



继续履行劳动合同制度的运行问题与对策建议

王蓓 张一博

摘要:继续履行劳动合同是对违法解除或终止劳动合同第一顺位且最为彻底的救济制度,但是,司法实践反映出该制度在运行中还存在诸多问题,如劳动合同继续履行不能的情形五花八门,违法解除或终止劳动合同期间劳动者应得利益定性混乱且支付标准不统一,以及继续履行劳动合同裁决和判决强制执行困难。为确保该制度的救济实效,亟需通过立法调整和司法解释限制劳动合同继续履行不能的情形,统一违法解除或终止劳动合同期间劳动者应得利益的性质和支付标准,肯定继续履行劳动合同裁决和判决的强制执行力。

关键词:劳动合同;救济制度;继续履行;强制执行

DOI: 10.13734/j.cnki.1000-5315.2023.01.009

收稿日期:2022-08-18

基金项目:本文系国家社科基金一般项目“《劳动合同法》司法适用的大数据研究”(18BFX191)的阶段性成果。

作者简介:王蓓,女,四川成都人,四川大学法学院教授,博士生导师,E-mail:583952560@qq.com;

张一博,女,甘肃陇南人,四川大学法学院博士研究生。

一 研究的缘起

继续履行劳动合同,又称复职,是指恢复原有劳动关系,复原劳动者的工作和职位。我国《劳动合同法》第四十八条规定,当用人单位违法解除或终止劳动合同,若劳动者要求继续履行劳动合同,用人单位须继续履行;若劳动者不要求继续履行劳动合同,或劳动合同已不能继续履行,用人单位须支付赔偿金。这意味着,继续履行劳动合同是对违法解除或终止劳动合同行为第一顺位的法律救济制度,优先于支付赔偿金,其重要性不容小觑。但司法实践中该制度的救济实效有限,存在判决标准不统一、执行困难等问题,饱受学界诟病。有学者批评《劳动合同法》未对劳动合同“不能继续履行”的情形加以限制,未明确违法解除劳动合同期间的工资损失是否赔偿,导致司法适用混乱^①;有学者就劳动合同的继续性特征和身份要素分析继续履行劳动合同判决执行困难的原因,提出设立复职判决替代执行规则的解决办法^②。既有研究成果主要从宏观层面探讨继续履行劳动合同制度建构的不足与完善策略,然而鲜有学者从微观层面分析继续履行劳动合同制度的运行状况。继续履行劳动合同源于民法理论中“强制履行”^③的救济方式,旨在借助国家公权力强制用人单位恢复劳动关系,即否认用人单位解除或终止劳动合同行为的效力,使劳动者的工资待遇与岗位回归到劳动合同解除或终止之前的状态。可见,继续履行劳动合同是对违法解除或终止劳动合同行为最为彻底的救济

^①例如:肖进成《重构用人单位违法解除劳动合同法律责任的思考》,《西部法学评论》2013年第1期,第64—66页。类似观点亦可参见:李国庆《论违法解雇的法律救济》,《中国人力资源开发》2011年第10期,第87页;程立武《困境与重构:劳动合同的继续履行——以实质性解决纠纷为视角》,《法律适用》2016年第2期,第99—102页。

^②例如:沈同仙《论完善我国不当解雇的法律救济措施》,《中国法学》2012年第6期,第111—112页。类似观点亦可参见:覃曼卿《违法解雇期间劳动者复职救济的困境与出路》,《中国劳动》2014年第6期,第22页。

^③强制履行是指借助国家公权力强制违约方继续履行合同债务。参见:韩世远《合同法总论(第四版)》,法律出版社2018年版,第758页。

方式。合理有效地适用继续履行劳动合同制度,体现了国家对劳动权的保护,有利于促进劳动关系的和谐与稳定。故此,本文拟梳理司法实践中继续履行劳动合同制度的运行问题,并尝试从理论层面出发对其提出对策建议。

二 继续履行劳动合同制度的运行问题

为了掌握继续履行劳动合同制度在司法实践中的运行状况,笔者以“继续履行劳动合同”为关键词,以“《劳动合同法》第四十八条”为法律依据,在中国裁判文书网中检索并收集了相关案例的判决书与执行裁定书,经实证研究发现,继续履行劳动合同制度存在以下运行问题。

(一) 劳动合同继续履行不能的情形五花八门

依据《劳动合同法》第四十八条,继续履行劳动合同救济措施适用的前提是劳动者请求继续履行劳动合同且劳动合同能够继续履行,若劳动合同不能继续履行,则劳动者仅能获得赔偿金。由此可见,衡量劳动合同能否继续履行是法院审理继续履行劳动合同案件不可或缺的前置环节。然而,我国《劳动合同法》及其配套司法解释并没有对阻碍劳动合同继续履行的要素作出明确规定,法官的自由裁量权较大,由此导致司法实践中劳动合同继续履行不能的情形五花八门。传统民法理论中,履行不能意指“债权之客体的给付不可能的状态”,若任何人履行合同遇此障碍均不能作出履行,属于客观不能;若债务人虽不能履行,但债务人以外的其他人遇此障碍可以作出履行,便属于主观不能^①。劳动合同法乃“民法中雇佣合同社会化”^②的产物,但其仍兼备私法特征,对其适用民法的分析范畴具有理论意义。因此,可借助“履行不能”的类型化框架对劳动合同继续履行不能情形予以分类分析。

经整理,法院认定劳动合同继续履行不能的情况主要分为客观不能和主观不能两大类,常见情形如表1所示。劳动合同继续履行客观不能的情形较为复杂,按照造成履行障碍的主体可以划分为三种:一是因用人单位的原因导致的客观不能,具体包括“原岗位已不存在”^③、“原岗位已另行安排新员工接替工作”^④和“用人单位已停工停产”^⑤三种情形;二是因劳动者的原因导致的客观不能,包括“劳动者身体状况不宜从事原岗位”^⑥和“劳动者与其他用人单位另行建立了劳动关系”^⑦两种情形;三是因劳动关系双方的原因导致的客观不能,包括“诉讼期间劳动合同已期满”^⑧和“事实劳动关系下当事人双方已终止履行权利义务”^⑨两种情形。而就劳动合同继续履行主观不能的情形而言,当法院认定当事人双方已不存在信任基础时,法院便不再支持劳动者继续履行劳动合同的诉求。深入研究此类案件发现,法院对于“当事人双方已不存在信任基础”的判断标准存在差异。个别案件法院在双方当事人存在激烈矛盾的情形下认定劳动者与用人单位已不存在信任基础,如劳动者被辞退后其家属与用人单位负责人在工作场所发生肢体冲突导致警察出警^⑩。亦有个别案件劳动者确实作出了违反规章制度的行为,虽未达到足以被解雇的严重程度,但法院认为劳动者与用人单位的信任基础已丧失,劳动合同已不能继续履行^⑪。还有案件显示法院在用人单位明确表示不同意继续履行劳动合同的情形下就认为双方当事人已不具备信任基础,劳动合同已不能继续履行^⑫。通过对案件的分析,笔者发现法官对于劳动者与用人单位是否存在信任基础有两种态度:一种是劳动者与用人单位存在矛盾,用人单位坚持劳动合同继续履行不能,即表明劳动者与用人单位已不存在信任基础;另一种则是,劳动者与用

① 韩世远《合同法总论(第四版)》,第522—523页。

② 黄越钦《劳动法新论(第五版)》,翰芦图书出版有限公司2015年版,第138页。

③ 山东省东营市中级人民法院(2021)鲁05民终792号民事判决书。

④ 福建省厦门市中级人民法院(2014)厦民终字第84号民事判决书。

⑤ 福建省三明市中级人民法院(2016)闽04民终55号民事判决书。

⑥ 北京市第二中级人民法院(2017)京02民终7129号民事判决书。

⑦ 四川省成都市中级人民法院(2014)成民终字第4319号民事判决书。

⑧ 上海市第一中级人民法院(2013)沪一中民三(民)终字第1751号民事判决书。

⑨ 河南省漯河市中级人民法院(2015)漯民终字第938号民事判决书。

⑩ 上海市浦东新区人民法院(2014)浦民一(民)初字第29227号民事判决书。

⑪ 北京市第二中级人民法院(2017)京02民终6959号民事判决书。

⑫ 内蒙古自治区鄂尔多斯市中级人民法院(2015)鄂民再字第18号民事判决书。

人单位的矛盾已激化或劳动者作出不义行为造成用人单位利益的严重损害,证明劳动者与用人单位已不存在信任基础。由此可见,法官对于“当事人双方已不存在信任基础”的判断具有极强的主观性。

表 1 法院认定劳动合同继续履行不能的常见情形

客观不能	用人单位的原因	原岗位已不存在
		原岗位已另行安排新员工接替工作
		用人单位已停工停产
	劳动者的原因	劳动者身体状况不宜从事原岗位
		劳动者与其他用人单位另行建立了劳动关系
	劳动关系双方的原因	诉讼期间劳动合同已期满
事实劳动关系下当事人双方已终止履行权利义务		
主观不能	当事人双方已不存在信任基础	

(二)违法解除或终止劳动合同期间劳动者应得利益定性混乱且支付标准不统一

劳动合同解除或终止权具有形成效力,当用人单位将辞退的意思表示送达劳动者时,无论合法与否,两者之间的劳动关系已自然中断。通常情况下,用人单位会拒绝劳动者的工作请求,同时不再提供劳动条件,停发工资,停缴社保,而当法院认定用人单位违法解除或终止劳动合同并批准继续履行劳动合同,即判定辞退行为为无效时,劳动关系恢复原状。那么,用人单位是否应当返还劳动者在辞退之日至复工之日期间的应得利益?我国《劳动合同法》对此没有明确规定。案例显示,多数法院对用人单位支付违法解除或终止劳动合同期间劳动者的应得利益支持态度,但其对劳动者应得利益的性质定性混乱且支付标准认定不统一。劳动者应得利益的性质主要分为四类:“工资”、“工资损失”、“生活费”和“报酬”。由于劳动者应得利益的定性混乱,法院认定的支付标准亦不统一。如表 2 所示,违法解除或终止劳动合同期间劳动者应得利益的支付标准具体可分为五类十种:第一类以“劳动者正常工作时的工资标准”为基数^①,也有法院判决用人单位按照“劳动者正常工作时的工资标准的 70%”支付违法解除或终止劳动合同期间劳动者的应得利益^②,还有案件判决用人单位按照“劳动者正常工作时的工资标准”支付违法解除或终止劳动合同期间劳动者应得利益以外,还需加付工资的 25%作为赔偿费用^③;第二类以“本市最低工资支付标准”为基数^④,有的法院判决用人单位以“本市最低工资支付标准”的一部分作为标准来支付劳动者违法解除或终止劳动合同期间的应得利益,如“本市最低工资支付标准”的 80%^⑤,75%^⑥或 70%^⑦;第三类以“本市同年度职工月平均工资标准”作为违法解除或终止劳动合同期间劳动者应得利益的支付标准^⑧;第四类由当事人双方协商约定违法解除或终止劳动合同期间劳动者应得利益支付标准^⑨;第五类由法院参照失业保险金标准计算违法解除或终止劳动合同期间劳动者的应得利益^⑩。

①浙江省嘉兴市中级人民法院(2015)浙嘉民终字第 591、592 号民事判决书。

②湖北省武汉市中级人民法院(2015)鄂武汉中民商终字第 01153 号民事判决书。

③四川省自贡市中级人民法院(2014)自民一终字第 130 号民事判决书。

④湖北省宜昌市中级人民法院(2014)鄂宜昌中民三终字第 00120 号民事判决书。

⑤山东省青岛市黄岛区人民法院(2012)胶南民初字第 5509 号民事判决书。

⑥陕西省西安市莲湖区人民法院(2014)莲民初字第 05055 号民事判决书。

⑦安徽省合肥市蜀山区人民法院(2014)蜀民一初字第 02040 号民事判决书。

⑧北京市丰台区人民法院(2012)丰民初字第 15529 号民事判决书。

⑨安徽省合肥市肥东县人民法院(2011)肥东民一初字第 01564 号民事判决书。

⑩河南省商丘市梁园区人民法院(2013)商梁民初字第 2678 号民事判决书。

表 2 法院认定违法解除或终止劳动合同期间劳动者应得利益的支付标准

类别	支付标准
第一类	劳动者正常工作时的工资标准
	劳动者正常工作时的工资标准的 70%
	劳动者正常工作时的工资标准,另加付应得工资收入的 25%作为赔偿费用
第二类	本市最低工资支付标准
	本市最低工资支付标准的 80%
	本市最低工资支付标准的 75%
	本市最低工资支付标准的 70%
第三类	本市同年度职工月平均工资标准
第四类	约定(协议)工资
第五类	参照失业保险金标准

(三)继续履行劳动合同裁决和判决强制执行困难

强制执行系债权人“申请执行机关对债务人施以强制力,强制其履行债务,以满足债权人私法上请求权之程序”^①。如若仲裁裁决、法院判决不能获得有效履行,那么便化为一纸空文,导致司法公信力的丧失。因此,法律赋予债权人强制执行请求权,帮助其实现债权。从笔者检索到的继续履行劳动合同执行裁定书来看,继续履行劳动合同裁决和判决存在强制执行困难的问题。

首先,执行机关对继续履行劳动合同的裁决和判决是否具有执行力存疑。部分案例中法院对继续履行劳动合同的裁决和判决作出了强制执行,但另有部分案件法院认为这类裁决和判决不能执行,直接驳回了劳动者的申请。法院认为继续履行劳动合同的判决和裁决不具备执行力的理由有两种:一是裁决书或判决书仅表述了“继续履行劳动合同”,但未明确当事人双方的权利义务、劳动报酬、劳动岗位、履行的方式等内容,导致法院无法执行^②;二是继续履行劳动合同的判决或裁决无给付标的,仅属于确认项目,不具备执行力^③。

其次,在执行过程中,由于情势变更、当事人不配合或争议较大等原因,部分继续履行劳动合同裁决和判决执行未果。例如有案件用人单位在执行过程中注销了法人登记,导致其丧失主体资格,法院认定判决已无法执行^④;亦有案件用人单位明确表示不履行劳动合同导致判决无法执行^⑤;还有案件法院认为执行标的是行为,便主持了和解,但当事人双方在如何继续履行劳动合同的问题上存在较大争议,法院认为判决执行不能^⑥。

再次,部分案件执行周期较长,不利于劳动者劳动权的实现。例如薛义斌与普兰店区税务局劳动争议纠纷案 2010 年二审法院判决用人单位继续履行劳动合同,2012 年劳动者申请强制执行直至 2019 年才执行完结,自 2007 年用人单位违法辞退劳动者已过去 12 年^⑦。执行周期过长导致劳动者长时间待岗,对其生活质量造成严重影响。

最后,法院执行机关对执行完结标准的认识不同,以致部分案件并未在真正意义上实现继续履行劳动合同的目的。继续履行劳动合同的理想状态是劳动者回归原岗位,用人单位以积极的心态接纳劳动者,为其提

①张登科《强制执行法》,三民书局有限公司 2018 年版,第 1 页。

②例如内蒙古自治区鄂托克旗人民法院(2018)内 0624 执 1165 号执行裁定书。

③例如河南省开封市金明区人民法院(2019)豫 0211 执 632 号执行裁定书。

④例如广东省深圳市南山区人民法院(2015)深南法执字第 1847 号执行裁定书。

⑤例如福建省闽侯县人民法院(2017)闽 0121 执 1757 号执行裁定书。

⑥例如湖南省长沙市岳麓区人民法院(2019)湘 0104 执 4262 号执行裁定书。

⑦辽宁省大连市中级人民法院(2019)辽 02 执复 172 号执行裁定书。

供工作条件,支付劳动者工资待遇。司法实践中的确有法院以此作为执行继续履行劳动合同的判决或裁决完结的标准^①,但仍有部分案件显示法院认为用人单位通知劳动者到岗上班的行为可以认定继续履行劳动合同的判决或裁决已执行完结,罔顾劳动者是否满意用人单位提供的岗位以及工资待遇,是否已真正到岗工作^②。此举忽视劳动者复职的实际需求,难以促成和谐劳动关系。

三 继续履行劳动合同制度运行问题的对策建议

(一)限制劳动合同继续履行不能的情形

由于用人单位违法解除或终止劳动合同会导致劳动关系中断,经过漫长的仲裁乃至诉讼过程后,用人单位与劳动者继续履行劳动合同实则是重建劳动关系。劳动关系的建立是为了经营目的而展开的有益合作^③,因此,能否重建劳动关系受到客观与主观条件的限制。就客观条件而言,劳动者的回归不能严重影响用人单位的正常生产经营秩序;就主观条件而言,劳动者与用人单位需具备信任关系修复的可能。下文将从劳动关系重建角度审视司法实践中劳动合同继续履行不能常见情形的合理性。

1. 劳动合同继续履行客观不能情形的合理性审视

劳动合同继续履行客观不能的情形共分为三类:其一是因用人单位原因导致的客观不能;其二是因劳动者原因导致的客观不能;其三是因劳动关系双方的原因导致的客观不能。总体来看,司法实践中劳动合同继续履行客观不能的情形呈现多种样态,各种情形下劳动关系重建的难易程度也并非一致,法院判定劳动合同能否继续履行时不能混为一谈。

具体而言,对于因用人单位原因导致客观不能的情形来说,“原岗位已不存在”即用人单位因经营策略转变或组织结构调整等原因撤销了劳动者的原岗位,这种情形属于情势变更。合同法理论中,受到情势变更不利影响的合同当事人具有请求对方重新协商合同条款的权利^④。有鉴于此,出现“原岗位已不存在”的情形时,应赋予劳动者协商的权利,若劳动者同意变更岗位,则劳动关系具备重建的可能性,法院不能一味将此情形认定为继续履行不能。“原岗位已另行安排新员工接替工作”是司法实践中最为常见的继续履行劳动合同不能情形,用人单位因生产经营的需要不能长久地空缺岗位,辞退劳动者后安排新员工接替工作也在情理之中。但笔者认为,不能将此情形直接视为继续履行劳动合同不能,需按照劳动者类型分情况讨论^⑤,当遭遇违法辞退的劳动者是一般劳动者时,其岗位并非独一无二,用人单位重新聘用劳动者,即便不能将其恢复原职,也有安排其在与原职“实质同等”的岗位工作的能力,并且重新聘用一个基层劳动者并不会对其生产经营秩序造成重大影响。因此,在重建劳动合同相对容易的情况下,不能以“原岗位已另行安排新员工接替工作”为由判定劳动合同继续履行不能。当遭遇违法辞退的劳动者属于高级管理人员时,用人单位缺少高级管理人员会严重影响其经营管理秩序,所以,高级管理人员的岗位对用人单位来言至关重要,具有独一性,一旦用人单位已安排新员工接替高级管理人员的工作,若法院判令劳动者回归原岗位,将会扰乱用人单位已有的经营管理秩序;若劳动者同意调岗,由于高级管理人员的岗位具有独一性特征,用人单位不易为其安排与原职“实质同等”的岗位。由此可见,此种情况下劳动者很难与用人单位重建劳动关系,法院可将“原岗位已另行安排新员工接替工作”视为劳动合同继续履行不能的情形。“用人单位已停工停产”意味着用人单位已不具备生产经营的能力,丧失了履行劳动合同的意义,实属继续履行劳动合同不能。

对于因劳动者原因导致的客观不能的情形来说,“劳动者身体状况不宜从事原岗位”是指劳动者的身体素质不能满足原岗位的特殊要求。这种情形下身体素质是岗位的刚性要件,劳动者不具备回归原岗位的必备条件,若不能接受调岗,那么属于劳动合同继续履行不能的情形。“劳动者与其他用人单位另行建立了劳动关系”是指劳动者在用人单位违法辞退后入职了其他用人单位。工作实乃劳动者安身立命之本,劳动者被

①例如河南省郑州市金水区人民法院(2013)金执字第1365—3号执行裁定书。

②例如福建省福州市中级人民法院(2018)闽01执复62号执行裁定书。

③沃尔夫冈·多伊普勒《德国劳动法》,王倩译,上海人民出版社2016年版,第287页。

④朱广新《合同法总则研究》下册,中国人民大学出版社2018年版,第475页。

⑤划分标准参照《公司法》第二百一十六条第(一)项的规定,即劳动者岗位系属“公司的经理、副经理、财务负责人,上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员”则为高级管理人员,其他岗位的劳动者为一般劳动者。

辞退后没有收入来源,生存状况存在严重危机,此时劳动者选择另行建立劳动关系是为了满足生存需要。若劳动者对新工作的内容、待遇等不甚满意,仍渴望与原用人单位恢复劳动关系,其“与其他用人单位另行建立了劳动关系”的事实不应成为其与原用人单位继续履行劳动合同的障碍。原用人单位为了保障劳动者的工作质量,可要求劳动者辞去新工作。

对于因劳动关系双方的原因导致的客观不能的情形来说,“诉讼期间劳动合同已期满”的情形会导致劳动合同效力丧失,劳动者无权要求用人单位继续履行劳动合同,但其有权要求用人单位支付违法辞退之日至合同期限届满之日期间的工资。倘若用人单位与劳动者的劳动关系同时满足《劳动合同法》第十四条第二款应当签订无固定期限劳动合同的情形,则不能同日而语。法官需向用人单位释明其与劳动者签订无固定期限劳动合同的义务,倘若用人单位拒不签订,可建议劳动者另行起诉。至于“事实劳动关系下当事人双方已终止履行权利义务”的情形,学界对于事实劳动关系的定义尚有争议,案例中被法官认定为事实劳动关系的常见情形包括用工关系建立后未签订书面劳动合同以及劳动合同到期后劳动者继续工作却未续签书面劳动合同。《劳动合同法》规定劳动关系自用工之日建立,用人单位违法不与劳动者签订书面劳动合同需承担法律责任。在未签书面合同的过错不可归责于劳动者的情况下,用工满一年未签书面合同视为劳动关系双方已订立无固定期限劳动合同。就上述两种情形而言,缺失书面合同要件并不影响劳动关系的建立,用工事实的存在意味着用人单位已在行动上与劳动者订立了劳动合同,缺乏书面劳动合同的事实劳动关系与具备书面劳动合同的劳动关系实质无异。事实劳动关系下的劳动者欠缺书面劳动合同保障,法律地位已岌岌可危,遭遇用人单位违法辞退被迫终止履行权利义务时若无复职的权利,未免有所不公。因此,本文认为“事实劳动关系下当事人双方已终止履行权利义务”不应被直接视为劳动合同继续履行不能的情形。

2. 劳动合同继续履行主观不能情形的合理性审视

衡量劳动合同继续履行主观不能,即判断“当事人双方是否存在信任基础”。上文已从案例中概括出法院的两种处理态度。就第一种态度而言,劳动者与用人单位之间的信任关系存在裂痕,尚未出现实质性破裂,若不考虑信任关系修复的可能性,仅因用人单位坚持表示不同意继续履行劳动合同则认定二者之间已不存在信任基础,判定劳动合同履行不能,则存在用人单位为了不恢复劳动关系故意坚决反对继续履行劳动合同的风险,导致劳动者的就业权遭到进一步损害。就第二种态度而言,劳动者与用人单位存在激烈矛盾或劳动者确有不义行为损害了用人单位的利益,在此情形下劳动者与用人单位之间的信任关系存在严重危机,很难修复两者的信任关系,两者之间的劳动关系难以重建。有学者提出继续履行劳动合同不能的认定仅限于客观原因,不包括主观原因^①。但在当事人双方信任关系完全破裂的情形下,法院强行判决用人单位继续履行劳动合同,则会导致判决执行困难。有鉴于此,笔者认为当事人双方信任关系完全破裂的情形可以认定为劳动合同继续履行不能。

综上所述,从劳动关系重建的角度来看,仅有“高级管理人员岗位已另行安排新员工接替工作”,“用人单位已停工停产”,“劳动者身体状况不宜从事原岗位”,“诉讼期间劳动合同已期满”和“劳动者与用人单位之间的信任关系彻底破裂”五种情形可直接被认定为劳动合同继续履行不能,其余情形均一定程度上具备继续履行的能力,法院不能一概而论,需从个案出发为继续履行劳动合同创造机会。

(二) 统一违法解除或终止劳动合同期间劳动者应得利益的性质与支付标准

经笔者梳理发现,司法实践中违法解除或终止劳动合同期间劳动者应得利益定性混乱且支付标准不统一,导致同案不同判,部分劳动者的合法权益受损。该问题根源于我国相关法律法规的缺失以及中央和地方的法规或规范性文件规定的不统一。《劳动合同法》未赋予劳动者对违法解除或终止劳动合同期间应得利益的请求权,《劳动法》第九十八条虽规定用人单位违法解除劳动合同需对劳动者造成的损害承担赔偿责任,但未明确恢复劳动关系后,违法解除或终止劳动合同期间劳动者的应得利益能否囊括进第九十八条“对劳动者造成损害”的概念之内。由于相关立法的缺失,为了指导违法解除或终止劳动合同期间劳动者应得利益的赔偿问题,中央有关部门和部分省市出台了相应的规章或规范性文件。经研究发现,这些规章或规范性文件对违法

^①肖进成《重构用人单位违法解除劳动合同法律责任的思考》,《西部法学评论》2013年第1期,第68页。

解除或终止劳动合同期间劳动者应得利益定性不统一,主要分为“工资”^①和“工资损失”^②两种类型。另外,《最高人民法院关于在民事审判工作中适用〈中华人民共和国工会法〉若干问题的解释》第六条将其定性为“报酬”。违法解除或终止劳动合同期间可被解释为“非劳动者本人原因造成劳动者停工”,依照《河北省工资支付规定》第二十八条以及《深圳市员工工资支付条例》第二十八条,用人单位应支付生活费,则这期间劳动者的应得利益也可定性为“生活费”。就支付标准而言,前述规章或规范性文件认定违法解除或终止劳动合同期间的劳动者应得利益为“工资”或“工资损失”的地区,则相应地根据具体规定按照劳动者正常劳动时的工资标准支付劳动者该期间的劳动报酬。部分地区未对违法解除或终止劳动合同期间劳动者应得利益的性质作出明确规定,其支付标准则由法官参照相关规定来确定,这便是司法实践中出现多种支付标准的原因。

然而,劳动者在违法解除或终止劳动合同期间应得利益的性质该如何确定呢?支付标准又应如何认定呢?继续履行劳动合同救济制度的法理逻辑,即否认用人单位辞退劳动者行为的效力,并要求恢复原状,用人单位需支付违法解除或终止劳动合同期间的工资,劳动者给付该期间的劳务。但这仅是理想状态,由于劳务无法储存,当用人单位受领迟延则会导致劳动者劳务给付不能,并不能彻底恢复原状^③。虽然劳动者在违法解除或终止劳动合同期间未向用人单位给付劳务,但该给付不能并非劳动者有意而为之,而是用人单位拒绝受领,因此,用人单位承担恢复原状的法律责任时,应补偿劳动者相当于辞退行为未发生状态下的应得利益,即以劳动者正常工作时的工资标准支付违法解除或终止劳动合同期间的工资,而劳动者无需补付劳务^④。由此可见,劳动者具有请求用人单位支付违法解除或终止劳动合同期间工资的权利。该请求权是基于劳动合同中劳动者原本享有的工资请求权,而非损害赔偿请求权,所以违法解除或终止劳动合同期间劳动者应得利益的性质应为“工资”而非“工资损失”,更不应该定性为“生活费”和“报酬”。违法解除或终止劳动合同期间劳动者应得利益应按照劳动者正常工作时的工资标准支付,司法实践中采用的“本市最低工资支付标准”、“本市同年度职工月平均工资标准”、“参照失业保险金标准”等均不能反映劳动者真实的工资状况,不具备合理性。至于“约定(协议)工资”,因劳动合同本质上属于契约,应尊重当事人双方的意思自治,在当事人对违法解除或终止劳动合同期间劳动者应得利益有约定时应按约定执行。因此,在《劳动合同法》修改时,需明确劳动者对违法解除或终止劳动合同期间的工资请求权,并通过司法解释明确支付标准为劳动者正常工作时的工资标准,但不限制劳动者与用人单位就此问题的协商自由。

(三)肯定继续履行劳动合同裁决和判决的强制执行力

上文梳理了劳动合同裁决、判决强制执行困难问题在司法实践中的具体表现,反映出执行机关对于继续履行劳动合同裁决和判决的可执行性以及如何判断执行完结存在疑问。继续履行劳动合同裁决和判决是否能够强制执行?执行完结的标准又是什么?

关于继续履行劳动合同裁决和判决是否能够强制执行的问题,之所以执行机关对此存在疑问,是因为原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第四百六十三条^⑤规定,确定继续履行的法律文书须明确继续履行的具体内容,若法律文书没有给付内容,或给付标的不明确的,依据《最高人民法院关于执行案件立案、结案若干问题的意见》第二十条,已立案的执行实施案件,以“驳回申请”方式结案。司法实

①《广东省工资支付条例(2016修正)》第二十九条、《辽宁省工资支付规定》第三十六条、《上海市企业工资支付办法》(沪人社综发〔2016〕29号)第二十三条和《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要》(2009)第二十四条等规定将违法解除或终止劳动合同期间劳动者应得利益的性质界定为“工资”。

②《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》(劳部发〔1995〕223号)第三条、《天津法院劳动争议案件审理指南》(津高法〔2017〕246号)第二十八条、《浙江省高级人民法院民一庭关于审理劳动争议纠纷案件若干疑难问题的解答》(2012)第十二条和《江苏省高级人民法院、省劳动人事争议仲裁委员会关于印发〈关于审理劳动人事争议案件的指导意见(二)〉的通知》(苏高法审委〔2011〕14号)第十六条等规定将违法解除或终止劳动合同期间劳动者应得利益的性质界定为“工资损失”。

③参见:胡玉浪《违法解雇期间工资支付法律问题探讨——基于我国台湾地区劳动立法与学说的考察》,《西南政法大学学报》2010年第12期,第79页。

④参见:喻术红、程凌《违法解雇期间劳动者所得之性质与范围——兼论民法典相关制度之构建》,《河北法学》2019年第12期,第47—50页。

⑤2022年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》修正后,该条款的序号变更为第四百六十一条。

践中继续履行劳动合同裁决和判决结论往往简单表述为用人单位继续履行与劳动者的劳动合同^①,案件进入执行程序后,法官认为不具有明确的执行内容,便不予执行;也有法院认为继续履行劳动合同裁决和判决是确认属性,没有给付内容,亦不予执行。就继续履行劳动合同裁决和判决的性质而言,依据《劳动合同法》第四十八条,继续履行劳动合同是用人单位违法解除劳动合同所应承担的法律责任。法院判令继续履行劳动合同,一则是确认用人单位解除或终止劳动合同行为违法,劳动合同有效;二则是责令用人单位承担法律责任。继续履行劳动合同裁决和判决不仅具有确认属性,亦有给付属性,应当予以执行^②。就继续履行劳动合同裁决和判决执行内容不清的问题而言,倘若法院依据我国现行规范对此类执行案件直接裁定“驳回申请”或“不予执行”,虽简单易行,但对于劳动者的劳动权的保障实属不利。有学者提出执行内容不清的问题可以通过执行解释的方法来解决^③。继续履行劳动合同裁决和判决的执行内容,执行机关可结合裁判理由和作为证据的劳动合同加以确定。若无劳动合同,或难以按照原劳动合同继续履行时,可赋予执行机关适度解释权限。解释方法除文义解释外,还可适用目的解释、体系解释等方法。若裁判文书过于简略难以解释,可适度拓宽解释材料,例如听取当事人双方的意见,询问劳动争议仲裁委员会和诉讼法院的看法等。但执行机关解释文书时应秉持有利于劳动者利益的理念,以明确继续履行劳动合同的内容为限度,不能上升至当事人责任的重新审查。若当事人对执行机关的解释不满,应当赋予当事人救济的权利,允许其提出执行异议或另行起诉。总之,继续履行劳动合同裁决和判决具有强制执行力,执行机关在受理此类案件后,不应直接以“驳回起诉”、“不予执行”结案,而需从个案出发尽量实现继续履行劳动合同的目的。

关于执行完结标准的问题,部分案件反映出执行机关不顾劳动者是否真正返岗工作、用人单位是否提供劳动者应有待遇,仅将用人单位通知劳动者返岗上班视为执行完结的标准,此举反映出部分执行机关未清楚认识继续履行劳动合同的目的。劳动合同的履行是指“劳动合同双方当事人自愿按照合同约定履行其义务,共同完成劳动过程和实现劳动权益的法律行为”^④,申言之,继续履行劳动合同的目的在于强令当事人双方继续按照原劳动合同约定履行各自义务,理想状态下劳动者的岗位、职务、工资、工龄、劳动待遇应得到全面恢复^⑤,执行机关仅将用人单位通知劳动者返岗上班视为执行完结的标准显然未完成执行继续履行劳动合同裁决或判决的使命。司法实践显示,继续履行劳动合同裁决或判决在执行过程中可能受用人单位和劳动者主观因素的制约很难实现继续履行原合同的理想状态,应如何判断执行完结的标准呢?笔者以为应分情况而定。第一种情况,倘若用人单位与劳动者协商达成变更劳动合同条款的合意,即使岗位、职务、工资、工作地点等条款均发生变更,也应视为执行完结。第二种情况,若用人单位与劳动者无法就变更劳动合同协商一致,但原劳动合同因非劳动合同继续履行不能的情形难以执行时,如原岗位已撤销、原岗位已被他人取代等,执行机关需协调用人单位安排与劳动者原岗位“实质同等”的岗位,并要求用人单位给付同等的工资待遇。若用人单位不予配合,可按照其拒不执行裁判文书来处理;若劳动者不同意更换岗位,执行机关可建议其更换救济诉求另行起诉。第三种情况,若执行过程中出现劳动合同继续履行不能的情形,例如用人单位停工停产或用人单位与劳动者发生过激矛盾导致信任关系不能修复等,执行机关可以建议劳动者更换救济诉求另行起诉为宜,不能强制执行。

[责任编辑:苏雪梅]

①四川省内江市市中区人民法院(2017)川1002民初1550号民事判决书。

②王凤《继续履行劳动合同判决的执行困境与对策》,《哈尔滨工业大学学报(社会科学版)》2021年第1期,第39页。

③马家曦《执行内容确定之程序展开——以“执行依据”不明的解释及应对为中心》,《甘肃政法学院学报》2019年第3期,第83页。

④姜颖《劳动合同法论》,法律出版社2006年版,第187页。

⑤李国庆《解雇权限制研究》,中国劳动社会保障出版社2011年版,第170页。