

劳动合同形式强制的法学分析

胡 玉 浪

(福建农林大学 法律系, 福建 福州 350002)

[摘 要] 法律关于劳动合同形式强制的规定属于管理性强制规定,未采用书面形式并不导致劳动合同不成立或无效,但是当事人应承担不利法律后果。随着劳动合同与劳动关系概念的区分,劳动关系多种证明手段的运用和集体合同法律制度的完善,劳动合同形式强制的力度将趋于弱化。

[关键词] 书面劳动合同; 管理性强制规定; 强制限度

[中图分类号] D92 [文献标识码] A [文章编号] 1673- 0755(2009)03- 0054- 03

一 劳动合同形式强制的功能分析

合同的形式,是合同内容赖以确定和存在的方式,也就是合同当事人形成合意的意思表示的手段或载体类型,包括口头形式、书面形式、登记形式、公证形式等。我国劳动立法明确规定劳动合同应当采用书面形式,这种做法既与长期以来形成的历史习惯和思维习惯有关,也与书面劳动合同所承载的特定功能有关。

(一)证明功能。“书面形式合同之证明价值高于口头形式合同,此乃不争事实,也就是所谓的,书面形式的证据效力一般来说强于口头形式。”^[1]这是因为“单是口头承诺很容易产生对约定内容意见不一致的情况,书面确定则能够造就可靠的证明基础”^[2]。劳动合同是一种继续性给付合同,不能即时履行完毕,如果当事人只是在口头上达成合意,日后不免就是否有效地缔结了合同、何时成立合同、以及合同的内容等事项发生争执。一旦当事人将其合意做成书面形式,则是证明劳动关系以及权利义务内容的重要证据,有利于减少劳动争议。即使发生劳动争议,也便于分清是非、明确责任、公正、及时的处理纠纷。劳动合同书面形式的证明功能也表明,劳动合同采取书面形式、口头形式或其他形式,只是在证明合同关系是否存在的举证上有难易之分,而不是合同本身存在着优劣的差别^[3]。

(二)保护功能。实践证明,形式强制可用来保护合同中的弱势一方。这个功能有越来越多应用的趋势:比如,合同形式被日益用于承租人、雇员、消费信贷协议的债务人和保证人等的保护^[4]。劳动关系具有从属性,劳资双方的地位和实力严重不对等,劳动者相对于雇主而言处于弱势地位,因此不排除雇主利用对劳动合同形式的控制侵害劳动者利益的可能性,如通过不订立书面劳动合同逃避社会保险费的

缴纳义务,在发生劳动争议时否认与劳动者存在劳动关系,企图以此逃避法定义务等。此时,如果国家再以维护合同自由原则为理由,对合同缔结的过程与形式放任自流,势必发生不公平的结果。劳动合同形式强制的目的不在于审查合同的形式,而在于控制合同的内容,劳动行政部门可以通过对书面劳动合同的审查和监督以规范雇主的用工行为,避免雇主权力的滥用。如果劳动合同采用口头形式,则不易控制,无法审查,因此有必要通过立法强制规定订立劳动合同应当采用书面形式。

二 劳动合同形式强制的规范性性质

《劳动法》第 16 条第 2 款规定:“建立劳动关系应当订立劳动合同。”第 19 条规定:“劳动合同应当以书面形式订立。”在法律要求劳动合同应当以书面形式订立的情况下,劳动合同未采用书面形式将产生何种法律效力?对此,我国《劳动法》没有做出明确的规定。我国学者根据《劳动法》以及相关部门规章和劳动法规定形式要件的立法目的等方面形成了两种截然不同的观点:一种观点认为,未采用法定形式的劳动合同属于无效劳动合同,主要理由是:在法律术语中,“应当”就是“必须”的意思,所规定的相应内容是法律的强行性规定,必须遵守,否则无效;另一种观点认为,应视具体情况而定,不能一概否定劳动合同的效力,因为法律规定应当采取的形式,不能简单地理解为必须采取的形式^[5]。本文认为,法律关于“劳动合同应当以书面形式订立”的规定是一种强制性规定,但是违反强制性规定是否导致劳动合同无效,必须结合劳动合同形式强制的规范性性质进行分析。

法律规范是组成法律的细胞。根据“当事人能否以其意思排除其适用”为标准,法律规范可分为任意性规范和强制性规范。与任意性规范不同,强制性规范是指不得以当事人

[收稿日期] 2009- 02- 13

[作者简介] 胡玉浪(1971-),男,福建尤溪人,福建农林大学法律系副教授,法学博士。

的意思或依其与相对人之合意排除其适用的规范。强制性规范的主要功能,在于限制契约自由,乃至当事人意思自主,其不问当事人的意思如何,一律适用^[6]。依违反强制性规范的法律后果的不同,可将其分为效力性强制规范与取缔性(管理性)强制规范。所谓效力性强制规范,乃以否认合同法律上效力为目的的规定,违反效力性强制规范,合同无效;所谓管理性强制规范,是以对违反者加以制裁,以防止其行为,而不以其行为无效为目的之规定,违反管理性强制规范,并不导致合同无效,仅当事人应受制裁而已。效力性强制规范着重违反行为之法律行为价值,以否认其法律效力为目的;管理性强制规范着重违反行为之事实行为价值,以禁止其行为为目的^[7]。

《劳动合同法》第 10 条规定:“建立劳动关系,应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系,未同时订立书面劳动合同的,应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。”第 82 条规定:“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的,应当向劳动者每月支付二倍的工资。”《劳动合同法实施条例》第 6 条进一步规定,用人单位除支付双倍工资外,还应当与劳动者“补订书面劳动合同”。可见,按照《劳动合同法》,立法者并不认为未采用书面形式的劳动合同不具有合同的价值,而是规定了雇主违反规定所应承担的不利法律后果,因此《劳动合同法》关于劳动合同书面形式的规定应属于管理性强制规定,而非效力性强制规定,对管理性强制规定的违反并不影响实际存在的劳动关系的法律效力,以保护作为弱者的劳动者的合法利益。不难想象,如果仅仅因为雇主未与劳动者订立书面劳动合同就不承认事实上存在的劳动关系,让劳动者为雇主“义务劳动”,非但达不到保护劳动者权益的目的,反对其有害。

三 违反劳动合同形式强制的法律后果

根据《劳动法》第 16 条、第 19 条、《劳动合同法》第 3 条、第 10 条的规定,订立书面劳动合同是建立劳动关系的基本要求,用人单位和劳动者都对订立书面劳动合同负有法定的义务。但从《劳动合同法》第 82 条的规定看,法律仅规定用人单位违反规定未与劳动者订立书面劳动合同的法律责任,这实质上是把主动要求签订书面劳动合同规定为用人单位的一项义务。这一规定的合理性在于在现实生活中,未签订书面劳动合同往往是由用人单位方面的原因造成的。但因劳动者在用人单位不积极履行或恶意不履行订立书面劳动合同的义务时,可以享有赔偿性利益,这有可能使少数动机不良的劳动者滋生恶性获利的想法,故意拖延订立书面劳动合同的时间,不配合用人单位积极履行订立劳动合同的义务,以谋求《劳动合同法》规定的时间利益,为法律的实施带来不利影响^[8]。于此,《劳动合同法实施条例》第 5 条规定,自用工之日起一个月内,经用人单位书面通知后,劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的,用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系,无需向劳动者支付经济补偿,但是应当依法向劳动者支付其实际工作时间的劳动报酬;第 6 条规定,用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的,应当依照劳动合同法第 82 条的规定

向劳动者每月支付两倍的工资,并与劳动者补订书面劳动合同;劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的,用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系,并依照《劳动合同法》第 47 条的规定支付经济补偿。由此可见,虽然用人单位与劳动者都有订立书面劳动合同的义务,但在不订立书面劳动合同的法律后果方面,法律基于特定立法政策的考虑,仅处罚用人单位的违法行为,包括支付经济赔偿金或经济补偿金,但这并不意味着劳动者的行为完全自由,如果劳动者不愿意订立书面劳动合同,需承担劳动关系解除的法律后果,从而在立法上体现了用人单位与劳动者在权利义务上的平衡,以促进《劳动合同法》的实施。需要注意的是,按照《劳动合同法实施条例》第 7 条的规定,用人单位自用工之日起满一年未与劳动者订立书面劳动合同的,自用工之日起满一个月的次日至满一年的前一日应当依照劳动合同法第 82 条的规定向劳动者每月支付两倍的工资,并视为自用工之日起满一年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同,应当立即与劳动者补订书面劳动合同,此时,用人单位不能以劳动者不愿意补订书面劳动合同为由要求解除劳动关系。

四 劳动合同形式强制的法律限度

书面劳动合同具有证明功能、保护功能,保障人权和维护社会公共利益的功能,尤其是在当前我国市场信用度低,劳动权利义务依据不完备,集体合同尚未得到普遍推行的情况下,立法仍有必要规定劳动合同应当采用书面形式,但是我们也不能将劳动合同书面形式绝对化,因为“即使在法律认为形式是必不可少因而予以规定的情况下,法律也仅仅将形式视为达到目的的手段;如果该目的可能以其他形式达成,或该目的已失去了意义,那么形式这种手段是可以放弃的。”^[9]实际上,《劳动合同法》在强调劳动合同应当以书面形式订立的同时,也体现了对劳动合同形式强制的限制。

(一)区分劳动关系的建立与劳动合同的订立,未签订书面劳动合同不影响劳动关系的建立。劳动关系是现代社会的经济关系,而劳动关系的主要法律表达形式就是劳动合同,劳动关系中的权利义务内容都需要在劳动合同中规定,通过劳动合同的形式表达出来,所以劳动合同在劳动关系中具有最核心的法律地位^[8]。为了规制用人单位用工而不订立书面劳动合同以逃避劳动监察和不为劳动者投保社会保险义务等违法行为,劳动部《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》、《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》等均确认事实劳动关系的合法性并对事实劳动关系进行保护,但是由于实践中难以操作,导致事实上的劳动关系不能得到有效调整,同时也引起法理上关于劳动关系一定程度的混乱。《劳动合同法》第 7 条规定:“用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。”第 10 条规定:“建立劳动关系,应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系,未同时订立书面劳动合同的,应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的,劳动关系自用工之日起建立。”可见,《劳动合同法》已经区分劳动关系与劳动合同这两个概念,同时明确了建立劳动关系与订立书面劳动合同的时间关联;

建立劳动关系的基本法律事实是用工,而不是订立书面劳动合同,即只要存在用工行为,该用人单位与劳动者之间的劳动关系即建立,劳动者与用人单位即受劳动法的规制。《劳动合同法》之所以区分劳动关系的建立与劳动合同的成立,同时又强化用人单位订立书面劳动合同的法定义务,是因为虽然法律可以对劳动关系的成立以直接的法律规定进行调整,但是权利的保护不能只依靠法律依据,还必须具有事实依据,订立劳动合同则是证明劳动关系的最完整、最重要的事实依据,而且劳动合同本身还是一种重要的法律依据,但是否订立书面劳动合同不影响劳动关系的建立,劳动关系的建立以实际用工行为的发生为标志。

(二)劳动关系多种证明手段的发展与完善,未签订书面劳动合同不能否定劳动关系的存在。劳动合同本质上是双方当事人意思表示一致即合意的法律行为,而合意的形式是多元的,既可以书面形式表现,也可以其他形式表现。就证明效力而言,书面形式和口头形式具有不同程度的证明力,书面形式的证明力优于口头形式,但这并不意味着书面形式具有最终的证明力,无论是书面形式还是口头形式,均可以相反证据加以推翻,所以,合同形式只是一种表面证据,并非不可推翻的证据。^[10]实际上,由于劳动关系具有持续性和变动性的特点,“用人单位与劳动者之间所存在之社会关系及其构造单纯依据一纸书面劳动合同承担相应的证据作用,不仅于现实为不可能,而且于制度设计为不必要”,“就业、失业登记制度、员工名册制度、考勤制度、员工证卡制度、工资发放登记及纳税登记制度、离职证明等制度的实施皆可证明双方当事人之间劳动权利义务关系的存在。”^[11]例如,劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》第2条就明确规定:“用人单位未与劳动者签订劳动合同,认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证:(1)工资支付凭证或记录(职工工资发放花名册)、缴纳各项社会保险费的记录;(2)用人单位向劳动者发放的‘工作证’、‘服务证’等能够证明身份的证件;(3)劳动者填写的用人单位招工招聘‘登记表’、‘报名表’等招用记录;(4)考勤记录;(5)其他劳动者的证言等。”而且,对上述规定中的第(1)、(3)、(4)项中的有关凭证由用人单位负举证责任。《劳动合同法》第7条和《劳动合同法实施条例》第33条也规定了用人单位应当建立职工名册备查的义务和违反该义务时的法律责任。综上,书面劳动合同不过是当事人用来表达其真实意思的一种方

式,当事人没有订立书面劳动合同,并非就不能证明劳动关系的存在。随着劳动关系多种证明手段的发展与完善,劳动合同形式强制的目的及其效力将逐步消解。

(三)大力推行集体谈判和集体合同制度,书面劳动合同的功能被进一步弱化。劳动合同包括个别劳动合同和集体劳动合同。在西方市场经济国家,集体合同比较普遍且其内容一般比较完整和具体,劳资双方的权利和义务大多通过集体合同确定。我国《劳动法》和《劳动合同法》都有关于集体合同的规定,但尚不完善。例如,《劳动法》虽然规定了集体合同制度,却没有规定实现集体合同的手段;工会作为当事者所签订的集体合同并不具有法律效力,还要受到职工代表大会或全体职工的监督,并要接受劳动行政部门的审查(第33条、第34条)。建立与完善集体谈判和集体合同制度是我国劳动法发展的方向。集体合同具有强制性和不可贬低性两种法律效力。如果大多数劳动者的劳动权利义务改由集体合同确定,那么要求用人单位和每一个劳动者都签订书面劳动合同,将不具有实质意义。

[参考文献]

- [1] 郑尚元.劳动合同法的制度与理念[M].北京:中国政法大学出版社,2008:197.
- [2] [德]迪特尔·施瓦布.民法导论[M].郑冲译,北京:法律出版社,2006:362.
- [3] 姚新华.契约自由论[J].比较法研究,1997(1):28.
- [4] Chitty Chitty on Contracts[M]. Sweet&Maxwell 1999:261-262.
- [5] 冯彦君.口头劳动合同法律效力和事实劳动关系法律效果[J].中国劳动,2006(1):18.
- [6] 陈自强.民法讲义——契约之内容与消灭[M].北京:法律出版社,2004:47.
- [7] 史尚宽.民法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000:330.
- [8] 李建.中华人民共和国劳动合同法实施条例理解与适用[M].北京:法律出版社,2008:30.
- [9] [德]卡尔·拉伦兹.德国民法通论(下册)[M].王晓晔等译.北京:法律出版社,2003:557.
- [10] 王家福.中国民法学[M].北京:法律出版社,1991:308.

On the Law Analysis to the Form of Mandatory of Labor Contracts

HU Yu-lang

(Fujian Agriculture and Forestry University, Fuzhou 350002 China)

Abstract The provisions regarding the form of compulsory of labor contract belong to the management of a mandatory requirement. The labor contract without not mean it's not established or invalid, however, the parties should bear the negative legal consequences. With the distinction between the labor contract and the labor relations, a variety of means used to prove the labor relations, the improvement of the collective contracts system, the compulsory strength on the form of labor contracts will tend to weaken.

Key words labor contract in written form; management of mandatory requirement; mandatory limit its