

Doi:10.3969/j.issn.1672-0105.2019.03.018

劳动合同法“用人单位不得解除劳动合同” 条款的不足与完善*

朱美娟

(山东经贸职业学院, 山东 潍坊 261011)

摘要: 劳动合同法通过第二十一条和第四十二条之规定, 限制了用人单位单方面解除劳动合同的权利。两条中都使用了“不得”这一规范词, 法理上属于禁止性规范。但该禁止性规范与其他授权性规范的关系存在规定不明、逻辑不清的立法缺陷。两条规定本身也存在明显疏漏和立法瑕疵, 严重影响劳动合同法权威, 应尽快修法进行明确和补漏。

关键词: 劳动合同法; 不得; 解除; 劳动合同

中图分类号: D922.5

文献标识码: A

文章编号: 1672-0105(2019)03-0083-05

On Deficiencies and Perfection of the Provisions in Labor Contract Law “Employers Must not Terminate Labor Contracts”

ZHU Mei-juan

(Shandong Vocational College of Economics and Business, Weifang, 261011, China)

Abstract: The Labor Contract Law has passed Articles 21 and 42, which restricts the employer's right to unilaterally terminate the labor contract. In both cases, the normative term “must not” is used, which belongs to prohibitive norms in jurisprudence. However, the relationship between the prohibitive norm and other authorized norms has legislative defects of unclear provisions and logic. There are also obvious omissions and legislative defects in the two provisions, which seriously affect the authority of the Labor Contract Law. We should amend the law as soon as possible to clarify and remedy the omissions.

Key Words: labor contract law; must not; release; labor contract

劳动合同法第三十九至第四十一条通过列举十三种情形赋予了用人单位单方面合法解约之权利。同时劳动合同法通过第二十一条和第四十二条对单位单方解约权进行了限制, 本文将该种限制称为“用人单位不得解除劳动合同”之条款。本文认为, 劳动合同法第二十一条和第四十二条中涉及“用人单位不得解除劳动合同”之规定存在明显的立法缺陷。下面本文以上述两条规定为基础, 结合劳动合同法第三十九至第四十一条之规定进行比较分析, 发现问题, 提出修法建议。

一、第四十二条与第三十九、四十、四十一条之关系问题

劳动合同法第四十二条^①规定, 劳动者出现所

列六大情况时, 用人单位不能依据第四十条和第四十一条之规定单方解约。该处规定中使用了“不得”这一重要的模态词。与此相比, 用人单位单方面解约之规定, 还有第三十九至四十一条, 这三条规定中的模态词均为“可以”。法律规范中表达立法者意志指向并对行为模式具有方向性限制的模态词, 在法律语言学上称为“规范词”^[1]。下面我们通过上述四条规定中涉及到的“规范词”的不同使用引发的理论差异来探究劳动合同法第四十二条之立法瑕疵。

劳动合同法通过第三十九至四十一条规定了用人单位“可以”解约之情形。通过第四十二条规定了“不得”解约之例外情形。从法律规范理论分

收稿日期: 2019-05-23; 修回日期: 2019-07-29

基金项目: 2019年度山东省社会科学规划研究项目“乡贤文化在乡村治理中的时代价值及实现路径研究”(19CPYJ03); 2018年度山东省“传统文化与经济社会发展”专项课题“乡村振兴战略背景下乡贤文化在乡村治理中的时代价值及实现路径研究”(CZ201810173)

作者简介: 朱美娟(1981—), 女, 湖北通山人, 法学硕士, 山东经贸职业学院讲师, 主要研究方向: 经济法。

析,法律规范分为授权性规范、义务性规范和禁止性规范。授权性规范用于规定法律主体的权利,常用的规范词是“可以”;义务性规范用于要求法律主体作出一定的行为,承担一定的作为义务,常用的规范词是“应当”、“必须”等;禁止性规范是禁止法律主体做出一定的行为,常用的规范词是“不得”、“不准”、“不许”、“禁止”、“严禁”等。劳动合同法中对用人单位单方面解约的上述四条规定中,第三十九条、第四十条和第四十一条均为授权性规范,第四十二条则为禁止性规范。对这两种规范的关系有两种不同的理解:

第一种理解。若从民法之基本原理来解释,“法无禁止即可为”。意味着用人单位只要不违反第四十二条之禁止性特殊规定即可随意解除劳动合同,其他三条授权性规定仅仅是举例授权而已,没有授权的其他解除劳动合同的权利用人单位当然也理应享有。

第二种理解。劳动合同法不是纯粹的民法,而是经济法、社会法,是具有公法性质的法律,“法无禁止即可为”的私法原理在此不能完全适用。用人单位解除劳动合同只能依据三条授权性规定进行,未授权的解约权利从无,且行使三大类授权性权利时还需同时遵守第四十二条之禁止性规定。

第一种理解看似有一定道理,但显然不符合立法原意。如果没有授权的其他解除劳动合同之权利用人单位也当然享有的话,这三条所谓的“举例”就毫无意义,因为只要用人单位不违反第四十二条之禁止性规定即可。劳动合同法用了三条、780字的篇幅进行详细规定显然不仅仅是为了举例而已。

再来看第二种理解。按照此种理解,用人单位解除劳动合同只能依据三条授权性规定进行,未授权之解约权从无,此种授权不是举例而是一种“限制”,即以“授权之名行限权之实”,所以此三条规定并非一般民法意义上之授权性规范,立法者除了要表达“你有这样的权利”外,更要表达“你只有这样的权利”、“你没有别的权利”或者“你只能这样行使权利”之本意。此种权利之授权方式本文称为“变异之授权”,即通过授权之方式予以限权。此种立法表达使得用人单位单方面解除劳动合同之权实际上已经不仅仅是简单的“权利”,甚至具有了“权力”之属性。在法学理论上“法无禁止即可为”是对“权利”而言,而对于“权力”,则要求

“法无授权不可为”。

为何在劳动合同法中会出现此种变异之授权性规定呢?根本原因还是在于劳动合同法的社会法属性以及劳资双方实力对比悬殊之现状。在我国,劳动者相对于用人单位而言处于被管理者的弱势地位,用人单位对劳动者享有的权利在实际上已经异化为“权力”,具有了公共权力的特点和属性,劳动者作为权力相对人不仅负有不得侵犯用人单位权利之义务,而且在实际上负有服从用人单位意志和“权力”之义务。基于此种现实,我国的劳动合同法对用人单位之权利授权也异化为了限制性授权,暗含的法理要求即为“法无授权不可为”。因此,第二种理解是对劳动合同法立法本意之正确理解,此种理解也在我国司法实务中得到了印证和支持。

但是按照此种理解又会带来另外两个问题。第一个问题是,上述理论和实务界普遍认同的第二种理解都是基于理论推导和对立法本意的解释,严格说来都是学理解释,并无明确的法律依据或司法解释依据,劳动合同法在该问题的规定上存在明显立法瑕疵。第二个问题是,该法第三十九条、第四十条和第四十一条都采用了穷尽式列举之立法体例,若将此三条授权性规定理解为“限制性授权”,那么此三条未列尽之情形,用人单位是无权解除劳动合同的。但上述三条描述的共十三种情形是无法涵盖纷繁复杂之实际情况的,此种规定显得过于僵化且明显不利于用人单位。

那么如何解决上述歧义和问题呢?本文认为可以采用对第四十二条进行改造之方法予以解决。可在该条增加一款:“除本法第三十九至第四十一条规定之情形外,用人单位不得单方面解除劳动合同。”这样即可使得第四十二条不仅起到了作为“例外规定”之作用,还起到了“兜底规定”之功能,通过法律规定明确了用人单位只能依据第三十九条、第四十条和第四十一条单方面合法解约,除此之外均为违法解约。增加该款后也可起到与第四十八条^②违法解除劳动合同之规定进行呼应的作用,可对该条“违反本规定解除劳动合同”的表述进行界定与解释。

同时建议在第三十九条、第四十条和第四十一条中各增加一项“其他”,作为各项之“兜底项”,解决用人单位单方面解约规定过于僵化之问题,增加立法弹性,赋予法院更多自由裁量权。

二、第四十二条之例外情形问题

第四十二条规定,职工出现所列六大特殊情况之一时,用人单位不可以根据第四十和四十一条之规定单方面解约。从该条字面意思分析,用人单位只要不依照上述两条之规定解约即可,其他情况下是否可以解除劳动合同,该法不加限制。但从前文分析可知,劳动合同法中用人单位可以解除劳动合同的情形只规定在了第三十九至第四十一条中。除了第四十和四十一条外就只剩下了第三十九条规定的情形属于第四十二条之例外情况。

因此,对该条理论界和实务界目前有一种比较统一的认识,就是用人单位不可以根据第四十和第四十一条之规定辞退职工,但可以也只能依据第三十九条解除合同。该理解应是立法之本意,但此种理解也都是通过上下法条的逻辑关系推导出来的。法律之理解不能仅仅建立在推导的基础上,在能够准确表达的情况下一定要清晰、准确无误地将立法目的、立法本意通过准确的法律语言和法律结构表达出来。

建议将第四十二条原规定作为该条之第二款,并修改为,劳动者有下列情形之一时,用人单位不得单方面解约,但劳动者出现本法第三十九条规定之情形除外。此种表达方式的前半句使用了禁止性规范的规范词“不得”,后半句则使用但书的立法体例。按照法理学的一般理论,在禁止性规范中的但书条款视为任意性规范。可见职工在出现第三十九条所列之六大情况时,用人单位可不受任何限制地解除劳动合同。

三、第四十二条规定情形之疏漏与瑕疵

对于用人单位不得依据第四十条和第四十一条之规定解约的情形,法条规定了五种列举项和一种兜底项,但仍然存在明显疏漏与瑕疵。

劳动合同法没有将国外通常禁止雇主解雇雇员之事由,如在雇员拒绝雇主命令从事违法行为时雇主不得解雇雇员的情形包含在内。例如雇员拒绝提供虚假证据,拒绝超速或者超载驾驶机动车辆,雇主不得解雇雇员。在美国,即使雇主和雇员约定双方可以随时解除劳动合同,判例也不允许雇主解雇拒绝从事违法行为的雇员。^[2]

建议将第三十二条劳动者拒绝单位违章指挥、违章作业之规定,不视为违反劳动合同。并将其合

并至第四十二条,作为单独一项,且修改为:“劳动者拒绝用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业及劳动者拒绝用人单位的其他违法行为的。”

另外,本文认为,劳动者出现第四十二条规定的情况时,用人单位不可以根据第四十条辞退职工比较科学合理,但用人单位不能根据第四十一条解除劳动合同则值得探讨,存在明显技术性瑕疵。单位出现“破产重整和生产经营严重困难”两种情形时,若不允许其裁减此类人员,单位可能面临破产倒闭之严重风险,单位一旦破产倒闭,不管是何种劳动者都将面临失业。特别是劳动者人数较少的小微企业,在发生经营严重困难时,若法律不允许其解雇特定人员,而特定人员又占其职工总数比例较大时,企业出资人会在进行利益计算后,倾向于破产清算,最后结果是所有职工全部失业,劳动者权利反而受损。

因此,本文认为,出现四十一条第一项、第二项之情形即企业破产重整和面临严重困难进行经济性裁员时,应允许企业解雇任何劳动者。同时为了保护第四十二条规定之特殊劳动者利益,对该部分劳动者应分情况予以相对倾斜性保护。对于第四十二条中第一、二、三项规定之劳动者可列为最后裁减人员,即在有其他人员可裁减的情况下,不得裁减本部分人员。对于第四十二条第四、五项规定之劳动者则可列为优先留用人员,并同时规定企业裁减人员未达到60%以上时不得裁减该部分人员,即使需要裁减也应优先留用。并同时规定裁减所有上述四十二条规定人员的应同时给予两倍以上经济补偿。

四、第二十一条存在之问题

劳动合同法第二十一条^③是该法第二种对单位单方解约限制之条款。该条和第四十二条存在密切关系,本文也对其进行一并讨论。

根据该条规定,在试用期中,用人单位辞退职工只能依据第三十九条以及第四十条前两项之规定。而从上文分析可知,用人单位解除劳动合同之规定共有三条,即第三十九至第四十一条。而第二十一条则排除了第四十条第三项和第四十一条之情形。这样的规定存在明显缺陷。

第一,从劳动合同法的篇章结构来看,第二十一条属于第二章“劳动合同的订立”。第三十九条

至第四十一条则属于第四章“劳动合同的解除和终止”。既然劳动合同法就劳动合同的解除问题单独设章,那么所有劳动合同解除的规定都应该列入第四章中。在第二章中就试用期的劳动合同解除进行单独规定不仅突兀,而且极易引发法条效力的冲突。

第二,从法条效力来看,依据第三十九条至四十一条之规定,用人单位均可以合法解除劳动合同,意味着对合同期内的所有劳动者适用。第十九条第四款规定:“试用期包含在劳动合同期限内。”显然在试用期内的劳动者也适用上述三条规定。但依据第二十一条之规定,劳动者在试用期内时单位不得依据第四十条第三项和第四十一条之规定解除劳动合同,两条规定存在明显矛盾。有人认为,法律之所以这样规定就是给予试用期的劳动者更加特殊的保护,但本文认为,用人单位合法解除劳动合同的条款本就只有三条,且均需在遵守第四十二条的前提下,若再次进行限制将使用人单位的单方解约权更加缩小,使实际中的违法解约几率增大,劳动纠纷增多。当然,本文并非仅仅为了降低劳资纠纷而反对第二十一条之规定,而是认为在我国劳动合同法本就对劳动者倾斜保护的体例下,对试用期中的劳动者予以再次照顾性保护实无必要,也不合理。

第三,从合理性来看,在第四十一条之情形下,如果职工处在试用期,单位是不能单方面辞退职工的,而对于非试用期内的普通职工则可以进行经济性裁员,这种对试用期职工的倾斜性保护不科学、不合理,对非试用期内的普通劳动者不公平。因为经济性裁员时,在裁减人数确定的情形下对试用期劳动者的倾斜性保护就是对非试用期内劳动者的歧视和对其权利的侵犯。

另外,企业进行经济性裁员往往是因为第四十一条第一二款之原因,即破产重整和经营严重困难。在这两种情况下,若企业需要裁员,基于企业经济人之假设,企业一定是想先裁掉工作效率低

的、工作能力差的劳动者。但第二十一条规定试用期内的劳动者,即使工作能力再差,工作效率再低也无法被裁掉,在裁员人数确定的情况下,企业只能辞退更为优秀的职工,但这样做的结果将会把企业置于更加不利之境地,使本就已经生产经营发生困难的企业更加艰难,不利于企业再生重整。

第四,订约时之客观情况已经发生变化,导致合同实际已经无法履行,并经双方协商也仍不能变更合同内容时,对非试用期劳动者用人单位可以依据第四十条第三项之规定予以辞退;对试用期劳动者,用人单位则不可以辞退。但在此种情况下,劳动合同实际已经没办法真正履行,又无法协商一致变更合同内容,若不允许用人单位辞退劳动者,在实际中会带来严重悖论,即合同根本不能履行,劳动者却要求继续履行,用人单位无权辞退,此种情况使用人单位无所适从,不知如何处理。举例如下:

某小企业有小汽车一辆(唯一车辆),招聘司机李某,签订合同,约定3个月试用期,在试用期第二天,车辆自燃损毁灭失。单位基于劳动合同订立时所依据的企业有车这一客观情况发生重大变化,导致劳动合同无法履行之实际,提出给劳动者更换工作岗位,但司机李某拒不协商。此种情况下,单位无权辞退李某,又无法安排其从事其他工作,李某每日到单位准时上班后就坐等出车,无所事事,两月有余,天天如此,单位无可奈何。此种情况下,单位只有两种选择,要么只能等试用期满后依据第四十条第三项之规定与其协商变更合同内容或解除劳动合同;要么为了该司机再买新车一辆。从该案例可见,该条规定对用人单位是何等苛刻,案例也从一个侧面说明了该条规定的不合理性。

建议取消对试用期劳动者的再次倾斜性保护制度,删除劳动合同法第二十一条,还试用期劳资双方互相考察、互相了解的本来制度功能。

注释:

①《劳动合同法》第四十二条:劳动者有下列情形之一的,用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同:

- (一)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;
- (二)在本单位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;

- (三) 患病或者非因工负伤,在规定的医疗期内的;
 - (四) 女职工在孕期、产期、哺乳期的;
 - (五) 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;
 - (六) 法律、行政法规规定的其他情形。
- ② 《劳动合同法》第四十八条:用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同,劳动者要求继续履行劳动合同的,用人单位应当继续履行;劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的,用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。
- ③ 《劳动合同法》第二十一条:在试用期中,除劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形外,用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的,应当向劳动者说明理由。

参考文献:

- [1] 魏治勋,陈磊:法律规范词的语义与法律的规范性指向——以“不得”语词的考察为例[J].理论探索,2014,3:107-112:107.
- [2] 谢增毅:对《劳动合同法》若干不足的反思[J].法学杂志,2007,6:60-63:61.

(责任编辑:陈新开)

(上接 第24页)

参考文献:

- [1] 应朝帅.招生公平新探索:促进招生关系主体间的公平——浙江高考改革方案评析[J].中国高教研究,2016(5):41-45.
- [2] 余明辉.把“天价志愿填报卡”逐出市场[N].经济日报.2018-06-12(09).
- [3] 苏益南.树立以人民为中心的高职发展观[N].光明日报,2017-11-16(14).
- [4] 中国教育在线编制.2018年高招调查报告[EB/OL].中国教育在线: <https://www.eol.cn/html/g/report/2018/>.
- [5] 王江曼.中美高校招生宣传比较研究[J].教育现代化,2016(38):255-256.
- [6] 申晓伟.湖南高考生源变化背景下地方高职院校招生策略研究[J].当代职业教育,2012(5):4-7.
- [7] 姜子豪.新高考背景下普通高中的生涯规划教育[J].教学与管理,2018,(09):67-69.

(责任编辑:蔡景界)

(上接 第61页)

- [12] Zhang J, Wang X, Palmer S. Objective pilling evaluation of nonwoven fabrics[J]. Fibers and polymers, 2010, 11(1): 115-120.
- [13] Matas J, Chum O, Urban M, et al. Robust wide-baseline stereo from maximally stable extremal regions[J]. Image and vision computing, 2004, 22(10): 761-767.
- [14] Zhang Q, Wang Y, Wang L. Registration of images with affine geometric distortion based on maximally stable extremal regions and phase congruency[J]. Image and Vision Computing, 2015, 36: 23-39.
- [15] Gou C, Wang K, Yao Y, et al. Vehicle license plate recognition based on extremal regions and restricted Boltzmann machines[J]. IEEE Transactions on Intelligent Transportation Systems, 2016, 17(4): 1096-1107.
- [16] Yi X, Song G, Derong T, et al. Fast road obstacle detection method based on maximally stable extremal regions[J]. International Journal of Advanced Robotic Systems, 2018, 15(1): 1729881418759118.
- [17] Gupta N, Rohil M K. Image feature detection using an improved implementation of maximally stable extremal regions for augmented reality applications[J]. International Journal of Image and Data Fusion, 2018, 9(1): 43-62.
- [18] (美)桑卡(Sonka, M.)等.图像处理、分析与机器视觉(第三版)[M].艾海舟,等,译.北京:清华大学出版社,2011:112-113.
- [19] 薛乐,李立轻,汪军.应用频谱图的机织物纹理分析[J].纺织学报,2015, 55: 60.

(责任编辑:黎浩宏)