

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2018.02.009

欢迎按以下格式引用:苟正金.欠缺必备条款劳动协议文本的法律效力研究[J].重庆大学学报(社会科学版),2018(2):97-107.

Citation Format: GOU Zhengjin. A study on the validity of labor contracts lacking of essential clauses[J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition), 2018(2):97-107.

欠缺必备条款劳动协议 文本的法律效力研究

苟正金

(西南民族大学 期刊社,四川 成都 610041)

摘要:劳动者保护的特殊性是劳动合同订立形式书面要求的基本考量。裁判者是否可以依据劳动协议文本裁判案件是判定当事人是否履行了签订书面劳动合同法定义务的方法论。不同性质的必要条款对于裁判的重要性不完全一样。对于欠缺劳动者的个人信息、工作地点、工作内容、劳动合同期限、工资报酬等重大条款的协议文本因无法达致裁判的可操作性,应当认定当事人未履行书面劳动合同签订的法定义务,并因此承担相应的法律责任;欠缺的工作时间和休息休假条款为可补救性条款;欠缺劳动保护、劳动条件和职业危害防护等宣示性条款的书面文本应该视为签订了书面劳动合同。但是,经当事人双方签字的欠缺必备条款合同文本除法律特别规定外,对于合同当事人仍然具有法律约束力,不应视为无效条款,仍应作为法院裁判案件的依据。

关键词:劳动合同;必备条款;宣示性条款;补救性条款;双倍工资

中图分类号:D922.52 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2018)02-0097-11

对欠缺劳动合同必备条款的合同文本,是否可以认定为双方签订了书面劳动合同以及是否排除二倍工资请求权的适用一直是司法实践的一大难题。从现有判决看,理论和实务界存在不同意见:(1)缺少必要条款的劳动协议文本一律不予认定为履行了订立书面劳动合同的法定义务。在叶某诉中铼公司劳动争议案件中,法院认为:“虽然中铼公司在叶某入职时填写了《应聘人员登记表》,但该《应聘人员登记表》并不完全具备书面劳动合同的必要条款,且该登记表仅由中铼公司持有,不符合‘劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份’的规定,中铼公司认为已经与叶某签订书面劳动合同而无需因此承担责任的抗辩理由不成立。”^① 缺少必要条款书面文本应认定为未签订书面劳

修回日期:2017-11-23

基金项目:国家社会科学基金重点项目“劳动关系认定实证研究”(14AFX021)

作者简介:苟正金,四川通江人,法学博士,西南民族大学副研究员,硕士研究生导师,主要从事知识产权法、土地法研究,Email:155392934@qq.com。

①参见:粤高法民终字[2014]10号。

劳动合同。在新沂市广播电视局诉被告王某劳动合同纠纷案中(以下简称“王案”)^②,仲裁委员会和法院均支持了劳动者的仲裁请求,即因用人单位未与劳动者签订书面劳动合同,应当支付双倍工资。法院认为:根据《劳动合同法》的规定,劳动合同要成立并生效,必须具备法定的形式要件和实质要件。如果该劳动合同因为缺乏法定的形式要件和实质要件,导致不能成立并生效,那么用人单位需承担支付双倍工资的法律后果。在本案中,法院认为该劳动合同由于缺乏工作内容这一核心条款,无法根据协议确定双方的基本权利和义务,从而缺乏法定要件,应当认定劳动合同并未成立,因此判决支持双倍工资的诉讼请求。(2)缺少必要条款书面文本应认定为已签订书面劳动合同。欠缺必备条款的劳动合同毕竟不同于未签订劳动合同,主张应根据劳动合同欠缺条款的类型进行具体分析,但一般不宜认定其无效,因为认定劳动合同无效并不利于保护劳动者利益^[1]。在重庆川商投资担保有限公司诉薛某劳动争议纠纷案中(以下简称“薛案”),仲裁委员会支持了劳动者主张用人单位未签书面劳动合同而提出的双倍工资的请求,然而一审法院却认为双方协议明确了薛某工作内容。虽然该协议无明确劳动合同期限和劳动报酬等条款,但依据《劳动合同法》第18条可以补救。部分必要条款的缺乏不必然导致劳动合同不成立。当事人之间的协议具有劳动合同的性质^③。(3)按照是否影响主要权利义务的履行为标准来判断是否已签订书面劳动合同。上海市劳动和社会保障局出台的《上海市劳动合同条例》实施细则规定:“劳动合同必备条款不全,但只要不影响主要权利义务履行的,劳动合同成立。”(4)主体身份加真实意思表示。“浙高法民一〔2016〕3号”规定:“劳动合同能够确定合同双方当事人主体身份且能够认定该合同系双方的真实意思表示,一般可认定合同成立。对合同欠缺的劳动合同期限、工作内容、劳动报酬、劳动保护、劳动条件等部分内容,可依照《劳动合同法》第18条及相关规定确定。劳动者主张二倍工资的,不予支持。”

一、前提追问:书面劳动合同必备条款的法律价值

(一)“薛案”和“王案”的书面合同检视

根据《劳动合同法》第17条第1款的规定,新沂市广播电视局业余人员(主持人、通讯员)报酬协议缺少法定条款的情况如下:协议除载有用人单位名称、劳动者姓名、完整的合同期限和无实质意义的劳动报酬约定(“甲方依照考核结果及时按月支付乙方报酬”)信息外,用人单位欠缺住所、法定代表人或者主要负责人信息,劳动者信息部分欠缺住址、居民身份证或者其他有效的身份证件号码,也无工作内容、工作地点、工作时间和休息休假、工作报酬、社会保险、劳动保护、劳动条件、职业病防护,以及应当纳入劳动合同的其他事项等信息。可见,新沂市广播电视局业余人员(主持人、通讯员)报酬协议中有关法定条款表述存在四类情况:(1)完全符合法定要件要求的表述。协议中完全具备的法定条款仅为“劳动合同期限”,该协议约定有效期为“签订之日起到2008年12月31日”。(2)不完全具备法定要件要求的表述。因为用人单位信息部分欠缺用人单位住所、法定代表人或者主要负责人信息,劳动者信息部分欠缺住址、居民身份证或者其他有效的身份证件号码,所

^②新沂市广播电视局诉被告王某劳动合同纠纷案,江苏省新沂市人民法院“新民初字第〔2010〕0943号”判决。该案为江苏省高级人民法院公布的2008年度至2010年度江苏省十大劳动争议案件。

^③重庆川商投资担保有限公司诉被告薛某劳动争议纠纷案(九法民初字第〔2011〕03297号)。二审法院民事调解书载明:用人单位向劳动者支付包括双倍工资差额在内5万元费用(渝五中法民终字〔2011〕5792号)。

以该协议合同主体条款不完全具备法定条款要求。(3)完全不具备法定要件要求的表述。这些条款包括工作内容、工作地点、工作时间和休息休假、社会保险、劳动保护、劳动条件和职业危害防护。(4)看似符合法定要件要求但实质无意义的表述。在该协议中,尽管双方当事人明确“甲方依照考核结果及时按月支付乙方报酬”,但这一约定毫无意义。

在“薛案”中,公司同薛某之父所签订的协议中,有关法定条款情况如下:协议除载有用人单位的名称、劳动者姓名信息,以及部分无实质意义的条款(如“乙方在甲方工作期间”“支付相应的工资和报酬”“提供各种必要条件”)外,用人单位信息部分欠缺用人单位住所、法定代表人或者主要负责人等信息;劳动者信息部分欠缺劳动者住址、居民身份证或者其他有效的身份证件号码、劳动合同期限、工作内容、工作地点、工作时间和休息休假、工作报酬、社会保险、劳动保护、劳动条件、职业病防护,以及应当纳入劳动合同的其他事项等信息。

可见,薛某同用人单位之间签订的协议与王案同用人单位签订的协议具有很大的 consistency。一方面,用人单位试图通过协议强化劳动者的义务和责任,而减轻甚至不规定自己的具体义务;另一方面,用人单位则利用自己的强势地位强化自己的权利保护。两案均表明:在通常情况下,书面文本中所载明的权利义务内容不仅常常不明确,同实际履行相左,甚至已经显现出双方的权利义务严重失衡。在签约的时候,劳资纠纷的伏笔就已经埋下:用人单位的权利为“如乙方违反职业道德标准,或违反甲方有关管理规定,甲方有权终止本协议”,“乙方工作所涉及的知识产权归甲方所有”,甲方义务为“甲方依照考核结果及时按月支付乙方报酬”;劳动者的权利为“乙方有权提出终止本协议”,劳动者的义务为“乙方必须遵守新闻职业道德”,“乙方遵守甲方的各项管理规定”和“终止协议时乙方必须提前一个月告知”。

从“王案”可见,新沂市广播电视局同王某所订立的协议中权利和义务的安排均是用人单位说了算。协议中有关劳动者的权利规定几乎全是模糊表达,而劳动者的义务则不仅清晰明了,还成为了协议的主要内容。该协议几乎成了规定劳动者义务的协议。同样的情形在“薛案”中亦得到揭示:用人单位的权利为“分配工作任务”,“乙方工作所涉及的知识产权归甲方所有”,“乙方违约,不给予任何补偿”,“纠纷发生后由用人单位所在地仲裁或者诉讼”,甲方义务为“提供各种必要的工作条件”,“支付相应的工资和报酬”,如违约向乙方支付“5万元违约金”,如对乙方有损害则有“损害赔偿义务”;劳动者的权利为“乙方有权提出终止本协议”,享有知识产权的署名权,劳动者的义务为“按时按量完成任务”,对知识产权“无许可使用权”,“离开时提前29日书面申请并需获得同意”,“2年竞业限制,不得有损用人单位利益的任何行为”,违约需支付“5万元违约金”,以及承担“直接或间接损害赔偿义务”和“保密义务”。

上述两案均显示,用人单位给劳动者附加的义务比权利多得多,而用人单位义务的表述亦不具体。一旦发生纠纷,该协议对于运用司法裁判保护劳动者权益没有任何价值。这一现状是理解书面劳动合同强制性功能的基本出发点和视角。曾任全国人大常委会副委员长的何鲁丽在2005年12月28日所做的《全国人大常委会执法检查组关于检查〈中华人民共和国劳动法〉实施情况的报告》中指出,在实际生活中,许多劳动合同虽然有劳动报酬的条款,但没有写明具体数额;有的劳动合同仅规定劳动者的义务和用人单位的权利,有的甚至离谱地规定劳动者“生老病死都与企业无关”,“发生事故企业不负任何责任”。这样的劳动合同条款违背了劳动合同法的立法初衷。该报

告建议,签订劳动合同的责任主体用人单位不签订劳动合同就是违法行为,应当承担相应的法律责任^[2]。用人单位与劳动者签订的书面劳动者合同应当接受一定法律价值的检视。

(二) 书面劳动合同必备条款的法律价值

对于书面劳动合同规则,学界多数学者给予了否定性的评价。董保华教授认为:“书面形式成为我国立法者极力提倡的一种形式,在很大程度上已经被神话了。劳动合同本应存在着书面、口头、默示等多种形式,书面形式只是诸多合同形式之一”^[3]。事实上,并非仅中国有书面劳动合同的强制性规定,书面劳动合同的重要性在国外立法中亦得到重视。在加拿大不列颠哥伦比亚省,1996年《雇佣标准法》第14条明确规定雇主应当同家政雇员签订书面雇佣合同,雇主必须向家政雇员提供合同副本。合同副本必须明确清楚载明下列条件:家政雇员应该履行的职责、工作时间、工资和食宿费用的负担。在德国,雇佣合同一般不需要特别的形式,双方当事人亦可口头达成;但是,明确表示签订载明雇佣条件和条款的书面雇佣合同的做法值得提倡。在实践中,大约90%的雇佣合同采取书面形式。并且,按照《文书法》(Documentation Act, Nachweisgesetz)之规定,雇主应当在雇佣开始之前的一个月将主要雇佣条款书面通知雇员。按照《非全日和固定期限雇佣法》(The Part-Time and Fixed-Term Employment Act, Teilzeit- und Befristungsgesetz, TzBfG),固定期限雇佣必须采用书面形式,否则该雇佣视为无固定期限^[4]。

恰如王全兴教授所言:“在我国现阶段,劳动合同在劳动权利义务依据体系中的地位显得特别重要,其所负担的作为劳动权利义务依据的任务比西方国家要重要得多,不做如此书面形式,就不足以明确劳动权利义务的内容”^[5]。界定“书面劳动合同”的基础在于法律规定“建立劳动关系,应当签订书面劳动合同”的意旨,《劳动合同法》规定用人单位需与劳动者订立书面劳动合同,其目的是为了平衡劳动者与用人单位之间的利益^[6]。即从形式上看,劳动者相较于用人单位,他们大多处于弱势地位,劳动者的权益更多时候容易受到用人单位的侵犯,这就需要法律进行平衡。在劳动法领域,必须签订书面劳动合同的规定就是方法之一。有学者提出雇主的经营管理、雇主与受优待劳动者之间的劳动合同,以及雇主对集体合同的履行所导致的一般性差别对待都可纳入司法合理性审查^[7]。显然,《劳动合同法》所规定的书面形式规则具有保护弱势群体利益的功能,其涉及社会公共利益的维护。正因如此,《劳动合同法》的98个条文中就有64个条款使用强制性用语,其中“应当”达70次,“不得”达28次^[8]。

《劳动合同法》第17条有关必备条款的价值功能体现为:(1)促使双方通过书面文本确定双方的权利义务,或者宣示包括社会保险、社会保护等法律强制性规定;(2)证明劳动关系的存在;(3)一旦劳资双方发生纠纷,以利于司法者裁判和避免当事人各执一词而形成裁判困境。在“薛案”中,法院认为“该协议证明了薛某接受原告的管理,其提供的劳动为原告业务的组成部分,故本院认定原告与薛某存在劳动关系”。(4)知情权保障。对劳动者知情权的保障源自于因劳动者同用人单位的信息不对称。《劳动合同法》第8条规定了劳动者对工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬等的知情权;但是,并没有知情权行使的方式。而中国部分地方性立法则明确要求书面形式。《江苏省劳动合同条例》第11条规定,用人单位招用劳动者,应当如实向劳动者告知与劳动合同有关的工作内容、岗位要求、工作地点、工作时间、劳动报酬、职业危害和劳动条件。对可能产生职业病危害的岗位,还应当告知待遇和职业病防护措施等内容,并在劳动合同中载明。

书面劳动合同对于劳动争议条款的意思表达具有显著的诉讼裁判意义,而对当事人的客观意思表示则不产生任何影响,即使在没有签订书面劳动合同,甚至空白合同,任何一方当事人没有签字的情况下,只要劳动关系建立,均不影响双方当事人的权利和义务。这一点可以从裁判文书中法院对双方当事人权利义务的确认中得到印证。

二、认定方法:书面劳动合同认定标准

何为“书面形式”?一份书面文本需要满足什么条件才能被视为《劳动合同法》第10条所指称的书面形式?对某文本是否应定性为书面劳动合同取决于其能否实现书面劳动合同的目的。

(一)必要条款类型化

“法释〔2009〕5号”关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(二)规定:“当事人对合同是否成立存在争议,人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的,一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”这表明最高人民法院将民事合同成立要素分为两个层面,并明确了合同是否成立的处理思路:(1)核心要素。核心要素包括当事人要素、交易标的要素和数量要素。核心要素是判断合同是否成立的要素,其意义在于,任何一个合同对于该因素的缺少均给当事人之间的关系确立带来不可确定的障碍因素。例如,一份合同中当事人的缺少必然导致法院无法确定权利和义务主体;交易标的缺少导致双方权利义务所共同关注的、权益义务所涉及的边界无法确定;数量要素的缺少将无法对当事人之间所主张的权利义务的范围进行明定。缺乏这些因素,公平和正义理念无法解决争议,因为缺乏这些因素便无法再现客观事实,无法体现当事人的真实意思。(2)非核心要素。非核心要素包括质量、价款或者报酬、履行地点。非核心要素实质上是属于可以基于法律的公平和正义的逻辑,通过法院本身的裁断达至合理性裁判的因素。可见,最高人民法院有关合同效力的解释表明了最高人民法院贯彻了“宁愿有效的原则”。这一原则乃是基于合同法促进交易之目的。最高人民法院有关合同的核心要素和非核心要素的区分为《劳动合同法》第17条所规定的必要条款缺少时如何处理提供了可以借鉴的思路。笔者将《劳动合同法》第17条所规定的必要条款分为三类:(1)事实性条款——当事人信息、工作内容和工作地点。“事实性条款”是指双方当事人通过履约行为而对外呈现的客观事实,是证明当事人之间是否具有某种关系的客观事实。合同签约主体的缺失意味着意思表示主体的缺失,违背了合同的一般原则,自当认定为未签订书面劳动合同。从实践看,工作内容和工作地点通常在“用工”状态存在的时候就已确定,不会有争议。与之相关的争议源自用人单位改变原来的工作内容和工作地点。而纠纷发生的根本原因聚焦于该种变化是否对劳动者生活带来重大影响。例如,工作地点发生变化后可能直接影响到劳动者对家庭成员的照顾;工作内容发生变化导致劳动者工作时呈现的能力超过了劳动者在被用人单位招录时所要求的能力,或者劳动者为了完成该项任务需要花费更多的精力。此外,劳动合同期限亦可归于事实性条款。在民法中,合同自由理念^④过去是普通法假设的基础。该假设命题为:因为每一个当事人得自由签订一定期限的合同,即雇佣期限,雇佣合同中此特别条

^④美国普通法中“合同自由原则”是在“M. Witmark & Sons”案中确立的。在该案件中, Frank法官认为:“人应当有享有在他们愉悦时最大可能签订合同的自由”(See M. Witmark & Sons v. Fred Fisher Music Co., 125 F.2d 949, 962 (2d Cir. 1942) (Frank, J., dissenting), affid, 318 U.S. 643 (1943)). Note, Reforming At-Will Employment Law: A Model Statute, 16 U. Mich. J.L. REF. 389, 391 (1983)。

款的缺少意味着当事人保留了在任何时候结束合同自由的彼此期待。但是,劳动合同期限意味着当事人对于未来确定性的期待。对于劳动者而言,有了期限条款便于职业规划、工作及生活安排;对于用人单位,劳动合同期限是人力资源管理必不可少的要求。(2)基于公平正义可以裁判的条款。法院可以基于公平正义进行裁判的因素是指在认定为劳动关系的前提下,相关纠纷可以依据履约行为和事实判断,在裁判时给予补救的因素。对于裁判者而言,明晰该类条款有利于双方权利义务合理性的判断。基于公平正义可以裁判的条款是关涉劳动保护标准的要素,包括两个层面,一是因其他法律作了劳动者最低保护的规定,当事人争议的焦点在于是否超过该最低基准,例如工作时间和休息休假^⑤、劳动报酬;二是《劳动合同法》第18条规定可以弥补的包括劳动报酬、劳动条件等标准。工资报酬是劳动关系双方主要权利义务的逻辑起点,是必备条款中的核心条款。因为劳动者所有的经济权益保障都是以其劳动报酬作为标准的,劳动争议处理的主要内容均与工资报酬相关。事实上,即使没有书面劳动合同的存在,只要劳动者提供了劳动,其工资保障权必然应该得到救济。此时,就会涉及到工资报酬的标准。显然,若对于劳动报酬这样重要的核心条款未予以明确,则不能认定为书面劳动合同已经签订。(3)宣示性必要条款。宣示性必要条款是指法律已作了强制性规定,仅具有告知性法律意义的条款。其他法律已经规定了属于用人单位的法定义务,即使合同不载明亦不影响当事人的权利享有和义务的承担,这包括社会保险和职业危害防护。该类必备条款的缺少不妨碍法院对当事人双方的任何权利和义务的裁判,欠缺该类必备条款不应当认定为书面劳动合同未签订。

(二) 认定是否为书面劳动合同的标准

缺少哪种必要条款的书面文本应该认定为未签订劳动合同应根据案件实际确定。只要因某一法定必要条款的缺失就会导致“无法裁断”或者“妨碍裁断”的后果,即应认定为未签订书面劳动合同。实务中,可以从如下两个方面考虑:(1)权利义务明晰。判定双方是否订立了书面劳动合同,不能仅以双方所签订的文件的名称是否叫劳动合同书来判断,而应该以该书面文件的内容是否足以依法确认双方劳动关系中的权利和义务来判断^[9]。“王案”和“薛案”从仲裁裁决到法院一审和二审均对书面文本的内容是否能认定为签订了书面劳动合同给出了独立的评判,即是否能根据书面文本确定双方的权利义务是判断其用人单位同劳动者之间是否订立了书面劳动合同的核心标准;如果不能根据书面文本内容确定双方的权利义务,则应当视为书面劳动合同未订立。特别是当双方签订的书面合同文本过于简单,欠缺必备条款时,将很难被认定为劳动合同。(2)妨碍裁判的可能性。书面文本所记载的权利义务明晰则意味着裁判者根据书面文本就能够确定双方的权利义务,意味着裁判具有可操作性。在“浙甬民一终字[2010]184号”判决书中,法院认为双方当事人签订的协议虽在形式上较为简单,但其内容包括了用人单位名称、劳动者姓名、工作期限、工作岗位、薪酬待遇等法律规定的劳动合同必要条款,虽部分内容违反法律法规的规定,属无效条款外,但其基本明确了用人单位和劳动者的主要权利和义务,具有可操作性。原审法院据此认定该协议内容实质就是劳动合同,依法有据^⑥。在此案中,法院提出了“可操作性原则”,即“基本明确了用人单位

^⑤尽管法律对休息休假作了规定,但是立法许可在总体上不违背工作时间每日8小时和法定休假期总量的基础上,许可当事人约定灵活变通的工作时间制度和休息休假制度,前提是要么是报经批准,要么是给予劳动者更多的经济补偿。

^⑥参见:余姚市xx工厂及上诉人张某劳动合同纠纷案(浙甬民一终字[2010]184号)。

和劳动者的主要权利和义务”；但是，在理论上，何谓“基本明确了主要权利和义务”仍值得探讨。在“王案”中，“工作内容”条款的缺少并不是双方当事人争议的焦点，甚至诸多必备条款的缺少也并未形成“无法裁断”或者“妨碍裁断”的后果。缺少“工作内容”必备条款只是法院因用人单位未签订符合法律要求书面文本而给予罚则的一个选项而已，法院可以选择任一“必备条款”的缺少而作出双倍惩罚的罚则。

立法目的决定了裁判者的逻辑。在“王案”中，双方当事人争议的焦点在于用人单位是否属违法解除合同，而对各自的实体权利义务均无异议^⑦。在此案中，协议书必备条款的缺少并没有影响到权利义务的明晰。那么若按补救之说，无需裁定用人单位未签书面劳动合同，且不应支持王某的二倍工资请求。但是，该协议明显属于没有任何实质权利义务内容的条款。因此，对于是否影响裁判，应以“妨碍的可能性”为标准，而非实际有了妨碍裁判的后果为标准。裁判者是否认定某文本为书面劳动合同，用人单位是否履行了法定的签订书面劳动合同的义务，需要从文本本身内容判断，而非从文本之外的双方当事人履行权利义务的行为中判断。通过具有公共资源耗费性质的仲裁和司法程序才使得权利义务明晰的这一事实，就表明用人单位对签订书面劳动合同义务的违反。在“王案”中，法院认为双方的协议缺乏工作内容这一核心条款，无法根据协议确定双方的权利和义务，劳动合同并未成立。这样将书面劳动合同的立法目的同案件实际结合，避免了因必要条款欠缺后僵硬地适用法律的弊端，亦达到了立法本来所期待的目的。

三、诠释疑惑：欠缺必要条款时权利义务的补救同书面劳动合同认定关系

（一）欠缺必备条款可补救时不影响书面劳动合同的认定

劳动者同用人单位之间的劳动权利和义务源自于“用工”事实，而非劳动合同的签约行为。就这一意义说，劳动者和用人单位的实质权利义务的内容并不完全取决于当事人之间是否有书面合同文本。有意见认为，虽然劳动合同缺乏有些必备条款，但只要不影响劳动合同的履行，就可以根据《劳动合同法》第18条的规定执行。如果不能补救则表明了对《劳动合同法》第17条的实质性违反^[1]。在“王案”中，新沂市法院认为“原告提供的协议缺乏工作内容这一核心条款，无法根据协议确定原、被告双方的权利和义务，双方亦无法根据该协议建立劳动关系，协议内容不具备劳动合同的本质特征”。在“薛案”中，法院亦认为原告与薛某签有协议，基本明确了双方基于劳动关系产生的权利义务，具有劳动合同的性质。虽然该协议无明确劳动合同期限和劳动报酬等条款，但根据《劳动合同法》第18条的规定，劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确，引发争议的，用人单位与劳动者可以重新协商；协商不成的，适用集体合同规定。因此部分条款的缺乏不必然导致劳动合同不成立。故法院认定该协议为双方签订的书面劳动合同，故原告不应支付双倍工资差额^⑧。可见，法院将欠缺必要条款是否可以补救作为认定该协议是否为书面劳动合同的前提条件之一。这一点也同“浙高法民一〔2016〕3号”意见一致。

在学界，有学者亦赞同上述法院观点，认为“欠缺劳动报酬条款并不导致劳动合同无效，而是可

^⑦参见：“新劳仲案字〔2009〕114号”仲裁裁决。

^⑧重庆川商投资担保有限公司诉被告薛融和劳动争议纠纷案（九法民初字第〔2011〕03297号）。

以通过其他方式补正”^[1]。依据为《劳动合同法》第11条之规定:“约定劳动报酬不明的,新招用的劳动者的劳动报酬按照集体合同规定的标准执行;没有集体合同或者集体合同未规定的,实行同工同酬。”逻辑在于,既然可以采用补救手段裁判双方纠纷,则不能认定书面劳动合同未签订,而应肯定该合同的效力。然而,《劳动合同法》第18条的立法目的在于为缺少该必要条款的合同提供一个解决问题的机制,并不意味着在缺少劳动合同法定条款后仍然认定劳动合同已经签订,并非肯定该类合同的做法。劳动争议往往是围绕工资报酬或者同工资报酬有关权利的享有而产生的。可以说,连工资报酬都没有明确的合同就缺少了双方当事人“交易标的要素和数量要素”。这既不符合常理,亦容易导致纠纷。事实上,《劳动合同法》第18条所指“双方对工资报酬”等约定不明情形包括三个方面:(1)在合同中已约定,如先后出现两个工资标准的;(2)在合同中仅明确“用人单位按时按照相关岗位支付劳动报酬或工资的”;(3)合同中没有约定工资报酬的。毫无疑问,如果许可合同文本不明定“工资报酬”,则易导致书面劳动合同的法律价值大打折扣,立法目的不能实现。

不同的案件意味着裁判者补正的必备条款内容上的差异。“薛案”补正后必备条款情况如表1。

表1 重庆川商投资有限公司协议欠缺法定条款分析

《劳动合同法》第17条规定的必要条款	已有信息	欠缺信息	处理中是否成为纠纷焦点	补正后的信息
用人单位名称、住所和法定代表人或主要负责人信息	用人单位名称	欠缺住所、法定代表人或主要负责人信息	否	未补正
劳动者姓名、住址和居民身份证或其他有效的身份证件号码信息	劳动者姓名	欠缺劳动者住址、居民身份证或其他有效的身份证件号码信息	否	未补正
劳动合同期限	无	“乙方在甲方工作期间”无实质意义	否	未补正
工作地点	无		否	未补正
工作内容	风控		否	未补正
工作时间和休息休假	无		是	全日制
劳动报酬	无	协议中“支付相应的工资和报酬”表述不具实质意义	是	市平均工资水平
社会保险	无		否	未补正
劳动保护、劳动条件和职业危害防护	无	协议约定“提供各种必要条件”无实质意义	否	未补正
法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项	无		否	未补正

表1显示:(1)劳动报酬和工作时间为案件的争议焦点。在本案中,作为劳动者的薛某举示了工资表一份,工资构成中包括绩效工资、加班工资等项目,不能证明薛某每月的实际工资为3500元^⑨。(2)劳动合同期限、工作地点等必备条款并未成为案件争议的内容,法院也未进行补正。其根本原因在于:这些必备条款在本案中通过劳动者行为事实和用人单位用工事实均可推断,当事人亦无争议。但这并不表明这些必备条款在其他案件中不会成为争议焦点。“王案”就是一个例证。具体见表2新沂市广播电视局业余人员(主持人、通讯员)报酬协议欠缺法定条款分析。

表2显示,“王案”呈现出同“薛案”同样的诸多特点:(1)劳动报酬和社会保险成为争议焦点;

^⑨从工资举证责任看,用人单位承担的举证责任更重。当劳动者一方出具证据后,用人单位不认可的,理应由用人单位出示反驳证据,而非适用社会平均工资。适用社会平均工资的前提是劳资双方无法举证。

(2)工作内容和工作地点等并未成为关注的内容,法院并不需要补正。但不能据此认为“能补救就视同欠缺必备条件的文本为书面劳动合同”的结论。《劳动合同法》第18条所提出的补救机制并非是免除书面文本欠缺法定条款时用人单位责任的理由,其原因在于:(1)免除后导致立法目的无法实现。“薛案”和“王案”显示,恰恰是因为包括劳动报酬在内的条款的缺失才导致劳动仲裁、一审和二审程序的出现,增加了纠纷解决的成本。(2)补偿机制只不过是一种拟制,是事后无奈的处理办法,不能倒推欠缺必备条款的合理性。(3)因补救机制的存在就免除对不签订书面劳动合同的罚则必然助长负效应,降低法律的实施效力。

表2 新沂市广播电视局业余人员(主持人、通讯员)报酬协议欠缺法定条款分析

《劳动合同法》第17条规定的必要条款	本案协议中具备的信息	欠缺信息	处理中是否成为焦点	补正后的信息
用人单位名称、住所和法定代表人或主要负责人信息	用人单位名称	欠缺住所、法定代表人或主要负责人信息	否	未补正
劳动者姓名、住址和居民身份证或其他有效的身份证件号码	劳动者姓名	缺劳动者住址、居民身份证或其他有效的身份证件号码	否	未补正
劳动合同期限	完全具备		否	
工作内容和工作地点	无		否	未补正
工作时间	无		否	未补正
休息休假	无		否	未补正
劳动报酬	无		是	补正(906.67)
社会保险	无		是	属于行政救济
劳动保护、劳动条件和职业危害防护	无		否	未补正
法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项	无		否	未补正

(二) 强调书面劳动合同和事实的协调

书面劳动合同的极端化并未克服雇佣关系的形式和事实的矛盾。《劳动合同法》特别强调书面劳动合同,对没有签订书面劳动合同的过错方,特别是用人单位给予严格的惩罚。对于书面劳动合同的存在与否在实践中有着非常形式主义的认识,特别体现出在劳动关系认定上的形式先于实质的司法裁定思维。早在2005年,《山东省高级人民法院关于印发全省民事审判工作座谈会纪要的通知》就明确规定了如何正确理解劳动法第1条和第2条的规定,特别是对是否形成劳动关系的问题如何处理也给出了指导性意见^⑩。这样处理具有一定的可取性:由于用工决定权在用人单位手中,劳动者更多时候处于求职地位。中国农民工在国家基础设施建设降温 and 去产能的背景下,获取工作机会更不容易,就连工作后获取应有的劳动报酬在部分地方都变得十分困难。农民工追索劳动报酬一度成为举国上下关注的话题。加之农民工的文化素养不够,书面劳动合同对其意义不大。所以将农民工追索劳动报酬案件中的劳动者与用工者之间的关系认定为雇佣关系远比认定为劳动关系更为公平合理。在这样的情况下,农民工与用工企业之间发生争议要求他们按照《劳动合同法》的规定,遵循先调后裁再理的纠纷处理机制,显然不符合权利对等的法律原则,也不符合现实中诉讼的实践。因为,许多农民工不知道,也不愿意走这个程序。此外,最高人民法院的通知中也明

^⑩山东省济南全市法院劳动争议案件法律适用座谈会纪要(2005)一致认为,在农民工追索劳动报酬案件中,有劳动合同的纠纷按劳动争议案件处理;没有劳动合同的纠纷,按照雇佣合同处理,属于法院直接受理的民事案件。

明确规定法院可以适用督促程序解决农民工工资纠纷。可见,将农民工追索劳动报酬纠纷不作为劳动争议案件处理,而采用民事案件直接立案审理为宜。这样做还有一个好处就是可将书面的形式要件要求与现实实践进行较好协调。

在除农民工追索劳动报酬案件的其他案件中,也应处理好书面合同的强制性要求与现实生活的差别,对于必要性条款的处理尤为重要。不能过度拘泥于书面劳动合同形式,只把具备书面劳动合同基本形式要件和实质要件的合同认定为成立并生效,即不能过度缩小认定实践中的书面劳动合同;也不能将各种形式的协议、约定,甚至基本要件都缺乏的协议和约定认定为有效的书面劳动合同。

四、结论

对于书面劳动合同内容的具体化责任配置设计的认知应该同劳动法的相关制度联系后作出评价。在日本,日本公司要求工人需通过在职培训(on-the-job training),其积极的人力资源投资已经形成习惯。对在职培训的要求同经常地给予不同种类的工作中的轮流培训制度相关。对于人事安排,雇主享有广泛的自决权,至少对于那些工作地点和工作类型在雇佣合同中没有明确限制的典型雇佣工人而言是这样的。有时候,反对雇主工作安排工人可能遭受惩罚性的解雇。值得注意的是给予雇主有关人事事务方面所具有实质性内容的自决权不直接导致对雇主严重的经济赔偿。原因在于日本的工资支付制度同办公室工作和地点的种类没有紧密的联系^[10]。

围绕必备条款缺失的争论本质上是对《劳动合同法》相关制度内在机理的不同解读,只有从体系化的视角才能正确阐释相关规定。事实上,任何法律都无超验的性质。这种争论只不过是社会发展中各种利益诉求在法律上不同程度的表达。《劳动合同法》不过是劳动者群体、用人单位群体,以及相关社会力量在中国当下相互平衡的产物。高发的劳动纠纷也不过是这种力量在仲裁和诉讼活动中进行再平衡的体现。立法创设“二倍工资”条款,赋予劳动者“二倍工资”请求权,将维权的着重点置于劳动争议仲裁和诉讼。这样既提供了赔偿标准,又减轻了举证负担,从而大大提高了劳动者维权的积极性和可行性,同时也增强了对用人单位的威慑力^[5]。可见,《劳动合同法》第82条的目的在于处罚“不签订书面劳动合同”的行为,而非处罚不签订书面劳动合同的意思表示。

参考文献:

- [1]朱剑宇.劳动合同欠缺必备条款的效力及处理[J].中国劳动,2010(8):21-22.
- [2]全国人大常委会法制工作委员会行政法室.《劳动合同法(草案)》[M].北京:中国民主法制出版社,2006:26-27.
- [3]董保华.“隐蔽雇佣关系”研究[J].法商研究,2011(5):110-117.
- [4]SASCHA M. Employment contracts and further legal sources [M]//JENS K,PASCAL R K,MAGOTSCH M,eds. Key aspects of German employment and labour Law. London New York Springer Heidelberg Dordrecht,2010:31.
- [5]王全兴,粟瑜.用人单位违法不订立书面劳动合同的“二倍工资”条款分析[J].法学,2012(2):65-74.
- [6]施杨,朱瑞.如何把握《合同法》第11条与《劳动合同法》:应当签订书面劳动合同的关系与适用[J].法律适用,2010(9):88-91.
- [7]粟瑜,王全兴.意大利劳动法一般平等待遇制度剖析及其借鉴——兼论我国反就业歧视范围的扩大与控制[J].西南民族大学学报(人文社会科学版),2016(6):89-93.
- [8]樊成玮.也谈《劳动合同法》——基于立法原则之检视[J].法学评论,2009(5):10-15.

- [9]高战胜. 未签订书面劳动合同时劳动者二倍工资请求权的适用条件研究[J]. 法学杂志, 2012(12): 154 - 158.
- [10]TSUNEKI A, MATSUNAKA M. Labor relations and labor law in Japan[J]. Pacific Rim Law & Policy Journal, 2011, 20(7): 543 - 545.

A study on the validity of labor contracts lacking of essential clauses

GOU Zhengjin

(Department of Journals, Southwest Minzu University, Chengdu 610041, P. R. China)

Abstract: The particularity of worker protection should be taken into consideration when a written labor contract is made and entered into. Whether a judge may decide a case on the basis of the text of labor contract is the methodology of judging the parties of the contract have performed the statutory duties under contract. Essential clauses of different nature are vital to the judgment differently. Where a contract is lack of personal information of the parties, work locations, job descriptions, time limit for the labor contract, remunerations and other essential clauses, it should be decided as the parties should bear liability for the failure of performance of the statutory duties stipulated in the written contract. Lacking clauses regarding work hours, break time, and vacations should be deemed as remediable clauses. A contract has no declarative clauses regarding employment protection, work conditions, and protection against and prevention of occupational harm should be regarded that a written labor contract has been concluded. Unless otherwise specified by law, in the event of a labor contract lacking of essential clauses signed by both parties, it is still legally binding on both parties, which should not be regarded as invalid clauses, but rather the basis for judgment.

Key words: labor contract; essential clauses; declarative clauses; remediable clauses; double salary

(责任编辑 胡志平)