劳动合同违法解除的救济制度

□上海通乾律师事务所 朱慧 武慧琳

劳动合同的解除直接涉及劳动者的就业问题, 也涉及用人单 位的经营自主权。我国《劳动合同法》为加强对劳动者的保护,实行 劳动合同法定解除制度,劳动合同的解除必须符合《劳动合同法》 规定的法定条件和程序,否则就是违法解除,并规定了相应的救济

我们认为、《劳动合同法》所规定的劳动合同解除制度和救济 制度均存在不妥之处,需要在今后修法时进一步完善。

违法解除的救济制度

我国《劳动合同法》第四十八 条规定,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。

位违反本法规定解除或者终止劳动 合同的,应当依照本法第四十七条 规定的经济补偿标准的二倍向劳动 者支付赔偿金。

此外《劳动合同法》第四十七 条规定: 经济补偿按劳动者在本单 位工作的年限,每满一年支付一个 月工资的标准向劳动者支付。六个 月以上不满一年的,按一年计算: 不满六个月的,向劳动者支付半个 月工资的经济补偿。

劳动者月工资高于用人单位所 在直辖市、设区的市级人民政府公 布的本地区上年度职工月平均工资 三倍的, 向其支付经济补偿的标准 按职工月平均工资三倍的数额支 付,向其支付经济补偿的年限最高 不超过十二年。

本条所称月工资是指劳动者在 劳动合同解除或者终止前十二个月 的平均工资。

而《劳动合同法实施条例》第 十五条则规定:用人单位违反劳 动合同法的规定解除或者终止劳动 合同, 依照劳动合同法第八十七条 的规定支付了赔偿金的, 不再支付 经济补偿。赔偿金的计算年限白用 工之日起计算。

根据上述规定, 我国对于劳动 合同的违法解除设定了两种救济方 式:一是继续履行劳动合同,二是 支付违法解除的赔偿金,而这两种 方式的选择权在于劳动者

从规定来看,继续履行劳动合 同是主要的救济方式,违法解除的 赔偿金实行的是法定赔偿标准而不 是根据劳动者的损失来赔偿。

继续履行的问题

同作为违法解除劳动合同的首要救 济手段,而且不需要考虑用人单位 的意愿,除非是劳动者不愿意恢复 劳动关系或客观 上不能恢复 才活用 支付赔偿金的救济方式, 这是不妥 当的,在实际执行中出现的很多问 题都值得思考和讨论。

首先, 在双方失去信任的情况 下, 劳动合同实际是无法继续履行

劳动关系不是一种纯粹的经济 关系,还具有一定的人身隶属性。 劳动关系建立后, 劳动者成为用人 单位的一员,接受用人单位的管 理。我国《侵权责任法》第三十四 行工作任务造成他人损害的,由用 人单位承担侵权责任。可见, 劳动 者代表用人单位的对外行为是由用 人单位来承担责任的。

因此, 劳动关系无疑是需要建 立在信任基础上的, 如果双方发生 劳动争议和纠纷, 信任关系破坏, 在这种情况下是很难继续履行劳动

如果双方关系剑拔弩张,还强 行继续履行劳动合同, 用人单位不 得不考虑劳动者是否能履行工作职 责, 甚至还要提防劳动者故意损害 公司利益。

相对地, 劳动者也会怀疑用人 单位在工作中是否故意刁难, 无法 避免的互相质疑和猜忌显然会严重 影响单位的正常运营。

其次,继续履行劳动合同给用 人单位的管理也增加了难度。

通常情况下,用人单位解除 个劳动者的合同后, 必然要招用一 个新的劳动者来替代。而劳动争议 案件经过仲裁、一审、二审可能已 讨了半年、一年甚至更长的时间, 新的劳动者已经到岗,原劳动合同 如何恢复?这不是增加新的矛盾

有人说,用人单位可以据此主 张客观上不能恢复,果真如此吗? 实践中, 裁判机关对客观上不能恢 复劳动关系的要求是非常严格的。

再次,继续履行劳动合同其实 是给劳动者利用救济权寻求高额收

作为市场经济条件下的经济 人,每个人都在寻求自我利益的最 大化, 劳动者也不例外。

在劳动合同解除争议案件中, 常见一些职级较高、收入也较高的 劳动者, 为了获得高额收益, 即使 实际上并不想恢复劳动关系或明知 无法恢复劳动关系, 仍选择主张恢

的劳动者履行劳动合同只有1年9 个月,由于赔偿金的基数受上年度 平均丁资 3 倍的限制。如不主张恢 复劳动关系其所能得到的赔偿金不 会超过12万元;反之,他却可以 获得违法解除至恢复劳动关系期间

- 个稍微复杂一些的解除劳动 争议,根据笔者的办案经验,从仲 裁到二审终审判决, 花费 12 个月 的时间是很正常的, 也就是说如果 终审判决恢复劳动关系,用人单位 还要向劳动者支付这72万元的工

可见,这两种违法解除救济方 式所产生的收益差距是如此之大。 继续履行劳动合同其实是给劳动者 利用解除救济权讨度寻求高额收益 制造了机会

最后,继续履行劳动合同也增 加了激化矛盾的可能性。

在劳动关系解除后,又经历了 劳动者坚决要求继续履行劳动合同 而用人单位不同意的司法程序,即



使最终法院判决继续履行劳动合同 了, 但双方之间针锋相对的关系却 不会消弭于一纸判决。一旦双方在 履行判决时再次产生矛盾, 将直接 激化升级矛盾, 甚至导致恶性事件

支付赔偿金的问题

违法解除劳动合同的赔偿金实 际上是一个法定赔偿, 既不考虑劳 动者的损失,也不考虑用人单位的 主观恶性和劳动者的讨错。

首先,该法定赔偿没有考虑劳

我国违法解除赔偿金的计算考 虑的是两个因素: 劳动者的工资、 劳动者的工作年限,而没有考虑劳 动者的损失。

举例来说,一个月丁资 5000 元的劳动者,工作5个月被用人单 位违法解除了合同,那么他所能获 得赔偿金为 5000×0.5×2=5000 元。 也就是说,他只能获得1个月的工 资,而这1个月的工资很难弥补他 的实际损失。

正常情况下,他很难在1个月 内找到新的工作, 毕竟工作的转换 需要时间。

当然, 在这里我们所指的损失 并不是有些观点所主张的剩余劳动 合同期限的工资,毕竟劳动者可以 到市场上去寻找新的工作,只是应 当考虑到正常工作转换所需要的时

其次,该法定赔偿没有考虑用 人单位的主观恶性和劳动者的违纪

举例来说,用人单位以劳动者 严重违纪为由行使解除权却被认定 为违反解除的,有可能是劳动者有 一般违纪行为但用人单位因理解的 偏差将其作为严重违纪而解除的; 有可能是用人单位对劳动者进行打 击报复,以严重违反规章制度为借 口解除; 也有可能是劳动者工作表 现一直很恶劣,但用人单位在解除 劳动合同时收集的证据还不是很充

但是,我国《劳动合同法》没 有考虑这些因素,只要构成违法解 除就一律按照经济补偿金的两倍支

再次,赔偿金没考虑处于"三 的女性劳动者这一特殊群体。

对于违法解除劳动合同的法定 赔偿金,仅仅考虑了工作年限和工

资而没有考虑到其他特殊情况。

我们认为,处于"三期"的女 性劳动者这一特殊群体, 由于生理 上的特殊情况,被用人单位违法解 除后,在该时间段内很难再找到工 作, 因此现行的法定赔偿很难弥补

最后,在赔偿金数额上没有赋 予法院或仲裁委一定的自由裁量

如前所述,我国违法解除赔偿 金的数额一律按经济补偿金的 2 倍 支付。在此基础上, 法院或仲裁委 无法根据具体情节来做出公平合理

以我们实际处理过的一个案例 来说,用人单位规章制度规定,进 入生产车间未穿安全鞋、未戴安全 帽属干严重违反规章制度的行为, 一律解雇, 但该劳动者是在已经换 下安全鞋帽且离下班仅2分钟的时 候因接到总经理电话匆忙赶到生产 车间而忘记再次换上安全鞋帽的 用人单位因该劳动者严重违反规章 制度解除了劳动合同,该劳动者也 提出了要求支付违法解除劳动合同 赔偿金的仲裁请求。

该案的审理中, 仲裁员也感到 很纠结,最后认为安全生产是第一 位的, 驳回了劳动者的仲裁请求。

一审法院也很纠结, 最后认为 劳动者虽然违反规章制度, 但事出 有因故未达到严重违纪的程度,支 持了赔偿金。

如果本案法院或仲裁委对赔偿 金的数额有一定的自由裁量权,那 么仲裁员或法官也许就不需要这么 纠结了, 裁决的结果也更能为双方

此外,上述两种救济方式均没 有考虑用人单位解除劳动合同是实 体违法还是程序违法,对于用人单 位仅仅是程序违法的案件, 也没有 做出特别的规定。

救济制度的完善

如前所述, 我国对违法解除规 定了继续履行劳动合同和支付违法 解除劳动合同的赔偿金两种救济方 式, 但这两种方式都存在不完善的 地方, 为建设更和谐更符合市场经 济的劳动关系,建议作如下修改完

(一) 增加继续履行劳动合同

我们认为,不能将继续履行劳

动合同作为违法解除的主要救济手 段, 而需要对这种救济手段明确一个 前提条件、就是用人单位的同意。

(二) 完善违法解除的赔偿金制

首先, 鉴于现行法定赔偿不能弥 补工作年限短的劳动者的损失,建议 将违法解除劳动合同的赔偿金最低数 额定为劳动者3个月的工资,这也是 劳动者正常转换工作所产生的合理损

其次,建议赋予仲裁机构及法院 一定的自由裁量权,将违法解除劳动 合同的赔偿金数额限定在经济补偿金 的 1 倍至 2 倍之间, 具体由仲裁机构 或法院根据具体情况来判定。

第三,对于处于"三期"的女性 劳动者,建议规定违法解除的赔偿金 数额不得少于"三期"剩余期间工资 的一半,如月工资的一半低干月最低 工资的,按最低工资计算。

(三) 对于用人单位仅涉及解除 程序违法的案件做出特别的规定。

用人单位在违法解除的劳动争议 案件中,可能仅涉及解除程序违法的 问题,如解除前没有通知工会等。在 这种情况下,我们认为应认定解除有 效, 但应给用人单位一定的制裁, 建 议可规定用人单位应赔偿劳动者一个 月的工资。

综上, 我们建议将《劳动合同 法》第四十八条修改为: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 人单位同意履行的,双方应当继续履 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 或者用人单位不同意继续履行的,用 人单位应当依照本法第八十七条规定

将《劳动合同法》第八十七条修 改为:用人单位违反本法规定解除或 者终止劳动合同的, 应当依照本法第 四十七条规定的经济补偿标准的一倍 至二倍向劳动者支付赔偿金, 具体由 仲裁机构或法院酌情判定, 但不得低 于劳动者3个月的工资。

人单位应向劳动者支付的赔偿金如少 "三期"剩余期限工资的一半则应 按"三期"剩余工资的一半执行,如 "三期"剩余期限的月工资的一半低 于最低工资的,按最低工资执行。

对于用人单位解除劳动合同仅涉 及程序违法的案件,应认定用人单位 解除有效, 但应向劳动者支付一个月 工资的赔偿金。

执照正副本, 汪册专: 31023000 9: 食品经营许可证正副本, 许 号: TY13102300061409, 声明作 照獨等:060011201809250033, 声明 上海市浦东新区视桥镇周 饮店遗失食品经营作可证别分 贵人:周婷:许可证编号:J 101155151140, 声明作! 上海章乐工贸有限公司遗 业执照证副本:证照编号:28 003200606010062 00000202009110143, 声明 上海乾如文化传媒有限公 失营业执照正本, 统一社会信

上海市徐汇区开心面馆遗品经营许可证副本,许可证纸 JY2310104202 上海市宝山区泡乐小吃店遗 业执照正副本,统一社会信用f

A照正副本,信用代码:92310113 8435G;食品经营许可证正副本, E编号:JY23101130042707,声明

上海高成发展总公司机电分公司遗

2900000201601110260, 声明气度 上海锦粲建筑工程设计中心遗失财务章、法人章程库均,各壹枚上海镍件化工材料有限公司遗失 危险化学品经营许可证证。即未证

业执照副本913101140781533221代 上海融春实业有限公司遗失 专有用章一枚,声明作 上海恒甸精密紧固件有限公 遗失公章一枚,造明作 上海市松江区曲序小吃店遗失营 执照副本,副本编号:2700102018

牛编号: JY23101170079396, 声明 上海宏翔酒店管理有限公司 夫食品流通许可证副本, 证件编