

求职欺诈解雇研究^{*}

范 围

(首都经济贸易大学 劳动经济学院, 北京 100070)

〔摘 要〕求职欺诈不仅误导用人单位作出错误的意思表示,而且扰乱用人单位的正常经营秩序,因此,求职欺诈解雇的理论路径包括劳动合同效力瑕疵以及惩戒解雇。司法裁判就上述理论路径的适用形成了并列竞合、以惩戒解雇为主,以及单一的劳动合同效力三种模式。本研究基于裁判文书,分析我国求职欺诈解雇司法裁判的现状,从理论上反思我国《劳动合同法》及其司法裁判中并列竞合模式形成的原因,并指出其实践中存在的问题。研究认为,从劳动合同的契约本质、劳动关系的特点以及劳动立法的目的来看,我国应选择以惩戒解雇为主的理论路径,并在实质审查、告知义务、解雇权行使的期间以及赔偿四方面对求职欺诈解雇制度予以完善。

〔关键词〕求职欺诈;劳动合同效力;惩戒解雇;实质审查;诚实信用

〔中图分类号〕DF47 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1673-2375(2021)05-0036-10

求职欺诈是指劳动者在找工作的过程中,故意向用人单位隐瞒真实情况或者告知虚假信息,从而使得用人单位作出错误的录用决定的行为。由于诚信缺失、就业竞争等原因,有劳动者采取欺诈手段求职。据媒体调查,近50%的受访者表示在求职过程中有夸大个人经历的情形,超10%的受访者表示自己有简历造假行为^[1]。其中部分劳动者求职成功后因用人单位察觉而被解雇。《劳动合同法》第39条第(二)、(五)项规定,劳动者严重违反用人单位规章制度的,以及因欺诈订立的劳动合同,用人单位可解除。这两项规定通常被作为求职欺诈解雇的规范基础,但二者的理论依据和适用规则并不明确,使得劳动关系的管理实践和司法裁判中对上述规范的适用存在不少问题。本研究将对求职欺诈解雇的理论路径进行分析,并针对我国司法裁判的现状和问题提出完善的建议。

一、求职欺诈解雇的两种理论路径

求职欺诈不仅误导用人单位作出错误的意思表示,影响劳动合同的效力,而且破坏用人单位的正常经营秩序。因此,劳动合同效力理论和用人单位惩戒权乃求职欺诈解雇之基本的理论依据。

^{*}〔收稿日期〕2021-03-15

〔基金项目〕本文系国家自然科学基金重大项目“我国社会法的概念、原则、理论与实践”(项目编号:18ZDA140)、北京市社会科学基金重点项目“从‘政府管制’到‘社会共治’:劳动争议调解社会参与机制研究”(项目编号:19FXA001)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕范围(1981—),男,湖南常德人,法学博士,首都经济贸易大学劳动经济学院教授、博士生导师,研究方向为劳动关系、劳动法和社会保障法。

（一）惩戒解雇理论

当劳动者存在破坏生产经营秩序的不当行为时，用人单位可予以惩戒，解雇是最严重的惩戒。学界对于用人单位惩戒权的权利来源存有争议，具体观点包括：（1）固有权、经营权说，即用人单位惩戒权乃所有权以及由此产生的经营权的必要权能，企业即使无任何明文规定作为依据亦可对劳动者予以制裁。（2）契约说，即惩戒应遵循意思自治的原则，以当事人合意为限，无法律授权、契约约定，用人单位不得施以惩戒。有学者认为，此种合意是用人单位方根据现生产经营的实际做出的，因此，惩戒处分的依据应为定型化契约^[2]。（3）秩序说，即用人单位不仅是生产资料的提供者，也是生产组织者，为维护生产秩序，确保生产的进行，用人单位享有对实施欺诈等违纪行为的劳动者施以惩戒的权利。我国台湾地区^[3]417-419 和日本^[4-5]司法裁判及学界多采秩序说的观点。笔者以为，固有权、经营权说更合理。一是经营秩序的维持是惩戒权行使之目的，而非权利的来源，且经营权应涵盖维持生产经营秩序之权能；二是契约说仅从形式上看到劳动者的同意，忽视了劳资不对等的架构下，劳动者仅能附和用人单位的现实。我国立法也采取固有权、经营权说的观点。《劳动合同法》第39条第（二）项规定，劳动者严重违反用人单位规章制度的，用人单位可解除劳动合同。该规定明确惩戒解雇需以规章制度为依据。立法者和学界公认，我国《劳动合同法》第4条关于规章制度采“单决说”的观点，即规章制度属于企业经营管理自主权，是用人单位的“决定权”^[6]。这是用人单位合法的决定权。在立法层面，被废止的《企业职工奖惩条例》也反映了惩戒权是用人单位固有权利的理论逻辑。

用人单位虽享有惩戒权，但为防止其滥用权利，侵害劳动者权益，立法、集体合同以及劳动合同中会对其惩戒权予以限制，以确保劳资之间的平衡。为此，惩戒解雇应遵循以下原则^[7]：（1）适当性原则，即需考虑劳动者隐瞒或虚构的事项、劳动关系之实际以及劳动者欺诈对劳动关系的影响，做到罚当其过。只有劳动者的欺诈行为达到“严重”程度，才能解雇。（2）“罪刑法定”原则，即用人单位须将惩戒事由、方式、幅度以及程序予以明文化、明确化。由于劳动关系中资强劳弱的权利架构，对用人单位权利的法律规制采取类似对公权的限制——法无明文规定不可为，用人单位惩戒解雇求职欺诈劳动者的，须有规章制度为依据，且该规章内容合法，并向劳动者公示。（3）正当程序原则，即用人单位解雇求职欺诈劳动者应遵循正当程序，如书面通知并告知雇员权利、雇员陈述和申辩甚至听证程序、通知工会等。

（二）劳动合同效力瑕疵理论

意思表示是合同关系的起点^[8]。劳动者违反诚实信用原则在劳动合同订立过程中存在欺诈行为的，用人单位因此陷入错误而作出意思表示，必然影响劳动合同的效力。学界对求职欺诈签订的劳动合同效力却存有争议：（1）可撤销说。有学者认为，意思表示有瑕疵的劳动合同，应为可撤销，而不应为无效^[9]16。（2）无效说。有学者基于劳动关系人身隶属性的特点，认为意思表示瑕疵的劳动合同应为无效^[10]。立法上，原《合同法》第54条采取了可撤销说的观点，《民法典》第154条延续了该观点，《劳动合同法》第26条则采取了无效说的观点。

基于我国以工人阶级为领导、以工农联盟为基础的社会主义国家的国体，以及因此所形成的劳动用工体制，“劳动者所享有的劳动权已经不仅仅是宪法对自由主义意义上的原子式个人的保护，而是对国家主人的识别”^[11]。我国将劳动者权益与国家利益、公共利益等同，对劳动关系进行强干预，对劳动者予以特殊保护，进而确立欺诈无效的模式。《劳动合同法（草案）》（征求意见稿）第18条曾将“用人单位欺诈”单独规定为无效情形，“有下列情形之一的，劳动合同无效：（一）用人单位以欺诈、胁迫的手段订立劳动合同的……”。正式稿虽将欺诈行为主体扩张到劳动合同当事人双方，但欺诈无效的模式仍然保留。笔者以为，无效说的观点虽有其合理性，但其理论逻辑仍然存在问题：

第一,劳动合同本质是劳资双方协商一致的结果,与民事合同的订立并无不同,不能将劳动合同与合同法割裂。从历史演变来看,劳动合同最早可追溯到罗马法中的劳动力租赁。1860年法国民法典仍将其作为租赁的类型之一,在立法之时,突出强调劳动力的商品性,弱化劳动力的人身性。“提供劳务的人显得不重要,因为他被视为和所有那些试图在市场上出售自己财产(其价格根据其交换价值而变动)的人一样。”^[12]德国民法虽然受日耳曼法以及家庭仆婢的封建传统影响,强调劳动力的非商品性——人身性的因素,但也适用民法典中的雇佣合同,并未单独制定劳动合同法。

第二,劳动合同欺诈无效说存在诸多制度漏洞:(1)合同无效和合同解除的理论冲突。《劳动合同法》第39条第(五)项规定欺诈致使劳动合同无效解除,合同解除是以合同有效为前提,因此,解除无效合同欠缺法理支持^{[9][16]}。(2)合同无效是国家对合同效力的否定性评价,体现了国家意志和立法的价值取向,而不取决于当事人意志,无论当事人是否请求确认其无效。然而,《劳动合同法》赋予当事人解除权,使得国家意志和立法价值可能无法得以贯彻。如当事人不解除合同,则意味着该合同事实上有效,可以继续履行。这为部分单位“以合法形式”掩盖“非法目的”提供了便利,即明知劳动合同因欺诈无效而不解除,仅当需要裁减人员而无其他正当理由之时,或者因为劳动者遭受工伤等需给予特殊保护时,才以劳动合同欺诈无效为由解除劳动合同,这不仅无法达到倾斜保护劳动者的目的,反而侵害了劳动者权益。

第三,从劳动关系的管制与自治来看:一方面,欺诈无效的强管制与我国劳动关系整体上放松管制的趋势不符。我国由计划经济向市场经济转变过程中,劳动关系整体上呈现出放松管制的趋势。为改变计划经济时代“固定工、铁饭碗”的劳动用工体制,改革开放后,我国逐步实施劳动合同制度,强化当事人的意思自治,《劳动法》和《劳动合同法》都确立了平等自愿原则,但欺诈无效的效力形式仍然体现了计划经济时代国家的强干预。另一方面,劳动合同具有合同的属性,应当遵循契约自由原则,国家对当事人意志的干预需符合比例原则。尽管有的学者认为欺诈无效和可撤销、可变更两种效力形式功能上具有异曲同工的效果^[13-14]，“采用授予劳动合同无效时无过错的当事人在特定条件下以解除权的方式来替代可撤销制度”^[15]，与《合同法》可撤销制度相似^{[16][29]}，但与可撤销制度相比，无效制度对当事人意思自治限制更多，有违比例原则中的最小损害原则。

(三)两种理论路径的司法适用模式

各国劳动关系的特点以及劳动法制的差异,使得求职欺诈解雇案件司法裁判中对于上述两种理论路径的适用存有差异,由此形成了以下三种模式。

第一,并列竞合模式。并列竞合模式是指劳动立法及其实践同时将惩戒解雇和劳动合同效力作为求职欺诈解雇的规范依据,对于求职欺诈的劳动者用人单位既可以根据惩戒权法理予以解雇,也可以根据劳动合同效力理论予以解雇。我国《劳动合同法》即是采取此种模式,其第39条第(二)项规定,劳动者“严重违反用人单位的规章制度的”,用人单位可解除劳动合同。实务中,用人单位通常将求职欺诈作为严重违反规章的行为。第39条第(五)项规定,劳动者以欺诈订立的劳动合同无效,用人单位可解除劳动合同。立法上将二者规定在同一条文,导致规范竞合。实践中,诸多用人单位混淆求职欺诈解雇的规范依据,基于利益最大化(胜诉)的考量,经常将《劳动合同法》第39条第(二)、(五)项规定同时作为解雇的依据,但法院在司法裁判过程中也未严格按照上述两项规范各自不同的理论逻辑来构建审查标准。

第二,以惩戒解雇为主的模式。以惩戒解雇为主的模式是指民法和劳动法对惩戒解雇分别予以规定,前者对因欺诈作出的意思表示的效力有所规定,后者则是基于劳动关系的特点,在劳动法中规定惩戒解雇,但司法裁判实践却主要以惩戒解雇作为求职欺诈解雇的理论依据,如日本。

日本《民法典》第96条第（一）项规定：“因欺诈或胁迫而进行的意思表示，可以撤销。”但日本奉行集体主义价值观，劳动关系具有终身雇佣、企业工会和年功序列三大特质，强调雇主享有维持生产秩序的权利，而惩戒权是企业秩序确立权的组成部分^①。因此，在《民法典》之外，日本在劳动法中规定了惩戒解雇制度，《劳动基准法》第89条第1款第（九）项确立了“罪行法定”原则，雇主须在工作规则中明确规定惩戒事由等。日本司法裁判也多基于经营秩序违反之惩戒解雇法理裁判欺诈解雇案件^②。

第三，单一的劳动合同效力模式。单一的劳动合同效力模式是指基于雇主与雇员的平等性，雇主并不享有惩戒雇员的权利，劳动法不对劳动合同的解除予以特别规定，而是根据合同法的规定处理，如美国。美国尊崇自由和个人主义，劳动法遵循任意雇佣原则（employment at will），“将长期的和半永久性的关系转化为一个可任意解除的无约束力的合同（non-binding agreements）”^[17]。除例外规定外，美国雇主可直接解雇任意雇员，无需特别以欺诈为由实施解雇。但当雇员对雇主的任意解雇提起不当解雇的诉讼时，雇主会将雇员求职欺诈行为等不当作为积极的抗辩事由。美国法院也确认解雇后获得的证据规则（after-acquired evidence），即雇主基于其他理由解雇雇员后发现雇员解雇前（包括招聘阶段和在职期间）存在简历欺诈等不当行为证据的，该证据将阻碍雇员起诉或获得部分救济^③。美国法院主要依据合同法重述及各州合同法规定论证解雇后获得的证据规则的正当性：一是重大违约（material nonperformance），即根据《美国合同法重述》（第二版）第241条规定，当合同一方重大违约时，合同相对方可以解除合同；二是欺诈诱导的意思表示（inducement by misrepresentation），即根据《美国合同法重述》（第二版）第164条规定，当订立合同的意思表示是因他方的欺诈或者虚假陈述作出的，则该方当事人可撤销该合同^{[18]867}。此外，美国法院也依据衡平法的清白原则（clean hands）——公正的追寻者需行公正之事、做清白之人，来认定解雇后获得的证据规则的正当性，即雇员指控雇主的错误，但其指控的说服力则会因其自身也犯了相同、相似或相关的错误而减弱。因此，拒绝因雇主的错误而为雇员提供救济，是法院惩戒雇员所犯错误的方式^{[18]867}。

二、对我国求职欺诈解雇司法裁判的反思

笔者通过中国裁判文书网和北大法律信息网检索了80份涉及求职欺诈的案件裁判文书，根据案件事实和裁判说理统计分析了我国求职欺诈解雇司法裁判的现状，并从理论和实践两个层面反思我国求职欺诈解雇司法裁判存在的问题。

（一）我国求职欺诈解雇司法裁判的现状

第一，根据劳动者虚构或隐瞒的信息，案件主要分为以下5大类：（1）使用伪造的身份证或他人的身份证办理入职，身份信息造假案件共18件，占22.5%；（2）学历等证书造假的案件18件，占22.5%；（3）工作经历造假案件30件，占37.5%；（4）入职体检造假9件，占11.25%；（5）隐瞒犯罪经历5件，占6.25%。

第二，根据用人单位解雇的依据，以《劳动合同法》第39条第（五）项为由解雇的案件共68件，占85%，以第39条第（二）项为由解雇的案件共12件，占15%。笔者以为，两项规定实践中适

① 参见：富士重工事件，最高裁第三小法庭1977年12月13日判决，民集31卷7号1037页。

② 日本学界亦对秩序维持的固有权说有所批判，主张根据民法典第95条意思表示错误和第96条欺诈导致的合同效力瑕疵来分析求职欺诈解雇。参见：荒木尚志：《労働法》[M]，東京：有斐閣，2009：398。

③ 主要是指违约责任的救济，如支付拖欠的工资、恢复劳动关系以及替代性的工资（Pay），但不包括反歧视法方面的救济。参见：McKennon v. Nashville Banner Publishing Company, 513 U.S. 352 (1995). FISHER G S. A brief analysis of after-acquired evidence in employment cases: A proposed model for Alaska (and points south) [J]. Alaska Law Review, 2000, 17(2): 271.

用的比例如此悬殊的原因在于,第39条第(二)项的适用依赖用人单位的规章制度,且要求欺诈行为达到“严重”程度。现实中,大量用人单位管理不规范,没有规章制度或者规章制度存在瑕疵,所以,诸多用人单位会选择以第39条第(五)项为依据解雇求职欺诈劳动者。

第三,根据裁判结果,判决解雇合法的案件共62件,占77.5%;判决解雇不合法的案件18件,占22.5%。通常而言,用人单位完成举证,法院判决解雇合法。然而,亦有如下例外:一是用人单位虽未完全举证,但法院依然判决解雇合法。如学历、资格证书等造假的案例中,用人单位无法举证招聘阶段曾明确要求求职者需具备该学历或者资格,法院根据岗位职责履行的实际需求^①或者法律关于职业准入资格的规定^[19]判决认定劳动者构成欺诈。二是用人单位虽完成了举证责任,但法院基于实质审查判决解雇不合法。例如:(1)工作经历造假的案件中,法院审查劳动者的实际工作经历和简历载明的工作经历后认为,劳动者实际工作经历与其岗位需求为同一行业,实质上并无太大差异,判决认为“该虚假之处并不至于导致合同无效”^②;(2)身份造假的案件中,法院审查劳动者所虚构的身份信息类型和范围,如劳动者使用虚假的一代居民身份证入职,除出生日期外,其他均系本人的身份信息^③,或者劳动者使用虚假姓名入职,但其他个人信息都是真实的^④,法院认为,此不足以导致所签订的劳动合同全部违背用人单位真实意思。

第四,根据法律后果,除解除劳动合同外,《劳动合同法》第86条规定,劳动合同依照本法第26条规定被确认无效,给对方造成损害的,有过错的一方应当承担赔偿责任。然而,仅2件案例用人单位要求赔偿损失,并得到法院的支持。根据其案件事实及裁判说理,欺诈劳动者赔偿责任的承担需符合以下条件:(1)劳动者从事高技能岗位或者管理层岗位,收入相对较高,如飞行员^⑤、区域经理^⑥等;(2)用人单位对劳动者之收入构成有清晰约定,即除了工资外,明确了招录费用、培训费、工资、补贴、业务招待费、差旅费、电话费等;(3)劳动合同对提前解除后上述费用的返还或者赔偿义务有约定,或者法院基于劳动者过错,从公平的角度裁判劳动者赔偿上述费用,但并不包括其中的工资。

(二)司法裁判理论路径的反思

我国求职欺诈解雇立法采取并列竞合的模式,劳动关系管理以及司法裁判实践中并未严格区分惩戒解雇与劳动合同效力瑕疵理论,主要以后者作为解雇依据的原因在于:

第一,我国受苏联法制传统的影响,弱化甚至否定劳动合同法与传统民法历史和技术上的亲缘关系,强调劳动合同的特殊性,即劳动法因为劳动者与用人单位之间存在着强弱差异,采具象的实质平等价值。在法技术方面,劳动合同法不再完全坚持私法自治,而是“公法化”“社会化”。《合同法》取消了草案中关于雇佣合同的规定,《民法典》对雇佣合同也未规定,意图在规范层面上凸显劳动合同与民事合同的不同。《劳动合同法》立法过程中,为了在法技术上体现劳动法不同于民法的特殊性,不仅基于劳动关系对劳动合同解除作了规定(惩戒解雇),而且从劳动合

① 参见:廉宏彬与济南济柴环能燃气发电设备有限公司劳动争议上诉案,山东省济南市中级人民法院民事判决书(2013)济民一终字第931号。

② 参见:广东得天投资有限公司与刘伟东劳动争议一审民事判决书,广东省广州市天河区人民法院民事判决书(2014)穗天法民一初字第940号。

③ 参见:武汉力天当代物业管理有限公司劳动争议纠纷案,湖北省武汉东湖新技术开发区人民法院民事判决书(2013)鄂武东开民二初字第00397号。

④ 参见:开平市某某酒店有限公司与陈一劳动合同纠纷上诉案,广东省江门市中级人民法院民事判决书(2013)江中法劳字第242号。

⑤ 参见:何某诉A公司劳动合同纠纷案,上海市长宁区人民法院民事判决书(2013)长民四(民)初字第64号。

⑥ 参见:王建飞与漯河联泰食品有限公司劳动争议纠纷上诉案,河南省漯河市中级人民法院民事判决书(2014)漯民二终字第156号。

同效力的角度也对劳动合同解除作了区别性规定（无效解除）。

第二，从立法演进来看，《劳动法》采取并列竞合的模式，尤其是关于欺诈订立劳动合同无效的规定，是受当时计划经济体制及其思想的影响。1992年，党的十四大明确我国经济体制改革的目标是建立社会主义市场经济体制，但当时的立法仍有许多计划经济体制的影子。20世纪80年代所制定的《经济合同法》《技术合同法》以及《涉外经济合同法》都是采取欺诈无效的立法模式。随着社会主义市场经济体制的发展和确立，1999年通过的《合同法》确立并贯彻了私法自治原则，除欺诈订立的损害国家利益的合同外，规定欺诈订立的合同为可撤销、可变更。然而，2007年通过的《劳动合同法》仍然在立法上区别于传统私法，延续了《劳动法》欺诈无效的规定以及求职欺诈解雇规定的并列竞合模式。

第三，从我国劳动关系的历史来看，在计划经济时代，劳动者与单位之间并非完全的合同关系，而是有着很强的依附关系，强调集体主义精神以及劳动者的“单位人”身份，劳动者不仅是生产的参与者，而且是国家主人翁，需遵守劳动纪律，单位则负责各项生产工作，因此，《企业职工奖惩条例》明确企业实施奖惩制度。随着社会主义市场经济体制的发展和确立，以劳动合同为代表的市场因素开始影响劳动关系，我国劳动关系及其法律规制在发展过程中，同时反映了计划经济和市场经济的双重特点。

（三）司法裁判实践的反思

第一，司法裁判中僵化适用《劳动合同法》第8条，以形式审查为主，较少进行实质审查。招聘阶段双方的告知义务是基于诚实信用原则而产生的先合同义务，其目的在于促使合同成立，避免恶意磋商，“雇员必须在没有要求的情况下”，告知所有与劳动给付相关的信息^[20]。《劳动合同法》第8条则规定，“……用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明”。学者将其解释为劳动者之告知义务基于用人单位的主动询问^[21]，法官们也多持有相同观点。因此，实务上，用人单位需举证招聘阶段的招录条件，以证明曾要求劳动者告知相关信息，由此可能导致以下后果：一是由于我国用人单位脱离岗位需求设置苛刻招录条件的现象较为普遍。大部分用人单位招聘员工都要求学历、背景、经验等条件，且这些条件远高于岗位的实际需求和劳动力市场具备相应条件求职者的比例^[22]。依赖招录条件，不对其予以审查，有可能侵害劳动者权益。二是部分管理不规范的用人单位，由于无法举证招录条件，对欺诈劳动者难予任何惩戒。

第二，劳动者隐瞒或虚构的信息涉及就业歧视，法院仍判决解雇合法。尽管我国《劳动法》和《就业促进法》规定禁止就业歧视，但劳动力市场上就业歧视的现象仍较为普遍。部分劳动者为获得就业机会，对用人单位要求提供的涉及就业歧视的信息予以虚假陈述，其中，主要是女性求职者隐瞒婚育状况的情形，如用人单位求职登记表中要求填写婚育状况，未婚育的女性求职者填写为已婚已育，用人单位以欺诈或严重违反规章制度为由解雇该劳动者的，法院裁判解雇合法^①。

第三，用人单位求职欺诈解雇权的行使期间不明确。劳动者违反诚信原则实施欺诈行为，会影响到劳动合同的效力，甚至因为信赖的丧失将影响劳动关系的持续，但随着劳动关系的持续，双方的互信由最初源自劳动合同订立之时双方的信息披露，逐渐转为基于劳动者的实际工作表现。因此，劳动者欺诈入职后工作时间的长短是认定欺诈是否影响劳动关系可持续的重要因素之一。有案例，劳动者冒用他人姓名入职长达26年后，用人单位以欺诈为由解雇该劳动者，法院仍判决

① 有法院判决，用人单位解雇隐瞒婚育状况的劳动者合法。“部A在《求职登记表》上确认其已婚已育，入职后因怀孕请产假时亦承认之前已生育一胎，后来又否认已生育的事实，称将流产误解为生育，其前后陈述相互矛盾，亦有悖常识，其行为确难使人信任。且绿岸科技公司一再要求部A出示准生证，部A一直未能出示。综上，本院认为，部A入职时未能如实告知个人相关情况，在就请产假事宜与公司交涉期间，又一再欺瞒公司。绿岸科技公司依据公司的规章制度和劳动合同法的相关规定解除双方的劳动合同无不当。”参见：部A与上海绿岸网络科技有限公司劳动合同纠纷上诉案，上海市第二中级人民法院民事判决书（2011）沪二中民三（民）终字第1233号。

解雇合法^①，其合理性值得探讨。

第四，求职欺诈赔偿制度不完善。根据《劳动合同法》规定，对求职欺诈劳动者的惩戒方式有二——解除劳动合同和赔偿，但现实中承担赔偿责任的情形稀少。然而，解雇仅是使他们丧失了本不符合且不该得到的工作，对他们的惩戒效果有限，对其他求职者的警示效果亦有限，这或许是我国简历注水情况普遍存在的原因之一。欺诈不仅使得不诚信求职者获得本不该得到的工作，还令他们获得超过其能力的报酬以及福利待遇，这些却在实务上少有赔偿。

三、我国求职欺诈解雇理论路径的选择以及制度完善

（一）以惩戒解雇为主的理论路径

《劳动合同法》第39条第（二）、（五）项采取并列竞合的模式，笔者以为，应以惩戒解雇为我国主要的求职欺诈解雇理论路径。其原因在于：一是尽管劳动合同具有特殊性，但劳动合同“私”的属性仍是其本质的价值理念，其法律技术方面仍需遵循契约自由的基本原则，《劳动合同法》第3条亦规定订立劳动合同应遵循平等自愿、协商一致的原则。因此，不应将《劳动合同法》与《民法典》合同编割裂开来，二者具有体系的关联性。关于欺诈订立的合同效力，《民法典》第148、149条已作出了明确规定，《劳动合同法》不应强求“特殊性”，进行缺乏理论支持的制度创新，应参照适用《民法典》的规定，无需再就此作出另外的规定。二是用人单位不仅是劳动合同的当事人，还是生产的组织者。为维持正常的生产秩序，用人单位需享有对违法违纪行为予以惩戒的权利。此外，生产过程具有动态性，劳动合同是静态的，用人单位将会根据生产情况对当事人的权利和义务进行合理的调整，包括对求职欺诈的危害性的评估以及是否解雇求职欺诈的劳动者。三是从立法目标来看，《劳动合同法》以“构建和发展和谐稳定的劳动关系”为目标，为此，《劳动合同法》规定用人单位应制定规章制度，意图使用用人单位建立规范化的管理制度，用人单位根据规章制度明确其惩戒权及其行使的规范。因此，依据惩戒权法理来解雇欺诈劳动者与《劳动合同法》的立法目标更为契合。

我国求职欺诈惩戒解雇制度的构建应遵循以下原则：（1）“罪法定”原则，即对于劳动者的违法违纪行为以及相应的惩戒措施应该由规章制度明确规定。（2）相当性原则，即惩戒措施应该与劳动者违法违纪行为的严重性相当。（3）正当程序原则，即用人单位在实施惩戒时应该保证程序公正，保障劳动者的知情权、陈述权和申诉权等。我国《企业职工奖惩条例》第19、20、21条规定了处分程序，但该条例已被废止，《劳动合同法》仅在第43条保留了通知工会程序。因此，用人单位应通过规章制度明确惩戒的正当程序。（4）平等对待原则，即相同违法行为给予相同的处分。（5）禁止一事再罚原则，即不得对同一违法行为予以两次以上的处罚。

（二）我国求职欺诈解雇制度的完善

第一，仲裁机构和法院应构建实质审查机制。《劳动合同法》第39条规定的解雇情形，原则上都以劳动者有“严重”的过错行为为限，此乃解雇最后手段原则的应有之义，因此，仲裁机构和法院需从以下三方面对求职欺诈解雇予以实质审查：（1）用人单位要求披露的信息是否违反反就业歧视法规定，如除有特定职业危害的岗位外，对婚育状况的虚假陈述，不能认定构成欺诈。（2）用人单位所要求披露的信息和劳动者隐瞒或者虚构的事实与工作是否相关，若不相关，则不能认定为构成求职欺诈。（3）劳动者隐瞒或虚构事实的重要程度及其与工作之关联程度。“若涉及重要资料（如学历、特殊才能、犯罪记录），应征者为虚伪陈述，雇主固然可适用本款加以解雇；反之，对不重要的资料虚伪陈述，雇主不得借口解雇劳工。”^{[3]294}

日本和美国对求职欺诈解雇都进行严格的实质审查，如日本从以下几方面对求职欺诈的惩戒

^① 参见：李云灯与淮南矿业（集团）有限责任公司潘集第一煤矿劳动争议一审民事判决书，安徽省淮南市潘集区人民法院民事判决书（2015）潘民一初字第01512号。

解雇予以严格审查：（1）隐瞒或虚构事实与工作职责的相关性。如雇员隐瞒大学退学事实，以高中毕业的学历应聘担任码头工人被解雇的，法院认为，码头工人主要是体力劳动，学历乃次要条件，因此，公司构成解雇权滥用^①。（2）隐瞒或虚构事实的严重性。如女员工隐瞒入职前曾在风俗店工作两个半月的经历被解雇。法院判决认为，员工在风俗店仅工作两个半月，时间比较短，且单位发出解雇通知后的一个月，员工仍在继续工作……，因此，员工的欺诈行为对企业经营秩序的影响轻微^②。（3）隐瞒或虚构事实的时间性。如员工隐瞒入职前犯罪经历（侵入住宅罪），6年后被公司发现而被解雇。裁判所判决认为，“经过六年的工作，……劳动者被雇用前应该受到的苛责行为（犯罪行为）与雇佣时的背信行为（隐瞒履历行为），在为该公司长时间工作后与在该公司工作之初的判断不应该一样”^③。（4）特殊利益保护的优先性。如员工因隐瞒少年时代的犯罪经历被解雇，法院认为，基于少年法的目的以及社会常识，简历中奖惩栏应不包括少年时代的犯罪行为，因此，据此惩戒解雇过于严苛^④。美国法院则审查雇员欺诈之事实是否为雇佣决策的实质性内容（material），即“一个合理、客观的雇主如在雇佣之初就发现其虚假陈述，将不会雇用他”^⑤。因此，不同案件中雇员实施相同欺诈行为，如隐瞒工作经历，是否乃雇佣决策之实质性内容，法院的认定结果亦可能不同^⑥。

第二，完善劳动合同订立阶段告知义务的规定。《劳动合同法》第8条规定将劳动者告知限定为“被动”义务，与理论不符，也违背实践。因此，笔者以为：一是应根据《劳动合同法》第3条关于诚实信用原则的规定，扩张劳动者劳动合同订立阶段告知义务的范围，除第8条规定的用人单位要求告知的内容外，其他与岗位职责履行密切相关的信息，即使用人单位未要求告知，劳动者亦应主动告知用人单位；二是贯彻禁止就业歧视、促进公平就业的理念及规定，在第8条增加一款“用人单位不得了解与劳动合同不相关的涉及就业歧视的内容”的规定。

第三，明确用人单位欺诈解雇权行使的期间制度。劳动者招聘阶段尽管不具备用人单位所要求的相关条件，以欺诈方式入职，但是其实际工作表现完全胜任岗位要求，此种形式不合格、实质合格的矛盾，将使得用人单位面临解雇与否的困境。据调查，对劳动者的求职欺诈行为，76.2%的雇主会酌情考虑是否留用^[23]。事实上，诸多用人单位对劳动者求职欺诈的事实知悉很长时间后才解雇该劳动者，其实际目的并非为了惩戒其欺诈行为，而是为了达到其他目的（如裁减人员等），因此，应对用人单位欺诈解雇权设置相应的期间限制。

有学者建议，“劳动合同存在无效情形的，用人单位或劳动者应当自劳动合同签订之日起一年内提出劳动合同无效主张，否则，以超过时效处理，以保障劳动关系的稳定性。之所以建议一年内提出主张，是借鉴劳动争议仲裁时效”^[24]。求职欺诈解雇权性质上应为形成权，理论上其应设置除斥期间，而非诉讼时效。最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（法释〔2008〕11号）第5条规定形成权不适用诉讼（仲裁）时效。笔者认为，可类推适用《民法典》第152条规定，设置一年的除斥期间^⑦。但其起算点应为劳动关系建立之日，而非自用人单位知道或应当知道劳动者欺诈之日起。因为，一方面，从规范管理的角度来看，用人单位

① 参见：三愛作業事件，名古屋地裁 1980 年 8 月 6 日判决，劳民集 31 卷 4 号 417 頁。

② 参见：パチンコ店従業員懲戒解雇事件，岐阜地方裁判所 2013 年 2 月 14 日判决，ジュリスト 1464 号 124 頁。

③ 参见：東光電氣事件，東京地決昭 1956 年 3 月 31 日判决，劳民 6 卷 2 号 164 頁。

④ 参见：西日本警備保障会社事件，福岡地判 1974 年 8 月 15 日判决，時報 758 号 34 頁。

⑤ 参见：Schiavello v. Delmarva Sys. Corp., 61 F. Supp. 2d 110 (1999).

⑥ 参见：Schiavello v. Delmarva Sys. Corp., 61 F. Supp. 2d 110 (1999); Johnson v. Honeywell Info. Sys. Inc., 955 F.2d 409, 414 (1992).

⑦ 《企业职工奖惩条例》曾规定了用人单位违纪惩戒权的行使期间，该条例第 20 条规定：“审批职工处分的时间，从证实职工犯错误之日起，开除处分不得超过 5 个月，其他处分不得超过 3 个月。”尽管该条例已废止，但其立法逻辑和技术仍有参考价值。

应建立规范的招聘制度和流程,避免求职欺诈的情形,因为其自身管理不当导致欺诈产生,可视为其应当知道劳动者的欺诈行为;另一方面,基于劳动关系的事实优先原则,劳动者入职,用人单位亦应规范管理、严格考核,以确认劳动者是否能够满足岗位的需求,如一年内都未发现劳动者存在不能胜任工作的情形,则意味着劳动者虚构或隐瞒的信息与岗位职责的履行并无重大关联。

第四,完善损害赔偿制度。一是理清损害赔偿的制度体系。《劳动合同法》第86条虽规定了欺诈者的赔偿责任,但仅是关于缔约过失赔偿请求权的规定,用人单位据此仅能要求劳动者赔偿信赖利益损失,其数额较少且难以确定。因此,前文统计案例显示,几乎没有用人单位要求欺诈劳动者赔偿损失,反而因为劳动者欺诈后获得工资待遇、培训费等数额较大,用人单位要求返还。笔者以为,这应为不当得利,可适用《民法典》第985条规定。

二是除欺诈劳动者外,确定其他的赔偿义务人。实务上,其他可能的赔偿义务人还包括:

(1)人力资源中介服务机构。随着人力资源中介服务的发展,职业介绍机构作为第三方在居间服务过程中亦可能实施欺诈,导致用人单位误信而作出录用决定,劳动立法及学界对此少有关注。但民法学界通说认为,只有相对人知道或应当知道受欺诈方向其发出的意思表示受到第三方欺诈,受欺诈方才能撤销该意思表示^[25]。在涉及中介欺诈的案件中,用人单位在招聘实践中会在面试等程序中与劳动者核实中介提供的信息,劳动者知悉中介提供的信息不实而不更正的,可认定其知道用人单位受中介欺诈,因此,用人单位可据此请求解雇该劳动者,并要求中介机构与劳动者承担连带赔偿责任。

(2)前用人单位。从招聘实践来看,前用人单位为劳动者出具的离职证明和推荐信,会成为新用人单位录用决策的重要依据,甚至有单位会就劳动者的情况到其前用人单位进行背景调查。若离职证明和推荐信信息不实,使得用人单位作出错误的录用决策,前用人单位是否承担赔偿责任,我国立法和司法实践中均未涉及。但在美国法中,基于商业交易,出具推荐信的前用人单位应尽到合理的注意义务,如用人单位无正当理由相信其所提供的信息为真实,或者不知其是否真实的情形下,所出具的包含错误信息的推荐信,构成疏忽的虚伪意思表示(negligent misrepresentation)。若用人单位明知或应当知道劳动者存在影响雇佣的不当行为,而在推荐信中予以隐瞒的,构成故意虚伪意思表示(intend misrepresentation)。美国法院多援引《侵权法重述》(第二版)第310、311条和第302条作为上述虚伪的意思表示的法律基础。因此,前用人单位也应承担相应的赔偿责任^[26]。

三是明确赔偿范围。原劳动部颁布的《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4条对劳动者违反规定或劳动合同的约定解除劳动合同,对用人单位造成损失的赔偿内容作了列举性规定,但该规定较为陈旧,且混沌地涵盖了法定事项和约定事项、信赖利益和履行利益,其逻辑合理性值得商榷。笔者以为,劳动者应赔偿的损失内容具体包括:①招录费用,此乃用人单位信赖利益之损失。②培训费、安家费等。其中,劳动者应赔偿之培训费应以专项培训费为限,而不包括用人单位日常培训之费用,且其性质应为不当得利返还,而非缔约过失责任。③特定情形下的劳动报酬。立法上对此未予规定,而学界亦存在肯定说^[27]和否定说^{[16][28-29]}之分歧。司法实践中,劳动者学历造假,法院判决该劳动者向用人单位返还学历工资^①。基于劳动者生存权保障之需要,原则上劳动者不负有劳动报酬的返还义务,考量其欺诈之主观恶意、夸大或者隐瞒事实之程度及其造成的工资差额之大小,可由法院基于个案平衡确认是否需返还以及返还的数额。其中,如劳动者所虚构或隐瞒信息的审查程序简单、成本较低的,应认定用人单位对损失的造成也有一定过错,可适当降低劳动者之赔偿数额。

① 具体可参见:胡瑜,刘建.假冒复旦双学士当上人事经理 不诚信劳动者被判返还补偿金[EB/OL].(2008-05-15)[2021-09-02].
<http://news.sohu.com/20080515/n256867002.shtml>.

四、结语

求职欺诈乃背信之举，道德上应予以谴责。但是，解雇作为最严重的惩戒措施，不仅影响劳动者的当下生活，而且可能影响其后续就业。因此，不可以道德评价替代法律评价，而应明确求职欺诈解雇的理论路径和规范依据。根据劳动关系的特点和劳动立法的目的，选择以惩戒解雇为主的理论路径，并进行相应的制度构建，以确保劳动者惩戒与用人单位权利滥用限制的平衡。此外，求职欺诈作为一种常见的社会问题，需从源头上采取以下措施以减少该问题的出现。一是要健全和完善现代社会诚信体系。通过诚信教育、诚信宣传和奖惩机制，营造良好的社会诚信氛围，将诚信转化为公民的行动自觉，进而使得劳动者在就业过程中能够诚信为本。二是完善公共就业服务。扩大就业，减少就业压力；规范劳动力市场，减少就业壁垒，引导用人单位规范招聘，避免因各种制度障碍或者用人单位设置的不合理的录用条件迫使劳动者采取欺诈手段的情形出现；强化就业指导，引导劳动者合理定位；加快公共就业服务信息化建设，通过互联网、大数据等新技术，实现用人单位和劳动者双方招聘求职信息共享的准确化和便捷化。

〔参考文献〕

- [1] 杜鑫. 高校毕业生简历“注水”愈演愈烈 [N]. 工人日报, 2012-11-25 (03).
- [2] 董文军. 我国惩戒处分法律规制问题研究 [J]. 当代法学, 2010(3): 120.
- [3] 台湾劳动法学会. 劳动基准法释义——施行二十年之回顾与展望 [M]. 台北: 新学林出版股份有限公司, 2009.
- [4] 荒木尚志. 労働法 [M]. 東京: 有斐閣, 2009: 393-394.
- [5] 菅野和夫. 労働法 [M]. 東京: 弘文堂, 2014: 87-388.
- [6] 信春鹰. 中华人民共和国劳动合同法释义 [M]. 北京: 法律出版社, 2007: 15.
- [7] 黄程贯. 企业惩罚权 [J]. 台湾社会研究季刊, 1989 (2/3/4): 9-74.
- [8] 米健. 意思表示分析 [J]. 法学研究, 2004(1): 30.
- [9] 许建宇. 我国无效劳动合同立法的成绩、缺失与重构 [J]. 中国劳动, 2011(11).
- [10] 董保华. 无效劳动合同与事实劳动关系 [J]. 工会理论研究, 2002(1): 11.
- [11] 王旭. 劳动、政治承认与国家伦理——对我国《宪法》劳动权规范的一种阐释 [J]. 中国法学, 2010(3): 76.
- [12] 佩若内. 欧洲劳动合同的共同原则：罗马法起源与当今的发展 [M]. 阮辉玲, 曾健龙, 译 // 费安玲. 学说汇纂：第2卷. 北京: 知识产权出版社, 2009: 221.
- [13] 卢修敏, 怀晓红. 事实劳动关系的再认识 [J]. 法律适用, 2008(11): 77.
- [14] 董保华. 劳动合同法立法的争鸣与思考 [M]. 上海: 上海人民出版社, 2011: 507-510.
- [15] 王全兴. 劳动合同法条文精解 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2007: 91.
- [16] 王全兴, 黄昆. 劳动合同效力制度的突破和疑点解析 [J]. 法学论坛, 2008(2).
- [17] ESTREICHER S, HARPER M C. Cases and materials on employment discrimination and employment law [M]. New York: West Group, 2000: 745.
- [18] PANDYA S S. Unpacking the employee-misconduct defense [J]. University of Pennsylvania Journal of Business Law, 2012, 14(4): 867.
- [19] 房耿. 医生无证上岗引纠纷遭解雇索赔32万元 [N]. 中山日报, 2013-08-02(A7).
- [20] 杜茨. 劳动法 [M]. 张国文, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 38.
- [21] 俞里江, 赵艳群. 如何认定劳动者的说明义务 [J]. 中国劳动, 2010(12): 53.
- [22] 王祖荣. 学历造假的深层次思考 [J]. 人民论坛, 2010(26): 206.
- [23] 黎红霞. 基于博弈论的企业招聘风险与对策研究 [J]. 现代商贸工业, 2010(12): 160.
- [24] 吴春明. 劳动合同无效的法律后果 [J]. 中国社会保障, 2012(2): 61.
- [25] 龙卫球. 民法总论 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2002: 502.
- [26] ZIEGLER J K. Employment law — An employer's duty to third parties when giving employment recommendations — Davis v. Board of county commissioners of Dona Ana County [J]. New Mexico Law Review, 2000, 30(2): 307-323.
- [27] 张渊. 劳动合同无效制度研究 [J]. 法学, 2003(2): 86.

(下转第124页)