



辽宁省法学会民法学研究会
编

CIVIL LAW THEORY AND PRACTICE

民法

理论与实务

主 编 于政文



2008

吉林人民出版社

(总 3 辑)

实践的法学家·学术的司法者

民法理论与实践

CIVIL LAW THEORY AND PRACTICE

辽宁省法学会民法学研究会 主办

主 编 于政文

吉林人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法理论与实践,2008 / 于政文主编.— 长春:吉林人民出版社,2009.3
ISBN 978-7-206-05980-3

I. 民… II. 于… III. 民法—研究—中国
IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 036427 号



民法理论与实践(2008)

主 编:于政文

责任编辑:杨九屹

封面设计:于 洋

责任校对:赵洪涛

吉林人民出版社出版 发行(长春市人民大街 7548 号 邮政编码:130022)

印 刷:长春市太平彩印有限公司

开 本:787mm×1092mm 1/16

印 张:10 字数:270 千字

标准书号:ISBN 978-7-206-05980-3

版 次:2009 年 3 月第 1 版

印 次:2009 年 3 月第 1 次印刷

定 价:25.00 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

《民法理论与实践》编辑委员会

顾 问：司玉琢 白玉祥

孙宪忠 关效荣

主 任：王利民

副主任：王杰文

委 员：李志文 屈连春 柴学伟

李志良 孙德润 邹国章

李辰章 黄祖黎 毕凤有

高 翔 范雅忠

辽宁省法学会民法学研究会常务理事 岳学鹏



人物介绍

岳学鹏(1965-), 本会常务理事。辽宁省抚顺市人, 大连豪轩房地产开发有限公司董事长、总经理。2004 年成立大连豪轩房地产开发有限公司至今, 开发了大连金北小镇等诸多知名项目。在多年的经营活动中, 大连豪轩房地产开发有限公司依法经营, 善于运用法律保护自己的合法权益, 受益良多。岳总作为企业家, 依法经营, 回报社会, 不仅积极研究民事法律, 而且大力支持民法学研究工作, 提升了企业的经营理念, 促进了本会的工作开展。

携手, 共赢, 发展。祝愿大连豪轩房地产开发有限公司不断做大, 做强。



朝阳市中级人民法院所在的辽宁省朝阳市,地处辽宁、河北、内蒙古三省(区)交界处,下辖两区、两市、三县,总面积 1.9 万多平方公里,人口 340 万。历史上这里是东亚的交通要冲,是中原汉族与北方各少数民族相互交流、融合、发展的纽带地区。朝阳市历史文化厚重,拥有许多绚烂的文化遗址景观,其中有举世闻名的古生物化石遗址、被誉为“中华文明曙光”的红山文化牛河梁遗址。朝阳作为东晋十六国时期的前燕、后燕、北燕三朝建都之地,创造了独具古代北方民族特色的“三燕文化”,以及以东北亚佛教文化中心、中国北方佛教圣地著称于世的朝阳佛教文化。

朝阳市中级人民法院下辖双塔区、龙城区、朝阳县、北票市、凌源市、建平县、喀左县七个基层法院和 33 个派出人民法庭。现有政法专项编制人员 172 人,其中具有审判职称的 117 人;具有本科以上学历的 132 人,具有研究生学历的 27 人。近年来,在市委、市政府领导下,在全市人民的共同努力下,朝阳市经济、社会、文化等各项建设呈现强劲发展态势,多项经济发展指标增幅连续多年列全省前列。朝阳市中级人民法院始终坚持以中国特色社会主义理论为指导,坚持科学发展,围绕确保“公正与效率”,狠抓审判职能作用、队伍建设和基层基础建设三项任务,强化内部管理,推进改革创新,为构建和谐、平安朝阳,促进地区经济社会健康发展作出了积极贡献。平均每年全市各级法院受理各类案件 22000 件左右,市中级人民法院 2300 件左右,结案率保持在 98% 以上。为推进司法和谐,实现定纷止争、案结事了,全市法院民商事案件综合调解率逐年上升,2008 年达到 70% 以上。

目前,伴随着我省实施“突破辽西北”战略和实现朝阳市确定的“奋战三年、再造朝阳”奋斗目标的建设高潮,朝阳市两级法院也进入了一个大发展的重要阶段。适应审判工作要求,2009 年,包括中级法院在内将有 6 个法院的综合审判法庭和附属设施按照最高人民法院确定的标准重新建设,法院队伍和人员结构也将得到进一步充实和优化。全市法院各项建设将与朝阳经济、政治、文化建设同步跨入崭新的历史辉煌时期。

会员单位介绍

辽宁省法学会民法学研究会
朝阳市中级人民法院

辽宁省法学会民法学研究会

目 录

专家论坛

论劳动合同的违约金制度	赵德淳 (3)
代孕的法理审视	费艳颖 闫晓辉 (9)
物权法的人文向度	温静芳 (16)
浅论《劳动合同法》中的无固定期限劳动合同	汤慧琴 田丽颖 (23)
论占有返还请求权行使期间的性质	朱 冬 (28)

民法研究

对我国现行劳动争议处理体制的思考	唐慧萍 王 智 (37)
商业秘密权与劳动就业权的冲突与平衡	于政文 张维维 (43)
《物权法》设立浮动抵押制度的利弊及弥补措施	李东杰 张小凡 (50)
论物权变动的区分原则	金 卫 姜 杨 (53)
浅析抵押物转让的法律效力	葛 宁 (59)
从物权法角度解析挂靠经营	何经涛 (63)
试论业主委员会的诉讼主体资格	苑亚洲 (71)
民事诉讼公诉权问题研究	徐光岩 马琳娜 (76)
民法典中应明确饭店的安全保障义务	孙玉堂 (80)
《劳动合同法》对企业人力资源管理的挑战	赵福利 (84)

司法实践

完善我国土地征收制度的思考	李志良 (91)
悬赏广告的性质认定及其法律责任	熊再峰 王殿军 (97)
从《劳动合同法》看集体合同制度的完善	宋琳琳 (101)
“华为辞职门”事件与《〈劳动合同法〉实施条例草案》的 解读	钟 鸣 李靖宇 (105)

《劳动合同法》中的经济补偿问题	郑 阳 (110)
浅析不动产预告登记制度	杨英铁 (115)
略论房屋优先购买权法律适用的几个问题	程佰珩 (120)

学子之窗

权利视野下的农村宅基地制度研究	杨 异 崔丽云 (129)
浅析《劳动合同法》下的商业秘密保护	刘冬雪 (134)
股票面额的取舍与公司资本制度的现代化	刘 戈 (140)

学会简介

辽宁省法学会民法学研究会章程	(151)
辽宁省法学会民法学研究会组织机构	(155)

封二：人物介绍

封三：会员单位介绍



专家论坛

ZHUANJIALUNTAN

论劳动合同的违约金制度

赵德淳*

(东北财经大学 辽宁 大连 116025)

摘要: 劳动合同中违约金的约定与支付是个争论比较多的问题。这主要是因为我国《劳动法》没有对劳动合同的违约金作出明确的规定,所以我国地方立法不尽统一,在司法实践和理论方面也存在诸多争论。因此,劳动合同的违约金制度如何科学地建立,是《劳动合同法》立法的焦点问题之一。《劳动合同法》的颁布,对劳动合同的违约金作了统一规定。《劳动合同法》确立的劳动合同违约金制度还存在哪些问题?如何进一步完善劳动合同的违约金制度?本文进行了初步探讨,以期更好地完善劳动合同的违约金制度。

关键词: 劳动合同 劳动合同法 违约金 完善

《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)由第十届全国人大常委会第二十八次会议审议通过并于2008年1月1日起施行。《劳动合同法》是为了完善劳动合同制度,明确劳动合同双方当事人的权利和义务,保护劳动者的合法权益,构建和发展和谐、稳定的劳动关系的一部重要法律。与《劳动法》相比,《劳动合同法》在许多方面有了新的突破,其中,劳动合同的违约金制度,更是引起了人们的极大关注。《劳动合同法》确立的劳动合同违约金制度是否科学、能否起到构建和发展和谐、稳定的劳动关系的目的,是个值得人们探讨的问题。

一、《劳动合同法》关于劳动合同违约金的规定及存在的问题分析

违约金是指当事人在合同中预先约定的、当一方当事人不履行合同或者不完全履行合同时,由违约的一方当事人支付给对方的一定数额的货币。违约金是《合同法》中违约责任的一种主要形式。在劳动合同中是否可以约定违约金条款?其法律效力如何?我国《劳动法》对此并没有明确规定。原劳动部颁布的《关于企业职工流动若干问题的通知》第3条规定:“用人单位与职工可以在劳动合同中约定违约金。”但对于违约金的数额却没有明确规定。在一些地方性法规中对违约金作为劳动合同的违约责任的责任形式作了规定。而各省、自治区、直辖市的规定又不尽相同。在《劳动合同法》颁布之前,我国已先后出台约20部地方劳动合同规定或条例,根据违约金约定立法角度不同可以分为两类:(1)准许任

* [作者简介] 赵德淳(1962—),男,辽宁大连人,东北财经大学法学院副教授、硕士研究生导师,主要研究方向:劳动法学。

意约定违约金。以《北京市劳动合同规定》为代表,北京、河北、吉林、江苏、山东等地有关劳动合同的《规定》或《条例》规定用人单位、所有劳动者都可以约定并适用违约金,没有劳动者或特定事由的限制。(2) 准许限制约定违约金。以《上海市劳动合同条例》为代表,上海、浙江、安徽、江苏等地有关劳动合同的《规定》或《条例》规定只能对劳动者因违反服务期(合同期限)以及保守商业秘密等特殊约定事由,可以约定并适用违约金。但是,包括四川在内的全国其他省、市并没有以地方法规的形式就劳动合同中约定违约金作出明确规定,造成了这一部分的法律空白。法律规定上的缺失和地方性立法的混乱,导致用人单位滥用违约金条款,以达到钳制劳动者的目的。实践中,违约金条款在劳动合同中大量采用,且在大多数情况下,都是用人单位对劳动者的违约行为进行约定,违约金的数额往往非常巨大,且内容极为苛刻。在劳动者和用人单位的力量博弈过程中,违约金往往成为用人单位的杀手锏,尤其是在劳动者解除劳动合同的过程中,劳动者往往不得不支付巨额的违约金。这严重侵害了劳动者的合法权利,违背了《劳动法》的公平原则。

《劳动合同法》的颁布,使劳动合同违约金制度趋于统一。《劳动合同法》第22条规定:“用人单位为劳动者提供专项培训费用,对其进行专业技术培训的,可以与该劳动者订立协议,约定服务期。劳动者违反服务期约定的,应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。”《劳动合同法》第23条规定:“用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。对负有保密义务的劳动者,用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款,并约定在解除或者终止劳动合同后,在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的,应当按照约定向用人单位支付违约金。”《劳动合同法》第25条规定:“除本法第22条和第23条规定的情形外,用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。”《劳动合同法》之所以允许劳动合同就劳动者保守商业秘密事项和服务期事项约定违约金,是因为用人单位就这两项事项事先有投入,约定违约金可以补偿因劳动者辞职给用人单位造成的损失。《劳动合同法》关于劳动合同违约金的规定,对劳动者极为有利,明确了劳动合同违约金的适用情形、数额,避免了当前用人单位利用劳动用工中的优势地位,利用天价违约金来限制劳动者的流动。但是,《劳动合同法》关于劳动合同违约金的规定,也存在明显的缺陷:

(一)《劳动合同法》对违约金的限制性规定不符合合同的一般原理

《劳动合同法》第25条规定:“除本法第22条和第23条规定的情形外,用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。”从《劳动合同法》的立法精神来看,《劳动合同法》对劳动合同的违约金基本上是持排斥的态度,这与以前的有关劳动合同立法发生了重大的转折,主要原因是以前的劳动合同立法对劳动合同的违约金采取了比较宽容的态度,从而导致用人单位利用其经济方面的优势地位和劳动就业的紧张情况,迫使劳动者必须接受高额的违约金,以达到限制劳动者辞职或者其他目的。但是,劳动合同既然是合同的一种,作为当事人双方违约救济的重要方式之一,违约金具有其他违约责任形式无法代替的作用,否则,合同的效力如何体现?尤其是在用人单位与劳动者订立劳动合同、确立劳动关系后,能在一定程度上起到约束合同当事人积极履约的作用。《劳动合同法》第1条规定:“为了完善劳动合同制度,明确劳动合同双方当事人的权利和义务,保护劳动者的合法权益,构建和发展和谐

谐、稳定的劳动关系,制定本法。”从《劳动合同法》的立法宗旨来看,《劳动合同法》并不是一部单纯的保护劳动者的法律,更多的是起到规范劳动关系、构建和发展和谐、稳定的劳动关系的作用。劳动者提前解除劳动合同,应当承担包括支付违约金等违约责任,否则,劳动合同的约束作用无从体现。

(二)《劳动合同法》中的违约金规定难以起到约束劳动者的作用

劳动合同是为了明确劳动合同双方当事人的权利和义务而签订的协议。从《劳动法》和《劳动合同法》的立法来看,用人单位的义务主要是法定义务,而劳动者在劳动合同中的义务主要是约定义务。如果在劳动合同中不能对劳动者设立提前解除劳动合同的违约金责任,就造成劳动合同当事人双方的权利义务失衡。因为根据《劳动合同法》的规定,只要劳动者提前30日以书面形式通知用人单位,就可以解除劳动合同,不需要征得用人单位的同意。在没有给用人单位造成损失的情况下,不需要承担任何法律责任。由此可见,劳动合同的约束作用无从谈起,也会造成劳动者频繁跳槽,从而出现了劳动关系的不稳定。这也与《劳动合同法》的立法宗旨相矛盾。作为一种合同关系,设定违约责任应当约束合同双方,否则,会引起合同当事人之间的权利和义务失衡。

(三)劳动合同的违约金没有起到惩罚性作用

合同中的违约金制度具有惩罚性和补偿性的双重作用,以此促进当事人切实履行合同。特别是违约金的惩罚性,更是起到了其他违约责任形式无法起到的作用。在《劳动合同法》中,对于用人单位没有履行劳动合同,规定了民事责任、行政责任、刑事责任,其中的行政责任、刑事责任和某些民事责任规定,体现了对用人单位违反劳动合同的惩罚性,以维护劳动关系的平衡。但是,从《劳动合同法》第22条和第23条的规定看,劳动者违反劳动合同所支付的违约金体现了补偿性,缺乏违约金的惩罚性作用。由此可能造成《劳动合同法》实施后,用人单位的人才流失和劳动者离职频率过高,对于建立和谐、稳定的劳动关系产生重大的负面影响,尤其是一些关键岗位的劳动者可以不受限制地提前解除劳动合同,对用人单位的损失也是不可估量的。同时,劳动者提前辞职,不支付违约金,不利于培养劳动者守合同、讲诚信的职业道德和法律意识。

(四)对于用人单位违反劳动合同缺乏违约金制裁

《劳动合同法》只是规定了劳动者在特定情况下违约,可以约定违约金,对于用人单位违反劳动合同是否适用违约金,《劳动合同法》没有明确规定。在目前的司法实践中,劳动合同的违约金只是适用劳动者违反劳动合同的情形,而不适用用人单位违约,用人单位提前解除劳动合同,只是向劳动者按照规定支付经济补偿金,经济补偿金是用人单位违反劳动合同应当承担的最低法律责任,主要体现了对劳动者的经济补偿。经济补偿金的支付标准是按照法律规定的标准。而违约金作为一种约定的违约责任,不能只适用于一方当事人,违约金与经济补偿金的作用不同,两者不能相互代替。司法实践中存在的让用人单位向劳动者支付经济补偿金来代替违约金的做法,明显地对劳动者不公平。

二、在劳动合同中建立违约金制度的法理分析

(一)在劳动合同中建立违约金制度符合合同的一般原理

合同是调整各种交易关系的基本制度,为了确保交易的安全、快捷,确立了缔约自由、

意思自治等原则。而在市场经济条件下,劳动力如同生产资料、消费资料一样已经作为一种商品在参与交换,劳动合同完全可以借鉴民事合同,允许劳动合同当事人就包括违约金在内的违约责任自由协商约定。虽然劳动合同具有国家干预性,但根据《劳动法》第17条“订立和变更劳动合同,应当遵循平等自愿、协商一致的原则,不得违反法律、行政法规的规定”,足以发现劳动合同的自愿性、协商性是其首要的特征,劳动合同的签订应允许劳动合同当事人在法律强制性规定之外就违约金等违约责任自由约定,同时以必要的国家监管来匡正其不足。

(二) 在劳动合同中建立违约金制度是稳定劳动关系的客观需要

在我国和谐社会的建设过程中,劳动关系的稳定是和谐社会的重要因素之一,劳动关系需要相对的稳定性,而劳动关系的稳定取决于劳动合同的履行。在劳动合同的订立过程中,建立一个科学的劳动合同违约金制度,能够促使劳动合同双方当事人切实履行劳动合同。同时,劳动合同违约金制度的建立,并不排斥劳动者的自由流动,但是,劳动者的流动一定要有序流动,在《劳动合同法》保障劳动者辞职权的条件下,也需要保护用人单位的合法权益。

(三) 在劳动合同中建立违约金制度并不影响《劳动合同法》对劳动者的特别保护

众所周知,《劳动法》、《劳动合同法》特别强调对劳动者的保护,因为劳动者是劳动关系中的弱者。在《劳动法》和《劳动合同法》中,建立了最低工资保障制度、工作时间制度、社会保险制度、集体合同制度、女职工和未成年工的特殊保护制度等对劳动者的特别保护制度。同时,《劳动法》和《劳动合同法》也确认有效的劳动合同,并积极维护劳动合同的严肃性。建立劳动合同的违约金制度,可以有效地防止劳动者的随意跳槽,破坏劳动合同严肃性的违约行为,同时,并不妨碍在其他方面对劳动者的特别保护。

(四) 在劳动合同中建立违约金制度是我国劳动关系现状的客观需要

综观国外劳动立法的规定,大多数国家都未规定违约金条款,有些国家甚至明文禁止劳动合同中规定违约金条款。如《日本劳动标准法》第16条规定,禁止雇主签订预先规定不履行劳动合同时的违约金或损坏赔偿金额的合同。《韩国劳动标准法》第24条规定,雇主不得签订这样的合同,规定不履行合同就受罚或偿付损失。但是,国外的劳动合同立法禁止规定违约金是建立在稳定的劳动关系基础之上,而且国外的劳动关系当事人双方法律意识较强,劳动合同签订后,都能够认真履行劳动合同。我国的劳动合同立法不能完全照搬国外的立法,因为我国的劳动关系不稳定的现状,有必要建立劳动合同的违约金制度。劳动关系当事人法律意识较差,劳动者随意跳槽、用人单位利用其强势地位不履行劳动合同的现象频繁发生,建立劳动合同的违约金制度符合我国劳动关系的现实情况。

(五) 当前劳动合同违约金制度实施中存在的问题恰好是劳动合同立法的缺陷造成的

当前我国劳动合同违约金制度实施中存在的主要问题是用人单位对劳动者设定的违约金数额较高,而用人单位违约却只向劳动者支付较低的经济补偿金等问题,这些问题的存在并不是违约金制度本身造成的,恰恰是《劳动法》和《劳动合同法》的立法不足造成的。只要对《劳动合同法》中的违约金制度加以完善,完全可以解决上述问题。

三、完善《劳动合同法》中违约金制度的设想

在劳动合同中,劳动者和用人单位约定违约金,在实践中可以起到约束双方遵守劳动合

同的作用,实践中存在的违约金数额约定不当等问题以及由此所带来的一些负面影响,只是一项法律制度发展过程中所伴生的正常现象,完全可以通过制度本身的不断发展与完善加以克服。根据我国《劳动法》和《劳动合同法》的立法宗旨,结合我国劳动关系的现实情况,笔者认为《劳动合同法》中的违约金制度可以作如下完善:

(一) 允许劳动合同双方当事人在劳动合同中约定违约金

根据前述分析,违约金作为规范合同当事人的法律手段,对于督促合同当事人认真履行合同,提高劳动合同的履约率具有积极的作用。《劳动合同法》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。

只要劳动合同的双方当事人在上述原则下约定的劳动合同违约金,就应当是合法、有效的。在劳动合同中约定违约金,并没有绝对地禁止劳动者的自由流动,相反,它对于稳定劳动关系,提高劳动合同的法律效力具有一定的保障作用。原则上禁止在劳动合同中约定违约金,并不符合劳动合同制度建立的宗旨。

(二) 对劳动合同中约定的违约金数额进行限制

劳动合同不同于一般的民事合同,如果允许劳动合同当事人对违约金数额进行自由约定,无异于背离了《劳动法》的本质要求。在劳动合同中对违约金的数额进行限制,体现了对劳动者的特别保护。对于劳动合同约定的违约金数额问题,可以根据劳动者的工资收入情况、劳动合同签订的时间、提前解除劳动合同的时间来确定,如果劳动者缺乏违约金的支付能力,无异于变相地剥夺了劳动者的辞职权。违约金约定的规范性、合理性对劳动者和用人单位之间找到一定的平衡性非常重要,法律应当就约定违约金确立一个前提条件,即应充分考虑当地的平均工资水平、劳动者的工资收入、劳动合同期限、工作岗位性质等合理确定。

(三) 在劳动合同违约金的承担上实行劳动者与用人单位平等原则

在《劳动合同法》中,仅仅规定了劳动者特定情况下提前解除劳动合同应当支付违约金,而对于用人单位提前解除劳动合同只向劳动者支付经济补偿金,以代替违约金。但是,经济补偿金的性质不同于违约金。经济补偿是一种国家要求用人单位承担的社会责任。国家要求用人单位解除或者终止劳动合同时,支付一定经济补偿,以帮助劳动者在失业阶段维持基本生活,不至于生活水平急剧下降。经济补偿是企业承担社会责任的主要方式之一,在我国失业保险制度建立健全过程中,经济补偿可以有效缓减失业者的焦虑情绪和生活实际困难,维护社会稳定,形成社会互助的良好社会氛围。经济补偿不同于经济赔偿,不是一种惩罚手段。我国实行按劳分配制度,劳动者付出劳动得到劳动报酬,劳动报酬基本能体现劳动者的贡献。另外,经济补偿是国家调节劳动关系的一种经济手段,引导用人单位长期使用劳动者,谨慎行使解除权利和终止权利。《劳动法》规定,用人单位单方解除劳动合同,依法支付经济补偿。用人单位为了减少成本,避免支付经济补偿,就不会随意解除劳动合同,从而达到稳定劳动关系的目的。

经济补偿金与违约金可以相互并存,这是因为违约金是对用人单位或者劳动者提前解除劳动合同而设定的违约责任,而经济补偿金是用人单位对劳动者的单方面补偿。但在司法实践中,人们往往认为经济补偿金性质属于法定的违约金,既然支持了法定违约金,就没有必要要求用人单位支付违约金了。这对劳动者的保护是不利的。对于用人单位违反劳动合同,应当按照劳动合同约定向劳动者支付违约金,同时按照法律规定支付经济补偿金。

(四) 提高劳动者违反培训协议服务期的违约金数额

《劳动合同法》第22条规定：“用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。”这一规定只是要求劳动者对用人单位培训费用进行补偿，实际上对劳动者没有太大制约作用，难以保障用人单位的利益，消除用人单位的顾虑。劳动者违反服务期限所应承担的违约金应当适当地高于培训费用，以有效地对劳动者遵守约定发挥制约作用。否则，将导致用人单位之间人才的恶性竞争，也影响用人单位对人才培养的积极性。在目前企业普遍不愿意为劳动者培训进行投入的情况下，这样的规定可能导致企业今后对于员工培训方面的投入更加慎重，对于提高我国劳动者整体素质缺乏促进作用。

总之，《劳动法》和《劳动合同法》作为侧重于保护劳动者劳动权益方面的法律，应当着重于用人单位对劳动者侵权比较严重的领域，以加强对劳动者的特别保护，如招聘中的歧视现象、无故拖欠工资现象、非法加班加点现象、不为劳动者缴纳社会保险现象等。否定劳动合同违约金的作用，表面看起来体现了对劳动者的保护，但对于维护劳动关系的相对稳定性，无异弊大于利。在劳动合同中允许约定违约金，并不排斥《劳动法》和《劳动合同法》等对劳动者的特别保护，恰恰相反，可以起到规范劳动关系、稳定劳动关系的作用。

代孕的法理审视

费艳颖 闫晓辉*

(大连理工大学 辽宁 大连 116085)

摘要:随着现代医学技术的发展,作为医疗上的人工辅助生殖技术之一,代孕因其增进人类福祉的有效社会功能而迅速扩展。基于代孕可能导致的社会问题,给传统法律带来的巨大冲击,法学界对代孕合法化问题一直众说纷纭。通过明晰代孕定义及其类型,对照国外立法现状,反思我国代孕立法,立足于代孕合法化的国际潮流,从法理层面揭示有限开放代孕将是我国完善代孕法律制度的立法趋势。

关键词:生育权 代孕 妊娠代孕 非妊娠代孕 有限开放

现代社会巨大的工作压力、严重的环境污染、盛行的晚婚晚育,加之人流技术的滥用以及多种不良的生活方式等因素导致不孕不育率迅速飙升。据资料统计,我国育龄人群中不孕不育症患者的比例,已由20年前的2%~5%上升到目前的10%~15%,翻了两番。^① 不孕不育导致许多家庭支离破碎,原本恩爱的夫妻不仅得不到理解和关爱,甚至因不堪承受生理和心理的负荷,最终劳燕分飞。人工辅助生殖技术的发展与应用,突破了人类只能基于两性自然生殖繁衍后代的传统,以特定人工技术取代自然性交,从而解决医学不孕不育难题,代孕正是多种人工辅助生殖技术中,用以解决女性不孕不育的一种医疗方式。

鉴于代孕可能会引发一系列社会伦理和法律问题,我国法律明确予以禁止。然而由于民间代孕需求甚殷,实践中代孕已不少见,各种代孕网站也一直暗流涌动,可见,代孕现象并不会因法律的禁止而消失。相反,由于法律规范过于简单、笼统,使得司法实践中无法可依,在众多民间代孕纠纷中,代孕当事人往往处境尴尬,合法权益难以得到有效保护。

一、代孕的界定及学界对其合法性的争论

(一) 代孕及其类型

所谓代孕是指“用现代医疗技术将丈夫的精子注入自愿代理妻子怀孕者的体内授精,或将人工授精培育成功的受精卵或胚胎移植入自愿代理妻子怀孕者的体内怀孕,待生育后由

* [作者简介] 费艳颖(1965—),女,辽宁营口人,法律系系主任,博士,教授,硕士生导师,主要从事民商法学、国际法学研究, E-mail: feiyanying@126.com; 闫晓辉(1984—),女,黑龙江大庆人,民商法学硕士研究生。

① 生物学科技信息:《专家称我国不孕不育人群20年翻两番》,载《生物学教学》2006年第1期,第74页。