

保护不足与保护过度

——试论《中华人民共和国劳动合同法》倾斜保护的“度”

钱 叶 芳

(温州大学法政学院讲师 浙江 温州 325035)

摘要:劳动法的社会法属性要求其对劳动者的倾斜保护应当适度。目前我国劳动法对于劳动者的保护水平与世界各国相比整体上有较大的差距。确定我国劳动法适度保护的考察标志应综合考虑劳动者保护的国际状况和我国国情,兼顾人权、国家利益、公平精神和道德现状。《中华人民共和国劳动合同法(草案三次审议稿)》存在着对劳动者保护不足和过度保护等诸多方面的缺憾,建议作出修改。

关键词:劳动法 劳动合同法 劳动者 用人单位 倾斜保护

一、一般分析:劳动法倾斜保护的“度”

(一) 倾斜保护是社会法的本质属性

哈耶克认为,“社会立法”主要是“指政府为某些不幸的少数群体(亦即那些弱者或那些无法自食其力的人)提供一些对他们来说具有特殊重要性的服务”,其目的“乃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。劳动法属于社会法。劳资双方的弱势与强势分野,要求劳动法从民法中分离出来,遵循“倾斜保护”的社会法观念,来平衡当事人的地位及利益分配。劳动法的社会法属性主要表现在:(1)增进劳动者群体的福祉,维护社会安全。劳动力市场的民法式交易必然使劳动者处于被剥夺的地位,如没有国家的立法干预来保障和维护其应有的权益,很可能会使其跌落到接近一无所有的状态。这是危害社会的边际成本几乎为零、使整个社会濒于危险的状态。(2)增强劳资双方的合作协调能力,实现双赢的社会理想。丹尼尔·奎因·米尔斯认为,面对世界范围内劳资冲突的加剧,我们不应该停留在对劳资对立、对抗的刻画上,而应该注重对劳资双方的合作与双赢战略方面的研究。集体谈判是市场经济发达国家协调劳资矛盾、建立合作型劳资关系的主要方式,是劳资双方进行沟通的理性过程,它从激烈的对抗转向在斗争中寻找利益的均衡点。(3)平衡社会力量,促进社会的均衡发展。达·芬奇说过:“力量在制约中产生,在自由中消亡。”运用保护弱者的法律,可以平衡社会力量,并从机制上保证尽可能不发生某一社会阶层可以为所欲为地侵害另一社会阶层利益的事件。

(二) 劳动法倾斜保护应当适度

劳动法追求和维护社会利益的过程,正是通过制度的设计平衡劳资双方力量的过程,也是对劳动者进行“倾斜保护”倾斜到什么程度才符合社会利益的探究过程。虽然保护不足会危及社会稳定与安全,但矫枉过正也会影响经济效益与安全。

国家有责任者保护劳动者的利益,但国家的保护并非多多益善。世界各国一百多年来的发展经验和教训都证明,凡是用过多的立法来干预劳动力市场的国家,尽管立法者的初衷都是为了保护劳动者的权益,但最后都事与愿违,出现了长期持续失业和劳动者福利下降的情况,国民经济也长期处于不景气的状

态。如果保护水平过高,工人的工资高于劳动力市场均衡水平,就业需求就会减少,从而造成失业的增加。这一最基础的经济原理,对于发达国家和发展中国家都是适用的。

当今之中国,劳资矛盾已经成为影响和谐社会建设的主要因素。从执政者角度看,保护资本的利益关乎经济发展,保护劳动者的利益关乎社会稳定。在权衡劳资利益进行立法干预时,到底是坚持“发展才是硬道理”的原则还是奉行“稳定压倒一切”的方针,是我国构建和谐社会的一道历史性难题。劳动法的责任就是在资本、劳动和政府的三维框架中,把握私法自治与国家干预的辩证关系,通过建构协调劳资冲突的有效法律机制来促进和谐社会的实现。

(三) 倾斜保护“度”的国际比较视角

在经济全球化的时代背景下,要确立我国劳动法对劳动者适当倾斜保护的“度”,必须综合考虑国际劳工立法和外国劳动立法。对于我国现有立法的劳动者保护水平,可以从核心劳工标准、劳动基准、劳动关系协调、劳动执法和争议处理制度几个方面进行国际比较。

1. 核心劳工标准。国际公认的核心劳工标准是对劳动者基本权利的保障,与之相比,我国劳动法的有关规定还存在较大差距。1995年在哥本哈根召开的社会发展问题世界首脑会议,第一次提出了全球化经济的最低社会标准,确立了国际劳工组织8个涉及结社自由、集体谈判、禁止强迫劳动和童工劳动、同工同酬和消除就业歧视等四个领域有关工人基本权利的公约,此即核心劳工标准。而在我国,劳动者的自由结社权由于工会设立的审批制、工会经费来源的行政性、工会领导人的行政待遇和工会缺少罢工权的权利不完整性等而近乎虚无;集体谈判由于工会的行政性而流于形式;平等就业权方面,虽然传统的户籍制度导致的户籍歧视现象非常严重,农民不能自由进城工作且劳动待遇和伤残赔偿远低于城市居民,大学毕业生就业不得不跨过高高的户籍门槛,但涉及庞大人口的上述不公平待遇并没有被法定为就业歧视而予以禁止;对于童工问题,依照《中华人民共和国劳动法》(以下简称《劳动法》)的规定,招收未成年人从事文艺、体育和特种工艺工作是一项合法行为,但这并不符合国际劳工组织在《最低就业年龄公约》中所规定的“任何情况下许可就业的最低年龄都不得低于15周岁”的要求。

2. 劳动基准。就单项劳动基准而言,在国际范围内水平较高和较低者都有。较高者,如日本、德国、美国等国的加班工资是日平均工资的1.5倍,而我国以月平均工资为标准,加点发1.5倍,休息日加班发2倍,节假日加班发3倍;较低者突出表现在工资基准上:发展中国家的法定最低工资平均每月为30-50美元,而深圳的最低工资即使在我国城市中是最高的,每月也只达到42美元。在西方大部分国家,一国范围内只有一个最低工资标准,而我国可以有几百个标准。按照国际上通行的社会平均工资法,月最低工资一般是月平均工资的40%-60%,目前我国没有一个省、市达到此标准。另外,我国的安全生产状况不用说比欧美国家明显落后,就是与韩国、新加坡、泰国等国相比也有较大差距。

3. 劳动关系协调。目前我国劳动关系协调方面的法律制度也有标准高于或低于国际通例的情形。前者突出表现在解雇保护制度上,即我国在解雇原因、解雇通知期和解雇经济补偿金方面都对雇主的解雇权进行了比较严格的限制。例如,各国通例是试用期内雇主不问原因可以随时解除雇佣合同,而《劳动法》规定,“在试用期间被证明不符合录用条件的”用人单位才可以解除劳动合同。又如,解雇的法定通知期,我国在无过失解除的条件下,统一规定为30日,而各国往往与年资相联系,如英国规定年资在1个月以上2年以下的,通知期不少于1周。再如,根据《违反和解除劳动合同的经济补偿办法的规定》,除协商解除劳动合同和因劳动者不能胜任工作而解雇的用人单位应发给劳动者的最高经济补偿金不超过相当于劳动者12个月工资外,根据劳动者在本单位的工作年限,每满1年发给相当于1个月工资的经济补偿金,上不封顶;而大部分国家关于经济补偿一般都有最高数额的限制和不满1年工龄按比例计算的规定。后者如,集体合同制度主要由于工会体制的不合理而发挥不了应有的作用;以定期合同为主的劳动合同期限制度与以不定期合同为原则的国际惯例背道而驰,劳动法对定期合同的不加限制导致了劳动合同短期化现象严重泛滥。

4. 劳动执法和争议处理机制。我国劳动争议处理制度和劳动法执行情况与外国的差距非常大。在

劳动争议处理程序方面,我国采用的是先裁后审模式;多数国家则采行单一机构模式,即劳动争议只由劳动仲裁机构或劳动司法机构处理,而非仲裁和司法并存。相比之下,我国劳动者维权的时间成本和物质成本要大得多。另外,劳动监察人员行政不作为的现象也很普遍,其主要原因在于:(1)有关法律法规对行政不作为的法律责任没有作明确具体的规定。《劳动保障监察条例》仅在第31条规定,劳动保障监察员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊或者泄露在履行职责过程中知悉的商业秘密的,依法给予行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。这种规定笼统抽象而不具操作性和拘束力。而据《新加坡工厂法》的规定,劳动检查人员如泄漏在检查中获悉的商业秘密,应处以5000元以下的罚款或判处2年以下的有期徒刑,或两者并处。(2)政府部门的地方保护主义非常严重,劳动行政部门在查处劳动违法行为时,往往受到各方领导的压力而无奈只能选择放弃。

(四)影响倾斜保护“度”的国情因素

在设计劳动法律制度、寻找劳资双方利益的平衡点时,首先应考虑我国现阶段劳动关系原始性与现代性相混合的特征。一方面“原始的劳动关系至少在私营企业、中小型外资企业和港澳台资企业占了主导地位。在这些企业,资本对劳动者的压榨、劳动者的悲惨处境可以说与资本主义原始积累时期相比毫不逊色”。^⑩这种状态由很多原因造成:国有企业的改革、非公企业的快速发展和户籍制度的松动将无数的下岗职工、农民工和其他出卖劳动力的职工卷入主体力量极不均衡的劳动力市场;人口多、素质低和劳动力供大于求的就业局面将广大劳动者抛上任人宰割的案板;以经济为中心的政策导向使经济与社会发生断裂;^⑪对资本的巨大需求和政府官员行政的政绩本位使“社会主义市场经济”制度在施行中偏重市场的力量而漠视了“社会主义”的内在公正性。另一方面,在经济全球化的浪潮中,国际上关于社会条款和国际劳工标准的要求,使我国的劳动政策不得不承受巨大的压力;而西方国家工人的工资水平和福利待遇普遍比发展中国家高出很多。劳动关系所具有的中国特色决定了我国现阶段劳动法的功能定位和保护标准应走中间道路。

经济发展的水平决定了劳动法保护劳动者的程度。就经济现代化水平的国际比较而言,2001年我国与其他国家的综合年代差分别为:与美国等7个国家在100年左右,与德国等7个国家在80年左右,与日本等6个国家在50年左右,与葡萄牙等5个国家在30年左右。^⑫故我国劳动法保护劳动者的水平应当逐步提高。此外,我国各地经济发展的不平衡也是重要的国情因素,因此最低工资标准可不必强求统一。

(五)倾斜保护“度”的考察标志

通过综合考量国际国内劳动法制的现状与诸多相关因素,笔者认为,考察我国劳动法对劳动者倾斜保护之“度”适当与否,宜以下列诸项为标志:

1. 基本人权。人权保护已为《联合国宪章》、《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会和文化权利国际公约》等国际法律文件所规定,《中华人民共和国宪法》也就人权保护作了明确规定。劳动权作为最具普遍意义的生存权,在人权体系中处于特别重要的地位,特别是对发展中国家来说,其意义更为突出。^⑬因此,判断劳动法倾斜保护劳动者适度与否,首先应当以是否符合基本人权保护的要求为标志。

2. 国家利益。在经济全球化的背景下,我国要保持在国际市场上的竞争优势,各项劳动基准不可过高。与经济发展水平相适应,我国劳动法不应当在现阶段对雇主提出过高要求,工时、加班工资、经济补偿金、休假、解雇补偿金和预告期等各项基准调整至发达国家和地区的平均水平即可。虽然我国职工工资占国家GDP的比重不到20%,普遍低于发达国家的40%以上的标准,但工资和福利增长也不宜过快,否则会摧毁经济发展的驱动力,降低我国的国际竞争力。

3. 公平精神。利益平衡在劳动法领域的体现表现为对劳方权利的扩张和对资方权利的限制。这种扩张与限制不能超越双方权利义务的对应性,不能因为不满于资方的残酷而剥夺其应有之发展和自主权。也就是说,劳动法的目的在于“抑强”而非“锄强”。强制资方遵守既定之劳动法乃是对劳方最大之救济。对资方无良的矫正,不在于剥夺其权利而在于重典其非法行为。

4. 道德状况。美国著名经济学家加尔布雷斯在谈到美国的情况时早就指出,现在不是经济危机,而是人的道德和精神的危机。道德和精神的危机在任何国度的任何时期都有出现的可能,因而发达国家对违法者的惩处足以使之畏惧。^⑤根据《瑞典就业保护法》第38条第2款的规定,雇主和雇员给对方造成损失应付的赔偿金可包括持续损失的赔偿金和违反该法的赔偿金。这是瑞典劳动法中的一种特殊制裁手段——“一般赔偿(general damages)”,其内涵包括:一方面违反协议或法律的雇主要赔偿对方的实际经济损失;另一方面,即使没有经济损害的发生仍可以强加这种惩罚,或者发生了经济损害,但赔偿的数额远远高于实际损害本身,其中涵盖了不同类型的非金钱损失或者侵害,包括精神损失和对他方在劳动力市场上地位的侵犯。在确立了法治信念和崇尚德行的国度尚且如此防范人的劣根性,在我国当前私欲横流、道德严重滑坡的转轨阶段,制度的设计必须严密具体,尽力防范一切可能的道德风险。“对策”研究是国人的长处,法律上的任何模糊和疏松都可能被国人所“利用”,尤其是在关乎十几亿人生存与发展的劳动领域。

二、具体分析之一:保护不足

《中华人民共和国劳动合同法(草案三次审议稿)》(以下简称三审稿)对劳动者的保护不足主要体现在以下几个方面:

(一)关于劳动合同法基本概念的表述

历史发展至今,“世界进入了弹性劳动与经济不稳定、工作不稳定时代”。^⑥而这种劳动关系的非正规化在我国正以前所未有的规模展开。劳动合同法要解决的是劳动关系(不分正规与非正规)双方当事人之间权利义务的配置问题。较之《劳动法》,三审稿虽然在用人单位中增列了“民办非企业单位”,并将事业单位聘用合同、非全日制用工和个人承包用工纳入了其调整范围,但还是沿袭了《劳动法》对劳动关系当事人“用人单位”、“劳动者”的称谓,仍然将非正规部门的部分劳动者和自然人雇佣的劳动者排除在外。

扩大劳动合同法的适用范围有助于法律精神的宣扬,这就涉及基本概念的运动。在德国,劳动合同被定义为:“一方当事人对于他方,在从属的关系中,提供其职业上的劳动力,而由他方给付报酬的契约。”^⑦由此,笔者建议我国的劳动合同概念可以表述为:劳动力提供者与用人方确立劳动关系、明确双方权利和义务的协议;劳动关系亦可相应表述为:用人方招用劳动者并给付报酬,劳动者在用人方的管理下提供职业劳动而产生的权利义务关系。这里,“用人方”的提法既与《劳动法》相衔接,又扩大了雇主的范围,将用人单位和个人雇主都包括进来了。

(二)关于劳动合同形式、必备条款及文本提供

三审稿除了允许“非全日制用工可以订立口头协议”外,还要求劳动合同应当以书面形式订立、变更,劳动合同的解除应当提前30天以书面形式通知。这是符合我国国情的立法措施。有学者认为,我国劳动法应与国际接轨,允许一般劳动合同采用口头形式,只要求特定的劳动合同采用书面形式。^⑧笔者认为,发达国家和地区允许劳动合同采用口头形式,同其历史沉淀下来的法治秩序和诚信习惯以及健全的工会制度密切相关。而在我国,当即使书面合同也面临着种种道德风险的时候,可以设想口头协议会如何极尽可能地规避法律。书面劳动合同的缺失无论是用人单位造成的还是劳动者本人造成的,劳动者付出的劳动和用人单位付出的管理成本都不能像无效民事合同那样适用自始无效恢复原状的处理措施。用人单位既然处于经济和信息的优势,除了能够证明不签订书面合同原因在劳动者外,适用过错推定原则责成其承担不遵守劳动法的主要责任以示平衡当不为过。故有学者认为有必要在法律上把签订书面形式的劳动合同明定为用人单位的一项法定义务。^⑨在《中华人民共和国劳动合同法(草案)》(以下简称一审稿)征集的意见中,有人认为,劳动合同的变更采用书面形式“在一定程度上是不利于劳动者权利的保护的”,如用人单位给劳动者的加薪若未以书面形式确定则认为其并未生效或者无效的话,加薪部分岂不成了劳动者的不当得利?^⑩笔者认为,三审稿并未将书面形式作为劳动合同的有效要件;并且,对于未以书面形式记载变更内容的情形,除非用人单位证明劳动者拒不签字,按过错推定和有利于劳动者的原则处理,于公平、于逻辑都无不当之处。变更合同内容采用书面形式给用人单位增加的程序麻烦与口头变更给劳动者带来的潜在风

险相比,立法如何取舍应当是明确的。

至于劳动合同的必备条款,笔者认为三审稿的规定不够完备。按照国际惯例,劳动基准构成劳动合同当然的默示条款,劳动合同只需约定合同期限、薪酬、工作内容等个性条款。三审稿虽然遵循了这种思路,却没有充分考虑当前我国劳动关系的原始性与国民法律意识薄弱的现实,种种原因导致大部分劳动者尤其是年长的民工根本不知道自己有哪些劳动权利。因此,劳动合同的必备条款应该包括一些不容协商的强制性条款,如社会保险、劳动条件、加班工资、资方违法的法律责任及法定的休息、休假等。三审稿虽然将社会保险、劳动保护和劳动条件纳入了劳动合同必备条款的范围,但显然属于双方可以协商的范畴。相关的问题是劳动合同文本由谁提供?依据三审稿的规定,劳动合同文本由用人单位提供。那么如何保证合同文本的合法性呢?劳动者缺乏必要的知识和胆量,工会的“帮助、指导劳动者与用人单位依法订立和履行劳动合同的作用”在既存体制下得不到充分发挥,只有劳动行政部门具有足够的权威。故以劳动行政部门会同工会组织提供劳动合同示范文本为宜。其中,规范性部分体现劳动基准,灵活性部分体现不同行业和岗位的特点由双方协商。

另一个问题是三审稿中有关劳动报酬的条款过于笼统。劳动报酬的数额、构成和支付方式等是最为敏感的事项,应当在劳动合同中一一予以明确。其中,计件工资必须明确劳动定额和计件单价,以杜绝用人单位利用含糊约定减少支付劳动者的劳动报酬、社会保险费和经济补偿金。可喜的是,三审稿增加了“同工同酬”的规则,即用人单位未在办理用工手续的同时订立书面劳动合同,与劳动者约定的待遇不明确的,新招用的劳动者的待遇应当按照企业的或者行业的集体合同规定的标准执行;没有集体合同的,用人单位应当对劳动者实行同工同酬。但是,这条规定的缺陷在于其适用范围较窄。因为,这里的“同工同酬”规则只惠及未与用人单位订立书面劳动合同、待遇约定不明确且无集体合同适用的新招劳动者,而对于其他劳动者如何实现同工同酬则未作规定,这也需要在立法中予以解决。

(三)关于劳动合同期限

三审稿在遏制劳动合同短期化现象方面所做的努力体现在两个方面:其一,规定了“劳动者提出续签劳动合同的,应当签订无固定期限劳动合同”的三种情形,即续签劳动合同时,劳动者已在该用人单位连续工作满10年以上的;用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新签订劳动合同时,劳动者在该单位连续工作满10年或者距法定退休年龄在10年以内的;连续签订两次固定期限劳动合同后续签的。这无疑会增加劳动者职业稳定的安全感。其二,规定劳动合同非因劳动者过错而终止的,用人单位应当向劳动者支付经济补偿金。如此规定,三审稿促使用人单位签订长期合同的用意就跃然纸上。然而其缺陷亦很明显,主要体现在三个方面:其一,如果劳动者只提出续签劳动合同而未要求签订无固定期限劳动合同,用人单位是否必须续签无固定期限劳动合同?如果用人单位提出续签而劳动者也同意,就应当签订无固定期限劳动合同吗?三审稿中没有明确表明其立法意图。如果对之作肯定的理解,对劳动者不一定有利。其二,关于无固定期限劳动合同的适用条件至少有两个漏洞可为用人单位所利用。一是用人单位只跟劳动者连续签订两次合同;二是用人单位与劳动者签订不满10年的劳动合同,期满后不再续签,或者不再跟已在本单位连续工作10年以上的劳动者续签合同。其三,除上述三种情形外,用人单位可以与劳动者在任何岗位上签订短期劳动合同。因此,对于像一年一签、一年两签这样的短期合同现象三审稿的规定并无多大约束力。即使是在同时规定劳动合同终止时企业也要支付经济补偿金的情形下,三审稿也不能避免用人单位在成本最小化动机的驱动下选择短期合同,尤其是在替代性极强的低端劳动力市场上。

以不定期劳动合同为原则,以定期劳动合同为补充,是大多数国家劳动立法的通例。例如,美国普通法上一直认为除非雇佣关系的当事人特别约定一定的存续期间,否则该合同即属不定期合同,尽管美国信奉“雇佣自由”原则,但是其集体合同具有连续无固定期限的特点;^②日本实行终身雇佣制;在欧洲模式下,普遍的用工制度是签订不定期劳动合同,定期劳动合同是特殊性质的劳动合同,一般用于临时性、季节性、一次性、替代性等劳动关系。我国劳动法关于劳动合同期限的规定却反各国通例而行,以定期劳动合同为主导。这虽是对计划经济时期固定工制度的一次大颠覆,却明显犯了高估资方道德良心的错误。劳动合

同法的制定是弥补劳动法规制缺陷的一次契机,欧洲模式应是我国学习和借鉴的对象。不过,欧洲模式近年来也出现了改革的动向:一方面,有些国家放宽了对定期劳动合同的过分限制,增加了劳动合同期限的上限。以德国为例,经过多年的改革,定期劳动合同期限的上限由最初的18个月逐渐放宽到4年。另一方面,不定期劳动合同使用的比率也有一定的降幅。^②然而,这却是经济发展到高度现代化阶段所伴生的现象,因而并不能成为我们固守定期劳动合同的理由。或者说,当立法机关面对对定期劳动合同需求较高的较小比例高素质劳动者和对不定期劳动合同期望殷殷的普通劳动者的时候,应该做何取舍?

为了对劳动合同短期化作根本的治理,立法还需要进一步的突破。笔者建议,借劳动合同法立法之机旗帜鲜明地推行不定期劳动合同的普遍适用,严格控制定期劳动合同的适用范围。这一思路的基本导向是:对于常设性岗位,要求签订无固定期限劳动合同;对于临时性岗位,可以签订定期劳动合同,但应限制合同期限和续签的次数。

(四) 关于劳动合同的效力

现代合同法“鼓励交易”的立法目标和原则对劳动合同效力的制度设计具有借鉴意义。过宽地使用合同无效和解除制度,过多地宣告合同无效和解除的做法与鼓励交易原则是完全背离的,因为合同一旦被宣告无效或解除,则意味着消灭了一项交易。即使当事人希望使其再继续有效也不可能,因为这样做不符合市场经济的需要。^③在我国目前市场经济培育发展的初级阶段,劳动关系稳定的社会意义非同寻常。因此,现阶段劳动合同法应以“鼓励稳定”为原则。^④以鼓励稳定的原则看二审稿中关于劳动合同效力的规定,其不足之处主要有二:(1) 二审稿摒弃了一审稿中可撤销劳动合同制度的设计。笔者认为,可撤销劳动合同制度仍然有存在的理由。“用人单位以欺诈、胁迫的手段订立劳动合同的”不应当作无效认定。在合同法中,是否损害公共利益和公序良俗是判断合同无效的一个重要标准。欺诈性、胁迫性劳动合同会损害对方当事人的利益,但却未必直接损害国家利益或社会公共利益。^⑤对这种劳动合同不宜由国家强行确认其无效,而更适宜由受不利影响的一方当事人自行斟酌决定该劳动合同效力的有无。同理,对于用人单位乘人之危而订立的劳动合同应当由劳动者选择是否请求劳动争议仲裁机构或者人民法院予以撤销。将这种劳动合同列入劳动者可以随时通知用人单位解除劳动合同的法定事由在立法技术上有欠妥之处,因为意思表示有瑕疵表明合同成立与生效欠缺实质要件,与合同生效后履约过程中出现问题而解除不属于同一范畴,法律后果也显然不同。(2) 二审稿规定了以下无效或部分无效的三种劳动合同:违反法律、行政法规规定的;用人单位免除自己的责任、排除劳动者的权利的;用人单位以欺诈、胁迫手段订立的。但是哪些合同整体无效,哪些部分无效,二审稿并没有为仲裁机构或法院提供明确的认定依据。笔者认为,用人单位免除自己的责任、排除劳动者权利的劳动合同应该是部分无效合同,赋予劳动者请求确认部分无效的权利,责令用人单位承担起其应承担的责任,稳定劳动关系,对劳动者才是有利的;对用人单位以欺诈、胁迫手段订立的劳动合同不适合做绝对无效处理,也无法做部分无效处理;对违反法律、行政法规规定的劳动合同一律认定为无效,不利于劳动关系的稳定。例如,不能因为劳动合同没有采用书面形式而认定劳动合同无效,不能因为劳动合同中约定的劳动报酬低于最低工资标准而消灭劳动关系。

总的来说,笔者认为劳动合同绝对无效的情形应该仅限于主体不合格和内容不合法两种情形。前者指“用人单位和劳动者中的一方或者双方不具备订立劳动合同的法定资格”;后者指“用人单位和劳动者恶意串通,损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益”,或者称之为“违背善良风俗或合同目的不合法、不道德”。至于劳动合同的其他不合法之处,如合同形式、合同期限、劳动报酬、劳动条件、劳动纪律、终止条件、违约责任等不符合国家的强制性规定,或者用人单位免除自己的责任,以欺诈、胁迫的手段订立劳动合同,乘人之危等等,均应遵循鼓励稳定的原则,或部分无效,或可变更、可撤销。至于劳动合同无效的后果,二审稿规定劳动者已付出劳动的,用人单位应当支付相应的劳动报酬。笔者认为对导致合同无效或被撤销有过错的,用人单位还应当提供相应的社会保险待遇。至于董保华教授所担忧的“只要用工主体出现瑕疵,则其中的劳动者就不再受到劳动法的保护”^⑥的问题,单单一部劳动合同法难以解决,还需要其他相关法律法规的配套和执法的严格与公正。当然,为防止一些企业未经工商登记或工商登记出现瑕疵而用

人,法律应该规定受雇于经营资格有缺陷的用人单位的人员应当视同劳动法上的劳动者。

另外,从鼓励稳定的原则出发,对“被依法追究刑事责任的劳动者”可以解除合同的规定也应慎重考虑。对于犯罪情节较轻,如被判处管制、缓刑的劳动者,不宜一律解除劳动合同而将他们全部推向社会。因此,一审稿中的劳动合同中止制度不应当被摒弃。当劳动者因法定或约定的事由暂时无法履行合同义务时,劳动合同应当中止履行,待有关中止履行的情形消失且双方有继续履行劳动合同的条件和可能时再恢复履行。劳动合同中止期间空缺的岗位,用人单位可以定期劳动合同的方式另聘替代者。

(五)关于工会和集体合同

三审稿专设一节就集体合同作出规定,其内容仅仅是对《劳动法》、《中华人民共和国工会法》、《集体合同规定》中既有规范的重申及对行业性集体合同实践的认可。现行工会体制是制约集体合同制度发挥作用的瓶颈,对此三审稿并没有任何突破。从工会组织“可以”与企业方面代表订立行业性集体合同、“可以”订立劳动安全卫生等专项集体合同、“可以”依法要求用人单位承担责任等表述中,看不出任何能够“刺激”工会组织积极维权的机制。“可以”含有随意性。也就是说当用人单位违反集体合同时,工会组织不要求用人单位承担责任也是允许的。这就降低了集体合同的法律效益。

三、具体分析之二:保护过度

三审稿对劳动者的保护过度,即对用人单位权益的不当限制与剥夺主要表现在以下几个方面:

(一)关于对劳动者辞职的限制

劳动关系的稳定是由劳动关系双方当事人共同维护的,促使劳动者遵守“约定必须信守”的契约精神也是劳动法的任务。“一项针对2003年跳槽状况的调查表明:八成被调查者欲和雇主说‘再见’。”^①许多企业都试图通过改善薪酬和福利制度以吸引和留住优秀员工,但是一些优秀员工仍“无情”地离开。跳槽原因五花八门,其中一个不可忽视的原因是辞职成本太低。三审稿规定,劳动者提前30日以书面形式通知用人单位,就可解除劳动合同;除约定出资专项培训服务期和竞业限制外,用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担的违约金;用人单位不得要求劳动者提供担保、向劳动者收取财物或者扣押身份证等证件。这给了劳动者极大的择业自由。这种自由在西方国家成熟的工会制度和严格的信用制度约束下很少被滥用。我国国情则不同,今天来明天走、不遵守预告期领了工资随时走人、违反保密条款和竞业禁止条款等现象非常严重。三审稿虽然规定,劳动者违法解除劳动合同,或者违反劳动合同中约定的保密事项或者竞业禁止条款,对用人单位造成经济损失的,应当承担赔偿责任,但在现实生活中,由于难以找到辞职者或者争议处理成本太高,用人单位即使受损也往往不了了之。在没有工会自律机制和个人信用记录制度约束的社会环境中,如何去保护用人单位的利益,三审稿并未给出可行的答案。笔者建议,应当健全用工登记制度并尽快实行用工数据全国联网,共享劳动者的就业信息,以加大对劳动者辞职的制约力度。

(二)关于服务期和竞业禁止条款

三审稿将可以约定服务期的条件仅设定为“用人单位在国家规定提取的职工培训费用以外提供专项培训费用,对劳动者进行专业技术培训”,而对用人单位给劳动者提供住房、用车、科研经费等特殊待遇的,未允许约定服务期,这显然不妥。并且,仅仅以培训费用作为约定服务期的条件也有失偏颇。笔者认为,约定服务期应综合考虑培训项目性质、培训费用和培训时间等因素。德国将在职培训分为技术适应培训和职务晋升培训,^②而对职务晋升培训设定服务期的做法,对劳资双方来说是比较公平的。

关于竞业禁止,三审稿规定竞业禁止的范围、地域、期限、竞业禁止的经济补偿金和违约金,均由双方约定。这一规定,充分尊重了劳资双方的自由意志。遗憾的是,三审稿并没有遵循国际惯例设置竞业禁止经济补偿金的底线,而这一底线关乎劳资双方的利益平衡。《德国商法典》第74条规定,企业应支付补偿金,每年补偿金的数额不得低于劳动者离职前一年年收入的1/2;《比利时雇佣合同法》第75条规定,补偿金的最低限额应相当于禁止竞业期间工人应得毛收入的一半,根据终止合同前一个月的毛收入计算,^③瑞典通常的补偿金标准是雇员6个月的工资。在竞业禁止的经济补偿问题上,我国至今尚没有一个统一的

标准。根据相关地方立法的规定,每竞业禁止一年,用人单位通常应当给予该职工相当于其年工资收入1/2至2/3的经济补偿。^⑤笔者认为,我们应参照各国的标准和我国的经济状况设置一个适当的补偿底线。

(三)关于试用期内的解雇权

三审稿规定,在试用期内,用人单位除有证据证明劳动者不符合录用条件外,不得解除劳动合同;而劳动者可以随时告知用人单位解除劳动合同。笔者认为,试用期内任何一方都有权无条件解除劳动合同。这既是基于各国通例,也是出于公平考虑。设立试用期制度,是基于劳动力市场中的信息不对称而为了甄别员工的需要。招聘时明示的录用条件,只是具体岗位对劳动者提出的能力和技术上的要求,除此之外,用人单位还需要对劳动者的个人品行、团队精神、敬业精神、勤劳度、忠诚度等进行综合考察以保证企业的整体利益和长远利益。而这些往往在录用条件之外,且只能在试用期内作出初步判断,故不宜仅以不符合录用条件作为试用期内解雇劳动者的条件。另外,试用期内用人单位无条件解雇劳动者有两大现实意义:一是促使劳动者增强风险意识和竞争意识,最终提高劳动者的综合素质和企业的综合竞争能力;二是可以减少试用期内因劳动者综合素质不高而被解雇引发的劳动争议,减轻用人单位的举证负担。总之,为防止试用期成为侵权期,应当完善试用期制度,而不是限制试用期内用人单位的解雇权。

(四)关于裁员

三审稿关于裁员的规定较之一审稿有很大的改进,但仍然不够严谨。其对用人单位不利之处有三:其一,各国企业裁员要考虑劳动者的工龄、职业资格、家庭负担、年龄和身体状况,并实行非歧视原则,而三审稿在规定企业优先留用义务时显然只关注了工龄和劳动合同期限而忽视了职业资格。笔者认为,劳动合同法应允许用人单位优先留用对企业发展有重大影响的人员,但同时限制其数量。如《瑞典就业保护法》第22条规定,拥有不超过10名雇员的雇主裁员时最多能留用2名对未来生产经营活动影响特别重大的雇员。其二,依据三审稿,企业裁减人员时,应当优先留用在本单位工作时间较长、与本单位订立较长期限的有固定期限劳动合同以及订立无固定期限劳动合同的劳动者。照此理解,订立无固定期限劳动合同的劳动者优先于订立有固定期限劳动合同的劳动者,订立较长期限的有固定期限劳动合同的劳动者优先于订立较短期限的有固定期限劳动合同的劳动者,再就是在本单位工作时间较长的劳动者优先。到底是以工作时间为标准还是以劳动合同的期限为标准,恐怕用人单位也无所适从。其三,对“家庭无其他就业人员,有需要扶养的老人或者未成年人的”优先留用,这表面上是对困难劳动者的照顾,实际上是混淆了企业和国家的社会责任。国家应该完善社会保障制度使失业人员的家庭享有生存的机会。即使要求企业承担这样的社会责任,在困难人群和工龄较长的人群之间,也存在一个谁更优先的问题?

(五)关于经济补偿金

国际劳工组织《雇主提出终止雇佣公约》规定,被终止雇佣的工人有权得到合理的事先通知和足够的补偿。这里的“被终止雇佣”是指雇主主动终止雇佣关系。可见,如因工人行为严重不端而解雇时,雇主不需事先通知和补偿。各国对经济补偿金适用范围的规定与《雇主提出终止雇佣公约》的规定基本一致。但《意大利民法典》第2120条有例外的规定:劳动者在任何终止劳动关系的情况下都应享有经济补偿金,包括劳动者死亡。^⑥《劳动法》对经济补偿金适用范围的规定与《雇主提出终止雇佣公约》及国际惯例并无原则上的不同,而三审稿则明显扩大了经济补偿金的适用范围。经济补偿金是用人单位的一种特定补偿义务,其适用范围和补偿标准由各国根据对劳动者倾斜保护的程度而定。笔者认为,是否应当将劳动法的保护标准提高到国际水平之上取决于一个国家的经济发展状况。在经济全球化的背景下,我国要保持在国际市场上的竞争优势,各项劳动基准不可过高。因而,三审稿对经济补偿金的适用范围还应慎重考虑。

(五)关于新雇主对原雇主的赔偿责任

《劳动法》规定,用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者,对原用人单位造成经济损失的,该用人单位应当依法承担连带赔偿责任。三审稿责令新用人单位承担的不是连带赔偿责任,而是更严格的赔偿责任。如果说由新雇主替代滥用权利跳槽的雇员承担全部赔偿责任而无追偿权是立法不公的话,那么,由不

知情的新雇主承担有过错的雇员跳槽的赔偿责任更是不公。故二审稿应该回归到《劳动法》规定的连带赔偿责任,并对新雇主承担责任的理由作进一步的细化。根据过错责任原则,新雇主在下列三种情况下承担责任是合理的:新雇主与劳动者恶意串通解除后者与原雇主的劳动合同关系;新雇主明知该劳动者未解除与原雇主的劳动关系而与之建立新的劳动关系;新雇主在得知该劳动者原劳动关系未终止的情况下而继续与之保持劳动关系。

注释:

参见[英]弗里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》第1卷,邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第221页。

参见周长城、陈群:《集体谈判:建立合作型劳资关系的有效战略》,《社会科学研究》2004年第4期。

转引自房宁:《SARS启示录》,http://WWW.sociology.cass.cn/shxw/shaq/t20031020_1513.htm.

1948年国际劳工组织通过的《自由结社和保障组织权利公约》第2条规定:“凡工人和雇主,均应没有任何区别地有权建立他们自己选择的组织,以及仅依有关组织的章程加入他们自己选择的组织,而无须事前得到批准。”《中华人民共和国工会法》第11条则明确规定:“基层工会、地方各级总工会、全国或者地方产业工会组织的建立,必须报上一级工会批准。”

1958年国际劳工组织通过的《(就业和职业)歧视公约》对“歧视”下了一个定义。所谓“歧视”,就是“根据种族、肤色、性别、宗教、政治观点、民族血统或社会出身所做出的任何区别、排斥或优惠,其结果是剥夺或损害在就业或职业上的机会或待遇上的平等”。《中华人民共和国劳动法》第12条明确定义的就业歧视只包括民族、种族、性别和宗教信仰4种情况,并不包括基于社会出身等原因而进行的歧视。

参见周长征:《全球化与中国劳动法制问题研究》,南京大学出版社2003年版,第163页。

参见林晓洁:《观点交锋 劳动合同法立法背后的利益博弈》,《中国劳动保障报》2007年3月15日。

参见马京鹏:《全球化对中国工人劳动条件的影响》,《国外理论动态》2005年第5期。

参见《各省最低工资均低于国家标准》,http://WWW.cnr.cn/news/200605/t20060508_504202959.html.

①②参见王益英主编:《外国劳动法和社会保障法》,中国人民大学出版社2001年版,第627页,第82页。

③④⑤⑥⑦⑧⑨⑩⑪⑫⑬⑭⑮⑯⑰⑱⑲⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿㉠㉡㉢㉣㉤㉥㉦㉧㉨㉩㉪㉫㉬㉭㉮㉯㉰㉱㉲㉳㉴㉵㉶㉷㉸㉹㉺㉻㉼㉽㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

①②③④⑤⑥⑦⑧⑨⑩⑪⑫⑬⑭⑮⑯⑰⑱⑲⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

jun.com.cn/laodongguanxi.htm.

⑬⑭⑮⑯⑰⑱⑲⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

⑲⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㊺㊻㊼㊽㊾㊿

㊻㊼㊽㊾㊿

㊼㊽㊾㊿

㊽㊾㊿

㊾㊿

㊿

㊿

㊿

责任编辑 刘普生