

文章编号:2095-0365(2016)03-0083-05

# 未签订书面劳动合同双倍工资规则之法理分析

黄良军

(南京财经大学 法学院,江苏 南京 210046)

**摘 要:**《劳动合同法》设置的未签订书面劳动合同双倍工资规则,其目的是为了加强劳动者在劳动争议中对劳动关系的举证能力。但该规则的适用不仅违背民法意思自治原则,而且违背民法和劳动法的诚实信用原则,鼓励了劳动者的不诚信,容易引发道德风险,从长远来看,也不利于劳动者就业。应在司法中对该规则予以矫正,重新确立未签订书面劳动合同双倍工资请求权规则,以维护劳资关系的平衡。

**关键词:**劳动合同;未签订书面劳动合同双倍工资规则;诚实信用原则;司法矫正

**中图分类号:**D922.5 **文献标志码:**A **DOI:**10.13319/j.cnki.sjztdxbskb.2016.03.17

《劳动合同法》在立法过程中,基于当时劳动关系极不稳定以及劳动者权益受侵犯的恶劣态势,设置了一系列规则,以维护劳动关系的稳定和劳动者的权益不受侵犯,其中包括以双倍工资责任强制用人单位与劳动者签订书面劳动合同的规则。有学者认为这一规则以倒逼手段提高了劳动合同的签订率,较大程度维护了劳动者的权益。<sup>[1]</sup>但也有学者认为这一规则违背民法基本原理。<sup>[2]</sup>本文通过对该规则的分析,认为这一规则不仅违反民法意思自治原则和诚实信用原则,而且在强制用人单位诚信的同时却鼓励了劳动者有不诚信。有鉴于此,应当在司法中予以矫正。

## 一、未签书面劳动合同双倍工资规则之立法背景

### (一)立法背景

未签书面劳动合同双倍工资规则,主要体现在《劳动合同法》第10、82条以及《劳动合同法实施条例》第7条的规定:建劳动关系,应当订立书面劳动合同;用人单位自用工之日起超过一个月

不满一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。《劳动合同法》一改《劳动法》对书面劳动合同的倡导性规则,用双倍工资责任强制用人单位与劳动者签订书面劳动合同。这一重大变化,缘于20世纪末至21世纪初,我国劳资关系日趋不稳定,侵犯劳动权的恶性事件触目惊心,保护劳动者的基本权益、建立稳定和谐的劳动关系的呼声日急。在《劳动合同法》立法过程中,立法者注意到,我国《劳动法》1995年实施后,书面劳动合同的签订率偏低。据2004年抽样调查统计,建筑业、餐饮服务业书面劳动合同的签订率为40%左右,农民工劳动合同的签订率为30%左右。<sup>[3]</sup>用人单位不签订书面劳动合同主要原因,是基于弱化劳动者在劳动争议中的举证能力,从而降低用工成本、降低法律风险和解雇成本、逃避缴纳社会保险责任等。而劳动者不愿意签订书面劳动合同的原因主要规避缴纳社会保险费、自由跳槽等。<sup>[3]</sup>于是,《劳动合同法》将维护劳动关系稳定、保证劳动者的权益不受侵犯作为立法目的。围绕这一目的,设置了一系列的规则,如

收稿日期:2015-03-25

作者简介:黄良军(1970—),男,副教授,研究方向:劳动法、民商法。

基金项目:江苏省教育厅高校哲学社会科学研究指导项目(2012SJD820007)

本文信息:黄良军.未签订书面劳动合同双倍工资规则之法理分析[J].石家庄铁道大学学报:社会科学版,2016,10(3):83-87.

无固定期限劳动合同规则、书面劳动合同规则等。立法者认为,不签订书面劳动是用人单位侵犯劳动者权益的重要手段,应当通过强制手段,惩罚主观上故意不与劳动者签订劳动合同的用人单位,加强劳动者在劳动争议中对劳动关系的举证能力,通过法律的强制性规则引导用人单位养成积极、主动地与劳动者订立书面劳动合同的习惯,从而保障劳动关系的和谐稳定。如何强化书面劳动合同的订立成为劳动合同法立法争议的焦点之一,《劳动合同法》草案几经修改,最终确定用未签订劳动合同双倍工资责任强制用人单位与劳动者签订书面劳动合同的倒逼规则。到2011年7月全国人大常委会组织开展第二次《劳动合同法》执法检查时,大多数地区规模以上企业的劳动合同签订确有大幅度提高。<sup>[1]</sup>

## (二)该规则在实践中的适用,偏离立法目的

在司法实践中,仲裁员和法官常将82条的规定理解为,只要符合“自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同”,用人单位均要承担双倍工资的支付责任。这严重偏离了《劳动合同法》关于签订书面劳动合同的立法目的,即通过签订书面劳动合同向劳动者提供劳动关系的履行凭证,促进劳动关系的和谐稳定,平衡双方的证据能力。<sup>[4]</sup>其一,在劳动争议中,能起到证明劳动关系的证据作用的,除了劳动合同书外,还有其他劳动关系履行的凭证,工资支付凭证、缴纳各项社会保险费的记录、工作证、服务证等均可替代劳动合同作为劳动关系的履行证明,足以替代书面劳动合同的证据作用。其二,该规则强制引导用人单位订立书面劳动合同,但并不强制订立怎样的书面劳动合同。而书面劳动合同应当是怎样的,应当依据民法和劳动合同法的规则确定,由双方当事人平等协商。双方当事人无法协商一致的,在遵行合法、诚实信用的基础上,可以依据法律法规、行业习惯、行业规范以及实际履行的方式予以确定,如工资、保险、工时等均可依据法律规定予以确定。如用人单位已完成上述义务,就应当视为已完成签订书面劳动合同的义务,即无须承担法律责任。

## 二、未签订书面劳动合同双倍工资规则违背了民法和劳动法的基本原则

### (一)违背了民法意思自治原则

劳动法的发展历程是从自由契约到政府适度干预的历史,是从资本的高度自由到资本受必要约束的历史。《拿破仑民法典》时代,将劳动合同称为“劳动力租赁契约”,《德国民法典》和《瑞士民法典》也将劳动合同被视为民事合同,劳动关系的建立、变更和终止,均通过签订劳动契约方式进行,适用契约自由、意思自治原则。现代西方劳动法依然体现契约自由原则。英国没有专门的劳动合同法,调整劳动合同关系的法律主要是判例法。根据英国普通法,劳动合同可以是书面的,也可以是口头的。俄罗斯联邦劳动法典规定,劳动合同以书面形式订立。但该法同时又规定,无论聘用劳动者是否已按规定方式办理了手续,实际上雇佣劳动者参加工作即意味着订立了劳动合同。<sup>[5]</sup>契约自由原则是合同法的灵魂,来源于民法的劳动法依然不可能违背这一基本原则。《劳动合同法》第3条规定:订立劳动合同,应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。这一规定,传承了民法的基本原则,应当贯彻于劳动合同签订和履行的过程中。但未签订书面劳动合同的双倍工资规则,以倒逼的方式强迫用人单位与劳动者签订书面劳动合同书,是违背契约自由的民法基本原则的。

### (二)违背诚实信用原则,在强迫用人单位诚信的同时,鼓励了劳动者的不诚信

诚实信用原则是民法和劳动法的基本原则,要求民事主体不欺诈、不胁迫,不乘人之危,恪守信用。然而未签订书面劳动合同的双倍工资规则的内容均过于简单,在司法实践中更多是简单的从结果上理解为只要在规定期限内没有签订书面劳动合同,用人单位都必须向劳动者支付双倍工资,对原因和所处阶段不作分析。这一规则在强迫用人单位的诚信的同时,却鼓励劳动者的不诚信。其一,未签订书面劳动合同的原因和情形存在多方面,有用人单位的原因,也有劳动者的原因,如有的劳动者为了不缴纳社会保险不愿意签订书面劳动合同,还有的劳动者利用用人单位人

事管理的漏洞请人代签订或由用人单位管理人员代签,用人单位与劳动者的劳动关系一直稳定,劳动者的权益并不受损害,但一旦双方争议发生,劳动者为了获得双倍工资的高额利益,往往否认,导致用人单位与劳动者发生信任危机;其二,在用人单位与劳动者劳动合同到期,而用人单位愿意继续使用劳动者的情形下,在续订书面劳动合同的问题上,用人单位反而成为弱者,较为被动。因为证明劳动关系存在的基本证据已经充分,劳动者的权益有了基本保障,有的劳动者利用自己的有利的法律地位故意不签、拖延签订或故意让他人签订劳动合同,或利用用人单位对其的信赖,让用人单位的管理人员代签,以期在发生争议时否认相关事实,获得双倍工资的巨额利益。在大量未签订书面劳动合同双倍工资争议中,有相当多的争议即为此情形,造成用人单位管理危机、信任危机。一方面老板需要使用这些员工,管理人员不方便得罪,另一方面不签或代签均存在潜在法律风险;其三,笔者通过研究大量未签订书面劳动合同双倍工资的劳动争议案例发现这些争议多与主张解除劳动合同、经济补偿金、加班工资等待争议一起主张,单独主张未签订书面劳动合同双倍工资的争议极少。此意味着,劳动者与用人单位的劳动关系本身并不存在争议,劳动关系的稳定性和劳动关系的证据并无缺失,但劳动者依然通过《劳动合同法》<sup>82</sup>条主张未签订书面劳动合同双倍工资之法律责任,显然违背诚实的信用原则。

### (三)违背劳动合同继续性、动态性的特点

首先,虽然“劳动契约乃是劳动关系的核心,一切劳动关系均建立在劳动契约之上,并由此而开展。”<sup>[6]</sup>但一方面劳动合同书仅为静态的劳动关系,在劳动关系的继续性、动态性过程中,仅为劳动权利义务在初期静态的特点,另一方面,在继续性、动态性的劳动关系中,反映劳动权利和义务的口头或书面的文件会不断出现,如上岗证、工资单、规章制度、任务书、任职证明等。在现代信息化时代,各种电子邮件、微信等均可能成为记载劳动关系的载体。

其次,《劳动合同法》并未将签订书面劳动合同视为建立劳动关系的起点,而是将“用工之日”视为劳动关系的起点,劳动关系的实践性特点与强制签订书面劳动合同规则相矛盾。再次,在劳

动争议处理过程中,劳动合同书的证据作用越来越局限于证明劳动关系的建立,而对于劳动权的其他内容如工资、工时等,仲裁员和法官更采信的是履行情况,而不是书面劳动合同的记载。当工资单据、任职证明等书面文件同样能够证明劳动关系的时候,则未签订书面劳动合同并不损害劳动关系的和谐稳定。如仅因未签订书面劳动合同即让用人单位承担双倍工资,显然与立法目的相违背。继续性合同“契约之内容,非一次的给付可以完结”,“契约也会随着时间的经过而发生变化,因为期间当事人间产生了新的权利义务”。<sup>[7]</sup>

### (四)极容易造成道德风险

作为一种强制性、惩罚性规则,未签订劳动合同双倍工资规则的适用,并不以劳动者付出劳动义务为前提。因此,实践中存在劳动者主观上故意不愿意签订劳动合同的情形。有的劳动者利用用人单位在签订管理上的漏洞,找他人代签,造成劳动合同已经签订的表象,再在适当的时机提出双倍工资的主张。又利用劳动争议诉讼成本低的特殊性滥用诉权,使得原本较为简单的诉讼变得复杂化,造成司法资源浪费,导致了当事人上诉率居高不下。在有双倍工资诉求的案件中,当事人不服一审判决的上诉率甚至达到了90%以上。<sup>[8]</sup>

### (五)从长远看,不利于劳动者就业

未签订书面劳动合同双倍工资规则导致用人单位与劳动者之间的信任危机,投资者特别是中小投资者因用人成本大幅度增加而放弃投资,反过来不利于劳动者就业,对那些利用规则的漏洞、利用用人单位的诚信追求自己不正当利益的劳动者,在投资者中将成为不信任的对象,在更大程度上造成劳动关系的不和谐稳定。“一次失信行为也许会获得短期的不法利益,但不良违法记录会影响今后可能参与的其他博弈的结果。”<sup>[9]</sup>

## 三、未签订书面劳动合同双倍工资规则的司法矫正

首先,未签订书面劳动合同双倍工资的责任是一种惩罚性赔偿责任,属于合同责任。因此,可以借鉴合同法中惩罚性违约金的规则。(1)对请求权的条件由单一的“自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同”条件予

以修正;(2)增加以下条件:用人单位推定过错,即如用人单位证明以合理的方式通知劳动者或证明劳动者拒绝签订劳动合同或以一定书面方式明确了双方的劳动关系,劳动者明知的,即证明用人单位无过错;(3)劳动者有损失,包括实际损失或预期损失。如用人单位一直认可劳动关系,劳动者的工资、保险等不因未签订书面劳动合同而受到损失,则应当认定劳动关系稳定,劳动者权益未受损失。

其次,借鉴《合同法》第11条的规定认定书面劳动合同的签订问题。书面劳动合同并不等于劳动合同书(各地方人力资源要求用人单位备案用的规范化劳动合同书)。《合同法》第11条规定,书面形式是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。

再次,在司法中,适用立法目的解释方法,只要在劳动关系进行过程中,可以保证劳动关系的稳定,保证劳动者的在劳动关系确认中的证据能力,未以故意不签订劳动合同的方式侵犯劳动者的权益,即可以达到书面劳动合同的立法目的。用人单位承担双倍工资责任的情形,只有在劳动者提出签订书面劳动合同但用人单位恶意拒不签订且用人单位未向劳动者交付任何劳动关系书面凭证的,可视为用人单位恶意不签订书面劳动合同,依法承担双倍工资支付的责任。但是在用人

单位为劳动者缴纳了社会保险、签订了首期书面劳动合同以及为劳动者办理过执业证、注册证以及通过网络、媒体、公示牌对外公示劳动者等情形下,不应当认定用人单位未与劳动者签订书面劳动合同,不适用双倍工资支付责任。

最后,在劳动争议的处理过程中,法官应当是全面适用诚实信用原则,对用人单位和劳动者用统一价值标准做出评价。在不违反法律法规、公序良俗的基础上,尊重用人单位和劳动者基于真实意思表示对相互间权利义务的安排,对劳动者不诚信、恶意诉讼的行为,也应当予以处罚。

#### 四、结语

我国学者也指出“一切法律均源于行为方式,”“法律不是被创造的,而是被发现和表达的。”<sup>[10]</sup>劳动权首先是私权,劳动合同首先应当以私法基本原则为基础。《劳动合同法》所创设的规则不应脱离甚至抛弃民法的基本的基本原则。因此,《劳动合同法》的国家干预性体现对劳动者弱者保护的倾斜,但同时《劳动合同法》又具有私法性,必须遵行合意,遵行诚实信用规则,必须是一部平衡劳动者与用人单位之间力量的法律,目的在于“把私人的活动导向特定的目的并有利于特定的群体,也是受社会正义之幻想的激励而做出的种种努力”。<sup>[11]</sup>

#### 参考文献:

- [1]王全兴,栗瑜.用人单位违法不签订书面劳动合同的“二倍工资”条款分析[J].法学,2012(2):65-74.
- [2]董保华.口头劳动合同的效力研判[J].政治与法律,2012(12):23-32.
- [3]杨景宇,信春鹰.中华人民共和国劳动合同法解读[M].北京:中国法制出版社,2007:247.
- [4]范围.如何适用未订立书面劳动合同双倍给付工资规则[J].法律适用,2010(6):95-96.
- [5]王益英.外国劳动法和社会保障法[M].北京:中国政法大学出版社,2001:676.
- [6]黄越钦.劳动法新论[M].北京:中国政法大学出版社,2003:81.
- [7]王泽鉴.民法学说与判例研究(第1册)[M].北京:中国政法大学出版社,1998:121.
- [8]杨熙.劳动者道德风险背景下未签订书面劳动合同双倍工资分析[J].法制与经济,2013(3):66-68.
- [9]张坤.信用维护要求与博弈思维对高校毕业生诚信就业的影响[J].石家庄铁道大学学报:社会科学版,2015(3):99-104.
- [10]何自荣.历史法学的嬗变——从一种流派到一种方法[J].石家庄铁道大学学报:社会科学版,2014(3):85-89.
- [11][英]弗里德利希·冯·哈耶克.法律、立法与自由.第1卷[M].北京:中国大百科全书出版社,2000:201.

## Jurisprudence Analysis on the Regulation of Double Pay Because of no Written Labor Contract

Huang Liangjun

(School of Law, Nanjing University of Finance and Economy, Nanjing, 210046, China)

**Abstract:** There is regulation of double pay because of no written labor contract in *Law of Labor Contracts*. Its purpose is to strengthen the ability of proof of labor in the labor dispute. But in the practice of judiciary, the regulation not only breaks the civil law principle of autonomy of will, but also breaks the civil and labor law principle of honesty and credibility. It encourages the dishonest behavior of labors. Also it arouses the moral hazard from labors. It goes against the employment of labors on a long view. We should correct the regulation in judiciary. We must rearrange the claim regulation of double pay because of no written labor contract, in order to balance the labor-management relationships.

**Key words:** labor contract; the regulation of double pay because of no written labor contract; principle of honesty and credibility; judicial correction



(上接第 54 页)

## The Outlet of the Rural Poverty Alleviation Joined by Social Organizations Under the Perspective of Precise Poverty Alleviation

Huang Yanxia

(School of public Administration, Fujian Normal University, Fuzhou, 350007, China)

**Abstract:** Under the background of accurate poverty alleviation, social organizations release huge potential in this field. However, at present, social organizations still face difficulties such as weak systems and regulations and the lack of self-construction. It is needed to improve the relevant systems and regulations, strengthen self-construction, and enhance exchanges as well as cooperations with other social subjects, so as to make more contribution to our country's precise poverty alleviation.

**Key words:** precise poverty alleviation; social organizations; rural poverty alleviation