

广州市法学会文库

法治论坛

Democracy Forum

2011年第2辑 总第22辑

广州市法学会 / 编

王世涛

法学教育与法律人格

杭 鸣 陈传胜

《劳动合同法》的实施与劳动争议审判

肖胜方 刘继承 高鹏飞

政府在集体谈判制度中的角色定位探析

徐 昕 田 璐

法院执行中的暴力抗法：1983-2009

李 磊

关于A省高院民事再审审查工作的调研报告

乔新生

房地产宏观调控的法律基础

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

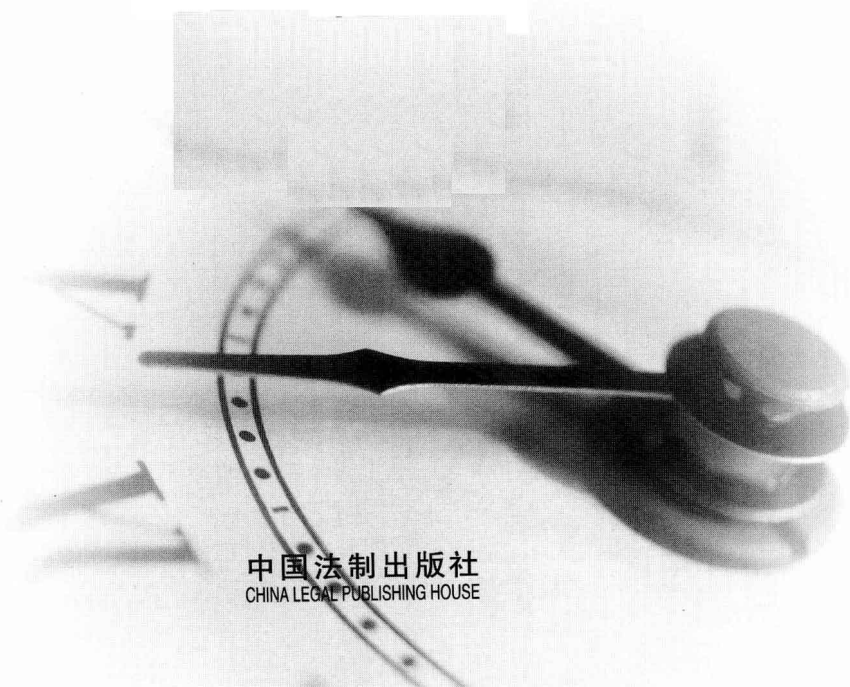
广州市法学会文库

法治论坛

Democracy Forum

2011年第2辑 总第22辑

广州市法学会 / 编



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法治论坛. 第 22 辑/广州市法学会编. —北京:
中国法制出版社, 2011. 6

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2846 - 0

I. ①法… II. ①广… III. ①法学 - 丛刊 IV.
①D90 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 075903 号

责任编辑: 戴蕊

封面设计: 周黎明

法治论坛 (第 22 辑)

FAZHI LUNTAN (DI ER SHI ER JI)

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787 × 960 毫米 16

版次/2011 年 6 月第 1 版

印张/26 字数/406 千

2011 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2846 - 0

定价: 55.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66017726

传真: 66031119

编辑部电话: 66065921

邮购部电话: 66033288

编委会

主任：郑国强

副主任：金久隆 钟健平 杨明德

编委

（按姓氏笔画顺序排列）

丁海湖 马建文 王仲兴 王学沛 王雪生
邓成明 邓世豹 卢铁峰 乔新生 刘 恒
李伯侨 关保英 朱羿锜 邬耀广 吴善积
杜国强 杜承铭 何素梅 张富强 张晋红
林培芬 杨建广 周林彬 周显志 骆梅芬
容小梨 夏 蔚 徐 昕 徐忠明 袁古洁
黄永东 黄建武 符启林 崔卓兰 舒 扬
谢石松 程信和 葛洪义 谭 玲 潘嘉玮

主 编：汪 洋

副主编：房国庆 张国林 王 琳 周贤日

执行主编：卢晓珊

执行副主编：潘 艺

编 辑：米 娟 石振经 李永高

法学教育与法律人格

王世涛*

在我国台湾地区想成为律师要参加司法考试，考试竞争非常残酷，通过率很低，在台湾会有许多连续参加七、八年司法考试通不过的人。不像大陆的司法考试，有时竟然会有将近 1/3 的通过率，更不可思议的是，为了照顾欠发达省份，司法考试资格竟会有 A 证 B 证之别。台湾法学院的很多学生为了将来就业会把主要的学习时间用于司法考试的准备上。学生们不再注重课堂上法学理论的讲授，甚至逃课陪着厚厚的司法考试复习资料整天死记硬背，直至神情恍惚。据说日本也存在着这样的问题。法学教育专家认为这是以司法考试为导向的法学教育的失败！满脑子僵死法条的法官会作出非常荒唐的判断。例如在台湾前一段针对陈水扁的贪污案件，二审法官竟然判决阿扁无罪（这一判决虽然听起来不可思议，但在这样一个民进党已经“下野”以及巨大的社会压力下，法官竟然判决已经成为阶下囚的陈水扁无罪），在台湾还有一个非常荒唐的案件，一位法官竟然判决强奸幼女的嫌犯无罪，这位法官的判断理由是嫌犯没有对幼女构成强迫。一位法学院院长听说这位法官是本院毕业的学生，感觉到的是莫大耻辱。中国大陆的法学教育向何处去？我们也要以司法考试为导向，把法学院变成司法考试的培训班吗？我们也要把学生培养成只知道法律条文，对法律理念、法律精义浑然不知的适用法律的工具吗？

在美国本科阶段没有法学专业，到了硕士阶段才要进法学院学习，英美的硕

* 王世涛——大连海事大学法学院教授、博士生导师，主要研究领域：宪法行政法学。

士学位比较容易获得，不会有太多的压力，但如果要成为律师，必须要继续深造，一般经过两年取得法律博士 J. D 学位（不是法学博士 Ph. d）。在美国读法学院学费是比较贵的，而且一般还有经济担保。因此，美国法学院的学生如果想成为律师也不会去选理论性很强的法律课。其实这种情况在世界其他地方都普遍存在。在英国传统的律师学院或法学院，法理学的课就倍受冷落，实证分析法学派的创始人，著名法学家奥斯丁的法理学课在他任教的法学院无人问津，开了一学期的课听课的学生越来越少，最后到了开不下去的程度，这位“法理学”的真正开创者，法学大师只能黯然“下课”。我曾给香港的法学院的学生作过宪法讲座，香港的学生告诉我，在香港的法学院法理和宪法都是鸡肋学科，很少有人去选，在香港搞理论法学的老师会被冷落，不会有什么市场。因为，香港法学院的学费也比较昂贵，这种学业的投资，一定要图回报，因此律师是未来职业的理想选择，或者说，很多人学法律就是要做律师的，而不选理论法学课程似乎对未来律师执业也没有什么太大的影响，于是金融、证券、投资、房地产的法律课程则成为学生选择的热点。也许将来以学术为志业的法学院的学生才会去研习法理、法制史、宪法这样的学科。

在一个高度市场化的国家和地区，教育也不能避免被市场化，专业的选择、就业的预测、学费的缴纳，执业的薪酬等考量都不免被纳入到成本与收益的算计之中。国家的法治、社会的法秩序、法律人的执业伦理都在这一市场洪流中被淹没了。这是市场化国家的法学教育共同面临的问题。在迈向市场经济体制后，中国的法学教育也必须正视这一问题。

当然解决这一问题不能靠政治的强制手段，依赖道德感召也很难有实际效果。其实还是要通过激励引导，如让鸡肋学科被重视，可以增加其学分（学分与学费相对应，学分就是金钱，拿到足够的学分就可以毕业）。再如，在法律人的执业考试中有更大比例的涉及法律理念和执业伦理的考题（当然是主观题，不能死记硬背）。大陆大学的法学教育现存的问题是，不能给学生提供充分的选课的机会，甚至不但无课可选，多数课是不得不上，学生们上了一些不愿意上但又不得不上课。我们学分制有名无实，因为我们的课几乎都是强制的必修课，真正让学生感兴趣的选修课却少得可怜。

西方国家法学院特别是著名法学院，可以开出来的课丰富多彩，令人羡慕。法理、宪法课，学生们不选一样可以毕业；但在中国这些课是必修课，不上没有成绩就不能毕业，学生上课实际上是被绑架来的。这不但违背了学生的学习自由的意愿，也不符合市场规则，属于“强买强卖”。更严重的问题是，法学院提供的法律教育服务，大多“质次量少”。在法学“大跃进”的时代，大学法学院风

生水起，一轰而上。很多法学院教学资源 and 师资非常有限，但却招收大量的学生。法学院的学生上课几乎就是“放羊”，学生不但无课可选，也无师可选，多数情况下，法学院是一师多用，老师成为上课的机器，学生在几门课上面对的是一个老师。学生缴纳了学费，却得不到教育服务的对价。

美国法学院的考试通常是通过作业 paper，由老师给打分（grade: A B C D）。当然也有闭卷考试，一位美国的法学博士前“台湾司法院大法官”曾告诉我，在美国的法学院闭卷考试，考场竟然没有一人监考！当然也没有监控摄像头。我问，学生不作弊吗？这位“大法官”说不会，因为如果作弊同考场的人会举报，一旦查实，不但拿不到学位毕不了业，连原来缴纳的学费和担保都被没收。而且，作弊行为被记入个人信用档案，以后在就业、信贷、消费等方面会四处碰壁、寸步难行。我问告密者会有好处吗，他说没有什么好处，只是基于公民的道义和公平的观念。（一般认为，“告密者”打小报告是最令人不齿的行为，但这种告密是例外，它不但不可耻，反而可敬）。在中国的大学考场，考试作弊“蔚然成风”，无论是作弊的参与普遍程度还是作弊手法都令人惊叹。学生们不以为耻，甚至联手串通作弊。在这里只有里应外合、视而不见，没有告密、举报。学生毕业论文写作的基本功是复制和粘贴。在这个教育产品供给不合格的市场中，学生群体也成为不合格的消费者。在一个教育的供给和消费都残缺的国家，意味着国民教育的衰落。更重要的是，法学院的学生在考试、论文写作时无视规则，这些学生毕业后成为法官、检察官和律师，会尊崇法治、恪尽职业操守吗？法学院培养出来的学生会不会是不但不遵守法律，反而是利用法律、玩弄法律的无耻之徒呢？

法学家治国可能会有两种结果，可以尽快实现国家的法治化，但也可能存在这样一种危险：以法治之名，滋生各种罪恶，将一国引入歧途。曾经的法律人的教训还不足以使中国大陆的法学教育警醒吗？

目录

[劳动合同法实施三周年专题]

导 言..... 1

刘 诚

《劳动合同法》法律解释研究..... 2

李 雄

我国劳动合同制度对劳动用工制度影响的几个重大问题..... 10

侯玲玲

劳动合同法区域实施的困境与应对..... 23

邓淦华 张 华 陈 丹

2008—2010 年广州市劳动争议诉讼情况分析..... 34

薛长礼

《劳动合同法》实施效果实证研究..... 46

杭 鸣 陈传胜

《劳动合同法》的实施与劳动争议审判..... 59

朱丽君

《劳动合同法》实施中遇到的困境

——以未签书面劳动合同问题和劳务派遣问题为例..... 68

肖胜方 刘继承 高鹏飞

政府在集体谈判制度中的角色定位探析..... 74

顾 潮

关于政府治理劳动关系冲突的思考..... 84

[实务研究]

徐 昕 田 璐

法院执行中的暴力抗法：1983—2009..... 91

周显志

论加强和完善我国消费信贷法律制度建设..... 237

刘远山 余秀宝 李郑明

我国信用卡营销法律问题探析

——以信用卡营销法律风险的防范为视角..... 255

黄卫延

试论检察机关参与流动人口社会管理创新的路径选择

——以流动人口犯罪后其家属的救助问题为切入点..... 263

王雄飞

论我国检察官在非法言词证据排除中的证明责任..... 271

关 宁

刑罚变更执行同步监督机制研究..... 284

张赛宜

论中小学生被害人被害性与被害预防..... 293

朱 里

“公诉环节主动约谈潜在上访人员制度”实证研究..... 299

周津锋

构建舆论监督与司法公正的良性互动机制..... 307

胡 波

论我国刑事证据合法性推定的建立..... 313

余正源

认定公民无民事行为能力程序的立法检讨与立法完善之价值

——以我国精神疾病事件频发为分析视角..... 322

[地方法治]

李 磊

关于 A 省高院民事再审审查工作的调研报告..... 331

张坚政

珠三角区域经济一体化中检察机关预防职务犯罪的新思路..... 347

周 强

诉讼调解申请执行率高的现状、成因与对策

——以基层法院司法实践为研究样本..... 353

曾春波

加强知识产权刑事司法保护的对策建议

——以广东、广州检察机关办理案件为例..... 367

[法谈法议]

乔新生

房地产宏观调控的法律基础..... 375

周贤日

修改后的工伤保险制度十大新规简评..... 387

顾 莎 宋 进

“大义灭亲”作为量刑因素的变异..... 396

岳永富

借记卡被恶意支取的民事责任如何确定..... 401

导 言*

《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）自2008年1月1日实施以来，对完善我国劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护劳资双方的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳资关系等都起到了极其重要的保障作用。但由于立法的原则化、模糊化和条文可能产生的歧义等原因，导致一些地方政府、行业、企业和劳动者在执行过程中有意无意地选择性守法和用法，出现了许多新的矛盾和问题。本专题所选择的9篇文章，不仅科学评析了《劳动合同法》实施以来的利弊得失，而且还就实施过程中遇到的困难和障碍进行了务实性的研究，提出了有见地的应对措施，以期对提高《劳动合同法》实施效果产生推动作用。

——编者

* 本专题获得华南师范大学法学院周贤日副教授的支持和帮助，特此鸣谢。

《劳动合同法》法律解释研究

刘 诚*

【内容提要】正式解释应该划分为专门解释和普通解释（一般解释），目前全国人大常委会只认可了专门解释，忽视了客观存在的普通解释。其中，实施性法规、规章、其他规范性文件、地方法院关于适用法律法规及司法解释的规定被称为抽象性（规范性）普通解释，法官、仲裁员及执法人员对于这些文件的解释说明被称为具体性（个案性）普通解释。由于某些地方国家机关的亲雇主立场、某些地方国家机关工作人员的民法思维，以及他们的社会角色错位，导致《劳动合同法》的法律解释出现了很多问题。应该完善《劳动合同法》法律解释，主要是废除违法解释、完善司法解释，并确立普通解释的原则。

【关键词】劳动合同法 法律解释 问题 完善

法律解释对于法律的实施至关重要，没有解释的法律是纸上的法律、死的法律。但法律解释需要有规则，否则将破坏法制统一。由于某些地方国家机关的亲雇主立场、某些地方国家机关工作人员的民法思维，以及他们的社会角色错位，导致《劳动合同法》的法律解释出现了很多问题。应该通过完善《劳动合同法》法律解释加以解决。

一、法律解释概论

要讨论《劳动合同法》的法律解释，首先需要对法律解释有一个正确认识。我国的法律解释问题由于受法理学研究主导，加之立法方面的限制，导致法律解释的概念非常狭窄，许多法律解释现象难以进入法学领域，也不利于法律对其规范。因此，需要对法律解释的概念、必要性和分类进行探讨，对目前被排除在法

* 刘诚——上海师范大学政法学院法律系教授，法学博士，主要研究领域：社会法。

法律解释现象之外的法律解释给以特别的关注。

（一）法律解释的概念

我国学界一般认为，“法律解释是指对特定法律规定意义的说明。”^① 部分学者在其定义中增加了解释主体，将法律解释定义为“一定的人或组织对法律规定的说明”。^② 目前学界的主流主要讨论狭义的法律解释——法定解释，认为“法定解释是指由法律规定或根据历史传统，特定的国家机关、官员或其他人有权对法律作出具有法律约束力的解释。通常所讲的法律解释主要就是指法定解释。相对而言，它是最有权威的，所以也称有权解释。由于国家机关的不同，法定解释又可分为立法、行政和司法三种解释”。^③ 当然，许多学者也提及广义的法律解释概念，包括任意解释或自由解释和学理解释。^④

也有观点认为，各级法院和法官也有司法解释权。中国现行司法解释体制可以被称为二元一级的司法解释体制，即最高人民法院和最高人民检察院两个职能不同的最高机关才有解释权的司法解释体制。同时，我国的司法解释主体排除了最高人民法院以下的各级法院和法官的司法解释权，这与法官在适用法律过程中事实上不可避免地解释法律的实际情况明显不符。^⑤ 另一部分法律解释权是“法官针对个案适用法律、解释法律的权力，它属于法官审判权的组成部分，该权力的核心要义在于由法官针对个案宣布法律的意义”。^⑥ 在德沃金的法律解释理论中，法律是一种“阐释性概念”，即法官审理案件的过程就是对法律进行阐释的过程。^⑦

考虑到法律实施主体的法定性，结合国外理论与实践，笔者认为，应该使用中义法律解释的概念（排除学理解释和任意解释），即法律解释是指相关法律实施主体对特定法律规定意义的说明。这些主体既包括机关，也包括个人；既包括各级法院和仲裁机关，也包括制定实施性法规、规章及其他规范性文件的机关；既包括法官，也包括仲裁员和行政执法人员。

① 沈宗灵：“论法律解释”，载《中国法学》1993年第3期。

② 梁慧星著：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，第192-193页。

③ 沈宗灵：“论法律解释”，载《中国法学》1993年第3期。

④ 田成有、李来孺：“重构还是超越：法律解释的客观性探询”，载《法制与社会发展》2003年第1期；沈宗灵：“论法律解释”，载《中国法学》1993年第3期。

⑤ 董晔著：《司法解释论》，中国政法大学出版社1999年版，第3页。

⑥ 陈金钊：“法律解释（学）的基本问题”，载《政法论丛》2004年第3期。

⑦ 田成有、李来孺：“重构还是超越：法律解释的客观性探询”，载《法制与社会发展》2003年第1期。

（二）法理解的必要性

任何法律均需解释，法律的运用活动必然包含着对于法律进行解释的过程。^①法律与解释是无法截然分开的，法律发展史实际上就是法律解释发展史，反之亦然。在一定意义上我们可以说，法律是在解释中发展的，也只有在解释中才能获得真正的理解与适用。^②法律解释的意义，集中地表现在它是法律实施的前提条件。就是说，不论法律的执行和适用，还是法律的遵守，无不以主体对有关法律内容的内在的理解和表述作为根据的。^③无论立法者多么高明，规章条文也不能网罗一切行为准则，不能覆盖一切具体案件。因此，在某种意义上可以认为：法律本身的天然局限性就是法律解释学的根源。反过来说，只有通过解释来发现、补充和修正法律，法律才会获得运用裕如、融通无碍的弹性。^④

（三）法律解释的分类

目前，我国法理学教科书一般都将法律解释的分类与法律解释方法的分类分别论述。笔者认为，法律解释的分类也应该包括根据解释方法不同而进行的分类，即法律解释的分类包括根据解释权限进行的分类、根据解释与法律内容的关系进行的分类（根据解释尺度而进行的分类）、根据解释主体进行的分类以及根据解释方法进行的分类。首先，根据解释权限，法律解释可以分为正式解释和非正式解释。其次，根据解释与法律内容的关系，法律解释可以分为字面解释、扩充解释、限制解释。第三，根据解释主体，法律解释可以分为立法解释、司法解释、行政解释以及地方解释。第四，根据解释方法，法律解释可以分为语法解释（文义解释）、逻辑解释（体系解释）、历史解释、目的解释。^⑤

需要指出的是，目前的正式解释或法定解释遗漏了许多内容，包括实施性法规、规章、其他规范性文件、地方法院关于适用法律法规及司法解释的规定，以及法官、仲裁员及执法人员对于这些文件的解释说明。笔者认为，正式解释应该被划分为专门解释和普通解释（一般解释），目前全国人大常委会只认可了专门

① 季卫东著：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社1999年版，第87页。

② 陈兴良：“法的解释与解释的法”，载《法律科学》1997年第4期。

③ 范愉：“法律解释的理论与实践”，载《金陵法律评论》2003年第2期。

④ 季卫东：“法律解释的真谛——探索实用法学的第三道路（上）”，载《中外法学》1998年第6期。

⑤ 沈宗灵：“论法律解释”，载《中国法学》1993年第3期。

解释，忽视了客观存在的普通解释。^① 普通解释可以被划分为抽象性（规范性）普通解释和具体性（个案性）普通解释，其中，实施性法规、规章、其他规范性文件、地方法院关于适用法律法规及司法解释的规定为抽象性普通解释，法官、仲裁员及执法人员对于这些文件的解释说明为具体性普通解释。普通解释与法律适用及法律执行密切相关，特别是其他规范性文件、地方法院关于适用法律法规及司法解释的规定以及仲裁员及执法人员对于这些文件的解释说明，而目前理论与实务界都忽视了这一问题，因此需要特别予以关注。

二、《劳动合同法》法律解释存在的问题

《劳动合同法》法律解释的主要问题存在于普通解释，既包括地方政府、法院、劳动争议仲裁机构及劳动行政部门的抽象性普通解释，也包括地方政府官员、地方法院法官、劳动争议仲裁员及劳动行政执法人员的具体性普通解释。

（一）某些地方国家机关及其工作人员的亲雇主立场导致《劳动合同法》的部分普通解释公然违法

这些地方国家机关及其工作人员主要是地方政府、法院及劳动行政部门及其工作人员，这部分普通解释存在的问题主要表现为公然违法。例如，2009年1月5日，江苏省高级人民法院出台了《关于保增长保民生保稳定的司法应对措施》（苏高法发〔2009〕1号），其第10条规定，“正确区分企业恶意欠薪与确因经济原因拖欠工资等不同情形”，“处理好保护劳动者合法权益与促进企业艰苦发展之间的关系”。2009年3月4日，江苏省高级人民法院又发布了《关于保增长保民生保稳定的司法应对措施》的具体实施办法，规定对于困难企业不得不裁员，且一次性支付经济补偿金确有困难的，可以分期支付或以其他方式支付经济补偿金。^② 这些规定亲雇主立场昭然若揭，并且明确授权下级法院不依据法律裁判，属于公然违法。

再如，无锡市南长区法院某法官认为，劳动者非理性维权的一个典型思维就是：“企业存亡与我何干！”还列举一拖欠工资案，认为劳动者拒绝法院调解导致

^① 实际上，实施性法规、规章、其他规范性文件、地方法院关于适用法律法规及司法解释的规定，以及法官、仲裁员及执法人员对于这些文件的解释说明，也都是在解释法律。

^② 严明、于英杰：“我省规定企业困难确需裁员可分期支付补偿金”，载《扬子晚报》2009年3月5日。

公司不堪重负、名存实亡。该法官还认为，在国际金融危机这样的大背景下，许多企业受到了冲击，而众多职工因顾及自身利益群起进行非理性维权，更使企业经营雪上加霜。从某种意义上说，企业现在也是弱者，也需要保护，因为“皮之不存，毛将焉附”，只有企业得以正常经营，职工的权益才能真正得以维护。^①显然，这位法官亲雇主而疏雇员。“企业存亡与我何干”难道不是事实吗？除少数企业与劳动者同甘之外，多数企业只要求劳动者共苦，多年来工资与企业利润增长的巨大反差就是证明。既然如此，何来非理性？根据无非是“皮之不存，毛将焉附”，即“企业养活劳动者”这一荒唐理念。我们可以反问，没有劳动者，企业利润自何而来？并且，一个企业破产不等于所有企业破产（劳动者不是某个企业的奴隶、没有卖身，不可能因为某个企业破产就失业），经营不善的企业破产，劳动者可以去经营好的企业工作，实现资源的优化配置。^②此外，法院如此调解拖欠工资案件本身也是违法行为。法官凭什么要求劳动者主动放弃自己劳动法上的权利？

（二）某些地方国家机关及其工作人员的社会角色的错位导致《劳动合同法》的部分普通解释弱化了对劳动者的保护

这些地方国家机关及其工作人员既包括地方政府、法院及劳动行政部门，也包括法官、劳动争议仲裁员及劳动行政执法人员，这部分普通解释存在的问题突出体现在社会角色错位。例如，无锡市南长区法院某法官建议，法院可以对企业恶意欠薪与经营困难导致欠薪的情况区别对待。如果企业确实因目前经济形势无法按时发放劳动者工资，法院应当起好桥梁作用，帮助企业稳定劳动者的情绪；另一方面，也可以允许企业对欠款分期支付，以缓解经济压力。^③企业需要缓解经济压力，难道劳动者不需要工资养家糊口？法院是给企业看家护院的？法官是企业人力资源经理？典型的角色错位，破坏秩序。

（三）某些地方国家机关工作人员的民法思维导致《劳动合同法》的部分普通解释发生不利于劳动者的变化

这些地方国家机关工作人员主要是法官、劳动争议仲裁员及劳动行政执法人

① 丁国锋：“劳动者非理性维权案为何大幅上升”，载《法制日报》2010年12月2日。

② 需要说明的是，如果企业真的出现普遍性经营困难，政府应该通过减税等措施帮助企业，而不是要求劳动者放弃自己的权利；劳动者也可以主动放弃自己的某些权利。相信对于善待自己的雇主，多数劳动者也会与其共渡难关的。但政府无权要求劳动者与企业共渡难关，法院更不应该这样要求。

③ 丁国锋：“劳动者非理性维权案为何大幅上升”，载《法制日报》2010年12月2日。

员，这部分普通解释主要体现在法院的判决、劳动争议仲裁委员会的裁决及劳动监察人员的执法决定，以及地方政府及劳动行政部门的其他规范性文件。例如，上海奚 XX 诉上海市对外服务有限公司案中，上海市第二中级人民法院民事判决书（2009）沪二中民一（民）终字第 4367 号认定，奚 XX 分别与上海市对外服务有限公司、XX 公司（用工单位）建立劳动关系、劳务关系。

再如，上海高院《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》（沪高法〔2009〕73 号文）规定，“境外公司在沪设立办事机构的”，“该办事机构未按照相关法律规定通过对外服务机构招用劳动者，劳动者就报酬支付等问题与该办事处产生纠纷的，作为民事纠纷处理，该办事机构可以作为民事诉讼的当事人”。

三、《劳动合同法》违法解释典型案例评析

《劳动合同法》违法解释主要体现在普通解释方面，其典型案例是上海高院《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》（沪高法〔2009〕73 号文）。该文件名义上是解释《劳动合同法》及其实施条例，实际上是在弱化《劳动合同法》对劳动者的保护力度、破坏法制统一。对于这种弱化《劳动合同法》的行为如果不加以制止，必然导致国家法制统一名存实亡，并进而威胁到社会稳定。

上海高院《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》多处曲解或否定《劳动合同法》，更多的是站在企业立场而不是劳动者立场考虑问题，突出表现在第 3 条、第 4 条及第 8 条。如第 3 条规定：“这里的书面形式要求，包括发给劳动者的工资单、岗位变化通知等等。”实际上，工资单、岗位变化通知等“能够通过文字记载或者其他形式证明的”书面文件往往都是企业单方意志的体现，并不必然包含“协商一致”。如果劳动者不同意，则只能选择辞职，或申请仲裁或提起诉讼。这样一来，实际上形成了企业可以任意降低劳动者工资或逼迫劳动者主动辞职的局面，企业是否行使该权力全凭“良心”了（如通知一个工程师岗位变为清洁工）。《劳动合同法》第 35 条第一款规定：“用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。”这里“书面形式”是记载双方协商一致的证明，而 73 号文将其修改为企业的单方面“通知”，直接否定《劳动合同法》。

第 4 条规定：“《劳动合同法》第 14 条第二款第（三）项的规定，应当是指劳动者已经与用人单位连续订立二次固定期限劳动合同后，与劳动者第三次续订合同时，劳动者提出签订无固定期限劳动合同的情形。”这里导致了歧义，“连续