定期劳动合同、限制定期合同,但是不定期劳动合同仍然可以解除,只是对解雇作了部分限制。(1)法国的无固定期限劳动合同只要有“实际的严肃的理由”就可以解除。(2)英国的制度可以说是介于美国与法国之间,其不公平解雇立法旨在通过公共权力介入劳资关系以限制雇主滥用解雇权。就解雇保护经常使用的三大手段,即解雇理由、提前通知、经济补偿而言,英国一般实行有理由不必通知,有通知不必有理由,通知期也

1985年,在著名的 Martin v New York Life Insurance Co 一案中,明确了雇佣自由原则。在该案中,马丁是纽约人寿保险公司不动产部门年薪一万美金的高级主管,在被解雇后向法院提起诉讼,认为他与该公司之间是定期雇佣关系,是一种一年一任契约,因为由他领取年薪的事实,可以推定其雇佣期间是一年。纽约上诉法院对此案宣示了下列两项重要原则:1. 不定期雇佣关系,应被推定为一种依双方自由意志而产生的雇佣关系,因此雇主可基于任何理由,不论是否正当,甚至是毫无理由,而终止与受雇者的雇佣合同。2. 年薪制一事,并不能推定雇佣期间是一年。由于纽约州一直是美国经济中心所在,因此,这项判决很快即为其他各州法院所普遍接受,而某些法院甚至更进一步认为:某些具有永久性质的雇佣契约,反是一种不定期雇佣契约,雇主可任意终止与受雇者的雇佣合同,无须负法律责任。引自刘海燕,解雇权限制制度之研究[D]. 华东政法学院硕士论文,2005: 31.

可用补偿金代替的制度。(3)德国有“社会因素”的考虑,德国正常解雇必须留出适当的通知时间;必须告知企业职工委员会并听取他们的意见;必须顾及某些“社会考虑因素”;对人事代表等企业成员在一定时间内禁止解雇。非正常解雇必须有正当理由,即雇员本身或个人行为原因或企业紧急需要的原因。^{[10]15}

上述国家和地区均把无固定期限劳动合同作为劳动合同的主导形式并在法律中明确限制了定期劳动合同的适用范围及适用规则。这些做法有利于企业建立稳定的劳动关系,使雇员具有较强的职业稳定感,并能促使其在职业上有所发展,有利于防止企业过度使用劳动者黄金年龄从而维护雇员的切身利益,使企业能长远发展。

大部分中国学者认为,职业稳定权固然重要,但不能照搬美国的模式,必须循序渐进。我国的劳动力市场虽然也逐步实现了市场化,但是市场化程度并不高,如果立即照搬美国的现行制度,可能会拔苗助长,不仅劳动者难以适应,就是用人单位也难以适应,最终伤害的还是我国劳动力市场的活力。

三、我国无固定期限劳动合同之立法情况及问题

劳动合同期限立法应当同时坚持倾斜保护原则和稳定性、流动性并重原则。以下着重考察我国的立法情况:

(一)《劳动合同法》“三管齐下”

对立法进行总结可见,解除固定期限劳动合同的方式与无固定期限劳动合同相同。为了实现稳定劳动关系的目标,《劳动合同法》将我国解雇保护的水平提高到一个全新的高度。董保华教授在其引用率非常高的《论我国无固定期限劳动合同》中论述了《劳动合同法》甚至以突破合同的方式提高解雇保护水平。^{[11]59}《劳动合同法》采取了“单向

改革论”的方式,扩大了无固定期限劳动合同的适用范围,收紧了解除条件,但没有限制固定期限劳动合同的期限。

在推进无固定期限合同的一系列措施中,强制续签制度、禁止约定终止条件制度、收紧法定解除制度,董保华教授称为“三管齐下”。

第一,强制续签制度。《劳动合同法》有关规定与《劳动法》的规定相比存在三方面的差异:(1)扩大签约范围,变《劳动法》中的10年工龄一种情形为工龄、次数两种情形;(2)改变了续订程序,变《劳动法》中的自愿续签为强制续签;(3)对劳动者的行为要求有了改变,变《劳动法》中要求劳动者提出明确要求为模糊要求,除劳动者提出订立固定期限劳动合同外,都应当订立无固定期限劳动合同。即强制续签制度。

第二,禁止约定终止条件制度。

第三,收紧法定解除条件制度。在劳动合同的过错性解雇中,所有的规章制度都由工会与用人单位共决,劳动纪律不再作为劳动合同的内容。在劳动合同的非过错性解雇中,通过增加对老、弱、病、残的保护,强化“不得解除”的反向限制。

劳动合同的结束可以分为期满终止、约定终止以及法定解除。《劳动合同法》的“三管齐下”使我国劳动合同的终止和解除在上述三个方面已经在《劳动法》的基础上全面收紧。

可见,我国劳动合同法立法在解雇(用人单位单方解除)与辞职(劳动者方解除)两种情况下的限制力度不同。解雇限制非常严格,但辞职几乎不受约束。^{[6]130}我国《劳动合同法》第四章对劳动合同的解除事由、程序与法律效果都做了明确规定,体现在第39、40、41、42条对即时解雇、预告解雇事由、经济性裁员的条件、劳动合同解除的反向限制。由此可见,我国《劳动合同法》对解雇事由的

我国劳动合同的解除制度则要求三者同时具备,解雇理由还必须是法律严格限定的几种理由。

渐进式改革是美国判例法重要经验,蒙盖案改革形成了渐进式格局。见:冯桂,刘英.美国无固定期限劳动合同判例法的演进与发展[J].广西大学学报(哲学社会科学版),2008,30(5):78-81.

“单向改革”即或是对定期合同的签订进行严格限制,或是扩大不定期劳动合同的适用范围。“双向改革论”即对无固定期限劳动合同与无固定期限劳动合同同时进行改革。参见:董保华.论我国无固定期限劳动合同[J].法商研究,2007(7):59.

《劳动法》第29条规定的具体情形包括:劳动者患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的;患病或者负伤,在规定的医疗期内的;女职工在孕期、产期、哺乳期内的。《劳动合同法》第四十二条增加了“从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业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;和“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”这是对处于弱势的劳动者权利的合理保护,也是对《劳动法》第29条的有益补充与完善。

限制比较国外“正当事由”制度而言是相当严苛的。

(二)无法解决的两种观念冲撞

在追求劳动者职业稳定的背后存在两种观念的冲撞:劳动者应当作为抽象的主体来认识还是应当作为有着不同特点的具体主体来认识;在保护劳动者利益时,是否应当兼顾企业的承受能力以及市场机制的培育;我国是简单地扩大无固定期限合同,还是要在对无固定期限合同按市场经济的要求重新定义的基础上再来谈扩大?

2008年9月18日发布的《中华人民共和国劳动合同法实施条例》(以下简称《实施条例》)对无固定期限劳动合同的相关条款予以细化,但仍未能有效应对源自劳资契约运行过程中的现实挑战。根据《劳动合同法》第36、39、40、41条的规定,终止和解除无固定期限劳动合同的情形一共14种,对此《劳动合同法实施条例》第19条以列举的方式把分散的这几个条款进行罗列,明确了无固定期限劳动合同既可以因为劳动者的原因(如行为过错、能力不胜任),更可以因为客观形势的变化造成劳动合同无法履行而由企业单方解除,体现职业稳定要求与用人单位流动性、自主管理要求之间的平衡。^[12]

但董保华教授认为《劳动合同法》第十四条所规定的强制续签不仅不符合合同原理,也不符合《劳动合同法》第3条的基本原则,如《劳动合同法》的强制续签制度明显与这一原则相抵触。他认为:“由于这一制度是违背法理的,必然在社会现实中产生出悖理的结果。”^{[10]16}

四、现行用人单位单方解除无固定期限合同制度的不足以及改进建议

(一)现行立法不足

在用人单位单方解除权问题上,董保华教授持“双向改革论调”,认为应当让固定和无固定期限合同两者各自承担不同的功能:固定期限合同应当更多地体现双方的约定,而无固定期限合同应当更多地体现法定。只有在这种双向改革的基础上,我们才可能实现以稳定劳动关系为主的用工模式。认为我国应完善解雇原因的认定,解雇通知期的规定,解雇经济补偿金的规定,调整无因解雇、有因解雇、推定解雇制度,规制不公平解雇和非法解雇,建立全面的解雇制度规范。^{[11]60}

以下从用人单位单方解除制度的三种情形——即时解除、预告解除、经济性裁员的问题进行讨论。无论是《劳动合同法》还是《实施条例》,

旨在保护用人单位合理的用人自主权抗辩事由设计的司法可操作性都很差。主要问题有:

第一,用人单位即时辞退中的问题。《劳动合同法》第39条扩大了用人单位解除劳动合同的范围。但仍具有抽象笼统的特点。“试用期间被证明不符合录用条件”,录用条件是否客观,用人单位有很大的抉择权利。“严重违反规章制度”,“严重失职”,“给用人单位造成重大损失”等表述中“严重”的抉择权也在用人单位手中。

第二,用人单位预告辞退中的问题。《劳动合同法》第四十条第二款中是否能胜任工作并没有特定的标准,完全由用人单位的规章制度决定,这也给了用人单位很大的抉择权。可见用人单位的人事管理权非常宽泛,很多人认为“造成用工制度的僵化”是用人单位对无固定期限劳动合同的误读。^{[13]86}在预告期间问题上,我国则未区别不同情况,一律规定为30日,对在同一用人单位工作时间较长的劳动者保护不力,完全排除了当事人的自主性,不容许有任何的变更。这样的规定对用人单位的利益保护不利,对在同一用人单位工作时间较长的劳动者的保护也不利。

第三,经济性裁员中的问题。我国《劳动合同法》关于经济性裁员的规定需要进一步完善落实程序,如用人单位须在多长时间内向工会或全体职工说明情况?用人单位与工会或全体职工的代表,必须在多长时间内协商一致?如果没有协商一致的后果是什么?均没有规定。特别是用人单位违反法定程序进行经济性裁员的法律责任,如何承担也没有规定。

(二)立法完善建议

首先,建议对预告辞退中“不能胜任”工作的劳动者,应当按照事先公开的考核方式考察不能胜任的原因:第一,如果是劳动者在工作的应聘时有欺诈行为,本身不具有胜任工作的能力却欺骗用人单位的,应该允许雇主即时行使预告解除权。第二,在工作内容和工作条件不变的前提下,劳动者不能胜任工作很难确定是自身能力欠缺所致还是个人不努力工作所致。^{[13]24}

其次,在预告期间上我国可以借鉴德国法。德国法区分不同劳动者工作的性质(职工和工人)以及不同劳动者在用人单位中劳动关系存续时间的长短,规定了不同的预告期间:劳动者在同一用人单位或关联企业中的工作时间越长,则法律设置的预告期间也越长。劳动者在同一单位工作的时间越长,对该单位的依赖性越强。这种依劳动者工作

年限的不同而确定不同的预告期间的做法,充分考虑了劳动者与用人单位关系的紧密程度,是世界各国劳动立法的惯例。虽然用人单位也可以利用 30 日的准备期来选择录用新的劳动者来弥补空缺,但是现代企业的高级人才有时很难在短期内获得。

再次,在经济性裁员问题上,德国与我国规定的共同点是行政机关均无权禁止用人单位裁员,仅要求用人单位(雇主)向其报告相关情况;不同点在于德国要求雇主提前 30 日通知劳动局,在同经营协议会协商后向行政机关提交书面报告,还设置了 1 个月的禁止期间,而我国仅仅要求用人单位提前 30 日通知工会或全体劳动者。显而易见,德国对劳动者的保护更为周全。^{[14]21}

(三) 规制用人单位单方解除劳动合同中违法行为的建议

在笔者看来,用人单位的单方解除权是得到了立法充分保护的。《劳动合同法》第三十九条所确定的用人单位的单方解雇权是“不受第四十二条关于劳动合同解除的反向限制的”^{[14]19},同时在解除劳动合同后用人单位也不用支付经济补偿金。三十九条所赋予了用人单位解除无固定期限劳动合同较宽泛的自由,第一,对是否“严重”,单位可以拟定自己的规章制度;第二,单位按照三十九条的规定解除劳动合同后不用支付经济补偿;第三,不受解除劳动合同的反向限制。

笔者认为,企业对无固定期限合同的抵触应分情况看待进行不同疏导。首先,要引导企业充分正确学习相关立法。很多企业对于无固定期限合同缺乏全面认识,简单地认为无固定期限合同制度会回归到“铁饭碗”时代,或惧怕内部管理制度不能跟上无固定期限合同的实施需要。

其次,企业要学会合法解雇,制定合法的内部规章制度,规定清晰可行、具有可操作性的劳动纪律,将劳动违纪行为进行分类,制定相应的惩罚措施。建立科学公开的岗位职责和岗位考评制度,对于不能完成岗位职责要求,达不到岗位考评标准的劳动者可以视为不能胜任工作,先调整其岗位。尽量实施岗位考评量化标准,公正、客观地对待劳动者。

可以借鉴日本的《劳动基准法》第 90 条第一

项规定,“雇主订立或变更就业规则时,应听取有关企业中过半数劳工所组成工会的意见,无此种工会时,应征询过半数劳工代表之意见,以保障劳动者的参与权。”

再次,可以增加单位规章制度的备案程序,即企业应将依法订立的规章制度抄报劳动行政部门备案。这种备案程序既便于查阅,也便于发生相关纠纷时对其进行审查,而且还会对用人单位在制订规章制度时形成一定的约束。《劳动合同法》第四条确定了规章制度的制定规则,具体操作规范可以在相关立法中对单位规章制度的有关要件作出明确规定,并适当参考国外立法。

(四) 立法新进展

最新的立法倾向于认定变相强迫劳动者集体辞职后再重新入职,使“工龄归零”为无效。

企业这种典型的规避法律的行为暴露了我们劳动法律规范的空白点。即同一个企业和同一个劳动者订立多个固定期限劳动合同时工龄的连续计算问题,以及固定期限劳动合同转化为无固定期限劳动合同时工龄的连续计算问题。对此,我国《劳动合同法实施条例》第九条规定,《劳动合同法》第十四条第二款规定的连续工作满 10 年的起始时间,应当自用人单位用工之日起计算,包括劳动合同法施行前的工作年限。此可谓为一大进步。

2008 年 7 月 7 日,广东省高院、广东省劳动争议仲裁委员会联合发布《关于适用〈劳动争议调解仲裁法〉、〈劳动合同法〉若干问题的指导意见》,已经将华为的劝辞行为宣布为无效,其中二十二条明确规定,用人单位恶意规避《劳动合同法》第 14 条的下列行为,应认定为无效行为,劳动者的工作年限和订立固定期限劳动合同的次数仍应连续计算^{[13]89}。

综上所述,我国应与国际通行做法接轨,无固定期限劳动合同应成为我国主要的劳动合同形式,其解除制度是保证职业稳定权的重要依据。但就我国现行立法而言,笔者认为其合理性有待商榷,委实可以进一步细分,即赞同有关学者提出的“双向改革”。在用人单位单方解除劳动合同问题上,

“禁止期间”即在行政机关接到有效报告(未附经营协议会态度的报告无效)后 1 个月内解雇不发生效力,换言之,在这段时间内,雇主无法解雇劳工,但劳动局可以依具体情况缩短或延长这一期间(最长不超过 2 个月),同时规定,如果雇主在禁止期间无法雇佣全部劳动者,劳动处可以允许雇主缩短工时,并相对减少劳动者的工资,但不得与团体契约中有关缩减工时的规定相抵触。其实质是通过企业内部的自治和外部机关的制约最大限度地减少因大量解雇对社会所造成的冲击。《德国终止保护法》第 17 条,转引自陈芳,德国劳动合同终止制度与我国劳动合同解除度之比较[J].法学,1998(4):29.

曾经出现的大规模买断工龄、转为劳务派遣等行为已逐渐被司法机关认定为无效行为。《劳动合同法》和《实施条例》的规定中解除原因认定、解除期限通知等规范的可操作性有待加强,完善内部规章制度的建设、提高用人单位内控水平、建立相关示范制度等都是解决现行立法缺陷的方法,立法还应进一步协调雇佣保护原则的规制要求与劳动关系流动性、灵活性要求。

[参考文献]

- [1] 金英杰. 试论职业稳定权——兼谈瑞典劳动法对我国劳动权内涵的启示 [C]//林嘉. 劳动法评论 (第一卷). 中国人民大学出版社, 2005: 168
- [2] 叶静漪. 今年萝卜不怕坑, 劳动合同法改变职场规则 [EB/OL]. <http://www.zgjr.com/News/200667/Tech/312864811801.shtml>
- [3] 李坤刚. 劳动合同法中的抑制与平衡 [J]. 中州学刊 2005, (6).
- [4] 董保华. 劳动合同期限制度设计的理念选择 [J]. 中州学刊, 2005 (6): 79.
- [5] 郑爱青. 限制固定期限合同的应用 [J]. 中国劳动, 2006 (2): 20.
- [6] 曹燕. 劳动合同期限制度的域外经验与本土资源 [J]. 兰州学刊. 2008 (5): 131.
- [7] 董保华, 刘海燕. 解雇保护制度研究 [C]//林嘉. 劳动法评论 (第一卷) [M]. 中国人民大学出版社, 2005: 214.
- [8] 王益英, 黎建飞. 外国劳动法和社会保障法 [J]. 中国人民大学出版社, 2003: 93.
- [9] 道格拉斯·L·莱斯利. 劳动法概要 [M]. 中国社会科学出版社, 1999: 201-205.
- [10] 董保华. 建立定期合同与不定期合同的新平衡 [J]. 中国劳动. 2006 (2): 15.
- [11] 董保华. 论我国无固定期限劳动合同 [J]. 法商研究, 2007 (7): 59.
- [12] 吴元元. 劳资契约安排的制度逻辑——无固定期限劳动合同的法律经济学重读 [J]. 现代法学, 2009 (01): 45.
- [13] 郑爱青. 劳动合同法十大热点评析 [M]. 中国劳动社会保障出版社, 2008: 86.
- [14] 杨晶. 无固定期限劳动合同问题研究 [D]. 西南政法大学硕士学位论文, 2008: 21.

(责任编辑:杨 睿)

On the System of Non-fixed Term Labor Contract

——From the Perspective of Unilateral Cancellation of Working Contract by Employers

XIE Yi

(School of Civil, Commercial and Economic Law, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: The system of labor contract is the core issue of the Labor Law. The termination of labor contract is one of the main contents in the system of labor contract while unilateral cancellation of a labor contract becomes the key issue. Responsibilities are the key points in the system of non-fixed term labor contract after the cancellation of such contracts, whose lawful force theory shows the restriction on unilateral cancellation right of the employers. China should draw lessons from foreign countries where the freedom to dismiss and limitation of the abuse of dismissal right are well-reconciled in dismissal protection systems in its legislative improvement as the justification of the current dismissal system while, in China, just one exclusive method is applicable to the termination of all the three types of contracts, which remains questionable. Besides, improvements are required for what facts constitute dismissal, reasons for dismissal and length of notice of termination of employment contracts.

Key words: Labor Contract Law; non-fixed term labor contract; unilateral cancellation; dismissal protection