



劳动合同法审判适用的几个基本问题---单国军

发布时间：2008-4-2 16:14:44

学会简介

[更多](#)

- 学会简介
- 学会章程
- 领导机构名单
- 常务理事、特邀理事、理事...
- 团体会员名单

政策法规

[更多](#)

- 企业职工带薪年假实施办法...
- 关于调整北京市2008年...
- 关于2008年调整北京市...
- 关于调整2008年失业保...
- 关于工伤保险工作若干问题...

劳动合同法审判适用的几个基本问题

市高院民一庭 单国军

劳动合同法已于2008年1月1日实施。虽然实施时间尚短，但已经表现出法律适用的难题。概括说来，主要有两方面的问题，一是具体条款的理解与适用，如劳动合同法第38条、第39条关于劳动者或用人单位可以解除无效劳动合同的规定是否与有效合同才存在解除问题的基本法理相悖，又如劳动合同法第43条关于用人单位单方解除合同应事先将理由通知工会的规定中通知是否是解除合同的效力要件，再如劳动合同法第87条关于用人单位违法解除合同按两倍经济补偿金标准支付赔偿金是否同时还要支付劳动者一份经济补偿金。二是法律的基本适用问题，如劳动合同法与劳动法的适用关系、劳动法与合同法的适用关系。比较起来，第二类问题更为基础并有一般意义。说其基础，是因为第二类问题的处理关系到第一类问题的处理，个案中无论涉及劳动合同法哪一个具体条款的适用，都要首先解决基本法律适用问题。同时，解决第一类问题应主要立足于劳动合同法的立法宗旨、价值取向或立法原意，而解决第二类问题则涉及法律适用的基本法理问题；说其一般，是因为劳动合同法的法律适用问题基本同样可行于《劳动争议调解仲裁法》、《就业促进法》以及今后可能颁布的《社会保险法》的适用。法律的意义在于适用，唯有解决了适用中的疑难问题，法律才能真正得到实施。有鉴于此，笔者对劳动合同法的法律适用问题进行以下简要分析，以供理论与实践参考。

一、劳动合同法与劳动法的适用关系

劳动法一直是调整劳动关系的基本法律，劳动合同法对劳动法进行了修改，由此就必然产生劳动法与劳动合同法的适用关系。应当说，这一关系是劳动合同法适用中要处理的首要关系。特别是在二者规定发生冲突的情况下，如何进行法律适用的问题就更为突出。就此问题，遍观劳动合同法，并无相应的规定。

审判实践中，对这个问题的基本处理已形成基本共识，即由于劳动合同法是对劳动法进行的修改，对修改内容应适用劳动合同法的规定。但对于二者的关系在认识上仍然存在分歧，这种分歧实际上是所谓结论上无分歧而在理论认识上有分歧。但解决这种分歧并非没有意义，原因是，这种分歧不但会削弱上述审判共识的基础，还势必导致在上述基本共识之外的法律适用上产生分歧，如就劳动合同的调整，劳动法关于劳动合同的内容在与劳动合同法不相冲突的情况下是否还可适用。具体说，就劳动法与劳动合同法的关系主要有四种观点：第一种观点认为，二者应当是一般法与特别法的关系，即劳动法是一般法、劳动合同法是特别法。在二者规定不冲突的情况下均可适用，在二者规定不一致时按照特别法优于一般法的规则应适用劳动合同法的相关规定。第二种观点认为，劳动法与劳动合同法在地位上和内容是平行的，各有其内容规定，可称为姊妹法。应当说，姊妹法并不是一个规范的法律用语，而是一种形象的表述。从表面上看，这种观点并不直接涉及劳动合同法的适用，但因它是对劳动法与劳动合同法基本关系的判断，因此也暗含着二者的法律适用关系。但需指出，按此种观点推论下去，应当是劳动法与劳动合同法二者平行适用，不发生法律适用关系问题，与前述基本共识又是相悖的。第三种观点认为，劳动合同法与劳动法是下位法与上位法的关系，即劳动合同法是下位法，劳动法是上位法。这与姊妹法的观点都是对

劳动法与劳动合同法直接关系的表述，但结论明显不同。同样需要注意的是，如按照这种观点，由于在法律冲突上上位法优于下位法是第一个冲突适用规定，故在劳动合同法与劳动法规定不同时，应适用上位法即劳动法的规定，这也与前述基本共识相悖。第四种观点认为，劳动合同法与劳动法是新法与旧法的关系。在二者规定不一致时，按照新法优于旧法的规定，应当适用劳动合同法的相关规定。

笔者认为，结论应立足于分析论证之上。分析劳动合同法与劳动法的区别，应先明确劳动合同法与劳动法的内容关系与法律渊源关系。只有明确了二者的内容关系与法律渊源关系，才能明确二者之间是一般法、特别法关系还是新法、旧法关系抑或上位法、下位法关系或姊妹法关系，进而明确二者的适用关系。

从法律渊源或法律位阶上看，劳动合同法与劳动法均是由全国人大常委会制定的，均属于基本法律以外的法律。从规定内容上看，劳动法是关于劳动法律关系的基本规定，其内容涉及就业促进、劳动合同和集体合同、工作时间和休息休假、工资、劳动安全卫生、女职工和未成年工特殊保护、职业培训、社会保险和福利、劳动争议处理、监督检查、法律责任等内容，其中关于劳动合同与集体合同的规定共有20条规定，而劳动合同法是专就劳动合同的规定，内容涉及劳动合同的订立、劳动合同的履行和变更、劳动合同的解除和终止、特别规定、集体合同、劳务派遣、非全日制用工、监督检查、法律责任，各类规定总数达到98条。应当说，在内容上劳动合同法的规定基本对应于劳动法的“劳动合同和集体合同”一章（即劳动法第三章），该章规定也涉及劳动合同的订立、效力、条款、劳动合同类型、试用期、商业秘密约定、劳动合同终止、劳动合同解除、集体合同等相关内容。不同之处在于，就劳动合同的调整而言，劳动法仅规定了一些基本规范，而劳动合同法则是在劳动法规定的基础上，总结实施经验和借鉴一些发达市场经济国家的劳动合同制度，对劳动合同进行了进一步的完善，形成了系统规范。这些规定从内容上可分为两类：其一是对劳动法关于劳动合同规定的具体化或补充规定；其二是对劳动法关于劳动合同规定的修改规定。之所以形成上述立法情况，是由于我国的国情和相应的立法思路与立法特点决定的。建国后我国长期实行的是计划经济体制下行政分配式的劳动用工制度。伴随市场经济的建立，我国需要建立与社会主义市场经济体制相适应的用人单位与劳动者双向选择的劳动用工制度。劳动法就是在这种形势下产生的，其立法本意就是要解决劳动权利义务的基本规范问题，同时在客观上基于市场经济下劳动关系尚未建立、远不成型的现状也只能勾画出劳动权利义务关系的基本规范，在劳动者与用人单位的劳动合同关系的调整上同样如此。这就是“成熟一个、出台一个”的立法思路在劳动法律方面的体现。按照这种立法思路，在劳动法出台之后，再根据市场经济的发展和劳动关系的发展逐步出台一系列配套法律、法规，工会法、劳动合同法、就业促进法等均是劳动法的配套法律。可见，我国的劳动法律体系采用的是“劳动法+配套法律、法规”的模式，而不是一个完整、系统的劳动法法典。在这种模式下，劳动法是一个基本规范的集合体，其内容主要有两块，一个是劳动法的总则性规定，另一个是劳动法律关系各领域的基本规范。同样的，在这种模式下，就劳动合同的调整而言，劳动法是最初的、基本的规范，劳动合同法是后来的、具体的、补充的与修正的规范。需要进一步明确的是，对比劳动合同法与劳动法的“劳动合同和集体合同”一章，劳动合同法对“劳动合同和集体合同”一章进行了全面的补充与修改，由此产生的结果是，劳动法关于劳动合同的直接调整内容已全部为劳动合同法所取代。

基于上述情况不难得出劳动法与劳动合同法的基本关系。在笔者看来，就劳动合同的调整，劳动法是旧法，劳动合同法是新法，并且从内容比较上而言，劳动合同法是取代了劳动法相关规定的全新之法。同时，可以明确：其一，劳动法与劳动合同法不存在着上位法与下位法关系。上位法与下位法是关于法律渊源或法律位阶的概念，即上位法是由上一级立法机关制定的法律规范，下位法是由下一级立法机关制定的法律规范。由于劳动合同法与劳动法均由全国人大常委会制定，二者在法律渊源或法律位阶上是平等的。其二，劳动法与劳动合同法不存在着姊妹法的关系。如前所述，我国劳动法律体系采用的是“劳动法+配套法律、法规”的模式，劳动法是基本规范，配套法律、法规则是具体规范或系统规范，因此在劳动法与配套法律、法规之间不存在着姊妹法关系，它们之间是基本规范与具体规范或系统规范的关系。在具体规范情形下，具体规范并不否定基本规范，实际上是由基本规范+具体规范进行调整；在系统规范情况下，系统规范可能否定基本规范，从而由新法代替旧法进行调整。如果说劳动法律体系的姊妹法问题，应当是工会法、劳动合同法与就业促进法是姊妹法。其三，劳动法与劳

劳动合同法不存在一般法与特别法的关系。一般法是一类法律问题的共同规定，而特别法是在一类法律问题之下就某一种法律关系的个性规定。一般法与特别法的调整对象存在着种属的关系。如合同法作为一般法，某类具体合同的单行法律规范就是特别法（当然，合同法中也包含着具体有名合同的规范，讲一般法与特别法的关系是从具体合同的规定同合同法的一般规定比较而言的）。显然，劳动合同法的调整对象是劳动法调整对象中的重要一块，二者是包含关系但并非种属关系。

基于劳动合同法是取代了劳动法相关规定的全新之法，因此，二者的适用关系更为简明和彻底，即对于劳动合同的直接调整，应当适用劳动合同法而非劳动法中关于劳动合同的规定。也即，这里不存在着就劳动合同调整再适用劳动法关于劳动合同规定的空间。当然，由于劳动法中有劳动法律关系的总则性规定，同时在其他相关内容中存在着影响劳动合同关系认定与处理的规定，这些规定并不为劳动合同法所替代，在对劳动合同进行调整时仍应适用。

还需要指出的是，最高人民法院的司法解释并非独立的法律渊源，而属于劳动法及相关法律法规的司法解释。相关内容如为劳动合同法所修改（包括具体修改和其背后的法律规定被修改），则不应再适用，如未被劳动合同法修改且与劳动合同法不冲突，则在审判实践中仍应作为劳动合同的法律规范适用。

二、劳动合同案件中能否适用合同法

这一问题劳动法律适用的老问题和一般问题。在只有劳动法的时代，就存在着就劳动合同问题，劳动法未规定的，能否适用合同法甚至民法通则的问题，如劳动合同的签订与成立能否适用合同法的规定，又如合同法关于缔约过失的规定能否适用于劳动合同的情形。在这一问题之下，深层里还有一个基本法理问题，即民法的法理能否直接援用于劳动争议案件中。就此问题需要深入的研究。笔者粗浅地认为有两个方面需要注意：其一，劳动法虽从民法中发展而来，但与民法的基本价值取向、调整机制与调整手段均不相同，因此并非同一部门法。从法理分析，非同一部门法之间因所属法律系统的基本性质不同，不存在着相互援引法条的空间。因此，在审理劳动争议案件中不能直接引用民法通则、合同法的相关规定。其二，劳动法系基于公法对于私法空间的干预而形成，虽然总体价值取向与调整机制、手段与民法不同，但有内在的联系，在不违反劳动法基本价值取向的前提下，可以参照适用民法的相关规定，在援引法条时要明确“参照适用”。

三、劳动合同法实施细则的审判适用问题

劳动合同法实施细则现正在制定之中，其是否能在司法审判中适用也是一个问题。由于劳动合同法实施细则是部颁规章，这里所包含的一个基本问题是劳动规章的审判适用问题。笔者认为，规章代表部级行政机关对于劳动合同法相关问题的认识与处理，是行政执法中的依据。由于它并非立法解释，也并非司法解释，而是行政解释，对于司法审判应无约束力，但如其与劳动合同法的立法宗旨、价值取向与相关规定不相冲突，则可以作为劳动合同法的一种解释在法理上参照适用，但原则上不宜在裁判文书中写明“参照某规章”。还需要注意的是，由于劳动争议仲裁调解法对部分劳动争议案件实行有条件的一裁终局（即劳动者一方可以基于不服仲裁裁决起诉至人民法院），客观上对于劳动争议仲裁执法与司法审判执法的一致性要求更高，建议劳动合同法实施细则的制定应当立足劳动合同法的立法宗旨、价值取向，减少行政政策性的考虑，并可邀请司法界人员参加研究。

四、劳动合同法的溯及力问题

劳动合同法作为实体法应无溯及力，就此劳动合同法也进行了明确。具体说，即劳动合同法第97条对连续两次签订劳动合同的起算、施行前的劳动关系订立书面合同的时间要求、施行之日存续的劳动合同解除或终止时分段适用不同标准补偿的规定都体现了这一点。其中关于后两个问题的规定实际上体现了对跨实施期劳动合同以实施日为界分别按劳动法与劳动合同法调整的思路，这一思路有更大的适用空间，包括诸如第15条关于用人单位与劳动者可以订立以完成一定工作任务为期限的合同、第67条关于用人单位自设劳务派遣单位规定的适用。另外需要研究的有两个问题：

其一，签定无固定期限劳动合同工作满十年的起算术问题。从现在的共识来看，都认可连续满十年是指到“当前”为止，而不要求从劳动合同法实施之后起算。这里面实际上包含着重大的政策调整，因按劳动合同法的规定，只要满足连续十年的条件，签订无固定期限劳动合同的主动权在劳动者手中，而不是象劳动

法规定的那样在用人单位手中。这种对于劳动者的特殊保护实际上使得劳动合同法在十年的计算上具有了一定的溯及力。这一点是应当看到的。正是有了这种溯及力，才产生了一些对劳动合同法的实施规避行为。

其二、对于规避劳动合同法的一些违法行为能否适用劳动合同法调整的问题。这些规避问题如华为公司和沃尔玛公司的行为。从一般法理而言，实体法只能对其实施后的行为有效，由此也不能处理相关规避行为。就此问题也需要深入研究。笔者提出两点粗浅的考虑。一个是可在理论上探讨法律对其实施前规避行为的预效力问题的可行性。笔者认为，只要严格适用条件，这一点有一定的合理性。另一个是如不能适用劳动合同法的预效力制裁这类规避问题，可直接通过适用劳动法的原则或相关规定，以价值解释的方式认定相应的规避行为无效，从而保护劳动者的合法权益。

[返回上页](#)



北京市劳动和社会保障法学会版权所有2005-2007
地址: 中国北京丰台区东铁营横七条12号205室 邮政编码: 100079
京ICP备05047169号

[关于我们](#) | [网站地图](#) | [版权所有](#) | [联系我们](#)