

《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》的理解与适用

文/张勇健 韩延斌 王林清

劳动关系是现代社会最基本、最重要的社会关系,是当代社会和谐“晴雨表”和“风向标”。依法化解劳动争议纠纷,是人民法院的重要职责。为贯彻党的十八大提出的五位一体的重大战略部署和健全劳动关系协调机制、构建和谐劳动关系的总体要求,最高人民法院制定了《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》[以下简称《解释(四)》]。为了便于在审判实践中正确理解和适用,现对该司法解释的一些主要问题作如下阐释。

一、关于制定《解释(四)》的背景和意义

近年来,随着我国劳动用工制度的深刻变革,社会保障制度的不断发展,劳资双方关系的深入调整,劳动法律制度的继续完善,全国法院受理的劳动争议案件数量居高不下,并呈现出关系复杂化、诉讼群体化、诉求多样化、问题疑难化的特点。劳动争议案件已经成为全国法院受理的民事案件中数量增长多、敏感程度高、涉及范围广、结案压力大的纠纷类型,依法妥善审理劳动争议案件成为民事审判工作的重点、热点和难点。从全国法院审理的劳动争议案件情况看,年均收、结案在30万件左右。劳动争议案件数量的居高,折射出社会形势的深刻变化。

第一,从国际环境看,全球经济一体化、国际化程度日益提高,美国次贷危机引发的国际金融危机一波三折,世界经济增速下降,市场信心普遍动摇。处于不

同发展阶段的国家和经济体尤其是经济大国,无一脱身于危机之外,世界经济的不稳定性、不确定性仍在扩大,形势十分复杂严峻。

第二,从国内环境看,我国经济转型升级的紧迫性、艰巨性与世界经济结构深度调整的剧变力、震荡力广泛交融。特别是对外贸易受到严重冲击,许多行业和企业经营困难,用人单位谋生存、求发展的压力进一步增大。与此同时,劳动者要求增加劳动报酬、改善工作环境、提高福利待遇的期望值也逐步上升,这给用人单位带来极大的压力。用人单位难以满足劳动者诉求时,劳动关系中的各种矛盾日益显现。

第三,从立法层面看,劳动合同法和劳动争议调解仲裁法实施之后,这两部法律分别从实体法和程序法方面,为劳动者维护自身权益提供了更为周全的保护,也为规范劳动争议纠纷提供了多维途径。此后,国务院制定了劳动合同法实施条例,全国人大常委会颁布实施了社会保险法,并于2012年年末修改了劳动合同法。上述法律法规的颁布和修订,使得劳动者在仲裁或诉讼中相对弱势的地位已经有所改变,劳动者运用法律维护自身权益的意识越来越强,维权能力越来越高,人民法院受理的劳动争议案件也越来越多。

第四,从用工情况看,尽管劳动合同法已经实施五年多了,但一些用人单位出于追求自身利益最大

化,用工成本最低化的目的,仍然漠视劳动者合法权益,恶意规避法律法规,违法用工、侵害劳动者权益的情形依然普遍存在。一些用人单位观念陈旧,依然维持原有的用人观念和人事制度,与劳动合同法倡导的现代劳资关系理念存在较大差距。劳资双方矛盾相对积累,碰撞日益激烈,导致大量案件涌入仲裁或者诉讼领域。

第五,从司法实践看,在劳动争议案件数量居高的同时,人民法院面临着统一适用法律难度加大的困境没有得到根本改变。尽管针对劳动争议已相继发布三个司法解释,但许多法律适用问题仍然未在立法层面和司法解释中得到进一步明确,一定程度上滞后于社会经济形势的发展和审判实践的需要。此外,劳动用工关系进一步朝多元化方向发展,劳动者诉讼请求日益复杂,社会敏感度高、法律依据不明确的新类型案件日渐增多,案件处理难度日趋加大,亟待继续制定新司法解释加以规范和指引。

在《解释(四)》起草过程中,最高人民法院先后召开多次座谈会,征求立法机关、行政主管部门、有关部委、专家学者、相关行业以及各级人民法院的意见,并通过《人民法院报》、中国法院网等各种媒体向全社会公开征求意见。对此,社会反响尤其强烈,各行各业热切关注,广大劳动者特别期待。我们先后收到来信 800 多封,邮件 1500 多个。在广泛听取和充分吸收社会各界意见的基础上,经最高人民法院审判委员会第 1566 次会议讨论研究,最终通过了《解释(四)》。应当说,这一司法解释征集了民意,汇聚了民智。这也是自 2001 年以来,最高人民法院针对调整和规范同一社会关系的案件,出台件数最多的司法解释。

《解释(四)》的发布实施,对于维护劳动者合法权益,规范劳动争议案件正确处理,促进司法公正,构建和谐劳动关系等方面,均具有重要意义。

二、关于诉讼与仲裁的衔接

目前,我国劳动争议纠纷案件的处理实行“一调一裁两审”的争议解决机制,劳动争议实行仲裁前置程序。毋庸置疑,实现劳动争议诉讼程序和仲裁程序的有效衔接,有利于最大限度地发挥司法资源的整体效益,最大可能地降低当事人的诉累,最低成本地实现司法的公平与公正。虽然我国劳动立法就诉裁衔接问题作出了相关规定,但司法实践中诉裁衔接不畅问题依

然突出,历次劳动争议司法解释均对诉裁衔接问题作出规定,此次《解释(四)》也不例外。《解释(四)》就诉裁衔接方面主要规定了仲裁管辖和仲裁裁决类型两个问题。

关于仲裁管辖问题

当前,劳动争议在仲裁与诉讼的管辖方面也呈现出了许多新问题、新情况,一些仲裁机构对于数量上升迅猛且处理难度加大的劳动争议案件容易产生畏难情绪,往往采取推诿甚至不受理的态度。有的仲裁委员会经常以对劳动争议案件无管辖权为由,对于劳动争议案件不予受理,从而造成大量的相关案件涌向人民法院。

针对劳动人事争议仲裁委员会不予受理的案件,当事人向人民法院起诉的,人民法院应否受理的问题。《解释(四)》规定,“劳动人事争议仲裁委员会以无管辖权为由对劳动争议案件不予受理,当事人提起诉讼的,人民法院按照以下情形分别处理:(一)经审查认为该劳动人事争议仲裁委员会对案件确无管辖权的,应当告知当事人向有管辖权的劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁;(二)经审查认为该劳动人事争议仲裁委员会有管辖权的,应当告知当事人申请仲裁,并将审查意见书面通知该劳动人事争议仲裁委员会。劳动人事争议仲裁委员会仍不受理,当事人就该劳动争议事项提起诉讼的,应予受理。”本条司法解释基于以下几点考虑:第一,将该类案件交由劳动人事争议仲裁委员会进行仲裁,符合我国已经建立并发挥重要作用的“一调一裁两审制”的劳动争议纠纷解决机制。第二,对于一些劳动争议案件,通过劳动人事争议仲裁委员会的审理,能够实现“一裁终局”的仲裁目的,从而对于保护劳动者的利益更为迅捷。第三,有利于节约司法资源,将司法资源从当事人之间争议较小的劳动争议处理中解脱出来,更好地将这部分司法资源发挥到当事人之间利益争议更大的案件中来,从而更有利于社会矛盾的化解。第四,考虑到有的当事人规避法律、恶意选择回避仲裁程序,从程序上设立了防护墙,一定程度上阻止这种规避行为的发生。实践中不可避免地存在当事人完全通过故意选择没有管辖权的仲裁委员会仲裁而达到规避仲裁程序的目的,因此,按照《解释(四)》的规定,当事人选择的劳动人事争议仲裁委员会对案件确无管辖权的,案件不能直接进入诉讼程序,而是由人民法院告

知当事人向有管辖权的劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁。这一规定也有利于“一调一裁两审制”得以真正贯彻。

关于仲裁类型的确定问题

根据劳动争议调解仲裁法的相关规定,劳动争议仲裁裁决分为终局裁决和非终局裁决两类。对于终局裁决的判断标准,应结合劳动争议调解仲裁法和劳动争议司法解释(三)来认定。劳动争议调解仲裁法第四十七条规定适用终局裁决的劳动争议仲裁案件仅限于两类,一类是小额的仲裁案件,另一类是标准明确的仲裁案件。前者包括四种案件:(1)追索劳动报酬的案件;(2)追索工伤医疗费案件;(3)追索经济补偿的案件;(4)追索赔偿金的案件。该四类小额案件均有金额限制标准,不超过当地月最低工资标准十二个月金额,如果超过该限制金额,则应当属于非终局裁决。后者是指标准明确的仲裁案件,具体包括因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的争议。劳动争议司法解释(三)第13条规定:“劳动者依据调解仲裁法第四十七条第(一)项规定,追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金,如果仲裁裁决涉及数项,每项确定的数额均不超过当地月最低工资标准十二个月金额的,应当按照终局裁决处理。”根据该司法解释规定,终局裁决数额应以仲裁裁决确定的数额为准。对于仲裁裁决涉及数项请求,每一项均不超过当地月最低工资标准十二个月金额,不论数项之和是否超过,该仲裁裁决均为终局裁决。根据劳动争议调解仲裁法第四十七条“除本法另有规定的外”的除外条款,除了上述两类案件属于终局裁决外,其他劳动争议案件应属于非终局裁决。

区分仲裁裁决是否为终局,最大的意义在于二者的救济途径不同。根据劳动争议调解仲裁法第四十八条、第四十九条的规定,对终局裁决,劳动者如不服可以提起诉讼,而用人单位须有证据证明本法第四十七条规定的仲裁裁决有六种法定情形之一,可以申请撤销裁决。对于非终局裁决案件,没有特别限制,无论劳动者还是用人单位如不服均可以提起诉讼。据此,在劳动仲裁裁决中列明仲裁裁决的类型并告知当事人与之相对应的诉讼权利就显得尤其重要和必要,这不仅是贯彻一裁终局的制度性要求,更是为当事人更好行使诉权而应提供明确指引的现实需要。为此,人力资源和

社会保障部制定的《劳动人事争议仲裁办案规则》第49条规定:“仲裁庭裁决案件时,裁决内容同时涉及终局裁决和非终局裁决的,应分别作出裁决并告知当事人相应的救济权利。”

但一裁终局制度并没有在司法实践中得到很好的贯彻执行:对属于一裁终局的事项,劳动争议仲裁机构未依照法律规定按终局裁决处理,而是在裁决书中按非终局裁决进行处理和表述;或者对于本属于非终局裁决事项,按照终局裁决事项处理并表述,更有甚者,仲裁机构作出的裁决书中既未列明裁决书类型,也不告知当事人诉讼权利。上述情形,一方面使得一裁终局没有发挥应有的制度功能,另一方面也造成了法院审理实践的困境:此类裁决究竟应认定为终局裁决还是非终局裁决,管辖法院如何确定,也是审判实践中的一个难题。

最高人民法院经过调研认为,基于仲裁和审判分别属于不同解决纠纷机制,具有不同的权属性质,并且这两种权力并没有隶属关系,法院审判对于仲裁委员会基于仲裁权力而作出的仲裁裁决,应尊重其效力。因此,即使在其表述错误的情况下,也应该根据法律规定来保护其效力。最终,在《解释(四)》中明确规定,仲裁裁决的类型以仲裁裁决书确定为准,只要仲裁裁决列明了仲裁类型,不论该仲裁裁决认定的是否正确,人民法院无需对裁决类型作出实体性评价,仅凭裁决书列明的类型即可进行程序性处理,即使仲裁机构认定裁决类型确有错误。

对于仲裁裁决未列明裁决类型,也未告知当事人救济权利的情况,对劳动者影响不大,无论是哪种仲裁类型,均不影响劳动者的诉权,但对于用人单位来讲,则会影响到用人单位的诉权。为此,《解释(四)》规定,仲裁裁决书未载明该裁决为终局裁决或非终局裁决,用人单位不服该仲裁裁决向基层人民法院起诉的,经人民法院审查认为该仲裁裁决为非终局裁决的,基层人民法院应予受理;如果经审查认为该仲裁裁决为终局裁决的,基层人民法院则不予受理,而是告知用人单位可以自收到不予受理裁定书之日起三十日内向劳动人事争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销该仲裁裁决。

三、关于中级法院审理撤裁案件的问题

关于审理方式

前面已提到,对于终局裁决,劳动争议调解仲裁法针对劳动者和用人单位分别设计了不同的救济途径,在赋予劳动者对终局裁决以诉权的同时,也赋予了用人单位申请撤销权。于是,伴随着劳动争议一裁终局制度的设立,用人单位申请撤销仲裁裁决纠纷成为劳动争议新类型案件(以下简称撤裁案件),这同时也给劳动争议审判提出了新问题,其中之一就是适用什么程序来审理撤裁案件。劳动争议调解仲裁法第四十九条第二款仅规定,人民法院应当组成合议庭予以审查核实,但没有明确应适用什么程序来审理撤裁案件,这就使得撤裁案件的审理面临程序上的难题,如合议庭应当按何种程序进行审查、是否需要开庭、对其提交的证据能否进行质证、是否有权向合议庭陈述意见和提出反驳对方的证据、是否规定举证期限等。司法实践中,各地法院的操作五花八门:有的实行书面审理、逕行裁定的;有的效仿行政机关采取听证程序审理的;有的采取一审普通程序、开庭审理的;有的比照二审程序审理。因此,有必要通过司法解释对撤裁案件的审理程序作出统一规定,以便统一执法。

在本司法解释制定过程中,恰逢民事诉讼法修改。2012年民事诉讼法对民事二审审理方式进行了修订。该法第一百六十九条第一款规定,“第二审人民法院对上诉案件,应当组成合议庭,开庭审理。经过阅卷、调查和询问当事人,对没有提出新的事实、证据或者理由,合议庭认为不需要开庭审理的,可以不开庭审理。”考虑到大多数民事二审案件均是在中级法院这一级审理,而劳动争议撤裁案件也在中级人民法院审理,二者具有一定的相似性。最终,《解释(四)》借鉴了新民诉法关于二审审理方式的规定设计了撤裁案件的审理方式。即,中级人民法院审理用人单位申请撤销终局裁决的案件,应当组成合议庭开庭审理。经过阅卷、调查和询问当事人,对没有新的事实、证据或者理由,合议庭认为不需要开庭审理的,可以不开庭审理。这一规定最终确定了中级法院审理用人单位申请撤销终局裁决案件可以灵活审理的原则。

关于调解

劳动争议调解是指在劳动争议处理机构的主持下,依照法律、法规、政策和道德规范,在查明事实、明辨是非、分清责任的基础上,通过调和协商,劝说争议双方当事人互谅互让,达成协议,从而解决矛盾的一种方式。调解是劳动争议案件非常重要的结案方式,在许多劳动争议规范性文件中均对调解问题进行了规定。如企业劳动争议处理条例第二十八条、劳动争议调解仲裁法第四十二条、《劳动人事争议仲裁办案规则》第42条、第43条等规定。根据上述规定,劳动争议仲裁程序应坚持调解优先、注重调解,调解达成协议的,仲裁庭应当根据协议内容制作调解书,调解书自送达之日起具有法律效力。

根据劳动争议调解仲裁法第四十九条规定,人民法院审查核实撤裁案件,对裁决具有法定情形之一的,其结案的方式仅为裁定撤销裁决;不成立的,裁定驳回申请。对于该类案件能否调解处理并没有明文规定,司法实践中对此亦存在可以调解和不能调解的两种截然不同的意见。

我们认为,为统一审判实践操作标准,注重强化调解功能的发挥,促进矛盾纠纷在平和气氛中解决,《解释(四)》规定,中级人民法院审理申请撤裁案件同样可以调解。据此规定,中级人民法院可以组织双方当事人调解。达成调解协议的,可以制作调解书。一方当事人逾期不履行调解协议的,另一方可以申请人民法院强制执行。

四、关于人民调解协议的司法确认

司法确认制度是随着人民法院建立健全诉讼与非诉讼机制的矛盾纠纷解决机制改革的不断深入发展起来的,其设立的主要目的是方便民众简便、快捷、经济和彻底地解决纠纷,使其在纠纷解决方面发挥更大作用。最早规定调解协议可以司法确认的是司法解释《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》,之后,通过立法和相关司法解释,建立和完善了司法确认制度。^①但上述法律和司法解释均是针对民事争议规定的,由于劳动争议纠纷在处理程序上不同于一般的民事案件,劳动者和用人单位在人民调解委员会或者其他劳

^①这里的司法解释主要包括:2004年最高人民法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》;2009年《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》;2011年《关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》。立法主要包括2010年《中华人民共和国人民调解法》和2012年《中华人民共和国民事诉讼法》。

劳动争议调解组织主持下仅就给付义务达成的调解协议,是否同样可以适用司法确认程序,上述法律和司法解释并未规定。

我们认为,劳动争议调解仲裁法规定了劳动者与用人单位达成调解协议后,即具有法律约束力,但不具有强制执行力,对于一方当事人不履行或者反悔的,规定了不同救济途径,但没有司法确认程序。而人民调解法、新民事诉讼法及相关司法解释都规定了司法确认制度,并没有明确将劳动争议调解协议排除在外。为鼓励人民调解参与劳动争议纠纷的处理,简化劳动争议纠纷处理程序,本司法解释规定,当事人在人民调解委员会主持下仅就给付义务达成的调解协议,双方认为有必要的,可以共同向人民调解委员会所在地的基层人民法院申请司法确认。这既有利于促进诉讼与非诉讼相衔接,也与劳动争议调解仲裁法的立法宗旨相符。

理解与适用本条时应注意以下问题。

第一,人民调解委员会的范围。本司法解释中的人民调解委员会应当作扩张性解释,不仅包括依法设立的基层人民调解组织,还包括但不限于其他劳动争议调解组织,如企业劳动争议调解委员会、在乡镇、街道设立的具有劳动争议调解职能的组织,以鼓励更多的民间社会组织在条件成熟时参与劳动争议纠纷解决。

第二,调解协议的范围。本司法解释规定的调解协议,应当限定在具有给付内容的调解范围,而非所有的劳动争议调解协议均可申请司法确认。具有给付内容的调解协议包括但不限于劳动争议调解仲裁法第十六条规定的“用人单位给付拖欠的劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿金或者赔偿金”。调解协议必须具有给付内容,这点与最高人民法院《关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》排除调解协议涉及身份关系的司法确认的精神是一脉相承的。

第三,司法确认的程序。最高人民法院《关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》根据人民调解法的规定,对司法确认程序一些具体问题予以了明确,主要规定了司法确认案件的管辖法院、当事人申请司法确认时应当提交的材料、司法确认案件的受理、法院办理司法确认案件的期限、审查方式、不予确认的情形、确认方式及效力、案外人权利救济方式、费用、向司法机关及人民调解委员会通报情况等内容。本司法

解释规定的劳动争议调解协议司法确认也应遵循上述规定。

第四,司法确认的法律文书形式。在制定《关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》时,对于司法确认案件的法律文书形式问题已存在很大争论,该司法解释最终选择了决定书这种形式。但民事诉讼法修改时,采用的是裁定书形式。因此,对于劳动争议司法确认案件,应当按照民事诉讼法的规定,统一采用裁定书的形式予以处理。

五、关于经济补偿年限计算

在司法实践中,用人单位根据市场经营需要和自身经营状况进行企业改革和产业结构调整是很正常的现象,也不可避免地导致用人单位主体发生变动。而用人单位主体的变动必然对劳动合同运行产生影响,进而影响到劳动者的合法权益。劳动者的工作年限在用人单位主体变动问题显得尤为重要,这涉及到劳动者在原用人单位的工作年限能否计入新工作单位工作年限问题。因为劳动者在本单位的工作年限是劳动者享受本单位职工福利、用人单位辞退劳动者计发经济补偿金的重要因素之一。实践中某些用人单位为防止劳动者原工作年限计入新用人单位,往往采取各种不同手段来迫使劳动者“工作年限清零”,从而达到重新计算劳动者在新用人单位中的工作年限,用人单位的这种做法无疑损害了劳动者的合法权益。

对于因用人单位的合并、兼并、合资、单位改变性质、法人改变名称等原因而改变工作单位的,原劳动部办公厅《对〈关于终止或解除劳动合同计发经济补偿金有关问题的请示〉的复函》有明确规定,其改变前的工作时间可以计算为“在本单位的工作时间”。

对于一些企业,特别是国有企业,因资产业务划转,部分并购、重组或者工作需要等非劳动者方面的原因,将劳动者转移到新的用人单位,或者通过行政命令等方式,将劳动者调往其他用人单位,劳动者的工作年限计算就会存在争议。劳动合同法实施条例第十条规定:“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的,劳动者在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位的工作年限。原用人单位已经向劳动者支付经济补偿的,新用人单位在依法解除、终止劳动合同计算支付经济补偿的工作年限时,不再计算劳动者在原用人单位的工作年限。”劳动合同法实施条例

的上述规定,主要是规范原用人单位已经向劳动者支付经济补偿的情况下,劳动者在原用人单位的工作年限将不再计入新用人单位,即在原用人单位的工作年限与新用人单位在依法解除、终止劳动合同时计算应支付经济补偿的工作年限没有关系。但是,当原用人单位没有向劳动者支付经济补偿的情况下,劳动者依法解除劳动合同或者用人单位解除劳动合同,在计算经济补偿或者用人单位违法解除劳动合同的赔偿金时,应否计算在原用人单位的工作年限,劳动合同法实施条例没有规定,需要通过司法解释予以明确。

本司法解释规定,如果劳动者非因本人原因被安排到新的用人单位工作,原用人单位没有向劳动者支付经济补偿,无论是劳动者依法解除劳动合同,还是新用人单位合法、违法提出与劳动者解除劳动合同,只要新的用人单位依法应当支付劳动者经济补偿或赔偿金,在计算支付经济补偿或赔偿金的工作年限时,都应当把劳动者在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位工作年限,以确定经济补偿或赔偿金的具体数额。

在理解与适用本条时,应注意以下问题。

第一,注意工作年限与连续工作年限的区别与联系。本司法解释中的工作年限实际上是指劳动者的连续工作年限。劳动者的工作年限和劳动者的连续工作年限的法律意义并不完全相同,所以需要对工作年限与连续工作年限作出适当的区分。工作年限的意义在于工龄的计算,对劳动者患病和非因工负伤的医疗期享受时间的长短有关,与劳动者的退休养老待遇有一定的关联,也可以与劳动合同解除或者终止时的经济补偿相关联,劳动者更换工作单位时,其工作年限一般继续计算。连续工作年限则对于劳动合同订立时合同类型的选择有价值,如无固定期限劳动合同,还会与劳动者的劳动合同的解除或者终止时的经济补偿金的计算有直接的关联。劳动者在劳动合同的履行期间,由于患病、非因工负伤、法律规定的产假假期而暂时停止工作,不停止计算劳动者的连续工龄。劳动者更换工作单位时,其连续工作年限一般都会由于工作中断而重新计算。

第二,原工作年限应否计算为新用人单位工作年限的判断标准。从本司法解释规定内容和劳动合同法

实施条例第十条规定内容比较看,新用人单位在计算经济补偿或者赔偿金时,应否计算劳动者在原用人单位的工作年限取决于原用人单位是否支付经济补偿。据此,我们认为,新用人单位在计算经济补偿或者赔偿金时,劳动者在原用人单位的工作年限应否计算新用人单位工作年限的判断标准是原用人单位是否与劳动者办理解除或者终止劳动合同手续,并向劳动者支付了经济补偿。

第三,劳动者非本人原因从原单位被安排到新用人单位工作的情形。劳动者非本人原因从原单位被安排到新用人单位工作的情形应当包括以下几个方面:(1)劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作,劳动合同主体由原用人单位变更为新用人单位;(2)用人单位以组织委派或任命形式对劳动者进行工作调动;(3)因用人单位合并、分立等原因导致劳动者工作调动;(4)用人单位及其关联企业与劳动者轮流订立劳动合同;(5)其他合理情形。

六、关于竞业限制与经济补偿

竞业限制,又称竞业禁止,是指用人单位在劳动合同或者保密协议中,与本单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的劳动者约定,在劳动合同解除或者终止后的一定期限内,不得到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务有竞争关系的其他用人单位任职,也不得自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务。关于竞业限制的法律规制,劳动合同法第二十三条、第二十四条较为明确地规定了竞业限制制度。包括:(一)竞业限制的目的是为了保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。(二)竞业限制在性质上属于合同义务而非法定义务,^①因此,竞业限制义务须以当事人明确约定为前提。(三)竞业限制的主体限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。(四)竞业限制的内容、地域由双方当事人约定;在期限方面,最长不得超过2年;在范围方面,应限于在有“竞争关系”的其他用人单位的求职行为或者劳动者的自营行为。(五)竞业限制双方当事人的义务。劳动者应当履行竞业限制义务,用人单位负有支付经济补偿金的义务。劳动者违反竞业限制约定的,应依约向用人单位支付违约金;给用人单位造成损失的,还应当承担赔偿责任。

^①李长勇:“劳动合同法规定的竞业限制制度的几个问题”,载《齐鲁学刊》2012年第1期。

尽管以劳动合同法为主的相关法律规定了竞业限制制度的基本框架,但在实践中仍有若干问题需要进一步明确,如,竞业限制条款未约定经济补偿金的,该约定效力如何?竞业限制条款未约定经济补偿金,劳动者是否应当履行竞业限制义务?竞业限制条款未约定经济补偿金的,如果劳动者履行了竞业限制义务,是否有权请求用人单位支付经济补偿金,用人单位应以何种标准支付经济补偿金?这些问题不一而足。我们知道,商业秘密是用人单位重要的知识产权,为保护商业秘密,现实生活中大量用人单位与劳动者约定了竞业限制,但就双方之间的权利义务规范方面,目前处于无序状态。竞业限制一方面保护了用人单位的商业秘密,另一方面又限制了劳动者的就业权,进而可能影响到劳动者的生存权。为更好地协调二者之间的关系,平衡双方当事人之间的利益,本司法解释用了多达五个条文对有关竞业限制问题作了翔实规定,占据本司法解释内容的三分之一。

实践中应注意以下问题。

第一,竞业限制协议未约定经济补偿的,应当认定该协议有效而不是无效。在承认双方的约定有效的前提下,如果劳动者又履行了竞业限制义务的,用人单位应当承担支付经济补偿的责任。由于双方未事先约定经济补偿的计算标准,因此,司法实践中可以借鉴市场实践中的一些既有做法,以劳动者解除劳动合同前一年的月平均工资的30%且不低于当地最低工资标准,作为参照计算的依据。这一规定既有利于使已经履行的协议产生效力,同时又有利于保护劳动者的合法权益,从而在二者利益之间达到了平衡。

第二,用人单位和劳动者事先约定了竞业限制和经济补偿,但由于用人单位或者劳动者违法解除劳动合同,竞业限制对双方仍然具有约束力。在本司法解释规定之前,对于这一问题,司法实践存有较大争议。我们认为,不论是用人单位还是劳动者违法解除劳动合同,都不必然导致竞业限制的约定失效。劳动合同解除实行的是法定制度,而竞业限制实行的是约定制度,竞业限制具有相对独立性,其与解除劳动合同属于并列关系,而非逻辑递进关系。当用人单位违反不同的义务时,劳动者可以依据不同的法律规定获得相应的救济。所以,用人单位违法解除劳动合同不影响竞业限制约定的有效性。对于用人单位违法解除劳动合同,劳动合同法已

经为劳动者提供了相应的民事补偿或救济措施,以制裁用人单位的违法解除行为。用人单位承担了相应法律责任后,劳动者和用人单位双方理应受竞业限制协议的约束。本司法解释正是基于上述法律原理作出了规定,同时将竞业限制条款的有效性与违法解除劳动合同相分离,这将有助于正确区分二者的关系。

第三,对于用人单位与劳动者虽然约定了与竞业限制相关的经济补偿,但在具体给付时出现延期甚至拒绝向劳动者给付经济补偿,劳动者是否有义务继续履行竞业限制义务?我们认为,用人单位与劳动者签订的有效竞业限制协议是一个双务合同:用人单位负有按月支付经济补偿的义务;劳动者负有竞业限制的义务。劳动者获得的经济补偿,是劳动者履行竞业限制的对价,也是竞业限制期间劳动者的主要生活来源。如果因用人单位方面的原因导致其未按协议约定向劳动者支付经济补偿的,用人单位的行为构成根本违约,按照合同法原理,一方根本违约,另一方享有法定解除权。据此,本司法解释规定:当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿,劳动合同解除或者终止后,因用人单位的原因导致三个月未支付经济补偿,劳动者请求解除竞业限制约定的,人民法院应予支持。关于三个月的期限问题,主要考虑到,由于竞业限制涉及到保护用人单位的商业秘密,不同于其他一般合同。如果用人单位仅一个月未支付经济补偿,劳动者即可解除竞业限制,这对于用人单位而言过于苛刻,也不利于对商业秘密或者与知识产权有关事项的保密;同样如果用人单位很长时间未支付经济补偿,劳动者却还要履行竞业限制,则不利于对劳动者生存权的保护。因此,《解释(四)》借鉴其他司法解释规定,确定了三个月的合理期限。

第四,对于竞业限制协议,应赋予用人单位单方解除权。竞业限制协议因用人单位单方解除后,劳动者自协议解除之日起,不再负担协议约定的就业上的限制义务,而用人单位也可以免除依约定或依法律规定按月支付劳动者相应竞业限制经济补偿的义务。但应注意的是,用人单位应当同时向劳动者支付提前解除竞业限制协议的额外经济补偿,目的是为劳动者重新寻找工作岗位提供一定的时间。具体标准是用人单位额外支付劳动者三个月的竞业限制经济补偿。

第五,劳动者违反竞业限制约定,在承担违约责任

后,仍应继续履行竞业限制约定义务。也就是说,在竞业限制中,劳动者继续履行竞业限制义务与承担违约金责任并不矛盾,可以同时适用。据此,本司法解释规定,在竞业限制背景下,劳动者的违约金责任与继续履行竞业限制义务之间可并存不悖。劳动者违反竞业限制约定,向用人单位支付违约金后,用人单位要求劳动者按照约定继续履行竞业限制义务的,人民法院应予支持。

七、关于口头变更劳动合同的效力

企业的生产经营状况是随着市场竞争的形势和企业自身的情况而不断变化的,根据自身生产经营需要调整员工的工作岗位及薪酬标准是企业用人自主权的重要内容,对企业的正常生产经营不可或缺。劳动合同法第三十五条规定,变更劳动合同应当采用书面形式。此条款的立法本意在于明确双方劳动合同中权利义务的具体变更形式,一方面是劳动合同书面化原则的延伸,另一方面也是为了预防以后因变更事项理解不明发生争议。但是,此条款的规定也会产生理解上的困惑:一是对“应当采用书面形式”如何理解?二是如果没有进行书面形式的变更,口头或事实变更劳动合同的行为效力又如何认定?有观点认为,书面形式是劳动合同变更的法定形式,如果未采用书面形式的,应认定为劳动合同未变更,仍然按照原劳动合同履行。也有观点认为,劳动合同的变更实际上是原劳动合同当事人在原有合同的基础上,根据变化了的条件重新订立新合同的行为,与订立劳动合同一样,理所应当采用书面形式,任何口头形式达成的变更协议都是无效的。还有一种观点,对于变更劳动合同,原则上应采取书面形式,但在特殊情形下,对于口头变更的形式也应给予肯定性评价,不能否认其变更的效力。

我们认为,完全否认劳动合同口头或事实变更的法律效力不可取。劳动合同法第三十五条规定的“应当”,应被理解为管理性的强制性规范而非效力性的强制性规范。当事人未采取书面变更形式不能认为其违反了强制性规范,不能因此宣布已经客观形成的合意无效。只要变更后的合同内容不违法且经过一定期间劳动者未提异议的,就应当对这种变更行为的效力作出肯定性评价,否则亦有可能严重干预企业经营管理自主权。据此,本司法解释规定,变更劳动合同未采用书面形式,但已经实际履行了口头变更的劳动合同超

过一个月,且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗,当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的,人民法院不予支持。

之所以如此规定,主要是考虑到劳动合同变更采取口头形式符合我国企业生产经营管理的现状,同时对于那些签订了劳动合同但通过口头变更后履行了较长时间的劳动合同,应当确认其效力,防止处于悬而未决的事实状态。当然,这些必须建立在劳资双方合意的前提下,而这种合意是通过当事人的实际履行表现出来的,且这种实际履行的表现具有连续性。也就是说,双方实际履行行为须达到一定履行期间才能表现并被认为双方之间的劳动合同已实际变更,并达成了合意,否则仅仅停留在口头上的合同变更并不能引起劳动合同实际变更的法律效果。用人单位与劳动者实际履行口头变更合同多长时间才能视为双方已经实际变更了劳动合同,从而作为判断无书面劳动合同变更的标准呢?实践中对此存在不同认识。我们认为,实际履行期限至少超过一个月才能认定双方已经实际变更履行了劳动合同,因为劳动者变更劳动合同后工作满一个月,用人单位已支付了变更后的劳动报酬,劳动者并未提出异议,可以视为认可变更的内容。

综上,正确理解本司法解释对于此项规定,主要把握以下三点:一是口头变更的劳动合同已经实际履行;二是实际履行期限超过一个月;三是变更后的劳动合同内容合法,不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗。

八、关于用人单位单方解除劳动合同未通知工会的后果

工会是职工自愿结合的群众组织,其宗旨就是要维护职工的合法权益。工会法第二十条、劳动法第三十条、劳动合同法第四十三条均规定,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。

司法实践中,经常出现用人单位单方解除劳动合同时,没有事先将理由通知工会或者征求工会意见的情况,在这种情况下,用人单位的单方解除行为是否具有法律效力?劳动者能否以用人单位解除劳动合同违法为由要求撤销解除决定,继续履行劳动

合同,或者要求用人单位支付违法解除劳动合同赔偿金。实践中对该问题存在两种意见:一种意见认为,法律明确规定用人单位解除劳动合同应当征求工会意见,用人单位未征求工会意见就违反了该条规定,即可认为是违法解除劳动合同,应向劳动者支付赔偿金;如果劳动者要求继续履行劳动合同的,应继续履行。另一种意见认为,对用人单位解除合同行为应当具体分析。用人单位依照劳动合同法第三十九条、第四十条的规定解除劳动合同,属于合法解除劳动合同,在合法解除劳动合同时未事先将理由通知工会或者征求工会意见,属于程序性瑕疵而不属于违法性解除,不构成劳动合同法第八十七条规定的违法解除劳动合同,不需要支付赔偿金,但应告知用人单位补正程序。

最高人民法院审判委员会在讨论本司法解释时,采取了折衷方式。首先,用人单位未征求工会意见即解除劳动合同,违反了劳动合同法第四十三条规定,属于违法解除劳动合同,应向劳动者支付赔偿金;其次,考虑到用人单位仅属于程序性违法而实体上解除劳动合同合法,为了平衡用人单位与劳动者之间的利益,可以给用人单位对程序性问题进行补正留有空间,也即采取“事后通知”工会的形式,补正相关程序,从而使程序性瑕疵得以修复,此时,劳动者不能再以用人单位违法解除劳动合同为由要求用人单位支付赔偿金。这一规定既维护了法律的严肃性,又考虑到了用人单位的过错可以补正的现实,在一定程度上彰显了司法的人性化。

理解与适用本条应注意以下问题。

第一,根据工会法及劳动合同法的相关规定,解除劳动合同时应当通知工会,不能仅简单地理解为履行了通知义务这一程序即可,而应理解为企业单方面解除职工劳动合同时,应当事先将理由通知工会,工会认为企业违反法律、法规和有关合同,要求重新研究处理时,企业还应当研究工会的意见,并将处理结果书面通知工会。

第二,本条是参照合同法上效力补正理论赋予用人单位补正程序瑕疵的权利,并将程序补正时间限定在起诉前。问题是,在我国劳动争议案件实行仲裁前置程序,如果用人单位在仲裁前补正有关程序,是否允许?如果用人单位在仲裁过程中补正程序,是否发生

补正的效果?我们认为,本条将补正程序限定在起诉前,已经考虑了仲裁前置情况,主要是为了给用人单位以充足的补正程序、弥补错误的时间。因此,用人单位只要是在起诉前补正的,即可认定不属于违法解除或者终止劳动合同,不承担赔偿责任。

九、关于用人单位经营期限届满应支付经济补偿

劳动合同法第四十四条规定了劳动合同终止的六种情形,并在第四十六条中规定,因“用人单位被依法宣告破产”、“用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散”终止劳动合同的,用人单位应当向劳动者支付经济补偿。但是,对于因用人单位经营期限届满不再继续经营,导致劳动合同终止或者不能继续履行劳动合同的,用人单位是否应当向劳动者支付经济补偿,劳动合同法则未作规定。而在实践中,用人单位经营期限届满不再继续经营往往导致用人单位不得不进行清算,或者用人单位不再具有用工资格,从而使得劳动者同用人单位之前所签订的劳动合同不能得到继续履行,由此引发劳动者请求用人单位支付相应经济补偿金的纠纷广泛存在。人民法院在审理这类纠纷时,对于用人单位应否向劳动者支付相应的经济补偿,及如果支付即如何计算相应的经济补偿问题,并无统一的处理意见,从而导致裁判尺度和判决结果的不统一。经过调研,本司法解释规定:“劳动合同法施行后,因用人单位经营期限届满不再继续经营导致劳动合同不能继续履行,劳动者请求用人单位支付经济补偿的,人民法院应予支持。”

理解与适用本条应注意把握以下问题。

第一,必须是劳动合同不能继续履行。如果属于劳动合同能够继续履行,或者劳动者基于特定的理由解除与企业签订的劳动合同的,均非本司法解释规定的劳动合同不能继续履行的情形,也就不存在适用本条的前提。

第二,用人单位经营期限届满,且用人单位不再继续经营。如果用人单位虽然经营期限届满,但是其通过修改章程且通过变更登记的形式继续经营的,则并不影响企业的存续,也不影响企业的进一步具有用工资格。只有当企业经营期限届满,不再继续经营,导致企业失去主体资格的情况下,才导致用人单位同劳动者签订的劳动合同不能获得履行,在此情况下用人单位

《关于审理破坏草原资源刑事案件应用法律若干问题的解释》的理解与适用

文/李 晓

为大力推进生态文明建设,保护草原资源,依法惩治破坏草原资源犯罪活动,2012年10月22日最高人民法院审判委员会第1558次会议讨论通过了最高人

民法院《关于审理破坏草原资源刑事案件应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)。现对《解释》的出台背景、主要内容作简要介绍和说明。

需要承担一定的经济补偿责任。

第三,用人单位由于企业经营期限届满不再继续经营与劳动合同的不能继续履行之间存在因果关系。如果由于用人单位基于法定事由同劳动者解除劳动合同,或者劳动者依法提出解除劳动合同,则不能使用本条的规定,而应适用劳动合同法的相关条文规定。

第四,用人单位因经营期限届满不再继续经营导致劳动合同不能履行向劳动者支付经济补偿的计算起算点限定在“劳动合同法实施后”。《解释(四)》将劳动者请求经济补偿限制在劳动合同法实施之后,而对于劳动合同法实施之前劳动者工作年限的相应经济补偿,则不应再支持。

十、关于涉外劳动关系认定

随着经济全球化和我国对外开放的日渐加深,来华工作的外国人、无国籍人越来越多,与此同时涉外劳动争议案件数量也随之增长。我国有关涉外劳动争议的法律规定不够完善,使得法院处理此类纠纷面临许多难题,其中最为关键和突出的问题有两个:一是如何对未取得就业证的外国人、无国籍人和台港澳居民与内地用人单位之间的关系作出认定;

二是关于外国专家来华工作劳动关系认定问题。为正确规范涉外劳动关系,依法维护外国人合法权益,《解释(四)》进一步强化了涉外劳动关系的司法认定。

第一,外国人、无国籍人未依法取得就业证件即与中国境内的用人单位签订劳动合同,或者我国台港澳地区居民未依法取得就业证件即与内地用人单位签订劳动合同,由于上述人员不具备合法劳动者资格,因而其与用人单位之间不能存在劳动关系。

第二,就外国专家而言,只要其持有《外国专家证》并取得《外国专家来华工作许可证》,与中国境内的用人单位建立用工关系的,可以认定为劳动关系。

需要注意的是,本司法解释在表述上采取了“可以”认定为劳动关系,而不是“必然”认定为劳动关系。由此,既可以确认当事人之间存在劳动关系之事实,同时对于有特别法规政策规定或者当事人之间有特别约定的情形,又可以突破劳动关系认定的局限,根据具体情况分别作出认定。

(作者单位:最高人民法院)