

劳动合同订立与劳动关系建立的法律识别

■ 王立明

劳动合同订立与劳动关系建立是我国《劳动合同法》中的一项重要法律制度。劳动关系的特殊性决定了劳动合同订立与劳动关系建立时常处于分离状态。为此,有必要从法律上进行识别,以利于对劳动者或者用人单位权利的救济。

基于劳动关系建立的实践性考量《劳动合同法》第10条将劳动合同订立与劳动关系建立预设为三种可能情况:其一,劳动关系建立与劳动合同订立同时发生。其二,劳动关系已建立,但劳动合同并没有订立。其三,劳动合同已订立,但劳动关系并没有建立。为此,正确识别《劳动合同法》的规定,才能有助于对法律条文的理解及其适用。

■ “理想模式”与“现实模式”的一般法律识别

从通常意义上讲,上述第一种情况可谓“理想模式”,即用人单位与劳动者发生“用工”的同时订立劳动合同。为此,上述第二、第三种情况可谓“现实模式”,即先建立劳动关系(指用工发生)后订立劳动合同(指书面形式),或者先订立劳动合同(指书面形式)后建立劳动关系(指书面合同)。

对于上述第二种情形,《劳动合同法》第10条第二款规定,已建立劳动关系,未同时订立劳动合同的,应当自用工之日起1个月内订立书面劳动合同。同时,为固定

劳动合同之证据功效,《劳动合同法》又为用人单位违反上述规定设置了严厉的法律责任。其中第82条第一款规定,用人单位自用工之日起超过1个月不满1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。至于用人单位与劳动者已订立劳动合同,但用人单位未将劳动合同文本交付劳动者,依《劳动合同法》第81条规定,由劳动行政部门责令改正;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。从用人单位违法成本看,上述条文可促使用人单位主动与劳动者订立书面劳动合同;从劳动者权益救济看,上述条文明确为劳动者指明了法律救济的路径;从行政执法效率看,上述条文为劳动行政部门依法行政提供了法律依据。另外,对于用人单位自用工之日起满1年不与劳动者订立书面劳动合同的情形,《劳动合同法》第14条第三款规定,视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。由此可见,对于先建立劳动关系后订立劳动合同,无论从法律责任讲还是从稳定劳动关系讲,立法者都是着眼于追求劳动合同订立与劳动关系建立共存的效果。因为,这不仅符合劳动关系建立的客观要求,而且符合劳动合同订立的实际需要。

对于上述第三种情形,《劳动合同法》第10条第三款规定:“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。”此谓先订立劳动合同(指书面形式)后建立劳动关系(指书面合同)之

情形。无论是立法者还是法律适用者,乃至一般理性之人,从语意上解释或者理解此条款是容易的,即劳动合同订立与劳动关系建立是有区别的。也就是说,劳动合同订立并不意味着劳动关系建立,劳动合同订立以“劳动者与用人单位在劳动者合同文本上签字或者盖章”为判断根据,劳动关系建立以“劳动者为用人单位实际劳动”为判断根据。对此等情况识别有两种途径:其一,劳动合同订立后,劳动者按照劳动合同约定为用人单位提供劳动。这种情形既是劳动者与用人单位订立劳动合同并建立劳动关系的常态,也是劳动者与用人单位实现各自利益的法律手段。其二,劳动合同订立后,劳动者并没有按照劳动合同约定为用人单位提供劳动。这种情形并不是劳动者与用人单位订立劳动合同,并建立劳动关系的常态,也不是劳动者与用人单位订立劳动合同时所追求的最终目标。

■ 劳动合同订立后劳动用工未发生的特殊法律识别

对于劳动合同订立后,劳动者并没有按照劳动合同约定为用人单位提供劳动之情形。《劳动合同法》并未就权利救济及其法律责任作进一步明确规定,此种情形将直接影响法律的适用。

劳动合同订立后劳动用工未发生之情形

基于客观原因,劳动合同订立后,劳动用工未发生之情形有:其一,就劳动者而言。例如,劳动者病故或者需要住院治疗(包括劳动者全部或者部分丧失劳动能力,不符合劳动合同订立时所要求的劳动行为能力),或者劳动者因其他客观原因不能履行劳动合同

约定的工作,如劳动者需要照顾家庭、需要在国内学习或者出国深造,等等。其二,就用人单位而言。例如,用人单位因市场经营变化,在原有员工已满足的情况下招用新劳动者实属不必要。又如,用人单位因违法经营已被工商行政管理部门吊销营业执照,或者用人单位已依法进入破产还债程序,等等。一般来讲,上述情形可称为“履行劳动合同客观不能”,且非由劳动者或者用人单位过错所致。一般来说,基于客观原因阻却劳动用工发生的,劳动者或者用人单位不应承担法律责任。

基于主观原因,劳动合同订立后,劳动用工未发生之情形有:其一,就劳动者而言。例如,劳动者因其他单位给予的条件优越而已与其他用人单位订立劳动合同,并建立了劳动关系。或者说劳动者以明确表示或者以自己的行为表明不履行已订立的劳动合同。其二,就用人单位而言。用人单位已招用了其他劳动者,或者说用人单位明确表示或者以自己的行为表明不履行已订立的劳动合同。一般来讲,上述情形可称为“履行劳动合同主观不能”,且是由劳动者或者用人单位过错所致。一般来说,基于主观原因阻却劳动用工发生的,劳动者或者用人单位应当承担法律责任。

劳动合同订立后劳动用工未发生之性质

《劳动合同法》第16条规定:“劳动合同由用人单位与劳动者协商一致,并经用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章生效。”从条文本身解释或者理解,劳动合同生效的时间,是以用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章为判断根据。也就是说,用人单位与劳动者在协商一致(即实质要件)的基础上,已在劳动合同文本上签字或者盖章(即形式要件),劳动合同就生效。需要说明的是,已生效的劳动

合同是否有效,则属于法律评价,即劳动合同的生效并不必然导致劳动合同的有效。一般来讲,合同生效的法律意义是,合同经依法成立,对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除合同。由此可见,劳动合同订立后,即使劳动用工未发生,该劳动合同已不是一个处于“事实状态”的劳动合同,而是一个处于“法律状态”的劳动合同。由此引发的劳动争议应以《劳动合同法》为依据解决。

劳动合同订立后劳动用工未发生之解除或者终止

根据《劳动合同法》第38条、39条、40条规定,劳动合同法定解除是以劳动合同处于“实际履行状态”为发生根据。也就是说,劳动者已按照劳动合同约定在用人单位正在从事实际的工作过程中发生的劳动合同解除。由此可见,对于劳动合同订立后,劳动用工未发生,只能适用协商解除,不可能适用法定解除。《劳动合同法》第36条规定:“用人单位与劳动者协商一致,可以解除劳动合同。”此条可适用于劳动合同订立后劳动用工未发生的解除。需要说明的是,劳动合同的解除是针对已生效且尚未履行的劳动合同,或者正在履行的劳动合同。另外,法定解除仅适用于履行过程中的劳动合同。

根据《劳动合同法》第44条规定,劳动合同终止有:劳动合同期满;劳动者开始依法享受基本养老保险待遇;劳动者死亡,或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪;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;法律、行政法规规定的其他情形。根据上述规定,从时间角度看,劳动合同的终止可分为尚未履行的终止、履行过程中的终止和履行期满的终止三种状态。劳动合同订立后,劳动用

工未发生的劳动合同,应属于尚未履行的终止。

劳动合同订立后劳动用工未实际发生的几种特殊情形

正如前文所指,劳动合同订立后劳动用工未实际履行而发生的特殊情形,用人单位或者劳动者的权利救济及其法律责任应如何处理,是一个十分棘手而又现实的问题。本文就此问题作一讨论。

第一,劳动者初次上班或者因工外出受伤是否应认定为工伤。属于此种假设的情形有:其一,劳动者第一次上班途中受到的伤害事故。其二,劳动者受用人单位临时指派从事用人单位安排的工作受到的伤害事故。

就第一种情形而言,是否认定为工伤应以《工伤保险条例》第14条第(六)项、第15条第(二)项规定为根据,即职工在上下班途中,受到机动车事故伤害的,应当认定为工伤;职工在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的,视同工伤。需要说明的是,上述职工并不是严格意义上的劳动者,但可定性为“准劳动者”,以此求得成文法律的根据。至于其因犯罪或者违反治安管理伤亡的、酗酒导致伤亡的、自残或者自杀的,则依《工伤保险条例》第16条规定,不得认定为工伤或者视为工伤。值得注意的是,如果劳动者在第一次上班途中受到的伤害不是机动车所致,而是由于他人的不法侵害,那么,他的请求权根据就不是《工伤保险条例》,而是《民法通则》或者《刑事诉讼法》的相关规定。

就第二种情形而言,尽管劳动者与用人单位约定的履行劳动合同期限尚未成就,但劳动者因受用人单位指派临时从事用人单位安排的工作受到的伤害事故,是否应认定为工伤则应依不同情形而定:其一,如果劳动者连续不间断地

执行用人单位指派的工作,应视为劳动用工提前发生,在此情形下发生的伤害事故应认定为工伤。因为,根据《工伤保险条例》第14条第(五)项规定,因工外出期间,由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的,应当认定为工伤。其二,如果劳动者受用人单位指派从事用人单位安排的工作,是基于委托代理产生,那么,由此发生的他人侵权行为,应依《民法通则》的相关规定,由侵权行为人承担赔偿责任。但是,如果侵害人无力赔偿或者没有侵害人的情况下,劳动者提出请求的,由用人单位给予劳动者适当补偿,也符合最高院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》第142条的规定。

第二,劳动者明确表示或者以自己的行为表明不履行劳动合同。劳动关系建立实质上讲就是劳动者按照劳动合同的约定开始实际履行劳动合同。那么,对于劳动合同订立后劳动关系未实际发生前,劳动者明确表示或者以自己的行为表明不履行劳动合同,这在合同法理论上被称为“预期违约”。其基本含义是指,在合同履行期限届满之前,当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行义务。由于这种单方解除合同的行为导致合同目的落空,并给对方造成损害,有过错的一方应当承担赔偿责任。

对上述问题的法律规制主要有如下规范性文件:其一,《劳动法》第90条规定,劳动者违反本法规定解除劳动合同,或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制,给用人单位造成损失的,应当承担赔偿责任。其二,原劳动部《关于〈劳动法〉若干条文的说明》第99条规定,用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者,对原用人单位造成经济损失的,该用人单

位应当依法承担连带赔偿责任。本法中的“依法”是指《民法通则》等。其三,原劳动部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》第17条规定,用人单位招用职工时应查验终止、解除劳动合同证明,以及其他能证明该职工与任何用人单位不存在劳动关系的凭证,方可与其签订劳动合同。其四,《劳动合同法》第91条规定:“用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者,给其他用人单位造成损失的,应当承担赔偿责任。”可见,上述事实虽然为劳动法所规定,但从内容上看显然属于民事法律规范的内容,体现了劳动法规范的私法特性。

应该说,上述规定同样适用于劳动合同订立后劳动关系尚未建立之情形。不论是权利救济还是法律责任承担都应以民事法律规范为根据。其中,一方当事人在有过错的情况下给对方造成损害,应是识别法律责任的关键。另外,对于劳动合同订立后劳动关系尚未建立,用人单位明确表示或者以自己行为表明不履行劳动合同之情形,仍应依上述劳动法规范为识别依据。

总之,立法技术本身决定了法律条文的设计采“归纳”方法,同时,司法性格决定了法律条文的适用采“演绎”方法。所以,对劳动合同订立与劳动关系建立的识别,应立足于上述两个层面上的分析。

CI

作者单位:中国人民大学法学院