



劳动法热点问题

最高法院发布《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）（征求意见稿）》

2012年6月27日，最高法院颁布了《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）（征求意见稿）》（下称“《解释（四）》”），向全社会征求修改建议。在此之前，最高法院分别于2001年4月30日，2006年10月1日和2010年9月14日颁布了三份关于审理劳动争议案件适用法律的司法解释。该等司法解释主要针对司法实践中比较常见的，但缺乏明确法律规定的法律问题做出解释，以便为仲裁机构和人民法院审理劳动争议案件做出指引。该等司法解释在司法实践中具有很高的实用价值。

《解释（四）》共有18条，涉及程序性问题、工龄连续计算问题、制定规章制度的民主程序问题、竞业限制条款问题、口头补充协议的效力问题、劳动合同解除和终止问题、外国人在华就业和代表处用工问题等八个方面的问题。君合于7月23日和25日分别在北京、上海和广州三地举办了三场关于《解释（四）》的研讨会，并根据研讨内容于7月27日向最高法院提交了对《解释（四）》的修改意见。下文将对《解释（四）》中对用人单位具有重大影响的核心条款做出说明和简要分析。

1. 程序性问题-约定管辖法院

《解释（四）》第一条规定，用人单位和劳动者可以在劳动合同中约定劳动争议的管辖法院。管辖法院可以是劳动合同履行地的基层法院或者是用人单位所在地的基层法院。在约定管辖法院之后，任何一方当事人向约定以外的法院起诉的，人民法院不予受理。

在现行法律下，劳动争议的管辖法院是劳动合同履行地的基层法院和用人单位所在地的基层法院。即便劳动合同中约定了管辖法院，当事人仍然有权向约定以外的法院起诉（例如，劳动合同约定管辖法院为用人单位所在地的基层法院，任何一方当事人仍有权向劳动合同履行地的基层法院起诉）。根据上述规定，管辖法院将严格按照当事人双方在劳动合同中的约定执行。由于劳动合同基本上都是用人单位提供的格式合同，故上述规定实际上是赋予了用人单位选择管辖法院的权利。

2. 工龄连续计算问题

《解释（四）》第六条规定，劳动者非因本人原因从原用人单位被安排至新用人单位工作，且原用人单位未支付经济补偿的，劳动者依据《劳动合同法》第三十八条规定向新用人单位提出解除劳动合同时，新用人单位应当在承认劳动者在原用人单位的工作年限的基础上，向劳动者发放经济补偿金。

实际上《劳动合同法实施条例》（下称“《条例》”，2008年9月18日起施行）第十条已经对于上述工龄连续计算问题做出了规定。但是，《条例》第十条只是规定了新用人单位在解除或终止劳动者的劳动合同时应当合并计算工龄，并在此基础上向劳动者发放经济补偿金，但没有提及在劳动者被迫辞职（即劳动者在出现《劳动合同法》第三十八条规定的情形下提出辞职）时是否也应合并计算工龄。《解释（四）》第六条对被迫辞职的情形做出了补充规定，从而使合并计算工龄的规则适用于所有新用人单位应当向劳动者发放经济补偿金的情形。

3. 未履行民主程序的法律后果

《解释（四）》第七条规定，劳动合同法施行后，用人单位制定、修改或者决定直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项，未经劳动合同法第四条规定的民主程序，不能作为人民法院审理劳动争议案件的依据。

上述规定实际上是《劳动合同法》第四条规定的应有之义。用人单位未按照《劳动合同法》第四条的规定履行民主程序，其制定的规章制度和决定的重大事项的效力，在进入法律程序后就不能得到人民法院的认可。在此之前，江苏、广东、浙江和湖南等地的高级法院所颁布的指导意见里已经包含了相似规定。如果《解释（四）》得到通过，用人单位在制定、修改规章制度和决定重大事项时，则必须履行《劳动合同法》第四条规定的民主程序。

4. 竞业限制条款

《解释（四）》用了较大篇幅对竞业限制条款做出规定，涉及第八至十一条共四条规定。

《解释（四）》第八条规定了未约定竞业限制补偿的法律后果。根据该条规定，如果用人单位与劳动者只约定了竞业限制义务，但未约定竞业限制补偿，则用人单位无权要求劳动者履行竞业限制义务。但是，劳动者

可以自愿履行竞业限制义务，并且在履行该等义务后，有权要求用人单位按照其离职前 12 个月内的月平均工资为标准支付竞业限制补偿。换言之，如果用人单位没有与劳动者约定竞业限制补偿，则没有采取补救措施的机会，主动权完全交由劳动者掌握。劳动者既可以选择拒绝履行竞业限制义务，又可以选择履行竞业限制义务。在劳动者选择履行竞业限制义务的情况下，用人单位必须按照员工离职前 12 个月内的月平均工资的标准向员工支付竞业限制补偿。在目前的司法实践中，竞业限制义务的补偿标准通常为员工离职前月工资的 30%-60%，而《解释(四)》第八条大幅提高了竞业限制义务的补偿标准。

《解释(四)》第九条规定了劳动合同解除理由对竞业限制条款效力的影响。《解释(四)》第九条规定，如果劳动合同通过协商一致的方式解除，或者由用人单位根据《劳动合同法》39 条解除（即因员工过错解除），或者由劳动者违法解除（即劳动者未履行 30 天的通知期义务就辞职的情形），则竞业限制条款的效力不受影响，仍然具有约束力。如果劳动合同由用人单位违法解除，或者由劳动者根据《劳动合同法》38 条解除（即因用人单位克扣工资等原因被迫辞职），则竞业限制条款对员工不再具有约束力。这条规定实际上将竞业限制条款的效力也作为对用人单位违法行为的处罚措施之一，从而加重了用人单位因违法行为而应承担的法律责任。

《解释(四)》第十条规定了用人单位逾期支付竞业限制补偿的法律后果。《解释(四)》第十条规定，如果用人单位迟延支付竞业限制补偿超过一个月，则除劳动者自愿履行外，竞业限制条款对劳动者没有约束力。显而易见，该条规定加重了用人单位迟延支付的法律责任，直接导致竞业限制条款失效。

《解释(四)》第十一条规定了竞业限制条款的解除问题。《解释(四)》第十一条规定，竞业限制条款只能通过协商一致的方式解除。如果与竞业限制条款有关的保密事项已经公开，则用人单位可以提前 60 日通知劳动者解除竞业限制条款。在目前的司法实践中，用人单位有权在竞业限制条款中约定单方解除权，且通知期通常为 30 天。换言之，只要用人单位提前 30 天书面通知劳动者，就可以提前解除竞业限制条款。但是，上述《解释(四)》第十一条使用用人单位丧失了单方解除竞业限制条款的权利，并且将解除的提前通知期延长至 60 天。

5. 口头补充协议的效力

《解释(四)》第十二条允许用人单位与劳动者通过口头协议的方式变更劳动合同，前提是双方实际履行了口头变更的合同，且合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，并且劳动者自履行之日起满一年未提出异议。该条规定肯定了口头补充协议的效力，同时赋予了劳动者对口头补充协议提出异议的权利。但是，用人单位没有对口头补充协议提出异议的权利。

6. 劳动合同解除和终止问题

《解释(四)》第十三条规定，建立了工会的用人单位在单方解除劳动合同

同时，如果未在解除合同前征求工会意见，则解除行为因存在程序瑕疵将被认定为违法解除，进而用人单位将承担向员工支付违法解除赔偿金的法律责任。

《解释(四)》第十五条规定了解除合同理由不一致的法律后果，即：如果用人单位存在《劳动合同法》第三十八条规定的情形，劳动者提出了辞职，但没有说明辞职理由或者使用《劳动合同法》第三十八条以外的其它理由，则劳动者无权以被迫辞职为由要求用人单位支付经济补偿金。换言之，只有员工在辞职时明确提出以《劳动合同法》第三十八条作为辞职理由，才有权以被迫辞职为由向用人单位主张经济补偿金。该条规定属于《解释(四)》中为数不多的对用人单位有利的条款。

《解释(四)》第十五条还规定，用人单位不得以“末位淘汰”为理由提前解除劳动者的劳动合同。该条规定与目前的司法实践相一致。

《解释(四)》第十七条规定，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，劳动者有权要求用人单位支付经济补偿金。该条规定是用于弥补《劳动合同法》第四十四条第(五)项和第四十六条第(六)项中存在的法律漏洞。《劳动合同法》本应对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，劳动者是否有权取得经济补偿金做出规定。但《劳动合同法》遗漏了该等情形。《解释(四)》第十七条对此做出了补充规定。

7. 外国人在华就业问题

《解释(四)》第十八条规定，外国人与用人单位签订了劳动合同，但没有办理就业手续，领取就业证，则外国人与用人单位之间视为没有建立劳动关系。在这种情况下，外国人不能享受中国劳动法下劳动者的权利，也不能依据中国劳动法向用人单位主张任何权利。该条规定与目前的司法实践相一致。北京等地的高级法院所颁布的指导意见里已经包含了相似规定。

8. 代表处用工问题

《解释(四)》第十八条第三款规定，外国企业常驻代表机构、台港澳地区企业驻内地代表处未通过涉外就业服务单位直接雇用中国雇员的，可以认定为劳动关系。该款规定实际上赋予了代表处直接用工权，即将代表处视为适格的用人单位，可以不经过劳务中介机构直接聘用中国员工。该款规定突破了现行法规对代表处用工管理的框架，也与目前的司法实践存在显著差异。《中华人民共和国国务院关于管理外国企业常驻代表机构的暂行规定》（1980 年 10 月 30 日施行）第十一条和《对外贸易经济合作部关于审批和管理外国企业在华常驻代表机构的实施细则》（1995 年 2 月 13 日施行）第二十九条第四项都规定，代表处聘用中国员工必须通过中国政府指定的外事服务机构办理，而不能直接聘用。在目前的司法实践中，凡代表处未经劳务中介机构直接聘用中国员工的，都不按劳动关系处理，而是按适用民事法律的雇佣关系处理。可见，《解释(四)》第十八条第三款将不可避免的造成法律冲突，并给司法实践带来重大变化。

马建军 合伙人 Tel: 8621 2208 6249 Email: majj@junhe.com

汪东澎 合伙人 Tel: 8610 8519 2992 Email: wangdp@junhe.com