

图书在版编目(CIP)数据

最新办公室内部管理 / 南兆旭 主编

—香港: 西迪商务出版公司, 1998.7 ISBN 962-8087-12-70

I. 最… II. 南… III. 行政—内部管理

最新办公室内部管理

南兆旭 主编

出版发行: 西迪商务出版公司

开本: 787mm × 1092mm 1 / 16 印张: 112

字数: 1799 千字

印刷: 1998 年 7 月第 1 版

版次: 1998 年 7 月第 1 次印刷

书号: ISBN 962-8087-12-70

定价: 68.00 元 (图书共 17 册)

目 录

劳动关系

第一章 劳动关系系统论	(3)
◎劳动关系的概念	(3)
◎劳动关系的性质	(5)
◎劳动关系系统的特点	(6)
◎劳动关系与环境的互动平衡	(7)
第二章 劳动关系的基本要素	(9)
◎就业主体——劳动者群体	(9)
◎用工主体——经营者群体	(11)
◎政府及劳动部门	(13)
◎整体优化的劳动系统	(14)
第三章 劳动争议及处理	(15)
◎劳动争议	(15)
◎引发劳动争议的原因	(17)
◎劳动争议的处理制度	(17)
第四章 劳资运作实践	(27)
◎新加坡的劳动关系协调模式	(27)
◎美国的改善劳资关系实验	(28)

◎美国的产业化社区劳资委员会	(29)
第五章 企业劳动合同分析	(31)
◎劳动合同制度概述	(31)
◎劳动合同的订立	(32)
◎劳动合同的履行	(41)
◎劳动合同的变更解除和终止	(43)
◎各国劳动合同制度	(55)

劳 动 关 系

第一章

劳动关系 系统论

【劳动关系的概念】

(一) 劳动关系

所谓劳动关系,其实质就是指生产关系中直接与劳动相关的那部分社会关系。

所谓生产关系,一般是指人们在自己生活的社会生产中所发生的一定的、必然的、不以他们的意志为转移的关系;一定的生产关系一般同物质生产力的一定发展阶段相适应。显然,这里界定的生产关系是一个高度抽象的概念。将劳动关系界定为与劳动相关的那一部分生产关系,也是一个抽象的说法。换言之,这种不以人们意志为转移的、必然的、与劳动相关的那部分生产关系,可以称为抽象的劳动关系。

而具体的劳动关系,是指劳动者与劳动力使用者在实现劳动的过程中所结成的一种社会经济利益关系。因此,具体的劳动关系又被称为劳资关系、劳使关系、雇佣关系甚至产业关系等。一般来说,劳资关系或雇佣关系是指私有经济中的劳动关系,它反映的是雇主与雇员之间的关系。

劳资关系或雇佣关系的含义或性质经历了一个发展变化的过程。在劳资关系或雇佣关系提出的初期,主要反映的是一种雇主与雇员之间的阶级对抗关系;而当前所言的劳资关系或雇佣关系,主要是指劳动者与资产所有者之间的关系,并不反映阶级对抗性质。劳使关系,则是日本人为了更准确地说明劳动关系是劳动者与劳动力使用者之间的关系而使用的称谓。在西方教科书中,还经常使用产业关系的概念。产业关系通常是指产业经济中的雇佣关系,其涵盖的中心内容涉及与雇佣相关的所有方面:个人、企业和社会。它不仅包括从社会角度而言的人力资源策略,也包括从企业和社会角度而言的劳动

关系和集体谈判,同时还包括从企业角度而言的员工管理(M. H. Sandver,1987年,21)。可见,严格来说,劳动关系是产业关系的一部分,或是其核心内容,但产业关系所涵盖的内容要比劳动关系宽广。

(二)系统论下看劳动关系

劳动关系是与劳动有关的社会关系,它是社会关系大系统的重要组成部分,是人类内在的最本质的关系。劳动关系是一个复杂的动态系统,它的特性和协调受到社会发展状况的影响和制约,具有客观必然性,同时也受其内部要素的影响和制约,表现为人的能动作用。运用系统理论和方法对劳动关系进行研究就是要用辩证的观点、联系的观点和发展的观点看问题,力求从整体把握劳动关系的内在规律性,寻求它的协调发展和稳定运行。

用系统论观点看劳动关系,它是一个复杂的动态系统。劳动关系系统的复杂性、动态性表现在:

其一,劳动关系系统的基本要素是以个体或群体身份出现的人。劳动关系系统的运行除了客观条件的制约之外,还受人的主观思想的影响。也就是说,劳动关系的协调与稳定靠的是人的观念、态度、信念、动机、道德、舆论,人的行为规范和行为方式。因而,劳动关系系统的运行是能动的。

其二,劳动关系系统是一个开放系统。劳动关系系统不是封闭的,它每时每刻都在与周围环境发生各种物质的、能量的、信息的交换。社会的开放发展,劳动关系系统的开放也不断扩大,呈现一种动态的发展变化过程。

其三,劳动关系是一个复合系统,劳动关系虽然很大程度上属于人工系统,属于社会系统。由于劳动与自然系统的天然联系,使之在更多的情况下是与自然融为一体的,是劳动与自然界共同成为一切社会财富的源泉。因此,劳动关系具有复合性。

其四,劳动关系是以人的劳动活动,即物质生产活动为基础的,劳动生产的水平直接影响着劳动关系系统的运行。在“科学技术是第一生产力”的现代社会,劳动关系系统无疑是超越了科技系统与社会系统之间的界限。

因此,用系统方法看劳动关系不仅是雇主与雇员一对一的双边关系,而是一个复杂的动态系统。

(三)企业劳动关系

企业劳动关系,就是指企业劳动力使用者或雇主与企业劳动者或雇员之间的一种社会经济利益关系。具体来说,是指企业劳动力使用者或雇主与企业劳动者或雇员在实现劳动的过程中所结成的与劳动相关的社会经济利益关系。

在现代企业中,企业劳动力使用者主要是指企业中的中高层管理人员,即管理者、经营者,因此,现代企业劳动关系实质上是指企业管理者、经营者与企业劳动者之间的一种

经济利益关系。

成熟的市场经济下的企业劳动关系的主体只有两方,即企业管理者和劳动者,企业管理者在实现资产保值增值的过程中,作为劳动力的需求主体、用工主体,构成企业劳动关系的一方,在劳动过程中处于支配者的地位;劳动者在让渡自己劳动力的过程中,作为劳动力的供给主体、劳动主体,构成企业劳动关系的另一方,在劳动过程中处于被支配者的地位。

要把握企业劳动关系,需要明了企业劳动关系的三方面基本要素:

其一,企业劳动关系是在企业实现劳动的过程中所发生的企业劳动力使用者与劳动者之间的关系。企业劳动关系要涉及到与企业劳动直接相联系的企业劳动关系的运作、企业劳动立法、企业劳动合同、企业集体谈判、企业集体合同、企业劳动争议和企业工会等诸多方面的内容。

其二,企业劳动关系的一方主体——劳动者,只有同企业劳动关系的另一方主体——企业管理者签订劳动合同,并保证合同的履行,企业劳动关系的运作才算开始。

其三,企业劳动关系的主体有两个,即企业管理者和劳动者;且只有这两个主体的同时存在,企业劳动关系才有可能成立。

【劳动关系的性质】

认识劳动关系的属性,是协调和优化劳动关系的前提。劳动关系作为一种社会关系,它既是经济关系、契约关系,也是一种文化关系。建立协调稳定的劳动关系,不仅要完善经济手段、法律手段,更要达到文化上的认同。劳动关系的运行是一种市场行为,也是一种企业行为。建立劳动力市场运行机制和加快现代企业制度建设,是劳动关系有序运行的条件。

(一) 劳动关系的基本属性:社会经济关系

劳动关系作为企业重要的社会经济关系,从本质上来说是一种经济利益关系或财产关系,这是劳动关系的基本性质。在劳动关系中,劳动者或雇员向管理者或雇主让渡自己的劳动力,管理者或雇主向劳动者或雇员支付劳动报酬和其他福利。这其中,工资和有关福利是连结劳动者与管理者的最基本因素或基本纽带。劳动者只有获得相应的工资待遇,才会受雇于管理者;管理者只有通过支付工资,才能雇佣到有关劳动者。显然,劳动关系首先反映的是管理者与劳动者之间的经济利益关系或财产关系,甚至是一种纯粹的经济利益关系或财产关系。

市场经济条件下,劳动关系主体的行为动机受到利益驱使,并通过职业性、有偿性的

劳动过程,满足自身的需求,特别是经济与物质的需求。因此,劳动关系的经济属性反映在它的物质层面。从物质层面来看劳动关系,它的协调是一个利益的磨合过程。一方面,劳动关系主体各方都要维护自身的利益,在市场竞争中,这种自我保护意识越来越强烈;另外一方面,劳动关系主体各方也存在着许多共同利益,如企业的兴衰对各方都有影响。因此,劳动关系任何一方的利益,许多都要通过各方之间的协调和互助互利才能真正获得。如何协调国家、企业及劳动者个体的利益呢?就是在摩擦与协调的对立统一过程中,通过利益的磨合,缓解矛盾,解决纠纷与冲突,实现利益的整合。这种利益的磨合过程,也是一种观念与行为的求同过程;“同舟共济、互助互利”的观念共识,以及“求利有道”、“见利思义”的行为自律将给各方利益的获取找到一个恰当的通路。

(二)劳动关系的重要特性——社会契约关系

市场经济是一种法制经济,表现出法律成为规范和调整经济生活的常规手段。

在劳动力资源的配置过程中,为了保证劳动力市场的有序进行,保障劳动关系主体双方的自主与平等,劳动关系主体的行为由相应的法律和依法签订的合同来规范,劳动关系表现为契约性。即由劳动者与用人单位签订劳动合同,由劳动者群众的组织——工会与用人单位签订集体合同,明确劳动过程中各方的权利和义务,劳动关系的契约属性反映出它的制度层面。

企业劳动合同的签订基本是在企业管理者和劳动者签约双方相对平等、没有外在干扰的前提下完成的,企业管理者和劳动者出于自身利益的考虑,会要求在劳动合同中对自己的权利和义务进行较为全面的、平等的规定。因此,这也在一定程度上保证了企业劳动关系是一种平等关系。当然,在企业劳动关系运作的过程中,企业管理者也有可能违背劳动合同的规定,或者不履行自己应尽的义务,或者不兑现劳动者应该享受的权利,但劳动者还可以通过集体谈判、工会组织出面甚至诉诸于法律的形式等来保证企业劳动关系的相对平等性。

【劳动关系系统的特点】

劳动关系系统是人类在进行最本质的活动——劳动创造过程中结成的社会关系。从目前掌握的资料看,劳动关系是宇宙中只有人类具有的独一无二的关系。

文化的发展使人们认识自然的能力大大提高了,同时也越来越深刻地认识社会、认识自身,从而使劳动关系系统体现出自身独具的基本特点。

其一,劳动行为是联系劳动关系主体各方的纽带。

随着利益的对立创造出不同质的人的社会集团,形成不同质的经济关系。不同的经

济关系使劳动关系类型多样化,而联系他们的纽带却都是人类的劳动。

其二,劳动自然要素的发展和进化是劳动社会要素的变化发展的基础和条件。

劳动关系作为劳动者与生产资料的结合方式,是劳动借以进行的社会关系,是劳动的社会要素。劳动关系发展变化的历史过程是受生产资料进化的水平和劳动者的进化程度影响和制约的,人们不能随心所欲地选择社会形式,是生产力的发展,使社会关系也发生变化,是生产力的世代相继,构成了人类历史发展联系的基础,从而使劳动关系也历史地存在与发展着。

其三,劳动关系系统有着精神的、心理的联系。

社会生产的最初联系是协作,有计划的劳动过程使人们相互依赖、相互作用。为了更好地组织劳动,产生了劳动分工,而劳动分工是为了更好地协作,分工与协作只是同一社会劳动发展过程的两个方面。因而,相互依赖、相互作用、相互协作是劳动关系系统的本质特色。而且这种相互的联系与依赖表现在劳动过程中,建立在心理与精神上,是劳动文化的特征。

其四,劳动关系系统是一个有着主动精神和创造精神的有机体。是劳动创造的财富成为社会存在的基础,劳动为人类创造了一种富有尊严的生活。劳动关系与人类的劳动活动紧密相联,使其成为一个具有生命力的有机整体。在其运行中不断地调整着自身与社会生产的不平衡,也不断地更新、发展着自身,为社会物质资料的生产,提供有利的条件。劳动关系系统的自我再创造能力为其运行带来活力,成为系统的基本特点。

【劳动关系与环境的互动平衡】

劳动关系是一个动态的开放系统。作为开放系统,就是劳动关系系统与环境经常发生物质与能量的以及信息的交流,从而保持动态的平衡。

劳动关系作为一种社会关系,属于社会的大系统。社会关系的大系统就构成劳动关系的环境。劳动关系的模式、运行以及是否优化,不同程度地受到外界环境的影响,而劳动关系的稳定与协调又对环境进行物质与能量的释放、给环境以影响。在社会大系统中,与劳动关系发生交流的因素和力量有许多,其中,政治环境、经济环境、社会环境及文化环境都起着基础的作用。

政治上的稳定是劳动关系稳定的前提条件。一个健康的、民主的、有活力的政治环境为劳动关系的运行提供了明确的方向和活动依据。

劳动关系的社会环境主要指社会组织结构是否合理,社会关系是否和谐,社会组织的功能是否正常发挥。社会生态环境是否稳定,人口结构是否合理,社会生活秩序、社会问题能否得到有效的解决和控制,总之社会是否处于良性运行和常态运行状况。

社会经济环境包括社会生产力的水平、所有制的状况,以及经济发展速度是否适当,社会供求关系是否平衡。经济体制以及党和政府的经济政策导引下的经济结构、重大比例关系,以及以此影响的劳动就业、劳动保障、社会分配制度、社会物价、税收、金融状况,社会整体购买力的高低等等构成劳动关系的经济环境。

文化环境主要反映社会的科学技术发展状况和精神状况,包括社会心理是否常态,是否健康;社会信仰、风俗习惯是否对社会政治经济及社会运行起到助推作用还是相反;社会道德规范和舆论力量对社会行为的制约影响力大小;科学技术的发展,对人的素质的要求的提高,人们的价值观念及理想和追求是否蓬勃向上等。劳动关系的文化环境还反映在与劳动关系两大主体有密切关系的企业文化以及劳动者文化的建设是否受到重视并不断走向成熟,在提高劳动者及经营者的素质,以及稳定劳动关系中起到重要作用。

劳动关系系统与环境之间是一种动态的相互交换、相互影响、相互制约的辩证关系。

(一) 外部环境对劳动关系系统有很大影响

首先,环境对劳动关系的模式及变迁提供了一个大致范围。只有当环境提出了某种需求的时候,为满足这一需求为目标的劳动关系才能建立起来。

其次,环境状况制约着劳动关系的模式与运行,劳动关系各要素的行为方式要以适应环境为目标。

(二) 环境与劳动关系之间不是单项影响

在适应环境的过程中,劳动关系系统不是完全被动消极的,而是表现出它的主动性。首先,表现在劳动关系根据内部要素的需求而选定追求目标。其次,劳动关系一旦建立,就产生一种降低环境因素的不确定性的趋势,通过输出改造环境,通过发挥系统功能而制造环境需求,从而扩大自身的生存条件。环境需求不是固定不变的,而且不断发展变化的。劳动关系的契约化,通过系统内部劳动合同、集体合同的不断完备对社会法制建设提出需求,促进规范劳动关系有关法律的制定和颁布。劳动关系的契约化创造了对法制环境的需求,促进了法律体系的建设和法律制度的完善。

第二章

劳动关系的 基本要素

系统理论认为,为了寻求系统总体的优化目标,需要对于系统的要素和各个方面进行定性与定量的分析,这是从系统整体出发去分析系统细节的科学方法。系统分析包括了功能分析、要素分析、结构分析、可行性分析和评价分析等方面。这里重点对劳动关系系统的基本要素及其结构特征进行分析。

依据在社会劳动中的地位和作用划分,劳动关系系统主要有三大要素,即劳动者群体、经营者群体和政府职能部门。

【就业主体——劳动者群体】

(一)基本观点

劳动者群体是劳动关系系统的第一要素,它在劳动关系系统中居于主体地位。

这里的劳动者主要指工薪劳动者,是在社会生产、流通以及服务行业中以工资收入为主要生活来源的体力和脑力劳动者。由于劳动方式、劳动环境以及分配和消费等方面的行为方式和生活方式的特点,工薪劳动者具有区别于经营者,同时也区别于其他劳动者(如农民)的群体特殊性。

工薪劳动者以其在社会生产及经济发展中的主体作用和它的群体特征,而成为劳动关系系统的基本要素,成为劳动关系系统的子系统。而对劳动者子系统内部的要素及结构分析,将使我们对于劳动者群体的特征及作用进入更深刻的了解和把握。

由于绝大多数工薪劳动者在同一种经济类型的企业中工作,接受同一模式的管理,

强调劳动关系三要素的利益一致性,劳动者的具体利益包容在总体利益之中,群体意识并不明确。

(二) 工会组织——劳动者利益的代表

在现代各种社会组织中,工会是由劳动者组成的特殊的社会组织。工会运动涉及劳动者的经济生活及社会生活的各个方面,尤其在劳动关系的形成和变化之中有着重要的影响。

工会的存在,也是以劳动者的代表身份,就劳动关系中的矛盾和劳动问题与雇主一方进行交涉,诸如劳动工资、劳动工时、劳动待遇等方面维护劳动者的权益而进行活动的。作为劳动者群体的代表,工会成为市场经济中劳动关系的重要组成部分,成为劳动力所有者的代表。工会的组织程度以及地位和作用的发挥,反映出劳动者群体的成熟程度,决定着劳动者在劳动关系中的权益是否能够得到保护。

工会的共同目标是:

- ① 保证不改变,并在可能的条件下提高其成员的生活水平和经济地位;
- ② 对社会上的权威关系施加影响,以利于实现工会的利益和目的;
- ③ 提高所有为生存而工作的人的福利,不管他是不是工会成员;
- ④ 建立一种对雇主使用反复无常的专横政策的防范机制,并向工作场所推广;
- ⑤ 针对市场波动、技术变化或资方决策导致的威胁或意外事件,提高并尽可能保证个人的安全保障水平。

(三) 企业工会出现的背景

在西方国家,企业工会的最初出现,是企业生产客观形势的需要和劳动者集体需求的产物。在企业工会未产生以前,企业中的每位劳动者要与企业管理者签订或形成一个单个的劳动合同。而企业工作本身是社会性的,即使是一个中等规模的企业,企业管理者在组织和分配劳动任务时也不可能孤立地进行,每项工作在某种程度上都是相互关联的。单个人不可能就自己工作和就业条件的改善与企业管理者成功地进行独立的谈判,且这种谈判不可能不对其他人工作和就业条件产生或多或少的影响。这就是说,单个人的谈判不可能是有效的,即使是有效的,也往往是分裂性的,甚至是破坏性的。正是在这种情形下,当劳动者个人感到他们自己的劳动合同需要修改时,他们一般倾向于寻求大众化的工作条件,而这种大众化工作条件的取得只有依靠劳动者集体的力量,通过劳动者集体对雇主施加压力。为了开展集体行动,并保持这种集体行动在时间和过程上的一致性,劳动者组成了企业工会。当然,企业工会建立以后,其基本职能逐步演化为多种具体内容,但其核心内容在于代表劳动者开展企业集体谈判,签订企业集体合同,维护劳动者的劳动权益,这一点从工会出现初期直到现在都是如此。

(四) 企业工会的沿革

企业工会的出现,在发达市场经济国家已有 200 多年的历史。在这 200 多年的发展历程中,企业工会在组织形式上发生了很大的变化。就拿美国来说,企业工会经历了一个从某一工会组织到全国工会联合会的发展过程。首先,从 1790 年到 1849 年,技术工人组织了技艺性质的地方工会组织(工会在其建立初期就不仅局限在单个企业中,而往往是多个企业的工人组成的地方工会组织)。不过,这种工会组织在初期的特征表现为较强的暂时性,且没有什么实际的权力。但这种工会组织确实是美国劳工运动的基石。其次,从 1850 年到 1885 年,工会组织不断壮大,各地方技艺工会的全国性工会组织逐步建立起来。最后,从 1886 年开始,美国工会组织结构的金字塔状逐步形成。1886 年,美国劳联诞生。劳联的诞生标志着工会组织的顶峰已经出现,自此,金字塔状的工会组织结构在实践中不断形成和完善。

德国企业工会的出现比美国要晚一些,直到 19 世纪二三十年代,德国才开始成立第一批工会组织。1848 年德国出现了工会的联合组织。此后直至第二次世界大战前,德国的工会组织得到了长足的发展。二战期间,工会活动被取缔;二战结束后,德国又有一些地区重新组建了工会,工会组织进入重新发展时期。1949 年德国正式成立了“德国工会联合会”(简称德工联),这标志着德国工会的组织结构进入了完善阶段。

【用工主体——经营者群体】

(一) 何为经营者群体

经营者群体是劳动关系系统中与劳动者群体相对应的基本要素,它在劳动关系系统中处于主导地位。这里讲的经营者是指在工业企业或其他流通或服务行业等劳动组织中,担任厂长(经理)职务,行使经营管理权的企业领导者。经营者是企业的法人代表,对企业的生产指挥和经营管理工作进行统一领导和全面负责。

企业经营者作为企业首脑,在地位与角色上、行为方式与思维方式上有着某些共性的东西。但由于社会环境和企业领导制度的不同,以及经济形式的不同,企业经营者的权限、职能、角色表现等也显现出差异性。

(二) 所有权与管理权的分离

西方工业化发展的过程中,其企业领导制度经历了从“企业主经营管理制”到“经理经营管理制”的过程。工业社会发展初期,由于企业规模小,生产力水平低、技术简单,企业所有者凭经验直接管理企业,集财产所有权、决策权、监督权、管理权于一身。企业领导既是所有者又是经营者。随着工业社会的发展,企业的权力结构发生了重大变化,企

业所有权与管理权开始分离,产生了受雇于资本家的经理阶层。在美国两权的分离中还流传下一个故事,1941年10月5日,在美国马萨诸塞至纽约的铁路上,两列客车迎头相撞,造成几十人伤亡。对此,社会纷纷谴责老板无能。公众舆论普遍认为,必须要有懂行的专家来管理铁路,才能避免恶性交通事故再度发生。马萨诸塞的议会也积极推动这家铁路公司改革领导制度。在强大的社会压力下,企业主放弃了企业管理权,并把它授予了有一定管理才能的技术专家。从此,那些专门执行管理职能、掌握企业管理大权的管理者就被人们称为经理。由于经理制成效显著,在社会上很快得到普及。经理制从开始由技术专家担任经理到由管理专业人才任职,发展到管理专家集团的领导制度,成为现代企业管理的发展方向。但是至今,所有权与经营权合一的企业在美国仍然存在。

(三) 经营管理方的组织——资方协会

经营者作为一个特殊的社会群体,为了维护自身利益,扩大社会影响,特别是为了协调劳动关系,在其内部往往形成非正式的或正式的组织,从而增加这个群体的组织力量。这些组织一般是以群众团体出现的协会,如资方协会、雇主交涉协会、企业家协会、私营企业主协会以及个体劳动者协会等。

按照会员的要求和职能分类,资方协会在西方工业国家可以分为不同时期的不同类型,其中有以取消或削弱工会组织为目标的战斗性协会;有以联合资方经过努力,确保同工会达成有利的劳动合同的交涉性协会;有以正规组织出现,保持着全日制的由专家和职业交涉人员组成的班子,并向会员提供法律服务、接受会员委托、参与合同的签订与实施的实施性协会;还有仅提供集合地点或陈事厅,以便会员对未来交涉内容进行讨论和预测的磋商性协会。从目前来看交涉性协会已成为资方协会中最通行的一种职能类型。

由于资方协会建立与发展都晚于工会组织,从组织结构和管理上向工会组织学习了不少,在行政和财政上同劳工组织相当近似,从而可以看出工会组织对资方协会产生了很大的影响。

资方协会与工会组织相比,其特殊点在于资方对协会的信任度和参加的热情。和劳动者相比,经营者所处的环境差别是比较大的,从维护企业生存到繁荣、发展企业的利益出发,会员选择的劳动关系协调方式可能是大相径庭。企业的竞争、商业的猜疑心理、某些资方的自我感觉或者经济压力,使资方对协会的结盟的热衷程度大大低于劳动者。因此,在西方工业化国家中,对于资方协会,最严重的问题在于很难引导一切合法的企业加入协会。

(四) 西方雇主协会的沿革及功能转换

西方的资方协会产生于19世纪后半叶,是劳动力市场形成过程中的产物,是资方想通过伙伴联合以对付劳工的联合而建立的。从产生时间和演变发展过程来看,资方协会都落后于工会。资方协会成立的最初宗旨是反对工会,反工会的活动成为资方协会的主

要内容。19 世纪 70 年代开始 ,在美国的有些资方协会已开始执行某些交涉职能 ,如 纺织工业中的协会。20 世纪 30 年代以后 ,由于工会的斗争和劳工立法的颁布 ,使资方协会的大多数反工会的技术已成非法。政府对于集体交涉活动作为一种工业生活方式予以保护甚至鼓励。这样使大多数资方协会便无可奈何地 ,至少是公开地停止反工会的企图 ,而力求在同其有关的雇员代表交涉中争取签署尽量有利的合同 ,从而使资方协会在性质上发生了一个明显的变化 ,以带有交涉性质的活动代替了与工会的对立和斗争。资方协会虽然没有完全放弃反工会的努力 ,但在第二次世界大战以后 ,工会组织和集体交涉已经不可动摇 ,资方协会便把主要精力放在如何在国家及地方立法中争取限制劳工组织的经济权力上 ,而大大改变了它的职能。

【政府及劳动部门】

正如前文讲述 ,成熟的市场经济下的劳动关系的主体只有两方 ,即企业管理者群体和劳动者。然而 ,不可否认的 ,政府及劳动部门在劳动关系中也起到了外部调节的作用。

从市场经济国家的发展来看 ,政府在劳动市场中的作用 ,经历了一个逐步发展变化的过程。在工业化的诞生地英国 ,以及市场经济发达的美国 ,政府被雇主拉入劳动纠纷的历史可以追溯到 19 世纪初。当时政府在劳动市场上的作用就是应雇主的要求而援助雇主 ,并对工人组织进行羁绊。政府的这种作用同时受到抨击 ,在劳工运动还未成熟的时候 ,工会组织还未成为一支真正的政治力量之前 ,政府已越来越多地被要求在劳动市场上发挥更积极的作用。当时的童工法、机械扣押法、有关女工的立法和安全法 ,就是政府为了协调劳动市场的关系 ,保护弱小的交涉单位进行积极干预的结果。随着劳工运动的成熟 ,政府在劳动市场上的作用 ,在每个有影响的工业国家中都变得更具有主动性了。这些作用表现在 :对劳动市场上工会组织和集体交涉制度的保护和鼓励 ,通过强制性手段以及调解手段 ,在劳动市场力量的纠纷中行使仲裁者和调解人的职责。1947 年以后 ,美国政府为了保护和鼓励集体交涉活动 ,制定了许多进行集体交涉必须遵循的法则和规章 ,从而保护整个公众利益免受重大劳动争执的危害。这样 ,从工业化开始以来 ,政府在劳动市场上的经济作用 ,依次从保护雇主的经济利益开始 ,最后达到对于劳动关系中整个公共经济权益的保护。因此 ,市场经济条件下政府介入劳动市场 ,参与劳动关系是一个不可回避的问题。

【整体优化的劳动系统】

劳动关系的三大要素都具有自己的特性和作用,作为社会的群体和社会组织它们都独立存在着。如果不结成劳动关系,这些要素的特性与劳动关系的整体作用不发生什么关系。劳动关系的优化或恶化、稳定或冲突与劳动关系各方的特性没有直接的因果关系。按照系统论的整体原理解释,就是说,要素、部分的性能好,由其组成系统的整体功能不一定好;反之,要素性能差其整体功能也不一定差。系统功能的好坏不是由要素性能的好坏决定的,系统各部分之间连接得好,匹配合理,互相协调,整体功能就必然好;反之,搭配不好,互不协调的力量抵消,整体功能肯定不好。因此,整体功能不等于各部分的机械组合,这就是“系统论”的“非加和性”。系统方法从整体去研究事物的规律,其目的就在于通过系统要素的最佳组合,产生出系统要素孤立存在时所没有的新的属于整体的功能,是各要素综合创造的整体效应,即“一加一大于二”的效应。

从当前来看,优化劳动关系的根本所在就是主体各方、要素之间如何联接、搭配,如何互相协调,追求一种整体优化的效果。这就是现实中各种条件基本相同的企业有的团结向上,生产蒸蒸日上,而有的企业却纠纷不断,生产每况愈下的内在原因。

第三章

劳动争 论及 处理

【劳动争议】

（一）劳动争议的概念

企业劳动争议,又称企业劳动纠纷,或称企业劳资争议和企业劳资纠纷,是指企业劳动关系的双方主体及其代表之间在实现劳动权利和履行劳动义务等方面产生的争议或纠纷。

企业劳动关系的冲突,是指企业劳动关系的双方主体及其代表在涉及到与劳动相关的经济利益时所产生的矛盾及其激化的外在表现形式,或所采取的各种不同的经济斗争手段。这就是说,本书将企业劳动争议与企业劳动关系的冲突视为两个既密切相关又有一定区别的不同的概念。它们之间的重要联系和相关之处在于,两者都是指企业劳动关系的双方主体及其代表在涉及到与劳动相关的经济利益时或在实现劳动权利和履行劳动义务等方面产生的相互矛盾及其表现形式;且这种矛盾在其初始阶段或并不激烈的情况下一般表现为企业劳动争议,这种矛盾发展到一定程度或变得激烈时就外化为企业劳动关系的冲突,可以说,企业劳动争议与企业劳动关系的冲突是一个问题的两个阶段,或一个问题的两个方面。当然,企业劳动争议并不必然发展为企业劳动关系的冲突,企业劳动争议可以通过适当的方法加以化解,而不必走向激化的形式;企业劳动关系的冲突也并不必然通过企业劳动争议这一阶段才会发展起来,企业劳动关系的双方主体及其代表之间的矛盾有时就直接趋向于激烈的形式,直接成为企业劳动关系的冲突。

企业劳动争议,是企业劳动关系双方主体及其代表之间在实现劳动权利和履行劳动义务等方面产生的争议,而企业劳动关系就其本质而言是企业劳动关系双方主体之间的

一种经济利益关系。因此,企业劳动争议就其本质上来说主要是双方主体围绕经济利益产生的权利和义务的矛盾和争议。

(二) 劳动争议的内容

劳动争议的基本内容基本上有以下几个方面:

①涉及到集体合同的执行、撤销和重新谈判等问题而发生的争议。这是与劳动相关的企业管理问题。

②涉及到劳动合同的执行、解除、变更和终止等问题而发生的争议。这也是与劳动相关的企业管理问题。

③涉及到工人的录用、辞退、辞职和工作变动等问题而发生的争议。这还是与劳动相关的企业管理问题。

④涉及到工资、津贴和奖金等问题而发生的争议。

⑤有关就业培训和职业训练等方面问题而发生的争议。

⑥有关劳动保障、劳动福利以及女职工、未成年劳工特殊保护等方面问题而发生的争议。

⑦有关社会宏观因素和企业外部环境如通货膨胀、失业、社会保障、外国投资、政治因素和税率等问题而发生的争议。

⑧有关工会的成立、运作、管理和代表权等问题而发生的争议。

⑨有关工作安全和劳动卫生等问题而发生的争议。

⑩有关工作时间和休息、休假等问题而发生的争议。

(三) 劳动争议的特点

企业劳动争议是发生在企业内部的企业劳动者与企业管理者之间的利益矛盾、利益争端或纠纷。它与一般的民事纠纷或民事争议相比,具有以下几方面明显的特点:

(1) 有特定的争议内容

只有围绕经济利益而发生的企业劳动权利和劳动义务的争议,才是企业劳动争议;凡是在企业劳动权利和劳动义务范围之外的争议,都不属于企业劳动争议。如企业因财务问题、营销问题以及职工的股份分红问题而发生的争议就不属于企业劳动争议。

(2) 有特定的争议当事人

企业劳动争议的当事人就是也只能是企业劳动关系的双方主体,即一方是企业管理者及其代表,另一方是企业劳动者及其代表。只要也只有劳动者及其代表与企业管理者及其代表之间通过集体合同或劳动合同建立了劳动关系,他们才有可能成为企业劳动争议的双方当事人。只有发生在企业劳动关系双方主体之间的争议,才是企业劳动争议。

(3) 有特定的争议手段

争议手段是指争议双方当事人坚持自己主张和要求的外在表达方式。企业劳动争

议的手段不仅包括劳动者的怠工、联合抵制以及雇主的黑名单、排工等方式,也包括企业劳动关系双方主体经常使用的抱怨、旷工、工作周转、限制产量、工业意外事故以及工业破坏活动等方法。这些便构成了企业劳动争议特定的手段。

【引发劳动争议的原因】

劳动争议的发生,说明劳动关系在运行过程中碰到了障碍,是劳动关系中存在的
不稳定因素呈显性化、复杂化状态,是劳动关系这一矛盾诸方面运动的结果。无论什么事物的运动都采取两种状态,相对地静止的状态和显著地变动的状态。两种状态的运动都是由事物内部包含的两个矛盾着的因素相互斗争所引起的。当着事物的运动在第一种状态的时候,它只是数量的变化,没有性质的变化,所以显出好似静止的面貌。当着事物的运动在第二种状态的时候,它已由第一种状态中的数量的变化达到了某一个最高点,引起了统一物的分解,发生了性质的变化,所以显出显著地变化的面貌。我们在日常生活中所看见的统一、团结、联合、调和、均势、相持、僵局、静止、有常、平衡、凝聚、吸引等等,都是事物处在量变状态中所显现的面貌。而统一物的分解、团结、联合、调和、均势、相持、僵局、静止、有常、平衡、凝聚、吸引等等状态的破坏,变到相反的状态,便都是事物在质变状态中,在一种过程过渡到他种过程的变化中所显现的面貌。事物总是不断地由第一种状态转化为第二种状态,而矛盾的斗争则存在于两种状态中,并经过第二种状态而达到矛盾的解决。

【劳动争议的处理制度】

(一) 处理体制的选择

各国处理劳动争议所遵循的立法原则不外两种:一是自愿原则,二是强制原则。遵循不同的基本原则,就会形成不同的组织体制和办案体制。

根据自愿原则,调解或仲裁机构独立于政府的特征较强,由双方当事人协议是否调解或仲裁,和解协议必须是双方自愿达成,仲裁人员应由当事人选择。这就形成了“裁审自择”、“裁审分轨”的双轨体制。

根据强制原则,调解或仲裁机构与政府的联系较多,政府常常从中起主要作用,劳动争议任何一方当事人或者政府无须协商均可依据法律规定交付仲裁解决争议,仲裁人员由仲裁机构指定。在强制原则下有的国家规定仲裁裁决具有终局效力,有的国家则规定对裁决不服,当事人可向法院起诉,形成“裁审衔接”的单轨体制。

（二）劳动争议处理的一般方法

（1）劳资双方自行解决

劳资协商制度是市场经济国家处理企业劳动争议的一种重要制度，协商解决的办法在处理企业劳动争议中使用的频率相当大。

协商解决的办法，主要是指劳资双方在平等的地位上就彼此争议的问题和焦点进行协商，以求得问题的解决。劳资协商制度，由于各国的国情和历史、传统的不同，形成各自不同的协商风格和协商内容，所以，各国都有自己不同的特点。概括起来，主要有劳资对话制、劳资共决制、工人代表制三种。

在市场经济国家，企业集体谈判也往往作为解决企业劳动争议的主要手段之一。实际上，企业集体合同在某种程度上也可以看做是企业劳动争议处理的一种结果或结论。因此，可以说，与劳资协商制度一样，集体谈判制度也是市场经济国家一种重要的企业劳动争议的处理制度。

在很多市场经济国家，企业劳动争议发生后，劳资双方协商常常是前奏，在双方协商不成的情况下，才使用集体谈判。在日本，劳资双方更是巧妙地综合使用这两种方法为自己的利益服务。

企业管理者主要通过劳资协商制来阻碍或缓和工会参与管理的要求，工会则在协商阶段将有关问题和信息集中起来，强化自己的斗争手段，为确立自己在集体谈判中的有利地位奠定基础。

（2）第三方参与解决

由劳资双方自己解决彼此之间的劳动争议或纠纷在市场经济国家已经形成了各种成熟的制度，这就是上文分析的劳资协商制度、集体谈判制度等。而当劳资双方彼此之间根本达不成协议时，即劳资双方自己无法解决彼此之间的劳动争议时，就需要借助于第三方参与来解决这种争议，一般来说，企业劳动争议处理中的第三方参与主要有三种基本办法：调解、仲裁和诉讼。

我们所说的处理劳动争议，一般而言，均是指有第三方参与的劳动争议处理，在第三方参与的企业劳动争议处理的三种主要办法中，除诉讼以外，其他两种办法都需要建立相应的企业劳动争议处理的组织机构。企业劳动争议处理的组织机构的组建要实行“三方原则”，即在组织机构当中，必须有企业劳动争议的双方当事人代表和第三方或中立方的代表。中立方的代表一般由政府或公益机构委派。企业劳动争议处理的组织机构的三方组建原则早在1919年的《国际劳工组织章程》中就已得到了体现；1992年国际劳工大会上，劳工局长的《民主化和国际劳工组织》报告中对“三方原则”又进行了重新的强调。目前，发达市场经济国家的劳动立法中，大多数对企业劳动争议处理组织机构的三方组建原则都进行了必要的规定或说明。

(三) 劳动争议的处理原则

(1) 合法原则

合法原则是指企业劳动争议的处理机构在处理争议案件时要以法律为准绳,并遵循有关法定程序。以法律为准绳,就是要求对企业劳动争议的处理要符合国家有关劳动法规的规定,严格依法裁决。遵循有关法定程序,就是要求对企业劳动争议的处理要严格按照程序法的有关规定办理,企业劳动争议处理的开始、进行和终结都要符合程序法的规定。同时,对双方当事人应该享受的请求解决争议、举证、辩解、陈述和要求回避等有关程序法的权利要给予平等的保护。

(2) 公正和平等原则

公正和平等原则是指在企业劳动争议案件的处理过程中,应当公正、平等地对待双方当事人,处理程序和处理结果不得偏向任何一方。尽管企业管理者和劳动者双方当事人在企业劳动关系的实际运作过程中所处的地位是不一样的,前者处于领导者、支配者的地位,后者处于被领导者、被支配者的地位,而一旦企业劳动争议形成,并进入处理程序阶段,两者便是平等的争议主体,都受到法律的平等保护。公正和平等原则要求企业劳动争议的任何一方当事人都不得有超过法律和有关规定以上的特权。

(3) 调解原则

调解原则是指调解这种手段贯穿于企业劳动争议第三方参与处理的全过程。不光企业调解委员会在处理企业劳动争议中的全部工作是调解工作,而且仲裁委员会和法院在处理企业劳动争议中也要先行调解,调解不成时,才会行使裁决或判决。同时,即使是仲裁委员会的裁决和法院的判决也要以调解的态度强制执行,否则其法律效力的发挥也会大打折扣。

(4) 及时处理原则

及时处理原则是指企业劳动争议的处理机构在处理争议案件时,要在法律和有关规定要求的时间范围内对案件进行受理、审理和结案,无论是调解、仲裁还是诉讼,都不得违背在时限方面的要求,如企业劳动争议调解委员会对案件调解不力,要在规定的时限内结案,不要影响当事人申请仲裁的权利,企业劳动争议仲裁委员会在调解未果的情况下,要及时裁决,不得超过法定的处理时限,法院的处理也是这样,在调解未果的情况下,要及时判决。总之,及时处理原则就是要使双方当事人合法权益得到及时的保护。

(四) 劳动争议处理的程序

(1) 调解

调解是西方国家最为常用的解决劳动关系冲突和减少工人罢工次数的办法。实际上,调解也是市场经济国家处理劳动争议的基本办法或途径之一。

调解分为劳动争议调解委员会的调解和劳动争议仲裁委员会的调解两类。前者是自愿性的,即由当事人决定是否提请劳动争议调解委员会调解;后者是强制性的,即只要

提请劳动争议仲裁委员会,就必须进行调解,这也是一项工作制度,一般经调解不成的,才进行裁决。

作为处理企业劳动争议的基本办法或途径之一,调解不是指企业劳动争议进入仲裁或诉讼以后由仲裁委员会或法院所作的调解工作,而是指企业调解委员会对企业劳动争议所作的调解活动。企业调解委员会所作的调解活动主要是指,调解委员会在接受争议双方当事人调解申请后,首先要查清事实、明确责任;在此基础上,根据有关法规和集体合同或劳动合同的规定,通过自己的说服、诱导,最终促使双方当事人在相互让步的前提下自愿达成解决企业劳动争议的协议。

目前,劳动争议调解委员会设于企业,由企业的职工代表、行政代表和工会委员会代表组成,主任由各成员共同推举,委员会的工作受职工代表大会的领导。劳动争议调解委员会的调解,必须有当事人一方提出申请,同时另一方表示愿意接受,才能进行。当事人任何一方不愿接受调解,或调解达不成协议,只能交付仲裁。应当注意的是,按规定因开除、除名、辞退违纪职工发生的争议必须直接提交劳动争议仲裁委员会,而不能向劳动争议调解委员会申请调解。另外,若发生劳动争议的职工一方人数为10名以上,并具有共同申请理由,可由当事人推举1至3名代表,参加调解或仲裁活动。

实施调解的结果有两种:一是调解达成协议,这时要依法制作调解协议书。二是调解不成或调解达不成协议,这时要做好记录,并制作调解处理意见书,提出对争议的有关处理意见,建议争议双方当事人依照有关法规的规定,向劳动仲裁委员会提出仲裁申请。

调解协议由调解协议书具体体现。只要达成协议,争议双方当事人要自觉执行调解协议;当然,双方当事人也有对调解协议反悔的权利。调解委员会对当事人的反悔只能说服、劝解,无权强制执行,但有建议仲裁的权利。只要一方当事人对协议反悔,或拒不执行协议,经调解委员会说服、劝解无效,就视为调解不成。

劳动争议调解委员会处理劳动争议,应当自当事人提出申诉之日起30日结案,到期未结案则视为调解不成。

以调解方式解决劳动争议,具有程序简易、费用低廉、有利于促进当事人之间的团结和维护正常生产秩序等优点。而且,由于调解协议完全出自双方自愿,一般都能严格执行。但是,由于调解完全依靠当事人的自愿,难以保证所有劳动争议都得到解决。因此,除了这种方式以外,还必须具有更加具有权威的解决办法。

(2) 仲裁

仲裁是西方国家另一种解决劳动关系冲突的办法。同时,仲裁也是市场经济国家处理劳动争议的另一种基本办法或途径。仲裁是指劳动争议仲裁机构依法对争议双方当事人的争议案件进行居中公断的执法行为,其中包括对案件的依法审理和对争议的调解、裁决等一系列活动或行为。

劳动争议仲裁委员会由劳动行政机关代表、工会代表和企业主管部门代表组成,三方代表应当人数相等,并且总数必须是单数,委员会主任由同级劳动行政机关负责人担

任,其办事机构为劳动行政机关的劳动争议处理机构。劳动争议仲裁委员会对于劳动争议双方来说是第三者,它的决定无须经双方同意,并具有法律强制力,因而仲裁是比调解更为有效的解决方法。按规定,劳动争议的任何一方不愿调解、劳动争议经调解未达成协议时,均可向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请,并提交书面申请书。申请书应写明争议双方当事人的情况、申请仲裁的理由、要求解决的问题及有关的证明材料等。申请人应根据争议双方的人数提交申请书若干份。

当事人申请仲裁,因履行劳动合同而发生的争议,应自争议发生之日起 60 日内或从劳动争议调解委员会调解不成之日起 30 日内,向劳动争议仲裁委员会提出。因开除、除名、辞退违纪职工而发生的争议,当事人应于企业公布处理决定之日起 15 日内申请仲裁。因特殊原因,当事人可在其知道或应当知道权利被侵害之日起 1 年之内提起追诉。超过规定期限,仲裁机构不再受理。

仲裁委员会在收到仲裁申请后一段时间内(一般为 7 天)要作出受理或不受理的决定。决定受理的,仲裁委员会要及时通知申请人和被申请人,并组成仲裁庭;决定不受理的,要说明理由。

在受理申诉人的仲裁申请后,仲裁委员会就需要进行有针对性的调查取证工作,这其中包括拟定调查提纲,根据调查提纲进行有针对性的调查取证,核实调查结果和有关证据等。调查取证的主要目的是收集有关证据和材料,查明争议事实,为下一步的调解或裁决做好准备工作。

劳动争议仲裁委员会在处理劳动争议时,应先行调解。调解成功,劳动争议仲裁委员会制作调解书,由双方当事人签字,劳动争议仲裁委员会成员署名,并加盖委员会印章,调解书一经送达当事人,即发生法律效力,当事人必须执行。一方不执行,另一方当事人可申请法院强制执行。如调解不成,则应及时仲裁,由劳动争议仲裁委员会召开会议,并根据少数服从多数的原则作出仲裁决定。仲裁决定作出后,应制作仲裁决定书。由劳动争议仲裁委员会成员署名,并加盖委员会印章,送达双方当事人。

当事人一方或双方不服仲裁的,可以在收到仲裁决定书之日起 15 日内向人民法院起诉;一方当事人期满既不起诉也不执行的,另一方当事人可以申请人民法院强制执行。

与企业劳动争议的调解相比,企业劳动争议的仲裁具有这样一些明显的特点:仲裁申请可由任何一方当事人提出,而不必由双方当事人共同提出,或不必在双方当事人首肯的情况下由一方当事人提出;仲裁机构的仲裁调解或仲裁裁决依法生效后具有强制执行的法律效力,当事人必须执行;仲裁机构在调解不成的情况下,必须作出最终裁决。

劳动仲裁是世界各国解决劳动争议较普遍的方法,其基本精神是由一个中立的第三者对当事人之间的争议作出评判。仲裁和调解相比,最大的特点是其更具权威性和法律效力。从我国劳动争议仲裁来看,仲裁活动具有一定的行政性质,也有一定的群众性质,不是纯粹的司法活动。根据司法最终解决的法制原则,劳动争议的最终解决只能依靠国家司法机关,这也是许多国家所普遍遵循的原则。因此,我国劳动争议处理程序还包括

人民法院的审判。

(3) 审判

劳动争议当事人不服仲裁,可以在收到仲裁决定书之日起 15 日内向法院起诉,由法院依民事诉讼程序进行审理及判决。法院审判劳动争议的最大特点在于它的处理形式严肃性与权威性及其法律效力。但审判毕竟是解决劳动争议的最后阶段,由于有调解和仲裁程序在前,所以,真正通过审判解决的劳动争议并不多。

企业劳动争议案件的审理,可以在普通法院,也可以设立专门的劳动(劳工)法院。如德国劳动法院、芬兰劳工法庭等就是专门设立的劳动法院。

与企业劳动争议的仲裁相比,企业劳动争议的法律诉讼具有这样一些鲜明的特点:法律诉讼是在法院进行的,法院在处理企业劳动争议的过程中有权采取强制措施,法律诉讼程序相对较为复杂,各种证据和材料的准备相对较为严密,法院的调解或判决具有最终解决争议的效力,可以由自己对争议当事人实施强制执行。

企业劳动争议的法律诉讼一般由这样几个阶段组成:

① 起诉、受理阶段。起诉是指争议当事人向法院提出诉讼请求,要求法院行使审判权,依法保护自己的合法权益。诉讼请求要尽可能详细,要明确被告,要说明要求被告承担何种义务等;在诉讼请求明确的同时,还要尽可能多地提供争议发生的时间、地点、争议经过和有关事实根据以及相应的法律文书等。

受理是指法院接收争议案件并同意审理。法院的受理与否是在对原告的起诉进行审查以后作出决定的。对决定受理的案件,法院要在规定的时间内通知原告和被告;对决定不予受理的案件,法院也应在规定的时间内通知被告,并尽量说明理由。当然,对法院裁定为不予受理的案件,原告可以上诉。

② 调查取证阶段。法院的调查取证除了对原告提供的有关材料、证据或仲裁机构掌握的情况、证据等进行核实外,自己还要对争议的有关情况、事实进行重点的调查,包括查明争议的时间、地点、原因、后果、焦点问题以及双方的责任和态度等。法院的调查取证要尽可能对各种证据进行仔细、认真的收集和核实。

③ 进行调解阶段。法院在审理企业劳动争议案件时,也要先行调解。法院的调解也要在双方当事人自愿的基础上,法院不得强迫调解。法院调解成功的,要制作法院调解书。法院调解书要由审判人员、书记员签名,并加盖法院的印章;法院调解书在由双方当事人签收后,即具备了法律效力,当事人必须执行。法院调解不成或法院调解书送达前当事人反悔的,法院应当进行及时判决。

④ 开庭审理阶段。开庭审理是在法院调解失败的情况下进行的,这一阶段主要进行这样一些活动:法庭调查、法庭辩论和法庭判决等。法庭调查主要是由争议当事人向法庭陈述争议事实,并向法庭提供有关证据;法庭辩论一般按照先原告后被告的顺序由双方当事人及其代理人对争议的焦点问题进行辩论;法庭判决是在辩论结束以后,由法庭依法作出判决。法庭判决要制作法庭判决书,法庭判决书在规定的时间内要送达当事

人。

⑤判决执行阶段。法庭判决书送达当事人以后,当事人在规定时间内不向上一级法院上诉的,判决书即行生效,双方当事人必须执行。当事人不服一审判决的,有权向上一级法院上诉。

(五)劳动争议处理中的三方机制

“三方机制”是近百年来在西方发达国家逐步形成并推广的一种社会关系和企业劳资关系的协调机制。所谓三方,一方指以政府为代表的国家(在许多国家是由政府的劳动部、社会部或就业部作为国家的代表),另外两方是雇主(企业主、工厂主)和工人的代表,而工人通常是由工会作为其代表。“三方机制”在调解社会矛盾,解决劳资冲突方面发挥着重要作用。随着经济日益全球化,“三方机制”已推广到许多国家和地区,三方原则成为各国协调劳资关系、处理劳资纠纷的共同准则。我国作为国际劳工组织的成员国,无疑应当使劳动制度,包括劳动争议处理制度尽可能地与国际通行的制度接轨或靠拢。

关于“三方机制”的内容,目前有几种不同的理解,有的理解为劳动争议调解或仲裁的办案机制;有的理解为组织机制,即主张只需劳动争议处理机构中的组织有三方代表组成即可,有的则理解为综合机制,即主张从劳动争议处理制度的各个方面综合落实“三方原则”,而不能只强调某个方面。

“三方机制”中用人单位代表,本应在用人单位团体(即雇主团体)中产生,实践中以政府经济综合管理部门的代表充当用人单位方面的代表,这是缺乏法律依据和理论依据的。其一,用人方是经济管理机关的相对人,相对人和管理人的利益并不一致;其二,掌握管理权的机关作为一方利益的代表,对另一方显失公平;其三,这种经济综合管理部门往往不能代表各种所有制形式的企业。

(六)全球化下的劳工政策

自二次大战结束以来,贸易自由化、多国籍企业的发展,以及资本与劳工的跨国移动程度等,逐步提高,反映了经济全球化的趋势。随着经济全球化,劳工政策也应全球化,而与该政策有关的政府的干预角色,国际合作,以及文官体系等,也应做观念的调整。

(1)不可挡的经济全球化潮流

既存研究对因应经济全球化的劳工政策,曾提出不少见解,例如,Trebilcocketal.归纳欧美国家因应全球化而曾采行的劳市调整政策有以下四类:①维持工作机会,包括对工资直接补贴、对企业(特别是造船、煤矿、纺织、成衣、制鞋和钢铁等业)产出补贴、对企业内的多余人力进行训练之补贴、缩短工时之补贴和协助员工买下公司(如低利贷款、租税优惠)等。②保持收入水准,包括一般性的失业救济和针对特定行业(衰退产业)或特定状况(受进口品冲击)的特殊所得福利措施。③协助转业,包括提供就业资讯、介绍就业、

关厂善后保护(如订定关厂法、预先通知之要求、给予合理资遣费、补助职业训练)等。④创造新的工作机会,包括补贴民间部门增雇员工和扩大公共部门(含公营事业)的雇用人数。这些建议涉及就业促进以及失业之纾缓与协助。

(2)全面性全球化劳工政策

从这些政策建议的内容可知,彼此的互助关联性很高。尤有甚者,全球化下的劳工政策不能自外于产业、贸易、财政、货币、治安、教育、社福、医疗、外交等其他总体政策;也不能忽视外国的各项政策对台湾各项政策的冲击(若不是直接影响劳工政策,则会透过其他政策间接影响劳工政策)。因此,全球化的劳工政策可区分为三个层次的结构,最底层是国内的劳工政策,其次是国内的其他政策,第三层则是外国的各项政策。

为了让全球化劳工政策更为完美,尚需了解政府干预角色、国际合作,以及拥有全球观念的重要性。

政府要不要干预劳动市场的运作,根本不是问题(因为一定要干预的),真正的关键是如何干预的问题。

事实上,政府的干预宜以提高市场机制的运作程度为目标,政府行为易因以下三种原因而失灵:

①官员有寻租(rent-seeking)行为

官员也是人,也有自利心。当他们借公共部门的职位而拥有干预劳动市场的权力时,难免会按照自己倾向劳方或雇方的立场,在法律许可的范围内,权衡调整。政策的执行者(不论位阶高低)对于政策的效果,都有不可忽视的影响力,着法令不可能完美地界定各种具体状况,且环境变迁快速,根本不是静态。

②政府的效率不易避免

公共部门低效率的主要导因有三:一是它具有高度的独占性,二是它在管理上重防弊而轻兴利。独占之下,缺乏完全可资评比的对象,故其员工有时会夸大工作量,膨胀工作的重要性,呈现帕金森定律(Parkinson's Law)之状,其管理者则常对特定事件反应过度,从而会订定一般性的规范,来防范鲜少发生的事件,形成“鲜少事件规模效果”,这些都不利于公共部门之生产效率。第三个主因是,政党政治下,在野党在政策制定时,会经由妥协而纳入与执政党不同(有时矛盾)的见解,执政党会妥协亦是基于可能变成在野党或为求得共识之故,致令执行时可能发生法源不一致之困扰。

③执行成本高昂

政府若欲取代市场机制,必须充分搜集市场失灵背后的相关讯息,而政府行为若欲平衡有关群体对政策的看法,必须准确评估各群体的反应系数和政策之效果。这些做法都不容易,尤其劳方和雇方内部的异质性愈来愈高,变迁也日渐快速,遂令执行成本不易降低,政府失灵也难以排除。

先进国家的经验显示,市场竞争有利于得到较佳效率的结果,而政府可将直接干预市场的手段改为以管制之规范来促进市场的自由化,从而激励竞争效率。再者,政府的

主导力量太强,乃是一刀两面的情事:它固然可能使政策较易推动,但也可能较重视分配之目标,从而轻忽效率之目标。所以,政府要谨慎思量干预的手段。

在追求国际合作方面,面对经济全球化,劳工政策如果仍以国界为限,将面临盲点:一来本国的法律、政策不易充分约束本国籍企业海外分支机构的行为,二来外国的法律、政策可能与本国者产生冲突,而有抵消原先期望效果之虑。例如,美国对劳动三权的保障相当充分,但美商在台湾的子公司对劳动三权的尊重绝比不上在美国本土的状况,只是比本土企业较会遵守法令而已;台商在台湾强调人性化管理,到了大陆就强调军事化管理。而提高全球化的程度可能增加本国的失业率,造成所谓“社会倾销”的结果。

因此,面临企业全球化的态势,必须尝试国际合作的可能性。由于各国的政策目标、经济环境、政治生态和社会背景等,都有所差异,故欲追求各国间的合作,并非易事。例如,1948年时,GATT的创始国就曾在“全球贸易组织”(ITO)的宪章中,明列劳工权益条款,欲适用于GATT的会员国;后因美国国会反对,致ITO流产,而GATT遂无劳工权益的规范,仅有禁止强迫性劳动之约束。近几年来,美国和北欧国家建议在GATT中增列劳工权益条款,却未能获得多数的赞同。1996年12首届WTO部长级会议的“新加坡宣言”(SingaporeWTOMiniSterialDeclaration)虽强调,与会者支持国际劳工组织(ILO)所制定的劳动基准,但并无强制约束力。

比较有效的例子有三:一是美国单方面地引用其综合贸易法中的第301条,要求贸易对手国积极改变其劳工法令或政策(如提高劳动基准之强制规范),否则就施以贸易报复(俗称“蓝色301”)。过去台湾压抑工会的政策曾遭美国指责而有所放松,劳基法的制定也部分缘于美国施压。二是NAFTA在美国国会批准的过程中,为安抚工会反对NAFTA的立场(怕墨西哥会对美、加造成“社会倾销”),而增列劳工合作附属协定,但该协定仅涉及安全卫生、最低工资和童工等项目。三是EU在整合过程中的做法。它在EC成立之初,就设立“欧洲社会基金”和“欧洲投资银行”,借以让国力较强国家对国力较弱者提供财务补贴,以缓和输入失业的效果。再者,它始自1961年订定的社会宪章,追求会员国劳工权益规范的统一,迄今已在安全卫生、同工同酬、大量裁员的最低要求、调动保障、孕妇产妇保护、工时保护、青少年工作保护等项目上,获得共识。

这些现象都表示,经贸往来愈密切的国家之间,似可尝试就劳工政策的国际合作,展开对话。

在培育全球观的文官体系方面,要適切地因应企业全球化的发展,必须规划和执行全球化的劳工政策,而欲该劳工政策完美,需拥有全球观的文官体系。

(七)建立劳资协商机构

若想在生产事业上迎头赶上其他国家,首要任务便是建立劳资协商机构。劳资关系基本上可分为两个层面来谈:其一,是劳动者与其直接上司的关系;其二,是工会与资方高级主管的关系。这两种在本质上,都是对立的。以劳动者和直接上司而言,劳动者要

求工作有保障和较高待遇 ,因此他们联合团结 ,组成工会。直接上司负责对劳动者的工作成绩予以评估 ,这关系到劳动者的待遇 ,而双方对工作成绩意见不尽相同 ,自会产生冲突。以工会和资方高级主管而言 ,工人付钱给工会 ,工会为求更多的会员加入 ,必希望有更多的工作机会。而资方主管为求精简成本 ,势必希望最少的工人从事最多的工作 ,并希望消除工会的力量。这两项对立的关系 ,再加上“ 资方付钱给工人 ,工人付钱给工会 ” ,这种复杂的利益三角关系 ,使劳资关系变得非常复杂。

而解决这种复杂劳资关系的关键 ,便在于能否在每个企业中 ,建立一个机构或委员会 ,由劳资双方代表共同参与 ,以理性、诚恳的态度互相讨论问题、解决问题。这种机构要运作成功 ,必须有四个条件 :第一 ,管理方式完全公开化 ,双方本身工作若有任何隐瞒、欺骗 ,则双方的信心破灭 ,便完全无法讨论任何问题。第二 ,任何会议、商讨 ,必须针对问题 ,不可有‘ 打太极拳 ’的情形出现。第三 ,此种组织中必须有工会人员参与。第四 ,当劳资双方未能达成协议时 ,资方仍应实行其政策。这个方式在欧洲和日本都行得通 ,但在美国 ,则因企业界的资本主义色彩过浓 ,因此实行时多有困难。

改善劳资关系 ,是企业界的当务之急 ;良好的协调制度若不迅速建立 ,则生产业永无出头之日。

第四章

劳动运 作 实 践

【新加坡的劳动关系协调模式】

新加坡政府在建立稳定的劳动关系过程中,非常注重三方性原则。政府同雇主以及工会经常就劳动关系问题进行会谈与协商。坚持三方性原则使一些敏感问题得到三方认可,也为政府、雇主、工会间的伙伴关系的建立奠定了基础。按照三方性原则建立起来的协调劳动关系和劳动争议的国家一级的机构主要有:国家工业仲裁法庭、劳资纠纷调查委员会、全国工资理事会、国家生产委员会。这些机构在解决劳资纠纷,促进劳资合作中起着非常重要的作用。

(一) 国家劳动仲裁法庭

这个法庭是1960年新加坡政府根据产业关系法条款建立的,叫工业仲裁法庭。这个法庭由专职庭长10名雇主组织陪审员和10名工会组织陪审员组成。陪审团成员分别由雇主协会和新加坡职工总会提名并由劳工部长认定,任期为一年,也可连任。

劳资法庭在处理劳资之间由于权力和利益而引起的纠纷中拥有完全的裁定权,劳资之间的纠纷可以在一个月内做出最终裁决,裁决对双方都具有法律约束力。劳动仲裁法庭的另一个作用是确认雇主和工会双方签订的集体合同的合法性,负责对集体合同的解释以及由于正当理由对集体合同进行修订的要求。这个法庭自60年代成立后的20多年中,对涉及到30多万雇主和雇员的1000多例有关工作条件、工资补助的案件进行了裁定,还确认了覆盖80多万雇员的5000多个集体合同,从而使劳动仲裁法庭成为解决劳资纠纷的最权威机构。从1965年起,劳动仲裁法庭在依法裁决之外,还通过登记员向

纠纷双方提供非正式调解服务。经法庭认可后,非正式调解服务使劳资纠纷在提交法庭前便有可能圆满解决。由于这种方式有助于加强雇主与雇员间相互理解,促进双方的有效合作,稳定劳动关系,新加坡政府重视并提倡这种方式。

(二)劳资纠纷调查委员会

这是政府的非常设机构,由劳工部授权组成,其作用是对劳资纠纷进行调查并向政府提出调查报告。依据新加坡《劳动关系法》,劳工部长只有在劳资纠纷无法通过集体谈判和依法裁定而顺利解决时,才能行使这一权力。调查委员会由部长认为合适的人选组成,依据部长对问题设置的程序,自行决定调查方式。中期报告提交部长,调查结论向议会提交报告,调查委员会的裁决对纠纷双方都具有法律约束力。案件终结,调查委员会解散。

(三)全国工资理事会

这个组织成立于1972年,由政府、工会和雇主三方的5个成员组成。每年年初理事会举行会议,对企业工资增长额提出指导意见,并于6月份公布于众。这个建议虽不是强制性的,但在新加坡有86%的企业部把理事会的建议作为确定本企业工资水平的重要依据而加以执行。这个委员会也对企业的工作条件、福利补助、津贴等提出建议,这些建议一般都可得到劳资双方的响应。几十年来,全国工资理事会在工资方面的协调作用对于避免劳资对抗起到了积极作用。

(四)国家生产委员会

这是个由三方组成的并有专业学术团体的代表参加的组织,其目标是为提高管理者、工人的生产意识,培训管理人员,提高企业的劳动生产率。1981年这个委员会指定专门班子负责起草了20世纪80年代在新加坡开展改进工作态度、改善劳资关系的运动的报告。这个报告强调了科学技术、管理的人际关系对提高劳动生产率的作用。实际上这是一个从教育入手,从提高企业人员素质入手,加强劳资合作,防微杜渐,减少劳资纠纷的组织。

【美国的改善劳资关系实验】

“有目的地改善劳资关系”实验,是由美国联邦调解服务机构(theFederalMediationandConciliationService,简称FMCS)倡导和发起的,其目的是从根本上改变工作场所劳动关系的性质和质量。该实验主要是为那些劳资双方存在对抗和不信任而彼此又希望

和需要改变劳资关系现状的工作场所或企业设计的。在接受这种实验的企业 ,劳资双方可以讨论彼此的分歧点以及造成劳资关系紧张和对抗的原因 ,通过讨论 ,劳资双方可以开发和建立一套能够用来改善劳动关系质量的战略对策。RBO 实验实际上是一项组织发展技术 ,它是在联邦调解服务机构调解员的培训和组织下实施的 ,所有参加者都来自同一企业劳资关系双方 ,并有时间表约束它的实施。美国开始实施 RBO 实验的时间是 1975 年 ,到 80 年代早期 ,每年有不到十个的企业参加该项实验。

RBO 实验的主要优点是 ,可以改善因潜在的劳资敌对而已经恶化和停止有效运作的企业劳动关系 ,实现企业劳动关系的合作 ;同时 ,这种实验的各方面成本花费相对小一些 ,且不会损害到现有的企业劳动关系的有益方面。

【美国的产业化社区劳资委员会】

过去几十年特别是最近几年来 ,劳资双方愿意参加各种区域或各种产业委员会 ,这种区域或产业委员会可以给劳资双方提供一个相对独立的空间或人群环境。就拿产业劳资委员会来说吧 ,它通过改善集体谈判关系 ,提供必要的技术服务 ,提高劳动者的劳动生产率 ,提高产品质量 ,改善健康和安全 ,提供工作保障等一系列工作和努力 ,可以帮助本行业雇主解决共同存在的问题。

美国基础钢铁产业于 1960 年成立的“ 人类关系委员会”(theHumanRelationsCommittee)就是一个典型的产业劳资委员会。1959 年 ,美国基础钢铁产业发生了较长时间的工人罢工。面对复杂的劳资冲突问题 ,雇主们无法通过自己的力量加以解决。

于是 ,“ 人类关系委员会 ”便就工资与福利的调整指南、工作分类系统、职位高低的确认 ,以及雇员的医疗保健等问题开展了研究 ,并提出了自己的解决办法和建议。可以说 ,“ 人类关系委员会 ”的工作 ,对于解决基础钢铁产业各企业的劳资冲突 ,实现企业劳动关系的合作 ,发挥了十分重要的作用。人们普遍感到 ,该委员会及其分委员会的有效运作 ,是劳资双方下一个合同谈判和签署顺利进行的有力保证。然而 ,由于基础钢铁产业接下来问题的不断出现 ,“ 人类关系委员会 ”的工作越来越失去了效力。随后 ,另一种于 20 世纪 70 年代中期问世的“ 实验谈判协定 ”,在基础钢铁产业取代了“ 人类关系委员会 ”的工作。事实上 ,“ 实验谈判协定 ”是通过利益仲裁的实施完成的 ,它不是一个产业劳资委员会的形式。

社区劳资委员会的成立和发展 ,总的来说 ,是为了解决社区范围内劳资冲突、实现社区内企业劳动关系合作的。一般来说 ,社区劳资委员会是一个劳方、资方有时也有政府组织成员共同自愿组成的联合体 ,其要解决的直接问题是影响社区或区域内经济健康运行和发展的有关问题。比如在美国纽约的詹姆斯敦 ,由于制造行业工作机会的减少而导

致的高失业率以及该地有名的罢工历史,迫使其市长在 1971 年发起成立了一个劳资委员会。很明显,詹姆斯敦区域劳资委员会在增加就业机会、强化社区经济基础等方面发挥了非常重要的作用;同时,劳资委员会通过发展企业劳资合作项目,将劳资双方结合在一起,让他们共同寻找解决问题的办法,最终对于改善劳资关系、实现企业劳动关系合作也作出了自己的贡献。据估计,到目前为止,美国全国大约成立了 300 个区域劳资委员会。1978 年,美国区域劳资(管)委员会全国联盟(theNationalAssociationofAreaLabor - ManagementCommittees)宣告成立,其主要宗旨是为区域劳资委员会的工作提出建议和提供技术帮助,也为劳资合作项目的实施提供帮助。需要指出的是,很多区域劳资委员会的工作宗旨之一是,直接帮助区域内的企业建立企业劳资委员会,帮助企业管理者改善企业运作,实现企业劳动关系的合作。

第五章

企业劳动 合同分析

【劳动合同制度概述】

（一）劳动合同的含义

劳动合同又称劳动契约或劳动协议,是指劳动者与用人单位之间确立劳动关系明确双方权利和义务的协议。劳动合同是生产资料和劳动力相结合的一种法律形式。通过劳动合同的签订、履行、终止以及变更、解除,调节劳动力的供求关系,既能使劳动者有一定的择业和流动自由,又能制约劳动者在合同期履行劳动义务和完成应尽职责,从而使劳动力有相对的稳定性和合理的流动性。

（二）劳动合同的特征

劳动合同作为合同的一种,具有合同的一般特征,即它是当事人之间确立、变更终止一定权利义务关系的协议。然而劳动合同与劳动过程相联系还具有以下特征:

(1) 劳动合同的当事人双方是特定的,一方是劳动者,另一方是用人单位。

劳动过程是人的因素(劳动力)和物的因素(生产资料)结合作用的过程。合同当事人必须一方是劳动者即具有劳动能力的公民;另一方是劳动力使用者,即拥有生产资料经营管理权限的用人单位,也就是企业、事业、团体等单位及个体经营者。

(2) 法律保障求职者与招工单位通过相互选择确定合同当事人。

求职者的因素包括体力素质、劳动技能和经验、知识水平及志趣爱好等等。招工单位也因生产资料的性质、类型不同而分为行业、单位、工种等。众多的招工单位和求职者只有通过相互选择的过程,才能确定每一个劳动合同的具体当事人,使劳动力和生产资

料得到恰当的组合。劳动力市场是实现这种相互选择的有效途径。

(3)求职者与招工单位签订劳动合同后,成为劳动者与用人单位,双方形成管理关系。求职者只有和生产资料结合起来,才能实现劳动过程。因此,劳动合同订立后,劳动者一方必须加入到用人单位一方中去,成为该单位的一名员工。从劳动者方面看,对内享受和承担本单位员工的权利和义务,对外依法以本单位的名义从事经营活动;从用人单位方面看,有权利也有义务组织和管理本单位的员工,把他们的个人劳动组织到集体劳动中去。

(4)劳动合同的目的在于劳动过程的完成,即价值和使用价值的创造,而不是劳动成果的实现,即价值的实现。

劳动过程是一个相当复杂的过程,有的劳动成果当时就能衡量,如编织的劳动;有的劳动成果当时无法衡量,如耕耘的劳动;有的劳动有独立的成果,如小件行李的搬运;有的劳动物化在集体劳动成果中,如机床零件的某一道工序的加工。无论劳动成果如何,劳动者一方只要按照规定的时间、规定的要求,完成用人单位交给他的属于一定工种、一定专长或一定职务的工作量,用人单位就应按照合同支付劳动报酬。

(5)劳动合同在一定条件下,往往涉及第三人的物质利益。

从整个社会看,劳动过程必须连续不断,是再生产的过程。劳动力本身也需要再生产,它决定了劳动合同的内容不限于当事人权利义务的规定,有时还要涉及劳动者的直系亲属在一定条件下享有的物质帮助权。各国在确定最低工资时,一般均考虑劳动者赡养人口的生活费用,我国也不例外。劳动合同所确定的工资必须高于法定最低工资,已经包含了这一因素。若职工因生育、年老、患病、工伤、死亡等原因,部分或全部、暂时或永久地丧失劳动力的时候,不仅对职工本人要给予一定的物质帮助,有时也要对劳动者所供养的直系亲属给予一定的物质帮助。

【劳动合同的订立】

(一)劳动合同订立的概念和原则

(1)概念

劳动合同的订立是指求职者和招工单位经过相互选择,确定劳动合同当事人,并就劳动合同的条款经过协商,达成一致,从而明确双方权利、义务和责任的法律行为。劳动合同的订立过程一般应是劳动法律关系的确立过程,是求职者转化为劳动者,招工单位转化为用人单位的过程。在推行全员劳动合同制的情况下,劳动合同的订立,是在已有劳动关系的职工中进行的,是劳动法律关系的重新确定过程,由此也产生了一些新的特征。

(2) 原则

订立劳动合同应遵循下述各项原则：

①合法原则。无论合同的当事人、内容和形式，还是订立合同的程序，都必须符合有关劳动法规和劳动政策的要求。尤其应当强调的是，凡属与劳动合同有关的强行性法律规范和强制性劳动标准，都必须严格遵守。因而，在订立合同过程中只能有限制地体现契约自由的精神。

②平等自愿原则。所谓平等，是指订立合同时，双方当事人的法律地位平等，都有权选择对方并就合同内容表达具有同等效力的意志。所谓自愿，是指合同的订立，应完全出于双方当事人的意愿，任何一方都不得强迫对方接受其意志，除合同管理机关依法监督外，任何第三者都不得干涉合同订立。对于双方当事人来说，平等是自愿的前提，自愿是平等的体现，因而二者都不可分割。

③协商一致原则。在订立合同过程中，合同订立与否以及合同内容如何，都只能在双方当事人以协商方式达成一致意见的基础上确定。因而，只有协商一致，合同才能成立。

(二) 劳动合同的形式与内容

1. 劳动合同的形式

劳动合同的形式，是劳动合同内容赖以确定和存在的方式，即劳动合同当事人双方意思表示一致的外部表现。各国关于劳动合同可以或应当以什么形式存在，都由立法明确规定。劳动合同形式有口头形式和书面形式之分。各国劳动立法对此作出的选择，可归纳为三种模式：

- ①允许一般劳动合同采用口头形式，只要求特定劳动合同采用书面形式；
- ②一般要求劳动合同采用书面形式，但允许在特殊情况下劳动合同口头形式；
- ③要求所有劳动合同都采用书面形式。

凡是法定应当以书面形式订立的劳动合同，均为要式合同。在要式合同的适用范围内，如果合同形式不符合要式合同的要求，就会给合同当事人带来一定的法律后果。由于立法规定要式劳动合同的目的，在于更有效地保护劳动者合法权益，因而，许多国家从有利劳动者的角度，规定劳动合同不符合要式合同要求的法律后果。其中常见的有：

①定期劳动合同因未采用书面形式而转化为不定期劳动合同。例如《比利时雇佣合同法》规定，如缺乏书面文件表示合同已按一定期限或明确的任务签订，则应当作为以相同条件签订的没有一定期限的合同。又如《法国劳动法典》规定，有固定期限的雇佣合同采用书面形式，而非书面合同就意味着是签订了一个没有特别说明时间的合同。

②劳动者因劳动合同未采用书面形式而有权单独证实其权利。例如《利比亚劳工法》规定，雇佣合同应该用阿拉伯文字书写，在没有书面合同的情况下，应允许工人单独以任何有效的证明方式确立其权利。又如《伊拉克共和国劳工法》规定，若书面合同遗

失,惟独工人有权用某种可行的证明方式对合同加以证实。

劳动合同形式还有主件和附件之分。主件一般是指在确立劳动关系时所订立的书面劳动合同。附件一般是指法定或约定作为劳动合同主件之补充而明确当事人双方相互权利义务的书文件。法定的劳动合同附件,主要有:

①用人单位内部劳动规则,即用人单位劳动规章制度。《劳动法》规定,用人单位应当建立和完善劳动规章制度。

②专项劳动协议,即已确立劳动关系的劳动者与其用人单位就某种事项所签订的专项协议。劳动部规定,生产经营发生严重困难的企业应当与劳动者签订劳动合同,但劳动合同中有关工作岗位、劳动报酬等内容,可以在协商一致的基础上通过签订专项协议来规定,用人单位应当与本单位的待岗或放长假人员就劳动合同的有关内容协商签订专项协议。

2. 劳动合同的内容

劳动合同的内容,即劳动合同条款,它作为劳动者与用人单位合意的对象和结果,将劳动关系当事人双方的权利和义务具体化。在各国关于劳动合同内容的立法中,主要就内容构成和若干重要条款作出规定。

根据各国劳动法规定,劳动合同内容由法定必备条款和约定必备条款所构成。

法定必备条款,即法律规定劳动合同必须具备的条款。只有完全具备这种条款,劳动合同才能依法成立。它有一般法定必备条款和特殊法定必备条款之区分。

一般法定必备条款,是法律要求各种劳动合同都必须具备的条款。劳动合同应当具备以下条款:

①合同期限。除依法允许订立不定期合同的情况以外,都应当规定合同有效期限,其中应包括合同的生效日期和终止日期,或者决定合同有效期限的工作(工程)项目。

②工作内容。即关于劳动者的劳动岗位、劳动任务条款。

③劳动保护和劳动条件。即关于用人单位应当为劳动者提供劳动安全卫生条件和生产资料条件的条款。

④劳动报酬。即关于劳动报酬的形式、构成、标准等条款。

⑤劳动纪律。即关于劳动者应当遵守劳动纪律的条款,它一般不尽列劳动纪律的内容,只是表明劳动者同意接受用人单位依法制定的劳动纪律。

⑥合同终止条件。即关于劳动合同在法定终止条件之外的哪些情况下可以或应当终止的条款。

⑦违约责任。即关于违反劳动合同的劳动者和用人单位各应如何承担责任的条款,不仅包括关于依法承担违约责任的抽象规定,而且含有关于在合法范围内承担或免除违约责任的具体约定。

特殊法定必备条款,是法律要求某种或某几种劳动合同必须具备的条款。有的劳动合同由于自身的特殊性,立法特别要求其除一般法定必备条款外,还必须规定一定的特

有条款。例如《比利时雇佣合同法》规定,商业推销员雇佣合同中应制订计算佣金的条款,学生雇佣合同中应包括履行合同地点、日工时和周工时、学生食宿地点等条款。我国有关劳动法规中也有此类规定,例如,外商投资企业劳动合同和私营企业劳动合同中应包括工时和休假条款,学徒培训合同中应当有培训目标、学习期限、生活待遇等条款。

约定必备条款,即劳动关系当事人或其代表约定劳动合同必须具备的条款。它是法定必备条款的必要补充,其具备与否,对劳动合同可否依法成立,在一定程度上有决定性意义。按照作出约定的主体不同,它可分为集体合同约定必备条款和劳动合同当事人约定必备条款。前者即集体合同要求在劳动合同中必须载明的条款,既包括集体合同已规定标准而应由劳动合同将其具体化的条款,也包括集体合同仅列出项目而应由劳动合同明确其内容的条款。在有的国家(如日本等)对劳动合同必备条款,法规中少作或不作规定,而主要由集体合同约定。后者即签订劳动合同时当事人一方或双方特别约定劳动合同中必须有的条款。

在约定必备条款中,有的属于法定可备条款,即法律规定劳动合同可以具备的条款。劳动合同的某些内容由于非常重要而不应被忽视,但又不宜作为法定必备条款,于是在立法中予以特别提示,指明在劳动合同中可以作出专项约定。此类条款通常有试用期条款、保密条款和禁止同业竞争条款等。

试用期限是指用人单位与新招职工约定的相互考察的时期。一般说,对初次就业或再次就业的职工可以约定试用期。在原固定工进行劳动合同制度的转制过程中,用人单位与原固定工签订劳动合同时,可以不再约定试用期。双方约定试用期时,技术性不强的工种试用期可短一些,技术性强的工种试用期可长一些,但最长不得超过6个月。按劳动法规定,试用期包括在合同期内,在试用期中只能用解除合同来消灭劳动关系。在试用期中,劳动合同中的其他条款,如劳动报酬、劳动安全卫生、劳动纪律等内容,对劳动关系的双方当事人均有约束力。

保密事项是劳动者对用人单位商业秘密承担保密义务的约定。通常包括保密期限、保密方式以及泄密的赔偿办法。保密期限与试用期限不同。试用期包括在合同期内,并短于合同期,而保密期则可等于或长于合同期,也就是说,在劳动关系消灭的一定时期内,用人单位仍可要求原职工承担保密义务。在劳动合同中约定保密事项,有利于防止企业间的不正当竞争,但保密条款的约定也应合理。哪些人承担保密义务?承担多长时间?应当以该秘密涉及的范围为限,不应要求职工对已经公开的技术或信息承担保密义务。

关于保密条款,在劳动合同中可以约定劳动者保守用人单位商业秘密的有关事项;并可约定在劳动合同终止前或该劳动者提出解除劳动合同后一定时间内(不超过6个月),调整其工作岗位,变更劳动合同的相关内容。

禁止同业竞争条款即约定禁止劳动者参与或者从事与用人单位同业竞争以保守用人单位商业秘密的合同条款,它包括对禁止同业竞争的期限、范围和补偿等的约定。关

于禁止同业竞争条款,可以在劳动合同中约定或者由用人单位规定掌握用人单位商业秘密的劳动者在终止或解除劳动合同后的一定期限内(不超过3年),不得到与原用人单位生产同类产品或经营同类业务且有竞争关系的其他用人单位任职,也不得自己生产或经营与原用人单位有竞争关系的同类产品或业务,但用人单位应当给予该劳动者一定经济补偿。其《劳动契约法》规定,劳动契约得约定劳动者于劳动关系终止后不得与雇方竞争营业,但以劳动者因劳动关系得知雇方技术上秘密而对于雇方有损害时为限,雇方对劳动者如无正当理由而解约时,其禁止竞争营业之约定失其效力。有的国家(如比利时)规定,对工资达到一定数额的劳动者,才可以或应当在雇佣合同中约定保密条款和相应的禁止同业竞争条款,如果雇主无正当理由或劳动者有正当理由终止合同,则这种条款无效。

(三) 劳动合同的订立程序

劳动合同的订立程序是指通过劳动合同的订立,建立劳动法律关系的程序,可以分为两个阶段。

第一阶段通常称为“招收录用”,是确定劳动合同双方当事人的程序。当一个企业获准招工,劳动合同的一方当事人——用人单位便首先确定了。由于企业是提出订约提议的一方,也称“要约方”。将招工单位“故意拖延不订立劳动合同”作为应当承担赔偿责任的一种情况,是将招工单位视为法定要约方。劳动合同的另一方当事人,即接受提议的一方,也称“受约方”。在招工结束之前,“受约方”是不确定的,需要通过“招收录用”程序来确定。因此,“招收录用”程序也可以说是通过确定受约人,从而明确劳动合同双方当事人的程序,此阶段的程序包括下述主要环节:

①公布招工(招聘)简章。用人单位依法获准招工(招聘)以后,就应当以法定方式或有关国家机关指定方式,向不特定劳动者公布招工(招聘)简章。在简章中应载明法定必要内容,其中包括职工录用(聘用)条件、录用(聘用)后职工权利义务、应招(应聘)人员报名办法、录用(聘用)考核方式等事项。

②自愿报名。劳动者按照招工(招聘)简章的要求,自愿进行应招(应聘)报名,并提交表明本人身份、职业技能、非在职等基本情况的证明文件。

③全面考核。用人单位或其代理人依法对应招(应聘)人员的德智体状况进行考核,并公布考核结果。

④择优录用(聘用)。用人单位对于经考核合格的应招(应聘)者,择优确定被录用(聘用)人员,并向其本人发出书面通知;为便于监督,还应公布被录用(聘用)者名单。

第二阶段即具体签订劳动合同的阶段,是对劳动合同的具体内容通过平等协商达成一致意见的过程。通过第一阶段确定了劳动合同的双方当事人,招工单位作为法定要约方,应向求职者发出要约,提供劳动合同的文本(草案)。用人单位应当在正式订立劳动合同前,将合同文本交付劳动者。求职者作为受约方对用人单位提供的劳动合同条款如

果没有任何异议,全部接受,也就是作出了承诺,如果受约方对合同草案提出了修改意见或要求增加新内容,应视为对原要约的拒绝,并向招工单位提出新的要约,双方再通过要约-新要约-再要约……直至承诺的协商过程,达成一致的意見。在一般情况下,劳动合同经双方当事人协商一致,即告成立,劳动法律关系也得以确立。对于某些特殊的招工单位如私营企业,按地方规定必须进行鉴证的,须经劳动部门鉴证后方能生效。

程序一般包括下述主要环节:

①提出劳动合同草案。用人单位向劳动者提出拟订的劳动合同草案,并说明各条款的具体内容和依据。

②介绍内部劳动规则。在提出合同草案的同时,用人单位还必须向劳动者详细介绍本单位内部劳动规则。

③商定劳动合同内容。用人单位与劳动者在劳动合同草案和内部劳动规则的基础上,对合同条款逐条协商一致后以书面形式确定其具体内容。对劳动合同草案,劳动者可提出修改和补充意见,并就此与用人单位协商确定。对内部劳动规则,劳动者一般只需表示接受与否即可,而不能与用人单位协商修改或补充其内容;不过,双方可以在劳动合同中作出不同于内部劳动规则某项内容或者指明不受内部劳动规则某项内容约束而对劳动者更有利的约定。

④签名盖章。劳动者和用人单位应当在经协商一致所形成的劳动合同文本中签名盖章,以此标志双方意思表示一致的完成。凡属不需要鉴证的劳动合同,在双方当事人签名盖章后即告成立。

⑤鉴证。按照国家规定或当事人要求而需要鉴证的劳动合同,应当将其文本送交合同签订地或履行地的合同鉴证机构进行鉴证。凡需要鉴证的劳动合同,经鉴证后方可生效。

上述两个阶段是紧密相联、不可分割的连续过程,招工单位招用合同制职工,必须依次确定合同当事人、确定合同内容,才能在当事人之间,确立劳动法律关系。

(四)劳动合同的法律效力

1. 劳动合同的有效

劳动合同依法成立,从合同成立之日或者合同约定生效之日起就具有法律效力,即在双方当事人之间形成劳动法律关系,对双方当事人产生法律约束力。其具体表现主要是:

①当事人双方必须亲自全面履行合同所规定的义务;

②合同的变更和解除都必须遵循法定的条件和程序,任何一方当事人都不得擅自变更和解除合同;

③当事人违反合同必须依法承担违约责任;

④当事人双方在合同履行过程中发生争议,必须以法定方式处理。

劳动合同具有法律效力,必须以完全具备法定有效要件为前提。在各国立法中,劳动合同有效要件通常散见于具体的合同法规,而无集中性规定。从理论上归纳,立法所表明的劳动合同有效要件,一般包括:

①合同主体必须合格。双方当事人都必须具备法定的主体资格,即一方必须是具有劳动权利能力和劳动行为能力的公民,另一方必须是具有用人权利能力和用人行为能力的单位。

②合同内容必须合法。即劳动合同必须完全具备法定必备条款,并且所载各项条款的内容,都必须符合劳动法规、劳动政策和集体合同的要求。

③意思表示必须真实。即双方当事人的意思表示都出于本人自愿,并且与本人内在意志相符。

④合同形式必须合法。要式劳动合同,必须采用法定的书面合同或标准合同形式;非要式劳动合同应当采用当事人所要求的书面或口头合同形式。

⑤订立程序必须合法。劳动合同的订立,必须完成各项法定必要程序,并且,在订立程序中必须严格遵循法定规则,尤其应当遵循平等自愿和协商一致的原则。

2. 劳动合同的无效

劳动合同无效,是指劳动合同由于缺少有效要件而全部或部分不具有法律效力。其中,全部无效的劳动合同,它所确立的劳动关系应予以消灭;部分无效的劳动合同,它所确立的劳动关系可依法存续,只是部分合同条款无效,如果不影响其余部分的效力,其余部分仍然有效。

劳动合同无效的原因,为立法所规定,只不过在不同国家有从严规定与从宽规定之区分。“违反法律、行政法规的劳动合同”、“采取欺诈、威胁等手段订立的劳动合同”一般确定为无效合同。无效的劳动合同,从订立的时候起就没有法律约束力。按劳动部的解释:“职工被迫签订的劳动合同或未经协商一致签订的劳动合同为无效劳动合同”。所谓“职工被迫签订的劳动合同”,是指有证据表明职工在受到胁迫或对方乘己之危的情况下,违背自己真实意思而签订的劳动合同;所谓“未经协商一致签订的劳动合同”,是指有证据表明用人单位和劳动者不是在双方充分表达自己意思的基础上,经平等协商、取得一致的情况下签订的劳动合同。劳动合同的无效由劳动争议仲裁委员会或者法院确认。

根据此规定和合同原理,可将劳动合同无效的原因归纳为下述几种:

①合同主体不合法,即劳动者不具有劳动权利能力和劳动行为能力,或者用人单位不具有用人权利能力和用人行为能力。

②合同内容不合法,即合同缺少法定必要条款,或者合同条款违法。

③合同形式不合法,即要式合同未采用法定的书面形式或标准形式。

④订立程序不完备,即订立合同未履行法定必要程序。

⑤意思表示不真实,即订立合同过程中,由于欺诈、威胁、乘人之危、重大误解等而导致当事人的意思表示不真实。上述各种原因对于决定劳动合同无效的法律意义,可因实

际情况的差异而不尽相同。其中,对于主体不合法的合同,一般应确认为全部无效;对于具有其他原因的合同,一般应确认为部分无效。凡确认合同全部无效的,应持谨慎态度。特别应指出,在劳动合同无效的范畴中,还包括内部劳动规则无效的问题。根据内部劳动规则的各项有效要件的法律意义,对于制定主体不合法或制定程序不合法的内部劳动规则,一般应确认为全部无效;对于内容不合法的内部劳动规则,一般只应就其不合法部分确认为无效,其余部分则仍然有效。由于内部劳动规则是劳动合同的附件,因而,内部劳动规则无效一般不影响劳动合同的效力;但是,对于以内部劳动规则的某部分内容为依据的劳动合同条款来说,则可能随着内部劳动规则的该部分内容的无效而无效。

劳动合同经法定机关依法确认为无效,其法律后果一般是,自订立时起就没有法律约束力。对此应理解为自订立时起无效劳动合同就不能作为确定当事人权利和义务的依据,而不应理解为像无效民事合同那样自订立时起就不对当事人产生权利和义务。这是因为,劳动力支出后就不可回收,由此决定了对无效劳动合同已履行的部分,即劳动者实施的劳动行为和所得的物质待遇,不能适用返还财产、恢复原状的处理方式,并且对处于事实劳动关系中的劳动者应当依法予以保护。实践中,劳动合同的订立和被确认无效一般都有一个过程,所以,对无效劳动合同的法律后果有必要按照下述两个阶段认定和处理:

①自合同订立时起至合同被确认无效时止,合同全部无效的当事人之间仅存在事实劳动关系,合同部分无效的当事人之间并存着部分劳动法律关系和部分事实劳动关系,事实劳动关系中当事人的权利和义务应当以劳动法规、劳动政策、集体合同和内部劳动规则的有关规定为依据重新确定,其中,劳动者如果未得到或者未全部得到劳动法规、劳动政策、集体合同、内部劳动规则所规定标准的物质待遇,用人单位应当按照该标准予以补偿。

②自合同被确认无效时起,全部无效的合同所引起的事实劳动关系应予终止,部分无效的合同,无效条款应当由劳动法规、劳动政策、集体合同和内部劳动规则中的有关规定所取代,或者由当事人依法重新商定的合同条款所取代。

劳动合同被依法确认无效,还会导致特殊的法律后果。其中主要包括:

①用人单位对劳动者收取保证金或扣押证件等物品的,应当返还给劳动者。

②劳动合同全部无效而用人单位对此有过错的,如果当事人双方都具备主体资格而劳动者要求订立劳动合同的,在终止事实劳动关系的同时,用人单位应当与劳动者依法订立劳动合同。因为,在这种情况下确认劳动合同无效,并未否定劳动合同订立程序的第一阶段(即确定合同当事人阶段)双方所作出的同意与对方订立劳动合同的意思表示,所以,可重新开始劳动合同订立程序的第二阶段(即确定合同内容阶段);并且,这样做可避免劳动者因劳动合同无效而失业。

③用人单位对劳动合同无效有过错,如果给劳动者造成损害,应当承担赔偿责任。

(五) 订立合同时应注意的问题

用人单位和被招用的雇员在订立劳动合同时, 必须注意以下几方面的问题:

(1) 当事人双方首先应衡量本身是否具备招工和应招的条件

即用人单位要衡量是否具备对新招人员提供生产或工作以及生活等方面的物质条件、培养新的能力等等, 而被招用人员则要对照企业的招工简章, 衡量自己是否符合招工单位招工的条件。其次, 双方在确认自己具备招工和应招条件的基础上, 再了解对方是否确有招工或应招的条件。即招工单位要了解应招人员的基本状况, 包括验看应招人员提供的户籍、学历、技术级别等证明。应招人员也要了解招工单位的基本状况, 可以通过招工简章、劳动服务公司或主管机关等途径去了解。

(2) 订立合同时, 既要根据法律, 又要结合实际

如果双方当事人在订立合同时, 抛开国家的法律政策, 完全由当事人双方商订, 那么有可能产生无效合同。但是如果不结合实际作出具体规定, 也会给履行合同带来困难, 所以合同不能千篇一律。

(3) 劳动合同的内容要繁简得当

对国家法律政策规定较细致、具体的内容, 可写明按照某项规定执行即可(当然, 必须把这些规定作为劳动合同的附件与劳动合同文本一并提交给合同制工人), 对于国家法律政策未作具体规定的内容, 特别是容易产生劳动争议之处, 则应该尽量作出详细的规定。比如, 劳动合同的具体条款, 就需要订得比较详细。因为合同的条款是当事人享有权利、承担义务的依据, 条款不齐全, 不仅影响当事人合法权益, 而且还会影响合同的履行。尤其是一些必要条款, 如果不全, 合同的法律效力就会受到影响, 像工种、岗位或者报酬等, 如果没有, 合同就无法履行。此外, 对具有行业特点的涉及双方切身利益的事项应作出明确规定, 有些易误解的事项更要作详细说明或解释, 否则, 则容易产生劳动纠纷。

(4) 劳动合同中的语言表达要力求准确、明白, 避免使用易产生误解或歧义的词句也就是说劳动合同书面记载的内容一定要与当事人的愿望相一致, 否则, 也容易产生劳动纠纷。

(5) 劳动合同责任规定要明确

责任是合同的核心, 也是劳动合同法律效力的集中体现。如果责任规定得不明确, 一旦发生争议追究责任时, 可能互相推委, 使争议迟迟不能得到妥善解决。

(6) 合同签订日期和生效日期要明确

合同的日期是劳动合同的法定内容之一, 如果在合同中不注明起止日期, 也容易产生争议。在实践中就出现了这样的情况, 有的合同已经履行了一段时间, 而合同的一方还没有正式签字, 由此, 又影响到合同的终止问题。所以, 合同中可以约定履行合同的具休起止日期即签订日期与履行日期不是必须一致的。

劳动合同双方当事人签订合同时, 应当注意以上问题, 以使我国的劳动合同制度日

益完善。

【劳动合同的履行】

（一）概念

劳动合同的履行,是指合同当事人双方履行劳动合同所规定义务的法律行为,亦即劳动者和用人单位按照劳动合同的要求,共同实现劳动过程和各自合法权益。劳动合同依法订立就必须履行,这既是劳动法赋予合同当事人双方的义务,也是劳动合同对合同当事人双方具有法律约束力的主要表现。

（二）原则

劳动合同的履行,应遵循以下几项原则:

（1）劳动合同亲自履行原则

劳动合同亲自履行原则是根据合同主体特征提出的。劳动关系是具有人身关系性质的社会关系,劳动合同是特定主体间的合同。劳动合同的履行也只能在签订合同的特定主体之间进行。劳动者一方的主体变更一般视为合同解除,用人单位一方对劳动者提供劳动义务的请求权也不应转让给第三人。劳动法律关系确立后,劳动者不允许请他人代为劳动,用人单位未经劳动者同意不能擅自将劳动者调动到其他单位。

（2）劳动合同全面履行原则

劳动合同的全面履行原则是根据合同内容特征提出的。劳动合同是一个整体,合同规定的条款相互之间有其内在的联系,不能割裂。

合同当事人双方,都必须履行合同的全部条款和各自承担的全部义务,既要按照合同约定的标准及其种类、数量和质量履行,又要按照合同约定的时间、地点和方式履行。

（3）劳动合同协作履行原则

劳动合同的协作履行原则是根据合同客体特征提出的。劳动法律关系的客体是劳动力。劳动者提供劳动力,用人单位使用劳动力的过程是个极为复杂的过程,只有当事人双方团结协作才能完成劳动合同规定的义务。一般地说,民事合同往往与某种劳动结果相联系,合同对劳动结果,尤其是标的物的约定有助于明确双方当事人的权利和义务。而劳动合同主要是和劳动力的使用和保护相联系,约定的权利、义务难免空泛,在符合法律和合同规定的前提下,还需要劳动者一方服从用人单位的指挥,才能使劳动过程得以进行。这一方面要求劳动者自觉遵守劳动纪律,另一方面也要求用人单位体谅劳动者的实际困难。

劳动合同协作履行原则要求:

①当事人双方首先应按照劳动合同和劳动纪律的规定,履行自己应尽的义务,并为对方履行义务创造条件;

②当事人双方应互相关心,通过生产经营管理和民主管理,互相督促,发现问题及时协商解决;

③无论是企业还是职工遇到困难时,双方应在法律允许的范围内尽力给予帮助;

④职工违纪,企业应依法进行教育,帮助职工改正,企业违约,职工要及时反映问题,尽快协助纠正,并设法防止和减少损失;

⑤在履行过程中发生了劳动争议,当事人双方都应从大局出发,根据劳动法和劳动合同的有关规定,结合实际情况,及时协商解决,从而建立起和谐的劳动关系。

(4) 劳动合同特殊规则

履行不明确条款的规则。对于劳动合同中内容不明确的条款,应当先依法确定其具体内容,然后予以履行。一般认为,用人单位内部劳动规则有明确规定的,就按照该规定履行;用人单位内部劳动规则未作明确规定的,就按照集体合同的规定履行;集体合同未作明确规定的就按照有关劳动法规和政策的规定履行;劳动法规和政策未作明确规定的,就按照通行的习惯履行;没有可供遵循之习惯的,就由当事人双方协商确定如何履行,其中,劳动给付义务也可按照用人单位的指示履行。

向第三人履行的规则。劳动合同的任何一方当事人,一般都只向对方当事人履行义务,并且,要求对方当事人履行义务的请求权一般不得转让给第三人。换言之,只有在法律允许的特殊情况下,劳动者或用人单位才应当向第三人履行义务。关于劳动者向第三人履行劳动给付义务的条件,有的国家(如德国)立法规定,在劳动合同已有向第三人提供劳动之约定,或者雇主要求向第三人提供劳动并取得劳动者同意的情况下,劳动者才应当向第三人履行劳动给付义务,但是,在雇主死亡而其营业由其继承人承受,或者雇主的营业转让第三人的情况下,若劳动合同无特别约定,劳动者应当向第三人履行劳动给付义务,而不必取得劳动者同意。关于用人单位向第三人履行劳动待遇给付义务的条件,各国都严格实行法定原则,即只有在法律特别规定的场合,用人单位才可以将工资等劳动待遇向法定第三人按法定标准支付一定数额,而不允许合同当事人就此作出约定。

履行约定之外劳动给付的规则。劳动者履行劳动给付义务原则上以劳动合同约定的范围为限,在劳动合同未变更时,用人单位一般不得指示劳动者从事劳动合同约定之外的劳动。但有些国家和地区的立法中特别规定了例外,即遇有紧急情况时,为了避免发生危险事故或者进行事故后抢救和善后工作,用人单位可指示劳动者临时从事劳动合同约定之外的劳动,劳动者应当服从这种指示。劳动者于其约定之劳动给付外,无给付其他附带劳动之义务,但有紧急情形或其职业上有特别习惯时,不得拒绝其所能给付之劳动。

【劳动合同的变更解除和终止】

（一）劳动合同的变更

劳动合同的变更,是指合同当事人双方或单方依法修改或补充劳动合同内容的法律行为。它发生于劳动合同生效后尚未履行或尚未完全履行期间,是对劳动合同所约定的权利和义务的完善和发展,是确保劳动合同全面履行和劳动过程顺利实现的重要手段。

劳动合同变更的对象,只限于劳动合同中的部分条款。它应当符合下述要求:

①是尚未履行或者尚未完全履行的有效条款。已履行完毕的条款再无变更的必要和可能,而无效的条款应予以取消,不应适用变更。

②是依法可予变更的条款。换言之,依法不应作为变更对象的条款,如合同当事人条款、合同期限条款等,不得进行变更。

③是引起合同变更的原因所指向的条款。合同变更由于法定或约定的原因不同,所应变更的条款也就有所差异。凡是与合同变更的原因无关的条款,就不必予以变更。即是说,只有在订立劳动合同所依据的主客观条件发生变化,致使劳动合同中一定条款的履行成为不可能或不必要的情况下,劳动合同才可变更。

（1）变更原因

实践中,引起劳动合同变更的原因,按照其来源不同可大致归纳为三个方面:

①用人单位方面的原因。如转产、调整生产任务或生产经营项目、重新进行劳动组合、修订劳动定额、调整劳动报酬或职工福利分配方案、发生严重亏损、防止泄露商业秘密等。

②劳动者方面的原因。如身体健康状况发生变化、劳动能力部分丧失、所在岗位与其职业技能不相适应、职业技能提高到一定等级等。

③客观方面的原因。如法规和政策发生变化、物价水平大幅度上升、国民经济调整、社会动乱、自然灾害等。上述各个方面的原因,按照其引起劳动合同变更的依据不同,可分为法定原因和约定原因。前者即劳动法规所规定的引起劳动合同变更的原因;后者即集体合同或劳动合同所规定的引起劳动合同变更的原因。在上述各种原因中,有的是可以变更劳动合同的条件,有的则是应当变更劳动合同的条件,这应依据劳动法规、集体合同和劳动合同中关于劳动合同变更条件的规定来确定。

劳动合同变更,一般为协议变更。

劳动合同的自愿变更是指劳动合同订立以后,由于订立合同时所依据的情况发生变化,经劳动合同双方当事人协商同意,变更原订合同。变更劳动合同确定了与劳动合同订立完全一致的原则,即“遵循平等自愿、协商一致的原则,不得违反法律、行政法规的规定”。

(2) 变更条件

根据规定,劳动合同的变更应具备三个条件:

①双方当事人原来已经存在着劳动合同关系。所谓“变更”是对原订合同的修改和增删,没有一个已经生效的劳动合同,就谈不上合同的变更。这是劳动合同变更的前提条件。

②订立合同时所依据的情况发生变化。劳动合同依法订立后,就具有法律的约束力,当事人双方都必须严格按照劳动合同规定的条款履行自己应尽的义务。只有出现情况变化,才允许对劳动合同进行变更。这是劳动合同变更的客观条件。

③劳动合同变更必须经双方当事人同意。劳动合同在签订时要贯彻平等自愿、协商一致的原则。这种当事人之间通过协商一致形成的法律关系,一般也通过协商一致才予以变更。这是变更的主观条件。

(3) 主要环节

其法定的程序包括下述主要环节:

①预告变更要求。需要变更合同的一方当事人,应当按照规定时间提前向对方当事人提出变更合同的要求,说明变更理由、条款、条件,以及请求对方当事人答复的期限。

②按期作出答复。得知对方当事人提出的变更合同的要求后,通常应当在对方当事人要求的期限内作出答复,可以表示同意,也可以提出不同意见而要求另行协商,如果不属于法定应当变更合同的情况,还可以表示不同意。

③签订书面协议。当事人双方均同意变更合同的,应当就合同变更达成书面协议,并签名盖章。协议书中应当指明变更的条款,并约定所变更条款的生效日期。

④鉴证或备案。凡在订立时经过鉴证或备案的合同,变更合同的协议签订后也要办理鉴证或备案手续。

(4) 变更类别

劳动合同的自愿变更是劳动合同变更的主要方面,也是和民事(经济)合同变更完全一致的内容。然而,劳动合同除具有与民事(经济)合同相同的一面外,还具有不同的一面。通过劳动合同所确立的劳动关系具有隶属性,劳动过程具有复杂性,各国立法除主要对“自愿变更”作规定外,还根据劳动者和用人单位在进行劳动过程时遇到的实际情况,对强制变更作规定。强制变更是指在法律有明文规定的情况下,劳动合同关系可由于一方当事人的要求而变更,另一方当事人对这种变更要求不得拒绝。

这类规定主要有以下两类:

①劳动者根据自身健康情况和生理变化有权单方要求变更劳动合同。如《日本劳动标准法》第六十五条规定:“怀孕女工如要求调换轻便工作,雇主应予以调换。”

②用人单位根据经营需要单方临时性变更合同。如前苏联劳动法禁止企业要求职工完成劳动合同未予规定的工作,但又有“除外”的规定:a.允许临时调动工作,每年不超过一个月;b.职工违纪可受到调任、降职;c.职工拒绝随同企业迁到其他地方工作,可以

停止劳动合同。1993 年 6 月《俄罗斯联邦劳动法基础 草案 》也作了类似的规定。如“ 由于生产需要和停工 ,允许不经职工同意而短期临时调做其他工作 ,但不得调职工做健康状况不允许的工作。在临时调动工作期间 ,职工按完成的工作领取工资 ,但不应少于原平均工资 ”。即用人单位对掌握商业秘密并负有约定保密义务的职工 ,有权按合同约定在合同终止前或该职工提出解除合同后的一定时间内(不超过六个月) ,调整其工作岗位 ,变更合同的相关内容。

劳动合同依法变更的法律后果 ,即合同当事人双方的权利和义务 ,从变更合同的协议所约定之日起发生变更。如果约定的权利和义务变更日期在合同变更手续完毕日期之前 ,那么 ,在前一日期至后一日期之间劳动者因合同变更而应增加的利益 ,则应当追补 ,如补发工资等。

(二) 劳动合同的终止

(1) 劳动合同终止的概念和事由

劳动合同的终止 ,是指劳动合同的法律效力依法被消灭 ,亦即劳动合同所确立的劳动关系由于一定法律事实的出现而终结 ,劳动者与用人单位之间原有的权利和义务不复存在。

根据各国立法关于劳动合同终止的规定 ,能够引起劳动合同终止的事由 ,主要有下述几种 :

①合同期限届满。定期劳动合同在其有效期限届满时 ,除依法续订合同和其他依法可延期的情况外 ,即行终止。

②约定终止条件成立。劳动合同或集体合同约定的合同终止条件实际成立 ,劳动合同即行终止。

③合同目的实现。以完成一定工作(工程)为期的劳动合同在其约定工作(工程)完成之时 ,其他劳动合同在其约定的条款全面履行完毕之时 ,因合同目的已实现而当然终止。

④当事人死亡。劳动者死亡 ,其劳动合同即终止。作为用人主体的业主死亡 ,劳动合同可以终止 ,如死者的继承人依法继续从事死者生前之营业 ,劳动合同一般可继续存在。

⑤劳动者退休。劳动者因达到退休年龄或完全丧失劳动能力而办理退休手续 ,其劳动合同即告终止。

⑥用人单位消灭。用人单位依法被宣告破产、解散、关闭或撤销 ,其劳动合同随之终止。

⑦合同解除。劳动合同因依法解除而终止。

(2) 劳动合同终止的法律后果

劳动合同终止的法律后果 ,从广义而言 ,包括劳动合同依法终止所导致的法律后果 ,

以及违法解除劳动合同所导致的法律后果 ;从狭义而言 ,仅指劳动合同依法终止所导致的法律后果 ,即在终止劳动关系并消灭当事人双方权利义务的同时 ,对当事人双方附随产生新的权利义务。这里仅取其狭义。

(1)用人单位的义务

①支付经济补偿。即在法定条件下 ,用人单位应当按照法定的项目和标准 ,向劳动者(或其亲属)一次性支付经济补偿。在有的立法中 ,这种经济补偿称为离职费或遣散费。

从理论上说 ,用人单位因劳动合同终止所负的经济补偿义务 ,应当包括劳动贡献积累补偿、失业补偿和其他特殊补偿。劳动贡献积累补偿 ,是对劳动者在劳动关系存续期间为用人单位已作贡献的积累所给予的经济补偿 ,其数额一般应当与本单位工龄挂钩 ,除了劳动者因有过错行为而被辞退以外 ,在劳动合同终止时应当支付这种补偿。

失业补偿 ,是对劳动者因劳动合同解除而丧失原劳动合同所约定就业机会的经济补偿 ,其数额应当与劳动合同解除时所剩余的未履行期限挂钩 ,除了劳动者因有过错行为而被辞退和在试用期内解除劳动合同以外 ,合同解除时应当支付这种补偿。其他特殊补偿 ,是对劳动合同终止时有病伤未愈等特殊困难的劳动者所给予的经济补偿 ,除了劳动者因有过错行为而被辞退以外 ,在劳动合同终止时 ,应当支付这种补偿。

a. 经济补偿金。劳动合同经协议解除 ,或者由用人单位解除(因试用不合格或劳动者有过错行为而解除者除外)的 ,按劳动者在本单位工龄 ,每满一年给相当于一个月工资的经济补偿金 ,但是 ,经协议解除或者因劳动者不胜任工作被用人单位解除的 ,最多给予不超过 12 个月工资的金额。未按规定给予经济补偿金的 ,除全额发给应付经济补偿外 ,还须按其数额的 50% 支付额外经济补偿金。

b. 失业补偿费。私营企业因破产或歇业而解除劳动合同的 ,合同未届满的时间每一年发给相当于一个月工资的失业补偿费 ,但最高不超过 12 个月工资。

c. 禁止同业竞争补偿费。约定劳动者为保守用人单位商业秘密而在劳动合同终止后一定期间不与该用人单位进行同业竞争的 ,用人单位应当给予该劳动者一定数额的经济补偿。

d. 医疗补助费。劳动合同因劳动者患病或非因工负伤而由用人单位解除的 ,在发给经济补偿金的同时 ,还发给不低于六个月工资的医疗补助费 ,对患重病或绝症者还增加医疗补助费 ,其中 ,患重病的增加部分不低于医疗补助费的 50% ,患绝症的增加部分不低于医疗补助费的 100%。

e. 在上述各项经济补偿中 ,以月工资作为计算基准的企业和个体经济组织来说 ,月工资是指在正常生产经营情况下劳动合同解除前 12 个月劳动者本人的月平均工资。

f. 经济补偿金在企业成本中列支 ,不得占用企业按规定比例应提取的福利费用。

g. 今后立法的重点主要在于不仅规定在协议解除劳动合同和劳动者无过错行为而被辞退时给予经济补偿 ,还应当规定由于用人单位原因特别是有过错行为而辞职时也给

予经济补偿。关于后一种补偿,已有许多立法先例。例如《利比亚劳工法》规定,工人由于雇主的原因而即时辞职的,雇主应当按定期劳动合同期满和不定期劳动合同终止的离职费标准付给工人离职费,而且毫不影响可能由法院判给工人应得的任何赔偿费。

h. 不仅规定劳动合同解除的劳动贡献积累补偿,而且还应当规定劳动合同解除的失业补偿。因为这样可以使劳动合同解除给无过错行为的劳动者所造成的损失,得到全面补偿。

i. 不仅规定在劳动合同依法解除时给予经济补偿,而且还应当规定在劳动合同由于期限届满或目的实现而终止时也给予经济补偿。因为只规定前一种补偿而不规定后一种,不仅显失公平,而且会引导本来可以将劳动合同履行完毕的劳动者倾向于解除劳动合同,从而不利于劳动关系的稳定。所以,有的立法规定应当给予后一种补偿。例如,《利比亚劳工法》规定,当定期劳动合同期满和不定期劳动合同终止时,未服务五年以上者享有每年金额为半月工资的离职费,服务五年以上者享有每年为一个月工资的离职费。

②其他义务。

a. 向社会保险经办机构缴纳有关费用。凡是依法应当由用人单位为劳动者缴纳的社会保险费用,在劳动合同终止时用人单位应当负责全部缴足。因患职业病或因工负伤部分致残的职工,若本人要求解除劳动合同,企业应当按当地政府规定,向社会保险经办机构缴纳因工致残就业安置费;企业按照有关规定宣布解散或经双方协议解除劳动合同时,对因工负伤或患职业病正在治疗或疗养、以及医疗终结经鉴定确认完全或部分丧失劳动能力的职工,享受抚恤待遇的因工死亡职工遗属,在孕期、产期和哺乳期的女职工,以及未参加各项社会保险的职工,应当根据当地政府规定,一次性向社会保险经办机构支付所需的生活及社会保险费用。在立法中,对其他用人单位也有必要作此类规定。

b. 出具劳动关系终止证明书。用人单位应当在劳动合同终止的当时或者应劳动者事后请求,免费向劳动者出具终止劳动合同的证明书,以证实原劳动关系已经消灭。证明书的内容应当包括法定必备事项,并应客观公正。有的国家还规定,劳动者未要求证明的事项不得记入。

c. 为被裁减人员提供一定就业保障。用人单位从裁员之日起六个月内需要新招人员的,必须优先从本单位裁减的人员中录

用,并向当地劳动部门报告录用人员的数量、时间、条件以及优先录用人员的情况;用人单位有条件的,应当为被裁减人员提供培训或就业帮助。

d. 返还劳动者寄存财产。在劳动关系存续期劳动者寄存于用人单位的各项财产,当劳动合同终止时用人单位应当返还给劳动者。

e. 继续提供住房。劳动关系存续期间由用人单位提供住房的劳动者,在劳动合同终止后一定期间内,用人单位应当让其继续居住该住房。

(2) 劳动者的义务

劳动者因劳动合同终止对用人单位所负的义务,主要有:

①赔偿损失。劳动者对劳动合同解除有过错的,应当按照法定或约定的要求,向用人单位赔偿因此所受的损失。

②结束并移交事务。劳动合同终止后,劳动者应当依其忠实义务的要求,结束其正在进行中的事务,对紧急事务作应急处理;同时,向用人单位办理事务移交手续,对原归其保管的物品,在交接前负责继续保管。

③继续保守商业秘密。劳动者对其在劳动关系存续期间得知的商业秘密,在劳动合同终止后一定期限内应当继续保密。基于此项原因,有的国家和地区在立法中允许约定劳动者承担不为同业竞争的义务。

(3)与劳动合同终止相联系的两种情况

与劳动合同终止相联系,存在着两种情况:一是续订劳动合同,二是维持事实劳动关系。

(1)续订劳动合同

劳动合同的续订是指原订的劳动合同终止执行后,由于生产、工作需要,当事人双方通过协商一致,继续签订劳动合同。劳动合同的续订是劳动合同订立的一种特殊形式。它和一般劳动合同的签订相比,有四个显著特征:

①合同当事人有限制。劳动合同期满,一般是允许续订合同的,但是定期轮换工的续订合同受到限制。

②合同订立程序有区别。在合同续订时,劳动合同双方当事人已经确定,不需要通过“招收录用”程序重新确定当事人,但是当事人之间在续订合同时,仍然要对涉及双方权利义务的有关事项,平等协商,达成一致意见。如果劳动者一方仍从事原工作,不再规定试用期。

③合同期限有规定。

④合同形式有联系。续订合同与原订合同从联系方面看,续订合同的当事人双方曾经存在过一定时期的合同关系,彼此比较了解,可以吸取原合同的长处,从而使新订的合同更加切实可行。

(2)事实劳动关系

事实劳动关系是指用人单位与劳动者之间既无劳动合同又存在着劳动关系的一种状态。除当事人履行无效劳动合同而产生的劳动关系外,通常是由于合同期满后既没有续订合同,又没有终止合同,而形成事实劳动关系。这种状况不符合法律要求。随着劳动合同制的推行,用人单位与劳动者的劳动关系应受到劳动法规和取得法律效力的劳动合同的调整。当劳动合同没有签订或虽然签订但过了合同的有效期限,劳动关系只能受劳动法规的调整,然而劳动法规对于当事人之间的一部分权利、义务是通过任意性规范来规定的,例如劳动合同的期限、劳动者的报酬等等,当事人的这一部分权利和义务就处于不确定的状态,劳动关系也处于不稳定状态。实践中,出现事实劳动关系,劳动部门一般

均要求企业与职工补办终止或续订合同的手续。

(三) 劳动合同的解除

1. 劳动合同解除的含义和种类

劳动合同解除是指劳动合同生效以后,尚未全部履行以前,当事人一方或双方依法提前消灭劳动关系的法律行为。劳动合同终止和劳动合同解除是消灭劳动法律关系的两种行为,但两者有着明显的区别:

① 劳动合同的终止条件是约定的,劳动合同解除条件是法定的。劳动合同的解除条件则并不是法律规定的必备条款,它不要求当事人双方自行约定,而是由劳动法规定,只有在出现法律规定的情况时,才允许解除劳动合同。

② 劳动合同的终止是劳动合同关系的正常结束,劳动合同解除是劳动合同关系的提前消灭。在正常情况下劳动合同关系是按签订、履行、终止的轨迹发展的,劳动合同的终止是劳动关系按照双方当事人的意愿,运行到了终点。劳动合同解除则往往是由于劳动合同订立时所依据的情况发生了变化。这种变化可能是主观方面的,如劳动者违反劳动纪律,也可能是客观方面的,如劳动者患病医疗期满,不能从事原工作以及用人单位另行安排的工作。这种变化致使劳动关系无法保持,而提前结束。

劳动合同的解除,可分别依不同标准进行分类。其中,有法律意义的分类主要包括下述几种:

(1) 以解除方式标准的分类

按照合同解除的方式不同,可分为:

① 协议解除。即劳动合同经当事人双方协商一致而解除。立法对这种解除方式一般不规定条件,只要求解除合同的合意在内容、形式、程序上合法即可。实践中它包括,在当事人双方均无单方解除权的情况下,经合意解除合同;以及无单方解除权的当事人在征得有单方解除权的当事人同意后,解除合同。

② 单方解除。即享有单方解除权的当事人以单方意思表示解除劳动合同。所谓单方解除权,是指当事人依法享有的、无需对方当事人同意而单方决定解除劳动合同的权利。立法要求,当事人应当以要式行为行使其单方解除权。按照行使单方解除权是否需要预告,可分为单方预告解除和单方即时解除,前者即经预先通知对方当事人后才可单方解除劳动合同,后者即在通知对方当事人的当时就可单方解除劳动合同。按照行使单方解除权的主体不同,可分为劳动者单方解除(通常称辞职)和用人单位单方解除(通常称辞退或解雇)。对于不同形式的单方解除,立法所规定的要求有所不同。就辞职而言,一般只对即时辞职规定条件,而对预告辞职则不规定条件。申言之,劳动者可以无条件地预告辞职,但即时辞职则要受一定条件的限制。就辞退而言,各国都予以严格限制,即要求用人单位在符合法定或约定条件的情况下方可辞退劳动者。

(2) 以解除条件的依据标准的分类

按照合同解除条件的依据是法规还是合同 ,可分为 :

①法定解除。即劳动者或用人单位在符合劳动法规定的合同解除条件的情况下 ,单方解除劳动合同。立法之所以规定合同解除条件 ,旨在限制单方解除劳动合同(尤其是辞退)的任意性 ,以维护劳动关系的稳定。因而 ,许多国家在劳动立法中 ,既有许可性条件的规定 ,也有禁止性条件的规定。许可性条件 ,即许可劳动者或用人单位解除劳动合同的条件。凡不具备法定许可性条件的 ,除有合法的特别约定外 ,不得单方解除劳动合同 ,但在具备法定许可性条件时 ,也可不单方解除劳动合同 ;不过 ,有单方解除权的劳动者不解除劳动合同 ,应是出自其单方选择 ,而不应是合同约定或被强迫的结果。禁止性条件 ,即禁止用人单位辞退劳动者的条件。在具备法定禁止性条件时 ,用人单位不得辞退劳动者 ;即使是用人单位兼备法定许可性条件和法定禁止性条件的场合 ,在法定禁止性条件的适用范围内 ,也不得辞退劳动者。

②约定解除。即劳动者或用人单位在符合集体合同或劳动合同依法约定的合同解除条件的情况下 ,单方解除劳动合同。它不同于劳动合同因合同约定终止条件成立而终止 ,当约定终止条件成立时 ,劳动合同当然终止 ;而在具备约定解除条件时 ,须作出解除合同的意思表示 ,劳动合同才得终止。约定解除 ,必须以关于合同解除条件的约定合法为前提。首先 ,这种约定只能限于法定的适用约定解除的范围之内 ,即是说 ,仅仅在劳动法规允许约定解除的场合 ,集体合同和劳动合同才可就合同解除条件作出约定。其次 ,这种约定不得与法定的禁止性条件相悖 ,也就是说 ,不得约定在具备禁止性条件的情况下可例外地解除劳动合同。再次 ,这种约定不得与辞职的法定许可性条件冲突 ,即是说 ,如果法律允许劳动者在一定条件下辞职 ,合同就不得约定在该条件下禁止或限制劳动者辞职。

(3)以解除原因中有无过错为标准的分类

按照导致合同解除的原因中是否含有对方当事人过错的不同 ,可分为 :

①有过错解除。即由于对方当事人的过错行为而导致劳动合同解除。它包括劳动者因用人单位有过错而辞职和用人单位因劳动者有过错而辞退。这里的过错 ,只限于已严重到足以导致辞退或辞职之程度为准 ,轻微过错不在其内。因而 ,有过错解除的条件应当由立法规定。在这里 ,解除合同的主动权在无过错方 ,由其提出的解除要求对有过错方具有强制性 ,并可不经预告就行使单方解除权 ;用人单位如果是有过错方 ,就应当赔偿劳动者因辞职所受损失 ,劳动者如果是有过错方 ,就无权要求用人单位因辞退而给予经济补偿。

②无过错解除。即在对方当事人无过错行为或者其过错行为轻微的情况下单方解除劳动合同。为了避免或减少合同解除可能给对方当事人造成的损失 ,立法要求劳动者或用人单位在解除合同前向对方当事人预告。尤其是为保障劳动者利益 ,立法不仅应当对辞退规定严格的条件 ,而且还应当要求用人单位对辞退或辞职的劳动者都给予一定经济补偿。

2. 劳动合同的解除条件

按实体、程序的规定,以引起劳动法律关系消灭的行为为依据,可将劳动合同的解除分为双方协商解除和单方依法解除两大类。

双方协商解除是指劳动合同的双方当事人经协商达成一致,从而解除劳动合同。作为一种双方行为,即无论是劳动者首先提出解除还是用人单位首先提出解除,只有对方同意,双方达成一致意见,方可解除劳动合同。法律将双方当事人的合意规定为解除劳动合同的条件。由于解除条件较严格,解除程序上没有限制性规定。

单方依法解除是指劳动合同的一方当事人,不须对方同意,单方面行使劳动合同解除权。这是劳动合同的当事人依法以单方的意思表示解除劳动合同。按权利主体分类,可以分为用人单位解除劳动合同和劳动者解除劳动合同。

(1) 用人单位解除劳动合同

用人单位单方行使劳动合同解除权,又可分为因劳动者的原因行使解除权以及因用人单位的原因行使解除权。

因劳动者的原因解除劳动合同时,用人单位还必须根据劳动者的情况区别为主观过错和客观原因,相应地分为解除合同前不需提前预告和需提前预告两种情况。

劳动者主观过错,包括:

①在试用期间被证明不符合录用条件(简称试用不合格)。是否合格,应当以法定的最低就业年龄等基本录用条件和招用时规定的文化、技术、身体、品质等条件为准,在具体录用条件不明确时,还应以是否胜任商定的工作为准。不合格,既包括完全不具备录用条件,也包括部分不具备录用条件,但都必须由用人单位对此提出合法有效的证明。是否在试用期间,应当以劳动合同的约定为准;若劳动合同约定的试用期间超出法定最长时间,则以法定最长期限为准;若试用期届满后仍未办理劳动者转正手续,则不能认为还处在试用期间,即不能再以试用不合格为由辞退劳动者。

②严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度(简称严重违纪)。是否违纪,应当以劳动者本人有义务遵循的劳动纪律及用人单位规章制度为准,其范围既包括全体劳动者都有义务遵循者,也包括劳动者本人依其职务、岗位有义务遵循者。违纪是否严重,一般应当以劳动法规所规定的限度和用人单位内部劳动规则依此限度所规定的具体界限为准。

③严重失职,营私舞弊,对用人单位利益造成重大损害。此即劳动者在履行劳动合同期间,违反其忠于职守、维护和增进用人单位利益的义务,有未尽职责的严重过失行为或者利用职务之便谋取私利的故意行为,使用人单位的有形财产、无形财产或人员遭受重大损害,但不够受刑罚处罚的程度。例如,因玩忽职守而造成事故;因工作不负责任而经常产生废品、损坏设备工具、浪费原材料或能源;贪污受贿;泄露或出卖商业秘密;等等。

“重大损害”,应由企业内部规章来规定,不便于对其作统一解释。若用人单位以此为由解除劳动合同,与劳动者发生劳动争议,劳动争议仲裁委员会一般根据企业的类型、

规模和损害程度等情况,对企业规章中的规定进行认定。

④被依法追究刑事责任。即劳动者在劳动合同存续期间,因严重违法,构成犯罪,被法院依法判处刑罚或者裁定免予刑事处罚。但是,对依照刑法处以管制者、宣告缓刑者,以及被免予刑事处罚者,虽然立法规定可予辞退,而在实践中,一般可不予辞退。因为在这些情况下,劳动者仍有履行劳动合同的行为自由,并且,保留其劳动关系更有利于本人的改造。

⑤被劳动教养。即劳动者在劳动合同存续期间,因违法而被公安机关依法处以劳动教养。

从解除合同的程序看,符合四类情况之一的,用人单位一经证实后,就可以解除劳动合同,无须提前通知,也不必给予经济补偿。

劳动者客观原因,包括:

①劳动者患病或非因工负伤,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。这里的医疗期,是指劳动者根据其工龄等条件,依法可以享受的停工医疗并发给病假工资的期间,而不是劳动者病伤治愈所实际需要的医疗期。劳动者在规定的医疗期届满后,其病伤尚未医疗终结或者医疗终结但其劳动能力受损,经劳动鉴定机构证明,缺乏或丧失从事原工作或者用人单位在现有条件下为其所安排新工作的劳动能力,而无法继续履行劳动合同。

②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。这里的“不能胜任工作”,是指不能按要求完成劳动合同中约定的任务或者同工种、同岗位人员的工作量。劳动者在试用期满后不能胜任劳动合同所约定的工作,用人单位应对其进行培训或者为其调整工作岗位,如果劳动者经过一定期间的培训仍不能胜任原约定的工作,或者对重新安排的工作也不胜任,就意味着劳动者缺乏履行劳动合同的劳动能力。

③劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使原劳动合同无法履行,经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议。这里的客观情况,是指履行原劳动合同所必要的客观条件,如自然条件、原材料或能源供给条件、生产设备条件、产品销售条件、劳动安全卫生条件等。如果这类客观条件由于发生不可抗力或者出现其他情况,而发生了足以使原劳动合同不能履行或不必要履行的变化,用人单位应当就劳动合同变更问题与劳动者协商,如果劳动者不同意变更劳动合同,原劳动合同所确立的劳动关系就没有存续的必要。

在有的国家和地区的立法中,就此条件作了规定。例如《利比亚劳工法》规定,在企业全部或部分永久关闭或关闭连续两个月时间,或者劳动合同仅涉及暂时性工作的情况下,允许预告辞退。有的将许可雇主预告辞退的情形规定为:歇业或转让;亏损或业务紧缩;不可抗力暂停工作在一个月以上;业务性质变更,有减少劳工之必要,又无适当工作可供安置;劳工对于所担任之工作确不能胜任。

从解除合同的程序上看,符合三类情况之一的,用人单位必须履行“预告义务”,即应

当提前 30 日以书面形式通知劳动者本人方可解除劳动合同 ,同时还应依法给予经济补偿。

因用人单位的原因解除劳动合同 ,除“ 劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化 ,致使原劳动合同无法履行 ,经当事人协商不能就变更合同达成协议 ”的情况外 ,主要是指经济性裁减人员 ,即用人单位由于生产经营状况发生变化而出现劳动力过剩现象 ,因而被称为经济性裁员。其表现形式是批量辞退(或称集体辞退) ,而非单个辞退。

用人单位在因劳动者的客观原因或用人单位的原因解除劳动合同时 ,还受“ 不得解除劳动合同 ”条款的限制。

各国劳动法关于辞退的禁止性条件规定 ,内容大同小异 ,一般为下列情形之一 :

①患职业病或者因工负伤并被确认为丧失或者部分丧失劳动能力。职业病和工伤都是由劳动过程中的职业危害因素所致 ,因而 ,用人单位对由此而丧失或部分丧失劳动能力的劳动者 ,负有保障其生活和劳动权的义务 ,不得将其辞退。在这里 ,劳动能力丧失的程度 ,须由法定机构(我国为劳动鉴定委员会)鉴定和证明。

②患病或负伤并在规定的医疗期内。劳动者患普通疾病或者非因工负伤 ,用人单位应依法给予一定的医疗期 ,并在此期限内负有保障其医疗和生活的义务。所以 ,此期限未滿 ,不得将病伤者辞退。在不同立法中对此期限的规定不尽相同 ,例如 ,德国规定为六周 ;

③女职工在孕期、产期、哺乳期内。以此作为禁止性条件 ,旨在保护妇女和儿童的特殊权益。孕期与产期和哺乳期 ,或者孕期与产期为一个连续的过程 ,其中 ,产期长度应当以生育正产、难产或小产的法定产假期为准 ,哺乳期长度也应当与法定界限相符 ,一般限于婴儿周岁。处在孕期、产期和哺乳期的女职工 ,用人单位不得将其辞退 ,除非提供证据证明引起辞退的事由在法定禁止性条件的适用范围之外 ,并且与怀孕、分娩或哺乳毫无关系。

④法律、行政法规规定的其他情形 ,用人单位均不得解除劳动合同。例如 ,在法定年休假、法定节假日和其他合法假期间 ,在劳动争议处理期间 ,雇员不得被辞退。雇员因实施工会行为或职工代表行为 ,也会受特别保护 ,不得被辞退。

需要指出的是 ,“ 不得解除合同 ”的条款对用人单位因劳动者主观原因而解除劳动合同是没有约束力的。例如某女工在怀孕期间严重违反劳动纪律 ,用人单位仍可解除劳动合同。

用人单位解除劳动合同 ,工会认为不适当的 ,有权提出意见。如果用人单位违反法律、法规或者劳动合同 ,工会有权要求重新处理 ,劳动者申请仲裁或者提起诉讼的 ,工会应当依法给予支持和帮助。

(2) 劳动者解除劳动合同

劳动者单方行使劳动合同解除权 ,也可以用人单位是否有过错为主要依据 ,分为需提前预告和不需提前预告两种情况。

3. 劳动合同解除的程序

劳动合同解除的程序,因解除的方式、条件等差异而有所不同,一般包括下述各项:

(1) 辞退通知前的环节

许多国家在立法中要求,用人单位在发出辞退通知以前,必须经过特定的环节。其中主要有:

①批评教育、纪律处分或辞退警告无效。有的国家规定,用人单位对于因违纪(违章)违法应予辞退的职工,必须针对其违纪(违章)违法行为进行批评教育或纪律处分,经此仍然无效的,才可辞退。有的国家则要求实行辞退前的警告,例如,德国规定,解雇渎职或无能的雇员,应先行警告;巴林规定因严重缺勤而被解雇者,应先经雇主书面警告。

②征求工会、劳资协商机构或职工方的意见或同意。有的国家规定,用人单位辞退职工,一般应当向本单位工会征求意见;如果裁员,应当提前30日向本单位工会或全体职工说明情况并提供有关生产经营状况的资料,还应当将裁员方案征求工会或全体职工意见并对方案进行修改和完善。

③报经主管机关审核或批准。我国规定,裁员应当事先向劳动行政部门报告裁员方案以及工会或全体职工意见,并听取劳动行政部门的意见。法国规定,除非在破产清理期间,任何解雇都必须经有法定资格的行政当局批准。委内瑞拉规定,裁员须向三方委员会申请批准。

(2) 解约的协议或通知

劳动合同的协议解除,应当由合同当事人双方就合同解除的日期和法律后果,依法签订书面协议。

劳动合同的单方解除,应当由用人单位或劳动者提前或即时以书面形式将解除劳动合同的决定通知对方,在裁员时,这种通知的形式为正式公布裁员方案。其中,提前通知的期间(即预告期间)一般由立法规定,有的国家还要求用人单位在此期间应当给予劳动者法定的求职假,供其寻找重新就业的机会。

就预告辞退而言,立法规定预告期的意图在于让被辞退者在失业来临前有一段预先求职的时间。因而,在实践中允许用人单位以向被辞退者支付与预告期间劳动报酬额相等的补偿的方式取代预告期,即用人单位在支付此项补偿费的前提下即可辞退劳动者。用人单位之所以愿意如此,其动机在于尽可能避免预告期间被辞退者在劳动过程中实施不利用人单位的行为。

(3) 解约协议或通知后的环节

在劳动合同当事人就劳动合同解除签订协议或发出通知以后,依法还必须或可能经过特定环节。其中主要是:

①工会干预。有的国家规定,工会认为辞退不适当的,有权提出意见,用人单位对工会意见应当认真研究,如果辞退违法或违约,工会有权要求用人单位重新处理。

②争议处理。因劳动合同解除发生争议的,应当依法遵循调解、仲裁、诉讼的程序处

理。

③ 备案。

【各国劳动合同制度】

（一）日本的劳动合同制度

日本在录用新职工时实行劳动合同制。日本劳动标准法(1976年)规定：“在签订劳动合同时，雇主必须把工资、工作时间和其他劳动条件对工人当面说明。对于工资事项，必须根据命令所规定的方法予以说明。”劳动条件应由工人和雇主以平等地位决定之，“劳动合同中规定的劳动条件，低于本法所规定标准的部分应视为无效。在此情况下，失效的部分以本法所规定的标准为依据”。标准法还规定，根据前项规定所当面说明的劳动条件如与事实不符时，工人可以立即解除劳动合同。

从劳动合同期限来看，一般为三种期限的合同：

① 没有一定期限；

② 一年以内期限；

③ 以完成一项工作时间为期限。日本企业大都实行终身雇佣制，除短期合同工和只在企业做部分时间工作的人外，一般情况下不开除或解雇职工。标准法规定，雇主不得解雇因工负伤或患病在疗养期间及疗养期后30天内做工的人，以及怀孕女工和在享受产假期间及其后30天内的女工。雇主解雇工人时，至少应在30天前预先给予通知。雇主不在30天以前预先通知时，必须支付相当于30天的平均工资。但因天灾或其他不可避免的原因以致企业不能继续经营或由于工人的责任而致解雇时，不在此限。

（二）美国的劳动合同制度

为了保持劳工队伍就业的相对稳定，美国政府制订了若干法规对解雇和裁员施加种种限制，以减少失业，这给雇员就业提供了某种程度的保障。为了限制雇主对雇员的解雇，美国政府颁布了公务员法、教师职业保障法，使某些部门和某些行业的职工获得了比较稳定的职业保障，许多人甚至获得了终身职业保障。在限制雇主裁员方面，政府也采取了一些措施。例如，实行集体合同和增加雇主缴纳失业保障金额等等。集体合同规定，雇主要按职工在该企业工作的年限进行裁减，尽管这种规定不能阻止雇主裁减职工，但限制了雇主裁员的随意性。美国失业保险法规定，政府将按雇主过去裁员的人数征收失业保险金，这样，雇主裁员越多，向政府缴纳的失业保险金就越多，从而迫使雇主尽量减少裁员。实际上，很多大企业是很少裁员的。许多大企业宁可采取使工资的提高落后于物价的增长，缩短工作时间以减小工资支付，以及暂时取消工人奖金、福利和各种补贴

以减少企业负担等办法来渡过难关,而不随意裁减雇员,特别是很少裁减熟练的技术工人。

(三)德国的劳资契约

德国的劳资契约有其特点,共分为三个层次:

一是由工会(代表全体雇员)与雇主协会或者单个雇主(一般是大型企业)达成的工资合同。这是调整劳动和工资关系的主要法规,对其他层次的契约起决定性影响。工资合同包含了劳动关系中雇主和雇员的权利和义务、劳动关系的缔结形式、劳动关系的终止办法等基本内容。

二是由企业职工委员会和企业雇主在企业内部达成的企业协议。这是以工资合同为标准,结合各企业具体情况而缔结的补充协议,规定了企业内部用什么形式来实现工资合同包含的内容。

这两种劳资“集体契约”,构成了德国现代劳动法规的核心,并与其他保护雇员利益的国家劳动立法相结合,对雇主与单个雇员这样一种力量悬殊的状态起到了某种平衡的作用。

三是由企业雇主和单个雇员缔结的劳动合同。这是雇员与雇主之间,在前两个劳资集体契约和国家劳动法规的基础上达成的雇用合同,其条件只能更加有利于雇员。

下面收录德国一公司使用的“雇用合同”,对于三个层次的劳资契约的关系,从中可见一斑。

雇用合同

受雇人:××出生:××年×月×日

1.自××年×月×日起,您受本企业雇用。工作部门:×××

2.您的月工资:××马克

参照工资合同中有关企业特别支付的规定,根据现行企业协议,您此外还可获得一笔以现企业盈利状况而定的年度奖金。

超出工资合同规定水平的工资支付应予保密,而且在工资合同决定增长工资时应予计算。工资支付以非现金方式转入雇员自己任选的账户。

3.自受雇用之日起,至××年×月×日为试用期。在此期间,双方可在下个日历月终止前的一个月內提出终止合同。如果法律和工资合同中规定了更长的期限,应予适用。

4.您的休假要求以企业的休假规定为准。

5.您保证严守职务上的一切秘密,这项规定不但适用于受雇期间,而且也适用于雇用关系终止以后。

6.在领取本企业或本企业下属一个部门的工资或供养期间,雇员的创造发明必须向本企业报告并交付支配。

7. 您表示 ,当企业情况有需要时 ,愿意在别的岗位上承担同样的或其他可以胜任的工作。

8. 遵守有关防止工伤事故的规定 ,是本雇用合同中的一项基本义务。

9. 您在年满 65 周岁的那个月结束后 ,无须提出解雇 ,即开始退休。

10. 您享受的企业养老金和遗属供养金 ,应依照'企业补充供养规定 '和' × × × 公司雇员养老金基金会章程 '执行。如果章程规定的前提已经实现 ,您在受雇期间便是该养老金基金会的会员。

11. 此外 ,现行的巴伐利亚五金工业的工资合同和本企业协议 ,尤其是本企业的劳动规则也同样适用。

12. 对本合同的补充须以书面形式。

13. 其他协议 (此条款根据特殊情况制订)

× × × × 公司

日期和地点

雇员签名

日期和地点