

论劳动合同立法的指导原则 ——兼评《劳动合同法(草案)》及有关评论

刘 诚

(上海师范大学 法政学院, 上海 200234)

摘 要: 我国当前劳动合同立法的指导原则应该是重点保护劳动者原则、提高违法成本原则、稳定劳动关系原则、限制劳动者派遣原则、预防竞业原则。这是由劳动法的特殊性决定的,也是由我国当前劳动关系严重失衡的现实状况决定的。只有这样,才能保证劳资关系的和谐,从而实现社会和谐。总体上来说,《劳动合同法(草案)》坚持了这些原则,但某些具体条款还存在一些问题。

关键词: 《劳动合同法(草案)》;指导原则;重点保护劳动者;提高违法成本;稳定劳动关系;限制劳动者派遣;预防竞业

关于《中华人民共和国劳动合同法(草案)》(以下简称《劳动合同法(草案)》)的争论,除了立法技术方面的问题之外,所有争论都是立法指导原则的争论。因此,应该深入讨论劳动合同立法的指导原则,澄清有关问题。笔者认为,我国当前劳动合同立法的指导原则应该包括重点保护劳动者原则、提高违法成本原则、稳定劳动关系原则、限制劳动者派遣原则、预防竞业原则。只有这样,才能保证劳资关系的和谐,从而实现社会和谐。总体上来说,《劳动合同法(草案)》坚持了这些原则。

关于立法指导原则,有论者认为,“要雪中送炭,不要锦上添花”,不要“高标准”。依“锦上添花”式的思维方式,《中华人民共和国劳动法》的这一套调整模式对员工的倾斜保护力度是不够的,希望通过提高劳动基准,并将其与劳动关系凝固化、行政化和形式化刚性管理相结合,劳动基准

不仅成为一种底线控制甚至也成为高线控制。这种立法思路在《劳动合同法(草案)》中大体可以概括成为四个方面:对企业实行宽进严出;对员工实行宽进宽出;对劳动管理融入员工主导;对劳动关系实行行政干预。这一思路一旦变成现实,国外先进的人力资源管理模式与中国的劳动法律制度将发生全面的碰撞。在招聘制度中将出现被动招工;在绩效管理中将出现无法改进的绩效管理;在留人制度中将出现没有任何法律约束的留人方案;在解聘制度上将出现不能提前解除的解聘机制。^[1]为了应对“宽进严出”,企业可能采取“严进”的用工政策,大量减少就业。^[2]“二审稿对裁员设置了更加严格的限制条件。”^[3]还有论者认为二审稿以为给予劳动者一个僵化的劳动关系才能保护劳动者,于是采取了推行无固定期限合同、限制解雇裁员、约束企业管理、加大行政干预等措施,这些规定如果实施,带来的直接后果就是“铁

收稿日期:2007-01-16

作者简介:刘 诚(1962-),男,山东诸城人,上海师范大学法政学院法律系教授,主要从事社会法研究。

饭碗、铁交椅、铁工资”的回归,从而加重就业压力。^[4]

笔者认为,从人力资源出发批判《劳动合同法(草案)》,这么做就等于完全站在资方的立场理解劳动合同法。如果完全照此,劳动合同法就变成“工人管理法”了,这是方向性错误,我们应该用劳动法学科去评价而不是用出发点完全不同的学科评价。^[5]笔者认为,关于“锦上添花”和“高标准”的说法,完全无视现实。“1994年,我国工资分配占GDP的14.24%,2003年这一比例为12.57%,最近这几年GDP都是以每年8%~9%的速度递增,工资收入虽然也在同比递增,但递增同时两极分化越来越严重,工人的实际工资增长极为有限。”^[5]“对企业实行宽进严出”、“对员工实行宽进宽出”,这是世界各国的通行做法,无可厚非;除非废除劳动法,回到民法调整时代。将鼓励无固定期限合同称为“铁饭碗、铁交椅、铁工资”的回归,是无视国际惯例。(无固定期限合同为主是市场经济国家的普遍做法。例如,根据2002年的统计数字,日本无固定期限劳动合同仍占89%。^[6])关于“对劳动关系实行行政干预”,这也是世界各国的通行做法,无可厚非;并且,我国集体合同流于形式,劳动基准占主导地位也是无奈之举,别无选择。至于“大量减少就业”的说法,则是没有根据的武断结论。企业在既定条件下的劳动力需求是不变的,不可能因为解雇条件的宽严而增减劳动者人数。至于资本有机构成的提高,恰恰促进产业升级和产业结构调整,而不是增加失业。德国目前农业劳动力只占1%,难道其他过去从事农业的劳动者都失业了吗?

一、重点保护劳动者原则

关于重点保护劳动者原则,既涉及劳动法与民法的关系,也涉及对目前劳动关系状况的总体判断;既涉及对劳动关系的矫正方法,也涉及对违法和规避法律行为的限制与制裁;既涉及对民法理论的态度,也涉及对人力资源管理理论的态度。

从劳动法与民法的关系来看,劳动法对民法是双重矫正。历史地看,劳动基准法1802年英国就出现了。劳动基准法对民法是初次矫正,但属于有限矫正。民法是建立在主体平等这一假设基

础之上的,但劳动关系中双方主体实际上不平等、即劳动关系存在失衡问题。由于大企业劳动关系与小企业劳动关系失衡的程度不一样,小企业力量小、劳动关系失衡程度低,大企业力量大、劳动关系失衡程度高。而劳动基准立法只能按小企业标准矫正,否则会产生逆向失衡。那么,大企业依然存在的劳动关系失衡如何矫正呢?那就得依靠集体合同来矫正。集体合同建立的是行业或企业的劳动基准,对民法是再次矫正。国家通过立法,赋予工会集体谈判权,从而整体上平衡了劳动关系。从目前劳动关系的状况来看,我国劳动关系严重失衡,迫切需要解决劳动者权益严重受损的问题。这既是维护社会正义的需要,也是维护社会稳定的需要。例如,报载建筑行业拖欠农民工工资高达900亿,而且往往不是几天几个月的拖欠,有的甚至成年拖欠。如果没有强有力的立法对这些严重侵犯劳动者合法权益的行为加以限制和制裁,不仅没有社会正义可言,社会稳定也将受到严重威胁。

从劳动关系的矫正方法来看,一是劳动基准,二是集体合同。但目前集体合同流于形式,因此只能加强劳动基准。从劳动关系的矫正力度来看,目前立法显然力度不够。因此,加大矫正力度不仅没有错,而且是必然选择。至于实际矫正与立法矫正的关系,不应该仅仅归咎于执法问题;执法问题归根结底属于立法问题。正是由于立法上过分依赖不具有可行性的行政执法(执法人员不足和地方政府袒护用人单位的问题目前无法解决)、忽视了制裁,才导致了实际矫正的落空。

从对民法理论的态度来看,关于保护双方或平等保护的说法,显然是以民法理论为标准批评劳动法。历史告诉我们,恰恰相反,在劳动关系领域,劳动法是对民法的矫正,劳动法理论是批评民法理论的标准。从对人力资源管理理论的态度来看,以人力资源管理理论批评劳动法^[7]显然更为错误。民法理论还建立在双方平等的基础上,强调形式平等。而人力资源管理理论是纯粹的用人单位理论,建立在管理控制基础上。如果以人力资源管理理论为指导思想制定劳动法,是倒退到工厂立法之前,即回归“劳工法规”阶段,是对民法的逆向矫正。尽管劳动合同法是劳动法中私法内容最多的部分,但毕竟不同于私法。因此,劳动

合同法的立法宗旨应该是“保护劳动合同双方当事人,首先是劳动者的合法权益”;劳动合同法应该加大劳动者保护的力度,真正落实重点保护劳动者原则。从草案具体规定来看,实际上体现了“重点保护劳动者原则”。

有论者认为,用人单位和劳动者相比的确处于强势地位,保护弱势群体也很重要,但法律应当是公正、公平的,不应当在立法上反映出偏向某一方的规定。对弱势群体的保护应该通过执法部门依法加强监管来实现,而不是通过立法上的倾向性。^[8]也有论者认为,劳动合同法应强调保护双方的合法权益(二审时,许多委员建议改为“保护劳动者和用人单位双方的合法权益”)。^[9]这些都是典型的民法观点,混淆了劳动法与民法的关系。

二、提高违法成本原则

提出提高违法成本原则的主要原因在于,当前我国劳动法的违法成本太低,导致违法现象普遍存在;没有违法成本或违法成本过低等于鼓励违法。

2005年9月,全国人大常委会组成执法检查组对《中华人民共和国劳动法》实施情况进行执法检查,结果发现,中国实施劳动法中存在五大问题:劳动合同签订率低、期限短、内容不规范;最低工资保障制度没有得到全面执行,拖欠工资现象仍时有发生,工资正常增长机制尚未形成;超时加班现象比较普遍,劳动条件差;社会保险覆盖面窄、统筹层次低,欠缴保险费现象严重以及劳动保障监察力度不足,劳动争议处理周期长、效率低。这些情况也正逐渐成为严重的社会问题。^[10]有一些人认为,不可以把对劳动者的保护太强化,以免加大企业成本,削弱国家的竞争力。^[9]但全国人大法工委仔细地做过计算,按照现在这样一个方案,守法的企业成本不会提高,不守法的企业受到的监管会更严格一些。^[9]

有论者认为,“现在关键不在于立法,而在于执法。”^[11]笔者认为,有法不依、执法不力源于立法存在问题,主要是因为禁止性规定过多而法律责任规定过少,过分依赖行政执法,并且没有考虑地方政府对劳动法的消极态度(往往偏袒用人单位——国有企业是官商一体化,地方政府偏袒用

人单位具有必然性;民营企业也经常出现官商勾结的问题,这也是世界性难题)。市场问题需要市场解决、法律责任问题应该主要依靠司法途径,否则只能无限制增加执法人员。因此,劳动合同法应该增加法律责任条款、提高违法成本。草案加强了反规避措施、提高了违法成本,实际上体现了“提高违法成本原则”。

三、稳定劳动关系原则

提出稳定劳动关系原则,是因为目前我国的劳动关系高度不稳定,已经严重影响了劳动关系的和谐,不仅对劳动者不利,对用人单位和国家的持续发展也产生了不利影响。目前,劳动合同签约率特别低,有些行业20%左右,像建筑业,就是20%~30%。另外,无固定期限劳动合同签约率特别低,这跟很多国家恰恰相反,很多劳动者说,每年到下半年就忐忑不安,不知明年还有没有工作。这对社会是一个不和谐因素。^[9]

目前,劳动关系高度不稳定的突出表现是劳动合同短期化。关于劳动合同短期化,有论者认为,“现在草案采取的办法是进一步收紧,但无固定期限解除困难,所以企业宁愿支付经济补偿金,也不会订无固定期限,合同时间将会越来越短,短期合同的问题将会变得更严重。”^[11]恰恰相反,草案收紧的是有固定期限的劳动合同,而放松了无固定期限的劳动合同;劳动合同短期化受到终止补偿金的限制。有论者认为,“对一个有固定期限的人,原来的不能胜任这个条款废掉了,没有了。可以对他进行考核,但考核完了没用,如果你想要和他谈一谈工资,动一动岗位,都得商量。协商无法一致的话,他原来干什么就还是干什么,工资是多少还是多少。”笔者认为,只有这样才能限制有固定期限的劳动合同。国际惯例是以无固定期限合同为主,有固定期限的劳动合同形成的劳动关系称为非标准劳动关系或非典型劳动关系。当然,无固定期限合同不等于、也不应该等于终身制、铁饭碗。劳动关系是一种持续合作关系,与婚姻关系有些类似,用人单位违法解除或者终止劳动合同,已经导致双方合作关系破裂。因此,不应该强行恢复劳动关系,加重补偿即可。一审稿就鼓励企业签订无固定期限合同,二审稿进一

步增加了对固定期限劳动合同的限制,实际上体现了稳定劳动关系原则。

四、限制劳动者派遣^①原则

关于限制劳动者派遣原则,主要原因在于劳动者派遣有存在合理性,但我国目前劳动者派遣泛滥。劳动者派遣是在人力资源管理外包(人事代理)的基础上发展起来的。人力资源管理外包的主要成因是专业化提高效率,但劳动者派遣的主要成因却是劳动法日益复杂。劳动者派遣区别于普通人力资源管理外包的标志是所谓法务“代理”,即全权“代理”劳动法业务。从普通人力资源管理外包到劳动者派遣,事情发生了根本的变化,由一般代理发展到法务“代理”。实际上,已经不是法务代理,而是法务代表——“代理人”实现了身份转换,成为名义上或法律上的雇主。其原因和根据在于,随着劳动法的日益复杂化,小企业已经无力应付劳动法——没有足够的专业能力熟悉劳动法,因此也不可能很好地遵守劳动法。为此,小企业需要通过劳动者派遣来规避违法风险。可见,劳动者派遣既有利于小企业,也有利于保护劳动者。因此,劳动者派遣有存在合理性,不应该禁止。

一般认为,劳动者派遣业的成因包括:(1)劳动法规日益增多,小企业没有能力应付,需要专业人员管理;(2)小企业需要专业人员管理人力资源,以提高效率;(3)企业因为业务量波动而不需雇佣经常性人力;(4)劳动弹性化和兼职。但在中国,劳动者派遣迅速发展的原因除了外资企业及国外驻华代表机构的迅速增加(而中国法律规定他们只能通过劳动者派遣的方式雇佣)和临时性工作增加这两个合理原因外,更多的是企业为规避劳动法关于解雇保护的规定,通过劳动者派遣的方式实现自由解雇(“规避劳动法”^[12]);规避劳动法关于社会保险的规定,通过劳动者派遣的方式逃避社会保险费用^[13];规避工资刚性,从而降低工资(“降低企业用工成本”^[12]);劳动者派遣单位与用人单位合谋,规避一切法律义务。^{[14][15][16][17]}其中,最重要的动因就是自由解雇和降低工资。至于“最重要的动因就是现在劳动法的标准比较高,可能产生各种法律风险”^[12]

的说法,显然根据不足。因此,迫切需要对劳动者派遣加以规范和限制,通过确立连带责任等方式保护劳动者。否则,劳动合同将不复存在,劳动者利益将得不到保护。从草案的规定来看,实际上体现了“限制劳动者派遣原则”。

限制劳动者派遣,首先需要明确三方关系及劳动者派遣的运行机制。劳动者派遣中派遣单位与要派单位(实际用人单位)对于受派遣劳动者是共同用人单位,双方关系是劳动关系;派遣单位与受派遣劳动者的关系和要派单位与受派遣劳动者的关系都是不完整的劳动关系(前者是不完整的普通劳动关系、后者是特殊劳动关系),两者结合起来构成完整的劳动关系,适用劳动法(派遣单位与要派单位对于劳动者所承担的义务,不得低于劳动法所规定的用人单位所应承担的义务)。派遣单位与要派单位的关系属于普通民事关系,适用民法。具体来说,劳动者派遣中存在三种关系的组合,一是派遣单位与受派遣劳动者之间以劳动合同为载体的名义劳动关系(主劳动关系),二是派遣单位与要派单位之间以劳务协作为内容的民事关系,三是要派单位与受派遣劳动者之间以从劳动合同为载体的实际劳动关系(从劳动关系);主劳动关系和从劳动关系是一个完整的劳动关系分割而成的,两者以民事关系为联系纽带,合并构成复合劳动关系。笔者认为,劳动者派遣的运行机制是劳动关系分割运行,而非劳动关系双层运行。劳动者派遣运行过程中,完整的劳动关系分割为主劳动关系(名义劳动关系)和从劳动关系(实际劳动关系),完整的用人单位分割为派遣单位即名义用人单位和要派单位即实际用人单位两个不完整的用人单位,完整的劳动管理分割为内部劳动管理即要派单位的劳动管理与社会化劳动管理即派遣单位的劳动管理两部分不完整的劳动管理,完整的用人单位之于劳动者的全部权利义务分割为名义用人单位之于劳动者的权利义务部分和实际用人单位之于劳动者的权利义务部分。

当然,限制需要注意可操作性。关于增加禁止性规定和岗位限制的意见^[18],笔者认为,操作性存在问题,会增加执法成本,也很难落实。至于二审稿关于“劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立2年以上的固定期限劳动合同”的规定,则

没有必要,因为通过劳动合同终止补偿金的规定足以解决任意解雇问题。关于“应该明确试用期”^[19]的意见,由于第57条已经规定“劳务派遣单位是本法第2条所称用人单位”,所以也没有必要。

五、预防竞业原则

关于竞业限制,应该实行预防竞业原则,即只对轻微的用人单位难以举证的涉及商业秘密的行为进行预防性限制。至于严重的易于举证的行为,有知识产权保护法及公司法和反不正当竞争法,应该处罚的对象是盗窃他人商业秘密的用人单位;涉嫌犯罪的,还有刑法。这些已经超出了劳动合同法的范围,不应该由劳动合同法来规定。所以,不应该试图在这部法中完全解决商业秘密保护问题。

关于竞业限制,有论者认为,草案除了保留原劳动法第31条的规定外,又对员工离职进一步放宽。接受了企业提供的特殊待遇、掌握商业秘密的员工可以随意离职,其违约成本极低甚至是零成本。这些规定将使用人单位那种通过加强投入、主动留人的措施和方案基本上丧失法律效力。^[20]二审时,也有委员认为,尽管多数情况下劳动者处于弱势地位,但有些时候处于弱势地位的劳动者也会“反客为主”。在一些企业尤其是高科技企业,掌握技术或者公司机密的员工有时候就处于强势地位。这些员工为获得更高的待遇会选择投向竞争对手公司,但草案对应该如何限制这些员工的行为规定并不充分。^[8]还有委员认为“2年”的时间规定得太短,应该更长一些。或者是“在特殊的岗位,了解了这个企业的特殊秘密”的人,对这样的人应该有更严格的限制,应该加上这个规定,这部分人“根据约定不得泄露用人单位有关的秘密”,希望能够加强对这方面的控制力度,以利于我们国家的经济在科技高速发展的时期能够维持公平竞争的局面。^[21]笔者认为,这个问题应该辩证地看,不能光考虑企业一方,也应该考虑劳动者。目前已经出现了天价违约金,对劳动者是不公平的,限制了其择业自由;并且,光考虑企业一方容易造成某些企业垄断稀缺人才,对其他企业也是不公平的。此外,劳动合同法不

是万能的,其他问题可以通过反不正当竞争法、知识产权保护法和刑法解决(不应该混淆劳动法与公司法、反不正当竞争法及知识产权保护的界限)。否则,任意提高违约金,不利于劳动力自由流动,也不利于劳资合作。因此,应该实行预防竞业原则。从草案的具体规定来看,基本上体现了“预防竞业原则”。

需要指出的是,二审稿对劳动合同中的竞业限制人员范围作出了限定,竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他知悉用人单位商业秘密的人员。这样规定是完全正确的。否则,普通劳动者将会受到极大限制。但二审稿取消了对违约金数额的限制,这将会导致天价违约金的出现,对劳动者的自由流动形成很大障碍。

六、余论

《劳动合同法(草案)》自一审到二审,一直争论不断。既有关于立法宗旨和指导原则的争论,也有关于具体法条的争论;既有合同期限方面的争论,也有立法与执法关系方面的争论;既有关于竞业限制的争论,也有关于劳动者派遣的争论。笔者认为,除了立法技术方面的问题之外,所有争论都是立法原则的争论;而之所以出现如此激烈的指导原则之争,主要原因有四,一是对市场经济与劳动法的不同理解,二是对劳动关系现状的不同判断,三是不同的价值选择,四是不同的利益追求。关于利益追求问题,由于用人单位和劳动者立场不同,自然无法统一,能够实现的只有妥协;关于价值选择问题,既涉及稳定与发展的选择,也涉及经济增长目的——是为增长而增长还是共享经济发展成果;关于劳动关系现状的判断,应该依据客观事实而不是凭空臆断(全国人大常委会的劳动执法大检查充分说明了问题的严重性);关于市场经济,不能笼统肯定(不应该限于与计划经济比较),而应该进一步分析——存在好的市场经济(符合社会正义原则的、公平的市场经济),也存在坏的市场经济(官商勾结、两极分化的市场经济);关于劳动法,其出现本身是对民法的矫正,通过公权力(主要是建立劳动基准)与团体力量(主要是集体谈判)的介入来矫正事实上

不平等的劳动关系从而实现劳资平等,进而保持劳资合作的顺利进行、保证生产经营的持续发展。因此,应该坚持上述立法原则。只有这样,才能保证劳资关系的和谐,从而实现社会和谐。

注释:

①关于劳动者派遣,草案一审稿使用的是“劳动力派遣”、二审稿使用的是“劳务派遣”。笔者认为,劳务派遣这一语词的要害是规避劳动法,把本来应该劳动法调整的社会关系退回民法调整。劳动力派遣也不准确。劳动力是个多义词,一般指依附于劳动者的劳动能力,只能交易和使用,不能派遣;能够派遣的只有劳动者。因此,应该借鉴日本的做法(日本称为“劳动者派遣”),改为“劳动者派遣”。

参考文献:

- [1] 董保华. 我们应该要一部什么样的《劳动合同法》[N]. 第一财经日报, 2006-03-31.
- [2] 汪伟. 劳动合同法草案引发法学界分化[J]. 新民周刊, 2006, (21).
- [3] 王毕强. 《劳动合同法》二审, 企业裁员门槛提高[N]. 经济观察报, 2006-12-24.
- [4] 田享华. 劳动合同法草案争议再起, 专家质疑僵化劳动关系[N]. 第一财经日报, 2007-01-11.
- [5] 郭晋晖. 《劳动合同法》争论继续: 谁真正代表工人利益[N]. 第一财经日报, 2006-04-07.
- [6] 许浩. 《劳动合同法》草案二审, 常凯、董保华再争锋[J]. 中国经济周刊, 2007, (3).

- [7] 田享华. 不要立“贵族劳动者的保护法”[N]. 第一财经日报, 2006-03-31.
- [8] 程刚, 崔丽. 劳动合同法该如何偏向劳动者[N]. 中国青年报, 2006-12-28.
- [9] 关于立法目的——审议劳动合同法草案发言摘登(二)[EB/OL]. 中国人大网, 2006-12-30.
- [10] 叶逗逗. 二审劳动合同法[J]. 财经, 2007, (1).
- [11] 陈欢. 保护和损害之间如何换算[N]. 21世纪经济报道, 2006-04-04.
- [12] 董保华. 劳务派遣的法学思考[J]. 中国劳动, 2005, (6).
- [13] 李坤刚. 我国劳务派遣法律限制初探[J]. 中国劳动, 2005, (?).
- [14] 刘敏. 上海市首份人才派遣调研报告发布[N]. 新闻晨报, 2005-06-24.
- [15] 钟鞍钢. 劳务派遣工维权遭遇法律难题[N]. 法制日报, 2005-06-20.
- [16] 陈香伊. 人才派遣中的劳动关系[N]. 人才市场报, 2005-12-20.
- [17] 蔡跃进. 劳务派遣中的问题与对策[J]. 中国劳动保障, 2004, (7).
- [18] 陈丽平. 劳动合同法草案公开征求意见后再次提请审议, 法律委对各界意见作出全面回应[N]. 法制日报, 2006-12-25.
- [19] 杨做多. 劳务派遣单位对被派遣劳动者应明确规定试用期[N]. 法制日报, 2006-12-27.
- [20] 董保华. 劳动立法不应造成新的失衡[J]. 中国新闻周刊, 2006, (16).
- [21] 关于竞业限制——审议劳动合同法草案发言摘登(六)[EB/OL]. 中国人大网, 2006-12-30.

Towards the Guiding Principles for Labor Contract Legislation With Comments Upon *Labor Contract Law (Draft)* and Relevant Remarks

LIU Cheng

(Faculty of Law and Politics, Shanghai Normal University, Shanghai 200234, China)

Abstract: The current guiding principles for labor contract legislation in our country should be such principles as highlight the protection of laborers, increase the cost of violation of law, stabilize labor relations, restrict labor dispatching, and prevent competitive activities, which is determined by the labor law's particularity and the reality of severely imbalanced labor relations in current China. Only by adhering to these principles can we guarantee harmony of the labor-capital relationship, thus realizing social harmony. Generally speaking, *the Labor Contract Law (Draft)* abides by the principles mentioned above. However, there are still some technical problems with certain concrete clauses.

Key words: Labor Contract Law (draft), guiding principles, highlight the protection of laborers, increase the cost of violation of law, stabilize labor relations, restrict labor dispatching, prevent competitive activities

(责任编辑: 苏建军)