

中国社会学研究会 2016 年年会

目 录

第一部分 劳动法的基本理论问题（第一册）

1. 合意在劳动法中的命运..... 曹燕 3
2. 跨国劳动法的兴起：概念、方法与展望..... 陈一峰 21
3. 以可行能力看待劳权——劳动法治的中国进路..... 陈永福 46
4. 供给侧改革中劳动关系的挑战和机遇..... 高建东 刘金祥 63
5. 从延迟退休看劳动权保障范围界定..... 黄鹏辉 71
6. 劳动法视野下社会协商制度的构建..... 林嘉 80
7. 全球经济下行背景下的劳动法选择——兼评《劳动合同法》相关责难..... 刘诚 103
8. 法律父爱主义视阈下劳动权保护路径..... 吕惠琴 123
9. 劳动者信赖利益保护的价值分析和制度分析..... 马永保 137
10. 劳动的本征与劳动关系的内涵..... 彭光华 142
11. 供给侧改革背景下劳动法治建设的机遇与挑战..... 伍奕 153
12. 中国劳动市场法制的历史演进与反思..... 薛长礼 167
13. 互联网+ 背景下我国下劳动法的修改与完善..... 朱慧 陈慧颖 178
14. 论雇主联合限制竞争雇员的反垄断规制——以美国法为视角..... 班小辉 186
15. 内地和英国、香港关于劳动关系确立标准的比较和借鉴..... 黄振东 204
16. 浅析劳动关系的法律适用..... 金英杰 222
17. 论劳动者主体资格之认定——以高校实习大学生为例..... 秦怡然 237
18. 共享经济视阈下互联网约出租车劳动关系研究..... 汪强 247
19. 我国政府部门聘用人员劳动关系的转型及其立法规制..... 王继远 263
20. 就业歧视法律规控对策之探寻——以《反就业歧视法》为归宿..... 王哲 274
21. 我国非全日制劳动关系立法之思考..... 谢德成 289
22. 公司高管的劳动者身份判定及其法律规则..... 谢增毅 303
23. 我国企业劳动关系非规范化运行的症结及其应对 ——兼评近期《劳动合同法》讨论中的两种观点..... 杨鹏飞 318
24. 浅析我国女性就业歧视救济..... 曾晓敏 徐婷婷 330

25. 转型时期我国青年就业的困境及法律解决机制.....	张琳	338
26. 被派遣劳动者同工同酬权保护研究.....	陈春林	352
27. 台湾地区台风假制度分析及其借鉴.....	胡玉浪 方维忠	365
28. 美国高管薪酬追回制度最新发展及反思——兼评美国 2015 年 7 月 1 日《高管薪酬追回制度建议稿》	江玉荣	379
29. TPP 中劳工标准对中国劳动关系的影响和对策研究.....	林燕玲	392
30. 对我国加班法制之反思.....	孙国平	411
31. 论劳务派遣用工企业的雇主性质——日本判例争点与派遣法修改的意义.....	田思路	418
32. “4.5 天工作制”是良策还是鸡肋.....	王皎皎 王丹丹	432
33. 劳动者旷工相关问题评析	王立明	442
34. 我国企业职工医疗期制度研究.....	尹明生	456
35. 劳动标准与贸易和投资协定挂钩的历史演进、当代特点与未来趋势.....	郑丽珍	466

合意在劳动法中的命运

曹燕

【摘要】 劳资私法自治根植于“劳动关系的善良风俗”，并因符合劳动法秩序而获得合法性。劳动关系善良风俗的形成有赖于劳资力量的“对等”与国家理性的“回归”。如果要使劳资私法自治具有真实不虚的意义，需要一种能够维护劳动关系善良风俗的制度基础并将其转化为私法自治内容的巧妙的制度安排，即建立在集体劳动关系法与劳动基准法之上的劳资私法自治。在自成一体又动态发展的劳动法制度框架内，化解善良风俗与私法自治的冲突，形成内化于劳动法秩序，既“相克相生”又相辅相成的劳资合意制度。只有得到劳动关系道德基础的支撑，劳动法中的合意才有广阔的发展空间。在缺乏劳动关系善良风俗制度保障背景下，过早实施劳动法规制缓和是违背劳动关系治理规律的不明智举措。

【关键词】 合意；劳动关系的善良风俗；私法自治；劳动法；民法

引言

继受于罗马法的“合意”是缔约当事人就涉及法律关系的规则通过意思表示达成一致的“意思联合”^{[1] (P. 739)}。“合意作为意思自治的体现是缔约当事人对自己利益和义务的衡量和肯定”^(P. 49)。以“合意”为基础的私法自治一直被奉为“自由经济”的制度圭臬。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(2014年10月23日发布)将民法典的编纂摆在“依法治国”的突出位置。未来，通过“合意”的“私法自治”在我国法律领域内大举扩张似乎势不可挡。¹在这样的情势下，对于“私法自治”的干预显得如此地“不合时宜”！《中华人民共和国合同法》(2008年1月1日颁行，以下简称《劳动合同法》)自其实施之日起就引来无数非议，至今仍纷扰不休。争议的焦点是：我国劳动关系的规制模式应当选择建立在“劳资双方个体合意”基础上的“私法自治”模式，还是选择建立在劳动基准的国家强制与劳资集体协商干预劳动条件形成的所谓“管制”模式？这一争议隐含了一个前提：劳资个体合意与劳动标准之间是“此消彼长”的对立关系。一些合同法理论，例如“关系契约理论”(斯图尔特·麦考尼尔 Stewart Macaulay)、“事实合同理论”(京

作者简介：曹燕，法学博士，西北政法大学教授。

¹近年来，我国民商事法学对合意问题的研究更加深入，行政法学和诉讼法学都纷纷引入这一概念，期望以此建构一种建立在社会各主体合意基础上的新型社会治理模式。具有代表性的观点可见于下列文献：张泽想：“论行政法的自由意志理念”，载《中国法学》2003年第2期；陈保中、蔡爱平：“从‘强制’到‘合意’：行政执法方式改进的路径选择”，载《上海大学学报(社会科学版)》2007年第5期。康力：“在‘强制’与‘合意’之间：我国诉讼调解制度的困境与出路”，载《现代法学》2012年第3期。

特·豪普特 Günther Haupt)、“继续性合同理论”(基尔克 Gierke)、“公共政策理论”(Jessel, M. R)以及“基本权利的第三人效力理论”(施密特 Schmidt)等,都无法为化解私法自治与外力干预之间冲突提供充分的理据。与众不同的是,德国民法学家

维尔纳·弗卢梅认为:私法自治与合同自由只能基于法律秩序而存在。^{[1](P. 20)}他将前述诸理论所阐述的干预合同自由、限制私法自治的因素统统归入“善良风俗”,将“外力干预”内化于善良风俗的法律秩序,使其成为私法自治的效力源泉。如果说劳动法的存在与发展是一种事实,在制定民法典的宏伟蓝图下,基于私法自治的合意被奉为制度楷模和社会治理之“神器”,那么,劳动法面临的迫切问题便是:基于私法自治的合意在失去“善良风俗”的劳动关系秩序中何以自处?该问题的所有情形以及与此相关的各种问题之分析,将在下文如此顺乎逻辑地展开:首先,回顾私法自治与法律秩序的经典论述,梳理限制私法自治的理论源流,凭借弗卢梅教授的论点,反思“私法自治干预论”的缺陷,结合劳动关系历史的、自然的非正义秩序特征,提出:劳动关系的“善良风俗”与劳资个体的合意自治共同构成劳动法的整体框架,与民法合意基础不同的是,雇佣劳动关系“非正义”秩序导致善良风俗需要制度性的建构与矫正,这是“私法自治”在劳动关系中获得法律效力的基础。(第一部分)。其次,通过回顾分析雇佣劳动关系历史的、自然的非正义秩序形成的理念与制度基础的代表性文献和国际劳工政策,论证包括劳动基准法和集体劳动关系法在内的劳动立法与劳工政策如何可能以及可能如何祛除劳动关系的封建性,揭示现代劳动关系“善良风俗”有别于民事关系善良风俗形成的特殊路径,阐明劳动关系的“善良风俗”是以劳动基准法所体现的国家理性与建立在集体劳动关系法所形塑的“劳资力量对等”基础上的劳资理性之上的劳动关系的“良善秩序”,这是劳资私法自治合法性的基础(第二部分)。再次,在劳动关系具备善良风俗道德基础的前提下,进一步解释如何将国家理性与劳资集体理性转化为劳资个体合意的理论解释与制度安排,针对劳动合同书面形式的强制、禁止滥用解雇权利和劳动合同违约金规制等一些在我国《劳动合同法》实施中极具争议的限制劳资个体合意的立法问题,通过对比分析先进工业国家相关立法、判例与法学理论,揭示如何在劳动法制框架内,化解该等强制性条款与劳资私法自治的矛盾与冲突,从正反两个层面证明:只有在劳动关系善良风俗之下“私法自治”才能“安身立命”。只有当“劳动关系的善良风俗”得到制度化保障,民法的合意规则才可能被运用到劳资合意之中,据此,劳动法中的合意既具有特殊性也具有普遍性(第三部分)。最后,通过分析我国劳工政策从劳动关系私法自治的治理模式向重塑劳动关系“善良风俗”治理模式的转型

过程，反思我国劳动法框架体系在重建劳动关系道德基础中的制度缺陷，提出我国劳资合意面临的首要问题是，如何重建劳动关系善良风俗并化解或者缓解劳动关系中私法自治与善良风俗之间可能存在的冲突问题，制度构建应着力于将劳动关系善良风俗的社会理念“自然”转化为劳资私法自治的内容（第四部分）。

一、私法自治、法律秩序与劳动关系

（一）私法自治及其限制性理论

一般情况下 包括合同自由在内 通过法律行为来形成法律关系的自由被称作“私法自治”^{[3] (P.142)}。合同属于法律行为的下位概念，是私法自治设权行为的主要形式。^{[1] (P.719)} 《学说汇纂》将^{[1] (P.8)} 合同定义为“二人或多人针对同一标的所达成的一致或合意。”合意体现了私法自治的本质特征——“自主决定”。自 19 世纪以来，私法自治在发展自由经济，推动社会现代化进程中的重要价值获得普遍肯认，然而进入 20 世纪，私法自治在劳动法等领域被大大削弱。^(P. 720) 一些深富洞见的论断为限制私法自治的正当性提供了颇具说服力的说明。^{[1] (P. 17)}

德国学者基尔克首次提出“继续性合同理论”。注意到当时德国处于社会转型时期，私法自治遭遇到个体与集体、私人与国家的利益冲突而面临社会问题的重重压力，基于限制合同自由使其与社会法的思想相协调，他主张：实践中债务履行的时间虽然多数是集中在特定时间的一次性给付，但也存在需要一段时间内持续进行债务履行的情形，前者可被称为“一时性合同”，后者可称作“继续性合同”。^{[4] (P.123 - 124)} 劳动合同属于典型的继续性合同。与一时性合同不同的是，继续性合同的给付具有反复不断的持续性，需要当事双方保持持续的信赖关系。由于当事人无法完全预见未来的变化，因此，合同内容具有不完备性，需要当事人之后继续协商确定。^{[5] (P. 28 - 29)} 对包括劳动合同在内的继续性合同的自由进行限制，是为了防止针对不完备合同的欺诈，保障当事人之间的诚信与信赖，维持长期合作关系，这是立法限制合同自由的社会道德理据。

1941 年，德国民法学家京特·豪普特（Günther Haupt）提出“事实合同理论”。他将直接依据法律，基于特定“行为”而非“合意”形成法律关系的情形纳入事实合同范畴：^{[1] (P. 111 - 113)} 公共交通中的给付关系和基于不生效的合伙或者雇佣关系产生的长期之债。该理论认为，对于那些虽然无效但已经被履行的合同，如果认定其无效将有损于社会交往的信赖关系。豪普特力图通过“事实合同”赋予那些似乎不存在“合意”但却维持着长期合作关

系的行为以法律效力，以维护信赖与社会合作。事实合同理论意在防止因欠缺合意而伤害长期合作形成的事实上的交易关系。

“关系契约理论”由美国学者斯图尔特·麦考尼尔于20世纪60年代提出。该理论基于人的有限理性和人的社会性，提出对意思自治绝对自由的限制。与继续性契约相似。考尼克认为人的有限理性使得契约应当给当事人规划将来的交易关系留有余地。美国学者格兰特·吉尔莫反思了自由契约理论的道义局限，认为古典契约理论将个人承担社会责任的义务降到最低，削弱了基于信赖的社会联系，自由放任的制度模式最终导致了“契约的死亡”。日本学者内田贵认为，契约不过是社会交往的形式，很多契约内容并非由合意来确定，而是自然确定的事实，关系契约制度为契约行为随着社会交往的发展变化提供了“弹性装置”。关系契约理论在合同法和劳动法领域都产生积极影响。

1875年，美国法官 Jessel.M. R.在 *Printing & Numerical Registering Co.v. Sampson* 案的判词中的经典表述，阐明了以公共政策限制合同自由的依据：“合同自由原则的基础是，如果赋予私人以通过法律上具有强制执行效力的协议来安排自己的事务的广泛权

[9] (P. 320 - 321)

利，公共利益可以因此而获得促进”。但是，当某种公共利益超越了合同自由给当事人带来的利益时，法院倾向于拒绝强制执行合同。*Stemamen v. Metropolitan Life Ins. Co.*案的判词则清楚的表达出“公共政策”理论的核心观点：“订立合同的权限并非不受限制，作为一般原则，当事人在这一点上享有最大限度的行为自由，但是立法、公共政策以及事物的本质都会对该权利有所限制。当事人订立的违反法律或者公共政策的

[9] (P. 321)

合同没有约束力。

上述理论具有一种隐含的思维倾向：合同自由受到的限制来自于私法体系之外，相对于合同自由与私法自治而言，该等限制皆为“外力”，这些理论虽然解释了“外力”干预的正当性，却无法回答“干预”与私法自治之间如何协调的问题，从而导致了相关理论在处理带有强烈“外力”干预色彩的法律领域，比如劳动法与私法协调的问题时，其解释力被大大地削弱了。在定位劳动法与私法的关系时，这种理论缺陷不仅导致劳动法独立地位的动摇，同时，也使得私法自治处于尴尬境地。

(二) 私法自治与法律秩序

对于私法自治的基础,维尔纳·弗卢梅正确地认为:私法自治虽然使得当事人得以自由意志为自己设定权利,但是它本身不构成造法行为。私法自治必须获得它所依托的法律秩序的认可才能获得法律效力,法律秩序基于“人类应享有自决权”这一基本原则而承认私法自治的效力。私法自治形成的法律关系与法律秩序一同构成了私法自治行为的原因。既然,私法自治的核心是设权行为(法律行为),它的效力来源于法律秩序的认可,那么可以说:私法自治以法律秩序为基础并与其一同构成了“人类自主决定原则”所形成的私法体系。这种理论进路的优越性在于:化解了限制合同自由理论难以协调私法自治与“外力干预”的冲突问题,提供了使“外力”干预与私法自治和谐共存于法律框架内的理据。该法律框架具有开放性:它不否定私法自治在法律秩序中的核心地位,但强调包括立法、司法、公共政策乃至社会道德伦理所共同构建的法律秩序是私法自治获得法律效力的基础,法律秩序对私法自治的“限制”并非是对自主决定的压制,而是为了保障私法自治的合法性并使其与社会价值观念协调一致,使得私法自治适应社会发展的价值变迁,与时俱进。

(三) 劳动法的秩序:劳动关系中的“善良风俗”与“私法自治”

相较于私法,劳动法具有较为广泛的强制性规范,私法自治在劳动关系中的空间被认为“所剩无几”。如何处置受到强制规范限制的私法自治与合同自由素有争论。德国学者帕夫洛夫斯基(Pawlovs-ki)认为,应当将这一部分的私人关系从整个私法体系中剔除出去,而由“社会法”调整,从而保障私法上的决策自由,但遭到其他民法学者的反对。德国学者一般认为劳动法是特别私法,并认为要在二者之间划出一条清晰的界限是十分困难的。面对这样的冲突,有识之士一般认为:“任何一个法律制度都只能在其政治制度的框架内提供通过法律行为实施的私法自治”。立法、政策与社会道德共同建构其价值基础并形成具备“一切公平和正义的思想者之礼仪感”的“善良风俗”之秩序。有悖于善良风俗的私法自治行为,法律不会强制执行。由于存在法律与道德的冲突,法律强制执行“崇高”的道德规范将可能背离“自主决定”的基本原则。因此,只有那些背离社会道德且违反公共秩序的私法自治行为才因违反善良风俗的事实构成而

无效。弗卢梅教授深刻洞见：善良风俗体现出一个特定时期内，对于法律秩序道德性的社会共识，即道德感。由于道德感会随着社会发展和人类智识的进步而不断提高，因此，善良风俗的秩序框架是开放的：立法、司法和公共政策不断丰富其内涵并拓展其外延，相应地，身处其中的私法自治也将受到越来越多的规范和矫正。因此，“善良风俗”的秩序基础与私法自治之间是体系内的“协调”并相辅相成，而非体系外的“干预”而此消彼长。

与民商事交易关系相比，劳动关系的秩序肇始显得相当“不幸”。由于身份依附的特质，资本主义生产方式下的劳资主体具有结构性力量不对等的特征。雇主在“私有财产神圣不可侵犯”的私法原则之下，将“劳动者”当作商品性的“劳动力”纳入其私权统治之下，“私法自治”与“合同自由”在相当长的历史时期纵容了雇主滥用权力，私法自治的前提——“自主决定”对劳动者来说被“他主决定”所代替。一些经典文献都详尽地描述了这一历史时期，人类社会一般“善良风俗”在劳动关系中消失殆尽的事实，并警醒后世：在背离了善良风俗的劳动关系秩序中贯彻私法自治将引发灾难性的后果。² 作为规制非自主性劳动的规范体系，劳动法的历史发展、当代形象与未来发展都围绕着如何在力量不对等的劳动关系中重建“善良风俗”，使劳动关系中的“私法自治”与社会秩序的道德基础相一致，从而推动而非阻碍社会进步。劳动法体系在利益对立而又相互依存的社会力量相互竞争而又相辅相成的作用下不断发展完善，因此，劳动法在相当程度上指引人类社会前进的方向。

二、合意的劳动法秩序基础：劳动关系“善良风俗”的重建

亚里士多德以降的西方政治哲学，对处于依附地位的劳动者存在着普遍而久远的偏见。亚里士多德及其追随者认为，人应当运用自己全部的智力与才干去追求体面的生活，而他必须具备用以判定其行为是否有助于实现体面生活的理性。这是“自由人”的标志，使其有资格享有自主决定权利，“私法自治”的合理性亦因此不证自明。然而，劳动者却被长期排除在体面生活之外。汉娜（阿伦特为

²关于雇佣劳动关系发展的早期，劳工生活境况的分析可见于下列经典文献：美 E. P. 汤普森：《英国工人阶级的形成》，钱乘旦等译，译林出版社 2001 年版。俄恩·弗列罗夫斯基：《俄国工人阶级的现状》，陈瑞铭译，商务印书馆 1984 年版以及约翰·勃雷：《对劳动的迫害及其救治方案》，袁贤能译，商务印书馆 1959 年版。关于早期雇佣劳动合同化规制及其后果的分析参见 Robert J. Steinfeld:

这些被她尖酸地形容为“劳动动物”的人被不公正对待的正当性进行辩解：劳动者一般为别人的生活消费而工作，他们从未创造过永恒于世的价值，也没有对公共秩序产生过积极影响，更何况，他们一直处于他人权力控制之下，从未被允许在社会公共空间表达他们的意志，无论从其生活目的还是生活状态来看，劳动者被隔离在“为追求良好的社会秩序与道德”的体面生活之外。因此，处于依附性地位的劳动者被认为缺乏理性。私法自治与其从不相关。这种哲学传统在西方思想史上根深蒂固，虽经后世之扬弃，但仍深刻影响了资本主义的伦理道德。

19 世纪得到自由企业制度支撑的合同自由与私法自治的发展“登峰造极”，自由主义此时与私法自治自然结合，形成合同自由的观念，它与由小企业主、个体商人或独立手工业者构成的流动性社会中的正义观念紧密相连。功利主义的正义观为合同自由的正当性提供了理据：正因为合同自由使当事人的福利最大化，所以，社会整体利益也随之最大化。“自由主义”和“功利主义”“完美结合”成为那个时代“善良风俗”的道德基础。这就不难理解，早期资本主义政府坚持以合同自由和私法自治为由，放任雇主滥用合同权利，任意压低劳动条件，罔顾劳动者陷入“水深火热”的境地。然而，面对自由放任经济带来的层出不穷且日益严重的社会问题，资本主义的政治精英们逐渐认识到：任由雇主滥用合同权利将加剧自主决定与社会公正之间的矛盾，不利于政府对社会的有效管制。罗尔斯在反思功利主义和传统分配正义基础上提出了“矫正正义”理论，为 20 世纪以来对劳动关系领域合同自由规制模式的修正提供了道德观的说明。罗尔斯将正义视为社会制度的首要价值，为了保障社会交往中因非自然地、偶发的原因处于不利地位的人的利益不受社会更大利益地威胁，他提出了自由原则与差别原则来弥补传统正义观的不足，主张只有当社会分配最大限度地增加处于社会中最不利益者的利益时，正义的道德观才会容忍分配的不平等。这就为国家通过劳动基准立法，强制雇主不断维持和提升劳动条件，增加处于依附地位的劳动者的人权利益，从而维持劳动关系安定并维护雇主统制的正当性提供了道德基础。

与劳动基准立法相比，资本主义国家承认劳动者集体行动的合法性则是更为晚近的事情。涛慕斯（博格教授进一步拓展了罗尔斯的正义理论，提出“关系正义论”，为劳动者集体行动维持和提高劳动条件的权利基础提供了有力说明：他质疑罗尔斯公平正义论通过对处于不利境遇者的利益补偿机制来处理分配不公

可能导致的非正义秩序的有效性，提出“关系正义”理论：正义必须落实到人类交往关系中，只有改革社会结构历史地与自然地不平等，使得社会中处于不利境遇的人不受不公正的对待，正义秩序才有真实不虚的意义。具体到劳动关系，“关系正义”要求处于依附地位的劳动者在劳动关系中应被当做和雇主一样的人来对待。劳动者虽然应当服从雇主的管理，但并不因此丧失自主决定提高劳动条件的权利，如此，集体劳动关系法的发展便有了道德理据。随着劳动关系秩序道德性不断提升，公正对待依附地位的劳动者逐渐成为现代劳动关系治理的社会共识，劳动者作为社会平等主体的公民权利在劳动关系中获得制度化的拓展，国际劳工组织在过去百多年的时间里致力于拓展劳工权力并完善其制度体系，建构了劳动法的现代形象，并通过“体面劳动”政策主导了未来劳动法的制度发展：致力于促进工作中的权利、就业、社会保护和社会对话。“体面劳动”政策为现代劳动法秩序提供了新的道德共识：劳动领域的制度构建应促进劳动者在自由、公正、安全和具备人格尊严的条件下，获得体面的、生产性的工作机会。日本学者菅野和夫提出了将体面劳动理念运用于制度建构的劳动法基本原则：对等决定劳动条件原则和保护劳动者人权原则，使其成为重建现代劳动关系善良风俗的制度基石。对等决定劳动条件原则指引集体劳动关系法的发展并保障其合法性，保障处于依附地位的劳动者最大限度地享有自主决定权。保障劳动者人权原则意在通过国家强制性基准立法，防止雇主滥用权利，保障劳动者获得体面生活的劳动条件，确保劳动者在依附性关系中被公正对待。该等原则将劳动法体系中两大支柱性制度——集体劳动关系法和劳动基准法整合起来：劳动基准法体现的是国家维护劳动者为“人”之尊严，维持私人（雇主）对私人（劳动者）“统治”的正当性与合法性，从而体现国家维护经济发展与一般社会公平理念相适应的治国“理性”（也称“国家理性”）；另一方面，通过集体行动，维持和提高劳动条件，改善劳工之生活境况，使曾经为“富”而狂的雇佣劳动关系中的人们逐步认识到良好的合作以相互尊重而非强制服从为前提时，真正的劳动法律秩序随之形成。

综上，劳动关系中的“善良风俗”不是由来有自，而是在长期的劳资博弈中，通过劳动基准法和集体劳动关系法使国家理性与劳资理性回归到劳动关系之后逐步形成的价值共识和行为习惯。

三、劳动关系“善良风俗”与私法合意的冲突与协调

(一) 劳动关系的“善良风俗”转化为私法合意的制度机理

在集体劳动关系法与劳动基准法共同再造了劳动关系善良风俗之后，劳资之间通过意思自治形成劳动条件的合意才获得劳动法秩序的认可，从而获得合法性。但是，在劳动法制度框架中基于劳动基准法和集体协议形成的强制性规范如何转化为劳资私法合意的内容，需要进一步的理论解释。对此问题有代表性的理论解释有二：“反射效力”理论和“间接第三人效力”理论。

台湾地区学者陈继盛提出“反射效力理论”：劳动基准法是公法性质的规范，应自然构成雇主依诚信原则产生对劳动者照顾与保护的法定义务，形成劳资合意的当然内容。雇主违约，劳动者可藉由民法请求雇主给付合乎劳动基准法的劳动条件，否则，可以拒绝提供劳务、解除劳动合同以及请求损害赔偿。该理论将强制性规范看作劳资私法合意的效力来源，雇主违反该义务则被推定过错，应当承担损害赔偿 responsibility。日本学者菅野和夫进一步明确区分劳动法与民法中的合意：只有当劳动协议的内容符合劳动基准法、集体协议和就业规则的基本原则并对劳动者有利的前提下，劳资个别合意才具有优先性。³

“间接第三人效力理论”是德国法律界发展出的理论进路：基于私法冲突中由于力量不对等，使其中一方实际丧失了意思自治的可能时，国家应承担保护其基本权利的义务，基本权利对劳动法的适用使得私人得以通过宪法权利保障获得对私权强权的防卫权。基本权利使得雇主所负之公法上的义务同时直接转化为雇主对劳动者所负之劳动契约义务，雇主违约应承担债务不履行的法律责任。这使得劳动者在雇主违反劳动保护义务时，不仅可依基本权利保护，主张损害赔偿，也可依债务不履行向雇主主张私法权利。

(二) 化解劳动关系善良风俗与私法自治冲突的制度安排

当善良风俗的法秩序与劳动关系的私法合意产生冲突时，应如何在劳动法制度框架内妥善化解冲突？以下就从我国《劳动合同法》实施中涉及“强制”与“自治”而备受争议的三个制度问题入手，通过制度与理论的东西镜鉴与中外比

³菅野先生是在论证民法中新型契约理论与劳动契约之分野时，将上述观点作为分析劳动契约不同于“关系的契约”、“组织的契约”以及“制度的契约”之独特趣旨的基础。参见[日]菅野和夫：《劳动法（第十版）》，日文原文，东京弘文堂株式会社，2012年12月15日版，第85页。

较，解释如何可能及可能如何化解劳动关系的善良风俗与私法自治之间的矛盾，从而使其“自然”转化为劳资合意内容的制度安排。

1. 劳动合同书面形式的强制规范：合同自由与保护诚信的协调

由于17世纪之前，“general assumpsit”之诉的发展使非正式合同普遍具有了强制执行力，为了阻止那些“通常力图通过伪证或者收买作伪证的方法进行的欺诈行为”，英国国会于1677年制定了《防止欺诈法》，将“自订立之日起一年内不能履行完毕的合同（一年合同，其中包括不能在一年内履行完毕的雇佣合同）”纳入合同形式强制范围内，要求其必须采取书面形式并由当事人签字，否则不得就该协议提起诉讼。尽管该法在1954年被英国国会基本废止，但是，仍然在美国合同法中保留下来。然而，该法在司法适用中却不断被侵蚀，法院对于强制执行书面雇佣合同一直抱有审慎的态度，他们质疑书面合同的理由是：其不能很好的发挥证据功能，不能把重要的长期继续性合同与那些短期合同区分开来以及很难判断此类合同是否能在一年内履行完毕。因此，法院在判断雇佣合同是否应采取书面形式时，将裁量的尺度从“一年内不能履行完毕的雇佣合同”放宽到“一年内不可能履行完毕的雇佣合同”，即如能证明该合同不具备一年内履行完毕的客观可能性，那么就不强制要求以书面形式订立。

尽管书面合同对维护交易诚信，尤其是在关系契约中防止欺诈具有一定作用，但是，合同形式自由已成共识。基于合同自由原则，台湾学者黄越钦主张劳动合同成立的“二阶段论”，认为劳动合同成立虽不以书面为要件，但只有当劳动者被纳入雇主的劳动组织，建立从属关系时才告完成。这就使得劳动合同是以行为为允诺的合同，只要合理证明该行为（无论是提供劳务的行为，还是给付工资的行为）存在，那么对雇主滥用强势地位进行欺诈的担心就是多余的。例如，德国劳动法一般通过集体合同对劳动合同的形式做出规定，同时，《证明法》、《联邦职业教育法》和《劳务派遣规制法》都赋予劳动者请求将某些实质性劳动合同条款书面化的权利，如果雇主违反这些规定，劳动者有权要求侵权损害赔偿。这种制度安排在权衡合同自由与合同诚信之间张弛有度，进退得宜。

反观我国《劳动合同法》第 10、14 和 82 条的规定：以双倍工资和强制订立无固定期限劳动合同来强制劳资双方订立书面合同，以立法排除当事人双方通过合意寻求救济，不仅提高了维护诚信的成本，而且可能造成权利滥用。⁴

2. 滥用解雇权的禁止：雇佣自由与劳动者利益的权衡

依照解雇保护法的基本原理，雇主如果缺乏客观上合理之理由解雇劳动者，将因有悖于社会一般通行理念，构成权利滥用而无效。然而实践中不少雇主利用过苛之内部劳动规则，恶意解雇劳动者，侵害劳动者的权益。具体化解雇事由的立法概念，必须在劳动者人权利益和雇主解雇权之间进行合理权衡，使其既不危害劳动关系的善良风俗，又不会不当干涉雇佣自由。

美国法院凭借 1877 年“伍德规则”认定劳动合同可以任意终止，据此，雇主可以基于任何理由，甚至毫无理由的解雇劳动者，自由雇佣传统由此建立。然而，时至 20 世纪 70 年代，司法发展大大扩张了劳动者的权力并有力限制了雇佣自由，司法变革体现出的共识是：“完全的机会主义解雇是可诉的”。艾伦（彼得斯法官的判词清楚表达了这一共识的内涵：“如果前受雇人能够证明确实因为不合理的原因而遭到解雇，并且这种不合理的程度构成了对公共政策的严重违反，那么雇主应承担损害赔偿 responsibility”。然而，很少有法官将该原则绝对化，从而使雇主仅仅因为无正当理由解雇就要承担责任，因此，美国法院一般不会将“恶意违约”规则延伸到劳动关系中。据此，美国法院发展出的限制自由解雇的审判规则只要求解雇不严重违反公共政策，以维护诚实信用的善良风俗，以此缓解解雇自由与善良风俗之间的冲突。德国《解雇保护法》以解雇的“社会正当性”概念作为规范解雇事由的基础，要求解雇员工必须基于其人身（例如疾病等）、行为或者其他在企业中继续雇佣有悖重大经营需要。这是一个不确定的法律概念，概因实践中之解雇情形千差万别，立法漏洞需要通过判例来填补，德国最高法院大量判例发展出来的司法标准以“最后手段原则”、“预测原则”和“利益权衡原则”将“社会正当性”概念具体化为以下审判规则：雇主只有在穷尽继续雇佣的所有可能性后，判断该雇佣关系在未来无法继续，法官得在权衡解雇或者继续雇佣对劳资双方利益影响的正当性后，裁决解雇是否有效。与该等发达国家相

⁴ 《中华人民共和国劳动合同法实施条例》（2008 年 9 月 18 日颁布）第 5 和 6 条中规定：如果劳动者在规定期限内不与用人单位签订书面劳动合同的，用人单位应书面通知劳动者终止劳动关系。该条有意防范劳动者滥用权利，故意不签订书面劳动合同谋取不当利益。

形，我国相关立法也存在概念界定的法律漏洞，然而，我国司法实践没有形成维护劳动关系善良风俗与劳资自治之间合理权衡，理念一致的司法标准。

对于劳动者提供劳务之品质所引发的解雇，我国《劳动合同法》第 26 条第 2 款规定必须达到“不能胜任工作”的程度，立法本意是将其限定在劳动者客观上“学识能力”不足并不是因为主观上“疏忽懈怠”，或者违反忠诚义务所致之事由。然而，实践中却常常存在滥用此项权利，以过于严苛的内部规则来达到恶意解雇劳动者的目的，如今在企业管理中盛行的“末位淘汰”即是典型事例。被“末位淘汰”的员工主观上并无疏忽懈怠，客观上也并非不能胜任工作，只是在与其他员工的业务竞争中“落败”，最多只能说明该员工的能力逊色于那些比他业绩好的员工，并不足以证明其不能胜任工作。被末位淘汰的劳动者需要技能提升和培训，但依照解雇保护制度一般通念，解雇一个合格但不优秀的员工是不合理的。以“劳动竞赛”方式提高劳动效率的企业管理模式由来已久，但是以此为由，解雇劳动者有滥用雇佣权利之嫌。幸运的是，最高人民法院发布的《全国民事审判工作会议纪要》（2015 年 4 月征求意见稿）（以下简称《纪要》）第 60 条规定：用人单位不得以“竞争上岗”或“末位淘汰”为由解雇劳动者，否则将构成违法解雇，劳动者有权请求继续履行合同或支付赔偿金，但是，如果劳动者同意签署具有该等条款的劳动合同，则视为其放弃本条之救济。该规定既防止了雇主滥用解雇权，又为劳资自治留有余地，设计相当精巧，妥当处理了善良风俗与劳资自治之间的权衡问题，但这并不表示在同类型案件中业已形成理念一致的司法标准。

对于劳动者私生活以及业务外行为的惩戒权限制问题，我国法律并无明文规定，实践中不乏雇主不当干涉劳动者之私生活而解雇的事例。以深圳市罗湖区人民法院判决的“何某某与深圳市实业有限公司劳动争议案”为例，该案中何某某因违反计划生育政策被公司解雇，法院以何某的行为违反公共政策为由，认定解雇合法。⁵此判决涉及雇主是否可以“超生”这种涉及劳动者私生活的行为为由，行使惩戒权的问题。国际劳工组织所推行的体面劳动政策，将工作与家庭的平衡

⁵法院对该案的审判意见如下：“计划生育是我国一项基本国策，任何人均有遵守的义务，原告在不符合计划生育政策的情况下生育二胎，其行为违反了法律规定，被告据此解除与原告之间劳动合同，符合法律规定，不构成违法解除劳动合同”，参见深圳市罗湖区人民法院民事判决书第（2014）深罗法民四（劳）初字第 885 号，载中国裁判文书网：http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/gd/gdsszsjrmfy/szsl-hqrmfy/ms/201412/t20141216_4894524.htm，最后访问日期：2015 - 06 - 25。

作为促进就业和劳动保护的重要目标。对于劳动者私生活与惩戒权的关系问题的代表性观点认为：应当在保障劳动者优厚之私生活前提下，以劳动者应圆满遂行企业活动之义务为必要限度，不能以劳动合同来支配劳动者之私生活（菅野和夫），只有当劳动者之行为相当程度地侵害了雇主业务上的利益、名誉与信用时，解雇才具有合理性（下井隆史）。足以解雇的行为应当达到违反公共政策以致于影响企业之社会评价、信用评级或者工作秩序之维持等严重程度（荻尺青彦）。据此，该案中劳动者虽然违反了计划生育的公共政策，但此行为并没有严重到不解雇劳动者，将会危及用人单位的工作秩序或者其业务上的利益、名誉与信用。该判决权衡劳动者私生活与雇主惩戒权之间的合理性实有检讨空间。上述两种司法意见在处理企业滥用解雇权的问题上态度迥异，体现出法院处理此类案件时，缺乏基于“善良风俗”之司法标准，当法律漏洞遇上“依法办事”，常常出现违背劳动关系善良风俗的司法裁判。同样，那些在解雇权与劳动者权利之间妥当权衡的判决，由于缺乏善良风俗社会通念的支持，很难具体化为一般审判标准。

3. 劳动合同违约金的规制：择业自由与公平竞争的权衡

择业自由是劳动者的基本权利，由于劳动合同具有强烈的人身属性，强制执行劳务给付义务因有强迫劳动之嫌，违背劳动关系的善良风俗，而被原则性的禁止，因此，禁止要求劳动者支付辞职、离职违约金已经成为通例。然而，我国《劳动合同法》仍承认诸如竞业禁止、服务期违约金的合法性，但并未明确规定违约金的支付标准，致使实践中用人单位以高昂的违约金限制劳动者自由择业的现象层出不穷，有悖于劳动关系的善良风俗。

以成都市武侯区人民法院审理的“四川西婵整形美容医院有限公司诉董某某劳动争议案”为例，法院针对原告请求被告依照劳动合同竞业禁止补充协议约定的违约责任，即上一年度平均工资的150倍计算违约金，共计5430950元人民币，做出裁决：由于董某某是低端的助理咨询师职务和较短的工作时间及原告未举证证明被告违约行为造成的实际损害等因素，参照双方约定的标准，酌定由被告按照其户籍所在地上一年度最低工资标准计算1年的违约金，共计10560元人民币。⁶此案中，法院不支持堪称“天价”的违约金诉求，改按劳动者居住地最低工资标准计算赔偿金，固然有效维护劳动者择业自由，但引发另一种风险：

⁶成都市武侯区人民法院民事判决书第（2013）武侯民初字第5089号，载中国裁判文书网 http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/sc/sc-scdszjrmfy/cdswhqrmfy/ms/201412/t20141212_4705747.htm，最后访问日期：2015-06-25。

以最低工资标准排除竞业禁止违约金的合意，可能因大大降低劳动者的违约成本而使其有滥用权利，造成新的不公平竞争。法院之所以会陷入这种困境，是因为法官在处理具体案件时并不愿意对限制竞争的合同进行实质公平的审查，这一方面是因为现代对价理论并不要求实质上的等价，另一方面限制离职后竞争所涉及的劳动者利益与雇主利益权衡缺乏行业内一致性标准，法官“造法”风险很大。由于我国行业性、地区性行业集体协商制度不全、机制不畅且效果不彰，很难形成违约金、补偿金等一般行业和地区标准，法官审理此类案件由于“无标准可依”，选择适用法定的劳动标准恐怕也是一种无奈的“依法裁判”。

然而，当法院通过判决认可行业内的自治规范并将其作为判决依据时，便缓解了上述矛盾。海南省高级人民法院判决的“海南航空股份有限公司与张鹰劳动合同纠纷上诉案”（以下简称“张鹰诉海南航空案”）就是典型判例。与近些年多数民航飞行员跳槽的遭遇相同，张鹰作为海南航空付费培养的飞行员，由于合同约定服务期几乎是终身制，加之昂贵的培训费致使服务期违约金形同“天价”而跳槽无望。在此之前，多数类似案例中，法院均依据《劳动合同法》第 22 条的规定，以费用返还为原则支付违约金为由判令劳动者败诉。然而，“张鹰诉海南航空案”的判决中，海南省高院没有援引《劳动合同法》第 22 条，转而援引经国务院同意并由最高人民法院转发的“五部委 104 号文件”以及民航总局民航发[2006]109 号文件的规定精神：原航空公司为培养飞行员所发生的费用，应由日后招用飞行员的航空公司与原航空公司主动协商支付，从而判令张鹰无需支付培养费，此问题由日后招用他的航空公司与海航公司协商解决。⁷这是飞行员跳槽“零赔付”的典型判例。通过司法认可航空行业规范的法律效力来缓解《劳动合同法》服务期法定违约金与劳动者择业自由之间冲突的作法，突破了我国法定服务期违约金的限制，体现了司法判例在劳动法制度框架内协调善良风俗与私法自治之间良性互动的“桥梁”功能。

从以上三个问题的分析可见，与民法领域相同，劳动法制度框架内也存在“私法自治”与“善良风俗”之间的冲突现象。化解此等冲突，需要基于劳动关系善良风俗的社会共识，它有赖于劳动基准法、集体合同、司法判决以及行业性规范等多元法律机制予以协调。这就说明：我们需要一种灵活而开放的劳动法制

⁷海南省高级人民法院民事判决书第（2008）琼民一终字第 22 号，载北大法意数据库 http://www.lawyee.net/Case/Case_Data.asp?ChannelID=2010102&Keyword=&RID=218337，最后访问日期：2015 - 06 - 25。

框架，能够将劳动关系善良风俗的秩序道德内化于劳资私法自治的制度安排。在这样的劳动法框架内，基于私法自治的合意必须依赖劳动基准法与集体劳动关系法对劳动关系秩序的“矫正”，基于私法自治的合意建立的劳动契约法与劳动基准法、集体劳动关系法以及劳动行政法等各种强制性规范一起构成了劳动法制度框架的“全体像”，并因符合该框架所建构的“劳动关系善良风俗”的法秩序而获得合法性。换言之，劳动法制度框架加之于劳资合意的强制性规范，不是压制劳资自由，而是保障劳资私法自治与劳动关系秩序相协调，从而实现劳动关系安定的规制目的。劳动法从不否认劳资之间的合意自由，但强调必须保证这种合意是在劳资力量对等前提下达成的，否则它不仅劳动法秩序内无法获得法律效力，即使是在民法领域，也将因为违背“自主决定”的基本原则而无效。劳动法律体系框架不仅可为基于私法自治的合意提供合法性保障，又能提供协调其与善良风俗之间冲突的制度解决方案，因此，合意在劳动法制度框架内足以安身立命，只不过其所依据的制度基础与效力来源与民事关系中的合意不同，这体现了劳动法与民法的制度分野，但并不妨碍合意的一般规则在劳动法秩序许可的范围内得以适用，从这个角度考察，劳动法中的合意既有独特性，也具有普遍性。

从合意的角度分野劳动法与民法的立法例可见于日本。日本的劳动契约受到《劳动基准法》的长期规制，但是，2007年日本颁布《劳动契约法》（2012年修订），成为劳动关系规制缓和的转点。日本学者一般认为两部法律中劳动契约的概念并无不同，但是，仍然强调劳动契约是在劳资对等的前提下形成的合意。众所周知，日本劳动法体系中劳动基准法和集体劳动关系法占据主要地位，一直以来，对劳动标准的强制维护以祛除劳动关系的封建性为其宗旨并已经成为日本雇佣习惯。近年来，为经济发展之需有放松管制之趋势，《劳动契约法》应运而生，但日本《劳动基准法》同时并行。在处理二者关系时，学者主张区分劳动契约法上的劳动契约规则与劳动基准法上的劳动契约规则。劳动契约法并没有推翻劳资对等决定劳动条件的前提，只是在此基础上，放宽了劳动合同成立时劳资个体合意的空间，准予在不违反劳资对等决定劳动条件原则的前提下适用民法规则。对于缓解劳动法强制性规范对于劳动关系私法自治的冲突除了前述各项途径之外，另一种更为简洁的路径是“豁免”，也称劳动法的适用除外，它是将某些主体排除在劳动法适用范围之外，或者在某些特殊情形下免除雇主承担劳动法责任

和义务的规则。恰当地运用适用除外规则也可缓解私法自治与劳动标准之间的冲突，适用除外的劳动关系可由民法等其他法律规制。

然而，必须注意的是，日本劳动关系规制放松是建立在相当成熟的雇佣习惯，即具有现代意义的“劳动关系善良风俗”基础之上的，放松管制并不是否定既有的劳动法秩序，恰恰相反，正因为“善良风俗”已经成为习惯，放松管制不会引发劳资理性的丧失，反而能够平衡劳资利益。同样，在劳动关系“善良风俗”有完备制度保障的德国，劳动法才会被看做是民法之特别法，但是，对于劳动关系善良风俗尚未形成或者缺乏制度性保障的转型国家，过早地实施劳动关系规制缓和是不明智的，也是不符合劳动法制发展的一般规律的。

四、合意在我国劳动法中的困境与前景

我国劳动法制体系在计划经济向社会主义市场经济转型中不断完善，并在相当长的历史时期内服务于企业改革。《劳动部关于建立社会主义市场经济体制时期劳动体制改革总体设想》（1993年12月21日发布，以下简称《总体设想》），全面概括了当时劳动关系治理的基本思路——倡导发挥市场机制在劳动力资源开发利用和配置中的基础性作用，以劳动合同为基本方式建立劳动关系，通过劳动关系双方自我调节和政府适当干预来保持劳动关系稳定。它确立了合同自由与私法自治在我国劳动法制度体系中的核心地位，对劳动立法、司法与执法都影响深远并流传至今。该政策对当时打破计划经济桎梏，赋予雇佣劳动关系合法性功勋卓著，由此形成我国劳动关系“私法自治”的治理模式，其特点是：由劳资个体自由合意为基本驱动力，以合同自治作为规范劳资合意的法理基础，意图通过私法自治保障劳资信赖，从而形成稳定的劳动关系。然而，这种私法自治理念主导的劳动关系治理模式存在系统性的风险，因为其赖以生存的劳动秩序基础——“劳动关系的善良风俗”缺乏制度保障。劳动关系的善良风俗是劳动基准立法、集体劳动合同、司法裁判以劳动政策等多种制度共同构建的，在失去善良风俗的劳动关系秩序中贯彻私法自治对社会治理所带来的灾难性后果已为历史一再验证，但是，我国劳动立法体系中劳动基准、劳动监察和集体劳动关系立法都相当不完善。在缺乏“劳动关系善良风俗”制度基础的背景下出台的《劳动合同法》，杂糅了劳动政策一贯的私法自治理念以及应对长期缺乏善良风俗保

障的劳动关系趋于不稳的实用性考量等，相互矛盾又未充分澄清的价值目标，为围绕《劳动合同法》展开的长期争拗埋下隐患。

当前，我国劳动法学界形成两种代表性意见：一方面，有学者认为《劳动合同法》建立了以劳动基准和国家管制为特点的劳动关系规制模式，对通过合意的“劳资自治”过度干预，不利于经济健康发展。这一观点与当今经济学界的主流观点高度契合。⁸另一方面，亦有学者充分肯定《劳动合同法》中的强制性基准条款对劳动关系和谐稳定的价值和意义，并极力鼓吹在此基础上加大集体谈判和集体协商的力度，从而不断提升劳动条件，并认为这对提升中国经济品质意义深远。该等论争的理论出发点是一致的：将劳资私法自治与劳动法秩序相互对立，导致“管制”与“自治”之间孰优孰劣、孰是孰非的纷争不断。然而，从劳动法法律制度整体框架和秩序特征考察，此类论争的理论出发点是错误的。

令人欣慰的是，《中共中央、国务院关于构建和谐劳动关系的意见》（2015年3月21日发布，以下简称《意见》）为重塑我国“劳动关系的善良风俗”提供了政策支持。《意见》强调：完善保障职工工资报酬、休息休假、劳动安全卫生等劳动条件保护立法，要求全面推进劳动保障监察网格化、网络化管理，实现监察执法向主动预防和统筹城乡转变。该等政策直面我国劳动法制框架的薄弱环节——劳动基准和劳动监察，将完善相关立法和制度建设，保障劳动者基本权益纳入政府责任范畴，将维护劳动关系和谐稳定的国家理性重新注入劳动法制框架，明确了公共政策和劳动立法在塑造劳动关系善良风俗中应当发挥的积极作用及其作为方式。同时，《意见》也强调，着力推进中小企业劳资双方就提高和维护劳动条件进行集体协商，推动在中小企业集中的地方建立区域性、行业性职工代表大会，完善企业职工民主管理制度，明确了加强集体协商等制度的实效性建设，不断改善职工工作条件对推进和谐劳动关系以及社会经济发展的促进作用。由此可见，与90年代《总体设想》不同的是，《意见》正确把握劳动法的道德基础与劳资自治在劳动法律制度框架中的地位与功能，突出强调劳动关系道德基础的制度重塑，体现出对于重塑劳动关系“善良风俗”的政策远见和制度自信。这是在转型升级新常态下我国劳动关系治理的重大政策转型。尽管，实现该《意

⁸ 《劳动合同法》颁行之初，张五常先生即在自己的博客上发文质疑《劳动合同法》，提出“劳动合同法养懒人”、“中国劳动合同法中无固定期限劳动合同将搞垮中国经济”等观点。这集中表达了国内企业界对该法的基本看法。参见郑尚元：“《劳动合同法》的功能与制度价值分析”，载《深圳大学学报（人文社会科学版）》2008年第3期。

见》所勾勒的制度发展蓝图在未来相当长的时间内仍任重道远，但明确了劳动关系制度框架的道德基础之于劳动法治的重要性。《意见》所表达出的政策导向对我国劳动关系中的合意制度发展指明了方向：失去了善良风俗，劳资自治将无法自处。

结 论

劳动关系的“善良风俗”与劳资合意共同构成劳动法的整体框架，与民法合意基础不同的是，雇佣劳动关系“非正义”秩序导致善良风俗需要制度性的建构与矫正，这是“私法自治”在劳动关系中获得法律效力的基础。重塑劳动关系的“善良风俗”，实现体面劳动，需要完善的劳动保护制度，强有力的劳动监察，有效率的集体协议以及广泛而及时的社会对话与合作，实现这些目标，通常需要劳动基准制度、集体合同制度、司法裁判乃至劳工政策等多重制度不拘一格而又错落有致的搭配，如果要使私法自治在劳动关系治理中具有真实不虚的意义，需要构建一种能够将善良风俗转化为私法自治内容的巧妙的制度安排，在自成一体又动态发展的劳动法制度框架内，化解善良风俗与私法自治的冲突，形成内化于劳动法秩序，既“相克相生”又相辅相成的劳资合意制度。

当前，我国劳资合意面临的首要问题，不是应不应该“强制”，或者说“强制”的多与少的问题，而是如何通过制度重塑并落实劳动关系的善良风俗，这需要建立一种包括劳动立法、司法、执法乃至集体协议、劳动争议处理体系在内的动态开放的劳动法律制度框架，化解或者缓解劳动关系中私法自治与善良风俗之间可能存在的冲突，从而将劳动关系善良风俗的社会理念“自然”转化为劳资私法自治的内容。在尚未具备形成劳动关系善良风俗的制度基础之前，过早地放松对劳动关系的规制是违反劳动法发展一般规律的不明智举措。只有得到劳动关系道德基础的支撑，劳动法中的合意才有广阔的发展空间，由此既显现出劳动法与民法之重要分野，也使二者之间建立妥当联系成为可能。

跨国劳动法的兴起：概念、方法与展望

陈一峰*

一、全球化条件下的劳工保护

进入二十一世纪以来，全球化继续向纵深发展，日益成为思考和应对诸多政治、经济、社会问题的大背景。全球化不仅仅加深了世界各国在经济政治上的相互依赖程度，同时也加深了环境、贸易、劳工、人权等各个不同社会领域之间的关联程度。全球化还在一定程度上模糊或者消解了国际和国内的绝对区分，传统上属于国内管辖的事项越来越多地受到国际组织、国际法和国际关系的影响。如劳工保护这样传统上被视为主权国家管辖的事项，也越来越也深刻地受到全球化的影响。可以说，全球化已经成为我们今天思考劳工保护所必须加以考虑的大背景和限定性条件，主权国家的权力运作深刻地受到全球化的限定和改造。

劳工保护在全球化时代是一个突出的社会和政治问题。在全球化时代，跨国公司获得了在全球布局生产链的能力，而其中低廉的劳动力成本则往往是跨国公司投资生产决策的重要考量因素。全球化重新分配了资本和劳工之间的权力关系，强化了资本的权力，弱化了劳工的权力。随着通讯、交通等技术的发展，随着贸易自由化和国际投资便利化的深入发展，资本、商品、技术、生产和消费都实现了高度全球化，劳工日益被视为是全球化中保守和消极的力量。劳工的政治权力和影响力在不断下降。

如何应对全球化，现有的劳动法制度遭遇着一系列深刻的挑战，应对乏力。第一，从劳动法的调整对象来看，全球化条件下，越来越多的劳务外包，带来劳动关系非标准化。⁹而传统的劳动法主要是适用于标准劳动关系，劳动关系的非标准化使得现有劳动法在适用上面临着诸多困难。第二，现有劳动法不敷所用。全球化带来了移民工人、海外派驻工人、外劳接受和管理等劳工跨界移动等问题，而传统的国内劳动法和国际劳动法显然还没有跟上全球化的步调，对跨国

* 法学博士，北京大学法学院讲师。本文初稿曾报告于“全球化背景下的中国劳动法治”专题研讨会（北京大学法学院，2015年12月26日），得到与会专家和同事的建议性意见，谨此致谢。本文是国家社科基金项目“全球化背景下国际劳工组织及其劳动立法与中国劳动法治的完善研究”（批准号15BFX133）的阶段性研究成果。电子邮箱：yifeng.chen@pku.edu.cn。

⁹ See generally Katherine Stone, A New Labor Law for A New World of Work: The Case For A Comparative-Transnational Approach, 28 Comparative Law and Policy Journal (2007) 565-581.

劳工的保护不充分。第三，越来越多的劳工保护问题发生在劳动法体系之外。劳工问题和贸易、投资、环境、人权等问题深刻地交织在一起，劳工权益的保护和实现日益深刻地受到国际贸易体制、国际投资保护制度运行的影响。第四，越来越多的劳工保护发生在主权国家管辖外的机构和场所。譬如国际金融机构的业务活动，就经常涉及劳工政策的制定；国际人权机构会大量处理劳工权利保护的问题；区域性国际组织如欧盟在劳工领域制定了大量的条例和指令。劳工保护日益成为一个具有很强渗透力的话语，不仅影响相关国际机构的日常运作，同时也正在重塑劳工保护的法律秩序和法律空间。如何在全球化条件下促进和实现劳工保护，已经成为劳动法学的新课题。

面对这些新的发展，西方学界从上世纪 90 年代初开始关注经济全球化对劳工规制的影响，一方面关注生产的全球化格局带来的劳动关系形态的变化，另一方面探索“跨国劳动管理”（transnational labour regulation）的可能性及其路径。¹¹2000 年以后，在不同的名称之下，例如“国际劳工维度”（international labour dimension）、劳工关系规制方面的跨国主义”（transnationalism in the regulation of labor relations）、¹²¹³“全球劳动法”（global labour law）、¹⁴跨国劳动法（transnational labour law）等，¹⁵越来越多的学者开始关注“国界之外的劳动法”（labour law beyond borders），¹⁶关注劳工保护的溢出问题，关注主权之外的劳工保护问题。最近几年，越来越多的相关研究开始采用“跨国劳动法”这个概念，跨国劳动法成为一个话语旗帜。

¹¹ See Katherine Van Wezel Stone, Labor and the Global Economy: Four Approaches to Transnational Labour Regulation, 16 Michigan Journal of International Law (1995) 987-1028.

¹² David M. Trubek et. al, Transnationalism in the Regulation of Labor Relations: International Regimes and Transnational Advocacy Networks, 25 Law and Social Inquiry (2000) 1187-1211.

¹³ Brian Burkett, The International Labour Dimension: An introduction, in John D. R. Craig & S. Michael Lynk (eds.), Globalization and the Future of Labour Law, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp.15-50.

¹⁴ Harry Arthurs, Reinventing Labor Law for the Global Economy: The Benjamin Aaron Lecture, 22 Berkeley Journal of Employment and Labor Law (2001) 271-294.

¹⁵ See Antonio Ojeda-Aviles, Transnational Labour Law, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2015; also Adelle Blackett & Anne Trebilcock (eds.), Research Handbook on Transnational Labour Law, Cheltenham: Edward Elgar, 2015.

¹⁶ Patrick Macklem, Labour Law Beyond Borders, 5 Journal of International Economic Law (2002) 605-645.

从西方学界现有的研究来看，跨国劳动法已经成为一个新的研究热点。跨国劳动法汇聚了学界当下对主权之外劳工保护机制的思考和探索，相关研究发展迅速，正在以一种积极的姿态回应全球化条件下的劳工保护和社会正义问题。跨国劳动法的研究目前在西方学界受到高度重视，相关研究刚刚起步，其方法论和研究对象等方面也存有很大的不确定性，但是已经迅速成长为一个引人瞩目的新兴研究领域，值得深入关注。

国内学界对于全球化条件下劳工的国际保护问题也有一些初步的研究，但是主要是国际经济法方面的研究，例如对于国际贸易体制下劳工保护的探讨、¹⁷对跨国劳动监管的制度建构等。¹⁸劳动法学界的研究集中在国际劳工标准本身及其在中国的适用，在这些方面，相关研究已经颇为深入细致。¹⁹有些学者的研究已经在一定程度上触及了跨国劳动法的内容，例如对劳动法域外适用的反思等。²⁰总的说来，国内学界对于跨国劳动法还是相对陌生的，对前述问题的研究仍然是个别而孤立的，不成体系，相关问题值得进一步探讨。

对于全球化条件下的劳工保护，有必要确立一个系统的理论和分析框架，整合现有的理论和实践，同时又更好的引领和推进学术研究。借用并借鉴国际学界对于“跨国劳动法”的研究，结合现有的国际实践，本文试图对跨国劳动法的若干基本问题做了一个初步的探索，希望加强和改善国内学界对这个问题的理解。同时考虑到国际学界目前对于跨国劳动法的研究在理论方面仍然缺乏体系性，本文着重于对跨国劳动法的理论和方法论进行系统化地阐述。本文在第二和第三部分对国内劳动法和国际劳动法在全球化条件下面临的困境进行简要地梳理，由此

¹⁷ 参见杨松才：《国际贸易中的劳工权利保障研究》，法律出版社 2013 年版；李雪平：《多边贸易自由化与国际劳工权益保护——法律与政策分析》，武汉大学出版社 2007 年版；刘文华主编：《WTO 与中国劳动法律制度的冲突与规避》，中国城市出版社 2001 年版；梁洪杰：《论国际贸易中的劳工标准》，对外经济贸易大学 2009 年博士论文；戴德生：《国际贸易体制中的劳工标准问题研究》，华东政法大学 2007 年博士论文；胡政武，《贸易自由化与劳工权益的国际法律协调制度研究》，西南政法大学 2007 年博士论文。

¹⁸ 郑丽珍：《跨国劳动监管制度的重构》，北京：社会科学文献出版社，2014 年。

¹⁹ 参见林燕玲主编：《国际劳工标准》，中国劳动社会保障出版社 2007 年版；余云霞：《国际劳工标准》，社会科学文献出版社 2006 年版；刘旭：《国际劳工标准概述》，中国劳动社会保障出版社 2003 年版；石美遐：《全球化背景下的国际劳工标准与劳动法研究》，中国劳动社会保障出版社 2005 年版；杜晓郁：《全球化背景下的国际劳工标准分析》，中国社会科学出版社 2007 年版；林燕玲著：《国际劳工标准与中国劳动法比较研究》，北京：中国工人出版社，2015 年；杨帅、宣海林著：《国际劳工标准及其在中国的适用》，法律出版社 2013 年版。

²⁰ 孙国平：“论劳动法的域外效力”，载《清华法学》，2014 年第 4 期，第 18-46 页。

引出跨国劳动法发生的背景。在第四至六部分，本文对跨国劳动法的概念、特点、主要内容、局限性等问题做了具体分析。

二、国内劳动法的困境

随着全球化的深入，现有的国内劳动法面临诸多挑战，已经不能充分、有效地回应全球化背景下劳工保护的复杂性。²¹主权国家对于其境内外国投资公司的劳工政策管制能力有限，很多涉及劳工保护的公司经营方案和策略是在跨国公司总部决定的，而当地的工会和劳工行动往往很难发挥有效影响。以摩托罗拉 2012 年全球裁员为例，总部决定全球裁员 4000 人，2/3 是在美国以外的地区进行，中国地区裁员超过 1000 人。南京摩托罗拉公司执行其美国总部的决定进行裁员，既未依法提前 30 日向工会和全体职工说明情况、听取意见，也未向当地人力资源和社会保障部门报告和登记，尽管当地员工采取了抗议等行动，但是对于企业大规模裁员的决定，基本没有产生实质性的效果。

又如，主权国家面对劳工的跨境流动，管理能力有限，保护乏力。随着全球化的深入，劳动力的跨境流动已经成为常态。我国工人劳动权益在海外受到侵犯而酿成惨案的事例也屡见不鲜。2008 年 4 月 1 日，外交部发言人姜瑜在例行记者会确认，在赤道几内亚(*Guinea*)承建工程项目的大连某公司的近百名劳务人员，在当地进行罢工，引发冲突，造成中方人员 2 死 4 伤。²²

国内劳动法在应对全球化中的第一个问题是劳动法原则上不具有域外效力。劳动法是具有高度属地性质的部门法，国内劳动法的适用一般遵循属地原则。一般说来，一个国家的劳动法仅仅适用于本国领土管辖范围内所建立的劳动关系。这也是绝大多数国家劳动立法所采取的法律原则，德国、法国、意大利、西班牙等国莫不如此。我国劳动立法采取的是同样的立场。1994 年《劳动法》第 2 条规定：“在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织和与之形成劳动关系的劳动者，适用本法。”2007 年《劳动合同法》也仅仅适用于中国境内的用人单位。

劳动法域外适用的情形很少，从实践来看，主要有以下两种情况。第一种情形，是在涉外劳动合同的适用上。根据当事人约定或者东道国法院的冲突法规则，

²¹ See Harry Arthurs, Reinventing Labor Law for the Global Economy: The Benjamin Aaron Lecture, 22 Berkeley Journal of Employment and Labor Law (2001) 271-294, at 281-285.

²² 2008 年 4 月 1 日外交部发言人姜瑜举行例行记者会，
<http://www.fmprc.gov.cn/ce/ceee/chn/ztlm/zgwjbfyrth/t420120.htm>

适用外国的劳动合同法。在这种情况下，不少国家的立法都要求本国关于劳工保护的强制性规范不应当被规避。第二种，是一个国家在其劳动立法上或者司法实践中单方面将某些特定劳动法规范予以域外适用。国内法的域外适用，各国都比较谨慎，在劳动法领域尤其如此，这种域外适用往往只是针对某些少数特定的情况。目前只有美国和英国有非常少量的有关域外适用的立法和司法实践，例如美国的1967年《反对就业年龄歧视法》，在经过1984年修订以后，可以适用于美国公民在海外被美国公司或者其分支机构雇佣的情形。²³英国国会上议院在2006年的一个决定中，确认英国的1996年《雇佣权利法》可以在很有限情况下适用于被英国雇主派往海外的工人。²⁴可见，除了极个别例外情况，世界各国的劳动法都是在领土管辖范围内适用的。

需要说明的，美国在其普惠制政策和对外贸易法中，单方面要求普惠制受益国和贸易国遵守美国认定的“国际公认之劳工标准”。这样的法律具有一定的域外政治效果，但这并不构成美国劳动法的域外实施。这样极具侵犯性的对外政策往往构成对他国内政的不法干涉，有很强的霸权色彩。

更根本的问题，是国内劳动法背后的主权想象和限定。劳动法背后隐含的运行架构是主权国家。主权国家支配着传统劳动法学思维，主权无须出场却无处不在。传统劳动法学者对于劳动法的理解是社会性的，劳动法的主要职能要调整劳动关系，纠正劳动者和雇主之间在权力上的不平等地位，从而保护劳动者。劳动法的基本假设是在一个主权国家的疆域之内，国家通过积极干预，来调整劳动者和雇主之间的权利义务关系。在传统的劳动法思维中，主权既是一个稳定的

²³ Carson Sprott, *Competitive and Fair: The Case for Exporting Stronger Extraterritorial Labor and Employment Protection*, 33 *Hastings International and Comparative Law Review* (2010) 479-500, At 487-488. 除此以外，美国的劳动法也是严格的属地主义，反对域外适用的。也有学者认为美国实践中对劳动法容忍了一定程度的域外适用，See Katherine Van Wezel Stone, *Labor and the Global Economy: Four Approaches to Transnational Labour Regulation*, 16 *Michigan Journal of International Law* (1995) 987-1028, at 1011-1019. 对美国劳动法域外效力的详细考察，参见 James Michael Zimmerman, *Extraterritorial Employment Standards of the United States: The Regulation of the Overseas Workplace*, New York: Quorum Books, 1992.

²⁴ See William L. Keller & Timothy J. Darby (eds.), *International Labor and Employment Laws*, Third Edition, Volume 1A, Arlington, VA: BNA Books, pp. 8-12 – 8-14.

法律框架，也是可能性的法律边界。传统上劳动法主要是一个国内性质的法律部门。²⁵

在全球化条件下，劳工保护规则的生成、适用、实施很多时候是在主权国家之外的法律空间发生的，有的还是在传统劳动法领域之外发生的。例如，近年来越来越多的自由贸易体制开始涉及劳工权利的实施，最近的一个例子是 2015 年《跨太平洋伙伴关系协定》（TPP）。在美国的推动下，该协定对劳工保护做了专章规定，并且允许对劳工保护的争议诉诸争端解决。国际组织在其业务活动中也越来越多的涉及劳工保护，例如国际金融公司要求借款方遵守特定的劳工标准。大量的劳工保护事项发生在主权国家之外，相关规则的制定和实施往往也不通过主权国家、更无须主权国家的同意。主权国家对于劳工保护不再享有垄断性的特权，甚至在一定情况下，还可能成为被实施劳动法的对象。

三、国际劳动法的局限性

回应全球化条件下劳工保护的第二个可能的路径，是国际劳动法。国际劳动法的发展，缘起于 1919 年成立的国际劳工组织，国际劳动法指以国际劳工组织制定的国际劳工公约、宣言和建议书为主体的有关劳工保护的原则、规则和标准。迄今为止，国际劳工组织发展出来的国际劳动法，涉及劳工保护的方方面面，体系完整，内容庞杂。自 1919 年成立以来，迄今国际劳工组织已制定了 195 项国际劳工公约（含 6 项议定书），通过了 204 项建议书。²⁶国际劳工公约也不能自动对成员国生效，成员国也并无法律上的义务必须要批准或者采纳。²⁷

从内容上来看，国际劳动法的内容既涵盖了免于强迫劳动、结社自由、不受歧视、集体谈判等基本劳工权利的确立，也涉及最低工资和工时保护、职业安全和卫生等劳动工作条件的规定，并且对国家的就业政策、培训、劳动监察、社会保障等方面也做了相关规定。此外，对于特殊群体，例如妇女和未成年人就业保护、移民工人保护、海员保护等方面，国际劳动法中也有大量规定触及。国际劳动法对于世界各国尤其是发展中国家的劳动立法和实践都产生了重大的影响。

²⁵ Patrick Macklem, *Labour Law Beyond Borders*, 5 *Journal of International Economic Law* (2002) 605-645, at 605.

²⁶ 参见国际劳工组织主页 <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:1:0::NO::>（最后访问日期，2016 年 1 月 2 日）。

²⁷ 参见《国际劳工组织章程》，第 19 条第 5-6 款，参见王铁崖编：《联合国基本文件集》，中国政法大学出版社，1991 年，第 417-437 页。

但是，国际劳工组织和国际劳动法也都面临困境。传统国际劳动法的制定和实施面临诸多问题。²⁸第一，国际劳工立法数量的锐减。从上世纪90年代末开始，国际劳工组织的劳动立法的速度相比之前，已经大大下降。甚至从1998年到现在，国际劳工组织仅仅制定了7项公约和2项议定书。第二，国际劳动法的实施，有赖于主权国家的自愿接受和实施，国际劳工组织强制实施国际劳工标准的能力有限。²⁹第三，国际劳工组织所制定的国际劳工标准，主要都是基于西方工业化国家的国内劳动法经验，³⁰对于发展中国家关注不够，特别是对发展中国家经济转型中的劳工保护问题和劳工法治建设缺乏针对性。

上世纪90年代开始，劳工保护日益成为全球化中突出的社会问题，国际劳工组织于1998年通过了《关于工作中基本原则和权利宣言》，确认了四项核心劳工权利，包括结社自由和有效承认集体谈判权利；消除一切形式的强迫或强制劳动；有效废除童工；以及消除就业与职业歧视。这可以看作是在全球化日益深刻的背景下，国际劳工组织希望通过该宣言捍卫其在保护劳工方面的核心地位，重申其对国际劳工事项垄断管辖的努力。

国际劳工组织在劳工保护方面面临竞争压力。国际劳工组织自身也处在不断被边缘化的危险中，其政治和社会影响力也在不断下降。越来越多的国际组织会在其工作中涉及劳工保护问题，但是国际劳工组织制定的劳动立法对于这些机构并无法律上的约束力。³¹国际劳工组织对劳工的国际保护有其章程基础，也获得

²⁸ See generally Jan Klabbbers, *Marginalized International Organizations: Three Hypotheses Concerning the ILO*, in Ulla Liukkunen & Chen Yifeng (eds.), *China and ILO Fundamental Principles and Rights at Work*, Kluwer, 2014, pp. 181-196.

²⁹ Patrick Macklem, *Labour Law Beyond Borders*, 5 *Journal of International Economic Law* (2002) 605-645, at 618.

³⁰ 国际劳工组织起源上是一个以欧洲为中心、由欧洲国家主导的国际机构，并在此基础上试图对劳工问题建构全球性的普遍管辖。参见 Chen Yifeng, “International Labour Organisation and Labour Governance in China 1919-1949”, in Ulla Liukkunen & Chen Yifeng (eds.), *China and ILO Fundamental Principles and Rights at Work*, Kluwer, 2014, pp. 19-54.

³¹ 在欧盟法律体系内，欧盟的条例和指令才是最主要的劳动法渊源，国际劳工公约居于次要性的地位。参见 Jill Murray, *Transnational Labour Regulation: The ILO and EC Compared*, The Hague: Kluwer Law International, 2001.

国际社会广泛支持，但是国际劳工组织对于劳工保护在国际层面并无专属管辖。³²越来越多的机构和程序绕开国际劳工组织，推行自己的劳工标准和实施程序。

同样地，国际劳动法在应对全球化条件下的劳工保护，也并不成功。根本上说，不论是国内劳动法还是国际劳动法，在意识形态上还是国家中心主义的劳工保护模式。国际劳动法不仅没有改变劳动法的制定和实施的 sovereign 国家架构，相反，很大程度上国际劳动法强化了主权国家在劳工保护方面的中心地位和正当性。

四、 跨国劳动法的提出及其概念

面对全球化条件，国内劳动法和国际劳动法在劳工保护都面临着鞭长莫及、力不从心的困境。全球化带来的真正挑战是非国家化，是要突破主权这个一元的棱镜来重新审视劳工保护的问题。国家已经无力将劳工保护垄断在主权疆界之内。从上世纪 90 年代初，学界关注全球化开始关注全球化导致的劳工保护的溢出问题及其跨国管理的需要。早在 1995 年，美国劳动法学者凯瑟琳·斯通（Katherine Stone）教授，探讨了经济全球化对劳工规制提出的挑战，并比较和分析了有关“跨国劳动管理”（transnational labour regulation）的四种路径。³³

2000 年以后，对“国界之外的劳动法”（labour law beyond borders）问题，日益受到关注，跨国劳动法逐渐成长为一个新的研究领域。英国知名劳动法学者鲍勃·赫普尔（Bob Hepple）教授的《劳动法和全球贸易》（2005）一书虽然沿用了“跨国劳动管理”的概念，但是从劳工保护的角度重新审视了国际组织的实践、相关贸易和投资制度等，具有开创性。³⁴美国纽约大学法学院国际法教授菲利普·奥尔斯顿（Philip Alston）主编的论文集《作为人权的劳动权利》（2005）、³⁵加拿大西安大略大学法学院的约翰·克雷格（John Craig）和 米歇尔林科（Michael

³² 国际劳工组织 1998 年在《关于工作中基本原则和权利宣言》中重申：“国际劳工组织是根据章程授权制定和处理国际劳工标准的国际组织和主管机构，并在促进作为其章程原则之体现的工作中基本权利方面享有普遍的支持和认同。”

³³ Katherine Van Wezel Stone, Labor and the Global Economy: Four Approaches to Transnational Labour Regulation, 16 Michigan Journal of International Law (1995) 987-1028. 2007 年斯通教授再次撰文，强调为了有效的保护劳动权利，“必须采取比较的方法、跨国的视角以及本土的行动”，Katherine Stone, A New Labor Law for A New World of Work: The Case For A Comparative-Transnational Approach, 28 Comparative Law and Policy Journal (2007) 565-581, at 566.

³⁴ Bob Hepple, Labour Laws and Global Trade, Oxford: Hart Publishing, 2005.

³⁵ Philip Alston (eds.), Labour Rights as Human Rights, Oxford: Oxford University Press, 2005.

Lynk) 主编的论文集《全球化与劳动法的未来》(2006)³⁶、瑞士苏黎世大学克里斯汀·布赖宁--考夫曼(Christine Breining-Kaufmann)教授的《全球化与劳工权利:核心劳工权利与国际经济法之冲突》(2007)³⁷的出版,丰富和拓展了跨国劳动法的研究视野。³⁸

近两年出版了两本以跨国劳动法为主题的书,可以说是把跨国劳动法的研究推向了一个新的学术热点。2014年西班牙塞维利亚大学安东尼奥·奥赫达·阿维勒(Antonio Ojeda Aviles)教授以《跨国劳动法》为名出版了一部专著,着重探讨了调整跨国劳动关系方面的冲突法规范和实体劳动法。³⁹2015年加拿大蒙特利尔大学阿黛尔·布莱克特(Adelle Blackett)教授和国际劳工组织前法律顾问安娜·特莱比尔库克女士(Anne Trebilcock)主编了一本《跨国劳动法研究手册》,⁴⁰该书立意新颖,视野开阔,内容丰富,共收录38篇论文,分别从跨国劳动法的法律性、跨国性以及实体劳动法问题三个层面进行了较为深入的探讨。

跨国劳动法的生成和滋长,恰恰是在主权国家管辖之外,或在传统的劳动法领域之外,亦或在传统的劳工保护机构和体制之外。跨国劳动法并非是简单地将国内劳动法或者国际劳动法的适用范围扩展到跨国空间,而是一个全新的、自成体系的理论再造,是在跨国空间之中建设自成一体的劳工保护实体规则、程序规则和机构制度,⁴¹而这个跨国空间本身又是通过管辖、价值、规范、机构等建构而成的。换言之,跨国劳动法的要义在于,它并非是对主权的延伸,而是对主权

³⁶ John D. R. Craig & S. Michael Lynk (eds.), *Globalization and the Future of Labour Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

³⁷ Christine Breining-Kaufmann, *Globalisation and Labour Rights: The Conflict between Core Labour Rights and International Economic Law*, Oxford: Hart Publishing, 2007.

³⁸对前述基本著作,美国威斯康辛大学法学院戴维·特鲁贝克(David Trubek)教授以“跨国劳动法的兴起”(transnational labour law)为题,在《美国国际法杂志》发表了书评。David Trubek, *The Emergence of Transnational Labor Law*, 100 *American Journal of International Law* (2005) 725-733.

³⁹ See Antonio Ojeda-Aviles, *Transnational Labour Law*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2015.

⁴⁰ See Adelle Blackett & Anne Trebilcock (eds.), *Research Handbook on Transnational Labour Law*, Cheltenham: Edward Elgar, 2015.

⁴¹ 伯克特(Burkett)律师也认为国际劳工层面包含三个方面:规范和标准(norms and standards)、程序(processes)和机构(institutions),参见 Brian Burkett, *The International Labour Dimension: In introduction*, in John D. R. Craig & S. Michael Lynk (eds.), *Globalization and the Future of Labour Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp.15-50, at 40-44.

的重构；并非对国内劳动法或者国际劳动法的再述，而是对劳工保护实体规范的再定义和执行机制的重新构建。随着跨国劳动法的发展，劳动法的国内渊源正在逐步被削弱。⁴²

何谓跨国劳动法，对此国际学界尚无明确的定义。甚至在以跨国劳动法为名的两本著作里面，对此也是语焉不详。阿维勒教授更多地探讨了跨国法的概念和特征，没有定义何谓跨国劳动法。⁴³甚至布莱克特教授和特莱比尔库克女士在其主编的论文集的开篇《跨国劳动法的概念》一文中，也回避了对跨国劳动法下定义。⁴⁴可见国外学界采取了一种实用主义的态度，更多地是将跨国劳动法看成是一个研究领域，一面话语旗帜。在跨国劳动法概念化和理论化程度方面，还有不少的工作要做。

本文将跨国劳动法定义为是在跨国空间中或者国际层面上有关劳工保护的规范、机构、制度和程序的总体。这样一个定义具有一定的宽泛性，具体可以从以下三个维度来加以理解。

一是本体论意义上的，注重从规范的角度来考察跨国劳动法，关注跨国劳动法的法律渊源和实体规范。跨国劳动法包含了传统的国际劳动法和国内劳动法部分内容，也包括了国际人权法、国际贸易法、国际组织法和国际私法等领域相关的国际法规范。跨国劳动法研究国际人权法、国际贸易法等相关领域，着重在于发掘相关领域中劳工保护的原则、规则和制度。因此跨国劳动法的面目乍看起来不是纯粹劳动法的，而是一个杂糅了国际法和国内法，混合劳动法和其他部门法的体系。

二是方法论上的，把跨国劳动法视为一个不同主体、规范和制度进行对话的语言、过程和空间。⁴⁵跨国劳动法是一个非中央化的体系，承认法律多元主义，

⁴² Silvana Sciarra, *Collective Exit Strategies: New Ideas in Transnational Labour Law*, in Guy Davidov & Brian Langille, *The Idea of Labour Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 405-419, at 406.

⁴³ See Antonio Ojeda-Aviles, *Transnational Labour Law*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2015, pp. 3-7.

⁴⁴ See Adelle Blackett & Anne Trebilcock, *Conceptualizing Transnational Labour Law*, in Adelle Blackett & Anne Trebilcock (eds.), *Research Handbook on Transnational Labour Law*, Cheltenham: Edward Elgar, 2015, pp. 3-31.

⁴⁵ “the international labour dimension should be understood as a complex interplay of norms and standards, institutions, and processes, all with the broad purpose of facilitating regional and international labour integration and cooperation.” Brian Burkett, *The International Labour Dimension*:

充分认识到在不同的机构和制度下劳工保护的内容、方式和程度各不相同，同时又相互联系、相互影响。因此跨国劳动法也是一个各个主体共同构建、参与、互动的法律政治空间，在此空间中主权国家（包括法院、立法机构、司法机构、劳工执法机构、利益集团等）、国际组织（包括国际劳工组织、国际金融机构、国际贸易安排等）、跨国行为者（包括跨国公司、国际工会联盟等）、当地企业、个人和非政府组织都能以不同的方式参与。⁴⁶因此，跨国劳动法强调公开透明、广泛参与。

三是价值取向的，跨国劳动法最根本的价值追求是劳工保护，关注全球化进程中的社会正义和社会分配的问题。⁴⁷因此，跨国劳动法的研究旨趣在于拓展全球化进程中的社会保护的方法、程序、制度和领域，寻求在非主权性的领域促进劳工保护的可能性及其条件。跨国劳动法的研究视角和研究方法具有开放性、包容性，主张多学科、跨学科的整合，但是跨国劳动法的出发点和立足点始终是加强和完善对劳工的国际保护。

当然，选用跨国劳动法（transnational labour law）这个名称也需要做一些说明。这样一个领域没有采用国际劳动法（international labour law）的措辞，是因为长期以来“国际劳动法”都是跟国际劳工组织及其劳动立法联系在一起，已经形成一个专门的研究领域。⁴⁸因此，对于当前这个新的研究领域，再采用国际劳动法的名称容易带来混淆。跨国劳动法和传统国际劳动法有不少重要的区分，国际劳动法主要是以国际劳工组织及其劳动立法为主，而跨国劳动法的关注点绝不仅仅限于此，包括了对国际贸易投资体制、国际金融机构、区域性国际组织、相关国内法的考察；跨国劳动法不仅包括硬法，也包括软法；⁴⁹跨国劳动法的制定和

In introduction, in John D. R. Craig & S. Michael Lynk (eds.), *Globalization and the Future of Labour Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp.15-50, at 15.

⁴⁶ 对参与跨国劳动法的行为者的分析，参见 David M. Trubek et. al, *Transnationalism in the Regulation of Labor Relations: International Regimes and Transnational Advocacy Networks*, 25 *Law and Social Inquiry* (2000) 1187-1211.

⁴⁷ See Adelle Blackett & Anne Trebilcock, *Conceptualizing Transnational Labour Law*, in Adelle Blackett & Anne Trebilcock (eds.), *Research Handbook on Transnational Labour Law*, Cheltenham: Edward Elgar, 2015, pp. 3-31.

⁴⁸例如参见 N. Valticos & G. von Potobsky, *International Labour Law*, Second revised edition, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1995; Jean-Michel Servis, *International Labour Law*, Third Revised Edition, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2011.

⁴⁹ See Bob Hepple, *Labour Laws and Global Trade*, Oxford: Hart Publishing, 2005, p. 4.

执行不只有主权国家和国际劳工组织，还有其跨国的方面。⁵⁰当然，两者也存在一定的联系，国际劳工组织本身也参与跨国劳动法，并且对跨国劳工法的实践也有很大影响。

有学者用全球劳动法（global labour law）这个措辞。⁵¹但是“全球劳动法”容易让人产生相关法律是高于主权国家、在主权国家之上、对所有国家普遍适用的误解。跨国劳动法能够恰如其分地表明，这个领域内的法律是分散的、非中央的，是正在形成和发展中的，在不同领域或者区域的发展都还是不均衡的。

五、 跨国劳动法的若干特点

跨国劳动法打破了传统劳动法的国家中心主义、法律一元主义和唯劳动法主义。跨国劳动法具有以下鲜明的特点。

第一，跨国劳动法正视全球化背景下的后民族国家结构，突破了传统劳动法上的“国家中心主义”的管制模式。传统的劳动法制度，将制定、实施、实现劳动法的权力和责任全部赋予给了主权国家，国家作为一种积极的力量来介入和重塑劳工和雇主之间的法律关系，折射出的是一种根植于劳动法体系的国家中心主义。既然劳动法是国家积极介入劳动关系而产生的法律，那么主权之外也就无劳动法。随着全球化的深入发展，大量的劳工保护问题发生在主权国家直接管辖的场域之外。不少跨国劳动法的规范创设、适用和实施都不经过主权国家。⁵²而跨国劳动法则试图回应全球化背景下民族国家影响力不断下降的现实，注重发掘民族国家之外促进劳工治理的机构、制度、场域、程序和路径，重视国际机构、跨国公司、国际工会联盟等不同机构和实体在实现劳动法方面的自主性和可能性。

第二，跨国劳动法接纳法律多元主义。⁵³传统劳动法主要关注主权国家内部制定的法律，或主权国家之间通过签订条约制定的国际劳动法，至多仅仅承认国

⁵⁰ See David Trubek, The Emergence of Transnational Labor Law, 100 American Journal of International Law (2005) 725 -733, at 729.

⁵¹ See Harry Arthurs, Reinventing Labor Law for the Global Economy: The Benjamin Aaron Lecture, 22 Berkeley Journal of Employment and Labor Law (2001) 271-294.

⁵² See Antonio Ojeda-Aviles, Transnational Labour Law, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2015, p. 19.

⁵³ David M. Trubek et. al, Transnationalism in the Regulation of Labor Relations: International Regimes and Transnational Advocacy Networks, 25 Law and Social Inquiry (2000) 1187-1211, at 1193.

际劳动法和国内劳动法的二元主义。⁵⁴换言之，法律是主权者的命令，⁵⁵主权之外无法律。相反，跨国劳动法则主张接受法律多元主义，承认主权空间之外还有有效的法律秩序。跨国劳动法是一个多元的、多层次的混杂的法律秩序和空间。跨国劳动法不仅包括国家通过国内立法和国际条约制定的硬法，也包括软法，甚至在一定程度上包括了具有私人性质的规范。⁵⁶跨国劳动法注重发掘软法规范在接受、内化、实现和促进劳工权利保护方面的积极作用。从范围上看，跨国劳动法的软法规范是相当广泛的，包括国际组织的非约束性文件、跨国行为者制定的规范性文件、甚至包含了行业协会制定的指导方针等等。⁵⁷

第三，跨国劳动法关注劳动法和其他法律部门的制度交叉、机构互动、规则渗透，反对传统劳动法的唯劳动法主义。传统上劳动法认为劳工保护主要是通过建立和完善劳动法律体系，通过强化劳动者的权利来保护劳动者。这是一种劳工保护的劳动法内部视角，是唯劳动法主义的态度。跨国劳动法则注重发掘劳工保护的外部视角，重视劳动关系存在之社会经济法律环境，强调劳动法与公司法、国际人权法、国际贸易法、国际投资法等法律部门的互动，强调国际贸易、投资、知识产权体制对劳工权利的深刻现实影响。⁵⁸上述法律领域正在全球化条件下深刻地影响着劳工权利实现的可能性条件和最终实现。在全球化条件下，劳工问题具有很强的扩散性和关联性，与诸多其他国际体制密切地交织在一起。很多劳工保护问题发生在传统的劳动法之外，往往跟国际经济交往、国际金融机构的业务活动、国际人权机构的实践等联系在一起，因此需要在劳动法之外探求劳工保护

⁵⁴很多国家规定国际劳工公约只有通过国内法才能在国内实施。关于劳工条约在国内实施的讨论，参见 Virginia Leary, *International Labour Conventions and National Law: The Effectiveness of the Automatic Incorporation of Treaties in National Legal System*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1982.

⁵⁵参见约翰·奥斯丁：《法理学的范围》，刘星译，北京：中国法制出版社 2002 年版，第 156 页。

⁵⁶ See David Trubek, *The Emergence of Transnational Labor Law*, 100 *American Journal of International Law* (2005) 725 -733, at 727.

⁵⁷ 跨国公司可以以不同方式参与了跨国劳动法制定和实施，参见 Ulla Liukkunen, *China and ILO Fundamental Principles and Rights at Work*, in Ulla Liukkunen & Chen Yifeng (eds.), *China and ILO Fundamental Principles and Rights at Work*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2014, pp. 163-180.

⁵⁸ See David Trubek, *The Emergence of Transnational Labor Law*, 100 *American Journal of International Law* (2005) 725 -733, at 727; also Harry Arthurs, *Reinventing Labor Law for the Global Economy: The Benjamin Aaron Lecture*, 22 *Berkeley Journal of Employment and Labor Law* (2001) 271-294, at 292.

的问题。跨国劳动法试图以砥砺革新的姿态和使命感，回应全球化的深刻挑战，努力在一个更为全面和综合的框架下，来加强劳工的国际保护。在此意义上，跨国劳动法极大地拓展了劳动法学的研究领域和范围，同时也在知识储备和语言能力等当面对劳动法学者均提出了更高的要求，不啻为是对劳动法学科知识体系的一场变革。

第四，跨国劳动法不仅仅重视实体性的劳动法规范，同样注重劳动法规范实施的主体、场域和程序，强调从规则到进程的视角转换。国际劳动法和传统国内劳动法关注的焦点是规则，是劳动者实体性的权利和义务规则，是在法院或者行政机关处理劳动争议时如何确定权利和义务的分配。因此，传统的劳动法是规则中心主义的、立法中心主义的、静态的视角，强调劳动法的规范性。而跨国劳动法则将劳动法视为一个不同法律主体不断予以确认、实施和实现的过程，是一个以法律实现为核心的、动态的、开放性的进程。因此，跨国劳动法对劳动法规范实现的主体、场域和程序予以充分的重视。与劳动法实施有关的主体，例如世界银行、国际货币基金组织、区域性的国际组织、跨国企业、跨国工会、跨国非政府组织等，均有必要在一定程度上纳入研究范围。

第五，跨国劳动法避免把劳工保护的实现看成是一个自上而下的单向的过程，⁵⁹进而主张将跨国条件下的劳工保护看作由多个不同主体参与的相互对话、彼此承认、甚至含有相互对抗、紧张等丰富状态的互动过程。传统劳动法的实施模式是一种（从国际到国内）从国家到社会、自上而下、单向度的规范传递链条。国家被认为是一个积极的规范创制主体，其他行为者包括企业、工会和劳动者个人等，都是规范传递链条上的消极要素。而跨国劳动法则认为，在劳动法的实现过程中，国家、国际劳工组织、国际贸易安排、区域性国际组织、跨国公司等都是劳工权利保护的积极要素，是具有自主性的主体，劳工保护并不是一个严格等级化的、自上而下的规范性传递过程，各不同机构之间就有关劳工保护存在着互动和对话，相互适应和调整。⁶⁰跨国劳动法的实现既有自上而下的方面，也有自下而上的层面，同时也还有平行的国际制度之间的对话和互动。

⁵⁹ John Craig & S. Michael Lynk, Introduction, in John D. R. Craig & S. Michael Lynk (eds.), *Globalization and the Future of Labour Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp.1-12, at 4.

⁶⁰ 有学者称之为“管辖权间互动”(inter-jurisdictional dynamics), 参见 Bob Hepple, *Labour Laws and Global Trade*, Oxford: Hart Publishing, 2005, at 275.

六、跨国劳动法的研究内容

作为一个新兴的研究领域，跨国劳动法尚在形成和发展过程中，其研究对象和范围也在不断的拓展和修改。从现有的研究成果来看，至少有以下几个方面的内容，可以而且应当被纳入跨国劳动法的研究视野。

第一，劳工跨国流动的规范与保护。随着交通的便捷和国际经济交往的密切，劳动力的跨国流动日益成为国际社会的常态现象，而跨国劳工由于语言、文化等原因，往往是一个社会中较为脆弱的群体，侵害外国劳工权利的现象在各国都时有发生。移民工人的权利保护，长期以来都受到国际社会的重视，1990年联合国大会通过了《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》，专门针对移徙工人及其家庭成员的政治、经济、社会和文化权利等做了规定。此外，海外劳务派遣、短期海外派驻已经成为跨国劳动法研究的一个新的热点问题。⁶¹

我国也面临着如何加强海外劳工保护的问题。根据商务部统计，2015年末，我国在外各类劳务人员102.7万人。2015年我国对外劳务合作派出各类劳务人员53万人，其中承包工程项下25.3万人，劳务合作项下派出27.7万人。⁶²特别是随着我国“一带一路”战略建设的深入推进，随着越来越多中国企业“走出去”，如何加强对我国劳工在境外劳动权利保障，企业如何遵守和适应东道国的劳动法律体系，都是新的研究课题。

第二，一国对外经济合作中的劳工保护问题，这主要是一些西方大国的实践。长期以来，美国一直力主将国际贸易与劳工保护联系起来。美国《1974年贸易法》第301节授权美国贸易代表办公室对系统性违反劳工权利的贸易国采取单边的贸易救济和报复措施。⁶³

普惠制也是推行劳工标准的一个重要手段。普惠制是工业发达国家根据联合国贸易发展会议的倡议，从20世纪70年代开始，在非对等和非歧视的基础上，对发展中国家出口的产品提供单边的、普遍的优惠关税待遇。但是发达国家经常将其普惠制的实施以受益国的劳工保护标准为条件。美国的普惠制适用《1974

⁶¹ 例如 Stephane Lalanne, *Posting of Workers, EU Enlargement and the Globalization of Trade in Services*, 150 *International Labour Review* (2011) 211-234.

⁶² 参见商务部统计数据 <http://hzs.mofcom.gov.cn/article/date/201601/20160101239878.shtml>

⁶³ 近年来，有学者将美国对外关系中有关劳工标准的法律，总结归纳为“美国国际劳工关系法”，表明了这个领域的重要性。参见 Steve Charnovitz, *The U.S. International Labor Relations Act*, 26 *ABA Journal of Labor & Employment Law* (2010-2011) 311-325.

年贸易法》，该法于 1975 年通过，后几经修订。该法明确将未采取有效措施以保护“国际公认的劳工权利”（internationally recognized worker rights）的国家⁶⁴和未能兑现消除“最恶劣形式的童工”（worst forms of child labor）之承诺的国家，排除在接受普惠制的范围之外。⁶⁵美国通过本国贸易法令咄咄逼人地、单方面地强迫他国接受和实施特定劳工标准，包括某些甚至连美国自己都没有接受的标准，这种做法在美国国内也遭到了学者的批评。⁶⁶

相比美国的强迫模式，欧盟采用的是鼓励模式。欧盟从 1971 年开始对特定发展中国家的产品进口实施普惠制，目前适用的规定是依据欧盟于 2012 年颁布的第 978 号条例。该条例全面修订了其普惠制，于 2014 年 1 月 1 日开始生效。⁶⁷在一般的普惠制之外，欧盟专门设立了“为实现可持续发展和善治的一种特殊激励安排”，要求参与此种优惠制的国家参加并落实人权、劳工、环境、社会治理等 27 项国际公约。在劳工保护方面，受益国需要参加并落实国际劳工组织在 1998 年《关于工作中基本原则和权利宣言》所认定的全部 8 项核心国际劳工公约。⁶⁸以劳工保护标准作为普惠制的授予条件，是否合乎国际法，是否干涉了受益国的内政，在实际效果上是否确实促进了受益国劳工的权利实现，有待细致考察。

此外，一国对外经济合作中的其他方面也经常涉及劳工保护问题。例如对外援助，个别西方国家以特定的劳工保护作为给予经济援助的条件。我国在对外援助的一些大型项目中，也涉及对本国派遣劳工和外国当地劳工的保护问题，个别项目的实施受到了当地居民和工人的批评。这些问题都构成跨国劳动法的研究内容。

第三，国际贸易和投资体制下的劳工保护问题。这是个老问题，早在世界贸易组织的谈判期间，就存在着不少分歧和争论。美国等试图将劳工标准纳入贸易

⁶⁴ 根据美国贸易法，国际公认的劳工权利包括：（A）结社权、（B）工会权和集体谈判权、（C）禁止使用任何形式的强迫劳动、（D）规定雇佣儿童工人的最低年龄并禁止最恶劣形式的童工、（E）最低工资、工作时间、职业安全与健康方面可接受的工作条件。

⁶⁵ General System of Preferences Renewal Act (1984), s 503.

⁶⁶ Philip Alston, Labor Rights Provision in US Trade Law: Aggressive Unilateralism, 15 Human Rights Quarterly (1993) 1-35.

⁶⁷ Regulation (EU) No. 978/2012 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012, see Official Journal of the European Union, L 303 (October 31, 2012), pp. 1-82.

⁶⁸ See Article 9 and Annex VIII, Regulation (EU) No. 978/2012 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012, see Official Journal of the European Union, L 303 (October 31, 2012), pp. 1-82.

体制，但是遭到了发展中国家的抵制，最终没有成功。⁶⁹这个话题在沉寂了一阵以后，在美欧的推动下，近几年又有了新的发展，值得高度关注。

2011年8月9日，美国在中美洲自由贸易协定框架下，指控危地马拉未能有效落实其结社自由和集体谈判等劳动法中的权利，要求成立争端解决小组。这是历史上第一次有国家利用自由贸易协定机制来提起劳工保护争议。危地马拉迫于压力，于2013年4月25日与美国签署了一份包含18个方面内容的实施劳动法的计划，以此换取美国贸易代表办公室暂时中止争端解决程序。危地马拉采取了大量的立法和行政措施来改善其对劳动法的遵守。但是美国并不满意，2014年9月18日继续启动自由贸易协定框架下的争端解决程序，目前本案还正在审理中。⁷⁰

在美国主导下，2015年《跨太平洋伙伴关系协定》中，专门设立了劳工保护一章，建立了被认为是有史以来所有贸易协定中对劳工保护最强的机制。⁷¹该协定要求所有国家都要全面实施国际劳工组织确认之四项核心劳工标准，并通过国内立法对最低工资、工作时长、职业安全、健康等问题作出规定。⁷²同时，在劳工保护实施机制上，成员国之间不仅可以进行合作性劳工对话（第19.11条），还可以诉诸劳工磋商程序，磋商未果的，可以要求设立专家组，启动争端解决程序（第19.15条）。⁷³

从2010年开始，欧洲也在贸易协定中提倡“可持续发展”，不断强化劳工保护和环境标准。⁷⁴从2011年开始，欧盟与韩国（2011年）、与中美洲国家（2012

⁶⁹ 也有学者探讨了在世界贸易组织制度下，来单方面实施核心劳工权利的可能性和法律要件。Patrick Macklem, *Labour Law Beyond Borders*, 5 *Journal of International Economic Law* (2002) 605-645, at 621-631.

⁷⁰ Office of the U.S. Trade Representative & the U.S. Department of Labor, "Standing Up for Workers: Promoting Labor Rights through Trade" (February 2015), <https://ustr.gov/sites/default/files/USTR%20DOL%20Trade%20-%20Labor%20Report%20-%20Final.pdf>, pp. 8-11.

⁷¹这是美国贸易代表办公室的自我评价，

<https://medium.com/the-trans-pacific-partnership/labour-66e8e6f4e8d5#.b9zx6z1jj>

⁷² 国内学界的研究，参见郑丽珍：《跨国劳动监管制度的重构》，北京：社会科学文献出版社，2014年，第176-201页。

⁷³ 商务部研究院组织翻译了一个中文版本，参见 <http://www.caitec.org.cn/article/gzdt/xshd/201512/1453.html>

⁷⁴ European Commission, *Trade, Growth, and World Affairs: Trade Policy as a core component of the EU's 2020 Strategy*, COM(2010)612,

年）、安第斯国家共同体（2012年）、新加坡（2014年）缔结的自由贸易协定中均有“贸易与可持续发展”一章。美欧目前正在谈判跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定（Transatlantic Trade and Investment Partnership），从目前欧盟披露的文件来看，欧盟正在力主将多项劳工权利纳入其中，并且可以设立专家组来解决劳工争议。⁷⁵

在贸易和投资机制中强化劳工权利的保护，这是新动向。其实施机制和程序如何，哪些劳工权利得到了强化，以及在多大程度上将贸易、投资和劳工保护予以联系是合理的正当的，是否会构成所谓国际经济合作的“自由国家联盟”而形成一种意识形态歧视，都值得密切关注。

第四，国际金融机构业务活动中的劳工保护问题。世界银行等国际金融机构在维护世界金融稳定、协助发展中国家实现发展和良治、促进全球治理等方面世界银行都是举足轻重的参与方。⁷⁶长期以来，世界银行在其贷款条件中往往要求成员国放松劳工管制、增加劳动力市场的灵活性以促进经济增长，因而饱受批评。2002年，世界银行开始调整其劳工政策，公开宣布支持核心劳工标准。⁷⁷2006年5月，世界银行集团下属的国际金融公司（IFC）率先采纳了“环境和社会可持续发展政策”和“环境和社会可持续性绩效标准”，要求借款方在其借款所涉项目

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/november/tradoc_146955.pdf; European Commission, Trade, Growth, and Development: Tailoring trade and investment policy for those countries most in need (January 27, 2012), COM(2012)22, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/january/tradoc_148992.EN.pdf

⁷⁵ see EU Position Paper, Trade and Sustainable Development Chapter/ Labour and Environment: EU Paper outlining key issues and elements for provisions in the TTIP, tabled for discussion with the US in the negotiating round of 19-23 May 2014 and made public on 7 January 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153024.pdf; EU Textual Proposal: Trade and Sustainable Development, tabled for discussion with the US in the negotiating round of 19 - 23 October 2015 and made public on 6 November 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153923.pdf.

⁷⁶ 国际货币基金组织的相关法律和实践，参见 Franz Christian Ebert, International Financial Institutions' Approaches to Labour Law: The Case of the International Monetary Fund, in Adelle Blackett & Anne Trebilcock (eds.), Research Handbook on Transnational Labour Law, Cheltenham: Edward Elgar, 2015, 124-137.

⁷⁷ World Bank, “Transcript of Town Hall Meeting with NGOs”, Washington, January 2002, cited from Peter Bakvis & Molly McCoy, Core Labour Standards And International Organizations: What Inroads Has Labour Made?, 2008, http://isslerhall.org/drupal/sites/default/files/C5_Bakvis_McCoy_Core%20Labour%20Standards%20fes-2008.pdf

范围内，必须达到国际金融公司所要求的劳工保护标准。2012年1月1日开始，国际金融公司又对相关政策作了更新。⁷⁸2012年10月，世界银行开始就其“环境和社会保障政策”与有关各方开展磋商。在总结各方意见的基础上，世界银行于2014年7月提出了其“环境和社会保障政策”的初稿，2015年8月提出了第二稿供公开磋商，其中对借款方以及供应商的劳工标准，提出了具体的保护要求。⁷⁹世界银行的环境和社会政策有望于近期通过，一旦通过，其中的劳工保护标准将其用于世行所有的贷款项目，属于重大政策调整，值得密切关注。⁸⁰

此外，劳工标准也受到区域性的开发性金融机构的广泛关注。例如，亚洲开发银行在2001年9月通过社会保障战略（social protection strategy），允诺在其工作中促进核心劳工标准的实现。⁸¹2002年5月亚洲开发银行还与国际劳工组织签署了备忘录，加强双方在工作领域方面的合作。⁸²此外，美洲开发银行、欧洲复兴开发银行以及非洲开发银行，都对其业务活动中的劳工保护给予了不同程度的关注。⁸³

⁷⁸ International Finance Corporation, Policy on Environmental and Social Sustainability (January 1, 2012),

[http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/ifc+sustainability/our+approach/risk+management/environmental+and+social+sustainability+policy; Performance Standards on Environmental and Social Sustainability \(January 1, 2012\),](http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/ifc+sustainability/our+approach/risk+management/environmental+and+social+sustainability+policy; Performance Standards on Environmental and Social Sustainability (January 1, 2012),)

[http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/ifc+sustainability/our+approach/risk+management/performance+standards/environmental+and+social+performance+standards+and+guidance+notes.](http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/ifc+sustainability/our+approach/risk+management/performance+standards/environmental+and+social+performance+standards+and+guidance+notes)

⁷⁹ See World Bank, Environmental and Social Framework: Setting Standards for Sustainable Development (First Draft for Consultation, July 30, 2014),

https://consultations.worldbank.org/Data/hub/files/consultation-template/review-and-update-world-bank-safeguard-policies/en/phases/first_draft_framework_july_30_2014.pdf; World Bank, Environmental and Social Framework Setting Environmental and Social Standards for Investment Project Financing (Second Draft for Consultation, July 1, 2015),

https://consultations.worldbank.org/Data/hub/files/consultation-template/review-and-update-world-bank-safeguard-policies/en/phases/clean_second_draft_es_framework_final_draft_for_consultation_july_1_2015.pdf.

⁸⁰ 国内学者对国际金融机构中的劳工保护也有所研究，参见郑丽珍：《跨国劳动监管制度的重构》，北京：社会科学文献出版社，2014年。

⁸¹ See Asian Development Bank, Core Labor Standards Handbook, Manila, 2006,

<http://www.adb.org/sites/default/files/institutional-document/33480/files/cls-handbook.pdf>.

⁸² 关于备忘录全文，参见

<http://www.adb.org/sites/default/files/institutional-document/33511/files/mou-ilo.pdf>

⁸³ See Peter Bakvis & Molly McCoy, Core Labour Standards And International Organizations:

第五，国际人权保护体系下的劳工权利保护问题。很多劳工权利都构成基本人权，并无争议。不少国际人权公约对工作权和劳工权利作了明确的规定和确认。例如，1966年《经济、社会、文化权利国际公约》在第6-9条对工作权、良好工作条件、男女同工同酬、参加工会的权利、获得社会保险的权利都做了全面规定。还有一些人权公约对特殊人群的劳工权利予以了专门保护。⁸⁴在联合国人权机构的工作当中，特别是人权理事会和经济社会文化权利委员会，也大量涉及劳工权利保护，值得重视。⁸⁵

第六，区域性一体化机制中的劳工保护。目前，区域一体化进展中涉及劳工保护问题的，主要是欧盟。1957年西欧国家签订《罗马条约》，建立了欧洲经济共同体，其中就提及了社会政策。80年代中期欧洲经济共同体提出建立统一市场，实现货物、资本、服务和劳动力的自由流动。与此同时，欧洲一体化进程中的劳工问题受到极大关注，开始从劳工的自由移动到强调劳工的社会保护。从1989年欧洲经济共同体的《工人基本社会权利宪章》，到2000年的《欧盟基本权利宪章》，加强劳工保护始终是欧盟社会政策的核心部分。⁸⁶欧盟通过条例和指令对很多具体的劳工问题作出了内部立法，来同化和协调欧盟各成员国的劳工

What Inroads Has Labour Made?, 2008,

http://isslerhall.org/drupal/sites/default/files/C5_Bakvis_McCoy_Core%20Labour%20Standards%20fes-2008.pdf; Franz Christian Ebert & Anne Posthuma, Labour Standards and Development Finance Institutions: A Review of Current Policies and Activities, ILO International Institute for Labour Studies Discussion Paper Series, 2010, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--dgreports/--inst/documents/publication/wcms_192837.pdf.

⁸⁴ 1979年《消除对妇女一切形式歧视公约》第11条、1989年《儿童权利公约》第32条、《残疾人权利公约》第27条，专门对妇女、儿童和残疾人的工作权保护做了专门规定。1990年《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》则是专门针对移徙工人及其家庭成员的政治、经济、社会和文化权利做了规定。

⁸⁵ See George P. Politaki, Protecting Labour Rights as Human Rights: Present and Future of International Supervision, International Labour Organization, 2007.

⁸⁶ See Roger Blanpain, European Labour Law, 14th Edition, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2014, pp. 237-321; Brian Bercusson, European Labour Law, 2nd Edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 99-255.

保护标准和措施，⁸⁷并针对欧盟内部人员流动中的劳工保护问题制定了专门规定。

88

第七，劳工的跨国私人实施。跨国企业是全球化进程的载体、参与者、受益方和积极推动力。鉴于国际和国内劳工管制的局限性，跨国公司在制定和实施劳工标准的能力和可能性受到越来越多的学者的重视。⁸⁹首先，不少跨国公司主动设定和实施劳工标准。劳工标准越来越成为许多跨国公司内部行为准则的一部分，通过企业内部管理架构获得实施。“知名跨国公司有能力将公司行为准则适用于公司的所有雇佣关系而不论其位于何处，从而阐明和实施劳工标准，因而具有生成一种新的国际劳工管理模式的潜力。”⁹⁰同时，由于全球生产链，不少处于上游的跨国公司，往往对其下游供应商的生产过程产生重大的影响能力，包括要求遵守和实施特定的劳工标准。以美国苹果公司为例，苹果公司被指责对中国零部件供应商和组装工厂的劳工违法情况漠不关心，因此在2009年苹果公司对其供应商启动了内部审查机制，并与美国的非政府组织公平劳工协会（fair Labor Association）一起对中国的数百家一级和二级供应商进行了实地调查。⁹¹

此外，全球工会联盟则积极推进国际框架协议（International Framework Agreements），鼓励跨国企业与全球工会签署协议，将有关劳工标准适用于跨国公司的总部以及所有海外子公司和分支机构。另外，联合国、国际劳工组织、经济合作发展组织（OECD）等都在建立不同层面的制度和机制，激励、推动和深化跨国公司的劳工保护责任。⁹²例如联合国在2000年提出了联合国全球契约

⁸⁷ See Katherine Van Wezel Stone, Labor and the Global Economy: Four Approaches to Transnational Labour Regulation, 16 Michigan Journal of International Law (1995) 987-1028.

⁸⁸ 例如 Directive 2014/67/EU (15 May 2014).

⁸⁹ See for example, Harry Arthurs, Reinventing Labor Law for the Global Economy: The Benjamin Aaron Lecture, 22 Berkeley Journal of Employment and Labor Law (2001) 271-294.

⁹⁰ Patrick Macklem, Labour Law Beyond Borders, 5 Journal of International Economic Law (2002) 605-645, at 632.

⁹¹ Richard M. Locke, the Promise and Limits of Private Power: Promoting Labour Standards in a Global Economy, New York: Cambridge University Press, 2013, pp. 6-8.

⁹² See Roger Blanpain (ed.), Multinational Enterprises and the Social Challenges of the XXIst Century: The ILO Declaration on Fundamental Principles at Work, Public and Private Corporate Codes of Conduct, the Hague: Kluwer Law International 2000,

(United Nations Global Compact)，提出了企业在人权、劳工、环境和反腐败方面应当遵守的十项原则。⁹³

上述七个方面，已经比较确定地属于跨国劳动法的研究范畴。有的研究领域刚刚起步，有的领域成果相对丰富，都值得学界共同关注，并从跨国劳动法的角度深入研究。随着全球化的深入发展，相信在将来还会有更多领域和问题进入跨国劳动法的研究视域。关于跨国劳动法的研究对象和范围，学界尚未展开深入讨论。上述七个方面也仅是个人浅见，有待学界今后继续探讨、凝聚共识。

七、 跨国劳动法的局限性

跨国劳动法作为一个研究视角和研究领域，具有创新性，同时也存在相当的局限性。这些局限性和问题，有必要简单阐述一下，在研究中加以重视。

第一，跨国劳动法的法律渊源含糊不清，规范性不足。跨国劳动法接受了法律多元主义，国际劳动法、国内劳动法、国际贸易法规范、国内贸易法规范、国际组织文件、跨国公司行为指南等等都被纳入其中。好处是包罗万象，带来的风险则是模糊了法律和其他社会规范之间的区分，大量的软法规范得以充斥其中，可能会降低跨国劳动法中规范的约束性。由此带来的问题是，有些跨国公司关注劳工权利，更多是出于社会形象和公共关系的考虑，劳工保护沦为市场营销的标签，实际上对劳工保护的促进意义有限。

第二，能够进入跨国劳动法视野的实体劳工权利，极为有限。国内劳动法对劳动者在工作时间和休假、劳动条件、职业安全和卫生、参加工会和集体谈判等等都有全面的保障。国际劳动组织下的国际劳动立法同样是广泛地涵盖了劳工保护的各个不同方面。但是，从实践来看，能够进入跨国劳动法视野并加以保护的实体劳工权利，往往是不全面的。例如，在国际贸易体制下，不少劳工保护限于国际劳工组织确认的四项核心劳工权利，即包括结社自由和有效承认集体谈判权利；消除一切形式的强迫或强制劳动；有效废除童工；以及消除就业与职业歧视。这些核心劳工权利从内容上看，主要还是劳工的政治权利和参与权利，缺少对经济权利的关注，隐含着对西方自由主义的意识形态。⁹⁴当然，不同领域的跨国劳

⁹³ 参见 <https://www.unglobalcompact.org/>。

⁹⁴ See Ulla Liukkunen & Yifeng Chen, “Fundamental Labour Rights in China – A New Approach to Implementation”, in Ulla Liukkunen & Chen Yifeng (eds.), *Implementation of Fundamental Labour Rights in China: Legal Architecture and Cultural Logic*, Springer, 2016, pp. 1-17.

劳动法对实体劳工权利的保护范围不尽相同，有待具体问题具体分析。总的来说，跨国劳动法深刻地受限于具体的机构和语境，有其局限性，不能取消或者替代国际劳动法和国内劳动法的保护。

第三，在研究和推广跨国劳动法过程中，有可能存在这样的风险：以强化劳动保护为名，助长了新的国际贸易和投资壁垒。跨国劳动法将投资和贸易等国际经济规范纳入其考察范围，从积极的方面来看，是拓展了劳动法的研究领域和影响力。但是也有可能发生这样的情况，劳工保护被贸易和投资体制所绑架和消费，劳工保护沦为西方国家在国际投资和贸易中对发展中国家施加歧视性待遇和壁垒的借口。因此，在对跨国劳动法开展研究的过程中，有必要坚持劳动法的主体性，研究贸易和投资体制应当是平衡地、逐步地加强和实现劳工保护，而不是以贸易和投资体制取代劳动法保护。

第四，跨国劳动法跟全球化进程一样，背后也存在着南北政治经济学的问题，需要保持足够的学术敏锐和批判精神。发达国家在经济发展水平、生产模式和劳动保护水平方面的优势，可能转化为劳工保护的强势话语，以发展中国家相对滞后的劳工保护水平为借口，将其他国家视为国际社会的二等公民，动辄以贸易、最惠国待遇、普惠制等为要挟或制裁发展中国家。从2010年开始，美国奥巴马政府开始积极利用贸易安排来对其贸易伙伴方施压，要求后者提高劳工保护标准。美国对巴林、约旦和哥伦比亚都提起了劳工保护磋商，迫使上述各国都大幅改革其劳工标准。美国的策略很明确，就是要“通过贸易推进劳工权利”。⁹⁵这些做法是否真的有利于劳工保护，是值得深入研究的。

第五，跨国劳动法还有可能陷入新自由主义经济学的陷阱。冷战以后，新自由主义对国际制度层面上的影响，表现为以私有产权、效率观念和市场机制重塑公共机构，同时以非国家中心主义的方式建构全球经济和社会秩序。⁹⁶跨国劳动法生成，也离不开经济全球化、民族国家被不断解构和新自由主义盛行的背景。

⁹⁵ 美国贸易代表办公室和劳工部在2015年2月联合发布了一份特别报告，标题就是“为劳工发声：通过贸易促进劳工权利”，Office of the U.S. Trade Representative & the U.S. Department of Labor, "Standing Up for Workers: Promoting Labor Rights through Trade" (February 2015), <https://ustr.gov/sites/default/files/USTR%20DOL%20Trade%20-%20Labor%20Report%20-%20Final.pdf>

⁹⁶ 参见诺姆·乔姆斯基著：《新自由主义与全球秩序》，徐海铭、季海宏译，南京：江苏人民出版社2000年版。

跨国劳动法，倡导的是一种后民族国家结构下的劳工权利保护机制，建构的是一种非中央化的劳工权利实施方式，赋予并强化了包括国际金融机构、国际贸易体制、跨国公司主题认定劳工权利并加以实施的权力和正当性。承认和执行劳工标准的权力和正当性，从国家转向了非国家实体。这样的做法有可能使得发展中国家的角色更加边缘化，国家在劳工保护方面的能力和自主性都被进一步弱化。

八、结语：加强劳动法学科的国际面向

跨国劳动法，作为一种社会现象，值得关注；作为一个研究领域，值得开拓；作为一个研究方法，值得思考。跨国劳动法本身的概念、理论和分析工具还处于初步阶段，尚未发展出完整的理论体系。不论在理论架构和实务适用上，都存有很大开放性。可以预见，随着国际实践的增加，跨国劳动法在未来相当长的一段时间里都将是国际学界的一个研究热点，值得中国学界积极关注和参与。

跨国劳动法开辟了新的研究领域、路径和视角，而不是对传统方法的简单否定或者替代。跨国劳动法又力图独立于国际劳动法和国内劳动法，自成一体。⁹⁷但同时，跨国劳动法的提出，不是为了替代传统的国际劳动法和国内劳动法，事实上也不可能替代。很多传统的国际劳动法和国内劳动法没有解决的问题，跨国劳动法同样也不能加以彻底地解决。跨国劳动法也是在实践中不断探索、发展和调整的，对于很多问题的解决既不是一蹴而就的，也不是千篇一律的。

跨国劳动法的研究，一方面拓展了劳动法学科的研究领域、开阔了研究视域、强化了话语权，另外一方面也对劳动法学科现有的知识结构提出了新的挑战。现有的劳动法学以国内劳动法或者比较劳动法为主要知识谱系。而跨国劳动法的研究，要求劳动法学者需要学习和借鉴国际公法、国际组织法、国际经济法、对外关系法、国际关系等学科的知识，劳动法学者、国际法学者和国际关系学者今后有必要大力开展跨学科的合作。

劳动法治建设对于中国成长为具有全球性影响力的大国具有重要意义。中国的劳动法研究不能仅仅是内向型的，还需要是国际面向的。在劳动法学者的推动下，中国劳动法制建设在过去二十多年间已经取得了重大进步。研究跨国劳动法，将推动中国的劳动法研究更快地走向国际化，要求学界更加重视劳工保护的国际

⁹⁷ See Silvana Sciarra, *Collective Exit Strategies: New Ideas in Transnational Labour Law*, in Guy Davidov & Brian Langille, *The Idea of Labour Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 405-419, at 407.

机制和跨国要素。通过国内劳动法和跨国劳动体制的互动和对话，既改善中国国内的劳动法治，又提升中国在国际上的软实力，既有道德力量，又有规范意义。在中国成长为负责任的世界性大国的过程中，跨国劳动法的研究将具有战略意义，中国的劳动法学者也大有可为。

以可行能力看待劳权 ——劳动法治的中国进路

陈永福

【摘要】日益紧张的劳资关系对中国既有的“以劳权为中心”的劳动法理念和制度提出了严峻的挑战，以可行能力去审视劳权，能够实现从制度分析到过程分析的转向。这一转向的本质在于使劳动法治从静态走向动态，从封闭走向开放，从管制走向治理。要想实现这一转向，首先必须确立劳动法治与社会系统、社会机制的能量交换机制，以此去提高劳动者的主体能力和主体意识，从而使劳动者能够自由地去控制和支配权利。其次，应当明确劳动者的程序性权利，并围绕如何实现程序性权利去塑造劳动法治主体的交往行动规则。最后，通过确立各行动主体的角色责任以及责任追诉机制去建构“促进合作性责任”，以此去保障劳动者程序性权利的实现。

【关键词】可行能力；劳权；劳动法治；中国进路

近年来在我国暴发的劳资纠纷事件，其影响之大，劳方诉求之多样性，加之事件处理方式迥异，^[1]给劳动法学研究提供了丰富的素材。这不仅反映了我国既有的劳资纠纷解决机制存在“失位”，也说明了现有的建立在“倾斜性保护”之上的，以“劳权为中心”的劳动法制本身存在着“失灵”。因此，对劳资事件的法律反思，不仅要探究相关制度的完善径路，更要剖析现有法律制度所蕴含的理念基础的缺陷，以契合我国劳资实情的劳动法治观念进行制度的重构和革新。

作者简介：陈永福（1981—），江西科技师范大学法学院副教授，主要从事社会法、劳动法研究。
[1] 据考究，近年来我国劳资纠纷日益呈现出由个别争议向集体争议、由权利争议向利益争议转型的态势，纠纷得以解决的方式也因地域的不同而差异显著。较为典型的有广东南海本田罢工事件、深圳冠星精密表链厂罢工事件、吉林通钢罢工事件以及重庆计程车停运事件等。这些案件发生的原因往往是工资太低，然而在罢工过程中工人的诉求却往往与引发争议的原因无直接联系，例如，要求重新选举工会、缩短工时、改变工资计算方式等。从纠纷得以平息的方式来看，有的是依靠政府的介入，有的是得利于专家、学者、律师等社会力量的斡旋和调停。参见董保华：《名案背后的劳动法思考》，法律出版社2012年版，第235—275页；徐东兴、施志刚：《珠三角与长三角劳动关系和集体谈判各有特色——2011年中国集体谈判论坛网年会感怀》，载《中国工人》2012年第4期。

然而，理论界却少有对“以劳权为中心”的法律观念本身的不足进行反思，多数研究仍是建基于此观念之上，从劳权体系建构和资方责任配置的视角进行旨在保护劳动者实体权利的经验研究。这种研究理路，对完善现有的劳动法制，从而在遏制劳资纠纷上有一定的作用，但从长远来看，不利于我国劳动法治的实现。根据诺贝尔经济学奖获得者阿玛蒂亚·森的可行能力理论^[2]，权利与可行能力是目的与手段的关系，权利得以实现的首要前提是行为人具备相应的可行能力，也即自由地控制、享有、处分权利的能力。令人遗憾的是，劳动者的可行能力在我国不仅没有得到立法者的重视，也未受到学者的青睐，导致广大劳动者时常因缺乏支配权利的能力而无法自由地去享受权利，这是我国劳资纠纷并未因劳动立法数量的增多而减少的源头所在。

有鉴于此，本文拟从可行能力与劳权的辩证关系角度去反思我国现有的劳权理论和体系，通过把注意力从目的转向手段，以如何提升劳动者的可行能力为宗旨去探究劳动法治的中国径路。研究思路如下：首先是从主体性角度探索提升劳动者主体地位的路径；二是从主体间性视角探究劳动关系参与者的交往行动模式；最后是在前两部分基础上探索劳动关系参与者的角色责任。

一、从关注“组织”到关注“人”：提高劳动者的主体能力和主体意识

人类福祉与“人的功能性活动”密切相关，幸福根源于人的能力。^[3]劳权能否得以实现，同样取决于劳动者的能力大小。影响一个人的主体能力的因素有哪些呢？诚然，国民生产总值或个人收入的增长是非常重要的因素，但是，主体能

[2] 可行能力是指一个人所拥有的、享受自己有理由珍视的那种生活的实质自由，既包括免受饥饿、疾病、过早死亡之类的基本的痛苦，也包括能够识字算数、享受政治参与等自由。可行能力视角对劳权分析所做的贡献在于，通过把注意力从手段（劳权体系的建构）转向目的（劳权的实现），并相应地转向可以使这些目的得以实现的自由，能够加强立法者和学者对劳权贫困及其原因的认识。本文也旨在探索中国劳动者权利贫困的根本原因，以及消除这一现象的理论与实践径路。参见[印]阿玛蒂亚·森：《以自由看待发展》，任颐，于真译，中国人民大学出版社2013年版。

[3] 生活质量和实质性自由不仅仅意味着收入或财富，还依赖于人的实践能力。亚里士多德认为，幸福必须通过德性的实践才能达到，因此其在探讨幸福时集中注意了人的“健旺”和“能力”。美国哲学家努斯鲍姆曾说，幸福在根本上取决于一个人的能力大小。参见亚里士多德：《尼各马可伦理学》，邓安庆译，人民出版社2010年版；Martha C. Nussbaum. *Creating Capabilities: The Human Development Approach*, Harvard University Press. 2011. 15.

力的提高还依赖于其他决定因素，诸如，政治自由、经济条件、社会机会、透明性保证以及防护性保障等。^[4]中国近几十年来以 GDP 主义为主导的经济改革创造了巨大的经济绩效，人们的生活水平得到了显著的改善。然而，这种单边主义的改革也面临着如何平衡经济可持续发展与社会公平的严重问题，如，城乡二元结构所带来的教育、医疗、就业保障等社会机会的不均等使得广大劳动者对雇主的人身依附性变得更强。正因为此，劳动者在权益受到侵害时往往缺乏勇气去维权，为了生存他们宁可选择忍耐。

对此，国家进行了有针对性的政治、经济、社会改革，出台了一系列的政策和法律，然而，劳资矛盾不仅没有得到明显的缓和，反而还呈现出日益加剧的态势。有鉴于此，具有不同学科背景的学者分别从不同的视角对劳动关系展开了颇为深入的研究。但总的来看，这些研究仍然还停留在经验层面，尚未上升到理论分析的高度，且几乎都一致集中在相关组织的研究上：公司和雇主组织、工会和工会联盟、政府部门以及其他社会组织，少有对人以及人与人之间关系的研究。

[5]

显然，这些组织非常重要，而且值得密切关注。然而，如果忽视了对劳动者、雇主、政府官员以及其他社会个人等劳动关系参与者的研究，这种对组织的关注只会把学界引导到劳动关系正式的或官方的制度研究层面：集体谈判制度、政府干预机制、争议处理程序等。这是一种机械的和非人格化的劳动关系分析，是把

[4] 同前引[2]，第 31 页。

[5] 关于中国劳动关系的研究，涉及到法学、政治学、社会学、经济学以及管理学等学科，目前已有大量的经验研究成果，研究视角主要集中在劳工政策、集体谈判、劳资争议协调机制等方面。主要代表有常凯、王全兴、董保华、陈步雷和程延园等。常凯主张将劳动法的调整对象由以往的个别劳动关系调整为个别劳动关系、集体劳动关系和社会劳动关系，以个别劳动关系的从属性出发，通过集体劳动关系的对等性，去实现社会劳动关系的协调性。王全兴认为，劳动关系的协调机制应由政府干预、单个劳动关系协调、集体劳动关系协调以及企业社会责任运动组成。董保华主张劳动立法应当完善企业社会责任和加强工会力量。陈步雷、程延园等认为，应当确立劳动三权，通过集体谈判去实现劳资利益的平衡。总的来看，相关研究缺乏交流和沟通，尚未形成统一的研究范式，并且重点大多集中在对国家、工会、社会团体等组织的研究，少有对个人，特别是劳动者的研究。参见常凯：《劳动关系的集体化转型与政府劳工政策的完善》，载《中国社会科学》2013 年第 6 期；常凯：《劳动法调整对象再认识与劳动法学科重构》，载《法学论坛》2012 年第 3 期；王全兴：《我国劳动关系协调机制整体推动论纲》，载《法商研究》2012 年第 3 期；董保华：《劳动法律与人力资源管理的和谐共存》，载《浙江大学学报》2008 年第 4 期；陈步雷：《以劳权看待发展——劳权的权利论与功能论的多维度解释框架》，载《中国劳动关系学院学报》2009 年第 4 期；程延园：《“劳动三权”：构筑现代劳动法律的基础》，载《中国人民大学学报》2005 年第 2 期。

人类创造的抽象组织当成社会关系的活动实体，这是在贬低人类创造的价值，仅仅按照机构和组织间的关系而不是人们之间的关系来构建这个学科，这是一种危险的倾向。^[6]

工会主义提供了一个很好的范例，那就是一个纯粹的组织研究是危险且极具误导性。工会是一个很特殊的组织形式，其并不像工厂、医院及监狱那样是一个实体组织，只有当雇员联合起来时才存在。然而，工会成员参与任务执行大多是罕见的，更多的是依靠工会的全日制雇员，由于不同的雇员在态度、兴趣、目标以及什么对会员和工会有好处的观念上必然会存在差异，这势必影响到工会功能的发挥。因此，在很多情况下，工人会认为工会的官方机构与他们的目标无关，甚至起到妨碍作用。如果不把广大工人的不满和期望作为劳动关系分析的起点，工会的这一固有顽疾很难通过改革去克服，同理，任何以其他正式机构或组织为起点的劳动关系分析也避免不了产生类似的困境。^[7]

因此，学界不仅要着重于对政府、工会、雇主组织等组织的研究，而且还应当多多关注劳动关系参与者，尤其是广大劳动者的主体性问题，把如何提高劳动者的主体能力作为研究的逻辑起点。正如费孝通先生曾说，法治秩序的建立不能单靠若干法律条文，重要的还得看人民如何去运用它，更进一步讲，国家的社会结构还得改革。^[8]其不仅肯定了广大人民在法治过程中的重要性，还指出了实现人的主体性的道路，那就是社会结构的改革。同理，劳动者主体能力的提高也依赖于社会结构的改革。

诚然，国家近年来的一系列的社会结构改革和劳动法治的进步对提升劳动者主体地位的重要性不言而喻。然而，我们必须正视的一个现实是，当前劳动法治在其发展过程中与社会改革缺乏能量交换，使得社会改革的成果难以进入到劳动法治系统内，劳动法治的诸多能量也很难输入到社会系统中去。究其原因在于我国立法者和学者普遍忽视了劳动法治与社会系统、社会机制和社会过程的辩证关

[6] [英] 理查德·海曼：《劳资关系：一种马克思主义的分析框架》，黑启明译，中国劳动社会保障出版社 2008 年版。

[7] 在西方，劳动关系研究和工会研究是密不可分的，然而，英国劳动关系学家海曼却并不这样认为，其提出了“劳动关系是对工作关系控制过程的研究”的观点，认为许多最主要的工作关系控制过程并非通过官方的、制度化的渠道来完成，非正式的“风俗和习惯”在控制工作和雇佣组织等很多方面具有重要的意义。因此，其认为把劳动关系研究仅仅建立在正式的程序和组织上的做法，是一种强加的、令人无法接受的狭隘限制。参见前引[6]。

[8] 费孝通：《乡土中国 生育制度》，北京大学出版社 2013 年版，第 64 页。

系。^[9]根据马克思主义理论，法本身就是一个社会现象，劳动法治当然也应当是一个社会现象。因此，作为一种社会现象的劳动法治与社会系统、社会机制和社会过程是密切相联的，劳动法治建构于一定的社会结构之上并且随着社会的发展而发展，其功能的发挥离不开社会机制的有效运行，而社会机制的不断完善也必然影响到劳动法治的格局。

有鉴于此，立法者在制定劳动法规范时，其必须对社会机制予以考虑，使劳动法律体系能够适应和引领社会的发展，既要发挥劳动法治的社会保护功能，同时也要重视其在促进社会发展过程中的作用。对于学者来讲，要敢于突破传统的劳动法学研究方法，不能将研究视野仅仅停留在劳动关系系统内，而且应当将劳动法治置于整个社会系统中去研究，使劳动法治所起的作用不仅在劳动关系系统，而且在整个社会系统。要实现这一目标，就意味着劳动法治必须从封闭走向开放。

劳动法治从封闭走向开放意味着劳动法治必须实现由管制性向治理性的转化。^[10]从某种程度上讲，我国当前的劳动法制体系还呈现出较为浓厚的国家管制色彩，这种管制在强化国家权力的同时大大限制了劳动关系参与者以及社会公众的自由，传统意义上的劳动法治往往把劳动关系的治理视为只是劳动法律人的事情。而劳动法治的开放性使我们对此有了新的认识，那就是劳动法制的运行不仅是劳动法律人的事情，而是整个社会的事情，这意味着国家应当将政府管制的放松与建构新的劳动关系治理机制有机结合起来。我国当前劳动法治的首要任务是

[9] 邓洛普在借鉴帕森斯的“社会系统”理论的基础上，将劳动关系系统视为社会系统的一个独立子系统，其和政治系统、经济系统是平行的，既有区别，也有交叉。近年来，国外的劳动关系研究已经对劳动关系系统与其他社会系统的辩证关系予以了高度重视，其往往从劳动关系的圈子内走出来探讨劳动法与社会过程的关系，而我国在此方面的研究还相对滞后。例如，柯克布莱德认为，劳动关系系统只是社会系统的一个子系统，劳动关系的研究不能局限于劳动过程，而应当将其置于整个社会系统中去。此外，还有海曼、布鲁雷弗曼、爱德华等学者。参见 John T.

Dunlop. *Industrial Relation Systems*, New York: Henry Holt and Co., Inc., 1958; Paul S. Kirkbride. *Bargaining Power and Industrial Relations*, *Personnel Review*, 1987 (2): 3-11;

[10] 管制与治理的主要区别在于：管制强调国家权力的行使，通过政府制定和实施规则的形式去维护社会秩序和提供公共服务。治理则是一种新的管理范式，主要兴起于 20 世纪末的西方国家，强调社会力量在管理公共事务中的重要性。联合国全球治理委员会将治理定义为：各种公共的或私人机构以及其他社会组织和个人共同管理公共事务的诸多方式的总和。从立法技术来看，我国劳动立法强调公权的干预，限制和缩小社会自治的空间，具有鲜明的国家管制特质。参见潘小娟等：《当代西方政治学新词典》，吉林人民出版社 2001 年版；弗良西斯·福山：《什么是治理》，载《国家行政学院学报》2013 年第 6 期。

将社会力量纳入到劳动关系的治理主体中来,通过社会力量的帮扶去实现劳资力量的平衡。

虽然在近年来发生的群体性劳资纠纷事件中出现了专家、学者、律师等社会力量的身影,社会力量在纠纷解决中也发挥了不可磨灭的作用,然而,由于社会力量的介入缺乏统一的模式,有的是受政府的指派,有的是充当劳方的代理人,还有的是受资方的委托,因此,如何通过法律体系设计社会力量的行动模式是摆在实务界的一个难题。理论界对此问题也有所关注,大多研究成果集中在社会力量的介入模式层面,对社会力量介入劳资纠纷的法理基础的研究则相对较少,且尚未达成共识。^[11]对此,学界应当从部门法理学的角度,运用相关的法律原理来考察劳动法治的主体范畴,同时,还必须用法哲学的研究方法对劳动法治进行一个相对外围的考察,力求实现劳动法治体系与社会机制的有机结合。

劳动法治从封闭走向开放还意味着劳动法治必然从静态走向动态。^[12]依照辩证哲学原理,一国的社会机制是不断发展变化的,因此,劳动法治与社会机制的能量交换必然使劳动法治由静而动。从内容来看,劳动法治既包括劳动法典则的制定、行政主体对劳动法典的执行、司法机关对劳动法典的运用,也包括广大公众,特别是劳动者对劳动法规范的遵守。然而,中国传统的劳动法治往往仅关注劳动法的实施,严重忽视了广大劳资主体对法的实施的能动反应,特别是广大劳动者都俨然成为了劳动法治的客体。对此,理论界应当将研究聚焦在劳动法的实现层面上,从动态的视角考察劳动法被置于社会系统之后各相关主体的能动反应状况,将社会主体,特别是广大劳动者的真实诉求作为理论研究的逻辑起点。

综上,由于中国的劳动法治是政府自上而下进行建构的,主角更多的是国家,而不是社会个人,因此,在当前劳动法治的过程中应当更多地关注个人,特别是

[11] 关于社会力量介入劳资纠纷的模式,目前学术界形成了三种主要的学说:“工会主体说”、“多元治理主体说”以及“委托代理说”。其中,“工会主体说”认为只有工会才有资格代表劳方参与集体谈判,社会力量只能在工会的组织下参与谈判;“多元治理主体说”认为政府和社会力量处在一个平等的地位,相互合作、相互制约,共同治理劳资关系;“委托代理说”认为工人集体委托谁参与集体谈判应当是他们的私权,甚至是人权。更详细的梳理可参见陈永福:《第三方介入劳资集体争议的商谈性公共交往模式之构建》,载《理论月刊》2014年第7期。

[12] 作为劳动关系的控制过程,劳动法治应该是一个动态的范畴。然而,长期以来,劳动法学界却往往将劳动法问题的中心集中在对劳动法规范的制定和执行的研究上,这是一种静态的研究思路。行政法学界近年来非常关注行政法与社会过程的能量交换关系,以动态的视角去探究行政法治的社会化进路。参见关保英:《行政法治的社会化的进路》,载《法学》2015年第7期。

广大劳动者的主体性问题，以提高劳动者的主体能力为劳动法治的逻辑基点。这注定了中国必须选择与西方国家不同的劳动法治之路，因为西方国家的法治化是自发的、内生的，其往往只专注于劳权体系的建构，而无需更多地关注劳动者的主体性问题。劳动法治只有从封闭走向开放才能实现劳动法治由管制性向治理性、由静态向动态的转化，最终通过实现劳动法治与社会机制的能量交换去提升劳动者的主体能力。

二、从关注“实体性权利”到关注“程序性权力”：塑造劳动关系参与者的交往行动模式

按照法理学观点，权利可分为实体性权利和程序性权利，实体性权利又称目的性权利、第一性权利，程序性权利又称工具性权利、第二性权利，程序性权利作为一种工具性权利，是旨在保障实体权利的内嵌于市场经济结构的一系列的制度和机制，其功能是促进和救济实体性权利。^[13]相应地，劳权也应当既包括劳动权、休息权、获得报酬权、参与决定权等实体性劳动权，也包括申请仲裁、提起诉讼、结社、集体谈判、表达自由等能够保障实体权利得以顺利实现的程序性权利。^[14]

中国传统的劳动关系治理往往只关注劳动者实体性权利的建构，程序性权利的功能受到了立法者的严重忽视，因此，在“重实体、轻程序”、缺乏形式理性的中国，对劳动权利作上述分类尤为重要。在我国，当劳动者实体权利受到侵害时，虽然其可以依赖工会去维权，但由于广大劳动者对工会普遍存在抵制情绪，再加上工会本身又存在结构性的问题，导致工会很难发挥其应有的作用，在这种情况下，劳动者往往只能诉诸“一裁两审”的程序去维权。然而，“一裁两审”不仅程序繁琐，其功能的发挥还得依赖于广大劳动者与法律职业共同体之间的互信、合作。令人失望的是，这种积极的“法民关系”^[15]在我国不仅尚未形成，反

[13] 参见张文显：《法理学》，高等教育出版社 2011 年版。

[14] 参见陈步雷：《劳动权利体系及其分析工具——兼论劳动权利的一种新的研究范式》，载《工会理论与实践》2004 年第 3 期。

[15] 法民关系是指法律人与一般民众围绕法律解释权分配形成的主体间关系。在劳动法治领域，法民关系主要指广大劳资主体，特别是劳动者与法律职业共同体之间的主体间关系，既包括法律的执行，也包括法律的遵守。参见凌斌：《当代中国法治实践中的“法民关系”》，载《中国社会科学》2013 年第 1 期。

而随着劳资矛盾的加剧而变得日益紧张，正因此，劳动者时常因不信任权力而被迫选择“体制外维权”。

对此，学界已普遍意识到了建构劳动者程序性权利的紧迫性，然而，对于如何建构程序性权利，理论界却分歧较大。大多学者主张通过建立“劳动三权”，借助集体谈判机制去促进劳资博弈机制的形成，还有学者主张通过工会的改革和社会力量的介入去完善劳资集体协商制度。应该说，二种机制代表了西方国家建构劳动者程序性权利的两种方向：一是自下而上的推动，二是自上而下的改革，两种方向看似差异显著，但实际上二者都强调了“民主”的重要性。

然而，无视中国的传统文化和现实条件，套用西方法治自由主义去分析中国的劳动法治是有失偏颇的，且极具危险性。根据美国社会学家帕森斯的社会整合理论，社会的存续和发展依赖于社会各子系统的基本稳定，使社会成员之间有一种最基本的信任、共识与合作。^[16]社会整合的本质是意识的趋同性和同一性，只有存在“共同社会意识”，社会成员的行动才能产生共同的方向。^[17]价值系统不仅是社会整合的最深刻的来源，还是社会——文化系统中最稳定的因素。^[18]西方国家的以工会主义为主导的集体谈判制度是建立在劳动者与工会的互信与合作之上，并以广大劳资主体具备理性的法治精神为前提的，而中国的劳资危机正是由于广大劳动者与政府、工会及其他社会力量之间缺乏互信与合作产生的，缺少了这种互信，政府的强制作用、工会以及社会力量的帮扶作用将不可能真正奏效。

对此，如何实现劳动关系参与者之间的互信、合作是建构劳动者程序性权利所必须实现的目标。诚然，以“劳动三权”为核心的民主权利是中国今后建构劳动者程序性权利的方向。然而，现实国情决定了当前的中国必须先确定法治，然后再通过法治去实现民主。^[19]法治首先意味着树立法制权威，如何实现这一目标呢？依照程序主义的心理学理论，程序正义有助于维持人们之间建设性的长期互动关系，从而实现人们在社会地位方面的自我认知和满足，最终有助于建立人们

[16] [美] 塔尔科·帕森斯，尼尔·斯梅尔瑟：《经济与社会》，刘进，林午等译，华夏出版社1989年版，第43页。

[17] 朱力：《我国社会整合机制的转换——兼论“和谐社会”的理念》，载《学海》2005年第1期，第47页。

[19] 季卫东：《论法制的权威》，2013年第1期，第28-29页。

对群体的依赖，以及对权威的认同。^[20]以法治程序主义建构规则首先意味着程序具有指引功能，借助程序的指引去适用和执行实体规则，从而树立去树立法制的齐步权威。其次，中立、公正的程序本身也意味着价值的多元化，使具有不同诉求的主体能够借由程序进行理想的交流和对话，通过理由论证来达成共识，从而树立法制的理性权威。^[21]

由上可知，程序法治是架起人们间交流与互信的桥梁，是规则法治得以实现的保障。用程序法治去建构劳动者程序性权利首先意味着该程序必须是中立和公正的，因为人们的正义观是一种社会协调机制，社会群体之间正是通过这种协调机制才得以维持互动，正义的价值就在于借助群体间的互动去消除冲突^[22]。因此，劳资冲突的预防和解决必须借助中立和正义的程序去实现劳资双方的互动。然而，“倾斜性保护”的理念在学界已几乎达成了共识，并且已鲜明地体现在法治实践中，在舆论的推波助澜下，劳动法治呈现出了严重的“泛道德化”色彩，甚至有演变为“劳资对抗”的趋势。

诚然，劳动关系具有天然从属性特质，劳动法治也因此要体现对弱者的倾斜性保护。但是，劳动法治的宗旨是去矫正因劳动关系从属性而产生的“不当的结果”，而不是去消除从属性本身。^[23]推而广之，劳动立法必须把握这样一个尺度，那就是倾斜性保护只能体现在实体权利方面，而不是在整个劳动法治实践过程中，劳资双方的程序性权利应当体现公平的思想。因此，建构劳动者程序性权利的首要任务是摒弃劳动法治中的“劳资对抗”思想，用形式理性去设计价值中立的程序性规则，驱逐劳动法治中的“泛道德化”元素。

此外，任何一个社会得以存续和发展，都必须以某种方式去借助社会的力量来维持社会秩序。^[24]劳权的实现同样依赖于复杂的社会条件，条件能否成就取决于多元主体的努力。^[25]从我国劳动法治实践来看，社会力量鲜有介入到劳动关系

[20] [美] 汤姆·R. 泰勒：《程序主义》，载奥斯汀·萨拉特编《布莱克维尔法律与社会指南》，高鸿均等译，北京大学出版社2011年版，第481页。

[21] 同前引19，第26页。

[22] 同前引20，第474页。

[23] 董保华：《劳动法律与人力资源管理的和谐共存》，载《浙江大学学报》2008年第4期，第43页。

[24] 参见[美] 约翰逊：《社会学理论》，国际文化出版公司1988年版。

[25] 陈步雷：《以劳权看待发展——劳权的权利论与功能论的多维度解释框架》，载《中国劳动关系学院学报》2009年第4期，第26页。

治理中来，即便出现了专家、律师等社会力量介入个案的身影，但缺乏统一的介入模式，也未纳入到法律轨道中来。究其原因在于“强政府、弱社会”的社会结构缩小了社会自治的空间，从而塑造了以国家管制为特点的劳动关系治理模式，并且呈现出了“泛政治化”的色彩。^[26]对此，必须借助工具理性去设计价值民主的程序性规则，祛除劳动法治中的“泛政治化”元素，使各劳动关系参与者能够借助该程序展开互动与合作。

然而，中立、民主的程序只是使劳动关系参与者展开交流成为了一种可能，真正实现这一目的还需发挥程序的理性论证功能。依照新制度经济学的原理，制度能够使复杂的交往过程变得更容易、更可预见，让人感受到舒适感和安全感。^[27]哈贝马斯认为，没有“主体间性”就没有“规则”。^[28]这就意味着该程序必须为各行为主体提供交流与对话的平台，通过各主体间的交流与对话去消除分歧，使广大劳动者更乐意将纠纷交给法院、劳动争议仲裁委员会、社会力量等第三方去裁判，并从内心去接受裁判的结果，最终使劳资争议的解决回到正常的法治轨道中来。

行为主体间的交流平台可以分为制度性和非制度性的，制度性的交流平台旨在解决实际问题，主要存在于政治、经济领域，而后者主要存在于公共领域，其直接目的不是为了解决具体的争议，而在于发现和辨识问题。^[29]在劳动关系领域里，制度性交流平台主要是借助强制程序使相关主体展开沟通与论辩，以此去解决劳资争议。在沟通成为主题的时代，仲裁庭、审判庭理所应当成为各主体对话的主要场所，理由论证是司法的灵魂。^[30]这为司法制度的秩序建构开辟了一条新颖的路径，申言之，仲裁和审判等正式纠纷解决机制既要强调结果公正，更要注重程序民主，既要强调裁判文书说理性，同时，还应当借助程序正义使诉讼参与主体能够进行理性的论辩。

[26] 参见董保华：《名案背后的劳动法思考》，法律出版社 2012 年版，第 42 页。

[27] 参见柯武刚，史漫飞：《制度经济学》，商务印书馆 2000 年版。

[28] 主体间性是 20 世纪西方哲学中凸现的一个范畴，它的主要内容是研究或规范一个主体怎样与完整的作为主体运作的另一个主体互相作用的。哈贝马斯认为，离开了主体间性，就无法知道某人是不是在遵守一条规则；离开了主体间性，就既不能形成“规则意识”；离开了主体间性，更无法为规则的正当性提供辩护。参见哈贝马斯：《交往行为理论》（第一卷），曹卫东译，上海人民出版社 2004 年版。

[29] 同前引[28]。

[30] 同前引[19]，第 24 页。

除仲裁庭、法院外，一些替代性的、非正式的纠纷解决机制也能为劳动关系的参与者提供制度性交流的平台。美国的替代性纠纷解决机制（ADR）、德国的自愿联合解决争议制度是最好的典范，我国的劳资争议调解制度也是对这类机制的有益探索。这种非正式的纠纷解决机制建立在自愿的基础上，虽然也处理具体的争议，但其关心的重要问题的是如何预防、抑制劳资冲突。其最大的价值是使劳资双方能够借助社会力量的参与向中立的第三方提出各自的主张和证据，并进行理性地论辩，通过这种非正式的法律程序比审判更能为劳资双方提供直接参与纠纷处理的机会，使双方都能感受到程序的公正，当争议解决不了时其更愿意诉诸诉讼的途径。此外，通过这种方式还能够提前确定劳资双方争议的焦点和固定证据，从而使劳资双方，特别是弱势劳动者能够实现对争议处理结果的最大化控制。

非制度性交流机制则是一种建设性的、柔性的劳动关系治理机制，其主要是借助某种程序使劳资双方能够展开日常性的交流、对话，从而达到消除分歧，促进劳资双方走向合作的目的。非制度性交流机制主要存在于企业内，旨在通过特定程序使劳动关系参与者共同参加会议，在会议上进行当面的交流、沟通和协调。会议一般是以职工座谈会、政策听证会、信息发布会和工会与资方联席会等形式召开，德国的劳资共决机制就是这种机制的典范，最早出现于我国深圳市宝安区的瑞德电子有限公司的劳资商谈会也是对这一机制的有益探索。随着以多元主体互动为特征的自治社会的形成和发展，劳资交流与合作必将走出企业，因此，积极探索全国范围内的非制度交流机制应当成为必然。在这方面，美国、日本的制度实践值得借鉴，美国、日本分别以联邦调解调停局、劳动委员会为组织依托，在日常工作中通过举办全国性的、针对劳资双方的培训项目或开展活动的形式促进劳资双方的交流与合作。

理由论证是建立在调整功能的基础之上的，^[31]因此，劳动关系参与者间的理性交流除了依赖于程序保障外，还需发挥实体法的调整功能，申言之，必须借助实体法去明确各行为主体的权利与义务。然而，我国劳动法制关注得更多的是劳权，鲜有关注劳权所对应的义务，少有的义务配置往往也只是针对用人单位，国家、工会以及其他社会力量的义务存在高度的模糊性。义务主体的模糊性与权利

[31] 同前引[19]，第24页。

的弱性保障极易形成叠加，使得权利难以借助诉讼得到保障，缺乏“可诉性”。^[32]这为我国劳动立法模式的变革提供了一个明确的方向，那就是根据不同类型的劳权确定不同的义务主体，在此基础上对相应的义务主体进行具体的义务和责任配置。

具体来讲，劳权可以分为抽象性劳权和具体性劳权两种，抽象性劳权又称为规范性劳权，具体性劳权又称为实然性劳权，抽象性劳权一般指获得就业机会和相关权益的资格，其对应的义务主体既包括国家、政府，也包括社会组织、社会个人等社会力量。^[33]而后者则存在于具体的劳动关系或劳动过程中，主要表现为法律关系上的请求权，其义务主体更多的是具体的用人单位，当然，社会保障组织也是对应的义务主体。从我国的劳动法治现状来看，具体性劳权受到了立法者的重视，也是学界关注的重点，而抽象性权利却遭到了一致的忽视。

由于劳权的实现依赖于多元主体的共同努力，离开了抽象劳动权，具体劳动权将会成为一种弱权利，缺乏“可诉性”。对此，当前劳动法制的重点应该是建构和完善抽象性劳权，在此基础上对相应的义务主体进行权义配置。除了获得就业机会权以外，抽象性劳权还应包括获得相关权益的资格，由于这种权益具有高度的抽象性，范围也很难界定，需要立法者根据时代的不断发展而做出较为具体的规定。鉴于劳动者可行能力贫困以及法民关系日益紧张的现状，当前我国劳动法治的中心任务应当是“扶权”^[34]，应当将劳动者获得“帮扶”的资格界定为一种抽象性劳权。也即是说，当劳动者实体权利受到侵害时，劳动者有资格请求国家、政府以及社会力量进行“帮扶”。因为通过确定国家、政府以及社会力量的相应义务来建构劳动者的“被帮扶权”，既能够提高劳动者对实体权利的控制能力，同时也能为各主体展开对话与交流奠定了坚实的基础。

综上，当前的劳资现状决定了我国劳动法治应当更多地关注劳动者的程序性权利，以程序性权利去塑劳动关系参与者间的交往行动模式，从而实现各行动主体的互信与合作。要实现这一目标必须首先确定国家、政府以及社会力量的“帮

[32] 同前引[25]，第26页。

[33] 同前引[14]。

[34] “扶”是指帮扶，从社会法的角度看，特指帮扶主体的帮扶义务；“权”是指社会权，从社会法的角度看，特指被帮扶主体需要实现的被帮扶权利。被帮扶主体需要实现的被帮扶权利应当是“解困”的权利。参见汤黎虹：《对社会法理论基础的再认识》，载《东方法学》2012年第4期。

扶”义务，以此去建构和完善劳动者的抽象性权利。在此基础上，借助法治程序主义去建立制度性和非制度性的交流机制，通过各行为主体的理性交流去消除分歧，从而去树立劳动法制的权威，最终将劳资争议的解决纳入到法治轨道上来。

三、从关注“争端解决性责任”到关注“促成合作性责任”：建构劳动法治主体的角色责任

法律责任是指法律关系主体因违反义务而带来的不利后果，其本质与目的是通过处罚或补救的方式减少违法行为，保护法所确认的利益或者是恢复被破坏的法律秩序。法律责任的这一本质从根本上决定了责任理论和体系的建构必须考虑法所保护的法益、法律关系的主体结构、权义配置以及违法行为的特性等重要关联性因素。^[35]

从所保护的法益来看，劳动法是一部旨在保护劳动者权益的法律，这一点是不容置疑的。然而，在如何实现对劳动者的保护方面，理论界却尚未达成共识，大多成果建立在“劳资对抗”理念之上，主张通过倾斜性的劳动立法去实现对劳动者权益的保护，部分学者却认为劳权的最终实现须依赖于“劳资合作”。从全世界来看，劳动法呈现出了较为明显的代际更替和功能嬗变的发展轨迹，“第三代”劳动法不仅强调劳资利益冲突的解决，而且更重视通过生产率的提高以及劳资双方的合作去预防劳资冲突的发生，呈现出了劳权保护和社会促进并重的功能模式。^[36]

和西方国家一样，中国也面临着如何处理劳权保护和社会发展的问題，解决日益尖锐的劳资矛盾除了通过“消极”的劳权保护以外，还得依赖于经济的长足发展。因此，当前劳动立法的宗旨是借助社会合作去实现劳动者的合法权益，劳动法的这一价值取向决定了劳动法不仅要设立“争端解决性责任”，而且还应当

[35] 张守文：《经济法责任理论之拓》，载《中国法学》2003年第4期，第20页。

[36] “第一代”劳动法兴起于19世纪后期20世纪初期，这一时期的劳动与社会保障立法主要是借助强制性规定去保护劳动者的生存权益。进入20世纪30年代后，工会日益发展成为制约用人单位的结构性力量，并通过以“劳动三权”为核心的集体谈判机制去实现劳资利益的平衡。然而，在20世纪70年代中期以后西方国家出现了生产效率低下的问题，这些国家在对以往“消极的”福利制度进行理性反思的基础上做出了必要的调整，劳动与社会保障立法中呈现出了大量的“积极的”福利制度，理论界将这时期以后的劳动法视为“第三代”劳动法。具体论述参见陈步雷：《社会法的功能嬗变、代际更替和中国社会法的定位与建构》，载《现代法学》2012年第3期，第99页。

着眼于“促成合作性责任”的建构。“促成合作性责任”的宗旨是促使法律关系的主体各司其职，通过各功能互补去实现关系结构的整体和谐，而“争端解决性责任”在本质上属于一种争端解决机制，当法律关系主体未履行各自的角色责任时就必须承担“争端解决性责任”。二者是相辅相成的，“促成合作性责任”对“争端解决性责任”的设立和执行具有指引作用，而“争端解决性责任”的执行又能够加强和支撑“促成合作性责任”。然而，立法者和学界关注得更多的均是“争端解决性责任”，少有关注“促成合作性责任”。

由于“促成合作性责任”既是一种法律责任，也是一种“角色责任”，^[37]因此，建构“促成合作性责任”的首要前提是厘清劳动法的主体结构以及各主体在劳动法治实践中所扮演的角色。据前文所述，劳动法治的主体应当是多元的，既包括国家、工会、劳资双方，还包括其他社会力量。根据劳动法的“主体组合”，劳动法责任主要可以细分为国家责任、社团责任、用人单位责任以及社会个人责任等。由于各主体的身份和地位不同，其行为目标也有别，因此各主体的角色也各异，所需承担的角色责任自然就不同。

劳动者可行能力的缺失以及“法民关系”的日益紧张决定了中国劳动法治的宗旨应当是帮扶劳动者去实现各项实体性权利和程序性权利，“帮扶”的内在含义本身就决定了劳动法治主体的角色是“扶权”，因此，各主体的角色责任也应当是与“扶权”密切相联的。然而，劳动法责任理论中的难点问题，并不在于各帮扶主体的角色确定，而恰恰是各主体的责任承担问题。之所以如此，是因为国家、社会力量与用人单位的角色责任，无论在理论研究还是制度设计方面，都存在很多难点和盲点。

由于国家在促进经济、社会发展、提供就业机会、保障弱势群体利益等方面，作用十分显要，因此，在劳动法治的主体结构中，国家理应扮演重要的、多重的角色，既可能是立法主体，也可能是行政主体，甚至还可能扮演斡旋者、调停者的角色，等等。从国家在劳动法治中扮演的角色就不难看出国家的行为更多的是一种抽象行为，根据我国现行的体制和制度不具有可诉性，因此很难追究其责任。例如，当国家未提供足够的就业机会，或者是未实现劳动者参与企业管理、表达自由等程序性权利时，很难借助诉讼的途径追究其责任。正因此，有学者对劳动

[37] 同前引[35]，第19页。

法责任制度和责任理论产生了疑问,其认为劳动法中的责任制度更多的是针对用人单位的违法行为来设计。

当然,并非国家的所有行为都是抽象性行为,政府在劳动行政执法中就扮演着行政主体的角色,当其侵犯了其他劳动关系主体的合法权利时,国家完全可以成为行政诉讼的被告。然而,由于追究国家的责任存在诸多的现实障碍,如,可归责性、管理体制、承责的经济能力等问题,因而要想追究国家的责任往往举步维艰。

申言之,当政府的作为与不作为违反了相关法律规定,给其他主体造成的损失难以确定,此时追究国家的责任将会遇到技术性的困难。更有甚者,若受害者不是单个主体,而是不特定的多数人,由于我国尚未建立公共执行实现机制,因而在追责时必然会遇到较大的麻烦。退一步讲,就算政府的行为造成了单个主体的实际损失,且损失较好确定,也将会遇到诸多的现实性问题。在此种情况下,若让国家承担赔偿责任,将会无形地增加纳税人的负担,因为国家的经济性来源主要依赖于税收;若要追究国家的政治性责任,使其付出“信誉减等”的代价,则会给社会造成消极的后果,从长远来看,也不利于社会的稳定发展。^[38]

不可否认的是,随着WTO规则的转化以及未来国家责任理论与制度的深入发展,国家赔偿性责任与政治性责任终将会得以实现,国家行为的“可诉性”也自然会增强。然而,据前文所述,劳资矛盾只能借助各主体的互动才能得以预防和解决,这直接意味着国家应当承担一种“实际履行”的责任。因此,就目前来讲,积极探索“实际履行”责任将更为切合实际。不仅要研究“实际履行”责任的归责原则、构成要件,更要多多关注该责任的实施机制,除了个人追究机制外,尤其还应当进一步探究公共的、联动的执行机制,让社会力量也参与到执行行动中来。

与国家不同,社会组织和个人不具有立法和执法资格,其在劳动法治中往往扮演的是斡旋者和调停者的身份,旨在政府、用人单位和劳动者之间建立有效的交往机制,其所承担的责任也应与这种角色密切相联。然而,相关立法却少有对斡旋者和调停者的法律责任做出明确规定,更多的是赋予其权利。这主要是因为人们习惯将社会组织和个人视为“善”、“义”的象征,再加上其承责能力又极

[38] 同前引[35],第20页。

其有限。因此，社会组织和个人责任承担不仅会遇到“可诉性”不强的困惑，还存在归责难的问题。

“社会是一切关系同时存在而又相互依存的社会有机体”，^[39]社会有机体的形成关键在于人类交往关系的顺利实现，而这一目的的实现就必须依赖于每一位交往主体，也就是说，必须将责任落实到每一个交往主体上。正如罗斯科·庞德所说，每个人在社会中都有自己要履行的某种职能。^[40]因此，只有在权利和责任的双向维度中，通过明晰各社会组织和个人权利、义务和责任，劳资双方的交流与合作才能得以实现，决不能因为社会组织和个人具有公益性而免除其应当承担的责任。

社会组织的公益性特征以及承责能力的弱小决定了赔偿责任、信誉减损等责任形态很难发挥其应有的作用，因此，和国家责任一样，积极探索“实际履行”责任形态以及公共执行机制将是摆在立法者和学者面前的艰巨任务。此外，由于社会组织责任承担在本质上还得落实到组织中的每个成员身上，所以，培育具备公共情怀和良好职业道德，并且能够有效处理权利和责任的关系的积极公民，正是社会组织和个人责任承担的内在要求。

对于用人单位来讲，其在劳动法治中承担的责任应当是双重的，第一性责任是和劳动者的实体权利相对应的，指用人单位因侵犯劳动者实体权利而产生的责任；第二性责任则与劳动者的程序性权利密切相联，从种类来看，既包括用人单位因未实现劳动者的参与企业管理权、知情权等民主权利而应承担的责任，也应包括在劳资纠纷产生后，用人单位因拒绝参加法律规定的各主体间的交流活动而产生的责任。

劳动法责任体系的建构难点并不在于用人单位的第一性责任，因为其同一般市场主体在其他法域中应承担的责任在本质上并无大异，而在于第二性责任。从责任的性质来看，与第一性责任一样，第二性责任也应当包括经济性责任和非经济性责任，经济性责任的主要形态有经济补偿、惩罚性赔偿、罚款等，而非经济性责任包括实际履行、信用减等、资格减免等。用人单位承担经济性责任将会遇

[39] 刘水林：《从个人权利到社会责任——对我国〈食品安全法〉的整体主义解释》，载《现代法学》2010年第3期，第36页。

[40] [美] 罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵，董世忠译，商务印书馆1984年版，第49页。

到如何归责的难题，因为用人单位在此种情况下并未给劳动者造成实际的损失，若让用人单位承担经济性责任有违“无损失无赔偿”的原则。因此，对用人单位来讲，其承担的责任主要是非经济性的。当前劳动法治的首要任务是要加强企业信用体系建设，这是信用减等或资格减免责任适用的前提，其次，还应当建立实际履行责任的实施机制。

以上论述旨在说明，劳动法责任有自己独特的理论和体系，研究劳动法责任理论必须注意责任承担与主体结构、权义配置的关联，而且还要注意一个“可诉性”问题，不仅要随着劳动法理论和制度的日益发展，对各种具体责任形态不断地进行拣选和归类，而且还应当积极探索新的责任形态以及相应的实施机制。

四、结语

关于中国劳动法治的研究，目前已有大量的理论成果，但绝大多数研究旨在解决现实劳工实践问题，且仍停留在经验研究层面，缺乏统一的理论分析框架，导致劳动法研究缺乏对话的平台。劳动法研究到底需要怎样的理论研究？

基于劳动法理论研究较为薄弱的现状，本文采用了“主体——行为——责任”的研究范式。目的并不在于宏大叙事，提出抽象的理论分析框架，而旨在用形式逻辑驱除我国劳动法学中的泛政治化、泛道德化的成分，使之走向学术化和规范化，从而使劳动政策和立法更契合我国的劳资实情。

在主体方面，劳动法治应该更多地关注个人，尤其应关注劳动者的主体性问题。因为只有真正提高了劳动者的主体能力，才能提高其控制、支配权利的能力，从而才能够自由地去享受权利。要想实现这一目的，劳动法治就必须从管制性走向治理性，由静态走向动态。在行为方面，应该从制度分析转向过程分析，从劳动者的实体性权利转向程序性权利，通过明确劳动法治主体的交往行动规则去实现主体之间的互动，借由互动去消除分歧。在责任设计上，应当根据各行动主体的角色去建构各自的责任，旨在保障劳动者程序性权利的实现，因此，必须实现从关注“争议解决性责任”到关注“促进合作性责任”的转向。

由于篇幅和能力的原因，本文只能勾勒出一个较为清晰的理论分析框架，以期能够对立法和研究有所助益，对劳动法的主体范畴、主体的行为模式以及主体应承担的具体责任形态以及责任追诉机制等远未进行深入地展开，还有待做进一步的研究。

供给侧改革中劳动关系的挑战和机遇

高建东* 刘金祥**

【摘要】供给侧改革在适应和引领经济发展新常态的同时，给劳动关系带来重大的挑战。这些挑战存在老的问题未能得到很好解决，也产生了一些新的问题，这都需要我们坚持问题导向和目标导向的统一，同时更应该看到劳动关系面临的发展机遇，不断总结并审视劳动关系面临的迫切而又艰难的重要课题，寻求新的突破。

【关键词】劳动力市场；劳动关系治理；劳动者权益；群体性事件；伦理

我国改革开放和加入世界贸易组织以来，经济和社会的发展取得了前所未有的成绩。然而，在不断发展的同时，以廉价劳动力参与经济全球化和国际分工的资源优势已经呈现诸多的经济和社会关系问题。2015年中央经济工作会议强调要着力推进供给侧结构性改革，推动经济持续健康发展。这是正确认识经济形势后选择的经济治理药方。推进供给侧结构性改革是适应和引领经济发展新常态的重大创新，在经济结构调整优化的同时，也必然对劳动关系产生重要的影响。这对构建和谐劳动关系具有积极的促进作用，指明了劳动关系中存在的问题，引导了劳动关系的良性发展，但同时也面临着重大的挑战。

一、供给侧改革中劳动关系的问题导向

1. 着重解决劳动力市场的结构性矛盾

供给侧改革的重要内容之一是优化产业结构，解决产能过剩的问题。这些问题主要是在世界经济增长黄金期面向外需以及国内高速增长阶段形成的，尽管在一定程度上促进了劳动力相对广泛的就业并带动了农村劳动力的转移，但是也给劳动力市场带来了突出的结构性矛盾，表现为劳动力“过剩”与“短缺”的并存，即劳动者的“就业难”和企业的“招工难”现象同时存在，加剧了结构性失业的现状。

**刘金祥（1955—），男，上海人，华东理工大学法学院教授、博士生导师，研究方向：劳动法和劳动关系。

*高建东（1982—），男，天津市人，华东理工大学人文科学研究院博士研究生，研究方向：劳动法和劳动关系。

造成当前劳动力市场结构性矛盾的主要原因在于，我国粗放型经济发展方式导致经济增长会更多地依赖简单分工创造“生产性”岗位以及劳动密集型的“服务性”岗位，而经济增长对复杂分工依赖性不强，对知识和技术密集的“服务性”就业岗位拉动作用较弱，劳动力市场结构性矛盾因而具有发展的阶段性特征。⁹⁸当前我国经济正从粗放向集约、从简单分工向复杂分工的高级形态演进，粗放型发展方式已经无法适应我国经济发展的可持续性需求。

推进供给侧改革是问题倒逼的必经关口，对于解决劳动力结构性矛盾问题具有重大意义。它在于从根本上解决结构性的问题，提高劳动力市场的结构特征与社会对劳动力需求变化的适应性和灵活性。然而，产能过剩行业的减产与促进产业结构的优化，将会给劳动力市场的结构性矛盾产生一定的“阵痛期”，例如可能会推升失业率、加剧劳动者流动等问题。减少“阵痛期”的风险因素与缩短“阵痛期”的时间跨度的任务仍然显得非常重要。

2. 劳动者权益的保障与产业政策的推行

通过各种数据可以表明，劳动者权益保障仍然是当今重要的社会问题。劳动者权益严重受损的现实一直存在，特别是在劳动密集型的制造业企业中极为普遍。曾有论者认为当前法律对劳动者保护过度，而不利于企业的灵活用工。劳动关系存在的重要基础是劳资双方分别作为主体的存在，但双方并非是完全对立、此消彼长的关系，而很大程度上体现了一种合作与共赢的局面。因此，保护劳动者的合法权益与保障企业的灵活用工的法制环境应当在合作与共赢的理念之下进行架构。

从历史发展来看，劳动合同制度实施以来，企业的用工自主权一直呈现愈加灵活的趋势，而劳动者权益保护状况却每况愈下。在供给侧改革进程中，如何在保障劳动者权益的同时，推进产业政策、激发企业活力、促进经济发展，已经成为当前迫切的社会问题。

3. 劳动者的集体行动与社会秩序的稳定

经济结构的调整将会带来劳动关系的变化。推进供给侧结构性改革，必然会带来一些冲击，而且这些冲击很可能会从经济领域延伸到社会领域。当前，劳动者集体行动已经成为影响劳动关系和谐的突出矛盾。在推进供给侧改革化解过剩

⁹⁸参见张车伟：《当前劳动力市场的结构性矛盾及其经济学分析》，《经济学动态》2008年第3期。

产能、处置“僵尸企业”过程中，个别产能过剩严重的地区会出现劳动者集中下岗和财政支出困难的情况，更加易于引发群体性事件。但是问题在于，我国实行劳动合同制以来，无论是劳动者的集体行动，还是政府的治理举措，都尚未纳入制度化的轨道，或者低制度化运行。这种现实状态反映出我国化解社会矛盾的能力尚有待提高。如何平衡劳动者的集体行动与社会秩序的稳定之间的关系，成为当前亟需解决的问题之一。

我国法律并未明确规定劳动者集体行动的权利，劳动法领域内相关法律极度薄弱甚至缺位。通过行政干预和政策调节的手段来对待劳动关系群体性事件，尽管具有效率、便捷的优势，但无论是政府、工会、企业还是劳动者，往往会形成一种路径依赖的局面，更多是基于维护秩序下的一种政治力量的权衡。这种政治优先的冲突治理方式体现的就是秩序和效率的价值诉求，但其既不是制度创新，也不是政策替代，无助于提升国家治理能力，并不足以解决制度化的问题。

二、供给侧改革中解决劳动关系的目标导向

1. 法治理念：以社会法的实质公平推动劳动关系的健康发展

劳动法尽管在很大程度上具有私法的属性，但是基于实质的正义与社会公共利益的考虑，公法因素会渗透进来并使其呈现出社会化的发展趋向。这是市场经济国家社会法的一般发展思路。社会法对私权关系的渗透并非仅仅是劳动关系，甚至在侵权责任法中亦可以发现社会法的痕迹。这也是在“强资本弱劳工”局面下进行倾斜立法的重要原因所在。这一观念在现实中是毋庸置疑的，也应当在贯彻执行法律的过程中得以体现，而没有必要将企业现实的困境归咎于倾斜立法本身。

企业面临的在用工成本增加的问题上或者说其在劳动关系的障碍并不在于劳动法本身或者法律的技术层面，问题主要在于我国社会转型过程中的经济体制改革和现行发展方式的问题。社会法尽管以倾斜保护原则为立法宗旨，但是这种“倾斜保护”仍然是在法律对资本全面照顾情形下的一种“施舍”。正如有学者对美国法律现实所批判的那样，“法律保护自由的资本集中，却限制工人的联合；法律允许资本的‘罢工’，却限制工人的罢工；法律允许资本家对劳动组织的控制，却限制城市失业者的行动，将无业流浪规定为违法。”⁹⁹劳资关系失衡和劳动力市场的制度性分割，并不是劳动法对劳动者倾斜立法造成的，而是具有深远的社

⁹⁹ Robert W. Gordon. *Critical Legal Histories*. Stanford Law Review, 1984, Volume 36, P93.

会因素和体制问题。我国劳资关系问题的突出，既有市场经济所具有的共性问题，更存在社会转型过程中的转型经济、双轨经济的特性问题。这些特殊问题表现在社会保障体系的不健全、计划经济体制下产生的二元结构在多个层面长期存在的现象难以消除、劳动力市场供求关系严重失衡，供大于求降低了一般劳动者的市场谈判能力。企业内部治理结构的失衡，导致了劳动者的权利和利益诉求无法畅通。这种问题既有体制改革存在的问题，也有现发展方式的障碍。在社会主义市场经济体制改革过程中，一旦涉及到某些利益集团，改革就产生了阻力，远非人民利益所及。现行股东至上的单边治理模式虽然备受诟病，但一直被人乐此不疲。在不断获取经济利益的同时，却忽视了利益相关者的作用。资本在不断地掘取利润，甚至将劳动法视为一重障碍，如此，无益于企业内部治理结构的完善，反而有一种回归粗放型的老板“一言堂”管理方式的潜在危害。

故此，因应供给侧改革和优化产业结构的需求，劳动者权益保护问题非但不能减弱，恰恰相反，而是应当更加注重劳动者权益的倾斜保护。劳动者是生产力中最活跃的因素，必须充分调动劳动者的积极性，方能体现中国特色社会主义政治经济学的重大原则。如因产业结构调整，以给予企业灵活用工之名，来行弱化劳动者权益之实，与供给侧改革的初衷是背道而驰的。

2. 社会治理：明确政府责任并发展劳资自治空间

供给侧改革要求更加注重市场在资源配置中的决定性作用。因此，明确政府的权力边界，降低行政干预的同时，既要强化发展劳动关系的自治空间，又应明确政府在劳动关系中的职责。一般认为，劳动关系的调整模式分为宏观、中观和微观三个层次。宏观层面以劳动力市场为基础通过劳资政三方关系协调规范社会劳动关系，又称产业关系。中观层面通过企业集体合同调整企业内集体劳动关系，微观层面通过劳动合同调整用人单位与劳动者之间的个别劳动关系。¹⁰⁰

在宏观层面，基于我国“强国家、弱社会”的现实，一直表现出较强的国家干预力度。在劳工政策和立法，国家不断的强调劳动者权益的保障，但是涉及产业政策和经济发展的过程中，政府则具有明显的侧重于资本的倾向。在供给侧改革进程中，优化资本结构及其运作，必将对劳工政策产生影响。在“强资本、弱劳

¹⁰⁰参见董保华：《中国劳动关系的十字路口——管制与自治：富士康、本田案件提出的法制命题》，《探索与争鸣》2011年第3期。

工”的局面和当前工会体制下，如何放松国家管制、发挥国家对劳动关系的监管和协调作用、建立能够平衡劳资关系的法律制度，成为当前紧迫的议题。

在市场经济国家，劳动关系协调制度的重点在于中观层面，即集体劳动关系。在国家制定规则并提供相关保障的情况下，劳资双方通过集体谈判来完善自治的发展空间。但是，我国劳资双方自治的相关举措一直步履维艰。这包括：集体协商机制建设问题，相关立法的操作性不强，缺乏强制力；工会的政治性、先进性和群众性问题，由于工会在经济和行政上对企业的依赖程度较高，其独立性和民主性屡遭质疑；职工代表大会和企业内部治理之间的关系问题，主要问题表现为是职代会的定位和职权、职代会与工会的区分、职代会与“新三会”（股东会、董事会、监事会）的协调等问题。这些问题如果不能尽快予以完善、明确政府在其中的监管职能，劳动关系的治理问题将会给经济发展和产业转型造成根深蒂固的影响。

在个别劳动关系层面，主要通过劳动合同来调整双方之间的关系。尽管现行法律制度基本能够协调全部的个别劳动关系，但是事实上劳资双方的自治空间仍然极为有限。主要表现为：（1）基于劳动关系的隶属特征与实质的不平等性，尽管建立了劳动者倾斜保护的法律制度，但是劳动者在劳动关系中的协商能力严重不足，只有选择服从或者离职的权利现实；（2）在权益无法得到保障的情况下，劳动者一般会选择默认和服从，但是在劳动关系面临终止之时，这种矛盾会集中爆发，导致劳动仲裁和劳动诉讼承受巨大的办案压力。尽管在企业层面设立了工会、职代会等民主管理形式，具有协商、调解等非诉讼解决方式，但是发挥的效果并不理想。

3. 伦理观念：努力构建中国特色和谐劳动关系

在市场经济条件下，伦理道德作为社会关系的一种调节规范，仍然是个体行为的一项基本制约手段，在劳动关系中亦不失为一种行之有效的保障和促进因素。特别是在我国这样历史悠久的东方社会，儒家文化的伦理精神已经根深蒂固，劳动关系的伦理道德甚至发挥着法律远远不及的作用。事实上，我国一致强调的“和谐劳动关系”在很大程度上体现就体现为一种劳动关系伦理。习近平总书记指出，努力构建中国特色和谐劳动关系，是坚持中国特色社会主义道路、贯彻中国特色社会主义理论体系、完善中国特色社会主义制度的重要组成部分，其经济、政治

和社会意义十分重大而深远。构建和谐劳资关系是劳动关系伦理实践的应有之意，是解决群体性事件的根本途径，是社会治理与社会建设的重要内容。

2015年中央经济工作会议提出，适应和引领经济发展新常态，推进供给侧结构性改革，要努力实现十个方面工作重点的转变。以“十个更加注重”为标尺，劳动关系调整将更加注重劳动关系的伦理课题，关注企业、劳动者及其利益相关者之间的伦理关系问题。《中共中央国务院关于构建和谐劳动关系的意见》强调要“加强对职工的人文关怀”，“培育富有特色的企业精神和健康向上的企业文化，为职工构建共同的精神家园”。这将成为供给侧改革中构建和谐劳动关系的关键因素和重要目标导向。

三、供给侧改革中劳动关系的发展机遇

1. 优化劳动力结构，推动职业教育和人才培养

产业结构的优化与结构性改革对劳动力的供给起到了导向性的作用，而职业教育又对劳动力的供给起到极为重要的促进作用。从供给的角度看，我们应当提供适应产业发展需求的劳动者。

一方面，需要调整教育的发展结构，使得高等教育的布局 and 结构能够与产业发展需求相适应、劳动者的技术知识与企业的发展需求相适应。例如，发挥产学研相结合的优势、促进职业教育水平的提升、展开高等院校教学内容与课程的改革，这些相关举措如何推进，成为我们应当重点考虑的问题。

另一方面，加强对劳动者的职业培训，促进职业能力的提升。接受职业培训是劳动者的一项合法权利。在供给侧改革的发展思路下，劳动者的职业培训有助于提升技术水平并推动技术创新，是劳动者适应产业升级需求的有效途径。如何切实保障劳动者接收职业培训的权利，亦是现实中关于劳动者权益的一个难点。

2. 强化社会保障，促进劳动者就业创业和自由流动

当劳动力的供给不能很好的适应产业变动的要求之时，就产生了劳动力的结构性矛盾，加剧劳动者的失业率、增加就业和流动的难度。供给侧改革下，产能过剩的行业将会面临减产。根据全国经济普查，煤炭、钢铁、水泥、电解铝、平板玻璃五个产能过剩行业就业 1000 多万人。如果未来两三年这些行业减产 30%，将有 300 万劳动者的就业岗位受到影响。这部分劳动者可以向在地区间、产业间、部门间、企业间或者工作间进行流动，而没有能力流动的将会导致失业，特别是

“僵尸企业”的劳动者将会面临更为严重的问题。因此在法律制度和政策保障上，一方面，应当为劳动者的流动提供必要的保障措施，强化劳动者的自由流动，进而降低失业率。另一方面，应当为失业人员提供健全的社会保障措施，解决其生活保障问题。

3. 规范企业管理，强化雇主义务

规范企业管理，需要转变企业观念，通过规章制度建设来推进公司治理的完善。现实中诸多企业的制度仍然是一种较为粗放型的方式，这与管理方式和企业观念是息息相关的。现实中诸多劳资纠纷反映出严重的企业管理问题，甚至将企业规范化运作的现代发展要求归咎于法律成本的增加。在观念上，有些企业仍然习惯性的将内部事务由法律来解决，希望从法律中获取有利于自己的答案；在行动上，有些企业惰于制定详细而周延的规章制度，抱着争议发生的可能性、避免自我限制的心态，再寻求劳动争议的事后救济。

在企业规范化管理的过程中，应当强化雇主义务。例如避免工作时间的不当延长、工资的不合理降低、强迫从事危害职业健康的工作、无故拒绝集体协商等，这些有违照顾、公平、公正、尊重等现代管理理念，也未尽到雇主应尽之伦理义务。在管理实践方面，企业应当尽力规范化其劳动关系运行的制度和标准，将企业的伦理理念形成用于劳资双方共同适用的行为规范，常见的有企业文化手册、奖惩规则、日常行为规范守则、人力资源管理手册、员工晋升考核规范、生产线操作要领与作业准则等，并根据不同行业、不同岗位将工作标准予以明确规定。

4. 完善工会工作，推动劳动伦理实践

在当前我国劳动关系与产业政策的大前提下，工会的政治性、先进性和群众性诉求迫切，应当不断强化工会工作，推动劳动伦理实践。工会在保障劳动者利益的同时，亦应当致力于推动劳动伦理的实践工作。劳动伦理包括劳动者对雇主的伦理，以及劳动者对劳动者的伦理。劳动者对雇主的伦理，即工作伦理，是劳动者以从业者的身份对雇主履行忠实、勤勉和服务等劳动义务。劳动者对雇主的伦理往往习惯性地被表述为“爱岗”“敬业”“忠于职守”等，而国家层面亦将此提高到了社会主义核心价值观的层面，¹⁰¹中华全国总工会、中共中央、国务院等亦在

¹⁰¹ 2013年12月11日中共中央办公厅印发《关于培育和践行社会主义核心价值观的意见》提出，“爱国、敬业、诚信、友善是公民个人层面的价值准则”。“敬业”即体现为劳动者对雇主的伦理。

相关文件与标准中对此进行了规范。¹⁰²劳动者对劳动者的伦理，即同事伦理，例如，同事之间的告密、不实举报、责任推脱等，均属于同事伦理的范畴，有悖于建立协同、合作、融洽的同事关系。同事之间的伦理关系作为一种人际交往能力，被视为劳动者重要的职业能力之一。

这些伦理实践，为建立正确的企业文化、建立和谐的员工关系和适格的市场主体奠定了重要的基础。推进供给侧改革，强化劳动关系的伦理课题，有助于防范劳动关系的风险因素、构建和谐稳定的劳动关系。提高发展质量和效益、调整产业结构、促进区域发展的均衡、扩大对外开放，这一系列的举措，都在一定程度上依赖于企业的成功升级转型。然而，和谐、规范的劳动关系伦理成为企业转型的重要人本基础，在引导市场行为和社会心理预期、形成绿色生产方式和消费方式、保障改善民生等方面的作用不可小觑。

【参考文献】

- [1] Robert W. Gordon. Critical Legal Histories. Stanford Law Review, 1984, Volume 36.
- [2] 张车伟：《当前劳动力市场的结构性矛盾及其经济学分析》，《经济学动态》2008年第3期。
- [3] 董保华：《中国劳动关系的十字路口——管制与自治：富士康、本田案件提出的法制命题》，《探索与争鸣》2011年第3期。
- [4] 常凯：《劳权本位：劳动法律体系构建的基点和核心——兼论劳动法律体系的几个基本理论问题》，《工会理论与实践》2001年第6期。
- [5] 乔健：《加强对转型时期劳工政策的研究》，《中国劳动关系学院学报》2005年第3期。
- [6] 夏明月：《劳动关系伦理的提出及其价值旨归》，《哲学研究》2014年第5期。
- [7] 陈继盛：《劳动关系之伦理课题》，《新世纪智库论坛》2000年第12期。

¹⁰²《中华全国总工会关于在广大职工中培育和践行社会主义核心价值观的实施意见》（总工发〔2014〕28号）提出强化职工敬业奉献精神，“大力弘扬工人阶级高尚的职业操守，夯实广大职工忠于职守，在责任面前敢于担当，在利益关头顾全大局，在危难时刻挺身而出的中国工人阶级先进性”，将劳动者伦理在道德层面进行了细化，也提出了更高的要求标准。这一项道德标准往往也成为劳动者获得国家层面重大荣誉的一种衡量标准。例如中共中央、国务院在历届全国劳动模范和先进工作者的表彰会议上都会提到“大力弘扬‘爱岗敬业、争创一流，艰苦奋斗、勇于创新，淡泊名利、甘于奉献’的劳模精神”。

从延迟退休看劳动权保障范围界定

黄鹏辉¹⁰³

【摘要】面临日益严重的人口老龄化问题，我国政府决定实施渐进式延迟退休年龄政策以应对。但是由于该政策影响着劳动者们的利益导致劳动权保障争议不断。而引起该争议的根源在于我国对劳动权保障范围界定存在分歧。目前对于劳动权保障范围的界定方法主要基于“外在理论”与“内在理论”。两种理论依据导致了我国宪法与劳动法中有关劳动权所保障范围的界定存在偏差。若是先入为主的套用某部法律，便会产生对劳动权保障范围理解的偏差。我国应该通过对劳动权保障范围界定方式的统一，以解决当前纠纷。

【关键词】延迟退休，劳动权保障范围，外在理论，内在理论

引言

随着我国经济的发展，人们生活质量日益提升，医疗和社会保障体系在逐步完善，据统计，现阶段人均寿命也有了大幅度的增长，世界卫生组织(WHO)发布的2015年版《世界卫生统计》报告显示，近年来全世界人口的寿命日益增加。我国在此次报告中男性平均寿命为74岁，女性为77岁，^[104]都属于世界中上水平，较建国初期人均40多岁的年龄，有了较大的飞跃。然而，俗话说“福兮祸所伏”，随之而来的是养老保险储备金不足问题，突出表现在由于我国依旧沿用上世纪50年代的法律规定，男性退休年龄为60周岁，女性干部退休年龄为55周岁，女职工退休年龄为50周岁。^[105]该法律规定存在滞后性，导致退休人员数量也不断增加，使得基本养老保险基金的支付压力成为目前我国社会保障体制遇到的最棘手的问题。据2015年全国社会保险基金预算显示，剔除财政补贴后，2015年养老保险“亏空”将超过3000亿元。^[106]为了应对迎

【作者简介】黄鹏辉（1992-），男，福建南平人，福州大学法学院硕士，主要从事社会法、国际法等方面的研究，邮箱：626546943@qq.com.

[104] 世界卫生组织. 世卫报告：全球人口平均寿命71岁——日本最长寿[DB/OL]. 中国新闻网, (2015-05-14)[2016-2-25]. <http://www.chinanews.com/gj/2015/05-14/7275649.shtml>.

[105] 盛帅, 张亦凡. 延迟退休年龄必要性分析与对策建议[J]. 劳动保障世界, 2013(4): 31-33.

[106] 财政部社会保障司. 2015年全国社会保险基金预算情况[J]. 中国财政, 2015(11): 78.

面而来的“白色浪潮”，我国在2013年11月12日中共十八届第三次全体会议上批准了执行延迟退休年龄政策。时隔两年，2015年3月10日十二届全国人大三次会议中，我国人力资源和社会保障部确切地提出我国将实行渐进式延迟退休，具体方案将在2020年前出台。同年11月20日，我国人社部发言人针对媒体所提的渐进式延迟退休年龄问题进行了回应，明确表示正在开展对渐进式延迟退休年龄问题的进一步研究。^[107]

一、延迟退休引发劳动权保障争议

延迟退休政策主要影响着劳动者们的利益，其在实施中所面临的主要困难也必将来自于劳动者。对于不同劳动群体来说，具有不同的利益，稍有偏颇便会激起层层社会矛盾，而且即使同一群体中也会有不同的想法和诉求，而民意会促进法律制度的完善，所以对于各类劳动者的诉求，必须妥善处理。这就要求在实施的道路上，我国必须先寻找出各类劳动者权利纠纷所在，方能对症下药。结合社会现状，可以发现，我国劳动者权利保障争议主要表现在以下两个方面：

（一）不同职业生涯阶段劳动者劳动权保障争议

美国学者格林豪斯曾依据员工在不同年龄段的职业发展任务提出了职业生涯发展阶段理论。^[108]而延迟退休无疑对处于职业准备与职业生涯后期阶段的劳动者造成的影响是最大的。退休年龄的延迟使得许多职业生涯后期的劳动者不得不继续“坚守”岗位，这也必将导致一批新晋劳动力无法正常“接班”，令我国的就业形势更加严峻；对于已经获得职位的年轻人而言，他们有想法、有能力，却可能因此得不到一展宏图的舞台，整个社会将会在一段时间内无法完成正常的新老交替，形成合理的年龄梯次结构；更有甚者，一些年轻人可能会因为羞于“啃老”铤而走险，为社会的安定埋下隐患。而从法律的角度来看，退休年龄的延迟势必会使职位的空缺越来越少，即新晋劳动者能够自主选择的职位日益减少，这侵害了新生劳动者自主择业的权利，与此同时，新晋劳动者所能够晋升的职位也将变得越来越有限，也是对新晋劳动者职业发展权利的侵害。并且无论是择业还是职业发展，归根结底，都是对新生劳动者劳动权

[107] 王晓婷. 延迟退休年龄的必要性与调试[J]. 社会福利:理论版, 2015(4):16-17.

[108] Greenhaus J. H., Callanan G. A., Godshalk V. M. Career Management[M]. Sage Publications, 2009: 34-39.

的侵害。

然而，若换一个角度来看，随着我国科学技术的发展，我国就业结构产生了很大的变动，高强度、高风险的劳动岗位比重下降，新增的就业机会更多的是脑力劳动的岗位，这些岗位对于文化的要求越来越高。若要达到相应文化要求，这也意味着受教育的年限将要变长，但按照我国现阶段法定退休年龄规定，他们还没来得及发挥自己光和热，便到了退休年龄，就他们的学识而言，“正值壮年”的他们就成了“年轻的老人”，无疑是一种人力资源的浪费。因此延迟退休年龄，让身处职业生涯后期的劳动者们有更多的时间以劳动者的姿态出现在社会生活中，不仅在经济上给与了他们莫大的帮助，又满足了有意愿为社会奉献余热的他们的要求，从法律上看，这是对劳动者们所享有的人权的尊重，更具体的是对他们劳动权的延伸与保障。

（二）男女劳动者劳动权保障争议

2015年3月，中组部、人力资源社会保障部下发文件要求延长女干部和女技术人员的退休年龄，对此社会上也是褒贬不一。一方面，我国现行有关退休年龄的规定中存在着明显的性别差异，同为一般职工，男性比女性迟退休十年。女性比男性更早退休，作为一项传统，考虑到了作为女性其生理上的先天不足，由于女性与男性的身体构造的差异，45至55周岁以后，女性进入更年期，身体变化较大，容易出现自控能力减弱，精力不济等现象，这将严重影响其工作，而男性相比之下会好些，因此，在一些劳动者看来，一直以来保证女性比男性先退休的政策，将使女性拥有更加人性化的工作年限，如今女性退休年龄的延迟侵害了女性劳动者的权益。

另一方面，一些劳动者对我国延迟女干部和技术人员的措施抱着极大的支持，他们认为这吹响了男女同龄退休的号角。首先，就国外法律而言，根据美国社会保障署编写的《全球社会保障—2002》，其中记录在内的173个国家中，男女退休年龄相同的国家就多达60.6%。^[109]此政策符合当今世界的潮流。其次，且从国内法律上看，依据我国宪法第四十八条第一款规定¹¹⁰，可见女性享有和男性一样平等的劳动权，所以该政策是对其劳动权的保护。

[109] 沈文莉. 退休年龄延迟与劳动者权利之争[J]. 劳动保障, 2011(10): 140-142.

110 《中华人民共和国宪法》第四十八条第一款规定：“中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。”

因此，延迟退休给不同群体的劳动者造成了截然相反的影响。^[111]从劳动者职业生涯阶段的角度看，它侵犯了新晋劳动者的劳动权，但是它又延伸了身处职业生涯后期劳动者的劳动权。从劳动者性别角度看，它侵害了女性劳动者人性化的劳动权，可是却又使得男女在劳动中取得了平等的劳动权。之所以会造成从不同角度分析，延迟退休带来的影响迥然相异的结果，从表面上看，因为趋利避害是人的一种本能，支配者人们的道德判断。^[112]人们总是会先入为主地套用对自身有利的规则，于是便从延迟退休引发了劳动权的保障争议。然而，当我们分析劳动权的保障问题时，核心是界定劳动权的保障范围，^[113]这也说明导致人们陷入思维误区，影响对延迟退休的判断的实际原因主要在于我国在劳动权保障范围界定的规制上存在着缺陷。

二、劳动权保障争议根源探究

（一）基本权利保障范围的界定理论不统一

上述问题的关键就在于界定劳动权的保障范围。正确界定劳动权保障范围不仅有助于清楚地揭示出劳动权的内涵以及保障所涉及的可能范围，而且也能对判断何种行为侵害了劳动权提供帮助。

劳动权是我国宪法规定的公民基本权利之一，^[114]因此，对于基本权利保障范围的界定方法同样对其试用。目前对于基本权利保障范围的界定方法主要基于两种不同理论，即“外在理论”与“内在理论”，按照阿历克西的分析，这两种理论的区分大致如下：^[115]“外在理论”认为，基本权利解读必须清楚地区分“尚未受到限制的权利本身”与“已经受到限制的权利”，并且二者无必然联结。相比之下，“内在理论”则反对基本权利划分为权利构成与权利限制两个部分，坚持基本权利必须有明确的内容。

（二）理论的差异影响基本权利保障范围界定

遵循“外在理论”对某一行为是否处于基本权利保障范围内进行审查需要经过两个环节：一是先确定某一活动是否符合“初步保障范围”，接着是通过

[111] 周二华, 张天骄. 延迟退休波及的不同群体差异: 源于职业生涯[J]. 改革, 2015 (7): 65-71.

[112] 乔蓓蕾, 李顺雨. 从趋利避害的角度看道德判断[J]. 科教导刊, 2013 (5): 199-200.

[113] 徐钢. 论宪法上劳动权保障范围的界定方法[J]. 法律方法与法律思维, 2012 (8): 79-90.

[114] 谢振东. 劳动权的人权属性研究[J]. 南京航空航天大学学报: 社科版, 2012 (3): 33.

[115] See Robert Alexy. A Theory of Constitutional Rights[M]. Translated by Julian Rivers. Oxford University Press, 2002: 178-179.

合宪性审查，再次确认该活动是否可以归入基本权利的保障范围内。相反，依照“内在理论”，要审查某一行为是否受到基本权利保障只有一个步骤：将该行为直接套入基本权利其所划定的界限范围进行审查，即将基本权利自始界限作为大前提去适用个案。因此，若是依照不同的理论角度分析，所得出的基本权利保障范围也是大不相同的。^[116]

与此同时，若通过法释义学的角度看，“外在理论”与“内在理论”分别对应着基本权利保障范围的“从宽解释”与“从狭解释”。“从宽解释”将人们的行为大幅度地纳入宪法的“初步保障”范围内，此时，国家要是想干预或者限制该行为，必须提出合宪的正当理由。^[117]反之，若是采用“从狭解释”的方式，人们的一些行为自始就将被排除于基本权利保障的范围之外，丧失受宪法保护的机会。通过对比，我们会发现，两种方式都有各自的不足之处，“从宽解释”可能会导致基本权利保障的保障范围无限扩大，将一些不合理的行为纳入保障范围；而“从狭解释”容易使权利保障受到立法者的支配，反而使一些合理的行为得不到保障。

（三）理论的差异影响我国劳动权保障范围界定

1. “外在理论”对我国劳动保障范围界定的影响

根据我国宪法第四十二条第一款关于劳动权的规定¹¹⁸，可以看出宪法上对劳动权保障范围的界定主要是基于“外在理论”，体现了劳动权所具备的自由权和社会权的双重性格。^[119]首先，从自由权层面，概括的说明了劳动权的初步保障范围，尽量广的将公民的行为纳入保障范围，排除了国家对公民劳动权的“积极侵犯”行为。其次，从社会权层面，以国家为义务人，将“不实现”理解为国家对劳动权的“消极侵犯”，相比之下，此概念也比较模糊难以准确适用。因此，我国在宪法上对劳动权保障范围界定可以用“最低核心保障范围”来诠释。基于此，我国延迟退休政策并未表现出对新劳动者们的劳动权“积极侵犯”，也无法准确定性为“消极侵犯”；其反是为老劳动权提供了维护与保

[116] 王鹏翔. 论基本权利的规范结构[J]. 台大法学论丛, 2005(34):25-40.

[13] 李建良. 基本权利理论体系之构成及其思考层次[J]. 人文及社会科学集刊, 1997(1):39-83.

118 《中华人民共和国宪法》第四十二条第一款的规定：“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。国家通过各种途径，创造劳动就业条件，加强劳动保护，改善劳动条件，并在发展生产的基础上，提高劳动报酬和福利待遇。”。

[119] 徐钢. 我国劳动法性质的变迁与定位[J]. 同济大学学报：社会科学版, 2009(3):118.

障。但是，若站在劳动者性别的角度，结合“外在理论”进行审查，该政策并不符合劳动权的保障范围。宪法上界定的劳动权所保障的范围并未包括男女劳动者同龄退休。延迟女干部和女技术人员退休年龄符合“初步保障的范围”，但是我国宪法又规定尊重和保障人权，基于女性劳动者特殊的身理情况，男女同龄退休不符合对女性人权的实质保护，故该行为无法满足合宪性审查，是对女性劳动者劳动权的侵害。

2. “内在理论”对我国劳动保障范围界定的影响

根据我国劳动法第三条关于劳动权的规定，¹²⁰可以看出劳动法上对劳动权保障范围的界定主要是基于“内在理论”，通过列举的方式，诠释了劳动权保障范围与具体的内容。延迟退休政策的实施势必会导致就业岗位的增加，从而新劳动者们可选择的职业范围也必将减少，通过比照《劳动法》中所列举的劳动权保障范围，该政策侵犯了新劳动者选择职业的权利；同时对于同样一个岗位，若是让一位已在此岗位上工作数十年的老员工与一个初出茅庐的青年一同竞聘，因为工作经验与起点的优势，往往老员工会更受青睐，这对于新晋劳动者而言是不公平的，再次比照《劳动法》所列的劳动权保障范围，我们会发现该政策还侵犯了新晋劳动者平等就业的权利。然而，根据《劳动法》对于劳动权的内容的界定，其结果认为劳动权就应该包含男女劳动者平等就业，延长女干部和女技术人员退休年龄政策确保了女性劳动者与男性劳动者拥有相同的工作年限，也为其争取了更长时间获得劳动报酬的权利，提升了女性劳动者的经济与社会地位，是全面保障男女劳动者平等就业的开端。

可见，我国对于劳动权的规定主要体现在宪法与劳动法中。然而两种法律部类在劳动权保障范围的界定标准上存在很大的差别。尽管这两部法律的目的都是为了维护劳动者的权利，但是它们对劳动权保障范围的界定立足于不同且单一的理论依据。我国宪法基于“外在理论”诠释了劳动权，而劳动法则立足于“内在理论”。从效力结构上看，宪法应该是劳动法的准据法，劳动法在劳动权内容上应该与宪法保持一致。但是，从权利性质上看，劳动法中的劳动权又不应该是宪法的简单重复或仅仅是宪法中劳动权的具体化，而应该在权利

120 《中华人民共和国劳动法》第三条有关规定：“劳动者享有平等就业和选择职业的权利、取得劳动报酬的权利、休息休假的权利、获得劳动安全卫生保护的权利、接受职业技能培训的权利、享受社会保险和福利的权利、提请劳动争议处理的权利以及法律规定的其他劳动权利。”

基准上高于宪法。^[121]正是因为劳动法与宪法上关于劳动权保障范围的界定都有其合法合理性，法理上无法说明二者的高低，并且二者的界定理论依据都是不全面的，所以在运用中不仅造成不同法律间对劳动权保障范围解释的偏差，还导致了每部法律自身对劳动权保障范围解释的矛盾。

三、我国劳动权保障范围界定方法的突破方向

基于“外在理论”和“内在理论”方式对劳动权进行界定都在某种程度上诠释了劳动权的保障范围。从法释义学的角度而言，即“从宽解释”与“从狭解释”都从某一方面揭示了劳动权的内涵与外延。但是毋庸置疑，无论是何种分析方式都不可能完整地表示出劳动权所保障的范围。因此我认为，应该将两种方式进行整合，一方面，具体列举出劳动权的内容；另一方面，指明劳动权所保护的内在基本价值以及权利功能，以便于在某些时候可以运用这些价值或原则来具体判断某一行为是否可以归入劳动权所保障的范围中。

（一）借鉴他国法律，进一步列举劳动权内容

就内容而言，劳动权作为一项基本权利，已经被许多国际或者国家的人权公约和区域公约所明文规定。例如，1996年的《经济、社会和文化权利国际公约》（第6-8条）和1961年的《欧洲社会宪章》（第二部分）即为典型。从国际人权法理论来看，挪威学者德泽维奇将工作权的具体内容分为四类：（1）与就业有关的权利；（2）由就业派生的权利；（3）非歧视和平等就业权；（4）辅助性权利。我国主要是通过《劳动法》第三条为基础诠释劳动权的具体内容：劳动权包括平等就业和选择职业的权利、获得劳动安全卫生保护的权利、取得劳动报酬的权利、休息休假的权利、接受职业技能培训的权利、享受社会保险和福利的权利、提请劳动争议处理的权利以及法律规定的其他劳动权利。《劳动法》的相关规定属于阿历克西所谓的“衍生基本权利”，即这些规范语句并非为宪法的基本权利规定，但它们也表述了根据宪法的基本权利规定所要求、准许或禁止的内容。因此《劳动法》的规定对于理解和诠释公民所享有的劳动权保障范围有着重大的价值。但是通过实践，能够发现我国《劳动法》并不能穷尽劳动权所保障的完整内容，对于就业派生权利以及就业辅助性权利的列举就

[121] 李凌云. 劳动权保障的国际标准及其发展趋势[D]. 华东政法大学博士论文. 上海: 华东政法大学, 2008: 16.

有所欠缺。因此我国仍需要不断借鉴国家或国际法律，不断完善劳动权内容，通过法律的具体化使其内容趋于明确。但是，任何列举方式都不可能尽善尽美。总会有一些劳动权无法列举到，对于这些无法列举到的权利内容该如何判断呢？

（二）以宪法基本价值为导向，诠释劳动权保障范围

劳动权不是一个单纯的劳动法部门概念，它是要求多个部门法综合调整的一项公民基本权利。^[122]劳动法上的劳动权只是公民劳动权的一个重要组成部分，劳动权保障范围的界定还需要通过宪法解释的方式考量各种综合因素。在无法完全列举完整劳动权的具体内容时，可以结合社会的通念，以宪法的基本价值为出发点，探究劳动权保障范围的目的所在。对此，我国台湾学者蔡维音在“人性尊严”的基础上推导了宪法最基础层次的五种基本价值：自主的人格发展、安全、基础生存所需、平等、福祉的最大化。^[123]我认为这些“基本价值”对我们探究劳动权所保障的范围提供了类型化的思路。结合这些基本价值，可将劳动权保障范围大致分为以下四个部分：一是职业选择自由和就业保护的保障。从职业自由和就业保障的主旨来看，其不仅在于保障个人经由工作获取生计所需的手段，而且保证了个人通过建立自我、自主形成生活内容从而达到自我价值提升，即包含了“自主人格发展”和“安全”的基本价值。二是就业条件和就业机会的保障。国家通过提供就业机会，保障劳动者们有足够的工作岗位去获得工作报酬，以维持生活所需，在基本价值上属于“基础生存所需”。三是失业和获得社会保险的保障。这要求国家向人们提供最基本的生存物资，也是宪法上“基础生存所需”基本价值的体现。四是平等就业的保障。平等权是宪法上一项附属性的权利，常与劳动权相结合而使用，最为明显地体现在“非歧视与平等就业权”、“男女同工同酬”等，此时体现的是基本价值上最传统的内涵，即“形式平等”，然而不可忽略的是平等还应该包含“实质平等”，需要考虑到个体的特殊情况。

通过上述对劳动权保障范围界定方式的重新整合，再来分析我国延迟退休政策。一方面，若以宪法基本价值为导向，我国提供就业机会目的只是为了满

[122] 李静. 公民平等劳动权法律保障机制研究[M]. 天津：南开大学出版社，2015：12.

[17] 林来梵. 从宪法规范到规范宪法[M]. 北京：法律出版社，2001：216.

足人民“基本生存需求”，而延迟退休对那些薪水足以维持基本生活的基础岗位影响是有限的，再加之我国采取的是循序渐进地方式延迟退休，对这些就业岗位的影响就更小了。并且，实际上，对于处于职业生涯准备阶段的劳动者就业困难的原因，并非是因为就业岗位不足，更多的每年新增劳动人员里就有数以百万计的大学生，而他们对就业岗位的选择过于“挑剔”，往往存在“高不成、低不就”的心理，所以延迟退休对于职业生涯准备阶段的劳动者影响是有限的。另一方面，若以宪法基本价值为导向，我国延迟女性干部和女性技术人员的退休年龄是考虑到“实质平等”。我国目前只是延长了女干部和女性技术人员的退休年龄，因为女干部和女性技术人员在知识、财富、社会地位等方面较其他女性劳动者都有优越性，甚至并不差于男性劳动者，所以延迟退休对于女性劳动者的影响也是有限的。可见，对劳动权保障范围界定方式的重新整合后，有助于劳动者真正体会到延迟退休政策的用意，为该政策的施行清除了法理上的障碍。

结 语

综上所述，劳动者合法权益保护是任何国家劳动法重点规制与优先保障的领域，为了应对延迟退休政策引发的一系列劳动权保障争议问题，做到切实维护劳动者的权益。我们需要以宪法基本价值为导向，双管齐下地利用外在与内在理论，修正我国当前法律，通过填补我国法律对劳动权保障范围界定的不足，为延迟退休政策的施行做好法律铺垫。

劳动法视野下社会协商制度的构建

林 嘉*

【摘要】 在社会治理现代化和全面推进依法治国的背景下，劳资社会协商是解决劳资利益冲突的重要手段，应当从法律层面上推进劳资社会协商制度的发展。通过分析我国劳动关系领域社会协商存在的主要障碍，对于劳资社会协商法治化的推进，应当着力于进一步明确协商主体的法律地位、将劳资社会协商的必要手段法定化、构建劳动合同履行抗辩权制度、通过法律机制推动劳资社会协商制度的落实、建立实现劳资社会协商的法律救济制度。

【关键词】 劳动法视野 社会协商 集体谈判 集体劳动关系

经过三十多年经济的高速发展，我国已进入社会转型期，在政治、经济、文化和社会等领域都面临着深化改革。其中一个重要方面体现为社会阶层结构的变化，而在影响社会阶层结构的诸多因素中，劳动关系是最重要的因素。近年来，劳动关系引发的问题成为社会问题最突出的领域之一，集体劳动争议在各地不断发生。仅以2014年为例：2014年3月，因劳动关系移转纠纷，IBM公司深圳工厂的1000多名员工举行罢工。¹²⁴2014年3月，沃尔玛临时宣布关闭湖南常德门店，因未能与员工达成安置方案引发78名员工罢工数十天。¹²⁵2014年4月5日，世界知名运动鞋耐克、阿迪达斯等的中国生产商——广东东莞裕元鞋厂因社会保险费缴纳问题爆发了大规模的罢工事件。¹²⁶据不完全统计，2014年全国各地发生的各类停工罢工事件逾千起。如何有效地解决劳资利益冲突、构建和谐劳动关系，是目前我国劳动关系领域亟需解决的一个重要课题。

党的十八届三中全会明确提出了“完善和发展中国特色社会主义制度，推进

*中国人民大学法学院教授、中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员。

¹²⁴ 《IBM深圳工厂超千名员工罢工 不满工作转入联想后待遇》，载凤凰网 http://finance.ifeng.com/a/20140306/11823258_0.shtml，2014年12月24日访问。

¹²⁵ 《湖南沃尔玛常德店罢工48天 员工拒接受安置方案》，载中国青年网 http://news.youth.cn/jxw/201404/t20140423_5073978.htm，2014年12月24日访问。

¹²⁶ 《东莞裕元鞋厂大规模停工 耐克等品牌订单或受影响》，载新浪网 <http://finance.sina.com.cn/roll/20140416/110718818792.shtml>，2014年12月24日访问。

国家治理体系和治理能力现代化”的目标。社会治理是当前我国社会建设的重大任务，“社会治理模式的变迁是对传统社会管理方式的一次重大变革，即由行政集权式向民主式、参与型转变。”¹²⁷实现从传统社会管理向现代社会治理转变，调整改革发展进程中的结构性张力，形成科学有效的社会治理体制，已经成为未来中国社会发展的关键。党的十八大报告提出了要建构社会协商对话制度，社会协商制度作为一种重要的社会治理手段越来越受到重视。十八届三中全会决定明确指出，“推进协商民主广泛多层制度化发展，深入开展社会协商，健全以职工代表大会为基本形式的企事业单位民主管理制度，加强社会组织民主机制建设，保障职工参与管理和监督的民主权利。”十八届四中全会提到，要“加快保障和改善民生、推进社会治理体制创新法律制度建设。”十八届五中全会进一步指出，“推行企业工资集体协商制度；加强经济社会发展重大问题和涉及群众切身利益问题的协商；加强和创新社会治理，健全利益表达、利益协调、利益保护机制，引导群众依法行使权利、表达诉求、解决纠纷。”2015年4月中央发布了《中共中央、国务院关于构建和谐劳动关系的意见》，提出要“调动劳动关系主体双方的积极性、主动性，推动企业和职工协商共事、机制共建、效益共创、利益共享。”在社会治理现代化和全面推进依法治国的背景下，劳资社会协商是解决劳资利益冲突的重要手段，应当从法律层面上推进劳资社会协商制度的发展。

一、社会协商：现代劳动关系协调的一种基本模式

（一）社会协商在劳动关系领域中的解读

社会协商是两个以上的主体就共同关心的问题发表意见、交流看法或进行谈判，其目的或是为了表达意愿，或是为了达成共识，或是为了消弭纷争。当这一现象发生在不同领域时，社会协商也被赋予了不同含义。在政治学领域，社会协商特指公众与政府政治权力运行过程中的交流互动，因此其作为民主的实现形式之一而被称为“协商民主”。¹²⁸在公共管理学领域，社会协商是政府转变职能、

¹²⁷ 孙晓莉：《社会治理模式的变迁》，载《学习时报》，2005年6月6日。

¹²⁸ 协商民主（deliberative democracy，又称审议性民主、商议性民主、商谈民主）理论兴起于20世纪晚期。它强调公民是民主体制的参与主体，主张公共政策必须经由公共协商的过程，在自由、平等的公民之间进行讨论、对话和争辩，在此基础上形成决定，从而让公共政策在实质上符合更多公民的利益，而不只是在表面上体现了公民的意志。

改良社会管理、实现共同治理的重要手段。¹²⁹在劳动关系领域，社会协商是利益相关者就劳资关系中的相关问题通过平等对话、磋商、谈判、参与等方式，相互理解、达成共识或协议、或参与决策的企业民主管理方式。这里所谓利益相关者包括劳动者及其劳动者团体（工会）、雇主及雇主团体（企业联合会）、以及政府。劳动关系领域的社会协商已成为现代工业社会解决劳资矛盾、协调劳资关系的重要手段。

劳动关系领域的社会协商有着深厚的社会基础。其中“社会对话”（social dialogue）机制作为社会协商的实现形式之一具有典型意义。具体来说，就是决策权属于所有社会活动的参与者，原有的管理机构和人员只是其中一部分，他们之间是平等的合作伙伴关系；公民通过经常、广泛地对公共事务发表意见，共同参与规则的制定、执行和监测；决策的方式不是传统的对抗和强制，而是说服和妥协；其目的是为了保护多样性和创造性，促进民主协商，促进公民的自我管理。

“社会对话”发端于欧洲，源于劳资关系中社会伙伴关系的确立。在资本主义发展初期，劳资关系突出体现为阶级对抗，工人阶级和资产阶级的阶级对抗引发了激烈的社会冲突和社会动荡。随着法律对工人团结权的认可，工会被赋予法律上的合法地位，其集合工人集体的力量，以罢工为手段，通过与资方谈判争取工人的集体利益。为了更好地缓和社会矛盾，消弭社会对立情绪，第二次世界大战后，奥地利、德国、荷兰等国对于工业关系中的集体行为者赋予了社会伙伴（social partners）关系。¹³⁰社会伙伴关系意蕴着劳资双方存在互惠和谐性，伙伴之间具有平等的地位，劳资双方在伙伴关系的基础上展开对话与合作。此后国际劳工组织（ILO）进一步确认了社会对话方式，将社会对话定义为：在政府、资方和劳方代表双方或三方之间就经济和社会政策等与各方共同利益相关的议题所进行的一切形式的谈判（negotiation）、磋商（consultation）或信息交换

¹²⁹ 1997年联合国发展报告“强化以人民为中心的发展能力”（UNDP, 1997）和1997年世界银行报告“变革世界政府”（World Bank, 1997）相继提出要通过公私伙伴关系、官民协力合作等途径建立共同治理模式，提高政府对公共事务的治理能力。从社会治理的角度看社会协商，它强调公众参与，主张充分发挥民间组织和公民的主动性和创造力，以协商、合作来超越政府管制，实现社会的自我管理，并寻找到经济和社会现代化的最佳途径。

¹³⁰ See Richard Hyman, *Understanding European Trade Unionism Between Market, Class and Society*, Weber Publication International Ltd, 2001, p.48.

(information exchange)的行为。¹³¹而欧盟则是从三个层面来定义社会对话：一是指三方协商机制，即社会伙伴与欧盟政府之间的沟通；二是社会伙伴之间的磋商，即根据欧盟运行条约 153 条规定由咨询委员会从事的活动和正式磋商；三是社会伙伴之间的双边谈判，不论该谈判是否由咨询委员会提出。近年来，欧盟成员国积极推动“社会对话”，强调欧盟及其成员国在制定重大经济社会政策或法律时应与作为社会伙伴（Social Partner）的劳资双方开展充分的交流和协商，以保证最终出台的政策或法律能得到有效贯彻执行。经过多年发展，“社会对话”在为劳工争取自由、平等、有尊严的劳动条件的过程中发挥着日益重要的作用。1999 年国家劳工局局长胡安·索马维亚在其报告中明确指出：“最好的解决办法在于多形式和多层次的社会对话，从全国性的三方协商到工厂一级的集体谈判。在进行对话的过程中，社会伙伴可以增强民主管理，建立有利于社会经济长期稳定和平的朝气蓬勃、充满活力的劳动力市场机制。”¹³²2013 年国际劳工大会第 102 届会议作出了“关于社会对话讨论的后续措施：行动计划”，将加强三方机制和社会对话作为其战略发展目标和行动纲领。¹³³

劳动关系领域社会协商具有鲜明特点：第一，协商的主体具有多元性。劳动关系领域社会协商的主体包括劳资政三方，劳方由工会组织或劳动者推举的代表组成，资方指雇主或雇主团体，政府主要由劳动行政部门来代表。就工会、雇主或雇主团体而言，都具有独立的法人人格。由于社会协商的内容和形式不同，在具体的社会协商过程中主体也会出现不同；第二，劳资双方法律地位平等，政府居中立立场。劳资双方既有利益共享性，也有利益冲突性，当利益发生冲突时，政府起居中协调作用。劳资社会协商旨在建立伙伴合作型的劳动关系，一方面，企业应当充分尊重劳动者，为劳动者实现“体面劳动”创造条件，另一方面，通过社会协商有利于提供企业组织绩效，消弭劳资之间的隔阂和冲突，使员工认同企业的发展目标，激发员工的生产积极性；第三，协商的方式具有多样性，包括对话、磋商、谈判、参与等。既有国家层面的劳资政三方协商机制，也有行业或企业层面的劳资双方协商机制，而这些方式都具备相对成熟稳定的组织运行体系，

¹³¹ 2013 年国际劳工大会第 102 届会议报告（六）：《社会协商》，载国际劳动组织网 http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_205955.pdf，2015 年 8 月 24 日访问。

¹³² 1999 年国际劳工大会第 87 届会议国际劳工局局长报告：《体面劳动》，载国际劳动组织网 <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>，2015 年 8 月 24 日访问。

¹³³ 参见注 7。

如集体协商机制、劳动者参与机制等。第四，劳资社会协商具有相应的制度保障机制，如在集体谈判中，如果谈判破裂，工会可以启动罢工权，相应的企业方可以启动闭厂行动。¹³⁴

（二）劳动关系领域社会协商的法理基础

纵观劳动关系的历史发展，其经历了单一劳动关系向多元劳动关系发展的变化。集体劳动关系作为现代劳动关系发展的产物，逐渐走向了法律调整的中心并取得了重要地位。在劳动关系领域推行社会协商有其深厚的法理基础，具体体现为：

第一，劳动权是宪法所确认的基本人权。宪法确认的基本人权主要包括自由基本权和社会基本权，¹³⁵劳动权是社会基本权的重要组成部分。最早将劳动权写入宪法的，是德国 1919 年的《魏玛宪法》¹³⁶，自《魏玛宪法》始，劳动权正式成为宪法基本权。此后越来越多的国家将劳动权规定在宪法中。劳动权作为宪法所确立的基本人权，可分为个体劳动权和集体劳动权。个体劳动权的权利主体为劳动者个体，包括自主择业权、平等就业权以及劳动保护权等。集体劳动权又称为“劳动三权”，是劳动者团体所享有的权利，包括团结权、团体协商权以及争议权，其中团体协商权是核心。“劳动三权”是确保劳动者生存的手段，本身不是目的，但相互间有关系，即团结权、争议权的目的均是为了团体交涉。¹³⁷我国《宪法》目前尚未如日本宪法那样明示规定团结权、团体交涉权和争议权。¹³⁸我国劳动三权之团体交涉权的宪法渊源为我国《宪法》第 42 条之规定：“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。国家通过各种途径，创造劳动就业条件，加强劳动保护，改善劳动条件，并在发展生产的基础上，提高劳动报酬和福利待遇。”宪法条文虽未明确规定团体协商权，但规定了“国家有改善劳动条件”的义务。一方面，国家应当通过立法，在宏观层面保证用人单位遵守有关最高工时、最低工资等劳动基准，保障劳动者的基本生存；另一方面，劳动契约仍有私的属

¹³⁴ 国外关于罢工权的内容，有直接由宪法规定的，也有由劳动法或劳动关系法来规定的。我国目前没有对罢工权作出明确规定。

¹³⁵ 参见黄越钦：《劳动法新论》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 54 页。

¹³⁶ 如《魏玛宪法》第 151 条规定，“经济生活秩序必须与社会正义原则及维持人类生存目的相适应”；第 157 条规定，“劳力，受国家特别保护”；第 163 条规定，“德国人民应有可能的机会从事经济劳动，以维持生计。无相当劳动机会时，其必需生活应筹划及之。”

¹³⁷ 同注 12，第 47 页。转引自：[日]菅野和夫：《劳动法》（二版补正版），东京：弘文堂 1990 年版，第 20 页。[日]桥诘洋三：《劳动基本权の理念と法解释学》，一九八四年（一九九九年第八版），第 10 页。

¹³⁸ 参见日本宪法第 27 条第 1 项和第 28 条之规定。

性存在，意思自治仍有运作的空间，国家应当通过立法建立符合劳资双方特点的协商机制，为劳动者团体发挥协商才能、争取更高劳动条件提供制度保障。因此，我国 2001 年修订的《工会法》规定：“各级人民政府劳动行政部门应当会同同级工会和企业方面代表，建立劳动关系三方协商机制，共同研究解决劳动关系方面的重大问题。”团体交涉权是实现生存权的制度保障，同时，为保障团体交涉权的顺利实现，在劳动关系中构建更能吸收劳资关系天然张力的社会协商制度，也就有了更加现实的正当性基础。

第二，经济民主理论。经济民主是经济领域的民主（相对于政治民主而言），起源于传统的工业民主理论。工业民主（Industrial Democracy）的概念最早由英国费边社的韦伯夫妇提出。美国的李普赛特教授在《民主百科全书》一书中将工业民主界定为“民主理论在工人生活中的运用”¹³⁹。随着经济社会的发展，经济民主从企业层面拓展到社会层面。第二次世界大战后许多西欧国家社会民主党将经济民主作为党的纲领中要实现的目标。如德国的社民党在其纲领中提出要争取以符合人性的方式塑造劳动界，未来劳动必须达到人道化、优质化和民主化。这里的民主化就是使职工在劳动中获得解放和自由、通过扩大职工参与共决的权限使职工从经济臣仆变为经济自由人。¹⁴⁰我国学者蒋一苇、崔之元、王保树等也深入阐述了经济民主的理论。¹⁴¹通常，经济民主分为宏观和微观两个层面。宏观层面的经济民主是将现代民主国家的理论运用到国家经济领域，使国家的经济制度能够依据大多数人们的利益而建立，使社会财富得到公平的分配。微观层面的经济民主即企业的民主制度，企业的治理应体现职工意志而不是少数人的威权主义，劳动者在企业提供劳动应享有治理公司的权利，劳动者人格应当受到尊重，劳动者有权分享企业发展带来的成果。

第三，企业的社会责任理论。经济全球化以来，资本及其他生产要素在全球范围内流动并寻找最佳配置方式。在劳资关系领域，“强资本、弱劳动”格局愈加明显，由此，全球范围内的企业社会责任运动不断兴起。企业的社会责任是对“以追求利润最大化为唯一目的的企业传统经营理念的修正，其本质是要求企业

¹³⁹ See Seymour M. Lipset, *The Encyclopedia of Democracy*, London: Routledge, 1995, p.608.

¹⁴⁰ 赵永清：《从哥德斯堡到柏林一战后德国社会民主党纲领比较》，《国际政治研究》1994 年第 1 期，第 38-46 页。

¹⁴¹ 参见蒋一苇：《经济民主论》，《中国社会科学》1989 年第 1 期，第 9-22 页；崔之元：《经济民主的两层含义》，《读书》1997 年第 4 期，第 79-82 页；王保树：《市场经济与经济民主》，《中国法学》1994 年第 2 期，第 41-49 页。

在追求自身利润最大化的同时应当维护和增进其他社会利益”¹⁴²，尤其是利益相关者的利益。利益相关者包括企业的股东、债权人、劳动者、消费者、供应商等等，其中劳动者是备受关注的群体。在企业社会责任运动的推动下，一些国际组织通过制定相关的国际标准推动企业履行社会责任。如社会责任国际（SAI）于2001年推出了SA8000社会责任国际标准，明确规定：“本标准规定公司应遵守的社会责任，以帮助公司：a)发展、维持和加强公司的政策和程序，在公司可以控制或影响的范围内，管理有关社会责任的议题。b)向利益团体证明公司政策、程序和措施符合本标准的规定。”¹⁴³SA8000标准强调企业在赚取利润的同时要承担保护劳动者劳动权的社会责任。从积极的方面看，这些社会条款¹⁴⁴反映了社会对企业发展的期待，超越了企业以赚取利润为唯一目标的传统观念，强调在企业生产过程中对劳动者创造价值的重视，强调企业的社会责任和人文关怀，具有积极的社会意义。

二、劳动关系领域社会协商的展开

劳资关系的运行系统涉及到国家、行业以及企业等多个层面，由于各个层级劳资关系调整需求的差异，其社会协商的具体运行也不尽相同。

（一）宏观层面的社会协商——国家层面的协商

1、三方协商机制

“三方协商机制”是政府组织与雇主组织和雇员组织有效协商、协调劳资关系的重要机制。三方协商机制由劳资政三方组成，即由代表职工的工会、代表企业的雇主协会和代表政府的劳动行政部门三方组成。在国际上，三方协商一般被理解为特指一个过程或机制，在这一过程中，工人、雇主和政府通过自愿的互动和对话，致力于劳动标准的发展完善和劳工权益的保护。国际劳工组织（ILO）积极倡导将三方主义（Tripartism）作为促进各种社会主体利益和谐和争取公正

¹⁴² 蒋建湘：《企业社会责任的法律化》，《中国法学》2010年第5期，第123页。

¹⁴³ 企业的政策应当符合童工使用、强迫劳动、健康与安全、结社自由及集体谈判权利、歧视、惩戒性措施、工作时间、工作报酬、管理体系等九方面内容的要求。参见：《SA8000:2001社会责任国际标准—实施指南》第一节“概述”之第三部分“标准的内容结构”，来源自http://wenku.baidu.com/link?url=l4sx7svTkdUyLU2QX4yzl5TZ3x2QOPRZgDmjixV89_0CWjn2L_7IlclyW1raiMZ5HCKqeBvvMDKrU2FQ-FYZM9CcHIQc9M6sFvKGyq1BZ7q，2015年6月20日访问。

¹⁴⁴ 这些社会条款在国际贸易中又被称为“蓝色壁垒”，履行企业社会责任，保护劳动者劳动权这是中国政府所一贯主张的，但我们反对发达国家贸易保护主义利用社会条款设置贸易壁垒，限制包括中国在内的发展中国家的劳动密集型产品的出口。

合理的工作条件的一种手段¹⁴⁵。1960年，国际劳工组织颁布协商（产业和国家级）建议书，确定了雇主和工人建立自主和独立组织的权利并要求采取措施促进国家一级的政府机关与雇主和工人组织之间的有效协商。1976年第61届国际劳工大会通过了《三方协商促进实施国际劳工标准公约》，该公约强化通过三方机制以促进实施国际劳工标准，并且强化会员国建立三方机制，就相关事宜与雇主和雇员代表进行有效协商的义务。为了促进三方协商，各国采取了不同的机制，如三方代表组成常设机构，共同讨论涉及劳工的经济和社会政策；或者成立由三方组成的劳动大会，定期就全国性或地区性劳动问题进行讨论；或者成立三方专业委员会，就专门性的劳动问题进行协商；还有设立三方劳动争议处理机构，由三方人员组成调解委员会、仲裁委员会、劳动关系委员会等；或者是设立综合性的三方联系制度。无论采取何种形式，三方机制的基础是民主协商，三方在协商过程中充分表达，达成共识，顾及各方的利益，以实现三方充分的合作。我国于1990年9月7日由全国人民代表大会常务委员会批准了该公约。2001年8月国家成立了由中华全国总工会、劳动和社会保障部、中国企业联合会和中国企业家协会组成的国家协调劳动关系三方会议制度。¹⁴⁶2001年修订的《工会法》第34条对三方机制做了明确规定。目前我国已形成了多层次的三方协商制度体系，既包括国家层面的三方协商机制，也包括地方层面的三方协商机制。据统计，2012年，各级地方及产业工会参与建立的劳动关系三方协商机制2.4万个。其中，省级32个，地级329个，县级2590个；县及县级以上地方共建立三方协调机制2951个。¹⁴⁷三方协商机制已经成为推动我国和谐劳动关系构建的重要方式。此外，在劳动争议处理中，三方原则是组成劳动争议处理机构的重要原则。如1993年原劳动部颁布的《劳动争议仲裁委员会组织规则》明确规定，劳动争议仲裁委员会由三方各自选派代表按照“三方原则”组成。2009年人力资源和社会保障部颁布的《劳动人事争议仲裁办案规则》也规定：“仲裁委员会处理因履行集体合同发生的劳动争议，应当按照三方原则组成仲裁庭处理。”

2、参与立法及政策制定

¹⁴⁵ 乔健：《中国特色的三方协调机制：走向三方协商与社会对话的第一步》，《广东社会科学》2010年第2期，第31页。

¹⁴⁶ 2011年7月，中华全国工商业联合会作为企业方代表被增加为三方会议的成员单位。

¹⁴⁷ 参见全国总工会研究室：《2012年工会组织和工会工作发展状况统计公报》，《中国工运》2013年第6期，第53页。

劳资双方团体不仅是重要的社会主体，而且是重要的政治、经济主体。他们在国家建设中扮演中重要的角色，并且享有民主参与和民主监督的权利，尤其是在涉及到劳资关系的相关立法和政府机关的履职监督方面，工会组织和雇主组织是不可或缺的力量。我国《工会法》规定，“国家机关在组织起草或者修改直接涉及职工切身利益的法律、法规、规章时，应当听取工会意见。县级以上各级人民政府制定国民经济和社会发展规划，对涉及职工利益的重大问题，应当听取同级工会的意见。县级以上各级人民政府及其有关部门研究制定劳动就业、工资、劳动安全卫生、社会保险等涉及职工切身利益的政策、措施时，应当吸收同级工会参加研究，听取工会意见。县级以上地方各级人民政府可以召开会议或者采取适当方式，向同级工会通报政府的重要的工作部署和与工会工作有关的行政措施，研究解决工会反映的职工群众的意见和要求。”例如，2003年至2007年，全国总工会先后参与了60余项法律法规的制定与修改工作。在《劳动合同法》制定过程中，全总专门成立了参与劳动合同立法协调领导小组，自始至终参与了该法的起草、调研论证和修改工作，在公开征求的19万条修改意见和建议中，63%的意见建议来自职工群众和工会。从《劳动合同法》的内容看，全总在立法宗旨等诸多问题上所提出的意见与建议，90%以上在法律条款中得到了体现。¹⁴⁸作为雇主代表的中国企业联合会/中国企业家协会以及中华全国工商业联合会也多次参与相关的立法工作，就企业权益的保障提出相关的意见和建议。

（二）微观层面的社会协商——企业（行业）内的协商

企业微观层面的社会协商是企业治理的重要内容，劳资双方就企业运营中的有关事务进行协商，以实现各自的利益诉求，进而达到共存和共赢。企业微观层面的社会协商与企业的管理文化和外部的制度环境密切相关，其表现形式也是多元的。

1、集体协商和集体谈判

在欧美国家的劳动关系中，集体协商与集体谈判属于劳动关系体系中两个不同的方面，是解决矛盾的两种不同形式。¹⁴⁹一般而言，集体协商是指工人与雇主共同协商在集体谈判中没有涉及的一些问题。工人通常只有建议权，雇主有最终

¹⁴⁸ 参见孙文彬、陈明：《2003-2007：中国工会源头参与推动劳动立法五年回眸》，载人民网 <http://acftu.people.com.cn/GB/index.html>，2014年12月25日访问。

¹⁴⁹ 赵炜：《基于西方文献对集体协商制度几个基本问题的思考》，《经济社会体制比较》2010年第5期，第39页。

决定权，作为集体协商一方的工人的代表性比较广泛，不受是否为工会会员的限制。集体谈判是工会或工人组织与雇主个人或团体进行的就其会员的工资和其他劳动条件所进行的谈判的过程。这个过程是劳资双方共同参与决策制定的过程。为达到签订合同的目的，法律赋予双方享有平等权利。在谈判过程中，一旦谈判破裂，劳资双方都可能以产业行动(industrial actions)作为手段。

在我国，集体协商和集体谈判两个概念并没有严格区分，通常用集体协商取代了集体谈判，或者说使用了广义的集体协商的概念。¹⁵⁰学术界一般认为集体协商又称为集体谈判。而法律文本中不约而同地都使用了集体协商而不是集体谈判。¹⁵¹一般而言，集体协商涵盖了集体谈判的过程，主要是指企业工会或职工代表与企业之间为签订集体合同进行商谈的行为，集体协商的目的是为了签订集体合同，从而提高企业的集体劳动标准。

集体协商包括企业集体协商和行业或区域集体协商。企业集体协商是企业内部的集体协商行为，通过企业集体协商订立的集体合同在本企业内有效。行业性和区域性集体协商主要在非公有制中小企业或同行业企业比较集中的地区开展，其能够弥补中小企业没有组建工会或有工会但谈判能力弱的不足。如2011年4月23日，武汉市商贸金融烟草工会与武汉餐饮业协会正式签订《武汉市餐饮行业工资专项集体合同》。此合同覆盖武汉市大中小微近4万家餐饮企业和45万从业人员，成为首份国内覆盖面最广、涉及从业人员最多的工资专项集体合同。¹⁵²2012年，全国签订集体合同224.5万份，覆盖企业579.2万个，覆盖职工26719.7万人。其中，区域性集体合同28.1万份，覆盖企业288.3万个，覆盖职工8129.1万人；行业性集体合同20.8万份，覆盖企业97万个，覆盖职工3761.8万人。¹⁵³

2、劳工参与制度

劳工参与，又称为劳资合作，系指在一个厂场之内劳雇双方就职场内或企业

¹⁵⁰ 之所以用集体协商替代集体谈判的概念，笔者揣测，主要的理由在于谈判的缘由是劳资双方的对抗和冲突，集体谈判将劳资双方视为对立的双方，这一点与社会主义性质不完全相容；此外，集体谈判制度的基础是劳动三权，即劳动者之团结权、团体协商权和争议权，而我国的相关立法并没有明确的劳动三权的规定。

¹⁵¹ 如2000年原劳动和社会保障部发布的《工资集体协商试行办法》第3条明确规定，本办法所称工资集体协商，是指职工代表与企业代表依法就企业内部工资分配制度、工资分配形式、工资收入水平等事项进行平等协商，在协商一致的基础上签订工资协议的行为。2007年《劳动合同法》第51条规定，企业职工一方与用人单位通过平等协商，可以就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项订立集体合同。

¹⁵² 彭小萍、顾广飞：《武汉餐饮业工资集体协商获双赢》，载新华网 http://www.hb.xinhuanet.com/2012-05/18/c_111981218.htm，2015年6月25日最后访问。

¹⁵³ 同注24。

内事务之合作关系而言。¹⁵⁴随着劳动关系的发展，各国出现了各种“扩大劳工对劳动过程参与”的行动。欧共体曾在 1975 年发布过绿皮书要求所有会员国都应当设立工作会议，逐步建立在董事会上设立工人代表的制度，以便进一步实现产业民主、由工人控制工作生活的理想。雇员以及他们的利益代表参与经济决策过程已成为欧盟不同国家劳动关系的共同特点。¹⁵⁵劳工参与主要有两种基本模式，直接参与（direct participation）和代表参与或间接参与（delegative/indirect participation）。直接参与即雇员直接参与决策过程；间接参与是雇员将其参与权委托给选出的代表和/或者工会组织的利益代表。目前只有少数的国家如法国还尝试着通过立法强制直接的雇员参与，而在大部分的欧盟国家代表型参与已成为主要的参与方式，选出的雇员代表绝大部分遵从代议制民主模式。¹⁵⁶如德国劳工参与制度直接表现为劳工共决制度，劳工共决分为企业共决和公司共决，企业共决由 1972 年《企业委员会法》来规范，依规定具有 5 人以上有选举权的企业可以成立企业委员会，实践中大部分的企业委员会是在 50 至 100 人的企业中组建。企业委员会是纯粹的雇员代表机构，雇主必须定期与企业委员会进行会议。企业委员会参与雇主经营事项的领域包括社会事项、人事事项和经济事项。¹⁵⁷公司共决由 1976 年《共决法》来规范。公司共决比企业共决的要求更高，“它应当有利于‘资本’与‘劳动’的平等，限制经济强权以及在企业政策上考虑到雇员的利益。”¹⁵⁸目前德国大约 750 家企业建立了公司共决制度，根据《共决法》的规定，股份公司监事会的代表应当由人数相同的股东代表和雇员代表组成。¹⁵⁹德国的劳工共决制度已发展成为社会自治的重要组成部分，对促进经济和社会的发展起着重要的作用。

在我国，劳动者直接参与主要表现为通过职工大会和职工代表大会参与企业的民主管理。我国的职工代表大会“最初形式是‘生产管理委员会’，它由革命后产生的新政权建立——当革命者取得了地区控制权后，尝试运用组织力量

¹⁵⁴ 参见注 12，第 246 页。

¹⁵⁵ 参见 Otmar Seul、Peter Jansen 著：《欧洲的产业民主：扩大的欧盟中公司决策雇员参与的规则与实践》，范围译，载林嘉主编：《社会法评论（第四卷）》，中国人民大学出版社 2010 年版，第 295 页。

¹⁵⁶ 同注 32，第 302 页。

¹⁵⁷ 参见 Rudiger Krause 著：《德国劳工共决制度》，吴文芳译，载林嘉主编《社会法评论（第五卷）》，中国人民大学出版社，2011 年版，第 281~287 页。

¹⁵⁸ 同注 34，第 290 页。

¹⁵⁹ 同注 34，第 291 页。

掌管原属旧政权控制的工业”。“生产管理委员会实行集体负责制，由新政权派往的干部、原企业工人代表和部分技术人员组成。”¹⁶⁰职代会建立的目的是通过职工代表参与企业管理，协助和支持管理者工作。改革开放后，职工代表大会的功能再次得到重视。1986年国务院颁布《全民所有制工业企业职工代表大会条例》，明确企业建立以职工代表大会为基本形式的企业民主管理制度。1994年《劳动法》明确规定“劳动者依照法律规定，通过职工大会、职工代表大会或者其他形式，参与民主管理或者就保护劳动者合法权益与用人单位进行平等协商。”2001年《工会法》修订明确规定通过职工代表大会或者其他形式，组织职工参与本单位的民主决策、民主管理和民主监督。2012年2月，中央纪委、中央组织部、全国总工会等联合下发了《企业民主管理规定》，规定：“企业应当按照合法、有序、公开、公正的原则，建立以职工代表大会为基本形式的民主管理制度，实行厂务公开，推行民主管理。”

我国劳动者间接参与主要通过职工董事和职工监事来实现对企业的参与。职工董事是由职工通过职工大会、职工工会或其他民主形式推荐的职工代表参与公司的董事会，与股东大会推选的股东代表共同行使董事会的权利。通过劳资双方共享公司董事会权利的方式，实现企业内部劳资双方的协商、共治，以平衡资方的强势地位，实现企业内部的利益平衡，保障劳动者的利益。监事会是公司内部监督机关，负责监督公司的日常经营活动，以及董事会和高管人员的履职行为。职工监事与股东大会选举的监事共同行使监事的权利，对公司的运行和管理人员的履职情况予以监督。我国《公司法》对职工董事和职工监事都有相应的规定，明确要求两个以上的国有企业或者两个以上的其他国有投资主体投资设立的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表，其他有限责任公司董事会成员中可以由公司职工代表。国有独资公司董事会成员中应当有公司职工代表。有限责任公司设立监事会，应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于三分之一。

3、对话沟通

对话沟通是人与人之间信息交换的过程，是组织行为中的一个重要要素。有效的对话沟通能够增进组织成员之间的相互理解，使得组织内确定的目标能够顺

¹⁶⁰ 张静：《利益组织化单位》，中国社会科学出版社2001年版，第27页。

畅实现。在劳动关系中，有效的沟通能够增进劳资双方的相互理解，增加相互的信任度，从而实现企业的目标。欧盟推行的社会对话就包含了劳资双方信息交换与沟通。对话沟通的内容包括：用人单位向本企业劳动者公开企业的基本经营状况、企业的发展目标和规划、企业的基本财务状况、人力资源状况、企业文化、社会评价、以及涉及企业员工切实利益的规章制度、奖惩办法等；如果企业生产经营状况发生变化，如合并、分立、重组、并购、搬迁、技术改造等，应当及时与员工沟通，获得员工的理解；如果发生分歧，应当通过对话沟通的方式，听取员工的意见，让员工有充分表达的机会，并充分考虑员工的利益，把矛盾化解在初级阶段。目前我国不少企业正在推行劳资对话沟通机制，取得了良好效果，例如：深圳市宝安区新安街道自 2007 年以来推出了劳资恳谈协商机制，在解决劳资矛盾、构建和谐劳动关系中起到了很好的示范作用。反观 2014 年 3 月发生在湖南常德发生的沃尔玛集体纠纷，由于沃尔玛在决定关闭商店时没有与员工及时沟通，违反了通常的闭店程序，忽视了员工的诉求，导致矛盾越来越激烈，最终演变为集体劳动争议。

劳资对话沟通是社会协商中是一种较为松散灵活的方式，可以是正式的对话沟通，也可以非正式的；对话的主体可以是企业与工会代表或全体职工代表，也可以是部分职工代表或者某个别职工；对话沟通的内容可以是涉及企业全体员工的利益，也可以是部分职工的利益。通过对话沟通，能够使劳资双方互通信息，企业能够及时向劳动者传达企业的定位和发展目标，劳动者也可以充分表达自己的利益诉求。而且，对话沟通的过程，也有利于防止企业的专断，使其管理行为更加规范，其决策更能考虑员工的利益。当发现有利益分歧时，通过及时的对话沟通，能够有利于及时了解双方的意图，达成理解与共识，以缓和的方式化解矛盾。

三、当前我国劳动关系领域社会协商存在的主要障碍

总体而言，在我国劳资关系领域推行社会协商制度，不论从立法层面到组织结构、或者制度实施层面都有了良好的基础。但从劳资社会协商实施的效果以及功能的发挥情况看仍存在许多问题，以下从劳资社会协商的四个层面来分析。

第一，从三方机制看

三方机制作为协调劳动关系的重要机制，在国际劳工组织大力推动下，在各

国都不同程度地发挥着积极的作用。就三方机制的实施看，其通过促进和增强政府与雇主及劳工组织间的对话与合作，有利于平衡劳资之间的关系，尊重各方的利益诉求，化解经济发展与社会公平之间的矛盾，促进劳工立法及政策的民主化和科学化。

目前我国从国家到地方都建立了三方协调劳动关系机制，但作用仍没有充分发挥，主要的问题表现为：第一，对三方机制的作用和功能认识不到位，许多地方三方委员会的建立是为了完成上级的任务，实际上并没有真正发挥三方机制的制度功能。例如，各地方在制定劳动立法和政策、调整地方最低工资标准和工资指导线时应当发挥三方委员会的作用，在处理劳动争议特别是集体争议时如何发挥三方委员会的特别作用，这些仍有很大的可作为空间。第二、从三方机构的设置上，省市一级的三方委员会设置较为规范，而基层委员会的设置随意性大，三方的代表性不够充分。通常而言，政府较为强大，企业方代表主体不明确，一些地方由政府经贸委代表企业方，众多的私营企业、小微企业没有表达权和话语权。第三，机构设置后缺乏专业性，协商水平低，协商意愿不强，协商结果的执行力有待提高。

第二，从集体协商看

集体协商是劳动关系领域实行社会协商的重要内容，也是劳动关系社会自治的一种重要手段。近年来，在《劳动法》、《工会法》、《劳动合同法》等法律的规范下和政府与工会等各方的推动下，我国劳动关系集体协商进程正在不断地推进。目前集体协商主要有两种方式，一是自上而下由政府主导劳动关系双方协商、签订集体合同的行为；二是自下而上劳动者采取罢工等集体行动，从而推动双方集体协商谈判的行为。就这两种方式而言，前者属于“强制型制度变迁”方式，即由政府出台相关法规强制推动的制度变革，后者属于“诱致型制度变迁”方式，即个人、群体根据理性谋求利益最大化而推动的制度变革。这两种制度要么缺乏制度实施的原动力，要么缺乏制度实施的正当性。目前集体协商普遍陷入制度性和结构性的难题。

就政府主导的自上而下的集体协商而言，其存在的主要问题是：（1）过分追求集体合同的高签约率。为了达到签订集体合同的目的，政府多采取“运动式”的方式去推动集体协商。如2010年国家协调劳动关系三方发布了《关于深入推

进集体合同制度实施彩虹计划的通知》，要求从 2010 年到 2012 年，力争用三年时间基本在各类已建工会的企业实行集体合同制度，对未建工会的小企业，则通过签订区域性、行业性集体合同努力提高覆盖比例。为了完成指标，许多地方政府采取强制性的方式去推动，如纳入政府的政绩考核体系，或通过劳动执法监察去督促实施。¹⁶¹在政府通过强制性的手段推动下，集体合同的签约率大大提高，全国出现了高达数百万份的集体合同。（2）忽视集体协商的过程。政府主导下的集体协商，重在签订集体合同的结果，往往会忽视集体协商的过程。通常是按照上级工会提供的集体合同格式文本来签订，劳动者一方的真实意愿难以真正地体现。这种“无博弈”的协商过程导致的结果是，签订集体合同类似于“走过场”，涉及职工权益的相关事项大多由企业单方决定。¹⁶²（3）集体合同的实施效果差强人意。签订集体合同的目的是通过劳资自治的方式，在企业或行业内确定高于国家劳动基准的集体劳动条件。但在实践中，大量的集体合同并未发挥其应有的效力。究其原因主要是集体合同签订时就脱离实际，内容空洞，可履行性不高，而且，很多企业和工会对于集体合同的重要性认识不到位，使得集体合同的订立仅仅是某些企业管理的“业绩证明”，导致集体合同一经签订就束之高阁，没有真正发挥作用。（4）企业工会的独立性不够强。集体谈判制度有效运作的前提是代表劳工一方的工会应具有独立性。工会的独立性体现在两个方面，一是人格独立，即工会作为法人团体应该独立于雇主。二是行动自治，即工会团体能够基于自身职能的履行，依照法定程序自主采取维护劳动者合法权益的集体行动的自由。在我国实践中，以全国总工会为代表的具有政府相应行政级别的工会组织具有较为强势地位，而分布在最基层的企业工会组织却呈现组织涣散状况。由于基层工会的组建需依托企业，工会干部多由企业任命而非工人直接选举产生，在一些私营企业或民营企业，工会主席甚至就是老板的亲信或亲戚。此外，按照现行法律规定，工会的活动经费依赖于企业拨付，工会干部的工资由企业发放，基层工会从组织到运行都完全依附于企业，这使得企业工会代表很难独善其身地站在

¹⁶¹ 参见吴清军：《集体协商与“国家主导”下的劳动关系治理》，《社会学研究》2012 年第 2 期，第 66-80 页。

¹⁶² 以北京市西城区为例，2013 年全区已签订集体合同 15790 家，已签工资协议 15778 家，签约率均为 97%，值得注意的是，该地区政府将集体合同签约率作为“和谐企业的评奖标准，评比时实行一票否决制。”行政手段似乎仍然起着相当大的作用。参见《北京西城区集体合同、工资协议签约率达 97%》，载北京西城区网站 <http://www.bjxch.gov.cn/XICxwdt/XICmtjj/XICmtjjxxxq.ycs?GUID=563063>，2015 年 6 月 21 日最后访问。

工人一边，代表工人的利益，必然削弱工会独立性，当工会代表职工与企业方协商谈判时往往受到多方牵绊，难以形成有效的协商效果。

就劳动者自发的自下而上的集体行动而言，其存在的主要问题是：（1）劳动者集体行动呈现非常态、无规范状态。目前出现的大量的劳动者集体罢工事件中，大部分都不是企业工会组织的行动，而是工会之外的劳动者自发组织的集体行动，实际上是一种无法律规范的状态。（2）就集体行动主张的事项或者集体争议事项而言，既有权利争议，也有利益争议。如主张加班工资、缴纳社会保险属于权利争议，而要求增加工资、提高福利待遇则属于利益争议。由于权利争议是当事人基于法律或劳动合同规定，主张权利存在与否或认为权利受到侵害，因此，从各国惯例看，当发生这类争议时应当走法定救济渠道，即通过仲裁或诉讼的方式来解决。而利益争议是就将来可能发生的权利义务内容发生的争议，一般不能进入司法程序来解决，只能通过第三方调停或仲裁。根据国外（境外）罢工的相关法律规定，通常只有当调整事项发生争议即发生利益争议时，劳动者才会进入罢工程序，以罢工作为其谈判手段来实现其利益诉求。目前我国发生的集体行动，几乎不管是权利争议还是利益争议，都可能走向罢工，通过罢工的方式来实现利益的诉求。（3）劳动者集体行动或罢工的行为，究竟是合法还是违法？由于我国从宪法到法律都没有关于“罢工”的规定，学界对劳动者采取罢工行动存在合法和违法之争。认为罢工行为合法的理由有：尽管我国宪法没有规定罢工权，但关于公民权利的推定应当遵守“法无禁止即自由”的法律逻辑，法律没有禁止就是人民自由的范围，应当推定公民享有罢工的自由；而且，我国《宪法》33条明确规定“国家尊重和保障人权”，罢工权属于基本人权；从法源看，我国于2001年批准了联合国《经济、社会及文化权利国际公约》，该公约规定“有权罢工，但应按照国家法律行使此项权利。”该条规定可以视为罢工权的法源；我国《工会法》第27条规定，“企业、事业单位发生停工、怠工事件，工会组织应当代表职工同企业、事业单位或者有关方面协商，反映职工的意见和要求并提出解决意见。”这里“停工、怠工”是罢工的别名，法律认可停工怠工的合理存在。反对罢工行为合法的理由认为，“法无禁止即自由”应当指消极自由，其不应妨碍其他自由的实现，而劳动者罢工行为会妨碍企业的营业自由，甚至会妨碍公共利益。因此，只有当法律明确规定劳动者享有罢工权才能使罢工成

为违法阻却事由，否则，罢工存在违法性。（4）谁享有谈判代表权，或者说谁有权发起罢工？从域外法看主要有两种，一是规定既可由工会组织发动，也可由劳动者自发，如法国；二是规定只能由工会发起，如德国、日本、台湾。在目前各地发生的集体行动中，由于工人不信任本企业工会代表，他们往往会自发地推举出谈判代表来进行集体谈判，但其代表的合法性受到质疑，因为根据《集体合同规定》，“职工一方的协商代表由本单位工会选派。未建立工会的，由本单位职工民主推荐，并经本单位半数以上职工同意。”如果企业业已存有工会，则劳动者另行推举的协商谈判代表的合法性就不被企业和当地政府的认可，而劳动者对原有工会的代表投不信任票，这导致谈判伊始就陷入僵局，无法顺利进行。（5）由于罢工合法性存疑，劳动者停工罢工的行为与劳动合同规定的劳动给付义务或者用人单位的规章制度存在冲突，已发生多起因罢工行动而引发的劳动者大规模被解雇的事件，从而造成劳资之间更大的冲突。¹⁶³

第三、从企业民主管理看

企业的民主管理是企业职工基于其职工身份，通过法定程序参与企业管理的形式，是经济民主的一种形式。企业民主管理制度的健全与否，直接体现了职工在企业的地位。我国是社会主义国家，强调职工群众在企业的主人翁地位，企业民主管理有深厚的渊源和基础，但随着劳动关系的市场化，企业职工的“主人翁”地位也随之弱化，尽管我国已颁布了一系列职工民主管理的法律法规，但在实践中的运行和效果却差强人意，存在的主要问题有：第一，职工代表大会边缘化。职工代表大会是企业实现民主管理的基本形式，是职工行使民主管理权力的机构。依照相关法律规定，企业应当建立以职工代表大会为基本形式的民主管理制度，但实践中许多企业并未依照规定召开职工代表大会，有些企业即使召开也仅是一种形式，并未真正落实职工代表大会作为民主管理权力机构的各项权能。此外，职工代表大会的职能较为虚化，主要是听取、审议、讨论或评议权，而少有决定权或通过权，¹⁶⁴导致职工代表大会的作用并不能充分发挥。第二，厂务公开形式

¹⁶³ 如发生在 2014 年 5 月深圳哥士比鞋厂集体争议案，因企业生产经营状况发生变化，工人担心利益受损，由工会发起集体谈判要约，企业拒绝谈判，由此引发工人罢工，最终企业单方解雇了 109 名工人。

¹⁶⁴ 例如，在《劳动合同法》起草过程中，涉及企业制定与职工利益相关的规章制度时，原草案涉及由职工代表大会或职工大会讨论通过，后来在通过稿中删除了，仅表述为“讨论，提出方案和建议”，使得在企业规章制度的制定中，职工代表大会仅是形式要求，无法落实实体权利。

化。按照《企业民主管理规定》，企业应当将生产经营管理的重大事项、涉及职工切身利益的规章制度和经营管理人员廉洁从业相关情况向职工公开，听取职工意见，接受职工监督。实践中很多企业并没有真正做到厂务公开，职工很难真正掌握企业的经营信息，很难参与到企业的重大决策与咨询中。此外，在工资集体协商中，由于职工不掌握企业的盈亏情况、财务状况，中高管人员的工资报酬等，无法在工资协商中掌握主动，获得预期的协商结果。第三，职工董事、监事花瓶化。按照我国《公司法》规定，国有独资公司和股份有限公司“必须”有职工监事，有限责任公司、国有独资公司、股份有限公司“应当”或者“可以”有职工董事以及有限责任公司“可以”有职工监事。目前，在企业实际运行中，一般只是在国有及国有控股公司有职工董事、职工监事，股份有限公司有职工监事，大量的按照《公司法》登记注册的现代企业没有设立职工董事和职工监事，企业职工通过进入董事会、监事会参与决策和监督还不普遍，职工作为企业的重要组成部分，其地位和作用还得不到应有的尊重和发挥。

四、劳资社会协商制度的法治化推动

劳动关系是基本的社会关系，在当前我国社会转型过程中，劳动关系呈现出复杂性和多样性的特点，同时也正在从传统型向现代型过渡，对劳动关系的法律调整模式也逐渐走向多元化，即个体自治、团体自治和国家强制三大调整模式并存。相对于个体自治和国家强制而言，团体自治有更大的发展空间。劳资社会协商作为团体自治的重要方式，契合了社会治理创新的理念，在未来我国劳动关系调整中将会发挥越来越重要的作用。十八届四中全会决定提出了“推进社会治理体制创新法律制度建设”的目标，十八届五中全会决定亦明确提到了“加强和创新社会治理”，对于劳资社会协商法治化的推进，应当着力于以下方面：

（一）进一步明确协商主体的法律地位，解决主体的独立性和代表产生的合法性问题。

代表劳方参与社会协商的主体主要是工会或职工代表。尽管我国工会法明确规定了工会组织具有法人资格，但就最基层的企业工会而言，由于工会在经济上和组织机构上过于依附于企业，使得其独立性和代表性大受影响。要让工会的独立法人地位从法律文本落到实处，必须严格按照法人的法定条件来规范工会组织，让工会在经济和组织上与企业做适当的分离。应当改变目前工会

经费来源过于单一的做法，多渠道筹集工会经费，保证工会经费的独立使用。在工会主席、专职工作人员的产生上和选用上，或者在一些还未建立工会的企业要推举职工代表时，应当明确规定通过法定选举程序产生，不能由企业单方任命或者由与企业主有裙带关系的人来担任，以保证工会代表或职工代表的独立性和合法性，使工会真正代表职工群众的利益。代表资方参与社会协商的主体是企业法人或者企业组织、雇主团体等。就微观层面的劳资社会协商而言，作为资方代表的企业法人的主体地位自不待言，而在中观层面和宏观层面的劳资社会协商而言，作为资方代表的企业组织或雇主团体严重缺位，导致行业或区域集体协商难以推进，国家和各地方层面的三方机制徒有虚名。应当在法律上推动雇主方组建其团体，落实雇主方的结社权，在法律上明确雇主团体的法律地位和职责，从而更好地推动劳资社会协商的推进。

（二）将劳资社会协商的必要手段法定化。

在劳资社会协商的各种方式中，集体协商或集体谈判对劳资双方影响最大也是最容易导致冲突的方式。为了有效地实现集体谈判的目的，各国立法从法律保障手段上都赋予了双方必要的权利，如罢工权和闭厂权等。如前文所述，我国目前立法对罢工权未予明确，导致各地出现的以罢工为表现形式的集体行动的合法性存有很大争议，一方面，无序化的集体行动越来越多，直接影响企业的生产秩序和社会安全，另一方面，影响了真正的集体谈判的推进，由于劳动者在集体谈判过程中没有必要的保障手段，导致被解雇现象大量出现。因此，应当将劳动者的集体行动纳入到法律规范中。首先，应当明确劳动者在集体谈判中有享有罢工权利。由于目前在宪法中直接规定罢工权有一定的难度，可以考虑在劳动基本法中予以规定，应当适时启动《劳动法》的修改，通过修订《劳动法》来规定罢工权；或者通过制定集体谈判和集体合同法，在劳动单行法中对罢工权予以确定。第二，明确规定罢工的条件和程序。如规定应当由工会来组织罢工，并且当同意罢工的工会会员达到一定比例才能发起，罢工的原因因集体谈判破裂导致，不能带有任何政治目的等。第三，劳动者在集体谈判或罢工过程中应享有豁免权，企业不得因此解雇职工，但罢工期间企业可以拒绝发放工资。除罢工权外，对集体谈判权也应当进一步规范，如规定每年可以发起集体谈判的次数，在合法的程序和合理的次数内企业不得拒绝劳方提出的集体谈判要求。只有明确集体行动的法

律的边界，才能将目前无序的集体行动规范化，同时，也能对解决这类大规模集体行动提供必要法律依据或裁判标准。

（三）构建劳动合同履行抗辩权制度。

如前文所述，根据劳动者与用人单位争议内容的不同，劳动争议可以区分为权利争议和利益争议，前者属于既定劳动合同的履行问题，后者属于透过劳动者团体，争取更高劳动条件的尝试或努力问题。区分两者的最大实益，于法律意义上讲，能够澄清法律关系的性质，提供相应的请求权基础，从而适用不同的争议解决办法；于现实意义讲，则在于将许多所谓的“罢工”行为“去政治化”，¹⁶⁵堵住以“维稳”等借口不当干涉劳动者争取自身权益、侵犯劳动者人身自由的入口。考察近年来因劳动争议而引发的群体性事件，大多很难认定为宪法和劳动法理论上的罢工行为，而更趋于是劳动合同的履行抗辩权之行使问题。不论是深圳哥士比鞋厂事件还是承德沃尔玛闭店事件，起因都是对劳动合同中既定的权利义务的履行纠纷，而非工会代表劳动者在争取更高劳动条件而协商时采取的压迫性手段。明晰了法律上不同的请求权基础之后，劳动者、工会、用人单位即应在法律规定的框架内采取相应的行动。在集体劳动合同的履行过程中，如果用人单位未能提供劳动合同约定的如工资、劳动安全条件，作为双务合同的另一方主体，自可由合同义务的牵连性而产生履行抗辩权¹⁶⁶，对抗用人单位的履行请求，并于必要时可以提起诉讼，获得强制履行依据。用人单位在应对拒绝履行时，也应当先审查自身是否已经履行了法定或约定的义务，若未履行是否存在法定免责事由等。双方各自的团体组织，其职能并非在集体协商不畅时采取压迫与反压迫的直接对抗，而是应当尊重已经签订的集体合同的效力，履行对集体合同的维持和谐义务和敦促义务，¹⁶⁷排查各自所代表群体行为之合法性问题。尤其是工会，此时盲目的组织“静坐”、“罢工”甚至“砸厂”等抗争手段，很难取得合法性；而是应当尊重集体合同的效力，若劳动者诉求并无依据，应当采取安抚手段，疏

¹⁶⁵ 参见董保华：《规范劳动者维权行动的制度选择》，《法治研究》2012年第1期，第26-32页。

¹⁶⁶ 在民法理论上，一般认为双务合同的履行抗辩权可分为同时履行抗辩权、不安抗辩权和顺序履行抗辩权。在劳动合同法中也可做此区分，如支付工资与劳动义务的履行，可以认为能够构成同时履行的对待给付义务；劳动安全条件的提供、入职培训等，可以认为应先由用人单位履行，劳动者享有先履行抗辩权或顺序履行抗辩权；在用人单位有丧失履行能力的可能时，赋予劳动者不安抗辩权更是对劳动者的基本生存利益至关重要。构建和区分劳动合同的履行抗辩权，对劳动者利益之维护助益良多。

¹⁶⁷ 参见陈继盛：《西德团体协约约束力之一般化宣告》，《劳工研究》第13期，第64-74页。

通道理；若劳动者诉求合理，应当积极帮助劳动者收集证据、组织调解、指导和支持劳动者采取法律手段，在司法框架内及时解决问题。政府应对此类事件时，也应当意识到这是劳动者与用人单位在法治框架内的一次“交锋”，是市场经济在法律战场上的体现，应主要由双方通过谈判协商以及诉讼手段解决，而不应当定性为“维稳”事件，进行公权力的不当干涉。¹⁶⁸而反思出现这种私法问题脱轨为公法问题的原因，我们认为，还是在于集体合同在进入我国法律土壤后发生了变异，行政化色彩过于浓重，三方协商机制流于形式，忽略了集体合同本质上仍是合同，仍有其私法属性蕴含其中，合同法上的有关制度，仍然应当被确立，当事人的意思自治，仍然应当被尊重。与《合同法》规定相对成熟的履行抗辩权制度相比，我国《劳动合同法》中对劳动合同的履行抗辩权只字未提，只能从合同的解除事由中辗转解释。¹⁶⁹这导致劳动者和工会在应对用人单位违约时只能下意识的去求助本不应适用的“罢工”等集体行动，而忽略了私法上的权利行使，一些本可以避免的所谓群体性事件，成为了法律制度不健全“倒逼”的产物。

（四）通过法律机制推动劳资社会协商制度的落实。

关于三方机制的实施，在劳动立法和政策制定方面，应当明确三方机制在其中的功能、职责和作用，不能由政府一方说了算或两方说了算，必须通过三方机制来决定，真正实现决策的科学化和民主化。在劳动争议处理方面，应当加强劳动争议仲裁委员会三方机制的构建，改造目前劳动争议仲裁庭的组成方式，由代表劳资政三方的仲裁员共同组成仲裁庭审理劳动争议案件，这样更有利于公正地处理劳动争议，使得仲裁结果更具有公信力。关于对话沟通制度，应当保证劳资对话沟通机制的畅通，尤其遇到企业的重大决策与劳工利益密切相关时，应当启动沟通对话机制，通过沟通对话程序以达成一定共识，消除潜在的破坏性因素。此外，要保障劳动者享有知情权，在进行沟通对话和协商谈判时，劳动者有权了解企业的营业目标、经营状况、财务状况等等，企业应当定期将这些信息向劳动者公开，以此作为双方沟通和协商的基础。关于劳动参与制度，应当进一步明确职工代表大会在企业的功能和定位，其与公司股东会、董事会、监事会的不同功

¹⁶⁸ 在承德沃尔玛事件中，工会主席以及部分员工均曾被公安机关拘留，许多员工财产也被扣押。

¹⁶⁹ 根据《劳动合同法》第38条规定，依“举重以明轻”的当然解释规则，似可解释出劳动者的履行抗辩权，然38条规定的解除事由系明确、限定列举，根本无法适应复杂多变的合同履行情况，同时，履行的抗辩与合同的解除系截然不同的两种制度，前者一般只产生暂时中止的效力，而后者则是消灭大部分合同权利义务。因此，在《劳动合同法》中确立履行抗辩权制度实有必要。

能和职责,凡涉及职工切身利益的重大决策或者规章制度的制定,职工有共决权;此外,凡是符合设立职工董事和监事条件的企业都应当依规定设立职工董事和职工监事,为保证职工董事和监事作用的发挥,法律应当明确规定相关的任职条件和资格、产生过程以及相关的职责。为了保证劳动参与制度的实现,还需要强化法律责任,明确规定企业有法定义务保证劳动者民主参与权的实现,未履行相关义务的要承担相应的法律责任。

(五) 建立实现劳资社会协商的法律救济制度。

劳资社会协商制度的推动和实施,需要建立相对完备的法律救济制度。劳资社会协商建立在集体劳动关系的基础上,而目前我国劳动争议救济制度主要是针对个别劳动争议而规定,因集体劳动关系而引发的纠纷解决机制未能有效地发挥作用。如何完善劳资社会协商的法律救济制度,可以从以下方面考虑:一是建立专业的调解组织并适当引入强制调解制度。调解是多元纠纷解决的重要方式,针对劳资社会协商过程中出现的各类问题与纠纷,可以考虑在现有调解组织的基础上,按照三方原则设立劳动争议调解机构,也可以设立跨行业跨区域的劳动争议调解机构,对于因劳资沟通对话、集体谈判、签订或履行集体合同等发生的争议,可以实行强制调解制度。二是按照三方原则改造现有劳动争议仲裁制度,改变目前劳动争议仲裁行政色彩过浓的做法,使劳动争议仲裁机构更具中立性,对于因集体谈判或履行集体合同发生的争议,调解不成,实行强制仲裁制度。

结 论

在社会治理现代化背景下,劳动关系治理面临着多重治理手段的融合和协调问题,劳资社会协商是创新劳动关系治理的重要方式,也是现代劳动关系发展的必然选择。目前我国正处在重要的社会转型期,近年来因产业结构变化和劳资利益冲突引发了大量的集体行动或者罢工事件,现有法律调整手段难以满足劳动关系发展的需要,需要创新劳动关系治理方式。一方面要强化劳资社会协商在调整劳动关系中的功能和作用,培养经济民主和企业协商文化;另一方面要通过法治化的方式,对劳资社会协商的相关制度进行完善和必要的建构,以推动劳资社会协商制度的发展。

【主要参考文献】

1. 黄越钦：《劳动法新论》，中国政法大学出版社 2003 年版。
2. 董保华：《规范劳动者维权行动的制度选择》，《法治研究》2012 年第 1 期。
3. Otmar Seul、Peter Jansen 著：《欧洲的产业民主：扩大的欧盟中公司决策雇员参与的规则与实践》，范围译，载《社会法评论（第四卷）》，中国人民大学出版社 2010 年版，第 295 页。
4. Richard Hyman, *Understanding European Trade Unionism Between Market, Class and Society*, Weber Publication International Ltd, 2001

全球经济下行背景下的劳动法选择

——兼评《劳动合同法》相关责难

刘诚*

【摘要】2008年以来，全球经济持续下行；全球经济下行的直接原因是欧美国长期被金融泡沫掩盖的生产过剩暴露出来、进而暴露了亚洲国家长期被出口掩盖的生产过剩，其实质是低工资导致消费能力不足；量化宽松和放松规制以及降低工资和裁员，不能解决经济下行问题、反而加剧需求不足，因此应该效仿罗斯福新政而非里根主义。劳动法客观上能够促进消费、利于实现供求平衡；所以，劳动法不仅不能放松规制，反而应该强化规制，目前特别应该进一步限制固定期限劳动合同、强化工作时间执法，并加强工资集体谈判和职工民主参与。关于责难《劳动合同法》的相关言论，特别是“对企业的保护不足”、“劳动力市场僵化”、“劳动力成本过高”、“应该退回到《劳动法》”等言论，是缺乏根据、经不起推敲、似是而非的武断结论。

【关键词】金融泡沫；生产过剩；全球经济下行；劳动法；《劳动合同法》

当前，面对全球经济下行，政府应该采用何种理论和政策、劳动法应该强化规制还是放松规制，众说纷纭、莫衷一是。要取得共识，首先需要分析经济下行的原因，并分析和比较现有对策的效果；其次需要分析劳动法的作用，然后才能作出选择。此外，鉴于目前责难《劳动合同法》的言论非常流行，有必要作出回应，指出其谬误。

一、全球经济下行问题与对策分析

（一）全球经济下行现象分析

2008年全球金融危机以来，全球经济进入下行期，GDP年增长率由2007年的5.7%下降到2015年的3.1%（国际货币基金组织数据）；美国由2004年的3.8%下降到2.4%（国际货币基金组织），中国则由2007年的14.2%下降到6.9%（国

* [作者简介]刘诚，男，上海师范大学法政学院法律系教授，法学博士，主要从事社会法与劳动关系研究。

家统计局、国际货币基金组织数据)。

“2015年世界经济增速放缓，全球复苏之路崎岖艰辛。预计2016年世界经济增长形势依然不容乐观”。“新兴市场和发展中经济体连续五年经济增速下滑的势头能否得到有效遏制，许多经济体内外经济政策和结构性改革受到既得利益集团不断掣肘的危害程度等。”¹⁷⁰中国经济形势也不容乐观。“综合判断，我国经济运行不可能是U型，更不可能是V型，而是L型的走势。”“这个L型是一个阶段，不是一两年能过去的。今后几年，总需求低迷和产能过剩并存的格局难以出现根本改变”。¹⁷¹

目前，作为全球经济的主要问题，利润与工资分配失衡¹⁷²、高管工资与普通雇员工资失衡¹⁷³、经济发展水平与社会保障水平失衡¹⁷⁴、跨国公司与代工厂利益失衡¹⁷⁵、欧美国家（德国除外）与亚洲国家贸易失衡¹⁷⁶、虚拟经济与实体经济失衡¹⁷⁷，以及家庭资产增长与工资增长失衡¹⁷⁸这七个失衡目前一个也没有解决，反

¹⁷⁰ 张宇燕、姚枝仲：《2015—2016年世界经济形势分析与展望》，《光明日报》2016年1月20日。

¹⁷¹ 见龚雯、许志峰、吴秋余：《开局首季问大势——权威人士谈当前中国经济》，《人民日报》2016年5月9日。

¹⁷² 劳动生产率与工资增长仍未能同步，这种情况已延续几十年。这一趋势还体现在国内生产总值中劳动力份额的下降，即国内生产总值中用于劳动力的支出与用于再投资支出所占比例不平衡（见陈建：《全球工资增长徘徊不前》，《经济日报》2014年12月9日）。2014年美国私营企业的税后利润总额创下了史上最高纪录，高达1.68万亿美元（见吴迪：《美国债务消肿的难关与启示》，《南风窗》2015年7期）。德国员工2007年的平均实际收入比1991年下降了1.3%，但雇主的可支配收入依然增长了17%（见吕鸿：《德国工资之争凸显经济难题》，《人民日报》2008年1月16日）。中国2002年-2012年劳动报酬占国内生产总值的比重由54.1%下降至45.6%（见王屹：《加快收入分配制度改革，跨越中等收入陷阱》，《证券日报》2016年5月28日）。

¹⁷³ 2007年16家上市金融国企中，年薪最高的前三名高管报酬总额为23957万元，平均年薪为1497.3万元；2008年，中国平安的董事长兼CEO马明哲高达6616万元的税前年薪（见张静：《“肥猫”自肥：质疑中外高管薪酬》，《新民周刊》2009年2月19日）；2015年7月，《福布斯》中文版发布的数据显示，杨元庆的年薪高达1.18亿元（佚名：《三个月损失40亿！杨元庆首度回应联想巨亏内幕》，2016年3月11日，<http://tech.sina.com.cn/it/2016-03-11/doc-ifxqhmvc2342616.shtml>，2016年3月29日访问）。2015年标普500成分股公司CEO的平均薪酬是普通员工的335倍，2014年是373倍（见羽箭：《美企CEO去年薪酬是员工335倍》，2016年5月17日，<http://finance.sina.com.cn/stock/usstock/c/2016-05-17/doc-ifxsenvn7275894.shtml>，2016年6月13日访问）。

¹⁷⁴ 1980年代以来，在新自由主义“福利病”的批评声浪中，全球社会保障水平停滞不前。

¹⁷⁵ 跨国公司依靠优势地位极力压低收购价，导致代工厂利润微薄。

¹⁷⁶ 据海关统计，尽管近年来出口已经下降，但我国至今仍然是净出口国家。

¹⁷⁷ 过多资金流向房地产市场、证券市场和金融衍生品市场。

而增加了货币发行与经济增长的失衡、资产和负债失衡（债务危机）。这些问题突出表现在就业持续低迷¹⁷⁹、泡沫经济存续、收入差距进一步扩大，并且由于欧美生产过剩的暴露导致贸易保护主义兴起、货币发行的泛滥带来主权债务危机和滞胀的危险。¹⁸⁰事实证明，各国除了大幅提高债务总额与 GDP 之比、财政赤字与 GDP 之比，无论是整体经济规模、制造业产出、劳动生产率，还是就业增长、家庭消费支出以及金融信贷等，远未恢复到危机前的水平，当下的全球经济，处于再次衰退的边缘。¹⁸¹

需要特别关注的是，全球泡沫问题远没有解决，而债务危机则进一步加重了。泡沫方面主要是夸大了美国次贷而忽视了利率衍生品、并且只关注华尔街而忽视了伦敦金融城。据统计，2001-2007 年美国共发行住房抵押贷款 22.372 万亿美元，其中优先级贷款 14.805 万亿美元、次级贷款 2.831 万亿美元，分别占 66.2%、12.7%。此外，次级债券约 1 万亿美元，占债券市场的 3%左右。至于衍生品，信用违约掉期（次贷只是其中一部分）总量也只占 8%左右（2006-2008 年分别占 6.7%、9.4% 和 7.8%）。¹⁸²根据 PIMCO 数据，2007 年 10 万亿美元住房贷款中，优先级占 80%、次优及次级合计才 2 万亿美元；房贷债券 RMBS 合计 5.4 万亿美元，次优及次级仅 1.4 万亿美元；CDO 等再证券化 2 万亿美元。而根据美联储统计，2006、2007、2008 年末，抵押债券 RMBS 分别为 6.1、6.7、6.9 万亿美元，而金融衍生品名义价值总量高达 131.5、165.6、200.4 万亿美元。其中，利率衍生品比例分别为 81.7%、78.2%、82.0%。据国际清算银行统计，2007、2008、2009、2010 年末金融衍生品场外交易额存量分别达 595.74、598.15、603.90、601.05 万亿美元，2015 年末仍然达 493 万亿美元，其中利率衍生品分别为 393.14、432.66、449.88、465.26、384.3 万亿美元，分别占 65.99%、72.33%、74.50%、77.41%、77.95%。¹⁸³仅仅单货币利率合约存量 2007 年末即达 393.14 万亿美元¹⁸⁴、2008 年

¹⁷⁸ 欧美国家（德国除外）主要是家庭金融资产，中国主要是房产。

¹⁷⁹ 需要指出的是，美国失业率的降低并非就业增加，而是因为大量失业者因长期失业而放弃求职、成为自愿失业者而被失业率指标排除。笔者 2015 年 12 月份在美国各地都发现了大量露宿街头者，这是过去从来没有过的，也从一个侧面反映了美国经济问题的严重性。

¹⁸⁰ 见叶檀：《全球经济危机加重，中国改革千钧一发》，《每日经济新闻》2011 年 9 月 13 日。

¹⁸¹ 见杨芮：《全球金融海啸 3 周年，危机并未过去》，《每日经济新闻》2011 年 9 月 19 日。

¹⁸² See Joint Center for Housing Studies of Harvard University, "THE STATE OF THE NATION'S HOUSING 2008"

¹⁸³ 见国际清算银行数据库，<http://stats.bis.org/statx/toc/DER.html>。

末 432.66 万亿美元、2009 年末 449.88 万亿美元、2010 年 6 月末 451.83 万亿美元¹⁸⁵。并且，伦敦金融城发表的一份关于场外交易 (OTC) 衍生品的报告显示，2007 年全球衍生品交易有 43% 发生在伦敦，24% 发生在纽约。全球四分之三的 CDS 交易发生在美国以外。¹⁸⁶

关于债务危机，据国际清算银行统计，2007、2008、2009 年末国际债券余额分别为 22.7、23.9、27.0 万亿美元，2007 年末、2008 年末、2009 年第三季度末国内债券余额分别为 56.0、59.4、64.4 万亿美元。¹⁸⁷截至 2011 年 7 月 21 日，全世界 86 个国家和地区的债务总和接近 45 万亿美元。这一数字约合全球前五大经济体（欧盟、美国、中国、日本、印度）2010 年 GDP 的加总。¹⁸⁸美国联邦政府 2010 年底总负债为 13.53 万亿美元，占美国 GDP 的 93%；¹⁸⁹到 2015 年 3 月 15 日，美国公共债务的债务总净值已经超过 18 万亿美元，¹⁹⁰超过 GDP 的 120%。¹⁹¹中国情况也不容乐观，2015 年中央和地方债务余额总量大概是 26.2 万亿元，政府总负债率是 38.7%；2015 年年底地方政府债务余额 16 万亿元，除以全国 GDP 总额，则达到 23.6%，远超美国地方政府 13%~16% 的负债率上限。辽宁省、贵州省、云南省和内蒙古自治区的债务率分别达到 197.47%、120.2%、111.23%、104.7%，超过了全国人大常委会划定的 100% 债务率红线。¹⁹²

此外，作为反危机对策，货币扩张政策成为各国的共同选择。美联储 2014 年 10 月 29 日才宣布结束“无限量宽松”的第三轮量化宽松政策——量化宽松让美联储的资产负债表从金融危机前的 8000 多亿美元膨胀到破纪录的 4 万多亿美元。¹⁹³中国则更加突出。截至 2012 年底，我国 M2 余额为 97.42 万亿元（2013

¹⁸⁴ See Bank for International Settlements. International banking and financial market developments. BIS Quarterly Review, March 2009. <http://www.bis.org/statistics/bankstats.htm>.

¹⁸⁵ See Table 19: Amounts outstanding of over-the-counter (OTC) derivatives, <http://www.bis.org/statistics/otcder/dt1920a.pdf>.

¹⁸⁶ See Terry Smith, "Facts Belie The Diagnosis On Credit Derivatives," *Financial Times*, May 7, 2009.

¹⁸⁷ See Bank for International Settlements. International banking and financial market developments. BIS Quarterly Review, March 2010. <http://www.bis.org/statistics/bankstats.htm>.

¹⁸⁸ 见刘斌：《全球负债 45 万亿美元》，《南方都市报》2011 年 8 月 2 日。

¹⁸⁹ 见 TOM ORLIK, "Adding Up China's Debt Load," *WSJ*, March 9, 2011.

¹⁹⁰ 见吴迪：《美国债务消肿的难关与启示》，《南风窗》2015 年 7 期。

¹⁹¹ 见韩洁、申铖：《财政部：我政府债务负债率低于国际警戒线》，《新华每日电讯》2016 年 5 月 27 日。

¹⁹² 见梁发芾：《是认真对待地方债扩张风险的时候了》，《中国经营报》2016 年 1 月 25 日。

¹⁹³ 见佚名：《美联储宣布结束量化宽松政策》，《大河报》2014 年 10 月 31 日。

年3月末增加到103.61万亿元），居世界第一，约占全球货币供应总量的1/4，是美国的1.5倍，英国的4.9倍，日本的1.7倍，比整个欧元区的货币供应量还多出20多万亿元。¹⁹⁴宽松的货币政策能够救金融机构于水火之中，却不能让经济走出低谷。¹⁹⁵

（二）全球经济下行原因分析

全球经济下行的直接原因是次贷危机引爆金融泡沫，欧美国家长期被金融泡沫掩盖的生产过剩暴露出来，进口急剧减少，进而暴露了亚洲国家长期被出口掩盖的生产过剩。从根本上来说，是多年来市场原教旨主义（新自由主义的原教旨派别）盛行、放松法律规制的恶果，主要是劳动法、社会保障法、金融法和公司法。劳动法放松规制造成全球性低工资（工资增长远远落后于经济增长，甚至负增长¹⁹⁶），作为消费者主体的普通劳动者无钱消费、消费能力不足；社会保障法放松规制造成储蓄过度，作为消费者主体的普通劳动者有钱不敢消费、消费滞后。二者结合，造成生产严重过剩、消费严重不足。此外，金融法放松规制造成金融投机泛滥，金融泡沫无限膨胀，从而导致欧美国家超过真实消费能力的过度超前消费（家庭资产泡沫与消费信贷相结合），掩盖了生产过剩或消费不足，延缓了劳动保障问题的暴露和解决；公司法放松规制造成内部人控制现象的泛滥和约束机制的缺失，拉大了收入差距从而加剧了消费能力不足，放纵了经理人的投机行为从而加剧了金融泡沫的恶性膨胀，也阻碍了劳动保障问题的解决。简言之，供求失衡是全球经济下行的最主要原因，其实质是消费能力不足。中国也不例外。“生产（社会总供给）与消费（社会总需求）结构性失衡是造成经济下行压力的重要原因。”¹⁹⁷

以芝加哥学派为代表的市场原教旨主义主要谬误在于“交换创造财富”和“完

¹⁹⁴ 见田俊荣、吴秋余：《我们的钱会“毛”吗？》，《人民日报》2013年5月6日。

¹⁹⁵ 见叶檀：《无就业复苏就是没有复苏》，《每日经济新闻》2010年1月19日。

¹⁹⁶ 如美国自1970年以来私营非农业部门工人实际报酬趋于下降，从1978年到1995年下降了12.5%（见刘英：《20世纪70年代以来美国工人实际工资的变动趋势》，《当代经济研究》2003年第1期）；美国经济自2001年以来一直在增长，但工人的收入不升反降（见翁翔：《美国企业利润连升，工人实际工资反降》，《中国青年报》2006年3月14日）。德国员工2007年的平均实际收入比1991年下降了1.3%（见吕鸿：《德国工资之争凸显经济难题》，《人民日报》2008年1月16日）；工资水平至今未摆脱下降通道（见刘洋：《国际劳工组织“晒”全球工资》，《国际先驱导报》2011年1月7日）。

¹⁹⁷ 沈水生：《关于当前经济下行压力影响因素的探讨》，《行政管理改革》2016年第5期。

美市场”。首先，市场原教旨主义者信奉交换创造价值（财富），¹⁹⁸结果导致金融衍生品投机泛滥。由美国次贷危机引爆的全球金融危机（金融泡沫部分破灭），使金融泡沫掩盖下的经济失衡问题得到部分暴露，包括国内供求失衡（生产过剩）和国际贸易失衡。经济过度失衡引起全球性经济下行，而依赖滥发货币的扩大投资政策和保护泡沫的救市政策只能刺激短暂的复苏，不可能持久。

其次，市场原教旨主义者信奉“完美市场”或“理性市场”，反对政府干预、主张放松规制，导致劳动和社会保障立法及其实施机制弱化，以及金融法和公司法的弱化。就劳动法而言，多年来，在以资本为主导的全球化进程中，各国为了增强竞争力，都相继放松了劳动标准。许多国家的劳动法都出现了对劳方不利的倾向。发达国家的政府为留住本国资本，通过立法放松规制、压制工会的实力，给资本以最大的自由和最优惠的待遇；发展中国家的政府为了吸引外资，通过立法扩大资方权利、增加劳方义务，并且消极进行劳动执法。例如，美国撤销了对货运业的管制，以市场调节取代法律调节；强化了对工会代表权的限制，削弱了工会的作用。法国流产的《初次雇佣合同法》也是管制的放松，即降低劳动基准。劳动基准立法方面放松规制、集体谈判方面工会不断退让的趋势，导致了工资的“探底运动”，从而造成分配的严重失衡。¹⁹⁹

（三）相关经济理论与政策分析

关于应对经济下行的理论和政策，过去主要有凯恩斯主义与罗斯福新政、供给学派与里根经济学、以及计划经济与里根经济学相结合的镕基经济学²⁰⁰；目前我国则主要涉及供给侧改革。

凯恩斯主义与罗斯福新政密切相关，两者都主张国家对经济进行干预，强调需求管理、视就业为根本问题，重视扩大需求和充分就业。但凯恩斯主张采取赤字政策，通过国家投资拉动经济增长的政策、导致国家垄断资本主义，并且过分强调心理作用（有效需求完全归因于心理因素）、导致“空中楼阁”；而罗斯福

¹⁹⁸ 交换创造价值（财富）意味着，张三把 10 元钱买来的某商品以 20 元的价格卖给李四，李四以 30 元的价格卖给王五，王五再以 40 元的价格卖给张三，这一过程创造了 30 元的价值（财富）。如此以来，人们无需从事商品和服务创造工作，只需交换就可以了，社会财富在如此交换中不断增长。实际上，上述过程中，商品还是那一商品，真实的财富并没有变化，增长的是名义财富——货币，泡沫就是这样产生的。

¹⁹⁹ 刘诚：《国际金融危机与社会法弱化》，《中国劳动保障报》2009 年 2 月 7 日。

²⁰⁰ 我们不妨将朱镕基主持经济工作时的经济政策称之为镕基经济学，或朱镕基主义。

新政所采取的措施中，尽量避免国家垄断经济的出现，并且重视消费能力、突出工资增长和社会保障体系建设（通过《国家劳动关系法》和《社会保障法》）。反对者认为，“美国经济在 1933 年之后停止萎缩，失业率从 25% 的高位回落，但真实 GDP 则是在 1939 年才恢复到 1929 年的水平，而失业率在 1941 年才降到单位数。军备开支的直线上升的确创造了有效需求，军队的大规模征兵当然也创造了工作岗位”。²⁰¹这恰恰说明，凯恩斯主义与罗斯福新政是有效的；并且，战争创造需求，也说明，问题在于需求不足。当然，凯恩斯的财政赤字政策和信贷扩张政策只能危机时刻短期使用，而不应该常态化。至于 1970 年代的滞胀现象，是石油危机的产物、属于国际政治问题，不能归咎于凯恩斯。

供给学派与里根经济学密切相关，都属于新自由主义。供给学派认为，问题不是需求不足，而是供给侧出了问题，不该生产的生产太多，同时消费者需要的东西缺乏供给；导致供给不足的原因，要么是政府管制太多扼杀了创新，要么是税负太重抑制了供给。里根经济学的核心是“停止增加联邦政府的开支”、降低税率、放松管制、调控货币供应及平衡预算。²⁰²尽管习近平总书记明确指出：“我们说的供给侧改革，和西方的供给学派不同。”“应该防止一些人用自己的解释去理解成中国要遵循新自由主义。”²⁰³尽管国外只有少数人肯定供给学派，但我国许多人仍然高度评价里根经济学，使美国“走出了 70 年代滞胀的泥潭”，²⁰⁴甚至把里根称为“二十世纪最伟大的美国总统”、认为“里根重新塑造了美国经济”。²⁰⁵然而，1982 年开始的经济成长到底是里根经济学的功劳，还是石油危机化解的结果？后者被其追随者“选择性遗忘了”。实际上，滞胀的主要原因是石油危机，石油危机的化解才是根本原因。1970 年，沙特原油官方价格为 1.8 美元/桶；1974 年（第一次石油危机），原油价格首次突破 10 美元/桶；1979 年（第二次石油危机），原油价格首次突破 20 美元/桶；1980 年，原油价格首次突破 30

²⁰¹ 许小年：《从来就没有救世主——凯恩斯主义的真相与陷阱》，《南方周末》2011 年 6 月 23 日。

²⁰² 实际上，除了石油危机造成的滞胀，经济衰退一般都是需求不足造成的，与供给无关、成本问题也非关键；如果说计划经济以短缺为常态，则市场经济以过剩为常态。

²⁰³ 习近平：《在省部级主要领导干部学习贯彻党的十八届五中全会精神专题研讨班上的讲话》，《人民日报》2016 年 5 月 10 日。

²⁰⁴ 见戚自科：《美国的“供给侧改革”是这样的》，《中国中小企业》2016 年第 2 期。

²⁰⁵ 见刘胜军：《中国拥抱“供给经济学”》，2015 年 11 月 26 日，

<http://www.ftchinese.com/story/001064960?full=y>，2015 年 12 月 26 日访问。

美元/桶；1981年后，国际油价逐波滑落，从此展开了一轮长达20年的油价稳定期。²⁰⁶第一次石油危机终止了西方经济发展的黄金时代，70年代末80年代初第二次石油危机加重了西方经济的“滞胀”。两次大规模的能源危机，严重冲击了西方经济的发展，并推动西方经济进入衰退期。但是，随着非OPEC产油国原油产量的增长以及节能和替代能源的发展，原油价格开始不断回落。²⁰⁷可见，美国上世纪七八十年代的经济波动主要原因在于石油价格波动、里根时期美国经济增长并非里根经济学的功劳（从下表可以清楚地看出，美国经济波动与石油价格波动密切相关）。²⁰⁸

里根任期（1981-1988）前后石油价格与美国经济增长对比表

数据来源：国际货币基金组织

年份	70	74	79	80	81	82	83-85	86-89	90	91-96
GDP 增长率	0.2	-0.5	3.2	-0.2	2.6	-1.9	4.2-7.3	3.5-4.2	1.9	-0.1-4
石油价格	1.8	10-13	16-29	31-36	35-39	33-36	26-31	11-25	16-41	14-32

实际上，新自由主义已经在西方世界受到广泛批评。金融泡沫的破产，象征着“有效市场假说”的破产。不仅里根主义，撒切尔主义也被诟病。“她压制工会、加剧贫富分化”、“对社会福利进行了大幅削减”、“一直坚持削减教育经费”、“主张放松金融监管”，“她提倡小政府，主张国家对经济的干预越少越好，”“2008年的金融危机有部分原因也归咎于这种经济政策。”²⁰⁹。索罗斯认为，里根政府和撒切尔政府所极力推崇的自由资本主义市场经济思想是问题的根源，正是由于“市场原教旨主义”的影响，才造成了巨大的金融危机。²¹⁰

镕基经济学，则是计划经济与里根经济学的混合体。一是继承了计划经济的传统，使用了陈云的“调整”方法、用行政手段“压锭”去产能、去库存；二是，

²⁰⁶ 佚名：《数据简报：1970年以来国际原油价格走势与大事记》，2013年07月31日，http://intl.ce.cn/specials/zxxx/201307/31/t20130731_24622321.shtml，2016年4月26日访问。

²⁰⁷ 见孟环：《国际原油价格50年跌宕起伏》，《北京晚报》2014年10月29日。

²⁰⁸ 需要说明的是，与20世纪70—80年代油价冲击的市场垄断因素不同，2003—2008年油价冲击是在世界石油消费需求快速增长的基础上，由于石油交易“虚拟化”发展而助推的。前者主要受害者是发达国家，后者主要受害者是发展中国家（见曾才生、曾德军：《1970年以来国际石油价格冲击的比较分析》，《求索》2009年第6期）。

²⁰⁹ 见刘玲君：《“撒切尔与全球金融危机有关”》，《新安晚报》2013年4月15日。

²¹⁰ 见金立群：《说说索罗斯和他的著作<2008年大崩溃>》，《国际融资》杂志2012年11期。

用计划经济手段“去杠杆”（“打白条”的方法补充银行资本金，加之剥离呆坏账到专门的资产管理公司）；三是计划手段“破三铁”，达到里根经济学放松规制、降低成本的目标。但其成功，则很大程度上归功于1998特大洪水。关于这一点，不少人引用“破窗理论”来分析水灾对经济的影响——特大洪灾加速了中国摆脱经济危机。²¹¹当时，部分经济学者对当年的经济前景作出了乐观的判断，其依据是灾后庞大的重建工程将成为目前需求不足的国内市场的一针强心剂。²¹²有学者认为，洪灾能起到拉动需求、刺激经济增长的正面效应。²¹³，洪灾会对经济发展带来有益的影响；洪水将增加对固定资产的投资，缓和因消费品和日用品供过于求而造成的经济紧缩。²¹⁴

关于目前的经济政策选择，主要涉及里根主义和朱镕基主义。从经济学界目前对里根主义的追捧来看，无论中央政策初衷如何，供给侧改革很可能发展成为朱镕基主义。“去产能、去库存、去杠杆、降成本、补短板”这五个方面，“去产能”在实际运行中很可能采用计划经济手段，发展成为政府主导的破坏市场机制的行为，结果劣胜优汰；并且，关闭企业时，地方政府很可能违法克扣工人的安置费用，结果加剧内需不足问题、导致恶性循环，并且引发群体性事件、威胁社会稳定（实际上，自然灾害“去产能”也比政府主导“去产能”效果好）。²¹⁵

“去库存”在实际运行中可能演变为地方政府抬高房地产价格、强迫农民城市化的行为，不仅继续增大房地产泡沫、加大经济风险，而且进一步压缩消费空间、加剧内需不足问题，还可能引发群体性事件。“去杠杆”在实际运行中可能被金融泡沫、无形资产泡沫和债转股稀释，孕育更大的经济风险。“降成本”²¹⁶在实

²¹¹ 见朱宏任：《如何把握灾后重建的投资机会》，《经济论坛》1998年第17期；

²¹² 见俞肖云：《九八洪水：“破窗理论”与消费需求不足》，《中国统计》1999年第3期。

²¹³ 宋素吾、陈荣华：《经济增长中的洪灾效应》，《江西财税与会计》1998年第12期。

²¹⁴ 见佚名：《专家们认为，要辩证地看洪灾对经济产生的影响》，《领导决策信息》，1998年第34期。

²¹⁵ 关于去产能的艰难，可参见李紫宸、董瑞强：《最严政策遭遇最猛复产，中国式钢铁去产能困境》，《经济观察报》2016年5月22日（十年过去，一直保持产能化解政策高压的河北省乃至全国，其钢材供大于求的局面不仅没有缓解，反而还日益严峻：河北省每年的去产能力度都很大，但其钢铁实际产量却几乎每年都在增长：产能不断淘汰，实际产量却不断增多）。

²¹⁶ 实际上，成本并非主要原因。据“海外购”调查：价格才是第一因素，中国产品品质有问题可能是一种误判。“不疏通中间，需求的两端很难打通”。主要是沉重的税费、居高不下的物流的费用、昂贵的场地租金、层层扒皮的流通环节，以及混乱的消费环境（见孙立平：《疏通中间，打开两侧》，2015-12-18，http://blog.sina.com.cn/s/blog_408bb1430102wa7p.html，2016年5月1日访问）。

际运行中则可能变为单纯的压低工人工资、加剧社会矛盾和内需不足，因为实践中税收的计划性（按照预算征收而非依率计征）和社会保险费缴费基数的不确定性、加之地方财政压力，会导致税费难以降低；由于道路收费与地方财政关系密切，物流成本也难以降低。而“补短板”（除了基础设施建设）政策，由于创造力和信誉的缺失，并且品牌（特别是奢侈品品牌）的形成需要时间，短期内很难见效。总之，供给侧改革中，必须考虑政策运行问题，必须保证地方政府守住“守法”这一底线。此外，劳动法与社会保障法对于经济发展和社会稳定至关重要，应该加强而非削弱。²¹⁷应该“以内需为重点着力扩大社会总需求。”“社会各界尤其是一些反对维护劳动者权益和社会政策的经济学者和企业，需要切实转变观念，将包括农民工在内的劳动者既视为生产要素，也看作消费者，充分认识加强劳动者权益保护和社会政策的重要性，逐步提高一线普通劳动者工资水平，不断缩小居民收入分配差距，保证国内消费需求能够持续稳定地增长。在修改完善《劳动合同法》等社会法过程中，要毫不动摇地坚持保护劳动者合法权益的原则。”

218

需要指出的是，历史上走出经济衰退的原因包括战争、自然灾害、技术革命、计划经济和罗斯福新政五种。罗斯福新政是通过劳动法和社会保障法来应对的。一是通过集体谈判增加工资，从而提高消费能力；二是通过社会保障体系建设解决安全感问题，从而避免消费滞后。二者结合，解决了生产过剩问题。历史上的战争和洪水尽管客观上起到了“去产能”的作用，并且创造了新的需求。但战争和洪水不仅导致财富减少，而且危害人的生命。至于技术革命，则是可望不可求的。因此，效仿罗斯福新政是唯一可行的选择。

二、劳动法的作用及其应对策略

（一）劳动法的作用

²¹⁷ 因为实体经济增长受制于消费，而建立在滥发货币基础之上的投资依存型增长模式必然导致消费比重不断降低。因此，出口成为维持实体经济增长的主要选择。在欧美金融泡沫难以继续吹大的情况下，国际市场已经没有发展空间，继续依赖出口只能是幻想。出路何在？只能是通过增加工资提高消费能力，通过完善社会保障制度解决消费滞后问题，从而保证实体经济产品和服务的出路。否则，实体企业即使有足够的资金，也不会增加生产和服务（因为没有消费者的产品和服务只会增加企业亏损），而只能去资本市场投机。而赤字政策的长期化，不仅导致财政危机，而且“债务均担”、有“劫贫济富”之嫌。

²¹⁸ 沈水生：《关于当前经济下行压力影响因素的探讨》，《行政管理改革》2016年第5期。

劳动法除了人文价值和工具价值，客观上还有另外的经济和社会作用，虽然这并非劳动法的价值取向；尽管劳动法的价值取向是公平而非效率、是保护劳动者而非企业，但劳动法客观上具有促进企业持续发展、利于供求平衡、保障公平竞争与社会和谐从而促进经济与社会发展的作用。²¹⁹

首先，劳动法有利于企业持续发展。劳动法通过劳动基准、集体谈判、社会保险等途径保护劳动者，对于企业持续发展也是有利的。劳动者工资水平提高后，可以用于人力资本投资，提高自己的素质，在发展自己的同时，也有利于企业的发展，增强企业发展后劲；劳动者有了社会安全网的保护、解除了后顾之忧，劳动者的积极性会得到提高，这也有利于企业持续发展。关于这一点，经济学中有一个著名的效率工资理论，揭示了劳动者工资水平与工作效率之间的关系。该理论认为，如果支付给劳动者比市场所出工资更高的工资，企业反而能取得劳动总成本最小、利润最大的效果。支持该论点的原因有很多，美国经济学家戴维·罗默列出了四个最重要的原因：更高的工资能增加工人的食物消费，改善工人的营养状况；更高的工资能提高工人的努力程度；更高的工资能提高工人其他方面观察不到的能力；更高的工资能培育出工人对企业的忠诚。许多实证研究也支持了效率工资理论的有效性。其中最著名的例子就是亨利·福特的高工资实践。1914年，福特汽车公司决定将工人的工资从每天2.5美元大幅提高到5美元，这样的工资比当时制造业的平均小时工资几乎高出了一倍。绝大多数人预测，高昂的工资将很快压垮福特公司。然而，事实正好相反。福特的高工资战略取得了极大的成功。据估计，就在实施新工资政策的当年，福特公司的劳动生产率提高了51%。正是这种突破传统思维定式和大胆的创新行为，亨利·福特也因此被称为美国“20世纪的工业之父”。²²⁰

其次，劳动法有利于市场公平竞争。劳动法通过建立劳动基准平台，有利于企业公平竞争。市场竞争需要公平，包括劳动法律环境要公平。如果有的企业因为合理的工资和社会保险待遇而劳动力成本高，另外的企业却压低工资、不提供社会保险待遇，就必然导致前者因劳动力成本从而总成本高而在市场竞争中处于不利地位，甚至被淘汰。这显然是不公平的，也不符合市场经济的基本原则。

第三，劳动法有利于产品供求平衡。劳动法通过提高工资，可以提高消费能

²¹⁹ 如同酒瓶子的价值或功能是容器，但客观上也能够成为械斗的凶器。

²²⁰ 李长安：《低工资将损害企业长期竞争力》，《第一财经日报》2008年2月13日。

力、避免消费滞后。我们知道，产品市场需要供求平衡。如果工资增长长期低于经济增长，消费能力就会低于生产能力，就会出现生产过剩；如果社会保险体系不健全，就会消费滞后，加剧生产过剩；如果内需不足，就需要出口。但随着发展中国家的陆续工业化，越来越多的国家致力于出口。而欧美国家建立在金融泡沫与消费信贷基础之上的超前消费，由于泡沫的不可持续性，需求不足问题也逐渐暴露出来。这样以来，就产生了国际市场的供求不平衡问题。由此可见，各国都需要通过提高工资、健全社会保险体系来扩大内需，以实现供求平衡。

第四，劳动法有利于社会和谐。劳动法通过“利益分享”促进社会和谐。“利益分享”的理念，承认社会各个主体的经济权利，承认他们追求自身利益的合理性和合法性；“利益分享”是以人为本理念的具体实现形式，它突破了“利益独占”的传统思维的束缚，主张把建立全社会的利益分享机制，作为克服我国社会主义社会内部各利益主体之间的利益矛盾和推动经济社会发展的主要手段。利益分享和利益独占是两种完全不同的经济观。利益独占否认经济个体的差异性，否认经济个体的自主性和特殊经济利益要求，从而否认存在分享的必要性。²²¹

经济发展从根本上来讲是要为了广大人民能够享受更好的物质和文化生活，如果广大人民群众不能分享经济发展成果，经济发展就失去了意义。历史经验证明，“利益独占”造成社会经济差距扩大，从而加剧社会矛盾；“利益分享”通过缩小社会经济差距缓解社会矛盾，有利于促进社会和谐。²²²建立利益分享机制，可以促进社会和谐。

发达国家工业化历史的经验教训也说明，劳资矛盾是工业化过程中最突出的问题，劳动法对于社会稳定和经济发展至关重要。英国从1802年的《学徒健康与道德法》到1871年《工会法》，一直领跑劳动立法，结果社会基本稳定、经济快速发展。美国1886年工人争取“八小时工作制”的芝加哥大罢工之后，国会于1894年以立法确认“美国劳动节”（九月的第一个星期一）的方式，肯定了“八小时工作制”，缓和了劳资矛盾（主张社会改良与劳资合作的工联主义成为工运主流、反政府并且主张消灭资本家的革命工运在美国被完全边缘化），也促进了美国经济的快速发展；1930年代“大萧条”后，罗斯福“新政”通过1935

²²¹ 李炳炎：《利益分享：构建和谐社会的一项基本原则》，《中国改革报》2007年2月15日。

²²² 参见李炳炎：《利益分享：构建和谐社会的一项基本原则》，《中国改革报》2007年2月15日。

年《国家劳动关系法》（此前政府镇压工人罢工），确立了集体谈判权、罢工权，通过 1938 年《公平劳动标准法》，确立了最低工资和最高工时等劳动基准，既缓和了社会矛盾、促成了劳资合作，也使美国经济摆脱了危机、进入快速发展时期。

（二）当前劳动法的应对策略

针对当前经济困境，我们应该深入分析经济下行的深层次原因，进而转变观念，彻底抛弃市场原教旨主义；应该把经济理论建立在劳动价值论这一马克思和斯密的共同理论基础之上，进而把劳动价值论作为劳动法的经济理论基础；应该强化劳动法律规制，主要是劳动基准立法和实施机制的完善、工资集体谈判和职工民主参与的加强，以增加工资、缩小收入差距，提高消费能力，进而逐步实现国内供求平衡和国际贸易平衡。

首先，通过劳动基准立法和实施机制的完善，进一步提高劳动者工资、增加劳动者就业，从而解决消费能力不足和消费滞后的问题。一是遵循国际惯例，进一步鼓励无固定期限劳动合同、限制固定期限劳动合同，变“无固定期限劳动合同为例外、固定期限劳动合同为常态”为“无固定期限劳动合同为常态、固定期限劳动合同为例外”，从而稳定劳动关系、增加劳动者的职业安全感，进而缓解消费滞后问题、扩大内需。二是取消劳动争议调解协议书的司法确认，并且仲裁调解和司法调解程序一律前置、禁止仲裁员和法官进行调解，以免强制性调解，从而减少劳动者工资权利等“缩水”，进而提高劳动者消费能力、扩大内需。三是强化劳动基准实施机制，特别是工作时间规则实施机制，尽快解决普遍存在的超时加班现象，从而增加就业，进而提高消费能力、扩大内需。

其次，通过工资集体谈判，解决劳动者因收入过低而无钱消费的问题，即通过提高工资扩大内需、部分解决生产过剩、消费能力不足的问题。为推进集体谈判，应该壮大工会力量。应该通过基层工会直接选举和工会代表诉讼激活基层工会，²²³这是集体谈判的前提；否则，集体合同必然流于形式，至多体现在少数临时性职工代表发起的集体谈判中。

第三，通过职工民主参与等方式，完善公司治理，解决高管天价年薪问题、

²²³ 刘诚：《后金融危机时期我国的劳动关系与劳动立法》，《工会理论研究》2010 年第 6 期。

缩小收入差距、提高消费能力。²²⁴企业高管权力不受工人制约问题尽管也损害股东权益，但毕竟董事会还能够在一定程度上保护股东，特别是大股东。目前更加突出的问题是因为企业高管权力不受工人制约，致使分配失衡，并持续地向高管和股东倾斜，导致了高管的自我加薪以及对普通劳动者工资的压制。要解决这一问题，应该从规范公司治理结构入手，解决公司内部人控制问题。应该通过完善职工董事制度，制约高管权力、维护职工利益。国有独资公司及两个以上的国有企业或者两个以上的其他国有投资主体投资设立的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表，职工董事比例不得少于 1/3，具体比例由公司章程规定；其他有限责任公司及股份有限公司董事会成员中也应当有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。职工董事候选人必须获得全体职工过半数选票方可当选。²²⁵

三、《劳动合同法》相关责难评析

鉴于常凯、王全兴、姜颖、钱叶芳等已经对这些责难作出回应，进行了系统反驳，²²⁶此处不再一一重复，而是针对几个重点指责进行分析。

（一）对企业的保护问题

关于对企业的保护问题，批评者认为，《劳动合同法》对企业保护不足、对劳动者保护过度。如楼继伟称，“劳动合同法对企业的保护严重不足”，²²⁷还建议对《劳动合同法》进行修改。²²⁸董保华则建议“以劳动法设定的倾斜保护程度为基点，检视劳动关系存在的实际问题，使劳动关系调整更平衡。”²²⁹

上述观点的要害是律治思维（法家思维）和中国特色的民法思维。实际上，企业是不需要劳动法保护的，民法也不保护任何当事人；民法只有事后的救济（追

²²⁴ 高管的工资与资本利润类似，不是用来消费的，而是用来投资的。所以，其高收入导致消费能力降低。

²²⁵ 刘诚：《后金融危机时期我国的劳动关系与劳动立法》，《工会理论研究》2010年第6期。

²²⁶ 见姜颖：《〈劳动合同法〉亟需客观准确的解读》，《工人日报》2016年3月8日；邵克：《常凯：越是经济下行越要保障劳工利益》，《民主与法制时报》2016年3月27日；李轶捷：《〈劳动合同法〉陷修法漩涡，三悬念待解》，《劳动报》2016年4月6日；钱叶芳：《〈劳动合同法〉修改之争及修法建议》，《法学》2016年第5期。

²²⁷ 见冯彪：《财政部部长楼继伟：企业工资增长过快 最终恐伤及劳动者》，《每日经济新闻》2016-02-22。

²²⁸ 见降蕴彰：《不同的解读〈劳动合同法〉再争议》，《经济观察报》2016-03-12。

²²⁹ 见邵克：《董保华：修改〈劳动合同法〉须回到《劳动法》上来》，《民主与法制时报》2016年3月27日。

究违约或侵权责任），而无事前的保护（立法增加一方的权利或另一方的义务或限制另一方的权利）。民法是对自然状态的肯定，劳动法则从劳动者保护的角度，对自然状态的改变；之所以要保护劳动者，是因为在自然状态下、在自由放任时，劳动者与用人单位之间是主仆关系——劳动法就是要打破主仆关系。简言之，在劳动法领域中，我们要讨论的是如何限制企业人力资源管理权以保护劳动者，而不存在保护企业的问题，也没有所谓“倾斜保护”问题。所以，《劳动合同法》对企业的限制和对劳动者的保护是理所当然的，这也可以在中外比较中得到印证。“从历史发展来看，《劳动法》和民法分离，其目的就是要限制企业的自由”。²³⁰

（二）劳动力市场灵活性问题

关于劳动力市场灵活性问题，批评者认为，《劳动合同法》降低了劳动力市场的灵活性、导致劳动力市场僵化。如楼继伟称《劳动合同法》“很大程度上降低了我国劳动力市场的灵活性，不利于提高全要素生产率”。²³¹认为，劳动合同法“制约了农村富余劳动力到城镇就业创业。”²³²《劳动合同法》的“弊端主要在于降低了劳动力市场的流动性和灵活性。职工可以炒雇主，但雇主不能解雇职工，很多投资人离开中国也是这个原因。推行企业集体谈判是对的，但是提出行业集体谈判和区域集体谈判，是可怕的，欧洲就是这个问题造成了劳动力市场僵化。”“我们的工资已经没有竞争力，与此同时，劳动合同法又削弱了劳动力市场的灵活性。”²³³张五常认为，“如今的劳动合同法，啥都管，管得很严。结果造成本来中国是世界工厂，现在已经溃不成军。就是因为劳动合同法这些管制措施，导致把很多工厂都做死了。”²³⁴“董保华则认为，“劳动力市场灵活性的缺失主要表现在劳动力的流动、管理和用工形式等层面缺乏灵活性。”²³⁵“立法过

²³⁰ 沈建峰：《修改劳动合同法的能与不能》，《中国工人》，2016年第5期。

²³¹ 见冯彪：《财政部部长楼继伟：企业工资增长过快 最终恐伤及劳动者》，《每日经济新闻》2016-02-22。

²³² 楼继伟：《中国经济最大潜力在于改革》，《求是》2016年第1期。

²³³ 楼继伟：《中高速增长的可能性及实现途径---财政部部长楼继伟在清华经管学院演讲-》，http://www.sem.tsinghua.edu.cn/portalweb/sem?__c=fa1&u=xyywc/69292.htm。

²³⁴ 张五常：《对中国经济的建议》，2016-03-23，<http://www.aisixiang.com/data/98028.html>，2016年4月2日访问。

²³⁵ 见邵克：《董保华：修改《劳动合同法》须回到《劳动法》上来》，《民主与法制时报》2016年3月27日。

度倾斜的三大系统性制度失衡”包括“刚性调整与弹性引导的失衡”，具体表现为“劳动力市场灵活性不够”的三大失衡（严格限制用人单位解雇权利与过度放任劳动者辞职自由的失衡、全面静态书面化的法律要求与用人单位动态调整的失衡、标准劳动关系与非标准劳动关系的失衡）。²³⁶

实际上，劳动法就是要限制劳动力市场的灵活性以保护劳动者；要充分实现劳动力市场的灵活性，只能取消劳动法。《劳动合同法》对用人单位解雇权的限制，只是针对实践中用人单位利用约定终止这一条款滥用解雇权，取消了约定终止而已；对劳动者辞职自由，也仅仅增加了一些用人单位严重违法的情形。对于书面劳动合同的法律要求，也只是增加了违法成本。对于标准劳动关系的要求，只是有限鼓励签订无固定期限劳动合同，远远没有达到国际惯例所要求的以无固定期限劳动合同为常态的程度；对非标准劳动关系的规定，也仅仅是有限的限制。

《劳动合同法》之所以如此限制所谓“灵活性”、稳定劳动关系，是因为劳动法运行中漏洞很多、实践中企业违法和规避法律的现象严重。全国人大调查发现，很多企业劳动合同短期化、甚至一年四签劳动合同，导致变相的任意解雇，并且以此压低待遇、也伤害工人的就业安定感——人是有多需求的，没有安全感是对人的一种伤害。尽管其运行需要牺牲一定的效率，但是为了安全感而牺牲一定的效率，是必要的代价。所以，《劳动合同法》对劳动力市场灵活性的限制是理所当然的，这也可以在中外比较中得到印证。在德国，“不确定期限的劳动关系是正常状态”，固定期限劳动合同作为例外存在的，以法律允许为前提。不仅德国如此，欧盟 1999/70 号指令对欧盟国家的要求是：确定可以延长固定期限劳动合同的正当事由，确定固定期限劳动合同的最长期限，确定固定期限劳动合同期限可延长的次数。因为允许任意约定劳动合同期限，将会导致解雇保护法的规则被轻易规避。所以，限制有期限劳动合同的适用和解雇保护制度是同源的。只有解雇保护，没有固定期限合同使用的限制，解雇保护法将落空。²³⁷

当然，劳动法对于劳动力市场灵活性的限制有度的把握问题，不应限制过死。但现实中，情况恰恰相反，中国的劳动关系比大多数国家都更为自由，这从劳务派遣和劳务外包的泛滥中可以略见一斑。

（三）劳动力成本问题

²³⁶ 董保华：《〈劳动合同法〉的十大失衡问题》，《探索与争鸣》2016年第4期。

²³⁷ 沈建峰：《修改劳动合同法的能与不能》，《中国工人》，2016年第5期。

关于劳动力成本问题，批评者认为，《劳动合同法》极大地提高了劳动力成本。如张五常认为，“今天国家推出的新劳动法、最低工资、社会保险等项目，无疑对工厂或商业老板增加很大的负荷”。²³⁸董保华认为，《劳动合同法》导致企业用工成本较高的三大失衡包括：劳动力成本市场调节与政府调控的失衡、劳动关系调整中经营成本与摩擦成本的失衡、用人单位与劳动者争议解决成本的失衡。²³⁹“《劳动合同法》引入《消费者权益保障法》中惩罚性赔偿制度，惩罚性赔偿的核心是激励、奖励诉讼，大面积地使用会激励劳动者发起诉讼，进而造成摩擦成本升高，最终增高企业用人成本。”²⁴⁰

关于“企业用工成本比较高”，周国良 2009 年的测算结果表明，上海规范执行《劳动合同法》将导致用工成本增加仅为 3%~8%，仅相当于增加 0.41% 的总成本，仅相当于降低 0.23% 的利润。并且，从业人员人工成本实际年均增长率仍然低于 GDP 的增长率，劳动者报酬占 GDP 的比重仍然偏低且呈现出下降趋势。人工成本增长不仅没有侵蚀企业利润，而且带来了利润的增加。2014 年与 2007 年相比，百元人工成本利润增加 42 元，增幅 23.6%。《劳动合同法》实施以来，人工成本占用人单位总成本的比重不仅没有出现大幅度上升的状态，而且尚未恢复到《劳动合同法》实施之前的状态。2008 年-2014 年期间人工成本占比的确呈现持续性上升态势，2014 年为 7.7%，仍然低于 2001 年 8.7% 的水平。2001 年-2007 年期间人工成本占总成本的比重约 6.9%，2008 年-2014 年期间约为 6.3%。2014 年与 2007 年相比，制造业人工成本占用人单位总成本的比重由 6.1% 变为 5.4%，不升反降，下降了 0.7 个百分点；2008 年-2014 年期间与 2001 年-2007 年期间相比，则下降了 1.7 个百分点。而日本 1997 年制造业人工成本占总成本为 12.7%，是上海的二倍以上。²⁴¹重庆情况也类似。“2012 年重庆规上工业企业年人均工资为 5.36 万元，比上年增长 6.9%，而 GDP 增长 13.6%。2008-2012 年 GDP 年平均增长 15.3%，而职工工资的平均年增长为 8.7%，低于 GDP 平均增速 6.6 个百分点。近年来，重庆规上工业工资虽然保持了稳定增长，但工资增速赶不上

²³⁸ 见张五常：《取缔现有劳动法中国经济才有可为》，
<http://finance.sina.com.cn/zl/china/2016-01-25/zl-ifxnuvxc1919561.shtml>。

²³⁹ 见董保华：《〈劳动合同法〉的十大失衡问题》，《探索与争鸣》2016 年第 4 期。

²⁴⁰ 见邵克：《董保华：修改《劳动合同法》须回到《劳动法》上来》，《民主与法制时报》2016 年 3 月 27 日。

²⁴¹ 见周国良：《〈劳动合同法〉影响用工成本实证测算》，《中国劳动》2009 年第 7 期。

GDP 的增速，收入水平落后于社会经济发展水平。”“重庆规上工业企业劳动力成本占总成本的比重从 2009 年开始下降，到 2011 年下降为近 5 年最低的 7.6%，2012 年回升至 7.9%，比上年提高 0.3 个百分点。”²⁴²全国数据也是如此。电子业 2009 年全部工资仅占总销售的 3.5%。2007 年国有及国有控股工业企业的人工成本占总成本 4.78%，私营企业 6.01%，三资企业 5.86%。而发达国家，工资一般占企业运营成本的 50%左右。²⁴³目前，“中国制造业单位劳动力成本，不仅远远低于美、日、德、法、荷等发达国家，以及墨西哥、南非、俄罗斯等发展中大国、亚洲四小龙，也低于菲律宾、越南、马来西亚等新兴发展中国家”。²⁴⁴

此外，解聘费用仍然处于较低水平。《劳动合同法》实施以来，未出现明显上升，甚至于出现下降。劳动力市场流动性和灵活性可以说未受到影响。2008 年-2010 年期间解聘费约占总人工成本的 0.7%，2005 年-2007 年期间则为 1.3%。国际比较看，自由雇佣的美国 1993 年人工成本构成中退休补偿金为 3.7%，相当于上海的三倍以上。²⁴⁵可见，劳动合同法导致人工成本占用人单位总成本比重大幅上升的结论不成立。

实际上，中国企业的经营成本确实高，但高在其他成本，而非劳动力成本。一是制度性交易成本。世界银行发布的《2016 年营商环境报告》显示，在全球 189 个经济体中，中国的营商环境居第 84 位。相比于美国、日本、德国、法国等西方发达国家，中国整体营商环境仍有较大的改善空间。二是税费成本。2014 年中国宏观税负高达 37.2%，已超过发达国家的平均水平（在 30%-35%之间）。三是资金成本。中国贷款实际利率明显高于除巴西之外的其他主要经济体。此外，中国企业贷款的中介费用较高，所承担的评估费、保险费、顾问费等费用普遍高于其他国家平均水平。四是能原材料成本。总体上中国能源原材料成本高于美国、俄罗斯、巴西等主要能源市场。五是土地成本。国际比较表明，2000-2014 年，中国商品房年均售价累计上涨约 200%，明显高于主要发达国家涨幅。美国房价

²⁴² 见苟攀：《重庆规模以上工业企业劳动力成本变动趋势及影响》，2013-11-4，

<http://www.cqjt.gov.cn/html/tjfx/13/11/6869.html>，2016 年 4 月 26 日访问。

²⁴³ 见周国良：《人工成本变化 Vs 劳动合同法修改》，2016-06-14，

http://blog.sina.com.cn/s/blog_70a21b920102wmo2.html，2016-06-18 访问。

²⁴⁴ 魏浩、郭也：《中国制造业单位劳动力成本及其国际比较研究》，《统计研究》2013 年第 8 期。

²⁴⁵ 见周国良：《人工成本变化 Vs 劳动合同法修改》，2016-06-14，

http://blog.sina.com.cn/s/blog_70a21b920102wmo2.html，2016-06-18 访问。

目前较 2000 年累计上涨约 51%。而日本房屋价格指数基本稳定，近年来几乎没有上涨。欧元区近十年来房价指数累计仅上涨 6%左右。此外，目前中国一线城市房价中土地成本占 70%以上，全国平均为 50%左右，而发达国家（如澳大利亚）土地成本占建筑成本的比例仅为 17%。六是汇率成本。自 2005 年 7 月汇改至 2015 年底，人民币实际有效汇率大幅升值给国内制造业企业出口带来了巨大压力，造成出口产品竞争力明显下降。²⁴⁶七是物流成本。《中国采购发展报告(2014)》显示，我国社会物流总费用占 GDP 比重为 18.0%，明显高于发达国家，也高于经济发展处于同水平的金砖国家；发达国家的物流成本平均占成品最终成本的 10%至 15%，发展中国家占成品成本的 15%至 25%甚至更高，而中国制造商的此项比重可高达 30%至 40%。²⁴⁷此外，“燃油费占运输成本的 44.81%，路桥费占运输成本的 25.34%，两项合计占运输成本的 70%。”²⁴⁸

（四）中外劳动法以及《劳动法》与《劳动合同法》的比较问题

关于中外劳动法以及《劳动法》与《劳动合同法》的比较问题，批评者认为，《劳动合同法》导致中国劳动法世界领先；《劳动合同法》不如《劳动法》、导致计划经济时期的“铁饭碗”和“铁交椅”，应该退回到《劳动法》。如董保华认为，“从法条的严格程度上说，中国的劳动法在世界上遥遥领先。”²⁴⁹“我们现在的解雇水平”“在经合组织中排名第一了。”²⁵⁰“《劳动法》“在刚性与弹性之间找到了较好的平衡点””、“《劳动合同法》整个的指导思想是错的”。²⁵¹董保华还说，这部法有可能导致“铁饭碗”；²⁵²“回到了计划经济时代的端铁饭碗的时候了”。²⁵³“修改《劳动合同法》必须回到《劳动法》上来。”²⁵⁴

关于国际法律比较，不能脱离法律背景来谈法律问题。美国有《民权法》、

²⁴⁶ 见国家信息中心宏观经济形势课题组（执笔：牛犁 陈彬）：《中国制造业成本国际比较及降成本六大建议》，《中国证券报》2016 年 2 月 29 日。

²⁴⁷ 见墨林：《中国物流成本高在哪里》，《经济日报》2014 年 11 月 22 日。

²⁴⁸ 王须峦、张勇：《中国物流成本为何居高？》，《物流技术与应用(货运车辆)》2011 年第 3 期。

²⁴⁹ 见熊帅：《过劳死引发的争议》，《民生周刊》2012 年第 47-48 期。

²⁵⁰ 董保华：《〈劳动合同法〉的十大失衡问题》，《探索与争鸣》2016 年第 4 期。

²⁵¹ 见邵克：《董保华：修改〈劳动合同法〉须回到〈劳动法〉上来》，《民主与法制时报》2016 年 3 月 27 日。

²⁵² 见王晓慧：《董保华：〈劳动合同法〉倒退了二十年》，《新财经》2008 年第 4 期。

²⁵³ 见许浩：《〈劳动合同法〉草案二审常凯、董保华再争锋》，《中国经济周刊》2007 年第 3 期。

²⁵⁴ 见邵克：《董保华：修改〈劳动合同法〉须回到〈劳动法〉上来》，《民主与法制时报》2016 年 3 月 27 日。

一系列反歧视法、²⁵⁵还有工会对员工的保护，这些都对解雇构成限制；经合组织以无固定期限劳动合同为主，而我国以固定期限劳动合同为主，没有可比性。比较中外劳动标准，在不了解一国法律体系的情况下，仅对个别条文进行讨论是没有意义的。比如标准工作时间问题，我国每周 40 小时，德国法律规定是 48 小时，但基本上覆盖全体劳动者的八大行业集体协议规定是 35-37 小时。单看法律规定，德国很早的立法一直没有改、还是 48 小时，但实际上实行的是每周 35-37 小时工作制。所以我们不能摆脱法律背景谈问题，只看个别法条比较劳动法。另外，中国的劳动法，实际上不仅比发达国家宽松，也比许多发展中国家宽松，“越南和印度的《劳动法》比中国的严格得多”。²⁵⁶

关于《劳动合同法》与《劳动法》的比较，不能颠倒是非。实际上，《劳动法》是计划经济刚刚打破时制定的，计划经济痕迹非常明显，最典型的是劳动纪律仍然由法律法规做出规定，²⁵⁷而完成劳动任务这种合同义务居然也写入法律，义务劳动、按劳分配等计划经济的管理方式和分配原则也写入了法律。而《劳动合同法》是在市场经济发展了十多年的情况下制定的，更为适应市场经济的需要。并且，《劳动法》以法律的形式肯定了中国劳动关系的去规制进程，而《劳动合同法》终结了全球性的去规制进程、启动了劳动关系的再规制进程。此后，2009 年 1 月 29 日美国强化规制的《莉莉·列得贝塔同工同酬法》（该法规定 180 天的起诉时效以最近的工资支付日而非最初的歧视性工资决定日起算，这也是奥巴马总统上任后签署的第一部法律），澳大利亚 2009 年以《公平工作法》取代了 1996 年制定、2005 年修改的《工场关系法》，强化了劳动者保护力度。²⁵⁸此外，《劳动合同法》的新规定，都是针对《劳动法》运行中出现的问题而制定的，主要是提高违法成本和规避法律的成本、通过鼓励无固定期限劳动合同和限制固定期限劳动合同稳定劳动关系。可见，《劳动合同法》弥补了《劳动法》的不足，更加适应市场经济；《劳动合同法》优于《劳动法》。

²⁵⁵ 如果中国引入美国的反歧视法，几乎所有企业将会垮掉。

²⁵⁶ 见清敏、颜威：《这是一个伪命题》，《新前程》2008 年第 4 期。

²⁵⁷ 需要说明的是，计划经济年代中央是企业总部，立法和劳动纪律合一了，所以国务院直接规定劳动纪律。

²⁵⁸ 见刘诚：《〈劳动法〉、〈劳动合同法〉与中国劳动立法的未来》，《工会理论研究》2014 年第 5 期。

法律父爱主义视阈下劳动权保护路径

吕惠琴²⁵⁹

【摘要】因受法律父爱主义的影响，劳动权保护异化现象日益呈现。劳动合同法立法因过度使用法律责任替代当事人的合约机制，造成既不公平也不合理的利益干预机制，并最终导致立法现实运行问题重重。基于自治与强制之间的有效均衡，应当以劳动权中涉及基本人权的方面干预软硬结合，非基本人权部分软性干预为维度，审慎对待法律父爱主义在劳动立法中的适用。

【关键词】劳动法；劳动合同法；法律父爱主义；劳动权

一、问题及分析框架

自 2008 年以来，我国针对劳动法²⁶⁰制定和修改的活动日益频繁，对劳动关系的干预力度日益加大。如用人单位在法律规定的期限内没有与劳动者签订书面劳动合同，需要承担 2 倍工资的法律²⁶¹；以经济补偿金之规定对劳动者予以解雇保护²⁶²；以无固定期限劳动合同限定短期用工²⁶³；对劳务派遣用工加大规制力度限制适用范围和侵权问题²⁶⁴……不一而足。但随着劳动法规制力度的增加，相关问题并未与此呈正相关，表现为社会保险费缴费变化不明显；而欠薪、未签订书面劳动合同比例问题还更为凸出和严重。²⁶⁵这种规制手段、规制

²⁵⁹ 吕惠琴，女，河南扶沟人，西南政法大学经济法学院博士研究生，华南农业大学公共管理学院讲师，主要研究方向：劳动法学。本文内容已经投稿，尚未发刊，因此禁止引用，敬请原谅。

²⁶⁰ 这里的劳动法是指广义的劳动法，除了《劳动合同法》，还包括调整劳动关系的相关法律规范。

²⁶¹ 《劳动合同法》第 10 条、第 82 条。尽管《劳动合同法实施条例》对《劳动合同法》的规定进行了修正，但采取“客观”认定，而非“主客观结合”的认定标准，以及没有给劳动者留下任何选择空间仍然与《劳动合同法》规定一脉相承。

²⁶² 见《劳动合同法》第 39、40、41、42、44、46、47 条。

²⁶³ 见《劳动合同法》第 14 条。

²⁶⁴ 见《劳动合同法》第 57~67 条。

²⁶⁵ 具体请参加 2009~2015 年国家统计局发布的《全国农民工监测报告》。从纵向数据来看，不但每年数据没有明显变化，而且 2014、2015 年农民工被拖欠工资数额和农民工比重、未签订书

目的与规制效果之间的背离强烈地冲击着劳动法的框架。

上述法律的变化，往往被解读为保护劳动者的重大举措，是公平、正义观念之体现；或者被认为是是对民法“形式正义”、“主体平等”理念的有效矫正；是“私法社会化”的重要表征，标志着从民法向社会法的转型。这类解读要么只关注到对劳动者的局部保护，要么先入为主地认定“私法社会化”是合理的目标追求。但由于未能触及深层次的哲学基础，未能发掘出促成上述立法、司法选择的哲学观，因缺乏一种整体主义的视角，无法洞察到相关立法给劳动者个体带来的制度性不利后果，也无法洞察到劳动法调整所存在问题的本质。

当法规范本身拙于应对社会实践的挑战时，我们也许不应当囿于具体的法律材料和法律条文寻求回答具体法律问题，而应当诉诸一种哲学分析进路，一种对现有法律调整模式进行哲学反思和批判的研究范式。也只有当人们对一个问题形成相当的哲学认知、分析、批判和思考的时候，对它的分析、判断才有可能形成足够自信的学理基础。基于此，笔者针对上述问题运用法律父爱主义(legal paternalism)的分析框架。它有助于考察劳动法的制度绩效失落和价值失落，更有助于考察劳动法规制异化与现实之间的紧张关系。

二、法律父爱主义的本质特征及局限性

法律父爱主义(Paternalism)又称家长主义，它来自拉丁语 pater，意思指像父亲那样行为，或对待他人像家长对待孩子一样。²⁶⁶法律父爱主义是伴随着国家治理功能的增强和对消极自由所带来的市场失灵、个体正义等社会问题的反思而逐步兴起。在公民与国家力量的双重互动和博弈中，国家公权力主体为了保护公民个体免受伤害，增进其利益或福利水平而开始对自由作出强行性干预和限制，以体现政府的“仁政爱民”。法律父爱主义其目的是为了增进或满足公民(或相对人)的福利、需要和利益，但在措施上要不同程度地限制相对人的自由或权

面劳动合同比例相比前几年均明显上升。2014年，农民工人均被拖欠工资，比上年增加1392元，增长17.1%；与雇主或单位签订了劳动合同的农民工比重为38%，与上年基本一致。2015年与雇主或单位签订了劳动合同的农民工比重为36.2%，比上年下降1.8个百分点；被拖欠工资的农民工所占比重为1%，比上年提高0.2个百分点。被拖欠工资的农民工人均被拖欠工资为9788元，比上年增加277元，增长2.9%。http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/201504/t20150429_797821.html。

²⁶⁶孙笑侠、郭春镇：《论政府对公民强制的“爱”》，载林来梵主编：《法律与人文》，法律出版社2007年版，第21-22页。

利。²⁶⁷ 其在本质特征上以个体有限理性为假定前提，以限制个人自治为方式，以增进个体福利为目标。但由于是采取对个人自由干预的方式予以进行，因而受到密尔的强烈批评和反对。密尔认为：“对于一个人的福祉，本人是关切最深的人；除在一些私人联系很强的情事上外，任何他人对于他的福祉所怀有的关切，和他自己所怀有的关切比较起来，都是微薄而肤浅的。社会对于作为个人的他所怀有的关切（除去对于他对他人的行为以外）总是部分的，并且完全是间接的；而本人关于自己的情感和情况，虽则最普通的男人或妇女也自有其认识方法，比任何其他他人所能有的不知胜过多少倍。”²⁶⁸因此，密尔主张对父爱主义要审慎对待，严格限制其适用范围。但是，不可否认的是，随着福利国家和社会法的兴起，法律父爱主义在劳动法领域呈现逐步扩张之趋势。

（一）假定：个体有限理性

法律父爱主义假定个体基于信息、能力、情景、情绪等多方面因素的限制导致的有限理性，不能对自己的利益作出最佳判断和选择。很多个体在现实中容易冲动，情绪化，受现实和眼前利益的诱惑，自制力不强，控制力较弱，如不顾自己身体健康而经常无节制地抽烟，无限制地吃巧克力、垃圾食品等等。²⁶⁹法律父爱主义认为，基于人的有限预测能力和规划能力之前提，人们做出的选择并不总是与他们的愿望和偏好相一致，不充分、不完备的信息都会导致人们的选择偏离其最佳利益，“有限理性”的个体很可能做出伤害自己的错误选择。²⁷⁰因此，无论是基于信息能力、预测能力，还是把握未来的能力，为了避免个体受伤害，都有公权力干预自治的必要。²⁷¹易言之，个体经常无法处于最佳判断水平，不知道自己的行为选择会带来自我伤害，因此，法律有必要通过强制性规定来弥补因个体理性不足，判断和决策错误出现影响个体健康、生命和安全的问题。比如：法律会为了个体生命安全考虑强制要求骑摩托车带头盔，强制机动车驾驶员扣安

²⁶⁷ 孙笑侠、郭春镇：《论政府对公民强制的“爱”》，载林来梵主编：《法律与人文》，法律出版社 2007 年版，第 21-22 页。

²⁶⁸ 密尔：《论自由》，程崇华译，商务印书馆 1982 年版，第 82~83 页。

²⁶⁹ David Laibson, Golden Eggs and Hyperbolic Discounting, 112 Q. J. ECON. 1997, pp443, 445.

²⁷⁰ John D. Hodson, The Principle of Paternalism, American Philosophical Quarterly, Vol.14, 1997, pp.61,62.

²⁷¹ 吴元元：《法律父爱主义与侵权法之失》，载《华东政法大学学报》2010 年第 3 期，第 136 页。

全带。272在劳动法领域，强制劳动者在劳动过程中必须严格遵守安全操作规程273，禁止劳动者超过法律规定时间加班274，劳动者基于自愿与用人单位签订不缴纳社会保险费而折抵现金的协议无效等等275。该理论在否定个体理性不足的同时，蕴含着另一个假定：法律理性。法律能通过相关禁止和限制性规定，能为当事人作出最佳的选择和判断，保护其权利，促进其个体利益和幸福最大化。

（二）方式：限制个人自治

父爱主义一般是通过限制和干预当事人的自由选择权来增进或满足公民的福利。276干预方式有两种，一种是硬性干预；一种是软性干预。基于干预方式的软硬，法律父爱主义主要分为两种，软（soft）父爱主义和硬（hard）父爱主义。277硬父爱主义是指法律出于增加当事人利益或使其免于伤害的考虑，不顾当事人的主观意志，强行限制其自由的行为。目的善意、限制行为自治、不考虑当事人意志，是硬父爱主义概念的重要组成部分。278软父爱主义是指：行为人存在“强制、虚假信息、兴奋或冲动、被遮蔽的判断，推理能力不成熟或缺”的时候对其进行限制和干预，以保护行为人“不真实反映其意志的危险的选择”的危害。279其理论依据是：人们作出的选择并不总是反映他们的愿望和偏好，信息的缺乏、不成熟或不自愿都能阻碍愿望的实现。280软父爱主义一般不直接干预，主要通过“信息披露、警告、默示条款”等方式影响公民基于自身的福利作出理

²⁷² Cass R. Sunstein, The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism, *Journal of Yale Law Journal*. 2013. 122,pp1690.

²⁷³ 见《劳动法》第56条。

²⁷⁴ 见《劳动法》第36条。

²⁷⁵ 见《协议放弃社会保险无效》，《工人日报》2003年7月19日。

²⁷⁶ 孙笑侠、郭春镇：《论政府对公民强制的“爱”》，载林来梵主编：《法律与人文》，法律出版社2007年版，第21-22页。

²⁷⁷ 除此之外，还有一种划分方法：手段父爱主义和目的父爱主义。前者是指通过激励方式予以干预，如当居民想存钱时，政府通过鼓励或者要求买便宜的冰箱来达到目的。后者是指即便是居民希望如此，但政府仍然禁止特定的性活动。行为经济学家通常比较关注手段父爱主义。具体请参见 Cass R. Sunstein, The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism,

²⁷⁸ Thaddeus Mason Pope, Counting the Dragon's Teeth and Claws: The Definition of Hard Paternalism, 20 Ga. St. U. L. Rev. Spring, 2004, pp. 659

²⁷⁹ Joel Feinberg, Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Self, Oxford University Press, 1989, Vol 3, pp99.

²⁸⁰ Cass R. Sunstein, Disrupting Voluntary Transactions, in *Markets and Justice* pp.279,282, John W. Chapman & J. Roland Pennock eds., New York University Press, 1989; Sunstein, Legal Interference With Private Preferences, 53 U. Chi. L. Rev. 1986, pp. 1158-1166.

性的选择。281因此，软父爱主义因未直接限制或剥夺公民自身的选择自由，具有可逆转性，受到非议相对较少。

（三）目的：增进个人福利（wellfare）

法律父爱主义适用的目的是：通过干预和限制个人的自由和选择，来促使公民个人福利的增加。国家这个“牧羊人”关注人们的健康、财富、安全并预防事故发生，照顾其身体和灵魂，目的在于使他们在此岸世界获得幸福，服务于更大的社会建构目标。282在这一意义上，法律父爱主义认为随着经济的迅速发展，信息不对称等问题的增加，个人很容易作出不理性地伤害自己或者其他不理性的决定，因此通过干预矫正上述问题，增进个人福利。但是关键是什么是个人的福利，是健康、幸福、物质财富还是其他？而且这种对个人利益的认知是站在个人的角度还是站在政府的角度？比如政府出于为行为人健康长寿、省钱考虑对于饮食无节制、购物不理性等进行干预，但也许行为人认为享受美食、疯狂购物、享受夜生活等是个人的福利。283因此，基于对“个人福利”认知的差异和法律制定者本身的有限理性，采取限制或剥夺个人自由的方式干预公民的行为的父爱主义，一直受到非议。

自由主义学派对父爱主义的批判主要集中在几个方面：其一，法律制定者理性有限。由于人复杂多样，类型繁多，基于哈耶克所说的“知识困境”284，法律制定者未必能获悉、了解和清楚个体理性缺失的真实情况、缺失程度和缺失类型。即便是部分知悉，“一刀切”的规定也很难适用于纷繁复杂的群体或个体。其二，个体福利模糊性。不但对“福利”的内涵和外延认知会因人而异，个人与政策制定者之间也会在认知上有差异。赠送礼物者如果不进行充分观察和旁敲侧击地沟通，很难理解接受者的偏好。法律制定者面对性格各异、偏好不一、能力

²⁸¹ Cass R. Sunstein, The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism, Yale Law Journal. 122,2013. pp1701,

²⁸²参见谢鸿飞：《现代民法中的“人”》，载北京大学法学院《北大法律评论》编委会编：《北大法律评论》（第3卷第2辑），法律出版社2001年版。

²⁸³ Cass R. Sunstein, The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism, Yale Law Journal. 122,2013. pp1693,

²⁸⁴ 【英】弗里德里希·奥古斯特·哈耶克，冯兴元等译：《自由宪章》，中国社会科学出版社2012年版。

不等的行为人基于其自身的信息困境，也难以获得充分有效的信息²⁸⁵，甚至会使法律决策比规制前产生更坏的效果。其三，阻碍了个体成长和发展。法律父爱主义限制了个体自由选择权，因而“阻止了一个人充分运用他的思考能力”²⁸⁶，并剥夺了他通过经验、教训、磨炼等反复博弈提升自己基于“地方性知识”和信息而判断，合理安排行动，规避风险的能力。基于以上批判，为了防止法律父爱主义的滥用，其适用范围应该予以严格限制，适用时应主要基于以下三个层面予以考虑：其一，行为能力存在缺损者适用。行为人存在智力或精神方面的障碍，无法做出促进个人福利的理性认知和判断。法律应该对它们的福利进行倾斜性保护，以体现“实质正义”。其二，智力和精神健全者，在生命、健康、安全面临着相当程度的风险予以适用。尽管智力和精神健全者，可以通过行为的反复博弈和学习提升其认知能力，并促进其个人福利。但其在生命、健康、安全等方面，如果不加以干预，则可能使部分人因此“生命陨落”而再无博弈机会。上述范围以外者，考虑到自由本身也是一种非常重要的权利和价值。基于法律制定者的“理性困境”，适用软父爱主义的规制方式能较好地实现“规制与自由相容”。其三，干预收益与成本予以比较。任何法律干预都是有成本的。当干预成本过高，干预的效用就相应削减。干预不仅会对行为人福利和自由会有影响，考虑到人的“社会关系属性”，干预还会产生溢出效应，影响社会福利的产出。²⁸⁷因此，使干预实现“帕累托最优”，是实行干预和干预方式应该予以考虑的。

三、法律父爱主义在劳动法领域适用问题之评析

在法律父爱主义理念的影响下，我国自《劳动合同法》以来诸多相关法律规范在调整理念上基本秉持硬父爱主义，在调整方式上多采取限制个人自治，剥夺其自由选择权的方式予以干预。这种硬父爱主义的干预方式通过直接干预，没有给劳动者留下弹性空间，又涉及到用人单位，因此存在诸多负面效应和风险。

（一）干预缺少弹性空间

我国《劳动合同法》在书面合同的签订、劳动合同的法律效力、最低工资标

²⁸⁵ 应飞虎、涂永前：《公共规制中的信息工具》，载《中国社会科学》2010年第4期，第121页。

²⁸⁶ 【英】弗里德里希·奥古斯特·哈耶克，冯兴元等译：《自由宪章》，中国社会科学出版社2012年版，第165页。

²⁸⁷ 黄文艺：《作为一种法律干预模式的家长主义》，载《法学研究》2010年第5期，第10~13页。

准、超过法定时间禁止加班、参加社会保险等诸多法律规定方面均采取了硬父爱主义的调整方式。如：基于保护劳动者利益的考虑，法律规定用人单位与劳动者必须签订书面劳动合同，否则自用工之日起，超过1个月，用人单位须承担2倍工资的法律 responsibility。²⁸⁸虽然关于二倍工资的法律 responsibility 是用来约束用人单位，促使其与劳动者签订书面劳动合同，但由于该法律规定也没有给劳动者留下任何选择空间，因此属于父爱主义的体现。再比如：《劳动合同法》第44条第1款规定，劳动者已经开始享受基本养老保险待遇的，劳动合同终止。《劳动合同法实施条例》第21条又修改为“劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止。”²⁸⁹法律将退休作为一种义务，达到退休年龄即意味着劳动关系的终止也是硬父爱主义的一种表现。而且这种规定还会跟平等就业权存在冲突。在英美的司法判例中，反年龄歧视所构成的非法解雇是反驳用人单位在劳动者达到法定退休年龄的主要视角。²⁹⁰尽管我国现行法律规定未明确将年龄歧视纳入就业歧视的范畴，但也没有将其排除在外²⁹¹

尽管父爱主义在对劳动权的保护方面是不可缺少的法律干预模式，但确像很多自由主义思想家所警告的那样，这种强行法律干预容易变成政府堂而皇之地把自己的意志强加于个人的幌子。特别是在我们这样一个儒家式的政治家长主义传统深厚的国家，某些政府部门或执法人员很容易打着家长主义的旗号侵损个人的自由。²⁹²上述法律规定，在现实中已经衍生出很多社会问题。在社会保险制度尚不够完善，用人单位缴纳社会保险费率尚且十分低的社会背景下。²⁹³强行要求劳动者达到法定退休年龄或者领取养老金就强行退休的法律父爱，不但是对劳动者劳动自由的一种侵犯，也与现实中多数劳动者根本无法退休，安享晚年的意愿和事实不符。

²⁸⁸ 见《劳动合同法》第44条第2款，《劳动合同法实施条例》第21条。最高院司法解释直接将得到法定退休年龄，已经享受基本养老保险待遇的劳动者与用人单位之间的关系界定为劳务关系。

²⁹⁰ 李海明：《论退休自愿及其限制》，载《中国法学》2013年第4期，第114页。

²⁹¹ 见《就业促进法》第3条劳动者依法享有平等就业和自主择业的权利。劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视。

²⁹² 黄文艺：《作为法律干预模式的家长主义》，《法学研究》2010年第5期，第13页。

²⁹³ 具体请参加国家统计局2008~2014的《全国农民工监测调查报告》，农民工参加养老保险的比例分别为2008年：9.8%；2009年：7.6%；2010年：9.5%；2011年：13.9%；2012年：14.3%；2013年：15.7%；2014年：14.3%。

（二）主体分层规制不足

法律父爱主义是以假设当事人不够理性，信息困境为前提。而当事人不够理性，信息困境的形成原因有多种。其中导致当事人不够理性最根本性的原因是，行为人因智力和精神残障而导致的行為能力缺损，而这也是法律家长主义干预的正当性基础。对于那些不能自我负责的个体而言，家长主义保护是无可逃避的选择，如精神病人和未成年人。²⁹⁴我国劳动法规定除文艺、体育和特种工艺单位，禁止 16 周岁以下未成年人进入职场²⁹⁵，就是法律父爱主义为保护“弱且愚”的人利益对其进行干预的重要体现。即使是最保守的自由主义者，也承认建立在行为能力缺失基础之上的家长主义的合理性。

而年满 16 周岁，进入劳动力市场的者应具有劳动权利能力和劳动行为能力。但劳动者的行为能力即便没有严重缺损，也会有实际的差异。既有在劳动力市场中议价能力强、理性和睿智兼备，经常成为猎头公司争相抢夺宠儿的劳动者，也有 3 亿多议价能力弱、信息匮乏、判断力弱的农民工。²⁹⁶我国民法将从事民事活动者分为完全民事行为能力人、限制民事行为能力人和无民事行为能力人，为分层保护提供了正当性基础。而劳动法完全没有任何区分的进行父爱主义保护，对于行为能力强者构成了一种干扰和限制；而对于行为能力非常弱势的部分农民工则凸显不足。前者学习能力强，他们会基于成长过程中对相关问题的多次博弈，比较各种方案的成本与收益，并作出最有利于自己利益的最佳选择。如果采取硬性主义干预实则剥夺了强者个体自身通过博弈学习和成长的机会。没有分层，适用统一的干预方法不仅对于强者，即使对于弱者也是一种不公平。在资源稀缺的背景下，对强者的保护过多是对弱者利益的无形的剥夺。

（三）对关系相对方考虑不足

在法律关系中，法律父爱主义更多是基于增进个体利益的提升善意地限制个人自由或自治。但是在社会上，完全独立的个体从来就不存在，“关系是存在论

²⁹⁴ 【美】米尔顿·弗里德曼：《资本主义与自由》，张瑞玉译，商务印书馆 1986 年版，第 3 页。

²⁹⁵ 见《劳动法》第 15 条。

²⁹⁶ 截止至 2015 年，我国农民工总量为 27747 万人，具体请参见国家统计局《2015 年全国农民工监测调查报告》，<http://www.stats.gov.cn>；人力资源和社会保障部《2015 年度人力资源和社会保障事业发展统计公报》，http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhshbzb/dongtaixinwen/buneyaowen/201605/t20160530_240967.html。

的基本单位，关系先于个体。”²⁹⁷所有的个体都是建立在与他人的关系之中的，一个人的鲁宾逊不存在权利或人权，或者说权利（人权）对于他本人而言也没有什么价值。权利（人权）只有置于社会关系之中，充分考虑到与之具有相应社会关系的另外一方才有一定的价值和意义。法律父爱对公民个体利益的促进所采取的干预措施，也必须充分考虑该干预对社会他人福利或危害的影响，才具有正当性。基于法律父爱影响的部分规定，因关系相对人不够确定，影响不够明确和直接。比如政府出于对公民健康的考虑，限制其吸烟，烟草商不确定使得该干预对于烟草商的影响不够直接和明确。而在劳动关系中，基于法律父爱主义对于劳动者自由意志的限制，往往会直接影响到用人单位一方的利益。比如，没有签订书面劳动合同，超过法定时间没有签订，用人单位需要承担二倍工资的法律责任。最低工资标准的相关法律规定，当低于当地最低工资标准，劳动者也是以规定用人单位的法律责任为前提和基础的。再比如，法律禁止超过低于当地最低工资标准支付工资，²⁹⁸禁止超过法定时间，进行加班，²⁹⁹这些规定在限制劳动者自由和自治的同时，也会影响到用人单位的利益。上述规定因为影响和损害到交易相对方用人单位的利益，可能会使其产生一系列对策行为。³⁰⁰（1）交易机会的减少或丧失。最低工资制度会导致就业率的下降，部分边际劳动者更难以找到工作。（2）成本的增加。利益受损者相对方在生产产品价格固定的情况下，最低工资标准的提高、加班的禁止性规定以及解雇自由的限制使其采取相应对策行为降低法律所导致的成本的增加。如趋向于谨慎招工或者转移资本到其他国家来降低成本，或采取“法律规避”³⁰¹减少法律对其造成的不利影响后果。

（四）未充分考虑成本与收益

基于对劳动者利益的考虑，为保护劳动权进行法律父爱主义的干预，也应该考虑干预的成本和收益。实施法治干预的资源耗费应该有合理的限度，使尽可能

²⁹⁷赵汀阳：《“预付人权”：一种非西方的普遍人权理论》，载《中国社会科学》2006年第4期，第24页。

²⁹⁸ 见《劳动法》第48条。

²⁹⁹ 见《劳动法》第41条。

³⁰⁰ 应飞虎：《信息、权利与交易安全》，北京大学出版社2008年版，第92页。

³⁰¹ 从国家统计局发布的2009~2015年的《全国农民工监测调查报告》来看，法律的这些干预效果并不明显，无论是加班时长，欠薪额度还是社会保险费缴纳比例等均未因法律规制而得到有效解决，可见相当一部分用人单位并未严格遵守法律，而是采取“法律规避”的措施和行为。

少的生产性资源被用作非生产目的。³⁰²从法经济学视角分析，法律父爱主义的法律干预过程中，如果实施干预的资源耗费的边际成本大于边际收益之时，这种干预趋向于不经济，干预应该在资源耗费的边际成本等于边际收益时停止。而且在进行成本和收益比较时，不仅应考虑针对劳动者本人而言，干预前后的福利收益成本，还应考虑社会动态的发展过程中，受干预者长期的福利收益和成本以及对于相关关系人因采取对策行为而减少的社会福利。

“无救济，无权利”，这是一句经典的法律谚语。但因救济是昂贵的，因此权利是昂贵的。几乎每一项权利都蕴含着相应的政府义务。没有法律上可实施的义务，就没有法律上可实施的权利。³⁰³因此，基于法律父爱主义的干预不仅应该从预算和成本的角度上予以考虑，更应该运用数据进行统计分析和论证。这种视角的缺失可能会导致干预成本过高而难以实现。欧盟等部分高福利国家因过度福利而带来的经济发展竞争力受挫、财政收支失衡、福利支出的增速超过经济发展速度面临的困境和诸多社会问题警示我国法律父爱主义的实施也应该考虑相应的成本。不仅是劳动者的福利权，包括生存权、发展权，成本和预算的视角都不可或缺。桑斯坦认为“对于权利的配置应该关注以下问题：（1）对于每种权利，我们想要花费多少钱？（2）假定资源用于保护一种权利就不能再用于保护其他权利，那么如何最佳地配置权利？（3）什么是以最低的成本提供最大的权利保护的最好形式？（4）目前界定和实施的权利是否以公共认可的方式再分配了财富？”³⁰⁴这些问题有着重要的经验主义因素，但是解决同样依赖价值判断。价值判断应该公开作出，并且应该接受批评、审查和公共争论。”³⁰⁴我国基于对劳动者福利的保护，不断地扩大劳动权的范畴，提高劳动者福利的标准，但如果缺少权利预算和干预成本的视角，可能会导致这种基于法律父爱主义视角下所实施的法律保护最终出现权利难以实现的“流产”结果和现象。

四、法律父爱主义影响下劳动权保护路径

在法律父爱主义影响下，劳动法基于将劳动者视为在劳动关系处于弱势地位

³⁰²应飞虎：《信息、权利与交易安全》，北京大学出版社 2008 年版，第 47 页。

³⁰³【美】史蒂芬·霍尔姆斯；凯斯·R·桑斯坦：《权利的成本——为什么自由依赖于税》，译者：毕竟悦，北京大学出版社 2004 年版，第 26 页。

³⁰⁴【美】史蒂芬·霍尔姆斯；凯斯·R·桑斯坦：《权利的成本——为什么自由依赖于税》，译者：毕竟悦，北京大学出版社 2004 年版，第 75 页。

的“弱且愚”的人而对劳动者劳动权的倾斜性配置越来越多。但我们也必须看到“一味强调公益政治，过分强化国家的政治职能，也包含着极大的危险。”³⁰⁵国家对于劳动者当然应予以倾斜性保护，但也应充分尊重其本人人格及自主权。“保护是一种责任，但不能对当事人造成强迫。如果当事人基于其人格尊严考虑拒绝国家的保护时，国家此时不得强行提供救助。”³⁰⁶

（一）劳动能力缺损者：硬性干预

劳动能力缺损者，法律基于父爱对于他们的保护分为两种。一种是完全丧失劳动能力者，法律应该通过硬父爱主义，禁止其进入就业市场的意愿和行为，通过在生活、医疗等方面提供物质和其他服务供给满足需求。另一种是部分丧失劳动能力者和大部分丧失劳动能力者。法律基于父爱主义对于他们工作权的保护主要是通过福利企业的庇护性就业模式予以进行。³⁰⁷由于这部分群体在身体、智力等方面确实存在障碍，对于他们福利的提升，有学者提出不仅仅提供庇护性就业模式，还应该在工作环境、工作设施等方面进行改造，促进劳动能力缺损者工作福利的提升。³⁰⁸这种保护可以视为也是硬法律父爱主义的体现。法律父爱主义影响下的规定为了提升劳动能力缺损者的工作福利，保护他们的工作权³⁰⁹，除要求用人单位承担除《劳动法》所规定的同工同酬、同等晋升机会外，还要按照联合国《残疾人权利公约》规定提供无障碍的工作设施和环境、可使用安全优良的工作设备、必要的情绪支持和生活管理等工作环境。基于关系相对方成本和福利产出的考虑，法律在規定企业义务和责任的同时，应在税收政策、社会保险等方面通过减免或补贴方式予以支持。只有这样，才能真正有助于切实提升他们的工作福利。

（二）基本人权保护：干预软硬结合

³⁰⁵ 俞可平：《从权利政治学到公益政治学——新自由主义之后的社群主义》，载刘军宁等编：《自由与社群》，生活·读书·新知三联书店1998年版，第88页。

³⁰⁶ 胡玉鸿：《“个人”的法哲学叙述》，山东人民出版社2008年版，第532页。

³⁰⁷ 杨立雄、兰花：《中国残疾人社会保障制度》，人民出版社2011年版；廖娟、赖德胜：《残疾人就业服务体系的构建：从分割到融合》，《人口与发展》2010年第6期。

³⁰⁸ 廖慧卿：《交换、福利抑或挤占——残障人士的保护性就业》，《社会学研究》2014年第1期，第151页。

³⁰⁹ 工作权与劳动权概念，尽管有争议，但这里笔者借鉴王天玉的界定，工作权内涵和外延较小，主要是指未就业者的就业权和已就业者的职业安定权。具体请参见：王天玉：《工作权之再认识——与劳动权相比较视角下的展开》，载《当代法学》2011年第3期。

人权是适用法律父爱主义重要的正当性基础之一。但为了防止法律父爱主义尤其是硬父爱主义的滥用而带来无法预知的负外部性。因此，对于劳动权中涉及基本人权的保护，可以适用法律父爱主义予以干预。但究竟哪些基本人权应当适用法律父爱主义保护，这些人权应当适用何种家长主义保护，是经常引起激烈争论的问题。一般来说，生命权、健康权、人格尊严等人权都适用法律父爱主义保护。在劳动关系中，涉及到上述基本人权的主要劳动者在高风险的工作场所、工作环境以及延长工作时间所面临的职业安全卫生权、休息权以及平等就业权。但是由于劳动者在上述权利方面，经常因信息不对称、情绪、过于自信等将自己置于危险境地。因此，法律对于个人上述行为福利的提升应该采取软硬结合的干预方式。对于危险的工作环境，强行要求从业人员严格遵守安全生产规章制度和操作规程，正确佩戴和使用劳动防护用品。³¹⁰但同时，通过信息披露、警告等软父爱主义方式告知劳动者可能存在的安全、健康风险，让劳动者在知晓后可以理性予以选择。我国《安全生产法》尽管规定了用人单位的告知义务和信息披露义务，但基于用工单位本身的可能存在专业化程度较低、专业知识不足及信息不对称等造成的有限理性。法律可以通过第三方 NGO 组织、市场专业机构介入安全生产过程，加强专业机构对高危行业和高危企业的安全生产现场咨询和不定期检查机制，以及时发现工作场所潜在生产危险，促使企业改善安全卫生管理系统³¹¹，提高信息披露程度属于软父爱主义的体现。

（三）非基本人权：软性干预

对于劳动权中涉及到非基本人权部分，应多用软父爱主义干预方式。自由主义的父爱主义要求保留当事人的自由选择权。因为，从更广泛的意义上，人们如何做出好的选择是一个经验积累问题，简而言之，与缺乏经验和信息的情形相比，当人们处在具有丰富经验和良好信息的条件下，他们可以做出更好的选择。法律不应该剥夺行为人自己基于偏好而予以选择的能力。

美国在法律和政策方案里面，很多条款体现了自由主义的家长主义作风。如根据《反雇佣年龄歧视法案》（ADEA），“雇员在达到退休年龄时允许放弃其权

³¹⁰我国《安全生产法》第 54 条规定：“从业人员在作业过程中，应当严格遵守本单位的安全生产规章制度和操作规程，服从管理，正确佩戴和使用劳动防护用品。”属于硬父爱主义适用。

³¹¹ 吕惠琴：《农民工工伤事故及其影响因素——基于珠三角的调查》，载《暨南学报》2014 年第 11 期，第 60 页。我国现行《安全生产法》在用人单位和国家政府机构进行安全生产的信息披露方面规定相对充分，对于市场力量的介入关注不足。

利。”但是，雇员被假定保留这一权利，除非存在“已知的并主动的”放弃行为。为了保证雇员知道并主动放弃行为，该法案设立了一系列程序限制。弃权行为必须明确根据《反雇佣年龄歧视法案》（ADEA）“所产生的权利或请求权”，雇员必须得到书面建议，在签署协议前咨询律师，雇员必须给予“至少 21 天以考虑协议的内容”，协议应当至少规定签署后 7 天的撤销期。该法对于未充分告知的弃权设定一系列障碍而言，无疑具有家长式作风。但与此同时，该法通过设置这些障碍，大大提高了弃权行为的负担，超越了不可避免的最低限度的家长式作风。而《反雇佣年龄歧视法案》保留了选择的自由，因而符合自由主义的标准。

312

在我国劳动法领域中，考虑到对关系相对方用人单位的负外部性影响以及法律父爱主义本身具有的种种问题和缺陷。涉及到劳动权中非基本人权的保护，应适用负外部性较小的软父爱主义。如书面劳动合同的价值和意义主要在于，证据功能、信息提供功能、警示功能和劳动保障监察功能。³¹³基于我国劳动部相关意见规定工资条、考勤记录、工作证、招录表等均可以作为认定事实劳动关系的证据。因此，书面劳动合同对于劳动者的功能和价值已经大大减弱。³¹⁴用软性法律规制或许比硬性规制更有助于减少副外部性，增加社会福利产出。法律可以用告知义务和选择权相结合方式。即规定用人单位在签订劳动合同方面附有书面告知劳动者不签订书面劳动合同产生的风险和不利后果。但如果劳动者在明确知道相关风险和不利后果后，仍然选择不签订书面劳动合同，该选择是有法律效力的。在解雇保护方面，考虑到社会保险更应该发挥对于劳动者失业方面的保障作用，以及平衡用工灵活度的现实必要性。在解雇保护方面，可以考虑采用软性干预的方式。用人单位辞退可以选择即时辞退。如果用人单位选择即时辞退，除非因工作不能胜任理由外，其他均需依法支付经济补偿金。

六、结论

劳动者等其他公民在现实中确实会存在因行为能力障碍，信息不充分、以及

³¹² 【美】凯斯·R·桑斯坦著，王爱民译，张延祥校：《恐惧的规则——超越预防原则》，北京大学出版社 2011 年版，第 167 页。

³¹³ 刘俊：《〈劳动合同法〉应该结束对事实劳动关系的困惑》，载《中国劳动》2007 年第 5 期，第 17~18 页。

³¹⁴ 具体，请参见劳动部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12 号）。

因冲动、情绪化等不够理性，需法律基于促进其个人福利而进行法律规制和干预。但由于法律父爱主义是以限制行为人自由权的方式予以进行，法律制定者也因知识、信息困境难以完全调查了解清楚行为人个人所面临的认知偏失、信息困境等具体情形，以及偏失程度³¹⁵。而且法律规制因行为人本身的社会关系属性，而可能带来无法测量和预估的负外部性和影响。因此，应该慎重适用法律父爱主义。除劳动能力缺损者，其他只有在危及到行为人劳动权之基本人权的地方，才予以适用。对于劳动权之非基本人权方面，即便是适用，也应该基于福利产出和关系相互性等方面的考虑，多使用软父爱主义予以规制。否则，基于法律父爱主义而对劳动权的保护都有可能面对资源稀缺、权利相对人“用脚投票”等对策行为而导致相关权利难以实现的权利“乌龙”现象。

³¹⁵ Mario J. Rizzo and Douglas Glen Whitman, The Knowledge Problem of New Paternalism, law and economics research paper series working paper, November 17, 2008, pp6.

劳动者信赖利益保护的价值分析和制度分析

马永保³¹⁶

【摘要】劳动者与用人单位建立劳动关系后，劳动者因信任用人单位而形成信赖利益，为促成和谐劳动关系、维护诚实信用原则、实际保护劳动者正当诉求，对此信赖利益的保护应是未来劳动法律制度的发展方向之一。为此，合同履行期间，应平等对待每个劳动者，确保工资收入的稳定，避免劳动者个人信息利益受到侵害；劳动关系解除及解除后，用人单位单方解除权的谨慎使用，争议发生间继续工作、实际参与劳动，出具工作经历证明、推荐信；造成损失的，应赔偿信赖利益。

【关键词】劳动者；用人单位；信赖利益

劳动者签署劳动合同、参与劳动关系的过程中，其个人乃至整个家庭对与用人单位建立起了最为密切的联系。工资收入是劳动者安身立命之本，是劳动维持基本生活的保障。劳动合同签订、履行是一项系统的复杂工程，牵涉多方主体，面临多重偶然因素。纵使劳动法立法技术日益发达，法律条文繁杂冗长；劳动合同起草者不厌其烦，内容事无巨细，任然不可能预料到所有的情形和问题。当空白出现时，劳动者信赖利益如何保护，值得探讨。

一、劳动者信息利益保护之价值

（一）和谐劳动关系

人身依附性是劳动关系内容的核心，稳定劳动关系建立后，劳动者需要服从用人单位管理，用人单位亦需要尊重劳动的利益。劳动合同决定了劳动者对今后生活的设想与安排，建立在劳动合同、劳动关系基础之上的信任，形成了劳动者生活的根基。凝聚在信任之上的利益，是劳动者生存的根本利益。劳动者信赖利益得意保护，劳动关系才会和谐稳定。

（二）维护诚实信用原则

诚信原则是民法领域的帝王条款。劳动法特别是劳动合同法领域，民法具有补

³¹⁶ 马永保，男，汉族，安徽医科大学法学系讲师，法学博士，联系电话：13485518622，电子邮箱：498550284@qq.com

充适用之效力，诚信原则自然亦有适用之可能性。信赖利益保护是诚实信用原则的重要内容，二者是具体与一般的关系，诚信原则系一般原则，具有抽象性、普适性等特征；而信赖保护是具体原则，是对诚实信用原则的具体体现和落实。³¹⁷

（三）实际保护劳动者正当诉求

尽管经过《劳动法》、《劳动合同法》的发展，我国劳动领域的法律水平特别是对劳动者的保护已经进入了新的境界。但是，不可否认的事，除了理论界甚至出现所谓反思《劳动合同法》存在的偏差，更加突出的问题是实践中诸多立法者引以为豪的条款成为摆设。此外，还有许多劳动者应该享受的权利在立法者没有规定，我国劳动者无法享受。劳动法上这种权利的刚性会导致劳动者正当诉求无法实现。为此，需要注重对劳动者正当利益、特别是信赖利益的保护。从性质上看，权利被法律确认和保障，而且明确了边界。一旦某种利益被法律确认就成为了权利，单纯的利益或对利益的需要本身不能成为权利。如果某种个人利益尚未被法律确认和规定，但是符合公认的正义与道德标准，则又涉及自然权利的检验。³¹⁸

二、劳动者信赖利益保护的制度分析

（一）合同履行期间

1. 平等对待

用人单位应该平等对待每一个劳动者，为劳动者提供平等的劳动待遇、劳动保护和晋升机会。劳动者在用人单位工作，特别是与用人单位建立长久、稳定的劳动关系后，会根据用人单位的薪酬制度、晋升制度等制度合理预估自己今后各项福利待遇水平、职业发展前景，进而对自己未来的生活做出计划安排。如果用人单位不能平等对待每一个劳动者，因性别、种族、民族、宗教、语言等因素歧视某一劳动者，不予进行正常的工资调整，不发放津贴、补助，不调整岗位、晋升职务，单一的工作内容、封闭的工作环境可能会导致劳动者劳动技能降低、与社会脱节。以上种种都可能会导致劳动者生活水平难以提高，甚至是陷入困境。

2. 工资收入的稳定

³¹⁷ 张步洪编著，中国行政法学前沿问题报告，中国检察出版社，2003年03月第1版，第448页。

³¹⁸ 丁玮著，美国宪法上的正当法律程序：一个历史的视角，黑龙江人民出版社，2007年09月第1版，第100页

工资收入保持稳定，是劳动者生活水平稳定的前提。工资收入随着经济发展稳定提高，才能保证生活质量。所以各种工资支付保障制度的有效运行时基础，还应该建立工资增长机制，以应多劳动者的合理信赖预期。此外，用人单位在工资待遇方面的任何做法只要导致劳动者形成信赖利益，就不能再随意变更，如在用人单位多发了工资情形下，若劳动者并不知情且已经将这些钱花完，用人单位也不能以不当得利为由主张返还。

3.劳动者个人信息利益不被侵害

所谓个人信息权，即个人信息控制权的简称，是个人信息本人依法对其个人信息所享有的支配、控制并排除他人侵害的权利。³¹⁹目前，在我国的立法中尚没有明确规定个人信息权，还只能作为一种正当利益诉求进行保护。劳动者出于获得工作岗位的考虑，向用人单位提供个人信息，以帮助用人单位增强对劳动者的了解，这些信息包括文字、图像乃至影像视频资料。劳动者有理由相信用人单位不会将个人信息用于非法用途，不会导致自身利益受损。为此，用人单位基于对劳动者人格权和人格尊严的尊重，获取、占有劳动者个人信息应当在必须限度内，不能随意要求劳动提供给或者从第三方获取与工作无关的个人信息。用人单位不能分析、利用这些个人信用以获取商业利益。用人单位应保守劳动者信息，并在与劳动者劳动关系解除或终止后及时销毁这些个人信息，除基于法定事由，不能将这些信息提供给第三方。如果个人信息不完整或者有错误，劳动者有权要求修正或者补充完整，以便对其形成客观全面的评价。

（二）劳动关系解除及解除后

1.用人单位单方解除权的谨慎使用

限制用人单位的单方解除权，可以保证员工避免收入丧失带来生活水平的降低；更为重要的是防止可能出现的精神打击，包括但不限于工作中形成的人际关系的中断。好需要延长劳动合同解除通知期，以便于劳动更早做好安排。

在用人单位享有法定解除权情形发生后，特别是劳动者存在过错时，用人单位应首先考虑使用替代性处罚方式，避免直接粗暴地使用解除权终止劳动关系对劳动者利益造成过重的损害。如先向劳动者发出警告信，告知劳动者过错行为及其危害，再根据劳动者后续反应决定是否使用更为严厉的才处罚方式。此外，

³¹⁹ 刁胜先等著，个人信息网络侵权问题研究，生活·读书·新知三联书店，2013.12，第2页

还可以使用调整岗位、降低职务、降低工资等形式。当然，在实践过程中，用人单位做出这些调整需要符合法定条件、履行法定程序。能够通过调整岗位、降低职务的就不能选择解除劳动关系，且对需要调整岗位的劳动者提纲适应新岗位所必备的技能培训，帮助劳动把握继续工作的机会。降低工资最好通过与劳动协商确定，不得低于当地最低工资，并不得劳动者正当待遇、符合其他强制性规定，如原劳动部关于《工资支付暂行规定》（劳部发[1994]489号）第17条规定。用人单位通过与职工大会、职工代表大会或其他形式协商制定内部的工资支付制度，并告知本单位全体劳动者，同时抄报当地劳动行政部门备案。

2. 争议发生间继续工作、实际参与劳动

劳动者有继续劳动权，即在用人单位单方解除劳动合同时，劳动者在提起解雇保护之诉后到法院做出生效判决的期间在原岗位继续工作的权利。在解除劳动关系期间，若劳动者要求劳动合同存在且继续履行的，在判决生效前的诉讼期间，应规定劳动者有权继续实际参与劳动。否则，劳动仲裁、一审、二审所需时间可能非常之漫长，如果劳动者不继续工作，劳动者要么出于失业状态一直等待，纵使最终结果支持了其请求，他也可能因长久不参加劳动而技能生疏无法再适应；也可能用人单位早已雇佣了新人，支持劳动者的判决结果根本无法实际执行。

3. 出具工作经历证明、推荐信

劳动者与用人单位解除劳动关系后，在寻找新工作中需要向新的用人单位展示过去的工作履历及工作表现，之前工作单位的工作经历证明能够发挥很大的价值功能。现行立法已经有了初步的规定，主要体现在《劳动合同法》第50条规定，不过这一规定涉及的内容过于简单，“用人单位出具证明文件的内容应当限于有关劳动关系的起止时间、工作性质、工种等一般情况的描述，而不应涉及劳动者能力、道德品行方面的评价。”³²⁰适当扩张工作经历证明，或者要求用人单位提供推荐信的义务，并对推荐信内容真实性承担责任，既可以帮助劳动者更多找到合适工作，也有利于其他有人单位准确评价新员工，降低招聘成本。

（三）信赖利益损害之赔偿

信赖利益赔偿者，乃法律行为外形上虽成立，但实质上无效，当事人之一方因善意无过失信其有效致受损害之赔偿也。³²¹信赖利益赔偿的着眼点在于要通过

³²⁰ 潘俊：《论劳动合同中的附随义务》，《上海政法学院学报（法治论丛）》，2014年第1期。

³²¹ 林诚二著，民法理论与问题研究，中国政法大学出版社，2000年02月第1版，第237页

赔偿使得受损失一方当事人能够处于他因信赖对方而支出花费以前的原始状况。用人单位的行为导致劳动者形成信赖利益后,又因自己的行为导致信赖利益无法实现,必须以损害赔偿等形式弥补劳动者损失,以促成信赖利益的实现。因劳动关系是人身依附性的长久性关系,相对于合同关系在内的其他民事关系,劳动关系中劳动者信赖利益与用人单位关联度更高,也更容易测量和估算,用人单位的损害赔偿亦更为具体。

【参考文献】

- [1] (德)迪特尔·梅迪库斯著,杜景林,卢谌译.德国债法总论[M].法律出版社,2004
- [2] 毛圣霞.浅议信赖利益损害赔偿[J].山西省政法管理干部学院学报.2011(04)
- [3] 董慧凝,文娟娟.论缔约中信赖利益损害赔偿的范围和限度[J].北方工业大学学报.2007(04)
- [4] 余立力.论信赖利益损害的民法救济[J].现代法学.2006(01)
- [5] 郝晶.论信赖利益的损害赔偿范围及其限制[J].湖北社会科学.2010(06)
- [6] 王勇,胡焕刚.信赖利益及其赔偿范围[J].人民司法.2009(22)
- [7] 梁娟娟,刘涛.论我国《合同法》中信赖利益的保护[J].河北法学.2007(04)
- [8] 邓峰.论《劳动合同法》中的诚实信用原则[J].湖北行政学院学报.2008(06)
- [9] 徐英霞.自愿原则和诚实信用原则在《劳动合同法》中的体现[J].工会论坛(山东省工会管理干部学院学报).2008(04)
- [10][德]沃尔夫冈·多伊普勒著;王倩译:《德国劳动法》,上海人民出版社,2016年版第239-240页。
- [11]王倩:《“实际劳动权”的理念塑造与现实作用》,《时代法学》2012年第5期,第67页。

劳动的本征与劳动关系的内涵

彭光华

【关键词】 劳动的喜悦 劳动的人性 身份关系 人际关系

资本主义发展初期，劳动被视为与资本、土地并列的生产要素，劳动力被视为市场经济中的商品，劳动力所附着的作为活人的劳动者被忽略，经济关系、契约关系成为劳动关系的主要视角，因此，对劳动问题的研究主要集中于经济学、民法领域。一战前后，随着劳资矛盾的激化和暴力流血事件的频发，社会各界逐渐意识到劳动的从属性和“人”性特征，即契约关系并没有实现劳资力量的实质平等、经济关系也不能满足劳动者作为人的社会性需求。因此，以韦伯夫妇（Sidney & Beatrice Webb）的产业民主理论为发端，劳动关系研究不再简单局限于经济学或民法领域，而是增加了身份关系、人际关系、集体关系等的视角。20世纪90年代初，中国开始实行社会主义市场经济体制、建立适应市场经济发展的劳动制度。但由于市场经济发展历史较短、劳动关系主体尚未成熟以及缺乏劳动关系协调的经验，当前国内理论和实务界对劳动关系的内涵的认知尚不够全面。本文试图通过对劳动的本征和劳动关系内涵的分析，增加劳动关系的研究视角，以促进劳动关系理论研究与和谐劳动关系的建设。

一、劳动的本征

（一）劳动的从属性

近代雇佣劳动将劳动关系建立在债权，即平等主体的自由契约的基础之上³²²。然而，由于作为契约标的物的劳动力的人身附着性和不可储存性，出于维持个人及家庭生活连续性的考虑，劳动者与雇主的力量存在着实质的不平等，劳动关系“于债的经济的要素之外，实含有身份的社会要素”³²³，劳动者的从属性即为对劳动关系中“身份的社会要素”的体现。具体而言，劳动者的从属性体现为人格从属性、经济从属性与组织从属性三方面。

³²² [德] 拉德布鲁赫(Gustav Radbruch)著. 米健译. 法学导论（修订译本）. 商务印书馆. 2013. pp120

³²³ 史尚宽. 劳动法原论. 正大印书馆. 1978. pp2

劳动者的人格从属性，来源于劳动力的人身属性。劳动力的人身属性是指劳动力附着于“人身”而具有的特殊性，如劳动力的人身附着性与不可储存性。虽然依据劳动合同，雇主购买的是劳动力，但因劳动力附着于劳动者的身体无法分离，劳动者在出卖劳动力的同时不得不在人格³²⁴上接受雇主的支配。所谓人格从属性，即是指劳动者要接受雇主的指挥、命令与管理。换言之，雇主对于劳动者在劳动的给付（何时、何地、以何种方式、何种结果等）上具有决定权。首先，劳动者基于雇主的明示、默示或者依据劳动的本质，在一定时期内不可自由支配自己的作息时间，同时劳动者的工作时间与工作内容由雇主决定，而非由其自身决定。其次，现代资本主义生产的特点，包括分工的细化与规模化生产，需要复数劳动者进行协同作业以完成劳动过程。而劳动者的协同作业则需要雇主的指示、命令与劳动者对于雇主的服从。劳动的人格从属性效果最强的部分，也即是其根本性所在，在于雇主对于劳动者的惩罚权。雇主通过对于劳动者行使惩罚权，可以对劳动者的意识与行为达到一定程度的干预与强制，从而迫使劳动者按照自己的意思行事³²⁵。此外，人格从属性不仅表现在其凸显雇主对劳动者指挥监督，还表现在劳动者对雇主负有忠诚义务、保密义务以及遵守雇主指示的义务上³²⁶。

经济从属性是指作为经济弱者³²⁷的劳动者，即在经济上处于相对弱势地位的劳动者必须对雇主提供劳务获得工资以求生存³²⁸，或藉以寻求更多的收入，累积更多的财富³²⁹。由于劳动者与雇主之间谈判力量的不对等³³⁰，劳动者欠缺对劳动条件的决定权。即便少数劳动者经济状况优于雇主，或不依靠工资生存，仍不能

³²⁴ 法律人格，是指私法上权利和义务的归属主体，即权利义务的归属点。该词来源于拉丁语 *persona*，原本是用于演习方面的意思，进而意味着扮演剧中演员的角色。”由于所谓“法律人格”并非指人的整体，而是指脱离了人的整体的人在法律舞台上所扮演的地位或角色，因此该语源是象征性的。因为所谓“法律人格”是这样一种意义，所以即使是人以外的存在，对于适合于作为私法上权利义务的主体的概念，也会得到承认。人的集合体（团体）、财产的集合体通常被定为“法人”。这种情形也显示出所谓“法律人格”是意味着并不一定与人性有联系的法律上的特别的资格。（参见，[日] 星野英一著，王闯译，私法中的人，中国法制出版社，2004。）

³²⁵ 黄越钦. 劳动法新论. 中国政法大学出版社. 2003. pp94-95

³²⁶ 王松柏. 第二章 劳动契约. 出自中华民国劳动法学会编, 劳动基准法释义——施行二十年之回顾与展望. 新学林出版股份有限公司. 2005. P55

³²⁷ 按照德国之通说，经济弱者是“为获取生活资料，对于握有生产手段之雇主，经济上被迫出卖自身劳动力之无资力劳工”。（参见，刘志鹏. 劳动法理论与判决研究. 元照出版公司. 2000. pp8）

³²⁸ 黄程贯. 劳动法. 国立空中大学出版. 1997. pp64

³²⁹ 陈继盛. 我国劳动契约法制之研究. 台湾行政院劳工委员会. 1989. pp14

³³⁰ 此种不对等，一者是由于劳动者的可替代性，二者是由于劳动力市场上供大于求的整体状况。

改变其在劳动条件决定中的弱势地位，故而不能动摇其经济从属性。经济上的从属性还在于，劳动者并不是为自己之营业劳动，而是从属于他人，为他人之目的而劳动。劳动者既不是用自己的生产工具从事劳动，也不能用指挥性、计划性或创作性的方法对自己所从事的工作施加影响³³¹。

资本主义的生产方式，要求劳动者须在一定劳动组织的形式下进行劳动，即需要劳动者间的合作，而这种合作的基本规则由雇主决定³³²。人格从属性强调的是雇主对劳动者的指挥与监督，组织上的从属性更进一步强调劳动契约与其他劳务给付契约的差别：劳动者不仅要受制与雇主的指挥、命令，还是雇主之下经营、生产团队的成员，必须遵守团队、组织内部的规则或程序性规定³³³。劳动者在人格、经济和组织等方面的从属性，是劳动者群体与其他社会群体的主要区别，也使得劳动关系具有了区别与其他经济社会关系的特殊性。

（二）劳动的“人”性

传统的经济学研究框架中，将劳动视为与资本、土地并列的生产要素³³⁴，并将劳动力等要素的商品化作为市场经济发展的前提。然而，“劳动力的生产要以活的个人的存在为前提”³³⁵，过度强调劳动的商品性、忽略劳动过程和结果中的“人”性，将导致劳动的异化。一方面，在劳动过程中，劳动及其所附着的人身对劳动者而言成为外在的东西，劳动本身不再是劳动者的需要，而只是满足其生理等需要的手段，劳动被视为一项自我牺牲、自我折磨的痛苦的活动，只要肉体的强制或其他强制一停止，人们会像逃避瘟疫那样逃避劳动；另一方面，劳动的产品将成为与劳动者相异和对立的存在，劳动者生产的财富越多，他的产品的力量和数量越大，他就越贫穷。³³⁶因此，劳动力的人身附着性决定了劳动关系的研

³³¹ 黄越钦，前揭书，pp95

³³² 日本劳动法学会编辑，劳动契约，有斐阁，2000。（转引自：曹燕，从“自由”到自由——劳动法的理念缘起与制度变迁，河北法学，2007（10），pp114）

³³³ 王松柏，前揭书，pp56

³³⁴ [法] 萨伊(Say Jean Baptiste)著，陈福生、陈振骅译，政治经济学概论——财富的生产、分配和消费，商务印书馆，2009，pp61-82

³³⁵ [德] 马克思(Karl Heinrich Marx)著，中共中央马恩列斯著作编译局译，资本论（第一卷），人民出版社，2004，pp198

³³⁶ 马克思(Karl Heinrich Marx)著，1844年经济学哲学手稿，中共中央马恩列斯著作编译局译，人民出版社，2000，pp51-64

究与实践不应局限于作为生产要素和商品化的劳动力,更应关注作为活人的劳动者,及劳动过程和劳动目的中的“人”性。

劳动的“人”性主要表现为劳动者的遗传特性和社会性特征两方面两方面展开。³³⁷作为具有劳动者身份的人,其遗传特性表现为通过劳动满足对生理和安全的需要³³⁸、社会性则主要是对归属、沟通与自我实现的需要。首先,劳动是劳动者获得劳动报酬,满足其对食物等生活资料的需要,进而维持自身生存和繁衍后代、实现劳动力再生产的过程;其次,劳动者对安全的需要,体现为劳动过程中通过劳动保护、解雇限制以及社会保险等制度保障劳动者的人身安全和工作生活的稳定性、连续性;再者,劳动的“人”性体现为劳动者对企业和对劳动者团体归属的需求;(归属的解释)此外,沟通的需要是原始和基本的人性特点³³⁹,在劳动过程中,劳资双方通过信息的交换、意思的交流寻求双方对情境和行动的共同理解,以达成共识³⁴⁰,是消除劳资之间的分歧、促成合意³⁴¹、预防和处理劳动争议最为有效的手段,也是满足劳动者自尊和被尊重需求的重要途径;最后,在上述需求得以满足后,部分劳动者还会在劳动过程中寻求自身潜力的充分实现,以获得对劳动、生活的控制感和满足感。

对劳动的“人”性的关注,不仅可以为市场经济发展提供持续、高素质的劳动力,也是实现劳动者生理和社会性需求、预防和处理劳动争议、促进劳动关系

³³⁷ 人性主要包括三个层面的意义:第一,人类由种质产生的严格的遗传特性,即人类出生时即具备的各无形的冲动和本能;第二,人类在亲密联系的简单形式或称“首属群体”中发展起来的社会性本质,包含着基本的社会性情感和态度;第三,善与恶等随环境和风俗变化的本性。(参见,[美]库利(Charles Horton Cooley)著;包凡一,王源译.人类本性与社会秩序(第2版).华夏出版社.1999.pp24-25)

³³⁸ [美]亚伯拉罕·马斯洛(Abraham Harold Maslow)著.许金声译.动机与人格.中国人民大学出版社.2007.pp15-P26

³³⁹ [美]库利(Charles Horton Cooley)著;包凡一,王源译.人类本性与社会秩序(第2版).华夏出版社.1999.pp68

³⁴⁰ [德]尤尔根·哈贝马斯(Jurgen Habermas)著;曹卫东译.交往行为理论(第1卷)——行为合理性与社会合理化.上海人民出版社.2004.pp95-101

³⁴¹ 劳资合意的达成可以通过口头、书面或双方默示等形式,如劳动合同即为对劳资合意的书面形式的法律确认,是一种明确的合意。但同样由于劳动关系长期性、复杂性的特征,在劳动关系运行的明确的合意、正式的规则背后,还存在着多层不能或未能言语化的双方的互相理解和默契,如心理契约等,我们将其称之为默示性合意或“关系性了解”。这种未能言语化的“了解群”对劳动关系调整的作用有时要远远高于明确的合意或正式规则。

和谐稳定的前提。而且，产业之目的在于服务人性³⁴²，对“人”性的关注是恢复人类在劳动中的主体地位、保障人类从劳动中获得生活资料以及实现劳动的尊严和喜悦根本所在。

（三）劳动的喜悦性

“自然把人类置于两位主公——快乐和痛苦——的主宰之下·····是非标准、因果联系，俱由其定夺。”³⁴³在人类的劳动活动中，同样存在关于劳动“痛苦”或“喜悦”的价值判断。中国古代有“劳心者”与“劳力者”的区分³⁴⁴，“劳力者”为卑贱之人；在古希腊文明中，“哲学、欣赏美好的东西和进行政治实践”才是自由人的活动，而其他人类的生产劳动则是一种痛苦；³⁴⁵罗马时代，从事体力劳动者皆为一般市民所不齿的奴隶；³⁴⁶中世纪基督教将劳动视作上帝对人类原罪的惩罚³⁴⁷；³⁴⁸近代资本主义雇佣劳动手段性、他律性³⁴⁹的特征也带来了劳动的痛苦。

现实语境中，劳动多被认为是一种“自我牺牲、自我折磨”³⁵⁰，是伴随着某种痛苦的人生经营。但原本广义的劳动是指生产活动以及与之相伴随的活动，是人类为了生活或喜悦而重复进行的行为，同时也是人类创造力最基本的源泉。“劳动与其说是一种痛苦，不如说更多的是一种喜悦”³⁵¹，而这种喜悦源自劳动经济性和社会性的本质特征。劳动的经济性首先体现为劳动者能够通过交付劳动力、换取劳动报酬，以满足自身及家庭的生存需要。此外，劳动本身也是经济价值的

³⁴² King, William Lyon Mackenzie. *Industry and Humanity: a study in the principles underlying industrial reconstruction*. Houghton Mifflin Company. 1918. pp114

³⁴³ [英] 边沁(Jeremy Bentham)著. 时殷弘译. *道德与立法原理导论*. 商务印书馆. 2012. pp58

³⁴⁴ 《孟子卷之三. 滕文公章句上》：“劳心者治人，劳力者治於人。”

³⁴⁵ 水町勇一郎，*劳动法*，有斐阁，2009，P3

³⁴⁶ 樊弘，*劳动立法原理*，商务印书馆，1925，P20

³⁴⁷ 16世纪的宗教改革使劳动价值观发生了转变，劳动被视作上帝所希望的生活目的，劳动者将劳动视作“天职”，积极、禁欲与努力劳动之人可被证明为上帝的选民而得到救赎。（参见，马克斯·韦伯著，黄晓京，彭强译，*新教伦理与资本主义精神*，四川人民出版社，1986，P166-P167）

³⁴⁸ [法] 罗贝尔·福西耶(Robert Fossier)著. 陈青要译. *中世纪劳动史*. 上海人民出版社. 2007. pp11

³⁴⁹

³⁵⁰ [德] 马克思(Karl Heinrich Marx)著. 中共中央马恩列斯著作编译局译. 1844年经济学哲学手稿. 人民出版社. 2000. pp55

³⁵¹ 野田进. *劳动法の世界*（第9版）. 东京：有斐阁. 2011.

源泉³⁵²，通过劳动创造的物质财富，将促进社会整体生活水平的提高，进而反馈和服务于劳动者；劳动的社会性则主要体现为劳动者进入用人单位、组织参加劳动者团体、与雇主及沟通协商、与其他劳动者分工协作等活动，满足其对归属、沟通、自我实现等的需要。

劳动既包含痛苦，又包含喜悦。劳动过程，可谓是“痛并快乐着”的过程。全面理解劳动的痛苦和喜悦，既是个人劳动价值观的问题，也是研究劳动问题、设计未来社会生活、以及劳动立法中的一个根本问题，其间“度”的把握乃是我们永远的命题³⁵³。

二、劳动关系的内涵

（一）契约关系与身份关系

自以物权为基础的奴隶制劳动、以人身权为基础的封建制劳动后，近代资本主义工业社会基于自由、平等的理念、以债权为基础建立了自由契约式的雇佣制劳动。³⁵⁴但此种由“身份到契约”³⁵⁵的转变并未真正实现劳资双方实质性的平等，也带来了分配不公等严重的社会问题。因此，自19世纪初³⁵⁶，各主要市场经济国家相继在债权的基础上，进行“人”的再发现与回归，恢复了身份权³⁵⁷的视角，通过劳动法对契约自由原则予以修正。

在债权契约的视角下，劳动者与用人单位具有平等的法律地位、法律人格，双方可以平等、自愿地决定是否建立劳动关系、是否进行劳动力和劳动报酬的交

³⁵² 亚当·斯密(Adam Smith)著. 谢祖钧译. 国富论：国民财富的性质和起因的研究. 新世界出版社. 2007. pp67

³⁵³ 彭光华. 劳动价值观与劳动立法的度. 中国劳动保障报, 2009-06-06003.

³⁵⁴ [德] 拉德布鲁赫(Gustav Radbruch)著. 米健译. 法学导论(修订译本). 商务印书馆. 2013. pp120

[德] 恩格斯(Friedrich Engels)著. 中共中央马恩列斯著作编译局译. 家庭、私有制和国家的起源. 人民出版社. 1972. pp173

³⁵⁵ [英] 梅因(H. S. Maine)著. 沈景一译. 古代法. 商务印书馆. 1959. pp97

³⁵⁶ 英国1802年《学徒健康与道德法》(Act for the preservation of the Health and Morals of Apprentices and others employed in Cotton and other Mills, and Cotton and other Factories 1802 (42 Geo III c. 73)), 通常被视为现代意义上劳动法的开端。

³⁵⁷ 人身权包括人格权和身份权两方面的内容。奴隶社会和封建社会的“劳动者”具有人格和身份的双重从属性，此时的身份权是基于家族血缘关系而形成的特权和等级制度；近代资本主义雇佣制度建立后，劳动者对雇主仍存在身份上从属性，但却是以人格平等为前提的，任何的身份差异不能否定双方人格的平等，而且此种从属性仅限于生产经营领域，具有严格的界限。

换，并就工资等劳动条件进行自主协商，将强迫和奴役劳动排斥在近代雇佣制度外。

但契约关系下劳资双方的人格平等性背后是在理性、意思表示方面同等地“强而智”³⁵⁸的抽象的人像，是以忽略双方在知识、能力、社会和经济地位等方面的差异为代价的。现实中，劳动者与用人单位的力量存在显著的强弱之别，劳动者作为不掌握生产资料的群体，出卖劳动力是其个人及家庭最为重要的经济来源，但由于劳动力具有不可储存性，加之劳动力的可替代性和劳动力市场的供求状况，劳动者迫于维持个人及家庭生活连续性的压力，在与资方的讨价还价过程中，多处于经济上的劣势地位。因此，债权契约实现的仅是劳动者与资方在法律人格、形式上的平等，劳资之间仍存在实质的不平等，劳动者在经济、人格、组织等方面处于从属地位，此即为劳动关系中“身份的社会要素”。身份关系以劳资之间的差别和不平等为前提，以区别对待为基本调整方法³⁵⁹，依据国家强制的劳动法律法规、企业根据其生产组织特点确定的规章制度配置双方的权利、权力、义务和责任，以实现双方利益份额的分配。

契约和身份是劳动关系中不可或缺的两个互补的视角。契约关系实现了劳资双方人格的平等和劳动者择业、雇主雇佣的自由；身份关系视角下，由于劳动者的从属地位，则需雇主履行其保护照顾义务、提供经济地位向上机会之义务³⁶⁰，相应的，劳动者应当履行其保守商业秘密等忠诚义务，即通过国家立法保障劳动基准和集体劳权、提供劳动力市场服务，对契约自由原则予以修正，以实现劳资之间的实质平等，保障劳动关系系统的和谐稳定。

（二）个别关系与集体关系

个别劳动关系是劳动者个人与雇主之间的关系，是劳动关系的基本单位。近代雇佣劳动中，个别劳动关系是劳动者个人与雇主在平等、自愿的基础上经过讨价还价而达成劳动契约，但由于劳资力量实质的不对等以及劳动者的从属性地位，在自由契约之外，个别劳动关系的调整还有赖于国家通过工资、工时、劳动保护等劳动基准以及平等就业、解雇限制等立法，以保障劳动者最低限度的生存和安

³⁵⁸ [日] 星野英一著. 王闯译. 私法中的人. 北京: 中国法制出版社. 2004. pp8

³⁵⁹ 马俊驹, 童列春. 私法中身份的再发现. 法学研究. 2008(5): 74

³⁶⁰ 黄越钦. 劳动法新论. 中国政法大学出版社. 2003. pp180

全需求；在此基础上，个别劳动关系还应考察劳动者的需求与动机、招聘选考、教育培训、考核激励等管理学和社会学方面的内容。

劳动基准等立法在一定程度上可以避免雇主对劳动力的过度剥削和使用，但并不能完全实现劳动者与雇主力量的平衡。劳资力量的对等以及劳动者归属的需求，需要通过集体劳动关系予以实现。集体劳动关系是劳动者团体与雇主或雇主组织之间的关系，其成立以劳动者团体（工会为主）的建立为前提，以劳资双方的集体谈判为主要的互动形式，以罢工、纠察和闭厂等集体行动为威慑和保障手段。因此，集体劳动关系的调整首先需要通过劳动立法保障劳动者的团结权、集体谈判权和集体行动权，进而明确权利行使的法律制度、边界，以及集体劳动争议的处理机制。在此基础上，集体劳动关系中，还应当关注劳动者的阶层属性，即劳动者群体的组织与形成、规范与文化、结构与变迁、集合行为与社会运动等。

产业革命后，英美等先行市场经济国家长期以集体关系为劳动关系调整的核心，但 20 世纪 70 年代后，随着第三产业的兴起、工会组织率的下降以及劳动者需求的多样化，个别劳动关系也逐渐成为各国劳动关系调整的重点。中国自 20 世纪 90 年代初确立社会主义市场经济体制，但由于市场经济发展历史较短，尚未形成成熟的劳动者及劳动者团体，工会缺乏代表和维护劳动者真实意思的经验和能力，因此，当前中国的劳动关系主要体现为个别关系，即以劳动者个人为交涉单位，国家通过劳动合同法、工资等劳动基准法、以及个别争议处理法等途径调整劳动关系。但随着市场经济的深入、分配不公等劳动和社会问题的凸显以及劳动者对自身权益的抗争，集体关系也将成为中国劳动关系调整的重要视角。

（三）经济关系与人际关系

物质资料的生产是人类生存和历史的首要前提，³⁶¹因此，人类在生产劳动中建立的经济关系是劳动关系考察的重要视角。在经济关系中，商品化的劳动力出现在市场经济生产、交换和分配的各环节。首先，劳动者为维持生存提供劳动力供给，掌握有生产资料的资方需要和购买劳动力，并以工资作为劳动力的价格，即劳动力与劳动报酬的交换过程；然后，在具体的生产过程中，劳动力作为与资本、土地等并列的生产要素，需要接受资方的组织安排和管理，服从指挥命令；最后，则是劳、资、政三方的收入分配过程。

³⁶¹ 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编. 马克思恩格斯选集（第 1 卷）. 人民出版社. 1972. pp32

20 世纪前，经济关系是劳动理论与实践的主要视角。但之后，随着劳动者权利意识、民主和参与意识的增强、劳资矛盾的激化和暴力流血事件的频发³⁶²，以及人类对两次世界大战和经济危机的反思，雇主、政府以及学者等各界开始意识到劳动力不是商品³⁶³，对劳动关系的考察在经济关系之外，还应增加人际关系的视角。因此，为满足劳动者作为“人”的沟通参与、被尊重等的需求以及调整劳资之间人与人的关系，一战前后，欧美国家兴起了产业民主的浪潮，如韦伯夫妇以工会和集体谈判为核心的产业民主思想等³⁶⁴、英国政府自上而下推动的惠特里三级协商委员会制度、美国雇主自发建立的员工代表制度和工厂委员会以及德国的企业职工委员会制度等。

此后，以 1924-1932 年的“霍桑试验”（Hawthorne Experiments）为基础，乔治·梅奥（George Elton Mayo）提出了“人际关系”的概念³⁶⁵。人际关系理论认为，工业病的解决不能仅依靠政治和经济手段，每一位企业管理者和经济学家都需要认识到产业中人的因素；产业中的劳动者不是单纯的“经济人”³⁶⁶，而是

³⁶² 如在 1886 年西南铁路大罢工中，来自阿肯色州、伊利诺斯州、堪萨斯州、密苏里州、德克萨斯州的 200,000 余名工人参与罢工，他们焚毁厂房、对运行中的火车进行射击等；又如在持续 45 天的 1877 年铁路大罢工中，马里兰州的工人们损毁发动机和火车、焚烧火车站，州长约翰·卡罗尔（John Carroll）指挥国民警卫队第五、六军团镇压罢工，在冲突过程中 10 人死亡、25 人受伤；在宾夕法尼亚州，民兵用刺刀、放火等方式镇压罢工工人，导致 20 人死亡、29 人受伤，被激怒的工人焚毁了 39 栋建筑物，毁坏了 104 个火车头、1245 节客运和货运车厢；再如，1914 年，科罗拉多煤矿大罢工所引发的勒德洛（Ludlow）大屠杀等；另有 1877 年铁路大罢工、1882 年纳恩铁路大罢工、1884 年太平铁路工会大罢工、1888 年伯灵顿铁路大罢工、1894 年普尔曼大罢工等。（参见，Scharf, J. Thomas. *History of Maryland From the Earliest Period to the Present Day*. Hatboro, PA: Tradition Press. 1967; *The Great Strike of 1877: Remembering a Worker Rebellion*. UE News. June 2002. Retrieved 2008-05-25）

³⁶³ 国际劳工组织.《关于国际劳工组织的目标和宗旨的宣言》或《费城宣言》（Declaration concerning the aims and purposes of the International Labour Organisation）.1944

³⁶⁴ 参见，Webb, Sidney, and Beatrice Webb. *Industrial democracy*. Longmans, green, and Company, 1897; King, William Lyon Mackenzie. *Industry and Humanity: a study in the principles underlying industrial reconstruction*. Houghton Mifflin Company. 1918; Commons, John Rogers. *Industrial Goodwill*. New York, McGraw-Hill. 1919; Leitch, John. *Man to Man: the Story of Industrial Democracy*. New York, B.C. Forbes Company. 1919 等。

³⁶⁵ 梅奥之后，马斯洛（Abraham Harold Maslow）的需求层次理论、赫兹伯格（Frederick Herzberg）的双因素理论、麦格雷戈（Douglas McGregor）的“X 理论—Y 理论”以及卢因（Kurt Lewin）的群体动力理论等丰富和发展了人际关系学说的内容。20 世纪 50 年代后，人际关系成为行为科学研究的重要内容。

³⁶⁶ [美]泰勒（F. W. Taylor）著；蔡上国译. *科学管理原理*. 上海科学技术出版社. 1982. pp82??

“社会人”，即劳动者不仅有经济和物质的需要，还具有社会和心理方面的需要，如归属、尊重和自我实现的需要等。而且，企业中不仅存在基于生产、经济学逻辑而建立的正式组织，也存在基于共同的社会情感而建立的“非正式组织”；影响生产效率最重要的因素并不是工资、照明等经济和环境条件，而是劳动者的工作态度和士气，劳动者的士气取决于其对工作的满意度，而满意度又来自于劳动者与同事、雇主互动和交往过程中社会和心理需求的实现程度，即人际关系的和谐程度。³⁶⁷

和谐人际关系建立和维持的核心在于沟通，在劳动领域，即劳资双方通过信息的交换和意思的交流，寻求双方对情境和行动的共同理解、建立信赖，以达成共识³⁶⁸、形成合意。沟通是劳资合意形成的必经途径，同时，沟通还可以消除劳动者因长期缺乏理解和卑微无助而产生怨怒³⁶⁹，满足其交往和被尊重的需求，是预防和减少劳动争议、建立和谐人际关系和劳动关系的核心机制。

结语

劳动关系作为最基本、最重要的经济社会关系，主体众多、内容广泛、影响巨大。作为基于“人”的劳动而产生的关系，契约关系、身份关系、个别关系、集体关系、经济关系、人际关系均是其不同侧面。迄今，经济学、法学等根据各自学科的研究视角对经济关系、契约关系和个别关系已经有了一些较为成熟的研究，而今后则应在承认劳动关系本质上是劳务与劳务对价的契约或交换关系的同时增加身份关系的视角以扩大劳动之喜悦，在重视个别关系的同时加强集体关系的权利保障和制度构建以保障劳动者的纵向和横向连接，在管理关系之外增加人际关系的视角以探求劳动关系畅通之原理、制度与机制。对劳动关系的研究，需要理论与实务界的持续互动与共同努力。

【参考文献】

- [1] 史尚宽. 劳动法原论. 正大印书馆. 1978.
- [2] 黄越钦. 劳动法新论. 中国政法大学出版社. 2003.
- [3] (日) 星野英一著. 王闯译. 私法中的人. 中国法制出版社. 2004.

³⁶⁷ [美] 乔治·梅奥 (George Elton Mayo). 工业文明的人类问题. 电子工业出版社. 2013.

³⁶⁸ [德] 哈贝马斯 (Jurgen Habermas) 著. 曹卫东译. 交往行为理论 (第1卷): 行为合理性与社会合理化. 上海人民出版社. 2004. pp135

³⁶⁹ 梅奥, 前揭书

- [4] (德) 马克思 (Karl Heinrich Marx) 著. 1844 年经济学哲学手稿. 中共中央马恩列斯著作编译局译. 人民出版社.2000.
- [5] (德) 尤尔根·哈贝马斯 (Jurgen Habermas) 著.曹卫东译.交往行为理论 (第 1 卷) --- 行为合理性与社会合理化.上海人民出版社.2004.
- [6] (美) 乔治·梅奥 (George Elton Mayo) .工业文明的人类问题.电子工业出版社.2013.
- [7] J.T.Dunlop, Industrial Relations Systems. New York: Henry Holt.1958.

供给侧改革背景下劳动法治建设的机遇与挑战

伍奕

【摘要】人力资源因素是供给侧结构性改革的重要因素之一，供给侧改革有助平衡各方在劳动关系中的权责配置，与现行劳动立法具有契合性，供给侧改革为劳动法治建设提供了机遇。目前，劳动法和社会保障法领域还存在一些不适应供给侧改革的障碍，存在对劳动法的认识偏差，劳动关系的稳定性与灵活性不够协调，管制与自治存在失衡现象，集体劳动关系、劳动就业、社会保障领域的法治建设滞后。应对供给侧结构性改革的要求，引导对劳动法的认知，对劳动合同的期限及劳动合同解除制度进行修订，协调劳动关系的稳定性与灵活性。完善调整集体劳动关系的相关法律法规。加强有关就业促进和社会保障领域的立法，从而满足供给侧改革对劳动法和社会保障法的要求。

【关键词】供给侧结构性改革，劳动立法，协调劳动关系

劳动力、土地、资本、创新，为供给侧改革的四大要素，其中，劳动力要素和创新要素都与劳动法治建设直接相关。自中央提出进行供给侧改革以来，《劳动合同法》及其它相关劳动法律法规的适用难题与立法完善就成为劳动法学界、经济学界以及社会各界关注的焦点问题。笔者认为，供给侧改革的推行，不仅影响到《劳动合同法》的修法，更重要的是整个劳动法治建设要与之相适应，本文仅就经济生活中最突出的问题，探讨应对之策，以做引玉之砖。

一、机遇：供给侧改革将推动劳动法治建设

法治建设涉及立法、司法、守法等方方面面，法是社会经济生活的反映，劳动法是调整劳动关系及与之有密切联系的其他社会关系的法律规范的总称。经济运行中供给侧结构性改革必将推动新一轮的劳动法治建设高潮。

（一）供给侧改革将有助于平衡各方在保护劳动者权益方面的权责配置

供给侧改革是相对于需求侧改革而言的，需求侧改革，强调是消费、投资、出口。从需求侧进行改革，主要是提高这三种购买力，例如通过出口退税促进商品出口，中央和地方政府发行国债和地方政府债券来投资，家电下乡，刺激农村

消费等等。仅从需求侧进行改革，其效果往往是短期的，很难形成经济的长期的持续发展机制，较少涉及人力资源市场的调整和产业结构的升级换代。在某些情况下，甚至会阻碍合理的人力资源市场的形成。例如为了促进出口，往往会不合理地压低劳动力成本，利用大量的农村剩余劳动力的红利。但是，其后果是出口的产品往往是低端低附加值的产品，不仅不能完成产业的升级转型，不能促进人力资源整体素质的提高，而且出口的产品往往还被欧美国家判定为倾销。

供给侧改革是从生产要素的角度来研究生产和供给，主要包括劳动力、土地、资本、技术等要素，现在环境环保问题突出，所以还应该加上环境资源要素。供给侧改革的核心是结构性调整，这种结构性调整是要理顺政府、企业（包括国有企业和民营企业，大中型企业和小微企业）、劳动者等主体在各种生产要素的关系，是政（政府）、资（雇主）、劳（劳动者）、社（社会）各方利益博弈中的动态平衡。这种平衡是在发挥市场在资源配置中的决定性作用同时，弥补市场调节的不足的过程中实现的。在上述生产要素中，由于资本追求利润的本性，市场调节的滞后性等，劳动力资源配置，环境资源的配置与保护很难完全通过市场达到合理有效的配置。对于环境资源的保护，我国在经济发展过程中，并没有避免先污染后治理的弯路，现在已达到了必须治理的后治理阶段，因此，供给侧改革必然要求转变经济发展方式，要求企业承担更多的环境保护的责任，社会各界对此并无争议。但是，对于劳动力要素，是否应当放任由劳资双方博弈，完全通过市场调节配置各方的权责，社会各界争论激烈。笔者认为，我国并没有建立切实有效的集体协商或集体谈判制度，资强劳弱是客观存在，加之市场调节的滞后性。如果不对劳动者进行倾斜保护，强调用人单位在人力资源投入方面的责任，强调政府社会政策的保底责任，改革中对劳动者造成损害将无法挽回，最终将损害经济的增长和社会的稳定。供给侧结构性改革将转变经济发展的模式，促使企业更加注重对人力资源的投入，从主要依靠农村剩余劳动力红利到主要依靠人力资源资本红利。劳动者也会更加注重自身素质的提高和职业发展的前景。政府在发展职业教育，促进就业，保障公平就业，反就业歧视等方面的责任将强化。在社会保障方面，将加重政府的责任，减轻企业的不合理的负担，例如有关社会保险的责任将合理配置，社会保险应当由国家立法加以规定，不能在劳动合同中约定，也不应当是劳动合同的必备条款。当前，本届政府已经着手降低用人单位社会保

险缴费比例，但做的还不够，尤其是政府在社保或其他相关领域对企业的历史欠账，不能将责任全推给企业，应当主要依靠政府相关经济和劳动政策的完善及加强政策之间的联动管理予以推动，不可能通过减损劳动者现有利益来帮助企业减负。

（二）现行劳动法与供给侧改革具有契合性

从我国劳动法治建设进程看，《劳动法》、《劳动合同法》以及其他相关的劳动法律法规与供给侧改革是具有契合性的。我国《劳动法》是在确立要建立社会主义市场经济体制的背景下出台，确立了劳动合同这一企业用人基本制度，推动了人力资源配置由行政计划配置转向市场配置，也对促进就业、劳动基准、社会保险等做了原则性规定。但由于《劳动法》规定过于原则，操作性不强，对于企业违法行为或规避法律的行为制裁不力。为了顺应社会经济发展的要求，为了强化对劳动者的保护，出台了《劳动合同法》，《劳动合同法》中有关保证劳动自由，对灵活用工的规范，无固定期限劳动合同主流化，稳定劳动关系，通过培训及服务期条款鼓励用人单位对人力资源的投入并限制了劳动者的流动。这些与目前正在进行的供给侧结构性改革的制度设计是相契合的。从《劳动合同法》实施八年的情况看，该法在促进劳动关系和谐稳定，提升劳动者的权利意识，促进企业人力资源的规范管理，促进企业守法等方面是很有成效的。《劳动合同法》和《劳动争议调解仲裁法》实施前后一段时间，我国曾出现过劳动争议井喷的现象，但这一情况已经发生变化，个别劳动争议趋势已经趋于平稳。广东摩金律师事务所对2014年、2015年中国裁判文书网的相关案件进行统计，制作了《广东省劳动争议案件大数据报告》³⁷⁰，表明2015年广东全省劳动争议增速平缓，仅略有上升。该作者认为，这一现象的原因是由于“随着企业作为用人单位在用工管理方面的进一步规范，未签署劳动合同等明显违法的类型的案件数量不断减少。”

（三）从中外经济发展历史看，供给侧改革的推进有赖于劳动法治保障

新中国建立以来，我国经历过数次供给侧改革。第一次应该是建国初期的社会主义改造，把私营的工商业变成国营企业，把农村私有的土地变成集体土地。1953年，国家又搞计划经济，农村粮食统购统销，把农业剩余都投入到重工业

³⁷⁰ 蔡思侓等 《2015年度热点劳动争议类型与裁判观点汇总——2015年而广东省劳动争议案件大数据报告》

中。高度集中到计划经济体制出现了国营企业官僚严重、生产效率低下，资源配置严重不合理，社会成员的多元化消费需求长期得不到满足。这表明供给侧出现了严重的问题。1978年开始的改革开放是又一次大规模的供给侧改革，把土地承包给农民，国有企业的管理自主权和市场化程度提高，逐步允许民营企业参与生产经营。1993年确定我国经济体制改革的目标是建立社会主义市场经济体制，并开始建立市场经济法律体系，1994年《劳动法》出台，表明从主要依靠行政手段和政策调整劳动关系，转变为用法律调整劳动关系，通过市场配置劳动力资源。

从1997年前后，我国进行了一轮较大规模的供给侧改革，国有企业转为民营，推行减员增效，大批工人下岗，教育产业化，医疗市场化。这次改革虽然提高了中国的市场化程度，但也出现了比较严重的内部人腐败、国有资产流失、下岗工人生活缺乏保障、教育医疗费用高涨等等。值得注意的是，这些《劳动法》虽然已经颁布实施，但并没有在这次改革中发挥应有的作用，相关措施主要是通过行政手段和政府的政策推行的，劳动者尤其是下岗工人的权益并没有得到充分保障，无论是中华全国总工会、还是行业工会、地方工会，以及企业工会均在这次大规模减员增效中集体“失声”。目前，这些下岗工人已经或即将退休，许多人的养老保险待遇存在问题，甚至有人到了法定退休年龄但退不了休的情形。不在劳动法治的保障下推行供给侧改革带来了诸多社会问题。正在进行的供给侧改革一定要避免重蹈覆辙，必须切实保障劳动者的基本权益，强化解雇保护，保障劳动者的参与权，必须在劳动法治的框架下推行供给侧改革。

凡是实行市场经济体制的国家或地区，都很重视劳动法治建设。以美国为例，美国历史上最大规模的一次供给侧改革是“罗斯福新政”，1929年—1932年，自由资本主义的无序竞争和过度投机导致了严重的经济危机，罗斯福新政的重要组成部分是关于劳动和社会保障领域的，开始建立社会保障体系、给贫困社会成员以基本的社会救济、禁止使用童工、制定八小时工作制、采取各种措施促进就业等等。这些改革奠定了现代资本主义制度的基本框架，也打下了现代美国劳动和社会保障法的基础，是一次成功的供给侧改革。这一新政还给人们这样的启示，越是经济运行困难时期越应该保护劳工权益。战后的美国，政府权力继续扩张，社会福利开支日益膨胀。到1981年里根当选总统后，由开始了新一轮的“供给

侧改革”，放宽了政府管制，促进了经济增长，但是在一些领域出现了过度市场化的问题，尤其是医疗保险体系的市场化，导致很多穷人买不起市场化的医疗保险看不起病，这说明医疗保险服务的“供给侧”出了大问题。2008年金融危机以后奥巴马总统上台，大力推动医疗体系的改革，这一领域的成就是奥巴马得以连任的重要原因之一。不久前，奥巴马总统总结联邦政府八年的成就时，首先提到的是降低了失业率，其次是医疗保险体系的改革法得以通过实施。由此可见，越是经济运行下行，越需要加强对劳动者基本权益的维护，越是劳动和社会保障法治发展的良机，中外概莫能外。

二、挑战：应对供给侧改革劳动法治建设必须克服的障碍

供给侧改革给劳动和社会保障法治建设提供了机遇，也带来了挑战，劳动法治建设必须应对改革的要求，克服以下障碍。

（一）对《劳动合同法》及其相关法律法规的认知偏差妨碍了劳动法的实施

《劳动合同法》在制定和实施的过程中一直伴随着激烈的争议，恰逢在经济运行态势下行的背景下，中央提出了供给侧结构性改革，使得在2016年全国两会及其前后，处于漩涡里《劳动合同法》再次被推向各方争论的焦点。在反对的声音中，尤其值得关注的是财政部长楼继伟三次公开批评《劳动合同法》，经济学家张五常教授所称的“新劳动法”，劳动法专家董保华教授总结了《劳动合同法》的“十大失衡”。这些反对的意见中虽然有合理的因素，但也有很多认知的偏差。比较普遍的认知偏差是《劳动合同法》僵化了劳动关系，增加了用人单位的成本，削弱了企业竞争力，解雇保护过度倾斜于劳动者，忽视了对用人单位的保护。个别劳动者“碰瓷式”的维权严重损害了用人单位的利益。《劳动合同法》对用人单位一刀切地配置法律责任，对劳动者一刀切地加以保护，不符合社会经济生活的实际，不利于中小企业尤其是微型企业的保护，对部分劳动者存在保护过度的问题。

笔者认为，应当辩证地看待企业成本上升的问题，如果企业不签书面合同或不依法签订无固定期限劳动合同，被索要了“二倍工资”，这是违法成本，企业守法就不会有此成本。就是违法成本，《劳动合同法》加诸于企业的也是有限的，最多只能要到11个月的“二倍工资”，并且受一年仲裁时效的限制，不适用劳动报酬的特殊仲裁时效规定。签书面合同是最基础的劳动管理工作，即使是

小微企业，只要用人就应当履行这一基本义务。如果取消这一规定，劳动关系就会极度混乱，不仅劳动者的利益得不到保护，企业也会深受其害。例如发生在2009年郑州的“张某开胸验肺事件”，不规范的劳动管理，使得张某职业病验证困难重重，劳动安全卫生权利和身体健康权等基本人权等不到保障。笔者曾参与海南省总工会举办的一次劳动法沙龙，讨论了这样一批案件，一批劳动者在上世纪九十年代开始在海南某矿业公司工作，2003年前后离开企业，现在这批工人被鉴定为尘肺病，欲向海南矿业公司主张权利，但没有书面劳动合同，矿业公司的投资者也几易其主，相关的人事管理资料均没有，使得这一批劳动者维权艰难。换个角度考察，在今天人口流动频繁的背景下，企业招收录用劳动者，如果不进行相应的考察，不签订书面合同，就使用劳动者，在劳动过程中如果发现职业病等，企业能证明与劳动者以前的从业经历相关吗？能追究其他责任者的责任吗？在我国《劳动法》中就已经规定了书面合同，但由于没有相应的罚则，使得书面合同签订率极低，有了“二倍工资”的罚则，使得书面劳动合同签订率上升。至于说有个别劳动者“碰瓷式”维权，首先必须指明《劳动合同法实施条例》在一定程度上已经堵住了立法的漏洞，其次这只是个别现象，而且这种做法也推动了用人单位规范劳动管理。我国《消费者权益保护法》的假一赔二的惩罚性规定并没有因为有“王海式打假”而取消，反而在新修改的《消费者权益保护法》加大了处罚力度，变成假一退一赔三。这值得劳动立法借鉴。

笔者赞同这一观点：供给侧结构性要求的去产能、降成本是宏观经济运行的要求，与《劳动合同法》以及其他任何劳动立法没有直接的关系。有学者的实证报告表明《劳动合同法》对用人单位用工成本的影响十分有限。规范执行《劳动合同法》将导致用工成本增加仅为3%-8%，仅相当于增加0.41%的总成本，仅相当于降低0.23%的利润。³⁷¹企业成本的增加主要是税负不合理，并且在社会保险方面国家的历史欠账太多，企业缴费比例太高。

（二）劳动力市场的灵活性和稳定性的协调是无法绕过的难题

劳动者与用人单位建立劳动关系的实质是在实现社会劳动的过程中，实现劳动者同生产资料的结合。在市场经济体制下，劳动关系要具备一定灵活性或流动性，才能实现人力资源的优化配置。同时，为了社会的稳定和经济的持续健康

³⁷¹ 周国良：《劳动合同法》影响用工成本实证测算 《中国劳动》2009年第7期第15页

发展，为了劳动者的职业安全感和职业规划，为了企业的长远发展，为了引导企业加大对劳动者的投入，又要求劳动关系具有稳定性。

劳动关系的灵活性和稳定性这一矛盾的协调是劳动关系调节制度必须解决的问题。制度设计的难点在于劳动合同的期限和解雇保护的立法中，如何确保劳动者的基本权益的基础上平衡各方利益诉求。在我国《劳动合同法》颁布实施以前，我国《劳动法》对固定期限劳动合同的适用毫无限制，并且固定期限劳动合同期满不再续签，用人单位不用支付经济补偿金。短期合同泛滥，一年一签劳动合同是常态，有的甚至一年数签劳动合同，用人单位往往以签订短期劳动合同代替了相关管理的，也不用制定规章制度，对于不愿留用的劳动者，只要到期不续签合同就可以将劳动者毫无成本的地赶走，对劳动者差不多可以“召之即来挥之即去”。劳动关系的流动性过大，且流动的主动权掌握在用人单位手上。这种流动性不仅损害劳动者的利益，使劳动者缺乏职业安全感和稳定性，而且也使得用人单位不愿意向劳动者的培训投入资本，事实上阻碍了产业的升级，也阻碍了相关产品品牌的树立和质量的提升，这与供给侧结构改革的要求是相违背的。《劳动合同法》颁布实施后，在期限和合同解除制度方面，扩大了无固定期限劳动合同订立的法定条件，尤其是对固定期限劳动合同的订立次数加以限制，加大了用人单位在订立无固定期限劳动合同方面的义务。在用人单位单方解除劳动合同的条件方面，《劳动合同法》基本上保留了《劳动法》的规定。《劳动合同法》在促进劳动关系的稳定方面的作用是显著的，但也因此被批评为僵化劳动关系，制度需要适当修正。

《劳动合同法》灵活性不足的另一表现是，除劳务派遣和非全日制用工外，其他的灵活就业方式不能涵盖，不能适应大众创业，万众创新的要求，也不能适应供给侧改革的要求。我国劳动法显然是想将大多数社会劳动形式都纳入法律调整的范围，但是对于什么是劳动关系都没有明确的法律规定，更没有认定劳动关系的明确规则。这使得灵活就业的劳动者得不到法律的认可和保护。

（三）劳动关系中管制与自治的平衡协调是供给侧改革的必然要求

平等协商一致是劳动合同订立的基本原则，然而我国《劳动合同法》中给个别劳动合同的协商和意思自治的空间狭小，大多数规制都由法律直接规定，通篇没有一处“当事人另有约定除外”的规定，充满了“父爱主义”或“家长制”

的关怀。虽然说在劳动关系的运行中存在“资强劳弱”的态势，大多数劳动者缺乏与用人单位相抗衡的资本，但既然采取合同的形式确立劳动关系，就应当为双方留下意思自治的空间。社会经济转型时期，我国劳动关系极为复杂，成文法固有不周延性、滞后性，不可能完全应对复杂多变的社会劳动现实。如果不给劳动关系双方留下充足的博弈空间，必然会留下管制过度，过于僵化的症结。例如，许多学者都提出应当对劳动者进行分层保护，这基本达成了共识。但是，劳动立法的难度在于如何分层？分层的标准是什么？在劳动者自己辞职方面，法律规定了提前 30 日书面通知的程序，但这不能各种类型的工作寻找替代劳动者的难度，有的可替代性高的流水线作业可能不需要 30 日，有的技术含量的岗位肯定不够，如果法律允许双方另做约定，劳动合同双方自然能根据情况做出合理的约定，自然解决劳动者分层的问题。再如，劳动报酬和劳动岗位都是劳动合同的必备条款，然而劳动合同的履行过程是复杂多变的，不可能事先做出详细的约定，用人单位作为劳动活动的组织者，应该有一些单方面调岗调薪的自主权利，劳动合同中可以约定用人单位单方面调岗调薪的规则、标准等，并不是所有情况都需要劳动合同双方协商一致才能变更。再如，对于用人单位出资培训的劳动者，可以约定服务期，但是法律直接规定了劳动者的违约金数额，事实上劳动者违反服务期离职对用人单位造成的损失，可能远远超过培训费，应当允许双方约定违约金数额，或者约定损失的计算方式。如果约定的违约金明显高于造成的损失，劳动争议仲裁机构和人民法院可以调整。这类劳动者应当具备与用人单位协商的能力，并不需要过度保护。

毫无疑问，通过集体协商集体谈判的方式签订集体合同，是协调劳动关系的最佳路径，更能实现社会劳动领域的劳资自治。但是我国目前在集体劳动关系方面的立法远落后于社会实践，全国性的立法也落后于地方立法。与其修订《劳动合同法》中有关个别劳动关系调整的法律规定，不如抓紧制定有关集体劳动关系的立法。在推进供给侧结构性改革的背景下，这更是紧迫的任务。

（四）供给侧改革要求克服劳动法和社会保障法领域的短板

首先，供给侧结构性改革要推行人力资本战略，促使劳动力结构性优化。本世纪以来，我国沿海地区出现用工荒，主要体现为中等专业技术工人紧缺，但普工数量过多的矛盾现象。这是典型的劳动力供需的结构性矛盾。其根本原因是长

期以来基于廉价劳动力战略的粗放式经济发展方式。供给侧改革必须正视劳动力的结构性优化问题，由低成本的、数量优势的人力资源战略转变为高技术的、结构优化的人力资本战略。我国现有劳动立法及政策体系中，虽然也有职业教育和培训方面的规定，但实践中基本处于“冷冻”状态。相关促进就业，职业教育方面的立法是我国劳动法的短板之一。在《劳动合同法》中虽然有关于职业培训及服务期的条款规定，但是，违约金仅为尚未履行服务期应当分摊的培训费，不能涵盖用人单位的其他损失，对于培训后的劳动者辞职也没有特殊的程序规定。对于用人单位引进技术人才，提供了特别待遇，也不能约定违约金。这些都不利于用人单位加大职业培训的力度，加大对人力资源的投入。

其次，供给侧改革对劳动关系及劳动立法最明显的影响莫过于“去产能”目标的实现与企业裁员和职工安置问题。“去产能”意味着清理传统制造业的过剩产能，提高有效供给。按照现行劳动法律制度安排，这一过程必然涉及大规模职工的裁减和安置，涉及大量集体及团体劳动争议。相对于与《劳动合同法》对个别劳动关系的调整力度而言，我国对集体劳动关系的调整相对滞后，劳动者的“劳工三权”尚不能完全得到保障，这是我国劳动法的又一短板。在供给侧改革背景下，“去产能”追求的是通过各种市场化的方法清除剩余产能、优化产品结构和质量，并通过并购、重组及转岗、培训、再就业等方式实现职工的合理安置和人力资源的优化配置。“去产能”至少是不提倡“裁员”，其目标显然是“不减员而增效”。要实现这一目标，必然要充分发挥集体协商、集体谈判的作用，构建有效的集体劳动关系的调节机制。相对于个别劳动关系的调整来讲，集体劳动关系的法律调整才是我国劳动法亟待解决的问题。

最后，供给侧改革要求降成本，对于成本不能仅局限于劳动者与企业之间的利益分配，更应该看到，劳动关系领域的问题大多与劳、资、政三方利益博弈相关，企业的成本过高在很大程度上与高税收、政府在社会保险以及其他相关领域对企业的历史欠账有关。推进供给侧结构性改革，更加强调政府在保障民生方面的托底责任，强调在社会保障领域的政府法定职责。目前，我国的社会保障法治建设严重滞后于社会经济发展，是整个社会法领域的短板，供给侧结构性改革将加快我国社会保险法的修订，推进这方面的法治建设。

三、对策：强化劳动法治建设的若干建议

供给侧结构性改革是转变经济发展模式的系统工程，与之相应的劳动法治建设也是系统工程，仅修改《劳动合同法》是无法适应社会经济发展的要求。

（一）引导社会公众对劳动法的正确认知，促进劳动法的实施

目前由供给侧改革引发的新一轮对劳动法的空前讨论还是集中在《劳动合同法》，许多观点是《劳动合同法》制定时就已经存在的，一些认识的偏差一直存在。笔者认为，首先，《劳动合同法》的基本理念和基本规则是符合劳动法的本质和应有的定位，并不存在严重失衡的问题。劳动领域的立法不存在“劳善资恶”的假设，但“劳弱资强”是客观存在。在这情况下，必须坚持从《劳动法》就开始的一些基本规则，劳动合同应当书面形式，即使是小微企业也应采取书面形式，这是社会劳动关系规范化的基础。签订无固定期限劳动合同在一定情况下也应该成为用人单位的义务，尤其是劳动者在同一用人单位工作了十年的，除非劳动者要签订固定期限劳动合同，否则就应当是无固定期限劳动合同。解雇保护在供给侧改革中更应当坚持，劳动立法应当引导用人单位少裁员不裁员。其次，《劳动合同法》有成文法固有的不周延性和滞后性，很多条款的操作性还有待增强，很多条款还具有弹性。大规模或彻底修改《劳动合同法》的条件并不成熟，但是很多省、直辖市的司法机关（主要是高级人民法院单独或高级人民法院联合劳动争议仲裁机构）出台了一些指导性意见，这些指导性意见既增强了相关劳动立法的可操作性，也根据各地社会劳动领域的实际情况，利用了《劳动合同法》等劳动法律法规条款的弹性，对《劳动合同法》及其他相关劳动法律法规的实施起到了一定作用。但这些指导性意见不属于法律渊源，不能直接作为裁判依据。当前，可以通过最高人民法院司法解释将其中的一些规范上升为裁判依据，这在一定程度上相当于在现行《劳动合同法》的框架内，做了一些技术性修改。再次，在劳动法的实施过程中，除加强劳动法的宣传外，还需要拓宽法律援助的范围，增加法律援助的模式。不仅要为农民工等提供法律援助，对一些小微企业，也可以提供法律援助，劳动保障部门可以为小微企业提供一些劳动合同范本，帮助其订立劳动合同，帮助其规范化管理。需要指出的是，制定规章制度是用人单位的义务，同时也是用人单位自主用人权的体现，固然可以取消对劳动者20人（20人是经济性裁员适用的起点）以下的小微企业制定书面规章制度的义务，但没有书面规章制度，小微企业就无法证明劳动者严重违反了规章制度，无法辞退违纪

的员工。因此，更好的做法是引导小微企业制定规章制度，行业协会在这方面也可以有所作为。最后，严格执行现行法律规定。在《劳动合同法》及其他相关法律法规修订之前，还是要严格执行现行法律规定，加强劳动监察。在经济下行，推行供给侧改革时更应该保护劳动者合法权益，避免社会动荡。

（二）在稳定的基础上增强劳动关系的灵活性

由于社会经济生活的复杂多变，如何增强劳动关系的灵活性，在世界范围的雇佣关系都是一个难题。推行供给侧改革，就要探寻是两种利益诉求的协调路径。

1.要对劳动合同的期限进行修正。为了避用人单位只使用劳动者的“黄金劳动年龄”。在同一用人单位，连续工作十年的应该签订无固定期限劳动合同。《劳动合同法》第14条第1款应当保留，并且应该避免用人单位在不同的关联企业调配劳动者、不断变更企业、诱导劳动者暂时中断在岗等各种手法规避无固定期限劳动合同签订的义务。第14条第2款的情形，能为第1款所涵盖，并且没有必要对国有企业的劳动者给予特殊保护，因此应当取消。第3款虽然是针对劳动合同短期化的现象，但是无法适应社会劳动的复杂多样性，因此应当修正。立法应当明确第三次续订时为无固定期限劳动合同的前提是双方同意续延劳动合同，也就是明确用人单位在第二次固定期限劳动合同期满时有终止合同的权利。同时必须坚持劳动合同期满终止用人单位应当支付经济补偿金，避免用人单位为了规避经济补偿金而签订短期合同。当然，将来修法时可以考虑增加固定期限劳动合同的签订次数，但是对第三次固定期限劳动合同签订可以考虑规定最长期限，例如三年。而用人单位投入资金对劳动者进行技术培训后，约定的服务期则不在期限限制内，从而鼓励用人单位对劳动者进行职业培训。此外，对于应当签订无固定期限劳动合同而没有签订的二倍工资处罚，不应当太重，立法应当明确规定二倍工资支付的最长期限，例如十一个月。劳动立法平衡劳动者和用人单位的利益。

2.修正劳动合同的单方解除条件。首先，在劳动者辞职方面，改变我国目前对所有期限的劳动合同都设置相同的辞职程序的做法，允许劳动者和用人单位协商确定劳动者单方辞职的程序，包括需要提前告知的时间，告知的方式，法律只规定最长期限。当然劳动自由必须得到保障，劳动合同只能约定辞职程序限制，

不能剥夺劳动者的辞职权，也不能对没有培训的劳动者要求违约金。对于用人单位支付了特殊代价或者提供了特殊待遇的劳动者，笔者认为可以约定服务期及违约金或者可以约定赔偿损失的计算方法。其次，对于用人单位单方解除劳动合同的条件要适当放宽。对于劳动者不能胜任工作的，用人单位可以支付经济补偿金，解除劳动合同，不需要一定培训或调整工作岗位。对于医疗期满后不能从事原工作的劳动者，用人单位可以支付经济补偿金后解除劳动合同，因为对劳动者的治疗应当由相应的医疗保险承担。最后，在劳动者推定解雇方面，用人单位如果没有按劳动合同约定支付劳动报酬，提供劳动条件等情况，劳动者应当催告用人单位，或者向有关部门投诉，经有关部门处理，才可以推定用人单位解雇了劳动者。避免劳动者本来是自身的原因解除劳动合同，但却寻找用人单位的细小过错，例如仅是推迟了几天支付劳动报酬等，要求用人单位支付经济补偿金。

3.通过刚柔相济的劳动立法适应灵活就业的要求。社会经济的发展出现了多种就业模式，一方面，劳动立法必须明确劳动合同用工仍然是我国企业用工的基本形式，现行立法关于劳务派遣、非全日制用工的一些限制必须坚持，否则灵活用工很容易成为企业规避法定义务的路径。另一方面，对于在经济生活中新出现的如独立承包、业务外包、分包等各种灵活就业模式，要根据不同模式的特点确定法律调整的方式。如果独立性很强的，不具有劳动关系从属性特点的，或者是家庭劳动模式的，可以暂不纳入劳动法的调整范围，有民商法调整。“刚”要求无论何种就业模式，劳动者的职业安全必须得到保障，劳动报酬权必须得到特别保护。用人单位必须为所有的员工购买工伤保险，提供符合法定基准的劳动条件。“柔”则表明对于灵活就业的劳动时间、劳动报酬的计算支付方式、养老保险承担等可以做灵活的安排。劳动者甚至可以和数个用人单位分别签订 1/2、1/3、1/4 等形式的劳动合同，对各方的权利义务作出灵活的约定。

（三）增大劳动关系中意思自治的空间，协调管制与自治关系

1.完善我国调整集体劳动关系的法律规定。与个别劳动关系的法律调整相比较，我国调整集体劳动关系的法律规范严重滞后。劳动立法的当务之急不是修订《劳动合同法》规范个别劳动关系的各项规则，而是必须加快有关集体协商谈判和集体合同的立法。在集体劳动关系中，只要相关规则健全，劳方完全有力量与资方抗衡，劳动关系中的自治将得到充分的保障。要避免目前完全由政府推动的

集体合同订立中的形式主义现象，克服政府的错位和越位弊端，摒弃政府的“家长主义”或“父爱主义”，保障劳动者的团结权、签约权和劳动争议权，同时也要保障企业的权益。我国劳动法调整的重点必须及时从个别劳动关系转向集体劳动关系，否则在供给侧改革的“去产能”、“降成本”等都涉及集体劳动关系的稳定和集体劳动条件，仅对《劳动合同法》调整个别劳动关系规则的修改将无济于事，根本不能适应社会经济发展现实的要求。近年来，集体劳动关系领域内的社会实践已经为集体合同立法打下了基础，全国也有 27 个省市先后制定实施了地方性《集体合同条例》，进行全国性立法的条件已经基本成熟。

2.对《劳动合同法》调整个别劳动关系的规则进行修正，为劳动者和用人单位的意思自治留下必要的空间。既然采取劳动合同的形式调整劳动用工关系，就应当在制定基本规则时，有一些条款允许“当事人另有约定除外。”例如，劳动者单方辞职的程序规则，应当允许当事人另行约定程序，尤其是劳动者提前通知的期限。对于劳动者违反程序辞职甚至是擅自跳槽的，应当赔偿用人单位的损失，应当允许双方约定损失的计算方法。对于用人单位培训劳动者的服务期，违约金可以让双方约定，或者双方约定损失的计算方法。

（四）完善我国促进就业及社会保障方面的法律

1.完善我国促进就业的法律规范。供给侧改革背景下，劳动立法将侧重于对劳动力的培育和开发，以及职业教育、职业培训等方面的制度创设，逐渐摒弃数量型劳动密集型发展模式，而越来越多地走质量型、技术密集型发展模式，从而优化劳动力供给结构，实施人力资本战略。具体而言，相关劳动立法及政策体系将会形成从企业、学校和培训机构到社会，从就业、失业到再就业等网格化的职业教育培训体系。此外，在人力资源市场化配置的情况下，各种就业歧视严重损害劳动者的基本权益，我国《就业促进法》虽然有相关规定，但是实施的效果欠佳，许多规定的操作性也不强。在供给侧改革背景下，必须遏制各类就业歧视，目前尤其要消除对异地就业者的歧视，要促使农民工的市民化。

2.完善我国社会保障领域的立法。由于我国社会保障领域立法的滞后，使得《劳动合同法》规定“社会保险”为劳动合同的必备条款，事实上，社会保险是强制性保险，劳资双方是无法也无需做出约定的。此外，由于社保条款的强制性，目前我国劳动争议案件是由人民法院的民庭按民事诉讼程序办理的，对有关社保

争议，法院民庭往往不予处理。应当将社保条款从《劳动合同法》中删去，加强社会保险方面的立法，例如制定全国性《养老保险条例》，《医疗保险条例》等，相关社会保险立法要注重政府的责任。住房的社会保障也是社会保障的重要内容之一，在目前房价过高的情形下，包括劳动者在内的社会成员的基本住房权必须得到保障，制定《基本住房保障法》也是供给侧改革的要求。此外，供给侧改革中，劳动关系领域会出现较多的失业等现象，应当完善《失业保险条例》。为了适应大众创业、万众创新的新情况，社会保障领域尤其是社会保险领域的立法一定要考虑灵活就业人员的权益，做出合理的制度安排。

【参考文献】

1. 王全兴：“经济新常态形成中核心劳动关系构建的思考”，载于《中国人力资源社会保障》2015年第8期
2. 常凯：“越是经济下行越是要保障劳工利益”，载于《民主与法制时报》2016年3月26日
3. 董保华：“《劳动合同法》修改中的观念调整与制度更新”，载于微信公众号“天则经济研究所”，登录时间2016年6月10日
4. 董保华：“《劳动合同法》的十大失衡与修法建议”，载于《探索与争鸣》2016年第3期
5. 王江松：“对董保华教授《劳动合同法》修改报告的评议”，载于微信公众号“子非鱼说劳动法”登录时间2016年6月11日

中国劳动市场法制的历史演进与反思³⁷²

薛长礼³⁷³

【摘要】中国的劳动市场法制经历了“管制型”、“双轨制”“市场导向”三个形态的制度选择，遵循渐进式转型的路径，形成以《就业促进法》为核心，就业服务权为指归的法制建设格局。在经济新常态与经济全球化的双重结构中，中国劳动市场法制面临就业歧视、劳务派遣、法律责任虚置等现实问题，亟需从四个方面展开体系化的构建完善：就业促进法、就业服务法、职业培训法和失业保险法，使劳动者的劳动权获得法治化保障。

【关键词】 劳动市场法制 劳动权 就业促进

在经济全球化日益加深与经济新常态的双重结构中，中国的劳动就业问题呈现出更为复杂的形态和面相。就宏观而言，主要问题呈现出三个平衡的特点：一是如何平衡经济发展与扩大就业的良性互动；二是如何平衡市场导向就业机制下就业数量与就业质量之关系；三是如何平衡全面推进依法治国的背景下就业工作法治化与就业政策灵活性的有效选择。就劳动者而言，同样面临三个问题：首先关涉的是宪法基本权利——劳动权的实现与保障，进而延伸至劳动者的其他权利实现与保障；其次关涉的是个别劳动关系运行的状态和谐与否以及集体劳动权益的保障；再次关涉的是就业方式灵活性与就业安全性问题。基于这样的问题判断，反观中国的劳动法律体系和制度实践，不难发现，近年来围绕《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》，下文中关于中国法律的引用，除非特别注明，均省略了“中华人民共和国”，不再一一说明）制定、实施、修订完善等展开的讨论与争议，集中表达了个别劳动关系领域的就业问题，同时展开的集

³⁷²本文为国家社科基金项目《我国劳动就业公共服务法治保障体系研究》（项目编号 13BFX140）、北京市社科基金项目《北京市和谐劳动关系协调机制构建与劳动权保护研究》（项目编号 15FXB026）的阶段性研究成果，系《中国劳动市场法制的演进与体系化建构》的一部分。

³⁷³薛长礼，男，法学博士，北京化工大学文法学院教授、法律系主任、硕士研究生导师，中国社会法学会研究会理事，北京市劳动和社会保障法学会理事，主要研究方向为社会法、法理学。

体劳动关系转型之争、集体劳动关系协调机制构建等问题³⁷⁴，集中表达的是集体劳动关系领域的就业问题，而以《就业促进法》为标志的劳动市场法制集中表达的是社会劳动关系领域的就业问题。需要强调指出的是，理论界与实务界关于劳动市场法的讨论与关注程度远远不及个别劳动法与集体劳动法，这一现象一方面折射了劳动市场法制政府责任为主的规范特质与个别劳动法、集体劳动法雇主责任为主的规范特质之不同，另一方面也凸显了我国劳动市场法制研究的滞后与薄弱，与当下中国劳动就业问题的劳动市场法治化治理相脱节。立基于此，本文的主旨在于检讨中国劳动市场法制的历史与现状，分析劳动市场法制的演进特征与制度路径，结合当下中国的经济社会结构和劳动法治建设，反思劳动市场法制改进与完善之可能。

为了更好地探讨全球结构中的中国劳动市场法制问题，实有必要采取“长时段”的视角回溯性地考察中国劳动市场法制的历史，明确我们是在一个什么样的脉络中形成当下劳动市场法制现状。历史性的考察和检讨有助于我们进一步揭示中国劳动市场法制遭遇全球结构和经济新常态所面临的问题与趋势。鉴于劳动市场法制在不同时期可能以不同的法律、政策面貌出现，而其主旨在于采取就业促进措施促进劳动者劳动权的实现，以“劳动权”为关键词展开讨论与研究是一个可行的方法论策略。

一、1949 年之前劳动市场法制检视

历史实践表明，劳动市场法是市场经济的产物。尽管中国市场经济的发育起步较晚，仍然孕育了劳动市场法制生成的历史背景和社会背景。辛亥革命后，国内政局动荡，战事不断，为劳动权的保障带来不利影响。从法律层面考量，辛亥革命至 1949 年的劳动权立法保障经历了多部法律的多角度规范之后，终于在 1946 年以宪法权利的形式予以明确。1913 年 10 月 31 日的《天坛宪法草案》第八条规定：“中华民国人民有选择住居及职业之自由，非依法律不受限制。”这一草案将选择住居之自由与职业选择自由并列，宣示了劳动权之自由权性质的认知，表达了自由迁徙流动是劳动市场法制的必要要素。1914 年 5 月 1 日的《中华民国约法》第五条第三款规定：“人民于法律范围内，有保有财产及营业之自

³⁷⁴参见常凯：《劳动关系的集体化转型与政府劳工政策的完善》，《中国社会科学》2013 年第 6 期，第 91-108 页；游正林：《对中国劳动关系的另一种解读——与常凯教授商榷》，《中国社会科学》2014 年第 3 期，第 165-168 页。

由。”可以看出，此时的立法思想认为财产权与营业自由权是性质相同、同等重要的权利，所谓营业自由，亦是一种通过市场实现自由就业的有效途径。1923年10月10日的《中华民国宪法》第九条规定：“中华民国人民有选择住居及职业之自由，非依法律不受限制。”此处沿袭了《天坛宪法草案》的主张，依然将选择住居之自由与职业选择自由并列规定。1930年10月27日国民党第二届中央扩大会议通过的《太原扩大会议约法草案》第三十八条规定：“人民有选择居住及职业之自由，非违背公共利益及良善风俗不得干涉。”这一草案的劳动权宗旨是选择住居之自由与职业选择自由可以并列。1931年6月1日《中华民国训政时期约法》在“国计民生”一章中，规定要“开发农田水利”、“奖励农村合作事业”、“改良劳工生活状况”等，第三十七条规定：“人民得自由选择职业及营业，但有妨害公共利益者，国家得以法律限制或禁止之。”这一约法的一个显著变化是将职业选择自由与营业自由权并列，改变了此前劳动权内涵是二择其一的立法例。1946年12月25日通过的《中华民国宪法》以根本法的形式第一次正式规定“人民之生存权、工作权及财产权，应予保障”、“人民具有工作能力者，国家应予以适当之工作机会”等内容，劳动权作为宪法性权利得到明确。这一时期劳动权立法之于劳动市场法制的意义主要有二：一是劳动者迁徙自由，劳动力可以不受限制地在全国范围自由流动，是构建劳动力市场的基本前提，也是劳动市场法制的宪法渊源。二是职业自由和营业自由，开辟了劳动力市场上劳动者单位就业与自雇就业等就业方式的灵活性和制度保障，为劳动市场法制的定位确立基础。

中国共产党成立之初的主要活动之一是领导工人运动，争取和实现劳动者的劳动权。早在1922年，中国共产党第二次代表大会决定在全国发起劳动立法运动，中国劳动组合书记部拟定了《劳动立法原则》和《劳动法案大纲》，提出了包括保障劳动者集会、结社、罢工、休息权利等的原则。1925年中国共产党发起召开第二次全国劳动大会，进一步提出保障劳动人民政治、经济、文化和社会权利的主张和要求。此后，在土地革命时期、抗日战争时期和解放战争时期，中国共产党都制定过相应的劳动立法，对有关劳动权做出规定。其中最为著名的是1931年的《中华苏维埃共和国劳动法》，涉及休息权、报酬权、劳动保护权、参加工会权、社会保险权、劳资纠纷权及集体合同、劳动合同、保护女工青工童

工等内容。1933年的《中华苏维埃共和国十大施政纲领》规定：“改善中国工人生活，实行八小时工作制，青工工作六小时，十四岁到十六岁者工作四小时，禁止十四岁以下的童工工作，改善女工待遇，增加工资，施行失业救济与社会保险等。”³⁷⁵1930年6月全国苏维埃区域代表大会通过了《劳动保护法》和《劳动保护法解释书》。《劳动保护法》共分8章，42条，规定了工作时间、休息时间、工资、女工及未成年人、保障与抚恤、工会、社会保险、劳动保护监察事项等方面的劳动权。³⁷⁶可以看出，这一时期中国共产党关于劳动市场法制的认识主要限于失业救济等方面，没有提出更广范围的劳动市场立法，与时处的经济社会环境有密切关系。

需要指出的是，由于战事频繁，政局不稳，社会经济发展水平不高，这一时期的劳动市场法制只能说是处于探索阶段，劳动权在现实生活中的实现和保障远未达到法律规定的目标，主要表现即是中华民国时期的劳动法律体系建设，以《工厂法》、《工会法》、《劳动争议处理法》等为代表，缺失劳动市场法制方面的立法。在这样的背景之下，人们所享有和实现的劳动市场法制权利更为有限，距离社会对劳动市场法制的要求相差甚远。这是由特定历史条件决定的劳动市场法制。同样需要说明的是，伴随劳动权的实践，知识界展开了关于劳动权的基本研究。史尚宽、张知本、钱端升等学者都对劳动权的研究做出努力，为我们贡献了中国的劳动权知识传统。史尚宽先生所著《劳动法原论》虽然没有更多涉及劳动市场法的理论探讨，但提出劳动法的研究对象包括“附随劳动关系”，拓宽了劳动法的理论视野。此外，值得一提的是20年代末30年代初的人权运动。人权运动的主要倡导者之一罗隆基对劳动权给予了关注。他在《论人权》一文中提出“在中国现状之下所缺乏的做人的必要的条件”，即“目前所必争的人权”之一是“国民有劳动权，国家有供给人民劳动机会的责任。国民失业是国家失职的证据，是国家在人权上没有负担责任的证据”。³⁷⁷这些论者的劳动权知识成果，虽然没有形成系统的研究，但显然是立足于特定时空的中国所获致的，不仅具有其理论意义，

³⁷⁵董云虎、刘武萍编著：《世界人权公约法总览》（续编），四川人民出版社1993年版，第790页。

³⁷⁶董云虎、刘武萍编著：《世界人权公约法总览》（续编），四川人民出版社1993年版，第839-846页。

³⁷⁷转引自葛明珍：《中国历史上的人权派及其理论》，载于夏勇：《公法》。（第1卷），法律出版社1999年版，第431页。

对于中国的就业促进问题,乃至劳动市场法制的实践与制度演进亦有其重要意义。

二、新中国劳动市场法制建设的形态与变迁

新中国建国后,受诸多因素影响,中国长期处于封闭状态,处于“虽在世界之中却在世界结构之外”的状态³⁷⁸。从建国初期起相当长时间里受苏联影响,中国实行的是计划经济下的劳动权模式,劳动市场逐渐消失,法制建设无从谈起。经由 20 世纪 80 年代以降的结构性改革,中国的劳动权的实践与理论都发生极大变化,取得了全新的进展,在发展劳动法律体系过程之中,劳动市场法制建设日趋发展。

1. 劳动力市场的消失与管制型劳动力介绍政策的构建

新中国成立至改革开放的三十年间,我国的劳动就业政策逐渐形成了计划经济体制下的安置就业模式,无论是 3 年国民经济过渡时期安置历史遗留失业人员,还是此后采取的统包统配,统一招收、统一调配制度,均是政府主导的就业政策。因此,依凭劳动市场法制的理念评价这一时期的就业政策,至少呈现以下特征:

一是劳动力市场的消失与政府的主导机制的初步形成。新中国成立面临的就业问题异常严峻,由于长期内战,经济衰退,国民经济走向崩溃,民族工商业大量倒闭。1948 年初,天津工厂倒闭 70%至 80%;广东 400 余家工厂只剩不足 100 家;上海大量工厂倒闭,剩下的 3000 余家工厂的开工率仅及平时的 20%。1949 年全国解放时,中国失业人口达到 474.2 万人,相当于当时职工数的 60%。³⁷⁹面对这一情况,我国采取的基本政策是通过统一介绍等政策,稳定就业秩序,解决旧中国遗留下来的失业问题。中央政府明确在各级劳动局设立劳动介绍所,帮助失业工人办理失业登记和就业介绍,政务院《关于救济失业工人的指示》规定“招雇新工人和职员时,由当地劳动部门设立劳动介绍所统一介绍。”劳动部颁布了《失业技术员工登记介绍办法》,细化了劳动介绍所统一介绍、备案制度。1952 年政务院颁布《关于劳动就业问题的决定》,在统一介绍的基础上,实行劳动力就业统一调配制度。具体做法是:国营、私营企业需要雇佣人员,预先提出用人

³⁷⁸邓正来:《全球化时代与中国法学——“主体性中国”的建构理路》,《学习与探索》2006 年第 1 期,第 43 页。

³⁷⁹参见:《中国的人权状况》, http://news.xinhuanet.com/ziliao/2003-01/20/content_697545.htm, 访问日期 2015-12-8

单位要求和待遇,由劳动部门审查,并由劳动局所属的劳动力调配机构统一介绍,在指定的失业人员中选择;未经批准,不得自由招雇。同时规定了禁止性雇佣范围,不得雇佣在职技术人员,不得到外地或者乡村招雇,严格制止从农村招工。虽然 1957 年国家劳动部提出实行“统筹兼顾,适当安排”,推行劳动合同制,允许辞退员工和员工辞职,但这一政策没有得到有效实施,至此我国一般意义上的劳动市场逐渐消失,形成了政府主导的管制型劳动力统一介绍、统一招收制度。

二是劳动力城乡分割与统包统配:管制型劳动政策的极致。1955 年,政务院颁布《市镇粮食定量供应暂行办法》,实行城市居民粮食供给与计划消费制度,1958 年的《户口登记条例》规定:“公民由农村迁往城市,必须持有城市劳动部门的录用证明、学校录取证明或者城市户口登记机关准予迁入证明,并向常住地户口登记机关申请办理迁出手续。”基于粮食供应城乡分割、户籍城乡分割而形成的城乡二元就业结构获得制度保障,农村居民就业被排斥在城市之外。国家形成了更为严格的劳动就业政策:统包统配就业政策。所谓统包统配是指企业招收工人、技工学校招收学生,必须由劳动部门统一安排,企业劳动力多余和缺少需要平衡调剂的,主要由主管部门在系统内负责调剂解决。这一时期没有职业介绍机构,统包统配的计划调控机制成为管制型劳动政策的极致。

2.劳动力市场的回归与双轨制劳动市场法制的形成

自 1978 年启动改革开放至 1993 年,是我国逐渐形成社会主义有计划商品经济体制,并向社会主义市场经济体制过渡时期,也是就业领域体制内计划调控与体制外市场调节并存的“双轨制”劳动市场法制阶段。1980 年中共中央转发的全国劳动就业工作会议《进一步做好城镇劳动就业工作》提出“在国家统筹规划和指导下,劳动部门介绍就业,自愿组织起来就业和自谋职业相结合”的“三结合”就业方针,宣示了长期实行的计划经济促进就业方式出现转变,市场促进就业的作用有限地回归——自愿组织就业、自谋职业成为重要的就业渠道。其间劳动服务公司作为安置待业人员为主,进行生产自救的集体所有制经济组织,扮演了劳动市场法制中的重要角色。1986 年国务院《国营企业实行劳动合同制暂行规定》废止了长期实行的固定工制度,但依然遗留了双轨制的部分制度,诸如劳动合同制并非全员实行。由政府主办的作为劳动力中介组织的劳务市场,在培育中产生和发展,为劳动者就业提供中介服务。需要说明的是,这一时期的劳务市

场处于政府的“垄断”之下，尚没有出现盈利性的劳动服务中介组织。80年代末90年代初，大批农村富余劳动力无序流入城市，形成就业“民工潮”，1990年国务院颁发《关于做好劳动就业工作的通知》，提出合理控制农业富余劳动力转移和农村就地转移就业政策。

这一时期劳动市场法制的双轨制特征十分明显。在体制之外，中国的劳动力市场开始自发萌芽，“民工潮”、“熟人介绍”与政府主办劳务市场的出现，农村富余劳动力的流动发挥了积极的就业效应：经济发展持续增长，就业供需动态平衡，城镇登记失业率得到控制等等。在体制之内，计划经济体制下的用工制度、工资制度开始向市场机制转变，但其制度转型阻力重重，甚至无法实现真正的制度转型，尤以国有企业的用工制度改变之难为甚。政府依然控制国有企业的用人自主权，国有企业的劳动合同工只具有形式上的意义，企业不能自主决定辞退内部冗员，劳动力市场没有在体制内发挥应有作用。

3.市场导向就业机制与劳动市场法制建构

20世纪90年代以来，是中国大规模立法时期。围绕保障劳动权，中国劳动市场法制由单一立法逐渐走向相对完备的体系。中国宪法第42条规定：“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。国家通过各种途径，创造劳动就业条件，加强劳动保护，改善劳动条件，并在发展生产的基础上，提高劳动报酬和福利待遇。”1995年施行的《劳动法》，以部门法典的形式明确了组织劳动的劳动权内容，规定劳动者依法享有平等就业权和择业权、获得劳动报酬权、休息休假权、获得劳动安全卫生权、职业技能培训权、社会保险和福利权、提请劳动争议处理权、组织和参加工会权、参与民主管理权等。90年代后期我国经济社会改革中出现的下岗人员引发一个过渡性的劳动力市场措施——再就业服务中心，同时失业问题的显性化、市场化对劳动市场法制提出了更多元的结构性要求，保障劳动权实现的就业政策原则“劳动者自主择业，市场调节就业，政府促进就业”应运而生，实是市场经济体制对权利实现的法治要求。值得特别指出的是90年代末期中国的两项劳动市场法制措施取得了明显的政策效果：一是实施积极的就业政策，主要包括发展经济，调整结构，促进充分就业，平等就业；完善公共就业服务体系，培育发展劳动力市场；促进下岗失业人员再就业；完善社会保障体系，维护和谐劳动关系等；二是《失业保险条例》为失业人员与再就业提供了制度支撑。

2008年施行的《劳动合同法》、《就业促进法》，使中国劳动市场法制实现了实质性的法治进步，《劳动合同法》规范的劳务派遣、非全日制等用工制度，实是中国劳动市场灵活性的制度表达，而《就业促进法》是中国劳动市场法制的标志性、基础性法律，构建了劳动市场法的基本框架。在加强国内立法的同时，我国也遵循相关国际劳工标准，把国际劳工标准融入国内劳动立法和劳动政策中。查阅国际劳工组织网站，截止2016年2月，中国共批准26项国际劳工公约，其中4项核心劳工公约，即第100号、第111号、第138号和第182号公约。³⁸⁰这些国际劳工公约是我国劳动权保障的法律渊源，我国在批准的同时就承担起了相应义务，需要采取有效措施加以实施。2001年2月28日全国人大批准加入的《经济、社会和文化权利国际公约》规定了劳动市场法制的内容，“各国为充分实现劳动权利而采取的步骤应包括技术的和职业的指导和训练，以及在保障个人基本政治和经济自由的条件下达到稳定的经济、社会和文化的发展和充分的生产就业的计划、政策和技术。”作为缔约国，中国承担该公约所确立的责任，履行相应义务。综合言之，中国已经逐渐形成了以《宪法》为基石，以《劳动法》、《就业促进法》为核心，辅以《劳动合同法》、《社会保险法》、《职业教育法》等法律法规和《男女工人同工同酬公约》、《就业政策公约》、《最低就业年龄公约》、《禁止和立即行动消除最恶劣形式的童工劳动公约》等国际公约、国际劳工公约为补充的相对完善的劳动市场法制体系初步框架。

三、中国劳动市场法制历史演进的反思

在中国已经确立社会主义市场经济体制，经济运行步入新常态，社会主义法律体系基本形成，全面推进依法治国成为治国基本方略的背景下，梳理中国劳动市场法制历史演进的路径，反思劳动市场法制的现状与问题，对于构建中国劳动就业公共服务法治保障体系，解决市场经济中出现的失业与就业问题，乃至就业歧视、就业促进法律责任虚置等现实问题，具有重要意义，也是劳动者的劳动权获得法治化保障的时代需要。中国劳动市场法制历史演进之考察至少开放出以下理论和实践问题：

³⁸⁰参见

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:103404，访问日期2016-02-19。

第一，什么是中国劳动市场法制。劳动法自产生以来，随着市场经济的发达，逐渐形成以个别劳动关系为调整范围的个别劳动法和以集体劳动关系为调整范围的集体劳动法。日本学者马渡淳一郎认为，在市场经济诸国发展起来的劳动法的领域，被区分为以个别劳动合同关系为对象的“个别的劳动法”和以工会与使用者（或者使用者团体）的关系为对象的“集团的劳动法”除此两个领域之外，还可以区分出以职业介绍、劳动者供给（劳动者派遣）、职业训练、失业保险、各种雇佣立法等领域为对象的“劳动市场法”，是谓劳动法的第三法域。³⁸¹这一观点对中国劳动法制之完善颇有借鉴意义，为中国劳动市场法制之构建提供了理论支援。当然，立足中国问题，构建中国劳动力市场为中心的劳动市场法制是法治建设的基本要求。事实上，中国学者已经对劳动市场法制展开了初步的研究，但没有将之上升为与“个别劳动关系法”、“集体劳动关系法”平分劳动法领域的地位，而是将之作为“个别劳动关系法”的组成部分。³⁸²

第二，中国劳动力市场的发展是中国劳动市场法制的社会基础，中国劳动市场法制的发展推进劳动力市场发展的“市场化”与“法治化”进程。改革开放以来，中国经济由持续高速增长转入新常态运行，就业总量与就业结构随之发生了极为重大的变化。2015年年末，全国就业人员 77451 万人，其中城镇就业人员 40410 万人。全国就业人员中，第一产业就业人员占 28.3%；第二产业就业人员占 29.3%；第三产业就业人员占 42.4%。^[383]值得注意的是，城镇就业总人数中灵活就业人员持续快速增长，比例达到 60%，³⁸⁴反映了中国劳动力市场逐渐地、结构性地嬗变。中国的就业制度在 20 世纪 80 年代中期以降发生了重大的变革，由传统的“终身雇佣制”向“劳动合同制”转变，灵活就业在这个时期开始出现。经过三十多年的发展，中国的就业模式经历了从“正规化”为主向“非正规化”为主的过程，³⁸⁵就业形式从单位就业、组织起来就业为主向自主灵活就业、创业

³⁸¹参见马渡淳一郎著、田思路译，《劳动市场法的改革》，清华大学出版社 2006 年 3 月版，“中文版序”第 1 页。

³⁸²参见王全兴主编：《劳动法学》，高等教育出版社 2008 年版；常凯主编：《劳动法》，高等教育出版社 2011 年版，第 191-230 页。

³⁸³参见《2015 年度人力资源和社会保障事业发展统计公报》，http://www.gov.cn/xinwen/2016-05/30/Content_5078119.htm，访问日期：2016-6-6。

³⁸⁴李丽萍：《改革开放以来我国城镇非正规就业分析》，《经济体制改革》2014 年第 6 期，第 28 页。

³⁸⁵胡鞍钢，杨韵新：《就业模式转变：从正规化到非正规化》，《管理世界》2001 年第 2 期，第 69 页。

式就业为主转变，劳动力市场的灵活性不断增强。³⁸⁶劳动力市场的灵活性作为突出表现为大量“非标准劳动关系”的出现，亦即日本学者马渡淳一郎认为所谓的“雇佣软化”，美国学者所谓的“雇佣关系外部化”。³⁸⁷“雇佣的软化，非典型雇佣的扩大，劳动力供需体制的多样化是世界各国雇佣体系变化的共同现象。”³⁸⁸，中国的劳动力市场中出现的劳务外包、劳务派遣等，都带有雇佣关系软化、外部化的特质，实是劳动力市场深化的必然结果。与此对应，中国劳动市场法制逐步建立健全。

第三，中国劳动市场法制的制度贡献。中国劳动市场法制的渊源虽然可以追溯至 20 世纪初期，但其发展却是晚近之事，主要是 80 年代末期，尤其是 90 年代以来，以《劳动法》、《就业促进法》等法律或公共政策为制度载体。其制度贡献首先是为劳动者就业提供公共服务和保障，促进劳动者实现宪法基本权利——劳动权；其次为中国经济社会发展提供了劳动力资源配置的法律保障，是市场经济下要素市场不可缺少的法制因素。值得注意的是围绕《就业促进法》、《劳动合同法》制定过程中不同版本“草案”的争论和 2008 年两部施行后出现的法律绩效，学界多有讨论，主要表达了中国劳动市场法制构建中国家管制与自治之间平衡。³⁸⁹

第四，中国劳动市场法制的问题与体系化构建。在中国社会主义法律制度体系中，以劳动法、社会保障法为代表的社会法在 21 世纪得到快速发展，乃至出现 2007 年所谓的“劳动立法年”，但与其他法律部门比较，中国的劳动法律体系，尤其是劳动市场法的发展仍显薄弱。为此，应从四个方面构建、完善中国劳动市场法制：就业促进法、就业服务法、职业培训法和失业保险法，形成系统化的劳动就业公共服务法治保障体系。

³⁸⁶中国劳动和社会保障部劳动科学研究所课题组：“中国灵活就业基本问题研究”，《经济研究参考》，2005 年第 45 期，第 2 页。

³⁸⁷Arne L. Kalleberg, Jeremy Reynolds and Peter V. Marsden, Externalizing employment:flexible staffing arrangements in US Organization, Social Science Research,2003,32:525-552。

³⁸⁸马渡淳一郎著、田思路译，《劳动市场法的改革》，清华大学出版社 2006 年 3 月版，“中文版序”第 1 页。

³⁸⁹董保华：《劳动合同制度中的管制与自治》，上海人民出版社 2015 年版，第 13-16 页。

【参考文献】

- [1]常凯：《劳动关系的集体化转型与政府劳工政策的完善》，《中国社会科学》2013年第6期。
- [2]游正林：《对中国劳动关系的另一种解读——与常凯教授商榷》，《中国社会科学》2014年第3期。
- [3]马渡淳一郎著、田思路译，《劳动市场法的改革》，清华大学出版社2006年3月版。
- [4]李丽萍：《改革开放以来我国城镇非正规就业分析》，《经济体制改革》2014年第6期
- [5]邓正来：《全球化时代与中国法学——“主体性中国”的建构理路》，《学习与探索》2006年第1期。
- [6]董云虎、刘武萍编著：《世界人权公约法总览》（续编），四川人民出版社1993年版。
- [7]胡鞍钢，杨韵新：《就业模式转变：从正规化到非正规化》，《管理世界》2001年第2期。
- [8]中国劳动和社会保障部劳动科学研究所课题组：“中国灵活就业基本问题研究”，《经济研究参考》，2005年第45期。
- [9]Arne L. Kalleberg, Jeremy Reynolds and Peter V. Marsden, Externalizing employment: flexible staffing arrangements in US Organization, Social Science Research, 2003。
- [10]董保华：《劳动合同制度中的管制与自治》，上海人民出版社2015年版。

互联网+ 背景下我国下劳动法的修改与完善

朱慧 陈慧颖

【摘要】 在互联网+背景下，劳动关系发生了深刻的变化，劳动关系的从属性大为减弱，用人单位和劳动者的信息更加对称，办公也逐步实现了网络化与无纸化，劳动者的竞争、用人单位之间的竞争更加激烈，劳动用工更加灵活与复杂，劳动者的隐私和用人单位的商业秘密更加容易泄露。在此背景下，我们对我国劳动法的修改与完善提出了我们的建议。

【关键词】 互联网+ 劳动法 修改完善

当前的劳动法主要源于工厂制时代，1802年英国议会颁布的《学徒健康与道德法》被认为是“第一个劳动法律”¹。当时劳动关系最基本的特点是资本雇佣劳动，马克思的巨著《资本论》中体现的就是这种雇佣关系。

时代在变化，劳动法也在不断的变化，劳动者的社会保障体系也在不断的完善，但是在工业社会阶段这种资本雇佣劳动的基础却一直没有发生根本性的变化。我国的《劳动法》、《劳动合同法》也是以这种原型建立的，在资强劳弱的背景下，劳动法强调的是劳动关系的从属性，对劳动者的特别保护。

随着信息技术与互联网的发展，我们正逐步由工业社会进入信息与互联网的社会，信息与互联网在现代社会中起着不可替代的作用。2006年联合国大会确定将每年的5月17日设定为“世界信息社会日”，同年我国政府也制定了

《2006-2020国家信息化发展战略》，明确提出为迈向信息社会奠定坚实基础。2015年李克强总理在《政府工作报告》中提出了互联网+的行动计划，利用信息技术以及互联网平台，让互联网与传统行业进行深度融合，充分发挥互联网在社会资源配置中的优化和集成作用，互联网已经渗透到各个行业和社会生活的方方面面。信息技术与互联网在现代社会生活中的作用已不言而喻。

信息技术与互联网的发展在劳动关系领域内也产生了重大的影响，信息与知识将成为这个社会最重要的资源，而我国的《劳动法》、《劳动合同法》仍是基

于工业社会制定的，没有体现出信息社会的这种变化。我们有必要在信息与互联网社会的背景下重新审视我们的劳动法。

需要说明的是本文所称的劳动法是指实质意义上的劳动法不仅包括《劳动法》、《劳动合同法》还包括《社会保险法》等劳动领域的法律法规。

本文将从互联网+背景下劳动关系的变化来阐述劳动法的修改与完善。

一、互联网+背景下劳动关系的变化

“互联网+”中的“+”表达的不是“加号”，而是“化”的意思。“互联网+”注重在线化（连接各方）、互动化（各方交互）、及网络化（功能叠加）²。在互联网+时代，信息与技术在经济领域的作用越来越重要，在某种程度上有取代资本的重要作用，在此背景下，我国的劳动关系也发生了深刻的变化，劳动者的主体性大大增加，这主要体现在以下方面。

1、劳动关系的从属性减弱

劳动关系很重要的一个特点就是从属性。劳动关系一经建立，劳动者即成为用人单位的内部组织成员。劳动者必须根据社会化大生产的要求，由用人单位支配其劳动力，使其劳动成为用人单位集体劳动的一部分。对于劳动者来说，劳动力和劳动者是不可分割的联系在一起的，用人单位成为劳动力的支配者后，自然也就成了劳动者的管理者。这是工业化大生产的一个典型特征，机器厂房是重要的资本，在某种程度上工人就是一颗螺丝钉，在用人单位的安排下从事工作并遵守劳动纪律。

但在互联网+时代这一切发生了很大的变化，劳动者的独立性大大加强，知识与信息在这个过程中起着极其重要的作用。举例来说一款软件的设计，更多依靠的是劳动者的知识水平而不是机械的重复，作为软件的设计者来说你可以作为这个用人单位的一员根据用人单位的要求来完成这款软件的设计，你也可以作为独立的供应商来完成这款软件的设计卖给这个单位。即使你作为这个用人单位的一员，用人单位也只可能以结果为导向来审视你的软件，而不可能向机器生产一样来掌控你的每一个细节。更有甚者，有些公司甚至鼓励内部创业。

在这种情况下，劳动者工作的独立性大大加强，从属性大为减弱。此外社会保障制度的完善和劳动者收入来源的多样化也有利于劳动者独立性的增强。

2、信息更加对称

在互联网普及的时代，人们获取信息的成本更加低廉，甚至不需要成本。智能手机也早已进入千家万户，弹指一挥间，各种信息海量而来。就劳动关系而言，在建立劳动关系前的招聘阶段，劳动者完全可以利用互联网、甚至利用大数据对这家人单位做全面的了解，了解该单位的工作环境、薪资水平，在行业内的地位，以决定是否应聘。反过来讲招聘单位也可以利用互联网搜索的信息对应聘者提供的信息进行核实判断，对其进行背景调查，对类似人员的同行业的薪资水平进行了解。这样有助于劳资双方对信息的全面了解。

在劳动关系建立后，劳动者不仅可以从单位向其公布的材料中了解信息，也可以从互联网上了解单位的信息，还可以通过微信与同事的交流中获得信息。

因此，在互联网时代，用人单位和劳动者的信息更加对称。

3、办公的网络化与无纸化

在互联网时代，用人单位的管理方式也发生了很大的变化，出现了“e-HR”的管理方式。简单的说就是电子人力资源管理，他是基于现今的信息和互联网技术而进行的一种新型的人力资源管理方式³，主要是通过一些管理软件来实施。在一些用人单位的内部管理中，特别是一些大中型企业在管理中都实现了网络化管理。

用人单位的规章制度的公布、内部的相关通知都是通过公司局域网来公布的。员工上下班的考勤也是通过电子考勤来实施的，公司内部的一些交流或信息的交流都可以通过电子邮件或微信来实现，内部事项的审批也是通过内部网络来实现，在公司的办公上基本实现了无纸化。办公的网络化与无纸化极大的方便了公司内部交流，大大的节约了公司的办公成本。一台电脑、一个手机也许成为一个劳动者最重要的办公工具。

办公网络化无纸化的实施，提升了工作率，降低了成本，但如劳动者与用人单位发生争议，证据的证明又成为一个难题。

4、用工的灵活化与复杂化

在互联网与信息技术的支撑下，为用人单位的灵活用工，劳动者的灵活就业创造了条件。在这里灵活用工并不是一个贬义词，有可能是用人单位的需求，也有可能是劳动者的需求。互联网只是为这种用工提供了更大的可能。举例来说张三是一个程序员，家里居住在昆山，而用人单位甲是在杭州，经双方协商用人单

位同意张三平时在家里办公，每月去一次用人单位即可。任务的布置、完成都通过互联网来完成，对张三来说节省了在杭州租房的成本，而且更能照顾家里，对用人单位来说也没什么损失。

互联网经济也是一种共享经济，劳动用工具有灵活性的同时，也可能造成复杂化。乙单位需要一名员工专职从事技术文件翻译，李四应聘成功前提是在家办公，乙单位也同意了，李四也一直保质保量的完成翻译的任务。李四的精力比较旺盛，为争取更多的钱，他同时也在为丙公司、丁公司提供翻译服务。在本案例中李四实现了自己价值的最大化，同时也没有损害任何一家用人单位的利益，在这种情况下，如发生争议李四的劳动关系如何认定。

现在流行的优步叫车、滴滴打车等也是互联网共享经济的体现，解决了乘客和司机的信息不对称，方便了乘客，提高了司机的效率，有效的利用了现有资源，但司机和软件公司是什么关系，发生交通事故如何担责，这又是我们需要考虑的新问题。我们的劳动法暂时也并没有提供解决方案。

5、劳动者的竞争、用人单位之间的竞争更加激烈

正是由于在互联网背景下获取信息的低成本，劳动者之间、用人单位之间、劳动者和用人单位之间的信息更加透明，更加对称。劳动者之间为了获取一个更好的职位、为了在工作中取得更好的业绩，获得更高的薪水和职位相互之间的竞争也会更加激烈。

在信息科技时代，技术的更新十分迅速，企业之间的竞争压力很大。英特尔公司的创始人戈登摩尔曾指出，集成电路的集成度每两年翻一番。后来这个周期缩短到 18 个月，每 18 个月计算机等 IT 产品的性能会翻一番，这被称为摩尔定律⁴。正是信息技术领域的高速发展，用人单位之间为了更好获得人才，相互之间也加剧了竞争，互联网时代的竞争本质上是人才的竞争，谁能取得一流的人才，谁就能在竞争中处于领先地位。为了吸引人才，用人不仅在提供薪资条件，而且也在办公环境、福利待遇等各方面转开竞争。

这种竞争不仅促进了社会效率的提高，更有利于社会的良性发展。

6、劳动者的隐私和用人单位的商业秘密更容易受到侵害

用人单位和劳动者建立的是一种劳动关系，在劳动关系建立的过程中和劳动合同的履行中，用人单位获得劳动者大量的隐私信息。所谓隐私，又称私人生活

秘密或私生活秘密，是指私人生活安宁不受他人非法干扰，私人信息保密不受他人非法收集、刺探和公开⁵。用人单位获得劳动者的住所、电话、婚姻家庭、疾病、兴趣爱好等大量的隐私信息，而且在工作场所，用人单位可能通过网络、监控视频等对劳动者的工作状态进行监控，在这个过程中也能获得大量的个人信息，如上班时间以不雅的姿态打瞌睡等。如果用人单位将某些个人信息发送到互联网将极大的侵害个人隐私，损害劳动者的合法权利。

相反在互联网背景下用人单位的商业秘密也极易容易被泄露。举例来说，涉及商业秘密的图纸以前只要有完备的签收领用制度在单位内部流转很难泄露，但现在由于智能手机和互联网的普及，商业秘密的泄露变的极其容易，诚心泄密的劳动者只要拿手机一拍，微信一发马上就泄露出去了，让用人单位防不胜防。

二、互联网+背景下劳动法修改与完善

如上所述，在互联网+背景下我国劳动关系发生了深刻的变化，而我国的劳动法仍拘泥于工厂制时代，已落后于变化了的经济与市场环境。1995年1月1日实施的《劳动法》为我国劳动力的市场化，促进劳动力的流动做出了巨大的贡献。2008年1月1日实施的《劳动合同法》却具有很大的局限性，在某种程度上用劳资对立的观点来看待劳动关系，十分不利于社会经济的发展。现在劳资双方在很大程度上是一个利益共同体，只有企业发展好了，蛋糕做大了，劳动者才能获得更大的利益，否则只能是共同的贫穷。现在我国已进入互联网时代，劳动法的适应性更加突出，为了更好的融入信息时代，使我国在全球的竞争中立于不败之地，有必要对劳动法进行修改和完善。我们认为可以从以下方面着手：

1、完善用人单位对工作岗位变动权

劳动关系本身具有从属性，也就是说从理论上讲，劳动者成为用人单位的一员后，应接受用人单位的工作安排。用人单位对劳动者进行工作内容的安排是用人单位经营自主权的体现。但是我国《劳动合同法》第17条的规定，“工作内容”属于劳动合同的必备条款之一，《劳动合同法》第35条规定“用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同应当采取书面形式。”因此，根据现行《劳动合同法》的规定，劳动合同的变更必须协商一致。《劳动合同法》关于工作内容变更需协商一致的规定，实际上违背了劳动关系的从属的

特征，当然立法的出发点还是在于保护劳动者的权利，把用人单位单方变更劳动者岗位的行为都想象成恶意的。

虽然，在互联网时代，劳动关系的从属性有所减弱，但企业外部的竞争更加激烈，为使用人单位更好的适应外部的竞争，调配企业内部的资源，减少企业内部的摩擦，有必要赋予用人单位更多的权力。建议在修订《劳动合同法》时明确，用人单位有权根据生产经营的需要和劳动者的具体情况调整劳动者的工作内容，但不得损害劳动者合法权利。

2、放宽用人单位劳动合同解除的条件简化解除程序

《劳动法》第 31 条规定：劳动者解除劳动合同，应提前三十日以书面形式通知用人单位。《劳动合同法》也做了类似的规定，该法第 37 条规定：劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在没有任何理由的情况下单方解除劳动合同的，只要提前三十天以书面通知用人单位即可。《劳动法》、《劳动合同法》的上述规定，有力的促进了劳动力的自由流动，使劳动力发挥出自身最大的价值。

对于用人单位的解除，根据《劳动法》、《劳动合同法》的规定，用人单位要单方解除劳动合同必须符合法定的理由遵循法定的程序，否则就是违法解除劳动合同，而且如果用人单位的解除被认定为违法解除，劳动者还有权选择恢复劳动关系。我们认为劳动法关于用人单位解除的规定，限制了用人单位对于人力资源的配置，加大了用人单位的管理成本，很可能使用人单位在市场竞争中处于劣势地位。如前所述，劳动者和用人单位的信息也更加对称，劳动者获取工作的机会也更加便利，在这种情况下，我们认为在修改《劳动合同法》应放宽用人单位单方解除劳动合同的条件，赋予用人单位无因解除权，但用人单位无因单方解除劳动合同应支付劳动者经济补偿金。同时也应简化法定解除的条件，对于用人单位的恶意违法解除，用人单位应支付赔偿金，同时取消恢复劳动关系的規定。

3、完善对劳动者隐私权的保护

如前所述，在互联网时代用人单位掌握了劳动者更多的隐私，劳动者的隐私更容易受到侵害。我国劳动法对工作场所的隐私权并无规定，2009 年我国公布的《侵权责任法》只是对隐私权作为一种民事权利进行确认，对隐私权并无详细的规定。

我们认为用人单位对于保护劳动者的隐私应负有特殊的责任,劳动法应对用人单位使用劳动者隐私的范围做出具体的规定并明确用人单位侵害劳动者隐私权应承担的责任做出明确的规定。

4、加强对用人单位商业秘密的保护

在互联网时代商业秘密对于用人单位更显重要,商业秘密也更加容易泄露。我国的劳动法对于我国商业秘密的保护还很不够。我国《劳动合同法》第23条规定:用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。对负有保密义务的劳动者,用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款,并约定在解除或者终止劳动合同后,在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的,应当按照约定向用人单位支付违约金。第24条是关于竞业限制的规定。从中我们可以看出,劳动者只有违反竞业限制协议才能约定违约责任。那么如果没有约定竞业限制,单纯违反保守商业秘密能否约定违约责任呢?答案是否定的,《劳动合同法》第25条对违约责任的约定进行了严格的限制。《劳动合同法》的上述规定限制了用人单位对商业秘密的保护。我们认为应允许在劳动合同中约定侵犯、泄露商业秘密违约责任。鉴于商业秘密具有特殊性,也应当允许用人单位单方制定关于商业秘密的保密制度及违反保密制度的惩戒措施。

5、完善对灵活用工的规定

如前所述,在互联网时代,信息传输的便利性,一些信息的共享也就有了可能。一些新型的用工方式开始出现,如在家办公、优步司机等等。我国现行的劳动法在灵活用工方面只规定了非全日制用工和劳务派遣用工两种方式,对于在互联网背景下出现的新型的灵活用工关系并无其他规定。我们建议在修订劳动法时应适应时代的变化把这些新型的灵活用工方式纳入法律规范,使发生相关争议时有法可依。

综上所述,在互联网+时代,社会经济生活的各个方面在发生改变,劳动关系也在不断的变化,劳动法律也应顺应变化了的世界进行相应的修改与完善。

【注释】

- 1、史探径：《社会法学》，中国劳动社会保障出版社 2007 年版 第 72 页
- 2、信息社会 50 人论坛 《未来已来-“互联网+”的重构与创新》上海远东出版社 2016 年版第 156 页
- 3、彭振华《互联网与新媒体时代企业用工管理》中信出版集团 2015 年版第 15 页
- 4、吴军 《浪潮之巅》上册 人民邮电出版社 2013 版 第 61 页
- 5、张新宝 《隐私权的法律保护》群众出版社 2004 版 第 7 页

论雇主联合限制竞争雇员的反垄断规制

——以美国法为视角*

班小辉

【摘要】基于劳动力市场与商品市场存在的关联性，美国法院在司法实践中将反垄断法的适用范围扩张至劳动力市场限制竞争的行为。雇主联合限制竞争雇员的行为可能会被美国法院依据“本身违法”原则视为垄断行为，雇员因此受到损害时，有资格提起反垄断赔偿诉讼。如果限制竞争是基于其它合法事由，法院则会选择“合理法则”作为反垄断分析路径。限制竞争影响的大小或者是否具有促进竞争的效果，以及限制措施的合理性和必要性是法院着重考虑的因素。规范用人单位联合限制竞争劳动者的行为在我国具有现实的必要性，也具备立法上的可行性，《反垄断法》应当明确将此类限制竞争行为纳入调整范围。

【关键词】劳动力市场；限制竞争；互不猎头；反垄断

引言：美国高科公司“互不猎头”案

“冷电话”（cold calling）是高科技公司惯用的猎头技巧，即某一雇主在其他雇主的雇员尚未提出应聘申请时，通过口头、书面或者电子信息技术手段主动与其进行接触。这一猎头行为既能够帮助雇主快速寻觅到优秀的雇员，也能同时削弱竞争对手的人才力量。为了防止公司之间相互猎头行为引发争夺“雇员”的局面，美国加利福尼亚州（以下简称加州）硅谷地区一些著名的高科技公司（包括苹果公司、谷歌公司、Adobe 公司、皮克斯公司、英特尔公司、卢卡斯影视公司、Intuit 公司）在 2005 年至 2007 年先后达成了“互不猎头”（no cold call 或称 no-poaching）的协议。该协议内容以限制双方采用“冷电话”（cold calling）的方式招聘对方员工为主要目的。如谷歌与苹果公司于 2006 年达成的互不猎头协议范围涉及两家公司的全部雇员，没有任何地域、工作职能、生产组以及时间

的限制。为了有效地保障该协议实施，苹果公司将谷歌公司列入内部不拨打电话名单（Do not call list），以指示雇员不劝诱谷歌公司的员工。³⁹⁰

2010年9月4日，美国司法部反垄断部门向美国哥伦比亚特区地方法院提出反垄断诉讼，认为这些高科技公司之间的互不猎头协议违反了《谢尔曼法》。2011年3月17日，美国哥伦比亚特区地方法院同意了双方的和解协议，禁止被告与任何人约定或者要求任何人避免从事劝诱、猎头、招聘或者其他的竞争他人雇员的行为。³⁹¹但是，和解协议中并未包含任何对雇员补偿的内容。2013年10月24日，加州北部地区联邦法院正式批准了高科技公司前雇员提起的请求赔偿工资的集体诉讼，涉及2005年至2009年期间在被告单位工作的近64000名员工。为了避巨额赔偿的诉讼风险，高科技公司提出了赔偿金方案，希望以和解方式的结案。2015年9月2日，法院批准了被告提出的共计4.35亿美元赔偿金的和解方案。³⁹²

硅谷高科技公司之间达成的这一互不猎头协议是典型的雇主联合限制竞争雇员的行为，该案显示出美国司法机关打击这一行为的坚决态度，并明确了反垄断法在劳动力市场限制竞争行为适用的可能性。下文将对美国反垄断法在劳动力市场的适用方式进行探讨，并结合相关司法判例，分析美国反垄断法对雇主联合限制竞争雇员行为的规制路径，进而对我国反垄断法在劳动力市场的适用提供借鉴。

一、雇主联合限制竞争雇员概述

（一）雇主联合限制竞争雇员的特点

作者信息：班小辉，法学博士，武汉大学法学院讲师。电子邮箱：wizardban@163.com，通讯地址：湖北省武汉市珞珈山武汉大学法学院，430072。联系电话：18672371988

³⁹⁰ See United States Department of Justice, Competitive Impact Statement, United States v. Adobe Systems, Inc., Apple Inc., Google Inc., Intel Corporation, Intuit, Inc., and Pixar, available at: <http://www.justice.gov/atr/cases/f262600/262650.htm>, visited on 5 Mar. 2014.

³⁹¹ See United States v. Adobe Systems, Inc., Apple Inc., Google Inc., Intel Corporation, Intuit, Inc., and Pixar, No. 10 CV 1629, 2011 WL 10883994 (D.D.C.), p.2.

³⁹² See Order Granting Plaintiffs' Motion for Preliminary Approval of Class Action Settlement with Defendants Adobe Systems Incorporated, Apple Inc., Google Inc., and Intel Corporation, Approving Form and Manner of Notice, and Scheduling Final Approval Hearing, Case No.: 11-CV-02509-LHK.

雇主联合限制竞争雇员是指存在竞争关系的雇主之间通过协议限制招聘对方雇员，从而实现削弱劳动力市场竞争的目的。与传统的限制竞争行为不同，该行为具有以下三个特点。

第一，从限制竞争发生的领域来看，该行为主要发生在劳动力市场中，而非传统的商品市场领域。商品市场中限制竞争的主体——经营者在劳动力市场限制竞争中的身份表现为“雇主”。劳动力市场限制竞争影响并非是“商品”的价格，而是“劳动力”的价格。

第二，从限制竞争的目的来看，雇主之间限制招聘雇员是为了防止因为挖角等竞争雇员的行为导致用工成本的增加，并可以起到类似竞业限制条款的效果，降低商业秘密的保护成本。

第三，从限制竞争的方式来看，订立协议的雇主采取的是限制雇员在相互单位之间的就业流动机会，即通过削弱就业信息的流通，降低劳动力市场人力资源竞争的程度。除此之外，劳动力市场中还存在其他限制竞争行为，如雇主之间达成固定工资的卡特尔协议。与一般的劳动力市场限制竞争行为不同，雇主联合限制竞争雇员的行为并不直接表现于对劳动者工资的限制，而是表现在限制劳动者的就业机会。从限制竞争的具体表现方式来看，雇主联合限制竞争雇员在实践中有多种形式，除“互不猎头”的方式以外，还存在“互不招聘”（no-hire）的形式。两者虽均属于雇主联合限制竞争雇员的行为，但互不猎头协议仅禁止雇主主动的招聘意向接触，而雇员主动的求职则不在限制范围之内。在互不招聘协议下，即使是雇员提出的求职申请，雇主也不得招聘该雇员。³⁹³

（二）雇主联合限制竞争雇员的动因

虽然传统的竞业禁止制度也能在一定程度上实现雇主联合限制竞争雇员的目的，但是后者的存在具有一定的社会经济原因。

一方面，在新兴的信息技术行业和科技产业，雇员的创新意识和技术能力对企业生存和发展的意义十分重大，如雇员的一些关键性创新产品甚至在能在短时间内帮助雇主改变商业市场的格局。因而，在美国硅谷这一高科技产业集聚的地方，人才资源的竞争相当激烈，雇主们不仅要防范自己的核心雇员被竞争对手挖走，还要避免人才竞争导致工资成本的激增。

³⁹³ See Michael Lindsay and Katherine Santon, *No Poaching Allowed: Antitrust Issues in Labor Markets*, 26(3) *Antitrust*. 75 (2012).

另一方面，美国部分州的立法十分反对限制就业的行为。如加州明确将限制就业视为一种阻碍竞争的行为，否认该类条款的合法性。³⁹⁴并且，与雇主的竞争利益相比，美国当前司法公共政策更加倾向于对雇员流动的保护，传统的竞业限制条款在美国司法实践中受到越来越严格的审查。³⁹⁵因为在新兴的知识经济下，尤其是在高科技产业中，知识共享需求的不断增强和知识更新换代速度前所未有的加快进一步削弱了限制雇员就业的经济合理性，技术性雇员流动性的加强所带来的技术分享有利于整体经济效益的提高。如海德（Hyde）通过对硅谷高科技产业发展的研究，认为与雇员的高流动性和对竞业限制条款及商业秘密的弱保护相伴随的知识外溢实际上对雇主和雇员都是有利的。³⁹⁶

在传统竞业限制条款的可适用范围逐步缩小，订立的法律风险不断提高的情况下，互不猎头协议是雇主试图创新以回避法律风险的新型策略之一，但是其合法性在美国仍是一个争议性问题。³⁹⁷该协议虽然在一定程度上保护雇主免于因竞争对手的挖角行为而造成的员工流失和商业秘密泄露，但也限制了雇主之间对于雇员的竞争，损害了雇员的就业机会，在司法实践中有引发反垄断诉讼的可能。

二、美国反垄断法在劳动力市场的适用方式

为了探讨美国反垄断法对雇主限制竞争雇员行为的规制，必须首先研究美国反垄断法能否在劳动力市场适用的问题。美国反垄断法肇始于1890年的《谢尔曼法》。当时经过第二次工业革命的美国已迅速成为强大的工业化国家，以企业合并等方式实现经济集中的趋势不断扩大，遭到了民粹主义的强烈反对，进而推动了《谢尔曼法》的出台。³⁹⁸因而该法制定的最初目标在于规范商品市场中的竞争行为，而不是劳动力市场的竞争行为。³⁹⁹如《谢尔曼法》第1条明确规定，通

³⁹⁴ See Todd M. Malynn, *Edwards V. Arthur Andersen LLP: The End of Judicially Created Restraints on Competition*, 18(1) *Competition: J. Anti. & Unfair Comp. L. Sec. St. B. Cal.* 41 (2009).

³⁹⁵ See Michael J. Garrison and John T. Wendt, *The Evolving Law of Employee Non-compete Agreements: Recent Trends and An Alternative Policy Approach*, 45(1) *Am. Bus. L. J.* 118 (2008).

³⁹⁶ See Alan Hyde, *Working in Silicon Valley: Economic and Legal Analysis of a High-Velocity Labor*, 55-60 (M. E. Sharpe, 2003)

³⁹⁷ See Abigail Shechtman Nicandri, *The Growing Disfavor of Non-Compete Agreements in the New Economy and Alternative Approaches for Protecting Employers' Proprietary Information and Trade Secrets*, 13(4) *U. Pa. J. Bus. L.* 1029(2011).

³⁹⁸ 参见郭跃：《美国反垄断法价值取向的历史演变》，《美国研究》2005年第1期，第79页。

³⁹⁹ See Robert H. Jerry and Donald E. Knebel, *Antitrust and Employer Restraints in Labor Markets*, 6(2) *Indus. Rel. L. J.* 184 (1984).

过信托或者其它方式联合，或者通过共谋的方式，限制几个州之间的或者与国外的“贸易”或者“商业”是非法的行为。⁴⁰⁰

然而，劳动力市场和商品市场之间存在必然的关联性。商品市场是企业向消费者销售货物或者提供服务的市场，而劳动力市场是用人单位购买雇员劳动力的市场。企业通过购买多种原材料制造商品，其中劳动力也是商品价值的投入来源之一。对于雇员而言，“劳动力市场”亦是其出售其劳动力的“商品市场”。⁴⁰¹由于劳动市场价格的高低影响着商品市场价格的变化，限制劳动力市场竞争的行为最终也可能会损及商品市场的竞争，两个市场上的限制竞争行为并没有绝对的割裂。基于此种认识，美国法院并未局限于《谢尔曼法》立法的最初目标，而是在司法实践中将反垄断法的适用范围扩张至劳动力市场限制竞争的行为。根据限制竞争的力量来源不同，反垄断法在劳动力市场的适用分为以下两种情形。

（一）对工会限制竞争行为的规制

反垄断法在劳动力市场的适用最初体现在对工会行为的规制上。在《谢尔曼法》实施的早期，其一度成为打击工会活动的武器，如果法官认为工会的行为或者目标具有限制贸易的性质，那么工会的罢工行为可能会被认为是一种非法的垄断行为。⁴⁰²为了保护雇员的组织与集体谈判权，随后的《克莱顿法》和《诺里斯-拉瓜迪亚法》将工会的组织活动列入反垄断法的豁免范围，并禁止对劳动争议发布禁令。⁴⁰³

但是，工会组织和集体谈判可能会对市场运行产生抑制作用，尤其是行业性的工资集体谈判协议不仅直接对劳动力市场产生影响，也会对商品市场产生重大影响，甚至引发类似垄断的效果。⁴⁰⁴因而，在司法实践中，美国法院并没有将工会的所有行为均排除在反垄断法的审查范围之外。如在Connell Construction Co.

400 15 U.S.C. § 1.

401 See Robert H. Jerry and Donald E. Knebel, *Antitrust and Employer Restraints in Labor Markets*, 6(2) *Indus. Rel. L.J.* 178 (1984).

402 See *Loewe v. Lawlor*, 208 U.S. 274 (1908).

403 参见[美] 罗伯特·A·高尔曼：《劳动法基本教程——劳工联合与集体谈判》，马静等译，中国政法大学出版社2003年版，第5页。

404 See Daniel J. Gifford, *Redefining the Antitrust Labor Exemption*, 72(6) *Minn. L. Rev.* 1388 (1988).

案中，⁴⁰⁵美国最高法院表示虽然反垄断法并不规制工会所实施的与其组织目标相关的活动，但是工会与其他非工会组织的协议则可能会受到反垄断法的制裁，⁴⁰⁶即超出了保护雇员正当权益目标的工会行为在反垄断法上可能无法得到豁免。在这一问题上，美国法院在司法实践中逐步形成一系列非豁免的判断标准，包括“商品/劳动力市场标准”、“独立性标准”、“劳动法标准”。⁴⁰⁷其中第一个标准是指当工会行为的主要影响在于劳动力市场时，法院持宽容态度，但如果行为的主要影响在于商品市场，法院则会采取反垄断审查，例如工会与雇主共同的商品定价行为。第二个标准是指工会的行为是否具有独立性，如果是与雇主的联合行为则可能会受到反垄断审查。如工会参与雇主的卡特尔行为，但不包括劳资双方的集体谈判。第三个标准则是指法院是否愿意选择在劳动法下考虑该行为的合法性问题，以决定该行为是否接受反垄断法审查。⁴⁰⁸总的来说，工会活动越是偏离其自身的应有目标，对商品市场造成的影响越大，其受到反垄断法审查的可能性就越大。

（二）对雇主限制劳动力市场竞争行为的规制

美国反垄断法同样对雇主联合限制劳动力市场竞争行为适用。一般而言，为了降低劳动力市场成本，多个雇主可能会通过协议或者其它方式联合限制劳动力市场正常定价机制，最为典型便是雇主合谋固定雇员工资水平的行为。但《谢尔曼法》并未规定雇主之间联合限定雇员工资水平的行为是否是垄断行为，尤其是《克莱顿法》第6条关于“劳动力不是商品”的规定，进一步为雇主联合限制劳动力市场竞争的行为找到了依据。

然而司法实践中，鉴于劳动力市场与商品市场的关联性，法院积极地将雇主联合限定或固定工资的行为纳入到反垄断法的审查。在*Cordova*案中，⁴⁰⁹证券交

405 工会要求 Connell 公司将管道和机械工作分包给与工会签订了劳资协议的公司，并且为了迫使 Connell 公司同意，工会在总承包商主要的工地设置了纠察。See *Connell Construction Co. v. Plumbers Local 100*, 421 U.S. 616 (1975).

406 See *Connell Construction Co. v. Plumbers Local 100*, 421 U.S. 637 (1975).

407 See Randall Marks, *Labor and Antitrust: Striking a Balance without Balancing*, 35(3) Am. U.L. Rev. 718 (1986).

408 See Randall Marks, *Labor and Antitrust: Striking a Balance without Balancing*, 35(3) Am. U.L. Rev. 719 (1986).

409 See *Cordova v. Bache & Co.*, 321 F. Supp. 600 (S.D.N.Y. 1970).

易所经纪公司的雇员诉称多个雇主共谋减少佣金的行为违反了《谢尔曼法》第1条的规定。法院在审理时提及到《克莱顿法》第6条的劳动豁免条款，表示该条款仅限于工会或者类似组织从事诸如罢工类活动的权利，但国会并未豁免雇主之间通过联合行动达成固定雇员工资的行为。⁴¹⁰法院认为，如果允许雇主在集体谈判之外达成减少雇员佣金的协议，他们会具有如同固定价格协议那样的力量限制竞争。⁴¹¹因而，美国法院认为当雇主联合固定工资的行为对商品市场造成影响时，反垄断法并不豁免雇主在劳动力市场的这种买家卡特尔行为，有学者将雇主对劳动力购买价格的限制行为称之为“类似需求方的垄断”。⁴¹²

可见，美国法院在商品市场与劳动力市场的关联性基础上，解决了美国反垄断法在劳动力市场的可适用性问题，包括对工会和雇主双方行为的规制。有学者认为美国的反垄断法并不规制雇主限制劳动力市场竞争的行为，除非雇主的目标在于限制商品市场竞争或者在商品市场中产生限制竞争的效果，否则难以获得反垄断法的保护。⁴¹³也即是说只有当雇主在劳动力市场限制竞争的行为影响到商品市场时，才会触及反垄断法的适用问题。

三、美国司法机关对雇主联合限制竞争雇员行为合法性的判定

与直接联合限制工资的劳动力市场垄断行为不同，雇主联合限制竞争雇员的行为（如签订互不猎头协议、互不招聘协议）对商品生产成本造成的影响并不那么直接明显，其是否也能够受到反垄断法的规制呢？有学者认为随着劳动力市场中具有行业特定性的高级专业技术雇员的不断增多，反垄断法应当适用于雇主纯粹限制劳动力市场竞争的行为，即没有对输出市场产生直接影响的行为。⁴¹⁴一般而言，雇员拥有专业技术是多个雇主达成联合限制竞争雇员协议的主要因素，劳动力市场分工的日益细化，使得某些高技术雇员的就业技能具有特定的行业性。

410 See Cordova v. Bache & Co., 321 F. Supp. 606 (S.D.N.Y. 1970).

411 See Cordova v. Bache & Co., 321 F. Supp. 607 (S.D.N.Y. 1970).

412 See Jeff Miles, *The Nursing Shortage, Wage-Information Sharing Among Competing Hospitals, and the Antitrust Laws: The Nurse Wages Antitrust Litigation*, 7(2) Hous. J. Health L. & Pol'y 330 (2007).

413 See Robert H. Jerry and Donald E. Knebel, *Antitrust and Employer Restraints in Labor Markets*, 6(2) Indus. Rel. L.J. 241 (1984).

414 See Daniel I. Booker, *Antitrust and Employment*, 11(1) Antitrust 37 (1996).

高科技产业集聚的出现进一步加强了雇主达成这类协议的可能。⁴¹⁵在这种背景下，雇主联合限制竞争雇员的行为会对雇员的就业机会造成较大影响，并有破坏劳动力市场竞争秩序的可能，因而美国司法机关逐渐加强运用反垄断法规制雇主之间的这类行为。在审理相关争议时，司法机关主要采取以下两个步骤。

（一）关于限制竞争行为损害的认定

一般来说，损害事实的存在是法院决定限制竞争行为案件进入反垄断审查程序的前提。美国法院早期是将行为对商品市场的影响作为分析工具。如在 *Nichols* 案中，⁴¹⁶法院在审查互不雇佣协议时表示，即使反垄断法的制定不是为了保护劳动力市场的自由，也不是为了规范此类雇佣行为，但是这种协议不仅限制了建立劳动关系的自由，在一定情况下也会损害雇主向公众提供服务或者商品的自由竞争。⁴¹⁷即法院只有在限制竞争雇员行为可能对商品市场自由竞争造成影响时，才考虑行为是否受到反垄断法的规制。

但近二十年来，法院试图将限制竞争雇员的行为视为一种在劳动力市场限制“劳动力”交易的行为，原告只需证明该行为限制了自己潜在的就业机会，损害了工资增长的可能性就足以说明限制竞争损害的存在，能够进入反垄断的审查程序。

如在 *Roman* 案中，⁴¹⁸第十巡回上诉法院将限制竞争雇员的行为与商品交易行为作类比，跳过对商品市场影响的分析，直接考虑对雇员的影响。该案中赛纳斯航空公司和波音公司达成了互不雇佣对方雇员的协议，雇员罗曼（*Roman*）认为这一协议阻碍了雇员提供服务的竞争市场，并且妨碍其以更高的价位“出售”自己的服务。该法院引用了美国哈佛大学反垄断法专家菲利普·阿瑞达（*Phillip Areeda*）的观点，即“反垄断法能够用以解决雇主共谋限制雇佣条款的问题，因为这干扰了劳动力市场秩序，损害了雇员兜售自己服务的机会。正如反垄断法保护商品买家和卖家的自由市场，其也为雇佣服务的买家和卖家提供同样的保护”。

415 产业集群又称产业集聚，是指大量的相关企业按照经济关联性集中在特定的区域范围，形成类似生物有机体的产业群落。魏后凯：《对产业集群与竞争力关系的考察》，《经济管理》2003年第6期，第4页。

416 See *Nichols v. Spencer International Press, Inc.*, 371 F.2d 332 (7th Cir. 1967).

417 See *Nichols v. Spencer International Press, Inc.*, 371 F.2d 336 (7th Cir. 1967).

418 See *Roman v. Cessna Aircraft Co. and the Boeing Co.*, 55 F.3d 542 (10th Cir.1995).

⁴¹⁹基于此，法院认为原告可能因为这一协议丧失报酬的增长机会，就足以作为反垄断诉讼中的受损依据。⁴²⁰显然，法院在这里已经将雇员在劳动力市场提供劳动力、雇主在劳动力市场购买劳动力的行为视为一种市场交易，将其与商品市场的交易行为相类比，并未把这一行为对商品市场带来的影响作为垄断损害的证明。

在谷歌、苹果等公司的互不猎头案件中，美国司法部在起诉时也并未对高科技公司之间的这一协议作过多的商品市场分析，而是侧重该协议对劳动力市场造成的影响。司法部诉称被告之间一致行为削弱了他们对于“雇员”的竞争，扰乱了正常的劳动力定价机制，⁴²¹并没有提及这一协议对于商品市场可能造成的影响。在具体的损害对象上，美国司法部也是以雇员为中心，并未提及商品市场的消费者。如美国司法部认为，互不猎头协议剥夺了雇员获得竞争性重要信息的可能和更好的工作机会。⁴²²显然，这里更好的工作机会，包括更好的职业发展机会、更好的工资待遇等。加州北区法院在批准雇员提起集体诉讼的裁决中，对互不猎头协议抑制工资的影响作了深入分析。该法院引用了 Dr. Leamer 的专家报告意见，Leamer 认为互不猎头协议压低了雇员的报酬。为证明自己的这一观点，他采用了价格发现（price discovery）理论，认为在一个市场足够完善的情况下，所有的交易能够以供需均衡下的市场价格实现，但是较高的交易成本和受限制的信息流通会影响劳动力市场供需均衡下的交易价格的实现。⁴²³互不猎头协议损害了劳动报酬和工作供给信息的流通，减少了雇员通过在不同公司流动获得更高报酬的机会，并且阻碍了其获得能够用来和雇主协商工资和福利条件的信息。⁴²⁴因而，按照加州北区法院的观点，互不猎头协议会造成雇员工资的损失，是该协议对雇员的损害结果。

419 See *Roman v. Cessna Aircraft Co. and the Boeing Co.*, 55 F.3d 544 (10th Cir.1995).

420 See *Roman v. Cessna Aircraft Co. and the Boeing Co.*, 55 F.3d 545 (10th Cir.1995).

421 See United States Department of Justice, Complaint, *United States v. Adobe Systems, Inc., Apple Inc., Google Inc., Intel Corporation, Intuit, Inc., and Pixar*. Available at: <http://www.justice.gov/atr/cases/f262600/262654.htm>, visited on 25 Mar. 2014.

422 See United States Department of Justice, Complaint, *United States v. Adobe Systems, Inc., Apple Inc., Google Inc., Intel Corporation, Intuit, Inc., and Pixar*. Available at: <http://www.justice.gov/atr/cases/f262600/262654.htm>, visited on 25 Mar. 2014.

423 See *In re: High-Tech Employee Antitrust Litigation This Document Relates to: All Actions*, Case No. 11-CV-02509-LHK5, 2013 WL 5770992 (N.D.Cal.), p.33.

424 See *In re: High-Tech Employee Antitrust Litigation This Document Relates to: All Actions*, Case No. 11-CV-02509-LHK5, 2013 WL 5770992 (N.D.Cal.), p.34.

加州北区法院在否决高科技公司联合请求撤销雇员集体诉讼的决议中表示，对于过去一些“本身违法”的案件，法院并未要求雇员对雇主的市场力量作分析或是对其影响价格能力举证。⁴²⁵并且，法院引用了 *American Ad Mgmt., Inc.* 案的观点，即决定是否具有垄断受损地位的并不是消费者或是竞争者的身份，而是被诉的非法行为与原告的伤害之间是否具有因果关系。⁴²⁶加州北区法院还提及上述的 *Roman* 案，认为如果雇员是雇主限制竞争行为直接的意图时，其就应当有资格提起反垄断诉讼。⁴²⁷可见，加州北区法院同样未将反垄断的损害限于商品市场，只要限制雇员的就业机会，造成工资增长受到损害，雇员就能够将此作为受到垄断损害证明。

（二）“本身违法”与“合理法则”路径的选择

在美国，判断某一行为是否违反反垄断法的规定，通常依据两个分析路径。一是“本身违法”（*illegal per se rule*）路径，即被诉的行为本身显然是一种限制竞争的行为，不需要作复杂的市场分析便可推定其违反了反垄断法的规定，常见的如固定价格协议、市场划分、联合抵制等；二是“合理法则”（*the rule of reason*），即对于那些不是“本身违法”的垄断行为，法院通常需要考虑该行为是否造成限制竞争的效果、是否具有促进竞争的目的以及实现该目的措施的合法性和必要性等。相比“本身违法”而言，“合理法则”路径需要做更为复杂的市场分析。

在高科技公司的“互不猎头”案件中，虽然美国哥伦比亚特区法院未对这一行为是否构成本身违法做出法律上的判决，但是美国司法部对这一问题的态度是坚定的，认为只要是赤裸地限制了雇员的就业机会和工资水平，就是一种本身违法的行为。美国司法部将这种“互不猎头”的行为称之为“面上的反竞争性行为”（*facially anticompetitive*）。⁴²⁸在竞争影响报告中，司法部引用先前关于互不招揽对方客户被判为本身违法的案例作以类比，⁴²⁹并认为“基于输入市场或输出市

425 See Order Granting in Part and Denying in Part Defendants' Joint Motion to Dismiss; Denying Lucasfilm's Motion to Dismiss, Case No.11-Cv-02509-LHK, p.23.

426 See *American Ad Mgmt., Inc. v. General Tel. Co.*, 190 F.3d 1056 (9th Cir.1999).

427 See In re: High-Tech Employee Antitrust Litigation This Document Relates to: All Actions, Case No. 11-CV-02509-LHK5, 2013 WL 5770992 (N.D.Cal.), p.24.

428 See United States Department of Justice, Complaint, *United States v. Adobe Systems, Inc., Apple Inc., Google Inc., Intel Corporation, Intuit, Inc., and Pixar*. Available at: <http://www.justice.gov/atr/cases/f262600/262654.htm>, visited on 25 Mar. 2014.

429 See *US v. Cooperative Theaters of Ohio, Inc.*, 845 F.2d 1367 (6th Cir.1988).

场来区分分配协议是没有依据的，无论是在输入市场还是输出市场的反竞争协议均会造成分配的低效率，对于赤裸地限制猎头客户、供应商或者雇员的行为同样地都属于‘本身违法’的情形”。⁴³⁰因而在美国司法部看来，互不猎头协议是雇主通过协议分配劳动力市场资源的行为，与雇主通过协议划分输出市场资源的行为是相似的。

当然，并不是所有限制竞争雇员的协议均适用“本身违法”的原则。在竞争影响报告中，司法部列举了四种可以适用“合理法则”路径的因素，包括：（1）合并或者并购、投资或者资产剥离；（2）与顾问或者咨询服务的对象、审计师、外包厂商、招募机构、临时性雇员或者合同工人的提供者所订立的合同；（3）法律纠纷和解协议；（4）与经销商或者原始设备制造商订立的合同；与服务的供应商或接受者之间订立的合同；或者一个合法的合作协议，如联合开发、技术整合等。⁴³¹也即是说，当雇主联合限制竞争雇员的协议出现上述情形时，通常不宜直接认定为“本身违法”的情形，而是需要考虑是否具有正当合理性。在“合理法则”下，法院通常会先采取下列分析步骤：

第一，协议的主要目的不是为了削弱对雇员的竞争，这是法院决定采用“合理法则”分析路径的关键。有学者将其称之为辅助性（ancillary）标准，即限制竞争雇员协议需要附属于一个合法有效的交易或者法律关系，而不是赤裸地以限制竞争为目的条款。⁴³²如在 *Eichorn* 案中，⁴³³ AT&T 的子公司 Lucent 为了出售旗下的 Paradyne 公司给德州太平洋集团，代表其本身以及其它前 AT&T 附属公司（AT&T 公司 1995 年经过公司重组，成立了 AT&T、Lucent、NCR Corp. 三家公司），保证在出售程序结束之前以及结束之后 8 个月内，不雇佣、重新雇佣、保留或劝诱 Paradyne 公司年薪超过 50000 美元的雇员，因为德州太平洋集团需要 Paradyne 公司雇员的技术以保证公司所有权成功的转移。⁴³⁴在该案中，第三巡回上诉法院拒绝适用“本身违法”原则，认为“本身违法”的案件仅限于消除竞争

430 See *United States v. Adobe Systems, Inc., Apple Inc., Google Inc., Intel Corporation, Intuit, Inc., and Pixar*, No. 10 CV 1629, 2011 WL 10883994 (D.D.C.), p.2.

431 See *United States v. Adobe Systems, Inc., Apple Inc., Google Inc., Intel Corporation, Intuit, Inc., and Pixar*, No. 10 CV 1629, 2011 WL 10883994 (D.D.C.), p.2.

432 See W. Eugene Basanta, *No-Hire Clauses in Healthcare Sector Contracts: Their Use and Enforceability*, 39(3) J. Health L.479 (2006).

433 See *Eichorn v. AT&T Corp.*, 248 F.3d 131 (3d Cir. 2000).

434 See *Eichorn v. AT&T Corp.*, 248 F.3d 137 (3d Cir. 2000).

是唯一目的行为,并且最高院或者联邦法院没有在相似的情形下适用“本身违法”的原则。⁴³⁵本案中限制竞争雇员协议仅是转让公司所有权目的下的一种辅助性手段,只要其时间和地域限制范围合理,就不违反《谢尔曼法》。⁴³⁶即在该案中,由于限制对雇员的竞争并非雇主联合行为的主要目的,仅仅是辅助企业其它经济行为得以实现的手段,因而法院选择了合理法则的分析路径。

第二,限制竞争的影响或者有无具有促进竞争的效果是能否抗辩的关键。首先,无限制竞争的效果或者限制竞争影响较小是抗辩的事由之一。通常法院会根据限制竞争雇员协议对雇员就业造成影响的大小,作为判断是否构成垄断行为的关键。在上述 *Eichorn* 案中,法院认为限制雇佣的时间和范围都不足以对雇员造成太多的影响,雇员完全可以在 AT&T 子公司和德州太平洋集团以外的公司寻找就业机会,并且法院发现有超过 20 家的电信公司在竞争原告这类技术性雇员。⁴³⁷因而法院根据分析认为具体市场中还存在大量的就业机会,从而否认该协定不合理地限制了竞争。

在有些情况下,被限制雇佣对象的身份同样会影响法院对限制竞争效果的判断。如在 *Haines* 案中,⁴³⁸海恩斯(Haines)是一名医生,从 2004 年起其以独立承揽人的身份为医疗网站撰写文章,并且同时为几家医疗公司提供类似工作。后来海恩斯与被告建立了合同关系,被告在医疗咨询业务中扮演着中间人的角色,即要求原告撰写文章,其再转售给其它需要文章的网站。期间,原告与 THCN 公司也建立了独立承揽的合同关系,但是由于 THCN 公司与被告之间达成了互不招聘对方独立承揽人的协议,THCN 公司终止了与原告的关系。法院在分析限制竞争影响的问题上,着重考虑了原告的独立承揽人的身份,认为这一协议并非真正的互不招聘协议,只是互不竞争的协议,并且该协议是为了维护被告公司的合法商业利益,并不会排除独立承揽人所有的承包业务,原告仍能够向其它网站提供服务。⁴³⁹独立承揽人的身份决定了这一协议不会造成太大的市场影响,除非他们的身份是全日制雇员。⁴⁴⁰也即是说,出于对雇主从属性强弱的考虑,对

435 See *Eichorn v. AT&T Corp.*, 248 F.3d 143 (3d Cir. 2000).

436 See *Eichorn v. AT&T Corp.*, 248 F.3d 145 (3d Cir. 2000).

437 See *Eichorn v. AT&T Corp.*, 248 F.3d 146 (3d Cir. 2000).

438 See *Haines v. Veri Med Healthcare Network, LLC*, 613 F.Supp.2d 1133 (2009).

439 See *Haines v. Veri Med Healthcare Network, LLC*, 613 F.Supp.2d 1137 (2009).

440 See *Haines v. Veri Med Healthcare Network, LLC*, 613 F.Supp.2d 1138 (2009).

于雇员和非雇员的独立承揽人来说,法院认为限制竞争的协议对于前者影响会更大。

其次,具有促进竞争的效果也是合法抗辩事由之一。雇主表面上联合限制竞争雇员的协议并不一定完全是为了限制竞争,相反有时候也会产生促进竞争的效果。最为典型的情形便是联合性的企业活动,如共同组建的实验项目等。高技能的雇员可能因为参加这类联合性的项目,被联合项目的其他雇主发现并被劝诱走,这会使得雇主不愿意安排最有价值的员工参加此类研发项目。因此,如果限制竞争雇员的协议附属于能够促进竞争的联合项目可能就具有合法性。⁴⁴¹在这种情况下,法院对协议是否合法的判断通常以该限制是否具有合理性和必要性为标准。如美国司法部在竞争影响报告中表示,如果互不猎头附属于一个合法的促进竞争的投资,以及对于促进竞争效益的实现具有合理必要性时,则该协议不是必然地属于的本身违法情形。⁴⁴²即促进竞争的效果、限制措施的合理性和必要性是雇主联合限制竞争雇员协议具有合法性的要件。假如协议限制的雇员范围超出联合研发项目的参与人员,或者不论技术类型、职位类型一律禁止,就显然超出了促进竞争的目的,限制措施不具有合理性和必要性,面临反垄断制裁的风险。

可见并非所有限制竞争雇员的行为都应当受到反垄断法的规制。如果限制竞争行为存在其它合法目标时,则应当适用“合理法则”的分析路径,在这种情况下需要对案件做更多的市场影响分析,雇主有机会通过证明限制竞争的影响较小或者具有促进竞争的效果来进行抗辩。

四、启示与借鉴：我国反垄断法适用范围的扩张

综上,雇主之间赤裸裸地以限制竞争雇员为目的而达成的协议可能会受到美国反垄断法的规制,而且雇员也是能够主张垄断损害赔偿的适格主体之一,这一进步发挥了美国反垄断法在劳动力市场竞争行为上的规范作用,有利于加强对劳动力市场的竞争秩序与劳动者合法权益的保护。美国反垄断法在劳动力市场的这一适用对我国《反垄断法》适用范围的扩张具有一定的启示与借鉴意义,现行《反垄断法》有必要将用人单位联合限制竞争劳动者的行为纳入调整范围。

441 See Ken Heyer and Carl Shapiro, *The Year in Review: Economics at the Antitrust Division*, 37(4) Rev. Ind. Organ 303 (2010).

442 See *United States v. Adobe Systems, Inc., Apple Inc., Google Inc., Intel Corporation, Intuit, Inc., and Pixar*, No. 10 CV 1629, 2011 WL 10883994 (D.D.C.), p.2.

（一）规范用人单位联合限制竞争劳动者行为的必要性

首先，随着我国高科技产业的快速发展，出于对自身拥有的高科技人才的保护、限制对于核心技术员工的争夺，难免有些用人单位之间会达成类似的限制竞争劳动者的约定。例如 2011 年腾讯公司与美国 Groupon 公司合资的高朋网在劳动力市场上以高薪挖角竞争对手的员工，糯米网等几大团购网站对此联合抵制，声称永不录用高朋网的员工。然而，现行劳动立法缺乏对这类协议的规制能力，因为劳动法所调整的主要是用人单位与劳动者之间发生劳动关系。如《劳动合同法》中虽规定了竞业禁止制度，但其所规范的是用人单位和劳动者之间达成的限制就业协议，对于多个用人单位之间限制竞争劳动者的联合行为显然难以适用，受到侵害的劳动者权益和劳动力市场竞争秩序难以通过劳动法得到有效救济。

其次，从长远来看，反垄断法适用于劳动力市场对于规范我国商品生产市场要素领域的竞争也具有重要意义。近几十年来，我国商品市场的价格虽然实现了市场化，但是商品市场背后的生产要素却远远没有实现自由竞争，如能源、劳动力、土地等。与西方劳动力市场不同，我国当前尚未建立起完备的集体协商机制，劳动力市场定价机制的话语权更多地掌握在用人单位手中，可以说我国近几十年经济的迅速增长与廉价的劳动力密不可分。但是，这种发展模式已引发诸多的问题，既影响了我国企业发展方式的转型，亦造成贫富差距扩大等社会问题。如果允许用人单位之间通过联合限制竞争劳动者的方式降低劳动力市场的竞争，会进一步造成劳动力市场定价机制的失灵，尤其会损害一些高技术劳动者的合法权益。

最后，用人单位联合限制竞争劳动者的行为很有可能间接影响到商品市场的竞争。劳动力成本的降低必然会引来商品市场的定价，两者相挂钩的关系在上文已做探讨，在此不再赘述。随着我国国内高科技产业集聚和高科技人才竞争的趋势日益加强，行业领域内存在竞争关系的企业一旦达成对劳动力市场人才竞争的限制协议，亦有可能对商品市场的自由竞争产生限制后果。

因而，笔者认为运用反垄断法保护我国劳动力市场正常的人才竞争机制，对进一步实现生产要素市场之一的劳动力市场的正常竞争秩序具有重要的意义。集体谈判制度发达的美国尚能用“反垄断法”的威力打击雇主联合压低劳动力市场价格的行为，在我国当前劳动力市场保护水平较低的状况下，反垄断法更不应

于雇主联合压低劳动力市场价格的行为熟视无睹，况且这一行为的发生最终也会影响到商品市场领域。

（二）规范用人单位联合限制竞争劳动者行为的立法措施

从我国当前立法来看，《反垄断法》的立法目的与具体制度也为该法扩张适用至用人单位限制竞争劳动者的行为留下了空间。为了有效规范这一限制竞争行为，笔者认为应当对采取以下措施。

1、应对《反垄断法》立法目标作扩大化解释

我国《反垄断法》第一条的立法目的明确规定：“保护市场公平竞争，提高经济运行效率，维护消费者利益和社会公共利益”。“公共利益”始终是各国反垄断立法的核心理念，建立和维护自由、有序的竞争秩序是反垄断法对公共利益的追求。⁴⁴³何谓“公共利益”，这个问题并没有法定的含义，学界多将其认为是社会所有或者多数人的利益。⁴⁴⁴在《反垄断法》中，作为与消费者利益平行的一个概念，其涵盖的范围应当更广。如根据《反垄断法》第15条第4项的规定，“节约能源、保护环境、救灾救助”均属于社会公共利益的范围。作为劳动力市场弱势一方的劳动者群体的利益理论上也应属于社会公共利益的范围。

再回到美国法上看，美国《克莱顿法》第5条第7款也规定，法院作出反垄断判决是出于维护公共利益。按照上述法院的观点，就业机会与工资增长具有关联性，限制竞争雇员的协议损害了雇员的就业机会，影响工资的增长。从实质上看这一协议破坏的是劳动力市场正常定价机制和竞争秩序，与直接固定薪酬的卡特尔协议效果相似，显然构成对公共利益的损害。在德国，保障就业也被认为属于反垄断法上的整体经济利益的范围。⁴⁴⁵因而，笔者认为，如果用人单位联合限制竞争劳动者，影响到劳动力市场的正常定价机制，这足以构成对社会公共利益的损害。因为，与竞业限制协议所涉及的特定个人权益不同，该行为影响到相关就业市场中不特定的多数人利益。

2、明确用人单位与劳动者在反垄断法中的主体资格

⁴⁴³ 参见蒋悟真：《反垄断法中的公共利益及其实现》，《中外法学》2010年第4期，第553页。

⁴⁴⁴ 参见张千帆：《“公共利益”是什么？——社会功利主义的定义及其宪法上的局限性》，《法学论坛》2005年第1期，第31页。

⁴⁴⁵ 参见李国海：《反垄断法公共利益理念研究——兼论〈中华人民共和国反垄断法（草案）〉中的相关条款》，《法商研究》2007年第5期，第23页。

首先，我国《反垄断法》将垄断协议的达成主体限于“经营者”，即指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织。劳动法上的用人单位则包括企业、个体经济组织、民办非企业单位、国家机关、事业单位、社会团体等。“经营者”与“用人单位”的主体范围具有一定的重合性。

企业、个体经济组织属于经营者并无过多疑问，关键在于其他用人单位主体能否归入经营者的范围。针对“经营者”的概念，不少观点主张做扩大解释，如有学者认为我国《反垄断法》并未对经营者的营利性作出要求，而且在判断经营者的范围时，应当考虑主体行为的性质，某些主体在职能上可能具有双重性，当该主体行使商业职能时，应当可以被视为经营者的主体。⁴⁴⁶根据这一观点，国家机关、事业单位、以及民办非企业单位在从事商品生产、经营或者提供服务的活动时也可以成为反垄断法的主体。因而，用人单位范围内的主体均有可能成为反垄断法规范的对象，是商品市场中的经营者在劳动力市场的身份体现，当其在劳动力市场实施限制竞争行为时，应因其所具有的经营者身份受到反垄断法的规范。

其次，从诉讼主体地位来看，我国立法也为劳动者成为垄断损害赔偿主体地位提供了支持。根据《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》的第一条内容，反垄断民事诉讼的主体是“指因垄断行为受到损失以及因合同内容、行业协会的章程等违反反垄断法而发生争议的自然人、法人或者其他组织”。显然，当劳动者的合法权益受到用人单位之间限制竞争行为的侵害时，其同样可以依此诉请赔偿。因而，司法机关不应对反垄断损害赔偿的诉讼主体作狭义解释，受到限制竞争行为损害的不仅可能是商品市场的消费者、经营者，亦可能是劳动力市场中的劳动者。

3、应将行为纳入垄断协议的规制范围

依照传统观点，反垄断法调整的“经营行为”涉及的领域通常限于商品市场，但是这一观点使得劳动力市场的限制竞争行为无法得到规范，因而应当对商品市场作扩大理解。如有学者认为对经营者行为性质的认识，应当突破传统商品市场的理解，将网络市场、金融市场、劳动力市场、信息市场等纳入到反垄断法的调整

⁴⁴⁶ 参见焦海涛：《论〈反垄断法〉中经营者的认定标准》，《东方法学》2008年第5期，第150页。

范围。⁴⁴⁷即在现代市场经济条件下，反垄断法不应对市场作狭义的理解，不仅应当关注商品市场的垄断行为，其他市场领域内的经营行为也纳入调整范围。

第一，从垄断行为划分来看，现行反垄断法将经营者的垄断行为分为三类形态，即达成垄断协议、滥用市场支配地位、具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中。如果将用人单位联合限制竞争劳动者的行为纳入反垄断法的规制范围，显然“垄断协议”类型最为合适。根据《反垄断法》第十三条第二项的规定，垄断协议是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为，“互不猎头”等协议显然具有排除用人单位对于劳动者竞争的影响。虽然第十三条第一项所列举的诸多行为中，均无涉及劳动力市场竞争的行为，但第一项第6款的兜底性条款即“国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议”，为反垄断法在劳动力市场的适用提供了空间。

鉴于我国是大陆法系国家，司法实践中法官通过积极解释立法将反垄断法的适用范围扩张到限制劳动力市场竞争行为的可能性较小，笔者认为立法者可以考虑将《反垄断法》第十三条进行增补，或者通过司法解释方式明确禁止具有竞争关系的用人单位通过垄断协议的方式限制劳动力市场竞争。这种限制竞争的方式有多种表现方式，如多个用人单位达成一致对某个职位或者工种的工资上限加以限定，或者通过互不招聘或者互不猎头的方式限制竞争雇员间接影响劳动者工资水平的行为。

第二，合理抗辩的情形也存在一定的适用空间。我国《反垄断法》第十五条规定了垄断协议的合理抗辩情形，对于用人单位联合限制劳动力市场竞争的行为同样应存在合理抗辩的情形。笔者认为具体的抗辩情形应当着重考虑以下几个方面：首先，限制劳动力市场竞争是否出于合理正当事由，如互相限制聘用劳动者是为了确保企业合并或者分立的顺利实现。其次，限制劳动力市场竞争是否具有促进竞争的效果。如在美国的司法实践中，这一情形通常发生在用人单位联合组建研发小组的情形下，为了防止这一期间出现互相猎头的行为而造成研发的失败，应当允许双方用人单位在这种情形下达成互相限制竞争雇员的协议。最后，不应过多考虑用人单位达成协议的限制竞争的影响问题。在美国高科技公司互不猎头案中，涉案的公司企业全是硅谷地区乃至全美地区的科技巨头，其相互之间达成

⁴⁴⁷ 参见焦海涛：《论〈反垄断法〉中经营者的认定标准》，《东方法学》2008年第5期，第152页。

互不猎头协议必然对硅谷地区从事相关科技技术行业的雇员获得就业机会产生影响。但是，如果仅是两家存在竞争关系的小企业之间达成联合竞争劳动者的行为是否应当受到规制呢？显然，按照美国反垄断法中的本身违法原则，只要其具有赤裸裸地限制竞争雇员的目的，即可不考虑市场影响的问题，直接认定违法。同样，依照我国现行《反垄断法》第十五条的规定，在不存在订立垄断协议的合理事由时，也无需再分析限制竞争雇员协议对竞争造成的影响问题。

内地和英国、香港关于劳动关系确立标准的比较和借鉴

黄振东⁴⁴⁸

【摘要】 本文详细比较了内地、英国、香港关于认定劳动关系的有关标准，分析了共同点和差异的地方。共同之处在于这些标准实际均反映了灵活的用工政策与稳定的就业之间的冲突。不同之处在于认定的角度不同，认定的标准不同，不能享受劳动法保护的人群范围不同。通过比较和借鉴，作者提出了三条建议：一、我国内地法律有必要对劳动者进行分类，分层次对劳动者予以分别保护；二、自然人应当成为劳动法上的雇主；三、应当将我国劳动关系认定的抽象标准与英国、香港认定中的具体标准结合起来，完善我国的劳动关系认定标准。

【关键词】 劳动关系 确立标准 比较 借鉴

在普通法中，如果一个人受雇于另一个人从事劳动，可能形成两种法律关系：雇佣关系（employment relationship）和劳务关系（service relationship），相应的合同被称之为雇佣合同（contract of service）和劳务合同（contract for service），这一点与我国关于劳动合同和劳务合同的分类相一致。但是普通法中识别劳动关系和劳务关系的标准是看从事劳动的工人是否属于雇员（employee）。普通法中将从事工作的劳动者分为三类：雇员（employee），独立承包人（independent contractor）和自我雇佣者（self-employed worker）⁴⁴⁹。这三类劳动者的用工方均被称为雇主（employer）。雇主与雇员之间的关系是劳动关系，雇主与独立承包人和自我雇佣者之间的关系是劳务关系。雇主与雇员之间纯粹是提供劳动和接受劳动的关系，雇员不承担任何经营风险。雇主与独立承包人和自我雇佣者之间是商业伙伴关系，独立承包人和自我雇佣者均要自己承担经营风险，他们是为自己的生意而从事劳动。所不同的是，独立承包人不亲自从事劳动，可能会雇佣其他劳动者为其劳动，而自我雇佣者亲自提供劳动，既是雇主又

⁴⁴⁸ 深圳市中级人民法院劳动争议审判庭法官，联系电话 13714639331，0755-83535353

⁴⁴⁹ 也有人将其分为两类：雇员和独立承包人。自我雇佣者实际上也属于独立承包人。

是雇员。雇员的特征是：接受雇主的指导，排他的为雇主贡献自己的精力，定期的接受雇主的报酬，无需考虑产出和工作完成情况⁴⁵⁰。独立承包人的特征是：无需完全服从雇主的监督，仅在合同约定的范围内受雇主控制和监督，服务期间固定通常是一个项目的完成，可以同时为其他雇主服务，报酬通常在服务结束时获得，不享受雇佣法规的权利和保护⁴⁵¹。

在英国，这三类人员受到的劳动法规保护的程序不同：独立承包人只能享受关于性倾向 (discrimination on grounds of sexual orientation)、宗教信仰 (discrimination on grounds of religion or belief) 和年龄 (discrimination on grounds of age) 方面反歧视法规的保护。自我雇佣工人除了可以享有独立承包人可以享有的以上权利外，还可以享有同工同酬 (equal pay for equal work)，性别、种族和残疾等反歧视法规的保护 (discrimination on grounds of sex, race and disability)，克扣报酬 (limitations on unauthorized deductions from pay)，基本安全和健康保护以及最低工资保护 (basic health and safety rights, the national minimum wage)，工作时间 (working time rights)，私人信息保护权利 (data protection rights)，家庭紧急情况的请假权利 (time off for family emergencies)，一些转让和担保权利 (some transfer of undertakings rights)。雇员除了可以享受以上权利外，还可以享有以下权利：要求第 1 章规定的清单的权利，例如要求雇主列明合同的主要条款的权利 (right to a section 1 statement (ie, a statement setting out main terms and conditions))，在工资单上详细列明工作报酬项目的权利 (right to itemised pay statements)，病假工资 (statutory sick pay)，履行公共义务时的请假权 (time off for public duties)，52 周的产假休息权 (fifty-two weeks' maternity leave)，主要的工会权 (the main trade union rights)，通知权 (minimum notice periods)，要求灵活工作的权利 (right to request flexible working)。工作达到一定时间的雇员还可以享受以下权利：工作满 6 个月后可以享受产假工资 (statutory maternity pay (after six months))，工作满 6

⁴⁵⁰ Gkofcheski and Aslam, *Employment Law and Practice in Hong Kong* (Hong Kong: Sweet & Maxwell, 2010), p 22.

⁴⁵¹ Gkofcheski and Aslam, *Employment Law and Practice in Hong Kong* (Hong Kong: Sweet & Maxwell, 2010), p 22.

个月后可以享受陪产假 (paternity leave(after six months)),工作满一年后享受不公平解雇权 (unfair dismissal rights(after one year)),工作满4年后可以要求无固定期限合同的权利 (the right to a permanent contract(after four years))⁴⁵²。

与普通法认定劳动关系主要通过识别从事劳动的工人是雇员、独立承包人还是自我雇佣者不同,中国劳动法主要通过识别劳动关系的本质特征,通过比较劳动关系和劳务关系的区别来认定劳动关系。在实践中,雇佣方是否属于劳动法规定的用人单位是一个重要考量的因素。在普通法中,个人可以作为劳动法上的雇主,而在中国,个人是不能成为劳动法上的雇主(即用人单位)。其他考量因素包括不平等性和附属性。在比较劳动关系认定标准时要注意以上区别。

一、普通法中认定雇员的标准

1. 控制标准 (The control test)

控制标准是19世纪末20世纪初被法院最早确立的标准⁴⁵³,它曾被19世纪的法官认为是决定劳动关系的唯一决定性的因素⁴⁵⁴。它要求法院去探究控制的程度。劳动者的工作在多大程度上受雇主的控制,在多大程度上由劳动者自己控制。考量的因素有:由劳动者还是雇主决定做什么工作,何时做,何地做?劳动者是否要遵守雇主的命令?如果劳动者的工作由雇主控制的程度高于自己控制的程度,则劳动者就是雇员,否则,劳动者就是独立承包人⁴⁵⁵。劳动者提交由雇主控制的证据越多,越有可能被认定为雇员。但是早期的法官将控制标准理解的过于绝对化,早期的法官曾经认定在手术室工作的护士接受的是外科医生的命令,而不是医院的命令,所以认定护士不是医院的雇员(Hillyer v Governors of St Bartholomews Hospital(1909))。这种过于严格的解释受到了广泛的批评。在现代社会,由于专业化分工越来越细,经过专业化训练的劳动者在运用其技术和知识的时候享有高度的判断能力和独立性。所以控制标准不再是认定劳动关系的决

⁴⁵² Stephen Taylor and Astra Emir, *Employment Law An Introduction* (Newyork: Oxford University press, 2th edn, 2009),p 61.

⁴⁵³ Stephen Taylor and Astra Emir, *Employment Law An Introduction* (Newyork: Oxford University press, 2th edn, 2009),p 62.

⁴⁵⁴ Norman Selwyn, *Selwyn's Law of Employment* (Newyork: Oxford University press, 15th edn, 2009),p 40.

⁴⁵⁵ Rick Gloccheski, *Tort Law in Hong Kong* (Hong Kong: Sweet & Maxwell Asia, 2th edn, 2007),p 409.

定性的标准⁴⁵⁶。从一方面而言，即使不存在控制关系，仍有可能存在劳动关系。如在香港认定劳动关系的主要判例（leading cases）Lee Ting Sang v Chung Chi Keung 和 Poon Chau Nam v Yim Siu Cheung 案，尽管完全缺乏雇主对雇员的监督和控制，法院仍然认定属于劳动关系。由于越来越多的劳动者拥有专业技术和能力，所以雇主越来越不可能指导雇员如何去完成工作。尽管存在以上困难，在一些现代案例中（Gibb v United Steel Companies Ltd），英国法院将控制标准发展为“有权控制标准”（the right to control），即使雇主从不行使控制权，只要雇主享有控制权就可以认定存在劳动关系。如果劳动者从事的工作越需要高超的技术，控制标准就越不可能成为认定劳动关系的标准（Beloff v Pressdram）。如果雇主越多的行使控制权，就越有可能认定为劳动关系（Whittaker v Minister of Pensions and National Insurance）⁴⁵⁷。从另一方面而言，即使雇主拥有一定程度的控制权，仍有可能不被认定为劳动关系。如在 Hitchcock v post Office 一案中，原告拥有一家商店，该商店的一部分作为邮政代办点从事邮政业务，虽然邮局对代办点的很多活动拥有控制权，但是法院认为这种控制仅是为了保证金融安全，并不是对于该代办点经营管理权的控制，所以法院认为代办点的主人不是邮局的雇员。

2. 组织标准或整体标准（The integration test or the organisational test）

由于控制标准在认定拥有专业技术的劳动者是否属于雇员上存在着不足，英国法院提出了组织标准。这个标准是英国著名的丹宁勋爵法官在 Bank Voor Handel en scheepvaart NV V Slatford[1953] 1 QB 248 at 295 和 Stevenson, Jordan and Harrison Ltd v Macdonald and Evans 案中提出的。丹宁法官认为，在雇佣合同下，一个个人是作为商业中的一部分而被雇佣的，他的工作是整体商业活动的一个组成部分⁴⁵⁸。运用组织标准，关键是看这个个人是否成为了雇主组织中的一分子。虽然专业技术工人在从事其工作中拥有较高程度的自主性，但是他们仍然不能享受管理上的自主权和作为真正独立承包人的自主决定权，所以如

⁴⁵⁶ Rick Glofcheski, Tort Law in Hong Kong (Hong Kong: Sweet & Maxwell Asia, 2th edn, 2007),p 409.

⁴⁵⁷ Norman Selwyn, Selwyn's Law of Employment (Newyork: Oxford University press, 15th edn, 2009),p 40.

⁴⁵⁸ Norman Selwyn, Selwyn's Law of Employment (Newyork: Oxford University press, 15th edn, 2009),p 41.

果他们的工作成为雇主组织的一部分或一分子，他们就是雇员⁴⁵⁹。组织标准考量的因素有：个人工作是整个系统工作的一个组成部分，还是附属于整个系统工作？这个个人是否属于适用诸如惩戒和宽恕程序等人事政策的人员？这个个人是否享受职业津贴或者标准劳动合同条款中规定劳动者享有的其他利益？⁴⁶⁰组织标准在认定专业技术人员是否属于企业的一分子上具有积极意义，可以弥补控制标准的不足。如在 *Whittaker v Minister of Pensions and National Insurance* 一案中，一个艺术家在表演过程中摔断了手腕，法院认为她的工作是马戏团整体工作的一部分，所以认定她属于雇员，可以享受工伤赔偿⁴⁶¹。但是这种方法可能不适当的扩大雇员的范围，将独立承包人认定为雇员。比如，作为独立承包人的建筑分包商如果重复的被雇主雇佣从事分包建筑工作，可能被认定为雇员⁴⁶²。

3. 经济利益标准 (The economic reality test)

经济利益标准考量的是劳动者是否是为了自己的经济利益从事劳动。这是从是否属于劳动关系的相反角度考虑的。它所衡量的是劳动者在多大程度上是为自己做生意。换句话说，它侧重于考察自我雇佣的证据，而不是为他人工作的证据。该标准考量的因素有：付款方式是怎样的？在付款前是否扣税，如何扣？付款时是否有工资清单，还是通过开具发票的形式付款？谁拥有并管理劳动工具，劳动者本人还是雇主？谁有权力决定休息休假，是否支付假期待遇？劳动者生病时是否还需付款？劳动者是否有权安排别人代替自己去工作？劳动者是否承担金融风险，比如工作迟延完成的后果如何？越多的证据显示劳动者经济上的独立性，劳动者越不可能成为雇员⁴⁶³。

在 *Market Investigations v Minister of social security* 一案中，法官认为区分雇员和独立承包人的根本标准是劳动者是否为自己做生意 (in

⁴⁵⁹ Gkofcheski and Aslam, *Employment Law and Practice in Hong Kong* (Hong Kong: Sweet & Maxwell, 2010), p 28.

⁴⁶⁰ Stephen Taylor and Astra Emir, *Employment Law An Introduction* (Newyork: Oxford University press, 2th edn, 2009),p 63.

⁴⁶¹ Norman Selwyn, *Selwyn's Law of Employment* (Newyork: Oxford University press, 15th edn, 2009),p 41.

⁴⁶² Gkofcheski and Aslam, *Employment Law and Practice in Hong Kong* (Hong Kong: Sweet & Maxwell, 2010), p 28.

⁴⁶³ Stephen Taylor and Astra Emir, *Employment Law An Introduction* (Newyork: Oxford University press, 2th edn, 2009),p 63.

business on his own account)。通常如果一个劳动者可以招聘其他劳动者作为帮手，并且工作时没有监督或很少的监督，这个劳动者很有可能被认为独立承包人。但在 *Leung Kam Fat & others v Johnatham's Fashion Manufacturing Ltd & Another* 一案中，法院却认为劳动者招聘一个帮手是以领班的身份招聘，并不足以否定他成为雇员⁴⁶⁴。

4. 相互义务标准 (The mutuality of obligation test)

相互义务标准与控制标准一样，曾经作为认定雇佣关系的重要标准。相互义务标准考量的是劳动者是否必须提供劳动，雇主是否有义务提供工作。如果劳动者有权利拒绝工作，不会遭受损害，则相互义务不存在，劳动者不是雇员。如果劳动者拒绝工作后将来再也没有工作的机会，则相互义务存在，劳动者属于雇员。越多的证据显示劳动者必须提供劳动，雇主必须提供工作，则越有可能是劳动关系。实际上，相互义务标准考量的是劳动关系的持续性，也就是说，对于独立承包人和自我雇佣者，他们与雇主的关系一般而言都不是长期的，一般是一个项目的完成或一桩生意的完成。而雇员与雇主之间一般是长期的关系。考量的因素有：双方之间是一份合同还是一系列的短期合同？如果是一份合同，劳动者是否同意承担最低量的工作？是否存在一定的控制以致这个安排成为劳动关系？如果控制的程度并不充分，是否劳动者有义务去做最低量的工作⁴⁶⁵ (*Costwold Developments Construction Ltd V Williams*)。比如，在 *Prater v Cornwall County Council* 一案中，原告被被告县教育局聘用从事家教工作，教育哪些不能够在学校正常上课的学生。被告没有义务一定要送学生给原告教育，原告也没有义务一定接受被告送来的学生。但是在实际操作中，原告从来没有拒绝过被告送来的学生，这种关系一直持续了10年。在这10年中，双方签订了一系列的教学协议，但是这些协议并不是连续履行的，有时上一份协议与下一份协议之间存在一定的时间间隔。但是基于双方合作期限之长，法院认为双方之间属于劳动关系。再比如，在 *Macfarlane v Glasgow City Council* 一案中，原告是兼职教学人员，如果他不能教课，他可以安排另外一人顶班。但是顶替的人必须是当地教学委员会确定的名单中的人员。有时被告也会安排替代人员。法院认为当自

⁴⁶⁴ Rick Glofcheski, *Tort Law in Hong Kong* (Hong Kong: Sweet & Maxwell Asia, 2th edn, 2007),p 413.

⁴⁶⁵ Norman Selwyn, *Selwyn's Law of Employment* (Newyork: Oxford University press, 15th edn, 2009),p 41.

己不能工作时找人代班与享有一般权力可以转委托自己的义务存在根本区别。所以法院认为原告并没有一般的权力不接受被告的工作，原告属于雇员。

但是香港法院并不认可相互义务标准。香港法院认为雇主有没有义务必须提供劳动并不影响劳动关系的确立。即使雇主只提供一天的劳动，明确将来不提供劳动，也有可能认定为劳动关系。比如，在认定是否雇员的另一个主要判例 *Poon Chau Nam v Yim Siu Cheung* 一案中，原告是空调修理工，在被告的要求下修理空调，并非每天工作，主要工具由被告提供，自己购买强积金。工作报酬按日计酬。交通费由被告承担。工作也不需要被告监督和控制。法院认为原告不承担风险，所以不是 self-employed worker。认为原告每一次来修理时就是一个雇员。该案中相互义务标准明确被法院拒绝，法院认为即使雇主没有义务提供持续的工作，相互义务缺失，每一次雇主叫劳动者来工作，每一次就是一个劳动关系⁴⁶⁶。按照这种观点，临时工作人员（casual worker）都属于雇员。在另一个案件中，这种观点表达的更是彻底。在 *Chan Yiu Man v Sin Kam Tong & Another* 一案中，劳动者被招聘从事一天的运输工作，报酬固定，劳动者在工作中受伤，法院认为劳动关系成立，雇主应当承担工伤责任⁴⁶⁷。

5. 整体印象标准或综合标准（The overall impression or the multiple test）

现在，法院倾向于采用一种更加灵活、实用的方法来认定劳动关系，而不是单存依靠某一种标准。20年前，Lord Griffiths 在 *Lee Ting Sang* 一案中就认为没有一种单一的便利的标准来认定劳动关系，需要考察一系列的因素但是无法详细列明一完整的清单来认定劳动关系。这便是整体印象标准或综合标准。这要求法官对于案件事实进行综合权衡和判断，既要考虑属于劳动关系的要素，又要考虑属于劳务关系的要素。比如，在 *City and East London FHS Authority V Durcan* 一案中，原告在自我雇佣的基础下从事牙医工作，每星期一次，他在被告医院从事值班工作，负责紧急情况的处理。报酬固定，并且由原告自己交税和缴纳社会保险（national insurance）。如果他不能按时出工，他必须安排一个替代。当被告决定减少工作时间时，原告起诉认为自己被不公平解雇。法院注意到原告使用被告的工作场所、设备和工具。同时被告并不控制原告如何去工作。

⁴⁶⁶ Gloccheski and Aslam, *Employment Law and Practice in Hong Kong* (Hong Kong: Sweet & Maxwell, 2010), p 30.

⁴⁶⁷ Rick Gloccheski, *Tort Law in Hong Kong* (Hong Kong: Sweet & Maxwell Asia, 2th edn, 2007),p 471.

当他不能工作时必须安排一个替代人员也不足以否定劳动关系，因为替代人员必须是被告列明的名单上的人员，这也与工作分享的现代趋势并不冲突。原告也并不享受通常雇员享受的权利，比如病假工资，假期工资和通知权利。原告也不享有申诉程序。他必须治疗安排的病人，但是他的报酬与病人的数量无关。他也不享有他的工作所带来的任何利益或招致的任何损失。相互义务是一个重要的因素，但并非决定性的。每周工作有限的几个小时也并不足以否定劳动关系，因为劳动关系并不要求雇员每天干满 8 小时。综合考虑所有因素，法院认为双方之间是劳动关系⁴⁶⁸。

综合考量的因素有：(a) 合同的条款 (the contractual provisions) ; (b) 控制的程度 (the degree of control exercised by the employer) ; (c) 雇主提供工作的义务 (the obligation on the employer to provide work) ; (d) 雇员工作的义务 (the obligation on the employee to do the work) ; (e) 劳动者亲自提供劳动的义务 (the duty of personal service) ; (f) 工具、设备、器械等的提供 (the provision of tools, equipment, instruments, etc) ; (g) 税收、社会保险、法定病假工资等的安排 (the arrangements made for tax, national insurance, VAT, statutory sick pay) ; (h) 为别的雇主工作的机会 (the opportunity to work for other employers) ; (i) 其他的合同条款, 包括假期工资、病假工资、通知、费用和消费等 (other contractual provisions, including holiday pay, sick pay, notice, fees, expenses, etc) ; (j) 承担金融风险和投资管理责任的程度 (the degree of financial risk and the responsibility for investment and management) ; (k) 自我雇佣的安排是双方的真实意思表示, 还是为了规避劳动法上的义务 (whether the relationship of being self-employed is a genuine one, or whether there is an attempt to avoid modern protective legislation) ; (l) 工作任务的数量、工作期间和持续坏账的风险 (the number of assignments, the duration of the engagement, and the risk of running bad debts) ; (m) 提供工作的义务和必须工作的义务的存在或不存在 (the presence or absence of mutuality of the obligation to provide or do the work)⁴⁶⁹。

⁴⁶⁸ Norman Selwyn, *Selwyn's Law of Employment* (Newyork: Oxford University press, 15th edn, 2009), p 44.

⁴⁶⁹ Norman Selwyn, *Selwyn's Law of Employment* (Newyork: Oxford University press, 15th edn, 2009), p 45.

在 Lee Ting Sang v Chung Chi Keung, Market Investigations v Minister of Social Security, 和 Poon Chau Nam v Yim Siu Cheung 案中, 香港法院确立了整体印象标准 (the ‘overall impression’ test)。并没有决定性的因素认定劳动关系, 必须考量相关的因素, 但是每一个考量因素依据各案情况而定, 在某一个案件中作为认定劳动关系重要的考量因素在另一个案件中可能并不能作为认定劳动关系的决定因素。相关的考量因素有: (a) 控制 (control); (b) 工具和设备的提供 (provision of tools and equipment); (c) 转委托工作或招聘工人的自由 (freedom to delegate work or hire workers); (d) 经营风险和利益享有 (financial risk and prospect of profit); (e) 强积金 (Mandatory Provident Fund payments); (f) 收入纳税申报表的填写 (Filing of income tax forms); (g) 雇员补偿要求要求的 Form 2 的填写 (filling of statutory Form 2); (h) 雇佣活动的性质 (nature of employment activity); (i) 相互义务 (Mutuality of obligation); (j) 书面合同的明确约定 (express designation in a written contract)。⁴⁷⁰

二、内地认定劳动关系的标准

(一)、理论界关于劳动关系的认定标准

1、两特征说

劳动的从属性和劳动的有偿性, 是劳动者所从事的劳动的两大主要特点, 具体表现为劳动者受雇于个人、公司或机构, 使用雇主提供的劳动工具或设备, 在工作中根据上级的指挥或指令完成一定的生产或经营任务, 由雇主付给工资。市场化的劳动关系的实质即是雇佣关系, 市场化下的劳动者即是雇佣劳动者或工资劳动者。被雇佣是市场经济下劳动者在经济上和法律上的最基本的特点。⁴⁷¹

劳动关系是兼有人身关系和财产关系性质, 兼有平等关系和隶属关系特征的社会关系。劳动关系是由当事人双方按照平等协商的原则建立的, 双方当事人各自有平等的相互选择的权利; 但劳动关系一经建立, 则劳动者必须听从用人单位的指挥, 将劳动力的支配权交给用人单位, 服从用人单位的管理。与此同时, 劳

⁴⁷⁰ Glofcheski and Aslam, *Employment Law and Practice in Hong Kong* (Hong Kong: Sweet & Maxwell, 2010), p 31-39.

⁴⁷¹ 常凯主编: 《中国劳动关系报告-当代中国劳动关系的特点和趋向》, 《中国劳动社会保障出版社》, 2009年3月第1版, 第32页。

劳动者劳动的过程，即劳动力的消耗过程与劳动者的人身是紧密相联的，因此劳动关系毫无疑问地具有人身性，是一种人身关系；从现实的经济意义上来说，劳动者将劳动力的支配权交给用人单位是为了换取生活资料，用人单位因为劳动者的劳动而给予其对等的给付，从而显示出劳动关系的财产性。⁴⁷²

2、三特征说

此说认为劳动关系具有以下特点：第一，劳动关系的主体特定，即一方是劳动者，另一方是劳动力的使用者，在我国称之为用人单位。第二，劳动关系具有从属性。劳动关系虽然是平等的关系建立起来的，但一旦建立，劳动者即成为用人单位的成员，双方形成隶属的关系，用人单位对劳动者具有管理权。这种从属性的关系使劳动关系脱离民事关系，而劳动法正是“从正面承认了如前所述的雇主与劳动者之间在经济、社会方面的不平等，并企图纠正从那些不平等产生出的不正当的结果”⁴⁷³的产物。第三，劳动关系的内容兼有人身关系和财产关系。劳动关系中的劳动是一种从属性的有偿劳动⁴⁷⁴。

3、四特征说

最流行的也是实务中最认可的是四特征说，即主体资格合法性、从属性、有组织性和有偿性⁴⁷⁵。

(1)、主体资格合法性

主体资格合法性要求用人单位必须是经过合法登记的单位，非法用工单位和外国企业以及其在华分支机构不具有主体资格合法性。自然人由于不是用人单位，也不能成为劳动关系的主体。对于合法的劳动者而言，童工和达到退休年龄⁴⁷⁶以及未获得就业许可证的外国人均不能成为劳动关系的合法主体，但并不表示他们不可以享受劳动法上的某些权利义务。

⁴⁷² 董保华主编：《劳动合同研究》，《中国劳动社会保障出版社》，2005年10月第1版，第9页。

⁴⁷³ 【日】星野英一：“私法中的人”，王闯译，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第8卷），法律出版社1997年版，第184页。转引自姜颖著：《劳动合同法论》，《法律出版社》，2006年7月第1版，第6页。

⁴⁷⁴ 姜颖著：《劳动合同法论》，《法律出版社》，2006年7月第1版，第6页。

⁴⁷⁵ 全国人大常委会法制工作委员会行政法室编：《劳动合同法（草案）参考》，《中国民主法制出版社》2006年3月第1版，第84页。

⁴⁷⁶ 《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十一条规定，劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止。所以，劳动关系的合法主体必须是未达到退休年龄的劳动者。

(2)、从属性

按照英国人的理解，从属性体现为一种主人和佣人之间的关系（the relationship of master and servant），雇主依据劳动合同的有关规定给予劳动者命令和指导，劳动者必须服从。从属性更多的体现为一种命令与服从关系。如果法院发现双方之间的关系具有明显的不平等性，则会认定双方之间是劳动关系，不论双方的合同是如何约定的。

(3)、有组织性

有组织性要求雇主拥有组织机构和管理系统。雇主要有规章制度，雇员必须遵守规章制度，如果不服从雇主的管理，将会受到惩罚。雇员的工作是雇主整体工作的一部分，雇员是这个集体的一份子。

(4)、有报酬性

有报酬性要求劳动者的劳动不能是无偿的，必须是雇主给付的，不能是第三方给付的，当然，第三方受雇主委托给付的除外。实践中有争议的是包工头发放的工资到底是替雇主在发，还是他自己在发工资。

（二）实务中认定的标准

《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》劳社部发〔2005〕12号规定：“一、用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。二、用人单位未与劳动者签订劳动合同，认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证：（一）工资支付凭证或记录（职工工资发放花名册）、缴纳各项社会保险费的记录；（二）用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件；（三）劳动者填写的用人单位招工招聘“登记表”、“报名表”等招用记录；（四）考勤记录；（五）其他劳动者的证言等。其中，（一）、（三）、（四）项的有关凭证由用人单位负举证责任”。

根据以上的介绍，三种观点均认为有偿性和从属性是劳动关系的属性，其分歧在于认定劳动关系时要不要考虑主体资格的合法性和有组织性。按照二特征说的观点，个人是可以成为雇主。国内所称的雇佣关系与劳动关系实质为同一种关

系。正如常凯所言，市场化的劳动关系的实质即是雇佣关系。实际上，主体资格合法性和有组织性具有密切联系，正是因为雇主必须是单位，不能是个人，所以才体现出雇员的工作是有组织性的工作。这并不是说雇主是个人时，雇员的工作不具有有组织性，而是其组织性可能并不明显。这也不是说雇主是单位时，雇员的工作一定具有组织性，也有可能雇员独立完成某项工作，并不需要与他人合作。三特征说认可劳动关系的主体必须是单位，但又否定雇员工作的有组织性，可能并不是很妥当。

从以上分析可以看出，国内关于劳动关系认定的分歧可以归结为一个问题，即个人可不可以成为雇主？

三、内地与英国、香港劳动关系认定标准的比较

从以上分析可以看出，三地均没有将所有劳动者纳入劳动法的保护范围。实际上三地都面临灵活的用工政策与稳定的就业之间的冲突。也就是说，劳动法的触角越长越广是否不利于经济的增长和就业的增加。我们知道，相对于劳务关系，劳动关系赋予雇主较重的义务，所以雇主一般不愿意扩大雇员的范围。在双方关系有争议的时候，雇主均会争辩说与雇员之间是劳务关系，而雇员则会力争争辩说是劳动关系。我们很少看到反过来的现象。如果劳动法保护的范围过大，是否会不利于雇主增加非典型性工作的机会。如果赋予独立承包人、临时工、家政工等太多的劳动权利是否会威胁这些工作机会的增加。另外，控制标准在三地认定劳动关系时都占据的重要的地位。雇员是否受雇主控制正是劳动关系附属性和人身依附性的体现。

同样，内地法律与普通法在认定劳动关系时也存在诸多不同：

第一，认定的角度不同。普通法是从认定劳动者是否属于雇员的角度来认定劳动关系的，侧重点在于雇员是否为自己的生意而工作，雇员能否自己控制自己的工作，雇员是否自己提供设备、工具，雇员是否自己承担经营风险等等。而内地法律是从雇主的角度和劳动关系的本质属性角度来认定劳动关系的。内地法律认定劳动关系首先看用人单位是否符合主体合法性要件，其次考虑附属性要件，具体考察是否要听从雇主的命令，受雇主的管理，工具、设备是否由雇主提供。再次考察组织性和有报酬性要件。例如，双方都很重视控制标准，但普通法主要是从被控制人即雇员的角度来审查是否不存在控制行为，即主要着眼点在于雇员

能否自己决定何时、何地、如何工作。而内地法律是从控制人雇主的角度来审查是否存在控制行为。比如雇主是否有规章制度，规章制度是否适用于雇员。是否有考勤制度，雇员上下班是否有考勤。是否有工资支付制度，劳动者领取报酬时是否有工资清单。劳动工具是否由雇主提供等等。规章制度和考勤制度是内地法院审查的重点，但却很少成为普通法法院的审查重点。

第二，认定的标准不同。内地法律认定的标准比较抽象，而普通法认定的标准比较具体。这与两地不同的法律制度有关，内地是成文法国家，立法时无法具体罗列明确的标准。而普通法是案例法，其法律规则均是从具体的案例中归纳出来的，所以非常具体。另外，就具体的认定标准而言，内地法律中的不平等和附属性标准与普通法中的控制标准非常类似，内地法律中的有组织性与普通法中的组织性标准也基本一致，但是内地法律要求附属性和有组织性同时具备才能认定劳动关系，而对于有组织性标准，在普通法中并不是一个决定性的标准。这与普通法认可自然人可以作为雇主有关。

再者，普通法并没有要求一定要符合哪个标准才能成立劳动关系，目前流行的做法是从整体上综合考察。但在笔者看来，该标准并不清晰。因为这种方法将区别劳动关系和劳务关系的本质区别的因素和非本质区别的因素放在一起考虑，没有抓住重点，也不能仅根据反映某种关系的因素多就认定是该种关系，因为多的因素可能都是非本质区别的因素。比如，用人单位从不为劳动者缴纳所得税、不买社会保险、不支付病假工资、假期工资，也不要求劳动者考勤，但却要求劳动者提供劳动工具，赔偿劳动产品有瑕疵时的损失等等，这些都是反映劳务关系的因素，如果类似的因素很多就认定双方不存在劳动关系，哪简直就是贻笑大方。因为雇主不如此做，完全有可能是违反劳动法上的义务。不能将雇主违反劳动法义务的行为（因素）看成是劳务关系的特征。另外，法官在适用该标准时也有一定的随意性。如在 *Pun Wai Ming v Tsang Chung Kai* 一案中，原被告双方签订了合作协议，约定被告提供汽车运输货物，并安排生意。原告负责驾驶，负担汽车的油费、过路费、停车费以及保险费等费用。被告提供生意时，原告必须为被告服务，如果被告没有生意时，原告可以自己招揽生意。被告根据原告运输距离给付报酬，原告多劳多得。原告还可以招聘其他人员临时顶替其工作。法院认为

没有明显的证据证明原告可以转委托职责,也没有证据证明原告需要承担风险为由认定原告是被告的雇员。

第三,不能享受劳动法保护的人群范围不同。在内地,由于非法用工和自然人用工并不少见,然而由于自然人不能成为劳动法上的雇主,所以将非法用工和自然人用工中雇主和劳动者的关系认定为雇佣关系(并非普通法上所称的雇佣关系,普通法上所称的雇佣关系实为劳动关系)或劳务关系,使得劳动者得不到劳动法的保护。而这些劳动者往往是没有一技之长的农民工,属于最应受到劳动法保护的人群,劳动法对他们不予保护,对他们很不公平。在普通法中,独立承包人是一些具有特殊技能的劳动者或者为自己做生意的人,所以这些人得不到劳动法的保护并非不合理。当然,独立承包人制度在香港也经常被滥用,雇主经常将一些本应属于雇员的劳动者签订协议约定为独立承包人,目的在于避免为这些工人缴纳社会保险和向受伤的工人支付工伤补偿,这样的案例并不少见⁴⁷⁷。

四、英国、香港劳动关系认定标准对内地的借鉴

第一,内地法律也有必要对劳动者进行分类,分层次对劳动者予以分别保护。

在英国和香港劳动法中,董事(directors)基于其管理者的职位一般不是公司的雇员,除非双方签订的劳务合同(service contract)明确规定其是雇员。原因在于董事是股东们选举出来的,股东们随时可以免除董事职务,所以不适宜劳动法保护,否则会限制股东权利的行使⁴⁷⁸。《香港雇佣条例》规定雇主指的是已订立雇佣合同雇佣他人为雇员的人,以及获其授权的代理人、经理人或代办人。控股股东即使其同时为公司工作也不认为是公司的雇员。因为雇员是被公司控制的人,而控股股东是控制公司的人,天然与雇员的身份不符。如在 *Buchan v Secretary of State for Emoloyment* 一案中,原告是公司的控股股东,拥有 50% 的股份,他同时为公司工作,属于全职工作。报酬是年薪,公司为其缴纳所得税,也为其购买社会保险。每年也有 5 星期的假期。原告没有与公司签订任何合同。

⁴⁷⁷ Rick Glofcheski, *Tort Law in Hong Kong* (Hong Kong: Sweet & Maxwell Asia, 2th edn, 2007),p 349.

⁴⁷⁸ Norman Selwyn, *Selwyn's Law of Employment* (Newyork: Oxford University press, 15th edn, 2009),p 35.

当公司清算时他要求劳动者待遇，被法院驳回。法院的理由在于控股股东可以控制其解雇或不被解雇，所以不能成为雇员⁴⁷⁹。

在我国劳动合同法的制定过程之中，大部分同志认为高级管理人员应排除在劳动合同法调整之外，由民法调整。理由在于，从大的角度讲这部分人是受雇者，但实际工作中行使的是“雇主指令权”，对其他劳动者有指挥和管理的权利，新修订的公司法第 217 条对高级管理人员范围界定的比较清楚，他们代表企业资产经营方的性质已很明确。这部分人不属于劳动者中的弱者，与企业有谈判的能力，不属于倾斜性立法保护的范畴。部分同志同意草案的规定，将高级管理人员纳入劳动合同法的保护范围，认为这部分人虽行使企业管理权，但还是受雇于企业，其劳动权益应当受劳动合同法的保护。也有部分同志建议纳入劳动合同法调整，但要区分部分条款不适用，如经济补偿金条款等⁴⁸⁰。《劳动合同法》最终没有将高级管理人员排除在其调整的对象之外。

笔者认为，我国社会主义制度与英国、香港等资本主义制度的确存在很大区别，所以也不宜完全照搬他们的做法。因为如果将国有企业的董事、经理等高级管理人员完全排除在劳动法保护之外，的确也不公平。因为他们与私有企业的董事、经理、股东不同，他们不拥有企业的控制权。他们很多都是国家或地方政府任命的，很难说他们有与国家、地方政府或国有企业谈判的能力，也不一定是劳动者中的强者。笔者认为我们可以借鉴英国将劳动者区分为雇员、独立承包人、自我雇佣者并分别适用不同层次的劳动法保护的方法，对劳动者进行分类，分别进行不同层次的劳动法律保护。比如，对于年薪制的高级管理人员，规定其不享有加班工资；对于同时作为股东的雇员在解雇时不享受经济补偿金，等等。《中华人民共和国劳动合同法》第四十七条第二款规定，劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。其实，这种规定已经体现了对劳动者进行了分层次的保护。

⁴⁷⁹ Norman Selwyn, *Selwyn's Law of Employment* (Newyork: Oxford University press, 15th edn, 2009), p 36.

⁴⁸⁰全国人大常委会法制工作委员会行政法室编：《劳动合同法（草案）参考》，《中国民主法制出版社》2006年3月第1版，第83页。

有人建议我国也应采纳雇员和独立承包人的分类方法⁴⁸¹。对于是否应将劳动者区分为雇员和独立承包人，笔者认为应当慎重。在目前的国情下，不宜采用如此分类。第一，雇员和独立承包人的区分标准并不明确。这是让英国、香港法官非常头疼的一件事⁴⁸²。第二，独立承包人制度在香港经常被雇主滥用⁴⁸³。第三，只要准确认定劳动关系的内涵和外延以及与劳务关系的区别，就无需引入独立承包人制度。第四，一旦引入，很有可能被我国企业滥用。劳务派遣就是一个很好的例子。

第二，自然人应当成为劳动法上的雇主。

在英国、香港，雇佣关系（employment relationship）就是劳动关系（labor relationship），两者没有任何区别⁴⁸⁴。我国不承认自然人可以成为劳动法上的雇主实际上是计划经济下用人制度对我国劳动立法造成的影响。当时，企业基本上不是国有就是集体所有，个人不可能成为企业主，所以雇主只可能为单位。改革开放已经 30 多年，私营经济已经遍地开花。我国宪法已经规定，非公有制经济已经成为我国经济的重要组成部分，所以即使雇佣关系体现了剥削关系，也没有理由不予以同等保护。仅仅因为雇主是单位还是个人，就将劳动关系和雇佣关系割裂开来，没有任何法理依据，逻辑上也不通。目前实务中将雇佣关系等同于劳务关系处理更是牛头不对马嘴。所以，笔者建议应当取消用人单位的概念，恢复雇主的概念。

第三，应当将我国劳动关系认定的抽象标准与英国、香港认定中的具体标准结合起来，完善我国的劳动关系认定标准。

应当紧紧围绕劳动的从属性和有偿性，适用普通法中的综合所有因素考虑的方法，着重于控制标准和经济利益标准，准确认定劳动关系和劳务关系。应当着重考察双方实际履行中的法律关系，而不是根据字面上约定的法律关系和权利义务条款来认定劳动关系。

（一）、准确认定劳动的从属性

⁴⁸¹ 胡雪梅：《英国侵权法》，中国政法大学出版社，2008年3月第1版，第374页。

⁴⁸² 详见：Chan Yiu Man v Sin Kam Tong & Anouher (2007) DCEC 46 of 2006 案法官的评论。

⁴⁸³ Rick Glofcheski, Tort Law in Hong Kong (Hong Kong: Sweet & Maxwell Asia, 2th edn, 2007), p 349.

⁴⁸⁴ Glofcheski and Aslam, Employment Law and Practice in Hong Kong (Hong Kong: Sweet & Maxwell, 2010), p 3.

1、**首先考察人格从属性。**考察控制程度，不仅要考量直接控制因素，还要考虑间接控制因素，考量因素有：（如果存在，一般是反映劳动关系的因素）

（1）、做什么工作，何时做，何地做由谁决定？一般而言，这些都应由雇主决定，但也不排除某些具有特殊技能的劳动者自己决定如何做。

（2）、劳动者是否要遵守雇主的命令？包括具体如何工作的指示。

（3）、劳动者是否要遵守规章制度，考勤制度。休息休假是否要经过批准。

（4）、违纪或违反双方约定的处理。雇主是否有罚款的权力，有没有违纪处理的程序，有无申诉程序。

2、**其次考察经济从属性。**劳动者是否在为自已利益而做生意，考察因素有：（如果存在，一般是反映劳务关系的因素）

（1）、是否自己承担经营风险、是否分享利润。如果劳动者与雇主共同经营，共享利润，共担风险，则很有可能是劳务关系或合作关系。但要注意共享利润与按件提成的区别。

（2）、是否有权转委托其工作和雇佣他人为其工作的自由。如果劳动者有权委托他人为其工作，则一般不属于劳动关系。但是注意劳动者临时找人替班与有权转委托他人工作的区别。另外，即使劳动者有权找帮工与其一起工作，还需审查是否获得了雇主的授权，如果获得了雇主的授权，则找帮工的事实不足以否定劳动关系。

（3）、是否同时为他人工作。一般而言，如果劳动者可以同时为他人工作，很有可能是合作关系。但是如果获得了雇主的认可，也有可能构成双重劳动关系。

（4）、是否通过开具发票的形式付款。如果雇主给付报酬时要求劳动者出具发票，一般不属于劳动关系。但也不排除有些企业恶意违反劳动法的规定，要求劳动者凭票据领取工资以规避税法的一些规定。

（5）、是否自己提供工具、设备、器械等生产工具。一般而言，劳动关系中生产工具都由雇主提供，但对于技术性强的工作，雇员提供工具的可能性也不是没有，要具体情况具体分析。

3、**再次，考察组织从属性。**即使没有明显的控制，也并不意味着一定不是雇员，还应考察是否有组织性。分工合作，有组织的工作是从属性的另一种表现。个人工作是整个系统工作的一个组成部分，还是附属于整个系统工作？

（二）、准确认定劳动的有偿性

1、工资单工资支付凭证或记录（职工工资发放花名册）。劳动者领取报酬时有无工资清单，如果每月都有工资清单，是证明劳动关系的强有力的证据。

2、是否享受假期工资、产假工资，法定病假工资。享受可以佐证劳动关系的存在，不享受也不足以否定劳动关系的存在。

3、是否为雇员缴纳个人所得税、缴纳社会保险。可以佐证劳动关系的存在，但即使存在也并不意味着一定是劳动关系。在没有劳动关系时，代缴所得税和代缴社会保险也不是没有可能。

（三）、考量其他相关因素

1、双方合同的约定。双方劳动合同的约定并不是一个决定性的因素，仅是一参照性的因素，还是应以双方实际履行中的权利义务反映的法律关系作为认定劳动关系和劳务关系的标准。

2、是否存在规避劳动法上义务的行为，比如强迫劳动者签订合作合同，以前是雇员，现在变为合作方。

3、双方权利义务的相互义务性。雇主是否有提供工作的义务，雇员是否有必须工作的义务。雇员工作任务的数量、工作期间和工作的稳定性。

4、劳动者是否持有“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件。

5、劳动者是否持有“登记表”、“报名表”等招用记录。

6、是否持有工作服、门禁卡等在公司工作的其他证据。

7、是否有其他劳动者的证言。

浅析劳动关系的法律适用

金英杰

【摘要】在我国劳动关系协调机制中个别劳动关系的法律调整一直是立法的重点,《劳动合同法》对个别劳动关系的法律规范既约束用人单位的用工行为,也对目前企业选择用工行为有一定影响。本文对我国企业用工形式进行大致梳理,就劳动法对个别劳动关系适用的法律规范进行分析,提出部分建议。

【关键词】劳动关系 用工形式 劳动法规范

中共中央、国务院2015年4月发布了《关于构建和谐劳动关系的意见》,指出“劳动关系是生产关系的重要组成部分,是最基本、最重要的社会关系之一。劳动关系是否和谐,事关广大职工和企业的切身利益,事关经济发展与社会和谐”,并提出要“健全劳动保障法律法规,增强企业依法用工意识,提高职工依法维权能力,加强劳动保障执法监督和劳动纠纷调处,依法处理劳动关系矛盾,把劳动关系的建立、运行、监督、调处的全过程纳入法治化轨道”。这一纲领性文件既指出了劳动关系在社会关系中的重要地位,也提出把劳动关系的调整和规范纳入法治化轨道。

我国自1995年实施《劳动法》以来,劳动关系的法治化进程从未停滞,在劳动关系的立法上,既有国家层面的,也有地方立法和各类规范性文件不断出台。什么是劳动关系,如何确认劳动关系,哪一类主体应纳入劳动关系主体范畴,劳动关系的确认权属于仲裁、司法权范畴,还是行政机构也享有确认劳动关系的权限,发生争议的举证责任如何承担等诸多问题,可说众说纷纭,立法界、学术界、司法实务界等有多种理解和解释,各地执法尺度裁判的不同更是加剧了这种混乱,是理论与实践中的重大难题。

一、劳动关系法律适用的重要性

劳动关系是我国社会生活中基础性的社会关系,是劳动法重要的理论与实践问题。

劳动关系的理论不仅是劳动法原理的重要组成部分,更是劳动法理论的起点和基础。劳动法如何有别于民法、行政法,在基础理论上与民法原理、行政法原理的联系与区别,作为社会法的劳动法有何特殊调整对象、基本原则和宗旨,都是在劳动关系特性、内涵和外延研究的理论基础上展开的。

在我国现行劳动法框架结构中,劳动关系亦是立法的首要问题,可以说我国劳动法制度规定是以劳动关系为基础设置的,是否是劳动关系、如何确认劳动关系决定着是否适用劳动法,是否适用劳动合同制度,是否适用劳动基准法,是否受解雇保护的规制,是否纳入劳动法律救济范畴,违法是否将面临惩罚性的责任追究等。由于我国社会保险关系大部分是以劳动关系为基础建立、工伤的认定以劳动关系为前提,因此劳动关系的法律适用关系到劳动者诸多劳动权利、劳动报酬权、社会保险权、工伤赔偿权、提起劳动争议权以及职业安全卫生权等的实现。

研究劳动关系法律适用的现实意义在于:随着社会经济的发展,劳动关系决定着劳动法的发展趋势、影响着社会的和谐稳定。就国内而言,自我国实行市场经济以来,经济迅猛发展、产业结构调整,工业化、城镇化步伐的加快,改变了传统的农业大国人口的就业结构,劳动用工成为普遍现象,劳动关系的社會性更益凸显;就业市场、收入分配、企业对灵活用工的市场选择都对我国公法色彩浓厚的劳动关系协调机制产生较大影响。从世界范围的经济和发展看,20世纪80年代苏联解体、东欧巨变,全球政治冲突有所缓解,经济全球化的实现,跨国投资、贸易、资本的全球流动、世界产业链的形成、跨国公司的超强发展,世界范围内的金融危机对经济造成的致命打击,使一国的劳工政策不能只局限于本国政治、经济的发展,还须在世界范围内考量;近年来科学技术迅猛发展,计算机网络技术等科学技术迅猛发展,信息化时代来临,以互联网+为代表的新经济形态对行业发展和就业结构的影响巨大,影响着用工行为,电子商务业、滴滴打车、优步专车平台、快递业、代驾⁴⁸⁵等新的经营模式出现,通过平台经济、电子商务就业的人数急剧增多;众包众筹,共享经济,模糊了用人单位与劳动者双方的界限,新的用工模式、新的就业方式,对传统的以管理和控制为特征的劳动关系理论造成极大冲击。自习近平当政以来,简政放权、深化市场经济改革、调整产业结构层次的力度加强,我国传统的制造业在物流成本、房地产成本、劳动力成

⁴⁸⁵王哲拴与北京亿心宜行汽车技术开发服务有限公司劳动争议案,北京市中级人民法院判决(2015)一中民终字第01359号判决王哲拴与代驾公司不符合劳动关系的认定标准。

本等提高的情况下有所萎缩，而另一方面服务业、电子商业，通过平台经济就业的人数和规模却在不断扩张。产业结构变化既有国家法律政策的推动，也有在经济全球化、信息化发展、技术发展、经济走向变化情况下企业的自我选择。在经济社会不断变化发展的趋势下，企业对劳动用工的天然选择是希望国家减少对劳动关系、人力资源市场的干预，而在微观上企业为维持竞争力减少劳动成本，有意模糊劳动关系与雇佣关系、劳动关系与业务外包关系等的区别，规避劳动法的现象越来越严重，更使劳动关系呈现出复杂化、多样化的特征。在司法实务中，由于没有确切的法律规定，法官对劳动关系与雇佣关系、劳务关系的认定出现分歧，甚至出现同案不同判，影响着法律的权威性。据统计，对于劳动关系确认的争议不仅在法院受理的数量上有所增加，且愈发复杂，考验着司法实务者的智慧和经验。

近年来，我国司法机构受理的劳动争议案件中涉及确认劳动关系的案件有增加趋势，笔者搜集部分地区劳动争议发生的数量统计，仅以江苏省为例，2013年江苏省高院发布的《江苏高院关于劳动争议案件的调研报告》其中明确指出：“确认劳动关系争议占比较高，案件数量显著增多。从5年来（2008年-2012年）全省法院受理一审劳动争议案件类型分布看，劳动合同争议100998件，占比55.62%；事实劳动关系争议18221件，占比10.03%；劳动保险争议10054件，占比5.54%。在事实劳动合同争议案件中，确认劳动关系纠纷占了大部分”⁴⁸⁶。

综上，无论从理论、立法和实务研究劳动关系的法律适用均具有十分重要的意义。

二、劳动关系基本类型的分析及建议

要研究劳动关系的法律适用，必须基于我国企业劳动用工的现实，需要对企业劳动用工形式进行梳理，为便于归纳，以标准劳动关系、非标准劳动关系、特殊劳动关系、其他用工形式为准进行分类：

1. 标准劳动关系。法律上并无标准劳动关系的称谓，学术界有探讨和界定非标准劳动关系，而对标准劳动关系如何界定尚存争议，有学者认为标准劳动关系

⁴⁸⁶《规范劳动关系促进劳资和谐——江苏高院关于劳动争议案件的调研报告》，载人民法院报2013年7月4日，http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2013-07/04/content_66255.htm?div=-1，访问日期2016年1月26日。

以用人单位与劳动者之间的一重劳动关系、8小时全日制劳动、遵守一个雇主的指挥等为特征⁴⁸⁷。

笔者为说明企业用工类型，故将双方具有劳动权利义务关系、用人单位直接控制管理用工、且双方关系具有一定持续性界定为标准劳动关系。所谓标准劳动关系，即符合劳动法一般性规定的劳动关系。其主要特征有三：

(1) 主体适格，即劳动关系的主体是劳动法上的用人单位和劳动法上的劳动者；

(2) 用人单位对劳动者直接进行劳动管理，直接用工，即用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者从事用人单位安排的有报酬的劳动，双方有人身和经济上的从属性；

(3) 劳动关系具有一定持续性，即相对短期工具有一定稳定性，且劳动关系具有唯一性，即劳动者没有同时与其他用人单位建立劳动关系，

(4) 用人单位用工须符合劳动基准法规定以及为劳动者缴纳社会保险费用。

与标准劳动关系相对应的用工形式即为劳动合同用工，但不排除没有签订劳动合同但符合上述三个特征，即符合主体适格、人格和经济上的人身依附性、业务上的从属性的事实劳动关系。笔者查阅中国裁判文书网，(2015)杭江民初字第1555号判决书⁴⁸⁸对杭州金昊房地产有限公司诉黄小戎劳动争议一案，双方未签订劳动合同，法院最终判决双方存在劳动关系，在判决书中说明理由：“确认劳动者与用人单位是否存在劳动关系，应从劳动者与用人单位是否存在劳动法上的隶属关系予以考量，用人单位要对劳动者支付劳动报酬、进行管理、安排工作。本案中，从黄小戎提交的社会保险参保证明、杭州市社会保险缴费变动记录及银行历史交易明细可知，其在职期间系由金昊公司为其发放工资，为其安排社保的缴纳，从黄小戎提交的委托书、门禁卡及停车卡来看，其系从事金昊公司安排的工作，接受金昊公司的管理，故期间双方建立有劳动关系，金昊公司主张双方系劳务关系，与本院查明的事实不符，本院不予采纳。”这是一典型的以管理关系确定双方存在劳动关系

⁴⁸⁷董保华：《论非标准劳动关系》，学术研究 2008 年第 7 期，第 50 页。

⁴⁸⁸中国裁判文书网，访问日期 2016 年 4 月 6 日

<http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=5a509f3a-c317-4f80-8c6f-a1a20689dd7f&KeyWord=黄小戎>

标准劳动关系及其用工形式相较于其他用工形式是企业的直接用工，一般以有劳动合同的依照劳动合同，没有劳动合同的可以根据“工资支付凭证或记录（职工工资发放花名册）、缴纳各项社会保险费的记录”、“用人单位向劳动者发放的‘工作证’、‘服务证’等能够证明身份的证件”、“劳动者填写的用人单位招工招聘‘登记表’、‘报名表’等招用记录”“考勤记录”“允许劳动者以用人单位员工名义工作或不为反对意见的”等因素进行综合考量。

标准劳动关系用工依据《劳动合同法》规定签订的劳动合同有三种：即固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同、以完成一定工作任务为期限的劳动合同。

我国劳动法将劳动合同用工作为企业的基本用工形式。从用工成本分析，标准劳动关系是企业的直接用工，相较于其他用工形式（非全日制用工、劳务派遣用工、发承包用工等），用工成本高，一旦违法，相对其他用工形式经济上付出的代价也高。在直接用工下，用人单位与劳动者必须签订书面劳动合同，必须为劳动者缴纳社会保险费，用工须符合劳动基准法的相关规定，制定的劳动规章制度受劳动法规制，劳动者受解雇保护，用人单位解雇劳动者在符合法律规定情形下须向劳动者依法支付经济补偿金。而违法所面临的是不签书面劳动合同超过1个月向劳动者支付二倍工资，超过1年不签订书面劳动合同视为无固定期限劳动合同；不缴纳社会保险费，将面临罚款和滞纳金的惩罚；违反解雇保护规定违法解除和终止劳动合同须向劳动者支付双倍经济补偿金；拖欠或不支付劳动者劳动报酬的，除应全额支付工资外，还须加付拖欠部分25%的赔偿金等。

笔者的总结：作为标准劳动关系的直接用工相较于其他用工形式用工成本高，违法成本亦高。不能否认的是我国目前很多企业需要以低劳动力成本保持竞争优势以及经济下行之下企业利润空间的缩小，采用直接用工对企业用工的灵活性及竞争力维持均有一定影响。

2. 非标准劳动关系

非标准劳动关系是相对于标准劳动关系而言的。就企业用工形式而言，主要包括非全日制用工、双重劳动关系用工、对放长假、停薪留职人员及下岗人员用工。其特点与标准劳动关系相比，仍具有主体适格、用人单位对劳动者直接控制管理的特性，但在适用劳动法和社会保险法规范上有所缺失。

以非全日制用工为例,《劳动合同法》第五章第三节总计 5 条规范非全日制用工、劳动部《关于非全日制用工若干问题的意见》等规范性文件对非全日制用工制度进行了相关规定。

非全日制用工,是劳动者与用人单位建立的每周工作时间不超过 24 小时、平均每天工作时间不超过 4 小时的劳动关系。其不标准在于:(1) 缺失《劳动合同法》的部分适用。劳动关系双方可以不签订书面劳动合同,用人单位不承担不签订书面劳动合同的惩罚性赔偿责任。(2) 缺失劳动基准法的部分适用: 工作时间长度短于标准劳动关系的工作时间长度,标准劳动关系工时制度可以是标准工时、不定时工时和综合计算工时,均长于非全日制用工的工作时间;非全日制用工劳动者的工资是以小时计发,月计发数低于当地月最低工资标准。(3) 缺失解雇保护。用人单位解雇非全日制劳动者不需要履行法定程序和符合法定理由,可以随时解除、终止劳动关系,且不需要向劳动者支付经济补偿金,更不存在非法解除、终止劳动合同的惩罚性经济补偿金责任;(4) 社会保险缴费义务的缺失,《劳动合同法》、《社会保险法》对非全日制工都未明确规定用人单位的缴费义务,只在 2003 年劳动和社会保障部发布的《关于非全日制用工若干问题的意见》中规定劳动者可以个人身份参加基本养老保险和基本医疗保险,而用人单位须承担缴纳工伤保险费的义务。

所谓双重劳动关系用工,是指劳动者同时与两个企业发生劳动关系。目前我国劳动立法并未明确规范双重劳动关系,对其法律适用也未做明确规定。笔者查找地方规定,2010 年 1 月 1 日正式实施的《山西省劳动合同条例》首次在全国范围内明确承认的双重劳动关系,其第 13 条规定:“劳动者与用人单位尚未解除或者终止劳动关系的,经与用人单位协商,可以与其他用人单位订立劳动合同,新用人单位应当履行为劳动者缴纳社会保险的义务;劳动者与原用人单位协商一致的,也可以由原用人单位缴纳。”这一规定赋予了劳动者与原用人单位协商选择建立双重劳动关系和社会保险关系归属的意思自治空间,但并没有突破现有社会保险关系只能建立一重的屏障。

在司法实践中如何认定双重劳动关系,如何给予劳动法保护呢?笔者以“双重劳动关系”为关键词检索中国裁判文书网⁴⁸⁹,检索到所列举的涉及“双重劳动

⁴⁸⁹裁判文书网 <http://wenshu.court.gov.cn/list/list/?sorttype=1&conditions=searchWord+QWJS+++全文检索:双重劳动关系>

关系”裁判文书，经归纳后，总结双重劳动关系用工的特点在于：（1）限定劳动者身份。将劳动者身份限定为“企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员”⁴⁹⁰。（2）社会保险费缴费义务规范的部分缺失。基于我国现行社会保险法操作的局限性，两个或者多个用人单位不能为同一劳动者同时缴纳社会保险，因此虽是双重劳动关系，但在社会保险关系上只有一重⁴⁹¹。（3）与非全日制用工不同，书面劳动合同、劳动基准法、解雇保护的规范适用于双重劳动关系的劳动者，即劳动者在两个用人单位同时都受劳动法的保护。

我国对于非标准劳动关系的保护并不像标准劳动关系一样严格：对于非全日制劳动关系，可以不签书面合同，工作时间为非标准工作时间，工资可以低于最低工资，不受解雇保护限制，可以随时解除、终止劳动合同，解除、终止劳动合同用人单位不需要支付经济补偿金；对于双重劳动关系，一旦对于原用人单位的工作任务造成严重影响，原用人单位有权随时解除合同并不承担支付经济补偿金的义务。

通过上面的比较，可以得出结论：非标准劳动关系与标准劳动关系比较，其用工相对灵活而具有一定弹性，用工成本及违法成本一般低于标准劳动关系。

存在问题：双重劳动关系是否应提高保护标准？是否应要求用人单位承担社会保险缴费义务？

笔者认为：法院司法实践将双重劳动关系限定在企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员，由于这种限缩，使企业用双重劳动关系劳动者人数相对较少。非全日制用工由于工作时间局限于每日平均工作4小时，每周平均工作24小时，用工时间短也限制企业广泛使用这种用工形式，非全日制劳动关系虽有劳动成本相对低、解雇保护度低等的优势，但并未成为企业用工的首选，只是作为标准劳动关系的补充。

⁴⁹⁰最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第8条：“企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员，因与新的用人单位发生用工争议，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳动关系处理。”

⁴⁹¹湖北省人力资源和社会保障部门通过技术手段在统一的账户下开设子账户，实行“统一账户、分头缴纳”，使双重劳动关系双重缴费成为可能。

笔者认为：应为企业基于市场的灵活用工保留一定空间，国家不宜对此干预过多，建议保持现有规定不变。

3、拟制劳动关系

所谓拟制劳动关系是指主体之间并不完全具备劳动权利义务的内容、用人单位缺乏对劳动者的直接管理控制，但法律上拟制双方存在劳动关系。拟制劳动关系是笔者提出的一个全新概念，是否与标准劳动关系、非标准劳动关系并列尚存争议。但笔者认为拟制劳动关系与标准劳动关系、非标准劳动关系共同构成我国劳动法规范的关系类型。从企业用工形式上分析主要包括劳务派遣用工、发承包用工。这两种用工形式一直饱受争议。其特征是：

(1) 主体一般为三方或多方。劳务派遣关系涉及到劳务派遣单位、实际用工单位、劳动者三方；发承包关系涉及到发包方、承包方、劳动者等多方主体；(2) 主体存在不资格的部分情形。例如发承包关系中，不具有经营资质的承包者一般为自然人，比较常见的是建筑行业的包工头，并不符合劳动法上用人单位的要求。(3) 直接控制管理权的分散。劳务派遣关系中，劳务派遣单位形式上与劳动者有劳动合同，《劳动合同法》称其为“用人单位”，但与标准和非标准劳动关系不同的是劳务派遣单位与劳动者之间并不存在直接控制关系，管理控制使用劳动者的是实际用工单位，所谓“有关系无劳动，有劳动无关系”非常形象地说明了三方之间的状态。发承包关系中，发包方并不直接控制管理使用劳动者，甚至建筑行业的层层转包，承包方多个，只在最后链节的包工头与农民工之间存在管理控制关系。(4) 立法出于保护劳动者目的，并未将管理控制关系作为认定上述两类劳动关系的标准，而是拟制为劳动者与相应主体存在劳动关系⁴⁹²或拟制相应主体承担用工主体责任⁴⁹³，并规定劳动者受损时劳务派遣单位与实际用工单位、发包方与没有经营资质的承包方承担连带赔偿责任。

2012年发布的《劳动合同法修正案》及其后人力资源和社会保障部发布《劳务派遣暂行规定》对劳务派遣用工做了诸多限制，将劳务派遣公司的注册资金提高到200万元，将劳务派遣用工岗位限制为临时性、辅助性、替代性工作岗位，

⁴⁹²《劳动合同法》第58条：“劳务派遣单位是本法所称用人单位，应当履行用人单位对劳动者的义务。”

⁴⁹³劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》第4条规定“建筑施工、矿山企业等用人单位将工程（业务）或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。”

并规定劳务派遣用工比例不得超过用工总量比例的 10%，加大被派遣劳动者劳动权益的保护，主要体现在对被派遣劳动者同工同酬权的保护和禁止对劳务派遣者歧视等条款的规定。尤其是对用工比例和注册资金等的限制，使劳务派遣用工受到限制⁴⁹⁴⁴⁹⁵，立法的限制目的是最终使劳务派遣用工回归企业用工补充形式的本色。笔者与北京几家人力资源服务公司座谈，均反映劳务派遣业务减少。国家干预劳务派遣用工、限制劳务派遣用工的立法目的基本得以实现。

笔者调查情况发现：劳务派遣用工虽有所减少，但仍有企业使用劳务派遣用工。笔者分析，劳务派遣用工仍具有规避无固定期限劳动合同、使实际用工单位保有一定灵活用工权的效应。但限于国家立法的强势干预，企业不得不减少劳务派遣用工，劳务派遣用工势微。鉴于此，笔者认为国家近期没有必要再出台新规定对劳务派遣用工再做限定。

关于发承包用工中的拟制劳动关系问题，就现有规定，并没有明确发承包中劳动关系的所在。笔者认为：2007 年的劳动合同法立法对劳务派遣用工形式，抛弃了以传统控制管理性质确认劳动关系存在的做法虽有值得商榷之处，但毕竟明确确认劳务派遣单位与被派遣劳动者之间存在劳动关系，此前提的确定无异于给被派遣者增加了劳动法的保护衣，对解决劳务派遣滥用、尽可能地保护被派遣者权益起到关键作用。遗憾的是对发承包关系中的用工，只规定劳动者受到损失时发包方与没有经营资质的承包方承担连带赔偿责任，却没有明确这一经营链条的最后环节的农民工与哪一主体存在劳动关系，致使农民工是否应受劳动基准法的保护、是否受解雇保护存疑，甚至社会保险权利的落实都受到一定影响。

建筑工程发包与承包是指建设单位（或总承包单位）委托具有从事建筑活动的法定从业资格的单位为其完成某一建筑工程工程的全部或部分的交易行为。我国建筑行业普遍采用发承包形式，层层转包、分包、挂靠等经营模式，建筑领域农民工劳动权益维护始终是劳动法关注的热点，各地为解决农民工工资拖欠问题出台了许多地方性规定，虽对农民工实现劳动报酬权起到一定作用，但由于是否是劳动关系立法不明，致使发承包关系下的农民工未能受劳动法的全覆盖。

⁴⁹⁴张歆：《四大行劳务派遣工“瘦身”：去年减少 2 万人》，2013 年 4 月 9 日，中国经济网——《证券日报》。

⁴⁹⁵《人力资源和社会保障部：劳务派遣用工规模和比例都在下降》，中国网，<http://news.brtn.cn/20141025/ARTI1414203291125127.shtml> 访问日期 2016 年 2 月 3 日

2005年5月25日劳动和社会保障部发布《关于确立劳动关系有关事项的通知》、2011年最高人民法院《全国民事审判工作会议纪要》等规范性文件将建筑业发包方拟制为用工主体承担用工主体责任，但有严格的限制，即“发包给不具备用工主体资格的组织或自然人”，只在发包方、承包方致劳动者利益受损时，发包方、承包方承担连带责任。而且，2011年最高人民法院《全国民事审判工作会议纪要》第59条明确表述：“建设单位将工程发包给承包人，承包人又非法转包或者违法分包给实际施工人，实际施工人招用的劳动者请求确认与具有用工主体资格的发包人之间存在劳动关系的，不予支持。”

笔者对最高人民法院这一会议纪要内容有异议，认为不明确劳动关系所在，既不能限制违法发承包转包问题，而且在违法发承包下反而使发承包单位规避劳动法，使农民工权益脱离劳动法的护佑。以下面案例说明：

案例：发承包关系中未确定劳动关系，劳动者的请求未获支持⁴⁹⁶

徐东昌与锦宸集团有限公司徐州分公司、锦宸集团有限公司经济补偿金纠纷案，（2015）徐民终字第04112号

2012年，锦宸集团有限公司徐州分公司将其承建的华茂嘉园1-4#楼及地下车库工程转包给张忠施工，承包方式为包工包料。2012年9月21日，徐东昌通过张忠招聘到华茂嘉园1-4#楼工程项目工地，从事看管施工工地及检查闲杂人员不得擅自进入工地等工作，每月工资2000元，吃住均在工地。张忠委托张永生管理工地后勤工作，徐东昌的工作由张永生安排并管理，工资由张忠委托张永生发放。2014年4月26日凌晨，徐东昌在华茂嘉园1-4#楼工程项目工地昏迷，同日被工友送至徐州市中心医院救治，诊断为“脑梗塞、高血压病、陈旧性心肌梗塞、肺部感染”，2014年5月17日好转出院，花费医疗费3万余元。2014年8月18日，徐东昌向徐州市云龙区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求锦宸集团有限公司徐州分公司支付医疗费、双倍工资、加班工资、医疗补助费、降温费、病假工资、护理费及退养生活费。同日，徐州市云龙区劳动人事争议仲裁委员会以申请人徐东昌的主体不适格为由不予受理。后徐东昌向法院提起诉讼。

⁴⁹⁶该案件来源于中国裁判文书网，访问日期2016年4月6日。

<http://wenshu.court.gov.cn/list/list/?sorttype=1&conditions=searchWord+QWJS+++全文检索:徐东昌>

处理结果：法院认为上诉人徐东昌没有与被上诉人锦宸集团有限公司徐州分公司、锦宸集团有限公司之间形成事实劳动关系，也未提供证据证明其与被上诉人锦宸集团有限公司徐州分公司、锦宸集团有限公司之间达成成立劳动关系的合意，因此上诉人徐东昌与被上诉人锦宸集团有限公司徐州分公司、锦宸集团有限公司之间不存在直接劳动关系。

评议：法院所作判决没有确认劳动关系，至徐东昌未能得到劳动法保护。

建议：鉴于建筑行业层层转包的经营情况，建议人力资源和社会保障部将原《关于确立劳动关系有关事项的通知》第4项修改为：建筑施工、矿山企业等用人单位将工程(业务)或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的承包方承担“用人单位主体责任”，承包方没有用工主体资格的由发包方承担“用人单位主体责任”。应该采取法律拟制农民工与具有用工主体资格的组织之间存在劳动关系，为低端劳动者农民工提供劳动法的全面保护，而非仅限于“用工主体责任”只承担农民工工伤时或受损时的赔偿责任。

劳动法领域两大痼疾一是劳务派遣用工，二是发承包关系中农民工权益维护问题。劳务派遣用工在法律的强有力规制下，其用工规模和数量均有所减少，而发承包关系中农民工劳动权益维护问题至今无法破解，甚至蔓延到其他行业，造成很多社会问题。笔者认为加大对发承包用工中农民工权益维护力度的有力手段就是应将农民工全部纳入劳动法保护范围，使其适用劳动合同法、劳动基准法，得到解雇保护以及经济补偿金和社会保险权益等。

4. 其他用工形式

除上列被纳入劳动法规范的用工形式外，企业为降低劳动用工成本，保持用工灵活性，包括规避直接用工的成本，还采用其他用工形式。大致归纳为以下几种：

(1) 劳务关系用工、承揽关系用工、雇佣关系用工。企业采用上述用工方法，意在混淆劳动关系，规避适用劳动基准、解雇保护、经济补偿金、社会保险等义务，规避国家劳动行政部门监管，取得企业发展空间。劳务关系、雇佣关系在我国法律语境中属于民事法律调整的对象。民法实行契约自由原则，上述关系

的建立、变更、解除、终止是双方当事人意思自治的范畴。我国民法对劳务关系、承揽关系以及雇佣关系均没有明确定义。

关于劳务关系，2009年发布的《中华人民共和国侵权责任法》第35条规定：“个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。”

企业雇佣退休返聘人员为劳务关系，根据2010年9月14日起施行的最高人民法院《关于审理劳动争议案件的司法解释三》规定，用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员之间认定为劳务关系。

关于承揽关系，《中华人民共和国合同法》第15章专门规定承揽合同，第251条规定：“承揽合同是承揽人按照定作人要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合同。承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。”第253条规定：“承揽人应当以自己的设备、技术和劳力，完成主要工作。”

关于雇佣关系，最早提到雇佣关系的是1992年最高人民法院《关于适用中华人民共和国民事诉讼法若干问题的意见》第45条：“个体工商户、农村承包经营户、合伙组织雇佣的人员在进行雇佣合同规定的生产经营活动中造成他人损害的，其雇主是当事人”，但这一解释并未涉及雇员在从事劳动中自身受到伤害时的赔偿责任问题，随着2012年《中华人民共和国民事诉讼法》的修改，该司法解释失效。2003年12月最高人民法院颁布《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》，涉及到雇佣关系，也是迄今为止，专门规范雇佣赔偿方面的唯一依据。第9条第2款规定：“前款所称从事雇佣活动，是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。”第11条规定：“雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。”“雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害，发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的，应当与雇主承担连带赔偿责任”，并明确规定“属于《工伤保险条例》调整的劳动关系和工伤保险范围的，不适用本条规定。”

采用劳务关系用工、承揽关系用工、雇佣关系用工，无须受劳动法和社会保险法约束，因之其用工成本远低于劳动关系用工，由于不受解雇保护，企业用工更加灵活。

(2) 以劳务外包取代劳务派遣，减少直接用工，规避劳动法。劳务派遣用工被限制后，企业寻找新的规避方式，其中以业务外包用工降低劳务派遣用工比例，试图继续维持用工成本低用工灵活的优势。业务外包一般是指企业为了获得比单纯利用内部资源更多的竞争优势将其部分业务交由其他企业完成，以达到降低成本提高效率增强企业竞争优势的一种经营策略和管理模式。真正的业务外包能够使企业充分利用外部专业化资源的整合提高生产效率和质量，获得竞争优势。具体做法是企业将某项业务外包给商事公司，而不是劳务派遣公司，是两个公司之间建立商事法律关系。劳动者属于外包公司的员工，而与发包公司没有法律上的关系。与劳务派遣用工相同的是，外包的劳动者与劳务派遣者一样是为实际用工公司工作，不同的是：业务外包公司必须保有对劳动者的直接控制和使用权，发包方公司不具有劳动管理权，否则易陷入“真派遣假外包”，而在劳务派遣关系中实际用工企业始终控制和管理被派遣者。

业务外包一般包括两方：发包企业和外包企业。发包企业根据与外包企业达成的外包协议将部分业务转移到外包企业进行。外包是指原来的产品或服务的生产过程可分为几个环节或者几个流程，企业将其中的非核心环节（如低技术的劳动密集型的生产环节）和不具备优势的环节外包给具有专业化优势的承包企业进行。企业要达到外包的目的，必须正确界定核心业务和非核心业务，并选择合适的外包企业。从现有人力资源服务公司看，人力资源服务公司原主要从事劳务派遣业务服务，驾轻就熟，而提供劳务外包服务尚力不能及，因与劳务派遣只“派人”不同，还需要自身具有业务外包资质和业务能力，否则“真派遣假外包”亦影响其向用工单位提供服务的质量。笔者经与北京市几家知名人力资源服务公司座谈，他们均认为人力资源服务公司从事业务外包服务业务尚在发展阶段，业务外包规模与数量均有限，实际用工单位也没有完成由劳务派遣至业务外包的全转型，业务外包模式有不成熟之处。

笔者建议：由于业务外包至今对劳动者损害现象不严重，且业务外包中劳动者毕竟与业务外包公司之间存在劳动关系，尚属劳动法规范之内，国家可暂不加强监管，需要关注的是“真派遣假外包”。

（3）在校生顶岗实习及各种实习方式用工。我国近年来每年大学生毕业有近 7 百万之多⁴⁹⁷，大量学生需要就业，毕业前的实习既增加职业能力又能获得潜在的就业机会，还能获得一定酬劳，越来越多的学生进入到企业实习，进行专业理论学习和技能实训，既有理工科院校生也有文科院校生。基于实习学生低廉的劳动力成本、企业也需要后备力量，因此雇佣在校学生，有顶岗实习，也有整体性实习和零散个人的实习。

笔者梳理在校大学生实习是否确认劳动关系的案例，其中最高法院指导性案例 2008 年在校大学生郭懿诉某大药房连锁有限公司案件比较典型⁴⁹⁸，郭虽未毕业但与企业签订劳动合同，法院判决说明理由时认为是以就业为目的的实习，且双方签订劳动合同，终被认为双方存在劳动关系。但未签订劳动合同，未以就业为目的工作的大学生实习并没有被确认存在劳动关系。

2016 年 4 月 11 日教育部与财政部、人力资源社会保障部、安全监管总局、中国保监会联合发布《职业学校学生实习管理规定》（教职成〔2016〕3 号，以行政规范性文件形式将职业学校实习学生纳入法律规范，主要从必须签订实习单位、校方、实习学生三方实习协议、规定禁忌劳动范围、最低实习报酬、限定顶岗实习学生占实习单位在岗人数比例等四个方面进行规范⁴⁹⁹，并未将实习学生完全纳入劳动法保护范畴，且这一规定适用范围有限，只适用于职业大中专学生实习，普通高等院校在校生的实习并没有纳入规制范围，仍处于真空状态。

综上，自 2008 年《劳动合同法》实施以来，劳务派遣用工得到一定控制，劳动合同用工成为企业基本用工形式，但不能否认的是伴随市场化发展趋势，非标准型的劳动用工关系越来越多，尤其是计算机网络技术、服务业的兴起、平台经济、众筹众包等新的经营方式的出现，使企业在用工选择上越来越趋于灵活、多元和弹性，极大冲击了传统劳动关系界定标准，包括选择劳务、雇佣、业务外

⁴⁹⁷ 《教育部：高校毕业生超七百万就业观念导向不能跑偏》，光明日报 2013 年 12 月 11 日版

⁴⁹⁸ 载于《最高人民法院公报》2010 年第 6 期（总第 164 期）。

⁴⁹⁹ 《教育部等五部委联合印发职业学校学生实习管理规定》，新华网，

http://news.xinhuanet.com/politics/2016-04/28/c_128938580.htm，访问日期 2016 年 4 月 28 日

包、承揽方式、兼职⁵⁰⁰等，力图冲破劳动法的法网，使劳动法面临前所未有的挑战，需要劳动法学界从理论及实践进行深入研究，以确定是否将上述用工形式纳入劳动法范畴。

⁵⁰⁰ 优步统计，兼职司机达 70%-80%，代驾司机多为兼职。资料来源于《新经济形态中的劳动用工相关问题座谈会》。

论劳动者主体资格之认定

——以高校实习大学生为例

秦怡然*

【摘要】劳动者主体资格是确认该主体是否为劳动者、能否参与劳动关系的重要概念。而我国法律对劳动者概念的规定并不明确，没有实际可操作的劳动者主体资格的认定标准，在学理上对于劳动者主体资格的认定也有诸多不同学说，司法实践中对劳动者主体资格的认定存在较大问题。以高校实习大学生为例，不同案例中不同法院对高校实习大学生是否具有劳动者主体资格作出了不同认定，由此带来了差异较大的案件结果，十分不利于对高校实习大学生的权益保护，也难以体现司法公平。因此，劳动者主体资格的认定标准有必要予以厘清，以便于接下来对于劳动关系的认定和对劳动者的权益保护。

【关键词】劳动者主体资格 资格认定 高校实习大学生

一、劳动者主体资格之认定

（一）劳动者主体资格

劳动者主体资格的概念自“劳动者”一词而来，实际上是类比民法中“人格”一词对劳动者做出的具体解释。劳动者的含义广泛，各国对此皆有不同解释，并无统一的概念。大致归纳之后，对劳动者概念的解释可分两种，一为大陆法系的“从属说”，二为英美法系的“控制说”。“从属说”从人格从属性和经济从属性两方面又有很多不同的学说。“控制说”则源于英美法上“主人与仆人”之法理，表现为雇主对雇员的控制。

而我国法律上对劳动者的概念并无明确规定，仅通过消极主义立法例⁵⁰¹规定了劳动者的外延。在学理上我国学者也对劳动者的概念有着不同阐释。例如王全

* 作者简介：秦怡然，女，河南新乡人，中南财经政法大学法学院硕士研究生，主要研究方向：经济法、劳动法。

⁵⁰¹ 消极主义立法例，即立法不直接对“劳动者”一词的内涵进行界定，而是通过规定外延的方式来界定劳动者。相对而言的积极主义立法例，即立法直接对“劳动者”一词的内涵进行界定。

兴教授认为：劳动者有广义、狭义之分，广义上的劳动者是指具有劳动权利能力和劳动行为能力，但不一定已参与劳动关系的公民；狭义上的劳动者仅指职工。⁵⁰²劳动者的主体资格近似于王全兴教授所论述的广义上的劳动者，代表着从法律层面对该自然人具备劳动权利能力和劳动行为能力的资格确认。类比权利能力和行为能力的概念，劳动权利能力是指公民能够享有劳动权利并且承担劳动义务的法律资格。劳动行为能力是指公民能够以自己的行为行使劳动权利并且承担劳动义务的法律资格。劳动权利能力和劳动行为能力共同决定着主体参与劳动关系的资格，此为劳动者主体资格。

（二）现行法律对劳动者主体资格之认定的规定

我国法律并未明确规定劳动者的内涵，而是采用消极主义立法例对劳动者的外延予以规定。《中华人民共和国劳动法》（2009）第二条明确规定，在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织（以下统称用人单位）和与之形成劳动关系的劳动者，适用本法。国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者，依照本法执行。《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》（1995）进一步对劳动者的含义予以列举说明，列举了一些可以认定为劳动者的情况和不能认定为劳动者的情况。由上述规定可见，我国法律对劳动者主体资格的认定较为模糊，仅采用列举的方式说明了一些可以认定为劳动者的情况，在实践中容易导致问题。

（三）学理上对劳动者主体资格之认定的讨论

在学理上各国对于劳动者主体资格的认定皆有不同论述，但大致归纳起来有两个方向。大陆法系多采用“从属说”，英美法系多采用“控制说”。

“从属说”的核心为判断有无人的“从属性”，即劳动者提供的“从属性劳动”。而关于劳动者的“从属性劳动”，有人格从属说、经济从属说、人格从属性与经济从属性之复合学说这三种学说。人格从属说认为，人格从属性主要是指受雇人的劳动由雇主单方决定劳动场所、时间、种类等，受雇人接受雇主的指令和安排。经济从属说主要指受雇人并非为自己的经营劳动，而是为他人之目的劳动。受雇人向雇主提供劳动力，而雇主向受雇人支付劳动报酬，这种基于劳动力和劳动报酬的交换是经济从属性的主要表现。人格从属性与经济从属性之复合是

⁵⁰² 王全兴：《劳动法》，北京：法律出版社，1999。

同时考虑人格从属性与经济从属性的存在,我国台湾学者多采此学说。日本的“使用从属性”实际上也是人格从属性和经济从属性的复合。⁵⁰³

而“控制说”源于传统英美法上“主人与仆人”之法理,即主人有权控制仆人具体做什么,包含控制、整体性、供给、损益几大要素。“控制说”与“雇佣理论”也有着密切关联,雇佣是基于雇主和雇员双方的合同。随着现代劳动方式的不断发展,“控制说”也有了很大改变,开始吸取“从属说”的观点来完善自身。⁵⁰⁴

二、案例引入

司法实践中我国对于劳动者主体资格的认定模糊不清,没有统一的标准,由此带来了许多问题。对于高校实习大学生的劳动者主体资格认定即是一个典型代表,各个法院认定不同,由此带来的结果也截然不同。为了更加直观的表现出司法实践中对高校实习大学生的劳动者主体资格认定的混淆,本文以下述两个案例进行对比分析。

(一) 案例一: 王某诉江苏某有限公司、某学院案⁵⁰⁵

原告王某系被告某学院学生。2009年12月1日,被告某学院根据教育部要求统一安排毕业生实习,原告进入被告某有限公司实习。2009年12月30日下午3时许,原告等人在被告某公司安排下进行工作时,因意外而不慎坠落受伤。王某向法院提起诉讼,要求某有限公司、某学院进行赔偿。

本案焦点为高校在校生在学校组织下到指定单位实习期间遭受人身损害的,其损害赔偿责任应由谁负担。法院认为,学生由学校组织到指定单位实习是学校教学内容的延伸和扩展,高校在校生与实习单位之间并未建立实质意义上的劳动者与用人单位之间的身份隶属关系,不适用《劳动法》。但是,根据现有的立法和司法资源,在校生在实习过程中受到的伤害可以按照一般民事侵权纠纷处理,适用民法的一般性规定,因此,根据过错责任归责原则,高校在校生由学校组织到指定单位实习期间遭受人身损害的,应由学生、学校和企业分别按各自的过错程度承担相应的民事责任。由于原告是基于实习到某有限公司进行与其所学知识

⁵⁰³ 刘志鹏:《劳动法理论与判决研究》,台湾:元照出版公司,2000。

⁵⁰⁴ 王志雄:高校顶岗实习生劳动者主体资格之法理探析[J],载于《中国劳动关系学院学报》,2012,26(2)。

⁵⁰⁵ 引自《最高人民法院公报》2014年第7期(总第213期),2011年10月28日审结。

内容相关的实际操作，其与某有限公司不存在劳动关系，原告在实习过程中受到的伤害应按照一般民事侵权纠纷处理。

（二）案例二：吴某某诉自贡某有限公司案⁵⁰⁶

原告吴某某于 2011 年入读内江某学院，学制三年。2013 年 7 月，吴某某持所在学院的《毕业生就业推荐表》前往被告某公司应聘，进入被告处从事置业顾问，试用期满后，于 2013 年 10 月成为某公司的正式职工，双方未签订书面劳动合同。根据某公司的规定，业绩提成 80%，其余业绩提成的 20% 由被告某公司提留，待此项业务全面完成后再予以发放。原告吴某某在工作期间，被告某公司未与其签订劳动合同。2014 年 3 月 4 日，原告吴某某主动向被告某公司提出辞职，此后吴某某未到被告处工作。其提留的业绩提成奖及 2014 年 2 月 26 日至同年 3 月 4 日的工资未支付吴某某。2014 年 4 月 18 日，原告吴某某向劳动人事争议仲裁委员会申诉，要求被告支付其工资、业绩提成奖等。该仲裁委认为原告系某学院在校学生，现处于实习期间，与被告发生的争议不属于劳动人事仲裁受理范围，决定撤销吴某某与被告某公司未签订劳动合同纠纷案。吴某某不服此仲裁决定书，向法院起诉。

本案焦点为高校大学生实习是否为劳动法的合法主体，可否签订劳动合同，该案是否属于劳动合同纠纷。法院认为，原告吴某某持内江某学院的《毕业生就业推荐表》到被告某公司应聘时已经年满 16 周岁，已具备面向社会求职和就业的条件，符合劳动法规定的就业年龄。被告某公司聘请吴某某为其单位的职工，对吴某某的基本情况已进行了审查和考核，属适格的劳动合同主体。原告吴某某在聘用期间，与被告某公司的职工同工同酬，并受其管理制度的约束，故被告称吴某某系实习学生不应签订劳动合同的辩称理由不能成立，法院不予支持，原告吴某某与被告某公司确实存在劳动关系，故本案应当属于劳动合同纠纷。

（三）两个案例的对比分析

两个案件所涉主体均为高校实习大学生，然而法院认定的结果并不一致。案例一中法院认为在校大学生在学校组织下进行实习，属教学任务的延伸，因此实习的大学生不能视同劳动者，不存在劳动关系。所以该案属于一般的民事案件，

⁵⁰⁶ 四川省自贡市自流井区人民法院(2014)自流民初字第 2053 号案件，2014 年 8 月 13 日审结。

为人身损害赔偿案件。而案例二中法院认为本案中的实习大学生具备劳动者的主体资格，可以成为劳动合同主体，故该案属于劳动合同纠纷案件。

两个法院对于高校实习大学生的劳动主体资格的认定何以出现如此大的偏差，原因主要在于我国法律尚未对劳动者的概念予以明确规定，这些处在模糊领域的特殊主体是否属于劳动者在实务中就有了不同的处理。案例一中，法院认定实习大学生不属于劳动者，主要是基于该实习由学校安排，学生从属于学校的比重大于学生从属于实习单位的比重。但是在实践中，由学校安排的实习并不代表实习单位也是由学校安排的。很多情况下，当学校安排教学实习的任务时，学生可以选择不接受学校的安排而是自己寻找实习单位，只要有实习单位的盖章确认那么学校一样会认可，此时学生从属于学校的比重就削弱很多，而从属于实习单位的比重则大大增加。所以该实习是否属于教学实习并不能成为法院认定高校实习大学生的劳动者主体资格的绝对标准。案例二中，法院认定实习大学生属于劳动者，主要是基于实习大学生符合劳动者主体资格的一般性要求，如年龄、能力等等。而该案的特殊之处在于该实习大学生处于毕业阶段，进入该公司实习是以成为正式职工为目标的，然而在实践中有许多实习大学生不是毕业生，他们的实习也不以成为正式职工为目标，此种情况下高校实习大学生还能被视同劳动者吗，这一问题仍旧模糊不清。⁵⁰⁷

由这两个案件可以看出，高校实习大学生的年龄、能力等无疑是适格的，但是在实践中各类实习情况不同、目的不同，能否一刀切的认为是劳动者或者不是劳动者尚且存疑。法律对此的规定几乎是空白地带，《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》（1995）第12条规定，在校生利用业余时间勤工助学，不视为就业，未建立劳动关系，可以不签订劳动合同。然而勤工助学与实习能否等同尚且存疑，而且勤工助学也有多种表现方式，一概认定为未建立劳动关系也难以令人信服。因此，对于高校实习大学生的劳动者主体资格的认定离不开对劳动者主体资格之认定标准的分析。只有厘清劳动者主体资格的认定标准，才能就高校实习大学生的资格认定问题作出回答。

三、对劳动主体资格之认定标准的分析

⁵⁰⁷ 黄建水、行静斐：大学生劳动者主体资格的法律思考[J]，载于《河南司法警官职业学院学报》，2009，7(2)。

根据《中华人民共和国宪法》第四十二条，中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。劳动权的享有无疑不因年龄、能力等而有所区别，因此我国公民应当平等的拥有劳动权利能力。而在劳动行为能力的的能力上，有一些因素会影响到劳动主体资格的认定，成为判断是否拥有劳动主体资格的重要标准。

（一）年龄

年龄是判断劳动者主体资格的重要标准。关于年龄一般有就业年龄和退休年龄的规定，关于劳动者主体资格的认定主要涉及就业年龄这一门槛。我国劳动法明确规定 16 周岁为劳动者的就业年龄，禁止用人单位招用未满 16 周岁的未成年人。随着我国经济的不断发展和人民生活水平的提高，雇佣童工的情况已经鲜少出现，大部分情况下参与劳动的自然人都符合年龄条件。

（二）健康、智力、行为自由等身体状况

劳动者须提供劳动，因此对劳动者的身体状况有一定要求，主要表现在健康、智力、行为自由等方面。

对于劳动者的健康要求主要指劳动者须足以自己进行劳动，劳动不得由他人代理，所以必要的健康条件是不可或缺的，否则劳动者无法参与劳动。在某些特殊行业中，还会要求劳动者不得患有传染病。

智力标准是从智力方面判断自然人是否具备劳动能力。劳动者需要提供劳动，因此对智力有一定要求，主要表现为对文化水平和资质证书的要求。

行为自由是指自然人是否具有人身自由。具有人身自由是自然人得以付出劳动的必备条件，被剥夺行为自由的人不符合劳动者主体资格，不能成为劳动者。

（三）从属关系之存在

在判断劳动者主体资格的标准上，我国多采大陆法系的“从属说”。而从属性便是该学说的核心，具体表现为劳动者与用人单位之间存在从属关系。对于从属性，有三种不同的具体阐释：

1.人格从属说

人格从属说主要为德国法、日本法所采。在人格从属说中，因劳动与劳动者密切相关，所以劳动者在提供劳动的同时，其人格也由雇主在一定程度上予以支

配。判断人格从属性的具体要素可归纳为：（1）服从营业组织中的工作规则；（2）服从雇主的指示；（3）接受监督、检查；（4）在犯错时接受雇主制裁。⁵⁰⁸

2.经济从属说

经济从属说指劳动者通过提供劳动来获取报酬，由于雇主须向劳动者给付劳动报酬，因此劳动者对雇主具有经济从属性。雇主是劳动者的劳动报酬的来源，在经济上劳动者从属于雇主。劳动者须受雇主指派安排工作，而不能直接随意决定。判断经济从属性的具体要素可归纳为：（1）生产组织体系属雇主所有；（2）生产工具属雇主所有；（3）原料由雇主供应，雇主对原材料自始拥有所有权，劳工以其劳力在原料上加工，并不影响所有权归属。⁵⁰⁹

3.人格从属性与经济从属性之复合

有学者提出，仅以人格从属性或者经济从属性来判断从属关系及劳动者主体资格，难以明确劳动者的内涵和外延，故提出了人格从属性与经济从属性之复合一说。同时考虑人格从属性和经济从属性的存在，以便于确定劳动者的主体资格。

关于人格从属性与经济从属性之复合学说，我国台湾地区有相关论述，另外日本出现了“使用从属性”这一实质上为人格从属性与经济从属性之复合的学说。“使用从属性”一般有以下两个判断标准：（1）是否为“指挥监督下之劳动”，即自然人的工作方式、工作过程及工作地点是否受到指定、监督或管理，自然人是否拥有对雇主的指令表示拒绝的权利以及自然人的工作可否由他人代替等等；（2）劳动报酬是否具有“对价性”，即劳动报酬是否与自然人付出的劳动相对应，例如劳动报酬相应于工作时间的长短而给付。⁵¹⁰

四、关于完善劳动者主体资格之认定的建议

虽然对于劳动者主体资格的认定标准，学界的意见已基本统一为年龄、健康、智力、行为自由及从属关系等因素。但在司法实践中，认定劳动者主体资格时仍然有很多模糊不清的情况，难以进行判断。而我国法律对此并无明文规定，使得各个法院没有直接依据只能自己衡量，出现了不尽相同的认定结果，造成了司法中一定程度上的混乱，不利于保障劳动者合法权益，实现社会公平。因此有必要

⁵⁰⁸ 邱骏彦：《劳动契约关系存否之法律上判断标准[J]》，载于台湾《政大法学评论》，2000(63)。

⁵⁰⁹ 黄越钦：《劳动法新论》，北京：中国政法大学出版社，2003。

⁵¹⁰ [日]马渡纯一郎：《劳动市场法的改革》，田思路译，北京：清华大学出版社，2006。

对劳动者主体资格的认定标准加以完善，考虑到司法实践的具体情况，结合文中所论述的两个案件，在此提出以下建议。

（一）弥补现行立法有关劳动者主体资格之认定的空白

我国现行法律并未对劳动者主体资格之认定予以明确规定，尚处于空白阶段，这也是司法实践中对于劳动者主体资格认定的意见不一的根本原因。因此，完善劳动者主体资格之认定，势必要首先完善相关立法，对劳动者主体资格的认定标准予以明确规定。

以高校实习大学生为例，有必要废除《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》（1995）第12条。该条规定在校生勤工助学不属于参加劳动关系，然而这是建立在文件颁布时的经济发展和在校生勤工助学的情况下的。二十年以来，我国经济不断发展，高校大学生的学习生活、情况也产生了巨大进步，实习成为在校生中颇为常见的作法，而实习和勤工助学的界限也越来越模糊。许多大学生在校期间出去工作不仅仅是为了获取劳动报酬，更是为了增长工作经验。甚至有些大学生在校期间即已开始创业，工作时间和强度不亚于普通职工。因此该条规定已经难以适应如今的司法实践，未能起到指导作用，在某些时候反而误导了法官和学者。对于高校实习大学生，国家可出台具体的相关法规对其是否具备劳动者主体资格予以规定，更好的保护他们的权益。

（二）采取人格从属性和经济从属性复合学说

仔细分析影响劳动者主体资格的几项因素，年龄、健康、智力、行动自由等在民法皆有体系，与劳动法区别不大，而影响劳动者主体资格认定的核心因素应当是从属关系的存在。民事法律关系以平等主体为核心，强调民事主体之间的平等性，而劳动关系则以从属关系的存在和民事法律关系区分开来，在劳动关系中劳动者和用人单位并非平等相处，二者之间存在着从属性，这也是影响劳动者主体资格的核心因素。

在从属关系存在与否的判断上，存在着人格从属说、经济从属说、人格从属性与经济从属性之复合三种学说，借鉴国内外经验，笔者认为应采纳人格从属性与经济从属性之复合学说为宜。随着经济的不断发展，出现了越来越多的职业，劳动关系的表现形式愈发复杂，仅以单一的人格从属性或者经济从属性来判断劳动者的主体资格略显单薄，难以令人信服。劳动者与用人单位的从属关系不仅体

现在用人单位支配劳动者对其指派任务、安排其行动这一人格从属性上，同样也体现在劳动者提供劳动、用人单位给付劳动报酬这一经济从属性上。因此在劳动者与用人单位的从属关系中，人格从属性与经济从属性皆有十分重要的意义，缺一不可。

在人格从属性和经济从属性复合学说之下，也有几种不同的具体学说。有学者认为，劳动契约之从属性，包括人格上的从属性与经济上的从属性。也有学者认为，人格从属性为劳动从属性的第一涵义，经济从属性则为第二涵义，并提出组织从属性为第三涵义。另外还有使用从属性这一学说，为日本学者推崇。使用从属性的两个判断标准：是否为“指挥监督下之劳动”和劳动报酬是否具有“对价性”分别体现了人格从属性和经济从属性，亦可为我国采用。⁵¹¹

认定劳动者的主体资格时，在满足年龄、健康、智力、行动自由等条件的前提下，对于从属关系存在与否的判断是至关重要的一个环节，不能简单视自然人是否受用人单位控制或者是否通过劳动获取报酬而决定。例如对于高校实习大学生而言，实习时既需要受用人单位控制，同时也受学校控制，并且大学生通过实习获取劳动报酬，若将高校实习大学生排除在劳动者主体资格之外，无疑将不利于对大学生实习的权益保护，但若将高校实习大学生一并视作劳动者，在某些教学实习的情况下又难以认定大学生对用人单位的从属性。因此在司法实践中判断高校实习大学生的劳动者主体资格时，须考虑人格从属性和经济从属性存在与否，视从属性存在与否来判断高校实习大学生的劳动者主体资格。

结语

劳动者主体资格作为劳动法领域的一个重要问题，同时也是我国法律规定的空白地带。此处的法律漏洞导致了司法实践中的混乱，对特定自然人的劳动者主体资格的认定难以达成统一意见，不利于保护劳动者的合法权益，实现社会公平。劳动法作为适用于劳动关系这一不平等关系，以保障弱势群体劳动者的合法权益为目标的法律，必须谨慎适用，以免过度保护反而危害社会公平。⁵¹²而审慎适用劳动法离不开对劳动者主体资格的认定，因此有必要出台相关的法律法规予以明确规定，规范司法实践中的混乱状况。以高校在校实习生为例，鉴于其情况复杂，实习的目的、种类不尽相同，可以采人格从属性和经济从属性之复合学说，以从

⁵¹¹ 吕琳：论“劳动者”主体界定之标准[J]，载于《法商研究》，2005(3)。

⁵¹² 侯玲玲、王全兴：劳动法上劳动者概念之研究[J]，载于《云南大学学报：法学版》，2006，19(1)。

属关系是否存在为判断标准,对其进行认定。若符合从属关系存在的条件,则可适用劳动法对实习大学生进行保护,若不符合从属关系存在的条件,则可适用民法,以民事法律关系对大学生的实习活动予以规范。法院可以享有适当的衡量权,但法律应当首先对此作出明确界限的划分。因此劳动者主体资格之认定这一问题有必要通过法律加以明确规定。

【参考文献】

- [1] 吕琳:论“劳动者”主体界定之标准[J],载于《法商研究》,2005(3)。
- [2] 黄越钦:《劳动法新论》,北京:中国政法大学出版社,2003。
- [3] 王全兴:《劳动法》,北京:法律出版社,1999。
- [4] 邱骏彦:劳动契约关系存否之法律上判断标准[J],载于台湾《政大法学评论》,2000(63)。
- [5] 刘志鹏:《劳动法理论与判决研究》,台湾:元照出版公司,2000。
- [6] 引自《最高人民法院公报》2014年第7期(总第213期),2011年10月28日审结。
- [7] 四川省自贡市自流井区人民法院(2014)自流民初字第2053号案件,2014年8月13日审结。
- [8] [日]马渡纯一郎:《劳动市场法的改革》,田思路译,北京:清华大学出版社,2006。
- [9] 侯玲玲、王全兴:劳动法上劳动者概念之研究[J],载于《云南大学学报:法学版》,2006,19(1)。
- [10] 黄建水、行静斐:大学生劳动者主体资格的法律思考[J],载于《河南司法警官职业学院学报》,2009,7(2)。
- [11] 王志雄:高校顶岗实习生劳动者主体资格之法理探析[J],载于《中国劳动关系学院学报》,2012,26(2)。

共享经济视阈下互联网约出租车劳动关系研究

汪强*

【摘要】在“互联网+”行动计划背景下孕育而生的共享经济显示出了强大的发展趋势和潜力。共享经济带来了全新的生产模式、消费模式和企业运营模式，“互联网约租车”作为共享经济的一种模式和新型用工方式，一方面给传统的劳动关系界定带来巨大的挑战，同时也给给劳动关系的界定提出了新要求。作为我国劳动法的重要理论渊源和基本的制度规定，在当前倡导依法治国的大背景之下，以共享经济为契机，新型劳动关系的判定已经成为立法、执法以及司法领域的一个盲点。通过对重资产和轻资产运营模式下的“互联网约租车”平台进行对比研究，结合中国劳动关系和劳务关系的法律界定标准分析，可依据“福特式用工”亦或者依据 o2o 用工模式下的思路认定劳动关系，以保护各方的利益，实现网约租车平台发展与劳动者保障双赢的局面。

【关键词】共享经济 网络约租车 劳务关系 劳动关系

一、问题的提出

近年来，随着信息技术尤其是移动互联网的成熟，“互联网+”在各行各业产生了革命性的影响。共享经济正是在这样的背景下产生并蓬勃发展起来。⁵¹³“互联网约租车”源自于“共享经济”的理念，又称“协同消费”或“合作式消费”，是“汽车共享”服务模式在移动互联网背景下的新发展，其背后的经济理念在于

*作者简介：汪强（1992—），男，安徽芜湖人，温州大学法政学院硕士研究生。本文参评青年优秀论文

⁵¹³ “共享经济”是一个早在 1978 年由美国得克萨斯州立大学社会学教授马科斯·费尔逊和伊利诺伊大学社会学教授琼·斯潘思提出的术语。当前，在互联网技术发展成熟之后，“共享经济”的概念获得了突破性的影响力，其主要特点是通过一个由第三方创建的、以信息技术为基础的市场平台为最终的需求方和供给方提供服务连接。参见：刘建军，邢燕飞. 共享经济：内涵嬗变、运行机制及我国的政策选择[J]. 中共济南市委党校学报. 2013(05)。而“互联网+”是创新 2.0 下的互联网发展的新业态，是知识社会创新 2.0 推动下的互联网形态演进及其催生的经济社会发展新形态。“互联网+”的概念正在被各行各业积极地对接实现，其本质是依托互联网为主的一整套信息技术实现传统产业的在线化、数据化。“互联网+交通”所产生的一系列新形态，对人们的城市交通出行方式带来颠覆性的改变，“互联网约租车”是“汽车共享”服务模式在“互联网+”背景下的新发展。

“人们需要的是产品的使用价值，而非产品本身”，是一个建立在人与物质资料分享基础上的社会经济生态系统。在这种“分享经济”下的车辆租赁模式中，过去只能作为私用的车辆，可以互助形式供社会分享，并以“租车 + 代驾”的模式为乘客提供服务的一种城市交通出行方式。2010年以移动互联网技术为支撑的约租车服务公司 Uber（优步）在美国率先发展，这项以“城市拼车”为主的约租车服务取得了巨大的成功。随后，互联网约租车的热潮在全球范围内广泛传播，法国、德国、加拿大、中国等也纷纷推出了本地化的服务。

在我国，“互联网约租车”的发展同样迅速。“互联网+”行动计划这一国家层面战略在十八届五中全会上提出，是应对当前经济发展新常态的重要举措，也给“互联网约租车”的发展提供了新动力。随着中国分享经济的发展，网络预约出租车平台在中国“互联网+”的大背景下也如火如荼的展开。从2012年兴起的出租车在线打车软件、商务约租车、平价快车再到今天的互联网拼车，这些不断涌现的服务模式都是“互联网+交通”的具体体现。各类约租车公司蜂涌而起，其中占据较大市场份额的包括滴滴出行、易到用车、神州租车以及来自美国的Uber等。像滴滴这类新型企业的创新理念改变了传统的市场格局，以“互联网+”为载体，以O2O（Online to Offline）模式为核心新型用工模式已经到来。但是我们也应该注意到，在此背景下的用工管理问题几乎成为了每个新型企业的软肋，由于新型企业从业人员流动性大、灵活度高，且多数不签订劳动合同，从业人员应有的合法权利往往得不到基本的保障，平台中出现的劳资纠纷往往随着企业的扩大逐渐增多。对于新型企业与其从业人员的劳动关系问题，我们应当如何认定呢？我们应按传统思路去进行劳动关系认定，还是在新的时代背景下对此进行创新呢？在此基础之上，结合新型企业的特点，在简要剖析“互联网约租车”运营模式的基础上，进一步从现行法律法规、劳动关系理论以及中外案例出发，对互联网约租车平台与司机间的关系进行探讨，以期激起理论界的关注，为政府部门的决策以及仲裁或审判机关的判定提供一些理论参考。

二、共享经济背景下带来的新型用工模式

（一）共享经济模式下专车服务的运营模式

为了更准确剖析分享经济下的网约租车平台与驾驶员之间究竟是什么关系，有必要对“互联网约租车”平台的运营模式进行一些介绍和讨论。在当前共享经

济模式下，互联网约车平台主要有国内的滴滴出行、快的打车、神州租车以及国外的优步（Uber）等，国内外各种互联网约出租车平台的运营模式也有所不同。当前，我国互联网约租车模式有两大类：一种是自建车队，招募驾驶员的公司直接自营方式，这种方式车辆是公司自己的，运营具有较高的可控性，司机与公司间为典型的劳务关系，但是投入较大属于重资产模式，以神州租车为代表。另一种是招募社会车辆加入或者租用汽车租赁公司车辆，公司自身没有车辆，只提供平台，驾驶员与平台之间的关系则较为复杂，属于轻资产模式，这种模式下典型平台则包括 Uber 以及滴滴出行。

第一类是重资产模式下的网约租车平台，以神州专车为代表，所谓重资产运营模式是指网约租车平台拥有自有车辆以及自有司机，平台承担车辆的损耗以及司机的工资等成本，利用移动互联网为客户提供打车服务。这种模式的主要代表为神州专车，是典型的 B2C 模式。具体而言，其平台是“轻资产+重运营”，即神州专车和所有的平台一样都是依托互联网络平台技术发展，但是其运营中注重服务质量，以为需求者提供安全、高效的服务为目的，招聘专职司机并且监控其日常运行的成本，相比较其他网约租车平台可以称为重运营。此外，神州专车的运营车辆全部来自于母公司，司机作为劳务派遣公司的员工(如图 1)，并且神州专车的司机均为全职司机，他们经过神州专车平台的招聘面试、统一培训，然后与神州专车签订劳务合同。⁵¹⁴



图 1 神州专车运营模式

这样的运营模式无疑是最贴近交通部 10 月 10 日颁布的《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》(意见征求意见稿)规定的。该办法要求运营公司取得出租汽车经营许可，专车必须登记为出租客运性质，司机要满足驾驶经历等条件，并按照规定考核后才能获得从业资格。

第二类是轻资产模式下的网约租车平台，以滴滴出行为代表，轻资产运营模式顾名思义就是指网约租车平台企业低成本、平台化运行，其车辆来源上充斥着

⁵¹⁴程絮森, 朱润格. 中国情境下互联网约租车发展模式探究[J]. 中国软科学. 2015(10)

大量的私家车，而司机也是私家车主，甚至连纳税上都会比重资产模式低很多，此种模式的主要代表是滴滴出行。滴滴出行是一家以互联网技术为基础以及利用分享经济模式，致力于服务出行困难百姓的新兴高科技企业，目前滴滴出行依托轻资产模式带来的低成本优势，正悄然改变着人们的出行方式。笔者通过对滴滴出行司机的访谈了解到，私家车主只需要一部智能手机去进行注册，验证自己的车牌号码就可以开始接单，而“自己平时也是做销售工作的，外出工作的同时也能赚点养车费等”。对比交通部正在征求意见的《管理办法》，这样的运营模式(如图 2)存在明显的不一致之处，但轻资产模式能使司机、乘客以及平台三方达到共赢，从真正意义上解决城市居民出行不便的问题，也能达到政府提倡的绿色出行的目的。根据易观智库最新数据显示，2015 年第三季度滴滴的专车市场份额达到了 83.2%，居行业首位;这一数据表明滴滴出行轻资产模式获得了成功，虽然平台运营模式与现有政策发展趋势不一致，但数据表明这一模式是符合分享经济发展要求的。⁵¹⁵



图 2 滴滴出行打车服务运营模式

经过上述研究发现，我国网约车平台现阶段存在的轻资产模式和重资产模式各有利弊，下面将对两种模式特征进行对比性总结(如表 1)。

⁵¹⁵郭宇靖，阳 娜。“网络租车”要借助车改步入快车道？[N]．新华网，2014-12-14

表 1 轻资产模式和重资产模式特征对比

特征 \ 模式	轻资产模式	重资产模式
1. 车辆来源	私家车、出租车为主	租车公司车辆为主
2. 驾驶员来源	私家车主和出租车司机	劳务派遣公司派遣
3. 对驾驶员控制程度	控制少、自由度大	控制多
4. 优点	组织灵活性大；成本低、投资回报率相对较高；运营风险小	更符合当下政策发展趋势；安全、高效
5. 缺点	对驾驶员依赖程度高；服务质量不统一；进入成本低，竞争对手多	运营成本高，投资回报率低；容易受到竞争对手价格战的攻击

（二）专车服务产生的法律风险

互联网约出租车市场的繁荣并不能掩盖背后的政策风险，由于网络约车在国内还属于一项较新的事物，因而并没有相关法律对其作出明确的规定，也就导致了专车市场目前在某种程度还属于灰色地带。

在中国鼓励新型企业发展的同时，不能忽视的是新型企业革命性的用工方式带来的冲击。在互联网+背景下，共享经济通过移动互联网平台将个人私有财产的使用权有偿、高效的分享给消费者，形成了新的供需关系和 P2P 工作模式。新型企业的用工方式不再是传统上的“公司+雇员”方式，而是“平台+个人”。在这种创新模式下，“平台”提供了技术服务以及资源调度服务，而个人则代替了公司，成为了市场中的经济主体。以互联网网络约车平台为例，Uber 并没有一辆出租车，它只负责提供一个技术平台，在传统的出租车司机与广大的消费者之间建立起连接“桥梁”，通过这一新型平台来实现消费者出行乘坐出租车的需求。⁵¹⁶这种新形态的经济活动也带来一系列企业用工问题，其中最突出的是应该如何界定并规范专车司机与 UBER、滴滴等共享经济型企业的劳动用工关系。2015 年

⁵¹⁶Weber T A. Intermediation in a sharing economy: insurance, moral hazard, and rent extraction [J]. Journal of Management Information Systems, 2014, 31(3): 35-71.

Uber 在美国加州遭到司机集体诉讼要求雇员待遇、中国滴滴司机接单服务中造成交通事故, 受害人却无处追责等事件层出不穷, 因此平台驾驶员与平台之间的关系究竟是劳动关系还是劳务关系的问题非常值得学术界关注。

二、 共享经济模式下得用工方式与传统的劳动关系认定之间的冲突

相比“平台+个人”用工方式的快速兴起, 中国在劳动关系的认定上却显得墨守成规, 仍然在按照 2005 年劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》(“通知”)来进行劳动关系的认定。此通知的发布, 是为了维护用工市场的稳定, 保障劳动者的合法权益。然而, 在目前“平台+个人”的创新模式下, 通知是否还能实现维护劳动者权益的目的, 其对于劳动关系的认定历经十余年的市场变迁后是否还能继续适用, 这两个问题也是解决新型企业劳动关系认定问题的关键。

(一) 劳动关系认定及其依据

劳动关系是一个关系范畴, 劳动关系认定首先是一种利益格局的调整, 即一旦某种具体用工被纳入劳动关系, 就意味着首先要确保劳动者的基本劳权, 并要正确处理劳资双方合法权益的相互关系尤其是认真对待劳动者的合法权益。同时, 雇佣关系独立于民法由劳动法调整的根本动因即倾斜保护又为劳动关系认定在价值取向上提供了最好的注脚。与一般的法律保护不同, 劳动关系认定一方面要服务于我国劳动用工制度改革发展并促进就业外, 还要秉承倾斜保护价值理念, 坚守劳权保障“底线”, 简单来说, 就是给劳动者更多权利和要求雇主承担更多的义务。⁵¹⁷在现代劳动力市场中, 传统劳动法所依附的“福特式用工”环境已发生翻天覆地的变化, 劳动样态日益多元化, 劳动风险不断增加。专车司机与约车平台是不是劳动关系?要不要签订劳动合同?如何回应这些新变化, 可以说是现代劳动法不能回避的重大现实课题。⁵¹⁸

劳动关系嬗变始终是伴随着我国劳动用工制度改革而发展的, 基于此发展现状, 劳动关系的认定要么从若干具体个案入手, 试图从中归纳出劳动关系认定的

⁵¹⁷底线保护的基本理念是体面劳动。国际劳工组织(ILO) 在其 2002 年第 90 届会议的报告六——《体面劳动与非正规就业》中指出: “所有劳动者都享有工作中的权利, 不论其在哪里工作, 国际劳工组织及第三方成员承诺使体面劳动成为所有工人和雇主的现实。目标是以发展为导向, 以脱贫为中心, 通过性别平等, 沿着从非正规到正规经济的整体, 连续地促进体面劳动。”参见该报告第 5 页。

⁵¹⁸李雄, 田力. 我国劳动关系认定的四个基本问题[J]. 河南财经政法大学学报. 2015(03)

普适标准；要么从劳动关系主体切入，试图通过界定用人单位和劳动者来归结劳动关系认定的适用标准；要么直接引用国家层面有关规定来界定劳动关系。实际上，现有基于个案或从主体视角的分析范式，在日益灵活多元化的劳动用工背景下，既不能提炼出具有普适意义的劳动关系认定标准，也无法根据静态研究所得出的结论对劳动关系进行动态观察和把握。因为主体变化及用工关系转换已成为现代劳动力市场的一种常态，静态的身份界定实在难以洞察变化发展中劳动关系的真正内涵。根据我国劳动法以及相关法律规定，国家层面对劳动关系的界定有两大类，第一类是依据劳动合同而直接认定为劳动关系的存在；第二类是没有劳动合同的情形下，劳动关系的认定基本采用了从属性说，强调在劳动关系中雇主对雇员的控制，主要是经济从属、人格从属和组织从属。⁵¹⁹而实践中，2005年劳动与社会保障部颁布的《关于确认劳动关系有关事项的通知》中对事实劳动关系的认定是对从属性的发展，明确了未订立劳动合同时，同时满足以下三个条件即构成劳动关系：①主体合法，用人单位有用人资格，劳动者具备劳动能力；②劳动者事实上成为用人单位的成员，而且符合用人单位制定的各项规章制度，受到用人单位的管理，并提供有偿劳动；③劳动者提供的劳动构成了用人单位业务的组成部分。⁵²⁰

互联网+背景下，区分o2o用工模式的性质为劳动关系还是合作关系的根本标准，并非工作时间或地点的自由等不同于传统劳动关系的表面特征，而应看是否具有从属性这一劳动关系最根本的特征。劳动关系作为雇佣关系，最基本的特征即这一关系具有从属性的特点。所谓从属性，是指劳资双方在形式上都是自主的独立主体，但这是一种在平等的形式掩盖下的实际的不平等关系。由于资本具有稀缺性和独占性，在劳动力市场上占有着绝对的优势，而劳动者出卖劳动力的行为，本质上是一种谋生的手段，在劳动过程中只能处于一种被支配和被管理的地位，因而不得不依从或从属于资本。在从属的劳动关系中，只有雇主才能控制生产过程，劳动者很难在生产过程和利益分配上有发言权。而在合作关系中，双方都可以控制生产过程，发言权大体和处置权大抵对等。劳动关系的另外一个

⁵¹⁹将从属性分为人格上、经济上、组织上的从属性。参见台湾地区劳动法学会编：《劳动基准法释义——施行二十年之回顾与展望》，新学林出版股份有限公司，2005年版，第54—57页。

⁵²⁰王全兴，谢天长。我国劳动关系协调机制整体推进论纲[J]。法商研究，2012(03)

考察标准是，劳动者靠劳动获得报酬。而合作关系则是利润分成。但需要注意的是，这种新型的关系与传统雇佣关系也不太一样的，除工作时间和地方的灵活的性之外，过去由雇主提供生产工具的状况也获得改变，比如司机自己带车不用约车平台提供。但这些并没有改变雇佣关系的本质。依上述标准，司机与约车平台的关系更多具有劳动关系的特征。但这是一种新型的劳动关系不同于传统的和正规的劳动关系，比如有些司机是兼职，这又涉及多重劳动关系问题。作为我国劳动法的重要理论渊源和基本的制度规定，在当前倡导依法治国的大背景之下，以共享经济为契机，新型劳动关系的判定已经成为立法、执法以及司法领域的一个盲点。⁵²¹

（二）劳动关系与劳务关系界定

在共享经济背景下，Uber、滴滴等网约车平台作为新经济模式发展迅速，用工的方式也呈多样性发展趋势，但2015年Uber在美国加州遭到司机集体诉讼要求雇员待遇、中国滴滴司机接单服务中造成交通事故，受害人却无处追责等事件层出不穷，因此平台驾驶员与平台之间的关系究竟是劳动关系还是劳务关系的问题非常值得学术界关注，如何有效地鉴别劳动关系和劳务关系，厘清二者之间的界限，对于维护当事人合法权益意义重大。为此需明晰劳动关系和劳务关系二者之间的区别和认定。

劳务关系是劳动者与用工者根据口头或书面约定，由劳动者向用工者提供一次性的或者是特定的劳动服务，用工者依约向劳动者支付劳务报酬的一种有偿服务的法律关系。建立劳务关系所依据的劳务合同通常认为包括运输合同、保管合同、仓储合同、加工承揽合同、委托合同、行纪合同、居间合同几种。劳务关系的特征：一是双方所产生的社会关系是完全平等的民事法律关系，二是提供劳务的一方取得报酬是以劳动结果为准，三是工作风险一般由提供劳务者自行承担。但由雇工方提供工作环境和法律另有规定的除外。⁵²²目前对劳务关系的调整主要由合同法和民法通则实现。理论上界定两者是否存在劳务关系需要满足下面三个条件：①双方提供劳务过程中不存在监督与被监督的关系，双方是平等主体之间的合同关系；②劳动者向用工者提供一次性的或者特定的劳动服务，当事人之间的关系具有临时性、一次性和短期性的特点；③若无特殊约定，生

⁵²¹李雄,田力.我国劳动关系认定的四个基本问题[J].河南财经政法大学学报.2015(03)

⁵²²冯彦君,张颖慧.“劳动关系”判定标准的反思与重构[J].当代法学.2011(06)

产资料由劳动者提供。但是劳务关系和劳动关系的区别主要是判断劳动者是独立的还是从属的。在雇主与雇员的关系中，如果劳动者相当独立，可以在工作过程中自作主张，不必受到雇主的控制那么应该判定为劳务关系。

而劳动关系是指国家机关、企事业单位、社会团体和个体经济组织（统称用人单位）与劳动者个人之间，依法签订劳动合同，劳动者接受用人单位的管理，从事用人单位安排的工作，成为用人单位的成员，从用人单位领取报酬和受劳动保护所产生的法律关系。⁵²³在实际生活中，用人单位没有与劳动者签订劳动合同的现象相当普遍，但只要双方实际履行了上述权利义务，即形成事实上的劳动关系。事实上的劳动关系与劳动关系相比，仅仅是欠缺了书面合同这一形式要件，但并不影响劳动关系的成立。劳务关系和劳动关系都以一方当事人向另一方当事人提供劳务为特征，有一定的相似性，但劳务关系相对于劳动关系而言有明显的不同，主要表现在以下方面：

第一，主体不同。劳动关系一方是达到法定年龄并具有与履行劳动合同义务相适应能力的自然人，另一方是符合劳动法所规定条件的用人单位；而劳务关系不限于自然人与用人单位之间，还可以是单位之间，自然人之间，并且可能是两个主体以上。

第二，隶属关系不同。劳动关系中的劳动者与用人单位有隶属关系，接受用人单位的管理，遵守用人单位的规章制度（如考勤、考核等），从事用人单位分配的工作和服从用人单位的人事安排。而劳务关系的双方则是一种平等主体之间的关系，劳动者只是按约提供劳务，用工者也只是按约支付报酬，双方不存在隶属关系，没有管理与被管理、支配与被支配的权利和义务。这是劳动关系与劳务关系最基本、最明显的区别，也是界定劳务关系和劳动关系最重要的标准。⁵²⁴

第三，适用法律不同。劳务关系是平等主体之间就劳务的提供与报酬的给付所达成的协议，遵循意思自治、合同自由和等价有偿的原则，雇主与雇员之间形成的是一种债权债务关系，劳务关系不受劳动法调整，应适用民法通则、合同法的规定。劳动关系主要由《中华人民共和国劳动法》（以下简称劳动法）进行规范和调整，法律的适用也更多的体现出国家的强制性和对劳动者的保护。

⁵²³常凯. 劳动关系学 [M]. 北京: 中国劳动社会保障出版社, 2005. 153

⁵²⁴谢增毅. 劳动关系的内涵及雇员和雇主身份之认定 [J]. 比较法研究, 2009, (6)

第四，待遇和风险负担不同。劳动关系中，用人单位除按约定支付劳动者工资外，还应当为劳动者交纳各种社会保险。劳务关系中劳动仅可得到劳动保酬，即劳动者提供劳务，用人单位支付约定的劳务报酬，劳动者无权要求用人单位为其交纳社会保险费用。风险负担方面，劳动关系中用人单位却必须对劳动者在劳动中出现的伤害在一定程度上承担风险。而劳务关系中用工方不承担劳务风险，提供劳务方自担风险，这时基于民法中“谁受益谁负责”的原则请求赔偿的，而不是基于劳动法中的工伤赔偿。

三、 国内外新型企业劳动关系认定的案例

不同运营模式下网约车平台与其司机间的关系并不完全一致。重资产运营模式下两个主体间的关系是比较清晰的劳动力租赁关系，在此不再赘述。值得深入探讨的是轻资产运营模式下的平台与个人之间的关系问题。在国内外的司法实践中，已经出现了一些关于新型企业劳动关系认定问题的纠纷，对于专车司机是否与打车软件平台或存在劳动关系？专车司机的权益能否纳入劳动法的调整范围？囿于专车的法律地位目前尚未明确目前也没有明确的法律法规规制这一新型用工关系，因此，在案件审理过程中，对于如何驾驭该类新兴案件的劳动用工法律地位亦存争议，如何在这一新兴事物当中平衡平台与个人之间的利益，通过分析实务操作领域的判决，亦为互联网+背景下，基于共享经济而产生的新型用工关系的认定提供新的思路。

一： 平台和个人之间不认定为劳动关系

在庄燕生与北京亿心宜行汽车技术开发服务有限公司劳动争议上诉案中，⁵²⁵原告系被告代驾公司的代驾司机，原告主张代驾公司支付其未签订劳动合同双倍工资 114906 元、补偿工资 41784 元、违法辞退赔偿金 20892 元以及退还违法罚款 500 元。基于法院判决认定：本案的争议的焦点系双方是否存在事实劳动关系。根据《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》指出：劳动关系成立需要同时具备下列情形：（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；（三）劳动者提供的劳

⁵²⁵案例一：庄燕生与北京亿心宜行汽车技术开发服务有限公司劳动争议上诉案，参见中国裁判文书网

动是用人单位业务的组成部分。劳动关系成立需要劳动者为用人单位提供了有偿劳动，劳动者从用人单位获得劳动报酬和有关福利待遇，劳动者和用人单位形成了以人身自由在劳动范围内归用人单位支配、服从劳动分工和安排、遵守劳动纪律、接受用人单位管理为主要内容的从属关系。从本案主要事实来看，庄燕生没有固定的工作场所，工作时间可自行掌握，庄燕生亦非按月从亿心宜行公司获取劳动报酬，结合代驾司机的行业特点以及本案中庄燕生与亿心宜行公司签订了 e 代驾驾驶员合作协议的情况，本院认为庄燕生与亿心宜行公司之间并非劳动关系，其二者是基于合作而产生的劳务关系。总之，庄燕生未能提供充分证据证明其与亿心宜行公司存在劳动关系，故其基于劳动关系的各项诉讼请求，没有事实依据及法律依据，法院最后不予支持。

二、美国加州劳动委员会裁定 UBER 公司与专车司机之间是雇佣关系

美国加州劳动委员会裁定 UBER 公司与员工（专车司机）间是雇佣关系。事件的起因是该名叫 Barbara Ann Berwick 的司机起诉优步 (Uber) 进行索赔。加州劳动委员会裁定优步 (Uber) 一名司机属雇员，而不是独立合约人。这意味着优步需要为这么司机补偿 4000 余美元，并为所有在加州的优步司机提供员工所享有的福利，包括交社保和医疗保险费用。美国法的劳动关系 (employment relationship, 一般翻译成雇佣关系，在美国也没有专门的制定法来规定雇佣关系的认定，雇佣关系的认定规则是由众多的判例形成的。总结众多的判例，在认定雇佣关系方面，美国法院主要考虑以下因素：

1、最重要的因素：雇主是否拥有控制员工工作细节的权利

美国劳动法是从“控制”的角度出发来明晰雇主在身份地位及权利义务上的特殊性。美国《公平劳动基准法》将雇主定义为“直接或间接地为了（与雇员相对而言的）雇佣者的利益而活动的任何人”，判断雇主身份的关键在于“雇主对于其工人是否有控制的权力”。⁵²⁶需要强调的是，这里的“控制”是指必要的控制，并不需要雇主控制工作的每个细节。同样，这里的“控制”并不是指雇主“实际控制”了多少，而是指雇主有多少“控制的权力”。

在判断这一因素时，每个案子的标准都不一样。有些案子，因为雇主没有控制员工的工作时长，而被认定为独立合同人；另一些案子，尽管雇主没有控制员

⁵²⁶林晓云等：《美国劳动雇佣法》，法律出版社 2007 年 8 月版，第 14-16 页。

工的工作时长，却被认定为雇佣关系。但一般情况下，雇主任意解除雇佣关系的权利是证明雇主控制权的最强证据，雇员的任意解除权也是一样。

2、次要因素⁵²⁷

“次要因素”中，“雇主按照自己意愿招聘雇员的能力”以及“工作所要求的技术的专业程度”通常更重要；而其他的因素，比如“工作设备和工具的所有权”，这些因素只具有证据价值，并不是决定性的因素。

对于上述认定雇佣关系的标准，加州最高法院提出，没有哪一种因素是起决定作用的，在具体案件中要综合考虑各个因素来判断。Uber案中，Uber公司主张：司机并不是他们公司的“employee”（雇员），而是公司的“independent contractors”，即司机属于“独立合同人”。对应中国的劳动法的话，独立合同人与使用方之间是劳务关系。⁵²⁸如果签署的是技术服务合同、承揽合同、设计合同等，也可能是相应的合同关系。但无论哪一种，都要求提供劳务一方是自主安排工作时间、自负盈亏的。但在最后法院判决书中还提到虽然有因素显示两者关系是独立合同关系，但是司机提供服务是Uber公司的主要业务，而且Uber对司机的控制表现为准入条件的控制、对司机的培训以及评分的管控等，由于Uber平台自身的特殊性质决定不需要进行工作时间等条件的控制，因而不能判定为独立合同关系，而应该是劳动关系。从英美法系国家来看，基于雇主立场，“控制性”成为劳动关系认定的标准，该标准强调劳动关系中雇主对雇员的控制⁵²⁹，对身份上的“控制性”与劳动合同制度平等自愿、协商一致的原则相违背，“控制性”的法律特征受到意思自治原则的挑战。随着现代产业的发展，企业的

⁵²⁷包括：(a)提供服务者从事的是否为特定的职业或业务；(b)工作通常是否需要雇主指示或在专家监督下进行；(c)所从事的特定职业所需的技能；(d)为工作人员提供设备、工具及工作场地的是雇主还是个人；(e)提供服务的周期；(f)工资支付方式是按时亦或计件；(g)提供的服务是否属于雇主日常经营的业务范围；(h)劳资双方是否明知他们属于雇主与雇员的关系。(i)员工的利润或损失是否取决于他的职业技能；(j)为完成任务，雇员是否需要自己提供所需的设备或材料或另雇帮手；(k)所提供的服务是否需要特殊技能；(l)工作关系持续时间；(m)提供的服务是否为雇主业务的组成部分。

⁵²⁸吴清军. 结构主义与经验主义的制度研究及转向——欧美劳动关系理论研究述评[J]. 社会学研究. 2015(03)

⁵²⁹在1880年Yewens v Noakes一案中，英国法院首次确立了劳动关系确认的“控制性”标准，该案判决书将“控制”解释为“雇员是依照其雇主的指挥命令来决定其工作的方式方法。”在劳动关系判定标准的求索进程中，最初使用的“受控制标准”(Control Test)，所谓的“受控制标准”，是指劳动者的工作越是在受控制下进行，其与资本所有者形成的社会关系认定为劳动关系的可能性就越大。

成长越来越依赖于具有高知识与高技术的人才发挥其独立判断能力,此种人才引进形势也对“控制性”提出了新的难题。⁵³⁰该案件的最终判决很可能重塑互联网+背景下的共享经济模式,依靠“司机作为独立合约人”运营模式的优步在全球范围内的营运将受到重创。作为一个新兴的商业模式,共享经济所引发的法律问题也都是全新的,从这个意义上来说,Uber的判决以后可能会成为一个案例,影响其他类似企业的商业决策。

四、共享经济模式下平台与个人劳动关系认定思路及其对策

(一) 网约车平台与专车司机劳动关系认定的思路

对比事实劳动关系认定的三大标准,我们发现,像滴滴出行这类互联网约车平台与司机都符合劳动法规定的主体资格,而且司机提供的服务是滴滴出行平台的主要业务组成部分,司机提供的服务是有偿劳动(如滴滴出行平台明确规定了收费标准,并每周给司机结算一次费用),但是滴滴出行的司机并不受到滴滴平台的控制,他们可以任意的选择工作时间等,因此,将滴滴出行平台与司机间关系认定为劳动关系并不完全符合现有法律规定。将滴滴出行平台与司机之间关系界定为劳务关系,其依据包括:(1)互联网+背景下的滴滴出行运营平台与司机间没有签订劳动合同,且司机可以自由选择工作时间、作为生产资料的汽车也由司机提供,(2)滴滴出行平台与驾驶员之间的报酬是由驾驶员接单数量决定,具有市场性,而且报酬支付方式也是等价有偿原则下一周支付一次,若驾驶员在这一周没有接单,则报酬为零,(3)双方不存在社会保险、最低工资、加班、产假、病假、年休假等各种基于劳动法的保障关系。这些事实都满足了劳务关系的认定标准,因而从这一角度来说判定两者之间为劳务关系更为合适。有学者提出滴滴出行的其他特征也满足了一些劳动关系的认定标准,且认定为劳动关系更有利于保障劳动者的合法权益。中国交通部2015年10月10日出台了《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》(意见征求意见稿)。该办法第十八条规定,“网络预约出租汽车经营者应当保证接入平台的驾驶员具有合法从业资格,与接入的驾驶员签订劳动合同,开展有关法律法規、职业道德、服务规范、安全运营等方面的岗前培训和日常教育,并将接入的驾驶员相关信息向服务所在地道路运输管理机构报备”。虽然无法得知其作出这一规定的具体理由,但很明显的是,这一

⁵³⁰黄俊. 劳动关系确认标准研究[D]. 华东政法大学 2011

规定基本是依据重资产运营模式作出的判断,将滴滴出行平台与司机之间的关系定义为劳动关系,这显然对存在已久的轻资产运营模式考虑不周。

不管以何种标准来界定“平台”与“个人”之间的劳动关系亦或者劳务关系,从法学来说,新兴的商业模式对传统雇佣关系的冲击已经成为现实,在“平台”与“个人”的o2o模式下劳资之间的关系定位不能仅限于目前已存在的法律条文规范,抑或是为了维护社会 and 法律的稳定性而定义两者之间为劳动关系,更多的应该考虑到现有的法律条文是针对社会中已经成熟的商业模式适用,而对互联网约租车平台这一新兴商业模式并没有在立法时予以考虑,生搬硬套只能让扼杀互联网+背景下分享经济的发展,违背经济基础决定上层建筑这一定律,新的劳权保护方式应该是有利于经济发展,推动创新的,因此有关部门应该对网约车平台各方关系进行深入的观察和分析,形成更加符合这一新兴经济形式的法律规范,以保护各方的利益,实现网约车平台发展与劳动者保障双赢的局面。

(二) 共享经济模式下平台与个人劳动关系多元化认定的解决对策

1. 依据“福特式用工”模式下的思路认定为劳动关系

在第一种情形下,我们依旧按照《关于确立劳动关系有关事项的通知》中的“三要素”⁵³¹对劳动关系予以认定,但在认定过程中,倾向于认定新型企业与其从业人员之间存在劳动关系。让用工管理重新回到传统的模式,用传统企业的用工管理标准来要求新型企业,以便于我们对新型企业进行的管理。虽然互联网+给劳动关系的界定提出了新要求,但是区分o2o用工模式的性质为劳动关系还是合作关系的根本标准,并非工作时间或地点的自由等不同于传统劳动关系的表面特征,而应看是否具有从属性这一劳动关系最根本的特征,依据该标准司机与约车平台的关系更多具有劳动关系的特征,但这是一种新型的劳动关系不同于传统的和正规的劳动关系。

2. 依据o2o用工模式下的思路认定为劳务关系

第二种可能,虽然也是按照通知中的规定对劳动关系予以认定,但是倾向于认定新型企业与其从业人员之间不存在劳动关系,可以用“全新的合作关系”来概括上述新型用工模式中产生的关系,这种“合作关系”的本质特征在于:劳动

⁵³¹即劳动关系成立需要同时具备下列情形:(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格;(二)用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者,劳动者受用人单位的劳动管理,从事用人单位安排的有报酬的劳动;(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

者不再是“员工“或”雇员“的概念，而是所谓”自由职业者”。体现在管理层面，有以下几个特点：双方不签定劳动合同；双方不存在社会保险、最低工资、加班、产假、病假、年休假等各种基于劳动法的保障关系。体现在法律层面，双方建立的不是劳动关系，而是民事、商事合作关系。这种思路不会阻碍新型企业的发展，但是新型企业用工管理现状会继续维持，从业人员只能依靠自己去完成社会保障。o2o用工模式既符合了用人单位控制人力成本、降低法律风险、实现灵活雇佣的需要，同时也迎合了不少“新生代劳动者”对独立、自由工作的向往，也符合“互联网+”时代就业形态多样化和弹性化的趋势。随着社会的发展和用人方式的变化，我们不能用传统的法律思维去规制新型的商业模式发展，而是需要深刻地理解分享经济的本质，即利用闲置的物品、劳务等使用权换取更多元化的收入，提高人们的生活水平，而并不是要把分享经济下的灵活就业、碎片化工作模式固化为全日制工作模式。因此，对滴滴出行平台与驾驶员之间的关系认定为劳务关系更符合当下经济、社会发展趋势，也符合我国法律对劳务关系的认定标准。当前我国劳务关系主要由民法通则和合同法相关条文进行调整，因此将滴滴出行与其驾驶员之间的关系定位于劳务关系后，两者之间的关系为平等主体之间的民事权利义务关系，所以现阶段若出现权益纠纷则应该遵从市场经济发展规律，首先让双方之间对于争议问题平等协商，上诉至法院则按照现有法律条文进行判决。

3. 突破传统思路，大胆应用创新思路

在我国劳动用工制度改革与劳动力市场建设的特殊背景下，劳动关系认定不是一个独立的权利保护问题，不太可能有一个绝对、单一的标准，必然要回应现实弹性就业与灵活用工的复杂性，树立大劳动关系之观念，从中提炼相对合理的复合式认定标准，可能不失为一种相对理性的研究思路和方法论。⁵³²因此，第三种可能，是突破通知中劳动关系认定的传统，大胆创新，允许新型企业的从业人员成为独立的自由职业者，不依附于任一企业，承认其独立的市场主体地位。但在同时，我们需要对网络平台提供的服务和产品质量有行业监管，对从业人员的工作健康安全、社会保障有制度安排；此外，我们也需要明确网络平台的监管责

⁵³²很多劳动法学者也认为，劳动法来源于民法，继承了民法的一些精神和原则，但劳动法独立后面临的问题更难。劳动法有其特殊性，把握这些特殊性，是理论与实践应优先解决的重大问题。就劳动关系认定来看，把握其特殊性与内在规律，同样是理论与实践面临的共同课题。

任以及从业人员的个人责任。例如，从业人员需要通过个人缴纳社保后，才能成为独立的市场主体，从而更容易被新型企业的网络平台所接纳，如果从业人员没有成为独立的市场主体就进入新型企业工作，那么从业人员与新型企业将形成劳动关系；网络平台要对其从业人员进行资质审查，发生侵权纠纷要承担连带补充赔偿责任。

我国政府部门聘用人员劳动关系的 转型及其立法規制

王继远⁵³³

【摘要】 转轨时期，适应政府公共服务弹性化、高效化的需要，我国政府雇佣关系呈现多样化态势，聘用制公务员、固定期限合同人员和劳务派遣人员与公务员构成了政府部门主要的公共人力资源。然而这些合同人员的招录程序、权益保障和监督机制缺位，不利益提高公共部门行政效率。为此，通过考察英美德日公共部门劳动关系的立法，提出应该构建公共部门劳动关系，统筹编制内外人员的激励、监督与管理，逐步推行全员聘用制，保障聘用人员劳动权益。

【关键词】 政府部门；聘用制合同人员、立法

引言：问题的提出

上个世纪八十年代，欧洲、美国及日本等先进国家，一方面高度重视公共服务，另一方面，又面临严重的财政赤字，从而导致“市场失灵”与“政府失灵”双重困境。为此，各国政府推行政府组织改造策略，希望借由精简预算，辅以公共服务弹性企业化，提升政府效能与国家竞争力。于是，为维持高质量的服务，政府部门在兼顾人事精简与工作绩效的考虑下，各机构积极寻求临时、替代、补充、派遣式的人，增加竞争，成为组织精简下可以采用的途径之一。我国政府部门也顺应世界之潮流，推行人力资源弹性化改革。现在深圳等部分城市推行聘用制改革，司法部门正在推进司法改革，法官检察官推行员额制，实行法官、检察官助理制度，事业单位实行聘用制度，等等。我们将行政、事业单位在编制限额之外另行聘用其他工作人员（以下统称“编外聘用合同人员”）。问题是，2008年1月1日，正式实施的《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）改变了现行编外聘用人员管理方式的内外部运行环境，可能造成编外人员

⁵³³ 王继远，男，五邑大学政法学院院长、副教授，法学博士，兼江门市人大常委会委员、市人大常委会法制委员会副主任。此为初稿，请勿转载。

实际转化为财政长期供养的编内人员，干扰了正常的机构编制管理秩序，同时也客观上造成了用工的不平等，影响了机关用工的严肃性，且这些非在编人员劳动权益保障缺位，影响劳动尊严，故需要通过立法来规制。

一、我国政府部门聘用合同人员之界定

目前，在党政机关、事业单位在人事编制计划总量控制外临时聘用的后勤服务、技术辅助和岗位替代人员，以及由这些单位管理、经政府批准“以钱养事”的社会公益性岗位上使用的非依据公务员法录用人员。他们多在驾驶、文印、水电、保洁、门卫、保安、食堂、交通劝导、社区服务等临时性、辅助性和替代性等岗位。这也就造就了政府部门人力录用上的“双轨制”，即一部分人为公务员编制（或称为“在编人员”）或一部分人为临时聘用人员或非在编公务人员或劳动合同人员或“临时工”。随着2006年《中华人民共和国公务员法》和2008年《中华人民共和国劳动合同法》的颁布，“尽管设定临时工这一概念的法律已经失效，但是人们在日常生活以及用工管理中仍旧沿用这一概念。”⁵³⁴也就是说根据公务员法第九十五条“机关根据工作需要，经省级以上公务员主管部门批准，可以对专业性较强的职位和辅助性职位实行聘任制。”和劳动合同法第二条第二款“国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动关系，适用本法。”可知，这些非在编的人员都属于合同制人员或合同工。随着劳动合同法正式确立劳动派遣用工形式，编制外人员又分为传统意义上的1年以内的临时岗位就业者，也包括常设岗位上的定期合同和劳务派遣工等。⁵³⁵概括起来，主要是三类人员：

（一）**聘用人员**。这类人员常存在于公立学校、政府性研究机构和行政机关，包括学校的教师、教育机构的专职人员、研究机构的研究人员和聘用制公务员等。其职位特点一般具有专业性、技术性或研究性，常常有考试及格限制（如聘用制公务员）和资格限制（如教师资格证），并且需要报其主管行政部门审核。其职位、聘任、晋升、退休等参照《中华人民共和国公务员法》等专门法，而权利义

⁵³⁴杨云霞著：《公共部门“临时工”劳动权益研究》，西北工业大学出版社，2014年版，第24页。

⁵³⁵钱叶芳：《临时雇佣立法规制强度的国际比较：反思与借鉴》，载《社会法学研究》（2013年第1辑）法律出版社，2013年版，第95页。

务适用聘用合同。他们是行政、事业单位中日常工作的工作人员，所在单位也给予购买医保、社保，工资也是按月给予支付，也就是所谓聘用人员。

（二）雇用人员。这类人员主要包括政府雇员、学校雇员、延聘专家或特殊技术人员，这些人多为期限性或临时性职务的非常任人员，从事专职或兼职劳动的“临时工”。其职位特点是他们一般不占用国家公共职位编制，常常有资格限制，且需要公开招聘，其职位内容需要根据本行政、事业单位或本地区制定的雇员或聘用人员聘用条例或办法来确定，其工资、待遇往往由雇佣合同确定，不适用退休、考绩和职务晋升等公务员法律、法规的相关规定。

（三）派用人员。这些人员不包括属于公务员制度中的选调、借调、挂职锻炼人员，而是称之为“公法上的劳动派遣”人员。它是行政、事业单位为适应市场机制，而在一些季节性、临时性、委托性、随时性或简易性工作中实行“雇”、“用”分离制度的人员，主要集中在本单位的环卫、后勤、文秘等后勤或技术保障部门。其特点是在没有法律作为派用依据之下，根据劳动合同法中的劳动派遣制度，转以委外的形式使用，由承包商负责这些人的工资、退休金等。其中，用工人员没有法定的资格上的限制，也不适用公务员制度中的考绩、保险，奉给、退休、抚恤等规定。

由此可见，在政府部门这些合同人员都属于公共机关人员。本来这些人员是行政、事业单位通过签订合同招收短期性工人，却成为长期雇用人员。他们的雇主是“政府部门”，并与之产生了“劳动关系”。与公务员不同的是他们的权利、义务与责任都需要通过与行政、事业单位签定相应的合同来确定。其身份也因法律、法规或机关规则的不同而不同，有的为常任人员，有的为非常任人员，有的为临时人员。

二、国外政府部门聘用合同人员劳动关系的立法

（一）美国。“裁减公务部门员额”已成美国政府朝野两党共识。美国已逐年针对不同部门运用优退、强制资遣、在家通讯工作、再训练并辅导就业、申办退伍军人福利等方式，进行政府部门瘦身工作。根据美国的《文官改革法》也设立高级行政职（Senior Executive Service，简称SES），允许政府机关弹性地雇用高阶职员，并根据他们的专长分配到适当的职位，使政府机构在人员任用上具有较大的弹性。但是，由于美国与我国对公务员的定位不同，其契约性用

人主要系指短期、限期、定期三类非常任的临时性用人，不论何种临时人员类别，均不得自动转变成永久性任用类别。⁵³⁶其中，短期职务代理人员（Taper Employment）录用规定，当某机关之职务悬缺超过1年且人事管理局又无人力可资分发时，可经由人事管理局的授权而自行进用不得异动的短期职务代理人。限期雇用人员（Temporary Limited Employment）包括二类：一是机关基于下列理由，可自行录用限期雇用临时人员：（1）符合1年以内短期工作需求，暑期工读生为此类型人员代表。（2）为了填补订定1年内废除或中止期限的职务或工作需求（如即将废止、减少、改造、合约到期的工作项目或工作即将完成者）。（3）藉此保留如不用人即可能被其他部门占用的常任职务。二是限期雇用任用类型的任期以1年为限，最高可弹性延长至2年（24个月）。此种录用人员必须确实作成记录，并监督其确依期限（1年内）到、离职。若指派到另1个限期雇用的职务也视为是期限的延长，仍以雇用总月数不得超过24个月为限（包括同一行政区或同主管机关所属限期雇用职务均属管限制期雇用范围）。如果需要再延长期限，则必须是基于政府重要再造工程的需要，并报与人事管理局同意，才可延期雇用。此外，对定期雇用人员（Term Employment），一是录进用资格比较严谨。机关必须从人事管理局所提供的人事记录册中选用适当人员，如无适当人员则可通过人事管理局进行遴选。定期雇用的任用期限可以超过1年，但最长以4年为限。并且规定，机关可因项目工作、工作量尖峰需要、定有撤销期限的职务、组织功能以外的工作契约、未来经费不确定、保留某些永久性常任职务给因重组遭裁撤的人员等原因，实行定期雇用之人员。二是定期任用者第一年为试用期，试用期间机关得因工作绩效不佳或其他理由随时中止任用，但当事人有权向功绩制度保护委员会提出诉愿。试用期满之后而任用期限尚未届期之前，机关除人力精简等原因之外，不得以非正当理由加以免职。

（二）**英国**。英国文官职位大致分为高阶文官、中阶文官和低阶文官3大类，人员录用多元化。既包括计划性用人，也包括灵活性用人。例如，在计划性用人方面，包括常任人员（permanent staff，即属文官概念之人员）、短期进用人员

⁵³⁶曾介宏：《行政机关临时人力资源管理体制再造之厘探》，《人事行政》，1999年第129期，第29页。

(short term appointment)、固定期间契雇用人(fixed-term contract)。在灵活性人力方面，主要为派遣人员(agency staff)、间接契约人员(seconded in)、借调支持人员(loanees in)及业务委外之承揽人力。由于用人方式多元化及不同方式进录用人员的差异性，在英国。政府机关人员规模统计方面，有员额数(headcount)及相当全日数(full-time equivalent)两种计算方式，各机关可运用不同用人方式的组合，产生在“员额数”不变动的情况下降低“相当全时人员数”，或使相当全时人员数较实际员额数减少幅度更大(如将1个全时工作者改进用为部分工时进用者，则可达到员额数不变但相当全时人力数精简0.5人的结果)。在固定期间合同制方面，主要就是部分的高级主官职SCS(Senior Civil Servant)及短期录用之人员。

在公务人员的录用程序上，英国是由各部会依“文官委员会”(Civil Service Commission)订定之《文官法》(Civil Service Order In Council 1991)以及《文官委员会之甄补法》(Civil Service Commission's Recruitment Code)与《外交人员法》(Diplomatic Service Order In Council 1991)等任用法规，自行遴用合适人员，上述法律系规定用人之原则性规范，例如公平、公正、公开、功绩原则、核心职能导向等，给予各部会有充分授权及弹性，任何职缺均公开信息，以避免任用私人。

在员额管理上，英国人事机构体制属“部内制”，有关各机关人力配置之执行事项，亦由部会主导，由个别机关审酌业务需要及经费程度决定进用人力数。1995年订定的文官枢密院法将大部分人事权(如公务员的分类、等级、薪给、假期、工时及行为规范等工作条件)移转给各部会首长，各部会首长得在政府政策指导下自行订定命令予以规范。1998年后，由内阁事务部负责员额管理政策规划及监督，但实际执行系由各机关自行办理，与经费有关的员额与待遇事项，由财政部掌理。自1996年后，财政部只负责管理高级文官的薪资，其余公务员的薪资则由各部门在财政部颁布的规定下自行管理。

(三) 日本。日本的文官体制是以终身化人员为主，所以基本上是不太用所谓的非常任人员。依据日本人事院规定，为适应机关临时性或紧急性任务的需要，得经该院承认可进用一批所谓常勤职员或非常勤职员，以因应非常任人员所能负担之任务。其中，临时任用的职员就称为临时职员，也就是国家公务员法内所规

定的临时性人员。这些人员以按日计酬及部分工时人员为主，包含在总定员法所规定的用人范围内，主要是指常勤之临时性人员（正常上班时间内上班者称为常勤之临时性人员，部分工时或不定时勤务者称为非常勤之临时性人员），但非常勤之临时性人员或任期在 2 个月以内的常勤劳动者，也属于临时人员范围。⁵³⁷

日本公部门聘用人员主要以临时人员、日本行政改革，向来特别重视组织结构重组及公务人员员额控制。日本中央政府员额管理，主要系奠基于总定员法所规范的员额上限，并按内阁会议定期决议实施“定员合理化计划”以及总务省制定的“定员管理方针”所订的员额策略管理目标执行，以确保整体员额维持在精实且合理的管控范围内。

（四）德国。 德国公务员，分为适用公务员法者及不适用公务员法者。前者称为一般职，可分为三类：(1) 终身性公务员；(2) 名誉职公务员；(3) 政治性公务员(政治职)。后者不适用公务员法者，称为特别职，如内阁总理及国务员(部长)均是。公务员的薪俸以及退休抚恤归联邦政府统一规定。德国聘用合同制公务人员依据联邦职员协约(Bundesangestellten Tarifvertrag, 简称 BAT) 来运作，从 1961 年成立。联邦职员协约为私法工作契约，职员协约法的内容规范极广，从适用对象、契约内容、工作条件、工作义务、工时规定、薪给、职务归级、休假、工作关系的终止、特殊情况之规定等等，内容详尽、规定清楚，基本上和公法上的公务员相同，只要公务员处理季节性、临时性之的事务，它主要可分为雇员及工人，雇员多是于其程度之差异。

德国联邦及地方政府，都有一定比例之非全职的临具备一般机关所需的专业技术能力为专长，而且他们必须要拥有一定的文凭证书才可被任用，雇员亦是为德国公务机关最主要的非全职人员。工人指单纯的劳动工作者。主要办理的业务有：临时性、季节性、社会救助、文教、艺术、休闲、体育及小型公共建设等。德国政府各部门若有需要临时性的人员，则须在每年度的预算中提出职位表，经由议会同意之后，才得依照该通过的预算来雇用临时性人员。但是在人员进用的部份仍需要经过一般的考选程序，以及遵守升迁、退休等规定，在进行职务职务工作时仍须接受的考绩评比。

⁵³⁷曾介宏：《行政机关临时人力资源管理体制再造之厘探》，《人事行政》，1999 年第 129 期，第 54 页。

三、政府部门聘用合同人员劳动关系的现状

(一) 聘用合同法律地位不明确

关于“三用”人员与行政、事业单位所签合同性质，概括起来主要有二种观点：其一，劳动合同说。主要体现在司法实践中，法官在审判中对“三用”合同人员所签合同多采文义解释，依照相关立法，将其所签合同作为私契约而适用劳动合同法的相关规定。其二，行政合同说。认为“三用”合同人员聘期、报酬、双方之间的权利、义务及违反合同的责任等条款虽然由双方在合同中约定，但是一方为行政、事业单位，应该为行政合同中的双务合同，就合同的内容而言，为依宪法所定公民的工作权规范及权利义务事项。⁵³⁸ 我们认为，“三用”人员，这些人员尽管既不是公务员，也不是专业化程度较高的律师、会计师、评估师等专业人员，但是，基本上均系为机关执行各项职务，仍然属于从事公务的“特殊公务人员”。无论其职务是否涉及公权力行使，外观上均具有公法上的职务关系，他们之间既不是合同法上的劳务雇佣关系，也不是一般的民事合同，至于是否为行政合同还是劳动合同，关键看受聘（或雇）人员的职务涉及公权力行使与否。正是因为“合同工”的身份地位无明确立法要求，政府在出现过错事的时候，就回应是“合同工”个人问题所导致的，从而才频频出现了陕西延安曝出城管暴力“执法”，“跳踩商户头”事件，虐童女教师，打人保安，强制拆迁等都是临时工干的。

(二) 聘用制合同人员身份歧视

目前行政、事业单位中聘用合同人员的方式都是通过公开招聘考试，形式和合同工是类似相同的。但尴尬的是公务员考试要是金榜题名了，那就可说是拥有的“铁饭碗”，后顾之忧就不怕了。合同工就不一样，考取成功了，参加工作还是得签订“合同”来保障自己，法律上并没有立法来衡量合同工的平等性。

一是录用程序不公平。众所周知，公务员的考试在市面上是有指导资料，可以说这是一种指导方向，在考试上形式也是给予关注的，但合同工就不一样，在考试方面是没有资料可学习，指导方向更是谈不上。如果你有想法要到行政、事业单位里工作，那得密切关注是否有职位上公开招聘考试，或靠关系留意打听，

⁵³⁸郑锦耀：《公共行政当局以合同方式雇人员时各种合同的适用范围》，《澳门理工学报》，2007年第1期。

从而限制了合同人员进入单位工作的门槛。如果说这只是表面上的不公，那么“暗箱操作”无疑更是实质上的不公。在传统的形式下，一些靠着“关系”的工作人员，靠着自已背后的关系，直接通过介绍的形式进入单位参加工作，或者在考核这一环节通过“关系”则开了绿灯。录取环节‘猫腻’难以杜绝，法律在这方面没有做出明确的规定，也没给出清晰的立法。二是工作条件不平等。行政、事业单位中的工作任务是有上级部门下达，然后上级部门只需把任务拟定好，通过传达，但不管任务的传达是怎么样，经过上级传达到下级的模式，最后去完成工作的任务就得是“合同工”，这无疑就是在标识着，雇用你来就是工作的，没有其他的原因，只要合同工不工作了，那行政单位就得停下管理的脚步，没有体现出不同层级政府的功能和特点。

（三）聘用制合同人员权益无保障

一是我国由于受传统的职务等级工资制影响，过分强调平均主义，在合同工薪酬制度当中既不考查工作价值与贡献以及专业人员资本收益，也不考虑合同工的社会身份与地位，因而造成内部不同职务不同级别的合同工工资差距大，偏向主义盛行。二是工资待遇也无明确的同意的法律标准。同工并不同酬，工资的多少就是按照所在单位的税务水平的高低给予出粮，如所在单位的税收不好，那合同工的工资将也会出现拖欠情况。三是与公务员享受着世界上最好的养老保险待遇不同，聘用制合同人员按缴纳的养老保险年限、缴费额、个人账户余额及退休前一年全省平均工资等退休费，没有农民合同工和非农合同工之分医保社保来保证自己退休以后的问题。

（四）对聘用制合同人员激励与监督缺位

一是无严格的考核制度。考核制是国家公务员制度的重要组成部分，然而相对于公务员，合同工在工作中只是完成上级下达来任务就可以，用人单位也是看你工作者在完成工作上的态度和积极性，只要你工作勤奋点、积极点、那么年终会有那么一些年终奖奖金给以工作者，不存在考核这一项。这无疑无法激励合同工的奋发向上的工作精神。二是监督机制缺位。例如，这些人员在职期间能否经营副业、从事兼职业务，离开职务后一定年限内能否利用其影响开展培训、咨询、开办个人诊所或到相关部门从事相关业务并没有作出相应的禁止性规定，至今也没有相应的法律依据。这些使得一些行政首长将“三用”合同人员作为自己的生

活秘书或铁杆哥们，甚至利用他们掩盖其犯罪行为或作为推卸法律责任的借口。

四、我国政府机关聘用合同人员劳动关系的立法规制

通过对西方发达国家政府雇佣制度的考查发现，以私有化方式重建政府公共部门，引入竞争机制即通过市场机制将公共服务承包出去；以明确的绩效标准和考核方式提高政府效能。⁵³⁹具体到政府雇佣关系，呈现四种不同趋势：（1）废除文官职业的终身制，文官适用一般劳工法管制；（2）文官终身制虽仍继续保留，但不再保证永远能留在某一职位，必须视绩效而定；（3）文官已被归在短期契约中，职业不再受到保障；（4）逐渐增加对不同职位的员工，使用不同的契约安排。⁵⁴⁰而通过对我国政府雇佣制度的调查发现，我国公务人力主要是三种：终身制公务员、聘用制公务员和长期固定期限和劳务派遣人员。既要提高政府绩效又要保障聘用合同人员劳动权益，应从以下几个方面去努力：

（一）统筹编制内外人员的管理，逐步推行全员聘用制

多数推行编外聘用人员的地方政府都打着人事制度改革、创新用人机制等旗号，以弥补人手不足，大量录用编外聘用人员，其目的就是试图“规避”现行的编制管理制度，把变相超编进人的编外聘用人员机制“合法化”，肆意扩大用人自主权。然而，大量编外聘用人员形成的事实超编并没有引起各地的高度重视。故要逐步消化编外聘用人员，禁止编内空编，编外聘用，引入市场机制，实现社会服务代理，减少编外聘用人员。一是可以采取按实际工作情况调整（增加）编制、清退富余人员等手段，切实发挥编制在公共财政的前置控制性作用。二是实行公务员全员聘用制。三是对现有的一些行政、事业辅助工作实行社会服务代理，用市场来配置公共服务。

（二）分类出台聘用制合同人员的录用与管理办法

一是提升编制外人员甄选机制的公信力及落实绩效考核。由于我国公务员制度是以考试用人为原则，社会普遍对其有高度之信赖。而以合同方式录用人员，是以学、经历为基础，较易产生人员进用过程公平性、公正性的疑虑。除要求各

⁵³⁹ MARTIN M. Changing the State: Concepts and Practice in the Reform of the Public Sector, in Beyond the New Public Management [M]. London: Edward Elgar Publishing Limited, 2000: 17. 转引自袁方成，盛元芝：《“新公共管理运动”的困境与转型——新西兰公共部门改革的反思及参鉴》，《公共管理学报》2011年第3期

⁵⁴⁰蔡秀涓：《OECD 国家策略性人力资源管理政策重要议题与启示》，载于《推动策略性人力资源管理、建构效能政府学术研讨会》，台北：行政院人事行政局，2006年版。

用人之机关应审慎办理外，更需具备公信力之遴选程序，如对此类人员录用人员的资格条件、薪金报酬等，须依所办理业务之职责程度进行审核。各用人机关应建立定期或不定期绩效考核之评鉴机制，并以工作绩效为导向，采定期或不定期性的检讨评估与考核。其考核项目的设计应审慎办理，使聘用合同用人的考核事项更具客观与严谨，以落实考核制度。二是应统一建立临时人员录用及审核机制。要如何强化以合同方式录用的临时人员录用规划、程序、工作考核、绩效制度与员额总量管制，能有一套完善的管理制度设计。三是政府部门聘用人员的录用与管理应更加透明化。人事主管机关应要求临时人员资料登记的正确性，借以纳入规划整体人力资源管理体系中，使该类人员录用上更加公开化及透明化，并辅以信息化系统管理及其运用，促使各用人机关降低人事成本。

（三）完善编制外人员劳动权益保障制度

一是加快聘用制合同人员薪酬立法，仿效建立企业式的薪酬管理。我国应当加大工资法的立法力度，因为合同工的薪酬制度必须要通过颁布工资法来加以确立。尽早建立企业式的薪酬管理，薪酬管理作用于员工个人、工作团体和单位整体，如果此管理用于行政、事业单位中，那么会使我们的政府发展得更好。同时，建立激励薪酬、进行工资的改革。二是明确合同人员的身份地位。三是建立考核激励制度。作为公共部门深化改革的一个前提，机制的设计者必须深入研究不同岗位公务人员的实际业绩比较评估方法。⁵⁴¹建立起一套科学公正的相对业绩评估体系，让聘用制合同人员与公务员一样有一个晋升通道。如通过问卷调查的形式，可以对合同工的需求进行统计，并分类整理，形成完整的心理需求排行榜，对于排行靠前的需求可以与绩效相挂钩，可以通过调查，了解合同工在劳动权益上有什么样的缺失，帮助我们的政府在提供合同工的绩效上有样可依。

（四）构建公共部门劳动关系法律体系

在美国，公共部门和私人部门人事或劳资关系的最大区别是二者分别适用不同的法律。美国国家劳工关系法不适用于联邦、州和地方政府的雇员。⁵⁴²我国澳门特别行政区的公共部门人事改革的成果是出台《公部门劳动合同制度》，对行政任用和公部门编制外人员（主要是个人合同、散位合同）进行统一规定。

⁵⁴¹王小龙：《我国公共部门的劳动契约和敬业激励——一个存在委托人道德风险的理论模型》，《经济研究》，2000年第11期。

⁵⁴²丹尼尔·奎因·米尔斯：《劳工关系》，机械工业出版社，2000年1版，第196页。

而我国台湾地区则针对公共部门中存在约雇、临时及技工工友三种非正式公务人力而分别出台《聘用人员聘用条例》、《行政机关约雇人员雇佣办法》。因此，要构建公共部门劳动关系法律体系，合理调整不同群体之间利益关系。我们建议可采用二种立法模式：⁵⁴³一是统一立法模式。以我国澳门地区为例，赋予公务员劳动者地位，出台《公共部门劳动关系法》；二是分类立法模式。以我国台湾地区为例，对公部门劳动者的劳动样态及其权益保障进行分别规定。但是，无论采用那一抹是，政府须在公共部门劳动关系法内宣示：促进劳资双方对于就业条款与工作条件进行集体协商、订定团体协约的全面发展，为国家的公共部门劳动政策：确保公共部门受雇者享有结社自由，以及组成受雇者组织、进行集体协商的权利。同时，完善劳动合同法、调解法和仲裁法等配套法律，对公共部门劳动者集体协商的范围、僵局解决机制、谈判协议效力和协调谈判专门机构等予以明确规定。

⁵⁴³ 王继远、陈雪娇：《英美德三国公共部门集体协商制度立法及对我国的启示》，《中国劳动》2016年第4期（下）。

就业歧视法律规控对策之探寻

——以《反就业歧视法》为归宿

王 哲

【摘要】依循联合国和国际劳工组织法律规范的导引，我国相继出台了《劳动法》、《劳动合同法》以及《就业促进法》，这些法律俨然已经担负起规制就业歧视的法治重任。每一次立法出台的背后，都是平等理念的再次升华。纵然这些法律为反就业歧视供给着法律撑持，但实施效果不彰。规制就业歧视何去何从，制定一部统一的《反就业歧视法》或许是最好的归宿。昨日之有为不应被遗忘，今日之尴尬仍须予以正视，明日之展望更须充满信心。存在的一切，反映在它的连贯性表现中，都是相互关联的，产生于过去的现在，孕育着伟大的未来。

【关键词】就业歧视；反就业歧视法；规控；归宿

一、昨日之有为——反就业歧视立法取得的成就

（一）《劳动法》——书写反就业歧视立法兴起的历史起点

首先，《劳动法》确立了就业歧视法律规制的理论基点。秉持平等与不歧视理念是人权法的核心，^[1]因此，为了顺应国际人权法律文件确立的基本准则，我国《劳动法》首次从正面赋予劳动者享有平等就业权，与之相呼应，从反面禁止实施就业歧视。平等就业权是反就业歧视的权利基石，反就业歧视是践行平等就业权的手段，二者具有殊途同归之妙。其次《劳动法》明确了就业歧视法律规制的对象范围。《劳动法》采用封闭式列举模式，明示将民族、种族、性别、宗教信仰作为劳动者迭遭就业歧视的四个个体特质。纵使对象范围有限，但这种立法

（基金项目）天津市哲学社会科学规划资助项目“新型城镇化进程中的就业身份歧视法律规制研究”（TJFX15-003）。

〔作者简介〕王 哲（1981-），男，辽宁鞍山人，北京科技大学天津学院法律系讲师，法学博士，主要研究方向：经济法、社会法。

[1] Jerome J. Shestack, *The Jurisprudence of Human Rights*, in Theodor Meron(eds), *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, 1984, at 101.

实态大体上做出了合乎历史条件的回应。^[2]最后,《劳动法》勾勒了就业歧视法律规制的手段。《劳动法》以法律形式确立了我国“一商一调一裁两审”的劳动争议排解机制。这是一种非诉与诉讼制度双管齐下、协调配合的纠纷解决机制。在制度设计上,二者取长补短相得益彰,在充分保障当事人权益的基础上,又不失效率性。一言以蔽之,《劳动法》在构筑反就业歧视立法理论基点、对象范围和规制手段的同时,也为日后纷纭涌现的反就业歧视规范设定了生成逻辑,由此开启了反就业歧视立法在当代中国兴起的新篇章。^[3]

(二) 《劳动合同法》——开辟了反就业歧视立法勃兴之新征程

作为一种灵活用工模式,劳务派遣在现代劳动力市场中略显身手,成为劳务派遣单位、用人单位和劳动者最佳的合作契合点。当然,劳务派遣在生成与发展过程中也呈现出负面效应,西方成熟的劳动力市场有之,身处转型期的中国劳动力市场亦有之。曾几何时,劳务派遣乱象丛生,饱受诟病。规模之庞大有冲击传统就业格局之势,令社会各界忧心忡忡;同工不同要求、同工不同酬、社会保险待遇低等就业歧视局面,更是引致劳务派遣工整体生存境遇向下沉沦。^[4]为契合劳务派遣法治化的现实需要,立法因应之需求日渐升温。为此,《劳动合同法》设专节、使用多达12个法律条文,给予劳务派遣以立法规制。^[5]从劳务派遣单位的市场准入规则,到重申被派遣劳动者享有同工同酬权、结社权行使选择权的权利规则;从劳务派遣单位、用工单位的义务规则,到劳务派遣单位和用工单位的连带赔偿责任规则,这些制度内容已然成为《劳动合同法》的一个亮点和立法特色。如果说《劳动合同法》是将劳务派遣问题纳入法律规制范围起点的话,那么该法所引发的事与愿违的倒逼效应,又使《劳动合同法》成为催生劳务派遣病态式膨胀变异的拐点。对此,《劳动合同法(修正案)》剑指劳务派遣的异化繁荣,其内容完全着墨于劳务派遣,以期其回归补充用工模式的本来面目。

(三) 《就业促进法》——开启了平等就业权向现实转化的进程

^[2] 《劳动法》立法之时,有些就业歧视现象尚不突出,至少乙肝病毒携带者的维权意识尚未像今日这般高涨;“农民工”在城镇化进程中还是新鲜事物,尚谈不上“农民工就业身份歧视”问题。

^[3] 阎天:《重思中国反就业歧视法的当代兴起》,载《中外法学》2012年第3期。

^[4] 田野:《劳务派遣超常发展的困境与出路》,载《兰州学刊》2014年第2期。

^[5] 《劳动合同法》第五章第二节第57-67条共计11个条文。另外,第92条规定了劳务派遣的法律责任。

时至今日，细化平等就业条款、消弭就业歧视的诉求日益强烈。人们希冀国家出台一部全新的法律，能为践行平等就业权营造一个更加和谐的法治环境。《就业促进法》通过制度供给延续着对受歧视者需求的回应以及对社会变迁的应对。首先，在体系安排层面上，该法在第三章中集中规定了平等就业内容。平等就业问题被单列为一章映现在法律条文中，凸显出国家对于保障劳动者平等就业权、反就业歧视的着重程度。其次，在条文数量层面上，纵览整部法律，除去附则第69条对施行时间的规定，该法共计68条，其中有13个条文^[6]关涉到平等就业权和反就业歧视问题，占到了条文总数的19.12%，对该问题着墨之重，可见一斑。再次，在条文内容层面上，该法沿袭了《劳动法》的规范生成逻辑。不仅重申了平等就业权是反就业歧视的理论基石，同时将就业歧视法律规制的对象范围由原来的封闭式列举模式修改为现在的开放式列举模式，并且关于妇女、少数民族、残疾人、传染病病源携带者以及农村劳动者这些人群的就业歧视问题给予了有针对性的规定；不仅禁止用人单位和职业中介机构实施就业歧视，还明令各级人民政府要打造平等就业环境，消除就业歧视。为了加大保障平等就业权，《就业促进法》还在法律责任一章中明确赋予受到就业歧视的受害者享有向人民法院提起诉讼的权利。由是观之，该法之亮点莫过于此规定。

二、今日之尴尬——反就业歧视立法实施效果不彰

（一）统一的“反就业歧视法”尚付阙如

诚如前文所言，我国反就业歧视法制建设成绩斐然，不过现存的法律制度在适用时所暴露出举步维艰的境况亦须给予正视。究其原因，是法律自身仍有缺陷，还是执法不力，抑或是其他原因，仁智各见。执法不力是否是最重要原因之一，我们不置一词。在此，我们只是更想强调尚无统一立法这个缘由，毕竟有法可依是执法必严的先决。由于我国至今还没有一部专门的“反就业歧视法”，现有法律规定在形式上呈现出分散性和原则性的特点以及在内容上要么交叉重复要么尚是缺失的问题，招致反就业歧视立法缺乏实效性，这已然是不争的事实，我们应客观地予以审视。实践证明，面对渐次凸显的就业歧视问题，《劳动法》显露出滞后性的缺陷以及《就业促进法》映现的软法属性引致受歧视者难以获得有效的保护。

^[6] 具体条文见《就业促进法》第3、25-31、41、62-63、66、68条。

（二）现有法律调控范围狭窄

《劳动法》调控就业歧视规范“先天不足”的困局——法律规制范围狭窄与劳动关系现实发展的需求不相匹配。某些劳动群体被排斥在法律调控范围以外，当他们频频迭遭就业歧视时，无法拿起法律武器捍卫自己的权益。一方面，《劳动法》适用的先决是劳动关系业已形成，详言之，只有用人单位和与其建立了劳动关系的劳动者才处于法律保护之列。相形之下，身处招聘阶段的用人单位和求职阶段的劳动者却游离于法律呵护之外，现实生活中屡屡发生的就业歧视事件往往发生在招聘和求职阶段。事实告诫我们，面对此阶段的就业歧视境遇，《劳动法》现行的反就业歧视条款心有余而力不足。另一方面，现有的反就业歧视规则无法化解公务员以及比照实行公务员制度的事业单位、社会团体的工作人员在招考过程中面临的就业歧视问题。他们尚且如此，更遑论农业劳动者和家庭保姆等人。最后，有必要再次提及就业歧视法律规制的对象范围。的确，法律明确禁止的就业歧视的种类从《劳动法》规定的4种扩充到《就业促进法》规定的7种；规则范式也从《劳动法》的封闭式列举模式发展为《就业促进法》的开放式列举模式。但是，我国劳动力市场上存在的纷繁复杂的就业歧视现象，如年龄歧视、相貌歧视、劳务派遣工歧视等，法律并没有予以明示，尚处于法律调整之外。

（三）就业歧视类型化缺位

根据反就业歧视理论，就业歧视有直接歧视（direct discrimination）和间接歧视（indirect discrimination）两种分类，^[7]其分类标准是就业歧视表现出的隐晦程度。直接歧视是一种不言而喻的、公开的歧视形式，反就业歧视立法伊始侧重规制的是直接歧视。直接歧视概念的明确是对平等就业权理论的重大贡献，对打击显而易见的、极端的歧视形式颇为有效。当然，直接歧视的概念也并非无懈可击，由于此概念无视现实世界的差异性，所以盲目秉持形式平等理念，只会在通往平等之路上苛求所有人千人一面、求同纳异，甚至会因循或者加深不平等。早期资本主义国家基于性别、种族和出身等因素的职业隔离足以证实上述论断。例如，某个单位所有女职工都从事低贱工作，领取最低薪水；所有男

^[7] 从形式上看，美英就业歧视的类型理论主要差别在于雇主的主观状态，总的来说差异不大。在美国，差别对待歧视或差别待遇歧视（disparate treatment discrimination）相当于直接歧视，差别影响歧视或差别结果歧视（disparate impact discrimination）相当于间接歧视。直接歧视和间接歧视的称谓通俗、明了，因此本文采用此种分类方式。

职工都从事体面劳动，拿着高额工资。以今天的标准看，男女职工这种差异性构成就业歧视无庸赘述。可是，以当时人们对就业歧视的认知程度，结果却是霄壤之别。一则，在低贱的岗位内部，没有可比较的对象，因为所有女职工同样的岗位相同的报酬。在此岗位中，既然没有男职工，又何来拿着比女职工更多报酬的男职工；二则，纵使将处在管理岗位上拿着高薪的男职工作为比较对象，法院也会因这是一个非有效的参照物从而认可这种差别对待。这样一个看似无可非议的中性标准在实践中却漫不经心地给妇女等劳动群体造成了歧视效果。出于对这类特殊群体的特殊保护，反就业歧视立法和实践逐渐将这种不公正的中性标准认定为间接歧视。规控间接歧视益于遏制因制度性歧视而引起的实质不平等。此概念的横空出世彰显出人们对反就业歧视理论的认知日渐深刻，遗憾的是，我国现有立法中没有给予就业歧视以类型化，即没有直接歧视和间接歧视这种分类。

（四）就业歧视认定标准缺然

作为“反就业歧视法”的焦点内容之一，认定标准对用人单位是否构成歧视行为以及劳动者的举证责任都将起到举足轻重的作用。域外反就业歧视法律历经漫长的立法和司法实践之探寻，逐步确立了相对完备的就业歧视认定标准，其中，英美两国较具有代表性，既有相通之处，也有细微差异。我国现行反就业歧视立法针对就业歧视构成标准的认定规则尚是缺然。一方面，现有反就业歧视制度对在什么情况下、以什么样的条件构成就业歧视并未给予积极回应。站在劳动者角度上，认定标准之缺失令其无从知晓用人单位的雇佣行为是否构成就业歧视；站在用人单位角度上，认定标准之缺失使其即使在客观上造成了侵害劳动者平等就业权的不利影响，也可以堂而皇之的辩称因主观上并无故意而不构成歧视；站在争议处理机构角度上，认定标准之缺失致其难以公正、高效的排解歧视纠纷。另一方面，现有反就业歧视制度对就业歧视的例外情形也没有给予肯认。社会学家逐渐将多元化视为人类社会的一个不可规避的组成因子。多元性意味着差别不仅客观存在，而且实属必要，是驱策创新与发展的动力所在。法律规制歧视基于这样一个理念：摈弃不合理的、无正当理由的区别对待。如果平等价值的终极目标是企求特殊群体赢得实质平等的话，那么法律就应该首肯个别形式的差别对待，而不是绝对地摒除。正因为如此，大多数国家法律都容许例外情形的存在，雇主可以借此作为抗辩的理由。反观我国，立法仍旧停留在针对用人单位就业歧视的

禁止性规定上。无法将正当理由作为证据依托,用人单位的抗辩权也就无从谈起。保障劳动者平等就业权无可非议,但侵犯用人单位的用工自主权也有失公允。顾此失彼的规则只会让“贫者当助、富者当抑”的观念逻辑进一步泛化;兼顾好劳资双方利益才是构建和谐劳动关系之王道。

(五) 诉讼征程布满荆棘

1. 就业歧视争议法律属性混沌不清

基于各类纠纷形成的基础和条件不同,决定了消解这些纠纷所适用的法律也不同。正因为这样,在正确适用法律之前,摄定纠纷的法律属性实属必要。对于就业歧视争议,特别是发生在求职阶段的此类争议究竟应归入劳动纠纷抑或民事纠纷,法律尚未言明。《劳动争议调解仲裁法》扩充了劳动争议范围,历史性地将“因订立劳动合同产生的争议”纳入其中,然而,何谓“因订立劳动合同产生的争议”,法律也未予提及。学者们对于其适用于先用工后订立劳动合同的情形并无太多争议,^[9]只是对是否应当涵盖求职阶段的就业歧视争议仍各执己见。立法上的似是而非导致司法实践部门将就业歧视争议法律属性理解的五花八门,归入劳动纠纷的有之,归入民事纠纷的也可见。^[10]如若将此类纠纷纳入劳动争议,根据我国目前劳动争议排解机制的规定,劳动者必须经过“先裁后审”的程序,当受歧视者越过劳动仲裁程序,而径直到法院提起诉讼,法院将不予受理。^[11]法院如此裁判又与《就业促进法》赋予受歧视者以诉权的规定相矛盾,其结果堵绝了受歧视者诉讼之路。如是,立法上的冲突更凭添了就业歧视争议法律属性的飘忽不定。

2. 举证责任配置规则语焉不详

^[9] 此情形指先建立劳动关系后订立书面劳动合同的劳动者与用人单位因订立书面劳动合同所发生的争议。根据《劳动合同法》的规定,书面劳动合同可以在用工之日起一个月内订立,在此期间就是否存在劳动关系发生争议的,属于劳动争议的受案范围。

^[10] 即使将就业歧视争议归入民事纠纷,人民法院在受理案件时所适用的民事案由也不一致,如李金仁与江西日报社“人格尊严权”纠纷案;中国传媒业就业歧视第一案的“特殊侵权”纠纷案;张某与湖北都市中盛广告有限公司“其他人身权”纠纷案;周某与广西金桂浆纸业有限公司“一般人格权”纠纷案;肖某与环胜电子(深圳)有限公司“缔约过失责任”纠纷案等。

^[11] 实践中,有的法院对就业歧视案件就要求劳动者先申请劳动争议仲裁。例如在劳动者孙某诉苏州徐工铁路装备有限公司就业歧视一案中,法院裁定劳动者所主张的平等就业权受到侵害的纠纷属于劳动争议,应先申请劳动仲裁,因此法院不予受理。辛红、邱依:《徐工集团下属企业被诉就业歧视》,载《法制日报》2010年8月26日第11版。

作为诉讼制度的核心内容，举证责任素来是诉讼制度中恒久的主旋律。举证责任合理配置与否对就业歧视诉讼成败的意义自不待言，又由于劳动者天然的弱势性，很多国家基于对受歧视劳动者倾斜保护的考虑，多半在立法层面明确了举证责任分配规则，而我国现行法律制度对此言之不详。正如前文所述，司法实务部门长期以来习惯性地就将就业歧视案件视为民事争议予以审理，那么，受歧视劳动者和用人单位举证责任的分担依循《民事诉讼法》的相关规定也就理当如此。根据《民事诉讼法》的规定，就业歧视争议显然不在法定特殊侵权范围之内，自然没有适用举证责任倒置规则之可能，只能不移至理地遵循“谁主张，谁举证”的一般规则。详言之，原告提起就业歧视诉讼，必须提供被告存在歧视事实的证据，否则原告将承担败诉的法律后果，比如2010年的顺德乙肝歧视案、2011年广州蔡某的残疾歧视案和2013年宁波郭某的残疾歧视案等。在这般举证责任规则之下，对无论是经济实力还是获取信息能力都处于弱势地位的劳动者的不公可想而知。立法者正视劳资双方举证能力的失衡，为了有效保护劳动者利益，同时为了及时排除争议，尝试着在案件中由用人单位承担举证责任的特殊举证责任配置规则。^[12]不过还是很遗憾，此处的“部分劳动争议”没有涵盖就业歧视纠纷，所以就业歧视争议案件一如既往地沿用“谁主张，谁举证”这个一般的举证责任分配规则。劳动争议和民事争议本质上天冠地履，面对用人单位和劳动者在举证能力上凸显出实质上的不平等，因循《民事诉讼法》原有的举证责任规则，着实不够妥贴。

三、明日之展望——反就业歧视立法何去何从

（一）反就业歧视立法的模式择定

概览域外反就业歧视立法发展历程，进过半个多世纪的不断完善，一条从分散条款模式到专门单行法模式再到统一基本法模式的发展路径清晰可见。通过借鉴国外反就业歧视立法的成熟经验，我们认为，以当下中国之国情，制定“反就业歧视法”即统一基本法模式更合时宜。

一方面，修正现有分散性条款的举措不合适。以《宪法》为例，条款的修补无法动摇其调整领域。《宪法》通常适用于公权力对私权利的侵犯，而就业歧视

^[12] 具体见《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第13条；《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第6条。

往往体现在私人之间。纵使补正宪法条款，“宪法调整国家与公民之间的关系，保护公民基本权利的特性也难以被撼动，泛宪法思维要不得”。^[13]另外，条款的修补也难以厘革宪法规范宣示性的特质。宪法规范应具有原则性和概括性，如规定的事无巨细，其根本法的属性也就荡然无存了。宪法赋予的是一般意义上的平等，具体领域中平等权的实现只能交给部门法来完成，所以“反就业歧视法”应该担当起落实平等就业权的重任。以《劳动法》为例，条款的修补并非其得以优化的最佳选择。时光倒流 30 年，《劳动法》里程碑意义众目昭彰；时境过迁，其滞后性缺陷确也一目了然。改革众望所归，变法势在必行。隔靴挠痒式的局部修改消解不去《劳动法》某些根深蒂固的缺陷，另辟蹊径式的重新立法也不失为一策。至于《就业促进法》，软法视域下的《就业促进法》能够在多大程度上发挥其反就业歧视的作用尚待检验，单就该法目前运行的状况来看，其在通过践行平等就业权、禁止就业歧视以促进就业方面似乎显得爱莫能助。

另一方面，制定专门单行法的举措也不可取。回溯域外反就业歧视立法的发展路径，我国已经进入到专门单行法阶段，加之目前较为猖獗的各种歧视现象，选择专门单行法模式更是在情理之中。但事实远非如此。以当前日益严峻的就业歧视问题，分散立法所引发的一系列问题还需予以通盘考量。一则，专门单行法模式需要更高的立法技术。就业歧视类别林林总总，每种歧视形式又各具特征，因此立法应对症下药，针对不同的歧视种类采取不同的解决之道。也正是由于某种歧视形式只由某部专门法予以规制，因此分散性立法缺乏统一规范机制，概念表述有别、标准确立存异、责任承担不同等内容上的交叉或者不衔接也就在所难免。更何况，在中国特色社会主义法律体系业已构建以及法学研究方法有从立法论向解释论转型之态势的双重背景下，仅在反就业歧视层面就制定出规制性别歧视、年龄歧视、健康歧视、身份歧视等若干部单行法，这种批量式立法模式是否适宜的确值得商榷。二则，以分散性立法的举措促进我国反就业歧视法律制度优化尚需时日。以韩国为例，韩国反就业歧视立法体系由若干单行法组成，其并没有一部基本的反就业歧视法。然而该体系的建构从 1988 年至 2007 年历经近 20 年。我国香港地区的立法模式亦是如此，不同的是其立法体系的建构持续近 15

^[13] 林来梵、朱玉霞：《错位与暗合——试论我国当下有关宪法与民法关系的四种思维倾向》，载《浙江社会科学》2007 年第 1 期。

年。^[14]反观我国，眼下较为泛滥的种种就业歧视现象不可胜数，法律明令禁止的有之，游弋在法律调控之外的亦有之，以至于没有受到法律明确予以打击的歧视形式可以在劳动力市场上肆意横行。面对不胜枚举的就业歧视种类，如果一味地照搬域外样本，其结果往往事倍功半，毕竟立法所需时间时不我待。况且，单行立法孰先孰后也颇费心思。既然如此，莫不如直接出台一部统一的“反就业歧视法”，加快劳动者的平等就业权和体面劳动得以落实，助推公正、和谐社会得以实现。

由是观之，我国选取统一基本法模式更为妥帖，这既与国际立法趋势相适，又与我国国情相宜。更何况，以现有立法水平，此模式并非难以一步到位，一些学术建议稿、专家建议稿等即是强有力的佐证。反就业歧视法专家建议稿为该模式的可行提供了“范例”；反歧视学术建议稿突破就业领域，强调在更广阔的视域下探讨反歧视制度的完善。同样是统一法模式，选用基本的“反歧视法”还是选用相对具体的“反就业歧视法”，我们还需审慎对待。鉴于我国反歧视法制建设现状，我们不建议一劳永逸而倡导循序渐进，即先出台“反就业歧视法”，在该法实际运行时评估其实效性，待积累一定经验教训后再考量制定“反歧视法”。

（二）法律调控视野之拓展

首先，“反就业歧视法”视野下的“劳动过程”囊括求职阶段和职业阶段，具体而言，该法规制在求职过程以及获取报酬、休息休假、享受劳动安全卫生保护、享有就业服务、获得社会保险和福利、提请劳动争议处理等过程中存在的各种歧视问题。其次，“反就业歧视法”视野下的“劳动者”既包括私人雇佣，即受雇于企业的雇员，也包括公共雇佣，即受雇于政府的公务员，甚至还涵盖事业单位和人民团体的工作人员。再次，“反就业歧视法”视野下的“用人单位”可以是法人，如企业、国家机关、事业单位和社会团体；也可以是非法人组织，如个体经济组织；除此之外，还应该包括劳务派遣单位和职业中介机构。最后，拓宽法律明令禁止的范围。一方面，明令禁止包括对农民工、劳务派遣工歧视以及户籍、地域歧视在内的身份歧视；另一方面，明令禁止某些尚游移于法律规制之外却又比较典型的歧视形式，如相貌歧视、年龄歧视等。当然，法律明示禁止歧视的种类并非大门敞开、多多益善，为谋求稀缺资源的社会最大化，必须抓住主

^[14] 冯祥武：《反就业歧视法基础理论问题研究》，中国法制出版社2012年版，第123-125页。

要矛盾，全力以赴痛击问题最为突出、遭民众诟病最深的歧视形式。基于此，可以考虑采取罗列与概括相结合的方式。

（三）就业歧视类型之彰明

现阶段，我国劳动力市场上表现为显性的、恶意的直接歧视问题甚为严峻，因此，集中力量规控直接歧视已是当务之急，学者们在该问题的看法上百喙如一。相形之下，在“反就业歧视法”是否有必要提及间接歧视的认识上却各有争鸣，某些学者认为眼下尚不急于规制间接歧视，即使予以规制其效果也隐而不彰。这其中，有的是从间接歧视形成背景、我国间接歧视案件数量的视角予以证成；^[15]有的则是从认定标准极为繁琐、我国在司法适用时存有障碍的视角予以证实。^[16]学者们从实际出发质疑我国现阶段直接歧视与间接歧视的分类意义不无道理，然而，歧视类型在我国已显现出从直接歧视向间接歧视过渡的迹象，对此我们又该如何应对。透过域外反就业歧视法制的发展历史，可以窥见该进程也是人们认知歧视日渐深刻的过程。放眼过去，显性的恶意歧视在英美等国就业领域也曾大行其道，当公然的直接歧视在一定程度上得以有效遏制时，人们自然会有意识地规避直接歧视，歧视将更普遍地以隐蔽而复杂的间接歧视形式存在，至此，间接歧视日渐为人所熟知从而进入到法律调整视野。让我们将视线再转向中国，既有直接歧视受法律调整力度不足从而较猖獗之态势，也有对农民工的歧视正悄然从直接歧视向间接歧视转化之苗头。^[17]直接歧视恶迹昭着，立足于当下确属实事求是；间接歧视初见端倪，着眼于未来亦是高瞻远瞩。切实治理直接歧视是当务之急，给予间接歧视必要的关注也算未雨绸缪。管控就业歧视路漫漫，促进实质平等任重道远，但如果至少能避免实质不平等进一步恶化何尝不失为良策之一。

（四）就业歧视认定标准之撮定

1. 直接歧视的认定标准

首先，具有差别对待行为。此处的差别对待是指相同或相似情形受到排挤、制约或优待。规制直接歧视的理论溯源是形式平等，是宪法平等权利的自然延伸。

^[15] 张姝：《论就业歧视的狭义界定——我国就业歧视法律规制的起点》，载《当代法学》2011年第4期。

^[16] 何琼、裘璆：《论就业歧视的界定——欧盟“正当理由”理论对我国的启示》，载《法学》2006年第4期。

^[17] 许多企业通过劳务派遣方式使用农民工，由于农民工构成劳务派遣工中的绝大多数，因此对劳务派遣工给予与正式工相比较差的待遇是对农民工的间接歧视。

正因为如此,对他人恶意实施差别对待行为即成为各国反就业歧视法痛击的最主要对象之一。有的案件往往以此作为认定歧视的标准。例如,在 *Weaselfat V. Driscoll and Denny's Shell Service* 案中,商家要求土著印第安人、嬉皮士预先支付才能在加油站加油和购买相关物品,但此规定对其他人不适用,因此加拿大人权委员会认定这一要求具有歧视性。^[18]

其次,基于法律明示的因素。在认定直接歧视时,受歧视者遭受的区别对待必须是法律明令禁止的事由,诸如民族、宗教信仰、社会出身、年龄等等。只有基于法律禁止的因素,才能进入法律规范的视野,才可能被认定为歧视。当然,各国(地区)反就业歧视法明令禁止的范围不尽相同,通常大约在 10 种左右,个别国家(地区)设定的范围稍宽些,如韩国 19 项、我国台湾地区 16 项。随着科学技术的进步,该范围有不断扩充之势,新的歧视形式逐渐纳入法制轨道,美国 2009 年生效的《反对基因信息法》即是例证。

再次,招致不利后果或不利影响。仅凭差别对待行为和法律明令禁止的事由尚不足以认定歧视即告成立,区别对待所导致的不利后果或不利影响也是构成歧视一个必不可少的要素。*Peake* 上诉案充分诠释了这一要素的重要性。该案的上诉法院认为女性比男性提前 5 分钟下班不构成性别歧视,因为法律调整的是对某一性别的权益造成内在的不利后果,而不是用来化解发生在不同性别之间抽象的、变幻莫测的、随意的诉讼。很多国家在界定歧视定义时使用的是“意图或后果”而非“意图和后果”的表述,证实法律禁止歧视后果而不只是歧视的意图。相形之下,意图略显次要,因为歧视的故意只存在于歧视者的脑海中,证明思想的状态确属不易,依赖雇主本人对其动机的辩解,此证据的可信度值得斟酌。歧视行为招致的不利后果在物质法益层面可以表现为就业机会丧失或者是同工不同酬;在精神法益层面可以表现为人格尊严受到侵害。

最后,无任何客观合理的理由。现实世界充满着差异性,在某种程度上人们无法消解客观存在的差别,有些微不足道的区别对待不会给他人造成实质性伤害,甚至不值一提。有些区别对待则具有合理理由,因此也就不构成歧视。立基于此,域外反就业歧视法律制度通常会有例外情形的规定,雇主

^[18] 李薇薇:《反歧视法原理》,法律出版社 2012 年版,第 147 页。

往往将合理理由作为抗辩的依据以此来否定就业歧视的成立。合理理由一般包括两方面内容：一是正当职业资格；二是积极行动。正当职业资格预示着一项就业资格（规定）基于特定职业的内在需要，所谓的歧视，即差别对待完全是职业本身正常运作之缘由。例如，男浴室招聘男搓澡工；某电影公主一角招女演员；招聘模特限制身高等等。积极行动是针对某些群体就业时长期身处弱势地位，仅有形式平等只会重复社会固有的偏见，致使无法保障平等权而予以补救的行为。积极行动是应对根深蒂固的歧视的一种方式。其主要目的是为了加速实现平等。作为推进平等的工具之一，积极行动侧重的不是惩戒歧视，而是通过积极的作为以克服历史上被边缘化群体代表性不足的问题，使他们能够达到与其他人事实上的平等。在我国，对女职工的“四期”保护以及对企业雇佣残疾人减免税收即是积极行动的具体在现。

2. 间接歧视的认定标准

将间接歧视理论注入到司法实践的范例非 1971 年美国格瑞格斯诉杜克电力公司案（Griggs V. Duke Power Co，以下简称 Griggs 案）莫属，该案在美国历史上具有里程碑意义。这是一起集体诉讼案，原告是杜克电力公司 13 名黑人员工，被告是杜克电力公司。在 1946 年《民权法》颁布之前，该公司种族歧视问题异常突出，表现为只有具备高中文凭才能被公司录用，被录用的员工才有机会调换岗位。公司这个规定导致黑人大都受雇于重体力部门，即便拿再高的薪水也远不及其他部门白人的最低工资。1965 年《民权法》生效后，该公司作出新规，从重体力部门调换到其他部门在原有高中文凭条件基础上，又增加了必须通过两项技能测试的新条件。初审法院、上诉法院均认为高中文凭和两项技能测试对白人和黑人同样适用，因此不构成歧视。而最高法院全体一致判决构成歧视。Griggs 案为我们呈现出间接歧视的认定标准。

一方面，不成比例地对受保护群体产生不利影响。直接歧视是个体间的比较，间接歧视是群体间的比较，比较的结果是不成比例地给特殊群体造成不利待遇。正如审理该案的最高法院首席大法官伯格所言：“《民权法》第七章清晰地阐明了实现平等就业机会，消除对黑人的偏见和对白人的偏袒的立法目的。因循此立法目的，任何表面上中立的，甚至意图也是中立的作法，如果其效果会‘冻结’

以往的反歧视行为，仍构成歧视。”^[19]在 Griggs 案中，美国最高法院发现，在整个北卡罗来纳州，34%的白人拥有高中文凭而只有 12%的黑人拥有高中文凭。平等就业委员会发现，其他公司进行的技能测试，58%的白人能通过，而只有 6%的黑人能通过。^[20]比例差异背后的缘由是黑人长期在种族隔离学校接受次等教育，影响即是白人求职者的录用比例远远高于黑人求职者。

另一方面，无任何客观合理的理由。有些国家的反就业歧视法律制度，在认定直接歧视和间接歧视构成标准时，趋向于适用统一的排除规则。加拿大、挪威即是如此。在 Griggs 案中，法院要求被告证明两项就业新规与从事的工作具有合理联系。被告杜克电力公司辩称技能测试符合《民权法》的规定，对此，博格法官并无异议。他认为《民权法》不禁止使用考试或测试的方法，禁止的是赋予这些方法和机制一定的控制力量，使它成为排除某一群体的手段，除非可以证明该方法属于合理理由。但事实证明，在该新规之前，没有高中文凭、没有参加任何技能测试的工作人员不仅能胜任工作而且工作非常出色。由此，法院判决，高中文凭也好，技能测试也罢，这两个就业标准与从事的工作没有必然联系，不属于排除规则，因而构成歧视。

（五）就业歧视诉讼征程之畅通

1. 就业歧视争议法律属性之厘定

从现有立法规定看，无论在程序层面、时效层面还是在法律责任层面，就业歧视争议被归入民事争议均有利于劳动者。当然，这里的“有利”是表面的、相对而言的，归因于该“有利”是就目前劳动法律制度和民事法律制度相比较而言，由于劳动立法的种种缺憾而得来的，所以将就业歧视争议纳入到民事争议阵营中自然合乎情理。可是，从深层次上看，一旦“反就业歧视法”面向世人，将就业歧视争议定性为劳动争议才是对劳动者实质的、绝对的“有利”，因为劳动争议与民事争议有着本质上的差异。劳动争议有其自身的特殊性：

一方面，劳动争议当事人特定。从一般意义上讲，作为劳动争议一方当事人的劳动者是具有主体地位和法律人格的自然人；作为另一方当事人的用人单位是具有主体地位的法人和其他组织。在这个意义上，现代劳动关系可以进入民法范

^[19] 前引[18]，李薇薇书，第 126 页。

^[20] 闫天：《格瑞格斯诉杜克电力公司案》，载《宪政与行政法治评论》（第七卷），2014 年第 10 期。

畴，民法调整平等主体之间的劳资争议也在情理之中。可是，这种形式上的平等却被实质上的不平等所掩盖，因为劳资双方在产生之初就身处力量失衡的状态，与资本家相比，劳动者天然的弱势性不言而喻。资本对劳动力的支配、劳动力对资本的依附意味着劳资双方之间存在一定的隶属关系，即用人单位指挥、安排劳动者劳动；劳动者则要遵守用人单位的规章制度。这种兼有人身性和财产性双重性质的劳动关系决定了劳动争议有别于民事争议。另外，在劳动力市场上，特别是当下中国的劳动力市场上，由于劳动力供大于求、就业机会稀缺而导致的“买方市场”，更是将劳动者的弱势地位暴露的淋漓尽致。劳动者的“可替代性”以及人力、物力、财力等各种能力的缺欠，面对严峻的就业形势，即使迭遭各种就业歧视也往往忍气吞声；纵然面对低工资、高工时、恶劣的工作环境等严苛的劳动条件，为了生存仍旧义无反顾；倘若发生劳动争议，高昂的律师费、漫长的诉讼进程以及收集证据的孱弱能力都令其无法与实力强劲的用人单位相抗衡，其结果要么退避三舍、要么半途而废。

另一方面，劳动争议内容特定。劳动关系是一种对立统一的关系。劳动关系的统一，是指劳资双方的核心利益一致，二者处于利益共同体之中，双方惟有同力协契方能互惠互利。劳动关系的对立，是指劳资双方的利益存有差异性，二者均渴望实现各自利益的最大化，矛盾冲突也就在所难免。在市场经济条件下，资本利益是一种经营利益，出于缩减成本、提高效益的考虑，用人单位在运作资本、使用劳动力的过程中总是绞尽脑汁冀望获取“人美价廉”的劳动力；劳动利益是一种生存利益，出于提高和改善生活质量的考虑，劳动者常常祈望用人单位能够给予丰厚的工资和安全的工作条件。用人单位可以抛却经营利益，但劳动者却难以割舍生存利益，所以纵使生存利益比经营利益的公理性昭然，但无论是实现过程还是取得结果均凸显孱弱。在这两种利益冲突之下，劳动者习惯性地作出妥协，当冲突激化到一定程度，劳动争议便产生了。

综上，劳动者在民法视域下与用人单位就主体地位而言并无质的差异，资强劳弱的提法也就无从谈起。我们应以“有利于劳动者”这一价值理念为旨归来看待就业歧视的法律属性，将其定性为劳动争议才有切实保障劳动者平等权之可能。

2. 举证责任的合理配置

目前，在优化我国劳动争议举证责任分配规则问题上，有绝对倒置说、依争议类型确定说、部分倒置说三种较典型的观点。作为劳动争议之一，就业歧视争议若采用上述规则之一种均有所偏颇，我们认为，共同的举证责任是一个可取的选择。一如前文阐述的就业歧视的认定标准，当发生就业歧视之诉，如果有证据证明用人单位以法律明令禁止的事由而对相同或相似情形给予劳动者差别对待，那么法院暂可假定其主观上有歧视的故意。当然，这仅仅是一种推定并非必然成立，只有当用人单位没有合理的抗辩理由时才成立，倘若抗辩事由事出有因，如属于职业正当要求所在、暂行特别措施等原因，则不构成就业歧视。如此，原告劳动者就业歧视之诉将被法院予以驳回。

设置共同的举证责任依循这样一个原则：最适宜举证的一方承担举证责任。劳动者有能力列出证据证明自己遭受区别对待的事实，既然如此，该证据就应该由其提供；至于证明用人单位歧视的真正意图为何，已经超出劳动者举证能力范围，因此该证据由用人单位提供更匹配。强加于劳动者的举证责任只会堵绝其诉讼之路，无异于阻滞其平等就业权的践行；强加于用人单位的举证责任只会令其疲于应诉而无暇顾及生产经营，无异于妨害其用工自主权的实现，正所谓“上帝的归上帝，凯撒的归凯撒”。倾斜保护劳动者无可厚非，但顾此失彼，将用人单位弃之而不顾，也有失公允。劳动者与用人单位只是纯粹的劳动法律关系主体，不应该被赋予带有“善恶”之类感情色彩的标签，制度应该因循现实逻辑。如是，共同举证责任的可取之处，就在于其在法律效果上力求兼顾劳动者的平等就业权和用人单位的用工自主权，找寻最优的契合点以均衡、调和劳资双方的冲突，进而杜绝“贫者当助、富者当抑”概念逻辑的进一步泛化。^[21]

^[21] 王哲：《城镇化进程中的就业身份歧视法律规制研究》，2015年吉林大学博士学位论文，第150页。

我国非全日制劳动关系立法之思考

谢德成*

【摘要】我国非全日制立法呈现出劳动者权利保护非体系化、规制放松及以直接雇佣为目标等特点。因立法导致全日制与非全日制劳动者权益严重扭曲。单一的时间界定标准，无法适用非全日制灵活的用工特性；社会保险的非强制性设置，违反了宪法的平等对待原则；劳动合同的任意终止，使得劳动者工作权保护不足；也存在加班带薪休假等无相应的基准适用等问题。

【关键字】非全日制 规制放松 任意终止 内外转换

一、立法主要特点分析

2008年颁布的《劳动合同法》，首次以法律的形式对非全日制用工作了规定，主要内容表现在以下若干方面：第一，对非全日制用工的界定在时间上整体压缩：指以小时计酬为主，劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过4小时，每周工作时间累计不超过24小时的用工形式。第二，对劳动合同的形式采取任意性规范，由双方决定。第三，非全日制用工劳动报酬结算周期最长不得超过15日。同时，对非全日制用工的劳动法适用范围、试用期、劳动合同终止、执行最低工资制度、社会保险等作了相应规定。另外，规定了劳动合同终止，用人单位不支付经济补偿。

我国非全日制劳动关系立法，呈现如下特点：

（一）依照非全日制用工在某些环节上的特殊性，确立了劳动者权利保护的非体系性特点。

这些明确规定的权利包括：劳动报酬权（包括最低工资保护、工资支付）、兼职权等。对于社会保险权、职业安定权、休息休假权、职业培训权等另类规定或未规定。在学界，对非全日制的非典型性研究，也基本上是从每日平均工作时间少于全日制工作时间或少于法定工作时间来衡量的。对非典型劳动的定义和概括也包含了时间这一因素：非标准劳动关系是与标准劳动关系相区别而存在的。

* 谢德成，西北政法大学经济法学院。

“标准劳动关系,以用人单位和劳动者之间的一重劳动关系、八小时全日制劳动、遵守一个雇主的指挥等为特征。法律在调整时也建立了相应的最低工资和基本社会保险等一系列制度”¹。“一般而言,非典型劳动关系在广义上可以涵括:派遣劳动、定期劳动、非全日制雇佣、临时雇用、农业雇佣、家内劳动等劳动关系”²。郑津津教授认为,传统的聘雇劳动关系具备三个特质:(1)雇佣关系是具有指挥监督权的雇主与具有服从义务的受雇人之间的关系。(2)雇佣关系需建立在全时的基础上。(3)只要受雇人被要求继续工作,或其愿意继续工作,雇佣关系将无限地继续存在,或是继续有效一段时间³。“部分时间工作系指劳工之正常工作时间较可资比较全时劳工正常工作时间为短少者,系属工时弹性化的形态之一”⁴。非全日制用工的某些特殊性主要表现为工作时间上灵活、缩短的特点,法律由此规定了小时计酬和任意终止劳动合同制度,并对兼职、试用期作了相应规定。由于全日制劳动关系具有时间上的稳定性和雇佣地位的单一性,以及世界各发达国家对全日制立法技术的相对完备,全日制劳动者法定权利清晰而成体系化。但以调整全日制的法规制灵活用工,必然存在对灵活性、补充其中一种标准是以每周工作时间不满 35 小时为非全日制⁵。台湾关于非全日制采两种标准:一种主要是以工时比例来界定,另一种是以工时数和工时比例同时界定,如台湾“行政院主计处”在《人力资源统计资料》中将非全日制用工界定为“每周工作 40 小时以下,且工作时间低于该企业规定的工作时间的 5/6 者”⁶。单从

¹ 董保华:《论非标准劳动关系》,载《中国法学会社会法学研究会 2007 年年会论文集》(长春),第 167 页。

² 冯彦君:《非典型劳动关系中的报酬权利及其实现保障——对我国〈劳动合同法〉相关规定之解析》,载《中国法学会社会法学研究会 2007 年年会论文集》(长春),第 217 页。

³ 转引自古桢彦:《从劳资关系到职场关系:澳大利亚非典型雇佣之发展》,载《中国法学会社会法学研究会 2007 年年会论文集》(长春),第 295 页。

⁴ 黄程贯主编《劳动法》,台北,新学林出版股份公司,2009,第 A—127 页。

⁵ [日]下井隆史:《劳动基准法》(第三版),东京都:有斐阁,2001,第 35 页。

⁶ 参见郭玲惠:《部分工时法制之研究》,载 2006 年《两岸劳动法学学术暨实务界交流——劳动者之个别保障与集体形成》论文集。

压缩日和周工时数看，我国立法似乎以追求少规模发展非全日制为目的⁷。在严格界定非全日制用工的同时，极大地减轻用人单位对此类用工的成本，雇佣自由度极高，不受解雇保护条件限制；解除和终止劳动合同不支付经济补偿金；免除社会保险强制缴费义务等。这种立法思路与《劳动合同法》对劳务派遣规范有许多相似之处，立法目的自相矛盾：既然以立法限制非全日制用工规模，则表明这种用工方性用工的功能对抗⁸。非全日制用工在价值选择上的矛盾，反映到立法上，必然会有两种选择：一种是依据该用工的非典型特点，针对合同的主给付义务，来设计主要权利义务，从而在形式上表现出简单、弹性的特点；第二种是从劳动权本位出发，全面设计权利义务，从而在形式上表现出复杂、相对固定化特点。从目前立法检阅，似采前者。从非全日制用工的背景及现实看，我国立法似乎也不是重在深化非全日制劳动者权利保护，而是增强用工弹性，扩大就业。依此，法律表现出的权利保护非体系性特点就较易理解，但这恰恰是值得讨论的。

（二）从严界定非全日制用工，极大放松规制程度。

所谓从严界定，是指《劳动合同法》第 68 条所指的非全日制：“以小时计酬为主，劳动者在同一用人单位一般每日平均工作时间不超过 4 小时，每周工作时间累计不超过 24 小时”。比较而言，可以说这是世界上对非全日制用工时间界定最低的（除一部国家对非全日制的界定无明确时间限定外，大部分发达国家均高于我国）。英国、瑞典、澳大利亚规定周工时不满 35 小时的为非全日制用工，挪威以周工时数不超过 37 小时为标准。“美国劳工统计局将‘部分工时劳动’认定为‘每周工作时数少于 35 小时者’”⁹。日本对非全日制界定在学理上和立法上采取不同标准，学理上又分为两种标准，式存在劳动关系不安定，劳动者权利受侵比例很高的可能性，即使有限度的放开用工，也应强调着重保护劳动

⁷ 我国至今在《劳动统计年鉴》中尚未对非全日制单列统计，也无一个权威机构发布非全日制用工统计资料，所以尚无法从实务上论证立法规制效果。台湾官方较新的统计资料显示，世界主要国家非全日制占城镇就业总数的比例为：日本 25%、韩国 9%、美国 13%、英国 23%、法国 13%、德国 22%、挪威 21%。而这些国家优以女性比例最高。以上数据可参考台湾行政院劳工委员会统计处（2008）《部分工时就业人数统计及国际比较》。转引自张晋芬著《劳动社会学》，台北，正大出版社，2011，第 369 页。

⁸ 本人认为，所谓功能性对抗，是指灵活就业本身在于灵活性，如果对双方的合同关系从严约束，将会丧失辅助、补充性特点，丧失弹性功能，达不到促进就业的效果。

⁹ 谢棋楠：《美加非非典型劳动关系之研究》，载 冯彦君主编《和谐社会建设和社会保障》，中国劳动和社会保障出版社，2008，第 274 页。

者权利。但在劳动者权利保护上却正好相反。这种扭曲立法，使得全日制与非全日制劳动者待遇存在较大差别。

（三）以直接雇佣的劳动关系作为非全日制用工的规制前提。

作为一种临时性、短期性的弹性用工形态，非全日制并未适用于劳务派遣中。也就是说，劳务派遣单位不得以非全日制用工形式招用被派遣劳动者。即使存在这样一种可能：用工单位将被派遣劳动者实行非全日制，劳动者仍有全日制工资支付请求权。如果用工单位或者派遣公司未支付全日制的相应小时工资，则由派遣公司和用工单位连带承担劳动者由此带来的损失。这样立法的优点在于，避免了一种用工兼有两种非典型用工形态的现象，从而防止过度侵蚀劳动者权利。由于法律对使用非全日制用工制定了较低的基准，实践中，用工单位使用派遣劳动者从事非全日制劳动几乎是不存在的。

二、非全日制立法之思考

（一）非全日制用工的界定标准单一、刚性太强

从《劳动合同法》第 68 条的规定来看，虽然在表述上使用了 4 小时、24 小时两个时间，但由于在日工作时间上使用了“一般平均”，实质上衡量非全日制的“每周累计不超过 24 小时”成为唯一标准。导致的不足是：第一，在每周不超过 24 小时的总和内，用人单位完全可以调配工作时间，可能形成一周 3 天工作的现象。这种用工虽然每周不足 5 天，但每日的工作时间与全日制劳动者甚至与标准工作时间制劳动者完全相同，但劳动权保护相差悬殊；第二，非全日制用工被限定在每周 24 小时之内，超过 24 小时的用工，依照文义解释，应为全日制用工¹⁰。因此，如此规定似乎不存在非全日制加班加点问题，而这与国际通行立法相悖；第三，由于对非全日制用工岗位性质和内容未加限制，在劳动密集型的简单劳动领域，用人单位完全可能采取将全日制劳动分拆为非全日制现象，尽管劳动者雇佣人数增加可能导致雇佣成本增加，但比起全日制用工成本来说，几乎是微不足道¹¹。

¹⁰ 本人认为，不能对超过 24 小时的用工简单推定为全日制用工。企业用工复杂，偶尔的超时工作应以比例原则由用人单位支付加班费。对于连续性的超过 24 小时的情况，应认定为全日制用工。

¹¹ 由于我国劳动法规定的解雇条件过高、法定的劳动合同书面形式、强制社会保险、用人单位缴费过高等问题，对全日制用工成本形成直接的推动作用，而非全日制用工成本在以上几方面几乎采取了完全相反的立法。

与我国相比，有些国际立法值得借鉴。ILO 对非全日制用工界定为：正常工作时间少于可比性全日制正常工作时间数；法国法界定：非全日制的工作时间与法定周或日工作时间相比至少少 1/5；西班牙规定，非全日制用工是指每日或每周工作的小时数或天数之和少于正常工作时间的 2/3。德国在《非全日制和固定期限劳动合同法》中对非全日制定义为：如果雇员的正常用工时数短于同企业可比的全日制的雇员就形成非全日制劳动¹²。欧盟对非全日制用工具有高度的概括性：少于法定的、集体合同规定的或者惯例的工作时间，被认定为非全日制用工。日本 1993 年的《非全日制工劳动法》（也有译为《短时间劳动者法》）对非全日制用工的界定为：其一周所定的工作时间，较同一事业单位所雇用的全时劳动者一周所定的工作时间为短的劳动。即使是许多发达国家采取了如我国立法的工时数界定，但一般以不满 35 小时为限，如英、美、瑞典、澳大利亚、挪威、日本（日本的统计资料），台湾“行政院主计处”的《人力资源统计资料》也将非全日制界定为：每周工作 40 小时以下，且工作时间低于该企业规定时间的 5/6 者¹³。据此来看，我国立法的指导思想是以较少的工作时间限制，来抑制非全日制用工规模。但这种抑制，只依一个具体的标准，未免简单化，绝不可能解决实践中诸多在工作时间上的特殊用工现象。

（二）社会保险非强制性分类处置，违反了社会保险平等对待原则

非全日制与全日制劳动合同在劳动者问题上之考量，不外乎三个方面：一是这两种用工的劳动者权利在哪些方面是完全相同的；二是哪些方面的权利应适用比例性原则解决；三是全日制劳动者哪些方面的权利非全日制劳动者不享有。此乃是对平带待遇原则三分法的思考。就目前世界各国理论界总体研究而言，有些问题已经达成共识，比如职业安全权、对女性劳动者不得性别歧视、社会权（社会保险权）、结社权等平等对待权内含应完全相同；对加班时间程序、加班工资、带薪休假等应适用比例原则。但对职业的安定程度保护（解雇条件、失业救助）、同酬问题、职业培训权等分歧较大。我国目前立法，也或多或少对以上问题有所反映。

¹² [德]W·杜瓦茨著，张国文译《劳动法》，北京，法律出版社，2005，第 49 页。

¹³ 参见郭玲惠：《部分工时法制之研究》，台北，载 2006 年《两岸劳动法学术暨实务界交流——劳动者之个别保障与集体形成》论文集。

尽管《社会保险法》第4条规定，中华人民共和国境内的用人单位和个人依法缴纳社会保险。但由于全日制用工和非全日制用工在社会保险制度上实行分类设置，实质上无论二者在缴费义务人、缴费比例以及待遇标准上都存在明显差别。从目前法律规定看，除工伤保险外，养老、医疗、失业保险并未采取强制性覆盖，特别是养老、医疗两大险种，是与无雇主的个体工商户以及其他灵活就业人员纳入一个缴费体系，由个人全部承担缴费义务的。

为什么要对非全日制劳动者社会保险分类设置？理由不外乎是这种用具有非典型性：兼职劳动、劳动关系不稳定、流动速度过快、工资基数无从科学掌握、在非全日制最低工资的法定测算方法上，对其做了倾斜性保护。¹⁴但是，社会保险所具有的公益性质，表明这种权利并不是如私权利一样可以任意处置。“所谓公法关系，不外是团体与其构成分子间的关系，所以双方的利益是共通的。即当一方享有某种权利而对方负有与之相对应的义务时，那种所谓权利也不是只为权利者的利益而存在，而是同时又为保护对方的利益而存在的”。“一般说来，公法上的权利有两点和私法上的权利不同于其法律上的原则：一是公法上的权利，法律上以不能舍弃为原则；另一是法律规定公法上的权利不能移转于他人，或对其移转加以限制”¹⁵。特别应当指出的是，非全日制用工只是劳动关系的一种形态，并未脱离职业劳动关系的本质，尽管灵活性导致其“从属性”降低，这只能构成在强制社会保险之内的分类设置上。而且，立法对非全日制的界定，并不排除每周连续工作3日的用工，对这种与用人单位全日制正式工作性质完全相同的劳动者，采取非强制的社会保险立法，存在制度性的歧视问题，并可能以制度造成非全日制劳动者和全日制劳动者之间的心理对立。再从现实用工情况看，长期以来形成的城乡二元分割体制，在就业领域存在较为严重的身份歧视，而大部分的非全日制劳动者则距离同工同酬原则目标更远，往往是从事同类性质同等工作量获得的报酬更低。这样，看似非全日制最低工资高于全日制，但现实往往是非全职劳动者的实际工资紧贴着最低工资走，而全职劳动者的最低工资往往只占职

¹⁴ 我国目前对非全日制最低工资的测算方法，已经考虑了劳动者的社保费缴纳问题。按照本人对各省市全日制劳动者月最低工资与小时最低工资的比例测算，小时最低工资一般高于全日制最低工资的50%—60%。

¹⁵ [日]美浓部达吉著《公法与私法》，北京，中国政法大学出版社，2003，第106页。

工平均工资的 40%左右。¹⁶而立法则免除用人单位的缴费义务，完全由劳动者自己承担缴费。另一方面，由于采取了自愿缴费制度，部分甚至大部分的非全日制劳动者，往往选择了放弃，这为将来这部分劳动者的退休养老的政府责任埋下了不确定因素。

台湾对劳动者的社会保险体例，并未采取以劳动关系形态划分强制或非强制社会保险。而是以“行业”、“劳工”以及事业单位“雇佣人数”来划定。内政部函¹⁷指出：部分时间工作者，如其服务对象单位属于劳动基准法适用之行业，则系该法第二条第一款所称之劳工，应有享受该法退休有关规定之权利。（一）凡受雇于雇佣员工 5 人以上事业单位之部分工时人员，如经雇主轮派定时制工者，应依劳工保险条例第 6 条及其施行细则第 25 条之规定由雇主办理加保。（二）受雇于雇佣员工未满 5 人之事业单位之部分工时人员得自愿加保，惟该单位如已为所属员申报加保者，其雇佣之部分工时人员，亦应办理加保。（三）部分工时人员之投保薪资，应以劳工保险投保薪资分级表之规定办理。台湾立法与日本法相似。日本国劳动基准法规定，非全日制劳动者只要受雇佣的雇主属于劳动基准法适用的行业，则该劳动者就享有该法规定的与社会保险有关的权利¹⁸。非全日制劳动者也被纳入到了强制适用保险与任意适用保险中。强制适用是指：经常雇佣 5 名以上从业人员的法人及非法人企业；任意适用是指：经常雇佣人数未满 5 人的个人企业，从业人员 5 人以上的服务性个人企业，以及农业、渔业的个人企业¹⁹。欧盟《关于兼职工作的第 97/81 号指令》规定：“在劳动条件方面，兼职劳动者不能因为他们从事的兼职工作而与那些可比较的全职劳动相比处于不利的待遇地位，除非有客观原因来证明这种待遇差异的合理性”²⁰。由于大多数欧盟成员国的社会保险是以职业劳动关系为基础的，实际上，非全日制劳动者与全日制劳动者一样，在社会保险上，均实行了平等对待原则。

¹⁶ 按照国际上市场经济国家通行标准，最低工资占社会平均工资一般为 40%—60%，我国几乎压着这个比例的下线，有许多省份目前仍未达到 40%。

¹⁷ 内政（七五）台内劳 455127 函。

¹⁸ 日本劳动基准法不适用于船员行业、家政人员以及雇佣同住亲属的企业。劳动者是指，无关职业种类，被企业及机关单位雇佣并支付薪资的人。见[日]菅野和夫，江头宪治郎，小早川光郎，西田典之等编：《ポケット六法》，东京都：有斐阁，2007，第 1680—1690 页。

¹⁹ 参见[日]宫本督，深井麻里，内田正夫著《アルバイト雇佣の相談》，东京都：弘文堂，2001，第 121 页。

²⁰ 参见欧盟《关于兼职工作的 97/81 号指令》第 4 节第 1 款。

（三）劳动合同终止采取任意性规范，劳动者工作权保障不足

我国对全日制劳动关系的法律规制受实务界特别是企业界批评较多，其中包括无固定期限劳动合同的公法强制、劳动者单方形成权签订无固定期限劳动合同、劳动合同解除之严格保护主义以及经济补偿制度。这些规定致力于维持一个安定的劳动市场秩序，对已就业的劳动者而言，工作权保障较为充分。但相比而言，非全日制劳动者的工作权保障不足。涉及到工作权保障的主要规定有：劳动合同可以采用口头形式，²¹劳动合同当事人随时通知对方终止劳动用工，雇主终止劳动合同不支付经济补偿。依这种立法，将社会法之工作权与民法法之被雇佣权完全等同，劳动者的基本权利得不到国家的保障。“劳动基准法定位于民法之特别法关系，其与民法雇佣之最大区别在于劳工工作权之保障上，劳动基准法明订非有法定事由者，雇主不得片面终止劳动契约关系，此规定不止对于付出劳动力以换取工资充当生活资金来源之劳工落实生活保障，更对社会安定、经济繁荣之作用上有其必要性”²²。特别是当出现用人单位采取暴力、胁迫等强迫劳动，违反安全卫生法冒险强行作业，长期拖欠工资，而劳动者被迫终止劳动合同时，这种规定更显对弱势劳动者不利。

依法律对非全日制的界定，并不限制订立无固定期限的劳动合同。虽然劳动者每周工作不超过 24 小时，但可能将长期持续的在同一用人单位工作。无论依据无固定期限所适用的继续性工作岗位原理，抑或是劳动合同法对无固定期限劳动合同法的强制性规定，都共同推理出，即使是非全日制用工，也应存在职业安定和解雇保护问题。法律允许劳动者兼职，并不是劳动合同任意终止的主要理由：现实中劳动者在同一时间既任职于全日制又任职于非全日制的比例并不高，试图从稳定一个职位而放宽一个职位保护的想法并无现实基础。何况，劳动者在同一时间受雇于一个用人单位从事非全日制劳动也未必是少数。由于解雇的任意制度，平等法上的歧视性终止劳动合同，也缺乏相应的规定：歧视性辞退对劳动者构成侵权，但不构成违法解雇。这样的矛盾结论也无法通过相关就业歧视规定进行法

²¹ 非全日制合同一般属于定期劳动合同，依定期劳动合同之法理，本应以书面形式明确其期限，如双方当事人不订立书面形式，一般会被推定为不定期劳动合同。日本《劳动基准法》、《非全日制工劳动法》、以及台湾行政院劳委会发布的《雇佣部分工作时间工作劳工手册》，在立法上均有求非全日制劳动合同应以书面形式订立。

²² 邱俊彦：《工作时间》，台湾劳动法学会编《劳动基准法释义——施行二十年之回顾与展望》，台北，新学林出版公司，中华民国九十八年版，第 366 页。

律救济。按照我国的立法思想,经济补偿的性质主要应源于对劳动者贡献的补偿²³。但同样存在的用人单位长期雇佣的非全日制劳动者,则不能享受这一待遇。这样,作为解雇三大要素的解雇法定事由、解雇通知期、解雇补偿金,对非全日制劳动者均不适用。

非全日制的非典型性特征表现为工作时间上的短期性、职务行为上的兼职性、工作内容上的临时性或者辅助性,但并不必然导致法律上的完全雇佣自由。针对非全日制特点的法律上的规定才是合乎逻辑的。短期性表现了这种用工应以固定期限劳动合同为主,应适用固定期限劳动合同的解除制度;兼职性表现了劳动关系的多重性,应以社会保险缴费义务人、雇员忠诚义务、工作时间最长限度的禁止等方面进行规制;临时性或辅助性,表现了劳动合同的终止事由以及劳动报酬的衡量标准与继续性、主岗位的衡量标准存在差别。法律不仅未能依非全日制用工特点立法,反而创造出了对劳资双方都可能不利的终止劳动合同规定。

日本法上对非全日制用工有多种分类²⁴,其中非正规非全日制与正规全日制的分类在研究以上问题有借鉴意义(为了研究方便,基于非正规与正规类似于我国的固定期限与无固定期限劳动合同,以下以我国称谓相对应)。在日本,由于非全日制只是劳动关系的一种型态,也应适用《劳动基准法》的规定。无论是固定期限非全日制或者无固定期限非全日制,雇主都有与劳动者订立书面劳动合同的义务。《非全日制工劳动法》还规定:用工单位负有迅速地与劳动者签订明确记载劳动时间、工资以及其他劳动条件事项的书面劳动合同的努力义务²⁵。由于在现实中必然存在较长期限的使用非全日制工,以及可能地为了回避全日制

²³ 我国的经济补偿,是以劳动者的工作年限与劳动合同解除或终止前12个月平均工资为基数来计算,低于最低工资的,依最低工资数额为基数。但如劳动者的12个月平均工资高于当地职工平均工资三倍的,以三倍为赔偿金基数,并最高支付不超过12个月的补偿金。因此,本人认为,赔偿金的性质是对劳动贡献的补偿,兼有失业救济之功能。

²⁴ 日本法上依劳动给付的形态,将非全日制用工分为非正规非全日制与正规非全日制(类似于我国的固定期限的非全日制与无固定期限的非全日制);依据工作时间进行的分类为连续性非全日制与非连续性非全日制;依劳资互动程度分为正常性、职位分享和基于招呼从事劳动。以上内容参见[日]佐藤博树:非典型的劳动型态,《日本劳动研究杂志》,1998年第12期;上林千惠子:多样化的就业型态,载《讲座社会学6·劳动》,东京,东京大学出版社,1999年;陈珍珍:日本企业人力资源运用方式及其问题的探讨——以非典型工作形态为例,载《政大劳动学报》,2004年15期。

²⁵ 转引自[日]宫本睿,深井麻里,内田正夫,《アルバイト雇佣の相談》,东京都:弘文堂,2001,第14—15页。

用工高成本的风险，而将非全日制替代全日制的劳动者，要求采取书面劳动合同形式，既利于明确双方的权利义务，减少争议数量，也利于抑制用人单位利用其优势地位，随意变更劳动条件。至于劳动合同解除，依照无固定期限非全日制与固定期限非全日制之分类，日本现行立法对无固定期限非全日制劳动者的辞职，除了特殊情况下的预告通知期限，没有规定任何限制措施。对固定期限非全日制劳动者提出的辞职，法律规定无须任何理由，只有该劳动者的辞职使雇主遭受损失时，才承担有限的损害赔偿责任²⁶。在雇主行使解除权，即解雇时，则雇主应以《劳动基准法》及《非全日制工劳动法》行使权利。在固定期限非全日制劳动合同中，用人单位不得解雇非全日制劳动者；在无固定期限非全日制劳动合同中，雇主解雇非全日制劳动者时必须要有客观合理的理由，并在司法实践中引入解雇权滥用法理。雇主对无固定期限非全日制劳动者，在行使解雇权时，必须经过提前 30 日的预告期，或者以“解雇预告津贴”代替，除非劳动者存在严重违规违纪的情形，则雇主免除提前通知义务。在经济补偿上，由于日本并不存在解雇补偿制度，因此，非全日制劳动者与全日制劳动者在经济补偿适用上是相同的。

（四）非全日制用工在劳动基准（劳动条件）适用方面存在若干困境

《劳动法》颁布于 1994 年，适逢刚刚提出建立市场经济体制。立法对劳动关系发展的国际化趋势预见不足，对非典型用工几乎未形成观念上的认识。虽然以劳动合同构建了与计划体制时期完全不同的用工制度，但劳动合同所依据的劳动关系则是全日制的、雇佣与使用统一的、从属性较强的典型劳动关系。集体劳动关系虽在立法上所体现，但却极其初步。按理，集体协商制度不健全，应在劳动基准（劳动条件）立法上规范程度高；但是比较简单的劳动基准，又是紧紧对应于典型劳动关系的规制。以至于非典型用工形态，如劳务派遣、非全日制用工大量出现以后，出现了无法可依的后果。《劳动合同法》虽首次以法的形式对非典型用工规范，但劳动基准由于法的分工而无法在该法中展开。由此导致了非全日制用工中所涉及的加班工资、休假制度、延长工作时限度等无法可依问题。

比如在工作时间法上，1995 年的《劳动法》规定，国家实行劳动者每日工作时间不超过 8 小时，平均每周不超过 44 小时的工时制；1995 年《国务院关于职工工作时间的规定》第 2 条规定：职工每日工作 8 小时，每周工作不超过 40

²⁶ 参见[日]佐藤博树：《非典型的劳动型态》，《日本劳动研究杂志》，1998.12。

小时；第5条规定，因工作情况或者生产特点的限制，不能实行每日工作8小时、每周工作40小时标准工时制度的，按照国家有关规定，可以实行其他工作时间和休息办法。原劳动部《贯彻〈国务院关于职工工作时间的规定〉的实施办法》第4条规定：在特殊情况下从事劳动和有特殊情况，需要在每周工作40小时的基础上再适当缩短工作时间的，应在保证完成生产和工作任务的前提下，根据《劳动法》第36条的规定，由企业根据实际情况决定。另外，原劳动部对缩短工作时间的范围、不定时工作制、综合计算工作制都有明确的要求，特别是对不定时、综合计算工作时间制要经劳动行政部门的审批，方为有效。在延长工作时间内，是以8小时、40小时为基准，并应经劳动者和工会协商，最长延长每日不超过3小时，但每月最长不超过36小时。对缩短工作时间的前提是“应在保证生产和完成工作任务”的前提下实行。也就是说，虽未达到每日8小时，每周不超过40小时，但都享受全额月工资。在与工作时间相对应的工资制度上，均实行月工资制，而不是以小时计酬。在公休日、探亲假、婚丧假的设计上，也是以全日制为基准的。2008年实施的《职工带薪年休假条例》规定：职工连续工作1年以上的，享受带薪年休假。由于该《条例》是为了落实《劳动法》第45条：“国家实行带薪年休假制度。劳动者连续工作1年以上的，享受带薪年休假。具体办法由国务院规定”。因此，可以认为，目前的带薪年休假是针对全日制职工的²⁷。在工资支付上，1994年原劳动部发布的《工资支付暂行规定》，对延长工作时间的报酬，分别规定了150%、200%、300%的加班加点工资。很显然，这样的加班加点工资支付，也是与当时的工作时间类型相适应的。

《宪法》规定，中华人民共和国劳动者有休息的权利。国家发展劳动者休息和修养的设施，规定职工的工作时间和休假制度。由于工作时间的特殊性，非全日制立法在保护劳动者休息权方面，存在明显缺失。但从国际立法看，1994年ILO通过《非全日制工作公约》，该公约的总目标是使非全日制劳动者享有与全日制劳动者相同的组织权利和集体谈判权利、做工人代表的权利；得到相同的职业安全和卫生的保护；同样免受就业和职业歧视。不得以从事非全日制为由，降低有关工人计时、计件或业绩工资的水平；非全日制工人享有同一职业领域所实

²⁷ 在实践中，有许多人认为《职工带薪年休假条例》也适用非全日制职工，理由是非全日制职工也存在连续在一个用人单位工作1年以上的情况。笔者在此不能苟同。若按这样的推理，全日制和非全日制在工作时间差距一半的情况享受同样的带薪休假，对全日制劳动者单位不公平。

行的法定社会保险计划；非全日制工人享有相同的生产保护、终止就业关系、带薪年假和待遇等。欧盟《关于兼职工作的第 97/81 号指令》规定：在劳动条件方面，兼职劳动者不能因为他们从事兼职工作而与那些可比较的专职劳动者相比处于不利的待遇地位，除非有客观原因来证明这种待遇差异的合理性。如果可以，应适用按比例原则²⁸。德国的《非全日制和附期限法》第 4 条规定：“雇主对待非全日制雇员不能因为非全日制劳动而对他们做出和全日制雇员相比不利的对待，除非有特别理由证明区别对待是公正的”²⁹。依据日本法，非全日制劳动者的加班时间受到限定：以周加班为起始点，一周内，加班的上限时间为 14 小时；2 周内 25 小时；4 周内 40 小时；一个月内 42 小时；2 个月内 75 小时；3 个月内 110 小时；1 年内 320 小时³⁰。在加班费上，因分为日内加班、休息日加班和夜间加班而有所计算不同。与我国全日制用工不同的是，日本将公休日加班与法定节假日加班纳入一个加班计付标准中。欧盟可考虑的“适用比例原则”，以及日本将比例原则予以立法明订的方式，值得我们下一步立法借鉴。

（五）以规范用人单位直接雇佣外部劳动者为目标，对内部全日制与非全日制劳动合同之转换规定缺失

现有的非全日制立法，从劳动合同的形式、终止、社会保险、经济补偿等若干方面，均指向对外直接用工的单一规范。这样导致用人单位内部全日制用工在工作时间转化上僵化而无弹性。而假如在内部员工出现连续性或间断性地缩短工作时间至 24 小时以下时，即使对原工作时间的缩短是劳资双方协商的结果，也不能适用非全日制的规定，这对用人单位来说，存在成本过高、而法律无弹性现象。所以下一步立法需要一种法律机制，在企业出现经营波动或季节性转换以及国家产业结构调整时，通过对全日制用工工作时间的改造，以劳动合同的变更形式（而不是像现在这样，先以法定解雇，再签订非全日制劳动合同），完成全日制向非全日制的转换。同样的，在改变用工时间类型而不改变岗位性质时，也应在法律上构造由非全日制转变为全日制劳动合同的法律机制，特别是对那些以非全日制之名行全日制之实的用工，应由法律规定或推定为全日制用工。针对同一

²⁸ 转引自[英]凯瑟琳·巴纳德著，付欣译《欧盟劳动法》，北京，中国法制出版社，2005，第 465 页。

²⁹ [德]W·杜瓦茨著，张国文译《劳动法》，法律出版社，北京，2005，第 49 页。

³⁰ 参见[日]菅野和夫著《劳动法》（第 6 版），东京都：弘文堂，2003，第 276 页。

劳动者，当其由全日制转换为非全日制，再存在可能的由非全日制转换为全日制劳动合同情形时，是否应赋予该劳动者“转回权”，也是值得研究的问题。在日本，劳动基准法规定固定期限的劳动合同，除了以完成一定工作任务为合同期限的劳动合同外，最长期限不得超过3年（对劳务派遣期限也是如此），违反以上期限的以及劳动合同到期后未终止继续履行的，自动转换为无固定期限劳动关系³¹。这一规定也适用于非全日制劳动合同。2007年日本《非全日制用工劳动法》修改时，对雇主增加了多项义务，其中该法第12条规定：“为促使非全日制劳动者转变成全日制劳动者，雇主有义务对现在使用的非全日制劳动者告知招聘信息，优先给予考虑，并且采取积极措施促成他们转换成全日制劳动者”³²。德国法上，也规定了劳动者有由全时转换为非全时，或由非全时转换为全时劳动合同的请求权。台湾《雇佣部分时间工作劳工参考手册》规定：原为全时工作之劳工，雇主于调整其职务成为部分时间工作之劳工时，应明确告知其劳工权益上之差异，并征求该劳工之书面同意。这些立法都有我们值得借鉴之处。

³¹ [日]《劳动基准法》第14条。

³² [日]荒木尚志著，李坤刚、牛志奎译《日本劳动法》，北京，北京大学出版社，2010，第32页。

【参考文献】

- 1、董保华：《论非标准劳动关系》，载《中国法学会社会法学研究会 2007 年年会论文集》（长春）。
- 2、冯彦君：《非典型劳动关系中的报酬权利及其实现保障——对我国〈劳动合同法〉相关规定之解析》，载《中国法学会社会法学研究会 2007 年年会论文集》（长春）。
- 3、古楨彦：《从劳资关系到职场关系：澳大利亚非典型雇佣之发展》，载《中国法学会社会法学研究会 2007 年年会论文集》（长春）。
- 4、黄程贯主编《劳动法》，台北，新学林出版股份公司，2009。
- 5、[日]下井隆史：《劳动基准法》（第三版），东京都：有斐阁，2001。
- 6、郭玲惠：《部分工时法制之研究》，载 2006 年《两岸劳动法学术暨实务界交流——劳动者之个别保障与集体形成》论文集。
- 7、谢棋楠：《美加非非典型劳动关系之研究》，载冯彦君主编《和谐社会建设与社会保障》，中国劳动和社会保障出版社，2008。
- 8、[德]W·杜瓦茨著，张国文译《劳动法》，北京，法律出版社，2005。
- 9、郭玲惠：《部分工时法制之研究》，台北，载 2006 年《两岸劳动法学术暨实务界交流——劳动者之个别保障与集体形成》论文集。
- 8、[日]美浓部达吉著《公法与私法》，北京，中国政法大学出版社，2003。
- 9、[日]菅野和夫，江头宪治郎，小早川光郎，西田典之等编《ポケット六法》，东京都：有斐阁，2007。
- 12、[日]宫本督，深井麻里，内田正夫著《アルバイト雇佣の相談》，东京都：弘文堂，2001。
- 13、邱俊彦：《工作时间》，台湾劳动法学会编：《劳动基准法释义——施行二十年之回顾与展望》，台北，新学林出版公司，中华民国九十八年版。
- 14、[日]佐藤博树：《非典型的劳动型态》，《日本劳动研究杂志》，1998.12。
- 15、[英]凯瑟琳·巴纳德著，付欣译《欧盟劳动法》，北京，中国法制出版社，2005。
- 16、[日]菅野和夫著《劳动法》（第 6 版），东京都：弘文堂，2003。
- 17、[日]荒木尚志著，李坤刚、牛志奎译《日本劳动法》，北京，北京大学出版社，2010。
- 18、张晋芬著《劳动社会学》，台北，正大出版社，2011。

公司高管的劳动者身份判定及其法律规则

谢增毅

【摘要】公司高管的劳动法规则是理论和实务的一大难题，本文结合案例对此问题进行了分析。根据劳动者的定义和判断标准，公司董事、监事不具备雇员（劳动者）身份，由董事会聘任或解聘的狭义高管即经理人具备雇员身份。同时，公司高管雇员与一般雇员有明显不同，不宜简单适用劳动法的一般规则。劳动法应在工作时间、最低工资、加班补偿，解雇保护以及合同订立形式等方面对高管豁免劳动法的一般规则或者提供相应的特殊规则。豁免对象或适用特殊规则的高管范围应限于我国公司法规定的高级管理人员以及董事会聘任的其他公司高管。

【关键词】公司高管 劳动者 高管雇员 劳动法

一、问题的提出

我国在《劳动法》、《劳动合同法》等正式法律中并没有明确界定劳动关系的内涵，包括董事、监事和经理人在内的公司高管是否与公司建立劳动关系，具备“劳动者”身份，是否以及如何受劳动法调整一直是困扰理论和实务界的问题。实践中，因学界对此问题的理论研究薄弱，加上制度供给严重不足，公司高管如何适用劳动法，成为实务中的一大难题。现实案例也呼唤立法者和裁判机构提供相应的规则。类似以下的经典案例并不少见。

李某原系甲有限责任公司董事长，根据甲公司章程的规定，董事长为公司的法定代表人，李某的任期为2008年5月1日至2011年4月30日，甲公司的营业执照上亦载明李某为公司的法定代表人。甲公司的股东分别为：李某、张某、孙某、仇某。2009年3月，李某将其在甲公司的全部股权转让给了甲公司的另一股东张某。4月，甲公司召开股东会并作出决议：免去李某公司董事长的职务，由张某担任公司的董事长。5月，甲公司依法办理了变更登记手续。在李某担任董事长期间，公司一直未与其签订书面劳动合同。随后，李某以甲公司未与其签订书面劳动合同、违法解除劳动合同等为由申请劳动仲裁，要求甲公司支付2008

年6月1日至2009年4月31日期间的二倍工资、2008年5月1日至2009年4月31日的加班工资、违法解除劳动合同的赔偿金等。¹

上述案例提出了诸多有待解决的实际问题,包括公司高管是否适用劳动法规,如果适用,适用于高管的规则是否应与劳动法一般规则有所区别,如何确认高管的范围,等等。

目前,我国企业数量庞大,相应的公司和企业高管的数量相当可观。截至2014年12月底,全国实有各类市场主体6932.22万户,企业达1819.28万户,²由此可以推算,企业公司高管群体数量数以千万计。同时,涉及公司高管及类似人员的劳动纠纷案件在全部劳动争议案件中的占比不容小觑。例如,据北京市海淀区人民法院统计,从2010年至2014年,公司高管和高级技术人员所涉劳动争议纠纷数量从449件上升至1120件,占同年劳动争议案件总量的比例从12.4%上升至27.1%。³因此,对数量庞大的高管群体建立科学合理的劳动法规,明确其劳动法适用机制意义重大。

二、公司高管的法律地位及“雇员”身份的识别

公司高管有狭义和广义两种概念。狭义的公司“高级管理人员”,是指公司的经理、副经理、财务负责人,上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员,⁴即所谓的“经理人”,而不包括公司的董事、监事。广义概念,一般还包括公司的董事、监事等公司决策或监督机构的成员。⁵我国虽然在《劳动合同法》中使用了“高级管理人员”的提法,⁶但并没有明确其具体范围,其是否与《公司

作者系中国社会科学院法学研究所研究员,科研外事处处长。本文尚未公开发表,请勿引用。

¹马君、刘岳庆:《公司高管人员劳动法保护的边与界》,《中国劳动》2012年第10期,第16页。

²国家工商总局:《2014年度全国市场主体发展、工商行政管理市场监管和消费维权有关情况》, http://www.saic.gov.cn/zwgk/tjzl/zhtj/xxzx/201501/t20150123_151591.html, 2015年11月4日。

³参见北京市海淀区人民法院:《海淀区劳动争议审判情况白皮书(2015)》(2015年10月28日), <http://bjhdfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=3824>, 2015年11月4日。

⁴《公司法》第217条。

⁵王学力:《我国上市公司高管人员薪酬差异情况分析》,《中国劳动》2014年第5期。

⁶《劳动合同法》第24条。

法》对“高级管理人员”的解释一致并不明确。国内多数劳动法学者在研究劳动法问题时一般都未将董事、监事和狭义的“高级管理人员”作区分。⁷

董事以及其他高级管理人员和公司的法律关系,主要是公司法学者研究的话题。在大陆法系国家和地区,董事、经理人和公司的关系一般被认为是委任关系。例如,台湾学者指出,董事与公司之关系,从民法关于委任之规定;经理人与公司之间,系委任契约关系。⁸英美法系国家一般认为,董事及高级职员和公司之间是信托关系,公司董事和高级职员负有信实义务(fiduciary duties)。⁹虽然境外的制度和理论较为定型,关于董事和经理人的法律地位的争议依然存在。例如,有学者认为,无论以“代理”、“委任”、“信托”或其他类似的方式,欲概括地描述董事地位是不可能的,现代公司董事的权力、义务、利益和责任直接来自法律的规定,其与公司的关系应定位为“法定”更妥当。¹⁰可见,即便从公司法角度考察,董事和经理人与公司的关系性质仍不易确定。尽管董事、经理人和公司的法律关系仍存在争论,不过,我国公司法对董事、经理的产生、权利义务等都做了相对明确的规定,特别是董事、经理在公司业务经营上的权力和义务较为清晰。¹¹相反,从劳动法角度看,董事、监事和经理人与公司之间的关系较为模糊,并且立法和裁判机构并没有给出清晰答案。事实上,公司的董事、监事与狭义公司高管(经理)的产生方式、地位以及在公司中的作用有很大不同。

公司的董事、监事一般由股东选举产生,并作为公司机关的成员工作。董事会、监事会作为公司机构,独立行使公司的权力,特别是董事会行使着公司决策、选择管理者以及对管理者进行监督的重要权力。¹²而且,董事会具有独立性,“股东不能直接向董事会发出命令,要求其采取任何特定的行动”。¹³董事会事实上在公司运营中处于中心地位,对外也代表公司。可见,公司的董事、监事在职务

⁷诸如姜颖:《劳动合同法论》,法律出版社2006年版,第54-59页;马君、刘岳庆:《公司高级管理人员劳动法保护的边与界》,《中国劳动》2012年第10期,第16页;李颖、宋纯峰:《涉及公司高管人员劳动争议案件探析》,《人民司法》2010年第23期,第43页。

⁸梁宇贤:《公司法论》,三民书局2006年版,第117、431页。

⁹ Charles R.T. O'kelley and Robert B. Thompson, *Corporations and other Business Associations* (5th Edition), Aspen Publishers, 2006, p.235.

¹⁰梅慎实:《现代公司机关权力构造论(修订版)》,中国政法大学出版社2000年版,第328页。

¹¹《公司法》第6章。

¹²《公司法》第46条。

¹³Steven L. Emanuel, *Corporations* (4th Edition), Aspen Law & Business, 2002, p.54.

产生和解除以及在公司中的地位和作用，与一般雇员接受公司的指挥、管理和指示有很大不同。因为，雇员或劳动者的本质属性是从属性。例如，在德国，“根据流行的定义，雇员是指基于私人合同，处于‘人身从属(personal subordination)’关系中，而有义务为他人工作的人”，“这一准则的核心要素是人身从属性”。¹⁴英国的劳动上诉法庭也指出：“雇员之所以被认为需要劳动法保护的原因在于他们和雇主相比处于从属和依赖的地位”。¹⁵可见，雇员的从属地位是劳动关系的应有之义。我国在劳动法、劳动合同法等重要法律中，并没有涉及劳动关系的定义和判断标准。不过，从行政部门的文件中可知，我国基本上也采纳“从属性”的理论及其相应的判断标准。¹⁶因此，公司的董事、监事等公司机构的成员与雇员的性质及地位有很大不同，在法律上很难认定其“雇员”或“劳动者”身份。

狭义的高级管理人员即经理人，与董事、监事的地位和作用有所不同。根据《公司法》的规定，我国的高级管理人员主要指由董事会聘任或解聘的公司经理、副经理和财务负责人。¹⁷在美国，狭义的高管一般称为公司高级职员(officer)，用来指代由董事会直接任命的公司管理人员，¹⁸负责公司的日常管理。在美国，董事会不仅可以任命公司高级职员，也可以在具有或不具有理由时解除其职务。¹⁹可见，与董事会作为公司的核心机构不同，公司经理等狭义的公司高管由董事会聘任或解聘，向董事会负责，必须接受董事会的指示和监督。从这点看，经理等高管虽然享有广泛的管理公司日常事务的权力，但仍受制于公司董事会，因此，仍然符合雇员“从属性”的特征。这也是虽然现代公司法认为，经理等高管是代理人(agents)，公司是委托人(principal)，并且由董事会对代理人进行监督，²⁰但在法律上，一般都将经理等高管也作为公司的雇员(employee)。在美国，“高级职员(officer)”一词意指在公司的管理层级中级别比公司其他雇员高的“公司

¹⁴Manfred Weiss and Marlene Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, 2008, p.45.

¹⁵ A. C.L. Davies, *Perspectives on Labour Law*, Cambridge University Press, 2004, p.88.

¹⁶我国原劳动和社会保障部于2005年颁布《关于确立劳动关系有关事项的通知》，明确了劳动关系判断的基本方法。《通知》主要采用从属性理论，劳动者必须具备人格从属性和组织从属性等因素。

¹⁷《公司法》第47条、217条。

¹⁸Steven L. Emanuel, *Corporations (4th Edition)*, Aspen Law & Business, 2002, p.76.

¹⁹Steven L. Emanuel, *Corporations (4th Edition)*, Aspen Law & Business, 2002, p.76.

²⁰ Charles R.T. O'kelley and Robert B. Thompson, *Corporations and other Business Associations*(5th Edition), Aspen Publishers, 2006, p.143.

雇员(corporate employee)。²¹可见，高级职员的“雇员”身份是存在的。关于董事和高级职员是否具备雇员身份，美国《示范商事公司法》也有较明确的规定。

《示范商事公司法》在第 1.40 小节对雇员 (employee) 的定义中清楚写道，“雇员包含高级职员但不包括董事。一个董事可以承担一种责任因而使他也成为雇员”。²²而且，美国《示范商事公司法》还规定，“高级职员被解雇并不影响其合同权利，如果其与公司存在合同”，“高级职员的辞职并不影响其合同权利，如果其与公司存在合同”；而在董事部分，并没有类似的规定。²³这也再次证明了高级职员可以具备雇员身份，主张劳动合同权利，但董事不具备雇员身份，无法主张劳动合同权利。

在我国台湾，关于经理人能否适用劳动基准法也存在争议。肯定说认为，公司负责人和经理之间就事务之处理，具有使用从属与指挥命令之性质，有劳雇之相对性；劳动契约并非以雇佣契约为限；劳动基准法系有关劳务条件之最低标准，与民法有关委任之规定并不冲突。否定说认为，劳动契约与委任契约之受雇人，以处理一定目的之事务，具有独立的裁量权有别。折衷说认为公司负责人对经理，就事务的处理，若具有使用从属与指挥命令之性质，且经理实际参与生产业务，即属于劳动契约的范畴，该经理与公司间，即有劳动基准法的适用。反之，则否。因此，经理与公司间能否适用劳动基准法，应视具体状况认定之。²⁴相较而言，折衷说更为可取，更符合公司的实际运作与雇员的本质特征。可见，经理人的雇员身份也是可以成立的。

从上可见，由于董事、监事和经理人在产生方式、地位和职责上的差异，前者不具备雇员（劳动者）的身份，后者则可以成为雇员（劳动者），并主张劳动合同的权利。

三、公司高管雇员相比普通雇员的特征

虽然，狭义公司高管即公司经理人仍符合雇员的一般含义，但由于其特殊地位和职责，从公司法和劳动法角度看，其与一般雇员相比也有明显的差异，主要体现在以下几个方面。

²¹ Charles R.T. O'kelley and Robert B. Thompson, *Corporations and other Business Associations*(5th Edition), Aspen Publishers, 2006, p.143.

²² § 1.40(8), Model Business Corporation Act (2002), 3rd Edition, 2003, the American Bar Foundation.

²³ § 8.08, § 8.09, § 8.44. Model Business Corporation Act 2000/01/02 Supplement, 3rd Edition, 2003, the American Bar Foundation.

²⁴ 梁宇贤：《公司法论》，三民书局 2006 年版，第 129 页。

第一、高管享有广泛权力，在一定程度上代表“雇主”。虽然具备雇员的身份，但作为公司高管，经理人负责公司日常事务，享有广泛的权力和影响。正如美国学者指出的那样，公司董事会的存在是基于这样的前提：董事会监督管理层，选择管理者并在其表现不佳时将其解雇。换言之，管理层按照董事会的意愿行事。但是，事实恰好相反。董事们有赖于管理层的提名、薪酬和信息；而且很多董事不能或不愿花费必要的时间和精力去监督公司的经营，或者为公司的成功承担起财务的职责。²⁵例如，在美国，2003年，美国公司中董事花在董事会事务上的时间是月均19小时，2009年在月均20个小时左右徘徊。²⁶可见，董事对董事会和公司投入的精力是非常有限的。因此，公司经理人理论上受制于公司董事会，实际上享有很大的自主权和管理权。在美国，在公开公司中，许多公司已经形成了以总经理(CEO)为中心的文化，CEO并没有受到有效的监督，在实践中，许多公司的董事会听从于CEO，沦为CEO决策的橡皮图章。²⁷可见，CEO等经理人享有广泛权力和重要影响。在德国，高管职员(executive staff)也被视为单独的雇员类型。它是基于这样的假设——这类群体的问题和利益在许多方面和一般雇员并不相同；由于他们的职责，他们处于雇员对立面的地位。这一群体事实上的重要性要远远超过他们人数上较小的比例。²⁸可见，高管雇员虽然也是“雇员”，但在一定程度上代表雇主行使权力。我国公司法也规定了经理广泛的权力，包括主持公司的生产经营管理工作，组织实施董事会决议；组织实施公司年度经营计划和投资方案；提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人；决定聘任或者解聘除应由董事会决定聘任或者解聘以外的负责管理人员；等等。²⁹因此，经理人一方面受制于董事会，另外一方面拥有很大自主权，在一定程度上代表雇主，在大部分场合，处于管理或控制公司雇员的地位。

第二、高管通常获得较高薪酬，其职务享有巨大经济利益。例如在美国，1980年公司主要高管所得接近非管理员工所得的45倍，1995年超过了160倍，2000

²⁵ Robert A. G. Monks and Nell Minow, *Corporate Governance*, Blackwell Publishers, 1995, p. 184.

²⁶转引自樊云慧：《公司高管义务与董事义务一致吗？》，《环球法律评论》2014年第1期，第140页。

²⁷谢增毅：《董事会委员会与公司治理》，《法学研究》2005年第5期。

²⁸Manfred Weiss and Marlene Schmidt, *Labor Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, 2008, p.50.

²⁹《公司法》第49条。

年为 458 倍。³⁰公司经理人不仅获得远远高于普通雇员的薪酬，甚至超过董事的薪酬。比如，2010 年美国大型公开公司首席执行官的平均薪酬将近 1200 万美元，而非管理的董事的中间薪酬约为 228,540 美元，也就说大型公开公司首席执行官的薪酬是董事的 50 倍。³¹在中国，根据对 2012 年上市公司高管年薪的调研，上市公司董事长平均年薪为 66.7 万元，总经理平均年薪为 67.1 万，其中中央企业控股的国有及国有控股上市公司董事长年薪为 80.5 万元，总经理年薪为 81.3 万元。³²可见，即便在中国，总经理的薪酬也非常高，并略高于董事长。通常，公司高管的薪酬除了工资，可能还包括股票、期权等其他未来收入，而一般雇员仅能获得固定的工资收入，而且工资数额有限。由于高管的薪酬较高，其对公司承担的义务和责任较重，为公司付出的时间和精力也应比一般雇员多。同时，由于职务的薪酬较高，也意味着高管职务的取得和丧失将给其自身利益带来巨大变化。

第三、高管的聘任和解聘方式具有法定性。由于经理人尤其是高级经理人承担着公司的重要职责，担负着公司法明确规定的权力和义务，因此，其职务的聘任和解聘有严格规定。如上所述，在美国，高级职员由董事会聘任和解聘；在中国，经理等高管也是由董事会聘任或解聘的。³³而且，法律并不要求董事会聘任或解聘经理等高级管理人员需要理由。相比聘任或解聘经理人的机构和程序的法定性，一般雇员主要通过和雇主签订合同的形式建立劳动关系，双方建立劳动关系的形式并没有严格的法定要求，甚至雇员和雇主没有订立劳动合同，也不影响双方劳动关系的成立。例如，我国《劳动合同法》第 7 条规定，“用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。”劳动者即便没有和用人单位订立劳动合同，也不影响双方建立劳动关系。

第四、高管自身地位和能力较强，需要法律介入的程度较低。由于高管通常具有较强能力，属于人力资源市场上的稀缺资源，和企业的谈判能力较强，加上在公司的运行中位高权重，因此和普通雇员相比，法律对其介入和保护必要性较低，法律应留给高管和企业更多自由协商的空间。美国学者 Paul Weiler 教授指出，“具有讽刺意味的是，法官创设的保护那些在劳动力市场上貌似无法保护

³⁰转引自蒋建湘：《国企高管薪酬法律规制研究》，《中国法学》2012 年第 1 期。

³¹转引自樊云慧：《公司高管义务与董事义务一致吗？》，《环球法律评论》2014 年第 1 期，第 140 页。

³²王学力：《我国上市公司高管人员薪酬差异情况分析》，《中国劳动》2014 年第 5 期。

³³《公司法》第 47 条。

自己的雇员的法律规则，实践的结果却是向上层(upper-level)雇员输送了市场上大多数的福利。”³⁴实践也证明，高管在纠纷中的维权能力较普通员工强。调研表明，高管和高级技术人员由于管理能力、工作经验、学历水平等方面较普通劳动者突出，往往能收集和掌握核心证据，应诉能力较强，维权相对较为理性，胜诉比例明显高于普通劳动者。³⁵因此，在劳动法理念上，由于高管自身的特殊能力和地位，对其保护程度可与一般雇员有所区别，同时赋予公司和高管更多自由协商的空间。

从上可见，经理人和普通雇员有较大不同，不能简单将劳动法一般规则适用于经理人，对公司高管应提供相应的特殊规则。

四、公司高管雇员特殊规则的建构

根据劳动法规则的设立目的，由于高管的特殊地位和工作职责，尤其是其经常处于指挥管理其他雇员的角色，因此，劳动法的一些规则难以适用于高管，应对其豁免，同时在特定事项上，应对其提供有别于一般雇员的特殊规则。这些规则通常包括工作时间、工资制度、解雇保护规则、合同订立等等。需要注意的是，并非所有劳动法规则均对高管（经理人）不适用，仅有部分劳动法规则不适用。以下将探讨公司高管的特殊劳动法规则以及特殊规则适用于高管的范围。

（一）公司高管的特殊劳动法规则

1. 工作时间、最低工资和加班补偿制度

公司高管负责公司的日常经营管理，需要及时应对各种突发和复杂事务，工作时间较长，且经常需要加班。例如，在美国，狭义高管的工作时间要远远超过董事花在董事会事务上的时间。例如，2009年，据保守估计，高管每周花在工作上的时间为50小时，也就是每月200小时，是董事所花时间的10倍。³⁶而且高管通常获得远远高于普通员工的工资，较高的工资也暗含了对加班的补偿，因此，一般的工作时间规则和加班补偿制度难以适用于高管，否则因高管工作时间

³⁴Paul C. Weiler, *Governing the Workplace: the Future of Labor and Employment Law*, Harvard University Press, 1993, p.159.

³⁵参见北京市海淀区人民法院：《海淀区劳动争议审判情况白皮书（2015）》（2015年10月28日），<http://bjhdfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=3824>，2015年11月4日。

³⁶转引自樊云慧：《公司高管义务与董事义务一致吗？》，《环球法律评论》2014年第1期。

的灵活性和不确定性将带来诸多法律纠纷。因公司高管通常获得较高工资，最低工资制度也失去适用的意义。

一般工作时间规则不适用于高管也是许多国家的通行做法。美国《公平劳动标准法》对高管等白领雇员豁免了劳动法的一些规则。该法对拥有管理、行政或职业资格（*executive, administrative, or professional*）的白领雇员的雇主实施了豁免有关最低工资和加班补偿的政策。主要理由在于，这些白领通常获得很高的收入，而且他们通常每周的工作时间超过 40 个小时。按照 2004 年的规定，公司管理人员、行政人员和职业人员，如果他们每周的工资超过 455 美元，其雇主就有可能被豁免；此外，年薪超过 10 万美元的雇员的雇主也可能被豁免。公司管理人员（*executives*）必须符合一定条件，其雇主的责任才可以豁免：雇员的主要职责是作为其受雇的企业、企业部门或者其分支的管理者（*management*）；通常且惯常地指示两个及以上雇员的工作；有权力雇用或者解雇其他雇员，或者其关于雇用、解聘、晋升、提拔或者其他改变雇员地位的建议或者推荐具有相当的份量。雇员如果拥有企业不少于 20% 的股权权益，且积极参与公司的管理，也属于豁免的对象。³⁷美国的规则主要考虑公司的管理人员是否真正具备管理的资格或地位，即有权对其他雇员进行管理、指挥和控制，如果符合这一特征，其具备一般雇员所不具有的权力和地位，劳动法的最低工资和加班补偿制度便不再对其适用。

在日本，立法对高管工作时间也实行特殊安排。日本《劳动基准法》第六章规定，劳动基准法有关劳动时间、休息和休息日的规定，不适用于任何种类企业“具有监督和管理地位者或担任机要事务者”³⁸。该条规定也说明了“具有监督和管理地位者”与一般雇员的不同之处。第 2 款管理监督者被除外适用的原因，乃是因为这些人员与经营者立于一体之立场，且具有重要的职位与责任，随着经营上的必要，某种程度上得自由裁量本身的工作时间，不受上班、下班的严格限

³⁷Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, *Employment Law*, West, 2005, pp.342-344.

³⁸日本《劳动基准法》（2012 年法律第 42 号）第六章第 41 条规定，“本章、第六章以及第六章之二规定的有关劳动时间、休息和休息日的规定，不适用于下列各项劳动者。（一）附表一第六项（林业除外）以及第七项所示企业的从业者；（二）无论企业的种类，具有监督和管理地位者或担任机要事务者；（三）监视或间断性劳动的从事者，其雇主须经行政官许可。”《劳动基准法》第六章为“年少者”，第六章之二为“孕妇产妇等”。附表一第六项的内容为，“土地的耕作、开垦或者植物的栽植、栽培、选取或采伐业以及其他农林业。”第七项的内容为“动物的饲养以及水产动植物的捕捞或者养殖业及其他畜产、养蚕及水产的行业。”

制，即使对于其工作时间未严格规制，也不会有保护不周之情形。因此，对高管不应适用一般的工作时间规则。近年来，“管理监督者”的意义与判断标准，受到许多瞩目。其原因乃因许多连锁店产业中，雇主将店长认定为管理职，使其长时间加班又不给加班费，因此产生许多争议。³⁹因此，一方面对高管应当提供特殊而灵活的规则，另一方面也应注意适用特殊规则的高管范围，否则可能使部分雇员被不当认定为“高管”，而失去劳动法部分规则的保护。

在德国，根据《工作时间法》第 18 条，该法不适用于高级雇员、主任医师以及公共服务机构的部门和人事负责人。⁴⁰

可见，对公司高管雇员豁免一般雇员的工作时间、加班工资和最低工资制度是许多国家的通行做法，这是由高管雇员特殊的工作职责和内容以及较高薪酬所决定的。我国未来可以在劳动立法中借鉴这一普遍做法，有关工作时间、加班工资和最低工资制度不适用于高管。

2. 解雇保护制度

解雇保护即解雇雇员需具备正当理由和法定程序是劳动法为雇员就业安全提供的最有力保护，因此，高管如何适用雇员解雇保护规则是一个重要问题。由于高管的产生和解除程序、工作岗位和职责与一般雇员存在较大不同，因此，高管的解雇保护规则是高管劳动法规则的一个重要而复杂的问题，在我国也具有非常现实的实践意义。2015 年上海案例及其判决结果具有很大影响力，也对该问题提出了许多有待解决的课题。该案的主要案情和处理结果如下。

2014 年 5 月 13 日，王茁被上海家化联合股份有限公司解除总经理及董事职务，理由是王茁的工作责任心不强导致普华永道对该公司内部控制出具否定意见的审计报告，并被媒体负面报道，对公司造成恶劣影响，为严重失职。王茁于 2014 年 6 月 4 日向上海市虹口区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求恢复劳动关系。仲裁裁决支持了王茁的要求，上海家化不服起诉。一审法院认为上海家化并无证据可证明，《内部控制审计报告》中指出的重大缺陷是由于王茁个人严重失职、严重违纪造成，其诉求未得到一审法院的支持。上海家化不服上诉。

³⁹侯岳宏：《日本管理监督者与工作时间除外适用之规定——兼论“我国劳基法”第 84 条之 1》，载黄越钦教授纪念论文编辑委员会主编：《社会公义——黄越钦教授纪念论文集》，元照出版有限公司 2011 年版，第 197、199 页。

⁴⁰[德] 沃尔夫冈·多伊普勒：《德国劳动法》，王倩译，上海人民出版社 2016 年版，第 186 页。

2015年9月25日上海二中院作出了终审判决，维持了一审上海家化与王茁恢复劳动关系的判决。⁴¹随后上海家化给王茁安排了新职务，要求每周提交不少于2万字关于中国文化研究的进展报告，薪酬为6000元/月。⁴²

公司高管的职务解除和普通雇员有许多不同之处，结合上述案例，以下问题值得研究。

第一、解雇是否需要理由？

由于高管通常由董事会聘任或解聘，为尊重董事会的集体决策权，且为迅速应对各种复杂情况，通常董事会聘任或解聘公司高管都无需理由，这是由董事会的地位以及公司法追求效率的目标所决定的。因此，高管的解雇难以适用一般的解雇保护规则，即难以要求公司必须具备正当理由。事实上董事会关于高管的聘任或解除职务的决定更多地基于商业判断，而非客观事实，因此，雇主解雇决定的理由是否“正当”难以判断，法院也无从审查董事会做出的商业判断或事实判断是否“正当”。法律上自然也难以要求公司解雇高管必须具备正当理由。我国公司法关于董事会的职权的规定，也体现了这一点。董事会聘任或解聘公司经理，都不需要理由。⁴³

而且，对高管解除职务的原因不宜简单援用一般劳动者的解雇事由。原因在于法律对一般雇员的要求较低，解雇的理由相对严格，除非雇员有不当行为，或者因身体原因、不能胜任工作或其他原因，雇主不得将其解雇。⁴⁴而公司通常高薪聘用经理人，并委以重任，自然对其有更高要求，希望经理人具有出色能力，为公司创造效益，带领公司取得发展。高管仅仅遵守一般雇员不被解雇的义务和标准，比如，没有“严重违反规章制度”、没有“严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的”，并不足以构成其为适格经理人的标准。在市场高度竞争的状态下，如果经理人能力平平，不能给公司带来价值、创造利润，即便经理人没有出现一般雇员可被解雇的法定事由，也未必是合格的经理人。如果市场上有更有能力，更适合担任经理人的人选，也不应妨碍公司解聘现有经理人的职务，

⁴¹（2015）沪二中民三（民）终字第747号，判决书。

⁴²参见凤凰网财经网页，http://finance.ifeng.com/a/20151012/14013743_0.shtml，2016年1月21日访问。

⁴³《公司法》第46条。

⁴⁴《劳动合同法》第39、40条。

也另聘他人。因此，在解除高管职务的理由上，不能简单套用解雇一般雇员的标准，也不应要求董事会聘任或解聘高管必须具有正当理由。

第二，董事会解除经理人职务行为是否构成公司的“解雇”行为？

答案应该是肯定的。虽然董事会的“解除职务”行为无需理由，或者解除职务的理由正当与否无从判断，但解除职务的行为是由董事会代表公司做出的，当董事会做出决定后，经理人就无法也不应继续为公司工作，因此，应该视为“解雇”行为。实务中也难以要求董事会在解除职务的决定中，另外做出“解雇”的行为。

第三，被解除职务的高管可否要求复职？

由于董事会的决议不应轻易被推翻，有关解除职务的决定往往难以撤销，而且，经理等高管的位置非常重要，且职数极为稀少和固定，当董事会解除高管的职务后，要恢复其职务在实务操作上也几乎不可能。因此，在法律上，高管被免职后难以要求恢复其职务。这一原则均被美国和德国的立法所采纳。在美国，董事会可以随时解雇公司高级职员，尽管高级职员的劳动合同(employment contract)依然有效——董事会有权力解雇高级职员，相应的，高级职员有权利起诉公司要求赔偿，但不可要求公司实际履行，即为其复职。⁴⁵这是与一般雇员的解雇保护规则明显不同之处。德国在法律上，对高管人员也作出了特别而且重要的规定。例如，在劳动法的核心立法——《不当解雇保护法(Protection against Unfair Dismissal Act)》(2001年)中规定，第一章(主要是解雇的正当事由)不适用于下列人员：1.在法人机构中，在法律上可以代表该法人的机构的成员；2.在合伙中，法律、章程或章程细则规定的有权代表该合伙的人。这类主体事实上并不符合“雇员”的定义，难以作为雇员受到保护。该法第一章部分规定也不适用于管理董事(managing directors)、企业内部机构的主管(directors of establishments)以及类似的拥有独立的雇用或解雇雇员权力的管理雇员(managerial employees)，这些人员如被解雇不得主张保留工作，但可以请求支付离职补偿(severance pay)。

46

从上述案例也可以看出，实务中，如果允许被解除职务的高管复职，将给公司经营带来极大的不确定性，影响公司的正常经营。而且，劳动关系需要劳动者

⁴⁵Steven L. Emanuel, *Corporations* (4th Edition), Aspen Law & Business, 2002, p.76.

⁴⁶ § 14, Protection against Unfair Dismissal Act (2001).

和雇主之间的高度信任，如果双方对簿公堂，关系出现裂缝甚至破裂后，还允许高管复职担任重要岗位，由于高管之前掌握公司的大量信息和特殊影响，将使公司的经营处于极大风险之中。因此，不允许高管复职不管从法理上还是公司实际运作上看都是合理的。上述案例中，法院最终采取了调岗的救济方式，这一做法是否妥当？笔者认为，司法实践中也不应采用调岗的救济方式。主要理由在于高管的职务职数极少，且具有特定性，难有同等或类似的岗位，“调岗”无法达到“复职”的效果，调岗事实上难以实施。而且，“调岗”往往使高管的岗位出现落差，无法令高管满意，加上高管被解除职务前的特殊地位和影响，在“调岗”后，事实上也很难和公司以及同事处理好各种关系。因此，“调岗”并不是为被解除职务的高管提供救济的理想方式。上述案例判决结果也证明了这一点。

第四，如何为被解除职务的高管提供救济？

由于董事会解除高管的职务通常不需要理由，而高管被董事会解除职务后，将面临巨额工资薪酬以及名义等巨大损失，加上其无法要求复职，因此，如何对其提供救济是一个复杂的问题。在美国，由于劳动法奉行任意雇佣原则，雇主解雇一般雇员无需理由，并且也无需支付经济补偿或赔偿金。⁴⁷美国的《示范商事公司法》在公司高级职员(officer)部分也规定，“对高级职员的任命本身并不产生合同权利”。⁴⁸虽然雇主解雇雇员通常不需要理由，雇主也无需支付经济补偿，但允许双方通过合同对解雇的条件和赔偿责任进行约定。⁴⁹由于高管被解除职务，可能面临巨大损失，因此，在美国，如高级职员因董事会的免职而要求公司承担责任的话，应当与公司签订一份有期限的雇佣契约。⁵⁰通过合同约定，高级职员可以要求公司支付赔偿金。在德国，由于德国本身就存在严格的解雇保护制度，⁵¹雇员可以直接要求企业支付离职补偿金，作为高管的雇员也可以要求公司支付赔偿金。因此，我国可以借鉴美国和德国的制度，在对待解雇高管的救济上，规定被解雇的高管不可要求公司为其复职，但可以要求公司为其支付经济补偿金。

⁴⁷Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, L. Camille Hebert, *Employment Law*, Fifth Edition, West 2015, p.727.

⁴⁸§ 8.08, § 8.09, § 8.44. *Model Business Corporation Act 2000/01/02 Supplement*, 3rd Edition, 2003, the American Bar Foundation.

⁴⁹Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, L. Camille Hebert, *Employment Law*, Fifth Edition, West, 2015, p.728.

⁵⁰钱玉林：《经理地位的法律逻辑分析》，《法学》2010年第8期，第44页。

⁵¹Manfred Weiss and Marlene Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, 2008, pp.131-133.

由于在法律上很难要求公司解除其职务必须具备正当理由，且高管被解除职务时比一般雇员遭受的损失往往更大，因此，未来对经济补偿金的标准可以适当放宽，允许经济补偿金的标准可以超出目前《劳动合同法》规定的经济补偿金标准。同时，应允许高管和公司在合同中约定公司解除其职务的补偿或赔偿金。

3. 合同订立形式

如上所述，狭义高管和公司可以建立劳动关系，签订劳动合同。本文第一个案例引出一个重要的实务问题，即高管没有和公司签订书面合同时，可否主张双倍工资？笔者认为答案是否定的。理由在于：第一，虽然高管没有和公司订立书面合同，但由于聘任或解聘高管通常需要由董事会做出决议，给予聘任或解聘，因此，董事会的聘任行为可以构成双方建立劳动关系的一种形式。第二，高管通常位高权重，其完全可以借助自己的影响要求与公司订立劳动合同，如果没有订立劳动合同，高管自身也存在一定的过错，不可完全归咎于公司。第三，由于高管通常可以获得较高甚至巨额薪酬，如果还支持公司高管获得双倍工资，对公司而言将极为不公平。因此，在劳动合同订立上，可不对公司高管的劳动合同形式做严格要求，除非例外情况，也不应支持高管要求公司支付双倍工资的主张。

（二）公司高管劳动法特殊规则的适用对象范围

除了明确公司高管雇员实体上的特殊权利义务，应对哪些高管雇员适用特殊规则也是公司高管雇员特殊规则的重要内容。

从以上可以看出，美国、德国等对豁免劳动法规则的高管人员范围的确定较为灵活，其主要看经理人的实际管理权限，尤其是是否享有单独雇用或解雇他人的权力，并且考虑其参与公司经理管理的程度、是否拥有公司股权、薪酬情况等。换言之，这些国家的法律只提供一个基本的判断标准，某公司职员是否属于应当豁免劳动法规则的高管应视具体情形而定。

毫无疑问，美国和德国的做法比较理想，也符合高管的特征和劳动法的目的。对此，我国如何借鉴？由于国外的做法需要在个案中首先识别高管的存在，对裁判机构而言难度较大，加上我国劳动法对劳动者的整体保护水平和发达的程度与成熟国家相比还存在一定差距，适用弹性标准认定高管的存在，可能会因识别错误而使一部分雇员因此无法得到劳动法的完全保护，因此，我国不宜赋予裁判机构过大的权力来识别高管或经理人的存在，并决定劳动法规则的豁免。考虑到我国劳动法尚不发达，且对公司高管劳动法规则尚缺乏经验，我国不宜借鉴国外高

管范围的灵活判断标准，可以将豁免劳动法部分规则的高管范围明确限定在《公司法》所规定的狭义的公司高管，即公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。⁵²由于经理人的实质是由董事会任命的高管，除了《公司法》217条规定的高管人员，其他由董事会任命的管理人员也可以作为规则豁免的对象。

五、结论

公司高管的劳动法规则是理论和实务的一大难题，我国无论是立法还是司法解释均未对此作出回应，但现实案例提出了诸多亟待确立的规则。根据劳动者的定义和判断标准，董事、监事等不具备雇员的从属性，不具备雇员的身份，由董事会聘任或解聘的狭义高管即经理人则可以具备雇员的身份。虽然狭义公司高管具备雇员身份，但因其特殊地位和责任，与一般雇员有明显不同，高管位高权重，享有广泛权力，通常获得高薪，其职务取得和丧失的程序与一般雇员不同，和公司的谈判能力较强。因此，对狭义高管不宜简单适用劳动法的一般规则。根据高管的特征以及劳动法的立法目的，劳动法应在工作时间、最低工资、加班补偿制度，解雇保护以及合同订立形式等方面对高管豁免劳动法的一般规则或者提供相应的特殊规则。尤其是高管的解雇规则较为复杂，高管被公司解除职务后，不可请求公司为其复职，但可以要求公司给予赔偿。对高管豁免适用的规则或者适用特殊规则的人员范围应限于我国公司法规定的高级管理人员以及董事会聘任和解聘的其他公司高管。

⁵² 《公司法》第217条。

我国企业劳动关系非规范化运行的症结及其应对

——兼评近期《劳动合同法》讨论中的两种观点

杨鹏飞⁵³

【摘要】 本文简要概述了我国企业劳动关系非规范化运行状态的主要表现，探讨了《劳动合同法》实施之后企业劳动关系非规范化依然盛行的原因及其背后的症结，并对《劳动合同法》及其相关法律制度的改革提出了建议。最后，本文基于非规范化用工的大背景，简要评述了近期《劳动合同法》讨论中的两种代表性的观点。

一、我国企业劳动关系处于非规范化运行的主要表现

记得 2007、2008 年的时候，关于《劳动合同法》的讨论非常热烈。笔者当时作为一名研究人员也写文章参与讨论，其中写过一篇短文叫《如何破解劳动合同法危机》，发在网络上的题目改为《舍弃劳动合同法还是完善社保制度》⁵⁴。

笔者当时认为，由于不合理的社保、税收等制度，给企业背负了巨大的成本和压力，这种成本和压力在劳动合同法之前并不突出，这是因为企业常常能通过不签合同、不留证据这样非规范化的方式逃避掉责任。但是，由于劳动合同法规定了一系列制度，督促企业与劳动者之间不得及时签订劳动合同，从而使附加在劳动关系上的巨额成本显性化了。

所以笔者当时断言，我们只有两种选择：要么舍弃劳动合同法，让我们的劳动力市场继续在不规范的状态下生存，得过且过；要么就是坚持《劳动合同法》，同时对各种不适应企业发展与社会和谐的制度，例如社保缴费制度，企业税费制度等等，进行改革和完善，让劳动力市场逐步走上规范化道路。

八年来的客观现实告诉我们，表面上看，我国《劳动合同法》似乎处在正常实施当中，但实际上，该法并未得到真正的落实，我们的劳动力市场、劳动关系继续以非规范化的状态运行。试以农民工就业的情况举例说明。

⁵³ 作者为上海社科院研究员。作者特别声明：本文为急就文章，尚处草稿状态，其中观点、文字肯定有很多不严谨、不顺畅之处，请各位专家海涵。本文仅供 2016 年社会法年会讨论之用。

⁵⁴ 参见爱思想网站：<http://www.aisixiang.com/data/18227.html>

据全国总工会统计，在我国 7.6 亿劳动者中，职工总数达到 3.2 亿，非公企业职工占全国职工总数的 73.93%，2.4 亿农民工占职工总数的 74.8%，非公企业职工、农民工已成为我国职工队伍的主体，以农民工作为对象进行研究，应该基本能够反映当前我国企业职工队伍的实际情况⁵⁵。

首先看国家统计局的调查。自 2008 年起，国家统计局每年都发布农民工监测调查报告，其中包括签订劳动合同等权益事项。从公布出来的报告看，农民工签订劳动合同的比例一直较低。报告显示，2009 年以受雇形式从业的外出农民工中，与雇主或单位签订劳动合同的比例为 42.8%。2014 年的数据为 38%，2015 年的最新数据则为 36.2%。

另外一个数据也可反映我国企业劳动合同签订率的实际情况。根据劳动法和劳动合同法的规定，用人单位与职工签订了劳动合同，也就会为职工缴纳养老等社会保险。国家统计局的农民工监测调查报告显示，2009 年雇主或单位为农民工缴纳的养老保险、工伤保险、医疗保险、失业保险和生育保险的比例分别为 7.6%、21.8%、12.2%、3.9%和 2.3%；2014 年的比例为：养老保险 16.7%、工伤保险 26.2%、医疗保险 17.6%、失业保险 10.5%、生育保险 7.8%。从这些数据可以看出当前劳动合同签订的比例是不高的。

上述是全国的统计数据。一些地方公布的数据则又远低于这一数据。例如，据《陕西工运》公布的陕西省总工会的调研数据，在该省 2058 万就业人员中，农民工约 650 万人，全省农民工劳动合同签订率不到 17%⁵⁶。在笔者自己的调查中发现，一些小型的制造业、服务企业，员工都反映根本没有劳动合同这一说，如果你要与企业签合同，除非你不想在这儿继续干下去了，或者在一些中小型企业单位，即使签订了，你也拿不到合同文本。

用工签订劳动合同是劳动关系规范运行的前提和重要表现。劳动合同法施行 8 年来的历史表明，虽然劳动合同法规定了那样严格、严厉的督促签订劳动合同、推进劳动关系规范化运行的制度，但是，企业劳动关系仍然处于非规范化运行的

⁵⁵参见，李忠运：《职工队伍的新变化及做好青年职工工作的建议》，工人日报 2013 年 1 月 22 日。

⁵⁶陕西省总工会课题组：关于我省农民工基本权益实现状况的调研报告，《陕西工运》2015 年 11 期。

状态（非公企业大量不签合同，国有企业大量使用劳务工、外包工等等）。为什么会出现如此情况呢？其中原因值得深思和分析。

二、《劳动合同法》实施之后企业劳动关系依

然非规范化运行的原因

综合调研各方面情况，在《劳动合同法》实施之后，我国企业仍然大面积不签订劳动合同，劳动关系依然处于非规范运行状态，不是单方面的原因，而是一个一连串的事件，涉及到执法、守法、立法等多方面。

1、企业以身试法

应该说，我国劳动法、劳动合同法的社会知晓度，特别是在企业的知晓度是比较高的。这既与劳动法律的调整内容所具有的重要地位有关，也与劳动合同法施行后社会对该法的重视有密切关系。各企业单位明知劳动合同法的规定，也非常清楚劳动合同法关于不签劳动合同将会造成的法律后果，但却还是有大量的企业不愿签订劳动合同。

劳动合同法实施以来，企业不签订劳动合同有几种典型的做法。一是以口头协议代替书面劳动合同。二是采用试用期用工、外包工、派遣工、劳务工、临时工、季节工等各种形式，避免工人与企业自己签正式劳动合同。三是即使与员工签订了书面合同，也想法设法不给职工合同文本。这些做法的目的就是坚决不承认与工人之间的劳动关系，以规避自己的责任。如果企业都设法不签劳动合同，劳动关系的规范化就失去了基础。

2、公共部门有意无意地放任

与劳动合同法相关的公共管理部门，也是劳动合同法的执法部门，广义上包括劳动监察部门等行政部门，作为司法机关的法院，甚至包括作为劳动者利益维护者的工会组织。这些部门依法负有监督劳动法律实施的职责。

实际上，劳动合同法是在在劳动法基础上制定的，其关于合同签订的规定是相当明确的，但是一些地方出现的情况是，劳动监管部门对于企业拒绝签订合同的行为睁只眼闭只眼，对于劳动者的投诉置若罔闻。特别是，关于劳动合同法的实施媒体上一直存在各种争议，认为该法过度保护了劳动者利益，于是乎，公共部门的放任行为愈加普遍、公开，似乎这些不守法的行为也具有了正当性。既然负有监管责任的公共部门如此作为，加上劳动合同法的出台伴随着国际金融危机

的肆虐，经济形势难免有这样那样不如意的信息，尤其是近几年国内经济增速持续下行，于是放任企业的违法行为，容忍劳动关系继续的非规范化运行，成了一种常态了。

3、劳动者的无奈与配合

在劳动合同法颁布之初以及后来的普法宣传当中，关于劳动合同签订制度的影响是很广的，超过一个月不签合同双倍工资，超过一年不签劳动合同就意味着劳资双方之间签订了无固定期限合同。这些规定描绘的情况不可谓不严格。但是，如果劳动者特别是农民工，要想把这一规定落到实际，发现是非常的困难。

有这样几种情况。如果劳动者要求企业签订劳动合同，那么就意味着要失去工作岗位，雇主宁可不要你，也不愿与你签订合同，你还要签合同吗？如果你要去打官司，企业也会有种种不签的理由，执法机关也会让你处处受阻。那种认为劳动者可以利用法律规定碰瓷，除极个别特殊情况成功外，就完全是个想象而已。

还有一种情形。一些员工对于企业不愿签订书面合同的行为表示理解和配合，因为他们发现，签了劳动合同，企业就要为他支付不菲的社保金，自己也要多支付不少费用，加上由于制度层面的问题例如社保转移困难重重，这些费用交了之后也与自己没有多少关系。与其出现这样的结局，不如不签合同，保住岗位甚至多得到一点工资收入更好。

上述几方都是劳动关系的相关方，正是各方的共同行为，使企业用工不签合同的行为日益扩展乃至大行其道。签订劳动合同是劳动关系建立的标志，是维护劳动者基本权益的基础，是劳动关系规范化运行的保障，既然这一最基本的规定都难以得到落实，也就遑论缴纳社保、按时足额支付工资、工伤职业病赔偿等等劳动保护了。这种劳动关系非规范化运行的现实告诉我们，我国企业劳动关系规范化运行的目标任重而道远。

三、我国企业劳动关系非规范化运行背后的症结

我国企业劳动关系非规范化运行，表面上看原因在于上述的企业不惜以身试法、公共部门的放任以及劳动者的无奈和理解配合，但实质上，在这些表面现象背后，存在着极为复杂的原因。

笔者先列举几种情况。第一种是人们熟知的“投资环境”理论。这种理论的主要观点是，一些地方政府部门及其官员之所以有意无意放任企业不与员工签订

劳动合同等违法行为，目的是为了保护当地投资环境，形成当地人力成本的洼地，以吸引更多的资本来本地投资。

第二种可以称作“外地职工利益无视”论。众所周知，我国劳动者特别是农民工，有比较突出的跨地区流动就业的现象。一些政府机关及其官员之所以对于辖下企业违法、职工投诉行为熟视无睹，往往因为侵权者是本地企业，而投诉者是外地农民工，因此没有积极性去积极作为。

第三种可以称作“底层职工利益无视论”。我国当今社会，利益分层现象已经是客观现实，中上层和底层民众利益追求往往不一致，这一点也突出地反映在劳动合同法的执行中。一些政府及其官员之所以对于辖下企业违法不愿有作为，虽然受侵害的是本地户籍员工，非外地员工，但他们大多为底层的普通劳动者。官员们潜意识里认为没有必要为了这些底层劳动者，去惩罚那些为政府提供税收、促进当地经济繁荣的企业。

第四种可以称作“缺乏密切联系论”。这种理论概述的现象是，各种政府监督机构，甚至工会组织敢于对企业公然违反劳动合同法的侵权行为无所作为，或者尽力推诿，是因为，这些监督机构与劳动者之间缺乏一种必要的密切联系，比如政府机构并不受选民的选票约束，工会也与它的成员之间缺乏明确的委托代理关系。

除了上面几种涉及地方公共部门执法、司法的背景原因以外，笔者以下想重点从立法、守法方面探讨一些更为重要的问题和原因。

1、社会保障缴费制度、经济补偿金制度等制度设计方面的问题

关于社保缴费费率过高问题，笔者于2007年起曾多次写文章讨论。经过这么多年来学界、社会各界的共同努力，社保缴费标准过高已经成为共识，国务院也已决定从2016年5月1日起两年内阶段性降低社保缴费率。笔者在此再次论及社保缴费问题，是想强调，不能忽视社会保障标准问题对于劳动合同法实施和劳动关系规范化带来的严重负面影响。

这是因为，现行的社保缴费标准是非常不合理的。实际上，1994年劳动法确立的用人单位应当为劳动者缴纳社会保险的规定完全没有问题，问题在于按什么标准缴纳。根据我国国情，这一标准不应该高，应该尽可能地低，这首先是因为：我国市场经济初建，经济发展水平不高，社保建设遵守低标准、广覆盖的原

则，提供给劳动者的保险补偿标准相应的也是比较低的。其次，对于我国社保缴费标准还必须进行历史法学的分析。

由于上世纪 50 年代建政初期，我国政府通过农村合作化、建立人民公社的方式集中了全部农民所有的土地，在城市实施了工商业社会主义改造，客观上把全国所有的生产资料都集中到了政府的手中。当时在进行这些资产集中工作时，就明确提出了我们所建立的社会主义经济将承担人民的养老、医疗等保障责任。到上世纪 90 年代直至目前，除了一些地方公有制单位内部实行了将旧有的房产处置给职工以外，政府并没有将资产还给社会，那些由集中全民资产建立起来的国有企业都主要由政府掌控。如果忽视政府对于全民社保承担的历史责任，却完全由民间企业和劳动者自己来承担社会保障责任，这显然是不够公正的。

再加上，我国各地自 93 年开始陆续建立的社会保险制度，不仅没有考虑这一国情，反而以历史上企业职工没有缴纳保险为由，规定了甚至超过高福利国家的社保缴费标准，如果这些标准如果完全落实，当然会使那些新生的民间企业谈社保色变。由于缴纳社保费与签订劳动合同之间的绑定关系，企业单位千方百计逃避与劳动者签订合同就完全是可以理解的，当然，也能由此理解为什么越来越多的劳动者对企业不签合同、不交社保的非规范行为给予配合。

另一个是关于经济补偿金制度的问题。经济补偿金制度是伴随着 1995 年劳动法的实施，通过劳动部颁布的《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》建立起来的。当时建立这一制度的背景，是为了配合国有企业改革，使原来国有企业的员工不找市长找市场，在被企业解雇、下岗离开企业之前有一笔说得过去的补偿。实际上当时的经济补偿金标准是比较丰厚的，按照这样的标准，除非是由政府托底的国有企业，一般新生的非公企业是难以承受的。而当时很多新生的非公企业同样都是通过不与劳动者签订劳动合同，规避了此项负担。不过，在《劳动合同法》之后，如果该法确立的合同签订制度完全得到落实，那么，较高的经济补偿金同样将不可避免。于是，自劳动合同法实施以来，我们见到的场景大多是企业继续想方设法不与劳动者签订劳动合同，继续在非规范化状态下混日子。

综上所述，正是由于社会保障缴费费率、经济补偿金制度等立法方面的问题，让企业感到负担沉重，从而想尽办法甚至不惜以身试法，不与职工签订劳动合同。

而导致这些不合理制度的，并非《劳动合同法》，而是自 1995 年以来，以《劳动法》为基础的一系列的政策措施。

2、在守法层面，我国劳动者队伍的真实处境，也是分析企业劳动关系难以规范化运行的重要因素

在研究这个问题之前，笔者一直有一个疑问，企业用人连劳动合同都不愿意签订，劳动者为什么还愿意在这样的企业继续干下去。特别是《劳动合同法》对于企业不签合同的行为设置了严格的制度，劳动者在企业违法时为什么不去投诉，反而还接受这样的雇用呢？

通过调查发现，出现这一现象有几方面原因。第一，劳动者到企业或雇主那里工作，对于市场最基本的信用即干活拿钱，还是相信的，市场也是能基本给予保障的。第二，无数的案例让劳动者深知，即便法律规定了较高的标准，但是当你要去公共部门要求实现这个权利，是比登天还难的。第三，还有一个根本的原因，大部分劳动者别无选择，为了生存的需要只能接受这样的工作岗位，哪里管他签不签劳动合同。

关于第三点原因，长期以来我们的劳动关系研究者、管理者们似乎基本上是忽视的。实际上这个问题非常重要。众所周知，自上世纪 90 年代以来，在我国二三产业就业的劳动者大多数是来自农村的农民工。在上世纪 80 年代以前，农民大多过着不得温饱的生活，80 年代初农村实行联产承包责任制以来，农民虽然解决了温饱问题，但是由于农业的比较收益很低，仅仅依靠农业收入无法解决子女上学、结婚成家、甚至交农业税（农业税自 2006 年取消）等各种税费的需要。而农民所赖以生存的最重要的资产——土地，农民并不拥有产权，其他的生产资料也是微不足道，大多数家庭处于比较贫穷的状态。了解了这一背景，才能理解一些劳动场所出现的“血汗工厂”的情况，因为在外人看来“血汗工厂”的劳动条件，对于不少农民工来说还是能够接受的，只要能拿到劳动报酬即可。

从这里，也能解释为什么近些年来第二代农民工不像他们父辈一样逆来顺受，这不仅是因为第二代农民工比他们的父辈有知识文化，更是因为，在他们的父辈几十年来的劳作之后，家庭有了一点积累，再加上独生子女政策，每个家庭孩子很少，这些年轻人在遭遇不如意的劳动条件时，还可以对雇主说不。

马克思主义法学基本原理告诉我们，法律是生产关系和所有制关系的产物，法律的状况归根到底是由物质生活条件来决定的。联系到我国当前的现实情况可知，光有法律的规定是远远不够的，正是由于劳动者一方缺乏必要的生存基础和博弈的本钱，一些劳动者只能接受不签劳动合同的用工对待。

四、解决我国企业劳动关系非规范化运行的若干建议

中共中央国务院 2015 年 4 月发布的《中共中央国务院关于构建和谐劳动关系的意见》指出：“劳动关系是生产关系的重要组成部分，是最基本、最重要的社会关系之一。劳动关系是否和谐，事关广大职工和企业的切身利益，事关经济发展与社会和谐。”而劳动关系的规范化运行毫无疑问是构建和谐劳动关系的重要前提。

如何在我国多年来劳动法律建设的基础上，进一步推进我国企业劳动关系的规范化运行与和谐发展？笔者不想重复人们熟知的从执法、监督、教育等层面的一些观点，主要想结合前述分析，从立法和重大政策调整角度提出两项建议。

1、从我国社会主义市场经济建设实际出发，以《劳动合同法》为起点，进一步完善我国劳动法律制度。

当前，结合劳动合同法实施中的争议，关键要改革与劳动合同法实施密切相关的两项制度，即社保缴费制度和经济补偿金制度。

首先是社保缴费制度。

前已提及，反思和改革我国的社保缴费费率等制度，必须结合我国社会主义建设的历史背景来认识。当前，全国有价值的资产（生产资料）大多控制在各级政府手中，那些著名的国企例如中石油、中石化等等，都是国有资产的物化形式。很显然，作为社会主义国家，政府控制这些资产的目的显然不是为了政府自己，而正是为了给人民的生存和幸福提供保障。

正是基于上述原理，中央政府文件已多次提出要划拨一定的国有资产给国家社保基金。现在要做的，就是要尽快迈出实际步伐，对国家现有的国企资产特别是拟划拨给社保基金的资产进行清产核资，对其社会保障能力进行清晰的估算。对于仍然不足的部分，可由新生的各类企业以及广大劳动者共同缴纳。

经过上述工作之后，再看我国当前社保缴费制度的改革，可以发现，我国的社保缴费标准完全可以大幅降低。比如，将征收比例降到全球中等以下水平是完

全可行的。这样，得到实质减负的我国企业和劳动者就可以轻装上阵，竞争力与消费力将大大增强，不仅有利于扭转当前经济下行趋势，也将使《劳动合同法》开启的劳动力市场和劳动关系规范化的进程顺利推进。

其次是经济补偿金制度。

关于这项制度，在《劳动合同法》立法领衔者主编的书籍中，指出它是企业承担社会责任的一种主要方式，“在我国失业保险制度建立健全过程中，经济补偿可以有效缓解失业者的焦虑情绪和生活实际困难，维护社会稳定，形成社会互助的良好社会氛围。”⁵⁷但是，基于当前各地失业保险已有一定基础的实际，建议修改劳动合同法规定的经济补偿金制度，对于用人单位并未违反劳动合同的情况取消支付经济补偿金，对于失去岗位的劳动者改为由失业保险给予必要的保障。

2、下大决心采取土地产权改革等重大利益调整措施，解决我国劳动者，特别是农村劳动者的相对贫困问题。

贫困问题总是社会不稳定的重大隐患。实际上，无论从国家的“共同富裕”政策，还是从中央的有关决定来看，国家一直在探索如何让我国的农村劳动者尽快富裕起来。其中最重要也最为引人关注的一项决策，就是要赋予给农民完整的土地产权。十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》指出，“在符合规划和用途管制前提下，允许农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股，实行与国有土地同等入市、同权同价。完善土地租赁、转让、抵押二级市场。”这些意见为中国农民带来了希望。

解决农村土地产权问题，无论从法理、感情，还是现实的需要来说，都是可以理解的。如果解决了这一问题，让农民重新拥有土地的完整产权，盘活长期沉睡的农村土地资产，必将极大提升农民的财富能力和社会尊严，极大焕发农村劳动者的创业、创造活力，有助于彻底杜绝一些贫困的农民工自愿接受“血汗工厂”条件的现象，推进我国劳动力市场乃至整个社会的规范化运行，为国家的长治久安、和谐发展打下坚实基础。

五、简评近期《劳动合同法》讨论中的两种观点

⁵⁷ 信春鹰主编：《中华人民共和国劳动合同法及实施条例解读》，中国法制出版社 2008 年 9 月版，第 126 页。

近一年多来，随着经济增长速度放慢下行，关于《劳动合同法》的讨论和争议再次成为社会关注的焦点。应该说，这些讨论和争议是非常有意义的，劳动合同法已经施行 8 年，完全应该对其成败得失进行仔细的研究。同时，通过认真讨论，也有利于形成共识，为政府今后制定正确的政策发挥作用。

结合本文劳动关系规范化建设的视角和相关思路，在此拟对《劳动合同法》讨论中两种比较有代表性的观点谈谈粗浅看法。

第一种观点：否定《劳动合同法》，认为该法应当废止。

这种观点大致内容是，劳动合同法存在诸多致命缺陷，例如，从劳动法对劳动者的倾斜保护，错误地定位到对劳动者的单保护，相关规定大大提升了用工成本，降低了劳动力市场的灵活性。《劳动合同法》的修改路径是回到《劳动法》，将人们过去熟知的“员工能进能出、收入能增能减、管理人员能上能下”作为修改劳动合同法的指导思想⁵⁸。

虽然不能否定这一观点在倡导修法以及一些具体对策建议方面的积极价值，但是总体而言，这一观点把当前劳动领域存在的问题都归结为劳动合同法是难以成立的，其提出的有关修法指导观念的建议也不能成立。现简述如下。

1、关于《劳动合同法》加大了企业用工成本，签订无固定期限合同等降低了劳动力市场灵活性。

不可否认，近些年来企业用工成本的确明显上升较快，不过应该弄清楚，企业用工成本的上升源头到底在哪里？其中通货膨胀，房价上升过快，劳动力供求关系转变的因素等等占多大成分，劳动合同法带来的劳动关系规范化到底影响有多大。笔者以为，如果从劳动者拿到手的现金工资来看，这种成本上升的成分是难以高估的，由此也能推知问题真正的源头在哪里。

关于签订无固定期限合同等降低劳动力市场灵活性，国家统计局所做的农民工监测调查报告告诉我们，2014 年农民工无固定合同签订率只有 13.7%，2015 年只有 12.9%，同时不签订劳动合同的比例 2014 年是 62%，2015 年是 63.8%。这样的无固定合同签订率和不签订合同的比例，说该法的实施降低了劳动力市场灵活性，的确是比较牵强的。

2、关于劳动合同法的修订应该回到《劳动法》的观点。

⁵⁸ 参见董保华：《劳动合同法》修改中的观念调整与制度再造，《中国改革》2016 年第 5 期。

笔者认为，劳动合同法是在劳动法的基础上颁布的，劳动合同法取得了一系列的重要进步，纠正了劳动法存在的一些重要失误，例如有力推进了劳动关系的规范化，说劳动合同法的修订要回到劳动法显然是有违常识的。

再者，从本文前述可知，与劳动合同法实施密切联系的一些重要的劳动制度缺陷，比如社会保险制度、经济补偿金制度等等，都是在劳动法时代产生的，是劳动法当时历史条件下留下的后遗症。回到劳动法，根本无助于解决这些关键问题。

3、关于将“员工能进能出、收入能增能减、管理人员能上能下”作为修改劳动合同法指导观念。

了解国企改革历史的人都知道，“员工能进能出、收入能增能减、管理人员能上能下”多年来一直是国有企业改革的目标，简称是国有企业劳动、人事和分配制度“三项制度改革”。这三项制度的改革，重点是在国企员工“能出”，收入“能减”，管理人员“能下”的。这三项制度改革对于国有单位的改革有它非常重要的意义，但是，把这三项制度作为覆盖整个劳动关系的劳动合同法修订的指导观念，人们不禁要问，难道我国广大非公企业真的形成了像国有企业（编制员工）那样的员工能进不能出、收入能增不能减、管理人员能上不能下？大部分劳动者连劳动合同都难以正常签订，还能获得如此严格的、行政化的保护？

如果按照这种观点，把“员工能进能出、收入能增能减、管理人员能上能下”作为修改劳动合同法的指导观念，在中国的市场环境下，那产生的后果完全可能是企业可以随意解雇员工、可以随意减少员工的工资，近 20 几年来好不容易建立起来的一些劳动保护制度可能将消失殆尽。那将是中国劳动制度建设的倒退。

第二种观点：基本肯定《劳动合同法》，认为该法的修订应重在完善具体、微观的制度

这种观点肯定了《劳动合同法》在推进劳动用工规范化、法治化方面的积极价值，认为《劳动合同法》存在的问题主要是一些具体微观的制度需要修改。

这种观点基本思路是正确的，符合立法和事物发展的逻辑，笔者以前基本倾向于认同这种观点。但是笔者近年来思考发现，这种观点也存在问题。例如，这种观点往往就法谈法，走专业主义的道路，其结果往往是难接地气，脱离实际。

试想，大部分劳动用工都是非规范化的，连最基本的劳动合同都不签订，《劳动合同法》完全处于被架空的状态，能有多大的作用呢。

另外，这种观点产生的一个后果是，它容易忽视对于《劳动合同法》所依存的客观制度环境，包括其他劳动法律制度、经济社会制度的研究，从而难以回答劳动合同法当前遇到的各种质疑，也难以为促进我国劳动力市场和劳动关系的规范化运行提供有效的解决方案。

浅析我国女性就业歧视救济

曾晓敏 徐婷婷*

【摘要】我国妇女就业歧视现象相当普遍，却鲜少看见被歧视者维权，究其原因不难发现这是由传统男女观念、维权者申诉无门、执法力度不够等综合原因引起的，随着社会的进步，如果女性就业歧视现象仍然得不到解决，将会导致女性强烈的反响和不满，因此进一步完善妇女就业歧视救济制度显得十分重要。本文探讨我国女性就业歧视的原因，对比国外妇女歧视制度完善国家，从救济部门设立、社会团体监督及加大违法成本等多个角度提出了女性就业歧视救济的建议。

【关键词】女性就业歧视 改善与救济 平等就业 妇女权益

中国经济的巨大发展，用工需求上升，促进了中国劳动力市场的壮大，新时代的女性也从家庭走进了写字楼，走进了职场，走进了自己的事业天地。但是目前劳动力市场上普遍存在女性就业歧视，比如很多用人单位提出了只招男性的招聘要求，用间接的方式拒绝招用女性。此外，在就业过程中，女性也常常会仅仅因为性别因素而遭受到不公平待遇。

一、我国女性就业歧视现象的原因分析

虽然我国关于禁止就业歧视的法律已经非常完善了，我国目前有《中华人民共和国劳动法》、《中华人民共和国妇女权益保护法》、《中华人民共和国就业促进法》《中华人民共和国妇女劳动保护法》等一系列法律，但是我国只有空泛的法律条文，并没有仔细明确的权利救济实施细则。申诉部门不明确，个人力量微弱执法力度不大以及违法成本较小等等常常都是导致法律得不到执行，妇女平等就业权利得不到保障，妇女就业歧视现象普通存在的原因。具体分析有以下几点：

（一）女职工及用人单位观念原因

历经几千年中国传统文化的影响和熏陶，“男主外，女主内”的传统观念深入人心，包括女性自己也深受影响。法国著名女作家西蒙娜说过：“女人，不是

天生的，而是变成的。”有不少的女性在一开始就把自己与职场、事业隔离开，把大部分精力都放在了家庭上。

在平等招聘方面，用人单位直接在职业要求中明确要求只要男性，或者采取一些苛刻性的入职要求，例如“单身条款”、“三年禁孕条款”，女性劳动者遭受歧视不能入职。平等待遇与福利方面，男女同工不同酬、升值机会比男性少、女性退休年龄相比男性较早，养老保险也会因为女性退休早而低于男性养老保险，女性劳动者如果选择向劳动部门投诉，一旦与劳动就业方闹翻则有可能面临被解雇的可能，如果没有被解雇在日后的工作中也很有可能被间接地刁难。大多数女性在遇到这种歧视都会因为嫌麻烦不愿意去主张自己的权利，不主张权利很有可能成为一种趋势。

（二）现有法律缺陷

新中国成立 70 多年来，有关妇女权益保护的法律法规不断的完善，相关妇女权益保护法律法规也是层出不穷，《宪法》、《劳动法》《妇女权益保障法》《妇女劳动保护法》等等法律规定中都有关于我国女性就业歧视问题的法律思考，但关于男女平等就业权的法律规定还局限于法理、原理层面，缺乏具体可行的制度支撑和有效的司法救济途径保障。以下对我国现有法律的缺陷表现进行分析。

1. 相关概念界定模糊，缺乏判断标准。

（1）在女性平等就业权的法律保障方面，《宪法》48 条规定中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。⁵⁹该条简单规定妇女在经济和社会生活的各个方面有着与男性平等的权利，但是只是象征性的呼吁口号和方向性的指导，并没有规定用人的歧视妇女行为会有什么违法成本责任。

（2）在同工同酬与晋职、晋级、评职称方面，《劳动法》46 条和《妇女权益保护法》24 这两条法律都规定了男女劳动者在从事相同工作时应该同工同酬，但是什么情况是用人单位同工不同酬的情况缺乏判断标准。《妇女权益保护法》第 24 条规定在晋职、晋级、评定专业技术职务等方面，应当坚持男女平等的原则，不得歧视妇女。在晋职、晋级、评定专业技术职务等方面中的哪些是属于不

⁵⁹ 《中华人民共和国宪法》第 48 条规定中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。国家保护妇女的权利和利益，实行男女同工同酬，培养和选拔妇女干部。

平等情况?《劳动法》第13条规定妇女与男子享有平等的就业权利。在录用职工时,除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外,不得以性别为由拒绝录用或者提高妇女的录用标准。⁶⁰该条明确规定妇女就业平等权,但什么是国家规定的不适合妇女的工种或岗位,法律上并无规定,这就让妇女行使权利时无所依据。女性就业歧视保护的法律落实还需要多方面的协调努力,对哪些情况是歧视,如何判断歧视都要有具体的规范,一旦诉诸法律程序则无具体法律可依,要明确法条中相关概念的外延判断标准。此外,现有法律法规涉及的都是直接歧视,没有间接歧视。在社会生活中,由于相关法律法规的规定,用人单位和雇主为了不必要的麻烦,对妇女的歧视并不直接在书面上体现出来,而是间接歧视。

2. 妇女就业歧视保护法律法规适用主体范围过窄。

我国《劳动法》和《妇女权益保护法》中都规定了妇女就业过程中的保护,相比于世界其他国家地区关于妇女权益的规定,我国法律法规主体适用范围过窄。我国例如《劳动法》第2条规定,在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织和与之形成劳动关系的劳动者,适用本法。国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者,依照本法执行。如《劳动法》第95条规定,用人单位违反本法对女职工的保护规定,侵害其合法权益的,由劳动行政部门责令改正,处以罚款;对女职工或者未成年人造成损害的,应当承担赔偿责任。从2条看出,劳动法调整的对象只是只适用于签订了劳动合同,形成了劳动关系的用人单位和劳动者双方,处于求职阶段的求职者、临时工、农民工保护却涉及的很少。现有劳动争议处理机制的启动绝大部分以劳动者与用人单位已经订立书面劳动合同或建立事实上的劳动关系为前提,对处于招聘过程中的就业歧视争议则少有涉及。许多受歧视的妇女劳动者权益得不到保护,这类群里没有教育背景、没有家庭背景,社会法是一部“扶法”,劳动者在劳动关系中相对于用人单位就是处于弱势地位的,而尚处于求职阶段的求职者、临时工、农民工这类人更是弱中之弱,往往这类群体是最弱势和最应该收到劳动相关法律保护的,该一系列保护妇女权益的社会法作为一部“扶法”,主体范围过窄就发挥不了其原本“扶”的救济宗旨,这可能会不利于社会主义和谐社会的建设。

⁶⁰《中华人民共和国劳动法》第13条规定妇女享有与男子平等的就业权利。在录用职工时,除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外,不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。

3. 缺乏法律救济途径。

程序法是实体法的保障，法律救济途径畅通是妇女就业权益能否真正得到保障的关键所在。从保护机构设置来看，我国现行立法并无明确规定妇女歧视的执法机构，缺乏专门的反就业歧视的执法机构，与劳动相关的部门有劳动行政部门、仲裁机构、法院，但是这三类主体都不是专门从事就业歧视执法部门。

(1)《就业促进法》规定：“各级政府部门在促进就业中用协调工作，由劳动社会保障部门具体负责，并由工会、共产主义青年团、妇女联合会、残疾人联合会以及其他社会组织，协助人民政府开展促进就业工作，依法维护劳动者的劳动权利。”该条规定妇女权益保障需要政府来保障执行，但是这里又出现一个问题，政府有这么多个部门，各部门相互推脱责任的情况，浪费劳动者时间和精力，工会和妇女联合会只是协助工作，不能发挥妇联和工会的作用。

(2)根据《劳动争议仲裁法》第2条规定，因确认劳动关系发生的争议；因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议；因除名、辞退和辞职、离职发生的争议；因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议；因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议；以及法律、法规规定的其他中华人民共和国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议，适用本法。⁶¹仲裁是行之有效的途径，但是仲裁成本高，取证困难。

(3)《就业促进法》第27条规定：国家保障妇女享有与男子平等的劳动权利。用人单位招用人员，除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外，不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。用人单位录用女职工，不得在劳动合同中规定限制女职工结婚、生育的内容。

(4)《就业促进法》第62条规定，“违反本法规定，实施就业歧视的，劳动者可以向人民法院提起诉讼”。该条规定了妇女就业过程中享有和男子一样的平等权利，用人单位违反《就业促进法》的规定，实施就业歧视的，劳动者可以向法院起诉。但是事实上，法院真正受理就业歧视案件是极少的，即时有受理也是最终通过调解结案，这是因为案件涉及的金额较小，其次举证困难，案件审理

⁶¹《中华人民共和国劳动争议仲裁法》第2条规定，中华人民共和国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议，适用本法：（一）因确认劳动关系发生的争议；（二）因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议；（三）因除名、辞退和辞职、离职发生的争议；（四）因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议；（五）因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议；（六）法律、法规规定的其他劳动争议。

时限较长，再次，关于违反禁止就业歧视有关规定应该承担哪些责任缺乏配套的具体规范，得不偿失。所以劳动者很难通过诉讼来主张自己的权利，这也是现行法律亟待解决的问题。

4. 用人单位责任违法后果不清。

实践中，受歧视劳动者即时向行政部门申诉或者向法院起诉，因为缺乏相关执行法律依据，相关部门也无法进行相应处罚和处理。《中华人民共和国就业促进法》第68规定，“违反本法规定，侵害劳动者合法权益，造成财产损失或者其他损害的，依法承担民事责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任”。本条中，“造成财产损失或者其他损害”其中财产损失是可以估算的，但是其他损害是指什么？再者，在求职过程中，用人单位因为仅仅因为性别歧视不聘用妇女劳动者，这个损害怎么衡量，是以进入工作岗位所预估取得收益来计算还是精神损害赔偿？现行法律无具体规范，劳动者在遭遇歧视时，无法进行维权。由于缺乏法律中规定具有震慑力的法律责任和严厉的处罚手段，用人单位得有偿失，用人单位、雇主才不有所顾忌，恣意妄为。

二、对改善我国女性就业歧视现象的建议

在早期的西欧和美国，也存在严重的就业歧视的问题，但是经历了几十年的努力，现在已有了很大的改观。在公共和私人部门中，美国和欧洲在提高妇女的权利上，已经取得了很大的进步。我们可以借鉴外国的有效经验结合本国实情，针对我国女性就业歧视现象存在的原因提出改善建议。

（一）针对女职工、用人单位的观念问题的建议

1. 针对几千年来形成的“男主外，女主内”的传统思想，从根本上的改变是不太可能的，只能尽可能的在义务教育中对下一代孩子进行男女平等的观念灌输。

2. 其次借鉴美国做法，在立法层面上规定国家机关、企业、政党的妇女配额比例，配额制度主要产生在政治选举中。配额，是指公共选举中为女候选人设定的强制性比例，它已经成为促进妇女参与代表政治使用最为广泛的机制。妇女的权利首先要由妇女来维护，从公共部门的雇主开始规范和重视妇女地位，在国家机关中配额一定比例的妇女数量有助于妇女地位的提升，一般是国家通过宪法或相关法律规定了配额的比，一般规定女性比例是20%到30%，研究政治上的配额制度不仅对就业中的配额制度提供借鉴意义，而且执政的配额可以促进就业

中的配额制度的发展,提高女性在社会中的地位。女性在政府中的关键部门执政,例如立法部门、政策制定部门及司法执法部门等,就会作出有利于提高妇女社会地位的立法及决策。例如2006年智利总统大选,巴切莱特成为智利第一位女总统,改写了智利无女性当权的历史,她的上台势必可以改变智利女性现在的社会地位和影响力。还有今年台湾当选女总统蔡英文,洪秀柱当选国民党主席,越南阮氏金银当选首位女国会主席,上台之后必然提高女性地位。对没有达到标准配额的国家机关、企业、政党,妇女联合会有权利对其进行妇女就业歧视的起诉。

3. 对鼓励自愿聘用女性员工达到国家规定标准的企业给予减免税收或者政府奖励。

(二) 针对现有法律缺陷的完善建议

1. 针对相关概念界定模糊,缺乏判断标准问题,明确相关法律概念,对妇女就业歧视的含义、主体范围、歧视类型,就业歧视的范围,法律责任明确。借鉴国际劳工组织1958年通过的《就业和职业歧视公约》的相关内容,我国法律可以规定:用人单位不得因民族、种族、性别、宗教信仰、家庭出身、财产状况等不同或依据与工作正常运行无关的任何因素对劳动者设定不同录用条件,由此导致取消或有损于劳动者就业或职业上的机会均等或待遇平等,否则,构成就业歧视。然而对于特殊职业和行业所必须要求男性职工或者基于特殊行业所给予福利不算是歧视。

2. 针对妇女就业歧视保护法律法规适用主体范围过窄问题的建议。

劳动法调整的对象只是只适用于签订了劳动合同,形成了劳动关系的用人单位和劳动者双方,处于求职阶段的求职者、临时工、农民工保护却涉及的很少。其实,这类群体才是真正需要保护的劳动者,将没有签订劳动合同的妇女也纳入受保护群体中这是必须也是必要的。

3. 针对缺乏法律救济途径问题的建议。借鉴国外的立法,明确就业救济机构,在设立一个妇女就业歧视部门,明确其法律地位和职责,赋予其裁决用人单位的歧视行为的权利。该部门的职责是:接受妇女歧视咨询、受理妇女歧视申诉案件、对受理的申诉案件进行调查核实、裁定用人单位是否有妇女歧视情况、对具有妇女歧视的用人单位给予罚款、监管用人单位歧视情况、有权提起集体诉讼。被处

于罚款的用人单位由团体监视，代表群体和个人行为的工会和妇女委员会等，政府追踪违法者的责任。

4. 针对用人单位责任违法后果不清问题，赋予受害者诉权，实现举证责任倒置，加大违法成本，严格法律责任。

（三）其他完善建议

1. 女职工额外用工成本社会化。

很多用人单位之所以不太喜欢招用女士是因为女职工用工成本比较高，而对工作的精力投入度又不如男职工。第一，女职工势必要修产假，而修产假期间对于没有参加生育保险的职工用人单位依照法律规定应该向其支付工资，工资标准一般是上年度该单位的职工月平均工资。第二，生育孩子后，女职工的很多精力会放在家庭和孩子上，对工作的投入度和专注度势必不如男性劳动者。第三，女职工有生理期，许多地方的法律规定要保障处于生理期的女职工的工作期间休息权，这也必然增加用人单位的用工成本。比如《福建省企业女职工劳动保护条例》中就规定对于从事连续四个小时以上站立劳动的女职工在月经期间，经本人提出，用人单位视具体情况安排其适当的工间休息。第四，《中华人民共和国劳动法》第61条规定对于怀孕7个月以上的女职工、哺乳未满周岁婴儿的女职工，不得安排其延长工作时间。还有很多方面能证明女职工用工成本较高在此不再列举。

在国家全面开放生育二胎的二胎时代，国家也应当有相应的制度出台让用人单位能够放宽对女职工的就业歧视，这势必是二孩政策行之有效的配套制度。将女职工额外用工成本社会化，比如说国家是否可以通过法律规定男职工也可以修产假、国家是否可以给予一定的母婴补助代替产期工资等等。

2. 允许劳动报酬有合理区别，实行“同值同筹”。

对于我国法律规定的劳动基准学界以及实务界一直以来都多有诟病，劳动标准过高与我国发展实际不符导致法律很难被遵守，如同一纸空文。我国用工企业普遍存在规定法定劳动标准的情形，法不责众，故而政府对劳动标准只能采取“严立法、宽执法”模式。与其设立过高的劳动标准使其如同虚置，不如降低劳动基准使其符合国情，使其能够得到实行。比如说我国应该允许男女职工之间的劳动报酬有合理区别，在男女区隔明显的工作岗位上代替同工同酬原则实行“同值同酬”原则。

我国劳动者工资确定原则除了按劳分配这个基础原则外,还有同工同酬原则。1995年劳动部《〈中华人民共和国劳动法〉若干条文的说明》第46条规定,同工同酬“是指用人单位对于从事相同工作、付出等量劳动且取得相同劳绩的劳动者,应支付同等的劳动报酬。”⁶²对于男女职业区隔明显的工作岗位,同工同酬的规定难以发挥作用,应该实行“同值同酬”原则。同值同酬允许男女职工之间的劳动报酬有合理区别,但是经过工作评鉴认定,男女职工两者之间的工作技术、能力、工作条件都相当的,则应获相同的薪资。

【参考文献】

- [1]于安秀:《我国女性就业歧视问题分析》,载《科技广场》2009年第4期。
- [2]曹艳春:《性别就业歧视的法律救济之思考——以实行配额制度为中心保障妇女就权》,载《政治与法律》2007年第4期。
- [3]秦丹:《性别平等意识下的女性就业歧视思考》,载《商》2013年第18期。
- [4]方金华:《论我国妇女就业歧视问题及对策》,载《温州大学学报(社会科学版)》2008年第6期。
- [5]郭毅玲:《关于我国女性就业歧视问题的法律思考》,载《天水师范学院学报》2008年第3期。
- [6]张妍妍:《论女性平等就业权的法律保障》,载《宁夏大学学报(人文社会科学版)》2009年第6期。
- [7]余秀兰:《女性就业:政策保护与现实歧视的困境及出路》,载《山东社会科学》2014年第3期。

⁶² 《〈中华人民共和国劳动法〉若干条文的说明》第46条规定,同工同酬是指用人单位对于从事相同工作、付出等量劳动且取得相同劳绩的劳动者,应支付同等的劳动报酬。

转型时期我国青年就业的困境及法律解决机制

张琳⁶³

【摘要】青年就业关乎经济发展和社会稳定，在我国经济转型的关键时期，青年面临失业率高、就业质量低的困境，就业形势相当严峻。这主要是由现有职业培训不发达、就业政策和法律不完善、以及社会保障不足等原因造成的。解决青年就业难的问题，要立足国情，借鉴国外有益经验，通过完善相关立法，不断加强职业技能培训，提升青年的就业能力；完善就业服务体系，增强失业保险对促进就业的作用；健全劳动标准体系和劳动关系协调机制；多方配合，实现青年充分就业和体面劳动的目标。

【关键词】青年就业 劳动法 体面劳动

青年是社会的未来，就业是民生的根本。在我国经济转型的关键时期，从法律层面探索促进青年就业的机制，不仅是社会主义市场经济发展的内在需求，也是保障青年劳动权利和维护社会稳定的现实需要。

一、问题的提出——青年和青年就业危机

研究青年就业问题，首先应清楚何谓“青年”。各国对青年的定义存在很大差异，从低至7岁到高达39岁⁶⁴。但总的来说，对青年概念的界定主要是以适于工作的年龄为标准的：1985年，联合国相关文件将15~24岁的人口界定为青年⁶⁵。我国共产主义青年团团章指出：青年的年龄是指14~28岁。1992年出版的《中国青少年发展状况报告》将青年的年龄界定为15~35岁。在我国立法中，并没有专门对“青年”的概念进行界定。1994年的《劳动法》只规定了劳动者的最低就业年龄，即必须年满16周岁。由此可见，对青年的年龄界限并未达成统一认识。青年概念的

⁶³ 张琳，西北政法大学经济法学院劳动法和社会保障法教研室教师，西南政法大学在读博士研究生。电话：13572049266。

⁶⁴ 如在乌干达，青年系指从12岁到30岁，而在尼日利亚和孟加拉国，则是在18岁和35岁之间。

⁶⁵ 联合国大会第56届会议秘书长报告：《到2000年及其后世界青年行动纲领》，2001年7月。

不明晰不利于法律规定的制定与执行，不利于对青年实施法律保护。严格来讲，在不同社会阶段或不同研究领域，青年的定义应有所不同。根据我国《劳动法》的规定和综合各方观点，笔者将一般意义上的“青年”界定为：年龄在16至35周岁之间，生理发育已经成熟，人格基本形成的人⁶⁶。应该说明的是，“青年就业”语境下的“青年”还应当是具有劳动能力并且有从业意愿的青年。从法律角度讲，明确青年的概念并对其进行分类，有利于明确将青年作为一个需要特别对待的社会群体进行有针对性的法律保护。

从世界范围看，青年就业危机已经成为一个国际性难题。据国际劳工组织发布的《2015全球就业趋势和社会展望报告》显示：全球失业青年人数不断增多，达到平均每年6万人，2014年大约有7450万青年（14~25岁）失业；全球青年失业率不断上升，目前已超过13%，比其他成年人的失业可能性高出三倍⁶⁷。在我国，青年的就业形势也相当严峻。据中国家庭金融调查机构的报告显示：我国16岁~24岁的青年失业率已从2012年的8.1%上升至2014年的9.6%，尽管人们对我国青年失业率的具体数据仍有不同意见，但可以肯定的是我国青年失业率已经超过社会平均失业率4.09%的水平⁶⁸；而2016年高校毕业生将达到765万人，又创历史新高，以高校毕业生为主的青年就业群体加在一起约有1500万。可见，无论从青年失业率还是从青年失业人数的角度分析，我国青年未来的就业前景均不容乐观。

当前，我国正处于产业结构战略调整 and 经济发展转型升级的关键时期，不仅开始面临一些发达国家工业文明时期出现的普遍性问题，还经历着转型期阵痛带来的失业问题。对青年来说，就业与失业成为困扰他们发展的最大问题，伴随经济转型而生的中国式失业已拉开序幕。由于我国长期存在教育结构和劳动力市场需求之间的错位问题，导致一方面是持续的“用工荒”，另一方面却是青年尤其是大学生的

⁶⁶ 这只是以年龄为标准对一般意义上“青年”的大致界定。实践中，还有必要根据实际情况对青年进行进一步划分。例如：以年龄为标准，可以分为青少年和成年青年；以就业情况为标准，可以分为待业青年、正规就业青年和非正规就业青年；以户籍为标准，可以分为本地青年和外地青年……等等。

⁶⁷ 数据来源于国际劳工组织（International Labour Organization）报告：《World Employment and Social Outlook: Trends 2015》（《2015全球就业趋势和社会展望报告》），网址：http://www.ilo.org/beijing/what-we-do/publications/WCMS_339466/lang--zh/index.htm。

⁶⁸ 数据来源于国家统计局网站，网址：<http://www.stats.gov.cn/was5/web/search?channelid=288041&andsen=失业率>。

“就业难”。当人口红利逐渐消失、劳动关系日益多元化，许多深层次矛盾还将逐步显现，青年劳动力短缺将成为劳动力市场的常态、青年劳动者在劳动力市场上的弱势地位将愈加突显。青年就业危机的加深还可能造成青年群体内部不平等差距的拉大，随着时间的推移，青年内部获得体面工作方面存在的不平等将进一步加剧收入不平等，这一系列问题如果任其发展而不予解决，不仅不利于我国经济的健康发展，还可能会引发不稳定的社会局面。

然而，缓解青年就业难、为青年开拓体面劳动之路是一项复杂的、系统的工程，需要政府宏观经济政策、综合就业法律制度和各种微观措施的多方配合。其中，科学有效的法律法规不仅可以影响经济增长和发展，对青年劳动权利的增进也可以提供更有力的保护。当下的关键问题是找到我国青年就业存在的种种困境，分析原因，探索如何从法制完善层面为促进青年就业保驾护航、为青年开拓体面劳动之路。

二、我国青年就业面临的困境和消极后果

与成年劳动者相比，青年劳动者在劳动力市场的不利处境使其处于更加弱势的地位，在就业过程中的体面劳动赤字较大，面临诸多困境。

第一，青年劳动者的失业率高。首先，青年失业率高于总失业率水平且持续走高。上文论及的调查显示，我国青年失业率逐年升高，至今已达到 9.6% 的水平，而据中国青少年研究网调查报告预测，到 2020 年青年失业人数有可能达到 1955 万人，失业率会上升至 11.10%⁶⁹，不仅明显高于社会平均失业率，也高于成年劳动者失业率水平。其次，我国青年劳动者的失业情况比较复杂。一方面，各个年龄段、各种文化程度的青年都存在失业，尤以高校毕业生失业最引人注目。根据教育部的数据，每年约有 20% 左右的高校毕业生不能实现就业⁷⁰，另外，城镇失业率的学历分布呈倒 U 型特点。据西南财经大学某中心发布的报告称：2011 年，我国 21-25 岁初中教育程度城镇劳动者的失业率为 11.2%；高中及职高为 11.0%；小学及以下劳动者的失业

⁶⁹ 参见中国共青团站：《2005-2020年中国青年失业人数和失业率预测》，网址：http://www.ccyl.org.cn/zhuanti/tgjyz/qsnyj/qyht/200910/t20091027_305542.htm，2015年2月26日。该文摘自徐章辉主编：《青年失业现状与再就业政策评估研究》，中国百科全书出版社2005年10月版。

⁷⁰ 中国青少年研究中心课题组：《中国青年就业创业状况研究报告（2009）》，《中国青年研究》，2010年第8期，第34页。

率为 4.9%；大专学历的劳动者失业率为 4.1%，而大学受教育程度的青年劳动者失业率高达 16.4%，远超平均水平。到 2012 年上半年，大学及以上的劳动者失业率又上升了 1.3 个百分点⁷¹，即“学历越高失业率越高”。另一方面，由于性别歧视现象仍然较为普遍，与男青年相比，女青年更可能成为失业者。

第二，青年劳动者的就业质量低。青年就业的质量相较于成年劳动者而言更低。首先，由于普遍缺乏工作经验，青年劳动者往往从事较低等级的工作或兼职、临时性工作，青年从业的不安全感和脆弱性非常突出；其次，青年在工作中所获得的待遇和报酬更低，或者说青年从事低工资劳动的比例较高。而因为青年的低待遇，所以一旦遇到危机需要裁员时，更低的裁减成本使得雇主倾向于首先裁减青年，也就是说较低的就业水平进一步导致了青年更加容易失业⁷²。最后，青年就业保障水平较低。劳动保障水平是衡量青年职业质量的一个重要指标，但实践中，保障不足、水平偏低的问题比较突出，而且这种不足还会受到地域、户籍等因素的影响而更加严重，例如：外来青年的社会保障水平往往低于本地青年就业人群。

青年就业是青年生存发展乃至整个社会健康发展的基础，忽视青年就业问题将会付出沉重的代价。

首先，造成政府资源浪费。青年本应该是劳动力市场上的生力军，但部分青年却因为各种原因而不得不失业，这对正快速发展并迫切需要吸收更多劳动力的我国经济发展来说是极大的资源浪费⁷³。青年失业也意味着政府教育事业和培训投资的浪费，税收基础的减少和更高的社会福利费用，从长远发展来看是极为不利的。

其次，阻碍青年自身发展。青年向成年生涯的成功过渡，如经济的独立、自主等都有赖于能够体面地劳动。在青年阶段陷入失业或从事低报酬、危害性的工作，将对其就业能力、收入和获得体面的工作造成长期的伤害，加重家庭的经济负担。同时，找不到工作会使青年产生挫折感、无助感和对自身的怀疑及否定。失业时间越长，对失业青年造成的心理伤害就越大。长期的失业状态会弱化失业青年的就业意志和工作能力，并影响其今后的发展。

⁷¹ 该数据来源于西南财经大学中国家庭金融调查与研究中心发布报告《中国城镇失业报告》，<http://365jia.cn/news/2012-12-10/17C7940771AF3A5C.html>，2013 年 8 月 1 日。

⁷² 刘勇：《欧洲青年就业促进法律与政策研究》，《政治与法律》，2012 年第 6 期，第 122 页。

⁷³ 秦建国：《我国青年就业问题研究综述》，《青年探索》，2006 年第 6 期，第 24 页。

最后，不利于社会稳定。青年失业可能会带来其对社会感到失望、诱发犯罪率上升等一系列社会问题。并且，失业青年的工作与生活没有保障，就极易产生对社会的逆反情绪。在世界各国，青年的高失业率往往伴随着突然升高的自杀率、提高了的犯罪率以及由此造成的社会不安定甚至政局不稳定。

三、我国青年就业困境的原因分析

造成青年就业难的原因是多方面的，既有劳动力市场需求和政策法律等外部原因，也有青年自身的原因。

（一）青年就业市场的供需不平衡

据人社部调查数据显示，从2011年到2013年以来，企业对大学生的实际需求一直在下降。聘用高校毕业生企业的比例下降比较明显，2013年一季度比2011年一季度下降了20几个百分点⁷⁴。2015年起虽然大学生就业情况有所好转，但青年失业率仍高于其他失业群体。再反观我国的就业岗位供应情况不难发现，虽然近年来我国经济始终以7~8%的速度增长，但失业率却不断攀升，每年国家新增岗位非常有限。这源于人口增长、劳动力供给增加、大学扩招等一系列原因，使得本就有限的就业岗位不能满足劳动力供给需求，劳动力市场供大于求的局面成为常态，给青年人的就业带来了一定困难。

我国青年中存在较为突出的是技能性结构失业、地域性结构失业和观念性结构失业。首先，由于产业升级换代、经济结构调整、新技术应用等原因，对劳动力的技能提出了新的要求，而我国相当一部分青年缺乏对市场和自身的了解，盲目选择专业，导致不能适应市场要求而失业。其次，我国的地域性结构失业较为突出，比如在我国一些大城市已出现人才高消费现象，但在大量中小城市、县城，特别是西部地区，却面临人才特别是高学历人才的严重短缺。这些地方经济和社会发展相对落后，急需人才来推动发展，改变现状；而青年往往不愿意到这些地方就业，这也是导致近年来就业悖论的原因之一。最后，青年陷入就业困境很大程度上与其就业观念偏差有关。以大学生为例，大学毕业生对初次入职的薪资期望较高，普遍希望在相对稳定的国家机关、事业单位或收入相对较好的三资企业、高新技术企业就业。

⁷⁴ 网易新闻：《青年失业率缘何更高？》，网址：
<http://news.163.com/14/0304/05/9MFJ4AAT00014AEE.html>，2014年3月4日。

但入职后往往会因为实际情况与期望之间存在较大差距而频繁离职。青年劳动者就业观念不正确、对岗位的期望值脱离实际也是造成失业的重要原因。

（二）促进就业的法律法规不完善

在世界范围内，青年就业都是备受关注的问题，很多国家都是通过加强和完善立法来解决及缓解青年就业这一难题的。而从我国目前法律法规的运行来看，尚有许多需要完善和落实之处。

1、**我国就业促进立法不完善，没有反就业歧视立法。**我国于2008年1月1日起施行《就业促进法》，该法是我国就业促进方面的第一部基本立法。《就业促进法》具有先进的立法理念，但其主要不足在于法律规定过于原则。以就业歧视为例，该法对就业歧视概念的界定进步不大，对追究就业歧视行为的法律责任规定比较抽象，实质性的作用效果不明显，这就使得遭受歧视者难以通过法律手段获得救济。而对青年劳动者而言，在求职以及就职过程中遭遇就业歧视已经非常严重，但缺乏专门具体的反就业歧视立法进一步加剧了青年就业难的境况，成为阻碍青年就业的第一个绊脚石。

2、**没有专门针对青年就业的法律规范。**我国针对青年就业的法律存在立法空白，而国外很多地方都有专门针对青年就业的立法或政策。例如：日本自2004年起就开始实施青年就业援助“YES计划”（Youth Employability Support Program），帮助青年人掌握企业所重视的职业能力，缩小企业对青年职业能力要求与实际水平之间的差距，帮助青年实现就业⁷⁵。德国青年就业的法律法规较为完善，先后颁布了一系列与青年就业相关的法规，使青年就业项目的实施以及就业前的培训成为一种专门性、强制性的社会义务，也成为历届政府执政期间必须考虑的要务⁷⁶，在实践中，也确实起到了缓解和解决青年就业难的效果。我国专门的关于青年劳动权保护方面之立法空白，极易促使用人单位不重视或滥用青年劳动力，不利于增进青年就业。

3、**现有立法有诸多需完善之处。**我国劳动法律体系中的诸多立法都涉及到就业促进的问题，但需要充实和完善以适应转型时期的需要。前文已经论及，我国青

⁷⁵ 亚玫，樊晓光：《日本青年就业援助政策的实施及启示》，《哈尔滨职业技术学院学报》，2012年第4期，第112页。

⁷⁶ 林燕：《德国青年就业政策及对我国的启示》，《北京青年政治学院学报》，2006年12月，第12页。

年劳动者中的相当一部分从事着兼职或临时性工作，在非正规部门就业，而且在工作中常常遭遇到同工不同酬的对待。我国《劳动法》、《劳动合同法》虽然都对同工同酬做出了规定，但同工同酬的内涵和外延究竟如何确定？遭遇到同工不同酬对待的青年如何维权等问题没有得到彻底解决。再如：《劳动合同法》将非全日制劳动关系纳入调整，但仅规定了最高工作时间、最低小时工资待遇和设定工资支付周期三个方面，显然不利于保护众多非全日制劳动关系下的青年劳动者的权益。

（三）对青年的社会保障不足

应该说，失业问题是任何一个国家一定时期都不可避免的社会问题，但是科学完善的社会保障系统将会起到“减震器”的作用，可以缓解青年就业困境。我国的社会保障起步较晚，制度不完善，保障国民尤其是弱势群体的作用有待加强。

1、就业服务体系不健全。我国就业信息发布时间上的滞后性和发布渠道的狭隘性往往导致青年在求职过程中不能及时获取有效信息。青年缺乏对社会整体就业情况以及整体职业需求情况的了解，这或多或少加剧了其择业时的盲目性，以致为青年长期的职业规划埋下隐患。

2、职业培训机制不完善。青年普遍缺乏工作经验，技能不足。我国劳动法虽然规定劳动者有接受职业技能培训的权利，用人单位有提供培训的义务，但实际情况往往是多数用人单位考虑到要支付数目可观的培训费用而不愿意雇佣青年劳动者。而我国政府对青年入职前的职业培训产品供给不足，这就导致相当一部分青年就业能力缺乏而不符合用人单位条件以致难以就业，青年已经沦为就业人口中新的弱势群体。

3、失业保险水平有待提高。我国于2011年7月1日起开始实施《社会保险法》，该法第五章对失业保险问题进行了规范，但规定比较原则，保障水平不高。例如：我国失业保险的覆盖范围目前主要适用于城镇职工，对不是劳动关系下的青年劳动者保护不足；即使是劳动关系之下的青年劳动者也可能因为身份（如进城务工的农村劳动者）、户籍等因素被歧视对待。另外现有保障仅能维持青年的基本生存，且在保障方式上没有着眼于如何鼓励青年就业和提高青年就业的能力，保障的缺失不利于帮助青年劳动力进入就业市场。

四、国外促进青年就业的经验

青年就业是全球问题，近年来，各国的就业立法和政策中都十分关注促进青年就业，不少国家形成了卓有成效的一些制度，值得我国借鉴。

（一）德国促进青年就业的做法

在解决青年就业问题方面，德国的青年失业率一直被控制在较低水平，因而其青年就业政策在国际上常被视为成功的典范。究其原因，除了德国作为稳定的工业大国，就业吸收能力强这一因素之外，在其法律制度当中的职业教育和培训制度发挥了非常重要甚至是决定性的作用，是促进德国青年就业的关键⁷⁷。早在1969年，当时的联邦德国就颁布了《职业教育和培训法案》；1976年，根据对培训位置的规划和预测，德国颁布了《培训岗位促进法》；1981年，为了将职业教育研究与职业教育管理和规划相联系，德国颁布了《职业教育促进法》；为了改善对青年人的劳动保护并提供相应的就业咨询指导，德国还先后颁布了《青年人劳动保护法》、《联邦社会援助法案》、《儿童与青年服务法案》等一系列与就业相关的法规。这些法规的颁布，使青年就业项目的实施以及就业前的培训成为一种专门性、强制性的社会义务⁷⁸。德国高度重视青年职业教育和培训的目的非常明确，就是确保所有青年在进入劳动力市场之前都能获得高质量的职业培训，使青年劳动力符合市场的现实需求进而实现青年劳动者、用人单位、和社会利益的统一。

（二）法国促进青年就业的做法

法国作为欧盟的核心国家，在控制青年失业率方面出台了一系列政策，对于青年失业率的管控起到了一定效果。法国的青年就业政策第一是讲求效率，短期政策实现预期一般在两年以内，如果未达到预期效果会马上做出调整⁷⁹。第二是政策具有创新意识，其中比较有特色的政策有两项：一是“无障碍就业”（Emplois Francs）政策。根据法国2013年6月26日签署的第549号行政条例，法国政府在40个城乡结合部和132个敏感地带市镇，针对聘用16~30岁失业青年的企业由政府给予不同

⁷⁷ 刘勇：《欧洲青年就业促进法律与政策研究》，《政治与法律》，2012年第6期，第125页。

⁷⁸ 林燕：《德国青年就业政策及对我国的启示》，《北京青年政治学院学报》，2006年12月，第12页。

⁷⁹ 田文泉，桂泽元：《法国青年就业政策对破解我国大学生就业难题的启示》，《国际商务》（对外经济贸易大学学报），2014年10月15日，第112页。

程度的补贴，国家补贴的最高金额可达每人每次 5000 欧元⁸⁰。这一政策的提出在一定程度上减轻了青年就业市场上的地域歧视问题。二是“青年就业保障”（Garantie Jeunes）政策。根据青年就业保障政策，法国政府责成地方代表团，对就业困难的青年进行帮助辅导、制定就业规划和培训方案，同时由法国政府和欧盟扶持青年就业计划专项基金共同给予这些青年一定的资金补贴，符合要求的青年每月可领到其他政策性补助不相冲突的保障补助 433.75 欧元⁸¹。这一政策的实施提高了青年就业者的就业信心和竞争力，在一定程度上减轻了青年人在求职过程中的生活压力，也对促进青年就业市场供需不对称问题的解决起到缓解作用。

（三）日本促进青年就业的做法

日本促进青年就业的政策主要包括面向应届毕业生、未就业毕业生的就业支援政策，面向自由职业者等就业不稳定群体以及青年失业者的就业支援政策，以及培养激发青年职业意识的相关措施⁸²。例如：自 2002 年 4 月起，日本的公共就业服务机构就按照《关于（促进）未就业毕业生就业紧急支援项目》的规定，根据求职者的知识、技能以及相关职业经历等情况，为毕业后未就业的青年，实施就业援助，主要通过为青年提供职业体验以及开发实践性职业能力机会的方式来开展为企业选择合适人选。为了使该项制度进一步得到落实，日本政府对相关企业给予“青年安定雇用促进奖励金”，激励企业为青年提供职业讲习、职业实习以及推荐到专修学校等参加委托训练的机会。日本促进青年就业政策的特色是针对性较强，其目的在于最大程度地促进青年正规就业。

迄今为止，各国一直在探索如何应对青年就业问题的挑战，虽然应对这一挑战没有万应良方，但通过对典型国家所采取措施的进一步考察不难发现：第一，发达国家普遍高度重视青年就业问题，将促进青年就业问题纳入到国家长远发展并提到进行国际竞争的战略高度⁸³；第二，这些国家都出台了具体针对青年就业的法律，将

⁸⁰ 参见法国政府 2013 年 6 月 26 日、10 月 31 日决议：Arrêté du 26 Juin 2013; Arrêté du 31 Octobre 2013。

⁸¹ 参见 Décret n° 2013-880, Arrêté du 1er Octobre 2013。

⁸² 邸妍，车红霞：《日本促进青年就业政策及对我国的启示》，《人事天地》，2014 年 1 月 1 日，第 23 页。

⁸³ 刘勇：《欧洲青年就业促进法律与政策研究》，《政治与法律》，2012 年第 6 期，第 128 页。

促进青年就业纳入了法制化轨道。不仅针对青年就业的专门立法频繁而全面，而且有范围广泛的具体措施落实立法规定；第三，发达国家都建立了比较系统的青年培训和教育机制，尤其重视青年的职业培训。第四，发达国家的社会保障措施比较完善，一定程度上为青年就业解决了后顾之忧。这一系列有益的经验尤其是立法方面的有效措施，为我国促进青年就业提供了可供借鉴的良方。

五、建立和完善促进青年就业的法律机制，为青年开拓体面劳动之路

青年是社会发展的希望，青年就业问题无疑应该成为社会关注的焦点。解决青年就业问题，需要进行一系列连贯的、综合的工作，从青年进入劳动市场前的能力提升和创造无歧视的公平就业环境，到充分保障青年就业过程中的权利，法律法规的建设和完善大有可为。现阶段，应该高度重视及开展保障青年获得体面劳动的法律机制。

（一）加强职业培训，提升青年就业能力。

劳动力素质的高低影响着青年的就业质量，加强职业培训，是提升青年就业能力的有效措施之一。

第一，政府要大力发展职业技术培训，规范培训机构的管理。应该根据就业市场的需求变化，结合青年实际，积极培养技术型人才，并不断增强培训的针对性和实用性，使培训内容与市场需求相协调。随着经济发展，职业教育与培训应扩展为成人和所有未来劳动人口都必须接受的教育，是终身教育的重要组成部分，特别是成为青年群体社会服务体系的重要构成⁸⁴。为了保证青年劳动者培训权的实现，政府财政应该设立专项培训基金，专款专用，用于培训活动的开展。适当时也可借鉴国外经验，考虑进行《职业培训法》的立法可行性调研，如果具备立法条件，则将培训机制纳入法制化道路，以法律强制力保证职业培训的有序开展，并保证对职业培训工作的有效监督。

第二，引导用人单位的培训观念，鼓励用人单位对青年劳动者进行积极主动的培训和培养。一方面，在立法上强化用人单位的培训责任，明确培训关系中各方主体的权利和义务，通过完善劳动法服务期规定以及设置激励性法律条款等措施解除

⁸⁴ 李小娟，胡跃茜，虞希铅：《论高技能青年人才培养》，《中国青年研究》，2016年5月，第118页。

用人单位的后顾之忧；政府还可通过税收优惠等措施提升用人单位对青年进行培训的积极性。另一方面，现有劳动立法对不依法进行培训的用人单位处罚力度不够，应该完善对用人单位为劳动者提供职业培训方面的激励及惩罚性规定。

第三，高校应加强科学化的全程就业指导教育与服务，着力于加强青年学生职业规划意识的培养；应定期安排青年学生进行职业见习或实习，不断强化青年学生职业技能，累积工作的经验和能力；还应加强对青年学生的择业观的指导和教育，解决其求职过程中出现的不良情绪及心理问题，加强就业心理知识的教育并树立积极健康的择业心态。

（二）创造公平就业机会，消除就业歧视。

不断健全和完善立法，为青年就业创造公平、平等的法治环境，对实现体面劳动意义重大。

第一，要填补立法空白。如前所述，我国到目前为止还没有专门的反就业歧视立法和针对青年就业的专门立法。立法缺失给青年就业难问题的改善制造了不少障碍。因此，有必要出台专门的《反就业歧视法》，对就业歧视的内涵和外延、就业歧视的判断标准以及遭遇就业歧视的法律救济进行规范，为青年创造公平就业的环境。另外，可以借鉴国外经验，适时出台专门保护青年劳动者的《青年就业保护法》，该法的立法宗旨要体现出对青年就业实施特殊保护的必要性，要针对青年就业的特殊性设置促进或保护青年就业的具体规则，逐步将青年就业问题法律化。

第二，要完善现行立法。针对现行立法中很多规范过于原则的问题，要不断修正，提高立法的可操作性。例如：细化关于非全日制用工关系下劳动者权利的规定，明确约定服务期的双方当事人的权利义务等等。同时，还要适当加重违反法律法规对青年就业设置障碍或实施就业歧视主体的法律责任。

第三，健全相关配套法规。包括：完善我国的职业资格认证制度，提高职业认证的广泛性、有效性和权威性。对于青年劳动者而言，要认识到职业资格认证的重要性，积极参与职业认证活动；对于用人单位而言，要特别注意把职业培训和职业资格认证制度结合起来；对于政府而言，要更多的发挥规范和监督作用。

（三）提高劳动标准，增强青年职业稳定性。

青年就业的质量不高，稳定性较差，导致青年就业难问题的复杂化，应该结合我国实际，适当改善青年就业环境，提高劳动标准，增强其职业稳定感。

第一，严格执行最低工资和同工同酬制度。首先，要规范用工手续，青年在与用人单位签订劳动合同时，双方应对劳动报酬等涉及青年合法利益的重要事项进行明确具体的约定。其次，用人单位要根据岗位的特点制定合理的薪资标准，严格执行最低工资制度，依法执行正常的工资调整机制。最后，对不依法实行最低工资或同工同酬制度的责任主体进行权责相当的处罚，促使用人单位依法用工，真正实现同工同酬。

第二，科学提高劳动标准，改善劳动环境。首先，各类用人单位要积极采取措施改善本单位的劳动环境，努力实现单位发展水平与安全生产水平共同提高、单位经济效益与青年健康权益同步发展。其次，加快制定相应的法律法规，保护高危行业青年从业人员的身体健康和生命安全，提高其工资水平和福利待遇水平；建立职业危害监测、检查、管理和治疗康复与休养制度。最后，加强对用人单位安全生产情况的监督检查，严厉惩处危害青年劳动者身心健康的用工行为，督促单位改善劳动安全条件。

第三，建立和完善市场准入制度，在用人单位安全生产条件、劳动保护措施、安全教育培训、职业病防治、职工健康检查等方面建立严格而明确的国家标准，并对其执行标准的情况进行严格监察，坚决制止一切损害青年安全和健康权益的劳动行为。

（四）完善社会保障，增强失业保险对促进青年就业的作用。

社会保障水平的高低往往反映了一个国家或地区的经济发展水平和人权保护状况。不断完善我国的社会保障制度可以帮助遭遇到失业风险的弱势青年群体维持基本生存，这是改善青年就业难现状必不可少的措施之一。

第一，扩大社会保险覆盖面。要改革我国城乡二元结构的户籍制度，逐步破除原有户籍制度的限制，扩大社会保险的覆盖面，尽可能的将青年就业人群（尤其是农民工群体）纳入调整，为青年就业增加法律保障。

第二，健全失业保险制度。失业在任何国家都不可避免，但不能因为制度缺失使失业后的青年得不到保障而陷入贫困。因此，应该不断健全我国的失业保险制度，

不仅要扩大失业保险的适用范围，让更多地青年劳动者获得失业救助。还要根据青年失业者的特点，不单保障青年失业者的基本生存，更重要的是要变“输血”为“造血”，激励和保证青年失业者重新回到劳动力市场中。

第三，构建完善的社会救助体系。对青年进行就业援助，提高其职业能力，这是关系到政府、企业、学校、社会培训机构等部门的系统工程，需要各部门的通力合作。应该加快《社会救助法》的立法进程，专章规范青年就业援助问题。只有建立协调一致的援助体系，才能确保对青年实施就业援助工作的系统性和一贯性。

六、结语

青年就业事关国家的稳定和未来发展。十八大再次提出要贯彻劳动者自主就业、市场调节就业、政府促进就业和鼓励创业的方针，实施就业优先战略和更加积极的就业政策，引导劳动者转变就业观念，鼓励多渠道多形式就业，促进创业带动就业，做好以高校毕业生为重点的青年就业工作。因此，要从法制建设层面不断加强职业技能培训，提升青年劳动者的就业能力，增强就业稳定性；完善就业服务体系，增强失业保险对促进就业的作用；健全劳动标准体系和劳动关系协调机制；完善立法，多方配合，逐步实现青年充分就业和获得体面劳动的目标。

【参考文献】

- 1、徐章辉主编：《青年失业现状与再就业政策评估研究》，中国百科全书出版社 2005 年 10 月版。
- 2、刘勇：《欧洲青年就业促进法律与政策研究》，《政治与法律》，2012 年第 6 期。
- 3、田文泉，桂泽元：《法国青年就业政策对破解我国大学生就业难题的启示》，《国际商务》（对外经济贸易大学学报），2014 年 10 月 15 日。

- 4、邸妍，车红霞：《日本促进青年就业政策及对我国的启示》，《人事天地》，2014年1月1日。
- 5、郝杰英，杨守建：《青年就业的问题和对策——基于劳动力供求关系的分析》，《中国青年研究》，2005年第2期。
- 6、亚玫，樊晓光：《日本青年就业援助政策的实施及启示》，《哈尔滨职业技术学院学报》，2012年第4期。
- 7、林燕：《德国青年就业政策及对我国的启示》，《北京青年政治学院学报》，2006年12月。
- 8、郝杰英，杨守建：《青年就业的问题和对策——基于劳动力供求关系的分析》，《中国青年研究》，2005年第2期。
- 9、联合国大会第56届会议秘书长报告：《到2000年及其后世界青年行动纲领》。
- 11、国际劳工组织(International Labour Organization)报告：《World Employment and Social Outlook: Trends 2015》(《2015全球就业趋势和社会展望报告》)。
- 12、西南财经大学中国家庭金融调查与研究中心发布报告：《中国城镇失业报告》。
- 13、中国青少年研究中心课题组：《中国青年就业创业状况研究报告(2009)》。
- 14、李小娟，胡跃茜，虞希铅：《论高技能青年人才培养》，《中国青年研究》，2016年5月，第118页。

被派遣劳动者同工同酬权保护研究

陈春林*

【摘要】 供给侧结构性改革背景下，《劳动合同法》修改成为焦点。现行劳动法制对劳务派遣中被派遣劳动者同工同酬权利的规定缺乏具体操作性，导致目前我国劳务派遣的泛滥，客观上我国经济需要劳务派遣这一弹性用工形式提供发展助力，完善被派遣劳动者同工同酬权利显得紧迫而重要。我国二元用工体制造成了一定程度上的制度性歧视，同工同酬权的保障将有利于解决这一制度顽疾。同工同酬权在司法中得到具体的保障，应当从责任主体、适用标准、举证责任和救济途径四个方面进行规制，以完善我国的劳务派遣中同工同酬权利的制度保障。

【关键词】 劳务派遣 弹性用工 同工同酬 司法保障

引言

《劳动合同法》第六十三条规定，“被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。用工单位应当按照同工同酬原则，对被派遣劳动者与本单位同类岗位的劳动者实行相同的劳动报酬分配方法。用工单位无同类岗位劳动者的，参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。”该条文确立了我国被派遣劳动者的同工同酬权。有学者认为，就现行法而言，同工同酬属于一项“价值导引性突出、而技术操作性较差”的法律原则，其虽然具有一定的规则属性，并且有规则化的实践需求和立法倾向，但却并非典型的、完整意义上的法律规则，且难以实现向真正法律规则的转化。该原则的感召意义远大于保障意义。⁸⁵同时，相反的观点认为，同工同酬不仅是一项法律原则而且是法律规则、劳动权利；是劳动平等和反劳动歧视的重要内容。⁸⁶这两种对立的观点正反映了我国目前劳务派遣中被派遣劳动者同工同酬权利保障的混乱现状。

* 中南财经政法大学 2014 级经济法硕士研究生，邮箱 1505738951@qq.com。

⁸⁵ 冯彦君：“同工同酬原则的困惑与反思”，载《法商研究》，2011 年第 2 期。

⁸⁶ 王全兴、杨浩楠：“试论劳务派遣中的同工同酬——兼评《劳动合同法修正案》”，载《苏州大学学报》2013 年第 3 期。

当前我国经济正承受着巨大的下行压力，经济发展进入新常态，使得部分官员、经济学界和企业界人士将批评目光投向《劳动合同法》，认为是《劳动合同法》导致企业用工成本增加、降低企业竞争力，这种观点当然失于片面。《劳动合同法》被部分不懂得劳动法理的人士所误解，其中一个重要原因是该法对于劳资双方解雇权的不对等的限制，这种制度设计一方面是出于保护劳动者的基本权利，另一方面是需要构建一种和谐稳定的劳动关系。在进行改革开放至今的很长一段时间内，我国劳动力市场整体而言是供大于求，当然，除了一少部分高科技人才的供给跟不上发展的需求。所以，用人单位在劳动力市场上握有很大的主动权，这使得其可以通过竞价行为以更低的价格招收到一大批的廉价劳动力，在劳动合同法规定用人单位不得随意、非法解除劳动者时，用人单位认为现行劳动法制构建得不合理，甚至超前了 50 年。随着社会经济体制的不断深化改革，以及我国经济与全球经济的更加深入的融合，我国的廉价劳动力优势将不复存在，一些低技术含量的制造业纷纷转移到比我们国家更加落后的国家和地区，比如泰国、缅甸、老挝等等东南亚国家。我国反而出现了一系列的“用工荒”的状况。而对于一些国有大中型企业和机关事业单位而言，则出现了缩减编制、大量使用合同制工的趋势，编制内和编制外的员工在薪资结构和福利保障等方面存在着制度性的歧视，究其原因，主要是我国计划经济遗漏下来、改革还未彻底的二元用工体制。随着改革的深入推进，我国劳动法制建设和劳动司法改革将更加走向合理化。然而，通过对《劳动合同法》的反思，我们也看到一些立法价值和立法技术上的缺陷导致了《劳动合同法》易被攻击的根源。供给侧结构性改革要求在劳动法制建设中应当进行制度整合发挥合力，共同推进制度供给结构调整，提供供给制度的质量和效率。

一、同工同酬原则之普遍确立

同工同酬不仅仅是劳动法中的一项基本原则，而且是劳动者的一项基本人权，从近现代资本主义革命确立了人人生而平等的基本观念以降，历来为人们所重视。然而，同工同酬作为一种权利，得到规范性文件的认可并进入制度化构建轨道却是 20 世纪以来才得以完成的，这反映了劳动者权利争取过程的艰难曲折和人类文明进步之缓慢。

（一）同工同酬理念的发展

按照马克思主义观点，劳动价值具有无差别性，付出同等的劳动应当得到相同的回报。因此，我国在经济体制改革时便确立了按劳分配的收入分配原则，而同工同酬即是按劳分配的题中之义。尽管确立了按劳分配的基本原则，但对于具体到同工同酬问题时，学理上反而没有了统一的观点。

对于同工同酬，有学者认为，同工同酬是指劳动者在同样的工作岗位上做同样的工作，并且付出了与别人相同的工作量以及取得相同的工作业绩。⁸⁷有的则认为同工同酬就是同等条件下同等待遇，包括两个方面，一方面是劳动者具有同条件的学历、技能和工作经验；另一方面在市场经济条件下，相同条件下的劳动者工资待遇应当相同。⁸⁸信春鹰教授认为：“同工同酬是一个原则，是相对的，不是绝对的，即使是同一个岗位的劳动者，也有资历、能力、经验等方面的差异、劳动报酬有一些差异，只要大体相同，它也不违反同工同酬原则。”⁸⁹对于同工同酬的理解不仅仅在我国存在着理解上的巨大差异，即使在一些法制比较发达的国家的立法或者国际性文件中也存在着不同的规定。1951年国际劳工大会通过《男女同工同酬公约》中规定：“报酬”一词是指通常的、基本的或最低的工资或薪金，以及雇主因雇佣工人而直接或间接向其支付的其他任何现金报酬或实物报酬。凡因从事不同工作而由上述客观评定所规定的工人之间的不同报酬率，在与性别无关的情况下，不得被视为违反男女同工同酬原则。美国在1963年颁布《公平报酬法》，要求在同一组织中从事相同工作的男性和女性必须获得相同的工资报酬。欧盟在1973年《平等报酬指令》中将“报酬平等中的同工同酬”扩大到“同等价值的工作报酬相同”，对同工同酬作出解释，即消除在相同工作或者同等价值的工作中的报酬条件及报酬的各个方面对女性的歧视。德国2002年施行的《劳动力市场政策措施改革法》使临时劳动的框架条件得到合理的平衡，提高了临时性劳动在社会上的认可度，2004年的《雇员转让法》进行了根本性的改革，规定外界雇员与普通的固定雇员享有同

⁸⁷ 闫冬：“同工同酬原则的语境和困境”，载《环球法律评论》，2011年第6期。

⁸⁸ 土桦宇、万江合著：《劳务派遣法律实务操作指引》，中国法制出版社2008年第1版，第172页。

⁸⁹ 信春鹰著：《中华人民共和国劳动法释义》，法律出版社2007年第1版，第37页。

等的劳动条件和工资待遇，即平等原则或同工同酬。⁹⁰从国外关于同工同酬的规定来看，基本上是由最初的男女同工同酬作为起点，逐渐向更广泛的范围扩展，而对于同工同酬的具体标准，由于各国的经济发展水平和劳动法制的基本理念的差异，存在着不同的做法，而正是这种具体规定的差异直接影响着同工同酬这一基本价值取向在各国的贯彻实施情况。正如法谚云“无救济，则无权利”，当劳动者的同工同酬的权利受到侵害时，如何认定以及救济的途径将直接关系到劳动者的切身利益，也即劳动者是否实质上享有同工同酬的权利，尤其是2008年《劳动合同法》实施以来，越来越多的用人单位出于用工灵活性的考虑，将直接雇佣改为劳务派遣。⁹¹劳务派遣的泛滥与异化直接关系到劳动者切身利益。因此，考察我国现行的劳动法制关于劳动者同工同酬的制度设计就显得尤其重要。

（二）同工同酬在我国的制度构建现状

作为一个社会主义国家，工人阶级在我国的政治地位被定位得很高，工人阶级的典型代表即是广大的劳动者阶层，其劳动权利的保护历来受到高度重视，这也成为衡量我国劳动法制构建的晴雨表。但是，通过梳理我国在劳动者同工同酬这方面的相关规定时，笔者发现，这些规定大多是一些原则性很强、实际操作性却很差的规定，很难在具体的司法实践中得到高效的运用。《宪法》第48条规定：“国家保护妇女的权利和利益，实行男女同工同酬”，这里只规定了男女之间的同工同酬，而且就目前我国的宪法在司法中的运行来看，尚不支持宪法直接运用到司法裁判中来，这无疑使得我国宪法的这一良好愿望落空。

1994年通过的《中华人民共和国劳动法》是我国第一部专门规范劳动关系的法律，其在第五章的第46条明确规定：工资分配应当遵循按劳分配原则，实行同工同酬。同年，劳动部发布了《劳动部关于〈中华人民共和国劳动法〉若干条文的说明》中对同工同酬作出的描述是“‘同工同酬’是指用人单位对于从事相同工作，付出等量劳动且取得相同劳动业绩的劳动者，应支付同等的劳动报酬，”而“劳动报酬”则是指劳动者从用人单位得到的全部工资收入。尽管通过这部法律规定了我国劳动法领域中的同工同酬，但并没有构建起一套可以操作的制度体系，更遑论通过这种

⁹⁰ 董保华著：《劳动力派遣》，中国劳动社会保障出版社2007年第1版，第203页。

⁹¹ 林嘉、范围：“我国劳务派遣的法律规制分析”，载《中国人民大学学报》，2011年第6期。

规定进行劳动者权利的救济，因此，在供给侧结构性改革的背景下，如何完善劳动者同工同酬制度保障将成为一项需要解决的课题。一般而言，同工同酬分为两种，一种是反歧视意义上的同工同酬，即要求适用同一种制度，不能歧视对待；二是劳动标准意义上的同工同酬，即从事相同工作达到绩效相同或相似，那么所得报酬应该相同或相似。⁹²目前，无论是从哪一种意义上对同工同酬进行规范，在我国如果要将其运用到法院裁判中均存在一定的难度。首先，学理上并没有就“同工”和“同酬”的内涵以及外延形成一个统一的认识，如何认定相同或者近似岗位见仁见智。其次，随着社会的不断进步，职业类型日益多元化，对于职业劳动业绩的判断愈发难以适用整齐划一的标准。⁹³例如，上海市第二中级人民法院在审理某劳动争议案件⁹⁴时认为同工同酬是劳动法确立的一项基本规则，但由于劳动者存在个体差异因此不能简单以不同劳动者是否在相同岗位工作作为“同工”的标准而应综合考虑劳动者的个人工作经验、工作技能、工作积极性等特殊因素允许用人单位依此对相同工作岗位的劳动者在劳动报酬方面有所差别。鉴于同工同酬是一项基本原则，想要最大化的发挥其价值功能，就必须在具体案件类型或者针对具体情形进行处理。从我国对同工同酬的讨论来看，可以分为以下几个阶段：男女同工不同酬；正式工与临时工同工不同酬，也可称作在编职工与不在编职工同工不同酬；正式工与合同制工同工不同酬，也就是本单位职工与劳务派遣工同工不同酬。

我国进入到经济发展的瓶颈，企业面临着降低成本与升级转型，在人力资源成本这方面将不可避免的大量使用劳务派遣工，同时，国内目前已经出现了大量的不当派遣，如隐名派遣、自设派遣、虚拟派遣、派遣组织公营化等现象⁹⁵，越来越多的用人单位出于用工灵活性的维护，而被派遣者的同工同酬权屡受侵犯尤其引人堪忧。

二、同工同酬对劳务派遣的重要意义

如上文所述，我国劳务派遣目前存在着现实需求与制度供给的脱节，有必要对我国现行的劳动法制进行调整和修改，尤其是对于《劳动合同法》的修改呼声四起。

⁹² 陈嘉骏、李海明：“劳务派遣中的同工同酬问题研究”，载《江西社会科学》，2014年第9期。

⁹³ 王硕：“同工同酬在现行劳动法中的定位”，载《法学论坛》，2014年第4期。

⁹⁴ 参见上海市第二中级人民法院（2011）沪二中民三（民）终字第912号判决书。

⁹⁵ 郑尚元：“不当劳务派遣及其管制”，载《法学家》，2008年第2期。

对于《劳动合同法》的讨论，我国一共出现了两次热潮。第一次出现在 2006 年到 2008 年，即《劳动合同法》制定前后；第二次出现在今年两会期间，主要以供给侧结构性改革为背景。关于供给侧结构性改革的提出，主要是应对近几年我国出现的产能过剩、全要素生产率低、企业经营成本高、人口红利消失等经济和社会问题。其内容是改革供给体制机制，推进供给结构调整，这是一种调整方式的创新，而非西方所惯用的供给主义。中央提出供给侧结构性改革的目标在于提高供给体系的质量和效率。经济方式的转变是我国经济发展所面临的核心问题，我国现阶段的经济增长方式是一种有形要素投入型增长、过渡依赖自然资源型增长和人口红利型增长，而我们所要实现的是一种无形要素贡献型增长、更多依赖人力资源型增长和人力资本红利性增长。所以，供给侧结构性改革对劳动法制的核心要求是解决人口红利消失背景下解决人力资源供给问题。

（一）劳务派遣存废之争

早在制定《劳动法》的时候，就已经有不少学者表达出了对于劳务派遣的隐忧，认为其很有可能成为一种“合法”的制度性歧视，导致我国出现劳动领域的不平等状况，是一种资本主义的做法，董保华教授也曾在《劳动合同法》制定时预测我国可能出现某种用人双轨制的局面，并形成制度性歧视，引发社会矛盾⁹⁶。目前来看，这些担忧之中，有些问题出现了，而有些问题则显得是凭空想象的。出现这种认识上的巨大分歧的根源在于对劳务派遣的立法价值和制度功能欠缺统一的认识。

首先应当明确的是劳务派遣只是作为一种灵活用工的形式出现的，其与典型的劳动关系存在着显著的差异，其作为顺应劳动者择业观变化与短期就业而现实存在的就业形式，具有事实上的正当性。在世界性的劳动力供大于求的背景下，此种非典型用工具有用人单位主导的特征。⁹⁷在被派遣劳动者、派遣单位和用工单位三者之间，按照我国劳动合同法的规定，被派遣劳动者与派遣单位之间构成劳动关系，而与用工单位之间仅仅是一种事实上的提供劳务关系，用工单位与派遣单位之间应

⁹⁶ 董保华：“锦上添花抑或雪中送炭——析《中华人民共和国劳动合同法（草案）》的基本定位”，载《法商研究》，2006年第3期。

⁹⁷ 谢德成：“我国劳务派遣法律定位的在思考”，载《当代法学》，2013年第1期。

当签订劳务派遣协议，如此一来，被派遣者无论是与派遣单位还是与用工单位均难以形成如典型劳动关系中的那种明显的人身依附性和从属性。

其次，劳务派遣具有典型劳动关系所不具有的特殊功能，这已经为世界许多国家所认可。从雇佣角度上将，国际上将其定位为非典型雇佣序列，与直接雇佣相比，其只在临时性、辅助性、替代性岗位上使用。现代分工造就了劳资关系的多样化发展，稳定的劳资关系依然受到主流价值观的推崇，但是，一些特殊情形或者特殊岗位的出现，要求劳资关系具有相当的灵活性，而劳务派遣这一新兴劳动关系的出现，有效弥补了这一直接雇佣所存在的功能缺陷，这两者之间从应然层面上可以构成互补的效果。“此种人力需求上的转变，使得企业体内的劳动者被区分为两类，一类是企业内的核心劳动者，另一类则是企业外随时可以增加或者减少的、具有弹性的边缘劳动者，然而其权利义务内容却不相同。换言之，被派遣的劳动者（派遣劳工）的劳动条件，一般而言较原公司长期雇佣的劳动者为差，如何保障其权利，实需在立法上深思酌量。”⁹⁸

再次，劳务派遣这一新型用工形式的出现能够实现劳动力供给方和需求方的互利共赢。从求职者的角度来看，随着社会经济的发展，工资收入已经不再像之前那样在居民的日常收入中占有那么大的比重，一些人不再将工作作为生活中的唯一目标，所以，劳务派遣对于这类求职者具有现实的正当性，“因为这些劳工而言，派遣劳动可以达到节省求职、寻职以及应征时间。当然对有些劳工而言，派遣劳工可以满足工作多样化与实践弹性化之需求。尤其对于妇女而言，派遣劳动可以达到家庭与工作兼顾之目的，此外，提早退休劳工也十分肯定派遣劳动的弹性与多样化。”⁹⁹从企业的角度来看，对于一些具备临时性、辅助性和替代性的岗位使用劳务派遣是一种比较切实可行的做法，一方面节省了专门招聘新员工的时间和人力物力，另一方面，在劳务派遣工的管理上，用工单位也不用投入那么大的精力。当然这只是一种应然的状态，目前我国对于劳务派遣存在一种思维定式，容易不自觉地就以标准劳动关系的理论来解读劳务派遣，使得我国的劳务派遣偏离了其正确发展的道路。劳务派遣之弹性用工乃是劳务派遣存在的根本所在，也就是说，凡劳务派遣用工皆

⁹⁸ 杨通轩：“论德国劳动派遣法制”，载《劳动派遣法制之研究》，2000年版，第70页。

⁹⁹ 邱祈毫著：《台湾劳动派遣法制化之研究》，致良出版社2005年版，第89页。

属于弹性用工范畴，但不是为了增强弹性而使用劳务派遣工。¹⁰⁰但是，一些大中型国企却是巧借我国目前劳务派遣制度中存在的一些模糊或者漏洞的缺陷大量不正当使用劳务派遣，为了增强弹性，将一些本来应当按照直接雇佣来使用劳动者的岗位大量使用派遣工，以不再为编制、工资总额以及解雇等问题担忧，这种做法严重的损害了被派遣劳动者的合法权益。这使得我国在劳务派遣制度供给上进行修正补漏，加强这一制度在司法实践适用的明确性和准确性。

（二）同工同酬对于被派遣劳动者的特殊意义

《劳动合同法》第 62 条至第 65 条规定了我国劳务派遣中用工单位的义务和被派遣劳动者所享有的权利，其中，按照学者进行的梳理发现，被派遣劳动者最容易受到侵害的分别是职业稳定权、团结权、同工同酬权和社会保障权。而在这些劳务派遣问题中，同工同酬权的保障将会成为解决问题的最佳良方。首先，按照劳务派遣的弹性用工的本质，我国立法期望劳务派遣形成一种稳定的就业形式本来就存在着逻辑上的悖谬，《劳动合同法》第 58 条第 2 款的规定“劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立二年以上的固定期限劳动合同，按月支付劳动报酬；被派遣劳动者在无工作期间，劳务派遣单位应当按照所在地人民政府规定的最低工资标准，向其支付报酬。”这种刚性的规定背离了劳务派遣的本质，求职者如果追求职业的稳定性，完全可以与用人单位签订直接雇佣合同。而对于被派遣劳动者的团结权，这不仅仅是一个劳务派遣中存在的问题，在整个劳动法制中都是一大难题，当前我国劳动者的团结全仅仅具有某种宣示性的意义，实际上并未发挥实质性的作用，我们不能在整个劳动法都没有能够解决这一问题的现状下要求劳务派遣达到这种效果。对于被派遣劳动者的社会保障权，这里有一个前置性的问题有待解决，那就是我国同工同酬权中“同酬”的范围是什么，按照周长征老师的观点，“同酬”的内涵应当“除了工资以外，还可能包括奖金、佣金、认股权、人寿保险、养老金计划、医疗保险、住房补贴等一切与劳动关系有关的好处或权益。”¹⁰¹相较而言，被派遣劳动者的同工同酬权的保障更加具有现实的紧迫性和可行性。

¹⁰⁰ 郑尚元：“劳务派遣用工管制与放松之平衡——兼评《劳动合同法》第 58 条第 2 款”，载《法学》，2014 年，第 7 期。

¹⁰¹ 周长征著：《劳动法原理》，科学出版社 2004 年版。

从宏观角度来看，我国劳务派遣主要出现在国有大中型企业和一部分外企中，这些企业在吸纳就业群体之中发挥着重要的作用，对于同工同酬的贯彻实施很大程度上体现着我国市场经济发展的健康状况和社会和谐稳定。公平正义是社会和谐的一大保障，实现同工同酬就是在劳动法领域实现公平正义。另外，纵观人类发展史，市场经济的发展过程，本质上就是劳动者摆脱身份的束缚，增强社会流动性的过程。修改《劳动合同法》的一个长期目标就是要构建公平的劳动力市场，打破二元对立结构，实现一体化，实现同工同酬。王全兴教授认为“同工同酬原则的最终实现是解决劳务派遣问题的核心。”用人单位为了削减用工成本，大量使用劳务派遣，使得这一本应作为辅助用工的形式逐渐主流化和规模化，问题的根源就在于同工同酬原则被肆意践踏。如果同工同酬得到很好的规制，用人单位将自觉回归正常的用工模式。不难预想在今后的一段时间里，我国可能会出现劳动力供需的两极分化现象，有的企业招不到工人，而有的劳动者群体则面临求职的困境。正如王全兴教授针对楼继伟部长提出的《劳动合同法》降低了劳动力市场灵活性的疑问时指出，像富士康这种大型的代工企业，他们目前非常希望能够签订长期的固定期限劳动合同以防止出现用工荒的局面，而一些小微型企业则受订单影响较大，可以签订“以完成一定工作任务为期限的劳动合同”或者在满足临时性、辅助性和替代性的岗位上使用劳务派遣工。最后，实现被派遣劳动者同工同酬也是劳动法制的内在要求。我国劳动法的基本价值取向就是保障劳动者的合法权利，我国按劳分配的收入分配制度决定了在劳务派遣中必须坚持同工同酬原则，只有实行同工同酬，才能充分提高劳动者的工作热情和信心，才能让被派遣劳动者置身在平等的环境之中，没有束缚的进行工作，才能使得其积极主动地履行职责。如果同工不同酬，则会人为的制造不公平，长远来看不利于劳动力市场的稳定，严重损害劳动者的合法权益。

三、被派遣劳动者同工同酬权司法保护路径安排

目前，在我国劳务派遣领域中存在的最大问题就是被派遣劳动者的同工同酬权利无法得到保障，从而引发了一系列的次生问题，最终表现形式就是劳务派遣的泛滥。按照周其宏教授的观点“同工同酬原则始终不能真正实现的根源在于法律规定

上的漏洞。”¹⁰²针对法律上的漏洞，目前的处理方式主要有两种，一是进行立法上的完善，包括进行法律的修改；另一种做法是进行法解释学的构造，进行法律漏洞填补技术。笔者认为，在现阶段的《劳动合同法》修改的讨论热潮中，我们可以双管齐下，综合这两种方法来应对目前出现的劳务派遣同工不同酬的问题。

（一）构建劳务派遣双重劳动关系

目前，我国习惯于将标准劳动关系的理论应用在劳务派遣之中，根据《劳动合同法》第58条规定，劳务派遣单位是本法所称的用人单位，应当履行用人单位对劳动者的义务。那么，由此引发的问题是，保障劳动者同工同酬究竟是劳务派遣单位的义务还是用工单位的义务呢？从劳务派遣的实际运行来看，我们知道，劳动者和劳务派遣单位签订的劳动合同一般早于劳务派遣协议的签订，所以，劳务派遣单位往往无法预先知道用工单位的同类岗位或者相似岗位的薪酬状况，如果将这种义务仅仅加之于派遣单位将显得不合常理，而事实上，往往侵害被派遣劳动者同工同酬权利的正是用工单位，我国劳动法制在这方面目前却缺乏相应的保障性规定。劳动法学界对劳务派遣的法律关系，曾有一重劳动关系说、一重劳动关系双层运行说、双重特殊劳动关系说。我国之所以对于劳务派遣不承认双重劳动关系说，笔者认为，一方面劳动力不能脱离劳动者，而一个劳动者只能同时建立一份劳动关系，另一面，不承认双重劳动关系也有缓解就业压力的考虑，能力强的人如果同时和几个用人单位构建劳动关系，则整个社会的就业岗位将会减少。一重劳动关系表明了劳动关系主体的双边性、权利义务的全面性、责任主体的单一性，是劳动关系结构中“一对一”的关系。事实上，国外也有将劳务派遣定位成一重劳动关系的立法先例，如日本法将派遣机构定位为雇主，被派遣劳动者与派遣机构建立劳动关系，与要派单位形成指挥命令关系（服务关系），则派遣单位作为用人单位尚可勉强。¹⁰³由于劳务派遣的三方性已经打破传统劳动关系权利义务结构，即便是一重劳动关系立法的国家，如日本、德国，要派单位也不能全部免除劳动法上的责任。其实，对于这类问题，我国《侵权责任法》中已经有了一些突破性的规定，例如《侵权责任法》第34条第2款规定，“劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害

¹⁰² 王姝：“委员建议劳务派遣‘同工同酬待遇’”，载《新京报》，2012年第26期。

¹⁰³ 谢德成：“我国劳务派遣立法的模糊性及其改进路径”，载《法学》，2011年第8期。

的，由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应的补充责任”，这实际上已经具有了相当的双重劳动关系的功能。但是，反观我国劳动法领域，却出现了混乱的立法状况，事实上，劳务派遣可采取“单一雇主”和“联合雇主”的规制模式，两种模式，两种模式具有完全不同的特点，我国劳动合同法既没有建立起完整的单一雇主责任，又武断片面的完全排斥双重雇主模式，直接造成了雇主权利、义务、责任在派遣单位、用工单位之间的混乱配置，系统规范的缺乏，直接导致劳动者权益的落空。¹⁰⁴

实行“单一雇主”模式的国家同样注重对被派遣劳动者同工同酬权利的保护，例如《法国劳动法典》规定，被派遣劳动者的平等待遇包括劳动报酬，《德国劳务派遣法》规定的平等待遇限于工作条件和工资待遇。而对于实行“联合雇主责任”模式的美国，其法院一般依据实质控制标准确定被派遣劳动者的雇员身份和对其承担劳动保护的义务，被派遣劳动者一般属于派遣单位、用工单位的雇员，这两方主体均有义务对被派遣劳动者承担劳动法、社会法上的义务，如果没有明确的约定，二者对被派遣劳动者承担连带雇主责任。我国目前仅就被派遣劳动者应执行工作任务造成他人伤害引入了补充责任的规定，而对于被派遣劳动者的同工同酬权利以及其他的一些权利受到侵害时如何救济规定得有些混乱，在劳动保护义务方面采取“单一雇主”模式，而在违法后果承担方面则采取“联合雇主责任”模式，既缺乏理论上的统一，又造成实践中适用的困难，在现阶段出于保护被派遣劳动者的合法权利，应当突破标准劳动的一重劳动关系学说的枷锁，以非标准劳动关系的视角来构建我国的双重劳动关系模式，充分保障被派遣劳动者的合法权益。

（二）明确适用标准和参照对象

对于同工同酬中相同岗位如何界定、同酬的范围包括哪些，我国司法实践尚未达成统一认识，这是造成同工同酬难以运用到诉讼中的一个症结点。关于同工，《劳动合同法》第63条定位成“本单位同类岗位”或“用工单位所在地相同或者相近岗位”，这种规定显然是以岗位作为界定“同工”的标志。这种规定是符合劳务派遣的本质内涵的，劳务派遣作为一种弹性用工的形式，本来就是一个岗位性的概念，例如常年性岗位上使用正式工，临时性、季节性岗位上使用临时工，不同类型的用

¹⁰⁴ 参见张荣芳：“论我国劳务派遣法律规制模式”，载《法学评论》，2009年第6期。

工形式对分别与不同类型的岗位相匹配。其次，这种规定相对来说也比较容易认定，岗位设定是一个相对比较客观的标准，比较方便劳动者发现自身权益是否受到侵害。对于同酬的标准，由于被派遣者一般在用工单位工作的时间比较短，一些企业在工资发放方面采取的是综合计算方式，考虑了劳动者的工作年限和资历，所以不宜要求被派遣劳动者与用工单位正式员工报酬数额相同或者劳动报酬水平相同作为“同酬”的标准，而应当要求劳动报酬分配规则或标准相同即可。

判断被派遣劳动者与正式工是否岗位相同或者相似，应当注意不能只以劳务派遣协议和劳动合同所约定的岗位作为依据，还应当以派遣工所实际从事的岗位为依据，如果岗位名称和岗位职责内容相同或相近，则应当认定为岗位相同或者相近。

（三）派遣转直接雇佣规则

前文所述，我国劳务派遣主要在国有大中型企业之中存在，由于计划经济遗留下来的问题，我国仍在实施着编制这种带有很强身份色彩的用人体制，编制不够而工作必须完成这一岗位供给和需求之间的落差是造成这些企业大量使用派遣工的重要原因。引入派遣转直接雇佣规则将会出现两种结果，增加编制或者减少劳务派遣的使用。这从某种程度上或许会倒逼我国机关事业单位用人体制的改革，摒弃体制内和体制外的二元用工模式，构建平等公平的劳动力竞争市场。韩国法中规定，要派企业对使用达2年的派遣工人有雇佣的义务。日本《劳工派遣法》第42条第2款也规定，用工单位连续使用派遣劳工超过1年，便负有“立即雇佣之努力义务”，被派遣劳动者可以向用工单位提出雇佣要求，也可以在本次劳务派遣期满后7天内与自己的劳务派遣机构解除劳动关系。法国规定，被派遣劳动者合同到期后，受派企业可以雇佣他们为自己的员工，其工龄从录用前的三个月开始起算，并且可以免除试用期。如果受派企业在合同到期后继续使用被派劳动者而不订立劳动合同，那么其劳动关系视为无固定期限劳动合同。日本和法国均规定，派遣单位和用工单位在劳务派遣协议中关于禁止用工单位录用派遣劳动者的条款无效。

（四）完善举证责任制度

我国法律没有对同工同酬的举证责任规则作出规定，这种情形也不符合《法释【2001】14号》中由用人单位举证的情形，因此，当劳动者认为自身遭受同工不同酬待遇时，只能按照一般的民事证据规则由被派遣劳动者承担证明责任，由于派遣

工的弱势地位，其往往很难获得其他员工的工作条件和工资待遇的准确信息，甚至有些用人单位内部规定员工之间不准透露各自的工资待遇，这就使得很多劳动者无法证明其遭受了同工不同酬的待遇，从而导致败诉或者因达不到受理条件而不被劳动仲裁机构受理。为保障同工同酬的实现，针对现行证据规则存在的不足，笔者认为可以从一下三个方面进行努力：首先，赋予被派遣劳动者对相同或者相似岗位其他员工工资待遇的知情权；其次，适当减轻被派遣劳动者的举证责任，加重用人单位和派遣单位的举证责任；最后，对于被派遣劳动者因受到客观条件限制无法取得的证据，仲裁机构或者法院应当依职权主动收集。

随着我国廉价劳动力资源在国际市场上的逐渐丧失，劳务派遣这一用工方式在我国将会得到越来越普遍的运用，保障被派遣劳动者的同工同酬权利是实现社会公平正义的一剂良方，而这有赖于我国《劳动合同法》在劳务派遣方面的制度构建，值此《劳动合同法》修改热议之际，略表拙见，希望对此问题的解决有所助益。

台湾地区台风假制度分析及其借鉴

胡玉浪 方维忠¹⁰⁵

台风假是一个约定俗成的称谓，在法律上并无明确的界定。由于假的性质和种类决定了劳资双方的权利和义务，因此在展开研究之前需要对本文所使用的台风假概念进行界定。从实践层面考察，台风来袭劳工停止出勤的原因主要有以下几种：

（1）基于防灾避难、人道考量，于台风来袭之前由政府宣布企事业单位暂停营运，或者只维持必要运转人力，对所有员工或必要运转人力以外的员工采取事前统一停止出勤的预防措施；（2）台风来袭劳工本人或其家庭成员的人身或财产等受灾致害致无法正常出勤；（3）个别企业厂房、设备、原料供应等遭受台风袭击造成妨碍或破坏致无法正常运转而停工。其中，第一种情况属于依台风预报于事前由政府以放假形态统一实施的台风假；第二种情况属于劳工视个体状况申请事假的台风假；第三种情况属于企业停工问题，不涉及劳工的放假/请假权利。其中，台风期间政府宣布放假与劳工请假的主要区别是：前者是政府停止或限制雇主的营业活动；后者是在雇主继续经营之前提下免除个别劳工的劳动义务。^{106[1]}本文仅对台风来袭地方政府以放假形态统一实施的台风假问题进行研究，至于台风期间劳工请假或企业停工及其所引发的劳动给付障碍期间危险负担分配问题将另文探讨。

一、台风假之基础理论

1. 台风假的立法沿革

台风是形成于热带海面上的气压极低、风速极大的一种急速旋转的强烈涡流。虽然在盛夏高温少雨季节，台风能带来充沛的降水，有利于缓和或解除旱象，但从总体上讲，台风应属于灾害性天气。台风带来的狂风、暴雨、洪水和巨浪能冲毁海堤，淹没农田，损坏房屋，损毁树木，颠覆船只，破坏电力通讯设施，危害道路交通安全，给国民经济发展和人民生命财产造成巨大损失。据统计，侵袭台湾陆地的

¹⁰⁵ 胡玉浪，福建农林大学教授，法学博士；方维忠，北京大成（福州）律师事务所律师，法律硕士。

台风，从 1897 年至 1948 年共计 189 个，从 1949 年至 1996 年共计 218 个，百年下来有案可查者共计 407 个。为了使各级机关及公、私立学校在自然灾害发生时便于预防与抢救，减少人员伤亡和财物损失，台湾当局于 20 世纪 70 年代即订有《台风过境时各机关是否停止办公作业要点》，作为台风期间停止办公及上课的通报规范和标准，此后历经多次修订，2010 年为配合“行政程序法”的实施将该《作业要点》修改为法规命令，订定《天然灾害停止办公及上课作业办法》（以下简称《作业办法》）。《作业办法》统一了台风及其他自然灾害的放假标准、处理方式，成为各级政府部门和学校处理台风假问题的规范依据。

2. 台风假的法律性质

台风是影响我国台湾地区最频繁、最严重的自然灾害，虽然具体时间无法确定，但每年几乎都会周期性的遭受台风袭击却是事实。因此，虽然并无台风假的法律定义，但台风假这个用语其实已经在长年累月台风期间该不该放假的争论之中，在社会各界形成一定程度的权利感知与社会共识。从本质上讲，台风假不是“假”，而是因应自然灾害之权宜措施，其目的在于防灾避难，减少或防止台风袭击可能造成的人员伤亡和财产损失。

（1）从休假制度的目的功能考察。传统休假制度主要有两大功能：一是政治文化功能。在世界各国休假制度都深深打上政治因素、传统文化、民族习惯、历史传承甚至宗教活动的印记，其目的是便于公众参与纪念或文化活动，是政府为公共目的所定之假日，具有公共政策上的强制性；二是休息放松功能。对劳动者而言，休假有助于增加休息时间，消除工作疲劳，促进人格发展，丰富家庭生活，提升生活品质，促进劳动力的再生，是现代劳资关系中最重要劳动条件之一。“天然灾害（含台风过境者）发生时（后）其发布停止办公及上课，乃系因应事实上无法办公及上课之临时措施，其目的在于预防及抢救，以减少台风来袭生命、财务遭受损失。”

¹⁰⁷此与传统休假制度所具有之政治、文化、休息、娱乐功能完全不同。

¹⁰⁷行政院人事行政局 1998 年 11 月 3 日局考字第 027455 号函。

(2) 从体系解释的角度考察。台湾“劳动基准法”第 37 条规定：“纪念日、劳动节及其他由‘中央’主管机关规定应放假之日，均应休假。”从整体条文解读，所谓“其他由‘中央’主管机关规定应放假之日”，性质上自局限于与同条所列示之“纪念日、劳动节”等具有相同性质者为限，其所规定或指定应予放假的休假日，共通之处在于放假日期固定且该日具有某种社会文化意义。此与依台风预报于事前以放假形态临时实施的台风假，系基于台风即将来临并根据事发当时之台风预报资料判断、决定放假以减少人员伤亡或财产损失之情形，可谓完全迥异。

(3) 从行政机关的立场考察。台湾行政院人事行政局 1990 年 10 月 18 日局参字第 41602 号函规定：“查天然灾害（含台风过境时）发生时（后）其发布停止办公及上课，乃系因应事实上无法办公及上课之临时措施。”2009 年行政院劳工委员会（现劳动部）发布的《天然灾害发生事业单位劳工出勤管理及工资给付要点 Q&A》指出：“问：为何不将天然灾害（例如：台风）发生经宣布停止上班之日，订为‘台风假’？答：劳动基准法第 37 条规定，纪念日、劳动节及其他由‘中央’主管机关规定应放假之日，均应休假。上开各该应放假之日，明定于该法施行细则第 23 条，该条所列其他由中央主管机关指定应放假之日性质，属特定节日或与纪念日、节日有关系者。故如指定台风来袭停止上班日为应放假之日，不符合该条规定之立法意旨，无法据以指定。”可见，关于台风假不是传统和法律意义上的“假”，台湾行政机关的态度是持续而明确的。

3. 台风假的基本理念

(1) 生命至上的理念。人的生命具有最高的价值。生命权是最基本、最重要的人权。台风给人们的出行安全和户外劳动造成严重威胁，台风假作为防灾救灾的重要措施获得社会各界的广泛认同，但却发生减少上班天数的实际结果。对于临时增加的放假天数，劳工当然乐见其成，但雇主却抱怨增加了生产成本，劳工的生命权、健康权与雇主的经营权、财产权发生冲突。台风假的指导理念以及正当性在于：在预测天灾会带来严重灾害、伤亡可能的情况下，停止不必要或不具有紧急性的社会

活动，让劳工暂时脱离工作岗位，以回归家庭、防灾避难、照顾家人的人性化的理性选择。

(2) 预防为主的理念。隐患险于明火，防范胜于救灾。台风的发生，往往具有毁灭性的后果，对人类的生存发展构成重大威胁。但台风不能完全等同于不可抗力。不可抗力的特点是不能预见、不能避免并不能克服，独立于人的意志之外。随着科技的发展，人类社会对于台风灾害已经从完全被动的承受发展到能够相对准确的预报并积极预防以减轻损害的阶段。台风假的目的在于让人们在台风期间尽量避免出门或转移到安全场所，防范或减少可能造成的人身伤亡，保障生命财产安全。

二、台风假的决定与实行

1. 台风假的适用范围

台风假不是全民的假（如年节纪念日），也不是部分公民的假（如产假、生理假），而是受台风侵袭之局部地区宣告放假。对于未受台风影响的地区，则没有台风假的问题。对于受台风影响的地区，《作业办法》规定台风假的适用范围包括各级政府机关及公、私立学校（第1条），“国营银行、公用事业、生产事业、邮电、交通及其他性质特殊机构，准用本办法之规定（第16条）。也就是说，台湾各县市政府在台风日宣布的停止上班上课措施，仅限于各级政府机关、公立企事业单位、公立和私立学校，至于一般劳工则不在适用范围之列。

趋利避害是人类的天性与本能，防灾避难是人类社会的共同需求。台风来袭公务员（包括公立企事业单位人员、教师，下同）可以在家躲避风雨，避免台风可能带来的人员伤亡，劳工却仍得承担高度的伤亡风险被迫于台风天气通勤上班，其与享有台风假的公务员群体的制度差异，自然就会产生“同命不同价、健康不公平、制度不正义、社会不平等”的问题。实际上一般劳工与公务员在台风期间出勤上班都承担相同的交通风险以及更严重的劳动风险，没有任何正当理由能够说明，政府公告“停止上班上课”为何仅及于公务员，而给予劳工差别待遇。台风假应是一种不分行业、职业、部门和身份，针对全民共同需求的一种社会机制安排。

为了解决《作业办法》不适用于一般劳工的问题，回应劳工群体对台风假的制度需求，台湾行政院劳工委员会（现劳动部）颁发的《天然灾害发生时（后）劳工之出勤管理及工资给付处理原则》（以下简称为《处理原则》）规定：“事业单位劳工于天然灾害发生时（后）之出勤管理及工资给付事宜，依左列原则处理：一、天然灾害发生时（后），事业单位之劳工在何种状况下得停止工作，宜由劳雇双方事先订于劳动契约、团体协约或工作规则之中，以求明确；明订时可参照行政院颁《天然灾害发生时停止办公及上课作业要点》之规定。如事前并无约定，可参照前开要点及企业惯例，由劳雇双方协商办理。”¹⁰⁸与《天然灾害发生时停止办公及上课作业要点》（现《作业办法》）相比，《处理原则》仅处于劳动行政主管部门行政函释的层次，强制力不足，可操作性差。由于台风期间停止上班上课措施影响多数人的权利和义务，如未来政策上同意私人企业劳工亦比照办理，在公私部门台风期间停止上班上课措施几乎完全相同或大致雷同的情况下，基于立法经济，如提升《作业办法》的规范位阶，改以法律定之，并将适用范围扩及全民，同时加入劳工部分的处理规范，似乎各加周全、理想。^{109[1]}

2. 台风假的适用标准

一般来说，台风的风力等级与破坏力成正比，风力越大，破坏力越强。此外，处在台风风暴的中心与远离台风风暴的边缘，破坏力也各不相同。因此并非有台风就要放假，有台风经过的地区都要放假。是否需要放假以及放台风假的地域范围，需要视台风的等级及其影响程度而定。为了统一放假标准，《作业办法》第二条规定，台风灾害达到下列基准时，即可停止办公及上课：（一）依据气象预报，台风暴风半径于四小时内可能经过之地区，其平均风力可达七级以上或阵风可达十级以上时；（二）依据气象预报或实际观测，降雨量达附表之各通报权责机关停止办公上课雨量参考基准，且有致灾之虞时；（三）依据土石流警戒区预报或实际观测，达各地所定土石流警戒基准值，且有致灾之虞时；（四）风力未达第一目停止办公及上课基准之地区，因受地形、雨量影响，致交通、水电供应中断或通行、电力供

¹⁰⁸ 行政院劳工委员会 1991 年 7 月 12 日台劳动二字第 17564 号函。

应困难，明显影响通行安全或办公上课或有致灾之虞时；（五）停止办公、上课后，该地区因台风过境造成普遍性灾害，其风力虽已减弱，未达第一目停止办公及上课之基准，但须继续停止办公及上课，以利善后清理时。综上，台风假的适用标准需要结合风力、雨量、泥石流及其所引发的通行障碍、水电供应中断等多种因素而具体确定。

3. 台风假的适用程序

台风具有持续时间长、影响范围广、危害强度大等特点。不同于地震、海啸等其他自然灾害事前难以准确预测，随着现代气象学的发展，人们对台风的发源地和活动季节、台风的结构和天气、台风影响的范围和强度、台风的形成和消亡条件、台风的移动路径等都有深入的研究，对台风的形成过程和登陆时间已经发展出一定程度的准确预报以及预防准备的社会机制。为了方便社会各界提前做好防风避难工作，《作业办法》规定，当台风来袭地方行政首长决定“全天或上午半天停止办公及上课”时，必须于前一天晚间10点30分前通知传播机构并由传播机构于晚间11时前播放。而此通报，必须由“中央”气象局气象预报为主要参考资料。如果无法及时决定，最迟不得于“台风假”放假日当天早晨5时后播报。播报的目的是便于预防或抢救，以减少损失，所以必须在台风来袭之前就要做成决定。然而就常理而言，凡事只要是预测，就有可能产生误差。据了解，世界各国对台风行径预测的误差平均为一百八十余公里，对于台风平均风力的大小其误差值更难以准确预估，所以根据预测资料所作成之放假决定，难免会有失误。面对可能出现的台风提前或推迟来袭、风力骤然增强或减弱、台风路径变向或改道、台风带来的降雨量剧增或骤减等情形，导致政府宣布放假的时间太早或太晚、该当放假却未放假、放台风假却遭遇假台风等情况，劳资双方和社会各界切不可过于吹毛求疵、求全责备。¹¹⁰

三、台风假期间工资给付问题的解决

¹¹⁰在上海，就出现三次放台风假结果几乎没有遭遇台风剧烈袭击的情况，有网友在微博上调侃说：“2005年因台风放假，风和日丽。2007年因台风放假，风和日丽。2010年因台风放假，风和日丽。”市防汛指挥部回应称：“对待台风，宁可十防九空，也不可存一丝侥幸。”周思立、李艳秋：《网友调侃“台风假”变假台风 防汛部称不可侥幸》，《新闻晨报》2010年

台风假除涉及工作时间资源的调整之外，也引发劳资双方在工资给付权利和义务的争夺。雇主除担心经营进度和整体业绩是否会被台风“吹跨”外，也关注台风假期间工资负担如何解决，劳工则关心放假期间能否正常领到工资。台湾 1111 人力银行的调查显示，占 51.86% 的雇主认为台风的成本不应全由雇主负责，其中 32.01% 认为“完全不应该”，19.85% 认为“员工与企业各一半”，觉得自己应该负责全部损失者为 48.14%。^{111[1]}可以说，如何处理台风假期间的工资给付危险分配，是整个台风假问题中的一个重要症结所在。

1. 台风假期间劳工未到职时工资给付问题的解决

工资是劳动给付的对价，因此除法定特殊情况雇主应承担工资续付义务外，如果劳工未给付劳动，雇主无工资给付义务。对于台风假期间劳工未付出劳动时工资给付问题如何解决，台湾“劳动基准法”未作出明确规定，行政主管部门的态度亦历经变化。1987 年 3 月 20 日台内劳字第 487138 号函强调：“关于天然灾害发生，经政府有关机关宣布停止工作期间，劳工工资应否由雇主照给，宜由劳雇双方协商决定。”¹¹²行政院劳工委员会 1991 年 7 月 12 日台劳动二字第 17654 函规定：“天然灾害发生时（后），劳工如确因灾害而未出勤，雇主不得视为旷工，或强迫以事假处理，惟亦可不发工资。”2009 年台湾行政院劳工委员会劳动条件处颁布的《天然灾害发生事业单位劳工出勤管理及工资给付要点 Q&A》指出：“劳工因天然灾害无法出勤，与劳动基准法有关‘放假’之目的及概念不同，亦难归责于雇主，然雇主本应照扶劳工，宜不扣发工资。”可见，台湾行政主管部门关于台风假期间工资给付问题的立场从“宜由劳雇双方协商决定”、雇主“亦可不发工资”转变为雇主“宜不扣发工资”，也就是从“默认不发工资”到“鼓励正常给薪”，但是否给付工资仍由雇主决定。

根据民法原理，因可归责于债务人之事由致给付不能者，债权人得请求损害赔偿；因可归于债权人之事由，致给付不能者，债务人免给付义务，但有权获得报酬；因不可归责于双方当事人之事由，致一方之给付全部不能者，他方免为对待给付之

¹¹²另参见行政院劳工委员会 1987 年 10 月 16 日台劳动二字第 3928 号函。

义务；如仅一部不能者，应按其比例减少对待给付。上述民事责任分配体系建立在理性、对等之个人，依其自由意志从事交易或发生其他私权关系，有其体系之价值依归，不过将民法之一般归责模式适用于劳动关系时，对于劳工甚为不利，例如因为天灾事故、能源短缺或公权力禁止等原因造成企业无法营运，必须暂时停工，依一般之过失归责事由，雇主对此并无故意过失，难以认定其具有可归责性，停工原因成为非可归责于双方当事人之事由，劳工虽免除劳动给付义务，但雇主同时亦免除工资对待给付义务，公平表象实含不平等内在，并危及劳工生存。^{113[2]}由此可见，劳动法与民法不同，劳工具有社会保护必要性和对工资的高度生存依赖性，“将一般的民法规范应用于劳动关系中的给付障碍会失去利益公正。”^{114[3]}

从劳动法的角度考察，台风假期间工资给付危险分配问题并非逻辑问题，而是政策问题，亦即处理劳动给付危险负担问题时，主要应考虑采取何种方式来分散履行契约的危险，才能使双方当事人的契约利益处于较为公平的状态。^{115[1]}由于雇主主导企业并组织企业的整个生产流程，其承担经营责任，也享有经营收益，因此规定台风假期间雇主应当继续支付工资较为妥当。这是因为相对于劳工而言，由雇主承担台风假期间的工资给付风险在经济上是可以承受的，因为他可以通过计划准备进一步避免一些停工，剩余的风险在所有情况下都可以进行投保并且通过价格形成也可以将风险转嫁给消费者。^{116[3]}前述调查数据也证明，有近半数的雇主确有意愿和能力承担台风假期间的工资给付危险责任，规定台风假期间雇主应当继续支付工资具有必要性和可行性。

2. 台风假期间劳工到职工资给付问题的解决

在现实中，因行业性质、岗位职责、经营需要、抢险救灾等原因，台风假期间劳工正常出勤的现象比较普遍。根据台湾 1111 人力银行的调查统计，当台风来袭政府宣布放假时，仍有 19.35% 的受访企业主秉持“生命诚可贵，业绩价更高”的原则，不会遵照办理；占 8.68% 的雇主“视职务性质而定”；占 20.97% 的雇主曾在台

风假期间临时取消假期，请员工赶回上班，此种情形以民生消费、制造业和工商服务业最多。^{117[1]}台风假期间劳工到职工资如何给付，需要视不同情形确定。

(1) 台风假期间劳工正常出勤有权获得工资。劳动关系之目的，在于劳工将其劳动力置于雇主可支配的范围内，劳工由此获得已约定之报酬请求权。^{118[4]}因此，只要台风假期间劳工正常出勤，并将其劳动力置于雇主可得支配的范围内，即使因为天气的原因雇主无法受领劳动，雇主也应当继续支付工资。

(2) 台风假期间劳工正常出勤有权获得加成工资。台风假期间劳工因工作需要或应雇主要求正常到职时，雇主是否应当加成给付工资或者于事后补假休息？行政院劳工委员会 1991 年 7 月 12 日台劳动二字第 17654 号函指出：“天然灾害发生时（后），……劳工如到工时，是否加给工资，可由雇主斟酌情形办理。”行政院劳工委员会 1996 年 5 月 17 日台劳动二字第 116602 号函指出：劳工于工作日因天然灾害停止工作，该日并非劳动基准法第三十六条至第三十八条之假期，故无该法第四十条之适用。该日劳工如应雇主要求而到工时，工资如何发给及应否补假休息，可由劳雇双方自行协商决定。2009 年发布的《天然灾害发生事业单位劳工出勤管理及工资给付要点》（以下简称《给付要点》）第 7 条规定：天然灾害发生时，如工作地、居住地或上班必经途中任一辖区首长已通告停止办公或工作所在地未通报停止办公，但因天然灾害因素阻塞，劳工无法出勤工作，雇主宜不扣发工资。但应雇主之要求而出勤，雇主除当日工资照给外，宜加给劳工工资，并提供交通工具、交通津贴或其他必要之协助。可见，台风假期间劳工正常出勤雇主是否加成给付工资，行政机关的态度从“由雇主斟酌情形办理”、“劳雇双方自行协商决定”转变为“除当日工资照给外，宜加给劳工工资”，也就是由允许不加成给付工资到提倡加成给付工资，唯不具有强制性，是否加成给付工资仍由雇主决定。

台风假时间本属于劳动契约约定的劳工履行劳动给付义务的时间，并不属于雇主要求延长工作时间和周休日、法定节假日加班时间，并不符合“劳动基准法”第 24 条、第 37 条的构成要件，因此，雇主对于台风假期间正常出勤的劳工不支付加

班费确不违法。唯从法理上讲，在天然灾害期间雇主对于未出勤的劳工宜继续支付工资。基于公平和人道考量，对于台风假期间配合企业要求或因应业务需要冒险出勤的劳工，雇主除正常给付当日工资外，自应另加成给付工资，并提供交通工具、交通津贴或其他必要之协助。至于加给的金额或比例，可以由雇主与工会、劳资会议或劳工本人协商确定。根据 2008 年台湾 1111 人力银行的调查统计，尽管职员冒着生命危险在台风天上班，但高达 66.86% 的雇主仍然依照一般上班日的行情给薪，只有 10.65% 的雇主按平日加班费的 1.33 倍或 1.66 倍加发当日薪资，视为假日加班给付 2 倍薪资的则有 13.61%；另有 26% 的雇主为感念员工“情义相挺”，会提供薪资以外的其他福利，例如补假、记功嘉奖、列入绩效评估、发放交通津贴、提供餐点、派公务车接送。^{119[1]}尽管台风假期间劳工正常出勤愿意加成给付工资的雇主只占总数的四分之一左右，但也说明规定雇主应当加成给付工资具有一定的可行性。

3. 台风假期间劳工到职并加班时工资支付问题的解决

(1) 台风假期间劳工到职并超时工作。台风假期间一些劳工不仅必须照常工作甚至需要加班加点。对于台风假期间劳工到职并超时工作时的工资给付，行政院劳工委员会 1987 年 10 月 6 日台劳动二字第 3928 号函指出：“……但因天灾，必须于正常工作时间以外工作者，依劳动基准法第二十四条及三十二条规定，工资应按平日每小时工资额加倍发给之，并应于事后补给劳工适当之休息。上述有关事项，应列入工作规则中，报请主管机关核备，并公开揭示之。”“劳动基准法”第 24 条规定：雇主延长劳工工作时间者，其延长工作时间之工资依左列标准加给之：一、延长工作时间在二小时以内者，按平日每小时工资额加给三分之一以上。二、再延长工作时间在二小时以内者，按平日每小时工资额加给三分之二以上。三、依第三十二条第三项规定，延长工作时间者，按平日每小时工资额加倍发给之。第 32 条第 3 项规定：“因天灾、事变或突发事件，雇主有使劳工在正常工作时间以外工作之必要者，得将工作时间延长之。但应于延长开始后二十四小时内通知工会；无工会组织者，应报当地主管机关备查。延长之工作时间，雇主应于事后补给劳工以适当之休息。”可见，与正常工作日延长工作时间不同，台风假期间劳工到职并加班，其

加班工资不是按加给三分之一或三分之二计算，而是加倍给付，并应于事后补给休息。

(2) 台风假期间劳工停止休假紧急出勤。“劳动基准法”第40条规定：“因天灾、事变或突发事件，雇主认有继续工作之必要时，得停止第三十六条至第三十八条所定劳工之假期。但停止假期之工资，应加倍发给，并应于事后补假休息。前项停止劳工假期，应于事后二十四小时内，详述理由，报请当地主管机关核备。”所谓停止休假，包括台风来袭前已经排定准备于台风假期间进行的休假，以及台风假期间正在进行尚未结束的休假。由于台风假期间雇主认为有使劳工停止休假继续工作之必要时，即有不经工会、劳资会议和劳工同意强制命令加班权限，故停止假期之工资除应加倍发给外，仍必须于事后补假休息，并应于事后二十四小时内详述理由报请当地主管机关核备。^{120[5]}

四、台风假期间劳工差勤管理问题的处理

1. 台风假期间雇主不得因劳工放假、缺勤、延迟到工而给予不利益待遇

考虑到台风期间劳工在工作地点以及上下班途中的安全，并防止雇主变相要求劳工于台风假期间照常出勤，《给付要点》第6条规定：“天然灾害发生时（后），有下列情形之一者，雇主不得视为旷工、迟到或强迫劳工以事假或其他假别处理，且不得强迫劳工补行工作、扣发全勤奖金、解雇或为其他不利之处分：（一）劳工工作所在地经辖区首长依《天然灾害停止办公及上课作业办法》规定通报停止办公，劳工因而未出勤时。（二）劳工工作所在地未经辖区首长依作业办法规定通报停止办公，惟劳工确因台风、洪水、地震等因素阻塞交通致延迟到工或未能出勤时。（三）劳工工作所在地未经辖区首长依作业办法规定通报停止办公，惟其居住地区或其正常上（下）班必经地区，经该管辖区首长依作业办法规定通报停止办公，致未出勤时。”也就是说，在台风灾害发生时，如工作地、居住地或上班必经途中任一辖区首长已通告停止办公或工作所在地未通报停止办公，但因天然灾害因素阻塞交通致延迟或未能出勤时，劳工可不出勤。例如劳工居住于桃园县，工作地却在台北市，

上班途经新北市，只要其中一县市宣布停止上班，即适用该规定。雇主不得视为旷工或强迫劳工以事假或其他假别处理，且不得强迫劳工补行工作、扣发全勤奖金、解雇或为其他不利处分。但在台风过境时（后），劳工奉派出差至台风未侵袭地区执行公务，因无生命、财产遭受侵害之顾虑，自无适用《作业要点》之必要，劳工不得以台风假为理由拒绝履行劳动给付义务。

2. 台风来袭学校放假劳工上班子女看护问题的解决

劳工不仅是企业的一员，同时也是家庭和的成员，必须有暂时脱离职业生活自由享受家庭生活和社会生活的权利。每个劳工背后都是一个仰赖其所得生活的家庭，所以对劳工的家庭责任提供法律支援，提供现实的选择机会，追求看护照顾子女、家人的家庭责任与劳动生活相互调和的观念趋势，是二十世纪后半叶劳动法问题的一个焦点。^{121[1]}台风来袭学校停课劳工家有就读高级中学以下的子女需要照顾，但劳工本人按规定需要照常上班，因而发生矛盾和冲突。此时劳工可依“性别工作平等法”之规定，向雇主申请家庭照顾假。家庭照顾假的日数并入事假计算，全年以七日为限，¹²²事假期间不给付工资。劳工依法申请家庭照顾假时，雇主不得拒绝，亦不得将劳工申请家庭照顾假视为缺勤而影响全勤奖金、考绩或为其他不利处分，违者将按同法第 38 条处以新台币 1 万至 10 万元整罚鍰。¹²³若劳工未能依“性别工作平等法”第 20 条规定请家庭照顾假时，亦得依《劳工请假规则》请事假，或与雇主协商排定带薪年假。¹²⁴

3. 台风假期间劳工出勤职业灾害事故的处理

台风假期间劳工执行外勤工作具有高度风险性，雇主应维护台风天气外勤人员工作之安全。行政院劳工委员会为协助雇主对台风天气外勤作业危害之辨识、评估及控制，特订定《台风天外勤安全指引》供事业单位参考。如评估认为有显著风险或有可预见之风险时应停止外勤。如评估后仍决定使劳工外勤作业，雇主应采取安

¹²²依《劳工请假规则》，事假一年内合计不得超过十四日。

¹²³参见《性别工作平等法》第 20 条、第 21 条、第 38 条，《劳工请假规则》第 7 条。

¹²⁴《天然灾害发生事业单位劳工出勤管理及工资给付要点 Q&A》之 3、之 4。

全防护措施，例如限缩外勤区域或以汽车、计程车为外勤交通工具及提供适当个人防护用具等，并由雇主或主管人员以书面指派，保存纪录备查。外勤人员受指派出勤发现现场存有风险，使生命遭受威胁，应以生命安全为重，不要冒险前往，如未达成外勤任务者，雇主不应予以不利处分。劳工执行职务中发生灾害，属职业灾害；劳工上下班途中发生意外事故，如非出于劳工私人行为而违反法令者，亦属职业灾害。劳工遭遇职业灾害造成残废、伤害或疾病，在治疗、休养期间雇主应给予公伤（工伤）病假，雇主应依劳动基准法第59条规定予以补偿。¹²⁵雇主明知有天然灾害，仍然要求劳工到职，若发生职业灾害，应解释为可归责于雇主之事由，除负补偿责任外，仍需依民法规定负赔偿责任。

五、结论与借鉴

台风假的设置，传递出很多人及其家庭因在台风来袭时没有放台风假致生活不便的讯息，以及尊重生命和人性的价值观。基于防灾避难保障生命财产安全之考量，台湾地区于20世纪70年代即制定《天然灾害停止办公及上课作业办法》，此后历经多次修订不断完善，内容涉及台风假的法律性质、适用对象与范围、通报程序以及台风假期间工资给付、差勤管理、子女照顾、职业灾害等问题的处理，为社会各界应对台风防灾减灾提供有效指引。主要不足是《作业办法》只是行政命令，也没有提及法源及依据，并仅适用于各级政府机关、公立事业单位及公、私立学校，不够完善。虽然劳动行政主管部门除要求参照《作业办法》适用外，另订有《天然灾害发生事业单位劳工出勤管理及工资给付要点》，但《给付要点》在规范效力、完善程度、工资给付危险负担分配等方面均有待完善。

我国大陆地区位于世界最大洋之太平洋西岸，每年几乎都会遭遇周期性的台风天气，因台风造成的人员伤亡和财产损失位居各种自然灾害之首。我国大陆地区关于台风假的规定和实施主要有以下特点：第一，我国法律、行政法规目前尚没有关于台风假的明确规定。例如，国务院颁布的《气象灾害防御条例》第18条规定：“台风多发区域的地方各级人民政府、有关部门应当加强海塘、堤防、避风港、防护林、

¹²⁵ 《天然灾害发生事业单位劳工出勤管理及工资给付要点 Q&A》之8。

避风锚地、紧急避难场所等建设，并根据台风情况做好人员转移等准备工作”，但是并无台风、暴雨（雪）、寒潮等气象灾害发生时应放假之直接规定。《广东省气象灾害防御条例》规定：“台风黄色、橙色、红色或者暴雨红色预警信号生效期间，托儿所、幼儿园、中小学校应当停课（第19条）；除必需在岗的工作人员外，用人单位应当根据工作地点、工作性质、防灾避灾需要等情况安排工作人员推迟上班、提前下班或者停工，并为在岗工作人员以及因天气原因滞留单位的工作人员提供必要的避险措施（第20条）。《天津市气象灾害防御条例》第二十三条、《江西省气象灾害防御条例》第三十四条等也有关于台风、暴雨（雪）、寒潮等气象灾害期间停产、停工、停业、停运、停课之相关规定。作为一种地方性法规，其规范效力与适用范围稍显不足。第二，从上海、浙江、福建等地实施台风假的实践看，目前宣布台风假的机构是各省（直辖市、地级市）级人民政府的防汛（抗旱）指挥部。但是防汛指挥部只是地方政府的内设工作机构，不是行政主体，不能对外承担法律责任，其作为发布台风假放假通知的机构欠妥。第三，实施台风假的直接目的仅限于要求各行各业停产停工停业停运停课停市以防灾避难，对于台风假的通报时机、通报程序以及实施台风假所引发的工资给付危险分配、差勤管理、子女照顾、职业灾害处理等问题均未涉及，急待发展与完善。¹²⁶

我国海峡两岸每年都会遭受周期性的台风侵袭，台风假均已付之实施，但在法律层面两岸均没有关于台风假的相关规定，台风假规定的效力等级与完善程度均显薄弱，特别是大陆地区虽有台风期间停产停工停业停运停课之相关规定，但不同地市各自为政，有关台风假的理论研究和制度建设急待加强。法律根源于社会生活，并用于规范与指导社会生活。如果说台风假的决定和实施意味着海峡两岸对此问题的看法已有共识，台风假法律规定的欠缺意味着我们应该继续进行相关思考来凝聚共识，以为台风假相关问题的处获得被大家所接受的具有法律层级和规范效力的定纷止争依据。

参考文献：（略）

¹²⁶ 2015年9月29日，台风“杜鹃”登陆，福建沿海等地风力强、潮位高、海浪大、雨情急，为确保师生安全，福州、泉州、漳州等市大中小学和幼儿园停课一天，个别学校甚至停课两天。厦门学生则顶风冒雨照常上课，这让不少孩子感觉“很受伤”，也让一些接送的家长抱怨。

美国高管薪酬追回制度最新发展及反思

——兼评美国 2015 年 7 月 1 日《高管薪酬追回制度建议稿》

江玉荣

【摘要】高管薪酬制度是公司治理的核心内容。薪酬追回制度是对高管行为的一种约束，目的是纠正高管薪酬与公司业绩增长、股东利益失衡现象，通过完善内控提升促进公司治理水平。从 2002 年《萨班斯法案》304 条首次引入到 2010 年《多德-弗兰克方案》再次强调，美国开启了高管薪酬制度的先河，但实际效果差强人意。2015 年 7 月 SEC 发布的建议稿对公司高管追回制度予以了更严格规定、覆盖面更广，它细化了规则，更具有操作性，必然会对上市公司、高管薪酬结构、证券交易机构等相关主体产生一定影响。

【关键词】 高管 薪酬追回 财务报告

一、美国高管薪酬追回制度之简单回顾

公司高管薪酬被认为是“Aunt Sally”¹²⁷，经济危机与层出不穷的会计丑闻也阻挡不住其一路上涨的态势。根据美国劳工联合会-产业工会联合会（AFL-CIO）发布的报告显示：2014年美国上市公司CEO平均薪酬上涨16%，达到13500万美元/年，是普通工人的373倍。¹²⁸高管薪酬制度是现代公司治理核心内容，它的问题不在于高管薪酬有多高，而是它和公司真实绩效的关联度。20世纪末以后频发的财务重述大量出现，特别是相继发生的安然、世通事件催化了高管薪酬追回制度的产生。¹²⁹作为

¹²⁷ Swann C., Today's Aunt Sally: Bankers' Pay, Fin. World, Nov. 2009, at 32, 32-34.

¹²⁸ Executive PayWatch 2015: CEO Pay Continues to Skyrocket
<http://www.aflcio.org/Blog/Corporate-Greed/Executive-PayWatch-2015-CEO-Pay-Continues-to-Skyrocket>

¹²⁹ 它起源于美国，对应的词有 Calwckback provisions, Recovery Policies、Reimbursement 等，如美国《证券交易法》（1934）在 10D 中就是使用了“RECOVERY OF ERRONEOUSLY AWARDED COMPENSATION POLICY”，这些词都有收回、追回以弥补损失的意思，台湾文献将其翻译成“索回”。在汉语语境中“索回”通常是发生在双方当事人之间，不涉及第三人，而“追回”不限当事人之间；另一方面，“索回”往往没有溯及力，“追回”有溯及既往的效力。基于以上考虑，翻译成追回更为贴切。

对公司高管行为的一种约束，高管薪酬追回制度是指根据法律规定或合同约定，以一定事项发生为条件，追回高管部分或全部薪酬的制度。¹³⁰2002《公众公司会计改革以及投资者保护法》(Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act) (以下简称《萨班斯法案》)首次创设了高管薪酬追回制度，该法案对在美国上市的公司提出了多项合规要求，尤其加大了公司高管违反会计制度的追责机制，其中的304条首次建立了高管薪酬追回制度，它规定发行人由于有不符证券法规定的行为并导致公司会计报表重述时，发行人有权追回首席执行官、首席财务官自该公司首次发行证券或自其在美国证交会备案之后(备案之后的财务资料中含有要求重述的财务报表)十二个月内，从公司获取的所有红利、激励性薪酬、权益性薪酬以及于该期间买卖公司证券而获得的收益。¹³¹根据法案304(b)，SEC(美国证交会)认为那些必要的和适当的人可以得到豁免，但仅此而已，没有进一步操作指南。《萨班斯法案》是“公众情绪下的产物”，整体操作性不强，其中追回条款中的“不当行为”、“实质性违反”并没有做出进一步澄清，SEC在已裁定的案件中也并没有明确界定。¹³²从实践来看，从2002年颁布到2007年，虽然有上千个财务重述的案例，但高管追回制度却没有实施一例。¹³³虽然《萨班斯法案》第304条明确规定只有证交会有权依据此条法律规定提起诉讼。到2009年，SEC几乎没有提起过相关案例，根据304节执行的都是司法上已经判决这些高管违反了法律需受到刑事追究，如“Cohen v. Viray”案。¹³⁴

2008年经济危机大背景之下，2009年6月奥巴马提出金融监管方案，2010年7月15日参议院通过最终版本，一个礼拜之后总统奥巴马签署《多德弗兰克华尔街改革和消费者保护法案》(Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act)。(以下简称《多德-弗兰克法案》)它是经济危机大背景之下美国对现行金融监管缺陷深刻反思的结果。该法案提出了加强高管薪酬监管的具体措施，包括增加股东话语权、强化薪酬委员会的作用以及高管薪酬披露的规定。在加强高管薪酬

¹³⁰ Earle, J. E., and A. Wilkerson, 2011, Dodd-Frank clawbacks: Hot issue for 2012, K&L Gates LLP report.

¹³¹ Sarbanes-Oxley Act of 2002, H. R. 3763, section 304, p. 34

¹³² Bizjak, J., R. Hayes, and S. Kalpathy, 2015, Performance-contingent executive compensation and firm earnings, TCU and University of Utah working paper.

¹³³ Michael H.R. Erkens, Ying Gan, B. Burcin Yurtoglu. Firm-Level Heterogeneity of Clawback Provisions.

¹³⁴ COHEN v. VIRAY DHB DHB, <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1539753.html>

管理方面，法案于第 954 条中加入了被称为“追回错误发放薪酬”的规定，其被广泛地称为追回条款，强制要求上市公司在特定情况下追回高管薪酬否则其将面临被强制退市的风险。“当公司的财务报告因实质性地违反了证券法的规定而需要重述时，公司应向前任或者是现任高管追回报告被要求重述之前三年内其所获得的超额薪酬”。¹³⁵与《萨班斯法案》相比，《多德-弗兰克法案》的显著不同在于规定所有的上市公司必须采用追回制度，而《萨班斯法案》中只有 SEC 才能启动追回程序。《多德-弗兰克法案》删去了不当行为作为薪酬追回的必要条件。但遗憾的是《多德-弗兰克法案》没有有效的指引，它实际上也只是一个大体框架，并没有很好地实施。2014 年为止，相关案件只有 31 件，其中 7 件审理完结，24 件还在审理之中。¹³⁶主要原因是规则存在模糊空间，实际操作性较差，在薪酬自治根深蒂固的观念下很难得到较大的突破，急需 SEC 发布相关细则指南。

在以上背景之下，2015年7月1日，在《多德-弗兰克法案》颁布五年之后，美国证交会提交了期待已久的薪酬强制追回制度实施细则《薪酬追回的上市标准》

（Listing Standards for Recovery of Erroneously Awarded Compensation）的建议稿（以下简称《建议稿》），全文在美国证交会网站等媒体公布并征求意见。《建议稿》细化了2010年《多德-弗兰克法案》中关于薪酬追回制度的规定，在薪酬追回关键环节如追回触发条件、追回薪酬数额、追回类型、适用对象、追回期限、公司董事会或薪酬委员会在追回中的权限等都作了澄清，使之更具操作性。

二、美国薪酬追回制度核心条款的发展

（一）薪酬追回制度的适用对象

薪酬追回制度的适用对象包括两个方面，一是必须强制适用的公司类型，有没有可以被豁免的对象；二是薪酬追回具体人员的界定，是仅限现任的CEO、CFO，还是包括更多的高管。《萨班斯法案》并没有规定公司必须强制性适用追回制度，《紧急经济稳定法》要求所有被救助的金融机构都必须强制采用追回制度。¹³⁷《多德-

¹³⁵ Dodd-Frank Act of 2010. H. R. 4173, section 954. p 529

¹³⁶ Allison K. Beck Clawback Provisions: How Sharp Are the Claws? An Analysis of the Deterrence Effectiveness of the Stringency of Voluntary Clawback Provisions <http://www.docin.com/p-1535190573.html>

¹³⁷ EESA, Section 111(b)(2)(B). EESA is amended by the American Recovery and Reinvestment Act of 2009 (ARRA)

弗兰克法案》954条后成为1934《证券交易法》10D（a）中要求所有上市必须制定和执行相关的薪酬追回制度以及与之相关的信息披露，否则就禁止公司上市或退市。¹³⁸但由于制度指引并没有随即出台，实际上这项规定并未严格执行，法案宣示意义大于实际。另一方面也产生诸多争议问题，如一些交易所允许外国公司可以不适用美国公司监管要求而遵守其本国的法律，那么是否需要遵守本条规定没有明确说明；另外，发行债券不发行股票的公司是否适用也有争议。《建议稿》对此进行了澄清，要求所有的上市公司包括小型报告公司、新兴公司、外国私人发行者、控制公司和仅发行债券的上市公司等都不能获得豁免，必须采用薪酬追回制度否则其将面临不能上市或被强制退市的风险。

薪酬追回高管范围的界定一直是争论焦点。2002年《萨班斯法案》304节将追回范围限定为现任的CEO、CFO，《多德-弗兰克法案》扩大到了任何接受激励薪酬的现任或前任高管。但对高管的范围没有作进一步界定，业界急需对“追回高管”范围进行界定。¹³⁹有些专家建议采用《证券交易规则》3b-7对高管的界定，包括总经理、负责主要业务部分的副总经理（如销售、人力资源、财务等）或者其他在公司决策中扮演类似决策的管理者。¹⁴⁰《建议稿》最终采用了Rule 16a-1(f)关于高管的定义，将追回对象界定为总经理、主要财务主管、主要会计主管，分管主要业务部分的副总，其他在政策制定中扮演类似角色的人，包括母公司或子公司如果扮演类似角色的高管。¹⁴¹《多德-弗兰克法案》954条将所有前任高管列为追回对象，《建议稿》则进一步确定了此项规定。

（二）触发条件

触发条件是薪酬追回中最为重要的部分，其规定在何种情况下能启动追回程序，是其他制度适用的前提条件。触发条件可被分为事件、行为以及个人职责。按照《萨班斯法案》304节和《多德-弗兰克法》954节的规定，追回高管薪酬的触发事件是

¹³⁸ (a) LISTING STANDARDS.—The Commission shall, by rule, direct the national securities exchanges and national securities associations to prohibit the listing of any security of an issuer that does

not comply with the requirements of this section.

¹³⁹ letters from Baker, Donelson, Bearman, Caldwell & Berkowitz, PC, Towers Watson and Robert E. Scully Jr.

¹⁴⁰ Exchange Act Rule 3b-7 provides that

¹⁴¹ Proposed Rule 10D-1(c)(3)

公司的财务报告实质性地违反了证券法的规定而需要重述。只有实质上违反才会导致追回的发生，并不是所有的重述都会产生追回。对于何为“实质性的违反”，美国司法曾经试图量化解释为违反事实对该公司股价的影响超过5%，但简单量化没有太多说服力了，因为影响财务重述因素众多。¹⁴²学者们对触发事件还有一个较大的争议：对于判定财务重述实质性地违反证券法之后，是否需要公司高管有主观上的过错(恶意或过失)。根据《萨班斯法案》304节规定的是“存在与证券法规定不符的行为或错误”，有的学者认为这意味着高管必须有主观上的过错，其薪酬才能被追回。后《多德-弗兰克法》并不要高管自身存在过错才会被追回，只要证明对理性投资者的投资行为产生影响就达到了“实质性违反”的标准，2016年2月份SEC处理的两个案例确定了此项规定。¹⁴³

并不是所有的财务重述都需要追回高管薪酬，业界急需进一步界定对于什么是“实质性违反”。¹⁴⁴一些建议者认为证交会应该出台相应指南或至少发布案例说明哪些是实质性违反、哪些不是。《修订稿》中SEC将财务重述定义为重述先前发布财务报告已修正一个或多个财务程序的结果界定为实质上的重述，但并没有具体界定错误性质，相反SEC用了排除法，运用财务标准将下列财务重述排除在追回制度管辖范围之外：如财务会计发生变化的回顾性修改；由于发行人的结构内部组织的变化重述的；中断经营而回顾性分类、公司重组等。

（三）追回触发和追溯时间

《萨班斯法案》规定公司财务报告重述被证明有误之时起12个月内高管所得的薪酬需要被追回。《多德-弗兰克法案》规定当公司的财务报告因实质性地违反了证券法的规定而需要重述时，公司应向前任或者是现任高管追回报告被要求重述前三年内其所获得的超额薪酬。但对追回触发时间和追溯时间没有具体界定，需要一步澄清。《建议稿》明确了触发时间不是财务重述确定的时间，时间早于下列之一的的时间：一是上市公司得出结论或应该合理结论财务出现实质性错误；二是法庭或监

¹⁴² James J. Park, Assessing the Materiality of Financial Statements, 34 J. Corp. L. 513 (2003).

¹⁴³ Joseph A. Hall, Accountability and the Pursuit of SEC Clawback Actions

<https://corpgov.law.harvard.edu/2016/03/02/accountability-and-the-pursuit-of-sec-clawback-actions/>

¹⁴⁴ See letters from Frederic W. Cook & Co., Inc., Towers Watson, Baker, Donelson, Bearman, Caldwell & Berkowitz, PC and Compensia, Inc.

管者或其他法定权力机构要求上市公司必须矫正其错误。另外一个就是三年的有效追诉期限，三个财政年度而不是36个月。如2019年7月发现财务重述并且实质性违反了，追回政策适用2016、2017、2018三年。如果2014年净利润是符合实质性错误构成要件的，那么2014 - 2016年的长期激励计划的三年累计净利润就涵盖在追溯范围内。¹⁴⁵

（四）追回激励薪酬界定

追回的薪酬种类被界定为公司业绩有关的薪酬，这一点在学界基本没有争议。《萨班斯法案》304节规定的是“全部奖金、激励性薪酬、权益性薪酬以及转让证券所得”。这具有惩罚性，非常苛刻，也欠缺公平。《多德一弗兰克法案》954节规定公司可以追回的仅是“超额薪酬”，所谓超额薪酬是指高管实际获得的薪酬与财务报告正确则高管应当获得的薪酬之间的差额。但是，差额在计算上也有一定的难度。如果支付薪酬的条件是可量化的指标，其差额比较容易计算；但如果支付条件是無法量化的指标，如何计算差额则有待明确。¹⁴⁶《建议稿》要求追回的数额是上市公司依重述的会计报表多支付给高管的激励性薪酬，追回时限是公司被要求重述会计报表时起三年内，将激励性收入界定为：任何收入包括基于全部或部分财务报告，既包括现金收入也包括股票收入，股票和股东收入的衡量是一个“合理评估”，上市公司必须披露这些评估。来自与财务无关的激励收入不再追回范围之内，如基础性薪酬、董事会或薪酬委员会基于自由裁量发放给高管的奖金、特定事项的奖金等。

（五）追回主体与董事的自由裁量权

虽然《萨班斯法案》304节没有明确规定追回主体为SEC，但联邦法院都一致判定只有SEC才有权依据《萨班斯法案》的规定向公司高管追回薪酬。《多德一弗兰克法案》将薪酬追回权明确地赋予给了公司(实际上就是公司的董事会)，显然是更为合理的选择。部分学者建议证交会发布清晰的规制指南或基础性原则指导发行人准确适用追回政策。《建议稿》进一步确认了公司作为追回制度主体，根据触发条件来启动相关程序。

¹⁴⁵ Listing Standards for Recovery of Erroneously Awarded Compensation

¹⁴⁶ Iskandar-Datta, and Y. Jia, 2013, Valuation consequences of clawback provisions, *Accounting Review* 88, 171-198.

研究者们争议的焦点是高管薪酬追回中董事会有无自由裁量权，如果有的话，范围有多大？《多德-弗兰克法案》954条给了董事自由裁量的空间，仅要求公司制定相关的薪酬追回政策，但没有要求公司在任何情况下，都必须无条件地追回高管薪酬。根据《多德-弗兰克法案》，部分学者认为董事会有权决定是否启动追回制度。反对公司董事会有自由裁量权的理由也很充分：首先，从法律规定上看，要求公司追回高管薪酬是强制性的，除非SEC作出例外规定；其次董事会和高管有千丝万缕联系，如果赋予董事会较大的自由裁量权，会有损追回制度目标的实现。《建议稿》在董事会自由裁量权的问题上做了折中，规定SEC清楚追回薪酬只有不损害股东利益的情况下在下列两种情况下有董事会决定可以不追回：一是追回的成本超过被追回薪酬数额；二是追回行为触犯了其本国的法律（针对在美国上市的外国公司）。同时规定任何不追回决定必须经过薪酬委员会决定（在薪酬委员会缺位的情况下，独立董事决定）。

三、美国高管薪酬追回制度最新发展的评析与经济分析

（一）美国高管薪酬追回制度最新发展的评析

《建议稿》实际上就是对《多德-弗兰克法案》954节的实施指南和操作指引，它要求美国所有证券交易所和证券协会都必须制定相应规则，以此作为公司上市的标准之一。《萨班斯法案》首次规定了高管薪酬追回制度，但并没有强制公司必须采用，适用对象仅限CEO、CFO，新的指南中涉及到的人员将更加广泛。一旦《建议稿》正式实施，所有的上市公司必须制定相应的薪酬追回制度，而且主要公司的高级管理人员将首次面临“无过错”追回，大概有4800家上市公司将会受到此条款的影响，根据SEC的估计，如果每家受影响高管是15人，受影响的将是72000名高管。¹⁴⁷同时公司补偿条款指公司通过章程、合同、公司内部制度规定对其董事、高管或其他员工就其因任何实际或可能的司法诉讼或调查而遭受的合理费用损失进行补偿。补偿是目前公司给予董事和高管的最为有效的保护措施。追回制度中需要澄清是否要补偿被追回薪酬的高管。SEC认为补偿会减损追回制度的效果，建议稿中将禁止给予

¹⁴⁷Joseph A. Hall Accountability and the Pursuit of SEC Clawback Actions
<https://corpgov.law.harvard.edu/2016/03/02/accountability-and-the-pursuit-of-sec-clawback-actions/>

被追回薪酬高管任何补偿。进一步规定，高管可以通过购买第三方保险对追回进行保险，但禁止发行人支付保费。综上所述，一旦实施这将是史上最为严格的高管追回制度，势必对公司财务报告、高管薪酬机制、公司及股东以及证券交易所产生一定的影响。

（二）美国高管薪酬追回制度最新发展的经济分析

1. 公司财务报告质量的影响

财务报告编制目的是向既有或潜在的投资者、公司债权人、监管机构、公众等提供企业经营成果、财务状况等信息，用于决策。高管薪酬追回制度的直接目的就是提高财务报告的质量。公司经营权与所有权相分离，必然会产生代理成本问题，激励薪酬改革初衷就是将高管、公司及股东的利益有效结合在一起，促使高管更好为公司服务，但也有可能诱使高管为了获取高额薪酬，通过财务违法行为来实现公司支付薪酬所需满足的条件。另一方面被追回薪酬的高管，其在人力资源市场上的声誉难免受损，职业发展必然会收到影响。在薪酬、声誉和职业发展前景的多重约束下，高管从事欺诈行为，操纵公司财务的可能性也将大大降低，同时也使高管分配更多资源完善财务报告。提高财务报告的质量主动性会增强。研究显示追回制度建立之后财务重述是在下降的，2005-2011违反财务准则平均每年是531件，2012为255件。¹⁴⁸

另一方面高管薪酬追回制度可以提高财务报告的质量，也要付出成本，尤其是对于计算比较复杂的薪酬如股票的回报，追回程序的启动到最终结果的实现，公司及股东可能要付出大量的人力、物力。如果规定重述财务报告高管需要返还其薪酬，在公司发现财务报告有错误时主动修正错误的积极性就会大打折扣。其次，在公司资源总量有限的情况下，如果分配更多的资源用于财务报告编撰，必然会减损其他方面工作。最后，财务部门可能会采取更为保守的方法编制财务报告，特别是对那些前景不确定的投资项目，这势必影响投资者和监管者的判断。¹⁴⁹

2. 高管薪酬结构的影响

¹⁴⁸ See Scholz, S. 2013. "Financial Restatement: Trends in the United States: 2003-2012." Center for Audit Quality

¹⁴⁹ Chen, M., D. Greene., and J. Owers, 2015, The costs and benefits of clawback provisions in CEO compensation, Review of Corporate Finance Studies 4, 108-154.

2015年美国标准普尔前500名公司高管薪酬结构分析，激励薪酬占到整个薪酬51%。如果全面广泛适用薪酬追回制度，可能会改变高管薪酬包结构。¹⁵⁰风险厌恶型高管希望得到一个可以预期的薪酬，而强制实施追回制度必将给高管薪酬带来不确定性。这种变化将取决于劳动力市场与经济环境，包括谈判环境和高管的特定偏好。以财务报告重述作为触发事件，可能会迫使上市公司减少以财务指标作为支付薪酬的条件，转而采用相对不客观和不透明的指标作为支付条件，这显然不利于增强高管薪酬与公司业绩的关联性。¹⁵¹薪酬追回制度可能会导致高管薪酬结构的改变，高管“薪酬包”里的激励性薪酬比例可能会下降，最终对人力资源市场也可能产生影响。当然并不是所有的财务重述都会启动薪酬追回，根据最近一项研究，只有15%的财务重述导致追回的启动。¹⁵²预计对激励薪酬改革影响还是有限的。

3.发行公司与股东

被追回的高管薪酬最终都会转化为公司和股东的财富。相对于前者来说，上文讨论的高质量财务报告与高管薪酬结构改变的意义显然要大于直接增加的财产。强制要求所有上市公司都必须建立高管薪酬追回制度，公司必须花费人力物力建章立制或修改已有的制度，使其符合《建议稿》相关要求，信息披露上会付出，更多的文本资料和其他成本。一项研究表明，薪酬追回制度信息披露平均要花费21个小时。¹⁵³同时薪酬追回也要付出成本的，各种计算和繁琐的手续也要花费公司人力物力，很难精确计算到底要花费多少，但根据一项研究：如果外聘专家，相关费用是200-400美元/小时。¹⁵⁴但不管怎么样，相比追回本身，它还是非常少的。但如果被追回高管们不愿意返还涉及的薪酬，公司需要通过诉讼或仲裁才能追回，相关成本就会增大。

¹⁵⁰ Bettis, C., J. Bizjak, J. Coles, and S. Kalpathy, 2014, Performance-based vesting provisions in executive compensation, Texas Christian University working paper.

¹⁵¹ Chen, M., D. Greene., and J. Owers, 2015, The costs and benefits of clawback provisions in CEO compensation, Review of Corporate Finance Studies 4, 108-154.

¹⁵² Scholz, S. 2013. "Financial Restatement: Trends in the United States: 2003–2012." Center for Audit Quality, available at: <http://thecaq.org/reports-and-publications/financial-restatement-trends-in-the-united-states-2003-2012/>

¹⁵³ See Section IV.C, below, for a more extensive discussion of these disclosure burdens, including the monetization and aggregation across issuers of these direct costs.

¹⁵⁴ 美国劳工统计局（U.S. Bureau of Labor Statistics）统工资信息，2014年4月美国金融机构平均工资标准。

另一方面,对不同类型公司的影响也是不一样的。高管薪酬追回制度将涉及4845家,其中新型成长公司706家,小的报告公司376,外国公司511。¹⁵⁵大型公司基本上都已建立的追回制度,转制成本肯定小一点。另外不同公司性质强制适用追回制度的影响也会不一样,新型成长公司的价值更多体现在将来发展前景上,决定着它会更多采用激励薪酬政策吸引高端人才,在高管薪酬包结构中激励薪酬部分要比其他公司更多,影响也会更大一些。

4. 证券交易机构的影响

《建议稿》要求证券交易机构必须制定上市标准以禁止那些没有制定追回制度的公司上市或继续上市。证券交易机构必须修改其上市规则,这必然增加人力资源成本,而且会增加监管单个公司是否遵守规则的成本。最后,如果公司不遵守相关规定导致退市,证券交易所收入也会相应的减少。公司可以规避这个要求而到外国上市,外国公司可以选择不到美国上市,势必影响证券交易机构的收入。但从长远来讲,那些选择在美国上市的公司正是看到美国强大的资本市场、有效的监管措施。而且《建议稿》要求所有的上市公司必须建立相应的追回制度,美国全国范围内的证据交易所之间就不会因此产生竞争。

四、反思与启示

(一) 立法的机会主义与立法效果

社会利益理论、规制理论通常认为纠正市场失灵和市场不平等问题,立法者需要进行干预。基于公共利益,立法者对市场进行了有效的、零成本监管。¹⁵⁶但规制俘获理论和寻租理论指出了立法者寻求的是私人财富而不是社会福利的最大化,因而其显然会受到私人利益的俘获。与市场私人主体一样,政治主体通常也是自利的,而且立法者对自身利益的追逐,会导致政府失灵和政策失灵。因而,公司立法者自利及机会主义行径,正如同反复无常的公司经营者一样,会导致公司运作的低效和福利的减损。美国近三十年来,公司高管薪酬制度改革呈现了前后规定不一致、效率低下等诸多积弊。公司是董事、股东、高管、社区等多个主体利益交织体,在这

¹⁵⁵ See Equilar *Clawback Policy Report* (2013),

¹⁵⁶ Richard A. Posner, *Theories of Economic Regulation*, 5 Bell J. Econ. 336 (1974).

个复杂体重公司高管通常会得到更多政治关注。¹⁵⁷高管薪酬积弊颇多，多年限薪措施并没有收到预期的效果，常常陷入“头痛医头、脚痛医脚”的治标层面。1990年之后，一方面是公司高管薪酬飞快增长，另一方面是美国公司特别是上市公司会计丑闻不断，特别是2001安然、2002年世通事件的触发，将公众的情绪点燃，2002年美国国会通过并由总统签署了《萨班斯法案》。这部法案就像公众情绪的安慰剂，立法者急于摆脱批评的工具，而不是治病的良药。它整体操作性不强，实践效果并不好，其中高管薪酬追回制度一度被认为是“休眠”制度，从2002年颁布到2007年，虽然有上千个财务重述的案例，但高管追回制度却没有实施一例。¹⁵⁸媒体评论管薪酬追回制度停留在字面上而不是行动上；¹⁵⁹“金融高管负罪前行，追回制度就像母鸡的牙齿”。¹⁶⁰2010年《多德-弗兰克法案》之后要求2014年出台细则，之后种种原因直到2015年7月1日才发布《建议稿》。对于法律制定者来说，必须致力于不同群体之间利益的平衡，但有时有效的监管制度缺少政治吸引力，相反，那些纯粹是象征性或欠缺效率的政策，反而具有更高的政治功。¹⁶¹

（二）公司自治与监管干预

现代公司已发展成能和政治制度相媲美的组织了，公司自治是其核心理念。在理论界认为高管薪酬是自治核心内容之一，法律不应该进行干预。经济学家们大多假定高管薪酬是董事会与高管之间公平讨价还价的结果，是基于平等协商基础上的商业谈判。监管者与司法机构没有足够的人力与资源去判断薪酬政策的合理性，对其审查也持审慎态度。但所有权与经营权分离是现代公司治理的基本特征，两权分离所引起的“代理问题”和“代理成本”是现代公司治理核心问题。薪酬制度核心功能应是实现所有者与管理者之间利益关系的协调与平衡，降低代理成本，最终实现所有者利益的最大化。据此，有经济学家反对薪酬追回制度，认为有损激励性薪

¹⁵⁷ 罗培新.公司高管薪酬：制度积弊及法律应对之限度——以美国经验为分析视角[J].法学，2012（12）：69-79.

¹⁵⁸ Michael H.R. Erkens, Ying Gan, B. Burcin Yurtoglu. Firm-Level Heterogeneity of Clawback Provisions.

¹⁵⁹ Newspaper article by Gretchen Morgenson “Clawbacks in Word, Not Deed”,The New York Times, 08/03/2013

¹⁶⁰ Newspaper article by Gretchen Morgenson “Clawbacks? They’re Still a RareBreed”, The New York Times, 12/28/2013

¹⁶¹ Lan Ares,Supply-Side Inefficiencies in Corporate Charter Competition: Lessons from Parents, Yachting and Blue Books. 43 Kansas Law Review 541 (1995)

酬改革目标的实现。但实际上高管所获得的“天价薪酬”往往没有与公司的业绩，特别是长期业绩相挂钩；其二，高管的薪酬与其所承担的风险不成比例，即使是在经营失败的时候，高管仍可以带着高额的离职补偿金离开，而全部的经营风险则均由全体股东承担；薪酬决定机制存在着严重的漏洞，高管自定薪酬的现象层出不穷。正如卢西恩·伯切克所说：高管薪酬是公司治理的基本问题，现在很大程度上偏离了公正交易的结果。¹⁶²可以说高管薪酬追回制度是对扭曲的高管薪酬的一个回应，但在美国也产生。¹⁶³正义是“使每个人获得其应得的东西精神取向”。市场化视野之下的工资薪酬改革也是遵循这一原则。工资集体协商制度是弥补单个劳动者的议价能力不足，上个世纪九十年代激励薪酬改革是将高管薪酬与股东利益挂钩，降低“代理成本”。无论是薪酬的高低，只要是“应得”的，就是符合市场规律，就是正义的。

《萨班斯法案》304条要求在财务重述之下高管是有过错的，追究对象也是限定在CEO、CFO。这一点类似于民法侵权制度，侵权行为须以行为人有过错和行为的不法性，而不当得利制度就是要取消无正当理由或法律原因所得到的利益，受益人是否有故意或过失对不当得利的构成没有影响。2002年美国SEC执行《萨班斯法案》已从“过错”原则到“严格责任”，2010年多德弗兰克方案对高管过错没有要求了，“Monsanto”和“Marrone Bio”案显示SEC态度，即使没有过错的CEO、CFO也要补偿公司。但如果高管已经补偿了公司损失，SEC就可以停止追回行动。¹⁶⁴《建议稿》进一步确认了不管高管是否有过错，只要财务重述有实质性问题，都可以追回基于错误重述部分的激励性薪酬。这是符合不当得利制度设计，不当得利经过数千年演变，已成为各国法律普遍认可的一项制度。而从不当得利角度来看，监管机构介入公司自治是完全没有问题的。

五、结论

¹⁶² [美] 卢西恩·伯切克、杰西·弗里德. 无功受禄：审视美国高管薪酬制度[M]. 北京：法律出版社，2009:173-176.

¹⁶³ 罗培新.公司高管薪酬：制度积弊及法律应对之限度——以美国经验为分析视角[J].法学，2012（12）:69-79.

¹⁶⁴Joseph A. Hall Accountability and the Pursuit of SEC Clawback Actions

<https://corp.gov.law.harvard.edu/2016/03/02/accountability-and-the-pursuit-of-sec-clawback-actions/>

高管薪酬成为众矢之的、积弊重重，原因不在于“高”，而是在于是否是“应得”。频发的会计丑闻是美国高管薪酬追回制度产生的直接导火索，经济危机是催化剂。从2002《萨班斯法案》开始，到2015年7月的《修订稿》，美国高管薪酬追回制度已经逐步完善，要求愈来愈严格，适用范围更加广泛，强制力度也更大。制度最初的出现是历史上不确定的原因，那些存活并得以流传下来的制度，因为它们在某意义上满足了普遍需求。¹⁶⁵我国高管薪酬规制一直是热点话题，股权激励措施也广泛运用，对美国高管薪酬追回制度进行研究，有益于完善我国公司高管薪酬制度。另一方面通过对美国高管薪酬追回制度立法的反思也开启了一扇窗户，透过窗户可以观察整个公司治理的天空。《修订稿》并不要求关于股票相关薪酬的计算方法，相反它鼓励合理评估。如果董事会认为追回的成本大于收益可以不追回。

¹⁶⁵ [美] 弗朗西斯·福山. 毛俊杰译. 政治秩序与政治衰败—从工业革命到民主全球化. 广西: 广西师范大学出版社, 2015:433.

TPP 中劳工标准对中国劳动关系的影响和对策研究

林燕玲

【摘要】 TPP 协定具有“全覆盖”与“高标准”两大特点，其重要的标志之一就是纳入严格的劳工标准。劳工标准纳入全球贸易规则是一个必然趋势。中国与 TPP 劳工标准方面的主要差距，不仅在于劳工标准内容方面的不完整，而且在于中国缺乏对劳工规则的执行机制，以及劳工问题的争端解决机制上。TPP 劳工标准对中国劳动关系的影响是潜在、复杂而多元的。一旦 TPP 生效，贸易转移效应等因素会对经济、产业和企业，进而对劳动者构成负面影响，劳动法和外贸规则修改和完善的紧迫性凸显，企业的法定义务和社会责任会得到强化，劳动争议的性质和处理方式会发生变化。我们应该在思想观念和政策取向上，变回避为直面，建立与国家战略相匹配的组织领导体系和研究队伍；在劳动标准领域，促进科学立法、严格执法；完善国际化情境下的劳动关系协调机制。

【关键词】 TPP 劳工标准 对中国的影响 对策研究

一、TPP 中的劳工标准及其由来

（一）TPP 中的劳工标准

TPP 是“跨太平洋伙伴关系协定”（Trans-Pacific Partnership Agreement）的简称。2015 年 10 月 5 日，美国等 12 个 TPP 成员国部长级会议就 TPP 基本达成协议。之后，美国贸易代表署官网正式发布 TPP 协定全文。¹⁶⁶2016 年 2 月 4 日，参与 TPP 谈判的 12 国部长级代表在新西兰奥克兰举行协定签字仪式。目前，该协定仍需各国政府完成国内批准程序。TPP 文本一经公布，在中国引发媒体及舆论热议，人

166

<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-full-text>

们对 TPP 表达了非常冲突的观点。就整体而言，国内外对 TPP 的研究尚处于起步阶段，对 TPP 协定中劳工标准的研究更是凤毛麟角，屈指可数。

TPP 协定具有“全覆盖”与“高标准”两大特点，其重要的标志之一就是纳入严格的劳工标准。TPP 协定共有 30 章条款，既包括货物贸易、服务贸易、投资、原产地规则等传统的 FTA 条款，也包含知识产权、劳工、环境、国有企业、政府采购、金融、发展、能力建设、监管一致性、透明度和反腐败等亚太地区绝大多数 FTA 尚未涉及或较少涉及的条款。劳工标准条款在该协定的第 19 章劳工以及第 28 章争端解决。TPP 劳工标准可以从内容、保护水平、国内实施义务、合作行动和公众参与等四个方面加以概括：

第一，关于劳工标准的内容：TPP 要求各缔约方重申遵守 IL01998 年《关于工作的基本原则和权利宣言》的承诺，在其领土内负有对劳工权利保护的义务。劳工权利指的是两个方面，一是 1998 年 ILO 宣言所承认的核心劳工权利，即结社自由和有效承认集体谈判权利、消除一切形式的强迫或强制劳动、禁止童工劳动、消除就业与职业歧视；二是规定与最低工资、工作时长、职业安全及健康相关的可接受的工作条件。前者为国际社会高度接受和认同，后者，用美国贸易代表署的解读，TPP 第一次在贸易协议中，要求各国采用法律规定和执行最低工资，工作时间，职业安全和健康。¹⁶⁷

第二，关于保护水平方面：TPP 规定，各缔约方不得为了促进贸易或投资而降低国内劳动法的保护水平，也不得为了各方之间的贸易或投资，放弃或减损劳动法律法规，即确立了 TPP 劳工条款的不减损规则。针对实践中在出口加工区等特别贸易或关税区内降低劳动法律适用或存在例外的情况，还明确规定，如果该种做法弱化或降低了上述劳工权利，将被视为违反不减损规则。TPP 还强调，各缔约方应采取合理措施，阻止进口整个或部分包含强迫或强制劳动（包括强迫或强制童工）成分的产品。

第三，关于实施义务方面：TPP 要求缔约方确保提供公正透明的行政和司法途径，为违反劳动法行为的受害者提供有效救济。TPP 确立了磋商基础上的强制争端解决机制，要求各缔约方应尽一切努力，相互尊重，通过合作和磋商的方式解决劳

¹⁶⁷ <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Protecting-Workers-Fact-Sheet.pdf>

工条款涉及争议。磋商未果时，最初提出磋商的一方可以按照 TPP 争端解决条款的要求成立专家组进行裁决，败诉一方可能面临暂停关税优惠等强制性贸易制裁措施，从而第一次将涵盖范围如此之广的劳工权利纳入到强制性争端解决机制中，极大增强了 TPP 劳工条款的约束力。¹⁶⁸

第四，关于合作行动和公众参与方面：TPP 强调确保劳工合作机制，包括为利益相关方提供机会，帮助确定各方一致同意的合作及参与领域。在劳动法实施过程中允许公众参与，包括建立机制采纳公众意见。为促进 TPP 缔约方间劳工问题的快速解决，建立劳工对话，允许快速研究相关问题，允许缔约方间通过一致同意的行动方案解决问题。

（二）TPP 劳工标准的示范效应

上述内容体现了美国贸易代表署对 TPP 劳工标准的解读，TPP 把劳工基本权利作为协定的核心，并且通过与其他义务相一致的争端解决机制，包括选择实施贸易制裁，使这些权利完全可以实施。¹⁶⁹也体现了美国希望通过 TPP 自由贸易协定实现下列劳工标准方面的目标：一是要求遵循国际劳工组织承认的劳动者基本权利，以及可接受的劳动条件，劳动争议适用 TPP 协定下贸易争议的争端解决机制；二是制定规则，确保 TPP 成员国不会为了贸易或投资（包括在自由贸易园区内）而摒弃或减损劳动法所建立起来的各种劳工标准，并采取措施阻止使用强迫劳动生产的货物贸易；三是建立协商机制，确定具体步骤，以解决所提出的有关劳工问题；四是建立一种渠道，用于公众直接向 TPP 成员国政府反映问题（如果公众认为政府没有履行其关于劳工标准方面的承诺），并要求政府对反映的问题给予反馈。¹⁷⁰

美国一贯奉行社会贸易政策（social trade politics），即社会权与贸易权的结合。这种政策体现了美国 FTA 劳工规则的价值理念，奠定了美国 FTA 劳工规则的政策基础。近代国际贸易谈判中，关于贸易是否应与劳工问题挂钩，曾展开了激烈的争论。劳工条款究竟是社会条款（social clause）还是社会壁垒，在理论界一直存在分歧。社会条款包括劳工问题、环保问题和其他人权问题，其中劳工权利是其

¹⁶⁸ 姜俊禄、罗凯天：TPP 劳工条款对中资企业海外劳工战略的影响，环球视野，http://www.globalview.cn/html/societies/info_7323.html

¹⁶⁹ <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-fact-sheets>

¹⁷⁰ <https://ustr.gov/tpp/Summary-of-US-objectives>

核心内容。一般而言，赞成在国际贸易活动中兼顾劳工基本权利的，大部分来自发达资本主义国家的工会组织。将劳工条款纳入贸易协定，有“人权理论”的大方向保证，同时有助于提高工会组织的地位（张南，2013）。¹⁷¹

在 TPP 劳动标准方面，奥巴马政府宣称，确保对劳动者权利的尊重是一项核心价值。TPP 比其他 FTA 更进一步的是，TPP 将会帮助我们唤起对于 2/3 世界经济中的基本劳工的权利的尊重，帮助建立一个保护在全球贸易体系中的工人权利的新规范。TPP 是史上使工人受到最强保护的贸易协定。美国国会研究局的相关报告中指出，劳工标准的实质在于：若与这种低成本、低劳工待遇竞争，美国工人将处于不利的地位。据预测，在 TPP 影响下，到 2025 年，美国贸易出口额将增长 1230 亿美元，并支持更多的高收入职业，而这主要得益于劳工标准与贸易挂钩后更为公平的全球竞争环境。

（三）劳工标准纳入全球贸易规则体系

如果 TPP 协定正式实施，它对整个世界的最大影响之一，就是劳动标准纳入了全球贸易规则体系，劳动问题将会成为贸易和投资等问题中不可分割的组成部分，成为绝不可小觑的一个重要问题。

其实，无论历史上，还是现实中，人们讨论贸易竞争的公平时，总绕不开劳工标准。但是，一个国家的劳动法并不能解决贸易的公平问题，因为正如国际劳工组织章程的序言中表述的：任何一国不采用合乎人道的劳动条件，会成为别的国家愿意改善其本国劳动条件的障碍。因此，制订国际劳工标准，有利于各国关于改善工人的劳动和生活条件的立法，建立在各国进行公平的国际竞争的基础之上。1919 年国际劳工组织的成立，把这种想法付诸实施，开启了对国际劳工标准的制定工作。

劳动标准与贸易和投资协定相挂钩的尝试在二战后初期就已有之。从 1948 年《哈瓦那宪章》草案的社会条款到 WTO 的社会条款，从 WTO 体制下劳动标准与贸易制裁的挂钩之争到劳动标准纳入美国、加拿大、欧盟、欧洲自由贸易联盟等发达国家与发展中国家缔结的 FTA 的事实，从 1996 年破产的《多边投资协定》（草案）的劳动标准条款到部分欧盟成员、日本、美国、加拿大、欧洲自由贸易联盟与发展中国家缔结的双边或诸边投资体制的劳动标准要求，从 1994 年美国最早纳入劳动标准

¹⁷¹ 张南：美国自由贸易协定中劳工规则研究，西南政法大学硕士学位论文，2013 年

的《北美自由贸易协定》到 2015 年美国主导缔结的 TPP（郑丽珍，2014），¹⁷²两者挂钩尝试的努力从未停止过。

从乌拉圭回合谈判到 WTO 新加坡首届部长级会议，劳工标准与贸易规则始终是争议的焦点之一。发达国家主张将劳工标准纳入 WTO 谈判议题，通过缔结“社会条款”（social clause），对不遵守核心劳工标准的成员国，通过 WTO 的争端解决机制予以贸易制裁，以使贸易发展与改善劳工福利相互促进。由于广大发展中国家以及少数发达国家强烈反对，1996 年 WTO 新加坡部长级宣言最终决定不在多边贸易框架下讨论劳工议题而将该议题移交给国际劳工组织。

第一次提出“核心劳工标准”是在 1998 年国际劳工组织大会。核心劳工标准是指已经被国际劳工组织理事会确认的，不论成员国经济发展水平如何，为保护工作中的人权而应遵守的八个最基本的国际劳工公约。ILO1998 年宣言虽然规定了成员国履行核心劳工标准的义务，但宣言本身在国际法中被定义为软法，虽然根据宣言的后续措施，强化了对八个核心公约实施状况的监控，但对于违反公约的成员国无权采取任何制裁措施。因此，美国等发达国家批评核心劳工公约为“缺乏利牙”的规则。

美国一直以来主张贸易与劳工相挂钩，在力图将其纳入 WTO 无果后，便寻求区域贸易和双边贸易的途径来拓展劳工规则。其具体做法是：首先，实现了将社会条款引入贸易机制的政策，构筑起美国劳工规则模式，并有效渗透至其他区域。美国将 1994 年《北美自由贸易区协定》和《北美劳工合作协议》（前者的附件）中的劳工规定运用并完善，引入其签订的一系列 FTA 中。

其次，对其他区域及该区域内国家的国内法和实施措施产生影响。2002 年 8 月，美国总统布什签署了《贸易促进权法案》，建立贸易促进局，之后签订的一系列 FTA，美国均要求签约国以法律的形式确保 ILO 核心劳工标准和国际公认的劳工权利。2007 年新贸易政策和《两党贸易政策协定》之后的 FTA，更是将违反劳工规定的争议赋予了与商业争议一样的争端解决程序，其签约国（巴拿马、哥伦比亚、韩国）国内法均加强了劳工规则的执行机制，并完善了相关配套措施如三方会议的成立，或劳工合作机制的建立。

¹⁷² 郑丽珍：跨国劳动监管制度的重构，社会科学文献出版社，2014 年 12 月，第 117-124。

TPP 是劳动标准纳入 FTA 的最新实践，也是迄今为止最严格的实践。劳工标准日益成为一国融入区域和全球市场难以回避的游戏规则。从已经公布的 TPP 文本反映出，虽然发达国家和发展中国家针对劳工标准一直存有分歧，但美式 FTA 劳工规则的推广已成定局。劳工标准纳入全球贸易规则是一个必然趋势。在过去 20 年间，纳入劳工条款的双边或区域贸易协定的数量迅速增长。据不完全统计，1995 年仅有 4 个自由贸易协定纳入劳工条款，2005 年上升到 21 个，到 2011 年则猛增到 47 个。其中，美国有 13 个自由贸易协定纳入劳工条款，欧盟有 6 个自由贸易协定纳入劳工条款（李西霞，2015）。¹⁷³这种趋势正在对国际贸易和投资产生重大影响。中国必须正视此问题，其国内法律法规和对外政策都必须做出相应调整。

二、中国与 TPP 劳工标准的主要差距

以 TPP 劳工标准审视中国相关的法律和实践，分析其对中国可能造成的影响，是中国在 TPP 劳工标准要求面前应该做的基础工作。在中国，正确的理念导入比进行法律制度的比较更加棘手。

（一）如何理解遵守 1998 年 ILO 宣言的义务

TPP 劳工条款并未规定缔约国遵守 ILO 八个核心公约的义务，而是遵守 1998 年 ILO 宣言的义务。一般认为，前者的义务指的是成员国批准了某个公约，该公约才产生法律效力；而后者对成员国并无强制力。然而，根据该宣言，即使尚未批准有关公约，仅从作为国际劳工组织成员国这一事实出发，所有成员国都有义务真诚地并根据国际劳工组织章程要求，尊重、促进和实现关于作为这些公约之主题的基本权利的各项原则。需要指出的是，该规定实际上已突破了原有的国际劳工标准批准才生效的规则，而是将核心劳工标准作为成员国基本义务加以约定。¹⁷⁴该宣言规定了一系列跟进程序以保证其得到落实。它通过各国关于尊重这些基本原则和权利的定期报告制度，并结合有实质性的技术合作计划，帮助会员国付诸实施。

虽然遵守公约和遵守宣言的义务不同，但从全球的进展状况看，二者却是比翼双飞。ILO 八个核心劳工公约的整体批准率已经超过超过 91%（见表-1）。1998 年

¹⁷³ 李西霞：《自由贸易协定中劳工标准的发展态势》，《环球法律评论》2015 年第 1 期第 165-175 页。

¹⁷⁴ Kenneth A. Swinnerton Bureau of International Labor Affairs US Department of Labor. Discussion of Gary S. Fields. International Labor Standards and Decent Work: Perspectives from the Developing World. Conference on International Standards Stanford Law School, May.2002

ILO 宣言不仅为众多的成员国接受，纳入后者缔结的 FTA 或 BIT 中的劳动标准条款或劳动合作协议，而且也为全球契约、跨国公司行为守则援引，作为确定劳动标准的主要依据。同时，世界银行集团和 IMF 对核心劳动标准作出了务实的促进性安排。

175

表-1 核心劳工公约及其在 186 个成员国的批准情况

基本权利	核心劳工公约	批准国数目	中国批准情况
结社自由和集体谈判	1948 年《结社自由与保障组织权利公约》（第 87 号）	153	未批准
	1949 年《组织权与集体谈判权公约》（第 98 号）	164	未批准
废除强迫或强制劳动	1930 年《强迫劳动公约》（第 29 号）	178	未批准
	1957 年《废除强迫劳动公约》（第 105 号）	175	未批准
禁止童工劳动	1973 年《最低就业年龄公约》（第 138 号）	168	已批准
	1999 年《禁止和立即行动消除最恶劣形式的童工劳动公约》（第 182 号）	180	已批准
消除就业与职业歧视	1951 年《同工同酬公约》（第 100 号）	171	已批准
	1958 年《（就业与职业）歧视公约》（第 111 号）	172	已批准

然而，如何才能确保普遍履行这些原则和权利，即使在未批准相应公约的情况下也亦是如此。¹⁷⁶在国际劳工组织看来，现在，它不是一个应否尊重工作中基本原则和权利的问题，而是如何才能最好地将工作中基本原则和权利纳入经济和社会政策之中的问题。¹⁷⁷也就是说，当我们仍然在讨论一个国家批准和不批准这些核心公约有什么不同？是否应该尊重这些工作中的基本原则和权利的时候，国际劳工组织关注的是到底采取什么样的措施，才能最好地将工作中基本原则和权利纳入经济和

¹⁷⁵ 郑丽珍：《跨国劳动监管制度重构》，社会科学文献出版社，2014 年版，第 116 页。

¹⁷⁶ 国际劳工大会第 101 届会议报告六：《工作中基本原则和权利：将承诺付诸于行动》，第 13 段，日内瓦：国际劳工局，2012 年。

¹⁷⁷ 国际劳工大会第 101 届会议报告六：《工作中基本原则和权利：将承诺付诸于行动》，第 28 段，日内瓦：国际劳工局，2012 年。

社会政策之中（林燕玲，2015）。¹⁷⁸这个问题是中国面对 TPP 首先要解决的理念问题。

（二）提出四类权利之理由

为什么要把这四个方面的权利规定为劳工的基本权利？国际劳工组织认为，由于工作中基本原则和权利涉及工人和雇主的人权，争取建立一个没有童工劳动，没有强迫劳动，没有歧视和所有人能自由组织起来，捍卫其利益的世界，是国际劳工组织本身固有的责任。

结社自由和有效承认集体谈判，其本意是在劳动关系中，处于弱勢的劳动者只有组织起来，依靠团体的力量，同资本家进行谈判，才能获得合理的工作条件。国际劳工组织认为，结社自由和集体谈判对于使雇主和工人能够“制定工作条件领域中的规则，包括工资，提出更全面的诉求并调解其各自的利益”来说是至关重要的。¹⁷⁹结社自由对于确保有效地实施劳动立法方面也是重要的，因为强大的和独立的雇主组织和工人组织是贯彻劳动法的监督者，并为有效的劳动监察作出重要贡献。独立的双方之间建立有意义的社会对话，为在经济中制定对各行动方的利益和需求予以听取和采纳的经济和社会政策，包括那些就业和社会保护政策，做出了重大贡献。

¹⁸⁰

当严重侵犯人类尊严和个人自主权时，强迫劳动、歧视和童工劳动助长了贫困周期的长期存在。童工劳动将对其受害者的教育、健康和发展造成严重后果。童工劳动的有害影响损害青年成人寻求体面劳动的机会，使其以后的生活状况是低质量就业、低收入、社会脆弱性和边缘化。同样，强迫劳动和歧视的受害者在获得公平的就业机会和开发其职业技能方面面临巨大的困难。他们在维护其与工作相关的权利方面处于非常不利的境地，在社会对话进程中实现具有意义的集体代表权方面遇到严重的障碍。由于多方面的阻力，使得相关的社会付出了沉重的经济代价，从而严重损害了国际劳工组织实现有关就业、社会保护和社会对话的战略目标。

¹⁷⁸ 林燕玲：《国际劳工标准与中国劳动法比较研究》，中国工人出版社，2015年版。

¹⁷⁹ 国际劳工组织：塑造全球化的人道形象，根据2008年《国际劳工组织关于争取公平全球化的社会正义宣言》就有关工作中的权利的基本公约进行的全面调查，实施公约与建议书专家委员会的报告，报告III(第IB部分)，第51段，国际劳工大会，第101届会议，2012年，日内瓦。

¹⁸⁰ 国际劳工大会第101届会议报告六：《工作中基本原则和权利：将承诺付诸于行动》，第19段，日内瓦：国际劳工局，2012年。

因此，侵犯其中一类工作中基本原则和权利，也同时会对尊重和实现其它方面原则和权利造成不利影响。这在工人无法行使结社自由权，参与集体谈判时尤为如此。假如他们没有集体发言权，则他们无法采取行动，根除其脆弱性的根源。仅采取个人行动，难以解决强迫劳动、歧视和童工劳动的问题。反过来，由这些处境造成剥夺权利的情况越严重，则行使结社自由权的障碍就越大。

（三）以核心劳工标准审视中国相关的法律和实践

截止 2016 年 2 月 18 日，我国已批准了禁止童工劳动和消除就业与职业歧视 4 个核心劳工公约，即第 138 号、182 号、100 号和 111 号公约；尚未批准第 29 号和 105 号公约（这两个公约批准的条件日益成熟），也没有批准第 87 号和 98 号公约（恐怕近期难以批准）。

就中国已经批准的 4 个核心公约而言，中国的问题主要是缺乏完整、清晰的纳入或转化的立法适用模式的规定，因此，也直接影响到执法与司法层面的适用。实践中，我国对已批准的核心劳工公约只是实现了部分的纳入或转化。以 1958 年《（就业与职业）歧视公约》（第 111 号）为例，2006 年，中国政府批准了该公约，并在 2008 年开始实施的《就业促进法》中设公平就业一章，对消除就业歧视促进平等就业进行了规制。然而，遗憾的是，该法律并没有对就业歧视进行界定，这就使中国社会中的反歧视障碍重重。与国际劳工标准比较，中国的问题在于：国家政策不够清晰，制度建设不完善；法律确立的就业歧视范围过窄，缺乏可操作性；缺乏专门的反就业歧视机构；工人组织和雇主组织的作用未能很好发挥；反歧视教育计划的覆盖面比较窄。以核心劳工公约审视我国童工问题，虽然我国禁止童工劳动立法总体上符合、甚至高于国际标准。但是，由于有关童工劳动的统计缺失，童工劳动状况不容乐观，有法不依和监管不力是主要问题，而教育制度、扶贫政策、就业保障等政策不能协调配合则是根本问题。

就中国尚未批准的 4 个核心公约而言，我国要依照 1998 年 ILO 宣言的规定，以《国际劳工组织章程》第 19 条第 5 款（e）为基础提交报告，阐述我国每年为实施上述《宣言》所作的努力。也就是说，中国政府要逐年向国际劳工组织递交报告，说明相关国际劳工公约在中国得到尊重、促进和实现的情况，接受国际劳工组织和国际社会的监督。

中国至今尚未批准有关废除强迫劳动的两个核心公约，国内也没有关于强迫劳动的系统性立法，废除强迫劳动的法律制度、规范分散于法律、行政法规以及司法解释之中（肖竹，2015）。¹⁸¹强迫劳动和童工劳动是 TPP 劳工标准中关注的重点。强迫劳动无关于工作条件的艰苦或危险，无关于根据国家法律属于合法或非法，也无关于是否被正式承认为“经济活动”。而我国立法还无法涵盖农民工、家庭雇工，以及被拐（贩）卖人口等中存在的强迫劳动行为。2013 年 12 月，全国人大常委会废止了已实施 56 年的劳教制度，为批准第 29 号和第 105 号公约扫清了最大的障碍。关于结社自由和有效承认集体谈判，这两个公约所涉及的集体劳动关系和集体劳权，是中国劳动关系转型中最重要的问题。然而，中国的法律和实践与这两个公约有较大的差距。在中国，工会对工人结社的控制权，源于中国工会一元化的体制。而现行工会体制是中国政治制度组成部分，不可动摇，但现实中中国工会内生动力不足，工会组织脱离职工群众，行政化色彩越来越严重。特别是在劳动关系矛盾冲突面前，工会不能代表和维护工人的利益。2010 年广东南海本田工人集体行动时，工人提出的诉求之一是组建由一线工人组成的工会。现实提出的问题是，如果一元化体制内的工会不能发挥作用，工人是否可以行使自由结社权。如果不能，显然就违反了结社自由的原则。

（四）关于可接受工作条件的法律和实践

TPP 第一次在贸易协议中，要求各国采取法律规定，执行最低工资，工作时间，职业安全和健康。在这方面，中国的法律和实践呈现怎样的状况？

近年来，中国在劳动标准法律规制方面取得了一些进步。从 2008 年金融危机以来，我国连续出台《就业促进法》（2007 年）、《社会保险法》（2010 年）、《职业病防治法》修正案（2011 年）、《女职工劳动保护特别规定》（2012 年）以及《关于深化收入分配制度改革的若干意见》（2013 年）等法规政策，初步形成围绕工资、工时、休息休假、禁止童工、女职工保护、劳动安全卫生等劳动标准体系。然而，劳动标准领域又是中国劳动者权益保护的软肋，是久治不愈的顽疾。中国尚未制订劳动标准法（又称劳动基准法），劳动标准规制分散于行政法规和部门规章之中。

¹⁸¹肖竹：《废除强迫劳动劳工标准比较研究》，载林燕玲（著）：《国际劳工标准与中国劳动法比较研究》，中国工人出版社，2015 年版，第 83-87。

虽然人力资源社会保障部等多部委频频发布治理拖欠工资的法规，甚至欠薪入罪，但拖欠工资的乱象并未得到遏制。超时加班在各类企业中普遍存在，这不仅与国际劳工标准不符，更体现了我国工时制度立法与执法的不完善。

在职业安全与卫生领域，虽然全国各类的工业事故的总起数和死亡人数呈下降趋势，但“尘肺病”问题突出，安全事故时有发生，劳动者的生命权和健康权未能得到尊重。中国尚未形成一部综合政策导向的《职业安全与卫生法》，国家层面监管机构之间“碎片化的权力结构”对形成统一的管理格局和政策的制定执行都十分不利；企业层面工会力量的羸弱是造成工人参与和监督机制虚化的主因（林燕玲，2015）。¹⁸²

三、TPP 劳工标准对我国劳动关系的影响

TPP 尚未正式生效，即便正式生效，由于中国并不是 TPP 成员国，因此，TPP 劳工标准对中国劳动关系的影响是潜在、复杂而多元的。

（一）TPP 及其劳工标准对我国的影响

由于 TPP 的成员国大多为中国的传统贸易伙伴，可以预期的是，当中国未加入 TPP 或被排除在 TPP 之外时，TPP 协定的生效和实施必将给中国带来一定的外在影响。首先，TPP 在短期内会对中国形成贸易与投资转移的负面效应。TPP 协定为成员国取消了彼此间贸易与投资的壁垒，打通了贸易便利与优惠通道，而非成员国却需克服市场准入的高门槛才能进入协定内市场，同时严苛的原产地规则（特别是纺织品与服装）要求也会将区域外国家排除在市场准入之外。其结果就是非成员国的部分出口份额很可能被协定内其他成员国所替代。其次，TPP 也会在一定程度上重构区内供应链、生产链和价值链的结构，导致跨境资本流动（特别是外国直接投资）出现区域重组，区内由于协定实施所打造的良好投资环境将使更多的资本在成员国内部流动。中国国内的要素成本、产业链整合和投资环境的吸引力在 TPP 压力下将会面临持续的竞争压力。¹⁸³如发达国家可能会在区域内部进行高新技术的转移，发展中

¹⁸²林燕玲：《国际劳工标准与中国劳动法比较研究》，中国工人出版社，2015 年版。

¹⁸³TPP 来了 中国如何应对，《经济参考报》2016 年 02 月 29 日，

<http://finance.sina.com.cn/roll/2016-02-29/doc-ifxpvzah8336085.shtml>

国家的生产技术、产品竞争力将会大大提高。然而，中国却被排斥在外，难以分享这些高新技术、高端生产链和优秀的管理方法（欧樱，2015）。¹⁸⁴

受此影响，与 TPP 缔约国竞争中，相关企业预期将降低劳动用工成本，影响中国劳动者各项权益保护，造成中国劳资关系紧张；部分企业将转移至 TPP 缔约国境内生产经营，造成资本外流，影响相关产业发展，影响社会稳定；针对中国对 TPP 缔约国投资而言，其劳工标准实施将推升中国企业投资成本及管理负担（罗凯天，2015）。¹⁸⁵总之，由于中国出口经济受到冲击，相关出口产业势必走低，企业减产关闭，进而导致就业环境恶化，失业率上升。

（二）劳动法和外贸规则修改和完善的紧迫性凸显

TPP 劳工标准对我国劳动法的影响，渗透了国际法与国内法的相互关系。TPP 无形中将提升国际法的作用，让国家法治与国际法治一体化融合。¹⁸⁶这对中国劳动法的修改和完善是极好的机遇，国内法可以从国际法的原则和规则得到充实和发展。

TPP 劳工标准包括两部分，一部分是对劳动者的基本权利，即劳动人权的規定，另一部分是劳动基准，涉及劳动者的生存权保护。在“中国与 TPP 劳工标准的主要差距”的比较中可以发现，劳工基本权利以及劳动基准恰恰是我们的短板，也是劳动领域问题层出不穷的深层次原因。我们的问题是主要表现在两方面：第一，对劳动者基本权利的规定过于原则，缺乏完整有效的权利救济机制。如在消除一切形式的强迫或强制劳动方面，中国应当根据 ILO 强迫劳动的指标（乘人之危、欺骗、限制自由、隔离、身体和性暴力、恐吓和威胁、扣留身份证明文件、扣押工资、债役、恶劣的工作和生活环境、过度加班），结合我国的实际，全面、清晰地界定强迫劳动行为，积极修改和完善废除强迫劳动的法律，并将其写入宪法和劳动法。第二，不能把劳动标准问题与贸易和投资问题作为一个整体来考量，将劳动政策嵌入到经济政策之中，在发展中优先考虑劳动者的权益。因此，TPP 劳工标准使我们看到补充、修改和完善劳动法和外贸规则的重要性和紧迫性。

¹⁸⁴欧樱：《跨太平洋伙伴关系协议（TPP）及其对中国进出口贸易的影响》，吉林大学硕士学位论文，2015。

¹⁸⁵罗凯天：《劳工条款及其对中国的影响与应对研究》，载《中国劳动关系学报》，2015年第3期，第80-84。

¹⁸⁶刘兴成：《不要忽视 TPP 的正能量》，载《法人》，2015年11月04日，

<http://finance.sina.com.cn/leadership/mroll/20151104/144723675611.shtml>

长期以来，由于我国劳动力比较优势明显，政治制度和劳工制度独特，因而在对外恰签自由贸易协定中，对劳工问题尤其是执行方面的问题，采取以回避为主的态度。在加入 WTO 谈判中，中国坚决反对挂钩，回避劳工标准。2008 年，在中国与新西兰 FTA 中，第一次与发达国家签署自由贸易协议引入谅解机制，加入劳动合作方面的附件协议，其意义非同小可。这表明了中国在自由贸易谈判中支持劳工权利改善和提倡劳工问题合作的态度。但是我们也须承认，中新 FTA 与 TPP 劳工规则相比存在较大差距：一是中新 FTA 另行签订的谅解备忘录的法律效力并不明确；二是对缔约国国内劳动法的要求不同。虽然中新谅解备忘录中的表述，与 TPP 协定对遵守 ILO1998 年宣言中的义务的表述基本一致，但是缺乏对国内立法的要求。没有规定，如果未能有效执行国内劳动法的责任，而这种责任恰恰是保证劳动法实施的关键。没有对国内劳动法的司法程序有所要求。而 TPP 劳工条款体现了对国内劳动法实体和程序并重的架构；三是劳工合作制度存在差异。中国 FTA 中劳工合作条款都是原则性规定，缺乏可操作性。而 TPP 有关劳工合作的制度安排则更加具体，除设置劳工合作委员会，负责合作的事项，还要求成员国的联络点寻求 ILO、世界银行等全球性的机构提供支持；四是争端解决机制的差异。在中新劳动合作备忘录中，已经规定解决争议的办法，但是非常简单，即磋商，并且没有规定磋商不成的后续程序，更没有所谓的惩罚措施。而劳动争端解决机制是 TPP 中的重点内容，建立了一整套详细的争端解决机制，包括争议的范围、处理机构、以及惩罚措施等等。中国如果申请加入 TPP，这种状况的改变是必然的。

（三）企业的法定义务和社会责任都会得到强化

TPP 劳工标准对于企业意味着什么？它使企业置身于新的规则之下。毫无疑问，企业有依法履行 TPP 劳工标准法定义务，又有主动承担 TPP 劳工标准的社会责任。由于 TPP 是一个贸易和投资协议，TPP 劳工标准对企业的影响首先是外资企业和外贸出口企业。一旦 TPP 正式生效，就会将缔约国外资企业和出口企业劳动执法状况置于其他缔约国的监督之下。然而，很多研究表明，TPP 劳工标准的要求是通过国内立法建立执行机制，这对外贸企业的影响是正面的，出口导向部门的劳工状况高于非出口导向部门；同在出口导向部门的出口企业，出口程度高的企业劳工状况又高于出口程度较低的企业。这与企业积极主动的应对和作为不无关系。

与企业要依法履行法定义务相比，主动承担社会责任更是亮点。TPP 劳工标准首次在劳工条款中强调企业社会责任：每一缔约方应努力鼓励企业自愿采用为该缔约方所批准或支持的与劳工相关的企业社会责任倡议。¹⁸⁷从一定程度上来讲，TPP 使得 SA8000 民间劳工标准和认证，演变为国家层面的贸易规则或措施。而接下来，TPP 或会通过使这些 CSR 规则逐步浮出水面的同时，将其进一步推入到全球贸易规则。¹⁸⁸ 企业社会责任在宏观层面，有联合国的“全球协议”；在微观层面，有企业生产守则运动。要求全球供应链上的企业在各自的影响范围内遵守、支持以及实施一套在人权、劳工标准、环境方面和反腐败十项基本原则。企业社会责任在中国的实践表明，生产守则的实施是促进工厂改善工人工作和生活状况的主要力量。生产守则使他们改变了以往的工厂管理和经营模式，促使他们重新审视以往工厂规章与生产守则及中国劳动法律法规是否存在冲突或不一致的地方，试图通过改善管理和提高生产率的办法使工厂在各个方面达到生产守则的要求（谭深、刘开明，2003）。¹⁸⁹这就是说，履行法定义务和承担社会责任，可能会增加企业的运营成本，而企业人力资源管理的对策是改善管理、提高效率，实行更加人性化的管理。

（四）劳动争议的性质和处理方式会发生变化

我国加入 TPP 后，很难回避劳工标准问题，一旦因劳工条款发生争议，具体的劳工标准问题就会延伸为贸易关系问题、国家关系问题。因为，TPP 把违反劳工标准的投诉看成是一种贸易纠纷。这意味着，它的裁决并非以企业或公司是否侵犯工人或工会的权利为依据，而以是否形成不公平竞争为依据。这就不再是单纯的劳工标准问题。而且，TPP 的裁决只针对成员国，而不针对在这些国家的具体企业或具体公司。这是由于企业和公司没有直接的谈判地位，谈判只能在政府之间进行。规则由政府制定，争端也需由政府解决。一个国家内的公司或企业因违反“保障工人基本权利的条款”而被另一个国家投诉时，投诉国政府极易把被投诉国的工人权利问题变成贸易政策的一部分，甚至是外交政策的一部分。如果争端确实发生了，国家的被迫介入不可避免。

¹⁸⁷ 参见 TPP 文本第 17.7 条企业社会责任。

¹⁸⁸ 殷格非：《TPP 或使 CSR 规则浮出水面？》，载《WTO 经济导刊》，2016 年第 1 期。

¹⁸⁹ 谭深、刘开明：《跨国公司的社会责任与中国社会》，社会科学文献出版社，2003 年版，第 39 页。

同时，我国加入 TPP 后，劳工标准问题在性质上也会演化为社会问题、政治问题。这主要是指依据联合国人权公约，联合国人权委员会有权调查关于侵犯人权的指控。这就意味着，一旦发生劳工标准问题，就同时也是涉及人权的问题，甚至是涉及政府需要承担责任与义务的政治问题。我国在劳动法方面与国际劳工标准的差距是多方面的，引发国际争端的可能性集中在人权问题上。如 ILO 结社自由委员会第 2189 号案，¹⁹⁰企业改制中的问题引发工人的集体抗争，而地方政府对工人采取镇压措施。国际自由工会联合会（ICFTU）向国际劳工组织诉中国政府严重侵犯工人结社自由的权利。结果，企业的劳动关系问题演化为社会问题、政治问题。

四、TPP 劳工标准的挑战，正是我们努力的方向

（一）在思想观念和政策取向上，变回避为直面

有些人认为，TPP 劳工标准会对中国造成巨大的冲击和影响，忧虑重重，其实大可不必。总体而言，TPP 劳工标准对中国的冲击和影响，既有体制机制问题，更有观念问题。多年以来，中国对劳工标准一直采取回避的态度。在这种情况下，短期看，TPP 劳工标准会对我国内部体制形成挑战；但从长期发展的眼光看，它将对我国内部体制是重要机遇，符合我国改革开放的要求和社会进步的方向，与我国正在努力推进的依法治国具有同向性。而且，经过三十多年的改革开放，我国在这些问题上的承受能力有了大幅提高，这些领域也是我国致力于改革的领域。劳工标准纳入全球贸易规则体系，意味着我们要改变观念，把劳动标准问题与贸易和投资问题作为一个整体来考量。TPP 的挑战，正是我们努力的方向（魏建国，2015）。¹⁹¹

转变观念一个重要的内容，就是要反思中国的发展思路，客观看待 TPP 劳工标准。我们要把准备和加入 TPP，当作全面系统学习和研究劳工标准的过程，当作完善劳动关系调整的法律、体制机制的过程，当作在劳工和社会发展领域，与世界同步的过程。在政策取向上，中国争取加入 TPP 的过程，应与国内推进和实施改革的过程同步；加入 TPP 方案的设计，应与国内改革布局推进同步。建议国务院研究部署国内改革工作时，也同步部署中国加入 TPP 的准备工作。

¹⁹⁰ Case No 2189 (China) - Complaint date: 27-MAR-02,

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50001:0::NO:50001:P50001_COMPLAINT_FILE_ID:2897425

¹⁹¹ 魏建国：《TPP 的挑战，正是我们努力的方向》，载《中国报道》，2015 年第 11 期。

只有转变观念，才能落实国家主席习近平的讲话精神。2015年9月习近平主席访美期间明确提出，要在现有开放的基础上进一步扩大开放，实施新一轮高水平对外开放，努力构建开放型经济新体制。TPP为中国新一轮高水平对外开放提供了新的更高的目标（车海刚，2015）。¹⁹²习近平在2014年12月5日中共中央政治局集体学习时强调：我们不能当旁观者、跟随者，而是要做参与者、引领者，善于通过自由贸易区建设增强我国国际竞争力，在国际规则制定中发出更多中国声音、注入更多中国元素，维护和拓展我国发展利益。¹⁹³只有解决观念问题，才能变被动为主动，了解规则，并为参与规则的制定创造条件。中国或许不能完全接受TPP中的劳工规则，但要重视并对其认真加以研究，以走出一条贸易发展与劳工保护的平衡之路。

（二）建立与国家战略相匹配的组织领导体系和研究队伍

一是建议成立国务院跨部门TPP研究协调应对领导小组。国家应从战略上极其重视TPP应对工作，对应于美国总统、政府和国会亲自推动实施TPP战略，建议我国成立国务院跨部门TPP研究协调应对领导小组，由一位国务院副总理兼任领导。把劳工标准作为一个重要议题，组织专业人员，在国家层面进行会商和决策。美国在这方面的高度重视可以从2002年《贸易促进权法案》和2007年新贸易政策和《两党贸易政策协定》略见一斑，值得借鉴。这样才能从国家战略高度上，把TPP可能造成对我国诸多挑战的负能量，转变成为以更大开放促国内改革的正能量。

二是成立长期滚动跟踪研究TPP的国家级项目。要有长期战略准备，抓紧做好前期研究工作。研究和加入WTO谈判中国花费15年时间，而研究和加入TPP谈判只会比WTO更艰难，因为TPP比WTO更多涉及了边界内国家主权范围事项，更多涉及了我国深水区的机制体制改革。建议成立一个滚动跟踪长期研究的国家级TPP项目，直接在国务院的TPP跨部门研究协调应对领导小组下进行长期的战略研究工作。在劳工标准领域中，要形成多学科、多层次、多主题的研究队伍和研究水平。组成专家库，吸纳专家学者和实务工作者，不仅从对外贸易视角，而且从法学、经济学、

¹⁹² 车海刚：《TPP为中国新一轮高水平对外开放树立了目标——访商务部研究院研究员王志乐》，载《中国发展观察》，2015年第10期。

¹⁹³ 加快实施自由贸易区战略加快构建开放型经济新体制，习近平主持中共中央政治局第十九次集体学习并发表重要讲话，<http://cpc.people.com.cn/n/2014/1207/c64094-26161930.html>

政治学、管理学和社会学视角对 TPP 劳工标准研究。有很多课题非常值得研究，如美国 FTA 劳工规则的演变、TPP 劳工标准国内实施机制等等。同时，鼓励和引导更多的学者进入该领域，¹⁹⁴加强国际化人才培养，培养选拔一批熟悉国际规则的复合型人才，更多地参与国际规则的制定。¹⁹⁵

三是加强在劳工标准领域中美两国之间的交流、协商和对话也十分必要。毫无疑问，中美两国有巨大的意识形态差异，美国希望在这个世界上推广自己的政治制度和价值观，而中国在承认基本价值观的前提下强调多样性。美国崇尚市场经济国家建立在劳工三权基础上的劳动关系调整机制，中国则强调中国特色和谐劳动关系的体制机制。美国从未放弃“西化”中国的努力，而中国始终沿着“中国特色社会主义”道路前进。即便如此，中美两国之间在劳工标准领域的交流、协商和对话，有助于了解彼此经济、社会、文化和立法的差异，有助于理解彼此的制度、做法和彼此在劳工领域的关切。

（三）在劳动标准领域，促进科学立法、严格执法

贯彻落实党的 18 届四中全会精神，促进科学立法、严格执法、公正司法和全民守法，从而维护好劳动者的经济、政治、文化、社会权益。同时高度关注并跟踪 TPP 成员国劳动法治变化，尤其是 TPP 成员国越南、马来西亚和文莱，根据目的国劳动法律调整劳工战略。¹⁹⁶

一是制定劳动法律法规，争取把《劳动基准法》列入十三五立法规划；弥补短板，强化劳动执法，使劳动标准得到落实。TPP 劳工标准中可接受的工作条件，如最低工资标准、工时标准、职业安全与健康都是劳动基准法的重要内容。劳动基准法是国家作为公权力介入劳动关系领域的基本法，制定劳动基准法有助于治理劳动领域的乱象。

二是参照核心劳工标准，丰富我国《劳动法》人权保障的内容。核心劳工标准涉及的主要是在劳动关系中处于弱势一方的劳动者基本权利：通过法律和制度保障

¹⁹⁴ 对该主题进行持续关注和研究的学者（不包括主管部门的研究员）不会超过 10 人，而且劳工学者声音微弱，无法在制定国家政策层面发挥影响力。作者注。

¹⁹⁵ 王乐泉：《明确目标，凝神聚力，扎实推动研究会工作再上新台阶——在中国法学会研究会工作经验交流暨法学理论骨干培训会议上的讲话》，2015 年 4 月 25 日，http://www.dwto.net/_d277004061.htm

¹⁹⁶ 姜俊禄、罗凯天：《TPP 劳工条款对中资企业海外劳工战略的影响》，载《环球视野》，http://www.globalview.cn/html/societies/info_7323.html

劳动者切实享有组织权和集体谈判权；在劳动法中明确规定劳动者的人格尊严不受侵犯，而不得强迫劳动是对劳动者人格尊严的一种保护；将平等就业、非歧视原则贯穿于各项劳动法律法规之中，完善我国反就业歧视立法；强化对童工和未成年人工的保护。

（四）完善国际化情境下的劳动关系协调机制

TPP 的实施，会把劳动关系的环境、主体、运行和争议处理置于更加国际化的情境之中，劳动关系协调机制也必然需要更多的国际化色彩。在这种情况下，要鼓励产业工会与行业协会通过集体协商，确定行业劳动定额标准。在中国经济增长放缓，产能过剩，许多行业挣扎在亏损边缘的背景下，劳资之间就工资及其他劳动条件和劳动标准的协商，有助于缓解劳动关系的矛盾，维护行业健康稳定的转型和发展，既可使工资增长适度，也可保护劳动者权益。

解决突破劳动基准的底线，侵害劳动者合法权益的行为，既需要政府严格执法，也需要劳资双方的协约自治。发达市场经济国家对最低工资、最高工时等关键性劳动条件虽均设有基准，但干预极为有限，其他大部分内容则由劳资双方以协约自治的方式共同形成。如果国家过分介入，则会导致标准虚高而造成谈判空间的丧失，将会使工会难以有所作为。借鉴国际经验，应充分发挥三方协商机制在职业安全与卫生领域的重要性，而赋予工人参与的权利是制度的核心。

在国家“一带一路”和“走出去”战略推动下，中资企业将面临更多如何有效利用投资目的国参与的双边或多边贸易优惠安排的问题，其中，包括 TPP 等涉及劳工标准的贸易安排。对此，虽然中国国家层面尚未出台国际贸易劳工条款应对方案，但有条件的中资企业，也可以从国际化战略出发，引入劳动法律专业人士对企业境内外劳工战略全面梳理，探索逐步按照 TPP 劳工条款或 SA8000 国际认证标准等提升劳工合规水平，推动企业社会责任建设，增强国际竞争力。¹⁹⁷

注重发挥中国工会的作用。工会应该是工人利益的代言人，现实中却往往远离工人。在中国，工会对工人结社的控制权与工会改革和自身建设是相辅相成的，改革的目的是加强其与工人群众的密切联系，使工会真正成为能代表和维护他们的利

¹⁹⁷姜俊禄、罗凯天：《TPP 劳工条款对中资企业海外劳工战略的影响》，载《环球视野》，http://www.globalview.cn/html/societies/info_7323.html

益的工会。加强工会的国际联合，赋予国内工会组织与国际工会组织交流的权利，是经济全球化下劳动对抗资本的重要手段。中国位于全球生产体系的末端，利润微薄。中国工会应该大胆探索，在全球供应链中，向跨国公司争取合理的利润分割。需要指出的是，工会组织国际交流的权利，既是中国履行已批准的联合国《经济、社会与文化权利的公约》第8条乙款的国家义务，也是促进跨国劳动监管、维护本国劳动者权益的需要（邓丽珍，2014）。¹⁹⁸

【参考文献】

1. 车海刚：《TPP 为中国新一轮高水平对外开放树立了目标——访商务部研究院研究员王志乐》，载《中国发展观察》，2015年第10期，第15-21页。
2. 李西霞：《自由贸易协定中劳工标准的发展态势》，《环球法律评论》2015年第1期第165-175页。
3. 林燕玲：《国际劳工标准与中国劳动法比较研究》，中国工人出版社，2015年版。
4. 罗凯天：《劳工条款及其对中国的影响与应对研究》，载《中国劳动关系学报》，2015年第3期，第80-84。
5. 欧樱：《跨太平洋伙伴关系协议（TPP）及其对中国进出口贸易的影响》，吉林大学硕士学位论文，2015。
6. 谭深、刘开明：《跨国公司的社会责任与中国社会》，社会科学文献出版社，2003年版，第39页。
7. 魏建国：《TPP 的挑战，正是我们努力的方向》，载《中国报道》，2015年第11期。
8. 肖竹：《废除强迫劳动劳工标准比较研究》，载林燕玲（著）：《国际劳工标准与中国劳动法比较研究》，中国工人出版社，2015年版，第83-87。
9. 张南：美国自由贸易协定中劳工规则研究，西南政法大学硕士学位论文，2013年。
10. 郑丽珍：跨国劳动监管制度重构，社会科学文献出版社，2014年版，第116-362页。

¹⁹⁸郑丽珍：《跨国劳动监管制度的重构》，社会科学文献出版社，2014年版，第361-362。

对我国加班法制之反思

孙国平*

【摘要】 基于比较法视野对我国加班制度加以反思。我国劳动法规定的加班制度存在制度困境，使得对其劳动监察执法力不从心，为契合实际，宜对加班制度做出相关修改。

【关键词】 加班制度 加班工资 加班时间

一、问题的提出

目前我国不少企业，尤其是制造型企业，普遍存在超时加班现象，《劳动法》“每月加班不得超过 36 小时”之规定，遭遇普遍性违法之尴尬境地，如笔者所在城市的苏州工业园区的诸多企业也不例外，超时加班颇为普遍，而针对加班制度的劳动监察执法，往往纠结于法律规定之执行与普遍性违法事实之间而力不从心，如下表所示，相对于其他一些国家的加班制度，我国大陆的法定周工时、加班时限与加班费率等规定，可以说居于世界领先水平。我们不禁反思：我国加班制度设计是否过于理想。

部分国家法定周工作时间、加班时限与加班费率比较表

国别	法定周工作时间(小时)	加班时限	加班费率
中国(大陆)	40	每天加班不超过 1 小时，特殊情况不超过 3 小时，每月不超过 36 小时	加点(正常工作时间工资的) 1.5 倍；休息日 2 倍；法定节假日 3 倍
中国(台湾)	42	一日不得超过 12 小时，一个月不得超过 46 小时	2 小时以内(平日每小时工资额)的 1/3 倍；再延长 2 小时，2/3 倍；其他加倍
日本	40	最高加	加点是正常工作时间小时工资的 0.25 倍；休息日

* 苏州大学王健法学院副教授，法学博士。

		班时数每月不得超过45小时，每年不得超过360小时	加班为0.35倍；夜班（10pm-5am）加班为0.50倍，休息日的夜班（10pm-5am）加班为0.60倍
美国	40	对加班时间上限并无硬性规定	正常小时工资的1.5倍
法国	35	每天最多只能工作10小时，但劳动监察官员可有权视情况予以延长，如宾馆业、咖啡店、餐馆可采用下列标准：厨师11小时，夜里值班人员8.5-9.5小时；其他职员11.5小时	加班补偿：36-43小时——只给加班费，不享受年休假，除非在集体合同中有规定，集体合同对加班费有规定的，法律规定的最低标准是小时工资的0.10倍；44小时以上——超过43小时以上是小时工资的0.50倍；带薪休假——41小时以上。只要每年不超过总加班时数220小时和公司雇员超过20名，超过40小时每周的每小时将产生带薪休假，其等同于超过40小时加班数的50%，但未超过20名雇员的的公司不能享有。如果达到年总加班时数，超过的每小时将产生带薪休假待遇，其在超过20名雇员的的公司将等同于超出工作的时数，而在少于20名雇员的的公司，其期限将等同于超出工作时数的50%。此外，雇员可以要求用带薪休假来代替加班费。

（资料来源：笔者根据 William L. Keller & Timothy J. Darby, *Int'l Labor and Employment Laws (3rd ed., Vol. IA, IB and Vol. IIA, IIB)*, BNA Books, 2009 之系列丛书整理得出。）

二、对我国加班法制之思考

世界上一些主要国家的加班制度对加班的规范方式大致上可分为以下类别：一是直接规制型，即法律规定每日与每周加班时数上限的类型，如德法之规定；二是间接规制型或成本压力型，即法律不设上限规定，仅规定超过一定时数时，雇主须给付加班费，如美国之规定；三是自主协商型，即针对工作时间不设规定，委由劳资双方自主协商（集体合同）的类型，以意大利为代表。¹⁹⁹我国大陆则是兼采直接规制与间接规制两种规范方式，可见我国对加班的抑制意愿很高。

¹⁹⁹ 王能君：“劳动基准法上加班法律规范与问题之研究”，《台北大学法学评论》2012年第81期，第52页。

我国加班制度究竟是刺激还是抑制了加班？学者、官员们曾纷纷撰文对此进行分析，其中较具代表性的见解为“前路（加班限制）堵”、“后路（增加用工）断”、“支路（自愿加班）变通途”，认为“高标准、低覆盖、宽执法”的立法路径使得我国劳工中出现的“过劳现象”难以根治，²⁰⁰笔者对此评论部分认同，但也有不同见解。我国在 1994 年之际，正处于劳动合同制度全面推行之后、国企改革攻坚的阶段，大量员工下岗分流，失业加剧，劳动力供给大于需求，加之社会保险的脆弱，劳动关系处于激荡起伏的时期，解决再就业任务艰巨，怎样导引企业多用工和规范用工而保护劳动者权益、是否对加班施加严格限制，成为一个不得不考虑的因素。

笔者认为，无论是 1938 年美国的《公平劳动基准法》，还是 1947 年日本的《劳动基准法》规定的加班制度，可能有着与中国相似的历史背景，但却有不同于中国之规定。美国《公平劳动基准法》的颁布根植于应对美国遭遇 20 世纪 20 年代到 30 年代（1920s-1930s）资本主义世界的经济危机，其目标与其说是减少工作时间，不如说是增加就业岗位，提振国民低迷的情绪。日本的《劳动基准法》出台，则表现了战后经济起飞时代的劳动管制特征，并不注重加班工时之限制，而在于提振经济，故而在政策上便不特别鼓励延长工作之供给。两国因而对加班时间上限都没有规定，同时规定了较低的加班费率。

较之美日两国，我国劳动法之规定表现出要强烈抑制加班的意图，其结果如何呢？

“前路（加班限制）”果真被堵抑或是被刺激？

对于低薪水的职工而言，这样的管制就可能使一些职工感到雇用不充分，他们宁愿工作超过 40 小时而赚取更多的收入。这里涉及到最低工资与工作时间的密切关联，若是最低工资定得较高，工作时间相对减少，职工可能愿意接受。但囿于我国集体协商机制的不发达，集体合同发挥的实际作用面不大，职工的基本工资一般等同于当地最低工资。

加班工资计算中至关重要的加班基数是“按照不低于劳动合同规定的劳动者本人工资标准”（见《工资支付暂行规定》第十三条）来计算，亦即按写在书面劳动合同中的标准来计算，而非按实际工资来算。设若双方约定劳动者每月的正常工作

²⁰⁰ 董保华：《十大热点事件透视劳动合同法》，法律出版社 2007 年版，第 244-249 页。

时间工资为 2000 元（并约定以此作为加班工资计算基数），而劳动者每月还有奖金、补贴等 1500 元，则其正常工作时间时薪为 20.11 元（ $3500 \div 21.75 \div 8$ ），平时加班时薪为 17.24 元（ $2000 \div 21.75 \div 8 \times 150\%$ ）。可见劳动者加班 1 小时的工资还没有正常工作时间的时薪高，正是这样即使我国规定了世界领先的加班工资标准，只要用人单位在完全可以掌控的书面劳动合同中规定一个低标准，便可全部规避高标准的加班工资支付标准，事实上大多数用人单位也都是如此操作的。

这样一来，即使是在经济最为发达的珠三角、长三角地区，职工最低工资基本上在 1200-2000 元上下，这样的工资水准想要在消费偏高的两大经济区生活下去确实很难，加之我国社会保障的不足，职工不得不通过大量加班，努力增加收入。而在此情形下，相对于所谓正常工作时间工资 1.5 倍、2 倍、3 倍的加班工资支付标准，本想抑制加班却事与愿违地刺激了劳工对加班的渴望，故笔者认为，前路并非被堵，相反在制度困境的特殊背景下恰恰刺激了加班的蔓延扩大之势。

“后路（增加用工）断”的真正缘由。

如果说国家期望通过缩短工时、提高加班工资支付标准，来达到增加就业岗位的做法可以理解，但仅此可能有些困难，劳雇双方各有其自身考量：

在职工这一方，至少要考虑两个方面的机制要素。一是工资杠杆的作用。便是要看基于工资的涨跌能否发生新古典主义经济学派所指称的收入效应和替代效应，二者谁占主导地位。在工资上涨时，所谓收入效应，即意味着劳动者个体，即使在同样的工作时间内其收入上升，其可能决定将多赚取的工资花在更多的休闲时间上一—减少工作时间；而替代效应则指在工资上涨时意味着休闲时光价格的攀升，从而驱使劳动者去增加工作时间。此二种效应谁主沉浮，要看劳动者个体的选择。若此时收入效应主导劳动者，其将要增加其工作时间，而此时的休闲时光的价格也随之下降；若是替代效应主导着劳动者，其可能不会选择去增加工作时间。²⁰¹

在我国工资的杠杆作用可能失效，众所周知，我国目前劳动者的基本工资偏低，紧贴或者干脆就是最低工资标准。这一点与西方大大不同，强大的工会通过集体谈判达成的集体合同，将劳动者的基本工资都抬升至最低工资之上，如美国的联邦最低工资为每小时 5.15 美元（自 2003 年 5 月 30 日开始实行），2007 年 5 月 25 日修

²⁰¹ A. C. L. Davies, *Perspectives on Labor Law*(2nd ed.), Cambridge University Press, 2009, p98.

订生效的最低工资法将其提升至每小时 7.25 美元，实际上，基本工资都高于各州的最低工资标准；强大的工会不仅抬升劳动者的实际工资使其高于最低工资标准，而且通过行业集体合同缩短工时，如德国的最高工时立法至今仍为每周 60 小时，但实际工时远低于该数字，金属行业（包括汽车和机械制造业在内）的工时为 35 小时，德国大众汽车公司的工时则只有 28 小时。²⁰²二是社会保障的安全网作用。劳动者有无后顾之忧，在于其有无坚实的社会保障。西方世界虽屡经经济危机之冲击，也未出现大的社会波动，与其有着相对良好的社会保障不无关系，美国用于公民福利和社会保障的开支占财政总支出的 75%，而我国仅为 25%。²⁰³

而在用人单位一方，若基本工资标准较高，大量加班会使其用工成本急逐攀升，其作为理性的经济人，自然应会采取措施减少加班，而直接雇用。但事实是一方面劳动者的基本工资过低，基本上就是各地的最低工资标准，加上加班基数按劳动合同的规定，即便拼命加班，劳动者最终赚取的工资总额并不太高，这也从另一侧面证明了为什么中国人勤劳而不富有；²⁰⁴另一方面权衡增加用工的成本与让既有劳动者延时工作支付加班工资的成本，前者明显偏高，劳动合同法的出台使诸多税收保险成本包括社会保险、工伤保险等费用，加之招募培训新人等成本，风险金成本如经济补偿金、赔偿金、违约金、双倍工资的支付等都有所上升，在当下全球经济不甚景气的情形下更显突出，各国企业纷纷大量裁员减少用工加以应对，权衡利弊，企业不敢也不愿多用工，宁愿选择超时加班。如此一来，劳资双方基于不同的考虑却不谋而合一—多加班。

所以，即便《劳动合同法》对加班的控制和《劳动争议调解仲裁法》对其争议预防打出了诸多组合拳，如第四条将事关劳动者重大权益事项（其中包括劳动定额管理）纳入劳资双方“共决”机制、第六条的集体协商机制，第三十一条更是点明“用人单位应当严格执行劳动定额标准，不得强迫或者变相强迫劳动者加班。用人单位安排加班的，应当按照国家有关规定向劳动者支付加班费。”而且对未依法支付加班工资设置了严重的法律后果。比如，《劳动合同法》第 38 条明确，用人单位

²⁰² 董保华：《十大热点事件透视劳动合同法》，法律出版社 2007 年版，第 85 页。

²⁰³ 徐景安：“政府应尽快制定社会保障长远规划”，《经济观察报》2009 年 3 月 9 日第 16 版。

²⁰⁴ 陈志武：《为什么中国人勤劳而不富有》，中信出版社 2008 年版，第 56 页。

“未及时足额支付劳动报酬的”，劳动者可以解除劳动合同；第 46 条明确，该情形下用人单位应当向劳动者支付解除劳动合同的经济补偿。《劳动合同法实施条例》（国务院令 535 号）第 26 条进一步明确：“用人单位与劳动者约定了服务期，劳动者依照劳动合同法第 38 条的规定解除劳动合同的，不属于违反服务期的约定，用人单位不得要求劳动者支付违约金”。根据《劳动合同法》第 85 条规定，经劳动行政部门责令限期支付，逾期不支付的，用人单位应当加付 50%-100% 的赔偿金。根据《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》（劳部发[1994]481 号），用人单位存在克扣或者无故拖欠劳动者工资的，需要额外支付 25% 的经济补偿金。另外，劳动者可通过多种渠道请求加班工资，对其申请劳动仲裁的还实施了特殊时效，可以要求所有工作期间的加班工资，且在处理中，用人单位又负有较重的举证责任，举证不能要承担相应的不利后果。

在上述法律法规严格规定下，加班依然盛行，也凸显《劳动合同法》及相关法规治标不治本的尴尬处境。

一方是要求生存的劳工基于无奈在高标准加班工资的刺激下主动希望加班，一方是基于节约成本充分挖掘员工潜力的雇主更是正合其意，而此时的劳动监察部门的执法因面对普遍性违法显得力不从心，呈现“两打一”局面，而员工真正到劳动执法部门举报时，一般皆在其离职或与用人单位闹僵之后才会走此途径，真的到了此时，加班证据可能难以收集，加上执法权限之限制而使执法效果大打折扣，必然导致软执法，软执法加上选择性执法必然催生进一步的违法蔓延，加上劳动执法部门隶属于地方政府而非似海关等部门采垂直管理，地方政府的本位主义同样不利于其公正执法，可见针对这样的加班法制规定，劳动监察部门对其进行监督检查与执法显得相当地艰难与进退维谷。

三、对改进我国目前加班制度的建议

基于前述反思，我国在《社会保险法》出台之后，十八届三中全会之决定要求适时适当降低社会保险缴费费率，在减轻企业负担的同时，也将拓宽社会保险的覆盖面，职工的社会保障安全网日益健全，在此前提下，我国的加班制度还宜从以下几方面进行改进：

一是要尽快推出《工资条例》，提高职工的基本工资水平，尽管各地这些年在不断提高最低工资水准，但总体而言，作为加班工资基数的基本工资水平依然太低，不足以产生工资杠杆作用的效应，不足以引导雇主权衡加班与增加用工之利弊从而进行理性选择；

二是要适当降低加班费率，过高的加班费率客观上会产生刺激职工加班，可将加点改为 0.5 倍，休息日为 1.0 倍，法定节假日为 1.5 倍，从而与世界上大多数国家规定的水准相似；

三是加班时限可做适当变通，我国企业目前尚未彻底完成转型升级，劳动密集型企业大量存在，而劳动法对延长工作时间规定每天不超过 3 小时，每月不超过 36 小时，并未考虑休息日加班的情况，如果以原劳动部门规章²⁰⁵规定的精神为标准，考虑到每周确保劳动者至少休息 1 天，以每月安排 4.3(104/12/2) 个休息日加班来计算，每月加班时间为 4.3×8=34 小时。因此，70 小时（36+34=70）为每月加班加点时间的上限比较合适，这样在让底层劳工感觉到充分雇佣的同时，亦不致让企业陷入普遍性违法之境地。

四是要健全和落实工资集体协商制度，让劳资双方就加班工资的计算基数、加班时限等进行有针对性的集体协商，让加班法制在国家基准的基础上真正回归私法自治。

加班制度的理顺可能是个系统工程，需要从多项制度方面同时发力，同时考虑到职工和用人单位的实际情况，对症下药才能奏效。

²⁰⁵ 参见《劳动部关于职工工作时间有关问题的复函》（劳部发[1997]271 号）之规定。

论劳务派遣用工企业的雇主性质

——日本判例争点与派遣法修改的意义

田思路

【摘要】 日本最新劳务派遣案例的主要争点是，用工企业是否具有雇主性质？派遣劳动者与用工企业之间是否存在劳动契约关系？对此，判例法理在默示劳动契约的构成，用工企业违法派遣的责任，劳务派遣中的社会接触关系，共同雇主理论在派遣中的应用等方面有所发展，由争点带来的派遣劳动者要求用工企业支付损害赔偿并被裁判所认可的倾向也值得关注。2012年日本修改派遣法，提出了派遣公司有保障派遣劳动者从有期雇佣到无期雇佣转换的努力义务，并有义务推动派遣劳动者在用工企业的直接雇佣，这对今后劳务派遣的理论与实践的发展具有重要意义。

【关键词】 劳务派遣 判例争点 判例法理 派遣法修改

日本早在1985年就制定实施了劳动者派遣法²⁰⁶，对劳务派遣这一用工形式进行法律规范。随着劳务派遣的迅速发展，相关诉讼越来越多，在积累了诸多案例的基础上，形成了有关判例法理，劳动者派遣法也在实践中不断修改完善。如今，在经济持续低迷的状况下，劳务派遣已经成为企业普遍采用的用工方式，给派遣劳动者的保护带来了诸多理论与实践的课题，每年发生的典型判例也成为学界重点关注和研究的对象。本文从2011年和2012年日本诸多派遣案例中选取四个有代表性的判例加以整理分析，对争点问题进行深入探讨，对判例法理进行研究，对2012年10月修改的派遣劳动法进行阐述。

一、近年日本劳务派遣的典型判例

作者简介：田思路，男，1962年生，天津市人，日本法学博士，华东政法大学社会发展学院教授，博士生导师。电话15852915838，电子邮箱：tiansilu@aliyun.com

²⁰⁶ 全称为《关于劳动者派遣事业的适正运营的确保以及派遣劳动者就业条件的整備等法律》。

（一）名古屋事件²⁰⁷

1. 案由

派遣公司将派遣劳动者派遣到用工企业，派遣劳动者认为用工企业是实质上的雇主，其与用工企业之间存在默示的无固定期限劳动合同关系。对派遣劳动者的解雇，其实质上的实施主体是用工企业，该解雇行为是解雇权的滥用，因此在法律上无效。派遣劳动者要求用工企业给予雇佣合同上的权利地位，并要求支付相关工资。派遣劳动者还认为用工企业将实质的雇主身份加以隐瞒，将应该直接雇佣的劳动者变成了派遣劳动者，属于“虚假派遣”，以此来逃避派遣法规定的派遣期限的限制，在超过该期限的情况下继续要求该派遣劳动者从事同一工作，然后又以合法的派遣期限到期为由，与名义上的派遣公司（用人单位）沟通后拒绝合同的更新，因此属于没有任何客观合理理由的不当解雇。同时用工企业没有对该事实加以认识，对派遣劳动者造成了极大的精神痛苦，要求支付派遣劳动者精神赔偿费 300 万日元。

2. 判旨

判决认为“派遣劳动者通过毫不懈怠的努力，取得了很好的工作成绩，用工企业也对派遣劳动者的工作业绩和劳务派遣的价值给予了评价，提高了派遣费用。但如果派遣费用过高（超过正式员工），则通过直接雇佣就可能降低成本。从派遣劳动者的就业经过来看，即使对其进行有固定期限的直接雇佣也是有可能的。不论怎样，对派遣劳动者采用欺骗的手段，用其代替用工企业的直接雇佣，又对其以派遣费用过高为理由突然停止派遣，该行为即使其不具有法律上的雇主立场，也存在显著的信义问题，而且显著威胁到了平常地位就不稳定的派遣劳动者的劳动生活，作为用工企业构成了违反信义的不法行为”。

另外，“基于根据该指挥命令下的劳动形成的社会的接触关系，对派遣劳动者遵循诚实信用原则，应该成为条理上的义务，对平时在雇佣的持续性上就已经处于不稳定地位的派遣劳动者，就像显著威胁其劳动生活一样，显著违反信义的行为时，负有不法行为责任”。原告派遣劳动者甲的劳动生活受到显著威胁，带来了精神上

²⁰⁷ 即パナソニックエコシステムズ事件，名古屋地方裁判所 2011 年 4 月 28 日判決，（日）《労働判例》1032 号 19 页；名古屋高等裁判所 2012 年 2 月 10 日判決，（日）《労働判例ジャーナル 2 号》2012 年第 5 期，第 9 页。

的莫大痛苦，判决被告对其支付 100 日元精神损害赔偿；原告派遣劳动者乙在承担着违法派遣的不利益状态下被突然停止派遣，作为违反信义规制的不法行为，判决被告向其支付 30 万元损害赔偿。

（二）神户事件²⁰⁸

1. 案由

原告派遣劳动者在被告用工企业以劳务派遣形式工作，被用工企业终止了派遣，此后又与该用工企业直接签订了固定期限劳动合同，该用工企业成为了雇主，但固定期限结束后，被告没有更新合同，对此原告认为签订的合同应该是默示的无固定期限合同，要求确认其雇佣契约上的地位，支付所欠工资，并请求精神损害赔偿。

2. 判决

一审判决认为，“被告订立本案的派遣契约，漫然和继续地使用劳务派遣，违反了限于法律所允许的情况下三者间劳动关系的法律宗旨，构成了对原告的不法行为。”“鉴于原告在超过长达 5 年的违法派遣下进行劳动，被告具有重大的违法性，故赔偿原告每名劳动者 50 万日元的精神损害赔偿”。

二审判决则认为，被告不构成不法行为。二审判决指出，“根据派遣法所保护的利益，基本上是关于派遣劳动者的雇佣秩序。通过该雇佣秩序，即使保护了每个派遣劳动者的劳动条件，也不能认为派遣法是保障派遣劳动者与用工企业之间建立劳动契约，不能认为是保护派遣关系下超过了所确定的劳动条件的派遣劳动者的利益。至少对于违反派遣法而接受劳动者派遣本身，法律本没有规定罚则。另外，从社会上来看，劳动者派遣对企业来说可能会在比较有利的条件下获得劳动力，但另一方面，也不能忽视企业对劳动者提供就业之机能，因此，接受派遣劳动者从事法律许可范围的工作，即使超过了许可期限造成违反派遣法的事实，也难以认为其直接构成了不法行为上的违法”。

（三）三菱电机事件²⁰⁹

1. 案由

²⁰⁸ 即日本トムソン事件，神户地方裁判所支部 2011 年 2 月 23 日判决，（日）《劳働判例》第 1039 号第 5 页；大阪高等裁判所 2011 年 9 月 30 日判决，（日）《劳働判例》第 1039 号第 20 页。

²⁰⁹ 即三菱電機事件，名古屋地方裁判所 2011 年 11 月 2 日判决，（日）《劳働判例》第 1040 号第 5 页。

派遣劳动者（本案原告）被派遣公司（本案被告乙）派到用工企业（本案被告甲）工作，但在派遣期间被派遣公司解雇，原告认为，派遣公司只不过是名义上的雇主，用工企业才是实质上的雇主，原告与用工企业之间建立了默示的雇佣契约，派遣公司实质上是在用工企业的主导下将原告解雇，这是解雇权的滥用，故要求用工企业确认原告有雇佣契约上的权利和地位，支付其工资；同时对原告劳动者的解雇，不正当地侵犯了其雇佣上的地位，派遣公司和用工企业共同构成了不法行为，要求两被告各赔偿 600 万日元。

2. 判决

判决认为，用工企业违反了信义规则，构成了不法行为。

判决指出，“用工企业接受派遣劳动者在本公司工作，在遵守派遣法上的规制的同时，形成在其指挥命令下的劳动的社会接触关系，基于这种关系对派遣劳动者负有遵循诚实信用原则的条理上的义务。对在雇用的持续性上处于不稳定地位的派遣劳动者，发生像严重威胁其劳动生活那样的违反信义的行为时，应该负有不法行为责任”。

“另一方面，即使劳动者派遣法没有规定，即使原告的就业方式是劳动者派遣，作为雇主的派遣公司，只是根据自身的生产需要，不考虑如何确保派遣劳动者的就业机会，……突然中途解除劳动者派遣契约，应该认为是过于随意。”

派遣公司如果对继续雇用派遣劳动者进行了努力，则不与用工企业共同构成不法行为，反之，则与用工企业具有强烈的客观的共同关联性。

（四）积水住宅事件²¹⁰

1. 案由

派遣公司（被告甲）违反劳动者派遣法关于从事派遣工作的内容和期限的规定，将派遣劳动者（原告）派往用工企业（被告乙）工作，因属于违法派遣，故派遣公司与用工企业的派遣契约以及派遣公司与派遣劳动者的雇佣契约无效。原告认为与派遣公司之间默示的劳动契约成立，请求基于劳动契约确认其地位和支付工资；用工企业接受违法派遣后终止派遣契约，以及承诺劳动者派遣契约终止后 3 个月重新

²¹⁰ 即积水ハウス事件，大阪地方裁判所 2011 年 1 月 26 日判决，（日）《労働判例》第 1025 号第 24 页。

使用该派遣劳动者，但此后又拒绝其就业，构成了不法行为，要求两被告支付 100 万元损害赔偿。

2. 判决

判决认为，用工企业承诺劳动者可以重新工作，此后却不顾劳动者的期待拒绝其返回职场，构成不法行为，赔偿 30 万日元。另外，派遣公司不承担法律责任。

判决指出，用工企业某负责人没有接受派遣劳动者的最终决定权，但考虑到其作为现场的负责人，其意思应该得到尊重，并可以认为其在人事上具有一定的权限，所以基于上述事实，至少该责任人对原告承诺派遣契约终止后 3 个月可以再度派遣，原告也对此产生了期待，对于这种期待，法律上应该予以保护。

另外，关于派遣劳动者与用工企业是否存在建立雇佣契约的余地，判决认为，“劳动者即使与派遣公司基于劳动契约被派遣公司派至用工企业工作，派遣公司只是形式上存在，并不对派遣劳动者进行管理，用工企业实质上对派遣劳动者的录用、工资以及其他劳动条件加以决定，并实行岗位配置和惩戒，以及超过了劳动者派遣法规定的允许从事的业务内容和派遣期限，派遣劳动者与用工企业的正式员工难以区分，用工企业对派遣劳动者有劳动给付的请求权并支付工资，用工企业与派遣劳动者之间存在事实上的使用从属关系等等这样特殊的事由，用工企业与派遣劳动者之间可以认为默示的劳动契约成立”。

二、判例争点与基本问题

围绕判例，可以看出其在派遣法上的主要争点是，用工企业是否具有雇主性质？派遣劳动者与用工企业之间是否存在劳动契约关系？

围绕该争点，四个判例从不同角度加以展开和论说，主要涉及的问题有，一是默示劳动契约的构成，二是用工企业违法派遣的责任负担，三是如何认识劳务派遣中的社会接触关系，四是共同雇主的理论在派遣中的应用。另外，接受派遣的方式也是值得探讨的问题，由此带来的要求用工企业支付损害赔偿并被裁判所认可的倾向也是值得我们关注的。

（一）四个判例提出的基本问题

在第一个判例中，按照当时的法律规定只有 26 种业务可以使用劳务派遣，该案超出了所规定的业务范围而用工企业接受了派遣，并且违反了派遣期限的限制规定，甚至以劳动者能力突出导致派遣费用增加为由终止派遣，其形式和实质都是很恶劣的。判决认为，上述行为构成了不法行为。其判断要素是，作为就业形态，使用不适当的派遣形式，劳动者本人通过努力获得了专业技能，希望能在用工企业长期工作。而从用工企业终止派遣的情形来看，该派遣劳动者将自己的专业技能传授给了用工企业的正式员工后，用工企业立即以派遣费用过高为由终止了派遣。作为法律的基本原则，派遣劳动者履行了诚实信用原则，用工企业应该有加以对应的条理上的义务，而本案用工企业对此加以违反，判决要求原告派遣劳动者甲赔偿 100 万日元，对原告派遣劳动者乙赔偿 30 万日元。

关于第二个判决，原审（神户地裁姬路支部）和上诉审（大阪高裁）的判决是对立的，其争点仍是派遣形式的问题。地裁的一个非常重要的判断是，漫然的持续进行派遣，违反了“限于法律允许的场合所承认的三者之间劳动关系法规的宗旨”，构成了不法行为，支持原告提出的 50 万日元的损害赔偿请求。这里的“限于法律允许的场合”是派遣的非常特殊的例外，由此如果违反了派遣法，就会带来各种问题。另一方面，大阪高裁却否认了违法行为的成立，判决阐述了派遣法的宗旨，指出“劳务派遣法是保障派遣劳动者与用工企业的劳动契约的成立，但并不保护派遣关系下确定的超过劳动条件的每个派遣劳动者的利益”，从派遣法体系的特征出发，认为违反了派遣法不是一定就构成不法行为。该事件在对派遣法的评价上出现了明显的不同。

第三个判例是关于派遣契约履行中的解除。用工企业虽然没有雇主地位，但违法了信义规制，所以构成了不法行为责任。并被认为没有操守和过度任意，判决书这样的表述是十分严厉的。判例承认用工企业的违法性，明确指出“用工企业基于指挥命令下的劳动所形成的社会接触关系，对派遣劳动者遵循诚实信用原则负有对应的条理上的义务”，这是对契约法上的义务的正面确认，用工企业接受派遣要承担一定的义务。这里用工企业对于派遣劳动者的诚实信用应该对应条理上的义务，从其解约的过程来看，用工企业没有事先预告，突然决定对派遣劳动者解约，派遣

劳动者遵守了信义，但他们的劳动生活却受到显著的威胁，处于不安定的地位，因此应该得到损害赔偿。本案责令分别赔偿两原告 50 万、30 万日元。

即使没有契约关系，但只要具有社会接触关系，从信义原则上来说，就应该负有作为随附义务的诸如安全卫生、预防性骚扰等义务。同理，用工企业与派遣公司因为具有社会接触关系，所以有义务比照雇主的责任提供适当的劳动条件。

第四个判例是关于用工企业的管理者的个人行为问题的案例。用工企业的责任人告知派遣劳动者有再度派遣的可能性，使派遣劳动者产生了期待，但其后又对此拒绝，被判赔偿 30 万日元。法律保护劳动者的就业期待权，并以此论及用工企业的损害赔偿义务，这是有意义的见解。

总体而言，上述劳务派遣判例集中于一点，就是判决都否认用工企业与派遣劳动者之间存在默示的劳动契约，但用工企业行使雇主职能时有可能构成违法行为而承担赔偿责任。

三、法理分析

按照最高裁判所以前的判决所确定的法理来看，原则上不承认派遣劳动者与用工企业之间存在雇佣关系。比如著名的伊予银行事件的判决做了如下阐述：“劳动者派遣的法律关系，是基于派遣公司与派遣劳动者建立的雇用契约而维持的雇用关系的同时，在派遣劳动者的同意和承诺下，在用工企业的指挥命令下提供劳务，派遣劳动者与用工企业没有雇用关系（派遣法第 2 条 1 项）”²¹¹。其后同样类型的判决也延续和坚持了这种观点。即使是违法的派遣，也不承认派遣劳动者与用工企业之间存在雇佣契约关系。下级裁判所也是遵循这一观点的。

但是应该注意的是，用工企业与派遣劳动者在对应关系下发生的损害赔偿事件，以及由此产生的作为不当劳动行为事件的用工企业的雇主性质问题，是上述判例所重点提及的。在派遣劳动者与用工企业两者间存在预定的雇佣关系的情况下，其用工企业的雇主性质被认可，但在不存在预定的雇佣关系的情况下，其用工企业的雇主性质如何认定？对此劳动委员会没有明示，以前也没有相关的判例。正因为如此，

²¹¹ 伊予银行事件，高松高等裁判所 2006 年 5 月 18 日判决，（日）《劳働判例》第 921 号，第 33 页。

这些问题值得深入进行理论探讨，并在案外，有必要作为解释论的重要问题加以研究。

（一）关于默示劳动契约的构成

契约是根据要约的意思表示与承诺的意思表示的一致而成立，劳动契约也不例外。日本《劳动契约法》第6条规定“劳动契约是根据劳动者被使用者使用下劳动，使用者对此支付报酬的劳动者与使用者的合意而成立”，明确表示了合意原则。由此，即使劳动者与雇主不存在明示的合意（意思表示的一致），为了使默示的劳动契约成立，有必要确认当事人之间意思表示的一致（合意）的特别事项的存在。²¹²

同理，派遣劳动者与用工企业之间的关系也应该如此等同对待。关于默示的劳动契约的成立，被普遍接受的判例法理是，“在派遣公司与派遣劳动者之间存在雇用契约的基础上，派遣劳动者与派遣公司之间被认为订立雇用契约的意思表示一致的特别事项存在的情况下，……派遣劳动者与用工企业之间，即使是默示的劳动契约，也没有成立的余地。”²¹³ 具体来说，“为了使派遣劳动者与用工企业之间默示的雇用契约成立，不仅仅是两者之间存在事实上的使用从属关系，还要对应各种事项，如派遣劳动者有在用工企业的指挥命令下为用工企业提供劳务的意思，与此相关用工企业作为其等价向派遣劳动者支付报酬的意思被推理认定，在社会通常理念上被足以认为两者间订立雇用契约的意思表示一致的特别事项的存在，等等，都是必要的。”²¹⁴

另一方面，“即使派遣公司与派遣劳动者之间同意派遣就业而订立雇用契约，如果派遣企业不具备作为企业的实体，只是用工企业的组织的一部分，或者是用工企业工资支付的代行机构，则派遣公司的实体可以被看成与用工企业是一体的，……用工企业与派遣劳动者之间的雇用契约的成立能够被认可”。²¹⁵

²¹² [日]小嶋典明《労働市場改革のミッション》，東洋経済2011年版，第256页。

²¹³ 同前注⑥。

²¹⁴ 同前注⑥。

²¹⁵ 同前注⑥。当然该判决的结果认为，本案情况下因为雇用契约订立的意思表示的一致所被认可的特别事项不存在，所以否认法人资格的法理的适用或准适用不被承认。

这种分析对上述四个判例中关于用工企业是实质雇主，派遣公司是名义雇主，派遣公司是在用工企业的授意下决定对派遣劳动者的雇佣和解雇，是有重要参考价值的。

但有的判例指出：“劳动契约……是劳动者与雇主之间存在一定程度的强弱差别，及产生了所谓的使用从属关系，所以特定的当事人之间存在事实上的使用从属关系，推测他们之间的劳动契约的成立，不能不说是大致的表象。但是，作为企业从事业务而获得劳动力的手段，并非限定于与每个劳动者订立直接的劳动契约，实际上存在着广泛的外包等种种方法，在这样的情况下，每个劳动者的劳动力即使很少编入业务组织中，但也分担着业务活动，其限度在于即使劳动者与雇主之间存在强弱差距，也应该产生某些事实上的使用从属关系。所以，即使当事人之间的意思的一致完全没有问题，但仅以形成了使用从属关系这一点，还不能直接确定劳动契约的成立。²¹⁶日本著名学者菅野和夫也根据该案判决强调指出，“公司以外的劳动者即使在用工企业的工作场所接受该用工企业的指挥命令而从事劳务（意思是即使存在使用从属关系），仅以此不能认为是默示的劳动关系的成立。”²¹⁷另外，该判决在前引部分之后进一步指出“但是，即使是劳动契约，因为是根据原本的默示的意思一致而成立，所以像工场内派遣劳动者，在外观上与用工企业正式员工几乎没有差异地提供劳务，由此，与用工企业之间存在事实上的使用从属关系，并且派遣公司本身没有作为企业的独自性，可以看成是同样欠缺作为企业的独立性的用工企业与劳务责任的代行机构，只不过是这种形式上的存在。而且，用工企业在决定派遣劳动者的工资数额以及其他劳动条件的事实应该被认为存在时，派遣劳动者与用工企业之间默示的劳动契约的订立有被认可的余地”。可见，上述思考方法是将是否是雇主或者劳动者的问题与雇用关系存在与否的问题，作为不同维度的问题加以阐述的，因此有必要加以区分和注意。

（二）关于共同雇主理论在派遣中的应用

在劳务派遣中，不仅派遣公司作为雇主，一部分用工企业是否也可以成为雇主？由于用工企业对派遣劳动者行使了管理、监督等权限，派遣劳动者与用工企业在劳

²¹⁶ 沙卡电视事件，福冈高等裁判所 1983 年 6 月 7 日判决，《判例时报》第 1084 号，第 126 页。

²¹⁷ [日]菅野和夫《労働法》（第八版），弘文堂 2008 年版，第 93 页。

动过程中产生了一定的从属性，具有了一定的法律关系，这是不能否认的。在此情况下，不仅由一方负有雇主责任，根据情况可由双方共同承担雇主责任。在2012年派遣法的最新修改中，规定了在派遣期间中途解约时，用工企业负有对派遣劳动者的帮助义务。如果将该义务理解为一部分雇主责任，则在三者间的劳务派遣关系上有必要引入共同雇主的原理。上述第一个判例的判决提出了这种可能性。

以第三个判例为例，该案判定用工企业承担损害赔偿 responsibility，但对派遣公司的责任则予以区别对待，如果派遣公司为了使派遣劳动者能够继续雇佣而做出了一定努力，则不构成与用工企业的共同违法责任；反之如果没有为派遣劳动者的继续雇佣做出努力，则客观上与用工企业具有共同的关联性，共同的违法责任成立。该案在解除派遣情况下的用工企业的责任，以及用工企业与派遣公司的共同不法行为问题方面，与已有的派遣案例相比具有明显的特征。

作为共同雇主，首先遇到的问题是派遣终止的情况。用工企业在派遣协议的期限内解除协议，受到最大影响的是派遣公司，但事实上，派遣公司并没有向用工企业请求损害赔偿，结果，派遣公司以没有工作为由对派遣劳动者（特别是登录型派遣劳动者）实施解雇。如果仅从派遣公司与派遣劳动者的雇佣协议来看，解雇的事由是成立的；但如果考虑到用工企业与派遣公司之间存在一定的关系，这种做法显然使派遣劳动者处于非常弱势的地位。因此不能说用工企业没有任何责任。用工企业与派遣公司都有在协议期间努力维持派遣劳动者的雇佣的义务，用工企业不是单纯的第三者，因此共同雇主的构成以及共同的不法行为的构成就成为了可能。退一步而言，即使派遣公司与用工企业的关系极为淡薄，用工企业因为没有工作岗位而与派遣公司解除派遣协议，派遣公司据此不得不与派遣劳动者解除劳动协议，其结果，前者是民法上的协议，后者是劳动法上的协议，这样峻别的思考并不能解决问题，用工企业与派遣公司没有任何劳动法上的关系，这无论在法理上还是在事实上都是存在疑问的，以此来说明派遣劳动中的三者关系也是困难的。

从理论上来说，派遣劳动者的权利受到伤害，可能是派遣公司的责任，也可能是用工企业的责任，还可能是两者的共同责任。因为派遣公司是雇主，所以关于解雇的诉讼，一般来说要求由派遣公司承担赔偿责任。上述第三个案例，用工企业与派遣公司解除了派遣协议，然后终止派遣，带来了请求共同不法行为情形下是否可

以追究用工企业责任的问题。特别是关于用工企业违法性，除了上述判例以外，作为已经被确认的判例法理，还有安全注意义务的违法责任以及性骚扰的违法责任等。比如最高裁判所认为用工企业员工的个别行为也承担损害赔偿 responsibility。²¹⁸ 而上述第四各判例关于用工企业个人行为的违法问题，具体而言从用工企业的承诺造成的继续雇佣的期待，以及派遣关系解除的经过两个方面加以判断，这是对判例法理的发展。

四、行政指导意见与法律修改

（一）行政指导意见

关于派遣劳动者与用工企业之间的劳动关系问题，厚生劳动省在 2009 年的通告中指出，“对于‘约定了用工企业对劳动者的雇用’的推测，契约书客观认可派遣公司、用工企业之间就用工企业雇用劳动者的意思达成一致时，可做出此判断，除此之外的情况依以下标准来判断”。²¹⁹

一是劳动者派遣依据法律规定的框架来进行时，原则上不推断为约定了用工企业对劳动者的雇用。

二是派遣公司是不具备作为企业的人力物力的实体（独立性）的个人或组织，派遣公司自身与该派遣公司的劳动者一起编入用工企业的组织成为其一部分，或派遣公司虽有作为企业的人力物力的实体，但是该劳动者派遣的实态是该派遣公司只是为用工企业招聘劳动者、支付工资的“代行机构”的情况或类似此种情况时，例外地可推测约定了用工企业对劳动者的雇用。

上述后面一种情况，行政上认为构成了对《职业安定法》的违反。

（二）修改法律的建议

关于派遣劳动者是否能够被用工企业雇佣的问题，在 2009 年的通常国会上，由民主党、社民党和国民新党三党共同提出了劳动者派遣法改正案，关于“派遣劳动者的雇用”做了如下规定。

第 40 条 6 款

²¹⁸ 伊予银行事件，日本最高裁判所第二小法庭 2009 年 3 月 27 日判决，[日]《劳働判例》第 991 号第 14 页。另该案一审判决参见：田思路、贾秀芬《契约劳动的研究》，法律出版社 2008 年版，第 152-156 页。

²¹⁹ [日]厚生労働省職業安定局《労働者派遣事業関係業務取扱要領》，2009 年 5 月 18 日最终修订，第 11 页。

1. 接受劳动者派遣的劳务提供者在如下行为的情况下，关系到该派遣的派遣劳动者，可以将该劳动者派遣的劳务提供的接受者视为自己雇主的想法向其告知。

(1) 违反第 4 条 3 款的规定的派遣劳动者，从事该条第 1 款各项中的任何业务。

(2) 知情，并从违反第 4 条 2 款 1 项的规定把非日常雇用的劳动者作为劳动者派遣的对象的一般派遣公司处，接受关系到该非日常雇用劳动者的劳动者派遣的劳务提供。

(3) 知情，并从不接受第 5 条第 1 款的许可而从事一般劳动者派遣的业者，以及通过伪装其他不正行为，根据对该款的许可以及第 10 条 2 款的规定，接受许可的有效期限的更新者处，接受劳动者派遣的劳务的提供。

(4) 知情，并从不提出第 16 条 1 款规定的申请书的特定劳动者派遣业的从事者处，接受劳动者派遣的劳务提供。

(5) 与根据第 35 条 2 款 2 项的规定而接受通知无关，接受违反第 40 条 2 款 1 项规定的劳动者派遣的劳务的提供。

(6) 基于上述各项所示行为，厚生劳动省的命令所确定的作为对派遣劳动者的利益显著侵害的行为。

2. 根据前项规定而发生通告的情况下，通告派遣劳动者及与该通告有关的劳动者派遣的业主之间的雇用契约，在该劳动者派遣的劳务的提供的接受者到达时，从该劳动者派遣的业主处向该劳动者派遣的义务的提供的接受者处转接。在此情况下，该通告存在该款第 5 项揭示的行为的理由时，该派遣劳动者即使该雇用契约的期限没有确定也可以变更。

3. 劳动者派遣的劳务提供的接受者，从与该劳动者派遣有关的劳动者处，将第 1 款各项揭示的行为作为理由，接受视为自己雇主的意思的通告时，必须立即通知该派遣劳动者受领该通告。在这种情况下，该劳动者派遣的劳务提供的接受者，认为自己的行为与该款该项的规定不相当时，也必须将这种意思一并通知。

4. 劳动者派遣的业务提供的接受者，在根据第 1 款的规定接受通告时，必须立即将该意思向该劳动者派遣的业主通知。

用工企业如果收到“视为直接雇用的通告”，当事人之间关于订立雇用契约的合意即将完全不存在，雇用契约也自动地从派遣公司向用工企业转移（第40条6款2项）。

所谓的仅限于违法派遣才作为适用对象，其范围十分广泛，从无许可、无申请的业者，到明明知情还接受派遣（第40条6款1项3号、4号），相当于上述情况的用工企业的行为，都成为“视为直接雇用的通告”的对象。

（三）派遣法的修改与派遣劳动者的直接雇佣

为了保护派遣劳动者，实现雇佣的稳定，日本2012年10月1日修改了派遣劳动法，将该法原称《关于劳动者派遣事业的适正运营的确保以及派遣劳动者就业条件的整備等法律》改为《关于劳动者派遣事业的适正运营的确保以及派遣劳动者的保护等法律》（下划线为笔者所加），明确指出该法的目的是为了保护派遣劳动者。

主要修改点如下：

1. 为了使劳动者更好的选择派遣公司，通过该派遣公司的电子网站可以看到其派遣劳动者所获得的费用以及教育培训情况。派遣单位必须如实公布用工企业支付给派遣公司的派遣费用，以及派遣公司向派遣劳动者支付的工资数额，其中的差价视为派遣公司得到的费用。²²⁰

2. 要明示派遣劳动者的派遣费用。因为派遣公司是和派遣劳动者建立劳动关系的雇主，所以负责派遣劳动者的工资等费用的支出。该费用在派遣劳动者与派遣公司签订劳动契约时，在向用工企业实际派遣时，在派遣工资发生变动时，必须明示。

3. 派遣公司在与派遣劳动者签订劳动契约之前，必须向派遣劳动者说明关于待遇等的事项。包括被雇佣后的工资和待遇、派遣公司的运营上的有关事项、以及劳动者派遣制度的概要。

4. 派遣公司在决定派遣劳动者时，必须考虑与用工企业员工在工资等方面的均衡。包括必须考虑在用工企业从事同种业务的劳动者的工资水平，以及派遣劳动者的工作内容、工作成果、意欲、能力、经验等。同时要在教育训练、福利厚生等方面均衡考虑。

²²⁰ 该费用不仅包括手续费、佣金，还包括福利厚生费、教育训练费等，所以不能简单地认为该比例越低越好，必须结合其他信息加以综合评价。

5. 派遣公司有保障派遣劳动者从有期雇佣到无期雇佣转换的努力义务。具体措施包括, 根据固定期限在一年以上的派遣劳动者的要求, 一是提供从有期雇佣到无期雇佣转换的机会; 二是对成为介绍预定派遣对象的派遣劳动者²²¹, 推动其在用工企业直接雇佣; 三是为了推进向无期雇佣劳动者的转换, 实施教育训练政策。

6. 雇佣期限在 30 日以内的, 原则上不能进行日雇派遣²²²。由于派遣公司和用工企业对日雇派遣劳动者都不承担雇佣管理责任, 成为劳动灾害发生的重要原因, 所以原则上禁止雇佣期限在 30 日以内的日雇派遣。但下列情况下除外, 即派遣劳动者是 60 岁以上者、不适用雇用保险的学生、从事副业的日雇派遣者²²³、不以此为主要生活来源者²²⁴, 以及政令规定作为禁止业务以外的其他业务²²⁵。

7. 离职一年以内不能再以派遣劳动者的身份派往原用工企业。这是为了防止用工企业反复更新派遣契约, 用派遣劳动者代替直接雇佣的劳动者。

上述法律修改中, 强调了劳动条件的明示和派遣劳动者与用工企业劳动者的均等待遇, 提出了派遣公司有保障派遣劳动者从有期雇佣到无期雇佣转换的努力义务, 推动派遣劳动者在用工企业直接雇佣, 禁止日雇派遣和防止用工企业用派遣劳动者代替直接雇佣的劳动者。这些修改后的规定, 无疑对派遣劳动者的保护具有十分重要的意义, 也为本文重点研究的用工企业与派遣劳动者劳动契约的建立, 以及用工企业的雇主责任问题具有提供了重要的法律依据, 同时对今后劳务派遣的相关判例具有重要的指向作用。

²²¹ 以劳动者在用工企业直接雇佣为正式员工为前提, 在一定期间内以派遣劳动者的身份就业的形式。

²²² 即以日为单位的每天派遣。

²²³ 主业年收入 500 万日元以上。

²²⁴ 家庭收入在 500 万日元以上者。

²²⁵ 这些业务包括: 软件开发、机械设计、业务机器操作、翻译、速记、秘书、财务调查、贸易文书的制作、接待、研究开发、事业实施体制的策划与立案、书籍的制作与编辑、广告设计、金融商品的营销等。

“4.5天工作制”是良策还是鸡肋

王皎皎 王丹丹*

【摘要】2015年国务院办公厅和2016年国家旅游局两次提出鼓励机关、团体、企事业单位引导劳动者灵活安排全年休假时间，创造条件让劳动者错峰休假、弹性休息，探索夏季“2.5天休假模式”，使“2.5天休假模式”和“4.5天工作制”成为社会关注的热点问题。因此，笔者对此项制度能否切实实行，如何实行，提出了一些自己的观点与看法。

【关键词】4.5天工作制 工时 2.5天休假模式 休息权

2015年4月初，中共中央、国务院发布了《关于构建和谐劳动关系的意见》，明确提出“切实保障职工休息休假的权利，完善并落实国家关于职工工作时间、全国年节及纪念日假期、带薪年休假等规定”。同年4月24日，人力资源和社会保障部在2015年一季度新闻发布会上表示：“职工休息休假权益有待进一步落实”。2016年1月29日，国家旅游局在“2016年全国旅游工作会议”上，鼓励机关、团体、企事业单位引导职工灵活安排全年休假时间，在不影响群众办事的前提下，创造条件让员工错峰休假、弹性休息，探索夏季“2.5天休假”模式，为职工周五下午与周末结合外出休闲度假创造有利条件。目前，上海、江苏、浙江、江西、山西、河北、重庆、广州、甘肃等地已纷纷出台实施细则，“2.5天休假”模式（或“4.5天工作制”）陆续落地，以鼓励弹性作息、错峰休假，刺激旅游消费需求。那么，“4.5天工作制”是否能有效提高工作效率，改善就业状况，有益劳动者身心，促进经济发展呢？

一、何谓“4.5天工作制”

所谓的“4.5天工作制”与“2.5天休假”模式是完全不同的两个概念。

* 王皎皎，吉林大学法学院讲师，法学博士；王丹丹，杭州电子科技大学人文与法学院讲师，法学博士。

“4.5天工作制”是将工作时间和基本工资同时削减的工时制度安排，即将劳动者的法定工时和基本薪酬同时减少10%，每周工作四天半、共计36小时。其直接目的是鼓励“无薪休假”，实行“工作机会共享”，避免裁员成本，以应对失业人口的增加。“2.5天休假”模式则并不是对每周实际工作时间的缩短，而是在我国目前带薪年假难以落实的情况下，创意性地将劳动者带薪年假、平时加班、法定节假日值班轮休里的半天时间弹性地调剂到周五下午，其目的是期望通过“微型小长假”，促动人们的旅游热情，刺激旅游消费市场，增加人们的幸福感。

可见，尽管“4.5天工作制”与“2.5天休假”模式在拉动旅游消费内需方面有相似作用，但二者在基本出发点和制度具体设计上具有较大差异。如果说“4.5天工作制”一旦确定，应在今后一段较长时间适用于全国范围内的用人单位，具有较强的长期性和普适性；那么，“2.5天休假”模式则具有较强的季节性与地方特色。例如，在实行“2.5天休假”模式（或称“2.5天周末”制度）的地区，基本是将“2.5天休假”模式与“夏季作息”结合在一起，即通常从每年的4月1日至10月31日期间执行该模式。同时，各地关于周五下午休假时间的替代方案各具特色：重庆鼓励机关、企事业单位劳动者以拼假、凑假方式短期旅游；江西上饶规定周五下午休假时间从带薪年假中扣除；湖南宁乡采用平时加班时间抵扣周五下午休假时间的方法。

二、西方国家“4.5天工作制”比较分析

8小时工作制最早是由社会主义者罗伯特·欧文于1817年8月提出的。1833年，具有同情心的工厂主约翰·多赫尔蒂等人在欧文的支持下，发动了一场争取8小时工作制的运动。1866年，第一国际日内瓦代表大会提出了“8小时工作，8小时自己支配，8小时休息”的口号，并要求各国制定法律予以确认。美国是世界上最早争取8小时工作制的国家。²²⁶随着各国经济的不断发展，关于工作时间的法律制度日趋完备，工作时间也在不断缩短。例如，19世纪时美国工人每天需要劳动14

²²⁶ 1877年，美国历史上爆发了第一次全国罢工，工人阶级走向街头游行示威，向政府提出改善劳动与生活条件，争取每天工作8小时。当时在罢工工人中流行着一首“八小时之歌”：“我们要把世界变个样，我们厌倦了白白的辛劳，光得到仅能糊口的工饷，从没有时间让我们去思考。我们要闻闻花香，我们要晒晒太阳，我们相信：上帝只允许八小时工作日。我们从船坞、车间和工场，召集了我们的队伍，争取八小时工作，八小时休息，八小时归自己！”

至 16 个小时；1877 年第一次全国工人罢工后每天工作降至 8 小时；据美国劳工统计局的数据显示，时至今日，美国周工作时间超过 48 小时的劳动者已经不足 1/5，尤其是在 2008 年金融危机爆发后，由全日制工作状态转变为周工作时间不足 35 小时的劳动者人数上升了 72%。

1、美英通过无薪休假推行 4.5 天工作制

英国通常采用集体协商方式，达成临时削减工作时间和基本工资协议，以确保劳动者长期就业。例如，2009 年丰田公司发布了一份声明：“经过与员工代表的广泛协商，我们已达成共识，认为确保长期就业的最好方法是将工作时间和基本工资临时削减。”根据这份声明，从 2009 年 4 月 1 日至 2010 年 3 月 31 日一年间，丰田英国工人的工时和薪金同时减少 10%。

在美国，无薪休假一般是按小时领取工资、很少或没有带薪休假的蓝领工人的专利，但是现在，越来越多的用人单位开始对白领雇员采取强制或劳动者自愿申请降薪、减少带薪工时、无薪休假等措施。这些公司在推行上述措施时，都会坦言目前公司面临的财务危机，希望劳动者愿意暂时减少收入，以保住所有公司员工的饭碗。例如，2009 年美国布兰迪斯大学就有 30% 以上的教职人员出于“现在经济不好，我们不希望任何一名同事失去工作”的考量，自愿减薪 1%，此举 1 年省下 10 万美元，可保住几名教员的工作岗位。2008 年年 12 月 19 日，美国加州州长施瓦辛格发布政令，从 2009 年 2 月到 2010 年 6 月，20 万名州政府普通雇员每月必须强制无薪休假两天，并声称这一强制无薪休假的方案将为加州政府节省 13 亿美元。

2、日本通过默许兼职推行减薪休息制

日本早在 50 年前就开始实行工作分享制²²⁷，现在，这项制度几乎成了多数日本企业应对经营危机的唯一法宝。根据日本帝国资料库在 2009 年 2 月 18 日到 28 日面向 2 万多家企业做的有关企业雇用情况的调查：已经实行工作分享制度的企业有 300 多家，计划引入这一制度的企业有近千家，认为应该推广这一制度的企业近半数。日本企业在减产时，会设定数个减薪休息日（最多减薪 20%），缓解减产带来的企业生存压力。与此同时，由于减薪假期增加导致劳动者收入减少，为了应对劳动者

²²⁷当时，日本大分县姬岛村为了给更多贫困家庭增加收入，把一人份劳动者的工作分给两个劳动者做。

外出兼职的需求，日本企业不得不放宽对这种以前绝对禁止行为的要求，默许劳动者在减薪休息期间从事兼职（副业），以缓解减薪给劳动者带来的生活压力。日本企业，如东芝、富士通、日本航空公司等，为了持续推行和推广工作分享制，默许本企业员工在满足下列两个条件的情形下于减薪休息日从事其他职业：（1）在兼职企业每天工作不得超过 8 小时；（2）必须向本企业汇报从业内容。日本劳动研究机构劳动总研最近发表提案称：如果企业严守劳动规则、缩短工作时间，可以增加 453 万个就业机会；如果够像欧洲一些国家每周工作 38 小时，还可以再增加 180 万个就业机会。

3、法德通过政府补偿推行短时工作制

追求高福利国家模式的欧洲各国一直有着“工作分享”的传统。

早在 20 世纪 90 年代初，“短时工作制”就成为德国企业继减产、关闭工厂、经济裁员之后，打出的应对愈演愈烈的金融危机的一张牌。例如，德国大众公司将劳动者每周工作时间从 20 世纪 90 年代的 36 小时缩短为 28.8 小时，尽管劳动者工资收入减少了 10%，但却保住了大约 2 万个工作岗位。德国大众公司认为，缩短工时一方面可以避免经济性裁员，另一方面可以保住公司的技术人力，使公司即使在营运不利时期仍能够维持人才竞争力，以便经济恢复时迅速发展壮大。在 2010 年左右，德国的模范企业们达成一项共识：把旗下 2/3 的全日制劳动者变为“钟点工”，并大幅削减临时工。

“工作分享”理论早在 1997 年就开始盛行于法国，法国也是全球缩短工时最积极的国家。法国政府从 1998 年开始推行每周 35 小时工作制，即每周工作 4 天半，俗称为“准 4 天工作制”，试图解决长期居高不下的失业率，并在实施新工时制的第一年就创造了 10.5 万个就业机会。然而，随着金融危机的爆发，法国经济继续低迷，财政赤字扩大，企业缺乏竞争力，窘迫的经济条件迫使不少法国普通劳动者主动放弃休假，努力干活挣钱。

与英美和日本有所差别的是，实行高福利模式的欧洲各国政府为了降低失业率，对短时工作制大力支持，称其为“职位的保护伞”。例如，德国联邦政府设立高达 3 亿欧元的“钟点工基金”，使劳动者在缩短工时后，可以从劳工局获得相当于其工资损失 2/3 的补偿金，从而帮助企业至少保留其长期雇佣劳动者一年半。

三、“4.5天工作制”的价值分析

全国政协委员张晓梅早在 2009 年就在两会上建议中国与国际先进国家工作制接轨，实行每周 4.5 天工作制，以提高劳动者工作效率、改善就业状况、有益劳动者身心健康，是“社会进步的结果”。以研究休闲经济著称的王琪延教授也建议实行四天工作制，认为与短工时相应的是高效率和低能耗及旅游、教育等第三产业的大发展。与“下岗”、经济性裁员、停产等方式相比，“4.5 天工作制”在维持劳动者现有就业岗位，保障劳动者休息权，拉升经济内需等方面自有其优越性。

1、有利于与国际先进国家工作制接轨

首先，从历史发展趋势看，工时缩短是历史必然。社会发展的终极目标是人的发展，只有让人们从工作中最大程度的解脱出来，拥有更多的自由休闲时光，才是劳动生产力得到提高的表现。其次，工时长短与工作效率不具有正比关系。经济合作与发展组织（OECD）的数据显示，工时的长短与劳动效率的高低不存在必然联系，例如，希腊是经合组织中最勤奋的成员国，人均年工作时间为 2000 小时，德国是 1400 小时，但是，希腊劳动者的工作效率却比德国劳动者的工作效率低 70%。最后，工时缩短已成为世界发展的一大趋势。北欧多数国家在 20 世纪 70、80 年代就实现了 4.5 天工作制；欧洲、亚洲和北美的许多发达国家的法定工时大都不超过 36 小时；联合国亦实行每周工作 4.5 天的工时制度。因此，我国伴随劳动生产率的不断提高，逐步缩短工时，有利于在增加劳动者休息时间的同时，与国际接轨。

2、有利于提升劳动者生活品质

以保护劳动力资源和人的身心健康为出发点，逐步减少法定工时是世界多数国家共同努力的方向，我国亦不例外。一方面，工作不是人生的全部，劳动者还有家庭需要照顾、个人爱好需要培养、自身能力需要提高。增加可自由支配的时间，有利于劳动者兼顾工作和家庭，使家庭更加和谐稳定。另一方面，较长时间的休息可以较为充分的缓解劳动者的精神压力。现有研究表明，工作时长的增加会使劳动者精疲力竭，产生睡眠不良、精神抑郁、糖尿病、心脏病、猝死等一系列身心健康问题，甚至给用人单位造成一定的经济问题，如旷工率、病假增加，跳槽、辞职情况增多，工作失误率提高等。在 2.5 天的休息时间，劳动者通过参加用人单位安排的

各类公益活动、员工活动，或安排短途旅行、家庭休息，于劳动者更好的缓解工作压力，消除潜在隐患，提高工作效率大有裨益。这是设计“2.5天休假制”的初衷，在新浪网4.5万人参与的投票中，81.3%的参与者认为这种休假方式可行。

3、有利于拉动内需，促进消费增长

不难想象，“4.5天工作制”等于让周五的半天与周末的两天假日无缝对接，使每周都拥有“小短假”，休假天数的增加无疑会促使普通劳动者通过各种渠道丰富自己的精神活动，增加娱乐休闲生活，从而促进消费的增长。从国家角度来看，普通劳动者休假天数的增加，在一定程度上有利于刺激短途旅游消费，促进城市周边旅游休闲产业和新型城镇化发展。这种设计，也说明我国政府把劳动者休假制度与旅游业的发展捆绑在一起，试图通过着力发展第三产业，提升国民经济整体水平，确保经济增长良性循环。

4、有利于增加就业机会（或减少失业压力）

在国家实体经济比较低迷时，期望通过适当缩短工时，增加就业机会，中外亦然，无分轩轻。毋庸置疑，缩短工时，固然是为了减轻劳动者的工作强度、保障劳动者的休息权，但更重要的考量是为了增加就业机会或者说减少失业压力，确保社会和谐与政局稳定。适当缩短工时，本质上是在适当减少整体劳动者薪酬及福利待遇的基础上，使更多劳动者得到工作机会。换言之，通过让已有岗位劳动者让出一点利益，与那些可能将失去工作或需要就业机会的人分享，盘活现有就业人口存量，共渡难关，对我国目前保稳定、促就业、保增长的大局来说，具有一定的积极作用。

四、我国“4.5天工作制”的可行性探究

以无薪休假或工时、工资同步削减来替代经济性裁员的“工作机会共享”方式已经在西方国家广泛适用，围绕这一制度的种种争议也成为政府、用人单位、劳动者最关注的话题。有劳动市场专家认为，4.5天工作制是对当前经济发展现状的理解，是“三赢”政策：对用人单位来说，增强了用人单位的用工灵活性，避免了再度培训带来的人力成本损失；对劳动者来说，尽管工资收入稍有减少，但避免了彻底失去工作岗位的危险；对政府来说，降低了为失业人员提供失业救助的压力。而

我国没有以法律的形式确定 4.5 天工作制，而是鼓励和建议，笔者认为其原因主要在于以下几点：

1、会导致用人单位生产成本增加

有学者分析，降薪休假、无薪休假等措施对用人单位来说是比较经济性裁员更有效的节约人力成本的办法，其效果是立竿见影的，毕竟经济性裁员需要经济补偿金、转岗培训等成本支出，其程序通常需要进行几个月；而且，长期来看，没有被裁减的劳动者对公司更忠诚；并且，当经济好转后，用人单位无需再同其他企业争抢人才。对此，笔者持有不同看法。因为，工时一旦缩短，用人单位为了维持原有产能，只有三种选择：提高单位工作量，鼓励劳动者加班，增加雇工。但这三种选择的最终结果都是与缩短工时制度的初衷相悖的。

首先，如果用人单位选择提高单位工作量，则劳动者的劳动强度势必增加，劳动者将会更加劳累。这种选择的危害主要体现在三个方面：第一，若劳动者工作量增加但待遇不变，则会增加劳动者怨言，有害于提升在岗劳动者的忠诚度；第二，若提高待遇，则用人单位的生产成本自然升高，效益降低，进而影响用人单位的竞争力，直至减薪、裁员，劳动者与用人单位将处于“双输”的境地；第三，若长期实行，将会使大部分劳动者产生其为用人单位做出了不是自己分内的牺牲的心理，在较大范围内滋生不满情绪，不利于良好工作态度的保持。

其次，如果用人单位选择鼓励劳动者加班，则会产生工作时间的变相延长。其负面效果是：一方面，日工作时间延长会增加劳动者的劳动强度，与缩短工时的初衷背道而驰，使 4.5 天工作制失去意义；另一方面，加班需要支付高于正常工时的加班费，因此，加班时间增加，用人单位需要支付的薪酬亦要增加（甚至成倍增加），这必然导致用人单位生产成本的增长。换言之，实行缩短工时产生的加班费可能会抵消掉节省下的员工裁雇费用。

最后，如果用人单位选择增加雇工，在现有待遇不变的情况下，将增加用人单位的生产成本；在降低现有待遇的情况下，实质是老员工自己出钱雇佣新员工，收入的降低不仅不能刺激消费，还会降低消费。

所以，在生产效率未能通过科技发展提高的情形下，特别是在居民服务业、建筑业和餐饮业等劳动密集型行业中，若采用 4.5 天工作制，要么将增加劳动者的劳

动强度，降低劳动者的幸福感；要么将推高用人单位的生产成本，使用人单位不堪重负，造成用人单位生存困难甚至破产倒闭，进而增加失业人数；要么降低劳动者平均工资收入，减少消费。

2、不能减缓现代劳动者的工作压力

从劳动者的角度看，实行4.5天工作制的前提应是保证原有工资收入不会减少，否则，劳动者为了维持原有的生活水平，要么排斥这种短时工作制度，要么要求用人单位通过加班费或增加调休加以弥补，要么寻找其他兼职补充收入差额，其结果均不可能减缓劳动者的工作压力。

首先，劳动者的日常工作压力主要来自于用人单位的任务指标和绩效考核，而4.5天工作制减少的是法定工时，它既不能减少任务指标，也不能降低绩效考核标准。其次，劳动者的个人能力是有限的，其劳动效率的提高是通过自身劳动能力的不断培养实现的，并不是缩短工时就能直接达成的。再次，在目前收入水平偏低的情况下，对于我国普通劳动者来说，赚取更多收入的愿望远大于对休闲的渴望，或者说劳动者赚钱的现实需求压制了对休息的渴望，因此没有多少劳动者愿意用赚取更多收入的机会换取休息时间。虽然我们的高管们愿意做表率降薪，但是总所周知，工资不是他们主要收入来源。最后，休息日的天数应与该国的经济社会发展相适应，没有工资收入作保障，个人休息权也就无从谈起，看世界也是需要经济支撑的。就像法国人经常说的那样，“当盘子里没有吃的东西时，那么多假期对我们又有什么用呢？”可见，4.5天工作制对大部分劳动者来说不过是水中月，镜中花，他们并不能实际享受到此项工时制度的实惠。

3、无能力直接提高生产率、刺激消费增长

一方面，提高生产效率的决定性因素是科技的发展，而不是个人的劳动效率，工作产出不能直接用工作时长来衡量。尤其在我国，据统计，有效工时仅占制度工时的70%左右，因此，缩短工时，劳动效益将增加25%（在政府部门、事业单位和国企尤为明显）。但这仅仅是一种理想推理和数字计算，并未考虑到劳动者的工作态度与用人单位的工作作风，而最大的可能是30%的“无效工时”仍然会惯性沿袭到4.5天工作制中。另一方面，假日消费可拉动一个国家或地区内需的观点并未得到证实。以杭州为例，到城市外围景区或周边长三角地区游玩，有两天即可搞定，因

此休两天与休两天半没有实质差异。而且，近几十年来，我国对国民节假日的调整一直没有间断过，但从已有的数据结果来看，旅游消费的增长从未因为节假日的结构性调整而出现井喷现象或过大波动。

此外，增加休假天数还可能给相关产业带来负面影响，进一步加大社会不平等。例如，在政府部门所在地附近的商店和饭店等都是政府雇员为主要客源的，因此，在节假日的营业额会比工作日降低 40%至 75%。在中国当前社会经济环境下，如果不是国家强制的全民休假，这种工时制度不可能得到大面积的推广，也就注定不是每个劳动者都可以享受到这种工时制度的福利的。

综上，与西方发达国家法定节假日相比，我国是有一定的空间来扩大休假天数的，但在劳动生产力并不发达的现在，实行 4.5 天工作制的时机并不成熟。笔者认为，周五下午假与带薪年假应是并列关系，而非重合关系，因此在全面推行“4.5 天工作制”或“2.5 天休假”模式前，应考虑清楚以下四个问题：一是，既要缩短工时又要维持薪酬不变，则用人单位的人力成本损失如何解决？二是，周五下午假应由谁来买单，即多出的休息成本应由国家、用人单位、劳动者谁来承担、如何承担？三是，依据现有的 4.5 天工作制和 2.5 天休假模式的制度设计，最有可能实施的主要是政府公务员、垄断企事业单位、大型互联网公司、投行金融机构，如何在该制度不能惠及更多人群的情况，防止其进一步加大社会不平等？四是，如何落实该制度的配套制度？即在 4.5 天工作制和 2.5 天休假模式尚未全面推广，未有相关法律规定的情况下，如何落实关于劳动者工作时间、法定节假日和带薪年假等“普惠性”法律和政策，应更为重要。

【参考文献】

- [1] 黄程贯. 劳动法（修订再版）[M]. 台湾：国立空中大学，2001.
- [2] 陈正良. 部分时间工作劳动基准法制之研究[M]. 台湾：中华民国劳资关系协进会，2003.
- [3] [德]W·杜茨. 劳动法 [M]. 张国文译. 北京：法律出版社，2005.
- [4] [日]马渡纯一郎. 劳动市场法的改革[M]. 田思路译. 北京：清华大学出版社，2006.
- [5] [英]凯瑟琳·巴纳德. 欧盟劳动法（第二版）[M]. 付欣译. 北京：中国法制出版社，2005.
- [6] Charles Barrow, John Duddington: Briefcase on Employment Law (Second edition), 武汉：武汉大学出版社，2004.
- [7] Alison Bone, Marnah Suff: Essential Employment Law (Second edition), 武汉：武汉大学出版社，2004.
- [8] 水町勇一郎. 均等待遇の国際比較とパート活用の鍵-ヨーロッパ、アメリカ、そして日本[M]. 東京都：労働政策研究・研修機構，2005.

劳动者旷工相关问题评析

王立明²²⁸

【摘要】《劳动合同法》施行八年以来，学术界、实务界对其运行效果的评价褒贬不一，不少条款商榷余地甚大。其中，该法第4条第2款对“劳动纪律”的规定、第39条第2款对“严重违法用人单位的规章制度”的规定，无论在立法解释上还是在实务操作上，都存在不少问题，实有探讨之必要。为此，本人试图从立法权、制定权、司法权角度，就劳动者旷工涉及的相关问题进行了分析，并提出了自己的看法。

【关键词】劳动者；旷工；立法权；制定权；司法权

在立法上，《劳动合同法》第4条第2款规定：“用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者职工大会讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。”同时，该法第39条将“严重违法用人单位的规章制度”，作为用人单位可以解除劳动合同的情形。²²⁹就劳动纪律而言，此条规定实质上是赋予了用人单位对于劳动者旷工的“惩戒权”（解除劳动合同或者开除工职）。²³⁰在用人单位实际操作上，用人单位制定的“劳动纪律”规章制度，有诸如“劳动者矿工2天或3天解除劳动合同”、“迟到30分钟以上按矿工1天论处”的规定并不鲜见。在司法机关裁判上，对于用人单位因劳动者旷工而解除劳动合同，劳动者诉至法院，法院是否有司法审查权并进而宣告用人单位的做法无效。

²²⁸ 王立明，青海民族大学法学院教授，法学博士。

²²⁹ 《劳动法》第25条第2项规定，劳动者严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的，用人单位可以解除劳动合同。原劳动部《关于〈中华人民共和国劳动法〉若干条文的说明》（劳办发[1994]289号）第25条第2款规定：“本条中的‘严重违反劳动纪律’的行为，可根据《企业职工奖励条例》和《国营企业辞退违纪职工暂行规定》等有关法规认定。”

²³⁰ 《集体合同》（原劳社部令[2004]22号）第17条规定，奖惩主要包括：（1）劳动纪律；（2）考核奖惩制度；（3）奖惩程序。

笔者认为，在上述三种情形中，第一种情形涉及立法权问题，第二种情形涉及制定权问题，第三种情形涉及司法权问题。现依次分析如下：

一、规制劳动者旷工的立法权

规制劳动者旷工的立法权问题，可以从如下两个方面展开论证：其一，规制劳动者旷工惩戒权的立法依据；其二，规制劳动者旷工惩戒权的立法设计。前者属于立法立场问题，后者属于立法技术问题。

（一）规制劳动者旷工惩戒权的立法依据

关于劳动者违法用人单位劳动纪律，²³¹ 我国学者有称“处罚办法”，²³² 也有称“惩罚”。²³³ 两者的共同之处在于，均将劳动者违法用人单位规章制度作为法律责任看待，但对于用人单位行使此权的产生依据并无更多论述。

对此，我国台湾地区学者黄越钦就此等处罚权的产生依据，罗列了如下五种不同的观点：其一，固有权说。此说认为，处罚权是企业当然存在的一种固有（本来）的权能。因此不论采取何种手段均合法，惩处结果不构成对劳动者级别人权之否认。也有人主张“惩罚解雇权者乃基于企业经营权，即所有权所产生之一种权限，即认为处罚权是一种所有权，在法律效力上是对人的支配权。其二，契约说。此说否认处罚权是企业固有权。虽然用人单位对劳动者有所谓的指挥权，用人单位对不服从其指挥的劳动者可以行使一种特殊的制裁权；但这种以不平等关系为前提的处罚权，并无当然存在的理由，因为其违反了近代法律秩序中个人自由平等的基本原则。因此，劳动规章制度关于处罚的规定，只有在得到劳动者同意并成为劳动合同的内容后，才能成为行使处罚权的依据。其三，集体合意说。此说认为契约必须以当事人合意为基础。劳动规章制度对劳动者全体适用，因此，处罚权只有在用人单位与劳动者集体达成合意时始有其存在。其四，法规范说。此说认为处罚权并非当事人之间一方对另一方的私力制裁，而是国家法律授权给用人单位的司法权。其五，否定

²³¹ 我国台湾地区的“劳动基准法”第九章规定有“工作规则”。对此，学者认为：“雇主为提高人事管理之效率，节省成本有效从事市场竞争，就工作场所、内容、方式等应注意事项及受雇人之差勤、退休、抚恤及资遣各项工作条件，通常订有共通适用之规则，使受雇人一体遵循，此即工作规则。”黄程贯主编：《劳动法》，新学林出版股份有限公司2012年版，第486-487页。

²³² 参见关怀主编：《劳动法》，中国人民大学出版社2008年版，第303页。

²³³ 参见王全兴主编：《劳动法学》，高等教育出版社2004年版，第220页。

说。此说认为劳动合同有固定部分（如当事人地位取得）和可动部分（如提供劳动、取得工资）。处罚权属于固定部分，是一种社会事实，无须法律确认，不过以财产上的处罚为限。²³⁴

固定权说和契约说是主流学说。目前，出现这两种学说融合的趋势。如日本最高法院爱处罚权的性质上偏向于固有权说，同时又借鉴契约说的某些主张，试图对处罚权予以合理限制。²³⁵ 此外，我国有学者指出：“劳动规章之所以发生法律效力，既有法律规定，也是当事人双方的合意，即赞同折中说（契约说和法规说）。因此，处罚权产生的依据也来自法律规定和当事人双方的合意。”²³⁶

笔者认为，从《劳动法》第4条²³⁷、《劳动合同法》第4条规定看，用人单位制定的规章制度具有“二元说”的法律性质。也就是说，劳动纪律规定的内容，应可将之分为两大部分，一为关于工资、工时、休假等狭义劳动条件部分，此部分为劳动契约固有内容，故应经劳动者同意，始能生效；一为劳动者在企业内所必须遵守的行为规范部分，例如进出工作场所的程序等应遵守的纪律等等，此一部分乃是雇主基于其对劳动者之指示权（即劳务指挥权）所为之要求，故应需经劳动者同意，即可生效，具有如同法规范一般之效力。²³⁸

（二）规制劳动者旷工惩戒权的立法设计

我国立法上肯定了用人单位了用人单位有通过规章制度制定劳动纪律的之权，此为立法立场。接下来就是对用人单位有权制定规章制度在立法上设计条款，此为立法设计。从学理上分析，此种条款的设计，可以分为原则规定、具体规定、原则

²³⁴ 参见黄越钦著：《劳动法新论》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 182—183 页。需要进一步说明的是，我国台湾地区“劳动基准法”第九章规定有“工作规则”。对此规定的法律性质，我国台湾地区学者有如下五种见解：其一，契约说；其二，定型契约说；其三，法规范说；其四，根据二分说；其五，集体合意说。参见黄程贯主编：《劳动法》，新学林出版股份有限公司 2012 年版，第 486-487 页。

²³⁵ 参见王全兴主编：《劳动法学》，人民法院出版社、中国人民大学公安大学出版社 2005 年版，第 276 页。

²³⁶ 廖名宗著：《劳动规章制度研究》，法律出版社 2009 年版，第 124 页。

²³⁷ 《劳动法》第 4 条规定：“用人单位应当依法建立和完善规章制度，保障劳动者享有劳动权利和履行劳动义务。”原劳动部《关于〈中华人民共和国劳动法〉若干条文的说明》（劳办发[1994]289 号）第 4 条第 2 款规定：“本条中的‘依法’应当作广义理解，指所有的法律、法规和规章。包括：宪法、法律、行政法规、地方法规、民族自治地方，还要依据该地方的自治条例和单行条例，以及关于劳动方面的行政规章。”

²³⁸ 笔者的分析方法借助了我国台湾地区学者的分析方法，在此特说明。参见黄程贯主编：《劳动法》，新学林出版股份有限公司 2012 年版，第 487 页。

规定与具体规定相结合三种模式。原则性规定利处在于，立法成本低，且有授权立法之意；不利之处在于，易造成执法、司法混乱，且有滥用立法权之嫌。具体规定利处在于，便于执法和司法，且能有效阻却滥用立法权。从科学立法、民主立法考量，明确、具体的立法一定是法治国家建设的应有之意。但是，原则规定加具体规定相结合的立法模式更符合事物运行之规律。

1. 我国公务员、事业单位工作人员旷工惩戒的立法实践

就旷工而言，立法主要针对旷工之主体、旷工之事实、旷工之惩戒等三方问题展开。此三个问题，主体是针对适格、事实是针对程序、惩戒是针对责任方式。尤其是采用“开除”的责任方式是立法的核心问题。因为，开除意味着劳动者失去工作，此等惩戒对劳动者及其家庭、对用人单位、对国家、对社会的负面影响是巨大的，所以立法应当慎之又慎。

对此，我国对公务员或者事业单位工作人员因旷工而被“辞退”或者“解除合同”，在立法上采用的是具体规定。例如，《公务员法》第83条第5款规定，旷工或者因公外出、请假期满无正当理由逾期不归连续超过十五天，或者一年内累计超过三十天的，予以辞退。又如，《事业单位人事管理条例》（国务院令[2014]652号）第15条规定：“事业单位工作人员连续旷工超过15个工作日，或者1年内累计旷工超过30个工作日的，事业单位可以解除聘用合同。”

由此可见，公务员或者事业单位工作人员旷工要达到“15天”或者“30天”，才能被辞退或者解除合同。此等规定可理解为“公务员或者事业单位工作人员严重违反劳动纪律的行为”。当然，立法者为何将旷工“辞退”或者“解除合同”规定为“15天”或者“30天”，我们无从知晓，或许是惯常做法。但可以肯定地说，一方面以“天”计算旷工事实，符合事物之规律；另一方面，一名劳动者无故脱离工作岗位到达“15天”或者“30天”，已是相当长。

2. 我国企业劳动者旷工的立法实践及其完善

2008年1月15日国务院废止的《企业职工奖惩条例》（1982年4月10日，国发[1982]59号）第18条规定：“职工无正当理由经常旷工，经批评教育无效，连续旷工时间超过15天，或者一年以内累计旷工时间超过30天的，企业有权予以除名。”此条例废止后，目前规制企业劳动者旷工的立法主要有如下规范性法律文件规定：

其一，《劳动法》第89条规定：“用人单位制定的劳动规章制度违反法律、法规规定的，由劳动行政主管部门给予警告、责令改正；对劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。”²³⁹其二，《劳动合同法》第4条第2款规定：“用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者职工大会讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。”其三，最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》（法释[2001]4号，以下简称《劳动争议司法解释（一）》）第19条规定：“用人单位根据《劳动法》第4条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。”同时，该司法解释第20条第1款规定：“用人单位对劳动者作出的开除、除名、辞退等处理，或者因其他原因解除劳动合同确有错误的，人民法院可以依法判决予以撤销。”其四，《劳动合同法》第39条规定：“用人单位可以解除劳动合同：……（二）严重违反用人单位的规章制度的。”

由于《企业职工奖惩条例》被废止，且上述规范性法律文件又没有就旷工惩处做法具体的规定，那么我们只能理解为，法律将旷工惩处权间接地赋予了用人单位，由用人单位在劳动纪律规章制度中规定，同时劳动行政主管部门或者人民法院拥有审查权和撤销权。但此等立法的流弊至少有如下三方面：其一，用人单位负责人通过规章制度可以擅自设定各种对劳动者旷工的惩处措施；其二，用人单位负责人通过规章制定可以任意开除或者解除劳动者；其三，导致行政主管部门或者司法机关对用人单位制定的劳动纪律违法处罚形同虚设，或者造成行政主管部门或者司法机关审查撤销因无具体法律规定而举步维艰。

有鉴于此，笔者认为，立法在对待劳动者因旷工被开除一事上，应当一视同仁。也就是说，既然《公务员法》、《事业单位人事管理条例》规定了“15天”或者“30天”，机关才能辞退公务员或者事业单位才能解除事业单位工作人员的聘用合同，

²³⁹ 原劳动部《关于〈中华人民共和国劳动法〉若干条文的说明》（劳办发[1994]289号）第4条第2款规定：“本条中的‘依法’应当作广义理解，指所有的法律、法规和规章。包括：宪法、法律、行政法规、地方法规、民族自治地方，还要依据该地方的自治条例和单行条例，以及关于劳动方面的行政规章。”

那么《劳动法》或者《劳动合同法》也应当作出相同规定。如是，才能彰显劳动法的公法性质。

为此，建议《劳动法》修改时应当增加如下条款：劳动者连续旷工超过15个工作日，或者1年内累计旷工超过30个工作日的，用人单位有权予以开除。劳动者旷工不符合前款规定的，用人单位根据行为的性质、情节以及造成后果等因素，有权予以警告、记过、降低岗位等级或者撤职。受处分的期间为：警告，6个月；记过，12个月；降低岗位等级或者撤职，24个月。劳动者因旷工给用人单位造成损失，应当承担赔偿责任。²⁴⁰

二、规制劳动者旷工的制定权

本文此处所言之“规制劳动者旷工的制定权”，是指在法律赋予用人单位制定劳动纪律规章制度的前提下，用人单位依照法律之规定，制定劳动纪律规章制度。从当前情况看，惟有借助公法思维来规制用人单位制定的劳动纪律规章制度，才是正确的选择。

1. 当前用人单位规制旷工之乱象

当前，用人单位规制旷工的劳动纪律规定，可谓“乱象丛生”。笔者在“中国知网”上收集了近几年相关期刊引用的一些案例，为证实笔者的结论，不妨在此列举如下：

案例之一：吴某于2008年12月进入江苏省泰州市某商场工作，岗位为保安。同月，双方签订了为期三年的劳动合同。2010年6月5日晚吴某下班后，突感身体不适，随即住院治疗5天。期间，吴某曾电话向商场人事部门请假。6月11日吴某出院去上班，却被告知商场已解除其劳动合同。商场给出的理由是，根据本单位《员工手册》第六条第2项规定：“员工无故连续旷工3天或一年内累计旷工5天，给予解除劳动合同

²⁴⁰ 有学者认为，对于旷工这一违纪行为，应当将“无故”作为前提，而劳动者“无故”旷工多少天，才算达到严重程度，用人单位可以解除劳动合同，要根据其“无故旷工”给用人单位生产经营和管理带来的影响程度来确定。如果劳动者“无故旷工”天数虽然很短，但可能已经严重影响到用人单位生产经营和管理状况的，则规章制度可以从严规定；而如果劳动者旷工从实质上对用人单位的生产经营和管理也不产生较为严重的影响的，用人单位应当以人为本，一般应先通知劳动者限期上班，逾期仍“无故旷工”达到规定天数的，则可以认定为严重违纪解除其劳动合同。朱忠虎、严非：《法院可以而且应当审查用人单位规章制度的合法性》，载《中国劳动》2013年第1期，第57页。对此种认识，笔者不敢苟同。理由是，因旷工而开除劳动者，意味着劳动者将失去工作，难道让劳动者失去工作对其本人及其家庭、国家、社会是最好的选择吗？为什么不能采用其他的惩戒措施呢？将劳动者逼入绝境恐怕后果更可怕。

处分。”吴某在未履行书面请假手续的情况下，5天不上班，已构成无故旷工，因此单位有权根据《员工手册》对其作出解除劳动合同的处罚决定。

吴某不服，认为自己因生病住院，且已电话请假，有通话记录和病休证明为证，所以根本谈不上是无故旷工。在协商无果后，吴某以商场的行为属于违法解除劳动合同为由，申请劳动仲裁，要求商场支付赔偿金。商场不承认吴某曾通过电话请病假，对病休证明也认为是后补的，不予认可。仲裁委最后认定吴某属于病休，裁决商场向吴某支付赔偿金。²⁴¹

案例之二：2003年4月，徐某到鑫港公司工作，双方所签最后一份劳动合同的期间为2011年1月1日至2013年12月31日。劳动合同中约定：徐某从事生产岗位工作，经双方协商同意，可以变更；鑫港公司根据生产经营需要，按照合理诚信原则，可以依法变动徐某的工作岗位。工作期间，鑫港公司安排徐某在注塑车间从事注塑工作。公司经过工会讨论通过的规章制度规定，职工旷工3日，公司可单方解除劳动合同。

法院审理后认为，鑫港公司与徐某签订的劳动合同中实际约定了两种调整工作岗位和工作内容的方式，一是双方协商调岗或变动工作内容；二是根据生产经营需要，按照合理诚信原则公司单方变动徐某的工作岗位或内容。按第二种方式调岗时，企业不得违反诚信原则滥用权力，对徐某工作内容作出不合理的变动。本案中，公司对徐某所调整的工作内容部复杂，操作工序简单，在一般人可以接受的合理范围，不明显超出原工作难度，而且徐某之前也从事过类似工作，因而公司有权依合同按第二种方式单方调整，徐某应当服从公司的工作安排。而且徐某即使不服从该工作安排，也不能旷工。公司依据规章制度，单方解除徐某劳动合同并无不当，判决驳回了徐某的相应请求。一审判决后，徐某不服，提起上诉，被予以维持原判。²⁴²

案情之三：2007年陈某应聘到一家外贸企业担任销售主管工作，双方签订了五年期限劳动合同。2010年9月10日，陈某向公司人事部门递交了带薪年假的报告，假期自9月12日起算。9月12日早公司秘书通知陈某，因临时性工作需要，总经理不批准其休假申请。但此时陈某已经准备登机与家人一起外出旅游，故未理会公司的意

²⁴¹ 参见张海娟、刘进：《病假的举证与确证》，载《中国社会保障》2011年第12期，第68页。

²⁴² 参见钱军、张小平：《抵制“调岗”应慎重》，载《中国社会保障》2014年第7期，第60页。

见而自行休假7天。待其休假结束回公司上班时，该公司以陈某擅自离岗无故旷工已严重违反公司劳动纪律为由，与其解除了劳动合同。陈某认为该公司与其解除劳动合同不符合法律规定：一方面，按《劳动合同法》的规定，劳动者只有在严重违反用人单位的规章制度的情况下，用人单位才可以解除劳动合同。该公司从未制定过诸如此类规章制度并告知陈某本人，因此该公司用并不存在的规章制度与其解除劳动合同没有法律依据；另一方面，陈某已履行请假手续，但因临时性工作需要，公司在未与其协商的情况下，取消其休假的权利，过错方为该公司而非陈某本人，其仅休假7天，并非恶意严重违反劳动纪律，不应解除双方订立的劳动合同。该公司答辩称，虽然公司没有制定过相应的规章制度，但是陈某在休假申请尚未得到公司批准的情况下就擅自离岗自行休假，其行为已严重影响了公司的正常工作秩序并造成不良后果，因此该公司根据《劳动法》第25条第1款第2项的规定以陈某严重违反劳动纪律为由与其解除劳动合同是符合法律规定的。²⁴³

案例之四：原告杨剑是被告尖置公司的驾驶员，尖置公司的《考勤及休假管理制度》是经公司全体员工讨论并学习通过的，对该公司全体员工具有法律拘束力。该制度中载明：对1次旷工超过1天的，视为员工主动与公司解除劳动关系。杨剑对该制度签字表明“无意见，同意执行”。²⁴⁴

案例之五：徐某自2005年10月21日在我公司任部门经理，双方最后一期签订的劳动合同期限自2008年10月21日至2011年10月21日。2010年11月8日至2010年11月12日，徐某未到公司工作，也未向公司请假。去年11月13日，我公司根据《员工手册》中规定的“凡无故旷工一天作甲类过失处分……三天以上(含三天)给予丙类过失处分并除名”，“无故旷工者，每旷工一天罚款300元”，决定以严重违反公司规章制度为由，辞退徐某并直接从其工资中扣除1500元罚金。徐某认为公司的员工手册仅由公司行政部门制定，并未经过征求企业员工的意见，因而虽然进行了公示，但并不具备法律效力。徐某据此要求公司与其恢复劳动关系，并返还1500元罚金。²⁴⁵

²⁴³ 参见张爽：《劳动纪律和规章制度竞合的处理》，载《中国劳动》2015年第10期，第61至62页。

²⁴⁴ 本案案号：一审（2011）江法民初字第816号；二审（2011）渝一中法民终字第5951号。参见付鸣剑，王庆，陈花：《劳动争议提请处理权合理性的司法审查》，载《人民司法》2012年第22期，第64至67页。

²⁴⁵ 参见李晨：《因旷工解除劳动合同时应注意的问题》，载《上海企业》2011年第6期，第102至104页。

案例之六：刘某2010年5月到甲公司工作，双方签订劳动合同至2013年4月30日。合同对工作地点约定：“聘刘某为A市经营部技术负责人，因公司生产经营需要或依刘某工作能力和工作业绩表现，公司可在A市范围内调动其工作地点或工作岗位，个人应予以服从。”刘某在公司的A市城南经营部任技术负责人期间，工作业绩较好，业务能力也较强。2012年10月25日，刘某接到公司书面通知，以生产经营需要为由，调其至A市城北经营部任技术负责人，并要求其12月15日报到，逾期未到岗将视为自动离职处理。刘某申请仲裁，要求甲公司支付违法解除劳动合同的经济补偿金。²⁴⁶

案例之七：2014年8月22日，某公司以职工李某连续旷工3日为由，依据公司的规章制度作出解除劳动合同的决定。李某不服，提起仲裁申请，称其因身体不适，向主管生产经理请假后回家休养，不存在旷工之说。旷工3天即解除劳动合同的规章制度从来没有被告知，不具备生效条件，对其无约束力。某公司辩称，李某请假之说与事实不符，公司车间考勤表可证明其旷工的事实。规章制度经民主程序制定后，专门组织包括李某在内的全体职工进行了集体学习，有学习记录及李某签字为凭。李某对签字的真实性有异议，经司法鉴定中心笔迹鉴定，非李某本人笔迹。某公司解释，集体学习时人数众多，不排除有职工委托他人代为签名的情形，但不能否认公司组织集体学习的事实。某公司就与“李某签名”同页的其中两名职工的真实性及笔迹形成时间申请了司法鉴定，鉴定结论是两名职工本人的笔迹，形成时间为2010年。²⁴⁷

案例之八：张某于2007年1月1日到公交公司从事驾驶员工作，双方签订了期限为2007年1月1日至2015年12月31日的劳动合同，张某在劳动合同中同意遵守《公交公司员工手册》。该手册规定：员工旷工15天以上，为严重违反劳动纪律，公交公司可随时解除劳动合同；员工请假（无论病假或事假），必须书面告知用人单位并提供有效证明，否则视为旷工。2012年2月1日，张某因胸部不适经检查确诊需要住院治疗。张某当天持诊断证明向公交公司书面请假3个月。2012年4月28日，张某出院遵医嘱继续休息并服药巩固病情。3个月病假期满即5月1日后，张某未再履行请假手

²⁴⁶ 参见张恕：《调动工作地点合法性之判定》，载《中国劳动》2014年第7期，第53页。

²⁴⁷ 参见王芳、康恒武：《规章制度学习记录非本人签名能否阻断规章制度对该职工的约束》，载《中国劳动》2015年第7期，第58至59页。

续。2012年5月20日，张某收到了公交公司解除劳动合同通知书，理由是张某旷工15天，严重违反单位规章制度（劳动纪律）。张某不服，向当地劳动争议仲裁委员会提起仲裁，以其不属于旷工且尚在规定的医疗期内为由，要求撤销公交公司解除劳动合同的决定并恢复工作。²⁴⁸

案例之九：2013年7月13日早上6时40分左右，江苏省溧阳市女工刘某从溧阳市星斗村家里，骑摩托车去某服饰公司（以下简称“服饰公司”）上班，在上兴镇团结水库附近，与蒋某驾驶的小型普通客车相撞，发生交通事故。刘某受伤，致脾脏破裂。2013年7月26日，溧阳市公安局交通巡逻警察大队作出道路交通事故认定书，认定刘某与蒋某承担事故的同等责任。2013年9月28日，刘某向溧阳市人社局提出工伤认定申请，并提供了交通事故认定书、病历资料，以及自行记录的计件证明等证据。服饰公司以“旷工”抗辩。服饰公司向溧阳市人社局提交了考勤表并答辩称，刘某家住在服饰公司附近，而事故现场远离单位，故不属于上班正常路线。刘某无故旷工致其发生意外，刘某自发生事故前几天就未请假，擅自离岗旷工，按照单位的规定，其早已自动旷工离职，不属于服饰公司的员工，故发生交通事故与单位无关。²⁴⁹

纵观上述案例，用人单位制定的劳动纪律规章制度中涉及旷工的共通之处有如下四点：其一，旷工或用人单位《劳动纪律手册》规定，或用人单位负责人决定；其二，用人单位制定的劳动纪律规章制度是否经民主程序并公示（含告知），劳动者有异议；其三，劳动者旷工往往意味着开除；其四，用人单位对待旷工采“结果说”，不采“原因说”。从上述个案反映的情况看，与党中央提出的构建和谐劳动关系并不相称，不仅导致用人单位与劳动者之间的矛盾日益激化，而且使得此类案件长期处于仲裁、诉讼之中，执法和司法资源浪费甚巨。

2. 公法规制下的用人单位对劳动者的旷工惩处权

²⁴⁸ 参见秦文献：《员工违纪：程序优先还是实体优先》，载《中国劳动》2014年第7期，第51至53页。

²⁴⁹ 参见杨维松、丁红霞：《是上班途中还是无故旷工》，载《劳动保护》2012年第72至74页。

有学者认为：“劳动者矿工多少天，用人单位可以解除劳动合同，这一点确实不能是法官的标准，而应当是不同的用人单位根据实际情况确定的标准。”²⁵⁰ 笔者认为，此种认识完全是基于私法之观念，有商榷的余地。

我们知道，劳动法属于社会法。社会法属于公法，或者公私法，尽管学术界有争议，但共识已是主流之声。进而言之，从有利于用人单位事业之顺利进行讲，法律赋予用人单位通过民主程序（含公示）制定劳动纪律规章制度，是可行的。但是，任何不受限制的权力，在行使过程中极易滥用，也是人性之陋习，尤其在“劳强资弱”的情形下，更是如此。

退一步讲，若我们将制定劳动纪律规章制度视为私权，是用人单位与劳动者合意的结果，一经民主程序（含公示）就有效，不得擅自修改。那么，此种认识也不一定正确。例如，我国台湾地区的“劳动基准法”第 70 条规定，雇主雇用劳工人数在 30 人以上者，应依其事业性质，就左列事项订立工作规则，报请主管机关核备后并公开揭示之：（1）工作时间、休息、休假、固定纪念日、特别休假及继续性工作制轮班方法。（2）工资之标准、计算方法及发放日期。（3）延长工作时间。（4）津贴级奖金。（5）应遵守之纪律。（6）考勤、请假、奖惩级升迁。（7）受雇、解雇、资遣、离职级退休。（8）灾害伤病补偿及抚恤。（9）福利措施。（10）劳雇双方应遵守劳工安全卫生规定。（11）劳雇双方沟通意见加强合作之方法。（12）其他。可见，雇主制定的工作规则内容事项，必须报经政府主管机关审核并公示，才具有法律效力。之所以如此规定，是因为此类事项关涉劳动者基本人权、关涉社会稳定和发展、关涉国家利益。

又如，一般认为《合同法》属于私法，但公法的色彩亦是存在的。该法第 54 条规定，有下列情形之一的，合同无效：（1）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（2）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（3）以合法形式掩盖非法目的；（4）损害社会公共利益；（5）违反法律、行政法规的强制性规定。²⁵¹

²⁵⁰ 朱忠虎、严非：《法院可以而且应当审查用人单位规章制度的合法性》，载《中国劳动》2013 年第 1 期，第 57 页。

²⁵¹ 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释》（法释[2009]5 号）第 14 条规定：“合同法第 52 条第（5）项规定的“强制性规定”，是指效力性强制性规定。效力性强制性

《劳动争议司法解释（一）》第20条第1款规定：“用人单位对劳动者作出的开除、除名、辞退等处理，或者因其他原因解除劳动合同确有错误的，人民法院可以依法判决予以撤销。”此条规定，一定程度上赋予了各级各地法院通过个案审判，有权依法认定用人单位制定的劳动纪律规章制度无效。但是，由于此处的“依法”指向不明确、不具体，又导致“同案不同判”裁判结果频发，学术界、实务界同仁耗尽心智，争论不休，但问题仍无法解决。

为此，建议《劳动法》修改时应当增加如下五方面的条款：其一，用人单位通过民主程序并公示制定的劳动纪律规章制度，应当在7个工作日内以书面形式报请当地行政主管部门审核，经审核后，才具有法律效力。劳动者有权以书面形式向当地行政主管部门提出审核意见。其二，用人单位违法规定的，给予警告，责令改正；对劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。已制定的劳动规章制度不发生法律效力。其三，行政主管部门及其工作人员玩忽职守、不履行法定职责，或者违法行使职权，给劳动者或者用人单位造成损害的，应当承担赔偿责任；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。其四，用人单位给予劳动者处分，应当事实清楚、证据确凿、定性准确、处理恰当、程序合法、手续完备。其五，劳动者受开除以外的处分，在受处分期间没有再发生违纪行为的，处分期满后，由处分决定单位解除处分并以书面形式通知本人。

三、规制劳动者旷工的司法权

当事人或者用人单位因不服仲裁机关作出的涉及劳动者旷工裁决而起诉到法院，法院对此诉讼案件的审判，主要应当围绕如下两个问题展开：其一，法院对仲裁机关认定劳动者旷工事实是否成立进行审判；其二，法院是否有权审查用人单位制定的规章制度并予以撤销。

（一）法院对仲裁机关认定劳动者旷工事实是否成立进行审判

规定，是指法律及行政法规明确规定违反该类规定将导致合同无效的规范，或者虽未明确规定违反之后将导致合同无效，但若使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益的规范。此类规范不仅旨在处罚违反之行为，而且意在否定其在民商法上的效力。因此，只有违反了效力性的强制规范的，才应当认定合同无效。参见刘德权主编：《最高人民法院司法观点集成①》，人民法院出版社2009年版，第65页。

根据辞海解释，“旷”是指空缺；荒废之意，如旷工；旷课。²⁵² 进而言之，旷工就是劳动者空缺工作。但从我国目前制定的劳动法规范性文件看，并没有法律意义上的“旷工”概念。《劳动争议司法解释（一）》第13条规定：“因用人单位作出开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。”此条款使用有诸如“开除”、“除名”、“辞退”、“解除”之概念。笔者以为，使用此类概念，一方面在立法上尚缺少界定，实践中易造成不规范使用；另一方面，“开除”、“除名”、“辞退”，可以理解为：是劳动者违反用人单位规章制度，应当承担的纪律责任。旷工的结果并不一定意味着“开除”、“除名”、“辞退”，但“开除”、“除名”、“辞退”，往往是劳动者旷工行为导致的。

那么，如何在学理上界定“旷工”呢？笔者认为，从学理上，旷工可解释为：“劳动者无正当理由，事先又未请假并经批准，在规定工作时间内故意不到工作场所上班，即属于旷工。”²⁵³ 正如上文所言，只要立法上规定了“15天”或者“30天”，那么，法院审判只针对如下四方面的证据事实展开：其一，劳动者离岗是否有正当理由（请假事由）；其二，劳动者离岗是否故意；其三，劳动者离岗是否履行了请假手续；其四，劳动者离岗是否在规定工作时间内。至于举证责任，依《劳动争议司法解释（一）》第13条规定，由用人单位承担举证责任。

需要说明的是，劳动者旷工不排除如下两种可能：其一，劳动者因遇疾病、车祸及其他不可抗力（含意外事件）住院或者失踪；其二，劳动者因“见义勇为”住院。此两种情形，恐怕不易以劳动者“旷工开除”论处。至于上述事实发生后，劳动者应当及时履行告知的附随义务，而劳动者怠于履行，或许是因劳动者无法告知，或许不懂常理，则又是另一个问题。法院的审理仍应当以“有无正当理由”为关键，切莫节外生枝。

（二）法院是否有权审查用人单位制定的规章制度并予以撤销

²⁵² 参见辞海编辑委员会编：《辞海》，上海辞书出版社出版1980年版，1384页

²⁵³ 原劳动部《关于〈中华人民共和国劳动法〉若干条文的说明》（劳办发[1994]289号）第50条对“无故拖欠”的解释为，用人单位无正当理由在规定时间内故意不支付劳动者工资。笔者以为，对“旷工”的界定，可以借用此条中的“无正当理由”、“在规定时间内”的表述。

此问题其实已不是问题，立法已经解决，关键是如何落实。例如，《工会法》第21条规定：“企业、事业单位处分职工，工会认为不适当的，有权提出意见。企业单方面解除职工劳动合同时，应当事先将理由通知工会，工会认为企业违反法律法规和有关合同，要求重新研究处理时，企业应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。职工认为企业侵犯其劳动权益而申请劳动争议仲裁或者向人民法院提起诉讼的，工会应当给予支持和帮助。”又如，《劳动争议司法解释（一）》第20条第1款规定：“用人单位对劳动者作出的开除、除名、辞退等处理，或者因其他原因解除劳动合同确有错误的，人民法院可以依法判决予以撤销。”上述条款规定，一定程度上赋予了工会、法院对用人单位制定的规章制度的审查权。

值得思考的问题是，工会、劳动行政主管部门、法院是采取“个案撤销”更稳妥，还是采取“整体撤销”更稳妥；是采取“部分撤销”更稳妥，还是“全部撤销”更稳妥。笔者认为，采取“整体撤销”或者“全部撤销”的可能性不大，也就是说，用人单位制定依照民主程序（含公示）制定的规章制度不可能整体或者全部违法，故采取“个案撤销”或者“部分撤销”比较符合实际。

为此，建议《劳动法》修改时应当增加如下三方面的条款：其一，工会、劳动行政主管部门、人民法院认为用人单位制定的规章制度违反法律、行政法规的强制性规定，有权依法撤销；其二，劳动者有权以书面形式请求工会、劳动行政主管部门、人民法院撤销用人单位制定的规章制度；其三，工会、劳动行政主管部门、人民法院撤销用人单位制定的规章制度，应当依法听证，并向社会公告。

总之，用人单位制定的劳动纪律规章制度，可以采“定型契约”规定之，但必须辅之于“法规范”审查之。因为，此种规章制度直接涉及劳动者的工作权，处理不好，不仅对劳动者本人及其家庭影响甚大，而且对构建和谐劳动关系影响巨大。为此，必须从立法上加以规范，才能有利于劳资双方的利益、有利于国家利益。

我国企业职工医疗期制度研究

尹明生²⁵⁴

【摘要】我国现行企业职工医疗期制度是社会主义市场经济的时代产物，为确立、维护劳企双方合法权益，构建和谐劳动关系起到了积极作用。但是它遗漏了企业职工的非在职医疗期，无视“本单位工作年限”与“实际工作年限”的单向线型包含关系、人为地将两个因素并列看待、无法实现医疗期与工作年限之间的精准对接。重构我国企业职工医疗期制度，建议将企业职工医疗期划设为在职医疗期与非在职医疗期，医疗期由工作年限单向确定、逐年递增，取消医疗期计算周期，特殊贡献的企业职工适当增加医疗期。

【关键词】医疗期；和谐劳动关系；制度演进；制度评价；制度重构

引言

两汉官员“因病可告假，假期一般以3月为限，逾期不归就要免官”，[1]三国魏时规定“台官请病假以百日为限”，隋唐“官员请病假超过100天者须停职”，[2]以后宋、元、明、清各朝也都规定了官员病假期限制度²⁵⁵。足见病假期限制度自古就不可或缺、甚为重要，它直接关系到相关部门的正常运行与企业单位的正常生产经营秩序。我国企业职工医疗期²⁵⁶制度施行20多年来在全国各地实践中出现了医疗期计算困惑、职工长期泡病假、医疗期相关劳动争议纠纷增多等不少问题，对构建企业和谐劳动关系形成了一定的消极负面影响。为此，梳理企业职工医疗期制度演进历史，审视现行医疗期制度的优与劣，实事求是地研究重构我国企业职工医疗期制度是有意义的。

一、新中国企业职工医疗期制度历史演进及制度现状

²⁵⁴作者简介：尹明生(1969-),男，西南石油大学法学院法学教授，主要研究劳动法与社会保障法。

²⁵⁵参见朱瑞熙著.中国政治制度通史(第六卷),人民出版社,1996年版,第699页

陈高华,史卫民著.中国政治制度通史(第八卷),人民出版社,1996年版,第401页

杜婉言,方志远著.中国政治制度通史(第九卷),人民出版社,1996年版,第457页

郭松义,李新达,杨珍著.中国政治制度通史(第十卷),人民出版社,1996年版,第585页

²⁵⁶ 本文所称医疗期仅指企业职工患病或者非因工负伤医疗期，不涉及工伤的停工留薪期。

我国企业职工医疗期制度可以追溯到新中国建国初期。1951年2月原政务院颁布的《中华人民共和国劳动保险条例》(下称《劳动保险条例》)第13条规定“工人与职员因病或非因工负伤停止工作医疗时,其停止工作医疗期间连续在六个月以内者,按其本企业工龄的长短,由该企业行政方面或资方发给病伤假期工资,其数额为本人工资百分之六十至百分之一百;停止工作连续医疗期间在六个月以上时,改由劳动保险基金项下按月付给疾病或非因工负伤救济费,其数额为本人工资百分之四十至百分之六十,至能工作或确定为残废或死亡时止”。此后1953年1月原劳动部公布试行的《中华人民共和国劳动保险条例实施细则修正草案》(下称《实施细则》)第16条至第18条则进一步根据工人与职员本企业工龄给予病假工资或疾病救济费的具体标准作出了明确规定。根据这些法规规定,企业职工患病或非因工负伤可以停止工作进行治疗,享受病假工资或疾病救济费待遇直至能工作或确定为残废或死亡时止,没有时间期限限制。这些法规制度契合了计划经济时代的内在要求,在计划经济时代,职工是国家安排到企业工作的终身固定职工,不允许失业现象存在更没有失业保险,为此职工患病就应当休病假享受病假待遇而没有期限限制,更不存在期满解除劳动合同这种可能性。此阶段的这些法规已经包含了我国企业职工现代医疗期制度的部分要素内容,但没有提出“医疗期”这一法律术语,还不是严格意义上的医疗期制度²⁵⁷。同时这些法规制度确立的企业给予患病职工的“无边关爱”也必然加重企业经济负担,这些法规制度迟早要被符合市场经济体制要求的企业职工医疗期制度替代。

上述法规的长期实施过程中,伴随中国社会步入到商品经济、半计划半市场经济时代,逐渐地出现了“人情诊断”、“人情假条”等不正之风,部分职工一面领取伤病待遇,一面从事有收入活动。为此,1992年原劳动部、国务院经贸办、卫生部、国家工商局、全国总工会联合发布的《关于加强企业伤病长休职工管理工作的通知》,该《通知》要求企业定期家访,及时了解长休职工的病情变化,及时通知已恢复劳动能力的职工按时复工,还要求各省、区、市有关部门进行调查摸底,对伤病长休职工进行普查鉴定。在《劳动保险条例》与《实施细则》的制度背景基础上,该《通

²⁵⁷ 因为严格意义上的医疗期制度最基本的功能在于给患病或非因工负伤职工设定一个法律上允许的休病假的累计最长期限,但《劳动保险条例》与《实施细则》没有为职工休病假设定期限限制。

知》明显体现出国家对企业患病职工休病假的时间期限引起高度警觉并加强管控的动机趋势。

以小平“南巡谈话”和中共十四大召开为标志，中国社会步入到建立社会主义市场经济时期。1994年7月出台的《中华人民共和国劳动法》第26条、第29条正式规定了“医疗期”这一法律术语。1994年12月原劳动部出台的《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》(下称《医疗期规定》)对医疗期的概念、期限、计算、待遇、医疗期满后劳动关系处理等系列问题作出了具体规定。同年同月原劳动部出台的《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第6条对医疗期满后劳动者不能从事原工作、也不能从事另行安排的工作而解除劳动合同的经济补偿金与医疗补助费作出了明确规定。1995年5月原劳动部下发的《关于贯彻〈企业职工患病或非因工负伤医疗期规定〉的通知》(下称《通知》)对医疗期的计算以及特殊病种的医疗期延长作出了进一步明确规定。1995年8月原劳动部颁布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》(下称《意见》)第59条进一步明确规定了医疗期待遇以及待遇承担主体。至此，以我国《劳动法》为基础，以《医疗期规定》为核心，以《经济补偿办法》、《通知》、《意见》为补充的我国企业职工医疗期制度就正式建立起来了并施行至今。

概括而言，我国现行企业职工医疗期制度包含以下四项核心内容：第一，我国企业职工患病或非因工负伤需要停止工作进行治疗的，有权休病假；第二，企业职工休病假不得超过法定的医疗期，医疗期根据职工的本单位工作年限与实际工作年限确定，为3个月到24个月不等；第三，医疗期内企业单位给予病假职工病假工资或疾病救济费并不得因为患病或非因工负伤而解除劳动合同；第四，医疗期满后患病或非因工负伤职工不能从事原工作、也不能从事另行安排的工作的，企业单位可以依法解除劳动合同，但应当依法支付经济补偿金与医疗补助费。

二、我国现行企业职工医疗期制度的客观评价

以社会主义市场经济为背景的我国现行企业职工医疗期制度具备其存在的理论依据。在社会主义市场经济体制下，企业与职工都是各自独立的市场利益主体与市场责任主体，企业与职工是靠劳动合同维系的契约关系，国家也建立起了失业保险

制度，企业不可能对患病职工长期负责，职工休病假必然该受医疗期期限限制，超期当解除劳动合同的就该当解除。我国现行企业职工医疗期制度具有积极意义：第一，在法律上确定了企业职工的病休权，这一规则制度将永久性肯定保留；第二，在法律确定了职工医疗期内不因患病或非因工负伤而被解除劳动合同的职业稳定权、同时确定了病假待遇权，该项制度也当肯定保留；第三，法律上确定了医疗期满后被企业单位依法解除劳动合同时获取经济补偿金与医疗补助费的权利，该项制度也当肯定保留；第四，法律上给企业职工休病假设定医疗期，避免企业被无边拖累，一定程度上减轻了企业负担，有利于企业参与市场竞争提高经济效益，该项制度也当肯定保留；第五，根据企业职工的本单位工作年限与实际工作年限确定医疗期期限，而且工作年限越长则医疗期越长，体现出了立法者力求医疗期设置依据周全的良苦用心和努力，具有一定程度的合理性。这些都为确立、维护劳企双方合法权益、构建和谐劳动关系起到了积极促进作用。但是我国职工医疗期制度中的医疗期期限（以及医疗期待遇承担主体）还存在以下缺陷与不足。

（一）只规定了企业职工的“在职医疗期”、遗漏了企业职工的“非在职医疗期”²⁵⁸

企业职工的在职医疗期是指企业职工在职患病或非因工负伤所享有的医疗期。企业职工的非在职医疗期是指企业职工往后失去工作单位期间（包含享受失业保险待遇与不享受失业保险待遇两种情形）患病或非因工负伤所享有的医疗期，是其本人实际工作年限²⁵⁹对应的总医疗期减去已经休过的病假期所剩余的期限（比如某失业人员曾经的实际工作年限对应的医疗期是 24 个月，单位工作期间已经累计休过病假 10 个月，那么该失业人员的非在职医疗期就是 14 个月）。目前我国《医疗期规定》等法规仅规定了企业职工的在职医疗期，遗漏了企业职工的非在职医疗期。企业职工医疗期待遇实则是职工为企业单位生产经营与社会经济发展付出过劳动的一种福利回报，企业在职职工能够享有医疗期待遇自然是体现了法律对于企业在职职工的关怀，但是法律忽略企业职工的非在职医疗期显然有失公平。比如一个实际工作年限 30 多年的企业职工在企业单位工作期间从未休过病假，但就在到达法定

²⁵⁸ “在职医疗期”、“非在职医疗期”是本文为分析问题、重新设计我国医疗期期限而创设的专业术语。

²⁵⁹ 本文中的实际工作年限就是《医疗期规定》所指的实际工作年限，是指企业职工在各个用人单位工作的累计工作年限，至于具体在哪些单位工作则在所不问。实际工作年限包含本单位工作年限。

退休年龄前几年失业了，而且还在此失业期间生病住院治疗，该企业职工在失业期间当然不存在请休病假与不被解除劳动合同的问题，但是得不到原供职过的企业单位或医疗保险机构支付的病假工资或疾病救济费显然是让该企业职工寒心受伤的，该企业职工曾经的付出与患病后得到的回报是不对称的、是不公平的。另一方面，达到法定退休年龄前的企业职工非在职期间往往还承担着养家的重任，在此期间患病如能因为曾经的劳动付出而得到适当数量的疾病救济费显然是雪中送碳、能帮助其缓解家庭经济困难。只规定在职职工医疗期、遗漏企业职工非在职医疗期确实是我国现行企业职工医疗期制度的缺陷与遗憾。

（二）以本单位工作年限与实际工作年限双因素为依据设置医疗期不科学

我国现行企业职工现代医疗期制度根据职工的本单位工作年限与实际工作年限这两个因素来确定医疗期期限，并规定医疗期内的病假工资与疾病救济费全部由职工在职的企业单位承担。这样的制度设计使得职工在职的企业单位成为承担职工本单位工作年限与实际工作年限对应的全部医疗期待遇的唯一责任主体，确有让职工在职的企业单位为该职工的全部实际工作年限买单之嫌。比如某职工刚到企业单位 A 工作一个月就患病，该职工实际工作年限在 10 年以上，则该职工在企业单位 A 就可享有 6 个月医疗期，这对企业单位 A 是不公平的。另一方面，本单位工作年限与实际工作年限并非是并列同时存在的两个因素，本单位工作年限只是包含在实际工作年限其中的一个时间段，本单位工作年限与其他单位工作年限单向连结成为实际工作年限，这是由时光运动的单向线型关系所决定的。现行企业职工医疗期制度不遵循本单位工作年限与实际工作年限的单向线型包含关系，人为地将本单位工作年限与实际工作年限两个因素并列起来确定医疗期，当然就无法解决医疗期期限配置与两个工作年限因素之间的精准合理衔接问题，这确实也是我国现行企业职工医疗期制度回避不了的又一缺陷。

（三）医疗期计算周期设置不合理

我国现行企业职工医疗期制度设置了 3 个月至 24 个月不等的医疗期，并对各档期医疗期设置了对应的累计计算周期，比如 3 个月医疗期的累计计算周期为 6 个月，24 个月医疗期的累计计算周期为 30 个月等等。为医疗期设置计算周期当然更能强有力地保护劳动者、使得劳动者医疗期更不易于届满，但是为医疗期设置计算

周期也存在两方面问题无可回避。其一，医疗期的累计计算周期的合理性应当受到质疑，即3个月医疗期的累计计算周期为何为6个月？24个月医疗期的累计计算周期为何为30个月等等，以3个月医疗期、6个月计算周期为例，从第一天休病假开始起算，6个月内累计休病假届满3个月才算医疗期满、才涉及解除职工劳动合同的问题，那么7个月、8个月内累计休病假届满3个月的职工对企业而言又有多大留存价值呢？所以6个月周期确实应当受到质疑。其二，根据《医疗期规定》及《通知》的相关规定，如果某患病职工在第一个医疗期的计算周期届满时医疗期只是临近期满但并未期满，那么该职工前面休过的病假天数都应当“清零”，[3]待该职工以后哪天再休病假时，又开始第二个医疗期及其计算周期的计数（即医疗期及其计算周期完全重新计算）。如此可以长期循环下去，患病职工断断续续长期休病假，却不会有医疗期满的那一天，企业单位便长期不能解除其劳动合同。这样便会导致劳动者长长无了期的“泡病假”现象出现，破坏用人单位的正常生产经营管理秩序，对构建和谐劳动关系造成消极负面影响。

（四）医疗期期限长度设置不合理

1. 医疗期下限档期3个月偏长、上限档期24个月偏短

根据《医疗期规定》的规定，我国企业职工患病医疗期的最低档期都是3个月，那就意味着即使是初次就业的职工在试用期当中患病也有3个月的医疗期，[4]¹²⁸这显然太过加重用人单位负担，对用人单位不公平。同时，根据《医疗期规定》之规定，我国企业患病职工医疗期的最高档期为24个月，这便意味着一个工作年限已满40年的职工，如果以前从未休过病假，现在突然得一场大病，其医疗期最多也就是24个月，这对于劳动者而言也是不公平的。

2. 根据工作年限分段设置医疗期不合理

一方面，在同一个工作年限区间内，企业患病职工工作时长与工作时间短其医疗期是没有区分的。比如实际工作年限均在十年以下的两名职工，其中一人在甲公司工作4年10个月，另一人在甲公司工作仅2个月，则此两人的医疗期均为3个月，这显然有失公平。而且企业职工会解读为频繁跳槽反而会享受到更长的医疗期待遇、对稳定就业产生负面影响。另一方面，在接近工作年限区分临界点时，职工工作年限虽相近，但医疗期差别却很大。比如实际工作年限均在十年以下的两名

职工，其中一人在甲公司工作 4 年 11 个月，另一人在甲公司工作 5 年 1 个月，则此两人的医疗期分别为 3 个月、6 个月，即两人的工作年限仅差 2 个月，但医疗期却差出 3 个月。

3. 特殊疾病延长医疗期存在弊端

《通知》第 2 条规定，癌症、精神病、瘫痪等特殊疾病在满 24 个月后，经企业和劳动主管部门批准，可以适当延长医疗期。这种规定不合理、存在弊端：其一，医疗期是职工曾经对企业单位与社会经济发展的工作付出所得到的福利回报，理论上讲医疗期长短当然取决于职工曾经工作付出的多与少，便于操作的普遍性衡量标准便是职工的工作年限，而与是否患癌症等特殊疾病没有关系。其二，如果职工真是患上癌症等特殊疾病，比起普通疾病而言这些患病职工治愈回单位继续工作的希望更渺茫，既然如此，法规制度层面就更没必要为这些患病职工设置延长期限。其三，无论是企业单位或是劳动行政部门，在审批这些职工是否应当延长期限的标准方面可以说是无法可依，这容易造成劳动行政部门或企业单位的权力任性滥用或行政不作为，而且如果企业批准了延长期限而劳动行政主管部门不同意延期也是让几方尴尬的事情。

三、我国企业职工医疗期制度的重构设想

要重构多年来学界、实务界有所诟病的我国企业职工医疗期制度，关键在于重构我国企业职工医疗期期限，在重构医疗期期限制度的同时一并解决病假工资与疾病救济费的负担主体问题。方案如下：

（一）将企业职工医疗期划设为在职医疗期与非在职医疗期

企业职工的非在职医疗期由患病职工所在本企业单位的工作年限确定。在此种医疗期内，职工有权停工治疗，企业单位不得因此解除劳动合同并支付病假工资，医疗期满职工不能从事原工作也不能从事企业单位另行安排的工作的，企业单位可解除患病职工的劳动合同。企业职工的非在职医疗期是指其本人从前的实际工作年限对应的总医疗期减去已经休过的病假期所剩余的期限。在此种医疗期内，由医疗

保险基金向非在职的企业职工支付疾病救济费²⁶⁰（如果非在职的企业职工依法应当享受失业保险待遇的，则同时享受失业保险待遇）。当然企业职工享受非在职医疗期只能是在达到退休年龄以前享有，因为疾病救济费制度本身就是考虑到劳动者退休前非在职患病可能导致维持家庭生活困难而给予的福利回报，理论上讲劳动者达到法定退休年龄后不再承担维持家庭生活责任，也就不应当再享受疾病救济费这项福利待遇。这样的制度设计目标在于让在职职工所在的企业单位减轻负担，让医疗保险基金分担起应当承担的责任，让在职的企业职工与非在职的企业职工的利益不折不扣得到保障，能够切实促进构建和谐劳动关系。

当然，制度上设计出企业职工的非在职医疗期后也可能导致非在职的企业职工与原工作单位串通，隐瞒原单位已经休过的病假天数，增加医疗保险基金支付疾病救济费的时间期限、加重医疗保险基金的经济负担，但此种预期情形能够通过加大原企业单位与职工瞒报造假的法律责任方式得以解决。另外，我们还必须解决医疗保险基金什么条件下向非在职的企业职工支付疾病救济费、支付多长时间期限的疾病救济费的问题。笔者认为，此种情形下制度上应当严格控制，规定非在职的企业职工提供合法医疗机构出具的门诊观察治疗证明或住院证明的条件下医疗保险基金才向其支付疾病救济费，住院证明与门诊观察治疗证明各自记载时间累加计算出的时间期限（不超过非在职医疗期期限）就是支付疾病救济费的时间期限。总之，这样的制度设计是可行的。

（二）取消医疗期计算周期、实行工作年限内的全累计计算

取消医疗期计算的累计周期，在职的企业职工以本企业单位工作年限内休病假天数累计计算确定其在职医疗期是否届满，非在职的企业职工以其目前非在职期限内休病假天数累计计算确定其非在职医疗期是否届满。比如某企业单位在职职工今年依法可享有6个月医疗期，但是他从入职以来已经先后累计休病假4个月25天，那么他接下来再累计休病假1个月零5天就构成医疗期满；又比如企业职工的非在职医疗期为3个月，那么他在整个非在职年限范围内累计休病假满3个月便构成医

²⁶⁰ 企业职工非在职医疗期内的疾病救济费由医疗保险基金负担当然是最合适的，理由不赘述。同时，《医疗期规定》与《意见》第59条并未区分“病假工资”与“疾病救济费”两个概念，本文将此两个概念作出了明确界分，在职医疗期内企业单位向职工支付的是“病假工资”，非在职医疗期内医疗保险基金向职工支付的是“疾病救济费”。

疗期满。关于这一点，上海市劳动和社会保障局 2002 年 6 月下发的《关于贯彻上海市人民政府〈关于本市劳动者在履行劳动合同期间患病或者非因工负伤的医疗期标准的规定〉的通知》【沪劳保关发（2002）28 号】已经作出了相应的成功尝试。这样的制度设计能够避免企业职工休病假期太长甚或是恶意泡病假现象，减轻企业经济负担，有利于构建和谐劳动关系。

（三）科学设置医疗期期限长度

企业职工的在职医疗期由患病职工所在企业单位的工作年限这一个因素单向确定、实行一年增一个月逐年递增，企业职工的非在职医疗期涉及到的总医疗期也应当由其曾经在各个单位供职累计计算出的总工作年限（即实际工作年限）这一个因素单向确定、实行一年增一个月逐年递增。这样的制度设计体现了高度的精准性，可以很好地解决目前《医疗期规定》中医疗期设置依据不科学、分段设置医疗期不合理、特殊疾病延长医疗期存弊端等技术性问题。

根据目前《医疗期规定》以及上海市人民政府《关于本市劳动者在履行劳动合同期间患病或者非因工负伤的医疗期标准的规定》【沪府发（2015）40 号】的规定，起点医疗期（即工作第一年的医疗期）为 3 个月，该医疗期期限起点应当更短一些为宜，对用人单位更公平一些；同时，《医疗期规定》与【沪府发（2015）40 号】文中规定的医疗期上限皆为 24 个月，在取消了医疗期计算周期的背景下，该医疗期上限应当更长一些为宜，让劳动者病休权得到保护的力度更大一些。具体而言，笔者建议将工作第一年的医疗期设置为 2 个月，将医疗期上限设置为 36 个月为宜。这样的制度设计更公平更合理，有利于构建和谐劳动关系。

另外，对于作出过特殊贡献的企业职工（比如全国劳模、省级劳模等）在享有上述医疗期的基础上还应当增加适当期限的医疗期（比如 12 个月、6 个月等），同时根据其特殊贡献发生在当前在职企业单位或是曾经工作过的单位，确定增加为在职医疗期或非在职医疗期（实则是增加总医疗期，相应的就增加了非在职医疗期）。这样的制度设计倡导实干贡献、鼓励先进，具有积极的正能量导向作用，有利于构建和谐劳动关系。

结 论

以《医疗期规定》为代表的我国现行企业职工医疗期制度是社会主义市场经济的时代产物，为确立、维护劳企双方合法权益，构建和谐劳动关系起到了积极作用。但是它遗漏了企业职工的非在职医疗期，忽视“本单位工作年限”与“实际工作年限”的单向线型包含关系、无法实现医疗期与工作年限之间的精准对接，医疗期计算周期设置多余、期限长度设置不合理。全国上下努力构建和谐劳动关系之际有必要研究重构我国企业职工医疗期制度，建议将企业职工医疗期划设为在职医疗期与非在职医疗期，医疗期由工作年限单向确定、实行逐年递增，缩减3个月起点医疗期、加长24个月上限医疗期，取消医疗期计算周期、实行工作年限内全累计计算，特殊贡献的企业职工还应当适当增加医疗期。

【参考文献】

- [1]孟祥才.中国政治制度通史(第三卷)[M],北京:人民出版社,1996.12:414.
- [2]俞鹿年.中国政治制度通史(第五卷)[M],北京:人民出版社,1996.12:481.
- [3]孙琳.工时与休假管理[M],北京:中信出版集团,2015.7:91
- [4]郭颖华,邱星美.我国劳动者病假保障制度的问题及完善[J],河北法学,2014(8):125-132.

劳动标准与贸易和投资协定挂钩的历史 演进、当代特点与未来趋势

郑丽珍*

【摘要】从 1948 年的《哈瓦那宪章》及 1995 年的《多边投资协定》草案到当前的 FTA 和 BIT，半个多世纪以来，与经济协定挂钩的劳动标准内容处于持续演进的过程，并对缔约方国内的劳动立法、执法和司法提出不同程度的要求。此类挂钩整体将趋向严格。其与国内劳动立法、执法和司法的互动，以及为确保其顺利实施需要解决的条款解释和违约损害评估等问题，值得正在与美国和欧盟谈判 BIT 的劳动标准条款以及将来可能加入 TPP 劳动章谈判的中国关注。中国有必要在把握劳动标准与经济协定挂钩的整体发展趋势的基础上，根据各经济协定谈判的具体情况和中国的承受能力，从劳动标准的范围、实施义务、组织机构、争端解决程序和实施机制等方面厘定相对有利的条款。

【关键词】劳动标准；挂钩；FTA；BIT

引言

较之劳动保护方面的企业社会责任（CSR）所采取的市场和社会机制，²⁶¹以及国家将劳动标准与贸易政策单边挂钩的做法，劳动标准与贸易和投资协定的挂钩基于政府之间的同意，其中部分协定不仅包含具体的义务实施或合作促进机制，而且包含工人代表、雇主代表、关注劳动问题的非政府组织的结构性参与权利，²⁶²将对缔

* 作者系福建师范大学法学院教师，国际法学博士，从事劳动法与国际法的交叉研究。联系邮箱：435204327@qq.com，电话：13600800339。

²⁶¹ 劳动保护方面的企业社会责任被定性为市场和社会机制，理由在于这些规则的制订者包括非政府组织、跨国采购商，前者主要依靠消费者运动、媒体曝光、舆论压力等市民社会力量对企业施加压力，而后者主要依靠订单、采购合同等市场手段促使企业保护劳动者。

²⁶² 之所以称为结构性参与权利，理由在于，工人代表、雇主代表和关注劳动问题的非政府组织并非经济协定的直接权利和义务主体，但通过协定有关公众参与和申诉机制等规定，这些主体

约方的国内劳动立法、执法、司法和法律监督产生更为直接深刻的影响。

回顾国内既有的研究，中国的入世、出口企业遭遇的跨国企业行为守则运动、入世之后的市场经济地位、是否加入 TPP 等问题是研究劳动标准与国际贸易挂钩的重要背景。明显可见的研究轨迹是，2006 年之前，关于此问题的探讨主要基于 WTO 的多边框架，内容涉及发达国家主张纳入 WTO 的劳动标准之贸易壁垒属性以及中国的应对策，如许国庆（1996）、杨青（1997）、聂元贞（1998）、繆剑文（1998）、肖光恩（1998）、陈建（1999，2000）、王冉冉（2000）、金泽虎（2000）、杨燕绥（2000）、黄河涛（2001）、周长征（2001）、余云霞（2001，2003）、常凯（2002）、冯同庆（2002）、臧立（2002）、范立敏（2003）、彭高建（2004）、戴德生（2004）、刘超捷（2005）等人的论述。继 WTO 于 1996 年新加坡部长级会议明确认可国际劳动组织（ILO）才是处理跨国劳动标准问题的合适机构之后，刘波（2006）、刘京华（2006）、杨君茹和张新国（2008）、鄂晓梅（2010）、李西霞（2015）、林燕玲（2016）等学者开始关注双边贸易协定中出现的劳动标准现象。总体而言，这些研究一方面认为劳动标准纳入贸易协定是必然的趋势，其中少数学者，如戴德生（2004）甚至认为劳动标准纳入多边贸易谈判更有利于发展中国家；另一方面，这些学者都反对将劳动标准与贸易制裁挂钩。显然，既有的国内研究主要关注劳动标准与贸易协定（尤其其中的贸易制裁机制）“应否挂钩”，较少关注两者“应如何挂钩”。并且，国内学者的研究主要聚焦于贸易领域，尚未深入研究劳动标准与投资协定的挂钩问题。

从全球层面看，劳动标准与越来越多的区域自由贸易协定（FTA）、双边或诸边投资协定（BIT）挂钩已是不争的事实。劳动标准与 FTA 和 BIT 的挂钩不仅出现在发达国家与发展中国家之间，亦出现在发展中国家之间，甚至还出现在发达国家之间。从 1994 年美国、加拿大和墨西哥缔结的《北美自由贸易协定》之附件《北美劳动合作协定》到 2016 年 2 月美国与其他 11 个国家²⁶³缔结的 TPP（《跨太平洋伙伴关系协定》）劳动章，劳动标准与 FTA 和 BIT 的挂钩日益严格。中国自 2005 年以来亦在分别与智利、新西兰、瑞士、冰岛等国家签订的 FTA 接受此种挂钩。根据透露的信息，

获得了监督协定的劳动标准条款实施之权利。

²⁶³ 这 11 个国家是加拿大、新西兰、墨西哥、智利、秘鲁、澳大利亚、新加坡、文莱、马来西亚、越南和日本。

当前中美、中欧的 BIT 谈判也包含劳动标准问题。

为了更好地应对中国谈判 FTA 和 BIT 所面临的劳动标准议题，分析全球范围内劳动标准与贸易和投资协定挂钩的样态及其发展趋势，显为必要。基于此，本文将首先从历史纵向角度分析最初的多边贸易和多边投资协定倡议中的劳动标准内容，挖掘劳动标准与贸易和投资协定从多边挂钩走向双边或诸边挂钩的规范变化（第一部分）；继而着眼于全球视野，论证当前与双边或诸边贸易和投资协定挂钩的劳动标准规范所呈现的基本特点（第二部分）；并基于前两部分，论证此类挂钩的发展趋势（第三部分）。最后是简短的小结。

一、劳动标准与贸易和投资协定挂钩的阶段演进

劳动标准与贸易和投资协定挂钩的轨迹类似，都经历了从多边挂钩的失败尝试转向双边或诸（复）边挂钩的实践过程。双边或诸边的贸易和投资协定中的劳动标准内容带有一定的多边“烙印”，但也包含了诸多“创新”。

（一）与贸易协定的挂钩：从《哈瓦那宪章》²⁶⁴到 FTA

美国、加拿大、新西兰等发达国家既是劳动标准与多边贸易协定的挂钩的倡议者，也是将劳动标准与区域贸易协定挂钩的最初实践者。除了发达国家，诸如加勒比共同体等发展中国家集团也开始加入此类挂钩的行列。

1. 不同的国家实践

发达国家将劳动标准标准纳入多边贸易体制的最初构想可见于 1948 年联合国贸易与就业大会通过的关于缔结国际贸易组织(International Trade Organization)的章程——《哈瓦那宪章》(Havana Charter)之第 1 条（实现生活水平提高、促进充分就业、改善经济条件、促进社会进步与发展的宗旨）、第 7 条（公平的劳动标准）、第 45 条第 1 款第（7）项（对监狱劳动产品采取的进口限制措施不受最惠国待遇和国民待遇义务的约束）、第 94-95 条（包括劳动标准争议在内的贸易争端的解决程序）。然而，由于美国国会拒绝批准该宪章，作为临时多边贸易安排的《关税与贸易总协定》(GATT)最终仅采纳了《哈瓦那宪章》的第 1 条以及第 45 条第 1 款第（7）项，去掉了第 7 条、第 94 条和第 95 条这三条核心条款。GATT 缔结之后

²⁶⁴ 《哈瓦那宪章》的相关内容参见 WTO 官方网站，
at https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf,2016-05-30.

的第7轮多边贸易谈判（东京回合）以及第8轮谈判（乌拉圭回合）中，虽然劳动标准问题再次被提起，但终因印度等发展中国家的强烈反对而未能实现进一步的挂钩。因此，当1995年WTO取代GATT成为正式的国际组织时，在劳动标准问题上只是简单地继承了GATT的规定，仅在《缔结世界贸易组织的协定》（又称《马拉喀什协定》）的序言以及《关税与贸易总协定》第20条第（2）项分别提及“促进充分就业和社会进步”以及“与监狱劳动产品有关的贸易措施免于承担非歧视义务”。在GATT/WTO迄今长达70年的争端解决实践中，并无案例直接涉及劳动标准争端。

由于劳动标准与多边贸易体制挂钩进展困难，美国、加拿大等发达国家自20世纪90年代初开始转向将劳动标准与区域贸易协定(FTA/RTA)挂钩。自1994年《北美自由贸易协定》开始，美国、加拿大分别与发展中国家缔结的FTA均包含严格的劳动标准。欧盟、新西兰、欧洲自由贸易联盟（包括列支敦士登、冰岛、瑞士和挪威四个国家）等发达国家也在部分与发展中国家缔结的FTA中纳入劳动标准。劳动标准纳入FTA不仅发生在发达国家与发展中国家之间，也发生在发达国家之间，如2014年完成谈判的欧盟-加拿大FTA以及正在谈判的美国与欧盟之间的《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》（TTIP）。劳动标准与FTA的挂钩还发生在发展中国家之间，如1997年《关于加勒比共同体和共同市场的条约修正案》之《关于劳动与工业关系的宣言》）。迄至2013年7月，在WTO登记的近280个FTA中，纳入劳动标准的FTA已达58个。²⁶⁵2016年2月4日由美国主导、共计12个发达国家和发展中国家缔结的TPP，是劳动标准与FTA挂钩的最新实践，亦是最严格的挂钩。²⁶⁶

2. 规范的变化

从1948年《哈瓦那宪章》到当前的FTA劳动标准实践，其中的规范变化主要包括五方面：

（1）从宽泛的“社会条款”到专门的劳动合作协议、章节或条款

从结构形式上看，早期设想的劳动标准与多边贸易协定的挂钩考虑采取专门条

²⁶⁵ International Labour Organization; International Institute for Labour Studies, *Social Dimensions of Free Trade Agreements*, Geneva: ILO Publication, 2013, P.5.

²⁶⁶ 郑丽珍：《TPP劳动标准规则的特点及对中国的谈判启示》，载于《国际经贸探索》2016年第4期，第90-93页。

款，但这种做法在 GATT/WTO 被进一步稀释。GATT/WTO 协定通篇未出现“劳动标准”或“劳动”字眼，因此，通过序言和监狱产品免于适用非歧视原则的规定所表现出的是极为宽泛的“社会条款”。相比之下，当 20 世纪 90 年代劳动标准转向与 FTA 挂钩时，“劳动标准”或“劳动”字眼除了出现在协定序言，还规定在专门的章节、条款中，甚至采取专门的劳动合作协定并与主协定同时生效。其中，美国主要采取直接将劳动标准纳入 FTA 主文的挂钩形式。²⁶⁷加拿大、新西兰、欧洲自由贸易联盟、智利、加勒比共同体、南方共同市场等国家（或集团）主导缔结的协定则倾向于以专门的《劳动合作协议》、《劳动合作备忘录》或《劳动与社会宣言》等方式²⁶⁸将劳动标准与 FTA 挂钩。欧盟则偏好在 FTA 的可持续发展章中纳入劳动标准。²⁶⁹

（2）从货物贸易领域到货物和服务贸易领域

《哈瓦那宪章》调整的只是货物贸易，因此其中的劳动标准也主要针对公平的货物贸易。相比之下，第一个将劳动标准与之挂钩的 FTA——1994 年的《北美自由

²⁶⁷ 迄至 2016 年 5 月，美国对外缔结的 14 个包含劳动标准的 FTA，只有美国与加拿大和墨西哥的《北美自由贸易协定》采取了专门的劳动合作协议，TPP 和其他 12 个已缔结生效的 FTA，即分别与约旦（2001）、智利（2004）、新加坡（2004）、澳大利亚（2005）、摩洛哥（2006）、巴林王国（2006）、阿曼（2009）、多米尼加及 5 个中美洲国家（2006-2009）、秘鲁（2009）、哥伦比亚（2012）、巴拿马（2012）、韩国之间的 FTA（2012），其中的劳动标准都直接规定在 FTA 主文中。

²⁶⁸ 采取劳动合作协议方式进行挂钩的国家主要是加拿大，具体包括加拿大分别与美国和墨西哥（1994）、智利（1997）、哥斯达黎加（2002）、哥伦比亚（2011）、约旦（2012）、秘鲁（2009）、巴拿马（2013）、洪都拉斯（2014）、韩国（2015）缔结生效的 FTA 中的《劳动合作协议》。采取劳动合作备忘录形式进行挂钩的国家主要是新西兰、欧洲自由贸易联盟、智利等国家。具体包括：新西兰分别与泰国（2005）、新加坡、智利（2006）和文莱（2006）、中国（2008）、马来西亚（2010）、中国香港（2011）缔结生效的 FTA 中的《劳动合作备忘录》；欧洲自由贸易联盟与香港缔结生效的 FTA 中的《劳动合作协议》；智利与中国缔结生效的 FTA《劳动合作备忘录》（2006）。

采取宣言形式挂钩的国家主要是加勒比共同体和南方共同市场，例如《加勒比共同体和共同市场的条约修正案》中的《劳动与工业关系的宣言》（1995）及《南方共同市场协定》中的《社会与劳动宣言》（1998）。

²⁶⁹ 例如，欧盟分别与 78 个非加太国家之间缔结生效的《科托努协定》（2000）、与 8 个地中海国家（叙利亚、黎巴嫩、约旦、阿尔及利亚、埃及、摩洛哥、以色列以及突尼斯）之间的联系协定（1998-2004）、与加勒比论坛 15 国家（安提瓜和巴布达、巴哈马、巴巴多斯、伯利兹、多米尼克、格林纳达圭亚那、海地、牙买加、蒙特塞拉特岛、圣基茨和尼维斯、圣卢西亚、圣文森特和格林纳丁斯、苏里南、特立尼达和多巴哥）缔结生效的合作协定（2008），与加拿大之间的 FTA（已于 2014 年完成谈判，尚未缔约）。

贸易协定》所调整的劳动标准问题已经扩及货物和服务贸易。其他劳动标准与 FTA 挂钩的实践都出现在 1995 年 WTO 成立之后,且将劳动标准与 FTA 挂钩的国家基本都是 WTO 成员。鉴于 WTO 已经将调整的贸易范围扩大到货物和服务贸易,并且服务贸易的竞争日益激烈,这些 WTO 成立之后谈成的 FTA 的劳动标准基本都适用于货物和服务贸易。

(3) 从简单模糊到较为丰富明确的实体内容

1948 年《哈瓦那宪章》尝试将劳动标准与多边贸易体制挂钩时,重点强调“贸易对改善劳动标准、促进就业的积极作用”²⁷⁰以及“国家间不公平的劳动标准将导致不公平的贸易竞争”。²⁷¹由此,宪章为缔约方设定了“与 ILO 合作,尽力提高国内的劳动标准”²⁷²的义务,并特别允许缔约方采取偏离非歧视性待遇(最惠国待遇和国民待遇)的措施,阻止“监狱劳动产品”的进口。²⁷³显然,《哈瓦那宪章》既未明确劳动标准的范围是否限于“与贸易有关”,也未明确以何标准作为努力的方向,更未明确相应的促进措施。与此同时,ILO 在其中的作用是主导者抑或协助者,也相当模糊。这样,当 GATT/WTO 进一步稀释《哈瓦那宪章》的劳动标准条款,舍弃其中劳动标准之于公平贸易的意义以及缔约方与 ILO 合作的义务时,其宽泛的社会条款便成为无涉劳动标准的空洞宣示。

²⁷⁰ 参见《哈瓦那宪章》第 1 条的规定:成员认识到联合国创设稳定和福利的条件之决议对于构建国家之间的和平友好关系非常重要,本宪章的缔约方承诺在贸易和雇佣领域相互合作并与联合国合作;成员认识到《联合国宪章》的宗旨,尤其是宪章第 55 条规定的实现生活水平的提高,促进充分就业以及经济条件的改善,促进社会进步与发展的目标。为此目标,每个成员单独以及集体保证促进采取国内和国际行动实现以下的目标:(1) 确保实际收入和有效需求的大幅度稳定增长……

²⁷¹ 参见《哈瓦那宪章》第 7 条第 1 款的规定:认可与就业有关的措施的成员必须充分考虑工人在政府间国际宣言、国际条约中的权利;成员认可所有的国家在与生产力有关的劳动标准的获得与维护方面具有共同的利益,因此应该在生产力允许的情况下提高工人工资和劳动条件;成员认可,不公平的劳动条件尤其是与出口生产有关的劳动条件,将会导致国家贸易困难,故此,每一成员应该尽可能采取所有适当可行的措施消除本国境内不公平的劳动条件。

²⁷² 参见《哈瓦那宪章》第 7 条第 2 款的规定:同为国际劳动组织的国际贸易组织的成员必须与国际劳动组织合作以便实现本条第 1 款的承诺。

²⁷³ 参见《哈瓦那宪章》第 45 条“有关第四章的一般例外”第 1 款规定:在满足措施的实施不会对条件相同的缔约国各国造成任意的或不合理的歧视,或者对国际贸易进行变相的限制的前提下,本协定不得被解释为妨碍任何缔约方采取或实行这些措施:……(vi)与监狱劳动产品有关……

相反，当劳动标准转向与 FTA 挂钩时，其内容不仅更为丰富，且较为明确。

首先，在为何挂钩的观念方面。部分 FTA 通过序言表明劳动标准对经济可持续发展的意义，例如欧盟分别与韩国、加勒比论坛国家之间的 FTA。另有部分协定在宗旨中表明劳动标准对构建经济自由化的社会层面或社会支柱的重要性，例如《加勒比共同体和共同市场的条约修正案》中的《劳动与工业关系的宣言》（1995 年）及《南方共同市场协定》中的《社会与劳动宣言》（1998 年）。更多的 FTA 则在主协定序言或《劳动合作协议》（《备忘录》）的序言以类似措辞表明“贸易发展的最终目的是为了提升生活水平和促进就业”、“改善并实施基本劳动权利与贸易发展具有同等重要性”、“改善劳动标准对于鼓励企业提升生产效率并促进劳资双方合作具有积极意义”、“加强劳动标准的国际合作对改善劳动标准具有积极作用”、“提高公众对贸易自由化带来的挑战 and 机会的认知”等内容，如美国、加拿大、新西兰、欧洲自由贸易联盟等国家（或集团）的 FTA。

其次，劳动标准的范围方面。尽管部分 FTA 广泛提及缔约方应促进各方面劳动标准的提升，例如《加勒比共同体和共同市场的条约修正案》中的《劳动与工业关系的宣言》及《南方共同市场协定》中的《社会与劳动宣言》，但更多的 FTA 重点强调缔约方促进“ILO 提出的四方面的核心劳动标准”、“ILO 的体面工作计划”、“最低工资、工时、职业安全与卫生”、“非本国劳动者的保护”等义务，例如美国、加拿大、新西兰、欧洲自由贸易联盟主导缔结的 FTA 劳动标准实践。

再次，缔约方的义务方面。既有 FTA 的劳动标准都强调缔约方实施国内既有的劳动法律、法规和政策的重要性。美国、加拿大、新西兰、欧盟、欧洲自由贸易联盟的 FTA 还在不同程度上涉及“缔约方不得通过削弱或降低劳动标准促进贸易或吸引投资”、“不得将劳动标准用于贸易保护主义”、“有效实施国内既有的劳动法律和法规，以确保劳动者私人诉权的实现”、“建立劳动问题的社会咨商机制”、“促进公众对国内标准的认知”、“通过研讨会、交流、培训等方式加强政府间合作”等内容。

（4）从“与 ILO 合作”到“去 ILO”的争端解决机制

1948 年《哈瓦那宪章》并未确立当时拟建的世界贸易组织在解决劳动标准争端

方面的主导权，而是要求缔约方与 ILO 磋商并以合作方式解决劳动标准争端。²⁷⁴相比之下，由于未明确包括劳动标准问题，GATT/WTO 的争端解决程序将劳动标准争端排除在外。

当劳动标准转向与 FTA 挂钩时，除少数未包括争端解决程序，如《加勒比共同体和共同市场的条约修正案》中的《劳动与工业关系的宣言》及《南方共同市场协定》中的《社会与劳动宣言》外，其他 FTA 都考虑不同形式的争端解决方式的适用。例如新西兰主导缔结的 FTA 以及欧洲自由贸易联盟缔结的 FTA 都规定以磋商方式解决劳动标准争端，不诉诸制裁。欧盟的 FTA 强调以对话、磋商为主，未规定强制性政府间仲裁。美国和加拿大对外缔结的 FTA 都允许在磋商未达成满意结果时，启动强制性政府间仲裁。尽管部分 FTA 在仲裁员的选任以及合作行动规定缔约方可以寻求 ILO 的技术性援助，但这些 FTA 均明确劳动标准争端的双边解决途径，从而将 ILO 排除在争端解决程序之外。

（5）从“排除制裁”到“允许制裁”

1948 年《哈瓦那宪章》并未将劳动标准与制裁挂钩，GATT/WTO 亦未涉及此方面内容。然而，当劳动标准与 FTA 挂钩时，最引人注目的就是制裁确保劳动标准争端仲裁裁决的执行。美国和加拿大是此方面实践的典型代表。制裁分两种，一种是金钱制裁（monetary fine），类似于国内的罚金或罚款；另一种是贸易制裁（贸易报复），即中止贸易利益的减让。加拿大主导、与发展中国家缔结的 FTA 劳动标准实践只采取金钱制裁方式，而美国主导、与发展中国家缔结的 FTA 无一例外同时采取金钱制裁和贸易制裁。

（二）与投资协定的挂钩：从《多边投资协定》草案到 BIT

劳动标准与投资协定挂钩的尝试最初发生在多边领域。1995 年《多边投资协定》（MAI）谈判末期，当时参加谈判的经合组织（OECD）成员迫于非政府组织的压力，纳入了劳动标准条款。尽管《多边投资协定》草案因发展中国家的强烈反对以及其他方面的原因，最终流于破产，但其中的劳动标准条款至今仍对发达国家的 BIT 实

²⁷⁴ 参见《哈瓦那宪章》第 7 条第 3 款的规定：与劳动标准有关的任何事项，应该根据本宪章第 94 条（提交给执行委员会）和第 95 条（提交给缔约方大会），与国际劳动组织磋商并与其合作。

践产生示范和影响作用。美国 2004 年和 2012 年的 BIT 范本、加拿大 2012 年的 BIT 范本、奥地利 2008 年的 BIT 范本、比利时 2002 年的 BIT 范本、芬兰 2001 年的 BIT 范本、南部非洲发展共同体 (SADC) 2012 年的 BIT 范本都包含详尽程度不同的劳动标准条款。2000 年之后,美国、加拿大、欧盟部分成员(如比利时、卢森堡、奥地利、荷兰、芬兰)、欧洲自由贸易联盟以及日本等发达国家(或集团)在部分与发展中国家缔结的 BIT 中主动纳入了劳动标准。

劳动标准与《多边投资协定》草案挂钩的最初尝试主要体现在四个方面。²⁷⁵其一,在序言中强调“国际公认的劳动权利与投资自由化的同等重要性”。其二,“不降低要求”,即缔约方不得为吸引投资而降低其国内劳动标准的保护水平。其三,缔约方的监管权,即缔约方有权制订、维持并执行其所认为适当的措施,以回应国内对劳动保护问题的关注,但此类措施的采取应当遵循非歧视性原则。其四,鼓励跨国企业遵守经合组织制定的《关于跨国企业行为的指南》。

较之 1995 年的《多边投资协定》草案,目前既有的 BIT 劳动标准条款基本沿袭“国际公认的劳动权利的重要性”、“不降低要求”、“缔约方的监管权”这三方面内容,但舍弃了缔约方对企业社会责任的鼓励义务”之内容。与此同时,在《多边投资协定》草案的劳动标准条款基础上,当前与 BIT 挂钩的劳动标准新增以下四方面内容:

其一,影响投资的劳动标准的范围。例如,比利时和卢森堡分别与毛里求斯、塔吉克斯坦、埃塞俄比亚、利比亚、尼加拉瓜、苏丹、危地马拉、塞尔维亚和黑山、哥伦比亚之间的 9 个 BIT 都认可 ILO 的核心劳动标准。比利时和卢森堡分别与毛里求斯、塔吉克斯坦、埃塞俄比亚、利比亚、尼加拉瓜、苏丹、危地马拉之间的 7 个 BIT,将缔约国可予实施的劳动标准范围界定为“四方面的核心劳动标准+最低工资、时长、职业安全与卫生方面的可接受的劳动条件”。

其二,合作机制。部分 BIT 提及双方的交流合作更有可能提升彼此的劳动标准,例如比利时和卢森堡分别与毛里求斯、塔吉克斯坦、埃塞俄比亚、利比

²⁷⁵ Stephen J.Canner, “The Multilateral Agreement on Investment” ,*Cornell International Law Journal*,Vol.31,1998,p.676.

亚、尼加拉瓜、苏丹、危地马拉、塞尔维亚和黑山、哥伦比亚之间的 9 个 BIT。

其三，争端解决方式。一方面，对于政府间劳动标准争端，部分 BIT 规定只能通过政府间磋商解决，并排除政府间的强制性仲裁机制，例如美国的 BIT 实践。但也有部分 BIT 允许劳动标准争端适用政府间的强制性仲裁机制，如比利时和卢森堡以及日本的 BIT 实践。另一方面，针对投资者与东道国之间的劳动标准争议，部分 BIT 不允许投资者在国际仲裁机构诉东道国，例如美国的 BIT 实践；但也有部分 BIT 允许此类仲裁，如日本、比利时和卢森堡的 BIT 实践，其中比利时和卢森堡的 BIT 实践还允许东道国诉投资者。

其四，制裁的可适性。当前 BIT 的劳动标准条款均排除制裁的适用。

以上分析显示，从《哈瓦那宪章》和《多边投资协定》草案到当前的 FTA 和 BIT，半个多世纪以来，劳动标准与经济协定的挂钩处于持续演进的过程之中。总体而言，与经济协定挂钩的劳动标准在观念、范围、实施义务、组织机构、争端解决程序和实施机制等方面的规范程度得到进一步加强。

二、劳动标准与双边或诸边贸易和投资协定挂钩的特点

当前，国家将劳动标准与 FTA 和 BIT 挂钩的实践呈现以下七方面的特点：

（一）类型多样化

按照缔约的国家类型，劳动标准与 FTA 和 BIT 的挂钩可以分为三大类。第一类是发达国家与发展中国家之间的 FTA 和 BIT 劳动标准实践，这是劳动标准与 FTA 和 BIT 挂钩的最常见类型。发达国家出于对劳动标准较低的发展中国家所谓的“社会倾销”之担忧，是促成此类挂钩的主要原因。美国、加拿大、欧盟、新西兰、欧洲自由贸易联盟将劳动标准与 FTA 和 BIT 的挂钩实践多数针对发展中国家，其中包括当前仍在谈判的中美 BIT 美国和中欧 BIT。第二类是发达国家之间的 FTA 劳动标准实践，如美国与澳大利亚已缔结生效的 FTA(2005)，欧盟与新加坡之间的 FTA(2013)，欧盟与加拿大已完成谈判尚未缔约的 FTA（2014）都按入了劳动标准。此类实践数量较少，但有上升的趋势。原因在于，劳动标准日益成为发达国家为维护公平竞争或经济可持续发展的贸易政策的组成部分。例如，2007 年美国两党达成的新贸易政策、2015 年美国贸易代表办公室发布的《贸易政策议程》、欧盟委员会 2014 年发

布的《自由贸易是经济增长的来源》以及 2015 年发布的《为所有人服务的贸易——负责任的贸易和投资》中，美国和欧盟对外谈判 FTA 和 BIT 的劳动标准要求并不区分缔约对方是否为发展中国家。发达国家的劳动标准虽然总体高于发展中国家，但他们之间的劳动标准水平或实施强度依然有所区别。因此，此类 FTA 和 BIT 的劳动标准除了意在维持发达国家之间的公平竞争外，还反映缔约方国内的市民社会团体借协定倒逼其本国政府有效实施劳动标准之意图。第三类是发展中国家之间的 FTA 和 BIT。加勒比共同体、东南非共同体等发展中国家集团之所以在缔结共同体协定时纳入劳动标准要求，与其成员长期接受美国和欧盟将劳动标准与贸易普惠待遇相挂钩有关。不可否认，在为获取美国和欧盟的普惠待遇而加强国内劳动标准实施的过程中，这些国家亦在一定程度上接受了劳动标准有助于促进公平竞争和经济可持续发展的观念。不过，由于实施的资源和能力普遍不足，这些国家更倾向于采取宽泛的宣言方式将劳动标准纳入 FTA 和 BIT。

（二）风格各异，强弱不同

各国将劳动标准与 FTA 挂钩的模式并不完全一致。若从法律化制度的三个维度，即义务性（法律约束力的明确程度）、精确性（解释空间）和授权性（移交第三方解释及裁断的程度）考虑，²⁷⁶大致可以将这些实践分为硬法模式和软法模式。前者以美国、加拿大的 FTA 实践为代表，突出体现在“对 ILO 的核心劳动标准认可程度较高”、“国内劳动法的保护水平要求较高”、“缔约方实施国内劳动法的义务较严格”、“拥有较完善的组织机构和沟通机制”、“强制性争端解决程序”、“以制裁确保缔约方履行仲裁裁决”等方面；后者主要是新西兰、欧盟、欧洲自由贸易联盟、智利、加勒比共同体、东南非共同体、南方共同市场等国家的实践，主要表现在“劳动标准宽泛，与人权出现一定的混同”、“未规定缔约方的具体义务或仅涉及小部分内容”、“缺乏专门的组织机构和沟通机制”、“争端解决程序与制裁缺失或不占主导策略”等方面。²⁷⁷

²⁷⁶ Keneth W. Abbott & Robert Keohane, etc, “The Concept of Legalization”, *International Organization*, 2000, Vol.54, No.3, pp.405-406; Keneth W. Abbott & Robert & Duncan Snidal, “Hard and Soft Law in International Governance”, *International Organization*, 2000, Vol.54, No.3, p.425.

²⁷⁷ 郑丽珍：《劳动标准纳入区域自由贸易协定的机制分析》，载于《国际经济法学刊》2013 年第 1 期，北京大学出版社 2013 年 5 月版，第 69-81 页。

类似地，各国将劳动标准与 BIT 挂钩的模式也差别较大。以是否允许投资者通过诉东道国促使劳动标准得到强制执行的角度看，欧盟部分成员（比利时、卢森堡、奥地利）和日本既有的 BIT 劳动标准实践不但允许强制性的政府间争端解决机制，而且允许投资者诉东道国，堪称较为严格的 BIT 劳动标准。相比之下，美国的 BIT 劳动标准实践既未纳入政府间强制性争端解决程序，也不允许投资者就东道国不履行协定的劳动标准义务诉至仲裁机构，因而较为软弱。

（三）投资协定中的劳动标准总体弱于贸易协定

总体而言，BIT 中的劳动标准不如 FTA 的劳动标准严格。既有的 BIT 劳动标准实践对缔约方实施义务的要求较少也较低，最常见的是“不降低要求”，即缔约方不得为吸引投资而降低其国内劳动标准的保护水平。多数 BIT 实践或者不规定合作交流等促进机制，或者仅作原则性规定。此外，相比 FTA，部分 BIT 的劳动标准包含投资者（个人）诉东道国的规定。投资者诉东道国的劳动标准争议范围原则上包括两类，即“诉称东道国劳动标准太低”以及“诉称东道国劳动标准太高”。基于资本的逐利本性，投资者通常不太可能反对东道国较低的低劳动标准，但却可能就东道国调高劳动标准引起的利益损失申请仲裁。因此，后一类劳动标准争议更可能发生。缘于此，美国、比利时、卢森堡、奥地利、日本等国对外缔结的 BIT 为了平衡东道国与投资者的权利和义务，明确赋予东道国提高劳动标准的社会监管权利。显然，当“投资者诉东道国”是以“东道国违反协定提高劳动标准引致投资者利益损害”为诉由时，东道国并没有加强国内劳动标准实施的压力。而“东道国的社会监管权”则是缔约方加强劳动标准实施的权利而非义务。

BIT 的劳动标准实践之所以总体弱于 FTA 的对应实践，与利益相关主体的压力大小有关。如第二部分第（一）目所述，既有的 BIT 和 FTA 的劳动标准实践主要发生在发达国家与发展中国家之间。在 FTA 框架下，发达国家缔约方一般对发展中国家缔约方劳动密集型产品的进口依赖较大。经常出现的贸易逆差导致前类国家对后者所谓的“社会倾销”的担忧程度较深。FTA 较严格的劳动标准主要来自发达国家缔约方国内同类产品制造商、工会组织以及其他相关非政府组织的压力。相较而言，在 BIT 框架下，由于发达国家缔约方实施供应链全球化战略，附加值高的核心技术环节留在母国，附加值低的劳动密集型生产

环节则转移投资到劳动标准较低的发展中国家，资本输出国和资本输入国的投资领域更多体现的是互补关系。这样，来自发达国家缔约方国内相关利益主体的压力较小，由此导致相应的劳动标准要求也较低。

（四）对缔约方国内劳动立法提出新要求

从既有 FTA 和 BIT 的劳动标准条款看，这些协定均未要求缔约方批准其尚未批准的国际劳动公约（尤其是核心劳动公约），也未要求劳动标准较低的缔约方向劳动标准较高的缔约方看齐。相反，FTA 和 BIT 的劳动标准都认可缔约方制订、维持和修改国内劳动法律、法规和政策的主权权利。尽管如此，多数 FTA 和 BIT 的劳动标准仍对国内劳动立法提出了不同程度的新要求，主要包括以下两个方面：

第一，“不降低要求”。这是当前劳动标准与 FTA 和 BIT 挂钩的共同条款。根据此要求，缔约方不得降低国内劳动法的保护水平来促进对外贸易或吸引外来投资。

第二，国内劳动立法应涵盖的劳动标准范围。以挂钩较为严格的比利时和卢森堡与毛里求斯之间的 BIT 以及美国主导缔结的 TPP 的劳动标准为例，前者要求“缔约方应该尽力确保，其国内劳动立法认可并保护 1998 年 ILO《关于工作中的基本权利和原则及其后续措施的宣言》提出的结社权、组织权和集体谈判权、禁止强迫劳动、平等报酬和禁止就业与雇佣歧视，有效废除童工这四方面核心劳动标准”；²⁷⁸而后者要求更为严格，缔约方的国内劳动立法除应该包含 ILO1998 年提出的四方面核心劳动标准外，还应该包含最低工资、工时、职业安全与卫生方面的可接受的劳动条件。²⁷⁹

（五）对缔约方国内劳动法的执法和司法提出了新要求

当前的 FTA 和 BIT 劳动标准实践均未授权一缔约方在另一缔约方采取强制实施行动。然而，这些 FTA 和 BIT 对缔约方加强国内劳动法的实施提出了不同程度的新要求。具体表现在：

第一，“不偏离要求”。这是当前劳动标准与 FTA 和 BIT 挂钩的常见条款。该条款要求，缔约方不得以放弃、偏离劳动法或者承诺豁免、偏离劳动法的适用之方式，促进对外贸易或吸引国际投资。

²⁷⁸ 参见比利时-卢森堡-毛里求斯 BIT 第 6.1 条。

²⁷⁹ 参见 TPP 第 19.3 条。

第二，执法要求。美国、加拿大的 FTA 劳动标准实践都包括具体的执法要求。其中，加拿大主导缔结的 FTA 劳动标准实践一般强调“缔约方应采取适当的措施积极促进国内劳动法的实施”，而美国主导缔结的 FTA 劳动标准实践则强调“不得通过影响贸易或投资、持续或反复的行动或不行动，不对国内劳动法进行有效实施”、“不得以强制实施资源的分配为由不遵守协定的劳动标准条款”。

第三，司法要求。美国、加拿大的 FTA 劳动标准实践都包含此方面内容，即“缔约国应确保利害关系人有权诉诸行政、准司法、司法程序或劳动法庭，并有权根据劳动法请求强制执行”、“实施程序必须公平、公正且具有透明度，遵循正当程序，裁决须书面且说明理由并尽快送达等内容”。

（六）对缔约方国内劳动法的实施监督提出了新要求

美国、加拿大、新西兰主导缔结的包含劳动标准的 FTA 都强调缔约方国内劳动法实施过程中的社会监督，具体包括：

第一，劳动法律法规应该公布，让公众知悉；

第二，确保劳动法律、法规的实施具有公正性、平等性和透明性；

第三，邀请本国公众参与协定的实施监督。其中新西兰的 FTA 劳动标准规定，缔约方可以就有关问题咨询非政府组织、相关专家的意见，邀请他们参加政府间劳动委员会召开的会议。而美国和加拿大的 FTA 劳动标准则要求建立专门的劳动顾问委员会，由工人代表、雇主代表和其他人组成，允许他们就协定劳动标准的实施发表意见。

第四，允许国内外公众就缔约方违反协定的实施义务提交书面意见。美国和加拿大的 FTA 劳动标准都包含公众提交（通讯）（public submission/communication）制度。该制度要求一缔约方国内联系点应依据国内程序，接受国内外公众对另一缔约方实施协定情况的申诉，并在符合规定的条件时启动与另一缔约方国内联系点之间的磋商。

（七）确立有别于 ILO 的跨国劳动监管模式

与 FTA 和 BIT 挂钩的劳动标准多数重申缔约方作为 ILO 的成员义务以及 1998 年 ILO《关于工作中的基本权利和原则及其后续措施的宣言》的政治承诺，并要求缔约方在国内立法中纳入这些基本劳动权利的保护。然而，这些 FTA 和 BIT 均排除以 ILO

的核心劳动公约作为实施依据。因此，基本劳动权利的内涵和外延主要取决于国内法，缔约方最主要的义务在于加强国内既有劳动法的实施。

与 ILO 的多边监督机制不同，多数与 FTA 和 BIT 挂钩的劳动标准均在双边或诸（复）边框架下建立各自的实施监督机构，如国内联系点、政府间劳动委员会。这些协定也未沿袭 ILO 的报告制度，²⁸⁰而是一方面通过交流合作、技术援助等促进机制提升缔约方的履约能力，另一方面通过公众提交、政府间磋商、仲裁、制裁等机制外压缔约方履行义务。在此过程中，ILO 可能在缔约方的合作计划、仲裁员的选任方面提供帮助，但并不参与缔约方劳动标准争端的解决。

依据上述分析，可以认为，基于劳动标准与贸易和投资自由化关系方面各自不同的理念，已有相当数量的发达国家和发展中国家在不同程度接受劳动标准与经济协定的挂钩。这些经济协定中的劳动标准强弱不同，相应地，也对缔约方国内的劳动立法、执法和司法提出高低不同的要求。

三、劳动标准与双边或诸边贸易和投资协定挂钩的发展趋势

不可否认，二战之后至今，劳动标准与贸易和投资协定的挂钩主要来自于发达国家的推动。那么发达国家是否会继续推进此类挂钩？发展中国家有无动力参与？未来的挂钩将呈现何种特点？以下从挂钩的主体、框架、程度、法律影响、体系结构、实施困境和责任主体七个角度展开分析。

（一）哪些国家会参与

随着全球化的深度演进，不仅发达国家，而且更多的发展中国家将加入此类挂钩的行列。这是由劳动标准的双重属性决定的。劳动标准兼具人权和经济属性，前者旨在促进社会正义，而后者重在维护公平竞争。一战之后，根据《凡尔赛合约》成立的 ILO 在其章程中除了明确“国际劳动标准促进社会正义”的宗旨之外，还强调“若一国未能采取人道的劳动条件，将阻碍其他国家提高其国内的劳动条件”。应对全球化带来的社会挑战，ILO 一方面呼吁“成员国不得将劳动标准用于贸易保护主义”，²⁸¹另一方面又强调“成员国不得以违反四方面的核心劳动标准作为合法

²⁸⁰ 报告制度是 ILO 最主要的条约实施监督机制，包括年度报告和全球报告机制，前者针对未批准的核心劳动公约的实施情况，后者针对已批准的核心劳动公约的实施情况。

²⁸¹ 参见 1998 年 ILO 《关于工作中的基本权利和原则及其后续措施的宣言》。

的比较优势”。²⁸²美国 2015 年发布的《贸易政策议程》明确，将严格的劳动标准与 FTA 和 BIT 挂钩的目的是，为美国劳动者和企业“整平游戏场地”，创设公平的竞争环境。²⁸³可以预见，随着国家之间经济竞争日益激烈，关涉经济要素成本的劳动标准与经济协定挂钩的可能性也将增大。

与此同时，劳动标准的人权属性也将是促成其与更多经济协定挂钩的重要原因。贸易和投资自由化带来的负面社会问题以及市民社会团体对社会保护的强烈呼吁，已经成为国家缔结 FTA 和 BIT 时不得不考虑的因素。“社会保护构成一国经济可持续发展的重要社会支柱”的理念已为越来越多的国家接受并实践。例如，欧盟 2015 年发布的《为所有人服务的贸易——负责任的贸易和投资》强调，基于可持续发展、人权保护和善治价值，劳动标准将被纳入欧盟对外缔结的 FTA 和 BIT 之中。此外，为了换取进口国消费者组织的信任，确保对外贸易顺利开展；以及为了赢得东道国市民社会团体（包括工会组织）的接受，助推企业“走出去”以及“外资引进来”；发展中国家也有动力认可劳动标准与经济协定之间适当程度的挂钩。

（二）会在什么框架下挂钩

2009 年之前与 FTA 挂钩的劳动标准，均只对贸易问题适用，不涉及投资问题。但是自 2009 年美国 and 加拿大分别与秘鲁缔结生效的 FTA 开始，劳动标准不仅对贸易问题适用，而且适用于投资领域。²⁸⁴晚近，由于议题交叉和一揽子谈判技巧的广泛应用，投资议题除了在 BIT 框下谈判之外，更经常出现在 FTA 谈判中。美国 2007 年的两党达成的“新贸易政策”、2015 年《贸易政策议程》、2015 年《贸易促进法》所涉及的劳动标准要求均对投资和贸易领域一体化适用。欧盟近年来提出的可持续发展的贸易政策亦是如此。明显可见的例子是，美国在 BIT 下的劳动标准都很软弱，而自 2009 年开始缔结的 FTA 的严格劳动标准则同等适用于投资问题。加拿大缔结的 BIT 无一纳入劳动标准，而其在 2009 年之后缔结的 FTA 劳动标准都适用于投资问题。可见，原本在 BIT 框架下很难与投资问题严格挂钩的劳动标准，在更为多元化的利益相关主体互动以及更加复杂的一揽子谈判过程中，更容易扩及适用于投资领域。

²⁸² 参见 2008 年 ILO《关于公平的全球化所需要的社会正义宣言》。

²⁸³ Office of the US Trade Representative. 2015 Trade Policy Agenda, pp.7, 24.

²⁸⁴ 具体参见 2009 年之后美国分别与秘鲁、哥伦比亚、巴拿马和韩国缔结生效的 FTA，加拿大分别与秘鲁、哥伦比亚、巴拿马、洪都拉斯缔结生效的 FTA，以及美国和加拿大均参与的 TPP。

由此，可以合理地预测，在各国热衷于推进自由贸易区战略的背景下，劳动标准将更多与 FTA 挂钩，并同时适用于贸易和投资问题。

（三）将挂钩到何种程度

劳动标准方面的国际合作主要发生于两个框架，一个是以 ILO 为主导的多边劳动公约的框架，另一个是双边或诸边经济协定的框架。前者的合作主要体现“协调型博弈”，²⁸⁵参与的国家并没有背离的激励，相应地也缺乏强制合作的必要。相比之下，经济协定框架下劳动标准的国际合作更常表现为“囚徒困境型博弈”，因为选择“背离（不遵守）”对自己更为有利，于是，需要有强制合作的机制，以预防一缔约方的背离对另一缔约方利益及整体利益的损害。经济全球化背景下，各国在包括劳动标准在内的经济要素方面的竞争日益激烈，产生“囚徒困境型博弈”的可能性增大。因此，为了确保合作机制的顺利进行，经济协定下的劳动标准的实施机制理论上将趋向严格。从 1994 年世界上第一个与 FTA 挂钩的劳动标准（《北美劳动合作协议》）到 2016 年 2 月缔结的 TPP 劳动章，美国主导缔结的 14 个 FTA 的劳动标准日趋严格，既是典型的例证。

必须承认，当前经济协定的劳动标准问题谈判无一不是国际和国内相关利益主体双层博弈、反复博弈的结果。受一揽子谈判的利益置换（例如以适当降低劳动标准要求换取另一缔约方其他领域的让利）、缔约方的国内的实施能力等因素的影响，实际谈成的劳动标准的严格程度也难以完全一致。

（四）将有什么国内法和国际法影响

随着更多的国家主动纳入或被动接受劳动标准与 FTA 或 BIT 的挂钩，这些 FTA 和 BIT 的劳动标准将与国内劳动立法、执法和司法产生更强烈的互动。一方面，经济协定中的劳动标准要求将不同程度倒逼缔约方，尤其是劳动标准较低的发展中国家缔约方国内的劳动立法、执法和司法改革。而这些国内劳动法改革的成果又将通过属地管辖权，普遍适用于缔约方领土范围内的人、事、物。另一方面，劳动标准较低的缔约方的实施能力、遵守情况将直接影响劳动标准较高的缔约方对既有协定劳动标准实施效果的评估，进而影响他们对后续缔结的 FTA 或 BIT 的劳动标准要求

²⁸⁵ 例如，在 ILO 的多边劳动公约框架下，各国均有改善国内劳动权利的愿望和长远利益，但仅负有依据各自的经济、社会、文化条件逐步推进的义务，因此，强制合作的激励较小。

的调整。²⁸⁶

与此同时，在 FTA 和 BIT 下，劳动标准问题因纳入贸易和投资的整体利益考量，更可能得到政府的重视，解决方案也将更具有针对性。如此，FTA 和 BIT 的劳动标准实践将在 ILO 的多边人权路径之外，开辟出独特的双边或诸边经济路径，在理性回应跨国劳动问题的情况下，将成为建构公平稳定的经济全球化的国际法实践的组成部分。

（五）会不会统一

目前美国、加拿大、欧盟等发达国家（或集团）以及加勒比共同体、南方共同市场、东南非洲共同体等发展中国家集团的 FTA 和 BIT 劳动标准实践所反映的“公平竞争”、“可持续发展”、“全球化的社会层面”、“促进劳资合作”等理念，体现了国际法的利益和观念（价值观）两大维度²⁸⁷之间的不同组合形式，国家之间在贸易政策的劳动标准要求方面的多样化风格，可见一斑。当这些国家（或集团）根据其贸易政策对外谈判 FTA 或 BIT 时，由于谈判所涉的国际和国内层面的利益相关主体的复杂博弈过程，最终谈成的劳动标准内容也将不一致。基于各个 FTA 和 BIT 的制订、遵守和实施主体、义务内容、组织机构、程序机制和强制实施力度的差异，其劳动标准实践将趋向更为碎片化的状态。

（六）将如何实施

如第二部分第（七）目所示，由于 FTA 和 BIT 的劳动标准以国内法作为确定依据，而各国政治、经济、文化、意识形态和价值观念各异，国家之间对相关劳动标准的解释存在冲突的可能性较大。当劳动标准争端发生时，条款解释问题将更为突

²⁸⁶ 例如，由于美国在 TPP 之前缔结的 13 个 FTA 的劳动标准之实施效果并不令满意，2015 年美国《贸易促进法案》在授权总统适用“快车道程序”谈判包括 TPP、TTIP 在内的经济协定时，除重申 2007 年新贸易政策的劳动标准要求外，还增加“总统应在谈判开始之时向国会提交谈判对方的劳动标准状况报告，并在谈判结束之时向国会提交劳动标准实施计划”之要求。TPP 中美国分别与越南、马来西亚、文莱这三个发展中国家达成的双边国别实施计划即是对此法案的回应。

²⁸⁷ 徐崇利：《软硬实力与中国对国际法的影响》，载于《现代法学》，2012年第1期，第151页。对于国际法之利益和观念(价值观)两种维度的理论分析和实证研究，转引自：Kenneth W. Abbott & Duncan Snidal, “Value and Interests: International Legalization in the Fight against Corruption” ,*Journal of Legal Studies*, Vol.31, No.2, 2002, pp.141-178.

出。另外，能否以及如何量化违反劳动标准造成的贸易和投资影响，也是这些 FTA 和 BIT 劳动标准将要面临的实施难题。迄至 2016 年 5 月，仅美国与多米尼加及 5 个中美洲国家之间的 FTA 框架下，美国诉危地马拉的劳动标准争端进入了政府间仲裁程序。此案从 2010 年开始政府间磋商至今已 6 年有余，却尚未能作出最终裁决，足以预见 FTA 和 BIT 下的劳动标准条款获得完全实施的巨大困难。

（七）谁将是真正的责任主体

既往缔结生效的 FTA 和 BIT 的劳动标准义务主要针对缔约方政府，鲜少涉及企业。但是，继加拿大分别与秘鲁、哥伦比亚和巴拿马之间的 3 个 FTA 在投资章中提及“缔约方应该鼓励其境内的企业遵守其国内政策所支持的劳动、环境、人权、反腐败等方面的国际公认的企业社会责任”之后，²⁸⁸2016 年 2 月缔结的 TPP 首次同时在劳动章和投资章中提及“缔约方应尽力鼓励境内的企业遵守其所认可或采纳的国际公认的劳动保护方面的企业社会责任”。²⁸⁹这标志着，既往 FTA 和 BIT 片面强调发展中国家缔约方（主要是投资东道国）的劳动监管义务之做法开始被打破，发达国家缔约方亦开始被要求承担鼓励、导引其境内企业实施负责任的跨国采购以及负责任的境外投资之软法性义务。

必须承认，跨国劳动问题的根源在于以跨国企业为主的跨国经济子系统的自利性扩张，有效回应这一问题的跨国劳动监管应将重点放在建构能够导引跨国经济子系统进行自我限制的外部压力机制之上。国家并非跨国劳动问题的制造者，更适宜充当导引企业（尤其是跨国企业）进行自我监管的外部压力。跨国资本的觅利性引致的劳动问题，不仅受到市民社会团体的强烈反对，也引起越来越多国家的重视，亦在不同程度上影响跨国企业商业版图的可持续性扩展。缘于此，跨国企业承担社会责任的外在和内在压力日渐增大。尽管当前跨国企业仅是通过缔约方政府推动企业社会责任的软法性义务被间接纳入 FTA 和 BIT 之中，但随着缔约方政府承担的劳动法实施义务更为严格，公众参与缔约方既有国内劳动法的实施监督的空间进一步扩大，跨国企业将越来越难避开经济协定框架下由国家和市民社会团体架设的跨国

²⁸⁸ 参见加拿大-秘鲁 FTA 第 810 条、加拿大-哥伦比亚 FTA 第 816 条、加拿大-巴拿马 FTA 第 9.17 条。

²⁸⁹ 参见 TPP 第 9.16 条和第 19.7 条。

劳动监管网络。这样，包含企业的劳动保护社会责任条款之 FTA 和 BIT 将成为外压跨国企业进行自我劳动监管的重要手段之一，有助于推动跨国企业成为跨国劳动监管的基础对象和责任主体，从而促进跨国劳动监管的理性回归。

概言之，基于劳动标准的人权和经济属性，发达国家和发展中国家将依据各自不同的利益与观念，继续推动其与经济协定不同严格程度的挂钩。随着国家竞争性地推进大自由贸易区战略并将投资议题纳入其中，劳动标准的经济属性将更为突出，并倾向于在 FTA 框架下同等适用于贸易和投资问题。这样，经济协定中的劳动标准将与缔约方国内的劳动立法、执法和司法产生更为强烈的互动。此外，因国家各自不同的 FTA 和 BIT 劳动标准实践引发的国际法碎片化特点将更为明显，由此将给这些经济协定的劳动标准实施带来解释和评估的困难。可喜的是，跨国企业开始通过企业劳动保护方面的社会责任条款被纳入到经济协定，经济协定框架下政府、市民社会团体和企业之间互动的跨国劳动监管网络的图景已经初步显现。

四、结论

经济协定中的劳动标准常以保护劳动人权的观念折射缔约方的利益之争。²⁹⁰在各国广泛参与缔结双边或诸边贸易和投资协定的大趋势下，一国若不参与劳动标准议题谈判，很容易处于道德洼地，影响其国际形象。²⁹¹作为正在和平崛起的发展中投资和贸易大国，中国已在部分与发达国家（瑞士、冰岛和新西兰）和发展中国家（智利）缔结的 FTA 中纳入了劳动标准，这 4 个 FTA 的劳动标准均对贸易和投资问题一并适用。不可否认，中国既有的经济协定的劳动标准都较为宽泛模糊，²⁹²其对国内劳动立法、执法和司法改革的影响也相对缓慢。然而，不可忽视的事实是，劳动标准与经济协定的挂钩整体将趋向严格，其与国内劳动立法、执法和司法的互动，以及为确保其顺利实施需要解决的条款解释和违约损害评估等问题，已经成为当前中国与美国和欧盟谈判 BIT 的劳动标准条款以及将来可能加入的 TPP 劳动章的谈判

²⁹⁰ 徐崇利：《软硬实力与中国对国际法的影响》，载于《现代法学》，2012年第1期，第154页。

²⁹¹ 参见商务部国际经贸关系司张磊先生在2016年4月22日于北京召开的“TPP劳工标准与我国应对”研讨会（国家人力资源和社会保障部召开）上的发言。

²⁹² 郑丽珍：《跨国劳动监管之“中国问题”、“中国元素”和“中国方案”》，载于《国际经济法学刊》2016年第1期，北京大学出版社2016年5月版。

不得不考虑的问题。因此，中国有必要关注劳动标准与经济协定挂钩的整体发展趋势，在此基础上根据各经济协定谈判的具体情况和自身的承受能力，从劳动标准的范围、实施义务、组织机构、争端解决程序和实施机制等方面厘定相对有利的条款。

中国社会法学会 2016 年年会

目 录

第二部分 劳动合同法修改中的热点问题（第二册）

36. 《劳动合同法》修改的若干问题研究——从劳动合同法的基本宗旨与原则谈起..... 陈淑静 489
37. 劳动合同法中的意思自治与国家强制——源自劳动合同书面形式强化的思考..... 董文军 499
38. 《劳动合同法》修订需要说明的几个问题——以劳动者权益保障为基础..... 何平 512
39. 论供给侧改革背景下劳动合同立法的修订..... 李孝保 524
40. 《劳动合同法》修改之争及修法建议..... 钱叶芳 532
41. 供给侧改革中劳动力成本与《劳动合同法》修改之思考..... 徐智华 黄丽娜 554
42. 民法典编纂与劳动合同法的立法关系..... 战东升 567
43. 中国《劳动合同法》实施对劳动力市场影响的分析和实证..... 张成刚 吴锦宇 586
44. 从人工成本变化看劳动合同法实施与修改——基于上海人工成本调查数据的实证分析.. 604
..... 周国良 604
45. 法定解雇理由制度的法律效果及社会效果研究..... 贺玲 623
46. 劳动合同解除和终止中经济补偿金制度的回归——兼谈企业社会责任的限制性..... 635
..... 黄晓华 635
47. 用人单位单方调岗的法律效力认定..... 沈威 金顶涛 647
48. 经济补偿金与离职竞业禁止协议效力关系研究..... 655
..... 孙艺 655
49. 服务期条款的若干疑难问题研究..... 王倩 667
50. 特殊待遇“服务期”的效力评判..... 徐增鹏 677
51. 严重违纪之严重性边界的实证分析——以《劳动合同法》第三十九条第（二）款为视角..... 690
..... 杨芳 690
52. 完善我国解雇保护制度的思路与对策——基于中美解雇保护机制的比较..... 703
..... 杨浩楠 703
53. 劳动合同履行中的动态调整——以劳动合同变更/解除为中心..... 张朴田 721

54. 劳动合同承继制度的学说疏理与新发展.....	张颖慧 732
55. 浅论《劳动合同法》中的解雇保护制度.....	赵云耀 745
56. 论劳动者单方解除劳动合同制度的完善.....	周述荣 751
57. 论劳动缔约过失责任的归责原则及其构成要件	杜宁宁 758
58. 冲突与平衡：论离职竞业限制协议的裁判考量——基于 60 份裁判文书的统计分析.....	768
.....	贺伟 768
59. 未签订书面劳动合同双倍工资规则之法理分析.....	黄良军 782
60. 论《劳动合同法》中的性别平等保障缺失与补救.....	蒋月 792
61. “二倍工资”的法律性质与责任构成——兼论《劳动合同法》第 82 条之修订.....	802
.....	孔令明 802
62. 违法解雇期间的工资支付问题研究.....	李俊杰 814
63. 解雇保护水平国际比较研究.....	李凌云 825
64. 劳动合同法修改中热点问题的思考——析劳务派遣中“共同雇主责任”的法律规制.....	835
.....	凌林 林卉 835
65. 刍议完善《劳动合同法》第十四条第三项的路径选择及操作建议.....	843
.....	江三角律师事务所无固定期限劳动合同专题组 843
66. 劳动合同法中二倍工资规则的反思与重构.....	罗泽胜 851
.....	851
67. 论用人单位劳动规章的制定模式与效力控制——基于对德国、日本和台湾地区的比较分析.....	871
.....	沈建峰 871
68. 试论我国家政工权益的立法保护——基于对《劳动合同法》适用范围的适当扩张.....	889
.....	魏厚钱 889
69. 公司高管的劳动法适用问题探讨（提纲）	杨德敏 邓颖 902
70. 关联企业“混合用工”劳动争议问题探讨.....	郑慧玫 张亮亮 905

《劳动合同法》修改的若干问题研究

——从劳动合同法的基本宗旨与原则谈起

陈淑静*

【摘要】 劳动合同立法作为劳动者权益保障与劳动关系治理的一项重大制度安排，在我国当前“供给侧结构性改革”的背景之下，正面临前所未有的现代化转型与发展取舍的纠结。在“供给侧结构性改革”的大背景下，关于《劳动合同法》的修改问题众说纷纭，笔者认为，在当前的发展阶段，《劳动合同法》的修改确属十分必要的，但绝不是某些学者或者是管理人员所说的那样要废除《劳动合同法》。因此，《劳动合同法》的修改应该回归劳动合同立法的基本宗旨与原则，只有这样才能使《劳动合同法》的修改不至于过度偏离它的立法初衷，才能更加发挥它的立法价值。本文从劳动合同立法的宗旨与基本原则谈起，结合当前我国《劳动合同法》当中存在的若干不足，提出对这些不足之处的立法分析，希望对我国当下《劳动合同法》的修改有所裨益。

【关键词】 劳动合同法，宗旨，基本原则，建议

前 言

《劳动合同法》从它的制定到出台都备受争议，可以说它在各方各界的争议中走过了八年。关于我国《劳动合同法》一共出现过两次热潮，第一次是在2006年到2008年之间，即《劳动合同法》出台前后，全国人大常委会办公厅在2006年3月将《劳动合同法（草案）》向社会公众征求意见的时候，在短短的一个月时间内，通过各种渠道共收到191849件立法意见。在《劳动合同法》正式颁布实施之后，著名经济学家张五常就称该法“不利于企业竞争，长此以往中国经济必然受损”。2015年财政部长楼继伟在提出了我国《劳动合同法》的内容超前我国当时国情的50年，¹在今年两会期间他仍旧给出了类似的论断，²认为以此带来的后果是降低劳动力市场的灵活性、提高企业用工成本等不好的后果；其今年在多个场合中提出要修改或者废除《劳动合同法》的观点也带来了关于《劳动合同法》的第二次讨论热潮，与以往不同的是，这次较

¹2015年楼继伟在“清华中国经济高层讲坛”的讲话。

²财政部部长楼继伟在2015年5月4日、2016年2月19日、2016年3月7日曾三次公开评价《劳动合同法》其相关内容主要有：“《劳动合同法》是很有弊端的，它的弊端主要在于降低了劳动力市场的流动性和灵活性。职工可以炒雇主，但雇主不能解雇职工，很多投资人离开中国也是这个原因”；“《劳动合同法》是一部过分超前的法，可能超前了50年”，直言“下一步要修改《劳动合同法》，把合理的地方保留，但是要把过于僵化的部分剔除，保证劳动力市场灵活性，体现企业和劳动者的平衡。”

大的争议主要以“供给侧结构性改革”为背景。其中不乏一些诸如：“供给侧结构性改革”背景下《劳动合同法》增加了用人成本、导致中高级技师短缺、不利于提高全要素生产率、不利于跨越“中等收入陷阱”之类的观点，主张要废除《劳动合同法》。也有人认为，《劳动合同法》完全是适应当下市场经济的发展的，若频繁修改法律，将会使法律的威严性和确定性受到损害，因此不应做过多的改变，他们采用的解释方法是将现阶段《劳动合同法》中的某些法条顽固的套用到当前某些劳动关系当中加以使用。³还有的学者提出对《劳动合同法》做出适应当下经济发展的修改。⁴笔者比较赞同第三种观点，认为我国的《劳动合同法》应当作出一定的调整和修改，但无论做出什么样的修改都应当回归劳动合同法的立法初衷，坚持在劳动合同法的宗旨和基本原则的前提下做出相应的修改。

一、劳动合同立法之宗旨

（一）法条释义

我国《劳动合同法》第一条明确规定了其立法宗旨：“为了完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系，制定本法。”⁵笔者对其做如下解读：

（1）完善劳动合同制度。《劳动法》中关于劳动合同的制度自其正式推行以来，对于建立与我国的社会主义市场经济相适应的用人单位与劳动者双向选择的用工制度、劳动力资源的优化配置等方面发挥着重要的作用。但随着我国市场经济的逐步发展，出现了许多新的劳动用工形式，于是《劳动合同法》应运而生，其规定了劳动合同的订立、履行、变更、解除或者终止的相关行为，进一步完善和健全了劳动合同制度，并且随着经济的不断发展，《劳动合同法》关于劳动合同制度的规定也将不断也将更加完善。

（2）明确劳动合同双方当事人的权利义务。用人单位与劳动者订立的劳动合同中明确规定了劳动关系双方当事人的权利与义务，《劳动合同法》的内容和条款所规范的也是劳动合同双方在订立劳动合同和履行劳动合同过程中的所享有的法定权利和法定义务。通过对劳动合同双方当事人权利义务的明确，才能使《劳动合同法》的实施有法可依，违法必究。

（3）保护劳动者的合法权益。劳动合同法的立法倾向十分明确，“《劳动合同法》在明确规定劳动合同双方当事人权利义务的前提下，强调保护劳动者的合法权益是必要的，这也是国际上劳动立法的通行规则。”在“强资本，弱劳工”的社会大环境下，劳动者的弱者地位极为明

³2016年湖北省社会法年会某些学者观点，2016年，武汉大学。

⁴2016年湖北省社会法年会大部分学者的观点，2016年，武汉大学。

⁵《中华人民共和国劳动合同法》第一条。

显，在订立劳动合同时并不能像其他合同一样，与资方地位平等，但是《劳动合同法》的适度的倾斜犹如给劳动者在于用人单位签订和履行劳动合同的过程中“垫了一块砖”，使劳动者不用对用人单位持有“仰视”的态度而产生一系列的“委曲求全”，使其能与用人单位在平等的基础上进行势均力敌的对话与交流，真正形成和谐稳定的劳动关系。

(4) 构建和谐稳定的劳动关系。党的十六届六中全会通过的《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》中也明确提出要“发展和谐的劳动关系”。所谓“和谐劳动关系”，是指处于一定组织状态之下，依法协调、公平正义、有序参与、积极有为、相互沟通、和睦相处的劳动关系。⁶法律作为社会关系和社会利益的调节器，其立法内容都是对权利义务的分配和社会利益的配置，立法必须在多元利益主体之间寻找结合点，努力寻求各种利益主体之间特别是同一矛盾体中相对方之间的利益平衡。劳动合同的立法就是要在劳动关系中寻求劳动者和用人单位利益的平衡点，以确保劳动关系的和谐。

(二) 实践释义

为了贯彻《劳动合同法》的立法宗旨，从我国的实践可以看出其采取的手段是对劳动者的“倾斜保护”政策，但只保护劳动者（又称“单保护”），还是保护双方当事人又称“双保护”，在我国的学术界和实践中都是备受争议的问题。于是在我国劳动法学界出现了所谓的“劳方派”和“资方派”⁷两大阵营的对立。“劳方派”认为，劳动合同法的制定旨在保护劳动者的合法权益，因为劳动者在劳动关系当中处于弱势者的地位，所以需要劳动合同法对其进行倾斜保护；“资方派”则认为劳动合同法的制定过多的保护了劳动者的权益，从而使用人单位的权益处于无保护状态。对于此等争论，笔者认为完全没有必要的，王全兴教授在他的论著中写到“曾听一位日本劳动法学家说过，劳动法学科的基本立场和价值取向是非常明显的，若用‘劳方’和‘资方’的称谓来表述，只可能是所谓的‘劳方派’，而所谓的‘资方派’只可能是民法学科，劳动法学科内则不应当有‘劳方派’和‘资方派’之区分”。⁸所以，劳动合同法立法对劳动者的“倾斜保护”的基本立场是十分明确的，但在此立场基础之上或者说此立场的初衷，笔者认为劳动合同法的立法宗旨是维护正义，即《劳动合同法》要维护劳动者和用人单位双方的合法权益，即《劳动合同法》通过对劳动者的“倾斜保护”是其实现和谐劳动关系的手段，维护公平正义才是它真正的目的。

⁶周勇，《关于和谐劳动关系的几个问题的思考》，载《学理论》2011年第4期。

⁷劳动法学界自10年前便有“北常南董”之争，常即常凯，曾担任国务院法制办《劳动合同法（草案）》课题组组长。董即同时参与《劳动合同法（草案）》课题研究的华东政法大学教授董保华，曾参与《劳动法》制定。后来，董保华成为《劳动合同法》最坚定有力的反对者之一。二人也分别被贴上“劳方代表”和“资方代表”的标签。

⁸王全兴，《劳动法》（第三版），法律出版社，2008年版，前言部分。

（三）历史释义

从西方国家对劳动合同法性质定位的历史发展来看，其过程体现了劳动合同法不断追求的目的与宗旨，即实现劳动者与用人单位之间的公平正义。其历史发展可以分为以下几个阶段：第一个阶段在罗马法时期，即租赁合同论时期。这一时期的劳动者在法律上并没有完全独立的地位和身份，劳动关系也只是被看作一种民法中的商品租赁关系。劳动者一方与用人单位（当时称“雇主”）一方处于极其不平等的关系当中。第二个阶段发展到中世纪日耳曼法时期，发展到身份合同论时期。这一时期封建制出现，社会成员之间逐渐形成了附庸关系。同时，与劳动合同的财产性（单纯的财产给付观念）相比，其身份性（即人身依附性）受到人们更多的关注，因此形成了身份合同论。第三个阶段是19世纪以后，在自由资本主义时期的社会和经济背景下，进入到雇佣合同论时期。随着时代的变迁，此时劳动者的人身依附性解除，有了相对的人身自由，劳动关系进入了雇佣契约时代。劳动者与雇主之间形成形式上的平等。第四个阶段是19世纪末20世纪初，即资本主义中资本和劳动的矛盾且由于自由放任时期，劳动合同的发展进入到特殊合同论时期。这一时期，“强资本弱劳动”的劳资关系格局得到了进一步的加强，此时的劳动者已有了独立的法律地位和身份，但劳动者仍然处于弱势地位。为了打破这种局面，欧美各国冲改变了资本主义发展初期“自由放任”的劳资关系政策，转而采取了公共权力的积极介入。这时有学者提出，劳动合同应该是劳动法独立的体现，不同于民法中的任何一种经典合同，而是一种特殊的合同。主要表现为对传统的雇佣合同作了限制性规定。劳动合同正式取代雇佣合同成为通说，劳动者与雇主之间形成实质上的平等关系。

以我国“供给侧结构性改革”的背景来看，单纯保护劳动者的利益，未必是公正的，只有通过适度使用对劳动者的“倾斜保护”这一手段，同时又不能使这一手段过度失衡，从而使劳动者和用工单位的利益均得到保护时才能是公正的。即在劳动合同的订立、履行、解除或者终止等过程中，既要给双方当事人留出契约自由的空间，也要有一定程度的国家干预。从长远来看，对劳动者保护和用人单位保护是相辅相成的，只有加强了对劳动者的保护，才能够提高劳动效率，提高企业的收益，提高劳动者的收益，促进劳动力市场的良性循环，实现劳动者与用人单位能够双赢的目标。

（四）立法宗旨之我见

通过上文的分析，笔者认为劳动合同法的立法宗旨在于维护正义，正义一直以来都是法律所追求的一项非常重要的价值。从正义与利益的关系来看，正义可以分为实质正义与形式正义。实质正义是针对有关原则和规则的制定来说的，它所追求的是“制定的原则和规则对社会资源

能进行公平公正的分配”的目标。形式的正义是针对原则和规则的实施来说，其解决的是“如何实施这些制定的原则和规则”及当“违反这些原则和规则之后，应该怎样处理这些违反行为”的问题。因此可以说，实质正义是法律在制定中的正义，形式正义是法律在实施中的正义，即法律在适用和执行中的正义。因此，在劳动合同法的立法过程当中也要满足正义，即劳动合同法的立法宗旨是制定正义的劳动合同的原则和规则，在劳动者和用人单位之间公正的分配社会各种资源、权利和义务。

从宏观方面来讲，笔者认为劳动合同法的立法宗旨不在于去保护谁的利益，即不再去争论是只保护劳动者的利益还是劳动关系双方当事人的利益。也不在于劳动合同究竟是民事合同还是非民事合同，从而判断是否应当法律关系双方当事人平等保护；也不在乎去争论《劳动合同法》到底是公法还是私法还是社会法，从而确定是否应当平等保护或倾斜保护。而是在于，根据某一发展时期的具体情况，判断劳动者与用人单位的社会地位是否平等，谁处于弱势，谁处于强势，⁹需要给予处于弱势地位的一方适当的“倾斜保护”，从而使双方能在平等的基础上去谈论权利的履行和义务的承担，从而公正的分配双方的利益，进而实现真正的劳动合同法上的正义。结合我国《劳动合同法》的出台，其背景是我国的劳动者在劳动关系当中所处的弱势地位，我国的劳动者不能像西方国家的劳动者那样采取集体行动来对自己的合法权益加以维护。从其实施效果来看，在八年期间对劳动者合法权益的保护起着举足轻重的作用。在“供给侧结构性改革”的背景下，有的学者或者企业管理者认为，《劳动合同法》的实施增加了企业的用工成本

二、劳动合同立法之基本原则

我国《劳动合同法》第三条第一款明确规定“订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则”，¹⁰这一原则是民法的 基本原则、合同法的基本原则在劳动合同法中的集中体现。

（一）合法原则之解读

《劳动合同法》的合法原则是指涉及劳动合同的各方面要依法进行，即：无论是劳动合同的当事人、内容和形式，还是订立劳动合同的程序，都必须符合有关劳动法法律法规和政策的要求；尤其应当强调的是，凡属与劳动合同有关的强行性法律规范和强制性劳动标准，都必须严格遵守。因而在订立合同过程中只能有限制的体现契约自由的精神。¹¹

⁹以历史发展阶段来看，劳动者仍然处于弱势地位。

¹⁰《中华人民共和国劳动合同法》第三条。

¹¹王全兴：《劳动法学》，高等教育出版社，2008年版。

（二）公平原则之解读

所谓公平，在劳动合同关系当中应当是而且必须是公平地、平等地共同保护劳动者和用人单位双方的合法权益，并在此原则和指导思想之下，引导用人单位和劳动者在遵循公正、平等、正义的社会理念的前提下订立劳动合同，符合公平、对价、有偿、利益交换的价值观念。无论是劳动关系当中的哪一方当事人，在享有相关劳动权利的同时应承担相应的劳动合同义务，在履行义务的基础之上方可强调和保障权利。

（三）平等、协商一致原则之解读

所谓平等，是指订立合同时双方当事人的法律地位平等，都有权选择对方并就合同内容表达具有同等效力的意志。¹²在劳动合同关系当中，由于劳动者处于劳动关系中的弱势地位，所以对其采取“倾斜保护”的政策，使其能够与用人单位在相同的“高度”上与用人单位签订劳动合同，建立平等的劳动合同关系。劳动关系双方当事人在平等的基础上进行协商，协商一致也建立在自愿的基础之上。在平等自愿的原则下，劳动关系双方当事人相互协商、沟通、交流，在劳动合同的订立过程当中通过要约、反要约、再要约、讨价还价等方式消除顾虑，阐释歧义，直到获得承诺，达成合意，由此劳动合同正式建立。

（四）诚实信用原则之解读

所谓诚实信用原则，又称诚信原则，是指民事主体在从事民事活动时，应当本着诚实守信的理念，以善意的方式行使权利、履行义务。体现在劳动关系当中，该原则要求劳动关系双方当事人在劳动关系当中诚实不欺、恪守信用（例如：双方诚实签订劳动合同，互不欺诈；在劳动合同的履行过程中，双方严格遵照劳动合同的约定，诚实履约），并且在获取利益的同时能够充分尊重他人和社会的利益。诚信原则作为民法的“帝王规则”，在劳动合同法中仍然发挥着作用：首先，它是对当事人进行相关活动时必须具备诚实、善意的内心状态的要求，对当事人进行的行为起着指导作用；其次，诚信原则是对法官自由裁量权的授予。

三、基于立法宗旨之检视

《劳动合同法》的立法宗旨和价值取向是保护劳动还是保护资本，或者说是单纯的追求利润的增长以推动经济发展，还是通过保护劳动者权益来维护社会秩序的稳定，这是一个利益博弈和政策选择的过程。¹³《劳动合同法》在寻求建立稳定和谐劳动关系的基础上，明确了对劳动者侧重保护的价值取向，在今后《劳动合同法》的修改当中应当继续坚守这一理念，其理由主要有：第一，从劳动者对用人单位的隶属性来看，劳动者在从事劳动的过程当中将自己的某

¹²韩桂君：《劳动法实验教程》，北京大学出版社，2008年5月，第19页。

¹³林嘉，《〈劳动合同法〉的回应与反思》，2016年湖北省社会法年会。

方面的自由寄托于用人单位，所以这种情况下用人单位对劳动者负有保护的义务，此时只有坚持《劳动合同法》倾斜保护的立法理念，回归《劳动法》立法的本意，才能强化劳动者的权益保护，也是我国国家性质的应有之义；第二，坚持倾斜保护原则，提高劳动者权益、增加劳动者收入，有利于实现劳动者的人权保障；第三，劳资双方经济地位的不平等要求倾斜保护的存在，以追求实质正义，平衡劳资关系。但这并不意味着对用人单位的合法权益不予保护。并且，在“供给侧改革”的背景之下，用人单位和劳动者都将面临着巨大的挑战，倾斜保护政策也是解决用人单位和劳动者所面临的困境的有效途径。

四、基于立法原则之检视

（一）基于合法原则之检视

1、基于合法原则对“劳动者”的概念之检视

合法原则为劳动合同法立法原则之首，前文已叙述过，该原则要求用人单位和劳动者之间签订的劳动合同必须符合法律、法规等其他相关法律的规定，并且劳动合同订立的主体、内容、客体、订立过程、履行过程等都能符合法律法规的要求。首先，主体资格的合法性。在《劳动合同法》的实施过程当中，例如在校大学生之类的主体是否能够纳入劳动合同法的调整范围当中一直备受争议，而在“供给侧结构性改革”的背景之下，出现了许多新的用工形式，例如：退休人员的返聘，随着劳务派遣在我国的逐渐规范，许多用人单位采用外包这一形式来达到节约劳动力成本的目的，但这些用工形式中的劳动者是否属于《劳动合同法》中所说的“劳动者”，是否应当纳入到《劳动合同法》的调整范围之内，这就对劳动合同法当中“劳动者”的界定提出的新的要求。我们可以看到，涉及到《劳动合同法》的适用范围上，只是在第二条中对“用人单位”一方做了明文规定，但其并没有对“劳动者”的范围或者是具体的概念作出明确的表述。联系到我国的实践，对“劳动者”的界定仅来自于学理上的解释或者是习惯的用法。所以，劳动合同法当中对“劳动者”界定的缺失完全体现了合法原则在劳动法法条中的缺失和虚无。

2、基于合法原则对劳动合同形式之检视

我国《劳动合同法》第十条、十一条等条文中明文规定了劳动合同的订立要采取书面形式，即劳动合同属于法律要求采用书面形式并且履行相应的手续才能成立有效的劳动合同，否则便不能成立劳动合同，或者说该劳动合同不能生效，则应当承担相应的法律后果，该法律后果主要有一下表现：第十四条第二款规定的视为无固定期限劳动合同的情形；第八十二条用人单位拒绝订立劳动合同的责任；第八十六条劳动合同无效时有过错一方应当承担的责任等。具体分析，我国《劳动合同法》中强制用人单位必须与劳动者订立书面合同，但同时又规定了用人单

位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立劳动合同的，视为无固定期限劳动合同，并且应当向劳动者每月支付两倍的工资。由于我国的用人单位“惧怕”与劳动者订立无固定期限劳动合同，这样的规定表面上是在鞭策或者是鼓励用人单位与劳动者订立正式的书面合同，实际上它从侧面承认了即使没有签订书面劳动合同也是可以的，即采用视为无固定期限劳动合同的形式。这样的规定一方面没有考虑到一年之后劳动者和用人单位真正的医院，即违反了劳资双方自愿、协商一致的原则，另一方面也违反了用人单位的自主用工权，对劳动者的权益认定有很大的不确定性。同时，采用体系解释的方法，这样的规定也违背了《劳动合同法》规定的劳动合同必须采用书面形式的强制性规定，本身就违法了劳动合同订立的合法性，所以这在逻辑上是相互矛盾的。

（二）基于公平原则之检视

1、基于公平原则对竞业限制补偿金之检视

我国《劳动合同法》第二十三条、二十四条规定了单位与劳动者可以约定竞业限制条款，在解除或者是终止劳动合同之后，单位应在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿金，劳动者违反该约定的应当向用人单位支付违约金，并不用向用人单位退还已经支付的经济补偿金。这里的经济补偿金跟违约金本身就是不对等的，因而不公平的。再者，立法者没有考虑到伴随着违反竞业禁止的行为往往会发生对原用人单位商业秘密等的侵权行为，也需要承担相应的法律后果，因此笔者认为加强这方面的规定是十分必要的。

2、基于公平原则对劳动合同的解除之检视

《劳动合同法》中规定用人单位解除劳动合同时需要提前三十天书面通知或者额外支付劳动者一个月工资，并且对于因用人单位原因而不能胜任工作，经过培训或调岗后仍不能胜任工作的劳动者也是如此，这显然是不公平的。笔者认为，对于劳动者提出的解除劳动合同的情形，无论是否属于特殊专业、暂时无法替代的工种，也无论用人单位能否在三十天内安排接替而出现重要关键岗位空缺并造成损失，秩序提前三十天书面通知用人单位就离开岗位也是不公平的。以上只是法条当中比较有代表性的规定，除此之外仍有很多类似条款的存在，因此，对于类似的法条应当作出相应的完善。

（三）基于平等、自愿原则之检视

前文对平等、自愿原则在劳动合同法中的具体内容已做分析，笔者认为，在劳动合同关系中切实遵循平等自愿原则主要分为以下几个层面：第一层面，是指劳动合同之各方之主体，即劳动合同关系中的用人单位和劳动者各自应当拥有的、法定的权利能力和行为能力，在法定

要求上均一律平等；劳动者和用人单位无论财产多寡、实力强弱、社会分层如何界定，其相互的法律地位、合同地位均应当一律平等；劳动者和用人单位各方的合法权利都能得到有效平等的保护，包括立法、司法、执法等方面的保护。这种应受到平等保护的各方合法权益既包括法律直接规定的，也包括通过劳动合同、自愿平等约定的。第二层面，在一方不得将自己的意志强加给另一方的平等前提下，劳动者和用人单位在订立劳动合同的时候，在双向选择、协商约定劳动合同的条款、约定双方形成劳动关系的时间与方式上都是真实的意思表示。尤其对劳动者而言，其自愿性应当是在不违背法律规定的前提下，根据自身的需要和标准所作出的自愿选择和自愿决定，而不是由法律预先设定的“自愿”，甚至是法律强制的自愿。对于用人单位而言，《劳动合同法》以恐吓的面目出现，以一系列的“应当”、“不得”阻止其真实的自愿的表达，逼令其知难而退，即一旦成为用人单位就意味着要被戴上法律、政府、工会、员工等的约束，一旦签订劳动合同就意味着在该合同解除或者终止时，将必定会支付经济补偿金或者赔偿甚至是被处罚；一旦被员工投诉或者申请仲裁就意味着无论有理由无理由，都要多少有一定的额外支出，这里并没有体现所谓的平等自愿。

正如有学者所认为的，立法者不能制定损害人与人之间平等的法律，正因为这样的法律必然有损于某些人的自由权利。¹⁴同理，立法机关所制定的法律若含有不平等的内容时，即便予以平等适用，也无法实现平等权之精神。¹⁵况且，无论平等自愿，绝不是单方的平等自愿，也不是一方对另一方所要求的平等自愿，而是双方交互的平等自愿。

（四）基于诚实信用原则之检视

将诚实信用原则适用于劳动合同法及劳动合同的关系当中具有不可比拟的实在效果和实际意义。无论是在“买方”市场亦或是“卖方”市场情形下形成的劳资关系，其在维系履行劳动合同过程当中动态性、人为性，以及必须时时根据用人单位、劳动者个人、社会和市场需要的相互配合性、可调整性。均是任何一分劳动合同条款都不可能包容完备和预先预测的，用人单位的规章制度也不吭呢至至善至全和玩应万灵的，这就需要在立法的指引下，由用人单位和劳动者基于诚实信用原则来弥补法条、合同及其他相关文件规定和约定的不足之处，即用人单位和劳动者基于诚实信用原则订立劳动合同，且在劳动合同的履行过程当中要恪尽职守，以诚相待，以最终平衡各方的利益。可以说，诚实信用原则是道德规则和法律规则的结合体，法律强制和道德强制的合力，对于适用于调整劳资关系双方利益、处理劳资关系争议应当具有相

¹⁴[法]莱昂·狄骥：《宪法学教程》，王文利等译，辽海出版社、春风文艺出版社 1999 年版，第 178 页。

¹⁵敖双红：《平等保护是隐性歧视-以劳动合同法为例》，法学评论，2008 年第 3 期。

当的效果。

但是，现实的问题是，一方面由于劳动合同所表现的立法倾向以及条文当中潜藏的暗示，另一方面是因为人们对法条的误读而成像于心目中的诱惑，造成了劳动合同已经签订，即有解除的“法定利益”大于诚实履行约定和诚实劳动所得利益的美好愿景。因而，有些劳动者入职后或者是原劳动合同到期之后就采用各种方式躲避与用人单位签约或者续约，过期则提请仲裁要求获取双倍工资或其他补偿。这种行为不仅使劳动者和用人单位陷入不必要的争议程序当中，而且也给国家司法资源带来不必要的浪费，有损于法律的尊严和权威，最终不利于和谐劳动关系的建立，也不利于和谐社会的建立。因此，劳动合同法在给与劳动者倾斜保护的同时也应当注意保护的力度，要使得这种保护在适当的范围当中，以防止对这种保护的滥用。

五、结语

综上所述，在当前“供给侧结构性改革”的情景之下，《劳动合同法》的修改已迫在眉睫，对此不能采取过激或者过于保守的态度和措施，要知道法律的制定有一定的时代性，要随着时代的发展做出相应的修改。一部法律的完善过程需要一个漫长的过程，我们要给它一个发展进步的空间。而无论在今后的任何时候，对于《劳动合同法》的修改一定要坚持劳动合同法中对劳动者倾斜保护的政策和劳动法的基本原则，这样才能紧紧坚持劳动合同法的立法初衷，从而有利于我国劳动者合法权益的保护，同时也不能偏废对用人单位合法利益的保护，从而最终有益于我国和谐劳动关系的建立，利于社会的发展。

劳动合同法中的意思自治与国家强制

——源自劳动合同书面形式强化的思考

董文军

【摘要】书面形式一直是我国法律对劳动合同形式提出的基本要求，2007年通过的《劳动合同法》及其《实施条例》从实体法角度强化了劳动合同书面形式的法律规制。理论与实务界对二倍工资差额仲裁时效起算点的突破性解释从程序法角度迎合了实体法中书面形式的强制性要求。但是上述实体法的规则设计欠缺妥当性，程序法的法律解释不具有合法性。我国法律对于劳动合同书面形式的强制性要求已经将保护劳动者的手段上升至立法目的的层面，手段与目的的倒置在一定程度上反映出我国劳动关系法律调整中国家干预的越位。具有浓厚的国家强制色彩的劳动关系法律调整机制在劳动合同制度起步阶段的确发挥了重要的作用，但是，随着社会主义市场经济体制的发展完善，我国当前的劳动关系法律调整机制亟待做出相应的调整。国家干预只有建立在充分尊重并保障劳动关系双方当事人意思自治的基础之上，才能实现劳动法律制度的立法目的。

【关键词】劳动合同法；意思自治；国家强制；书面形式；强化；

劳动关系作为现代社会关系的重要内容，其法律调整一直受到社会各界的广泛关注。在劳动关系法律调整过程中，由于劳动者自身弱者性的存在，导致国家的干预具有正当性与必要性。我国调整劳动关系的基本法律中国家干预色彩明显，2007年通过的《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）亦是如此，国家通过强制性规定从形式到内容对劳动者与用人单位之间的劳动合同进行了全方位的法律规制。其中对于劳动合同书面形式的要求、法定成立无固定期限劳动合同的情形、用人单位单方解除劳动合同以及劳动合同法定终止等内容的法律规定作为国家强制的典型制度体现，在理论研究及司法实践中引发了一系列的争论。这些理论争议和司法适用中产生的具体问题均在不同程度上提示我们需要对国家强制的合理性进行反思。笔者拟选取劳动合同书面形式的相关法律规定作为研究对象，透视劳动合同法中意思自治与国家强制的辩证关系，进而探寻劳动关系法律调整中国家干预的有效路径。

一、书面形式强化之实体法与程序法体现

劳动合同的形式一般表现为书面和口头两种，通常情况下，合同作为当事人的合意，其形式可由双方当事人自由约定。然而，出于对劳动者的特殊保护，法律要求劳动合同应当采用书面形式。我国1994年通过的《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》）中明确规定，劳动合同应当采用书面形式。但是，这一规定并非是劳动合同采用书面形式的强制性法律规定。因为《劳动法》中并没有关于不签订书面劳动合同的具有实质威慑力的法律责任的规定。如果用人单位不签订书面劳动合同，只能依据第九十八条的规定以用人单位故意拖延不订立劳动合同为由，由劳动行政部门责令改正，如果给劳动者造成损害的话，承担赔偿责任。¹⁶正常情况下，根据“谁主张谁举证”的原则，“故意拖延不订立劳动合同”的举证责任应由劳动者承担。显而易见，劳动者对于用人单位的“故意拖延行为”中的“主观故意”进行举证存在一定的困难。即使由用人单位承担不存在“故意拖延”的举证责任，¹⁷仅仅是“责令改正”这样的责任承担方式对于用人单位而言也是没有任何威慑力的。同时，法律还规定了“损害赔偿”的责任承担方式。用人单位对于劳动者承担赔偿责任的前提是，劳动者能够举证证明自己因用人单位故意拖延不订立劳动合同的行为存在实际的损失。如果仅有用人单位故意拖延不订立劳动合同的行为，而无因此导致的实际损失，就不会有此法律责任的承担。由此可见，《劳动法》中对于劳动合同书面形式的要求仅仅是倡导性的，不具有强制性的法律效果，实践中书面劳动合同的签订率一直很低。¹⁸

2007年通过的《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）再次提出了劳动合同应当采用书面形式的法律要求，同时明确规定了用人单位违法不签订书面劳动合同的法律后果。即针对不同的时间段，用人单位需要承担“二倍工资支付”的法律责任或者是出现“视为成立无固定期限劳动合同”法律后果。¹⁹增加的内容对于用人单位具有很强的威慑力，《劳动合同法》实施之后，劳动合同的签订率大幅提高。²⁰

作者简介：董文军，吉林大学法学院副教授。研究方向：社会法、经济法。

¹⁶劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》（劳部发〔1995〕309号）和《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》（劳部发〔1995〕223号）中进一步强调了这一赔偿责任。

¹⁷当然，如果由用人单位承担此举证责任，则发生举证责任的倒置，需要有明确的法律规定。

¹⁸我国自1986年建立劳动合同制度以来，由于法律法规对劳动合同制度的规定比较原则，操作性不强，亦没有对不订立劳动合同的情形给予明确处理，导致劳动合同的签订率一直较低。建筑业、餐饮服务业中劳动合同签订率只有40%左右，农民工的劳动合同签订率仅有30%左右，中小型非公有制企业劳动合同签订率不到20%。根据《2007年全国职业院校学生就业质量评价报告》显示，“中职毕业生中签订正式劳动合同的占12.67%、高职毕业生中签订正式劳动合同的比例为14.5%”。参见黎建飞、靳友成：《〈劳动合同法〉的实施提高了劳动合同的签订率》，

http://www.china.com.cn/law/txt/2008-12/25/content_17008199.htm，2015年5月15日访问。

¹⁹关于用人单位不签订书面劳动合同的法律后果的规定见《劳动合同法》第八十二条和第十四条。此处使用“法律后果”而非“法律责任”的概念，是因为笔者认为“视为成立无固定期限劳动合同”并非是一种法律责任的形式。从立法技术角度分析，“视为成立无固定期限劳动合同”并非是在一般的“法律责任”概念意义上确立的用人单位的法律责任，而是通过法律拟制用人单位与劳动者之间无固定期限劳动合同法律关系的存在。因为《劳动合同法》并未将其规定在“法律责任”一章中，而是规定在“劳动合同订立”一章中，而二倍工资的支付却规定在“法律责任”一章中。

²⁰人力资源和社会保障部召开新闻发布会，介绍2015年第一季度人力资源和社会保障工作进展情况。在回答记者有关劳动关

但是，书面劳动合同的签订并非是用人单位的单方行为，实践中同样存在劳动者不愿意签订书面劳动合同的情形。有的劳动者出于不缴纳社会保险费的考虑，有的劳动者觉得签订书面劳动合同会限制其择业自由，也有的劳动者受到二倍工资的诱惑，从而拒绝与用人单位签订书面劳动合同。针对劳动者不签订书面劳动合同的情形，2008年国务院通过的《中华人民共和国劳动合同法实施条例》（以下简称《实施条例》）规定了相应的法律后果。首先，自用工之日起一个月内，劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，无需向劳动者支付经济补偿，但是应当依法向劳动者支付其实际工作时间的劳动报酬。其次，用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，用人单位要求订立，劳动者拒绝订立，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，支付经济补偿。²¹在劳动者不签订书面劳动合同的情形下，《实施条例》规定“用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系”。从语言表述上看，《实施条例》使用了“应当”一词，显然这并不是授权性条款，如果授予用人单位劳动合同单方解除权的话，应该使用“可以”一词。“应当”一词表明《实施条例》的态度虽非强制但至少是提倡用人单位与劳动者解除劳动关系。

由此可见，《劳动合同法》及其《实施条例》在对劳动合同形式进行规制时双管齐下，一方面通过二倍工资支付以及法律拟制无固定期限劳动合同关系的方式要求用人单位签订书面劳动合同，另一方面通过提倡用人单位终止劳动关系的方式督促劳动者签订书面劳动合同。

在《劳动合同法》及其《实施条例》等实体法对劳动合同书面形式进行强化的同时，理论与实务界亦通过对《劳动争议调解仲裁法》中一般仲裁时效起算点的突破性解释，重新界定了二倍工资差额仲裁时效的起算点，从程序法角度进一步强化了劳动合同书面形式的法律规制。理论与实务界对于“二倍工资”的法律属性存有共识，均认为其是一种法律责任，适用一般的仲裁时效，而不属于劳动报酬仲裁时效特殊适用的情形。然而对于“二倍工资”仲裁时效的起算点却提出了不同的意见。虽然对于“二倍工资”仲裁时效的起算点解释各异，但各种观点均未严格依照《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》（以下简称《劳动争议调解仲裁法》）的规定适用二倍工资差额仲裁时效的起算点，而是进行了突破性的解释，²²进行突破性解释的初衷

系的提问时，人社部新闻发言人李忠表示，截至2014年底，全国企业劳动合同签订率达到了88%。参见《人社部：截至2014年底企业劳动合同签订率达88%》，<http://society.people.com.cn/n/2015/0424/c1008-26899509.html>，2015年5月15日。

²¹《劳动合同法实施条例》第五条规定，自用工之日起一个月内，经用人单位书面通知后，劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，无需向劳动者支付经济补偿，但是应当依法向劳动者支付其实际工作时间的劳动报酬。第六条规定，用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并与劳动者补订书面劳动合同；劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，并依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿。

²²具体的解释内容将在本论文的第三部分中进行论述。

应是“有效地形成促使用人单位签订书面合同的倒逼机制”。²³

书面形式作为法律对于劳动合同形式的强制性要求，已经成为劳动合同双方当事人唯一的合同形式选择，劳动合同形式法律规制的强化不言而喻，但同时也产生了一些问题值得反思。具体表现为两个方面：第一，《劳动合同法》及其《实施条例》中对于用人单位与劳动者不签订书面劳动合同法律后果的规定是否具有妥当性，是否符合《劳动合同法》的立法目的；第二，理论与实务界对于“二倍工资”仲裁时效起算点的解释是否具有合法性。

二、实体法强化之法律后果的妥当性分析

《劳动合同法》针对用人单位不签订书面劳动合同的情况，根据不同的时间段规定了“二倍工资支付”与“视为已订立无固定期限劳动合同”的法律后果，由此引发了对于二倍工资支付期限的争议。《实施条例》针对这一问题进行了补充解释，明确规定其支付期限应为十一个月，即“用人单位自用工之日起满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，自用工之日起满一个月的次日至满一年的前一日应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资”。同时明确规定，“并视为自用工之日起满一年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同，应当立即与劳动者补订书面劳动合同”。²⁴这一规定明确了二倍工资的支付期限，但同时也带来了另外一个问题，即法律拟制用人单位已经与劳动者订立无固定期限劳动合同后，如果用人单位仍未补订书面劳动合同，其是否需要承担法律责任，承担什么法律责任呢？

根据《劳动合同法》以及《实施条例》的相关规定，我们首先考虑的一个问题，就是用人单位是否需要继续承担二倍工资支付的法律责任。《劳动合同法》中规定的用人单位承担支付二倍工资法律责任的情形有两种：一种是不与劳动者签订书面劳动合同时承担的二倍工资支付的法律责任；另一种是不与劳动者订立无固定期限劳动合同时承担的二倍工资支付的法律责任。²⁵理论界与实务界基本是从这两种情形出发，分析了用人单位不补订书面无固定期限劳动合同时需要承担的法律责任。

如果不补订书面无固定期限劳动合同，用人单位是否需要继续承担不签订书面劳动合同的二倍工资支付法律责任呢？对于这一责任承担情形，实务界的观点基本是一致的，即用人单位均无需承担此情形下支付二倍工资的法律责任。如有的观点明确指出，用人单位只需支付 11 个月的二倍工资，即使用人单位一年期满后未与劳动者订立无固定期限劳动合同，也无需再承担支付二倍工资的法律责任，一年期满后法律拟制用人单位与劳动者之间已经订立了无固定期

²³王全兴、粟瑜：《用人单位违法不订立书面劳动合同的“二倍工资”条款分析》，《法学》2012年第2期，第73页。

²⁴参见《劳动合同法实施条例》第七条的规定。

²⁵《劳动合同法》第八十二条明确规定了两种情形下用人单位承担的二倍工资的法律责任。

限的劳动合同。如果继续要求用人单位承担支付二倍工资的法律責任，明显是重复惩罚。²⁶北京市、广东省、浙江省法院及仲裁机构均以会议纪要、问题解答的方式明确支持未签订书面劳动合同的二倍工资仅支付 11 个月，一年期满后视为双方已订立无固定期限劳动合同，此时用人单位无需再支付二倍工资。²⁷

既然用人单位不补订书面无固定期限劳动合同时，无需承担“未签订书面劳动合同二倍工资支付”的法律責任，那么，是否应依据《劳动合同法》第八十二条第二款的规定承担不订立无固定期限劳动合同二倍工资的法律責任呢？对于这一问题，有的学者给出了肯定的回答，即用人单位需要承担此情形下的法律責任。理由如下：第一，“视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同”并非是由用人单位承担的法律責任，其只是表明劳动合同的期限类型发生了变化。如果用人单位不再承担支付“二倍工资”的法律責任，就意味着其已无任何法律責任的承担。第二，《实施条例》中提出“应当立即与劳动者补订书面劳动合同”的要求表明，视为已经与劳动者订立无固定期限劳动合同只是强调已建立无固定期限劳动关系，并不等同于事实上已经订立了无固定期限劳动合同。此时，法律义务发生了转化，即从应当订立书面劳动合同转变为应当订立书面无固定期限劳动合同。第三，自用工之日起满一年的当日起，如果用人单位不与劳动者订立书面无固定期限劳动合同，就应当承担《劳动合同法》第八十二条第二款规定的“用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的”二倍工资支付的法律責任。²⁸

有的学者进一步解释，“应当签订无固定期限劳动合同”和“视为已签订无固定期限劳动合同”是两种不同的情形。“视为”已订立无固定期限劳动合同，并不等于无固定期限劳动合同事实上已经存在，劳动者和用人单位同样需要通过补签书面形式的劳动合同确定双方的权利义务关系。如果用人单位拒绝签订书面劳动合同，就应该承担《劳动合同法》第八十二条第二款规定的法律責任，即用人单位违反《劳动合同法》的规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的二倍工资支付的法律責任。²⁹

也有观点认为，一年期满后用人单位已无不订立无固定期限劳动合同二倍工资的法律責任之承担。《劳动合同法》第八十二条第二款规定的“应当订立”，针对的是该法第十四条第二款

²⁶王兵、王忠、王江洲：《劳动争议二倍工资案件适用法律问题研究》，《人民司法》2013 年第 11 期，第 11 页。

²⁷ 详细内容参见《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要（二）》（以下简称《北京市会议纪要（二）》）中第 28 条的规定、《广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》（以下简称《广东省座谈会纪要》）第 14 条的规定以及《浙江省高级人民法院民事审判第一庭、浙江省劳动人事争议仲裁院关于审理劳动争议案件若干问题的解答（二）》（以下简称《浙江省若干问题的解答（二）》）中针对相关问题进行的解答。

²⁸王全兴、粟瑜：《用人单位违法不订立书面劳动合同的“二倍工资”条款分析》，《法学》2012 年第 2 期，第 71 页。

²⁹高战胜：《未签订书面劳动合同时劳动者二倍工资请求权的适用条件研究》，《法学杂志》2012 年第 12 期，第 157 页。

规定的三种情形。无论是从实质上还是形式上分析，这三种情形下的劳动合同都没有成立，而“视为用人单位与劳动者已订立”与“应当订立”是法律性质完全不同的两种情形。³⁰

笔者认为，用人单位不补订书面无固定期限劳动合同的行为，不属于《劳动合同法》第八十二条第二款规定的法律责任的适用情形，所以应无二倍工资支付法律责任之承担。理由如下：第一，“视为已订立”与“应当订立”存在着本质的区别，二者不能划等号。“应当订立”是《劳动合同法》对用人单位提出的积极的作为要求，“视为已订立”是《劳动合同法》对于用人单位与劳动者之间劳动合同关系状态的一种法律拟制。“应当订立”要求用人单位通过履行积极的作为义务（即与劳动者签订无固定期限劳动合同）进入无固定期限劳动合同的关系状态；而“视为已订立”作为法律的拟制，无论用人单位是否履行积极的签订劳动合同的义务，法律均认定其与劳动者之间存在无固定期限劳动合同的关系状态。《劳动合同法》第八十二条第二款规定的二倍工资支付之法律责任的适用条件是用人单位违反《劳动合同法》应当订立无固定期限劳动合同的规定而不订立的情形，即用人单位违反了法律对其提出的积极作为义务的要求。而“视为已订立”是法律拟制用人单位与劳动者之间无固定期限劳动合同关系状态的存在，并非是针对用人单位积极行为提出的法律要求，自然就不存在“违法不订立”的情形，亦无该法律责任的承担。第二，《劳动合同法》第八十二条第二款规定的“用人单位违反本法规定”的“本法”指的是《劳动合同法》，不应包括《劳动合同法实施条例》。那么，“用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的”，应是指用人单位违反《劳动合同法》第十四条第二款规定的三种情形之一，从而未与劳动者订立无固定期限的劳动合同的情形，自然不应包括用人单位违反《实施条例》第七条的规定不与劳动者补订书面无固定期限劳动合同的行为。

通过前文的分析，笔者认为，用人单位自用工之日起满一年不与劳动者签订书面劳动合同时，法律拟制其与劳动者之间订立了无固定期限劳动合同，此时再无二倍工资支付之法律责任。此二倍工资支付的法律责任的适用情形包括未签订书面劳动合同和未订立无固定期限劳动合同两种情形之下的二倍工资支付。法律既然“视为”用人单位与劳动者之间已订立无固定期限的劳动合同，用人单位就必须履行这一合同。用人单位解除或终止该劳动合同必须有法律依据，否则需要依据《劳动合同法》第四十八条的规定，承担违法解除或终止劳动合同的法律责任。

针对满一年用人单位不与劳动者签订书面劳动合同的行为，《劳动合同法》第十四条本已清晰地规定了其法律后果，即“视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同”。此时，法律拟制用人单位与劳动者之间的劳动关系已进入无固定期限之合同状态，是否签订书面形式

³⁰王兵、王忠、王江洲：《劳动争议二倍工资案件适用法律问题研究》，《人民司法》2013年第11期，第11-12页。

的劳动合同均不影响这一关系状态的存在。但《实施条例》却再一次提出用人单位“应当立即与劳动者补订书面劳动合同”的要求，这一要求进一步强化了劳动合同的书面形式，追求劳动合同形式法律规制的完整性，却引发了理论及实务界对于用人单位不补订书面无固定期限劳动合同应承担何种法律责任的探讨，实有画蛇添足之嫌。因为通过上文的分析，法律拟制用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同后，书面形式劳动合同的签订已无实质意义，仅具有形式价值，同时这一法律规定也因无对应的法律责任不再具有强制性。

《实施条例》在对《劳动合同法》中用人单位不签订书面劳动合同法律后果的规定进行补充解释的同时，亦通过提倡用人单位终止劳动关系的方式，明确了劳动者不签订书面劳动合同的法律后果。此规定虽然有利于强化劳动合同形式的法律规制，提高书面劳动合同的签订率，但却没有充分尊重劳动关系双方当事人的意思自治。因为实践中即使劳动者拒绝签订书面形式劳动合同，很多用人单位也并不愿意结束劳动关系，特别是在某些出现“用工荒”的地区和行业。“用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系”的法律表述虽不具有强制性，但倡导性意见的表达也在一定程度上违背了劳动关系双方当事人的意愿，势必不利于构建和发展和谐稳定劳动关系，从而背离了《劳动合同法》的立法目的。

我国于2007年通过的《劳动合同法》明确地将“保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系”作为自己的立法目的。基于劳动者与用人单位相比的弱者性的存在，自劳动法律制度产生之初，人们就一直将保护劳动者的合法权益作为各项劳动立法的立法目的。但是，保护劳动者的合法权益并非是劳动立法的最终目标追求。在调整劳动关系的过程中，倾斜保护的目的是改善劳动者的弱势地位，实现其与用人单位的实质平等，最终实现二者之间的利益平衡。失去了利益平衡的目标，倾斜保护就不符合正义的要求，不具有正当性。³¹在利益平衡的基础上构建和发展和谐稳定劳动关系才是劳动立法最终应该实现的立法目标追求。作为构建和谐社会的基本要求和重要组成部分，构建和谐劳动关系已经成为中国劳动制度改革和劳动法制建设的最为重要的价值取向。构建和谐劳动关系作为一项庄严的政治宣言和施政纲领，目前已经被《劳动合同法》、《劳动争议调解仲裁法》等劳动立法确立为重要的立法目的。³²构建发展和谐稳定劳动关系作为我国劳动法的立法目的，是所有劳动法律制度设计的出发点，劳动合同形式的法律规制亦不例外。但是针对劳动者不签订书面劳动合同的行为，《实施条例》却提倡用人单位结束劳动关系。显而易见，此制度设计虽然在一定程度上有利于督促劳动者签订书面劳动合同，但无助于构建和发展和谐稳定的劳动关系，相反却可能导致劳动关系的最终破裂。

³¹董文军：《我国〈劳动合同法立法〉中的倾斜保护与利益平衡》，《当代法学》2008年第3期，第110页。

³²冯彦君：《中国特色社会主义社会法学理论研究》，《当代法学》2013年第3期，第19页。

这样的制度设计实有本末倒置之嫌，以终止劳动关系的方式换取的一纸书面合同，意义何在？

综上，劳动合同的书面形式仅仅是保护劳动者的手段之一，但《实施条例》中用人单位“应当立即与劳动者补订书面劳动合同”以及“用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系”的规定，实有将手段上升至立法目的层面之嫌疑，甚至违背了《劳动合同法》的立法目的，此法律后果的规则设计欠缺妥当性。

三、程序法强化之仲裁时效解释的合法性质疑

《劳动合同法》中规定的用人单位不签订书面劳动合同的“二倍工资”³³的法律责任，如何确定其仲裁时效在法律适用中引起了广泛的争议。根据《劳动争议调解仲裁法》第二十七条的规定，劳动争议仲裁时效包括一般的仲裁时效和劳动报酬仲裁时效的特殊适用。一般的仲裁时效期间为一年，从当事人知道或应当知道其权利被侵害之日起计算。劳动报酬的仲裁时效不受一般仲裁时效期间的限制，但劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。“二倍工资”在适用仲裁时效时产生了两个问题，第一是确定“二倍工资”的法律属性，从而明确其是否属于劳动报酬仲裁时效的特殊适用的情形；第二是仲裁时效的起算点及如何计算。

理论与实务界对于“二倍工资”的法律属性是存有共识的，即都认为“二倍工资”并不是劳动者实际的工资报酬，而是一种法律责任。有的学者认为，“二倍工资”是用人单位不签订书面劳动合同时，对劳动者进行的损害赔偿。其对用人单位具有制裁的性质（即支付劳动报酬之外增加的不利益）。³⁴二倍工资在法律性质上属于惩罚性赔偿金，不具有劳动报酬属性。³⁵“二倍工资”作为一种法律责任，其自然应适用一般的仲裁时效，而不属于劳动报酬仲裁时效特殊适用的情形。北京市、广东省、江苏省高级人民法院和劳动争议仲裁委员会通过会议纪要、指导意见等方式均明确“二倍工资”适用一般的仲裁时效。³⁶

虽然可以明确“二倍工资”适用一般的仲裁时效，但仲裁时效的起算点以及如何计算仍是存有争议的一个问题。有的学者认为，“二倍工资”支付行为应当理解为连续性行为，仲裁时效起点应当是连续性侵权行为的终了之日。³⁷也有的学者认为，应区分不同情况确定仲裁时效的起算点。在首次用工之日起未签订书面劳动合同或首次劳动合同期满后未续订书面劳动合同的一个月后一年内，仲裁时效从补订劳动合同之日起计算；若没有补订劳动合同而直接终止事

³³ 此部分中的“二倍工资”均指用人单位在正常支付劳动者工资报酬之后的二倍工资差额部分。

³⁴ 王全兴、粟瑜：《用人单位违法不订立书面劳动合同的“二倍工资”条款分析》，《法学》2012年第2期，第68页。

³⁵ 王兵、王忠、王江洲：《劳动争议二倍工资案件适用法律问题研究》，《人民司法》2013年第11期，第11页。

³⁶ 详细内容参见《北京市会议纪要（二）》第28条的规定、《广东省座谈会纪要》第15条的规定以及《江苏省高级人民法院、江苏省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件的指导意见（二）》（以下简称《江苏省指导意见（二）》）第一条的规定。

³⁷ 王全兴、粟瑜：《用人单位违法不订立书面劳动合同的“二倍工资”条款分析》，《法学》2012年第2期，第73-74页。

实劳动关系的，从事实劳动关系终止之日起计算。在首次用工之日起未签订劳动合同或首次劳动合同期满后未续订劳动合同超过一年的，仲裁时效应从视为订立无固定期限劳动合同之日即用工之日起满一年的当日计算。用人单位违法不与劳动者订立无固定期限劳动合同，仲裁时效应从补订无固定期限劳动合同之日起计算；若没有补订无固定期限劳动合同而直接解除劳动合同的，从劳动合同解除之日起计算。³⁸

笔者通过搜集北京市、广东省、江苏省这三个省市的会议纪要、指导意见等文件，发现北京市、广东省在司法实践中认定二倍工资差额部分的仲裁时效的起算点基本是一致的，即都认为应从劳动者主张权利之日起计算，但计算方法不同。北京市将用人单位不签订书面劳动合同视为一个连续的行为，所以仲裁时效从劳动者主张权利之日起向前计算一年。广东省虽然也是从劳动者主张权利之日起计算仲裁时效，但并未将用人单位不签订书面劳动合同的行为视为一个连续的行为，而是按月计算仲裁时效，对超过一年的二倍工资差额不予支持。³⁹江苏省的指导意见则将用人单位不签订书面劳动合同的违法行为结束之日作为仲裁时效的起算点，同时规定如果劳动者在用人单位工作满一年的，仲裁时效从一年届满之次日起计算一年。⁴⁰

综上，无论是理论界还是实务界，均认为用人单位未签订书面劳动合同二倍工资差额部分（《江苏省指导意见（二）》将其称为法定赔偿金）属于法律责任范畴，应适用《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款规定的一般的仲裁时效，而不属于第四款规定的劳动报酬仲裁时效的特殊适用。笔者认为，二倍工资差额的确是一种法律责任，而非劳动报酬，自然应该适用仲裁时效的一般性规定，而不适用劳动报酬的特殊情形。那么，依据《劳动争议调解仲裁法》的规定，仲裁时效的起算点为当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日。用人单位未在用工之日起的一个月内与劳动者签订书面劳动合同，用工之日起满一个月的次日即为劳动者知道或者应当知道其权利受到侵害之日。但是学者们的观点以及北京、广东、江苏等地的司法实践均对二倍工资差额仲裁时效的起算点做出了另外的解释。如此解释的合理性是什么呢？是否具有合法性呢？

³⁸张沛儒：《论二倍工资的若干法律问题》，《中国劳动》2011年第4期，第23-24页。

³⁹《北京市会议纪要（二）》中明确规定了二倍工资适用时效的计算方法，即在劳动者主张二倍工资时，因未签劳动合同行为处于持续状态，故时效可从其主张权利之日起向前计算一年，据此实际给付的二倍工资不超过十二个月，二倍工资按未订立劳动合同所对应时间用人单位应当正常支付的工资为标准计算。《广东省座谈会纪要》第15条规定，劳动者请求用人单位支付未订立书面劳动合同二倍工资差额的仲裁时效，依照《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款、第二款和第三款的规定确定。用人单位应支付的二倍工资差额，从劳动者主张权利之日起往前倒推一年，按月计算，对超过一年的二倍工资差额不予支持。

⁴⁰《江苏省指导意见（二）》第一条规定，劳动者因用人单位未与其签订书面劳动合同而主张用人单位每月支付二倍工资的争议，劳动人事争议仲裁委员会及人民法院应依法受理。对二倍工资中属于用人单位法定赔偿金的部分，劳动者申请仲裁的时效适用《调解仲裁法》第二十七条第一款的规定，即从用人单位不签订书面劳动合同的违法行为结束之次日开始计算一年；如劳动者在用人单位工作已经满一年的，劳动者申请仲裁的时效从一年届满之次日起计算一年。

通过检索，笔者没有找到北京、广东、江苏等地司法实践解释二倍工资差额仲裁时效起算点的理由的相关说明材料。笔者分析认为，此种解释的根本出发点还是强调劳动合同书面形式的法律要求，强化劳动合同形式的法律规制。如果严格依照《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款的规定适用二倍工资差额的仲裁时效，极有可能导致无法追究用人单位不签订书面劳动合同的二倍工资法律责任，不利于督促书面劳动合同的签订。正如有的学者所分析的那样，将用人单位每月不支付“二倍工资”的行为定性为连续性侵权行为较之定性为非连续性侵权行为，将连续性侵权行为终了之日作为仲裁时效的起点，更符合“二倍工资”的立法目的，更能有效地形成促使用人单位签订书面合同的倒逼机制。⁴¹

虽然二倍工资差额并非是劳动者的劳动报酬，但其是在劳动者一倍工资基础之上计算出来的法定责任，势必带有劳动报酬的某些特征。在仲裁时效的计算方面亦是如此。《劳动争议调解仲裁法》对劳动报酬的仲裁时效做出特别规定，有利于保护劳动者的合法权益，构建和谐稳定劳动关系。劳动报酬属于定期给付的债务，即使出现了用人单位拖欠劳动报酬的情况，劳动者出于维持劳动关系的考虑，一般不会在劳动关系存续期间提出索要劳动报酬的要求。若按照《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款的规定计算仲裁时效，则用人单位没有按期支付劳动报酬的当日即为劳动者知道或应当知道其劳动报酬权受到侵害之日，此时就应该开始计算仲裁时效。如果劳动报酬按月支付，每月的劳动报酬都独立计算仲裁时效。此种计算方法导致劳动者要么冒着失去工作的危险向用人单位索要其拖欠的劳动报酬，要么出于维持现有工作的考量而失去向用人单位追讨拖欠劳动报酬的时效利益。这显然不利于劳动者合法权益的保障。因此，《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第四款对于劳动报酬仲裁时效做出了特殊规定，允许劳动者在劳动关系存续期间随时主张劳动报酬请求权，但劳动关系终止的，要求在劳动关系终止之日起一年内主张权利。《劳动争议调解仲裁法》有关劳动报酬仲裁时效的特殊规定从保护劳动者权利的角度出发，免除了劳动者可能丧失追讨拖欠劳动报酬时效利益的后顾之忧，进而使劳动者在没有丧失对用人单位信赖的前提下继续保持劳动关系的存续；同时给予用人单位改正错误的宽限期，有利于维护和谐稳定的劳动关系。

如果依据《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款的规定确定二倍工资差额仲裁时效的起算点，劳动者同样需要在维持劳动关系与保存时效利益之间做出两难的选择。二倍工资差额毕竟不是劳动报酬，所以不能直接适用《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第四款对于劳动报酬仲裁时效的特殊规定，因此有些学者和一些地方的法院、仲裁委对二倍工资差额仲裁时效的

⁴¹王全兴、粟瑜：《用人单位违法不订立书面劳动合同的“二倍工资”条款分析》，《法学》2012年第2期，第73-74页。

起算点做出了变通的解释。这些解释的确有利于追究用人单位不签订书面劳动合同的法律责任，从而强化劳动合同书面形式的法律要求，但是却违反了法律解释的一般原则，即文义解释优先的原则。法律解释包括文义解释、体系解释、扩张解释、限缩解释、目的解释等多种解释方法，运用各种解释方法时应遵循一定的顺序，文义解释优先。“法律条文系由文字词句所构成，欲确定法律的意义，须先了解其所用词句，确定其词句之意义。因此，法律解释必先由文义解释入手，且所作解释不能超过可能的文义。否则，即超越法律解释之范围，而进入另一阶段之造法活动。解释法律，应尊重法条文义，始能维护法律的尊严及其安定性价值。”⁴²采用文义解释的方法，未签订书面劳动合同二倍工资差额仲裁时效起算点应为用工之日起满一个月的次日，此时即为劳动者知道或者应当知道其权利受到侵害之日。这一解释是确定具体的，不存在任何复数解释的可能性。“经采用文义解释方法，若无复数解释结果存在之可能时，不得再运用其他解释方法。”⁴³在这样的前提下，对二倍工资差额仲裁时效起算点做出的超越法律条文文义的突破性解释，虽然是以保护劳动者的权利作为出发点，从程序法角度强化劳动合同书面形式的实体法要求，但已违反了法律解释的一般原则，超越了法律解释的范围，势必有损《劳动争议调解仲裁法》的权威性与稳定性。

四、意思自治与国家强制：国家干预之路径选择

法律在对劳动关系进行调整的过程中，强调劳动合同的书面形式的确具有重要意义，因为书面劳动合同在证明劳动关系的存在以及明确用人单位与劳动者的权利义务方面发挥着不可替代的作用。我国自1994年通过《劳动法》以来，法律就一直提倡用人单位与劳动者之间签订的劳动合同应当采用书面形式。2007年通过的《劳动合同法》及其《实施条例》通过增加劳动关系双方当事人不签订书面劳动合同法律后果的规定，使书面形式成为劳动合同唯一的合法形式选择。从提倡性的要求过渡到强制性的规范，表明合同形式的选择不再是劳动关系双方当事人意思自治的结果，而是国家强制的体现。法律要求用人单位与劳动者签订的劳动合同采用书面形式，仅仅是保护劳动者权利的手段之一，并非法律制度设计的最终目的。而我国目前劳动法律制度在规制劳动合同形式时，对于书面形式的强制性要求已经将法律保护的手段上升至立法目的的层面，甚至出现了违反法律解释的一般原则以及背离立法目的的现象。手段与目的的倒置在一定程度上反映出我国劳动关系法律调整中国家干预的越位，国家干预的越位恰恰是当前我国劳动关系法律调整机制存在不足的典型体现之一。⁴⁴

⁴²梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社2000年版，第210页。

⁴³梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社2000年版，第241页。

⁴⁴有的学者对于我国当前劳动关系法律调整机制存在的不足进行了系统的反思，从整体结构不足、政府干预不足、集体劳动

国家对于劳动关系的干预实质是通过两个路径实现的：其一是为用人单位与劳动者之间的劳动关系设置最基本的劳动条件要求；其二是通过培育和扶持劳动者团体的力量，增强劳动者与用人单位的谈判能力。劳动法律制度通过劳动基准和集体合同限制劳动合同恰恰是上述国家干预路径的具体法律体现。国家干预的第一条路径即设定劳动基准是以国家强制的方式直接介入劳动关系中，主要通过最低工资标准、最高工作时数、社会保险等限定劳动关系双方当事人的基本权利义务内容。国家干预的第二条路径即建立完善集体合同制度，则是通过培育和扶持劳动者团体的力量间接介入劳动关系中。与域外劳动法制建设不同的是，我国不是以市场经济的自然充分发育为历史背景和社会基础的，而是以改革政府统制型计划经济体制为历史起点的。⁴⁵因此，我国现行劳动关系法律调整机制中的国家干预基本是第一条路径的具体体现，即通过国家制定的劳动基准对劳动合同进行限制，政府通过劳动监察、仲裁等途径对劳动关系进行直接的干预，进而实现劳动者权利的法律保护。国家干预的第二条路径虽然有静态法律制度的体现，⁴⁶但存在一定的缺陷，⁴⁷实际作用的发挥亦不理想。

国家强制虽然是基于“父爱式”的关怀对劳动者做出的特别关照，但国家权力的扩张性本质可能会阻碍劳动关系当事人意思自治的实现，国家强制应被限定在其必须发挥作用的范围之内。因此国家设定的劳动基准应仅仅是对劳动者提供最低限度的保障。在此基础上，通过发挥劳动者团体的力量与用人单位进行集体协商以进一步提高保护劳动者的程度。国家干预的两个路径相辅相成，协同发挥作用，从不同层面满足劳动者保护的多种利益需求。而我国当前仅仅通过国家强制直接介入劳动关系的调整模式，要么无法满足劳动者权利保护的多层次需求，因为国家设定的劳动基准应仅仅是对劳动者提供最低限度的权利保障；要么有可能对劳动关系双方当事人意思自治的实现构成威胁，因为如果以保护劳动者权利之名扩大国家干预的范围，势必为国家代替劳动关系双方当事人进行不当决策提供极大的自由空间，极有可能导致国家干预的越位。

虽然劳动者的弱者性决定了国家对劳动关系的干预具有必要性，但国家的干预应建立在充分尊重并保障劳动关系双方当事人的意思自治的基础之上，否则，国家从保护劳动者的立场出发做出的强制性安排有时不仅未能实现劳动关系法律调整的基本目标，实践中还有可能破坏劳

关系协调不足、企业社会责任运动不足以及单个劳动关系协调不足等角度进行了详细的阐释。具体内容参见王全兴 谢天长：《我国劳动关系协调机制整体推进论纲》，《法商研究》2012年第3期，第126-129页。

⁴⁵秦国荣：《劳动法上用人单位：内涵厘定与立法考察》，《当代法学》2015年第4期，第95页。

⁴⁶我国《劳动法》、《劳动合同法》中均有集体合同的内容，《工会法》中规定工会可以代表职工与用人单位签订集体合同。2003年劳动和社会保障部通过的《集体合同规定》较为详细地规定了集体协商和集体合同的内容。

⁴⁷集体协商与集体合同的制度缺陷具体表现为集体谈判的层次低；体制内和体制外谈判并存且各有缺陷；谈判主体不成熟；谈判内容不全面；集体合同条款空洞化；谈判程序不规范；罢工因立法空白而失序。详细内容参见王全兴 谢天长：《我国劳动关系协调机制整体推进论纲》，《法商研究》2012年第3期，第127-128页。

动关系的和谐稳定。具有浓厚的国家直接干预色彩的劳动关系法律调整机制在劳动合同制度起步阶段的确发挥了重要的作用，但是，随着社会主义市场经济体制的发展完善，其自身的缺陷与不足逐步显现出来。我国当前的劳动关系法律调整机制亟待做出相应的调整，即加强劳动者团体力量的培育，从制度设计到制度运行全方位完善集体协商和集体合同制度，从而使国家干预的两条路径能够真正协同发挥作用，满足劳动者多层面的权利保护需求。

《劳动合同法》修订需要说明的几个问题

——以劳动者权益保障为基础

何平*

【摘要】在经济新常态的背景下,《劳动合同法》的修订需要将时代的背景与现实的需要作为整体语境中加以考虑,尤其是要将劳动者权益保障作为修订的重要着力点。应当在澄清《劳动合同法》的本质的基础上对经济下行的劳动关系结构再定位,明晰《劳动合同法》的立法宗旨与立法原则,在具体制度的设计上,落实工资集体协商制度、建立解雇保护制度以及完善经济补偿制度等措施,保障劳动者合法权益在新常态下实现。

【关键词】《劳动合同法》;劳动者权益保护;偏重保护劳动者;解雇保护

一、问题的提出

2016年2月19日,财政部部长楼继伟表示,现行劳动合同法对企业的保护十分不足,在用工等方面都有体现,降低了中国劳动力市场灵活性,不利于提高全要素生产率,且越来越明显,最终损害了劳动者的利益,倒霉的是劳动者。“劳动合同法实施过程中反映出一些问题,导致劳动力市场的灵活性不够,企业用工成本比较高,制约着企业的发展,也造成了事实上对劳动者保护不力的现实,成为可能阻碍经济发展的因素。”全国人大常委会委员、全国人大民族委员会委员、西昌学院法学教授王明雯在全国人大会议期间接受《法制日报》记者采访时建议,及时修改劳动合同法。¹

而在学者方面,全国人大代表、中国政法大学教授姜明向记者介绍了关于修改《劳动合同法》的议案。《劳动合同法》自2008年实施至今,在规范劳动关系、保护劳动者权益方面发挥了一定作用。但同时也带来了用工模式僵化、人力资源配置自由度削弱、企业成本上升,甚至劳动争议案例上升等不良后果,从而减弱

¹楼继伟:《下一步要修改劳动合同法》, <http://news.cntv.cn/2016/02/19/ARTI8OXZjzw9WZqF748LkQOv160219.shtml>。

了企业竞争力，成为经济下行的因素之一。在此背景下，姜明认为，《劳动合同法》应及时作出修改，重新建立人员能进能出、工资能高能低、岗位能上能下的用工制度。²还有一些人大提案直接对于《劳动合同法》的修订提上了程序日程。第十二届全国人大四次会议上，上海代表团的代表提出修改《劳动合同法》的议案，并获得多名代表的附议。他们声称，目前的《劳动合同法》走得太快，对劳动者的过度保护忽视了企业的合法权益，超出了我国目前经济环境下的健康需求。根据目前《劳动合同法》的司法实践，法律对劳动者的约束力度太小，变相助长了劳动者“碰瓷”现象，势必会加大用人单位的责任和用工风险，长此以往会损害用人单位的利益，使劳动关系失去平衡，影响了用人单位培养人才的积极性，最终影响了劳动者的合法权益和职业生涯的发展。因此建议全国人大修改《劳动合同法》，例如适当收紧劳动者的合同解除权，放宽中小企业的权益；适当放宽无固定期限的解雇条件；确定对不同工龄劳动者的保护力度，比如区别对待产假、休假待遇；适当扩大劳动关系的范围。³

这些学说以及人大提案反映了社会对于《劳动合同法》在运行八年来的效果的基本认识，也反映了对于该法的重视。但《劳动合同法》真的是造成我国目前经济下行的“罪魁祸首”，为了能够真实反映出该法在我国目前劳动关系结构甚至于经济形势中地位与样态，笔者认为，至少要客观理性的重新认知《劳动合同法》在新常态的实质，还该法一个真实的图景。

二、制度的正名与定位

（一）澄清劳动合同法的制度本质是什么？

在经济下行的新常态下，有的学者认为《劳动合同法》成为了政府干预经济的重要手段，该法被冠以“干预”、“管制”等内容。这些定语在早期的劳动关系治理中或有表现，但当今劳动法治中劳动合同法的本质还被冠以“管制”则需要在我国现代化治理的语境下澄清一下。

澄清该法的制度本质应该从其历史的脉络进行分析，古罗马法学家将个人体力劳动供他人使用视为对物的租赁。《法国民法典》第 1708 条规定“租赁契约可分为两种：物的租赁契约、劳动力的雇佣契约”。20 世纪以后，社会经济发展，

²姜明：《劳动合同法》应及时修改用工制度，《民主与法制时报》2016 年 3 月 10 日第 1 版。

³樊云：《修改〈劳动合同法〉防止“碰瓷”现象》，<http://www.spccs.sh.cn/n1939/n2952/n2966/u1ai125631.html>。

劳动力长期过剩使得订立雇佣合同的双方在经济力量上的对比愈发悬殊,工人为维持生计,除全盘接受雇主的条件外别无选择。自工业革命以来,随着经济的迅速发展,雇主占据着越来越多的资本,在经济地位上日趋强势,劳动者的地位则日益下滑,此消彼长,两者之间的差距越来越大。在雇主与雇员之间,所谓的平等性和互换性已经丧失,以抽象的人为规范对象的近代民法在调整二者之间的关系时,往往由于经济地位的不平等导致实质上的不公正。劳动法作为区别于传统民法的特别法遂应运而生。⁴为消除劳动就业中因合同双方经济地位悬殊而发生的不平等现象,20世纪30年代以后,许多国家注重加强政府干预,由此在传统民法的雇佣合同的基础上产生了一种具有新的特性、新的内容的合同——劳动合同。劳动合同是雇佣合同社会化的体现,其旨在消除现实社会中难以实现的、非实质性的平等,使劳动者一方得到较多保护,使合同的平等性能够真正得以实现。

再从《劳动合同法》的法律属性进行分析,作为社会法的劳动法其社会法属性主要表现在:(1)增进劳动者群体的福祉,维护社会安全。劳动力市场的民法式交易必然使劳动者处于被剥夺的地位,如没有国家的立法干预来保障和维护其应有的权益,很可能会使其跌落到接近一无所有的状态.这是危害社会的边际成本几乎为零、使整个社会濒于危险的状态。(2)增强劳资双方的合作协调能力,实现双赢的社会理想。丹尼尔·奎因·米尔斯认为,面对世界范围内劳资冲突的加剧,我们不应该停留在对劳资对立、对抗的刻画上,而应该注重对劳资双方的合作与双赢战略方面的研究。⁵集体谈判是市场经济发达国家协调劳资矛盾、建立合作型劳资关系的主要方式,是劳资双方进行沟通的理性过程,它从激烈的对抗转向在斗争中寻找利益的均衡点。(3)平衡社会力量,促进社会的均衡发展。达·芬奇说过:“力量在制约中产生,在自由中消亡。”⁶运用保护弱者的法律,可以平衡社会力量,并从机制上保证尽可能不发生某一社会阶层可以为所欲为地侵害另一社会阶层利益的事件。⁷

在此分析之下,《劳动合同法》以劳动关系为其调整对象,而劳动关系的形式平等实质不平等的特点导致了劳动合同法在立法取向与立法宗旨上更倾向于

⁴郭砚:《从单一走上多元-劳动合同法-主体模型的解析与重构》,载《现代法学》2013年第04期。

⁵周长城、陈群:《集体谈判:建立合作型劳资关系的有效战略》,载《社会科学研究》2004年第4期。

⁶转引自房宁:《SARS启示录》,http://www.sociology.cass.cn/shxw/shaq/t200310201513.htm。

⁷钱叶芳:《保护不足与过度保护——试论〈中华人民共和国劳动合同法〉倾斜保护的“度”》,载《法商研究》2007年第03期。

追求实际平等的法特性,因此也就决定了立法者在制度设计时应适度限制资本所有者而倾斜保护劳动者。随着经济结构的调整,各种形式的劳动关系频繁涌现,如“自由劳动者”、“退休返聘者”等等,相应的各种劳动关系诉讼也随之出现,多见于劳动关系的认定纠纷等。劳动关系主体双方力量对比也越来越悬殊,“强资本、弱劳工”的现状没有改变,企业仍然拥有更多强有力的谈判资本,处于优势地位。因此《劳动合同法》通过对劳动者的倾斜保护,尽量实现劳资双方的利益平衡,进而实现劳资关系和谐发展。美国劳动关系学者约翰·巴德强调:“劳动关系调整的目标就在于尽量实现效率、公平和发言权的平衡。”⁸

由此,《劳动合同法》的实质应该在在“强资本,弱劳工”的基础上建立起的平衡劳动关系双方权利义务的法律,由于劳动者的相对弱势地位,政府作为第三方进行调整双方不平等的关系,以维护劳动者的合法权益。现实的背景在目前发生了一些变化,看上去用人单位相对变弱,但相比劳动者,用人单位还是强者,而且在此变化下,劳动者的地位也没有发生实质性的上升。因此,劳动关系的强弱本质并没有在现有的新常态下发生实质变化,《劳动合同法》还应该是保障劳动者合法权益为宗旨和目标的法律。

(二) 劳动关系结构的再定位

在经济新常态下,企业家以及一些学者经常强调企业在此经济下行中的所遇到的经营问题,特别是中小企业的运营困难,这一现实是存在的。但这种背景会改变用人单位与劳动者之间建立的起来的劳动关系结构吗?会改变劳动合同之间主体的社会关系吗?

从实现来分析,我国目前的劳动关系结构还应该是“强资本弱劳工”的劳动关系结构。劳动力市场目前存在、而且会长期存在劳动力供大于求的状况。根据人力资源和社会保障部发布的《2014年度人力资源和社会保障事业发展统计公报》,全国就业人员77253万人,比上年末增加276万人;其中城镇就业人员39310万人,比上年末增加1070万人。全国就业人员中,第一产业就业人员占29.5%;第二产业就业人员占29.9%;第三产业就业人员占40.6%。2014年全国农民工总量达到27395万人,比上年增加501万人,其中外出农民工16821万人。由于劳资双方关系的不平衡,用人单位利用劳动关系中的强势地位,侵犯劳动者合法

⁸陈永福;沈星.《劳动合同法》立法思路存在的问题及变革路径,载《常熟理工学院学报》2013年第01期.

权益成为普遍现象。2014年，各地劳动人事争议调解组织和仲裁机构共处理争议155.9万件，同比上升4.1%。办结案件136.2万件。仲裁结案率为95.2%，同比下降了0.4个百分点。仲裁机构期末未结案件数达到3.6万件，同比上升15.2%。2014年，全国各级劳动保障监察机构全年共查处各类劳动保障违法案件40.6万件，通过加强劳动保障监察执法，共为461.7万名劳动者追讨工资等待遇345.5亿元，其中，为335.9万名农民工追讨工资265.4亿元。⁹这直接反映为供过于求的社会现实导致劳工利益易被侵犯，劳资关系的不平衡也使得多数劳动者隐忍不公平的现状。因此，新常态下的劳动关系结构应该还是定位为“强弱”关系，而不是平等关系。

三、立法宗旨和法律原则的重申与再造

立法宗旨与法律原则是一部法律的灵活，指引着具体制度设计的方向。在一部法律中应该有始终贯穿与该法的立法宗旨和法律原则，这既可以保证该法的统一与协同，又可以保证制度在影响社会关系的预期与稳定。根据劳动合同法法律制度的本质和新常态背景的制度需求，应当将保障劳动者权利作为立法宗旨，并以强调偏重保护劳动者为法律原则。

（一）明晰立法宗旨

立法宗旨，即制定某部法律或建立某项法律制度（或某个法律部门）所追求的目标和效果，集中体现本法律（法律制度、法律部门）的本质和基本价值取向。它既可以由专门的法律条款集中表述，也可以依据法律规定作出学理表述。而集中表述立法目的法律条款，即立法目的条款。它在本法律（法律制度、法律部门）中处于统率地位，属于一般条款，既是立法的指导思想，也是理解和解释具体条款的依据，在一定条件下还具有弥补法律漏洞的作用。而现有的《劳动合同法》本身由于与现实存在一定的差距，比如社会高速发展带来的跟灵活的劳动就业，新型的劳动关系如何规范等问题。在制度相对滞后的局面下，需要较为明晰的立法宗旨来维护新局面，在此情况下，妥善设计立法宗旨的一个重要方面就是突出重点，理顺《劳动合同法》的立法宗旨。

在目前经济新常态的背景下，《劳动合同法》被一些学者和企业认为是造成企业发展的障碍，甚至被归因于经济下行的重要推手，其重要的原因之一就是劳

⁹人力资源和社会保障部：《2014年度人力资源和社会保障事业发展统计公报》，http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhshbzb/dongtaixinwen/buneyiaowen/201505/t20150528_162040.htm

动力灵活性的失衡，用工成本提高，总起来看是管制和自治的失衡，《劳动合同法》更像是是一部劳动管制法。¹⁰这似乎看起来与党的十八届三中全会《决定》提出“国家治理现代化”，以“治理”取代“管理”，对“治理能力”的强调是对传统“管理能力观”的反思与超越。可以看到目前国内的立法，在众多领域的立法已经基本完成了“去管理化”的任务，如《道路交通安全法》在2003年上市为法律时，其名称就被改为了《道路交通安全法》。应该试想《劳动合同法》在立法及实施的过程中应该不是以管理为立法的宗旨的，而应该是以保护劳动者权益为目的的，这一点既符合整体劳动法制的法律属性，也应该是国家治理的现实体现。因此，现在需要明晰的是在新常态下的《劳动合同法》立法宗旨还应该是保障劳动者合法权益。

（二）强调偏重保护劳动者原则

虽然《劳动合同法》在立法目的中明确表示该法以保护劳动者的合法权益，但在新常态的背景下，还在不断被提出《劳动合同法》应该保护劳动者和用人单位合法权益。有学者提出，劳动合同法应重视其民事法律的本质，不能将劳动合同法混同于劳动者权益保护法。劳动合同法忽视对企业合法权益的保护，源于“立法目的”的偏颇，夸大了企业与劳动者之间的利益冲突，对劳动合同当事人即企业和劳动者双方依法享有的合同自由，即依法自愿订立合同、决定合同期限和解除合同的权力，进行了不适当的限制和干预。“劳动合同法首先应正确定位劳动者与企业的关系，即劳动者与企业双方在根本利益上是一致的，不存在根本性的矛盾和冲突。”¹¹这些观点的提出似乎又回到了《劳动合同法》在立法之初一直到现在不断被提及所要说明的问题。关于立法目的条款中表述法益保护的问题，是该以“单保护表述”（保护劳动者的合法权益），还是以“双保护表述”（保护劳动者和用人单位的合法权益）的争论。当年的立法选择了“单保护表述”。然而虽然过去了8年，新常态下是不是需要重新审视当年的选择。对此，需要明确下述两个问题：

1、对“单保护表述”的理解

（1）“单保护表述”的含义不是只保护劳动者而不保护用人单位。任何一部

¹⁰董保华：《〈劳动合同法〉更像是一部劳动管制法》，

<http://dxw.ifeng.com/shilu/dongbaohualaozhonghetongfagengxiangshiyibulaodongguanzhifa/1.shtml>。

¹¹王明雯：《平等保护民事主体让企业轻装上阵》，《法制日报》2016年3月22日，

http://pad.npc.gov.cn/npc/xinwen/2016-03/22/content_1985739.htm

法律或一个法律部门，对所调整的社会关系的各方当事人都会保护其合法权益，但在立法目的条款中有的作“双保护表述”，有的作“单保护表述”。前者如《合同法》第1条中“保护合同当事人的合法权益”的规定，这意味着给双方当事人以同等力度的保护，即平等保护；后者是将保护某方当事人合法权益在立法目的条款中作明确表述，而将保护他方当事人合法权益的精神蕴含于其它条款中，如《担保法》第1条中“保障债权的实现”，《消费者权益保护法》第1条中“保护消费者的合法权益”，《劳动法》第1条中“保护劳动者的合法权益”，《刑法》第1条和《刑事诉讼法》第1条中“惩罚犯罪，保护人民”，这只是表明偏重或倾斜保护某方当事人合法权益，即对某方当事人的保护力度相对较大，并不意味着只保护某方当事人而不保护他方当事人。

(2) 保护劳动者与保护用人单位并非只有冲突性而无一致性。劳动关系中的劳动者和用人单位既是利益矛盾的双方，又是相互依存的利益共同体。保护劳动者在一定意义上就是保护用人单位。这是因为，劳动者是劳动力资源的载体，劳动力资源作为一种经济资源是利润的源泉，并且，随着科学技术的发展其利润贡献率越来越高。在此意义上，保护劳动者实际上是保护劳动力资源，保护投资者和企业的利润源泉。我国经济发展正陷入“内需不足→依赖出口→低价竞销→利润低下→劳动收入增长缓慢→内需不足”的恶性循环，而打破这一恶性循环的关节点，在于加大保护劳动者的力度，提高劳动者的收入，从而为投资者和企业创造持续发展的宏观条件。可见，保护劳动者与保护用人单位是“一个硬币两个面”的关系。

(3) 加强对劳动者的保护对投资环境不会产生消极影响。《劳动法》实施以来，关于劳动法与投资环境的关系，一直有种观点将劳动法视为投资环境的负面因素，担心加强对劳动者的保护会导致投资环境的恶化，致使资本外移。其实，劳动法对投资环境的影响并非如此。在我国，一些劳动法实施状况比较好的地区（如“长三角”和“珠三角”地区），其引进外国和外地资本的总量多大于劳动法实施状况较差的地区。这表明劳动法是投资环境的积极因素。即使存在某地区因加强对劳动者的保护而发生外移资本的现象，也多是一些低质量资本，即技术构成低、主要靠廉价甚至掠夺性使用劳动力以营利的资本。这种资本的外移，对于试图提高引进外资质量、实现产业结构升级的地区来说是利大于弊。这种资本外移如果

发生在国内，并不会影响我国的整体就业形势；如果移向其他发展中国家（如东南亚国家），其消极影响也不值得可怕。因为其他发展中国家同我国一样也面临着全球化和社会责任运动对提高劳动标准的压力，甚至有的国家（如印度）其劳动者保护状况还优于我国，故这种资本移向其他发展中国家的规模不至于很大。即使发生了这种资本大规模地移向其他发展中国家的极端现象，对于有巨额资本剩余的我国来说，促进民营经济的发展，就足以填补这种资本外移所留下的空间。

“单保护表述”只是表明对保护劳动者的偏重或倾斜，即保护劳动者的力度大于保护用人单位的力度，而不是只保护劳动者而不保护用人单位，体现的是社会法理念。“双保护表述”则表明对劳动者和用人单位给予同等力度的保护，体现的是民法理念。

2、“单保护表述”与“双保护表述”的理由比较

主张“双保护表述”的理由主要是：（1）当事人双方地位平等是合同的一般属性，劳动合同也具有这种属性。（2）在有的国家，劳动合同（或雇用合同）被纳入民法的调整范围，这表明劳动合同具有民事合同的属性。（3）劳动法在总体上应当强调偏重保护，但在劳动法体系的各个组成部分中，偏重保护的程度是有差别的，即单个劳动关系法（如劳动合同法）偏重保护的程度弱于劳动基准法和集体劳动关系法。（4）劳动合同法只要在具体制度中体现偏重保护的精神，仅在立法目的条款作“双保护”表述，就无损于劳动合同法的偏重保护功能。并且，这种表述便于社会各方面尤其是企业界接受。（5）高素质劳动者并非弱者，实践中已有利用其高素质优势损害企业利益的现象，故对高素质劳动者不应当偏重保护。

针对主张“双保护表述”的理由，“单保护表述”的主张者认为：（1）劳动合同虽然具有当事人双方地位平等的一般性，但还具有当事人双方强弱不平等的特殊性。（2）劳动合同法（或雇用合同法）在有的国家虽然被纳入民法体系，但处于民事特别法的地位，其“特别”正在于偏重保护和为实现偏重保护而对契约自由的限制。故不能因劳动合同法被纳入民法体系而否认其偏重保护的特征。而在我国，劳动合同法是劳动法的组成部分，更应当强调偏重保护。（3）劳动合同法中偏重保护的程度虽然弱于劳动基准法和集体劳动关系法，但相对于民法（尤其是民事雇用合同以外的民事合同）而言，偏重保护仍是其突出的特征。

(4)《劳动合同法》在立法目的条款中抽象表述“双保护”而在具体规定中体现偏重保护的做法,不仅会造成劳动合同法内部的冲突,而且还会导致在执法实践中以民法理念来理解、解释和适用劳动合同法,从而减弱劳动合同法保护劳动者的功能。(5)“强资本、弱劳动”是普遍格局,高素质劳动者利用其高素质优势损害企业利益的现象,远少于企业侵害劳动者权益的现象,故只需对高素质劳动者随意跳槽等损害企业利益的行为作出特别的限制性和惩罚性规定即可,而不必仅为此而在立法目的条款中作“双保护表述”。

比较而言,“单保护表述”的理由比“双保护表述”的理由似乎更有说服力。并且,《劳动法》第1条关于立法目的的“单保护表述”,是昭示劳动法本质、涵盖和统率整个劳动法体系的规定,不应当为《劳动合同法》所突破。立法之初,总体上《劳动合同法》选择了对劳动者的倾斜保护,以消解劳资双方天然的不平等,通过保护性规定赋予劳动者更多权利,以期能与资方的强势平衡,这也是立法部门在立法之初选择的立场。虽然随着社会的变化,《劳动合同法》实施的背景有所变化,但真实的立法博弈也不过反映出劳工群体、甚至劳工权利代言人与全球资本抗衡的某种真实处境。该法的立法本质与所涉及的社会关系应该是没有发生重大变化的,目前的劳动关系首先是个体的劳动关系,当分散、个体的劳工面对强势的资本时,需要有适当的法律倾斜以帮助其与资本达到一定的平衡。¹²因此,《劳动合同法》法律原则应该还是偏重保护劳动者权益为核心。

四、经济新常态下劳动者权益保障机制的夯实

一部法律要想在真正意义上成为“良法”,纵使有着正确的立法宗旨和法律原则指引,还须依仗具体的制度来实现。在经济新常态的背景下,应该回归于制度的本质,而《劳动合同法》应当将保障劳动者权利作为立法之基,在此基础上透过制度设计使该宗旨得以实现。

(一) 落实工资集体协商制度

我国《集体合同规定》(2004年)第3条规定,“集体合同,是指用人单位与本单位职工根据法律、法规、规章的规定,就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、职业培训、保险福利等事项,通过集体协商签订的书面协议”。

《关于进一步推进工资集体协商工作的通知》(劳社部发[2005]5号)工资专项

¹²李亚娟:《〈劳动合同法〉之立法回顾与思考》,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2014年第3期。

集体合同的内容一般包括工资协议的期限；工资分配制度、工资标准和工资分配形式；职工年度平均工资水平及其调整幅度；奖金、津贴、补贴等分配办法；工资支付办法；变更、解除工资协议的程序；工资协议的终止条件；工资协议的违约责任；以及双方认为应当约定的其他事项。协商确定职工年度工资水平应符合国家有关工资分配的宏观调控政策，并综合参考下列因素：地区、行业、企业的人工成本水平；地区、行业的职工平均工资水平；当地政府发布的工资指导价、劳动力市场工资指导价；本地区城镇居民消费价格指数；企业劳动生产率和经济效益；国有资产保值增值；上年度企业职工工资总额和职工平均工资水平；其他与工资集体协商有关的情况。

《工资集体协商试行办法》（2000年）规定，企业依法开展工资集体协商，签订工资协议；已订立集体合同的，工资协议作为集体合同的附件，并与集体合同具有同等效力。据此可认为，综合性集体合同与专项集体合同关系主要在于：

（1）在形式上是主件与附件的关系，即专项集体合同是作为综合性集体合同的附件形式而存在。（2）在内容上是一般与特殊的关系，即专项集体合同所规定的事项与综合性集体合同所规定的事项相比，是就某一事项作出的特别而具体的规定。（3）在适用范围上是整体与局部的关系，即综合性集体合同可以普遍适用于劳动关系的诸多事项，而专项集体合同仅适用于其所规定的特别事项。（4）在作用是互补的关系，即二者具有相同的效力，共同维护劳动关系的和谐稳定，保障劳动者的权益。在《劳动合同法》实施之前，尽管《劳动法》、《工会法》都规定了工会有权代表职工与用人单位开展集体谈判，但该规定的实施往往不到位。《劳动合同法》重申了《劳动法》、《工会法》的规定，这种强化下的规定引起一些用人单位高度关注，认为这将增加职工议价能力，今后工资增长的压力加大，潜在的人工成本由此而提高。潜在的人工成本提高是一个逐步的过程，不会对当期造成大的影响。

（二）建立解雇保护制度

在经济下行的新常态下，企业的用工需求相对降低，解雇成为企业“独臂求生”的重要渠道，然而从现实中抵御社会风险的能力可以得知，绝大多数劳动者才是风险中最弱的一环，建立解雇保护制度对于保证劳动者的基本生存权利会很强的现实意义。从《劳动法》关于用人单位违反法律、行政法规单方解除劳动合

同规定之法律精神以及《劳动合同法》之相关规定的法意，可以认定立法者亦在寻求劳动者被不当解除劳动合同的救济措施。¹³虽然有学者提出在新常态下建立解雇保护制度会降低企业的灵活性以及增加成本，但这都应该是属于违法成本，如果企业合法用工，则这些应该不应该称之为成本。另外，随着我国产业升级、经济社会转型以及国家建构和谐社会目标的确立，对于劳动者权益维护只会越来越强，不会逐渐减弱。因此，作为劳动活动相关制度之有机组成部分，解雇保护制度是必不可少的制度。我国目前劳动合同立法已经取得了阶段性成果，对劳动者权益的维护将逐步显示其价值，但是，用人单位不当解除劳动合同行为的发生，特别是在经济下行，社会风险激增的新常态下，现实的需要要求制度在解雇保护上作出制度上的供给。我国现已存的规范企业经济性裁员之相关规定，某种程度上类似我国台湾地区的大量解雇保护法律，只是制度的理性与执行的刚性难以使劳动者获得相应的保护。因此，需要打造解雇保护法律制度，建立解雇保护法立法程序，从而形成劳动合同法、解雇保护法联动机制，使得劳动者的合法权益在风险大量出现的社会新常态下得到基础性的保障。

（三）完善经济补偿制度

经济补偿，也可称为离职费或遣散费，即劳动合同解除或终止时，用人单位在法定条件下应当按照法定标准向劳动者支付的经济补偿金。关于其本质，有多种理解：（1）劳动贡献积累补偿说，即是对劳动者在劳动关系存续期间为用人单位已作贡献的积累所给予的补偿，其数额一般应当与劳动者的本单位工龄挂钩。

（2）就业机会补偿说，即是对劳动者因劳动合同解除而丧失原劳动合同所约定就业机会的补偿，其数额应当与劳动合同解除时所剩余的未履行期限挂钩。（3）失业帮助说，即补偿是为了给劳动者因劳动合同解除或终止后在就业所遇到的生活困难在失业救济之外提供一定的物质帮助，故补偿标准应当体现平均化的要求，不宜差距过大化。“遣散费”、“资遣费”、“离职费”等称谓中，就体现了这种精神。（4）特殊补偿说，即是对劳动合同解除或终止时有病伤未愈等特殊困难的劳动者所给予的补偿，故补充对象只限于有特殊困难的劳动者。无论上述何种理解，都认为劳动者因有过错行为而被辞退的不给予补偿。《劳动合同法》关于劳动合同解除或终止经济补偿的规定，综合体现了上述各种观点的精神。然而在

¹³郑尚元著：《劳动合同法的制度与理念》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 295 页。

新常态下，很多企业认为《劳动合同法》中第 47 条对于经济补偿金标准的规定，经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。对于企业的运行造成了很高的潜在成本，企业灵活用工自主性带来了限制。《劳动合同法》实施之前，除劳动者违法违纪等情形之外，用人单位解除劳动合同应当支付经济补偿，经济补偿的标准是按劳动者在本用人单位工作年限，每满一年支付一个月工资。《劳动合同法》又规定，用人单位主动终止期满的劳动合同或者因用人单位破产、解散等原因终止劳动合同的，因用人单位存在法定违法情形而导致劳动者提出解除劳动合同的，用人单位也应当支付经济补偿。一些人据此认为《劳动合同法》在经济补偿方面大幅提高了用人单位的人工成本。

实际上，从《劳动合同法》与《劳动法》的规定可以看出，用人单位对下列劳动者无须支付经济补偿，即劳动者依照《劳动合同法》第 36 条规定，向用人单位提出解除劳动合同并与用人单位协商一致解除劳动合同的；劳动者提前 30 日以书面形式通知用人单位解除劳动合同或者在试用期内提前 3 日通知用人单位解除劳动合同的；劳动者有《劳动合同法》第 39 条规定的情形之一，用人单位基础劳动合同的；劳动者开始依法享受基本养老保险待遇而终止劳动合同的；劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪而终止劳动合同的。对下列劳动者，在《劳动合同法》实施前，《劳动法》已经规定应当支付经济补偿，即用人单位依法向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的；因劳动者不胜任工作或客观情况发生重大变化，用人单位依法裁减人员的。对下列劳动者，根据《劳动法》规定无须支付经济补偿，而根据《劳动合同法》的新规定，用人单位应当支付经济补偿，即用人单位主动终止期满的劳动合同或者因用人单位破产、解散等原因终止劳动合同的；因用人单位存在《劳动合同法》第 38 条规定的违法情形而导致劳动者提出解除劳动合同的。

论供给侧改革背景下劳动合同立法的修订

李孝保

自十八大以来，全面深化改革、依法治国、经济新常态以及供给侧改革等体现党和国家执政理念和大政方针的高频热词接连被提出，尤其是2015年11月10日，习总书记在中央经济领导小组会议上提出的供给侧改革之后，各领域的专家学者似乎言必称供给侧改革。社会各界对供给侧改革的概念及其体现的时代性、必要性、重要性、系统性、复杂性等特征能基本形成共识。这就为各行业各领域按照供给侧改革的要求深化改革提供了基础和可能。本文拟在分析供给侧改革对劳动合同立法的影响因素的基础上，结合近年来社会各界关于劳动合同法修订的争论，提出相应的立法修订和完善的建议。仅作抛砖之用。

一、供给侧改革及其政策背景分析

供给侧改革的提出是时代发展的要求，标志着时代发展脉络的转变，不仅意味着经济发展的指导思想和导向发生变革，也意味着社会发展领域中一系列举措将发生重大变化。

（一）供给侧改革的概念及其与“新常态”的关系

所谓供给侧改革，通俗点说，是一方面需求无法满足（并非需求不足），而另一方面生产出来的东西没人要，形成结构性矛盾，单方面刺激需求已经不起作用，必须通过结构性改革，提升供给水平和质量，以满足当前变化的需求。因此，供给侧改革并非不要需求，而是为了更好地适应需求¹⁴。供给侧改革看似是新的理论和提法，但其实是社会经济发展“新常态”的战略要求和体现。改革开放三十多年来，我国主要依靠出口、消费、投资“三驾马车”，推动经济持续高速增长。但随着人口红利的衰减、收入差距的拉大、社会矛盾的凸显、以及国际经济发展格局的调整等内外因素的作用，我国社会经济发展进入“新常态”。供给侧改革的提出便是经济“新常态”环境下经济发展思路和理念的转变，是顺应和践行新常态的重要举措。

作者简介：李孝保，男，法学博士，江西农业大学人文与公共管理学院。

¹⁴ 学界存在这样的误解，认为供给侧改革是因为需求侧出了问题，故要放弃需求侧，才能进行供给侧改革。

经济发展“新常态”体现了经济结构优化升级，经济发展速度趋缓，发展动力转为创新驱动，政府简政放权释放市场活力等要求和特点。供给侧改革是体现和落实经济“新常态”的要求，其核心和实质必然是改变传统的以扩大投资、廉价劳动力以及牺牲能源和环境为代价的粗放式发展，转为调整经济结构，扩大有效供给，提升经济增长质量的发展方式。

（二）供给侧“五大要素”与供给侧改革的“五大任务”

众所周知，投资、消费、出口是拉动需求的三驾马车，供给侧则有劳动力、土地、资本、技术、制度创新等五大要素¹⁵。供给侧改革就是通过对供给端进行结构性调整，提升五大要素的价值，优化五大要素的配置，进而提升经济发展质量。为此，“去产能、去库存、去杠杆、降成本、补短板”便成了供给侧改革的五大重点任务，其中包括处置僵尸企业，化解房地产库存，防控金融风险，降低企业成本和补充供给短板等具体方面。显然，五大任务和五大因素并非一一对应，而是互相影响各有侧重，且五大任务之间也有轻重缓急之分。比如优化劳动力结构，不仅与“去产能”有关，与“降成本”也有关，而制度创新与五大任务都有关联性。五大任务中，“去产能”与“降成本”是当前的首要任务。

供给侧改革必然是一项繁杂的系统工程，其理论呈现也必体现复杂性、系统性、跨界性等特点。但不同的行业领域，总能窥知一二，并结合供给侧改革要求进行相应的变革，如劳动法及人力资源管理领域与供给侧改革关系尤为密切。

二、供给侧改革对劳动关系及劳动立法的影响

供给侧改革的“五大要素”和“五大任务”及其相关的改革措施涉及到经济发展的各个方面。其中，对劳动关系及劳动立法的影响主要体现为以下方面：

本世纪以来，沿海地区出现用工荒，主要体现为中等专业技术工人紧缺，但普工数量过多的矛盾现象¹⁶。这是典型的劳动力供需的结构性矛盾。其根本原因是长期以来基于廉价劳动力战略的粗放式经济发展方式。供给侧改革必须正视劳动力的结构性优化问题，由低成本的、数量优势的人力资源战略转变为高技术的、结构优化的人力资本战略。这一改革任务是知识经济和信息文明时代发展背景下，人力资本的价值和对社会的贡献率要高于物质资本的必然要求和体现，也是经济

¹⁵ 供给侧到底有哪些要素，说法不一。有劳动力、土地、资本、创新四要素说。也有劳动力、土地、资本、技术、制度五要素说等。供给侧涉及的要素并不确定，现在比较妥当的处理是用“全要素”来代替。为了和五大任务相对称，本文采取五要素说。

¹⁶ 用工荒的出现，标志我国进入“刘易斯拐点”，具体体现为劳动力成本快速上升，人口红利逐渐消失。

“新常态”下，经济发展依靠由数量密集劳动为主转为知识密集劳动为主的去和体现。

我国现有劳动立法及政策体系中，虽然也有职业教育和培训方面的规定，但实践中基本处于“冷冻”状态。供给侧改革背景下，劳动立法将侧重于对劳动力的培育和开发，以及职业教育、职业培训等方面的制度创设，逐渐摒弃数量型劳动密集型发展模式，而越来越多地走质量型、技术密集型发展模式，从而优化劳动力供给结构，实施人力资本战略。具体而言，相关劳动立法及政策体系将会形成从企业、学校和培训机构到社会，从就业、失业到再就业等网格化的职业教育培训体系。

（二）“去产能”与“不减员而增效”

供给侧改革对劳动关系及劳动立法最明显的影响莫过于“去产能”目标的实现与企业裁员和职工安置问题。“去产能”意味着清理传统制造业的过剩产能，提高有效供给，这一过程必然涉及到职工的裁减和安置。不过值得关注的是，与上世纪末国有企业改制背景下的“下岗分流”和“减员增效”不同，在供给侧改革背景下，“去产能”追求的是通过各种市场化的方法清除剩余产能、优化产品结构和质量，并通过并购、重组及转岗、培训、再就业等方式实现职工的合理安置和人力资源的优化配置。因此，“去产能”原则上并不涉及“富余人员”的裁减，至少是不提倡“裁员”，其目标显然是“不减员而增效”。这对当前的劳动立法体系，尤其是刚性有余而柔性不足的《劳动合同法》来说确实是一个很大的挑战。因为《劳动合同法》着重对经济性裁员及其他解除或终止劳动合同条件、程序的规制和保护，而对如何在市场化、法制化的条件下，通过各种灵活方式安置职工，既能满足不裁员的理想要求，又能实现企业增效的目标方面缺乏应有的关注。这也是理论和实务界一直以来批评该法的主要依据之一。

值得注意的是，供给侧改革原则上要达到“不减员而增效”的目标，但具体操作过程涉及僵尸企业的处理、企业经营战略调整及搬迁等客观情况是必然会涉及裁员。故要正确理解供给侧改革要求的“去产能”与“不减员而增效”关系，笔者认为，“不减员而增效”是“去产能”目标的原则要求，只有客观和必要的情况下才会涉及裁员。

（三）“降成本”与“劳资平衡”

自《劳动合同法》颁行以来，对该法僵化用工机制，增加用工成本，压缩管理空间等批评便不绝于耳。尤其是近一年来，降低用工成本更是成为修订该法的主要理由。最近，国家关于优化整合现有社会保险险种和降低企业社保费率的决定，似乎也验证了“修法”与“减负”关系的论断。笔者以为，供给侧改革要求去产能、降成本，是基于企业运行的宏观经济环境考量，与《劳动合同法》并无直接的关联性。但毫无疑问，劳动立法必须要对供给侧改革下的“降成本”要求或任务进行有效的制度性回应。

事实上，劳动立法如何回应“降成本”必然涉及到劳动关系领域的一个基本命题，即如何实现“劳资平衡”？与本文论题有关就是如何在“降成本”的条件下，实现“劳资平衡”？

劳动关系的运行及其规制必须讲究平衡之道，且这种平衡有着深厚的劳动法理和社会法则的支撑。同时，劳动关系系统理论¹⁷也决定了这种平衡不仅是指劳资双之间，还包括政府及社会等层面。基于劳资双方天然不对等格局，劳动立法关于倾向性保护劳动者的理念或宗旨本身没有问题，但不能狭隘地、片面地理解。换言之，保护劳动者必须立基于劳资利益的相对均衡。为了达到这种均衡状态，需要考虑两个层面的问题：第一，劳资双方之间的博弈；第二，劳、资、政三方甚至是劳、资、政及社会四方之间的博弈。显然，两个层面考虑问题的前提和视角并不相同，不能混淆。当前，理论和实务界多是笼统地探讨劳动立法与劳动者保护、企业经营管理之间的关系，而没有从系统的角度深入探讨劳动立法的影响及其修订的必要性。

劳资双方之间的博弈实质上是零和博弈。此时劳动立法不能片面保护劳动者的权利，而必须要考虑劳资利益的均衡。如何把握？笔者认为考虑以下三点便能基本满足这一需求：第一，只保护需要保护的劳动者，这涉及到劳动者的分层保护问题；第二，只能满足关涉劳动者生存和发展的基本权利的保护，这涉及到劳动基准法的定性和劳动立法的保护范围问题；第三，完善劳动基准法的强制性、可诉性及罚则体系。据此，反观我国劳动立法及实践，确实存在一些片面保护劳动者的问题。此时须考虑修法，以达劳资双方的平衡状态。

¹⁷ 这里指的是邓洛普的劳动关系系统论。

从宏观的角度看，我国劳动关系领域中的问题多半是劳、资、政三方甚至是劳、资、政及社会层面的问题。比如，供给侧改革要求的“降成本”，其实并非劳资双方之间的博弈，而是第二个层面上的博弈，是政府在社保或其他相关领域对企业的历史欠账¹⁸。此时主要依靠政府相关经济和劳动政策的完善及加强政策之间的联动管理予以推动，不可能通过减损劳动者现有利益转而帮助企业减负。

据此，可以得出两个基本结论：其一，包括《劳动合同法》在内的劳动立法是否修订以及如何修订，并非供给侧改革“降成本”的必然诉求；其二，降成本不能减损劳动者的基本权益，而是要在保证劳资利益均衡前提下劳、资、政三方的动态利益调整。

（四）“简政放权”与“灵活用工”

从宏观角度观察，“简政放权”一直是市场经济条件下，政府职能转变和改革举措之一。供给侧改革必须坚持市场化方向，故“简政放权”也必然是供给侧改革的重要内容和措施之一。从微观层面观察，“简政放权”当然涉及到企业劳动关系与人力资源管理领域。笔者认为，“简政放权、放管结合、优化服务”这一基本思路，更多的是体现为一种微观领域中的“放权”与“搞活”。具体到企业劳动用工及人力资源管理领域中的“简政放权”，必须要处理好“简政放权”与“灵活用工”的关系。

当前，包括《劳动合同法》在内的劳动立法体系在一定程度上确实压缩了人力资源的管理空间，需要进行相应的修订和完善。供给侧改革要求“简政放权”、“激发企业活力”无疑会对劳动立法有很大影响，实际上已成了修订《劳动合同法》，释放企业劳动用工和人力资源管理空间等主张的政策依据。笔者认为，在以互联网技术为标志的新时代背景下，企业组织形式、管理方式、就业形态、工作方式等均面临了巨大的变革和挑战，经济“新常态”和供给侧改革必须正视灵活用工及其用工自主权问题，简政放权只是政府的当然之举。

三、供给侧改革与劳动合同立法的修订和完善建议

关于《劳动合同法》修订的争论，大致可以分为以经济学家和企业界人士为主要代表的“主修派”和以劳动法学者为代表的“维护派”¹⁹。供给侧改革提出

¹⁸ 降低社保费率 2.5 个百分点，相当于一次不小规模的减税。事实上，除了社保费率高以外，企业各种赋税负担也比较沉重。降低企业成本更有效的是依靠政府从企业外围采取措施进行减负。

¹⁹ “主修派”和“维护派”是笔者创设的两个称谓。其中，“主修派”的基本观点是在原则上或根本上否

以后争论更加激烈，且“主修派”观点渐占上风。笔者一直赞成《劳动合同法》的立法理念和原则，并且认为《劳动合同法》不仅是对《劳动法》在立法技术上的“纠偏”，在很多方面也是对劳动法理论的“纠正”，对我国劳动立法体系和劳动法理论的完善功不可没。结合供给侧改革的要去及其对劳动关系运行的影响，笔者认为可从以下几方面予以修订：

（一）“劳动者分层保护”与“用人单位分类适应”

《劳动合同法》遭致诟病的一个重要原因就是“一刀切”，缺少类型化的规定。其中，最典型的莫过于企业高管与普通劳动者一并作为“劳动者”接受劳动法保护，导致实践中劳、资、政三方都极为尴尬的案例，如上海家化与王茁案。故劳动者分层保护应该在修法时予以考虑，事实上，这只是对“保护蓝领工人”的劳动法初衷及其法理的回归。

经济“新常态”和供给侧改革要求经济发展动力由劳动密集型为主要标志的粗放增长转向以知识密集型为标志的创新驱动。“大众创业、万众创新”背景下，对“双创”企业以及小微企业在适用劳动立法时，应予以类型化处理，以便契合时代要求。当然，对分类适用的条件以及企业标准和门槛等需要在《劳动合同法》具体修订进一步研究。

（二）释放管理空间，促进灵活用工

具体而言，《劳动合同法》大致可进行以下修订：

1. 对多元化用工方式的确认。当前明确获得立法确认的用工方式主要就是标准劳动关系、非全日制劳动关系、劳务派遣用工关系，其他用工模式实际上处于“无法可依”的状态。立法不仅需要对当前实践中存在的用工模式予以确认，对其他符合立法、政策精神的用工模式也需要“留有余地”，从而达到用工模式的多元化和灵活化。

2. 在保证劳动者切身利益获得劳动基准法保护的基础上，释放企业用工自主权。《劳动合同法》之所以遭受诟病，主要是因为其中的一些规定给企业管理带来障碍，部分企业职工有机会恶意利用这些规定。不过令人欣慰的是，近年来出台的相关法规及司法解释，尤其是一些地方的司法文件逐渐意识到这一问题，并做出相应的制度安排。

定《劳动合同法》；大部分“维护派”学者也不是完全反对修法，而是在肯定劳动合同立法理念和原则的基础上，主张立法技术上的修订和完善。

3. 淡化管制思想，扩大劳资自治空间，特别是强化对劳资自治“成果”的立法确认和保障。一方面提倡各领域和环节的劳资协商，另一方面对劳资双方协商的协议和文本不轻易认定为无效或可撤销。

（三）切实保障劳动者基本权益的同时，扩大企业用工自主权

为了实现“去产能”的目标，《劳动合同法》需作如下调整：

1. 细化、优化调岗、待岗以及其他企业关停转并时职工安置相关制度。如上文分析，供给侧改革要求的“去产能”目标是“不减员而增效”，就必须细化、优化现有立法规定，并创新职工安置制度。人力资源和社会保障部、国家发改委等七部委联合下发的《关于在化解钢铁煤炭行业过剩产能实现脱困发展过程中做好职工安置工作的意见》（人社部发[2016]32号）中也强调待岗、停产期间对职工的补偿安置等措施的运用。

2. 加强劳动立法与破产法，特别是其中的重整制度的交叉性和关联性的关注和制度构建。在保证劳动者基本权利不受减损的情形下，减少或降低用人单位转岗、调岗及改变用工模式等环节的条件制约。

3. 加强并完善社会保障体系立法，尤其是就业服务体系、职业培训体系的健全和完善等。这有利于实现供给侧改革要求的“降成本”目标，包括降低社保费率和优化整合社保类型及资源，但最重要的是建立健全社保体系和机制，以解决企业“后顾之忧”。

（四）淡化严格的“解雇保护制度”，充分尊重企业正当性“解雇权”

在劳动者离职环节，我国劳动立法的理念是执行严格“解雇保护”制度，包括《劳动合同法》禁止约定终止条件且劳动合同期限终止需要支付经济补偿金等，但实际上法律适用的社会效果却差强人意。供给侧改革明确要求“去产能”、“降成本”，故除了增强灵活用工的制度供给外，淡化严格的解雇保护制度尤为重要。具体而言，可从以下几点着手修订：第一，提倡协商解除，并强化协商解除的转化和柔性化的管理功能；第二，明确劳动者主动辞职的形成权定性，员工书面辞职后生效且不可撤销；第三，明确《劳动合同法》第38条的立法本意，特别要明确是“无故拖欠”和“无故克扣”以及“非单位原因导致未缴社保”等立法本意；第四，进一步细化《劳动合同法》39条无条件解除合同的适用条件；第五，

细化《劳动合同法》第 40 条的适用条件和程序要求；第六，废除单位解除劳动合同事先通知工会理由这一满意实际意义的程序规定等。

四、结语——供给侧改革与劳动立法、理论及实务的展望

人类社会大致经历了农耕文明、工业文明和信息文明的发展历程。当前，我们正处于信息文明的开启时代，其典型特征是人力资本的重要性要大于物质资本。供给侧改革在很大程度上契合了时代发展的规律及其必然要求，其中劳动力结构的调整和优化，降低企业成本，政府转变职能通过简政放权而释放企业管理自主空间等改革内容，均是人力资本战略背景下的具体举措。新的劳动立法时代²⁰已经做出并将继续做出具体的制度性回应，劳动法及人力资源管理领域的理论研究和实务工作，也将面临重大变革。劳动仲裁、诉讼，劳动行政、社保行政及服务机构等实务部门也必须作出适时调整和应对。同时，劳动法律服务的供给也必须进行供给侧改革，体现“专业性”、“团队性”、“跨界性”等新要求。

²⁰ 理论和实务界一般将 2008 年作为劳动立法新旧时代分界点。2008 年作为劳动立法年，开启了新的劳动立法时代，又称后劳动法时代。

《劳动合同法》修改之争及修法建议

钱叶芳*

【摘要】近期以来，政界、商界、学界诸多人士发出新一轮修改《劳动合同法》的呼声，主要诉求是自由解雇和灵活用工。批评者在劳动合同法的立法宗旨和性质、劳动合同的性质、解雇保护、用工模式等方面的论点存在基本错误。批评中的细节性焦点确为《劳动合同法》需要修改之处，但关键之缺陷在于立法技术上的迂回与温和。主要表现为：未能理顺劳动合同形式规则，明确书面形式的证据价值；未能理顺劳动合同的期限规则，旗帜鲜明地推行无固定期限劳动合同。劳动合同形式和期限规则是劳动合同法的两大核心制度，它们的紊乱不仅导致劳动合同法的立法目的不能实现，而且招致了种种曲解和质疑，亟需理顺和改造。而另一个亟需修改之处是劳务派遣用工中的雇主责任分配规则。

【关键词】劳动合同法修改 立法技术 劳动合同形式规则 期限规则 雇主责任分配规则

一、批评者的基本错误与《劳动合同法》的关键缺陷

（一）批评者的基本错误

近段时间来，以楼继伟先生为代表的一些政界人士、以张五常先生为代表的一些经济学界人士、以曹宝华和胡祖六先生为代表的企业界人士，以及法学各部门的诸多人士（以下统称批评者）均发出了新一轮修改《劳动合同法》的呼声，基本观点是现行《劳动合同法》对劳动者保护过度，加大了企业的用工成本，僵化了劳动力市场，不利于企业灵活用工。对此，稍有社会法意识者皆可判断，批评者的下述论点颇有疑问。

论点一：《劳动合同法》在企业方面和雇员方面的保护程度是不平衡的。²¹这显然是将劳动契约当成了平等保护、意思自治的私法契约。劳动立法的平等保护主要体现为利益平衡原则和缔约环节的契约自由、不得强迫劳动、不得强迫用工

* 作者单位：浙江财经大学法学院。本文系浙江省哲学社会科学规划课题《政府劳动管制法治化研究》（15NDJC114YB）的成果。本文发表于《法学》2016年第5期。

²¹ 参见沙璐：《财政部长楼继伟称，现行劳动合同法不适合灵活用工》，《新京报》2016年1月8号第A11版。

（并延续至试用期内）等方面。迫于资强劳弱的社会现实，利益平衡法律理想的实现必须依赖于权利义务设置上的倾斜（或曰偏重）保护原则，因而倾斜保护与利益平衡之间构成手段与目的的关系。《劳动合同法》正是以劳动者权利为本位，试图矫正在我国劳动关系实践中真实呈现的力量严重失衡的格局。此轮修法之争其实只是2007年前后《劳动合同法》第1条立法宗旨表述争议的延续。当时学界是有表述为“保护劳动者的合法权益（所谓单保护）”还是“保护劳动者和用人单位的合法权益（所谓双保护）”之争。依笔者之理解，这更多地意味着对立法措辞的选择，而并不能反映论者的价值观。²²

数十年来，劳动法学界已经达成基本共识：劳动立法通过权利义务的倾斜性设置试图达致劳资双方之间力量与利益的相对均衡。在此前提下，“单保护”论不一定意味着仅仅保护劳动者的利益而损害用人单位的正当利益，“双保护”论也不一定意味着平等保护劳资双方的利益，而不有所倾斜。总之，将法律条文表述之争上升至劳动法的价值之争，实乃人为之撕裂。若将《劳动合同法》的立法宗旨表述为“保护劳动者和用人单位的合法权益”，则与《合同法》的宗旨相混，与整部法律所贯穿的倾斜保护原则相冲突，若采之，很难真正产生私法平等保护的效果，人们对《劳动合同法》的指责将会增添更多的理由。

论点二：《劳动合同法》是从西方抄袭过来的，建议采用合约退出的方法来逐步替代政府的劳动合同法，劳资双方可选用私订的合约，条件如何政府不要管。²³显然，此论点主张者知道西方有劳动合同法，而且与私法上的合同法不同，那么为何演进数百年的劳动立法在其他国家和我国港澳台地区都可以存在而唯独我们不需要？是国情不同还是劳动权利不具备普适性，与我国劳动者不适？这些疑问皆需回答。

论点三：《劳动合同法》所构建的用工的基本模式是标准工时模式，不适合于灵活用工的模式。²⁴用工的基本模式本来就是标准工时模式，灵活用工模式乃由此变通而来。而且，用工世界史亦表明，标准工时模式一直都是主流。即便批评者声称灵活用工已是世界趋势，但在一般国家的劳动关系实践中，无固定期限

²² 有学者将立法宗旨争议归纳为学界对劳动法价值取向基本有三种说法：“单保护”（劳动者）、“双保护”（用人单位和劳动者）、“倾斜性保护”（劳动者）。参见徐小洪：《劳动法的价值取向：效率、劳动者主体地位》，《天津市工会管理干部学院学报》2009年第1期。

²³ 参见张五常：《新劳动合同法不对 要撤销或替代 不要改》，http://finance.ifeng.com/news/special/szhang319/?_share=sina&tp=1458316800000，2016年3月30日访问。

²⁴ 同前注1，沙璐文。

劳动合同用工迄今依然是主流（详见第三部分）。在面对经济困难时，为何我们不去研究借鉴各国的政府运行共性，最大化企业的经营自由，进一步降低行政垄断和行政腐败加诸于用人单位的沉重负担，而首先想到的总是最大化企业的用工自由，削弱甚至剥夺作为人而不是工具的劳动者的权利？

论点四：目前中高级技师最为短缺，这与《劳动合同法》有关，因为企业如果加大了培训，而职工却可以提前一个月通知而无理由辞职，那么企业为何要花钱给你提高技能？²⁵这种观点反过来说就是，用工单位不跟劳动者签订劳动合同，不签订较长期劳动合同，在合同期内动辄解雇，劳动者没有职业安定感，为什么不在有更好就业机会的时候辞职？二十余年来，我国的劳动关系都是在此轨迹上运行的，形成了劳资双方的短期性思维，资方的用工随意性显然是导致劳动者欠缺忠诚感的主因。

论点五：职工若工作不努力，企业很难对他进行处理，比如解雇。²⁶在《劳动合同法》明确规定了解雇事由的前提下，从整体上看，企业并非难于解雇，实际上随意解雇行为在实践中呈常态化表现。未达到解雇界限的职工行为属于企业人力资源管理范畴，应当健全内部民主管理，建立激励和惩戒机制。比如，对《劳动合同法》第38条关于“未及时足额支付劳动报酬，劳动者可以解除劳动合同”之规定的诟病，²⁷实际上是企业内部管理与劳动立法的衔接问题。如果用人单位不是擅自拖延，而是尊重劳动者的工资权，征得劳动者或工会的意见得以在合理期限内延缓，则可免于适用第38条。不致力于现代企业制度建设，而只依赖于自由解雇的传统陋习，并以此对抗法律，何谈社会转型、依法治国？

论点六：《劳动合同法》更像是一部劳动管制法。²⁸殊不知劳动法与劳动合同法本来就是管制法。劳动法通常被认为是劳动力市场和劳动关系领域的管制措施，²⁹管制与放松管制一直是各国劳动法学的主题。虽然基于美国的传统，基本的民族精神是任意就业以及最小的政府规制，但过去40年的整体趋势仍是加强劳动规制，其中反雇佣歧视法是加强规制的最大法域，而非法解雇是近几十

²⁵ 同上注。

²⁶ 同上注。

²⁷ 董保华：《〈劳动合同法〉的十大失衡与修法建议》，《探索与争鸣》2016年第4期。

²⁸ 董保华：《〈劳动合同法〉更像是一部劳动管制法》，<http://www.aiweibang.com/yuedu/100093726.html>，2016年4月2日访问。

²⁹ [比利时]罗杰·布兰潘在1997年布鲁塞尔就业论坛上关于“不懈追求——劳动、人权与尊严”的报告。转引自董保华：《劳动合同立法的争鸣与思考》，上海人民出版社2011版，第193页。

年来除雇佣歧视外在规制方面发展最快的领域。³⁰批评者对立法宗旨的诟病，实质上是指向“构建和发展和谐稳定的劳动关系”中的“稳定”，甚至不惜将《劳动合同法》第14条第2款第（三）项强行解释为，连续两次签订固定期限劳动合同后，双方当事人协商同意续订的，劳动者才有权签订无固定期限劳动合同，以回归至《劳动法》的思路，无视《劳动法》框架下劳动关系整体临时化之事实。批评者看到了美国劳动市场非常灵活，看到美国普通法上的自由雇佣理念，却无视这种理念背后的长期雇佣的传统和惯例³¹、个人信用制度、企业经营自由、执法和司法运行秩序、禁止解雇权滥用制度、集体劳动关系协调机制、福利制度等支撑因素以及对劳务派遣机构设立上的严格许可制。³²特别值得一提的是，美国解雇保护主要通过集体谈判实现，谈判签订的集体协议中大多包含了除具有“正当理由”外禁止解雇员工的条款，这些条款通过协议中的申诉或仲裁程序得到强制执行。³³美国的集体协议具有连续无固定期限的特点，保证了集体协议覆盖下的劳动者的职业稳定性。³⁴

论点七：不少劳动法学者很少考虑法律与经济的关系，在经济下行期间仍在维护劳动合同法。³⁵对此，别国在经济危机期间处理法律与经济关系的经验也许可为诠释。上世纪30年代初世界经济危机爆发后，美国国会立法建立了“全国恢复管理局”（1933年），负责保证工会的合法存在，并通过了《国家劳动关系法》（1936年），这是美国劳资关系史上第一个重要的立法。该法与《公平劳动标准法》（1938年）一起确立了世界上最早的解雇保护规则，禁止对工会会员和对最低工资、加班时间提出抗议的工人进行报复性解雇。在“二战”后的经济恢复时期，日本制定了《工会法》（1945）、《劳动关系调整法》（1946年）、《劳动标准法》（1947年）、《职业安定法》（1947年）、《失业保险法》（1949年）、《劳动者伤害补

³⁰[美] Daniel Foote:《美国劳动法的放松规制》，杜钢建、彭亚楠译，《国家行政学院学报》2001年第5期。

³¹传统的美国劳动力市场由两种雇佣关系模式主导。一种被称为产业工会模式。在此体系中，确定工资时的年资比个人的业绩更为重要；另一种模式被称为竞争雇佣模式。在此体系中，工资中个人因素的成分较重，而工作安排则比较灵活。“二战”后的几十年里，这两种模式一直在雇佣关系模式中占据着主导地位。但两者差异很大，甚至在许多方面互相对立。不过它们都有一个基本的共同点，这就是雇员与企业存在一种长期性的雇佣关系，相互承担明示和默示的义务。参见王荣军：《美国劳动力市场结构的制度性变化》，《学习时报》2001年6月30日第2版。

³²参见经济合作与发展组织就业保护立法数据中的美国部分，<http://www.oecd.org/els/emp/United%20States.pdf>，第3页。

³³董保华：《劳动合同期限制度设计的理念选择》，《中州学刊》2005年第6期。

³⁴崔浩：《劳动合同期限研究综述》，载董保华主编：《劳动合同研究》，中国劳动社会保障出版社2005年版，第152页。

³⁵参见马建军：《供给侧改革对〈劳动合同法〉的影响》，<http://www.wtoutiao.com/p/17eDDUB.html>，2016年4月3日访问。

偿保险法》(1949)等重要的劳动法律,而战后形成的终身雇佣制度曾经为日本企业稳定劳动关系和经济高速发展发挥了世人所公认的作用。在始于上世纪60年代末的经济衰退时期,也未见各国降低其既定的劳动保护标准,反而工资保障基金作为一项新的社会保障方案在西方诞生,保护破产情形下的工资债权。³⁶历史经验表明,至少在劳动领域,经济与法律关系的重心不在于经济的发展,而在于法律所保障的人的经济安全。人的经济安全才是一国经济政策必须考虑的首要问题,这不仅仅是现代人权和普世道德的要求,也是一国经济得以恢复和发展的基础。毕竟,在整个资本循环过程中,人既是第一生产要素,又是消费的主体。

(二) 《劳动合同法》立法技术上的细节调整与关键缺陷

不可否认,前述对《劳动合同法》的批评确实值得我们予以反思。可以说,批评者对于用工现状进行了正确的描述,但其所挖掘的原因却有点错位。笔者以为,此轮修法的呼吁有五个细节性焦点均有需要调整之处。

一是劳动者的无条件辞职权。从解雇保护强度上说,这与用人单位固定期限合同解除权相抵消,但基于重塑劳动合同契约精神的需要,须同时废除固定期限合同中的用人单位解雇权和劳动者的辞职权。

二是定期合同经济补偿金(遣散费)。鉴于定期合同的普遍性,建议2年以下的定期合同期满终止,用人单位不再支付经济补偿金;2年以上的中长期劳动合同,期满终止依法支付经济补偿金。³⁷适当降低经济补偿金的标准,同时将代表资方利益的高级管理人员排除在劳动法的保护范围之外。

三是试用期内解雇限制。《劳动合同法》剥夺了用人单位试用期内无条件解雇权,有失公平,应给予试用期内的解雇自由,此为国际立法之惯例。在程序上,《劳动合同法》要求劳动者提前3天通知用人单位,对用人单位则无通知期限定,亦有失公平,需相互对等。

四是劳动合同和规章制度的书面形式。必须注意的是,口头形式劳动合同的有效遵守是与一国的信用制度共生的。不致力于奠定口头合同的诚信基础,只呼吁废除书面法定形式,已超越了官商共携的问题,无异于指鹿为马。《劳动合同法》仅将书面形式设置为取缔性规范,不影响口头合同的效力,而不是像批评者

³⁶ See Bronstein Arturo S.,The Protection of Worker's Claims in the Event of the Insolvency of Their Employer,International Labour Review,Vol.126,No.61987,pp.715-731.

³⁷ 参见钱叶芳:《企业劳动关系稳定的法律问题研究》,法制出版社2012年版,第288~289页。

所认为的“不承认口头合同、默示合同等多样化形式”。³⁸在现代信息时代，即便对于小微企业，一纸劳动合同也成本极低，无所谓加大企业用工成本，反而可以防范劳动者的道德风险。规章制度的书面要求亦如此，小微企业人数少，根据《劳动合同法》第4条将拟定的劳动规章制度交付全体职工讨论并公示或告知，交易成本甚微。批评者认为，《劳动合同法》删掉了《劳动法》第25条“严重违法劳动纪律或者用人单位规章制度”中的“劳动纪律”，导致用人单位不能依据劳动纪律而只能依据僵化的书面规章制度进行内部管理。³⁹事实上，《劳动合同法》显然未将“劳动规章制度”与“劳动纪律”割裂开来而抛弃了后者，而是考虑到两者之间包含与被包含的关系，在立法技术上进行了调整，这也是“劳动纪律”在劳动合同的必备条款中同时被删掉的原因所在。而且，《劳动合同法》未将不符合法律规定的劳动规章制度视为无效，仅仅要求改正和赔偿损失，至于在劳动争议裁审中因规章制度不够具体而作出不利于用人单位的裁判，更多的是因裁审人员专业素质低下和自由心证能力欠缺之故，这是我国劳动管制领域中人的因素问题。⁴⁰当然，笔者赞成对雇员数有限的小微企业（比如，10人以下）放宽缔约形式要求和解雇限制，但须首先具备个人和企业信用制度健全的基础条件。

五是用人单位无固定期限劳动合同的签订义务。在我国劳动关系整体临时化⁴¹的现实面前，弱化该义务不符合现代人权的要求和以长期雇佣为主流的国际通例，调整的方向应是强化。

笔者认为，《劳动合同法》的立法宗旨鲜明，定位准确。其关键性的缺陷在于立法技术过于迂回和温和，主要表现在以下方面：（1）未能理顺劳动合同形式规则，明确书面形式的证据价值。（2）未能理顺劳动合同的期限规则，旗帜鲜明地推行无固定期限劳动合同。劳动合同形式和期限恰恰是劳动合同法的两大核心制度，它们的紊乱不仅导致劳动合同法的立法目的不能实现，而且招致了种种曲解和质疑，亟需理顺和改造。另外一个需要修改之处是劳务派遣用工中的雇主责任分配规则。

二、劳动合同形式规则的修改及其理由

³⁸ 张钥：《争议劳动合同法该不该改，怎么改？》，《南方周末》2016年4月12日，<http://www.infzm.com/content/116357>，2016年4月12日访问。

³⁹ 同前注7，董保华文。

⁴⁰ 参见钱叶芳：《我国劳动法治化问题需要系统化研究视角》，《中国劳动（理论版）》2015年第12期。

⁴¹ 参见钱叶芳：《非标准就业的经济分析和法律调整》，《法学》2011年第3期。

（一）修改建议

1. 将《劳动合同法》第 10 条⁴²修改为：

“用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。

用人单位与劳动者签订无固定期限劳动合同，合同形式不限，但应当自用工之日起一个月内向劳动者提供书面文件，载明工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬以及劳动纪律等事项。

用人单位与劳动者签订固定期限劳动合同，应当采用书面形式。”

2. 将《劳动合同法》第 82 条第 1 款⁴³相应修改为：

“用人单位自用工之日起或劳动合同期满之日起超过一个月未向无固定期限用工的劳动者提供书面文件，应当向劳动者每月支付二倍的工资。”

3. 将《劳动合同法》第 14 条第 3 款⁴⁴相应修改为：

“用人单位自用工之日起一个月内没有以书面形式签订固定期限劳动合同，视为无固定期限劳动合同。”

（二）修改理由

“《劳动合同法》已明确无误地确立了以口头或默示形式存在的合同关系的效力”，⁴⁵但这仍然只是学者对《劳动合同法》相关条文的逻辑推理。我国劳动合同形式规则处于晦暗不明的状态，诱致了实务中对“劳动合同应当以书面形式订立”规则的曲解和机械执法。

劳动合同形式规则的国际模式主要有以下三类：（1）采自由主义，如澳大利亚、英国、美国、意大利、新加坡以及我国的香港与澳门地区。（2）以口头形式为原则，以书面形式为例外，如法国、比利时、委内瑞拉、印度尼西亚以及我国台湾地区。（3）以书面形式为原则，以口头形式为例外，如俄罗斯、瑞典、越南等。《越南劳动法》（2013 年）第 28 条规定，劳动合同应以书面形式缔结。对从事 3 个月以下的临时作业，双方可以口头劳动合同的方式进行缔结。对于书面形

42 《劳动合同法》第 10 条规定：“建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。”

43 《劳动合同法》第 82 条第 1 款规定：“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。”

44 《劳动合同法》第 14 条第 3 款规定：“用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。”

45 董保华：《口头劳动合同的效力研判——评劳动争议司法解释草案中的口头形式变更书面合同》，《政治与法律》2012 年第 12 期。

式，各国通行做法是赋予其证据法价值或调整功能。具体做法可大致分为两种：

(1) 以书面形式为法定形式，违反的后果是拟制已发生某种法律效果。例如，《俄罗斯联邦劳动法典》第 67 条规定，如果员工经雇主或其代表同意或受其委派已开始工作，未制作书面形式的劳动合同视为已签订。⁴⁶《法国劳动法典》法律卷第 1242-12 条第 1 款规定，固定期限劳动合同必须采用书面形式，否则该固定期限劳动合同视为无固定期限劳动合同。《越南劳动法》第 239 条概括规定，对违反本法规定者，按其违反性质和额度而施以纪律、行政处分或追究刑责；若造成损害者，则应按规定赔偿。书面形式要求作为强行性规范，当然受制于此。

(2) 劳动合同不限形式，但变相要求雇主提供劳动关系存在的证明文件。例如，意大利规范劳动合同的法规与民法典总则中规范合同的规定原则上没有区别，通常法律对订立合同不要求任何特殊形式。实践中，劳动合同传统上一般通过推定行为签订（所有的聘用必须通过公共就业机构的授权，这就间接地需要提供证明）。为了让雇员了解其在劳动合同中的权利，国家集体协议规定雇主应向雇员提供书面陈述文件。⁴⁷在日本，根据《日本劳动基准法》第 15 条及其《实施条例》第 5 条，雇主在签订劳动合同时，必须以书面形式明确地将劳动条件告知劳动者。由于雇主和雇员很少签订书面劳动合同，通常只向劳动者提供工作规章，工作规章中规定的劳动条件成了劳动合同的实质性内容。⁴⁸英国对劳动合同形式采自由主义，但是雇主有责任向每一位雇员（有一些例外）提供反映主要雇佣条件的书面文件，以便雇员可以知晓其合同权利。⁴⁹

我国劳动合同书面形式之强调在立法意图上并无不妥，可归之于国际模式之第三种（允许非全日制用工订立口头协议）。需要调整的是立法技术。首先，应当明确立法本意，提高法定书面证据的立法层次。目前，劳动合同书面形式的替代性形式主要出现在部门文件、地方立法和适用意见中，位阶低下，效力不足。建议在《劳动合同法》中规定无固定期限劳动合同形式不限；在《劳动争议调解仲裁法》中增加规定，仲裁庭可以依据书面文件、员工名册、工资支付凭证或记录、社会保险费缴纳记录、工作证、服务证、招聘表格、考勤记录、证人证言、就业登记、失业登记、纳税登记、离职证明等确认劳动关系的存在。其次，对于

⁴⁶ 《俄罗斯联邦劳动法典》，蒋璐宇译，北京大学出版社 2009 年版，第 47 页。

⁴⁷ [意]T. 特雷乌：《意大利劳动法与劳资关系》，刘艺工、刘吉明译，商务印书馆 2012 年版，第 60~61 页。

⁴⁸ 参见[日]荒木尚志：《日本劳动法》，李坤刚、牛志奎译，北京大学出版社 2010 年版，第 40~41 页。

⁴⁹ 参见 1996 年《雇佣权利法》第 1~7 条。

固定期限劳动合同，要求采用书面形式。否则，视为当事人之间存在无固定期限劳动合同。与法、德等国如此设计是保证这类例外形式劳动合同得以依法订立的目的不同，我国需要如此设计以使得作为常态的固定期限劳动合同在规模上有所缩小，并有效遏制不签订书面劳动合同的现象，防范双方当事人的道德风险，节省争议处理资源。

三、劳动合同期限规则的修改及其理由

（一）修改建议

建议将劳动合同期限规则⁵⁰与劳动合同形式规则联系起来，以理顺内在之逻辑。

首先，遵循《劳动合同法》的既有思路，尊重当事人的意志自治，不设置固定期限劳动合同的适用条件。其中，无固定期限劳动合同不限形式（但要求用人单位在用工后提供书面文件），固定期限劳动合同要求采用书面形式。

其次，固定期限合同体现双方的约定，根据诚实信用的契约精神，若无法定事由（比如对方有重大过错或不可抗力），在期限届满前，任何一方不得擅自解除合同。

最后，通过法律拟制形式扩大无固定期限劳动合同的覆盖面，比如：（1）借鉴法国、德国等国的立法经验，固定期限劳动合同未采用书面形式，视为无固定期限劳动合同。（2）借鉴俄罗斯、几内亚等国的立法经验，如果劳动合同期限届满，任何一方都没有提出要求解除固定期限劳动合同，而员工在合同期限届满后仍然继续工作，劳动合同的期限条款失效，视为是无固定期限合同。（3）保留《劳动合同法》第14条第2款第1项关于工作年限的要求，劳动者在该用人单位连续工作满10年的，视为双方之间存在无固定期限劳动合同。（4）保留《劳动合同法》第14条第2款第3项关于固定期限劳动合同续签次数的限制，连续签订数次固定期限劳动合同，视为双方之间存在无固定期限劳动合同。

（二）修改理由

⁵⁰ 对于劳动合同期限的分类方法，很多国家采用“二分法”（定期、不定期），有些国家（如我国）采用“三分法”（固定期限、无固定期限、以完成一定工作任务为期限），有些国家（如越南）甚至采用“四分法”（固定期限、无固定期限、季节性、以完成一定工作任务为期限）。可以认为，广义的定期劳动合同包括在常设岗位上适用的约定了终止时间的合同、在临时性岗位上适用的合同以及本质上为临时性的季节性合同、以完成一定工作任务为期限的合同等。因此，文本采用“两分法”，即定期（固定期限）和不定期（无固定期限）。

我国现行劳动合同期限规则是：以定期劳动合同为原则，以不定期合同为例外，适用同样的解除条件。这与以不定期劳动合同为常态、解雇保护制度仅适用于不定期劳动合同的国际通行模式刚好相反，形成独特的中国大陆模式。⁵¹为了推进较长期限的劳动合同，立法者煞费苦心。但由于劳动合同期限规则没有理顺，导致以下几个方面的混乱：（1）在《劳动合同法实施条例》、地方立法以及各地适用意见中对无固定期限劳动合同作很多的解释，出台了种种详细的补充说明。例如，上海市高级人民法院《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》（沪高法[2009]73号）就对涉及无固定期限劳动合同的几个问题进行了详细的解释，包括应订未订无固定期限劳动合同的处理；符合订立无固定期限劳动合同的条件，但当事人订立了固定期限合同的效力；用人单位与劳动者连续订立几次固定期限劳动合同以后，续订合同应当订立无固定期限合同等。（2）给劳动合同解除制度和终止制度造成混乱。《劳动合同法》第39条和第40条规定了用人单位可以解除劳动合同的情形，没有列明定期合同和不定期合同，引起各界不定期合同不可解除的误解，导致解雇和裁员潮。《劳动合同法实施条例》第18条、第19条列明不同类别的劳动合同的解除条件和终止情形，意在澄清人们对无固定期限劳动合同不可解除的误解。但是，事与愿违，又引起了人们新的误解——认为劳动立法“朝令夕改”，立场由“偏向劳方”转化“偏向资方”，这是立法技术造成的问题。（3）经济补偿金制度似是而非。支付经济补偿金作为解雇保护的一项措施，一般仅适用于对签订不定期合同的正式雇员的保护。除美国外，经济合作与发展组织（以下简称OECD）所有的成员国都有解雇通知期的规定，但只有三分之二的国家要求向长期雇员支付经济补偿金。⁵²除少数国家外（如法国、越南），定期合同期满终止无需支付经济补偿金。为了应对劳动合同的短期化现象，我国《劳动合同法》规定在法定情形下，定期劳动合同期满，用人单位也要支付经济补偿金。于是出现了定期合同解除补偿金和定期合同终止补偿金这两种异常之态。

至于劳动合同期限规则改造的目的，其意在促使无固定期限合同主流化。德国帝国劳动法院就已经提出，不能毫无限制地允许雇主与雇员签订固定期限劳动合同。联邦劳动法院继承了该传统并且发展了相关原则：不能允许雇主通过签订

⁵¹ 参见王金兴、钱叶芳：《劳动合同期限制度两种模式的比较及其启示》，载政治大学法学院劳动法与社会法研究中心、台湾劳动法学会编：《两岸劳动法学术研讨会“劳动契约法律化：台湾劳动基准法与大陆劳动合同法之同步观察”》（论文集），2010年，第169~199页。

⁵² OECD Employment Outlook 1999, Chapter 2, p.58, <http://www.oecd.org/dataoecd/9/46/2079974.pdf>, last visit on March 30, 2016.

固定期限劳动合同来规避解雇保护制度，如果不加限制，可能有 90%的雇员会得到一年到两年的劳动合同，从而总是“悬浮在空中”不能安定下来。⁵³再以越南的劳动合同期限规则为例，根据《越南劳动法》第 22 条之规定，劳动合同分为未定期限的劳动合同、满 12 个月至 36 个月期内的定期劳动合同、季节性劳动合同或 12 个月以下从事固定工作之劳动合同。除暂时替代性岗位，不得安排履行季节性或 12 个月以下从事固定工作劳动合同的劳工，从事 12 个月以上具有经常性之工作。⁵⁴劳动合同期满而劳工仍继续工作时，则劳资双方应于期满起的 30 天内，签订新的劳动合同；倘彼此未签订新劳动合同，则定期劳动合同将成为未定期限的劳动合同，季节性劳动合同或 12 个月以下从事固定工作之劳动合同将成为 24 个月之定期期限的劳动合同。⁵⁵两相综合比较可见，越南对长期雇佣的推进力度显著强于我国。根据《越南劳动法》第 37 条、第 38 条及第 156 条之规定，签订未定期限劳动合同的劳工可行使无条件辞职权；从事属于定期、季节性或 12 个月以下固定工作劳动合同的劳工，可于七种情形下提前终止劳动合同，通知期下限为 3 天、30 天和诊疗单位指定之期限等。雇主仅可在劳工经常不依合同规定完成工作、劳工患病在规定的医疗期结束后仍未恢复劳动能力、暂缓履行劳动合同中止期满起的 15 天期内劳工未至职场报到以及发生不可抗力，虽经雇主采取各项改善措施，仍须缩小生产业务及删减工作机会等 4 种情形下单方行使终止劳动合同之权利，通知期下限根据合同期限类别不同分别为 45 天、30 天和 3 天。比较可见，越南劳动合同双方当事人所能行使的单方解除权并不对等，解雇保护水平显著高于我国。综合越南有关解雇保护、合同期满终止等情形下退职补助金（第 48 条）、裁员情形下丧失工作补助金（第 49 条）、最低工资（第 91 条）、加班费（第 97 条）、停工期间工资（第 98 条）等法条，将外资企业撤资越

⁵³ [德]沃尔夫冈·多伊普勒：《德国劳动法》第 11 版，王倩译，上海人民出版社 2016 年版，第 363~364 页。

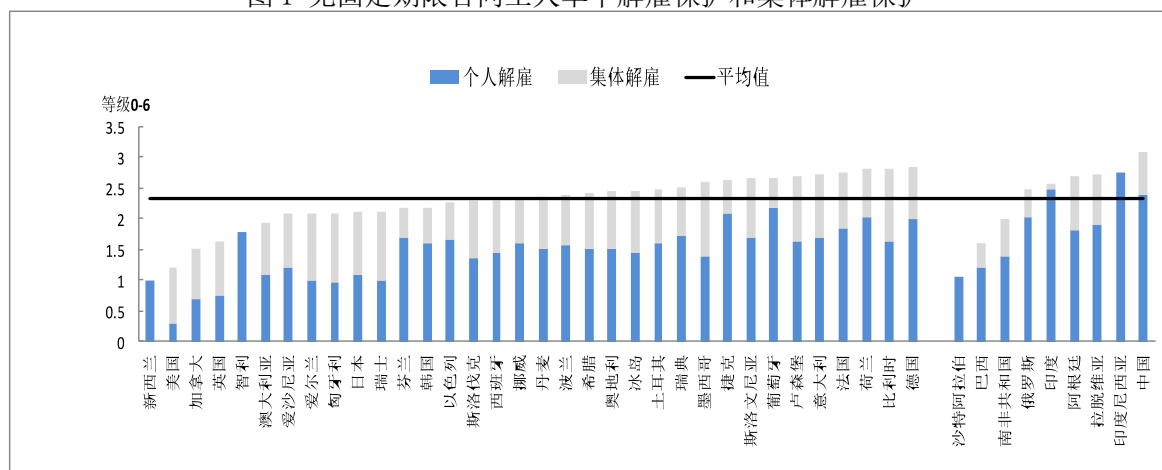
⁵⁴ 对于固定期限劳动合同，我国没有与越南类似的岗位限制和累计持续时间的限制。在签订次数方面，我国规定两次签订固定期限合同情形下，劳动者取得签订无固定期限劳动合同的话语权。越南亦将定期劳动合同的连续签订次数限定为两次，区别是第二次定期合约期满后，经双方协商或默示情形下，劳工仍继续工作时，则应改签为未定期限的劳动合约。

⁵⁵ 在合同形式方面，越南规定除 3 个月以下的临时作业外应当以书面形式缔约，我国规定除非全日制用工外应当以书面形式缔约，差别不大。在定期合同向不定期合同转化机制方面，我国规定用人单位自用工之日起满 1 年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。在越南，初始合同签订未采用书面形式情形下，劳动法概括性规定了法律责任，在劳动合同期满起 30 天内不签订新合同的，定期合同直接转化为无期合同。适用于常设岗位的季节性合同和完成一定工作任务为期限的合同直接转化为定期合同。

南等东南亚国家⁵⁶的原因归于《劳动合同法》的保护过度、劳动基准过高，实属找错了“病因”。

目前我国解雇保护水平过高的观点在学界和实务界相当盛行，而其依据主要是一些国际组织如 OECD、世界银行 (WB)、费雷泽研究所等机构关于就业保护指标体系的观察数据。这些指标的设计和运行均建立在以不定期合同为原则的国际通例上，并不能反映我国就业保护立法的真实水平。⁵⁷例如，OECD 就业保护指标体系分为三大类，分别是无固定期限合同单个解雇保护、集体解雇保护、临时合同的管制（包括定期合同和劳务派遣合同）。根据 OECD《2013 年度就业展望》，在所比较的 34 个成员国和 9 个非成员国中，我国对定期合同的管制强度低于平均水平，但在无固定期限合同非过错性单个解雇时在通知期和遣散费（notice and severance pay for no-fault individual dismissal）方面的保护强度居于第一，在程序不便 (procedural inconvenience) 方面低于平均强度，在解雇难度（difficulty of dismissal）方面仅稍低于印度尼西亚，单个解雇的综合保护强度仅次于印度和印度尼西亚；我国集体解雇保护强度稍高于平均水平，单个解雇和集体解雇的综合保护强度位居第一（参见图 1）。⁵⁸

图 1 无固定期限合同工人单个解雇保护和集体解雇保护



⁵⁶ 参见罗兰：《资本流出≠外资“逃亡”》，《人民日报（海外版）》2016年2月22日第2版。

⁵⁷ 相关国际机构在数据归纳上有诸多粗糙之处，且需仔细加以鉴别。例如，OECD 在就业保护指标数据 2008 年更新版中，在定期合同适用条件方面（Valid cases for use）进行保护严格度的分级时，将德国和美国归为同级（3 分），而实际上，德国《非全日制用工和固定期限劳动合同法》第 14 条规定只有在新雇佣、雇佣老年雇员和新设立公司三种情形下签订固定期限劳动合同无需客观事由，其他情形下皆需客观事由。此种分级方法很容易造成误解。See OECD: Detailed Description of Employment Protection in OECD and Selected Non-OECD Countries, 2008, <http://www.oecd.org/dataoecd/24/39/42740165.pdf>, last visit on April 3, 2016; 参见钱叶芳：《企业劳动关系稳定的法律问题研究》，中国法制出版社 2012 年版，第 278 页。

⁵⁸ See OECD Employment Outlook 2013, OECD Publishing, Paris, pp.78-92.

然而，必须注意到，这是对无固定期限合同工人（permanent workers）的保护，我国被认为保护强度如此之高的无固定期限合同在实践中比重太小。相反，OECD《2014年度就业展望》中2011~2012年度的平均数据则显示，在33个国家中，无固定期限劳动合同用工比例最高为97.3%（立陶宛），最低为69.5%（智利）（参见表1）。⁵⁹

表1 不定期劳动合同、定期劳动合同和与劳务派遣机构签订的劳动合同的百分比
(2011~2012年的平均值)

	不定期合同			定期合同			与劳务派遣机构签订的合同
	所有不定期合同	非与劳务派遣机构所订	与劳务派遣机构所订	所有定期合同	非与劳务派遣机构所订	与劳务派遣机构所订	
澳大利亚	94.1	—	—	5.9	—	—	—
奥地利	90.6	88.6	2	9.4	9.2	0.3	2.2
比利时	91.5	91.5	0	8.5	6.7	1.8	1.8
加拿大	86.5	—	—	13.5	—	—	—
智利	69.5	—	—	30.5	—	—	—
捷克共和国	91.9	90.7	1.2	8.1	7.9	0.2	1.4
丹麦	91.3	90.5	0.8	8.7	8.4	0.3	1.1
爱沙尼亚	96	95.8	0.2	4	3.9	0.1	0.2
芬兰	84.4	83.9	0.5	15.6	14.9	0.7	1.1
法国	84.9	84.9	0	15.1	12.8	2.3	2.3
德国	85.6	83.9	1.8	14.4	13.1	1.2	2.8
希腊	89.2	89	0.3	10.8	10.7	0.1	0.4
匈牙利	90.8	90.2	0.7	9.2	8.8	0.4	1
冰岛	87.2	87.2	0	12.8	12.8	0	0

⁵⁹ See OECD Employment Outlook 2014, OECD Publishing, Paris, p.148.

爱尔兰	89.8	89.3	0.6	10.2	9.8	0.4	0.9
意大利	86.4	86.4	0.1	13.6	13	0.6	0.6
日本	87	—	—	13	—	—	—
韩国	77.9	77.9	0	22.1	21	1.1	1.1
卢森堡	92.7	91.8	0.9	7.4	6.7	0.6	1.5
荷兰	81.2	80.8	0.5	18.8	16.3	2.5	2.9
挪威	91.8	91.7	0.1	8.2	8.1	0.1	0.2
波兰	73.3	73.3	0	26.7	26.2	0.5	0.5
葡萄牙	78.6	78	0.6	21.5	20.1	4.6	1.9
斯洛伐克	93.4	91.9	1.5	6.6	6.1	1.2	2.1
斯洛文尼亚	82.5	81.9	0.7	17.5	12.8	0.5	5.3
西班牙	75.5	74	1.5	24.5	23.4	4.6	2.7
瑞典	83.8	83.1	0.7	16.2	15.6	1.2	1.3
瑞士	87.1	86.6	0.5	12.9	12.5	0.5	0.9
土耳其	87.9	87.9	0	12.1	12.1	0	0
英国	93.9	—	—	6.1	—	—	—
美国	—	—	—	—	—	—	1.8
拉脱维亚	94.3	93	1.3	5.7	4.9	0.8	2.1
立陶宛	97.3	96.7	0.6	2.7	2.6	0.1	0.7

（注：对于美国，数据指的是在所有非农业雇员总数中的劳务派遣工人的比例；“—”处表示无数据可用）

笔者于 2016 年 1 月份在日本大阪、京都、奈良和神户四地进行了关于职业稳定的随机问卷调查，结果显示，在 519 名受访对象中，不定期合同工、定期合同工、非全日制工、劳务派遣工、自营业者和其他⁶⁰的比例分别为 42%、8.5%、4.2%、14.6%、5.1%、25.6%；所有受访者中选择日本法律“就业保护不足”、“保护充分”、“保护过度”和“不好说”的比例分别为占 49.3%、21.8%、1.3%和 27.6%（参见表 2）。若按照 OECD 就业保护指标体系，则本次调查中不定期合同工占有所有受雇者的 76.8%，与其《2014 年度就业展望》显示的日本不定期合同工（87%）

⁶⁰ 其他受访者包括主妇、高校毕业生、失业者、无业者、退休者和少数自营业者等。

的比例可以相互印证，而近一半的受访者（49.3%）依然明确表示保护力度不够。值得注意的是，自营业者中也有 46.2%的受访对象明确表示保护力度不够。

表 2 519 名日本受访对象的就业模式和对就业保护立法的态度

	不定期合同	定期合同	劳务派遣	非全日制	自营业者	其他	合计
类型	218 人	44 人	22 人	76 人	26 人	133 人	519 人
	42%	8.5%	4.2%	14.6%	5.1%	25.6%	100%
保护	69 人	7 人	6 人	9 人	7 人	15 人	113 人
充分	31.7%	15.9%	27.3%	11.8%	26.9%	11.3%	21.8%
保护	99 人	26 人	12 人	36 人	12 人	71 人	256 人
不足	45.4%	59.1%	54.5%	47.4%	46.2%	53.4%	49.3%
保护	3 人	1 人	0 人	2 人	0 人	1 人	7 人
过度	1.4%	2.3%	0%	2.6%	0%	0.7%	1.3%
不好	47 人	10 人	4 人	29 人	7 人	46 人	143 人
说	21.6%	22.7%	18.2%	38.2%	26.9%	34.6%	27.6%
合计	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

这说明，在我国讨论解雇保护水平高低实际上是个伪命题，占压倒多数的临时劳动者没有享受解雇保护的资格，反倒深受“伪解雇保护”之害；而少数不定期契约下的高端劳动者却在奢侈地享受着解雇保护。根据董保华教授的分层保护理论⁶¹，高端劳动者受雇能力和议价能力较强，对解雇保护无特别需求。定期合同“去诚信化”和“伪解雇保护”造成的悖论和困局除了回归契约精神和扩大不定期劳动合同的覆盖面，恐怕别无消除之法。

即便是对于不定期劳动合同，解雇保护水平在整体上也不高，⁶²特别是解雇理由的法律规制虚严而实宽。⁶³故对此的调整建议是：赋予用人单位试用期内自由解雇权，将解雇保护限制在不定期合同范围内，将经济补偿金限于中长期合同范围内，同时细化不定期劳动合同的解雇规则，增加推定解雇制度。如果以定期

⁶¹董保华：《中国劳动基准法的目标选择》，《法学》2007年第1期，第52-60页。

⁶²参见钱叶芳：《个人解雇保护立法实践的国际比较：回应与建设》，《法律科学》2011年第1期。

⁶³参见钱叶芳：《〈劳动合同法〉对职业稳定的保护——兼析〈劳动合同法实施条例（草案）〉的相关条款》，《法学》2008年第7期。

合同适用条件和不定期合同解雇条件为标准, 劳动合同期限的国际模式可再细分为三类: 一类是以法国、德国为代表的严格适用、正当理由解雇模式; 一类是以美国为代表的自由适用、禁止解雇权滥用模式; 一类是以英国为代表的自由适用、正当理由解雇模式。我国现行期限规则构成独特的第四类模式。对此, 笔者建议修改的期限规则应与国际模式进一步接轨, 类似于英国模式 (参见表 3)。

表 3 四类劳动合同期限模式基本特征比较

类型	定期劳动合同		不定期劳动合同	
	适用条件	终止条件	适用条件	解除条件
中国(现行)	不限岗位	1. 无条件辞职 2. 基于正当理由解雇	不限岗位	1. 无条件辞职 2. 基于正当理由解雇
中国(建议)	不限岗位	以期限届满为原则, 以协商一致和法定理由出现为例外	不限岗位	1. 无条件辞职 2. 基于正当理由解雇
美国	不限岗位	以期限届满为原则, 以协商一致和法定理由出现为例外	不限岗位	1. 无条件辞职 2. 禁止滥用解雇权
法/德	一般限于本质上为临时性的岗位	以期限届满为原则, 以协商一致和法定理由出现为例外	不限岗位	1. 无条件辞职 2. 基于正当理由解雇
英国	不限岗位	以期限届满为原则, 以协商一致和法定理由出现为例外	不限岗位	1. 无条件辞职 2. 基于正当理由解雇

还必须注意到的是, 根据经合组织最新数据, 其 34 个成员国不定期合同的个人解雇和集体解雇严格度的平均值从 2008 年的 2.17 级持续下降到 2013 年的 2.04 级 (版本 1⁶⁴)。其中, 捷克、爱沙尼亚、法国、希腊、匈牙利、意大利、墨西哥、荷兰、新西兰、葡萄牙、斯洛伐克、斯洛文尼亚、西班牙、英国等 14 个国家或多或少降低了保护度, 澳大利亚、丹麦、爱尔兰等 3 国提高了保护度, 其

⁶⁴ 经合组织就业保护立法统计数据有三个版本, 分别是版本 1 (1985-2013)、版本 2 (1998-2013)、版本 3 (2008-2013), 各版本的数值之间有些微差异。

余 17 个国家维持不变，而 2008 年以来的数据显示，另外 38 个非成员国的解雇保护度无一发生变化。另一方面，根据版本 1，34 个成员国临时合同的管制严格度的平均值从 2008 年到 2013 年分别为 1.75、1.75、1.76、1.74、1.74、1.72，整体上呈降低之势，其中，希腊、墨西哥、葡萄牙、西班牙等 4 国管制度有所降低，捷克、爱沙尼亚、德国、匈牙利、斯洛伐克等 5 国有所加强，其他 25 国保持不变。根据版本 3，上述平均值分别为 2.06、2.06、2.07、2.07、2.09、2.08，整体上呈提高之势，其中，澳大利亚、捷克、爱沙尼亚、德国、匈牙利、爱尔兰、挪威、葡萄牙、斯洛伐克、瑞典、英国等 11 国加强了管制，希腊、墨西哥和西班牙等 3 国管制强度降低，其他 20 个国家保持不变。而 2008 年以来的数据显示，除立陶宛加强管制外，其余 37 个非成员国的临时合同管制强度无一发生变化。再往前追溯 30 年，根据版本 1，1985 年经合组织 20 个成员国的解雇保护严格度的平均值是 2.26，与 2013 年的平均值（原 20 个国家是 1.99，全部 34 个成员国是 2.04）相比，差距并不明显，而且在原 20 个国家中，包括美国、英国、德国、比利时在内的 9 个国家或者加强了保护或者保持不变；而自 1985 年以来，只有 12 个成员国放松了对临时合同的管制，其余 22 个成员国或者维持不变或者加强了管制。⁶⁵

在观察 30 年来就业保护立法严格度变化的国际趋势时，横向上既要注意到放松管制的国家，也要注意到加强管制的国家和维持不变的国家；纵向上必须注意到各国的就业保护立法演变史及其如何协调标准就业保护与非标准就业管制之间的关系。为清楚地看到这些，笔者将 2008 年以来经合组织成员国中在不定期合同解雇保护或临时合同管制方面的严格度发生变化的 18 个成员国的数值绘制成表 4。表 4 清晰地呈现出三条规律，一是大部分国家在放松不定期合同解雇保护的同时加强了对临时合同的管制；二是同时放松不定期合同保护和临时合同管制的墨西哥、葡萄牙、西班牙和希腊等 4 个国家也是上世纪西方国家中在不定期合同保护和临时合同规制两个面向均属于最严格的几个国家，甚至在 2008 年之前，墨西哥依然规定劳务派遣用工是非法的⁶⁶；三是结合 1985 年的数值，可以看到，就业保护立法严格的国家倾向于放松保护，就业保护立法宽松的国家倾

⁶⁵ 资料来源和计算依据：经合组织就业保护立法统计数据，

http://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=EPL_T，访问日期：2016 年 4 月 6 日。

⁶⁶ 就业保护指标数据 2008 年更新版，<http://www.oecd.org/dataoecd/24/39/42740165.pdf>，P27.

向于加强保护或维持不变。可见，各国均依情势在职业安定和用工自由两种对立价值中寻找某种平衡，放松就业保护、鼓励灵活用工的法律趋势还远构不成世界潮流，批评者的断言并不成立。相反，国际劳工组织于 2015 年 6 月通过《从非正规经济向正规经济转型建议书》（第 204 号建议书），以促进工人和经济单位从非正规经济向正规经济转型和防止正规经济工作岗位的非正规化为主要目标。

表 4 2008 年以来就业保护严格度发生变化的国家比较⁶⁷

	不定期劳动合同						临时劳动合同					
	放松保护（2008—）			加强或维持（2008—）			放松管制（2008—）			加强或维持（2008—）		
	1985	2008	2013	1985	2008	2013	1985	2008	2013	1985	2008	2013
捷克		3.05	2.92								1.13	1.44
爱沙尼亚		2.74	1.81								1.88	3.00
法国	2.59	2.47	2.38							3.06	3.63	3.63
意大利	2.76	2.76	2.68							5.25	2.00	2.00
匈牙利		2.00	1.59								1.13	1.25
英国	1.10	1.26	1.10							0.25	0.38	0.38
斯洛文尼亚		2.65	2.60								1.81	1.81
荷兰	3.07	2.88	2.82							1.38	0.94	0.94
新西兰		1.56	1.39								1.00	1.00
斯洛伐克		2.22	1.84								1.63	1.75
墨西哥		2.19	2.03					4.00	2.06			
葡萄牙	5.00	4.42	3.18				3.38	1.94	1.81			
西班牙	3.55	2.36	2.05				3.75	3.00	2.56			
希腊	2.85	2.80	2.12				4.75	2.75	2.25			
澳大利亚				1.17	1.17	1.67				0.88	0.88	0.88
丹麦				2.18	2.13	2.20				3.13	1.38	1.38
爱尔兰				1.44	1.27	1.40				0.25	0.63	0.63
德国				2.58	2.68	2.68				5.00	1.00	1.13

四、劳务派遣雇主责任分配规则的完善建议

（一） 建议在第 65 条、第 66 条中各增加一款

⁶⁷ 本表数值来源于版本 1，加列了 1985 年的数据，以做参考。为表格绘制之方便，尽管代表着随后一段时间内的放松或加强管制，笔者将部分 1985 年的数据直接放在不完全匹配的列内，以加粗标注。

第65条增加内容：“被派遣劳动者可以依照本法第十四条规定与劳务派遣单位签订无固定期限劳动合同，适用无固定期限劳动合同的解除条件。”

第66条增加内容：“用工单位在临时性、辅助性或者替代性以外的工作岗位上实施劳务派遣，视为派遣劳动者与用工单位建立劳动关系，双方协商劳动合同期限，并补签劳动合同或提供书面文件。”

理由：在此轮修法呼声中，批评者的主要诉求之一是由企业自由选择用工形式，包括放松对劳务派遣的管制。但是实际上，一般国家在劳务派遣立法中均对传统标准就业的某些规则予以坚持和保留，因而具备一定的就业保障功能。除了可以协商劳动合同期限外，主要有以下几个方面的强行性规则：（1）设定劳务派遣合同适用的法定条件。例如，《越南劳动法》（2013年）第54条规定，政府规定人力中介企业活动许可核发、缴交保证金及允许提供劳工作业项目列表。德国《非全日制用工和固定期限劳动合同法》的一般原则适用于劳务派遣，所以劳务派遣必须是“暂时性”的，⁶⁸而且《劳务派遣法》第b1条规定，建筑行业一般禁止劳务派遣。（2）限制劳务派遣合同可续签的理由、次数或累计持续时间。例如，《越南劳动法》（2013年）第54条规定，提供人力中介服务的期限，最多不可超过12个月。（3）设置向直接雇佣转化的机制。例如，《法国劳动法典》（法律卷）第124-3条明确规定，派遣合同中任何禁止受派企业录用被派劳动者的条款都无效。日本《劳工派遣法》第42条第2款规定，用工单位连续使用派遣劳工超过1年，便负有“尽立即雇佣之努力的义务”。根据《越南劳动法》（2013年）第58条规定，派遣劳动者与人力中介企业签订的劳动合同终止后，得与用工单位就缔结劳动合同进行协商。（4）“刺破”派遣规则。⁶⁹如果劳务派遣单位或者用工单位违反法律的规定，则法律可以否定劳务派遣，直接认定派遣劳动者与用工单位之间构成劳动关系。（5）设置向不定期雇佣合同转化机制。例如，挪威规定，关于终止雇佣关系的规定（即解雇保护相关规定）应当适用于连续就业4年以上的派遣雇员，学徒、劳动力市场方案参与者和运动员除外，这意味着在同一雇主处连续就业4年以上的派遣工与派遣机构之间的关系转为不定期关系。⁷⁰

根据我国现行劳务派遣规则，派遣单位和用工单位都免于承担长期雇佣的雇

⁶⁸ 同前注28，沃尔夫冈·多伊普勒书，第379页。

⁶⁹ 参见林嘉、范围：《我国劳务派遣的法律规制分析》，《中国人民大学学报》2011年第6期。

⁷⁰ 参见钱叶芳：《论劳务派遣立法之保障就业功能》，《福建警察学院学报》2013年第3期。

主责任。《劳动合同法》除了将劳务派遣用工限制在临时性、替代性和辅助性岗位外，没有其他可以真正体现劳务派遣就业保障功能的条款。第 58 条第 2 款关于“劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立二年以上的固定期限劳动合同”的规定似乎是应对劳务派遣用工的临时性，实际上由于缺失双方可以协商合同期限这一前提，“应当”之义务给予人们“劳务派遣只能签订固定期限劳动合同”的心理暗示，而对是否适用《劳动合同法》第 14 条规定的避而不谈，则强化着这一心理暗示。而且，被派遣劳动者在无工作期间，劳务派遣单位应当向其“按月支付不低于最低工资标准的报酬”的规定，反而使得派遣机构为避免“无工作期间支付报酬”的风险，变相与要派机构合谋，以登录型方式雇佣派遣劳动者或逆向派遣，这在实践中已成为主流。建议顺应现实，允许登录型派遣和雇佣型派遣并存，由劳务派遣单位和劳动者协商选择，并建立向直接雇佣转化的机制。

（二）修改第92条第2款“用工单位给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任”

修改为：“在派遣期间，劳务派遣单位或用工单位在工资、工作时间、休息修改、职业安全卫生、社会保险等劳动条件和劳动保护方面给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。”

理由：雇主对劳动者之人身管理权或曰劳动过程控制权的弱化或让渡是非标准劳动关系的本质特点，劳务派遣是典型的劳动过程控制权被让渡的非标准劳动关系。作为唯一的雇主，派遣机构通过劳务派遣协议将自己的劳动过程控制权以及附着于该权上的雇主义务一并让渡给要派机构，从而使得后者以非雇主的身分承担起相应的雇主责任。⁷¹“一般来说，大多数国家的法院和立法机关传统上一一直认为临时工作机构是三角关系中劳动者的法定雇主”，⁷²而对劳务派遣立法态度和规则的国际比较显示，派遣机构承担着劳动法上的所有雇主责任是英美法系和大陆法系国家的立法共性。在让渡劳动过程控制权的同时，要派机构基于劳务派遣协议行使派遣机构所让渡的劳动过程控制权，并同时让渡其所承诺的提供劳动对价和劳动保护之义务，而由于欠缺合意，派遣劳动者和要派机构之间仅得借助于拟制合意而形成准劳动关系。要派机构的拟制准雇主身份具有特殊

⁷¹ 参见钱叶芳：《论出租车公司与司机之间的法律关系》，《中国劳动》2015年第10期（上）。

⁷² Guy Davidov, Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships, *British Journal of Industrial Relations*, Vol.42, No.4, 2004, pp. 727-746.

的含义，即它并不意味着要派机构以雇主身份承担着劳动法上的雇主责任，仅仅意味着要派机构在受让劳动过程控制权的同时，受让了一部分雇主责任。⁷³派遣机构承担的全部雇主责任包括劳动力雇佣中的雇主责任和劳动力使用中的雇主责任，要派机构所受让的是劳动力使用中的雇主责任，包括支付公平的劳动给付之对价，提供良好的工作环境和劳动保护条件。连带责任是用“对受益方的不公平”换取“对受损方的公平”，因而在共同控制劳动者的劳动过程中，当劳动者利益受损时，产生了共同受益的派遣机构和要派机构的连带责任。

根据2007年《劳动合同法》第92条和《劳动合同法实施条例》第35条，劳务派遣单位或用工单位给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。此种一揽子连带责任适合作为唯一雇主的劳务派遣机构，但对作为准雇主的用工单位颇为不公。用工单位仅仅受让了劳动力使用过程中的雇主责任，与劳务派遣单位在劳动力雇佣环节中的致害行为并无关系。《劳动合同法（修正案）》将原来的双向连带责任改成了单向连带责任，规定用工单位给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。此类安排突出了劳务派遣单位的唯一雇主身份，要求其承担整个三角关系运行过程中的雇主责任，但排除了用工单位对劳务派遣单位在共同控制劳动力过程中的致害行为的连带责任，对劳动者的保护不周。因此，应当进一步调整现行规定，将劳务派遣单位和用工单位的双向连带责任限制在派遣期间的劳动报酬、劳动条件和劳动保护之范围内。

（三）建议在第92条的内容中增加一款

增加内容：“派遣劳动者因执行工作任务造成他人损害的，由用工单位承担侵权责任。劳务派遣单位有过错的，承担相应的补充责任，但能证明其对派遣劳动者的能力和经历尽到了必要的考察义务的除外。”

理由：如前所述，在劳务派遣关系中，派遣单位通过契约将劳动过程控制权和附着其上的义务转移给了用工单位，故直接雇佣中职务侵权的雇主替代责任应当由用工单位承担。但是，根据合同法原理，作为劳务派遣协议的标的，派遣机构所派遣的劳动者必须符合要派机构的岗位要求，否则应当承担违约责任。我国《侵权责任法》第34条第2款规定，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人

⁷³ 参见王林清：《我国特殊派遣模式下雇主责任的内生逻辑》，《清华法学》2016年第3期。

损害的，由接受劳务派遣的要派机构承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应的补充责任。所谓劳务派遣有过错，应当是指劳务派遣单位在录用、培训和派遣时没到尽到必要的注意义务，对派遣劳动者的能力和经历没有进行必要的考察，以保证派遣劳动者符合用工单位的岗位要求。对此，《劳动合同法》应予以明确。

供给侧改革中劳动力成本与《劳动合同法》修改之思考

徐智华⁷⁴黄丽娜⁷⁵

【摘要】在我国进行的供给侧结构性改革过程中，劳动力呈现总体涨幅明显的特征是企业管理中不得不面对的一个事实，而且也是企业提高盈利空间亟需考虑的问题。有不少政府官员、经济学家、商业精英等人士认为造成劳动力成本上升的原因是由于《劳动合同法》的僵硬化和过度倾斜保护所造成的。本文旨在从经济学角度分析劳动力成本上升的原因在于劳动力再生的维持、劳动者智力的投入、劳动供需关系的变化、劳动机会成本的增加，从而得出《劳动合同法》的实施并不必然导致劳动力成本的上升，进而提出对我国《劳动合同法》进行适时修改的具体意见。

【关键词】劳动力成本、劳动力成本因素、《劳动合同法》、修改思路

引言

改革开放三十多年来，中国经济持续高速增长，成功步入中等收入国家行列，已成为名副其实的经济大国。但随着人口红利衰减、“中等收入陷阱”风险累积、国际经济格局深刻调整等一系列内因与外因的作用，经济发展正进入“新常态”。针对我国经济发展呈现的这种“新常态”，2016年1月27日，习近平总书记主持召开中央财经领导小组第十二次会议，研究供给侧结构性改革方案。所谓的供给侧结构性改革就是“供给侧+结构性+改革”。“其含义是：用改革的办法推进结构调整，减少无效和低端供给，扩大有效和中高端供给，增强供给结构对需求变化的适应性和灵活性，提高全要素生产率，使供给体系更好适应需求结构变化。”⁷⁶在供给侧改革中，党中央提出五大改革任务：“去产能、去库存、去杠杆、降成本、补短板”，其中“降成本”就是降企业成本，是企业利益息息相关的一大改革任务。在企业成本中，劳动力成本是重要的组成部分，劳动力成本在不同行业中所占比企业总成本例是不同的，在制造业所占比例远远小于在服务业所

⁷⁴中南财经政法大学劳动法与社会保障法研究中心主任、教授、博导。

⁷⁵中南财经政法大学法学院博士研究生、广西财经学院法学院讲师。

⁷⁶引自网易新闻网“读懂中国供给侧结构性改革”<http://news.163.com/16/0306/14/BHFT7RPU00014Q4P.html> 2016年5月28日浏览。

占的比例，但劳动力成本呈现总体涨幅明显、结构差异显著、地区差距拉大等特征已是不争事实。据经济学人智库(The EIU)在2016年2月份发布了名为《优势依旧——中国制造业劳动力成本分析》的最新报告，该报告称，中国制造业劳动力成本将会逐年稳步攀升，但将在近年呈现相对缓和的增长趋势。业内人士指出，中国人工成本偏高在于工资增长大幅超过生产力增长，因此，在2016年年初，财政部部长楼继伟三次批评《劳动合同法》，认为《劳动合同法》自2008年1月开始实施以来，其主要弊端在于降低了劳动力市场的流动性和灵活性、劳动生产率较低、保护程度不平衡等，由此导致企业用工僵化、劳动力成本上升，建议修改《劳动合同法》。也有学者将企业用工成本的增加归咎于《劳动合同法》的实施，如有学者撰文认为：“在《劳动合同法》实施后，这些原本建立在依靠压低和克扣员工工资，减少工人福利基础上实行的低成本竞争战略的中小纺织企业成本激增，一方面是合法用工的成本提高，另外一方面，违法用工的成本也在提高。据统计，这类企业的工资成本将额外上涨10%~20%。”⁷⁷在我国进行经济改革背景下，《劳动合同法》的实施是否导致了劳动力成本上升？《劳动合同法》真的亟需修改吗？这些都是当前学术界和实务界面临的亟需解决的问题。

一、对劳动力成本的再认识

(一) 劳动力成本的经济学阐释

在劳动关系中，劳动者作为劳动力所有权者有偿地向用人单位提供劳动力，用人单位则通过支配、使用劳动力来创造社会财富，双方权利和义务共同指向的对象就是那种蕴涵在劳动者体内，只有在劳动过程中才会发挥出作用的劳动力。因此，劳动力就是马克思所说的“我们把劳动力或劳动能力理解为人的身体即活的人体中存在的，每当人生产某种使用价值时运用的体力和智力总和。”⁷⁸劳动力成本就是用人单位在雇佣劳动者时每个单位时期使用劳动力而支付的薪酬和费用的总和。按照劳动部1997年261号文件规定，劳动力成本包括工资总额、社会保险费用、福利费用、教育经费、住房费用以及其它人工成本。简单来说，人力成本主要包括：薪酬和费用。（见表一）

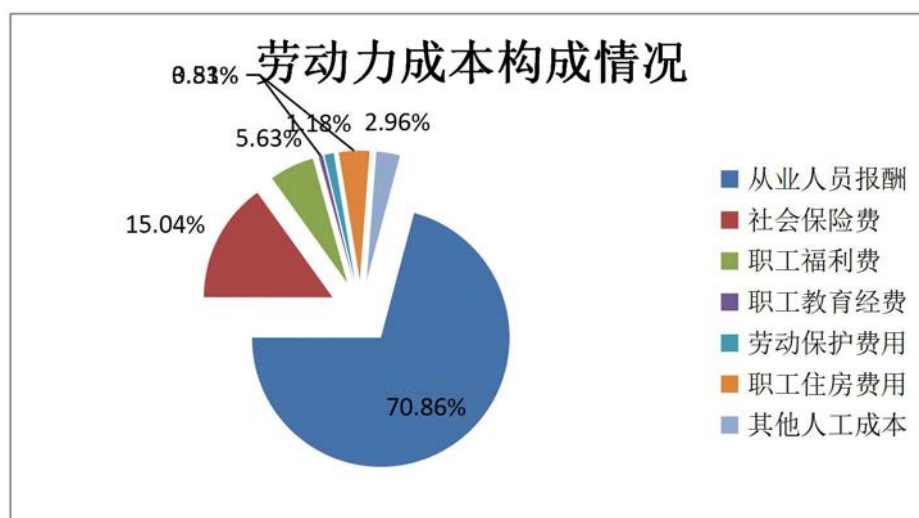
⁷⁷李敏：《我国纺织企业劳动力成本上升的现状分析》，载《山东纺织经济》2013年1期。

⁷⁸《马克思恩格斯全集》第23卷，人民出版社1975年版，第190页。

表一：劳动力成本的构成内容

薪酬费用											消耗费用			
每月支付费用								其他支付			招 聘 费 用	培 训 费 用	其 他 费 用	
标准工作时间内薪资						其他薪酬			遣 散 费 用	法 定 福 利				法 定 外 福 利
工资		各种补贴				加 班 费 用	临 时 补 贴	各 种 奖 金						
职 位 工 资	绩 效 工 资	职 务 补 贴	住 房 补 贴	交 通 补 贴	伙 食 补 贴									

以 2014 年无锡市制造业企业劳动力成本构成情况为例（见表二）⁷⁹



以上图表说明，在劳动力成本构成内容是非常丰富的，不仅包括以货币形式表现的工资和薪金，还包括以物质或非物质形式表现的福利。

（二）影响劳动力成本上升的因素

据国家统计局统计数据：2001-2010 年全国城镇单位就业人员平均工资从 10834 元提高到 36539 元，年均名义增速为 14.6%，实际增速为 12.4%。说明劳

⁷⁹ 数据来源无锡市人力资源和社会保障局：<http://lss.wuxi.gov.cn/doc/2015/07/01/605020.shtml>

动力成本中最重要的内容工资报酬在不断上升，劳动力成本也不断增加。因此，导致劳动力成本上升有以下几方面的因素：

1. 劳动者维持劳动力再生性决定了劳动力成本上升的必然趋势。劳动力存在于劳动者的身体内，其消耗过程亦即劳动者生命的实现过程，而“劳动的价格是由必需生活资料的价格决定的”⁸⁰，劳动者为了维持自身和家人的生存和生活消费，则在出卖劳动力后获取物质形式表达的报酬来购买基本的生活用品，据国家统计局 2015 年对全国居民消费价格指数（CPI）统计，2015 年 12 月份，全国居民消费价格总水平同比上涨 1.6%。其中，城市上涨 1.7%，农村上涨 1.5%；食品价格上涨 2.7%，非食品价格上涨 1.1%；消费品价格上涨 1.5%，服务价格上涨 2.1%。2015 年，全国居民消费价格总水平比上年上涨 1.4%。其中食品价格上涨幅度每年都是最大的，由此可以说明劳动者为了维持生计的消费水平也会深刻影响到劳动力成本的最重要的组成部分——工资的上升。

2. 劳动者智力投入的提高推动了劳动力成本上升。“劳动价值是由三部分组成：劳动者本人所需的生活资料的价值、劳动者养活家庭和子女所需的生活资料的价值和劳动者一定的教育和训练费用。”⁸¹因此，企业要提高劳动生产效率则必需要提高劳动者的智力水平和劳动技能的熟练程度，在这一提高过程中，企业有关培训费用将会增加，劳动力成本也会上升。据昆山市政府 2016 年报告指出，富士康公司在昆山的工厂已经利用机器人技术，将昆山工厂的员工数量从 11 万人减少到 5 万人，在未来十年内，富士康工厂 47% 组装工作全被机器人取代。这一报告说明了富士康公司为了降低生产成本而大量使用不具有劳动力特征的机器人来代替劳动者工作，其目的就是要减少对劳动者的劳动技能培训费用，进而降低企业劳动力成本的投入。

3. 劳动供需关系的变化拉动了劳动力成本的上升。劳动力作为商品与其他商品一样具有使用价值和价值，劳动力价格也受劳动力供需关系所影响。从需求角度来说，据国家统计局 2015 年对三大产业的统计，第三产业占国民经济总量的比例逐年增长，而第一、二产业的比例逐年减少，但是第二、三产业总量占到整个国民经济比重达到 90% 以上，说明第二、三产业对劳动力的需求是旺盛的。（见图 2）

⁸⁰ 《马克思恩格斯全集》第 6 卷，人民出版社 1975 年版，第 485 页。

⁸¹ 《马克思恩格斯全集》第 6 卷，人民出版社 1975 年版，第 408 页。

图2 2011-2015年三次产业增加值占国内生产总值比重



从供给角度来说，一方面，由于我国长期实行计划生育，劳动力人口总量在 2015 年前后出现下降，人口红利逐渐消失，劳动力边际效益逐渐逼近“刘易斯拐点”；另一方面，随着大学生就业问题的突出、农民工经验的积累、政府加大教育的投入等因素，使得劳动力价值不断提高，劳动技能水平不断提升，进而也促使劳动力成本的上升。

4. 机会成本的增加促使了劳动力成本的无形上升。由于中国二三产业普通劳动力主要由农民工构成，行业平均工资水平和农民工工资水平密切相关。改革开放十几年时间，劳动密集型企业的蓬勃发展使得大量农民工涌入城市，为城市建设提供丰富的劳动力资源。但是随着长时间低生育率影响农民工的数量供给、教育水平不断提高减少低端劳动力供给以及国家实施的“三农”政策，建设社会主义新农村工作的开展，使得越来越多的农民工留在家乡，而不愿出外打工，此时外出劳动的机会成本增加，出现东部地区和西部地区的“民工争夺战”以及长江、珠江三角洲甚至安徽、河南等传统的劳动输出型大省也出现了大面积的“民工荒”。机会成本的增加也拉动了这些地区的农民工劳动力成本上升。

二、《劳动合同法》的实施并不必然导致劳动力成本的上升

（一）《劳动合同法》影响劳动力成本的法律规定

《劳动合同法》自实施以来一直饱受争议，因该法强制性的规定相关费用或数额，进而影响到企业支付的成本问题。通常将《劳动合同法》涉及到企业劳动力成本分为两类：一类是显性劳动力成本、一类是隐性劳动力成本。

1. 显性劳动力成本。是指企业合法用工时所产生的正常支付给劳动者的报酬。主要包括以下几方面：（1）试用期工资标准。《劳动合同法》相比《劳动法》而言提高了试用期工资标准，有两条红线限定：一是试用期工资不得低于同岗同类工资标准的 80%，也不得低于用人单位所在地的工资标准。（2）竞业限制期经

济补偿。用人单位与劳动者约定竞业限制期的，用人单位应当按月支付劳动者经济补偿；（3）经济补偿金。在符合《劳动合同法》规定应当支付经济补偿金的法定情形下，用人单位应当按照劳动合同解除前 12 个月的平均工资标准，按照工作年限向劳动者支付经济补偿金，同时《劳动合同法》也对经济补偿金做了三倍的最高限制；（4）集体合同的同工同酬。即用人单位与劳动者签订的工资和福利标准不得低于集体合同的标准。

2. 隐性劳动力成本。也称为“摩擦成本”，主要指用人单位应对用工风险，预防与化解劳动纠纷而在经营成本之外付出的额外成本。⁸²简而言之，就是用人单位因违反《劳动合同法》规定而必须要额外支付的成本。具体内容有：（1）违反劳动合同法定形式的责任。用人单位因自身过错未与劳动者签订书面劳动合同的，应当向劳动者支付二倍的工资，但是若是劳动者的过错导致未签订书面劳动合同的，用人单位可以免除承担该赔偿责任；（2）违法使用试用期的法律责任。用人单位超过法定试用期试用劳动者的，根据《劳动合同法》第 83 条规定向劳动者支付赔偿金；（3）违法收取劳动者财物的。用人单位违反《劳动合同法》规定，收取劳动者财物的，被劳动行政部门按每人 500 元以上 2000 元以下的罚款；（4）逾期支付劳动报酬的法律责任。用人单位有第 85 条规定情形逾期支付劳动报酬的，劳动行政部门可以责令用人单位按照应付金额的 50%以上 100%以下的标准向劳动者加付赔偿金；（5）违法解除或者终止劳动合同的。用人单位按照经济补偿金标准的二倍向劳动者支付赔偿金。

“成本来源于行为，行为来源于义务，有了法律规定的义务之后，用人单位才会采取相应的行为，而只有发生行为时用人单位才会产生成本。”⁸³《劳动合同法》是一部相对用人单位而言比较严厉的法律，但对守法企业所增加的具体的、显性的用工成本是非常有限的，成本增加仅为 3%—8%，而不守法企业中所增加的用工成本也不超过企业总成本的 2%，因此，《劳动合同法》的实施并不必然导致劳动力成本的上升。

（二）内生增长理论决定了《劳动合同法》只是适应了劳动力成本上升的现实

内生增长理论（The Theory of Endogenous Growth）是产生于 20 世纪 80 年

⁸²董保华：《劳动合同法十大失衡》，载《探索与争鸣》2016 年 4 期，第 36 页。

⁸³周国良：《劳动合同法》影响用工成本实证测算，载《中国劳动》2009 年第 7 期，第 25 页。

代中期的一个西方宏观经济理论分支，其核心思想是认为经济能够不依赖外力推动实现持续增长，内生的技术进步是保证经济持续增长的决定因素。由于我国经济发展到一定阶段必然产生劳动力成本上升的结果，因此中国劳动力成本上升还是更多的表现为“内生性”。基于“法律内生性理论”——法律制度“并非是不变的、外生性的要素，它以民间行为主体自我约束性的博弈均衡形式内生地生成，并对上述均衡与行为模式加以强化、巩固”。⁸⁴也就是说，法律是对经济发展过程中“交易均衡”的固定，并借此为类似交易提供指引，法律不能强行对社会经济进行强行调整或者指引，所谓“强扭的瓜不甜”，因此，当中国劳动力市场发展发展到一定阶段，《劳动合同法》必然顺应这个时代的发展，及时提供对劳动者合法权益的保障，对企业而言，约束性也会越来越明显。

三、《劳动合同法》修改之思路

针对当前我国《劳动合同法》实施中的具体问题，我国可适时开展对该法进行修订。

（一）修改《劳动合同法》需坚持两个原则：不变原则和平衡原则

一方面立法宗旨及原则不变。《劳动合同法》在总则中第一条明确了本法的立法宗旨，即完善劳动合同制度、明确劳动合同当事人的权利和义务、保护劳动者权益以及构建和发展和谐劳动关系。这四个立法宗旨涉及到《劳动合同法》修改的大思路和大框架，相当于提纲挈领的效果，因此，立法宗旨和原则不能变。

另一方面需在保护劳动者权益和协调劳动关系二者间寻求平衡点。美国法学家罗斯柯·庞德说过“最好的法律应该是能够在取得最大社会效益同时又能最大限度避免浪费。”也就是说，法律在调整各种相互冲突的利益时，不仅要在最大程度上满足各冲突主体的利益需求，同时也要尽量减少摩擦避免资源浪费。在劳动法律关系中，劳动者和用人单位的利益冲突是非常明显的，一方是以出卖劳动力以期获得最大的工资报酬，另一方则是想法设法降低劳动力成本，以期实现企业利润的最大化，两者利益是相互冲突的，因此，在利益主体多元化的时代，修改《劳动合同法》时应当倾听不同声音，如何最大程度采集劳动者和用人单位的声音，又如何平衡双方利益，考验着立法者的智慧。

（二）建议在原结构上去掉“集体合同特别规定”部分，而将其归纳于独

立的《集体合同法》立法之中

集体合同又称团体协约，国际劳动组织第 91 号建议书《集体合同建议书》第 2 条第 1 款规定：“以一个雇主或者一群雇主，或者一个或几个雇主组织为一方，一个或几个有代表性的工人组织为另一方，如果没有这样的工人组织，则根据国家法律和法规由工人正式选举并授权的代表为另一方，上述各方之间缔结的关于劳动条件和就业条件的一切书面协议，称为集体合同。”一方面，集体合同和劳动合同都是调整劳动关系的重要形式和法律制度，两者有着密切的联系，在订立目的、内容等方面也有共同之处，但集体合同和劳动合同在合同当事人、合同内容、适用范围、法律效力以及违约责任等方面又有着明显的区别，两者不能等同；另一方面，从市场经济国家的发展看，很多国家逐渐认为集体合同制度的重要作用不仅仅是保护雇员，而是在充满紧张、利益对立的环境中，创造总体合理的劳动生活制度，反映在立法上即将集体合同单独立法，因此，建议在原结构上去掉“集体合同特别规定”部分，而将其归纳于独立的《集体合同法》立法之中。

（三）对争议较大的劳动合同解除、经济补偿金以及经济性裁员等具体条款需在调查研究和科学论证的前提下进行修订和完善。

1、关于劳动合同解除的争议

在《劳动合同法》第 37 条至 40 条从劳动者和用人单位两方面分别规定了预告解除、即时解除及过失性解除劳动合同制度，下面就其中三种劳动合同解除情形提出相关修订和完善意见。

（1）劳动者预告劳动合同解除权的完善

一方面，在合理范围内有条件限制劳动者的劳动合同无因解除权。依据我国《劳动合同法》第 37 条规定，劳动者只需履行告知义务程序而并没有其他限制性条件就可以解除劳动合同的情形就是预告劳动合同解除，而且劳动者的权利称为无条件解除权，也叫无因解除权。《劳动合同法》赋予劳动者无因解除权，在于保障劳动者的人身权利，保障人才的自由流动，进而保障市场经济的有序发展。因为若是法律不赋予劳动者的无因解除权，劳动者若是不想履行劳动合同，其可以通过种种行为致使劳动合同无法再履行下去，这样会导致履行合同的成本更加高昂，所以赋予劳动者无因解除权有其合理性，但赋予劳动者无因解除权而不规

定承担违约责任，则会产生法理上的悖论：劳动者无因单方面解除劳动合同构成违约，应当承担违约责任，但是《劳动合同法》将劳动者单方无因解除视为其权利，出现了劳动者单方解除劳动合同不用承担相应法律责任的矛盾。这意味着，只要劳动者提前三十天书面通知了用人单位，那么用人单位只能眼看着劳动者的离去，而不能追究其任何法律责任，我国法律不加任何区分地进行这种统一规定，将会极大的损害用人单位利益。因此，无因单方面解除劳动合同构成违约，劳动者应当承担相应的违约责任，《劳动合同法》修改之时适当限制劳动者的“无因解除权”，规定劳动者提前解除的几种法定情形、增加提前解约的违约责任，但是必须对该违约责任进行相关立法指导。

另一方面，对于不同的劳动者，其预告期应当差异化。不同工作岗位的劳动者，其可替代程度并不一样，专业人才的可替代程度较低，在短时间内较难找到可替代者，而普通劳动者的可替代程度则比较高。如前所述，我国《劳动合同法》统一规定劳动者单方解除劳动合同预告期为 30 日存在许多诟病。

借鉴国外经验，我们可以根据不同的岗位和劳动者工作年限的长短，规定不同的解除合同预告期。具体而言：根据劳动者的不同岗位规定不同的劳动合同解除预告期，对替代性较低的专业技术人才和高级管理人才可延长预告期，而对替代性较高的普通劳动者则可缩短预告期。如此规定，可以给用人单位充足的时间寻找替代的专业技术人员和高级管理人员，而对于普通劳动者来说，其也可以在较短时间内就与用人单位解除劳动合同，尽快离开用人单位，另行寻找新的工作机会。这样就可以根据劳动者的差异性，即其在企业中职务、岗位的不同而区别对待，达到保障劳动力及时、自由流通的目的。

（2）用人单位无过失性辞退预告期的完善

国外很多国家的预告期制度，大多根据劳动者工作年限的不同和岗位的不同规定不同的预告期限，这对于保护不同劳动者的利益显得尤为重要。各国预告通知期大多是法律规定时间的长短，德国的预告通知期制度则显得有些不同，它允许双方当事人在能够表达自由意志的前提下约定不低于法定最低期限的预告期。这种立法模式尊重当事人的自由意志，使当事人的自由意思表示发挥重大作用，充分体现了国家干预与当事人意思自由的结合，同时也能够避免在复杂多变的劳动关系中过于僵化的制度规定。

所以我国用人单位无过失性辞退制度中应当改革预告期,即根据劳动关系存续时间的长短,规定不同的解除预告期。另外,对于普通劳动者和管理层次、技术领域的劳动者的预告期也应当有所不同。对于普通劳动者的解雇可以适用一般的预告期,而对于管理层次和技术领域的劳动者则需要给予相对较长的预告通知期。因此,针对我国用人单位无过失性辞退预告通知的不足,法律可以区别劳动者具体性质的不同而规定不同的预告通知期,另外在一定条件下赋予当事人双方自由约定不低于法定最低期限的预告通知期。

(3) 用人单位过失性辞退制度的完善

首先,明确试用期的“录用条件”的规定。关于试用期的录用条件问题,主要是对“录用条件”的认识不明确,以及实践中对是否符合录用条件的具体认定。这个问题的解决,我们可以采取以下措施:录用条件在招聘时必须予以公示,而且不能任意更改,录用条件公示之后,会产生一定的社会效果,对以后争议的解决具有积极意义;“录用条件”须与劳动者从事的工作有密切联系,而且必须合法合理。当今国外的劳动立法学说和实践也是通过这个“录用条件合理性”来对试用期的劳动者进行保护的,“应对照试用期间之目的,以判断解雇之合理性,设若雇主所持之解雇事由,与劳动力之‘质’的评价(即职业适合性)并无关联(诸如思想、国籍、从事工会活动之经历),则其解雇权之行使属权利滥用,法律上不生效力”。⁸⁵劳动者不符合录用条件应当由用人单位承担举证责任,如果用人单位提供的证据不足以证明劳动者不符合录用条件的,则不能适用试用期解除劳动合同的规定。如果用人单位和劳动者无法就不符合录用条件达成一致,则可以借鉴发达国家的相关做法,发挥仲裁委员会或者人民法院的作用。

其次,完善用人单位即时解除劳动合同的必要程序。《劳动合同法》规定了即时解除劳动合同的情形,却没有规定相关程序。即使在实体上非常完善,但是程序上的不足往往会导致法律效果的大打折扣。我国可以借鉴法国劳动立法的相关规定,在用人单位解雇程序方面作进一步的规定,具体而言,用人单位做出解雇决定必须通过一定民主程序,在做出决定后要向劳动者告知解雇情况、说明解雇理由,并允许劳动者进行相关的陈述和辩解,如果劳动者最终认为用人单位的解雇决定不合法,可向用人单位提出书面申请,要求用人单位重新审查。通过这

⁸⁵刘志鹏:《劳动法理论与判决研究》,元照出版公司2000年版,第56~57页。

样的途径不仅可以给劳动者以必要的申辩权和利益的保护,也有利于监督用人单位的行为,防止其滥用单方解除权,减少劳资矛盾的发生。

2、关于经济补偿金适用范围过广的争议

鉴于目前我国相关制度不完善,经济补偿金适用范围的放宽可以增加对劳动者的保护,减少其他制度不完善对劳动者的不利影响。当然,由于我国经济补偿的适用范围过于宽泛,使经济补偿制度承载了过多的功能,经济补偿的性质变得含混不清,也加重了雇主的负担。从长远看,待我国相关制度完善时,有必要借鉴国际劳工组织及其他国家和地区经济补偿的理念和制度,对我国的经济补偿制度做适当调整,使经济补偿更具合理性和科学性,特别是应与失业保险等制度衔接。

3、关于经济性裁员制度的完善

(1) 区分个别裁员与集体裁员

《劳动合同法》对经济性裁员的规定上相当严格,但实践中仍有漏洞。我国可以借鉴国外立法的一些规定,区分个别裁员和集体裁员,并分别制定不同的裁员程序。另外,可以在每个程序间规定一个具体的不同的期限,个别裁员期限可以缩短,而集体裁员期限可以延长,而非统一规定一个期限。这样就能够兼顾效率和公平,既达到企业裁员的经济目的,又不损害劳动者的合法权益。同时细化个别裁员和集体裁员后,也会避免实践中用人单位多次少量裁减员工以规避劳动合同法经济性裁员规则的现象。

(2) 修改《劳动合同法》第40条和第41条之规定

为避免依据《劳动合同法》第40条第3项的非过错性解除劳动合同和第41条第1款第4项的经济性裁员中对劳动者产生不同的法律效果,可以将第40条第3项纳入第41条,当劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行时,企业解雇劳动者都属于经济性裁员,使劳动者在同样的情况下承受同样的法律后果。

(3) 制定经济性裁员适用最低标准

对于经济性裁员适用于企业的第二种情况,即“生产经营发生重大困难”的具体认定,因各地经济发展水平的不一致,我们认为立法很难制定一个统一的标准认定何为“生产经营发生重大困难”,但立法可以综合全国经济发展水平规定

“重大困难”的最低标准，无论在哪里，任何企业要裁员时，企业“生产经营发生重大困难”的标准均不得低于法律所规定的最低标准，当然，此标准的制定不仅应保护劳动者同时也要兼顾企业的利益，以实现用人单位和劳动者的双赢。

（4）加强工会参与的力度

在我国经济裁员的程序规定中，工会能够起到的作用非常模糊，法律在此方面的规定只是用人单位应当“征求”和“听取”意见，工会有权“要求”重新处理等，但却没有明确工会意见的法律效力。为了真正保护劳动者，体现实质民主和公正，立法必须赋予工会意见一定的法律效力。只有这样，工会的作用才能真正得到体现，工会才有可能真正参与到裁员中去，真正体现立法之目的。

（四）建议同时配套启动《劳动法》、《社会保险法》等相关法律的修改，以适应当前经济发展的需要

我国《劳动法》自 1994 年颁布，至今已有 20 余年，其间未作修改。虽然全国人大常委会制定了劳动合同法、劳动争议调解仲裁法等多项与劳动法配套的法律，但随着时代的发展，劳动关系越来越复杂，《劳动法》已不适应现实的要求。因此应从完善集体协商和集体合同制度、加强劳动仲裁与诉讼程序的衔接、建立劳动安全卫生预防机制等方面修改完善劳动法，以适应新形势下调整劳动关系的需要。

《社会保险法》自 2011 年 7 月出台以来，中国的社会保险发展和改革步伐加快，体系不断健全，社保覆盖范围基本实现制度全覆盖，社保待遇水平逐步提高。但在社保法实施过程中，依然存在配套政策缺位、部分条款操作性差、执行不力以及某些条款不适应新形势等问题。针对社保法现存问题，建议依法加快制定、修改相关法规政策，完善现行规定，增强操作性，适时修改《社会保险法》相关条款；完善社会保险执法监督体系。

【参考文献】

- [1]董保华：《劳动合同法立法的争鸣与思考》，上海人民出版社 2011 年版。
- [2]常凯：《劳动保障与劳资双赢——〈劳动合同法论〉》，中国劳动社会保障出版社 2009 年版。
- [3]徐智华：《劳动合同法研究》，北京大学出版社 2011 年版。
- [4]郑尚元：《劳动法和社会法专论》，法律出版社 2015 年版。
- [5]董保华：《劳动合同研究》，中国劳动社会保障出版社 2005 年版。
- [6]黄程贯：《劳动法》，新学林出版股份有限公司 2015 年第 5 版。
- [7]王梅：《最低工资与中国劳动力市场》，中国经济出版社 2012 年版。
- [8]黄顺春、郑延智：《劳动力成本上升对省域经济竞争力的影响研究——以赣粤闽浙比较为例》，经济科学出版社 2015 年版。
- [9]张本波：《我国劳动力成本变动趋势及影响研究》，中国计划出版社 2009 年版。
- [10]袁纲、范围：《我国劳动合同解除权的体系问题研究》，载《理论界》，2011 年第 7 期。
- [11]冯彦君：《“和谐劳动”的观念塑造与机制调适》，载《社会科学战线》，2015 年第 5 期。
- [12]董保华：《雇佣、劳动立法的历史考量与现实分析》，载《法学》，2016 年第 5 期。

民法典编纂与劳动合同法的立法关系*

战东升

【摘要】中共十八届四中全会明确提出了“编纂民法典”的重大任务。我国在编纂民法典时，应该如何正确处理民法和劳动合同法的立法关系，成为急需明晰的重大疑难问题。我国不宜将劳动合同法纳入民法典，而民法典中则应当规定雇用（雇佣）合同。在雇用合同与劳动合同法的立法模式上，我国可以分“两步走”：先采取“同质说—分别调整模式”，后采取“同质说—统一调整模式”。在“类似劳动者型劳务提供人”的保护问题上，目前可采取“混合调整模式”，即将其纳入雇用合同调整对象的同时，劳动合同法也应逐步扩大其适用范围；将来则宜采取“劳动法调整模式”。

【关键词】民法典；雇用合同；劳动合同；类似劳动者型劳务提供人

2014年10月，中共十八届四中全会在《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中明确提出编纂民法典的重大任务。民法典的编纂对劳动法将产生什么样的影响，尤其是我国民法典编纂过程中应该如何正确处理民法与劳动合同法之间的立法关系，成为摆在我们面前的重要课题。本文旨从我国编纂民法典的背景出发，通过分析民法与劳动合同法之间存在的几个重要问题，期冀在民法典编纂过程中，正确把握民法与劳动合同法之间的立法关系，促进民法典编纂与劳动合同立法共同发展。

本文具体从三个问题展开：第一，如何看待劳动合同法“回归”民法典的问题。众所周知，我国于2007年颁布了《劳动合同法》。在编纂民法典时，有学者主张《劳动合同法》应“回归”民法典，但考虑到劳动合同的特殊性，应将《劳

参评青年优秀论文。

作者简介：战东升，西南政法大学统筹城乡发展制度创新研究中心研究员，西南政法大学经济法学院副教授，法学博士。

劳动合同法》与《合同法》并列作编。⁸⁶但与此相反，也有意见认为，我国不宜将劳动合同法纳入民法典。第二，如何正确处理民法的雇用（雇佣）合同与劳动合同法之间的关系。在《合同法》起草过程中，学界对《合同法》是否应规定雇用合同产生了激烈的争论，但最后通过的《合同法》删除了草案中的“雇用合同”部分。而此次民法典编纂，是否应在民法典中规定雇用这一合同类型，如果规定的话，应如何处理雇用合同与劳动合同法之间的关系，也将成为民法典编纂时的难点和重点问题。第三，在民法典编纂的背景下，如何看待对“类似劳动者型劳务提供人”⁸⁷的保护问题。近些年，包括“类似劳动者型劳务提供人”在内的非典型劳动者的法律保护问题，业已成为劳动法领域的重要课题，但由于我国劳动合同法的适用范围较窄，对其保护情况不容乐观。在民法典编纂背景下，我国对“类似劳动者型劳务提供人”的保护将面临哪些机遇，民法与劳动合同法将分别承担什么样的功能（该问题涉及到对雇用合同立法必要性的判断，与第二个问题密切相关），本文将逐一分析。

一、劳动合同法是否应纳入民法典？

（一）学说争鸣

有民法学者曾撰文主张，我国的《劳动合同法》应向民法典“回归”，即应将《劳动合同法》纳入民法典；该学者所构思的民法典分为九编，将《劳动合同法》独立成编，与《民法通则》、《物权法》、《合同法》、《侵权责任法》等编并列规定。该学者主张劳动合同法回归的主要理由是，“基于劳动合同的私法属性以及从私法角度平衡劳动者与用人单位之间利益的必要性”；另因劳动合同法具有身份性质和人权保障的法理念，不能完全等同于合同法，因此将其独立成编。⁸⁸此外，从比较法来看，亦有相似立法成功之先例。例如，1971年完成修改的《瑞士债法典》在第十章将雇用契约的概念从债法中扬弃而以劳动契约之规定代替。⁹⁰1942年《意大利民法典》采六编构成，与序编“一般原则”、第一编“人与家庭”、第二编“继承”，第三编所有权，第四编“债”以及第六编“权利的保护”并列，在第五编规定了“劳动编”，是迄今为止大陆法系国家唯一独立设置劳动编的民

⁸⁶参见易继明：“历史视域中的私法统一与民法典的未来”，载《中国社会科学》2014年第5期。

⁸⁷关于“类似劳动者型劳务提供人”的概念，可参考本文第三章（一）部分。

⁸⁸参见易继明：《历史视域中的私法统一与民法典的未来》，载《中国社会科学》2014年第5期。

⁹⁰参见黄越钦：“从雇佣契约到劳动契约——瑞士债法第十章修正之意义”，载《政大法学评论》1981年12月。

法典。⁹¹有学者在对《意大利民法典》作了详细考察之后，主张对于我国当下的民法典编纂而言，为妥当安排劳动法与民法之关系，可在重构式民法典编纂中适当整合劳动法相关规范，这样不仅不会弱化劳动法的独立部门地位，也有利于对劳动交换的全面和分类规范。⁹²

与之相反，有民法学者则认为，我国现行劳动法与劳动合同法已对劳动合同形成较为系统的规定，反对将劳动合同法纳入民法典，而仅于民法典中规定雇用合同即可。劳动合同仍留由特别法规定。⁹³此外，也有劳动法学者在梳理我国劳动合同现有的立法体例和大陆法系具有代表性国家劳动合同立法体系的基础上，结合我国的立法现状，从我国劳动关系的特殊性等方面进行了论述，指出我国不宜将劳动合同法纳入民法典。⁹⁴

（二）评析与结论：本文的观点

针对以上两种不同的见解，本文支持“劳动合同法独立于民法典”的观点，而反对将劳动合同法纳入民法典，主要原因在于：

1. 从法律性质、立法目的和立法理念上看，不宜将劳动合同法纳入民法典

我国《劳动合同法》与民法典在法律性质上存在着很大的差异。一般认为，民法典是私法的基本法。如上所述，主张将《劳动合同法》纳入民法典的观点，主要是基于劳动合同的“私法属性”以及从“私法角度”平衡劳动合同双方当事人利益的必要性。但是该观点忽略了一个重要事实，即我国的《劳动合同法》虽在劳动合同的订立、履行、变更、解除或者终止的各个阶段，基本贯彻了私法的意思自治原则，但是该法在劳动合同期限、违约责任、解雇限制、经济补偿等制度上表现出极强的公法性特质。⁹⁵同时，该法还规定了劳动行政部门监督检查事项、其他有关主管部门的监督管理权限和用人单位相关的刑事责任，试图通过行政部门公权力的行使和刑罚来保证该法的实施，这些都与民法典的“私法属性”格格不入。而且，我国《劳动合同法》立法的上位法是《劳动法》而并非《合同法》，其并非完全意义上的合同法，其立法理念和立法目标追求与民法所奉行的合同自由原则相去甚远，而与劳动基准法的精神相契合，因此在我国亦有“新劳

⁹¹ 参见栗瑜、王全兴：“《意大利民法典》劳动编及其启示”，载《法学》2015年第10期。

⁹² 参见栗瑜、王全兴：“《意大利民法典》劳动编及其启示”，载《法学》2015年第10期。

⁹³ 参见中国民法典草案建议稿课题组负责人梁慧星：《中国民法典草案建议稿附理由合同编（上册）》，法律出版社2013年版。

⁹⁴ 参见谢德成：“民法法典化与《劳动合同法》的立法关系”，载《中国劳动》2015年第5期。

⁹⁵ 谢德成：“民法法典化与《劳动合同法》的立法关系”，载《中国劳动》2015年第5期。

动法”之称，⁹⁶这样的法律特质决定了其很难被纳入到民法典之中。⁹⁷

再者，从比较法来看，日本民法与劳动契约法的关系通常被理解为一般法与特别法之关系，即《劳动契约法》在性质上属于民事特别立法。⁹⁸但考虑到其固有的立法目的（《劳动契约法》第1条）及立法理念（同法第3条第1项至3项），因具有较强的政策性立法之特质，在2009年官方开启的民法（债权法）修改过程中，理论上虽也有可能将《劳动契约法》纳入民法典，但考虑到两者之间在立法目的和立法理念上的差异，该方案最终未能实现。⁹⁹

2. 从法律体系上看，不宜将劳动合同法纳入民法典

我国九届全国人大常委会已将社会法与民法商法及其他法律部门并列确定为七大法律部门，而《劳动法》、《劳动合同法》现已成为社会法部门的核心法律，这也是劳动法学界的共识。其次，目前我国调整劳动关系的法律体系主要是以《劳动法》和《劳动合同法》为中心而构建的，劳动关系的法律表现形式主要是劳动合同，其他的劳动法律制度也基本上是围绕着劳动合同关系而展开，劳动合同法适用范围的扩大与缩小，将决定着劳动基准、社会保险以及劳动争议主体范围的扩大与缩小。¹⁰⁰再者，“从劳动行政体系和监督体系上看，劳动监察法律制度、工会监督体系、职工民主管理制度等，也自成对劳动合同的制约体系”。¹⁰¹因此，作为调整劳动合同基本法的《劳动合同法》的变动，对劳动法律体系而言牵一发而动全身，实不宜将其纳入到民法典中。

3. 从立法成本和效率上看，不宜将劳动合同法纳入民法典

从国外的立法例来看，虽也有《意大利民法典》、《瑞士债法典》、《荷兰民法典》将劳动合同纳入民法典的先例，但是我们必须认识到我国在劳动合同的立法定位和立法背景上与国外存在着很大的差异。其中很重要的一点是这些国家在进行民法典编纂时，并不存在像我国《劳动合同法》这样一部对劳动合同的单独立法。

前述主张将劳动合同法纳入民法典的民法学者，其观点受到了《意大利民法典》“保护合同中处于弱者地位的劳动者”之影响进而主张《劳动合同法》向民

⁹⁶王全兴：《劳动法》，法律出版社2007年第3版，第129页。

⁹⁷谢德成：“民法法典化与《劳动合同法》的立法关系”，载《中国劳动》2015年第5期。

⁹⁸[日]荒木尚志、菅野和夫、山川隆一：《詳説 労働契約法》，弘文堂2014年第2版，第13页以下。

⁹⁹[日]荒木尚志、菅野和夫、山川隆一：《詳説 労働契約法》，弘文堂2014年第2版，第253-254页。

¹⁰⁰谢德成：“民法法典化与《劳动合同法》的立法关系”，载《中国劳动》2015年第5期。

¹⁰¹谢德成：“民法法典化与《劳动合同法》的立法关系”，载《中国劳动》2015年第5期。

法典的回归，但并没有具体的提案；¹⁰²而按劳动法学者谢德成教授的观点，如果将《劳动合同法》纳入民法典，有必要依据私法原则和精神对其进行修改，不仅要破除过多的干预，而且需将集体合同移除，但是这将使劳动合同法所蕴含的人身属性保护弱化甚至消失。¹⁰³倘若如此，我们不禁要问，如果是采取这样的立法方式，究竟是在保护劳动者还是在削弱对劳动者的保护，这样的立法意义何在？事实上，如果将大修的《劳动合同法》纳入民法典，不仅要在立法前展开讨论民法典中的劳动合同与劳动基准中的劳动合同的规范重点与分工，还要在民事合同中讨论雇用合同和劳动合同的种属问题以及民法典中的不同规范方式和重点。¹⁰⁴因此，即使理论上存在将劳动合同法纳入民法典的可能性，但考虑到立法的成本和效率问题，实不宜将《劳动合同法》纳入民法典。或许也正是基于这一原因，日本民法学者山本敬三认为，如果其他法律已经对某一合同类型作出了适当调整，就没有必要再将其纳入到民法典。¹⁰⁵但是，如果主张劳动合同“回归”的观点是从完善法律体系的角度考量的话，我们认为仅将劳动合同的定义放入到民法典中倒不失为一个两全其美之法。实际上，国外已有这样的立法例。例如，《葡萄牙民法典》在第二卷债第二编各种合同第八章规定了“劳动合同”，与第九章“提供劳务合同”并列规定。但劳动合同一章仅有两个条文，一个条文是关于劳动合同概念的，另一个规定“劳动合同受特别法例规范”。¹⁰⁶

4. 从立法和修法程序上看，也不宜将劳动合同法纳入民法典

近些年，我国劳动市场形势变化很快，立法者可以根据市场变化及时对法律作出修改。例如，《劳动合同法》自2008年实施以来，就已于2012年对劳务派遣的部分进行了一次修改。¹⁰⁷但反观我国的民事立法，修改得却并不频繁。例如比较典型的是，我国的《民法通则》、《合同法》分别自1987年、1999年颁布以来，从未进行过修改。民法典作为私法的基本法典具有一定的稳定性，其法律修改似乎也要比某一单行劳动法律的修改困难的多。因此，如果从《劳动合同法》修改

¹⁰²文中仅提到，承接并改造2002年的“民法草案”，通过“修复式方法”制定适合我国国情的民法典。对于如何修复《劳动合同法》没有详细的说明。

¹⁰³谢德成：“民法法典化与《劳动合同法》的立法关系”，载《中国劳动》2015年第5期。

¹⁰⁴谢德成：“民法法典化与《劳动合同法》的立法关系”，载《中国劳动》2015年第5期。

¹⁰⁵典型的例子是商法典对海上运输合同已经进行了规定，因而就没有必要将其纳入到民法典。[日]山本敬三：“契約法の改正と典型契約の役割”，载《NBL》別冊第51号。

¹⁰⁶唐晓晴等译：《葡萄牙民法典》，北京大学出版社2009年版，第198页。

¹⁰⁷相关文献可参考程延园：“劳动合同法修改解读：劳务派遣何去何从”，载《人力资源管理》2013年第2期。

的便利性角度来看，也不宜将劳动合同法纳入到民法典。

此外，从比较法来看，日本在债权法修改过程中，反对将《劳动契约法》纳入民法的观点还认为，包括《劳动契约法》在内的大多数劳动法律法规的立法提案，都是在由公益代表者与劳使代表者三方组成的审议会上达成一致意见，再由劳动专业人士对人事管理和劳使关系的实务状况慎重考量之后提出，最后才经国会审议通过，像这样劳动立法程序的优越性是民法所不具备的。¹⁰⁸虽然严格上来说，我国并不存在像日本这样的立法程序，但实际上我国在劳动立法过程中也基本上会遵循这一做法，如果将劳动合同法纳入到民法典中，法律在进行修改时，恐怕会减少劳动法学者和实务界人士的关注度与参与度，这对劳动合同法的修改也是十分不利的。

二、雇用合同与劳动合同法的立法关系

（一）雇用合同的立法现状

我国现行法律和行政法规均未规定雇用合同，但纵观大陆法系的几个有代表性的民法典则基本上都对雇用合同作了规定。例如，《法国民法典》中的雇用合同在立法体系上沿用了罗马法传统，将雇用合同与物的租赁并列规定于租赁合同之中；而1896年的《德国民法典》将其从租赁合同中脱离出来，设专章对其进行了规定，并由此形成了雇用合同立法的典范；1881年的《瑞士债法典》、1898年的《日本民法典》也均对雇用合同设专章进行了规定。¹⁰⁹

我国《合同法》立法过程中，由学者起草并提交全国人大法工委的《合同法（试拟稿）》（1995年1月）在第29章对雇用合同进行了规定。其后的《合同法（征求意见稿）》（1995年5月14日）、《合同法（草案）》（1998年8月20日）也都在分则中对雇用合同作了专章规定，但是在之后的审议过程中却被删除。¹¹⁰民法学家梁慧星先生对此不无遗憾地指出，“我们这样的社会主义国家，人口的绝大多数是体力劳动者和脑力劳动者，他们与雇主（包括企事业单位、国家机关）之间的权利义务关系，靠缔结雇用合同、劳动合同和聘用合同来规定，单靠现行劳动法关于劳动合同的规则是规范不了的，而改革开放以来广大体力劳动者和脑

¹⁰⁸ [日] 荒木尚志、菅野和夫、山川隆一：《詳説 労働契約法》，弘文堂2014年第2版，第253页。

¹⁰⁹ 关于劳动关系的历史变迁、雇用合同和劳动合同的历史演进可参见黄越钦：“从雇佣契约到劳动契约——瑞士债法第十章修正之意义”，载《政大法学评论》1981年12月；刘士豪：《民法典与部门民法的契合以劳动契约（合同）与雇佣契约（合同）的关联为例》，载《劳动、社会与法》2011年5月。

¹¹⁰ 全国人大常委会法制工作委员会民法室编著：《中华人民共和国合同法及其重要草稿介绍》，法律出版社1999年版。

力劳动者的利益未受到应有的保护，各种严重侵害劳动者权益的事件层出不穷，法院受理大量的雇用合同纠纷案件苦于没有具体法律规定作为裁判基准。建议草案在广泛参考各国保护劳动者的立法经验基础上精心设计和拟定的雇用合同一章被删除，是令人惋惜的。”¹¹¹

值得注意的是《合同法》实施后不久，公开出版的几部学者民法典草案建议稿中都对雇用合同设有专章规定。例如，由梁慧星先生任课题组负责人的《中国民法典草案建议稿》，在第4编合同中的第41章（第1150条至1161条）规定了雇用合同；¹¹²王利明教授组织起草的《中国民法典学者建议稿》，在第7编合同第16章（第1483条至1499条）对雇用合同进行了规定；¹¹³徐国栋教授负责起草的《绿色民法典》，在第8分编债法分则第23章（第720条至771条）也对雇佣合同进行了规定。¹¹⁴

由此可以看出，我国民法学者对雇用合同的立法一直非常重视，立法的呼声也很高。但是此次民法典编纂，我们仍不得不面对这样的问题：在我国已经存在《劳动合同法》的情况下，民法典究竟还要不要规定雇用合同？如果规定的话，该如何处理雇用合同与《劳动合同法》之间的立法关系？以下，本文将在依次对雇用合同与劳动合同的法律调整模式、两者之间的关系及可能的立法模式进行分析和评价之后，再回答这两个问题。

（二）雇用合同与劳动合同法的立法模式分析

1. 雇用合同与劳动合同的法律调整模式

从学理上分析，对雇用合同与劳动合同的法律调整，大体上可以分为两种方式。¹¹⁵

第一种方式，将民法的雇用合同与劳动合同区分开来，分别进行规定，可称之为“分别调整模式”。从比较法来看，其典型代表是德国、日本。《德国民法典》在第611条至第630条规定了雇用合同，由于条文数量较少无法满足劳动关系发展

¹¹¹梁慧星：“合同法的成功与不足”，载《中外法学》2000年第1期。

¹¹²中国民法典草案建议稿课题组负责人梁慧星：《中国民法典草案建议稿附理由合同编》（上册），法律出版社2013年版。

¹¹³王利明主编：《中国民法典学者建议稿及立法理由债法总则编·合同编》，中国法制出版社2005年版，475-477页。

¹¹⁴徐国栋主编：《绿色民法民法典》，社会科学文献出版社2004年版。

¹¹⁵许建宇：“雇佣关系的定位及其法律调整模式”，《浙江大学学报》（人文社会科学版）2002年第2期；林嘉：《劳动合同若干问题研究》，《法学家》2003年第6期；赵红梅：《私法社会化与社会法》，中国政法大学出版社2009年版，第35-41页。

的需要，其后德国又通过颁布《非全日制及固定期限劳动合同法》等特别法的方式来应对社会的发展。而《日本民法典》在第623条至第631条规定了雇用合同，《劳动基准法》在第二章第13条至第23条用专章规定劳动合同，其后又于2007年制定了《劳动契约法》。

第二种方式，通过采取从民法典中分离出来的方式，将雇用合同完全纳入劳动（合同）法的调整范围，由劳动（合同）法对雇用合同和劳动合同进行统一调整，可称之为劳动法“统一调整模式”。¹¹⁶从比较法来看，法国基本上可称为该模式的代表。《法国民法典》中关于雇用合同的条文很少，仅以第1710条、1780条加以规范，其它则适用租赁合同的一般规定。1973年，法国将雇用关系法从民法中分离出来，制定了独立的《劳动法典》，该法典共9卷，其中第1卷第2编规定了劳动合同。此外，2009年5月1日，日本民法（债权法）修改研讨委员会（以下简称“研讨委员会”）公布的《债权法修改的基本方针》（以下简称《方针》）也与该模式相同。《方针》主张应将日本现行民法典中的雇用合同规定统一合并到《劳动契约法》，而在民法典中仅保留雇用合同定义的规定。¹¹⁷

对我国而言，由于雇用合同目前尚未由专项法律予以明确规范，因此采用“统一调整说”还意味着这样一种可能：即我国在编纂民法典时，可以采取在民法典中不设雇用合同章的方式，而是将其交由劳动合同法统一调整。

对以上两种不同的法律调整模式，我国在立法时应该做何选择，回答这个问题并非一件易事。加之学界一直在两者的关系问题上存在着究竟是“同质”还是“异质”的争论，让问题变得更加复杂化。

2. 雇用合同与劳动合同之间的关系

关于劳动合同与雇用合同之间的逻辑关系，总体上可以分为“同质说”和“异质说”两类。¹¹⁸

（1）“同质说”

¹¹⁶理论上，还存在“民法统一调整模式”。即将劳动合同纳入民法典的方式，比较法来看，以瑞士为代表，劳动合同完全取代雇用合同，仍然在民法典中规定。参见黄越钦：“从雇佣契约到劳动契约——瑞士债法第十章修正之意义”，载《政大法学评论》1981年12月。但是，因我国《劳动合同法》已对劳动合同进行了单独立法等原因，如前所述，笔者反对将劳动合同法纳入民法典调整的观点，在此不再详述。也有学者认为，“劳动法应从属于民法，为民法所包容。然民法为私法，劳动法则为公法、私法交融之独立的社会法部门，两者无法合为一体，这在学界几成共识”，因此“民法统一调整说”的立论基础明显较为牵强。许建宇：“雇佣关系的定位及其法律调整模式”，《浙江大学学报》（人文社会科学版）2002年第2期。

¹¹⁷[日]民法（債權法）改正検討委員会編：《債權法改正の基本方針》，商事法務2009年版，第389页。

¹¹⁸胡大武：《比较与借鉴：家政工人劳动权益法律保障研究》，中国政法大学出版社2012年版，第122页。

该说认为,劳动关系是由雇佣关系发展和演变而来,两者在性质上是同质的关系。¹¹⁹两者在内涵和外延上完全一致,劳动关系是雇佣关系社会化发展的结果。而雇佣关系仅是劳动关系的原始状态,随着雇佣关系社会化发展进程,雇佣关系将逐渐被劳动关系所取代,但这将是一个渐进的过程,因各个国家社会经济发达的程度而异。¹²⁰而且,雇佣关系完全具有劳动关系的本质特征,¹²¹雇佣关系与劳动关系并没有本质上的区别,逻辑上区分雇佣关系和劳动关系在理论上似无必要,两者之间的差异在理论上只不过称谓不同。¹²²实际上,“雇佣合同与劳动合同应属同一范畴的合同类型,雇佣合同只不过是劳动合同的一种简单、初级的特别形态(简易劳动合同)”¹²³。

(2) “异质说”

大多数民法学者持此学说,该说认为二者具有本质上的区别,具体表现为:①二者的历史不同;②二者受国家干预的程度不同;③合同订立的主体不同;④我国雇佣合同的雇用人主要为自然人,劳动合同不然;⑤合同纠纷的处理方式不同。¹²⁴持此观点的劳动法学者则认为,从雇佣合同到劳动合同体现了传统私法向公法私法交融性的历史跨越,两者之间实际上存在着明显的差异,具体表现在:①产业性和职业性,②从属性、身份属性或单位属性,③目的性或经营性,④组织性和受雇方人数,⑤期限性(安定性)和国家干预性,⑥称谓及其他等诸多方面。¹²⁵同时该学者还指出,近现代劳动法律通过国家公力干预,逐步将传统雇佣合同改造成为劳动合同制度,这种劳动合同渗透着公力干预,使其本身不再仅是当事人双方意思表示的一致,而是将当事人的意思自治与国家公力干预紧密结合在一起的、与私法合同性质有别的新合同。两者在理念上具有本质的区别。¹²⁶由此可见,异质说主张两者区别的主要之处在于历史发展、支撑理念以及由引衍生出来的其他特征等方面。

3. 雇佣合同与劳动合同法的立法模式之分析

¹¹⁹参见姜颖:《劳动合同法论》,法律出版社2006年版,第21-25页。

¹²⁰参见杨晓蓉:“劳动关系与雇佣关系的界定及实务问题探讨”,载《中国劳动》2005年第8期。

¹²¹许建宇:“雇佣关系的定位及其法律调整模式”,载《浙江大学学报》(人文社会科学版)2002年第2期。

¹²²胡大武:《比较与借鉴:家政工人劳动权益法律保障研究》,中国政法大学出版社2012年版,第122页。

¹²³王全兴主编:《劳动法》,高等教育出版社2004年版,第140页(许建宇执笔)。

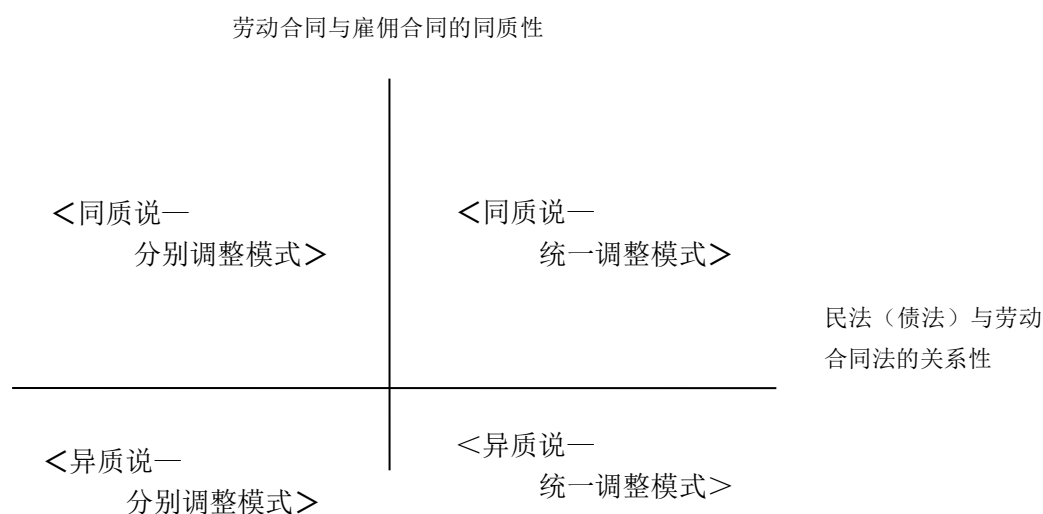
¹²⁴郭明瑞、王轶:《合同法新论·分则》,中国政法大学出版社1997年版,第364-365页。

¹²⁵郑尚元:“雇佣关系调整的法律分界——民法与劳动法调整雇佣类合同关系的制度与理念”,《中国法学》2005年第3期。

¹²⁶郑尚元:“雇佣关系调整的法律分界——民法与劳动法调整雇佣类合同关系的制度与理念”,《中国法学》2005年第3期。

基于以上对雇用合同与劳动合同的关系及法律调整模式的考察,从理论上分析,我国在雇用合同与劳动合同法立法模式的选择上,如图 1 所示,归纳起来至少有以下四种方案。¹²⁷

图 1 “同质说”、“异质说”与“统一调整模式”、“分别调整模式”的关系¹²⁸



第一,采取“同质说—分别调整模式”方案,即认为雇用合同与劳动合同没有本质上的区别;与劳动合同相关的问题由劳动(合同)法调整,与契约法联系密切部分,不应将其与民法、债权法分离,而仍然置于债权法部分;劳动法调整“无能为力”时,由民法之雇用合同和合同法的一般规定进行调整。从比较法来看,典型的立法代表是德国。以德国关于解雇的规定为例,一方面《德国民法典》在雇用合同中设置了解约告知期间、书面性和即时解雇的规定,另一方面又在《解雇保护法》中设置了社会性不当解雇、补偿金请求权、变更解约告知等规定。

第二,采取“同质说—统一调整模式”方案,该方案同样不区分雇用合同与劳动合同,强调与劳动合同相关的问题最终应全部交由劳动(合同)法调整,认为没有必要在民法典中规定雇用合同或者已规定的应将其合并到劳动(合同)法。从比较法来看,日本民法(债权法)修改研讨委员会公布的《方针》采取的就是这一方案。研讨委员会认为,既然雇用合同与劳动合同是同质的,把同一调整对象分别规定在《民法典》与《劳动契约法》两部法律中不够合理,从法律规范的

¹²⁷[日]野田進:“労働契約法と債権法との関係性”,载日本労働法学会編:《日本労働法学会誌 123 号》,法律文化社 2014 年版,第 8-10 页。

¹²⁸本图引自日本劳动法学者野田进教授的论文。[日]野田進:“労働契約法と債権法との関係性”,载日本労働法学会編:《日本労働法学会誌 123 号》,法律文化社 2014 年版,第 9 页。

形成与适用、法律体系的完善以及制定让国民“容易理解的民法典”的观点出发，主张将现行民法典中的雇用合同规定统一合并到《劳动契约法》，在民法典中仅保留雇用合同的定义。¹²⁹

第三，采取“异质说—分别调整模式”方案，该方案认为民法的雇用合同与劳动合同在历史发展和固有理念、国家干预程度等诸多方面存在着差异，应分别由不同的法律调整，即雇用合同属于私法范畴，应由作为债权关系的民法调整，而劳动关系属于劳动法范畴，应由劳动（合同）法调整。¹³⁰例如，在我国，由于《劳动合同法》第2条将其适用范围限定在“企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织”之间，因此实践中个人雇用、农业雇用和家政人员雇用多被认定为民事关系，从而被排除在《劳动合同法》的适用范围之外。司法实务中对这种“二分法”的学说总体上亦持肯定态度。¹³¹

第四，采取“异质说—统一调整模式”方案，该方案认为民法的雇用合同与劳动合同在历史发展和固有理念等方面存在着一定的差异，认为在民法典中没有必要规定雇用合同或者已规定的应将其合并到劳动（合同）法，主张将与劳动契约相关的问题应全部交由劳动（合同）法调整。从比较法来看，法国的立法模式与此相类似。¹³²而在我国，现行《合同法》中并没有规定雇用合同，如果雇用合同无法在民法中找到一席之地，那似乎也存在着一一种可能，即将雇用合同规定在《劳动合同法》，从而扩大现行《劳动合同法》的适用范围由其一并调整。

（三）评析与结论：雇用合同与劳动合同法的立法模式之选择

1. “同质说”抑或“异质说”？

在雇用合同与劳动合同的关系上，本文支持同质说。“劳动法的发展史实质就是法律不断满足劳动关系特殊法律需求的历史。劳动法根植于民法，又超越了民法。”¹³³从历史发展来看，劳动合同确实是由雇用合同发展而来，是雇用关系社会化的结果，不能割裂它们之间的联系。两者在内涵和外延上完全一致，随着

¹²⁹ [日]民法（債權法）改正検討委員会編：《詳解・債權法改正の基本方針V各種の契約（2）》，商事法務2010年版，第243-249页。

¹³⁰ 对于我国雇佣关系与劳动关系两者之间的关系的学说整理，可参见杨晓蓉：“劳动关系与雇佣关系的界定及实务问题探讨”，载《中国劳动》2005年第8期。

¹³¹ 王全兴主编：《劳动法学》，高等教育出版社2004年版，第140页（许建宇执笔）。

¹³² 以法国关于解雇的规定为例，《法国民法典》仅在第1780条设立了以禁止当事人签订无固定期限的规定，与解雇相关的规定，例如人的解雇和经济性解雇、解雇的正当事由、解雇的程序等规定，基本上都规定在了《劳动法典》中。[日]野田進：“労働契約法と債權法との関係性”，载日本労働法学会編：《日本労働法学会誌123号》，法律文化社2014年版，第9页。从这一点上看，我国现阶段的情况与法国相近似。

¹³³ 冯彦君：《民法与劳动法：制度的发展与变迁》，载《社会科学战线》2002年第8期。

雇用关系社会化发展的进程，雇用关系将逐渐被劳动关系所取代。¹³⁴但是，我们也必须清醒地认识到，我国与发达国家有所不同，后者“其社会经济发展早已超越了二元社会结构的束缚，根本不必费心于梳理城乡之间雇用劳动存在的差异。在我国因雇用所产生的社会关系远非西方市场经济发达国家那么简单，所以法律制度的构建必须正视复杂雇用关系调整的现实需要”。¹³⁵

从比较法上看，在雇用合同与劳动合同的关系上，日本学说上也曾有过长期的争论，与我国一样亦存在着“同质说”与“异质说”的争鸣。但是其讨论的进路与我国存在着一定的差异。因为，在日本，异质说与我国同样，也主要是从历史发展和支撑理念等方面强调二者之间的差异，而同质说也予以承认，同质说重点强调两者在“规制对象”上具有一致性，对此，异质说却未能给予很好的反驳，¹³⁶因此在日本目前同质说是通说。¹³⁷总体上来看，尽管两者在理念等方面存在着不同，但其范围基本一致，无论在理论上还是实务上，两个概念在日本是通用的。

¹³⁸

我国《劳动合同法》第2条将其适用范围限定在“企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织”之间，2008年的《劳动合同法实施条例》又扩大到了会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会，但实践中个人雇用、农业雇用和家政人员雇用多被认定为民事关系，从而被排除在劳动合同法的适用范围之外。司法实务中亦表明，目前我国《劳动合同法》的适用范围受到了较大的限制。但是出现这样的局面，正如有的学者所分析的那样，这只不过是立法选择的结果，“立法中被纳入劳动法的雇用关系被视为劳动关系，没有被纳入劳工法的则被视为雇用关系”。¹³⁹“这导致传统民事法律不得不重新考虑对劳动法律没有规范的那些劳动关系给予规范。毕竟，现实的纠纷处理需要相应依据，如果不能成

¹³⁴ 参见姜颖：《劳动合同法论》，法律出版社2006年版，第21-25页；杨晓蓉：“劳动关系与雇佣关系的界定及实务问题探讨”，载《中国劳动》2005年第8期。另外，黄越钦教授将劳动合同的理论划分为租赁劳动时代、团体主义时代、雇佣契约时代、劳动契约时代和资讯社会时代。参见黄越钦：《劳动法新论》，中国政法大学出版社2003年版，第10页。

¹³⁵ 郑尚元：“雇佣关系调整的法律分界——民法与劳动法调整雇佣类合同关系的制度与理念”，《中国法学》2005年第3期。

¹³⁶ 有台湾学者指出，即使是“异质说”之代表本多淳亮也承认：“劳动契约与雇佣契约之不同，几乎仅限于理念层面，两者所规范之对象殆无差别，在实用法学上可以说缺乏区别之实益”。本多淳亮：《労働契約・就業規則論》，一粒社1981年版，第9页，转引自刘志鹏：“论劳动基准法上之‘劳工’（以经理人为检讨重点）”，《台湾社会研究季刊》，1996年11月。

¹³⁷ [日]荒木尚志、菅野和夫、山川隆一：《詳説 労働契約法》，弘文堂2014年第2版，第77页。

¹³⁸ 田思路、贾秀芬：《日本劳动法研究》，中国社会科学出版社2013年版，第103页。

¹³⁹ 胡大武：《比较与借鉴：家政工人劳动权益法律保障研究》，中国政法大学出版社2012年版，第122页。

为劳动法调整范围内的劳动关系，只可能归为其他法律部门的法律关系”。¹⁴⁰

2. “分别调整模式”抑或“统一调整模式”？

在法律的调整模式上，有学者指出，目前我国学界“分别调整模式”为主流观点，而且在我国司法实践中亦被采纳，“分别调整模式”的存在在目前确有其一定的合理性和价值。¹⁴¹但是尽管如此，到目前为止，我国仍然面临着雇用关系无实体法可依的窘境，因此雇用合同在当下仍有其存在之价值，¹⁴²而此次民法典的编纂也为我们提供了难得的立法机遇。

而且，我们也不得不承认，从雇用契约到劳动契约是一种社会化进程，而我国的社会化进程还比较缓慢，加之《劳动合同法》实施后的情况不容乐观，¹⁴³以及当前中国经济下行压力已经异常突出的社会背景下，在现阶段将雇用合同关系全部纳入到《劳动合同法》中还不现实。即使在日本，如前所述，在民法典（债权法）修改过程中，尽管《方针》提出了“统一调整的模式”，但是2015年2月10日日本法务省法制审议会公布的《民法修改纲要》并没有将民法典中的雇用合同规定统一合并到《劳动契约法》，而仅是对雇用合同的个别规定进行了修正。¹⁴⁴目前，仍维持“分别调整模式”。但是，日本的法学者认为这是此次民法典修改的未竟事业，将来应当采取“统一调整模式”。¹⁴⁵

此外，基于雇用关系与劳动关系是同一性质的社会关系，如果人为地割裂二者的联系，将会导致立法上的重复，容易导致当事人理解和法律适用上的混乱，增加当事人的诉求成本，并有可能造成执法上的一定程度的混乱。¹⁴⁶例如，前述德国和日本关于解雇的规制，不仅民法中有相关规定而且劳动法中也有特别的规

¹⁴⁰胡大武：《比较与借鉴：家政工人劳动权益法律保障研究》，中国政法大学出版社2012年版，第122页。

¹⁴¹许建宇：“雇佣关系的定位及其法律调整模式”，载《浙江大学学报》（人文社会科学版）2002年第2期。

¹⁴²郑尚元：“雇佣关系调整的法律分界——民法与劳动法调整雇佣类合同关系的制度与理念”，《中国法学》2005年第3期。

¹⁴³例如，最近一段时间，以财政部部长楼继伟在一系列场合的发言而引发的新一轮关于《劳动合同法》的争论。其发言的主旨是，我国《劳动合同法》对企业的保护严重不足，在很大程度上降低了劳动力市场的流动性和灵活性。相关报道可参见张墨宁：“劳动合同法争议再起”，《南风窗》2016年第6期；邵克：“《劳动合同法》八年是与非”，《民法与法制时报》2016年3月27日，第001版；邵克：“董保华：修改《劳动合同法》须回到《劳动法》上来”，《民法与法制时报》2016年3月27日，第006版；邵克：“常凯：越是经济下行越要保障劳工利益”，《民法与法制时报》2016年3月27日，第006版。

¹⁴⁴[日]“民法（債権関係）の改正に関する要綱案”（平成27年2月10日決定）网址：

<http://www.moj.go.jp/shingil/shingi04900244.html>，最后访问日期：2016年5月1日。

¹⁴⁵[日]野田進：“労働契約法と債権法との関係性”，载日本労働法学会編：《日本労働法学会誌123号》，法律文化社2014年版，第10页。

¹⁴⁶王全兴主编：《劳动法学》，高等教育出版社2004年版，第140页（许建宇执笔）；许建宇：“雇佣关系的定位及其法律调整模式”，载《浙江大学学报》（人文社会科学版）2002年第2期。

定，甚至这些规定相互之间还存在着一定的冲突。¹⁴⁷因此，作为长远的制度性设计，未来应该实现由“分别调整模式”向“统一调整模式”的转变。¹⁴⁸

而且，作为“统一调整模式”，即将雇用合同的调整对象统合于《劳动合同法》，从而扩大现行《劳动合同法》的适用范围由其一并调整，从目前的立法技术上看也具有可行性。例如，我国现行《劳动合同法》在第五章（特别规定）第三节规定了“非全日制用工”，而非全日制用工的劳动者在书面劳动合同的签订、试用期、合同的解除以及经济补偿金的支付等方面，与一般的劳动者均有所不同。因此，对于那些从属性比较弱或者现阶段很难认定为具有从属性的非典型劳动者，亦可作为劳动合同法的规制对象，但同时可针对其特殊性作出特别规定或设置适用除外规定。

3. 结论

基于以上分析，我们认为作为雇用合同与劳动合同法的立法模式选择，可分“两步走”：即在当前民法典编纂的立法背景下，可采取“同质说—分别调整模式”方案；但是作为一种长远的制度性设计，待将来时机成熟之时最终采取“同质说—统一调整模式”方案。

细言之，我们认为雇用合同与劳动合同是同质的，虽然两者之间在历史发展和理念等方面存在一定的差异，但是从法律调整的对象和范围来看，两者并没有本质上的区别；但是雇用关系社会化发展是一个渐进的过程，鉴于目前我国《劳动合同法》的适用范围受到较大的限制，《劳动合同法》实施后不容乐观的现状以及当前中国经济下行压力已经异常突出的社会背景下，将全部雇用合同纳入《劳动合同法》调整还有一定的困难；加之，在我国的实践中，个人雇用、农业雇用和家政人员雇用虽然都被认定为雇用合同，但是我国的法律对其又没有明确予以规范，缺少可适用的规则，在这样的现实状况下，民法典的编纂则为我们提供了难得的立法机遇；因此，在此次民法典编纂中，我们应当在民法典中设专章规定雇用合同（关于雇用合同立法的必要性在下一章三（二）中还将言及）。但是随着我国经济的发展、社会化进程的加速以及《劳动合同法》适用范围的不断扩大，待将来时机成熟之时，可最终采用“同质说—统一调整模式”方案。

¹⁴⁷例如现行《日本民法典》第627条雇主对于无期雇用合同仍采解雇自由原则，但是这一规定已经被《日本劳动合同法》第16条（禁止解雇权滥用原则）规定所修正。相关文献可参见战东升：“日本法上的解雇制度研究”，《民商法论丛》第44卷，第489-554页。

¹⁴⁸许建宇：“雇佣关系的定位及其法律调整模式”，载《浙江大学学报》（人文社会科学版）2002年第2期。

三、民法典编纂与“类似劳动者型劳务提供人”的保护

(一)“类似劳动者型劳务提供人”的概念及其现状

近些年,随着“服务经济化”、信息化社会的飞速发展,企业用工形式也呈现出多样化的特点。企业为了达到降低用工成本的目的,通过与劳动者签订承揽、委托等合同形式来获取劳动力的方式屡见不鲜。这些通过承揽、委托等劳动合同以外的劳务提供合同提供劳务的就业者是否是劳动者,其是否应受到劳动法的保护或者应受到何种保护,近些年成为学者们所关注的重要问题。¹⁴⁹

目前,在我国判断某劳务提供人是否是劳动者时,讨论未直接从“劳动者”的概念入手,而是从认定“劳动关系”着手,即通过双方当事人之间形成的是否为劳动关系判断。¹⁵⁰司法实践中,基本上按照先外观形式到实质标准三步骤裁判案件,即主要资格审查——工资条、工作证等外观审查——从属性的审查路径。¹⁵¹其中,“从属性”业已成为判断是否属于劳动关系的主要标准。对从属性标准的理解,我国目前基本上形成了“人格从属性与经济从属性之复合”的标准,其中又以人格从属性作为主要判断标准,以经济从属性作为辅助判断标准。¹⁵²而且,这种主张已在我国劳动立法中被接受。¹⁵³

事实上,按照上述审查路径和判断标准,很多劳务提供人将陷于难以被认定为劳动者的困境。其原因主要有以下几类情况:第一类,例如有的法院明确将原被告是否符合劳动法的用人单位和劳动者主体资格作为判断是否是劳动关系的主要标准,甚至首要证据。反而,从属性并未成为判断的重要因素。¹⁵⁴第二类,司法实践中,法院多重视人格从属性判断,而忽视对经济从属性的判断。但是人格从属性这一标准,通常仅适合于那些在工厂劳动或从事定型性工作的劳动者,对那些被赋予了较大裁量权的劳动者却并不适用。¹⁵⁵因此,这也导致很多人格从属性较弱的劳务提供人无法被认定为劳动者。第三类,即使是对人格从属性标准

¹⁴⁹国内具有代表性的研究,可参考田思路、贾秀芬:《契约劳动的研究——日本理论与实践》,法律出版社2007年版。

¹⁵⁰吕琳:“劳动法上‘劳动者’概念之研究”,载叶静漪、周长征主编:《社会正义的十年探索:中国与国外劳动法制改革比较研究》,北京大学出版社2007年版,第253页。

¹⁵¹胡大武:《比较与借鉴:家政工人劳动权益法律保障研究》,中国政法大学出版社2012年版,第122页。

¹⁵²吕琳:《论“劳动者”主体界定之标准》,载《法商研究》,2005年第3期;侯玲玲、王全兴:“劳动法上劳动者概念之研究”,载《云南大学学报(法学版)》,2006年第6期。

¹⁵³林嘉主编:《劳动法和社会保障法》,中国人民大学出版社2013年版,第60页。

¹⁵⁴胡大武:《比较与借鉴:家政工人劳动权益法律保障研究》,中国政法大学出版社2012年版,第122页。

¹⁵⁵[日]島田陽一:“雇用類似の労働供給契約と労働法に関する覚書”,载《新時代の労働契約法理論》,信山社2003年版,第27页以下。

的判断,我国目前司法裁判中,重形式而轻实质判断的情况亦不少见。¹⁵⁶第四类,司法实践中,法官基于哪些要素对人格从属性和经济从属性标准进行判断,亦没有明确统一的裁判基准。“同案不同判”的情况,并不少见。例如,在“王某诉上海井胜通讯技术有限公司劳动合同纠纷案”(以下简称为“井胜劳动合同案”)中,一审法院和二审法院在公司支付给王某的费用是否是劳动报酬,王某是否接受公司的管理,是否接受公司的约束等基本事实方面存在着截然相反的判断。¹⁵⁷

但是,上述双方当事人之间的劳务提供合同,大多具有一些共性,即劳务提供者无论在经济层面还是信息方面以及在与雇主的交涉方面都处于弱势地位。像这些劳务提供者与雇主所签订的,虽然并不一定具有“人格从属性”,但对用人单位形成了经济上的依赖,因此类劳务提供合同与劳动合同很类似,我们称之为“类似劳动者型劳务提供合同”,提供劳务一方称之为“类似劳动者型劳务提供者”。¹⁵⁸也有学者称之为“契约劳动者”。¹⁵⁹属于该类型合同的劳务提供者,除了像前述井胜劳动合同案中的隶属于某个单位用自己购买的车辆从事业务的司机之外,还包括证券公司、保险公司的推销员,广播电视台的专属乐队成员,煤气和电力公司的查表员,新闻媒体的文字校对者,石匠、木匠等拥有一定技能者,商品的委托推销员,自由的电脑技术员等。¹⁶⁰

基于以上分析,我们可以发现,现阶段的“从属性”这一标准实质上起到了限定《劳动合同法》适用范围的作用。¹⁶¹目前在我国,实际上“类似劳动者型劳务提供者”很难得到《劳动合同法》的保护。但由于这些劳务提供者与企业所签订的是委托、承揽合同,加之我国目前合同法中没有规定雇用合同,一旦不能被认定为劳动合同,将按民事合同的规定进行处理。这对劳动者的保护是非常不利的。以前述井胜劳动合同案为例,原告王某“带车求职”,以每月6000多元的报

¹⁵⁶ [日] 龔敏:“中国労働法上の「労働者」と「使用者」”,载《労働法律旬報》2012年第1771号。

¹⁵⁷ 该案一审法院认为,公司向王某支付了劳动报酬,同时王某持有公司出入证,双方签订的协议中约定了工作时间、加班管理,上下班接送员工等内容,王某接受公司的管理并以公司员工的身份进行工作,从而认定当事人之间存在劳动关系。但是,二审法院却认为,王某自行承担车辆运营过程中产生的风险责任,公司支付给王某的费用不能认定为劳动报酬,并且工资名册中亦无王某的名字。另外,公司不对王某进行考核管理,王某亦不受井胜公司规章制度的约束,双方关系不具有人身依附、行政隶属等劳动关系的特征,两者之间并未形成职业性的从属关系,从而认定当事人之间不存在劳动关系。最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》2010年第2卷,第54页。

¹⁵⁸ [日] 戦東昇:“役務提供型契約の法規制のあり方に関する比較法の考察”,载《企業法学研究》2015年第3卷第1号。

¹⁵⁹ 田思路、贾秀芬:《契约劳动的研究——日本的理论与实践》,法律出版社2007年版。

¹⁶⁰ 田思路、贾秀芬:《契约劳动的研究——日本的理论与实践》,法律出版社2007年版,第1页以下。

¹⁶¹ [日] 鎌田耕一:“雇用、労働契約と役務提供契約”,载《法律時報》2010年第82卷第11号。

酬在被告井胜公司工作长达5年之久，两者之间的关系最终被二审法院认定为承揽关系。这也意味着在此类劳务提供合同中，即使在合同期限内，用人单位可按承揽、委托合同的解除规定，¹⁶²随时解除与劳务提供人之间的合同关系，而劳务提供人则将面临随时被解除合同的风险，且合同被解除后将无法获得用人单位的经济补偿。

（二）评析与结论：“类似劳动者型劳务提供人”保护的立法模式之选择

从理论上分析，对“类似劳动者型劳务提供人”的保护，总体上可分为“劳动法调整模式”和“民法调整模式”两类。

1. “劳动法调整模式”

国际劳工组织对“隐蔽雇佣关系”——以表面关系掩盖真实的雇佣关系（劳动关系）一直高度关注。虽然，“隐蔽雇佣关系”的概念在我国尚不被熟知，但是其存在的对劳务提供人保护不利等问题，实际上却被我国学界所关注。例如，国内已有观点主张应该通过打击“伪装承揽”、“伪装承包”的方式实现对劳动者的保护，我们应继续深化对“隐蔽雇佣关系”问题的研究。¹⁶³

但是“类似劳动者型劳务提供人”的问题，并不仅仅是“隐蔽雇佣关系”的问题。尤其是随着就业形式的多样化，劳动者与个体经营者之间的界限变得流动并且模糊起来。对该领域中的劳务提供人的保护而言，可有两种应对方式：一是重新调整两者之间的界限，扩大劳动法和劳动合同法的适用范围；二是在作为个体经营的契约劳动者与劳动者之间划分出“第三范畴”，针对该范畴的情况，视情况给予劳动者相同的保护。¹⁶⁴后者比较有代表性的立法例，例如日本的《家内劳动法》和德国对“类似劳动者之人”的保护等。

2. “民法调整模式”

具体可以细分为三种方式：“委托与承揽合同调整模式”，“雇佣合同调整模式”，“服务合同调整模式”。

（1）“委托与承揽合同调整模式”。我国现行的法律调整模式当属此模式。

¹⁶² 《合同法》第268条规定，定作人可以随时解除承揽合同；《合同法》410条规定，合同双方当事人均可随时解除委托合同。关于委托合同解除的研究，还可参见[日]戰東昇：委任契約の任意解除権に関する研究，《九大法学》第102期。

¹⁶³ 国内对“隐蔽雇佣关系”进行较早研究的有董保华教授。董保华：“隐蔽雇佣关系研究”，载《法商研究》2011年第5期。

¹⁶⁴ 田思路、贾秀芬：《契约劳动的研究——日本的理论与实践》，法律出版社2007年版，第3页；战东升：“日本法上的劳动合同性质之探讨”，载刘俊、王中伟主编：《社会法学研究》2014年第1辑，第200页。

如果劳务提供关系不能被认定为劳动关系的话,就只能按现行民事合同的规定进行处理。如前所述,这对劳务提供人的保护十分不利,因此,我们必须对此现状作出改变。

(2)“雇用合同调整模式”。考虑到目前我国《劳动法》和《劳动合同法》的适用范围受到较大限制,难以覆盖到全部“类似劳动者型劳务提供人”的现状,为了对其进行保护,本文认为雇用合同有其存在的自身价值。¹⁶⁵而且,当下的民法典编纂为我们提供了大好的立法机遇,我们应当好好地把握。

但同时我们也应当认识到,目前我国学者所主张的雇用合同的适用范围主要集中在私人雇用、农业雇用、家庭雇用等传统劳务提供领域,¹⁶⁶而对“类似劳动者型劳务提供人”的适用似乎还没有完全意识到。几部学者民法典草案在雇用合同的具体规则的设计方面亦存在着比较大的差异。以前述井胜劳动合同案为例,如果双方当事人之间的合同可按雇用合同处理的话,用人单位在合同期限内解除定期合同时,梁慧星先生的草案和王利明教授的草案两者在制度设计上就存在着明显的差异。前者在 1159 条只规定了提前通知义务,用人单位仍可随时解除合同。¹⁶⁷而后者则在 1494 条规定,“雇用人遇有重大事由,得于合同期限届满以前终止合同。”言外之意,雇主无重大事由不得随意解除合同。并且在 1496 条进一步规定,“因不可归责于受雇人的事由,雇用人终止合同的,应当向受雇人支付解约金”。对于解约金的数额,草案里没有明确规定。但是在“立法理由”里有相关说明,即“有观点指出,受雇人连续提供劳务满 1 年的,解约金应为 1 个月的报酬;连续提供劳务超过 1 年的,每增加 1 年,应增加相当于 1 个月报酬的解约金。”¹⁶⁸如果采用这一观点的话,此处的解约金制度与我国现行《劳动合同法》中的经济补偿金制度十分相似。由此我们可以看出,王利明教授草案中关于雇用合同解除规则的设计,更有利于对“类似劳动者型劳务提供人”的保护。

与罗马法时代相比,我们现在所处的时代已经发生了翻天覆地的变化,在新

¹⁶⁵ [日] 戦東昇:“役務提供型契約の法規制のあり方に関する比較法的考察”,载《企業法學研究》2015 年第 3 卷第 1 号。

¹⁶⁶ 郑尚元:“雇佣关系调整的法律分界——民法与劳动法调整雇佣类合同关系的制度与理念”,《中国法学》2005 年第 3 期。

¹⁶⁷ 中国民法典草案建议稿课题组负责人梁慧星:《中国民法典草案建议稿附理由合同编》(上册),法律出版社 2013 年版,第 569 页。

¹⁶⁸ 王利明主编:《中国民法典学者建议稿及立法理由债法总则编·合同编》,中国法制出版社 2005 年版,475-477 页。

的社会背景下，我们应当重新认识雇用合同所具有的功能和价值。¹⁶⁹因此，本文主张，我们在对雇用合同进行具体制度设计的时候，应将“类似劳动型劳务提供人”考虑在内，对雇用合同的定义、雇主的义务、合同的解除和终止等规则作出合理的设计。

(3)“服务合同调整模式”。有学者建议我国在民法典中应当规定“服务合同”这种类型。¹⁷⁰在我国，由于现行《合同法》没有规定雇用合同，因此主张创设服务合同一般（总则性）规定的学者，对如何处理雇用合同与“类似劳动者型劳务提供合同”之间的关系，态度不一。例如，有学者仅是基于现行《合同法》将服务合同划分为承揽型、委托型和保管型三种，并没有涉及到雇用合同。¹⁷¹而有学者则认为，基于目前雇用合同在我国合同法中属于无名合同，以物的交易为中心构建的合同法总则无法对其适用，主张应使其适用服务合同的相关规则。¹⁷²而本文则认为，由于雇用合同和“类似劳动者型劳务提供合同”的性质比较特殊，如果将其包括在内，将很难构建服务合同的一般规定。因此，应将其排除在外，以消费者型服务（劳务）提供合同为中心构建服务合同的一般规定具有更强的可行性。¹⁷³

基于以上分析，本文认为，为了加强对“类似劳动者型劳务提供人”的保护，在民法典编纂的立法背景下，我们可采取“混合调整模式”，即由“劳动法调整模式”加“雇用合同调整模式”，这符合我国当下社会经济发展的现状。但是今后随着经济的发展，社会化程度的提高和劳动合同法适用范围的扩大，最后可回归“劳动法调整模式”。

¹⁶⁹[日]鎌田耕一：“雇用、労働契約と役務提供契約”，载《法律時報》2010年第82卷第11号。

¹⁷⁰周江洪：“服务合同在我国民法典中的定位及其制度构建”，载《法学》2008年第1期。

¹⁷¹参见周江洪：《服务合同的类型化及服务瑕疵研究》，《中外法学》2008年第5期。

¹⁷²曾祥生：“服务合同：概念、特征与适用范围”，载《湖南社会科学》2012年第6期。

¹⁷³[日]戦東昇：“役務提供型契約の法規制のあり方に関する比較法的考察”，载《企業法研究》2015年第3卷第1号。此外，值得注意的是欧盟共通参考框架草案（DCFR）的重要特征之一，即是特别重视对消费者权益的保护。Christian von Bar and E. Clive (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), vol. II (Oxford: University Press, 2010). [日]半田吉信：《新しい契約類型としてのサービス契約》，小林一俊・岡孝・高須順一编：《債権法の近未来像—下森定先生傘寿記念論文集》，酒井書店2010年版，第378页。但是DCFR的起草者对类似劳动者型服务合同如何进行规制，是否可以适用服务合同一般规定还不明确，对于该问题，今后有必要作进一步研究。此外，这还涉及民法与消费者（合同）法之间的关系这一重要问题，也是此次日本民法（债权法）修改的又一个难点和重点，本文暂不作探讨。国内对该问题的研究文献，可参见谢鸿飞：《民法典与特别民法关系的建构》，《中国社会科学》2013年第2期。

中国《劳动合同法》实施对劳动力市场影响的分析和实证¹⁷⁴

张成刚¹⁷⁵、吴锦宇¹⁷⁶

【摘要】 本文从实证研究的角度，对中国《劳动合同法》实施以来，对中国市场环境的影响进行分析和综述。本文详细讨论了受到社会舆论密切关注的《劳动合同法》对工资水平、对企业人力资本投资和对全要素生产率的影响。通过对已有实证证据的梳理，本文认为《劳动合同法》对上述市场环境结果影响有限。工资水平上升时劳动力市场供需力量变动的结果。企业人力资本投资意愿不足导致的技工不足是劳动关系短期化的结果。而全要素生产率只受到了非常小的负面影响。另一方面，本文综述了被较少关注的《劳动合同法》对就业、社会保障、用工成本等的影响，发现《劳动合同法》的实施对这些方面存在影响。

【关键词】 《劳动合同法》 工资 人力资本投资 全要素生产率

一、引言

近日，对《劳动合同法》是否影响了劳动力市场灵活性，尤其是《劳动合同法》是否导致了工资过快上涨，降低投资意愿以及是否降低了全要素生产率的讨论再次成为社会关注的焦点。国家财政部部长楼继伟在中国经济 50 人论坛 2016 年年会上表示，“现行劳动合同法对企业的保护十分不足，在用工等方面都有体现，降低了中国劳动力市场灵活性，不利于提高全要素生产率，且越来越明显。”

¹⁷⁷。

中国经济进入新常态后，在经济增速下行以及供给侧调结构、去产能的压力下，社会舆论将经济减速矛头指向劳动法领域的一部专门法，这个“板子”打得

¹⁷⁴ 本文受北京市教委科研水平提高经费资助，2015 年浙江省教育厅一般科研项目资助，2016 年浙江省高校人文社会科学重点研究基地浙江工商大学应用经济学研究基地资助，2016 年浙江省总工会、省工运研究会立项研究成果。

¹⁷⁵ 张成刚，男，中国人民大学、美国康奈尔大学联合培养经济学博士，首都经济贸易大学劳动经济学院讲师；研究方向：劳动经济学、人力资源管理。Email: zchengg@163.com

¹⁷⁶ 吴锦宇，男，浙江定海人，意大利摩德纳-雷焦·艾米利亚大学哲学博士（Ph.D，劳动法研究方向）、中国人民大学经济学博士后；浙江工商大学经济学院讲师；研究方向：国际与比较劳动法、法经济学、人力资源与劳动关系管理。Email: freedom110110@qq.com

¹⁷⁷ 《楼继伟：现行劳动合同法不利于提高全要素生产率》，2016 年 02 月 19 日

不可谓不重。从宏观经济增长理论来看,经济增长的来源于劳动要素投入、资本要素投入和全要素生产率。如果按照这样的说法,《劳动合同法》降低了投资意愿和全要素生产率,降低企业人力资本投资,即相当于认为《劳动合同法》同时影响了经济增长的三个来源。可是《劳动合同法》真的对经济增长有这么大的负面影响吗?笔者认为对这些问题的回答应该从实证的角度,而非仅从规范的角度进行回答。

从立法开始直到今天,对《劳动合同法》影响的讨论一直无法明确区分实证性问题和规范性问题。笔者认为,讨论《劳动合同法》的影响以及存在的问题,首先要区分清楚实证性问题和规范性问题。实证性问题是法律从颁布到运行对劳动力市场造成的实际影响;而规范性问题反映了社会的某种价值共识或某种价值期待。不能仅仅依据规范性问题就对法律实行的效果做出判断,比如不能仅仅因为《劳动合同法》保护劳动者,就认为对企业造成了负面的影响,却无法提供实证的证据。这是很多人在讨论《劳动合同法》的影响时所犯的错误。

本文主要从实证角度回答《劳动合同法》对中国劳动力市场造成的影响。由于目前对该部法律的评估和实证研究匮乏,本文详细讨论受普遍关注的劳动力市场三个方面受到的影响:工资水平、人力资本投资和全要素生产率¹⁷⁸。同时对其他几个方面的影响进行了简略的综述。

政策或法律评估的难点在于排除同时期经济环境中其他因素的影响。因此,本文将重点介绍排除了其他影响因素之后的《劳动合同法》对上述三个方面的影响。但不可避免地,一些重要的影响因素可能未被涵盖,还需要进一步的研究予以揭示。

二、《劳动合同法》与工资变动

《劳动合同法》导致劳动者工资水平过快增长是批评《劳动合同法》的声音经常出现的。但是,根据基本的经济学知识,工资水平是由劳动力市场供求力量决定的,即使是在中国——政府对市场仍然存在干预、国有垄断企业仍然占据重要位置、分割仍然严重的劳动力市场中也是如此。法律即使能够对工资产生长期影响,也是通过影响劳动力市场供给和需求所产生的。那么《劳动合同法》能够减少劳动力的供给或增加劳动力的需求或者同时减少供给、增加需求吗?答案显

¹⁷⁸ 这也是楼继伟部长所提到的《劳动合同法》产生负面影响的主要几个方面。

然是否定的。

在社会公众语境中，“《劳动合同法》导致劳动者工资水平过快增长”代表着对《劳动合同法》与工资水平关系的两种理解。一种是认为中国劳动力市场工资水平上升是《劳动合同法》实施带来的结果；另一种是认为《劳动合同法》的实施会导致工资水平上升。区分这两个问题对于理解《劳动合同法》对劳动力市场的影响至关重要。本文在这里将这两种理解区分为两个问题：第一，《劳动合同法》是否是工资水平上升的主要因素？第二，《劳动合同法》的实施是否导致了工资水平上升？即劳动合同签订对工资是否有干预效应？

（一）《劳动合同法》不是推动工资水平上升的主要因素

宏观加总数据提供了《劳动合同法》运行与工资水平变动宏观层面的图景。从工资水平的变动趋势看，中国工资水平快速上涨已经成为近 10 多年来中国劳动力市场的常态。这一点也基本获得了各界的共识。图 1 显示了 2000-2014 年中国城镇单位就业人员平均工资上涨的趋势。

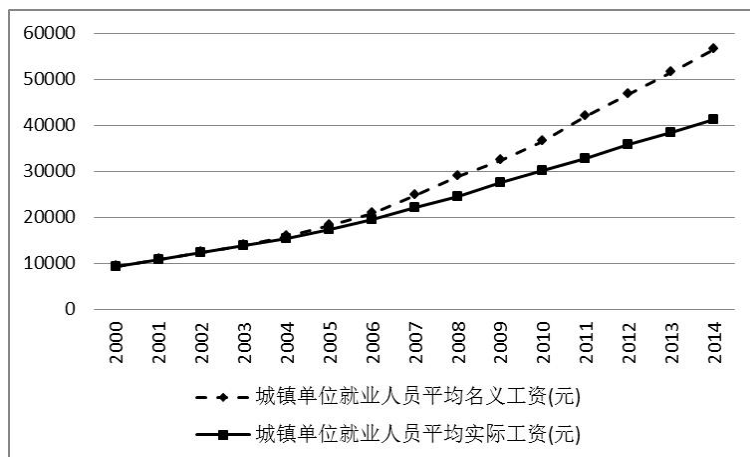


图 1 中国城镇单位就业人员平均工资变动趋势（2000-2014）

从该图可以看出，城镇单位就业人员平均工资水平从 2000 年开始就一直处于上升状态。这 15 年间平均名义工资水平年均增长率为 12.7%，平均实际工资水平年均增长率为 10.4%。值得注意的是，在 2008 年《劳动合同法》实施前 5 年，城镇单位就业人员平均工资增长了 106%；从 2008 年实施后开始，平均实际工资的增长率反而大大下降了，涨幅为 78%。图 2 显示了中国城镇单位就业人员平均实际工资增长率变动情况。从 2005 年至 2008 年，平均实际工资增长率逐年加快。2008 年是一个转折点，平均实际工资增长率开始逐步减速。

如果《劳动合同法》的颁布实施是中国劳动力市场工资水平变动的主要推动

因素，那么我们会观察到 2008 年左右工资增长率的一次跃升。但是从宏观加总数据看，《劳动合同法》并未改变城镇单位就业人员工资水平上升的趋势，这个趋势在《劳动合同法》实施前很长一段时间就已经确立了。这说明《劳动合同法》并非推动工资水平上升的主要因素。推动工资水平上升的根源来自于劳动力市场供给和需求力量的变动。



图 2 中国城镇单位就业人员平均实际工资增长率（2001-2014）

中国的劳动力市场是典型的二元分割的劳动力市场。城镇单位就业人员反映的是包括城镇国有、集体企业在内的劳动力市场的一个方面。劳动力市场的另一个重要群体是 2.74 亿农民工。作为产业工人的主体，该群体工资水平的变化对制造业，尤其是劳动密集型制造业企业经营影响较大，因而受到社会的广泛关注。在“《劳动合同法》导致劳动者工资水平过快增长”的语境中所提到的劳动者，主要是指农民工。因此也有必要对《劳动合同法》与农民工工资水平的变动进行分析。

图 3 反映了中国农民工平均名义工资和平均实际工作水平的变动趋势¹⁷⁹。与城镇单位就业人员平均工资增长趋势基本相似，从 2001 年至 2010 年，农民工工资水平一直处于快速上升的趋势。

¹⁷⁹ 数据来源于卢锋 (2012)

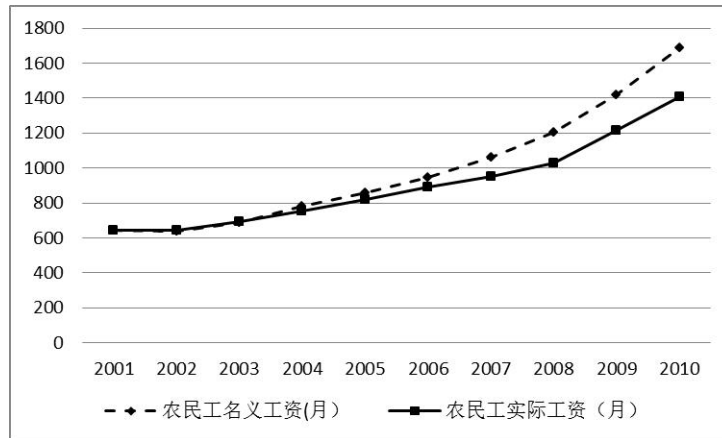


图3 国家统计局农调队的全国农民工工资的调查数据（2001-2010）

图3所显示的从2001至2010年10年间，农民工平均名义工资水平上涨了110.1%，从2001年的644元，上涨到2010年的1690元。平均实际工资水平上涨了108.1%，从2001年644元，上涨到2010年的1407.3元。从增长率看，农民工名义和实际工资都翻了一番。但从绝对数值看，到2010年农民工平均实际工资仅为1407.3元，而同时期的城镇单位就业人员实际月工资为2518.1元，为农民工实际月工资的1.8倍。同年全国月最低工资水平为730元¹⁸⁰。说明最低工资水平即使快速提高，也是跟随着市场平均工资水平变动的。

农民工工资快速上涨的起点要早于城市就业人员，开始于2003年左右。2003年之前，农民工工资长期维持在较低水平。从1995年到2003年，月平均工资只增长了150元左右。2002年，农民工工资仅比上一年上涨了0.38%。一些学者认为，2003年农民工工资水平开始快速上升只是修正了2003年之前多年工资停滞在低水平的状况。农民工工资开始快速上涨伴随着相继而来的民工荒并不是偶然现象。这说明工资上涨的主要原因原因是农民工供给下降，而劳动力需求仍然强劲。深层次的原因是户籍制度导致的城乡分割，使农民工劳动供给曲线呈阶梯状上升（丁守海，2006），只有工资大幅度上升，才能吸引农民进城务工。

但是，值得注意的是，农民工工资水平从2009年开始确实有一个大的跃升。使用国家统计局农调队的全国农民工工资的调查数据看。2008年平均实际工资增长率为7.65%，2009年和2010年的增长率分别达到18.67%和15.56%。图4显示了使用农业部固定观测点数据时农民工平均实际工资和增长率的变动趋势

¹⁸⁰ 数据来源于 Jia (2014)

¹⁸¹。2008年之后农民工工资水平确实出现了快速的增长。对于这一阶段农民工工资快速上涨的原因仍然缺少研究,有的学者认为这是由于大规模刺激计划导致的(白重恩,2016)。但笔者仍然认为2008年后农民工工资的快速上涨是自2003年以来农民工工资水平上涨趋势的延续。

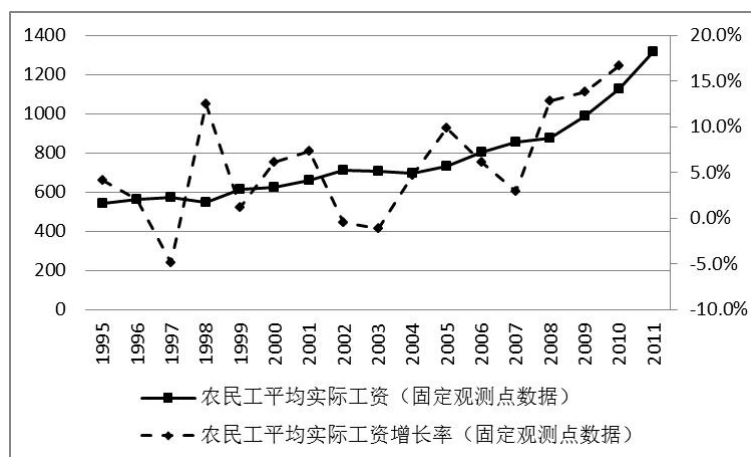


图4 农民工平均实际工资变动趋势(1996-2011,固定观测点数据)

宏观加总数据告诉我们,《劳动合同法》并非中国劳动力市场工资水平上升的主要因素。在《劳动合同法》出台之前,工资水平已经显示出长期增长的趋势。这是由于劳动供需力量转变导致的。那么另一个我们需要明确的问题是,《劳动合同法》的实施是否会导致劳动者工资水平上升?对这个问题的回答需要从微观层面寻找《劳动合同法》实施导致工资上升的因果关系证据。

(二)《劳动合同法》的工资干预效应证据模糊

基于企业或个人微观数据对《劳动合同法》和工资水平的关系进行分析并不容易,因为影响工资水平的微观因素太多,不可能全部排除。大部分研究文献证明签订了劳动合同的劳动者工资水平更高。但这样的结论无法说明是否是由于签订了劳动合同导致了更高的工资水平。现实的情况往往是经济效益好,管理规范的企业一般都会遵照法律,签订劳动合同,而这样的企业中工资水平也更高。因此盲目地根据签订劳动合同同时工资水平更高就认为劳动合同签订导致了工资上升,或认为两者之间存在因果联系并不明智。

现有的研究尽量努力排除其他因素带来的干扰。一些基于微观数据的研究在排除个人影响因素的前提下,证明企业内劳动合同对工资没有显著影响(卿石松、刘明巍,2014;刘林平、张春泥,2007)。作者归纳可能的原因有:第一,虽然

¹⁸¹ 为了获得更长时间的数据,这里使用了农业部固定观测点数据,数据来源于毛学峰,刘靖(2016)。

劳动报酬是劳动合同的必备条款，但劳动合同一般只约定（月）工资总额而不涉及工资增长机制。当存在工资低于最低工资，拖欠、克扣工资，或不付加班费等非法用工情形时，劳动合同员工或许可以通过法律途径维护自己的权益，从而获得比非劳动合同员工高的工资。但在正常用工情况下，并不存在一个明确的机制可以使劳动合同员工获得高于非劳动合同员工的工资。第二，短期（1年期）合同对工资没有影响，只有长期合同才对工资具有显著作用。因此，如果短期劳动合同占多数比例，劳动合同对工资的影响就可能不再显著。但也有研究提出了相反的证据（陈祎、刘阳阳，2010；谌新民、袁建海，2012）：陈祎、刘阳阳（2010）的研究发现劳动合同对收入有显著正向影响。谌新民、袁建海（2012）指出签订劳动合同的新生代农民工工资明显更高。Cui et al.（2008）的研究也指出《劳动合同法》提高了平均工资和平均的非工资薪酬。Cheng et al.（2013）使用匹配倾向值的方法进行测算，发现签订劳动合同的农民工比不签订劳动合同的农民工小时工资要高 12.1%，月工资要高 5.9%；城市工人的工资上升更多，这两种工资分别提高 25.3%和 23.6%。他们的研究控制了个人能力，但是仍然没有控制企业方面的特征。上述研究的特点是都尽量地排除了由于个人因素对工资带来的影响，但是都无法排除企业特征，如企业的盈利能力、利润水平等有可能对工资和劳动合同签订同时产生影响到变量，这也是使用微观的家庭调查数据所不能解决的问题。

综上，从宏观加总数据看，《劳动合同法》并非是工资水平上升的主要因素。而微观数据证明，在控制了个体因素影响的前提下，是否签订劳动合同对工资的干预效应有两种相反的证据，还需要进一步研究提供更多的实证证据。但这至少没有支持《劳动合同法》一定具有对工资的干预效应。更何况劳动合同的签订比率依然不高。

三、《劳动合同法》与企业人力资本投资

有关对《劳动合同法》降低了企业人力资本投资意愿的批评。反对的声音认为，企业需要支付大量的培训成本使非技术员工成为技术员工。正是由于《劳动合同法》对员工保护过度，导致员工可以随时离开企业。那么就会导致企业减少对劳动者职业技能提升的投入。所以目前中高级技师是最为短缺的，与《劳动合同法》是有关的。

首先,从理论上,企业技能培训是人力资本投资行为。人力资本投资划分为:一般性人力资本投资和专用性人力资本投资。专用性人力资本由于只适用于特定企业或特定岗位,如果离开该企业或该岗位,这样的人力资本不能再为员工带来收益,因此员工进行专用性人力资本投资的动力较一般性人力资本投资小。

通过建立相对稳定的劳动关系,从而帮助增加企业对员工特殊人力资本投资的增加,是制定《劳动合同法》时的出发点之一。这样的制度安排符合人力资本投资的理论。也就是说保持稳定的劳动关系,会有利于降低雇主和员工的投资风险,从而使企业和员工增加职业技能培训,不断提高劳动生产率。楼部长所描述的状况,与理论预期相反,那么他所描述的情况符合中国劳动力市场的实践经验吗?答案依然是否定的。

根据雇主-雇员匹配数据的分析,劳动合同对于员工参加职业培训的估计系数是显著的,相较于没有劳动合同的员工,有劳动合同雇员接受培训概率高11.7%(杨涛,2015)。获得长期劳动合同与企业在职培训具有正向关系,因为雇主和雇员劳动关系更稳定,投资风险小。建立长期稳定的劳动关系,不仅是劳动者单方面的需求,也是企业的实际需要。在本课题组调研中发现,浙江的一些民营企业非常愿意与技术工人签订无固定期限劳动合同以保持技术工人队伍的长期稳定。

回到技能工人短缺的问题。该问题的长期存在一方面与我国的技能教育体系有关,另一个很重要的原因就是劳动关系的短期化。据“广东省人力资源十一五规划”课题组在珠三角的一项调查,在70%的企业,两年及两年以下合同工数量占员工总数60%以上;许多企业反映工人流动性过高是企业缺乏培训兴趣的最重要原因(何亦名,2008)。人力资本理论告诉我们,不论是一般培训还是特殊培训,企业对员工进行人力资本投资的先决条件是雇佣关系的稳定,稳定的雇佣关系能够保证企业有足够的时间来回收投资成本。基于人力资本理论的解释,可以认为,企业的雇佣战略和人力资本投资战略是紧密联系的,如果企业与员工签订的劳动合同是短期合同,或者企业与员工建立的雇佣关系不够稳定,那么企业向这些员工提供人力资本投资的可能性就大大降低,相反,企业会投资那些与企业有良好匹配、雇佣关系稳定的员工。如果企业对不同的员工实施了差异化的雇佣战略,那么企业对员工的人力资本投资也必定是差异化的,企业不会进行普遍的、

福利性质的大规模投资，而是有选择性地、有针对性地进行投资。

中国希望未来实现产业升级带动经济发展，尤其是希望实现诸如《中国制造2025》这样的制造业强国梦想，需要一支稳定、高质量的技术工人队伍。如果按照楼部长的想法增加劳动力市场的灵活性，降低对劳动者的保护，那么劳动关系短期化的现象将更为严重，企业为劳动者提供培训的动力将进一步弱化。尽管在短期内可能帮助企业摆脱劳动合同的束缚，但真正损害的是国家长期的发展。

四、《劳动合同法》降低了全要素生产率吗？

《劳动合同法》降低了全要素生产率也是被媒体热炒的一个观点。这个观点中国经济下行阶段极其具有冲击力。我们知道生产率的提升是中国近三十多年来 GDP 增长的重要来源。吴延瑞（2008）的研究表明，全要素生产率的增长可以解释中国经济增长的 27%，这一比例在不同的研究中从 13%到 47%变动¹⁸²。随着中国人口老龄化过程加快，劳动年龄人口及劳动参与率的不断下降，潜在增长率降低将成为必然趋势和常态。在这样的趋势下，生产率提高对于保持和提升现有产出水平的作用将更加重要。因此任何可能加速或阻碍生产率的政策都应受到更多重视。

《劳动合同法》尚未出台之前即成为社会各界争论的焦点。与之前的劳动规制相比该法律进一步限制了用人单位对劳动合同的解除权，增加了解雇补偿金和赔偿金的条款，以及签订无固定期限劳动合同的条款。这些条款增强了对劳动者雇佣保护的水平

雇佣保护也被称为解雇保护、工作保护、工作保障¹⁸³等，是国家对企业的雇佣和解雇进行管制的制度规则。雇佣保护水平上升对全要素生产率的影响有相反的两种理论解释。由于雇佣保护会降低企业解雇与招聘的效率，从而降低劳动力市场的流动性，导致企业无法解雇工资率高于边际生产率的工人，最终会降低企业的生产率；另一方面，雇佣保护会促使企业用资本替代劳动。劳动关系的长期化也会刺激企业和员工增加企业特殊人力资本投资，从而提高生产率水平。经济学在理论和实证层面尚未给出雇佣保护对生产率影响的一致结论。但更多的实证研究证明，在短期内雇佣保护对生产率有负向的影响。

¹⁸² 见吴延瑞（2008）的文献综述

¹⁸³ 在某些经济学文献中称为就业保护，也有称为就业管制，但雇佣保护更符合对雇佣关系持续进行保护的涵义。

《劳动合同法》的出台极大地提高了我国雇佣保护的水平。至此，体制内、体制外两个分割劳动力市场的雇佣保护至少从法律层面上获得了统一¹⁸⁴。从对劳动力市场的影响看，《劳动合同法》改变了过去市场环境中较为自由宽松的解雇程序，从总体上加强了雇佣保护的力度。与《劳动法》相比，《劳动合同法》加大了违法解除劳动合同的处罚力度；尽管《劳动合同法》放宽了部分解雇程序，提高解除合同程序的灵活性，但新增加两种需要支付解雇费的情形，并增加了劳动者可以解除劳动合同且企业要支付经济补偿的企业违法特殊情形的规定；而《劳动合同法》增加的企业必须订立无固定期限劳动合同情形，也使企业用人的灵活性大幅下降。之后，伴随着《劳动合同法》，《就业促进法》、《劳动争议调解和仲裁法》以及配套法规等一系列新的劳动法律的出台，中国劳动力市场总体的雇佣保护水平大幅度上升了（Brown, 2010）。

但是，正如魏建，李俊峰（2010）所指出的“指标所衡量的都是法律规定而不是法律的实际执行情况……现实中真正发挥作用的是法律执行情况而不是法律规定情况。”《劳动合同法》的执行情况会使得法律对劳动力市场的影响大打折扣。

张成刚、李彦敏（2015）使用《世界经济自由度报告》中关于雇佣和解雇自由度指标来推算我国雇佣保护程度¹⁸⁵的变化。他们发现，从总体上看，自1996年后至2008年《劳动合同法》实施前，对私营企业雇佣保护的限制主要由《劳动法》规制，力度较弱；国企的解雇限制逐步放松，直到2003年底彻底实现下岗和失业“并轨”后。这一趋势的影响在图5中反映为我国劳动力市场雇佣保护程度在2004年降到最低值。2008年以劳动合同法为核心的一系列旨在规范劳动力市场运行，为劳动者提供更多保护的法律的出台，雇佣保护水平达到了最高值，之后便不断下降。从中国劳动力市场的实际情况看，出现这种现象的原因可能在于企业出于应对《劳动合同法》的需求，大量使用劳务派遣员工替代正式员工。2009年劳科所与劳务关系司合作开展的劳务派遣专项调查显示，2009年我国共有劳务派遣工人1000万人左右。到2011年，根据全国总工会的调研测算，劳务派遣工人数量增加到3700万人。而劳务派遣员工的雇佣和解雇的严格程度是

¹⁸⁴ 详见张成刚、李彦敏（2015）综述

¹⁸⁵ 关于该指标的说明详见张成刚、李彦敏（2015）综述

远远低于正式员工的（姜颖、杨欣，2011）。总之，图 5 中 2000-2012 年间中国雇佣保护指标大体上与我们的经验观察大体相一致。

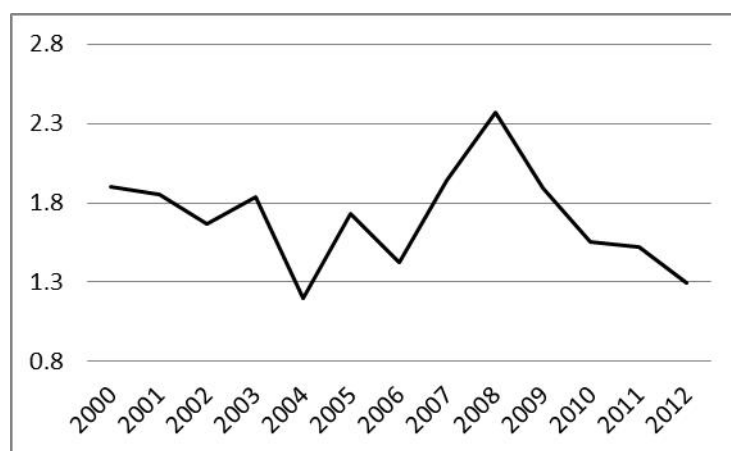


图 5 解雇和雇佣严格度（2000-2011）

从图 5 中可以看出，事实上由于劳务派遣的大量使用、《劳动合同法》执行水平不足、国际金融危机影响等原因，企业经理人员所感知到的对劳动者雇佣保护的程度在 2008 年之后已经大幅度下降了。

即使如此，我们依然想了解《劳动合同法》的实施是否降低了全要素生产率，这也是社会关注的焦点。如上文所述，理论上《劳动合同法》实施后雇佣保护水平上升对全要素生产率有两种相反方向的影响，因此对《劳动合同法》带来全要素生产率如何变动就变成了一个实证性质的问题。需要在中国劳动力市场的特定环境中予以研究。张成刚、李彦敏（2015）利用不同行业解雇成本的差异，以及 2008 年雇佣保护水平的大幅度上升带来的自然实验机会，使用 2003-2012 年共 10 年的面板数据，识别了以《劳动合同法》为代表的雇佣保护对全要素生产率的影响。研究结果显示，雇佣保护指标提高 1 个单位，高自然解雇倾向行业的生产率增长会比低自然解雇行业的低 0.46%。在放入控制变量后，所得到的结果与上述仍然相近。这说明雇佣保护严格程度越高，高自然解雇行业的生产率增长与低解雇行业相比下降，生产率水平低于低解雇行业。但总的来说，雇佣保护变动对生产率水平和增长的影响比较小。

研究结果支持短期内雇佣保护对生产率有负向的影响，这与现有的实证研究相一致雇佣保护水平的提升会降低劳动力市场的灵活性，导致生产率的增速下降。但是，尽管研究结果在统计上是显著的，但是系数值相对较小，说明尽管

雇佣保护对生产率水平和增长幅度存在影响，但是这个影响非常小。

全要素生产率由资源重新配置效率和微观生产效率两个部分构成。资源重新配置效率是通过产业结构调整、升级或者高度化而获得的。例如，劳动力和其他要素从生产率低的产业向生产率高的产业转移，就是部门间资源重新配置的典型形式。在中国经济高速增长期间，资源重新配置对经济增长的贡献甚为显著(蔡昉，2013)。全要素生产率另一部分是微观生产效率。能够提高企业微观生产效率的因素众多，如许多与体制、管理和技术创新相关的因素。从劳动力市场的灵活性和稳定性角度看，提高劳动力市场灵活性可以提升资源重新配置效率；提高劳动力市场稳定性，有利于专业化提升和内部创新，可以帮助提升微观生产效率。

目前发达国家全要素生产率的提升主要是依靠微观生产效率的提高。随着我国劳动年龄人口和资本积累率的下降，资源重新配置效率的边际提升会逐步下降，而微观生产效率才是未来全要素生产率提升的主要来源。因此，《劳动合同法》保持劳动力市场稳定性的出发点对于未来全要素生产率的提高依然是重要的。

五、《劳动合同法》对劳动力市场其他结果的影响

上述的各个市场结果，是社会舆论批评中经常提到的《劳动合同法》产生负面影响的主要方面。笔者认为，除了这些被社会舆论所热议的话题外，《劳动合同法》对下列市场结果的影响同样重要，主要包括《劳动合同法》对就业、对社会保障、对人工成本的影响，以及《劳动合同法》与其他政策的交互作用。早期的一些使用案例的评估类研究中，并不认为《劳动合同法》对上述劳动力市场结果有什么影响或者认为影响非常小(Chan, 2009)。但是最近的一些使用了大量数据进行的评估研究发现，《劳动合同法》的实施还是对这些劳动力市场结果产生了影响。

(一)《劳动合同法》降低了粗放边际和集约边际的就业水平

从经济学理论看，当劳动要素的价格提高，资本对劳动具有要素替代效应。企业在长期就会倾向于用资本替代劳动，从而减少对劳动的需求，降低就业水平。《劳动合同法》的规定带来更高的解雇成本，理论上促使企业在长期使用更多的资本以替代劳动。

实证研究中，刘媛媛、刘斌(2014)的研究发现，在《劳动合同法》实施前后，国有企业都存在机器设备对人工的替代效应，但《劳动合同法》的实施则进

一步加剧了这种替代效应。而民营企业在《劳动合同法》实施之前虽然不存在机器设备对人工的替代效应，但《劳动合同法》的实施不仅使得民营企业也存在机器设备对人工的替代效应，而且其替代效应还远大于国有企业。Cheng et al. (2013)的研究发现，《劳动合同法》的实施每月减少了农民工6%的工作小时数，但对于城市劳动者的工作时间没有影响。

(二)《劳动合同法》扩大了社会保险的覆盖面

Freeman and Li (2013)利用珠三角地区问卷调查数据，发现《劳动合同法》的出台提高了临时员工获签书面劳动合同的比例，并提高了其参加社会保险的覆盖面。其他的研究也提供了相似的证据 (Gao et al., 2012; Gallagher et al., 2013; Wang et al., 2013)。有的研究甚至发现，对于农民工来说，就获得社会保险而言，签订劳动合同比户口的作用更大 (Cheng et al., 2014; Gao et al., 2012)。

《劳动合同法》增加了社会保险费用的覆盖面，使社会保险费用显性化，这是企业人工成本上升的重要组成。Chen (2013)的研究证明签订劳动合同提高了劳动者参与各项社会保险的概率，其中对于农民工而言，失业、养老、工伤和住房公积金的概率分别上升11%、18%、18%和5%；对于城市工人而言，失业、养老、工伤和住房公积金的概率分别上升37%、20%、39%和34%。

(三)《劳动合同法》增加了企业人工成本调整粘性

《劳动合同法》增加了企业人工成本是企业界批评最激烈的话题。就《劳动合同法》对用工成本的影响而言，主要表现在两个方面。一是上文中提到的社会保险成本显性化。在《劳动合同法》颁布之前，许多企业并不为工人缴纳社保。

《劳动合同法》出台后立法效果明显，社会保障缴费率明显上升。为规避法律风险，一些企业补清了法律实施之前的欠缴。

《劳动合同法》对企业的人工成本的另一个影响表现为对人工成本调整的影响，即存在人工成本粘性效应。成本与业务量之间存在非对称性变化，当业务量减少1%时成本减少的比例小于业务量增加1%时成本增加的比例，即业务量减少时成本降低的难度加大，亦即所谓的成本“粘性”特征。《劳动合同法》实施增加了解雇成本。当企业业务量下降时，不能够根据需求对雇佣量和员工工资进行任意调整，人工成本粘性问题由此产生。已有的研究证明 (刘媛媛、刘斌，2014)，

《劳动合同法》的实施存在人工成本粘性，加剧企业人工成本粘性 0.142%。如果将人工成本粘性分解为用工粘性和薪酬粘性来看，《劳动合同法》实施加剧了民营企业用工粘性 0.271%，加剧了全部企业薪酬粘性的 0.144%。用工粘性的存在说明《劳动合同法》实施后，当企业业务量下降时，减员的难度很大，这一效果在民营企业中更为明显。薪酬粘性的存在说明《劳动合同法》实施后，企业业务量下降时，降薪的难度也很大。

（四）《劳动合同法》与其他劳动力市场政策的交互效应

各类劳动力市场政策对劳动力市场结果的影响不仅取决于政策本身，还取决于外部监管环境，当监管环境强化到一定程度时，这些政策对劳动力市场的冲击就会扩大。劳动合同是劳资双方建立劳动关系的法律凭据，是大多数劳动力市场政策发挥作用的前提。在签订劳动合同，遵守劳动合同所约定的劳动关系的前提下，企业再违反其他劳动力市场政策要求会导致更高的违法成本。因此，在遵守《劳动合同法》的前提下，其他劳动力市场政策的政策效果就可能会更大。丁守海 (2010)的研究讨论了《劳动合同法》和最低工资政策的交互作用下，最低工资政策对就业的影响。他的研究发现，《劳动合同法》的出台对最低工资制度的执行起到强化作用，并使监管环境变得更为严格，造成 2008 年最低工资管制对农民工的就业冲击明显大于 2007 年。

五、结论

从实证角度思考《劳动合同法》实施过程中出现的问题，更容易凝聚和形成共识，为规范性问题的讨论提供判断基础。本文从实证角度讨论了社会各界关心的与《劳动合同法》相关的实证问题：《劳动合同法》是否导致工资水平过快增长？《劳动合同法》是否降低了企业人力资本投资的意愿？《劳动合同法》是否降低了全要素生产率？依据相关数据分析结果和现有研究结论，笔者认为《劳动合同法》对上述劳动力市场结果影响有限。工资水平上升时劳动力市场供需力量变动的结果，深层次的问题是户籍制度产生的城乡分割。由于企业人力资本投资意愿不足导致的技工不足是劳动关系短期化的结果，深层次的原因与我国现有产业结构、城乡分割等都有关系。全要素生产率受到以《劳动合同法》为主的相关法律的影响非常微小。这种程度的影响比起其他制度性因素带来的影响，比如政

府主导的投资结构不平衡带来的资源错配或国有企业垄断或受行政保护等，几乎可以忽略不计¹⁸⁶。

本文也讨论《劳动合同法》在其他的方面带来的影响，这些方面可能并非是社会舆论争论的焦点，但却是政策制定者在进一步完善法律制定或法律执行中必须考虑的问题，比如《劳动合同法》实施降低了粗放边际和集约边际的就业水平，扩大了社会保障缴费覆盖面，增加了用工成本粘性等。同时，《劳动合同法》强化了最低工资管制的影响。这些结果可能更应该引起政策制定者的注意。

企业界反映的用工成本上升、三期保护过度、解雇成本过高等问题，或者与其他的制度设定相关——比如用工成本上升很大一部分是由于社会保险费用过高导致的，《劳动合同法》只是起到了强制企业补足欠缴的作用，或者是与企业对法律的适应相关——企业内部规章制度不完善，或者是与法律部分条款，比如对劳动者分层保护的问题没有充分体现等等。但是如果把经济下行的压力归咎于这一部法律，未免太高估了这部的法律的作用，而低估了中国市场环境其他亟待改革的方方面面。

法律是规范社会中人的行为规范和评价标准，其作用的本质在于给予人们合理的预期和激励。法律的价值不是纯粹以它的形式的法律结构来判断，最终必须按照它在实现其目标方面的成功来评价（柯华庆，2008）。《劳动合同法》的实施，大幅度提高了书面劳动合同的签订率，改善了劳动者的福利，倒逼企业提升人力资源管理水平，这些都有利于形成更加稳定的劳资关系。从这个意义上讲，《劳动合同法》达成了其立法目标。《劳动合同法》实施中出现的一些新问题、经济社会环境变化对劳动合同规范新的要求、《劳动合同法》本身存在的一些技术性瑕疵等都要求对该部法律进行进一步的修订完善。但技术层面的修订不应该影响《劳动合同法》保障劳动者权益的立法目标，更不应该以经济形势好坏作为法律修订的出发点。

中国经济发展到今天，劳动年龄人口和资本积累率的下降使潜在增长率下降成为常态，而长期以来积累下来的产能过剩、财政金融风险加大和资源环境承载能力减弱等几个因素的叠加，都使得经济不可能再维持此前的高速增长。中国过去30年以压低劳动力成本、漠视劳动者权益及发展要求的增长模式已经到了转

¹⁸⁶盖庆恩等（2015）的研究表明，如果资本市场扭曲得到改善，全要素生产率可以提高57.79%；如果劳动力市场扭曲得到改善，可以提高33.12%。

变点，必须要进行重大的结构调整。如果未来要走依靠产业结构升级、依靠创新驱动发展的道路，稳定的劳动关系对于形成一支高质量、高效率的劳动者队伍至关重要。《劳动合同法》的修订不应将保护劳动者的立法宗旨扭转为保护企业的商业利益。如果修法的目标是去除对劳动者的保护，由此会导致劳动关系进一步短期化，加剧劳动者技能短缺，损害劳动者作为“人”之根本权利，阻碍中国世界产业链条中向上攀登的步伐。

【参考文献】

- (1) 白重恩：《对一些经济反常现象应理性分析》，《北京日报》，2016年2月1日。
- (2) 蔡昉：《中国经济增长如何转向全要素生产率驱动型》，《中国社会科学》2013年第1期。
- (3) 陈祎、刘阳阳：《劳动合同对于进城务工人员收入影响的有效性分析》，《经济学：季刊》2010年第9期
- (4) 丁守海：《农民工工资与农村劳动力转移：一项实证分析》，《中国农村经济》2006年第4期。
- (5) 丁守海：《“最低工资管制的就业效应分析——兼论《劳动合同法》的交互影响》，《中国社会科学》2010年第1期。
- (6) 盖庆恩、朱喜、程名望、史清华：《要素市场扭曲、垄断势力与全要素生产率》，《经济研究》2015年5期。
- (7) 何亦名：《技能型人才短缺的原因与治理：基于珠三角的分析》，《经济问题探索》2008年第1期。
- (8) 姜颖、杨欣：《论劳务派遣中劳动者权益保障——基于“劳动合同法调研问卷”的实证分析》，《国家行政学院学报》2011年第2期。
- (9) 柯华庆：《科斯命题的博弈特征与法律实效主义》，《中山大学学报：社会科学版》2008年482期。
- (10) 刘林平、张春泥：《农民工工资：人力资本、社会资本、企业制度还是社

会环境?——珠江三角洲农民工工资的决定模型》，《社会学研究》2007年第6期。

(11) 刘媛媛、刘斌：《劳动保护、成本粘性与企业应对》，《经济研究》2014年第5期。

(12) 卢锋：《中国农民工工资走势:1979—2010》，《中国社会科学》2012年第7期。

(13) 毛学峰、刘靖：《中国农民工工资:概念澄清与数据核准》，《北京社会科学》2016年第1期。

(14) 卿石松、刘明巍：《劳动合同和工会的权益保护作用——基于cgss2008的经验分析》，《社会学评论》2014年第1期。

(15) 魏建、李俊峰：《与就业水平关系研究进展》，《经济学动态》，2010年第11期。

(16) 吴延瑞：《生产率对中国经济增长的贡献:新的估计》，《经济学（季刊）》，2008年第3期。

(17) 杨涛：《企业在职培训对雇员工资的影响——来自中国雇主雇员匹配数据的证据》，2015年，中国人民大学硕士论文。

(18) 张成刚、李彦敏：《雇佣保护会降低生产率吗?——基于行业数据的实证分析》，《经济学动态》2015年12期。

(19) 谌新民、袁建海：《新生代农民工就业稳定性的工资效应研究——以东莞市为例》，《华南师范大学学报:社会科学版》2012年第5期。

(20) Brown, R. C. *Understanding labor and employment law in China*, Cambridge University Press, 2010.

(21) Chan, J. “Meaningful Progress or Illusory Reform? Analysing China's Labour Contract Law”, *New Labor Forum*, 18(2), (2009), 43-51.

(22) Cheng, Z., Nielsen, I., & Smyth, R. “Access to social insurance in urban China: A comparative study of rural-urban and urban-urban migrants in Beijing”, *Habitat International*, 41, (2014), 243-252.

(23) Cheng, Z., Smyth, R., & Guo, F. “The impact of China's new Labour Contract Law on socioeconomic outcomes for migrant and urban workers”, *human*

relations, 68(3), (2015),329-352.

- (24) Cui, F., Ge, Y., & Jing, F. “The effects of the Labor Contract Law on the Chinese labor market”, *Journal of Empirical Legal Studies*, 10(3), (2013),462-483.
- (25) Freeman, R. B., & Li, X. “*How Does China's New Labor Contract Law Affect Floating Workers?*” (No. w19254). (2013), National Bureau of Economic Research.
- (26) Gallagher, M., Giles, J., Park, A., & Wang, M. “China’s 2008 Labor Contract Law: Implementation and implications for China’s workers”, *Human Relations*, (2014).
- (27) Gao, Q., Yang, S., & Li, S. “Labor contracts and social insurance participation among migrant workers in China”, *China Economic Review*,23(4), (2012),1195-1205.
- (28) Jia, P. “Employment and working hour effects of minimum wage increase: evidence from china”, *China & World Economy*, 22(2), (2014), 61–80.
- (29) Wang, H., Guo, F., & Cheng, Z. “Discrimination in Migrant Workers' Welfare Entitlements and Benefits in Urban Labour Market: Findings from a Four - City Study in China”, *Population, Space and Place*, 21(2), (2015),124-139.

从人工成本变化看劳动合同法实施与修改

——基于上海人工成本调查数据的实证分析

周国良

最近各方热议劳动合同法修改。专家学者在劳动合同法是否损害劳动力市场灵活性、是否大幅度增加企业成本等方面各执一词。劳动合同法大幅增加企业用工成本，导致企业破产、外资弃厂而逃的言论时有发生，甚至于有观点认为取缔该法，中国的经济才有可为。那么，劳动合同法实施以来究竟增加了多少用工成本，对用人单位经营究竟产生了什么影响。劳动合同法是否导致人工成本大幅度上升？劳动合同法是否导致制造业的倒闭潮？劳动合同法是否导致“铁饭碗”、解雇成本及摩擦成本的大幅度上升？劳动合同法是否损害了劳动力市场的流动性和灵活性？劳动合同法是否需要微型企业进行差别化适用或者豁免？本文试图以2001年-2014年期间上海市人工成本抽样调查的人工成本数据¹⁸⁷为样本，实证分析上述问题。之所以采用2001年-2014年，跨度达14年的数据为分析对象，主要是希望通过较长期间的数据，减少行业、经济波动等其他因素的影响，更加客观理性地反映出劳动合同法施行的状况¹⁸⁸。

一、人工成本增长及行业影响

劳动合同法实施以后是否出现了从业人员人工成本的大幅度上升呢？人工成本增长在行业间呈现什么样的差异性呢？分析表明：

劳动合同法实施以后，虽然从业人员人工成本增长速度加快，但没有呈现显著变化；劳动合同法实施前后相比，增长速度仅提高了1.54个百分点。2014年上海市用人单位从业人员人均人工成本为152537元，与2007年相比增加了

187 本文数据除特别注明外，均来源于2002年-2015年期间各年的上海市人力资源和社会保障局、原上海市劳动和社会保障局、原上海市劳动局《上海劳动力市场（部分职位）工资指导价位》。原上海市劳动局于1997年在全国率先发布劳动力市场职位工资指导价位，主要包括“职位工资指导价位”、“企业人工成本参考水平”等内容。其中的“企业人工成本参考水平”均是在大量调查的情况下取得的。比如：2001年调查样本2850户，从业人员109.89万人；2007年调查样本为6571户用人单位，从业人员153.09万人，其中：制造业企业3061户，从业人员75.01万；2008年调查样本为6210户用人单位，从业人员154.81万人，其中：制造业企业2578户，从业人员72.55万……2013年调查样本为2517户用人单位，从业人员135.74万人；2014年调查样本为2539户用人单位，从业人员139.61万人。

188 2009年，笔者曾写过《〈劳动合同法〉影响用工成本实证测算》、《从企业用工成本变化看〈劳动合同法〉的影响》两篇论文，分别发表于《中国劳动》2009年第7期、第11期。然而，很遗憾地看到，相关结论仍然争论不休，主观“臆断”仍然屡见不鲜。此外，上述两篇文章研究的数据时间跨度较短，可能存在相当大的误差。故，写了本文。

1.13 倍,似乎劳动合同法的实施,导致人工成本快速增长且已属于相当高的水平。然而,横向比较:2001 年-2014 年期间上海市用人单位从业人员人均人工成本的年均增长为 10.93%,其中:2001 年-2007 年期间的年均增长为 10.34%,2008 年-2014 年期间的年均增长为 11.88%。

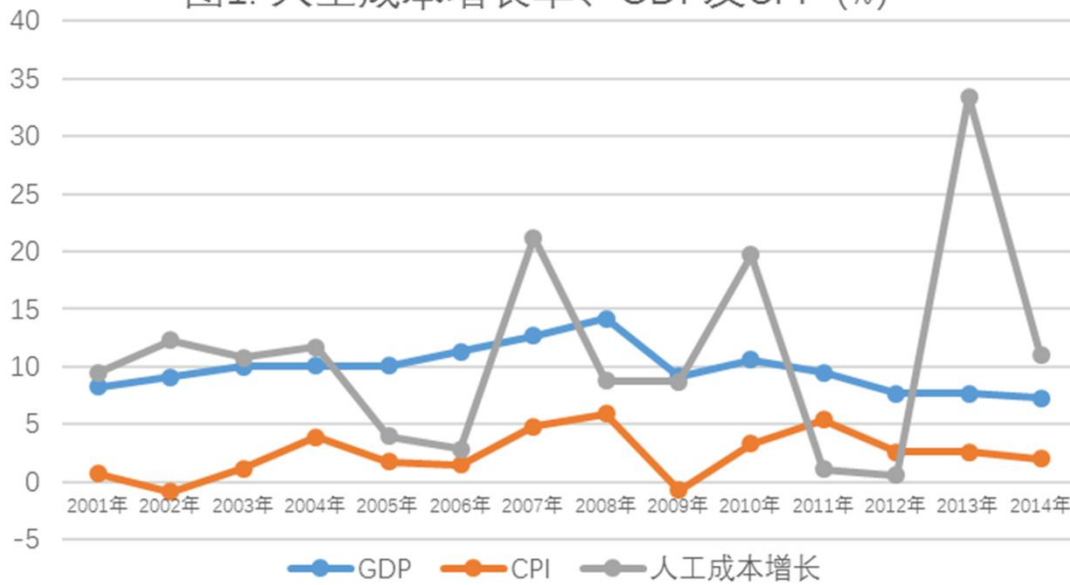
从业人员人工成本实际年均增长率仍然低于 GDP 的增长率,劳动者报酬占 GDP 的比重仍然偏低。2001 年-2014 年期间 GDP 及 CPI 的年均增长率分别为 9.83%和 2.42%,其中:2001 年-2007 年期间 GDP 及 CPI 的年均增长率分别为 10.22%和 1.86%,2008 年-2014 年期间 GDP 及 CPI 的年均增长率分别为 9.43%和 2.99%。由此可以看出,虽然用人单位从业人员人均人工成本增长率超过了 GDP 的增长率,其中,2001 年-2007 年期间高出 0.12 个百分点,2008 年-2014 年期间高出 2.45 个百分点,劳动合同法实施以后,呈现出从业人员人工成本增长速度高于 GDP 增长速度的态势。然而,GDP 以不变价格计算,考虑 CPI 的增长,从业人员人工成本实际年增长率仍然低于 GDP 的增长率,这也导致 GDP 中劳动报酬所占的比重一直没有得到有效的提高。全国的数据也是如此。根据国家统计局农民工监测调查报告,2008 年-2014 年农民工月平均工资由 1340 元增加到了 2864 元,6 年间翻了一番,略高于同期 GDP 增长速度,然而,扣除物价涨幅,农民工工资实际增幅仍低于 GDP 增速。据研究:“我国劳动者报酬比重逐年下降,2003 年以前一直在 50%以上,到 2006 年降至 40.6%,与之对应的企业利润则在上升,资本回报占国民收入的比重,由以前的 20%左右上涨到 30.6%。”¹⁸⁹从国际比较看,欧盟 27 个国家在 2007 年为 57.1%、美国在 2006 年为 51.6%,2007 年大致相当;而中国 2007 年只有 35.1%。劳动合同法实施以后,劳动者报酬占 GDP 的比重仍然偏低且呈现出下降趋势,2011 年为 44.9%,到 2013 年,我国经济总量居世界第二,劳动报酬占 GDP 的比重仅为 39.74%¹⁹⁰。2014 年居民人均可支配收入占 GDP 的比重为 43%¹⁹¹。

189 中国社科院发布 2008 年度《社会蓝皮书》。

190 中国社科学院《社会蓝皮书:2013 年中国社会形势分析与预测》。

191 《羊城晚报》2016 年 1 月 16 日。

图1. 人工成本增长率、GDP及CPI (%)



那么，劳动合同法实施以来的从业人员人工成本增长是否体现行业差异，是否对各方重点关注的制造业带来了重大的影响呢？分析表明，从业人员人工成本的确体现了一定的行业差异，且行业间收入差距扩大趋势更加突出，但制造业相对稳定。这也可以说，劳动合同法实施并未有效发挥出缩小第一次分配的差异的效用。制造业从业人员人工成本则与全行业从业人员人工成本的数值相对接近，2001年-2014年期间制造业从业人员人工成本与全行业平均相比一直在83.22%-112.97%期间波动，其中：2006年为最低，2011年为最高，2014年则相当于全行业的97.35%。不考虑农林牧渔业，2001年以来，行业间人工成本差异已从不到2:1逐步增加到目前的4.5:1左右，在2001年-2014年期间呈现稳步扩大的态势。以2014年为例，从业人员人工成本最高的三个行业为金融业，科学研究、技术服务和地质勘查业，电力、燃气及水的生成和供应业（相关数据详见附表1，下略），分别相当于平均水平的2.11、1.71、1.63倍；人工成本最低的三个行业为居民服务和其他服务业，农、林、牧、渔业，房地产业，分别相当于平均水平的0.45、0.46、0.47倍，也就是说人工成本最高的行业与人工成本最低的行业相比，相当于4.66:1。由此，也可以看出“垄断性”行业体现出了人工成本的高增长，而市场竞争度高的行业的人工成本增长相对滞后；底层、低收入劳动者的工资增长进一步“被增长”。

2001年-2014年期间，制造业年均增长为10.46%，尚低于全行业增长近0.5个百分点，劳动合同法施行并未带来制造业人工成本的大幅度上升。此外，人

工成本变化体现出一定的周期性与行业性。分行业与时间周期看。一是 2001 年-2014 年期间年均增长最高的前三个行业分别为科学研究、技术服务和地质勘查业，金融业，文化、体育和娱乐业，分别增长 14.90%、14.54%和 12.93%，年均增长最低的两个行业分别为，房地产业，租赁和商务服务业，居民服务和其他服务业，分别为 6.17%、5.74%、4.81%。二是 2008 年-2014 年期间，增长最高的三个行业为住宿和餐饮业，制造业，农、林、牧、渔业，分别为 14.54%、14.03%、11.90%，增长最低的两个行业为租赁和商务服务业，房地产业，金融业，分别为 1.65%、2.22%、6.49%。三是 2001 年-2007 年期间，增长最高的三个行业为金融业，科学研究、技术服务和地质勘查业，文化、体育和娱乐业，分别为 23.64%、20.00%、15.59%；增长最低的两个行业为住宿和餐饮业，居民服务和其他服务业，房地产业，分别为 1.26%、3.53%、4.58%。四是 2008 年-2014 年期间年均增长率与 2001-2007 年期间年均增长率相比，前后体现出较大的增长率变动，其中：增长率出现正向上升最高的三个行业为住宿和餐饮业，交通运输、仓储和邮政业，制造业，分别为 13.28、4.93、4.75 个百分点；增长率出现反向降低的三个行业为金融业，租赁和商务服务业，科学研究、技术服务和地质勘查业，分别为-17.14、-10.58、-9.81 个百分点。由此可以看出，行业人工成本变化体现了一定的周期性，2008 年-2014 年期间，制造业，住宿和餐饮业人工成本的快速增长可以看作 2001 年-2007 年期间滞后的恢复性增长，属于对历史欠账的补偿；以此相对应，金融业，科学研究、技术服务和地质勘查业则属于人工成本的提前增长。

二、人工成本的投入和产出效益

应该说，相对成本而言，用人单位更关心人工成本增长对企业利润的侵蚀。人工成本变化对企业利润的影响反应为人工成本的利润率，即百元人工成本利润。分析表明：

人工成本增长不仅没有侵蚀利润，而且伴随着利润的增加，劳动合同法实施以来，仍然呈现人工成本和投入产出效益同向增长态势。2014 年与 2007 年相比，百元人工成本利润没有降低，反而增加了 42 元，增加幅度高达 23.6%；2008-2014 年期间百元人工成本利润为 160 元，2001 年-2007 年期间为 155 元。也就是说，劳动合同法实施以来，不仅没有出现百元人工成本利润的下降——人工成本的上升并未带来人工所创造利润的下降，相反表现出人工成本投入和产出效益呈同向增长态势，并且产出效益的增长速度要快于投入的增长速度。这体现

出“加薪有助于提高生产率”的有趣现象。应该说，新古典经济学、内生增长理论等就强调高薪的意义；新凯恩斯主义的效率工资理论进一步指出了效率工资的作用机理（Leonard，1987；Shapiro and Stiglitz.1984；Akerlof，1982）；Madsen 等检验 22 个 OECD 国家的制造业数据也发现，加薪显著促进劳动生产率和资本生产率的提高。此外，Shin 研究证明美国工资的顺周期（工资与就业、产出正相关）；Hart 根据英国 1975-2001 年的数据，证明真实工资强顺周期；Anger 对德国的研究也证实强顺周期，效率工资下降 1.7%，则失业率上升 1 个百分点¹⁹²。人工成本（工资总额）是与经济发展同步增长的，而且是能够超过利润增长的。这也是资本与劳动、用人单位与劳动者共同把“蛋糕”做大的过程，资本与劳动、用人单位与劳动者之间的关系并不是如何瓜分当前利益的问题。

制造业中，百元人工成本利润不仅没有降低，而且有所增加，劳动合同法实施导致制造业经营困难，大量亏损倒闭的观点，至少在上海，可以说属于无稽之谈。2014 年与 2007 年相比，制造业百元人工成本利润从 148 元增加到了 152 元；2008 年-2014 年期间平均百元人工成本利润与 2001 年-2007 年期间平均相比，从 125 元增加到了 168 元（相关数据详见附表 2，下略）。

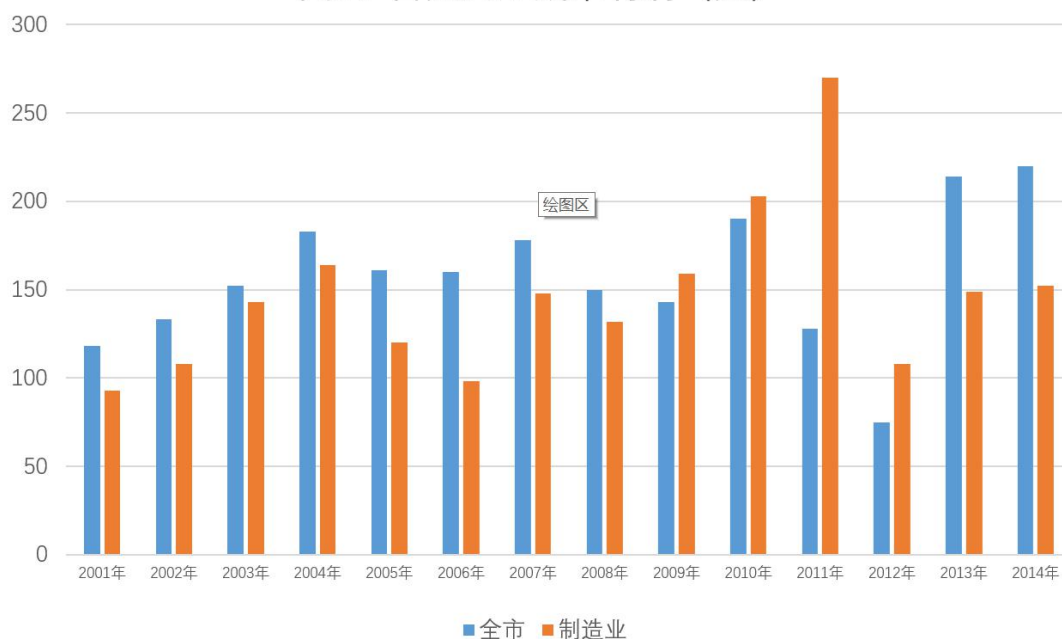
结合人工成本增长，分行业看，同样体现出人工成本投入和产出效益呈同向增长态势，甚至于强顺周期。比如：住宿和餐饮业，制造业，在 2008 年-2014 年期间属于从业人员人工成本年均增长率最高的 2 个行业，同时也是百元人工成本利润增加最大的 2 个行业。此外，百元人工成本体现出行业差异性。一是 2008 年-2014 年期间与 2001 年-2007 年期间相比，有近一半行业（7 个行业）的百元人工成本利润增加，其中增加最大的三个行业，分别为住宿和餐饮业，制造业，租赁和商务服务业，分别增加了 254 元、43 元和 39 元；下降最大的三大行业，分别为信息传输、计算机服务和软件业，交通运输、仓储和邮政业，电力、燃气及水的生产和供应业，分别下降了 194 元、66 元和 59 元。二是 2014 年与 2007 年相比，有 6 个行业的百元人工成本利润增加，其中增加最大的三个行业，分别为金融业，租赁和商务服务业，科学研究、技术服务和地质勘查业，分别增加了 499 元、33 元和 27 元；下降最大的三大行业，分别为房地产业，批发和零售业，交通运输、仓储和邮政业，分别下降了 318 元、246 元和 96 元。

利润并未对人工成本变化体现出较高的敏感性，用人单位对人工成本的上

¹⁹² 周志太 《转变发展方式的根本出路是增加劳动收入》 《现代经济探讨》（2011 年第 7 期）。

升具有相当高的承受能力。2014年百元人工成本利润高达220元，即：企业投入100元人工成本创造出220元利润。简单推算，当年人工成本增加1%，将侵占0.45%的利润；人工成本增加2.2倍，将导致企业没有利润。当然，百元人工成本利润体现行业差异，扣除个别年份数据的较大波动（跨年度波动幅度超过200%），可以看出水利、环境和公共设施管理业，交通运输、仓储和邮政业，居民服务和其他服务业体现利润对人工成本变化的相对高敏感度。以2014年为例，人工成本增加6%，将导致水利、环境和公共设施管理业没有利润。当然，我们还应当看到2008年-2014年期间，水利、环境和公共设施管理业不仅消化了人工成本增长，而且保持了稳定的百元人工成本利润，其中2009年-2014年期间百元人工成本利润甚至于高达100元左右。进一步分析可以得出如下结论，人工成本对企业利润的影响主要体现在行业差异上。对全国数据的分析也有相同的结论，2007年国有及国有控股工业企业的人工成本利润为271%（即百元人工成本利润为271元），私营企业是94%，三资企业是108%。

图2、百元人工成本利润（元）



三、人工成本构成及解雇成本、争议应对成本

基于2001年-2014年期间统计项目设置，同时为了便于分析对比，将用人单位人工成本项目构成分为以下六种：1、劳动报酬，包括基本工资、加班工资、奖金等；2、各类保险，包括社会保险、住房公积金、补充保险与商业保险；3、

福利费用，包括住房补贴（费）、教育培训费等；4、劳动保护；5、解雇成本；6、其他费用，包括招聘录用成本、管理成本、争议应对成本、违法成本等（具体数据详见附表4）。分析各项目构成，可以得出以下结论：

解聘费用处于较低水平，劳动合同法实施以来，未出现明显上升，甚至于出现下降。劳动力市场流动性和灵活性可以说未受到影响。2008年-2010年三年平均，期间解聘费为占总人工成本的0.7%，2005年-2007年三年期间平均为占总人工成本的1.3%。这表明用人单位在解除终止劳动合同方面所付出的成本是很低的，且不升反降。这是因为劳动合同法实施以来就业更加稳定，劳动合同法导致“铁饭碗”、解除终止难的原因吗？从在岗职工因开除、出名、辞退、终止、解除合同减少人数看¹⁹³，2005年-2007年期间分别为25.94万、42.14万以及42.43万，2008年-2010年期间分别为46.17万、41.85万以及48.95万。从劳动争议调解仲裁看，争议案件保持持续快速增长的态势。2006年上海各级仲裁部门共收到仲裁申请2.9万件，涉及劳动者3.9万人；2007年上海各级仲裁部门共收到仲裁申请3.4万件，涉及劳动者4.5万人，立案受理2.9万件；2008年共收到仲裁申请7.4万件，涉及劳动者9.3万人，受理立案6.5万件，同比增长119.1%；2012年以来全市调解仲裁案件受理数则持续保持在10万件以上，2014年为11.24万件，其中仲裁案件6.8万件，涉及8.5万人。显然，劳动合同法实施以来，未出现解除终止难以及“铁饭碗”，解聘费用也未出现明显上升，劳动合同法的实施未显示出对劳动力市场灵活性的重大影响。从国际比较看，实施自由雇佣的美国在1993年人工成本构成¹⁹⁴中退休补偿金为3.7%，相当于上海的三倍以上。由此，可以说，我国解雇保护的现实水平并不高，人工成本中解雇费偏低的结构有待调整。

人工成本构成中主要为劳动报酬和各类保险，社会保险缴费费率调整是改善人工成本结构、降低企业人工成本的关键。劳动合同法实施未带来项目构成的显著变化。2001年-2014年期间，人工成本各项目构成比例基本保持稳定，其中：劳动报酬和各类保险约占总人工成本的90%，各类保险约占劳动报酬的1/3。美国1993年人工成本中劳动报酬占81.6%、各类保险占14.5%，各类保险与劳动报酬的比例为17.8%，上海则相当于美国的两倍。上海、北京、天津、南京、成

193 数据来源：《上海市统计年鉴》（2006年-2011年各年）中的“在岗职工人数变动”。

194 美国人工成本的数据来源为严伟良，《国际竞争力及其要素分析》，《上海综合经济》2002年第5期。

都、武汉、杭州等地社会保险费率均在 41%—48%，其中用人单位承担费率高达 30.7%—37%。美国、英国、德国、瑞典等国用人单位承担费率在 12.8%—22.53%¹⁹⁵。社会保险的高费率对用人单位的影响，不仅是当期的现实成本，而且可能是历史欠账的集中支付成本。多年历史欠账的集中支付，对用人单位来说无论是金额还是资金流动性的要求都可能是“致命的”。而降低社会保险缴费费率显然有太多的好处。国家近年来不断出台降低社会保险缴费费率的政策是非常及时和有效的。

人工成本中的其他成本出现比较高的增长，值得关注与深入分析。2002 年-2011 年期间，由招聘录用、日常管理、争议应对及违法成本等构成的其他成本，从 1.9%提高到 5.1%，即便考虑到 2012 年及以后“其他”项目中已包含了解雇费，仍然呈现了比较高的增长。可以说，劳动合同法实施前后相比，其他成本增加了约 1.5 倍。这的确表明：劳动合同法实施以来，用人单位用于日常管理，应对用工风险，预防与化解劳动纠纷方面的经营成本有较大幅度的上升。这其中是因为违法成本的提高，是争议应对成本的提高，还是对人力资源的重视、必要管理的加强或者其他因素，是属于因劳动者提出不合理请求所带来的成本的被动提升，还是因用人单位利用一裁二审程序应对争议所带来的成本的主动提升等，尚需要做进一步的分析。但无论如何，从总量看，其他成本的变化尚不足对人工成本总额、百元人工成本利润等造成重大影响。

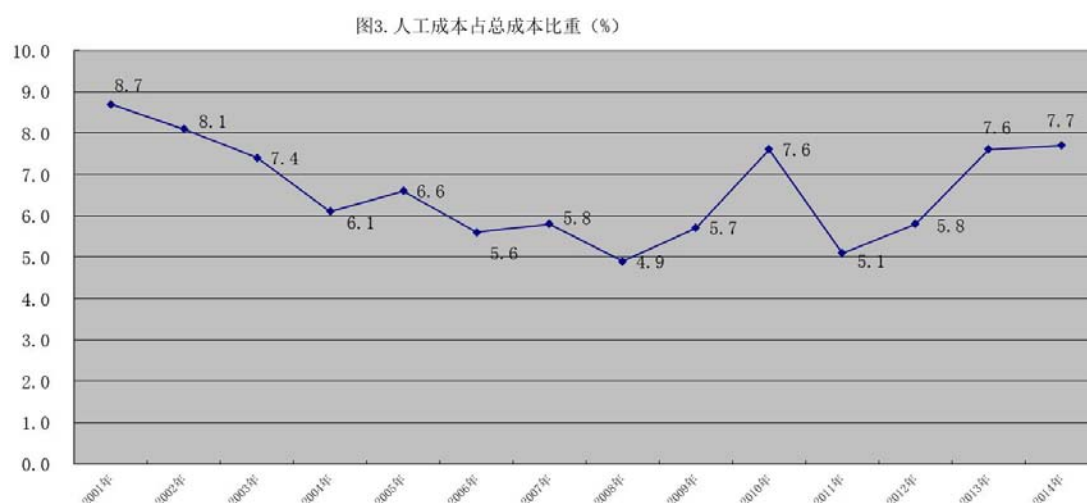
四、人工成本与用人单位总成本

人工成本占用人单位总成本的比重处于较低水平。劳动合同法实施以来，人工成本占用人单位总成本的比重不仅没有出现大幅度上升的状态，而且尚未恢复到劳动合同法实施之前的状态。人工成本上升对用人单位总成本的影响尚应当考量人工成本占用人单位总成本的比重。2001 年-2014 年期间人工成本占总成本的比重保持在 5%-9%区间（见图 3），即：企业每 100 元成本中，人工成本为 5-9 元；也就是说，人工成本增加一倍，将导致增加 5%-9%的企业总成本。进一步分析可以看出人工成本占总成本的比重在 2001 年-2007 年期间呈现持续性下降态势，2008 年-2014 年期间则呈现持续性上升态势，2014 年为 7.7%，与 2007 年相比增加了近 2 个百分点。然而，仍然低于 2001 年 8.7%的水平。此外，2001 年-2007 年期间人工成本占用人单位总成本的比重平均为 6.9%，2008 年-2014 年

195 国内各地、各国社会保险费率的数据来源为《中国经济持续高增长为什么带来的却是高失业？》，《中国经济时报》作者：周天勇，中央党校教授；Social Security Programs throughout the World, SSA&ISSA。

期间则为 6.3%。也因此，劳动合同法导致人工成本占用人单位总成本的比重大幅度上升的结论是不成立的。人工成本占总成本比重不高的状况在全国也是如此。比如：我国电子业 2009 年的总销售为 5.1 万亿元，760 万工人的全部工资 1810 亿元，仅占总销售的 3.5%。比如：2007 年国有及国有控股工业企业的人工成本占总成本的比重是 4.78%，私营企业为 6.01%，三资企业为 5.86%¹⁹⁶。

以上海的数据进行国家比较，人工成本的提高不仅有空间而且有必要¹⁹⁷。在发达国家，工资一般占企业运营成本的 50%左右¹⁹⁸，1997 年日本的制造业人工成本占总成本的 12.7%¹⁹⁹，而上海是 6.1%。也就是说，作为劳动力资源大国的中国，本来应当发挥劳动力资源丰富的优势，在经营中投入更多的劳动力，但现实是人工成本占总成本的比重反而只有日本这种劳动力缺乏的国家的 1/2。



那么是否劳动合同法实施以后导致部分行业，尤其是制造业，人工成本占用人单位总成本的比重出现大幅度上升？分行业看，制造业，劳动合同法实施以来，并未出现人工成本占总成本的比重大幅度上升的结果。2014 年与 2007 年相比，制造业人工成本占用人单位总成本的比重由 6.1%变为 5.4%，不升反降，下降了 0.7 个百分点；2008 年-2014 年期间与 2001 年-2007 年期间相比，则下降了 1.7

196 根据《中国统计年鉴 2007》测算，测算办法为：《按行业分国有及国有控股工业企业主要指标》、《按行业分私营工业企业主要指标》、《按行业分外商投资和港澳台商投资企业主要指标》中的主营业务成本、利润总额、全部从业人员年平均人数，结合《各地区按登记注册类型分城镇单位就业人员平均劳动报酬》有关不同类型的企业的平均劳动报酬进行测算。该测算办法存在如下误差。一是仅使用平均劳动报酬，导致人工成本的测算存在低估；二是用人单位总成本仅使用主营业务成本，存在低估；三是仅是部分行业的测算。但由于人工成本、总成本均存在低估，应该也能反映人工成本的基本情况。

197 人工成本的增加还将体现为消费增加，贫富差异的缩短等多方面的益处。王全兴 《国际金融危机冲击下我国劳动法该如何选择》。

198 周志太 《转变发展方式的根本出路是增加劳动收入》 《现代经济探讨》（2011 年第 7 期）。

199 日本人工成本的数据来源为严伟良，《国际竞争力及其要素分析》，《上海综合经济》2002 年第 5 期。

个百分点。

人工成本占用人单位总成本的比重，分行业看，在劳动合同法实施以来，呈现出有升有降，并体现出一定的差异性。一是2014年与2007年相比，8个行业的人工成本占用人单位总成本的比重有所上升，但7个行业的人工成本占用人单位总成本的比重不升反降，其中：上升最多的三个行业分别为：房地产业，交通运输、仓储和邮政业，科学研究、技术服务和地质勘查业，分别为增加了12.0、10.8和8.9个百分点，下降最多的三大行业分别住宿和餐饮业，信息传输、计算机服务和软件业，居民服务和其他服务业，分别下降了15.3、8.2、5.8个百分点。二是2008年-2014年期间与2001年-2007年期间相比，6个行业的人工成本占用人单位总成本的比重有所上升，但9个行业的人工成本占用人单位总成本的比重不升反降，其中：上升最多的三个行业分别为：水利、环境和公共设施管理业，房地产业，交通运输、仓储和邮政业，分别为增加了8.6、8.1和6.0个百分点，下降最多的三大行业分别住宿和餐饮业，租赁和商务服务业，农、林、牧、渔业，分别下降了7.3、3.7、3.5个百分点。因此，劳动合同法实施将导致人工成本占总成本比重增加的论点在行业间也是值得推敲的。三是人工成本占用人单位总成本的比重体现出相当大的行业差异性。2014年，人工成本占总成本比重最高是水利、环境和公共设施管理业，达34.5%，人工成本占总成本最低是批发和零售业，为4.2%。总体而言，劳动密集型（或人力资本密集型）行业的人工成本占总成本的比重相对较高，比如：科学研究、技术服务和地址勘查业，住宿和餐饮业；而资本密集型行业的人工成本占总成本的比重相对较低，比如：批发和零售业，电力、燃气及水的生产和供应业。

五、人工成本与用人单位规模

有观点认为劳动合同法应当对用人单位进行分类，建立“微型企业”劳动法豁免制度。那么，人工成本是否真的与用人单位规模高度相关？劳动合同法实施以来，小微型企业是否在人工成本变化方面体现出更大的影响呢？

在2001年-2014年的上海人工成本数据中的2005年-2014年有分行业下按企业规模分的相应数据，其中的2006年-2011年另有全行业的总计数据（具体数据详见附表5）。实证表明：人工成本的确因企业规模大小而体现出一定的差异性。

总体而言，企业规模越大，劳动者获得的劳动报酬、福利待遇越好；小型

企业在执行社会保险缴费方面，仍然有待提高。从业人员平均人工成本绝对额呈现大型企业最高、中型企业次之、小型企业最低的状况，三类企业的比例关系约为 1.0:0.8:0.6，大型企业约为平均水平的 1.2 倍，小型企业仅为平均水平的 0.8 倍；不同规模企业在人工成本构成中各类保险与劳动报酬的比例，小型企业最低，简单计算，大型企业各类保险相当于劳动报酬的 37%以上，而小型企业仅为 28%。此外，人工成本占总成本的比重则呈现出大型企业相对低、中型企业次之、小型企业相对高的状况。这从一个侧面反映出企业规模越大，实施资本替代劳动，提高资本有机构成的动力越高。

那么，是否小微企业对人工成本非常敏感，进而需要劳动法律对小微企业的差别适用呢？可以看出，小型企业的百元人工成本利润与各类规模企业的百元人工成本利润基本相当。结合从业人员平均人工成本、人工成本占总成本的比重等因素看，与大中型企业实施资本替代劳动，提高人力资源利用效率相比，小型企业则采取了投入更多劳动力进而获得更多利润的“人海战术”，这也表明小型企业的确发挥了创造就业岗位的重要作用。然而，劳动合同法实施以来，小型企业远没有处于需要“豁免”劳动法，才能生存发展的地步。

结合行业作进一步分析可以得出如下结论：人工成本占企业总成本的差异以及人工成本增长对企业成本的影响，更多的体现在行业上，而非企业的规模和企业的类型；人工成本对企业利润的影响主要体现在行业差异上，其次才体现在企业规模和企业类型方面。在有的行业内，大型企业体现出对人工成本的高敏感性，在有的行业内，则小微型企业体现出对人工成本的高敏感性。比如：制造业、建筑业呈现出小型企业人工成本占总成本比重高，且百元人工成本利润低的状况。2012 年制造业中大型企业人工成本占总成本为 5.8%，小型企业为 9.6%，百元人工成本利润则相应为 128 元、70 元；建筑业中大型企业人工成本占总成本为 5.3%，微型企业为 27.1%，百元人工成本利润则相应为 61 元、10 元。2013 年制造业中大型企业人工成本占总成本为 5.3%，小型企业为 9.9%，百元人工成本利润则相应为 196 元、72 元；建筑业中大型企业人工成本占总成本为 4.8%，微型企业为 36.1%，百元人工成本利润则相应为 62 元、15 元。2014 年制造业中大型企业人工成本占总成本为 5.2%，小型企业为 10.2%，百元人工成本利润则相应为 152 元、81 元；建筑业中大型企业人工成本占总成本为 4.7%，微型企业为 33.1%，百元人工成本利润则相应为 64 元、17 元。然而，就人力资源密集的科学研究和

技术服务业,租赁和商务服务业看,则体现出大型企业人工成本占总成本比重高,且百元人工成本利润低的状况。2013年科学研究和技术服务业中大型企业人工成本占总成本为32.9%,微型企业为5.7%,百元人工成本利润则相应为24元、114元;租赁和商务服务业中大型企业人工成本占总成本为23.9%,小型企业为1.6%,百元人工成本利润则相应为56元、743元。2014年科学研究和技术服务业中大型企业人工成本占总成本为33.0%,微型企业为5.8%,百元人工成本利润则相应为25元、116元;租赁和商务服务业中大型企业人工成本占总成本为24.0%,小型企业为1.9%,百元人工成本利润则相应为58元、748元。

综上,即便不考虑现实操作性及高额的监管成本,“根据企业规模进行分类,建立‘微型企业’劳动法豁免制度”,不仅没有必要,而且将破坏市场的公平竞争,在某些行业内加剧“马太效应”。如果需要精细化制定和实施劳动法律,更需要做的则是结合行业、产业发展进行设置。

六、结论与探讨

劳动合同法是否导致人工成本大幅度上升?劳动合同法是否导致制造业的倒闭潮?劳动合同法是否导致“铁饭碗”、解雇成本及摩擦成本的大幅度上升?劳动合同法是否损害了劳动力市场的流动性和灵活性?劳动合同法是否需要微型企业进行差别化适用或者豁免?应该说,结论已经非常清楚。

当然,笔者也不得不看到本论文研究分析方法存在一定的缺陷。一是仅考虑时间序列,没有考虑及剔除其他的影响因素。虽然采用2001年-2014年,跨度达14年的数据为分析对象,可以有效减少行业、经济波动等其他因素的影响,更加客观理性地反映出劳动合同法施行前后的变化。然而,影响人工成本的因素有很多,数据的变化不一定能够完全与劳动合同法实施相关联。也因此,对上述问题,比如:劳动合同法导致人工成本增加、损害劳动力市场灵活性与现实数据的差异,还可以有不同的解读——劳动合同法没有得到有效执行;用人单位通过其他的措施进行了消化。然而,即便如此解读,也可以证明劳动合同法并未如此可怕。二是数据准确性及可比性,包括上海的调查数据能否充分反映出全国的情况。对此,笔者已尽可能查找并引用全国的数据。笔者始终坚信以数据实证总比主观臆断要好。笔者也已在多种场合呼吁进行规范理性的研究,并提出有一种对人工成本测算的可行做法,就是利用上市公司经过审核的年度财务报表中的数据,这需要大量的数据处理工作,应当是学者所做的工作,而不是“沉沦于”实务中

笔者所能承担的工作。

此外，有两个核心的问题是需要全面系统客观审视的。一是如何看待人工成本及其增加；二是如何看待与讨论劳动合同法。

如何看待人工成本及其增加？首先，分析人工成本的上升对用人单位的影响，不仅要看人工成本的绝对额，而且要看人工成本占总成本的比重，尤其是百元人工成本利润等指标。其次，人工成本与企业利润、经济发展不是矛盾对立的，而是可以同步增长的。低工资已成为制约我国进一步发展的“比较劣势”。大多数国家在工资提高的工业化过程中并没有出现严重的失业问题。有研究表明工业革命之所以发生在英国，就是因为英国十八世纪工业革命前是欧洲工资最高的地区之一²⁰⁰。“从来没有哪家企业，是靠低工资、低保障成为世界最强的企业。如果是这样，竞争力最强的企业应该大多数诞生在第三世界国家才符合逻辑”²⁰¹。

如何看待与讨论劳动合同法？首先，期待争论，更期待建立在实践调查、数据分析、逻辑推导等基础上的理性、规范争议。劳动合同法修改成为各方热议的问题，参与讨论的专家学者已涵盖到了法学、经济学、社会学等各个领域，各种观点在理论界、实务界广为流传。这是好事，体现了社会各方对劳动合同的重视和关注，然而，主观价值性判断的“假设”、“观点”、“臆断”只会越争论越混乱。其次，特殊性及系统性。劳动关系不同于民事关系，劳动合同不同于民事合同、不等于私人合约；劳动合同法不等于所有劳动法律规范，将所有劳动法律规范，甚至于劳动法律以外的问题均算在劳动合同法头上，本身就是对劳动合同法误读。劳动合同法只讲市场效率、不讲社会公平，不可取；只讲社会公平、不讲市场效率，不可取；劳动合同法、劳动力市场规制在宏观层面涉及到政治、经济、社会，在微观层面涉及到人力资源管理，仅仅从法学层面、技术层面理解与探讨劳动合同法、劳动力市场规制，难免片面孤立。任何脱离宏观体制、机制，不考虑路径依赖的讨论，往往会成为不切实际的浪漫主义、虚无主义。

200 罗伯特·艾伦(英) 《全球化视野中的英国工业革命》。

201 刘戈 《没有企业是依靠低薪酬成为世界最强》 人大重阳网。

附表 1

从业人员平均人工成本（元）

	2001年	2002年	2003年	2004年	2005年	2006年	2007年	2008年	2009年	2010年	2011年	2012年	2013年	2014年
全市	39625	44512	49341	55128	57322	59009	71525	77796	84555	101222	102335	102980	137421	152537
制造业	40744	44427	47113	51266	56981	49107	69376	67565	80018	102401	115603	108044	137005	148499
建筑业	31004	36073	40538	51054	59617	64936	70545	77562	90962	108121	107123	99032	123810	139532
住宿和餐饮业	--	35232	35295	32198	37353	36112	37508	44476	44704	55099	54048	75476	90820	100418
居民服务和其他服务业	--	33752	34762	35469	35089	33001	40147	45178	52720	91212	92123	61505	63690	69201
批发和零售业	36292	43880	46554	45878	42540	43824	52106	58029	49972	72199	74011	70645	84427	90842
金融业	55195	66923	72229	95280	124047	159174	197133	221068	209775	238467	258981	160283	283876	322453
租赁和商务服务业	--	57774	66092	80163	81911	84043	100700	105299	103747	116801	125643	71896	102788	112935
房地产业	38526	43001	47252	47001	47179	50818	50395	62214	64467	76022	79655	55766	63622	70995
信息传输、计算机服务和软件业	--	82954	114901	95822	127571	131833	139203	154424	149975	146591	159640	181524	212073	241695
科学研究、技术服务和地质勘查业	42857	48611	65294	80192	93756	118332	128000	145675	169418	194915	199561	160171	231113	260844
文化、体育和娱乐业	--	--	40295	38783	56950	69105	71940	80225	84740	108137	110895	128579	136346	153498
电力、燃气及水的生产和供应业	51837	58250	70465	72001	78730	90211	108995	128740	138939	172034	156023	194765	217725	248549
交通运输、仓储和邮政业	44864	35459	54833	56369	51764	52880	63461	73733	84425	80429	84566	112734	120502	137008
水利、环境和公共设施管理业	--	33974	34854	37935	37948	40288	44162	50390	57747	57684	57461	68030	82408	89430
农、林、牧、渔业	--	--	20283	26023	27453	27940	30648	36043	44199	56556	56446	61804	68686	70747

备注：2001年将“批发和零售贸易、餐饮业”作为一个行业统计，为便于分析，相应数据写入上表中的“批发和零售业”中；上表中“科学研究、技术服务和地质勘查业”的数据为当年“科学研究和综合技术服务业”的数据、“金融业”的数据为“金融、保险业”的数据。此外，当年另有对“社会服务业”、“其他服务业”的统计数据，分别为28806、40819。2001年-2002年期间，没有“文化、体育和娱乐业”、“农、林、牧、渔业”的专门统计数据。

附表 2

人工成本占总成本 (%)

	2001年	2002年	2003年	2004年	2005年	2006年	2007年	2008年	2009年	2010年	2011年	2012年	2013年	2014年
全市	8.7	8.1	7.4	6.1	6.6	5.6	5.8	4.9	5.7	7.6	5.1	5.8	7.6	7.7
制造业	8.8	8.9	7.6	7.3	7.0	5.0	6.1	4.2	5.7	5.5	5.7	6.3	6.2	5.4
建筑业	11.9	12.0	8.0	7.0	7.3	7.0	5.8	5.9	4.8	6.4	9.2	5.6	5.2	6.4
住宿和餐饮业	--	29.4	33.3	27.8	28.2	26.9	26.6	28.3	29.8	26.2	32.7	10.6	11.1	11.3
居民服务和其他服务业	--	19.5	18.8	28.1	31.1	18.6	27.4	24.0	28.1	13.3	13.3	25.5	20.7	21.6
批发和零售业	8.2	3.1	3.3	1.5	2.3	1.9	1.5	1.5	1.7	4.6	1.1	0.9	4.0	4.2
金融业	--	6.8	10.1	11.1	10.1	6.8	11.1	14.2	13.2	15.8	32.6	10.3	6.2	6.1
租赁和商务服务业	--	7.4	9.0	7.1	12.0	10.1	10.0	7.4	3.8	5.8	1.8	10.5	4.9	5.1
房地产业	8.1	6.0	6.5	6.2	9.9	9.0	7.5	12.9	9.0	15.0	11.6	22.6	19.0	19.5
信息传输、计算机服务和软件业	--	11.7	19.2	12.8	13.5	11.9	23.9	13.6	14.1	12.7	12.5	12.5	16.0	15.7
科学研究、技术服务和地质勘查业	13.8	16.0	29.6	30.1	29.5	22.6	20.7	18.2	17.3	34.0	32.5	27.6	29.0	29.6
文化、体育和娱乐业	--	--	13.5	8.2	13.9	15.3	17.2	16.5	20.5	13.4	18.0	20.4	20.1	20.6
电力、燃气及水的生产和供应业	5.0	5.6	11.0	8.4	6.4	4.3	5.2	4.5	4.5	6.1	5.1	6.3	7.5	7.7
交通运输、仓储和邮政业	17.6	15.4	10.0	12.5	16.0	13.3	12.7	7.0	12.6	25.6	27.5	19.6	23.4	23.5
水利、环境和公共设施管理业	--	17.6	11.9	18.3	18.9	24.1	26.3	17.1	24.3	22.0	30.2	34.8	34.0	34.5
农、林、牧、渔业	--	--	31.2	9.3	9.2	10.0	10.6	10.2	15.1	12.3	12.4	8.6	7.5	7.6

备注：2001年将“批发和零售贸易、餐饮业”作为一个行业统计，为便于分析，相应数据写入上表中的“批发和零售业”中；上表中“科学研究、技术服务和地质勘查业”的数据为当年“科学研究和综合技术服务业”的数据、“金融业”的数据为“金融、保险业”的数据。此外，当年另有对“社会服务业”、“其他服务业”的统计数据，分别为13.8、10.1。2001年-2002年期间，没有“文化、体育和娱乐业”、“农、林、牧、渔业”的专门统计数据。

附表 3

百元人工成本利润（元）

	2001年	2002年	2003年	2004年	2005年	2006年	2007年	2008年	2009年	2010年	2011年	2012年	2013年	2014年
全市	118	133	152	183	161	160	178	150	143	190	128	75	214	220
制造业	93	108	143	164	120	98	148	132	159	203	270	108	149	152
建筑业	46	27	31	49	41	57	108	65	78	76	75	49	49	53
住宿和餐饮业	--	36	16	28	50	49	69	55	51	970	840	46	56	52
居民服务和其他服务业	--	93	177	110	33	40	18	77	190	45	45	26	33	36
批发和零售业	125	106	175	198	150	164	300	116	175	178	248	47	53	54
金融业	498	439	368	398	259	529	463	363	296	267	256	95	871	962
租赁和商务服务业	--	62	100	136	439	241	230	104	220	297	270	67	259	263
房地产业	146	225	260	319	248	315	453	240	325	313	328	98	125	135
信息传输、计算机服务和软件业	--	430	568	369	318	307	208	225	221	195	186	147	113	124
科学研究、技术服务和地质勘查业	50	36	26	22	23	25	23	23	47	35	34	31	33	50
文化、体育和娱乐业	--	--	118	475	103	78	137	99	155	225	226	50	98	104
电力、燃气及水的生产和供应业	175	159	73	82	129	70	76	33	61	39	41	24	76	79
交通运输、仓储和邮政业	149	51	114	155	146	131	112	180	20	72	70	26	13	16
水利、环境和公共设施管理业	--	24	26	28	12	24	20	8	112	90	95	8	7	6
农、林、牧、渔业	--	--	44	59	91	159	140	68	25	53	56	81	79	68

备注：2001年将“批发和零售贸易、餐饮业”作为一个行业统计，为便于分析，相应数据写入上表中的“批发和零售业”中；上表中“科学研究、技术服务和地质勘查业”的数据为当年“科学研究和综合技术服务业”的数据、“金融业”的数据为“金融、保险业”的数据。此外，当年另有对“社会服务业”、“其他服务业”的统计数据，分别为58、63。2001年-2002年期间，没有“文化、体育和娱乐业”、“农、林、牧、渔业”的专门统计数据。

附表 4

人工成本的各项构成及比重 (%)

	劳动报酬	各类保险	福利费	劳动保护	解聘费	其他
2001 年	62.3	20.1	12.8	1.9	1.0	1.9
2002 年	62.8	25.1	7.5	1.6	1.4	1.6
2003 年	64.5	23.3	6.3	1.8	2.1	2.0
2004 年	63.8	23.1	8.0	1.4	1.8	1.9
2005 年	65.2	22.9	6.9	1.5	1.4	2.1
2006 年	65.7	22.8	6.6	1.3	1.3	2.3
2007 年	68.0	21.6	5.7	1.4	1.2	2.1
2008 年	68.3	22.2	5.6	1.3	0.7	1.9
2009 年	67.0	23.5	5.1	1.3	0.8	2.3
2010 年	64.7	22.5	4.7	1.2	0.6	6.3
2011 年	65.9	22.6	4.7	1.0	0.7	5.1
2012 年	65.4	20.3	5.8	1.0	--	7.5
2013 年	66.7	20.7	6.2	0.8	--	5.5
2014 年	66.6	20.6	6.2	0.8	--	5.8

(备注:根据历年上海“企业人工成本水平及构成情况”适当归并;2001 年统计数据中没有分列住房公积金与住房补贴(费用),仅有住房费用的统计,故归并入当年福利费中,此外当年专列“工会经费”,现归并入“其他”;2001 年-2002 年期间解聘费中包括有招工招聘费;2012 年以后公开数据中不再单列“解聘费”项目,推断应已归入“其他”项目中。)

附表 5

人工成本与企业规模

		总计	大型	中型	小型	微型	
从业人员 平均人工成本（元）	2006 年	59009	71968	58721	40616	--	
	2007 年	71525	90163	66766	55269	--	
	2008 年	77796	101650	74650	56020	--	
	2009 年	84555	101932	84177	61235	--	
	2010 年	101222	119661	99142	75566	--	
	2011 年	102335	119832	99836	77652	65231	
人工成本 项目构成 （%）	劳动报酬	2006 年	65.7	63.5	65.9	70.9	--
		2007 年	68.0	64.8	66.2	74.6	--
		2008 年	68.3	65.5	68.5	73.0	--
		2009 年	67.0	64.9	67.3	70.8	--
		2010 年	64.7	64.6	63.7	66.9	--
		2011 年	65.9	65.3	65.4	68.1	67.3
	各类保险	2006 年	22.8	24.1	22.6	19.6	--
		2007 年	21.6	24.1	22.2	16.6	--
		2008 年	22.2	23.9	22.2	19.2	--
		2009 年	23.5	24.7	23.3	21.2	--
		2010 年	22.5	23.3	22.2	21.2	--
		2011 年	22.6	24.2	22.1	19.9	22.4
	解雇费	2006 年	1.3	1.9	1.0	0.9	--
		2007 年	1.2	1.1	2.1	0.6	--
		2008 年	0.7	0.5	0.7	0.7	--
		2009 年	0.8	0.7	1.1	0.8	--
		2010 年	0.6	0.4	0.8	1.0	--
		2011 年	0.7	0.4	1.1	0.8	0.4
其他	2006 年	2.3	2.0	2.3	1.7	--	
	2007 年	2.1	2.8	2.1	1.0	--	

		2008年	1.9	2.4	1.8	1.0	--
		2009年	2.3	3.3	1.8	1.5	--
		2010年	6.3	5.6	7.4	5.0	--
		2011年	5.1	4.3	6.1	5.3	5.5
人工成本占总成本 (%)		2006年	5.6	5.6	4.4	7.3	--
		2007年	5.8	4.4	7.8	7.3	--
		2008年	4.9	4.1	6.4	5.3	--
		2009年	5.7	4.8	9.1	5.1	--
		2010年	7.6	5.9	9.8	10.4	--
		2011年	5.1	4.2	6.6	6.5	5.1
百元人工成本利润 (元)		2006年	160	155	172	136	--
		2007年	178	208	158	111	--
		2008年	150	180	120	139	--
		2009年	143	165	122	148	--
		2010年	190	178	217	182	--
		2011年	128	136	101	146	174

法定解雇理由制度的法律效果及社会效果研究

贺玲

【摘要】解雇理由制度是解雇保护制度的核心，法定解雇理由规则与合理理由标准是两种不同的解雇理由制度立法形式。我国解雇保护制度采取法定解雇理由制度，实际的解雇理由必须属于法定理由范畴，才能获得合法性评价，从而限制了司法对于解雇理由合理性的裁量权。法定解雇理由制度是比合理理由解雇制度更为严苛的制度设计，其施加给雇主的成本可能导致雇主转嫁成本的对策行为。解雇理由制度与劳动关系二元结构之间的影响具有交互性，解雇理由制度设计规制过度将导致非标准劳动关系异常发展，同时，基于解雇保护制度并未覆盖到非标准劳动关系，故标准劳动关系与非标准劳动关系二元结构的加剧将极大地削减以工资劳动为基础的解雇保护制度的根基。

【关键词】解雇理由制度 标准 规则

作为对劳动契约的规制制度，解雇保护制度的合法性基石在于劳资双方谈判能力的不平等导致劳动者无法通过契约谈判获得职业安定性保护。由于工资劳动是劳动者获取物质生活资料的手段，所以雇员退出劳动关系并非获得职业安定性保护的可靠威胁，从而需要法律制度介入提供职业安定性保护。解雇保护制度便是通过立法限制雇主解雇权，从而保障雇员职业安定权的一种劳动契约规制制度设计。解雇理由制度安排构成解雇保护制度的核心，合理理由标准与法定理由规则是解雇理由的两种法律形式。我国采取法定解雇理由规则立法形式，要求实际解雇理由必须符合法律的强制性规定。我国解雇保护制度对雇员职业安定权与雇主解雇权的权利配置是否达到了均衡状态？现行制度安排对雇员的倾斜性保护是否过度，导致了劳动力市场在安全性与灵活性之间的失衡状况？上述问题引发了本文关于我国当前法定解雇理由制度之法律效果与社会效果的反思。

一、解雇理由立法形式选择：规则与标准

合理理由解雇制度（just cause）是任意雇佣制度最主要的竞争对手。一般而言，“合理理由”是与雇员能力、与雇佣关系相关的雇员行为或与雇主经营相关

的理由。各国法律对于“合理理由”有不同的表述，典型的如“公平理由”（fair reasons）、“适当的及有份量的理由”（proper and weighty reason proper and weighty reason）、“严重而真实的理由”（a serious and genuine cause）、“社会正当理由”（socially justified reasons）、“重要的理由”（substantial reason）。另外，还有的国家在立法中确定不公平解雇的理由标准，如澳大利亚《公平工作法》规定，不公平解雇理由为“苛刻，不公正或不合理”（harsh, unjust or unreasonable），具体解雇行为是否“苛刻，不公正或不合理”留待公平工作局在个案中进行考量。²⁰²

就解雇理由而言，我国解雇保护制度采取法定解雇理由立法形式，要求雇主的实际解雇理由必须符合《劳动法》以及《劳动合同法》中所规定的法定理由，否则解雇即为非法解雇，需承担法律上的不利后果：复职或者支付经济赔偿金。法定解雇事由包括基于雇员行为及雇员能力相关的理由。前者包括雇员“严重违反用人单位的规章制度的”、“严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的”、“同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的”、“以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用用人单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的”，以及“被依法追究刑事责任的”的情形。后者包括雇员“劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的”、“劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的”、以及“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的”。留待劳动争议仲裁或者劳动争议诉讼解决的仅仅是事实问题，即雇主的解雇事由是否符合法定解雇事由。

按照“规则”（rule）与“标准”（standard）的法律形式维度两分法，²⁰³法

作者简介：贺玲，西南民族大学法学院副教授，四川大学法学博士后科研流动站研究人员，研究方向：经济法、司法制度。

²⁰² Fair Work Act 2009，具体考虑的因素包括（1）是否有与雇员能力或行为有关的合理理由；（2）是否通知解雇理由；（3）是否给予雇员就合理解雇理由回应的机会；（4）在就解雇协商时，雇主无理拒绝雇员获得他人帮助。（5）如果解雇是因为雇员表现欠佳，在解雇前雇员是否受到警告；（6）雇主的企业规模可能影响到解雇程序的程度；（7）欠缺专门的人力资源管理专家或企业的专业知识可能会影响解雇程序的程度；（8）其他公平工作局认为相关的因素。

²⁰³ Pierre J. Schlag, 1985, Rules and Standards, University of California Law Review, Vol.33, pp.379-407.值得注意的是，在讨论法律的形式问题之外，“规则”与“标准”通常是可替代使用的概念。但在关于法律的形式问题的讨论中，关于“规则”与“标准”的内含在西方学术研究中并没有统一的结论，即便是同一学者，也可能对此有不同的界定，如 Ronald M. Dworkin, 1967, The Model of Rules, 35 U. CHI. L.REV. pp.22-29.

法定解雇理由立法模式是一种规则，而合理理由立法模式是一种标准。具体的法律制度到底是采纳“明线规则”(bright line rule)还是“柔性标准”(flexible standard)是一个关于法律制度精确度的一般性法律问题。“规则”意味着立法者事前明确许可的行为，留待裁判者解决的仅是事实问题，而“标准”意味着立法者仅针对某行为作抽象性规定，将行为是否为法律所许可及相关事实问题等内容都留待裁判者在个案中具体确定，²⁰⁴从这一意义上而言，法律的内容是在行为事前(ex ante)确定或是事后(ex post)确定便是“规则”与“标准”的区别。²⁰⁵与法定解雇理由模式事前设置许可的解雇事由菜单不同，合理理由立法模式通常由第三方裁判者在个案中就具体的解雇理由是什么这一事实问题以及该特定解雇事由是否“合理”加以判断。

立法者在制定法律时需要就法律的形式进行选择，规则和标准的立法形式所需要的法律制定成本是不同的。立法通常会产生两类社会成本：立法者获取、分析法律适用的实际社会效果的信息成本；其次，立法在审议和协商阶段的成本。²⁰⁶如果采取法定解雇理由，那么立法者需要事先尽量列举各种合法的解雇理由，并就每一个理由进行经验调查，需要严格到设定每个法定理由所可能引发的利益再分配效应都经过论证。一般来说法律对资源和权力配置规定得越明确、涉及主体越多，其间发生的审议、协商成本也越高，²⁰⁷这种规则设计的社会成本很高。另外，法律调整行为的发生频率是影响法律形式选择的一个核心要素。尽管规则的制定成本较高，但该成本的投入是一次性的（在规则修改或重新制定之前），反之，虽然标准的制定成本较低，但执法者每次都需要依据特定案件情况判断填补法律具体内容，即执法者确定法律内容的成本投入是持续发生的。如果法律适用的行为发生频率很小，则采用标准的法律形式更为适当，即便标准的法律适用成本很高，但是适用的特定情形发生的可能性很小，也就从整体上使标准更为节约成本。但由于标准的内容需要在事后确定，所以会增加执法成本。如，德国解雇雇员需要“社会正当理由”(socially unjustified)，但何为“社会正当理由”？

²⁰⁴ Louis Kaplow, 1992, Rules Versus Standards: An Economic Analysis, Vol.42, Duke Law Journal, pp.557-629.

²⁰⁵ Louis Kaplow, 1992, Rules Versus Standards: An Economic Analysis, Vol.42, Duke Law Journal, pp.557-629.

²⁰⁶ Isaac Ehrlich and Richard A. Posner, 1974, An Economic Analysis of Legal Rulemaking, The Journal of Legal Studies, Vol.3, pp. 257-286.

²⁰⁷ Isaac Ehrlich and Richard A. Posner, 1974, An Economic Analysis of Legal Rulemaking, The Journal of Legal Studies, Vol.3, pp. 257-286.

原则上如果解雇是客观，理智判断的雇主在权衡双方利益后表现出具有合理理由的决定，那么解雇是具有社会正当理由的。具体而言对社会正当理由的审查按下列两步进行：首先，一般审查性审查解雇行为是否具备了《解雇保护法》第1条第2款第1项规定的解雇理由作为前提，即是否具有与雇员相关联的原因、与雇员行为相关联的原因、或者企业相关联的原因。其次，在通过了一般审查后通常在个案中必须进行利益权衡，通过这种方式查明解雇是否作为理性的雇主以客观的眼光作出了合理而公正的决定。因此，《解雇保护法》其实是对解雇社会正当理由的判断仅作了概括性规定，而没有绝对的解雇理由。²⁰⁸而这一审查标准的柔性，结果不可避免的是不论出于何种理由的解雇，实际上都可能会成为诉讼的源头，为避免签约后可能会发生的解雇所带来的责任，雇主在签约之时必然更加犹豫不决。

二、解雇理由立法形式选择法律效果的理论分析

立法中的合理理由标准或法定理由规则都从解雇理由层面对解雇行为进行规制。合理理由标准或法定理由规则都需要雇主向第三方裁判者举证证明实际的解雇理由，前者需要符合“合理性标准”，后者需要落入“法定理由域”。司法治理机制要求证据具备“可观察性”（observable）及“可检验性”（verifiable）。可观察性意味着作为纠纷解决之信息基础的证据是一种能为包括争讼双方、第三方裁判者所共同感知的“共有信息”（common information），而不是一种仅仅为争讼者所知、但裁判者无法从外部观察的“私人信息”。法院或者仲裁机构作为第三方裁判者通常是置身于契约之外，并没有关于契约的细节性信息。作为与劳动契约无关的第三者要获得和确认雇主和雇员行为的信息自然会比雇主及雇员自己获得同样信息的成本相对更高。可检验性表明关于争讼的信息可以在外部裁判者面前客观地加以证实。法院、仲裁机构作为与劳动契约无关联的第三方无法证实劳动契约中双方的履约情况。证据的“可观察性”及“可检验性”在一定程度上受制于人力资源监督和工作绩效考核的信息状态约束。而雇主可能基于证明所需要的信息尚未收集到，或者根本就无法获得，或收集信息的成本超过了解雇所带来的收益而无法证明解雇理由。故合理理由标准及法定理由规则都可能阻碍雇主虽然有合理解雇理由（或法定理由），但无法充分向第三方证实该理由的解

²⁰⁸【德】W.杜茨：《劳动法》，张国文译，法律出版社2005年版，第128页。

雇行为。但法定理由规则不仅需要雇主举证证明解雇理由合理性，而且需要举证证明解雇理由符合法定理由，这意味着法定解雇理由规则可能更进一步阻碍符合合理理由标准，但未落入法定理由“域”的解雇。基于立法者“有限理性”的局限，法定解雇理由根本无法涵盖所有潜在的合理解雇理由，穷尽所有可能的解雇理由并不具备“可实施性”，实际的解雇理由总是会呈现出不同的表现形式，列举法定解雇理由难免出现挂一漏万的情形。如果促使雇主解雇的理由并没有落入到法律安排的“阴影”之中，则难免引发争端。

我国劳动立法规定了 13 项法定解雇理由，即雇主解雇权的行使必须要符合《劳动法》及《劳动合同法》中所明文列举的解雇事由，否则不能取得法律的合法性评价。从《劳动法》过渡到《劳动合同法》我国法律制度中的解雇事由的规定越来越细化，仅就法定理由的“菜单”而言，雇主可援用的法定解雇事由是增多了。立法者采纳法定理由制度是建立在认为通过菜单式预设解雇的法定理由，裁判者仅需在证据的基础上判断争讼解雇行为的事实问题，按图索骥便可辨识其合法性的理论预设之上。但法定解雇理由规则的设计在现实的制度运行中总会遭遇到无法涵摄现实合理的解雇理由及对法定解雇理由举证的困境。下文将以典型案例对该问题作进一步的论述：

案例 1：工作中的“性骚扰”是否解雇理由²⁰⁹

1995 年 6 月起，兄某在一家单位的外地公司工作。2007 年 1 月，他到该单位成都公司工作，并于当年 4 月 1 日签订为期两年的固定期限劳动合同，其工作岗位为维修主管。在工作期间，兄某多次采用语言挑逗、通过网络发送黄色照片以及趁对方不注意触摸臀部等方式对同一办公室的一名女员工多次进行性骚扰。同年 8 月，公司以兄某行为严重违反纪律和公司的规章制度，且不接受教育为由将其解雇。兄某不服，认为公司《员工奖惩条例》里并没有将性骚扰列入“可立即解雇”的条款中，只是规定“有其他未列举的严重违纪行为，且此种行为是指个人行为给公司造成恶劣的后果，或损坏公司利益，使公司形象受损，或纠正面谈后，仍多次重复的严重违纪行为。”故认为公司单方解除劳动合同没有法定理由，双方遂发生争议。

²⁰⁹“男上司性骚扰女下属遭解雇”，来源：四川新闻网，2011 年 8 月 4 日。该案是 2011 年 8 月成都市中级人民法院审判委员会对外发布的一则示范性案例，根据《成都市中级人民法院示范性案例评审及公布实施办法》的相关规定可知，经审判委员会确认的示范性案例，对全市法院办理同类案件具有指导、参考和借鉴作用。这意味着对类似案件，辖区法院应参照执行。

案例 2：违反“吵架”禁令是否解雇理由²¹⁰

吴某系马鞍山一药房正式员工，在该用人单位工作已满 3 年。2008 年 10 月 31 日，吴女士在工作大厅内与同事发生争执。事后，吴女士收到了公司的解聘书，理由是她违反了公司规章制度第 27 条的规定：“严禁公司员工之间吵架，一经发现核实后，将给予辞退处理”，双方遂发生争议。

案例 3：“服务态度差被投诉”是否解雇理由²¹¹

王某于 2003 年 8 月 1 日到被告中国新华航空公司工作，职务为乘务长。因服务态度差被旅客投诉，2009 年 9 月 21 日新华航空公司以王某严重违反规章制度为由通知王某解除劳动关系，双方遂发生争议。

上述三个案例都是因为用人单位基于劳动者“严重违反用人单位的规章制度”理由而行使解雇权所引发的争议。根据《劳动合同法》第三十九条第二款的相关规定可知，劳动者“严重违反用人单位的规章制度的”是用人单位单方解除劳动合同的法定理由。但何为“严重违反”？《劳动部关于〈中华人民共和国劳动法〉若干条文的说明》第二十五条的规定，“严重违反劳动纪律”的行为，可依据《企业职工奖励条例》和《国营企业辞退违纪职工暂行规定》等有关法规认定。最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》中规定，用人单位通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。²¹²意即，在实践中，多诉诸用人单位的劳动规章制度来确定劳动者行为的“违规”程度。但即便是诉诸“严重违反用人单位的规章制度”，用人单位规章制度也会因契约当事人“有限理性”和交易环境的不确定性而无法预见所有未来的情形，把所有可能发生的情况进行事前明确。那么应当如何就用人单位行使解雇权的事由并未明确规定在规章制度中的情形进行合法性评价？如案例 1 中，《员工奖惩条例》中并未将性骚扰列入“可立即解雇”的条款中，那么是否将“性骚扰”行为解释为“有其他未列举的严重违纪行为，且此种行为是指个人行为给公司造成恶劣的后果，或损坏公司利益，使公司形象受损，或纠正面谈后，仍多次重复的严重违纪行为”？

²¹⁰ “违反‘吵架’禁令遭解雇，公司依法支付赔偿金”，资料来源，中国法院网，<http://www.chinacourt.org/>.

²¹¹ “乘务长因服务态度被投诉，新华航空欲解约引纠纷”，资料来源，中国法院网，<http://www.chinacourt.org/>.

²¹² 参见《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第 19 条。

²¹³案例 2 中“吵架”禁令是用人单位规章制度中明确规定的解雇理由，那么是否可据此肯定用人单位解雇行为的合法性？²¹⁴根据我国《劳动争议调解仲裁法》规定，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据，即“谁主张，谁举证”。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。另外，2001 年《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》以司法解释的形式对雇主举证责任作了规定，在因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议中，由用人单位承担举证责任。基于上述证明责任分配规则，雇主需要就解雇行为的合法性承担证明责任，否则解雇将构成不当解雇。案例 3 中乘务长按航空公司要求的方式及内容所写的检讨书能否作为“严重违反用人单位的规章制度”的证据？同理，“严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害”解雇事由中何为“严重失职”、何为“重大损害”？“同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正”中何为“严重影响”？有研究认为上述解雇理由不具有可操作性，建议从立法技术及司法解释的层面予以控制，具体而言，应当由《劳动合同法实施条例》和最高人民法院司法予以一定程度的具体化，²¹⁵然而这种建议将违约程度予以一般化的建议是脱离实际的。雇主就解雇理由承担证明责任意味着需要将更多的管理时间分配于收集工人不适当行为的证据。反之，如果无法证明，企业相当于被单边地带入一种“锁定”的劳资关系，其退出劳资契约关系的成本大为提高。²¹⁶

案例 4：“无法和谐配合”是否解雇理由²¹⁷

索女士于 1987 年 7 月进入上海市某光通信公司工作。1996 年 3 月 21 日起，索女士和光缆公司多次签订劳动合同，先后担任公司的财务副经理和经理。双方

²¹³ 该案一审法院认可了雇主基于性骚扰而行使的解雇权，认为性骚扰行为虽然没有被作为“可立即解雇事由”被规定在特定雇主的但此种行为违背了社会公认的基本公德，同时又是一种侵犯特定员工人格尊严和性权利的侵权行为，故基于此的解雇应当获得合法性评价。二审法院维持原判。

²¹⁴ 该案中安徽省马鞍山市花山区人民法院认为，公司可以制定本单位的规章制度，员工也有遵守的义务，但是，公司的规章制度应符合法律规定，且不得违背社会公德和公平原则。同事之间遇到问题，发生分歧和争执乃正常现象，且并没有产生影响公司的严重后果，因此公司辞退吴女士的理由不能成立。单位单方面解除与吴女士的劳动合同，应当支付赔偿金。最终，花山法院判决该公司支付吴女士赔偿金 8800 元。

²¹⁵ 钱叶芳：《个人解雇保护立法实践的国际比较：回应与建设》，《法律科学》2011 年第 1 期。

²¹⁶ 吴元元：《劳资契约安排的制度逻辑——无固定期限劳动合同的法律经济学重读》，《现代法学》2009 年 1 月。

²¹⁷ “‘无法和谐配合’成解聘理由，财务经理获赔近 80 万元”，资料来源，中国法院网，<http://www.chinacourt.org/>上海市杨浦区人民法院一审判决，认定公司解聘违法，赔偿索女士 792951.36 元。

最后一份劳动合同期限自2007年1月1日至2009年1月1日。2008年6月19日，索女士接到公司的书面通知，称因她与公司各部门之间无法和谐配合，基于公司全局管理的考虑，决定于2008年6月30日与她解除劳动合同，双方遂发生争议。

由于雇员和雇主最初拥有的关于对方的信息是不完善的，并且获取的成本都比较高，因此雇员与雇主达成的最初“匹配”很可能并不是最优的，并且也不会永远保持在最优的水平上。所以，在经营过程中，雇主总是希望能解雇实际劳动生产率比建立雇佣关系时的预期劳动生产率低的雇员。与之对应的法定解雇理由为《劳动合同法》第四十条第二项规定的“劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作”。雇主需要就雇员“不能胜任工作”，以及经过调岗或培训后“仍不能胜任工作”举证。但基于人力资源监督和工作绩效考核的信息状态约束，企业并非具有信息比较优势的一方。反之，如果把该证明责任配置予雇员一方，其也受到相似的信息状态约束而无法就自身“胜任工作”进行证明，同样也会陷入尴尬的境地。由此可见，双方就此法定事由并不能满足司法治理中所必须的证据“可观察”与“可检验”要求。“劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作”这一常规化的劳动合同解除条件很难成为企业解除无效率契约的可适用法律工具。基于人力资源监督和工作绩效考核的信息状态约束，法律制度无法明确“不能胜任工作”的客观标准。

“严重违反用人单位的规章制度”与“劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作”是我国最常见的两种法定解雇理由，而二者都存在举证困境所引发的与司法治理适应性不协调的问题。通过上述分析可知，法定理由规则比合理理由标准的雇主退出成本更高，企业为了避免未来陷入无效率的劳资博弈而不能解脱，势必在缔约过程中努力强化注意水平，试图以更为谨慎的合约条款来对双方的权利、义务、责任做出细致周密的事先设定，防止签约后变动的不可能或过高成本。当这一过程所产生过高的缔约成本无以冲抵企业力图避免的过高退出成本之时，便会导致取消不少缔约的可能性。不过，雇主欲达到解雇的目的，可采取类似于“调岗”的人事制度安排令雇员“不合格”，而这种人事安排在目前的法律制度中并没有特别的限制，所以其成本亦较为低廉，那

么看似“周到”的保护就是名存实亡，被解雇也就不再是一个令人难以想通的低概率事件。

三、法定解雇理由制度与劳动关系二元结构交互影响分析

我国法定解雇理由规则本身作为解雇保护制度的核心至今并未受到国内劳动法学研究过多的质疑，然而法律乃是实践的科学，必须考虑其可行性与实际效用，所以法定解雇理由规则是否有效保护了劳动者的职业安定性是值得深思的问题。法定解雇理由制度的社会效果关涉到的是法律制度的实效问题，而法律的实效乃是关于法律规范适用对象是否守法的问题。法律会因人们无视它的标准和规则而无法实现——“各种各样的管制制度，一边在发挥着作用，一边又时常地彼此相互冲突，同时还与自己的目的背道而驰”。作用良好的规则会获得一个为人们承认的权利证书，作为一种社会控制的工具，评价法律或规范的标准是其能否起到人们认可的作用，而不是抽象来看其文字或言辞表达方式的精致和细致。值得通过实证进行深入研究的是法定解雇理由规则对雇主解雇权的限制究竟为当事人各方以及全社会带来了什么？是在无损效率的情况下促进了公平，还是为公平牺牲了效率？如果是后者，其公平之所得能否抵消效率之所失？或者，在损害效率的同时，并没有增进公平，反而有损于公平？下文将集中就规范结构中的法定解雇理由制度所可能导致的社会效果进行系统分析，分析其是否达成了劳动关系稳定这一制度目标，从而回答法律始料未及的后果是否盖过了带来的利益，法律预期不到的成本又是否造成与法律的创造者和受益者的期望完全相反的结果这一疑问。

非标准劳动关系（nonstandard employment relations）与标准劳动关系（standard employment relations）构成了劳动关系二元结构。通常认为标准劳动关系是全日制工作时间、无终止期限²¹⁸，在雇主的经营场所遵循雇主的管理而工作的劳动关系。²¹⁹即工作时间、合同期限、工作地点及劳动关系从属性是标准劳动关系的界定因素，其中任意一方面脱离标准劳动关系将导致“劳动关系的解标

²¹⁸需要注意的是中国而在以无固定期劳动关系为默认劳动关系的国家，固定期限劳动合同关系为非标准劳动关系。

²¹⁹ Arne L. Kalleberg, Nonstandard Employment Relations: Part-time, Temporary and Contract Work, Annual Review of Sociology, 1 January 2000, Vol. 26, pp. 341-365. 董保华教授将“标准劳动关系”界定为以用人单位与劳动者之间仅存在一重劳动关系、八小时全日制劳动、遵循一个雇主的指挥为特征的劳动关系，参见董保华：《论非标准劳动关系》，《学术研究》，2008年第7期。本文认为该定义忽略了标准劳动关系中的劳动期限构成要素。

准化”²²⁰，从而形成非标准劳动关系。²²¹标准劳动关系与非标准劳动关系存在解雇保护制度性分割。法定解雇理由制度为标准劳动关系提供制度化的职业安定性保护，以消除劳动关系运行过程中可能由于雇主机会主义行为引发的不确定性，这是一种以持续就业为基础的制度性保护。非标准劳动关系的劳动者并不享有这种制度性保护。如《劳动合同法》规定，非全日制用工双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工，用人单位终止用工不向劳动者支付经济补偿。《劳动合同法实施条例》第三十一条明确规定劳务派遣单位违法解除或者终止被派遣劳动者的劳动合同的，要依照劳动合同法第四十八条规定执行，即劳动者可以要求继续履行合同或要求支付赔偿金。用工单位不能直接辞退劳动者，只能退回至派遣单位。但是对于用工单位违法退回劳动者该如何处理，《劳动合同法》并未给出明确的答案。由此可知，标准劳动关系的稳定性强于非标准劳动关系，那么为了与劳动法制所追求的“和谐稳定劳动关系”的立法目标相契合，则法律制度应当促进用人单位更多的与劳动者建立标准劳动关系，而非非标准劳动关系。标准劳动关系与非标准劳动关系解雇保护制度性分割导致标准劳动关系之职业安定性强于非标准劳动关系。若以“劳动关系稳定性”为劳动法律制度的目标，则非标准劳动关系不应当成为主流的用工模式。非标准劳动关系之合法性并不等同于普适性，然而现实的用工情况却展现了标准劳动关系边缘化的图景。

对策行为是社会成员的理性行为，是行为主体在形式上认同社会规范的前提下，通过对规范的目标、手段、内容或适用范围的修改，以从实质上偏离或违背社会规范的一种社会行为模式。²²²如果解雇保护制度规制导致的标准劳动关系雇佣成本增加将引发雇主转嫁成本的对策行为。雇主策略行为可有复杂的表现形式，如企业在人力资源管理上采取“核心—边缘”雇佣策略，在雇佣时优先考虑“具有适应性”的个人，在雇佣中更为慎重，分层化的雇佣现象将会出现：对核心雇员提供标准化的雇佣，而对其他雇员提供非标准化的雇佣。微观互动与作为其前

²²⁰ “劳动的解标准化”概念源自乌尔里希·贝克对从标准化的充分就业系统到灵活多元的不充分就业系统的界定。其高度标准化的就业体系的主要方面包括：劳动契约、工作场所和工作时间。参见，【德】乌尔里希·贝克：《风险社会》，何博闻译，译林出版社2003年版，第173页。本文用“劳动关系的解标准化”概念借指某一方面脱离标准劳动关系形成非标准劳动关系的现象。

²²¹ 2002年经合组织的就业展望将非标准就业分为临时雇佣及非全日制就业：OECD:Employment Outlook 2002, <http://www.oecd.org/dataoecd/36/8/17652675>. p.160。我国现行劳动法律制度框架内的非标准劳动关系包括了劳务派遣与非全日制用工。

²²² 孙龙、雷洪：《对策行为普遍化的原因——对当代中国一重隐性社会问题的剖析》，《社会科学研究》2000年第6期。

提的宏观结构之间是相互作用、相互影响的，非标准劳动关系为雇主提供了策略行为的可能空间。雇主将会使用非标准劳动关系来降低雇佣成本，从而使解雇保护所施加的制度成本对己方的影响最小化，而令被保护阶层自食其果。雇佣的柔软性，非标准雇佣的扩大，劳动力供需体制的多样化是世界各国雇佣体系变化的共同现象。²²³对标准化劳动关系的解雇规制越严格，则雇主采取对策行为的可能性越大。而非标准就业又基于国家经济发展、就业政策等因素取得了合法性。基于中国劳动力市场严重的二元分割，《劳动合同法》加强解雇保护给不同劳动力市场带来的不同影响很难通过企业和员工的自由流动而趋同。²²⁴

非标准劳动关系非常规发展对法定解雇理由制度的逆向影响。标准化就业体系中的解雇保护以劳动参与为先决条件，现代社会劳动的解标准化却模糊了工作与非工作的界限。对标准劳动关系与非标准劳动关系有差别的劳动与社会保障法律制度割裂了劳动力市场，却又形成了标准就业者与非标准就业者不同的风险地位——专职雇用的安全性更大，而兼职、临时、暂时雇用的安全较低。灵活就业者一年内更换工作的次数平均为 0.17 次，而传统正规就业者则为 0.04 次，是正规就业者的 4 倍多，可以看出灵活就业者的就业安全性是非常低的。²²⁵劳动力市场的灵活性已经显著侵蚀到了劳动者与就业及收入安全有关的重要权利和工作与生活状况的相对稳定。²²⁶最需要稳定劳动关系的劳动群体的劳动关系恰通过非标准的用工模式被灵活化了。原有建立于标准工资劳动基础之上的雇佣安定性保护法律制度可能失去根基，置于标准化劳动保护之外的个体数量越来越多，将形成一种制度化的风险。可见，非标准劳动关系增多，挤压了以标准劳动关系为制度基础的法定解雇理由制度的适用空间。

如今，劳动力市场的灵活安全性是国际社会共同关注的议题。灵活安全性作为一项政策策略指一方面增强劳动力市场、工作组织、劳动关系的灵活性，另一方面增强就业安全性及社会安全性，尤其是劳动力市场中的就业脆弱群体及边缘群体。标准劳动关系抑或是非标准劳动关系都不应当是仅仅体现劳动关系安全性或灵活性的某一方面，而应当寻求安全性和灵活性的最佳结合。劳动法律制度如

²²³ 【日】马渡淳一郎：《劳动市场法的改革》，田思路译，清华大学出版社 2006 年版，第 3 页。

²²⁴ 唐跃军、赵武阳：《二元劳工市场、解雇保护与劳动合同法》，《南开经济研究》2009 年第 1 期。

²²⁵ 吴要武，蔡昉：《中国城镇非正规就业：规模与特征》，《中国劳动经济学》2006 年第 3 期。

²²⁶ Ozaki, M., 1999, Negotiating Flexibility. The role of the social partners and the State, Geneva: International Labour Office: 116.

何为较为灵活的非标准劳动关系提供工作安全性支持？对非标准劳动关系安全性的保障无法照搬标准劳动关系工作安全性保护制度来实现，这也必将是未来研究的重心所在。

可见，解雇保护制度意图在于维护劳动关系的稳定性，形成劳动者不被用人单位任意解雇的秩序。然而，悖谬的是，为了实现有序而实施的各种干预似乎在促成其他的失序，并带来失序的非意图的后果——劳动关系的解标准化。非标准劳动关系经由用人单位的策略行为而普遍化，从而形成了非标准劳动关系参与者与标准劳动关系参与者不同的失业风险地位，非标准劳动关系非常规发展动摇了职业安定性保护制度运行的根基。

解雇保护的制度目的在于追求相对稳定的劳动关系，或者说建立一个更为长期的契约关系，令契约具有连续性。具体劳动关系稳定与否取决于劳动关系的双方当事人，雇员辞职权与雇主解雇权的行使都构成对稳定劳动关系的威胁。法律制度预设了劳动者在劳动关系中是风险规避的类型，由此逻辑的认为劳动者于一般情形下不会主动辞职，所以用人单位在劳动关系存续过程中的机会主义行为实为稳定劳动关系最大的威胁，故而通过解雇保护制度对用人单位的解雇权的行使予以了实体及程序上的限制，意图以此达到保护劳动者合法权益的目的。稳定性与灵活性是劳动关系同时并存的属性。劳动关系稳定性满足安全感与归属感的要求，在稳定的劳动关系中，能够建立和维系利益预期和忠诚、信赖机制，并形塑荣辱与共的利益共同体观念。灵活性则适应择业自由与用工自由、便利需求和多样化的劳动生活，在灵活的劳动关系态势下，可以确保人力资源的优化配置与调适机制的有效运行。²²⁷而劳动力市场制度灵活性多一点抑或稳定性多一点，其规制的适度性应当取决于具体的制度环境——经济、社会文化条件。假设我国当前解雇保护规制水平过高，在资本全球流动的前提条件下，对于国内劳动力市场将会产生负面影响，那么从宏观层面而言，应当放松管制；反之，则应当适当加强管制。

²²⁷冯彦君：《我国劳动合同法立法应正确处理三大关系》，《当代法学》2006年11月。

劳动合同解除和终止中经济补偿金制度的回归

——兼谈企业社会责任的限制性

黄晓华

【摘要】经济补偿金制度肩负着劳动者权益保护之使命，自其诞生之日起就争议不断。伴随企业改革与社会转型的不断深化，职工劳动保护与企业用工自主权之间的摩擦更为剧烈。以当前社会保障体系为基础，结合企业社会责任的限制性考量，对《劳动合同法》第三十八条与劳动合同期满终止经济补偿金之给付进行有益思考，以期建立以违约金为责任根据的经济补偿金制度。

【关键词】经济补偿金；企业社会责任；劳动合同解除；劳动合同终止

引言

2008年《劳动合同法》在多方热议下出台，在接近十年的实施过程中，《劳动合同法》对缓解我国劳资关系突出矛盾，平衡双方利益，稳定劳动关系具有重要影响。以《劳动合同法》第四十六条、第四十七条为中心构建的经济补偿金制度，对分担劳动者失业风险，保障其基本生活条件，劳资关系的再平衡具有重要意义。但随着中国社会改革进程的不断深入，企业转型的逐步推进，在稳定劳动关系，强化解雇保护的立法视角之下建立的经济补偿金制度面临重重拷问。毋庸置疑，劳动合同解除与终止后经济补偿金制度的存在对劳动者权益之保护意义特殊。劳方与资方利益碰触之下，对经济补偿金制度的性质、定位以及构建的重新审度显得尤为必要。

一、劳动合同解除和终止中经济补偿金适用情形综述

根据我国当前《劳动合同法》的相关规定，劳动合同解除和中止中经济补偿金的适用主要分为用人单位单方解除、劳动者单方解除、双方协商解除以及劳动合同终止四种情形，具体如下：

用人单位单方解除型	1、用人单位无过失辞退。所谓无过失辞退，是指《劳动合同法》
-----------	-------------------------------

作者简介：黄晓华，1991年8月，女，广东佛山，中南财经政法大学经济法研究生。

	<p>第四十条规定的情形：（一）劳动者患病或非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；（三）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。符合上述情形之一的，用人单位在解除劳动合同后需向劳动者支付经济补偿金。</p> <p>2、用人单位经济性裁员。根据《劳动合同法》第四十一条的规定，用人单位如果存在：（一）依照企业破产法规定进行重整的；（二）生产经营发生严重困难的；（三）企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；（四）其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的，依法裁减人员，解除劳动合同后，需要向劳动者支付经济补偿金。</p>
劳动者单方解除型	<p>一般来说，劳动者单方提出解除劳动合同的情形并没有经济补偿，但按照《劳动合同法》第三十八条之规定，当用人单位存在某些违法情形时，劳动者在单方解除劳动关系的，用人单位仍应向劳动者支付经济补偿金。用人单位的违法情形主要包括：未按劳动合同约定提供劳动保护或劳动条件；未及时足额支付劳动报酬；未依法为劳动者缴纳社会保险费；用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益；因用人单位原因致使劳动合同无效；用人单位以暴力、威胁或非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动；用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全等。</p>
双方协商解除型	<p>根据《劳动合同法》第三十六条与四十六条之规定，用人单位依照法律规定向劳动者提出解除劳动合同并于劳动者协商一致解除劳动合同的，应当支付经济补偿金。</p>
劳动合同终止型	<p>1、期满终止的情况。劳动合同期满终止，可能存在四种情况：（1）双方都不同意续订劳动合同的；（2）用人单位不同意续订劳动合同，劳动者同意续订劳动合同的；（3）用人单位同意续订合同，但是降低劳动合同约定条件，劳动者不同意续订劳动合同的；（4）用人单位同意续订合同且维持或者提高劳动合同约定条件，劳动者不同意续订劳动合同的。其中只有第四种情况不需要支付经济补偿金，其他三种情况都需要支付经济补偿金。</p> <p>2、相关法律事实的出现导致劳动合同终止的情况。根据《劳动合同法》的规定，用人单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销或者提前解散的，劳动合同依法终止，用人单位应向劳动者支付经济补偿金。</p>

从上述总结可以看出，劳动合同解除和终止中经济补偿金之适用范围较为广泛，除出劳动者因自身原因离职、自身过错而被辞退或者劳动者不愿意续订劳动合同以外，其他劳动关系之结束，用人单位均需支付经济补偿金。一个制度的建立到适用，必定有其合理的法理依据。经济补偿金制度作为《劳动合同法》中一

项重要的劳动者权益保护机制，在考察其机制之性质时，仍存在诸多争议，学说纷纭。

二、争议：经济补偿金性质之定位

（一）法定违约金说？

有学者曾在文章中持法定违约金的观点¹，认为“经济补偿金是国家为保障劳动者的合法权益而强行干涉用人单位与劳动者之间的结果，是企业未能履行劳动合同规定的义务所承担的责任”²。由此可见，法定违约金说对经济补偿金制度的定性基础是用人单位对劳动合同义务的不履行，这在经济补偿金适用范围中具有相当的合理性。然而，分析当前制度之规定，经济补偿金的支付范围不仅包括用人单位对劳动合同不履行之情形，当劳动合同期限届满而终止时，劳动者除在用人单位维持或者提高劳动合同约定条件仍不同意续订劳动合同之情形外，用人单位同样需要向劳动者支付经济补偿金。但此时用人单位显然不存在不履行劳动合同义务之故意，这实际上与“法定违约金”一说存在逻辑矛盾，该定性有待商榷。

（二）劳动贡献补偿说？

有学者认为，经济补偿金体现的是对劳动者劳动贡献之补偿³，是“用人单位依据劳动者在劳动关系存续期间为企业本身作出的贡献积累所给予的经济性补偿，经济补偿额的计算通常与劳动者在该单位的工龄相关”⁴。将经济补偿金制度基础定性为对劳动者劳动力贡献的一种补偿，一方面与经济补偿金以工作年限为支付标准的规定形成了合理解释，另一方面也体现《劳动合同法》作为保护劳动者权益之法的应有之义。然而，按照劳动贡献补偿的性质学说，无论企业与劳动者双方基于何种原因终止劳动合同关系，劳动者依据已有工龄，均可请求用人单位向其支付一定数额的经济补偿金，以体现对劳动者过去付出之补偿。显然当前我国《劳动合同法》并未对劳动者因自身有过错行为而被辞退或劳动合同终止的特殊情形纳入经济补偿金的支付范围，该学说显然与现实不相符合。

（三）社会保障说？

¹ 参见傅静坤：《劳动合同中违约金问题研究》，《现代法学》，2000（5），第38—41页。

² 参见董保华：《劳动合同研究》，中国劳动出版社2005年版，第271页。

³ 参见栗占荣：《经济补偿金：无固定期限劳动合同的法律问题》，《广西青年干部学院学报》，2001（6），第61—64页。

⁴ 参见王全兴：《劳动法》（第二版），法律出版社2004年版，第153页。

持社会保障说的学者认为,“经济补偿金的给付实际上是劳动合同解除后企业对劳动者给予的必要的社会保障,以维护劳动者的合法权益”⁵。经济补偿金无论是产生于合同终止还是合同解除,都不应当有责任问题,其性质是一种具有社会保障金属性的金额给付⁶。可以看出,经济补偿金制度在具体执行时,对劳动者在劳动合同解除或终止后到重新签订劳动合同之前的一段区间内,起到保障基本生活之作用,但这种保障背后的属性能否认定为社会保障之性质是值得讨论的。“社会保障是具有经济福利性、社会化的国民生活保障系统的统称。”⁷这种社会化的属性要求社会保障是由官方机构或社会中间团体来承担组织义务的,而不是单个个体的直接对应行为。从当前我国劳动合同解除或终止后经济补偿金制度的规定来看,经济补偿金的支付实际上由企业完成,并不满足社会保障的社会化属性。

(四) 就业风险分担说?

有学者认为,“由于劳动合同解除权的行使实质上就是将经营风险的一部分转嫁成为劳动者的就业风险,经济补偿金可以看作是用人单位对先前转嫁给劳动者经营风险的一种公平责任分摊。”⁸。首先,《劳动合同法》中劳动合同解除或终止后经济补偿金制度不仅有用人单位行使解除权之情形,也有劳动者单方解除劳动合同的情形,就业风险分担说显然不能对后者进行充分说明。其次,在我国,作为社会保险制度重要组成部分之一的失业保险,就是“针对受失业风险、暂时丧失工资收入的失业者设计的”⁹,其防范的就是劳动者在就业过程中的失业风险。如果经济补偿金制度“以失业风险分担为己任”,实际上构成制度功能上的重复,造成不必要的资源浪费。再者,当劳动合同期满终止时用人单位并没有行使解除权,按照“就业风险分担”的观点,此时用人单位支付经济补偿金的正当性与合理性是不充分的。

(五) 用人单位帮助义务说?

还有一种为“用人单位帮助义务化或法定化”学说,认为经济补偿金是“用

⁵ 参见刘京州:《浅议解除劳动合同的经济补偿》,《甘肃科技》,2004(6),第169页。

⁶ 参见王天玉:《经济补偿金制度的性质——兼评我国《劳动合同法》第46条》,《社会科学战线》,2012(3),第269-270页。

⁷ 参加郑功成:《社会保障学——理念、制度、实践与思辨》,商务印书馆,2000年版,第10页。

⁸ 参见冯彦君:《劳动合同解除中的三金适用——兼论劳动合同法的立法态度》,《当代法学》,2006(9),第76页。

⁹ 参见陆岳松:《劳动与社会保障法原理与实务》,中国政法大学出版社,2014年版,第246页。

用人单位在劳动者被动解除劳动合同这一最需要帮助的时候给予劳动者的资助。”¹⁰ 尽管这一学说较好地弥补了劳动贡献补偿说的逻辑缺陷，在劳动者主动终止、解除合同、过错解除合同时用人单位无需支付经济补偿金，但该学说仍然无法解释劳动合同期满终止后用人单位支付经济补偿金的合理性。如果这种帮助义务的法定化构成对劳动者失业风险的分担，实际上“用人单位帮助义务化或法定化说”同样面临着“就业风险分担说”的法理依据考验。

由此可得，上述关于经济补偿金制度性质的学说均存在一定程度上的缺陷，并不能全面而准确地对经济补偿金制度进行法理解释。劳动合同解除或终止后的经济补偿金制度设置的合理性受到质疑。加之当前世界经济复苏不及预期，国内经济下行压力增大，企业面临着利润下降、转型困难、有效需求不足等一系列问题。经济补偿金制度一方面对维护劳动者权益起到重要作用，另一方面也直接影响着企业的用工成本与用工灵活性。合理改进当前经济补偿金制度，加入更多的理性考量，使之符合劳资双方利益平衡的制度成为必要。

三、域外经济补偿金制度适用范围之考察

（一）英国模式

根据英国普通法原理，雇佣合同的终止主要情形有：经双方协商一致而终止、因合同履行而终止、因合同受挫而终止、因单方面通知而终止、因即时解雇而终止、因即时辞职而终止以及因非法解雇而终止。其中解雇是单方行为，协商是双方的行为，在经双方协商一致而终止雇佣合同的情形下，雇员不能享受遣散费。因此，法院在认定雇佣合同是因协商而终止时较为谨慎¹¹。违约救济的情况存在于非法解雇、不当解雇以及裁员当中。雇员因非法解雇有权依普通法要求损害赔偿，因不当解雇可依成文法要求经济补偿，因裁员可根据不同情形提出赔偿。赔偿金包括三部分：一是基本补偿金；二是赔偿性补偿金；三是补充赔偿金¹²。

（二）美国模式

“在我国，用人单位无法拿出法律允许的理由，就无法解雇职工，而在美国，

¹⁰ 参见董保华：《劳动合同法中经济补偿金的定性及其制度构建》，《河北法学》，2008（5），第44页。

¹¹ 参见王益飞、黎建飞主编：《外国劳动法和社会保障法》，中国人民大学出版社，2001年版，第36-37页。

¹² 参见王益飞、黎建飞主编：《外国劳动法和社会保障法》，中国人民大学出版社，2001年版，第38-39页。

只要雇主不违反法律禁止解雇的规定，就可以解雇。¹³”美国长期秉持雇佣自由的原则，特殊限制以外，雇佣双方均可相对自由地解除雇佣合同，而由于美国不存在对解雇保护的综合性系统立法，因而也不存在经济补偿金制度。与此同时，美国失业补偿制度作为社会保障体系的重要组成部分，对雇员提供完善的就业风险保障。这种失业保险，“主要通过征收失业补偿税来实现，征收的范围包括所有雇主、非营利组织、公立医院、学校以及某些农业工人和家庭工人。”¹⁴

（三）德国模式

在德国，劳动合同的终止原因有：解雇、协商终止、劳动合同期满时终止、雇员死亡、企业转移、企业停产倒闭以及法院判决终止。而1969年的联邦德国解雇保护法则对解雇保护作了具体规定。这种解雇相当于我国的解除劳动合同，分为正常解雇、非正常解雇及变更性解雇。正常解雇是指雇主或雇员在遵守一定的解雇期限下解除劳动关系，而非正常解雇是出于重要原因的提前解雇，无论是正常解雇还是非正常解雇，法院均可依据具体情形判决雇主支付适当的一次性补偿金¹⁵。

（四）法国模式

根据法国劳动法典之规定，劳动合同主要分为定期劳动合同与不定期劳动合同。定期劳动合同在期满或任务完成终止时，雇员有权获得不稳定状态补贴以补偿其不稳定的状态。雇主除在双方达成协议、一方犯有严重过错或不可抗力之情形解除定期合同的，除获得不稳定状态补贴外，还有权得到损害赔偿。在不定期劳动合同中，除雇员辞职、退职、存在严重过错以及不可抗力之情形，用人单位单方解除合同的需支付法定的辞退补偿金，其数额也可以通过约定来进行，但这种约定相对于法定而言必须更有利于雇员¹⁶。

通过对大陆法系与英美法系代表性国家中经济补偿金制度的相关考察可以看出，一个国家在解决雇主用工自由与解雇保护的利益平衡时各有差异，既有通过征收失业保险税完善失业保险制度以保护企业解雇自由之模式，也有遣散费、

¹³ 参见林晓云等编著：《美国劳动雇佣法》，法律出版社，2007年版，第123页。

¹⁴ 参见王益飞、黎建飞主编：《外国劳动法和社会保障法》，中国人民大学出版社，2001年版，第283页。

¹⁵ 参见王益飞、黎建飞主编：《外国劳动法和社会保障法》，中国人民大学出版社，2001年版，第92-99页。

¹⁶ 参见王益飞、黎建飞主编：《外国劳动法和社会保障法》，中国人民大学出版社，2001年版，第202-217页。

损害赔偿与经济补偿分层适用之模式,更有不稳定状态补贴与损害赔偿并存的解雇保护模式。如何完善当前劳动合同解除或终止后经济补偿金制度构建,除了考量制度本身,更要考虑制度生长的土壤。

四、企业责任与企业社会责任之认识

(一) 企业责任的概述

随着现代企业制度的确立,用人单位作为一个经济主体在现代社会组织中扮演着越来越重要的角色,与之相伴相生的企业责任问题也受到越来越多的关注。企业责任,是“企业作为一个主体在社会生活中活动时所应承担的义务;在企业作出不良行为时所应该承担的后果”¹⁷。在企业责任中,企业经济责任强调的是,企业作为一个独立的经济主体,为谋求企业自身健康发展而创造财富、实现股东经济利益的特定目的;企业法律责任是指企业作为独立法人资格的主体在法律上所承担的民事或刑事责任,是企业违背了其应当遵守的法定义务而产生的特定义务;在探讨企业道德责任的问题上,“大部分研究者运用利益相关者理论,指出企业道德责任就是对员工、对消费者、对社会和环境等利益相关者在道义上应当承担的社会责任和义务”¹⁸;对于企业社会责任,刘俊海教授认为,“公司的社会责任,是指企业应当承担起维护和增进社会其他主体利益的义务,而不能仅仅以最大限度地为公司股东谋求利益作为企业本身的唯一存在目的”¹⁹。

(二) 企业社会责任的界限

1、企业责任领域中企业社会责任的独特性

首先,在利益追求的对象上,企业经济利益旨在追求自身利润价值的最大化,而企业社会责任体现社会效益,其终极目的在于提高社会其他主体之利益。其次,尽管主流观点认为企业道德责任是社会责任的派生,两者具有相似性,但道德责任作为社会公序良俗的集结,其履行具有天然的正当性,而企业社会责任是企业利益与其他社会主体利益的平衡,这种平衡并非必然而应具有充分的证明才有适用的正当性。再次,企业法律责任经法律明确规定,具有强制性,是企业必须履行的义务,而社会责任并不具备与之相当的强制力。

2、企业社会责任的局限

¹⁷ 参见周勇:《论责任、企业责任与企业社会责任》,《武汉科技大学学报(社会科学版)》,2003(12),第29页。

¹⁸ 参见安晋军:《近年来国内企业道德责任研究综述》,《前沿》,2011(5),第142页。

¹⁹ 参见刘俊海:《公司的社会责任》,法律出版社1999年版,第2页。

企业社会责任的一个局限是“责任”的主体或担当者的问题，另一个局限就是由于责任的内容更加广泛，其归结点变得模糊，再一个局限就是责任的对象²⁰。一方面，与传统企业责任不同，企业社会责任内容并不具备企业法律责任内容之“法定性”，面对具体问题时基本标准的缺位会导致企业社会责任的界限不明、内容模糊。另一方面，企业经济责任实际上是一种“自我负责”的责任形式，是企业谋求自身利益最大化的体现，责任对象明确，而企业社会责任则是“对他负责”的责任模式，这种责任的承担往往需要建立在权利义务相统一的基础之上，企业社会责任向谁履行的问题不明确，最终也导致企业社会责任难以定位。

3、企业社会责任的限制

由于企业社会责任性质本身决定，企业社会责任的内容具有抽象性，责任的对象存在不确定性，因此，企业社会责任的存在需要正确的引导，理性的限制。划定责任的边界，“企业社会责任之行为不能突破企业行使作为一个经济营利组织的基本功能与存在目的，不能逾越公司法人框架下管理者的权限；这种社会责任行为不能替代政府的职能；不能危机他国的政治和法律制度；不能违背文化习俗和宗教禁忌。²¹”一方面，在经济活动中企业最大限度地创造财富，扩大自身利益是经济组织的天然使性，也是现代企业制度的生存基础。一味追求企业社会责任的担当而忽视企业自身的发展实际上是本末倒置，抹去企业的基本属性也即否定了社会责任之存在。另一方面，政府作为守夜人的角色，在维护国家安全、提供公共服务、扶助弱势群体、实现社会公正等方面责无旁贷，社会责任首先是政府的责任，企业承担社会责任并非取代政府应有的职能。

五、回归：完善经济补偿金制度的路径选择

面对当前劳动合同解除或终止后经济补偿金制度性质定位的质疑，借鉴域外制度构建的相关情况，结合企业社会责任的限制性理论，本文以为制度回归的路径如下：

（一）明确《劳动合同法》第三十八条之惩罚性

如上所述，按照第三十八条之规定，当用人单位存在法定之过错行为时，劳动者解除劳动合同的同时企业应当支付经济补偿金以承担其违法成本。然而，这

²⁰ 参见李萍：《论企业责任向企业社会责任转化的限制条件》，《玉溪师范学院学报》，2010（1），第6页。

²¹ 参见赵德志：《论企业社会责任的限制》，《辽宁大学学报（哲学社会科学版）》，2013（11），第97-98页。

种利益的考量是否符合劳动者合法权益之保护，值得商榷。

首先，该规定存在法条价值冲突之必然性。根据《劳动合同法》第八十七条之规定，用人单位在违法解除或终止劳动合同时应当承担相当于两倍经济补偿金的赔偿责任，此时用人单位单方解除合同之行为具有明显的主观过错，相应的责任承担也具有惩罚性。而根据三十八条之规定，用人单位存在违法情形之时同样存在主观过错，仅仅由于合同的解除是劳动者单方提出的则规定该情况下用人单位仅需负经济补偿金之赔偿责任，显然是不公平的。这极易导致用人单位在有违法解除劳动合同之故意时，为规避八十七条之惩罚性赔偿，故意制造违法之事实，迫使劳动者因无法“忍受”而行使即时解除权，最终仅需承担经济补偿金责任之结果。三十七条经济补偿金的定位，表面上是保护劳动者的合法权益，实际上由此引发的价值冲突造成了更大的不公。其次，违约金是指合同当事人不履行或者不完全履行合同义务，违约方按照合同约定，支付给非违约方一定数量的款项。违约金在一般情况下不具有惩罚性，经济补偿金的支付在性质上与赔偿性违约金相同。然三十八条之违法情形，违约方的主观过错与八十七条相当，此时，经济补偿金与赔偿金的“差别对待”于理不合。因此，为避免法条价值之冲突带来现实不公，应明确三十八条情形的惩罚性，改经济补偿金责任为赔偿金责任，使之与八十七条违法解除责任承担相匹配。

（二）取消劳动合同因期满终止的经济补偿金之规定

依照我国目前关于劳动合同因期满终止的经济补偿金之规定，劳动合同因期满而终止时，除用人单位同意续订合同且维持或者提高劳动合同约定条件，劳动者不同意续订劳动合同之情形，用人单位均需支付经济补偿金。本文以为，取消此处经济补偿金之规定实乃必要。

一方面，企业为补偿劳动者不稳定的状态而支付经济补偿金缺乏合理性。其一，作为固定期限劳动合同一方当事人，劳动者对于劳动合同期满终止之事实应当预见且可以预见。在劳资双方签订劳动合同之时实际上已经对这种不稳定状态作出了承诺，这里并不存在补偿的可能。其二，依照相关法律规定，用人单位应当自劳动合同成立之日为劳动者缴纳社会保险费用，其中包括失业保险。失业保险旨在对因失业而暂时中断生活来源的劳动者提供物质帮助，当用人单位为劳动者缴纳社会保险时，实际上已经对这种未来不稳定状态之风险履行了相应的责任。

根据企业社会责任的限制性理论,此时经济补偿金之规定不仅加重了企业的负担,而且使得政府公共职能与企业社会责任边界模糊化,最终导致政府部门在促进就业领域的不作为。另一方面,劳动合同期满终止情形下企业支付经济补偿金将导致企业用工自主权与劳动者职工劳动保护的失衡。企业用工自主权,是指“企业根据生产经营需要对招收和使用劳动力所拥有的自行决定权。”²²由于劳动者在劳资双方关系中天然处于弱势地位,为保护劳动者权益,往往需要对企业的用工自主权作出限制,例如《劳动法》第十二、十三条关于就业平等之规定、《劳动合同法》对用人单位变更劳动者岗位的规定以及对企业单方解除劳动合同的限制等。然而,在劳动合同期满终止之情形,用人单位对劳资关系的终止并无过错,也无违反法律与合同之规定,增加企业支付经济补偿金的要求是对企业用工自主权的不合理限制。

(三) 建立以违约金为责任根据的经济补偿金制度

通过明确劳动者在用人单位存在违法情形时单方解除劳动合同后,用人单位需承担具有惩罚性质的赔偿金这一规定,免除劳动合同因期满而终止时用人单位支付经济补偿金的责任以后,本文以为,建立以违约金为责任依据的经济补偿金制度是制度选择的理性之举。

劳动合同由于其固有的人身依附属性,与民事合同相比,既有共性也有特殊性。民事合同中规定的违约金是指合同当事人不履行或者不完全履行合同义务时,违约方按照合同约定,需向非违约方支付一定数量的款项的制度。这种制度在劳动合同领域则体现为用人单位向劳动者支付经济补偿金。用人单位基于无过失辞退、经济性裁员提前解除劳动合同与基于自身过错导致劳动合同提前终止时,均需要向劳动者支付具有违约金性质的经济补偿金,以填补因不履行剩余合同义务造成劳动者期待利益之损失。同时,由于劳资关系双方力量的不平等,区别于民事合同中违约金制度的平等性,为保护劳动者权益,经济补偿金制度的设置同样具有特殊性,主要体现在:当劳动者存在过错导致用人单位单方解除劳动合同时,劳动者无需向用人单位支付“违约金”;当用人单位提出解除劳动合同,即使双方协商一致,其仍需向劳动者支付经济补偿金。

²² 参见苑茜等主编:《现代劳动关系辞典》,中国劳动社会保障出版社,2000年版,第239页。

余论

当前,经济补偿金性质学说之争与企业社会责任的限制性等等都对劳动解除或终止后经济补偿金制度的设置提出新的思考。厘清经济补偿金与赔偿金的适用情形,避免不合理地扩大企业社会责任边界,建立以违约金为责任根据的经济补偿金制度,以做到有效兼顾公平与效率。在探索经济补偿金支付分为的合理路径的同时,经济补偿金的支付标准同样需要更多的思考。然顾于论述能力所及与篇幅所限,在今后的讨论中再作说明。

【参考文献】

- 【1】参见傅静坤：《劳动合同中解约金问题研究》，《现代法学》，2000（5），第38—41页。
- 【2】参见董保华：《劳动合同研究》，中国劳动出版社2005年版，第271页。
- 【3】参见栗占荣：《经济补偿金：无固定期限劳动合同的法律问题》，《广西青年干部学院学报》，2001（6），第61—64页。
- 【4】参见王全兴：《劳动法》（第二版），法律出版社2004年版，第153页。
- 【5】参见刘京州：《浅议解除劳动合同的经济补偿》，《甘肃科技》，2004（6），第169页。
- 【6】参见王天玉：《经济补偿金制度的性质——兼评我国《劳动合同法》第46条》，《社会科学战线》，2012（3），第269—270页。
- 【7】参加郑功成：《社会保障学——理念、制度、实践与思辨》，商务印书馆，2000年版，第10页。
- 【8】参见冯彦君：《劳动合同解除中的三金适用——兼论劳动合同法的立法态度》，《当代法学》，2006（9），第76页。
- 【9】参见陆岳松：《劳动与社会保障法原理与实务》，中国政法大学出版社，2014年版，第246页。
- 【10】参见董保华：《劳动合同法中经济补偿金的定性及其制度构建》，《河北法学》，2008（5），第44页。
- 【11】参见王益飞、黎建飞主编：《外国劳动法和社会保障法》，中国人民大学出版社，2001年版。
- 【12】参见林晓云等编著：《美国劳动雇佣法》，法律出版社，2007年版，第123页。
- 【13】参见周勇：《论责任、企业责任与企业社会责任》，《武汉科技大学学报（社会科学版）》，2003（12）。
- 【14】参见安晋军：《近年来国内企业道德责任研究综述》，《前沿》，2011（5），第142页。
- 【15】参见刘俊海：《公司的社会责任》，法律出版社1999年版，第2页。
- 【16】参见李萍：《论企业责任向企业社会责任转化的限制条件》，《玉溪师范学院学报》，2010（1），第6页。
- 【17】参见赵德志：《论企业社会责任的限制》，《辽宁大学学报（哲学社会科学版）》，2013（11），第97—98页。
- 【18】参见苑茜等主编：《现代劳动关系辞典》，中国劳动社会保障出版社，2000年版，第239页。

用人单位单方调岗的法律效力认定

沈威 金顶涛^①

【摘要】实务中，用人单位常在劳动合同中与劳动者约定其有权根据经营需要、岗位需求或者劳动者的能力等因素，对劳动者的工作岗位进行调整，劳动者需要服从调整。用人单位类似的单方调岗行为是否能够产生法律效力，全国各地的规定也不尽相同。笔者通过亲自代理的一起因用人单位单方调岗引发的劳动争议案件，结合全国各地有关调岗的规定，对用人单位单方调岗的法律效力进行浅显解析，同时针对当前有关调岗的立法和司法现状提出具体建议。

【关键词】 员工调岗 法律效力 建议

【案例介绍】

2003年3月10日，张某入职甲公司，并与甲公司签订了劳动合同。张某在职期间，先后担任甲公司资产主管、代理行政部代理经理和商务主管等职务。

2015年5月1日，甲公司对张某进行了岗位调整，张某由原行政部代理经理调整至商务部主管。甲公司同时取消了张某之前享有的岗位补贴1000元和代理经理补贴500元，合计取消1500元。张某未在岗位调整表中签字确认。2015年5月18日，张某在发给甲公司的邮件中称，同意甲公司的调岗，但不同意取消岗位补贴和代理经理补贴。

2015年7月6日，张某以不满甲公司对其工作岗位进行调整并降低工资待遇为由向甲公司邮寄了《被迫解除劳动合同通知书》，并要求甲公司支付经济补偿金并补发2015年5月和6月被降低的工资。

2015年7月8日，张某向深圳市劳动人事争议仲裁委员会申请了劳动仲裁，要求甲公司支付被迫解除劳动合同的经济补偿金和补发降薪部分工资。后仲裁机构认定甲公司调岗违法并裁决甲公司支付张某经济补偿金和被降低工资，二审判决结果与裁决一致。

【案件评析】

对于上述案例，实务界存在着两种基本观点。第一种倾向于支持仲裁委的观点，即认为甲公司调岗和降薪均属于单方行为，未经过张某同意，属于违法调岗降薪。第二种观点认为甲公司调岗经过了张某同意，且即便未经张某同意，张某也未在合理期限内提出异议，同时取消岗位补贴和代理经理补贴也都具有合理性。笔者评析如下：

一、甲公司调岗是否应当征得张某同意

根据《劳动合同法》第 17 条规定，劳动合同应当具备以下条款：（四）工作内容和工作地点。第 35 条规定，用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。很明显，本案中，甲公司对张某岗位从代理行政经理调至商务主管，属于对劳动合同内容的变更，应当采用书面形式，且需要与张某协商一致。本案中，张某提供的邮件证据显示，张某对于岗位调整无异议，但对于降低工资提出了异议。可以看出，甲公司于 2015 年 5 月 1 日下发对张某的调岗通知书前并未与张某协商一致，也未征得张某同意。

二、张某提出异议是否已超过法定期限

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释<四>》第 11 条规定，变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持。《广东省高级人民法院关于审理劳动人事争议案件的座谈会纪要》第 22 条规定，用人单位调整劳动者的工作岗位且不具有上款规定的情形，劳动者超过一年未明确提出异议，后又以《劳动合同法》第三十八条第一款第一项规定要求解除劳动合同并请求用人单位支付经济补偿金的，不予支持。本案中，张某提出调岗异议的时间以及应当适用最高院司法解释规定，还是适用广东高院座谈会纪要规定尚存在争议。张某在 2015 年 5 月 18 日发送的邮件中称同意调岗但又不同意降薪，如果不能认定为明确提出异议，则张某在 2015 年 7 月 8 日申请劳动仲裁时提出异议，如果适用最高院司法解释规定则已经超过了的一个月期限，如果适用广东高院规定，则未超过一年期限。可以看出，本案明显适用了广东高院规定的一年异议期限。

三、甲公司取消岗位补贴和代理经理补贴是否属于降低工资

根据甲公司提交的证据显示，张某原来享有的岗位补贴 1000 元属于甲公司针对张某负责的物流系统维护工作而特设的专项补贴，该补贴自设立开始每月均正常发放。剩余 500 元代理行政经理补贴是基于张某代理行政经理职务期间享有的补贴。根据《劳动合同法实施条例》和《关于工资总额组成的规定》的规定，补贴属于工资的组成部分。本案中，张某享有的两项补贴均是工资的组成部分，甲公司取消张某两项补贴共计 1500 元，认定为降低工资应该争议不大。

【调岗概述】

一、调岗的概念和分类

调岗，从劳动法角度讲，是用人单位基于生产经营需要或人员需求，或劳动者个人发展需要，在用人单位内部对劳动者岗位进行调整。

如果站在劳动者角度，调岗又可分为主动性调岗和被动性调岗两大类。主动性调岗是劳动者根据个人发展需要，主动向用人单位提出调整工作岗位。而被动性调岗是用人单位根据生产经营需要或其他需求，单方对劳动者的工作岗位进行调整。在实务中，因被动性调岗产生的劳动纠纷呈多发性、普遍性等特点。因此，被动性调岗是否具备合法性和合理性，既是审判实务界审判的焦点，也是我们律师界研究的重点。

二、现行法律和司法解释有关调岗的规定

《劳动法》第 47 条规定，用人单位根据本单位的生产经营特点和经济效益，依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平。《就业促进法》第 8 条规定，用人单位依法享有自主用人的权利。上述规定赋予了用人单位根据生产和经营需要对劳动者进行岗位调整的用工自主权。

我国《劳动法》出台后，除了如下两条外，再无更直接具体的调岗规定：

《劳动法》第 26 条规定，有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同，但是应当提前三十日以书面形式通知劳动者本人：（一）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或调整工作岗位，仍不能胜任工作的。《劳动合同法》第 40 条规定，有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：（一）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不

能从事由用人单位另行安排的工作的；（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的。

鉴于调岗属于对劳动合同内容的变更，《劳动合同法》第 35 条关于劳动合同变更的规定也可视为调岗的规定：用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。

2013 年出台的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释<四>》第 11 条规定，变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持。上述司法解释以“但书”形式对个别调岗行为的法律效力进行了规范，但却回避了调岗的最根本性问题，即劳动者对用人单位的调岗决定，自始提出异议并拒绝履行的，用人单位调岗是否还具有法律效力并未明确。

三、全国各地有关调岗的地方意见

在《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释<四>》出台前，全国各地也有出台有关用人单位调岗调薪的地方规定，比如：

（一）上海市

上海市高级人民法院在 2002 年 2 月 26 日出台的《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第 15 条规定，用人单位和劳动者因劳动合同中约定，用人单位有权根据生产经营需要随时调整劳动者工作内容或岗位，双方为此发生争议的，应由用人单位举证证明其调职具有充分的合理性。用人单位不能举证证明其调职具有充分合理性的，双方仍应按原劳动合同履行。上海市高级人民法院在 2006 年出台的《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》（沪高法民一<2006>17 号）第 6 条关于用人单位调整劳动者工作内容和工资报酬的问题：（一）用人单位与劳动者对调整工作内容和工资报酬有明确的书面约定，或者虽无明确书面约定但已通过实际履行等方式默示调整了原合同约定的，视为双方对变更达成一致。（二）用人单位在劳动者不胜任工作、劳动者医疗期满后不能从事原工作、对负有保守用人单位商业秘密的劳动者采取保密措施等情形下依法调整劳动者工作内容和工资报酬，用人单位应对调整劳动者工作内容的合理依据承担举证责任。（三）劳动合同中明确约定调整工作内容和工资报酬的有关条件，当事人可按约定履行。

劳动合同中虽有工作内容和工资报酬调整的约定,但调整的条件和指向不明确的,用人单位应当提供充分证据证明调整的合理性,用人单位不能证明调整合理性的,劳动者可以要求撤销用人单位的调整决定。上海市高级人民法院在2009年3月3日出台的《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》第3条规定:《劳动合同法》第三十五条规定,劳动合同变更的应当采取书面形式。这里的书面形式要求,包括发给劳动者的工资单、岗位变化通知等等。因为随着劳动合同的持续履行,劳动合同双方的权利义务本身就必然会不断变化。如随着劳动者工作时间的增加,其休假、奖金标准发生的自然变化等等,都属于劳动合同的变更。因此,对于依法变更劳动合同的,只要能够通过文字记载或者其他形式证明的,可以视为“书面变更”。

(二) 浙江省

浙江省高级人民法院在2009年4月16日出台的《关于审理劳动争议案件若干问题的意见〈试行〉》第42条规定,用人单位调整劳动者工作岗位,一般应经劳动者同意。如没有变更劳动合同主要内容,或虽有变更但确属用人单位生产经营所必需,且对劳动者的报酬及其他劳动条件未作不利变更的,劳动者有服从安排的义务。

(三) 广东省

2012年7月出台的《广东省高级人民法院关于审理劳动人事争议案件的座谈会纪要》第22条规定,用人单位调整劳动者工作岗位,同时符合以下情形的,视为用人单位合法使用工资自主权,劳动者以用人单位擅自调整其工作岗位为由要求解除劳动合同并请求用人单位支付经济补偿的,不予支持:(一)调整劳动者工作岗位是用人单位生产经营的需要;(二)调整工作岗位后劳动者的工资水平与原岗位基本相当;(三)不具有侮辱性和惩罚性;(四)无其他违反法律法规的情形。用人单位调整劳动者的工作岗位且不具有上款规定的情形,劳动者超过一年未明确提出异议,后又以《劳动合同法》第三十八条第一款第一项规定要求解除劳动合同并请求用人单位支付经济补偿金的,不予支持。

上述各地规定,均强调对劳动者调岗应具备合理性,而对书面的形式要求则大多放宽了要求,即调岗不强求以书面形式,如虽无书面形式但已经实际履行默示变更的、发给劳动者的工资单、岗位通知单以及其他文字记载的形式等,均可

视为书面形式。

因此，调岗是否具备合理性是考察调岗是否正当的首要条件，如果用人单位在对劳动者进行调岗时，满足了合理性的要求，即便缺少书面形式也可能被认定为正当调岗。

【调岗建议】

针对因调岗引起的劳动争议频发的实情，笔者在最高院司法解释及各地规定的基础上，对用人单位如何合法合理调岗提出如下具体规范建议：

第一，用人单位单方调岗必须是基于生产经营的合理需要或正当考虑。

用人单位所处行业千差万别，用人单位根据自身需求和变化对岗位进行设置和调整也是行使用工自主权和管理权的体现。比如，一个生产型企业扩大生产后，需要对劳动者重新安排岗位或职务，而劳动者此时也具备相应的劳动技能，此时用人单位将具备相应技能的劳动者调整至新的生产线或与原有岗位类似的新岗位，均属于用人单位因生产经营需要对岗位进行调整。用人单位根据自身发展需要，撤销或增设相应部门或岗位，此时用人单位对劳动者岗位的适当调整也属于生产经营需要的范畴。再比如，劳动者不能胜任工作时，用人单位依据《劳动合同法》第40条第（一）和第（二）款规定对劳动者进行调岗，则属于依法调岗。

第二，调岗不能大幅降薪。

用人单位在调岗时，调岗后劳动者的工资水平应与原岗位工资基本相当。此处，必须准确把握工资水平“基本相当”的概念，“基本相当”并非指调岗后的工资水平必须与原岗位工资水平保持绝对一致，也不是要求必须高于原岗位工资水平。调岗后，用人单位在合理范围内是可以适当降低劳动者工资的，但降低的幅度不能过大，否则就违背了“基本相当”的规定。比如，对一个原岗位月工资10000元的劳动者进行调岗，如果调岗后工资定为8000元，这就明显不属于“基本相当”，如果定为9500元，则可能会认定为基本相当。因此，用人单位在对劳动者调岗后，必须保证劳动者的工资水平与原岗位工资水平差别不大，且差距保持在一个合理的范围内，才可能被认定为基本相当，否则就可能被认定为降薪。

第三，用人单位不能以调岗为由对劳动者进行惩罚、逼辞。

用人单位在很多时候对劳动者进行调岗，是基于对劳动者原岗位工作的不

满，或者对劳动者的不满，调整后的岗位多少带有惩罚意味。因此，用人单位为了达到惩罚劳动者的目的而对劳动者进行调岗的情况在实务中经常发生。比如，如果将一名管理人员调为普通工人，或调整至其他辅助性非管理岗位，这就相当于对劳动者进行了降级，存在对劳动者进行惩罚的嫌疑。还有一种情形是，用人单位为了辞退劳动者，但又不愿意支付经济补偿金，便想法设法将劳动者调至一个劳动者不愿意去的岗位，以达到逼迫劳动者主动辞职的目的。笔者建议用人单位在调岗时，尽量不应采取让劳动者感觉被惩罚、被侮辱的方式，也不应以调岗方式逼迫劳动者离职，否则，用人单位将面临因违法调岗而支付劳动者经济补偿金的法律风险。

第四，审判实务机关在审理个案时应尽力平衡用人单位用工自主权与劳动者合法权益。

用人单位调岗行为实质上是用人单位用工自主权与劳动者权益之间的博弈，虽然法律有赋予用人单位的用工自主权，但用人单位在行使权利时，应当充分考虑劳动者利益，不能以牺牲劳动者利益来实现自主管理权。同时，审判实务机关在审判个案时，既不能过度保护用人单位的自主用工管理权，也不应过度限制用人单位的自主用工管理权，而是应力求在两者之间找到最佳平衡点。

【立法建议】

从最高院司法解释即全国各地的规定可以看出，超越法律的“变通”，即司法式立法非常普遍。各地规定之所以各不相同，主要是基于“企业-组织论为理论基础的经营权说”以及“劳动合同不完全合约的性质”。然而，以经营权说为依据赋予用人单位近乎不受限制的调岗权，因其违背劳动关系契约性的最基本原理而早已为绝大多数国家、地区的理论和实务所抛弃。而劳动合同不完全合约的性质，虽不否认劳动关系的长期性和继续性特点，但劳动合同订立阶段不可能做到事无巨细的约定，缺乏可操作性。我国作为成文法国家，亟需对调岗进行具体的立法规范。笔者在此呼吁立法机关尽快启动《劳动合同法》再修订工作，对诸如调岗等频发且涉及面较广的内容进行修改完善，力求《劳动合同法》与社会经济发展相适应，并更好地服务于经济发展，促进依法治国目标的有序进行。

【参考文献】

- 1、《论企业单方调岗行为法律效力的判断》，丁建安，当代法学，2015年第3期；
- 2、《司法式立法及制度反思-以〈劳动合同法〉等法律的实施为分析样本》，林枫、王书成，法学，2012年第3期；
- 3、《论用人单位内调动》，候玲玲，法学，2013年第5期；
- 4、《企业、合同与财务结构》（美），D.哈特，费方域译；
- 5、《论劳动合同的变更》，吕琳，华东政法大学学报，2008年第6期；
- 6、《劳动关系调整的法律机制》，董保华，上海交通大学出版社；
- 7、《用人单位单方调岗正当性的认定标准》，徐丹、翟玉婷，法制与社会，2015第12期。

经济补偿金与离职竞业禁止协议

效力关系研究

孙艺*

【摘要】我国竞业限制理论的主要理论依据是为了保护用人单位的商业秘密,然而事实上,竞业限制协议所涉及的主体利益结构是多元而复杂的,鉴于我国《劳动合同法》没有规定离职竞业禁止协议的效力标准,导致理论和实践中对经济补偿金与离职竞业禁止协议的效力关系存在争议,形成两种相反的观点:经济补偿金的支付是或者不是离职竞业禁止协议的生效要件。同案不同判的现象在各地时有发生,不利于法律权威的树立,因此今后立法应当从统一法律规定、明确经济补偿金支付标准、赋予劳动者相应权利等方面予以完善。

【关键词】经济补偿金 竞业 竞业禁止协议 效力

一、竞业限制的理论依据

竞业限制制度(亦称竞业禁止制度),通常是指,用人单位与特定劳动者之间通过协议约定,劳动者在劳动关系终止后一定期限内,不得到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位任职,亦不得自营同类产品、从事同类业务的一项制度。其目的是用人单位为了保护其商业秘密。

劳动权是宪法赋予给劳动者的一项基本的权利,经营自主权是用人单位享有的一项法定权利,正常情况下两种权利是可以并存不会发生冲突的,但市场经济大环境下,人才流动也是无法避免的。竞业限制,其实质就是对劳动者自由择业权的一种限制。对该制度存在的合理性与必要性,理论界一直争议不休,难以形成统一意见。对此,主要存在两种学说意见:“否定说”与“肯定说”。“否定说”的观点认为,竞业限制由于限制了劳动者的择业自由,劳动者不能发挥自身优势,从事自己所擅长的领域的工作,甚至连劳动者的生存都可能受到影响,不符合善良风俗原则,所以没有存在依据¹;持“肯定说”观点的认为,依据相关法律原则,如合理限制竞争、诚实信用、雇员忠诚义务等法律原则,竞业限制的存在具

* 作者简介:孙艺(1992.5-),中南财经政法大学民商法学研究生。

¹ 梁慧星:《民法学说判例与立法研究》[M],北京:国家行政学院出版社,1999年版,第18—19页。

有极其重要的意义。这里，合理限制竞争原则应理解为，为了实现择业自由和市场秩序二者之间的平衡，前提必须对竞争行为进行合理的限制；诚实信用原则则要求市场主体在市场活动中信守承诺，不弄虚作假，隐瞒欺骗，追求自身利益的同时，不得损害他人和社会公共的利益；而雇员的忠实义务，则是指劳动者在劳动合同关系中对雇主负有的善意行事，为履行雇主的事业而尽心尽职的义务²。

显然，劳动者的劳动权与用人单位的经营自主权之间的冲突，在经济领域就演变成了两方利益的冲突，劳动者的利益通过行使劳动权来获取劳动报酬以维持自己及家人的生活来实现；用人单位的利益通过商业秘密以及由此带来的竞争优势来实现。前者的利益如有损害可在经济上予以弥补；而后者的利益一旦受到侵害，所造成的经济损失往往无法估量且难以弥补，可能构成不正当竞争，轻则导致用人单位倒闭或破产，重则扰乱正常的市场秩序。通过权衡，立法的天平更多的倾向保护用人单位的商业秘密及其竞争利益。所以最终，正式颁布的《劳动合同法》采纳了“肯定说”，确立了竞业限制制度。

二、竞业禁止协议的效力认定原则——利益衡量

（一）竞业限制的本质为竞争关系的调整

通常认为，离职竞业限制只存在与劳动者与用人单位之间，因而相关研究大多局限在对劳动者与用人单位之间权益的协调和变通上。然而，实际情况更加复杂，竞业限制不仅包括劳动者与用人单位之间的合同关系，也应包括新、老用人单位之间的竞争关系。并且，后一重关系制约着前一重关系。试想，如果新、老单位之间无竞争关系形成的可能性，用人单位也就没有必要与劳动者签订竞业禁止协议，故从二者关联性来看，竞业限制关系本质上体现为对竞争关系的调整。

为何会产生竞业限制仅仅关乎用人单位和劳动者之间的错觉？根本原因在于，竞业限制的相关内容仅在《劳动合同法》中有所规定，进而造成理论界和司法界往往仅从劳动关系出发，只看到其中的一层关系，将劳动者、原用人单位和新用人单位三者的关系简单理解为竞业限制协议形式上的劳动者和原用人单位的关系。该思路的疏漏之处在于没有意识到竞业限制协议是为了保护竞争利益而产生，同时，没有意识到竞业限制不仅涉及到用人单位经营权和劳动权的内部冲突，也关乎到由劳动关系而发生的经营权和竞争权的外部冲突。由此，笔者认为，竞业限制关系中其实牵涉着多元利益所构成的多重利益冲突。

² 参见李永明：《竞业禁止的若干问题》[J]，《法学研究》，2005（5），84—89。

(二) 竞业限制的多元利益结构

1. 劳动者与原用人单位之间

一方面，竞业限制协议约束了劳动者，使其在择业问题上受到很大程度上的限制。现实生活中，由于各种原因，“跳槽”现象比比皆是，如若想通过“跳槽”提升自己的劳动者不能将自己在原工作岗位收获的技能或者获取的资源带到新的岗位，那么好的工作机会就很可能与他失之交臂，也即，离职后，由于受到竞业协议的约束，劳动者很难随心所欲、自由的进行职业的选择，从而，减损自身利益。另一方面，竞业限制协议又保护了用人单位的竞争优势。竞业限制协议要求劳动者在离职后，不得自营或到其他与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位任职，有助于约束劳动者保守能为本单位带来利益的能作为商业竞争优势的商业秘密。然而，笔者认为，双方在竞业限制协议中互相交换的利益性质并不相同也并不对等。原用人单位出于保护竞争利益的需要对劳动者的择业权进行限制，付出的代价是经济利益；而劳动者履行竞业限制义务损害的是其劳动权。显然，劳动权益的法律位阶高于经济利益的法律位阶。

2. 劳动者与新用人单位之间

现实生活中，由于劳动者经受不住高职高薪等方式的诱惑，而导致以携带从原用人单位获取的信息或资源的方式的“跳槽”的现象比比皆是。对劳动者来说，劳动者违反了竞业限制协议，必然要对原单位承担一定的违约金甚至赔偿金责任；而对新用人单位而言，劳动者与新用人单位之间的关系毫无疑问仍为劳动关系，这就意味着，劳动者在承担了对原单位的违约甚至赔偿责任后，仍需以出卖自身的劳动力来换取相应报酬，而新用人单位却不仅获得了对劳动者劳动力的支配权，还能额外获得劳动者“跳槽”之后带来的由原用人单位的商业秘密等信息带来的附加价值。不得不说，从劳动者和新用人单位之间的法益分配上看，是存在着极大的不平衡的，新用人单位明显属于获得利益较大的一方。

3. 新、老用人单位之间的利益结构

其实，新、老用人单位之间除了市场竞争关系，并不涉及其他直接的民事法律关系，但由于劳动者的介入，两者之间的利益格局往往会发生显著的变化。例如一旦两用人单位之间发生纠纷，在举证责任的分配上，新用人单位只需证明自己侵害原用人单位商业秘密并不是出于主观恶意，即其只用承担较轻的举证责任，就不用承担任何法律责任。因此，实际上，在这重利益关系中，新用人单位才是

最大的受益者。

商业秘密作为一种基于自身创造性活动而产生的为用人单位独有的商业资源，其可能产生巨大经济价值。毫无疑问，其拥有者享有对其独占的所有权。然而，这种所有权并不能普遍的对抗任何第三人，如当第三人通过自行开发、反向工程等方式破解或获取类似秘密时，原商业秘密的所有者是不能奈这样的第三者何的。实践中，为了防止类似情况的发生而导致自身权利的毁损，原用人单位只能主要通过与劳动者约定竞业限制等保密措施的方式来最大可能性的保障自身利益。也就是说，按照我国现行法的规定，是只要商业秘密的获取途径不是非法的，就不会被禁止，这里所说非非法途径不仅包括上述自行开发、反向工程，还包括从他人公开出版物、展出等，甚至包括从“跳槽”劳动者处善意取得等。³

（三）基于多元利益结构中利益衡量的效力认定

竞业禁止，一方面，它追求市场经济秩序的自由发展；另一方面，又渴望追求对劳动者自由择业权的保护，所以，竞业限制制度其本身就蕴含着太多的冲突和矛盾：既追求对市场秩序的良好稳定，又追求对弱势一方的劳动者权益的保护，因此各国对于竞业限制合法性和有效性的认定差异极大。各国有关经济补偿对竞业限制协议的效力认定到底有何种影响的规定也各不相同：法国自 2002 年以来，就规定，所有竞业限制协议必须对劳动者提供经济补偿，是否经济补偿直接决定竞业限制是否有效。英国法院认为，对价是合同条款具有法律约束力的必要条件，原因是这是合同法的一般规则。⁴对此，美国相关法律、瑞士相关法律中则没有相关的强制性规定。⁵

竞业限制作为一种协议，必须经过双方协商达成一致而签订，但由于其中涉及多重利益结构，诸结构之间互相冲突，难以保障实现各方利益均衡。那么如何实现，以何种标准实现这种平衡就是一个值得思考的问题了。笔者认为，权衡之时应该恰当的进行利益衡量。竞业限制制度中，正如前文所论及，涉及到劳动者、原用人单位、新用人单位三方利益主体，涉及到劳动权益、竞争优势、经济利益等多元利益，一来，这些利益主体力量对比不平衡；二来，各种利益内容性质不一；三来，各种利益位阶高低有别。通过利益衡量，笔者认为，应当支持经济补

³ 刘继峰：《论竞业禁止协议的滥用及制度完善——兼评我国劳动合同第 23、24 条的规定》，载《学术论坛》2009 年第 6 期。

⁴ 黄昆：《本案中的劳动者应当履行竞业限制义务吗（上）》，载《中国劳动》2011 年第 2 期。

⁵ 盛建：《约定竞业禁止的比较法分析》，载《司法论坛》2005 年第 2 期。

偿作为竞业限制协议生效要件的观点。理由主要有以下几个方面：

1. **应优先保障劳动者劳动权。**劳动者离职后，将用人单位秘密信息一并带走而使用人单位遭受巨大经济损失的现象层出不穷，在这样一种大环境下，为了最大限度的保护原用人单位的利益，竞业禁止制度应运而生。用人单位的竞争优势本质上就是其商业秘密可能带来的财产权⁶。不难看出，这一制度设立的初衷，更偏向于保护用人单位的竞争优势而带来的财产权而非劳动者劳动权。诚然，一方面，市场竞争作为市场的一个重大特征，维护用人单位的竞争优势也即一定程度上维护了市场竞争秩序的稳定，其必要性毋庸置疑；另一方面，劳动权作为我国宪法赋予公民的一项基本权利，同样，也应当受到法律保护。在二者保护的倾向性上，笔者认为，劳动权的权利位阶无疑是高于用人单位对商业秘密所享有的财产权的权利位阶的，理应优先受到保护。⁷

2. **未约定离职竞业禁止经济补偿，或严重影响劳动者的生活质量。**劳动者基于与用人单位的劳动合同，对用人单位负有忠实义务，其中包括对在其履行职务过程中甚至离职后对在用人单位工作期间获取的商业秘密的保密义务。理论上，劳动者应自觉履行这些义务，但这些义务的要求并不具有强制力，也就是说劳动者可履行也可以不履行。考虑到劳动者离职后履行竞业禁止协议，极有可能损害其利益，笔者认为，应将离职经济补偿作为竞业限制协议的有效要件之一，给与遵守离职竞业禁止的劳动者合理的补偿对价，以平衡二者之间的利益关系。

3. **劳动者竞业禁止补偿应由法律做出明确规定。**竞业禁止协议作为合同的一种的，其达成需要满足劳资双方意思表示一致、双方意思表示真实等要件。而事实上，考虑到劳资利益结构的特殊性，不同于一般的民事合同，其具有平等性与隶属性的双重特点，劳资双方力量悬殊，真正意义上完全建立在平等基础之上的合同自由是难以实现的，因此，有必要借助国家强制力的介入，由法律对竞业禁止的补偿做出明确规定，使劳动者权益有所保障。

4. **对市场关系的调整应综合运用多重方式，不应过度依赖竞业禁止制度。**社会生活是复杂多样的，各种社会问题的处理调节方式也不是单一的，商业秘密的保护除了通过竞业禁止制度，理应存在其他方式，例如用人单位本身可以在商

⁶ 转引自【美】哈罗德·德姆塞茨：《所有权、控制与企业》，段毅才等译，法律出版社1999年版，第170页。

⁷ 冯彦君、王佳慧：《我国劳动法中应设立竞业禁止条款——兼谈弥补我国〈劳动法〉第22条的立法缺失》，载《吉林大学社会科学学报》2002年第6期。

业秘密的获取渠道上加大限制，以不至于轻易为某一劳动者取得。虽然竞业禁止制度的设立，更多的倾向于保护用人单位的权益，但不得不说，其实也是一种艰难的取舍，如果在二者关系的平衡上能引入其他更多机制，或将更有助于具体问题的处理。

三、离职竞业禁止协议中经济补偿问题

（一）经济补偿金的界定

我国《劳动合同法》第23条第2款规定，⁸由此及相关司法实践，可以对竞业限制协议中经济补偿的概念界定如下：用人单位通过合同方式要求掌握其商业秘密的劳动者承担竞业限制义务而支付给劳动者的经济补偿。这一界定包含以下三层含义：

首先，竞业限制协议中经济补偿具有约定性。根据上述法条的规定，用人单位可以与劳动者约定竞业限制协议中的经济补偿。这就意味着经济补偿应当由用人单位与劳动者约定产生，而非由法律强制规定。竞业限制经济补偿在支付的方式、数额、期限等等都可以由当事人双方在不违反法律法规的情形下自由的约定。虽然《劳动合同法》以及《司法解释（四）》为了保护劳动者的合法权益，对经济补偿做出了一些强制性规定，但这也仅仅是对于用人单位与劳动者约定的经济补偿不合理时的补正。

其次，竞业限制协议中经济补偿具有补偿性。我国《宪法》第四十二条规定，劳动者享有劳动的权利。《劳动法》第三条也规定，劳动者享有平等的就业权和自由的选择职业的权利。竞业限制是对劳动者权利的侵害，就业权和自由择业权是很难说以对价的方式购买的，因而经济补偿应该理解为对劳动者权益限制的一种补偿。而且用人单位与劳动者约定竞业限制，其目的是对用人单位的商业秘密进行保护。商业秘密作为一种无形资产，不同于有形资产，它具有较强的依附性，因此很难脱离其依附物单独对其价值进行市场评估。因此实践中商业秘密的准确价值往往难以准确确定，也因此难以对劳动者履行义务的对价做出准确评估，只能采取由用人单位与劳动者约定合理的经济补偿这种方式。

最后，竞业限制协议中经济补偿具有合理性。经济补偿是协调劳动者、用人单位和社会利益三者的有效手段。对劳动者而言，由于劳动者的自由择业权受到

⁸ “对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中，与劳动者约定竞业限制条款。并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内，按月给予劳动者经济补偿”。

限制,生活质量可能会受到影响或产生其他经济损失,因此劳动者有权要求单位给予经济补偿。对用人单位而言,用人单位虽然支付了劳动者离职竞业禁止的补偿金,但其商业秘密却得到了保护,符合民法的公平原则,离职后的劳动者是为了保护用人单位的商业秘密而履行不作为义务的,此时用人单位支付给劳动者经济补偿有理有据。对社会而言,用人单位通过劳动者支付竞业限制经济补偿以换取劳动者对自己商业秘密的保护,避免了市场主体之间的恶性竞争,有利于社会的正常竞争秩序的稳定。综上,竞业限制中的经济补偿具有合理性。

(二) 离职竞业限制的经济补偿

竞业禁止制度,根据前述分析,主要为了保护原用人单位的商业秘密等商业资源。在劳资双方的权益的博弈中,用人单位受益最大。相反,劳动者的择业权受到了一定程度上的限制。为了维护二者之间利益的平衡,用人单位应向劳动者支付相应的对价进行补偿,以避免劳动者由于履行协议而可能遭受的经济损失。⁹因此,竞业限制经济补偿应作为竞业禁止制度的一个重要内容,不可或缺,否则无效。然而,实际情况中很多情况是,用人单位为了逃避责任等原因故意不与劳动者约定经济补偿金,如果发生类似纠纷,应该如何处理?

因竞业协议的效力问题牵涉到协议的履行等诸多其他的问题,所以,实践中,关于未约定经济补偿的的效力问题一直是争议集中之处。对协议效力的不同认定将产生完全不同甚至截然相反的结果,学界对此有诸多争议。其所持的主要观点可以归结为两大类:无效说和有效说。无效说的观点认为,为约定经济补偿的竞业禁止协议无效,理由是离职竞业禁止中未约定经济补偿,合同显失公平,合同不利益一方可以请求变更或撤销合同。而鉴于劳资双方实力的悬殊,劳动者在遭受不利益时,本来就属于处于弱势地位的一方,此时,若要求其通过司法途径获得救济,不仅可能耗时巨大,而且可能更加加重劳动者经济负担。因此,笔者认为,这种情况下,宜直接认定为合同无效将更有利于对劳动者权益的保护。理论基础可以是通过认定该类协议违反“保障劳动者及其家庭生存权”的公共政策。¹⁰而有效说则认为一旦限制条款被认定为无效,合同基础丧失,劳动者将不得继续对用人单位主张经济补偿,否则,劳动法可能落入保护劳动者一方的怪圈。而对于那些早就打算加入原用人单位竞争对手公司的劳动者来说,如果未约定经济

⁹ 许明月:《离职竞业禁止的理论基础与制度设计》,《法学》,2007(4),第80页。

¹⁰ 侯玲玲:《离职后经济补偿争议之裁判标准》,《法学》,2012(9),第130页。

补偿的竞业限制协议无效，那么他们违约就无需承担任何责任，也就是说，他们几乎不需要付出任何违约成本，很难说，这是不是变相在鼓励劳动者违约。¹¹

（三）经济补偿金与离职竞业禁止协议的效力关系

我国《劳动合同法》在起草初期，拟将离职经济补偿作为竞业限制协议的生效要件。但后来，由于考虑到劳动者、用人单位双方的利益平衡问题，正式条文颁布时，没有加入此项规定。因此，由经济补偿问题约定与否而导致的离职禁止协议的效力问题一直是争议集中之处。由于我国相关立法对此没有给出一个明确的观点，导致在实际禁止纠纷发生时，难以遵照一个统一标准进行决断，因而现实生活中矛盾时有发生。也就是说，不论是在立法实践，还是司法实践中，我国在经济补偿金规定是否是协议的生效标准的问题上，长期以来，均未达成统一意见。可以说，理论和实践在这方面一片混乱。正是因为法律未就离职竞业禁止协议的效力判断标准进行统一的规定，为解决当地突出的矛盾问题，增强操作性，各地相应出台了一些内容不尽相同的地方性文件。以下就两种主要观点及其适用地方进行分析。

1. 支付经济补偿金是离职竞业禁止协议的生效要件

持该观点的人认为，劳动关系是一种平等性与隶属性并存的关系，故劳动者对用人单位有忠诚义务。¹²但若劳动者离职后，不仅不能利用其在原单位获取的知识或技能，甚至不能利用其在入职原单位之前就已经掌握的知识或者技能，导致劳动者的就业权无法完全实现，那么竞业禁止这种规定对劳动者再就业的影响就是实实在在存在的，因此，竞业限制，这里又可以理解为，在劳动者同意的前提下，经过双方协商，用人单位给与相应经济补偿金以换取劳动者让渡的部分就业权。¹³实际上很多用人单位为了逃避责任，减轻自身义务，往往并不会主动在竞业禁止协议中与离职劳动者约定公平合理的补偿条款。一旦双方发生纠纷时，劳动者明显处于不利地位。权利义务具有对等性，因此，劳动者履行了这样的义务，可以获得相应的权利，在这里即劳动者可以要求合理的对价补偿，否则，劳动者可以拒绝履行如此不公平的义务。¹⁴用人单位要求劳动者承担竞业禁止义务

¹¹ 董保华：由竞业限制经济补偿争鸣引发的思考，法学，2010（10），第25页。

¹² 石晶，周永胜，林艳．劳动用工与劳动维权案例指引[M]．北京：中国民主法制出版社，2009：95，101．

¹³ 黎建飞．劳动合同法及实施条例热点、难点、疑点问题全解[M]．北京：中国法制出版社，2008：281．

¹⁴ 郑尚元．劳动合同法的制度与理念 [M]．北京：中国政法大学出版社，2008：161．

的，应当支付公平有效的对价补偿，这样才符合《劳动合同法》第3条规定的公平原则。用人单位未约定对劳动者进行经济补偿，或未实际支付经济补偿，该离职竞业限制协议应认定无效。

广东、浙江等地就将经济补偿金作为离职竞业禁止协议的有效要件，未支付经济补偿金的离职竞业禁止协议无效，但认定无效的理由却并不统一。例如，深圳市中院制定了《关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见（试行）》（2009年4月）第13条规定。¹⁵广东省高院、广东省劳动争议仲裁委员会有《关于适用〈劳动争议调解仲裁法〉、〈劳动合同法〉若干问题的指导意见》第26条规定。¹⁶浙江省高院《关于审理劳动争议案件若干问题的意见（试行）》（2009年4月）第40条规定。¹⁷第41条规定。¹⁸江苏省高院制定了《关于在当前宏观经济形势下妥善审理劳动争议案件的指导意见》（2009年2月）第2条。¹⁹可以看到，各地规定各异，适用在具体案件中，势必容易造成诸多同案不同判的情况，有损法律权威。

2. 支付经济补偿金不是离职竞业禁止协议的生效要件

截至目前，遍寻我国法律，均没有关于离职禁止协议的生效与否与是否支付劳动者经济补偿金之间关系的相关规定。如果仅因合同中未约定经济补偿金，就认定合同无效，未免过于武断，不利于合同关系的稳定。因此，在不违背签订合同的根本性原则，或法律明文规定的情形下，不宜直接认定合同无效，合同无效的认定只能作为最后的救济手段。确有必要的话，可以通过其他方式如当事人的事后行为予以补正。并且，也可以考虑其他更有利于劳动者权益保护的方式，毕竟，相对于用人单位，劳动者属于弱势一方。²⁰未支付竞业禁止补偿金的合同只

¹⁵ “用人单位与劳动者约定竞业限制的，应当在竞业限制期限内依法给予劳动者经济补偿，用人单位未按约定支付经济补偿的，劳动者自用人单位违反约定之日起三十日内可要求用人单位一次性支付尚未支付的经济补偿，并继续履行协议；劳动者未在三十日内要求一次性支付的，可通知用人单位解除竞业限制协议”。

¹⁶ “用人单位与劳动者约定竞业限制的，应当在竞业限制期限内依法给予劳动者经济补偿，用人单位未按约定支付经济补偿的，劳动者可要求用人单位履行竞业限制协议。至工作交接完成时，用人单位尚未承诺给予劳动者经济补偿的，竞业限制条款对劳动者不具有约束力”。

¹⁷ “用人单位与劳动者约定竞业限制但未同时约定经济补偿，或者约定经济补偿的数额明显过低、不足以维持劳动者在当地的最低生活标准的，属于《劳动合同法》第二十六条第（二）项规定的‘用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的’情形，该竞业限制条款无效”。

¹⁸ “具有以下情形之一的，竞业限制条款对劳动者不再具有约束力：（一）劳动者依《劳动合同法》第三十八条第二款规定，被迫解除劳动合同的；（二）用人单位依《劳动合同法》第四十一条规定，解除劳动合同的；（三）用人单位破产、关闭、停业、转行或解散的；（四）用人单位未按约定支付经济补偿的”。

¹⁹ “……用人单位在竞业限制期限内未按照法律规定与合同约定给付劳动者经济补偿的，竞业限制条款对劳动者不具有法律约束力……”。

²⁰ 参见黄思婷. 竞业禁止案件纠纷的司法实践讨论——基于竞业禁止案件的法治考察[J]. 商场现代化,

是在合理性方面存在瑕疵，但合同不合理并不当然导致无效，只要权利人不以显失公平为由向法院申请撤销，而且法律也没有明确规定此种情形下协议无效，那么，对双方来说，该协议仍然具有拘束力。否则，法律设置竞业禁止的意义也就不复存在了，也不利于保护用人单位的合法权益，更不利于市场秩序的安定有序发展。²¹

苏沪京等地方是此观点的支持者，在这些地方，并不认为经济补偿金是离职竞业禁止协议的有效要件。江苏省高院制定的《关于在当前宏观经济形势下妥善审理劳动争议案件的指导意见》（2009年2月）第2条。²²上海市劳保局发布的《关于实施〈上海市劳动合同条例〉若干问题的通知（二）》（2004年1月）规定。²³上海市人保局、高院共同发布的《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》（2009年3月）第13条规定。²⁴北京市高院、北京市劳动争议仲裁委员会发布的《关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要》（2009年8月）第38条。²⁵虽然以上各地都持“否定说”观点，但具体规定也不尽相同。

各地根据本地的具体情况，结合实际需要制定的地方性文件，一方面填补了国家的立法空白，不仅具有较强的地方特色，操作性也大大加强了，为化解劳资矛盾发挥了重要作用，具有可取的一面。但另一方面，各地做法不统一可能导致同一情形在不同地方的裁判结果不同，难以避免同案不同判的情况发生，不仅有损国家法律的权威性，也使当事人无法根据法律指引得到合理的预期效果。

四、结语

2009（16）：153-154.

²¹ 陈枝辉. 劳动争议疑难案件仲裁要点与依据[M]. 北京：法律出版社，2010：612.

²² “……用人单位给予劳动者的经济补偿低于《江苏省劳动合同条例》规定标准的，竞业限制条款对劳动者原则上不具有法律约束力，但双方同意继续履行竞业限制条款，劳动者要求按照法定标准补足的，人民法院应予支持”。

²³ “竞业限制协议对经济补偿金的标准、支付形式等未作约定的，劳动者可以要求用人单位支付经济补偿金。双方当事人由此发生争议的，可按劳动争议处理程序解决。用人单位要求劳动者继续履行竞业限制协议的，应当按劳动争议处理机构确认的标准及双方约定的竞业限制期限一次性支付经济补偿金，劳动者应当继续履行竞业限制义务；用人单位放弃对剩余期限竞业限制要求的，应当按劳动争议处理机构确认的标准支付已经履行部分的经济补偿金”。“竞业限制协议生效前或者履行期间，用人单位放弃对劳动者竞业限制的要求，应当提前一个月通知劳动者”。

²⁴ “劳动合同当事人仅约定劳动者应当履行竞业限制义务，但未约定是否向劳动者支付补偿金，或者虽约定向劳动者支付补偿金但未明确约定具体支付标准的，基于当事人就竞业限制有一致的意思表示，可以认为竞业限制条款对双方仍有约束力。补偿金数额不明的，双方可以继续就补偿金的标准进行协商；协商不能达成一致的，用人单位应当按照劳动者此前正常工资的20%~50%支付。协商不能达成一致的，限制期最长不得超过两年”。

²⁵ “用人单位与劳动者在劳动合同或保密协议中约定了竞业限制条款，但未就补偿费的给付或具体给付标准进行约定，不应据此认定竞业限制条款无效，双方在劳动关系存续期间或在解除、终止劳动合同时，可以通过协商予以补救，经协商不能达成一致的，可按双方劳动关系终止前最后一个年度劳动者工资的20%~60%确定补偿数额，用人单位明确表示不支持补偿费的，竞业限制条款对劳动者不具有约束力”。

随着社会的发展,人才流动的情况进一步加剧,越来越多的劳动者通过不断的“跳槽”来谋求职业的发展,越来越多的企业也通过不断的“挖人”来提升自身竞争力。竞业限制制度的出现,在一定程度上制约着人才的流动,随着人才的流动,商业秘密保护的重要性也愈益凸显,相关法律法规应进一步明确调整以平衡用人单位由于商业秘密而产生的竞争优势以及劳动者自由地选择适合自己的职业及生活方式的权利之间的关系。因此有必要对冲突的权益进行平衡,笔者认为,平衡的关键是要尽快从法律上明确离职竞业禁止协议的效力判断标准。鉴于离职竞业禁止只能限制劳动者的择业权,而不能剥夺其就业权,该效力判断标准从补偿金的角度审视,今后的立法应从以下几个方面予以完善:第一,规定劳动者保守商业秘密、遵守离职竞业禁止义务,应贯彻以用人单位支付代价在先的原则,明确用人单位限制劳动者的择业权应给予其合理的补偿。第二,规定补偿金的具体计算标准。如德国法律就有关于用人单位在竞业限制期间内,每年应支付给离职劳动者最低补偿金额的规定。²⁶具体支付标准也可以根据竞业禁止限制的范围、地域、该地域的平均生活水平以及劳动者本身的职业技能等因素,进行综合的考虑,而不至于使劳动者离职后的生活不受到不合理的影响。²⁷第三,赋予劳动者申请变更或撤销显失公平的竞业禁止协议的权利。如果用人单位未支付经济补偿或劳动者得到的经济补偿低于该地域的最低工资标准或法律规定的最低补偿标准,而对劳动者而言明显不公平时,可以行使向司法机关申请变更或撤销离职竞业禁止协议的权利。

²⁶ 刘艳艳. 劳动合同法视野下的竞业限制[EB/OL]. 2011年3月。
<http://www.sy148.com/Html/zz0802/syls1/0801B/0213125858470.html>1.

²⁷ 夏虹. 略论竞业禁止的法律规制——商业秘密权与劳动权保护之平衡[J]. 科技创业月刊, 2009(1): 114-115.

【参考文献】

1. 张世诚. 劳动合同法实施条例释义、案例、评析、疑难问题解答[M]. 北京: 中国方正出版社, 2008.
2. 林嘉编. 劳动法和社会保障法(第2版)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011.
3. 杨紫烜. 经济法(第4版)[M]. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社, 2010.
4. 华国庆. 经济法学[M]. 北京: 法律出版社, 2012.
5. 邢新民, 杨哲. 劳动合同法实施指导[M]. 北京: 中国劳动社会保障出版社, 2008.
6. 黄思婷. 竞业禁止案件纠纷的司法实践讨论——基于竞业禁止案件的法治考察 [J]. 商场现代化, 2009(16).
7. 郑尚元. 劳动合同法的制度与理念[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2008.
8. 夏虹. 略论竞业禁止的法律规制——商业秘密权与劳动权保护之平衡[J]. 科技创业月刊, 2009(10).
9. 陈枝辉. 劳动争议疑难案件仲裁要点与依据[M]. 北京: 法律出版社, 2010.
10. 信春鹰. 中华人民共和国劳动合同法实施条例解读[M]. 北京: 中国法制出版社, 2008.
11. 石晶, 周永胜, 林艳. 劳动用工与劳动维权案例指引[M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2009.
12. 刘梅君. “竞业禁止条款”争议浅谈: 背景、发展与问题[J]. 万国法律, 2003(10).
13. 张文显. 法理学[M]. 北京: 高等教育出版社、北京大学出版社, 1999.
14. 刘继峰. 论竞业禁止协议的滥用及制度完善——兼评我国《劳动合同法》第23、24条的规定[J]. 学术论坛, 2009(6).
15. 黎建飞. 劳动合同法及实施条例热点、难点、疑点问题全解[M]. 北京: 中国法制出版社, 2008.
16. 林嘉. 劳动合同法的立法价值、制度创新及影响评价[J]. 法学家, 2008(2).

服务期条款的若干疑难问题研究

王倩

【摘要】 劳动争议中有关培训与服务期条款的纠纷不少，司法实践中主要存在以下疑难问题有待探讨。首先，需要界定约定服务期的前提条件，澄清什么样的培训才能被视为“专业技术培训”；其次，应该明确判断服务期期限合理性的标准，避免出现培训期限很短、培训费用不高、服务期却很长的情形；然后，有必要厘清哪些情况下劳动合同在服务期届满之前终止或者解除的，劳动者需要支付违约金；最后，在计算违约金时应该注意不同情况下培训期间的工资是否能算作培训费用。德国理论和实务界就这些问题已经积累了丰富经验，值得我国借鉴。

【关键词】 专业技术培训 期限合理性 劳动合同的解除与终止 培训费用与工资

在这个知识经济的时代，人才是企业的核心竞争力。越来越多的企业开始重视人才培养，通过资助员工深造或者直接向员工提供培训的方式，壮大自己的人才队伍。为了留住人才，除了提供优厚的福利待遇、创造良好的工作环境，很多企业都会选择和员工约定服务期，通过明确员工违反服务期需要承担的违约金达到“震慑”效果。法律应该如何来评价这种服务期约定的效力呢？一方面，如果企业辛苦培养出来的人才被别人轻易挖走，人才流失的同时培训投资也无法收回，企业在人才培养方面投入的积极性将会大打折扣；另一方面，服务期意味着劳动者在用人单位的最低工作年限，劳动者的职业自由在这一段时间内会受到很大的限制，而且基于用人单位和劳动者之间的不平等地位，服务期很容易被用人单位滥用，变成劳动者的“卖身契”，最有名的例子莫过于东航飞行员号称 99 年的服务期。²⁸为了平衡两者之间的利益，《劳动合同法》及其实施条例对约定服务期的前提条件、违反服务期的法律责任、劳动合同解除与终止和服务期履行的关系

²⁸ 冯彦君/王天玉：《劳动合同服务期规则的适用-以“东航返航事件”为切入点》，《当代法学》2009 年第 4 期。

等问题作了初步规定。那么，在实践中如何理解和适用这些规定呢？比如，外资企业里面普遍存在的管理培训生项目（Trainee Program）是否属于“专业技术培训”？培训为期不到两个月，却约定十年服务期，是否合理？服务期未满，而用人单位因为经营需要、劳动者生病或者不胜任工作解除劳动合同的，劳动者是否需要承担违约金？培训期间用人单位继续发放的工资是否属于培训费用？实践中关于服务期的纠纷不少，系统深入的理论研究却不多，本文将结合德国相关经验，²⁹尝试回答上述疑难问题。

一、约定服务期的前提

根据《劳动合同法》第 22 条的规定，用人单位只有在为劳动者提供了专项培训费用、对其进行了专业技术培训的前提下，才能与劳动者约定服务期。³⁰可见，判断是否可以约定服务期，认定“专业技术培训”是关键。³¹

就此，国内学者有不同主张。有人将“专业技术培训”定义为应对特定专业对劳动者的特殊技能要求所进行的专门培训，而不包括面向一般劳动者的通用性知识和技能的培训，如岗位适用性培训、上岗和转岗培训、劳动安全卫生培训。³²有人认为培训分为两种，即“一般层次的职业技能培训”和“职业发展培训”，一般层次的技能培训只是为了让员工能基本适应企业的生产要求，而职业发展培训是在员工已经满足了本企业的基本要求的情况下，为提高员工的素质所提供的培训。职业发展培训又分为专业技术培训和非专业技术培训，只有专业技术培训可以约定服务期。³³有人则提出，“专业技术培训”不同于用人单位按照《劳动法》第 68 条有义务提供的职业培训，“专业技术培训”的形式也可以是脱产的、

²⁹ 由于没有直接的法律规定，有关服务期的准则是通过联邦劳动法院的系列判例确定的。与我国不同的是，德国是在“培训费用的返还义务”名目下讨论类似问题，但实质上没有区别，因为根据《劳动合同法》第 22 条，劳动者违反服务期约定所需承担的违约金就是对用人单位培训费用的补偿。

³⁰ 理论界有观点认为，现行法律规定不符合实际需求。用人单位向劳动者提供了其他特殊待遇的，比如说提供住房、出资招聘、给予大额商业保险等情况下，与劳动者约定服务期的，也有正当性。笔者赞成该观点，就此其他学者已有论述，此处不再赘言。秦国荣：《服务期协议：概念、本质及其法律效力分析》，《法律科学》2009 年第 1 期；郑尚元：《劳动合同法的制度与理念》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 179 页。

³¹ 用人单位是否提供了“专项培训费用”，比较容易判断。根据《劳动法》第 68 条和《关于企业职工教育经费提取与使用管理的意见》，“一般企业按照职工工资总额的 1.5% 足额提取教育培训经费，从业人员技术要求高、培训任务重、经济效益较好的企业，可按 2.5% 提取，列入成本开支”，所以，按工资总额提取一定的职工培训费用是企业的普遍性义务，而需要用服务期制度来激励的“专项培训费用”应该是这种经费以外的费用。王全兴：《劳动合同法条文精解》，中国法制出版社 2007 年版，第 78 页。

³² 同上注。

³³ 董保华：《劳动合同法的软着陆》，中国法制出版社 2007 年版，第 317 页。

半脱产的、不脱产的。³⁴

笔者认为，首先应该考察培训的对象和内容。上述观点提出，“专业技术培训”不同于用人单位依法有义务向所有职工提供的、目的在于让职工基本适应企业的生产要求的培训。所以，用人单位对劳动者进行岗前培训、劳动安全卫生培训，例如某集装箱储运公司让已经具有驾驶执照的司机在开始工作前学习集装箱牵引车的驾驶，³⁵不能约定服务期。但是，这一认识的帮助有限，用人单位在员工已经满足了本企业的基本要求的情况下为提高员工素质所提供的培训未必就是“专业技术培训”，比如旨在提高员工社交礼仪、政治素养的培训，与劳动者职业技能的提高就没什么关系。另外，把“专业技术培训”的内容限定于某些特定专业需要的特殊技能并不恰当，培训的目的也可以是介绍某种通用性的知识和技能，比如送企业中高层管理人员去读 MBA 课程，或者出资让员工去外语培训机构强化商务英语。

其次，就培训的形式而言，一方面有必要承认“专业技术培训”可以采用非脱产的、在职的方式，因为培训对象作为用人单位的骨干往往不可或缺、难以替代，较长时间的脱产培训不现实，³⁶而且某些职业技能也只能在实践中得到提高，比如外科医生的手术技能。另一方面，培训采取在岗实践、边做边学形式的，³⁷认定“专业技术培训”要特别谨慎，要注意避免出现“名为培训、实为工作”的情况。此时主要看劳动者究竟是以接受培训为主还是以完成工作为主，具体考察以下几个方面：培训是否有明确的目标；是否拟定并执行了详细周密的培训计划；是否安排了指导人员；劳动者知识和技术水平是否有明显提高。比如，某跨国公司招录了一批应届毕业生参加“Sales 100”培训生项目。该项目目标在于培养销售工程师，原本培训计划规定，为期两年的项目中，有一年在北京、上海、天津各业务部门、合资公司集中轮岗培训，有半年进行销售实践培训，期间由公司的资深工程师作为培训生的技术导师，培训完成后得为公司服务三年。然而，根据培训生的陈述，公司并没有严格执行培训计划，仅在入职时花了一个月对公司及

³⁴ 杨景宇/信春鹰：《劳动合同法解读》，中国法制出版社 2007 年版，第 66 页；同前注 1，冯彦君/王天玉文。

³⁵ 参见“袁军生诉厦门市恒利发集装箱储运有限公司劳动争议案”，（2009）厦民终字第 3784 号，案件来源于北大法律信息网司法案例数据库。

³⁶ 同前注 7，杨景宇/信春鹰书，第 67 页。

³⁷ 另外，非脱产培训也可以是采取上夜校、远程教育等工作时间和培训时间并不重合的方式。此时要注意精确计算培训期限，不能把中间的间隔时间也算在培训的期限内。

其产品进行大概介绍，之后所谓的实践培训都是在完成正常工作业务，比如通过电话热线提供技术支持、筹备展会、进行现场技术服务等。³⁸如果培训生的说法属实，这种项目并不是真正的培训，更没有达到“专业技术培训”的门槛。

最后，除了考虑上述因素，德国的做法也值得参考。³⁹联邦劳动法院提出，⁴⁰由于服务期的约定影响到了德国基本法第 12 条所保障的劳动者的职业自由权，所以，劳动者必须从培训中获得某种“经济利益”，比如完成培训后薪资有较大涨幅、或者有明确的升职可能性，或者是培训能带给劳动者在就业市场上的明显竞争优势。相反，如果培训仅仅是对用人单位有利，用人单位培训员工跟它购买机器、租赁厂房没有什么区别，都属于生产经营导致的正常支出，所以，培训费用也只能由用人单位自己承担。某一经典案件中，⁴¹航空公司对本公司的飞机机型进行更新换代，因而要求飞行员参加培训，以获得新机型的飞行许可，但是由于当时新机型只有这一家航空公司在使用，也就是说飞行员取得此飞行许可到其他航空公司并无用武之地，他也没有因此获得加薪升职的好处，所以联邦劳动法院认定，航空公司和飞行员达成的服务期协议无效。

二、服务期期限的确定

满足了法定前提条件的，用人单位可以和劳动者约定服务期。但是，法律对于服务期的期限并没有作具体规定，因此，实践中培训期限很短、培训费用不高、服务期却很长的情形很普遍。比如，某案中河南某医院将医生赵某送至上海某医院进修一年，花费一共 6784 元，约定了整整十年的服务期，法院却没有对服务期期限的合理性提出任何质疑。⁴²针对这种问题，有的学者援引我国原劳动部颁发的《劳动部办公厅关于试用期内解除劳动合同处理依据问题的复函》，⁴³提出一般情况下应该以五年作为服务期的最高标准。⁴⁴有的学者也赞成服务期最长五年，但理由是劳动者特殊技能的提高不仅得益于用人单位的投资，还源于本人的努力，

^① 金丽娜：《西门子被指强迫员工签卖身契，培训生遭 30 万索赔》，参见以下网页 <http://biz.xinmin.cn/chanjing/2008/01/10/1016296.html>，2012 年 6 月 25 日访问。

^② Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 14. Aufl., § 176 Rn. 1ff.

^③ BAG vom 18.8.1976, AP Nr.3 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe.

^④ BAG vom 24.7.1991, AP Nr. 16 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe.

^⑤ 参见“新乡市第四人民医院与赵文军劳动争议纠纷上诉案”，（2009）新中民终一字第 554 号，案件来源于北大法律信息网司法案例数据库。

^⑥ 该文件中规定“没有约定合同期的，按 5 年等分出资金额，以职工已履行的服务期递减支付培训费”，参见劳办发【1995】264 号文。

^⑦ 候玲玲：《劳动者违约金约定禁止之研究》，《当代法学》2008 年第 4 期；刘文华：《服务期约定应当有一个合理限制》，《中国劳动》2006 年第 12 期。

所以劳动者对自己技能的提高也应当享有受益权。⁴⁵有的学者则提出，由于劳动者所处行业、从事的职业、可替代性不同，用人单位所做的投入不同，所以不适合划定一个统一的最长期限，而应该规定一个弹性原则。⁴⁶也有学者反对法律设定服务期期限的最高限，主张尊重双方当事人的约定，因为双方是在进行了利益得失对比权衡之后订立的服务期协议。⁴⁷

劳动者之所以有履行服务期的义务，是因为用人单位拿出了一定的资金对他进行了一段时间的培训，进而对他的职业知识和技能的提高享有受益权。如果不管培训期限长短、培训费用多少、劳动者的可替代性高低，统一适用服务期最高限五年，显然不符合权利义务相一致的原则。而主张以劳动合同双方的约定为准，则忽略了劳动关系中资强劳弱的特殊性，有违劳动法“倾斜保护”的基本原则。规定一个弹性原则的提法是好的，可是如果不进一步细化、具体化，对实践的指导作用有限。

相比之下，德国衡量服务期期限合理性的标准更为明确，可操作性更强。联邦劳动法院通过系列判决总结了以下规律：⁴⁸ 服务期期限合理与否，主要考察培训期限有多长；一般情况下，脱产培训不超过两个月的，不能约定超过一年的服务期；脱产培训三到四个月的，服务期不得超过两年，脱产培训六个月左右的，不能约定超过三年的服务期；脱产培训两年以上的，最多约定五年的服务期。之所以确立这样的比例原则，是因为培训期间越长，雇主的花费越大，而且培训期限的长短也是衡量培训质量的一个重要指标。本来按照比例原则，还应该有更多的级别一一对应，但是从实际操作角度考虑，服务期还是整年计算比较方便。当然，上述原则适用于一般情况。也就是说，如果个案中用人单位支付了特别高额的培训费用，或者参加培训使劳动者获得了特别的好处，即使培训期限较短，服务期期限也可以较长。相反，如果用人单位负担的培训费用较少或者参加培训给劳动者带来的好处有限，即使培训期限较长，也只能约定较短的服务期期限。

德国这种方法，一方面设定了阶梯式的递增等级，使劳动关系双方和司法机关有明确的规律可循，一方面又保留了兼顾个案特殊情况而偏离一般标准的空间。

⁴⁵ 成曼丽/王全兴：《服务期的法律定性和法律后果》，《中国劳动》2006年第2期。

⁴⁶ 郭文龙：《服务期制度是对现行劳动合同制度缺陷的合法校正》，《中国劳动》2006年第12期。

⁴⁷ 同前注3，秦国荣文。

⁴⁸ BAG vom 15.12.1993, AP Nr. 17 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; BAG vom 6.9.1995, AP Nr. 23 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; BAG vom 23.2.1983, AP Nr. 6 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; BAG vom 19.6.1974, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; BAG vom 12.12.1979, AP Nr. 4 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe .

可惜的是，这种方法只适用于脱产培训，而在我国非脱产的培训却很多。采取在岗培训、边学边做的方式，培训与工作融合在一起，很难判断具体培训期限有多长。但是，我国仍然可以借鉴德国的思路，联邦劳动法院之所以把培训期限作为主要衡量标准，是因为培训期限越长，培训的费用越多，培训质量也越高。因此，笔者认为应该采用某学者的建议，⁴⁹“从培训费用的角度出发，可以把用人单位对劳动者总的投入与劳动者的月工资进行对比，该用人单位是劳动者月工资的多少倍就按多少个月来设定服务期限。”这种方法一方面“考虑到了用人单位对劳动者进行人力资源投资的程度”，另一方面，也“可使劳动者本身的劳动力价值反映于其中，”因为劳动者的工资往往反映了劳动力的价值以及对用人单位的贡献大小，将培训费用与劳动者的月工资⁵⁰进行对比可以量化劳动者对用人单位的未来价值，并借此确定服务期的限额。当然，实践中不能僵硬地适用由此方法计算出来的服务期期限，而应该允许考虑到个案特殊情况而在此数值上有一定程度的浮动。另外应当明确，服务期期限过长的，并不导致整个服务期条款的无效，只是超出部分对双方没有约束力。

三、劳动合同解除与终止和服务期的履行

那么，哪些情况下劳动合同在服务期届满之前终止或者解除的，属于劳动者违反服务期约定呢？解答这个问题之前，首先要弄清楚服务期的性质或者说效力。如果把服务期约定理解为续订义务，那么劳动合同条款仍然需要双方协商一致，劳动者和用人单位都没有要求对方接受其单方提出的合同条款的权利，也没有应当接受对方单方提出的合同条款的义务，在单方提出的条款不合法时更是如此。⁵¹也就是说，原合同到期后双方就新合同的内容不能达成一致是正常现象，因为没有协商一致而不继续履行劳动合同的，已经就缔约做过努力，不属于违反服务期，这显然和用人单位设立服务期的目的不符。而且，《劳动合同法》第22条第3款规定了“用人单位与劳动者约定服务期的，不影响按照正常的工资调整机制提高劳动者在服务期期间的劳动报酬。”这也从侧面说明不存在重新磋商工资条款的问题。那么，约定服务期是否属于劳动合同双方合意变更劳动合同的期限呢？如果这样理解，那么原合同到期但是服务期未届满的，用人单位不能单方放弃

⁴⁹ 同前注1 冯彦君/王天玉文。

⁵⁰ 为了避免工资波动较大导致单月工资过高或过低的情况，此处的月工资应该是员工培训开始前十二个月正常出勤工资的平均数。

⁵¹ 同前注18，成曼丽/王全兴文。

剩余服务期的履行，反过来劳动者可以要求继续履行直到变更后的合同期满。这显然和《劳动合同法实施条例》第 17 条相互冲突。按照该规定，劳动合同期满但是服务期尚未到期的，劳动合同应当续延至服务期满，双方另有约定的，从其约定。双方另行约定，往往是用人单位保留了放弃劳动者继续履行剩余服务期的可能性。正如 2009 年 3 月 3 日《上海市高级人民法院关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》所提出的，“服务期是用人单位以给付一定培训费用为代价，要求接受对价的劳动者为用人单位相应提供服务的约定。用人单位依约支付相应对价后，即已完全履行自己的合同义务，是否要求劳动者履行提供服务则成为用人单位的权利。基于民事权利都可以放弃的原则，在劳动合同期满后，用人单位放弃对剩余服务期要求的，应当准许。”另外，不管是理解为续约义务还是合意延长合同期限，都没有排除劳动者在合同期内行使预告解除权的可能性，并不能达到用人单位培训后留下劳动者为己所用的效果。所以，笔者认为，服务期应该理解为劳动合同双方约定的劳动者在用人单位的最低工作年限，由于用人单位支付了培训费用对劳动者进行了职业培训，所以作为对价，劳动者同意在一定程度上限制自己的职业自由，即在此最低工作年限内避免因为可归责于自己的原因导致劳动合同的解除或终止。

服务期期限短于劳动合同期限的，服务期的履行不会和劳动合同到期终止发生任何冲突。实践中出现较多的情况是服务期期限长于劳动合同期限。比如劳动者和用人单位之前的劳动合同签了三年，却约定了五年的服务期，三年的劳动合同到期时，用人单位是否可以要求劳动者继续履行劳动合同到五年服务期满？正如以上提到的，这种情况下应该适用《劳动合同法实施条例》第 17 条，劳动合同应当续延至服务期满，双方另有约定的，从其约定。笔者认为这一规定很合理，一般情况下双方约定服务期的时候就默认了合同至少应该履行至服务期满。如果用人单位放弃要求劳动者继续履行剩余服务期，就说明了劳动者通过培训获得的技能对他而言已经价值不大，此时硬要把双方捆绑在一起并没有太多意义，反而妨碍人才的合理配置。另外，除了到期终止以外，出现《劳动合同法》第 44 条规定的其他法定终止事由，比如劳动者死亡或者用人单位被吊销营业执照，导致无法继续履行服务期约定的，都不能归责于劳动者，当然也不应该由劳动者承担违约责任。

劳动合同双方协商一致解除劳动合同的，双方都有不再继续履行服务期的意愿，属于合同自由的范畴，应当尊重其意识自治，此时用人单位不得主张违约金，自不待言。服务期的效力首先就是在最低工作年限内排除了劳动者的预告解除权，所以劳动者主动辞职的，属于典型的违反服务期的行为，这也是题中之义。同理，如果劳动者没有主动辞职，却有严重违反用人单位的规章制度或者兼职对完成本单位的工作任务造成严重影响等过错行为的，实质是在通过自己的过错行为“逼迫”用人单位辞退他，此时劳动合同以及服务期协议不能继续履行的过错在劳动者这一方，不能免除其违约金责任。相反，如果劳动者是因为用人单位的过错行为而被迫辞职，比如用人单位为及时足额支付劳动报酬或者未依法为劳动者缴纳社会保险费的，劳动合同以及服务期协议不能继续履行的过错在用人单位这一方，不属于违反服务期的约定，用人单位不得要求劳动者支付违约金。《劳动合同法实施条例》第 26 条的规定也证实了这一观点。⁵²

问题在于，在劳动合同法第 40 条和第 41 条的情形下，双方对于劳动合同的解除都没有过错，此时劳动者是否有义务承担违约金责任呢？⁵³在德国联邦劳动法院审理的某案中，雇主因为订单减少裁减人员，即出于经营原因在服务期到期之前单方解除了劳动合同，联邦劳动法院认为此时劳动者没有返还培训费用的义务，因为用人单位设定服务期的目的就是尽可能久的留用劳动者，让劳动者尽可能多地使用其学的技能和知识为用人单位做贡献，如果用人单位由于企业经营原因裁员，比如经营不善濒临破产或者转产、调整经营方式，那说明他不愿或者不能继续雇佣劳动者；另一方面，劳动者此时对于劳动关系的终结没有任何过错，也并无任何影响力，他即使愿意也不能留下来，如果此时还要他因为用人单位的决策而支付违约金，显然不公平。⁵⁴笔者很赞成这样的观点，用人单位花费了资金对员工进行培训却因为经营原因不能用上这个人手，属于用人单位的投资没有得到收益，就跟用人单位买了机器希望能够物尽其用，但是经营不善需要转产只

⁵² 需要强调的是，《劳动合同法实施条例》第 26 条仅列举了《劳动合同法》第 39 条第 2 项至第 6 项的情形，并没有列出第 1 项，即劳动者在试用期间被证明不符合录用条件的。这一规定很合理，因为这种情形在实践中很少会出现，试用期内劳动合同还不甚稳定，一般用人单位此时还不会安排员工参加耗资颇多的专业技术培训。而且试用期都是约定在劳动合同开始的阶段，本身时间不长，即使在试用期内开始培训，培训完成时试用期往往已经过了。假设例外情形下，劳动者在试用期内接受了培训并且已经开始工作的，如果被认定不符合录用条件，也应该比照正常合同期内劳动者不胜任工作来处理。

⁵³ 实例比如“史某伟诉莱某德科技（深圳）有限公司劳动争议纠纷案”，（2011）深宝法民劳初字第 273 号，案件来源于北大法律信息网司法案例数据库。

⁵⁴ BAG vom 6.5.1998, NZA 1999, 79.

能闲置或者贱卖机器是一样的道理，这属于他自己的经营风险，用人单位不能把这种损失转嫁到劳动者的身上去。所以，用人单位根据第 40 条第 3 项由于客观情况重大变化解除或者第 41 条经济型裁员的，劳动者没有违反服务期，无需支付违约金。同理，用人单位根据第 40 条第 1 项或者第 2 项辞退劳动者的，解除原因虽然是劳动者身体健康或者能力问题，但是身体不好或者资质较差并不是他的过错，劳动者对此情形的出现无能为力；用人单位选择解除劳动合同也说明了用人单位不愿意让劳动者继续履行劳动合同，劳动者的智力体力对他没有用处，所以此时劳动合同的解除不是劳动者的过错导致的，劳动者没有违反服务期约定，无需承担违约金责任。

四、违约金的计算

劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。《劳动合同法》第 22 条明确规定了违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用，用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。也就是说，此处的违约金其实就是培训费用的返还，不带有任何惩罚性。

那么，哪些费用属于培训费用呢？按照《劳动合同法实施条例》第 16 条，《劳动合同法》第 22 条所指的“培训费用”包括用人单位为了对劳动者进行专业技术培训而支付的有凭证的培训费用、培训期间的差旅费用以及因培训产生的用于该劳动者的其他直接费用。因此，支付给培训机构的学费、培训所用器材的损耗、到外地培训产生的交通费和住宿费等，认定起来一般没有问题，比较容易产生争议的是培训期间发放的工资是否属于培训费用。理论界对此讨论较少，实践中有观点提出，劳动者在培训期间支付的工资是基于法律规定和劳动合同约定产生的，而不是基于培训产生的，因此不属于因培训产生的用于该劳动者的直接费用。⁵⁵笔者并不赞同这种一概而论的观点。正如联邦劳动法院在某一案例⁵⁶中提出的，脱产培训期间劳动者没有提供劳动，所以用人单位也没有义务向劳动者支付劳动报酬。劳动合同是双务合同，工资是劳动给付的对价，所以在脱产培训时用人单位继续发放“工资”的，支付的并不是真正的劳动报酬，而是一种福利或者补贴，目的在于保障脱产培训期间劳动者的收入来源和生活质量，鼓励劳动

⁵⁵ 上海市金山区人力资源和社会保障局：《职工参加企业出资培训期间所得工资是否属于培训费用？》，参见以下网页 <http://ldbz.jinshan.gov.cn/html/jslldbzsyk/nd1q2010/dsq42010/522493763802.html>，2012 年 6 月 25 日访问；《培训期间的工资是否算作培训费》，载于《山东工人报》2012 年 2 月 27 日第 2 版。

⁵⁶ BAG vom 11.4.1984, NZA 1984, 288ff.

者积极参加培训提高自身技能，从而壮大企业的人才队伍、提高企业的竞争力。这和产假工资、病假工资的情形不同，虽然在休产假和病假期间劳动者也没有提供劳动，但是一方面法律明确规定了用人单位继续支付工资的义务，另一方面也是用人单位照顾义务和社会责任的体现。因此，脱产培训期间的“工资”是用人单位基于培训而发给劳动者的生活费，应当属于培训费用。如果培训采取非脱产形式，但培训时间和工作时间分离的，比如晚上或者周末培训，由于劳动者还在正常提供劳动，用人单位理应支付劳动报酬，此时的工资自然不属于培训费用。采取在岗实践、边做边学形式的，培训与工作不可分离，所以此时的工资也主要是劳动报酬，不属于培训费用。此时还要特别注意区分培训费用与劳动者所在岗位常规生产费用，比如办公室租金、日常办公易耗品费用、办公设备折旧费等日常经营所需的开支，⁵⁷属于用人单位有义务提供的工作条件，不能计算在培训费用里面。

⁵⁷ 同前注 11，金丽娜文。

特殊待遇“服务期”的效力评判⁵⁸

徐增鹏

问题的由来

千军易得，一将难求。人才对于企业的重要性不言而喻，劳动合同法只规定用人单位为劳动者提供专项培训可约定服务期，并规定除此之外不得约定违约金。现实中用人单位为留用人才，在高薪之外提供车子、房子、借款甚至股票期权等特殊待遇较为常见，特殊待遇激励的同时也给劳动者离职约束，用人单位和劳动者就特殊待遇约定服务期的效力如何评判？在实务中的分歧很大，检索相关判例，同案不同判现象严重，笔者结合相关判决，对此进行剖析，请各位看官批评指正。

一、实务中关于特殊待遇的约定认识分歧较大

实务中各地法院关于特殊待遇约定服务期的认识不一致。从程序上，就是否为劳动争议不一致，比如深圳中院就认定“借款的服务期约定”为合同纠纷，不属于劳动争议。从实体上，对于特殊待遇是福利纠纷还是劳动合同纠纷的定性不一致，有支持按约定全额返还，也支持按服务期的比例返还。

（一）劳动争议还是合同纠纷？

深圳市中级人民法院二审（2015）深中法民终字第 239 号

诉争事实：根据双方在该确认书中的约定，10 年内涉案房产的实际所有人为桥洋公司，10 年内桥洋公司为该房支付的所有款项均算石有林向桥洋公司的借款，石有林在桥洋公司连续工作满 10 年该房所有权归石有林，10 年内石有林有任何意外伤害而不能工作，该房产权也归石有林。

本院认为，根据双方当事人的诉辩主张，本案争议的焦点有二，一是本案是否为劳动争议纠纷，二是被上诉人桥洋公司支付的购房款是否应当返还。关于争议焦点一，本院审理双方当事人之间劳动争议纠纷案件作出的生效判决已认定双方基于《购房确认书》产生的涉及房产权属及相关款项争议不属于劳动争议，同时，双方签署的《劳动合同书》并不包含《购房确认书》的相关内容，上诉人石有林主张《购房确认书》是双方劳动合同的组成部分、本案是劳动争议纠纷，缺乏事实依据，本院不予支持。关于争议焦点二，双方当事人签署的《购房确认书》

⁵⁸作者：徐增鹏，重庆市万州区法院

系双方的真实意思表示，不违反法律规定，该合同合法有效，双方均应当遵照履行。根据双方在该确认书中的约定，10年内涉案房产的实际所有人为桥洋公司，10年内桥洋公司为该房支付的所有款项均算石有林向桥洋公司的借款，石有林在桥洋公司连续工作满10年该房所有权归石有林，10年内石有林有任何意外伤害而不能工作，该房产权也归石有林。可见，双方约定如石有林在桥洋公司处工作满10年，则石有林取得该房产权，并无须再向桥洋公司返还该公司为涉案房产支付的所有款项，但对于工作期间未满10年的情形，双方除约定了在10年内石有林因意外伤害不能工作亦取得该房所有权，并未就因单方解除劳动合同或双方协商一致解除劳动合同等其他原因导致石有林未能在桥洋公司工作满10年的情况下该房产的所有权归属及桥洋公司已支付的购房款是否需返还问题作出特别约定，鉴于双方在该《购房确认书》中明确约定了10年内桥洋公司为该房支付的所有款项均算作石有林向桥洋公司的借款，故本院认定双方约定除石有林因意外伤害不能工作的情形外，以石有林在公司的工作时间是否满10年作为其是否需归还购房款的条件，并不以某一方对于解除双方劳动合同致工作不满10年是否存在过错为前提。现双方之间的劳动合同在双方签署《购房确认书》后尚未满5年即由桥洋公司提出并经双方协商一致解除，石有林在桥洋公司处工作未满10年，依据双方合同约定，桥洋公司此前为该房支付的所有款项均算作石有林向桥洋公司的借款，桥洋公司据此要求石有林归还购房款，依据充分，原审法院判决石有林向桥洋公司返还该公司为该房支付的款项850917.33元及相应利息，并无不当，本院予以维持。综上，上诉人石有林的上诉请求缺乏事实和法律依据，本院不予支持。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。

（二）按劳动争议受理，但结果和理由均不同

1、福利待遇纠纷

苏州市中级人民法院 二审 （2013）苏中民终字第2492号

诉争事实：2009年7月1日双方签订《中新置地购房补贴协议》，约定“一、乙方（陶某某）满足《中新置地购房补贴政策》中关于享受购房补贴的资格。根据乙方申请，甲方（中新置地公司）同意乙方选购甲方开发或者委托开发的澳韵

花园小区 19 幢 603 号住房，并补贴乙方房价的 15%。共计 95545 元（该补贴实际以购房同等金额折扣形式体现，一旦乙方或者乙方配偶与甲方就上述住房签订了购房合同，则视为乙方享受了该住房补贴）。二、从乙方享受购房补贴之日起，乙方必须为甲方服务至少三年（36 个月）。三、乙方无论因任何原因（包括但不限于辞职、解聘、开除等情况），从乙方享受购房补贴之日起在甲方服务未满三年（36 个月）或在三年之内转让上述房产的，乙方均应全额向甲方退还上述购房补贴。……”

本院认为：中新置地公司没有为陶某某提供专项培训费用，对其进行专业技术培训，故双方签订的购房补贴协议中关于自陶某某享受购房补贴之日起，陶某某必须为中新置地公司服务至少三年的约定，并非属于《中华人民共和国合同法》第二十二条所规定的服务期。而从该协议内容分析，符合附条件的民事法律行为的法律特征，附条件的民事法律行为只有在所附条件成就时才生效。根据购房补贴协议，陶某某享受购房补贴的前提条件是自其享受购房补贴之日起，为中新置地公司服务满三年。双方在该协议中还约定了如果陶某某没有在享受购房补贴后为中新置地公司服务满三年而提出辞职，陶某某应当全额返还购房补贴。陶某某于 2011 年 5 月 5 日因个人原因，正式提出离职，此时距陶某某享受购房补贴未满三年，故其享受购房补贴所附条件并未成就，故陶某某负有返还 95545 元购房补贴的义务。且在补充协议签订后，陶某某已经按照补充协议返还了 50000 元购房补贴，该行为应当视为陶某某对双方协议的认可，故对剩余的 45545 元购房补贴，陶某某理应承担返还责任。陶某某上诉主张无需返还剩余 45545 元购房补贴，缺乏事实与法律依据，本院不予支持。原审判决适用修订前的《江苏省劳动合同条例》第十五条欠妥，应予纠正。综上所述，上诉人陶某某的上诉请求依据不足，本院不予支持。原审判决认定事实清楚，实体处理并无不当，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。

江苏省高级人民法院再审（2014）苏审二民申字第 164 号

本院认为：根据《中华人民共和国合同法》第二十二条、第二十三条及第二十五条规定，除用人单位提供专项培训设定服务期的、或用人单位与劳动者约定竞业限制条款的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。

本案中，中新置地公司与陶洪波签订的购房补贴协议不符合上述法律规定的情形，中新置地公司要求陶洪波返还的是住房补贴款，也不是违约金，故陶洪波请求判令其无需返还中新置地公司住房补贴款，没有法律依据。《中华人民共和国民事诉讼法》第六十二条规定，民事法律行为可以附条件，附条件的民事法律行为在符合所附条件时生效。本案中，双方约定的购房补贴属于超出正常工资之外的福利待遇，不违反法律法规，合法有效。根据购房补贴协议，陶洪波享受购房补贴的前提条件是其自享受购房补贴之日起为中新置地公司服务满三年，服务未满三年而辞职的，须全额返还购房补贴。陶洪波辞职时距其享受购房补贴未满三年，故其享受购房补贴的条件没有成就，应当依约返还购房补贴。陶洪波辞职时也与中新置地公司达成购房补贴的补充协议，承诺分期归还购房补贴，并已实际履行了部分还款义务，对剩余的 45545 元购房补贴，陶洪波理应返还。二审判决对一审判决适用法律不妥之处已予纠正，该判决虽未直接引用实体法条文，但裁判理由表明裁判的法律依据至少包括《中华人民共和国民事诉讼法》第六十二条、《中华人民共和国劳动合同法》第二十二条，故二审判决适用法律并无不当之处。综上，陶洪波的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第六项规定的情形。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条第一款之规定，裁定如下：驳回陶洪波的再审申请。

2、按劳动合同约定处理

上海市普陀区人民法院一审（2011）普民一（民）初字第 1312 号

诉争事实：原告于 2003 年 7 月 23 日进入被告处工作，担任总裁助理一职。2006 年 2 月 24 日，原、被告签订《住房补贴合同》一份，约定由被告支付原告住房补贴费 100000 元，原告必须为被告服务八年。同时，该合同中还约定如果八年服务期未满，原告提出离职或因重大违纪、违法被被告单位除名、辞退的构成违约，原告应全额赔偿原被告出资的住房补贴费。2008 年 7 月 28 日，原、被告又另行签订《购车补贴合同》一份，同样约定由被告支付原告购车补贴费 150000 元，而原告必须为被告服务五年，即自 2008 年 7 月 28 日起至 2013 年 7 月 27 日止；若五年服务期未满，原告提出离职或因重大违纪、违法被被告单位除名、辞退的构成违约，原告应全额赔偿原被告出资的购车补贴费。2010 年 9 月 27 日，原告因个人原因向被告提出辞职，同年 9 月 30 日，双方劳动关系解除。

本院认为，公民、法人的合法权益受法律保护。服务期是劳动合同当事人在劳动合同或者其他协议中约定的劳动者应当为用人单位服务的期限。法律之所以规定服务期，是因为用人单位对劳动者有特殊投入，导致劳动者获得利益。因此，用人单位履行了这种特殊义务后，允许其设置违约金，违约金针对的并不是劳动者在劳动关系中的原有义务，而是基于用人单位履行了一个特殊投入的先行义务后，使劳动者增加的相应义务。这其实是在正常劳动合同关系基础上，双方形成的又一种新的对价关系。本案中，原告在被告处工作期间，被告已按双方所签劳动合同的约定按时、足额支付了原告相应的工资报酬，履行了劳动合同义务。2006年2月24日、2008年7月28日，被告根据原告申请向其支付购房及购车补贴共计250000元，系在正常劳动合同之外，被告另行给予原告的一种特殊待遇，而作为对价原告承诺向被告服务一定的期限，双方由此形成书面补贴协议，并不违反法律规定，且系当事人真实意思之表示，故应为有效。然现原告却违反协议约定单方提前解除与被告的劳动关系，使这种对价关系遭破坏，因此，被告主张要求原告退赔全额补贴款，并无不当，本院予以支持。至于原告诉称，劳动合同法仅规定用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期及违约金，而本案被告向原告发放的购车、购房补贴显然不属于专项培训费用，故被告不得与原告约定服务期，现其要求原告承担违约责任，于法无据。但对此本院认为，劳动合同法作为雇员受益法，调整的是强势单位与弱势雇员之间的社会关系，其通过倾斜立法的方式赋予弱势雇员一定的利益、适度限制雇主的权利，目的是促使个别劳动关系实现相对平等。但本案原告在被告单位系高级管理人员，其本身就已具有较高的社会经济地位、职业技能及与用人单位进行议价的能力，已非一般意义上的弱势劳动者，因此，劳动法律规范对其进行调整不应再过多给予倾斜，而应更强调双方当事人之间的平等协商和诚实信用。故现被告基于原告不诚信的提前解约行为，要求其承担相应的违约责任，并不违背劳动合同法的上述立法目的，因此，对原告上述诉称意见，本院不予采纳。据此，依照《中华人民共和国劳动法》第十七条、《劳动合同法》第三条、《上海市劳动合同条例》第十四条、第十七条之规定，判决如下：原告沈某应于本判决生效之日起十日内退还被告农工商超市（集团）有限公司购房及购车补贴款人民币250000元。

3、按服务期处理

延边朝鲜族自治州中级人民法院二审（2015）延中民一终字第3号

诉争事实：2005年2月17日，原告东方油炉公司与被告高峰签订了劳动合同书。合同约定，被告高峰在原告处从事技术工作，并约定工作时间不低于10年，原告并依此为条件，一次性给付被告5万元（购房款），约定被告在合同期内不得离开单位到外单位工作。被告高峰在2012年9月口头提出离职。

本院认为，上诉人高峰做为劳动者，享受了超过其正常工资报酬的福利待遇即住房补贴5万元，双方自愿就该特殊待遇约定的服务期限即10年不违反相关法律规定，且之后签订的劳动合同对所约定的服务期限并无变更。上诉人高峰于2005年3月开始在上诉人东方油炉公司工作，于2012年9月份离职，工作时间为7年6个月，未完全履行双方约定的服务年限。参照签订该服务期限条款当时的相关规定，即吉林省劳动争议仲裁委员会《关于处理劳动争议案件有关问题协调会议纪要》第23条“职工流动或自行离职后，原用人单位有权依据国家和地方规定，以及与国家、地方规定不相抵触的劳动合同约定和企业内部规章制度的规定，向职工收取合理的经济补偿。除法律、法规另有规定外，经济补偿范围限于培训费及住房补偿费。”第24条“职工流动或自行离职的经济补偿费，有必须服务期的依必须服务期为基数等分递减，无必须服务期的，按劳动合同年限为基数等分递减；劳动合同未约定年限的，以五年服务期等分递减；双方对递减计算方式已有约定的，从双方约定。”本案上诉人高峰与上诉人东方油炉公司约定服务期为10年，经济补偿应按照10年服务期等分递减，即每年5000元。上诉人高峰工作7年6个月，违反10年服务期约定，应支付给上诉人东方油炉公司相应的补偿12500元。双方约定未完全履行服务期（即“工作期间不得私自到外单位工作”）支付违约金10万元的条款违反签订该条款时实施的未完全履行服务期补偿金等分递减原则，亦与现行的《中华人民共和国合同法》第二十五条相悖，本院不予支持。上诉人东方油炉公司主张与上诉人高峰签订“约定服务期并支付住房补贴”的劳动合同为附条件的赠与合同。因上诉人高峰与上诉人东方油炉公司为劳动者与用人单位，关系为劳动关系，签订的为劳动合同，而非平等主体签订的附条件的赠与合同，故双方之间发生争议应按照《中华人民共和国劳动法》及《中华人民共和国合同法》相关规定处理，故本院对上诉人东方油炉

公司的该主张不予支持。综上，原审认定事实基本清楚，适用法律不当。依据《中华人民共和国劳动合同法》第二十五条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项之规定，判决如下：一、维持敦化市人民法院（2013）敦民初字第 3476 号民事判决第二项；二、撤销敦化市人民法院（2013）敦民初字第 3476 号民事判决第一项；三、上诉人高峰于本判决发生法律效力之日立即返还上诉人吉林省东方热油炉制造有限责任公司人民币 12500 元。

二、对劳动合同法服务期的评析

（一）从任意违约金到限制违约金

劳动法第十九条第一款第（七）项规定，劳动合同可以约定违反劳动合同的责任。劳动法对违约责任采取的是任意违约金的立场，不过劳动法第三十一条规定，劳动者解除劳动合同，应当提前三十日以书面形式通知，劳动法的违约金是违反劳动合同期限之外的违约金，违反期限的违约责任因第三十一条的特别规定免责。除不能约定违反劳动合同期限的违约责任外，对用人单位出资培训、提供特殊待遇等违约金的设定，劳动法没有禁止性规定，因此，可以理解为劳动法对违约金为任意性规范。

到了劳动合同法，则规定除本法第二十二条和第二十三条规定的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。用人单位只能就服务期和竞业限制约定违约金，任意违约金改为限缩违约金。同时，劳动合同法实施条例还进一步规定，“用人单位与劳动者约定了服务期，劳动者依照劳动合同法第三十八条的规定解除劳动合同的，不属于违反服务期的约定，用人单位不得要求劳动者支付违约金。”换言之，用人单位存在劳动合同法第三十八条规定，劳动者解除劳动合同外，服务期也对劳动者没有约束，实质上将服务期当劳动合同的从合同对待，服务期的对价关系没有体现出来。从劳动法到劳动合同法，违约金也从任意到限制了。

（二）违约金的对象过于狭窄

劳动合同法没有分层调整，对劳动者没有区分对待。劳动者实际上有打工皇帝，也有因欠薪农民工。劳动合同法不是没有分层规定，比如违约金也限制高管、高级技术人员以及其他知悉商业秘密人员离职后的就业。劳动法不同于民法，民法规制的对象是抽象的“人”，“抽象的”法律人格，是将所有的人都视为被抽象

掉了各种能力和财力的差别而存在的个人。民法不知晓农民、手工业者、制造业者、企业家、劳动者等之间的区别。社会法所关注的正是这种表面平等下的实质不平等，劳动法倾斜立法的模式决定其保护对象劳动者必须是具体的，只有根据社会的经济地位以及职业的差异把握更加具体的人，才能真正实现对弱者加以保护的目。⁵⁹劳动法基于资强劳弱，所以对契约自由进行一定程度的干涉。越是低层劳动者，劳动法的保护越多，诸如最低工资、最高工时、不胜任的解雇保护等。越是顶层的劳动者，需要保护的越少，中上层的劳动者不但工资待遇高，谈判能力更强。劳动法不能一视同仁对劳动者进行保护，清洁工与总经理明显不具有可比性。劳动合同法虽然区分不明显，但实务中各地法院作了区别对待。2014北京高院和北京仲裁委《关于劳动争议案件若干疑难问题的解答意见》第三十三条，用人单位法定代表人、高管人员或人事管理部门负责人未与用人单位订立书面劳动合同并依据《劳动合同法》第八十二条规定向用人单位主张“二倍工资”的，应予支持？用人单位法定代表人依据《劳动合同法》第八十二条规定向用人单位主张“二倍工资”的，一般不予支持。2011年江苏省院、省仲裁委《关于审理劳动人事争议案件的指导意见(二)》第八条，高级管理人员与用人单位发生加班工资争议，用人单位虽未办理不定时工作制审批手续，但高级管理人员的工作性质、工作岗位符合不定时工作制特点，依据标准工时制计算加班工资明显不合理，或者工作时间无法根据标准工时制进行计算的，可以认定高级管理人员实行的是不定时工作制，对其请求支付加班工资的主张不予支持。

用人单位的人才需求是多方面的，一方面可以培训单位的“潜力股”，另一方面也有可能招用“千里马”。有些人才并不需要培训，用人单位为了留住人才，就通过特殊待遇留人。而劳动合同法的服务期对象却很狭窄，仅仅只针对本单位的专项培训对象，劳动者的范围比培训对象广泛地多。劳动合同法对劳动者的解除权放的很开，劳动者可以根据劳动合同法第三十六条与用人单位协商解除劳动合同，协商不成，只要用人单位存在劳动合同法第三十八条情形可即时解除劳动合同，就算用人单位不同意又没违法情形，劳动者还可以毫无理由地提前一个月通知用人单位解除劳动合同不负任何责任。用人单位一旦要在劳动合同法规定的服务期对象即专项培训的劳动者以外招用、留用人才的话，高薪和感情都只是靠

⁵⁹董保华，劳动合同立法的争鸣与思考，P45-47

运气，待遇留人才有可能约定“服务期”，特殊待遇与服务期本质上就是交易，自愿交易的参与者都能获利才有可能达成“合意”。用人单位图什么？图的是特殊待遇激励对象可以长期、尽责地为其服务，以保障本单位的长期、健康、稳定发展。劳动者图什么？图的是用人单位提供的车子、房子或者股票期权等待遇啊。这本来是一个对价关系，一个交易行为，可惜劳动合同法却遗忘了这类自愿参与者。

（三）违约金其实是法定赔偿

劳动合同法还将违约金变相规定为赔偿金，减轻劳动者的违约责任。我国《合同法》对违约金的规定，既强调违约金的补偿性，同时也承认违约金的惩罚性。《合同法》第一百一十四条第二款规定，约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。在要求损失填补的同时，又允许违约金高于实际损失。

劳动合同法的违约金却没有惩罚性，《劳动合同法》第二十二条第二款规定，劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。因为劳动者履行了服务期，相应的服务期限便要折抵用人单位提供的培训费用，劳动者为提升自身素质和劳动技能原本应自行出资学习，用人单位提供了时间，保留了工作岗位，劳动者违约后还可以扣除已服务期限所对应的培训费。一纸约定只是君子协议，不能限制恶人。当用人单位投入跟回报不成正比时，单位更愿意挖人而不愿意培训人才。劳动者违约成本太低，违约也不过是赔偿本应支付的提升本人劳动技能的费用，而且还是按剩余服务期限的比例返还，可想而知，当更好的工作机会摆在面前时，劳动者会怎么选择。长此以往，不但破坏了良性的人才培养机制，还导致市场的恶性人才竞争，更是破坏诚实信用原则。

三、用人单位与劳动者约定服务期的效力

（一）特殊待遇服务期是劳动争议

劳动合同排斥自由约定吗？劳动法实际上分三个层次调整劳动关系。第一层次是宏观的层次，涉及劳动基准。劳动基准是指最低标准的社会立法，如最高工

时、最低工资、社保。第二层次是中观的层次，涉及团体契约。团体契约的效力高于个人契约，用人单位与劳动者订立的劳动合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于集体合同规定的标准。第三层次是微观的层次，涉及个人契约。这是当事人按照客观法中“合同制度”缔结个别契约。⁶⁰劳动合同法其本质上是私法，只是因为有很多公法干涉，不能说劳动合同法就不允许自由约定，只因受劳动基准的限制，违反劳动基准的内容无效，高于劳动基准的约定仍然有效。劳动合同法第十七条第二款便是任意性规范，用人单位与劳动者可以约定试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等其他事项，劳动者和用人单位就可以通过合意来安排双方权利和义务的内容。

合同的本质是合意，合同的性质不能依据合同名称确定，而要看实质内容。最高院在陈全、皮治勇诉重庆碧波房地产开发有限公司、夏昌均、重庆奥康置业有限公司合同纠纷案一案中（（2009）民申字第1760号）中认为，根据最高人民法院《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十四条的规定，合作开发房地产合同约定提供土地使用权的当事人不承担经营风险，只收取固定利益的，应当认定为土地使用权转让合同。当事人自行约定的合同名称不影响对合同性质的认定。

曾有人讨论这一案例：“用人单位借五万块给员工去日本学习半年，约定回来后工作满五年，借款不必偿还。回来不满五年，则要返还借款。”虽然双方约定的名称是借款，但实际内容则是约定甲方出资乙培训，乙接受培训回来后得服务五年。借款不管是有偿还是无偿，其最后总归要偿还，合同性质与主要条款紧密相关，我们审查合同性质的时候不能局限于双方签订合同的名词是什么，要重点围绕合同的主要条款来探究真实意思。按服务期合同认定，《劳动合同法》第二十二条第二款，劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。对用人单位来说，劳动者违约可得的只有按比例未履行部分所应分摊的培训费用。而按附条件的借款协议认定，那怕劳动者服务了四年又三百六十四天，也要全额返还“借款”，借款合同显然以借款之外，行规避服务期之实。

⁶⁰董保华，社会法原论，P200

再回头来看深圳中院（2015）深中法民终字第 239 号判决，该案双方约定的主要内容是：10 年内涉案房产的实际所有人为桥洋公司，10 年内桥洋公司为该房支付的所有款项均算石有林向桥洋公司的借款，石有林在桥洋公司连续工作满 10 年该房所有权归石有林，10 年内石有林有任何意外伤害而不能工作，该房产权也归石有林。换言之，双方合同的主要条款是公司给石某房子，对价是石某服务满 10 年。房子的对价是 10 年服务期，显然双方约定的是有关劳动权利与义务，劳动者的义务是提供满十年的“劳动”，合同的主要内容是用人单位购买劳动，而非借贷关系，借款合同，是当事人约定一方将一定种类和数额的货币所有权转移给他方，他方于一定期限内返还同种类同数额货币的合同。因此，用人单位提供特殊待遇与劳动者约定服务期，应归于劳动争议的审理范围。

（二）特殊待遇服务期是福利待遇纠纷

福利待遇纠纷有法可依，《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二条 第四（四）项也明确规定，中华人民共和国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议，适用本法：（四）因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议。按最高院法《民事案件案由规定》（法〔2011〕41 号）的规定，在二级案由劳动争议下设三个三级案由，分别为劳动合同纠纷、社会保险纠纷和福利待遇纠纷。最高院在民事案件案由规定的理解与适用中对福利待遇纠纷进行了解释，“福利待遇纠纷是指用工单位与劳动者因福利待遇问题而发生的纠纷。现在的福利待遇一般是指企业为了保留和激励员工，采用的非现金形式的报酬，包括保险、实务、股票期权、培训、带薪假，等等”。⁶¹什么是福利？国家税务总局《关于企业工资薪金及职工福利费扣除问题的通知》（国税函〔2009〕3 号）进一步解释：企业职工福利费，包括以下内容：（一）尚未实行分离办社会职能的企业，其内设福利部门所发生的设备、设施和人员费用，包括职工食堂、职工浴室、理发室、医务所、托儿所、疗养院等集体福利部门的设备、设施及维修保养费用和福利部门工作人员的工资薪金、社会保险费、住房公积金、劳务费等。（二）为职工卫生保健、生活、住房、交通等所发放的各项补贴和非货币性福利，包括企业向职工发放的因公外地就医费用、未实行医疗统筹企业职工医疗费用、职工供养直系亲属医疗补贴、供暖费补贴、职工防暑降温费、职工困难补贴、救

⁶¹奚晓明主编，最高人民法院《民事案件案由规定理解与适用》P301

济费、职工食堂经费补贴、职工交通补贴等。(三)按照其他规定发生的其他职工福利费,包括丧葬补助费、抚恤费、安家费、探亲假路费等。

(三) 劳动者违约应按约定返还待遇

劳动合同法第十七条第二款规定,劳动合同除前款规定的必备条款外,用人单位与劳动者可以约定试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等其他事项。该规定实际就是私法性质的任意性规范。劳动合同法公私交叉,不等于没有合意的空间。劳动基准是公法层面的,国家通过基准倾斜保护劳动者,劳动契约是私法层面的,用人单位和劳动者可以平等、自由约定劳动权利义务。劳动基准的对象主要是中下层劳动者,因他们与用人单位相比处于弱势,所以立法才干涉,对用人单位进行一定程度的限制,实现相对的公平。特殊待遇的对象不是可替代性很强的中低层劳动者,对用人单位而言属于稀缺性的人才,所以企业才以待遇留人。这类稀缺的人才中,像高管在有的国家甚至认为不属于劳动者,因为他们更多的是接受股东的委托,代表公司对劳动者监督管理,一方面他们是劳动者,另一方面他们也是指挥、监督和管理其他职工,他们是管理劳动者的劳动者。我们没有区分,全当劳动者对待,但需要注意地是这类人员不属于一般意义上的弱势劳动者,他们较高的社会经济地位、知识阅历、职业技术以及议价能力。对低层劳动者要倾斜保护,对中上层劳动者要适当尊重意思自治。用人单位在工资之外额外支付一笔待遇,比如车子、房子、股票期权等,劳动者既然获得利益,也应承担一定的义务,这是一种对价关系。

在市场经济下,我们试想一下当用人单位提出特殊待遇的服务期协议时,劳动者会怎么考虑:1、在正常工资外,再获得一笔特殊待遇,遵守服务期划算就履行;2、我就是个人才,万一中途遇到更好的单位,我要跳槽怎么办?不约定服务期,涨点工资,拿现的;3、特殊待遇可以少要一点,服务期限缩短一点;4、其他约定。特殊待遇是用人单位以稳定长期劳动关系为目的合同,用人单位付出待遇是为了让劳动者长期为公司服务,为的是本单位的健康、持续发展。约定的内容也主要是限制劳动者离职,对劳动者而言,本身是额外待遇,违反约定应还没有其他损失。实务中还需要注意的是,用人单位可能在特殊待遇之外再约定违约金,因为劳动合同法禁止约定违约金,返还特殊待遇之外违约金的约定无效。

特殊待遇服务期本身是自愿的“交易”行为,劳动合同法对契约自由进行干预,有两个后果:第一种最严厉也最无理,认为不是福利待遇纠纷,而是服务期

违约金，违法约定无效，劳动者享受的特殊待遇返还？各位观众，你同意吗？本来是保护，反而没保护，有必要吗？第二种是较严厉的干预。因为提供的劳动无法返还，比照劳动合同法提供专项培训的服务期处理，返还未履行服务期所应分摊的费用。这个交易对劳动者而言，百利而无一害，特殊待遇只有利益没有义务。用人单位还敢特殊待遇留人吗？理性的用人单位要么是以类似“借款”的行为规避，要么是缩小特殊待遇的范围，对劳动者好吗？约束交易（合意）的是违约责任，没有约束的“交易”（合意），必然被市场所淘汰。我们不能只看到个案中的保护，还要平衡双方的利益，特殊待遇激励对劳动者不坏，当我们将劳动者所应承担的义务人为去除，后果必须是劳动者也不会获得相应的利益，吃亏的用人单位除非是傻子才会再吃亏。在相对平等的情形下，应允许劳资双方的自由约定，特殊待遇是在正常工作之外的额外福利，劳动者可以不接受，一旦接受则应按合同约定履行义务。诚如最高院民一庭负责人在《劳动争议司法解释四》答记者问中所言，早在《劳动合同法》的制定时，社会上就有“单保护”和“双保护”的争论。我们认为，在劳动关系中，大多数劳动者是弱势一方，因此，适当向劳动者倾斜是对的。应当看到，法律是社会关系和社会利益的调整器，任何立法都是对权利义务的分配和社会利益的配置，必须在多元利益主体之间寻找结合点，努力达到各种利益主体特别是同一矛盾体中相对方之间的利益平衡。但是，如果过分扩大劳动者权益保护，加大企业责任，就会使企业用人自主权受到束缚，难以实行优胜劣汰的灵活管理，影响人力资源的优化配置，最终影响企业的市场竞争力。如果劳动者权益保护不到位，对企业责任要求过少，就会影响劳动力供给，不利于高素质的健康的职工队伍的形成，最终企业利益也会受到损害。

特殊待遇的“服务期”涉及到劳动者的自由流动和用人单位的利益平衡，我们要注意到特殊待遇对象的身份，不能以劳动法倾斜保护而不分强弱一视同仁。特殊待遇服务期，是用人单位和劳动者为建立长期稳定劳动关系而订立的劳动合同。劳动合同法虽无特殊待遇服务期规定，但是劳动合同法第十七条给予劳资双方任意约定的空间，在劳动基准之上双方均可自由协商。劳动合同法对劳动者应分类调整，对合意干涉的力度应有所分别，越是低层劳动者越需倾斜保护，越是强势劳动者越应尊重意思自治，特殊待遇的对象是较为强势的人才，劳动合同法不应过多干涉。合意是双方权利义务的来源，只要不违反法律、法规的禁止性约定，双方应全面履行。

严重违纪之严重性边界的实证分析⁶²

——以《劳动合同法》第三十九条第（二）款为视角

杨芳*

【摘要】劳动者严重违纪之严重性边界在现行《劳动合同法》以及相关规范中未有明确的规定，即便是关于规章制度的合理性审查也仅有部分地方性司法文件有所提及。这为法院裁量劳动者严重违纪问题留下了大量的司法裁量空间。裁判文书分析表明，严重违纪条款的司法适用呈现出非正面回应和裁量不一的倾向。其主要原因在于现实复杂多样、法律规定模糊、法官裁量理念差异。问题的解决必然需要回归劳资利益衡平，从完善相应司法解释、统一法官裁量理念和提出可操作的严重性标准出发。

【关键字】 规章制度；严重性边界；司法审查

在益龙建材(东莞)有限公司与鲁林建劳动合同纠纷上诉案中⁶³，员工手册规定“员工有打架斗殴的行为视为严重违反公司规章制度”。劳动者与一同事发生口角，推搡并发展至相互殴打，各自均有轻微身体损伤。在这个案例中，一审法院认为劳动者并没有先出手打人，主观违纪性不大，事情也妥善解决了，所以劳动者的行为并没达到可以被解雇的严重程度。但二审法院认为劳动者应当通过合法途径主张权利，其在公司斗殴已经达到了可以被解雇的严重程度。在这个案例中，一审法院对劳动者违纪行为进行了实质性审查，二审法院并未进行实质审查而是完全尊重用人单位对严重程度的决定。此案例反映出司法实践中法官对严重性边界问题把握的矛盾与纠结。可见，现行《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第（二）款（简称第39（2）条）中的严重性边界问题在司法实践中的困境与出路值得深思。

一、严重性边界的界定何去何从

在实践中，严重性边界的界定带来的困扰比较常见。在中国裁判文书网中，

⁶² 本文参评青年优秀论文

*杨芳，重庆梁平人，1992年出生，作者单位：西南政法大学，联系方式 15111846857，邮箱地址：CASSIEYANG2016@126.com。

⁶³ (2013)东中法民五终字第261号

在适用《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条的案例中以“严重违纪”为关键词搜索得到 800 份关于劳动合同类纠纷的判决书。然而，我国目前并无明确的法律规定或裁量标准来化解司法裁判的困扰。对严重性边界的界定困境及其出路的探寻，学术界和理论界的讨论也一直没有停止。

对此，谢增毅先生在探讨用人单位惩戒权的时候提到，裁判机构应当从劳动者违纪的行为、给单位可能造成的损害或者影响等至少七个方面对适用惩戒的“严重违反用人单位的规章制度”情形进行合理性审查⁶⁴。这主要是建立在综合因素考量基础上对严重性边界的合理性进行审查，限制用人单位惩戒权的滥用。郑尚元老师在一篇文章中也明确说到用人单位可能会故意模糊规定严重违纪行为类型，“当劳动者不小心行为失偏，（用人单位）即以‘严重违反单位规章制度’为由解雇劳动者”⁶⁵。主要策略是将对规章制度的规制从形式正义转向实质正义、引进交易习惯和行规、加强对内容合理性的控制并防止法官随机判断“合理性”。此外，有学者从软法的角度出发，认为用人单位的规章制度具有公法性和普世性，当其缺乏规范性的时候，应当允许对其合理性进行审查⁶⁶。可见，不少学者主张法院对严重程度进行合理性审查，其论证的立脚点在于劳动者合法利益的保护或者劳资利益的衡平，出发点大多为劳资双方地位不平等性或者劳动者弱势保护理论。但其对严重边界的现实认知大多较为零碎，对现实具象未做针对性的、整体性的梳理和说明。对于严重性边界的界定应当建立在对现实具象宏观把握和整体认知基础上，如此才能找到最为适宜的解决之道。

相比于学理的论证，法院的一纸判决既是争议解决的最后定论，也体现着法律解释的尺度。为此，笔者选取“北大法宝”2010年至2015年12月截稿时已公开的50篇涉及第39（2）条的劳动争议案件的二审终审判决书，提炼出与单位依据严重违反单位规章制度解雇劳动者相关的行为事实、规章制度、裁判结果等因素，梳理司法裁判逻辑，展现严重性边界界定的司法裁判倾向，并进一步探讨其形成原因以及问题解决的出路。

在“北大法宝”的“法宝联想”中，涉及《劳动合同法》（2012年修正）第

⁶⁴ 谢增毅. 用人单位惩戒权的法理基础与法律规制[J]. 比较法研究, 2016, 01:11.

⁶⁵ 郑尚元, 王艺菲. 用人单位规章制度形成理性及法制重构[J]. 现代法学. 2013(35):72-84.

⁶⁶ 谭甫政, 劳动规章制度法律性质“软法解释论”之提出及证成[J]. 东方法学. 2016(2):99.

三十九条第（二）款的二审终审判决书一共有 375 份。本文基于对法院裁判说理的丰富程度、裁判法院的重复率、案例与相关研究内容的切合度、案例的代表性等方面的考虑，从广泛的基本案例中筛选出 50 份样本案例⁶⁷，进行进一步的分析研究。样本案例的地区分布遍及全国各地，涉及一线城市、二线城市、三线城市，覆盖了发达地区、较发达地区、不发达地区，且样本案例具有研究的代表性和典型性，能够揭示第 39（2）条适用的基本情况和普遍规律。

二、司法实践困境：非正面回应和裁判不一倾向

现行《劳动合同法》以及相应的法律措施未对劳动者违纪的严重程度进行明确的规定，法官对严重程度的裁判倾向主要呈现非正面回应和裁判不一的现状。

（一）非正面回应倾向

在 50 个样本案例中，二审法院判定用人单位解除行为合法的案例有 33 个，涉及严重程度关注的案例仅有 3 个（见图 1）。可见，二审法院通常直接认可用人单位对严重违纪的严重程度的规定，呈现出十分明显的非正面回应倾向。

二审法院对严重程度的 正面回应情况	非正面回应严重程度	正面回应严重程度
样本案例数量	30	3
案本案例占比	90.90%	9.09%

图 1

二审法院认为用人单位解除劳动合同的行为违法的案例有 17 个，其中 A 类 2 个，B 类 12 个，C 类 2 个、D 类 1 个⁶⁸。因不符合严重性标准而判定单位解除劳动合同关系不合法的案例有 2 个⁶⁹（见图 2）。可见，法院并不经常依据规章制度

⁶⁷ 案例的收集和筛选原则说明：本文所研究的案例判决书来自“北大法宝”。样本案例必须符合以下几个条件：第一，样本判决书须为二审终审判决书；第二，同一年份同一法院同一审判庭只选择一份判决书；第三，一审和二审法院均讨论了严重违纪条款的适用问题。

⁶⁸ A 类，以劳动者并不符合现行《劳动合同法》第三十九条规定的主体或者用人单位没有书面规章制度为依据，判定用人单位解除劳动合同的行为违法；B 类，法院以笼统阐述单位不能证明劳动者存在严重违纪行为为主，辅之以规章制度完善与否的考察、规章制度公式与否的考量，在此基础上认定用人单位解除劳动合同行为违法；C 类，法院在考量了用人单位能证明劳动者违反规章制度，但不能证明规章制度经过公示、规章制度的制定未经过民主程序、劳动者违纪行为并未达到需要解除劳动合同的严重程度、规章制度关于严重性条款的规定不明晰等因素，判定用人单位解除劳动合同的行为违法；D 类，单位能证明劳动者的行为严重违反单位规章制度，但解除劳动合同没有通知工会，判定用人单位解除劳动合同的行为违法。

⁶⁹ (2013)沪二中民三(民)终字第 180 号和(2013)渝三中法民终字第 00108 号

规定的严重程度来否定用人单位行使解雇权的合法性，甚至在裁判文书中对严重程度问题不加以提及。

二审法院对严重程度的 正面回应情况	非正面回应严重程度	正面回应严重程度
样本案例数量	15	2
案本案例占比	88.24%	11.76%

图 2

1、直接认可单位关于“严重违纪”的严重程度规定

在样本案例中，二审仅仅只有 5 个案例涉及了严重性的实质审查。二审法院通常直接认可用人单位关于“严重违纪”的严重程度的规定。

一方面，在 33 个法院判定用人单位解雇劳动者行为合法的样本案例中，14 个案例涉及了民主制定程序、公示程序、违法性的审查，5 个案例涉及解除行为是否通知了工会，3 个案例涉及了劳动者的行为是否违背了诚实信用原则、劳动者基本的劳动纪律、道德操守等，仅仅只有 3 个案例涉及严重性的实质审查。另一方面，在认为用人单位解雇劳动者行为违法的 17 个样本案例中，其中 A 类 2 个、B 类 12 个、C 类 2 个、D 类 1 个。其中，以劳动者行为不符合“严重违反单位规章制度”的严重程度作为解除违法理由的案例仅仅只有 2 个。除了 A 类由于严重违反规章制度适用的前提不存在以外，B 类、C 类、D 类均是直接认可用人单位对严重违纪的严重程度的规定。用人单位只需举证证明劳动者的行为符合规章制度关于严重违纪的规定且不违反部分或者全部程序性规定即可（见图 3）。

二审法院对单位关于“严 重程度”的规定的认可	直接认可	未直接认可
样本案例数量	45	5
案本案例占比	90%	10%

图 3

2、以法律规范为底线给予单位充分的自治空间

法院并未正面回应“严重违纪”的严重程度或者严重性边界问题，除了直接认可单位的规章制度中关于严重程度的规定，还存在侧面谈及严重程度可以在法律规范为底线的基础上给予单位充分的自治空间的情形。

第一类，单位自律模式。法院认为规章制度属于用人单位的自治权范围，用人单位应当根据自己的客观情况且以法律规范为限度进行严重性程度的把握。持此观点的法官认为具体的严重程度是否合理应当为用人单位决定。例如，在(2012)沪二中民三(民)终字第24号案中，一审法院明确表明劳动者是否违纪应当以劳动法律、法规所规定的限度和用人单位内部劳动规则关于严重违纪行为的具体规定作为衡量标准。

第二类，举重以明轻模式。法院认为对于劳动者行为的严重程度可以从是否违反法律法规方面加以判断。涉及的法律规范既包括刑法等涉及犯罪的法律，也包括治安管理处罚法等涉及一般违法的法律。在这种司法裁判逻辑下，如果劳动者的行为属于违法行为，举重以明轻，推断劳动者行为严重违反单位规章制度。例如，在(2013)青民一终第1483号案中，法院认为劳动者以欠薪为由留置公司的营业款的行为已然违法，其行为必然符合“严重违反单位规章制度”的严重程度，用人单位有权以严重违纪解雇劳动者。在(2013)浙衢民终字第526、527号案中，一审法院更是明确阐述了劳动者违反了超越劳动规章制度的法律规范，必然严重违反了用人单位的规章制度。

3、以民法原则或者道德纪律侧面扩展严重性的边界

此类案件中，法官认为以诚实信用、意思自治等民法思维或者职业道德操守、劳动纪律等原则性方式判定或者辅助判定劳动者违纪行为已达到可以被解除的程度是可行的。通过劳动者之为劳动者应当具备的品德素质辅助判定劳动者的行为严重违反单位规章制度，包括考察劳动者基本的职业道德、基本的职业操守或工作职责、基本劳动纪律、诚实信用等。在样本案例中，一审法院提及劳动纪律的有5个，提及诚实信用的有1个；二审法院提及职业道德、职业操守的有2个，提及劳动纪律的有4个（见图4）。而该类案件的比例大于从主客观等方面正面判断劳动者严重违纪案例的比例，以此可以看出法院认为劳动者违反其应当具备的作为劳动者应当拥有的品德素质可以作为认定劳动者行为严重违纪。例如(2012)锡民终字第0455号案中，法院认为劳动者的行为一方面给永红公司正常生产造成了影响，另一方面也违反了劳动纪律，所以永红公司根据该员工手册对劳动者的违纪行为进行处理并无不当。

考虑因素	一审法院	二审法院
------	------	------

劳动纪律类案例数量	5	4
诚实信用类案例数量	1	0
职业道德类案例数量	0	2

图 4

（二）司法裁量不一

严重违纪条款对于违反单位规章制度的严重程度的问题，规定的过于模糊。对于模糊和不确定的法律概念，需要法官通过自身的专业知识和经验对严重违纪事实进行认定并判断其严重程度。从司法裁判整体来看，这类判断性自由裁量是必然存在、无法避免的。但自由裁量若无法保证类似案件相似裁判，必不利于公平公正处理争议，也不利于司法公信力的树立。

第一，严重性问题的关注差异下的裁量不一。在(2013)厦民终字第 78 号中，一审法院认为，用人单位没有证据证明规章制度的制定经过全体职工或者工会的讨论，会议纪要复印件不能证明规章制度被张贴公告，用人单位没有提交将规章制度向劳动行政部门报批的有关书面凭证，且认为用人单位没成立工会因而没有通知工会的条件和需要的抗辩不成立。由此，一审法院认为规章制度不合法，从而认定用人单位依据规章制度解除劳动合同关系的行为违法。可见，一审法院更多的是关注规章制度的制定程序、行政力量的介入、解除劳动合同关系的通知工会程序，而没有讨论劳动者的行为是否违反规章制度、是否严重违反单位规章制度。但在此案中，二审法院认为，劳动者未提供证据证明其在请假期满后的请假事实，可知其主观上明知要请假而未在请假期满后的时间段按照规章制度请假，且通过旷工十余天认定劳动者的行为影响用人单位的正常管理秩序，因而劳动者严重违反劳动纪律，从而判定用人单位单方解除行为违法。从这个案例中我们可以发现，一审关注的是规章制度的效力问题以及解除劳动关系过程中的程序问题，二审法院关注劳动者违纪的严重性判断问题。可见，法官的关注点不同可能得出完全不同的裁判结论。

第二，严重程度认知差异下的裁量不一。在现实生活中，相同的行为在不同的岗位、不同的单位、不同的行业等可能在是否构成严重违纪的评判上得出完全不同的结论。例如，在(2013)东中法民五终字第 261 号案中，一审法院主要从主观故意和客观后果认定劳动者打架斗殴的行为并未达到“严重违纪”的程度；二

审法院却认为劳动者的行为构成了严重违纪，因为劳动者主张权利应当通过合法途径，打架斗殴的行为已经构成严重违纪。在此案例中一审法院主要考虑了劳动者违纪的主观违纪性，且事件已经解决，而二审认为在公司内打架就已经构成了严重违纪，相同的情形却得出了完全不同的结论。除了打架斗殴的情形，在其他情形中也存在严重程度的认知差异，如劳动者参与赌博、劳动者私下使用公司电话打私人电话、劳动者在单位配发电脑中存放涉黄电影等。

三、非正面回应和裁判不一倾向的形成原因

对于第 39（2）条中“严重”之程度，裁判机构呈现出非正面回应和裁判不一的倾向，其根本原因在于社会事实样态复杂、相关法律规范模糊、裁判理念差异。

（一）社会事实样态复杂

复杂多样的现实情况决定“严重违反单位规章制度”中严重程度准确把握的难度大大增加。影响严重程度的因素颇多，这包括劳动者违纪行为的类型、违纪行为给单位造成的影响或损失、行业规则或惯例、劳动者的岗位性质、劳动者从事的行业特征等等。然而，每一个因素在社会中对应着复杂多样的事实样态，其社会事实样态的共性难以寻觅，类型化可行性较低。例如，在样本案例中劳动者违纪行为初步可以分为四大类共 20 余种（见图 5），但同一类违纪行为甚至同一种违纪行为并不当然对应着合理或不合理的严重程度之判断，同时不同种类的违纪行为之间并不能单独进行严重程度的高低之分。在这种情况下，裁判机关对个案进行自由裁量的空间较大，裁量尺度不一的可能性大大增加。

严重违纪行为类型	案例数量	比例	用人单位角度对所涉具体事由的认识
旷工类严重违纪行为	24	48%	无故旷工、因请假程序不到位、上下班打卡未到位、到岗通知书送达未到位、接到劳动合同解除书后未来上班
人身财产损害类	8	16%	财产方面：侵占公司财务、挪用公款；人身方面：故意伤害客人、殴打主管、上班斗殴
多次违纪类	6	12%	多次违纪
罢工类	2	4%	罢工、煽动他人罢工

其他类	10	20%	考试作弊、受聘时就‘婚育状况’作出虚假陈述、违反约定在外兼职、多次未完成正常工作量、不服从工作安排、上班期间睡觉、越权对驾驶员进行扣车处罚、上班时间做无关事情，上班迟到、早退，酒后妨碍他人工作
-----	----	-----	--

图 5

（二）法律规范较为模糊

现行《劳动合同法》以及相关的司法解释并未对“严重违反单位规章制度”中“严重”的认定标准和裁判机关的审查作出明确的说明。在目前已经出台的八个省、自治区、直辖市的地方性司法文件中⁷⁰，有 5 部地方司法文件肯定法院对规章制度的合理性审查（见图 6）。其中，仅仅 4 部地方司法文件规定了司法机关可以审查规章制度是否“明显不合理”，有 1 部地方司法文件，即《江苏意见》，规定法院可以审查劳动者的行为与规章制度具体条文的对应性以及严重违纪规定“是否公平合理”。当法律对严重程度未作出具体规定时，意味着更加宽泛的自由裁量空间的存在，法律之外的因素对裁判过程的介入将会更多，如政治的、经济的、社会的、个人偏好、情感等。在追求实质正义的传统文化和追求形式正义的成文法制度同时作用于中国的司法裁判的大环境下，裁判者对严重程度的裁量出现忽左忽右或者左右为难的情形极为可能。

类别	审查内容	对应地方司法文件
1	不存在明显不合理	《北京意见》《广东意见》 《湖南意见》《浙江意见》
2	规章制度对劳动者严重违纪	《江苏意见》

⁷⁰ 分别是《北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会关于劳动争议案件若干疑难问题的解答意见》（简称《北京意见》），《广东省高级人民法院、劳动争议仲裁委员会关于适用《劳动争议调解仲裁法》、《劳动合同法》的指导意见》（简称《广东意见》），《湖南省高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见》（简称《湖南意见》），《江苏省高级人民法院江苏省劳动争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件的指导意见》（简称《江苏意见》），《浙江省高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的意见（试行）》（简称《浙江意见》），《福建省高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的意见（2001）》（简称《福建意见》），《广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》（简称《广东纪要》），《山东省高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的意见》（简称《山东意见》），《内蒙古高级人民法院〈全区法院劳动争议案件审判实务研讨会会议纪要〉》（简称《内蒙古意见》）

	行为的规定是否公平合理等	
3	没有涉及合理性审查	《福建意见》《广东纪要》 《山东意见》《内蒙古意见》

图 6

（三）法官裁判理念差异

在判断劳动者是否“严重违反用人单位的规章制度”的过程，更多的是法官自由裁量的过程，裁判理念的差异对裁判结果的影响较大。通过上述分析，法官主要在以下两个方面存在裁判理念的差异：第一，严重违纪中严重程度的决定权的归属。从司法裁判逻辑来看，有法官认为用人单位具有对单位规章制度的决定权，可以自行决定适用解雇的严重违纪之严重程度，司法裁判机构不应予以干涉。因为这容易扰乱企业的正常经营管理秩序，易让规章制度成为一纸空文。也有法官认为司法裁判机构对规章制度的内容应予以审查。因为如果裁判机构完全尊重用人单位自治权，在严重违纪条款设计上，劳动者仍存在受损害的风险。第二，严重程度的判断标准的选择。裁判文书呈现出的判断标准主要有四种：①完全认可用人单位对严重程度的规定；②认为违反法律法规的行为必然达到严重违纪的严重程度；③以诚实信用、劳动纪律、职业操守等民法原则或者道德品质标准衡量劳动者行为的严重程度；④以实质标准判断劳动者行为是否严重违纪。这四种严重程度的判断模式在个案处理中，通常单一或者混合出现。不同判断标准的选择，背后蕴含着法官裁判理念的差异。

进一步分析这种裁判理念差异，背后是法官对用人单位解雇权的放松与限制的度的把握。劳动合同法兼具公私属性，私法通过自治防止公权力的过度侵入，公法通过强制的方式防止私法的滥用⁷¹。劳动合同法引入国家强制矫正劳动者的弱势地位，平衡劳动者和用人单位的权利义务配置，从而保护劳动者和用人单位的合法权益。而法官需要在对用人单位解雇权的放松与限制过程中找到正确的度，其在规章制度的合理性审查、严重程度判断标准等方面必然呈现不同的裁判理念。

四、问题解决的司法路径

在分析了第 39（2）条司法适用困境的产生原因之后，需要对问题的解决做

⁷¹ 张友连. 论《劳动合同法》中的意思自治和国家强制[J]. 昆明理工大学学报（社会科学版）, 2010(10):35.

进一步努力。严重程度的界定核心在于对于劳动者的生存权、劳动权与单位的解雇权的冲突的解决。其主要的解决方式有：其一，通过组建强大的工会，对单位的解雇权加以约束和限制，形成有效的劳资协商关系；其二，基于单位的社会责任的自我约束，关注劳动者的生存权和劳动权，弱化单位与劳动者的利益冲突；其三，通过国家强制介入，以社会法的视角来协调劳资利益冲突。⁷²工会的建设和企业社会责任的提升都在努力中，但通过对样本案例的分析，工会的力量似乎没有发挥其重要作用，企业社会责任对单位解雇权的限制也不能解决现阶段亟待解决的问题。通过国家的强制介入，对严重性边界进行审查是一条值得探索的道路。

此外，世界大多数国家对于劳资利益冲突问题都经历了治理理念的转变。在法国，早期以纯私法思维看待解雇权，在后期以超越公私法二元划分的社会法的视角认可对单位解雇权的规制，包括工会的介入和国家的强制⁷³。在日本，对于解雇的规定也从传统的民法中解雇自由的思想到现阶段以判例确立下的“解雇权滥用”法理⁷⁴。日本《劳动基本法》第18条明确写道欠缺客观理由和不被社会观念所认同的解雇无效。对于德国而言，从1896年的《德国民法典》对私法自治背后的不平等的认识开始，经历了1920年的《业委员会法》对单位解雇权限制的强调，到1969年《不公正解雇保护法》对雇主解雇权更为严格的限制，德国对雇主解雇权也是一个自由到规制的发展趋势⁷⁵。从各国发展的趋势来看，对于解雇权限制是普遍的发展趋势。

（一）完善相应司法解释

目前我国对第39（2）条的规定过于笼统，并未对严重程度的标准和界定做细致的阐述。目前对此条的规制更多的是寄希望于行政监察、法院程序性审查、工会和职工参与，但实践效果不佳。在样本案例中，法院的程序性审查呈现出选择性审查甚至不审查的样态、工会参与也甚少发生作用。权力的滥用终将终结于权力的明晰。关于法官对严重程度的实质审查，最高人民法院可以出台相应的司

⁷² 李国庆. 解雇权限制研究[D]. 华东政法大学, 2010: 20-21.

⁷³ 张平. 法国劳动法中解雇权的变迁及其启示[J]. 清华法学, 2012, 02: 168-170.

⁷⁴ 解雇权滥用，即没有合理乃至相当的理由、违反劳资之间诚实信用原则的解雇，适用权利滥用的法理，解雇无效。参见战东升. 日本法上的解雇制度研究——以解雇权滥用的法理为中心[J]. 山东大学法律评论, 2008, 00: 101.

⁷⁵ 胡建辉. 国外单方解雇权的规制及对我国的启示[J]. 中南林业科技大学学报(社会科学版), 2014, 04: 84.

法解释，肯定实质审查的必要性，以此规范法官对严重程度的裁量路径。首先，并非百分之百的个案都应当进行实质审查，在法院认为有必要或者劳动者提出审查要求时，法院应当进行实质审查。其次，限制法院通过民法原则、道德纪律、法律规定等侧面扩展严重程度，对劳动者行为的严重程度应当结合劳动者的岗位、所属行业、工作性质等进行实质审查。最后，对实质审查的具体标准不易做量化处理或者类型化处理，仍然应当做出原则的规定。实质审查可以吸收日本“不违反一般社会观念”⁷⁶的经验以及借鉴我国地方司法文件中的“不存在明显不合理”的实践探索。

（二）统一法官裁判理念

在最高人民法院印发《关于在审判执行工作中切实规范自由裁量权行使保障法律统一适用的指导意见》的通知中，法院行使自由裁量权应当遵循合法原则、合理原则、公正原则、审慎原则⁷⁷。结合现实困境，法院对“严重性”实质审查应当遵循三个基本原则：合理原则、最后手段原则、对外影响原则。

所谓合理原则，要求法官从维护社会公平正义出发，考量劳动者谈判力的弱势、经济形势的压力、公共政策的导向等，坚持正确的裁判理念，增强行使自由裁量权的可预测性和确定性。对于劳动者的过错行为，单位有权进行惩戒，但单位不能对劳动者过于苛刻。单位对劳动者的解雇惩罚应当与劳动者主观故意、行为性质、行为后果等相当。法官对此应当采用合理原则评判严重违纪中严重程度的合理性。一方面，一个正常的劳动者其工作时间较长，苛求劳动者在长期的工作中不能出现任何失误并不符合实际。如对于过失性遗漏一次上班打卡即予以解雇并不符合客观现实；另一方面，规章制度是单位实行自治权的重要依据，其内容若是太过于严苛，例如涉及极为繁琐的请假程序，因为不可抗力导致员工请假不及时便予以解雇不应当得到法院的支持。

所谓最后手段原则，指解雇是非常严重的解雇措施，相比其他惩戒手段，必须慎重使用。因为解雇对于单位只是减少一个员工，对于劳动者可能面临基本生活不能维持的问题，这必然触及劳动者的生存权。无论是经济危机还是心理压力，对劳动者的权益的影响都十分巨大。解雇一旦发生，其后果是十分严重且无法弥

⁷⁶ 战东升. 日本法上的解雇制度研究——以解雇权滥用的法理为中心[J]. 山东大学法律评论, 2008, 00:99-111.

⁷⁷ 参见《关于在审判执行工作中切实规范自由裁量权行使保障法律统一适用的指导意见》第三点。

补的。作为最后手段的解雇手段，只有在无其他雇佣劳动者可能性的时候才能慎重适用。这不仅是对劳动者的生存权、劳动权的慎重对待，也是对社会稳定与发展的回应。

所谓对外影响原则，指判断劳动者的行为是否是适用解雇的严重违纪行为，法院更多地关注对劳动者行为的外部影响，尊重劳动者合法权益。劳动者将劳动力商品的支配权过渡给用人单位获得劳动报酬。基于劳动者与劳动力的不可分性，单位对劳动力的支配要通过对劳动者的管理来实现⁷⁸。因此对劳动者行为的严重程度判断和界定标准的选择更加注重其对用人单位的工作秩序、生产利益、人员管理等的影响，而非对劳动者个人事务的影响。例如劳动者辱骂顾客而被媒体曝光导致单位名誉受损的行为恶劣程度大于劳动者在单位配发的个人电脑中存储涉黄电影的恶劣程度。

（三）回归司法审查的实质标准

所谓形式性标准，即劳动者的行为是否符合用人单位规章制度的具体规定，将严重性的边界完全交于用人单位决定。从样本案例的分析可以看出大多法院判断劳动者是否严重违纪的思路是单位能否证明劳动者违反了单位规定的严重违纪条款，即法院大多适用的是形式性标准。从现实角度出发，劳动者行为违反了用人单位规定的严重违纪条款，不能必然推论劳动者的行为属于法律规定的严重违纪条款的规定，反之亦然。完全尊重用人单位自治权，在严重违纪条款设计上，劳动者仍存在受损害的风险。风险主要有以下几种：第一，规章制度的具体内容呈现出粗线勾勒状态，为单位恣意留下极大的空间。例如，规章制度过于原则性和模糊性，单位对不同的劳动者没有分层的管理模式，针对影响严重性判断的重要概念规定模糊，等等。第二，单位利用订立劳动合同的天然优势，约定规章制度作为劳动合同的附件或者组成部分或者因人设章，以规范之名行滥用权力之实。第三，在规章制度中约定免除自己责任、加重劳动者义务、增加劳动者严重违纪的可能性，例如，在规章制度中设计十分苛刻繁琐的请假程序、上下班打卡程序等，辅之严重性违纪章节的设计，增加劳动者严重违纪的风险。因此，回归司法审查的实质性标准十分必要。

诚然，违纪的严重程度对于不同行业、不同岗位来说，具体的表现也不同，

⁷⁸ 董保华.劳动合同立法的争鸣与思考[M].上海人民出版社,2011:414.

对此法律不应当制定统一的标准，更多的仍然依靠法官的自由裁量。但是，对于法官的自由裁量权应当限定在一定的范围内，以一定的标准来引导裁量的统一，实现社会公平正义。从上述分析可见，法官应当从劳动者违纪的主观故意、行为性质、行为后果、补救措施等方面出发，来认定劳动者违纪的严重性问题。主观故意包括劳动者对违反规章制度、对违纪行为的后果和对单位造成的影响持故意或放任态度。行为性质具体应当考虑劳动者所在的行业性质、岗位特征、工作性质以及行为发生的时间和空间状态。行为后果，包括劳动者的违纪行为对用人单位造成的利益损害，如行政部门对单位的行政罚款、货物损失等，也包括对用人单位工作的进行、工作秩序或者工作任务的完成造成了影响。补救措施，包括劳动者违纪之后的补救行为，是否尽量采取各种手段减少损失、防止损害或不利影响扩大。法官应当站在“无知之幕”的背后，对规章制度进行严重性实质审查。

五、结语

《劳动合同法》的颁布实施是我国劳动法发展历程中的里程碑，但随着社会的发展，其面临诸多现实的拷问。对《劳动合同法》的修改问题除了从理论层面进行探讨，更多地应从具体问题、具体条款的适用现状出发。本文通过 50 份裁判文书的梳理分析了严重违纪条款的具体实践现状，对其出路进行了必要的探寻并提出了自己的完善意见。但是，《劳动合同法》的何去何从还应进行更多脚踏实地的研究，该领域的研究仍然任重而道远。

完善我国解雇保护制度的思路与对策

——基于中美解雇保护机制的比较

杨浩楠*

【摘要】我国现行解雇保护法律制度存在致使用人单位用人机制僵化、违法解雇行为成本较低以及违法解雇法律责任缺乏针对性等弊端。对一国解雇保护法律的研究应结合其运行背景。我国解雇保护法律制度的运行背景表明：在集体劳动关系不成熟、劳动力供求失衡、市场经济机制不完善、社会舆论监督机制不发达以及宗教道德约束作用有限的特殊国情下，我国无条件，无能力，也无理由在法律层面适用较为宽松的解雇保护制度。对现阶段我国解雇保护法律制度进行完善的整体思路应为坚持较为严格之解雇保护法律制度整体强度不变，具体对策应在适当降低无过失性解雇保护力度的同时针对性加大违法解雇行为之法律责任。

【关键词】美国雇佣自由规则 解雇保护机制 解雇保护法律制度 劳动合同法

美国著名劳动关系学家 Frank Tannenbaum 在 20 世纪 50 年代初期说道：“我们（美国）已进入全民雇佣时代。我们要依靠他人才能维持生计，大部分人完全依靠工资为生。如果他们失业，除有限的社会保障救济外，他们就丧失了一切生活来源。这种大部分人对他人依赖的现象是前所未有的。对我们这代人来说，生活的实质已掌控在他人之手”^[79]。随着社会分工的日益精细、市场竞争的日益激烈、社会化大生产方式的持续扩张，我国也早已步入“全民雇佣”时代：一方面，劳动关系是最基本的社会关系之一，其稳定与否直接关系到百姓安居乐业以及国家的长治久安；另一方面，劳动者的劳动权利均以劳动关系存续为前提，故调整劳动关系退出机制的解雇保护法律制度历来是劳动法乃至整个社会法的重中之重。

* 1988 年生，湖南湘潭人，广东外语外贸大学法学院讲师，法律经济学博士，主要从事社会法学和经济法学研究。

^[79] Frank Tannenbaum, *A Philosophy of Labor*, New York, N.Y.: Knopf, 1951, p.9.

一、问题的提出

我国现行以《劳动合同法》为基础建构的解雇保护制度实施效果不甚理想。这种现象的发生和我国解雇保护法律制度本身存在的弊端之间具有一定的相互关联。第一，解雇保护法律制度所采用的正面许可型立法模式（用人单位不具备法定理由实施解雇行为均为非法）在一定程度上导致企业用工机制僵化。第二，解雇保护法律制度不区分违法解雇行为主观恶性以及社会危害性而统一设置法律后果有违“行为与责任相适应”之法律原则^[80]；第三，法律责任轻微难以有效阻却用人单位违法解雇行为^[81]。这些弊端结合在一起共同导致了违法解雇行为频发、雇员劳动权益普遍遭受侵害以及《劳动合同法》威严不足等不良后果。就用人机制僵化而言，董保华教授对此颇有微词，并将我国《劳动合同法》称之为世界上最为严格的解雇保护制度^[82]。甚至有海外观点认为，“同西方发达国家相比，……2007年出台的《劳动合同法》将致使中国劳动力市场退回到‘铁饭碗’时代”^[83]。就违法解雇成本而言，钱叶芳教授在对多个国家的违法解雇赔偿金进行对比研究后得出“我国（违法）解雇赔偿金的水平在数额上处于国际水平的前端”的结论^[84]。就违法解雇责任缺乏针对性而言，沈同仙教授将其概括为解雇保护之“不足”现象^[85]。本文认为已有之研究成果主要存在以下问题：第一，因我国解雇保护制度受欧洲大陆国家立法影响较重，我国学者在对解雇保护制度进行域外比较研究时多以中欧比较研究为主。这种较为狭隘的比较研究视野不仅无济于跳出大陆法系国家解雇保护制度固有之用人机制僵化之桎梏，还在一定程度上

^[80] 我国不区分违法解雇行为的主观恶性以及危害性而一刀切式地设置法律责任难以对主观恶性较大、危害后果严重之违法解雇行为形成有效威慑和阻却。不妨将雇主确实具有合理的商业理由，但在实施无过失解雇行为时未能达到《劳动合同法》第40条或者第41条规定的行为标准要件（如雇主发现劳动者不能胜任工作即将其解雇，或者企业在存在转产、重大技术革新以及经营方式调整的情形时便实施解雇行为）的情形与企业实施报复性解雇行为（例如雇员因拒绝按照雇主的要求实施违法犯罪行为，或者因行使法定权利、履行法定义务、检举揭发雇主违法行为而遭受报复性解雇）或者歧视性解雇行为（例如雇主因雇员的性别、民族、年龄、户籍等因素而实施歧视性解雇）的情形进行对比，可以发现依据我国现行《劳动合同法》中的有关规定，雇主实施前一种主观恶性较小、危害后果较轻之违法解雇行为同实施后两种主观恶性较大、危害后果较重之违法解雇行为所面临的法律责任是一致的。这种法律责任的设置方式严重违反了“行为与责任相适应”的法律原则。

^[81] 我国违法解雇行为之法律责任仅限于两倍经济补偿金（时间基数和数额基数双封顶），且将包括精神损害赔偿以及惩罚性损害赔偿在内的侵权损害赔偿金以及合同违约金之救济方式排除在外。将违法解雇行为与未订立书面劳动合同的行为相比较可发现，《劳动合同法》对于主观恶性以及行为危害性较小的未与雇员订立书面合同的行为设置了“两倍工资”之严格法律责任，而这种严格法律责任的设置仅仅因为劳动关系的建立欠缺形式要件（在诸多欧美国家，法律并未对劳动合同的订立形式进行强制性规定，且存在大量以口头劳动合同建立劳动关系的情形），对于主观恶性以及危害后果更大的违法解雇行为《劳动合同法》却仅仅设置了两倍于经济补偿金的赔偿金。不妨作如下假设：在同一个企业中，雇员甲和雇员乙的月工资以及入职时间相同，雇主未与雇员甲订立书面劳动合同且劳动关系已持续一年，同时雇主违法解雇已入职一年之雇员乙。在这种情况下，依据《劳动合同法》第82条的规定，雇主对雇员甲所应当承担的法律责任高达11倍月工资（且工资计算的金额基数无上限），而雇主对雇员乙所应当承担的法律责任仅为2倍月工资（且工资计算的金额基数有上限）。在这种假设的情况下雇主实施这两种不同违法行为之成本至少相差5.5倍，这足以说明我国现行劳动合同法中违法解雇法律责任较为轻微。

^[82] 参见董保华，“论我国无固定期限劳动合同”，载《法商研究》2007年第6期，第59页。

^[83] Yin Lily Zheng, “It’s Not What Is on Paper, but What Is in Practice: China’s New Labor Contract Law and the Enforcement Problem”, *Washington University Global Studies Law Review*, Vol.8:601(2015).

^[84] 钱叶芳，“个人解雇保护立法的国际比较：回应与建设”，载《法律科学（西北政法大学学报）》2011年第1期，第177页。

^[85] 沈同仙教授认为：解雇保护“不足”的方面主要表现为我国尚没有针对歧视性、报复性等具有反社会性的不当解雇救济作出明确的规定。参见沈同仙，“论完善我国不当解雇的法律救济措施”，载《中国法学》2012年第6期，第107页。

致使我国学者得出“就不定期劳动合同而言，我国的解雇行为灵活性较低而经济成本高”之论断^[86]；第二，国内学者对解雇保护制度所展开的比较研究多以片段比较、纯法条比较为主，而未就中外解雇保护法律制度具体运行背景进行充分分析。这种“就法论法”的研究范式瑕疵显见；第三，国内学者已有之研究大多停留在对解雇保护制度弊端的初级认识阶段，并未对解雇保护制度中存在的问题进行深入、全面的剖析，更未提出具体的解决路径。笔者坚持认为：就解雇保护制度展开研究须采用“法外论法”之研究方法对法律制度的具体运行背景做深入剖析，否则难以对解雇保护法律制度本身做出客观评判，更难提出合理的具体对策。

美国是目前世界上主要工业化国家中在劳动法领域唯一适用雇佣自由规则的国家^[87]。美国私人部门中的雇主一般可随时以任何理由解雇雇员而无需承担法律责任^[88]。虽然美国雇佣自由规则自 20 世纪 30 年代起开始不断受到成文法和判例法的限制，但种种迹象表明：雇佣自由规则依然是美国普通法中的一条基本规则，亦是美国劳动关系的起点。以雇佣自由规则为基础的美国解雇保护制度拥有用人机制灵活、违法解雇成本较高以及违法解雇法律责任针对性强等特征。对美国解雇保护制度进行合理借鉴或许可作为完善我国解雇保护制度的一条新路径。鉴于此，本文旨在通过对中美解雇保护制度及其背景进行多角度动态对比分析，以求准确甄别我国解雇保护制度中的不足，并在立足于我国具体国情的基础上借鉴美国解雇保护制度中有益之经验，最终提出完善我国解雇保护制度的具体措施。

二、中美解雇保护法律制度及其背景对比分析

对解雇保护法律制度的剖析不能脱离其运行的社会、经济、政治、法律以及文化背景。法律层面的解雇保护制度仅是众多调整劳动关系之社会控制手段中的

^[86] 钱叶芳教授在得出这一结论时，似乎仅将视野集中于各国成文法所规定的法定赔偿金，而没有将美国、加拿大等国家中，遭受违法解雇的雇员还可能获得包括精神损害赔偿金和惩罚性赔偿金在内的侵权损害赔偿金以及合同违约金的情形考虑在内。参见钱叶芳，“个人解雇保护立法实践的国际比较：回应与建设”，载《法律科学（西北政法大学学报）》2011年第1期，第180页。

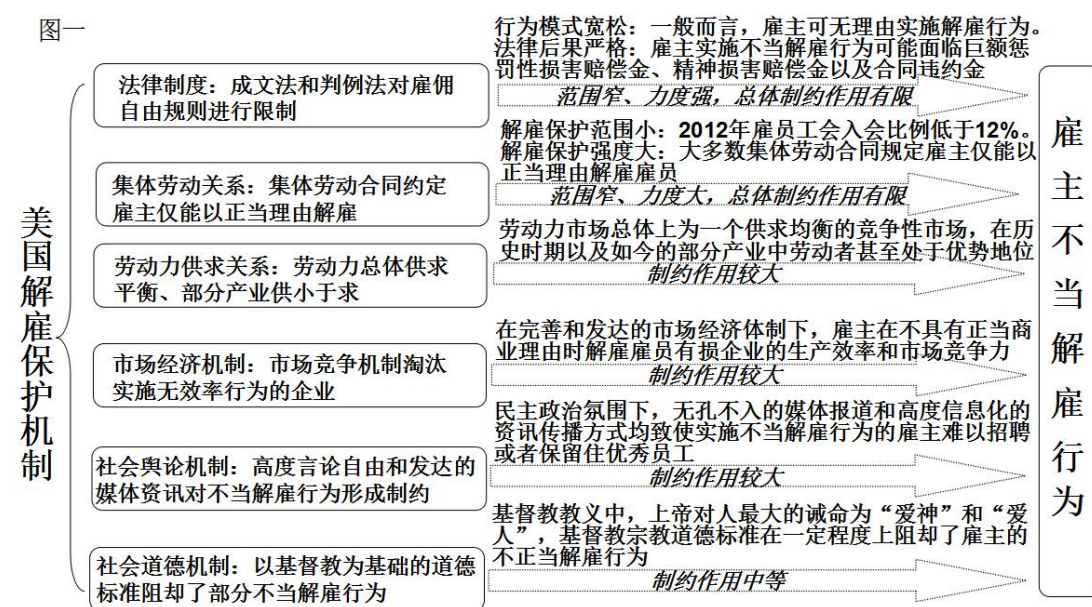
^[87] Cheryl S. Massingale, “At-Will Employment: Going, going . . .”, *University of Richmond Law Review*, Vol.24:201(1990).

^[88] 有几点需要说明的是：第一，美国雇主和雇员所缔结的劳动关系以无确定期限为主，即大部分书面或者口头劳动合同未明确约定劳动关系的终止期限，这是适用雇佣自由规则的基本前提；第二，美国公共部门中的雇主不能任意实施解雇行为，联邦法规规定：“仅当存在能提高公共部门雇员效率的理由时，政府部门才能解雇公共雇员”（5 U.S.C. §7503(a) (1970)）；第三，美国私人部门中绝大多数的集体劳动合同禁止雇主任意实施解雇行为。但由于美国雇员加入工会的比例自 20 世纪 50 年代以来呈持续下降趋势——2012 年美国受薪雇员加入工会的比例已低于 12%，故目前美国私人部门中绝大多数的雇员未受到集体劳动合同的覆盖；第四，自 20 世纪 30 年代以来，美国社会不断加大对雇佣自由规则的限制力度，并形成了以判例法为主成文法为辅的解雇保护制度。就成文法而言，较为典型的是，1935 年美国国会颁行的《国家劳动关系法》（National Labor Relations Act）禁止雇主因雇员加入工会或者参加工会活动而实施解雇行为。再比如 1964 年美国国会颁行的《民权法案》第七条（Title VII of the 1964 Civil Rights Act）规定：雇主因为雇员的种族、肤色、宗教信仰、性别或者出身地而在劳动报酬、劳动合同条款、劳动条件以及其它劳动权利方面拒绝雇佣、解雇雇员或者实施歧视性差别对待是违法的。尤为重要的是，美国法院先后创制出了三种排除适用雇佣自由规则的普通法理论，分别对雇主违反公共政策、默示合同以及违反诚实信用和公平交易原则的解雇行为予以限制。上述美国雇员 2012 年加入工会比例的数据参见 Robert Sprague & Abigail E. Fournier, “Online Social Media and the End of the Employment-at-Will”, *Washburn Law Journal*, Vol.52:578(2013)。

一种。一个国家法律层面上的解雇保护制度同劳动力供求关系、集体劳动关系、市场经济机制、社会舆论监督机制以及宗教道德标准等要素相互作用和渗透，共同对雇主的不当解雇行为形成了综合性约束机制。只有通过对解雇保护法律制度运行的具体背景进行综合分析方能客观地在法律层面上对解雇保护制度做出准确评价。

（一）美国解雇保护机制剖析

美国解雇保护机制由六个部分构成，这六个组成部分均在不同程度上对美国雇主的不当解雇行为产生了制约作用，从而整体上为雇员提供了多元化、立体性的解雇保护。但这六种解雇保护要素对美国雇员所提供的解雇保护在强度和效果上存在一定差异（如图一所示）。正确厘清这六种解雇保护要素对美国雇主不当解雇行为的约束作用是客观评价美国解雇保护法律制度的必要前提。



1、美国法律制度对不当解雇行为的制约

美国是发达工业化国家中唯一一个适用雇佣自由规则的国家。早在1982年，国际劳工组织高票通过了含有“禁止雇主无理由实施解雇行为”规定的《雇主主动解除劳动关系公约和建议书》，而美国是少数几个对该公约投反对票的国家^[89]。虽然从20世纪30年代开始，成文法和判例法对雇佣自由规则的限制范围和力度越来越大，但截止至目前为止，除蒙大拿州、美属波多黎各自治邦以及美属维尔京群岛之外，美国的成文法并未对雇主统一施加正当理由解雇义务。此外，虽然

^[89] Timothy H. Heinsz, “The Assault on the Employment At Will Doctrine: Management Considerations”, Missouri Law Review, Vol.48:862(1983).

美国一些州法院自 20 世纪 50 年代末期开始在判例法制度上逐步创制了三种排除适用雇佣自由规则的普通法制度^[90]，但联邦最高法院似乎到目前为止都尚未对此作出态度鲜明的回应。换言之，美国雇主在不违反成文法以及判例法的前提下，依然可无理由实施解雇行为。有美国律师认为美国劳动关系领域中雇主享有的这种无理由解雇权利是如今美国法律中最后一块存在特权的阵地^[91]。美国这种低水平解雇保护法律制度是其特殊的社会、经济、政治以及文化背景综合作用的结果，且在世界范围内极具个性和不可复制性。

虽然美国解雇保护法律的强度远低于世界平均水平，但在雇员有证据证明雇主实施了不当解雇行为时，雇主恐将面临陪审团裁定的巨额惩罚性损害赔偿金。因此，严格说来，一方面，美国法律层面的解雇保护制度行为模式宽松，即美国判例法（以及成文法）仅规制雇主以不正当理由实施的解雇行为，而在雇员无法证明雇主实施了不正当解雇行为时，法律制度并不要求雇主证明其解雇行为具有正当理由。但另一方面，美国解雇保护制度法律后果较为严格，这表现为实施不当解雇行为之雇主恐面临巨额惩罚性损害赔偿金（据资料记载，美国法院曾对实施不当解雇行为的雇主施加了总计高达 800 万美金的侵权法责任以及合同法责任^[92]。在 1981 年联邦第七巡回法院审理的 *McGrath v. Zenith Radio Corp.* 案^[93]中，法院判决雇主向雇员支付的实际损害赔偿金以及惩罚性损害赔偿金总计高达 130 万美元。在 1982 年联邦第九巡回法院审理的 *Cancellier v. Federated Dep't Stores* 案^[94]中，陪审团裁定雇主向三位被不当解雇之雇员支付的损害赔偿金总额高达 190 万美元。另据美国学者统计，1982 年至 1986 年期间，在加利福尼亚州审理的不当解雇案件中，原告（雇员）的胜诉率为 73%，且在这些案件中平均每一个陪审团裁定雇主向胜诉之雇员支付的损害赔偿金高达 652100 美金^[95]）。整体而言，美国法律层面的解雇保护制度对于限制雇主实施不当解雇行为的作用较为有限。

2、美国集体劳动关系对不当解雇行为的制约

^[90] 时至今日，美国法院自 20 世纪 50 年代末期开始在判例法制度中逐步创制了三种排除适用雇佣自由规则的理论。当雇员因拒绝实施违法犯罪行为、履行公共义务、行使法定权利或者检举揭发违法犯罪行为而遭受雇主报复性解雇时，绝大部分州的法院允许雇员依据公共政策理论提起不当解雇诉讼；当雇主的解雇行为违反员工手册、人事政策或者雇主就职业稳定对雇员做出的口头承诺时，大部分州的法院允许雇员依据默示合同理论提起不当解雇诉讼；当雇主实施不诚信解雇行为时，美国有少部分州承认雇员享有依据诚实信用和公平交易理论提起不当解雇诉讼的权利。

^[91] William L. Mauk, "Wrongful Discharge: The Erosion of 100 Years of Employer Privilege", *Idaho Law Review*, Vol.21:254(1985).

^[92] Cheryl S. Massingale, "At-Will Employment: Going, going . . .", *University of Richmond Law Review*, Vol.24:203(1990).

^[93] *McGrath v. Zenith Radio Corp.*, 651 F.2d 458 (7th Cir.), cert. denied, 454 U.S. 835 (1981).

^[94] *Cancellier v. Federated Dep't Stores*, 672 F.2d 1312 (9th Cir. 1982).

^[95] William B. Gould IV, "The Idea of the Job as Property in Contemporary America: The Legal and Collective Bargaining Framework", *Brigham Young University Law Review*, Vol.1986:905(1986).

在建立了工会的企业中，大多数雇员凭借工会和雇主之间建立的集体劳动关系而受到集体劳动合同的保护。美国绝大多数的集体劳动合同均含有“正当理由解雇”条款^[96]。20世纪晚期的资料显示，在工会和雇主所签订的集体劳动合同中，82%的集体劳动合同含有对雇主任意解雇权利进行限制的“正当理由”条款，且至少有94%的集体劳动合同约定了以仲裁方式解决包括解雇纠纷在内的劳动纠纷^[97]。因此，从理论上来说，加入了工会的美国雇员一般享有和世界主流国家水平相仿的解雇保护。然而，从历史数据来看，美国私人部门中雇员加入工会的比例逐年下降。1956年非农业雇员加入工会的比例为34%^[98]，20世纪70年代大约有20%的雇员加入工会^[99]，1985年私人部门中雇员加入工会的比例已低于18%^[100]。更新的数据显示：2012年美国受薪雇员加入工会的比例已不足12%^[101]。美国20世纪末期未受到集体劳动合同覆盖的雇员人数高达7500万人^[102]，并且早在20世纪80年代这个数字便超过了美国雇员总数的70%^[103]。此外，由于美国传统制造业的衰落以及产业的升级和转型，有理由认为美国雇员加入工会的比例将呈持续下降趋势。因此，虽然从理论上来说美国的集体劳动关系可以有效对抗雇主所实施的不当解雇行为，但由于集体劳动合同覆盖的雇员人数越来越少，集体劳动关系能为私人部门中的雇员提供的解雇保护较为有限。

3、美国劳动力供求关系对不当解雇行为的制约

对美国雇主不当解雇行为构成有效制约的第一个关键性要素便是美国劳动力市场的供求关系。美国劳动力供给在历史时期曾一直处于短缺状态，并且如今在一些特定产业中依然存在劳动力供小于求的现象^[104]。从美国劳工部的历史统计数据来看，在2002年至2009年期间，美国平均失业率约为5.8%，低于7%的国际失业率警戒水平（2002年至2009年分别为5.8%、6.0%、5.5%、5.1%、4.6%、4.6%、5.8%、9.3%）。更新的数据显示2014年和2015年美国失业率分别为6.2%、

^[96] Daniel A. Mathews, "A Common Law Action for the Abusively Discharged Employee", *Hastings Law Journal*, Vol.26:1448(1975).

^[97] Daniel A. Mathews, "A Common Law Action for the Abusively Discharged Employee", *Hastings Law Journal*, Vol.26:1448(1975).

^[98] Seymour Moskowitz, "Employment-at-Will and Codes of Ethics: The Professional's Dilemma", *Valparaiso University Law Review*, Vol.23:47(1988).

^[99] Mary Ann Glendon & Edward R. Lev, "Changes in the Bonding of the Employment Relationship: An Essay on the New Property", *Boston College Law Review*, Vol.20:461-462(1979).

^[100] Seymour Moskowitz, "Employment-at-Will and Codes of Ethics: The Professional's Dilemma", *Valparaiso University Law Review*, Vol.23:47(1988).

^[101] Robert Sprague & Abigail E. Fournier, "Online Social Media and the End of the Employment-at-Will", *Washburn Law Journal*, Vol.52:578(2013).

^[102] Peter Stone Partee, "Reversing the Presumption of Employment at Will", *Vanderbilt Law Review*, Vol.44:690(1991).

^[103] Clyde W. Summers, "The Contract of Employment and The Rights of Individual Employees: Fair Representation and Employment at Will", *Fordham Law Review*, Vol.52:1082(1984).

^[104] Roger I. Abrams & Dennis R. Nolan, "Toward a Theory of 'Just Cause' in Employee Discipline Cases", *Duke Law Journal*, Vol.1985:598(1985).

5.3%^[105]。故整体而言，美国劳动力市场总体上处于供求大致平衡的竞争性状态。在一个竞争性劳动力市场中，雇主和雇员任何一方都难以具有劳动力市场优势地位，雇主不具有凭借市场势力垄断劳动力市场的能力。在劳动力市场供求机制的有效调节下，雇主的解雇决策行为将受到劳动力市场机制的有效约束。

4、美国市场经济机制对不当解雇行为的制约

对美国雇主不当解雇行为形成有效制约的第二个重要因素是美国完善和发达的市场经济机制。美国是世界上奉行市场经济机制最彻底、最有效的国家。政府有着不干预市场而充当守夜人的历史传统。在缺乏正当商业理由的情况下，雇主实施的解雇行为将因为挫伤员工士气以及不利于企业连续性生产和积累性研发而存在导致企业丧失竞争优势的可能性。故一般而言，雇主在不具有正当商业理由的情形下所实施的不当解雇行为大多属于不具有经济效率的解雇行为。在一个竞争性的市场经济机制中，包括优胜劣汰市场调节手段在内的市场经济法则将有效制约雇主的不当解雇行为。诚如美国明尼苏达大学 Ian Maitland 教授所言：“雇主单方面决定劳动关系和劳动条件的能力受到了市场机制的全面制约”^[106]。因此，一个理性的雇主在一个完善的竞争性市场中不会实施不当解雇行为。这也是大多数美国经济学家认为没有必要在法律制度层面废除雇佣自由规则的关键理由。

5、美国社会舆论机制对不当解雇行为的制约

对美国雇主不当解雇行为形成有效制约的第三个重要因素是民主政治体制下发达和完善的社会舆论监督机制。美国社会历来较为热衷于追求积极的言论自由和出版自由。在无孔不入的媒体报道以及以资讯多元化、信息化为特征的社会舆论监督机制的作用下，雇主所实施的不当解雇行为将迅速被传播和扩散，并可能面临着被放大的命运。当求职者以及在职的公司雇员获知同雇主不当解雇行为有关的资讯时，潜在的求职者可能会对实施不当解雇行为的雇主望而却步，而在在职的公司雇员可能将萌生去意，这均在一定程度上导致雇主难以招聘或者留住优秀的员工。因此，美国的社会舆论监督机制亦对雇主所实施的不当解雇行为形成了一套有效的阻却机制。

^[105] United States Department of Labor, http://data.bls.gov/timeseries/LNU04000000?years_option=all_years&periods_option=specific_periods&periods=Annual+Data, 最后访问日期 2016 年 1 月 16 日。

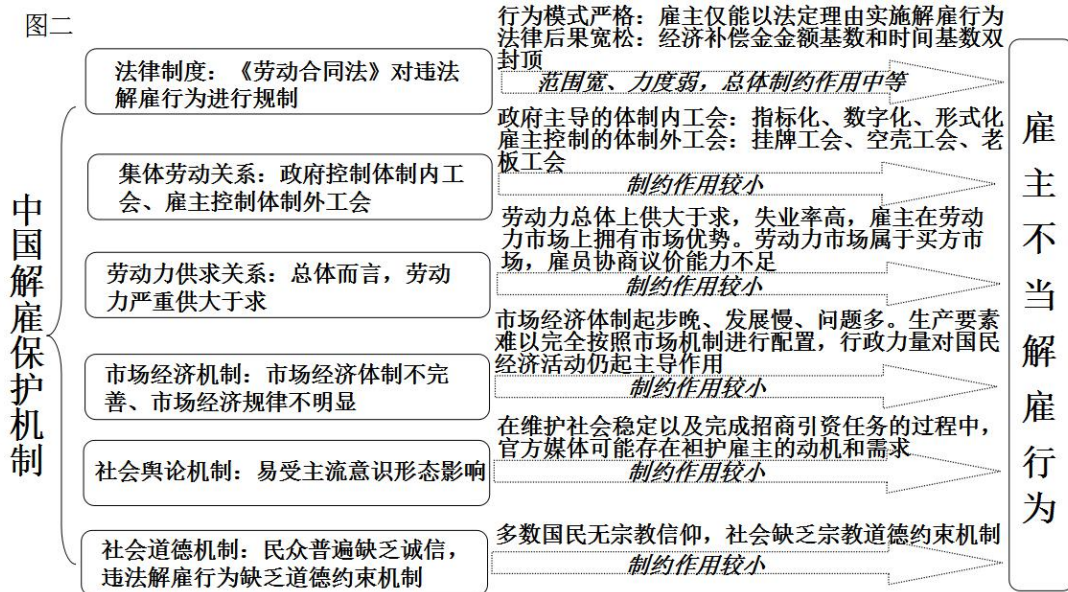
^[106] Ian Maitland, "Rights in the Workplace: A Nozickian Argument", *Journal of Business Ethics*, Vol.8:954(1989).

6、美国宗教道德机制对不当解雇行为的制约

最后一个在一定程度上可对美国雇主实施的不当解雇行为产生制约效果的解雇保护机制要素是美国以基督教文化为基础的社会道德标准。美国公民历来有着信仰基督教的文化传统。美国中央情报局（CIA）2007年的统计数据显示，美国基督教徒约占美国总人口的78.5%，其中基督教新教徒、基督教天主教徒、基督教摩门教徒以及其它派别的基督教徒分别占美国总人口的51.3%、23.9%、1.7%、1.6%^[107]。基督教教义强调无条件侍奉上帝，听从上帝的意旨。在体现上帝意旨的《圣经》中，上帝要求基督徒“爱神”以及“爱人”。雇主所实施的不当解雇行为大多属于和基督教精神相悖的不道德的或者不诚信的行为。因此，以基督教文化为基础的美国社会道德标准在一定程度上可打消雇主实施不当解雇行为的念头。

（二）中国解雇保护机制剖析

我国雇主的不当解雇行为也受到来自法律制度、集体劳动关系、劳动力供求关系、市场经济机制、社会舆论监督机制以及宗教道德标准的约束。我国解雇保护机制的组成部分及运行情况如图二所示：



1、我国法律制度对不当解雇行为的制约

我国法律制度对不当解雇行为的制约主要体现在现行《劳动合同法》以及《劳动合同法实施条例》之中。《劳动合同法》第36条、39条、第40条、第41条、

^[107] Central Intelligence Agency, The World Factbook, <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/us.html>. 最后访问日期 2014 年 12 月 10 日。

第 42 条、第 43 条、第 46 条、第 47 条、第 48 条以及第 87 条的相关规定构成了我国解雇保护法律制度的主要内容。

从解雇行为模式来看，首先，《劳动合同法》将雇主的解雇情形严格限制在十四种类型之中：一种协商性解雇（第 36 条）、六种过失性解雇（第 39 条）、七种无过失性解雇（第 40 条、第 41 条）；其次，《劳动合同法》第 42 条还规定了六种禁止雇主实施无过失性解雇行为的情形，第 43 条规定了工会的监督职权。与美国解雇保护法律制度形成鲜明对比的是，《劳动合同法》仅允许雇主在出现法定解雇事由时实施解雇行为，而禁止雇主在没有理由的情况下实施解雇行为。就此而言，我国法律层面上的解雇保护制度比美国严格。

从解雇行为的法律后果来看，一方面，依据《劳动合同法》第 46 条和 47 条的规定，雇主实施无过失性解雇行为以及主动实施协商性解雇行为需要向雇员支付经济补偿金。当雇主违反《劳动合同法》实施解雇行为时，需要依据《劳动合同法》第 47 条规定的标准向雇员支付两倍经济补偿金。与此形成对比的是，美国并无联邦层面的成文法规要求雇主在实施协商性解雇以及非过失性解雇行为的情况下向雇员支付补偿金。美国的补偿金（遣散费）取决于雇员和雇主的协议或集体劳动合同的规定。另一方面，《劳动合同法》对违法解雇行为所施加的法律责任仅限于经济赔偿金，且时间基数和数额基数双封顶。美国虽然未以成文法的形式要求实施无过失性解雇行为的雇主向雇员支付经济补偿金，但美国法院在判例法中存在对实施不当解雇行为的雇主判处巨额惩罚性赔偿金的可能性。美国田纳西大学 Cheryl S. Massingale 教授曾指出，“在雇员胜诉的不当解雇案件中，雇主可能会面临巨额的赔偿金。法院似乎十分乐意为遭受不当解雇行为侵害的原告提供合同违约金救济、惩罚性赔偿金以及精神损害赔偿金救济。侵权损害赔偿金加上传统的合同违约金最高可以达到八百万美金”^[108]。因此，单从解雇保护制度的法律后果来看，很难判断中美两国解雇保护法律制度的强度孰强孰弱。但笔者认为：因我国法律明确要求只有在具有法定事由时，雇主方能合法地实施解雇行为，故我国解雇保护法律制度的行为模式对不当解雇行为形成了较强的约束机制。然而我国解雇保护法律制度针对违法解雇行为设置的法律后果较轻，仅限于相对较低的经济赔偿金。因此，我国解雇保护法律制度总体上仅能对不当解雇行为起到中等程度的制约作用。

^[108] Cheryl S. Massingale, "At-Will Employment: Going, going . . .", University of Richmond Law Review, Vol.24:203(1990).

2、我国集体劳动关系对不当解雇行为的制约

现阶段，我国劳动关系总体上依然以单个劳动关系为主，集体劳动关系有名无实。这一点集中表现为我国工会组织的代表性和独立性欠缺。由政府主导的体制内工会以为职工组织文娱活动、发放劳保物资以及提高生产积极性为主。体制内工会的独立性和代表性欠缺决定了其在雇主和雇员发生利益争议甚至权利争议时难以立场鲜明地维护雇员权益。体制内工会存在严重的指标化、数字化和形式化等问题。民营企业 and 外资企业中组建的体制外工会则多为受雇主控制的“挂牌工会”、“空壳工会”甚至是“老板工会”，这些工会在发生劳资冲突时往往站在雇主一方^[109]。在我国工会独立性和代表性严重不足的客观情况下，集体劳动合同的内容总体上流于形式，“几乎是对上级工会或者地方劳动行政部门提供的示范文本的复制。照搬照抄法规、政策规定的较多，对法规、政策规定进行细化和补充的，以及反映本企业特殊情况的都较少”^[110]。

与美国现阶段集体劳动关系不发达成因不同的是，我国的集体劳动关系正处于由单个劳动关系向集体劳动关系转型时期。我国集体劳动关系不成熟、不强大的原因在于我国的集体劳动关系整体上仍处于集体劳动关系发展阶段的婴幼儿时期。美国集体劳动关系由强变弱的主要原因是产业升级导致雇员的职业结构以及雇员的权利诉求形式发生了变化。从历史的观点来看，美国集体劳动关系的衰落是工会组织发展的必然趋势，也是工会组织发展的“高级阶段”。总体而言，我国现行集体劳动关系的现状决定了工会对雇主不当解雇行为的制约作用较为有限，难以为雇员提供实质意义上的解雇保护。

3、我国劳动力供求关系对不当解雇行为的制约

据美国中央情报局（CIA）2014年7月的统计数据显示，我国目前的总人口为13.55亿人^[111]，为全世界人口最多的国家。在庞大的就业人口基数的压力下，我国面临着十分严峻的就业形势。虽然我国政府近些年发布的城镇人口登记失业率均维持在较低水平（2005年至2012年，城镇人口登记失业率分别为4.1%、4.0%、3.8%、4.4%、4.4%、4.2%、4.3%、4.5%）^[112]，但由于城镇人口登记失业率并未考虑数量庞大的农村人口以及城镇失业人群中未向劳动部门登记的部分，因而不

^[109] 常凯：“劳动关系的集体化转型与政府劳工政策的完善”，载《中国社会科学》2013年第6期，第100-101页。

^[110] 王全兴、谢天长：“我国劳动关系协调机制整体推进论纲”，载《法商研究》2012年第3期，第128页。

^[111] Central Intelligence Agency, The World Factbook, <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ch.html>, 最后访问日期2014年12月12日。

^[112] The World Bank, <http://data.worldbank.org/indicator/SI.UEM.TOTL.ZS>, 最后访问日期2014年12月12日。

少中外学者、机构均认为城镇人口登记失业率对我国劳动力供求关系的实际参考价值较为有限。中国社会科学院公布的 2009 年《社会蓝皮书》显示，我国城镇人口失业率为 9.4%^[113]。美国国家经济研究局的资料表明：2002-2009 年我国平均失业率高达 10.9%^[114]（同一时期美国平均失业率仅为 5.8%^[115]）。故有理由相信我国劳动力市场总体而言呈现出较严重的供大于求势态。诚如王全兴教授所言，我国正处于“农村剩余劳动力转移的加速期、改革和政策对就业欠账的偿还期以及受生育高峰支配的新增劳动力高峰期，劳动力供大于求是必然现象”^[116]。与美国劳动力供求整体均衡形成鲜明对比的是，我国劳动力供大于求的实际情况决定了我国的劳动力市场整体上为买方市场，即雇主在劳动力市场上占据市场优势。因此，我国劳动力供求关系决定了我国雇员的可替代性较强、替代成本较低，劳动力市场自身难以对雇主的不当解雇行为形成有效的制约。

4、我国市场经济机制对不当解雇行为的制约

我国市场经济制度起步晚、发展慢是一个不争的事实。现阶段，我国仍处于从计划经济向市场经济转型的时期，计划经济体制下依照行政力量分配生产要素的资源配置方式依然占据一定的主流地位。计划经济体制的制度惯性以及思维定势仍然在我国有着根深蒂固的基础。政府主导投资依然是我国经济发展的基本格局，国有经济依然把控着主导国计民生的重要产业。在市场经济体制不完善、行政权力主导经济发展以及行政垄断现象较为严重的背景下，我国雇主违背市场经济规律实施不当解雇行为所承受的经济效率损失较为有限。市场竞争机制所发挥的优胜劣汰功能在很大程度上受到了阻碍（在经济学语境下，一般而言，雇主实施的不当解雇行为将因为挫伤员工士气以及不利于企业连续性生产和积累性研发而有损企业的市场竞争优势）。申言之，只要有我国各级政府相关政策、资金的扶持，雇主（特别是国有企业雇主）违背市场经济规律实施不当解雇行为最终并不必然会遭受应有之经济效率减损。因此，我国市场经济机制对雇主（特别是在国有企业中）所实施的有损经济效率之不当解雇行为的制约效果较为有限。

5、我国社会舆论机制对不当解雇行为的制约

^[113] China Daily, Wen upbeat on US relations despite strains, http://www.chinadaily.com.cn/cndy/2010-03/23/content_9625705.htm, 最后访问日期 2014 年 12 月 12 日。

^[114] Feng Shuaizhang and Hu Yingyao and Moffitt Robert A., “Long Run Trends in Unemployment and Labor Force Participation in China” (August 2015), NBER Working Paper No. w21460.

^[115] 见注释[29]。

^[116] 王全兴：“《劳动合同法》实施后的劳动关系走向”，载《深圳大学学报》（人文社会科学版）2008 年第 25 卷第 3 期，第 71 页。

与美国社会舆论机制形成对照的是，我国公民的言论以及媒体的新闻报道易受主流意识形态影响。我国官方媒体享有较大的新闻话语权，官方媒体资讯覆盖面广、传播形式多样、传播速度快，能将带有特定主流意识形态色彩的新闻资讯强有力地向社会公众进行传播。由于劳资纠纷属于容易引起劳资对立甚至群体性事件的敏感话题，地方政府在致力于维护社会稳定以及积极完成招商引资任务的过程中，可能存在袒护甚至包庇雇主的动机和需要，这在一定程度上导致官方媒体对于同劳资纠纷有关的新闻资讯一般采取有选择性的方式进行报道。因此，同劳资纠纷有关的较为敏感的新闻事件多在民间媒体或者坊间流传。由于非官方之资讯传播覆盖范围有限、形式单一，难以及时引起全社会的普遍关注。在社会大众难以全面、客观、迅速了解劳资纠纷真实面貌的情况下，有理由相信实施不当解雇行为的雇主并不必然陷入难以招聘和保留住优秀雇员的困境。因此，我国目前的社会舆论监督机制难以对雇主的不当解雇行为产生有效制约。

6、我国宗教道德机制对不当解雇行为的制约

我国传统宗教均具有爱人利他的道德传统。如佛教“平等慈悲、容忍布施”的理念；道教“齐同慈爱，异骨成亲”的思想；基督教和伊斯兰教“爱人仁慈、慈善公益”的主张，都有助于人与他人、人与社会的和谐^[117]。历史时期，我国人民普遍具有信奉佛教、道教或者伊斯兰教的传统习俗。文化大革命十年浩劫导致国人的宗教信仰几乎丧失殆尽。1982年，中央19号文件发布后，国人的宗教信仰自由才开始逐步恢复，但现阶段我国人民普遍不具有宗教信仰是一个不争的事实。在计划经济向市场经济转型的时期，追求利益最大化的经济人自利本性缺乏必要的宗教道德标准约束是导致目前中国社会普遍缺乏诚信的一个重要原因。有学者认为，“在向市场经济转轨的过程中，诚信和商业伦理的缺失至今仍是影响我国经济发展、社会稳定的一个突出问题。伪劣产品、债务违约、工资拖欠、金融舞弊和商业腐败等，都可视为商业诚信缺失的结果”^[118]。在目前我国社会普遍缺乏宗教信仰的背景下，雇主的人事管理行为也缺乏相应的道德标准约束。因此，有理由认为我国的宗教道德机制也难以对雇主的不当解雇行为起到有效的制约作用。

^[117] 方立天：“和谐社会的构建与宗教的作用”，载《中国宗教》2005年第7期，第19页。

^[118] 董志强、汤灿晴：“大规模诚信缺失为何出现在转轨时期——一个基于微观行为的解释框架”，载《财经研究》2010年第36卷第9期，第112页。

三、中美解雇保护机制评论及其对我国的启示

(一) 美国解雇保护机制评论

从美国解雇保护机制的整体运行情况可知，由于奉行雇佣自由规则，美国法律层面的解雇保护制度较为宽松，远低于世界主流水平。与此类似的是，美国集体劳动关系的持续衰落也难以为美国雇员提供有效的解雇保护。然而，美国供求关系总体均衡的竞争性劳动力市场、完善有效的优胜劣汰市场经济机制以及民主、发达、迅捷的社会舆论监督机制均可对雇主可能实施的或者已经实施的不当解雇行为形成有效制约。此外，美国传统基督教文化也在一定程度上从道德层面对雇主所实施的不诚信或者违反社会伦理的解雇行为起到了约束作用。因此，纵使美国在法律制度层面奉行雇佣自由规则，且集体劳动关系对雇员提供的解雇保护较为有限，但在美国劳动力供求关系、市场经济机制、民主舆论监督机制以及以基督教为基础的社会道德标准对雇主不当解雇行为的多元化制约下，美国社会的解雇保护机制较为完备和严厉。整体而言，在这种多元化解雇保护机制的协同作用下，美国雇员实际上享有的解雇保护水平较高。据资料统计，20世纪80年代末期，在和雇主建立了自由雇佣劳动关系的7200万名雇员中，一年内遭受雇主不当解雇的概率仅为0.2083%^[119]。这表明美国社会有条件、有理由、有能力在法律制度层面适用较为宽松的解雇保护制度。

(二) 我国解雇保护机制评论

从我国解雇保护机制的构成要素以及运行情况中可得出以下结论：第一，《劳动合同法》规定雇主须具有法定解雇理由方能合法实施解雇行为。从解雇行为的行为模式来看，我国解雇保护法律制度较为严格。但从解雇行为的法律后果来看，违法解雇行为所产生的法律责任仅限于《劳动合同法》中规定的经济赔偿金，且时间基数和数额基数“双封顶”。整体而言，我国法律层面上的解雇保护制度强于美国，能对雇主的不当解雇行为起到中等程度的制约作用；第二，集体劳动关系处于婴幼儿时期，工会代表性和独立性严重欠缺，集体劳动合同流于形式；第三，劳动力供求关系呈现出较严重的供大于求势态，劳动力市场属于买方市场，雇员可替代性强、替代成本低，雇主在劳动力市场上占据市场优势；第四，我国处于计划经济向市场经济转型时期，市场经济制度存在起步晚、发展慢、行政壑

^[119] Mayer G. Freed & Daniel D. Polsby, "Just Cause for Termination Rules and Economic Efficiency", *Emory Law Journal*, Vol.38:1106-1107(1989).

断现象严重以及大量生产要素以非市场形式进行配置的情形。市场经济机制中优胜劣汰功能的发挥受到阻碍，致使雇主实施无效率的不当解雇行为并不必然会遭受经济上应有的损失；第五，在致力于维护社会稳定以及通过招商引资来发展经济的过程中，政府可能存在袒护雇主的动机，民众难以全面、客观、迅速了解劳资纠纷的真实面貌；第六，普遍的宗教信仰缺失导致在发展市场经济的过程中经济人自利本性缺乏必要的宗教道德标准约束。综上所述，我国解雇保护机制整体上为雇员提供的解雇保护水平较低，且解雇保护机制的运行情况几乎与美国的情形呈倒置关系，见表一。

表一：

	解雇保护法律制度	集体劳动关系	劳动力供求关系	市场经济体制	社会舆论机制	宗教道德机制	解雇保护机制强度
中国	行为模式严格 法律后果宽松	有名无实	供大于求	不完善、不发达	易受主流意识形态影响	普遍无宗教信仰	弱
美国	行为模式宽松 法律后果严格	工会规模持续萎缩	供求平衡	完善、发达	高度的言论和新闻自由	普遍具有基督教信仰传统	强

（三）美国解雇保护机制对我国的启示

从中美解雇保护机制的对比分析中可得到以下启示。在我国解雇保护机制中，除法律层面的解雇保护制度能对雇主的不当解雇行为起到中等程度的制约作用之外，囿于我国集体劳动关系有名无实、劳动力市场供求关系失衡、市场经济机制不完善、社会舆论监督机制不发达、宗教道德标准作用有限的特殊国情，我国的解雇保护机制强度总体较弱，难以对雇主实施的不当解雇行为形成有效的威慑和阻却。此外，我国集体劳动关系的成熟、劳动力市场供求关系的均衡、市场机制的健全、社会舆论监督机制的完善、宗教道德信仰的复兴均需要一个相对漫长

的时间过程。由此观之，在我国的解雇保护机制中，解雇保护法律制度承受了不能承受之重。我国没有条件、没有能力，也没有理由像美国一般在法律层面上适用较为宽松的解雇保护制度。从某种意义上而言，我国以《劳动合同法》为基础建构的解雇保护法律制度对雇主解雇行为所做出的相关规定是能为劳动者提供有效解雇保护之最主要甚至是唯一方式。从我国解雇保护法律制度的具体运行背景来看，虽然我国解雇保护法律制度存在着若干不足，但有理由认为现阶段以《劳动合同法》为基础建构的较为严格的解雇保护制度是对我国特殊国情的合理回应。因此，现阶段完善我国解雇保护法律制度的整体思路应为：维持现行较为严格之解雇保护法律制度的整体强度不变。

四、完善我国解雇保护法律制度的具体路径

维持我国现阶段较为严格之解雇保护法律制度整体强度不变，而对其进行完善的具体对策可通过以下方式实现：

（一）适当降低无过失性解雇保护力度

现阶段我国解雇保护法律制度采取正面许可型调整模式对违法解雇行为进行规制，即“只要解雇行为不符合法定情形即违法，只要不符合法定情形即需要承担法律责任”。这种调整模式同美国解雇保护法律制度所采用的“只要解雇行为不属于不当解雇行为即合法”之反面禁止型调整模式形成鲜明对比。以我国解雇保护法律制度为参照系，中美解雇保护制度行为模式的差异最大在于无过失性解雇行为模式的设置。在无过失性解雇行为中，一方面，劳动合同已陷入不能继续履行或者不宜继续履行之困境；另一方面，雇主和雇员对于劳动合同不能履行或者不宜继续履行之困境的产生均无主观过错。依据美国所采用的反面禁止型解雇保护制度，雇主在这种情形下可依据雇佣自由规则实施解雇行为，而无需承担法律责任。按照我国所采用的正面许可型调整模式，雇主在实施无过失性解雇行为时须满足若干法定实体性要件以及程序性要件。

从《劳动合同法》第四十条的规定来看，雇主在满足一系列近乎“苛刻”的实体性以及程序性要件后，方具备合法解除劳动合同的基础。尤其是《劳动合同法》第四十条之（二）的规定为雇主的合法解雇行为设置了三个实体性要件（劳动者不能胜任工作、经过培训或者调整工作岗位、仍不能胜任工作）。一般而言，劳动者不能胜任工作的情形分为两种情况：一是，劳动者工作态度懒散，例如消

极怠工，但又未严重违反用人单位规章制度。在这种情况下，将“雇主对雇员进行调岗或培训”作为合法解除劳动合同的必备要件似乎缺乏正当性；二是，劳动者因用人单位技术升级，设备更新换代而不能胜任工作。在这种情况下强制性要求雇主对雇员进行调岗或者培训也不利于企业人力资源的有效配置。此外，依据我国《劳动法》第三条的有关规定，劳动者本身负有提高职业技能的法定义务^[120]。结合雇员不胜任工作的两种情形来看，强制要求雇主对不能胜任工作之雇员进行调岗或者培训都在不同程度上欠缺正当性。与此相似的是，《劳动合同法》第四十一条第一款之（三）也对无过失性解雇行为设置了较为严格的行为模式，雇主只有在满足三个实体性要件后（企业转产、重大技术革新或者经营方式调整、变更劳动合同、仍需裁减人员）方具备合法裁员的基础。因变更劳动合同须以双方当事人的合意为基础，雇主并不能强迫雇员变更劳动合同。在现实生活中也存在劳动者不同意变更合同或者劳动者与用人单位因对合同变更内容存在分歧而未能变更合同的情形。因此，在劳动合同出现履行不能或者不宜继续履行的情况下，将雇主与雇员变更劳动合同作为雇主合法实施解雇行为的前提条件也缺乏正当性。

从中美解雇保护法律制度对无过失性解雇行为截然不同的制度设计来看，我国解雇保护制度行为模式的设置在一定程度上压缩了雇主的人事管理权，限制了雇主根据市场资讯和市场需求及时进行人力资源调整的能力，也忽视了法律制度在现实生活中的可执行性。因此，有必要对现行解雇保护法律制度的行为模式进行适当调整，从而降低无过失性解雇保护制度的力度。建议将《劳动合同法》第四十条之（二）修正为：劳动者不能胜任工作，经书面警告，仍不能胜任工作的；将《劳动合同法》第四十一条第一款之（三）修正为：企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经用人单位与劳动者协商未能就变更劳动合同内容达成协议，仍需裁员的。

（二）针对性加大违法解雇法律责任

在降低解雇保护法律制度行为模式强度的同时，有必要适当针对性加大雇主违法解雇行为的法律责任，从而维持现行解雇保护法律制度的总体强度不变。《劳动合同法》采取不区分主观恶性以及社会危害性而统一对违法解雇行为机械式地

^[120] 《劳动法》第三条第二款规定：劳动者应当完成劳动任务，提高职业技能，执行劳动安全卫生规程，遵守劳动纪律和职业道德。

设置经济赔偿金责任的立法模式存在明显弊端。笔者认为,可借鉴美国按照不当解雇行为主观恶性之强弱以及社会危害性的大小而差异性设置不当解雇行为法律责任的做法,即对主观恶性强、社会危害性大的不当解雇行为(例如违反公共政策理论或者违反诚实信用和公平交易理论之解雇行为)施加较为严厉的法律责任,而对于主观恶性相对较小、社会危害性相对较轻的不当解雇行为(例如违反默示合同理论之解雇行为)施加较为轻微之法律责任。我国也有必要对违法解雇行为的类型进行相应区分,当违法解雇行为的主观恶性较强、社会危害性较大时,应加大雇主承担法律责任的强度:第一,无正当理由,雇主因性别、年龄、民族、户籍等因素实施歧视性解雇行为;第二,雇主因雇员履行法定义务(例如,拒绝按照雇主的要求实施违法犯罪行为^[121]、违背雇主的意旨出庭作证^[122]等)而实施报复性解雇;第三,雇主因雇员行使法定权利(例如依据有关法律法规的规定向有关部门检举揭发雇主或同事的违法犯罪行为^[123]、向雇主讨要拖欠的工资^[124]、要求雇主提供符合职业安全标准的工作环境^[125]等)而实施报复性解雇。具体而言,建议将《劳动合同法》第八十七条修改为:用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的,应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金,有下列情形之一的,应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的五倍向劳动者支付赔偿金:(一)用人单位无正当理由因劳动者的性别、年龄、民族、户籍等原因解除劳动合同的;(二)用人单位因劳动者依据法律、行政法规行使法定权利而报复性解除劳动合同的;(三)用人单位因劳动者依据法律、行政法规履行法定义务而报复性解除劳动合同的。

五、结语

通过移植和借鉴境外法律制度来解决本国法律问题历来是法学研究中的一种重要方法。以中美解雇保护制度之具体运行背景为基础对中美解雇保护机制展开比较研究,避免了“就法论法”式以及“拿来主义”式的纯法条比较研究范式。由上文比较分析可知,一方面,我国现行以《劳动合同法》为基础建构的较为严

^[121] 《宪法》第五十三条规定:中华人民共和国公民必须遵守宪法和法律,保守国家秘密,爱护公共财产,遵守劳动纪律,遵守公共秩序,尊重社会公德。

^[122] 《刑事诉讼法》第六十条规定:凡是知道案件情况的人,都有作证的义务。

^[123] 《劳动合同法》第七十九条规定:任何组织或者个人对于违反本法的行为都有权举报,县级以上人民政府劳动行政部门应当及时核实、处理,并对举报有功人员给予奖励。

^[124] 《劳动合同法》第三十条规定:用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定,向劳动者及时足额支付劳动报酬。

^[125] 《劳动法》第五十四条规定:用人单位必须为劳动者提供符合国家规定的劳动安全卫生条件和必要的劳动防护用品,对从事有职业危害作业的劳动者应当定期进行健康检查。

格之解雇保护制度具有正当性；另一方面，我国解雇保护制度中用人单位用人机制僵化、违法解雇行为成本较低以及违法解雇法律责任缺乏针对性等弊端较为明显。因此，完善我国解雇保护制度的整体思路应为维持现行较为严格之解雇保护法律制度的整体强度不变，具体对策应为在适当降低无过失性解雇保护力度的同时，针对性加大违法解雇行为之法律责任。

劳动合同履行中的动态调整

——以劳动合同变更/解除为中心

张朴田

【摘要】劳动合同属于不完全合同，履行过程受市场环境的影响较大，经常面临动态调整的现实，而现行法律对于以劳动合同变更/解除为主要形式的劳动合同调整行为规范过于原则，管制过于严苛，束缚了企业用工管理权的行使。劳动法过于倾斜保护劳动者利益的原则，已与我国经济发展的新常态、供给侧结构性改革产生诸多轩轻。面对该种情形，作为司法工作者，应在法律规定的框架内通过发挥司法能动性以平衡双方利益。为达成这一目标，需进一步澄清劳动合同变更过程中的许多司法难题，尤其是对于因劳动合同变更不能而导致的解约合法性审查应予以更多关注。

【关键词】劳动合同变更；协商一致；客观基础；解除程序

用人单位和劳动者按照最初的约定将劳动合同履行完毕只是一种理想状态，事实上劳动合同履行过程中的变更才是劳动合同履行的常态，由此引发的纠纷也屡见不鲜，兹举案例一二，以增加直观感受。

案例一：2013年邓某通过招聘进入无锡某房地产公司工作，2014年8月邓某岗位从房地产公司变动至物业公司，担任物业副总。后因房地产市场不景气，该公司开发的房产出售业绩不佳，物业公司处于闲置状态。2014年12月物业公司股东会作出决议，对公司部门架构、岗位设置进行整合，撤销物业副总、人事主管、行政主管岗位，相应调整为物业经理和文员。后物业公司未就劳动合同变更事宜与邓某达成一致意见，最终解除了与邓某的劳动关系，双方遂产生纠纷。

案例二：李某于1998年8月进入某工程公司工作，任驾驶员。后由于公司连续亏损，不得已进行人员改革，经董事会决定，2014年3月，公司撤销驾驶班，并与某交通服务公司签订合作协议，将公司驾驶员业务外包给交通服务公司。工程公司所有车辆均已出卖，已无法在内部提供司机岗位。为此，工程公司与交

通服务公司进行沟通，请求交通服务公司为李某安排就业机会，但李某不同意。故工程公司以客观情况发生重大变化，双方无法就劳动合同变更达成一致意见为由解除了合同。双方就劳动合同解除的合法性产生了争议。

面对此情此景，人们不禁要问，既然企业与劳动者缔结了劳动合同，为什么不严格遵守还要变来变去呢？这是我们首先要回答的问题。¹²⁶

一、劳动合同变更的必然性

劳动合同不同于一般交易合同，不是一次发生即完毕，而是一个长期的、不断交易的过程。从法经济学角度看，作为有限理性的缔约主体，在信息不对称的情况下，订立的劳动合同是一种不完全契约，作为雇佣主体的企业对劳动力的需求，是一种派生性需求，取决于产品市场的变化，微观的雇佣关系受到宏观的市场影响，故此劳动合同期限越长，劳动合同履行中的不确定性因素越多，劳动合同的动态调整也就成为必然。具体而言，用人单位与劳动者在建立劳动关系初期签订的劳动合同无法预见、涵盖今后劳动关系履行期间的所有变化，企业需要根据经营状况和市场的变化等因素对劳动者的岗位、薪酬、工作地点等进行动态调整。作为被雇佣的劳动者，随着工作年限的增长、工作技能的提升，家庭环境的变化等，也有变更劳动合同的原始动力。^[1]在双方动机叠加的情况下，劳动合同随着履行的实际情况而发生变更也就顺理成章了。

前述案例属于较为典型的因劳动合同变更引发的争议，从中我们也可以看出市场因素对企业经营行为或直接或间接的影响，这很好的诠释了企业对用工需求的派生性。在市场主体面临供给侧结构性改革的浪潮下，大量不能增加社会有效供给，以落后产能为依托的企业必将遭遇关停并转的命运，新一轮产业结构调整大幕即将开启。据有关报道，仅钢铁行业化解过剩产能，实施供给侧结构性改革就要重新安置 40~50 万职工。^[2]企业为应对宏观市场改变而作出调整必将引发新一波劳动争议的井喷，或将成为今后一个时期人力资源管理及劳动纠纷化解的重点课题。

¹²⁶ 根据劳动法、劳动合同法的规定，劳动合同变更可分为法定变更和协议变更两种情形。因法定变更限于法律规定的特殊情形，处理规则与协商变更规则不同，本文讨论的主题是劳动合同协商变更问题。在协商变更中，又分两种情况：其一，双方不以法定事由的出现为前提，仅根据自身需要提出变更劳动合同，即自愿协商从而变更原劳动合同，这种情况一般不会发生争议，发生争议只要追溯协商的原意即可；其二，因用人单位以客观情况发生重大变化为由提出变更劳动合同衍生的劳动合同变更或解除问题，本文即围绕这一主题展开。

^[1] 邱婕：“再论劳动合同之变更”，载《中国人力资源开发》2014 年第 5 期。

^[2] 谢玮：“钢铁供给侧改革拉开序幕 四五十万职工将重新安置”，载《中国经济周刊》2016 年第 7 期。

二、劳动合同变更的基本面向：事项、程序、形式及对策

（一）劳动合同变更事项。既然用人单位可以与劳动者协商变更劳动合同，那么，双方是不是可以协商变更劳动合同中的任意事项呢？答案是否定的。从抽象意义上讲，根据劳动合同履行的一般原则，劳动合同可以变更的条款需要具备以下条件：①尚未履行或者未完全履行的有效条款；②依法可予变更的条款；③引起合同变更的原因指向的条款。^[3]结合审判经验，我们认为通常意义上的劳动合同变更主要涉及劳动合同约定事项的变更，包括工作岗位、工资待遇、履行地、工作时间等内容。这实际上排除了劳动法上公法性规范设定的劳动基准底线及劳动合同主体（用人单位）变更的可能性。比如，法律规定必须由用人单位承担的职业保护、社会保险等事项双方不可以随意变更，原则上当事人也不得突破法定的工资标准和工作时间安排劳动、支付报酬等。

当然，对于劳动合同主体能否变更，在理论上存在争议，有的学者将因企业主体合并、分立行为衍生的劳动权利义务变动概括为劳动合同的承继问题，^[4]不属于劳动合同变更范畴；也有学者将其视为劳动合同变更问题。前述案例二提出的问题就是双方能否协商变更劳动合同主体，主要是能否协商变更用人单位。抛开学理上的争论，我们认为法律对此是持否定态度的，考虑到劳动合同“人合性”特点，劳动关系的建立除了合同约定反映出的合意外，还隐含者双方对彼此人格意义上的认同，至少反映出劳动者对企业的经营理念、管理模式等与企业文化有关的载体的认同，用人单位主体变更后，缔约时劳动者对企业的潜在信赖和认可可能随之消失，导致劳动合同无法继续履行。从形式上看，用人单位主体变更实际上形成了一个新的劳动合同，超出了原劳动合同变更的范围。为了应对现实生活中出现的这种情况，《劳动合同法实施条例》第十条，最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》（以下简称“司法解释（四）”）第五条才规定了“非因劳动者原因”导致劳动合同主体变更后的经济补偿金计算问题，这是个被动条款，并不是对相关行为的倡导性规范。

（二）劳动合同变更的协商程序。关于劳动合同的履行，劳动合同法首先确立了全面履行原则，只有在法定情形下，为保护特定职工的利益，用人单位才可以单方变更劳动合同，其余涉及劳动者权益的劳动合同变更事项，都应与劳动者

^[3] 董保华：《劳动合同法的制度与理念》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 214 页。

^[4] 喻术红：《劳动合同法专论》，武汉大学出版社 2009 年版，第 88-89 页。

进行协商，这是我国劳动合同法关于劳动合同变更的基本原则。但是随着理论与实践的发展，人们普遍感觉到劳动合同变更的协商一致原则，逐渐成为企业实现用工管理权的桎梏。为此，有人建议不宜过度扩大解释“平等自愿，协商一致”这一劳动合同变更原则，从而实质否认用人单位的人事调动权。当然，在为用人单位行使调职权打开方便之门的同时，应该严苛其合理性审查标准，以避免该权利的滥用。^[5]虽然学者在理论上提出了协商一致原则应缓和的建议，但从司法和守法的角度，还应遵循法教义法学的立场，不宜脱轨太远。

法律之所以特别强调劳动合同变更的协商程序，主要有以下几个方面原因：首先是契约必须遵守原则，劳动合同本质上作为一种契约是双方合意的结果，如果在履行过程中，用人单位要变更之前达成的合意，当然要征得作为合同相对方的劳动者的同意。其次是出于对劳动者利益的保护，在具体的劳动关系中，劳动者对用人单位具有一定的人身依附性和组织隶属性，处于相对弱势地位，为防止用人单位单方恣意做出对劳动者不利的行为，法律要求用人单位就劳动合同的变更应与劳动者协商一致。这样也可以保护劳动者消极意义上的就业权和稳定的就业环境不受侵害。最后是政策性考量，用人单位通过与劳动者协商的方式变更劳动合同可以减少纠纷，防止不必要的对立性矛盾出现，从而实现企业、社会等多方面的和谐稳定。

（三）劳动合同变更的形式。根据劳动合同法的相关规定，劳动合同变更应以书面形式为之，没有采用书面形式的视为没有变更，双方仍应履行原劳动合同。这种做法受到了企业和学术界的一致批评，认为过于强调劳动合同变更的书面化，会削弱甚至窒息企业的自主管理权，增加企业与劳动者的谈判成本，导致企业管理的僵化。普遍的观点认为，对于劳动合同的管控旨在控制企业滥用自主权的行为，只要企业对劳动合同提出的变更符合法律规定并具有实质合理性即可，不应拘泥于变更是否采用书面形式。^[6]幸而，“司法解释（四）”对劳动合同变更的形式做了完善，在强调以书面形式变更劳动合同的前提下，认可了“口头变更+实际履行”的例外方式。从整体上看，司法解释的规则更贴合实际。就实践观察而言，该处的口头变更很容易从“双方协商一致的口头变更”演变为“用人单位单方口头变更”，这就在实务中回应了协商一致原则的弱化要求，当然也导致了一

^[5] 陈荣文：“台湾地区企业人事调动的法律理论与实践”，载《福建论坛》2011年第7期。

^[6] 杨晓惠、于姝：“劳动合同变更的法律与实务分析”，载《辽宁行政学院学报》2014年第5期。

部分人对用人单位利用其优势地位侵害劳动者利益的担忧。^[7]

笔者以为，就劳动合同变更形式的探讨，对劳动关系双方的行为指引及立法完善意义重大，而对司法审判意义不大。对司法工作者而言，根据现行劳动合同法和司法解释，劳动合同变更的规则是明确的，只要当事人有书面的变更协议或者能够证明劳动合同变更合意，劳动合同变更后实际履行的情况即可，只要具备上述条件之一，我们就可以按照变更后的规则处理，如果没有劳动合同变更的书面协议或其他依据，也不能证明劳动合同变更后实际履行情况的，我们就按照原劳动合同确立的权利义务格局处理，唯应提醒用人单位和劳动者的是对证据的收集和保存。

（四）完善劳动合同变更事宜的对策。既然劳动合同履行过程中的变更不可避免，尤其是对企业而言，劳动合同的变更是跟进市场脉搏的重要方式，那么在现行法律框架下，制定有效的应对策略无疑是明智之举。

首先，企业可以通过具体的合同赢得主动。用人单位与劳动者签订劳动合同时，应该进行充分的协商与阐释，让劳动者就劳动合同订立事宜切实表达个人意愿，以便为以后的变更协商奠定感情基础，而不是仅让劳动者签订空白合同或拿格式合同让劳动者签字了事。在首次缔约时就没有协商的过程，劳动合同变更过程中的协商就会变得困难重重，这实际涉及企业的管理理念和管理文化问题。就技术层面而言，对工作岗位、工资报酬、工作时间、工作地点等变更概率较高的条款预留调整空间，就这些事项作出具体约定时，可进一步明确可能的变更事项和变更程度。

其次，企业应通过完善规章制度，实现良性管理。现行劳动法律法规并不完善，法律在很大程度上是赋予了企业用工的自治权，企业应该充分利用建立规章制度的权利，根据自身的行业属性和经营特点因地因时制定、完善规章制度，充分做到在法律框架内实现企业用工管理的自治，就用工行为建立一套行之有效的管理规范，这样对双方都有百利而无一害，从而实现劳动关系的动态自治式发展。

再次，法律应完善经济补偿金给付制度。用人单位以经营需要或订立劳动合同时依据的客观情况发生重大变化为由，要求劳动者变更劳动合同的，除赋予劳动者协商的权利，还应允许劳动者主动提出辞职，并由用人单位支付经济补偿金，

^[7] 周国良：“劳动合同变更的法理和实践探讨”，载《中国劳动》2013年第11期。

这样可以减少协商及纠纷解决的成本。在上述情况发生时，经双方协商不能就劳动合同变更达成一致意见时，实际上绝大多数劳动者有主观辞职意愿，只是考虑到无法领取经济补偿而不愿意或不敢表达真实意愿，从而导致纠纷久拖不决，直至用人单位解除劳动关系，这实在没有必要。

最后，经由法律解释放松对劳动合同变更的管制。我国目前的规范设计着眼于建立长期稳定的劳动关系，对劳动关系的变动和解除持严格管制的态度，与大量企业面临的市场及经营环境有一定脱节之处，完全按照协商一致的要求实现劳动合同的变更不现实，很多情况下实质上演化为劳动者一方据此漫天要价的筹码。故在对相关法律进行解释时，首先应对协商的前提——“客观情况”做扩大解释，将企业的经营状况和经营需要纳入其中，例如浙江、广东等省市高院出台的意见明确，用人单位可以依据生产经营之需要对劳动者进行单方调岗，劳动者必需服从，当然对用人单位的单方调动权也是有诸多限制条件的。^[8]这已松动了劳动合同变更管制的底线。另一方面，对“协商一致”的理解也应作进一步的扩充，对此，在“司法解释（四）”及大量司法判例中已经引入了默示合意的概念，即以实际履行行为推定双方就劳动合同变更达成了合意。以上做法基本上是为了解决具体纠纷而采取的权宜之计，缺乏宏观视野下的体系建构，更不可能对劳动关系的走向作出有意识的引导。因此，相关的司法解释和立法需要在更为深厚的学理和现实基础上作出调整。

三、劳动合同变更的特殊形式：概括转让

对于因企业合并、分立导致的劳动合同变更，经劳动合同法及相关司法解释逐步完善，已经有了司法审判的原则性规则，但在实践中，有些企业会根据经营需要，将某些员工的劳动合同直接转让给第三方企业，以变更劳动合同履行的主体，但并不通过企业合并的方式进行。以前述案例二为例，工程公司与交通服务公司签订协议，将本单位从事驾驶工作的员工转让给交通服务公司，这种情形类似于合同法规定的概括转让，但劳动合同具有较强的人身性，出于对劳动者人格的尊重，同时也为了防止损害员工的合法权益，劳动合同不能直接采用合同法的规则实施概括转让，而应采取变通方式为之。

目前，对于劳动合同的概括转让可以采取的方式主要有三种：第一种方式，

^[8] 侯玲玲：“论用人单位内工作调动”，载《法学》2013年第5期。

三方协商变更劳动合同主体，由第三方企业承继原劳动合同的权利义务，并连续计算劳动者工作年限。原企业不需为此支付经济补偿金，劳动者劳动权益继续得到保障，新单位可以招用到新员工，三方各取所需，不损害任何一方的利益。第二种方式，员工以放弃经济补偿金为条件提出辞职后与第三方企业签订新劳动合同，第三方企业发给员工的邀约以劳动者向原单位提出辞职为生效要件并给出比原劳动合同更高的待遇，^[9]两份劳动合同前后衔接不出现断档，从而连续计算劳动者工作年限，以平衡各方利益。第三种方式，将拟出售资产或业务以及相关关联的劳动者实施分立，设立新的用人单位，然后再通过吸收合并等其他方式将这部分资产和人员纳入其他企业。这种做法实际上就是利用了劳动法及公司法关于企业合并、分立时确立的劳动关系处理规则，只不过是具体情况下的变通执行而已。该模式形式上符合法律规定，可以节约变更劳动合同的谈判成本，但也潜藏着法律风险，当劳动者工作场所、工作岗位、工作待遇等发生变化时，纠纷就会浮出水面。为此，我们可以借鉴德国、日本及我国台湾地区的做法，保障劳动者的知情权、参与权及异议权，企业应事前公开与劳动者权益相关的兼并重组事项并允许劳动者行使民主参与权，对劳动者的安置应允许劳动者提出异议，充分保护劳动者权益在企业变动过程中不致遭受非法侵害，尊重劳动者离职意愿并支付相应补偿。^[10]

当然，企业还可以采取其他方式达到概括转让的目的，比如企业与员工协商终止劳动关系，约定由第三方企业支付经济补偿金；或者保留劳动关系，但委派员工到第三方企业提供劳动等。不管采取哪种方式都应以劳动者同意为前提，否则用人单位应及时与劳动者解除劳动关系，支付经济补偿金，避免纠纷。

四、用人单位单方解除劳动合同的合法性审查

总体而言，劳动合同是当事人合意的结果，故劳动合同变更的权利应该尽可能的赋予当事人，让当事人通过谈判重新寻求最适合自己的妥协方案，不管协商

[9] 参见王林清、杨心忠：《劳动合同纠纷裁判精要与规则适用》，北京大学出版社 2014 年版，第 155 页。

[10] 喻术红教授所著《劳动合同法专论》及雷蒙德·瓦尔特曼所著《德国劳动合同法》分别在“劳动合同的承继”、“工厂转让”等章节作了较为详尽的论述，读者可以参考。详见喻术红：《劳动合同法专论》，武汉大学出版社 2009 年版，第 88-97 页；【德】雷蒙德·瓦尔特曼：《德国劳动法》沈建峰译，法律出版社 2014 年版，第 297-308 页。

的结果如何，只要当事人重新达成合意且不违反法律强制性规定，法律一般应认可这种协商的秩序。但现实生活往往不随人所愿，大量案例都是以当事人无法协商一致，从而酿成纠纷不得不诉诸司法机关的面目呈现。我们在处理这类纠纷时就要判断劳动合同解除的合法性问题。通常而言，主要考虑以下几方面因素：用人单位所主张的客观情况是否存在，劳动合同变更方案是否合理，有无协商过程及解除程序是否到位。

（一）“客观情况发生重大变化”的理解与适用。虽然劳动合同法规定了订立劳动合同时依据的客观情况发生重大变化的，用人单位可以与劳动者协商变更劳动合同，协商不成的可以解除劳动合同，但对于哪些情况属于法律所涵摄的“客观情况”及“重大变化”却没有作出规定，造成了认识上的困扰。有关权威人士曾指出，依据劳动部《关于〈劳动法〉若干条文的说明》第26条第3款的规定：“本条中‘客观情况’是指：发生不可抗力或出现致使劳动合同全部或部分条款无法履行的其他情况，如企业迁移、被兼并、企业资产转移等，并且排除本法第27条所列的客观情况。”主要包含了自然条件和经济因素变化，并且达到致使劳动合同部分或全部无法履行^[11]的程度方符合本条适用的原意。在司法实践中，确有司法工作者在理解执行时参照“不可抗力”标准予以适用。但我认为按照不可抗力标准判断劳动合同法上的客观情况，对于用人单位过于苛刻，以此调整用工关系，必将阻滞企业的整体发展和长远利益。还有学者提出了审查企业发生重大客观变化的四项标准：一是判断企业的业务量是否锐减，运营是否出现严重问题；二是判断公司的财务状况是否出现严重亏损；三是判断“客观情况”对公司业务的影响是长期还是短期；四是判断是否造成了企业人力资源过于闲余。^[12]这些标准确实对于判断客观情况发生重大变化提供了可量化的参照系，但不便于操作，标准本身就有很多需要自由裁量或主观判断的问题，对司法机关而言，查明事实的成本过高。

笔者倾向于对“客观情况发生重大变化”只作形式性审查：首先企业应提供资产变动、结构调整、富裕人员分流整合等方面的有效决议，主要是为限制企业主或少数股东个人行为的恣意性，防止企业管理人员因其他原因针对劳动者实施

^[11] 李国光主编：《劳动合同法条文释义》，人民法院出版社2008年版，第459页。

^[12] 林镓茵：“企业经营环境发生变化中如何处理劳资纠纷”，载《中国人力资源开发》2014年第18期。

打击报复；其次，企业应提供严重亏损、业务量锐减或法律、政策变动的书面依据，以佐证其要求变更劳动合同的合理性。如果用人单位能够从上述两个方面完成举证义务，可以认为其已经完成了“客观情况发生重大变化”的举证责任，劳动者否认的应提供反证。

（二）劳动合同变更方案的合理性问题。在实践中，有些单位对劳动者采取打击性工作调整，将劳动者调整到与其从事的原工作毫不相关的岗位上，以达到逼迫劳动者辞职的目的。这种做法显然违背诚信原则，故在认定劳动合同变更合理性时特别强调“人岗匹配”原则。我们认为，单位提出的劳动合同变更方案应该符合基本的比例原则，即处于不得变更的范围内。比如在变更劳动者岗位、职务及薪资时，应充分考虑劳动者体能、技术胜任程度，本着就高不就低的原则，与原工作环境、工资待遇保持最大限度的一致，而不是断崖式下降。如果一名业务经理可以变更为业务副经理就不应该直接变更为业务员，相应工资与变更后同类岗位待遇保持一致。劳动合同履行地发生变更的，单位应提供交通补助或采取其他措施，化解由此给劳动者带来的不便等。

事实上，在平衡劳动合同变更方案合理性时，很多变量因素都可能影响司法人员的判断，笔者参与处理的一起企业迁址引发的劳动纠纷可予佐证。该案劳动者是一名普通工人，工资属于同行业同工种的平均水平，其生活的区域有大量相同或类似工作岗位可供选择，合同履行期间，其所在工厂因厂房租赁到期需要搬迁，新厂址给该劳动者上下班带来较大不便，故其不愿意到新址上班，双方在协商过程中，单位却以劳动者不上班为由予以开除。我们认为企业的搬迁是主观可控之事，不属于客观上不得不搬迁的情形，而该案劳动者迁入新厂址工作会明显增加上下班的工作成本，其可以在原劳动成本或更小成本的基础上在当地寻找工作机会，故其不愿意搬迁具有合理性，用人单位在协商不成的情况下应支付补偿金，而不是借机开除劳动者。

（三）劳动合同变更协商过程的把握。在企业发生需要变更劳动合同的客观事由后，应就劳动合同变更事项与劳动者进行协商，不能直接解除劳动合同或变更劳动合同，协商的过程不可或缺。实践中，有些用人单位确实与劳动者进行了一定沟通，但缺乏沟通的民主性，基本是用人单位讲明企业的状况及面临的形势，然后告知劳动者需要服从新的工作安排，签订新的劳动合同或补充协议以变更原

劳动合同，愿意签字的如何处理，不愿意签字的如何处理等，并没有给劳动者表达意愿的机会。或者直接以书面形式通知劳动者调岗、调薪，并要求劳动者在限定的期限内与用人单位签订书面协议，等等。这样的沟通程序很难称之为劳动合同变更的协商程序，它严重排除了劳动者行使权利的机会，所以不符合法律的基本要求。但协商程序究竟应该如何开展又是一个难题，也可以说是个见仁见智的事情。根据笔者的经验，从用人单位举证的角度讲，用人单位在与劳动者协商变更劳动合同过程中，应注意几个方面的问题：一是公开告知企业的经营状况以及即将采取的处置措施；二是明确协商的时间、地点，确保通知到相关劳动者；三是书面记录协商经过，给劳动者充分表达意愿的机会，从而体现磋商的过程。在上述过程中，如果企业能够吸收职工代表或者工会人员参与将使协商的过程更加真实，更有说服力。

（四）劳动合同解除的程序控制。用人单位客观上需要变更劳动合同但又不能与劳动者达成一致意见的，只能单方解除劳动关系。根据劳动合同法第四十三条的规定，在解除劳动关系前，用人单位应征求工会意见，否则仍需承担违法解除的后果。实际上我们遇到很多案例，企业解除劳动关系的实体要件都符合法律规定，但在解除劳动关系时却没有履行法定程序，最终承担了较为不利的后果，这需要引起企业的特别重视。另外，一些没有建立工会组织的用人单位单方解除劳动合同前是否需要征求工会意见，实践中存在不同认识。有种观点认为，工会是职工自愿结社行为，没有组建工会的过错不在企业，此时企业客观上无法完成通知工会的程序，不应为此承担不利后果。劳动合同法及相关司法解释确实没有明确未组建工会的，企业单方解除劳动合同是否还需事先征求工会意见，如果地方立法没有补充性规定，我们不能说该观点是错的，但有些省市如江苏省就明确了该种情形，企业应通知所在地工会，如未通知仍需承担不利后果，宁波市亦有类似规定。从法律完善及程序法治的角度讲，笔者以为无论是建立了工会组织还是尚未建立工会的企业，都应履行单方解雇的民主程序。

如果用人单位提供了变更劳动合同的客观依据，变更后的劳动合同具有合理性，并就劳动合同变更事宜与劳动者进行了协商，仍没有达成一致意见，在事先征求工会意见基础上，可以依法解除与劳动者的劳动关系并支付经济补偿金。如果用人单位解除劳动合同的行为不符合上述标准，则应承担违法解除的不利后果。

五、结语

劳动合同变更涉及到用人单位固有的管理权与劳动者职业安全保护的法益冲突，如何掌控两者的关系不仅关涉个别企业、劳动者的生存、发展问题，还触及到资本要素与人力资源如何有效结合，有效发展壮大国民经济的重要问题，更深层次讲，它涉及经济发展成果的股份等社会政治问题。作为司法者的我们，在面对个案时只能在法律的框架内寻找最合适的解决方案，即使如此，我们仍有很多时候感觉到对自己的工作成果——司法判决不甚满意，从社会效果上看，那就更是褒贬不一了。目前，已有中央部委官员提出了劳动合同法对企业保护不利的说法，在这种背景下，立法者需对劳动合同法从制度到理念进行重新检视，也许法律修订的时机即将到来，而我们所能做的更多的是指出其中存在的问题而已！

劳动合同承继制度的学说疏理与新发展

张颖慧¹²⁷

“公司组织的变动与处于劳动关系之弱势地位的劳动者的切身利益相关，常常会影响或障碍劳动之劳动权的实现。公司组织变动对劳动权的冲击直接表现在对原劳动劳动合同命运的影响——终止还是承继？劳动合同的命运不仅关系着劳动者的工作权的存废得失，而且还会涉及工资、劳动条件的变化等问题。而公司重组导致的诸如工资、劳动条件的变化也会影响到劳动合同是否能够承继。”¹²⁸

一、劳动合同承继的学说疏理

关于企业组织变动是否引起劳动关系自动承继，主要有以下三种学说：

肯定说。肯定说认为企业组织的变动使得劳动关系随雇主的改变发生转移且全部发生转移。劳动关系自动承继有以下两点理由：第一，买卖不破租赁的类推适用。买卖不破租赁是民法上的一项制度。我国《合同法》第 229 条规定的“租赁物在租赁期间所有权发生变动的，不影响租赁合同的效力”。这项条款清晰地揭示了买卖不破租赁制度的内涵。从这一制度的本质涵义分析，承租人与出租人之间的租赁合同的效力并不因租赁物的权利归属的变动而终止或变动。租赁合同的效力与租赁物权利归属变动无关。这是对买卖不破租赁制度所作的文义解释。肯定说认为，企业组织变动引起的劳动关系变化，类推适用买卖不破租赁的规定。劳动者与承租人处于相似法律地位，而企业与出租人则处于相似的法律地位。当企业组织发生变动时，作为劳动关系一方当事人的企业主发生了变动，则视为租赁物发生了所有权的变动。按照买卖不破租赁的原理，租赁合同的效力在承租人与出租人之间仍然有效。也就是说，劳动者与企业原所有者之间的劳动合同不受企业转让的影响，原劳动合同仍然有效，并且由新企业自动承继。第二，劳动关系的缔结主体是劳动者与企业，企业所有人的变动，会对劳动关系产生如下影响：首先，劳动者自劳动合同缔结之初，即有对企业提供特定劳务的义务。而企业组织变动仅为企业所有人的变动，并不影响劳动者提供劳务的持续性与劳动关

¹²⁷张颖慧，女，（1984-），法学博士，华东师范大学法学院讲师。

¹²⁸冯彦君．劳动合同的履行和变更[G]//劳动合同法（草案）研究课题组常凯主编．劳动合同法立法理论难点解析．北京：中国劳动社会保障出版社，2008：85．

系的稳定性。因此，劳动关系不需因其变动而终止。其次，企业主的变动并不影响法律上企业人格的同一性。劳动关系的双方为劳动者与企业，劳动者在企业组织变动时，仍保有其原有法律上的地位，劳动关系并未发生转移，原劳动关系由企业的新所有人自动承继。再次，土地、资本、劳动力三者是经济生产要素的组成部分，劳动力甚至为最根本的生产要素。在资本主义社会仅对生产要素中有形物质进行保护的趋势下，无形物质会受到忽视。从社会主义社会的保护原则来看，劳动力应视为劳动者对生产单位的劳务出资，而并非劳动者用薪水所换的对价，劳动力与资本应得到相同的保护。¹²⁹故企业所有人的变动，不应导致原劳动关系终止。相反，应视为新企业主加入，原劳动关系继续存在。

否定说。否定说认为企业组织形式的变动影响原劳动关系的稳定性，劳动关系并不自动转移。支持劳动关系不发生自动转移的原因有：第一，针对肯定说所采用的企业组织变动类推适用“买卖不破租赁”这一理由，否定说提出企业组织变动引起的劳动关系变动属于传统日尔曼法上买卖不破租赁的适用除外情况。劳动者是企业的员工，是企业的组成部分，并非独立于企业而存在。将企业变动与租赁物转移相比拟，实在有失偏颇。劳动关系中劳动者与资本所有者涉及较强的属人结合的关系，劳动者与企业主之所以能够达成资本与劳动力交换的协议是以很强的信赖关系为基础的。在立法上强制劳动关系在企业变动后由新企业全面承继，是不合逻辑的。第二，契约自由原则是当代民法的基石，劳动法作为从民法中发展出来的新的法律部门，也以劳动契约自由作为劳动法基本原则之一。企业主是企业的所有人，其对企业拥有绝对的控制权与充分的自由处置权限。如法律强制规定原有劳动关系在企业变动时由新企业所有人全部承继，则契约自由原则被严重破坏，同时限制了企业主对企业的经营自由权，为企业组织变动设置了障碍，不利于企业的自由发展。

折衷说。折衷说认为劳动关系是否随企业组织的变动而全面转移至企业的新所有人，不应采用单一的标准，而需依据不同的情况区分对待。特别要考虑劳动关系的缔结是否存在特殊信赖关系这一重要因素。当劳动者与原有雇主间因特殊信赖关系而形成劳动关系，则劳动关系不因企业的变动而发生承继。其他劳动关系则应该自动移转至新的企业所有人。此外，基于对劳动者所工作的职位的保护，

¹²⁹关于这一表述方式，笔者并不完全赞同。

如企业变动导致新企业主对人事构成有潜在的影响，则劳动关系不应自动转移。

二、我国现行立法之评析

关于劳动合同承继问题，我国现行《公司法》、《劳动法》及《劳动合同法》，持有不同的立法态度。《公司法》指出，公司合并时，合并各方的债权债务应当由合并后的存续的公司或者新设的公司承继；公司分立时，分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。月平均关于债权债务承继一般规定，并不是关于劳动合同承继的特殊规定。现行《劳动合同法》第三十三条规定，用人单位变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人等事项，不影响劳动合同的履行。第三十四条规定，用人单位发生合并或者分立等情况，原劳动合同继续有效，劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。这两项规定分别在两类变更方式上确立了劳动合同承继制度。新用人单位介入原劳动关系，成为原劳动合同中权利义务承担主体。对于这两项规定，地方规范性文件也制定了相关实施细则。如《福建省进一步规范企业劳动合同订立、变更、解除和终止的办法（试行）》和《天津市人力资源和社会保障局关于劳动合同订立、履行、变更、解除和终止等有关问题的通知》。前者第7条规定：符合《劳动合同法》第三十三、第三十四条规定情形的，劳动合同继续履行。若新签劳动合同的内容与原劳动合同约定不一致，应经双方协商一致后重新签订；协商达不成一致意见解除劳动合同的，用人单位应支付劳动者经济补偿金。这一条款仅在形式上重复确认了劳动合同承继的有效性，同时对新合同约定不一致或协商后仍达不成一致的情况作了补充。而后者第（八）项规定，符合《劳动合同法》第三十三条、第三十四条规定情形的，劳动合同继续履行。用人单位名称变更的，应及时告知劳动者。它确立了劳动合同承继中的劳动者知情权，是劳动合同承继制度的一个重要补充。由此可见，我国立法基本上采取了“法定的契约承担方式”，《劳动法》也初步确立了劳动合同承继制度。无论新雇主是否愿意承继原劳动合同，当企业发生劳动法上所规定的变动形式时，劳动契约自动由新雇主承继。我国劳动法所确立的劳动合同承继制度的法律效果在于新雇主取代了旧雇主在原有劳动关系中的地位，并在企业转让时加入到原有劳动关系中，原劳动关系中的权利与义务由新雇主承担。这项规定的积极作用主要体现在，劳动关系的承继保护了既有劳动关系，得以继续维系其稳定性，也使得新雇主保有熟练劳动者。同时，也确保了企业工会职能的继续发挥。

但是，企业的概括承继制度迫使国家管治完全取代了个人自治，虽然有存在的必要性，却欠缺合理性考量。因此，为避免国家陷入“代为思考”、“好心办坏事”的尴尬处境，探讨劳动合同中雇主的商定留用权与劳工的拒绝留用权也就具有了理论与现实意义。

三、劳动合同承继制度中的雇主商定留用权

新旧雇主在企业组织变动的过程中，是否享有对劳动者的选择权是劳动合同承继制度中的另一个重要问题。也就是说，“劳工于企业并购中，是否可能蒙受劳动契约关系继受遭新、旧雇主商定排除之不利益”¹³⁰。事实上，企业发生合并、分立、营业转让时，如雇主发生变更，则劳动合同亦随之发生变更，劳动关系由原雇主与劳工之间扩大到了原雇主、新雇主以及劳工三方之间的关系。¹³¹审视劳动合同的概括承继制度，新雇主是否当然地承继原雇主与劳工间的权利与义务？我国当前之概括承继理论并未赋予新雇主拒绝留用劳工的权利，也并未赋予劳工享有同意留用与否的权利。除因业务紧缩的原因之外，雇主不得解雇劳工。¹³²探讨雇主的商定留用权需先对商定留用权的法律性质进行考察。

（一）雇主商定留用权法律性质的考察路径

商定留用权的法律功能在于新旧雇主于发生企业组织变动时，有权利商议由新雇主对旧雇主所雇佣的员工进行留任。商定留用权的法律性质如何界定直接影响其在适用上所产生的争议问题处理方式。认定商定留用的法律性质有以下两种思路：

第一种思路是认为商定留用的法律性质与私法上的契约承担相似。所谓契约承担，是指承担全部由债的关系为基础所产生的法律地位。如果契约以承受当事人地位为标的，被承担人的权利义务由承担人概括承受所有权利与义务。“此等契约在法律技术上原则上是以原劳动契约当事人与第三人之间三方面的法律行为所作成。”私法上的契约承担有两种分类即法定的契约承担与意定的契约承担。法定的契约承担指具有法律的明文规定，典型代表制度为买卖不破租赁制度即租赁物的受让人承担租赁契约的规定。由《合同法》第 229 条的规定可以看出，我

¹³⁰黄馨慧．企业并购中之个别及集体劳动关系[G]//台湾劳动法学会．劳动基准法释义——施行二十年之回顾与展望．台北：新学林出版股份有限公司，2005：189．

¹³¹参见詹文凯．企业并购对于劳动契约之影响[J]．月旦法学，2002(83)：86-91．

¹³²德国民法典 613a．参见 Palandt．Bürgerliches Gesetzbuch，61.aufL., §613a Rn.18ff. Preis. [M].Erfurter Kommentar zum Arbeitsrechts, 5.AufL.. Rn.75ff.

国在立法上承认契约承担制度，但是关于劳动契约是否适用契约承继制度，则持有更大的异议。从契约承担的理论上讲，劳动契约的承担应属于意定的契约承担，这是因为新旧雇主的商定留用权从文义上解释，“新旧雇主间也必须有一个法律行为，留用旧雇主之劳工。此法律行为即为新旧雇主间，转让劳动契约之合意。新雇主对于特定劳工是否留用有决定之自由，故应解为意定的契约承担。”¹³³对于劳工的同意是否作为契约承担的必要条件，即商定留用是否以劳工、新、旧雇主的合意为要件，则有待于进一步讨论。总而言之，不论商定留用行为划分为法定的契约承担，还是意定的契约承担，均属契约承担的一种。

第二种思路是依据契约自由的原则来解释商定留用的性质。持这种思路的人认为商定留用的性质应放弃契约承担的理论，从个别契约关系的路径介入。将商定留用的法律意义还原到单个契约发生、消灭的层次上进行思考。已发生法律效力契约双方当事人，在没有法律明文规定或契约合意的情形下，契约对双方当事人的约束自始存在，双方均不能脱离原契约之拘束。未经第三人许可，不可发生契约的移转。任何一方不得将契约转让与第三人。换句话说，契约自由的原则要求旧劳动契约的消灭与新劳动契约的成立，均应由劳动契约的当事人各自依自己的意思表示来决定。商讨商定留用的性质由契约承担理论回归到个体间的契约自由原则更为适当。¹³⁴

（二）雇主商定留用权适用的多样化

关于雇主是否享有商定留用权，日本和我国台湾地区分别采用不同的立法模式。在日本法中，关于新旧雇主是否享有商定留用权，针对企业不同的变动形式做出了不同的规定。日本有关的劳动契约法律制度对企业合并没有具体规定。与企业分立时劳动契约的处理不同，企业合并时劳动契约的处理并无特别的保护法令，而是以商法概括承受的法理为处理依据。日本商法第一百零三条、第一百四十七条、第四百一十六条第一项规定，当企业合并产生效力之时，企业合并中被合并企业的权利与义务，由存续公司或新设公司概括承受。日本理论与实务界在此学说指导下，对于企业是否可商定留用特定劳工持有否定态度。他们认为当企业合并时，依据商法的规定，被合并企业的权利与义务由存续或新设企业概括承

¹³³林炫秋，事业单位转让与劳动契约之变动[J]，政大法学评论，1999(62)，12：268。

¹³⁴台湾台北地方法院九十年度劳诉字第六号民事判决（方元绮等26人诉元大京华证券股份有限公司，请求付资遣费事件）中提出了理解商定留用的新思路，即商定留用的法律意义在个别契约关系发生、消灭问题层次上进行解读。

受，特定的劳动契约关系也在继受之内。支持概括承继说的依据还有“组织有机体说”。“组织有机体说”认为，企业是个由资产及人员，也就是物的要素与人的要素所构成的有机组织体。合并后的企业为了组织统一性的持续，存续或新设的企业不得拒绝留用被合并企业的劳工。这一理论决定了当企业在合并后对原劳动关系进行选择承继，而将其它劳工排除在继续雇佣之外的行为，视为雇主的解雇行为。日本法上的解雇由工会法或关于解雇滥用的法理所限制与规范，将此类无特定合理理由的解雇命令，视为无效的解雇。

企业分立的立法规制模式与企业合并有所不同。20世纪90年代，日本迎来商法修正的一个重要时期，公司的一些法律制度开始发生变化，在新导入的法律制度大背景下，日本企业掀起了组织变动的热潮。企业通过改组与转让谋求新的商机以站稳市场。在这个过程中，如何加强对劳动者的保护变为劳动法学界的重要议题。为了完善立法，日本各界学者开始组成与此相关的劳动关系法制研究会，并对如何保护劳动者工作权进行了探讨。随后于2000年制定了《公司公立劳动契约承继法》（以下简称《承继法》），以规范企业分立时劳动契约的走向。《承继法》第三条规定，由分立公司所雇佣，以设立公司所继受营业为主要业务之劳工，如经分立计划书载明其劳动契约由设立公司继受，则在分立效力发生同时，其劳动契约发生移转之效力。《承继法》第四条规定，由分割公司所雇佣，以设立公司所继受营业为主要业务之劳工，如未经分割计划书载明其劳动契约由设立公司继受，得于接到通知后的特定期间内，向分立公司提出异议。劳工提出前述异议的，其劳动契约在分立发生效力的同时，由设立公司所继受。《承继法》第五条规定，由分立分司所雇佣，从事设立公司所继受营业的劳工（非主要业务），如经分割计划书载明其劳动契约由设立公司继受，得于接到通知后的特定期间内，向分割公司提出异议。劳工提出前述异议者，其劳动契约不得由设立公司继受。上述三条立法主要解决当企业以分立方式进行组织变动时，劳动契约如何承继的问题。依据此规定，劳动契约可以由设立公司所继受，而且须在企业分立前的分立计划书中记载劳动契约是否由设立公司继受。这三项条款的隐含意义在于企业分立时，企业主对承继原劳动契约具有选择权即商定留用劳工的权利。被商定留用的员工，劳动契约随着企业分立契约效力的发生而发生移转的效力。未被商定留用的劳工，则视其所从事的业务是否为分立公司所承继的主要业务而定。如果

未被留用的劳工所从事的业务与分立公司承继的业务有密切联系，则劳工自接到未留用通知起的特定时间内，享有提出异议的权利。一旦提出异议，会导致劳动契约自分立发生效力之时继受给新的企业的法律效果。

企业的营业转让在日本又称为营业让渡，企业以营业让渡方式进行变化时，新旧雇主是否享有商定留用劳工的权利，在日本学术界有肯定说与否定说之分。肯定说认为新旧雇主享有商定留用劳工的权利，企业的营业让渡与企业的合并不同，受让企业对让与企业权利与义务的概括承受无必要性与必须性。受让企业应视实际情况，综合考虑其业务范围与让与企业达成个别事项的契约合意。合意的范围既可包括有形的物质资产，也可包含无形的合同关系（如劳动关系）。正因此，新旧雇主当然的享有对劳工进行选择的权利。而持否定说的学者则认为新旧雇主不应享有商定留用劳工的权利。否定说延续了“有机组织体说”，认为企业是由资产与人员所构成的联合有机组织体，营业转让不仅是资产的转让，同时包含与资产密切相关联的劳动契约关系转让。让与企业营业转让的法律行为出现，劳动契约关系与主要资产也随之共同转让给受让企业，由受让企业概括承受。一旦企业对继续留用的劳工存在“进行选择”的意思表示，此意思表示被视为解雇命令。日本学界对于肯定说与否定说的支持力量相当。从日本法院的司法判决来看，持否定说即反对雇主享有商定留用权利的数量相对较多。但随着近年来营业转让行为的增多，学者们日渐趋向于肯定说，并认为受让公司无需全盘继受原劳动契约关系，可与让与企业具体协商关于留用员工的人数与名单的事项。学者的这种倾向明显受到“意思自由决定说”的很大影响。

相较于日本立法，我国台湾地区现行立法对于雇主的商定留用权规制方式则稍有不同。台湾地区现行法认为，企业合并时有权决定是否留用员工，也就是有权利商定排除特定员工继续留用。此处理方式以《企业并购法》、《公司法》及《劳动基准法》的有关规定为依据。《企业并购法》第二十四条规定，因合并而消灭之公司，其权利义务应由合并后存续或新设之公司概括承受。但第十六条同时规定，并购后存续公司、新设公司或受让公司，应与并购基准日三十日前，以书面载明劳动条件，通知新旧雇主商定留用之劳工。《公司法》第七十五条规定，因合并而消灭之公司，其权利义务应由合并后存续或另立之公司承受。《劳动基准法》第二十条规定，事业单位改组或转让时，除新旧雇主商定留用之劳工外，其

余劳工应依第十六条规定其间预告终止契约，并应依第十七条规定发给劳工资遣费。其留用劳工之工作年资，应由新雇主继续予以承认。《企业并购法》与《公司法》规定了合并后企业概括承受原权利义务，但对是否包括劳动契约这一实质性问题却未予明确规定。同时，从《劳动基准法》第二十条可以看出，此条款的意义在于，保护事业单位改组或转让后被企业排除在商定留用之外的员工权益。为新旧雇主商定留用特定员工的后续保障。从另一侧面来看，《劳动基准法》的该条款默认了企业享有商定留用员工的选择权，将劳动契约排除在公司概括承受权利与义务的范围之外。关于企业的分立与营业转让，台湾地区采用的是一般债权债务转移的立法例，也并非权利义务的概括承受。上述《企业并购法》只对企业合并进行了规定，权利义务的概括承受理论也并未适用于企业分立。另外，依据《企业并购法》与《公司法》的相关规定，为了简化营业转让的程序，立法排除了民法关于债的转移的规定，仅规定转让时以公告方式通知债权人，承担债务时免经债权人的认可。可见，营业转让同样以一般的债权债务移转为基础。这意味着，对于转让与被转让企业的权利与义务，当事人双方可就具体事项自由商定。在该理论框架下，企业分立与营业转让时关于劳动契约转让与否的内容可由新旧雇主商定。新旧雇主有权利商定哪部分劳工由新雇主继受，哪部分劳工被排除在继续留用之外，新旧雇主享有商定留用员工的选择权。

综上所述，对于企业组织变动时，新旧雇主是否享有选择继续留用的劳工，而将其余劳工排除在继续留用之外之权利，我国台湾地区的立法规定比较单一，承认雇主享有对留用劳工进行选择的权利。虽然这种立法例存在削弱保障劳工雇佣权的弊端，并且可能造成对法人合并概括承受基本法理的破坏。但是，为了赋予劳工与雇主双方意思表示的自由，并扩大其意思自治的空间，学术与司法界最终仍确立了新旧雇主商定留用员工权利行使的合法性。相比于极大程度尊重当事人意识自治为原则的立法例，日本则视企业组织变动的不同形式而做出不同选择。这也是由日本劳动力市场的特殊性所决定的。日本注重劳动关系的稳定性，劳动关系上终身雇佣制较有传统，影响深远。受此影响，劳动法制的设计以强调保护为主。另有商法¹³⁵概括承受的法理指导，因此企业合并时雇主不享有商定留用的权利。相反，企业发生分立时，雇主则享有商定留用员工的权利。但是此权利行

¹³⁵公司合并时，存续公司概括承受原公司的劳动契约上的权利与义务。

使具有一定的限制条件。如果企业未留用的员工所从事的业务为分立后企业经营的主要业务，未被留用员工可提出异议，其劳动契约由设立的公司继受。日本为了避免规则的制定过于僵化而影响企业转让，未在立法上制定统一规则，由此造成司法上常常持有不同的见解。¹³⁶笔者认为，日本对于雇主是否享有商定留用权的分类调整之立法模式值得我国学习与借鉴。为了促进企业组织变动以增强企业市场竞争力，在我国适度强调用人单位具有商定留用劳动者的权利具有一定的合理性。诚然，若用人单位享有商定留用的权利，则对于未被留用的劳动者，应视为用人单位单方面终止劳动合同。此时“原雇主已无从使未被留用之劳工提供劳务给付，劳工又未被留用，由雇主转让事业单位的行为，即可推定其有使劳动契约终了之意思，故应解释雇主系默示终止劳动契约”¹³⁷，则劳动者有权要求用人单位承担经济补偿金等义务。如此解释，“不致于因雇主片面不为终止之意思表示，而使未被留用之劳工无从请求资遣费”。¹³⁸而对于用人单位商定留用的劳动者，是否当然地产生由新用人单位承担劳动契约的效果？劳动者是否有权利终止承继后的劳动契约，即劳动者是否享有拒绝留用权？这些问题留待下文作进一步探讨。

四、劳动者拒绝留用权

企业组织发生变动时，劳动者的去留情形大致可分为二类：即留任与未留任。而无论劳动合同发生概括的承继亦或新旧雇主对于承继的劳动者进行选择，对于雇主单方将其留任于新企业的劳动者，均面临接受留任或拒绝留任的取舍。这一问题的本质可归结为劳动者自身是否享有拒绝留用的权利。事实上，劳动者享有拒绝留用权是因为劳务提供的专属性及劳工享有选择职业的自由，两者乃宪法所保障劳动者的基本人权，如对于此两项权利进行限制，则应该谨慎为之。¹³⁹劳动者拒绝留用权在我国立法上至今无明确规定，却在欧盟判例中屡见不鲜。

（一）劳动者拒绝留用权之判例确立

在欧盟判例中，GMC 公司所雇用的四名劳工诉 Temco 公司一案（Case C-51/00，

¹³⁶如济生会中央病院事件（东京地决昭和 25 年 7 月 6 日是，劳民集 1-4-646），友爱会病院事件（大阪地判昭和 39 年 9 月 25 日，劳民集 15-5-937）等采用的是雇主无权对员工进行商定留用的学说。而三菱化工机事件（东京地判昭和 25 年 4 月 26 日是，劳民集 1-2-266）则采用的是雇主享有商定留用员工权利的学说。

¹³⁷林炫秋.事业单位转让与劳动契约之变动[J].政大法学评论,1999,62:269.

¹³⁸林炫秋.事业单位转让与劳动契约之变动[J].政大法学评论,1999,62:269-270.

¹³⁹参见 Wilemsen, Lembke. Die Neuregelung von Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang[M], NJW 2002, S. 1159ff.

Temco Service Industries SA v Samir Imzilyen and Others)¹⁴⁰，是确立劳动者拒绝留用权的典型案例之一。

在该案中，大众（Volkswagen）与 BMV 公司签定了清洁其生产场地的合同，该合同有效期从 1993 年 5 月 2 日生效至 1994 年 12 月。BMV 将清洁工作转包给它的子公司 GMC。随之大众与 1994 年 12 月 14 日同 Temco 签订合同，并约定从 1995 年 1 月 9 日开始合同生效，合同内容为大众同意 Temco 提供与 BMV 相同的清洁服务。随后 GMC 公司逐渐失去了与大众的清洁合同。GMC 公司当时唯一的业务即为清洁大众工厂，因此业务的消失便解雇了除 Messrs Imzilyen, Belfarh, Afia-roussi 与 lakhadar 四名员工（此四名员工根据 1993 年 5 月 5 日签订的集体协议应予在保留）外的其余所有员工。GMC 公司停止了任何营业活动，但是却并未停止存续。根据 1993 年 5 月 5 日签订的集体合同，企业经营的业务转让后，受让方需从转让方处确认从事该项转让业务的工作人员的数量，并且需雇佣此类工作人员总数的 75%。通过 1994 年 12 月 15 日的合同，Temco 正式通知 BMV 它已经全面接管了大众的清洁合同并且要求 BMV 转给它与清洁合同有关的员工名单。当 GMC 将名单转发给 Temco 后，Temco 雇佣了 GMC 的部分员工。同时，GMC 试图根据国家法律规定的程序解雇上述四位受保护的员工并试图使相关的联合委员会相信：基于经济或技术的原因，其有权解雇他们。GMC 的这一请求遭到了拒绝。布鲁塞尔劳工法院宣称：审理由于反对这个决定所引起的诉讼请求，其没有管辖权。1995 年 11 月 23 日，布鲁塞尔最高法院（the Cour du travail de Bruxelles）维持了此裁决。直到 1995 年 12 月，这四名员工被 GMC 指派做短时间工作者，登记为短时工（short-time working）即使将四个人的合同自动的转让给 Temco 的同时与 Temco 公司已经全面接收大众工厂的清洁业务的业务相一致。这是说在 1995 年 1 月 9 日，根据集体协议执行指令 32a。自 1995 年 12 月，GMC 停止支付报酬，四位劳工启动了对 GMC，BMV 与 Temco 的诉讼程序。1998 年 3 月 12 日的判决，劳动法庭支持：清洁大众工厂的业务已经通过一系列的合同从 GMC 转移至 Temco，因此，在两个企业之间存在着集体协议 32a 所指称的企业转让。它表达了这样一个观点：1993 年 5 月 5 日的集体协议所指的需要接收 75% 的条款是不合法的。据此，劳工法庭认为：四名劳工自 1995 年

¹⁴⁰[2011-10-05]. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000J0051:EN:HTML#CO>.

1月9日起自动的转让给 Temco，由其接收。Temco 对布鲁塞尔劳工法庭的判决提出上诉。法庭鉴于争议的两个具体特征提出了指令适用性上的问题：第一，GMC，为有转让行为的企业，其只是 BMV 的一个分承包商，BMV 在案件中是在 Temco 之间履行清洁合同的企业，因此，GMC 从未与大众产生合同关系，原承包商。第二，GMC 在 BMV 的清洁合同被大众终结后，在几年的时间内仍继续存在。因此，布鲁塞尔劳动法庭决定中止诉讼程序，将以下问题提交至司法法院得出一个初步的裁决：

是否 1977 年 2 月 14 日的欧盟 77/187 号指令中的第一章（1）适用于：A 企业与 B 企业签订清洁工厂的契约，而 B 把这份契约转包给 C 企业。C 企业由于 B 企业与 A 企业之间的契约终结，便解雇了这四名劳工以外的其余所有劳工。此时 A 企业与 B 企业的清洁契约转与 D 企业签订，依据集体协议的规定雇佣了原 C 企业的一部分员工，但是 D 企业并未接收任何 C 企业的资产，C 企业在此之后仍然持续存在。这种情形之下，是否欧盟 77/187 号指令仍然适用？（2）即使 C 企业仍然持续的存在，此事件中 C 企业仍可视为一个合法的让与人，那么上述 77/187 号指令是否妨碍 C 企业在它的服务中维持特定劳工呢？¹⁴¹

关于劳动者是否具有拒绝留用的权利，主要体现在第二个问题上：相关法院必须考虑到指令中第 3 章（1）一定被解释成具有这样的含义：它不排除与转让企业间的劳动合同或雇佣关系自指令第 1 章（1）所指的企业转让之日起与转让企业继续存在。指令第 3 章（1）规定了自企业转让的同时，与转让企业间的雇佣合同所规定的权利与义务自动转让给受让企业。通过条款可得知转让的发生不需遵从双方的意思表示，是具有强制性的；不能以一个有损于劳动者的方式来贬损它。因此，指令所赋予劳动者的权利的行使可不受转让企业或受让企业任何一方的限制，不以其同意为生效要件，也不以雇员自身或雇员代表的同意为要件。（Case C-362/89 D'Urso and Others [1991] ECR I-4105, paragraph 11). 但是，即使雇佣合同的转让因此被强加给雇主与雇员，法庭也承认，雇员有权选择是否拒绝自身的雇佣合同是否转让给受让企业(see inter alia Joined Cases C-132/91, C-138/91 and C-139/91 Katsikas and Others [1992] ECR I-6577, paragraphs 31 to 33)。在这样一个案例中，雇员的位置取决于欧盟成员国的本国立法：与企业转让有关的雇员

¹⁴¹参照 Case C-51/00 欧洲法院判决中的 8—19 段。

的合同可能由于雇主或雇员的原因而终止，也可能继续与企业之间有效的存在。(see *inter alia* Katsikas and Others, cited above, paragraph 36)。初步裁决中的第二个问题的答案应该是指令第3章(1)应该被解释成此含义：它不排除与转让企业签订的员工的劳动合同或雇佣关系在指令第1章(1)所指的企业转让之日起，其有权反对自身的雇佣合同与雇佣关系转让给受让企业，有权选择与转让企业的劳动合同继续存续。

(二) 劳动者拒绝留用权之立法确立

日本法认为，当企业合并时，新旧雇主无商定留用员工的权利，劳工在获得留用后，同样没有拒绝被留用的权利。即便日本民法第六百二十五条规定了劳动给付请求权具有人身专属性，但企业的合并从本质上并未影响组织的一体性，合并前后企业组织的同一性得以继续维系，因此劳务请求权的主体实质并未发生转移，企业合并的情形也就不违反劳务请求权人身专属的性质，自然排除了日本民法第六百二十五条的规定。也就是说，当企业合并时，无论劳工是否同意，被雇主留用的劳工与原企业之间的劳动契约由存续企业或新设企业概括承受，劳动者无拒绝被留用的权利。对于企业的分立，劳工则享有附条件的拒绝留用权。日本《承继法》第五条规定，由分立公司所雇佣，从事设立公司所继受营业的劳工（非主要业务），如经分立计划书载明其劳动契约由设立公司继受，得于接到通知后起的特定期间内，向分立公司提出异议。劳工提出前述异议者，其劳动契约不得由设立公司继受。对于企业的营业转让，日本法对营业转让时所发生的权利义务采取的是一般债权债务转让的法理，放弃了权利义务概括承受的法理。在此前提下，劳动契约的转移受民法第六百二十五条规定的调整，即劳务请求权从转让公司转移至受让公司，并需遵照一般债权债务转让的法理，即得到劳工的同意，劳工有选择接受留用或不接受留用的权利。

台湾地区立法现状对于企业组织发生变动后雇主商定留用的劳动者是否拥有拒绝被留用的权利，有比较统一的见解。对于企业的合并、分立与营业转让三种情况均承认劳动者享有拒绝留用的权利。以企业合并为例，依据权利义务概括承受法理，新企业对合并前企业的债权债务关系自动继受，对劳动契约与其它债权债务关系采用同一处理方式，新企业当然的取得对劳动者的劳务给付请求权，无需征得个别劳工的同意。作为被新企业概括承受的劳动契约中的一方当事人，

劳动者对此无拒绝留用的权利。但是，概括承受的法理在实务界却存有不同看法。他们认为劳务专属性理论是对概括承受法理的破坏。根据劳务专属性理论，员工被新旧雇主商定留用后，如不愿继续履行前劳动合同，则可依据相应的法律条款予以拒绝，并获得相应的资遣费。台湾地区《企业并购法》开始实施后，关于劳工是否享有拒绝被留用的权利，已有明确规定。企业并购法第十六条规定：“并购后存续公司、新设公司或受让公司应于并购基准日三十日前，以书面载明劳动条件通知新旧雇主商定留用之劳工。该受通知之劳工，应于受通知日起十日内，以书面通知新雇主是否同意留用，届期未为通知者视为同意留用。前项同意留用之劳工，因个人因素不愿留任时，不得请求雇主给予资遣费。留用劳工于并购前在消灭公司、让与公司或被分割公司之工作年资，并购后存续公司、新设公司或受让公司应予以承认。”第十七条同时规定：“公司进行并购、未留用劳工及依前条第一项不同意留用之劳工，应由并购前之雇主依劳动基准法第十六条规定期间预告终止契约或支付预告期间工资，并依法发给劳工退休金或资遣费。”由这两项规定可以看出，台湾地区立法对于企业合并时新旧企业主商定留用的劳工确立了劳动者的拒绝留用权。而关于企业分立、企业的营业转让等，均以《企业并购法》第十六的规定为依据，劳工本人拒绝的意思表示直接决定了雇主商定留用的劳工是否在新企业中继续提供劳务。

浅论《劳动合同法》中的解雇保护制度

赵云耀¹⁴²

【摘要】我国《劳动合同法》实施以来，取得了良好的社会效果。其中关于解雇保护制度的设计更是对劳动关系的稳定以及劳动者的保护起到了关键性的作用，充分体现了该制度的合理性。然而在制度的具体设计和实施中仍存在大量问题。本文通过对相关条款不足进行分析，并提出完善建议，以期对制度完善做出贡献。

【关键词】 劳动合同法 解雇保护 契约自由

劳动合同的解除一般有三种情况，一是用人单位与劳动者协商解除，二是用人单位单方面解除，三是劳动者单方面解除。解雇即是指劳动关系中用人单位单方面解除劳动合同的行为。解雇保护是在保护劳动者权益的要求下，对雇主解雇权利的限制，通过立法的形式限制用人单位解除劳动合同的自由，使其只有在特定条件下才能解除劳动合同。我国《劳动合同法》第 39 条、第 40 条、第 41 条严格规定了用人单位解除劳动合同的条件，对我国劳动市场的稳定以及劳动者利益保护起到了积极的作用，但是同样也表现了其不足之处。

一、解雇保护制度设立的背景

（一）《劳动合同法》保护劳动者权益的立法宗旨

解雇保护以限制用人单位的解雇权利为手段，保障劳动者就业稳定，从权利义务关系上讲既是对劳动者设立了义务，相对的也就是为劳动者设立了权利--非因法定事由不得被解雇的权利。相对的对于劳动者的辞职的权利，即劳动者单方解除劳动合同的权利，虽然设立了提前通知的要求，但仍是给予了劳动者辞职的充分自由，相对解雇保护来说几乎没有限制。《劳动合同法》这样规定的原因在于《劳动合同法》的立法本意在于保护劳动者合法权益以及维护劳动关系的和谐稳定。关于劳动法的一个重要争论就是劳动法是单保护、双保护还是倾斜保护的

¹⁴² 华中农业大学

问题（倾斜保护从语义上讲仍应属于双保护范畴，双保护一说现在已无人提起，故不作讨论）。《劳动合同法》第一条规定“为了完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系，制定本法。”保护劳动者权益并不等于只保护劳动者，无法从这一条规定得出《劳动合同法》是单保护还是倾斜保护，但可以明确的是《劳动合同法》是以“保护劳动者的合法权益”和“构建和发展和谐稳定的劳动关系”为立法宗旨，单保护和倾斜保护的争论意义不大。虽然《劳动合同法》从立法之初就不是一部为用人单位设置权利的法律，但不可否认《劳动合同法》应尊重用人单位相对于劳动者固有的权利。有学者以用人单位的权利可以通过其他法律保护来证明《劳动合同法》不需要保护用人单位合法权益。¹⁴³这一观点明显割裂了权利义务关系的相对性，用人单位在劳动关系中同样具有其权利，其他法律诸如《公司法》、《物权法》等是无法调整用人单位与劳动者之间的权利义务关系的。

保护劳动者无疑是单保护还是倾斜保护都应追求的基本原则，因此以解雇保护制度维护劳动者的合法权益是当然选择，但不应矫枉过正，反而侵害了用人单位的合法权益，违背了和构建和发展和谐稳定劳动关系的原则，进而侵害劳动者的合法权益。

（二）《劳动合同法》应对契约自由加以限制

契约自由原则是合同的基本原则，劳动合同由雇佣合同发展而来，传统劳动合同实际上就是劳资双方签订的契约，劳动合同在形成的初期通常情况之下都由民事法律来加以调整，当时劳动合同作为民事契约的一种而存在，自然具备其最显著的契约自由的原则。按照契约自由原则，用人单位理应拥有任意解雇其劳动者的自由的，契约自由得以建立的前提条件是具有平等地位的当事人，它要求契约当事人任何一方都不能将自己的意志强加给另一方，契约关系中当事人的法律地位平等，都以主体的身份出现。¹⁴⁴但我们需要明确的是劳动关系实质上是不平等的，劳动者与用人单位之间具有明显的人身依附性，与传统农耕社会不同，雇员不具备其他生产要素，只能以出卖劳动力换取收入，雇佣收入几乎是雇员最主要甚至是唯一的收入来源，雇员基于维护自身及家人生活需要而附于接受劳动力即雇主一方，其不应是也不再是农业时代那种给付与对等的合同关系。民事法律

¹⁴³ 黎建飞. 从雇佣契约到劳动契约的法理和制度变迁[J]. 中国法学, 2012(3):103-114.

¹⁴⁴ 太月. 劳动合同中契约自由原则的适用限制[J]. 湖北社会科学, 2015(10):144-150.

的自由原则是基于其平等精神的，没有平等谈自由只会导致新的不平等。《劳动合同法》不是不遵守契约自由原则，而是要对契约自由加以限制，维护劳动关系的稳定，实现劳资双方实质上的平等。

（三）用人单位不理性需要解雇保护予以限制

在市场经济背景下，用人单位作为重要的市场经济活动主体，基于市场的逐利性，盈利无疑是其最首要的目的。在经济形式不景气的大背景下，当用人单位面临经济困难时，为了保证利益最大化，会采取相应手段来维持其最大盈利。依据马克思关于资本的理论，为保持理论采取的手段一般为提高生产率或者降低成本。相比之下，降低成本无疑会比提高生产率更为简单，因此作为最大也是最容易摆脱的成本的劳动者，也就成为了用人单位保持盈利的最优选择。回看资本主义几次经济危机，大量的工人下岗也正说明了劳动力成本的易被抛弃性。

另一方面，根据现代劳动力市场理论，从长远角度看用人单位提供给其劳动者的平均工资应当是等于其边际生产力的。在用人单位雇佣劳动者的初期，为了降低其任意辞职带来的风险，用人单位实际支付的工资会少于劳动者边际生产力，此时劳动力的使用给用人单位带来的收益是最大的；但随着工龄的增长，劳动者的工资会随之增高，工作 3 年的劳动者工资一般是工作仅 1 年的 1.5 倍，而工作 7 年的劳动者收入更是能达到工作 1 年劳动者收入的 3 倍。¹⁴⁵当劳动者的工资高于其边际生产力时，劳动者的对用人单位来说这一劳动者便成为了负担，继续对其雇佣不符合经济效益，因此用人单位会选择将其解雇而选择替代的劳动力。也正因此当劳动者在同一用人单位工作至 3 到 7 年后，就易遭到解雇，此时劳动者所产生的边际收益是大于其工资收入的，也因此用人单位采取投机主义解雇劳动者以获得最大收益。

二、对解雇保护制度的评析

（一）解雇保护的一般规定

《劳动合同法》对用人单位解雇劳动者的条件采取列举式的方式进行限制。按照《劳动合同法》第 39 条、第 40 条以及第 41 条规定，用人单位解雇劳动者有三种类型，分别为有过错解雇、无过错解雇和经济性裁员。过错解雇以劳动者存在过错为条件，规定具体 6 类情形，用人单位解除合同无需支付经济补偿金；

¹⁴⁵参见 新华网 http://news.xinhuanet.com/mrdx/2009-06/03/content_11480055.htm

无过错解雇中劳动者不存在过错，但因 3 类劳动合同缺乏继续履行的条件，用人单位可以提前 30 日通知或额外支付一个月工资解和经济性裁员都需要支付经济补偿；经济性裁员是由于用人单位因 4 类经济、运营状况而导致的裁员，其中“依照企业破产法规定进行重整”导致的裁员需要按劳动者工作年限支付经济补偿。而依据《劳动合同法》第 87 条规定，用人单位违法即非依第 39、40、41 条之规定单方解除劳动合同的，则需要支付相当于经济补偿金双倍的赔偿金。

（二）解雇保护制度的不足

1. 列举式解雇条件不足以应对多样的情形。对于限制解雇事由的范围与程度，各国在立法上有的采取概括性模式，有的采取原则性模式，有的则采取示例性模式。《劳动合同法》采取列举式的立法模式，用人单位只有具备法定列举的事由才能行使解雇权，否则，即被认为违法解雇。解雇事由的立法过于刚性，过分强调了劳动关系的稳定性而忽视了流动性，不利于企业和经济的健康发展。

2. 《劳动合同法》第 39 条中“严重违反”、“严重失职”、“重大损失”、“严重影响”等概念模糊，难以被具体化。实践中通常依据用人单位内部的规章制度进行判断，但是用人单位规章制度的制定往往是管理者单方制定，缺乏劳动者的参与，无法体现劳动者的意志，难免导致规章制度对劳动者的不利。尽管《劳动合同法》对规章制度制定程序和内容作出了明确规定，但由于监督机制以及法律后果的缺失，这些规定能否落实也缺乏保障。

3. 《劳动合同法》第 39 条第 6 项规定依法被追究刑事责任可即时解除劳动合同过于苛刻。考虑追究刑事责任即可解除的理由，一是依法被追究刑事责任的人，其人身自由通常受到剥夺或者限制，难以正常履行劳动合同，因而存在解除劳动合同的必要性；二是被追究刑事责任对人可能存在社会危害性。但是并不是所有被依法被追究刑事责任的人都存在以上两点情形。如被判处管制、单处剥夺政治权利、单处罚金刑或者被适用缓刑的人，人身自由并未被限制，完全有继续履行劳动合同的可能。其次，劳动权是一个人生存权的基本组成部分，刑罚结束后其仍需参加劳动以维持自己和家庭生活的基本条件，法律也应保障这一类人的就业。

4. 解除保护制度是否适用于事实劳动关系以及劳动合同订立，但劳动关系未成立的情形。劳动合同订立的理想模式是用人单位与劳动者发生“用工”的同时订立劳动合同，但往往存在特例。《劳动合同法》不支持事实劳动关系，但事实

劳动关系确实大量存在,《劳动合同法》第 14 条第三款规定,对于用人单位自用工之日起满 1 年不与劳动者订立书面劳动合同的情形,视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。但在不满一年内,解除事实劳动关系不等同于解除劳动合同,而《劳动合同法》中规定的经济补偿金和赔偿金针对的是解除或终止劳动合同,若无法律或行政法规引渡条款的规定,不得直接适用《劳动合同法》有关经济补偿金和赔偿金的相关规定。¹⁴⁶解除条件当然也不适用。

而依据《劳动合同法》第 10 条第 3 款规定,用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的,劳动关系自用工之日起建立。也就照成了劳动合同订立,但劳动关系未成立的情形。根据《劳动合同法》第 38 条、39 条、40 条规定,劳动合同法定解除是以劳动合同处于“实际履行状态”为发生根据。也就是说,劳动者已按照劳动合同约定在用人单位正在从事实际的工作过程中发生的劳动合同解除。由此可见,对于劳动合同订立后,劳动用工未发生,只能适用协商解除,不可能适用法定解除。¹⁴⁷

5.对企业高管是否应当适用解雇保护制度。企业高管与企业之间的地位相对平等,不具备劳动法保护的先决条件,企业高管具备高强的工作技能、社会竞争力,并不处于弱势地位,无需对其进行保护,或者说无需对其严格的按照劳动法保护。而且相比一般劳动者,企业对高管的需求也更加灵活,高管与企业的发展进程密切相关,不同企业发展时期企业对高管能力、经营方向有着不同的需求,因此对高管不应当适用劳动合同法严格限制其解雇。

三、《劳动合同法》完善的建议

(一) 把正当理由解雇作为过错解雇事由

加入正当理由解雇,用人单位在做出正当理由解雇的通知后,由工会加以审核,对解雇是否合理做出判断。工会代表劳动者利益一方的,由工会对解雇理由进行判断理应是偏袒劳动者一方的,在这一设想下,企业对劳动者的解雇当然具有更加审慎的态度。同时设立解雇警告制度,对可能存在解雇事由进行书面通知,若一定期限内不能解除该事由或者是再次出现同样的事由,可以进行解雇。但要避免解雇理由的滥用,雇员可以对该理由进行申诉、仲裁和诉讼。解雇理由不成立的应当适用违法解雇予以赔偿。对于《劳动合同法》第 39 条中概念模糊难以

¹⁴⁶叶欢. 解除事实劳动关系区别于解除劳动合同的法律适用[J]. 中国劳动, 2014(2):50-52.

¹⁴⁷王立明. 劳动合同订立与劳动关系建立的法律识别[J]. 中国劳动, 2008(1):21-23.

界定，也可适用这一制度。

解雇理由应借鉴国外的相关立法经验，充分考虑解雇的正当性。而非仅仅限于《劳动合同法》所列举的那些形式。增加兜底性条款，通过司法解释与指导案例的形式，扩大解雇的正当事由，以便应对多样的现实状况。

（二）细化现有解雇事由的规定

用人单位是否有权解雇被依法追究刑事责任的劳动者，应考虑具体因素，综合考虑劳动者的犯罪行为、犯罪对象、判刑时间以及社会危害性。①犯罪对象并非用人单位或者单位其他劳动者；②犯罪行为与劳动者本身的职位和企业本身的追求不相违背；③有期徒刑以下刑罚，包括缓刑；④社会危害性不大，如过失犯罪等。同时具备以上条件，应当继续劳动关系。

（三）正确处理解雇事由的适用范围

事实劳动关系成立1年后视为自动订立无固定期限劳动关系，当然适用解雇保护制度，但在1年内应该如何处理仍待解决。从保护劳动者角度，当然不能任意解除，但也不能限制用人单位让其无法解除。应当同样适用《劳动合同法》关于解雇事由的规定。而劳动合同订立后用工未发生，当然无法适用解雇事由的规定。但应当考虑用工未发生的原因，责任归咎于劳动者还是用人单位，以此确定违约责任。

公司高管人员同时具备劳动者属性与雇主属性，具有管理与被管理的双重身份，对公司高管的解雇不能简单的适用《劳动合同法》的解雇保护制度。《公司法》对高管任免的规定更合适，《劳动合同法》应在立法上予以明确。

四、结语

《劳动合同法》中的解雇保护制度作为保护劳动者合法权益，维护劳动关系稳定的重要制度意义重大。本人认为《劳动合同法》立法目的上是比较明确的，真正存在问题的应当是立法技术上的问题，法律的修改也应从这一方向入手。

论劳动者单方解除劳动合同制度的完善

周述荣

【摘要】《劳动合同法》第 37 条关于劳动者预告解除权的规定值得检讨，赋予任何劳动者无任何实质性限制预告解除权的一刀切的作法并不妥当，应以工资高低来区分劳动者，应允许用人单位与基本工资在当地平均工资以上的劳动者约定违反劳动合同期限的违约金责任，违约金的标准可参照经济补偿金的计算方法，以合同期限尚未履行部分为基础，一年不超过一个月工资，六个月以内的不予计算，六个月至一年的部分算半个月。无固定期限劳动合同违约金应在六个月工资以内。同时规定，劳动者有正当理由单方解除劳动合同的，应免除承担违约金责任。基本工资在当地平均工资以下的劳动者可保留无限制的预告解除权。即时辞职制度应在程序上增设催告制度，当用人单位存在《劳动合同法》第 38 条第一款规定违法行为时，劳动者应催告用人单位在一个月内改正，不予改正的，才能主张行使解除权，不得不经预告径行行使解除权。

【关键词】预告解除权；即时辞职；催告制度

《劳动合同法》对劳动合同解除制度实行严格的法定解除模式，限制协议解除的适用，这种立法模式的弊端在于刚性有余，而灵活性不足，当事人意思自治空间较小。立法的粗糙进一步凸显了上述弊端带来的负面影响。本人拟探讨劳动者单方解除劳动合同制度两个方面的完善。

一、劳动者劳动合同预告解除制度的完善

《劳动合同法》第 37 条一刀切地规定任何劳动者任何情况下都享有预告解除权是否合理？关于这个问题的讨论已经很多，因为在 1994 年颁布实施的《劳动法》中第 31 条即规定了该权利，《劳动合同法》第 37 条只是重复了劳动法的规定。《劳动法》颁布后，对该条的批评和完善建议就一直不绝于耳。部分学者认为第 31 条对劳动者的保护有余，而对用人单位利益重视不够，表面上看保护了劳动者，实际的结果是导致劳动者与用人单位互不信任，劳动合同短期化，劳

动关系紧张。

（一）不受限制的预告解除权可能导致的后果

1、劳动者频繁跳槽。例如据报道大学毕业生在毕业后的前几年跳槽频繁，这样很不利于诚信意识和慎思笃行良习的培养。

2、用人单位没有安全感。总感觉劳动者随时可能会走人，因而不愿意花钱培养培训劳动者，只对劳动者进行上岗必要技能的培训，对劳动者实行原子化管理，使劳动者长期在单一岗位上工作，长期只能养成单一的技能，并且这种技能专用型较强，离开这个岗位或者这个单位便没什么价值。用人单位这种思维导致的严重后果是优秀的人才难于成长，整个国家人力资源水平的下降，有人指出这是中国和西方技术强国制造业的差距原因所在，我们不是没有专利，不是没有先进的技术，而是缺乏优秀的技术工人。这可能也是《劳动合同法》颁布之前劳动合同短期化的原因之一。《劳动合同法》通过书面合同制度和无固定期限劳动合同制度想使劳动合同往中长期方向发展，但对劳动者的预告解除权则还是和《劳动法》一样，不能不说是欠整体考虑的。

（二）已有完善建议评析

很多学者对劳动者预告解除权制度的提出了完善建议，归纳起来主要有以下几方面：一是借鉴国外立法区分定期合同与不定期合同，分别适用不同规则。预告解除权只适用于不定期合同，定期合同要预告解除需承担一定法律责任。笔者认为这种区分目前还不适合中国国情，而且不定期合同即无固定期限劳动合同用人单位对劳动者更有稳定性的期待和培训成本的投入，这种合同更应规定劳动者行使预告解除权的法律责任。二是根据不同岗位作不同设定。^[1]该种观点意识到劳动者其实是有区别的，并不是所有的劳动者都是弱者，有些劳动者比如核心技术人员、高级管理人员也可能是强者，对他们应有更多的限制。笔者认为这种观点值得赞同，问题是如何区分不同岗位的劳动者以及如何设定法律责任。有些学者建议根据不同岗位的劳动者设定不同的预告期，以便用人单位有更多时间寻找合适的替代者。笔者认为这种观点在实践中并不适用，如果一个员工想走了，那么强留是没有意义的，如果已经提出辞职，那么必然无心工作，与用人单位之间关系也必然紧张，这种状态持续只会给用人单位带来负面影响。实践中很多用人单位在员工提出离职申请后主动放弃一个月期限，让其立马走人，以免影响他

人。

（三）笔者的建议

1、以基本工资为基础区分劳动者，基本工资高于当地平均工资即可约定违约金责任。笔者以为以区分劳动者类型为基础制定不同规则是合理的。劳动者有强有弱，强者意味着更强的谈判能力和更强的就业能力，同时可以从用人单位获得更高的收入，理应承担更多的义务，而弱势劳动者则应侧重保护他们的自由择业权和维护他们的流动性。但以往学者建议的以岗位来区分不同类型的劳动者在立法上是不可行的。因为用人单位类型不同，岗位设置、岗位名称等都会有区别，立法上难以简洁规定。笔者建议采用一个便宜的区分方法：根据劳动者工资来区分，对工资高者设定较高的违约责任，工资低者则应给予更多自由和较少的违约责任。高工资同时意味着高级别的工作岗位，也意味着能享受用人单位提供的无法精确计算的更好的福利待遇，同时也应该意味着更多的义务。本人构想是以当地社会平均工资标准为参考标准，笔者认为基本工资（即劳动合同约定的工资，不包括加班加点工资，也不包括用人单位承担的社会保险费用和公积金等不以现金方式支付给劳动者的待遇）收入低于社会在岗职工平均工资标准的劳动者预告解除权可适用现行规定，单方预告解除劳动合同无需承担违约责任。高于当地在岗职工平均工资的，用人单位可在劳动合同中与劳动者约定违反劳动合同期限的违约责任，违约责任的形式为违约金，但对劳动者承担的违约责任法律应设上限，不得由劳资双方完全自由约定。并且要区分固定期限劳动合同和无固定期限劳动合同。固定期限劳动合同可约定违约金的上限可参照经济补偿的规则，以未履行的劳动合同期限为计算基础，一年支付一个月工资的违约金，六个月以下的部分计算半个月，六个月至一年的部分计算一个月。无固定期限劳动合同则应支付六个月工资以内的违约金。之所以用工资作为立法的基础，是因为工资是劳动者人力资本价值的体现，可以衡量劳动者提供的劳动的质量。一个人的人力资本的养成并非一蹴而就，是经过长期的教育、培训、工作、社会历练等各种经历中慢慢形成的。高工资往往和高学历、优秀的技术水平、丰富的管理经验、广泛的人际关系等对用人单位有价值的因素相关的，这样的劳动者一般年纪已经较大，具有较丰富的社会经验，对于合同的含义及其约束力也更为理解，再就业能力和经济状况更佳，承担违约责任的能力也更强。至于为何选择当地在岗职工平均工资作

为区分标准，是基于笔者对各省的各种工资数据观察后的直观感受，是一种粗浅的直观印象，是否合理有待深入调研。如浙江省公布的 2011 年全省在岗职工年平均工资为 35731 元（2978 元），2012 年为 40087 元（3340 元），2013 年为 44513 元（3709 元），2014 年为 48372 元（4031 元）。上海市公布的 2011 年全市职工年平均工资为 51968 元（月平均工资为 4331 元），2012 年为 56304（4692 元）；2013 年为 60432（5036 元）；2014 年为 65412（5451 元）；2015 年为 71269 元（5939 元）^[2]笔者对上述数据的感受是基本工资能到达上述数额的已经算是不错的工资水平了，大部分普通劳动者，如农民工群体是达不到这个水平的，即使是大学毕业生，前几年的工资水平很多也达不到这个水平（当然，这个感受尚需进一步调研证实）。所以，以当地平均工资为标准即可把底层普通劳动者排除在外。具体在应用上述建议时，应注意到劳动者的工资和当地平均工资都是变动不居的，所以，上述建议立法时可以劳动者退出辞职时在该用人单位工作期间的平均工资和相应时期当时社会平均工资的平均数相比较，高于即可适用违约金责任，低于则不应适用。

2、免责事由。在上述可约定违约金的规则之外，还应规定劳动者的免责事由，即劳动者如果基于一些正当理由而不得不辞职时，应该免除其违约金责任。免责事由可采用一般条款加列举的方式。如：劳动者单方解除劳动合同有合同订立时不可预测的正当事由的，应免除其违约金责任。正当事由包括以下情形：不可抗力；（二）劳动者因健康原因不能履行劳动合同的；（三）劳动者因脱产进修、考取公务员、应征服兵役等情形的……（六）其他正当事由。

3、上述建议的几点积极意义。（1）有利于建立劳资双方之间的信赖关系，增加彼此的期待和安全感，使用用人单位敢于投资培训劳动者，形成稳定和谐的劳动关系；（2）有利于改善劳动合同短期化现象，劳动合同短期化现象与劳动者无限制的自由辞职权有一定关系，限制劳动者自由辞职权实质上有利于劳动者合同长期化目标的达成。

二、劳动者劳动合同随时解除制度（即时辞职）的完善

（一）《劳动合同法》关于即时辞职的规定及不足

1、规定。《劳动合同法》第三十八条规定：用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：

- (一) 未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；
- (二) 未及时足额支付劳动报酬的；
- (三) 未依法为劳动者缴纳社会保险费的；
- (四) 用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；
- (五) 因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的；
- (六) 法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

该条如此规定的法理基础应是：用人单位如有上述情形，则有主观上有过错，客观上有违法行为，故可不经预告而径直主张解除劳动合同。

2、不足之处。根据合同法的基本原理，当事人主张直接解除合同需违约方有根本违约或称严重违约行为，致使不能实现合同目的，才可不经预告而径直主张解除合同。《合同法》第九十四条 有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

- (一) 因不可抗力致使不能实现合同目的；
- (二) 在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；
- (三) 当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；
- (四) 当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；
- (五) 法律规定的其他情形。

其中，第（一）、（二）、（四）项均属因一方违约行为致使不能实现目的的，可直接主张解除合同，第（三）关于迟延履行的规定，则规定催告制度，详言之，迟延履行并不必然导致不能实现合同目的，如果此种情形也轻易允许守约方主张解除合同，则与诚信原则不符，特别是在承揽合同、建筑工程施工合同等特殊合同中，受各种因素影响，迟延履行乃属常见现象，如不能证明迟延履行致使合同目的落空，则不允许解除合同，这样才能较好的平衡各方当事人的利益关系，在社会层面也符合效益原则。^[3]《劳动合同法》第 38 条之规定，虽然都涉及用人单位的一些严重违约行为，但劳动关系是持续性关系，劳动合同的履行是一个长期的过程，在劳动合同履行过程中用人单位未必能时时刻刻严守法律规定，有时虽有违法行为，但事后一般可予补正，如此而言，有些违法行为性质上属于迟延履行。根据上述合同法原理，迟延履行或者轻微违约行为不足以致使合同目的不能

实现,因而允许劳动者可径行主张解除合同可能导致劳动者利用用人单位管理上的疏忽和漏洞而根据有利于自己的原则选择性主张解除合同的局面。这种做法其实也不符合诚信原则的要求。我国现实是,很多企业,特别是中小企业,民营企业客观上存在管理不规范的现象,不是每个企业都有能力、财力聘请专业人士进行管理,劳动法律法规纷繁复杂,也难以尽善尽美的把握,劳动者要挑一些企业在管理方面的毛病并不是难事。所以,《劳动合同法》第 38 条第一款确有不足之处,应加以完善。

(二) 完善建议----增设催告制度

笔者的建议是,在即时辞职制度中程序方面增设催告制度。立法的一个基本原则是平衡法律关系双方当事人之间的利益。毋庸讳言,《劳动合同法》第 38 条第一款规定的几种情形用人单位确有比较严重的侵害劳动者利益的行为,属于违法和违约行为,应该赋予劳动者单方解除权,只是基于劳动关系的持续性、动态性等特点,上述违法行为尚不足以致使不能实现合同目的,且即使用人单位存在上述侵害劳动者权益的行为,只要用人单位存续,劳动者的权益可通过仲裁、诉讼等手段维权获得相应赔偿。故立法无需赋予劳动者径行直接主张解除劳动合同的权利,而应增设催告制度,即劳动者在主张解除劳动合同之前,应催告用人单位改正违法违约行为,催告后仍不改正才能主张解除合同。催告权的行使以书面形式为宜,催告期限以一个月为宜,如果催告后一个月之内仍不能改正,即可主张解除权的行使。

设置催告制度的理由:(1) 催告制度的设置一方面可以提醒用人单位注意到自己管理方面的违法违约行为,便于及时改正,也给了用人单位一个解释生活的机会。举例说明,第 38 条第(二)项规定未及时足额支付劳动报酬的可主张解除合同,如果没有催告制度,那么只要用人单位存在拖欠工资行为,无论原因,无论拖欠时间短长,一律享有立即解除劳动合同的权利显然是不合理的。用人单位拖欠工资的原因很多,不排除资方恶意拖欠可能,但大多数情形,也不排除确因资金周转困难暂时拖欠工资情形,如果此种情形,一个在本想离开企业的劳动者趁机主张解除劳动合同,同时主张经济补偿,合理性何在呢?(2) 劳资双方可能会对《劳动合同法》第 38 条第一款规定的几种情形存在不同理解,需要给双方沟通的机会。比如第(一)项,未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动

条件的，劳动保护和劳动条件的约定不可能非常细化，只能是大概的约定，即使是劳动保护法的规定也不可能面面俱到，这样就很容易产生不同的理解，有时劳动者的理解可能会超出约定或法律的规定，超出当地惯例，此时也需要一个劳资沟通的机会。再如第（四）项之用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的，也是容易产生不同理解的规定。

劳动合同法的制度设计只有合理平衡了劳资双方的利益，才有利于和谐劳动关系的构建。

【注释】

[1]姜颖：《劳动合同法论》，法律出版社2006年版，第279页。

[2]以上数据来自百度搜索，关键词为“某某省（如浙江省）2012年在岗职工平均工资”，2016年5月6日搜索浏览。

[3]崔建远著：《合同法学》，法律出版社2015年第一版，第205-206页。

论劳动缔约过失责任的归责原则及其构成要件

杜宁宁

【摘要】《劳动合同法》已经部分确立了劳动附随义务，违反这些义务的法律
责任也零散地体现在一些法条当中，而完整的缔约过失责任制度尚未确立。在责
任主体、归责原则、构成要件和责任承担四个要素中，归责原则及构成要件，既
是制度架构中不可或缺的部分，也是统领责任制度的指导性原则，它们因劳动关
系的特殊性，而呈现出了与民法迥异的特点，对这两个要素进行解读，对劳动缔
约过失责任的构建具有重要意义。

【关键词】劳动缔约过失责任；归责原则；构成要件

劳动契约附随义务一直是劳动法学界研究的薄弱环节，这一方面与附随义务
本身的“依附”地位有关，其较之于契约主要义务总是处于从属地位；另一方面也
与我国劳动法律不健全、劳动法研究不发达有一定关系。尽管我国《劳动合同法》
首次在立法中确立了劳动缔约附随义务之一——劳动缔约“明示”义务的规定，但
违反义务的责任制度却处于缺失状态。义务的设置是为了保护权利，宣告、确定
和保护权利已经成为立法的核心价值取向。在以权利为本位的现代社会，义务作
为第二性的因素，为权利作出参照，违反义务，就是对权利的侵犯，涉及法律责
任的承担。然而迄今为止，在劳动立法领域尚未制定完整系统的责任制度，权利
——义务——责任的立法格局没有完全形成，使得很多权利规定流于表面，停留
在权利宣言的状态，阻塞了权利从法定状态到实然状态的转变之路。尽管《劳动
合同法》第 8 条规定，用人单位招用劳动者时，双方都有了解对方相关情况的权
利，相对方都有如实说明的义务，确立了劳动契约缔结中的知情权，但违反这一
明示义务的法律后果却付之阙如。该法第 86 条有关“劳动契约被认定为无效后，

本文为 2013 年广州市哲学社会科学“十二五”规划课题——广州老龄社会与城市养老问题研究（13Y14）、
华南理工大学中央高校基本科研业务费资助项目“劳动缔约过失责任研究”（supported by“the Fundamental
Research Funds for the Central Universities”,x2sx-D213362w）的阶段成果。

作者简介：杜宁宁（1979—），女，汉，吉林省四平市人，华南理工大学社会工作研究中心副教授，法学
博士，主要从事劳动与社会保障法研究。

给对方造成损害的，有过错的一方应当承担赔偿责任”的规定，也仅是有限地确立了缔约过失责任，而完整系统的“劳动缔约过失责任”制度尚未真正构建起来，影响了对于权利的有效保护。实践层面，在劳动缔约过程中，存在大量的因一方当事人恶意磋商、欺诈对方当事人而订立劳动契约的情况，致使劳动契约无法成立或者无效，给对方当事人造成损失。司法实践如何规范和制裁这些行为，也成为构建劳动缔约过失责任制度的实践动因。当然，劳动缔约过失责任的构建过程中，不可避免要借鉴传统民事缔约过失责任的理论，从制度架构上，依然要包括责任主体、归责原则、构成要件以及责任承担方式四个方面，但作为独立的法律部门，其责任制度又必须作出劳动法的解读，形成独属于劳动法的缔约过失责任。其中归责原则及构成要件，既是制度架构中不可或缺的部分，也是统领责任制度的指导性原则，对劳动缔约过失责任的构建具有重要意义。

一、劳动缔约过失责任的归责原则

归责，是确定责任的归属，归责原则，是在确定和追究当事人违法行为时所采用的标准或者准则。认定和归结法律责任必须遵循一定的归责原则，而归责原则的确立，也决定着责任构成要件以及责任承担方式。我国法律规定的归责原则主要体现在民事契约责任上，主要有过错责任（包括过错推定责任）、无过错责任和公平责任。我们根据劳动法的特殊性，建立符合劳动契约本质特征的归责原则，即采用“两分法”来归结双方主体的责任——对于用人单位，采无过错责任原则，而对于劳动者，采过错责任原则。

（1）对于用人单位的归责原则

对于用人单位，一般情形下采用无过错责任原则。无过错责任，本来是一项民事侵权责任，主要是指无论行为人对于损害的结果有无过错，只要其行为与损害结果之间有着因果关系，就应该承担责任，英美法律将之称为“严格责任”。受害人无需就加害人的过错举证，加害人也不必主张其无过错而免责，总之，行为人主观上是否有过错，对于责任的构成没有影响。我国《合同法》和《侵权责任法》都采纳了这一原则。对于无过错责任能否成为一项独立的归责原则，学界历来存在争论，本文赞同将无过错责任作为一项独立归责原则来对待，并将它视为过错责任的必要补充。我国除《合同法》和《侵权责任法》中明确规定了几种特殊情况下适用无过错责任的规定外，立法对于无过错责任采较为谨慎的态度。笔

者将无过错责任扩大适用在劳动关系一方当事人——用人单位主体上，仍然是基于劳动关系的特殊性，以及由这种特殊性决定的劳动者的弱者性。

无过错责任滥觞于西方工业化进程中处理工业事故中的人身损害赔偿，因为过去长期秉持的过错责任在处理职业伤害问题上常常更有利于雇主，而对弱者——劳工的保护不利，¹⁴⁸因此，在 19 世纪后期，无过错责任开始通过特别法的制定而发展起来。这些特别法虽尚未摆脱民事侵权法的统辖，但其规范的内容多为劳工立法。正式确立无过错责任的立法是 1844 年德国的《工伤事故保险法》，其基本理念是对于雇佣引起的或在雇佣过程中发生的一切伤害都应该得到赔偿，是谓“无过错责任”。无过错责任在劳工赔偿领域的推行，是对传统过错责任反思和超越的结果，增加了劳动者获赔可能性，被看作是对劳动者给予特殊保护的标志性制度。关于无过错责任的基础，有学者认为，不论被告是否有过错都需要承担责任，其责任的基础是因为其制造了致损他人的危险，并且其相较于原告处于优势地位，^[1]形成所谓优势地位说。有学者认为原告的行为天然具有风险，无过错责任只是法律对不幸损害的合理分配。王泽鉴教授认为，无过失责任的基本宗旨在于“对不幸损害之合理分配”，形成分配说。还有人提出超常危险说，认为“行为人在从事社会活动中都会冒一定的致自己或他人损害的风险，与此同时，通常不会冒太大的风险。如果一个人冒超常的风险，其行为本身被视为没有付诸通常或合理的谨慎，因此发生损害，就应承担责任”。^[2]亦有学者提出危险权力说，是指在社会生活中占有支配地位的人实际上等于享有某种权力，既然享有某种权力，就应当对受其权力支配的人所实施的致害行为承担侵权责任。^[3]上述不同学说对于无过错责任的基础都从不同方面进行了揭示，都具有一定的理论意义。我们不就各学说孰优孰劣进行评价，但学说争鸣的确给劳动缔约过失责任带来了启示。尤其是其中优势地位说和危险权力说，对于我们理解劳动缔约过失责任归责原则二元化、并对用人单位施以无过错责任意义非常。不可否认，在劳动关系中，用人单位具有天然的优势地位，其在资源占有上、谈判能力上、契约履行的主导上、劳动关系的改善上等方面都具有劳动者无法相比的绝对优势，因此对于用人单位给劳动者造成的损失应该采无过错责任，即根据损害事实的存在，以补偿该

¹⁴⁸ 表现为受伤的工人要证明雇主的过失，也要证明同伴工人没有过失以及伤害不是工人自愿承担风险的结果，这些要求就是传统过错责任在处理劳工职业伤害时的基本要求。如果将这些要求结合到一起，工人在发生工业事故时能够得到赔偿的机会微乎其微，因此劳工能够得到职业伤害补偿的权利在过错责任制度下几乎是一种脱离实际的空谈。

损失和合理分担该损失为目的，而不问其主观状态是否具有侵害的故意或过失。无过错责任的基础与劳动关系的本质相契合，这就是一般情形下对用人单位采无过错责任的归责原则的根本原因。

（2）对于劳动者的归责原则

对于劳动者，应该适用过错责任原则。过错责任原则是我国民法传统归责原则之一，甚至有学者主张，无过错责任和公平责任并非严格意义上归责原则，而仅承认过错责任的地位，^[4]可见过错责任在归责原则中的基础地位。但随着我国《合同法》、《侵权责任法》的颁布实施，在契约和侵权领域，过错责任、无过错责任和公平责任三分天下的格局已经形成。即便如此，在上述归责体系内，过错责任仍然处于基础地位，对于一般性违法行为责任的追究，在法律没有特别规定的情况下，还是以过错责任为基本的归责原则，无过错责任和公平责任仅作为过错责任的补充。过错原则是指，以行为人主观上的过错为承担民事责任的基本条件的认定责任的准则。过错责任原则的关键在于“过错”，“过错”是过错责任原则的实质所在。它不仅表明“有过错才承担责任”，而且还确定了它的反面：“无过错不承担责任”。对于劳动者在缔约过程中的违法行为，应该适用过错责任原则追究其责任。

二、劳动缔约过失责任的构成要件

归责原则的确立并非意味着责任的成立，而只是为责任的成立寻求根据，要成立责任还须考察加害人的行为是否符合责任的构成要件。责任的构成要件一般是立法和司法对同类违法行为构成上的学理概括。由于我们对用人单位和劳动者采不同的归责原则，因此两类主体的责任构成也将有所差别。

（1）用人单位责任的构成要件

第一，违法行为。由于民法上的无过错责任主要针对侵权行为而设，因此民法的无过错责任要件之一是侵权行为。劳动缔约过失责任属于劳动法领域的、发生在缔约阶段的责任，因此，笔者将无过错责任的构成要件，由传统民法的“侵权行为”扩大到“违法行为”。需要注意的是，这里提到的违法行为，是指非表示行为领域的违法行为，表示行为领域的违法行为仅对法律行为的效力问题具有意义。从缔约过失责任产生的理论基础，我们可以看到，缔约过失责任并非仅来源于侵权行为，所有在缔约阶段的非表示行为下的违法行为，都可能引起缔约过失

责任。对于违法行为，笔者同大多数民法学者一样，采狭义的理解，即“民事违法行为，是违反民法或其他民事法律规定，应追究民事责任的行为”、“不履行法律规定的法律义务（包括法定义务和约定义务），违反民事义务和侵犯民事权利的行为。”^[5] 对于违法行为的概括（包括概念和构成要件）充分反应了大陆法系民法“法定主义”调整方式的一般规律，正是通过立法上的定义使得各种违法行为构成要件得以明确，也确定了法定责任得以适用的前提。作为责任归结原则之一的无过错责任，以具有违反法定义务的违法行为为基本构成要件。归责原则中的违法行为本身即与违反法律义务、侵害法律权利和导致法律责任这三者紧密相连。劳动缔约过程中，违法行为主要表现为对劳动先契约义务的违反。这些义务有些已经通过立法法定化，直接构成法定义务（如《劳动合同法》第8条有关劳动缔约明示义务的规定）；有些虽未法定化，但基于诚实信用原则，劳动缔约过程中的保密、保护、协助等义务已经被认为是先契约义务的组成。违反基于诚实信用原则而生出的先契约义务被认为是劳动缔约中的违法行为，该违法行为会引起缔约过失责任。

第二，损害事实。损害事实的客观存在是无过错责任的又一构成要件。对于损害事实，则要与上文“违法行为”的狭义理解做完全相反的解读，采广义角度理解和确定损害事实。它可以是物质损害，也可以是精神损害；它可以是直接损害，也可以是可得利益损害。也就是，对于损害，应当从当事人具体参与的法律关系上来理解。“参与法律关系的义务人违反法律要求的行为，破坏该法律关系的正常状态，就妨害了权利人享有的权利，也就是对权利人权益的侵害。所谓损害亦即行为人对民法所保护的民事法律关系或民法所保护的合法权益的正常状态的破坏或加以不利影响的行为后果。”^[6]对于损害事实的确定，不仅要根据立法和学理，还要结合具体的法律关系加以认定。在劳动缔约过程中发生的损害，一般表述为“信赖利益”的损失，也就是，在法律行为的效力控制领域，受害人只有在存在信赖利益损失的情况下，才能请求赔偿。信赖利益，有学者认为，是对契约或要约赋予了信赖的一方当事人所固有的因信赖可能或已经受到损失的利益。¹⁴⁹亦有说法认为，“信赖利益是从事商品交易的双方当事人在契约关系未有效力之

¹⁴⁹ 该概念是马新彦教授在其著作《信赖与信赖利益考》中作出的界定。他认为信赖利益有几层含义：1.信赖利益必须是一种既存利益；2.对信赖利益的保护是一种类似“恢复原状”的保护；3.信赖利益必须是合理的。

前为契约目的所支付的特定成本。”这一成本是双方为了达成交易所必要支出的费用或者代价，包括失去其他交易机会。按照双方关系的演进，如果交易成功，当事人先前所付出的成本可以被契约的履行利益所补偿，如果交易未能成功，也要使在这一过程中，为交易的成功而进行了积极准备的诚信行为受到法律的保护和鼓励。^[7]信赖利益的损失实际上是当事人订立契约成本的无意义的消耗，信赖利益的保护就是将无意义被消耗掉的成本返还给受损人，使其损失得到补偿。信赖利益的赔偿范围，一般认为包括财产性利益损失和非财产性利益损失。前者又可以细分为财产利益和机会利益的损失；后者主要是指受害人人身利益遭受的损害。对于前者，学界大都赞同对于财产利益损失应该予以赔偿，但对于机会利益的损失应否赔偿，则存在争议。机会利益，主要是指信赖人因信赖对方的缔约行为会发生期待的结果，而丧失了其他应该得到的机会，是信赖人本应增加而未增加的利益。对于机会利益是否属于信赖利益，王利明教授认为，机会损失不应当包括在信赖利益范围内；杨立新教授认为，应当运用全部赔偿原则包括财产的直接和间接损失；台湾学者王泽鉴认为，信赖利益的损害赔偿包括订约费用、准备履行所需费用和丧失订约机会的损害。^[8]对此，本文认为，要对机会利益的损失进行赔偿，有一些前提条件：其一，要确定机会利益的客观存在，即与第三方缔约机会的客观存在；其二，要证明由于加害人的行为，该机会已经丧失；其三，要认定丧失这一机会的原因在于信赖方对加害人的信赖。如果能够证明上述三者的存在，则应该肯定机会利益的保护。对于非财产性利益损害问题，也就是信赖人因信赖对方的行为而使自己的人身利益遭受的损害，传统观点认为不应纳入缔约过失责任赔偿范围而属于侵权法调整内容，或者仅能在法律存在特殊规定的情况下，才能以缔约过失责任获得赔偿。但最近也有观点认为人身损害亦属信赖利益损失之列，也应纳入损害赔偿之中。¹⁵⁰

在劳动关系当中，信赖利益的损失是否包括机会利益，应视不同主体而有所不同。对于用人单位来说，若其违反告知义务导致劳动契约不能成立或者无效，对劳动者信赖利益的赔偿就不应该仅限于劳动者的实际损失，要将劳动者因此而

¹⁵⁰ 人身损害赔偿能否纳入缔约过失责任赔偿范围的问题，实际上涉及契约法与侵权行为法的关系问题，学界对此尚存在争论。所谓“契约法侵蚀侵权行为法”以及“侵权法向合同法位移”的现象就是针对契约法上缔约过失责任与侵权责任的关系而言的。对此学者刘淑波认为“非财产损害虽然受侵权行为法调整，但这并不妨碍信赖规则作为契约与侵权的中间领域发挥功能。”参见刘淑波，缔约阶段信赖利益的损害赔偿[J]，社会科学战线，2006(6): 310.笔者赞同将人身损害纳入信赖利益损害之中。

丧失的其他就业的机会成本亦计入其中；而对于因劳动者违反说明义务，使用用人单位牺牲其他订约机会，违反说明义务的劳动者应该赔偿的信赖损失，则不应包括机会利益。这主要是由于，劳动者承担责任的能力十分有限，在实践中，其既不能代替用人单位重新招聘适格员工，在经济上亦无力负担用人单位再次招聘所需费用，因此，让劳动者承担机会利益的损害赔偿，在目前情况下，不具备现实性。而对于劳动缔约过程的人身利益是否应该视为信赖利益进行赔偿的问题，本文认为，人身性本身就是劳动关系的最大特点，也是其与其他民事关系的最大区别。劳动关系不是纯粹财产关系，劳动契约责任亦不应仅限于财产性损害的赔偿，人身利益在劳动关系中具有与财产利益同样的地位。用人单位对于劳动者应负义务之一就是保护和照顾，因此无论在劳动契约的缔结过程中，还是在劳动契约的履行过程中，哪怕是劳动契约关系已经终止，用人单位都应该对相对方的劳动者负人身保护和照顾义务，这种义务对于劳动关系尤为重要。因此，必须在信赖利益的损失之中确认劳动者人身利益损害的内容，将人身损害赔偿、乃至特定条件下的精神损害赔偿纳入对劳动者的损害赔偿之列，使得用人单位的注意义务更高，实现对于劳动者财产利益和人身利益的全面保护。

第三，违法行为与损害结果之间具有因果关系。无过错责任原则中的因果关系是决定责任的关键要件。如果要确定一个人承担责任，必须确定其违法行为与损害事实之间存在因果关系，因为要求一个人对与自己毫无关系的事负责显然是不当的。正如美国人格林利夫陈述的那样：“损害只能是违法行为的自然的和直接的结果。”^[9]没有因果关系就不产生法律责任。对于因果关系，在大陆法系国家，形成了所谓“相当因果关系说”。德国法上的相当因果关系，一是说“无此行为，虽必不生此种损害，有此行为，通常足生此种损害者，是为有因果关系”；二是说“无此行为，必不生此种损害，有此行为，通常亦不生此种损害者，即无因果关系。”形成了“相当性”和“条件关系”两个层次，对一般人在日常生活中常见的两种现象之间所形成的联系观念为标准，判断行为与结果之间客观存在的必要条件能否成为法律上的因果关系。^[10]英美法则不同于大陆法系的归纳，将因果关系的探求分为三个阶段，即判断事实上的原因、法律上的原因，以及将两者结合在一起综合判断。这种归纳偏重司法实践，注重个案公平。其中，判断法律上的原因引入了“可预见性”规则。所谓可预见性规则，是指以行为人在行为时能否预

见损害发生的结果为是否应予救济的条件。该原则对于合理确定赔偿范围和交易风险，具有十分重要的作用。¹⁵¹我们借鉴可预见性规则判断因果联系，得出的结论是：以一般理性人的注意即能够预见到损害结果，在其他条件具备的前提下，可以认定存在法律上的因果关系。这种判断规则尤其在面对以上述“相当因果关系”的标准无法确定的个案时意义重大。

在无过错责任情况下，行为人是否承担责任并不取决于主观上是否有过错，而取决于违法行为与损害后果之间是否具有因果关系。但有一个问题必须作出说明，即在劳动者精神利益遭受损害而主张用人单位承担精神损害赔偿时，¹⁵²不考虑用人单位的主观过错而将无过错责任贯彻到底，必将产生不公平的结果，甚至有反向歧视用人单位之嫌。在劳动缔约过程中，劳动者因用人单位的加害行为，而遭受精神上的损害，要求用人单位承担精神损害赔偿时，用人单位的过错，是无法回避的要件，对于用人单位的主观过错的考察是不可缺失的环节。因此，这时追究用人单位的责任实际上还是要基于过错责任来认定，在精神损害赔偿问题上仍存在过错责任适用的空间，而不能将无过错贯彻到底。在立法和学理讨论中，一般都在侵权范围内对精神损害进行规定，构成侵权损害赔偿的基础之一就是加害人主观上的可非难性，即存在故意或者过失。德国劳动法确认，“在重大案件中，在雇主有过错时可以考虑雇员精神损害赔偿请求权”。^[11]因此，在一般情况下适用无过错责任追究用人单位劳动缔约过失责任时，必须在精神损害赔偿这里，为过错责任留下一个缺口。我们论述用人单位责任时，强调“一般情形下”适用无过错责任，就是这个原因。

（2）劳动者责任的构成要件

与用人单位适用的无过错责任原则相比，劳动者适用的过错责任，在构成要件上仅存在“过错”要件的差别。也就是，在用人单位适用的无过错责任中，是三要件，即违法行为、损害事实以及行为与损害之间的因果关系；而在劳动者适用的过错责任中，在三要件基础上，增加了一个要件，即“过错”。因此，笔者在此

¹⁵¹ 我国《合同法》第 113 条事实上已经确认了可预见性规则，但仍然仅将其视为违约损失的确定标准，并未适用到判断因果关系。该条第 1 款规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。一般认为该条的“可预见性”规则为违约损害赔偿数额设定了限制。

¹⁵² 对于精神损害予以赔偿，即使在纯粹侵权行为内，也仅得到了有限的承认，在劳动法领域内谈及精神损害赔偿，似乎过于超前。但理论探索就是要面对现行法律的不足，探索改进的可能和空间，为法律的完善指明道路。理论探索具有前瞻性也是理论的价值所在。

处仅对这一要件进行解读，其他要件不再赘述。

过错，是指主观上故意或过失的心理状态。在民法上，所谓故意，是指行为人预见到自己的行为会造成损害后果，仍然希望或放任结果的发生。过失是行为人因疏忽、漠视、不注意等原因造成缔约中、契约履行中或终止后的损害的发生，且在当时特定情况下并未采取措施以避免上述结果发生。可见，没有尽到应尽的注意义务，是过失的主要形态。在劳动契约缔结过程中，故意可能表现为当事人预见到自己的行为会造成损害结果，但希望或者放任这种结果的发生；过失可能表现为当事人没有尽到应尽的先契约义务，没有对相对方进行保护、协助、说明与告知等，而致使损害发生。对于行为人的致害行为是否具有过错的认定，要借助主客观相结合的方法进行判断。有学者主张对于故意，宜采用主观判断方法，即以判定行为人的主观心理状态角度来确定其有无过错；而对于过失，宜采用客观判断方法，即以某种客观的行为标准入手来判定行为人的行为，进而确定其有无过错。本文认为，判定行为人是否具有过错，要结合主观和客观两种方法综合判断，两者互相补充才能起到准确认定行为人心理状态的目的，只是在判断故意或者过失时两种方法各有侧重而已，任何单纯运用单一方法的判断都容易造成认定上的偏差。有学者运用马克思主义的观点和方法对过错进行分析，得出这样的结论：“过错是一个主观和客观要素相结合的概念，其本质是行为人通过违背法律的行为表现出来的应受非难的主观状态。”^[12]另外，在过错责任中，还分化出了“过错推定原则”，有人认为这是三大归责原则之外的又一独立原则，但也有很多学者否定了这一说法。的确，过错推定仍然将过错作为归结责任的必备要件，并未逸出过错责任原则归结责任的范畴，只是在认定过错时，采用了一种重要的辅助方式，即“推定”的方法：如原告能证明其所受的损害是由被告所致，而被告不能证明自己没有过错，法律就推定被告有过错并确认其应负的责任。对此，本文亦认为，过错推定不是独立于过错责任之外的一种独立归责原则。

在劳动缔约过程中，对于劳动者违反先契约义务的行为，采用过错责任原则，以是否存在过错作为其是否承担责任的关键要素，否定了劳动者没有过错而承担责任的适用可能，与用人单位承担责任时的不问过错，形成鲜明对比，为准确认定劳动者责任提供了准则。

【参考文献】

- [1]张新宝. 侵权责任法原理[M]. 北京: 法律出版社, 2005: 35, 26-27.
- [2]方东. 论无过错责任的归责基础[J]. 湖北警官学院学报, 2012(2): 160.
- [3]张民安. 现代法国侵权责任制度研究[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 51, 56, 121-123.
- [4]郭广辉. 我国侵权民事责任归责原则的法律分析[J]. 河北法学, 1993(5): 9-12.
- [5]董安生. 民事法律行为[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2002: 116.
- [6]王利明等. 民法新论(上) [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1988: 461.
- [7]余立力. 试论信赖法律关系[J]. 法学评论, 2006(5): 64.
- [8]刘淑波. 缔约阶段信赖利益的损害赔偿[J]. 社会科学战线, 2006(6): 310.
- [9][美]伯纳德·施瓦茨. 美国法律史[M]. 王军, 译. 北京: 法律出版社, 2007: 63.
- [10]林惠雅. 侵权行为法中的因果关系认定问题[J]. 行政事业资产与财物, 2012(4): 197.
- [11][德]W·杜茨. 劳动法[M]. 张国文, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 72.
- [12]张启飞. 浅析过错责任[J]. 法制与社会, 2010(2): 285.

冲突与平衡：论离职竞业限制协议的裁判考量

——基于 60 份裁判文书的统计分析

贺伟

【摘要】用人单位拥有商业秘密和劳动者负有保密义务是离职竞业限制协议的前提。裁判文书统计分析表明：司法裁判对竞业限制协议前提要件的忽视使得其被轻易的赋予合同效力，法官虽抱有一定的弱者保护意识，却过分强调竞业限制协议双方的意思自治，使得经济补偿金事实上难以影响竞业限制协议的效力，劳动者极易陷入违约的困境，不当承担违约责任成为普遍现象。对此，在呼吁立法完善的同时，现阶段的司法裁判应强调权利价值位阶和弱者保护理念，实质审查竞业限制协议的前提要件。

【关键词】竞业限制协议；商业秘密；自由择业权；裁判文书

一、问题的提出

高管的跳槽行为屡见报端，普通劳动者离职更是家常便饭，伴随员工的离职流动，商业秘密泄露的风险成为一些用人单位亟待解决的问题。商业秘密权是一种极其脆弱的权利，一旦丧失就永远丧失。¹对应的自由择业权是劳动者宪法性基本权利，是生存权的主要表现形式。竞业限制协议就起源于对这两种权利冲突的平衡，其内含着激烈冲突的权利博弈。²实践中用人单位对于商业秘密的保护主要存在两种路径：一种以竞业限制协议为基础提起违约之诉，另一种主要以不正当竞争为由提起商业秘密侵权之诉。相比侵权之诉在举证等方面的困难，用人单位在竞业限制协议缔约上的优势渐成其保护商业秘密的首选，劳动者不可避免成为用人单位主要起诉对象。由此，司法裁判面临两种权利的冲突与平衡难题。在招商银行诉朱恺竞业限制纠纷案中³，朱恺离职前任雄楚支行大堂主管月均收入 13746 元，离职后用人单位按照之前签订的竞业限制协议约定每月支付 2009 元的经济补偿金，随后朱凯入职湖北银行，引发双方之间的纠纷。法官审理后认为

作者简介：贺伟，西南政法大学经济法学院硕士研究生，研究方向：劳动和社会保障法，联系方式：电话 15923345504，邮箱：451715861@qq.com。

¹孔祥俊：《商业秘密保护法原理》，北京：中国法制出版社，1999 年，第 192 页。

²许明月、袁文全：《离职竞业禁止的理论基础与制度设计》，《法学》2007 年第 2 期。

³参见招商银行股份有限公司武汉分行与朱恺劳动争议上诉案，（2014）鄂武汉中民商终字第 00380 号。

劳动关系解除后双方的法律关系属性不是完全意义的劳动关系，双方签订的竞业限制协议更倾向于一般意义的民事合同关系，朱恺因违反竞业限制协议，需承担120540元的违约金。该案值得疑虑的是，如此裁判是否公平？法院以“民事合同关系”理念裁判是否合乎法理？该案呈现出经济补偿少、收入反差大、违约惩罚严重等特征，凸显出司法裁判在用人单位商业秘密保护与劳动者自由择业权之间利益考量的某种失衡。

二、司法裁判的现状

为了掌握竞业限制协议在司法裁判中的情况，笔者在中国裁判文书网全网搜索，有效收集出60份用人单位起诉劳动者违反竞业限制协议的二审中级人民法院裁判文书，时间从2011年至2015年，包含15个省、直辖市，地域涵盖我国东、中、西部等省份。60份裁判文书统计分析虽不能反映竞业限制协议纠纷司法裁判的全貌，然也不失一定的代表性。

（一）劳动者超高的违约率

1. 数据情况

统计分析发现：一审认定劳动者违反竞业限制协议达52件，违约率约为86.67%，未违约的则只有8件，约为13.33%；案件进入二审时认定违约为55件，违约率约91.67%，未违约的5件，仅约为8.33%。统计表明：在用人单位起诉劳动者违反竞业限制协议的案件中劳动者违约比例极高，尤其是二审生效判决的比例竟然高达约91.67%。详见表一：

表一：劳动者违约情况

比例 类型	一审劳动者 违反竞业限 制协议数量 (件)	二审劳动者 违反竞业限 制协议数量 (件)	一审比例	二审比例
违反竞业限 制协议	52	55	约 86.67%	约 91.67%
未违反竞业 限制协议	8	5	约 13.33%	约 8.33%
合计	60	60	100%	100%

2. 裁判文书分析

裁判文书显示,判定竞业限制协议的效力成为法官面临的首要问题,而大部分案件法官明确表示协议有效,主要理由归纳可表述为:竞业限制协议是双方真实意思表示,且不违反法律禁止性规定,应当合法有效。⁴至于用人单位是否拥有商业秘密以及劳动者是否负有保密义务未体现出法官的实质审查。而法官裁判违约的理由主要是劳动者在竞业限制期限内,自营或他营与原用人单位有竞争关系的业务。至于劳动者是否属于竞业限制人员、为何保密、保密范围和内容等信息大部分案件不做说明,结论性的认为劳动者负有保密义务成为相当普遍的做法。⁵另外在如何判定劳动者自营或他营与原用人单位有竞争关系的业务时,法官主要依据两个竞争主体工商执照上登记的经营范围判定。⁶

(二) 经济补偿金“对价”补偿功能的失衡

《劳动合同法》第23条规定用人单位需按月支付劳动者经济补偿金。《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》(以下简称司法解释(四))第6条规定竞业限制协议未约定经济补偿金,劳动者履行了竞业限制业务,可以要求用人单位按照解除或终止合同前十二个月平均工资的30%按月支付经济补偿金;司法解释(四)第7条规定在约定有经济补偿金的,劳动者履行竞业限制义务的,可以要求用人单位支付经济补偿金。由此,经济补偿金的对价补偿以及部分标准得以确立。

表二: 用人单位支付经济补偿金情况⁷

类型	数量(件)	比例
按约定金额支付	30	50%
支付但未按约定金额	4	约6.67%
未支付经济补偿金	15	25%
其他	11	约18.33%

统计数据显示,用人单位按约支付经济补偿占50%,支付但未按约定金额

⁴参见(2014)榕民终字第722号,(2015)泰民四终字第5号,(2014)济民一终字第654号,(2015)锡民终字第0065号,(2014)一中民终字第09158号等裁判文书。

⁵同注①

⁶值得注意的是工商登记的营业范围往往涵盖众多行业分支,即使是登记范围相同的公司其经营具体业务往往差距甚大。

⁷此部分以用人单位是否按照双方约定的金额支付劳动者经济补偿金为标准进行统计,由于部分裁判文书并未透露经济补偿金相关数额信息,故归类为其他。

约 6.67%，未支付经济补偿金的达到 25%。反映出用人单位存在普遍违约情况。而通过 60 份裁判文书有效统计出 41 份反映用人单位实际支付经济补偿金具体数额情况，其中未达到劳动者月均工资 30% 的案件有 31 份，占比 75.61%，达到的仅有 10 件，占比 24.39%。⁸（详见表三）

表三：经济补偿金与劳动者月均工资对比情况

是否达到月均工资的 30%	案件数量（件）	所占比例
达到	10	约 24.39%
未达到（包含未支付）	31	约 75.61%
合计	41	100%

表三统计表明：用人单位实际支付的补偿金数额低于劳动者月均工资 30% 的占比为 75.61%。虽然对于经济补偿金的最低标准法无明确规定，但司法解释（四）第 6 条中规定了在未约定经济补偿金情形下按离职前 12 个月平均工资 30% 的补偿标准具有衡量意义，即用人单位的经济补偿金应不低于月均工资 30% 的标准方为合理。⁹就是这样的标准表三反映的实际支付情况令人堪忧，由此可见作为保障劳动者生活兼具补偿性质的经济补偿金并未起到良好的“对价”补偿功能。用人单位肆意违约已司空见惯，劳动者的付出与所得已然失衡，收入的极大降低促使劳动者铤而走险冲破竞业限制的束缚，对原有工作的就业能力自然成为劳动者的首选，这势必引起用人单位的不满，加剧了双方之间的利益冲突。

（三）严重的违约责任

1、违约金承担情况

表四：劳动者承担违约金情况

违约金数额	案件数量	比例
2 万以下	6	约 10.91%
2-5 万（不包含 5 万）	12	约 21.82%
5-10 万（不包含 10 万）	12	约 21.82%

⁸由于表一统计的是用人单位是否按约定支付经济补偿金，而表二统计的是经济补偿金实际支付情况与补偿标准的对比，加之表一、表二对应的裁判文书信息缺损不一，客观上造成表一与表二数据不能一一对应。

⁹对于法律未规定最低限度的经济补偿金标准，很多地方则补充规定且大都参照月均工资 30% 补偿标准，有的省份甚至高于这样的补偿标准。例如《江苏省劳动合同条例》第二十八条规定用人单位对处于竞业限制期限内的离职劳动者应当按月给予经济补偿，月经济补偿额不得低于该劳动者离开用人单位前十二个月的月平均工资的三分之一。

10-50万(不包含50万)	17	约 30.91%
50万及以上	6	约 10.91%
其他	2	约 3.63%
合计	55	100%

统计显示劳动者承担10万以下的违约金共有30件，占比约为54.55%，10万及以上的共有23件，占比约为41.82%，甚至50万及以上的达到6件，占比约为10.91%。表明有相当大比例的劳动者承担较重的违约责任，部分劳动者甚至承担了巨额的违约金。

2、法官对违约金的调整情况

表五：法官降低劳动者违约金情况

类型	案件数量	比例
降低约定违约金数额	36	约 65.45%
未降低约定违约金数额	14	约 25.45%
未约定违约金	5	约 9.09%
总计	55	100%

由表五可知，约有65.45%的案件法官降低了劳动者承担违约金的数额，只有约25.45%的案件维持约定的数额，这说明法官裁判时倾向于减轻劳动者的责任，试图通过减轻劳动者责任的方式，平衡双方之间的利益关系，毕竟相较于用人单位而言，劳动者缔约能力有限，用人单位常常与劳动者约定较高的违约责任以达到竞业限制的目的，法官对此不能熟视无睹。

3. 裁判文书分析

违反竞业限制协议的违约责任，仅在《劳动合同法》第24条中概况性规定，具体数额及方式法律赋予双方自治的权利，这样的“自治”权利实践中多演变成用人单位单方自治。而法官对违约金的调整一般从案件本身实际情况考虑诸如经济补偿金支付情况、劳动者职务、月收入等，在本文开头提及的招商银行诉朱恺竞业限制案件中法官调整违约金数额的裁判理由则具有代表性，该案法官认为，考虑到双方在保密与竞业限制协议中约定的违约金与实际支付的补偿金相差12倍以上，并综合朱恺的过程程度、在招商银行担任职务、工作年限以及所造成的损害等因素，依据公平和诚实信用原则，对违约金予以调整，将约33万的违约

金减少到 12 万左右。¹⁰

这看似合理的背后就公平？就合理吗？一方面，朱恺的月均收入 13746 元，对比每月 2009 元的经济补偿金，巨大的收入落差诱发劳动者的违约动力，另一方面，像朱恺这样的违约者，即使法官对违约数额进行大幅度的降低，相比月均收入只有 13746 的朱恺而言要承担 12 万左右的违约金，处罚之重可见一斑，朱恺所遇情况（如表四反映）已然成为一种普遍现象。

（四）小结

表二、表三揭示出作为履行竞业限制支付对价的经济补偿金，无论在约定上还是具体的支付标准上，许多案件未实现对劳动者的对价补偿，而反观劳动者违约金的承担数额，法官对此虽普遍性降低，甚至在某些案件中有相当大比例的降低幅度，然而违约金数额在一些案件中依然较高，动辄几万、十几万的违约金对多数劳动者而言是一笔不小的负担，加之表一反映出劳动者畸高的违约率，劳动者的困境似乎无可奈何。显然，司法裁判在解决劳资双方的权利义务分配与承担上严重失衡。

三、裁判原因分析：劳动者困境缘由

上文统计分析的结果呈现出劳动者违约比例畸高、经济补偿金对价支付堪忧和承担严重违约责任的普遍现象。我们不禁疑问如此状况缘何而起？为何这般？

（一）法律规定上的模糊与空白

《劳动合同法》第 23 条规定用人单位与劳动者可就商业秘密和知识产权相关的保密事项约定竞业限制条款。这其中的知识产权保密事项可视为商业秘密的一种特殊形式加以涵盖，目的是弥补其他法律保护的不足。该条文明确表明竞业限制的目的即保护用人单位的商业秘密，竞业限制的对象为负有保密义务的劳动者。23 条还规定用人单位需按月支付经济补偿金，劳动者如违约需承担违约责任。然而该条文空白之处在于并没有明确规定经济补偿金的最低标准，对经济补偿金与竞业限制协议的效力关系也采取一种回避态度。这给各地司法裁判带来一种困顿，出现两种截然相反的意见：一种以上海市为代表¹¹，认为未按照规定支

¹⁰参见招商银行股份有限公司武汉分行与朱恺劳动争议上诉案，（2014）鄂武汉中民商终字第 00380 号。

¹¹参见上海市劳动和社会保障局关于实施《上海市劳动合同条例》若干问题的通知（二）第四条第（一）款规定，用人单位与负有保守用人单位商业秘密义务的劳动者在竞业限制协议中对经济补偿金的标准、支付形式有约定从约定。因用人单位原因不按协议约定支付经济补偿金，经劳动者要求仍不支付的，劳动者可以解除竞业限制协议。

付经济补偿金并不当然导致竞业限制协议无效；另一种以江苏省为代表¹²，认为用人单位未按照规定支付经济补偿金，竞业限制协议对劳动者不具有约束力。2013年2月1日施行的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》基本肯定了上海的做法，最高人民法院民一庭就司法解释（四）答记者问时明确表示：“经济补偿金的支付情况并不当然导致竞业限制的无效”。¹³。

《劳动合同法》第24条将竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。表明劳动者知悉了用人单位的秘密，即负有保密义务，¹⁴可见竞业限制的人员范围是相当的广泛的。24条进一步明确规定在解除或者终止劳动合同后，劳动者若自营或为他人经营与原用人单位有竞争关系的业务即为违约。问题是对如何认定竞争关系，条文仅模糊概括为同类产品或同类行业。值得注意的是，无论劳动者还是用人单位解除或终止合同均不影响竞业限制协议效力，对此司法解释（四）第7条¹⁵还进行了细化，其规定当事人解除劳动合同时，除另有约定外，用人单位可要求劳动者履行竞业限制义务，劳动者履行义务有权要求用人单位支付经济补偿金。

上述条文梳理可得出以下四点结论：第一，竞业限制协议成立的前提条件是用人单位拥有商业秘密和劳动者负有保密义务，任意一个不成立，竞业限制协议也就无从谈起。第二，现行法律未明确规定经济补偿金的最低标准¹⁶，同时司法解释（四）倾向于经济补偿金与竞业限制协议效力分离。第三，经济补偿金是否按规定支付不当然导致竞业限制协议失效。第四，《劳动合同法》的解除或终止不当然影响竞业限制效力。如此看来，劳动者的困境在立法规定层面已有隐忧。

（二）司法裁判的恣意与理念错位

1. 被忽视的基础前提：商业秘密、保密义务的审查

¹²参见《江苏省劳动合同条例》第二十八条规定，用人单位未按照约定给予劳动者经济补偿的，劳动者可以不履行竞业限制义务，但劳动者已经履行的，有权要求用人单位给予经济补偿。

¹³张先明：《正确审理劳动争议案件依法构建和谐劳动关系——最高人民法院民一庭负责人答记者问》，《人民法院报》2013年2月1日（第3版）。

¹⁴中华人民共和国劳动合同法起草小组：《中华人民共和国劳动合同法理解与适用》，北京：法律出版社，2013年，第55页。

¹⁵参见最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第七条：当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿，当事人解除劳动合同时，除另有约定外，用人单位要求劳动者履行竞业限制义务，或者劳动者履行了竞业限制义务后要求用人单位支付经济补偿的，人民法院应予支持。

¹⁶虽然有的地方规定了经济补偿金的最低标准，但国家层面并未有限定。

商业秘密是竞业限制协议存在的前提，或者说是必要条件。¹⁷反之，若企业不存在保护的商业秘密，竞业限制就失去了依托，竞业限制协议也将失去效力。¹⁸《劳动合同法》第23条规定表明竞业限制需建立在用人单位拥有商业秘密和劳动者负有保密义务基础之上。然而如此重要的前提要件被法官长期忽视，如本文开头提及的招商银行诉朱恺违反竞业限制协议案中，法官未实质审查用人单位商业秘密和劳动者的保密义务，而是以一种民事合同裁判思维，认为竞业限制条款有约定即可推论用人单位存在商业秘密，劳动者负有保密义务。¹⁹这样的推论是事实推定，不是法律推定，是法官依据其经验判断自由心证的结果。²⁰可怕的是这样的事实推定往往在法官心中形成“集体性”结论：一旦存有竞业限制协议，法官几乎就可断定用人单位商业秘密的存在和员工负有保密义务。事实推定的正当性是值得质疑的，法官判断的依据主要是双方签订的竞业限制协议，协议中关于商业秘密和保密义务的约定，并不意味着有直接证据予以证明。从举证责任和证据掌握能力角度，用人单位负有举证证明拥有商业秘密和劳动者负有保密，并且掌握商业秘密和员工工作涉密的证据，结合劳动者在订约时天然处于弱势地位，订约能力有限，其仅仅举证出竞业限制协议并未达到对待证事实的证明效力。

忽视实质审查的直接后果是用人单位举证责任被减轻。依“谁主张，谁举证”原则，用人单位理应对其拥有商业秘密和劳动者负有保密义务进行充分举证，而法官“经验性”的忽视，致使用人单位举证责任的重点放在证明劳动者在竞业限制期间自营或他营与原用人单位有竞争关系的业务，劳动者违约责任的构成要件被简化为：劳动者自营或他营与原用人单位有竞争的业务即构成违约，需承担违约责任。勿论用人单位是否有值得保护的商业秘密，勿论劳动者是否承担保密义务，经验性裁判思维下，用人单位的举证责任得到减轻，此消彼长间，劳动者的举证责任被加重，抗辩能力被弱化。

实质审查的忽视为用人单位滥用竞业限制制度打开了方便之门。企业控制人才理想的状态是为我所用而不被他人所利，一旦人才不能为我所用，则想方设法防范竞争对手利用或成为竞争对手，其目的是维护自己在相关领域的竞争优势。

¹⁷姚建军：《竞业限制不正当竞争诉讼研究—以竞业限制与商业秘密的关系为视角》，《法律适用》2013年第2期。

¹⁸张玉瑞：《商业秘密的法律保护》，北京：金城出版社，2002年，第197页。

¹⁹参加招商银行股份有限公司武汉分行与朱恺劳动争议上诉案，（2014）鄂武汉中民商终字第00380号。

²⁰褚福民：《事实推定的客观存在及其正当性质疑》，《中外法学》2010年第5期。

需要强调的是，用人单位的竞争利益与商业秘密保护之间并不能划上等号，保护商业秘密即可维护用人单位的竞争优势，但用人单位不能携保护商业秘密之名，行强化自身竞争优势之实，不当限制劳动者的自由择业权。用人单位通常以签订竞业限制协议的名义，将各类经营信息不加区分地纳入商业秘密范畴，甚至将劳动者自身的知识和技能归属于商业秘密，并视其为自己的一种财产权利加以控制，但劳动者自身的知识和技能，具有独立性，已经成为劳动者自身素质的一部分，并不能与商业秘密混为一谈。实践中用人单位大都基于自身的主观需求而与劳动者订立竞业限制协议，客观上是否构成商业秘密在所不问，不排除存在为了控制劳动者而利用竞业限制制度之嫌。

总之，法官对竞业限制协议前提实质审查的忽视，使得竞业限制协议被轻易的赋予了合法地位，不受束缚的权利滥用变得畅通无阻。

2. 经济补偿金抗辩理由的失去

前述表二、表三已说明用人单位未按规定支付经济补偿金已相当普遍，部分缘由是司法解释（四）倾向经济补偿金与竞业限制协议效力的分离，致使竞业限制协议即使在用人单位违约情形下，也能约束劳动者，劳动者事实上已失去用人单位违约抗辩权。例如在上海比迪工业公司诉胡银华竞业限制纠纷案中²¹，一审法院认为，胡银华以未收到竞业限制经济补偿金为由主张竞业限制协议不生效，无法律依据不予支持，同时二审法院认为竞业限制协议未约定经济补偿金，并不属于缺乏合同主要条款的情形，不影响合同效力，并依据司法解释（四）第6条规定认为未约定经济补偿金，并不必然导致竞业限制协议无效。可见该案法官事实上不认可劳动者因用人单位违约而生的抗辩权。再者，司法解释（四）第8条规定劳动合同解除或者终止后，因用人单位的原因导致三个月未支付经济补偿，劳动者请求解除竞业限制约定的，人民法院应予支持。该条规定赋予劳动者在用人单位违约情形下的合同解除权，同时也意味着，如果劳动者在没有解除协议的情形下，自营或他营与原用人单位有竞争关系的业务，则违反竞业限制的约定。经济补偿金约定与支付情况已事实上不能成为抗辩理由，劳动者唯一的方式就是通过诉讼先行解除竞业限制协议，这类司法诉讼对于一个劳动者而言是需要付出相当大的时间成本的。考虑到经济补偿金仅只有月均工资的30%，远低于正常的

²¹参见上海比迪工业公司诉胡银华竞业限制纠纷案，（2014）沪一中民三（民）终字第2115号。

工资收入水平，而多数劳动者具有较强就业能力，一面是高额薪水的诱惑，一面是经济补偿金的低廉和奢侈的时间成本，让一个正常理性的经济人去选择遵守竞业限制协议的难度可想而知。

这就导致了一种矛盾情形：用人单位违约不承担违约责任，劳动者违约却承担违约责任。合法与违法产生的结果无实质差别，致使用人单位守法的积极性大为降低，这也就是为什么实践中用人单位对于经济补偿金的违反那么肆无忌惮，这样带有违法引导性的现实状况对劳动者无疑是极大的不公。

3. 裁判中意思自治理念的过分强调忽视了劳动者的弱者保护

前述已分析出法官经验性判定：意思表示真实竞业限制协议即有效。开篇提及的招商银行诉朱恺违反竞业限制协议案中法官的裁判释明则具有代表性，其认为劳动关系解除后双方的法律关系属性不是完全意义的劳动关系，更倾向于一般意义的民事合同关系。法官眼中签订竞业限制协议的劳动者是符合合同平等性的，对合同签订的基础条件及履行合同中的权利义务有充分的缔约能力，经济补偿金是对劳动者履约合理的对价补偿，即使用人单位在经济补偿金支付上有违约行为，劳动者可以通过享有合同解除权方式，并基于法律规定的支付标准获得补偿，可平衡双方之间的权利义务关系。

一方面，法官所抱有的权利平等观在事实上造成了劳动者违约的困境。正是过分强调双方平等的意思自治，法官对竞业限制协议存在前提条件的忽视，造成本应该对竞业限制协议构成重大效力性影响的商业秘密与保密义务审查缺失，竞业限制协议与一般合同的有效性要件并无二致。司法裁判中极少见到竞业限制对劳动者不具有约束力，劳动者对用人单位有无商业秘密和是否负有保密义务的抗辩也罕有被法院采纳。

另一方面，司法裁判对意思自治的过分强调忽视了劳动者弱者的缔约能力。《劳动合同法》及其司法解释四未明确规定经济补偿金的标准，对诸如商业秘密与劳动者保密义务等竞业限制条件也只是原则性规定，将具体细化事宜交由双方自由协商，双方缔约能力的天然差距，致使协商的结果往往呈现一边倒的局面。法律规定的模糊与空白，加之司法裁判理念的错位，使得法官容易忽视竞业限制前提性生效要件，裁判时更多依据双方之间的协议。

司法裁判以形式平等掩盖了双方实质的不平等。这是因为这种形式自由忽视

了合同双方当事人的强弱差异,这种差异能够使得较强的一方单方面加强较弱方的负担,并由此获取利益。^{22]}虽然采用民法的意思自治理念让双方权利义务关系较为明确,但这样的意思自由对劳动者而言是一种有限的自由。用人单位拥有强势的缔约能力使得竞业限制协议往往只根据自身的需要去设计,至于是否拥有值得保护的商业秘密利益以及劳动者负有保密义务均不影响协议的订立,劳动者处于被动接受的境地,而作为合同对价的经济补偿金则在竞业限制协议里可有可无,劳动者虽享有合同解除权,然相较于其违反竞业限制动辄十几万甚至几十万的违约责任,民事合同的平等性、公平性已被事实背离。

四、理念与功能：立法完善与司法裁判理性的回归

要求自由的欲望乃是人类根深蒂固的一种欲望。只有当人的能力不为压制性的桎梏束缚时,一种有助于尽可能多的人的高度文明才能得以建立。^{23]}就社会的发展而言,每一个个体劳动者所享有的自由的扩大不仅带来了人力资源配置的效率,也促进了社会整体的自由程度的提升。^{24]}不可否认任何的自由权利都是一种有限度的自由,人们努力寻求各种自由的正义平衡点,这个“点”因现实状况的复杂化很难做到数据型的标准化,更多体现的是一种维度^{25]}。对于商业秘密保护和自由择业权的利益平衡则表现为:在理念上应优先保护劳动者自由择业权,即使限制也应抱谨慎态度,并强调用人单位竞业限制的正当性与合理性,经济补偿的“对价”支付和劳动者的抗辩权利。

(一) 完善立法：明确补偿标准和限制解除权

劳动者违约困境实质上是一种利益的失衡,首当其冲是经济补偿金未体现支付的对价,劳动者事实上也难享有以此为理由的抗辩权,这源于立法并未强制规定经济补偿金最低标准以及违反标准的后果。所以在立法层面应当明确规定经济补偿金的最低标准,并以用人单位实际按月支付为依据,如低于此标准竞业限制对劳动者应无约束力,即赋予劳动者竞业限制抗辩权。至于最低标准多少为宜,应以前述司法解释(四)规定的离职前12个月月均工资30%为支付标准。

另外,对于用人单位违法解除《劳动合同》的情形,应视为对劳动者离职竞

^{22]}托马斯·莱塞尔:《法社会学导论》,高旭军译,上海:上海人民出版社,2011年,第246页。

^{23]}E·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,北京:中国政法大学出版社,2004年,第298-301页。

^{24]}王天玉:《工作权研究》,北京:中国政法大学出版社,2011年,第132页。

^{25]}维度是物理学上的概念一般指一种视角,不是一个具体、固定的数字。而法律意义上的维度强调多角度、多层次对法律问题进行认识、衡量、评价。

业限制的放弃。现行法律规定《劳动合同》解除或终止后签订竞业限制协议的劳动者负有竞业限制义务，而未对用人单位解除权进行限制，立法应当明确规定对用人单位违法解除《劳动合同》，竞业限制对劳动者无约束力。用人单位违法解除《劳动合同》的行为是对自身权利的一种处分，应当充分认识到自身行为对于商业秘密保护的重要性，对未来商业秘密保护的预期利益，不以留住劳动者为必要条件，法律应顺其自由放弃，如若法律无视用人单位的违法行为而加以保护，则有违善法的初衷。

（二）价值位阶：劳动者自由择业权的优先保护

权利冲突的实质是利益冲突和价值的冲突。²⁶解决权利冲突问题，首先需理清权利的性质。自由择业权是一项宪法性基本权利，兼具公权和私权属性，涉及劳动者弱势群体的利益，蕴含生存权价值。生存权是人的最基本权利，而择业自由和合法竞争是市场经济条件下劳动者生存权的主要表现形式。²⁷商业秘密是用人单位的一种经营性权益，其价值位阶自然低于劳动者的自由择业权。衡量法律中的敏感点，以确定是倾向于限制某些形式的竞争以保护经营者，还是倾向于保护个人不受限制地选择生计，那么天平必然是大大地倾向于后者。²⁸

价值位阶上的首选并不意味着权利的绝对排他性，任何权利的保护都有其边界，不能因一种上位阶的自由权利而排斥限制其他的自由权利。同时需强调的是：因保护下位阶权利而对上位阶权利进行限制时，必须具有充分且详实的理由。因商业秘密保护需对劳动者自由择业权限制，涉及一个人可能丧失生计的做法，必须审查竞业限制协议的基础，其正当性与合法性理由是否充分详实，即使有充分详实的理由限制劳动者的自由择业权，也须注重对劳动者弱势地位的倾斜保护，防止过度保护商业秘密而进行严苛的限制和带有惩罚性意味的责任承担。

（三）谨慎限制：实质审查竞业限制协议的前提

任何自由权利都有其一定的限度，不能因一种自由的过度而给其他自由造成障碍，反之，对自由的限制必须具有充分合理的理由，尤其对基础性自由权利的限制。价值位阶上的差异，强调竞业限制理由的正当性与合理性，商业秘密与自由择业权是处于不同位阶的法益，在具备充分且详实的理由时方可限制后者而保

²⁶刘作翔：《权利冲突的几个理论问题》，《中国法学》2002年第2期。

²⁷许明月、袁文全：《离职竞业禁止的理论基础与制度设计》，《法学》2007年第2期。

²⁸李明德：《美国的竞业禁止协议与商业秘密保护及其启示》，《知识产权》2011年第3期。

护前者,对此需实质审查竞业限制协议的前提,谨慎限制劳动者自由择业权。司法裁判时,法院必须认可下列事实,即对雇员的限制是出于公平地保护雇主的经营或者权利的必要,并且没有对雇员的权利进行不合理的限制。²⁹对劳动者自由择业的限制用人单位必须具有可保护的商业秘密利益以及劳动者负有保密义务。³⁰竞业限制制度必须达到以上条件,才能论及对两种权利冲突的平衡。

审查商业秘密和保密义务实质上是要求用人单位举证证明竞业限制协议存在的合法性和合理性,如果用人单位具有可保护的商业秘密利益,劳动者负有保密义务,则限制劳动者自由择业权自不必说,反之,则竞业限制协议无效。法官在审查用人单位举证证明竞业限制协议存在的必要性时,将可过滤掉那些不具有可保利益的用人单位,杜绝其滥用竞业限制协议。审查商业秘密时需注意与侵权之诉区分,用人单位以竞业限制协议为基础提起违约之诉,需按照违约责任的构成要件来审查,避免误入侵权之诉全面审查的境地,在竞业限制违约之诉中只需审查用人单位商业秘密是否存在以及劳动者负有保密义务,而在竞业限制侵权之诉中还需审查劳动者实际侵权的事实,以及所造成的损害后果。而本文所讨论的是竞业限制协议的违约之诉,用人单位并不需要证明劳动者实际侵犯商业秘密的事实,并且本文所强调的审查在于竞业限制协议存在基础的实质审查,与用人单位证明劳动者违约并不存在冲突。

(四) 弱者保护: 赋予劳动者违约抗辩权

对劳动者自由择业权的限制,不能忽视其基于弱势地位的倾斜保护。劳动法区别于民法的根本标志是劳动法基于劳动关系中劳动者是相对弱者的假设。³¹劳动合同早已从民事合同中分离,虽不免带有一般合同的特性,然其分离的基础在于劳动者弱者的特殊性,这暗含着对劳动者的倾斜保护而对合同自由进行限制。从社会化的角度出发,劳动者就是弱者,劳动法必须突破民法视域下雇佣契约平等保护的作法,进而实现单方面倾斜性保护劳动者的神圣使命。³²对劳动者的倾斜保护并不等同于单方面保护,也并不意味着对用人单位权益的损害,其真正的目的是将劳动者因弱者地位而被扭曲的权益予以合理的纠正,使双方不平衡的天

²⁹彭学龙:《竞业禁止与利益平衡》,《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2006年第1期。

³⁰中华人民共和国劳动合同法起草小组:《中华人民共和国劳动合同法理解与适用》,北京:法律出版社,2013年,第52-54页。

³¹王全兴:《劳动合同法立法争论中需要澄清的几个基本问题》,《法学》2006年第9期。

³²黎建飞:《从雇佣契约到劳动契约的法理和制度变迁》,《中国法学》2012年第3期。

平，在添加倾斜保护的“砝码”下，回到平衡状态。

在劳动者弱者保护理念下，赋予劳动者违约抗辩权。前述已论及，经济补偿金作为一种补偿限制自由择业权的对价，并没有发挥好其损益补偿的制度功能，事实上也不能成为抗辩竞业限制的理由，需在根本上赋予劳动者违约抗辩权以对抗用人单位的违约行为。首先，对于经济补偿金的标准问题，应当以司法解释（四）规定的月均工资 30%为最低支付标准，对未按照此标准支付以及未按月支付的均应视为违约行为；其次，对于用人单位的违约行为，劳动者享有竞业限制抗辩权，劳动者可主张竞业限制对其无拘束力，对于用人单位惰于保护自身利益的行为，法律理应不予积极保护；最后，对于劳动者违反竞业限制的情形，则根据具体的支付情况综合诸如劳动者违约时间，在新旧单位收入、职务等其他因素判定违约责任，但应保持谨慎态度，严格控制违约金的数额，对劳动者予以倾斜保护。

五、结语

竞业限制制度对用人单位的“倾斜保护”，使其成为一种过度的制度依赖，商业秘密保护是一种体系性、综合性保护，需发挥知识产权、不正当竞争等制度保护功能，而不是单纯强调竞业限制制度的保护作用。毕竟，竞业限制制度与其说是立法者为了维护用人单位竞争而作出的精巧安排，还不如说是立法在用人单位经营权与劳动权之间两难取舍间的微妙平衡，这种平衡是以限制其中一种权益为代价的艰难决定。³³无论立法目的是“单保护”还是“双保护”³⁴，至少有一点是共识的，即不能在原本已经失衡的天平上再“倾斜保护”用人单位。

³³张妮、王全兴：《离职竞业限制协议的效力问题探讨——兼论商业秘密法律保护手段选择》，《法学杂志》2011年第10期。

³⁴王全兴：《劳动合同法立法争论中需要澄清的几个基本问题》，《法学》2006年第9期。

未签订书面劳动合同双倍工资规则之法理分析

黄良军

【摘要】《劳动合同法》设置的未签订书面劳动合同双倍工资规则，其目的是为了加强劳动者在劳动争议中对劳动关系的举证能力。但该规则的适用不仅违背民法意思自治原则，而且违背民法和劳动法的诚实信用原则，鼓励了劳动者的不诚信，容易引发的道德风险，从长远来看，也不利于劳动者就业。我们应当在司法中对该规则予以矫正，重新确立未签订书面劳动合同双倍工资请求权规则，以维护劳资关系的平衡。

【关键词】 劳动合同 未签订书面劳动合同双倍工资规则 诚实信用原则 司法矫正

《劳动合同法》在立法过程中，基于当时劳动关系极不稳定以及劳动者权益受侵犯的恶劣态势，设置了一系列规则，以维护劳动关系的稳定和劳动者的权益不受侵犯，其中包括以双倍工资责任强制用人单位与劳动者签订书面劳动合同的规则。有学者认为这一规则以倒逼手段提高了劳动合同的签订率，较大程度维护了劳动者的权益。但也有学者认为这一规则违背民法基本原理。本文通过对该规则的分析，认为这一规则不仅违反民法意思自治原则和诚实信用原则，而且在强制用人单位诚信的同时却鼓励了劳动者有不诚信。有鉴于此，我们应当在司法中予以矫正。

一、问题的提出

1、案情简介。案例一：兰某为某公司大楼管理员，2008年8月兰某与该公司签订完成一定工作任务的劳动合同，时间至2009年3月止。2009年3月，该公司通知兰某签订3年固定期限的劳动合同，兰某因当时在上班，没有去签合同，后来有同事告诉兰某合同签好了。兰某并没有表示异议，按照合同约定的内容继续在该公司上班。2011年10月，因加班工资纠纷兰某提起劳动仲裁，同时提出未签订书面劳动合同的双倍工资主张。双方在仲裁中，兰某提出2009年3月双方签订的劳动合同非本人所签，因此本人未与公司签订劳动合同，要求公司赔偿

2009年4月起未签书面劳动合同的双倍工资42000元。在本案中，兰某明知自己已经默认他人与公司代签了劳动合同，但之后反悔不承认自己与公司签订了劳动合同。在仲裁的过程，尽管用人单位一再强调已经向兰某发出签订劳动合同的要约，且兰某也承认曾经默认他人代为履行了承诺，但该案的仲裁结果依然是用人单位败诉。该案仲裁员认为，兰某未亲笔签订劳动合同即为未与用人单位签订劳动合同，因此支持兰某的仲裁请求。^[1]

案例二：原告王某于2010年3月与江苏某工程造价咨询公司签订3年期的劳动合同，公司任命其为高级工程师，出具任命书，为期6年，同时其注册造价师执业证也变更注册到该公司。注册造价师执业证每4年续展注册一次，续展注册时行业主管部门文件，必须由申请人在注册的电子系统中上传本人执业证、劳动合同、继续教育证书等文件。由于造价师一般比较忙，续展注册的相关手续一般由公司主管人事的管理人员代为操作，包括需提交的劳动合同。2013年4月王某劳动合同到期后，公司一直未与王某继续签订书面劳动合同，但其注册造价师执业资格在2014年的续展注册手续由该公司管理人员完成，续展注册的执业证表明执业的公司是该公司，期限到2018年。2015年王某因个人原因辞职。辞职后提起劳动仲裁不予受理后，起诉到人民法院，要求公司支付所欠奖金、最后一个月工资以及未签订劳动合同的双倍工资。公司辩称，奖金和最后一个月工资未到发放时间，到时间将发放，但公司曾经任命王某为高级工程师，期限到2016年，且王某认可注册造价师执业的续展注册，即视为其与公司签订了劳动合同，同时公司对王某的工资、保险一直接时履行，未侵犯王某的合法权益，请求驳回王某的诉讼请求。一审经审查后，支持了公司的观点，驳回了王某关于未签订书面劳动合同双倍工资的诉请。^[2]

2、上述两个案例的焦点在于，在公司未与劳动者签订书面劳动合同的情形下，如何适用《劳动合同法》82条规定的未签订书面劳动合同双倍工资规则。案例一的情形与当前绝大多数的未签订书面劳动合同双倍工资争议一样，简单从结果出发，因为《劳动合同法》82条规定双倍工资的给付责任的条件为“自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同”，只要满足该条件，即支持劳动者的主张。但案例二则未简单理解和适用《劳动合同法》82条的规定，而是从立法目的、诚实信用等角度认定劳动合同的签订过程以及劳动权利义

务的履行过程,较好地平衡了劳动者和用人单位的利益,即维护了劳动者的权益,又制止了劳动者滥用权利。但无论如何,《劳动合同法》未签订书面劳动合同双倍工资规则是值得检讨的。

二、未签书面劳动合同双倍工资规则之立法背景立和立法目的

1、立法背景。未签书面劳动合同双倍工资规则,主要体现在《劳动合同法》第10、14条第3款、82条以及《劳动合同法实施条例》第6、7条。《劳动合同法》第10条规定:“建劳动关系,应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系,未同时订立书面劳动合同的,应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。”第14条的规定:“用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的,视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。”第82条第1款规定:“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的,应当向劳动者每月支付二倍的工资”。《劳动合同法实施条例》第6条:“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的,应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资,并与劳动者补订书面劳动合同;劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的,用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系,并依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿。”第7条规定:“用单位自用工之日起满一年未与劳动者订立书面劳动合同的,自用工之日起满一个月的次日至满一年的前一日应当依照《劳动合同法》第八十二条的规定向劳动者每月支付二倍工资,并视为自用工之日起满一年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同。”

2、《劳动合同法》一改《劳动法》对书面劳动合同的倡导性规则,用未签书面劳动合同的双倍工资责任倒逼用人单位与劳动者签订书面劳动合同。这一重大变化,缘于上世纪末至本世纪初,我国劳动关系逐渐市场化,用人单位的强势地位及劳动者的弱者地位日渐明显,劳资关系日趋不稳定,侵犯劳动者权益的恶性事件触目惊心,建立稳定和谐的劳动关系和保护劳动者的权益的呼声日急。在《劳动合同法》立法过程中,立法者注意到,我国《劳动法》1995年实施后,书面劳动合同的签订率偏低,据2004年抽样调查统计,建筑业、餐饮服务业书面劳动合同的签订率为40%左右,农民工劳动合同的签订率为30%左右。^[3]不签订书面劳动合同主要原因是用人单位导致的,基于弱化劳动者在劳动争议中的举

证能力，从而降低用工成本、降低法律风险和解雇成本、逃避缴纳社会保险责任等考虑。而劳动者不愿意签订书面劳动合同的原因主要规避缴纳社会保险费、自由跳槽等。^[3]于是，《劳动合同法》将如何维护劳动关系稳定、保证劳动者的权益不受侵犯作为立法目的。围绕这一目的，设置了一系列的规则，如无固定期限劳动合同规则、书面劳动合同规则等。立法者认为，不签订书面劳动是用人单位侵犯劳动者权益的重要手段，应当通过强制手段，惩罚主观上故意不与劳动者签订劳动合同的用人单位，加强劳动者在劳动争议中对劳动关系的举证能力，通过法律的强制性规则引导用人单位养成积极、主动地与劳动者订立书面劳动合同的习惯，从而保障劳动关系的和谐稳定。如何强化书面劳动合同的订立成为劳动合同法立法争议的焦点之一，《劳动合同法》草案几经修改，最终确定用未签订劳动合同双倍工资责任强制用人单位与劳动者签订书面劳动合同的倒逼规则。到2011年7月全国人大常委会组织开展第二次《劳动合同法》执法检查时，大多数地区规模以上企业的劳动合同签订确有大幅度提高。^[4]

3、未签订书面劳动合同双倍工资规则与立法目的相违背。在司法实践中，仲裁员和法官常将82条的规定理解为，只要符合“自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同”，用人单位均要承担双倍工资的支付责任。这严重偏离了《劳动合同法》关于签订书面劳动合同的立法目的，即通过签订书面劳动合同向劳动者提供劳动关系的履行凭证，促进劳动关系的和谐稳定，平衡双方的证据能力。^[5]其一，在劳动争议中，能起到证明劳动关系的证据作用的，除了劳动合同书外，还有其他劳动关系履行的凭证，即劳动合同的证据作用可由其他书面凭证代替。人力资源与社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》[劳社部发（2005）12号]文件第2条规定：“用人单位未与劳动者签订劳动合同，认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证：（一）工资支付凭证或记录（职工工资发放花名册）、缴纳各项社会保险费的记录；（二）用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件；（三）劳动者填写的用人单位招工招聘“登记表”“报名表”等招用记录；（四）考勤记录；（五）其他劳动者的证言等。其中，（一）、（三）、（四）项的有关凭证由用人单位负举证责任。”依据合同订立的规则，只要有书面文件证明有双方当事人、有职务即可以认定合同成立，对于其他不明确的条款，如劳动合同期限、工资、保险等，均可以通过法

律规定或行业标准予以确定。因此，在有其他劳动关系履行凭证的情况下，书面劳动合同的证据作用这一立法目的即已经达到，用人单位为劳动者提供劳动关系的证据的义务已经完成，不必再以未签书面劳动合同这一劳动关系的证据而承担法律责任。其二，该规则的另一个主要目的是通过法律的强制引导用人单位养成积极、主动地与劳动者订立书面劳动合同的习惯，即订立了书面劳动，但并不强制订立怎样的书面劳动合同。而书面劳动合同应当是怎样的，应当依据民法和劳动合同法的规则确定，即劳动合同有必备条款和协商条款，必备条款是应当载明的条款，但如果没有载明，双方当事人又无法协商一致的，在遵行合法、诚实信用的基础上，可以依据法律法规、行业习惯、行业规范以及实际履行的方式予以确定，如工资、保险、工时等均可依据法律规定予以确定。订立怎样的书面劳动合同”问题，应由双方当事人平等协商。如用人单位已完成上述义务，就应当视为已完成签订书面劳动合同的义务，即无须承担法律责任。

三、未签订书面劳动合同双倍工资规则违背了民法和劳动法的基本原理

1、违背了民法意思自治的基本原则。尽管现代劳动法逐步脱离民法，迈入具有国家干预特点的社会法范畴，成为独立的法律部门。但从劳动法的发展历程来看，劳动法是从长时间自由契约到政府适度干预的历史，是从资本的绝对自由到资本受有限约束的历史。在罗马法时代，由于劳动者并没有完全的人身自由，法律人格与劳动力尚未分离，因此劳动者与剥削者之间的关系，并不是单纯的劳动关系，实际上是一种租赁关系(自身的出租)，并由民法调整。从1804年《拿破仑民法典》将劳动合同称为“劳动力租赁契约”，到1896年《德国民法典》和1911年的《瑞士民法典》均规定了雇佣契约，劳动合同被视为民事合同，适用契约自由、意思自治原则，劳动关系的建立、变更和终止，均通过签订劳动契约方式进行。现代西方劳动法依然体现契约自由原则。法国劳动法典规定，定期劳动合同的订立并不必须采用书面形式，某些不定期劳动合同，法律要求采用书面形式，但没有把书面形式作为合同的一项有效条件。只有在极少数情况下，法律规定书面形式是合同生效的条件。例如海员和飞行员的劳动合同。英国没有专门的劳动合同法，调整劳动合同关系的法律主要是判例法，但近年来也制定了一些成文法律，如1970年的同工同酬法、1993年的工会改革和雇佣权利法等。根据英国普通法，劳动合同可以是书面的，也可以是口头的。俄罗斯联邦劳动法典

规定, 劳动合同以书面形式订立。但该法同时又规定, 无论聘用劳动者是否已按规定方式办理了手续, 实际上雇佣劳动者参加工作即意味着订立了劳动合同。^[6] 契约自由原则是合同法的灵魂, 来源于民法的劳动法依然不可能违背这一基本原则。《劳动合同法》第 3 条规定: 订立劳动合同, 应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。这一规定, 传承了民法的基本原则, 应当贯彻于劳动合同签订和履的过程中。但未签订书面劳动合同的双倍工资规则, 以倒逼的方式强迫用人单位与劳动者签订书面劳动合同书, 是违背契约自由的民法基本原则的。

2、违背民法诚实信用原则, 在强迫用人单位诚信的同时, 鼓励了劳动者的不诚信。民法诚实信用原则作为一项人类社会的基本道德原则, 要求民事行为的主体不欺诈、不胁迫, 不乘人之危, 恪守信用。《劳动合同法》将诚实信用原则确定为劳动合同订立的原则, 将稳定劳动关系作为立法宗旨。然而, 从《劳动合同法》第 82 条的规定看, 用人单位承担支付双倍工资的责任的条件, 仅为“自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同”, 这一规则无论从文字还是内容均过于简单, 在司法实践中也多是简单的从结果上理解为只要在缔约期没有签订书面劳动合同, 用人单位都应当向劳动者支付双倍工资, 而对原因和所处阶段不作分析, 在强迫用人单位诚信的同时, 却鼓励劳动者的不诚信。理由是: 其一, 未签订书面劳动合同的原因和情形存在多方面, 有用人单位的原因, 也有劳动者的原因, 如有的劳动者为了不缴纳社会保险不愿意签订书面劳动合同, 还有的劳动者利用用人单位人事管理的漏洞请人代签订或由用人单位管理人员代签(如案例一和案例二), 用人单位与劳动者的劳动关系一直稳定, 劳动者的权益并不受损害, 但一旦双方争议发生, 劳动者为了获得双倍工资的高额利益, 往往否认, 导致用人单位与劳动者发生信任危机; 其二, 在用人单位与劳动者首期劳动合同到期的情形下, 用人单位愿意继续使用劳动者的情形下, 在续订书面劳动合同的问题上, 用人单位反而成为弱者, 较为被动。因为有了首期劳动合同作为劳动关系的基本证明, 劳动者的权益有了基本保障, 有的劳动者利用自己的有利的法律地位故意不签、拖延签订或故意让他人签订劳动合同, 或利用用人单位对其的信赖, 让用人单位的管理人员代签(如案例二), 以期在发生争议时否认相关事实, 获得双倍工资的巨额利益。在大量未签订书面劳动合同双倍工

资争议中,有相当多的争议即为此情形,导致用人单位的管理人员造成管理危机、信任危机。一方面用人单位甚至老板需要使用这些员工,管理人员不方便得罪,另一方面不签或代签均存在潜在法律风险;其三,笔者通过研究大量未签订书面劳动合同双倍工资的劳动争议案例,发现这些争议多与主张解除劳动合同、经济补偿金、加班工资等待争议一起主张,单独主张未签订书面劳动合同双倍工资的争议极少。此意味着,劳动者与用人单位的劳动关系本身并不存在争议,劳动关系的稳定性和劳动关系的证据并无缺失,但劳动者依然通过《劳动合同法》82条主张劳动关系之基本证据即书面劳动合同缺失的法律责任,显然违背诚实的信用原则。其四,《劳动合同法实施条例》第6条之规定,强迫用人单位在解除劳动合同与接受双倍工资之间作出选择,有些逼良为娼的意味,违反社会公序良俗,是一种强人所难的规则,实非善法。

3、违背劳动合同继续性、动态性的特点。首先,虽然“劳动契约乃是劳动关系的核心,一切劳动关系均建立在劳动契约之上,并由此而开展。”^[7]但一方面劳动合同书仅为静态的劳动关系,在劳动关系的继续性、动态性过程中,仅为劳动权利义务在初期静态的特点,另一方面,在继续性、动态性的劳动关系中,反映劳动权利和义务的口头或书面的文件会不断出现,如上岗证、合同书、工资单据、规章制度、任务书、任职证明等等,在现代信息化时代,各种电子邮件、微信等均可能成为记载劳动关系的载体。其次,《劳动合同法》并未将书面劳动合同视为建立劳动关系的起点,而是将“用工之日”视为劳动关系的起点,劳动关系的实践性与强制书面劳动合同规则却相矛盾。再次,在劳动争议仲裁和诉讼中,劳动合同书的作用越来越局限于劳动关系的证据作用,而对于劳动权的其他内容如工资、工时等,仲裁员和法官更采信的是事实,而不是书面劳动合同的记载。当工资单据、任职证明等书面文件同样能够证明劳动关系的时候,则未签订书面劳动合同并不损害劳动关系的和谐稳定作用以及证明劳动关系的证据作用。如仅因未签订书面劳动合同即让用人单位承担双倍工资,显然与立法目的相违背。正如王泽鉴所说,“基于事实利用行为即可成立契约”,继续性合同“契约之内容,非一次的给付可以完结”,以及“契约也会随着时间的经过而发生变化,因为期间当事人间产生了新的权利义务”^[8]

4、极容易造成道德风险。未签订劳动合同的双倍工资带有惩罚性质,该惩

罚性的赔偿并不以劳动者付出劳动的义务为前提，因此，存在劳动者在主观上不愿意签订劳动合同的情形，这些劳动者不与用人单位签订劳动合同，而在一定时候向仲裁机构以及法院主张未签订劳动合同的比倍倍工资。有的劳动者利用用人单位在签订合同管理上的漏洞，找他人代签，造成劳动合同已经签订的表象，再在适当的时机提出双倍工资的主张。当事人利用劳动争议诉讼成本低特殊性滥用诉权，使得原本较为简单的诉讼变得复杂化，造成司法资源浪费，导致了当事人上诉率居高不下，而在有双倍工资诉求的案件中，当事人不服一审判决的上诉率甚至达到了 90%以上。^[9]

5、从长远看，不利于劳动者就业。未签订书面劳动合同双倍工资规则导致用人单位与劳动者之间的信任危机，投资者特别是中小投资者因用人成本大幅度增加而放弃投资，反过来从而不利于劳动者就业，对那些利用规则的漏洞、利用用人单位的诚信追求自己不正当利益的劳动者，在投资者中将成为不信任的对象，在更大程度上造成劳动关系的不和谐稳定。“一次失信行为也许会获得短期的不法利益，但不良违法记录会影响今后可能参与的其他博弈的结果。”^[10]

四、未签订书面劳动合同双倍工资规则的司法矫正

未签订书面劳动合同双倍工资规则虽然从表面上促进了书面劳动合同的签订率大幅度上升，但是这一规则导致用人单位与劳动者之间的信任危机，投资者特别是中小投资者因用人成本大幅度增加而放弃投资，从而不利于社会就业，在更大程度上造成劳动关系的不和谐稳定，更不利于社会诚信机制的建立，有必要对这一规则予以矫正。在立法修改程序较困难的情况下，可在司法解释以及司法程序中对该规则予以矫正。

1、在包括未签订书面合同双倍工资争议的劳动争议案件中，运用民法的契约自由、诚实信用等基本原理来理解和适用劳动合同法的规则，增加法官有自由裁量权。在劳动争议的裁判过程中，对诚实信用原则适用的领域应当是全面的，法官应从统一的诚实信用的价值标准对劳动关系当事人的行为做出评价。在法律法规、公序良俗以及诚实信用原则之上，尊重当事人基于真实意思表示对相互间权利义务的安排，无疑是实现劳动关系稳定的重要内涵。而《劳动合同法》现有的未签订劳动合同双倍工资的规则在较大程度上导致劳动者不诚信，将推翻当事人之间本已符合法定与真实意思约定的、已实际履行的权利义务安排，溯及既往

地代之以另一套权利义务安排规则，无疑是在破坏劳动关系的稳定。

2、重新确立未签订书面劳动合同双倍工资请求权规则。首先，从《劳动合同法》82条的规定来看，未签订书面劳动合同双倍工资的责任是一种惩罚性赔偿责任，从属于合同责任。因此，可以借鉴合同法中惩罚性违约金的规则，即（1）对请求权的条件由单一的“自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同”条件予以修正；（2）增加以下条件：用人单位推定过错，即如用人单位证明以合理的方式通知劳动者或证明劳动者拒绝签订劳动合同或以一定书面方式明确了双方的劳动关系，劳动者明知的，即证明用人单位无过错；（3）劳动者有损失，包括实际损失或预期损失。如用人单位一直认可劳动关系，劳动者的工资、保险等不因未签订书面劳动合同而受到损失，则应当认定劳动关系稳定，劳动者权益未受损失。其次，借鉴《合同法》第11条的规定认定书面劳动合同的签订问题。书面劳动合同并不等于劳动合同书（各地方人力资源要求用人单位备案用的规范化劳动合同书）。《合同法》第11条规定，书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。再次，在司法中，适用立法目的解释方法，只要在劳动关系进行过程中，可以保证劳动关系的稳定，保证劳动者的劳动关系证据能力，未以不签订劳动合同的方式侵犯劳动者的权益，即可以达到书面劳动合同的立法目的。只有劳动者提出签订书面劳动合同但用人单位恶意拒不签订且用人单位未向劳动者交付任何劳动关系书面凭证的，可视为用人单位恶意不签订书面劳动合同，应当承担双倍工资支付责任。但是在用人单位为劳动者缴纳了社会保险、签订了首期书面劳动合同以及为劳动者办理过执业证、注册证以及通过网络、媒体、公示牌对外公示劳动者等情形下，不应当认定用人单位未与劳动者签订书面劳动合同，不适用双倍工资支付责任。

五、结语

我国学者也指出“一切法律均源于行为方式，”“法律不是被创造的，而是被发现和表达的。”^[11]劳动权首先是私权，劳动合同首先应当以私法基本原则为基础。《劳动合同法》所创设的规则不应当脱离甚至抛弃民法的基本的基本原则。因此，《劳动合同法》的国家干预性体现对劳动者弱者保护的倾斜，但同时《劳动合同法》又具有私法性，必须遵行合意，遵行诚实信用规则，必须是一部平衡

劳动者与用人单位之间力量的法律，目的在于“‘把私人的活动导向特定的目的并有利于特定的群体’，也是受‘社会正义’之幻想的激励而做出的种种努力”。

[12]

【注释】

- [1]朱欣.劳动合同法的归责探讨[j].知识经济,2012(19):20
- [2]南京市鼓楼区人民法院(2015)鼓民初字第2136号民事判决书.
- [3]杨景宇,信春鹰.中华人民共和国劳动合同解读[M].北京:中国法制出版社:247,30.
- [4]王全兴,粟瑜.用人单位违法不签订书面劳动合同的“二倍工资”条款分析[j].法学,2012(2):65
- [5]范围.如何适用未订立书面劳动合同双倍给付工资规则[j].法律适用,2010(6):96
- [6]王益英.外国劳动法和社会保障法[M].北京:中国政法大学出版社,2001:676
- [7]黄越钦.劳动法新论[M].北京:中国政法大学出版社,2003:81
- [8]王泽鉴.民法学说与判例研究(第1册)[M].北京:中国政法大学出版社,1998:121.
- [9]杨熙.劳动者道德风险背景下未签订书面劳动合同双倍工资分析[j].法制与经济,2013(3):66
- [10]张坤.信用维护要求与博弈思维对高校毕业生诚信就业的影响[j],石家庄铁道大学学报(社会科学版),2015(3):99-104
- [11]何自荣.历史法学的嬗变——从一种流派到一种方法[j],石家庄铁道大学学报(社会科学版),2014(3):85-89
- [12][英]弗里德利希·冯·哈耶克.法律、立法与自由.第1卷,邓正来等译[M].北京:中国大百科全书出版社,2000:201.

论《劳动合同法》中的性别平等保障缺失与补救

蒋月*

【摘要】 现行《劳动合同法》未明定男女平等，未提及同工同酬原则，这种缺失不能等闲视之！男女平等是我国法律的基本原则，是基本国策之一。劳动合同强调用人单位与劳动者之间双向的权利与义务，但是，男女平等不应是劳动合同立法可以“绕开”或者不涉及的问题。相反，劳动合同立法有义务回应宪法保障男女平等的要求，针对我国劳动领域普遍存在的性别歧视现象作出相应规制。男女平等、同工同酬应成为《劳动合同法》坚守的底线。建议尽快修改《劳动合同法》，增设性别平等条款，补充防治职场性骚扰条款；规定公立用人单位履行性别平等义务应高于私立用人单位；对用人单位课加纠正性别歧视行为的义务；设立监督、保障性别平等的专门执行机构，规定对违规行为的经济制裁和法律责任。

【关键词】 劳动合同法； 性别平等； 性别歧视； 立法缺失； 立法补救

《中华人民共和国劳动合同法》，无论是 2007 年原法案还是 2012 年第一修正案，³⁵均只字不提男女平等，甚至未提及同工同酬原则，这着实令人匪夷所思！男女平等是我国基本国策，是公认的法律基本原则。劳动合同当事人双方的确享有契约自由，但是，该自由不得违反男女平等原则。基于性别歧视传统影响尚未消除，国际人权公约和各国国内法在规制劳动问题时，都会强调反对性别歧视、防治性骚扰，禁止在劳动合同订立之前、劳动合同履行过程中以及劳动合同终止时基于性别而实行差别待遇。遗憾的是，在我国，劳动者遭受性别歧视的情况较普遍，性骚扰事件近些年来时有发生。根据北京市海淀区法院劳动争议庭对近年审理的涉及女职工权益案件的统计分析，发现职场女性最易遭遇到隐就业歧视、孕期产期或哺乳期的工资、休假等受到不公正待遇、用人单位未缴纳生育保险等

* 蒋月（1962—），女，汉族，浙江人，现任厦门大学法学院教授，博士生导师。主要研究方向：婚姻家庭法、劳动法与社会保障法、妇女/性别与法律。

³⁵ 《中华人民共和国劳动合同法》于 2007 年 6 月 29 日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过，自 2008 年 1 月 1 日起施行。2012 年 12 月 28 日，第十一届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过修改决定，于 2013 年 7 月 1 日起施行。

多方面的歧视，其中，女职工受到隐形就业歧视而引起的平等就业权纠纷排在首位。³⁶这些既源于执法不力，又源于立法干预不足。因此，《劳动合同法》应当尽快修正，增设保障性别平等条款，旗帜鲜明地反对性别歧视。

一、《劳动合同法》嵌入性别平等保障条款的必要性

男女平等是我国法律基本原则，受到宪法保护。现行《中华人民共和国宪法》第48条规定：“中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。”相关法律法规就应当贯彻宪法要求，使男女平等原则得以落实，更不得抵触。《劳动合同法》未涉及性别平等，难有令人信服的理由。

（一）我国相关法案均明文保障妇女享有与男子平等的劳动权

凡劳动关系的所有方面，无论是劳动合同的订立、履行、变更、终止，还是工作任务分配确定、职位升职、教育训练培训或者劳动福利待遇，国家相关法均明文保障男女平权。

1. 《妇女权益保障法》保障妇女享有与男子平等的劳动权利和社会保障权利。该法案规定，“国家保障妇女享有与男子平等的劳动权利和社会保障权利”（第22条）；“实行男女同工同酬。妇女在享受福利待遇方面享有与男子平等的权利”（第25条）。“禁止对妇女实施性骚扰。受害妇女有权向单位和有关机关投诉”（第40条）。

2. 《劳动法》对贯彻男女平等原则也有所规定。1994年《中华人民共和国劳动法》第12条、第13条规定妇女享有与男子平等的就业权利；第46条明定“……实行同工同酬”。还规定实行对女职工特殊劳动保护制度。不过，该法案作为基本劳动法典，既没有在总则中规定男女平等、禁止或反对性别歧视，除了就业权男女平等外，又没有在分别赋予各项劳动权利时强调男女平等，对于违反男女平等原则的行为，更无处罚规则。其保障性别平等是不充分的或者说不周全的。

3. 《中华人民共和国就业促进法》³⁷保障妇女享有与男子平等的劳动权利。该法案在多个条款中反复强调保障性别平等。明定“劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视”（第3条）；“用人单位招用人员、职业中

³⁶《职场女性六权益易受侵 隐形就业歧视居首》，《中国妇女报》2011，6，2，转引自中国妇女网，<http://www.women.org.cn/allnews/1302/2846.html>，2012-12-12。

³⁷该法案于2007年8月30日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过。

中介机构从事职业中介活动,应当向劳动者提供平等的就业机会和公平的就业条件,不得实施就业歧视”(第 26 条)。“.....用人单位招用人员,除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外,不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。用人单位录用女职工,不得在劳动合同中规定限制女职工结婚、生育的内容”(第 27 条)。该法本法建立举报制度,受理对违反本法行为的举报,并及时予以核实处理。该法案主要调整就业,非全面规范劳动合同关系之法。

(二) 唯《劳动合同法》是例外:未提及男女平等价值观

《劳动合同法》本应将保障性别平等纳入其中,贯彻男女平等原则,针对劳动合同领域可能发生的性别歧视现象或行为,“查漏防堵”式地给予规定,为消除对妇女一切形式的歧视尽其责任。

事实却是,现行《劳动合同法》未明定或涉及性别平等。《劳动合同法》“总则”完全未涉及男女平等。其第 3 条关于“订立劳动合同”的原则,规定“应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用”,虽然可以牵强地将“合法、公平”理解为包含了男女平等保护,但是,从该法案定位于“明确劳动合同双方当事人权利和义务”看,结合整部法案的内容,看不出其在哪些条款上强调男女平等原则或性别平等价值观。

《劳动合同法》仅有两处提及对女职工的特别劳动保护。该法案第 42 条第(四)项规定,“女职工在孕期、产期、哺乳期的”,用人单位不得依照第 40 条、第 41 条规定解除劳动合同;³⁸ 第 52 条规定,企业职工一方与用人单位可以订立“女职工权益保护”等专项集体合同。很显然,仅有这些条款是不够的。

特别奇怪的是,《劳动合同法》和《就业促进法》通过时间仅相差两个月,在性别平等保障上,却有着天壤之别。如前所述,前者竟然没有一个条款表达男女平等或者禁止性别歧视,后者则既规定了男女平权原则,又设定了若干保障性的具体条款。《劳动合同法》欠缺性别平等条款的原因,部分是源于立法者缺乏性别意识,部分则是源于劳动合同法研究对性别平等问题重视不足。该法案制定前后争论的重大问题集中于“单保护”(仅仅保护劳动者)或“双保护”(同时保护劳动者和用人单位)等问题上,几乎没有讨论该法案应如何体现男女平等原则。

(三) 现行保障劳动领域男女平等的国家法尚存若干明显不足

³⁸ 第 40 条规定,用人单位提前 30 日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后,可以解除劳动合同。第 41 条规定用人单位裁员性解除劳动合同。

我国现行劳动法律保障男女平等的条款，至少尚存在下列四方面明显不足。

1. 现行劳动立法尚未明文干预性骚扰。若职场发生性骚扰，欲追究雇主失责或疏于管理之责，似无国家法依据，尽管福建等地方立法已明定用人单位应当采取措施预防工作场所的性骚扰，有性骚扰情形发生时，应当及时处理。³⁹

2. 法律救济途径不畅而致威慑力不足。保障条款往往十分原则，操作性不强。例如，性骚扰受害人不敢利用法律寻求保护，一方面，受制于传统观念影响，因为依照传统观念来思维，发生性骚扰，受害妇女不但得不到同情，相反易被指责为“苍蝇不叮无缝的蛋”，受害妇女容易被第二次伤害；另一方面，则受制于法律救济途径不畅，现行国家法没有界定性骚扰概念、没有明定解决性骚扰的途径和法律责任。

3. 法律规定相互之间不协调而似给了违规者以可趁之机。例如，《妇女权益保障法》第 27 条规定，“任何单位不得因结婚、怀孕、产假、哺乳等情形，降低女职工的工资，……”。而《女职工劳动保护规定》⁴⁰第 6 条第 1 款规定，“女职工在孕期不能适应原劳动的，用人单位应当根据医疗机构的证明，予以减轻劳动量或者安排其他能够适应的劳动”。有些用人单位正是利用特殊保护规定，将怀孕的女性劳动者的岗位调整，由重要劳动岗位调整到非重要劳动岗位，由高薪劳动岗位下调到非高薪劳动岗位等。

4. 欠缺制裁性别歧视行为或实践的法律措施。实践中，用人单位公开实施性别歧视的情形并不少见，但是，真正被纠正或被处罚极为罕见。这既源于立法欠缺对违法行为的制裁性规定，又因为受害人寻求救济时举证责任太重而几乎不可能完成。如此一来，性别歧视行为的违法成本低甚至无成本。

为使劳动合同全过程符合男女平等原则，《劳动合同法》就有必要包含性别平等条款，应该让性别平等、同工同酬成为劳动合同的底线。

二、劳动合同领域较普遍存在性别歧视

在我国劳动领域，性别歧视现象常见。贯彻实施男女平等原则，必然要求禁止性别歧视。所谓性别歧视，包括直接歧视和间接歧视两类。直接歧视是指用人单位基于性别而对妇女采取与男性待遇相比较而不利或少利之对待。⁴¹ 间接歧

³⁹ 参见《福建省实施〈中华人民共和国妇女权益保障法〉办法》（2008 年修正案）第 25 条第 3 款。

⁴⁰ 中华人民共和国国务院令 第 619 号于 2012 年 4 月 28 日公布《女职工劳动保护规定》。

⁴¹ See section 1(1)(a) of the Sex Discrimination Act 1975, UK. 反歧视法律资源网，<http://www.fanqishi.com/detail.asp?ID=291>，2014-04-26。

视是指用人单位提出的要求或者所适用的条件，虽同样适用于男性，但女性被适用的机会将少于或小于男性，该差异对女性而言是不可期待具有正当性的，并且因女性不能遵照执行而被抱怨或受到损害。⁴²间接歧视虽未明确提到性别或婚姻状况，却通过规则、政策、标准或实际行动等形式事实上使性别或婚姻状况成为不利因素而使相关人处于不利地位或者获得较小份额。⁴³劳动合同法规范用人单位与劳动者之间的权利与义务，当然有积极保障性别平等之职责。

（一）招聘中的性别歧视

部分用人单位设立苛刻的招聘条件，使女性劳动者特别是受过大学教育的女性劳动者在招聘、录用上受到隐形性别歧视。例如，有些招聘广告公开标明某个岗位“仅限男性”或者“男性优先”。这是就业中典型的性别歧视！这种歧视观认为，女性在体力、思考能力、情绪控制能力、知识成熟度上弱于男性，故意排斥女性。殊不知，男女之间虽生理差异明显，不过，由于教育普及、科技发达，妇女从事各种行业的能力与男性几无区别了。

（二）任职、升迁中的性别歧视

有些用人单位对女性任职、升迁实施歧视。大多数情形下，这是基于大男子主义意识的男上司或男同事不能接受女性与他们平起平坐，甚至个别男同事“患红眼病”，认为妇女已有好丈夫或者好家庭，不应与男性在事业上相互竞争了，因此阻碍妇女升迁的机会。也有些情形，则是用人单位或掌握决定权的人员不合理地认定妇女不能担当重任而不给女性升迁机会。

（三）薪资待遇歧视

基于契约自由原则，用人单位与劳动者经自愿协商可以约定薪资标准，这本不得违反男女同工同酬原则。可是，在有些用人单位，在相同的工作岗位，男女劳动者的薪资水平并不等同，存在性别歧视之嫌。当然，若是基于绩效、年资或其他正当理由而实行不同薪资的，不构成歧视。

（四）培训或类似活动中的歧视

在职业活动过程中，接受教育或培训，是劳动者提高素质、保持竞争力的重要法宝。不过，有些用人单位在确定受训人选时，有一定的性别歧视。例如，用人单位因顾虑女员工独自出差不方便、已婚女工生育期会中断工作、平衡工作

⁴² See section 1(1)(b) of the Sex Discrimination Act 1975, UK. 反歧视法律资源网，

<http://www.fanqishi.com/detail.asp?ID=291>, 2014-04-26.

⁴³ I T Smith & Gareth Thomas, *Industrial Law*, 7th edition, Butterworths, London Edinburgh & Dublin, 2000, P244.

与家庭时偏向家庭等，更有意向男员工提供更多的培训机会，而使女工有训机会不平等。

（五）怀孕、结婚、生育歧视

结婚生育是公民的基本权利。任何人、任何单位不得以任何理由，剥夺或者变相剥夺妇女享有和行使这些基本权利。但是，有些用人单位尤其是女员工集中的企业，出于自身利益最大化考虑，招聘、录用女员工时，要求女员工承诺在一定期间内不怀孕、不结婚或者不生育，甚至与女职工订立劳动合同中，专门约定不许或者限制结婚、生育内容的条款，若有违反，用人单位将有权单方终止劳动合同。例如，约定被录用者有结婚、怀孕、分娩或育儿的情形之一的，应自行离职。用人单位的前述行为、条款或要求，是劳动合同领域中的典型的性别歧视，严重侵害了妇女的权利！当然，这类条款或要求依法应当无效。

女职工因孕期、产期或哺乳期也易遭受到工资、休假等待遇歧视。也有些用人单位借口女性劳动者怀孕、产假、哺乳等情形，调整当事女性劳动者的工作岗位。在“三期”，多数女职工往往无法为用人单位提供正常的劳动，在经济利益的驱使下，部分用人单位会采取降低女职工劳动报酬的措施。也有些用人单位采取扣除女工孕期工资的做法，要求女工自行承担怀孕生育的各项费用。这些做法明显侵犯女职工的合法权利。女职工因用人单位不当处理其在孕期、产期、哺乳期间的劳动待遇而引发纠纷的，常见。

（六）用人单位未缴纳生育保险

用人单位未缴纳生育保险，导致女职工无法报销生育费用。以往，受到政策因素限制，用人单位不为外地户籍女职工缴纳生育保险，引发女职工因生育产生费用无法报销之后，与用人单位产生此类争议。

（七）女职工遭受到职场性骚扰

职场性骚扰，因侵犯他人尊严而受到法律禁止。职场性骚扰是一种与性有关的行为或者其他基于性别而影响正在工作中的男性或女性尊严的、且不可接受的行为。职场性骚扰具有下列特点：（1）对承受者而言，这类行为是其不需要的、对其不合理的，并具有攻击性的；（2）对于劳动者或雇主而言，一个人对该行为的拒绝或顺从，被公开或暗示地将影响关于该人就业、晋升、工资、获得职业培训或其他方面作出决定，被骚扰者有合理理由相信，只要其拒绝或抵抗，将有可能导致其在录用、升职、工资、受训、工作合作或其他方面履职过程中遭受不利

后果或敌意环境。(3) 这种行为使受众置身于不友好的、受胁迫的或者耻辱的工作环境。⁴⁴ 职场性骚扰的受害者中，女性占绝大多数。

现实中，职场性骚扰相当普遍，困扰着职业妇女，成为她们心中的“隐痛”。据北京众泽妇女法律咨询服务中心“妇女观察”对北京、广东等四地共计 2000 份问卷调查结果，有 19.8% 受访者承认本人遭受过性骚扰；23.9% 的受访者表示曾目睹或听说本单位同事遭受过性骚扰。发生性骚扰后，只有 45.6% 的受害人会明确警告骚扰者，34.3% 的受害人会向单位人事部门、工会或者管理者投诉；仅有不足 1/5 的受害人会选择报警和司法诉讼；高达 54.4% 的受害人选择屈从和睁一只眼闭一只眼。该调查显示，受到性骚扰的群体中，20—29 岁年轻人占最大比例，达 57.5%。⁴⁵ 而据中国职场性别歧视调查结果，大约每 25 名妇女中有一名女性遭遇过强行性行为。自从我国立法防治性骚扰以来，迄今最受社会关注的职场性骚扰案件应是 2011 年宋山木强奸案，上司利用强权和优势地位控制女下属，性侵女员工的严重犯罪。⁴⁶ 该案例说明，职场存在的性别歧视和对女性员工受压迫问题，纵容性骚扰的企业文化该被追责，应当抛弃了。如杨大文教授所言，是否违背妇女意志，不应以是否反抗为必要条件；不能像古人要求烈妇烈女那样去要求当代女性以死相拼甚至宁死不从，否则，不符合妇女人身权利保护要求。⁴⁷ 当复杂的权力关系、隶属关系发生作用时，骚扰或强奸的受害人因恐惧而被迫屈服，不敢反抗或不敢激烈抗拒，这不意味着其受伤害较轻，相反，受害人的精

⁴⁴ See *The Council's Resolution on the Dignity of Women and Men at Work*(1990) OJ C157/6, 第 1 条。转引自 [英] 凯瑟琳·巴纳德著，《欧盟劳动法》（第二版），付欣译、郭捷校，北京：中国法制出版社 2005 年，第 301 页。

⁴⁵ 骆倩雯，《性骚扰困扰六成职场女性》，《中国妇女报》第 B3 版，2011 年 5 月 17 日。

⁴⁶ 2010 年 10 月 18 日，广东省深圳市罗湖区人民法院不公开开庭审理山木集团总裁宋山木涉嫌强奸案。12 月 24 日，罗湖区人民法院作出一审判决。法院查明，案发前，宋山木除了知道罗某（时年 22 岁）叫“黄金艾伦”外，不知道罗某的真实姓名，他没有储存罗某的手机号码，两人从未约会过，也无私交，双方不存在感情基础。5 月 3 日，宋山木即以打扫卫生为借口，将罗某带到地理位置偏僻的松泉公寓 3 栋 809 房间。案发后，罗某回到宿舍，整夜不得安睡。5 月 4 日早上 6 时，罗某前往福田区南园派出所报案。法院认为，宋山木违背罗某的意志，采用胁迫手段，强行与罗某发生性关系的事实，足以认定；被告人宋山木犯强奸罪，判处有期徒刑四年，并赔偿附带民事诉讼原告人罗某经济损失人 4205.87 元。宋山木提出上诉。2011 年 10 月 14 日，深圳市中级人民法院对该案二审宣判，认定上诉人宋山木违背被害人罗某意志，以打扫卫生为名将罗某带到案发现场，并利用罗某对现场的陌生、偏僻环境，采用假意打电话叫人来对罗某不利的方式恐吓罗某，使其不敢反抗，后又逼罗某脱衣服被其拍摄裸照，并以将裸照放到网上进一步威胁罗某，最终达到奸淫罗某的目的，宋山木的行为已构成强奸罪。上诉人宋山木的强奸行为造成被害人经济损失，应当承担相应的民事赔偿责任。终审判决：驳回上诉，维持原判。引自 蔡双喜：《纵容性骚扰的企业文化该追责了》，《中国妇女报》2011 年 1 月 18 日第 A3 版。刘晓燕、肖友若：《宋山木案二审仍面临四年徒刑》，《南方都市报》2011 年 11 月 15 日，转引自南都网：

<http://gcontent.oooo.com/f/7c/f7cade80b7cc92b9/Blog/5fe/fa7f9d.html>，访问时间：2011-12-20。毕琳、王亦君：《专家研讨宋山木强奸案：集团的企业文化令人震惊》，中国网，

http://www.china.com.cn/news/txt/2011-02/01/content_21855881.htm，访问时间：2011-12-20。

⁴⁷ 转引自 蔡双喜：《纵容性骚扰的企业文化该追责了》，《中国妇女报》2011 年 1 月 18 日，第 A3 版。

神创伤可能更大。

三、《劳动合同法》增设性别平等保障条款的措施建议

《劳动合同法》作为劳动法领域的重要法案，必须尽快补上性别平等这一课。建议尽快修改《劳动合同法》，增设保障性别平等的相关条款。除具有正当理由外，用人单位不应将性别作为主要考虑因素，而使求职者或受雇者免受不公平待遇；若有违反，应当承担相应法律责任。

（一）《劳动合同法》应当增设性别平等条款

1. 《劳动合同法》应当有条款明定男女平等、同工同酬原则。为此，应禁止所有用人单位基于性别而在招聘、录用、薪酬、晋升、培训、工作岗位安排、劳动条件、处罚、解雇、退休及其他劳动待遇上对劳动者实施分等、区隔或歧视。

2. 劳动合同必须包含性别平等条款。用人单位应对所有求职者或劳动者一视同仁，不因性别不同而对任何求职者、劳动者的资格、要求、行为等实施差别或歧视。同时，应在劳动合同中规定纠正性别歧视行为的条款。即告知劳动者投诉性别歧视的途径或权利，用人单位违反性别平等要求的，应当承担矫正、赔偿等相应法律责任。

凡对特定劳动岗位的劳动者设立性别要求的，须具备充分的工作职责适应性。

（二）《劳动合同法》应增设防治职场性骚扰条款

鉴定我国劳动法领域尚无防治职场性骚扰立法，《劳动合同法》有必要增设防治职场性骚扰条款。用人单位应当建立防治性骚扰的机制，在规章制度中明确规定，性骚扰行为不受欢迎、不可接受。编写和发放防治工作场所性骚扰指导手册，为受到性骚扰投诉的劳动者指定一名经特别培训的专业人士为其提供建议和帮助，并告知受害人应当通过何种程序寻求救济。在发生性骚扰投诉时，支持受害人。通过遣责性骚扰等形式，明确表示一切性骚扰行为都将不被接受。为性骚扰调查提供支持和配合。

（三）公立用人单位应课加高于私立用人单位的性别平等保障义务

用人单位可以划分为两大类：公立用人单位和私立用人单位。公立用人单位包括政府机关、事业单位、国有企业、国资控股企业及其他公共财产设立的用人单位，以及接受公共财政资助的单位。私立用人单位则指私人资本设立的企业或其他单位。凡以公立用人单位为当事人一方的劳动合同中，用人单位必须履行性别平等义务。凡是承包或分包公共资金投资兴建的项目，承包商或分包商同样应

当履行性别平等义务。

凡在此类合同或活动中基于性别而歧视某类劳动者的，此类机构负责人应当承担相应法律责任，同时必须纠正歧视行为，以保障性别公平。

（四）赋予用人单位纠正性别歧视行为的义务

凡有劳动者或者求职者向用人单位投诉遭受到性别歧视的，相关用人单位应当查核该投诉是否合理或有依据，并将查核结果回复投诉人。一旦查证属实的，必须及时纠正。

（五）设立监督、保障性别平等的专门执行机构

有必要设立专门机构负责推动、监督平等劳动权和处理就业歧视争议。一方面，用人单位实施性别歧视的行为普遍，说明仅依靠用人单位内部管理，并不足以堵住性别歧视。故需要有来自外部的强有力监管。另一方面，单个劳动者寻求司法救济的成本高昂。劳动者遭遇性别歧视，有权诉诸司法，只是诉讼成本高昂，常常是单个劳动者难以承受的。这是劳动者不得不忍气吞声或选择默默离开的主要原因。可以考虑在政府部门中设立“性别平等保障部”或者“性别平等委员会”，或者在劳动与人力资源部门之下设立相应部（处、室），负责监督、实施性别平等原则，纠正性别歧视行为。

（六）对违规行为实施行政处罚

对劳动合同领域的性别歧视现象，除了教育，还应发挥其他调节机制作用。对于违反性别平等义务的行为，立法应当规定相应的制裁措施。

1. 实施经济制裁。在市场经济环境中，对用人单位的违规行为实施经济制裁，是通行的有效机制。我国少数地方立法已对实施性别歧视的行为开出罚单。《重庆市就业促进条例》（2010年）第51条规定，“用人单位、政府公共以及经营性就业中介机构，招工信息中发布男女不平等歧视内容的，今后将处5000~10000元的罚款。也就是说在重庆发布歧视性招聘广告将查处，用人单位、广告经营者、广告发布者、公共就业服务机构、经营性人力资源服务机构发布包含就业歧视性内容招聘广告的，由工商行政管理部门依法查处。”内地首部促进性别平等的地方法《深圳经济特区性别平等促进条例》于2013年1月1日起开始实施。依据该条例，“用人单位在招聘、录用人员时，除国家法律另有规定外，不得设置性别要求，不得以性别、婚姻、生育为由拒绝招录某一性别或提高某一性别的招录标准。否则，由人力资源和社会保障部门责令限期改正，

逾期拒不改正的，处以三千元以上三万元以下的罚款”。国家法可以借鉴这些地方实践经验。

2.不得参评先进或撤销荣誉称号。如果用人单位实施性别歧视行为的，一经查证属实，不仅给予纠正，而且不得参评当年各类先进。情节严重的，以往已获得的先进荣誉，可以给予以撤销。《深圳经济特区性别平等促进条例》规定，对于申请获得或者已经获得市、区政府财政性资金资助的单位，以及获得政府部门授予荣誉称号的单位，违反本条例规定情节严重的，性别平等促进工作机构还可以提请主管部门驳回申请、撤销资助或者荣誉称号，进一步从法律上保护了女性合法权益。这一经验可资国家立法借鉴。

（七）规定法律责任

《劳动合同法》应当具体规定实施性别歧视行为的法律责任，既能威慑用人单位谨守法律，又便于法院追究违法行为。

1. 限期改正。受害劳动者或者原劳动者遭受性别歧视的指控查证属实的，最重要的是尽速纠正错误、消除影响。故立法应赋权法院下达命令，责令用人单位在指定期限内改正，消除歧视。例如责令恢复原职、续聘、任用、晋升等。期限长短，应由法院根据条件酌情确定。如果过错方未履行法庭命令，且无正当理由的，则应当承担赔偿责任。甚至可以增加其应付赔偿金金额。

2. 赔偿受害人损失。劳动者因遭受歧视或性骚扰而产生损失的，用人单位应当承担相应赔偿责任。

（八）设立 90 天除斥期间

求职者或劳动者知悉遭受性别歧视的，有权自知悉之日起 90 日内向有关机构投诉或提起申请，或提起诉讼。

简而言之，《劳动合同法》是调整劳动关系发生、变更、终止的基本法律准则，是劳动法律制度中的基本制度之一，保障性别平等应当成为劳动合同法中应有之义。现行《劳动合同法》欠缺性别平等保障条款，未明文规定男女平等，未提及同工同酬原则，以男女平等观衡量，这是个大是大非问题！应当尽快通过修法等途径作出修正，以亮明其贯彻男女平等的立场，设定相应制度措施，为劳动合同领域的性别平等提供法律保障。

“二倍工资”的法律性质与责任构成

——兼论《劳动合同法》第 82 条之修订

孔令明*

【摘要】未订立书面劳动合同的“二倍工资”的法律性质是什么？现有的法定工资说、损害赔偿说、惩罚性赔偿说均不能恰当说明。“二倍工资”是具有民事罚款性质的“惩罚性奖励”，具有惩罚、遏制与奖励三大功能，不具赔偿功能。“二倍工资”的责任构成中应当包括用人单位的过错，不属于无过错责任。《劳动合同法》第 82 条的修订建议包括：统一责任标准，降低责任金额，规定主观要件和免责情形。

【关键词】 二倍工资 劳动合同 法律性质 责任构成 惩罚性赔偿

一、问题的提出

2015 年 9 月 9 日上午，十堰中级人民法院两名法官在给已审结的一件劳动争议案件上诉人胡庆刚送达法律文书并答疑时，胡庆刚突然持刀刺伤该两名法官及另两名前来制止的法官，四名法官均受重伤。该恶性事件缘于一件劳动争议。在该劳动争议中，胡庆刚称于 2013 年 8 月 14 日入职十堰方鼎汽车车身有限公司（下称“十堰方鼎”），同年 10 月 17 日被十堰方鼎安排到武汉方鼎、东风模冲等公司工作，后于 2014 年 2 月 23 日离职。胡庆刚后向十堰劳动监察部门投诉十堰方鼎拖欠工资，劳动监察部门帮胡庆刚追回了 2014 年 1 月和 2 月的工资 2157 元。后胡庆刚申请劳动仲裁，要求十堰方鼎支付在职期间未签订劳动合同的二倍工资 43200 元，以及解除合同的经济补偿等共 66363 元。劳动仲裁机构及两级法院均以胡庆刚提交的证据为复印件，无法证明胡庆刚与十堰方鼎之间的劳动关系而驳回了胡庆刚的诉求。^{〔1〕}胡庆刚工作时间仅半年，向劳动监察部门追讨欠薪仅 2 千多元，申请仲裁和起诉的总额却高达 6 万多元，其中最主要的诉求是“二倍

*：孔令明：华东政法大学社会法学博士研究生，电子邮箱：627146605@qq.com，电话：13431135100。

〔1〕法官被刺事件及劳动争议见法治周末《血案，因何而起 还原 4 法官被伤案背后的那起讨薪官司》[N]，<http://news.hexun.com/2015-09-16/179130804.html>，2016 年 2 月 18 日访问。

〔2〕该数据根据笔者在某省 D 市调研统计而得。

工资”，约占诉求总额的三分之二。在某种程度上可以说，“二倍工资”是酿成十堰法官被刺事件的制度原因之一。

在《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）实施之初，“二倍工资”即引发了诸多劳资群体性事件，劳动者以“二倍工资”为谈判筹码而罢工，要求企业买断工龄后再签劳动合同。以某省D市为例，该市2008年因劳动合同签订问题而引发劳资群体性事件33宗，参与人数13502人。^{〔2〕}近几年，“二倍工资”的高额利益及其制度漏洞还频频诱发劳动者的“道德风险”，各地频频涌现“碰瓷”案件、“作弊”案件和“代签”案件。^{〔3〕}北京市一个区一年发生的“碰瓷”案件与“作弊”案件就有7件。^{〔4〕}

十堰法官被刺事件和“二倍工资”引发的社会乱象促使我们思考：《劳动合同法》第82条所创立的“二倍工资”制度，其法律性质到底为何？其责任构成包括什么？该条应否删除或如何修订？本文顺着这一脉络，尝试回答这一问题。

二、“二倍工资”的法律性质

涉及“二倍工资”的法律规范包括《劳动合同法》第10条、第82条以及《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第5—7条。由于理论界和实务界对“二倍工资”法律性质的认识有不同看法，使得对“二倍工资”的责任构成与时效起算

〔3〕“碰瓷”案件是指一些劳动者利用用人单位管理漏洞，故意不与用人单位订立劳动合同，等到工作超过一个月不满一年时，对用人单位提出二倍工资的诉求。“作弊”案件是指用人单位人力资源部门的劳动者，利用职权便利，将其劳动合同从用人单位的人事档案中抽出，或藏匿或撕毁，然后以用人单位没有与之订立劳动合同为由，要求用人单位支付二倍工资。“代签”案件是指劳动者利用不在用人单位办公场所签署劳动合同的机会，另找他人代替自己签名，后要求用人单位支付未签订劳动合同的二倍工资，当用人单位举证该劳动者的劳动合同时，劳动者否认签订过劳动合同，并申请笔迹鉴定。

〔4〕王兵、王忠、张江洲：《劳动争议二倍工资案件适用法律问题研究》，《人民司法》2013年第11期。

〔5〕陈玉江：《论双倍工资的法定工资性质》，《吉林省教育学院学报》2011年第11期。

〔6〕王全兴、粟瑜：《用人单位违法不订立书面劳动合同的“二倍工资”条款分析》，《法学》2012年第2期。

〔7〕前引〔4〕，王兵、王忠、张江洲文，另参见刘焱白：《用人单位惩罚性赔偿金的适用研究》，《法商研究》2013年第6期。

〔8〕杨景宇、信春鹰主编：《中华人民共和国劳动合同法解读》，中国法制出版社2007年版，第249页。

〔9〕刘水林：《论民法的惩罚性赔偿与经济法的激励性报偿》，《上海财经大学学报》2009年第4期。

〔10〕李友根：《惩罚性赔偿制度的中国模式研究》，《法制与社会发展》2015年第6期。

等一系列问题也都存在分歧。从理论上深入分析和正确认识“二倍工资”的法律性质，无疑是我们思考的起点和解决相关问题的前提。

（一）现有的学说

关于“二倍工资”的法律性质，学界主要形成了“法定工资说”、“损害赔偿说”和“惩罚性赔偿说”三种学说。

1、“法定工资说”。该说认为，即使双倍工资具有惩罚性，但因为同样具有惩罚性的加班工资被认为属于工资和劳动报酬，所以双倍工资也应当属于工资和劳动报酬；从文义解释、系统解释、目的解释的角度看，双倍工资性质上是法定工资。^{〔5〕}

2、“损害赔偿说”。该说认为，对“二倍工资”需要作“第一倍工资”与“第二倍工资”之分解，“第一倍工资”是劳动者履行劳动义务的对价，属于劳动报酬，对用人单位不具制裁性，不属法律责任；“第二倍工资”则是与用人单位违法不订立书面劳动合同对应的损害赔偿，对用人单位具有制裁性，属于法定责任。^{〔6〕}

3、“惩罚性赔偿说”。该说认为，劳动立法中的惩罚性赔偿责任是用人单位在法定情形下需要向劳动者赔付高于一般损害赔偿数额的金钱，“二倍工资”这一惩罚性赔偿责任将“损害可能”或“损害之虞”纳入对劳动者损害的界定，不以实际损害后果作为构成要件，而是直接对用人单位侵害行为的一种惩罚。^{〔7〕}全国人大及常委会的官员也持此说。^{〔8〕}

除关于“二倍工资”的上述三种学说外，针对《消费者权益保护法》多倍赔偿制度的相关学说还包括“激励性报偿说”^{〔9〕}和“奖励性赔偿说”，^{〔10〕}这两种学说从激励和奖励角度对认识“二倍工资”的性质有启发意义。

（二）对现有学说的评析

“法定工资说”以具有惩罚性的加班工资属于工资以及《劳动合同法》使用“二倍工资”的文义，而推论“二倍工资”的性质属于法定工资，其错误在于：加班工资是对劳动者在休息时间加班而付出额外劳动的休息权的补偿，本质上仍然是劳动的对价，但“二倍工资”与加班工资不具有可比性，“二倍工资”的第二倍工资并非劳动者劳动的对价，只是以第一倍工资作为计算依据而已。文义解

释仅为法律解释的一种，仅凭《劳动合同法》“二倍工资”的文义而认定其为法定工资，其论证太过简单，难以令人信服。

“损害赔偿说”将“二倍工资”分解为“第一倍工资”与“第二倍工资”，对二者性质作不同解释是该学说的合理内核，其认为“第二倍工资”对用人单位具有制裁性且属于法定责任也是恰当的。但是，未订立书面劳动合同仅具有导致劳动者损害的可能性，而“损害是受害人一方的财产或人身权益状况在受害前后所发生的客观真实的不利性改变，损害是已经发生的事实，而非尚未发生的事实。”

〔11〕而且，“损害赔偿之最高指导原则在于赔偿被害人所受之损害，俾于赔偿之结果，有如损害事故未曾发生者然。”〔12〕既然未订立书面劳动合同并非必然导致劳动者实际损害后果的发生，不具有现实性，仅具有未来可能性，那么，将“二倍工资”中的“第二倍工资”解释为损害赔偿亦难以令人信服。

“惩罚性赔偿说”关于“二倍工资”系对用人单位违法行为的一种惩罚的观点是正确的，但其关于惩罚性赔偿不以损害后果作为构成要件的观点却是值得商榷的。王利明教授指出，惩罚性赔偿是以补偿性赔偿的存在为前提的，只有符合补偿性赔偿的构成要件，才能请求惩罚性赔偿，惩罚性赔偿“也要以实际损害的发生为适用的前提”。〔13〕朱广新研究员也认为惩罚性赔偿制度的必备要素之一就是“赔偿金应以受害人所受损失为基础进行确定。”〔14〕从比较法看，美国承认惩罚性赔偿制度的州将原告的补偿性赔偿请求与惩罚性赔偿请求区分为两个诉讼程序，先审理补偿性赔偿诉讼，再单独审理惩罚性赔偿诉讼，并要求惩罚性赔偿诉讼必须以补偿性或名义性损害赔偿判决为条件。“每个允许惩罚性赔偿金的州实际上都坚持认为，实际损害，纵使仅仅是象征性的，也必须表现出值得惩罚性赔偿金的授予。”〔15〕

不过，惩罚性赔偿金的数额与实际损害（或补偿性赔偿金）之间并不具有一一对

〔11〕张新宝：《侵权责任构成要件研究》，法律出版社2007年版，第121—128页。

〔12〕曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社2001年版，第16页。

〔13〕王利明：《惩罚性赔偿研究》，载《中国社会科学》2000年第4期。

〔14〕朱广新：《惩罚性赔偿制度的演进与适用》，载《中国社会科学》2014年第3期。另参见关淑芳：《惩罚性赔偿制度研究》，中国人民公安大学出版社2008年版，第57页。

〔15〕〔奥〕赫尔穆特·考茨欧、瓦尔萨·威尔科克斯主编：《惩罚性赔偿金：普通法与大陆法的视角》，窦海阳译，中国法制出版社2012年版，第213页。

应关系，仅需维持一定比例关系。由于“二倍工资”中的“第一倍工资”系劳动者劳动的对价，并非补偿性损害赔偿金，且未订立书面劳动合同并非必然造成劳动者实际损害，将损害概念贸然扩大至“损害可能”只会破坏法律概念的严谨性，因此，将“二倍工资”定性为惩罚性赔偿也存在不妥之处。

（三）本文观点

本文认为，未订立书面劳动合同的“二倍工资”的制度渊源是惩罚性赔偿，但“二倍工资”一方面旨在惩罚用人单位的违法行为，另一方面旨在奖励劳动者诉讼，“二倍工资”是具有民事罚款性质的“惩罚性奖励”。

1、未订立书面劳动合同行为的性质。从法律规范的结构分析，《劳动合同法》第10条关于“建立劳动关系，应当订立书面劳动合同”的规定是法律规范的行为模式，《劳动合同法》第82条关于“二倍工资”的规定则是法律规范的法律效果，认识“二倍工资”性质的前提是准确把握未订立书面劳动合同行为的性质。劳动合同系双务有偿合同，我国劳动合同的成立要件为书面要式行为的特别成立要件，未订立书面劳动合同的行为即未满足法律行为的特别成立要件，行为方式是不作为。《劳动合同法》并未对欠缺书面形式特别成立要件的法律行为的效力进行规定，仅规定劳动关系自用工之日起建立，可以推论，欠缺书面形式劳动合同的效力可因实际履行（用工）而补正。

2、“二倍工资”：违约责任、侵权责任、违法责任？违约责任和侵权责任是自罗马法以来就形成的两种不同责任。违约责任是合同当事人违反了合同义务而产生的责任，侵权责任是侵权人侵犯了他人的人身或财产权益而依法承担的责任。由于用人单位未订立书面劳动合同的行为只是未满足法律行为的特别成立要件，用人单位并未违反当事人约定的义务，故“二倍工资”责任不是违约责任。《侵权责任法》第2条规定的作为侵权责任侵害对象的民事权益不包括未满足特定形式的特别成立要件在内。用人单位未与劳动者订立书面劳动合同的不作为并非必然侵害劳动者的人身或财产权益，故“二倍工资”责任不应属于侵权责任。“二倍工资”责任应当属于用人单位违反与劳动者订立劳动合同义务的一种违法责任，虽非违约责任，却是属于合同领域的一种违法责任。

3、“二倍工资”的制度功能。全国人大及常委会官员对“二倍工资”的制度功能明确表述为：“用于惩罚用人单位的违法行为，同时也是督促用人单位尽快

依法与劳动者签订劳动合同”。〔16〕显然，在立法官员看来，“二倍工资”的制度功能包括惩罚与遏制两项：一方面惩罚用人单位既有的未订立书面劳动合同的违法行为，另一方面遏制用人单位未来可能的不与劳动者订立书面劳动合同的违法行为。但是，立法官员提到的“二倍工资”制度功能却不包括赔偿（补偿）在内，这表明立法者也认识到未订立书面劳动合同并非必然给劳动者造成损害，故未赋予“二倍工资”以赔偿功能在内。比较而言，一般认为惩罚性赔偿具有惩罚、遏制与赔偿三方面功能。〔17〕

4、“二倍工资”是具有民事罚款性质的“惩罚性奖励”。“二倍工资”具有与惩罚性赔偿相似的惩罚与遏制功能，其制度来源是惩罚性赔偿，可以说是一种准惩罚性赔偿。但“二倍工资”与惩罚性赔偿又存在重大区别，即“二倍工资”并不具备惩罚性赔偿的赔偿功能，将“二倍工资”定性为惩罚性赔偿并不准确。不过，“作为一种利用私法机制实现本应由公法担当的惩罚与威慑目的的特殊惩罚制度”，〔18〕“二倍工资”采用利益机制对劳动者却具有很强的奖励功能，即奖励劳动者监督用人单位订立书面劳动合同，奖励劳动者通过诉讼方式要求用人单位支付“二倍工资”，将“二倍工资”的法律性质表述为“惩罚性奖励”应该更为恰当。

还需考虑的另一个问题是，劳动者获得“二倍工资”的正当性基础是什么？用人单位未与劳动者订立书面劳动合同的行为本系一种行政违法行为，劳动行政部门可对该违法行为处以罚款等处罚。由于执法资源有限，以及违法信息掌握的不对称，不可能由劳动部门查处所有的未订立书面劳动合同的违法行为，于是国家在特定领域放弃对惩罚权的垄断，授予私人劳动者发现并“查处”违法行为的权利。为充分激励劳动者发现并“查处”违法行为，国家还将用人单位本应交付给国家的罚款以“第二倍工资”的名义支付给胜诉劳动者，使得“二倍工资”具有了民事罚款的性质。从比较法看，“在特定情况下，法国法规定可以责令被告支付被称为“民事罚金”的东西，民事罚金是一种由民事法律规定的并且可以由

〔16〕前引〔8〕，杨景宇、信春鹰书，第250页。

〔17〕See Andrew M. Kenefick, Note, The Constitutionality of Punitive Damages under the Excessive Fines Clause of The Eighth Amendment, 85 Mich. L. Rev. 1699, 1721—22 (1987).

〔18〕前引〔14〕，朱广新文。

民事法院判决的罚金。”〔19〕

综上,《劳动合同法》规定的“二倍工资”是具有民事罚款性质的“惩罚性奖励”,是法律规定的对用人单位未满足劳动合同的书面成立要件的违法责任,具有惩罚、遏制与奖励三大功能。

三、“二倍工资”的责任构成

鉴于“二倍工资”的制度渊源是惩罚性赔偿,立法官员也误以为“二倍工资”是一种惩罚性赔偿,那么,从比较法上考察外国立法例中的惩罚性赔偿制度,对于正确认识“二倍工资”的责任构成有重要价值。

17至18世纪,英美法中的惩罚性赔偿主要适用于诽谤、诱奸、恶意攻击、诬告、不法侵占住宅、占有私人文件、非法拘禁等使受害人遭受名誉损失及精神痛苦的侵权类案件。20世纪以来,由于制造企业生产的不合格商品对消费者造成了严重损害,于是惩罚性赔偿逐渐适用于产品责任,同时赔偿数额不断提高。

〔20〕惩罚性赔偿能否应用于合同领域呢?普通法最初认为不应将惩罚性赔偿应用于合同领域,仅存在两类例外,一类是违背结婚允诺的案件,另一类则是违背公共性服务合同的案件。在美国,现代法院通常会在下列合同案件中判决惩罚性赔偿:“(1)存在欺诈的违约行为;(2)存在可以被归类为独立的侵权行为的违约行为;(3)违背信托义务的行为;(4)违背默示诚信与公平交易义务的行为。”

〔21〕目前,美国法院承认的同时构成独立的侵权行为的违约行为有下列类型:强占、伪造、违反忠实义务、侵权性地干预商业关系、伴随有故意的暴力、恶意的或强制的行为的故意违约、欺诈、违背契约中的诚信原则、欺诈性的不实陈述。

〔22〕在英国,惩罚性赔偿金的适用范围比美国小,仅限于三种情况:一是由政府雇员所实施的压迫的、恣意的或违宪的行为;二是由被告所设计的行为,这种

〔19〕前引〔15〕,〔奥〕赫尔穆特·考茨欧、瓦尔萨·威尔科克斯书,第70页。

〔20〕王利明:《美国惩罚性赔偿制度研究》,载《比较法研究》2003年第5期。

〔21〕袁碧华、宋鲲鹏、金兰:《惩罚性赔偿在合同领域的排除与扩张——兼论建立我国合同领域惩罚性赔偿适用规则》,载《政治与法律》2008年第6期。

〔22〕关淑芳:《惩罚性赔偿制度研究》,中国人民公安大学出版社2008年版,第115页。

〔23〕前引〔15〕,〔奥〕赫尔穆特·考茨欧、瓦尔萨·威尔科克斯书,第5—15页。

〔24〕前引〔20〕,王利明文。

〔25〕前引〔22〕,关淑芳书,第14—15页。

行为使得他自己可以获得超出赔偿给原告的利益，主要是诽谤案和非法驱逐；三是法律的明确规定。^{〔23〕}

在美国，惩罚性赔偿责任的构成要件一般包括：1、主观要件为行为人的主观过错较为严重，具体包括故意，被告具有恶意（malice）或者具有恶劣的动机，毫不关心和不尊重他人的权利和重大过失；2、行为具有不法性和道德上的应受谴责性，一般不适用于那些轻微的违反注意义务的行为；3、造成损害后果，且这种损害是被告的行为造成的。^{〔24〕}美国惩罚性赔偿示范法规定，惩罚性赔偿金的要件有五个，第二个要件即“被告必须恶意”。^{〔25〕}另有学者认为，在合同案件中判定惩罚性赔偿的核心即是违约行为人的主观状态为故意。当事人对过失违约行为缺乏足够控制能力，难以在事前防范，即使对其课以惩罚性赔偿，亦无法实现惩罚性赔偿的威慑功能。^{〔26〕}

由上可知，惩罚性赔偿在合同领域主要适用于欺诈，违约与侵权竞合的严重违约行为，当事人主观状态须为故意。有学者对我国惩罚性赔偿制度的演进进行考察后得出结论：从《侵权责任法》第47条和《消费者权益保护法》第55条第2款新增惩罚性赔偿看，我国立法已明确限制惩罚性赔偿的适用范围，将其“严格限定为造成死亡或健康严重受损的严重侵权行为，即使对值得特殊保护的消费者也无例外。”^{〔27〕}由于“二倍工资”源于惩罚性赔偿，且我国立法者对惩罚性赔偿的适用范围已开始持限制态度，故“二倍工资”的适用范围也应当限于用人单位不与劳动者订立劳动合同行为中的比较严重的一类。然而，学界对“二倍工资”的责任构成有较大争议，最大的争议点在于主观要件。王全兴教授主张“二倍工资”责任属于无过错责任，只要用人单位自用工之日起超过1个月未与劳动者订立劳动合同，不问其出于故意或过失，均要承担“二倍工资”责任。^{〔28〕}另有学者认为，“二倍工资”责任不以实际损害后果作为构成要件，仅仅针对用

〔26〕前引〔21〕，袁碧华、宋鲲鹏、金兰文。

〔27〕前引〔14〕，朱广新文。

〔28〕前引〔6〕，王全兴、粟瑜文。

〔29〕前引〔7〕，刘焱白文。

〔30〕张沛儒：《论二倍工资的若干法律问题》，载《中国劳动》2011年第4期。

〔31〕程啸：《过失相抵与无过错责任》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2014年第1期。

用人单位的违法行为就课以惩罚性赔偿责任，是一般情形的例外，必须慎重把握，应限于用人单位的恶意侵权行为。^{〔29〕}还有学者认为，劳动合同系双方法律行为，用人单位和劳动者对订立劳动合同均负有义务和责任，将不订立书面劳动合同责任一味归咎于用人单位，与双方法律行为的“双方相互性”的法律特征相违背，对用人单位过于苛刻，也难免有失公正，二倍工资的归责原则应为过错推定责任。^{〔30〕}

笔者认为，“二倍工资”的责任构成中应当包括主观要件（用人单位的过错），“二倍工资”责任不属于无过错责任，其理由有三。第一、如上所述，无论是侵权案件还是合同案件，惩罚性赔偿责任的构成要件均包括行为人的主观过错在内。我国的立法官员将“二倍工资”定位为惩罚性赔偿，尽管笔者认为“二倍工资”的性质是具有民事罚款性质的“惩罚性奖励”，但是，“二倍工资”源于惩罚性赔偿，惩罚性赔偿尚且须具备主观要件，根据“举重以明轻”法理，“二倍工资”也应具备主观要件。“二倍工资”不要求实际损害已经是对法理的重大突破了，如果还不要求用人单位具有主观过错，那么“二倍工资”将丧失其法理基础，其正当性依据将严重不足。

第二、无过错责任的发展历史和理论基础均表明，无过错责任不应适用于未订立书面劳动合同的“二倍工资”。除了动物致害等少数几种无过错责任外，绝大多数无过错责任都是随着现代科技的发展而出现的。现代科技的发展产生了诸如飞机、高铁等高度危险的物品与活动，这些高度危险的物品与活动对公众的人身和财产安全造成了很大的危险与损害。正因如此，法律才对高度危险物品的保有人和高度危险活动的运营者施加比过错责任更严格的责任，即无过错责任。无过错责任的理论基础是危险开启理论和危险控制理论。依据危险开启理论，现代社会中从事危险活动或占有、使用危险物品的人开启了对他人人身、财产权益造成损害的危险，在法律允许危险活动存在以及危险物品持有的同时，这些开启危险状态的人应当承担无过错责任。依据危险控制理论，从事危险活动或者占有、使用危险物品的人最有能力控制危险，无过错责任有助于促使危险活动从事者和危险物品持有人加强对危险的控制与损害的预防。^{〔31〕}未订立书面劳动合同的不作为仅系未遵守劳动合同的法定书面要件，既非从事一种危险活动，也不是占

有、使用一种危险物品，不会开启对劳动者人身、财产权益造成损害的危险，对未订立书面劳动合同的不作为适用无过错责任缺乏理论基础，也不符合其历史发展规律。

第三、要求用人单位对因劳动者过错未订立书面劳动合同而支付“二倍工资”违背了劳动合同订立的诚信原则。《劳动合同法》在总则的第3条规定“订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。”劳动合同为双务有偿合同，用人单位与劳动者双方均负有依据诚信原则签订书面劳动合同的义务。根据“责任自负原则”，用人单位与劳动者还应各自承担未签订书面劳动合同的责任。虽然《劳动合同法》第82条未明文规定因劳动者原因未签订书面劳动合同的责任，但规定在总则第3条的诚信原则，对《劳动合同法》第10条、第82条及《实施条例》第5—7条具有涵摄作用，从体系解释的角度看，《劳动合同法》隐含着劳动者对因自己原因未订立书面劳动合同而负责的精神。要求用人单位对因劳动者过错未订立书面劳动合同而承担“二倍工资”责任，违背了诚信原则和责任自负原则，对用人单位过于苛责且不公平。

四、对《劳动合同法》第82条之修订建议

《劳动合同法》创立的“二倍工资”制度确实提高了企业的劳动合同签订率，⁽³²⁾但是，由于对其法律性质和责任构成均认识不清，“按下葫芦起了瓢”，试图以“二倍工资”解决一个问题却引起了其它问题。除劳动者“道德风险”外，最主要的问题是对劳动者奖励过度，对用人单位惩罚过度，违背“过罚相当原则”。

作为一种利用私法机制实现公法功能的特殊惩罚制度，“二倍工资”也应把公法上惩罚制度的原则作为基础，应像公法上的行政罚款与刑事罚金那些遵循过罚相当原则。现行的“二倍工资”则违背了过罚相当原则，表现在两方面。第一、同过异罚。同样的不订立书面劳动合同的违法行为，仅因为劳动者工资的不同及持续时间差异，却将承担数额相差极大的惩罚，这是实践中“碰瓷”与“作弊”案件多发的重要原因。第二、轻过重罚。在用人单位违反劳动法的行为中，未订立书面劳动合同是较轻微的违法行为，但用人单位承担的违法责任却很重。若用工时间为一年，用人单位可能承担多达11个月的“二倍工资”，数额可高达数万

⁽³²⁾《切实维护劳资双方合法权益——访全国人大常委会委员、财经委副主任委员乌日图》，《人民日报》2011年8月10日。

元、数十万元。与拖欠工资等严重违法行为相比，“二倍工资”责任表现出轻过重罚的特点。

表 1 用人单位劳动法上违法行为法律责任简表

	违法行为	违法轻重	诉讼上法律责任	责任轻重
1	未订立书面劳动合同	较轻	“二倍工资”责任:第 1 年工龄需多支付 11 个月工资	较重
2	未及时足额支付劳动报酬	严重	被迫辞职,要求经济补偿,1 年工龄补偿 1 个月工资	较轻
3	未依法缴纳社会保险费	严重	被迫辞职,要求经济补偿,1 年工龄补偿 1 个月工资	较轻

当前,国家已开始了修改《劳动合同法》的调研论证工作。鉴于《劳动合同法》第 82 条创立的“二倍工资”的法律性质不明,责任构成不清,《劳动合同法》第 82 条亟需修订。修订思路有两种:一是删除该条,理由是,未订立书面劳动合同并未造成劳动者损害,不符合惩罚性赔偿的法理;二是修改该条,规定主观要件和免责情形,统一责任标准,降低责任金额。笔者认为第一种思路为上策,修法中若不能采第一种思路,则第二种思路为中策。

1、统一责任标准,降低责任金额。为克服现行“二倍工资”责任同过异罚、轻过重罚的缺陷,《劳动合同法》可不再以每个劳动者的本人工资作为计算标准,而以用人单位住所地的最低工资标准作为计算标准,不管未订立书面劳动合同的状态持续的长短,计算期间都固定为一个月,可表述为“用人单位自用工之日起超过一个月未与劳动者订立书面劳动合同的,应当向劳动者额外支付一个月工资,该工资按用人单位住所地的最低工资标准计算。”统一标准且降低金额后,不仅能继续保持对用人单位一定程度的威慑力,倒逼用人单位遵守法律,而且能减弱对劳动者的激励作用,降低诱发劳动者“道德风险”的可能性。

2、规定主观要件和免责情形。为平衡用人单位和劳动者在劳动合同签订中的权利、义务和责任,《劳动合同法》还应规定未订立书面劳动合同责任的主观要件和免责情形,即“但用人单位举证证明未订立书面劳动合同系劳动者原因或不可抗力引起的除外”。如此规定,能从实体和程序上较好平衡劳资双方的权利和义务。一方面赋予用人单位一定程度的免责空间,从制度上堵住诱发劳动者“道

德风险”的漏洞；另一方面将举证责任分配给用人单位，使得用人单位必须主动履行与劳动者签订劳动合同的义务，劳动者的举证负担较轻。

五、结语

人性有多复杂，劳动关系就有多复杂。劳动者是人，企业老板也是人，趋利避害乃人之天性。法律之重要功能便在于抑制人性之恶，引导人性之善。《劳动合同法》创立的“二倍工资”由于其理论准备不足以及制度设计缺陷，一方面抑制了企业老板人性之恶，另一方面也勾引出个别劳动者人性之恶，诱发劳动者“道德风险”。《劳动合同法》立法者在创立“二倍工资”时无疑想将惩罚性赔偿制度移植到劳动合同订立之中，但未订立书面劳动合同的“二倍工资”却不是真正的惩罚性赔偿，而是具有民事罚款性质的“惩罚性奖励”，具备惩罚、遏制与奖励三大功能，却不具备损害赔偿功能。

《劳动合同法》的修改已纳入国家有关部门的议事日程，《劳动合同法》第82条也获得了调整的机会。若能删除该条当然最好，若不能删除，我们也应看到，其利用私法机制实施公法的集惩罚与威慑于一体的倒逼机制有可取之处。当然，在修改《劳动合同法》时，可将未订立书面劳动合同责任的标准统一为一个月的用人单位住所地的最低工资，并规定用人单位未订立书面劳动合同责任的主观要件和免责情形。

违法解雇期间的工资支付问题研究

李俊杰

【摘要】“违法解雇期间”的确定、工资支付标准以及“中间收入”的处理是支付违法解雇期间的工资时需要解决的三个关键问题。然而，我国现行的立法未对“违法解雇期间”的确定和“中间收入”的处理作出规定，所规定工资支付标准也不合理。鉴于此，结合对域外立法和实务的考察，本文认为“违法解雇期间”的终止时间应该根据个案的具体情况来确定；工资支付标准应该是劳资双方建立劳动关系时约定的工资标准；对“中间收入”应该允许进行部分扣除，须确保劳动者实得的工资不得低于当地的最低工资标准。

【关键词】违法解雇，工资标准，中间收入

为了保护劳动者的权益，《劳动法》和《劳动合同法》都对用人单位解除劳动合同的条件和程序都作出了明确规定。如果用人单位违反规定的条件或者程序解除劳动合同，即属违法解雇。根据《劳动合同法》的规定，被违法解雇的劳动者可以选择要求继续履行劳动合同、恢复劳动关系或者要求用人单位支付赔偿金。实践中，许多人劳动者，尤其是那些工作年限不长的劳动者，都会选择要求继续履行劳动合同、恢复劳动关系，同时要求用人单位支付违法解雇期间的工资。那么用人单位是否需要向劳动者支付违法解雇期间的工资呢？《劳动部办公厅关于处理劳动争议案件几个问题的复函》（劳办发〔1997〕15号）第二条规定：“在处理解除或终止劳动合同的劳动争议时，如果仲裁委员会的裁决或人民法院的判决撤销了企业解除或终止劳动合同的决定，企业应从决定解除或终止劳动合同之日起补发职工工资。”这一规定明确了用人单位应该向被违法解雇的劳动者支付违法解雇期间的工资。但是，就“违法解雇期间”的确定、工资支付标准以及“中间收入”⁵⁷的处理这三个关键问题而言，我国现行的法律法规中缺乏统一的规则，实务中的做法也不尽相同。因此，对这几个问题进行深入研究既具有理论意义，又具有实践意义。

⁵⁷ “中间收入”是指劳动者在被违法解雇的期间通过向他处提供劳动获得的工资收入。

一、“违法解雇期间”的确定

“违法解雇期间”是计算用人单位应付、劳动者应得工资的时间范围，因此，确定“违法解雇期间”是支付违法解雇期间工资的关键环节之一。在我国现行的法律法规中没有关于确定违法解雇期间的规则。因此，在实践中我们只能利用既有的相关规范和理论来确定违法解雇期间的起止时间。

首先，“违法解雇期间”应该从用人单位做出违法解雇行为之时起算。根据《劳动部办公厅关于处理劳动争议案件几个问题的复函》（劳办发〔1997〕15号）第2条的规定，“如果仲裁委员会的裁决或人民法院的判决撤销了企业解除或终止劳动合同的决定，企业应从决定解除或终止劳动合同之日起补发职工工资”。从这一规定可以看出在我国的司法实务中是以用人单位做出违法解雇行为之日作为违法解雇期间的起始时间。同时，从法理层面看，违法解雇行为本身是一种无效的法律行为，而法律行为的无效是自始无效，所以违法解雇行为自始就不具备解雇劳动者的法律效力。因此，对劳动者工资等权益的保护应回溯到用人单位做出违法解雇行为之时。

其次，“违法解雇期间”的终止时间需要根据个案情况进行确定，因为其受到是否签订劳动合同、劳动合同期限等因素的直接影响。在劳动者和用人单位签订有劳动合同的情况下，违法解雇期间的终止时间包括以下几种具体情形：第一种情形是在仲裁委员会做出裁决或法院作出判决时劳动合同期限尚未届满，这时违法解雇期间的终止时间应该是仲裁裁决或者法院判决确定的恢复劳动关系的时间。第二种情形是在仲裁委员会做出裁决或法院作出判决时劳动合同的期限已经届满。在这种情形之下，又有一个特殊的因素需要考虑，就是根据我国《劳动合同法》第14条的规定，在特定的条件下，劳动者享有签订无固定期限劳动合同的单方决定权。如劳动者已经与用人单位连续二次签订固定期限劳动合同，根据《劳动合同法》第14条的规定，只要不存在《劳动合同法》第39条和第40条第1、2项规定的情形，则可以要求与用人单位签订无固定期限劳动合同。因此，在这种情形下，如果劳动者不能要求订立无固定期限劳动合同或者虽然可以要求签订无固定期限劳动合同，但在申请仲裁或者起诉时没有提出要求的，劳动关系就随着劳动合同的到期而终止，违法解雇期间也就只能计算至劳动合同的到期之日。但如果劳动者在申请仲裁或者起诉时要求与用人单位签订无固

定期限劳动合同，此时就不能认定劳动关系因为劳动合同到期已经终止，而应该保护劳动者的权利，认定双方签订了无固定期限劳动合同。这时就和前述第一种情形一样了，违法解雇期间的终止时间就是仲裁裁决或者法院判决确定的恢复劳动关系的时间。虽然《劳动法》和《劳动合同法》都明确要求“建立劳动关系应当订立劳动合同”，但是在实践中仍然有很多用人单位与劳动者未签订劳动合同的情况存在。在未签订劳动合同的情况下，违法解雇期间的终止时间为仲裁裁决或者法院判决确定的恢复劳动关系的日期。

最后，“违法解雇期间”的长短直接影响用人单位应付的工资数额，而在实践中劳动争议可能需要经过调解、“一裁二审”等程序才能解决，这本身就需要一段较长的时间，更为值得注意的是，根据《劳动争议调解仲裁法》第27条的规定，劳动争议申请仲裁的时效期间为一年，从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。而且还可以因多种原因中断，重新开始计算。这就可能出现一些劳动者故意利用仲裁时效期间的规定，在仲裁时效期间即将结束的时候才申请仲裁，人为地延长违法解雇期间。这样用人单位就需要支付更多的工资，劳动者未付出劳动即可获得更多的工资。虽然劳动者这样做并未违反任何法律法规，但显然是不合理的。从国外的立法来看，一些国家的立法对劳动者主张解雇无效规定了相对较短的时效期间。德国的《解雇保护法》第4条的规定，如果劳动者认为解雇不具有正当性，应于收到解雇通知后三周之内向劳动法院提起诉讼，请求法院确认解雇无效。第5条进一步明确，如果劳动者在被解雇后虽然尽以最大的注意义务但仍没有三周之内提起诉讼，可以根据其申请允许在期限之后提起诉讼，但是申请应在起诉的障碍消除后两周内提出，从已延误的起诉期限结束时算起，如已达6个月，则不能提出此项申请。挪威法律规定，从收到解雇通知之日算起，主张不公平解雇的时效是8个星期；如果雇员仅仅要求赔偿，时效是6个月。⁵⁸在我国现行的立法中，《合同法》第11条就将“债权人债权人在合理期限内未要求履行”规定为继续履行的除外情形，但是没有法律法规对劳动者要求继续履行劳动合同的期间做出限制。可见，出现前述困境是现行立法存在的不足造成的，解决这种困境的出路也只能是完善立法。因此，笔者建议通过修改《劳动合同法》增加对劳动者要求继续履行劳动合同的期限限制，如限定为六个月，

⁵⁸ 钱叶芳：《个人解雇保护立法实践的国际比较：回应与建设》，载《法律科学》（西北政法大学学报）2011年第1期。

如果超出该期限，则只能请求赔偿金，不能要求继续劳动合同、恢复劳动关系。这样既可以促进劳动者及时行使自己的权利，促成争议得到及时解决，也能够更好地平衡双方的利益。

二、违法解雇期间的工资支付标准

（一）我国的相关立法与实务

原劳动部制定的《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》（劳部发〔1995〕233号）第三条第一项规定：“造成劳动者工资收入损失的，按劳动者本人应得工资收入支付给劳动者。”根据原劳动和社会保障部办公厅《关于用人单位违反劳动合同规定有关赔偿问题的复函》，“劳动者本人应得工资收入”是指因用人单位违反国家法律法规或劳动合同的约定，解除劳动合同造成劳动者不能提供正常劳动而损失的工资收入。换言之，用人单位应该以劳动者在正常劳动时工资标准向劳动者支付违法解雇期间的工资。但是，在我国的一些地方立法中，并未将劳动者正常劳动时的工资标准作为支付违法解雇期间工资的标准。《广东省工资支付条例》所规定的违法解雇期间的工资标准是劳动者本人前十二个月的平均正常工作时间工资；⁵⁹《上海市企业工资支付办法》规定的标准为用人单位作出决定之月时该劳动者所在岗位前12个月的月平均工资，双方都有责任的，根据责任大小各自承担相应的责任；⁶⁰《辽宁省工资支付规定》规定的标准为本市同期在岗职工的平均工资，但如果劳动者本人工资高于本市同期在岗职工平均工资，按照劳动者本人前12个月的平均正常工作时间工资计算。⁶¹

在司法实务中，在计算违法解雇期间的工资时除了执行前述相关立法中所规定的工资标准外，还有一些其他的情形。根据《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要》，用人单位作出的与劳动者解除劳动合同的处理决定被劳动仲裁委或人民法院依法撤销

⁵⁹ 第二十九条 用人单位解除劳动关系的决定被裁决撤销或者判决无效的，应支付劳动者在被违法解除劳动关系期间的工资，其工资标准为劳动者本人前十二个月的平均正常工作时间工资；劳动者已领取失业保险金的，应当全部退回社会保险经办机构。

⁶⁰ 二十三、用人单位单方解除劳动者的劳动关系，引起劳动争议，经劳动争议仲裁部门或人民法院裁决撤销单位原决定的，用人单位应当支付劳动者在仲裁、诉讼期间的工资。其标准为：用人单位作出决定之月时该劳动者所在岗位前12个月的月平均工资乘以停发月份。双方都有责任的，根据责任大小各自承担相应的责任。

⁶¹ 第三十六条 用人单位解除劳动关系的决定被劳动争议仲裁委员会或者人民法院依法裁决撤销或者判决无效的，应当支付劳动者被违法解除劳动关系期间的工资，其工资标准为本市同期在岗职工的平均工资；劳动者本人工资高于本市同期在岗职工平均工资的，按照劳动者本人前12个月的平均正常工作时间工资计算。

后，劳动者主张用人单位给付上述处理决定作出后至仲裁或诉讼期间的工资，应按以下原则把握：（1）用人单位作出的处理决定仅因程序方面存在瑕疵而被依法撤销的，用人单位应按最低工资标准向劳动者支付上述期间的工资；（2）用人单位作出的处理决定因在实体方面存在问题而被依法撤销的，用人单位应按劳动者正常劳动时的工资标准向劳动者支付上述期间的工资。在具体案件的裁判中还有两种比较特殊的情形，一种情形是认为劳动者在违法解雇期间未向用人单位提供劳动，因而将劳动者视为下岗待工人员，以当地的最低工资标准为作为违法解雇期间的工资标准；⁶²另一种情形则是直接以停发工资前劳动者的月平均工资作为违法解雇期间的工资标准。⁶³

（二）域外的相关立法与实务⁶⁴

在德国，如果雇主对劳动者的解雇被劳动法院判定为违法解雇，根据《德国民法典》第 296 条⁶⁵的规定，即使劳动者在违法解雇期间未为任何给付劳务之提出，雇主亦陷于受领迟延。又根据《德国民法典》第 615 条第 1 句的规定，“劳务权利人就劳务的受领陷于迟延的，就因迟延而不提供的劳务，劳务给付人可以请求所约定的报酬，而不负事后补充给付的义务。”⁶⁶换言之，在违法解雇期间，虽然劳动者未服劳务，但是仍然享有请求约定报酬的权利。因此，违法解雇期间的工资标准就是劳资双方所约定的工资标准。

在日本，根据《日本民法典》第 536 条第 2 项的规定，“因可归责于债权人的事由致使不能履行时，债务人不丧失接受对待给付的权利”。⁶⁷据此，在违法解雇期间，劳动者因为雇主的违法解雇行为不能提供劳务，但其仍享有工资请求权。工资请求权的额度一般是指假设该劳工没有被解雇的情形依据劳动契约的约定所应该收到支付的工资总额。⁶⁸即违法解雇期间的工资标准是劳资双方约定的工资标准。不过，由于在计算上并没有确定的方式，因此亦可见到有根据劳动基准

⁶² 参见 武汉汉福超市有限公司与姚建文劳动争议上诉案，（2013）鄂武汉中民商终字第 01504 号判决书，载中国裁判文书网。

⁶³ 参见 李然与杭州吴山花鸟城有限公司劳动争议上诉案，（2013）浙杭民终字第 3636 号判决书。

⁶⁴ 我国属于大陆法系国家，而且在法治建设过程中深受德国、日本及我国台湾地区立法的影响。因此，本文在对域外立法和实务的进行考察时，仅以德国、日本及我国台湾地区为对象。

⁶⁵ 债权人所实施行为的期间按日历确定的，仅在债权人适时的实施行为时，才需要提出给付。某一事件须发生在行为之前，且行为的适当期间系已它自该事件发生时起可按日历计算的方式确定的，异同。参见《德国民法典》（第 3 版），陈卫佐译注，法律出版社 2010 年版，第 98 页。

⁶⁶ 《德国民法典》（第 3 版），陈卫佐译注，法律出版社 2010 年版，第 230 页。

⁶⁷ 《最新日本民法》，渠涛编译，法律出版社 2006 年版，第 118 页。

⁶⁸ [日]菅野和夫，《労働法》（第九版），弘文堂 2010 年版，第 486 页。

法第 12 条规定的平均工资来计算的判决。⁶⁹

在我国台湾地区，对违法解雇期间劳动者工资请求权依据的定位与德国相同，均为受领迟延。根据台湾民法第 487 条的规定，“雇用人受领劳务迟延者，受雇人无补服劳务之义务，仍得请求报酬。”在此所指的报酬，由于法律并未明确规定，因此法院实务一般而言系依据劳基法第二条第三款所定义之工资作为依据。⁷⁰亦即原则上以经常性给付为限。⁷¹因而在计算违法解雇期间的工资时并没有既定的标准，而是在个案中通过确定工资的构成后计算得出违法解雇期间的工资。不过，有时候因为缺乏计算工资的相关数据，法院亦会以劳基法第二条第四款所规定之平均工资作为计算基础。⁷²

（三）比较与检讨

可以看出，关于违法解雇期间的工资问题，在我国主要适用劳动法的规范，尤其是有关工资支付的法律规范来处理；而在德国、日本以及我国台湾地区，主要是通过适用民法中的规范来处理。形成这种差异的主要原因是劳动契约与雇佣契约的关系定位不同，如果将劳动契约定位为雇佣契约的下位概念，则在劳动契约终止时可以适用民法上的规范，而如果认为二者互相独立，则劳动契约关系就只能适用劳动法的规范。因此，这种规范体系的差异并不影响彼此之间的比较和借鉴。

关于违法解雇期间的工资标准，我国的现行立法和实务中尚未形成统一的规则，存在“劳动者正常劳动时的工资”、“前十二个月的平均正常工作时间工资”、“所在岗位前 12 个月的月平均工资”、“本市同期在岗职工的平均工资”、“当地最低工资”及“劳动者月平均工资”等多种标准。这就必然导致这样一种结果：同样是被违法解雇，不同的地方的劳动者将受到不同的对待。这显然是不符合法治的基本要求的。而反观德国、日本及台湾，均由较为统一的标准，总体来看都

⁶⁹ 参见 [日]野田進，《事例判例労働法—「企業」視点で読み解く》，弘文堂 2011 年版，第 146 页。

⁷⁰ 侯岳宏：《日本非法解雇期间工资与中间收入扣除之发展与启示》，载《政大法学评论》第 128 期。

⁷¹ 刘志鹏：《劳动法解读》，元照出版公司 2002 年版，第 176 页。

⁷² 如台湾士林地方法院 93 年度劳小上字第 2 号判决中：经查，被上诉人之薪资项目除底薪外，尚有伙食津贴、安全服务奖金、逾时津贴、差旅津贴、特殊功绩、假日加给、单延津贴等项，且除底薪及伙食津贴系属固定数额外，其余各项均视当月营收情形作为计算基础，故每月薪资额均因营收情形影响津贴奖金发放数额而非固定，且被上诉人因留职停薪未实际服劳务，亦乏计算薪资之数据，故仅以被上诉人留职停薪前 6 月平均薪资作为计算基础。载司法院法学资料检索系统 <http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/>。

以劳资双方所约定的工资标准作为计算违法解雇期间工资的一般标准，在特殊的情况下适用平均工资。因此，我国应该努力促成违法解雇期间的工资标准的统一。

要实现违法解雇期间工资标准的统一，最关键的问题就是以何种标准作为违法解雇期间的工资标准。从理论上讲，各地在确定违法解雇期间的工资标准有一个共同的前提，那就是用人单位的违法解雇行为是一种无效的法律行为，其自始就不产生解雇劳动者的效力。因此，劳资双方的劳动关系一直存续，劳动者也就应该按照双方约定的工资标准获得工资。基于这样的逻辑，用人单位就应该按照双方约定的工资标准向劳动者支付违法解雇期间的工资。由此可见，德国、日本的立法和实务中以“约定工资”作为违法解雇期间的工资标准更具有理论说服力。

那么，为何我国的立法和实务中未能像德国、日本及台湾那样形成统一的违法解雇期间的工资标准呢？通过深入地比较，我们就能发现这不仅仅是立法技术上的问题，而更是因为理念层面的差异。从形式上看，在我国和在德国、日本及台湾地区一样，被违法解雇的劳动者都可以请求用人单位支付违法解雇期间的工资。但是在进行制度设计时，所遵循的理念完全不一样。从相关立法及实务操作的规则我们可以看出，在我国是通过赋予劳动者损害赔偿请求权来恢复劳动者被违法解雇期间的工资收入；而在德国、日本及台湾的立法上，则是直接赋予劳动者工资请求权（对待给付请求权）来保护劳动者被违法解雇期间的工资权益。这种理念上的差异是造成违法解雇期间工资标准差异的深层次原因。因为损害赔偿与工资标准并没有直接的关系，而工资请求权则与工资标准直接相关。因此，就违法期间的工资标准，在我国的立法和实务中出现了多种标准，而在德国、日本和台湾的立法和实务中有统一的标准。

如果仅从恢复劳动者在违法解雇期间的收入损失的角度考虑，损害赔偿请求权和工资支付请求权两种手段都能够实现目的。但是，如果从理论的周延及价值判断的角度分析，工资请求权则优于损害赔偿请求权。首先，在违法解雇期间，劳动关系仍然存续，在这一前提之下肯定是发生工资请求权，而非损害赔偿请求权；其次，如果请求损害赔偿，劳动者需要证明损失的存在，且适用“过失相抵”或者“损益相抵”，而在工资请求权不存在这些限制，可见工资请求权更有利于保护劳动者，这符合“倾斜保护”的基本原则。因此，在处理违法解雇期间的工

资问题时，我国应该采用赋予劳动者工资请求权的方式来保护其在违法解雇期间的工资权益。这样的话，具体到违法解雇期间的工资标准这一问题上，就理应以劳资双方约定的工资为标准。

通过比较，我们可以看到我国的现行立法和实务中存在的不足。本文建议借鉴德国等地的经验，采用直接赋予劳动者以工资请求权的方式来处理违法解雇期间的工资问题，以劳资双方约定的工资标准作为违法解雇期间的工资标准。不过，实践中可能存在未约定或者约定不明的情形，这时可以适用《劳动合同法》第18条⁷³进行解决。

三、违法解雇期间工资的扣除——以“中间收入”的处理为中心

依据《劳动法》，用人单位不得克扣劳动者的工资。但是，用人单位可以从劳动者工资代扣下列款项：用人单位代扣代缴的个人所得税；用人单位代扣代缴的应由劳动者个人负担的各项社会保险费用；法院判决、裁定中要求代扣的抚养费、赡养费；法律、法规规定可以从劳动者工资中扣除的其他费用。用人单位在向劳动者支付违法解雇期间的工资时，同样可以扣除上述款项。由于在违法解雇期间，劳动者并未向用人单位提供劳动，因此还会产生一些较为特殊的问题。一是通勤补贴、伙食补贴以及生产奖金等这些“工资”不会实际产生；二是在违法解雇期间劳动者可能转向他处提供劳动获得收入，即产生“中间收入”。从违法解雇期间的工资中扣减未实际产生的“工资”并不存在争议，所以本文主要讨论“中间收入”的处理。

关于“中间收入”的处理，我国现行的立法中没有明确的规范，笔者也没有找到相关的案例，理论研究也鲜有涉及。因此，笔者希望通过考察域外的立法与实务并梳理相关学说，为我国构建相关规则提供参照。

（一）域外的立法与实务

在德国，《解雇保护法》第11条规定：“法院判决后如果劳动关系继续存在，下列款项应从雇主应该支付的违法解雇期间的工资中扣除：1. 劳动者在其他地方的劳动报酬；2. 劳动者故意怠于接受其他适当工作的报酬；3. 劳动者因为失业在此期间从社会保险、失业保险、失业救助或社会救助所领取的公法性款项。这些

⁷³ 第十八条 劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确，引发争议的，用人单位与劳动者可以重新协商；协商不成的，适用集体合同规定；没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的，实行同工同酬；没有集体合同或者集体合同未规定劳动条件等标准的，适用国家有关规定。

款项应由雇主偿还给提供该款项的机构。”依据这一规定，“中间收入”应从违法解雇期间的工资中扣除。

在日本，《民法典》第 536 条第 2 项的第 2 句规定，“此时，如果有因免除自己的债务而获得的利益，须将其利益偿还于债权人”。⁷⁴由于该条文未对“利益”作出具体的规定，因而对“中间收入”是否属于此处的“利益”出现了争议。持肯定意见者认为劳动者因解雇免除劳务的提供，与在他处提供劳务取得中间收入之间具有相当因果关系，因此须依民法中的前述规定偿还雇主；持否定意见者则认为中间收入乃解雇期间劳动者基于与其他雇主所缔结之新的劳动契约，因此否定有相当因果关系存在，劳工所应偿还之利益仅限于交通费等因免除提供劳务所直接免除的费用。⁷⁵但是在司法实务中，日本最高法院在“美极东空军山田部队事件”、“第二鸠计程车撤销救济命令事件”等判决中指出，因可归责于雇主的事由，劳动者在解雇期间在他处就职而获得利益时，雇主在支付该劳动者解雇期间的工资时，可从工资额度中扣除该利益，但是扣除利益的上限为平均工资的 40%，也即扣除“中间收入”后劳动者得到的工资不得低于平均工资的 60%。⁷⁶目前，这种对“中间收入”有限制的扣除在日本已经成为通行做法。

在我国台湾地区，民法第 487 条的但书规定：“受僱人因不服劳务所减省之费用，或转向他处服劳务所取得，或故意怠于取得之利益，僱用人得由报酬额内扣除之。”在实务中，综合台湾最高法院的一系列判决，均认为雇主于违法解雇即以预示拒绝受领劳务之意思，故自雇主表示之时起负受领迟延责任，惟如劳工于违法解雇期间另转向他处服劳务，不论原因为何，一律依民法第 487 条但书扣除于违法解雇期间另转向他处服劳务之所得。⁷⁷

（二）理论检讨及借鉴

虽然德国、日本及台湾的立法和实务都支持对“中间收入”进行扣除，但对这种处理方式也有持反对意见的观点。反对的理由主要包括两种：一是认为扣除缺乏理论依据，因为支持扣除“中间收入”的主要理论依据包括“不当得利”⁷⁸和

⁷⁴ 《最新日本民法》，渠涛编译，法律出版社 2006 年版，第 118 页。

⁷⁵ 盛诚吾：《违法解雇と中间收入》，载《一桥论丛》106 卷 1 号。转引自侯岳宏：《日本非法解雇期间工资与中间收入扣除之发展与启示》，载《政大法学评论》第 128 期。

⁷⁶ 参见 侯岳宏：《日本非法解雇期间工资与中间收入扣除之发展与启示》，载《政大法学评论》第 128 期；汪康定：《违法解雇劳工期间应付之报酬问题》，台湾东吴大学硕士学位论文，2001 年。

⁷⁷ 汪康定：《违法解雇劳工期间应付之报酬问题》，台湾东吴大学硕士学位论文，2001 年。

⁷⁸ 台湾民法第 487 条的立法理由乃是：“谨按僱用人怠于领受受僱人所服劳务，与受僱人无故不为服务不同，故无论受僱人已否服毕，应以已为服务论，均应有请求报酬之权。然受僱人因此所得之利益，乃属不

“损益相抵”⁷⁹。这二者都是民法上的重要规则，根据民法理论，“不当得利”和“损益相抵”都要求一方的损害和另一方的利益是基于同一事实原因。⁸⁰但是，雇主违法解雇劳工期间受领迟延继续给付工资与劳工到他处服劳务所取得之利益，并非基于同一原因发生。⁸¹因此，“中间收入”并不构成不当得利，也无损益相抵适用的余地。二是认为扣除不公平。如果扣除“中间收入”，其结果是违法解雇劳工之雇主几乎不须为其违法行为付出代价，且反而使无辜劳工受到重大不利，这彻底违背保护劳工之基本原则。违法者不受制裁，而守法者反受制裁，不符合事理之平。⁸²这些反对扣除的理由也不是没有道理。但是，如果不允许扣除“中间收入”，在违法解雇期间劳动者就可以基于同一“劳动”获得双份利益。因为用人单位的违法行为就让劳动者可以获得双份利益显然也是不合理的。由此可见，支持扣除和反对扣除的观点是基于不同的立场来衡量和调整劳资双方的利益，支持扣除的观点是立足于平等保护劳资双方利益，而反对扣除的观点则立足于对劳动者的“倾斜保护”，但两种观点都存在自身的局限。

鉴于前述两种观点都存在局限，就有学者提出了折衷的观点，即部分扣除的观点。该观点认为，纯就法理而言，雇主扣除劳工之中间收入于法并非说不通，但虑及解雇期间劳工维生之窘境，如能保障一定范围内之中间收入免遭雇主扣除，应可促使雇主更审慎地解雇劳工。⁸³如前面已经提到的，日本在司法实务中就采用这种处理方式，雇主在支付该劳动者解雇期间的工资时，可从工资额度中扣除“中间收入”，但是扣除的上限为平均工资的40%，也即扣除“中间收入”后劳动者得到的工资不得低于平均工资的60%。这种处理方式在利益衡量的过程中考虑到了对劳动者的“倾斜保护”，但同时又以保障劳动者的基本生活为“倾斜保护”设置了一个限度，较好地平衡了对劳动者和用人单位双方权益的保护。同时，这种处理方式还可以促进劳资双方积极地解决劳动争议。因此，笔者认为这种观点比较合理，这种处理方式值得我国借鉴。

当利益，故对于受僱人因不服劳务所节省之费用，或转向他处服劳务所取得之利益，及可取而不取之利益，均许僱用人自其报酬额内扣除之，以昭平允。此本条所由设也。”参见法源法律网
<http://db.lawbank.com.tw/FLAW/FLAWDOC01.aspx?sid=FL001351&lno=487>。

⁷⁹ 认为台湾民法 487 条的但书规定“即损益相抵规定之具体化”。参见林诚二：《民法债编各论(中册)》，瑞兴图书股份有限公司 2002 年版，第 27 页。

⁸⁰ 孙森焱：《民法债编总论(上册)》法律出版社 2006 年版，第 122-125 页、386 页。

⁸¹ 胡玉浪：《违法解雇期间工资支付法律问题探讨——基于我国台湾地区劳动立法与学说的考察》，载《西南政法大学学报》2010 年第 4 期。

⁸² 黄程贯：《解雇无效时之雇主受领迟延问题》，载《政大法学评论》2003 年第 49 期。

⁸³ 刘志鹏：《劳动法解读》，元照出版公司 2000 年版，第 177 页。

我国在未来的立法中，应该允许雇主在向劳动者支付违法解雇期间的工资时扣除劳动者在此期间的“中间收入”，但是应该为“中间收入”的扣除设置一个限度。为了保障劳动者个人及其家庭成员的基本生活，我国实行最低工资保障制度。因此，笔者建议以当地的最低工资标准作为“中间收入”扣除的底线，即扣除“中间收入”之后劳动者实得的工资不得低于当地的最低工资标准。

四、结论

工资是全部劳动关系核心中之核心，⁸⁴其对于劳资双方都具有重要的意义。对于劳动者来说，工资是主要的劳动收入，大部分劳动者依靠工资来维持其自身及家庭的生活。对用人单位来说，工资是生产成本的重要组成部分，工资的数量直接影响公司的经营状况。因此在处理违法解雇期间的工资支付问题时，应该在坚持对劳动者“倾斜保护”的同时兼顾用人单位的利益。基于这一立场，本文对“违法解雇期间”的确定、违法解雇期间的工资支付标准及“中间收入”的处理这三个关键的问题进行了分析、探讨。具体而言，关于“违法解雇期间”的确定，本文认为应该在充分考虑个案情况的基础上确定，同时应该限制人为延长违法解雇期间的不合理现象；关于违法解雇期间的工资支付标准，本文认为应该以劳资双方约定的工资数额为标准；关于“中间收入”的处理，本文认为应该采用部分扣除的处理方式，即允许扣除“中间收入”，但是必须确保劳动者实得的工资不低于当地最低工资标准。

⁸⁴ 黄越钦：《劳动法新论》，翰芦图书出版有限公司 2012 年版。第 299 页。

解雇保护水平国际比较研究

李凌云⁸⁵

【摘要】我国解雇保护水平是高还是低，是《劳动合同法》修订中的一个核心问题。由经合组织等国际机构的统计数据可知，上世纪九十年代以来各国解雇保护总体上呈现管制的趋势，我国个人解雇和集体解雇的综合水平已达到世界高位。我国应以《劳动合同法》修订为契机适度放松解雇保护

【关键词】解雇保护 劳动合同法 放松管制 无固定期限劳动合同

我国解雇保护水平是高还是低，理论界和实务界一直存在争论，也是《劳动合同法》修订大讨论中的一个核心问题。本文通过借鉴经合组织等国际机构的研究成果，客观地反映各国解雇保护立法的发展趋势与我国解雇保护水平所处的地位。

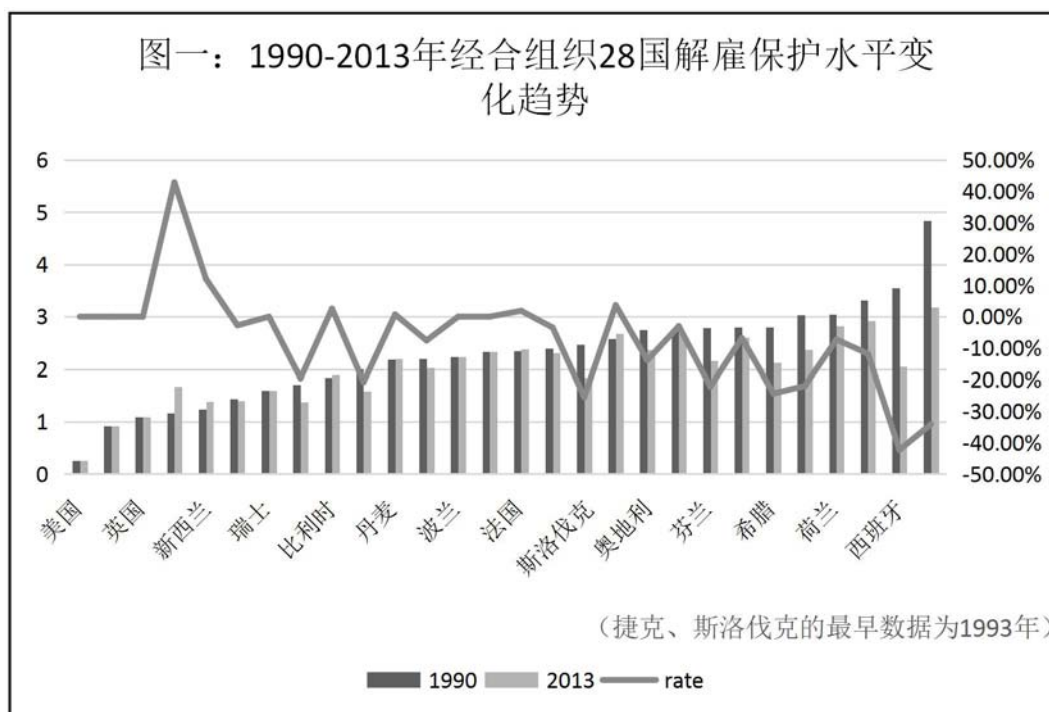
一、各国解雇保护总体上呈现放松管制的趋势

解雇自由源于私法中的契约自由原则，是雇主经营自由的体现，而解雇权是用人自主权的重要组成部分。解雇自由的理论随着时代的发展被各国不断扬弃，进而发展出解雇权滥用说、正当事由说以及法定事由说等几种有关解雇的理论。⁸⁶上述理论形成了一个从“解雇自由”到“解雇保护”的光谱，依次对雇主的解雇作出更多的限制。世界已经没有哪一个国家奉行绝对的“解雇自由”，即使是在一向崇尚“雇佣自由”、没有专门解雇保护立法的美国，也通过判例法形成了一系列解雇自由的例外，如公共政策例外、默示契约例外、公平诚信例外等。当今市场经济国家所实行的解雇保护制度大多建立于20世纪50年代至70年代之间，各国的解雇保护水平存在很大的差异。美国仍是解雇保护水平最低的国家，英国、加拿大、澳大利亚、新西兰等国家的解雇保护立法也较为宽松，而一些国家（比如大部分欧洲国家）的相关立法则较为严格。各国解雇保护立法的主要内容归纳起来包括以下几个方面：一是在雇员无过错、合法解雇的情况下，雇主给

⁸⁵ 李凌云，女，法学博士，华东政法大学副教授，中国社会法学会理事。本文系论文初稿，仅作参会论文之用，请勿摘录、转载、引用，谢谢配合。

⁸⁶ 详见黄越钦著，《劳动法新论》，中国政法大学出版社2003年4月版，第156-157页。

予雇员的提前通知期和/或解雇补偿金，以及解雇前特定的程序；二是对不公平解雇的界定与程序要求，以及对不公平解雇的救济（如重新雇佣或支付赔偿）；三是对集体解雇的特殊规定。



上世纪八十年代以来，随着石油危机造成的经济衰退以及经济全球化带来的各国企业间竞争加剧，许多国家开始实施劳动关系解除管制的措施（deregulation），其中一个重要体现就是降低解雇保护水平。笔者利用经合组织就业保护立法（Employment Protection Legislation）数据库，对1990年到2013年数据齐全的28个国家个人解雇和集体解雇保护水平进行了统计（见图一），1990年各国解雇保护水平的平均值是2.27，其中最低是美国0.26，最高的是葡萄牙4.83；2013年平均值则降至2.02，最高值葡萄牙也将到3.18。整体而言，上述国家在近二十多年间解雇保护的平均水平呈下降趋势，各国间解雇保护水平的差距也在缩小。具体而言，解雇保护水平降低的国家有16个，占57%，平均降幅11.24%，其中高于1990年平均值的国家有11个，平均降幅16.38%；解雇保护水平不变的国家有6个，占23%；提高的国家有6个，占23%，平均增幅10%，其中低于1990年平均值的国家占66.7%。解雇保护水平维持不变或是提高的12个国家1990年的平均值是1.72，这说明这些国家原有的解雇保护水平都不

高。法国是少数解雇保护水平不降反升的国家之一，但是其提高的幅度也仅有 1.86%，高于平均值约 0.4。法国较为严格的解雇保护立法是历年来政府劳动法改革的重点和难点，也是引发多次大规模罢工和社会动荡的主要原因。反观西班牙、葡萄牙这些原本解雇保护水平最高同时失业率也很高的国家，其降幅都在 30%、40%以上，下降的绝对值在 1.5 以上。上述数据反映出经合组织各国解雇保护总体上呈现放松管制的趋势。

近年来，在全球金融危机爆发、经济持续低迷的背景下，各国对解雇保护的规制出现进一步放松的趋势。经合组织就业保护立法数据库 2008-2013 年的统计数据显示，经合组织国家解雇保护水平（含个人解雇和集体解雇）的平均值由 2.17 降至 2.04，其中超过三分之一的国家实施了放松解雇保护的改革。⁸⁷例如，葡萄牙在 2008 年的数值仍高达 4.42，在 2009、2011 和 2012 年的改革缩短了雇主提前通知的期间并降低了补偿金的数额，2013 年个人解雇数值降至 3.18。另外至少五个国家在 2013 年或其后也开始了类似的改革。在本轮改革中，个人解雇和集体解雇存在不同的变化趋势。个人解雇标准普遍呈下降趋势，其中下降幅度最大的是不当解雇后复职的可能性。其次，合法解雇中的提前通知期、解雇补偿金以及不当解雇的赔偿金水平都有明显降低。全球金融危机爆发后，经济性裁员成为各国解雇保护立法规制的重点。除了少数新兴经济体之外，大多数国家的立法者形成一种共识，即大规模解雇对社会福祉会造成特别负面的影响，对集体解雇应当加强规制，因而各国立法在集体解雇方面的差异性较个人解雇明显要小。在近年的改革中，一些国家集体解雇的定义更趋严格，并将提前通知期延长，但是在雇主其他特殊成本方面有所下降。⁸⁸尽管如此，根据 OECD 就业保护数据库的统计，2008 年-2013 年 OECD 各国以及 6 个新兴经济体集体解雇保护的强度分别是 2.89、2.89、2.92、2.92、2.91、2.90，各国对集体解雇的保护水平只有细微上升并未显著提高。40 个国家中提高集体解雇保护水平的国家仅有荷兰、爱沙尼亚和巴西三国，而意大利、西班牙、英国和斯洛伐克则降低了保护水平，其余国家保持不变。⁸⁹

⁸⁷ OECD (2013), "Protecting jobs, enhancing flexibility: A new look at employment protection legislation" In OECD Employment Outlook 2013, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/empl.outlook-2013-en>

⁸⁸ 同上。

⁸⁹ 同上。

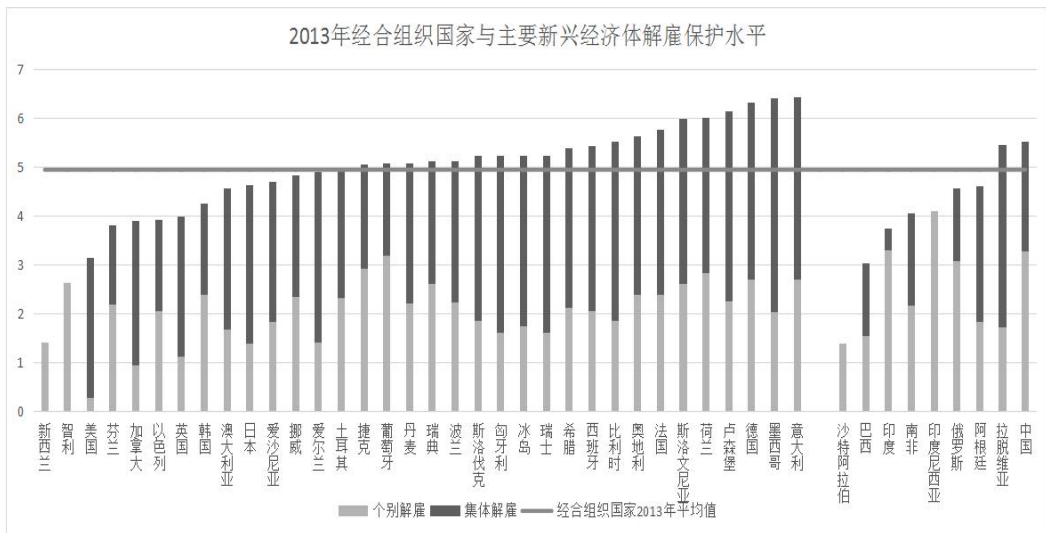
二、我国解雇保护水平居于世界高位

上世纪九十年代,我国的劳动用工制度经历了从计划经济向市场经济转变的过程。1994年颁布的《中华人民共和国劳动法》在确立劳动合同制度的同时,规定了较为严格的解雇保护制度。2003年,世界银行在其《全球投资环境调查》报告中就指出,中国企业在解雇员工方面限制过多,其解雇自由度(指对解雇员工做出的法律保护,包括解雇理由、解雇程序、事先通知天数、解雇补偿等)为42,而东亚平均水平为29,经合组织各国平均为28,最为自由的香港得分为1。企业不能自由地解雇员工,不仅造成企业自身的劳动力无法更新,发展受到严重影响,也使那些技能和素质更高的大学毕业生无法进入企业,难以找到合适的岗位。⁹⁰

在世界各国普遍放松解雇保护的大背景下,我国的《劳动合同法》却进一步提高标准。强制续签制度、限制约定终止制度、收紧法定解除制度,《劳动合同法》的三管齐下,使我国劳动关系在《劳动法》的基础上全面收紧。这样的安排旨在重新扩大无固定期限合同的适用范围,使其常态化。⁹¹依据经合组织2013年就业展望报告的统计(见图二),在34个经合组织成员国以及9个新兴经济体中,我国针对个人解雇和集体解雇保护水平的总和水平目前位列第一,其中个人解雇保护水平明显居于高位,并且单单这一项就已经高于经合组织各国总和水平的平均值,集体解雇保护水平略高于经合组织国家平均值。

⁹⁰ 《世行:中国企业不能自由解雇员工成投资缺陷》,载《21世纪经济报道》2003年8月13日。

⁹¹ 董保华著,《劳动合同法立法的争鸣与思考》,上海人民出版社2011年4月版,第551页。



我国的解雇保护水平过高体现在以下几个方面：

首先，在合法解雇的情况下，我国的提前通知期和经济补偿金综合水平处于世界高位。除了墨西哥和美国以外，所有经合组织国家都对最短通知期限进行规定，通常工作年限越长提前通知期也越长，但只有 2/3 的国家为工作年限较长的雇员提供解雇补偿金。在我国，提前通知期与劳动者的工龄无关，“一刀切”地规定为一个月；而经济补偿金完全按照本人工资和工龄计算，这使我国无过错解雇的经济成本全世界最高。例如，在 20 年工龄的情况下，经合组织国家给予雇员补偿金的平均值是 6 个月的工资，而我国是 20 个月。同时，大多数国家都有提前通知期和解雇补偿金的替代机制，即解雇补偿金相对较高的情况下，通知期限可以较短甚至不需要提前通知，而通知期限较长则可以少支付甚至不支付补偿金。而我国立法过于刚性，缺乏这种弹性的制度设计。

其次，我国的解雇难度居于世界高位。大多数国家倾向于在两种替代性的解雇保护模式中作出选择：一种是不当解雇的定义非常狭窄，工人无论因何原因被解雇都可以得到补偿；另一种是合法解雇时没有或是只有很少的补偿，但是不当解雇的定义很宽泛，并且因此而获得的赔偿很高。然而在中国，合法解雇与不当解雇的保护并不存在替代性，且二者的法定标准都很高。首先，我国解雇原因限制比较严格，显著高于经合组织国家平均值。大多数国家采用“解雇权滥用说”或“正当事由说”，对于解雇事由往往采用概括式规定，并辅之以法官的个案审查。而我国《劳动合同法》则采用“法定事由说”，对合法解雇事由以及不得解雇的情形均作出详细列举，且具体情形上趋于严格。例如，一半以上的经合组织

国家对于工人能力欠缺都可以合法解雇，但是我国对此限制过多，需要培训或调岗，先后两次证明不能胜任工作才得以解除。其次，我国不当解雇后重新雇佣的可能性非常大，而大部分国家除了基于明确禁止的理由（如基于就业歧视）予以解雇外，工人被不当解雇后不能被重新雇佣而只能获得赔偿或者被重新雇佣的可能很小。此外，我国不当解雇的赔偿金数额和提起赔偿的时限（被不当解雇后一年以内都可以提出）也是各国中标准最高的。上述因素综合起来，使我国成为世界上解雇难度最高的国家，同时与过高的补偿金标准叠加在一起使我国个人解雇的总体标准畸高。

第三，集体解雇（我国立法称为“经济性裁员”）方面的法定标准与实际标准差异大。我国经济性裁员在裁员的定义、内部民主程序、向劳动行政部门的报告程序、工人优先留用和优先招用、经济补偿等方面都有具体规定。中国集体解雇的保护水平仅从法律规定的层面上看，只是略高于经合组织国家的平均水平，似乎并不算过高，但是 2015-2016 年《全球竞争力报告》的另一组数据却形成反差。这组数据对全球 146 个国家的各项经济指标进行了统计，劳动力市场效率这类指标中国总体排名第 37 位，但是其中“裁员成本”一项中国则跌入第 117 位。经合组织的数据和全球竞争力报告的数据之所以存在如此大的差距，是因为前者反映的是各国解雇保护的法定标准，而后者则是基于劳动力市场运行状况的实际标准，这说明中国企业裁员需要面对许多法定标准之外的隐性风险和成本。

三、对我国解雇保护水平高低之争的回应

（一）关于我国解雇保护水平高低的争论

对我国解雇保护水平高低之争可以追溯到《劳动合同法》制定前的 2005-2006 年，当时学者对于包括解雇保护在内的我国劳动标准是高还是低出现激烈的争论，⁹²这反映了学界对于制定《劳动合同法》的基本思路存在根本分歧。《劳动合同法》（草案）公布后，学者对于其中的解雇保护条款的规定作出了完全相反的评价。⁹³

《劳动合同法》实施后，学界对此更是提出了针锋相对的观点。董保华教授认为，《劳动合同法》将我国解雇保护的水平提高到一个全新的高度。在推进无固定期限劳动合同的一系列措施中，强制续签制度、禁止约定终止条件制度、收

⁹² 徐笛，《中国的劳动标准是高了还是低了》，载《北京青年报》2006年4月4日第2版。

⁹³ 董保华著，《劳动合同法立法的争鸣与思考》，上海人民出版社2011年月版，第552页。

紧法定解除制度可以称为‘三管齐下’”，⁹⁴并指出“中国将成为最难解雇职工的国家”。⁹⁵郑尚元教授则认为，“市场体制确立后，劳动立法逐渐展开，在《劳动合同法》已经实施的今日，我国至今没有制定解雇保护法律，凭什么可以判断“中国将成为最难解雇职工的国家”？以往中国用人单位解除劳动合同不难，今后，用人单位解除劳动合同同样不难，更不可能造成中国成为“最难”解雇职工的国家。⁹⁶钱叶芳教授认为，经合组织等国际机构的“指标设计和运行均建立在以不定期劳动合同为原则的国际通例上，并不能反映我国就业保护立法的真实水平。”“在我国讨论解雇保护水平高低实际上是个伪命题，占压倒多数的临时劳动者没有享受解雇保护的资格，反倒深受“伪解雇保护”之害；而少数不定期契约下的高端劳动者却在奢侈地享受着解雇保护。”“即便是对于不定期劳动合同，解雇保护水平在整体上也不高，特别是解雇理由的法律规制虚严而实宽。”⁹⁷

综观学者的不同观点，要对我国解雇保护水平高低之争作出客观的评价，有必要厘清如下几个基本问题：一是中国与世界各国的解雇保护水平是否具有可比性，如果有可比性，那么在我国讨论解雇保护水平高低就不是伪命题；二是在有可比性的前提下，中国与世界各国的解雇保护水平相比是高还是低，是“虚严而实宽”还是法律规定与实际执行都很严格；三是如果中国解雇保护水平偏高，那么其中的原因是什么，为什么偏离国际通例而形成中国例外；四是如何适度降低中国解雇保护水平。笔者尝试回答上述问题。

（二）中国与世界各国解雇保护水平具有可比性

市场经济国家普遍以无固定期限合同作为用工的基本形态，经合组织等国际机构关于解雇保护的指标是以永久工人（permanent worker）即各国立法所称的无固定期限合同为对象，但是并不能简单地说这些指标无法反映我国解雇保护的真正水平，也不能得出在我国讨论解雇保护水平高低是伪命题的结论。

首先，各国的解雇保护水平具有可比性。当今各国将无固定期限合同作为标准劳动关系的形态，而固定期限合同作为非标准劳动关系的形态。各国的解雇保护制度一般只适用于无固定期限合同，而不适用于固定期限合同（有些国家是在集体合同或规章制度中有明确规定的情况下才适用）。因此，经合组织将针对永

⁹⁴ 董保华：《论我国无固定期限劳动合同》，载《法商研究》2007年第6期。

⁹⁵ 《华为事件是第一个双输案例》，载《南方周末》2007年11月23日。

⁹⁶ 郑尚元著，《劳动法与社会保障法前沿问题》，清华大学出版社2011年1月版，第32页。

⁹⁷ 钱叶芳，《〈劳动合同法〉修法之争与修改建议》，载《法学》2016年第5期。

久工人的解雇保护（其中包括个人解雇和集体解雇）和针对临时合同（temporary contract）的管制（其中包括临时工作机构用工和固定期限合同）分别进行量化统计和比较。在我国，无论是无固定期限合同还是固定期限合同都是标准劳动关系的表现形式，而且实践中形成了以固定期限合同为主、无固定期限合同为辅的用工模式，二者在解雇保护上几乎适用完全相同的规则，这种特殊的法律构造和社会实践决定了我国与世界各国的解雇保护水平具有可比性。

其次，我国的固定期限合同与各市场经济国家存在本质上的差异。大部分国家将固定期限合同视为非标准劳动关系，对其适用进行某种程度的限制。例如，在《法国劳动法典》中，定期劳动合同的适用受到严格的限制。定期劳动合同不得以持久获得与企业正常的、经常性活动相联系的工作为标的，只有为执行明确的、临时性任务，且在法律明文列举的场合，才能订立定期劳动合同。法律明文列举的场合包括：某一雇员缺岗、其劳动合同暂行中止、工作岗位被取消之前雇员即已最终离开，需要人替代；企业活动临时性增加；具有季节性的工种或者在法令或集体协议或协定确定的某些行业内，由于行业活动的性质以及这些工种的临时性特点，习惯上不订立不定期劳动合同的。相比之下，我国的固定期限劳动合同在性质上不同。我国市场化的劳动用工制度改革是通过推行定期劳动合同实现的。当时的改革是通过劳动合同的签订、履行、终止、变更、解除，调节劳动力的供求关系，其目标是既能使劳动者有一定的择业权，又能制约劳动者在合同期内履行劳动义务和完成应尽的职责，从而使劳动力有相对的稳定性和合理的流动性。⁹⁸立法将固定期限合同作为标准劳动关系的主要形态，对其适用范围不作任何限制，其对应的一般是正常的、经常性的工作岗位。所谓短期劳动合同给劳动者带来的就业的不稳定性并不来源于工作岗位本身的“临时性”，而是用人单位可能到期终止合同带来的风险，但在合同履行过程中则享受完全相同的解雇保护。因此，“占压倒多数的临时劳动者没有享受解雇保护的资格，反倒深受‘伪解雇保护’之害”的说法是不成立的。

（三）中国解雇保护水平的法定标准与实际标准均偏高

正确认识解雇保护水平的高低，必须区分解雇保护的法定标准与实际标准。经合组织就业保护立法数据库是对各国解雇保护立法进行量化统计的结果，反映

⁹⁸ 董保华著，《劳动合同立法的争鸣与思考》，上海人民出版社 2011 年 4 月版，第 551 页。

的是解雇保护水平的法定标准。根据经合组织的数据，2013年我国个人解雇和集体解雇的综合水平居于世界高位，无视这些数据而坚持认为“中国不可能成为世界上最难解雇的国家”是罔顾事实的表现。

有学者认为我国解雇保护立法“虚严而实宽”，其中一个主要论据是“‘严重违反用人单位规章制度’这一解雇理由在缺乏立法界定、司法认定和企业民主的情况下，就像一个大箩筐，只有不触犯法律的强制性规定，什么都可以往里装。”⁹⁹实际上，依照相关司法解释的规定，用人单位规章制度要作为解除劳动者的依据必须满足以下条件：实体上，规章制度的内容不违反国家法律、行政法规及政策规定；程序上，规章制度必须通过民主程序制定并已向劳动者公示。《劳动合同法》将“劳动纪律”剔除出过错性解除的依据后，就要求用人单位必须事先制定书面化的规章制度。因此，在司法实践中，尽管劳动者存在严重的主观过错，但是用人单位未制定相应的规章制度，或是虽有规章制度，但是不够具体、明确，或规章制度未通过民主程序、未向劳动者公示、未提前通知工会等任何一个环节出现问题，都会招致用人单位违法解除的后果。相比之下，许多国家对于劳动者过错行为的解雇并不以违反规章制度为前提。以法国为例，法国对于无固定期限合同只要有“实际的严肃的理由”就允许解雇。对“实际的严肃的理由”的判断实际上是审查雇主采取解雇措施和雇员行为、个人情况之间的比例关系如何，如果行为的过错程度、个人情况影响到企业活动都达了解雇的程度，那么，这样的理由就是“实际的严肃的理由”。任何劳动合同、集体合同或集体协议、乃至企业内部规章都不得事先规定何种过错构成“严重过错”、“重大过错”，从而授权雇主解雇雇员，即使有这样的规定，也不得约束法官对过错的认定和判断。¹⁰⁰反观中国的法官在过错性解除的案件中显得过于被动和保守，导致个案适用法律时往往从严掌握。

再以经济性裁员为例，前已述及我国的法定标准与实际标准存在巨大的差异，笔者认为可能有几个原因：一是中国经济性裁员制度在实际操作中存在着比法律规定更加严格的程序和隐形的成本。企业依法向劳动行政部门报告裁员方案时，劳动部门往往出于稳定地方就业等目的，不希望企业采用裁员的措施，即使企业提交了符合法律规定的裁员方案，有时劳动部门也不提供回执，导致裁员实际上

⁹⁹ 钱叶芳，《个人解雇保护立法实践的国际比较：回应与建设》，载《法律科学》2011年第1期。

¹⁰⁰ 郑爱青著，《法国劳动合同法概要》，光明日报出版社2010年5月版，第133页。

无法操作。其二，中国企业在面对大量解雇劳动者的需要时往往采用替代手段，如协商解除劳动合同或依据客观情况发生重大变化解除，而企业的首选方案往往是协商解除。其三，我国近年来企业关停并转中发生的群体性劳动争议呈现爆发趋势，劳动者主动提出要求解除劳动合同或是提出高于法定标准的经济补偿等，这类争议的处理常常突破现有法律框架，有时通过信访等渠道解决，这其中的摩擦成本很高。基于以上原因可以看出，我国集体解雇的难度和成本实际上处于世界高位。

四、结论

我国《劳动法》延续了计划经济体制下严格的辞退标准，使我国解雇保护水平的起点偏高。为了矫正劳动合同短期化，达到稳定劳动关系的目的是，《劳动合同法》在增强了无固定期限合同强制性的同时收紧了劳动合同的终止和解除。无固定期限合同本身与用工机制的灵活性没有直接的关系，但是当它与一套过于严格的解雇保护规定相结合后，却会使劳动关系失去应有的弹性。¹⁰¹我国的解雇保护水平居于世界高位是一个不争的事实，我国应以《劳动合同法》修订为契机适度放松解雇保护。

¹⁰¹ 姚岚秋，《无固定期限合同须配以适当的解雇保护》，《第一财经日报》2008年6月4日第A07评论版。

劳动合同法修改中热点问题的思考

——析劳务派遣中“共同雇主责任”的法律规制

凌林 林卉

【摘要】本文以侵权法中的“共同雇主责任”理论为视角，通过考察德、美、日等国家对劳务派遣中的“共同雇主责任”的法律规制模式和途径，重新审视我国《劳动合同法》对劳务派遣中派遣单位与用工单位之间的“雇主责任”分担的规制，并提出改进意见和建议。

【关键词】 劳务派遣 雇主责任 共同雇主责任

引言

“雇主责任”规则（*respondeat superior*）是侵权法理论上的一个重要概念，意为“雇主或委托人有责任在雇佣或委托范围内为雇员或代理人的错误行为承担相应义务。”¹⁰²作为一种特殊的侵权责任规则，雇主责任规则也同样适用于劳动法领域，这在日本、美国以及欧洲等大多数法治国家和地区的理论及司法实务中都是毋庸置疑的。不过，有关雇主责任规则在劳务派遣关系中如何适用，却是各国理论界和实务界尚在不断尝试和探讨的问题，其中，“共同雇主责任”的确认是其探讨的核心问题之一。

作为一种特殊的用工形式，劳务派遣在我国起步虽晚，但发展迅猛，2008年《劳动合同法》实施以前，劳务派遣一直处于“无序繁荣”状态，而关于劳务派遣关系中雇主责任规则的适用亦无法可依，直到2009年《侵权责任法》（2010年7月1日起实施）出台。《侵权责任法》第34条第2款规定“劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应的补充责任。”这一规定虽然暂时解决了劳务派遣中“共同雇主责任”的确认问题，但尚存在一定的模糊性和缺漏之处，对于实践中错综复杂的劳务派遣纠纷并不能完全适用。所以，笔者认为，在盼望《劳动合同法》再次修正之际，有必要对劳务派遣关系中雇主责任规

¹⁰² See Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (8th ed. 2004), pp. 4091.

则的适用、尤其是“共同雇主责任”的确认标准厘清脉络，拾遗补缺，并将其真正纳入到劳动法律规范体系中来。

一、劳务派遣关系中的“共同雇主责任”

劳务派遣作为一种特殊的雇佣形态，最初都受到各国劳动立法的严格禁止。这是因为早期各国劳动立法和国际劳工组织的法律文件都秉持“劳动力不是商品”（Labor is not a commodity）的根本原则，除劳动者本人以外，其他任何人不得成为劳动力使用权的交换主体并利用商业交换行为从中获取利益，即“劳动者本位”理念。尽管如此，从世界范围来看，劳务派遣的实质形态普遍早于劳务派遣立法而存在，并且都或多或少地经历了一种“无序繁荣”。

虽然，此后由于市场经济发展的需要，许多国家都通过修改劳动立法而在制度层面上接受了劳务派遣作为一种特殊的弹性用工形式，但是，由于劳务派遣中存在派遣机构、用工单位（客户公司）和被派遣劳动者三方主体，形成一种“三角关系”，即派遣机构雇佣劳动者（形成劳动关系），并根据客户公司的需求派出劳动者（形成合同关系），由被派遣劳动者为客户公司完成工作（形成劳务关系），这种“三角关系”导致了传统雇佣关系中的雇主责任无法落实，反而往往使得劳动者的合法利益被牺牲。为此，如何在劳务派遣关系中确认雇主责任，成为劳务派遣法律规制中的根本问题。

总体而言，对劳务派遣关系中“共同雇主责任”的法律规制主要应做如下两个层面的考量：

（一）劳务派遣关系中适格雇主的确认

一般认为，确认雇佣关系的前提是找出适格雇主。在劳务派遣关系中，首先是由派遣机构与劳动者确立雇佣关系，虽然劳动者最终是为用工单位完成实际工作，但也是基于与派遣机构之间的雇佣合同而提供自身劳动力的，而且这种劳动力交换还必须依据派遣机构与用工单位之间的服务合同来进行，因此，派遣机构往往在立法中被确定为劳务派遣关系中的适格雇主。这种法律规制的模式也被称为“单一雇主”模式，传统的大陆法系国家，如德国、日本等均采之。¹⁰³不过，由于在很多情况下，派遣机构出于成本考虑，也会在把握劳动力市场供求信息的前提下，事先详细了解用工单位的需求，据此再雇佣具备相应技能或条件的劳动

¹⁰³ 张帆：《劳务派遣的法律规制模式、理念与规则》，载《北方法学》2011年第5期。

者并向用工单位进行派遣，¹⁰⁴此时，派遣机构实际上相当于一种中介性质的“空壳”，而用工单位则构成了对劳动者具有实际控制的雇主。因此，英美法系国家和地区多采以派遣机构和用工单位共同为适格雇主的规制模式，也称“共同雇主”模式。

笔者认为，劳务派遣关系带有明显的“三方交换”特征，派遣机构对劳动者的“雇佣”和用工单位对劳动者的“使用”构成了劳动力交换的完整过程，将派遣机构和用工单位确定为“共同雇主”，能够避免其两者间互相推诿责任，也更有利于对劳动者利益的保护，符合“劳动者本位”理念的根本目标。尤其是，用工单位以“业务外包”之名大量使用被派遣劳动者的情况下，更是需要将派遣机构和用工单位确定为“共同雇主”。事实上，即使是在普遍采用“单一雇主”规制模式的大陆法系德国、日本等国，现今劳动立法及审判实务中也多承认在某些情形下客户公司被视为与被派遣劳动者存在默示的雇佣合同而成为适格的雇主。

105

（二）派遣机构和用工单位承担“共同雇主责任”的判断标准

如果派遣机构与用工单位承担“共同雇主责任”的可能性成立，那么接下来的问题就是在何种情形下应当由其两者分担这种共同责任。换言之，也就是必须找出某些标准来判断用工单位应当与派遣机构分担，甚至或许独立承担“雇主责任”。通过 1976 年的“油研工业案”和 1987 年的“阪神观光案”，日本最高法院认定，“在分承包商（派遣机构）只是个空壳，其劳动者纳入接收单位的组织运作，受接收雇主命令”的情况下，客户公司（用工单位）被视为被派遣劳动者的雇主；而在 1995 年的“朝日放送案”中，日本最高法院再次确认了“能否实际、具体地决定劳动者的实际劳动条件”作为判断用工单位是否具有与派遣机构“至少是部分等同的”雇主地位的决定性标准。¹⁰⁶而美国联邦法院则依据《国家劳动关系法案》，以客户公司（用工单位）是否“有权控制（right to control）”派遣工人或是否对派遣工人实施了“日常的、有效的监督（day-to-day, meaningful control）”作为认定客户公司与派遣公司构成共同雇主的标准。¹⁰⁷

笔者认为，劳务派遣关系中的“共同雇主责任”虽然已被各国普遍接受，但

¹⁰⁴ 候力，于山梅：《日本劳务派遣业的发展及对我国的启示》，载《现代日本经济》2006年第6期。

¹⁰⁵ [日] 荒木尚志著：《日本劳动法》，李坤刚、牛志奎译，北京大学出版社2010年版，第147页。

¹⁰⁶ 同上，第147页。

¹⁰⁷ 谢增毅：《美国劳务派遣的法律规制及对我国立法的启示》，载《比较法研究》2007年第6期。

其在各国的发展和存在模式仍有差别，除了应根据自身特点在立法层面对“共同雇主责任”加以规制外，通过法院对具体案件的审判经验而总结出判断标准亦是不可忽视的一种途径。

二、劳务派遣中“共同雇主责任”规制的域外经验

“劳动者本位”可以说是现代各国劳动立法的基本价值取向，而对劳务派遣的法律规制也必然秉承这一理念，这也是劳务派遣关系中的雇主责任规则由“单一雇主”模式向“共同雇主”模式过渡的重要原因。由于侵权责任法和对劳务派遣的法律规制在我国都刚刚起步，因此，考察域外相关经验，有助于我们厘清问题的脉络，找到我国劳务派遣关系中“共同雇主责任”法律规制的正确方向。

（一）美国对劳务派遣中“共同雇主责任”的规制经验

美国是“共同雇主”理论的源始国。在美国，对劳务派遣的法律规制主要通过联邦法和州法两套体系来构建。在联邦法的规制体系中，依据《国家劳动关系法案》(National Labor Relations Act, NLRA)，国家劳动关系委员会(National Labor Relations Board, NLRB)倾向于以是否对雇员实施了“重要控制”(Significant control)为标准来确认“共同雇主”的构成；而法院则通过判例表明，客户公司(用工单位)是否“有权控制(right to control)”派遣工人、¹⁰⁸或是否对派遣工人实施了“日常的、有效的监督(day-to-day, meaningful control)”¹⁰⁹是认定客户公司承担“共同雇主责任”的主要标准。不过，“共同雇主责任”在许多州的法院之间存在很大的分歧。在 Charles v. Barrett 案中，纽约州法院根据“忠诚义务标准”认为，雇员对一般雇主(派遣机构)负有忠诚义务，因而特定雇主(客户公司)不必对雇员的行为承担责任；¹¹⁰而阿拉斯加州法院则在 Kastner v. Toombs 案中根据“实际控制标准”认为，被派遣雇员实际上是在为客户公司工作，所以应当由客户公司承担雇主责任，而派遣机构则不必分担。¹¹¹可见，有关“共同雇主责任”的确认标准在美国仍存争议。

（二）德国对劳务派遣中“共同雇主责任”的规制经验

在德国，根据《规范经营性雇员转让法》的规定，派遣机构被认定为劳动者

¹⁰⁸ See H. Lane Dennard, Jr. and Herbert R. Northrup, “LEASED EMPLOYMENT: CHARACTER, NUMBERS, AND LABOR LAW PROBLEMS”, Georgia Law Review, Spring 1994, pp 699.

¹⁰⁹ See Continental Winding Corp., 305 N.L.R.B. 122, 123 n 4 (1991), 转引自谢增毅:《美国劳务派遣的法律规制及对我国立法的启示》，载《比较法研究》2007年第6期。

¹¹⁰ 王永亮:《谁应当为“借出雇员”的行为负责》，载《人民法院报》2006年3月31日，第B4版。

¹¹¹ 徐爱国:《英国侵权行为法学》，北京大学出版社2004年版，第254页。

的唯一雇主，并在市场准入、保障劳动者的平等权等方面受到严格规制。不过该法也规定，在提供安全卫生的工作场所、阻止职业危害事故发生以及保障雇员获得急救措施等方面，用工单位应当承担责任。在德国学界亦有学者提出所谓“双重劳动关系”理论，认为在被派遣劳动者为用工单位工作期间，存在双重劳动关系，即派遣机构和用工单位是劳动者的“共同雇主”，前者为形式上的雇主，后者则为实质上的雇主。该理论认为，劳动者与用工方之间也应成立劳动契约关系，除非契约中约定劳动者只是由其中某一雇主雇佣，一般认为派遣机构和用工单位应作为“多数雇主”承担连带责任。¹¹²

（三）日本“劳动者派遣”中“共同雇主责任”的规制经验

在日本，劳务派遣被称为“劳动者派遣”，因基于派遣公司、用工企业和被派遣劳动者所构成的三方关系，而具有典型的契约型交换特征。¹¹³因此，一般认为，日本采用“一重劳动关系”说，即劳动者仅和派遣机构之间存在劳动契约而形成劳动关系，应当由派遣机构承担雇主责任。不过，根据日本《劳动者派遣法》规定，由于客户公司实际指挥并控制着被派遣劳动者，也属于《雇佣机会平等法》规定的雇主。从日本法院的判例来看，也对“雇主”概念进行了扩展解释，在1995年的“朝日放送案”中，日本最高法院认为，“劳动合同一方当事人以外的其他实体也可视为雇主，但只有这一实体从雇主单位接收被派遣劳动者，让劳动者在其自己的企业劳动，并且居于能决定劳动者基本工作条件的地位，这样的主体和劳动合同的雇主是等同的，至少是部分等同的”。¹¹⁴日本对“雇主”概念的扩展，表明了“一重劳动关系”说向“双重劳动关系”说的转变趋势，为“共同雇主责任”法律规制体系的构建打下了基础。

三、对我国劳务派遣中“共同雇主责任”法律规制的重新审视

在我国现行《劳动法》（1995年1月1日起施行）中，并无有关“雇主责任”的明确规定，而劳务派遣关系也直到2008年《劳动合同法》实施后才得以纳入法律规制体系，但《劳动合同法》中仅在第92条就派遣单位与用工单位对被派遣劳动者遭受损害的责任分担做了规定，¹¹⁵并未涉及劳务派遣中的“共同雇主责

¹¹² 黄程贯：《德国劳工派遣关系之法律结构》，载《政大法学评论》1998年第6期。

¹¹³ 孟繁强，李新建：《浅析日本劳务派遣及相关概念》，载《日本学刊》2010年第2期。

¹¹⁴ 同注4，第147页。

¹¹⁵ 《劳动合同法》第92条规定：“劳务派遣单位违反本法规定的，……给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。”

任”分担。

通常认为，雇主责任规则在我国实体法规范中的首次确立，是在 2003 年最高人民法院发布的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》的第 9 条第 1 款，该款规定“雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；……”不过，该款是否适用于劳动关系，始终未在学界得出一致结论，司法实务规范中则倾向于认为“雇主责任中所称之雇佣关系指除劳动法调整的劳动关系之外的狭义的雇佣关系”而将劳动关系排除于该款的适用范围之外。¹¹⁶2010 年《侵权责任法》实施，该法第 34 条第 2 款规定，被派遣劳动者因工造成他人损害的，“由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应的补充责任。”以及《劳动合同法》第 92 条第 2 款中规定“用工单位给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。”至此，我国劳务派遣中的“共同雇主责任”才可以说有了略为明确的法律规制。不过，分析域外相关规制经验，返观我国劳务派遣关系中“共同雇主责任”的法律规制，笔者认为仍存在颇多问题值得重新审视。

（一）关于“第一雇主”的选择

通过与域外对劳务派遣中“共同雇主责任”的规制考察，我们不难发现其中的一个共通之处——无论是采用“单一雇主”模式的国家，还是采用“共同雇主”模式的国家，一般都首先考虑由派遣机构承担雇主责任，只有在特殊情形下，才由用工单位（客户公司）与派遣机构分担“共同雇主责任”。换言之，在“第一雇主”的选择问题上，通常以首先选择派遣机构为原则。如，2012 年 12 月 28 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议《关于修改〈中华人民共和国劳动合同法〉的决定》修正的《劳动合同法》第 92 条第 2 款中“用工单位给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。”即首选“劳务派遣单位”要为“用工单位”给被派遣劳动者造成的损害结果买单。然而，我国《侵权责任法》第 34 条第二款，则规定了“劳务派遣期间，被派遣工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任”，劳务派遣单位只有在有过错的情况下，才承担相应的补充责任。这样的规制方式，与域外规制经验恰好相反，其原因恐怕还是由于国内劳务派遣中派遣单

¹¹⁶ 唐德华著：《人身损害赔偿司法解释及相关法律疑难释解》，人民法院出版社 2004 年版，第 258 页。

位与劳动者之间建立的劳动关系过于空泛,有时甚至通过虚假的派遣来规避责任。

《劳动合同法》第 67 条所规定的“用人单位不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者”就默示了这种虚假派遣的存在。

所以,笔者认为,根据劳动关系理论对于劳务派遣中“第一雇主”的首选,应考虑与劳动者签订劳动合同的派遣单位,但因“用工单位给被派遣劳动者造成损害的,”则用工单位应当首选为责任主体,“第一雇主”承担补充责任。虽然,派遣单位吸收和转移劳动风险的能力相对于用工单位明显较弱的情况,为保护被派遣劳动者和合法权益,落实相应的雇主责任,《劳动合同法》第 57 条通过提高劳务派遣单位的市场准入标准、保障劳动者有关劳动性质或劳动条件方面的知情权等途径,加强对派遣单位的法律规制,但是,在“共同雇主”责任的分担上还是要坚持“谁用工谁负责”的原则。否则,有过错的雇主不承担全部责任或仅仅承担补充责任,而无过错的雇主却要为其有过错的雇主买单,有失公平。

(二) 关于“责任追偿”的考虑

《劳动合同法》第 92 条第 2 款中规定“用工单位给被派遣劳动者造成损害的,劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。”笔者认为,用工单位是加害单位,而劳务派遣单位承担连带赔偿责任后,法律并未详细规定劳务派遣单位承担责任后是否可向有过错的用工单位进行追偿,即劳务派遣单位承担“共同雇主责任”后,是否可向有过错的“雇主”追偿。不过,我们注意到,2003 年最高人民法院发布的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》的第 9 条第一款作了如下规定:“雇员在从事雇佣活动中致人损害的,雇主应当承担赔偿责任;雇员因故意或者重大过失致人损害的,应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的,可以向雇员追偿。”因此,笔者认为,虽然该条规定肯定了“雇主”对“雇员”的追偿权利,但是,在适用于劳务派遣中的“雇主”与“雇主”时,应当考虑到劳务派遣中“雇主”与“雇主”之间的合同关系,合同是建立在平等合理、公平公正之上。用工单位使用被派遣劳动者,给被派遣劳动者造成损害,派遣单位承担了赔偿责任后理应享有追偿权利,除非能证明派遣单位对这一加害行为也有过错。

【参考文献】

1. 张帆:《〈侵权责任法〉视角下的劳务派遣雇主责任探析》,载《中国劳动关系学院学报》2011年第2期。
2. 张帆:《劳务派遣中雇主责任的法律适用》,载《中国人力资源开发》2011年第1期。
3. 张玲,朱冬:《论劳务派遣中的雇主责任》,载《法学家》2007年第4期。
4. 刘焱白:《论劳务派遣中雇主责任的分配》,载《财经理论与实践》2012年第2期。
5. 梅夏英,武兴伟:《劳务派遣中的用人者替代责任》,载《广东社会科学》2011年第1期。
6. 张民安:《雇主替代责任在我国未来侵权法中的地位》,载《中国法学》2009年第3期。
7. 王泽鉴:《特殊侵权行为——雇用人侵权责任》,载《民事审判指导与参考》2005年第1辑。
8. 董保华著:《劳动力派遣》,中国劳动社会保障出版社2007年版。
9. 王利明著:《侵权行为法研究》,中国人民大学出版社2004年版。
10. 【英】阿拉斯泰尔·马里斯,肯·奥里芬特著:《侵权法》(第二版),法律出版社2003年版。

刍议完善《劳动合同法》第十四条第三项的路径 选择及操作建议

江三角律师事务所无固定期限劳动合同专题组¹¹⁷

无固定期限劳动合同制度是《劳动合同法》的重要组成部分，也是该法相较于《劳动法》变动最大的内容之一，变动的方向是对无固定期限劳动合同的强力推动，强力推动的最集中体现则是该法第十四条第三项：“连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的。”（以下简称：“二次订立”）

“二次订立”自产生伊始便备受争议，直至在当下《劳动合同法》修改热议中仍属主要焦点之一。笔者基于自身执业实践中的观察和思考，对此焦点问题谈些看法并提出可操作的具体建议，供立法者、释法者参考。

一、“二次订立”存在的问题与不足

无固定期限劳动合同究竟好还是不好？这一直是一个争论未休的问题。笔者认为，无固定期限劳动合同本身不存在好坏的问题，是好是坏关键取决于对其如何使用，用对了则好，用错了则坏。“二次订立”实质上就是无固定期限劳动合同的使用问题，其情况如何？笔者认为，至少存在如下问题与不足。

（一）从立法技术而言，法条不明引发歧义并存

众所周知，长期以来对“二次订立”的理解有两种典型观点并存，且均已运用于司法实践之中。

观点一：用人单位与劳动者连续订立两次固定期限劳动合同以后，劳动者没有用人单位可以解除劳动合同的情形，只要劳动者提出续订劳动合同的，用人单位就应当与劳动者签订无固定期限劳动合同。按此观点，除了法定情形和劳动者主动放弃外，用人单位必须无条件续签，且应签订无固定期限劳动合同。该观点是目前通行于全国大部分地区的观点，可谓之主流观点¹¹⁸。

¹¹⁷组长：陆敬波，江三角律师事务所首席合伙人、主任；组员：李明、谭晓磊、熊海强、徐浩、张华(按姓氏拼音排序)

¹¹⁸该观点符合立法机关通过新闻发布会、编写书籍等方式表达出的立法原意。参见全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编写《中华人民共和国劳动合同法释义》一书对于劳动合同法第十四条第二款的释义。

观点二：用人单位与劳动者连续订立两次固定期限劳动合同以后，用人单位与劳动者均同意续订第三次劳动合同时，若劳动者提出签订无固定期限劳动合同，则用人单位应当与劳动者签订无固定期限劳动合同。按此观点，用人单位在第二次劳动合同到期后可以选择不续订，事实上有一个“到期选择权”。持此观点的主要有上海、广州等地区¹¹⁹，其他个别地方法院也有按此观点进行裁判的案例¹²⁰，可谓之非主流观点。

显然，这两种观点截然对立，又长期并存，无疑严重损害了《劳动合同法》的统一性和严肃性。究其原因，法条中“续订劳动合同”之“续订”不明所致：观点一认为，此处“续订”系劳动者单方意思表示；观点二则认为，应系劳动合同双方合意。

（二）从社会常理而言，一次机会会有失合理节奏

常言道：“再一再二不再三”，另有俗语：“事不过三”，均意指两次机会为常理。这一常理事实上已经在多处为《劳动合同法》所吸收采用，比如无过错解雇的三种情形：1、劳动者医疗期满不能从事原工作，也不能从事另行安排的工作的；2、劳动者不能胜任工作，经培训或调岗后，仍不能胜任工作的；3、订立劳动合同所依据的客观情况发生重大变化致劳动合同不能履行，双方就劳动合同变更不能达成一致的。

而仔细分析主流观点便不难发现，按此做法，用人单位真正自主签订固定期限劳动合同的机会实质上只有一次，即第一次。这种“一次机会”类似“一锤定音”，与两次机会之常理有悖，对用人单位的心理冲击很大，导致了太多的抵触。

（三）从立法目的而言，功能重复导致矫枉过正

《劳动合同法》强力推动无固定期限劳动合同，尤其以“二次订立”为手段，其立法目的主要是针对性矫正当时泛滥的劳动合同短期化问题。但不能忽视的是，《劳动合同法》的另一项崭新制度——劳动合同期满终止补偿，也在同时服务于这一立法目的。劳动合同期满补偿制度，通过明显的成本增加促使用人单位在劳动合同期满终止时更加保守和慎重，以期减少过多的期满终止情形而遏制劳动合

¹¹⁹其依据分别是上海高院印发的《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》第四（4）条，以及广州劳动争议仲裁委办公室印发的《广州市劳动争议仲裁委员会、广州市中级人民法院关于劳动争议案件研讨会会议纪要》第15条。

¹²⁰参见“浙江省杭州市上城区人民法院（2012）杭上民初字第194号判决书”、“四川省雅安市中级人民法院（2014）雅民终字第549号判决书”、“重庆市第三中级人民法院（2014）渝三中法民终字第01082号判决书”等，引自无讼案例。

同短期化现象。

这样一来，就出现了“二次订立”和劳动合同期满终止补偿两项制度功能的叠加和重复，再加之主流观点的一次机会，就有明显的矫枉过正之嫌了。

（四）从劳动法理而言，强制续约欠缺充分依据

劳动合同既然属于合同，即应遵守合同的基本原理，若基于某些特殊需要突破合同的基本原理而做特殊制度设计，则其理由必须充分合理，而且相应的特殊制度设计必须保守审慎。按合同的基本原理。无论是签约还是续约均应基于合同双方合意，劳动合同自然原则上应尊此原理。但基于劳动合同的特殊性，出于对某些特殊劳动者的特殊保护，突破合意续约而以强制续约代之，更能实现实质的公平。

比如《劳动合同法》第十四条第一项即对于“在同一用人单位连续工作满十年的劳动者”提供了强制续约的特殊保护，就笔者长期执业观察了解而言，绝大多数用人单位对此能够坦然接受，抵触并不多见。但与此大相径庭的是用人单位对“二次订立”的态度。原因何在？笔者认为，“连续十年”制度体现的是对“长期（十年及以上）服务”劳动者的特殊保护，因“长期（十年及以上）服务”可以被合理推导出劳动合同双方具有足够的彼此认可度和合作粘度，加之考虑劳动者因“长期（十年及以上）服务”而对用人单位产生的依赖以及再就业竞争力的盖然性减损，所以对这样的劳动者予以强制续约保护具有充分的合理性。

但“二次订立”体现的是对哪类特殊劳动者的特殊保护？必须承认的是，固定期限劳动合同的期限，根据劳动合同双方的实际情况由双方协商确定，因此有长有短系自然之事。既然有长有短，那么仅凭劳动合同的签订次数无法合理推导出劳动者服务的长期性，尤其是主流观点事实上只给了用人单位对劳动者一次“考察期”即第一次固定期限劳动合同，更是如此。况且长期服务劳动者的特殊保护已有“连续十年”予以解决，因此不难得出的结论是，“二次订立”体现的并非对长期服务劳动者的特殊保护。当然，我们也必须承认，劳动合同的订立次数与劳动合同双方的认可度、相互需求度正相关，对连续雇佣同一劳动者达到一定次数的用人单位给予有条件的适度强制以有利于劳动关系的稳定化，有其必要性，但是若如主流观点将一次续约与“连续十年”等同视之而完全强制，则显然强制过度。

（五）从实施效果而言，抵触严重助推派遣外包

《劳动合同法》实施之前，我国的劳务派遣行业不温不火，《劳动合同法》实施以后，虽然该法设有专章对劳务派遣进行规制，但劳务派遣行业却逆势繁荣，以至于《劳动合同法》在实施的短短五年后即 2012 年便被修改，修改的唯一内容即是对劳务派遣予以更加严厉和刚性的规制，以期强力推动将大部分劳务派遣制用工转化为标准直接用工。但这一修法导致了很多尴尬的问题，比如，“辅助性”岗位仍然难以认定；比如，各地方对新规的消极执行；再比如，一个公开的秘密就是，大量用人单位基于各种主客观理由将劳务派遣转化成了外包，而且只是改头换面的假外包，要注意的是，这种假外包因其真假判别难、涉及人数多、违法责任多而隐患甚大。以上这些尴尬的问题让此次修法的效果和权威很受伤。

之所以出现以上的尴尬，笔者认为，“二次订立”（尤其是主流观点）应是主要推手，原因即是前述的“二次订立”的节奏过快、矫枉过正以及欠缺法理依据而致用人单位首先寻求劳务派遣应对，然后在劳务派遣被严厉刚性规制后转而寻求外包甚至是假外包破解用工困境。也正是因为如此，完善“二次订立”应是从根本上解决上述尴尬的关键之举。

（六）从域外法例而言，知音难觅致使形单影只

据笔者了解，《劳动合同法》的立法借鉴了大量域外成功的立法例，因此笔者猜想“二次订立”这一崭新而且重要的制度也必定有不少他山之石可资参考。但笔者对域外相关立法的研究结果却难以印证这一猜想。研究结果归纳有二：

一是具有类似由固定期限劳动合同向无固定期限劳动合同转化机制的国家并不多见，比如美国、德国即没有。

二是具有类似转化机制的比如法国、韩国、俄罗斯、越南以及我国台湾地区，其转化机制与“二次订立”形似但神异。比如法国《劳动法典》第 122-1-2 条规定定期劳动合同期满后劳动关系继续存续的，即转为无固定期限劳动合同关系。¹²¹《台湾劳动基准法》第 9 条规定劳动契约分为定期契约及不定期契约。……定期契约届满后，有左列情形之一者，视为不定期契约：一、劳工继续工作而雇主不即表示反对意思者。¹²²《越南社会主义共和国劳动合同法》第四章劳动合同第廿七条第 2 项。依本条第 1 项 b 及 c 点规定的劳动合约（笔者注：即固定期限劳

¹²¹引自全国人大网《法国劳动法典有关劳动合同的订立和解除的规定》

¹²²引自商务部中国服贸指南网《台湾劳动基准法》

动合同) 期满而劳工仍继续工作时, 则劳资双方应于劳动合约期满起的在 30 天内签订新劳动合约; 倘彼此不予签订新劳动合约时, 则其原先合约将成为限期不认定的劳动合约, 若双方再签订系属期限认定的新劳动合约时, 则亦仅能再签订一次之限期合约, 而嗣后劳工仍继续工作者, 则应改签为期限不认定之劳动合约。¹²³韩国《劳动基准法》规定: 劳动合同的期限一般不得超过一年。经过一年后双方默许劳动关系存在的, 劳动合同成为无限期的合同。劳动关系超过一年后, 劳动者随时可以提出退职等意思表示, 使用者也可依据劳动基准法第三十条规定的正当理由开除劳动者。¹²⁴《俄罗斯联邦劳动法典》规定, 如果劳动合同期满后, 劳动关系实际上仍旧延续, 且没有一方提出终止劳动合同, 则合同的效力认为已延续为不定期的。¹²⁵

仔细分析上述具有类似转化机制国家的立法例不难发现一个共同点, 即固定期限劳动合同向无固定期限劳动合同强制转化时有一个前置条件: 原固定期限劳动合同期满后劳动关系继续存在。换言之, 即它们强制的并非劳动关系的存续, 存续与否仍然是双方合意的问题, 它们强制的只是在劳动关系存续时的劳动合同期限, 属于有条件的适度强制, 这与“二次订立”(主流观点) 既强制劳动关系存续又强制劳动合同期限的全面强制根本不同。

二、完善“二次订立”的路径选择

对于“二次订立”存在的上述诸多问题与不足, 我们应当直面并尽快予以解决。那么如何解决? 笔者认为, 首先得做好基本路径的选择, 涉及以下两大问题:

(一) 废除还是完善?

一种意见是主张将“二次订立”全部废除。无论是在平时执业过程中还是在二十多次专门座谈上, 笔者对此均有所耳闻。另一种意见则主张对“二次订立”进行完善, 虽然完善的具体方案不一, 但均认可“二次订立”有其特有的价值, 不应一废了之¹²⁶。

笔者赞成第二种意见, 主要理由: 一是如本文第一部分第四点第三自然段所述, “二次订立”虽然不应象“连续十年”一样全面强制用人单位续约, 但劳动

¹²³引自越南中国商会网《越南社会主义共和国劳动合同法》

¹²⁴引自王益英主编《外国劳动法和社会保障法》(中国人民大学出版社) P501

¹²⁵引自王益英主编《外国劳动法和社会保障法》(中国人民大学出版社) P677

¹²⁶例常凯教授在天则双周学术论坛上表示: “无固定期限合同取消是不可能的, 这是常识。但是做法可以调整, 比如两次就签, 是否可以调整成三次? 这是一个技术性调整, 没有改变法律。”

合同的订立次数毕竟与劳动合同双方的认可度、相互需求度正相关，因此对连续雇佣同一劳动者达到一定次数的用人单位给予有条件的适度强制以有利于劳动关系的稳定化，有其必要性和合理性。二是对“二次订立”的完善无需动大手术，只需微创精准治疗即可，具体可详见本文第三部分。

（二）非主流观点还是第三条路径？

前文所述“二次订立”存在的问题与不足，主要以主流观点为靶子，非主流观点鲜有提及，那么非主流观点可否作为完善路径的范本？笔者认为，非主流观点有所长，但亦有所短。

其所长在于：一是尊重双方续订与否的合意，合乎法理；二是尊重双方续订与否的合意，符合法条文义；三是尊重双方续订与否的合意，与域外相关法例合拍；四是尊重双方续订与否的合意，减少了实施中的抵触。

其所短在于：尊重双方续订与否的合意，但忽视了资强劳弱这一基本事实，而未对续订的程序作出任何限定，导致有些“合意”并非劳动者真实意思表示的合意。比如，笔者接触到不少上海的用人单位会采用以下做法：在第二次劳动合同将要到期之前，要求劳动者就到期后续签与否以及续签何种劳动合同（固定期限还是无固定期限）先行书面表态，然后用人单位根据劳动者的表态做出对应的表态：1、若劳动者先行书面表示不续签，则用人单位表态同意期满终止；2、若劳动者先行书面表示续签，且续签固定期限劳动合同，则用人单位表态同意续签固定期限劳动合同；3、若劳动者先行书面表示续签，且续签无固定期限劳动合同，则用人单位表态不予续签，劳动合同期满终止（非主流观点的核心——续订基于双方合意）；4、若劳动者不愿因第3种情形失去工作，则只能改选第2种情形。这就导致了两大问题：一是大量续订的固定期限劳动合同，其实并非劳动者真实意思表示，即并非真正合意；二是“二次订立”制度可因此而名存实亡。

鉴于其所短，不宜简单将非主流观点直接作为“二次订立”的完善路径。但其所短相较于其所长而言，应当属于矛盾的次要方面，较易矫正（对此本文第三部分将提出具体建议），而其所长则应当属于矛盾的主要方面，基本面良好。鉴于此，笔者认为，可以非主流观点为基础（扬其长），进行适当的改良（避其短），开辟第三条路径，也可称之为非主流观点的改进版。该第三条路径介于主流观点与非主流观点之间，即强制与任意之间，刚柔相济。

三、完善“二次订立”的操作建议

第三条路径究竟如何开辟？涉及内容完善和实现方式两个具体问题，现分别详细述之。

（一）内容的完善——续订程序

鉴于非主流观点之所短在于未对续订程序作出规制，而致用人单位可滥用优势地位使劳动者的续订合意失真，第三条路径的开辟在内容完善方面主要是补此短板，堵上漏洞。为此，笔者建议，就“二次订立”的续订，增设以下两项规定：

1、用人单位应当提前 30 日以书面形式将续订或不续订意向告知劳动者。¹²⁷

该规定的功能是通过强制用人单位在续订时先出牌，以防止其利用续订程序的任意性，依靠自身强势地位迫使劳动者先出牌而致合意失真，即以程序的强制确保合意的真实。

“提前 30 日”的价值在于给予劳动者合理的缓冲期；“以书面形式”则主要以强化证据防范争议为目的；“续订或不续订意向”则须注意，仅含续订意向或不续订意向，不包括也不允许包括续订的劳动合同类型即固定期限还是无固定期限。

2、用人单位未履行前款告知义务的，视为同意续订。

该规定的功能有二：一是作为上一条规定的补充，以使得续订程序具有完整性；二是作为上一条规定的保障，以使得续订程序具有强制性。

以上两项规定可以合并设计为如下条款：“用人单位应当提前 30 日以书面形式将续订或不续订意向告知劳动者。用人单位未履行前款告知义务的，视为同意续订。”

（二）实现的方式——实施条例

条款有了，那么用在哪里？大致而言，或有以下四种选择：

选择一：增设于《劳动合同法》。该做法的优势在于法律效力高，而且可与“二次订立”条款无缝对接。但其劣势是需要修改《劳动合同法》，工程太大；而且就内容而言，该新设条款系对“二次订立”条款的细化，效力层级不适合《劳动合同法》。

¹²⁷该“提前通知”的做法已有先例，如《江苏省劳动合同条例》第十八条规定：在《中华人民共和国劳动合同法》实施后，用人单位与劳动者连续订立了二次固定期限劳动合同，且劳动者没有《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条和第四十条第一项、第二项规定情形的，用人单位应当在第二次劳动合同期满三十日前，书面告知劳动者可以订立无固定期限劳动合同。

选择二：出台相关立法解释。该做法的优势在于合乎法律规定，依据是《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》¹²⁸。该决议第一项规定：“凡关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的，由全国人民代表大会常务委员会进行解释或用法令加以规定。”而上述新设条款可以理解为对“二次订立”条款的补充。但其劣势在于动作大但效率低，而且从以往来看，我国立法解释的实践并不多见。

选择三：制订相关司法解释。该做法的优势是非常务实，可以较快地完成条款的增设。但其劣势在于其合法性存在问题，依据是《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》第二项：“凡属于法院审判工作中具体适用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释。”而上述新设条款显然属于对“二次订立”中程序漏洞的补正，系新增的程序义务规定，并非属于审判中具体适用法律的问题。

选择四：增设于《劳动合同法实施条例》。该做法的优势明显：一是合法性没问题，依据是《立法法》第六十五条：“国务院根据宪法和法律，制定行政法规。行政法规可就下列事项作出规定：（一）为执行法律的规定需要制定行政法规的事项；……”¹²⁹以及《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》第三项：“不属于审判和检察工作中的其他法律、法令如何具体应用的问题，由国务院及主管部门进行解释。”；二是效力层级适合，新设条款作为对“二次订立”条款的细化和补充，定位于实施层面最为适合；三是工程量适中。综合比较而言，笔者认为，适时修订《劳动合同法实施条例》是完善“二次订立”的最佳方式。

¹²⁸引自全国人大网《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》（1981年6月10日第五届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过）

¹²⁹引自全国人大网《中华人民共和国立法法》（根据2015年3月15日第十二届全国人民代表大会第三次会议《关于修改〈中华人民共和国立法法〉的决定》修正）

劳动合同法中二倍工资规则的反思与重构

罗泽胜¹³⁰

【摘要】随着劳动合同法的修改再次成为热门话题，其中的二倍工资规则的反思和重构也成为热点。二倍工资中的第一倍工资的法律属性属于劳动报酬，第二倍工资的法律属性既非补偿性赔偿，也非惩罚性赔偿或惩罚性赔偿制度体系下的激励（奖励）制度。现有二倍工资规则构造存在违法性要件的语义表述差异、“视为已订立无固定期限劳动合同”条件冲突、部分地方政策性内部文件内容超越法律法规规定等问题。二倍工资规则未来重构的理论基础应将第二倍工资的法律属性确定为奖励（惩罚）制度，坚持法制统一、成本合理、奖惩适度的原则，科学确定二倍工资规则的违法性要件和责任限度等规范要素，通过对《劳动合同法》第14条第3款、第82条及《劳动合同法实施条例》第5、6、7条的修改并出台司法解释的方式实现规则重构。

【关键词】二倍工资 法律属性 损害赔偿 奖励（惩罚）制度
规则重构

二倍工资规则是对《劳动合同法》及其《实施条例》中规定用人单位违法不订立书面劳动合同之法律后果的一组条款的总称，具体包括《劳动合同法》第7条、第10条、第14条第3款和第82条及其《实施条例》第5—7条。我国劳动合同法中二倍工资规则作为我国劳动立法中首次出现而国外劳动立法中几乎未见先例的规则¹³¹自出台以来，就不断受到质疑和批评，也给法律适用带来了极大的困扰。因此，对该规则的修改或重构的声音一致不断，尤其是今年以来，在经济下行的压力下，对劳动合同法的修改再次成为热门话题，其中，二倍工资规则的重构也是必不可少的内容之一。二倍工资规则重构必然涉及二倍工资法律属性定位、现有规则构造存在的问题以及如何进行重构等问题。本文拟对上述问题予以探析。

¹³⁰ 作者简介：罗泽胜（1966—），男，四川南部县人，西南科技大学法学院教授、硕士研究生导师，研究方向：劳动与社会保障法学、经济法学。

¹³¹ 王全兴 栗瑜：《用人单位违法不订立书面劳动合同的“二倍工资”条款分析》，载《法学》2012年第2期。

一、二倍工资规则法律属性定位：谁对谁错？

在二倍工资的法条结构中，第一倍工资属于劳动报酬，是基于劳动者提供劳动力为基础，用人单位向劳动者支付的对价，支付的依据是劳动法中的工资制度，这应当是学术界的共识。而对于支付第二倍工资的法律属性虽然有不同看法，但普遍的观点应是：第二倍工资仅仅是以第一倍工资作为计算基数，但其本身并非劳动者劳动报酬的范畴，支付第二倍工资应当属于用人单位未（不）订立书面劳动合同应当承担的法律责任。毫无疑问，支付第二倍工资¹³²的法律责任属于法定责任，不属于约定责任，但是，该责任的法律属性究竟应当是什么？从目前来看，主要有以下观点：

（一）损害赔偿说

1、无过错责任，还是过错责任，抑或过错推定责任？

在用人单位支付二倍工资的归责原则上，存在不同观点。有学者认为，二倍工资条款在法律责任归类上，“就可归责性而言，它属于无过错责任”¹³³。另有学者认为“将二倍工资的归责原则确认为过错推定责任更合乎《劳动合同法》的本意及对不签订书面劳动合同法律责任发展的历史轨迹”¹³⁴。由于《劳动合同法》第82条第2款及《劳动合同法实施条例》第7条规定存在漏洞，学术界对用人单位自用工之日起满1年后仍然未订立书面劳动合同是否应支付双倍工资存在争议，笔者认为，不应将法定不明的法律责任附加给当事人，根据现行的劳动合同法及实施条例的明确规定看，用人单位应当支付二倍工资主要有两种情形，支付二倍工资因情形不同，归责原则也不相同。

第一种情形是“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同”¹³⁵。就文义解释来看，该情形所述的“未订立”是表示一种客观状态，但造成这种状态既可能是因用人单位故意不签订劳动合同造成，也可能是劳动者具有特殊地位、劳动者拒绝签订、用人单位无主观上不签订书面劳动合同的故意等原因造成¹³⁶。因此，“未订立”描述的事实状态不能反映导致产生该

¹³² 虽然二倍工资规则中的仅支付第二倍工资属于法律责任，但因其以支付第一倍工资为前提和基础，因此，本文中支付二倍工资责任的用语实际为支付第二倍工资责任的涵义。

¹³³ 王全兴 粟瑜：《用人单位违法不订立书面劳动合同的“二倍工资”条款分析》，载《法学》2012年第2期。

¹³⁴ 张沛儒：《论二倍工资的若干法律问题》，载《中国劳动》2011年底4期。

¹³⁵ 参见《劳动合同法》第82条第1款、《劳动合同法实施条例》第6条。

¹³⁶ 高战胜：《未签订书面劳动合同时劳动者二倍工资请求权的适用条件研究》，载《法学杂志》2012年第

状态的原因，也不能反映导致该状态的行为人的主观状态。在这种情形下，用人单位支付二倍工资的条件是只要有“未订立”的客观事实，至于用人单位是否由过错，在所不问。在此意义上，该情形下的二倍工资责任应当属于无过错责任。

根据《劳动合同法实施条例》第6条的规定，在用人单位用工超过1个月不满1年的期间，如果出现“劳动者不与用人单位订立书面劳动合同”导致的未订立书面劳动合同的状态，由此用人单位仍然应承担向劳动者支付二倍工资的归责原则，可以勉强归类为过错推定责任，但该过错推定责任已经被无过错责任所覆盖。用人单位承担过错推定责任的逻辑就在于：如果用人单位在用工之日1个月内与劳动者订立了书面劳动合同，或者与不愿订立书面劳动合同的劳动者解除了劳动关系，就不会发生在用工超过1个月劳动者不订立书面劳动合同的情形，因此，推定用人单位存在过错，所以仍然应支付二倍工资。值得注意的是，该过错推定原则是用人单位承担二倍工资责任的归责原则，而不是其免责的依据。有学者认为：“各地在有关二倍工资的司法实践中，也积极地将过错推定责任作为指导意见”¹³⁷，并列举了广东省高级人民法院、广东省劳动争议仲裁委员会《关于适用〈劳动争议调解仲裁法〉、〈劳动合同法〉若干问题的指导意见》（粤高法发[2008]13号）¹³⁸第21条第2款和湖南省高级人民法院《关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见》¹³⁹第22条规定作为佐证。笔者认为，这两个条款规定的是用人单位的免责条件，即用人单位能证明不订立书面劳动合同是因包括劳动者拒绝订立在内的劳动者原因导致的，用人单位可以不承担二倍工资责任，不属于用人单位承担责任的归责原则。

第二种情形是“用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同”¹⁴⁰。该情形所述的“不订立”不仅表明用人单位与劳动者双方没有订立书面劳动合同的客观状态，还表明以下涵义：一是签订无固定期限书面劳动合同是用人单位的法定义务；二是用人单位违反法律的规定，不依法履行法定义务；三是用人单位具有主观过错。因此，该种情形下的二倍工资责任应当属于过错责任。

综上，在现行立法中，对用人单位不依法订立固定期限和无固定期限的书

12 期。

¹³⁷ 张沛儒：《论二倍工资的若干法律问题》，载《中国劳动》2011 年底 4 期。

¹³⁸ 以下简称《广东省指导意见》。

¹³⁹ 以下简称《湖南省指导意见》。

¹⁴⁰ 参见《劳动合同法》第 82 条第 2 款。

面劳动合同应承担的支付第二倍工资责任采用了不同的归责原则，前者是无过错归责原则，后者是过错责任原则，并非均是采用的无过错责任原则或过错责任原则，且也无独立存在的过错推定责任原则。

2、行为损害赔偿，还是结果损害赔偿？

有学者认为，第二倍工资是与用人单位违法不订立书面劳动合同对应的损害赔偿，但由于用人单位违法不与劳动者订立书面劳动合同对劳动者的损害具有潜在性，劳动者难以举证，因此，“就责任之客观性而言，它属于行为损害赔偿，而非结果损害赔偿”¹⁴¹。在民法领域里，承担损害赔偿责任的最基本的要件应当是具有损害结果、损害行为、因果关系，但是，以此作出行为损害赔偿责任和结果损害赔偿责任之分，既无此概念区分的学术来源，也无其他理论依据。将该两个概念并列，似乎表明行为损害赔偿责任只需有损害行为，不需有损害结果，而结果损害赔偿责任只需损害结果，无需损害行为。实际上，所谓的结果损害赔偿责任不仅需要损害行为，且损害行为必须与损害结果之间具有因果关系；而所谓行为损害赔偿责任承担赔偿责任的前提仍然不仅应当具有损害行为，也应具有损害结果。如果不具有损害结果，那么，客观上不会造成损害结果的行为，怎么表明其具有损害性。无论所谓的行为损害赔偿，还是结果损害赔偿均应以损害存在为前提。按传统民法的“无损害，无赔偿”理论，将支付第二倍工资的法律属性界定为行为损害赔偿责任至少说从文义上容易引起误解，也并未揭示其内在本质属性。

3、补偿性赔偿，还是惩罚性赔偿？

所谓补偿性赔偿是指以实际损害的发生为赔偿的前提，且以实际的损害为赔偿范围的赔偿。补偿性赔偿适用的根本目的在于使受害人所遭受的实际损失得以完全补偿，不具有惩罚的特点。根据《劳动法》第98条及其配套规定，如果用人单位故意拖延不订立劳动合同的，除承担改正、罚款责任外，只有在给劳动者造成损害的前提下，才应承担赔偿责任，由此可见，《劳动法》第98条及其配套规定对用人单位不与劳动者订立书面劳动合同的规定的应当属于补偿性赔偿责任。

劳动合同法中的二倍工资规则中的第二倍工资是否属于补偿性赔偿在学术界论述较少。作为地方内部司法政策性文件的《江苏省高级人民法院关于印发〈

¹⁴¹ 王全兴 栗瑜：《用人单位违法不订立书面劳动合同的“二倍工资”条款分析》，载《法学》2012年第2期。

关于审理劳动人事争议案件的指导意见（二）的通知》¹⁴²第1条将二倍工资中第二倍工资定性为“用人单位法定赔偿金”，但并没有明确其具体性质是否为补偿性赔偿金。

笔者认为，劳动合同法中的二倍工资中的第二倍工资并不能确定属于补偿性损害赔偿的性质，因为，补偿性赔偿仍然应以劳动者存在损害为前提，补偿性赔偿的目的在于弥补劳动者的损失。虽然有学者认为，用人单位未签订书面劳动合同会影响劳动者的诸多权益，例如，没有明确的劳动关系凭证，没有明确的劳动合同期限，双方约定的工资难以证明，容易被用人单位减低或者克扣工资，容易被用人单位随意调动工作岗位，没有明确的工作时间和加班费发放规定，没有劳动安全和卫生方面的约定，在养老、医疗、失业、工伤、生育等方面就没有保障。¹⁴³笔者认为，由于事实劳动关系仍然为我国法律所保护，根据《劳动和社会保障部〈关于确立劳动关系有关事项的通知〉》（劳社部发[2005]12号）第2条第2款的规定，用人单位应对是否存在事实劳动关系以工资支付记录、工作证、考勤记录等承担举证责任。因此，作为劳动关系双方的权利义务要么具有明确的法律规定，例如休息休假、社会保险、劳动安全卫生等，要么应由用人单位承担举证责任，例如工资、福利待遇等。即使不订立劳动合同，用人单位或者劳动者要终止或解除劳动关系的，仍然须按劳动合同的终止或解除情形才能合法结束劳动关系。因此，用人单位不订立书面劳动合同对劳动者并无直接损害；即使有损害，也是可能性损害，并非必然性损害；即使有损害，也是潜在性损害，并非现实性损害。由于用人单位不订立书面劳动合同对劳动者并无必然、直接和现实损害，而劳动合同法免除劳动者证明其存在损害的事实的举证责任，按传统民法的“无损害，无赔偿”理论，将支付二倍工资的法律属性界定为补偿性损害性赔偿并不妥当。

用人单位支付二倍工资责任是否属于惩罚性赔偿责任呢？有学者认为“《劳动合同法》第82条适用的惩罚性赔偿既不是侵权，也不是违约，而是违反法律的强制性规定。¹⁴⁴”另有学者也认为“《劳动合同法》第八十二条规定了在法定期限内不与劳动者签订书面合同所承担的具有惩罚性质的赔偿责任”¹⁴⁵。

¹⁴²以下简称《江苏省指导意见二》。

¹⁴³ 王忠：《未签订无固定期限劳动合同的双倍工资支付的上限问题》，载《中国检察官》2012年第7期。

¹⁴⁴ 孙效敏，张炳：《惩罚性赔偿制度质疑》——兼评《侵权责任法》第47条》，载《法学论坛》2015年第2期。

¹⁴⁵ 王忠：《未签订无固定期限劳动合同的双倍工资支付的上限问题》，载《中国检察官》2012年底7期。

显然，上述观点明确将支付二倍工资责任界定为惩罚性赔偿责任。有地方内部司法政策文件也持该观点，例如，北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会《关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要（二）》¹⁴⁶第28条第（5）项明确界定“增加一倍的工资属于惩罚性赔偿的部分”。内蒙古自治区高级人民法院、内蒙古自治区劳动人事争议仲裁委员会《关于劳动人事争议案件适用法律若干问题的指导意见》（内高法[2015]193号）第14条第（5）项也作了相同定性¹⁴⁷。

笔者认为，用人单位支付二倍工资责任并属于惩罚性赔偿责任。所谓惩罚性损害赔偿(punitive damages),在传统意义上,也称示范性的赔偿(exemplary damages)或报复性的赔偿(vindictive damages),是指由法庭所作出的赔偿数额超出实际的损害数额的赔偿¹⁴⁸。从前文可知,二倍工资中的第一倍工资属于劳动者提供劳动应获得的劳动报酬,用人单位支付劳动者的工资依据的是工资法律规则,不是对劳动者的损失的补偿。同时,由于二倍工资中的第二倍工资不以用人单位未(不)与劳动者订立书面劳动合同给劳动者造成实际损害为前提,因此也不具有补偿性赔偿责任的性质。而惩罚性赔偿是“赔偿数额超出实际的损害数额的赔偿”,显然,二倍工资中的“第二倍工资”不具有这个功能,因此,将其界定为惩罚性赔偿责任当然不妥当。

（二）激励（奖励）制度说

在我国,学者们关于惩罚性赔偿的主要功能有单一功能论、双重功能论、多重功能论。其中,多重功能论又有三元论与四元论之分。“前者认为惩罚性赔偿具有赔偿、制裁、遏制三种功能。后者认为惩罚性赔偿具有威慑、补偿、惩罚、鼓励市场交易四种功能”¹⁴⁹。但也有部分学者在研究多倍赔偿或惩罚性赔偿制度时,提出相反观点,主要有“激励制度说”和“奖励制度说”。

激励制度说的代表学者有刘水林教授和谢晓尧等。刘水林教授认为“现代的惩罚性赔偿的主要功能是激励、报偿,惩罚只是辅助功能,目的在于通过使原告从胜诉中获得超过其诉讼所花费的代价,即对其付出的代价给以充分的报偿,激

¹⁴⁶ 以下简称《北京市会议纪要二》。

¹⁴⁷ 以下简称《内蒙古指导意见》。

¹⁴⁸ Note, “Exemplary Damages in the Law of Torts”, 70 Harv. L. Rev. 517, 517(1957), and *Huckle v. Money*, 95 Eng. Rep. 768(K. B. 1763), 转引自王利明:《惩罚性赔偿研究》,载《中国社会科学》2000年第4期。

¹⁴⁹ 孙效敏,张炳:《惩罚性赔偿制度质疑》——兼评《侵权责任法》第47条,载《法学论坛》2015年第2期。

励个人充分利用其所掌握的信息提起诉讼,维护所有主体共生的社会经济秩序或环境,亦即维护社会整体利益。”¹⁵⁰谢晓尧教授认为“在惩罚性赔偿中,超过实际损失的赔偿可视为一种额外的回报或收益,制度的妥当性在于:对个别受害人为全体受害人的公共利益行事,必须在成本与收益上作出回应,通过对未来权利的确切保障,激励消费者从事集体行动。”¹⁵¹”

奖励制度说的代表性学者有李友根教授和孙效敏教授。李友根教授于1995年研究的奖励制度认为“奖励是政府对于从事超越法定义务且有利于社利益的行为所作出的评价,其具体方式既可以是精神性的(如各种荣誉),也可以是物质性的(如奖金)”¹⁵²。他在2015年发表的最新成果以新《消费者权益保护法》第55条的多倍赔偿为研究对象,认为“多倍赔偿是奖励性赔偿”¹⁵³。2010年孙效敏教授以我国《侵权责任法》第47条为研究对象,研究了奖励制度¹⁵⁴。2015年发表成果再次对奖励制度进行了论述,提出“奖励制度有两种方式:一种是受害人奖励制度,另一种是举报人奖励制度。受害人奖励制度类似于民商法学者所说的惩罚性赔偿制度。”他明确指出“《劳动合同法》第82条适用的惩罚性赔偿既不是侵权,也不是违约,而是违反法律的强制性规定。”¹⁵⁵”

看似上述观点可以为二倍工资责任的法律属性找到理论的突破口,但笔者认为,其仍然未将激励(奖励)制度和惩罚性赔偿制度区分开来,仍未脱离惩罚性赔偿制度的范畴。例如,李友根教授直接使用“奖励性赔偿”一词,并认为“多倍赔偿是奖励性赔偿”,孙效敏教授也在论文中直接使用“奖励制度(惩罚性赔偿)”,并认为“奖励制度,包括惩罚性赔偿制度”,更明确认为《劳动合同法》第82条适用的是“惩罚性赔偿”。由于第二倍工资没有惩罚性赔偿的功能,因此,如果在惩罚性赔偿制度框架下谈第二倍工资的激励属性或奖励属性,显然无法成立。

(三) 奖励(惩罚)制度说

在损害赔偿制度的框架下,由于加害人和受害人是相互对应的法律关系主

¹⁵⁰ 刘水林:《论民法的惩罚性赔偿与经济法的激励性报偿》,载《上海财经大学学报》2009年第4期。

¹⁵¹ 谢晓尧:《惩罚性赔偿:一个激励的观点》,载《学术研究》2004年第6期。

¹⁵² 李友根:《法律奖励论》,载《法学研究》1995年第4期。

¹⁵³ 李友根:《惩罚性赔偿制度的中国模式研究》,载《法制与社会发展》2015年第6期。

¹⁵⁴ 参见孙效敏:《奖励制度与惩罚性赔偿制度之争——评我国《侵权责任法》第47条》,载《政治与法律》2010年第7期。

¹⁵⁵ 孙效敏,张炳:《惩罚性赔偿制度质疑——兼评《侵权责任法》第47条》,载《法学论坛》2015年第2期。

体，双方是对立统一体。补偿性赔偿以填补受害人的损失为目的，惩罚性赔偿以补偿性赔偿为基础和前提，超出受害人实际损失的赔偿除了对加害人具有威慑、遏制、惩罚、制裁的功能，当然对另一方的受害人具有报偿、鼓励、激励甚至奖励的功能。反过来，虽然激励（奖励）制度中所述的一方当事人可以依法对另一方当事人主张一定数额的金钱给付，由于这对给付金钱的一方当事人是利益的减损，当然对该当事人具有威慑、遏制、惩罚、制裁功能，而对获得金钱给付的当事人当然具有激励和奖励功能，但是该金钱给付具有的激励（奖励）和惩罚功能并不应以给付金钱的当事人存在加害行为以及获得金钱给付的当事人受到损害为前提，因此，该金钱给付的性质并非是一方当事人对另一方当事人的损害赔偿，仅仅是因为给付金钱一方当事人违反了法律规定的强制性义务而承担的法定责任，获得金钱给付的当事人依法行使请求权获得的利益。综上所述，笔者认为，虽然惩罚性赔偿制度和激励（奖励）制度均具有惩罚和激励（奖励）的功能，但因激励（奖励）制度应不以损害为前提，且金钱的给付也不应有赔偿功能，因此，激励（奖励）制度不应包含在惩罚性损害赔偿制度体系之中，应当属于与包括补偿性赔偿和惩罚性赔偿制度在内的损害赔偿制度并行的独立制度体系，这正是笔者所述的奖励制度与李友根教授和孙效敏教授等所述的奖励制度的不同之处。

在激励制度和奖励制度的用语选择上，笔者认为，“奖励”一词在文义上可以包含“激励”一词，且“奖励”的目的性更加明确，故，使用奖励制度更为妥当。该奖励制度与政府奖励制度的显著区别在于：一是权利义务关系的主体不同。前者给付金钱的主体是违法法定义务的主体，获得金钱给付的主体是与给付主体之间具有先前的民事权利义务关系的另一方；后者授奖的主体是法定的政府机关，受奖主体并非一定与授奖主体存在先前的权利义务关系。二是行使和实现的方式不同。前者需要通过行使法定的民事请求权的方式实现；后者主要通过法定的政府机关直接给付的方式实现。三是利益关系不同。前者对获得金钱给付的一方属于额外利益的增加，对给付金钱的一方属于额外利益的减损；后者对受奖主体属于利益的增加，但不会造成其他民事主体利益的减损。由此可见，笔者所述的奖励制度当然对给付主体具有惩罚功能和属性，对获得金钱给付的主体具有奖励功能和属性，但该金钱的给付和获得并非具有赔偿性质。因此，该奖励制度可以表述为奖励（惩罚）制度。

笔者认为，二倍工资责任的法律属性应当属于奖励（惩罚）制度。总的来说，第二倍工资具有奖励（惩罚）的功能和属性：对劳动者是奖励，对未（不）与劳动者订立书面劳动合同的用人单位是惩罚。对劳动者的奖励并非是因劳动者受到了损害，因而对其的奖励并非是惩罚性损害赔偿制度中的奖励功能的体现；对用人单位的惩罚也并非是对劳动者的损害赔偿，更不属于惩罚性赔偿，而是由于劳动者所获得的金钱给付是由未（不）订立书面劳动合同的用人单位支付，在客观上造成了用人单位额外利益的减损，体现了对其惩罚性。

二、二倍工资规则现有构造：孰是孰非？

“二倍工资”之现有规则构造在国家层面主要规定在《劳动合同法》及其实施条例中，但是由于立法中存在规定不明确甚至存在冲突或法律漏洞，对法律适用造成困扰，既在学术界引起较大争议，也导致多个省、直辖市、自治区、省会城市、地级市的高级或中级人民法院及同级劳动争议仲裁委员会或独立或联合以指导意见或会议纪要或疑难问题解答等地方政策性内部文件形式对二倍工资规则的适用提出指导参考意见。虽然这些文件不具有强制力，但在实践中，各地法院或劳动争议仲裁机构在处理二倍工资争议时基本上按照各地的文件进行处理。因此，这些文件实际具有造法的功能，客观上也属于现有二倍工资规则构造体系的组成部分。

由于学术界对二倍工资规则之现有规则构造的理解存在不同的观点，不同观点之间，究竟孰是孰非并不重要，重要的是存在于不同渊源的法律文本之间的二倍工资规则存在的差异或冲突，导致了法律适用中的差异，究竟孰是孰非？下面就二倍工资规则构造中的一些主要问题在法律、法规以及地方政策性内部文件中存在的差异予以分析。

（一）违法性要件的语义表述差异

《劳动合同法》第82条第1款与第2款在违法性要件之语义表述存在明显差别。从《劳动合同法》第82条的条文来看，第2款是专门针对用人单位违反法律的规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同设定的二倍工资责任；第1款针对的是用人单位首次用工或固定期限合同期限届满后继续用工超过1个月不满1年的期间未与劳动者订立书面劳动合同设定的二倍工资责任。第1款设定责任的依据应当是该法第10条第1、2款的内容；第2款设定责任的依据应当是该法第14条第2款所

列的用人单位应当订立无固定期限书面劳动合同的法定情形。显然，当该法第14条第2款所列情形出现后，用人单位不与劳动者订立无固定期限的书面劳动合同属于违法行为，但第82条第2款为什么要强调“违法本法规定”？同样，用人单位超过1个月未与劳动者订立书面劳动合同显然也是违反了该法第10条第1、2款的规定，但第82条第1款为什么又不使用“违法本法规定”，难道这种行为不属于违法行为吗？

（二）“视为已订立无固定期限劳动合同”条件冲突

“视为已订立无固定期限劳动合同”语义表述冲突主要体现在《劳动合同法》第14条第3款与《劳动合同法实施条例》第7条。上述条款均规定了用人单位自用工之日起满一年，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同的条件，但是，前一条款规定的条件是用人单位“不与劳动者订立”书面劳动合同的；后一条款规定的是“未与劳动者订立”书面劳动合同。虽然有学者认为，前述条款只是表明“固定期限劳动关系转化为无固定期限劳动关系，不属于法律责任”¹⁵⁶。笔者对此持不同意见。尽管有学者将法律责任概念的解释归纳为“义务说”、“处罚说”、“后果说”、“责任能力说”¹⁵⁷，笔者仍然赞同如下观点：法律责任是指“根据法律规定，某些种类的行为所导致的，对行为主体不利的后果，它同时又是法律制裁的前提”¹⁵⁸。对照该法律责任概念，《劳动合同法》第14条第3款与《劳动合同法实施条例》第7条关于“视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同”的后果是用人单位不作为所导致的，属于对用人单位不利的后果，其不利后果主要是在劳动者达到法定退休年龄前无法定理由不得单方解除劳动者的劳动关系，因此，该规定完全可以视为赋予用人单位的一种法律责任。显然，前一条款对用人单位的责任规定较为宽松，在归责原则上适用的是过错责任原则；后一条款对用人单位的责任规定较为严格，在归责原则上适用的是无过错责任原则。那么对同一行为，法规是否可以比法律对当事人科以更重的法律责任？

（三）部分地方政策性内部文件内容超越法律法规规定

1、二倍工资责任的归责原则问题

根据《劳动合同法》第82条第1款及《劳动合同法实施条例》第6条的规定，

¹⁵⁶ 王全兴 粟瑜：《用人单位违法不订立书面劳动合同的“二倍工资”条款分析》，载《法学》2012年第2期。

¹⁵⁷ 刘作翔主编：《法理学》，社会科学文献出版社2005年版，第218、219页。

¹⁵⁸ 同上，第230页。

用人单位自用工之日起超过1个月不满1年期间，只要存在未订立书面劳动合同的情形，用人单位就应向劳动者支付二倍工资，该规定的归责原则应当是无过错责任原则或者勉强也有过错推定责任原则。但是，一些地方规定则将因劳动者原因导致未订立书面劳动合同或者用人单位没有过错作为用人单位的免责条件，例如，《广东省指导意见》第21条第2款、《湖南省指导意见》第22条、《内蒙古指导意见》第15条，上海市高级人民法院《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》¹⁵⁹（沪高法[2009]73号）第2条更是将“劳动者拒绝签订等用人单位以外的原因，造成劳动合同未签订的”解释为“不属于用人单位未与劳动者订立书面劳动合同”的情况。显然，这些地方意见超越了法律法规的规定。

2、二倍工资计算基数问题

《江苏省指导意见（二）》第2条规定，二倍工资“按照劳动者当月的应得工资予以确定，包括计时工资或者计件工资以及加班加点工资、奖金、津贴和补贴等货币性收入。劳动者当月工资包含季度奖、半年奖、年终奖的，应按分摊后该月实际应得奖金数予以确定”。

四川省高级人民法院民事审判第一庭《关于印发〈关于审理劳动争议案件若干疑难问题的解答〉的通知》¹⁶⁰（川高法民一〔2016〕1号）第29条规定：“二倍工资计算基数按照劳动者正常工作状态下十二个月的应得工资计算，即未扣除社会保险费、税费等之前的当月工资总额，但不应包括：（一）加班工资；（二）非常规性奖金、津补贴、福利”。

广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会《关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》¹⁶¹（粤高法〔2012〕284号）第14条第2款规定：“二倍工资差额的计算基数为劳动者当月应得工资，但不包括以下两项：（1）支付周期超过一个月的劳动报酬，如季度奖、半年奖、年终奖、年底双薪以及按照季度、半年、年结算的业务提成等；（2）未确定支付周期的劳动报酬，如一次性的奖金，特殊情况下支付的津贴、补贴等”。

从上述三地的规定来看，二倍工资基数的都是以正常工作相对应的月工资来计算，但在具体工资范围的规定上不尽相同，江苏省规定的工资范围较广，但四

¹⁵⁹ 以下简称《上海市指导意见》。

¹⁶⁰ 以下简称《四川省解答》。

¹⁶¹ 以下简称《广东省座谈会纪要》。

川省直接则排除了加班工资，二者均排除了非常规或按月支奖金、津贴等。那么二者它们之间的规定，孰是孰非？根据原劳动部关于印发《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》的通知（劳部发〔1995〕309号）53条的规定，劳动法中的“工资”是指用人单位依据国家有关规定或劳动合同的约定，以货币形式直接支付给本单位劳动者的劳动报酬，一般包括计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、延长工作时间的工资报酬以及特殊情况下支付的工资等。《四川省解答》第29条排除的工资项目显然不符合该规章的规定。

3、二倍工资数额上限问题

二倍工资数额上限问题涉及两种情形：一是用人单位未与劳动者订立书面劳动合同超过1年是否应支付二倍工资；二是用人单位违法法律规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同支付二倍工资数额是否有上限。

对于上述第一种情形，由于《劳动合同法实施条例》第7条规定不明确，因此，在学术界存在争议，地方性内部司法政策性文件也有不同规定。有学者认为在此情形下，用人单位仍然应支付二倍工资¹⁶²；另有学者认为，用工超过一年以上未签订劳动合同，劳动者提起仲裁的，不仅可以主张十一个月二倍工资，还可以主张与用人单位订立无固定期限劳动合同。如果用人单位同意订立的，即可免除其未实际订立无固定期限劳动合同的责任，反之，再适用不订立无固定期限劳动合同的二倍工资罚则¹⁶³。一些地方性内部司法政策性文件规定在此情形下，用人单位不再支付二倍工资，例如，浙江省、广东省、武汉市、北京市等地的规定¹⁶⁴。对用人单位未与劳动者签订书面劳动合同支付二倍工资限额的不同观点和规定，孰是孰非？

对于上述第二种情形，《劳动合同法》第82条第2款未设定二倍工资的支付上限。有学者认为“未签订无固定期限劳动合同双倍工资有11个月的支付上限具有合理性”。¹⁶⁵《北京市会议纪要二》第28条第1款第（4）项、《内蒙古指导意见》第14条第（4）项均规定“二倍工资自应订立无固定期限劳动合同之日起

¹⁶² 王全兴 栗瑜：《用人单位违法不订立书面劳动合同的“二倍工资”条款分析》，载《法学》2012年第2期。

¹⁶³ 高战胜：《未签订书面劳动合同时劳动者二倍工资请求权的适用条件研究》，载《法学杂志》2012年第12期。

¹⁶⁴ 参见《浙江省劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件处理若干问题的指导意见（试行）》（浙仲【2009】2号）第34条、《广东省座谈会纪要》第14条第3款、武汉市中级人民法院《关于审理劳动争议案件若干问题纪要》（武中法【2008】第87号）第18条、《北京市会议纪要（二）》第28条第1款第（2）项。

¹⁶⁵ 王忠：《未签订无固定期限劳动合同的双倍工资支付的上限问题》，载《中国检察官》2012年底7期。

算，截止点为双方实际订立无固定期限劳动合同的前一日”，但因双方实际订立无固定期限劳动合同的时间不具有确定性，甚至至劳动者申请仲裁时多年一直未订立无固定期限书面劳动合同，因此，这样的规定实际不属于二倍工资的设限内容。《四川省解答》第31条第2款规定：“用人单位未与劳动者签订无固定期限劳动合同的，用人单位实际给付劳动者的二倍工资差额不超过十二个月”。对用人单位违法不与劳动者签订无固定期限书面劳动合同支付二倍工资限额的不同规定以及超越法律的规定，孰是孰非？

三、二倍工资规则未来重构：何去何从？

劳动合同法在立法过程中的争议很大，颁行后，在理论和务实界均引起较大的争议，尤其是企业界反应强烈。其中，二倍工资规则也是争议较大和反应强烈的事项之一。近两年来，一些经济学家和政府高级官员将我国经济下行的部分原因归结为劳动合同法的实施增加了企业成本，法学界也有学者提出了劳动合同法存在的失衡问题，劳动合同法的修改已经成为热门话题。其中，二倍工资规则也应是修改或重构的内容之一。如何重构二倍工资规则，需要明确以下问题：

（一）确立二倍工资规则重构的理论基础

确立的理论基础不同，建立于之上的规则和制度也有所不同。从前文可知，《劳动法》第98条及其配套规定构建的用人单位未签订书面劳动合同应承担的民事责任的法律属性属于典型的过错补偿性损害赔偿责任。现行劳动合同构建的用人单位未（不）签订书面劳动合同承担二倍工资支付责任的法律属性不应属于补偿性损害赔偿，也不应属于以惩罚性赔偿为基础的激励（奖励）制度，更不属于惩罚性赔偿制度。

由于用人单位未与劳动者签订书面劳动合同在客观上确实难以对劳动者造成直接、现实损害，同时，劳动者也难以进行举证证明其损害的存在，因此，如果要回归《劳动法》第98条及其配套规定所属的过错补偿性损害赔偿责任的理论基础和制度设计，显然这样的制度规则形同虚设，对劳动者基本没有利益，对用人单位基本不存在不利益。或许可以在回归《劳动法》第98条及其配套规定所属的过错补偿性损害赔偿责任的基础上，辅助行政责任的扩充，例如不仅限于责令改正，可以附加罚款等处罚，但劳动法的实施情况证明，行政监管具有无效性，因而扩充行证责任也无疑是虚设。更重要的是，现有规则制度已经施行多年，回

归《劳动法》第98条及其配套规定无异于就是废除现行规则制度，对立法和法律实施已经产生的正面效果将一笔勾销。

笔者认为，将二倍工资规则重构的理论基础确立为二倍工资责任属于奖励（惩罚）制度的体现，能够克服损害赔偿说和惩罚性赔偿制度体系中的激励（奖励）制度说的缺陷：二是承担责任只需行为违法性要件和责任限度要件，无需违法行为的损害要件，避免了损害赔偿制度所要求的损害要件；二是将其性质定位于非对劳动者的赔偿，而是对劳动者的奖励和对用人单位的惩罚，避免了与传统的“无损害，无赔偿”理论的冲突；三是便于法律理论、立法、法的实施之间的协调。

（二）明确二倍工资规则重构的基本原则

1、法制统一原则

由于我国现行的二倍工资规则构造存在模糊或漏洞，导致导致地方政策性内部文件泛滥，而这些文件的某些规定明显超越了法律、法规的规定，虽然这些规定不是立法，也不是司法解释，但是实际上起到了这样的功能，导致同一事项在不同地区的裁判结果不一致，影响了我国法制的统一性和权威性。

二倍工资规则的重构与劳动合同法所涉及的其他规则的重构一样，应当主要通过修改《劳动合同法》和《劳动合同法实施条例》，并行出台司法解释的方式进行。根据我国《立法法》第4条“立法应当依照法定的权限和程序，从国家整体利益出发，维护社会主义法制的统一和尊严”、第104条第3款“最高人民法院、最高人民检察院以外的审判机关和检察机关，不得作出具体应用法律的解释”的规定，按照立法权限以及出台司法解释权限，尽可能将相关内容考虑周全，并吸收地方政策性内部文件中积极、合理的内容，构建统一的权威的二倍工资规则体系，避免地方政策性内部文件的泛滥。

2、成本合理原则

由于《劳动法》98条及其配套规定对用人单位不与劳动者签订书面劳动合同规定的民事责任以用人单位故意拖延且对劳动者造成损害为前提，因此，在劳动合同法施行前，劳动者因用人单位未与其签订书面劳动合同而请求承担损害赔偿责任的争议案件并不多见。同时，也不需要大量的地方政策性内部文件对该类争议的具体法律适用提出指导意见。对于《劳动法》98条及其配套规定而言，《劳

劳动合同法》及其实施条例所构造的二倍工资规则属于新设定的规则，该规则免除了劳动者对损害事实存在的举证责任，因此，劳动合同法施行后，劳动者请求用人单位支付未签订书面劳动合同的二倍工资差额的劳动争议案件呈井喷之势，使其成为劳动争议案件的主要类型之一，导致劳动争议仲裁机构和法院对案件的处理应接不暇。同时，由于劳动合同法中的二倍工资规则存在模糊、漏洞甚至冲突情形，导致地方政策性内部文件风起云涌，增加了司法成本。另外，这也使用人单位和劳动者对法律的学习和认知成本上升。当然也导致未与劳动者签订书面劳动合同的用人单位的成本上升，尤其是对缺乏法律知识的中小企业或小微企业的成本上升。

虽然现行的二倍工资规则存在不足，但经过多年的实施，在客观上促进了书面劳动合同签订的比例大大提高，对稳定劳动关系起到了一定正向作用。同时，用人单位、劳动者、劳动争议处理机构、劳动法律事务工作者对现行的规则体系已经较为熟知。如果以回归《劳动法》第98条及其配套规定的方式重构二倍工资规则，看似简单且能降低企业成本，但是，劳动者权益保护的成本会大大增加，法律的权威性、稳定性则大打折扣，使人们对法律的信仰大大降低，导致社会成本大大上升。因此，比较来看，二倍工资规则未来重构仍然应为现行的二倍工资规则为基础进行修正，而不是颠覆性的或推倒重来的重构。同时，对《劳动合同法》及其实施条例也尽量不增减条文数量，尽量在现有条文之基础上进行修正，保持法条的稳定性，避免执法机关、司法机关以及当事人对法条认知的混乱，增加其成本。

3、奖惩适度原则

由于二倍工资责任应当定性为奖励（惩罚）制度的内容，其具有奖励（惩罚）的属性和功能，用人单位向劳动者支付的第二倍工资一方面具有对劳动者奖励的功能，同时对用人单位具有惩罚的功能。一种违法行为行为承担责任的大小应当与其社会危害性或给当事人造成的损害大小相关。与拖欠工资的法律 responsibility 比较，是否订立劳动合同并不直接对劳动者财产性权益造成任何损害，其社会危害性当然明显低于拖欠工资等行为。但是根据《劳动合同法》第85条的规定，拖欠工资的直接责任是责令改正，只有逾期不改正才支付百分之五十以上百分之一百以下的赔偿金。因此，支付二倍工资责任对用人单位的惩罚仍然应以有限威慑并不过

大地增加其成本为目标，以避免陷入“宽严皆误”的境地。对劳动者的奖励也应适度，以避免增加劳动者滥用二倍工资请求权的道德风险。因此，在制度重构时，应对二倍工资支付上限具有明确的规定。

（三）二倍工资规则重构的规范要素

以二倍工资责任属于奖励（惩罚）制度的内容为理论基础，以二倍工资规则重构确定的基本原则为导向，二倍工资规则重构至少应具备以下要素：

1、违法性要件

以奖励（惩罚）制度为理论基础的二倍工资规则不再以用人单位不与劳动者签订书面劳动合同和无固定期限书面劳动合同给劳动者造成损害为前提，但其承担责任的前提应是其行为具有违法性，其违法性要件包括以下要件：

（1）违法的主体要件

根据《劳动合同法》第10条的规定，只有具备用人单位和劳动者资格的双方建立了劳动关系，用人单位才有与劳动者订立书面劳动合同的法定义务，且有1个月的宽限期；反之，任何一方不具备法定资格或双方不构成劳动关系，均不应产生签订书面劳动合同的义务和责任。虽然现行的规范性法律文件对认定劳动关系的标准以及部分典型的劳动关系和劳务关系类型也有明确规定，但是，仍然存在部分不甚明确的情形，例如，企业的高级管理人员与企业之间是否属于劳动关系、单位在筹备期间用工是否构成劳动关系、挂靠中的用工关系是否构成劳动关系、单位内部承包中的用工关系是否劳动关系等。虽然一些地方政策性内部文件对诸如此类问题有不同程度的规定，但是，仍然存在不明确的情形。例如，《四川省解答》第5条规定“公司筹办期间招用劳动者，应签订书面协议，明确双方的权利义务”，但这里并未明确书面协议的性质是否属于劳动合同。因此，国家层面应该通过司法解释对相关问题进行权威解释，保持法律适用的统一性。

（2）违法的主观要件

二倍工资规则具有对不与劳动者订立书面劳动合同和无固定期限书面劳动合同的用人单位具有惩罚的功能和属性，但是，对其行为的违法性仍然应该建立在其具有主观过错的前提下，如果绝对适用无过错责任原则，显然对用人单位是不公平的，也难以避免劳动者滥用二倍工资请求权的道德风险。只不过鉴于劳动者证明用人单位存在过错事实的举证困难，可以附加用人单位证明自己不存在过

错的举证责任，以求得二者的举证能力的平衡。尤其是大量地方政策性内部文件均已将用人单位有证据证明未订立书面劳动合同非因自己过错造成作为其支付二倍工资的免责事由，并在司法实践中得到普遍运用。因此，国家层面的二倍工资规则重构也应当归入用人单位的主观过错要件，但鉴于劳动者的举证能力较弱，应当赋予用人单位证明自己没有过错的举证责任。

2、责任限度

根据二倍工资规则重构的成本合理和奖惩适度的原则，应当对用人单位支付二倍工资设定上限。

尽管对用人单位自用工之日起超过1年不与劳动者签订书面劳动合同是否仍然应支付二倍工资在学术界存在争议，地方政策性内部文件规定也存在差异。但由于支付二倍工资属于法律责任的性质，法律责任应当限于法律的明确规定，而不能通过推理推导出法无明确规定的法律责任。笔者认为，就现行法律的规定而言，用人单位自用工之日起超过1年不与劳动者签订书面劳动合同，用人单位不应就超过1年的部分支付二倍工资，理由如下：一是虽然《劳动合同法实施条例》第7条规定用人单位应当立即与劳动者补订无固定期限书面劳动合同，但并未规定用人单位不履行该义务应向劳动者支付二倍工资；二是《劳动合同法》第82条第2款中所述“用人单位违反本法规定”是指用人单位违反《劳动合同法》第14条第2款所列的情形之一，而非《劳动合同法实施条例》第7条的规定；三是因《劳动合同法实施条例》后于《劳动合同法》颁布，因此，《劳动合同法》第82条第2款中所述“用人单位违反本法规定”不可能包括用人单位违反《劳动合同法实施条例》第7条的规定。不过，现行的规定并不合理，对视为已订立无固定期限劳动合同不补订书面劳动合同的，仍然应有支付二倍工资的责任，只是需要对其设定上限。由此，需要对《劳动合同法》第14条第3款、第82条第2款、《劳动合同法实施条例》第2款协调进行修改。

由于《劳动合同法》第82条第2款未对用人单位不与劳动者签订无固定期限书面劳动合同应支付二倍工资的时限未进行规定，显然有悖于成本合理和奖惩适度原则，应当予以修正。

从一些地方政策性内部文件的规定来看，对用人单位承担二倍工资责任设限的主要方式有：一是通过明确二倍工资中第二倍工资的仲裁时效适用一般仲裁时

效；二是对用人单位自用工之日起超过1年不与劳动者签订书面劳动合同，赋予劳动者请求确认双方存在无固定期限劳动合同关系以及请求支付不超过11个月二倍工资的选择权；三是对用人单位不与劳动者签订无固定期限书面劳动合同支付二倍工资明确设定上限。笔者认为，这些司法实践积极成果应当予以吸收，纳入二倍工资规则重构体系中。当然，部分内容可以通过修改法律、法规，部分可以通过司法解释完善。

（四）二倍该规则重构的法条修正

综合上述二倍工资规则重构的理论基础、原则、规范要素，可以对《劳动合同法》及《劳动合同法实施条例》的现行法条做如下修改：

1、《劳动合同法》第14条第3款的修改

原条文修改为“用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为自用工之日起满一年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同，应当立即与劳动者补订书面劳动合同”。该条修改内容将《劳动合同法实施条例》第7条的部分内容归入，明确了视为订立无固定期限劳动合同的时间以及补订书面劳动合同的义务，并为《劳动合同法》第82条第2款纳入该情形奠定了基础。

2、《劳动合同法》第82条的修改

第1款修改为：“用人单位违法本法规定自用工之日起超过一个月不满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资”。相比原条文，增加了“违法本法规定”，实际指用人单位违法该法第10条的规定，明确了用人单位承担支付二倍工资责任以行为违法为前提。同时，将原条文中的“未与劳动者订立书面劳动合同的”修改为“不与劳动者订立书面劳动合同的”，体现了用人单位承担支付二倍工资责任以主观过错为前提。一些地方政策性内部文件规定“用人单位未与劳动者订立书面劳动合同的，用人单位实际给付的二倍工资差额不超过十一个月”¹⁶⁶毫无必要，因为《劳动合同法》第82条第1款已经将支付二倍工资差额的期限限定为11个月，不会产生歧义。

第2款修改为“用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。但用

¹⁶⁶ 参见《四川省解答》第31条第2款。

人单位实际给付劳动者的二倍工资差额不超过十二个月”。相比原条文，仅增加了用人单位支付二倍工资差额的上限，体现了用人单位承担责任的限度。

对《劳动合同法》第 82 条做上述修改，并通过司法解释将《四川省解答》第 31 条第 1 款¹⁶⁷的内容吸收，能较好地解决用人单位自用工之日起超过 1 年不与劳动者签订书面劳动合同应支付二倍工资差额的上限问题。例如，某用人单位自用工之日起满 20 个月不与某劳动者签订书面劳动合同，假如该劳动者就在满 20 个月的当日主张权利，从实体法的角度而言，其产生的法律责任既包括第 82 条第 1 款规定的用工之日超过 1 个月未满 1 年期间应该支付的二倍工资差额，又包括第 82 条第 2 款规定的用工之日起满 1 年的当日起未签订无固定期限书面劳动合同应支付的二倍工资差额。如果参照四川省该条款规定，该用人单位应向该劳动者支付 12 个月的二倍工资差额，包括用工超过 1 个月未满 1 年期间的 4 个月不签订书面劳动合同的二倍工资差额以及用工满 1 年后至主张权利之日 8 个月期间不签订无固定期限书面劳动合同的二倍工资差额。

3、《劳动合同法实施条例》第 6 条的修改

与《劳动合同法》第 82 条第 1 款的修改相对应，将原条文中的“未与劳动者订立书面劳动合同的”修改为“不与劳动者订立书面劳动合同的”；将原条文中“劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，并依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿”修改为“劳动者不与其订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，并依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿；劳动者对用人单位继续用工未表示异议的，劳动者无权要求用人单位支付二倍工资”。该修改将《劳动合同法》第 82 条第 1 款的内容更加细化，并将劳动者不签订书面劳动合同的处理作出规定，贯彻了用人单位支付二倍工资的归责原则为过错责任原则。

4、《劳动合同法实施条例》第 7 条的修改

与《劳动合同法》第 82 条第 1 款的修改相对应，将原条文中的“未与劳动者订立书面劳动合同的”修改为“不与劳动者订立书面劳动合同的”。同时将“并视为自用工之日起满一年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同，

¹⁶⁷ 该款规定：“劳动者请求用人单位支付未订立书面劳动合同二倍工资差额的，仲裁时效期间应依照《劳动争议调解仲裁法》第 27 条第 1、2、3 款的规定确定，从未订立书面劳动合同满一月的次日起计算一年。上述仲裁时效期间应按月计算，从劳动者主张权利之日起向前倒推一年，对超过一年的二倍工资差额不予支持”。

应当立即与劳动者补订书面劳动合同”内容删去，因为《劳动合同法》第14条第3款已将该内容归入。

四、结语

我国劳动合同法中二倍工资规则作为我国劳动立法中首次出现而国外劳动立法中几乎未见先例的规则应当建立在对二倍工资规则法律属性的正确定位的理论基础之上。本文通过以现有规则为基础，结合理论分析认为，二倍工资责任在归责原则上属于过错责任原则和非过错责任原则兼有，但在规则重构时应全部实行过错责任原则。同时，二倍工资责任既非补偿性损害赔偿责任，也非惩罚性赔偿或惩罚性赔偿制度体系下的激励（奖励）制度的体现，而应当属于奖励（惩罚）制度的体现。现有二倍工资规则构造存在的问题损害了法制和统一性和法律的权威性，对法律适用造成了混乱和困扰，二倍工资的重构尤有必要。应当坚持法制统一、成本合理、奖惩适度的原则，科学确定二倍工资规则规范要素中的违法性要件和责任限度等，通过对《劳动合同法》及《劳动合同法实施条例》现行相关法条修改并出台司法解释的方式实现规则重构。

论用人单位劳动规章的制定模式与效力控制

—基于对德国、日本和台湾地区的比较分析

沈建峰*

【摘要】从法律比较的角度来看,用人单位规章的制定存在着工厂协议模式、劳动者有限参与模式、用人单位单独制定模式;与此相应,也存在着三种不同的用人单位劳动规章效力控制模式;三种不同的用人单位规章效力根源说明模式。上述不同模式的存在首先不是逻辑演绎的结果,而是劳资共决观念、工厂协议制度、工会体制以及国家干预劳动关系的传统等因素共同作用的结果。在我国劳动法律发展过程中,集体自治色彩得到提升,但依然不足以保证用人单位规章的合理性,有必要引入公权力的合理性审查干预。其审查应从有关客体是否属于劳动规章的调整对象,劳动规章的内容是否妥当两个角度展开。目前我国用人单位规章的制定实际采纳了规范理论模式,但其应逐渐向通过工厂协议制定用人单位劳动规章的模式发展。

【关键词】用人单位劳动规章 集体自治 合理性控制 工厂协议

在我国,随着企业规模的扩大、企业组织性的增强以及劳动法律对劳动关系解除事由的严格限制,用人单位劳动规章在法律实践中变得日益重要,因用人单位劳动规章引发的劳动争议日渐增多,利用用人单位劳动规章侵害劳动者权益的案件也不断发生。为解决这一问题,我国理论界做了一系列努力,在借鉴其他国家和地区理论的基础上,针对用人单位劳动规章的效力控制和合理性说明提出了“法规说”¹⁶⁸、“事实说”、“集体合意说”¹⁶⁹、“定型化契约说”¹⁷⁰、“根据二分说”¹⁷¹、“法律效力否认说”¹⁷²、“劳动力支配转移说”¹⁷³等丰富而又截然不同的

*沈建峰,法学博士,中国劳动关系学院副教授。本文为中国劳动关系学院院级一般项目“用人单位规章与劳动合同的效力关系研究”(项目编号14YY003)的成果之一。

¹⁶⁸王俊英、宋新潮,“论用人单位劳动规章的法律效力”,载《河北法学》,第21卷第5期,第102页。

¹⁶⁹ 问清泓,“内部劳动规则与集体合同比较研究”,载《武汉科技大学学报》,2009年第2期,第70页。

¹⁷⁰ 高圣平,“用人单位劳动规章制度的性质辨析”,载《法学》,2006年第10期,第157页;胡立峰,“劳动规章制度法律性质之法律规范说检讨”,载《西南政法大学学报》,2008年第5期,第28页。

¹⁷¹ 徐金锋“劳动规章基本问题研究”,载《行政与法》,2011年第4期,第129页;丁建安,“企业劳动规章

学说, 但该问题依然没有得到很好解决。笔者认为, 首先, 不同国家和地区学者关于用人单位劳动规章问题的探讨其实都有其特有的实证法前提, 并不存在超越于规则之上的统一理论模式。其次, 从法律比较的角度来看, 我国学者关注较多的日本和我国台湾地区的用人单位劳动规章制定模式只是一种非常相似的模式, 在其他国家, 特别是德国还存在着另外一种完全不同的用人单位劳动规章制定模式。有鉴于此, 我们应从更广阔的视角、以规则为出发点, 基于有关国家或地区劳动法的整体结构, 来研究用人单位劳动规章制度, 在此基础上再去探讨建立在不同规则基础上的用人单位劳动规章的本质或法律属性, 最终得出可兹我国借鉴的经验。这也是本文的基本思路。

一、用人单位劳动规章制定的不同模式

(一) 工厂协议模式

从历史发展的角度来看, 在德国, “根据 1891 年的《工商条例 (GewO)》第 134a 条的规定, 在雇员人数超过 20 人的工商企业中, 雇主必须颁布工作规则 (Arbeitsordnung)。……。当时, 工作规则被视为民法上向雇员发出的合同要约。通过默示的服从, 该要约得以接受。”¹⁷⁴但 1921 年弗拉托 (Georg Flatow) 将工厂协议一词引入法学, 并将其作为工作规则的上位概念。¹⁷⁵从而引起了劳动规章 “从雇主单方确定的规则到雇主和劳动者集体合意 (Gesamtvereinbarung) 的转变过程。”¹⁷⁶《工厂委员会法》虽颁布于 1920 年, 但弗拉托的思路影响了人们对立法理解, 人们认为该法第 78 条第 3 款中的工作规则就是一种劳资共决 (Mitbestimmung) 机制下的工厂立法 (Betriebliche Rechtsetzung)。¹⁷⁷从这时开始, 德国学者就完全在劳资共决的框架下讨论用人单位劳动规章问题, 工作规则这一概念已很少使用。

根据德国《工厂组织法》(Betriebsverfassungsgesetz) 的规定, 劳动规章属于工厂内部法律设定, 并不存在雇主单独完成的用人单位规章制定, 工厂内部

的法律性质及相关制度探析”, 载《广西大学学报》, 2009 年第 6 期, 第 49 页。

¹⁷²郑尚元, 《劳动合同法的制度与理念》, 中国政法大学出版社, 2008 年版, 第 346 页。

¹⁷³董保华, 陈亚, “用人单位劳动规章的法律性质及其立法模式”, 载董保华主编《劳动合同研究》, 中国劳动社会保障出版社 2005 年版, 第 171 页。

¹⁷⁴ Horst Tilch, Frank Arloth, Deutsches Rechts-Lexikon, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2001, S. 282.

¹⁷⁵ Raimund Waltermann, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1996, S. 69.

¹⁷⁶ Raimund Waltermann, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1996, S. 70.

¹⁷⁷ Horst Tilch, Frank Arloth, Deutsches Rechts-Lexikon, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2001, S. 282.

法律设定通过工厂委员会（Betriebsrat）与雇主签订工厂协议来进行。工厂委员会由本工厂劳动者从由劳动者或者工会做出的选举建议名单中选出的劳动者代表组成，工厂委员会在工厂中相对于雇主代表劳动者的利益。¹⁷⁸对工厂中的人事、经济和社会事务，工厂委员会都享有参与决定权。如工厂委员会和用人单位就上述问题达成了一致意见，则这种合意最重要的表现方式之一就是工厂协议。工厂协议是雇主和工厂委员会之间“具有规范特征和债权效力的私法上的合同。”¹⁷⁹根据《工厂组织法》第 77 条第 4 款第 1 句，该工厂协议首先对于工厂委员会和用人单位具有债权性效力，其次，对不论是签订工厂协议时已有的劳动者还是将来入职的劳动者以及用人单位都具有直接且强制的规范效力。工厂协议应采取书面形式，不具有书面形式的工厂协议，不能发生工厂协议的效力。工厂协议应当予以公布，但是根据主流意见，未公布并不影响工厂协议的效力，只是用人单位不得主张未公布的工厂协议中对劳动者不利的条款。

（二）劳动者有限参与的模式

日本劳动法采取了劳动者有限参与的劳动规章制定模式。根据《日本劳动基准法》第 89 条第 1 款的规定，持续雇佣 10 名以上劳动者的雇主有义务设置劳动规章。雇主在主导制定或改变劳动规章时，有义务征求由多数劳动者组成的工会的意见，如无这样的工会，需征求代表多数劳动者的劳动者代表意见。有学者认为，这种意见听取程序具有强制性，“如果设置劳动规章或改变劳动规章时完全忽视了劳动者的意见，则该劳动规章因为违反平等权利和公平对待原则而无效。”¹⁸⁰但总体上看，这种听取意见仅具有程序和形式价值，因为理论和实践认为，“听取意见和经同意并不具有同一含义，更不要求共同决定，即使劳动者全部或者部分反对该规则，但只要遵守了听取意见程序，则劳动规章就不存在瑕疵。”¹⁸¹

（三）用人单位单独制定的模式

我国台湾地区《劳动基准法》采纳了用人单位单独制定劳动规章的模式。根据台湾地区“劳动基准法”第 70 条的规定，雇主雇佣劳工人数在 30 人以上者，

¹⁷⁸ *Alfred Söllner, Raimund Waltermann, Arbeitsrecht*, 15. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2009, S. 297.

¹⁷⁹ *Preis, Arbeitsrecht, Kollektivarbeitsrecht*, 2. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2009, S. 573; [德]瓦尔特曼：《德国劳动法》，沈建峰译，法律出版社 2014 年版，第 596 页。

¹⁸⁰ *Hiroo Mukooyama, Kameo Akuzawa und Peter Hanau, Studien zum japanischen Arbeitsrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1984, S. 172.

¹⁸¹ *Hiroo Mukooyama, Kameo Akuzawa und Peter Hanau, Studien zum japanischen Arbeitsrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1984, S. 172; [日]荒木尚志：《日本劳动法》，李坤刚、牛志奎译，北京大学出版社 2010 年版，第 42 页。

应根据其事业性质，按照法律列举的内容制定劳动规章。与日本不同的是，在制定劳动规章的过程中，雇主无需听取工会或者劳动者代表的意见，该劳动规章“由雇主自行订定”。¹⁸²这是一种没有劳动者参与的用人单位劳动规章制定模式。

二、劳动规章效力控制的不同模式

和上述用人单位劳动规章制定的不同模式相应，对如何控制劳动规章的效力也存在着三种不同模式。

（一）主要通过法律和集体合同控制劳动规章效力的模式

在德国工厂委员会和雇主签订企业协定的模式中，理论和实践界对如何控制劳动规章的效力存在的共识是工厂协议首先受到两方面的效力控制。其一，工厂协议不得违反上位阶法律。其二，为了保证团体协议自治的实现，工厂协议不仅在调整对象上，而且在效力上劣后于团体协议：“团体协议以及团体协议习惯对工厂协议具有阻滞作用”，¹⁸³工厂协议不得违反强制性的团体协议规定。在上述共识之外，对用人单位规章是否受到司法机关的合理性审查控制，则存在完全对立的意见。一种意见认为，“用人单位劳动规章对单个当事人的合理性受到法院的司法审查。对用人单位劳动规章的合理性审查涉及社会公正性、公平性和妥当性。”¹⁸⁴但另外一种意见则认为，“以前所主张的、在此期间所进行的法律控制之后对工厂协议进行的合理性控制是难以令人信服的。”¹⁸⁵从目前来看，德国的司法机关依然主张应当对用人单位规章的合理性进行控制，但“司法机关将其内容控制称为法律控制，或者在必要时提出，工厂协议受到‘法律控制意义上的’合理性控制。”¹⁸⁶而更多的学者则主张工厂协议不受司法机关的合理性控制，工厂协议完全是集体自治的结果。¹⁸⁷

（二）法律、企业团体协议控制与司法机关“合理性”审查的模式

为了保障劳动规章的合理性，《日本劳动基准法》第92条首先采纳了和德国一致的立场，规定劳动规章不得违反法律和团体协议。与德国不同的是，在日本通过团体协议对劳动规章的效力控制具有更重要的意义。日本的工会主要表现为

¹⁸²林丰宝：《劳动基准法论》，三民书局，2006年版，第302页。

¹⁸³ *Preis*, *Arbeitsrecht, Kollektivarbeitsrecht*, 2. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2009, S. 578.

¹⁸⁴ *Kissel*, *Das Spannungsfeld zwischen Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag*, NZA 1986, S. 76.

¹⁸⁵ *Rolfs*, *Die Inhaltskontrolle arbeitsrechtlicher Individual- und Betriebsvereinbarungen*, RdA 2006, 356

¹⁸⁶ *Rolfs*, *Die Inhaltskontrolle arbeitsrechtlicher Individual- und Betriebsvereinbarungen*, RdA 2006, 355

¹⁸⁷ *Heither*, RdA 1993, 72, 77; *von Hoyningen-Huene*, *Die Billigkeit im Arbeitsrecht*, 1978, S. 162 ff.;

GK-BetrVG/Kreutz, 8. Aufl., 2005, § 77 Rn. 300 ff.; *Richardi*, *BetrVG*, 10. Aufl., 2006, § 77 Rn. 118, 123; *Preis*, *Arbeitsrecht, Kollektivarbeitsrecht*, 2. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2009, S. 578.

企业工会，德国工会模式则主要是产业工会。因此，在德国除非产业工会和单个雇主签订团体协议，则产业工会无法针对特定企业的劳动关系做有针对性的调整，无法通过团体协议严格限制劳动规章的内容；而在日本，大部分的团体协议都通过企业工会和用人单位签订，企业团体协议的存在以及企业团体协议对劳动规章效力的控制，实际上已经将集体合意引入到了企业中，压缩了用人单位单独制定劳动规章的自由裁量权。从日本的实践来看，“如果企业工会发挥作用的话，则在形成或改变劳动规章时可以实现劳动者和雇主完全的意思一致。在这种情况下，雇主和工会首先缔结团体协议。接下来或者团体协议的内容被吸收进劳动规章；或者雇主和工会的协议直接成为劳动规章。”¹⁸⁸因此，在日本，企业团体协议是保障用人单位劳动规章合理性最重要的防波堤。

此外，重要的是，日本法院还在个案中审查劳动规章的合理性。对此尽管没有法律的明确规定，但日本司法机关认为，“工作规则规定关于一定事项，劳工应服从雇主业务命令时，工作规则之规定内容在合理之限度内，成为该具体劳动契约之内容。”¹⁸⁹在此后的一系列判决中，司法机关一再明确这一点。

需要注意的是，在日本劳动规章制定的过程中，还需要呈报主管行政机关，但行政机关并不能对工作规则进行合理性审查。这是因为，首先根据司法机关和学说的一般意见，“有关雇主向主管报告义务的规则仅仅涉及行政控制规则，如果雇主忽视了呈报劳动规章，对于劳动规章的私法效力没有影响。”¹⁹⁰既然是否呈报都不必然影响劳动规章的效力，则行政机关自然也就无权对劳动规章的内容进行合理性审查了。其次，从《日本劳动基准法》第92条第2款的规定“行政官厅得以命令变更抵触法令或团体协议之工作规则”来看，行政官厅可以变更的仅仅是违反法律以及团体协议的工作规则，法律并没有授权其对劳动规章的合理性进行审查。

（三）法律、企业团体协议控制与行政机关和法院共同干预的模式

我国台湾地区劳动规章制定的模式和日本类似，其效力控制模式和日本却有相同更有所差异：在台湾地区，劳动规章首先受到法律和集体合同的效力控制，

¹⁸⁸ *Satoshi Nishitani, Vergleichende Einführung in das japanische Arbeitsrecht, Übersetzung von Monika und Hans-Peter Maurutschke, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 2003, S. 106.*

¹⁸⁹ 最一小判 1986 年 3 月 13 日，“劳动判例第 470 号”，转引自刘志鹏：《劳动法理论与判决研究》，元照出版公司 2000 年版，第 277 页。

¹⁹⁰ *Satoshi Nishitani, Vergleichende Einführung in das japanische Arbeitsrecht, Übersetzung von Monika und Hans-Peter Maurutschke, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 2003, S. 109; Hiroo Mukooyama, Kameo Akuzawa und Peter Hanau, Studien zum japanischen Arbeitsrecht, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1984, S. 173.*

《劳动基准法》第 71 条规定，“工作规则，违反法令之强制或禁止规定或其他有关该事业适用之团体协约规定者，无效。”此外工作规则还同时受到行政机关和司法机关的合理性审查的控制。

台湾地区《劳动基准法》第 70 条规定了雇主制定劳动规章后报主管机关核备的义务。据此，学者们认为，“雇主所制之工作规则须接受强力之监督，甚至须遵从主管机关之通知而修订工作规则。”¹⁹¹这些审核不仅涉及到合法性的审核，而且涉及到合理性的审核。这是因为，不仅在理论上，学者们认为行政机关应“依劳动条件明示之原则本劳资协调合作之基本精神，逐项审核。”¹⁹²而且，从台湾地区《劳动基准法实施细则》第 37 条第 3 款的规定来看，行政机关不仅在劳动规章违反法律或者团体协议时要求修正该规章——这是日本的模式，而且在其认为必要时，也可以通知雇主修订前项规则。从具体实践来看，虽然因为法院的反对，行政机关对劳动规章的审查态度有所变化，但“劳委会严格审查之立场并未放弃。”¹⁹³坚持行政机关对工作规则控制的思路。在雇主变更或撤销劳动规章的问题上，它认为，“主管机关已核备之工作规则，雇主如欲变更，应请依劳基法施行细则第 37 条第 2 项规定办理，如雇主申请撤销，主管机关认为不当，得予拒绝。”¹⁹⁴当与不当的问题，显然已属合理性审查的范畴了。

与行政机关积极主张行政机关应当进行合理性审查的态度不同，台湾地区的司法机关排斥行政机关的合理性审查。它认为，劳动规章“虽未经报请主管机关核备，但已公开揭示，则只要未违反法令之强制或禁止规定，仍属形式上有效。”¹⁹⁵并没有将行政机关的审查放在非常关键的位置。这样一来，让完全由雇主单方制定的劳动规章发生法律效力，由雇主单方决定劳动者的利益，不仅在理论上缺乏说服力，而且会导致雇主通过劳动规章对雇员利益的侵害。如何解决这一问题？在一些案件中，台湾地区法院曾认为劳动规章，特别是变更后的劳动规章要成为劳动契约的内容，必须经过劳动者的同意，否则不能成为劳动契约的内容。¹⁹⁶期待通过当事人合意的引入解决用人单位劳动规章的合理性控制问题。但在此

¹⁹¹ 刘志鹏：《劳动法理论与判决研究》，元照出版公司 2000 年版，第 285 页。

¹⁹² 林丰宝：《劳动基准法论》，三民书局 2006 年版，第 302 页。

¹⁹³ 杨通轩：“工作规则法律性质之探讨”，载《劳动法裁判选辑（三）》，元照出版社 2000 年版，第 88 页。

¹⁹⁴ 参见“行政院劳工委员会”1986 年 8 月 14 日台（85）劳动一字第 128029 号函，转引自杨通轩：“工作规则法律性质之探讨”，载《劳动法裁判选辑（三）》，元照出版社 2000 年版，第 101 页。

¹⁹⁵ 杨通轩：“工作规则法律性质之探讨”，载《劳动法裁判选辑（三）》，元照出版社 2000 年版，第 89 页。

¹⁹⁶ 台北地方法院七十六年诉字第六二九九号民事判决。

后的判决中，它改变了立场，引入了合理性审查模式。在 1995 年的判决中，该院指出，“保护劳工利益及兼顾雇主经营管理上之必要，雇主单方不利益变更工作规则时，原则上不能约束表示反对之劳工；但如雇主所为不利益变更，其变更具有合理性时，例外的亦能拘束表示反对之劳工。”¹⁹⁷ 这样以来，使得劳动规章发生效力的，不再是劳动者的同意，而是其内容的合理性。法院要对劳动规章的合理性进行控制。

三、劳动规章效力根源说明的不同模式

劳动规章在不同国家和地区制定的模式和效力控制模式的差异，也在根本上决定了对劳动规章效力根源说明时的不同模式。

（一）集体自治和国家授权结合的德国模式

在工厂协议的模式下，学者们认为劳动规章既不单纯是国家授权用人单位单方制定规则的结果，也不是单纯是当事人合意的结果。劳动规章的合理性基础在于上述两个方面因素的巧妙结合：“自治的私人法律设置者（在此也就是工厂委员会和雇主）通过自我决定，也就是合意而制定私的规则；国家（通过《工厂组织法》第 77 条第 4 款第 1 句）赋予该私的规则以规范效力。”¹⁹⁸ 也即是说，工厂协议首先是劳动者集体意志（这种集体意志通过工厂委员会表达）和用人单位意志合意的产物，但按照传统私法的合意理论，合意只能约束合意者。仅仅依赖于合意理论，则合意达成后加入用人单位的劳动者由于没有参与合意，就不应当受到合意的约束。为了解决该问题，立法者通过立法承认上述工厂委员会和用人单位之间的合意属于工厂自治的范畴，属于私人立法行为，赋予该合意以规范的品质，该合意对于所有工厂中现有的和将来的劳动者都具有法律的约束力，这是一个双轨制的法律规范设置模式。据此，工厂协议规范效力的基础既在于私人的意思自治，也在于国家的效力赋予。正因为如此，集体劳动法才既不属于传统私法的范畴，也不属于传统公法的范畴，而是形成了自己特有的理论结构。

（二）规范理论和合同理论并存的日本模式

日本劳动法采取了劳动者有限参与的劳动规章制定的模式。这种模式下，一方面，劳动者参与了劳动规章制定，所以似乎劳动规章是劳动者和雇主合意的结

¹⁹⁷ 台北地院八十四年度劳上字第 38 号判决；该判决意见在台北地院八十七年劳诉字第卅号判决中被再次提及；同样观点的判决参见台湾高等法院七十七年上字第 95 号民事判决。

¹⁹⁸ 瓦尔特曼：《德国劳动法》，沈建峰译，法律出版社 2014 年版，第 596 页。

果；但另一方面，如上所述的实践又表明，这种参与不具有决定意义，劳动规章本质上由雇主单方制定。这种矛盾的现象导致在该模式下如何解释劳动规章约束力的合理性颇有争议，据说目前理论有“四派十三家”之多。¹⁹⁹整理其理论分歧，可以看出，日本学界就如何对劳动规章的法律效力进行合理化说明，徘徊于用人单位单方制定和用人单位与劳动者合意制定两个极端之间，但无论何种理论似乎都存在解释上的困境。对主张用人单位单方制定的法规范理论来说，其最大的困境来自于与现代劳动法的理念的冲突，“如果人们认为雇主单方修订工作规则，恶化劳动条件是可能的，则这将违背现代法的重要原则，对此《劳动基准法》第2条第1款有明确表述，也就是雇主和雇员对确定劳动条件享有同样的权利。”²⁰⁰对主张用人单位与劳动者通过合意制定劳动规章的契约理论来说，其存在与日本《劳动基准法》的规则冲突。该法第93条规定，如果劳动合同规定的劳动条件与劳动规章不相符合，则劳动合同的规定无效，在此种情况下，适用劳动规章的规定。这表明劳动规章的效力优先于劳动合同。如果认为劳动规章是合意产物，而劳动合同也是合意产物，则旧合意的效力优于新合意这一结论无论如何都违背合意的本质。集体合意说的理论似乎想折中规范理论和合同理论，但其却导致劳动规章和团体协议无法区分的结果。凡此种种无法说明的问题，导致理论上无法形成有力通说。而日本的司法实务界，一开始似乎受学界的影响，在如何解释工作规则的效力问题上，立场摇摆。但在此过程中，通过引入合理性判断的框架，其开始形成自己的思路。对该思路，“日本劳动省为研修劳动法所组成之‘劳动法研究会’，于1984年8月28日提出研究报告时，并未提出修正意见，而只建议今后宜透过法院判决之累积，确立合理性之判断标准，以供日本劳资双方之参考。”²⁰¹

（三）定型化契约说日益主导的台湾地区模式

我国台湾地区对工作规则的性质的探讨深受日本理论的影响。存在着规范说、事实上的习惯说、定型化契约说、根据二分说以及集体合意说等不同意见。由于台湾地区劳动基准法在劳动规章制定问题上，排除了劳动者最低限度的参与，其所面临的对劳动规章进行合理性说明的难题比日本更为突出。从目前来看，纯

¹⁹⁹ 刘志鹏：《劳动法理论与判决研究》，元照出版公司2000年版，第263页。

²⁰⁰ *Satoshi Nishitani, Vergleichende Einführung in das japanische Arbeitsrecht, Übersetzung von Monika und Hans-Peter Maurutschke, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 2003, S. 111.*

²⁰¹ 刘志鹏：《劳动法理论与判决研究》，元照出版公司2000年版，第282页。

粹的合意理论——合同理论或者纯粹的用人单位单方制定理论——规范理论，都无法为理论和实践所接受。通过对上述两个极端的修正，台湾地区日渐形成另外两种新的学说：修正的规范理论以及定型化契约说。修正的规范理论认为，雇主可单方制定用人单位规章，但行政机关和司法机关可根据不同标准对其进行审查和限制；而定型化契约说在认为劳动规章就是劳资关系中的定型化契约，如同保险业或运输业中的定型化契约，其契约内容已成为劳动者和雇主之间的共识。这两种学说，表面上差异很大，实则的操作效果上几无差异。从表面上看，修正的规范理论认为用人单位可单方确定工作规则的内容，而定型化契约说既然主张工作规则为契约，然而契约必须有合意才能存在，在一般私法领域，格式条款也必须经过定入程序才能成为契约的内容，但实际上，首先所谓的定型化契约说并没有顾及劳动者的意志，该说的主张者认为，“依据劳基法第 70 条之规定，雇主可单方制定工作规则，其变更时亦同，而只要报请主管机关核备后，不问劳工是否同意，皆能发生效力。”²⁰²这是一种不顾及相对人意志的契约理论，其只有契约之名而无契约之实。因此，定型化契约说依然是一种雇主单方制定劳动规章的模式。其次，二者都主张有公权力之手介入，来防止工作规则侵害劳动者的利益。对此，定型化契约的主张者提出，“籍着公开原则和合理原则，从程序面及实体面来监督定型化契约，籍以保护居于弱势之公家。”²⁰³而修正的规范理论则认为，对劳动规章由“行政机关及司法机关得以既得权、合理劳动条件或诚信原则建议限制。”²⁰⁴

从目前台湾地区的司法实务来看，定型化契约说占据了主导地位。台北地院 84 年度劳上诉字第 38 号判据提出，“工作规则之于雇佣契约，即如运送业或保险业所订定之一般契约条款之于运送契约保险契约，除非当事人反对的意思表示之外，当然成为雇佣契约内容之一部。”²⁰⁵

四、用人单位劳动规章制定、效力控制以及效力根源说明模式 差异的根源

经过上述梳理，我们可以看到在劳动规章的制定、效力控制和合理性说明问

²⁰² 刘志鹏：《劳动法理论与判决研究》，元照出版公司 2000 年版，第 286 页。

²⁰³ 刘志鹏：《劳动法理论与判决研究》，元照出版公司 2000 年版，第 285 页。

²⁰⁴ 杨通轩：“工作规则法律性质之探讨”，载《劳动法裁判选辑（三）》，元照出版社 2000 年版，第 97 页。

²⁰⁵ 刘志鹏：《劳动法理论与判决研究》，元照出版公司 2000 年版，第 300 页。

题上存在着如下图所示的组合关系。这种组合关系恰好说明了在调整劳动关系的

项目 国家 或地区	制定模式	效力控制	效力根源说明
德国	工厂协议	1. 法律、团体协议限制 2. 司法机关个案合理性审查（存在争议）	集体自治与国家授 权
日本	雇主单方制定， 劳动者有限参与	1. 法律、团体协议限制 2. 司法机关个案合理性审查	合同理论或规范理 论
台湾地 区	雇主单方制定	1. 法律、团体协议限制 2. 行政机关抽象审查 3. 司法机关合理性审查	修正的合同理论或 修正的规范理论

过程中劳动者集体的力量和国家干预之间的互动关系。所有国家和地区都面临同样的问题：一方面，现代化大生产需要通过统一的劳动规章来组织生产过程；另一方面，完全由用人单位制定劳动规章必然导致对劳动者利益的侵害，但完全通过个别合意制定劳动规章，必然导致劳动规章失去统一性，无法实现组织社会化大生产的功能。因此，平衡用人单位组织生产过程的需求和劳动者的保护需求，就成为用人单位劳动规章制定过程中的根本问题。在这一平衡的过程中，随着劳动者集体参与力量的减弱，国家之手干预的力量就会逐渐增大。至于在特定的国家和地区，应主要通过劳动者集体参与来实现平衡，还是主要通过国家之手的干预来实现平衡，这首先不是合逻辑性的问题，而是劳资共决观念、工厂协议制度、工会体制以及国家干预劳动关系的传统等因素共同作用的结果。

（一）劳资共决的不同观念

让劳动者参与用人单位劳动规章的制定，在本质上是让劳动者参与到企业劳动条件的形成、企业管理等过程中。这种形式的劳动规章制定是劳动者参与管理的一种形式。“工厂协议是落实企业层面劳资共决的最重要机制。”²⁰⁶因此，是否采取这种模式，首先取决于一个国家或地区劳资共决的传统。

在德国，“劳资共决更深层次的、道德的、社会的和经济的意义在于生产共同体（Produktionsgemeinschaft）的思想、企业中劳动者和雇主伙伴关系的思

²⁰⁶ Reinmund Waltermann, Rechtssetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, J. C. B. Mohr, 1996, Tübingen, S. 7.

想。特别是在二战之后，如下认识越来越被接受：劳动者不仅仅是劳动力的出售者，他更多是在雇主之外、在自己的岗位上为生产的良性运行和提高负责任的“人”，他对涉及他的企业或企业管理的参与必须与这种负责相符合。‘同事（Mitarbeiter）’、‘资本和劳动力的权利平等’、‘劳动关系的人法属性’、在他人决定的依附性劳动岗位上共同决定等口号表达了劳动、企业领导和资本的融合关系。”²⁰⁷与德国这种具有深厚道德、法律和传统基础的劳资共决思想不同，在日本，劳动者参与管理发端于二战之后，在当时劳动者之所以参与管理，雇主允许劳动者参与管理，更多是工会以及劳动斗争措施施压所致。此后劳资共决制度的发展更是一波三折，直到今天，“劳资共决并没有建立在法律的基础上，而是以单个企业的雇主和企业工会之间的团体协议为基础。”²⁰⁸在我国台湾地区，劳动者参与管理的形式更是非常有限，“即便如此，此种形式的劳工参与，仍然不能免于少数论者以抵触雇主所有权、经营权之疑惑。由此可见劳工参与在台湾现行实务上可谓仍困难重重。”²⁰⁹所以，有学者忧心忡忡的指出，“虽然劳资合作系宪法的重大原则，但似乎很难以目前立法构造来落实，至于迈向产业民主化之目标，则仍遥远。”²¹⁰

正因为这种劳资共决观念上的差异，导致在德国用人单位劳动规章的制定被纳入到劳资共决的框架下，需要劳动者参与，而在日本和我国台湾地区，用人单位劳动规章的制定基本上是由用人单位独立完成的，劳动者的参与或者没有太大意义或者根本没有被顾及。

（二）工厂协议制度发育的不同层次设计

如上所述，在劳资共决用人单位劳动规章的模式下，用人单位劳动规章的制定通过工厂协议的方式来完成。工厂协议制度的发育程度必然会影响可否通过这种形式来制定用人单位劳动规章。

在德国，“工厂协议制度发端于19世纪末”²¹¹，随着劳动者参与管理制度的形成和完善，工厂协议制度也得以发展。到目前为止，已经形成了完整的工厂

²⁰⁷ Hueck –Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts. Band 2, erster halb Band, 7. Auflage, Verlag Franz Vahlen GmbH, 1967, S. 33.

²⁰⁸ Hiroo Mukoyama, Kameo Akuzawa und Peter Hanau, Studien zum japanischen Arbeitsrecht, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1984. S. 165.

²⁰⁹ 杨通轩：《集体劳工法》，台湾五南图书出版股份有限公司2007年版，第382页。

²¹⁰ 黄越钦：《劳动法新论》，中国政法大学出版社，第135页以下。

²¹¹ Reinmund Waltermann, Rechtssetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, J. C. B. Mohr, 1996, Tübingen, S. 69.

协议签订、公布、生效、调整范围以及与团体协议、劳动合同之间的关系等的制度²¹²和理论，工厂协议的法律效力也毋庸置疑。与此不同，在日本，工厂协议制度生成于二战后盟军占领期间，该制度的发展更是由于盟军工会政策的调整而举步维艰。一度企业中负责达成工厂协议的机构——团体协议会有被降格为咨询机构的倾向，该倾向尽管因为工会的反对而没有落实，但这种发展过程导致直至目前，工厂协议的效力、工厂协议和集体合同的关系等问题依然存在统一的理论和实践。有学者认为，劳动基准法中的一些允许雇主和劳动者代表就特定事项签订协议的规定实际上就是工厂协议的规定，但是，“一般不认为，这种工厂协议或者决定可以成为劳动者和雇主之间权利和义务的基础。”²¹³我国台湾地区的情况与此类似，作为企业内劳资协调机构的“劳资会议所作之决议，因无强制执行之效力，只为君子协议而已，致使雇主即使违反决议亦毋庸忧惧会遭到不利后果。”²¹⁴工厂协议的这种效力和理论状况并不足以解决劳动规章的效力控制问题，所以在日本和我国台湾地区，劳动规章是在工厂协议之外存在和发展的，进而没有被纳入劳资共决的框架下。

（三）工会的不同体制

不同的工会体制，也会在根本上影响是采取单方制定劳动规章结合公权监控模式，还是劳资合意公权淡出的模式。在德国，工会具有超企业性，原则上没有企业工会，所有工会都设立于单个企业之外。这不仅在形式上清晰区分了工会和企业中劳动者利益代表机构。而且也实现了团体协议和工厂协议在内容和功能上的区分：团体协议着眼于整个产业劳动者的利益，而工厂协议着眼于特定工厂中劳动者的利益；团体协议调整的对象不可以成为工厂协议调整的对象（《工厂组织法》第77条第3款）。

但“企业工会主义是日本产业关系最明显的标志，其特征是工会仅建立在单个企业内，工会和单个雇主进行集体交涉，在单个企业的层面达成集体协议。”²¹⁵我国台湾地区的情形“与日本类似，工会之主体在于厂场工会。”²¹⁶由于工会设立在企业内部，所以团体协议由雇主和企业内的工会签订；在这种情况下，如果

²¹² 参见《德国企业组织法》第四章，特别是第77条的规定。

²¹³ *Satoshi Nishitani, Vergleichende Einführung in das japanische Arbeitsrecht, Übersetzung von Monika und Hans-Peter Maurutschke, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 2003, S. 144.*

²¹⁴ 杨通轩：《集体劳工法》，台湾五南图书出版股份有限公司2007年版，第382页；刘志鹏：《劳动法理论与判决研究》，元照出版公司2000年版，第412页。

²¹⁵ [日]荒木尚志：《日本劳动法》，李坤刚、牛志奎译，北京大学出版社2010年版，第125页。

²¹⁶ 刘志鹏：《劳动法理论与判决研究》，元照出版公司2000年版，第399页。

又通过雇主和劳动者代表签订工厂协议的方式设定劳动规章，并赋予该工厂协议以法律的约束力，则必然会产生这样的问题：团体协议和工厂协议的调整范围和效力如何协调？团体协议和工厂协议在主体和调整对象上的重合，导致二者必然存在此消彼长的关系，当由工会和雇主签订的团体协议在理论和实践上得到长足发展时，工厂协议就必然萎缩，从而无法发挥调整企业内部劳动关系的功能，也就无法作为制定劳动规章的机制。但是这种企业工会和雇主签订团体协议的模式又在一定程度上弥补了雇主单方制定劳动规章所引起的不足。如上所述，在日本，当企业中存在工会时，雇主单方制定劳动规章的程序往往是雇主和工会首先缔结团体协议。随后团体协议的内容被吸收进劳动规章或雇主和工会的协议直接成为劳动规章。

（四）国家干预的不同传统

德国的理论和实践认为，“集体构建劳动关系是自由劳动宪法的实质前提。”²¹⁷通过工厂协议调整劳动关系是多元主义建构原则的要求。“在企业自治领域，自我管理也遵循着如下思想：激活社会力量，由社会群体自我负责的调整涉及其自身并且其可以熟练判断的事务。这是一种多元主义，它构成了自由-民主的法律秩序的结构要素。”²¹⁸这种集体自治的标志就是国家权力的退却。

与上述集体自治、国家权力退却的集体劳动法思路不同，日本和我国台湾地区的集体劳动法中，国家干预的色彩向来浓厚。以台湾地区为例，学者们认为，“台湾劳工政策的演变过程中，国家统合主义曾经占有重要的地位。”²¹⁹国家统合主义的特征之一在于国家利用权威来控制社会，表现在劳动关系调整领域，就是政府对劳动关系的积极干预，遏制通过结社等方法自主构建劳动关系。这种国家统合主义的思路，体现在企业劳动规章制定问题上，就是更多倾向于以国家之手形成合理的秩序，而不看重于当事人的自主安排。从而形成了用人单位单方制定，国家公权力进行合理性审查的模式。

五、我国用人单位劳动规章制定、效力控制以及效力基础说明模式的选择

²¹⁷ *Reinhard Richardi*, Kollektivegewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, C. H. Beck, München, 1986, S. 1.

²¹⁸ *Reinmund Waltermann*, Rechtssetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, J. C. B. Mohr, 1996, Tübingen, S. 136.

²¹⁹ 杨通轩：《集体劳工法》，台湾五南图书出版股份有限公司 2007 年版，第 1 页

（一）从《劳动法》到《劳动合同法》：集体自治色彩的提升

比较我国从《劳动法》到《劳动合同法》的立法进程，可以看到随着上述立法过程的推进，用人单位劳动规章制定过程中劳动者集体意志参与程度逐渐得到提升。1995年的《劳动法》第4条规定“用人单位应当依法建立和完善规章制度”。从条文来看，用人单位劳动规章完全由用人单位单方制定。此后，2001年《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》则提出劳动规章要发生法律效力必须经过民主程序。将劳动者一方的集体意志引入了用人单位劳动规章的制定过程。但何谓民主程序？法律并没有明确规定。这种强化劳动者一方集体意志的趋势在2008年的《劳动合同法》中得到进一步体现，该法第4条第2款提出，制定企业规章“应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。”将民主程序明确化为“经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见”和“与工会或职工代表平等协商”两个环节。这种发展趋势，既是我国劳动关系市场化发展的结果，又是劳动者参与管理观念发展的结果。

（二）公权力介入劳动规章制定的必要性

当我国法律在劳动规章制定的过程中引入平等协商程序时，是否意味着我国立法采纳了工厂协议模式？在《劳动合同法》制定之前，理论界确实存在劳动规章需要劳动者一方同意才可生效的观点。²²⁰但是，《劳动合同法》通过后，从目前来看，上述问题的答案是否定的。该结论首先可以得到《劳动合同法》立法材料的证实。《劳动合同法（草案）》第5条第2款曾规定，“用人单位劳动规章直接涉及劳动者切身利益的，应当经工会、职工大会或职工代表大会讨论通过，或者通过平等协商做出规定。”但是在征求意见的过程中，有不少同志提出，“规章制度的订立作为用人单位的一项经营自主权，不宜成为民主表决或集体协商的内容，只要该规章制度的内容与法律法规或集体合同不冲突，就应当有效。”²²¹最后通过的草案删除了“通过”程序，改为了征求意见程序，仅保留了协商程序。所以，此处的协商，应当不是要经过劳动者一方的同意。其次，我国学者也明确提出，“劳动规章制定程序中，平等协商作为职工参与的方式，既可能是经协商

²²⁰ 王俊英、宋新潮，“论用人单位劳动规章的法律效力”，载《河北法学》，第21卷第5期，第103页。

²²¹ 全国人大常委会法制工作委员会行政法室编，《劳动合同法（草案）参考》，中国民主法制出版社，2006年版，第43页。

一致而确定劳动规章制度,也可能是经协商未达成一致时由用人单位在部分吸收工会或职工代表意见的基础上确定劳动规章制度。”²²²达成一致并不是劳动规章制定的必要条件。所以,我国劳动规章制定的模式依然是一种用人单位单方制定的模式,只不过制定过程需要吸收劳动者一方的意见而已。这是一种和日本法类似的模式。

其实我国采纳与日本法类似的模式是有其劳动者参与管理观念、工会体制等更深层次根源的。就劳动者参与管理的理念而言,尽管我国职工参与管理的制度历史也比较久远,“早在革命根据地和解放区的劳动立法中,就有若干关于职工民主管理的规定。”²²³但是一直以来我国的理论更多是从所有权的社会主义公有制出发来论证职工参与管理制度的合理性的。“职工是企业的主人是该制度构建的前提。”²²⁴随着市场经济的建立和企业所有权类型的多样化,以所有权为根源建立的劳动者参与管理制度不仅本身面临困境;而且导致对参与管理制度本身的否定²²⁵:既然参与管理制度是建立在所有权基础上的,是所有权人管理权的体现,那就意味者谁享有所有权,谁将享有管理权,在民营企业中,企业财产所有权是出资人的,则出资人享有管理权,劳动者不享有管理权,不应参与管理。我国劳动者参与管理的这种理论基础,必然导致用人单位劳动规章制定过程中劳动者集体意志的淡出。此外,和日本一样,我国的基层工会都是企业工会。如果企业劳动规章的制定需要经工会或者劳动者代表的同意,则可能导致集体合同和企业劳动规章主体、效力等方面的重合;如果企业劳动规章不经工会或劳动者代表同意,而是经职工代表大会或者职工大会通过,则必然发生企业劳动规章和集体合同的效力协调问题。

当劳动者一方无法决定劳动规章,用人单位主导企业劳动规章制定时,日本和我国台湾地区的经验表明,国家公权力对劳动规章的内容进行审查则成为必要。在我国,不仅是用人单位主导制定劳动规章这种现象导致必须要有公权力干预的介入,而且集体合同不约束企业劳动规章的规则也导致必须强化公权力的干预。在其他国家和地区,尽管是用人单位单方制定劳动规章,但如上所述,劳动规章

²²² 王全兴:《劳动法》,法律出版社2008年版,第236页。

²²³ 王全兴:《劳动法》,法律出版社2008年版,第252页。

²²⁴ 常凯:《劳权论》,中国劳动社会保障出版社2004年版,第314页。

²²⁵ 在现在市场经济条件下,我们必须重新反思劳动者参与管理的正当性基础。它是一种和所有权并没有必然联系的制度设计,发达市场经济国家私有制基础上广泛的劳动者参与管理制度就是例证。

不得违反集体合同的规定。企业集体合同的存在，其实可以将用人单位制定劳动规章的自由裁量权压缩在很小的范围，但我国现行法并没有任何违反集体合同的用人单位劳动规章无效的规定，唯有《劳动争议司法解释（二）》第16条规定，集体合同和用人单位规章冲突时，劳动者享有选择权。在此背景下，用人单位的自由裁量权显然要比其他国家和地区大的多。集体合同不能有效限制用人单位劳动规章的现象也导致在企业劳动规章的制定问题上，必须引入公权力的干预。

（三）公权力从合法性审查走向合理性审查

从现行法的规定来看，我国已经开始引入了公权力干预企业劳动规章制度。1997年制定的《劳动部关于对新开办用人单位实行劳动规章制度备案制度的通知》规定，“各级劳动行政部门对新开办用人单位规章制度备案审查的内容主要是：劳动规章制度内容是否符合法律法规规定；制定劳动规章制度的程序是否符合有关规定”《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第19条规定，“用人单位根据《劳动法》第4条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定的”可以作为判案依据。《劳动合同法》第80条规定，“用人单位直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定的，由劳动行政部门责令改正，给予警告。”但根据上述规定，行政机关对企业劳动规章的审查限于合法性审查；司法机关对企业劳动规章的审查也主要限于合法性审查，唯一留有空间的是不违反政策，似乎为合理性审查留下了空间，但却不够明确。

如果对企业劳动规章只有合法性审查，而没有合理性审查，则意味着企业在法律限定的范围内，对劳动条件的形成具有单独的支配权，只要企业制定的规定不违法就具有约束力，由此引发的问题是，一方面劳动法律永远仅仅只是利益分配的底线，而不是最合理的限度；另一方面，企业只受法律的约束，但劳动者却要同时受到法律和用人单位劳动规章的约束，这将导致劳动力和资本在企业中地位的失衡，也为用人单位通过劳动规章侵害劳动者权益留下了空间。上述国家地区的实践表明，用人单位劳动规章的制定过程，是劳动者的自由与利益和用人单位自由与利益再分配的过程，这种再分配的过程必须受到合理性的限制。这种限制在我国应通过司法和行政机关的公权力之手完成。与此思路一致，我国一些司法机关已经开始尝试着对用人单位规章进行合理性审查。多地司法机关的指

导意见都提出，“规章制度或重大事项决定的内容不违反法律、行政法规、政策及集体合同规定，不存在明显不合理情形，并已向劳动者公示或者告知的，可以作为人民法院裁判的依据。”²²⁶

（四）合理性审查的标准

司法机关对劳动规章合理性审查应从两个方面展开：其一，有关事项是否属于用人单位规章可调整的客体。用人单位规章作为协调劳动者和用人单位权利和义务，并形成生产秩序的工具并不能调整所有的事项。即使在通过工厂协议这种集体自治形式制定劳动规章的国家，学者们也提出“在案件处理时，首先需要回答工厂当事人通过工厂协议调整有关客体的权限是否存在。”²²⁷在用人单位单方主导制定用人单位规章时更应如此。本文认为，用人单位规章所能规定的必须是与生产秩序紧密关联的事项，该事项在本质上应属于用人单位的支配权限范围。在我国实践中，出现的用人单位规章规定禁止打黑车、禁止超生等规则都已经超越了用人单位规章可调整的事项范围。

其二，用人单位劳动规章的内容必须妥当。这是一个很难形成刚性标准的问题，在此日本司法机关的裁判实践值得我国司法机关参考。整理学者们的考证，日本法院在审查合理性时主要考虑如下因素：²²⁸其一，在对劳动规章做单方不利益变更时，雇主有无提供代价措施。其二，变更的内容及其必要性。其三，多数人工会是否同意。但是上述所有因素都是相关因素之一，并不意味着具备或者不具备其一就足以导致司法机关认为有关劳动规章合理或不合理。很大程度上，“合理性”认定是一个综合考察的结果。

（五）中国现行法律框架下企业劳动规章性质的说明

通过以上分析，我们提出了用人单位主导、劳动者有限参与和公权力进行合法性和合理性控制的我国劳动规章制定和效力控制模式。在该制度结构下，用人单位劳动规章的效力根据在本质上是一种修正的规范理论。这是因为合同理论，从其出发点来看，是要将用人单位劳动规章的效力建立在当事人个体或集体合意

²²⁶ 如：河北省高级人民法院《关于我国劳动争议案件若干疑难问题处理的参考意见》（2010年6月）第15条；湖南省高级人民法院《关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见》（2009年5月20日）第17条；浙江省高级人民法院《关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见》（2009年4月16日）第34条；广东省高级人民法院、广东省劳动争议仲裁委员会《关于适用〈劳动争议调解仲裁法〉、〈劳动合同法〉若干问题的指导意见》（2008年6月23日）第20条。

²²⁷ 瓦尔特曼：《德国劳动法》，沈建峰译，法律出版社2014年版，第601页。

²²⁸ 刘志鹏：《劳动法理论与判决研究》，元照出版公司2000年版，第280页；[日]荒木尚志：《日本劳动法》，李坤刚、牛志奎译，北京大学出版社2010年版，第43页。

的基础上，而我国用人单位劳动规章制度制定则主要处于用人单位的支配下，劳动者一方的意志只在非常有限的程度上被顾及。这种用人单位主导的、没有劳动者意思充分参与、充分合意的用人单位规章制度制定模式在根本上属于规范理论模式。只不过在劳动者集体有限参与的背景下，该规范理论受到集体合意思想的修正。在规范理论前提下，行政机关和司法机关对劳动规章进行合理性审查的教义学基础其实是禁止权利滥用的规则。

修正的规范理论是我国现有劳动关系发展背景下一种最可能劳动规章的形成模式。但是从长远来看，却不是最合理的模式。劳动关系的调整应当通过劳资双方共同的努力来完成，这种共同努力完成劳动关系调整在用人单位劳动规章领域的体现，就是劳动者集体和用人单位通过集体合意来制定用人单位劳动规章。随着我国劳动关系的日渐成熟和劳动者参与管理观念的发育，我国也应当采取德国式的通过工厂协议制定用人单位劳动规章的模式。

六、结语

用人单位规章是社会化分工生产模式下实现有序生产必不可少的工具，但它同时存在着侵害劳动者自由和权益的可能。如何平衡有序生产的需求和劳动者利益保护的需要，是各国用人单位规章制度面临的共通问题。从德国、日本、我国台湾地区和大陆地区的情况看，实现这种制度平衡的法律和社会框架并不相同，并且各国和地区的法律和社会框架还处于发展和变化的过程中，我国大陆在进行用人单位规章制度完善和借鉴其他国家和地区制度的过程中，一定要具有法律比较的功能意识和体系意识，要顾及我国工会制度、集体合同制度、其他劳动关系协调制度的特点，在此基础上进行制度设计和安排。据此，在目前用人单位规章制度过程中，劳动者参与度非常弱的背景下，应引入用人单位规章的合理性审查制度；在正当性说明上，采取修正的规范理论。但长远看来，通过工厂协议制定用人单位劳动规章应是一种更可取的模式。

试论我国家政工权益的立法保护

——基于对《劳动合同法》适用范围的适当扩张

魏厚钱²²⁹

【摘要】近年来，家政工作作为一个新兴的劳动群体，其劳动权利的侵害和法律保障问题越来越受到法学界与实务界的高度关注。结合目前我国《劳动合同法》的修法动向，本文从《劳动合同法》适用范围的立法现状、以家政工为例具体阐释适用范围的局限性并从主体多元化的角度提出初步立法建议。以期在完善我国《劳动合同法》相关法律条款的同时，使家政工的合法权益得到切实保障。

【关键词】家政工；劳动合同法；适用范围

一、我国《劳动合同法》主体适用范围及司法现状

我国《劳动合同法》第2条明确规定，本法的主体适用范围包括用人单位和劳动者。用人单位具体包括：企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织。此外还包括存在劳动关系层面上的国家机关、事业单位、社会团体。由此可以看出，我国《劳动合同法》对用人单位和劳动者的具体内涵并未给出一个明确定义，对用人单位的外延仅做出了封闭式的列举。换言之，我国在《劳动合同法》中，对劳动者和用人单位两个适用主体采用了“内涵空白，外延明确”的立法模式。²³⁰

（一）“劳动者”概念的厘定

虽然我国法律尚未对“劳动者”和“用人单位”内涵予以明确，但是司法实务界和学术界对于二者的基本认定已存在一定的共识。“劳动者”的含义往往过于宽泛，一般认为凡是具有劳动能力，以提供劳动获取报酬，并以劳动报酬作为自身及其家庭的生存生活资料来源的公民，都可以被称为劳动者。²³¹此外，从我国的劳动立法现状来看，结合我国《劳动合同法》第2条之规定，劳动者是指具有劳动权利能力和行为能力（年满16周岁）并依法与用人单位建立劳动关系，参加社会劳动，以自己的劳动收入作为生活资料主要来源的自然人，亦称为职工。

232

（二）“用人单位”概念的厘定

²²⁹魏厚钱：温州大学法政学院15级研究生

²³⁰朱升杰.论劳动法上的用人单位[D]. 南京师范大学 2013

²³¹董保华.《劳动合同法立法的争鸣与思考》[A].上海学术报告（2012-2013）[C]. 2015

²³²《中华人民共和国劳动合同法注解与配套》，中国法制出版社，2013年7月第2版

对于“用人单位”的基本内涵，在我国现有的法律框架内，是指相对于劳动者来说的用工主体，也就是劳动力使用者的代名词。纵观域外劳动立法，一般将用工主体称之为“雇主”，相对于此，我国使用“用工单位”一词是具有创造性的，这与我国的历史传统、意识形态和经济制度有着密切关系。一般认为，“用人单位”这一概念是计划经济劳动关系在劳动法中的反映。“用人单位”一般是指法人而不是自然人，这与计划经济的行政化的劳动用工制度是相符的。²³³ 同时也是我国市场经济制度不完善的表征之一，因此学界部分学者认为“用人单位”这一概念无法涵盖所有的用工主体，理论上是不周延的。而董保华教授则认为，劳动法对“用人单位”的概念统一，使得各类用工主体的权利义务得到了统一界定，同时也使劳动法得以体现出社会立法的属性。“用人单位”的创造使我国从企业立法走向社会立法，劳动法达到了新的高度，这是“用人单位”一词对我国社会法发展进程所起到的重要作用和积极意义之所在。²³⁴

（三）《劳动合同法》适用范围的滞后与局限

在我国现有法律框架和法源构成中，劳动关系的双方即指劳动者与用人单位，两者在劳动关系中的权利义务均由《劳动法》、《劳动合同法》予以规定。另外，我国《劳动合同法》的立法宗旨还在于保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系。随着现代社会科技水平、市场经济以及人们生活节奏的不断发展，我国劳动力市场中的就业方式与就业结构也发生了明显的变化。现行法律框架下的《劳动合同法》所规定的几种适用主体已远远滞后于现实社会的发展演变。劳动者群体中逐步出现了不同阶层和职业种类，例如家政工、临时工、轮班工、非全日工、远程工作者、学徒工等。这势必要求我们在适用法律保护各类劳动者权益时，不应再拘泥于现有的法律规定，也逐渐体现出一种非传统意义上的劳动者的规范饥渴。

这些极具特殊性和灵活性的非标准劳动关系，一方面并未全部涵盖于《劳动合同法》适用主体范围之内，导致处于非标准劳动关系之中的劳动者合法权益无法得到很好的保障。但另一方面，非标准劳动关系却自产生以来发挥了不可替代性的积极作用。尤其在迎合企业用工弹性化、促进我国经济结构和产业结构优化升级、解决全国性就业难题以及充分发掘体现劳动者个人价值等方面发挥了不可

²³³常凯.《劳动法》[M],高等教育出版社,2011年版第112页

²³⁴董保华,邱婕.论劳动法主体的界定.《劳动合同研究》[M],中国劳动社会保障出版社,2005年版,第58页

忽视的作用。²³⁵应当明确的是,我们日常话语体系中所说的灵活用工、灵活就业都是指非标准劳动关系的具体表现形式。在当前世界范围内,一般将灵活就业形式划分为11种类型:非全日制就业、短期就业、派遣就业、季节就业、待命就业、兼职就业、远程就业、承包就业、独立就业、自营就业和家庭就业。²³⁶纵观非标准劳动关系的各类就业形式,不难看出此类就业方式的劳动关系双方主体在工作时间、工作地点、劳动报酬、劳动保护和社会福利等方面都有不同于传统劳动关系的灵活性。在人身依附性、组织依附性和经济依附性三个方面均存在一定程度的弱化,这也正是非标准在劳动关系产生积极作用的原因之所在。

从保护广大劳动者合法权益的角度来看,现有的《劳动合同法》适用主体仅包括特定的劳动者及其用人单位,具有一定的狭隘性。《劳动合同法》所规定的劳动关系并不完全适用于所有非标准化的劳动关系,这是《劳动合同法》滞后性和局限性的体现。2007年7月,最高人民法院制定的《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》,第7条规定了几种不属于劳动争议的纠纷:(四)家庭或个人与家政服务人员之间的纠纷;(五)个体工匠与帮工、学徒之间的纠纷;(六)农村承包经营户与受雇人之间的纠纷。由此可知,家政服务、帮工、学徒以及农村承包经营不适用我国的《劳动合同法》,因而其双方主体也不属于法律意义上的劳动者和用人单位。²³⁷虽然家政工等非标准劳动关系中的“劳动者”被《劳动合同法》拒之门外,但是应当清醒地认识到,对一切劳动者的法律保护不仅是我国签署的国际公约的要求,而且也是我国《宪法》的要求。²³⁸对非标准劳动关系中劳动者合法权益的保障,更应是衡量一个国家劳动法律体系是否科学完备的重要标准。笔者认为,家政服务是现实生活中最为常见和典型的非标准劳动关系,家政工劳动权益保护的缺失一定层面上可以反映出我国非标准劳动关系在劳动法律体系之中的尴尬处境。

二、以家政工为例阐释《劳动合同法》适用范围之局限

(一) 社会背景

如上所述,我国《劳动合同法》适用主体范围存在一定的滞后与局限,笔者

²³⁵ 马跃如,夏冰.论《劳动合同法》适用范围的现状与问题——以对非标准劳动关系的立法规范为视角[J].上海财经大学学报.2011(02)

²³⁶ 董保华.论非标准劳动关系[J].学术研究.2008(07)

²³⁷ 《中华人民共和国劳动合同法注解与配套》,中国法制出版社,2013年7月第2版第203-204页

²³⁸ 魏静.论我国家政工人劳动权益立法保护模式之选择——基于家政工作的特殊性[J].西南民族大学学报.2011(05)

试图从当前我国对“家政工”的法律保护现状与展望入手,以家庭服务这一日常所见的典型非标准劳动关系为突破口,结合修改《劳动合同法》这一社会背景,系统阐释《劳动合同法》适用主体多元化,进而达到完善适用范围保障劳动关系主体权益的最终目的。

进入现代社会,随着社会经济发展,消费观念的转变,人们生活节奏不断加快,逐步出现家庭小型化,人口老龄化、服务社会化,技术专业化的趋势。家政服务人员在这样的大背景下应运而生,从事家政研究、培训、经营、管理、服务的部门和机构不断涌现出来,家政服务人员已成为一支不可小觑的劳动力大军。根据国际劳工组织的调查统计,家政服务人员的数量约占全球人口总量的3.6%,并且这一数据呈持续上涨的趋势。²³⁹

(二)“家政工”的概念辨析

如上所述,家政服务业正处于蓬勃发展的黄金时期,处于这一领域中的劳动力提供者与家庭雇主不在少数,他们自身法律权益的保障是亟待解决的大问题。在开展对家庭服务人员的权益保障研究之前,必须对这一行业就业者的概念与称谓有较为清晰的认识。对于家政服务人员的称呼众说纷纭,在学界有人主张称其为“家务工”,主张这一称呼的学者认为此种表述比较直白、中性,不带任何感情色彩,能较客观地反映该职业在当前和未来的本质属性。而王全兴教授则结合其自身的经历,认为应称之为“家事工”更为合理。他认为家中保姆、厨师等服务人员随着在家中工作生活时间的增长,一般会与家人产生一定的感情,并且在出现矛盾分歧时也会依照家庭内部矛盾进行处理解决。因此称之为“家事工”更能够体现家庭服务人员工作场所和工作性质的特殊性。而在我国港澳台地区,一般将其称之为家佣、家庭雇工、家事劳动者。²⁴⁰

笔者认为,对于家庭服务提供者的具体称谓如何抉择,应当抓住两个原则:第一,应当与我国现有法律法规等规范性文件中的表述保持一致;第二,应当符合我国社会公众的表达习惯和相关行业规范。2006年,劳动和社会保障部组织有关专家,依据《中华人民共和国劳动法》有关规定制订并颁布了《家政服务员国家职业标准》。2009年,国际劳工组织、全国妇联底联合发布了《中国家政工体面劳动和促进就业—基本情况介绍》。根据这两个规范性文件我们发现,家政

²³⁹参见 ILO:DOMESTIC WORKERS:A GUIDE TO DESIGNING LABOUR LAWS, Geneva, 2012

²⁴⁰涂永前.家务工权益保障的立法选择[J].中国社会科学院研究生院学报. 2013(02)

服务员一词获得了官方一定程度上的认可。另外，在社会公众的用语习惯的角度来看，“家政”一词的出现频率和使用广度也是非常高的，形形色色的家政公司充斥于公众视野当中也印证了这一点。因此，综合考虑上述两方面原则，笔者认为采用“家政服务员”或者简称“家政工”（家政员）更为恰当。

（三）家政工权益保障的法律困境

一般而言，家政服务属于非标准劳动关系，其最大的特征就是工作时间灵活、工作地点私密和工作方式多元。另外，家政工的休息休假、社会保险、社会福利和劳动保护等方面的权益保障，劳动法律体系均未予以明确化、统一化。

结合上述家政工作的特征和工作性质，当前我国家政服务领域主要存在以下几点法律问题：

1、争端解决机制欠缺。由于家政工作地点和工作环境的私密性，自然人雇主与家政工在“同一屋檐下”生活相处，使得双方矛盾纠纷的发生率远远高于其他一般劳动关系。家政工的人身、财产和休息等权益极易受到自然人雇主和其他家庭成员的侵犯，加之工作场所的私密性，劳动监察也难以展开，以及劳动法律体系中尚未明确规定家政工的法律救济途径。因此，家政工所面临的劳动纠纷问题，无法通过法律途径予以解决，一般正能通过私力救济或者寻求妇联等社会团体的帮助，这一尴尬局面亟待需要通过劳动法律体系的进一步完善来解决。

2、休息休假权得不到保障。我国《宪法》明确规定“中华人民共和国劳动者有休息的权利。国家发展劳动者休息和休养设施，规定职工的工作时间和休假制度。”家政工通过自己的体力或者脑力劳动来获取劳动报酬，应当依法享有必要的休息休假权利。然而由于我国劳动法律体系的不完善，使我国目前家政工尚未获得劳动法意义上“劳动者”的名分，再加之家政服务行业工作性质的特殊性、劳动监管执行难度较大以及家政工权利意识淡薄等原因，导致我国绝大多数的家政工无法享受正常的休息休假，这与我国宪法规定的精神是相违背的。

3、“家政服务合同”签订率低。由于缺乏全国性的统一立法规定，以及相关行业规范和劳动监管的缺失。除正规家政公司和高知识素质家庭雇主的自身意识外，一般情况下家庭雇主在聘用家政工时很少考虑到签订一份服务合同来固化和明确双方的权利义务。同时，这也与我国普通民众的权利意识、契约意识和法治意识的欠缺是分不开的。“家庭服务合同”的欠缺为日后可能发生的一系列劳动

争议埋下了隐患，使得在争议发生时无法通过《合同法》的相关条款加以解决，最终不利于保障家庭服务劳动关系双方的合法权益。

4、家政工基本范畴不明确。现实生活中，家政工依据不同的分类标准可以有不同的范畴划分。例如，依照家政工的国籍可分为外籍家政工和本国家政工；依据就业方式可划分为“散工制”、“中介制”和“员工制”²⁴¹；依据具体工作内容的不同可划分为佣家型家政工、智家型家政工及管家型家政工。依据我国现有的劳动法律框架，我国公众话语与法律话语体系中的家政工是否包括外籍家政工，是否包括不同工种、不同就业渠道的家政工，尚未形成一个统一的标准。

5、集体谈判权与歧视问题。家政工是一个特殊的劳动群体，依据 2009 年全国妇联的调查统计，我国已存在 2000 多万的家政工人。当前我国社会中出现的家政工权益受侵害的案例，家政工作为案件当事人，无法通过《劳动合同法》来维护自己的权益，只能以普通民事主体的身份诉讼解决有关问题，甚至被逼无奈只能通过妇联等社会团体来寻求帮助。这一庞大的群体的集体和个人利益谁来维护？他们所面临的法律困境如何破解？谁能够真正代表广大家政工的利益和诉求？这些疑问与家政工人的“集体谈判权”有着密切关系，这也间接影响了家政工能否体面劳动和是否受人歧视。

6、其他问题。家政工的切身权益涉及到方方面面，除上述突出问题外，家政工的工作时间、住宿问题、工资水平、社会保险、职业培训以及劳动监管等问题同样值得重视。囿于篇幅在此不在一一赘述，这些问题有些需要立法予以完善，有的则需要政府相关部门出台系列配套设施。具体的立法与修法建议的初步设想将在本文第四部分予以阐述。

三、家政工困境之出路：《劳动合同法》适用范围有待多元

如上所述，我国家政服务之所以出现诸多问题，家政工面临权益无法保障的窘境。究其根源，主要是因为劳动法律体系对于家政工权益保护的缺失，我国《劳动法》和《劳动合同法》对家政服务关系主体明确予以排除所致。《劳动法》尚未将自然人视为用工主体，导致《劳动合同法》、相关配套法律法规及司法解释顺延这一做法，将自然人雇主和家政工排除在《劳动合同法》适用范围之外。直接导致了家政工以及其他非标准劳动关系主体的工资水平、休息休假、劳动保障、

²⁴¹魏静.论我国家政工人劳动权益立法保护模式之选择——基于家政工作的特殊性[J].西南民族大学学报(人文社会科学版). 2011(05)

社会保险等劳动权益无法得到法律保障。进而导致一系列劳动纠纷不被视同“劳动争议”，劳动者的合法权益在收到侵害时无法诉诸法律救济。

因此，我国劳动法律体系应当借鉴国外的优秀经验，在理念设计、制度构造以及规则安排上均应秉持“主体多元，区别对待”的原则。在明确相关内涵外延的基础上，从“用人单位”和“劳动者”两个层面完善适用主体的范围。

（一）、劳动者主体多元化：区分多层次多群体

众所周知，我国社会已经成为一个社会结构高度分化的社会不同层次、不同群体的利益也开始明显分化。董保华教授主张将社会中的劳动者群体划分为：金领、白领、蓝领、无领四个阶层。进而根据不同层次的劳动者，制定相应的劳动法律及相关规章制度。²⁴²

1.排除“金领”的劳动者身份。金领一般是指企业高级管理人员，他们掌握着得天独厚的资源，并且文化水平较高，自我保护能力与再就业能力较强，因此与用人单位进行“讨价还价”和博弈的筹码更足。与此同时，金领的工资水平与其他阶层相比也是比较高的，一方面是由其自身素质和能力决定的，另一方面也是用人单位出于自身长远发展的考虑，希望以此留住人才资源。根据劳动法律的“扶弱”性的考虑，企业高管等企业的经营管理者，与其用人单位相比，从各方面来考量都具有一定的强势性，因此不应将其视为劳动关系中的弱者，不应当再对其进行倾斜保护，以防止逆向的不平等。²⁴³

国外许多国家已经将这种观点贯彻到了劳动法律之中，例如美国在 2004 年通过的《公平劳动标准法》修正案中规定，年薪超过 10 万美元的雇员不能享受加班补贴。《德意志联邦共和国企业委员会法》规定，有代理权或经理权的高级雇员不受该法保护。加拿大魁北克省的《劳动标准法》也规定本法不适用于公司高层管理人员。笔者认为，我们对劳动者这一概念的界定，必须具体化地分析，而不能简单依据劳动力提供者的组织、经济从属性来简单判定是否是劳动者。按照现有法律规定，企业高管一方面属于《劳动法》及《劳动合同法》中所规定的劳动者，是劳动关系中的一方主体；另一方面《公司法》同时规定了雇员应当与董事会签订劳动合同。²⁴⁴因此，企业高管处在雇员与雇主的双重角色冲突之下，

²⁴² 郭砚.从单一走向多元:《劳动合同法》主体模型的解析与重构[J].现代法学. 2013(04)

²⁴³ 董保华.劳动合同立法的争鸣与思考[M].上海人民出版社 2011 年版第 44 页

²⁴⁴ 刘琦.劳动合同法主体适用范围的反思与修正[J].求索. 2012(05)

导致了法律关系的混乱。正因如此，才应该进一步认识到劳动力提供者的从属性并不代表其处在弱势地位。正如董保华教授所说，“劳动法倾斜立法的模式决定其保护对象——劳动者必须是具体的”。²⁴⁵享有企业经营管理决策权的高层管理人员应当从原有的划分体系中剥离出来，唯有如此才能体现劳动法律体系的立法目的，才能真正实现对劳动者合法权益的平等保护。

2.完善对“无领”的劳动保障。“无领”是区别于金领、蓝领和白领的劳动力提供者，一般具有低技术性、低报酬、高灵活性和临时性的特点。上文所提及的非标准劳动关系绝大部分属于“无领”的范畴，最具代表性的有农民工、保安和家政工等行业。随着计划经济向市场经济的深层次转化，大量的进城务工人员从事着保安、家政和建筑工等工作。这些岗位因为自身要求的低技术性，导致了岗位的高替代性和用工短期性，这也直接导致了农民工、家政工等劳动力提供者的低劳动保障水平。正是由于建筑行业农民工的高替代性，因此实务界一般认为农民工行业不能适用《劳动合同法》所规定的违约金和经济补偿金等规定。但是，农民工身上所发生的讨薪难、休假难、工时和劳动保障水平低等一系列法律问题日益引起了社会的广泛关注。因此，我们现有的劳动法律体系，不应一味迎合既有的法定标准，而不敢于突破滞后的法律条款，一味地排斥家政工、农民工等非标准劳动关系适用《劳动合同法》。应在现有的劳动法律框架内创造性地设立新的主体模型，以适应社会经济的发展和各劳动力群体的切身需要。

3.特殊行业的区别对待。在现代社会中，除了金领、无领的劳动者地位需要在法律框架下重新定位以外，另有几种较为典型的特殊行业需要我们从法律上予以区别对待。2006年发生在云南的首例“飞行员辞职”案，因飞行员违反约定的服务期而单方辞职，最终法院判决其赔偿航空公司130万元违约金并退还7万元工资。²⁴⁶飞行员辞职后向航空公司支付高额违约金这一判决，引起了法学界对飞行员这一特殊行业的再认识。众所周知，飞行员行业的稀缺性、高成本、高投入以及我国飞行员的现行培养模式，是飞行员辞职后航空公司要求高额违约金赔偿的直接原因。2005年5月25日，我国民用航空总局会同国务院多部门联合下发的《关于规范飞行人员流动管理，保证民航飞行队伍稳定的意见》（以下简称《意见》）中规定，航空运输企业招用其他航空运输企业在职飞行人员的，

²⁴⁵董保华,邱婕.劳动合同法的适用范围应作去强扶弱的调整[J].中国劳动. 2006(09)

²⁴⁶付宗学,文可大.飞行员离职付出百万元代价——云南首例飞行员辞职案一审结案[J].中国审判. 2008(02)

应当根据现行航空运输企业招收录用培训飞行人员的实际费用情况，参照 70 万至 210 万元的标准向原单位支付费用。这一规定与《劳动合同法》不符，我国《劳动合同法》规定违约金以劳动者与用人单位双方存在约定为前提。另外，根据《劳动合同法》第 22 条之规定，劳动者违反服务期约定的，由劳动者向用人单位支付违约金。由此可知支付违约金的责任主体是劳动者，而上述《意见》中所规定的内容与上位法《劳动合同法》相冲突，这必然会导致司法实务中适用法律的混乱。因此，在重构《劳动合同法》主体体系时，应注意区别对待飞行员这一特殊行业的离职赔偿问题。²⁴⁷

除飞行员之外，用人单位中的人力资源部门经理也是需要特别对待的劳动力群体。我国《劳动合同法》规定了在合同期满后用人单位仍继续用工的情况下，若用人单位未续签劳动合同，则劳动者有权要求用人单位支付双倍工资。这一规定旨在规范劳动关系双方签订劳动合同的行为，保障劳动者的合法权益，但适用在人力资源经理的身上便会出现身份重叠的现象。因为人力资源经理既是现行法律框架下的劳动者，又行使单位职权而与劳动者签订劳动合同。这就造成了人力资源经理的双重身份，极有可能导致以非法骗取用人单位双倍工资为目的而滥用职权。这与前文所述及的企业高管等金领的不合理定位相类似但又并非同一性质的问题。人力资源经理仅是企业单位中某一部门的管理人员，而非企业的高级管理人员，并未达到“金领”的层次。因此对于人力资源经理这一职位的劳动法定位，应当区别看待，不能将人力资源管理人员简单地排除出劳动者的行列，也不能完全将其视同普通劳动者。应当在《劳动合同法》修订时注意增加限制性的条款，使司法机关在处理劳动争议，适用未续签劳动合同而支付双倍工资这一条款时，可以将人力资源经理这一特殊主体区别对待以保证公平公正。

（二）、用工主体多元化：扩大用人单位内涵，区分用人单位规模

我国《劳动法》第一条明确规定，《劳动法》的立法目的是保护劳动者的合法权益，调整劳动关系，建立和维护适应社会主义市场经济的劳动制度，促进经济发展和社会进步。虽然我们充分肯定《劳动法》及《劳动合同法》在保障我国劳动者合法权益中所做的重大贡献。但是，由于我国《劳动法》是社会法范畴下“公法私法化”的产物，这就决定了《劳动法》及相关法律更多的是体现国家对

²⁴⁷ 郭砚. 从单一走向多元: 《劳动合同法》主体模型的解析与重构[J]. 现代法学. 2013(04)

经济发展的宏观把控以及对企业等社会经济组织逐渐放权的过程。其中主要体现在我国对劳动关系主体的立法模式上，与西方先界定劳动者范畴不同，我国采用了先界定用人单位后界定劳动者的立法模式。这种立法模式使得我国用人单位在现行劳动法律框架内呈现出“内涵空白，外延清晰”的现状，并最终导致无法全方位地、及时地保护弱势劳动者的合法权益。

随着我国经济社会和劳动力市场的不断发展演变，许多新型的社会组织也表现出了用人主体的特征，但囿于现有法律规定又不属于法定的用人单位。在劳动法律体系不断完善的同时，用人单位原来所固有的法定范畴不断被打破、被细化。目前为止，根据《劳动法》、《劳动合同法》及《劳动合同法实施条例》的相关规定，法律认可的用人单位主要包括：依法成立并存续的企业、个体经济组织、民办非企业、国家机关、事业单位、社会团体以及依法成立的会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会。自 2008 年《劳动合同法实施条例》颁布以来，近些年许多非传统的用工主体不断冲击着用人单位的法律定位，家政工、远程工、兼职工等非标准劳动关系中的用工主体缺乏法律的认可给劳动力提供者带来很多隐患，不利于自身合法权益的保障。非标准非传统的用工主体被排除在用人单位的法定范畴之外，这直接导致“无辜”的劳动者失去了《劳动法》语境中的劳动者身份。随之失去的是《劳动合同法》所规定的劳动报酬、工作时间、休息休假、社会保险、职业安全卫生等劳动基准问题，或者如何确定其他权利义务的问题。²⁴⁸

为了解决用人单位“内涵模糊，外延狭隘”这一不合理现状，笔者认为应该从以下几点着手做起：第一，转变传统观念，“雪中送炭”保护弱者；第二，在明确用人单位内涵的基础上，扩大外延，改变措辞（用工主体）；第三，区分规模，实现用工主体的多元化。

第一，转变传统的立法价值取向，多为劳动者“雪中送炭”。《劳动法》和《劳动合同法》的价值取向主要分为“锦上添花”和“雪中送炭”两个模式。董保华教授认为，《劳动合同法》的修法思路应该借鉴国外先进经验，同时响应中央的扶贫济困的倡导，加大对最底层劳动者的保护。其关键就在于确立怎样的适用范

²⁴⁸刘文华,王文珍,周国良,钱建国,周长征,王国社.《劳动合同法》实施:适用范围和相关权利义务适用(上)[J]. 中国劳动. 2011(01)

围，能否为底层劳动者“雪中送炭”。²⁴⁹ 笔者认为，限于我国劳动法律的立法习惯，对劳动者的界定是建立在对用人单位基础上的。因此，应当首先从基本的立法思路和价值取向上明确用人单位范畴应当进一步完善细化。将用人单位中的“弱者”和劳动者中的“弱者”区别对待，适用特殊的劳动法律规范，实现实质平等。

第二，明确用人单位内涵，调整措辞，扩大外延。受我国政治传统的影响，“单位制”至今对我国劳动关系主体双方有着正反两方面的影响。其中一方面限制了用工主体的用工自主权；另一方面将用工主体称为“用人单位”，这在计划经济时期是顺理成章的，而在市场经济不断发展的今天已出现因措辞所导致的一系列问题。西方国家一般将用工主体称为雇主，顾名思义，雇主的外延明显大于用人单位。雇主不仅包括企业、国家机关、事业单位等社会组织，同时也将自然人雇主规定为雇主。我国劳动法框架下的用人单位明确将自然人雇主排斥在外，这就引起上文所述及的家政工等非标准劳动关系主体的“困境”，劳动法律将家政服务的雇主排斥在劳动法律关系之外，因而导致家政工无法得到劳动者这一名分。随之丧失的是休息休假、社会保险、劳动保障等劳动权利。因此，笔者认为，可以将现在使用的“用人单位”一词逐步替换为“用工主体”，这样一方面符合我国现有的语言规范和习惯，另一方面可以适时地将自然人雇主纳入用工主体的范畴，使得一系列非标准劳动关系中的主体权益得到《劳动法》的认可和《劳动合同法》的保障。

第三，区分规模，实现用工主体多元化。

纵观域外立法，根据用人单位规模区分适用不同劳动标准的立法例是一种普遍现象。《韩国劳工标准法》规定，本法仅适用于雇有 5 名或 5 名以上工人的企事业单位或工作场所。《印度劳动合同法》规定适用于雇佣 20 人以上的企业，德国《不当解雇保护法》规定本法不适用于雇员在 10 人以下的小企业。《美国劳资关系法》适用于每年流出或流入的收入总额至少为 5 万美元的非零售企业，或总营业额至少有 50 万美元的零售企业。²⁵⁰

总结各国对劳动法律适用主体的区分标准可以看出，大体分为依据雇员人数和营业额来划分适用范围，尤其以雇员人数为区分标准的立法例更为常见。但归

²⁴⁹董保华,邱婕.劳动合同法的适用范围应作去强扶弱的调整[J].中国劳动. 2006(09)

²⁵⁰郭砚.从单一走向多元:《劳动合同法》主体模型的解析与重构[J].现代法学. 2013(04)

根结底，都是通过划分用人单位规模来分别适用劳动规范的。根据劳动立法“去强扶弱”的原则，许多小微型企业、个体经济组织虽然也被认定为劳动法上的用人单位，但是却无力与一般的大中型企业和事业单位相提并论，在经营压力、用工压力方面更加严峻，在责任承担能力和抵御经营风险能力方面也都有处于劣势。因此，对于这一部分弱勢的用工单位，应该从劳动立法的技术角度对其予以倾斜保护，这有助于实现实质的公平正义，防止对弱勢用工单位和弱勢劳动者的制度性歧视，同样间接保障了弱勢单位中劳动者的劳动权利。

四、立法模式之选择

在认清问题表征、切中问题根源之后，解决问题的路径则逐渐清晰明了。解决诸如家政工、飞行员的困境等法律问题，只有通过劳动立法或修法的途径加以解决。目前在学术界对于通过立法修法的手段解决家政工困境已达成共识，但是对于具体立法模式却是学说林立。结合各国对家政工法律权益保障的立法模式，主要有以下四种模式：专门法模式、劳动法保护模式、民法保护模式以及民法劳动法综合保护模式。

将家政工纳入民法保护的 mode，主要是将家政工视为民事法律上的劳务提供者，通过民事法律的基本原则和理念予以调整。笔者认为这不符合家政工的法律地位和自身性质，家政工作为一个庞大的劳动力群体，从事家政服务的人数越来越多。显然已经成为劳动法律意义上的劳动者，并且根据家政工的自身工作性质，一般处于相对弱勢的地位。而民法则调整的是平等民事主体之间的权力义务关系，将其基本的原则和规范来调整家政工与其雇主之间的权利义务关系有失妥当，不利于对家政工这一弱勢群体的平等保护。

而对于将家政工权利保障纳入民法与劳动法综合保护体系的 mode，笔者认为这实际上是一种“劳动法与民法规定互补”的逻辑思维，在劳动法律未规定对家政工劳动权利进行保障的情况下，根据“互补”原则选择使用民法调整。这同样忽视了劳动者弱勢地位这一现状，家政工与其雇主地位的不平等不适合通过民法规范进行调整。

将家政工的权利保护纳入到劳动基准法的体系中，是世界多数国家所采取的立法保护 mode。2004 年越南《劳动法典》第 2 条规定“本法适用于所有经济部门和所有所有制形式下的所有工人，所有的组织和通过雇佣合同雇佣的自然人个

体，本法典也适用于培训人员、学徒、家政工人和本法所明定的其他类工人”²⁵¹可见越南的规定是相对比较简洁明确的，其劳动法的适用涵盖了所有劳动者。这相比较来看，可以较好地保障弱势劳动者的平等法律地位。我国香港地区在《雇佣条例》第一条明确规定本条例适用于所有雇员，除四种特殊情形除外。由此我们可得知，除了与雇主家属同住的家政工外，其他所有类型的家政工均适用《雇佣条例》。²⁵²此外，德国、芬兰和墨西哥等国家，对家政工纳入劳动法律体系予以保护均有立法规定。²⁵³

笔者认为，针对家政工的专门立法模式无疑是保障家政工权益最为理想的模式，这也是众多学者所积极主张和高度认同的保护模式。但是结合我国现阶段的立法进程，这一构想在短时间内是不易实现的，一部专门保护某一群体权益的法律从提出、起草、讨论到最终颁布出台需要一个比较漫长的过程。但家政工权益的保障又是刻不容缓的，况且类似于家政工的其他非标准劳动关系中的劳动者同样需要法律对其进行保护。综合考虑我国当前《劳动合同法》的修法动向，立足于扩大《劳动合同法》适用范围的修法纬度，通过修法适当扩大《劳动合同法》适用范围是更为明智和高效的选择。这可以在较短的时间内弥补现有劳动法律体系的不足和滞后性，在专门立法付诸实践之前，使家庭服务关系主体的合法权益都能得到应有的保障，这也是符合《宪法》及《国际劳工公约》相关原则性规定的。

结 语

让每一位劳动者都能够踏实体面地工作，在劳动权利收到侵害时可以通过法律途径得到解决，这是对一个国家劳动法律体系提出的最切合实际的考量标准。笔者希望借助《劳动合同法》的修改，实现适用范围的合理扩张，从而对家政工等非标准劳动关系主体权益进行必要的法律保障。希望我国劳动法律体系尤其是《劳动合同法》在一定理性检讨的基础上，得以修改完善，最终使社会中的弱势劳动者得到应有的尊重和保护。

²⁵¹J. M. Ramirez-Machado, Domestic Work, Conditions of Work and Employment: A Legal Perspective, Conditions of Work and Employment Series No. 7, Geneva, ILO, 2003, p. 14

²⁵²香港特别行政区政府劳工处网站, <http://www.labour.gov.hk/chs/public/ConciseGuide.htm>

²⁵³ILO: Decent work for domestic workers, Report IV(1), International Labour Conference, 99th Session, Geneva, 2010, First edition, p. 17.

公司高管的劳动法适用问题探讨（提纲）

杨德敏 邓颖¹

【摘要】当前，《劳动法》等法律法规对于公司高管和一般劳动者并未加以区分实行无差别的保护，导致了在实践中公司高管适用劳动法的困境。本文通过对公司高管的劳动法定位，分析现实中其适用劳动法产生困境的原因和具体表现，同时比较借鉴域外关于公司高管适用劳动法的经验，为解决公司高管适用劳动法产生的问题提供对策建议。关键在于针对公司高管的不同特性将其进行分层，细分为高层管理人员、中层管理人员和底层管理人员，差异化适用劳动法。

【关键词】公司高管人员 劳动者分层 差异化适用

一、公司高管的劳动法定位

在《劳动法》和《劳动合同法》中，对于公司管理人员均未有明确的定义，仅在《公司法》的第216条第1款对公司高级管理人员作出了规定：“高级管理人员，是指公司的经理、副经理、财务负责人、上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。”

（一）公司高管的属性界定

公司高级管理人员是介于用人单位和劳动者之间的一个特殊群体，具有双重属性：一方面，就公司高级管理人员与公司的关系而言，公司高级管理人员以自身的劳动为公司提供服务，并获取劳动报酬，因此其是劳动关系中的劳动者；另一方面，就公司高级管理人员与普通劳动者的关系来说，公司高级管理人员往往代表着雇主的利益，在实际工作中又经常行使着雇主的权能，维持着企业的运转，因此，公司高级管理人员是劳动者的相对人，具有雇主的属性。

（二）公司高管的劳动关系主体的认定

我国正式的法律法规对公司高级管理人员的劳动法定位问题作出明确规定，也未对公司高级管理人员在劳动法的适用。在实践中，公司高级管理人员与普通劳动者无差别地受到劳动法的保护，是可能会产生不公平的现象，但是一刀切地完全否定公司高管的劳动者地位，将其完全排除于劳动法调整范围之外也不合理。

¹ 杨德敏，江西财经大学法学院教授，法学博士；邓颖，江西财经大学法学院2014级经济法硕士研究生。

二、公司高管适用劳动法的困境及原因分析

(一) 公司高管适用劳动法困境的具体表现

- 1、参加工会的适用问题
- 2、加班工时、工资的适用问题
- 3、经济补偿金的适用问题

(二) 公司高管适用劳动法的困境原因分析

- 1、未将公司高管与普通劳动者区别对待
- 2、劳动法与公司法的适用冲突

三、域外公司高管适用劳动法的比较分析

无论是美国、德国，还是我国台湾地区，都将公司高管与普通劳动者相区别开来适用劳动法，甚至对于公司高管进行内部的细分。美国是直接将对公司高管的划分规定在《公平劳动标准法》，同时也规定，超过一定薪酬且符合职责标准的公司高管排除适用工时的法案；德国对于公司高管的规定比较详细，不仅是对公司高管的定义，而且对其排除适用于工作时间、集体劳动法、解雇保护法也予以详细规定；台湾地区也将公司高管与普通劳动者相区别开，并且还进一步对公司高管细分，而我国却未将公司高管与普通劳动者相区别开，导致公司高管在适用劳动法适用存在困境。

我国可以借鉴域外将公司高管与普通劳动者相区别，甚至可以对公司高管内部进一步细分，使其差异化适用劳动法，从而来解决公司高管在适用劳动法的困境。

四、解决公司高管适用劳动法困境的建议

(一) 公司高管的分层思路

因此，面对公司高管适用劳动法的困境，我们应当确立“劳动者分层”的思路，将劳动者从“抽象的群体”到具体化，针对公司高管内部的差异，将其进一步细分，可以分为三层，即高层高级管理人员、中层管理人员和底层管理人员，并根据不同的分类予以不同的权利配置，从而进行合理规制。

(二) 公司高管的分层标准

- 1、收入标准
- 2、职责标准

3、小结

收入标准要考虑到不同地区的差异,而且仅以收入作为区分的标准过分单一;职责标准规定又过分抽象化,不够简便和明确,因此本文提出可以考虑与雇主的关联度为标准,来对公司高管内部进行分层。与雇主的关联度的标准,其实就是对雇员相对于“雇主”的独立程度或服从于“雇主”控制的程度来进行判断。衡量这种关联度的关系具体因素有:(1)关于工作内容及实施方法是否须接受雇主具体的指挥命令,即雇主是否得决定受雇人应从事什么工作、完成工作的手段、工作时间及工作地点;(2)是否赋予独立执行工作的权限;(3)雇主是否具有考核及惩戒权;(4)是否固定工作时间、上下班打卡;(5)是否遵守公司之工作规则;(6)是否具有人事任免权等。

(三) 公司高管差异化适用劳动法

1、宏观层面——工时、工资的基准保护

2、中观层面——集体劳动关系

3、微观层面——解雇保护

【参考文献】

- 1、董保华著:《劳动合同法立法的争鸣与思考》,上海人民出版社2011年版。
- 2、郑尚元著:《劳动合同法的制度与理念》,中国政法大学出版社2008年版。
- 3、高国梁:《论公司高级管理人员的劳动法规制》,载《吉林工商学院学报》2010年第4期。
- 4、李凌云:《高级管理人员的劳动关系定位》,载《中国劳动》2007年第7期。
- 5、殷佳妮:《公司管理人员的劳动法适用研究》,载《科研》2015年第19期。
- 6、张翼飞:《公司管理人员劳动法适用问题研究》,华东政法大学2012年度博士论文。
- 7、薛芳芳、项国:《论公司高级管理人员适用劳动法的困境与对策》,载《市场周刊(理论版)》2015年第8期。
- 8、刘瑛:《企业高管劳动法排除适用研究》,载《人力资源管理》2016年第4期。
- 9、李瑜:《公司管理人员的劳动法适用问题研究》,载《企业改革与管理》2015年第19期。
- 10、谢增毅:《劳动关系的内涵及雇员和雇主身份之认定》,《比较法研究》2009年第6期。
- 11、贾一:《试论劳动法对公司管理人员的差异化适用》,载《商情》2014年第4期。
- 12、苏亚君:《浅析公司高级管理人员劳动争议的法律适用》,载《法制与社会》2015年第25期。

关联企业“混合用工”劳动争议问题探讨

郑慧玫¹ 张亮亮²

【摘要】实践中，关联企业中的控制企业为了集团整体利益，会抽调、委派、借调劳动者在该企业的关联企业工作，从而导致劳动者的劳动关系与用工主体不一致，此种现象被称之为关联企业“混合用工”。本文以关联企业“混合用工”劳动争议案例为切入点，引申出几个关键性问题：如何界定关联企业“混合用工”？在关联企业“混合用工”的情形下，劳动关系如何判定？谁是关联企业“混合用工”中的民事责任主体？民事责任应如何承担？本文从学理和实务层面对这些问题进行了探讨。

【关键词】关联企业 混合用工 劳动争议 民事责任

一、问题的缘起

（一）基本案情介绍

2004年3月1日，陈某与某通信系统（广州）有限公司签订了书面的劳动合同，后被指派到山西办事处从事会计工作。2005年9月25日，陈某与某通信系统（广州）有限公司再次签订书面的劳动合同，依然在山西办事处工作，约定合同的终止日期为2013年9月25日。2010年9月6日，某通信系统（中国）有限公司山西分公司成立，陈某直接进入该公司工作，但未办理任何入职手续。2013年4月27日，某通信系统（中国）有限公司山西分公司向陈某下发解除劳动合同通知，将其辞退。为此陈某向X市劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请，陈某不服该仲裁委员会作出的裁决书，于2013年9月25日向X市Z区人民法院提起诉讼，要求人民法院判令某通信系统（广州）有限公司、某通信系统（中国）有限公司、某通信系统（中国）有限公司山西分公司连带支付陈某违法解除劳动合同赔偿金、2008年1月以来未签订书面劳动合同期间的双倍工资、误工损失等款项。2013年12月16日，X市Z区人民法院做出（2013）小民初字第XX号民事判决书，认定某通信系统（中国）有限公司山西分公司解除与陈某的劳动合同关系的行为违法，判令某通信系统（广州）有限公司与某通信系统（中国）有限公司于本判决生效后十日内共同向陈某支付解除劳动合同的赔偿金96785.59元，

¹ 郑慧玫 山西财经大学法学院 副教授

² 张亮亮 山西财经大学法学院 2014级法律硕士研究生

驳回了陈某的其他诉讼请求。

（二）由上述案例引出的问题

在本案中，某通信系统（中国）有限公司山西分公司系某通信系统（中国）有限公司的分支机构，其民事责任应当由其开办企业某通信系统（中国）有限公司承担。某通信系统（中国）有限公司与某通信系统（广州）有限公司隶属于在香港注册登记的某通信系统有限公司，是某通信系统有限公司的两家全资子公司，存在关联关系。陈某在未与某通信系统（广州）有限公司解除劳动合同的情况下，又进入某通信系统（中国）有限公司山西分公司工作，形成了事实上的劳动关系³，实际上形成了“双重劳动关系”，此种情形即属于关联企业交叉用工所致的“混合用工”。审理本案，需把握以下几个关键性问题：什么是关联企业“混合用工”？陈某是否与某通信系统（中国）有限公司以及某通信系统（广州）有限公司均成立了劳动关系？谁是关联企业“混合用工”中的民事责任主体？民事责任应如何分担？

二、界定关联企业“混合用工”的理论依据

（一）关联企业“混合用工”的概念

关联企业是指为了特定的商业目的，一家企业通过持股、协议、人事关系等方式直接或者间接控制他方企业，或者若干家企业同为第三方企业控制而形成的企业联合体，这里的企业，根据企业组织形式划分只有三类，即个人独资企业、个人合伙企业、公司，但不包括分公司、个体工商户等。因为分公司属于总公司的一部分，它具有法律人格，但不具备民事责任能力，因此不是这里所指的企业。目前学界并不认为个体工商户属于企业，主要原因是它有着很强的自然人属性，个人财产与商户财产混同，也不宜将其列入这里的企业范围。

关联企业“混合用工”是指劳动者已经与一家企业建立了劳动关系，由于主观或者客观原因，该劳动者又被抽调、委派、借调到该企业的关联方进行工作，与该企业的关联方同样建立了劳动关系，从而导致该劳动者的用工主体出现混乱的一种社会现象。

（二）关联企业“混合用工”的成因

实践中，关联企业“混合用工”的情形较为普遍，这给劳动争议司法审判工作增

³原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）第一条中对认定事实劳动关系确定了以下标准：一是劳动者和用人单位主体适格；二是劳动者提供劳动，接受用人单位的劳动用工管理，获得劳动报酬；三是劳动者提供的劳动与用人单位业务相关。

加了不小的难度，究其原因是多方面的。从客观原因看，关联企业中的控制企业居于核心地位，它对本企业的关联方起着领导作用，负责统筹全局，追求企业集团整体利益的最大化，因此，根据实际工作需要，它会经常抽调、委派、借调员工在不同的关联企业间工作，劳动者从而丧失了职业选择的自由，客观上与不同的企业关联方建立劳动关系，导致劳动者难以辨析自己的用工主体；从主观原因看，由于《劳动合同法》保护的主体更倾向处于弱势地位的劳动者，对用人单位的义务性规定大幅度增加，这意味着企业的利润空间被进一步压缩，于是企业开始采取各种各样的手段以逃避劳动法律的义务性规定，以求减轻经济负担。相关联的企业间利用天然的纽带关系，故意指使劳动者在不同企业间工作，模糊用工主体，从而达到规避劳动合同的订立、减少经济补偿金或者赔偿金的支付、规避社会保险的缴纳等目的，这也导致了关联企业“混合用工”现象的加剧。

（三）关联企业“混合用工”的形式

关联企业“混合用工”的形式具有多样性，但大体可以划分为两类：一类为关联企业人格混同，导致的“混合用工”。关联企业人格混同是指关联企业之间在财产、人事关系、业务上存在着交叉、重合，从而导致每个企业丧失了独立性，需对外向第三人承担连带责任的情形，典型如，“一套人马，两套牌子”。在此种情形下，劳动者一般只与其中的一家企业签订劳动合同，只提供了一份劳动，但该企业与其关联方之间因为存在着人格混同，导致劳动者同时在为两家企业服务，接受两家企业的管理，事实上与两家企业均建立劳动关系；另一类为关联企业交叉用工，导致的“混合用工”。在此情形下，劳动者与其中一家企业签订劳动合同建立了劳动关系，由于上述主观或者客观的原因，在未与原单位解除劳动关系的前提下，又被调往该企业的关联方工作，又成立了事实上的劳动关系，劳动者在这一个时间段内只为这一家企业工作，由该企业发放工资。

三、确认关联企业“混合用工”双重劳动关系的依据

（一）明确关联企业“混合用工”民事责任主体

劳动争议案件有着相较于普通民事案件特殊的解决程序，但凡劳动争议案件均需要先进行劳动仲裁，然后才能进入诉讼程序。劳动争议仲裁委员会只受理属于劳动争议受案范围的案件，对于与该劳动争议相关的民事部分的纠纷，劳动者只能另行提起民事诉讼。关联企业“混合用工”的情形下，劳动者实际上与两个用工单位均成立了劳动关系，如果按照“单一劳动关系说”去处理此类案件，

一旦劳动者与两家关联企业发生劳动争议，只能以其中的一家企业为被申请人，申请劳动争议仲裁，与另一家企业的纠纷只能另行提起民事诉讼，这显然是不合理的，不利于案件的审理、劳动争议的解决以及劳动者权益的保护。因此，承认双重劳动关系（为表述方便，这里的双重亦可指代多重），确认劳动者与“混合用工”的关联企业均建立了劳动关系，才能明确关联企业“混合用工”民事责任主体，有利于案件的审理和劳动者权益的保护。

（二）双重劳动关系的《劳动合同法》依据

确认劳动者与“混合用工”关联企业的双重劳动关系是必要的，也是可行的。双重劳动关系是指在同一时间段内，劳动者同时与两用人单位建立劳动关系，两重关系均符合劳动关系的特征。我国的劳动法历史上不承认双重劳动关系有着特殊原因，在计划经济条件下，用人单位主要是国有企业，劳动力的分配完全由政府主导，劳动者丧失了择业的自主权，每一个劳动者终生只服务于一家国有企业，劳动关系较为稳定，采用“单一劳动关系说”的标准，基本可以解决现实中的所有问题。但是随着社会主义市场经济的发展，市场主体的多元化，劳动者有了更多选择职业的自由。其中一些劳动者在并未与原国有企业终止劳动关系的前提下，在民营企业又重新就业；一些劳动者选择更加自由的用工方式，与多家企业签订非全日制用工合同，为不同的企业服务；还有一些高科技人才及行业特需人才在多家企业兼职，充分发挥自己的专业优势等等。可以看出，上述几类人员均能同时与两家以上的企业建立劳动关系，如果在实践中继续只承认单一劳动关系，就会使得“规范”与“事实”严重脱节，不利于劳动争议的解决。在司法实践中，正如关联企业“混合用工”一样，当存在劳动者向多家用人单位提供劳动服务的情形时，如果只承认其中一重关系为劳动关系，对于其他关系只能按照劳务关系处理，不能进行劳动争议仲裁，劳动者的应有的福利待遇就得不到保障，劳动者的合法权益就会遭到损害。

从《劳动合同法》的相关规定看：首先，《劳动合同法》并没有明确的禁止性规定，认定劳动者与两个用人单位成立劳动关系是违法的。《劳动合同法》第三十九条第四款规定：“劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响的，或者经用人单位提出，拒不改正的”，用人单位可以据此解除与劳动者的劳动关系。该条文也可以这样理解，就是它默认了劳动者可以同时与多个用人单位建立劳动关系，如果劳动者的工作没有对用人单位的

工作任务造成影响，或者即使造成了影响，经用人单位发现并提出来，劳动者积极改正的，劳动者依然可以同时为多家用人单位提供劳动服务。其次，从《劳动合同法》第九十一条的规定看，该条要解决的是民事赔偿责任主体的问题，当劳动者与新用人单位成立劳动关系，并因此而给原单位造成损失，原单位可以向劳动者与新用人单位主张连带赔偿责任。也就是说，如果这种行为并没有给原用人单位造成损失，就不存在责任的问题，劳动者与两家以上用人单位成立劳动关系时，该条文就没有适用的空间。再次，《劳动合同法》第五章对非全日制用工这种形式进行了规定，明确了劳动者可以同时与多家用人单位订立劳动合同，成立劳动关系。它对双重劳动关系采取了一种既不提倡，也不禁止的态度⁴。承认双重劳动关系并不违反法律的强制性规定，法理上有充足的依据，用于指导司法实践可以发挥巨大的作用，使得裁判更有说服力，更能充分的保护劳动者的权益。

四、关联企业“混合用工”民事责任主体的确定

（一）关联企业“混合用工”民事责任主体

民事责任主体，即依法应当承担民事法律责任的主体，按主体类型分为自然人、法人和其他组织。在关联企业“混合用工”的情形下，民事责任主体分为两方，即劳动者和用工单位。劳动者个人是民事责任主体自不必赘述，在承认双重劳动关系的前提下，劳动者与两家以上的关联企业可以同时成立劳动关系，又因为是关联企业间的不规范用工导致的，本身存在过错，让相关联的企业同时成为民事责任主体，共同参加民事诉讼，既有利于查明案件事实，又有利于劳动者权益的保护。

（二）“混合用工”中的关联企业应共同向劳动者承担民事责任

当发生关联企业“混合用工”的情形时，对于民事责任的承担主体及其承担方式，在司法实践中不同的人民法院甚至不同的法官有着不同的处理方式，有的判令由关联企业中一家企业承担民事责任⁵，有的判令由两家关联企业承担连带责任⁶，还有的判令由两家企业共同承担民事责任，如本文案例。

如判令由关联企业中一家企业承担民事责任，从当事人利益保护的及庭审便利的角度分析，此种裁判方式有以下弊端：其一，无形中增加了当事人的诉讼成

⁴ 王林清. 劳动争议裁诉标准与规范[M], 北京: 人民法院出版社, 2014

⁵ 详见北京市第三中级人民法院(2014)三中民终字第05785号、第06176号民事判决书。

⁶ 详见广州市天河区人民法院(2013)穗天法民一初字第1153号民事判决书

本，导致诉讼意愿下降。依据“单一劳动关系说”原理，劳动者在特定的时间内只能有一家用人单位，因此根据民事诉讼法中诉讼标的的相关理论，劳动者只能分别以两家关联企业为被告向人民法院诉讼，两个案件由不同的法官分开审理，当事人需要准备两份不同的证据材料、查收两份诉讼文书、开两次庭等，这无疑耗费了当事人更多的时间和金钱，使得通过法律途径解决劳动争议的意愿下降。其二，不利于人民法院审理案件，降低了诉讼效率。人民法院裁判的依据只能是事实，要想查清事实就需要双方或者多方当事人共同举证证明自己所主张的事实，人民法院居中做“提炼”法律事实，如在其中一家关联企业不参与的诉讼的情况下，这是很难查清楚的，事实查不清楚，人民法院在做裁判时难免会出现疏漏。另外，诉讼标的的主体相关联、内容相近、部分事实重合的案件，分开两次审理，不仅占用了宝贵的诉讼资源，而且拖延了诉讼，降低了人民法院审理案件的效率。

如判令由两家关联企业承担连带责任，则属于法律适用错误，属于滥用司法权的情形。连带责任是一种效力极强的责任承担方式，它能明显的加重责任主体的负担，只在《民法通则》、《担保法》、《侵权责任法》等部门法中有少量的规定，适用它的前提是有明确的法律规定或者经过当事人的约定，在其他情形下不能主动适用。如直接判令由两家关联企业承担连带责任，明显的违反了连带责任的适用规则，是不可取的，属于适用法律错误。

在司法实践中，当发生关联企业“混合用工”的情形时，应当由关联企业共同向劳动者承担民事责任。这种裁判方式可以在当事人利益保护与法官自由裁量权之间求得平衡，是判定关联企业“混合用工”民事责任主体以及责任承担方式最优的选择方案。支持此种裁判方式的理由如下：其一，可以降低当事人的诉讼成本，提高人民法院的庭审效率。在承认“混合用工”的关联企业与劳动者存在双重劳动关系的前提下，人民法院可以以双重劳动关系之间存在牵连关系为由，以必要的共同诉讼进行审理，这样人民法院就可以将关联企业列为共同被告，统一进行审理，从而避免了劳动者分两次起诉所带来的一系列问题，极大的减少了劳动者在时间、金钱等方面的开支，节约了诉讼成本。从人民法院的角度讲，可以避免司法资源的重复使用，间接提高了审判效率，而且以共同诉讼的形式进行审理，更方便人民法院全面的依据当事人提供的证据推导出法律事实，从而避免疏漏，得出的裁判结果有充足的证据和事实依据；其二，可以做大限度的保护双方当事人的利益。作为劳动者来讲，判令关联企业共同向其承担民事责任，劳动

者实现债权就多了一重保障，劳动者在执行阶段主张债权就具有了可选择性，可以选择向经济状况好的企业主张实现自己的债权。作为关联企业来讲，虽说两者之间存在关联关系，但毕竟是相对独立的市场主体，仍以利益为导向，如果人民法院判令甲乙企业共同向劳动者承担民事责任，而过错是由甲企业的行为引起的，劳动者又向人民法院申请执行乙企业的财产，乙企业事后即取得了向甲企业追偿的权利，并不会从根本上侵害到本企业的利益。其三，符合法律原则的适用条件和法的最基本的价值——公平。现有的劳动法律制度下，并没有明确的法律规定予以规制关联企业“混合用工”的行为，无法判定民事责任主体以及责任承担。而法官并不能据此而拒绝裁判，为了达到个案公正的效果，人民法院在裁判时只得依据劳动法律原则。《劳动合同法》第一条⁷指出了该法的立法目的是保护劳动者的合法权益，为了实现这一目的，人民法院可以在自由裁量权的范围内，从保护劳动者利益的角度出发做出判决。公平是法的最基本的价值之一，劳动者本就处于弱势地位，在司法裁判中，人民法院应向劳动者倾斜，判令关联企业共同向劳动者承担民事责任即是保护劳动者权益的体现，这跟公平原则的价值追求是一致的。

五、结语

关联企业“混合用工”劳动争议问题，学界探讨不多。本文从关联企业“混合用工”的界定、双重劳动关系以及民事责任承担等方面，对关联企业“混合用工”劳动争议问题进行了探讨，但事实上仍有许多问题值得研究。比如，在关联企业“混合用工”中，劳动者自身如何应对，才能保证自己的权益不受侵害；人民法院审理关联企业“混合用工”劳动争议案件，应当注意哪些问题等。因此，对关联企业“混合用工”的问题应从学理和实务方面进行充分论证，从而为司法实践提供理论依据，以实现构建和谐稳定劳动关系应有之义。

参考文献（略）

⁷ 《劳动合同法》第一条规定：“为了完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系，制定本法。”

中国社会法学研究会 2016 年年会

目 录

第三部分 劳动争议处理中的热点问题（第三册）

71. 《2006 年海事劳工公约》下中国船员投诉机制研究..... 曹艳春 唐树源 914
72. 我国劳动争议调解制度存在问题的分析及改革设想..... 侯海军 931
73. 我国劳动调解协议效力探析..... 金小皖 938
74. 人力资源社会保障行政审批制度改革的路径选择..... 刘文华 947
75. 我国劳动保障监察制度存在的问题及其对策研究..... 肖进成 958
76. 对劳动争议仲裁的反思与未来改革之基本思路..... 肖竹 971
77. 我国劳动人事争议仲裁程序的优化（论文提纲）..... 许 建 宇 992
78. 也论我国劳动法上的责令限期支付制度..... 赵红梅 996
79. 工人代表制：一种自赋权的集体劳动关系的生成机制..... 以广州利得鞋业公司集体劳动争议为例..... 陈步雷 1011
80. 市、区、县总工会依法维权的方式——以四川省为例..... 郭 辉 1026
81. 集体劳动关系：从形式到实质——兼谈《劳动合同法》的修改..... 1038
- 韩桂君 1038
82. 完善我国工资集体协商机制的对策研究..... 李满奎 1051
83. 集体劳动争议劳资博弈中的政府角色定位——以沃尔玛常德水星楼分店集体争议为视角..... 刘文华 江 峰 1060
84. 工会参与群体劳动争议处理的法律保障..... 刘焱白 1073
85. 准确性分类处理集体争议——积极防治转型期劳资矛盾..... 1084
- 欧阳白果 1084
86. 工资集体协商中的“统合协作”..... 王黎黎 1091
87. 国际劳工标准视野下中国劳动结社权立法状况评析..... 王铀镜 1102
88. 修改《劳动合同法》的配套：修改《工会法》——赋予劳动者集体权利、形成劳资平衡..... 徐 小 洪 1118

89. 协商缘何要强制? ——“拒绝协商”型不当劳动行为的法律认定与规范 重构.....	徐志强 1132
90. 论产业行动的责任豁免制度-以撒切尔政府处理 1984 年大罢工经验为例.....	闫冬 1187
91. 劳动者集体行动合法性辨析.....	章惠琴 1200
92. 论劳动规章直接诉讼之可行性.....	丁建安 1217
93. 社会法领域适用公益诉讼之证成.....	冯彦君 汤阔淼 1231
94. 受益主体视角下我国养老保险争议处理机制的不足与完善.....	焦娟 1245
95. 试论我国劳动法庭的设置和发展——以特殊的司法裁判程序为视角.....	李文涛 1262
96. 公司法人人格否认制度在劳动争议案件中的适用.....	卢宇 1277
97. 我国反就业歧视民事诉讼实施机制完善研究.....	王显勇 1288
98. 供给侧改革视阈下劳资关系冲突研究.....	杨伟伟 1322
99. 劳动诉讼立法问题研究——兼论劳动诉讼在民事诉讼中的定位.....	周湖勇 1331
100. 劳动争议案件适用小额诉讼程序之价值取向与实践问题探讨.....	周长征 1345

《2006年海事劳工公约》下中国船员投诉机制研究

曹艳春、唐树源

【摘要】《2006年海事劳工公约》得到国际社会的广泛好评与支持，我国已经批准加入这项公约。本文通过梳理国内外船员投诉处理机制现状，对比研究，结合公约投诉相关条款，总结公约转化为国内法的空白和影响，对我国船员投诉处理机制提出建设性建议。

【关键词】2006年海事劳工公约，船员投诉，机制，船员立法

被称为“航运业第四大公约”的《2006年海事劳工公约》（以下简称为“公约”）生效于2013年8月20日，全球80%以上的船队已经签署了该公约，全球64个国家已批准加入公约并按照该公约来保障海员们的体面工作和生活条件，其船舶总吨位占全球船舶的80%以上¹。我国已于2015年11月12日向国际劳工组织总干事盖·莱德递交了中国批准《2006年海事劳工公约》的批准书，公约批准书递交国际劳工局登记之日起一年后，公约将对我国正式生效。我国目前的任务就是修改相应的国内法以适应公约的要求。目前我国在船员权益保护方面还存在着较多的问题和难题，特别是在船员投诉处理机制方面与公约的要求有一定差距，我国规定了船上投诉程序，但却没有明确岸上投诉程序。

作为特殊劳动者的船员，是支撑航运业的骨干，全面保障船员的权益并建立健全的投诉处理机制对于推动航运业顺利发展具有重要意义。我国是航运大国和海员大国，以加入公约为契机，对比学习国外船员投诉处理相关经验，完善相关立法和制度，能够更好的使我国船员的权益得到保障，真正实现海员在船上的体面工作和生活，提高海员的经济地位和社会地位，更好地促进我国航运业的发展具有重要意义。本文总结国内外船员投诉机制现状并且与公约投诉相关规定进行比较，从而对公约转化为国内立法，对我国船员投诉处理机制建设提出建议。

一、国内外船员投诉机制现状及分析

（一）我国船员投诉现状及问题

1 ILO. (2014). 'Exponential movement to achieve widespread ratification and effective implementation: The 1st anniversary of Maritime Labour Convention, 2006'. http://www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/WCMS_300814/lang-en/index.htm (Accessed: 20 September 2014).

1. 我国船员投诉现状

我国现有船员 165 万人，居世界首位²，我国也是海员大国，现有海员 65 万人，承担着全国 93% 的外贸运输任务。我国每年外派海员数量近 10 万人次，已成为世界重要的海员劳务输出国³。然而，目前我国海陆工资差距逐渐减少，甚至出现倒挂现象，海员职业优势和幸福感下降，海员职业社会认可度较低，法律权利保障的不足，出现弃海投陆现象。船员劳动具有特殊性，这种特殊性体现在：劳动时间的非固定性、生活及劳动场所的危险性、生活及劳动环境的长期封闭性、劳动的国际性⁴。因此，船员法律权利的特别保护就尤其重要。

2014 年 9 月至 2015 年 9 月期间，我们走访了 5 家船公司（包括中远集团（COSCO）、中海集运（CSCL）、山东海丰国际货运（SITC）、阳明海运（YML）、长荣海运（EMC））、6 家工会组织（中国海员建设工会及各大船公司工会）、4 家各地船员劳务公司（上海长航船员劳务合作公司、上海森海海事服务有限公司、大连国际海事技术服务有限公司、南京吉鹏船务有限公司等）、4 家各地海事管理部门（上海海事局、长江海事局、山东海事局、福建海事局等）、4 家各地劳动保障部门（上海、山东、大连、福建等地的劳动与社会保障部门）等，前往上海、大连、广州、福建等城市实地考察调研了解当前船员投诉过程的现状及问题。通过在不同考查地分别开展 4 场座谈会，由走访单位代表及船长、高级船员及普通船员代表组成，共同探讨船员投诉现状及机制。

同时，我们向各级船员（其中，船长、高级船员及普通船员分别占 10%、30%、60%，女船员占总调研船员人数的 6.48%）以及不同文化程度的船员（其中，本科及以上占 30%、大专占 30%、中专及其他学历占 40%）发放调研问卷 1308 份，问卷采用现场发放的形式由船员匿名填写，填写前告知其客观真实填写，填写现场无其他管理人员在场，现场回收 1245 份，问卷有效率为 95.18%，调研结果真实有效。

得出以下调研结果（见图 1），通过下图可以看出：当前船员投诉的主要问题集中于船上工作和生活条件、福利待遇和社会保障以及劳务合同等基本权益等等，船员往往最为关注的也就是他们的船上工作和生活条件，占到全部投诉问题的 76.45%，其次是船员的工资福利和社会保障。另外，船员劳务合同等民事纠

2 GUANGMING. (2013), 'Chinese crew number:165 million, ranking first in the world', <http://biz.xinmin.cn/2013/06/26/20779667.html>(Accessed:5 September 2014).

3 数据来源：中华人民共和国交通运输部网站 http://www.moc.gov.cn/zhuzhan/jiaotongxinwen/xinwenredian/201308xinwen/201308/t20130819_1468262.html 2013-8-20

4 王秀芬,朱玉柱.论船员劳动的特点[J].大连海事大学学报.社会科学版, 2005(2) : 31-35.

纷也占到了船员投诉内容的 38.23%，剩下的就是海事主管机关、派遣机构和港口主管机构的行政行为和服务保障存在问题引发船员投诉。

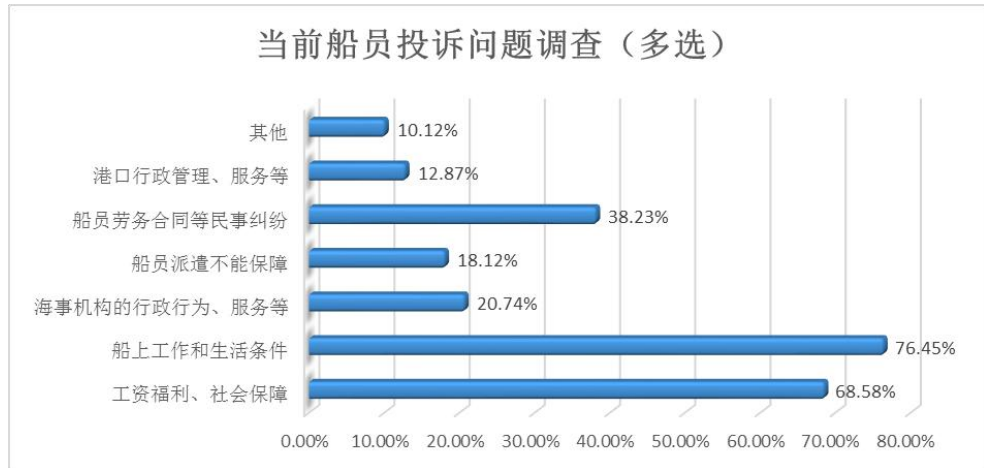
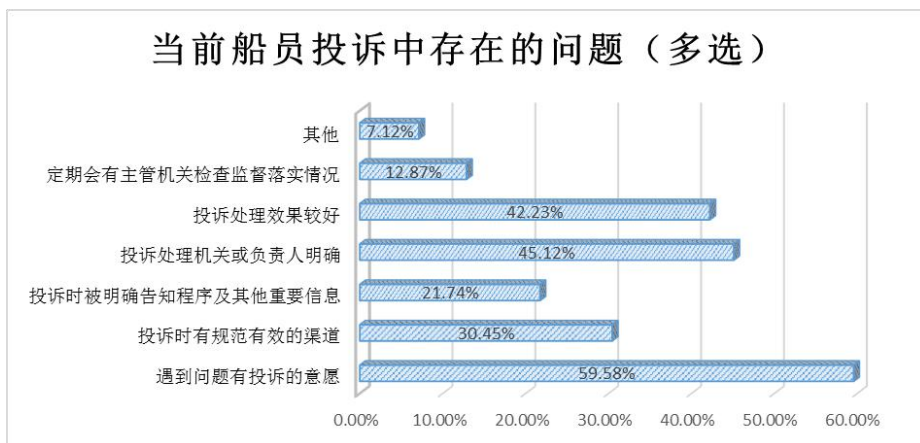


图 1：当前船员投诉问题调查（多选）

2. 我国船员投诉存在的主要问题

关于船员投诉过程中存在的问题，通过调查可以看出（见图 2）：59.58%的船员（普通船员占 41.12%，高级船员及以上占 18.46%）遇到问题还是有想去投诉的意愿的，但仅有 30.45%的船员认为投诉时有规范且有效的渠道。如我们在上海某船员劳务派遣公司调研时，一名张姓的普通船员说到：“我自己已经干了快 30 年的船员工作了，但是如果我自己想投诉或者身边船员朋友想投诉，咨询我怎么办时，我对于具体的投诉部门和流程并不是很清楚，因为这些信息我们也不知从什么渠道获取，平时关注的也比较少”。另外一个安徽籍的王姓普通船员说到：“自己大学毕业就上船了，这三四年觉得船上的生活工作条件虽然有所改善，但是比较艰苦的，自己过得比较压抑，跟部门的负责人说了也没有效果，迟迟没有答复”。

我国船员投诉方面还存在很多问题，主要体现在很多船员不知道如何投诉、向谁投诉、怎么投诉，船公司也没有提供船员可以投诉的方式渠道，其中在投诉时普遍没有被告知程序和其他重要信息；另外，船员投诉之后，问题不能够得到解决，拖延处理，没有很好的投诉处理机制；同时，也有一部分船员也担心自己的投诉可能会被报复，即使得到解决了船员往往也面临排挤等难以继续的严重问题等等。



调查发现，主管机关的监督检查问题尤为突出，定期由主管机关监督检查船员权益保障落实情况的仅占到 12.87%，这主要是由于相关部门职责划分不清。交通部海事局作为船员行业主管部门应当全面保障船员的权益，但现实中交通部海事局、商务部以及人力资源和社会保障部之间存在职能交叉、权责不清等问题，这也导致我国的船员保障体系混乱、劳动监察机制不明确等问题。我国立法规定，海事管理机构作为我国船员权利保障监督检查部门，负责统一实施船员管理工作，包括船员引航员培训、水上交通安全监督管理处置、船员中介服务机构管理等职责，而劳动保障执法部门负责对船员用人单位劳动保障情况进行监督检查。但是海事管理机构和劳动保障执法部门两者之间的分工却不明确，这也导致当船员权益受到侵害时，相关部门互相推诿、严重损害船员权益的有效保障。

图 2：当前船员投诉中存在的问题（多选）

通过调研发现，中国船员还没有一条畅通并且行之有效的船员投诉处理通道，还不能够使得船员与船公司、船舶经营人产生矛盾后，及时疏解矛盾。建立积极有效的船员投诉和纠纷解决机制还是我们的一项重要任务。

（二）中英两国船员投诉机制对比研究

随着各国对船员职业的关注与重视，大多数国家都对船员投诉处理机制作出了规定。研究发现，大多数国家也基本满足公约关于船上投诉处理机制的要求，而较多国家对于岸上投诉处理机制没有规定。岸上投诉处理机制作为公约的一大亮点，能够与船上投诉处理机制形成全方位保障体系，更好的维护船员权益。

我们通过查看主要论文期刊数据库，发现专门研究船员投诉问题的是很少的，基本上都是结合判例和案例进行研讨分析，比如油轮留置、船员工资、国家海卫队等等。在这些期刊著作文章中，船员投诉问题一般就是简单陈述，没有就船员投诉处理程序进行深入研讨，这与国内的研究现状也是相吻合的。相比国外很多国家由于投诉机制发展比较早，所以也比较健全。作为最具悠久海事历史的英国，其在海事立法、船员劳动权益保障方面都形成了较好的典范体系。下面，我们将

对中英两国船员投诉机制方面进行比较研究。

1. 中英两国船员投诉相关立法规定比较

1) 我国船员投诉相关法律制度

我国有关船员投诉保障相关的法律法规是以《中华人民共和国劳动合同法》为牵头，多项法规作为具体补充落实的体系。《中华人民共和国劳动合同法》第七十三条、《中华人民共和国船员条例》（以下简称《船员条例》）第五十二条、《中华人民共和国船员服务管理规定》（以下简称《管理规定》）第二十四条都明确了劳动保障行政部门是有资格处理船员投诉的政府部门，而海事管理机构只是对船员服务机构执行有关船员权利保障规定的情况进行监督检查，并没有得到有关对船员船上工作和生活条件进行的监督和检查的授权。

为了履约需要而制定的《中华人民共和国海员船上工作和生活条件管理办法》（以下简称《管理办法》）符合公约有关“船上投诉程序”的规定，但对岸上投诉的相关要求没有予以明确。但是《管理办法》却提出海事管理机构可以通过政府部门之间协议参与或被授权单位进行船员岸上投诉的处理工作，对于完善我国船员投诉机制有着重要意义。

2) 英国船员投诉相关法律制度

英国的悠久海事历史是其他国家无可比拟的，作为历史最悠久的世界航运服务中心，伦敦是建设现代航运服务集聚区的成功典范。英国是判例法国家，其海商法主要根源于海事法院的判例和惯例，当然也有一系列的成文法。英国海商法中最主要的法令便是《商船法》，英国《商船法》是英国议会通过立法程序制定的有关航运方面的一系列成文法规的统称。英国现行的商船法以 1894 年商船法为主，它汇编了 1894 年之前英国议会通过的 48 个法案，内容涉及船舶所有权、船舶赔偿责任、安全规则和船员雇用等方面的内容。除了《商船法》，英国议会还制定了《海事公约法》、《引航法》、《引航主管当局法》、《可航水域油污法》等海事成文法。⁵英国法在国际航运界也较为普遍的使用，这也说明英国航运相关立法较为完备。

在英国《商船法》中有关船员投诉的内容很多，以第三章船长和船员中的第 44 条为例，这一条规定了船员对于船上供应品和供水投诉问题的处理，即船员

5 深圳海事局盐田海事处海安法学习团队, 航运发达国家及地区海事法律制度与我国相关法律制度的比较研究[A]. 第四届广东海事高级论坛论文集[C]. 2012.

可以先向船长投诉，船长应当立即开展调查，如果船员不满意船长的处理或者船长并未采取任何行动，他们可以向相应的主管或者官员投诉，对此船长应当采取充足的安排来确保船员尽快向上级主管官员投诉。如果船长对于他上述的作为或者不作为没有恰当的理由的话，他将适用简易程序处以不超过 3 级标准的罚金，如果他们没有在合理的时间内更换的话，他们将处以 4 级标准的罚金等等。⁶

英国直到 2013 年 8 月 7 日才加入了公约，并且原则上可直至 2014 年 8 月 7 日再将公约的规定引入英国法并予以强制执行。然而，英国早已将公约中有关船舶检验和证书的部分引入了本国法律并使其生效，其余部分也在 2014 年 8 月 7 日之前提前完成落实。英国的《海商法》和《商船法》等法律都对船员的各项权益进行了细致详尽的保障，对于船员投诉权益的保护更是建立了完善的机制。

2. 中英两国船员投诉处理程序比较

1) 中国船员投诉处理程序

中外船员在悬挂中国国旗的船上或中国籍船员在悬挂非中国国旗的船上工作期间，可以向船上部门领导、船长投诉，船长解决不了的，应当上报船东或船公司解决。在向他们投诉无效情况下，可以通过中国船员投诉中心网站公布的维权方式进行维权投诉。投诉中心收到船员投诉后，根据投诉的类别进行分类，相应的联络处理部门进行处置，如有关船员工作环境的投诉，其属地的主管部门应当是船员的派出机构或船员所在的航运公司，上级主管部门为船东或航运集团公司，相关方为海事局、海员工会和中国船级社（CCS）。如果通过投诉中心仍不能得出处理解决的话，可以由部海事局直接处理或者仲裁机构仲裁或者海事法院审理。

为了简洁明了地反映我国当前船员投诉处理程序，我们归纳了在当前我国法律法规体系框架下我国船员投诉的程序，主要如下（见表 1）：

表 1：当前我国船员投诉处理程序

投诉类型	投诉内容	处理部门	备注
海事机构行政行为及服务	强制培训质量与收费、办证、换证、航道监控与服务、信息发布、船员体检、雇佣年龄、发证与换证、船员资质、证书代管与扣留等	海事主管机关	具体由内部部门负责

⁶ UK. (1995), 'Merchant Shipping Act 1995', <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/21> (Accessed: 20 September 2014).

船上工作和生 活条件	船上起居舱室、娱乐设施、食品和膳食服务、 健康保护、医疗和安全防范等船上工作和生 活条件等	船上投诉部门/ 海事主管机关	先由船上投诉处理部门 解决，再由岸上海事主 管部门解决
船员工资福利 和社会保障	船员就业协议、劳动合同、社会福利、各类 保险、工资欠付等	劳动监察部门/ 海事法院	按当前法律法规，海事 主管机关对此无管辖权
船员劳务合同 相关民事纠纷	劳动合同之外的船员劳务合同等	劳动监察部门/ 海事法院	实践中劳动合同与劳务 合同经常混淆
港口行政管理 和服务	港口引航服务、港口设施保安规则的实施等	交通运输委员 会港航管理局	直接向港口所在地港航 管理局投诉

我国对于船员投诉处理机制仅规定了船上投诉机制，而没有明确岸上投诉处理机制。在当前实务中，海上的船员权益检查主要由海事局负责，陆上由当地劳动执法部门（主要是劳动监察大队）负责。

2) 英国船员投诉处理程序

英国的船员投诉基本按照公约的要求，船东可以进行船上投诉和岸上投诉。在船员投诉过程中，要求船东遵守“咨询、调解、仲裁服务中心”（下简称“ACAS”）的纪律和申诉程序。ACAS 成立于 1974 年，独立于政府、是专门处理劳动争议的一个社会性机构。据统计，ACAS 在 2005 年收到咨询请求 880,787 件，仅仅不到 10%，即 86,816 件劳动争议案件进入到了它的调解程序当中，只有少量的案件直接在就业法庭立案⁷。需要说明的是，英国船员投诉的主管部门是英国海事与海岸警卫署（下简称“MCA”），不是 ACAS。MCA 类似于我国海事局，是英国运输、地方政府与区域发展部下属的对海上安全进行管理的专业机构。

英国在 2013 年 8 月 7 日加入了公约，通过将公约的规定引入英国法并予以强制执行。MCA 通过起草指引来引导雇主和船员遵守公约规定。关于英国船员投诉程序主要分船上投诉程序和岸上投诉程序，在船上，船员可以向船上负责人投诉；在岸上，船员可以向 MCA 调查员投诉。⁸

具体在船上投诉程序，MCA 制定的 MERCHANT SHIPPING NOTICE (MSN 1849 (M))⁹要求每一艘英国籍的船舶都要有船员船上投诉处理程序，主要包含以下要点：

7 ACAS.(2006), "ACAS Policy Discussion Papers." Retrieved 4/5, 2010, from <http://www.acas.org.uk/CHttpHandler.ashx?id=590&p=0>. (Accessed: 20 September 2015).

8 UKGOV.(2013), 'Seafarer working and living rights', <https://www.gov.uk/seafarer-working-and-living-rights/maritime-labour-convention> (Accessed: 18 September 2014).

9 MCA. MERCHANT SHIPPING NOTICE 1849 (M).2013

①寻求尽可能低的程序上解决问题；②确保船员可以直接向船长和外部当局投诉；③包含船员投诉时可以被陪伴或者代表；④保证船员不从投诉中遭受损害。在任何情况下船员都可以直接向船长和 MCA 提起投诉。

具体在岸上投诉程序，MCA 制定的 MARINE GUIDANCE NOTE (MGN 487(M))¹⁰要求船东、经营者和船员制定符合公约要求的岸上投诉处理程序，主要包含以下要点：①船员或者其他利益相关方可以就违反公约要求（包括船员权利）向主管当局官员提出投诉；②投诉可以是 MCA 主管的英国籍船上的船员或者停靠在英国的非英国籍船上的船员提出的；③投诉会被 MCA 调查，可能带来进一步的检查来缩小投诉的范围；④然而，如果有证据来证明船舶没有违反公约要求，MCA 会缩小投诉的范围。

二、公约对船员投诉处理程序的要求

《2006 海事劳工公约》公约自 2013 年 8 月 20 日正式生效，并在 2014 年第 103 届国际劳工大会上通过了公约修订案，这项公约是全面保障海员工作和生活条件的综合性公约。当前公约在全球的支持率不断提高，这项被称为 120 万海员的“权利法案”将会对保护船员体面劳动，促进国际海运业的健康发展提供坚实的基础。

（一）船上投诉程序和岸上投诉程序

1. 船上投诉程序

公约规则 5.1.5 规定了船上投诉程序：各成员国应要求悬挂其旗帜的船舶具备公平、有效和迅速处理海员指控违反本公约要求（包括海员权利）的投诉的船上程序。各成员国应禁止和惩处以任何形式对提出投诉的海员进行迫害的行为。本规则和守则的相关部分的规定不得妨碍海员通过其认为适当的任何法律手段寻求纠正的权利。¹⁰（见图 3）

¹⁰ MCA. MARINE GUIDANCE NOTE 487(M).2013

¹⁰ ILO. (2013), 'Maritime Labour Convention, 2006 (MLC, 2006)', http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:91:0:::P91_SECTION:TEXT(Accessed:5 September 2014).

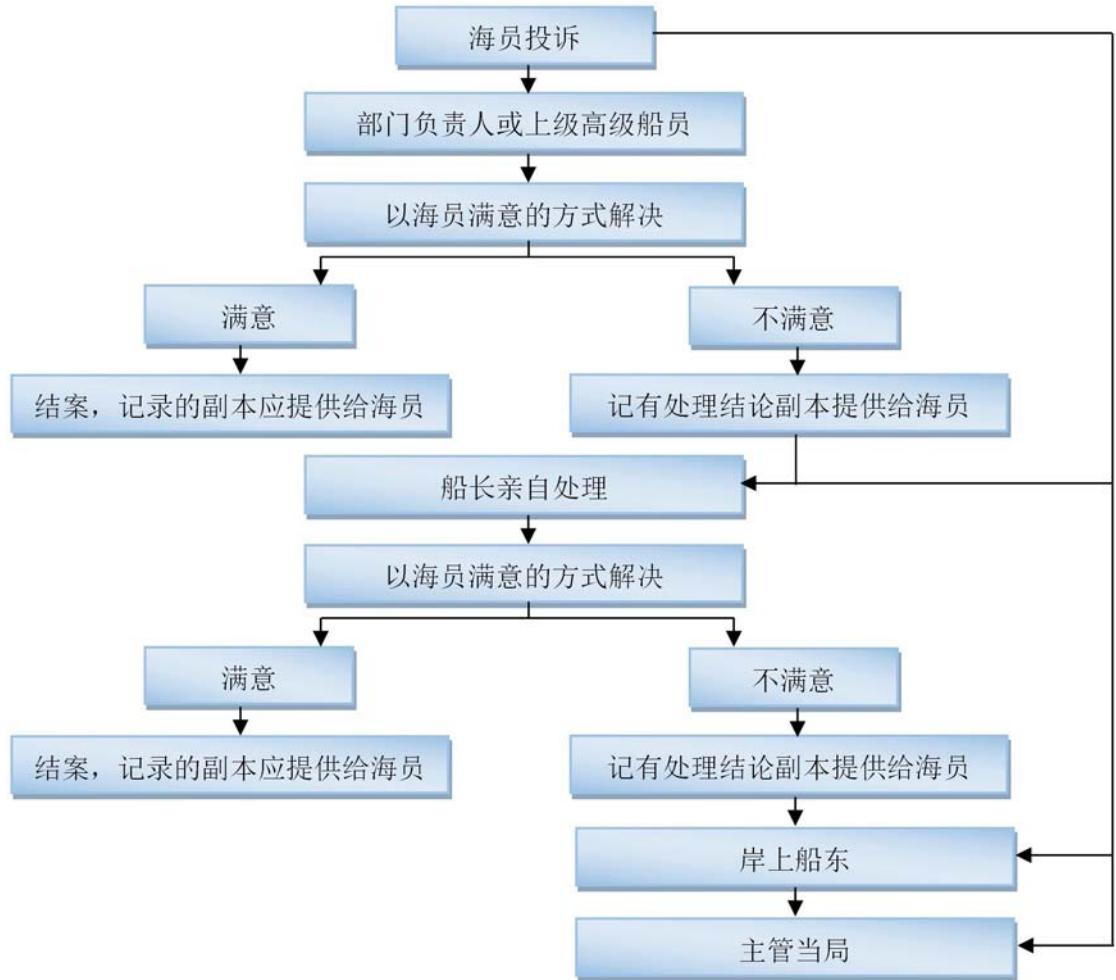


图 3：船上投诉处理程序

2. 岸上投诉程序

规则 5.2.2 规定了海员投诉的岸上处理程序：各成员国应确保，在该成员国领土内的港口挂靠的船舶上的指控违反本公约要求（包括海员权利）情况的海员，有权提出申诉以促进采取迅速而实际的解决方式。海员指控违反本公约要求（包括海员权利）的投诉可向海员所在船舶挂靠的港口的授权官员报告。在这种情况下，授权官员应开展初步调查。凡适宜时，授权官员应努力促成在船舶的层次上解决投诉。否则，授权官员应立即通知船旗国，在规定的期限内征询建议及关于纠正的行动计划。如果通知船旗国后投诉问题未能得到解决，港口国应将一份授权官员报告的副本送交国际劳工局局长。此外，港口国应定期将关于已解决投诉的统计资料和信息提交给局长，使船东和海员组织注意到这些信息，并采取适当

措施为提出投诉的海员保密。¹¹（见图4）

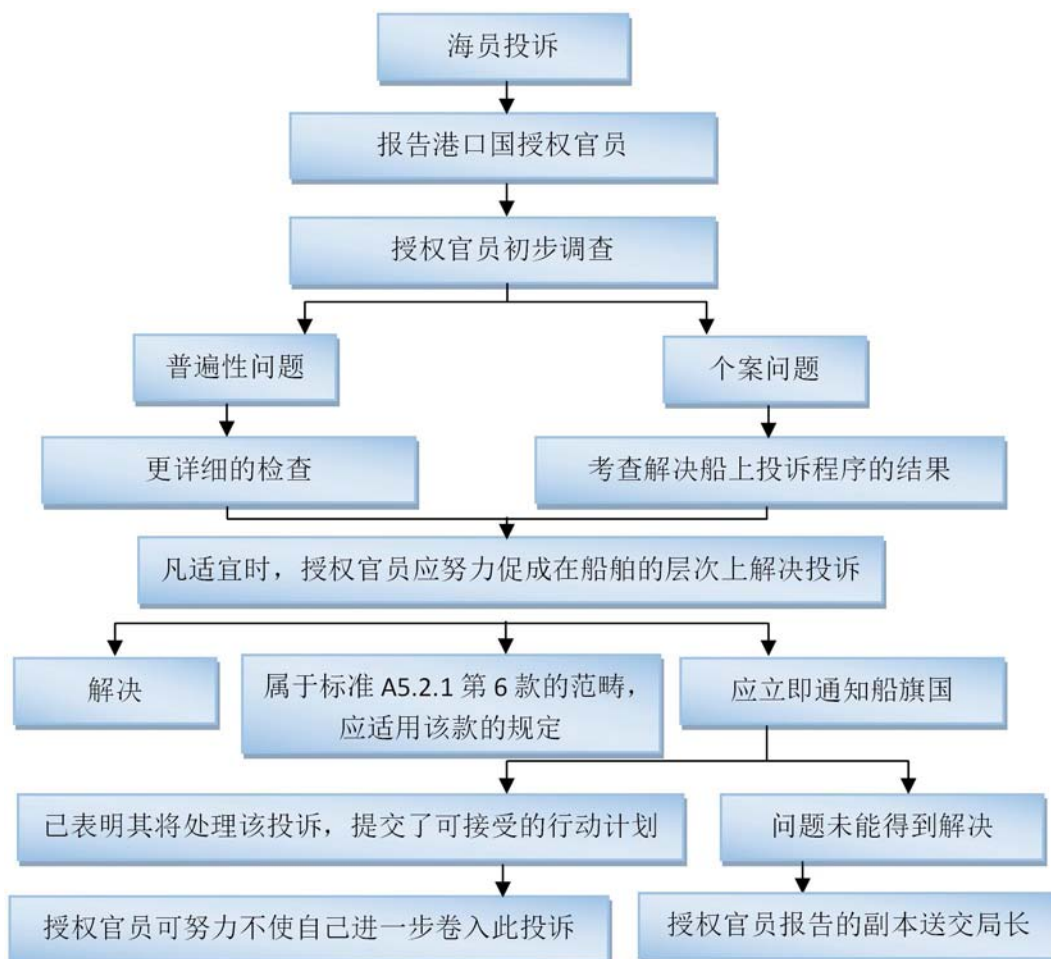


图4：岸上投诉处理程序

（二）对公约有关投诉规定的分析

公约对于船员投诉的规定也是以前国际劳工组织从没有规定涉及过的，分别规定了船上投诉程序和岸上投诉程序。公约在内容方面全面吸收了劳工组织和其他国际组织在立法方面的优秀成果，体现了尊重并保护人权的人文精神。¹²

1. 船上投诉程序的创新

公约规定的船上投诉程序和岸上投诉程序解决的是船员投诉渠道问题，建立健全船员投诉渠道能够充分保障船员的合法权益。完整的投诉机制需要考虑到船员实际生活及工作情况，形成能够及时有效解决问题、多渠道、全覆盖的投诉机

11 ILO. (2013), 'Maritime Labour Convention, 2006 (MLC, 2006)', http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:91:0:::P91_SECTION:TEXT (Accessed: 5 September 2014).

12 王秀芬, 高云岚, 《2006 年海事劳工公约》及其对海事社会的影响[J], 中国海商法年刊, 2007.

制。船上投诉程序的设立是促使船员投诉能够尽可能在低层次更好地解决，这也是公约的一大创新。公约始终强调海员投诉的处理尽可能寻求最低的层次解决，船上投诉机制永远是首选的争议处理渠道，无论是在解决的便利上还是及时性等问题上都能予以保障。船上投诉机制永远是首选的途径，它能及时就争议进行调解，对缓和劳资关系，将问题解决在萌芽阶段大有裨益。¹³

船上投诉处理程序也是建立了很多层次，这些都是为了确保船员投诉能够及时较好解决。从上面关于船上投诉程序的介绍可以看出，普通海员可以先是向部门负责人或上级高级船员申诉，但是公约强调，在任何情况下，海员均有权直接向船长或在其认为必要时，向适当的外部当局投诉。在船上投诉这一块，船员选择性还是很多的，各种选择也是为了让船员尽可能多的便利并且保护自己，让船员的投诉事项能够更好的解决，从制度上予以保障。

2. 完整的投诉处理循环机制

当前很多国家对于船员投诉仅规定了船上投诉处理程序，而没有岸上投诉处理程序。船上投诉处理程序是船员投诉的第一道程序固然重要，但如果仅有船上投诉这道程序，没有岸上的投诉渠道，对船员保护也极为不利，而公约规定的岸上投诉处理程序就是很好的配套机制。

公约规定成员国要确保在其领土内的港口挂靠的船舶上的船员有权提出申诉并要予以实际解决。在港口国的船员投诉的岸上处理程序中，公约规定了船员的投诉未能在船上解决时可以给船舶挂靠港口的授权官员报告，严重的情况下，港口国授权官员要立刻通知船旗国。

3. 执行保障，追求最终实施效果

我们认为公约最大的优点就是它的执行机制。公约规定了船旗国的检查和发证制度和港口国的监督检查制度，通过检查向船舶发放《海事劳工证书》和《海事符合声明》，这是为了保证公约的切实履行而确立的强有力的执行体制¹⁴，是一个为了遵守公约通过认证系统而支撑的执行体制。而公约的“不再特殊对待”条款则明确了不给未批准国船舶更优惠的待遇，这也是确保公约执行力的强有力规定。所以，公约的执行力度毋庸置疑。

三、公约在我国国内的适用情况分析

13 宁波海事法院立案庭和海事庭联合课题组. (2014). ‘关于船员劳务法律问题的调研’, <http://www.nhsfy.cn/info.jsp?aid=24253> (Accessed: 20 September 2014).

14 印绍周, 李冰, 尹庆. 论《2006年海事劳工公约》对我国海员的影响[C]. 2008 深圳国际海事论坛, 深圳, 2008.

（一）公约投诉相关规定在国内的转化现状

通过本文前两部分的总结对比分析可知，公约在船员投诉方面主要规定了船员岸上投诉程序和港口国监督检查下的岸上投诉处理程序。为了将公约中的要求转化到国内立法，为立法做准备，通过整理国内现有相关立法得出如下结论，首先，《船员条例》中有关船员权益保障的条款较少，作为最为重要的船员相关立法之一，《船员条例》已经不能很好的保障船员特殊群体。其次，2007年制定的《船员条例》法律位阶低，更没有去转化公约对于保障船员权益的要求，公约规定的很多方面明显存在立法空白。为了尽快履约，《管理办法》则在很大程度上缓解了这一问题。《管理办法》内容涵盖船员的生活起居、膳食服务、医疗健康、娱乐设施、工作休息时间等等，这样的设置与公约存在极大的相似性，这当然也与《管理办法》制定的背景有关。《管理办法》的制定使得中国离公约的要求又近了一步，但是离公约的要求还有一定距离，如《管理办法》在船员岸上投诉处理方面仍没有作出规定。

公约以 314 票赞成、0 票反对、4 票弃权的绝对票数获国际劳工组织通过¹⁵，这反映了尊重关注船员的特殊生存和工作条件以及为船员创造体面劳动环境的趋势。为了更好的加入公约、为更好地保障船员根本利益，中国相关立法部门应当加紧立法，在制度层面设立健全的船员投诉处理机制。

（二）公约投诉相关规定对国内立法的影响

中国的立法部门应当加紧立法程序，这前提当然是清楚认识到公约转化为国内立法对我国的影响甚至冲击。通过前述分析，我们认为主要存在以下影响：

首先，对执法部门的确立有影响。我国当前存在船员投诉处理机构的职能分工不明确，不能够专业高效的处理船员投诉问题。当前中国船员劳动执法部门存在职能交叉，这就导致在履约过程中不能够准确高效的行使职权，确保各项程序的有序开展，保障船员各方面权益。因此，通过立法来明确我国船员劳动执法部门是当务之急。

其次，对我国船员相关立法的完善有影响。公约中有规定的我国尚没有的，需要我们增加完善现有法律法规，层级低的法规需要通过高层级的法律来予以明确。但是，也需要我们根据我国航运现状，不可盲目照搬国外立法体系。在转化

15 杨微多,使更多优秀青年投身航海事业须更好地保障船员权益[EB/OL].(2009-12-29)[2013-05-04].http://www.legal-daily.com.cn/bm/content/2009-12/29/content_2012703.htm?node=11.2013-12-21

公约条款的立法过程中，应始终置身于中国当下法律法规体系，注意协调我国劳动法律及侵权责任法的相关规定。

最后，对我国争议解决机制有影响。我国形成的争议解决机制是根据我国传统习惯并且是建立在我国国情基础之上的。针对我国没有建立岸上投诉机制等问题，我们需要调研国内外争议解决机制的利弊，建立适应我国的岸上投诉机制。

四、对完善我国船员投诉机制的建议

（一）加强船员投诉处理队伍的建设

通过前述的调查分析可知，船员投诉问题种类繁多，所涉及的法律法规、法律关系复杂，并且所需要运用的理论和实务知识全面。这就需要船员投诉处理队伍人员的综合素质、理论实践功底深厚。因此，处理船员投诉的人员需要熟悉船舶营运、航海技术、船员船上职责、海事海商法律法规、相关国际海事公约、法律知识和司法实务等等。¹⁶

同时，为了准确和有效地回应船员的投诉问题，船员投诉处理队伍需要由有船上工作经验且熟悉海事法规的人员以及掌握法学理论知识和司法实务的人员组成。¹⁷

（二）规范船员投诉处理程序

由于船员投诉的问题种类不一，再加上主管部门的不同，这就促使船员投诉处理程序要能够完整、细致、全方位地保护船员权益。我国尚未建立岸上投诉处理机制，而船上投诉处理机制也不能够适应公约要求，因此规范我国船员投诉处理程序具有十分重要的意义。

1. 完善船上投诉程序

由于船上投诉处理机制的重要性，目前包括我国在内的很多国家都有建立船上投诉处理机制，但跟公约的要求还是有差距的。公约强调了政府、雇主和雇员三方机制和集体协议的作用。我国为了参加本公约，此前已做了大量前期准备工作，其中《中国船员集体协议》是重要工作成果之一，该协议第 55 条包含如下内容：“船员在船期间发生劳动争议，可以通过船舶工会协调解决或者向上级工会投诉”。因此，各级船舶工会应当明确职责，重视集体协议的签订，努力调解并解决争议。

¹⁶ 傅廷中,论船舶优先权制度建构下的船员权益保护[J],环球法律评论,2010(03).

¹⁷ 邱奇,胡博,构建基于PSC/FSC的船员投诉处理机制[J],世界海运,2012(04).

同时,为了加强船上投诉处理机制的运作效率,我们建议在船上设立船舶投诉处理委员会,作为专门承担船上海员投诉处理工作的联席部门,可以由船长、政委、船舶工会负责人、各部门负责人组成。另外,船舶投诉处理委员会还应当加强与岸上的联系,如船员的投诉问题在船上实在不能够解决,那该委员会应该汇报岸上的船东、主管当局海事争议处理部门等等,满足公约船上处理船员争议的基本要求,也要结合我国实际开展争议处理工作。船舶投诉处理委员会的建立,能够公平公正、便捷高效的处理船员投诉问题。

2. 建立岸上配套投诉机制

我国在船员投诉岸上处理程序方面尚属空白,而且存在管理混乱,程序复杂等问题。我国海事管理机构并没有得到法律的授权,而现实中接触船员最多的是海事管理机构,在海事管理机构检查中发现船员投诉问题更容易,解决起来更简便。¹⁸

海事管理机构应当作为船员权益保护统一管理机关。目前,我国海事主管部门正在筹备建立中国船员发展与保障中心,该中心将会全面保障船员劳动权益、促进海员健康发展。该中心筹备组也在不断调研和完善。我们认为中国船员发展与保障中心可以派请劳动监察部门作为业务指导,并且让政府、船东协会、船员工会等部门也可以加入其中共同组成。关于该保障中心的定位,可以借鉴英国“咨询、调解、仲裁服务中心”(ACAS)的模式,作为专门处理船员劳动纠纷的社会性机构,而海事管理机构作为其主管机关。该中心应当建立健全的投诉处理解决程序,面向社会提供咨询、调解、联络、仲裁等服务,切实保障投诉船员的隐私,为船员的权益保障提供全方位支持。

(三) 规范统一船员相关立法

我国现有船员相关立法存在立法层级低、没有统一规范等问题,对此学术界呼吁制定统一的《船员法》。新制定一部高层级、详细的《船员法》目前时机还不是很成熟,而我国现阶段立法层级最高的《中华人民共和国海商法》(以下简称《海商法》)中有船员一章(第三章),但是对船员投诉没有规定。《海商法》自颁布至今已经20多年没有修改,其中很多规定已经不适合现在航运市场的发展需求,学界正在研究和呼吁立法部门对《海商法》的修改,我们可以考虑在修

18 张丽敏,论船员权利保障——从海事机构履行《海事劳工公约》角度分析,广东交通职业技术学院学报,2010(03).

改《海商法》时，在第三章船员中，增加船员投诉的相关规定。

如何规定第三章船员相关内容，补充有关船员投诉相关规定，需要系统整合国内各部门执法权限，同时要结合公约的规定，对原有的国家劳动法律法规、部门规章和司法解释进行梳理。根据我国国情，在充分调研和征求社会各方面意见的基础上，对我国船员投诉处理问题进行全面系统的整合，为修改我国《海商法》船员一章做好准备。

对于修改《海商法》船员一章中如何规定船员投诉制度，我们有以下建议：首先，按照公约规定对船上投诉处理程序进行规定，整合《船员条例》、《管理办法》等规章制度中有关船上投诉处理程序的规定，切实保障船员的投诉能够尽快地解决。同时，也要强调政府、雇主和雇员三方机制和集体协议的作用，建议规定建立船上设立船舶投诉处理委员会，专门承担船上海员投诉处理工作。

其次，规定岸上投诉处理程序，应将海事管理机构作为船员权益保护的归口统一管理机关，强调中国船员发展与保障中心的作用和意义。同时，我国作为港口国或者船旗国，都应当加强监督检查，加强对检查人员的培训和指导，严格按照公约规定执行。

最后，规定船员投诉的概括性、统一性的保护条款，比如船员投诉信息的保密、公布船员投诉处理方式、船上岸上投诉处理程序都不能得到解决最后的处理方式、明确相关处理部门的职责，规定不履行法律规定的后果等等。

结 语

中国是航运大国、船员大国和贸易进出口大国，但仍都不是强国。要真正实现强国的发展目标，给予船员更多的关注和重视应当是国家和全社会应当考虑的。以加入公约为契机，梳理船员权益保障现状，不断改善海员工作环境，提高海员社会地位，对于提升国家海运业形象、保障国家航运安全都有着重要意义。

【参考文献】

学术著作：

[1] 范愉著. 纠纷解决的理论与实践[M]. 清华大学出版社, 2007:82-83.

[2]中华人民共和国交通部国际合作司编译. 2006 年海事劳工公约[M]. 大连:大连海事大学出版社, 2007.

[3]康士勇. 社会保障管理实务[M]. 北京:中国青年出版社, 1999.

期刊杂志:

[4]邱奇, 胡博. 构建基于 PSC/FSC 的船员投诉处理机制. 世界海运[J]. 2012:202

[5]张念宏. 我国船员权益维护若干问题探究. 工运广角[J]. 2011. 01.

[6]夏亮. 船员外派人身伤亡案件中船员服务机构地位辨析. 中国海商法年刊[J]. 2010. 21(1): 74-77.

[7]张晓. 评析与探讨 ILO 新海事劳工公约. 中国航海[J]. 2006(2): 47—49

[8]周建华. 履行《2006 年海事劳工公约》建议, 水运管理[J]. 2007. 03.

[9]王秀芬, 高云嵩. 《2006 年海事劳工公约》及其对海事社会的影响[J]. 中国海商法年刊, 2007.

[10]黄纯辉, 李罗明. 国际船员立法趋势及对我国船员立法的思考[J]. 世界海运, 2005(3).

[11]张丽, 韩立新. 对海员特殊群体社会保障立法的几点思考——以《2006 年海事劳工公约》为视角[J]. 学术论坛, 2010(2): 161-165.

[12]赵远哲. 完善法律机制保障船员权益[J]. 中国海事, 2010(9): 8-9.

[13]邵帅, 郭萍. 维护海员权益法律保障机制研究——从部分国家和地区履行《2006 年海事劳工公约》的角度[J]. 中国海商法研究, 2012, 1(1): 115-120.

[14]陈鹏. 浅析《船员条例》对国际劳工组织公约国内化的立法实践(上) [J]. 中国海事, 2009(10).

[15]张丽敏. 论船员权利保障——从海事机构履行《海事劳工公约》角度分析. 广东交通职业技术学院学报, 1671-8496-(2010)03-0120-04

外文文献:

[16]Maritime Labor Convention,2006[EB/OL].(<http://www.ccs.org.cn>).

[17]Isabelle Boivin. The Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations: progress achieved in national labour legislation[J]. International labour review,2006.

[18] Keogh. An approach to grid control engineer training using national occupational standards.[M].Human Interfaces in Control Rooms, Cockpits and Command Centres,

1999. International Conference on, 1999.

[19]Christine Bigby. Retirement or just a change of pace: an Australian national survey of disability day services used by older people with disabilities. [J].Journal of Intellectual & Developmental Disability,2004,29(3).

[20]H Sanfey. The view of surgery department chairs on part time faculty in academic practice: results of a national survey.[J].American journal of surgery,2006,192(3).

[21]Rothblum AM,et al.Human factors in incident investigation and analysis [C].2nd international workshop on human factors in offshore operations (HFW2002). Houston, Texas,2002.

[22]ILO.s international labour standards (ILS) website[EB/OL](<http://www.ilo.org/public/english/standards/Lawandjustice>)[EB/OL].[2011-12-27].<http://australia.gov.au/topics/law-and-justice>.

[23]Australian Maritime Safety Authority[EB/OL].[2011-12-27].<http://www.infrastructure.gov.au/department/statements/2011—2012/budget/amsa1.aspx>. (Accessed: 20 September 2014).

[24]Guangzhou Maritime Court.Guangzhou maritime court report on trials 2012 [EB/OL] .<http://english.gzhsfy.org/shownews.php?id=9953>.(Accessed: 2013-04-02) .

[25]UK.(1995), ‘Merchant Shipping Act 1995’, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/21> (Accessed: 20 September 2014).

[26]MCA. MERCHANT SHIPPING NOTICE 1849 (M).2013.

[27]MCA. MARINE GUIDANCE NOTE 487(M).2013.

[28]ILO.(2013), ‘Maritime Labour Convention, 2006 (MLC, 2006)’, http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:91:0:::P91_SECTION:TEXT(Accessed:5 September 2014).

我国劳动争议调解制度存在问题的分析及改革设想

侯海军¹⁹

【摘要】对我国劳动争议调解制度的运行状况进行了实证分析,认为劳动争议调解机构功能弱化,化解劳动争议的能力不足是目前存在的突出问题。对劳动争议调解制度的改革提出构想:当前要增强现有调解组织的社会化程度,强化调解机构的调解功能。长远改革目标是改革调解机构,成立企业外部的、独立的、中立的劳动争议调解组织。建立劳动调解协议的信用保障机制,促使当事人在达成调解后自觉履行协议义务。建立合格的“调解人”选用和培养制度。

【关键词】劳动争议 调解制度 改革

在我国处理劳动争议的“一调一裁二审”的处理制度和模式下,劳动争议的调解程序作为第一道处理程序,调解成功的争议数量和比例都远远没有达到制度设计时的预期,已经在劳动争议处理程序中被边缘化。实有检讨和改革的必要。

一、我国劳动争议调解状况

(一) 当事人的求助率较低

根据国家统计局公布的数据,至2015年年底,中国大陆总人口13.7462亿人,其中,就业人员7.7451亿人,其中城镇就业人员4.041亿人²⁰。根据全国总工会近年来对全国劳动争议发生率的全国性抽样调查,我国劳动争议发生率为1.68%(即发生劳动争议的人次数占职工总人数的百分比),其中,集体争议的发生率为1.12%。以劳动争议发生率计算,2014年全国仅在城镇企业发生的劳动争议涉及的劳动者数量就可能超过500万人。而在这一年,全年全国劳动争议进入劳动调解程序的统计数据为42万件。²¹即自愿接受劳动调解机构调解的劳动者人数不到劳动争议总人数的10%。劳动争议当事人寻求劳动调解机构的调解比例是比较低的。

(二) 劳动争议进入调解程序的比例下降,维持在一个较低的水平

¹⁹ 侯海军,江苏省高级人民法院法官,中国人民大学法学博士,中国社会法学研究会理事。

²⁰ 数据见国家统计局:2015年国民经济和社会发展统计公报。

²¹ 中国工统计年鉴编委会:《中国工统计年鉴(2014)》,中国工出版社2015年第1版,第118页。

自1987年我国恢复劳动争议处理制度以来，我国劳动争议调解机构受理的劳动争议数量基本上是逐年有所增加，但接受调解的争议与（不愿调解或经调解不成）进入劳动仲裁机构仲裁的案件数量相比，总体比例是下降的。

1992年，全国劳动调解机构受理劳动争议受理争议与同期进入劳动仲裁程序的争议数量之比约为3.5:1²²；这说明当时当事人在发生争议后接受劳动调解机构调解的积极性还是比较高的。2014年，调解的争议数量与仲裁案件的数量比例为0.9:1，反映出调解收案率与仲裁收案率的比例关系在近年来基本是稳定的，相当部分调解不成的劳动争议要进入仲裁程序处理。²³

另有调查资料表明“在诉至法院的劳动合同纠纷中只有一成左右有争议经过企业内部调解机构的处理。”²⁴

（三）劳动争议调解机构的运转状况不佳

劳动争议调解机构的设立比例低。从企业调解委员会近年来的设立情况看，调解组织设立比例和人员比例是下降的。目前，设立调解委员会的企业比例为7.3%，其中，私营企业设立比例为2.4%。²⁵事实上劳动争议的地区和行业发生率也不平衡，很多的企业劳动调解委员会一年也不调解一起争议，形同虚设。

二、劳动调解制度存在问题及原因

我国劳动争议调解组织在劳动争议处理机制恢复初期工作还是有成效的，为劳动关系的稳定和社会的发展提供了有效地服务。但是，近年来全国劳动争议调解组织的运行总体上出现了大面积的“滑坡”现象，调处争议的机能大大弱化，调解效果不够理想。

（一）企业内部调解机制是一个建构封闭，缺乏中立性的调解机制

目前的企业劳动调解机构只负责调解发生在本企业内部的争议，不能处理跨企业、跨行业的劳动争议以及劳务派遣引起的争议。企业劳动调解委员会基本上是一个与世隔绝的组织，不需对谁负责。即使在职能履行不能时，既不需对企业负责，也不需要职工负责。这样的情况下，作为调解人员，调与不调一个样，调成与调不成一个样，难有工作的积极性。在国有企业内部调解中，工会代表既是调解委员会主任，工会成员又是劳动者的代表，既是“裁判员”，又是“运动

22 张网成：《我国劳动争议现状及发展趋势》，载《中国劳动关系学院学报》2008年6月第22卷第3期，第43页。

23 张网成：《我国劳动争议现状及发展趋势》，载《中国劳动关系学院学报》2008年6月第22卷第3期，第43页。

24 林嘉：《劳动法评论（第一卷）》，中国人民大学出版社2002年版，第261页。

25 参见：张网成“我国劳动争议现状及发展趋势”，载《中国劳动关系学院学报》2008年6月第22卷第3期，第43页。

员”，中立性难以保证。

（二）处理争议在范围上的局限性

从现行的企业调解委员会的受理范围看，它不具有调解集体争议的权限，只负责调解本企业内部发生的个体争议，不负责调解集体争议。

（三）调解结果无法律上的强制力

当事人经调解达成一致并签订调解协议的，虽然法律规定经调解员签名并加盖调解组织印章后生效，对双方当事人具有约束力，当事人应当履行。但这种约束力并不是法律上的约束力，没有强制执行力，依靠的是当事人的自觉履行。当事人即使不履行，也不会产生法律上的不利后果，不承担法律上的责任。

三、劳动争议调解制度的改革和完善

调解的本质特征和内在要求是调解人立场中立，不偏不倚。企业内部劳动争议调解功能弱化，主要的原因是其内部性，封闭性，缺乏社会性和中立性，难以保证其中立的调解立场，难以为争议双方所信服。因此，要围绕强化劳动争议调解机构的调解功能，对劳动争议调解机制进行重塑。

（一）强化企业调解委员会调解功能

由于法律明确规定，企业调解委员会的成员由企业内部人员担任，所以在现有体制下，企业调解委员会在组织结构的社会化方面，难以有所突破。但是，可以通过调解机构组织上的对等性，实现其中立性：

1、企业调解委员会的组成实行劳动者和用人单位双方对等制。企业调解委员会是调解机构，不是仲裁或司法机构，不需要对劳动争议的事实进行调查，对是非进行判断，不需要表决，因此，调解委员会的组成应当归位为劳动关系双方代表对等组成。

2、重新定位工会在企业调解委员会中的角色。工会是职工代表大会的执行机构，是全体工人利益的代表。因此，应当重新把工会代表定位为代表职工一方的代理人。

3、调解程序的重新设计：组织调解，应当由调解委员会成员共同主持。发生劳动争议后，双方同意由企业劳动调解委员会调解的，调解委员会成员由职工一方代表（即工会常设代表）、企业方（常设）代表共同主持调解。由争议一方的职工和企业主或其就争议临时指派的代理人共同参加。

4、对调解委员会主任职责的重新定位：调解委员会主任只起主持调解的作用，在调解中和另外的调解委员的地位、职责平等。

(二)加强基层民间调解组织的建设，提升对劳动争议的调解功能

目前，大多数企业，特别是私营企业、三资企业、外资企业内部并没有建立调解委员会，在这类劳动争议的调解上，民间调解组织大有可为。

1、基层民调组织要调整思路，树立“守土有责”的观念，主动提供调解服务。要根据所在区域的特点，在企业集中地、劳动争议多发地、非公企业集中的商业街区建立工作站，主动接受调解咨询、开展调解服务；要和所在区域内的企业界、工会界建立联系，取得信任。

2、调解组织的组成要体现中立性。基层民间调解组织可以在组织内组成相对独立的劳动争议调解委员会，按照三方原则，由本调解组织所在区域内的企业团体、工会团体各推荐一名代表，以及社区内一名在劳资关系上立场中立，为人正直，威信较高的人士任调解委员会主任。也可以以县（区）为单位建立劳动争议调解员名册，统一选任素质较高的人员担任调解员，发生争议后，由争议双方从名册中自由选定调解员。

3、区别争议的复杂性实行繁简分流，开展灵活的调解。如果争议简单，可以由一名立场中立的调解员主持调解；如果是复杂的争议，可以按照“三方原则”组建调解委员会进行调解。

(三)从体制上对现行调解机构和调解机制进行根本性变革

1、改革调解机构，成立企业外部的、独立的、中立的劳动争议调解组织。

现行劳动争议调解功能的弱化，主要是由于企业内部劳动争议调解委员会的内部性和结构上的封闭性，因此，将劳动调解组织从企业内部移出企业，建立专门的、社会化的劳动争议调解组织应当是劳动争议调解体制改革的基本方向。

(1) 建立独立的劳动争议调解组织的必要性。建立脱离企业控制，立场中立的劳动争议调解组织，是提高调解组织的调解机能，适应新形势下劳动争议调解需求的客观要求。与企业内部的调解相比，外部的调解机构能够真正按照“三方原则”的要求，由中立方（政府行政部门代表或者社会中立方）、用人单位组织代表（企业团体代表）和劳动者组织代表（工会代表）等持三方不同立场的调解参与者组织调解劳动争议，可以在调解立场上实现和体现中立的立场，为调解

的有效开展、公平开展奠定基础。

(2) 劳动调解机构的模式选择。独立的劳动争议调解组织，其独立性的体现，在于不受企业干扰；其中立性的体现，在于争议处理中没有自己的利益，否则，也不能保证其中立性。“符合市场经济规律的劳动争议调解应当是立场中立的调解，是调解者与申请调解的双方当事人没有经济利益或任何其他利害关系的调解制度。”²⁶ 关于劳动争议调解组织的结构，有两种模式可供选择，一种是由政府主导的“三方原则”调解组织模式；一种是社会化的，由民间中立力量主导的纯民间调解组织模式。前者模式下，调解委员会的主席由政府劳动部门代表担任，后者模式下，调解委员会的主席由民间中立人士担任。选择哪种模式，要根据国家的市场经济发展状况、社会信用体系的完善程度等多种因素，整合现有的处理资源，慎重加以选择。从国外的实践经验看，市场化程度高、社会信用体系健全的国家，一般采用民间调解组织模式；政府对于经济介入比较强，社会信用体系不完善的国家，多采用按“三方原则”组建调解组织模式。我国目前还处于社会主义市场经济体制初建时期，市场化程度不高，社会信用体系尚不健全，且1990年9月7日，全国人大批准了《三方协商促进履行国际劳工标准公约》，为我国劳动争议处理，包括调解制度中应用三方原则提供了法律依据。²⁷

在这种情况下，我国劳动争议调解组织应当按照“三方原则”组建新的劳动争议调解组织。

(3) 对建立独立的劳动争议调解组织及其运作模式的初步设计。

在条件成熟的情况下，我国应当建立独立于企业之外，由政府主导，按照“三方原则”设立的劳动争议调解组织。其机构设置。可由劳动和社会保障部牵头，组建全国性的、专门的劳动争议调解委员会。调解委员会可由三级组成，全国劳动争议调解委员会、省级劳动争议调解委员会和市级劳动争议调解委员会，机构隶属于各级劳动行政机关。其中，全国和省级的劳动争议调解委员会不负责调解具体的劳动争议，只是行使对下的业务指导和人员培训工作。市级劳动争议调解委员会负责所在地区劳动争议案件的调解工作。调解委员会人员的组成：聘请法律专家、律师、退休法官等担任调解委员会专职或兼职调解员，由市级工会推荐一定数量的职工代表担任劳方调解员；由企业界团体推荐同等数量的代表担任企

26 参见郑尚元：《劳动争议处理程序法的现代化》，中国方正出版社2004年第1版，第78页。

27 马涛：《浅谈如何建立劳动争议调解工作新机制》，载《兵团工运》2007年第4期，第7页。

业方调解员,以市为单位建立调解员名册供当事人选择。调解机构的经费由政府、企业团体和工会分担。

2、把集体争议纳入劳动争议调解的范围。

市场经济国家劳动争议处理制度中,很重要的一条经验就是区分集体争议和个体争议,分别采用不同的处理方式。对于个体争议,因各国政治制度、法律传统的不同,程序差异性较大,一般而言,都不排斥调解,只是是否提供专门调解机构的调解或是在何种程序中调解以及调解程序是否前置和必经,各国做法不一。对于集体争议,通行做法是适用“调解—仲裁”的方式,对于集体谈判无法解决的争议,则由半官方的调解机构进行调解,无法调解或者调解不成的可进行仲裁。

我国对于集体争议,现行处理体制下并没有纳入调解机构调解的范围。只是规定了双方发生集体争议后,应当通过协商和政府主管部门协调解决。对于能否进行调解,以及由何机构调解并没有作出规定。在现行企业内部调解机构组织调解的模式下,集体争议确实不应当由企业劳动争议调解委员会组织调解。因集体争议一般由工会代表劳动者提起,如果由企业调解委员会组织调解,同样会发生工会既是当事人一方,又是调解活动组织者的尴尬局面。但是,在劳动调解组织由企业内部独立出去,成为中立的社会化的调解组织后,把集体争议纳入调解范围,使集体争议从谈判、签订到履行过程中发生的争议都能够得到及时调解,对于集体合同制度的健康发展是很有意义的。

3、建立劳动调解协议的信用保障机制,促使当事人在达成调解后自觉履行协议义务。

实践中,达成调解又事后反悔的情况屡见不鲜,不仅浪费调解资源,而且这种不诚信的行为,也直接影响到整个社会的信用。为此,应当建立一种对不能自觉履行劳动争议调解协议的行为进行规制的机制。“从经济学的角度分析,调解协议虽然没有强制执行力,但协议的签订却产生了一种信赖利益,不履行协议,就是对这种信赖利益的损害,应当承担对方为此而产生的成本损失。”²⁸ 可以由此设计三项经济惩罚性机制,使悔约者为自己不诚信的行为付出一定的代价:第一,建立不履行劳动调解协议的违约金赔付机制。调解协议中具有信赖利益,则违反协议约定,不能自觉履行协议义务,就侵害了这种可期待的利益,协议另一

28 王天玉:《借鉴与整合:从英国 ACSA 看我国劳动争议调解制度改革》,载《中国劳动关系学院学报》2008 年 2 月第 22 卷第 1 期,第 82 页。

方有权主张违约金。为此，在劳动争议协议中应当增加违约金条款。第二，建立违约者承担调解费用的机制。劳动调解组织根据劳动争议双方的申请组织调解，必然会产生成本，如果协议一方在达成调解后不能自觉履行协议，则调解过程就变得毫无价值，并会增加对方为解决争议所付出的成本，因此，这种资源损失和对方的成本损失也应当由不履行协议的一方承担。第三，把企业遵守调解协议的情况纳入企业社会信用情况的评价指标系统，对根本不遵守调解协议，不讲诚信的企业在社会征信系统中予以公布，使其在银行信贷、贸易等方面受到负面影响，促使其在以后自觉履行协议。

我国劳动调解协议效力探析

金小皖*

【摘要】劳动调解协议效力是劳动调解制度的核心内容。我国劳动调解制度存在调解协议效力有限、调解协议履行缺乏配套措施保障以及劳动调解未根据劳动争议的类型而作出区分等问题。这些问题导致了劳动调解在解决争议上的效果不佳,即调解应有地位没有体现。建议可以采用自愿调解与强制调解相结合;树立劳动调解组织的权威性;建立调解协议公正制度以及完善相关配套措施等方式来强化劳动调解协议的效力。

【关键词】劳动调解;劳动调解协议效力;劳动争议

劳动调解作为解决劳动争议的重要方式之一,是我国劳动争议解决体系中的重要一环。作为非诉解决机制的劳动调解制度,在设计初衷是为了在劳动纠纷发展的前期及时予以解决,以此缓解仲裁、诉讼的压力,并试图维护争议双方的和谐劳动关系。然而,受制于我国劳动调解协议效力的有限性,劳动调解并没有达到预防和分流劳动纠纷以及维护和谐劳动关系的应然效果。本文将以对现有法律文本的解读和评析为起点,通过分析劳动调解协议效力在实践中引发的困境,说明完善和加固劳动调解协议效力的必要性,最后提出完善和加固劳动调解协议的可行措施。

一、劳动调解协议效力的法律文本解读及评析

(一) 对法律文本的解读

目前,我国有关劳动调解协议效力的法律规定散见于法律及各类司法解释、行政法规之中,并没有统一的规定。以法律文本颁布的时间为轴进行梳理,主要有以下规定:2006年最高人民法院颁布的《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》(法释[2006]6号)第17条²⁹规定了劳动调解协议具有劳动

* 作者简介:金小皖,女,安徽合肥人,中南财经政法大学2014级法学研究生。

²⁹ 最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》第17条:“当事人在劳动争议调解委员会主持下达成的具有劳动权利义务内容的调解协议,具有劳动合同的约束力,可以作为人民法院裁判的根据。当事人在劳动争议调解委员会主持下仅就劳动报酬争议达成调解协议,用人单位不履行调解协议确定的给付义务,劳动者直接向人民法院起诉的,人民法院可以按照普通民事纠纷受理。”

合同的约束力，并且可以作为证据在诉讼中使用。2007年颁布的《劳动争议调解仲裁法》第14条第2款³⁰规定了调解协议经双方当事人及调解员签字或盖章后对当事人具有约束力；该法第16条³¹规定，因支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金事项达成调解协议，用人单位不履行时，劳动者可以向人民法院申请支付令。2010年最高人民法院颁布的《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》(法释[2010]12号)第10条³²对于认定劳动调解协议有效的要件作出了规定。2011年颁布的《企业劳动争议协商调解规定》第28条³³同样对调解协议对当事人具有约束力作出了规定。从上述规定中，我们可以归纳出以下几点内容：

首先，劳动调解协议对纠纷当事人具有一定的法律约束力。劳动调解协议是在劳动调解组织主持下，双方当事人自愿参与的基础上，通过充分沟通，互相权衡自身利弊并作出相应让步的前提下达成的，是双方当事人真实意思表示的合意，理应对当事人双方具有法律约束力。从我国目前的法律规定来看，是认可这种观点的。《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》第17条，《劳动争议调解仲裁法》第14条，《企业劳动争议协商调解规定》均作出此种规定。

其次，劳动调解协议的生效要件具有特殊性。既然劳动调解协议具有劳动合同效力，就应当满足合同生效的一般要件。根据《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第10条的规定，调解协议在不违反法律、行政法规的强制性规定，且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情前提下，应当认定有效；若调解协议存在重大误解或者显示公平，当事人可以向人民法院行使撤销权，人民法院应当予以支持。这与《民法通则》、《合同法》的规定相契合。同时，劳动调解协议作为一种特殊的劳动合同，有其独特的生效要求。根据《劳动争议调解仲裁法》第14条的规定，调解协议除了需有双方当事人签字或盖章外，还需要调解员签名并加盖调解组织印章，只有三方主体均满足此要件时，劳动调解协议方可生效。

最后，劳动调解协议效力因内容的不同而有所差别。劳动调解协议的效力可

30 《劳动争议调解仲裁法》第14条第2款：“调解协议书由双方当事人签名或者盖章，经调解员签名并加盖调解组织印章后生效，对双方当事人具有约束力，当事人应当履行。”

31 《劳动争议调解仲裁法》第16条：“因支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金事项达成调解协议，用人单位在协议约定期限内不履行的，劳动者可以持调解协议书依法向人民法院申请支付令。人民法院应当依法发出支付令。”

32 最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第10条：“劳动者与用人单位就解除或者终止劳动合同办理相关手续、支付工资报酬、加班费、经济补偿或者赔偿金等达成的协议，不违反法律、行政法规的强制性规定，且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形的，应当认定有效。前款协议存在重大误解或者显失公平情形，当事人请求撤销的，人民法院应予支持。”

33 《企业劳动争议协商调解规定》第28条：“生效的调解协议对双方当事人具有约束力，当事人应当履行。”

以分为两种，即“一般效力”和“特别效力”，前者即为劳动合同的约束力，后者即可申请支付令的约束力。³⁴“一般效力”表现为两点：首先，劳动调解协议具有劳动合同的效力，双方当事人应当受劳动合同的约束；其次，劳动调解协议在法院审理案件的过程中可以作为证据使用，成为法院裁判的依据。对于具有特定给付内容的劳动调解协议，³⁵当用人单位不履行调解协议时，劳动者可以依据调解协议向法院申请支付令。这种可以直接引起非诉程序的调解协议相较于一般调解协议效力而言更具有强制性和威慑力，可称之为“特别效力”。

（二）对法律文本的评析

1、调解协议效力有限

从上述分析可知，我国劳动调解协议具有一定的法律约束力。但这种约束力却极为有限，并不能达到有效约束当事人按照调解协议的内容履行各自义务，从而解决纠纷的目的。笔者认为，劳动调解协议效力的有限性体现在以下两个方面：

（1）劳动合同效力较弱

合同效力的强弱可以从违反合同的后果中窥之一二。现行法律规定，当一方当事人不履行劳动调解协议时，相应的后果是寻求下一步的争议解决方式，即申请仲裁和诉讼，但并未规定违约方应承担相应的违约责任。这就意味着，只要一方当事人对调解协议不满意，即可单方毁约，寄希望于下一争议处理环节中更多地争取自己的利益，而与此相对应的后果即是多耗费些时间、精力以及物质成本，倘若这些仲裁诉讼成本远小于调解协议中所让步的利益，毁约可以说是无需考虑的事情。由于法律并未规定不履行调解协议应承担违约责任，这极大地限制了调解协议效力的有效发挥。

（2）支付令效力形同虚设

支付令是人民法院根据债权人的申请，依照民事诉讼法规定的督促程序，向债务人发出的限期履行给付金钱或有价证券的法律文书。倘若被申请人在法定期限内并未提出异议和履行义务，申请人可以申请法院强制执行。从应然效果上看，具备特定给付内容的调解协议因可以申请支付令而更易得到履行。但根据《民事诉讼法》第217条的规定³⁶，被申请人在法定期间内提出具有书面异议的，经法

34 王全兴、林敏：《劳动争议民间调解协议的效力及其加固》，载《上海师范大学学报（哲学社会科学版）》2012年9月。

35 具有特定给付内容的劳动调解协议是指因支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金事项达成的调解协议。

36 《民事诉讼法》第217条：“人民法院收到债务人提出的书面异议后，经审查，异议成立的，应当裁定终结督促程序，支付令自行失效。支付令失效的，转入诉讼程序，但申请支付令的一方当事人不同意提起诉讼的除外。”

院审查，异议成立的，法院应当裁定终结督促程序，支付令自行失效。而根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第437、438条的规定，人民法院对于支付令的审查采用形式审查方式，并不涉及实体审查，只要被申请人的异议使人民法院对是否适用支付令产生怀疑，即应当裁定终结督促程序。由此可见，在实然层面上，支付令起到的约束作用极其有限，这就意味着绕了一大圈的劳动者，在时间、精力和申请费用上的消耗所换来的只是期待的落空。³⁷ 虽然《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第17条第3款规定，³⁸劳动者可以依据调解协议直接起诉，但具有特定给付内容的调解协议所具备的特别效力并没有得以实现，争议并未得以切实解决。

总之，劳动调解协议的两种效力，不论是劳动合同效力还是支付令效力都非常有限，劳动调解所追求的分流劳动纠纷和解决争议的目标难以实现。

2、调解协议履行缺乏保障措施

如前所述，虽然法律规定了调解协议具有一定的法律效力，但效力能否得到有效发挥，依靠的绝非仅是当事人对调解协议的尊重，对意思表示的认可，调解协议效力的发挥需要相应的保障措施。而遗憾的是，法律对此并未进行规定。首先，违约金条款作为一般劳动合同的重要内容对于促使合同双方履行合同具有重要作用，而劳动调解协议作为一种特殊性质的劳动合同，却并未规定违约金事项。其次，信用机制并未作为保障措施引入劳动调解制度中。应从信用的角度设计保障措施，把企业与劳动者之间的信用关系、企业遵守劳动协议情况作为企业信用的重要内容。对于不遵守调解协议的企业在信用体系中予以公示，并要其付出沉重代价。³⁹

3、劳动调解未根据劳动争议的类型而作出区分

劳动争议可依据不同的分类标准作出不同的划分。根据劳动争议内容的不同，劳动争议可分为权利争议和利益争议。“凡是因为法律条文、集体合同中规定的劳动权利而发生的争议，成为权利争议；在集体谈判中提出法定权利之外的新的权利要求的争议，成为利益争议。”⁴⁰ 由此可知，权利争议是一种法律争议，

37 周望：《劳动争议调解协议的效力》，载《中国劳动》，2008年9月。

38 《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第17条第3款：“依据调解仲裁法第十六条规定申请支付令被人民法院裁定终结督促程序后，劳动者依据调解协议直接向人民法院提起诉讼的，人民法院应予受理。”

39 王天玉：《借鉴与整合：从英国 ACAS 看我国劳动争议调解制度改革》，载《中国劳动关系学院学报》2008年1期。

40 范战江著：《劳动争议处理概论》，中国劳动出版社，1995年版，第14页。

是关于履行合同或执行法律法规而发生的争议，争议的内容事先已经依据法律或合同得以确定。权利争议适用的主体范围较广，可以通过调解、仲裁程序或诉讼程序解决。利益争议则不属于法律问题，是当事人在集体谈判中提出新的权利要求的争议，这种新的权利未被法律条文或合同所事先确定，因此利益争议适用的主体范围较窄，只能局限于用人单位或者工会。

根据劳动争议的不同类型，劳动争议的解决机制应当有所区分。对于权利争议，由于适用主体较为广泛，可以选择多种纠纷解决机制协同解决，是否进行调解程序可以通过当事人双方意思自治决定。而对于利益争议，由于其不属于法律问题，是在集体谈判过程中形成的争议，如果可以不经调解而直接适用仲裁程序或者诉讼程序，不利于争议双方有效对话，并且不利于维护利益争议所涉及的公共利益。而根据现行法律的规定，劳动争议解决机制的适用并未依争议类型的不同而作出区分，这种不考虑争议内容的不同而笼统地适用同一纠纷解决机制的做法，值得我们反思。

二、劳动调解协议效力引发的困境分析

劳动调解协议效力的有限性在实践中引发了一系列的困境，即在实践过程中劳动调解协议的效力难以得到切实有效的发挥，具体表现为：

（一）劳动调解定纷止争的效果不佳

由于劳动调解协议效力的有限，生效的调解协议并不能有效约束当事人按照调解协议的约定履行自己的义务，造成劳动争议迟迟得不到解决，使当事人对劳动调解失去信心，进而选择放弃使用这一纠纷解决措施。实践中的数据可以予以佐证。以2011年为例，全国劳动争议调解委员会共受理劳动争议案件192641件（其中集体劳动争议24407件），调解成功案件98443件（其中集体劳动争议6609件），调解成功率为51.10%（其中集体劳动争议调解成功率仅为6.71%），这与我国当年高达660319个的劳动争议调解组织以及2213137名劳动争议调解员是极不相符的⁴¹。若不考虑劳动争议、调解组织、调解人员的地域分布等其他因素，粗略估算每个调解组织平均每年仅受理0.29个劳动争议案件，每个调解员平均每年仅参与0.087个劳动争议案件！由此可见，实践中，劳动调解组织和调解人员的数量与解决劳动争议的数量形成了严重畸形的比例，劳动调解定纷止

41 数据来源：国家统计局人口和就业统计司、人力资源与社会保障部规划财务司编：《中国劳动统计年鉴 2011》。

争的效果不佳。

（二）调解应有地位没有体现

回顾中国法制发展历程，无论是在中国古代、近代还是当今中国，调解制度在我国纠纷处理机制中都占有举足轻重的地位，劳动争议处理机制自然也不例外。但是，由于调解协议效力的有限性，调解组织的弱权威性，劳动调解应有的地位并未体现。根据《劳动争议调解仲裁法》的规定，我国的劳动调解组织主要有三种类型：首先，企业劳动争议调解委员会。由于仅有企业代表和职工代表组成，缺少中立的第三方加入调解组织，调解过程中各自维护本方利益，这实质上具有协商的性质；其次，基层人民调解组织。劳动争议相较于一般邻里纠纷更具专业性，欠缺丰富的劳动法律法规、企业专业知识及劳动调解经验，调解员很难胜任劳动调解工作。而我国目前基层调解员素质普遍不高，导致调解组织很难主持并达成良好的调解协议，调解组织权威不足。再次，乡镇、街道调解组织。同样是缺乏高素质调解人员，调解组织权威很难树立。由于调解组织缺乏权威性，公信力，调解协议效力缺失，导致争议各方较少运用调解程序，而是直接申请劳动仲裁。即使进入调解程序的，能够达成调解结案的案件也极为有限，大部分劳动纠纷被推向仲裁和诉讼，调解的应有地位没有体现，我国调解制度的运行效果远未达到其设计的理想目标。

三、强化劳动调解协议效力的有关思考

（一）自愿调解与强制调解相结合

与普通民事案件相比，劳动争议案件有其特殊性，它不仅涉及到劳动合同、劳动报酬，还涉及到劳动安全、劳动条件以及其他社会保障等问题。劳动调解遵循自愿原则，笔者认为这种自愿应当作出区分，需要重新定位。首先，调解组织在进行劳动调解时仍然需要遵循自愿原则。其次，自愿原则并不意味着完全自愿，否则会成为缺乏调解诚意的一方当事人假借调解之名行拖延争议解决时间之实，这显然对另一方当事人是不公平的。特别是在利益争议当中，因争议涉及的并非法律问题，而是在谈判过程中主张的现有权利之外的新权利，需要通过大量的面对面沟通、谈判方能解决，若采取自愿调解原则，因此类争议劳动者一方当事人人数众多，使其达成进行调解的一致意见较为困难，完全遵循自愿调解原则，很可能使这类争议直接越过调解，进入仲裁和诉讼程序，这显然与利益争议的特点

不符，且不利于该类争议良好有效的解决。因此，笔者认为，应按照劳动争议的不同内容而采取不同的调解原则，即权利争议采取自愿调解原则，而利益争议则采取强制调解原则。首先，对于权利争议，因其内容已被法律或合同提前确定，调解、仲裁、诉讼等各种争议解决机制都能很好地解决，可以采取自愿申请，调解过程中民主、自愿达成调解协议，自愿履行劳动争议调解协议的完全自愿调解原则。第二，对于利益争议，因为涉及的利益相对来说比较广，且大多数情况下涉及到公共利益，在解决争议的过程中，要力求维护好所涉及的公共利益。所以对于利益争议，其调解所遵循的自愿原则应有别于对权利争议的调解，采取强制调解更为适宜，即调解是争议解决的必经程序，未经过调解不得进行仲裁或诉讼。但调解是否达成协议，仍应当遵循完全自愿原则，任何一方不得强制对方接受调解协议，否则将违反公平公正原则。

（二）树立劳动调解组织的权威性

由于我国劳动调解组织缺乏中立性，调解组织成员专业素质较差，使劳动调解组织权威性受到劳动争议双方的质疑，很难赢得社会公众的信任，直接影响到调解协议的效力。笔者认为，强化当事人对劳动调解组织的信任，树立劳动调解组织的权威性，具体可以从三个方面入手：首先，整合调解资源，建立区域性、行业性调解组织。如前所述，我国现有的劳动调解组织数量庞大，但实际解决劳动争议的效果并不理想，笔者认为解决这一问题的关键不是增加调解组织和调解人员的数量，而是整合现有的调解资源，通过一定的考核标准，取消那些解决争议数量较少的调解组织，集中优势调解资源按照一定的区域、行业建立调解组织，这样既可以节约调解资源，又可以发挥优势资源有效解决劳动争议。其次，提高调解组织的中立性。提高调解组织的中立性可以从增强调解人员的独立性入手，在一定的区域或者行业范围内，建立劳动争议调解员名册，统一选任素质较高的人员担任调解员，调解员应当包含企业团体代表、工会团体代表、区域内行业内具有威信的中立人员，且各自数量应当成比例。最后，提高劳动调解员的专业性。劳动调解是劳动争议处理的重要防线，劳动调解员必须具备一定的素质。作为一名合格的劳动调解员，公正、有耐心、具备过硬的业务素质和综合能力是必需的。随着社会的高速发展，我国的劳动争议呈现出复杂化趋势，不仅有传统的工资、加班费、经济补偿金等争议，还出现了竞业限制争议、培训争议等，对调解人员

的法律知识储备提出了更高的要求。劳动调解组织应当更多地吸纳专业人才，组建专业化调解队伍。运用人力资源管理的知识，在调解员的招聘、培训、薪酬、绩效等方面进行规划，坚持高标准选配有知识、有文化、有能力的劳动争议调解员。应当定期组织调解员进行知识学习，拓展更新调解人员的知识储备。进一步完善劳动调解员的考核制度、奖惩制度，对于那些考核不合格、绩效低下的调解员及时淘汰，对成绩突出的加以奖励，使调解员队伍逐步走向职业化。

（三）建立调解协议公正制度

劳动争议的内容具有多样性，调解形式较为自由和灵活，这样虽然可以充分体现争议双方的意思自治，但劳动调解协议没有统一的规范样式，在一定程度上影响了调解协议的效力。因此，可以在劳动调解协议的形式上作出规范，并允许争议双方凭借调解协议申请公正，经过公正的调解协议可以申请法院强制执行，以增加劳动调解的公信力，加固劳动调解协议的法律效力。

1、应当以民事合同的条款来规范调解协议的内容和样式。劳动调解协议具有劳动合同的效力，在制作调解协议时，可以参照《合同法》、《劳动合同法》对合同的有关规范制作调解协议，诸如当事人、标的、履行期限、违约金等作为参考，力求调解协议在内容上和形式上与民事合同相一致，使调解协议更加规范化。

2、对于已经生效的调解协议允许当事人申请公正。调解协议可以通过国家公证机关进行确认和公正，确保其公信力和执行力。劳动争议调解协议生效以后，可以由争议一方或者双方当事人将劳动争议协议送交当地的公证机关进行公正。经过国家机关公正之后的调解协议，其法律效力的加固程度，应根据调解协议内容的不同而有所区分：首先，一般调解协议，经过公正具有证据效力，可以作为人民法院裁判的依据。根据《民事诉讼法》第 69 条的规定，⁴²经过公正的文书，可以作为人民法院认定案件事实的依据，因此，国家公正机关公证之后的劳动争议调解协议具有很强的公信力。劳动争议调解协议一旦经过公证就具有法律效力，当事人双反必须履行自己的义务并不得擅自变更或者解除协议。一方当事人如果违法协议，另一方当事人起诉，经公证的劳动争议调解协议可以作为法律上的证据，法院无需重新审查证据，可以直接根据经公证的调解协议进行裁判。其次，具有特定给付内容的调解协议，经过公正，一方当事人不履行，对方当事人可以

42 《民事诉讼法》第六十九条 经过法定程序公证证明的法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据，但有相反证据足以推翻公证证明的除外。

申请法院强制执行。根据《民事诉讼法》第 238 条第 1 款的规定，⁴³经过公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书，一方当事人不履行的，另一方可以申请法院强制执行。具有特定给付内容的调解协议，虽然与前述债权文书有所区别，但其中都具有可支付性内容，且这类调解协议允许当事人申请支付令，表明立法者对于其债权性质的认可。这样，不仅可以有效解决实践中调解协议特别效力形同虚设的尴尬处境，也可以有效解决调解协议得不到履行的情况。

（四）增设相关保障措施

实践中，调解协议生效后，当事人反悔不履行的情况屡见不鲜，这不仅浪费调解资源，增加当事人解决争议的成本，也会影响到整个社会的信用。为此，应当建立一种保障机制，协调配合劳动调解制度的运行。“从经济学的角度分析，调解协议虽然没有强制执行力，但协议的签订却产生了一种信赖利益，不履行协议，就是对这种信赖利益的损害，应当承担对方为此而产生的成本损失。”⁴⁴笔者认为，可以设计相关经济惩罚机制，使不履行调解协议的当事人因毁约而付出相应的代价，以此抑制毁约行为的发生：第一，调解协议中引入违约金条款。

调解协议是争议双方对争议解决达成合意的表现形式，具有信赖利益，任何一方擅自违反约定，不履行调解协议，就侵害了这种可期待的利益，另一方有权主张违约金。因此，可以在劳动调解协议中增加违约金条款。第二，将企业不履行调解协议的行为纳入企业社会信用评价系统。随着社会信用体系的发展，企业的信用行为越来越多的囊括到社会信用体系中，便于社会公众获取企业的诚信状况。将企业遵守调解协议的情况纳入企业社会信用评价系统，对于不履约行为予以公示，使其在贸易往来，银行贷款，资本融资等方面受到负面影响，促使其在以后自觉履行协议。第三，建立违约者承担调解费用的机制。劳动调解组织主持调解，各方主体需要花费相应的人力、物力、财力，一方在调解协议生效后不履行调解协议，则意味着之前付出的努力全部付诸东流，调解成本遭到浪费，这种资源损失也应当由不履行调解协议的一方承担。

⁴³ 《民事诉讼法》第二百三十八条 对公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行，受申请的人民法院应当执行。

⁴⁴ 侯海军：《我国劳动争议调解制度存在问题的分析及改革设想》，载《中国集体经济》，2016 年 16 期。

人力资源社会保障行政审批制度改革的路径选择

刘文华

【摘要】党的十八大以来，新一届政府大力推进简政放权放管结合优化服务，行政审批制度改革不断深化，市场活力竞相迸发，政府职能不断回归本位。由于受制度机制、部门利益、管理能力和行政习惯等因素的制约，行政审批制度改革仍然面临许多困难和问题。本文以人力资源社会保障（以下简称“人社”）领域为行政审批制度改革的研究对象，分析改革形势和面临的困难，以期探索出一条行政审批制度改革的新路径。

【关键词】 人力资源社会保障 行政审批制度改革

一、人社行政审批制度改革形势分析

人力资源社会保障部门是政府的重要组成部分，推进行政审批制度改革，既要顺应各级政府简政放权、放管结合、优化服务改革要求，依法做好放、管、服工作，又要立足自身职能，以群众需求和市场需求为导向，把改革的要求贯穿于保障民生、服务发展、维护稳定等各项工作始终。

1、推进行政管理体制改革的要在行政审批制度改革上率先取得突破。深化行政管理体制改革，不仅是加强政府自身建设和提高政府公信力的需要，也是顺应上层建筑要适应经济基础这个客观规律的必然要求，其核心是转变政府职能，即推动政府职能向创造良好发展环境、提供优质公共服务、维护社会公平正义转变。新一届中央政府多次强调，下好简政放权“先手棋”，以政府权力的“减法”换取市场活力的“加法”。行政审批制度改革是推进简政放权的重要突破口，相对于政府组织结构改革、行政层级改革、机构编制改革等其他行政体制改革事项，具有推进快、见效快的特点。因此，行政审批制度改革在行政管理体制改革中发挥了“排头兵”的作用。本届中央政府执政以来，先后印发了行政审批制度改革系列文件，累计分9批取消和下放国务院行政审批事项618项，彻底取消非行政许可审批，通过放宽规制、放松管制，进一步减少了政府对微观行为的干预，更好地发挥了市场在资源配置中的决定性作用。

2、“大众创业、万众创新”对行政审批制度改革形成倒逼机制。现阶段，我国经济发展进入新常态，呈现出速度变化、结构优化、动力转化等特点，经济增速由高速转向中高速，经济水平由中低端迈向中高端。大众创业、万众创新成为新常态下经济发展的重要引擎。由于行政审批项目过多、审批环节冗长，无形中为创新创业设置了“玻璃门”、“旋转门”、“弹簧门”，就业难、创业难、融资难等系列难题成为制约经济发展的重要因素。为此，必须从深化行政审批制度改革入手，降低创新创业准入门槛，给市场主体松绑，为创新创业搭台，进一步激发创新动能，释放发展活力。比如，在深化职业资格改革方面，国务院近年共分6批公布取消的319项职业资格许可和认定，严格按法律法规规定设置准入类职业资格，并逐步建立由社会组织开展水平评价的职业资格制度，降低了一些行业市场主体创业就业的门槛，形成了有利于营造大众创新、万众创业的公平环境。

3、全面推进法治人社建设对行政审批制度改革作出了规范要求。2015年7月，人社部出台了《关于全面推进人力资源和社会保障部门法治建设的指导意见》，要求继续深化行政审批制度改革，对保留的行政审批事项，实行“一个窗口”办理，制定行政审批事项服务指南、审查工作细则，推进网上办理，加强对管理事项的事中事后监管。特别是从《行政许可法》要求的“一个窗口受理”到文件规定的“一个窗口办理”，行政审批管理方式发生了重大改变，不仅涉及到行政审批权力在部门内部的重新划分，而且涉及到行政审批程序的流程再造，改革协调难度大、矛盾和困难多，必须积极稳慎推进。“一个窗口”办理的实现，将大大简化行政审批内部运行流程，减少行政审批环节，提高行政审批效率，实现行政审批规范化、高效化、法治化。

4、权力清单、负面清单、责任清单制度为行政审批制度改革提供了重要思路。新一届中央政府实施权力清单、负面清单、责任清单等三个清单制度，是行政机关“法定职责必须为、法无授权不可为”和市场主体“法无授权即可为”的具体实践。三个清单的制定都是以法律法规为依据的，对依法开展行政审批具有重要指导意义。首先，行政许可是权力清单的一项重要内容，权力清单中的行政许可目录为行政审批目录的重要组成部分，按照“清单之外无权力”的理论，不得在权力清单之外设立行政许可项目，实施行政许可；其次，通过建立禁止准入类和限制准入类事项清单，明确外商投资和市场准入禁止和限制的领域，要求负

面清单之外的事项不得实施准入行政审批；最后，责任清单明确了政府责任，为开展行政审批后续监管提供了重要依据。

二、人社行政审批制度改革的困难和问题

近年来，人社部门积极推进行政审批制度改革，全面开展行政审批项目清理，公布审批目录清单；取消和下放了大批行政审批项目；修订了一批人社领域的法律法规规章和规范性文件，规范行政审批项目设置，顺应了落实商事制度改革要求。随着改革的深入推进，改革的困难越来越多，表现为项目清理难、下放接管难、优化流程难、后续监管难等。

1、行政审批项目清理困难重重。一是行政许可项目内容交叉重叠。人力资源社会保障部由原劳动保障部和人事部整合而成，由于部门分割，人力资源市场分为劳动力市场和人才市场。为规范市场管理，原劳动保障部出台了《劳动力市场管理规定》，原人事部出台了《人才市场管理规定》，分别设定了职业介绍许可和人才中介服务许可。《劳动力市场管理规定》废止后，设立职业中介机构许可的规定由《就业服务与就业管理规定》替代。目前，劳动力市场与人才市场整合已基本完成，职业中介机构与人才中介机构业务范围难以有效区分，而设立职业中介机构许可与设立人才中介服务机构许可同时并存，不利于建立统一规范的人力资源市场，在一定程度上可能限制市场配置资源的作用。二是非行政许可审批项目清理标准不一。《行政许可法》实施后，行政许可的设立逐步规范，而不属于《行政许可法》调整的各类非行政许可审批事项成为行政管理的重要方式。由于任意位阶的规范性文件均可设立非行政许可审批，不少以“红头文件”设定的管理事项，包括登记、备案、审定、年检、认证、监制、检查、鉴定等，导致非行政许可审批项目繁多，标准难以把握，有的将其项目进行分解，有的将其变换名称，清理起来非常困难，漏清现象非常普遍。三是各级人社部门审批权限难以厘清。一方面，不同行政层级的人社部门共同审批同一项目，有的按区域管辖、有的按登记机关管辖，存在管理权限不明确、相互交叉等问题。另一方面，同一行政审批事项须经不同层级的人社部门层层审核后再作出审批决定，如高级专业技术职务任职核准由县初审、市复审、省级人社部门再组织评审委员会终审，各级人社部门权限如何分配、标准如何把握、责任如何承担等都需要进一步研究。

2、行政审批项目取消、下放衔接不畅。一是下放项目缺乏统筹协调。在推

进行行政审批项目下放时，当地方规定与上级部门规定不一致时，人社部门在地方政府与上级部门之间缺乏有效的衔接沟通，导致审批项目下放不平衡、不协调、不统一。如《劳务派遣行政许可实施办法》第三条第二款规定，县级以上地方人力资源社会保障行政部门按照省、自治区、直辖市人力资源社会保障行政部门确定的许可管辖分工。某省人社部门根据该规定，将劳务派遣行政许可权下放至地级市人社部门，某市政府又再次下放到县级人社部门，省级部门与市政府行政审批制度改革步调不一致，形成了各自为战的局面。二是下放项目缺乏科学论证。在推进行政审批项目下放时，有的地方受政绩冲动等因素的影响，采取“运动式”、“一刀切”等激进方式推进，单纯以取消或下放行政审批的项目数量、缩减行政审批的时限、减少的中介服务事项等因素来衡量行政审批改革的效果，忽视了行政审批在行政管理中的内在价值，行政审批改革偏离了正确的方向。比如，某省在推进省直管县体制改革中，要求将所有下放至地级市的行政审批项目不计条件地下放到试点县管理。按这一规定，必须将原下放至地级市的外国人就业审批项目下放至试点县，而与之相关联的外事、卫生检疫等部门的配套服务事项在试点县无法办理，下放后要跑几个城市办理，提高了成本，降低了办理效率；且有的试点县办理外国人就业审批事项极少，不利于管理。三是承接能力有限，容易陷入“一放就乱”的困局。一方面，基层人社部门行政审批制度改革刚起步，没有实现一个窗口受理。许多审批项目下放后没有相应的部门承接，基层部门存在“不愿接、不敢接”等思想。项目下放后，上级部门当“甩手掌柜”，一放了之，缺少必要的业务培训，缺乏对下放行政审批项目的监督，基层办理能力难提高，出现“接不住、管不好”的现象。另一方面，一些行政审批事项下放后，交由行业协会等社会组织管理，有的协会组织发育不完善，难以承接取消的事项。比如，职业资格清理完成后，所有水平评价类职业资格交由社会组织进行，许多行业组织机构建设不完善、市场化程度不高，没有建立规范的评价标准、评价程序，自律能力不强，难以公开公平公正开展职业技能评价。

3、行政审批程序与依法行政要求不相适应。一是受理窗口职能弱化。早在10多年前，《行政许可法》就对相对集中办理行政许可事项作出了规定，明确行政机关应确定一个机构受理行政许可申请，统一送达行政许可决定。但这一规定一直未能有效落实，目前仍有许多地方人社部门由各个业务机构自行受理、自行

办理、自行送达，没有进行集中。有的虽然设立了统一窗口，但窗口扮演着“邮递员”的角色，不对申请的资料要件进行审查，不告知需要补充的材料，不开具受理通知单，只是将申请资料原原本本地传送给业务机构，没有发挥窗口应有的受理审核功能。有的窗口受理后，业务机构仍然对申请人提出各种要求，导致申请人既要跑窗口，又要跑业务机构，“两头跑”现象没得到根本遏制等等。二是网上审批流于形式。当前，各级人社部门积极建立网上行政审批平台，并同步建立网络审批电子监察系统，对行政审批全流程实时监督。但在实际操作中，一般实行的是线上与线下两条线平行运作，网上审批平台并未脱离现场办理。要么是申请人网上提交资料后，还需要到现场提交资料；要么是申请人现场提交资料后，办理窗口再将申请信息录入网上平台，没有真正起到“信息跑路”的作用。有的审批机关为逃避网上电子监察，在受理申请资料后不按规定时限录入网上平台，而是等到将要作出审批决定时再录入，没有时效意识，超期办理时有发生，却给监督者“高效快捷”的假像。三是非许可审批程序建设滞后。非行政许可大多由行政机关自行设立，为了管理的方便，行政机关往往会过多地增加申请人的义务，要求报送的资料多、标准严，任意增加前置条件。同时减少自身的义务，受理资料后不出具受理单，不履行一次性告知，没有办理时限规定，久拖不办。办理标准不统一，自由裁量权过大，审批结果具有很大的随意性、自由性。当申请人不服非行政许可审批决定，不告知法律救济途径，申请人权益受损。

4、行政审批后续监管措施乏力。一是监管责任不明。在计划经济体制下注重运用审批实施行政管理的思维一直延续下来，形成了“重审批、轻监管”的懒政思想。同级政府部门之间、上下级部门之间以及部门内部都不同程度地存在着争抢审批权力、推诿监管责任的现象。同级政府部门对共同审批的事项监管推诿扯皮，出现管理“真空”；上下级部门对监管责任划分持不同意见，如省级部门负责省属企业参保登记，同时委托省属企业所在地的市级部门对社保登记情况开展行政执法，市级部门存在不愿管的现象；在部门内部，行政审批权集中后，业务机构认为监管责任也应由审批机构承担，不想再进行监管，内部监管责任不明确。二是监管范围太窄。有的对政府职能定位缺乏正确定位，对市场干预的有限性和市场监管的无限性缺乏正确的认识，对“谁审批、谁监管”存在错误的理解。认为不审批就不用监管，监管范围只限于审批的对象，对一些未经审批的非法经

营行为缺乏必要的监督管理，日常检查少、行政处理少、行政处罚更少，默许或纵容其违法行为，或以以监管代替审批，市场秩序混乱，导致行业出现管理失控、失序运营的状况。同时，给权力寻租、暗箱操作带来机会，腐败行为极易发生。三是监管方式单一。监管方式仅限于年检年审、年度报告、专项检查等，搞形式、走过场比较多，日常监管、综合监管、联动监管统筹开展不够，平时监管不及时、不到位，一出问题才搞突击检查。对法律、市场和技术手段综合运用不够，在法律手段方面，重处罚轻整改；在市场手段方面，检查处理结果运用不够，没有起到示范带动和惩戒威慑作用；在技术手段方面，相应的设计标准、生产标准、检测标准等标准不完善，难以对违法行为进行准确性。

三、推进人社行政审批制度改革的路径选择

人社行政审批制度改革应从精简职能入手，在项目设置上依法科学，在流程设置上删繁就简，在后续监管上创新突破，以职能的取消和下放促管理方式转变，以审批程序的优化促效率提升，以监管水平的提升促公平公正。

1、全面清理行政审批事项。一是清理行政许可项目。遵循《行政许可法》关于行政许可项目的设置的规定，对人社法律法规规章中的行政许可项目进行全面清理，列明行政许可名称、许可对象、实施依据和实施主体等要素，对审批内容交叉或相近的职业介绍许可和人才中介服务许可，要积极推进修法进程，通过修订法律法规合并行政许可。同时，根据商事制度改革的要求，又将涉及机构设立的行政许可分为前置许可和后置许可。对一些上位法律法规已经作出修改将前置许可变为后置许可的，各地应加快修改地方法规规章，作出相应修改。比如，《就业促进法》修改将设立职业中介机构许可更改为后置许可，《人力资源社会保障部关于修改部分规章的决定》修改了7件规章，对设立人才中介服务机构的行政许可方式进行了调整、降低了设立中外合作职业培训机构的许可条件等，各地也要及时修改地方法规规章，达到降低门槛、放活市场的目的。在全面实施企业“三证合一”基础上，再整合社会保险登记证和统计登记证，实现“五证合一、一照一码”，降低创业准入的制度成本。二是清理非许可审批项目。对非行政许可审批项目的识别，至今没有一个公认的定论，与行政许可项目的清理相比，存在一定的难度。在清理时，应主要从依申请、经过审核批准、被动管理等形式要件上来把握，同时考虑申请目的、行政干预、可诉性、法律责任等因素。要把所

有现行有效的法律法规规范性文件作为清理的依据，尽量做到应清尽清。为便于梳理，可将非行政许可审批分为面向公民、法人和其他组织的外部审批和行政机关内部审批。对直接关系到行政相对人利益的外部行政审批，凡不符合法律规定、利用“红头文件”设定的项目应一律取消，确有必要保留的，通过立法上升为行政许可、调整为其他行政权力等方式规范项目设置；内部行政审批则是指《行政许可法》第三条第二款规定的“有关行政机关对其他机关或者对其直接管理的事业单位的人事、财务、外事等事项的审批”，可从行政管理的需要设置并进行规范。三是清理职业资格项目。统筹推进清理职业资格许可与减少行政审批事项，建立国家职业资格目录清单管理制度，并明确行政许可类和水平评价类的职业，让广大劳动者和单位在选择考证时有准确的参考依据。对不涉及国家安全、人身安全、食品安全以及环境安全等，原则上都应该让市场发挥决定性作用；对水平类资格评价，应按照市场化原则处理。清单之外一律不得开展职业资格许可和认定工作，清单之内除准入类职业资格外一律不得与就业创业挂钩。四是清理前置审批中介服务项目。全面清理和整合规范各类认证、评估、检查、检测等中介服务，有效解决评审评估事项多、耗时长、费用高等问题。明确清理范围，将人社部门开展行政审批时，要求申请人委托企业、事业单位、社会组织等机构开展的作为行政审批受理条件的有偿服务全面清理。对缺乏法律法规依据的自行设立的行政审批中介服务项目一律予以取消。确实有必要保留而缺乏设立依据的项目，应尽快通过立法形式保证其合法性。编制中介服务项目清单，明确中介服务项目的名称、性质与类别、设置依据等，推进目录化管理。

2、科学下放行政审批项目。一是合理下放。行政审批事项下放应坚持法治原则、理性原则，坚持市场导向、需求导向，尊重行政审批的价值属性，从预防控制风险、优化配置资源、维护正常秩序、提供公信支持等功能出发，逐项分析论证，充分考虑申请人需求、行政审批配套服务、基层办理能力、审批的业务量等各方面因素。继续加大放权力度，把该放的权力放出去，能取消的要尽量取消，直接放给市场和社会。对于国家和省级部门下放到县的行政审批项目，要一放到底，不得层层截留；对于省、市均依法具有审批权的项目，可以根据本地实际情况，按照就近、就地、方便服务、有利监管的原则下放。比如，《就业服务与就业管理规定》明确，设立职业中介机构，应当向当地县级以上劳动保障行政部门

提出申请；《湖南省人力资源市场条例》进一步明确，从事职业介绍服务，应当向县级人民政府人力资源社会保障部门申请取得行政许可，直接将许可权设定在县级，从立法上实现了许可项目的下放。对一些关联服务在基层无法办理、审批业务量很小的外国人就业许可、外国专家许可等项目，应从方便申请人、节约行政成本等方面考虑，在不同地区区分对待，不搞“一刀切”。二是有序承接。加强上下级部门的工作衔接，明确责任分工，落实工作要求，避免上下脱节。上级部门要制定政策订标准，统一行政审批项目、申报材料、审批流程、文书格式，加强业务指导，组织专题业务培训，促进基层部门科学高效行使审批权，不断提高工作能力和服务水平。要在人才、经费、技术、装备等方面予以保障，确保基层接得住、管得好。下级部门要要结合具体下放权限，主动与上级对应部门对接梳理各项权限涉及的类别、法律法规和政策依据、申请对象、办事标准、要求和时限，编制本地承接权限的事项目录、操作规范及流程图，切实把下放的审批事项接好管好。同时，要积极促进政企分开、政事分开，培育和壮大行业协会，探索建立一业多会，破除中介垄断，引领制定相关行业评价服务标准和竞争规则，实现良性竞争；引导其有序承接下放给社会的审批项目，激发社会组织的活力，提高社会组织的自我管理能力和水平。三是动态管理。在行政审批项目清理、取消、下放的基础上，各级人社部门应建立行政审批目录清单。在取消面向公民、法人和其他组织的非行政许可审批项目后，行政审批事项只包括行政许可事项和政府内部审批事项。要分类建立目录清单，向社会公开目前保留的行政审批事项清单，锁定各级人社部门行政审批项目“底数”，主动接受社会监督。严控新增行政审批项目，除法律、行政法规、地方性法规新增的行政审批项目和上级部门下放的行政审批项目外，不得增加其他行政审批项目。加强顶层规范性文件管理，避免规范性文件习惯性设定审批内容的流程或者环节，不得“备案”、“审核”、“认定”、“同意”等形式变相设立行政审批项目。实施行政审批目录动态管理，对审批设定依据被废止、修订或国务院予以取消或调整的，与现实管理要求不相适应、难以达到管理目的的，以及随着经济社会发展相关法规确定的事项难以适应的，要及时提出意见，按法定程序予以取消、调整管理权限或提请修订相关法规。

3、着力优化行政审批办理程序。一是推进行政审批权内部集中。以行政审

批资源集成为导向,将人力资源和社会保障部门分散在各业务机构的审批权力进行集中,所有将行政审批职能、审批事项、审批人员集中到一个内设机构,授权委托该机构办理,统一行使行政许可受理决定权、审批权、组织协调权、制证权、送达权、应诉代理权等权力,实现“一个窗口受理、一个处室审核、一个领导审批、一个公章办结”,落实行政审批统一受理、统一办理、统一送达,形成整体性管理、一体化运作、无缝隙衔接的审批运行流程。二是优化行政审批程序。严格落实受理单制度、一次性告知制度、限时承诺制度、文书示范制度,规范行政审批标准。积极规范行政审批自由裁量权,细化“批不批”的标准和规则,做到同案同办,统一审批标准。编制行政审批服务指南,对每项行政审批事项列明设定依据、申请条件、申请材料、基本流程、审批时限、收费依据及标准、审批决定证件、年检要求、注意事项等内容,做到具体翔实、一目了然,为申请人提供详细指引。结合各项行政审批的特点,全面开展行政审批运转流程优化再造,明确在申请、受理、审查、听证、决定、告知、送达等各个环节岗位责任人、工作内容、审核标准、工作时限、监督方式等要素,制作行政审批流程图,并对外进行公布。特别是对一些政府内部审批行为,由于法律规定的缺失,相关程序规定很不规范,需要在充分征求被管理对象的基础上,进一步明确备案、核准的权限、范围、时限等,优化工作流程,防止久拖不结。三是推进行政审批网上办理。探索实施“互联网+行政审批”新模式,在部门网上政务中心设立网上行政审批政务平台专门模块,录入所有行政审批事项,推进行政审批事项“网上申请、网上办理、网上反馈”的全流程服务。按照行政审批程序要求在网上设置审批流程,并按照流程逐项、逐级审批,申请人可以登录平台直接申请办理行政审批事项,并可及时查询本人申请事项的办理状态和办理结果,做到数据开放、信息共享和智能管理。严格实施线上办理与线下办理相分离的工作机制,凡是在网上申请的,一律在网上受理、审核、告知、送达,不得要求当事人现场提交各类资料,防止流于形式,真正发挥互联网“数据跑腿”作用。四是加强行政审批监督。建立重大行政审批事项法制审核制度,重点审查是否具有审批权限、是否听取利益相关人的意见、是否按要求组织听证、是否按照商事制度改革要求实施后置审批、是否为申请人指定中介服务。建立行政审批电子监察系统,实行每个办理环节的全程监控,实现案件监督管理从静态监督向动态的全过程监督转变。拓展监督渠

道，通过视频监控、服务对象评价、民意调查等手段，建立多方共同参与的审批权力监督管理体系。完善行政审批责任追究制度，细化责任追究的标准和情节，防止利用行政审批权“设租”、“寻租”。

4、切实加强行政审批后续监管。一是明确监管责任。共同审批的，要加强协调配合，严格按法律法规的规定履行监管职责；对涉及机构设立审批的，要加强与登记机关协调，实现监管信息的互联互通、联动响应；对涉嫌违法犯罪的，要依法移送司法机关，形成分工明确、沟通顺畅、齐抓共管的监管格局。在上下级人社部门监管责任的划分上，一方面，应遵循“谁审批、谁监管”的原则，由审批机关对审批事项实施监管；另一方面，按照有利于综合执法、重心下沉、强化地方监管责任的原则，实施属地管辖。比如，设立技工学校审批在省级，许可实施地在市级或县级，省级部门重点对年度工作开展等实施宏观监管，地方部门则重点加强日常监管，并在上下级部门之间建立抄告制度，切实增强监管合力。在部门内部，应由审批机构审批、业务机构监管，即审批的不监管、监管的不审批，从源头上解决“批管不分”、“以批代管”、“以管代批”等现象的发生。二是拓展监管范围。一方面，把行政审批前置中介服务纳入监管范围。规范中介服务收费，完善价格制度，大力放开中介服务收费价格管制，由市场决定中介服务价格；对少数涉及公共安全的政府定价和政府指导价的中介服务项目，应建立成本监审机制合理确定价格水平。打破行业垄断与区域壁垒，不得指定或变相指定中介机构提供行政审批中介服务，不得通过划分服务区域等形式变相垄断中介市场。探索建立跨区域的“中介服务信息平台”，将中介服务评价信息、信用记录和违规从业处理结果及时向公众公布，为服务对象提供参考。另一方面，在对审批项目加强后续监管的同时，加强平时市场巡查、检查力度，大力打击未经审批的非法经营行为，促进市场公平，维护市场秩序。三是创新监管方式。普遍推广随机抽取检查对象、随机选派执法检查人员的“双随机”抽查机制，建立健全审批对象名录库和执法检查人员名录库，通过摇号等方式，从审批对象名录库中随机抽取检查对象，从执法检查人员名录库中随机选派执法检查人员，排除人情因素的干扰。建立审批对象信用信息公开制度，依托统一的信用信息公示系统，将对审批对象开展执法检查、行政处罚、问题整改等方面的情况进行公示，建立失信黑名单制度，形成“一处违法，处处受限”的联合惩戒机制。建立行业协会

商会参与监管的工作机制，发挥行业协会商会在权益保护、资质认定、纠纷处理、失信惩戒等方面的作用，通过政府购买服务等方式，委托行业协会商会开展信用评价、咨询服务、法律培训、监管效果评估，推进监管执法和行业自律的良性互动。

【参考文献】

- 1、尹蔚民，杨志明，孔昌生. 人力资源和社会保障法制[M]. 中国劳动社会保障出版社，2012. 12.
- 2、张定安. 全面推进地方政府简政放权和行政审批制度改革的对策建议[J]. 中国行政管理，2014(8).
- 3、周文彰. 关于行政审批制度改革的几点思考[J]. 中国行政管理，2015(9).

我国劳动保障监察制度存在的问题及其对策研究

肖进成⁴⁵

【摘要】面对劳动关系的多元化、复杂化，以及日趋完备的劳动法律法规，我国的劳动保障监察，无论在监察理念、制度建设，还是执行能力方面都面临着巨大的挑战。缺编制、缺经费、缺支持、缺手段等问题，严重制约了劳动保障监督检查作用的有效发挥。应提高立法界位，并通过重构劳动保障监察领导体制、合理界定劳动保障监察范围、适度赋予劳动保障监察机构强制手段和措施、加强劳动保障监察队伍建设、落实经费财政保障制度等措施，完善我国劳动保障监察制度。

【关键词】劳动保障监察；立法；体制；范围；强制措施；强制执行权

一、问题的提出

劳动保障监察，是指“由人力资源社会保障行政主管部门对发生劳动关系的用人单位、劳动者以及其他社会组织遵守劳动法律、法规、规章情况进行检查并对违法行为予以处罚的执法活动的总称。”⁴⁶[1]国际劳工组织认为：“劳动监察是一项公共职能，一项政府责任，要作为一种制度加以组建，并纳入国家行政体系中，目的是管理社会和劳动政策并监督其实施，使之符合立法和标准。”⁴⁷[2]因此，“劳动监察被看作是一种事实上必需的国家干预责任，一种保护劳动者身心健康所必需的政府法定义务。”⁴⁸[3]劳动保障监察人员的定位应是“社会警察”。在市场经济条件下，有劳动就应当有劳动监察。“没有监察，劳动立法只是一种道德运用，而不是有约束力的社会纪律。”⁴⁹[4]我国劳动保障监察制度产生于建国之初，其标志是1950年政务院发布的《关于各省人民政府劳动局与当地国营企业工作关系的决定》。随着我国市场经济体制的建立，1993年8月4日，原劳动部发布《劳动监察规定》（劳部法[1993]167号），对企业执行劳动法律法规情况

⁴⁵**作者简介：**肖进成（1965—），男，甘肃民勤县人，北方民族大学法学院教授，法学硕士，硕士研究生导师。主要从事劳动法与社会保障法学、诉讼法学研究。

[1] 常凯. 劳动法[M]. 北京：高等教育出版社，2011：590.

[2] 杨莹译. 全球行动：劳动监察（一）[J]. 现代职业安全，2007（02）：62.

[3] 德·李希霍芬. 劳动监察[M]. 北京：中国劳动和社会保障出版社，2004：7.

[4] 德·李希霍芬. 劳动监察[M]. 北京：中国劳动和社会保障出版社，2004：6.

进行监察做出了具体规定,在全国开展除了劳动安全监察以外的其他方面的劳动监察。1994年7月4日,全国人大常委会颁布《劳动法》,专设“监督检查”一章,使劳动监察有了实体法上的依据。紧随其后,原劳动部相继制定颁布了与《劳动法》相配套的《劳动监察员管理办法》、《劳动监察员准则》、《劳动监察程序规定》和《处理举报劳动违法行为规定》等一系列规定,为劳动监察执法提供了基本的依据。2004年10月26日,国务院第68次常务会议通过《劳动保障监察条例》,2004年11月1日以中华人民共和国国务院令(第423号)公布,于2004年12月1日正式实施。2004年12月31号,《关于实施〈劳动保障监察条例〉若干规定》(中华人民共和国劳动和社会保障部令第25号)正式颁布,自2005年2月1日起施行。《劳动保障监察条例》在总结实践经验的基础上,对劳动保障监察的主体、对象、范围和程序,监察机构和监察员的职责、法律责任等方面都做出明确规定。《劳动保障监察条例》的出台标志着我国劳动监察立法上升到了一个更高的层次,使劳动保障监察建立在统一的法规依据之上。之后颁布实施的《劳动合同法》(中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议2007年6月29日通过,自2008年1月1日起施行)、《就业促进法》(2007年8月30日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过、自2008年1月1日起施行)、《社会保险法》(中华人民共和国第十一届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议2010年10月28日通过,自2011年7月1日起施行)等均专设“监督检查”一章,对劳动监督检查作了相应的明确规定,初步构建了我国的劳动保障监察法律体系,为建立和发展我国劳动保障监察制度提供了法律依据和处理规则,劳动保障监察机构也依据这些规定查处了大量违反劳动法律法规、侵犯劳动者合法权益的案件。但是,近年来,公众关心的很多热点事件,如各地矿难、农民工讨薪、“富士康跳楼事件”、黑砖窑事件等暴露出在一些地方劳动保障监察的缺位或反应迟缓,劳动保障法律法规形同虚设,劳动者的合法权益受到肆意侵害,损害了社会公平正义,影响了社会和谐稳定,客观上也暴露出我国现行劳动保障监察制度存在的缺陷。人力资源社会保障部办公厅《关于进一步加强劳动保障监察队伍作风建设的通知》(人社厅发〔2013〕49号)明确指出:“当前,部分用人单位拖欠劳动者工资、不签订劳动合同、不缴纳社会保险费、违法超时加班等违法行为仍时有发生,使用童工、强迫劳动等严重违法行为尚未

完全杜绝。随着新的劳动保障法律法规不断出台，劳动保障监察的监管范围不断扩大、监管对象和监管事项不断增多，劳动保障监察执法任务更为艰巨，责任更为重大。”^{50[5]}因此，从理论上对劳动保障监察制度运作的内在法律机理作出阐释，从实践上加强和完善我国劳动保障监察制度，不仅具有重要的理论意义，而且具有重要的实践价值。

二、我国劳动监察制度存在的问题

（一）《劳动保障监察条例》阶位较低，规范性不足

作为一项劳动法律制度，劳动保障监察在劳动法律体系中具有特殊的地位。《劳动部关于贯彻实施〈劳动法〉的意见》（劳部发[1994]358号）明确指出：“《劳动法》是劳动法律体系中的基本法，要使其规定的各项基本原则得到很好地贯彻执行。还必须制定与之配套的《促进就业法》、《劳动合同法》、《工资法》、《安全生产法》、《劳动保护法》、《职业技能开发法》、《社会保险法》、《劳动争议处理法》和《劳动监察法》等单项法律和法规，形成完善的劳动法律体系。”到目前为止，在国家立法层面上，《劳动合同法》、《就业促进法》、《劳动争议调解仲裁法》、《社会保险法》、《职业病防治法》，以及与之相配套的各项行政法规、司法解释、部门规章等相继出台并实施，但是，有关劳动保障监察的基础性法律却是由国务院出台的《劳动保障监察条例》，层级较低，效力不足。致使其权威性、规范性、强制性不足，且可操作性不强，导致地方性法规、规章形式多样，内容繁杂，妨碍了劳动保障监察的统一化进程，也在一定程度上说明了以行政法规颁布的《劳动监察条例》在层级和效力上存在的缺陷。

（二）双重领导体制使劳动保障监察监督难以有效发挥作用

根据《劳动保障监察条例》第三条、第五条的规定，我国劳动保障监察实行双重管理体制：在横向的关系上，各级劳动监察机关是同级政府下属的一个常设机构，是本级人民政府行使劳动监察职能的专门机构，受地方政府的领导，其人力、物力、财力均由同级人民政府统一调配；在纵向关系上，业务上接受上级监察机构的指导。呈现出分级管理，⁵¹条块结合、⁵²以块为主，⁵³协调指挥⁵⁴的特点。

[5]

⁵¹“分级管理”是指中央劳动保障监察机关和地方劳动保障监察机关分别接受党中央、国务院和各级地方党委、人民政府的管理，不同级别劳动监察机构有业务指导关系，没有直接的上下级隶属关系，而是由对应级别的劳动保障行政部门管理，表现为“块与块”之间的关系。

⁵²“条”与“块”结合必须是“条条领导”与“块块领导”相互配套、互为前提的有机组合。“条”是从上到下的劳动保障监察职能部门业务管理体系，“块”是指地方各级劳动保障监察机关的分层，隶属同级地方党委、政府领导。

目前,我国已初步建成了中央、省、市(地)、县四级劳动保障监察组织体系,实行以同级劳动社会保障行政部门为主导,上级劳动保障监察机构进行业务指导的双重领导体制。同时,由于实行地域管辖的原则,各级地方政府在劳动保障监察中拥有主导权。因此,我国目前地方劳动保障监察管理体制实际上是以“块块”为主,劳动保障行政主管部门只对本级政府负责,即所谓的“块块压过条条”。这种权力结构有效地将每一个劳动保障监察部门置于对本地经济加速发展负有最大责任同时也享有利益的官员手中。从理论上讲,政府既是经济建设的主体,又是社会秩序和社会公正的维护者,在追求经济发展的同时,不能忽视经济和社会发展的平衡,更不能放弃社会公平和正义的维护。但是,劳动保障监察是以劳动用工单位为监察对象的,而用工单位作为经济主体直接影响着地方经济与财政税收收入等。地方政府既要发展经济,又要对用人单位的违法行为进行监督。然而,“当发展经济和保护劳动者权益发生矛盾、冲突时(事实上,这种矛盾、冲突在时时存在),在促进就业、发展经济、社会稳定的要求下,政府的选择基本上都是将保就业、促增长放在第一位,而主动或被迫放弃监管职能。”^{55[6]}实践中所发生的一些严重侵犯劳动者权益的恶性事件,表面上看是劳动保障监察部门不履行职责,但深层次的原因则是“由于实行双重领导体制,同级政府的主要领导能够间接干预行政监察机关的工作。”^{56[7]}“一些地方政府领导担心建立工会、贯彻《劳动法》会影响当地企业发展,使本地经济竞争力下降,从而导致政府对劳动关系的不作为或作为不力。”^{57[8]}有的地方甚至错误地将劳动保障监察同改善投资环境对立起来,以不同的方式对动监察机构开展正常的劳动保障监察活动进行干预,如划定“特别保护单位”、设置事先报批程序、限制检查次数等。而有的企业则“以为地方经济发展做出了贡献而自居,当因违法受到劳动保障行政部门的处理或处罚,不是自觉接受处理并按照规定对违法行为予以改正,而是以种种理由进行推诿扯皮,并千方百计寻求当地政府的庇护,致使劳动保障违法案件的查处工作有始无终。”^{58[8]}有的企业门口动辄挂起“省级、市级重点保护企

53以“块”为主是“块块领导”为主解决具有地方特点的具体地区性问题。

54协调指挥是指不同级别劳动保障监察组织工作需要配合时,只能通过对应的劳动保障行政部门进行协调指挥。

[6] 肖进成. 劳动合同法的理论、实践与创新[M]. 光明日报出版社, 2010. 12

[7] 潘世钦. 完善我国行政监察制度的若干构想[J]. 政治与法律, 1999 (3): 45 .

[8] 郭金心. 中国经济转型中的劳动关系及其协调机制研究[J]. 桂海论丛, 2008 (7):

[8] 曹绪红. 浅议我国基层劳动监察[J]. 中国劳动关系学院学报, 2006 (6): 61.

业”的牌匾。在这种体制之下，劳动保障监察员就成了“刀尖上的舞者”，经常处于两难境地。一方面，用人单位损害劳动者合法权益的案件日益增多，需要加大监察力度。但监察力度大了，一些地方政府就有意见了；另一方面，一旦出现了重大的群体性劳动事件，又要被问责。长期以来，形成了不发生恶性或群体事件不予以处理的“习惯”做法，某些劳动部门干脆采取推诿、拖延等淡化手法。因此，虽不能说双重领导体制是劳动监督检查缺位的必然结果，但在以经济发展和经济效益作为考核干部能力、政绩和决定其升迁等因素的情况下，双重领导体制确实为一些地区的地方政府消极对待甚至干涉劳动保障监督检查提供了可能。

（三）执法力量难以满足执法需求

专业化、高素质的劳动保障监察队伍是确保劳动保障监察机构正常运行的基本保障，尤其在我国劳务派遣、非全日制用工等用工形式的快速发展，灵活就业、异地就业增多、劳动违法案件的复杂性和监管难度急剧增加、疑难案件大量涌现的现阶段，对劳动保障监察人员的专业素质提出了很高的要求。尽管我国一直重视劳动保障监察队伍建设，然而从实际需要看，目前劳动保障监察队伍的质量与实际需要之间差距很大。

1. 专职劳动保障监察人员少，难以满足执法需求。2011年全国人大常委会《劳动合同法》执法检查报告显示，我国现有劳动保障执法专职监察员约2万人，平均每人需要面对1700多户用人单位、近2万名劳动者。笔者所在的宁夏回族自治区，“根据2010年8月调研，宁夏有劳动就业人员328万人，而专职劳动保障监察人员仅有70名。”^{59[9]}近年来，宁夏加大了劳动保障监察队伍的建设力度，全区专职监察人员扩至130多人，各级劳动保障监察机构也不断地完善健全。但是，截止2015年10月底，仍有三个县（区）没有成立机构，而且，就其比例而言，全区监察人员服务职工之比一般也达数万。在陕西省，“到2014年10月末，在陕西省工商部门登记注册的企业约58万户，个体工商户110万户，各类从业人员860万人。国际劳工组织建议各国按照每8000名劳动者配备1名专职劳动保障监察员。照此测算，陕西省应有1075名专职监察员，与现有723名相比较，人员缺口大。”^{60[10]}为弥补人员的不足，有的地方大量采用协管员，如“广州市劳动保障

^[9] 艾福梅. 宁夏出台政策解决劳动保障监察执法力量不足问题[EB/OL].
http://news.xinhuanet.com/politics/2011-01/02/c_12939420.htm.

^[10] 唐善武 赵程昱. 深化行政执法体制改革 全面强化劳动监察效能——浅论陕西省

监察员满编133人，协管员多达949人。……他们不是政府职员却像政府职员那样承担着公共管理职能，甚至代表政府直接管理企业和社会人员。……某市政府通过媒体高调宣传，劳动保障监察协管员，两人同行即可检查企业。”^{61[11]}协管员的使用，虽能在一定程度上缓解专职劳动保障监察人员不足的问题，但这种“准执法化”，无论是权利的来源、执法水平，甚至包括协管员本身权利的保护，都是难以解开的悖论。

2. 经费保障不力。虽然《劳动保障监察条例》第五条明确规定：“县级以上地方各级人民政府应当加强劳动保障监察工作。劳动保障监察所需经费列入本级财政预算。”但由于种种原因，到目前为止，仍有地方政府没有将劳动保障监察所需经费列入本级财政预算。即便是列入本级财政预算的，财政列支的也往往是人头经费，没有专门的办案经费和设备维护费，严重制约了劳动保障监察工作开展。尤其是在一些经济发展缓慢的地方，本来就属“吃饭财政”，所拨经费远只能维持工作人员的工资，有的甚至连工资都不能按时发放，当然无法满足劳动行政执法工作的需要。在陕西省，“从调查统计情况来看，全省还有14个县（区）的财政尚未给劳动保障监察机构核拨正常的执法经费，有1个县的劳动保障监察机构连办公和投诉电话都没有，近几年实际拨付的工作经费和执法需求相比缺口较大。”^{62[12]}实践中，因为劳动行政执法人员缺少必要的交通工具，而耽误监察的时间，缩小检查的范围也是非常普遍的。因为缺少必要的专业设备而不能做深入细致的检查，使得安全隐患不能及时发现和得以纠正的情况也是时有发生。

3. 劳动保障监察员的内在素质尚待提高。劳动保障监察是一种复杂的职业，不但涉及大量的劳动法律法规，而且涉及《行政处罚法》、《行政复议法》、《行政诉讼法》等行政法律法规，对劳动保障监察员的专业素质要求很高。而我国的劳动保障监察机构是伴随着劳动法而生的，大部分是上世纪末本世纪初成立的，人员以部门调剂为主，存在着年龄偏大、文化水平偏低、专业人员较少的弊端。再由于受人员编制的制约，出现了老的退不了，新的进不来的“青黄不接”的局面。在宁夏，笔者调研的六个劳动保障监察机构中，专职劳动保障监察员的平均

提升劳动监察效能的策略[N]. 中国劳动保障报，2014-12-20：003.

[11] 钟玉明. 协管员壮大之谜[J]. 瞭望，2007（37）：12.

[12] 唐善武 赵程昱. 深化行政执法体制改革 全面强化劳动监察效能——浅论陕西省提升劳动监察效能的策略. 中国劳动保障报，2014-12-20：003.

年龄大多数在40岁以上，文化程度以大专占绝大多数。而且大专学历绝大多数也是通过函授等继续教育取得的，且真正的法学专业的少得可怜。

（三）劳动保障监察缺少强制措施和强制执行手段

《劳动保障监察条例》赋予了劳动保障行政部门对用人单位违法行为的监督处罚权。但是，由于没有赋予查封、扣押的强制措施，有时劳动保障行政部门在查处用人单位克扣或者故意拖欠劳动者工资、拒不缴纳社会保险费以及职业中介机构骗取求职者中介服务等严重损害劳动者经济利益的案件时，虽发现用人单位有逃匿或者转移财产迹象，却不能采取查封、扣押其价值相当的财物的强制措施，只能按程序一步一步往下走，先下达整改指令书，等期满后下达处理告知，然后才能下达处理决定。而等到走完上述程序，有的用人单位的法定代表人早已逃之夭夭，人去楼空；有的即便没有逃跑，也早已毁灭、隐匿、编造好了相关的证据材料，⁶³使得许多劳动保障监察案件的调查取证和查处工作难以顺利展开。同时，也造成了有的农民工对劳动监察机构的误解，认为劳动监察机构不尽力。

对于劳动保障行政部门对违法行为的行政处罚或行政处理决定，按照《行政诉讼法》的规定，如果用人单位在指定的期间内不主动履行处罚，必须等到诉讼期满后，才能申请人民法院强制执行。⁶⁴根据最高人民法院的相关司法解释，对行政机关申请人民法院强制执行其具体行政行为的，申请执行的期限是自起诉期限届满之日起三个月。这就意味着劳动保障行政部门处理决定的强制执行至少要在三个月后才能申请法院强制执行。这仅是一种理想状态，如果用人单位提起行政复议、诉讼（一审、二审），至少需要一年的时间，等到可以执行就可能要拖上两年之久。劳动违法案件有其自身的一些特殊性，如克扣、拖欠工资等诸如此类的案件，工资是大部分劳动者及其供养的家庭成员赖以生活的保障，因此具有很强的时间性。不能按期拿到工资，势必影响劳动者的正常生存，小则影响个人生活，大则影响社会和谐稳定。现实中，“在政府帮助民工讨薪的过程中，劳动保障

⁶³ 劳动保障监察工作所检查、调查的法律事实主要是企业管理行为，所涉及的证据材料主要是企业管理规章制度、劳动合同书、工资表、考勤表、帐簿、会计报表以及单位在实施管理行为中所制作的上岗通知书、辞退通知书、罚款通知书、员工绩效考核表等文书，这些材料都是由用人单位设计制作和掌握管理，而劳动保障监察机构在处理拖欠工资、拒不支付加班费、用人单位不与劳动者签订劳动合同等常规案件中，上述材料都是关系到认定事实和处理结果的基础性证据。劳动保障监察工作的取证方式一般为先要求用人单位当场提供，用人单位会提出“领导不在单位”、“会计不单位”、“公章不在单位”等理由拒绝当场提交。这种情况下，执法人员只能依据《劳动保障监察条例》第十五条第三项之规定对用人单位下达《调查询问书》，给用人单位合理的时间再向劳动保障监察机构提交相关材料。这样就势必给我违法用人单位留下篡改、伪造隐匿、毁灭证据的充分时间。并且记载着过去的事实。所以这些材料极易被篡改、伪造隐匿、毁灭。

⁶⁴ 《最高人民法院关于办公厅关于对〈关于请解决劳动监察决定强制执行问题的函〉的答复》（法办〔1998〕69号）二、关于劳动监察决定的强制执行问题。根据《行政诉讼法》、《劳动法》和《劳动监察规定》的规定，劳动和社会保障部门作出的行政处理决定和行政处罚决定，可以依法申请人民法院强制执行。

监察权的内容从两责令一申请演化为催讨和协调，其本身异化为催讨协调权了”^{65[13]}，手段也由本来的执法行为变成了“吓”、“骗”、“哄”，即监察权力的非正式行使。如果通过“吓”、“骗”、“哄”仍不能迫使违法用人单位就范时，实践中，有的劳动保障监察机构只能采取一些非常规的措施，如由政府出面，通过公安机关查封、扣押。如此做法，虽然能迫使一些用人单位偿还拖欠的农民工工资，但合法性明显存在质疑。劳动保障行政处罚或行政处理决定不能及时执行的问题，在一定程度上证明了“一责令两申请”的程序并不能真正解决劳动违法问题，相反，这种繁杂冗长的诉讼执行体制也给违法用人单位逃避责任提供了条件和机会，对劳动保障部门的执法带来了很大的难度，使劳动执法的作用得不到有效发挥，不仅不利于劳动违法案件的查处，不利于职工合法权益的维护，还往往使矛盾激化，甚至升级成群体性事件，影响社会稳定。因此，“就当前我国劳动保障监察实际运行的现状而言，尽管劳动法赋予了劳动行政机关解决劳动争议纠纷的权力，但由于法律在对劳动行政机关行使劳动行政执法权的制度设计上存在着诸多问题，使得劳动行政机关难以有效地运用行政手段遏止用人单位的违法行为。”^{66[14]}

（四）定位模糊

《劳动保障监察条例》所规定的我国劳动保障监察事项可分为三种类型：一是用人单位违反基准性劳动法律规定的行为；二是用人单位违反有关订立、履行劳动合同的法律规定的行为。虽然《劳动保障监察条例》并没有将“劳动合同履行情况”明文列入监察范围，但事实上工资支付、社会保险等问题都是在履行劳动合同过程中发生的。而有的省市则在《劳动保障监察条例》颁布实施后制定劳动保障监察条例，如《宁夏回族自治区劳动保障监察条例》（2006年3月31日自治区第九届人民代表大会常务委员会第二十一次会议通过，自2006年5月1日起施行）、《黑龙江省劳动保障监察条例》（黑龙江省第十一届人民代表大会常务委员会第七次会议于2008年12月19日通过，自2009年4月1日起施行），明文将劳动合同的履行纳入劳动保障监察的事项；三是职业介绍机构、职业技能培训机构、职业技能考核鉴定机构、劳动能力鉴定组织、社会保险经办机构以及

[13] 王伦刚. 劳动监察权运行的法社会学分析——从政府帮助农民工讨薪的现象切入. 天府新论[J], 2011, 05: 86.

[14] 秦国荣. 劳资均衡与劳权保障: 劳动监察制度的内在功能及其实现[J]. 河南省政法管理干部学院学报, 2010 (06): 148

医疗机构、药品经营单位等社会保险服务机构违反国家有关其从业行为规定的行为进行监督检查。由此可见,我国劳动保障监察的受案范围不仅包括用人单位违反基准性法律规范和强制性规范的规定,而且包括违反任意性义务规范的规定。也有学者将“劳动保障监察的职责划分为预防性干预和纠正性干预两类,并且指出劳动保障监察部门在履行劳动保障监察职能的过程中主要是采取以纠正性干预(亦即制裁型模式)为主、预防性干预(亦即促进遵守型模式)为辅的监察办法。”^{67[15]}对用人单位违反基准性法律规范和强制性法律规范进行劳动保障监察,是劳动保障监察的应有之义,但将用人单位违反任意性规范的行为也纳入劳动保障监察的受案范围,表面上看是赋予了劳动保障监察对各种违反劳动法律法规行为的检查监督权,扩大了劳动保障监察的范围,体现了保护劳动者合法权益的立法宗旨,但“实际上劳动保障监察机构的工作重点往往放在解决劳动者与用人单位之间的劳动争议上,其结果一方面偏废了预防性干预职能的履行,另一方面导致了执法检查多,立案处理少,责令改正多,行政处罚少的现象普遍存在。”^{68[16]}而且,由于劳动保障监察的内容多、范围广,劳动保障监察机构在执法过程中,还需要公安、工商、法院、工会、安全、卫生等有关部门的有效协助才能较好地履行职能。虽然《劳动保障监察条例》三条规定:“县级以上各级人民政府有关部门根据各自职责,支持、协助劳动保障行政部门的劳动保障监察工作。”但分工明确、职能清晰、运作协调的联动机制尚未建立,导致实践中互相推诿、无人监察、多头执法、重复监察的现象时有发生,严重影响了劳动保障监察的效率,加大了成本、妨碍了监察功能的发挥。

更为重要的是和劳动争议的调解仲裁、诉讼的受案范围发生重合。通过和《劳动争议调解仲裁法》第二条的规定,劳动争议的受案范围包括:(一)因确认劳动关系发生的争议;(二)因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议;(三)因除名、辞退和辞职、离职发生的争议;(四)因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议;(五)因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议;(六)法律、法规规定的其他劳动争议。同时,该法第九条明确规定:“用人单位违反国家规定,拖欠或者未足额支付劳动报酬,或者拖欠工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金的,劳动者可以向劳动行

[15] 王立明. 论我国劳动保障监察立法与执法的协调[J]. 青海师专学报, 2007(2): 90.

[16] 郑言. 从韩资企业逃逸看我国劳动监察制度的缺位. 山东工商学院学报, 2009(1): 50.

政部门投诉,劳动行政部门应当依法处理”。通过比较,劳动保障监察和劳动争议仲裁、诉讼的关系,不仅呈现出单向关系、⁶⁹互补关系,⁷⁰而且还有选择关系,即劳动仲裁和劳动保障监察都有权受理,劳动者可以选择通过劳动仲裁获得民事救济,也可以选择通过劳动保障监察获得行政救济。在单向关系和互补关系中,劳动保障监察和劳动仲裁均各司其职,两者受案范围的界限很清楚,但在选择关系中,劳动保障监察和劳动仲裁的职能出现了交叉,两者的受案范围呈现出大面积的重合。这种重合,表面上看似劳动者有选择权,即对用人单位违反任意性规范的行为劳动者可以申请仲裁,也可以向劳动保障监察机关投诉,但对劳动者权益的保护并无益处。由于向劳动保障监察机构投诉,既不需要支付费用,耗时相对较少,又不用收集提供证据,尤其是2003年10月27日温家宝总理六个小时内为农妇熊德明成功讨薪的事情传遍大江南北后,劳动者,尤其是农民工,对劳动保障监察的期望值很高,一旦和用人单位发生劳动争议,首选的是到劳动保障监察机构投诉。加之拖欠劳动报酬的案件向劳动保障监察机构投诉和向劳动争议仲裁机构申请仲裁,相同案件可能会获得更多的赔偿,⁷¹以至于大量的拖欠劳动报酬的案件涌入劳动保障监察机构,“劳动保障监察机构由行政执法机构演变为讨薪裁决机构,劳动保障监察的内容由监察违法行为转化为解决工资纠纷”,^{72[18]}致使劳动保障监察机构人少案多的矛盾更加突出,不堪重负。因此,“如何在受案范围以及程序衔接上理顺劳动保障监察与裁审体制的关系,也是在理论及制度上必须面临和解决的重要问题。”^{73[19]}

三、完善我国劳动保障监察制度的对策

(一) 适时提高立法层级

法律本身的权威性是影响其实施效果的重要因素之一。劳动保障监察作为劳动法律体系中的一项重要制度,在立法上与其他制度一样,需要建立与其重要性

⁶⁹单向关系是指二者分别对某些案件拥有特有的、排他的处理权。如对职业介绍机构、职业技能培训机构和职业技能考核机构违法操作的行为进行监督检查,这是劳动保障监察机关特有的职能,劳动仲裁不能处理。

⁷⁰互补关系是指二者对某些案件的处理在功能上存在互补性,最典型的例子是童工问题。劳动保障监察机关有权就用人单位使用童工的行为予以行政处罚,但是使用童工过程中出现的其他问题,比如童工因伤致残与用人单位就赔偿问题发生的争议,则需要由劳动仲裁处理。除童工问题外,用人单位未遵守女工、未成年工劳动保护规定造成劳动者损害,或者违反其他劳动保障法律法规造成劳动者损害的,劳动保障监察有权就其违反劳动保障法律法规的行为做出行政处罚决定;同时双方当事人如就赔偿问题发生争议,劳动仲裁有权处理。在此类案件中,劳动保障监察的行政处罚功能和劳动仲裁的民事赔偿功能形成互补。

⁷¹用人单位拖欠劳动者劳动报酬的,通过劳动争议仲裁、诉讼,可以获得被拖欠的工资以及相当于被拖欠数额25%的经济补偿金。而向劳动保障监察机构投诉,由劳动保障监察机构处理,劳动保障监察机构除责令支付劳动报酬和经济补偿金外,还可以责令用人单位按相当于劳动报酬的50%至100%支付赔偿金。

[18] 王伦刚. 劳动保障监察运行的法社会学分析——从政府帮助农民工讨薪的现象切入[J]. 天府新论, 2011(05): 83.

[19] 肖竹. 论《劳动争议调解仲裁法》构建的裁审体制及与劳动保障监察的关系[J]. 中国劳动关系学院学报, 2009(02): 37.

相适应的权威和效力。“只有将劳动监察纳入到法制化轨道,才能保证其规范性、公正性和权威性,进而达到执法监督的目的。”^{74[20]}也只有通过法律才能赋予劳动保障监察强制措施和强制执行权。因此,应适时将劳动保障监察制度上升到法律层面,即由全国人民代表大会,最低也应由全国人大常委会制定《劳动保障监察法》。“提升劳动保障监察立法的效力层级,适时将行政法规升格为法律,不仅是一个形式变更的问题,更重要的是,通过形式变更使劳动法律体系更加完备和合理的同时,为劳动法律的实施创造更有利的制度环境,提供更有效制度保障。”

75[21]

（二）重构我国劳动保障监察领导体制

通过以上分析,我国现行“分级管理,条块结合、以块为主,协调指挥”劳动保障监察体制最大的弊端就是难以摆脱地方保护主义的干扰。要想使劳动保障监察真正发挥作用,承担起“社会警察”的作用,重构我国劳动保障监察体制已是势在必行。

重构我国劳动保障监察体制,应适应复杂多样的新型劳动关系,从解决地方保护瓶颈和妥善处置地方经济利益与保护劳动者合法权益的辩证关系入手,按照国际劳工组织《劳动保障监察公约》的有关要求,参照日本劳动基准监察机关的体制,实行省以下垂直管理,建立“统一管理,分级指挥”的劳动保障监察领导管理体制。即将目前的“以块为主”改进为“条块结合,以条为主”,以切实改变安全监管机构“执法没有地位,监管没有力度”的境况,实现劳动保障监察机构标准化、队伍专业化、执法规范化。同时,应建立完善的对劳动保障监察组织的内外部监督体系,使劳动保障监察组织的自身监督与外部监督相互配合,保证劳动保障监察行政人员在行使职权的过程中能够遵纪守法、廉洁奉公。

（三）加强劳动保障监察队伍建设

“劳动保障监察员是劳动保障监察工作的具体实施者,他们的组织状况及履行工作职责的制度化 and 规范化,从根本上决定了劳动保障监察工作的广度、力度和质量。”^{76[22]}如上分析,我国目前的劳动保障监察是小马拉大车,难以满足执法需求。应按照劳动保障监察“机构标准化、队伍专业化、执法规范化”的要求,

[20] 陈玉萍. 国外的劳动监察制度[J]. 中国劳动保障, 2007 (9): 61-62.

[21] 李进东. 劳动监察何时才能走出困境[J]. 中国工人, 2012 (3): 64.

[22] 李进东. 劳动监察何时才能走出困境[J]. 中国工人, 2012 (3): 64.

加强劳动保障监察队伍建设。

（四）适度赋予劳动保障监察机构查封、扣押、冻结、划拨等强制手段和措施

如上分析，由于立法没有赋予劳动保障监察机构查封、扣押、冻结、划拨等强制手段和措施，使得劳动行政执法在一定程度上形同虚设、有名无实。为彻底改变劳动保障监察执法手段单一、刚性不够以及执法弱、执法难的现状，应制定《劳动保障监察法》，赋予劳动保障监察机构在查处用人单位克扣或者故意拖欠劳动者工资、拒不缴纳社会保险费以及职业介绍机构骗取求职者中介服务等严重损害劳动者经济利益的案件时，如果有证据证明用人单位有逃匿或者转移财产迹象，采取查封、扣押其价值相当财物的强制措施的权力；对用人单位存在恶意拖欠工资、严重欠缴社会保险费、拒不执行行政处罚或行政处理决定等严重违反劳动法律的行为，以及因上述违法行为造成引发群体性事件等恶劣影响的用人单位，赋予劳动保障监察机构责令停产停业权；在严重威胁受益人正常生活等特殊情况下（如拖欠工资致使劳动者基本生活难以为继），可以先予强制执行处罚（处理）决定；对不履行监察处理决定，劳动保障监察机构有权强制执行资产，提高维权效率。

当然，“政府的行政行为必须在法律规定的范围内按法定程序实施，严格依法行政，行政权力不得被滥用，必须接受法律的制约；滥用权力所造成的损害必须能够经过法定程序予以救济，并对行政违法责任人追究其相应的责任。”^{77[23]}劳动保障监察是一项非常严肃的工作，要具有法定的条件、法定的程序、采取法定的方法、还要承担法定的责任。当劳动保障监察有权无责时，执法行为必将偏离法律的轨道。一些地区之所以劳动执法过程中的违法行为愈演愈烈，就是因为执法人员的责任不明确，即使屡犯错误也得不到应有的惩罚。因此，在赋予劳动保障监察机构查封、扣押、冻结、划拨等强制手段和措施的同时，从防范权力滥用的角度出发，应对强制措施和强制执行的范围、程序等方面做出明确规定，并建立更加严密和完善监督制约机制，以确保劳动保障监察行政权力能够在法律规定的正当程序的框架内运行，防止劳动保障监察机构滥用权力，损害用人单位和劳动者的合法权益。

^[23] 王家福. 论依法治国[J]. 法学研究, 1996(2): 6.

（五）合理界定监察范围

“劳动保障监察在劳动行政部门的各项事务中是约束力最大，程序最严格的行政手段。如果其对事范围过于宽泛，就会分散劳动保障监察机构的力量，从而影响劳动保障监察的效果。”^{78[24]}笔者认为，应通过立法明确规定以全部具有强行性的劳动法律规范为劳动保障监察之对象，即只限于劳动者实体权利的强制性法律规范（即关于劳动者权益最低标准的法律规定）和关于劳动关系运行规则的强行性法律规范（如禁止招用童工等法律规定）。

^[24] 王全兴. 劳动法（第三版）. 北京：法律出版社. 2008：472.

对劳动争议仲裁的反思与未来改革 之基本思路*

肖竹

【摘要】 仲裁民间性与司法性的结合，保证了其灵活性、专业性、快捷性与独立性。劳动争议的特殊性与对其的处理体制需要迥异于一般性民商事仲裁与诉讼程序并不具有理论与逻辑上的必然联系。在其他国家（地区），仲裁基本上被适用于利益（集体）争议的解决而不适用于权利（个人）争议，并遵循一般仲裁的基本原理。而我国劳动争议仲裁仅仅只是权利争议的处理程序，并背离了仲裁程序的基本属性而具有突出的强制性特点。对我国珠三角、长三角劳动争议多发城市的调研也能印证上述理论与制度实施的困境。未来我国劳动争议仲裁的改革，要么“回归”仲裁本性，建立“或裁或审”的裁审体制；要么变革其为准司法程序，建立“一裁一审”的裁审体制。

【关键词】 劳动争议 仲裁 反思 改革

一、对劳动争议仲裁本质的思考

在我国劳动争议处理体制中，先裁后审的程序设计为各界诟病最多。强制前置的仲裁程序和其后的两审程序将最需要得到及时、公正解决的劳动争议置于事实上的“三审终审”境地。《劳动争议调解仲裁法》对裁审体制的改良并没有从根本上解决劳动争议处理环节多、周期长的问题。作为消解劳动争议，化解劳资矛盾，维护劳动者权益的重要出口和路径，劳动争议处理体制走到今天已经到了需要全面反思的时候。而其中最为核心的问题即为对劳动争议仲裁的定位和裁审关系的设计，而这一问题的解决则必须对劳动争议仲裁的本质进行追根溯源的梳理和思考。

（一）劳动争议仲裁的仲裁属性探讨——与民商事仲裁的关系

1、何为仲裁？

在当今社会，调解、仲裁等作为审判外纠纷处理的基本方式，在处理各类争议时发挥了日益重要的作用。日本学者棚濑孝雄在对诉讼和审判外纠纷处理进行

* 肖竹，中国劳动关系学院法学系，副教授、法学博士。

比较研究的基础上，针对后者提出了“二重获得合意”的理论框架。⁷⁹所谓合意的二重获得是指，作为审判外纠纷处理机关发挥作用的最基本条件，纠纷处理的开始和最终解决方案的提示这两个阶段，都必须获得当事人的合意。这一点是审判外的纠纷处理与审判的决定性区别。与审判的强制性相对，审判外的纠纷处理则缺乏这样的强制性，在没有合意就没有纠纷最后解决这一点上，可以说其功能有很大的先天不足。可是反过来看，依存于合意也是保证这种纠纷解决方法发挥其固有作用的根本条件。像审判那样具有强制性的制度，为了保证判断的客观性、正确性，同时也为了让当事人承认其正当性，往往不得不采用极其慎重的程序。这意味着国家和当事人都必须付出较大的代价。而审判外的纠纷解决机关在这一点上却因为有当事人的合意这一绝对的正当化原理作为保障，有“只要不服就可以不从”这条后路，相应地在程序规定上就有了更大的自由，对解决方案正确性的要求也可以相对降低，从而使费用等代价的大幅度削减成为可能。由此观之，仲裁与诉讼拥有各自不同的正当性资源，各有其内在的逻辑和机理。就正当性资源和程序控制的机理而言，一种机制中信任越少，则程序越多，成本就越高；而如果当事人控制力越强，风险越低，则法律干预的力度就越小。

二重获得合意理论给予了我们在思考仲裁这种审判外纠纷处理机制一个基本的理论线索：如果仲裁程序是自愿性的，以双方当事人的合意为基础的，那么这种自愿性的合意基础成为该种纠纷解决机制正当化的根基，而又由于其后司法监督权的存在，使得仲裁程序得以简便化，而使得这种解决纠纷的机制更加便捷与高效，而这一特点反过来又刺激当事人因该种纠纷解决机制的优势而以合意的形式对其加以选择。

事实上，对于仲裁性质的理论探讨也基本遵循上述思路展开。一直以来，关于仲裁的本质属性，存在“司法权理论”、“契约理论”、“混合理论”、“自治理论”、“准司法权理论”、“行政性理论”以及“民间性理论”。⁸⁰无论何种理论，都是围绕仲裁的司法性和民间性因素所展开的探讨，从本质上而言，仲裁是一种以民间性为基础，融入了一定的国家司法权性质的混合性纠纷解决方式。当事人在仲裁权和仲裁程序启动阶段享有的高度自治权，成为整个仲裁制度的基础和前提，也派生了仲裁程序刚柔相济的特性和仲裁结果的效力。因为既然仲裁权是由当事

79 【日】棚濑孝雄著，王亚新译：《纠纷的解决与审判制度》，中国政法大学出版社1994年版，第79-80页。

80 江伟主编：《仲裁法》，中国人民大学出版社2014年版，第15-18页。

人自愿赋予仲裁机构和仲裁庭的，则相对于基于法律规定而享有的审判权而言，仲裁权的行使过程才得以具有较大的灵活性。而当事人双方将纠纷解决的权力交给仲裁庭，就意味着双方将接受并执行该仲裁庭的裁决结果。因此，从根本上说，仲裁裁决的正当性和有效性都源于当事人的合意。然而，仲裁所具有的司法权属性，决定了其裁决结果的有效性必须依赖于国家的认同和支持，而国家以强制执行仲裁裁决等方式支持仲裁的前提，是须进行司法审查从而确认其作为执行根据的有效性。而正是基于民间性和司法性这两种因素的有机结合，才得以使仲裁呈现出自愿性、专业性、灵活性、保密性、快捷性、经济性、独立性的特点。

2、劳动争议仲裁是仲裁吗？

而当我们目光聚焦于劳动争议仲裁时，就不得不思考另一个问题：劳动争议仲裁与普通民商事仲裁有无本质区别？该种区别是否足以使劳动争议仲裁的理论构建得以完全抛弃传统仲裁法之基本理念？对这一程序法问题的回答与思考，必需依赖于对纠纷解决对象的分析，即劳动争议之于民商事争议的特殊性。

在《劳动争议调解仲裁法》立法之时，对劳动争议处理法与民商事程序法的关系，即有“依附”和“相对独立”两种主张。⁸¹是依附还是独立，都基于对劳动争议特殊性的判断：包括当事人地位的不对称性、内容的高度敏感性、实体法依据的社会法属性以及处理结果的社会效益等。⁸²我国有诉讼法学者更是认为，由于劳动合同的非充分对等性，改变了在充分对等情况下有效的民商事仲裁在劳动合同中的应用，并因此使劳动合同与行政合同一般不再具有民商事意义上的标准可仲裁性。⁸³我国台湾劳动法学者亦有相类似之主张。例如，黄越钦教授认为“尚有主张劳资争议之权利事项得依仲裁法仲裁者，其主张似嫌无据，盖所谓权利事项多为劳基法之违反，其中不乏须负刑事责任之情形，并非当事人得由自由意思加以处分者，亦无适用仲裁法之余地。”⁸⁴除此之外，黄越钦教授亦从“仲裁法适用之当事人基本上处于平等地位，而劳资争议处理法之仲裁当事人则有社会地位悬殊之现象”，以及“劳资争议处理法之仲裁，其仲裁委员系由劳资双方推荐公正并富学识经验之人士中由“政府”遴聘之，但仲裁法之仲裁人则非由“政府”遴聘”；以及“劳资争议处理法之仲裁并不收费，而仲裁法之仲裁则依仲裁

⁸¹王全兴、王文珍：《我国劳动争议处理立法的若干基本选择》，《中国劳动》2007年第1期，第19页。

⁸²王全兴、王文珍：《我国劳动争议处理立法的若干基本选择》，《中国劳动》2007年第1期，第19页。

⁸³欧明生：《民商事纠纷可仲裁性问题研究》，西南政法大学博士学位论文（2011），第42页。

⁸⁴黄越钦：《劳动法新论》，中国政法大学出版社2003年版，第324页。

标的收取仲裁费”等方面论及劳动争议仲裁与一般仲裁之差异。

以上观之，劳动争议当事人地位之不平等，以及由此而生对劳动者一方的倾斜性保护似乎成为凸显劳动争议特殊性，并决定其是否可适用仲裁程序的核心论点。法律关系当事人的平等性及其法律调整，是个古老而又延续至今的法理学问题。“从身份到契约”是英国法律史学家梅因关于进步社会运动的著名论断，而当历史的车轮驶进近现代社会时，“私人间的法律关系不再是通过自由的契约行为来实现，而是越来越多地通过身份关系来确定”。⁸⁵ 在现代意义上，“身份”是指社会经济地位上的不平等态势，是在人格平等、不存在人身依附关系基础上的一种新的身份关系，正是在这个意义上提出现代法律存在着“从契约到身份”的运动。⁸⁶ “实际上，与法律如何规定毫无关系的社会地位是永远不平等的。法律对人的一视同仁，在权力、智慧、个人幸福等实际上的不平等状况下，只能使不平等变得天经地义，甚至加深这种不平等”⁸⁷因此，基于特殊身份的特殊立法保护成为法律追求及实现实质平等的一般性做法，不仅在劳动法领域，在消费者权益保护法、未成年人保护法，乃至证券法、环境法等领域均予以体现。然而笔者认为，这种实质平等的法律追求与保护，更多的需要通过实体法来实现，而在程序法上，则是通过对实体法的具体适用来配合实现对弱者的倾斜性保护。如果在争议解决程序上做出偏向一方当事人的制度设计，一不小心就会陷入违反诉讼法机理的理论困境，我国目前一裁终局劳动争议案件的裁审衔接问题即为一例。

因此笔者认为，劳动争议的特殊性与对其的处理体制需要迥异于一般性民商事仲裁与诉讼并不具有理论与逻辑上的必然联系。如果说其特殊性需要在程序法上予以体现，那么学者们所言之劳动争议内容之高度敏感性、事关民生性及其处理结果的社会效益性，则更加要求劳动争议处理程序设计上的便捷、及时、高效与三方性，而这些特点正是我们通过比较法的考察所能得到的明显结论。

（二）劳动争议仲裁与劳动争议类型——权利争议亦或利益争议之适用

上文讨论的劳动争议仅指权利争议，此时才有与一般民商事仲裁比肩而言的探讨空间。而要厘清仲裁程序在劳动争议处理中的作用，则必需关注另一种劳动争议类型——利益争议的处理。我国目前利益争议处理程序付之阙如，调解、仲

85 [德] K. 茨威格特、H. 克茨著：《比较法总论》，潘汉典、米健等译，贵州人民出版社 1992 年版，第 20 页。

86 参见柳经纬、邓小荣：《从契约到身份——现代民法之重要课题》，载《民商法纵论：江平教授 70 年华诞贺文集》，中国法制出版社 2000 年版，第 67 页。

87 [英] 彼得·斯坦、约翰·香德著：《西方社会的法律价值》，王献平译，郑成思校，中国人民公安大学出版社 1990 年版，第 84 页。

裁与审判在利益争议处理中的角色安排和程序设计更是无从谈起。而要全面理解仲裁在劳动争议处理中的作用，则需要通过比较法的考察，寻求成熟市场经济国家（地区）的一般规律，从而反射于我国做一镜鉴式的对比与思考。我们会发现，在这些国家（地区），仲裁程序更多的是作为利益争议的处理程序；而权利争议与诉讼程序的对应性及其对仲裁程序的排斥，利益争议与调解、仲裁程序的对应性及其对诉讼程序的排斥，存在着一定的规律性。

1、英国

英国劳动关系调整注重强调劳资关系的双赢，自愿主义是英国劳动关系的特点，注重劳资双方的平等对话和第三方的调解解决，政府不多做干预，受此影响，英国设 ACAS 和产业法庭。ACAS 的仲裁程序只适用于集体争议，个人权利争议并不适用仲裁。集体争议的仲裁属于自愿仲裁，仲裁的社会性与独立性保障了其裁决结果的公正性，仲裁裁决成为终局裁决，当事人不得向法院提起诉讼。而对权利争议，英国则通过产业法庭、劳工上诉法庭、上诉法院、上议院和欧洲法院这一套独立、完备的劳动司法体系处理。

2、德国

在德国，劳动法院和其他所有法院一样，仅受理权利纠纷，对利益纠纷则不享有司法管辖权。并且，根据《劳动法院法》第 2 条第 1 款，劳动法院对劳动者和雇主之间的民事权利争议，以及对所有集体劳动合同当事方之间以及他们与第三方发生的权利纠纷都享有专属管辖权。在上述劳动法院专属管辖的制度安排下，通过缔结仲裁协议排除国家司法管辖的可能性受到《劳动法院法》的限制。按照《劳动法院法》第 4 条，第 101 条，只有集体合同当事人对于特定的、最终列举的在判决程序范围内的争执约定一个仲裁协议，它可以排除劳动法院管辖权。据此可知，在德国仲裁程序的适用情形非常有限，且不适用于权利争议。总体而言仲裁庭的实际意义很小。而就仲裁的效力而言，按照《劳动法院法》第 108 条第 4 款，仲裁裁决具有与判决相同的效力。上诉将按照《劳动法院法》第 110 条模仿解除之诉的法律救济。裁决后如不服可以在规定期限内向上级法院上诉。若逾期不上诉，所裁决事项则具备法律效力，一方不履行则另一方可申请强制执行。仲裁裁决必须经过法院确认才能够申请执行，违反规定所做出的裁决经由当事人申请，法院查证属实也可撤销。

3、法国

在法国，法律上将劳动争议划分个别争议和集体争议。对个别争议，实行调解和诉讼相结合的处理方式，由专门处理劳动争议的司法机构——劳资调解委员会管辖。而对集体争议，则实行谈判、调解、调停、仲裁相结合的处理方式。因此，在法国，仲裁是调解和调停均告失败后的集体争议处理程序。仲裁程序的设计以及仲裁机构和仲裁员的选择一是按照集体协议的规定，二是在缺少集体协议规定的情况下，由争议双方合意确定仲裁程序和仲裁员。法国《劳动法典》第L.525—1条规定，集体协议可以事先确定仲裁程序和仲裁机构，也就是说，集体争议发生后，仲裁可以按照集体协议规定的仲裁程序启动，将集体争议提交集体协议中规定的仲裁机构解决，同时仲裁员的确定也是依照集体协议的规定。当集体协议未对仲裁程序做作出规定时，争议双方必须首先达成仲裁协议，才能将争议提交仲裁。同样，仲裁员的选择，也由双方合意确定。对仲裁裁决不服，争议双方只能就仲裁员超出职权范围或者违背法律作出的裁决向仲裁高等法院提出上诉。

4、日本

在日本，仲裁程序仅存在于国家劳动委员会和地方各辖区的劳动委员会负责处理的集体劳动争议中。《个别劳动争议法》许可地方劳政事务所参与个别劳动争议的解决，并授权劳政事务所长成立由学者组成的“劳动争议调解委员会”，应请求为劳动争议提供调解服务。这一由辖区劳政事务所来解决纠纷的机制，并没有妨碍其他的解决纠纷渠道，因此有关各方可以直接向法院提起诉讼，通过地方政府劳政事务所寻求纠纷解决，或求助于其他途径。

5、我国台湾地区

我国台湾地区《劳资争议处理法》将劳动争议分类为权利事项之劳资争议与调整事项之劳资争议。其原《劳资争议处理法》规定权利事项之争议仅有调解和诉讼两种处理方式。而台湾新修之《劳资争议处理法》，将仲裁增列为当事人权利争议纠纷解决的选择性程序，在处理效力上与法院判决相同，并使用仲裁法关于撤销仲裁判断之诉之规定，似已将劳资争议之仲裁与一般仲裁程序之效力、监督程序列为一致。

如果上文谈到的立法例为样本，我们可以得出这样的结论：在这些国家（地

区), 权利(个人) 争议与利益(集体) 争议各自遵循不同的处理程序, 就其中所涉的仲裁程序而言, 其基本上被适用于利益(集体) 争议的解决而不适用于权利(个人) 争议; 而就仲裁程序本身而言, 遵循一般仲裁的基本原理, 特别是强调争议双方提交仲裁与遵守仲裁裁决的自愿性, 以及对仲裁裁决适当的司法监督性。

(三) 我国劳动争议仲裁属性的分析

反观我国的劳动争议仲裁程序, 与主要国家(地区) 具有规律性的劳动争议处理体制相比, 有两点截然不同的差异性: 其一, 目前我国劳动争议仲裁仅仅只是权利争议的处理程序, 虽然未来在对利益争议处理机制的构建中, 仲裁必然成为十分重要的一个环节; 其二, 作为权利争议处理程序的劳动争议仲裁, 其制度设计基本已经背离了仲裁这种纠纷处理方式所具有的一般性特征, 虽然以“劳动仲裁”为名, 但实质上已远非仲裁。对于第一点差异, 笔者认为, 对于权利争议, 即便存在劳动争议与一般民商事争议的差异性, 但基于之前的理论分析, 其并不能成为该种争议完全无法适用仲裁程序的理由, 虽然在不少国家, 对于权利争议遵循严格的司法保护原则, 但是在有一些国家(地区), 依然存在对权利争议适用仲裁程序的立法例。而对于第二点差异, 则是目前我们对劳动争议仲裁程序产生诸多诟病的根源所在。对于劳动争议仲裁程序, 事实上一直存在理论期望和制度预期与现实制度之间的撕裂。所谓理论期望和制度预期, 是理论界与实务界事实上一直以类似于民商事仲裁的基本评价来期望劳动仲裁, 希望它低成本、规则灵活、程序简单、处理及时、偏重效率, 从而能适应劳动争议对处理机制的根本需求, 但是正如对仲裁的本质分析中所提到的那样, 仲裁之所以具备这些区别于诉讼程序的优点, 正是基于其自愿性、民间性与司法性的有机结合, 而我国劳动争议仲裁程序的制度设计, 恰恰基本上完全背离了仲裁这些最基本的属性, 而后果必然是无法收获仲裁程序本应具有的优点。

具体而言, 我国劳动争议仲裁最突出的特点是其具有强制性。在一些国家(地区) 中, 强制仲裁程序往往在对社会公共利益有重大影响的利益争议的处理中被使用, 利益争议处理的需求和对社会公共利益的保护构成了此时仲裁“强制”的正当性基础。而像我国这样对权利争议处理程序中使用强制仲裁的立法例则非常罕见。劳动争议仲裁的强制性, 一方面表现为仲裁申请可由任一方当事人申请,

无须双方当事人合意，一方当事人提起仲裁后，另一方当事人被强制的参加仲裁；另一方面，仲裁强制前置于诉讼，劳动争议发生后，当事人可以跳过和解或调解解决劳动争议这两种方式，但要寻求第三方介入解决劳动争议则当事人必须向劳动争议委员会提起仲裁，不经过仲裁法院便不会受理当事人的起诉，除部分一裁终局的案件外，仲裁均是进入诉讼的先决条件。这与普通民商事仲裁程序的启动、仲裁程序的进行以及仲裁裁决的正当性和有效性都源于当事人合意的基本机理完全不同。既然缺乏当事人的合意，那么基于法律强制的仲裁程序在制度设计上必然无法遵循一般仲裁的基本原理，根据棚濑孝雄的“二重获得合意”理论，强制性的仲裁程序在程序设计、效力承认上也无法基于当事人的合意而更加自由与灵活，必然会走向类似于强制性诉讼程序一般，为了保证判断的客观性、正确性，同时也为了让当事者承认其正当性，往往不得不采用极其慎重的程序，而这必然意味着国家和当事者都必须付出较大的代价。正是源于此，我国的劳动争议仲裁呈现出愈来愈明显的“诉讼化”倾向。

而与劳动争议仲裁“强制性”与当事人合意选择机制的缺乏紧密相关的，是我国劳动争议仲裁机构的非民间性。普通民商事仲裁以意思自治为核心，仲裁权取得和行使的基本条件为双方当事人达成合意，双方当事人是否将争议提交仲裁，提交给哪个仲裁委仲裁以及仲裁庭的组成人员等，都由当事人根据自己意愿决定，且仲裁机构为民间组织，不隶属于任何行政机关。而我国劳动争议仲裁委员会虽严格贯彻“三方原则”，由劳动行政部门、工会和企业代表组成的劳动争议仲裁委员会具有很深的行政化的烙印。

然而，对于我国劳动争议仲裁程序的“强制性”属性一直以来都缺乏充分的理论论证。以历史研究方法观之，其更多是一种历史沿承之下不愿作出改变的一种制度选择。新中国成立后，1950年10月，中央劳动部修订发布了《关于劳动争议解决程序的规定》，此规定首次将劳动争议仲裁设为劳动争议诉讼的前置必经程序，未经仲裁的劳动争议法院不会受理。文革之后，1987年7月31日，国务院颁布的《国营企业劳动争议处理暂行规定》使我国中断了约30年的劳动争议处理制度得以恢复，而1993年国务院颁布的《企业劳动争议处理条例》及一系列配套规章至《劳动法》的正式出台，在劳动争议的处理上才没有了国有、集体所有、个人等性质上的差异。但上述一系列规定仍一以贯之的将劳动争议仲

裁设定为劳动争议诉讼的前置程序使其具有强制性。而在 2008 年《劳动争议调解仲裁法》颁布实施前,理论界对裁审体制的探讨虽然有多种模式的争论与探讨,但最后立法依然遵循制度惯性选择一裁两审体制,究其原因,是仍然有相当的理论及实务界人士认为该种“劳动争议处理体制自 1987 年恢复以来,在利益调整力度如此之大、案件数量增长如此之快的社会环境下,对解决劳动争议、保护劳动者和用人单位的合法权益、推动经济体制改革、维护社会稳定发挥了至关重要的作用。”⁸⁸这样的观点也基本反映在立法中,即在基本维持现有程序设置的基础上,引入新的争议处理主体或者对程序间的顺序进行调配,并且对具体程序规则进行修改。这种程序改良的思路主要集中在调解制度和裁审关系的调整两个方面。⁸⁹

基于制度惯性并缺乏理论支撑的劳动争议仲裁体制走到今天,已经到了需要就其本质、定位和未来走向重新、全面地予以审视的时候了。顶着“仲裁之名”却无“仲裁之实”的劳动争议仲裁,因其强制性、非民间性属性而导致的诉讼化、行政化特征,使得本希望透过仲裁固有优势迅速化解劳动争议的良好愿景消失殆尽,而仲裁前置之后的两审终审使得大部分劳动争议案件事实上需要经历“三审”程序,本应在处理程序上获得及时、快速、高效解决的劳动争议反倒成了社会争议中需要耗费精力最多、耗时最长的争议类型,这已经完全悖离了制度设计的初衷。而造成这一问题的核心一环就是对劳动争议仲裁的定位及其程序安排出了问题。劳动争议仲裁应当更多的是仲裁,还是一种类司法程序是牵扯我们对其进行理论判断进而反思、推进制度改进的核心逻辑。而通过对实践的考察也能发现,现实中劳动争议仲裁存在以及出现的种种问题,追根溯源也是基于对此问题的两方揪扯。

二、对我国劳动争议仲裁现状及问题的考察

——以珠三角、长三角部分城市为例

我国珠三角、长三角地区是劳动争议的多发、高发区,这两个地区劳动争议仲裁程序所存在和反映出的问题也相对比较集中。因此,通过梳理笔者参与的对这两个地区较具代表性的城市的调研情况,大致可以就我国劳动争议仲裁现状及面临的突出问题做一基本了解,继而也能从实践的角度对上文所提到的理论与制

⁸⁸王全兴、王文珍:《我国劳动争议处理立法的若干基本选择》,《中国劳动》2007年第1期,第21页。

⁸⁹董保华:《论我国劳动争议处理立法的基本定位》,《法律科学》(西北政法学报)2008年第2期,第149页。

度实施的困境有所印证。

（一）劳动争议仲裁案件受理及起诉情况

1、劳动争议仲裁受理案件情况

从调研情况来看，劳动争议仲裁案件总量持续居高。例如，深圳市仲裁院 2014 年受理案件 15 万宗，涉及劳动者 30 万人。深圳市南山区仲裁院每年受理案件大概 2000-3000 宗，13-15 年案件量又有所上升，同期相比增加了 42%，群体性案件增加了 150%，主要是由企业关停并转造成的。广州市仲裁院 2014 年案件总量 3 万多件，涉案人数 7 万多人。2015 年到目前为止 15820。上海徐汇区劳动争议仲裁院，在 06 年仅在 1000 件左右，08 年开始，从 1000 件到 8100 件，现在维持在 2500 件左右。2015 年到 8 月为止，累计 2004 件，同比上升 11%。上海市浦东新区仲裁院一个派出庭一年也要 2000 多件，全区处理案件占到全市的五分之一。

2、劳动争议案件裁决后起诉基本情况

从调研结果看，经劳动争议仲裁后又进入诉讼程序的案件占仲裁受理案件的比例从 25%-60%不等。深圳的情况是，从仲裁起诉到法院的案件比例大概在 25%左右。对仲裁裁判的改判率总体不高。而根据广州市中级人民法院的统计数据，仲裁之后起诉到一审法院的案件比例 2011 年 42.6%，2012 年为 53%，2013 年为 60.4%；总体上与《劳动争议调解仲裁法实施之前》情况持平。⁹⁰而在上海，徐汇区仲裁院的情况大概为 30%左右，而浦东新区的比例大致为 40%。因此我们可以看出，劳动争议仲裁对于法院来说确有拦截劳动争议的重要作用；但《劳动争议调解仲裁法》设计的改良后的裁审体制对及时、高效终结劳动争议案件的作用并不明显。

劳动争议调解仲裁法实施前,广东省劳动仲裁裁决数(包括调解和裁决)与法院一审收案数的对比

	1998 年	1999 年	2000 年	2001 年	2002 年	2003 年	2004 年	2005 年	2006 年
裁决数	8468	10675	13608	19731	27128	42228	40609	59398	55105
一审收案数	3674	4103	7341	14669	18977	21436	22776	25971	29922
收案数与裁决数的比例	43.4%	38.4%	53.9%	74.3%	70%	51%	56%	44%	54%

（二）劳动争议仲裁机构的实体化建设问题

《劳动争议调解仲裁法》颁布实施后，人社部一直在着力推动仲裁办案机构

90 谭玲：《劳动争议案件一裁终局制度的现实困境与未来转型》，《人民司法》2012 年第 1 期，第 67 页。

的实体化建设。但是，依附于行政体制，受制于人员编制的仲裁院，在海量的劳动争议面前依然显得捉襟见肘。同时，受经济发展水平不同的影响，我国劳动争议集中度地区差异显著，不同的省、不同的市、同一个市的不同辖区劳动争议数量可能会存在巨大差异，虽然《劳动争议调解》明确规定“劳动争议仲裁委员会不按行政区划层层设立”，但究竟如何实现仲裁院建制的“统筹规划、合理布局 and 适应实际需要”并未有明确的制度规范与约束，实践中，基层仲裁院仲裁员人均年均处理案件数量地区差异十分明显，对于劳动争议高发地区的仲裁机构而言，编制紧张，仲裁员工作负荷超常的问题就显得非常突出。

以笔者参加调研所到访的地方为例，深圳市仲裁整个系统 518 人，有编制的只占 25%，75%为编外人员。深圳南山区仲裁院由之前的仲裁科改制而来，设置了立案庭，3 个审理庭，在岗人员 28 人，其中有 8 个公务员编制，3 个职员，其他均为劳务派遣。广州市全市仲裁系统有 12 个区，每个区都有仲裁院，实现了百分之百的实体化建设，人员编制情况各区不同，最多的有 20 多个人，比如番禺，海珠 23 个，最少的南沙、白云只有几个。有仲裁员证的 286 人。其中，广州市海珠区仲裁院属参公事业单位，公务员编制 5 名，其他是事业编制 15 名，1 个雇员编制。上海徐汇区劳动争议仲裁院一共 2 个仲裁庭，专职仲裁员 16 名，兼职 3 名，稳定人员仅 10 左右，人平均办理案件 200 左右。上海浦东新区仲裁院编制 40 名，办案人员 30 个左右，人均办案 400 件，有的仲裁员一年办到 600 多件，辅助人员书记员是劳务派遣的。江苏省连云港市三个县，三个行政区与市本级成立了仲裁院，江苏省要求市辖区要配备 6 个仲裁员编制，实践中取决于同编委的沟通情况，有的 8 个，也有更少的。

同时，我们从调研中也了解到，虽然仲裁院建院实体化建设从数量上有大幅提高，但是由于整体上受编制、身份约束，仲裁员和办案辅助人员质量整体不高且不太稳定，仲裁人员队伍建设存在较大问题。例如，在问题比较突出的深圳市，该市仲裁院仲裁机构的实体化水平虽然处于全国前列，但整体而言人员与案件量不匹配，有一个区干仲裁员的只有一个是公务员编制，仲裁员队伍建设问题突出。由于待遇较低，编外人员年流失率达到 40%，编制内人员稳定性也不强。深圳市福田区仲裁院在编办案人员只有两位，实际办案人员有仲裁员证的比较少，无仲裁员证的人员开庭时经常会受到当事人质疑，影响仲裁的权威性。开庭时会比较

尴尬，有些开庭的时候会受到质疑。深圳市南山区仲裁院真正办案人员才 10 来个人，3 年以上仲裁经验的只有 2-3 个人，现在仲裁员任职要求要有 5 年相关工作经验，要求更加严格，更难招人。非在编人员流失情况也十分严重。而在编人员由于升职空间很小，法律硕士干了十几年还是副科长，比较影响职业荣誉感与认同感。同样的问题在江苏省淮安及连云港地区也存在。而在上海，在编仲裁员队伍总体上还相对稳定，但书记员稳定性比较差。

由上观之，我国劳动争议仲裁机构的行政化特征，使得其远非一个专业性机构而为一个行政性机构，就此同一般民商事仲裁机构存在本质区别；而在行政化组织架构下必然受到的编制约束，又使仲裁员身份存在体制内外的差异，有编制的仲裁员尚且存在职业上升空间狭窄，职业荣誉感与认同感不高的问题，而为了应对案多人少而吸纳入仲裁员队伍的非在编仲裁员，以及必要的办案辅助人员的队伍稳定性就更让人堪忧了，而这样的仲裁办案队伍很难实现公众对仲裁权威性的认可。陷入行政化窠臼的实体化建设，若不能突破编制障碍，则必需要寻求一条通过社会化途径逐步实现更高层面的独立化与专业化的道路。

（三）劳动争议仲裁程序问题

在《劳动争议调解仲裁法》立法之时，即有学者认为应当改革劳动仲裁程序和规则，在办案方式、审理规则、证据认定及运用、当事人帮助、裁决文书制作、文书送达等方面都应当反映灵活化、柔性化特点。⁹¹仲裁程序的灵活和柔性化是实现仲裁快捷、高效解决纠纷的必要条件。以证据规则为例，目前我国商事仲裁证据规则大致依据几方面：一是仲裁法中极其简单的规定；二是双方当事人同意的规则；三是各国仲裁经验的借鉴。如果在仲裁案件中当事人要求按民诉法的证据规则走，那结案时间必定会很长，仲裁相对快捷的优势也不会发挥出来。而我们已经从理论上探讨过仲裁程序的灵活与柔性化之所以区别于严格的诉讼程序，在于仲裁的自愿性与诉讼的强制性的区别。在这种理论进路下观察我国的劳动争议仲裁程序，就不难理解为何其几近诉讼程序之繁琐严格了。因为强制性的劳动争议仲裁程序需要以严格、谨慎的程序设计来保证其处理纠纷的正当性，本非以当事人合意选择和启动的劳动仲裁，当然也无法以当事人合意来决定其裁决程序的繁与简。由此而来，劳动仲裁从程序上愈发类似诉讼，但问题是其并非诉讼程序，

⁹¹ 王文珍、王全兴、黎建飞、孙德强：《专家纵谈劳动争议处理体制改革（下）》，《中国劳动》2006 年第 7 期，第 13 页。

仲裁庭很多情况下又缺少法庭在诉讼中所拥有相关审判权力。因此，这种矛盾和冲突使得在实践中也产生了不少困惑和问题。

我们在与调研地仲裁院的座谈中，就能明显感受到这些矛盾与困惑。比如，仲裁程序具有法定性，非常严格且不能出错，上海浦东新区还将法定期限内办结案件作为政府考核的内容之一，对仲裁员的压力就更大，但是在严格的程序要求下，45天、60天的审理时限却远低于一审审判时限，仓促之下难免无法保证仲裁质量。另外，仲裁庭在案件送达与调查取证上力度比较弱，缺乏法院具有的司法手段，很多时候因为案件无法送达而需要上网公告，导致案件不能在45天内审结，超期严重；由于在调查取证能力上的不足，对于复杂又充满个性化的劳动争议往往很难查清事实，所以只能让当事人通过诉讼的法律程序解决纠纷。

（四）一裁终局的问题

部分劳动争议案件一裁终局作为《劳动争议调解仲裁法》中重要的制度突破，立法者希望其发挥消除讼累，简化程序，方便劳动者维权的重要功能。由于其终局效力更接近于仲裁的本质，也成为未来劳动争议处理体制改革的一个突破口和一个试水区。因此，对一裁终局制度的实施效果和存在问题进行分析应当成为研究劳动争议仲裁程序时必不可少的一部分。

人社部劳动科学研究所 2013 年曾对一裁终局制度实施效果进行了评估性研究，自 2008 年以来，一裁终局占仲裁裁决的比例 6 年间平均每年上升 1.7 个百分点，但在全国各地的实施效果从比例数据来看却存在较大差异。⁹²而从笔者参加的调研情况来看，一裁终局在各地实施效果从比例数据上来看确实差异比较大，比如深圳南山区仲裁院终局案件占比三分之一，而广州市仲裁院一裁终局案件比例仅 12.3%。而在一裁终局比例比较高的上海地区，其市级仲裁院一裁终局比例为 60%，徐汇区为 50.88%，浦东新区为 58-60%。在调研中我们还发现一个比较规律的现象，就是无论在一裁终局案件占比低还是高的地区，一裁终局案件撤裁改判比例普遍比较低，例如广州市中级人民法院平均在 4.5% 左右，上海市中院平均为 5.68%。笔者认为，一裁终局实施效果在各地较为突出的差异性既有其内在的理论困境，也有制度设计方面的原因，还存在实践层面的因素。

首先，目前的劳动争议“一裁终局”制度存在较大的理论困境。“一裁终局”

92 劳动争议案件一裁终局制度实施效果评估课题组：《劳动争议案件一裁终局制度实施效果评估》，《中国劳动》2014 年第 5 期，第 4-5 页。

本是民商事仲裁的基本原则，而民商事“一裁终局”的基础条件是当事人达成的仲裁协议。因此民商事仲裁中的“一裁终局”制度是基于当事人的自愿选择而设计的，是当事人对自己享有诉权的处分，根据“禁止反言”的规则当事人也不能再行使诉权，而只能一裁终局。而我国劳动仲裁中实行的一裁终局是强制仲裁，在适用范围、适用主体及其法律效力上都做出明确的限制，无法体现自主性、自愿性和双方合意性。这点跟商事仲裁中一裁终局的自愿性、自主性和合意性在本质上完全不同。从理论上说，当事人并无基于合意而选择仲裁从而放弃诉权时，当事人的诉权是不可被剥夺的。而我国目前一裁终局的裁决附条件生效（即以劳动者不起诉为条件）的设计，实际上剥夺了用人单位的诉权。笔者之前就提到过对具有弱势群体身份的劳动者给予倾斜性保护从而实现实质正义的方式应当通过实体法，而不应当通过破坏程序法基本原则的方式。诉权本身具有平等性的属性，不能因当事人身份的不同而被剥夺，而目前一裁终局制度设计中对劳动争议一方当事人的诉权进行了单项剥夺，其正当性缺乏法理基础，其合宪性让人质疑。

其次，“一裁终局”制度设计上也存在一些问题。其一，由于一裁终局数额标准过低，而极低的诉讼成本对劳动者起诉的意愿推波助澜，在很大程度上降低了一裁终局减少诉讼的功能。例如，广东省2009年、2010年全省如排除劳动者起诉的案件和终局裁决被撤销的案件，实际真正实现一裁终局目的的案件不足8%。⁹³其二，《劳动争议司法解释（三）》第14条规定，劳动争议仲裁委员会做出的同一仲裁裁决同时包括终局裁决事项和非终局裁决事项，当事人不服该终局裁决向人民法院提起诉讼的，应当按照非终局裁决处理。因此，大量一裁终局非终局的混合型案件被排除在外。最后，基层法院在审理劳动者起诉的终局裁决案件时，对用人单位抗辩理由的审查是否仅限于第49条规定的情形？基层法院是否应对仲裁裁决是否为终局裁决进行审查，还是应给予劳动仲裁机构以必要的尊重？中级法院在审理撤裁案件时，在很多时候难以分清何为事实问题，何为法律问题，而从法理上说，如果中级法院以认定事实错误不属于撤销终局裁决的法定事由为由裁定驳回用人单位的申请，则有违实质公平。

最后，各地对一裁终局的地方性态度与制度配合，也极大的影响了该制度的实施效果。例如上海市通过各种方式与手段推动一裁终局制度实施从而保持一裁

93 谭玲：《劳动争议案件一裁终局制度的现实困境与未来转型》，《人民司法》2012年第1期，第69页。

终局案件的高占比：2010年“一裁终局”案件数占全市裁决案件数首次超过10%，2011年大幅度提高到50%以上，2012年开始超过60%，目前稳定在裁决案件数六成左右。⁹⁴然而，同处于长三角地区的连云港市，其一裁终局案件比例却非常低，仅占比7.9%。在调研中笔者了解到，之所以比例如此之低，其一是因为仲裁机构主观上希望给用人单位起诉的空间而有意压低一裁终局比例；其二涉及到对仲裁员的考核，一旦一裁终局案件被撤销的，仲裁员会承担责任。在这种考核压力下，即便是一裁终局案件，仲裁员在裁决书中也不写明并告知当事人，而一审法院对此完全不予审查，此时用人单位去一审法院起诉仍然会被受理，一裁终局消除讼累的作用也就被消解了。而类似于连云港市的情况并非偶然，人社部劳动科学研究所对一裁终局实施情况的调研也发现，不少仲裁员对一裁终局的适用持比较谨慎的态度，在法律规定不够明确的情况下，对不确定是否属于一裁终局的案件大多倾向于按非终局裁决处理。而仲裁员在办案实践中对一裁终局适用的顾虑，可归结为“不敢”和“不愿”⁹⁵：不敢是因为一裁终局效力对仲裁员的能力和素质提出了更高的要求，而部分仲裁员对自身专业能力自信心不足，对于不少很确定的案件往往倾向于保守，不轻易定性为终局案件。不愿是因为一裁终局使更多的矛盾集中在仲裁环节，加大了仲裁员的思想压力，一旦用人单位去申请撤销，终局裁决要接受诉讼审查，中级法院作出撤销裁决裁定也将会对仲裁机构、仲裁员产生不利影响，这种利益衡量可能会促使部分仲裁员故意慎用一裁终局。

三、对劳动争议仲裁未来改革之建议

（一）未来劳动争议仲裁改革的基本思路

无论从理论分析还是实践情况来看，我国劳动争议仲裁制度都需要从基本法律和制度构建上全面检讨，从而形成未来改革的基本思路。首先需要肯定的是，目前覆盖全国的劳动仲裁机构网络已基本形成，集聚着一大批具有劳动争议处理专门素质的仲裁员队伍，这是近20多年来劳动争议处理实践中所积累的一种最大规模的组织资源。⁹⁶因此，改革的基本思路应当建立在如何改造现有的这批宝贵的仲裁资源上，而不是完全推翻它重新构建新的争议处理系统。在此前提下，

⁹⁴ 陈建华、张庆普：《息讼止争 快捷维权——上海市推行劳动争议“一裁终局”制度工作纪实》，《中国人力资源社会保障》2014年第9期，第21页。

⁹⁵ 劳动争议案件一裁终局制度实施效果评估课题组：《劳动争议案件一裁终局制度实施效果评估》，《中国劳动》2014年第5期，第9页。

⁹⁶ 王全兴、王文珍：《我国劳动争议处理立法的若干基本选择》，《中国劳动》2007年第1期，第21页。

我们需要考虑的基本方向和目标是在符合法理的基础上实现劳动争议处理程序的及时、经济、高效和公正。而目前的劳动争议裁审程序设计既有违法理，更成为拖沓劳动争议程序的核心原因。要实现对现有劳动争议程序的改革目标，笔者同意“应当在追求公平和遵循专门性要求的基础上，借鉴国外单一解决模式”，⁹⁷即对我国处理权利争议的劳动仲裁程序，要么走回归之路，要么走变革之路：回归即回归仲裁之本性，充分发挥仲裁制度本应具有的专业、灵活、快捷、经济、独立处理争议的优势特点，并在此基础上遵循仲裁与诉讼关系的一般规律建立或裁或审的裁审体制；变革是改变目前我国劳动争议仲裁以“仲裁之名”行“司法之实”的现状，使其名实一致，让劳动争议仲裁事实上能真正发挥如同法院一审的功能，并在此基础上改革裁审关系，建立一裁一审体制，并最终整合仲裁与法院资源成立具有中国特色的劳动法院系统。

（二）“或裁或审”体制下仲裁本质的回归

1、域外经验的考察

美国是世界上非常少的为权利争议的处理安排仲裁方式解决的国家之一，并且对该类争议的仲裁也基本遵循一般仲裁法理和制度安排。目前在美国，越来越多的劳动者没有参加工会，越来越多的雇主与劳动者在签订劳动合同时也约定选择仲裁作为解决劳动争议的途径。⁹⁸并且，其劳动仲裁以权利仲裁为主，利益仲裁相对罕见且多在公共部门作为对罢工的替代手段时使用适用。⁹⁹

在美国，对权利争议的仲裁从性质上属“任意仲裁（voluntary arbitration）”，其实质上是已成为协约上的诉讼程序之规定，据当事人间对任何的争议或纠纷，为获致迅速而廉价之最终决定，由其自身选定一位仲裁者，藉由同意将争议委诸仲裁者裁定。¹⁰⁰基于任意仲裁的特性，仲裁的约定、启动、仲裁员的选择、仲裁规则以及仲裁的效力，与我们所理解的一般仲裁并无本质区别。而基于劳动争议区别于普通民商事争议的差异性，对于劳动争议仲裁在仲裁员管理和适用于劳动争议的仲裁规则上则有其特殊之处。¹⁰¹

⁹⁷江伟主编：《仲裁法》，中国人民大学出版社2014年版，第245-246页。

⁹⁸哈晓斯、王瑞：《美国的劳动争议处理制度》，《中国劳动保障》，2006年第3期，第49页。

⁹⁹ William B. Gould IV. A Primer on American Labor Law (Fifth Edition). Cambridge University Press, 2013.

¹⁰⁰黄越钦：《劳动法新论》，中国政法大学出版社2003年版，第335页。

¹⁰¹肖鹏燕、刘霞、李付俊：《美国劳动争议仲裁组织运行及仲裁员管理研究》，《第一资源》2013年第3期，第107-108页。

美国大部分的劳动争议仲裁业务由联邦调解调停局（Federal Mediation and Conciliation Service, FMCS）和美国仲裁协会（American Arbitration Association）提供。联邦调解调停局隶属于政府公共部门，而美国仲裁协会是一个非营利性的、为公众服务的机构。其运行的费用主要依靠会员单位缴纳的会费。而美国的劳动争议仲裁员也已经拥有其自身的专业性学会——美国国家仲裁员学会。在对仲裁员的管理规则上，1951年，美国仲裁委员会、美国国家仲裁员学会和联邦调解调停局的三家机构联合出台了“劳动争议仲裁员的职业道德和程序标准规范”（Code of Ethics and Procedural Standards for Labor Management Arbitration）。1972年10月，由于劳动争议仲裁领域的一些新情况的诞生，三家机构将“劳动争议仲裁员职业道德和程序标准规范”更新为“劳动争议仲裁员职业责任规范”（Code of Professional Responsibility for Arbitrators of Labor-Management Disputes）。1974年11月30日，三家机构联合公布了这一最新的行业规范。这一规范对仲裁员的资质、职业责任，仲裁员对劳资双方的责任，对行政机构的责任，听证前程序，听证程序以及听证后程序作了规定。联邦调解调停局和美国仲裁协会直接应用此规范对仲裁员进行管理。

在仲裁规则上，联邦调解调停局除应用“劳动争议仲裁员职业责任规范”之外，同时还为其管理仲裁员出台了包括劳动争议仲裁员名册管理制度，仲裁员进入和连任仲裁员名册制度，仲裁服务的程序规定，仲裁收费制度和特殊仲裁程序规则等方面的制度。这些制度一方面确保其选拔的仲裁员以及进行的仲裁活动符合行业规范，另一方面也保证了仲裁服务的质量。而美国仲裁协会从选拔仲裁员到规范仲裁员行为都有其相应的规则。

美国对权利争议的任意仲裁制度显然遵从了一般仲裁法理，就此能在劳资双方合意之下选择便捷而高效的处理程序。而这些经验中特别值得我们关注的，首先是仲裁员来源的社会化，并拥有美国国家仲裁员协会这样的自治团体；其二是仲裁机构——联邦调解调停局、美国仲裁协会的职能主要集中于对仲裁员选拔、管理、行为规范的约束上，在上述条件满足时，仲裁结果的公正性由仲裁员的独立性和专业性予以保障。

2、“或裁或审”制度会面临的问题及应对之道

“或裁或审”制度要得以良性实行，其先决条件必须是仲裁和诉讼要有最基

本的“抗衡之力”，即仲裁需要具备能够使当事人信服的专业性、独立性和公正性，这也是非强制程序性质之下，国际国内商事仲裁机构赖以生存和发展的根基所在。而以我国目前劳动争议仲裁各方面的基本情况，主张“或裁或审”之人往往会遭致诸多质疑，追究其原因仍源于目前裁审程序在公信力、专业性上的较大差距，使得在“或裁或审”机制之下，即便选择仲裁程序能获得及时、经济、快捷的解决争议的可预期利益，但在公信力、专业性不足的劣势下，当事人仍会弃仲裁而选诉讼。而又由于我国目前劳动仲裁的行政依附性，仲裁结果的公正性无法以仲裁机构的独立性以及仲裁员的职业声誉做保证的情况下，在劳资谈判力量悬殊，劳动合同格式合同化的条件下，用人单位可能会基于某种利益勾连而单方决定对仲裁程序的选择，而这无疑是对劳动者利益的极大伤害。

因此，“或裁或审”机制的核心点不仅是要让让劳动争议仲裁回归仲裁之本质，更是要使劳动仲裁机构具备其现在尚不具备的得以与诉讼程序比肩而立的资本。为此，未来如果考虑“或裁或审”的道路，在仲裁部分至少有以下一些工作是要先行考虑和完善的。

（1）做强仲裁

要做强仲裁，首先要从机构设置上使其“去行政化”。只有去行政化，才有可能使仲裁委与行政序列相脱离，才能突破编制的束缚，实现仲裁员遴选、任职、考核的社会化，使其真正成为一个社会力量主导的独立法人。同时，基于劳动争议的特点，劳动仲裁机构的社会化过程中也需要遵循三方性原则。

而在仲裁员队伍建设上，目前虽然在劳动争议多发地区仲裁机构面临严重的案多人少问题，但真正能充分发挥兼职仲裁员作用的地区则非常少。实践比较理想的地区是深圳市级仲裁院，建立了 100 人的兼职队伍，年办案 900 件，人均 10 件，有些优秀兼职仲裁员年办案量超过 40 件，兼职仲裁员 40%来源于律师，30%是公务员，其他 30%为大学老师、企业法务干部。兼职仲裁员占市仲裁员整体办案量的 26%。对于兼职仲裁员的办案工作予以一定的经费支持，调解一宗 1000 元，裁决一宗 800 元。兼职仲裁员对所从事的仲裁工作也比较有热情，能够从中获得职业满足感和因兼职仲裁员身份而附加的利益收益。但是在劳动法律人才并不丰富的地区，兼职仲裁员能够发挥的作用就非常有限，同时而生的原因还有对兼职仲裁员的选任、考核并未有成形的机制，很多时候无法信任或充分放

手让兼职仲裁员去办案。因此，仲裁员队伍的职业化、专业化、社会化是未来仲裁机构社会化的关键，我们可以借鉴美国的基本思路，由包含人社部、工会等相关机构针对仲裁员的选任、行为规范、考核、责任等制定专门的职业规则，考虑建立专门的劳动争议仲裁院职业资格准入制度，扩充仲裁员来源，以规则和考核机制保障仲裁员的专业化水平，以仲裁员的专业化、独立性保证仲裁裁决的公正性，提高仲裁的公信力。

与此同时，基于“或裁或审”体制之下仲裁程序的双方合意性，可以建立适当灵活的仲裁规则，以适应便捷、高效处理劳动争议的需求。

（2）完善对劳动争议仲裁的司法支持与监督机制

在“或裁或审”体制设计下，应当根据仲裁庭与法院、仲裁权与司法权关系的基本法理来改造我国目前的裁审关系。这也是其他国家（地区）将仲裁作为处理劳动争议，无论是权利争议还是利益争议时，其对仲裁与司法关系设计所遵循的通行思路。由于仲裁庭行使对争议案件的仲裁权，不具有司法权的性质，这也导致了仲裁庭因在行使仲裁权的过程中，没有或者缺乏必要的强制性权力而遇到障碍。所以尽管在或裁或审体制下强调仲裁的独立性，并决定了仲裁权行使中对司法权干涉的排斥，但为保障仲裁权的行使，最大限度的保护当事人的合法权益，必要的司法支持与协助是不可缺少的，而且也只有获得司法的支持与协助，才可能保障仲裁庭进一步行使仲裁权，最终解决当事人之间的纠纷，这也是国际、国内民商事仲裁的一般做法。从国际、各国仲裁立法与实践来看，这种司法支持与协助主要包含对仲裁庭组成的支持、对采取财产保全措施的支持和对获取证据的支持。我国《仲裁法》第 28 条，第 46 条和《民事诉讼法》第 272 条对司法对仲裁在财产保全、证据保全等方面也作了明确规定，在未来“或裁或审”体制下，也应当能够适用与劳动争议仲裁程序之中。

同时，在“或裁或审”体制设计下，根据仲裁的基本原理，仲裁结果应是一裁终局的。但仲裁除民间性外，其司法权属性决定了其裁决结果的有效性必须依赖于国家的认同和支持，而国家以强制执行仲裁裁决等方式支持仲裁的前提，是须进行司法审查从而确认其作为执行根据的有效性。因此，为维护仲裁裁决的公正性、权威性及其高效性，必须要配备相关的监督机制，而对仲裁机构的监督，世界各国的做法就是引入了法院对仲裁的适当干预和监督。 有关于仲裁司法监

督的模式，在理论上可说是百家争鸣，主要争议集中在标准和内容上即：在标准上应不应该区分国际仲裁与国内仲裁，在内容上到底是进行实体监督还是程序监督。从我国有关仲裁的相关规定上看我们说我国目前实行的监督模式是区分国内仲裁和国际仲裁，对于国内仲裁裁决不仅监督其实体性事项也监督其程序性事项，而国际仲裁仅监督程序性事项。根据我国《仲裁法》、《民事诉讼法》及其相关司法解释，法院对仲裁权的监督主要体现在以下三个方面：（1）对仲裁庭仲裁管辖权的监督，法律依据主要为《仲裁法》第 20 条和《仲裁法》司法解释第 13 条的规定；（2）对仲裁权行使过程的监督，主要表现在人民法院有权监督仲裁庭是否按照《仲裁法》及仲裁规则的规定取得仲裁权，是否按照仲裁程序行使仲裁权。这样监督以“事后监督”的形式表现出来，即法院只能根据当事人的申请，对仲裁庭在没有按照法定程序取得和行使仲裁权的情况下作出的仲裁裁决予以撤销或裁定不予执行；（3）对仲裁裁决的监督，具体包括撤销仲裁裁决、不予执行仲裁裁决和重新仲裁。笔者认为，未来在“或裁或审”体制下，基于劳动仲裁力量较为薄弱的现状，法院对其的监督也应当包括实体监督和程序监督，即采取“全面监督”的模式，具体制度设计可考虑适用现有普通民商事仲裁司法监督所包含的相关内容。而在有效的司法监督之下，能够既保存和发挥仲裁及时、经济处理纠纷的优势，又借助法院的力量保证仲裁的公正性，并且给予了仲裁当事人双方平等的救济权利和途径，从合理性、合法性来说也是优于我国目前关于“一裁终局”的制度安排的。

（三）“一裁一审”体制下对仲裁进行准司法程序的改造

对于未来裁审关系的改革方案，除了之前谈到的“回归仲裁”之外，另一条可以选择的道路就是改变劳动争议仲裁之“仲裁之名”，继续沿着强制仲裁的基本思路将仲裁程序改造为一个准司法程序，并与法院审判程序相对接，从而建立“一裁一审”的裁审体制。

这种思路构建基本的可行性来自于对实践的考察和思考。我们在调查中发现，劳动争议案件经过一审程序后上诉到二审的比例在广州市和北京市基本上都处于 30%左右，广州市二审总体上上诉案件的改判率为 10%左右。实践中反映出的基本规律是，二审改判率较低但上诉率依然达到将近三分之一，在有些地区这一比例更高。其中有很大一部分原因缘于无论一审二审的劳动争议诉讼成本基本可

以忽略不计，而争议当事人特别是用人单位出于死磕、拖垮对手的考虑不考虑胜负会坚持走完所有争议处理程序。而此时劳动争议已经经历过仲裁和一审两道程序，而目前劳动争议诉讼阶段程序完全适用一般民事诉讼程序，并未有针对劳动争议特点的诉讼程序构建，一个案件走完事实上的“三审”程序着实过于冗长。由此，在二审改判率不高的情况下，就可以思考劳动争议二审程序是否有存在的必要的问题。

在前面的比较法考察中我们提到，对于权利（个人）争议，很多国家采用由司法程序处理的模式，因为从根本上说缘于权利争议法院的可裁判性，既然司法可判，对于当事人来说天然应当保障其诉权的行使，即由法院来处理争议。而存在例外的国家，如法国，其对权利（个人）争议的处理并不由法院专属管辖，而是由个人劳资调解委员会处理。劳资调解委员在法律意义上是法官，因为他们与专职法官一样行使审理争议并作出判决的职能。由此，他们必须承担专职法官所应承担的义务和专业职责。¹⁰²法律赋予了劳资调解委员会对某些诉讼数额较小、利害关系不大的案件以一审终审权，对其他劳资调解委员会作出的判决，当事人不服的，可以上诉至高等法院社会庭乃至最高法院社会庭。因此，劳资调解委员会是公权与自治的结合，既注重了当事人的意志，即劳资双方参与解决个人劳动纠纷，又体现了司法权威，即个人劳资调解委员会实质上是一个准司法审判机构。

因此，在“一裁一审，仲裁强制前置”模式之下，必须赋予仲裁机构准司法权，并通过较为严格的类似于审判程序的控制保证仲裁的公正性。在这种思路之下，未来仲裁员的选任将更加趋于严格，甚至会要求仲裁员应当具有法律职业资格，这样才能有与准司法程序匹配的审理案件人员基本的公信力。在此基础上，在裁审之间建立相当于法院一审与二审的效力约束关系，诉讼不仅以仲裁为基础，而且对仲裁构成监督。也就是说，法院对当事人不服仲裁裁决而起诉的案件，根据诉讼请求和案情选择性地进行事实审、法律审、程序审或全面审，并作出维持、变更或撤销仲裁裁决的裁判。¹⁰³然而，“一裁一审”制度面临的最大挑战是如何协调与法院两审终审制的关系问题，对此唯有以立法形式予以突破，而从终极发展目标来看，“一裁一审”实质上应当作为我国最终整合劳动争议特别是权利争议处理资源的过渡阶段，即我们还是应当以德国劳动法院为发展目标，针对权利争议建立统一的处理机构和相应的处理机制，而仲裁应当更多的发挥其在利益争议处理上的重要作用。

¹⁰² 李林蔚：《我国劳动争议处理制度的反思及重构——以法国模式为借鉴》，厦门大学硕士学位论文，第 32-37 页。

¹⁰³ 王全兴、王文珍：《我国劳动争议处理立法的若干基本选择》，《中国劳动》2007 年第 1 期，第 22 页。

我国劳动人事争议仲裁程序的优化

(论文提纲)

许建宇

【摘要】我国劳动人事争议仲裁程序应当确立“优化”理念，并相应实施各项优化仲裁程序的具体措施。

【关键词】 劳动人事争议；仲裁程序；优化

一、“优化”仲裁程序理念的提出

“优化”一词的本意是指在众多的方案中寻找最佳方案。优化仲裁程序，即是在各种方案中探寻出适合于我国当下国情的最佳的劳动人事争议仲裁程序方案。需要指出的是，我们在解读“优化”仲裁程序理念的完整内涵时，应当把握住如下几个要点：

- (1) “优化”是指仲裁程序的最佳化，而非单纯的“简化”。
- (2) “优化”仲裁程序应充分展现仲裁制度的灵活性特点。
- (3) “优化”仲裁程序应兼顾效率和公平的价值目标。
- (4) “优化”仲裁程序应处理好国家规制与当事人自治之间的关系。

二、我国优化劳动人事争议仲裁程序的具体建议

(一) 导诉制度的设立

设立导诉制度(诉前引导制度)是为了方便劳动者申请仲裁，了解仲裁程序，从而尽可能缩短仲裁时间，减少不必要的环节，提高仲裁效率。具体建议主要有以下几个方面：(1)劳动人事争议仲裁院应在诉前向当事人提供风险告知书。(2)实行首问导诉制度。(3)在受理案件时，要针对主体是否适格、案件的管辖、申请仲裁的基本事实和理由、仲裁请求事项及证据的掌握等进行释明。(4)仲裁机构接受申请人递交的材料后，发现当事人的仲裁请求相互矛盾、不够明确，应予以提示或释明，要求当事人将自己的主旨陈述清楚。

(二) 立案和答辩制度的优化

1. 立案优化

立案程序的优化应考虑以下几个问题：（1）对特殊群体优先立案。（2）派出专职人员即时立案。

2. 答辩优化

包括：（1）答辩期征询制度。（2）答辩与调查同时进行。

（三）举证规则的改进

举证规则的改进应考虑以下几个方面：（1）严格限制证据提交的次数。（2）仲裁员根据情况要求当事人限期补充证据。（3）庭前交换证据。（4）仲裁委员会依申请收集证据的时限。（5）适当降低劳动者证明标准。

（四）简易程序的适用完善

我国应设置单独的劳动人事仲裁简易程序，其适用应考虑以下几个问题：（1）在劳动人事争议易发区域设立巡回简易案件仲裁庭，就地立案、就地审理，就地调解、当庭结案。（2）实行调解前置。（3）通知程序的简便处理。（4）仲裁文书送达程序的简便处理。（5）案件审理的简便处理。

（五）调解程序的优化之策

优化仲裁调解程序应考虑以下几个问题：（1）建立庭前“快调”制度。（2）设立基层流动仲裁庭，推行乡镇“调裁一体化”制度。（3）推行预约调解制度。（4）基层调解协议置换仲裁调解书制度。

（六）庭审与裁决制度的效率提升路径

1. 开庭审理

在庭审程序的优化立法方面，我们认为可以适当借鉴深圳市宝安区的“要素式”办案模式。此外，还可以考虑以下几项措施：（1）建立预约开庭制度。（2）设立仲裁派出庭。（3）省略庭审权利告知程序。（4）尝试不开庭审理。

2. 裁决与执行

包括：（1）财产保全措施应纳入仲裁程序之中，并规范仲裁机构与人民法院在财产保全制度中的配合与衔接。（2）明确规范部分裁决的适用范围。（3）对权利义务关系明确的案件，可实行当庭裁决。确需中止、延期审理的，应严格审批手续。

（六）送达程序的优化创新

包括：（1）推行送达地址确认制度。（2）推行一步到庭制度。（3）实行张贴、

网告送达。(4) 留置送达的改进。(5) 对部分仲裁文书可以采取简易通知送达。

(七) 特别规定的完善

1. 仲裁文书格式的优化

首先, 仲裁文书的优化需要建立规范仲裁文书样式标准, 以规范仲裁文书的制作。其次, 优化仲裁裁决书的格式。

2. 适当扩大“一裁终局”的适用范围

如工伤待遇赔偿案件的列入, “经济补偿金或者赔偿金”案件的扩张解释等。

3. 集体劳动争议仲裁程序的完善

除了上文所述的一般仲裁优化程序(如导诉、答辩期征询制度)之外, 集体劳动争议仲裁程序的优化还应考虑以下几个问题:(1) 集体劳动争议案件分类处理, 避免程序上的交错和混乱。(2) 仲裁活动灵活简便。(3) 仲裁机构部门内外默契配合与协调。(4) 骨干、优秀办案人才的注入。

4. 自我监督、自我纠错机制的建设

为了完善仲裁内部自我监督体制, 仲裁自我监督程序在宏观上应先把握以下几个方面的问题:(1) 强调仲裁机构监督机制的独立性、特殊性和灵活性。(2) 建立和完善“自我监督为主, 外部监督为辅”的监督、纠错方式。(3) 建立多元仲裁监督体制。

5. 仲裁派出庭与巡回庭的选择与建立

仲裁派出庭和巡回庭的选择应从当地的实际情况出发。对于劳动人事争议易发区域相对比较集中, 并且离区、县劳动人事仲裁委员会地点较远的地区, 优先考虑以仲裁派出庭的方式为基层搭建调解、仲裁平台。

6. 仲裁机构的实体化建设

劳动人事仲裁程序的优化还应考虑给予仲裁院恰当的法律定位:(1) 将仲裁院纳入劳动争议处理机制。(2) 正确处理仲裁院与其他机构的关系。(3) 内部建设应当规范化。

7. 裁审关系以及其他外部关系的协调

从宏观角度出发, 裁审关系的协调不仅需要仲裁机构与法院在程序上的沟通与配合, 还要求制度上的紧密衔接与统一。此外, 还应加强仲裁机构与司法行政部门、工会、法律服务机构、企业和职工代表之间的沟通机制建设, 保证仲裁外

部关系的和谐顺畅。

结 语

优化仲裁程序需要厘清五个重要的基础性问题，亦即：（1）优化手段与立法位阶问题；（2）创新措施与法理依据问题；（3）借鉴域外经验与“本土化”考量问题；（4）仲裁机构的能动性与当事人双方的自主性问题；（5）仲裁程序的内外关系协调问题。由于实践经验的欠缺以及研究能力与学术水平的限制，要想完美解决这五个问题殊非易事，本文并未完全达致预想的目标。

【说明】本文是依据本人承担完成的人力社保部委托研究课题《优化仲裁程序研究》最终成果的部分内容改写而成的。课题正式报告原文 5 万余字，由本人与硕士生弟子翁玉玲、吕荣、徐杰、曾祥伟、魏舒菽共同执笔完成。因涉及课题成果的归属问题，故本文仅为一个简要提纲，请不要公开引用。

也论我国劳动法上的责令限期支付制度

（未完成稿）

赵红梅*

【摘要】现阶段，在存在个体劳动争议的情形下不应依然另行适用责令限期支付制度，劳动行政部门只应针对侵害劳动者群体特定经济权益的情形实施责令限期支付，侵害个体劳动者经济权益问题本应主要通过适用劳动仲裁和民事诉讼制度解决。未来，随着集体劳动法的勃兴以及劳动公益诉讼制度的建立，责令限期支付制度保护劳动者群体经济权益的使命将被取而代之，或弱化为对用人单位“约谈”的柔性行政措施。未来，责令限期支付作为一项劳动监察手段，应该对用人单位违反劳动基准法的行为进行监督检查并做出行政处理，应被限缩在劳动基准法的范围（如按当地最低工资标准支付劳动者工资）内适用。

【关键词】责令限期支付；劳动行政监察；个体劳动争议；劳动仲裁；民事诉讼

在我国，根据现行劳动立法的规定，劳动者当其工资报酬等经济权益受到用人单位侵害时，既可以通过提起劳动仲裁和民事诉讼的司法途径获得救济，也可通过举报（要求）和等待劳动行政部门责令用人单位限期支付的行政执法途径获得救济。《劳动争议调解仲裁法》第2条规定：“中华人民共和国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议，适用本法：……（五）因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议；……。”该法第9条还规定：“用人单位违反国家规定，拖欠或者未足额支付劳动报酬，或者拖欠工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金的，劳动者可以向劳动行政部门投诉，劳动行政部门应当依法处理。”《劳动法》第91条规定：“用人单位有下列侵害劳动者合法权益情形之一的，由劳动行政部门责令支付劳动者的工资报酬、经济补偿，并可以责令支付赔偿金：（一）克扣或者无故拖欠劳动者工资的；（二）拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的；（三）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的；（四）解除劳动合同后，未依

* 赵红梅：中国政法大学民商经济法学院社会法研究所所长、教授。

照本法规定给予劳动者经济补偿的。”《劳动合同法》第 77 条规定：“劳动者合法权益受到侵害的，有权要求有关部门依法处理，或者依法申请仲裁、提起诉讼。”该法第 85 条规定：“用人单位有下列情形之一的，由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者经济补偿；劳动报酬低于当地最低工资标准的，应当支付其差额部分；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金：（一）未按照劳动合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者劳动报酬的；（二）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的；（三）安排加班不支付加班费的；（四）解除或者终止劳动合同，未依照本法规定向劳动者支付经济补偿的。”这是必要、合理、可行的制度设计吗？

我国学者和实务工作者针对劳动法上的劳动仲裁和民事诉讼制度所作的研究已经十分充分，但针对责令限期支付制度所作的研究尚十分薄弱，笔者目前为止就此搜集到的专门论述并较有分量的学术论文仅为翟玉娟教授 2008 年发表的“中国劳动监察的困境与挑战”¹⁰⁴一文和谢增毅研究员 2010 年发表的“劳动行政机关责令用人单位承担民事责任研究”¹⁰⁵一文。特别是翟玉娟教授的大作，很精辟的提出了以下有见地的观点：一个新的趋势是，很多劳动者与用人单位产生的劳动争议，已经不通过劳动仲裁、民事诉讼这些救济途径进行解决，而是直接向劳动监察部门进行举报请求处理。如果劳动监察不处理或者处理不力，劳动者再进行行政诉讼状告劳动部门行政不作为或作为不当。劳动行政部门屡屡败诉的原因是由于现行法律对劳动监察的定位不准、使用行政执法手段解决具体劳动争议造成的。新颁布的《劳动合同法》、《劳动争议调解仲裁法》非但没有解决这个问题，而是仍然将劳动行政监察带入了本应该通过劳动仲裁和诉讼救济途径解决劳动争议的误区。¹⁰⁶笔者也搜集到几篇实务探讨性文章。劳动法实务届着重探讨以下问题：在提请仲裁过程中，部分劳动者在仲裁请求中要求用人单位比照《劳动合同法》第八十五条承担“加付赔偿金”的民事责任。实践中，大部分劳动仲裁部门对于该项请求是否受理的意见是不予受理，理由多数为“‘加付赔偿金’是劳动行政部门的行政措施”。这个理由能不能站住脚呢？¹⁰⁷根据新颁布的

¹⁰⁴ 参见翟玉娟：“中国劳动监察的困境与挑战”，载《行政与法》2008 年 8 期。

¹⁰⁵ 参见谢增毅：“劳动行政机关责令用人单位承担民事责任研究”，载《当代法学》2010 年第 3 期。

¹⁰⁶ 参见翟玉娟：“中国劳动监察的困境与挑战”，载《行政与法》2008 年 8 期。

¹⁰⁷ 参见张涛：“《劳动合同法》第八十五条在实践中的适用”，http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=13168，最后访问时间：2016 年 6 月 19 日。

《劳动争议司法解释三》第三条“劳动者依据劳动合同法第八十五条规定，向人民法院提起诉讼，要求用人单位支付加付赔偿金的，人民法院应予受理”之规定，这是否意味着劳动者没有经过向劳动部门投诉的前置程序，也可以不经劳动仲裁而直接向法院起诉用人单位按应付金额的百分之五十到百分之一百加付赔偿金？¹⁰⁸本文从与前述研究成果不同的视角和秉持不同的观点或加深前述研究成果的论证，针对责令限期支付制度存在的主要问题做进一步的分析探讨。

一、我国劳动法上的责令限期支付的法律属性

我国劳动法上的责令限期支付，实乃劳动行政部门作为行政主体责令作为直接行政相对人的用人单位针对作为间接行政相对人的劳动者承担以工资报酬等给付为内容的法律义务和责任。

在我国法律中，行政主体责令直接行政相对人对间接行政相对人承担民事义务和责任并不是劳动法独有的现象，这一现象在其他法律领域也偶有存在。如《产品质量法》第40条第3款和《电力法》第66条的规定。关于它的法律属性，我国行政法学者做过较深入探讨，并初步形成了行政裁决说¹⁰⁹、行政处罚说¹¹⁰、其他行政制裁说¹¹¹、行政处理说¹¹²等几个不同的学说，胡建淼、吴恩玉的“行政主体责令承担民事责任的法律属性”一文¹¹³对此作了详细的梳理分析，本文兹不赘述。

我国社会法学者谢增毅研究员基本赞同将我国劳动法上的责令限期支付的法律属性确定为行政裁决，其给出的理由大体类同前述行政裁决说，另外补充性认为我国劳动法上的责令限期支付有两个突出特点：第一，劳动行政部门责令限期支付的内容对用人单位具有非常明显的惩罚性或制裁性；其次，劳动行政部门作出责令限期支付的决定具有执法上的主动性，难以完全贯彻劳动者不告不理原则。¹¹⁴我国社会法学者郭捷等指出：“以责令支付作为实现民事法律责任的主要方式，如补发工资、责令提供劳动安全条件等，这就使民事法律责任兼有行政法

¹⁰⁸ 参见赵律师：“对《劳动合同法》第85条之理解”，

http://blog.sina.com.cn/s/blog_6a1445790100mb4b.html，最后访问时间：2016年6月10日。

¹⁰⁹ 参见胡建淼、吴恩玉：“行政主体责令承担民事责任的法律属性”，载《中国法学》2009年第1期。

¹¹⁰ 参见冯军：《行政处罚法新论》，中国检察出版社2003年版，第119页。

¹¹¹ 参见杨解君：《秩序·权力与法律控制——行政处罚法研究》，四川大学出版社1999年版，第53页以下。

¹¹² 参见杨小君：《行政处罚研究》，法律出版社2002年版，第21页以下。

¹¹³ 参见胡建淼、吴恩玉：“行政主体责令承担民事责任的法律属性”，载《中国法学》2009年第1期。

¹¹⁴ 参见谢增毅：“劳动行政机关责令用人单位承担民事责任研究”，载《当代法学》2010年第3期。

律责任实现方式的特色。”¹¹⁵该观点接近行政处理说。

笔者认为：不宜将我国劳动法上的责令限期支付的法律属性确定为行政裁决。除了前述谢增毅研究员已阐述理由外，支持该观点的理由更主要为，在我国，主要用来解决劳动者与用人单位之间劳动争议的劳动仲裁本身就是一种非常典型的行政仲裁，不可能叠床架屋在劳动仲裁之外另造一个行政仲裁。

笔者还认为：将我国劳动法上的责令限期支付的法律属性确定为行政处理而不是行政处罚或其他行政制裁较为适宜。理由如下：其一，毕竟，劳动行政部门责令用人单位限期支付的给付对象是劳动者，它与需要上缴国库的罚款这样的行政处罚还是有十分明显区别的；其二，具有一定的惩罚性或制裁性并不是行政处罚或其他行政制裁特有的属性，特殊民事责任如惩罚性赔偿也可以具有这一属性。

二、责令限期支付与劳动仲裁和民事诉讼不应混淆不清

无论是《劳动争议调解仲裁法》、《劳动法》还是《劳动合同法》的相关规定，都没有提及是否只有在不存在个体劳动争议¹¹⁶的情形下，才适用责令限期支付制度，反之，则不适用该制度。《劳动保障监察条例》第21条就此虽有提及且有特殊意义，但不甚明确，在实践中各方就此的理解颇生歧义，值得深入分析探讨（详见后文）。“某些劳动争议，法律规定了劳动者既可以寻求劳动仲裁，又可以通过劳动监察进行解决，两种手段的混合运用导致了实践中的混乱”¹¹⁷这就模糊了个体劳动关系（劳动争议处理）与劳动行政关系（劳动行政监察）的界限，甚至导致二者之间混淆不清。以至于劳动行政部门常常对是否实施责令限期支付左右为难、举棋不定，有时成为了其不履行责令限期支付职责（行政不作为）的挡箭牌；或者造成劳动行政监察越俎代庖处理了本该由劳动争议处理解决的事项，因此否定了劳动仲裁和民事诉讼的处理结果践踏了其权威。

以下主要结合两个典型案例做具体分析论证。

1. 陈某某诉东莞市劳动局行政不作为案¹¹⁸

陈某某于1999年8月份至2000年7月份受聘于广东省东莞市望牛墩威士塑

¹¹⁵ 郭捷主编：《劳动法与社会保障法》（第四版），中国政法大学出版社，2012年版，第281页。

¹¹⁶ 需要特别指出的是，《劳动争议调解仲裁法》第七条“发生劳动争议的劳动者一方在十人以上，并有共同请求的，可以推举代表参加调解、仲裁或者诉讼活动”所指的劳动争议，依然属于本文所谓的个体劳动争议而非集体劳动争议，因为后者权益是前者权益的简单相加。

¹¹⁷ 翟玉娟：“中国劳动监察的困境与挑战”，载《行政与法》2008年8期。

¹¹⁸ 参见廖政：“陈造文诉东莞市劳动局责令支付劳动报酬行政不作为案”，<http://www.szlaodong.com/1058a.html>，最后访问时间：2014年8月14日。

胶制品厂（以下简称“塑胶制品厂”），陈某某每月工作 28 天，每天工作 10 小时。2000 年 7 月 31 日，陈某某向东莞市劳动争议仲裁委员会申请仲裁，请求塑胶制品厂支付加班工资、经济补偿金、赔偿金及支付解除劳动合同的经济补偿金、额外经济补偿金、赔偿金、押金及补偿社会保险费。同年 9 月 25 日，东莞市劳动争议仲裁委员会以陈某某的仲裁申请已超过申请的时效为由，驳回了其申请。陈某某对仲裁不服，以塑胶制品厂为被告向东莞市人民法院提起了民事诉讼。东莞市人民法院于同年 12 月 19 日作出了（2000）东民初字第 2530 号民事判决，该判决以陈某某的第 1 项诉讼请求已超过申请仲裁的 60 日期限为由驳回了该项诉讼请求；陈某某的第 2 至第 5 项诉讼请求经过实体的审理全部被驳回。

2001 年 1 月 4 日，陈某某向东莞市劳动局提出申请，请求其责令塑胶制品厂：1、支付其延长工作时间的工资报酬、克扣的工资报酬及经济补偿金、赔偿金；2、缴纳其工作期间的各项社会保险费；3、支付解除劳动合同的经济补偿金、额外经济补偿金及赔偿金等。当日，东莞市劳动局对塑胶制品厂作出《劳动监察限期整改指令书》，限期整改。同月 17 日，东莞市劳动局致函陈某某，其个人的工资待遇申请，不予受理。

2001 年 3 月 21 日，陈某某向东莞市中级人民法院提起行政诉讼，请求判令东莞市劳动局责令塑胶制品厂支付其延长工作时间的工资报酬、经济补偿金、赔偿金及支付解除劳动合同的经济补偿金、额外经济补偿金、赔偿金及缴纳社会保险费。

一审法院认为：本案原告陈某某的诉讼标的已被人民法院生效判决的效力所羁束，其提起的诉讼不符合行政诉讼受理的条件。依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第四十四条第一款第（十）项的规定，裁定驳回陈某某的起诉。

陈某某不服一审裁定，提起上诉。

二审法院认为，根据《劳动法》有关规定，保护劳动者的合法权益不受侵犯，是劳动行政部门的职权范围。本案上诉人陈某某与第三人塑胶制品厂的劳动争议纠纷虽经仲裁机关仲裁和人民法院民事判决，其诉讼标的是劳动争议，而上诉人陈某某被上诉人东莞市劳动局的诉讼标的是被诉具体行政行为，即认为行政机关不履行法定职责。两者诉讼标的和法律关系均不同。原审法院认为陈某某诉讼标

的已被生效判决的效力所羁束，提起本案的诉讼不符合受理的条件，因而作出驳回陈某某起诉的行政裁定，不符合法律的规定，应予纠正。上诉人陈某某上诉有理，应予采纳。依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第六十八条的规定，裁定撤销原审行政裁定，由原审法院继续审理本案。

本案的最主要争议点是：在存在劳动争议并且该争议已经由劳动仲裁和民事诉讼处理完结的情形下，是否依然可另行适用责令限期支付制度，改变劳动仲裁和民事诉讼处理的结果，扭转具体劳资关系的利益格局。本案一审和二审法院就此给出了不同的答案，其中二审法院的判决值得商榷。二审法院判决认为：一审原告陈某某与第三人塑胶制品厂的劳动争议虽经劳动仲裁和民事诉讼处理，其诉讼标的是劳动争议，而陈某某诉东莞市劳动局的诉讼标的是被诉的具体行政行为，即行政机关不履行行政法定职责，两者诉讼标的和法律关系均不同。

笔者认为：从表面上看，两者的诉讼标的确实不同，一个是劳动争议，另一个是被诉的具体行政行为，但本案被诉具体行政行为的对象恰恰就是一审原告陈某某与第三人塑胶制品厂的劳动争议，与陈某某提请劳动仲裁及提起民事诉讼的标的完全一致。如果按照以上二审法院的判决逻辑，支持了陈某某的行政诉讼请求，那么，在存在劳动争议并且该争议已经由劳动仲裁和民事诉讼处理完结的情形下，还依然可另行适用责令限期支付制度，则劳动仲裁及民事诉讼的权威性将丧失殆尽，甚至其完全没有存在的必要性（劳动仲裁法规定申请仲裁的60日期限也形同儿戏），甚至可以认为其是对社会资源加以浪费的法律制度设计，因为包含责令限期支付制度的大一统的劳动行政监察貌似就可以解决所有的劳资利益冲突问题。

2. 梁X力诉佛山市南海区劳动和社会保障局行政不作为案¹¹⁹

梁X力原是广东省佛山市甲公司（以下简称“甲公司”）的职工，双方签订了劳动合同。2004年3月，梁X力向甲公司申请了退休。2004年7月14日，梁X力与甲公司达成双方解除劳动合同的调解协议。2006年7月4日，梁X力以第三人解除其劳动合同，未依法给予经济补偿属行为违法为由，向被告佛山市南海区劳动和社会保障局投诉，要求被告根据《劳动法》和《劳动保障监察条例》

119 参见佛山市中级人民法院：“梁X力与佛山市市B区劳动和社会保障局行政不作为案判决书”（2007）佛中法行终字第46号。http://www.lawtime.cn/cases/article/case_40091.html，最后访问时间：2014年8月14日。

《违反〈劳动法〉行政处罚办法》的规定》，对被投诉人即第三人的违法行为进行行政处罚，责令其向投诉人即原告支付工资报酬、经济补偿，并按该工资报酬、经济补偿总和的五倍支付其赔偿金。2006年7月20日，被告对原告的投诉作出如下回复：一、原告与第三人因解除劳动合同引发的争议达成协议；二、根据《劳动保障监察条例》第21条的规定，原告的诉求应通过劳动争议仲裁程序处理。2006年8月7日，原告以被告拒不履行法定职责，属行政不作为为由，向法院提起行政诉讼：1. 要求被告履行法定职责，对第三人违反《劳动法》的行为作出行政处罚；¹²⁰2. 要求被告将行政处罚的赔偿金依法支付给原告。

一审法院认为：根据《劳动保障监察条例》第21条的规定，原告梁X力与第三人甲公司因解除劳动合同未给予经济补偿发生的争议，属于劳动争议，应按照国家有关劳动争议处理的规定处理，对此原告已与第三人签订《劳动争议调解协议书》解决了该劳动争议，故被告佛山市南海区劳动和社会保障局对原告的投诉问题，回复其应通过劳动争议仲裁程序处理，被告已履行了法定职责，不存在行政不作为。故原告要求被告履行法定职责，对第三人违反劳动法的行为作出行政处罚，以及要求被告将行政处罚的赔偿金支付给原告的诉讼请求，法院不予支持。故一审判决：驳回原告的诉讼请求。

梁X力不服原判，提起上诉。

二审法院认为：《劳动保障监察条例》第21条规定的情形是应当通过劳动争议处理程序解决的事项或者已经按照劳动争议处理程序申请调解、仲裁或者已经提起诉讼的事项，由劳动保障行政部门告知投诉人依照劳动争议处理或者诉讼的程序办理。但上诉人向被上诉人举报的是原审第三人甲公司解除劳动合同未依法给予劳动者经济补偿的违法行为，要求被上诉人对原审第三人予以行政处罚，并责令原审第三人向上诉人支付工资报酬、经济补偿和赔偿金。虽然上诉人与原审第三人就解除劳动合同的争议已达成一致意见，但上诉人向被上诉人提出的对原审第三人进行行政处罚和责令支付赔偿金的要求，不同于因解除劳动合同未给予经济补偿发生的民事争议，不属于通过劳动争议处理或者诉讼程序办理的事项，不能适用《劳动保障监察条例》第21条的规定，因此被上诉人作出的《关于梁X力上访问题的回复》属适用法律、法规错误，应予撤销。被上诉人以《关于梁

¹²⁰ 在此本案一审原告梁X力以及随后两审法院均将存在争议的被告的行为界定为“对第三人违反《劳动法》的行为”作出行政处罚并将行政处罚的赔偿金依法支付给原告，属于对责令限期支付的法律属性定性不准。

X力上访问题的回复》答复上诉人应属于未依法履行其法定职责。此外，被上诉人是否应当给予原审第三人行政处罚以及如何处罚不属于本案的审查范围，故上诉人要求被上诉人对原审第三人作出行政处罚，并将行政处罚的赔偿金支付给上诉人的诉讼请求，依法应予以驳回。故二审判决：撤销佛山市南海区人民法院（2006）南行初字第27号行政判决；责令被上诉人佛山市南海区劳动和社会保障局在法定期限内重新对上诉人梁X力的举报进行处理；驳回上诉人梁X力的其他诉讼请求。

本案的最主要争议点是：如何理解和适用《劳动保障监察条例》第21条的规定。该条规定如下：“用人单位违反劳动保障法律、法规或者规章，对劳动者造成损害的，依法承担赔偿责任。劳动者与用人单位就赔偿发生争议的，依照国家有关劳动争议处理的规定处理。对应当通过劳动争议处理程序解决的事项或者已经按照劳动争议处理程序申请调解、仲裁或者已经提起诉讼的事项，劳动保障行政部门应当告知投诉人按照劳动争议处理或者诉讼的程序办理。”在实践中，很多劳动行政部门将该条规定做相对宽松的理解并适用，认为，一旦劳资双方就赔偿包括行政法律法规报酬和经济补偿金等发生争议，就应当只能通过劳动仲裁和民事诉讼解决不能再通过责令限期支付解决。显然，一审法院据此作出的判决。

有律师对前述一审法院判决持反对意见，其认为：该条规定中的“劳动者与用人单位就赔偿发生争议的”的，其中的赔偿就仅仅限于“用人单位违反劳动保障法律、法规或者规章，对劳动者造成损害的，依法承担赔偿责任”的情形，具体来说只有《劳动法》第九十五条（用人单位对女职工或者未成年工造成损害的）、第九十七条（由于用人单位的原因订立的无效合同）等规定的“损害赔偿”（为主观议定责任）事项才属于这类情形，故为只能通过劳动争议处理的方式解决的事项，而对于法律规定报酬和经济补偿金（为客观法定义务）事项则属于既可通过劳动行政监察又通过劳动争议处理解决的事项，对于劳动者就此提出责令限期支付投诉的，劳动行政部门不应行政不作为。¹²¹显然，二审法院作出的判决与此思路比较接近。

笔者不赞同该律师的观点也反对二审法院的判决。理由如下：

第一，该条规定中“用人单位违反劳动保障法律、法规或者规章，对劳动者

¹²¹ 参见张涛：“《劳动合同法》第八十五条在实践中的适用”，http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=13168，最后访问时间：2016年6月19日。

造成损害的，依法承担赔偿责任”的表述确实不够明确具体，给人很大的遐想空间。但尽管如此，在理解上也不能太过于偏颇。不支付工资、加班费、经济补偿金能被理解为完全不属于“对劳动者造成损害的，依法承担赔偿责任”的范畴吗？显然不能，赔偿就是对已发生损害的填补，支付工资、加班费、经济补偿以及加付赔偿金其实就是用人单位对劳动者过去物质和精神损害所做的经济利益填补。

第二，“劳动合同属于双方当事人之间的契约，劳动合同法还有其私法性质的一面，劳动合同除了不能违反国家基准性的规定外，更多的应该体现意思自治的原则。”¹²²在我国劳动法中关于劳动报酬和经济补偿金尽管有许多客观强制性的规定，但其中依然有一些属于可议定的事项，一个最突出的例证是劳动仲裁和民事诉讼可以和解撤诉或者调解形式结案，以此结案的结果都与劳动法客观强制性的规定可以有出入（如劳动者接受降低法定经济补偿金）。而大量包含客观量化标准的有关损害赔偿责任的司法解释的出台，也不能说损害赔偿就不具有客观法定性。这表明，劳动报酬和经济补偿金与《劳动法》第九十五条、第九十七条等规定的“损害赔偿”其实并没有非常本质性的区别。

第三，该条中“应当通过劳动争议处理程序解决的事项或者已经按照劳动争议处理程序申请调解、仲裁或者已经提起诉讼的事项”两大排除责令限期支付劳动行政监察适用的并列表述，也表明了立法者对可排除事项采取宽松的立场。

当然，何谓“劳资双方就赔偿包括劳动报酬和经济补偿金等发生争议，就应当只能通过劳动仲裁和民事诉讼解决不能通过责令限期支付解决”还需要进一步明确具体。一方面，不能任由劳动行政部门和用人单位随意解释，但另一方面，也不能简单绝对化地认为凡是已经进入劳动仲裁和民事诉讼程序的就视为存在劳动争议，就不再启动或者已经启动即应终止责令限期支付程序，反之就启动或者持续责令限期支付程序。劳动争议与责令限期支付的关系比如此的设计要复杂一些。

第一，或许个体劳动者与用人单位之间存在着劳动争议，但由于各种原因尚未进入到劳动仲裁和民事诉讼程序之中，这时如果启动责令限期支付程序，会使该程序陷入到解决劳动争议进而蜕变为行政仲裁的困局。所以，劳动行政部门在劳动行政监察中一旦发现个体劳动者与用人单位之间存在着劳动争议（即便这种

¹²² 翟玉娟：“中国劳动监察的困境与挑战”，载《行政与法》2008年8期。

争议没有进入到劳动仲裁和民事诉讼程序之中），就不应再启动或者已经启动即应终止针对该争议的责令限期支付程序。

第二，或许个体劳动者与用人单位的劳动争议已经进入劳动仲裁和民事诉讼程序之中，但同时另外进行的劳动行政监察发现用人单位存在侵害广大劳动者经济权益（分析见后文）的违法行为，于是启动责令用人单位针对广大劳动者（包含前述个体劳动者）的限期支付程序，这时，应处理好保护广大劳动者的责令限期支付与保护个体劳动者的劳动仲裁和民事诉讼的关系，是以前者的标的覆盖后者的标的，继续前者并终止后者？还是将后者的标的从前者的标的中剥离出来，分别继续前者 and 后者？这些疑惑在实践中都经常发生，但至今没有解决，需要进一步探讨。

责令限期支付与劳动仲裁和民事诉讼虽然都属于劳动法的实施机制，但它们之间的差异很大：

第一，劳动仲裁和民事诉讼的性质主要为居中行政或司法裁判，故国家行政和司法机关都不是法律关系的当事人，而是居中裁判者，故用人单位与劳动者当事人双方劳动争议法律关系的构造比较简单。而责令限期支付的性质主要为劳动行政监察单方面作出的行政处理，经典的行政监察法律关系本应是作为行政主体的劳动行政监察机关与作为行政相对人的用人单位双方之间清晰明确的行政法律关系，然而责令限期支付所构建的法律关系往往不是这样的，而是作为行政主体的劳动行政监察机关与作为直接或间接行政相对人的劳动者和用人单位三方之间复杂的行政、民事交织的法律关系，这种三角的法律关系在行政诉讼中就形成劳动者为原告、劳动行政监察机关为被告、用人单位为第三人的法律关系构造，故劳动行政监察机关经常需要先对用人单位和劳动者之间的经济权益纠纷先做变相的劳动行政仲裁然后再实施劳动行政监察，这就又回到本文第一部分责令限期支付的法律属性到底是行政处理还是变相叠加设立的行政裁决的追问。有律师认为：对于“克扣”和“无故拖欠”的问题，劳动部《对〈工资支付暂行规定〉有关问题的补充规定》曾分别给出了具体认定标准。根据上述两个认定标准，用人单位在劳动监察程序中陈述的劳动者过错或者用人单位免责的情形应承担举证责任；若用人单位不能对其陈述进行举证，则劳动行政部门有权拒绝采纳用人单位的陈述。同理，有关离职金（经济补偿金）和二倍于经济补偿金的赔偿金的

认定事实同样可以将举证责任分配给相对强大的用人单位。¹²³该律师为我们描述的正是一幅变相叠加设立的劳动行政裁决图景。

第二，责令限期支付既然为单方面的行政处理，过程和结果受制于行政意志和能力，以其实施劳动法刚性很强，通常是劳动法怎么规定劳动行政部门就责令怎么支付，责令限期支付作为一项劳动监察手段，其“产生和存在的必要在于实施劳动基准，劳动监察旨在实现为劳动基准所规定的劳动者最低利益。有必要确定劳动监察的重点是对违反劳动基准法的行为进行行政监察，而对于属于劳动者和用人单位有关劳动利益的争议应该经过劳动争议的途径进行解决。”而劳动仲裁和民事诉讼为居中行政或司法裁判，过程和结果还是会基本受制于劳动争议双方的意志（如是否和解或接受调解¹²⁴）和诉讼技巧、举证能力等，没有完全否认“私法自治”，以其实施劳动法具有弹性空间。

总之，同一个保护劳动者经济权益的事项，既可通过劳动行政监察完成，也可通过劳动争议处理完成，反而是容易引发相互矛盾冲突的不尽合理可行的制度设计。侵害个体劳动者经济权益问题还是应当主要交由个体劳动关系法通过劳动仲裁和民事诉讼解决。

三、责令限期支付制度适用于保护劳动者

群体经济权益的实然与应然论证

无论是《劳动争议调解仲裁法》、《劳动法》还是《劳动合同法》的相关规定，以及劳动立法其他的规定，都没有提及是否只有在用人单位侵害劳动者群体经济权益的情形下，才可适用责令限期支付制度，否则不适用该制度。此处的劳动者群体，并不是限定劳动者的人数要成千上万，因为用人单位雇佣劳动者规模大小不一，劳动者群体的规模大小也随之不同，只要用人单位侵害的利益主体为与其存在劳动关系的大部分劳动者或者其中某一类劳动者（如农民工），即构成。适用责令限期支付制度未区分侵害个体劳动者经济权益与侵害劳动者群体经济权

¹²³ 参见张涛：“《劳动合同法》第八十五条在实践中的适用”，http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=13168，最后访问时间：2016年6月19日。

¹²⁴ 在我国，劳动仲裁确实大部分以调解形式结案。据人力资源与社会保障部统计，2013上半年，全国各级劳动人事争议调解仲裁机构办结的63万件争议案件中，通过调解方式结案的有43.8万件，同比增加14.1%，占到总结案数的69.6%。参见人力资源与社会保障部：“2013年度人力资源和社会保障事业发展统计公报”
http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhshbzb/dongtaixinwen/shizhengyaowen/201305/t20130528_103939.htm，最后访问时间：2014年8月14日。

益的情形。

从我国当前劳动行政监察实务来看，无论是侵害个体劳动者经济权益还是侵害劳动者群体经济权益的情形都适用责令限期支付制度，而且后者占比更高一些。2010年上半年江苏省镇江市人力资源与社会保障局劳动行政监察主要统计分析报告表明：在结案的113件违反工资支付和最低工资标准类案件中，举报用人单位拖欠全厂性工资的占35%，还有65%仅涉及拖欠个别劳动者工资主要是个案问题。¹²⁵这就进一步导致模糊了劳动个体关系（劳动争议处理）、劳动集体关系与劳动行政关系（劳动行政监察）的界限，甚至三者彻底混淆不清。

个人利益、集体利益、公共利益是对应存在的范畴，虽然很难对三者之间的区分给出一个令人信服的唯一解释，但这并不意味着区分它们毫无意义。侵害个体劳动者经济权益与侵害劳动者群体经济权益两厢比较，前者因社会危害面窄影响小故将其归属个人利益的范畴更恰当，而后者因社会危害面宽影响大故将其归属集体利益或与之近似的公共利益的范畴更恰当。因我国当下集体劳动法极度弱化，故在一些劳动法学者看来，以承载公共利益的责令限期支付这种劳动行政监察替代集体劳动法解决侵害广大劳动者经济权益的问题就十分必要。¹²⁶同时，侵害个体劳动者经济权益问题本应交由个体劳动关系法通过劳动仲裁和民事诉讼解决。

这个问题的分析其实与上一个问题的分析有关联性。在实务中，劳动者举报（要求）劳动行政部门实施责令限期支付，劳动行政部门经调查后会很容易发现：存在劳动争议的大多是涉及个体劳动者经济权益的事项，而不存在劳动争议的通常是涉及劳动者群体经济权益的事项。如2010年上半年江苏省镇江市人力资源与社会保障局劳动行政监察主要统计分析报告表明：举报用人单位拖欠全厂性工资的，主要原因是一方面新的最低工资标准出台以后一些用人单位因为时间差的原因没能及时上调；另一方面一些用人单位针对所有职工的加班工资均不能及时发放到位。举报用人单位拖欠具体劳动者工资的，主要原因是劳动者离职时，用人单位与之有各种纠纷因而不能及时足额给付工资等。¹²⁷当然这也不绝对。因而，

¹²⁵ 参见江苏省镇江市人力资源与社会保障局：“二〇一〇年上半年劳动监察统计数据分析”，http://hrss.zhenjiang.gov.cn/xxgk/sjfx/201007/t20100719_361419.htm，最后访问时间：2014年8月14日。

¹²⁶ 待核实。

¹²⁷ 参见江苏省镇江市人力资源与社会保障局：“二〇一〇年上半年劳动监察统计数据分析”，

区分侵害个体劳动者经济权益与侵害广大劳动者经济权益的情形，再决定到底是由劳动行政部门实施责令限期支付这种劳动行政监察还是由劳动者提起劳动仲裁和民事诉讼解决这些问题，就能使责令限期支付制度的适用更具有针对性，这避免造成责令限期支付制度与劳动仲裁和民事诉讼制度重叠适用甚至相互矛盾冲突。在陈某某诉东莞市劳动局行政不作为案中，被告对第三人作出《劳动监察限期整改指令书》，责令其针对全厂劳动者保护问题限期整改。同时，被告致函原告，其个人的工资待遇申请不予受理，就与笔者的前述见解基本吻合。

现阶段，在实然层面，因我国集体劳动法极度弱化，故以责令限期支付这种劳动行政监察暂时替代集体劳动法解决侵害劳动者群体经济权益的问题是可以理解和有保留接受的制度设计。

笔者的前述见解对责令限期支付制度适用的指导意义在于：当接到个体劳动者举报用人单位违反劳动法不依法对其履行法定义务（如发放加班工资）时，劳动行政监察部门不能仅针对举报者与被举报者的利益冲突进行调查和作出责令被举报者对举报者限期支付的行政处理，这属于个体劳动争议处理的范畴。劳动行政监察部门应该将调查的范围确定为用人单位是否存在违反劳动法不依法向劳动者群体履行法定义务（如发放加班工资）的问题，若情况属实应作出责令被举报者对广大劳动者限期支付的行政处理，这才真正履行了政府最应该履行的保护公共利益的职能，也对举报者形成了维权隐蔽性保护，避免其遭受被举报者打击报复。

笔者的上述分析建议，有一个技术问题需要解决。劳动行政监察部门查实某用人单位存在违反劳动法不依法向其所雇佣的劳动者群体履行法定义务（如发放加班工资）的问题后，作出责令用人单位对广大劳动者限期支付的行政处理，需要排除掉该用人单位与个别劳动者之间存在个体劳动争议的权益。

未来，随着集体劳动法的勃兴以及劳动公益诉讼制度的建立，责令限期支付制度保护劳动者群体经济权益的使命将被取而代之，或弱化为对用人单位“约谈”的柔性行政措施。

http://hrss.zhenjiang.gov.cn/xxgk/sjfx/201007/t20100719_361419.htm，最后访问时间：2014年8月14日。

四、责令限期支付制度被限缩适用于劳动基准法的应然论证

责令限期支付的性质既然为劳动行政监察单方面作出的行政处理，其本应该为了实现公益性的目的才可以实施。

行政权力所保护的利益向来被认为是一种得到普遍承认和保护公众福利，特别是一种可以证明行政命令具有正当性的利益——公共利益。¹²⁸ 德国行政法学者毛雷尔教授指出：“行政的出发点是公共利益”¹²⁹；我国行政法学者王名扬教授也认为：“公共行政的目的在于满足政府所认定的公共利益”¹³⁰。然而，在我国劳动立法者看来，在我国对劳动者作为社会弱者的倾斜性保护也主要应成为国家的一项重要职责¹³¹，故将保护个体劳动者十分宽泛的经济权益也纳入本应适用于保护公共利益的劳动行政监察的范畴。无论是《劳动法》还是《劳动合同法》的相关规定，以及劳动立法其他的规定，都将我国责令限期支付制度适用的范围规定得很广，包括工资（含加班工资）报酬、经济补偿金和加付赔偿金，而这些经济权益除了最低工资外都不属于严格意义上的劳动基准法规范的内容。因为，加班工资、经济补偿金和加付赔偿金虽然都被劳动法规定了法定的与基本工资关系的标准系数，但因基本工资可由劳资双方在最低工资之上协商议定，故工资（含加班工资）报酬、经济补偿金和加付赔偿金都有议定的成分，且劳资双方发生劳动争议后可和解变通适用劳动法的强制性规定。可议定、和解变通的个体权益以及这些个体权益之和都不能被认定为公共利益，公共利益绝对不是个人利益的简单相加总和。

而在英国类似的制度只适用于最低工资。英国最低工资制度的执行官员（compliance officer）的主要权力包括：发出执行通知（enforcement notice）。如果执行官员认为雇主没有遵守最低工资制度，他们可以向雇主发出执行通知，要求雇主遵守最低工资制度，并且支付先前应付的工资。¹³²

在我国不应因过分强调对劳动者作为社会弱者的倾斜性保护主要是国家行政的一项重要职责，而将保护个体劳动者十分宽泛的经济权益纳入责令限期支付的范畴责令限期支付作为一项劳动监察手段，应该对用人单位违反法律基准性的

¹²⁸ See Bryan A. Garner (Editor in Chief), *Black's Law Dictionary*, St. Paul, MN: Thomson/West Group, 8th ed., 2004, p. 1266.

¹²⁹ [德]哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第6页。

¹³⁰ 王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社1988年版，第2页。

¹³¹ 待核实。

¹³² Section 19, National Minimum Wage Act 1998, 待核实。

行为进行监督检查并做出行政处理。未来, 责令限期支付作为一项劳动监察手段, 应该对用人单位违反劳动基准法的行为进行监督检查并做出行政处理, 应被限缩在劳动基准法的范围 (如按当地最低工资标准支付劳动者工资) 内适用。¹³³

¹³³ 翟玉娟教授已主张过该观点。参见翟玉娟: “中国劳动监察的困境与挑战”, 载《行政与法》2008年8期。

工人代表制：一种自赋权的集体劳动关系的生成机制

——以广州利得鞋业公司集体劳动争议为例

陈步雷

【摘要】我国珠三角地区近年来出现的工人自发推选谈判代表、争议行为代表的实践模式，具有重要法律意义。其中的行为主体、权利义务、法律行为、法律后果、技术方法等要素具有较显著的制度创新，可界定为“自组织、自赋权维权模式”或“工人代表制”。它是原创性的、哈耶克理论意义上的“自生自发的秩序”，具有民事法律规范和法理、逻辑的支撑。它具有使无序的群体性争议向有序的集体性争议转化的自组织功能，为集体性与工人理性维权模式提供了微观的生产机制和可靠证据，个案式、短暂性解决了“集体性”难题，具有自我赋权、寻求正当性的合法化趋向；有启动劳资集体谈判等程序性功能，系一种自赋权的集体劳动关系生成机制。对其应予以法治化调整，并可利用其推动劳动法改革。

【关键词】 自赋权 工人代表制 集体劳动争议 生成机制

在“群体性劳动争议”或曰“群体性事件”发生后，劳方当事人能否、如何形成集体性的人格、意志、力量，即把群体性争议转化为集体劳动争议，并通过法律手段将使争议导入法治程序化过程，使群体（集体）劳动争议通过法律依据明确、可理性预期和控制的处理模式得以解决，是我国亟待解决的重难点问题。在自上而下的劳工政策和劳动法缺乏实质性改进思路、空间的情况下，我国珠三角地区出现了多起“同一企业中的多数劳动者，自发、自觉、主动地依据民事法律而非劳动法，推选出若干名工人代表，对其进行书面授权，由其代表劳方与资方进行交涉、谈判”的案例，不仅自下而上地对解决上述问题提供了思路，且对劳工政策、劳动法改革具有深刻的扩展性影响。

对珠三角地区的上述问题，有些学者从劳工社会学、劳动关系学等学科进行了研究，阐释了其中的自我组织、实用主义团结策略、作为潜在和先导性机制的集体行动、自下而上地集体化和推动劳动关系转型等问题、罢工立法的制度需求等，有很重要的发现和观点。（石秀印、许叶萍，2005年；常凯，2013年、2015年；段毅、李琪，2014年；‘段毅、何远程，2015年；王国勤，2014年；汪建

华，2013年）但对其仍需要从社会法学、法社会学角度，研究其法律性质、要素、功能等问题。

本文以案例为实证分析内容，对相关行为模式加以概念化，探讨其成因、逻辑和功能、影响，分析其对劳工政策、劳动法改革可能发挥的促进作用，并提出对其法治化调整的思路和方案。

一、案例和问题

（一）案例：利得公司维权案

2014年12月6日，位于番禺区的广州利得鞋业有限公司（以下简称“利得公司”）2500名工人，因资方减少计件工资、拖欠工人社保费、住房公积金等而罢工。当天，劳资双方各派代表开展了第一次谈判。当晚，工人代表大会推选出了13名工人谈判代表，建立了工人维权基金；工人以签名方式加入维权队伍、书面授权工人代表参与劳资谈判。12月7日，劳资双方第二次谈判，工人代表提出了13项工人诉求，首先要求资方承认工人代表的代表资格，并承诺不以任何形式打击报复工人代表，其次要求补缴工人自入职起的社保及住房公积金，足额支付加班费及其他各项补贴。期间，其余未参与谈判的工人代表在场外静坐，两千多名工人，一直关注和支持现场的谈判代表。在资方同意了工人的各项诉求后，工人代表召开全体会议建议全厂工人复工，并要求就工人的各项补贴举行第三次谈判。15日，资方拒绝与工人展开第三次谈判，部分车间的工人开始罢工。资方迫于压力，于17日下午和劳方第三次谈判。在地方政府、总工会的默认和监督下，双方就加班费、带薪休假工资、以及高温补贴等费用达成一致（集体合同）。随后，在工人代表的带领下，利得全体员工复工。20日，集体合同约定的各项补贴费用均支付到了工人的账户。至此，利得工人经过6天罢工、5次守厂、3轮集体谈判，使得劳资纠纷圆满解决。

近5年来，在珠三角地区有几十起此类案例。2010年5、6月发生的广东南海本田汽车零部件制造有限公司集体劳动争议案件中，劳工代表的产生、代表性问题以及对罢工问题的“理性对待，法治解决”方法，也很值得关注（常凯，2012年）。

（二）凸现的法律问题

在大量涉及众多劳工的劳动争议中，工人的团结多具有“抱团取暖”的特征，

但仍主要是群体性而非集体性的行动方式。但上述案例中的工人，采用了一种新的组织形式和自赋权的行动策略，形成了相应的模式，也凸现了新的法律问题：其法律特征或要素是什么？如何对其界定；劳方当事人的行为是否具有法律依据、合法性；其为何选择民法规范进行自我合法化，民法能否提供法律支持；其是否、如何实现了群体性争议向集体争议的转化？其主要功能是什么，有何局限性？现阶段应该如何看待“工人代表制”？它的出现和运用对劳动法改革有何影响和启发？

二、相关维权模式的法律要素

对案例中的行为模式，可从社会学、经济学、法学不同角度描述、概括和分析。从法社会学的角度看，其如下要素、特征具有重要的法律意义。

（一）主体问题：是否形成了集体谈判、集体合同的适格主体

因《世界人权宣言》、《联合国经济、社会及文化权利公约》所确认、规定的劳动基本权利，尚未在我国宪法、劳动法层面充分地转化，即尚未实证化为国内法上的“法律权利”（部分教材称之为“法权”），故我国难以尚未形成规范意义的集体劳动关系。集体谈判、集体合同中的劳方主体，本应是劳方当事人，理论上相关企业、行业、地区的劳工群体；但代表这些劳方当事人的形式主体是谁，是劳动法上的重要问题。我国《劳动法》在第33条第二款中规定：“集体合同由工会代表职工与企业签订；没有建立工会的企业，由职工推举的代表与企业签订。”但代表这些劳方当事人的形式主体是谁，是劳动法上的重要问题。美国劳动法重点要解决的就是谁有资格代表劳工的问题，合法、适格的代表产生后，由集体谈判等平等博弈机制解决劳资关系中的各种问题。我国《劳动法》在第33条第二款中规定：“集体合同由工会代表职工与企业签订；没有建立工会的企业，由职工推举的代表与企业签订。”但在中国，工会有无足够的公信力担任劳方的代表，工会与用人单位进行“集体协商”时，有无代表劳方当事人的“集体性”，工会未经劳方当事人的书面委托能否称为适格主体，存在争议。

利得案例中，具有共同诉求的众多劳方当事人通过民主选举、书面委托授权的方式，在个案中暂时解决了“谁有资格代表劳动当事人群体”的主体适格性问题。

案例中，工人首先会统计参与集体诉求的工人人数和所属车间部门，推选人

的数量通常占诉求参与人的一半以上。按照工人所属车间或部门自下而上的投票选出工人代表,工人代表产生的比例是参照集体诉求参与者的人数和规模确定的。然后,从工人代表中选出工人谈判代表、经费管理人、宣传联络人、纪律纠察组等,形成了职能分工。最后,所有推选人应对工人代表身份、工作事项及责任,用签字、按手印的方式加以确认,形成工人代表确认书。

通过上述程序产生的工人(谈判)代表,其身份的合法性、资格的可靠性,类似于民事诉讼程序中,诉讼代表人(代理人)的诉讼主体资格的清晰度、确定性。其民法意义的主体适格性、合法性据此而产生,难以被质疑和否定。

(二) 法律关系: 能否形成规范的代表关系

案例中,诉求一致的工人团体即劳方当事人,在本团体中推选出若干名工人代表。工人代表产生后,具有双重身份:一是劳方当事人,二是劳方当事人的代表、相对方。后一身份使其获得了特殊的主体资格。换言之,推选工人代表的过程即是工人与工人代表达成一致、形成契约法上的合意的过程。由此形成了一种特殊的契约关系:劳方当事人团体是一方(被代表的委托人一方),工人代表是另一方(受委托方)。因工人代表的双重身份,这种关系是民事上的代表关系。

这种代表关系,是当事人依据民事法律而形成的合意,在民法上具有合法性。案例中的劳方当事人参照了相关民事法律规范。《民事诉讼法》第53条规定了代表人诉讼制度:“当事人一方人数众多的共同诉讼,可以由当事人推选代表人进行诉讼。代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生法律效力,但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求,进行和解,必须经被代表的当事人同意。”《合同法》第21章是“委托合同”,其中第397条规定“委托人可以特别委托受托人处理一项或者数项事务,也可以概括委托受托人处理一切事务。”据此,劳方当事人与其代表之间,参照《民事诉讼法》的“代表人诉讼”和民事委托制度,形成了“代表人谈判、受委托人谈判”的实践模式。作为被委托人的工人代表也是劳方当事人,其行为效力覆盖全体委托人,而不涉及其他人。这是典型的民事关系属性。在劳动法领域,集体谈判、集体合同的效力能否覆盖未选举、未委托、未参与的其他劳工,是有争论和制度的。本文研究的案例中,摒除了这种争议地带,即完全以民事法律关系处理问题。

据此,可认为,案例中的实践模式能够形成民法意义规范的代表关系,民法

规范给予了支持。

相关法律关系的另一重要问题是权利义务内容。

重点之一是工人代表的权利、职责、义务。其权利分为履职性权利、保障性权利两部分。履职性权利，与职责、义务是一体化的，限于劳方当事人的授权范围。主要有：整理、统一工人集体的诉求，并将工人诉求书递交资方和政府。将工人诉求书递交企业，提出谈判的要求及时限，并向上级工会、地方政府、劳动行政部门等递交集体谈判相关材料；代表劳动者一方参与谈判，与企业方就争议事项达成协议；工人代表还可以聘请律师、学者、非政府组织人员等专业人士为谈判提供帮助；向工人报告谈判进程，就谈判事宜征求工人意见，组织工人投票表决，经过谈判达成的协议草案要经过工人的认可，工人代表才能签署，才有效力。通过媒体、网络对外发布谈判进程的消息。

从民法角度看，工人代表的职责范围仅限于一些非实质性（非实体性权利义务）的程序事项，类似于一般代理权。涉及到劳动者诉求的放弃或变更、是否发动集体行动等实质性事项，则需要经过全体工人的同意。他们不具备市场经济国家中“劳工领袖”的身份和权能。

另一个重要问题是工人代表的保障性权利，对应着委托人的相关义务。委托人的主要义务是保护工人代表。在工人集体维权的过程中，选择成为工人代表往往要承受巨大的压力，有可能面临资方的打击报复，甚至是地方公权力基于维稳、亲资爱商动机的制裁。被资方解雇是常见的，甚至要为维权过程中工人集体的过激行为承担相应的法律风险责任。所以在整个维权过程中，工人代表所承担的风险要远高于普通的劳方当事人，而维权成功所得到的利益又和普通工人相同。因此，要使工人代表能承受住压力、积极履职，则需要加强对工人代表的保护和精神激励。就义务的性质而论，劳方当事人对工人代表的保护既是习俗性、道德性义务，也是契约中默认的、附随的义务。这种义务的履行方式，包括提供必要的物质和精神支持、以集体行动方式对资方直接施加压力、通过各种媒体发声以获得舆论支持等。

劳方当事人的保护义务，不仅具有保护工人代表的直接功能，且具有促进、维系、强化自身团结的功能。这一功能在劳工运动中具有决定性意义。利得案例在微观上给予了验证。

此外，劳方当事人和工人代表之间的权利义务，不仅是法律对价性的，还是道德性的。工人代表通常具有利他主义动机、奉献或牺牲精神；劳方当事人也同样要具有马克思主义政治经济学所关注的身份认同、阶级意识，对工人代表承担尽力保护的道德义务。实验科学已证明：猿、猴、大象等灵长目动物像人一样具有“合作、公平和同情的品质”（张国清，2015年），更何况具有阶级觉悟的工人们。他们在代表关系中的合作团结意识和能力，无需置疑。

（三）法律依据和行动策略

上文已叙明，劳方当事人及其代表，特别强调是依据《民法通则》、《合同法》等实体法以及《民事诉讼法》等程序法而推举代表、委托授权、实施系列法律行为的。避开中国现行劳动法和相关组织，选择、运用民法赋予自己行为以充分的合法性，是其行动的基本策略。

相关问题是：为何选择民法？民法能否为其所用？

《劳动法》第33条第二款“集体合同由工会代表职工与企业签订；没有建立工会的企业，由职工推举的代表与企业签订”是相关的即法律规范之一依据。但在实践中，珠三角的劳方当事人明确、刻意地回避了这一条款。因为该条款的法意义，通常被解读为“如果有工会，则由工会与企业订立集体合同；无工会，才由职工推举的代表进行”。这个解读具有形式逻辑层面的合理性。2007年制定的《劳动合同法》在第51条第二款中，延续并强化了上述立法意图：“集体合同由工会代表企业职工一方与用人单位订立；尚未建立工会的用人单位，由上级工会指导劳动者推举的代表与用人单位订立。”通过形式逻辑的语词分析，可发现其本意是：只要企业有工会，所有的集体合同都只能由工会去缔结；若尚未建立工会，上级工会有权利或权力指导工人推举的代表，他们有义务接受上级工会的指导。设定这种权利（权力）垄断、被指导义务，是否合乎法理，本文不作讨论，只是初步提出此问题。

现实中，很多企业是有工会的，但它缺乏真正的代表性、公信力和组织动员能力，劳方当事人不信任它。中华全国总工会2015年11月在自身改革方案中，也承认并表示要克服“机关化、行政化、贵族化、娱乐化”现象，解决工会脱离职工群众的突出问题（龚惠文，2015年）。为了避免这种对劳动者正当权益不能积极负责、对劳动者不履行忠诚、勤勉义务的工会组织妨害自己的权益，珠三角

案例中的劳方当事人基于经济和政治理性，避开了中国特色的集体劳动法和相关组织，^①选择民法制度为其维权行动提供合法性，对中国现阶段的劳动法和某些工会组织采取了“绕道走、用脚投票”、“惹不起、躲得起”的策略。

可见，本文关注的“工人代表制”“自组织维权行动”模式的背后，是民法的逻辑、杠杆和实证法依据。当专门调整劳动关系的现有劳动法无法为劳资双方提供平等博弈的平台，工人选择调整作为“市民社会”交往关系和基本法的民法，为其集体维权的行动提供合法性依据和制度性保障。问题是，民法何以成为其依据或支撑？

深入到法理层面，可发现制度源于多人意识、潜意识认可的交互性行为的方式、习惯。平等主体之间的交易、合作，是任何社会都不可或缺的基础性社会关系、社会秩序，是社会的构成性要素（constitutive elements）。即使最专制的社会，都不能完全消弭这种关系。对于社会成员而言，民、商事规则植根于人性、社会“主体间性”，这是民事规范正当性、必要性的结构功能主义的根基。人类学、社会学、心理学、行为科学的研究，也对民事规则的属性、地位和功能给出了多角度的经验验证依据。珠三角案例中，劳方当事人可能没有在法理、逻辑层面，认识到自己依据民法推举代表、委托授权等系列行为的合理性、合法性、正当性，但民法相关的法理、逻辑，通过事理与生活法则渗透到社会生活中，以类似于万有引力定律等“自然法则”那样调整着相关社会关系，给予了无形的支撑。据此，民法不仅能为劳方当事人所用，而且展现了其类似于自然法的地位。表面上看，是劳方当事人主动选择了民法。深入到法理、逻辑层面，可发现民法对我国劳动关系的“（功能）回归”具有必然性。

因此，也正是因为民法的类自然法属性和功能，资方和地方公权力无法否认工人代表制基于民法的合法性、正当性。

扩展地看，劳动者的身份认同、团结愿望、阶级意识、组织权利，也是平等主体之间的交往、合作的深层次规则（包括民法规则）在发挥作用。

需说明，本文旨在探究劳方当事人的自治行动、自赋权策略及其民法领域的合法性问题，界定、分析其相关法理和逻辑规律，而非为其寻找合法性。只作解释，不作论辩；研究者的立场、取向与当事人是明显不同的。

三、工人代表制：自组织、自赋权、自我合法化的集体维权模式

（一）工人代表制

对于案例中的法律行为、社会行动模式，有必要进行概念化，确定其性质、内涵和外延。

2012年10月，劳动关系、劳动法领域的实务专家和学者，在南京大学法学院召开了一次“集体谈判论坛”，段毅、陈步雷等人认为以“工人代表制”作为概念，能够较准确、深入地指称上述模式。本文认为，此概念具有科学性。

经过近几年大量案例的“重复实践”、试错、校验，工人代表制这一概念在珠三角地区被广泛地理解和使用。它是指：在现有劳动法体系不能有效促进劳资平等博弈，难以预防和解决集体劳动争议，无法克服工会公信力困境的背景下，劳动者群体基于经济、政治理性，避开劳动法的“制度障碍”，而选择“天然合理”的、具有类似于自然法性质和功能的民法制度、方法、机制，先所创设的代表与被代表关系，进而实施劳资博弈行为的法律行为模式、法律关系、制度和机制。

称其为“工人代表制”，是基于如下依据：

首先，它已经在实践中成为了可测量、可重复（模仿）、可扩展、内容和特征较为清晰的行为模式、法律关系。行为模式、法律关系的内容和特点，如上文所述。其测量性，在于其主体、权利义务、法律依据等变量和指标，不仅是清晰的，且是可定性和量化的。它可试错、可改进、可重复、可扩展，在珠三角的近5年几十起案例中实践中被验证，例如2010年南海本田汽车零部件制造有限公司集体劳动争议案、2014年深圳哥士比鞋业有限公司的集体劳动争议案等影响深远的案例。

其次，它对当事人和利益相关者，具有直接的激励、约束功能，对行为、过程的形成、控制、矫正有明显的作用，因而是一种新型的制度、机制。劳方当事人是受其刺激、激励的主体，成为社会运动中的自变量；资方当事人是被迫回应、调整策略的主体，更多地受约束，是因变量。在有关冲突形成和解决过程中，劳、资、政各方均受其约束，须合理妥协，而不能恣意。

再次，它作为一种劳方当事人原创性的、哈耶克理论意义上的“自生自发的秩序”，具有民事法律规范和法理、逻辑的支撑。其在民事法律层面的合法性难以否认，其没有违反劳动法规范和精神。它并不对抗国家体制或秩序，而是为了

追求其作为市场参与者应有的合法权益，实现其应得正义(desertings justice)。

(二) 法社会学特征

从法社会学角度看，工人代表制的突出特征有三点：一是自组织性，部分地矫治消弭了单位制衰退后的社会“原子化”的痼疾（田毅鹏，2009年）；二是自我保护、自赋权、自我合法化（绝不惹法律上的麻烦），展现出了中国式的政治理性和生存智慧；三是通过劳方当事人的“合意—公意”，真正实现了从群体性到集体性的质变，为中国劳动关系的“集体性”提供了微观的生产机制和可靠的证据。通信技术和手段，对以上几方面提供了重要帮助。

关于其自组织性，在前文的事件过程概述中，能够发现其自我组织的内容和性质。一是这种组织性完全来自于劳方当事人内部，而无外在的组织动员因素。文化基础、经济地位、权利意识觉醒和面临的相同问题，导致了众多劳方当事人自发地萌发出权益诉求和行动意识，这是劳动者自组织性中的意识和意志因素。从2006年国家研究制定《劳动合同法》至今，社会各界对劳动法该法争论不休，媒体高度关注，显著促进了我国劳动者权利意识、法治规则意识的提升。二是在组织形态上，呈现出“无领袖、层级少、扁平化”的形式。事实上，任何较大规模、目的明确、持续较久的集体行动中，都会有知识、意识、道德、意志精英分子在发挥更大作用。为了防止资方报复、地方公权力的不正当制裁，在多数案例中，呈现出“无领袖”特征。工人谈判代表，显然是精英，但其仍执意以“依法受委托”的法律关系主体出现。层级少、扁平化，在工人代表与众多劳方当事人之间，基本上没有中间层级，可直接沟通。

劳方当事人自我赋权、主动寻找法律依据、自行合法化的行动策略，是工人代表制行动模式中实质性“制度创新”之所在。他们认为中国特色的集体劳动法缺乏不能保护其“集体劳权”的制度功能资源，故只能而主动地选择、回归民法，寻找法律依据。民事主体法、行为法中关于代表关系的制度，合同法中的委托合同制度，民事诉讼法中的代表人诉讼制度，被劳方当事人明确援引至工人代表的推选、委托授权的法律关系中，且强调了书面形式、证据的证明力。此系列行为，都是受其由深层次、整体化的策略所支配的，千方百计地寻求以自我合法化的行为来维护权益，避免如何环节出现不法性。其中既显示出工人的有底层政治智慧、实践理性，也说明他们已经一定程度上具有有法治意识和实践能力、技术。他们

在一定程度上还活学活用了官方影视文学和教科书中灌输给公众的“敌进我退、敌驻我扰、敌疲我打、敌退我追”的游击战术，使其自我赋权、自我合法化策略近乎“无懈可击”、得以成功。如果在任何环节出现了自我赋权、合法化的失败，工人代表们将可能承担资方报复、地方公权力不正当制裁的后果，这是劳方当事人十分清楚的。正是因为劳方当事人成功运用民法，进行自我赋权、自我合法化，资方当事人无法漠视、更不能消解劳方的诉求和行动压力，只能被迫地面对现实、理性地调整自己的策略，进行规范意义的集体谈判。地方公权力也有类似的理性调整的过程（孟泉、路军，2012年）。

这是理解、解释工人代表制实践模式的核心秘诀、解码。

真正的、可测量的劳动关系“集体性”，是工人代表制实践模式的第三个法律特征。众多劳方当事人通过“规范的推选代表、书面委托授权、代表向委托人报告事项、委托人集体表决、委托人通过集体行动对代表予以支持和保护”等行为，形成、聚合、凝练、维系了劳方当事人之间的“合意”。这种合意，在成员较多的共同体和集体行动中，表现为共同意志、公意（general will）；随着组织体的形成，也成为了组织、集体的意志。以此为媒介，众多分散的劳方当事人与同一雇主之间的群体性争议，变成了真正的集体性争议。这也是区分群体性和集体性的基于依据。下文将探讨工人代表制的这一功能或“贡献”。

工人代表制的自组织、自赋权（自我合法化）、向集体性转化特征，在技术上有一个重要条件，即现代通信技术。QQ、微信、微博、博客等网络通信工具，一方面成为了学习和交流、团结和动员的平台，另一方面成为了对外传播、寻求关注和支持的工具。技术革命大大降低了学习、交易、社会运动、政治生活的成本，提高了绩效，此为重要例证。

四、功能及其局限性

工人代表制这种自组织、自我合法化的行为模式，具有诸多直接功能，既有研究成果给出了诸多有价值的分析。在这些直接功能之外，本文所特别关注的是：“群体性转换——集体性塑造”的功能；促进劳方当事人行为更加理性化、初步法治化的功能；对中国特色劳动法相关的制度困境、“劣质均衡”格局进行“鲶鱼效应”式的刺激功能。

（一）若干直接功能

1. 群体性转换和集体性塑造

有些观点基于市场经济成熟国家的“组织和参加工会的自由—工会代表劳工集体谈判—工会依法组织罢工”的一般经验，认为只有这种模式才是集体劳动关系、集体劳动争议，而中国常见的“众多分散的、诉求相同或近似的劳动者，与同一雇主之间发生的”劳动争议，即使出现了劳动者的集体行动，也是“群体性劳动争议”，并非“集体劳动争议”。

把“众多分散的、诉求相同或近似的劳动者，与同一雇主之间发生的”劳动争议界定为群体性劳动争议，应该是准确的。问题是，如果出现了劳方当事人的实质性联合或有效的团结、合意或公意，那么就不再是群体性争议，而是集体性争议；群体性被转换为了集体性。换言之，即使在劳动关系的形成、日常履行过程中没有集体性，甚至在争议发生时没有集体性，但如果在争议过程中出现了劳方当事人的联合或团结，那么集体性就不同程度地形成了。^②换言之，集体性的一个重要标志是众多劳方当事人之间的合意、公意。在某些案例中，不仅出现了合意、公意，且出现了明确的组织体，有名称、成员、边界、内部关系结构、决策和实施机制。如此，则形成了形式化的、具有集体性人格的主体。这是集体性的另一个重要标志。如果把“合意、公意”作为集体性的初级形式，那么组织体则是集体性的高级形式。

换言之，合意与组织，是群体性被转换、集体性生成的判断依据。其形成过程中的“主观因素、客观行为”是集体性得以产生或生产的微观机制。

在利得案例中，工人大会、工人代表大会的选举结果和决议，是典型的合意、公意。其基于集体谈判活动和维权目的的所形成的组织和分工，则形成了集体性的主体、法律人格。集体性是难以否定的。工人代表制把群体性劳动争议转化为了真正的集体劳动争议，为中国的劳动关系的集体化调整、集体劳动关系的生成，探索、开辟了新路径。

有学者系统梳理了大量案例，但缺乏对上述事实、机制、因果的关注和分析，认为涉及多人的劳动争议不是集体性，而是群体性的（罗燕、高贝，2013年；谢天长，2012年）。片面照搬、套用市场经济成熟国家和国际劳工组织的相关模式或界定方法，是难以有效解释中国上述问题的。有的认为群体性劳动争议是特殊过渡形态，是被“去组织化”和“被群体化”的结果，没有法律系统调整的必

要性，而应为组织性、集体性的生成放开空间（段毅、何远程，2015年）；此说有合理性，但没有察明“合意”对集体性的构成性功能。

2. 理性化和初步法治化的功能

有学者通过实证性研究发现，工人组织化总体上并未使工人行动更加激进、暴力，而是比分散的个人行动更加保守和稳健。在参与维权的工人群体中，那些与其他工人交往很频繁的人，在发生劳动争议后更愿意通过协商、仲裁诉讼或消极忍耐，交往一般的工人通常也更愿意找政府、媒体寻求帮助，而与其他工人交往较少的工人往往会选择直接抗争或上访静坐。通过对工人之间交往的密切程度和工人行动选择的关系的调查中发现，工人之间的交往和互动较为频繁，工人之间联系越多，对行为后果及环境具有更客观的认识和准确的预测，行为也更加理性。工人一般会采取循序渐进的行动策略，根据资方的反应适时作出策略调整，在工人代表的协调下能把握好行动的尺度，选择合适的时间、地点发动集体行动，将行动控制在合法合理的范围内，不对社会秩序和公共利益造成危害（许叶萍、石秀印，2016年）。在2010年南海本田工人集体行动过程中，劳方当事人中很多在入职该企业前就是某技校的同学，学校阶段的交往和组织性直接延伸到了在该企业工作期间（黄斌欢，2014年），进而影响到了工人的行为趋向、策略、方法。可见，社会关系网络和组织性，对是否选择法律途径解决问题，能否更加理性化，具有直接关系。

理性化导致行为方式、社会关系采取体制内、合法化方式解决问题，利于把社会冲突导入法律轨道，成为一个可控制、可预测甚至可裁判的法律事件、过程。劳、资、政各方主体因此增强了守法意识，在脆弱、模糊的法制环境中，能够主动、半主动、被动地选择或服从法制，受其指引和约束，使事件趋向于法治化的解决方案和法律结果。此即法治化的发展法治趋向。因资方、地方公权力对工人代表制行动、实践相关法制的妥协，对相关法律制度的服从服从，具有被动性、不确定性，而非刚性约束、唯一选择，故只是初步的法治化。

利得案例中的事实，与上述实证研究的发现是一致的。通过工人代表制实现的自组织、自赋权、自我合法化，对劳方当事人形成了明确、有力、持久的法律约束。这种行为模式是高效的法治教育、增进理性化的机制，对于我国集体劳动法改革和集体劳动关系的法治化，具有直接经验、证据的意义。

3. “鲶鱼效应”

中国特色的“劳工政策”、集体劳动法和相关体制，尚未随着市场化转型而实质性改革。一方面，以工会为代表的正式制度，也面临着严重困境：执政党和中央政府对工会的履职要求与社会公众的期待，总体上是一致的，希望其深入劳动关系系统中发挥作用。但受制于体制、利益、制度逻辑、惯性等因素，工会无法完成任务，不同程度存在着“机关化、行政化、贵族化、娱乐化”的问题现象。另一方面，地方公权力机构基于本地的、当期的经济利益考虑，对劳动执法、工会履职也会加以妨碍。如此形成了劳动法相关的、宏观性的制度困境、“劣质均衡（bad equilibrium）”格局，在这种劣质均衡下，劳、资、政各方虽然能勉强接受或忍受相关制度、秩序，但均不满意，劳动关系的公平、和谐、稳定程度较低，劳资相互忠诚度近于无，摩擦成本过高。

工人代表制实践模式的出现，在一定时空、程度上，形成了“公信力、功能效用、社会影响”等方面的良性竞争，刺激了公权力体制、公力救济的惰性，缓解了由于“体制性迟钝”、“集体性渎职”造成的社会风险（陈步雷，2009年版）。与企业工会形成了有利于社会整体利益的良性竞争，出现了“阳光效应”：（1）企业工会被劳方当事人所避开，其缺乏公信力、代表性的问题被直接暴露于阳光之下，其有无代表性的模糊认识被改变了。（2）影响了工会的经济利益，导致用人单位“按照工资总额的2%”拨缴工会经费的制度逻辑问题，被展现于公众面前。《工会法》第42条第一款规定了“工会经费的来源”，其中第（二）项是“建立工会组织的企业、事业单位、机关按每月全部职工工资总额的百分之二向工会拨交的经费”。深圳市几级总工会2013年据此收到约14亿元。以“全部职工工资总额”而非以“工会会员工资总额”为基数，即蕴含了工会的全员代表性。如果部分职工避开工会、另选自己的代表，则工会的全员代表性出现了问题，用人单位应否按照工资总额拨交工会经费也成了问题。

如果工人代表制的正当性、合法性不能被否定，则企业工会、基层总工会将面临着与工人代表的竞争问题。在意识和能力上最能争取、维护劳方当事人正当权益的竞争者，或可获得多数劳方当事人的认可。如此，可对现有的“工会缺乏公信力和实质上代表性，工人代表缺乏劳动法依法”的僵局予以激活，形成有利于国家和社会整体利益的良性竞争，进一步凸显深层次矛盾，用矛盾和危机推动

深层次改革。这就是所谓的“鲶鱼效应”。

上述竞争格局的背后，还有代表关系、代表权的意定性或法定性、国家对平等主体之间代表关系能否有效建构等深层次法理和逻辑问题。本文不作详细讨论。

（二）局限性

不仅要探讨工人代表制之“能”，还要关注其所“不能”，即功能的边界问题。

因工人代表制只有民法依据，是运用民法进行自赋权、自我合法化的时间模式，而缺乏以劳动基本权利为核心的现代劳动法上的依据，故具有严重的局限性。本文只简要概括部分问题。

首先，工人代表的地位、权能和责任豁免权，无法与市场经济和法治社会中的工会、其他工人组织难以相比。他们的组织动员权利也限于民事法律，而不能组织工人的集体行动（如罢工）。

其次，他们往往是一时一事中的代表，工人代表制缺乏常设性、机制性。它无法被注册登记为常设性组织，往往是“曲终人散”。通过在维权行动形成和积累过程中的书面手续、各种证据和文书，甚至都没有适当归宿。

再次，工人代表制内部也可能出现问题。劳方当事人和代表之间的权利义务、履行能力、违约风险，自己如何防止其他人搭便车等等，这些问题在现代劳动法和工会制度下，是能够解决的，但工人代表制则有诸多困难。

五、结语

作为中国特殊制度背景下的自组织、自赋权的集体维权模式，工人代表制可被认为是制度板块边缘的“野草”，其在民法层面的正当性、合法性是难以被否定的。劳方当事人避开现行“集体劳动法”和相关组织，也是行使自然权利的表现，因为选择自己的代表、不被强制性地被代表，也是社会生活中的事理法理、自然法则。其自赋权、自我合法化的策略，即其“借民法之船、出劳动法之海”的策略，是具有实践理性和智慧的表现。把群体性转换为真正的集体性，工人代表制给出了技术方案、微观机制和可靠证据。

应当看到，工人代表制的深层次成因在于劳动基本权利的贫困、劳资平等博弈机制的残缺、规范意义集体劳动法的阙如。工人代表制的出现，应该对我国劳资政策和劳动法的改革提出了强力刺激或激励。

【注释】

①工会是与集体劳动法对应的社会组织。《工会法》第二章“工会组织”，是特别重要的制度。有学者给出了一个描述性概念，称之为“被统合型工会（integrated union）”。

②在我国特殊劳工政策、劳动法制度环境中，集体劳动争议的集体性何时、如何产生，是重要问题。陈步雷在2005年前后的研究中，归纳了有关事实和规律。参见常凯主编：《劳动关系学》，中国劳动社会保障出版社，2005年版，第二十章。

【参考文献】

1. 石秀印、许叶萍：《多重博弈下的阶层分化与弱势阶层的抗争》，载《社会学研究》，2005年第66期，第11-19页；常凯：《劳动关系的集体化转型与政府劳工政策的完善》，载《中国社会科学》，2013年第6期，第91-108页；段毅、李琪：《中国集体劳动关系的生成、发展与成熟——一个自下而上的分析视角》，载《中国人力资源开发》，2014年第23期，第94-104页；段毅、何远程：《群体性劳动争议悖论辨考》，载《中国人力资源开发》，2015年第5期，第90-95页；王国勤：《集体行动中的“准组织化”及策略应对》，载《南京社会科学》，2014年第12期，第65-71页；汪建华：《实用主义团结——基于珠三角新工人集体行动案例的分析》，载《社会学研究》，2013年第1期，第206-227页；常凯：《劳动关系集体化转型中的两种力量和两种路径》，载中国社会法研究会2015年会论文集，第331-345页。

2. 常凯：《关于罢工的合法性及其法律规制》，载《当代法学》，2012年第1期，第109-117页。

3. 张国清：《分配正义与社会应得》，载《中国社会科学》2013年第5期，第21-39页。

4. 龚惠文：《准确把握全国总工会改革试点的总体要求》，载中华工会新闻网，2015-12-04。

5. 田毅鹏：《转型期中国社会原子化动向及其对社会工作的挑战》，载《社会科学》，2009年第7期，第71-75页。

6. 孟泉、路军：《劳工三权实现的政治空间：地方政府与工人抗争的互动》，载《中国人力资源开发》，2012年第3期，第89-93页。

7. 罗燕、高贝：《我国群体性劳动争议的诉求与处理路径》，载《华南农业大学学报》（社会科学版），2013年第1期，第112-120页。谢天长：《集体劳动关系抑或群体劳动关系：现状、根由与进路》，载《东南学术》，2012年第6期，第157-168页。

8. 段毅、何远程：《群体性劳动争议悖论辨考》，载《中国人力资源开发》，2015年第5期，第90-95页。

9. 许叶萍、石秀印：《工人阶级形成：体制内与体制外的转换》，载《学海》，2016年第4期，第27-39页。

10. 黄斌欢：《双重脱嵌与新生代农民工的阶级形成》，载《社会学研究》，2014年第2期，第170-188页。

11. 陈步雷：《劳权与发展：权利论与功能轮的多维度分析》，法律出版社，2009年版，第193-195页。

市、区、县总工会依法维权的方式*

——以四川省为例

郭 辉

【摘要】工会依法维权具有法律和政策依据，但当前情况下，市、区、县总工会面临帮助职工依法维权的困境，在解决问题的过程中，以法律为依据，因地制宜，根据具体情况摸索出与案情、省情相一致的维权模式。取得维权成功的方式包括依法维权、依理维权、联动维权、联合维权、工会领导负责维权、党委和政府支持维权和被动维权等，这些方式属于调解，不属于协商、仲裁和诉讼。市、区、县总工会的维权与其他类型工会的维权相比，具有自身优势。

【关键词】市、区、县总工会；依法维权；维权方式；维权优势

不论是《工会法》、《劳动法》（比如第七条、第八十八条）、《劳动合同法》（比如第七十八条）还是现行政策、中央领导人讲话，都强调了各级工会在职工维权中所扮演的重要角色。当然，这种维权应依法进行，¹³⁴[1]特别是针对现代社会的风险特征，工会维权的发展方向必须依法维权、动态应对。¹³⁵[2]更为重要的是，工会维权观的核心应以职工为本，主动维权、依法维权和科学维权是其重要组成部分，¹³⁶[3]科学维权应坚持从实际出发，应正确处理与主动维权、依法维权的关系。¹³⁷[4]

根据《工会法》第十条、第十一条的规定，我国工会类型包括中华全国总工会、基层工会、地方各级总工会、全国或者地方产业工会。《中国工会章程》第十一条规定，“省、自治区、直辖市，设区的市和自治州，县（旗）、自治县、不设区的市建立地方总工会。”问题是，市、区、县总工会¹³⁸进行维权的案件呈现出何种样态？在维护职工权利时会采取何种方式？在维护职工权益方面，与其他类型的工会相比，其优势是什么？有哪些需要注意的地方？

* [收稿日期] 2016-4-5

[作者简介] 郭辉（1978—），安徽界首人，男，博士，中国劳动关系学院法学系讲师，主要研究方向为工会法、劳动法、法理学。联系方式：15101145731 邮箱：yfghg@sohu.com

[基金项目] 本文为中国劳动关系学院院级一般项目（项目编号 13YY024）阶段性研究成果。

[1] 李敏, 范长慧, 试析工会维权与企业发展的良性互动[J]. 工会论坛, 2011, (6).

[2] 吴新叶, 宋连青, 风险社会下的工会维权: 依法维权的挑战与应对[J]. 工会理论研究, 2013, (3).

[3] 赵健杰, 工会维权观: 内在结构及其辩证关系研究[J]. 中国劳动关系学院学报, 2008, (1).

[4] 赵健杰, 科学维权观: 科学发展时代的工会维权理论创新[J]. 中共天津市委党校学报, 2008, (2).

138 即设区的市和自治州、县、旗、自治县、不设区的市总工会。本文如无特别说明，所称的工会皆指该类工会。

本文拟以四川省总工会网站“切实维权”栏目^{139[5]}上刊登的工会维权的典型案例为例进行分析。在时间上,主要选取2014年和2015年两年发布¹⁴⁰的21个案例为样本。这些案例都是成功维权的案例,基本覆盖了市、区、县三类总工会。从逻辑上而言,也只有成功维权并具有典型性、代表性的案例才有可能登上四川省总工会的网站¹⁴¹。可以说,它们是四川省各级总工会众多维权案例中成功的代表。

之所以选择四川省,一是因为四川省是农业大省,农民工数量在全国处于领先地位。据国家统计局四川调查总队全省农民工监测调查显示,2014年四川省农民工总量为2096.6万人,其中,外出农民工1552.6万人,本地农民工544万人。^{142[6]}而2014年全国农民工总量达到27395万人,其中外出农民工16821万人。^{143[7]}从中可以看出,四川农民工占全国农民工人数的7.6%,外出农民工占9.2%。二是在劳动争议数量方面,四川也位居全国前列。2013年全国劳动争议案件受理总数665760件,其中四川省受理29511件,位居全国各省份劳动争议受理数字的第八位。¹⁴⁴三是四川省率先建立工会维权联动机制,比如,2004年1月,成都市总工会与石家庄、福州、温州三城市工会签订《法律援助合作协议》,2005年1月,成都市总工会与宁波、杭州、绍兴、义乌等地工会签订了《城际间工会维权合作协议》,2005年10月,四川省总工会与上海、江苏、广东、福建四省签订工会联动维护农民工权益协议,建立工会维权联动合作机制。^{145[8]}作为工会维权联动机制发起者的四川省,在制度创新方面走在了全国前列。

一、市、区、县总工会维权案件基本状况分析

在选取的21件案例中,可以看出工会维权案件的基本状况包括下述几个方面。

(一) 集体劳动争议占较大比例

根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第七条规定,“发生劳动争议

[5][13][14][15][17][18][19][20][21][22][23][24][25][26][29][30][31][32][33][34][36][40][43][44][45][46]四川省总工会网

站.[A/OL]http://www.scgh.org/more.aspx?key1=10&key2=10.

¹⁴⁰发布的时间与案例发生的时间可能存在年度不同,比如绵阳市总工会供稿的“为农民工维权,帮企业解难”,发布日期是2014年1月3日,案例发生时间是2013年12月30日——2014年1月2日。

¹⁴¹这也意味着,四川省各级工会联合会每年都有大量的成功维权案例,比如广元市2013年全市申报维权典型案例82件,参见“广元市总工会召开职工维权案件办理经验交流会”,载四川省总工会网

站.[A/OL]http://www.scgh.org/more.aspx?key1=10&key2=10.

[6]周璐.2014年四川省农民工情况调查报告[J].四川省情,2015,(2).

[7]人力资源和社会保障部网站.2014年度人力资源和社会保障事业发展统计公报.[EB/OL]

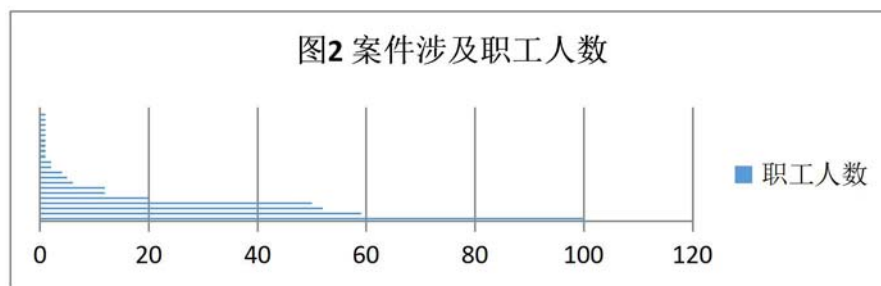
http://www.mohrss.gov.cn/SYfyzyshshzb/dongtaixinwen/buneyaowen/201505/t20150528_162040.htm.

¹⁴⁴排在广东、北京、上海、江苏、浙江、山东、重庆之后。参见国家统计局人口和就业统计司,人力资源和社会保障部规划财务司编.中国劳动统计年鉴(2014)[M].北京:中国统计出版社,2015:344.

[8]张立新,李嘉娜.工会维权联动机制情况调研报告[J].中国劳动关系学院学报,2011,(6).

的劳动者一方在十人以上，并有共同请求的”称为集体劳动争议。集体劳动争议案件由于涉及的人数较多，“如不能及时得到妥善解决将可能造成社会动荡，对社会造成严重的社会影响”。¹⁴⁶[9]2013年全国受理的劳动争议案件总数为665760件，其中集体劳动争议案件总数6783件，¹⁴⁷[10]占总数的1%。在21个案例中，十人以上的有7件，占33%（图1），从侧面反映出集体劳动争议案件的数量仍然占有较大比重。虽然两个百分比的可比性不大，但仍然可以反映出工会成功维权的案例中集体劳动争议的比例相当高。上述劳动争议案件中，20人以上的有5件，最多的一件甚至有100人（图2）。人数越多，对于工会而言，必然面临着更大的压力。正如有学者曾指出的那样，当前劳动关系不和谐的核心是职工合法权益受到单位侵犯，作为维护劳动者合法权益的中国工会，如何履行自己的基本职责，已经成为一个严峻的现实问题。¹⁴⁸[11]

图1 十人以上与十人以下的案件比例



（二）工亡情况不容忽视

所谓“人命关天”，近年来，不少群体性事件的发生，往往都是由个体的偶然死亡，从而引起不稳定因素，加上社会谣言的传播，一旦不及时处理或处理不恰当引发的。从“演变过程来看，由偶发因素或日常纠纷发展成为群体性事件”¹⁴⁹[12]越来越多。在21件案件中，有三个案件涉及到工亡（分别死亡1人、1人、2人），占7%。在实践中，发生工亡后，容易引发死者家属的一些非理性诉求和

[9]罗燕、林秋兰.集体劳动争议的实证分析[J].中国劳动关系学院学报,2011,(2).

[10]国家统计局人口和就业统计司,人力资源和社会保障部规划财务司.中国劳动统计年鉴(2014).北京:中国统计出版社,2015:344.

[11]吴锦良.“硬化”工会维权职能,构建和谐劳动关系[J].中共浙江省委党校学报,2007,(1).

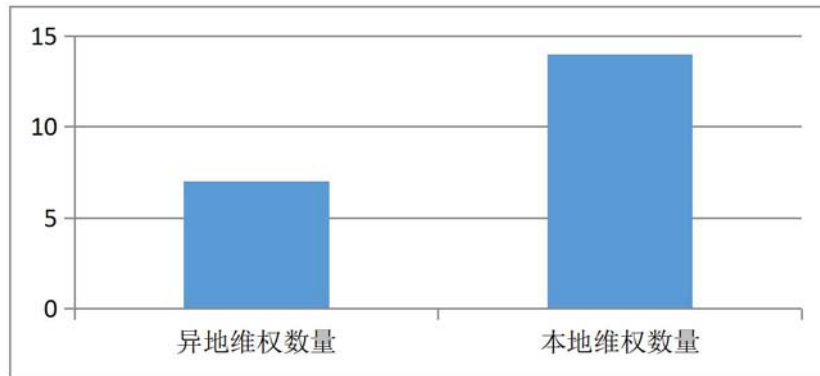
[12]王赐江.冲突与治理:中国群体性事件考察分析[M].北京:人民出版社,2013:140.

行动。因此，工会依法妥善处理工亡情况，对于构建和谐劳动关系具有重要意义。

（三）异地维权数量高

此处的“异地”是指四川籍职工在四川省以外或非四川籍职工在四川省内工作发生劳动争议的情况。在 21 件案件中，本地职工异地维权以及异地职工本地维权的有 7 件，占 33%¹⁵⁰（图 3），其中包括 1 件跨国维权案件。与普通维权案件相比，这种类型的案件涉及到更为复杂的因素，往往要花去更多的人力、物力和财力，对工会提出了更高的挑战。

图 3：异地维权数量



（四）获得工会帮助维权的方式多种多样

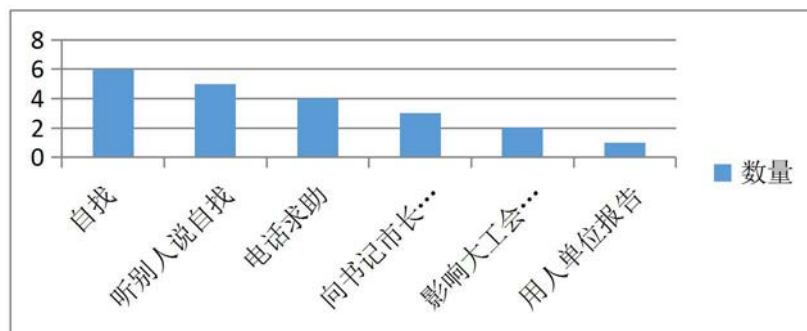
职工在维权过程中，基于语言不通（异地打工）、知识贫乏（文化程度不高，或者是缺乏对法律尤其是劳动法的了解）、用人单位强势等原因，往往面临着权利无法救济的困难。因此，获取工会帮助是重要的维权渠道。在 21 件案件中，职工遇到困难时，获得工会帮助的方式主要有六种：自己主动去工会；听别人建议后去工会；电话求助；向书记市长信箱写信；因自身行为在当地造成较大影响（比如死亡、聚众讨薪）；用人单位与工会取得联系。

在这六种方式中（图 4），最多的方式是自己去找（6 件）、听别人建议后去找（5 件）和向工会打电话求助（4 件），三种方式涉及的案件占有所有案件的 71.4%。说明了依靠工会成功维权，在多数情况下都是由职工信任工会并主动联系工会来寻求帮助的。职工之所以有这种特点，或者是听别人建议，或者是曾接受过工会的培训，或者是通过其他渠道而知晓工会的该项功能。如果从职工是否明确知晓工会能否帮助维权角度来看，向书记市长信箱写信（3 件）、因自身行为在当地造成较大影响（2 件）、用人单位与工会取得联系（1 件）这三种方式说明，职工

150 这种比例之高，当然不排除作为案件的典型所要考虑的因素，但在某种程度上亦体现出异地维权的数量以及复杂性程度。

不知道工会维权的重要性或者是对工会维权持不信任态度,直接导致其不与工会直接联系,从而采取其他方式进行维权。对此,有学者曾指出,职工对工会缺乏信心是工会维权乏力的重要原因。¹⁵¹ 因此,以与工会是否联系为标准可以看出,职工能否获得工会帮助维权,一方面取决于职工应知晓工会可以帮助自己维权,另一方面取决于是对工会的维权予以信任。

图 4: 获得工会维权的方式



(五) 影响工会主动维权的因素

不与工会联系案例共有六个(图 5),一个是用人单位主动与工会联系(“凉山会理县总工会成功处理一起因公伤亡赔偿案”),^{152[13]}原因是发生了两名职工在井下作业时死亡的安全事故。按照 2007 年 3 月 28 日国务院制定的《生产安全事故报告和调查处理条例》第三条第四款死亡 3 人以下的属于“一般事故”,第九条规定,“事故发生后,单位负责人应向事故发生地县级以上人民政府安全生产监督管理部门和负有安全生产监督管理职责的有关部门报告”以及第六条“工会依法参加事故调查处理”等规定可以得知,工会在调查处理过程中,帮助职工维权实属自然,也是履行工会法第六条和第二十九条的法定义务之举。影响较大从而为工会知晓的案例有两个,一个是因聚集讨薪引起工会注意(“青羊区总工会积极协调某地产公司与建筑公司的劳资纠纷”),^{153[14]}一个是工亡农民长期维权无效而尸体一直存放太平间引起工会注意(“六进新疆,艰辛维权”)。^{154[15]}这两个案例说明,因劳资纠纷发生群体性事件或职工死亡事件,一旦社会影响较大,工会就有可能出面。工会或政府对群体性事件的处理,体现了所谓的“政府满意度”

¹⁵¹其他原因包括工会干部自身素质不适应维权要求、职工维权成本大、工会权责不对称工会维权与社会大局存在冲突等。具体参见刘光庆.我国工会维权乏力的原因分析及解决思路探索[J].山东工会论坛.2014,(2).

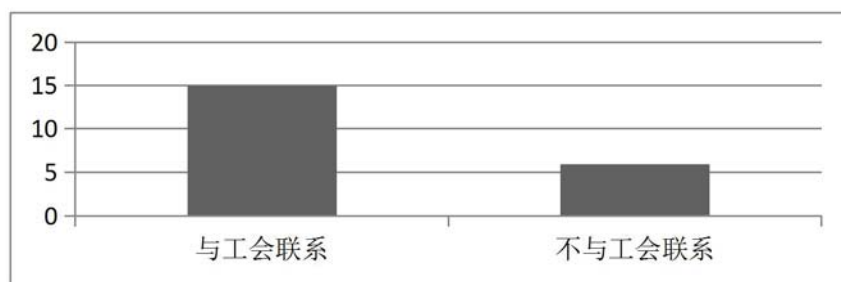
[16]吴开松,李华胤,徐晓晨.群体性事件社会心理因素研究[M].武汉:华中科技大学出版社,2014:127-128.

[27]张立新,李嘉娜.工会维权联动机制情况调查报告[J].中国劳动关系学院学报.2011,(6).

[28]牛玉兵,傅华.农民工与工会维权机制创新[J].天府新论.2006,(5).

因素，该因素“对群体性事件参与意愿有重要的影响作用”^{155[16]}。当前社会下，集体劳动争议越来越频繁，从侧面说明工会维权面临的严峻性。在向书记市长信箱写信求助的三个案例中（“真情关爱，千里讨薪”、“千里送温情，维权伸援手”和“工会城际联动维权，农民工登门送锦旗”），^{156[17]}第一个由网信办转给工会；第二个是“市委领导高度重视”，立即转交工会；第三个是工会收到省总工会法律部发来的省长信箱转办单。这三个案例说明了在现实生活中，相对于党委和政府而言，在权力运作当中，工会所体现的群团组织的重要性质。同时也意味着，当职工权利面临侵害时，通过诉诸于党委或政府的方式，其维权行为往往会得到工会的有效帮助。从这六个案例也可以看出，职工不与工会直接联系，而工会之所以对其提供援助有三个原因，一是工会根据法律规定而履行职责，二是事件影响较大，三是其他部门的批转。

图 5：是否与工会发生联系的比例



这些案件所呈现出的基本状况对工会维权的方式构成直接影响。

二、市、区、县总工会维权的方式

维权是否获得成功，很大程度上取决于维权方式的可行性。鉴于上述案例都属于成功维权的典型，因此，通过梳理，我们可以得出以下维权方式：依法维权、依理维权、联动维权、联合维权、工会领导负责维权、党委和政府支持维权和被动维权。具体如下：

（一）依法维权

依法维权是工会维权的基本原则。21 个案例都具备这一特点。此处的依法维权包括：一是指涉及到相关的总工会要通晓与案件有关的法律，如劳动合同法、劳动法、工伤保险条例等劳动法律法规。二是要按照法定程序配合相关部门做好

[35]袁路敬,杨家训.关于全面提升工会维权水平的几点思考[J].中国劳动关系学院学报,2009,(3).

[37]詹姆斯·斯科特.弱者的武器[M].郑广怀等译.北京:译林出版社,2011:2.

工作（“六进新疆，艰辛维权”）。^{157[18]}三是调解要依法进行（“工会伸援手，社保补缴终有果”、“工会维权艰辛路，职工放下便释然”、“广元市总工会成功为6名农民工讨回欠薪”、“工会倾情援助，权益终得维护”），^{158[19]}必要时搜集证据进行调解（“为民工维权，帮企业解难”、“职工被解除，工会伸援手”、“出国务工追薪难，工会维权得兑现”）。^{159[20]}四是对职工进行劝导并告知他们要依法维权（“青羊区总工会积极协调某地产公司与建筑公司的劳资纠纷”、“民工他乡被撞亡，家乡工会来援助”、“职工被解除，工会伸援手”）。^{160[21]}

（二）以理维权

包括对老板进行法律宣传、讲道理、谈责任（“心系农民工，权益得保障”、“六进新疆，艰辛维权”、“凉山会理县总工会成功处理一起因公伤亡赔偿案”、“广元市总工会成功为6名农民工讨回欠薪”、“真情关爱，千里讨薪”、“艰辛维权路，工伤农民工终获赔”）、^{161[22]}对死者家属讲政策、明道理（“凉山会理县总工会成功处理一起因公伤亡赔偿案”），^{162[23]}也包括调解过程中的“入情以理”（“工伤调解化积怨 维权拿到赔偿金”）^{163[24]}。在近年来国家提倡的多元化纠纷解决方式背景下，调解越来越受到重视。从内容上而言，“以理维权”实属调解性质。在21个案例中，都没有通过司法或仲裁途径解决，这也从侧面说明了“以理维权”使用的频率相当之高。¹⁶⁴

（三）联动维权

四川省是较早创立联动维权之地，因此，在21个案例样本中不少案件的解

[38]徐昕.为权利而自杀——转型中国农民工的“以死抗争”[A].张曙光主编.中国制度变迁的案例研究[C].北京:中国财政经济出版社,2008:254-305.

[39]应星.大河移民上访的故事[M].生活·读书·新知三联书店 2011:29-47,152-266.

[41]饶静,叶敬忠,谭思.“要挟型上访”[J].中国农村观察.2011,(3).

[42]尹利民.“表演型上访”:作为弱者的上访人的“武器”[J].南昌大学学报(人文社会科学版).2012,(1).

[47]曹峰旗,田芝健.因果追问:马克思恩格斯工会维权理论初探[J].毛泽东邓小平理论研究.2006,(10).

[48]曹峰旗,曹文君.列宁工会维权理论初探[J].毛泽东邓小平理论研究.2010,(12).

[49]郎晓波.社会治理视野下的工会转型与政府角色研究[J].北京行政学院学报.2008,(6).

[50]郭振海.关于工会科学维权工作的思考[J].中国劳动关系学院学报.2007,(3).

[51]劳动人事争议处理专业委员会课题组.《劳动争议调解仲裁法》实施跟踪研究.中国劳动[J].2013,(6)

[52]曹峰旗、田芝健.工会维权的复归与维权困境的政治学透视[J].江西行政学院学报.2007,(2).

[53]任国友.中国工会维权机制探索研究[J].中国劳动关系学院学报.2011,(6).

[54]张龙柱.影响工会维权职能发挥原因浅析[J].中共成都市委党校学报.2005,(1).

[55]陈淑妮,程英,孙娟.基于劳动者认知角度的工会维权职能研究[J].深圳大学学报(人文社会科学版).2010,(6).

[56]林少菁.工会维权职能的局限与对策思考[J].西南农业大学学报(社会科学版).2013,(5).

164 之所以很少通过仲裁或诉讼的方式解决，一方面是因为仲裁尤其是诉讼会花去很多的时间和精力，另一方面，也是更为重要的是，通过仲裁或诉讼（尤其是行政诉讼）会影响工会与用人单位或政府之间的关系。对此，作者将另文撰述。

决都与联动维权机制有关,联动维权机制对于解决跨地区维权面临的困难无疑具有重要意义。涉及到本地农民工外出就业权利受到侵犯时,往往启动城际联动维权(“工会城际联动维权,农民工登门送锦旗”)。^{165[25]}有的案件则是两地的总工会之间联动(“平武县总工会与河北遵化市总工会开展联动维权,促使伤残民工及时得到赔偿”、“千里送温情,维权伸援手”、“出国务工追薪难,工会维权得兑现”)。^{166[26]}这些联动维权的案例在某种程度上体现了维权“属地管辖原则,加强地方工会之间维权工作的协调性,进一步强化劳务输入地工会维权责任,依靠党政力量,联合社会资源”的重要性。^{167[27]}从工会维权的未来发展来看,城际工会维权联动机制注重工会维权资源的整合,适应了农民工自身的特点,具有广阔的发展空间。^{168[28]}

(四) 联合维权

所谓联合维权,是指总工会在维权过程中并非单打独斗,而是与其他主体联合执法或密切合作。涉及的主体取决于案件的具体情况。

第一种情况是与多个政府部门联合。比如,农民工徐先寿工资遭拖欠,县人社局、住建局和童家发展区管委会三家互相推诿,最终县总工会与人社局、管委会联合解决问题(“乐至县总工会成功为农民工讨回血汗钱”)。^{169[29]}有的案件因影响较大,比如因公死亡案件,与更多部门联合,比如与就业局、司法局、镇政府等(“六进新疆,艰辛维权”、“绵阳市总工会、人社、司法联合帮助52位民工成功讨回165万元欠薪”)。^{170[30]}第二种是与政府部门、乡镇负责人联合(“凉山会理县总工会成功处理一起因公伤亡赔偿案”)。^{171[31]}第三种情况是与政府一个部门联合。有的是劳动行政部门,有的是工人工作地所属的行政部门,比如工人刘安荣在安岳县民政局救助站公地务工,该工程承包给一家建筑公司,建筑公司拖欠工钱,最终由县总工会与民政局成立维权小组,成功帮助刘安荣维权(“心系农民工,权益得保障”)。^{172[32]}第四种情况是与政府一个部门和获得工会帮助的民工联合,吸收民工帮助调解(“讨薪护正义,维权促稳定”)。^{173[33]}

（五）工会领导负责维权

如果是案情稍微复杂，一般是工会副主席或副书记专门负责。这种情况有时也会出现在联动维权中，当获得异地工会干部协助请求后，被要求协助的工会领导往往会亲自负责并安排相关事宜（“平武县总工会与河北遵化市总工会开展联动维权，促使伤残民工及时得到赔偿”）。^{174[34]}当然，在大多数集体劳动争议中，经常会看到工会领导负责维权的身影。

（六）取得党委、政府支持维权

工会维权的成功应取决于三个因素，一是应争取党委支持，二是应与行政部门合作，整合资源优势，形成工会与行政的维权良性互动，三是要正确社会各界对工会工作的关注和支持。^{175[35]}现实中，取得党委、政府支持的前提往往是一旦案情重大，工会往往会将维权方案向同级党委、政府汇报，听取意见，取得支持（“六进新疆，艰辛维权”）。^{176[36]}这种维权方式之所以能够有效，一方面说明同级党委和政府对于工会工作的支持和重视，但不少工会领导在同级党委中的地位以及曾经的政府工作经历亦是一个不容忽视的因素。当然，从涉及的案例中可以看出，这种维权方式取得成功的前提同样是“依法”。

（七）被动维权——当面临职工“弱者的武器”

“弱者的武器”是耶鲁大学教授詹姆斯·斯科特使用的一个术语，用以说明马来西亚农民通过偷懒、装糊涂、开小差、假装顺从、偷盗、装傻卖呆、诽谤、纵火、暗中破坏等方式来对抗无法抗拒的不平等，以避免公开反抗的集体风险。^{177[37]}对于中国的职工（尤其是农民工）而言，在政府、工会、用人单位面前往往处于弱势，因此，当其权利受到侵犯时，也会采取弱者的武器，在极端情况下往往是以“自杀”来抗争。^{178[38]}在 21 个案例中虽然没有出现过这种情况，但民工会采取两种“弱者的武器”，一种是通过信访或扬言信访的方式来实现维权的目。按照《信访条例》的规定，信访“是指公民、法人或者其他组织采用书信、电子邮件、传真、电话、走访等形式，向各级人民政府、县级以上人民政府工作部门反映情况，提出建议、意见或者投诉请求，依法由有关行政机关处理的活动”。对政府部门包括各级工会而言，维护地方稳定是头等大事，一旦出现上访甚至越

级上访（的苗头），则会努力通过一切方式努力“摆平”^{179[39]}，比如在“出国务工追薪难，工会维权得兑现”一案中，安岳县总工会将相关情况“向农民工代表通报，并要求他们不要到处上访，要依法、依理、依序维护自己的权益”。^{180[40]}在现实中，农民工为了获得权利的救济，也会出现所谓“要挟型上访”^{181[41]}或“表演型上访”^{182[42]}，尽管在 21 件案件中，无法明确是否属于“要挟型上访”或“表演型”上访，但工会还是比较慎重，并妥善进行解决。比如，民工李如云在绵阳市职工法律援助工作站求助时说，“我们本来想找市长接待日反映情况，听一朋友摆起，工会援助站成功解决盐亭民工谭元林拖延近两年的工伤赔偿案例，给了我们启发，我们想通过协调解决，所以来找工会，请你们帮我们做主，帮我们维权”，在此情况下，“工会领导要求，尽快调查核实，全力进行调解，决不能让民工兄弟流血再流泪”（“工伤调解化积怨 维权拿到赔偿金”）。^{183[43]}另一个案例中，12 位农民工因欠薪多次到有关部门上访未果后，“再次派代表上北京，向中纪委、国家信访局、监察局反映求助，随后又通过网络直接给山西省省长写信”，一直无处理结果，在向绵阳书记、市长信箱网信求助，引起“绵阳市委领导高度重视”（“千里送温情，维权伸援手”）。^{184[44]}另一种是聚众讨薪。地方政府面对群体性事件时，往往会立即行动，相关部门联合执法在最短的时间内将事件化解。在“青羊区总工会积极协调某地产公司与建筑公司的劳资纠纷”^{185[45]}中，20 名民工在某地产公司聚集讨薪，该区街道总工会、综治办、司法所以及社区工作人员立即前往处理，经过调查、调解，当天便解决了纠纷。

当然，上述每一种方式并非意味着单独地对应于某一个案件，而是说，根据案件的具体情况，工会可能同时使用上述两种或以上的方式。其中基本的原则就是依法维权，最大程度地维护职工权益。

三、市、区、县总工会维权的优势

我们也可以从中得出在帮助职工依法维权方面，与其他性质的工会相比，市、区、县级总工会所具有的优势，兹述如下：

第一，市、区、县总工会也会利用自身的各种资源向职工普法，加上拥有充足的经费，这都是其他类型工会所不具备的。当发生劳动争议后，职工会自然会让市区县总工会帮助维权。比如在“工会维权艰辛路，职工放下便释然”一案中，发生劳动争议后，“职工们想起了近期工会在情歌酒店十三楼举办的法律援助培训班，所以请工会给以法律援助和维权帮扶”。^{186[46]}

第二，市、区、县总工会拥有专门的法律部门，因而能够更为熟练地依法维权，相对于基层工会工作人员而言，素质较高。同时，这些工会与当地的律师事务所之间往往具有合作关系，后者在工会维权时，能够提供相应的支持。

第三，一些援助职工的案件往往由政府或党委领导批转给工会，这一点也无形中使得工会在履行职权过程中具有一定程度的“尚方宝剑”，因为毕竟是“上面”交办的事情。

第四，党委、政府的支持。党委和政府工会维权过程中充当着不可替代的作用。一方面党领导的工会切实履行维权是其基本职责，^{187[47]}工会维权不能放弃党的领导，同时，工会应当是国家政权最密切的和不可缺少的合作者。^{188[48]}另一方面，工会转型的一条可能路径是借助政府的力量，在现有的组织资源和熟悉的制度框架内整合利益关系，实现社会的治理化需求。^{189[49]}在关系处理上，工会维权应正确处理与党组织、政府、企事业单位和职工四种关系。^{190[50]}按照惯例和有关文件精神，市、区、县总工会主席往往由同级党委常委兼任。¹⁹¹加上他们以往都有在政府任职的经历，其优势在于可以动员（用）更多的权力资源，比如联合政府相关部门方面就具有更多的便利性和易操作性。上述七种方式可以说是在党委、政府支持下，工会维权的具体化，在此意义上，我们可以把这种维权方式概括为“党委、政府支持下的依法维权”模式。《劳动法》第十章规定了劳动争议的解决方式包括协商、调解、仲裁、提起诉讼，《劳动争议调解仲裁法》第五条规定了协商和调解并非仲裁和诉讼的前置程序。但 21 个案件中所包含的上述 7

¹⁹¹早在 2013 年，四川省全省 21 个市（州）、181 个县（市、区）全部实现由同级党委常委担任工会主席。相关政策依据包括《关于全省各市州工会主席由同级党委常委担任的意见和实施方案》、《关于县市区工会主席由同级党委常委担任，进入同级人大、政协任副职的意见》。参见胥纯、陈黎、邓红波 坚持常委担任工会主席格局，切实加强工会领导班子建设。[\[EB/OL\]http://www.acftu.org/template/10041/file.jsp?aid=87743](http://www.acftu.org/template/10041/file.jsp?aid=87743)。另外，随着《中共中央关于加强和改进党的群团工作的意见》（中发〔2015〕4 号）的出台，各地开始落实该文件对工会负责人的重视，如湖南省规定，“工会、共青团、妇联的党员负责人应该考虑作为同级党委委员候选人提名人选，统筹考虑相关群团组织负责人作为同级人大常委会、政协常委委员候选人提名人选”。参见中共湖南省委关于加强和改进党的群团工作的实施意见。[\[EB/OL\]http://news.sina.com.cn/o/2015-10-17/doc-ifiyuea9411320.shtml](http://news.sina.com.cn/o/2015-10-17/doc-ifiyuea9411320.shtml)。

种维权方式主要是调解，并不包括协商¹⁹²、仲裁和诉讼。2011年劳动人事争议处理专业委员会课题组将《劳动争议调解仲裁法》实施三年来的经验总结为“行政主导、多方协作、调解优先、快捷处理”的模式。^{193[51]}这种模式与“党委政府支持下的依法维权”模式既有共同点，也有区别。共同点都强调了解决争议过程中调解的方式、政府的作用、多主体的协作以及效率性，区别在于，劳动人事争议处理专业委员会课题组所谓的“调解”主要是通过各种调解组织仲裁机构进行，“党委政府支持下的依法维权”模式则通过工会；行政主导方面，前者指各级政府的劳动行政部门，后者指工会利用自身优势联系相关政府和党委部门。

由于缺乏上述优势，其他类型的工会在依法维权方面的劣势自然十分明显，比如不能切实维护职工的合法权益、甚至自身的合法权益得不到有效维护；^{194[52]}法律制度保障不力、工会无执法权、维权手段缺乏、工会干部素质有待提升；^{195[53]}工会干部的素质和职工素质存在问题；^{196[54]}从劳动者、工会和社会三个方面来看，其他类型的工会维权缺乏有力的法律支持、职工对工会的参与度和信任度低、企业工会依附于企业；^{197[55]}更为重要的是，当前情况下多种劳动关系并存、缺少协商、监督、联动干预等机制。^{198[56]}

但需要指出的是，与一般工会维权相比，上述不少优势或特色也可能转化为弊端，因为不少优势的前提是需要党委和政府的重视，尤其是工会领导的工作作风和依法办事的能力至关重要。因此，若市、区、县总工会的领导不能依法办事，甚至违法违纪，¹⁹⁹则势必会影响到工会的维权工作，这一点应引起必要的重视。在此意义上，在依法治国大背景下，如何保证市、区、县总工会领导依法办事，将是未来工会维权工作面临的重要课题。

¹⁹² 协商是发生争议的双方之间进行，争议发生后，从逻辑上言之，往往是协商不成，工会的维权机制才得以启动。

¹⁹⁹ 近年来，不少地方的工会领导出现了违法违纪的行为，百度搜索“市、区、县总工会领导违法违纪”，结果显示有214000条。

集体劳动关系：从形式到实质

——兼谈《劳动合同法》的修改

韩桂君*

【摘要】集体劳动关系是因劳动者自愿联合成独立主体与用人单位或其团体在平等、自主的前提下，就劳动待遇、劳动条件等进行谈判而形成的宏观劳动关系，而集体合同是劳资团体对等谈判达成协议的结果。劳动者联合组成工会的权利之法律依据是《宪法》中关于公民的结社权²⁰⁰和《劳动法》上劳动者的团结权²⁰¹以及《工会法》所规定的职工自愿联合的权利。²⁰²仅有集体合同制度规定²⁰³而无独立主体之间的利益实质博弈，只是形式上或者纸面上的集体劳动关系。通过建立工会独立性保障机制，落实劳动者的团结权、谈判权、行动权及正确发挥公共机构的平衡作用，引入工人代表制，切实保障实质集体劳动关系的运行，才能有效化解劳资矛盾，使劳资政三方各司其职、各负其责、各得其所，进而达到构建和谐劳动关系的终极目标。

【关键词】集体劳动关系 独立工会 罢工权 工人代表制

引言

党的十八大明确提出构建和谐劳动关系。为实现此目的，2015年3月21日中共中央、国务院发布《关于构建和谐劳动关系的意见》。《意见》指出，在社会转型期的当下，劳动关系主体及利益多元化，劳资矛盾突出，劳动争议多发农民工权益被侵犯现象突出，群体性事件时有发生，构建和谐劳动关系的任务艰巨繁重。²⁰⁴在推进供给侧结构性改革的当下，研究实质集体劳动关系或许为化解群体性事件提供有益的探索。²⁰⁵

一、问题：以形式替代实质的集体劳动关系

*韩桂君(1970-)，女，河南南阳人，副教授，法学博士，美国亚利桑那州立大学法学院访问学者，美国太平洋大学麦克乔治法学院LLM，中国社会法学会理事，湖北省法学教育研究会常务理事、秘书长，中国诊所法律教育专业委员会常委，主要从事经济法、劳动法和社会保障法、法律诊所、先秦经典的教学和研究工作。

200 《宪法》第三十五条规定：“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”

201 《劳动法》第七条规定：“劳动者有权依法参加和组织工会。”

202 《工会法》第二条规定：“工会是职工自愿结合的工人阶级的群众组织。”

203 参见《劳动法》第33条至35条；《劳动合同法》第51条至56条。“徒法不足以自行”，这些规定需要一个实施机制以实现立法目的。

204 中共中央、国务院《关于构建和谐劳动关系的意见》（2015年3月21日），http://www.gov.cn/guowuyuan/2015-04/08/content_2843938.htm，2015年4月17日16:03分最后访问。

205 如果工会有效发挥作用，2016年两会期间也许就不会发生黑龙江双鸭山煤矿如此大规模的职工群体性抗议行动。

劳动力雇佣关系中,大部分工人在劳动力市场交换关系中处于不利地位,导致工人的谈判力量弱小、管理者的独裁主义以及工人的经济地位无保障。²⁰⁶缺乏实质集体劳动关系保障的个别劳动关系必然是不公平的劳动关系。在我国改革开放之初,由于对体制转轨过程中可能出现的劳工权益被侵害的问题,没有事先预见并设计相应的公共保障等预防措施,在推进市场经济过程中,以追求GDP为目标的公共政策导向下,劳资关系的不公平性尤其突出。

当前,我国整个社会法学界几乎都忽视了集体合同具体形成的保障程序,简单地将法律法规中有了关于集体合同制度的条文表述,等同于社会生活中就有了集体劳动关系。这种认识要么无视现实中工人没有独立团体的根本缺陷来谈集体合同制度的意义和成就,要么轻描淡写地将现有具有国家机关性质、脱离了群众的工会²⁰⁷等同于工人独立的联合团体,而不是研究如何使工会真正成为工人独立联合维权的团体。同时,过度关注书面劳动合同的签订及处罚,显然没有抓住劳资关系调整的核心问题。

(一) 形式上的集体劳动关系已经出现并具有一定的规模

形式上的集体劳动关系是指以签订书面集体合同所形成的劳动者与用人单位的关系,缺乏平等、独立的劳方团体与资方团体相互尊重的集体谈判过程。1995年实施的《中华人民共和国劳动法》(以下简称《劳动法》)专章规定了集体合同制度,使其在立法上正式确立。至今集体合同在很多国有企业中大量签订,非国有企业也有签订。²⁰⁸劳动者似乎都应能享受到集体合同给他们带来的保障,事实并非如此,劳动者未能感受到集体合同带来良好效果。希望通过集体合同制度克服的一些弊端仍然普遍存在:安全卫生条件差、随意延长工时、克扣或拖欠工资等,导致重大生产性灾难事故频频发生。集体劳动争议案件越来越多,引发了各种形式的停工、怠工以及集体上访等群体性事件。虽然国务院要求在2015年底,集体合同签订率达到80%。各地方响应国务院的号召,也以打攻坚战的思路和工作方法,提高2015年内集体合同的签订率,²⁰⁹遗憾的是,这么高的集体合同签订率并不能消除大量的群体性事件发生。这表明没有合法的职工集体行动为基础

206 [美]理查德·伊利:《美国劳工运动》,转引自王一江、孔繁敏:《现代企业中的人力资源管理》,上海人民出版社1998年版,第20页。

207 2015年7月6日至7日,习近平总书记在中央党的群团工作会议上发表重要讲话,指出了工会等群团存在脱离群众的问题。参见《中央首次召开群团工作会议 习近平讲话》, http://news.ifeng.com/a/20150707/44120466_0.shtml, 2016年5月29日9:45最后访问。

208 王娇萍、王伟:《平等协商集体合同制度覆盖7600万职工》,《工人日报》2001.11.21。

209 《中国要求2015年集体合同签订率达80%》, <http://business.sohu.com/20130210/n365949731.shtml>, 2016年5月29日10:00最后访问。青岛2015年底要集体合同签订率要达到8%,参见《企业集体合同签订率将达85%》, <http://news.163.com/15/0302/10/AJMQN10500014AED.html>, 2016年5月29日10:30最后访问;苏州等要在2015年内已经建立工会的企业集体合同动态签订率达到95%,参见《集体合同制度攻坚计划》, http://sz.xinhuanet.com/2014-12/16/c_1113658607.htm, 2016年5月29日10:23最后访问。

的实质劳动关系，仅存在形式上的集体劳动关系（书面集体合同），不足以构建和谐劳动关系。

（二）实质集体劳动关系运行不足

实质集体劳动关系是独立的劳资双方团体在尊重和对等基础上进行谈判，达成协议，确定劳动条件和劳动待遇以及劳动福利，由此所形成的相对稳定的劳资关系。在我国，实质集体劳动关系几乎从来没有实践过，既无劳资双方的独立主体，也无实质集体劳动关系运行的程序保障机制。工人没有独立工会而用人单位没有组建用人单位团体；集体谈判机制不完善，集体合同的实效性不强，约束力不够，集体合同履行情况也不理想，职工对其认可度不高；政府与劳资双方关系的不当定位使雇主有机可乘，政府没有扮演好劳资关系中良好的力量制衡角色。其结果是集体协商流于形式，难以开展真正的谈判。²¹⁰而协商谈判需要在“平等”上着力，集体合同需要在“履行”上下功夫。²¹¹有些基层单位建立集体合同制度或者所签订的集体合同，主要目的不是为了确立集体劳动条件和劳动待遇，而是为了应付上级的执法检查，平等协商程序不规范，集体合同的质量差，履约率低。²¹²因此，集体协商而签订的集体合同不仅要看数量，更要考察协商的程序机制和实施效果。

因此，我国虽在立法上规定了集体协商和集体合同制度，但还远远没有形成实质的集体劳动关系。只有劳动者能够通过自主自愿结成独立劳动者团体，形成应有的谈判力量与用人单位真正地进行平等协商，就诸如劳动报酬、劳动条件等各种涉及劳动者切身利益的事项达成协议，才符合实质集体劳动关系的运行要求。舍此则无真正的集体劳动关系。

二、成因：我国集体劳动关系运行困境

集体劳动关系运行的结果是签订集体合同，实现团体协议自治。团体协议自治是法律留给劳动者结社，以自主调整期自身事务的自由领域。²¹³我国集体合同制度虽在《劳动法》、《劳动合同法》都有明确规定，具有法律依据，但劳资双方平等协商谈判机制还未真正运行，实质的集体劳动关系付诸阙如，劳动者的权益也没有得到较好的保护，其主要原因如下：

210 郭悦持笔、劳科所“转型时期中国劳动关系问题研究”课题组，《转型时期中国劳动关系问题研究》，2004年1月。

211 肖盛锋，《经济全球化对我国劳动关系的影响及对策》，《工会理论与实践》，2003年第3期。

212 王贤森，《西方国家工会集体谈判经验研究》，《工会理论与实践》，2003年第6期。

213 【德】雷蒙德瓦尔特曼：《德国劳动法》，沈建峰译，法律出版社2014年版，第389页。

（一）名不副实的工会导致劳动者团结权名存实亡

工会最基本的使命是强化工人在订立集体合同中的谈判力量，以团体力量来获得与雇主方相对平衡的地位。我国工会不独立而依附于或受制于其他力量，在集体谈判中没有站稳职工的立场，缺乏足够的实力，不可能与强大的雇主博弈能力，并签订出真正保障劳动者权益的集体合同。造成工会名不副实的原因有：

首先，工会无独立的财产权。尽管我国《工会法》和相关的政策法规对工会经费和财产予以法律保护，实际上，工会资产流失严重、经费收缴阻力大。很多企业将工会所有的财产视为企业自有资产来管理、使用，并随意侵占、挪用、调拨或拒不返还。企业拖欠、克扣或者拒缴工会经费，大部分非公有制企业不拨缴工会经费或只是象征性地拨缴一点。这些都造成了工会的财产权得不到保障。

其次，工会组织及工作机构缺乏有效保障。尽管我国《工会法》和相关的政策法规明文规定不得在机构改革中随意撤销、合并工会组织。实际上在机关、事业单位和企业改组、改制、重组过程中，工会往往是首当其冲的“改革”对象。有的将工会并到党群工作部门，工会专职干部大幅减员；有的改制为民营企业的，工会几乎成了无人员、无办公地方、无经费、无活动的“四无工会”；更有甚者，索性将工会撤销。

第三，工会工作人员的合法权益得不到有效维护。尽管我国《工会法》对工会及其工作人员履行职责有保护性规定，²¹⁴但当工会工作人员在代表和维护职工合法权益时与用人单位发生矛盾，其劳动合同常常遭到违法解除，严重挫伤了工会工作人员为职工争取权益的积极性。

最后，我国劳资平等观念并未根深蒂固。平等是现代文明的基本价值，在全人类的角度看，体现为超越国界和民族界限的“人人生而平等”；在一个政治共同体中，每一个公民除了具有普遍性价值的人人生而平等之外，享有公民平等；在劳动力市场上为了实现自食其力目标，所有劳动者平等竞争就业；在一个企业内部，劳动者作为占有劳动力资源的所有者与占有生产资料的所有者即用人单位，其法律地位是平等的，隐含了所有权平等的法理，因此，两个所有权主体在地位平等、自主自愿的前提下进行劳动合作以创造社会财富。上述三个层次的平等理念在我国都未能深入人心并付诸实践。观念决定行为，我国自上而下全社

214 《工会法》第五十一条第一款规定：“违反本法规定，对依法履行职责的工会工作人员无正当理由调动工作岗位，进行打击报复的，由劳动行政部门责令改正、恢复原工作；造成损失的，给予赔偿。”其第二款规定：“对依法履行职责的工会工作人员进行侮辱、诽谤或者进行人身伤害，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚未构成犯罪的，由公安机关依照治安管理处罚条例的规定处罚。”

会并未形成平等意识,亦并未形成对违反平等理念的不正当行为之强大制约力量,政府更未能引导并居中公正制衡以贯彻平等观念,导致用人单位无论从内在意愿还是外在行为上,都自认为高高在上而不愿与劳动者平起平坐,从不愿意真正尊重劳动者的所有权主体地位,从而劳动法规定的劳资双方平等集体协商成为镜花水月。

(二)《宪法》未肯定公民罢工自由导致劳动者集体协商保障手段丧失

在市场经济国家中,有的承认工人完全罢工权,如日本,有的赋予工人限制性罢工权,如韩国。我国宪法中没有关于公民罢工自由的明文规定,使其处于一种不确定的状态。新《工会法》第27条规定:“企业、事业单位发生停工、怠工事件,工会应当代表职工同企业、事业单位或者有关方面协商,反映职工的意见和要求并提出解决意见。对于职工的合理要求,企业、事业单位应当予以解决。工会协助企业、事业单位做好工作,尽快恢复生产、工作秩序。”该条文以“停工”取代了“罢工”,“暗示”了“停工”的合法性;虽然规定了工会在“停工”发生后代表和维护职工合法权益,但对工会组织罢工的权利和保证罢工合法的义务未作规定。宪法、劳动法等法律没有明确赋予工人罢工权,在集体谈判陷入僵局,用人单位不接受工人的要价时,工人无法通过集体行动即罢工来推动谈判的进行,或者对用人单位施加必要的压力。

有的学者解释《宪法》未明确规定罢工自由时,采取依据“法无明文即自由”之法理解释,认为《宪法》虽然没有规定,但不等于就禁止了罢工,而是只要法律没有明文禁止,公民就当然享有罢工自由。这种解释经不起进一步的推敲,第一,公民的其他自由都是明文列举的,《宪法》第三十五条规定了公民的言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由,该条是封闭式列举,也就是除此之外的迁徙自由、罢工自由我国公民是不享有的。第二,我国在批准《经济、社会、文化权利公约》时,对其中的涉及组织工会和罢工的条款,声明保留。由此,也可以得到明确的结论,我国公民不论依据国内法还是依据国际公约,都不享有罢工自由。从遵守法律的角度,应该诚实地接受这种法律现状;从完善法律的角度,应该考虑如何增补公民应该享有的迁徙自由和罢工自由。

(三)公共行政部门执法公正性、中立性不足

关于劳动者权益保护的公共执法部门有人力资源与社会保障部门、国家安全

生产监督管理部门、国家卫生部门等。其中，我国人力资源与社会保障部门²¹⁵是主要的公共执法部门。其在履行保障集体合同制度落实的职责中，自身定位不准，仍以行政主导型的观念处理集体合同中存在的问题，习惯于依靠行政管理来调整劳动关系。另一方面，由于为了促进本地经济发展，常常为了招商引资的需要，往往不由自主的倾向于认同用人单位的利益要求，忽视工人要求的正当性，在对待劳资冲突时，政府部门及其工作人员习惯性地站在用人单位的立场处理劳资冲突，有意无意的压制劳动者正当的利益诉求。这种立场定位不符合公共部门设置的初衷，有形无形地强化了用人单位的力量，如果不加以纠正，必将使个体劳动者面临权利救济的绝境。

三、对策：实质集体劳动关系运行机制的建立路径

建立和完善我国实质集体劳动关系的基本思路是：加强工会的独立性、确立并规范罢工权以及正确发挥公权力的作用，必要时引入工人代表制。

（一）建立工会独立性保障机制

在集体谈判、签订集体合同以至形成实质的集体劳动关系的整个过程中，工会必须是一个积极的主导者。工会的谈判水平与参与能力极大地影响了整个进程和最终结果。保障工会独立的措施如下：

1. 工会人员组成的非资方化

工会的组成成员必须是以工资收入为主要生活来源的劳动者。在市场经济条件下，雇主和劳动者有不同的利益要求，工会代表的是劳动者的利益和要求，雇主方利益则由企业法人代表、决策人员以及其他高级管理人员来代表。他们可以代表企业来使用劳动力，与普通劳动者的利益迥异。其行为代表资方利益，这部分人若进入工会，将损害工会的独立性。

我国普遍存在由用人单位组建工会的做法，导致工会成为用人单位的附庸。一些企业认为工会既然是由它组建的，它就有权撤消工会，在实践中出现了以精简机构为名随意撤并工会的现象。²¹⁶还有一些企业组建工会时，往往将代表企业意志的人员安排在工会里，直接任命其为工会领导，甚至出现由企业管理层兼任工会主席的怪现象。故必须将代表雇主利益的人员排除在工会之外，改变由企业组建工会为由劳动者自我独立组建工会。

215 2008 年根据《国务院关于机构设置的通知》（国发【2008】11 号）设立人力资源与社会保障部。其主要职责参见《人力资源社会保障部主要职责和内设机构》。

<http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyshshzb/zwgk/jgzn/bzyzz/> 2016 年 5 月 29 日 11:32 最后访问。

216 王向前：《论构建适应集体合同制度要求的工会制度》，载于《北京科技大学学报》2000 年第 3 期，第 50 页。

2. 规定工会的私法人性质。

我国《工会法》规定中华全国总工会、地方总工会、产业工会具有社会团体法人资格；基层工会组织具有《民法通则》规定的法人条件的，依法取得社会团体法人资格。应进一步规定工会的私法人性质，并保障其免受来自国政府、企业或其他组织与个人的干涉。若为公法人，很容易受到公权力的干涉，使其承载太多的义务而不利于保持其独立的地位。作为私法人，则享有更多独立自由的空间和独立决断的权力。同时工会与雇主方有着各自不同的利益和目标，双方在集体谈判和集体合同签订过程中处于相对平等的地位，由此展开平等的谈判，达成令双方均能接受的结果。

3. 保证工会有独立的经费来源。

工会有稳定而独立的经费是维护其独立性、有效开展集体谈判的保证。我国《工会法》规定的工会经费来源主要有会员缴纳的会费、单位按每月全部职工工资总额的2%拨付的经费、工会所属的企业、事业单位上缴的收入、政府补助以及其他收入。其主要经费来源于企业按每月全部职工工资的2%向工会拨缴的经费，因工会由企业组建，在单位不拨缴经费的情况下，工会不可能向法院申请支付令或者强制执行。因此，工会经费应主要由会员交纳及国家财政拨付，企业工会工作人员的工资应从工会经费中支付。“在全球范围内，工会官员的工资开销无不是来源于工会经费。许多国家的工会立法，都将此项支出列为工会基金的首项内容。如新加坡、缅甸、印度，其工资包括工会官员的工资、津贴和开支。”²¹⁷

4. 精简工会职能

工会不是党和政府的一个部门或者附属机构，也不是企业的一个职能部门，与企业行政在法律上处于平等地位。²¹⁸因此，工会的职能主要是维护劳动者权益。我国工会承担了过多的非工会职能，不但要代表劳动者的权益协调与用人单位的关系，还得协助企事业单位办好一些福利、培训、教育、文体活动等事项，分散了工会的工作重心。因此，工会应集中精力进行集体协商、订立集体合同以及其他若干维护职工权益的事项，与此无关的“政府任务”、“单位工作”则应当从工会职能中剥离出去，以免影响工会维护职能的发挥。

（二）劳动者应享有规范化的罢工权

²¹⁷ 常凯，张德荣：《工会法通论》，中共中央党校出版社1993年版，第366页。

²¹⁸ 王全兴《劳动法》，法律出版社2008年版，第94页。

在公有制的计划经济体制下,企业被视为利益不可再分和共负盈亏的职工集体,企业组织的集体活动代替了公民个人的自主活动,因此不需要罢工自由。²¹⁹在改革开放 30 年后,集体合同制度已有法律明文,罢工权成为迫切需要。

1. 确立罢工权的必要性和合法性。罢工权是国家立法以矫正劳动合同附合性的重要手段。雇主一方经济上的压制力量大,雇员一方是经济上弱者,劳动力资源不可储存,一旦不被雇用就不能实现其劳动力的价值,而雇主一方永远有着充足的失业大军在等待补充职位。经济力量的差异造成劳资双方“议约力”的极大不平等。在缔约过程中,雇员仅可表示同意或不同意,而无反要约能力;雇主可单方面规定劳动纪律、规章制度、工作规则,雇员若有违反,雇主即加以惩罚甚至解雇。²²⁰现代各国形成发展“生存权”思想赋予劳动者劳动基本权以矫正契约自由与社会的脱节。²²¹因此,我国宪法应明确规定罢工权的合法性。

罢工权的确立可以体现劳资双方权利的对等。劳动关系调整的整个过程是劳资双方博弈的过程。在双方经济力量差异巨大的情况下,保障劳动者的权益必须让其拥有可以对抗资方强大力量的有效手段。工会的目的在于限制劳动力供给而使雇主无法利用劳动者之间的竞争来控制劳动力价格,劳动者拥有罢工权也可以有效降低雇主对劳动力市场的“买方垄断力”。²²²在劳动者权益受到严重侵犯时通过集体谈判乃至调解或仲裁都无效时,可以采取中止供给劳动力的策略迫使资方回到谈判桌上来。使劳资双方的力量达到均衡状态,从而有助于改善劳资关系。

2. 规范罢工权行使条件和程序。确立罢工权并不等于可以任意罢工,应当规定罢工权行使的条件和程序,将罢工权建立在权利义务对等的基础上,以期罢工权的行使达到“健康且开放目标的型态”。²²³具体措施如下:

(1) 对罢工目的的限制。应对合法的罢工目的做出限制,一为经济罢工,目的在于施加压力迫使雇主就劳动合同中有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项做出让步。二为不当劳动行为罢工,目的在于反对雇主的不当劳动行为。²²⁴在我国应同时承认这两种劳动者为了争取自身经济权益的罢工,排除为政治目的、宗教目的所进行的罢工。

219 戚渊:《市场经济与宪法学研究的深化(中)》,《天津社会科学》1995年第3期。

220 丁文联:《试论劳动合同的附合化》,《法商研究》1999年第6期。

221 蔡茂寅:《社会权——生存权与劳动基本权》,《月旦法学》(台北)1999年第6期,转引自人大复印资料《台、港、澳及海外法学》2000年第5期。

222 理查德·波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第423页。

223 汤明辉:《美国劳资关系法的内涵及其应用》,《美国月刊》(台北)1989年第12期,转引自人大复印资料《台、港、澳及海外法学》1989年第5期。

224 常凯:《论不当劳动行为立法》,《中国社会科学》2000年第5期。

(2) 对罢工主体的限制。政府部门的公务员、司法官员、军人不得组织和参加罢工；国防和国防有关的行业职工禁止罢工；公共福利部门不得罢工。这些人员和行业与国家政局稳定、国防安全和人民的利益有关，社会不能承受这些人员罢工带来的巨大负外部性。

(3) 对罢工程序的限制。属于权利争议的劳动争议未经调解、仲裁或正在调解、仲裁过程之中，工人不准罢工，同时，用工单位一方也不准关厂停业或解雇劳动者。工人罢工之前应向用人单位管理方发出书面通知，说明具体的罢工时间、方式、范围、结束罢工的条件等。

(4) 对罢工组织的限制。为了使罢工有序进行，防止行使罢工权对社会造成不必要的损害，各国的罢工都是由工会来组织举行的。我国应充分发挥工会的作用，规定罢工必须由工会组织，一方面保证罢工权行使的一致性，避免多头罢工，不利于工人团结；另一方面工会应负责罢工过程中的公共秩序的维持。单个或少数劳动者未经有关机关批准，擅自组织罢工行为，又称为野猫罢工，应当予以禁止，从而将罢工行为纳入到合理的社会秩序中。

(5) 罢工限度的限制。罢工的行使必须限于合理的限度，应规定有下列情形已超越合理限度：罢工者阻止所有雇员进厂；阻止雇主雇佣其他工人维持营业运转；攻击不参与罢工的其他工人；用暴力、大规模纠察行动恫吓、阻止或封锁企业的出入通道；阻止本企业所生产的商品的自由流通；强迫或诱使和本企业有来往的外企业的雇主停止业务往来；劝使外企业员工参与罢工，以对本企业雇主施加间接压力；毁坏本企业财物或者设备等。

罢工立法对于抑制和减少罢工事件的发生以及罢工事件的适当处理，对于保护劳工合法权益、协调劳资关系、促进经济发展，均起到了十分重要的作用，这是劳资双方和社会各界有目共睹并一致承认和予以赞许的事实。^①

(三) 正确发挥公权力的作用

在协调劳资关系、保护劳动者权益方面，立法、行政、司法等公权力都应当发挥积极主动的作用。

1. 依据宪法，《劳动法》应明确规定工人的三大集体劳权

工人的三大集体劳权是指独立团结权、集体谈判权（又称团体协商权）和一致行动权（又称罢工权）。独立团结权是基础，集体谈判权是目的，一致行动权

^① 史探径：《中国劳动争议情况分析和罢工立法问题探讨》，《法学研究》，1999年第6期。

是保障集体谈判的重要方式。集体劳动权不仅具有自由权属性,还有社会权属性。²²⁵没有集体劳权,劳动者的个体劳权屡屡遭受侵害而无法实现团体自救。

我国应考虑借鉴美国的做法,强化劳动者的独立团体权、集体谈判权和一致行动权。美国1935年《国家劳资关系法》第一条说明集体谈判过程中真正的结社自由与意志表达的重要性:“在不拥有充分的结社自由或真正的合同自由的雇员与已经组成法人社团或其他所有权联合的雇主之间,谈判权力的不平等大大影响了商业的流通,并……加剧了商业萧条。”其立法宗旨为:“对雇员组织工会和集体谈判的权利予以法律保护,通过消除产业冲突和骚动的某些公认的根源,鼓励对由于工资、工时或其他工作条件上的分歧而产生的产业争议采取友好调整的根本措施,并在雇主和雇员之间恢复平等的谈判权力。”“本法宣布,美国的政策,是通过鼓励集体谈判的做法和程序,保护工人行使其充分的结社自由、自己组织起来的自由及指定他们自己选择的代表的自由,以便对他们就业的条件进行谈判或就其他问题进行帮助和保护。”该法第七条再次强调:“雇员有权自己组织起来,建立、参加或帮助劳工组织,有权通过自己挑选的代表进行集体谈判,并有权进行以集体谈判或互助或保护为目的的其他一致行动。”日本、²²⁶德国、我国台湾地区都有工人劳动基本权的保障。

2. 在行政权上,政府应是维持劳资双方力量平衡的角色

劳动者联合的团结权目的在于实现其个体劳权,其主要是为了对抗较为强势的资方而非对抗国家或者政府。所以,正确定位政府角色,贯彻立法者的精神,保持冷静客观,作为公正的第三方在动态上平衡劳资关系,实现立法的目的。

在行政权方面,各级政府应贯彻立法者的精神,扮演好执行者的角色。行政部门作为一个第三方力量,密切关注劳资力量的变化,智慧地、公平地介入和化解激烈的劳资纠纷。劳动行政部门应告知工人各项权利,指导工人自主独立的结社,培训他们的谈判能力和谈判技巧,让立法者的意图通过工人的行动而实现。针对2002年9月27日西海岸码头工人罢工事件,美国政府的审慎应对方式值得借鉴。²²⁷

225 林嘉:《劳动法和社会保障法》,中国人民大学出版社2009年版,第29页。

226 田思路、贾秀芬:《日本劳动法研究》,中国社会科学出版社2013年版,第237-272页。

227 在罢工初期,尽管根据《塔夫脱-哈特莱法》,布什总统具有终止罢工的权力,但布什政府非常克制,应对此罢工特别谨慎,仅呼吁劳资双方接受联邦政府派出的调解人所作的调解,通过调解尽快达成协议。当劳资谈判于10月6日再次破裂时,布什总统才采取行动。在指示劳工部调查事件情况和给美国经济造成的损失并于次日向他报告结果后,于10月8日根据《塔夫脱-哈特莱法》,要求司法部向法院寻求罢工停止令,重新开放港口,理由为港口停工损害美国整体经济、已经危害美国国家安全。根据总统的指示,司法部根据总统指示于10月8日向法院申请重新开放西部26个港口。旧金山联邦法院认为联邦政府的做法符合下达重新开港、复工命令的法律规定,于当晚发出命令要求“太平洋海运协会”迅速开港恢复正常作业。“太平洋海运协会”遵令开港,工会亦同意复工。根据美国法律规定,法院的强制性复工命令为劳资纠

在此罢工事件中，政府的谨慎、克制、引导和适时介入发挥了重要作用，罢工的经济损失得到控制；且政府不强迫任何一方作出妥协和让步，避免政府引火烧身，尊重双方的自由意志，这是值得我们学习和借鉴的。

在实质集体劳动关系运行中，政府应从国家整体利益出发，在宏观上集中于维持工业和平与稳定、完善谈判机制、对雇员结社自由和行使集体谈判权利实施法律保护、通过具体事务部门或司法体系推行集体协议，而集体谈判的具体工作主要留给当事人去做。^①

3. 在司法领域，法院应独立行使司法权。

团体争议是指集体劳动关系发生的争议。因为集体谈判难以达成协议时所发生的争议是利益争议，因为履行已经签订的集体合同的权利义务所发生的争议是权利争议。²²⁸在这两类团体争议处理中，我国法院都存在不同程度的缺位，应该引起劳动法学界的关注。在法治国家处理任何纠纷，司法都是化解纠纷、实现社会公平正义的最后屏障。因此，我国必须发挥法院处理劳资纠纷的最后保障作用。2015年我国正式实施法院立案登记制，²²⁹有利于劳动纠纷进入司法程序。

(1) 利益争议处理模式

我国目前发生利益争议往往用集体停工、怠工或者群体性事件表述，没有直接采用“罢工”的术语，但是其本质上属于工人为了争取更高的经济利益之集体行动。类似的事情发生后，我国往往采取的是由劳动行政部门出面化解。美国2005年12月纽约公交工人大罢工中纽约法院的做法是值得我国法院借鉴的。²³⁰该案例中，法院在处理社会集体劳动纠纷中，实现了社会安全最后屏障角色功能。

(2) 权利争议处理模式

在集体合同履行过程中，任何一方都有可能认为对方侵犯了自己的权利或者没有履行义务，或者双方对于集体合同条款发生了不同的理解，权利争议由此产生。此种争议可以转化为个别劳动争议来解决。

在我国，发生集体合同履行过程的争议时，当事人必须先向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，对仲裁裁决不服的，可以向法院提起诉讼，处理程序较为漫长。

纷的解决提供了80天的冷却期。复工后，劳资谈判继续进行。到11月23日，经过一个月的谈判和联邦调停人的斡旋，劳资双方终于达成协议，同意继续劳动合同六年，至此劳资纠纷结束。

① 约翰·温德姆特著，何平译：《工业化市场经济国家的集体谈判》，中国劳动出版社1994年版，第118页。

228 林嘉主编：《劳动法和社会保障法》，中国人民大学出版社2009年版，第259页。

229 《最高法：5月1日起全面实行立案登记制》，<http://news.sina.com.cn/c/2015-04-15/110031720305.shtml> 2015年4月17日17:21最后访问。

230 2005年12月20日美国纽约公交工会宣布，在和公共管理部门的谈判彻底破裂后，纽约市地铁和公交车系统中3.37万名工会成员从即日起罢工。由于正值圣诞节前购物高峰，纽约市的交通系统陷入困境，700万市民的出行受到严重影响。很快，纽约市公交工人工会被纽约州一家法院依照禁止公共事业雇员罢工的美国联邦《泰勒法》判处每天100万美元的罚款。三天后，工会宣布罢工结束。

劳动争议案件涉及到劳动者基本权益的保护，需要及时尽快地解决。先仲裁后诉讼的漫长过程，不仅要耗费大量的人力物力财力，还影响到劳动者基本生存。因此，我国应废除现有的“仲裁前置”程序，而采用“或裁或审”程序，由当事人自行选择仲裁或是诉讼，更加切实地保护劳动者的权益。

4. 在集体合同制度实施中加强指导、咨询、教育

在工人的自我组织和自我管理能力未得到充分训练和培养的情况下，加强政府的指导、咨询、教育职能显得尤为重要。政府这方面的活动将有助于集体合同制度逐步成熟，实现实质的集体劳动关系。政府应当搜集对集体谈判有用的资料信息并加以分析，通过公布物价指数、最低工资标准、行业赢利水平、国内外市场竞争情况以及其他劳资双方“要价”和“还价”情况等信息，来为谈判双方认清形势、指明方向，为集体谈判提供参照，政府还可以在劳动行政部门或司法部门设立专门的咨询机构，为双方当事人提供免费的劳动法律和集体协商实际操作的咨询，以使其更好地处理劳资关系，提高谈判水平。

（四）引入工人代表制²³¹

在前述三种机制不能立即实现以满足集体协商需要时，而职工亟待解决与用人单位进行谈判的现实需求下，引入工人代表制是一种现实可行的、已经有成功案例的替代方案。从立法依据上看，我国《劳动法》也规定了没有组建工会的用人单位，可以由工人推举代表进行集体协商。而在已经建立了工会，而该工会不履行维护职工权益时，亦应由工人选举代表，替代原工会参与集体协商，以化解矛盾。我国广州利得鞋业公司集体劳动协议就是工人代表制有效运行的典型例子。

四、结束语

我国目前集体合同的高签订率只是一个表面现象，其合同条款并不是劳资双方平等自主谈判的结果。弱势者的劳工一方无法在集体合同签订博弈过程中获得足够的、实质的利益，集体劳动关系呈现形式化、表面化和虚无化。从思想层面上来讲，反映了劳动者缺乏有效的自我组织意识和能力，而企业的权威控制行为模式将集体合同异化；从公权力运作上看，公共部门对该问题的漠视导致了严重不公平的现状。因此，必须推动独立工会的组建、集体谈判的实质展开；通过以罢工为保障的力量平衡机制迫使雇主尊重劳工意志；公共部门必须摆脱与资方的利益纠葛，恢复其中立、公正的角色，才能居中适度调节双方力量，以掌握主

231 陈步雷、陈朝闻：《劳资自治中的劳动者“自赋权维权模式”》，《中国人力资源开发》2016年第4期。

动权。工人代表制是对没有建立工会或者工会不发挥作用时的替代模式。总之，通过劳资自治和联合自治、²³²双方互相尊重、平等协商等运行机制，使劳资关系达到一种动态平衡，实现和保障劳资双方的合法权益。

²³² 联合自治在我国台湾地区称为“同盟自由”。“同盟自由此一基本权并非只是在于消极地防御国家公权力之侵害而已，更具有积极落实宪法明文所特别托付的劳动生活社会自治的任务。”参见：黄程贯《劳动法》（修订再版），台北空中大学印行 2001 年版，第 156 页。

完善我国工资集体协商机制的对策研究

李满奎

【摘要】工资集体协商机制对于缩小收入差距、实现劳资关系和谐稳定具有重要的意义。由于协商主体存在独立性不足、协商能力不强的问题，法律对集体争议行动权语焉不详，再加上劳动者简单地将工资集体协商等同于工资增长机制的误解，使得我国的工资集体协商覆盖率较低，工资集体合同“空洞化”现象严重。未来的改革应当致力于发展行业性、区域性工会，探索工资集体合同“效力扩张”的有效途径，明确将强制仲裁作为集体利益争议的解决途径，消除有关工资集体协商的误解。

【关键词】工资；集体协商；行业性工会；区域性工会；强制仲裁

一、我国工资集体协商的现状

集体谈判作为平衡劳资双方力量的一项制度，在产业关系发达国家地位非常突出，构成为实现劳资关系的和谐、效率以及产业民主等发挥了不可替代的重要作用。在有些国家，如美国，集体谈判作为劳资关系的主流模式，“集体劳动关系法”甚至成为“劳动法”的同义语。²³³不过，从上个世纪60年代开始，由于产业结构调整、劳动标准水平提高等原因，劳资之间的关系逐步从对立走向合作，随之而来的是工会密度“断崖式”下跌，集体劳动关系法的适用范围和影响陷入低谷。

随着我国劳动力市场化改革的推进，集体谈判制度于上个世纪90年代中期被引入我国，不过囿于历史条件和认识的限制，这一制度被改造为“集体协商制度”。因此，和包括美国在内的产业关系发达国家相比，中国的劳动关系处在完全不同的发展阶段：前者在逐渐弱化的集体劳动关系框架内发展具有更高竞争力和柔性的个体劳动关系和非典型雇佣关系，而后者则面临着重建集体劳动关系，规范个别劳动关系及非典型雇佣关系的双重任务。²³⁴换句话说，中国劳动关系还

李满奎，西南政法大学副教授，法学博士，主要从事劳动法学研究。联系邮箱：limankui316@aliyun.com。

233 阎天：“美国集体劳动关系法的兴衰”，载《清华法学》2016年第2期。

234 参见张立富：“中国和美国劳动关系转型的比较研究”，载《中国人力资源开发》2010年第4期。

面临着从个体劳动关系到集体劳动关系的转型,这也是市场经济条件下劳动关系调整的客观要求。²³⁵因此,我国劳动力市场的健康可持续发展需要大力发展集体劳动关系,使之与个体劳动关系相互支撑和协同;相应地,我国劳动法制的完善也需仰赖集体劳动关系法律调整机制的进一步完善和强化。这是本文讨论工资集体协商机制的前提。

在中国,集体协商又可以分为区域性集体协商、行业性集体协商和专项集体协商。工资集体协商属于专项集体协商的一种,其内容包括工资正常的增长机制、工资支付的保障机制、职工工资在企业工资分配中的比例等等。工资集体协商,对于确保收入分配的公平、保护劳动者的经济利益发挥着重要的作用,也是确保劳动者公平分享改革发展成果的重要机制。为此,劳动部于2000年公布了《工资集体协商试行办法》,对工资集体协商活动进行规范;劳动部于2004年重新颁布经修改的《集体合同规定》和2008年起施行的《劳动合同法》中有关集体合同的规定为开展工资集体协商提供了重要的法律依据。

我国的工资集体协商是在中华全国总工会的直接推动下进行的,在短时间内实现了对大量劳动者和用人单位的覆盖,取得了一定的成效,工资集体协商在较短时间内实现较高的覆盖率。据中华全国总工会最新统计,截至到2014年,全国已建工会组织的企业工资集体协商覆盖率达80%以上。²³⁶但是在工资集体协商的过程中也存在较大的问题。这些问题主要体现在两个方面:第一,在有些用人单位,由于管理方的拒绝,工资集体协商仍然无法推行下去,劳动者享受不到工资集体协商所带来的利益;第二,为了完成总工会布置的工资集体协商的任务,企业的基层工会和企业主往往应付了事,将现有劳动法律的规定照抄一遍,并未有任何实质性的内容,工资集体协商流于形式,工资集体合同的“空洞化”现象非常突出,工人也无法从工资集体协商中获得工资增长的保障。对于工资集体协商而言,其制度初衷在于通过劳动者与用人单位双方的协商,特别是工会作为劳动者代表与用人单位之间的制度化的协商,使劳动者能够从中获得高于法律规定的劳动条件基准的工资、劳动保护等。然而,现行的工资集体协商往往将法律规定的劳动条件基准作为工资集体合同的内容,甚至以用人单位提供的格式化协议取代工资集体协商的过程,完全背离了工资集体协商制度的初衷,也限制了其功

235 参见常凯:“劳动关系的集体化转型和政府劳工政策的完善”,载《中国社会科学》2013年第6期。

236 “全国超八成已建工会组织企业推行工资集体协商制”,资料来源:http://news.xinhuanet.com/fortune/2014-10/10/c_1112772210.htm 2016年6月16日最后访问。

能的发挥，需要通过系统的改革予以完善。

工资集体协商在我国出现的上述问题，是由多方面原因造成的，既包括用人单位的原因，也包括劳动者自身的原因，以及作为劳动者的代表即工会的原因。从用人单位角度来讲，往往认为在劳动力供大于求的情况下，不存在与劳动者进行工资集体协商的必要，相反认为工资集体协商会提高企业的生产成本、影响企业的利润；认识不到工资集体协商对于调动劳动者的积极性、保持劳动力队伍的稳定、促进劳动关系的和谐所起到的重要作用，因此用人单位往往“不愿谈”，认为没有谈的必要。从劳动者角度讲，在劳动力市场供大于求的情况下，劳动者往往处于绝对弱势的地位，担心因为与用人单位进行工资集体协商而被辞退，因此在工资集体协商问题上往往采取退缩、观望的态度；再加上劳动者特别是农民工的组织程度非常低，很容易被用人单位分化、瓦解，因此很难组织有效的工资集体协商，“不敢谈”、“不愿谈”现象非常突出。从劳动者的代表即工会角度来讲，虽然各级总工会积极推动工资集体协商工作，但是由于广大的基层工会在企业中的弱势地位，往往使其无法独立于企业主而提出工资集体协商的主张；即使提出了工资集体协商的主张，也往往只能听命于企业主，而无法与企业主进行真正的协商，也存在严重的“不敢谈”问题。由于上述三方面的原因，使得工资集体协商要么无法在企业推行下去，要么流于形式，重复法律的相关规定，无法使劳动者切实地享受到工资集体协商的益处。

正是由于工资集体协商在我国遇到的各种阻力，使得工资集体协商机制根本无法发挥调节收入分配、缩小收入差距的功能。根据社科院发布的 2007 年企业蓝皮书《中国企业竞争力报告》的数据，1990 年至 2005 年，劳动报酬占 GDP 的比例从 53.4%降低到 41.4%，降低了 12 个百分点；而同期营业余额占 GDP 的比例却从 21.9%增加到 29.6%，增加了 7.7 个百分点。²³⁷而中国的基尼系数已经超过了 0.5，²³⁸远远超过基尼系数的国际警戒线，也凸现了我国收入分配不公平的程度和状况，不同行业之间工资收入差距过大，不同所有制单位之间工资差距扩大，行业内部、企业内部工资差距亦呈扩大趋势，农民工和城镇职工之间工资差距明显，不同地区之间的工资水平较大等都是这种收入分配不公平的表现。²³⁹这种收

237 转引自常凯：《劳权保障与劳资共赢》，中国劳动社会保障出版社 2009 年出版，第 276 页。

238 《新华社：中国基尼系数已超 0.5 可能导致社会动乱》，资料来源：http://hb.qq.com/a/20100521/000663.htm#comment_div 2016 年 6 月 16 日最后访问；还可参见俞宁：《关注弱势群体、重视社会公正——构建社会主义和谐社会》，《毛泽东邓小平理论研究》2005 年第 2 期。

239 参见常凯主编：《中国劳动关系报告——当代中国劳动关系的特点和趋向》，中国劳动社会保障出版社 2009 年版，第 252-255 页。

入差距过大的状况，引起了劳动关系的紧张。

2010年上半年发生在代工企业富士康员工的密集跳楼事件，以及佛山本田工人“罢工”事件则是劳动关系紧张的表征，与收入分配差距过大不无关系。在深圳富士康的工厂中，员工的基本工资为当地最低工资900余元，而提高收入的唯一途径就是加班，从网上爆出的“加班工资单”来看，有些员工的加班时间在每个月竟然达到140小时以上，甚至更多，这远远超过《劳动法》规定的每月36小时的加班上限。在这意义上讲，深圳富士康工厂发生的员工密集跳楼事件就与长时间的加班、收入分配不合理有关；另外，在有40多万员工的工厂中，员工感觉到对自己的职位晋升、工资增长等没有任何发言权，看不到任何希望，或许也是其选择放弃生命的原因。因此，在这一悲剧中，工资集体谈判机制的缺失难辞其咎。在佛山南海本田工厂罢工事件中，中日员工的工资相差50倍，工人长时间对薪酬制度的不满被认为是此次罢工的导火索。²⁴⁰本田工厂员工的工资是由管理方单方面决定的，员工并无任何参与的权利，最终才导致采用罢工这种极端的手段。换句话说，在建立工资集体协商的情况下，赋予工人参与决定工资增长幅度、机制的权利，或许这一罢工事件就能够避免。这些极端事件的发生，既说明了我国收入分配不公引起的严重社会问题，也为完善工资集体协商制度提出了客观要求。

二、现行工资集体协商制度的缺陷

如前所述，现行工资集体协商制度在推行过程中出现了一些问题，这些问题暴露了现行工资集体协商制度存在的缺陷。分析和认清这些制度性缺陷，对于改革工资集体协商制度具有重大的意义。

首先，工资集体协商的主体制度有缺陷。根据《劳动法》、《工资集体协商试行办法》、《集体合同规定》在工资集体协商的主体上具有一致性，即职工一方的协商代表由本单位工会选派。未建立工会的，由本单位职工民主推荐，并经本单位半数以上职工同意。而《劳动合同法》的规定则出现了细微的差异，对于“尚未建立工会的用人单位，(集体合同)由上级工会指导劳动者推举的代表与用人单位订立”，这一点对工资集体协商的影响不可谓不大。在现实中，由于一些“地方工会行政化”和“企业工会老板化”的现象突出，工会与劳动者脱离的问题严

240 《劳资纠纷引发罢工 本田在华四工厂被迫停产》，资料来源：http://news.xinhuanet.com/auto/2010-05/28/c_12151128_2.htm 2016年6月16日最后访问。

重。²⁴¹虽然《工会法》为工会的组织、活动及其人员提供了法律保障，但在实践中，企业的管理层仍然对工会有相当的控制权。在佛山本田工厂罢工事件中，工会的工作人员竟然与罢工的工人发生了肢体冲突，就足以看出工会在独立性上的缺失。在很多情况下，工会无法真正地代表职工有效地开展工资集体协商。“如果体制内工会无法有效地代表和维护劳动者利益，劳动者便会选择自力救济的途径。”²⁴²如果说《劳动法》、《工资集体协商试行办法》、《集体合同规定》有关未建立工会的企业职工方协商主体的规定还为劳动者自力救济提供些许模糊的解释空间的话，《劳动合同法》的规定则彻底挤压了劳动者在工会之外开展自力救济的空间。

另外，由于工会的工作人员以及职工推选出来的代表通常都是兼职的，本身就是职工，因此通常缺乏协商、谈判技巧，无法在工资集体协商中为工人获得最大的利益。尽管《工资集体协商试行办法》中规定了协商双方可以委托本企业以外的专业人士作为本方的协商代表，试图克服双方在谈判技巧上的差异。但是在实践中往往因为费用问题，职工一方请不起专业人士作为协商代表；而用人单位则凭借其强大的经济实力，聘请专业人士作为协商代表。这一规定在客观上又加剧了工资集体协商双方在协商技能、谈判技巧上的悬殊。

其次，由于法律对集体争议行动权未做规定，使得工资集体协商缺乏强制性，不利于工资集体协商的推进。《工资集体协商试行办法》虽然规定一方在收到另一方的协商意向书后，应当在20日内予以书面答复，并且与提出方进行集体协商。这一规定从表面上看确立了用人单位的工资集体协商义务，即在劳动者提出工资集体协商的要约后，用人单位应当进行协商。但是《劳动法》、《劳动合同法》、《集体合同规定》、《工资集体协商试行办法》并未规定用人单位拒绝协商的法律后果，这使得用人单位这一义务形同虚设。《工会法》第53条有关法律责任的规定，即用人单位无正当理由拒绝进行平等协商的，“由县级以上人民政府责令改正，依法处理”，很难作为追究用人单位法律责任的法律依据。这意味着，用人单位可以随意拒绝劳动者提出的集体协商要求，而不需要承担任何法律后果。

同时，由于现行法律对集体争议行动权语焉不详，也无对劳动者集体争议行动予以特殊法律保障或者法律责任豁免，集体争议行动的组织者和参与者要为其

241 常凯：“劳动关系的集体化转型和政府劳工政策的完善”，载《中国社会科学》2013年第6期。

242 常凯：“劳动关系的集体化转型和政府劳工政策的完善”，载《中国社会科学》2013年第6期。

行为的损害承担各种法律责任；²⁴³同时，在司法实践中，法院对待劳动者集体行动采取“法无授权即禁止”标准并大比例适用“本身违法原则”，²⁴⁴这意味着“罢工权仍然处在应然层面”。²⁴⁵由于工资集体协商配套措施的缺失，使得用人单位可以轻易规避进行工资集体协商的义务。用人单位可以同意与劳动者进行工资集体协商，但是拒绝作出任何让步，对劳动者提出的任何工资增长的要求一概予以拒绝，故意使协商未果；或者将现行法律规定进行照搬，而不对劳动者的工资增长要求进行回应。劳动者根本无法从这种工资集体协商中获得任何实益。在现实中，各个地方为了扭转罢工权这一配套措施缺失带来的不利局面，也探索了一些替代措施，如对于恶意拖延或者拒绝集体协商的企业，按照公共信用信息管理的相关规定将该信息纳入市公共信用信息服务平台，通过媒体向社会公布；²⁴⁶不得享受各级政府对企业的奖励和扶持政策，不得参加由公共管理部门组织的评优评先表彰，对其劳动保障执法年度书面审查不予通过，企业经营者不得参评劳动模范、优秀企业家；²⁴⁷不授予其文明单位等荣誉称号；²⁴⁸不予评定劳动关系和谐企业等。²⁴⁹这些替代措施旨在从政府的角度向用人单位施加压力，迫使其开展工资集体协商，但对于协商效果本身影响不大。由于工资集体协商配套措施的缺失，再加上法律对工资集体协商的过程、内容未加以规范，使得工资集体谈判成为了一种空洞的承诺，无法发挥其应有的功能和作用。

再次，在实践中，各级总工会将工资集体协商简单地等同于“正常的工资增长机制”，阻碍了工资集体协商在各类企业的推行，也增加了企业对工资集体协商的抵触情绪。工资集体协商作为一种协商机制，应当包含用人单位和劳动者双方相互的让步和妥协，这也是协商或者谈判的应有之义。然而，在实践中，各级总工会以及广大的劳动者都将工资集体协商简单地等同于工资增长机制，即工资集体协商只能增加劳动者的工资，不得有其他选项。这就在无形中造成了用人单位对工资集体协商制度的误解，并加重了用人单位的抵触情绪。因为在用人单位看来，工资集体协商制度只能增加劳动者的工资，增加企业的成本并减少其利润，

243 候玲玲：“比较法视野下的劳动者集体争议行动之法律规制”，载《法律科学》2013年第4期。

244 参见王天玉：“劳动者集体行动治理的司法逻辑”，载《法制与社会发展》2015年第2期。

245 段毅、李琪：“中国集体劳动关系的生成、发展与成熟”，载《中国人力资源开发》2014年第23期。

246 《上海市集体合同条例》第三十九条、《贵州省工资集体协商条例》第三十七条；

247 《贵州省工资集体协商条例》第三十七条。

248 《云南省工资集体协商条例》第四十一条。

249 《浙江省集体合同条例》第三十八条。

因而对企业是一种不利的制度。

众所周知，劳动者的收入增长情况取决于企业的利润空间。如果企业的利润空间很大，那么劳动者的收入增长的空间也就相应地增加；如果企业的利润空间很小，那么劳动者的收入增长的空间也就会相应缩小。原因很简单，劳动者的收入增长不可能超过企业的利润空间，否则企业主的资本就没有任何回报。而企业的利润空间取决于总体上的经济环境：在经济大环境比较好、经济景气的时候，企业的利润空间就会上升，而在经济危机和衰退时，利润空间就会下降；企业的利润空间也取决于所在行业的情况：劳动密集型行业的利润空间总体上比较低，而高科技行业的利润空间则相对较高。这就决定了工资集体协商在不同时期、不同行业、甚至不同的企业应当有所不同，有所侧重，而不应当一味地强调工资增长机制。在经济不景气、企业生产经营困难情况下，应当允许用人单位和劳动者双方通过工资集体协商机制冻结工资增长、甚至降薪来帮助企业渡过难关。这在外国是有先例的，在加拿大，金融危机时期加拿大航空公司的工会通过集体谈判来主动要求冻结工资增长帮助公司渡过难关，而航空公司则在金融危机过后向员工提供更多的待遇。这才应当是工资集体协商的正常发展路径。

三、工资集体协商制度的改革方向

我国现行工资集体协商制度存在许多缺陷，导致了其在实践中存在各种问题和弊端。我们应当对现行工资集体协商制度进行改革，消除其所存在的弊端。这对于缩小工资收入的差距、调整分配结构以及促进劳资关系的和谐都将起到重要作用。

首先，应当从法律上确定用人单位的工资集体协商“义务”，明确双方所负有的“善意协商”的义务，并且规定双方特别是用人单位违反“善意协商”义务应当承担的法律责任。用人单位在接到劳动者发出的协商意向书后，有义务进行回应，并就劳动者提出的协商事项进行“善意的协商”。对劳动者提出的协商事项一概予以拒绝，或者仅将法律规定照搬进入工资集体协议的做法将被认定为违反了“善意协商”的义务，应当认定为“不公平劳动行为”，对用人单位进行处罚。

在发达国家和地区，集体谈判的一个很重要的配套机制就是罢工权，即以罢工权作为压力机制，来迫使用用人单位在集体谈判中让步，或者促使集体劳动争议

的解决。罢工权在产业关系发达国家被认为是集体谈判的一项保障措施，“没有罢工权的集体谈判无异于集体行乞”。²⁵⁰但是，在我国，罢工权尚未成为一种法律上的权利，而在这种情况下推进工资集体协商制度无疑是一种挑战。我们必须寻找一种替代罢工的机制。在西方发达国家，如加拿大，虽然罢工权是一种可以合法行使的权利，但是对于涉及公共安全、卫生的部门，如警察、消防员、医生等在发生集体劳动争议的情况下，不得罢工，将其集体劳动争议送交“强制仲裁”，仲裁裁决对双方当事人有效，构成集体协议的内容，双方必须履行。对于集体谈判的双方当事人来讲，“强制仲裁”也是一种威慑，因为仲裁的结果是双方无法控制的，可能对任何一方不利。因此集体谈判双方当事人竭力避免“强制仲裁”，而愿意双方通过相互让步达成集体谈判协议。这就为我国工资集体协商制度的建立提供了一种思路：既然罢工权无法在短时间内确立，那么不如建立“强制仲裁”制度，并扩大其适用范围，将其应用到所有的工资集体协商中，这样也有利于工资集体协商在中国的推进。

其次，在工资集体协商代表的确定上，我们也应当改变现有的制度，大力推行地区性和行业性的工资集体协商。如前所述，中国的基层工会缺乏独立性，不能摆脱管理层对其的干预和影响，因而无法在工资集体协商中发挥劳动者代表的作用。从理论上讲，区域性或者行业性的工会则能够有效地避免“企业工会老板化”的问题，免于受到单个企业的管理层的不当影响和干预，这大概也是《劳动合同法》特别强调行业性集体合同和区域性集体合同的原因。²⁵¹因此在现有的工会体制下，我们要大力发挥行业性工会和区域性工会在工资集体协商中的作用，这也是在短期内中国工资集体协商的发展方向。行业性工会和区域性工会相对于单个的企业而言，具有相当的超脱性和独立性，不受单个企业管理层的控制，能够在工资集体协商中充分发挥劳动者代表的作用；并且由于行业性工会和区域性工会在工资集体协商中能够协调不同企业的工资增长幅度、统一不同企业职工工资的比重，在一定条件下能够使同一行业的各企业或者同一地区的各企业在生产成本上实现统一，有利于创造一个公平竞争的环境。武汉市餐饮行业工资集体协商无疑为我国工资集体协商的未来发展提供了一种思路和蓝本。²⁵²这一点在欧洲各国已经得到验证，在欧洲各国，企业层面的集体谈判协议应工会和雇主或雇主

250 黄越钦：《劳动法新论》，中国政法大学出版社2003年版，第306页。

251 Mingwei Liu, *Union Organizing in China: Still a monolithic labor movement*, *Industrial and Labor Relations Review*, Vol.64, No.1 (October 2010), p.48.

252 谢玉华、郭永星：“中国式工资集体协商模式探索”，载《中国劳动关系学院学报》2011年第6期。

协会的请求，政府可以将集体谈判协议扩展适用至该行业的其它雇主，即“集体谈判效力的扩张”。²⁵³

同时由于前述工会作为工资集体协商的代表，缺乏集体协商的技巧，即“不会谈”而导致劳动者在工资集体协商中利益得不到维护的问题。各级总工会应当定期对各企业负责集体协商的人员进行培训，邀请谈判专家为协商代表讲授各种谈判技巧、谈判经验以及在工资集体协商中应当避免的问题，提高劳动者代表在工资集体协商中的议价能力。同时应当进一步完善工资集体协商指导员制度。工资集体协商指导员独立于企业之外，能够推动企业建立工资集体协商机制、指导劳动者代表进行工资集体协商，有利于解决职工方与企业在集体协商中“地位不平等”、“力量不均衡”、“素质不匹配”、“信息资源不对称”等问题。

再次，我们还应当对工资集体协商的内容进行类型化分析，并在实践中进行贯彻。如前所述，工资集体协商包括多方面的内容，如工资增长机制、工资支付保障、职工工资在企业收入中所占有的比重等等，不能简单地将工资集体协商等同于工资的增长机制。在工资集体协商制度的内容上，我们应当清醒地认识劳动者收入增长与企业的利润空间之间的关系，并根据实际情况来确定工资集体协商制度的内容。如在经济不景气、企业经营生产困难时期，应当强调工资的支付保障，甚至可以协商减薪以换来用人单位的工作稳定性的承诺，以帮助用人单位度过难关；对于经济效益较好、生产经营顺利的企业，可以协商确定工资的正常增长机制、增长幅度的问题。

253 李调奎：《欧洲罢工潮中的三道“防火墙”》，《法制日报》2010年3月2日。

集体劳动争议劳资博弈中的政府角色定位

——以沃尔玛常德水星楼分店集体争议为视角

刘文华 江峰

【摘要】本文形成于沃尔玛常德水星楼分店集体争议发生两周年之际，通过还原劳资双方在集体争议中的博弈行为，分析评价地方政府在劳资博弈中的表现，引出现阶段“劳资自治”条件不太成熟的情形下，“国家主导”成为现实的模式选择。作为国家代表的政府，也是产业关系一方主体，如何在集体争议劳资博弈中发挥作用，定位好好角色，是本文的研究重点。

【关键词】集体劳动争议 劳资博弈 角色定位

一、沃尔玛常德水星楼分店集体争议中的劳资博弈

（一）事件一般描述

2014年3月5日，沃尔玛常德水星楼分店张贴停业通告与《员工安置方案》，向全体员工宣布因该店经营效益不佳，决定于3月19日闭店，同时提供了三种安置方案供员工选择：一是同级别的员工可选择在沃尔玛全国其他店转职；二是公司有其他岗位，员工可申请，但需要经过面试；三是决定离开沃尔玛公司的，按照工作年限支付经济补偿，另支付一个月工资作为代通知金。要求员工在2014年3月19日前作出选择。对于店方的安置方案，店工会和部分员工提出质疑，认为店方没有履行提前30天通知全体员工或工会的义务，也没用就安置方案事先和员工沟通，违反了法律规定，对安置方案不予接受。闭店纠纷产生后，以常德沃尔玛水星楼分店工会主席黄兴国为首的店工会首先站了出来，于2014年3月24日向店方提出了《谈判邀约函》，店方未予响应。同时，69名员工自发的组织起来，以静坐和值守的方式表达对店方的不满，同时阻滞店方转运库存商品。正因为如此，店工会主席黄兴国被媒体称之为最牛基层工会主席，常德沃尔玛水星楼分店工会委员会被称之为“史上最牛基层工会”。

（二）资方行动及策略

1、**替代工人。**沃尔玛（湖南）百货公司方调集高管团队、人力资源团队、从其他店征调的替代员工、安保人员等进驻常德水星楼门店，筹备闭店准备工作，并于宣布闭店当日，陆续调动外店员工替代现有员工的工作岗位，并锁定现有员工的工作 ID 和电脑权限。自 3 月 5 日起，水星楼分店大部分原员工实际上已经失去了原有工作岗位，处于被停工状态。

2、**个别协商。**3 月 5 日早上，沃尔玛绕过工会，直接组织员工举行“闭店沟通会”，但遭到全体员工的自发抵制，没有人参加。之后又通过电话、手机短信、书面信函以及个别谈话等形式与水星楼分店员工进行个别或者集体沟通，协商解除劳动合同补偿。至 3 月 19 日，有 54 名员工选择与店方签订解除劳动合同协议，仍有 69 名员工拒绝对安置方案作出选择。鉴于此，沃尔玛方告知员工将考虑回复期限延长至 3 月 28 日，但仍遭员工拒绝。2014 年 3 月 28 日，常德水星楼分店遂作出终止 69 名员工劳动合同的决定。

3、**拒绝谈判。**对于政府部门多次组织的协调会，沃尔玛仍然参与，并利用协调会正式在店工会委员和员工代表面前宣布了安置方案，重申既定的补偿标准。在店工会于 2014 年 3 月 24 日发出《谈判邀约函》之后，未予响应，拒绝与店工会直接进行进行协商谈判，不同意工会方提出其他替代性补偿方案。2014 年 3 月 31 日，常德市总工会向劳资双方发出了《关于邀请沃尔玛常德水星楼分店劳资双方开展协商谈判的函》，店方同样未予响应。

4、**转运资产。**在与员工协商的同时，店方仍按照其既定的闭店计划逐步进行资产的清理转移，避免维权员工对资产进行控制，失去谈判筹码，陷入被动。

（三）劳方行动及策略

1、**坚持工会领导。**黄兴国最初是以维权小组的名义组织维权行动，到后来声称“我们就是沃尔玛工会委员会，不是‘维权小组’，这是统一的口径”。以工会的名义组织起维权活动，等于是把总工会“绑”上了维权的战车，这样各方都“投鼠忌器”。之后，沃尔玛（湖南）百货有限公司常德水星楼分店工会正式牵头组织维权行动，工会在此次集体行动中发挥组织领导作用。并向各级工会组织发出《关于常德沃尔玛闭店事件的情况说明及员工维权诉求》，努力争取中华全国总工会、湖南省总工会、常德市总工会呼应和支持。

2、**寻求政府支持。**2014 年 3 月 6 日，全体会员自发在店门口表达维权诉求，

同时工会谈判代表发函给市总工会、市劳动监察大队、辖区派出所、市信访局等各职能部门，要求给予维权支持。之后，中华全国总工会、人力资源社会保障部等中央部门也表达了对常德沃尔玛事件的高度关注。

3、提出协商要求。2014年3月14日，分店工会召开全体会员大会，参会人员包括全体会员、公司方代表、市总工会、区劳动监察大队、辖区派出所、区商务局，会上工会方向企业方提交全体维权会员签名确认的集体维权委托书，正式以书面形式向企业方提出包括赔偿金 $2*(N+1)$ ，导致员工子女转学、租房等生活成本增加的经济补偿、按法律要求办理好员工失业金、住房公积金领取手续等15项集体协商要求。

4、吸引社会关注。2014年3月20日，以沃尔玛（湖南）百货有限公司常德水星楼分店工会全体会员的名义委托中国人民大学常凯教授作为法律顾问，签署了委托书，寻求包括高校知名学者等社会资源帮助。同时，新闻媒体高度关注，先后有新浪、搜狐、凤凰、南方都市报、潇湘晨报、英国金融时报等国内外二十多家媒体进行了报道。2014年4月3日、4日“湖南常德沃尔玛工会维权事件研讨会暨集体谈判论坛 2014*河南”在河南登封举行，并发表了《嵩山宣言》。随着事件持续发酵，基层工会动员了包括外援员工、劳动法专家、媒体、政府相关部门以及总工会等横向与纵向的多种群体，一定程度上把反对者变成旁观者，把旁观者变成拥护者，把拥护者变成支持者，实现了外部资源功能的转化，对其通过集体行动进行维权的助力甚大（团结的延续——以常德沃尔玛集体劳动争议为例 缪全 《中国人力资源开发 2014.14》）。

5、阻扰转运资产。在店方进行资产清理转移的同时，为避免店方在资产清理结束后发生无视员工权利的情况，员工也在该店工会的领导下进行了有组织的维权行动，对资方的资产转移活动进行抵制。维权员工自发地分成小组，在沃尔玛水星楼分店货物出口处搭建帐篷驻扎，轮流值班近三个月，阻止沃尔玛常德店方对其超市资产进行转移。

6、依法申请仲裁。2014年4月11日，员工代表到常德市劳动人事争议仲裁委员会正式提交了《劳动争议仲裁申请书》，该申请书列明的申请人为沃尔玛（湖南）百货有限公司常德水星楼分店工会委员会，但未同时提交集体劳动合同文本，仲裁委员会于当日出具了收件回执。2014年4月15日，常德市劳动人事

争议仲裁委员会对该申请作出不予受理案件决定，理由是主体不适格。2014年4月25日，员工一方代表再次向常德市劳动人事争议仲裁委员会递交两份《仲裁申请书》。一份为69名员工的集体劳动争议仲裁申请书；另一份为集体劳动合同劳动争议仲裁申请书（同时提交了分店工会与分店订立的集体劳动合同文本）。常德市劳动人事争议仲裁委员会于2014年4月29日依法予以受理。

7、利用自媒体进行传播。店工会建立了维权微信群和博客，第一时交流沟通维权信息，向社会发布维权进程。当基层工会的维权行动面临商务执法与协警的强制清场时，工会成员用手机对现场进行了录像。通过将现场情况公布于维权博客，在沃尔玛卖场外悬挂横幅宣传自身合法维权等措施，得到了当地市民群众以及部分网友对其集体维权行动的心理认同和舆论支持。店工会甚至利用艺术化的语言进行集体行动动员：“雨一直在下，寒冷的夜里我们的营帐内，同事们又一次度过漫漫长夜。相信团结的力量。马云说过今天很残酷，明天更残酷，后天会很美好，但绝大多数人都死在明天晚上，却见不到后天的太阳，所以我们干什么都要坚持！我们面临着残酷的考验，一路艰辛，只为尊严和正义。”

（四）常德沃尔玛事件劳资博弈的特殊性

在2014年前后，沃尔玛在中国大陆关店十余家，大多风平浪静，没有出现较大的公共舆情事件，也没有爆发大规模的集体争议，唯独在湖南常德，爆发了史上第一起基层工会领导、员工积极组织参与的集体行动，并逐步演变成劳动关系领域一件具有里程碑意义的标志性事件。这是事件发生两周年之际甚至更长的时间，需要劳动法、劳动关系实务界和学界总结和反思的重点课题。

有研究认为，工人能够团结，应当是“先在的社会人际网络发挥了重要的作用”（《新生代农民工的集体抗争模式——从生产政治到生活政治》汪建华、孟泉，《开放时代》2013.01）。还有学者认为，在一些影响较大的群体性事件中，起到关键性作用的是同乡关系。此种因血缘与地缘而产生的同乡间的亲密关系自古延续至今，反映出群体间的共有归属感特征。在大批外来务工人员流动寻找工作之时，同乡关系在其中起到十分重要的群体联接作用。近年来一些影响较大的群体性事件中，事件的组织与行动也往往以同乡关系展开（《治理群体性事件要有新思维》单光鼐，《中国党政干部论坛》2013.06）。缪全博士研究认为，常德沃尔玛事件中的绝大部分员工均是湖南人，其中又以常德本地人以及已在常德定居之

人为多。同乡关系在其中主要发挥了社会化功能，塑造了同乡之间的价值认同：湖南人性格中表现出对事物的执着追求，即使面对外界各方压力，只要他们占“理”，不服输的性格就会支持他们将斗争持续下去。（团结的延续——以常德沃尔玛集体劳动争议为例 缪全 《中国人力资源开发 2014.14》）。

这些研究，均不同程度揭示了常德沃尔玛事件发生的诱导性因素。但是，应当注意到，沃尔玛常德水星楼分店是一个本地化的外资企业分支机构，其一线员工全部来自本地，“同乡关系”在本土的情感纽带并不似在湖南以外的地区那么紧密。常德人作为湖南人典型性格的代表，“吃得苦，耐得烦，不怕死，霸得蛮”的湖南人性格特质更是体现得淋漓尽致。沃尔玛常德事件能够发生，显然跟湖南人顽强不屈，刚正不阿的传统和民风有分不开的关联。需要指出的是，超市行业尤以女职工居多，常德女人是典型的湘妹子辣妹子性格，作为典型的湘妹子辣妹子，常德女人被视为美丽与火辣的化身，敢想敢做、聪明能干，上得厅堂，下得厨房。一句“搞么的？”，再加一句“哪么地？”就足够考量你挑战常德女人的胆量和勇气。有一篇散文写到：“若你遇见常德女孩，若你爱上她，请一定要珍惜，一定不要伤害她，如果你伤害了，你会比下地狱更痛苦！”

无疑，这些对劳动关系系统产生较大影响社会文化环境因素应当成为政府参与、处置集体劳动争议的重要考量要素，不加区分，按照一个思维、一个模式去应对和处理集体争议，参与劳资博弈，显然无法承担和完成集体劳动关系中的政府主体角色。

二、政府在沃尔玛店集体争议中的行为及效果评价

（一）政府的主要行动

1、多次组织劳资双方直接协商对话。常德沃尔玛水星楼闭店引发的劳动纠纷，常德市、区两级政府非常重视。2014年3月6日，常德市信访局组织召开协调会，参加协调会的部门有常德市总工会、区商务局、区劳动监察大队、辖区派出所、劳资双方代表。协调会未达成一致意见。2014年3月7日下午，常德市总工会再次组织上述部门和人员召开协调会，劳资双方仍未达成一致。2014年3月14日，市信访局又一次组织协调会，参加部门和人员有：市总工会、市区商务局、市区劳动监察机构、武陵区政府办、武陵区公安局、劳资双方代表，未达成一致意见。2014年3月14日下午，由武陵区商务局主持，在沃尔玛常德

分店员工餐厅和全体员工见面沟通。在此次沟通会上，员工方提出了 15 项书面诉求。2014 年 3 月 18 日，由武陵区常务副区长主持召开了协调会。市信访局、市总工会、市区劳动监察、区公安局、劳资双方代表参加。这次协调会上，对员工方提出的 15 条诉求，逐一给予了释明。并明确表示，如始终不能达成一致，强调职工一方可以走依法维权的途径。

2、对闭店事件涉及法律问题草率作出定性判断。2014 年 3 月 17 日，按照武陵区政府领导的要求，武陵区劳动监察大队向区政府提交了《关于沃尔玛闭店职工安置方案的调查说明》，共五点意见，该说明阐明了他们对常德沃尔玛闭店行为的一些法律意见和看法。认定闭店行为并无不妥，安置方案合法，劳方要求的违法解雇赔偿金不成立。这一代表当地政府人社行政部门的官方意见间接认定分店工会组织的维权行动非法，因此遭到了分店工会以及全体维权员工的坚决反对。

3、在制止员工阻碍店方转运资产的行动中使用执法力量。3 月 19 日，在接到分店方求助后，市商务局执法队伍进场，配合分店方安保人员对维权员工进行劝离。3 月 21 号，接企业报案后，辖区派出所出警，进行强制清场，并带走两名员工，其中一名女员工声称怀孕而被提前放回，另一名男员工则被行政拘留了 5 天。《行政处罚决定书》显示，拘留的原因是“伙同他人在沃尔玛超市强行占据卖场”。

4、依法对争议案件进行调解仲裁。常德市劳动人事争议仲裁委员会于 2014 年 5 月 26 日、27 日进行了公开开庭审理。最终有 63 名员工选择与沃尔玛方达成和解。2014 年 6 月 25 日，对 6 名达不成和解协议又不愿撤诉的员工，常德市劳动人事争议仲裁委依法作出裁决，驳回了职工的仲裁请求。同日，对常德水星楼分店工会委员会履行集体劳动争议案件也依法作出裁决，驳回仲裁申请。该案裁决后，6 名员工依法向常德市武陵区人民法院提起诉讼，被裁定驳回。

（二）对于沃尔玛维权事件中政府行为的评价

1、媒体观点。新闻媒体高度关注常德沃尔玛事件，先后有新浪、搜狐、凤凰、南方都市报、潇湘晨报、英国金融时报等国内外二十多家媒体给予了高度关注，对于地方政府及早介入，搭建平台，积极组织劳资双方进行协商，特别是常德市劳动人事争议仲裁机构，顶住压力，坚持调解优先，依法仲裁，受到了社会

各界的广泛好评。但是，对于该起事件中有关部门急于维稳、滥用警力等行为，媒体也提出了批评。南方周末撰文²⁵⁴引述当事员工的看法认为，为什么资方还没有回到谈判桌上，仲裁也还没有开始，政府就出动力量帮助资方清场了？是否“把老板利益看得太重？”对于常德市武陵区劳动保障监察大队出具了一份《关于沃尔玛闭店职工安置方案情况的调查说明》，认为资方的处置合法的做法，南方周末委婉表达了担忧：“劳资双方都开始揣测政府的角色与倾向”、“政府的角色与信号似乎总不够明朗”。

2、学界观点。作为近年来国内真正意义上完全由基层工会代表、领导工人进行维权，引发社会各界关注，具备重大影响的集体争议案件，在中国劳动关系发展历史进程中确实具有里程碑的意义。劳动法学、劳动关系学、社会学、经济学界的很多学者普遍都很关注。对于政府在这起集体劳动争议中的行为角色，部分学者提出了自己的看法。如清华大学社会学系林乐峰教授认为：地方总工会缺乏开展工作的相对独立性，导致其既没有维护好员工利益，又没有完成党委和政府部门布置的维护和谐任务。一开始政府部门都不希望惹上麻烦，劳动监察大队把事情推给劳动争议仲裁机构，信访局把事情推给人社行政部门。原本有充分时间调解和协商的最佳时机就这样被总工会和政府部门错过了。当3月5日水星楼分店员工在店工会带领下站在街边抗议的时候，市政府和总工会才发现自己必须介入这起事件，于是便有了这个不平静的3月。²⁵⁵

中国人民大学劳动人事学院缪全博士认为，区劳动监察大队出具《关于沃尔玛闭店职工安置方案情况的调查说明》，认定沃尔玛制定的安置方案为合法。政府部门相关部门之后出动商务执法人员与协警也正是据此，地方政府政治空间的缩减主要出于对沃尔玛作为该区招商引资项目的身份的考虑。政府在维护社会稳定以及避免给潜在投资者留下投资环境较差印象两方面因素的驱使下，贸然对事件进行了定性。²⁵⁶

三、政府在集体劳动争议劳资博弈中角色定位

劳动关系首先是一种私的关系，“劳资自治”是劳动关系平衡的基础。但是

254 《最牛工会与沃尔玛的战争维权 VS 维稳》，《南方周末》，2014-04-04

255 （以何维权？——常德沃尔玛闭店事件评析 林乐峰《中国工人》2015.02, p7-9）

256 团结的延续——以常德沃尔玛集体劳动争议为例 缪全《中国人力资源开发》2014.14。

在“劳资自治”并不能充分实现的地方，“国家主导”劳动关系，创造劳动法治环境，培育劳资双方主体，逐步扩大劳资自治的程度变得更为现实。通过政府的介入，并有一种特别的制度予以救济，通过这种公的关系来进一步规范私的关系，通过权力来实现对劳动关系不平衡、劳资自治不充分的矫正。在这一语境下，政府作为国家公权的实施代表，介入参与和处置应对集体劳动争议中的劳资博弈，最终化解争议，实现劳动关系和谐稳定，维护社会正义和社会稳定。

（一）劳动关系中的政府角色中外研究

应该说，政府在劳动关系、劳资冲突中发挥着重要而特殊的作用，这是共识。从国外的关于政府介入劳动关系的理论来看，马克思主义、多元主义、国家主义是比较主要的流派，但是无论何种学说，都是主张在劳资双方力量极端不平衡时，政府必须积极干预劳动关系以实现经济效率和社会稳定。而分歧只是在于政府在劳动关系中扮演的角色、强调的重点以及对劳动关系、劳资冲突的干预程度，在不同历史文化背景的不同国家和地区会有差别。

英国利物浦大学教授罗恩·比恩(Ron Bean)在《比较产业关系》总结了政府在劳动关系中扮演五种角色：(1)政府扮演第三方管理者角色，为劳资双方提供互动架构与一般性规范；(2)政府扮演法律制定者的角色，通过立法规定工资、工时、安全和卫生的最低标准；(3)如果出现劳动争议，政府提供调解和仲裁服务；(4)政府作为公共部门的雇主；(5)政府还是收入调节者。台湾学者林大钧先生认为，美国联邦政府是促进劳资合作的催化剂或鞭策者，是劳动争议的调解人、仲裁者或受害方的支持者，是劳动法律的制定者和执行者，在劳动关系中扮演一个不可或缺的角色。

对于政府在劳动关系中的作用，程延园教授用“五P”角色进行了概括：劳动者基本权利的保护者(Protector)；集体谈判与雇员参与的促进者(Promoter)；劳动争议的调停者(Peace-maker)；就业保障与人力资源的规划者(Planner)；公共部门的雇佣者(Public sector employer)。²⁵⁷

Bill Taylor、常凯、李琪合著的《Industrial Relations in China》一书中提出政府在劳动关系中扮演四种角色：规制者(regulator)；监督者(inspector)；损害控制者(damage control)；调解与仲裁者(mediator and

²⁵⁷ 程延园：政府在劳动关系中的角色思考，《中国劳动保障报》2002年第1210期第3页)

arbitrator) (常凯 《劳动关系学》 P220)

中外学者对政府在整个劳动关系系统角色定位的研究,对审视和定义政府在具体或者潜在的集体争议集体行动中的角色,显然具备共通性的理论参考价值。

(二) 现阶段政府在集体争议劳资博弈中的角色定位

1、集体劳动争议的预防者

“预则立、不预则废”,作为一种经济和效率的选择,预防的难度自然要少于处置。我国集体劳动争议处理模式仍然是“国家主导”模式,强调尽管政府主导,主动介入,主持争议的解决。问题在于,在此种情境下,“国家主导”模式下的政府既是“主导”的,又是“被动”的。如何化解这种“被动”的集体争议处理体制,建立集体争议预防体系成为可能的方向选择。

完善的劳动法规体系和有效的法制宣传应当成为预防争议的重点。随着中国劳动关系由个别向集体转变的开始,可以预见,在继续推动个别劳动关系规范立法的同时,集体劳动关系法律规制也将成为今后劳动法治重点。从1994年《劳动法》颁布以来,中国的劳动法治已经初步建立并已经开始实施,但这一体制并不完善。完善劳动法治,首先要完善劳动法律体系。按照市场化劳动法律体系建构的要求,我国的劳动法律还没有构成一个完整的体系,一些重要的劳动法律,如劳动标准法、集体劳动关系法、劳动行政法等还有许多缺项,而且现有的法律规定层级也相对较低,还有许多的工作要做。特别需要强调的是,在劳动法律体系的完善中,集体劳动关系的法律规制,势必是下一阶段劳动立法的重要内容。²⁵⁸当然,加大劳动法制宣传,增强劳动关系双方的法律意识,更是预防争议的重要措施。无论是雇主,还是劳动者,都需要学习劳动法,增强法治观念和分辨能力。

预防的重点还包括规范企业用工,强化对违法用工行为的监督检查。有关劳动监督检查部门应进一步规范用工秩序,督促未依法签订劳动合同的用人单位,及时与劳动者补签劳动合同,以劳动合同规范企业工资、工时等制度,并加大对拖欠工资、延长工时等违法行为的查处和处罚力度,以遏制劳动违法行为的蔓延,以此推动规范用人单位人力资源管理,指导其依法操作,以减少盲目操作而引发的集体劳动纠纷。

²⁵⁸ 常凯/邱婕:中国劳动关系转型与劳动法治重点,《探索与争鸣》(沪)2011年第10期第43-47页

政府还可以在加大集体劳动争议和突发事件的排查力度、建立紧急劳资冲突预警调处机制方面有所作为。集体争议往往涉及人员多，社会影响大，处理不及时会矛盾升级，甚至会导至恶性治安事件的发生。因此，加大集体劳动争议和突发事件的排查力度，及时发现和消灭争议隐患，才能防患于未然。针对当前供给侧改革，企业去产能的形势，更需要进一步规范企业改制、兼并行为，对大批裁员行为进行宏观调控，防范可能引发的集体争议尤为重要。

2、集体协商的推动者。政府在集体协商中发挥作用是各国通行做法，政府的主要职能，就是作为协商法律规则的制定者、法律执行的监督者、协商争议的调解者，从社会公正立场出发，为集体协商立规则，建平台、造氛围、促协商、化争议、抓监督。这在地方立法中得以体现，2015年1月1日起施行《广东省企业集体合同条例》，2015年10月1日起施行的《上海市集体合同条例》均用单章规定了“集体协商”，明确集体协商作为单独一项制度，这些都表明，集体协商作为独立的劳动关系调整制度，已经实质性地进行了法律规范的视野。

各地在推动集体协商的实践中形成了两种模式，有学者将其总结为“江苏模式”和“广东模式”²⁵⁹或“行政型劳资协商”与“行动型劳资谈判”，前者为“党政主导，工会运作，劳资参与，社会配合”，后者为“劳工主导、劳资运作、政府调控、社会参与”²⁶⁰。这两种模式的实质是政府和劳资双方针对谈判力量失衡而进行的不同选择：“行政型劳资协商”实质是政府主动提供“力量供给”，政府在集体协商扮演重要而关键的角色，斡旋于劳资之间并主要向企业施压，集体协商的开始、过程、内容及达成无不反映着政府意志。而“行动型劳资谈判”则是基于劳方权利意识的高度觉醒并配合必要的组织能力，出于争取利益的本能以发动产业行动的方式增加谈判筹码直接向企业施压。从理论上说，前一种模式与团体协约自治的基本精神相悖，虽然确实能够通过政府直接的“力量供给”来填补因为制度缺失造成的劳资两造力量的悬殊，但从长远而言，劳资双方均难以出于自身利益考量和需求，形成对集体协商的理性认识与实践并使之具有可持续性。²⁶¹而后一种模式导致的“产业行动”因为成本高昂或者对社会稳定的可能影响，无疑是政府不愿意看到的，这也是常德沃尔玛事件中政府甚至工会力主“依法合

259 石秀印：《集体协商的广东模式与江苏模式：以全球化为背景》，载《2013中国工会·劳动关系论坛——战略治理合作共赢论文集》

260 段毅：《行政型劳资协商与行动型劳资谈判》，载《2013中国工会·劳动关系论坛——战略治理合作共赢论文集》，第20页

261 肖竹，群体性劳动争议应对中的政府角色，《行政法学研究》(京)2014年第20142期 第77-84页。

规维权”，对工会成员值守卖场 80 余天的集体行动无法表达支持的根源所在。所以，对于政府来说，推动集体协商，无疑是最经济和有效的介入集体劳动争议劳资博弈过程的有效途径。当然，如何把握政府直接的“力量供给”维度，以及介入时机和深度的把握，显然因个案而异。

需要研究的问题是，我国《劳动法》和《集体合同规定》并未规定企业的集体协商义务，以及无正当理由拒绝集体协商的法律责任。以常德沃尔玛案为例，沃尔玛方面首先是拒绝了店工会要求直接进行进行协商谈判的请求，后又婉拒了常德市总工会向劳资双方发出了《关于邀请沃尔玛常德水星楼分店劳资双方开展协商谈判的函》。所以集体协商能否开展及效果如何，某种程度上受制于用人单位的意愿以及个别的态度和认识。可供借鉴的立法包括美国在内的不少国家和地区都认为集体谈判是雇主的法定义务，美国将“拒绝与雇员代表真诚地谈判”确认为不公正劳动行为，可以提交国家劳工关系委员会进行裁决。而台湾地区 2009 年修订后的“劳资争议处理法”也新增一“裁决”程序，以处理包括“无正当理由拒绝他方所提出之团体协商”的不当劳动行为之争议²⁶²。事实上，没有法律规制，自然并不代表政府着推动劳资协商谈判问题上无所作为，恰恰相反，在制度缺失的情况下，政府发挥作用的空间应该更大。

3、集体争议的调解与仲裁者，又称劳动争议调停者 (Peace-maker)。当劳资之间发生集体争议，特别是集体协商谈判发生僵局时，政府的作用在于鼓励和引导劳资双方尽可能通过调解或仲裁程序，促成劳资双方达成调解。或者调解不成，由仲裁机构居中进行裁决。

劳动争议是工业社会的自然现象，为了规制和平衡劳动关系，及时化解劳资争议，特别集体争议，政府必须建立一套迅速而有效的劳动争议处理制度，作为中立的第三方提供调解和仲裁服务。调解阶段的进入以及调解结果均应以自愿为原则。在美国，依据《劳动管理关系法》专门设立的美国联邦调解与调停服务部 (FMCS)，为当事人提供免费的调解服务，其虽属于联邦政府部门，但 FMCS 的调解由当事人自愿选择，而且调解成果显著。而在英国，ACAS 对集体纠纷的调解也属完全自愿，而且近年来，大约 90% 的集体劳动争议最终都以和解方式解决。

我国劳动争议处理体制上的调解也不具有强制性，依据双方自愿原则进行选

262 卫民：《新“劳资争议处理法”重要修正内容与对劳资关系影响之研究》，台湾政策研究

择，所以政府的作用在于制定规则，引导双方自愿进入调解程序，通过协商的方式化解劳动争议。由于调解程序并不具有强制性，调解协议的效力在仲裁或司法确认前，并不具备可强制执行的法律约束力。因而调解更多的是一种对努力撮合劳资协商达成合意可能的程序，并无国家强制力的体现。因此，在此程序中，政府的角色在于充分调动社会资源，利用各方力量积极调解，努力实现双方合意的达成。

从国外仲裁程序的设计上看，依仲裁程序启动及选择的自愿性及仲裁决定是否具有法律约束力，可分为自愿仲裁与强制仲裁。实务中，约定仲裁与自愿仲裁，国家仲裁与强制仲裁往往两两组合，并反映了团体协约自治与政府主导干预这两种不同的模式选择。

在德国，对于集体利益争议，当事人有约定仲裁与国家仲裁的选择。在国家仲裁中，对于经过调解而无效的争议，团体协约当事人得向邦劳工官署所成立的仲裁委员会申请仲裁。但实际上，国家仲裁利用的次数并不多，对集体争议解决起核心作用并具有绝对优先地位的是劳资双方的约定仲裁——“自愿联合解决争议机制”。

在美国，也存在强制仲裁的规定，比如对一些涉及到国计民生的公用事业部门如天然气、电力、饮用水与污水处理、医疗机构、学校、交通等特殊部门的工会的罢工问题，政府会特别关注。这些部门的工会举行罢工，将对经济和社会生活的正常运转构成严重威胁，甚至导致社会瘫痪。因此，政府一般限制这些工会的罢工权，通过仲裁方式解决产业冲突。例如，美国许多州都禁止公共部门工会举行罢工，而实行强制仲裁程序。

我国《劳动争议调解仲裁法》第五条规定，发生劳动争议，当事人不愿协商、协商不成或者达成和解协议后不履行的，可以向调解组织申请调解；不愿调解、调解不成或者达成调解协议后不履行的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。事实上，我国并没有确立法律上的强制仲裁制度，在程序设计上，只是规定了诉讼前的仲裁前置，而非强制仲裁。对于仲裁程序的进入选择，对于集体争议中的当事人双方来说，仍然尊重选择仲裁的自愿性。

正是基于这种集体争议仲裁解决选择的自愿性，政府在集体争议双方选择权上并无强制性，所以对于这一程序选择，政府能够担当的依然只能是引导的角色。

只有一方依法启动仲裁程序之后，由政府主导的仲裁机构才能居中依法作出裁决。

【参考文献】

1. 黄越钦：《劳动法新论》，中国政法大学出版社 2003 年版
2. 常凯 《劳动关系学》中国劳动社会保障出版社 2005 年 9 月
3. 李亮山 《劳动关系政府规制理论研究》 经济科学出版社 2015 年 2 月
4. 程延园：《集体谈判制度研究》，中国人民大学出版社 2004 年版
5. [德]曼弗雷德·魏斯、马琳·施密特：《德国劳动法与劳资关系》，倪斐译，商务印书馆 2012 年版，第 215-217 页。
6. [美]约翰 W. 巴德 (John W. Budd)：《劳动关系：寻求平衡》于桂兰 于米 于楠等译，机械工业出版社，2013 年版
7. 常凯：论政府在劳动法律关系中主体地位和作用，《中国劳动》2004 年 12 期
8. 常凯：“劳动关系的集体化转型与政府劳工政策的完善”，载《中国社会科学》2013 年第 6 期，第 91 页。
9. 郑尚元：“建立中国特色的罢工法律制度”，载《战略与管理》2003 年第 3 期
10. 石秀印：集体协商的广东模式与江苏模式：以全球化为背景，载《2013 中国工会·劳动关系论坛——战略治理合作共赢论文集》。
11. 程延园：政府在劳动关系中的角色思考，《中国劳动保障报》2002 年第 1210 期
12. 常凯/邱婕：中国劳动关系转型与劳动法治重点，《探索与争鸣》(沪)2011 年第 10 期
13. 张友连论《劳动合同法》中的意思自治与国家强制《昆明理工大学学报：社会科学版》2010 年第 2 期 第 31-37 页
14. 林乐峰：以何维权?——常德沃尔玛闭店事件评析《中国工人》
15. 孙兆阳：平衡劳动关系的冲突与合作——关于和谐劳动关系的理论思考，《中国劳动关系学院报》2012 年第 2 期
16. 肖竹，群体性劳动争议应对中的政府角色，《行政法学研究》(京)2014 年第 20142 期
17. 段毅：《行政型劳资协商与行动型劳资谈判》，载《2013 中国工会·劳动关系论坛——战略治理合作共赢论文集》，第 20 页。
18. 孟泉、雷晓天：“‘集体劳动争议现状及对企业劳动关系的影响’研讨会会议综述”，载《中国工人》2010 年第 10 期
19. 缪全：团结的延续——以常德沃尔玛集体劳动争议为例《中国人力资源开发》2014. 14
20. 郭庆松 论劳动关系博弈中的政府角色，《中国行政管理》2009 年第 7 期
21. 卫民：《新“劳资争议处理法”重要修正内容与对劳资关系影响之研究》，台湾政策研究基金会网站 2010 年 9 月 21 日，<http://www.npf.org.tw/post/2/8129>

工会参与群体劳动争议处理的法律保障

刘焱白*

【摘要】 虽然群体劳动争议异于集体劳动争议，但群体劳动争议因其争议主体的集体性和组织性、争议内容的多元性和争议手段的集体对抗性而内在需要工会作为劳方代表参与争议解决。然而，工会自身存在较大缺陷，集体劳动关系协调机制与群体劳动争议解决机制不衔接，以及工会参与群体劳动争议处理的角色定位、条件程序不明晰，造成了工会在群体劳动争议处理中未能发挥应有作用。因此，需要强化工会参与群体劳动争议处理的法律保障，克服工会自身缺陷，构建群体劳动争议解决机制与集体劳动关系协调机制对接制度，明确工会参与群体劳动争议处理的法律地位，制定工会参与群体劳动争议处理的具体形式、条件和程序。

【关键词】 工会；群体劳动争议；处理；法律保障

随着社会经济的发展变化，我国的劳动关系也经历着深刻的变化，尤其是新常态下，我国经济面临较大下行压力，^[1]用人单位侵害劳动者权益现象增多，而劳动者常常采取抱团维权的方式，导致群体劳动争议频发，这成为整个社会关注的热点问题。如何应对群体劳动争议并构建行之有效的群体劳动争议处理机制，成为当前一个亟待解决的重要问题。其中，工会作为代表劳动者的合法组织体，是否应参与群体劳动争议处理、在群体劳动争议处理中的地位如何以及具体如何参与群体劳动争议的处理，都需要我们作出回答。

一、工会参与群体劳动争议处理的必要性

工会是集体劳动关系的重要主体，因而其参与集体劳动争议处理是理所当然的，至于工会是否应参与群体劳动争议处理及如何参与，其实存在一定争议。这主要是因为群体劳动争议与集体劳动争议并不一样。当然，一些人将群体劳动争议与集体劳动争议混用，并不严格区分，这种混用在司法实务部门尤为常见。表面来看，人们一定方式的聚合，既可称为“群体”，也可叫作“集体”。劳动者群

*【作者简介】刘焱白，男，湖南耒阳人，广东财经大学法学院教授，法学博士，主要从事劳动法研究。

【基金项目】国家社会科学基金项目：《构建和谐劳动关系的司法保障研究》（14BFX099）。

体或劳动者集体就是在共同目标的基础上,由两个以上的劳动者所组成的相互依存、相互作用的有机组合体。^[2]这种组合体与用人单位所生争议,称之为“群体劳动争议”或“集体劳动争议”皆可。但实际上,我国法律对集体劳动争议有着明确规定,而群体劳动争议与我国法律规定的集体劳动争议仍有较大区别:第一,法律规定的集体劳动争议有其特定的内涵和外延。集体劳动争议是指为签订集体合同所生争议,意即“劳资双方当事人对于劳动条件主张继续维持或变更之争议”,^[3]是关于劳资双方利益未来将如何确定的争议,属于利益争议范畴。而实践中发生的群体劳动争议,多数都与利益争议无涉,而是多个劳动者与用人单位所生的权利争议,将这种争议归为集体劳动争议就不妥当了;第二,从争议主体来看,集体劳动争议中应有工会或职工代表作为劳动者一方,而群体劳动争议中一般以职工自发形成较为松散的组合体为劳动者一方;第三,从争议内容来看,集体劳动争议应为利益争议,而群体劳动争议既有利益争议,更有权利争议,还夹杂着其他类型的争议。有的争议一开始就两种标的并存,有的争议是始于权利争议而后引发利益争议,或者始于利益争议而后引发权利争议。^[4]第四,从争议手段来看,集体劳动争议以协商谈判为主要手段,辅之以集体行动,而群体劳动争议动辄以冲突性的集体对抗行动为手段,逼迫对方满足自己的诉求,不以集体谈判为目的,也不以协商谈判为主要手段。因此,工会并不必然是群体劳动争议一方当事人,也就不一定参与群体劳动争议的处理,而且,在群体劳动争议处理的实践中,也大都忽略工会的作用而另寻其他处理机制。

然而,考察近年来发生的群体劳动争议的本质特征,可以发现工会其实可以在群体劳动争议处理中发挥重要作用的。主要理由在于:

(一) 争议主体的集体性和组织性要求工会作为劳方代表

群体劳动争议涉及多个或许多劳动者的共同利益。例如,因企业改制牵涉到众多职工的安置问题,或因拖欠加班工资而引发全体职工不满,或因擅自制订不合理的内部劳动规章制度而导致许多职工抗议,或因拒不为职工购买社会保险而引发职工全体罢工。这些劳动者为了共性的利益,由个体走向集体,形成一种相互依存、相互作用的有机组合体,组成集体维护或争取共同的利益。此即群体劳动争议的集体性。

群体劳动争议中的劳动者为实现其共同目标,维护其共同利益,需要互相协

作、互相配合，以便采取共同行动，这就必然要求内部的组织化：确立明确的目标；确定领导体制；通过系统性结构来规范和限制成员的行为；内部人员的职能分工，等。^[5]我们发现，发生劳动争议的群体或多或少都有内部的组织化建构，以便参与者为实现共同目标而形成一個协作系统。当然，群体劳动争议的组织化有严密和松散之分。有些群体劳动争议呈现出组织严密、内部分工明确、行动一致、进退有序的高度组织化特点，^[6]但是，较之集体劳动争议中的组织性，大部分群体劳动争议在目的明确性、领导者的组织和发动能力、行动的程序性和计划性等方面仍相差较远。有些群体甚至缺乏明确的领导体制和职能分工。例如，有些群体并无正式的组织体，而是基于乡亲的身份认同或通过在网络中的情绪表达而形成某种非正式的组合形态。又如，有些群体性劳动纠纷存在“无组织但有集体行动”这种多人临时起意并采取共同行动的情况。再如，有些群体劳动争议虽由积极分子牵头动员而引，但这些领导者因害怕报复而故意隐藏，以致于群体劳动争议发生后用人单位或相关部门无法与其进行协商谈判。而且，群体劳动争议的组织体还具有一定的开放性和随意性，劳动者可随意加入或退出，并无太多条件限制，因而组织体存在随时扩大或缩小的可能。实践中，同一企业的某个部门发生群体劳动争议，其他部门的劳动者或老乡经常会采取一致行动予以呼应，还有专家学者、律师以及一些为外来工服务的民间组织也会参与进来甚至成为集体的组织者。

劳动者作为群体劳动争议的一方主体，内在地需要一个组织体担当其代表，这样不仅可以更好地进行组织，也可以更好地与用人单位及相关部门协商谈判，便于解决群体劳动争议，而无需像现在这样缺乏明确的领导以致于行动目标比较紊乱，极易引发不必要的骚乱或冲突。工会本是劳动者基于维护自身利益而组建的组织体，顺理成章应是“劳动者群体化或组织化”的担当者。

（二）争议内容的多元性和争议手段的集体对抗性要求纳入集体劳动关系协调机制

群体劳动争议究其本质还是劳动争议。至于将群体劳动争议界定为“群体性事件”、“群体性治安事件”，以“事件”来定义劳动争议，是一种从政治层面进行解读的结果，模糊了群体劳动争议的劳动争议本质，混淆了劳动争议的经济属性，其不当之处过于明显。实际上，群体劳动争议的内容一般以权利争议为主，

但常常混杂着利益争议。当然，在不同阶段所呈现出的争议内容并不相同，有时是一开始两者皆有，有时是从权利争议演变为利益争议。如涉利益争议，自然可以由工会作为代表与用人单位进行集体协商，然而，实践中发生的多数群体劳动争议，虽然不乏有劳动者一方为争取将来更好的劳动条件而与用人单位发生争议，但更多的情况却是，劳动者在主张既有权利实现的维权方式上从个体转为集体，形成权利争议的集体化的外在表现形式，其本质仍属权利争议是无疑的。但是，权利争议已然集体化，在这种情况下，硬要让其回归到个别的权利争议，让单个劳动者自己去与用人单位解决争议，实属妄想。因而，较好的解决办法仍是通过集体协商来解决集体化的权利争议。不可否认，有些争议内容不属于劳动关系范畴。例如，因社会保险引发的群体争议可能是群体行政争议。又如，有些争议中劳动者提出了建立或改组工会的政治性诉求。还有些争议牵涉到企业的历史问题或当时的政策问题，非依现有的法律法规政策可以解决的。这种情况下，劳动者无法循现有司法途径解决，似乎找不到较之集体协商更好的解决办法了。

在群体劳动争议中，常会出现“罢工”、“怠工”、“上访”、“游行”、“静坐”、“请愿”等集体对抗行动。可见，一旦有着共同利益诉求的劳动者被组织起来后，劳动者群体所首选的争议手段就是集体化的对抗行动。为什么劳动者更愿意采取较强冲突性的手段，而不是以和平理性的态度并依循调解、协商、谈判或司法处理程序来解决劳动争议？究其原因，主要就是劳动者一方缺乏可以代表他们并与用人单位或相关部门进行协商对话的主体。在群体劳动争议中，劳方代表常常缺位，这给协商对话人为制造了阻碍。在协商对话无法顺利开展的情况下，只有集体化的对抗行动才可给争议相对方较大的心理压力和威慑力，劳动者通过这种行为可以向用人单位甚或相关政府部门施压，以便诉求得到满足。另外，单个劳动者的对抗行动所要承担的风险较之集体化的对抗行动更大，劳动者愿意抱团行动，避免受到用人单位的报复。因此，如果有工会作为劳方代表，并顺畅集体对话和协商的渠道，在集体性协商对话没有进行之前，劳动者一方就不会随意采取集体性的对抗行为，也就是说，在采取集体对抗行动时会更加理性，至少不是从一开始就将争议付诸集体对抗行动，让争议从发生之日起就呈现出剧烈化和扩大化的趋势。

二、工会参与群体劳动争议处理的困境分析

在我国，面对高发的群体劳动争议，基于恢复社会秩序或“维稳”等多方面的考量，以党政机关为主介入并处理群体劳动争议是一常态。这从2008年东莞合俊公司因欠薪而引发的群体劳动争议、2009年吉林通钢因资产重组和职工安置而引发的群体劳动争议、2011年南京LG公司因年终奖发放而引发的群体劳动争议、2014年东莞裕元鞋厂因未足额为工人购买社保而引发的群体劳动争议、2014年常德沃尔玛因关店及经济补偿金而引发的群体劳动争议等的处理情况可见一斑。具体来讲，一般是由当地党委、政府牵头，“联动”各方党政力量，包括人大、公安、工商、劳动监察、法院、劳动仲裁委、上级工会等机关，共同处理群体劳动争议。当然，也有部分群体劳动争议未经行政机关处理而直接由司法机关处理的，主要是那些规模较小、参与人数不太多、采取的抗争手段不太激烈的群体劳动争议。^[4]但无论是以行政处理为主、以司法处理为辅的模式，还是以司法处理为主、以行政处理为辅的模式，工会的作用都被极大忽略，甚至不见工会的身影，更遑论让工会在其中发挥主导性作用了，显见工会在参与群体劳动争议处理中陷于困境。究其原因，主要如下。

（一）工会自身尚存缺陷

我国工会现存最大缺陷就是其独立性和代表性不强。工会本应是劳动者自己组织起来的独立团体，可以代表团体成员表达共同意志，维护团体成员的共同利益。然而在我国，无论是上级工会还是企业工会，其独立性都不强。上级工会是准行政部门，是国家机构的重要组成部分，其行政化和官本位化倾向严重，上级工会虽然依法获得社团法人资格，但服从党政统一领导是其作为行政部门应有的职责。而企业工会受制于企业，其领导成员是附属于企业的职工，企业工会的运作经费等物质条件也是企业所提供的，甚至企业工会能否组建也是由企业决定的，因此，企业工会在相当大程度上成为了企业的隶属，其独立性不强是不争的事实。由于工会的独立性不强，其是否愿意代表职工利益以及职工是否愿意让其作为代表都存疑问。而且，较大型企业的不同部门的劳动者，或者劳动者中的农民工与本地工人，或者用工单位中的正式工与派遣工，等等，他们虽同为劳动者，但利益诉求却并不一致，工会常常只能代表其中某一类劳动者的利益，而其他类劳动者的利益代表者就会出现空缺。^[7]更为重要的是，我国存在的大量农民工尚未被纳入到工会体制中。据人力资源和社会保障部《2013年度人力资源和社会保障

事业发展统计公报》显示，2013年全国就业人员76977万人，其中城镇就业人员38240万人，全国农民工总量26894万人，农民工占我国全体7.7亿就业人员的34.9%。而在劳务派遣、外包用工、非全日制用工、临时工等非正规就业形式下就业的劳动者大部分都是农民工。在我国工会尚未覆盖全部正规就业下的劳动者的情形下，这些处于非正规就业形态下的农民工，根本就无法组建工会或被吸纳进工会。可见，我国虽然已经建立了以集体合同、职工民主管理等为主的集体劳动关系协调机制，但工会体制还很不完善，不仅独立性和代表性不强，还没有做到“全覆盖”，尤其是没有将体制外的农民工覆盖进去，农民工的权益得不到集体劳动关系协调机制的保护。^{18]}因而在实践中，一方面，许多劳动者并不认可工会作为代表自己利益的组织体，在出现权益受损而与用人单位争议时，不愿也不能要求工会代为出面解决问题；另一方面，许多工会也不愿或不能出面代表劳动者。这样，劳动者只能自行组成松散的群体，在缺乏组织和领导的情况下自发地与用人单位展开抗争。

（二）集体劳动关系协调机制在处理群体劳动争议时失灵

在许多国家，集体谈判²⁶³和集体合同已成为整个社会接受的确认工作条件的主要方法，而这种劳资双方的合作、协商、自我解决问题的做法已经在很多国家经由立法确立并广泛开展起来，成为工业制度的重要组成部分。集体劳动关系协调机制就是以协调因劳动者集体（通常以工会为其代表）与雇主或雇主组织就劳动条件、劳动待遇等有关事项进行协商谈判而形成的社会关系，^{19]}其主要以规范集体谈判和集体合同为主，包括规定集体谈判和集体合同的基本原则、主体资格、基本程序和谈判双方各自的权利义务法律责任等。群体劳动争议也是劳动者以组合形态与用人单位发生的争议，且其中时常包含了利益争议，因而集体劳动关系协调机制可以在解决群体劳动争议中发挥重要作用。然而，我国集体劳动关系协调机制在处理群体劳动争议时，存在较多问题。主要表现在，我国集体劳动关系协调机制与群体劳动争议缺乏衔接，无法应对处理。第一，集体劳动关系协调机制在处理权利争议时手段匮乏。在群体劳动争议中，其争议内容主要是权利争议，而集体劳动关系协调机制以协调集体谈判和集体合同为主，以处理因集体谈判和签订集体合同而产生的争议为主，其手段主要就是调解、和解、斡旋等非诉讼手

²⁶³严格来讲，“集体谈判”与“集体协商”并不完全一致，但由于我国立法和文献引用的原因，本文所指“集体协商”与“集体谈判”同义并混用。

段。而权利争议可以进入司法程序，依“一裁二审”的争议处理程序进行处理。因此，集体劳动关系协调机制在处理群体劳动争议中权利争议事项时明显缺乏手段。第二，集体劳动关系协调机制需要一个固定的劳方组织来参与协调。群体劳动争议中的组织性不太强，且组织的稳定性也较差，在许多群体劳动争议中，甚至没有领导者，其内部也没有明确分工，而集体劳动关系中的劳动者团体——工会，其组织性很强、稳定性较高，因而工会可以经常性地代表劳动者与企业开展集体谈判。第三，集体劳动关系协调机制在处理冲突性的集体对抗行动时无法律依据。群体劳动争议的一个主要特征就是集体对抗行动，这本是集体劳动关系协调机制的优势所在，但由于我国对集体行动尚无明确规定，无法对群体劳动争议中的集体对抗行动进行有效处理。

（三）工会参与群体劳动争议处理缺乏明确定位和具体规定

哪些主体应参与群体劳动争议处理，各自应发挥怎样的作用，有什么具体的条件和程序，这些都应当通过制度作出规范，以便保障群体劳动争议的处理有章可循。但实践中，各地政府应对群体劳动争议时所采取的处理手段或方式五花八门，足见尚无统一的制度设计。例如，有将劳动者视为“闹事”而严厉打压并将劳动者的抗争矛头引向政府的，有强力施压用人单位甚至逼迫用人单位答应劳动者的不合法诉求的。当然，更多的做法是政府不断斡旋、调解以及分别向劳资双方施压。还有些地方政府眼见实在无法平息事态，为了维稳甚至不惜动用地方财政资金来满足劳动者的诉求。至于工会在群体劳动争议处理中的角色定位及参与程序，也没有作出明确规定。在角色定位方面，究竟是辅助政府部门参与处理，还是作为劳方主体参与争议解决，抑或作为争议解决的主导者全面处理，都不太明晰。在工会参与处理的条件和程序方面，具体的参与形式（包括集体式民主协商、企业内部劳动争议调解和处理、专项劳资协商等参与机制）、参与条件（包括主体条件、启动条件等）、参与程序（包括沟通交流、协商共决的程序、调停程序、调解程序、仲裁程序等），这些都没有在立法中明确，以致于工会参与群体劳动争议处理缺乏必要的制度保障。

三、工会参与群体劳动争议处理的制度完善

（一）工会自身缺陷的克服

工会最大的缺陷在于其独立性和代表性不强，因此，要克服其缺陷，主要就

是增强其独立性和代表性。在我国工会体制中，上级工会与企业工会是两种不同属性的组织体。上级工会是准行政机关，是企业工会的主管者，而企业工会是企业职工联合起来的组织，是与群体劳动争议的劳方紧密相连的组织，因此，强化工会的独立性与代表性，主要就是针对企业工会而言。

首先，增强企业工会的独立性。许多人都认为，要让企业工会摆脱企业的控制，无外乎就是在企业工会的运作条件和企业工会的领导成员上下功夫。一些学者也提出了许多改革举措，以便增强企业工会的独立性。例如，禁止企业对工会的运作进行支配，禁止企业给予工会经济资助，建立工会经费来源的会员缴纳与政府拨款相结合的机制，建立与企业脱离经济依附关系的职业化工会干部队伍，等等。^[10]然而，企业工会是企业内生的组织，要在企业内部进行活动，即便明文禁止企业的资助和干涉，但企业仍然有很多办法控制工会。而且，职业化的工会干部队伍虽然可以独立于企业，但工会干部与企业职工的天然联系也可能被切断，而这些外派干部也可能被收买从而难以开展工作。可见，治标不治本的改革并不能让企业工会独立性不强的现状得以根本扭转。笔者认为，增强独立性的最根本举措就是使企业工会回归到自治性组织的状态，赋予劳动者（无论是体制内还是体制外的劳动者）自行组建和自我治理的权利，也就是说，增强工会组建和运行的民主性。当然，这种自行组建和自我管理仍需受到法律规范的约束，并不是任意妄为的。因此，立法可以明确规定组建的条件和程序、自我管理的行为规范等。同时，这些自行组建的组织体必须接受上级工会的指导和管理。这样，才可以将绝大部分劳动者吸纳进入企业工会系统，并使劳动者对这一组织体有归属感和依靠感，在出现权益受损或发生争议时，愿意让企业工会代自己出面解决问题，而不是组成松散的群体与用人单位或政府对抗。

其次，增强企业工会的代表性。在赋予企业工会自治性的属性后，企业工会的代表性问题并不是迎刃而解了，仍有一些问题需要探讨。例如，企业中的一些小众团体的权益受损时，代表着绝大多数职工利益的企业工会可能并不一定愿意代表这些小众团体，因而，应允许在企业工会中成立基于部门或种类而区分的“分工会”或“专业工会”（例如，派遣工工会），这些分工会或专业工会可以代表这些小众团体的利益，并单独与用人单位或相关部门开展协商。又如，当企业没有组建工会时劳动者群体代表的确定问题，应许可劳动者自发的组织体及其领导

者的代表职能，还应赋予劳动者群体选择专家、学者以及民间组织作为其代表的权利，并在上级工会指导下由其代表劳动者与用人单位协商。

（二）构建群体劳动争议解决机制与集体劳动关系协调机制对接制度

前文已述，由于群体劳动争议的集体性、组织性、集体对抗性等特征，因而内在地需要将群体劳动争议解决机制与集体协商、集体劳动争议解决等集体劳动关系协调机制对接起来。具体如下：第一，确立劳资自行协商的优先地位。由劳资双方通过协商自行解决争议一直都是劳动争议的首选处理方式，群体劳动争议也应以劳资协商解决为优先手段。由于集体协商机制本身就是一种劳资自行协商的机制，因而应将群体劳动争议纳入集体协商的渠道。虽然集体协商机制以集体合同为其主旨，但面对大部分属于权利争议的群体劳动争议，由企业工会代表劳动者与用人单位就权利争议进行集体性协商，是化解冲突的最为有效的手段。因此，应确立工会参与的集体协商是处理群体劳动争议的基本做法。第二，建立非政府的第三方组织的调停制度。对于集体劳动争议，如果劳资双方的协商没有结果，许多国家都规定，应由中立的且具权威的第三方组织出面调停，协助劳资双方找到满意的争议解决方案。^[11]而群体劳动争议虽然大都不涉利益争议，但第三方调停手段仍然可以适用于群体劳动争议。在此，企业工会应当代表劳动者一方参与调停，在调停过程中，双方均不得做出任何危害最终协议达成的行为。当然，应选择何种组织作为负责调停的非政府第三方组织，在我国是一大问题。因为新建一个组织需要花费较大成本，而现有组织机构又难以担此重任。笔者认为，可以由准行政机构的上级工会与准行政机构的企业家联合会（协会）联合组建，由双方选出相等数量的代表组成，这样，既可充分利用现有资源，也使第三方组织具有一定的中立性和权威性。第三，健全政府调解机制。由政府全面介入并处理群体劳动争议是我国许多地方的惯常做法，但这一做法很容易将劳动者的矛头引向政府，最终将导致政府来承担用人单位的法律责任。因此，在集体劳动关系协调机制健全的情况下，政府在群体劳动争议处理中不应全面干预，而只应限于某些重要领域，调解就是其一。在群体劳动争议经历自行协商和调停后仍不能解决的，就由政府出面进行调解，敦促代表劳方的工会与用人单位相互妥协，努力使双方的意见逐步接近，并最终达成具法律约束力的调解协议。为此，需要完善和健全政府调解的相关机制，明确实施调解的主导机构、职能、调解条件、调解程

序等。第四，赋予劳动争议仲裁委员会行使最终仲裁的权力。对于那些经过协商、调停、调解却不能达成协议的群体劳动争议，仍需提供最终解决方案，即可以由劳动争议仲裁委员会对其进行仲裁。在劳动仲裁中，工会作为劳方代表行使提起申请、参与仲裁、达成和解等权利。当然，劳动争议仲裁具有准司法性质，对其裁决不服是否还可向法院起诉，并由法院作出最终处理，仍需商榷。这是因为群体劳动争议常常是权利争议和利益争议混杂，如果单纯是权利争议，应允许向法院起诉，但如果还有利益争议，则似乎不能通过司法程序解决，^[12]但将利益争议从群体劳动争议中剥离并不现实，因而也应允许法院审查利益争议，对利益争议作出不具法律约束力而仅具引导作用的判决。

（三）明确工会的定位及构建相关制度

首先，工会在群体劳动争议处理中的法律地位问题，需区分企业工会与上级工会而分别确定。一方面，企业工会在群体劳动争议中代表劳方，是主要参与者，因此，立法应明确规定，在发生群体劳动争议时，企业工会是劳方的当然代表，如果是分工会或专业工会中的劳动者群体与用人单位发生争议，分工会或专业工会即为劳方代表。工会作为适格主体全程参与群体劳动争议的处理，包括参与集体协商、调停、政府调解和劳动仲裁，并代表劳方向法院提起诉讼。上级工会因其准行政部门的属性而应当定位于指导者、协调者的角色，指导企业工会为劳动者维权，为企业工会参与群体劳动争议提供经费支持、人员支持和智力支持，同时，与雇主联合会等组织机构一起组建调停组织，参与群体劳动争议的调停工作，并辅助政府部门对群体劳动争议的调解工作。

其次，需构建工会参与群体劳动争议处理的具体制度，明确工会在群体劳动争议处理中职责和任务，规范工会参与处理的形式、条件和程序等，使工会在参与处理群体劳动争议中有法可依，也使其活动受到法律保障。主要包括：第一，参与形式。明确规定企业工会参与处理群体劳动争议的形式为集体协商、调停、政府调解和劳动仲裁，而不包括“罢工”、“怠工”、“上访”、“游行”、“静坐”、“请愿”等集体性对抗行动。其中，集体协商应明确规定包括集体式民主协商、企业内部劳动争议调解和处理、专项劳资协商、职代会、员工委员会等形式。同时，也应明确规定上级工会参与群体劳动争议处理的形式主要为组建调停组织并参与政府部门的联动联调。第二，参与条件。企业工会参与集体协商的条件主要

为部分劳动者（10人及以上）与用人单位发生争议并向工会提出申请，企业工会应即与用人单位通过上述各种集体协商形式进行协商。企业工会参与调停、政府调解和劳动仲裁的条件是必须依次进行，只有在前一个处理程序下未达成协议者，才能进入下一个处理程序。当然，在每一个处理程序中设置一个最长期限也是非常必要的。第三，参与程序。企业内部的集体协商、第三方组织的调停、政府调解以及劳动争议仲裁委员会的仲裁应确定为群体劳动争议处理的基本程序，且应依次进行。同时，还应对各个处理程序作出更为详细规定，对于具体的参与人员组成、会议召开、议事程序、执行机制、争议处理、法律责任等进行系统规范。

【参考文献】

- [1]龚雯,许志峰.五问中国经济(权威访谈)——权威人士谈当前经济形势[N].人民日报,2015-5-25
- [2]斯蒂芬·P·罗宾斯,蒂莫西·A·贾奇.组织行为学[M].北京:中国人民大学出版社,2008:4
- [3]黄越钦.劳动法新论[M].北京:中国政法大学出版社,2003:319
- [4]王全兴,刘焱白.我国当前群体劳动争议的概念辨析和应对思路[J].中国劳动,2015(2):27-35
- [5]哈罗德·孔茨.管理学:国际化与领导力的视角[M].北京:中国人民大学出版社,2014:132
- [6]孟泉,雷晓天.“集体劳动争议现状及对企业劳动关系的影响”研讨会会议综述[J].中国工人,2012(12):26-31
- [7]刘焱白.集体谈判立法的若干重要问题——兼评《广东省企业民主管理条例(草案)》[J].中国人力资源开发,2011(2):86-90
- [8]王全兴.关于我国劳动关系稳定问题的基本思考[J].学术评论,2012(4,5):113-116
- [9]常凯.劳动关系的集体化转型与政府劳工政策的完善[J].中国社会科学,2013(6):91-108
- [10]许晓军,曹荣.论工会在劳动关系中的独立性与代表性——基于企业工会干部职业化的若干思考[J].中国劳动关系学院学报,2009(6):7-13
- [11]杨欣.日本集体劳动争议处理的法律与政策探析[J].中国劳动关系学院学报,2014(1):78-83
- [12]史尚宽.劳动法原论[M].台北:正大印书馆,1978:152

准确性分类处理集体争议 积极 防治转型期劳资矛盾*

欧阳白果

【摘要】珠三角近年多发的集体停工事件，标志着“法外权益诉求难以满足”成为劳资矛盾的症结，劳动关系进入主要基于权益“法外化”的集体化转型阶段。防治集体争议基于权益“法外化”转型新常态下的劳资矛盾，应重点加强法外权益集体劳动关系立法，建立完善集体争议处理制度；准确界定矛盾性质类型，有效妥善处理集体争议。

【关键词】劳动关系转型；权益法外化；集体劳动关系规制；集体争议处理

近年来，我国劳动关系在劳动力市场供求、劳动者诉求与维权、争议标的与争议形式等方面出现了新特点、新矛盾。以珠三角地区部分非公有制企业主要源于加薪的系列集体停工事件为标志，我国劳动关系进入主要基于权益“法外化”的集体化转型阶段。换言之，我国集体争议出现主要基于权益“法外化”的转型态势。我国劳动关系总体稳定基本和谐，劳动争议纠纷可防可控。与此同时，有效防治劳资矛盾，构建新型和谐劳动关系，面临着劳动关系基于权益“法外化”的集体化转型之新常态和新挑战。

一、集体争议基于权益“法外化”转型的新常态

劳动者诉求和争议标的呈现从传统基准“法内权益”到新型深层“法外权益”凸显的转型态势，以加薪为核心的“法外权益”诉求凸显且难以得到满足而日益成为劳资矛盾的症结。依据争议标的（劳方诉求）是否属于法律调整范围内的不同性质，可将劳动争议划分为“法内权益争议”和“法外权益争议”（即惯称的“权利争议”和“利益争议”）。近年来，劳动者已不满足于法内权益，以增长工资为核心的法外权益诉求日益凸现。2010年以来，珠三角非公企业发生的连锁停工事件，不少即因工人要求提高薪酬而起。以之为标志，劳资关系与劳资博弈出现标的“法外化”转型——劳动者诉求从讨薪类“法内权益”为主，转为加薪

*作者简介：欧阳白果，电子科技大学中山学院副教授，法律系主任。

基金项目：教育部规划基金项目《集体劳动争议的转型态势与处理制度研究——以珠三角为例》（14YJ820026）成果初稿，仅供会议交流。

类“法外权益”凸显；劳动争议性质从因“合法权益得不到保障”而引发的“法内权益”争议为主，发展到“合理权益诉求得不到满足”而引发的“法外权益”争议凸显，从而劳动关系进入由“法内权益”向“法外权益”转型的阶段。近年来，劳动者基于满足其生存发展的现实需要以及共享企业发展成果的期望而提出的各种利益需求，与用人单位满足意愿、经济能力和满足程度的矛盾突出。劳动者的合理“法外权益”诉求日益凸显但用人单位难以满足，从而“法外权益”成为劳动关系转型期争议标的的新常态。

劳动者集体意识显著增强，争议形式由个体形式向集体形式转型，集体争议尤其是“法外权益”型集体争议凸显。近年来，我国集体争议多发，案件总量居于高位。法院受理众多的讨薪类集体争议案件，体现出“法内权益”争议形式从个体争议为主转为集体争议凸显，从而“法内权益”性质的劳动关系出现集体化转型。

政府部门调处大量的加薪类集体停工事件，体现出“法外权益”争议形式从个体争议为主转为集体争议凸显，从而“法外权益”性质的劳动关系出现集体化转型。工人集体博弈的基本目标从讨薪、立足于满足法内基准权益，向加薪、实现法外权益诉求转变，从而集体争议、群体性事件以经济利益为核心的法外权益性质日益凸显。据调查统计，广东珠三角Z市人力资源和社会保障部门2010年以来处理30人以上集体停工事件（劳资纠纷群体性事件）中，涉及加薪类诉求的“法外权益”型集体争议数量约占1/4。近年纸媒报导我国较典型的停工事件中，涉及增加工资待遇标准、改善工作条件的事件将近三成；纯粹是工资问题引发的停工事件中，涉及加薪等法外权益的占一半。²⁶⁴以加薪为主要诉求的集体停工事件，集中体现了集体劳动关系出现权益“法外化”的转型态势。

个别争议、集体争议与法内权益争议、法外权益争议，往往错综复杂地交织在一起。个别争议和集体争议都可能涉及法内权益和法外权益。不过，法内权益一般可以通过个别争议调处方式得以实现，而法外权益往往只能通过集体博弈、集体争议方式才能得以实现。因此，劳动关系主体的集体化转型事实上往往主要是基于权益“法外化”，集体博弈必然成为劳动关系转型期争议形式的新常态。

²⁶⁴参见李丽林等.我国典型停工事件分析[J].中国人力资源开发,2011(3)

二、加强“法外权益”集体劳动关系立法规制，建立

完善集体争议处理制度

规制转型阶段劳动关系以构建和谐劳动关系，应以保障并规范集体行动权、集体谈判权为核心，以“法外”利益关系调整为重点，着力加强集体劳动关系的特别立法规制，建立完善利益协调、集体争议处理制度。除《工会法》以外，我国现行的劳动法律整体上还是局限于个别劳动关系的规制。我国集体劳动关系法律规范的严重缺失，致使集体劳动争议、集体行动及其处理均缺乏基本法律的特别规制。集体劳动关系的立法和实施已成为现代劳动法治建设、和谐劳动关系构建的重点和中心。实现由个别劳动关系调整向集体劳动关系调整的转变，是我国劳动法律调整方式和内容的发展趋向，也是我国劳动法制健全和完善的一个重要任务。²⁶⁵从劳动关系的内容来看，“法外”权利义务关系日益成为是集体劳动关系的难点和重点。因此，集体劳动关系在实体和程序上的立法规制重点，应该是以“法外”权利义务为内容的集体劳动关系。劳资双方的“法外”权利义务，最终主要涉及生产要素剩余收益的分配权利。受劳工权利状况直接影响的劳资力量的相对平衡，是劳资双方共享生产要素剩余收益的客观保障。因此，从劳方权利、劳资双方地位及其博弈角度来看，集体劳动关系规制的核心内容是保障和规范“劳工三权”，其中结社权是前提和基础，集体抵抗权（集体行动权）是保障，集体谈判权是核心。

集体协商制度是市场经济条件下协调劳动关系的基础性制度安排，也是维护职工合法权益的有效机制，不仅承担着平衡企业内部收入分配关系的使命，而且关系社会公平正义。²⁶⁶集体协商是预防和化解集体争议尤其是法外权益型集体争议的基本方式。面对劳动关系进入主要基于权益“法外化”的集体化转型新常态，防治集体争议尤其是法外权益型集体停工事件，应有效发挥集体协商和集体合同制度对调整集体劳动关系的基础性作用。建立完善三方协调、集体协商制度，应加快劳动关系三方机制的立法进程，明确劳动关系三方机制的地位、职能、组织和程序，确保劳动关系三方机制依法发挥作用。为此，应进一步明确并有效发挥

²⁶⁵常凯，邱婕. 中国劳动关系转型与劳动法治重点 [J]. 探索与争鸣，2011（10）：44；常凯. 论个别劳动关系的法律特征——兼及劳动关系法律调整的趋向 [J]. 中国劳动，2004（4）：17.

²⁶⁶张建国，徐微. 发挥集体协商在协调劳动关系中的基础性作用 [N]. 工人日报，2015-5-26.

劳动保障行政部门在三方机制建设中的主导协调作用，切实抓好组织协调、政策制定和监督检查工作。探索建立保障企业工会独立性和代表性的具体机制，从企业工会负责人的工资报酬、依法选任罢免等入手，革除工会“老板化、行政化”等导致工会组织受制于企业、难以真正有效代表工人利益开展集体协商的障碍。如可以考虑试行大中型非公企业向县市级总工会缴纳本企业工会主要负责人所需的人头经费，由县市级总工会支付相应企业工会主要负责人的薪酬待遇。

有效保障开展集体协商，应加强对企业开展平等协商的责任义务、履约责任、监督检查、职工参与和评价等方面的具体制度建设；建立企业内部集体协商的形式和程序，完善集体合同、集体工资协议和企业规章制度的审查办法，不断提高集体协商的实效。为此，应该尽快制定《集体谈判法》，明确规定协商要约和回应制度、履约监督检查制度、紧急调停制度、停工制度、违约责任等，以规范集体谈判的内容、程序、形式和责任义务，从制度层面上增强集体协商的约束力。探索实施集体协商机制，应以行业性、区域性工资集体协商为突破口，推动工资集体协商共决机制成为企业工资定价、工资增长的基本形式，构建生产要素剩余收益分配权相对平等的利润共享制度。

提升集体协商质量，增强集体合同实效，尤其应加强企业开展集体协商和集体合同工作的激励与约束，强化企业开展集体协商的动力和压力。加强企业开展集体协商的强制约束力，应进一步完善法律制度，增设用人单位“拒绝集体协商”的行政处罚责任，以强化集体协商的法律责任。《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》第六十五条即明确规定了用人单位“拒绝集体协商”的行政处罚责任：“逾期未改正的，处以二千元以上一万元以下罚款”。推动集体协商和集体合同工作深化发展，加强集体协商的强制约束力，很有必要借鉴深圳的上述立法规定。

从深层次来看，有效保障集体协商，集体行动权必须得到立法保障和规范。国内外劳动关系理论和实践表明，确认和保障集体行动权是实现集体谈判权的基本保障。仅仅确立集体谈判（集体协商）制度而没有集体行动权的保障，劳工即没有集体行动之博弈武器，集体谈判（集体协商）必然苍白无力，甚至出现老虎和山羊之间的谈判结局。立法保障集体行动权，主要的是让劳方拥有博弈的“核武器”而形成威慑力，使资方不得不谈判，促进和保障有效地开展集体协商，并非是为了鼓励集体行动（集体停工）。在劳动关系进入“利益化”集体化转型的

新时期，全面深化改革应在立法层面上确认保障和规范集体行动权，以有效保障实现职工集体协商权，推动集体协商和集体合同工作深化发展，客观上最终藉此促进劳动关系的和谐稳定发展。

集体争议的处理，应适用有别于个体争议处理的特别制度。为此，应制订《集体劳动争议处理法》，以建立完善集体争议处理的特别程序和机制，明确处理原则、处理机构、处理期限和处理方式等基本问题。西方发达国家处理集体争议的典型制度中，都规定采取不同方式处理权利争议和利益争议，不乏可资借鉴之处。笔者认为，处理以经济利益为诉求的“法外权益”型集体争议（经济性罢工）的基本方式，应适用谈判、调解；而谈判、调解不成或无果时，原则上不应适用强制仲裁。否则，往往会因此而过分地限制或剥夺劳动者集体谈判权（劳工权），从而难以有效保障劳动者正当利益的实现。

为维护劳动者利益，处理劳方以集体行动为威慑的集体争议，必须充分保障集体行动权（合法罢工权）和集体谈判权。但是，任何权利也是有限度的，危害社会利益的集体行动权和集体谈判权也理应给予限制甚至禁止。维护社会公共利益，实现社会公共利益与劳动者利益的平衡，在某些情况下即要求适度限制集体行动权和集体谈判权，不过这种限制应是审慎限制，否则必然会走向反面而侵害劳动者正当利益。因此，“法外权益”集体争议（经济性罢工）的处理方式，除原则上适用谈判、调解以外，也应有强制仲裁方式。不过，作为例外处理方式的强制仲裁最多也只能适用于少量特定情形：劳动者较长时间停工，已经或者即将直接产生严重影响国计民生、国家安全、公共利益方面的危害后果，且没有其他的经营者或生产经营可替代以避免该危害的发生或持续。有关强制仲裁机构、强制仲裁的适用条件、适用规则与效力、法律责任等，都应由国家法律来规定。

“法内权益”集体争议的处理，可适用调解、仲裁和诉讼等个体“法内权益”争议处理的一般方式，但法律应对其具体运用规则做出有别于个体争议处理方式的特别规定。从国家立法层面来看，还应完善“一裁终局”等“法内权益”争议处理制度，适当扩大劳动争议仲裁中“部分一裁终局”的适用范围，或考虑建立“或裁或审”（终局性仲裁）制度。加强劳动争议处理效能建设，有效处理“法内权益”争议，应构建“大调解”工作机制，形成“大调解、中仲裁、小诉讼”的纠纷处理格局，建立完善劳动争议调解、仲裁与诉讼的衔接机制。

三、准确界定劳资矛盾性质类型，依法妥善处理集体争议

佛山南海区、中山市等地政府处理本田有关外资企业的集体停工事件时，在准确性的基础上，政府有关部门积极引导劳资双方通过集体协商谈判，达成双方接受的工资增幅协议（集体合同）从而实现复工，²⁶⁷即为处理此类集体争议提供了有益经验。

准确界定矛盾性质和争议类型，区分不同性质类型而采取不同的思路 and 方式，是依法妥善处理转型阶段集体争议、有效防治转型期劳资矛盾的前提和关键。

首先，应准确界定集体争议（群体性事件）总体上是否具有违法性，力戒将劳资经济利益纠纷“政治化”、“维稳化”。近年来发生的集体劳动争议（集体停工事件），基本上都是基于经济性诉求而呈现出明显的经济利益纠纷性质，属于市场经济条件下正常的劳资经济利益冲突，并非具有政治色彩的“突发性群体事件”。对于经济性停工，只要不出现危及国家政权、影响社会稳定之类的明显违法行为，就应视为企业内部行为，定性为劳资经济纠纷，不能动用强制力介入以维稳手段来处理。政府对集体争议、群体性事件的定性无偏差，才可能避免将劳资利益矛盾政治化，遏制企业内部矛盾呈现内部问题外部化社会化、经济问题政治化、局部问题扩大化的不良态势，否则必然是惹火烧身且激化矛盾。

其次，应准确区分集体争议的具体类型，分类采取“有所为、有所不为”的不同对策思路 and 措施，确保政府的角色和职责定位准确，矛盾处理方式合法得当。以劳方“讨薪”（资方“欠薪”）为代表引发的法内权益争议，属于法律调整范围而具有可诉性，故属于“法律争议”。对“法内权益”型集体争议的处理，可依法适用调解、仲裁和诉讼等处理法律争议的方式。政府应引导劳资双方当事人采取调解、仲裁、诉讼等法定手段处理劳资矛盾，督促有关部门依法加大处理力度，严格劳动执法和调裁判决的执行。

以劳方要求“加薪”为代表引发的法外权益争议，原则上并不属于法律调整范围，往往不具有可诉性，故通常属于“事实争议”。对“法外权益”型集体争议的处理，通常不能进入法律途径，只能采取调解、协商谈判等处理事实争议的方式。处理作为事实争议的“法外权益”型集体争议，政府应将自身角色定位于

²⁶⁷左林. 本田制锁劳资双方达成协议 厂方允诺提薪 280 元 [EB/OL]. <http://www.caijing.com.cn>, 2010-6-21; 郑猛. 南海本田劳资双方达成协议 工资标准提高 35% [EB/OL]. <http://www.caijing.com.cn>, 2010-6-7.

居中调停人，以中立的调解者而非施压者的角色，以非强制手段积极引导并居中斡旋、主持推动或者促成劳资双方以“对等身份开展集体谈判协商”的方式，化解“法外权益”争议纠纷。如前所述，国内外有效处理集体争议的有关制度和实践经验表明，处理以经济利益为诉求的“法外权益”型集体争议（经济性罢工）的基本方式是调解、协商谈判，而调解、协商谈判不成或无果时，原则上不适用强制仲裁或者诉讼。采取强制仲裁方式处理“法外权益”型集体争议，只能适用于少量特定情形。目前我国立法对“法外权益”争议并无实行强制仲裁或者诉讼的特别规定，有关部门对此不能适用强制仲裁或者诉讼。

工资集体协商中的“统合协作”

王黎黎²⁶⁸

【摘要】工资集体协商中的协商商谈阶段，立法追求协约自治制衡模式的状态：劳资双方权利设计旨在鼓励“协约”、政府部门角色设计旨在实现“自治”、民主管理制度等配套制度旨在实现“制衡”。而实践反映出的看似杂乱的表象，可以“统合协作”理论进行统领：在劳动关系的建立过程中，政府参与是必备条件，劳资协作是追求目标，政府参与和劳资协作的影响力处于动态变换之中。立法与实践的偏差，是由于我国的劳动法制模式正在经历从国家统合到协约自治的转换。

【关键字】工资集体协商；统合协作；协约自治；国家统合

工资集体协商是调整集体劳动关系的主要策略。其过程可以分为协商启动、协商商谈、协议审查、协议履行，四个阶段。第二个阶段协商商谈的过程与效果，历来受到学界的普遍关注。学者们对协商商谈阶段的分析，可以分为两种视角。第一种视角，关注协商商谈的立法。比如，有学者将国际劳动标准的劳动三权与我国立法相对比，评价我国立法。²⁶⁹第二种视角，关注协商商谈的实践。比如，有学者在全国范围内，对企业职工、管理人员、企业工会工作人员、各级工会和政府部门工作人员进行了访谈，以此对全国性集体协商的实施状况进行评价。²⁷⁰

目前对协商商谈阶段的研究，为立法剖析和实践现状描述提供了丰富的资料和深入的分析。但是，目前的研究忽略了立法与实践的对比，无法回答“目前的工资集体协商实践规则与立法规范存在何种差异？”这一问题，进而难以对实践规则进行准确总结和理论提升。本文以工资集体协商协商商谈阶段的法定程序为参照，观察该阶段实践中的实际规则，比较立法与实践的差异，对实践规则进行理论总结。

一、立法：协约自治的制衡模式

工资集体协商制度，在不同劳动法制模式中，有着不同的制度设计。以劳动

²⁶⁸ 王黎黎，西华大学教师，法学博士，硕士生导师，主要从事劳动法、集体谈判理论研究。

²⁶⁹ 周长征：《跨国公司生产行为守则与中国劳动标准》，《武大国际法评论》2003年第1期。

²⁷⁰ Clarke, Simon, Chang-Hee Lee and Qi Li. "Collective Consultation and Industrial Relations in China." *British Journal of Industrial Relations* 42.2(2004): 235-254.

法制模式的两个极端为例。国家统合模式强调国家对劳动关系的协调，弱化劳资双方对劳动条件的自主商定。协约自治模式重视劳资双方对劳动关系内容的自主确定，而弱化国家对劳动条件的干预。工资集体协商中协商商谈阶段劳资双方的权利义务及政府的角色设计，则体现了“协约自治”中“制衡”模式的追求。

（一）劳资双方权利设计旨在鼓励“协约”

第一，劳资双方对协商结果有相同的决策权利。根据《工资集体协商试行办法》第13、15条，《集体合同规定》第26条，在商谈过程中，协商双方权利对等。虽然，协商双方负有的维护企业秩序、不采取过激行为的义务，阻碍了劳动者实施罢工的可能，但同样也杜绝了企业实施闭厂的可能性。在立法中，劳资双方对协商结果享有的同等的决策权利有利于双方通过平等对话共同做出决策。国外的集体谈判制度，通常被认为是劳资双方通过“相同的谈判决策权力”²⁷¹，对“劳资关系规范”的共同确定过程²⁷²。因此，工资集体协商中劳资双方的权利平衡也与传统集体谈判制度一致。工资集体协商制度旨在实现劳资双方合意确定劳动条件，并不是旨在设计形式化的协商。

第二，协商内容是涉及劳动者切身利益的事项。虽然《劳动合同法》第4条第2款并没有明确哪些事项关乎劳动者切身利益，《集体合同规定》第8条和《工资集体协商试行办法》第7条也并非强制性的规定。但是却为工资分配、工时制度等“直接涉及劳动者切身利益”的事项进入工资集体协商程序，提供了法律依据。其实这些涉及劳动者权益的事项不仅仅是劳动者所关心的，其同时也是涉及到企业经营和发展的事项，也倍受企业方的关注。以双方关注的事项作为协商内容，旨在促使劳资双方通过表达不同的主张，沟通意见，达成一致。可见，工资集体协商并不是追求形式上的沟通，而是迫使劳资双方产生实质上的沟通结果。

第三，劳动者对协商结果有最终审议权。劳动者的最终审议权可以平衡企业的经营权和财产权优势，有利于实现劳资双方实质的平等。立法赋予了劳资双方平等的商谈权利，但拥有经营权和财产权的企业对协商结果往往具有更大的影响力。按照产业关系学派的观点，竞争市场会造成工人工资低廉、失业、工作场所不安全，以及雇主专制独裁的后果。尤其是在市场失灵、工作岗位缺乏、资料分配不均的情况下，享有经营管理权和财产权的企业对协商结果的强大影响力更是

²⁷¹ 宋洪，《集体协商与集体合同》，中国劳动社会保障出版社，2008年第1版，第4页。

²⁷² 刘燕斌，《国外集体谈判机制研究》，中国劳动社会保障出版社，2012年6月版，第3页。

不可忽视。而纠正劳资双方实质上的不平等，在于削弱资方的力量，增强劳动者对协商结果的影响力。²⁷³工资集体协商制度设计了劳动者对工资集体协议草案的审议制度，旨在增强劳动者对劳资共同决策的影响力，促使劳资双方在地位平等的条件下沟通意见，而绝非促成形式化的协商。

（二）政府部门角色设计旨在实现“自治”

我国工资集体协商制度中，政府部门在协商商谈阶段具备监管和引导的能力。

第一，政府部门有权对工资集体协商的商议过程进行监督。根据《集体合同规定》第7条，“县级以上劳动保障行政部门”可开展监督工作。

第二，政府部门有权对协商商谈产生的争议进行调处。《劳动法》第84条规定，集体合同争议，当事人协商解决不成，劳动行政部门可以组织调处。《集体合同规定》第49条规定，劳动保障行政部门可调处两类争议：当事人提出处理申请的争议，和该部门认为有必要调处的争议。《集体合同规定》第七章对争议调处的人员组成、管辖、时限、程序、《协调处理协议书》的签订都进行了详细规定。

第三，政府部门有权引导商谈结果。《劳动合同法》第55条将当地最低劳动标准，规定为集体合同的最低劳动条件。政府部门对最低劳动标准的规定，会直接影响集体合同的内容。根据我国立法，政府部门在协商商谈阶段，有权监督协商过程和调处协商争议，可以引导商谈的结果。政府部门无权干涉劳资双方表达意见、讨论议题的具体过程。只有在协商双方的不当行为造成了难以化解的争议时，政府部门才有权介入调处。

因此，工资集体协商制度中，政府部门对协商商谈过程的干预非常有限。可见，工资集体协商立法，旨在将政府置于辅助者的角色，而将劳动条件的确定权利交予劳资双方。劳资双方通过建议权、否决权、陈述权进行意见交换后共同确定劳动条件和劳动标准，是工资集体协商协商商谈阶段的核心内容。所以，通过分析政府的角色定位，再次证明了实现协约自治是协商商谈的立法追求。

（三）配套制度旨在实现“制衡”

协约自治又可分为两种类型，抗衡模式（Antagonistic）和制衡模式（Co-determination）。抗衡模式通过劳资间的抗争，建立集体劳动合同，在对抗斗争中取得劳资双方利益的平衡；制衡模式通过劳动者参与企业的经营管理，在

273 Bruce E. Kaufman, "John R. Commons and the Wisconsin School on Industrial Relations Strategy and Policy", *Industrial and Labor Relations Review*, 57.1(2003): 3-30.

劳资共同经营的“工业民主化”氛围下，取得劳资双方利益的和平划分与共同维护。²⁷⁴我国立法并未赋予劳动者和企业采取产业行动的权利。《工资集体协商试行办法》第15条，限制了协商中的过激行为。而根据《工会法》第27条，工会不仅没有组织罢工的权利，其在停工、怠工事件中还应协助企业恢复秩序。因此，我国立法拒绝了抗衡模式的选择。与此同时，《劳动合同法》第4条，肯定了劳动者对企业内部管理事务的话语权；《企业民主管理规定》第3条，肯定了劳动者企业管理活动的知情权、参与权、表达权和监督权等权利。因此，我国立法追求的是协约自治中的制衡模式。具体表现在：

第一，民主管理制度为工资集体协商制度的开展做出了铺垫。职工代表大会制度、厂务公开制度建立了企业尊重劳动者意见的氛围，使劳动者的话语在企业中受到重视；公司制企业中的职工董事、职工监事制度使劳动者代表可以参与经营管理事务，包括企业工资分配制度的制定，为工资集体协商的顺利开展打下基础；企业民主管理制度赋予劳动者对年度生产经营管理情况、集体合同签订履行情况的“知情权”，为劳动者集体协商中的提案提供信息基础。

第二，民主管理制度为工资集体协商的开展提供了基础。在工资集体协议草案的审议中，需要职工代表大会或职工大会行使监督权。工资集体协商与民主管理制度的相互关联，说明我国立法追求的是劳资制衡下的协商商谈。

二、实践：统合协作

（一）表象：三种模式并存

2007年金融危机以后，工资集体协商作为协调劳资关系、决定工资分配的制度，再次得到全面推广。国家协调劳动关系三方会议“实施集体合同制度覆盖计划”从2008年开始对集体协商覆盖率提出要求，2010年“两个普遍”和“彩虹计划”相继落实和实施，掀起了工资集体协商的高潮。各地各企业的协商案例层出不穷。为了捕捉典型案例以供实践模式归类，笔者从网站、杂志、报纸、地方总工会内部资料四个方面入手收集案例。材料来源包括：全国总工会网站，“集体合同工作工资集体协商”栏目2008年1月1日至2013年11月1日报道的工资集体协商案例；《中国工人》杂志2009年7月至2013年11月所刊登的文章中涉及的工资集体协商案例；《人民日报》2008年1月1日至2013年11月20日所刊

274黄越钦著：《劳动法新论》，中国政法大学出版社2003年版，第74页。

登的文章中共有 375 篇文章提到了“集体协商”，涉及到的工资集体协商具体案例；C 市总工会提供的 C 市平等协商集体合同工作工作指南（内部资料），介绍的典型案例。时间跨度从 2008 年 1 月至 2013 年 11 月，整理案例共 40 个，案例涉及到的省市包括：北京、上海、天津、重庆、广东、浙江、湖北、辽宁、黑龙江、河北、山东、山西、广西、吉林、C 市（地处西南），等等，涉及全国大部分地区。

那么，按照劳动条件决定过程的意志体现，可以将上述案例归为以下三部分。

第一，帮扶下的协约自治模式。典型的协约自治体现劳资双方的意志，劳资双方自主协商决定劳动条件，而实践中劳资双方意见沟通是在政府、地方总工会、律师、学者，等社会各界的帮扶下完成的。劳动条件的决定过程主要体现了劳资双方的意志，但各界的扶助也会对劳资双方意思的表达产生影响，所以称为帮扶下的协约自治。这一部分案例又可以分为两种类型。

第一类案例为非典型抗衡模式，类似于抗衡模式但又与其有所区分。比如，2007 年“盐田国际”工资集体协商、2010 年南海本田工资集体协商、2011 年西铁城深圳冠星精密表链厂工资集体协商。这些案例均是以停工、怠工等劳动者抗争为开端，通过协商商谈确定了维护劳动者权益的劳动条件。但这类案例与典型的抗衡模式有所区别。首先，抗衡模式排斥国家干预，而这类案例的处理都离不开当地政府的协调与关注。2007 年“盐田国际”工资集体协商得到了深圳市委、市政府的大力协调。2010 年本田事件中，广东省政府、省总工会积极参与事件的解决，通过 6 个小时的谈判，由劳资政三方签订了协议。²⁷⁵ 2011 年西铁城工资集体协商的情况也及时上报了政府劳动部门等各级主管部门。其次，抗衡模式以强有力的工会组织为前提，而这类案例中的劳动者抗争为劳动者自发进行，案例所涉及企业或缺乏有号召力的工会，或未建立工会。再次，典型的抗衡模式的主体为“雇主联盟”与“受雇人联盟”，而这类案例大多发生在单个企业内部，未形成行业性或区域性的联合。基于此，将此类案例归纳为非典型抗衡模式。

第二类案例为非典型制衡模式，类似于制衡模式但又与其有所区分。比如，LG 电子（惠州）有限公司工资集体协商（企业工会）²⁷⁶、鹤壁天淇汽车模具有

²⁷⁵ 《本田罢工门事件：关注中国劳动关系的新变化》，<http://www.clsn.com/html/Home/report/34778-1.htm>，2010-12-31。

²⁷⁶ 《给员工一个家（劳动者之歌）》，《人民日报》2010 年 8 月 14 日第 2 版。

限公司工资集体协商²⁷⁷，等等。此类案例中，没有劳动者与企业的抗争，而是在劳资双方的平等对话中实现了各方利益的维护。企业工会提出协商要求后，恰逢企业重视民主管理或企业也早有提薪准备，协商商谈得以成功。此类案例与典型制衡模式的区别在于，制衡模式并非依赖国家协调，而此类案例中政府的推广行动对促成协商商谈的成功却功不可没，所以归纳为非典型制衡模式。

第二，协同模式。该模式同时体现了协约自治与国家统合的特点，既体现了劳资双方的意志，又体现国家对协商过程和协商结果的强力协调，甚至有时国家对工资集体协议内容的影响力远远超过劳资双方自主协商对协议内容的确定。比如沈阳市区域性行业性工资集体协商²⁷⁸，体现了地方政府和地方总工会对协商商谈阶段的强力干预。首先，协商商谈的顺利完成离不开政府的推动。政府背负着绩效考核的压力，建立领导小组，专门负责制度推广；工商、税务、人社等部门在各自领域给企业施加压力，督促开展和完成工资集体协商。其次，协商商谈最终达成一致意见，源于地方总工会和相关政府部门的努力。比如，该市公交行业的工资集体协商，政府主管部门和地方总工会，先主持成立了公交行业协会和工会联合会；再分别对两者进行多次谈话以帮助其梳理主张，组织双方私下进行非正式的协商以统一意见；最后相关政府部门分别派员，对正式的协商会议进行全程指导。该市区域性行业性工资集体协商，实现了职工工资的增长，体现了职工方的诉求；但是工资增长幅度的确定离不开地方政府和地方总工会的强力干预，体现了国家意志。

第三，企业统合模式，即工资集体协商由企业主导，体现企业的意志而往往牺牲劳动者的利益。此处的企业统合模式，并不同于劳动法制模式中的经营者统合模式。经营者统合强调“劳工对本身产业之效忠程度高于对其他劳动阶层”，并以日本劳动关系中的“终身雇用制”、“年功叙俸制”、“厂场工会制”为特色。²⁷⁹经营者统合中的劳动者对企业有较为强烈的认同感和归属感，并将劳动条件的确定权利交由企业行使。而企业统合模式中，劳动者有共同决定劳动条件的意愿，只是企业主导的工资集体协商忽略了劳动者的诉求，牺牲了劳动者的利益。

²⁷⁷ 《朝阳企业是这样炼成的——鹤壁天淇汽车模具有限公司工资集体协商促进企业和谐发展》，<http://www.acftu.org/template/10001/file.jsp?cid=104&aid=79691>，2008-08-26。

²⁷⁸ 路军：《集体谈判制度的国际模式与中国本土化探索》，《中国工人》2013年第3期；《探索职工工资的双赢之道（零距离）》，《人民日报》2013年6月30日第5版；《12轮“拉锯战”达成双赢（热点解读·调查）》，《人民日报》2012年7月27日第9版；《工资协商，劳资能双赢》，《人民日报》2012年3月27日第3版。

²⁷⁹ 黄越钦著：《劳动法新论》，中国政法大学出版社2003年版，第77-78页。

这类模式在笔者所调查到的案例中数量较少，但也确实存在。2012年深圳沃尔玛工资集体协商就是一个例证。²⁸⁰针对职工普遍提出的提高“房补”数额的要求，沃尔玛公司组织了工资集体协商。然而工资集体协议草案却与多数职工的要求大相径庭，草案不但没有相应提高“房补”数额，反而取消了“房补”福利。这一违背职工方意愿的草案当然无法得到职工代表大会或职工大会的审议通过。深圳沃尔玛公司为使企业意志得以实现，作出了种种离奇的举措，比如，对职工进行隔离，采“个个击破”战略，迫使职工逐一签字；用“会议签到表”假扮“表决通过表”，造成多数员工“签字通过”的假象；由企业工会代替职工方对草案审议签字认可；在职工大会中让“不同意草案的职工举手”，待大部分职工举手后拍照，并将照片配以“职工举手通过”的解说附在协议中。²⁸¹如此协商，不过是假借“集体协商”之名，将企业意志“合法化”，而没有形成劳资双方意见的交流与平衡。在职工方力量较弱的企业中，企业统合模式较为明显。北京某公司是全国制造行业的第一家合资企业²⁸²，20多年前以解决劳资纠纷为目的劳资双方开展了工资集体协商，而且形成了每3年开展一次协商的良好传统。然而随着职工流动性的增强，3年一次的协商难以解决职工的短期诉求，职工方对工资集体协商的关注度大为降低。企业则将工资集体协议的具体内容变为了原则性的规定，减轻了集体协议对企业的约束。因此，在职工方力量薄弱的企业中，企业方可能主导集体协商的商谈过程，牺牲职工方的利益，取得对企业有利的“商谈结果”。

²⁸⁰何远程、刘剑：《深圳沃尔玛工人集体行动事件调查》，《中国工人》2013年第3期。

²⁸¹何远程、刘剑：《深圳沃尔玛工人集体行动事件调查》，《中国工人》2013年第3期。

²⁸²冯同庆、王侃、闻效仪：《事后协商”与“事先协商”——一种始于自发而被推广还可创新的模式和经验》，《中国工人》2012年第9期。

表 1 协商商谈阶段实际模式分类表

类型	案例	数量
帮扶下的协议自治模式	2010 年南海本田工资集体协商（多方协调）；温岭羊毛衫行业工资集体协商（政府指导）；奥的斯电梯公司工资集体协商（地方总工会指导）；2007 年“盐田国际”工资集体协商（政府、地方总工会疏导）；2011 年冠星厂工资集体协商（律师协助）；上海出租车行业工资集体协商（职工方主动寻求多方协助）；湖北省黄石市某某区餐饮行业工资集体协商（律师参与）	7
协同模式	沈阳行业性区域性工资集体协商；武汉市餐饮行业工资集体协商；大连金州新区多家企业工资集体协商；黑龙江省农垦建三江管理局多家企业工资集体协商；辽宁省某某县六大行业工资集体协商；天津开发区某某公司工资集体协商；扬州市小纪镇某某村文体行业工资集体协商；大连高新区软件行业工资集体协商；上海、河北、沈阳 500 强企业工资集体协商；重庆渝中区多家企业工资集体协商；宁波慈溪市行业性区域性工资集体协商；青岛开发区区域性工资集体协商；邳州板材行业工资集体协商；浙江余姚企业工资集体协商；上海家乐福、麦当劳、沃尔玛企业工资集体协商；北京惠佳丰公司企业工资集体协商；营口市行业性工资集体协商；山西吕梁市煤炭行业工资集体协商；青岛城阳区域性工资集体协商；封丘县荆隆宫乡机砖行业工资集体协商；武汉新洲区区域性行业性工资集体协商；广西某地渔业行业工资集体协商；泉州沃尔玛工资集体协商；沈阳沃尔玛工资集体协商；辽宁省锦州市古塔区餐饮行业工资集体协商；马鞍山刃模具行业工资集体协商；长春市沃尔玛、肯德基、麦当劳、家乐福工资集体协商；阜新煤炭行业工资集体协商；北京市平谷区刘家店镇区域性工资集体协商；儋州市白马井镇区域性工资集体协商；C 市 CX 路区域性工资集体协商	31
企业统合	2012 年 6 月深圳沃尔玛工资集体协商；北京某公司工资集体协商	2

（二）理论：以政府参与为必须的统合协作

协商商谈阶段的多样化实践，难以用诸如斗争模式、多元放任模式、协约自治模式、统合模式这些现有的理论进行统领。但目前实践却反映出了一种新型的劳动关系治理策略：以政府参与为必须的“统合协作”。

1、政府参与：必备条件

虽然上文对协商商谈的案例分析，反应出杂乱不一的实践状态。但实际上，无论哪一种实践方式，都离不开政府的参与。帮扶下的协约自治模式中，无论是否依靠政府出面进行劳资沟通的“帮扶”，政府在协商商谈中都起到重要作用。在律师参与和以社会各界多方协调作为主要帮扶办法的案例中，当地劳动行政部门都介入了劳资协商的过程。劳动者和企业协商阶段的各项举措，律师给出的各项建议，都受到了劳动行政部门的密切关注。也正是由于这一“幕后关注”，才在非典型抗衡模式的案例中有效压制了企业的强势地位，在非典型制衡模式中保证了劳资沟通的有效实施。协同模式中，政府的重要性更是不言而喻。协商商谈的完成离不开政府“手把手”的指导和帮助。企业统合中，看似没有政府的参与，但是协商商谈中企业对劳动者权益的无视甚至侵犯，实际上已经开启了政府介入的大门。根据《劳动法》、《集体合同规定》的相关条文，政府有权对协商过程进行监督并调处劳资协商中的争议。既然企业统合中仅有的两个案例，都反应了企业行为上的合法性或合理性欠缺，那么政府参与确实实现有效劳资沟通的必备条件。

2、劳资协作：追求目标

（1）完全劳资协作的条件尚不成熟。从劳资双方的自治能力上看，我国目前的劳动关系中，政府力量强大，而劳资双方的自治能力相对较弱。一方面，工会难以将职工有效地组织起来，促使劳资沟通。工会无法遏制工人间的竞争，无法形成劳动力市场的买方垄断²⁸³，在集体协商中难以通过团结劳动者而争取更大的利益²⁸⁴。另一方面，企业在诸多方面受制于政府。因而，政府容易实现对劳资关系的干预，同时，劳资双方都需要政府支持，以实现自身诉求。从劳资关系上

²⁸³李友德：《我国工资集体协商建立的有序化进程》，《求索》2009年第7期。

²⁸⁴Shen, Jie and John Benson. "Tripartite Consultation in China: A First Step towards Collective Bargaining?" *International Labour Review* 147(2008):231-248; Clarke, Simon & Tim Pringle, "Labour Activism and the Reform of Trade Unions in Russia, China and Vietnam", NGPA Labour Workshop, 10 December 2007.

看，劳资平等对话的场景并不能在所以企业中实现。在我国劳动关系呈现多样化态势，有的企业与职工之间，已经存在制度完善的沟通机制，如职工代表大会制度、厂务公开制度等等；通过工会直选等形式产生的工会也具有较强的独立性和代表性。而有的企业，劳资之间积怨已久，并无伙伴关系可言；工会附属于企业管理层，独立性欠缺，代表性和垄断性更无从谈起。

（2）劳资协作是劳资政三方的意愿。从实践中看，帮扶下的协约自治、企业统合都反映了，劳动者和企业自发完成劳资沟通的意向。无论是非典型抗衡中，劳动者采取相对激烈的方式表达自身需求；非典型制衡中，劳资双方顺利完成意见交换；还是企业统合中，企业采取不太妥当地表达意见的方式，都体现了劳资双方自发完成意见沟通的意愿。在协同模式中，更包含了劳资双方的协作沟通。所以，劳资协作虽然目前实施条件尚不成熟，但却是劳资政三方的意愿。

3、政府参与和劳资协作：动态变化

工资集体协商中劳动条件的达成，需要劳资双方或合作或对抗的博弈，对劳资沟通能力要求很高。而在劳资双方力量均较弱，沟通能力又尚不成熟的情况下，“政府参与”成为了弥补劳资沟通能力的必要且有效的措施。劳资双方在政府的引导下才能快速达成一致意见，确定劳动条件。在劳资协作能力强的情况下，政府参与度就较弱，比如非典型制衡模式的案例。在劳资协作能力弱的情况下，政府参与度就较强，比如协同模式的案例。

三、偏差：劳动法制模式的转换

工资集体协商的协商商谈阶段中，立法追求协约自治，而实践却呈现统合协作。这一立法与实践的偏差是如何造成的呢？笔者认为，这是两种劳动法制模式在转换中的暂时并存，所产生的一种新状态。

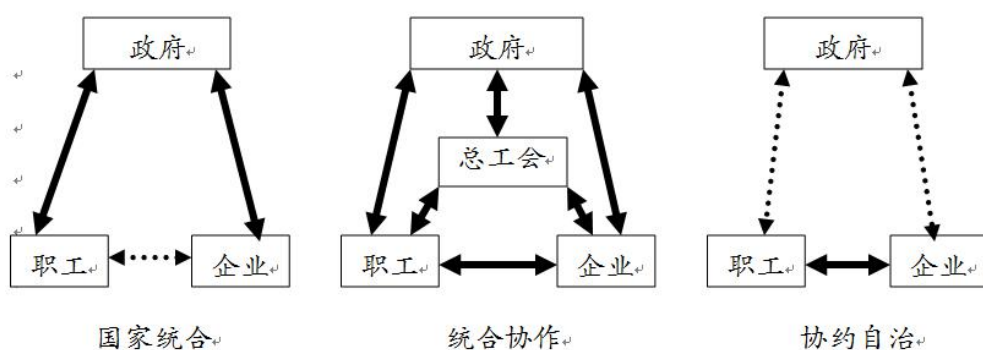
（一）两种劳动法制模式并存的可能

劳动法制模式，是建立劳动法律关系的方式。有的劳动法律关系，通过劳资双方的协商而建立，比如协约自治。有的劳动法律关系，通过国家强制规定而建立，比如国家统合。那么，是否存在一种劳动法律关系，由多种方式的影响而建立呢？也就是说，是否可能在建立劳动法律关系时，既受到劳资协约的作用，又受到国家强制的作用呢？如果认为，劳资协约和国家强制是两种建立劳动关系的途径，那在建立劳动关系时就完全有可能依赖两种途径的共同作用。

同时，这两种途径还是互补的关系。按照“协同学”的观点，一个系统中的各个部分都处于不停地动态变化中，各部分之间的不停转换将达成整个系统的统一。²⁸⁵劳动关系的建立方式，也处于不停地动态变化中，劳资协议和国家强制这两种途径的此消彼长式的运用，可以达成劳动关系建立方式的转换。

（二）两种模式转换产生的并存

我国在经济体制转轨的同时，劳动法制模式也在经历着由计划经济体制中国家决定劳动条件的“国家统合模式”，向市场经济体制中劳资双方自主决定劳动条件的“协约自治模式”的转换。国家统合模式中，国家直接管制劳资事务，劳资双方的相互影响较弱。协约自治模式中，劳资双方自主决定劳资事务，国家的干预力量较弱。而在这两种模式转换的过程中，就出现了国家、劳资双方，均对劳资事务产生较大影响的“统合协作”模式。



“统合协作”是“国家统合”与“协约自治”的过渡

注：实线代表相互作用强烈，虚线代表相互作用轻微。我国劳动法制模式正在经历“国家统合”向“协约自治”的转变。“统合协作”是目前实际治理模式。

劳动法制模式的建立和转换是一个动态的过程，在国家统合向协约自治的过渡中，产生了目前的统合协作。在目前的模式中，劳资双方追求“自治”又依赖“强制”，政府追求“回避”又延续“干预”。但是，政府始终力求撮合劳资对话，并退出国家统合中对劳动条件的直接管制身份，而转向协约自治中对劳动条件的监督身份；劳资沟通的能力会越来越强，最终达到可能自主沟通的程度。那么，可以预见：立法与实践的偏差是暂时的，随着时间的推移，立法追求的协约自治终将得到实现。

²⁸⁵ 赫尔曼·哈肯：《协同学：大自然构成的奥秘》，上海译文出版社，2001年版，第7页。

国际劳工标准视野下中国劳动结社权 立法状况评析

王铀镜*

【摘要】 中国劳动结社权立法与国际劳工公约之间存在较大差异，究其根本，中国工会设立目标与国际劳工标准所要求不同。中国立法与国际劳工标准差异主要体现为工会自治权、代表性不足，集体谈判层次较低、制度不完善。国际劳工组织自由结社委员会与中国政府互动状况正逐步改进中。中国劳动结社权立法应结合国情改良，积极靠近国际劳工标准，直至完全达标。

【关键词】 国际劳工标准 集体谈判权 结社自由权 工会

一、中国立法对劳动结社权公约的遵守状况

《1948年结社自由和保护组织权利公约》（第87号）、《1949年组织权利和集体谈判权利公约》（第98号）是保障劳动结社权的两个最重要公约。第87号公约规定工人和雇主有权不经事先批准建立组织，此类组织可自定章程和规则，只需遵守有关组织的规章，充分自由选举代表，有自治权利。行政当局不得解散此类组织或中止其活动。此类组织可加入任何联合会且有权参加工人或雇主的国际组织。第98号公约则保护了加入工会组织的工人不受歧视、工人组织和雇主组织间互不干涉和控制，鼓励使用集体协议确定就业条款和条件。

1. 中国劳动结社权立法符合国际劳工标准之处

第一，中国已规定集体协议争议的解决办法。中国《劳动法》和《集体合同规定》规定了集体合同争议的解决办法，将集体合同争议分为因签订集体合同发生的争议和因履行集体合同发生的争议，争议解决方法各不相同，这一点与《1967年申诉检察建议书》（第130号）的要求相符。

第二，《1981年促进集体谈判公约》（第154号）要求主管当局应当促成双方事先磋商和协议，中国《集体合同规定》要求劳动保障行政部门对集体合同或专项集体合同进行合法性审查，虽不是主管部门的事先磋商程序，但同样是对提高集体协议有效性提供了助力，符合公约所提采取措施促进集体谈判发展的要求。

* 福建社会科学院法学研究所，助理研究员。

第三，中国的制度设计不存在公约预设的不良现象，因此没有违背的可能，换言之，没有立法的必要。第 154 号公约要求保障必要措施确保代表的表现不得被用来削弱有关工人组织的地位。这一点在中国没有违反的可能，按照《集体合同规定》，职工一方的首席代表由本单位工会主席担任，其它代表则由工会或职工代表大会选定。中国工会只受中国共产党领导，其组织地位的高低也由中国共产党决定，谈判代表在集体谈判中的表现不可能影响工会的地位。总体而言，由于第 154 号公约要求不多，也因为中国立法规定的集体谈判的内容仅限于就业和劳动条件，未涉及产业关系，谈判层次也未扩展到地区甚至国家级别，离国际劳工标准的要求存在一定差距但不存在违背状况，立法实施的状况整体而言达到“部分达标”。从立法内容比对而言，中国已有资格批准第 154 号公约，但由于一元化工会的弊端和罢工权的缺失，导致集体谈判权无法发挥实效，即使批准该公约也无法真正改变中国工会弱势和劳资力量对比失衡的现状。

2. 中国结社自由权立法未达国际劳工标准之处

第一，立法赋予工会的自治权不足。第 87 号公约规定工人组织和雇主组织有高度的自治权，而在中国，只有全国总工会享有该权利，且工会需受中国共产党领导，工会的自治权范围比公约要求更窄。目前的中国工会，仍然是一种官方性质的行政化组织，工会领导基本上还是实行由上级委派或行政委派，工会官员主要是向上级负责，而不是向工人负责。²⁸⁶中国设立工会需经事先批准的要求，不符合第 98 号公约的要求。根据《1948 年自由结社和保障组织权利公约》（第 87 号）规定，工人和雇主均应没有任何区别地享有建立他们自己选择的组织的权利，以及仅依有关组织的章程加入他们自己选择的组织，而无须事前得到批准。而中国《工会法》第 11 条规定，“基层工会、地方各级总工会、全国或者地方产业工会组织的建立，必须报上一级工会批准。”中国一元化工会制度不同于其它国家多元化工会的做法，它由一系列的历史原因形成，符合中国国情。实际上，国际劳工公约并没有明文规定必须采用多元工会的做法。但国际劳工公约规定自由组建工会的要求，显然与只承认一元工会的做法存在冲突。中国相关法律没有禁止多重工会的设立，但也没有支持多重工会的规定。实际上，中国当前确实无法形成多元化工会，工会尚未改变其行政附属的地位，并且建立工会需经上级工

286 参见王君玲：《中国结社自由和集体谈判法规与国际劳工标准的比较研究》，载《经济论坛》2009 年第 3 期。

会批准的做法，也难以产生并行的另一种工会。

第二，立法未加强工会的代表性。工会在协调雇主和劳动者之间的力量是众所周知的，但一元工会却因定位困境和信任困境而无法发挥其效果。工会的目标应当包括整合纷繁芜杂的个人诉求，再集中地以理性、和平的方式向雇主反馈，使雇主的决策更能反映劳动者需求。但一元工会由于代表性模糊，失去了中介作用，增加了社会刚性，导致劳动者的真正利益常常被忽视。当工会被定位为政治团体的助手时就失去了其本质属性。在中国，普通劳工包括弱势群体、边缘群体往往出现“被代表”的现象，这一点在集体合同的签订领域尤其突出。根据 2012 年在福建省多地针对女职工群体的实地调研访谈中发现，许多劳工对自己是否有签订集体合同以及集体合同的内容并不明确，但问卷调查的结果却显示这些地方的集体合同签订率为 97.1%，查阅问卷时也发现此项有后期涂改的痕迹。同样的样本显示，有 32.1% 的女工都反应没签女职工权益保护专项集体合同，但从企业问卷的调查结果则显示全都有签订，工会提供的数据也都反应了集体合同的高签订率。数据的出入说明了劳工出现“被工会代表”的状况，集体合同实际上都是由工会代签，不仅签协议前未与职工充分沟通协商，签订后也未能很好地向职工宣传，即使是女职工亲自签署，通常也没有认真查看签署的内容，所以才有近三分之一的女工表示没签该合同。正因为工会并非真正做到站在劳动者立场维权，才会造成将集体谈判这种重要维权手段以走形式的方式完成，这必然导致中国工会面临信任困境，劳动者并没有将其视为自身代表，它难以发挥沟通和化解的社团组织基本功能。《1971 年工人代表公约》（第 135 号）补充了第 98 号公约的内容，要求保护工人代表不受歧视，保障其代表工作的便利，并对选举代表的方式提出要求。该条约所指工会代表是工会或工会成员指定或选出的工会代表或经选举产生的代表。中国《工会法》第 9 条第 2 款规定：“各级工会委员会由会员大会或者会员代表大会民主选举产生。”《集体合同规定》第 20 条规定：“职工一方的协商代表由本单位工会选派。未建立工会的，由本单位职工民主推荐，并经本单位半数以上职工同意。”中国的工会委员会成员以及集体协商中的职工代表即可视为公约中要求的工会代表，但中国存在专职的工会人员和兼职的工会人员，该条虽然只针对兼职工会人员而言，专职的工会人员不同时是企业职工，因此没有被调动岗位打击报复的可能性。而专职的工会工作人员并非经选举产生，

因此中国的工人代表类型与公约所指不完全相同。《工会法》第 51 条第 1 款规定：“违反本法规定，对依法履行职责的工会工作人员无正当理由调动工作岗位，进行打击报复的，由劳动行政部门责令改正、恢复原工作；造成损失的，给予赔偿。”可视为对工人代表行使代表职责的保障，部分达到公约标准。总体而言，中国对工会设置的自由度、自治度均低于前述两个核心公约的要求。目前看来，中国批准这二个核心公约有很大的难度。

第三，劳动立法未规定雇主组织的规范，其思路与国际劳工公约不同。在防止干涉工人组织方面，《工会法》第 50 至 53 条对妨碍工会组织的行为规定了惩罚措施，但中国立法没有对妨碍干涉雇主组织做出规定，也没有对工人因参加工会而受到就业歧视做出规定。由于中国雇主团体的强大，不存在被工人干涉的可能性，而中国工会缺乏独立性，它不是劳资博弈下产生的组织，而是由政府主导、自上而下设立的，此类型工会组织的制度性弱势导致雇主不会忌惮工人加入工会。换言之，中国目前的工会性质和劳资关系状况不存在对雇主组织进行规范的立法需求。中国在劳动结社权方面立法对雇主的不当行为规定较多，对劳工和政府的不当行为几乎没有规范。²⁸⁷

第四，中国工会自由联合的权利不够充分。中国工会法中规定的工会自由联合仅包括同一乡镇、城市街道基层工会的联合会以及中华全国总工会对外的友好合作。²⁸⁸不符合公约规定的工会可以自由联合，包括参加国际联合的要求。

3. 中国集体谈判权立法未达国际劳工标准之处

在集体谈判权方面，专门的公约有《1981 年促进集体谈判公约》（第 154 号）以及若干建议书。中国 1995 年实施的《劳动法》第一次将集体合同写入了劳动立法中，集体合同是通过集体协商机制达成的。在中国法律中“集体协商”是“集体谈判”的同义词，因“谈判”二字似乎强调劳资对立状态，于是采用较为中性的“协商”一词。2000 年劳动和社会保障部颁布《工资集体协商试行办法》，规定了工资集体协商指职工代表与企业代表依法就企业内部工资分配制度、工资分配形式、工资收入水平等事项进行平等协商，在协商一致的基础上签订工资协议的行为，要求中国境内的企业依法开展工资集体协商，签订工资协议。《工会法》第 20 条第 2 款规定：“工会代表职工与企业以及实行企业化管理的事业

²⁸⁷ 前引 Q。

²⁸⁸ 参见张冬梅：《全球治理背景下的工会法律参与——以工会参与核心劳工标准的实现为重点》，载《中国劳动关系学院学报》2012 年第 8 期。

单位进行平等协商，签订集体合同。集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论通过。”中国虽有集体谈判制度但与国际劳工标准之间仍存在一定差距。

第一，在集体谈判的内容方面中国只做出了基本规定，154号公约要求国家采取措施促进集体谈判并且逐步扩展谈判内容，依次包括确定劳动和就业条件、解决雇主和工人间关系、解决雇主或雇主组织和一个或数个工人组织间的关系。2003年劳动和社会保障部颁布了《集体合同规定》，规定了集体合同的协商内容包括工资、工时、休假、劳动安全、培训、奖惩、裁员、女职工和未成年工保护等内容，但没有提及劳资关系调节的内容。虽未达到公约全部要求，但目前规定与公约不违背，已达到部分达标的水平。

第二，中国谈判的层次较低，《1981年促进集体谈判建议书》（第163号）提出促进集体谈判在多个层次进行，包括国家、地区、行业、部门、机构、企业并对谈判代表进行培训并由国家相关部门或雇主和工人组织互相提供谈判前的咨询信息。从国际劳工标准各个公约的条文来分析，屡次提及“国家应当通过法律或惯例，或者集体协议的方式来实施”的描述，可见，集体协议对于国际劳工标准是极为重要的法律文件。中国《集体合同规定》将集体合同限定在用人单位和劳动者这一层次，适用范围为企业和实行企业化管理的事业单位与本单位职工之间进行集体协商。该规定离公约建议书要求的多个层次的集体谈判差距显而易见，低层次的集体协议将影响其法律地位。

第三，中国尚未形成有共识的集体谈判制度。《劳动法》未对集体谈判的必要程序做出规定，而对集体合同的签订要求为“可以”，而非“应当”。这体现中国立法对该权利的设定为“任意性权利”。政府、企业和工人对此认知并不一致。据前述2012年在福建省多地的调研数据表示，政府与工会更看重签订集体协议的数量而非内容，工人则对集体协议内容不甚关心，大多工人仅知道签订过集体协议却不知道其具体内容，而非公企业则显示出较低的签订率。人们对工会的认知还仅仅是群众性组织，对工会代表性也往往表示怀疑，这是由于中国工会无法同西方经济发达国家工会一样，对产业关系和国际经济部门的发展以及结构、税收等一系列政策产生影响，与工会相匹配的集体谈判制度也无法发挥影响了，“讨论工资时，工会在提高工资差距和强化管理的问题上，总是要求低薪工人服

从企业利益。”²⁸⁹因此，无论是工人或工会，企业或政府，都未意识到集体谈判制度的功能不仅仅是维护工人的集体劳动权，还应发挥其对经济发展和劳资关系调整的作用。中国的集体谈判制度依旧是以政府为主导而非市场经济中的双方主体为主导的，这将导致工会在集体协议中“当事人”立场的缺乏而造成集体协议的实用性低。

二、中国政府与国际劳工组织自由结社委员会的互动

1. 结社自由委员会对中国政府的控诉

考察劳动结社权，一元化工会未必是导致劳资力量对比失衡的核心症结。而罢工权的缺失才是削弱劳工力量的关键，也是对国际劳工标准精神的违背。普遍认为，罢工权是集体谈判权的配套手段，是工人有能力与雇主谈判的筹码。完全禁止罢工权违背了第 87 号公约的要求，只有纯粹政治目的的罢工和集体谈判之前的罢工才不受第 87 号公约保护。国际劳工组织为保障劳动结社权，设置了专门监督该权利的结社自由委员会（Committee on Freedom of Association，简称 CFA）。中国政府直到 1989 年第一次被国际自由工会联合会（International Confederation of Free Trade Unions，简称 ICFCU）向结社自由委员会控诉时才认识到所有的国际劳工组织成员国都受到第 87 号和 98 号公约的约束，无论其是否批准该类公约。让结社自由委员会成员意外的是，中国政府坚持挑衅质询程序，还从各个层面试图影响国际劳工局。结社自由委员会试图就此问题建议中国代表团遵守相关质询程序。国际劳工组织理事会理事道格拉斯·博尔特（Douglas Poulter）曾劝诫中国政府若抵制结社自由委员会的监督会被认为是直接对抗理事会，从而使中国难以保持国际劳工组织成员国资格。²⁹⁰尤其让国际劳工组织机构难以接受的是中国政府在此类问题上以国际劳工组织干涉内政的主张来对抗监督。²⁹¹作为对结社自由委员会第 1500 号案件的回应，中国首先拒绝国际劳工规范和程序的约束。但是，在 1990 年 10 月至 1992 年 3 月期间，中国虽然正式拒绝了外部干涉但仍然提供了委员会质询问题的相关信息，并且随后遵守了国际劳工组织的质询程序。中国与委员会互动的过程中，委员会多次强调应当遵守国际劳工组织的原则，最终让中国政府认识到不遵守国际劳工组织规则对其名誉和权

289 参见 Qi Li: A Study of Labour Relations in State-Owned Enterprises in China: The Continued Dominance of The State and the Failure of the Collective Contract System, Ph.D. thesis, City University of Hong Kong(2000)

290 参见 Ann Kent: Beyond Compliance: China, International Organizations, and Global Security, Stanford University Press(2007).

291 参见 Chen, Cher Weixia: Compliance and Compromise: the Jurisprudence of Gender Pay Equity, Martinus Nijhoff Publishers(2011).

威的损害大于跟国际劳工组织合作所带来的损害。另一方面来看，中国或许无法实质上遵守相关原则，因为其尚未接受结社自由标准的全部内容。²⁹²

中国面临的第二个结社自由委员会的案件（第 1652 号案件）同样是由国际自由工会联合会提起的。其关注的是中国在 1992 年颁布的最新的《工会法》，认为该法主张单一工会并且试图打压秘密进行的自由工会运动。国际自由工会联合会和结社自由委员会认为《工会法》的相关规定“完全无视自由结社原则”，不达标之处还包括：没有赋予工会制定自身规章的权利；要求地方工会接受中华全国总工会和中国共产党的领导；不允许地方工会未经中华全国总工会的批准获得法人资格。但是，从中国政府角度来看，《工会法》取得了一定进步。比如，允许职工人数超过 25 个的用人单位或组织成立基层工会组织委员会，扩张了工会权力范围，授权工会在劳资纠纷中进行协调。禁止用人单位反对工会成立，并且鼓励合资企业和外资企业设立工会。面对第 1652 号案件，中国在遵守报告义务方面有了较大进步。但是，中国在当时仍旧没有执行委员会关于修改 1992 年《工会法》关于结社自由权内容的建议。²⁹³

结社自由委员会的第 2031 号案件起诉的是中国对工运分子的人身伤害和拘留行为，工运分子被关押的原因是试图建立独立工会或采取行动维护工人权利。同在 1652 号案件中一样，自由结社委员会在其最终建议书中，要求中国政府修改《工会法》第 4、5、6、8、11、13 条中与自由结社原则有关的部分。²⁹⁴

中国对结社自由权利的抵制还体现在其批准《经济、社会和文化权利的国际公约》（International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights，简称 ICESCR）时对适用第 8 条第 1 款（甲）项的声明：“将根据中国宪法、工会法和劳动法的有关规定办理。”对于 ICESCR 的各类条文，中国政府只针对结社自由权利的条文做出保留声明。

2. 结社自由委员会与中国政府关系的现状

鉴于以上事由，结社自由委员表示会持续关注中国结社自由权的实施状况，包括立法和法律实施状况，并认为只有结社权才是一劳永逸解决中国劳资问题的办法。中国一如既往表现出程序遵守上的时好时坏以及实际上的不遵守和不合作。

292 参见 ILO.Freedom of Association Cases, <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:20030:0:FIND:NO:::2014-10-23>.

293 参见 ILO.Report in Which the Committee Requests to Be Kept Informed of Development - Report No 292, March 1994, http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2902448.

294 参见 ILO.Report in Which the Committee Requests to Be Kept Informed of Development - Report No 321, June 2000, http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2905297,2014-10-23.

比如，中国虽然投票赞成通过有关结社自由及其相关机制的1998年《宣言》，但却缺乏主动履行宣言中义务的行动。

尽管结社自由委员会针对中国结社自由权问题的连续立案和建议都未能改变中国政府的态度，但面对这种僵局，中国与国际劳工组织的关系却在更广泛的层面上得以推进。造成这一状况的原因之一是全国总工会致力于获取国际承认的行动，1996年全国总工会与国际劳工组织重新建立联系，中国与国际劳工组织的技术合作也逐渐增加。1998年，国际劳工组织和中国进一步发展了有关劳资关系的行动计划，包括劳动立法和各类劳动权的设置，尤其是在三方机制、培训和在重点地区设立劳动和解、调解和仲裁的试点研究等方面。修改过的《工会法》在保护劳动结社权方面的一大进步是，虽无规定“罢工”，却规定了类似手段的“停工”、“怠工”。

三、中国应扭转观念重视工会力量

1. 社会稳定应依靠社会组织力量

中国未批准有关结社自由公约的理由在于，中国的政治制度与结社自由不匹配。由于政治制度的不同，有些国家允许多个工会存在，有些国家则只有一个工会。在一元制工会的国家，劳动政策致力于国民经济的发展和劳动生产力的发挥，劳动组织是推行这种国家政策的重要机构，而非劳动者自由组织的团体。劳动者组织虽不公开承认是政府组织的一部分，但实际上的操纵者是政府，它是官方主持的完成政府目的的一种手段，以国家利益为目标。比如一战时期的德国和意大利的工会。²⁹⁵而在另一些国家，工会是纯粹的劳动者组织，是根据自由结社权而组合的团体，其目的是改进或维持劳动条件而非促进全国生产而发挥劳动生产力，以个人利益为目标，如今大多有个人主义传统的发达国家工会都是如此。

组织是人类社会发展的产物，人们为了生存必然会抱团取暖，社会中的组织并非先有某种政治目的后才形成的，大可无需忌惮民间团体对政权的影响。帮会是最早的组织形式，它的出现可追溯到几千年前，最典型的就是因血缘组成的氏族或宗族，直到现代，“同乡会”这种因地缘而抱团结社的帮会也依旧存在，“宁波帮”就是此类帮会的典型代表。宁波商帮是中国近代最大的商帮，作为中国传统“十大商帮”之一，推动了中国工商业的近代化。宁波商帮对清末大上海的崛

295 参见马俊超、余长河：《比较劳动政策》，商务印书馆2013年版，第97-157页。

起和二战后香港的繁荣都做出了贡献。²⁹⁶帮会发展到了现代社会才有了更高级的社团组织，而社团组织有了意识形态后才形成了政党。简言之，结社是自然而成的，人类并非因某种特定的共同目标才结社。既然如此，政府就不应当排斥这种现象，而应给予引导让其发挥符合执政者需求的力量。小平同志就曾发出“把全世界的‘宁波帮’都动员起来建设宁波”的号召。

许多学者认为劳工权利削弱了劳动密集型产业的比较优势，因为强迫劳动和限制结社权提高了非技术性劳动密集型产业的比较优势。结社权保护越弱，比较优势就越强。因此国家总是致力于保持低劳工标准和限制工会力量以吸引外国投资并保持在国际市场上的竞争力。²⁹⁷但是，经合组织的相关研究发现，在一些结社自由被限制或禁止的国家，也没有出现实际工资增长速度超过劳动生产率的现象。可见，限制工人基本权利并没有为发展中国家带来好处或让其采取措施促进向下竞争。经合组织 1996 年的报告指出，一个国家的出口总额不会因为推动了自由结社权发展就受到影响。此外，一份美国国际贸易委员会的报告也支持了这一观点：发展中国家的出口部门比非出口部门的劳工标准更高。这说明高核心劳动标准与国际贸易挂钩是可行的。虽然，孟加拉国、牙买加、斯里兰卡、巴基斯坦和土耳其这五个国家的出口部门的劳工权利受到压制的现状不同于所举的一般例子。但是，经合组织所要表明的是—种总的趋势，而非强调全体表现一致的状况。通过调查，经合组织发现，有十五个国家的自由结社权至少在国际贸易改革之后的三年内得到改善，而有九个国家则比国际贸易改革至少早三年得以改善。有八个国家的贸易改革和结社自由权利改良基本同时开始。而有六个国家则没有因贸易改革而推动结社自由权。因此，可以认为国际贸易进步和自由结社的民主进程之间没有必然联系。在大多数自由国家，经过整合的全面的政策和制度改革都是同时进行的。没有任何一例表明成功进行了贸易改革的地区在自由结社权方面表现得更差。也没有任何一例表明自由结社和谈判权的推动阻碍了贸易自由化。

298

2. 扩大工会实权有利于平衡劳资冲突

社团组织能为社会带来均衡的力量。中国的政治结构历来是二元分野，分为

296 参见维基百科“宁波商帮” <http://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%AE%81%E6%B3%A2%E5%B8%AE#.E5.8F.82.E8.80.83.E6.96.87.E7.8C.AE>, 2014-8-4.

297 参见 Henni Hensen: Compliance with Core Labor Standards, VDM Verlag Dr. Müller GmbH & Co. KG(2011).

298 参见 OECD: Trade, Employment and Labour Standards: A Study of Core Workers' Rights and International Trade, OECD Publications(1996).

上与下，统治阶级与被统治阶级。由于不存在有制衡作用的第三方，近代史的主题充满了压迫与颠覆。解决这种极端对立状态则必须引入第三方，为社会的两极化带来一种均衡。这种均衡不同于西方国家的三权分立带来的制衡，它不是让“权力制衡权力”，而是用“权利制衡权力”。西方国家“三权分立”下的分权可能导致各权力机构竞争特权来扩大特权集团的利益，而采用社会中介组织达成的“均衡”却汇聚社会的监督力量，代表着群体利益。由于中国不存在以社会组织自治为特征的市民社会，公民无法形成可与国家相抗衡的力量，社会矛盾一旦形成就容易直接演变为暴力事件，无法通过市民社会来调节和化解矛盾。扩大结社自由则可以弥补这种调节器或安全阀的缺失，社团是介于市民社会和政治国家的中介组织，在国家和社会之间发挥桥梁和纽带作用。中介组织若不发达将导致交易者个人不仅直面市场承担风险，还需直面政府，当市场因行政干预和中介组织缺失导致交易渠道不畅通时，就为寻租者造就了权钱交易的空间。此外，社团组织警报器的作用也不应忽视，当人们传达不满情绪时会将社会矛盾集中呈现，及时在其转变为暴力事件之前就可采取措施加以协调和化解，防患于未然，更易于巩固政权。总而言之，社团组织是公民社会组织和自治的根本途径。²⁹⁹

扩大劳动者组织权利有利于国内外资本提高资本运营效率，为政府监督资本提供助力从而降低政府的社会治理成本，即税收。反过来，低税收也有利于减轻资本的税收负担，低社会生产总成本同样能提高国际竞争力。

结社自由是民主的重要反映，而民主不该被放在稳定的对立面。实际上，公民对社会的意见和质疑也是表达自由的一部分，缺少罢工手段的表达自由是不完整的。如果表达自由无法得到有效的疏解和解决并直接演变为暴力事件时，反而不利于社会稳定。现代意义的自由本身就含有约束意味，自由是秩序管束下的自由。法治国家的目的即保障国民自由，而保障的方式即是构建秩序。让罢工权的行使有法可依，使其有序进行，是维护社会稳定的最佳途径，只有保障而非缩减自由，才能真正消除混乱。政治无非追求政绩和稳定。提高劳工标准就能获得稳定，顺应规律带来发展也能完成政绩。

四、中国劳动结社权立法改良建议

1. 进一步完善工会制度

299 参见何军：《我国虚拟社团的兴起对社会稳定的影响研究》，载《华东理工大学学报（社会科学版）》2012年第4期。

中国私营企业工会组织率低的原因之一是组织工会的程序过于复杂，审批制不利于鼓励工人组建工会的积极性，有学者认为，在实践中，组织工会的审批制度只具有形式意义，只要企业申请组建工会，都会得到批准。既然如此，就没有必要再在《工会法》中保留审批规则，直接改为登记制，还可免受国际舆论的诟病。按照国际劳工标准，工会组织只要符合一国关于结社的程序即可自由组建。因此，首先，中国依旧可以要求工会组织的活动规则需与其他社会团体一样平等遵守相关法律。接受登记的行政机关也不应是上级工会，而是由具有社会团体组建审批权或登记权的民政部门负责。³⁰⁰

其次，允许外国移民劳动者加入工会或组建自己的工会。虽然外国移民劳动者可以加入所在企业的工会，但通常企业工会未必会充分考虑和代表移民的特殊需求，因此从提供归属需求角度而言，应当鼓励移民劳动者组建自己的工会，移民常因非国民身份而在社会保障待遇或劳动保护方面遭遇剥削，如被强迫劳动。中国香港特别行政区工会联合会与国际家庭工人网络合作，以便将来自印度尼西亚的家庭移民工人组织起来，而菲律宾家庭工人工会（SUMAPI）在通过新立法保护其劳动权方面发挥了关键作用。³⁰¹中国批准《1925年同等待遇（事故赔偿）公约》（第19号）意味着在工伤事故领域与其它批准的成员国保持互惠关系。而中国作为劳动力大国，在劳动力输出的数量上也不容小觑，为保障中国移民劳动者在外国的劳动权享有国民待遇，首先应当也为外国移民劳动者提供国民待遇，结社权作为保障工人待遇的重要意义是显而易见的。

第三，赋予工会更多实权。如，立法可允许工会作为受害者代表，替代工人争取补偿和赔偿，减轻受害工人的负担。工会既然在集体谈判中有代表权，可以对工人的实体权利和义务作出代理，代理的结果也由具体工人承受。因此，将这种代理权利扩展到诉讼阶段，从法理角度而言，应没有障碍。《工会法》第20条规定：“企业违反集体合同，侵犯职工劳动权益的，工会可以依法要求企业承担责任；因履行集体合同发生争议，经协商解决不成的，工会可以向劳动争议仲裁机构提请仲裁，仲裁机构不予受理或者对仲裁裁决不服的，可以向人民法院提起诉讼。”第21条规定：“职工认为企业侵犯其劳动权益而申请劳动争议仲裁或者向人民法院提起诉讼的，工会应当给予支持和帮助。”根据这两条规定可知，

300 参见张新国等：《劳工标准问题研究》，经济管理出版社2010年版，第283页。

301 参见国际劳工组织：《加大行动力度终结强迫劳动》，www.ilo.org/publns 2014-12-18。

工会享有集体诉权，但对于代理个别职工的起诉，法律没有规定，工会只有“支持和帮助”的义务。工会既具备起诉集体诉讼的能力，必然也有能力代理个体诉讼。换言之，无论是代理集体诉讼还是代理个体诉讼，工会都有专业技能和资格，代理个体诉讼应是工会行使工人代表权的应有之义，法律应赋予工会该权利。尤其是企业内部工会，更适合成为集体诉权的代理人，因为雇主的同一侵权行为常导致若干受害者，符合合并之诉的条件。若工会可代为起诉，还将扭转人们对中国工会“形同虚设”的印象。德国的《劳动法院法》第 11 条规定，工会可以代理会员诉讼，代替出庭（联邦法院的复审除外）。工会为会员提供法律咨询和代理诉讼均是免费服务，代理诉讼时会员如果败诉，工会还为会员承担败诉的费用。³⁰²中国或可借鉴该规定，将其写入民事诉讼法或工会法。西方国家的劳动者通过工会维护利益，形成工会、企业和政府三方力量的博弈，这种均衡将阶级冲突转向议会政治的程序之中，缓和了阶级冲突和社会震动。社会主义国家宣称将居人口多数的劳动者至于政治上领导地位，实际上无法从根本上解决社会分配不均的问题。解决劳资矛盾应先驾驭资本，扩大工会实力则属最佳方式，在政党领导下的工会虽然也有监督的功能，但这是内力监督，而内力无法改变事物的运动状态，只有外力的制衡才能发挥效用。³⁰³因此，工会发展的最后目标应该是独立于政党，成为单独的社会组织。

2. 进一步推动集体谈判制度的发展

根据国际劳工组织的《体面劳动国别计划在中国 2013-2015》报告指出，中国需要进一步加强集体谈判的质量和进程，尤其是工资谈判方面。集体谈判应当在企业和行业层面进行，以确保共同进步和产业关系的和谐。在各个层面推动集体谈判制度的国家法律框架的现代化，以及形成有助于社会伙伴通过公平且便利方式共同解决利益纠纷的机制，是加强集体谈判质量的前提。中国一方面要推动有利于雇主和雇员双向交流和合作（尤其在信息共享、协商和共同决定方面）的全国范围的政策框架，另一方面需要更多地赋予工人组织和雇主组织进行工资协商的权利能力。³⁰⁴

传统的社会伙伴关系包括微观和宏观两个层次。所谓微观层次上的社会伙伴

302 参见周贤奇：《德国劳动、社会保障制度及有关争议案件的处理》，载《中外法学》1998 年第 4 期。

303 参见杨继绳：《中国当代社会阶层分析》，江西高校出版社第 2013 年版，第 407 页。

304 参见 ILO: ILO Decent Work Country Programme in the People's Republic of China 2013-2015, http://www.ilo.org/beijing/what-we-do/publications/WCMS_141713/lang-en/index.htm, 2014-12-23.

关系是指企业内部劳资双方在企业管理过程中的合作或共同参与,即职工的参与权,职工有权对企业的部分重大事项以亲自投票或代表投票的方式表达意见并参与管理。宏观层面上的社会伙伴关系则是指在行业、地区和全国性有关事务中劳资双方的协商、谈判与对话,即集体谈判制度。无论是在前联邦德国还是在其它发达资本主义国家,涉及劳资双方之间重大利益的许多问题或纠纷多数都是在比较宏观的层次上,通过劳资双方组织之间的协商对话或谈判来解决,而不是在企业一级的水平上单纯由各个企业内部劳资双方来谈判解决。³⁰⁵中国的集体谈判制度仅集中于企业层面,立法应当推动在行业层面甚至国家层面的集体谈判制度,保障服务于不同类型雇主但同工种工人的平等待遇,有利于解决国有企业、集体企业和私营企业间的区别待遇,也解决编制内和编制外工人的区别待遇,国家层面的谈判还能解决不同地域的工人之间的区别待遇。以工资谈判为主要内容应当是中国劳动者目前最迫切需要的,工资报酬的平等待遇,结合不同地区经济状况、生活消费水平等综合因素,做到同工同酬,不仅可以解决雇主担忧的劳动人口流动率过高问题,也能进一步缩小贫富差距。或者,对经济发展程度相同的地区,可先实现部分社会保障福利的统筹。对于政府而言,社会自治程度更高将减轻政府的负担,提高政府的工作效率,还可避免政府干预市民社会运作可能产生的各种弊端。政府事务的减少还能降低执政开支和公务员的需求,改变公务员队伍过于庞大的现状。另外,行业层面的集体谈判更有针对性解决劳资冲突,尤其是部分容易出现自发罢工事件的行业更需要组织行业层面的集体谈判,成为缓解群体性事件的安全阀,以温和的对话方式解决纠纷。

3.立法规制罢工行为

中国居民将社会冲突化为行动的可能性并不低,所谓行动就是采用集体上访或游行的方式解决问题,而非司法途径等和平的方式。在2002年的中国城市居民社会观念调查中,调查者设计了一个问题:“如果您的同事或邻居因特殊事情邀请您参加集体游行或上访,您的态度是?”调查者提供了封闭性的选项:“劝阻、旁观、只表示同情而不参加、参加”。其调查结果显示,“劝阻”的只占9.3%，“旁观”的人数也只有14.9%，“只表示同情而不参加”的则达到21.1%，这说明人们对上访者的保持同情的态度占比很高。另外，33.3%的人回答了“参

305 参见谢丽华:《“社会伙伴关系”:内容、后果与启示》,载《南昌大学学报(人社版)》2002年第4期。

加”，其余人的态度则不明确，回答“不知道”，占比 21.4%。占三分之一的人表示愿意参加，虽然在具体的上访案例中，发生的可能性未必如此高，但足以反映出中国城市居民的一般态度。³⁰⁶

随着信息化时代的到来，虚拟结社的现实已经打破了一元工会的状态。企业员工通过网络软件形成的自组织实际上已经发挥了一部分工会的功能，如收集职工意见和发起活动。虚拟社团甚至可以组织一些怠工或罢工活动，如通过 QQ 群这种私密通讯平台或论坛这种公共通讯平台来发起罢工³⁰⁷。这一事实也反映了结社自由必然搭载的权利就是罢工权，中国虽无明文规定的罢工权，却不乏罢工行为。罢工权是工人组织必须掌握的力量，它使工人组织和强大的雇主之间有了可制衡的武器。没有以罢工作为最后威胁手段的工人组织将失去抗衡的力量，工人组织设立的目标本是为了与经济强大的雇主形成平衡，没有罢工权就无法达到平衡。罢工行为是劳方与资方之间的内部行为，政府若加以公权干涉私权，则导致片面维护资方利益的后果。在劳动关系领域，政府的角色应当是监督者与协调者，中立是其最重要的立场。在中国，罢工行为被压制的理由通常是“扰乱正常的社会公共秩序”，但是，只有与社会公共秩序紧密相关的部分行业可能造成这一后果，普通的企业遭到工人罢工时至多影响该企业本身的生产经营秩序，何来社会公共秩序的扰乱？综上所述，既然罢工行为已经普遍存在，且不是每个行业的罢工都威胁社会公共安全。确认和保障劳动者的罢工权并不是为了鼓励劳动者采用罢工行为，而是承认和保护罢工者的正当权利，同时防止罢工行为演变为暴力事件，让罢工的过程受到法律监督和控制，同时对非法的罢工行为依法惩处。确认罢工权不但不会增加罢工，反而有利于解决劳资矛盾，减少罢工事件和圆满处理罢工事件。诚然，罢工在中国环境下常与政治相联系，因此变为敏感问题，这也是法律总是避谈罢工权的重要原因。罢工按照性质分为经济罢工和政治罢工，按照规模分为同盟罢工和总罢工等。引发罢工的因素当然也会包括政治因素和政治目的，但就罢工的实质而言，它仍属于经济行为，是劳动关系领域调整的内容。此外，从法律承认工人罢工权的世界各国来看，也并没有因为法律规定工人享有罢工权而引起更多的罢工浪潮。³⁰⁸中国有必要将罢工行为进行法律规制，制定出

306 参见李培林等：《社会冲突与阶级意识：当代中国社会矛盾问题研究》，社会科学文献出版社 2005 年版，第 106 页（文章中对数据的文字描述和表格所示不同，鉴于表格通常由数据分析软件直接输出，笔误的可能性较小，因此本书按照表格内容列明数据）。

307 参见童之伟：《QQ 群议罢工是否当处罚》，<http://opinion.caixin.com/2013-11-22/100608230.html>，2014-8-8。

308 参见葛少英：《我国罢工立法问题初探》，载《法商研究》1996 年第 3 期。

法定程序反而可以引导罢工行为的有序进行，而不至于威胁社会公共安全或造成不必要的人身伤害和财产损失。建议将罢工行为按行业的公共属性分出不同的限制等级和相应的限制内容，即保障了公共秩序，又给劳工与资方抗衡的力量，让矛盾在私领域达成自洽，既摆正了政府旁观监督的立场，也摆正了政府中立协调的立场。

常凯教授认为合法罢工应当具备两个条件，一是罢工必须通过工会组织，劳动者自发的无组织的罢工行动不具有合法性；二是罢工的目的必须是缔结集体合同之事项，其针对的主体是雇主，而政治罢工由于以国家机关为诉求对象，不具有合法性。³⁰⁹该二项条件可视为罢工权的限制。为保障罢工权的合法性，具体的限制条件可包括：首先，行使罢工权应当符合一定的民主程序，如由超过工会成员人数三分之二或二分之一者同意罢工，则可由工会组织罢工。其次，劳资纠纷已进入仲裁或司法程序阶段的，不得举行罢工。不同救济手段同时采用不仅浪费资源，同时以罢工协商的结果还可能不同于法院判决或仲裁庭裁决。第三，规定罢工的时间、罢工基金的筹集方式、申请和批准罢工的程序等。如要求以集体谈判作为罢工发起的前置程序，非经集体谈判，不可罢工。第四，设置罢工警戒线。禁止采用除了拒绝工作之外的暴力行为或其它违法犯罪行为。第五，在紧急状况下，允许政府向法院申请判令推迟或取消罢工。此处紧急状况应以清单方式列举或详尽描述，防止成为政府限制罢工的借口。³¹⁰第六，规定不允许罢工的部门，比如社会公共服务供给之部门、停工将导致国家经济重大损失的职业。从目前的罢工事例而言，东航飞行员罢工、出租车司机罢运的事件³¹¹都属于无工会组织的自发罢工，航空服务和出租车服务都属于社会公共服务供给之部门，若允许其罢工，社会秩序和公众利益将受到无辜牵连，若不允许其罢工，此类群体的劳动权又该如何保障？从罢工目的而言，若劳动者希望通过罢工满足经济意愿，则相比公共利益和社会秩序，部分劳动者的经济意愿在法律价值序位上应当低于整个社会的稳定，何况罢工不是唯一的救济渠道。但是，若罢工是为了保障人身安全，属于基本人权范畴时，价值序位应当高于公共秩序，如存在强迫劳动状况而罢工，或者劳动者被限制人生自由而无法采用其它救济途径时，即使影响社会秩

309 参见常凯：《罢工权立法问题的若干思考》，载《学海》2005年第4期。

310 参见董保华：《劳动关系调整的社会化与国际化》，上海交通大学出版社2006年版，第219页。

311 参见雷颂勤：《从“出租车司机罢运”事件看罢工权入宪》，载《法制与社会》2009年第8期（下）。

序也应当允许罢工，可以通过对此类行业的罢工时间做出更严格的限制，来寻求公共利益和基本人权的平衡。

罢工权的赋权还应当注意与工会代表权的发展结合，否则，若享有罢工组织权的工会不愿或不能组织罢工，而立法又不承认自发罢工后，工人反而再也不能举行罢工。如此状况中的罢工立法，与其说是赋予了劳动者罢工权，不如说限制了他们的罢工权。所以罢工立法应当与中国工会的市场化和法制化的改革相适应。

修改《劳动合同法》的配套：修改《工会法》

——赋予劳动者集体权利、形成劳资平衡

徐小洪

【摘要】劳动合同法设计理念“规制企业稳定劳动关系、提供就业保护”存在着问题，但是，事出有因，产生这一理念的制度根源是我国劳动关系及调整劳动关系矛盾制度。我国劳动关系制度的根本特点是“强政治”，是党政主导或党政威权主义，劳资双方均为个体化、碎片化。这一制度环境中，顺因这一体制逻辑，在制定劳动合同法时，就只能“理所当然”地通过法律，党政“强制企业稳定劳动关系、就业保护”。

若在强力打压劳动者集体权利制度，劳动者为个体化、碎片化环境中，修改劳动合同法，放开企业雇佣自由权利，那么，结果必然是迫使劳动者走上无序的体制外反抗、造反之路，特别是在经济下行、结构调整，容易产生劳工群体事件的当下。

在劳动力市场、劳动关系运行中，劳动者要确立与资方的平等、对等的平衡地位（这是劳动力市场自由运行、劳动关系和谐运行的基本条件）的唯一途径是劳动者拥有集体劳动权利。所以在修改劳动合同法的同时，必须修改工会法，赋予劳动者集体权利。

修改《工会法》要贯彻二个基本原则：其一，工会基本任务：维权（真正的全面贯彻现行工会法第六条，“维护职工合法权益是工会的基本职责。”）；其二，赋予劳动者组织权、赋予工会会员选举权（真正的全面贯彻现行工会法第二条，“工会是职工自愿结合的工人阶级的群众组织”及第三条）。修改工会法不仅仅是修改劳动合同法配套之需，也是当时工会改革之需要。

一、“规制企业稳定劳动关系、提供就业保护”：劳动

合同法设计理念及其制度根源

1. “规制企业稳定劳动关系、就业保护”这一劳动合同法设计理念的错误。有效的劳工政策是达到一种平衡：企业有适当的用工灵活性，以消除提高劳动生产率的障碍；工人获得合理的就业和收入保障，以消除失业和贫困。“规制企业稳定劳动关系、提供就业保护”，这一理念从根本上违背了企业的本质、劳工政

策的本质，违背了干预劳动关系的目的。从政策层说，对劳动者的就业保护基本上有两种模式：第一种是，企业有灵活的用工权利，政府建立完善的社会保障和职业教育体制；第二种是，政府要求企业确立就业的稳定性，以稳定性来保护劳动者，而政府的社会保障等职能则不健全。第二种模式的结果可能会陷入困境：限制企业过严，企业会非常谨慎地招用员工，特别是正规就业员工，这就会出现“挤出效应”，规范就业转为非规范就业，如我们现在出现的业务外包、逆向派遣、辞退（或迫使辞职）老员工、转为劳务工、使用非全日制工、雇佣退休人员等等现象，这将导致非规范就业状况趋于恶劣，规范就业与非规范就业的二元体制硬化，进而会引起失业率上升；同时，可能会引起企业效率下降，进而提供的税收减少，使政府更无建立社会保障机制的经济条件。当宏观经济发生紧缩、萧条时，这种困境更容易形成。最终的结果可能是，政府强制企业的硬稳定政策暂缓实行或实际上的取消。现实证明，我们《劳动合同法》采纳的正是这第二种模式。³¹²

2, “**规制企业稳定劳动关系、就业保护**”，这一错误理念的制度根源。事出有因，产生“规制企业稳定劳动关系、就业保护”这一理念的制度根源是我国劳动关系及调整劳动关系矛盾制度。我国劳动关系制度的根本特点是“强政治”，是党政主导或党政威权主义（党政干预主义），党政“强介入”，是“强政治、弱资本、弱劳工”或者说是“强政治”“党政主导”环境中的相对“强资本、弱劳动”，是党政主导型劳动关系。劳资双方均为个体化、碎片化。党政主导劳动关系的基本形式体现在两方面：其一，党政直接介入干预个别劳动关系，强化个别劳动关系的调整；其二，党政控制、限制、约束集体劳动关系。中国特色集体劳动关系的基本特点是，党政主导的工会（和雇主组织）、党政主导的集体协商、党政主导的企业民主管理，维稳严控的集体行动。党政主导劳动关系的实现手段是，一方面劳动者碎片化，严格规范、限制劳工集体行为，控制、主导工会；另一方面强制要求企业保护劳动者个人劳动权利。党政主导是现行体制的普照之光，在维护权益机制方面，明确规定“党政主导的维护群众权益机制”，如，“建立党和政府主导的维护群众权益机制”²，“健全党和政府主导的维护群众权益机制。”

312 请参见，徐小洪《劳动合同法》若干条款实施中存在的问题》，北京市工会干部学院学报，2009.1.

2 《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》。

³ “要在党和政府主导的维护职工权益机制中发挥工会的特点和优势。”⁴最近，更是明确强调的中华全国总工会工作的关键为“坚持正确政治方向”：“工会工作做得好不好、有没有取得明显成效，关键看有没有坚持正确政治方向。坚持正确政治方向，就是要坚持中国共产党领导和社会主义制度。”“努力把自己锤炼成听党话、跟党走、职工群众信赖的‘娘家人’”⁵。同时，资方的团体组织也是党政主导下的组织。

在这一制度环境中，顺因这一体制逻辑，在制定劳动合同法时，就“理所当然”地通过法律“强制企业稳定劳动关系、提供就业保护”，正如当时常凯先生所说，现在劳资不成熟，需要公权介入⁶。

3, “规制企业稳定劳动关系、提供就业保护”这一理念实施的结果“劳资双输”。从劳动者方分析，政府“强介入”“强制企业维护劳动者”的结果是劳动者沦为“依附者”。政府强介入的思路是一种短期行为，并不能从根本上解决劳资关系矛盾，确立稳定协调的劳资关系。政府“强介入”的思路在中国这种“官本位”社会、“强政治”环境、具有亚细亚生产方式特征的社会中非常有市场、有吸引力，也非常容易为精英和大众所接受，在某些方面。短期也能取得立竿见影的效果。但长期和全面分析，劳动者的结果将会更糟。如果政府强介入干预劳资关系，全力帮助劳动者，那么，最终的结果是劳动者完全丧失自主性，丧失权利，成为等待着政府恩赐的依附群体，成为依附于政府的依附群体，劳动者将越来越弱小，劳动者成为等待政府给予利益，而不是自己争取权利，运用权利争取、追求利益的自主独立的群体。同时，政府强介入的结果也并不一定会帮助劳动者，原因有三，其一，政府公共决策的过程是各阶层权利博弈的过程，政府要能形成协调、平衡各阶层利益的公共决策，其前提是各阶层的代表人物能进入政府决策过程，各阶层的利益诉求能到达政府决策过程，各阶层利益能在政府决策中得到体现，但中国现实中，劳动者群体没有强大的组织，他的利益诉求没有畅通的表达渠道，他的利益诉求很难全面、真实地进入政府决策过程，而且，在利益受到政府侵犯时，也没有规范的有效的渠道进行救济。相反，反而是资方有着这些渠

³ 胡锦涛，中共中央十七大《报告》。

⁴ 习近平工会 15 大《祝词》。

⁵ 习近平，工会 16 大后，在中华全国总工会新一届领导班子成员集体谈话时的讲话。

⁶ 常凯：《劳资不成熟，公权需介入》，《新民周刊》2006 年第 21 期。程恩富先生也是如此推论：“实践证明，在以私有制为基础的资本主义市场经济中，代表资本家利益的资本主义国家，并不站在劳动阶级的立场上积极地参与职工权益的保护，因而企业职工权益保护水平的提高只能是依靠工人组建工会，提高工人与资本家的谈判能力和不断地通过罢工等斗争方式，来维护和提高企业职工权益水平。……在共产党执政的社会主义中国，作为代表劳动人民根本利益的国家理应自觉站在劳动大众的立场上，主动承担起保护和提高职工权益的重任，通过制定和有效实施职工权益保护的法律法规并严格执法，同时依靠工会和职工的积极参与”。程恩富《构建国家主导的企业职工权益保护体系》，上海工会管理职业学院学报《工会理论研究》，2009.5.第 9 页。

道。其二，“政府”并不是中性的，其自身也是利益群体，他们也要追求政治利益和经济利益，在中国现实中，最可能出现的就是官商勾结。以上两点就决定了政府强介入的结果很可能是政、商、学三者合谋，摆弄、愚弄劳动者。其三，政府“强介入”的效果并不一定会理想。政府“强介入”是对市场运行的直接干预，而直接干预的效果往往是“适得其反”。如，实行强化就业保护政策的结果往往会导致劳动力市场二元刚性：内部人（享有很高的就业保障的正规工作岗位上的职工），与外部人（非正规就业人员）及失业者和未被就业保护立法覆盖的人群之间的差距加大、硬化，造成正规岗位就业减少，非正规就业的增加，造成更高的失业率，特别是长期失业。结果是社会不公平、社会排斥和社会歧视加剧，最终是，没有竞争力的企业增加，这样，既损害经济发展，也减少政府可用资源和资金。结果是“双输”乃至“三输”，政府也输。

二、修改劳动合同法的配套前提制度是劳动者的集体权利制度

1，在强力打压劳动者集体权利制度环境中，放开企业雇佣自由权利的结果必然是迫使劳动者走上无序的体制外反抗、造反之路。近年来，我们看到即使在实施劳动合同法“强制企业维护劳动者”的环境中，也出现大量的非正式规范程序的劳工抗争行为。据全国总工会 2012 年进行的第七次中国职工状况调查统计，为解决劳动争议，近 1/3 采取了停工、怠工；1/4 多采取上访，同时，在最近一次劳动争议解决过程中，一半多没有得到过工会帮助。

最近一次劳动争议解决过程中，是否采用了下列方式：停工、怠工

	是	否
企业	31.0%	69.0%
港澳台商企业	41.2%	58.8%
私有企业	30.0%	70.0%
本地农业户口	33.6%	66.4%
外地农业户口	33.3%	66.7%
中共党员	30.5%	69.5%
民主党派成员	38.5%	61.5%

最近一次劳动争议解决过程中，是否采用了下列方式：上访

	是	否
企业	25.9%	74.1%
国有企业	27.6%	72.4%
私有企业	26.6%	73.4%
本地农业户口	27.6%	72.4%
外地农业户口	28.2%	71.8%
中共党员	36.0%	64.0%
民主党派成员	38.5%	61.5%

最近一次劳动争议解决过程中，是否得到过工会组织的帮助

	得到过帮助	未得到过帮助
企业	48.2%	51.8%
私有企业	47.4%	52.6%
港澳台商企业	36.4%	63.6%
外商企业	41.9%	58.1%
外地农业户口	42.4%	57.6%
未加入任何党派	46.6%	53.4%

也就是说，即使在“强制企业维护劳动者”的环境中，也出现大量的非规范劳工抗争行为，那么，我们可以想象一下，在强力打压劳动者集体权利制度环境中，在经济大幅下行，结构大力调整，某些地区较普遍存在欠薪、欠社会保险、欠住房公积金，特别是，这些欠薪等事件客观上就是群体性（欠薪往往是欠群体，不会只欠一人），这种客观上的群体性就把工人聚焦起来，现行的工会并不能起到有效作用的今天，如果解除企业的强制稳定维护义务，劳动者权益受侵害事件、劳动者体制外抗争行为将会如何扩张！

2. 韩国劳工政策成功演变案例明确告诉我们应该“双放权”，即在给予企业大的用工自由权的同时要给予工人更大的集体劳动权，以此形成劳资关系的内存平衡。韩国劳工政策演变有两个时期：其一，威权主义劳工政策时期；其二，民主化劳工政策时期。20世纪90年代前，韩国威权主义劳工政策，其特点是控制工会、限制资方某些权利以保护工人个人劳动利益。尹保云先生分析过这一特

征：“韩国威权主义的政府并不只是亲资本家的，它同时也关顾劳动者的利益，在工作安全和社会保障方面明显地是亲劳工的。威权主义的劳动法在对待多余工人、解雇等问题上严格地保护了工人的利益，它并没有考虑到雇主解聘工人的权利，雇主随便解聘工人是非法的。劳动法修订委员会的一个成员曾指出，威权主义政权‘在它们压制集体劳动运动和在以牺牲雇主的利益而给予劳动者较好的待遇上试图求得平衡。’”³¹³

20世纪90年代至今，民主化时期劳工政策，其特点是，政府对劳资双方均放松管制，资方得到更大的用工自由权、劳动者得到更大的集体劳动权。尹保云先生对这一劳工政策的转变作以下描述：“从1990年起，企业界要求改变过时的劳动法的呼声越来越高。企业家们要求雇用自由化，批评现行的劳动法剥夺了他们理性地、机动地使用劳动力的权利。他们认为，韩国经济目前在世界市场上已经失去了竞争力，主要的原因是劳动成本过高，由于工会活动和劳动法严格维护了工人的工作安全，企业不能随时解聘工人，缺乏根据需要来进行人力重组和缩小的‘弹性’。……1996年12月26日，一个新的劳动法修正案在国会获得通过。这个法律修正案废除了原来的‘三禁’（禁止多重工会、禁止第三者介入劳资纠纷、禁止工会政治活动），有利于工人利益，但同时也废除了原来对解聘工人的限制，有利于资方的利益。”工会反对，动员约300万工人罢工“金泳三政府只得退让，暂时收回法律。1997年韩国经济形势不好，尤其是11月受到东南亚金融危机的波及而深陷危机之中。在这个背景下，金大中当选为新一任总统。……1998年2月13日，国会通过了新修订的劳动法。新的劳动法使解聘工人变得更加容易。它不仅允许公司在快倒闭时解聘冗员，而且允许公司在合并、买进或社团改组时也可以解聘冗员。此外，它也使公司在罢工期间解聘替代工人变得更加容易。”¹通过民主化劳工政策的实施，韩国成功地渡过了经济危机，既保持了社会稳定，又促进了经济增长。

总结韩国劳工政策，可以简单地说，威权主义政权的劳工政策是，一方面压制工人集体劳工运动，另一方面强制雇主给予劳动者较稳定待遇，并试图在这二方面求得平衡，以保政权稳定。但结果，劳资双方都不满意，特别当经济下行时，劳资双方不满加剧，进而使得政权不稳。这就迫使威权主义劳工政策破产，劳资

³¹³ 尹保云《民主与本土文化—韩国威权主义的时期的政治发展》，人民出版社，2010年，第261页。

¹ 尹保云《民主与本土文化—韩国威权主义的时期的政治发展》，人民出版社，2010年，第262-264页。

双方均获得更大的自由：资方得到更大的用工自由权、劳动者得到更大的集体劳
工权，同时，劳资双方在新的自由的高度得到新的对等、平衡，劳资关系在这一
基础上得以平衡运行。

三、劳动者集体权利是劳动关系和谐运行的基本条件

1. 市场有效运行的基本条件是市场主体的平等、对等。劳动力市场中劳动力
供给方与劳动力需求方，他们是各自的所有者，他们具有平等的地位和身份，他
们进行着等价交换，但同时因为他们各自的所有物不同：劳动力供给方所有物是
劳动力，他是劳动力所有者；劳动力需求方所有物是生产资料，他是生产资料所
有者，也就决定了在劳动力市场中、进入劳动关系后双方的地位、身份具有不平
等性、不对等、不平衡性²。所以，需要法律干预，但是，必须清醒地意识到，
法律干预的边界、法律干预的目的是使劳动力市场主体双方得到平衡，进而使劳
动力市场能自由运行，而不是干预市场自由运行。正如美国米尔斯先生所说，劳
资双方力量的不平等是劳资关系内在的本质，劳资关系的运行也就是利用法律、
工会影响、管理者自律等等来限制这种不平等³。我们要意识到，市场失灵并不
是市场自我运行的失灵，因市场总是在某种具体的法律法规规定下运行的，所以
只能说是在某一法律规定下运行的市场失灵。如波斯纳说：“垄断、污染、诈欺、
错误、管理不当和市场中其他的不幸副产品，在传统上都被看作市场自我管制机
制的失灵，从而人们认为有必要对此进行公共管制。但这种观察问题的方法是会
将人引入歧途的。这种失灵通常是一种市场和普通法规定的市场规则的失灵。”
⁴。所以，我们的选择并不是否定市场，并不是由政府取代市场，而是通过改变
这一规定市场规则的法律法规进行完善。也就是说，在劳动力市场、劳动关系领
域，通过法律介入，使劳动者成为真正的市场主体，与资方取得平衡。

2. 在劳动力市场、劳动关系运行中，劳动者要确立与资方的平等、对等的平
衡地位（这是劳动力市场自由运行、劳动关系和谐运行的基本条件）的唯一途
径是劳动者拥有集体劳动权利。

² 马克思在《资本论》第一卷中对这种雇佣劳动关系作了更深刻的分析，首先，马克思认为，这种平等性仅仅存在于商品流通领域，进入工厂后，工人就隶属于雇主。“工人在资本家的监督下劳动，他的劳动属于资本家”，工人的产品属于资本家。其次，马克思通过分析资本的再生产，认为，流通领域中的这种平等性商品交换也是假象。我们从再生产角度看，经过几次再生产后，雇主在市场上与工人进行交换的资本，实际上是前几次由工人创造出来的被雇主无偿获取的剩余价值的转化。也就是说，实际上是雇主拿了工人创造的价值再去购买工人劳动力。由此，马克思得出对结论：“商品生产所有权规律转变为资本主义占有规律”。“这样一来，资本家和工人之间的交换关系，仅仅成为属于流通过程的一种表面现象，成为一种与内容本身无关的并只能使它神秘化的形式”。

³ Daniek Quinn Mills 'Labor Management Relation'机械工业出版社，影印本，1998年，第4页。

⁴ 理查德·A·波斯纳《法律的经济分析》中国大百科全书出版社，1997年版，第483页。

马克思分析了“商品生产所有权规律转变为资本主义占有规律”的逻辑过程，“因此，不论资本主义占有方式好象同最初的商品生产规律如何矛盾，但这种占有方式的产生决不是由于这些规律遭到违反，相反地，是由于这些规律得到应用。”¹所以，在商品经济基础上必然的结果是资本剥削劳动，无产阶级只能起来革命，实行无产阶级专政。但是发达国家劳动力市场、劳动关系的发展历史已经证明，劳动者拥有集体劳动权消解了无产阶级革命。也就是说，劳动者通过组织起来，成为集体劳动者，在劳动力市场、劳动关系中统一出价，通过组织的力量与资方达到了平衡、对等，进而缓解了劳资矛盾²。也正因此，在美国，20世纪30年代大危机时期，为应对、消减劳资对抗，渡过资本主义危机，罗斯福实行新政，而罗斯福新政的一个重要方面就是赋予美国工人劳工三权，以形成劳资平衡³。

构建市场经济和谐劳动关系的基础是，劳动者群体拥有完整的并得以充分实现的集体权利，形成完善的集体劳动关系体系。

市场经济是实现个人权利、追求个人利益的经济，以市场经济为基础的社会，各个阶层的权利、利益都得到充分的分化和实现，为使各阶层和谐相处，社会稳定发展，就需要民主政治制度进行整合，使各阶层（不论其拥有什么资源）的利益都能在社会法律、政治层面上得到体现、实现，这就需要形成开放性政治体制，各阶层都能有自己的组织，直接代表自己，进入政治体制，成为自己的代言人，在规范的社会协调机制中，进行利益诉求，进行博弈，而这就需要集体、组织，需要集体的权利。

现在的劳动者，现在的劳动者权益已经不是计划经济中的依附性的劳动者、劳动者权益，而是市场经济中的以劳动力所有权为基础的劳动者权益。法律要维护的也就是以劳动者是（或者仅仅是）劳动力所有者为前提，以劳动者的劳动力所有权为基础的劳动权利和利益及在其基础上的一切经济、政治、社会权利和利益。也可以说，就是维护劳动者的财产，“劳动力神圣不可侵犯”。对市场经济劳动

¹ 马克思《资本论》第一卷，人民出版社，1975，第640页。

² 请参见，徐小洪《马克思恩格斯有关无产阶级发展的论述及对中国当代劳资关系的启示》天津工会管理干部学院学报，2013.1.《人大复印资料》2013.4.恩格斯提出过，“无产阶级……它借助出版自由、集会和结社权可以为自己争得普选权，而借助直接的普选权并与上面所说的鼓动手段相结合，就可以争得其余的一切”。恩格斯：《普鲁士军事问题和德国工人政党》，《马克思恩格斯全集》第16卷第85页。

³ 研究美国劳资关系的学者约瑟·罗杰斯(Joel Rogers)认为，《瓦格纳法》所表明的核心价值是，工会代表不仅是社会道德发展上的必须，而且从美国经济和政治的发展看，都有益于社会秩序的稳定。《瓦格纳法》立法所要达到的政治构想是，把工人组织变成一种抗衡资本统治的“制衡性力量”，以实现劳动和资本在社会经济发展中的相得益彰。这一政治构想的实现在于通过实施《瓦格纳法》，强调和推动劳资之间的集体谈判，鼓励组织工会，支持工会的成长，以培养劳工与资方抗衡的制度化力量。请参见，周剑云《美国劳资法律制度研究》(1887-1947)，中央编译出版社，2009年，第8页。

者、劳动者权益的维护，从根本上说，就是劳动者自己对自己的维护，决不再依附于他人，“从来就没有什么救世主”，自己组织起来维护自己，这就必须拥有完整的并得以充分实现的劳动者自己的集体权利。同时，集体权利对弱势群体的劳动者来说，更显得重要，因为强势群体拥有种种资源（比如，组织资源、经济资源、文化资源），可以单个进行种种活动，而弱势群体没有这些资源（也正因为没有资源，才成为弱势群体），但是，弱势群体的最大资源是人多，而“人多”，只能组织起来，才能“势众”，“原子状”的劳动者是没有力量的，所以更需要集体权利。劳动者、社会弱势群体是通过集体的力量才能与雇主方、强势群体方形成力量的均衡，而劳资关系的长期稳定基础就赖于双方力量的均衡。进一步说，弱势群体具有集体权利，对社会，对强势群体来说，也非常重要，因为，所谓集体权，实质就是法律规范了集体自由，有了法律保护实质也就是有了法律限定，这就将弱势群体这一“大众”行为纳入了法治的轨道。但是，如果没有法律规范的集体权，没有正常的法律、政治渠道进行沟通，“大众”的意志得不到体现，那么，“大众”就可能，或在某种情形下就必然成为“革命”、“造反”的“大众”，以“革命”、“造反”来实现他们的集体权、他们的组织、集体意志，这对强势群体来说，决不是好事情，对社会来说，成本太高。³

因此，对劳动者集体权利加以适应市场经济需要、适应阶层利益分化需要的规范，或者说，放松以计划经济，以依附性劳动者为基础的，对劳动者集体权利的限制，并对其予以符合市场经济运行规则的新的规范是未来中国劳动者阶层正常发展、成熟的前提，是中国劳动关系顺利转型、过渡到完善的集体劳动关系体系的重要组成要素。

四、修改《工会法》赋予劳动者集体权利

《工会法》的修改从根本上说，应该从工会组织法转变为“以工会会员的权利为出发点、立足点和归宿点来构建工会法律制度的体系。”³¹⁴本文不作全面的分析，只结合本文需要谈谈修改《工会法》要贯彻的二个基本原则：

其一，维护职工、会员权利是工会的基本任务：对政府、用人单位来说，工会维护职工权利是工会的权利；对于工会会员来说，工会维护会员权利是工会的义务（真正的全面贯彻现行工会法第六条，“维护职工合法权益是工会的基本职

³ 托克维尔认为：“结社权是基本人权，破坏结社权就会损害社会本身，结社权是反对专制政治的重要保障，结社可能会带来暂时的政治不稳定，但从长远看有利于社会稳定。”托克维尔：《论美国民主》上卷，商务印书馆，1991年，第216页。

³¹⁴ 请参见，孙德强，《中国现代工会法律制度构建》中国法律出版社，2007年。

责。”）；

其二，赋予劳动者组织权、赋予工会会员选举权（真正的全面贯彻现行工会法第二条，“工会是职工自愿结合的工人阶级的群众组织”及第三条）。

1. 维护职工、会员权利是工会的基本任务。真正的全面贯彻现行工会法第六条，“维护职工合法权益是工会的基本职责。”浙江省劳动关系状态相对平稳，与当时省委书记习近平对工会维权的一系列阐述及其落实密不可分。浙江省委书记习近平在浙江省总工会调研考察工作时，谈到工会的三个重点工作（围绕经济发展作贡献、维权、组织建设），其中对工会维权论述的基本精神是，工会工作的独到之处就在于维权。这项工作别人替代不了你，这是你们的基本任务。工会如果维权工作做不好，可以没有工会。工会就是要搞好维权，就是要通过维权体现工会的作用和地位，真正成为职工信赖的职工之家。应该想职工所想，急职工所急。习近平提出了工会基本任务的概念。习近平对工会维权基本任务的阐述体现了两点：第一点，工会的基本任务是维权。工会维权是工会的“独到之处”“基本任务”“工会如果维权工作做不好，可以没有工会”。第二点，工会就是要搞好维权，就是要通过维权体现工会的作用和地位。这就为工会指出了路径：只有通过维权才能体现工会的作用和地位。现行《工会法》对工会维护职责也已有较充分表述，如，第二条工会是职工自愿结合的工人阶级的群众组织。中华全国总工会及其各工会组织代表职工的利益，依法维护职工的合法权益。第六条，维护职工合法权益是工会的基本职责。工会在维护全国人民总体利益的同时，代表和维护职工的合法权益。但是，总是与“全国人民总体利益”、“基本职责”、“社会职能”、“主要任务”、“具体工作”等界定不清的概念纠缠在一起，使得工会在“维权”这一问题上始终处于不确定状态：往往是“既要促进发展，又要维护职工”，那么，工会的基本任务到底是什么呢？！现实中，广大工会工作者非常想发挥作用，确立地位，而且广大基层工会干部心里都很明白，只有维权才能有作用和地位，但由于种种限制束缚，一进行维权就“跋前踖后，动辄得咎”，所以就陷入既想有作用有地位，又不敢维权的窘境。工会如果维权工作做不好，可以没有工会。说的干脆利落，这是从反面进一步阐明工会基本任务。现实就是如此！现实中，工会不维权，就被抛弃！在现行体制下，工会存在（或者说党需要工会）的实质意义是，当劳资发生矛盾时，工会代表劳动者与资方协商、协调，成为劳资矛盾的缓冲器，并防止和避免劳资矛盾，劳资冲突转化为劳动者与政府

的矛盾、冲突，与执政党的矛盾、冲突。但现行的工会正是在这一关键问题上，没有很有效地起到应有的作用，可以说，面临劳资冲突，特别是劳资冲突的群体事件、劳动者集体行动时，不少的工会往往或者“自觉”地躲避（即反而躲到党政后面），或者被动地完全被排斥。其结果是，在劳资矛盾形成、冲突、处理的任何一个环节，劳、资、政、党四方都不需要工会（有人说，平时到处都有工会，关键时刻就是没有工会），劳资矛盾直接转化为劳政矛盾，极端的表现就是迫使执政者动用刑法对付劳动者（对劳资冲突中的劳动者动用刑法是早期资本主义劳资关系的特征之一）。

应该基于维权是工会基本任务这一原则修改工会法，比如，针对现行《工会法》第二十七条规定，“企业、事业单位发生停工、怠工事件，工会应当代表职工同企业、事业单位或者有关方面协商，反映职工的意见和要求并提出解决意见。对于职工的合理要求，企业、事业单位应当予以解决。工会协助企业、事业单位做好工作，尽快恢复生产、工作秩序。”就可以进行全面、充分的修改：停工、怠工的界定、组织者、协商的操作程序、合理要求的界定、不解决的责任及工会如何行动等等都应当作充分具体可操作的规范。再，由工会代表了就是合法的，合法的停工、怠工参与者就应当得到保护或豁免，就不能适用《劳动合同法》第39条，就不能依据《劳动合同法》第39条第2、第3款，以停工、怠工“严重违反用人单位规章制度”、“给用人单位造成重大损害”为由单方面解除劳动合同。

2. 赋予劳动者组织权、赋予工会会员选举权。真正的全面贯彻现行工会法第二条，“工会是职工自愿结合的工人阶级的群众组织”及第三条。习近平指出，要切实保持和增强群团组织的群众性。群众性是群团组织的根本特点。群团组织开展工作和活动要以群众为中心，让群众当主角，而不能让群众当配角、当观众。现在按照《中共中央关于加强和改进党的群团工作的意见》而推行的工会改革，就是要解决工会倒金字塔问题，解决工会“机关化、行政化、贵族化、娱乐化”问题，解决工会“群众观念不强，群众立场不明确，维权工作力度不够，工会组织的亲和力、向心力和感召力有所下降，职工群众与工会渐行渐远”的问题。

工会这一群众组织竟然脱离群众，这不奇怪吗？荒唐吗？追根溯源，根本的原因是工会这一劳动者组织的一开始就不是劳动者自己组织起来的（由此的结果，

工会领导也决不可能是劳动者自己选举的), 现行工会法, 第二条规定, 工会是职工自愿结合的工人阶级的群众组织。第三条规定, 在中国境内的企业、事业单位、机关中以工资收入为主要生活来源的体力劳动者和脑力劳动者, 不分民族、种族、性别、职业、宗教信仰、教育程度, 都有依法参加和组织工会的权利。任何组织和个人不得阻挠和限制¹。但没有规定职工怎样自愿结合、劳动者怎样依法组织, 这两条, 在现行工会法的框架中完全被虚化, 根本没有具体操作条款。在现实中, 劳动者组织工会、自愿结合就完全被改变, 被改变为上级工会、企业的组建工会。中国工会没有劳动者自己发起、设立程序, 只有由上级工会、企业主导的筹备程序²。上级工会、企业的组建非公企业工会中, 最根本、最重要的中心环节是做好、做通企业的工作, 现实中, 有以下三步曲: 党政工——企业主——工人。比如有一个开好三个会的先进经验: 第一个会是各乡镇(村)党委、党支部书记会; 第二个会是全体企业主会; 最后的会是全体职工大会。有一个集体组建的典型经验是, 镇党委与镇政府联合召开会议, 县工商局、税务局、劳动局、总工会等有关部门参加会议, 会议对象是全乡镇私营企业主, 会议的主题是建立工会, 在会上, 每一老板发一份, 申请建立工会的申请表。还有一个经验为, 下派政治指导员, 从机关、部门干部中选派政治指导员到企业, 作企业主思想工作。再如, 有些市工商局把私营企业组建工会列入年度考核指标; 有些县市规定未建工会的企业不能作为县重点企业, 也就不能享受重点企业的各项优惠政策; 很多地方, 党和政府把是否建立工会, 作为能否评为先进企业、优势企业家、劳动模范, 能否推荐为各级人大代表、政协委员的重要条件之一。现实中, 上级工会寻找种种关系作企业的工作, 找政府、找党委、找工商、找乡镇, 甚至找熟人、托关系、买面子, 总之调动各种关系“围攻”企业主、求其同意。老板同意后, 由老板确定工会主席、副主席、工会委员会候选人, 这些候选人相当部分是老板的亲戚或是老板的“贴心人”, 甚至工会会员也要老板确定, 相当部分是老板沾亲带故的家族老乡, 或是老板不得不利用的技术骨干、营销人员、“优秀工人”。通常组建工会的程序为, 上级工会与老板共同确定工会筹备小组, 筹备小

¹ 有意思的是, 在全国人大常委会审议工会法修正案时, “有的委员提出, 第三条规定有权参加和组织工会, 建议删去‘组织’二字”。参见《第九届全国人大常委会第二十四次会议分组审议工会法修正案的意见》, 载张世诚主编《中华人民共和国工会法问答》, 中国法制出版社, 2001, 第141页。

² 如全国总工会指导基层工会组建的教材所叙述: “适时、规范成立企业建会筹备组是确保企业工会组建工作稳妥有序推进的必备前提。企业建会筹备组的成立, 要在企业党组织和上级工会的帮助指导下进行。筹备组成员的产生, 如企业已经建立党组织的, 可由党组织提出筹备组人选, 报上一级工会批准; 没有建立党组织的企业, 由职工选出自己的代表, 向上一级工会提出申请, 再由上一级工会与企业共同协商, 提出筹备组人选。工会筹备组人员组成, 通常由上级工会代表、企业党组织负责人、职工代表组成, 也可吸收企业行政管理人员参加(但行政管理人员不得超过筹备组总人数的1/5), 其中职工代表不少于筹备组人数1/3。” 中华全国总工会组织部、中华全国总工会基层组织建设部编写《企业工会组建工作培训教材》, 第33页, 中国工人出版社, 2011年。

组发展会员，最后才开工会会员大会、宣布工会成立。显然，组建工会的结果：劳动者、工人这一组织工会的法律主体被取代。工人，特别是农民工或者被动地被吸纳进工会，或者被排除于工会之外。最大的讽刺是某种意义上，“只有老板同意，工人才能成立自己的组织：工会”。显然，在整个组建工会的过程中，很难看到工人、农民工的身影，看到工人、农民工意志的表达。也就是说，本来按法律规定，组织工会的法律主体是劳动者、工人自己，但现在组建工会的主体却不是劳动者、工人自己，而是党、政、上级工会、企业、企业老板。正因如此，许多省一级的《实施中华人民共和国工会法办法》都有一条似乎荒唐，但实际符合事实的规定，规定企业单位必须组建工会，否则对企业收取工会筹备金。比如，南方某省《实施中华人民共和国工会法办法》第4条规定：“企业、事业单位应当在开业或者设立一年内依法建立工会组织。企业、事业单位开业或者设立一年内仍未建立工会组织的，自期满的第一个月起由所在地的地方总工会、产业工会或者乡镇、街道工会按拨缴工会经费标准的规定收取筹备金，”到底谁是组织工会的法律主体？是企业？！

正本清源，要从根本上解决这一问题，就需要立法，劳动者自己组织工会应该成为修改工会法的基本原则，也就是说，要将现行工会法的第二条规定，“工会是职工自愿结合的工人阶级的群众组织。”这一中国的基本工会性质及第三条规定真正落到实处，得到实现，以此为原则大幅度地修改工会法。首先，在工会法的第一条就应当写入“保障劳动者自愿组织工会的权利”。其次，保留现行工会法第二条规定，“工会是职工自愿结合的工人阶级的群众组织。”明确工会性质。第三，设“工会设立”章，明确劳动者自己组织工会的条件与程序：工会的发起（实行登记制）、工会的筹备（草拟工会章程、办理会员登记、准备选举事项）、工会的成立。第四，设“工会会员”章，明确成为工会会员的条件，工会会员的权利和义务。第五，设“工会内部机构”章，其核心是明确工会领导的选举和罢免。比如可以将现行工会章程中的数的相关规定以法律形式规定下来，如“工会各级代表大会的代表和委员会的产生，要充分体现选举人的意志。候选人名单，要反复酝酿，充分讨论。选举采用无记名投票方式，可以直接采用候选人人数多于应选人数的差额选举办法进行正式选举，也可以先采用差额选举办法进行预选，产生候选人名单，然后进行正式选举。任何组织和个人，不得以任何方式强迫选举人选举或不选举某个人。”并明确规定，工会基层委员会的委员，应当

在会员或者会员代表充分酝酿协商的基础上选举产生；主席、副主席，应当由会员大会或者会员代表大会直接选举产生。

由此可见，修改工会法不仅是修改劳动合同法配套制度的需要，也是当前工会自身改革的需要。

【参考文献】

1. 英 阿米·古特曼等，吴玉章等译，《结社理论与实践》，北京，生活·读书·新知·三联书店，2006。
2. 美 托马斯·寇肯等著，朱飞等译，《美国产业关系的转型》，北京，中国劳动社会经济出版社，2008。
3. 英 A.哈耶克著，《个人主义与经济秩序》，北京经济学院出版社 1989。
4. 英 E.米德著，《效率公平与产权》，北京经济学院出版社 1992。
5. 美 罗纳德·哈里·科斯著，《企业、市场与法律》，上海三联书店 1990。
6. 哈罗德·德姆塞茨著，《竞争的经济、法律和政治维度》，上海三联书店 1992。
7. 美 迈克尔·迪屈奇著，《交易成本经济学》，经济科学出版社 1999。
8. 美 罗伯特·考特 托马斯·尤伦著，《法和经济学》，上海三联书店 1994。
9. 阿瑟·奥肯著《平等与效率》，华夏出版社 1987。
10. 凯斯·R.孙斯坦，《自由市场与社会正义》，中国政法大学出版社 2002。
11. 刘培峰，《结社自由及其限制》北京，社会科学文献出版社，2007。
12. 徐小洪，《冲突与协调—当代中国私营企业劳资关系研究》，中国劳动社会保障出版社，2004年。
13. 陈信行编，《工人开基祖》，台湾社会研究杂志社，2010。

协商缘何要强制？

——“拒绝协商”型不当劳动行为的法律认定与规范重构

徐志强

【摘要】对集体协商的意思自治进行法律干预，是劳动法实质正义理念必然要求。没有“拒绝协商”在内的不当劳动行为制度，就没有集体劳动关系法。认定拒绝协商的不当劳动行为，在主体构成上需要对集体劳动关系法下的“劳动者”与“雇主”身份进行扩展解释、在主观构成上需要对“反工会”的基本“意思”进行客观性的推定证明、在客体构成上需要从正面确立集体协商权的正当性抗辩标准、在客观构成上需要从反面具体分析雇主正当拒绝协商的纾解情由，进而全面把握该行为的法律界定标准。文章提出了完善我国集体协商机制的基本立法重点及规范建议文本。未来我国应当从实质、系统层面，对集体劳动法的内核和外围制度，进行全面的反思和改革，避免口号式的“改革疲劳症”。

【关键词】集体协商；不当劳动行为；拒绝协商

引言

2015年《中共中央、国务院关于构建和谐劳动关系的意见》指出：“我国正处于经济社会转型时期，劳动关系的主体及其利益诉求越来越多元化，劳动关系矛盾已进入凸显期和多发期”、要大力“推行集体协商和集体合同制度”，集体协商制度是劳动法制体系中的重要内容，是集体劳动关系法律调整的核心，是维护劳资双方利益、促进劳动关系和谐的基础机制。实践中雇主基于其经济和信息上的优势和基于从事性关系所占据的主导地位，往往拒绝与劳方进行集体协商，即使形式上参与了协商也变相妨碍协商的实质运行，国际立法上一般将这种行为列为一种典型的不当劳动行为，而对其加以专门的法律规制。不当劳动行为制度作为集体劳动权的专门救济机制，构成了集体劳动争议处置机制的基本内容，可以说没有该制度，就没有集体劳动关系法。本文从不当劳动行为制度的讨论入手，从实质上系统探讨拒绝协商型的不当劳动行为如何生成、如何界定以及如何进行规范重构，以期对完善我国集体协商机制提供有益借鉴。

作者简介：徐志强（1984-），男，西南政法大学经济法学院教师，法学博士，助教，主要研究方向为社会法。电话：13677656794 邮箱：zhiqiangxu007@163.com，通信地址：重庆市渝北区宝圣大道301号西南政法大学经济法学院，邮编401120。（注：本文后续将公开发表，发表之前请勿引注，有兴趣与作者联系）

一、范畴与价值：拒绝协商的不当劳动行为何以成为法律规制对象

（一）不当劳动行为制度的概念范畴

不当劳动行为（法律）制度滥觞于美国，是指为实现劳资双方力量的均衡，把雇主或工会的某些特定行为作为法律上的禁止性规范类型，并由特定机关对权利人遭受这类行为予以专门救济的一种劳动法上的特别制度³¹⁵。不当劳动行为，也称之为不公平劳动行为或不公平劳工措施，最先规定于美国 1935 年制定的《瓦格纳法》中，是将商法上的不正当竞争（unfair competition）或不正当商业习惯（unfair trade practice）运用于劳动关系的结果。³¹⁶ 在制度发展早期，不当劳动行为专指雇主侵害劳动者的团结权（广义）的行为，随着制度法益理念的进一步拓展，该制度更强调公平合理的集体劳资秩序的建构和劳资力量的均衡³¹⁷，不当劳动行为的内涵逐步发展成为劳资双方在集体劳动关系中侵害对方特定权利的行为。不当劳动行为的规范类型，就资方而言，主要是指雇主侵害劳动者集体基本权的行为。就劳方而言，主要指工会侵害雇主结社权（团结权）、财产权或侵害会员团结权的行为。³¹⁸ 在国际立法和制度实践中，不当劳动行为一般指的是雇主对于劳动者一方的三类具体行为：一类为雇主为干预或者限制劳动者的团结权而对劳动者加入工会、组织工会或者参与工会的正当活动从事解雇、降薪、降职、调岗等不利益的歧视行为（简称差别待遇行为或者不利益待遇行为）；一类为雇主通过支配、干涉工会的成立和运作，以及通过财力支持工会的运行以将工会控制在雇主手中的行为（简称支配介入行为）；还有一类即雇主没有正当理由而拒绝与对方进行实质性集体协商³¹⁹的行为，即拒绝协商型的不当劳动行为。

315 参考余岳动：《日本不当劳动行为类型及审查基准之研究》，中国文化大学硕士论文，民国九十五年，第 60 页。

316 常凯：《劳权论》，北京：中国劳动社会保障出版社，2004 年版，第 338 页。

317 在日本学界，关于不当劳动行为制度的法益目标，存在三种代表性学说，“团结权保障说”、“集体协商说”和“公正的劳资关系秩序说”，三种学说分别侧重于“团结权的法律根据”、“团结权的实现方式”和“团结权的社会作用”³¹⁷来讨论不当劳动行为制度的法益目标。但从不当劳动行为制度的逻辑演变、制度内容以及制度运行实践看，笔者认为采取公正的劳资秩序说较为妥当，此处不再赘述。

318 目前，不当劳动行为制度的发展历史和制度运行实践中，基于各国国情和劳工运行的实际情况，一般都是以对雇主一方的侵害行为为规制的主体和重心的，除了美国、加拿大等国家所采取的“双轨制”模式外，大多数国家都在立法上只确立了对于雇主一方不当劳动行为加以规制的“单轨制”模式。

319 集体协商，在国外也叫集体谈判，在法理和价值逻辑上存在显著差异，从我国运行实践，并兼顾域外有关立法表述方便角度，本文对二者进行混同视同，把我国意义下的集体协商等同于域外意义下的集体谈判进行使用。

（二）集体协商权何以成为不当劳动行为制度的保护对象

1. 劳资自治与强制协商之间的关系

哈贝马斯的“理性交流理论”认为，“交流可以消解分歧”，双方对分歧交流的结果之所以获得法律正当性，是因为交流的过程中采取了理性的交流规则，“只要人们按照理性的程序性规则在‘理想的辩论情境’之中参与对话和辩论，由此达成的共识就可以被视为符合正义标准的结果”³²⁰。而“理性的交流规则”一般具有“无尽的时间、不受限制的参与、完美的信息、彻底的真诚、平等的发言权以及百分之百的无强制等”³²¹特征。哈氏的交流理论所反馈的一个重要理念在于：人们之间的分歧并不能获得一个绝对的、稳定的、统一的正义判断标准，而通过“理性的辩论程序”则可以获得一个协调不同分歧的统一的程序标准，如果大家所有争议中都遵守这一程序正义，那么获得的结果也应当赋予其确定的正当性。集体谈判制度也是如此，集体谈判实际上是劳资利益的分配和共享机制，这种利益分配结果的正当性，除了有劳权和资权在法益价值上的衡量外，更在于谈判过程中具备“理性的交流程序”，通过理性的程序实现了劳资双方的自治意志和自治精神，“只要谈判各方拥有同等的谈判实力，获得平等的谈判机会，并因此受到同等程度的强制，那么妥协的结果就可以作为化解利益冲突的合理方案。”³²²法律之所以把“拒绝协商”作为不当劳动行为加以规制，目的就在于要从制度设计上保障集体谈判的过程具备“理性交流”程序所要求的自治精神和诚信原则，从而为协商结果的提供正当性支持，进而也使劳资双方期望通过协商机制来分配权利、解决争议的目的得以实现。

集体协商本属劳资意思自治的范畴，本不应当通过法律加以强制性规定。但是，在没有协商义务约束下，劳动者一方只能依靠集体行动之力才能促使雇主方坐到谈判桌前，这本身也诱发了集体行动的频率。而且，集体协商是工会最主要、最直接的团结活动，劳动者组建工会的基本动机就在于通过工会凝聚会员之集体意志而与资方进行集体谈判，以争取劳动条件的改善。在工会成立的正当性要件中，由于“工会的组建本身是无意义的，只有在雇主将其视为谈判对象时才具有意义。所以，不以集体谈判为前提的工会或许可以成为政治集体，但绝不会成为工会。”

³²⁰ 桑本谦：“法律论证：一个关于司法过程的理论神话”，《中国法学》，2007年第3期，第101页。

³²¹ 桑本谦：“法理学主题的经济重述”，《法商研究》，2011年第2期，第31页。

³²² [德]哈贝马斯：《在事实与规范之间》，童世骏译，上海：三联书店，2003年版，第204页。

³²³工会本身存在的直接目的或者基本意义就在于进行集体协商，“集体谈判权是工会维护工人权利的最基本手段。许多国家工会都视之为‘工会的生命线’”³²⁴。因此，雇主拒绝与工会进行协商，等于斩断了劳动者寄希望通过集体谈判实现其生存权的这一主要利益实现路径，也等同于否定了工会存在的意义，否定了对劳动者具有根本性价值的团结权利和集体协商权利。况且，雇主利用其优势地位拒绝劳动者之协商要约，是一种力量不对等、劳动者意思表示不充分而形成的交易关系，如果肯认这种形式上的契约自由，很可能因此淹没劳动者通过集体协商这种最主要、最基本的改善劳动条件的方式来实现自身生存权的愿望。劳动法本身是一种秉持社会法理念而对民事契约自由和私权绝对进行一定程度的限制和干预而形成的法律，在劳资力量显著失衡的关系中，雇主拒绝协商的行为不仅违反了劳动法的实质正义理念，也违反了民事法律的诚实信用原则，因此，法律对于这种行为的自由进行了法律限制。

2. 拒绝协商的内涵

何为拒绝协商？在世界立法上一般指直接拒绝与对方协商或者形式上参加协商，但实质上并没有做到诚信集体协商（bargain collectively in good faith）的行为。因此，“拒绝”之意义并非仅是单纯地雇主“避而不见”，解释上指的是一种“实质的拒绝”，既包括拒绝会面，也包括会面后没能进行实质的适当的交涉。不过，应当说明的是，雇主的集体协商义务本身是有限制性条件的，并不是劳资关系上的所有事项雇主都有强制性的协商义务，这里的“拒绝协商”在另一个角度指的是雇主对于法律规定的强制性协商事项，与具有协商代表权的劳方代表未经协商的前提下，不得擅自采取单方面的变更行为³²⁵。因此，不当劳动行为制度就是对这一单方性行为进行规制，而要求雇主不仅要回应交涉，还应当进行实质性的交涉。我国台湾地区新修订实施的《团体协约法》（2011）第六条不仅规定劳资双方无正当理由，均不得从事“拒绝协商”的不当劳动行为，而且对“无正当理由”的事项做出了具体的解释，即“劳资之一方于有协商资格之他方提出协商时，有下列情形之一，为无正当理由：（1）对于他方提出合理适当之协商内容、时间、地点及进行方式，拒绝进行协商；（2）未于六十日针对协商书面通知

³²³ [韩]金秀坤：《韩国劳资关系》，方振邦译，北京：经济科学出版社，2005年版，第240页。

³²⁴ 沈琴琴、杨伟国：《全球视野下的产业与劳动关系发展》，北京：中国劳动社会保障出版社，2010年版，第52页。

³²⁵ 李嘉苓：“我国不当劳动行为相关法制之研究”，国立中正大学法律研究所硕士论文，民国一百零三年，第33页。

提出对应方案，并进行协商；（3）拒绝提供进行协商所必要之资料。”实际上，该条第一项指的是对“协商之会面可能性的否定”，第二、三两项指的是协商虽然见面，但没有达到“善意、诚信”协商的要求。³²⁶因此，“拒绝协商”的不当劳动行为，可以区分为“拒绝交涉”与“不诚实交涉”两种类型。

二、身份的扩展：拒绝协商型不当劳动行为的主体构成

要界定什么是拒绝协商的不当劳动行为，需要首先对从事这种违法行为的雇主内涵以及享受不当劳动行为制度保护的劳动者内涵进行界定，由此引申到对一般性的不当劳动行为制度或者集体劳动关系法意义上的劳资主体进行范畴界定的讨论上。相较与个别劳动关系法，集体劳动关系法下的主体构成，存在一定程度的扩展解释。

（一）集体劳动关系法下“雇主”的概念及扩展认定

何为不当劳动行为制度上的雇主？其是否与劳动基准法上的雇主概念相同？这是论证雇主之不当劳动行为构成首先需要明确的问题。一般而言，“雇主地位在劳动法上最重要的意义在于享有对劳动者的‘劳动请求权’和‘指使命令权’”³²⁷。但从世界立法上看，各国《工会法》上对雇主内涵的界定明显是宽于劳动基准法上雇主内涵的。美国《瓦格纳法》就规定，雇主是指除“联邦、州或地方政府及其下属组织，受《铁路劳动法》管制的公司，作为谈判代理人的工会代表”以外的“一切代表雇主利益的人”³²⁸。同时，该法明确将“监管人员”排除在雇员而纳入到雇主范畴，“监管人员”的内涵指的是“任何为了雇主的利益，有权代表雇主雇佣、转移、中止、临时解雇、召回、提升、解雇、分配、奖励或者惩罚其他雇员的人，或者指负责指挥雇员或调整雇员的不满或有效地建议采取这些行动的任何人，如果他在行使上述权利时不仅仅是照章办事或秘书性质的而是需要独立做出判断的”³²⁹，也即按照“实现上述权力需要独立判断能力”³³⁰的标准来加以认定。日本《工会法》（即《劳动组合法》）规定的雇主范畴包括一般性雇主和代表雇主利益的人两类，后者指“董事以及拥有雇用、解雇、升职和调

326 卫民：“新‘团体协约法’重要修正内容与对劳资关系影响之研究”，《（台）财团法人国家政策研究基金会国政研究报告》，社会（研）099-009号，2010年。

327 黄越钦：《劳动法新论》，台北：翰芦图书出版有限公司，2000年版，第136页。转引自石美霞、Lisa Stearns：《全球化背景下的国际劳工标准与劳动法研究》，北京：中国劳动社会保障出版社，2005年版，第213页。

328 [美]哈里·C·卡茨等：《集体谈判与产业关系概论》，李丽林、吴清军译，大连：东北财经大学出版社，2010年版，第49页。

329 [美]罗伯特·A·高尔曼：《劳动法基本教程——劳工联合与集体谈判》，北京：中国政法大学，2003年版，第35页。

330 [美]哈里·C·卡茨等：《集体谈判与产业关系概论》，李丽林、吴清军译，大连：东北财经大学出版社，2010年版，第49页。

动直接权利且具有监督地位的劳动者，以及接触雇主关于劳动关系的计划和方针的机密事项、为此其职务上的义务和责任是与作为该工会会员的诚意和责任直接接触的具有监督地位的劳动者，以及其他代表雇主利益者”³³¹。韩国《工会法》则将雇主定义为“企业主，掌管企业管理部门的人，或在处理企业雇用的职工的有关事务时代表企业主的人”³³²。德国《企业组织法》将下列人员定义为“高级职员”，不列入企业委员会³³³代表范畴，因而也不属于工会利益的代表。其包括：“（1）有权自主决定雇佣和解雇企业或者其中一个部门的雇员的人；（2）被赋予代表的一般性权力或完全权力的人，后一种情况在与雇主的关系上也很重要；（3）实质上自主开展其他业务的人，这些任务通常情况下分配给他们是因为鉴于这些任务对于企业非常重要，而他们对此具有特殊经验和知识。”³³⁴这些立法可以大概窥探出集体劳动关系法下主体界定的特殊之处。

有学者曾总结指出，“不论是在现实关系中，还是在法律关系中，劳动者都是与具体的劳动力使用者相对应而存在的”，“只要是代表产权并向产权负责的人就不应属于劳动者的范畴”³³⁵。而对于不当劳动行为制度下的雇主概念，学界一般认为，应当紧扣该制度的法益目标来进行界定。按学界通说，不当劳动行为制度并不是以追究雇主在民事契约或侵权法上的责任为目的，而是重在排除雇主侵害团结权的行为，并藉此恢复和塑造公平均衡的劳资秩序和劳动关系。因此，不当劳动行为责任的承担者与劳动契约的承担者是完全不同层次的问题，没有必要把雇主的内涵限定于有直接劳动契约的当事人，而是应当采取宽泛、弹性的角度去解释。³³⁶

然而，到底采取一种什么样的标准去衡量这种“弹性、宽泛”的认定视角？日本理论界对此提出了四种代表性的学说：

一是劳动契约扩展说。该说认为，不当劳动行为制度下的雇主通常指的劳动契约上的当事人，但未必以此为限，对于不久之过去或不久之将来劳动契约存在的状况，也可以被理解为雇主的概念。³³⁷

331 日本《工会法》第二条。

332 劳动和社会保障劳动科学研究所：《外国劳动和社会保障法选》，北京：中国劳动出版社，1999年版，第125页。

333 德国通过雇员利益的代表——企业委员会、职工监事与工会来与资方就劳动条件形成“共决”关系，企业委员会和工会必须全部由代表雇员利益的人组成。

334 [德]曼弗雷特·魏斯、马琳·施米特：《德国劳动法与劳资关系》，北京：商务印书馆，2012年版，第254页。

335 常凯：《劳权保障与劳资双赢》，北京：中国劳动社会保障出版社，2009年版，第7页。

336 张义德：《不当劳动行为制度之研究——以日本与我国之“不利益待遇”为中心》，国立政治大学硕士论文，民国九十七年，第32页。

337 [日]本多淳亮等：《共同研究劳働法2-不当労働行為論》，法律文化社，1969年版，第29页。转引自张义德：《不当劳动行为制度之研究——以日本与我国之“不利益待遇”为中心》，国立政治大学硕士论文。

二是对向关系说。该说认为，不当劳动行为并非将不特定多数人作为禁止之主体，其保护法益也并非为劳动关系上各种利益，而在于对劳工团结权的保障，因此，“与劳工一时性、永续性团结（争议团、工会）立于对向关系者”³³⁸即为不当劳动行为制度之雇主，该对向关系人具体而言可以解释为“实质上拥有得实现保护劳工生活利益之权限或能力之集体劳动关系他方当事人。”³³⁹

三是支配力说。该说认为，既然该制度的目的在于排除或防止直接威胁劳动关系上各种利益的反工会行为，因此，只要在实质上对于劳动关系上的各种利益有直接影响力和支配力地位的主体，就属于该制度下的雇主。³⁴⁰

四是劳动契约近似关系说。该说反对支配力说对雇主过于泛化的界定，认为雇主“是以劳动契约以及与劳动契约关系相近似或相邻接的关系为基础成立的团体的劳资关系的一方当事人”³⁴¹。这里的“近似”指的是对于劳动者的劳动条件具有“实质上即具体上的支配力”，包括了不久之前有劳动契约存在或将来不久有成立劳动契约关系可能性的雇主，以及虽然没有劳动契约但在实际上近似于劳动契约上雇主地位的主体。³⁴²

上述各种学说，内涵上多有雷同，相对而言，“支配力说”属于通说，但其相较于“劳动关系近似契约说”，后者在内涵上相对界定得更为适中。不过，上述各说的描述和界定仍然较为抽象，不能有效指导实践。日本学术界在上述讨论和实证反馈的基础上，对雇主的扩展做了进一步的理论归纳，把雇主内涵的扩展分为雇主的对外扩展和雇主的对内扩展，前者指的是谁的行为属于雇主的行为，后者指的是谁可以作为追究不当劳动行为的责任主体。学理上将其分别称为“作为行为主体之雇主”和“作为归责主体之雇主”。³⁴³具体而言：

1. 作为行为主体之雇主扩展

具体包括三种类型：

(1)“对外”用工型。一般存在三种情形：其一，在劳动派遣关系中，日本最高法院认为，在符合“劳动合同雇主以外的其他实体能够实际地、具体地决定劳动者的实质劳动条件”的标准下，由于劳动派遣用工关系中的要派单位“让劳

民国九十七年，第 32 页。

338 张义德：《不当劳动行为制度之研究——以日本与我国之“不利益待遇”为中心》，国立政治大学硕士论文，民国九十七年，第 33 页。

339 [日]外尾健一：《劳働团体法》，筑摩書房，1975 年版，第 208 页。转引自张义德：《不当劳动行为制度之研究——以日本与我国之“不利益待遇”为中心》，国立政治大学硕士论文，民国九十七年，第 33 页。

340 张义德：《不当劳动行为制度之研究——以日本与我国之“不利益待遇”为中心》，国立政治大学硕士论文，民国九十七年，第 33 页。

341 [日]菅野野夫：《劳动法》（第 7 版），弘文堂，2005 年版，第 590 页。转引自田思路：《日本劳动法研究》，北京：中国社会科学出版社，2013 年版，第 237 页。

342 [日]下井隆史：《劳使関係法》，有斐閣，1995 年版。转引自张义德：《不当劳动行为制度之研究——以日本与我国之“不利益待遇”为中心》，国立政治大学硕士论文，民国九十七年，第 33 页。

343 李柏毅：《日本“支配介入”之不当劳动行为研究——兼论我国工会法第 35 条第 1 项第 5 款相关裁决》，国立政治大学硕士论文，民国一零二年，第 27 页。

劳动者在其自己的企业劳动，并且居于能决定劳动者基本工作条件的地位，这样的主体和劳动合同的雇主是等同的，至少是部分等同的”³⁴⁴，因此，该要派单位属于“部分雇主”，尽管没有直接的明文的劳动合同，但派遣劳动者与该要派单位实际上存在一种“默示的劳动合同”³⁴⁵，进而，要派单位的工会能够代表该劳动者与该单位进行集体谈判，该要派单位属于《工会法》上的雇主；其二，在母子公司结构下，虽然劳动者与子公司之间存在明文的劳动合同，但如果母公司通过入股、派遣管理人员、建立分包关系或其他方式，将子公司的运营实际控制在自己手中，进而对子公司之劳动者的工作条件有着实际的、具体的管理权。此时，母公司具有雇主的地位，子公司之劳动者在劳动条件的集体谈判关系中，母公司也为谈判的对象主体³⁴⁶；其三，承揽关系中定作公司与承揽工之间虽然没有劳动契约关系，但“即使是直接雇主以外之事业主，如果对于该工会会员之劳动条件等决定，具有与该直接雇主等同之支配和决定地位时，应将直接雇主及直接雇主以外之事业主均视为该工会之雇主”³⁴⁷，该定作公司也具有工会法上的雇主资格。

从本质上看，上述三种类型也可以概括为一种“实质用工控制”的类型，这一类型的核心要点在于：即便是雇主以外的用工主体，针对与雇主存在劳动契约关系的劳动者的劳动条件，即使仅仅为部分，但如果与雇主具有相同程度的现实和具体的支配决定权时，在该限度内，该用工主体仍可该当并具有不当劳动行为制度上的雇主性格。³⁴⁸

（2）劳动契约中断型。一般包括两种情形：其一，“最近过去的劳动契约关系”，即如果劳动者在劳动关系终结前已经存在劳动争议且一直持续到合同期限终止而没有完成，原劳动契约之雇主仍属于不当劳动行为制度下的雇主；如果劳资双方本身就劳动合同的解雇存在争议，在合同期限终止后争议一直持续，原劳动合同之雇主仍属于本制度之雇主；如果引发劳动争议的事由没有在合同终止前引发纠纷，且诱发该争议的事由本身不可能出现在合同期限内，在合同终止后一

344 可参见陈秀东峰律师对日本相关判决的介绍，其中谈到承包用工和派遣用工时日本劳动委员会的裁决要旨，大概都说到：“日本劳动组合法第七条所揭‘以侵害团结权之一定行为为不当劳动行为而予以排除、改正、俾回复正常劳资关系’之目的，劳动契约上雇主以外之人，接受雇主派遣之劳工使之从事自己之业务，并‘就劳工之基本劳动诸条件等，居于能现实地且具体地支配、决定的地位时，即便仅能部分地能与雇主同视之程度’，在此限度内，即该当于同条之雇主”参见陈秀峰：“日本劳基法判决之介绍——接受公司外劳工之公司是否为雇主？”，《律师杂志》，第219期，第84-85页。

345 [日]荒木尚志：《日本劳动法》，李坤刚、牛志奎译，北京：北京大学出版社，2010年版，第147页。

346 [日]荒木尚志：《日本劳动法》，李坤刚、牛志奎译，北京：北京大学出版社，2010年版，第148页。

347 林良荣、邱羽凡、张鑫隆：《工会保护与不当劳动行为裁决制度》，新北：劳动视野工作室出版，2012年版，第26页。

348 洪明贤：《论劳动法上之团体协商义务——我国法与日本法之比较研究》，国立台湾大学硕士论文，民国九十八年，第40、44页。

定时限内³⁴⁹，原劳动合同之雇主仍属于本制度之雇主；其二，“不久将来的劳动契约关系”，即当事人之间因特定原因而暂时中断劳动契约关系，比如因季节用工或其他客观情势力暂时阻碍了生产的运行，虽然劳动契约存在一时的中断，但由于劳资双方已经存在反复雇佣的事实，在没有特别情势影响下，将来的雇佣关系已经可以确定时，劳资双方“在劳动契约关系的成立存在可能性和现实性”³⁵⁰，对于未来的劳动条件，劳动者也有与契约中断前的雇主进行协商的必要性³⁵¹。比如季节工与公司之间存在劳动合同的频繁续签关系，后因为季节工加入工会而不再被公司雇佣，公司的行为是一种差别待遇行为，因此该公司也属于不当劳动行为制度下的雇主。

(3) 组织变动型。主要包括五种情形：其一，如果企业组织变动实质上属于伪装解散，即企业为抵制工会的团结活动而表面上解散企业，但同时又设立一个在实质上与原企业一致的新企业，由于两个企业实质上是一致的，可以视为新企业承继了旧企业之雇主地位而具有不当劳动行为制度上的雇主资格。其中，对于何为“实质”上之一致，可以从企业场所、企业设施、员工、资本、营业内容、交易对象等方面进行综合判断³⁵²；其二，企业存在合并变动时，不论是新设合并还是吸收合并，存续公司作为承继主体也具有不当劳动行为制度上的雇主资格。即使是在合并前和合并过程中的阶段，该预定存续或新设的企业仍属于本制度上之雇主³⁵³；其三，企业存在组织分立变动时，分离后的企业与原企业同时具有本制度上的雇主资格；其四，企业存在营业让渡关系时，接受主体就让渡部分，由于其承继了让渡后的劳动用工关系，对于该部分劳动条件具有本制度上的雇主资格；其五，企业存在破产时，由于破产管理人承继了破产企业的债权债务，对于劳动用工关系，破产管理人自然也承继了原劳动契约上的雇主资格。

2. 作为归责主体的雇主扩展

具体可以涵摄四类主体：

(1) 企业主自身或者股份公司制之法定代表人、董事。这些主体在职责上

349 一般认为，合同终止后劳动者对于就先前契约上之利益应当有一定的追诉时效限制。合同终止后一定期限内，劳动者始终未通过工会向原雇主提起协商要求的，雇主没有协商义务。

350 田思路：《日本劳动法研究》，北京：中国社会科学出版社，2013年版，第286页。

351 洪明贤：《论劳动法上之团体协商义务——我国法与日本法之比较研究》，国立台湾大学硕士论文，民国九十八年，第37页。

352 张义德：《不当劳动行为制度之研究——以日本与我国之“不利益待遇”为中心》，国立政治大学硕士论文，民国九十七年，第39页。

353 [日]菅野和夫：《劳动法》（第八版），弘文堂，2008年版，第625页。转引自张义德：《不当劳动行为制度之研究——以日本与我国之“不利益待遇”为中心》，国立政治大学硕士论文，民国九十七年，第39页。

的相应行为自然属于雇主的行为。而对于与企业法人代表权没有直接关系的监事，一般认为也属于企业之雇主。³⁵⁴

(2) 代表雇主行使管理职权的中上级干部。一般而言，由于这一部分人的权力行使对企业的劳动和人事管理具有直接具体的影响力，其行使管理职权的行为往往是对雇主经营方针和指示的具体化，因此，其相应的行为原则上应当视为雇主的行为，在认定上也不以有雇主之直接或明确的指示为限，但是若能证明其行为纯属个人行为则除外。不过，应当注意的是，“中上级”干部概念较为泛化，在界定时应当就个案进行实质性判断，不应局限于特定职位上的某个人。³⁵⁵

(3) 企业之下级干部。对于不具有管理职权的下级干部，如车间主任、作业长、领班等，由于其本身具有加入工会的主体资格，其还能否属于雇主之归责主体？对此，日本理论界存在三种学说争论：

一是“主观媒介”说。该说认为，由于下级干部一般具有加入工会的资格，因此其不同于代表雇主行使管理职权的干部，因此，要将下级干部的行为归责为雇主之行为，必须要能够证明其与雇主间具有某种程度的意思联络等“主观媒介要素”，比如其与雇主有通谋、或者受到雇主之指示、或者有体察、迎合雇主的意思以及雇主有默认、利用的意思等。³⁵⁶

二是“支配圈理论”说。该说认为，既然不当劳动行为制度之目的在于排除雇主支配范围内的团结权侵害行为，雇主之所以授权下级干部一定的权限，在于其将下级干部作为自己的手足而来执行本属于自身职务的一部分，因此雇主在其支配圈内就负有监督和抑制其下属不利用其权限从事反工会行为的义务，进而只要雇主在其支配圈内的主体从事了反工会行为，且从客观上可以推定其是为了雇主利益而进行反工会，无需证明其与雇主间存在意思联络（况且要证明这种主观上的意思联络一般也是困难的），就可以成立不当劳动行为，此主体所为之行为就应当归责于企业雇主。“除非雇主举证该行为与雇主完全无关或者雇主有采取阻止、否认该行为的有效措施，否则雇主不能脱免不当劳动行为责任。”³⁵⁷

三是“体察上意”说。该说质疑“支配圈理论”并认为，一律采取不需要证

354 张义德：《不当劳动行为制度之研究——以日本与我国之“不利益待遇”为中心》，国立政治大学硕士论文，民国九十七年，第45页。

355 林良荣、邱羽凡、张鑫隆：《工会保护与不当劳动行为裁决制度》，新北：劳动视野工作室出版，2012年版，第25页。

356 李柏毅：《日本“支配介入”之不当劳动行为研究——兼论我国工会法第35条第1项第5款相关裁决》，国立政治大学硕士论文，民国一零二年，第30页。

357 李柏毅：《日本“支配介入”之不当劳动行为研究——兼论我国工会法第35条第1项第5款相关裁决》，国立政治大学硕士论文，民国一零二年，第30-31页。

明下级干部与雇主之间存在意思联络证明的理解这种客观标准去认定下级干部的雇主地位，会造成认定过于泛化的问题。在主观之意思联络证明上，未必一定要以达到证明两者存在明确的意思联络为限，“虽该下级干部与雇主间的‘主观媒介要素’是不可或缺的，但即使两者间无具体的意思交流，而行为人单方面地‘体察雇主的意向’行动的场所，仍可归责雇主而成立不当劳动行为”³⁵⁸，而且证明行为人的行为时基于“体察上意”可以由客观上各种事实加于评价，雇主要想摆脱这种客观上证明及认定，就要承担相应的排除证明责任。相对而言，该说认为在能够证明下级干部的单方“体察上意”时，仍可归责于雇主而构成不当劳动行为，在认定标准上相较“主观媒介”说和“支配圈理论”说，相对更为适中、恰当。

(4) 接受雇主指示的其他一般员工。这类主体必须要有雇主的明确指示和意思联络，才能承受雇主的相应责任。

(二) 集体劳动关系法下的“劳动者”内涵及扩展解释

作为劳动法上的劳动者，理论上通常以劳动关系的从属性为核心、以劳动力的对价性为辅助，以及自然人的身份主体三个基本要素来把握。其中，关键因素在于对于从属性所反映出来的劳资间从属与控制的“度”的把握。但是，作为集体劳动关系法核心的《工会法》上的劳动者定义与作为个别劳动关系法核心的《劳动基准法》对于劳动者定义，内涵是否一定要保持一致？通观世界劳动立法及实践一般认为，《工会法》上的劳动者与《劳动基准法》上的劳动者分别属于集体劳动关系法和个别劳动关系法范畴，在制度的法益属性存在一定的差异，前者的劳动者范畴总体上要宽于后者，不当劳动行为制度下的劳动者也比一般性的劳动者界定更宽泛，参照日本立法和理论的讨论，总体上有三种理由来支持《工会法》上劳动者的扩展。

1. 《工会法》上对于从属性认定具有侧重性

日本《劳动基准法》上对劳动者定义为：“不问职业种类何种，在公司或者事务所被使用并支付工资者”，而日本《劳动组合法》则将劳动者的内涵解释为：“不问职业之种类，以工资、报酬以及其他相当与此的收入为生活的人”，两者

358 [日]石井保雄：“下级职制による脱退勧奨行為と使用者への不当労働行為帰責性—中労委(JR東海[新幹線・科長脱退勧奨])事件”，《劳判》(935号)，2007年7月，第12、13页。转引自李柏毅：《日本“支配介入”之不当劳动行为研究——兼论我国工会法第35条第1项第5款相关裁决》，国立政治大学硕士论文，民国一零二年，第33页。

相较，后者内涵显然更加宽泛，其并不强调以劳动关系的“雇佣性”为必要条件。田思路教授对此指出，日本《工会法》与《劳动基准法》对劳动者定义之所以产生宽窄的区别，在于两部法律的法益目标不同：《劳动基准法》“是从个别的劳动关系的侧面谋求劳动者生存权理念的具体实现为目的的法律”，个别劳动关系下的生存权实现过程中，劳动者主要是“直接雇佣下的从属劳动者”，且是着重从“人格从属性”的角度来规定劳动者内涵的。而《工会法》是通过劳动者结成组织，与雇主进行对抗谈判，“是从劳动关系的集团的侧面谋求劳动者生存权理念的具体实现为目的的法律”，该法意义下的生存权实现关系中，劳动者是行使集体劳动权的主体，是集体劳动关系下的劳动者，主要从“经济从属性这一点着眼，来把握《工会法》上的劳动者概念”³⁵⁹。

日本最高法院在其《最高法院关于工会法中劳动者适格性的决定》中还确立了若干认定是否属于《工会法》上的劳动者的具体标准，包括：“（1）该劳动者是否是公司组织的一员；（2）公司是否单方面决定合同细则；（3）根据计算方法，劳动者工资是否有补偿劳动的性质；（4）该劳动者是否有义务接受公司提供的个人工作；（5）是否在公司的管理和监督下工作，或者受工作时间和地点的限制。”³⁶⁰这些标准相较于《劳动基准法》上之劳动者认定标准，体现出司法实践上的一般态度：即属于《劳动基准法》上的劳动者一般都属于《工会法》上的劳动者，后者比前者在从属性的界定重心或者角度上对劳动者的认定更加宽泛。日本理论和实务界就把职业棒球员和职业足球员认定为《工会法》上的劳动者，即使其在从属性界定上并不符合典型劳动关系的从属性要求。另外，德国劳动法上一般将雇员定义为“基于私法上的劳动合同为获取工资而有义务处于从属地位为他人（雇主）提供劳动给付的人”，但同时又确立了对于“类似雇员的人”在劳动法上给予相应保护的可能性，因为他们“在一部分不具有人身依赖性的提供劳务的义务人中有一部分存在着经济上的依赖性，从他们的全部社会地位看，在许多方面显示出了社会保护的必要性，就像典型雇员一样”³⁶¹。因此，只要符合以下两个因素，即“（1）他们不得不自行完成合同任务，基本上没有雇佣其他人帮忙；（2）他们主要是为了某个人工作或者他们收入的一半以上由某个人支付”³⁶²，

359 田思路、贾秀芬：《契约劳动的研究》，北京：法律出版社，2007年版，第70页。

360 [日]尚志竹内：“日本劳动法上的总工会与社会工会”，载刘俊：《社会法学研究》，北京：法律出版社，2013年版，第192页。

361 [德]W.杜茨：《劳动法》，张国民译，北京：法律出版社，2005年版，第16-19页。

362 [德]曼弗雷特·魏斯、马琳·施米特：《德国劳动法与劳资关系》，北京：商务印书馆，2012年版，第44页。

就可以对包括代理商和家庭劳动者等类似雇员的人在“至少应该属于劳动法某些规则和原则的调整范围”³⁶³内而受到劳动法保障。

2. 具有“从属性的侧面”的雇佣关系也具有保护必要性

除了对于从属性本身界定上的侧重不同外，在日本理论界的讨论中，对于一些非典型劳动关系、甚至是民事雇佣关系，如果本身具有从属性的侧面，仍然有可能获得《工会法》保护的“劳动者”的资格。日本法院在判例中曾鲜明指出：“劳动法是为了对从属劳动的提供者进行实质性保护而带有对市民法进行修正的意味，所以作为劳动法的对象，不能看成是单纯的作为典型契约的雇佣关系，如果带有从属性的性质，即使它原本被分类到承包契约中，其劳动的从属性的侧面也应该得到劳动法的保护。”当存在一种既有承包关系，又有雇佣关系的混合契约时，则“在其雇佣性质的范围内，应该受到劳动法的保护”³⁶⁴。日本理论界的通说也认为：“即使是《民法》上的承包、委任等契约，只要认定存在实质上的使用从属关系，该劳务者也是《劳动基准法》上的劳动者”³⁶⁵，自然也属于工会法和不当劳动行为制度之涵摄主体。台湾有学者也认为：“只要可判断有实质的从属关系之存在，则不问契约的名称是承揽、或是委任，都是雇佣关系，受雇者都应被视为劳动基准法上的‘劳工’。”³⁶⁶瑞典《雇佣法》第一条对于雇员的界定也作了扩展解释：“本法案适用于雇主与雇员之间的关系。本法中所使用的‘雇员’一词也包括为他人工作但未被他人雇佣，所处地位本质上与雇员无异的人。在这种情况下，该工作的受益人应当被认为是雇主。”³⁶⁷

3. 劳动契约的中断不影响劳动者的认定

具体包括两种情形：

一类指“过去不久具有劳动契约关系”的劳动者。一般而言，劳动法上的劳动者指的是“被雇佣”或者有劳动契约³⁶⁸的就劳者，但是在以下几种情况下，即使没有被雇主雇佣或者没有劳动契约，该劳动者也属于被《工会法》保护的劳动者³⁶⁹：（1）该劳动争议本身在劳动合同有效期内已经出现，但该争议的解决一致延续到合同期限终止而没有完成，在一定救济时限内，具有劳动者资格。比如失

363 [德]曼弗雷特·魏斯、马琳·施米特：《德国劳动法与劳资关系》，北京：商务印书馆，2012年版，第43页。

364 田思路、贾秀芳：《契约劳动的研究——日本的理论与实践》，北京：法律出版社，2007年版，第81-82页。

365 田思路、贾秀芳：《契约劳动的研究——日本的理论与实践》，北京：法律出版社，2007年版，第81-82页。

366 林振贤：《修正劳动基准法释论》，台中：台湾捷太出版社，2000年版，第85页。

367 叶静漪、[瑞典]Ronnie Eklund：《瑞典劳动法导读》，北京：北京大学出版社，2008年版，第87页。

368 不以书面合同为限。

369 [日]尚志竹内：“日本劳动法上的总工会与社会工会”，载刘俊：《社会法学研究》，北京：法律出版社，2013年版，第197-198页。

业者为了在先前的雇佣关系某个劳动条件的解决一直拖延到失业状态,其仍可获得法律救济;(2) 该种争议本身属于劳动合同解除或终止上的争议,在合同期限终止后一直持续,如失业的劳动者因为解雇事宜与雇主发生争议,一直延续到失业状态而没有得到解决,则应该获得保护。英国上诉法院对此曾指出:“不公正的解雇保护应当延伸到因先前参加工会活动而遭到的解雇”³⁷⁰; (3) 引发劳动争议的事由在合同期限内没有出现,因而也没有在合同终止前引发纠纷,如果能够确定此种诱发争议的事由本身不可能出现在合同期限内,虽然合同期限终止,但该劳动者仍可在一定的救济时效内获得《工会法》上的保护。而如果纠纷的事由本身已经出现在了合同期限内,但劳动者没有及时提起纠纷,而在合同期限外再次提起,则不能得到《工会法》的保护。比如退休劳动者因为在工作期限遭受了工伤问题,但直到退休后才累积出现症状,此时尽管他已经没有了劳动契约关系,但仍然可以在一定的诉讼时效内通过其先前参加的工会与原来的雇主进行集体谈判获得救济。不过合同期限外或者丧失“被雇佣”关系下的劳动者,必须在法律规定的救济时效内就其先前在劳动雇佣关系中的纠纷寻求救济,超过合理期限的,也会丧失《工会法》上劳动者的地位。美国《瓦格纳法》规定的雇员包括除了“农业雇佣人员、独立承包商、监管人员、被配偶或父母雇佣的人、从事家庭服务的人以及《铁路劳动法》涵盖的人员”以外的“任何雇员”,而且这个雇员不限于现有存在劳动关系的劳动者,对于那些“由于任何当前的劳资争议或任何不公平的劳工措施而尚未找到另一项大致相同的经营性职业的任何人”³⁷¹,也属于该法调整下的雇员。任何雇员因遭受雇主不当劳动行为而被解雇,在其找到“另一个日常的且本质上相等的职位”³⁷²之前,都受不当劳动行为制度的保障。日本《工会法》也将暂时不具有“使用从属关系”的失业者纳入劳动者范畴。

另一类是“未来不久具有劳动契约关系”的劳动者。如前述,虽然劳动者与先前的雇主之间基于客观原因而致劳动契约关系短暂停止,但该“未来的劳动契约关系”的建立具有现实的可能性和必要性,比如季节工等虽然短暂没有劳动契约,但其仍然具有就未来劳动契约上的劳动条件而寻求与原来雇主进行集体协商的劳动者主体资格。

总结上述,对于工会法上的劳动者内涵,可以发现:不属于劳动基准法上的

370 *Fitzpatrick v. British Railways Board* [1991] IRLR 376(CA). 转引自[英]史蒂芬·哈迪:《英国劳动法与劳资关系》,陈融译,北京:商务印书馆,2012年版,第271页。

371 周剑云:《美国劳资法律制度研究》,北京:中央编译局出版社,2009年版,第218页。

372 [美]哈里·C.卡茨等:《集体谈判与产业关系概论》,李丽林、吴清军译,大连:东北财经大学出版社,2010年版,第49页。

劳动者未必不属于工会法上的劳动者，不以特定时期具有劳动契约为限，不以典型的劳动关系为限（从属性较强）。失业者、派遣工、家政工、出租车司机只要有用工关系都可以在“经济从属性”、“从属性的侧面”或者具有与劳动契约关系紧密相连的法律关系等法律价值层面上获得《工会法》上的保护。日本劳动法将固定期限合同工、非全日制工、承包合同劳动者和劳动派遣者称之为非正式工，一般是不允许参加企业工会的，但他们同样属于《劳动法》和《工会法》保护的范畴（至少在从属性的侧面符合保护要求），其参加工会的权利一般是通过总工会或社区工会等区域性工会得到实现。³⁷³

三、“意思”的否定与保留：拒绝协商不当劳动行为的主观要件分析

论证拒绝协商的不当劳动行为是否成立，雇主是否需要具备行为的反工会动机或者意图？如果需要，如何衡量和表达是否达到构成不当劳动行为的主观要件。如果不需要，理由为何，实践中具体如何进行推定性证明？

（一）相关学说争论

日本学界对一般性不当劳动行为构成上是否需要具备侵害人的主观意思或侵害动机，存在三种不同认识：

一是意思必要说或者主观要件说。该说认为，不当劳动行为制度的本质不仅在于排除实际上发生之侵害团结权的行为并恢复劳资公平均衡的秩序或原状，而且还具有事先预防雇主侵害行为发生的法益，因此在制度价值上具有“非难”的意义，从而需要以雇主的主观上之反工会的意图和动机³⁷⁴为必要。且不当劳动行为救济机制上所采取的行政救济方式³⁷⁵，其意义就在于，“劳动委员³⁷⁶会发出回复原状为目的之救济命令时，不只是治愈已经发生之团结权侵害结果，也具有阻止将来发生不当劳动行为之意义。在如此之背景下，乃不得不以对于雇主的不利益待遇加诸规范性的非难为前提，故无法完全忽视雇主的主观意图。”³⁷⁷而且，该制度的形成并无法律明文承认无过失责任，在近代过失责任主义原则下，不当劳

373 [日]尚志竹内：“日本劳动法上的总工会与社会工会”，载刘俊：《社会法学研究》，北京：法律出版社，2013年版，第189-199页。

374 该“意图或动机”包括的内容是：“雇主‘认识’劳工进行正当工会行为等之事实和因该事实之故而欲对该劳工进行不利益待遇之‘意欲’，以及实现该意欲之行为。”参见张义德：“论日本劳动组合法第7条第1款之不当劳动行为意思”，《东吴法律学报》，2011年第3期，第7页。

375 对权利人遭受不当劳动行为的法律救济，在救济方法上主要有行政救济和司法救济两种。很多国家专门建立了行政救济机关来处理不当劳动行为争议。

376 日本专门处理不当劳动行为争议的行政裁决机关。

377 [日]野村平爾等编：《基本法コンメンタール—労働組合法》（新版），日本評論社，1978年版，第154页。转引自张义德：“论日本劳动组合法第7条第1款之不当劳动行为意思”，《东吴法律学报》，2011年第3期，第8页。

动行为的成立必须以雇主主观意思的存在为要件。不过，考虑到劳动者证明负担的艰巨性，这个雇主意思包括了积极意思和消极意思，在意思证明上，往往采取举证责任倒置，由雇主通过外在的行为事实尤其是间接事实来推定其是否存在雇主意思，而由雇主来提出反证加以推翻。³⁷⁸

二是意思不要说或者客观要件说。该说认为，不当劳动行为制度之特殊性就在于不考量主观构成要件，法律之所以禁止不当劳动行为，并非仅单纯地惩罚雇主的行为，也在于要能够遏制未来发生侵害团结权行为的可能，在于确立集体劳资关系的秩序。为了达到这一目的，在雇主的主观意思上，只要雇主对于正常的工会行为与相应的处分行为之间具有因果关系具有事实上的“认识”即可，不需要具备反工会的意图或动机，且实践中对于雇主的行为，只要有侵害团结权的危险，就可以构成不当劳动行为，这样才能全面有效保障劳动者的团结权。事实上为了达成“回复原状”和“预防侵害”的目的，“恰恰需要采取更为宽松的证明这一连串的情事，以致不符合处理不当劳动行为事件之迅速性、有效性的要求”³⁷⁹。同时，通过行政救济命令来要求雇主作为和不作为，这种救济方式区别于民事、刑事争讼中追究雇主责任的情形，雇主行为内部之主观意思，不应在考虑范围内，只要存在客观上的因果关系，不当劳动行为即可成立。³⁸⁰

三是类型区分说。该说对上述两说作了区分处理，对于雇主之不利益待遇的不当劳动类型需要证明主观意思，其他不当劳动行为类型则不需要以行为人主观上具有故意或过失为限，只要行为人对不当劳动行为有所“认识”，即行为人对于其行为可能造成阻碍劳工参与工会活动、减损工会实力或影响工会之发展的结果有所认识³⁸¹，即可证明不当劳动行为的成立。由于支配介入行为和拒绝协商行为在制度构成上并不会与雇主的用工管理权存在明显的竞合关系，从不当劳动行为制度所追求的“消除损害、回复原状并预防侵害”的法益追求角度，支配介入和拒绝协商只要有客观的行为事实，就完全能够证明雇主存在“一定的”反工会意思。因为很多时候雇主的主观意思已经被置入于拒绝协商和支配介入的行为中，只要证明雇主拒绝协商和支配介入行为之存在，即可直接认定为不当劳动行为，

378 李柏毅：《日本“支配介入”之不当劳动行为研究——兼论我国工会法第35条第1项第5款相关裁决》，国立政治大学硕士论文，民国二零二年，第38-39页。

379 [日]小宫文人：“不当労働行為の認定基準”，《講座21世紀の労働法》（第8卷），有斐阁，2000年版，第92页。

380 李柏毅：《日本“支配介入”之不当劳动行为研究——兼论我国工会法第35条第1项第5款相关裁决》，国立政治大学硕士论文，民国二零二年，第41页。

381 游博群：“不利益待遇类型之不当劳动行为判断基准”，逢甲大学财经法律研究所硕士论文，2013年，第69-70页。

不需要再个别去证明雇主是否有积极的意思³⁸²。在日本学界，类型区分说是主流学说。

（二）主观意思的“推定性”证明

从上述学说的实际运行看，不论是“意思必要说”、“意思不要说”还是“类型区分说”，由于主观上对于雇主反工会的“意思”存在证明困难的问题，因此，在证明不当劳动行为的标准上总体都采取从雇主行为的性质和团结权侵害之结果等外在、客观的标准来予以认定。而且为了减轻劳动者证明责任的负担，一般都对不当劳动行为的举证进行责任倒置，只要劳动者能够通过客观事实证明达到“推定”雇主有相应不当劳动行为的程度，则转由雇主负担举出反证，证明其行为并没有侵害劳动者和工会的团结权而加以推翻。意思必要说虽肯认不当劳动行为的成立需要意思之必要，“惟举证之内容并非‘雇主意思’，而是从外在客观的显见之事实，加以推定雇主意思之存在”³⁸³，而且，“无论是积极或消极之想法，皆应被容纳于不当劳动行为意思之范围内。”³⁸⁴瑞典判例法也表明，对雇主侵害雇员结社权的证明上，“雇员必须提供事实证据证明其权利受到了侵犯；如果他/她进行了举证，则雇主便承担起解释其行为的客观理由的责任。”³⁸⁵而且法院往往使用“宽泛的事实推定”（de facto presumptions）³⁸⁶来设置雇主证明责任的前提。因此，“主观要件说”在具体证明关系上“与‘客观要件说’之认为不问雇主的意图，而仅以外在的客观情事本身即得判断不当劳动行为之成否在实质上没有多大的差异”³⁸⁷。

可以发现，上述学说最终都强调不当劳动行为主观证明上采取一种客观标准。就个案而言，我国台湾地区一般采取所谓“大量观察法”来达到证明上之“推定”，劳动者一方进行证明时，结合案例实际情况，综合考虑以下因素：（1）劳动者在工会中的身份、地位；（2）劳动者参与的工会活动的内容及其正当性、必要性等；（3）雇主平时对工会的态度以及行为当时的反工会态度；（4）雇主处分行为的范围、程度、时间以及理由的明确性、充分性；（5）雇主之行为与过去同种情形下之行为的差别度和均衡性；（6）工会运动因雇主之行为而衰微的程度等并且需

382 林良荣、邱羽凡、张鑫隆：《工会保护与不当劳动行为裁决制度》，新北：劳动视野工作室出版，2012年版，第49页。

383 [日]角田邦重：《劳働法の争点》，有斐阁，2004年版，第50页。转引自彭靖芳：《日本企业人事考核与不当劳动行为不利益待遇之研究》，国立台北大学硕士论文，民国一零一年，第60页。

384 [日]西谷敏：《劳働组合法》，有斐阁，2006年版，第192页。转引自彭靖芳：《日本企业人事考核与不当劳动行为不利益待遇之研究》，国立台北大学硕士论文，民国一零一年，第60页。

385 叶静漪、[瑞典]Ronnie Eklund：《瑞典劳动法导读》，北京：北京大学出版社，2008年版，第310页。

386 [意]T.特雷乌：《意大利劳动法与劳资关系》，北京：商务印书馆，2012年版，第199页。

387 东京大学劳働法研究会：《注釈劳働组合法》（上卷），有斐阁，1981年版，第347-348页。转引自张义德：“论日本劳动组合法第7条第1款之不当劳动行为意思”，《东吴法律学报》，2011年第3期，第11页。

依照一般社会之通念来加以判断。³⁸⁸

针对劳动者的推定性举证，雇主可以举出反证来加以否定其行为并不是基于反工会之意思，譬如，雇主该行为是为了谋求企业生产率的提高，而有合理必要解雇工作不良者；或者基于业务发展的客观需要而必需调整劳动者岗位；或者劳动者自身的团结活动有违法之处等。劳动者还可以进一步推翻这些理由而进行反驳，而雇主的反证理由不自然或者存在矛盾之处时，“反而会更清楚地显示处分没有合理性而为恣意，进而可以推定因果关系的存在”³⁸⁹。

四、正面抗辩：集体协商权的权利正当性标准

不当劳动行为制度要对包括集体协商权在内的团结权进行充分的保障³⁹⁰，需要首先明确作为该制度保障客体的团结权的权利内容或者说团结活动的正当性，进而划定雇主行为的正当性与不当性之间的界线。团结活动的正当性认定与不当劳动行为的构成分析之间的关系体现在：“前者探索什么是‘劳方’的‘正当’的劳动行为，在具备‘正当性’的前提下，来给予开展行动之合法空间；后者思考什么是‘资方’的‘不当’的劳动行为，而应加禁止，并予纠正、救济。”³⁹¹

（一）团结权权利内容的归类

纵观世界各国立法和工会运动实践，团结权的权利内容或者团结活动主要包括劳动者组织、加入工会，参加工会活动以及工会组织对内的运营和对外与雇主或其他主体发生关系的活动。具体而言，团结活动可以大体分为四类：（1）组织和加入工会的活动。比如成立工会以及成立活动所需之集会、劝诱劳动者加入工会的活动、劳动者申请加入工会的活动等；（2）有关工会运营的活动。比如工会机关会议之召开与参加、选出工会干部的选举活动、传播工会方针的情宣活动、形成工会方针的讨论与诉求活动、福利互助、启蒙、教育活动、其他依照工会章程所为的内部活动等；（3）对雇主提出要求或者进行示威的活动。比如要求雇主进行集体协商的活动、集体争议活动、利用企业设施和便利的活动、在企业内进行宣传的活动；（4）对企业外之社会发出诉求、宣传的活动。比如为实现经济利

388 游博群：《不利益待遇之不当劳动行为判断基准——以不当劳动行为裁决决定为中心》，逢甲大学硕士学位论文，民国一百零二年，第81页。以及余岳动：《日本不当劳动行为类型及审查基准之研究》，中国文化大学硕士论文，民国九十五年，第52-53页。以及自张义德：“论日本劳动组合法第7条第1款之不当劳动行为意思”，《东吴法律学报》，2011年第3期，第24页。

389 [日]千岩力：“不当労働行為の立証と認定”，《現代法講座》（第8卷），総合労働研究所，1982年版，第38页。转引自张义德：“论日本劳动组合法第7条第1款之不当劳动行为意思”，《东吴法律学报》，2011年第3期，第25页。

390 这里主要侧重讨论体现本制度最核心内容的团结权的正当性问题，雇主之财产权、经营权和团结权此处省略讨论。

391 陈建文：“工会行动权的事理思考与法理探讨”，《台湾劳动法学会学报》，2011年第10期，第190页。

益之目的附带进行的政治、社会和文化活动等。³⁹²因此，从团结活动的主要内容上看，最为核心的是加入和组织工会的活动、集体协商的活动以及集体争议的活动，除去这三类以外，其他的活动都可归为一般性的团结活动。在讨论集体协商权权利正当性标准时，需要首先从一般层面对团结权的正当性标准作出总体分析。

（二）团结活动正当性的一般性衡量标准

1. 主体的正当性

一般有三类主体的行为是适格的：第一，工会干部或代表的行为。即工会干部基于章程之约定或者工会之委托而取得代表工会的职权职责所为的相关活动，当然也属于工会活动。日本《工会法》第六条规定：“工会代表或受工会委托者，享有为了工会或会员与雇主或雇主团体就缔结劳动协议有关事项进行交涉的权利。”第二，根据工会决定或者由工会主导、指挥的行为。包括工会机关明示或默示授权的活动，比如参加集体协商或集体争议活动的行为。第三，会员的自发性行为。工会活动一般以工会机关来决定并组织，但是对于会员自身个别的行为，虽然不是工会机关的决定内容或者没有获得工会机关的批准，但只要其行为的目的是促进工会本身的发展，则一般也被认定为“工会的正当行为”³⁹³。具体而言包括三种类型：（1）工会干部选举中的独立投票行为；（2）会员基于工会民主原则在工会内部提出反对和批评意见的行为；（3）会员为了实现全体会员或工会的整体的经济利益而对外违反工会方针所进行的自主性活动。

不过，对于会员自发性的违反工会方针的行为，必须强调四个限定性条件才能真正被承认为合法有效的工会活动：

一是该自发性行为必须有助于实现工会或全体会员的利益。在具体认定标准上，日本学界存在两种理解，采取“主观说”者认为此行为应当主观上存在“为工会或会员利益”³⁹⁴的行为。采取“客观说”者认为该行为是“得承认在工会目的范围内”³⁹⁵或者“系作为会员者所通常所期待者”³⁹⁶或者“客观看来，得承认

392 陈建文：“工会行动权的事理思考与法理探讨”，《台湾劳动法学会学报》，2011年第10期，第177页。以及李柏毅：《日本“支配介入”之不当劳动行为研究——兼论我国工会法第35条第1项第5款相关裁决》，国立政治大学硕士论文，民国一零二年，第16页。

393 田思路：《日本劳动法研究》，北京：中国社会科学出版社，2013年版，第288页。

394 [日]沼田福次郎：“労働組合の正当な行為”，载《新講座》（第6卷），有斐阁，1967年版，第121页。转引自张义德：《不当劳动行为制度之研究——以日本与我国之“不利益待遇”为中心》，国立政治大学硕士论文，民国九十七年，第65页。

395 [日]外尾健一：《労働団体法》，筑摩書房，1975年，第239页。转引自张义德：《不当劳动行为制度之研究——以日本与我国之“不利益待遇”为中心》，国立政治大学硕士论文，民国九十七年，第65页。

396 [日]片岡昇著、村中孝史：《労働法（1）—総論・労働団体法》（第四版），有斐阁，2007年，第277页。转引自张义德：《不当劳动行为制度之研究——以日本与我国之“不利益待遇”为中心》，国立政治大学硕士论文，民国九十七年，第65页。

系工会之目的而身为会员进行该行为乃理所当然者”³⁹⁷。但是，由于“主观说”在证明上较为困难，因此一般认为可以综合两种学说来加以认定这种自发行为与工会或全体会员利益的相关性。

二是会员的自发性行为不得违反法律的规定。比如会员违反法律保障的工会代表权而与雇主进行私下协商，是无效的。

三是会员对内的民主活动或者对外为实现会员和工会利益的违背工会方针的活动，不得有损于工会作为集体团结权的权利行使主体，而对于个别团结权之会员所具有的“统制权”的行使。即在对外关系上，会员自发性的行为即使具有工会活动的正当性，但工会仍然可以在对内关系上对其基于章程而为惩戒、警告等。

四是如果属于非工会会员的劳动者之自发性活动，则只有在其具有成为会员的现实可能性时，其从事的行为也才具有被认定为工会活动的可能性。也就是说在劳动者向“会员”或“预备会员”的角色转换过程中，应当具有成为预备会员的现实可能性。比如为筹建工会而互相协商、宣传、咨询、开会讨论等行为，可以视为是为了组成和加入工会的“准备”行为，可以被纳入到“加入或组织工会”的范畴中而得到保护。

2. 目的正当性

正当的工会活动一般以促进和改善劳动条件和经济地位之向上为目的，不过，对于附随该经济目的的政治活动、文化和社会活动也属于正当的工会活动。应当明确的是，就工会目的性的正当性要求而言，“政治、文化、社会活动本身就没有成为保护的對象，但是当劳动者所进行的是工会活动的一环时，就成为被保护的對象。”³⁹⁸之所以将非经济目的性活动纳入正当工会活动范畴，是因为随着“国家经济上的机能的增强，特别是强化了高度发展的独立资本与国家权利的结合，就此与劳工的利益关系也变得复杂，劳工的经济要求已经无法单纯在经济问题的范围内被加以解决，故只要是工会机关为了保护会员的生活利益而认为必要的政治活动，在对于雇主的关系中，一般仍被评价为工会活动”，从根本上，将附随性的作为实现工会经济目标的政治、文化和社会活动纳入正当的工会活动范畴加

397 [日]青木宗也、金子征史：《労働関係法》（改訂版），日本評論社，1994年，第223页。转引自张义德：《不当劳动行为制度之研究——以日本与我国之“不利益待遇”为中心》，国立政治大学硕士论文，民国九十七年，第65页。

398 余岳动：《日本不当劳动行为类型及审查基准之研究》，中国文化大学硕士论文，民国九十五年，第61页。

以保障，是符合雇主之不当劳动行为对于团结权充分保障的价值追求的。

3. 形态的正当性

团结活动的正当性界定，其核心主要涉及到劳动者之团结权与企业之经营权和财产权之间的矛盾界限问题。由于团结权在法益属性上具有直接的和较强的生存权属性，法律为保障劳动者的团结活动而对雇主的财产权、经营权进行一定程度的限制和克减，“是符合‘社会本位’的价值观和利益考量原则的，是用人单位应当付出的一种‘社会成本’和应当承受的一种‘法制代价’”³⁹⁹。劳动法作为社会法本身就是对于民法之“财产绝对所有”和“契约绝对自由”原则之修正，其目的就是为了保持劳资交易力量的实质对等和意思自由，并促进劳动者生存权利的实现。归纳学界对于经营权与团结权冲突时的均衡原则，一般可以概括为如下几个方面：

一是价值权衡原则⁴⁰⁰。尽管劳动权与财产权同为基本人权，但“由于劳动权关涉劳动者这一弱势群体的生存利益和社会生活的安定局面，体现的是一种最具代表性的社会公共利益人权”⁴⁰¹，因此，在财产权与劳动权法益价值冲突时，一般应当坚持生存权优位和社会公共利益最大化原则来进行衡量。

二是契约遵守原则。工会活动一般不能违反基本的劳动契约义务，这个义务包括了契约约定义务和附随义务，包括劳动者对于企业负有的职业忠诚义务的遵守。工作时间内所为之工会活动因为有违反契约的基本义务之虞，除非有正当理由，一般不具有正当性，比如取得雇主明示或默示的同意，或者依照工作规则或集体协议的规定允许以及存在劳资习惯等等。英国《工会与劳动关系法》规定，工人有权在适宜的时间参加工会活动，这个“适宜的时间”指的是“雇员工作时间以外的时间，或者在工作时间内，根据雇员与雇主的协议或者得到雇主的许可，参与工作组织的活动的时间”⁴⁰²。

三是必要性原则。若存在对于雇主之经营权和财产权侵害的可能性时，工会的活动必须以实现工会团结目标之必不可少为要件，德国联邦宪法法院认为：结社活动仅仅以“核心范围”作为被保护的范畴，这些活动“必须是被看作是建立社团和维持其存在以及存在安全（和存在保证相联系）作为‘不可放弃’的活动”，

399 许建宇：“劳动权的位阶与权利(力)冲突”，《浙江大学学报》(社科版)，2005年第1期，第173页。

400 “由于工会宣传活动造成的损害雇主通常会援引到《基本法》第13条规定的住宅权和《基本法》第14条规定的财产权和经营权，因此，在判断张贴广告区域的次数、状况和规模时要根据基本权利冲突采取权利和利益权衡的原则进行处理”，参见[德]W.杜茨：《劳动法》，张国文译，北京：法律出版社，2005年版，第188页。

401 许建宇：“劳动权的位阶与权利(力)冲突”，《浙江大学学报》(社科版)，2005年第1期，第169-170页。

402 李琪：《产业关系概论》，北京：中国劳动社会保障出版社，2008年版，第87页。

“对于工会的活动以至工会的存在都是根本上必要的”⁴⁰³，这是活动范围上的正当性限制。

四是可预期原则。工会活动的方式和范围上一般应该及时告知雇主，以便利雇主采取相应防范措施，降低活动对于雇主权利侵害的损失。

五是比例原则。工会活动本身在方式和范围上必须是必要的、有关联性的最后手段行为，这是活动手段上的正当性限制。

六是实质损害原则。工会活动的正当性还应当从对于雇主经营权或管理权侵害的损害程度来反向审视，如果工会行为具有必要性且没有对雇主的上述权利造成显著侵害，没有给企业的正常业务运行造成实质上的不便，即使工会活动在工作时间或者工作场所内从事活动、或者没有符合可预期的原则，也可以取得正当性。

七是个案分析原则。要综合活动的主体、目的、时间、地点、方式、程度、范围等进行个案综合分析。即一般而应当遵守时间面之基本性的“劳动契约义务”和空间面之“财产权尊重义务”以及由时间和空间面所形成的基本性的“生产秩序稳定义务”⁴⁰⁴。并从工会保护的必要性以及对于雇主财产经营管理权的实质性损害关系上进行具体把握。

（三）集体协商活动的正当性

根据上述一般性的衡量和世界各国集体协商机制的立法和实践运行情况，正当合法的集体协商活动，必须具备如下要件：（1）协商的主体适格，包括协商主体的当事人正当和担当者正当；（2）协商的目的正当，集体协商活动必须以缔结集体协议为目标；（3）协商的主题正当，应当属于法律规定的必要性或者许可性的协商主题；（4）协商的程序合理，包括协商的时间、地点、方式、规则等应当符合法律和当事人约定的要求；（5）协商应当坚持诚信原则，不得虚假协商；（6）集体协商期间双方应当遵守产业和平义务等。不过，在不当劳动行为的构成上，集体协商活动的正当性还需具体分析（参见后文详论）。

（四）雇主经营权行使上的义务与违反义务时对团结权违法性的抵消关系

其一，雇主对于团结权正当性实现具有容忍义务。在前述原则的分析下，可以发现雇主对于劳动者团结权实现上的义务关系：一般而言，基于团结权法益价

403 [德]W. 杜茨：《劳动法》，张国文译，北京：法律出版社，2005年版，第186-187页。

404 陈建文：“工会行动权的事理思考与法理探讨”，《台湾劳动法学会学报》，2011年第10期，第226页。

值的侧重性，雇主对于正当性的工会活动原则上具有容忍义务（容忍义务说）⁴⁰⁵。但如果在工会没有遵守契约义务和对财产权、经营权的尊重义务，或者其行为手段不符合比例原则，或者没有履行对雇主的通知义务等而造成对企业生产经营秩序的实质性破坏时，工会活动的正当性就还会被否定。这区别于那种原则上雇主基于财产权和经营管理权而可以对于工会活动进行限制，并例外尊重团结权实现必要的观点（企业秩序维持说⁴⁰⁶）。应当注意的是，工会的上述义务应当达到“实质上”有损于企业市场经营秩序，并非单纯的义务违反就绝对不具有正当性。所以在团结权保障和财产经营权保障上进行如此倾斜立法，主要在于团结权性质和保护上的极端重要性以及实现上的困难性，因为“企业内工会活动之自由是企业工会存续的关键，排除雇主对于工会活动的干涉和妨害是劳工行使团结权最核心的保障”，因此“雇主在发动人事权、劳务指挥权或财产管理权时，在一定的范围内有让步的义务”⁴⁰⁷。

其二，不当劳动行为制度下的团结权的正当性评价，不仅仅应从正面分析团结权的合法性构成要件，还应从雇主对其经营权行使的正当性角度而从反面来权衡劳动者团结活动的合法性。即使劳动者行使团结权不合法或者不完全合法，如果雇主藉此加重惩处或侵害劳动者，可以看成团结权的违法性与雇主经营权滥用之间存在权利间违法性的抵消关系。这样，在权利行使非法性的对等抵消范围之内，不完全合法的团结权行使行为仍可获得不当劳动行为制度的保障。

其三，如果劳动者团结权的不正当行使或者团结权合法性要件的不足，本身是由遭受到雇主的不当劳动行为之侵害造成的，那么就雇主这种侵害行为而寻求不当劳动行为制度救济时，这个“团结权”仍然具有法律正当性，仍然可以纳入不当劳动行为制度的保护。因此，前文所述之因工会资格的不适格而不能获得不当劳动行为的救济的情形，应当将因雇主之不当劳动行为原因而造成不适格这种情况予以排除。

405 “容忍义务说”在日本劳动法学界属于通说。当然在这一问题上日本学界还提出了“违法性阻却说”（指与一般行为未经雇主同意而具有违法性不同，工会活动由于行使的劳动者或工会的团结权具有正当性而可以阻却侵害雇主财产权和经营管理权的违法性）、“许诺说”（指工会活动对于雇主财产权和经营管理权的侵害一般应当经过雇主之许可或承诺才能取得正当性）或者“企业秩序维持说”等。参见田思路：《日本劳动法研究》，北京：中国社会科学出版社，2013年版，第274-276页。以及张义德：《不当劳动行为制度之研究——以日本与我国之“不利益待遇”为中心》，国立政治大学硕士论文，民国九十七年，第70页。以及张智程：《日本不当劳动行为救济制度研究——以劳动委员会救济命令为中心》，国立政治大学硕士论文，民国一零零年，第123-124页。

406 张义德：《不当劳动行为制度之研究——以日本与我国之“不利益待遇”为中心》，国立政治大学硕士论文，民国九十七年，第70页。

407 林良荣、邱羽凡、张鑫隆：《工会保护与不当劳动行为裁决制度》，新北：劳动视野工作室，2012年版，第35页。

五、反面纾解：雇主正当拒绝协商的具体情由

欲论证雇主在何种情况下构成拒绝协商行为，还应当从反面具体分析雇主在何种情形下具有抗辩协商的正当理由，从而纾解和缓和其行为的“违法性”。何为拒绝协商的正当理由？通说认为：一般包括协商主体适格、协商主题合理、协商方式合理、协商程序妥当以及工会的应对行为合理等方面。

（一）因协商主体所生之拒绝

1. 集体协商的当事人

确定集体协商的代表主体，主要是为了实现团结权的统一性和代表性效果，“面对资方庞大的巨无霸，劳动者即变成经济上、社会上的‘不完全行为能力人’，而需要工会（或其他主体，笔者注）作为其监护人保护其利益。此时在法理上工会所为之意思表示对劳动者而言，有法定代理人之效力，而劳动者的意思表示则通过工会‘客观化’。”⁴⁰⁸因此，工会、职工代表或者其他代表主体对协商代表权的实现，本身是劳动者团结权实现的重要方式，只有由其代表劳动者与雇主进行统一性、专门性、排他性的集体协商，才能实现特定劳动者群体在利益实现上的统一性和整体性效果，才能达到团结或者劳动力相对垄断而与雇主进行博弈的效果，因此，工会、职工代表以及其他主体的代表权在获得劳动者多数充分授权后，就具有正当性的协商代表权，雇主拒绝与劳动者选任出来的代表——工会或者职工代表进行协商，即构成一种不当劳动行为。

何为正当的协商代表？在规范层面，ILO《集体合同建议书》中将集体合同的缔约当事人规定为：“以一个雇主或一群雇主，或者一个或几个雇主组织为一方，一个或几个有代表性的工人组织为另一方，如果没有这样的组织，则根据国家法律和法规由工人正式选举并授权的代表为另一方。”ILO《工人代表公约》第三条对集体协商中的“工人代表”内涵作了解释，即工人代表不仅包括工会代表，也包括选任代表，也就是非工会外的其他被工人选举产生的代表。⁴⁰⁹该公约第五条还进一步强调了工会的优先代表权：“倘若在同一企业内存在着工会代表和选任代表，则应于必要时采取适当措施，以保证选任代表的存在不致被用来破坏有关工会或其代表的地位，并鼓励选任代表同有关工会及其代表之间在一切相关事项上进行合作。”另外《关于促进集体谈判的公约》第三条也强调规定了工会组

⁴⁰⁸ 黄越钦：《劳动法新论》，北京：中国政法大学出版社，2003年版，第197-198页。

⁴⁰⁹ ILO《工人代表公约》第三条规定：“‘工人代表’一词指按照国家法律或实践被如此承认的不论其为（甲）工会代表，也就是由工会代表或工会成员所指派或选出的代表；或者（乙）选任代表，也就是由企业工人按照国家法律或规章或共同协议的规定自由地选出的代表，其职务不包括在有关国家内被承认为属于工会专有特权范围内的活动。”

织相对于工人代表在集体协商权上的优先代表权⁴¹⁰。日本《工会法》第六条规定：“工会代表或受工会委托者，享有为了工会或会员与雇主或雇主团体就缔结劳动协约有关事项进行交涉的权利。”韩国《工会法》（1963）第三十三条也规定：“（1）工会代表或受工会委托的人应享有在关于集体协议的执行和其他事宜上为工会或其会员与雇主或雇主组织进行谈判的权力。（2）单位工会可以通过全体会议或代表委员会的决议将谈判委托给有关工会所从属的工会同盟。（3）如工会依照第（2）款将谈判委托给工会同盟、则应通知雇主或雇主组织和行政当局。（5）如无正当理由，雇主或雇主组织不得拒绝与工会代表或受工会委托的人签订诚意的集体协议。”⁴¹¹ 这条规定确立了集体谈判的三个主体：工会、受托主体和工会同盟，第（5）项的“工会委托的人”实际上已经涵盖了“工会同盟和其他受托主体”。按照该法第三十九条规定，“无正当理由，而拒绝或疏忽集体协议的执行或与工会代表或者由工会授权的人进行任何其他集体谈判”的行为是不当劳动行为。值得注意的是，韩国1993年制定的《工会和劳动关系调整法》将雇主拒绝协商的不当劳动行为规定为，雇主“在无充分理由的情况下，拒绝或拖延与一家工会代表或一名由一家工会授权人员的集体谈判”⁴¹²。

总结上述立法，可以发现集体协商的代表一般包括上级工会、职工代表、其他委托代表和工会同盟四个代表权主体。从本质上看，上述主体的代表权主要来自于会员的授权合意行为和法律的规定。就会员的授权意思表示和授权关系看⁴¹³，在集体协商整个运行过程中，会员的授权行为可以多次行使：

首先，对于工会的代表权，由于劳动者进行团结的基本组织形式就是工会，因此，劳动者一旦组织或者加入工会，就等于对于工会代表自身改善劳动条件之目的进行了权利的概括性授权，工会当然具备包括协商权在内的对于工会会员的

410 ILO《关于促进集体谈判的公约》第三条规定：“倘若在执行本条第1款中‘集体谈判’一语也包括与该款所述的工人代表进行的谈判，必要时，应采取适当措施保证这些代表的存在不被用来损害有关工人组织的地位。”

411 劳动和社会保障部劳动科学研究所：《外国劳动和社会保障法选》，北京：中国劳动出版社，1999年版，第132页。

412 参见[德]鲁道夫·特劳普-梅茨(Rudolf Traub-Merz)、张俊华：《劳动关系比较研究》，北京：中国社会科学出版社，2010年版，第86页。

413 对于集体协商代表的授权意思的强调，可以参见我国台湾地区《团体协约法》第六条的规定：“依前项所定有协商资格之劳方，指下列工会：1. 企业工会。2. 会员受雇于协商他方之人数，逾其所雇用劳工人数二分之一之产业工会。3. 会员受雇于协商他方之人数，逾其所雇用具同类职业技能劳工人数二分之一之职业工会或综合性工会。4. 不符合前三款规定之数工会，所属会员受雇于协商他方之人数合计逾其所雇用劳工人数二分之一。5. 经依劳资争议处理法规定裁决认定之工会。6. 劳方有二个以上之工会，或资方有二个以上之雇主或雇主团体提出团体协约之协商时，他方得要求推选协商代表；无法产生协商代表时，依会员人数比例分配产生。”其主要意义在于明确产业、职业和综合性工会对于劳工的代表性，即会员超过雇主所雇用人数的一半以上，该工会才具有正当性。

代表权。⁴¹⁴在集体团结权内涵下，这本属于集体团结权的“统制权”范畴。但是这种代表权的产生从权利根源上看来来自于会员的授权意思表示，工会的协商代表权权限，一般为概括授权，这属于“一次”概括授权，而这“一次”授权关系，对工会而言不仅界定了代表权的“有无”，而且也确定了工会代表权的一般性权限。

其次，会员基于授权合意也可以在工会特定的代表权获得中对于这种权限的范围进行干预，比如在对于重大协商事项上的“二次”授权，这就限制和约束了工会代表权的大小。

再次，对于集体协商活动这种最为主要的工会团结活动，还存在集体协商关系上对多个代表权进行再次确权的权利，这可以看做会员对工会代表权的“第三次”授权。西方多会制下，既有竞争性选举下形成的排他性协商代表权(exclusive representation rights)，也有采取分散性选举下形成的多元代表制(multiple representation rights)，即允许两个以上工会在同一选举单位内分别取得集体协商的代表权。前者可以看成对于代表权的再次授权。同时，既然工会的权利来自于会员的委托合意，在工会自身无法代表、拒绝代表时，会员还可以否定特定工会的代表权，而委任其他主体代表自己进行协商。

结合前述铺垫，就拒绝协商不当劳动行为构成而言，劳方的协商代表与拒绝协商的成立，主要需要回答以下几个问题：

第一，雇主对于劳方委任的任何代表是否都有不得拒绝协商的义务？对此，学界存有共识：对于工会委任人员，工会有特别自由，法律无须加以限制，所委任之人选，“未必限于工会会员或干部，像其他工会之干部（包括工会上级组织）、律师或是受到解雇之受雇者，皆可成为受任之对象。即便劳资之间存在不使试用员工加入工会之习惯，但在抵触团结权的限度下，雇主仍不得因试用员工加入工会并为协商代表为由拒绝协商”⁴¹⁵。因此，对于劳方经过充分授权或法定获得具有代表权的主体，包括首席代表和其他代表，雇主均不得以此为由拒绝协商。

第二，协商代表权是否可以委托给团体组织？学界主要有两种认识⁴¹⁶，赞成者认为：工会的实际运作常采取团体间互相协力的形态，为强化工会的协商力量，

414 刘诚：“集体谈判与工会代表权”，载顾辉主编：《中国工会·劳动关系研究·2011》，北京：光明日报出版社，2012年版，第55页。

415 参见洪明贤：《论劳动法上之团体协商义务——我国法与日本法之比较研究》，国立台湾大学硕士论文，民国九十八年，第69-70页。

416 参见洪明贤：《论劳动法上之团体协商义务——我国法与日本法之比较研究》，国立台湾大学硕士论文，民国九十八年，第70页。

在没有其他法令限制的前提下,只要上级工会具备工会法上关于工会成立之实质要件和形式要件而合法成立,当然可以获得交涉代表权。即便是团体成为受任者,也不代表其任何成员皆可实际参加协商,现实中受任协商之人仍可以加以限制,因此不存在所谓“大众协商”的疑虑;反对者则认为:团体协商应基于当事人之意思,并在其统制下进行,如果将协商委任其他团体,难免会受到其他团体意思之干扰,难以实现协商的意思统一性。笔者认为,在劳资组织构成的不同体制下,实际上大多都赋予双方组织以法人资质,因此,从强化劳资双方缔约能力和法人的民事主体资格角度,赋予团体的协商资格,是完全正当和必要的。

第三,劳资双方是否可以事先约定协商主体必须排除第三方而只能委任双方内部成员从之?也有两种意见⁴¹⁷,赞成者认为:这种“排除第三人”的条款体现了工会的意思自治性,加之该条款仅限制关于协商代表事宜,并非影响工会之当事人资格,因此应当承认约定有效;反对者则认为:协商权的内涵本身就包括了劳方可以自由决定用何种方式去选任代表,如果事先约定加以限制,应不承认其效力。事实上,由于工会组织本身存在知识局限,为了获取充分的谈判能力,应当保证其借助其他外部主体的权利。况且在工会自身能力不足或者无法代表会员履行职责时,法律一般会直接赋予上级组织具有替代性的协商代表权,此时自然无法排除代表主体的外在关系。

第四,委托协商人与工会优先专属代表权的关系如何确定?根据工会的优先专属代表权原理以及相关立法的指引,可以明确:一是无正当理由不得侵害工会本身的优先协商代表权,这是由工会的组织性质决定的。因为劳动者既然选择组织和加入工会,就是以工会作为自己利益的“第一代表人”而进行意思授权的。二是委托协商主体的产生应当进行新的授权程序,由会员大会或者代表大会或者工会履行委任程序。三是委任代表的协商权限应当有明确的委托授权范围,委托协商人的代表权限也只限于受委托的范围。在进行集体协商时,劳方应将委托事宜向协商对方通告,将委托人的姓名、协商事项和委托权限一并告知。委托人如果不能证明自己获得代表性授权或者特定协商权限上的委托授权,资方协商主体可以拒绝与之进行集体协商,并不构成不当劳动行为。

2. 集体协商的担当者

417 参见洪明贤:《论劳动法上之团体协商义务——我国法与日本法之比较研究》,国立台湾大学硕士论文,民国九十八年,第70-71页。

对于劳方集体谈判的担当者⁴¹⁸，在保持会员的授权合意和工会享有优先协商代表权的原则下：（1）对于首席协商代表，如果上级工会对下级具有充分的统制力，一般应按照“工会→上级工会（委托或依法获得谈判权）→委托其他主体”的顺序进行确定。对应地，集体谈判的担当者应当按照“工会主席（或其委托的副主席等）或职工代表→上级工会主席或其委托的其他主体等→其他被委托主体”的顺序确定。如果上级工会对下级没有充分的统制力，一般应当按照“工会或职工代表→委托其他主体（上级工会或其他主体）”的顺序进行确定。对应地，集体谈判的担当者应当按照“工会主席或职工代表（及其委托的其他主体）→其他被委托的主体（上级工会主席或其他被委托主体）以及该委托人再次委托的其他主体”的顺序来确定。（2）对于上述两种情形下的除首席协商代表外的其他代表的确定，为了保证代表形成的公正性和民主性，应当由首席协商代表提名，并由会员大会或代表大会选举产生。

应当注意的是，在劳方的主体内涵上，前文所述的工会法上的劳动者范畴都被包括在内，也即因暂时丧失劳动契约关系的“失业者”、或者遭受雇主不利益的其他会员都能够成为协商的被委托主体。同时，上级工会干部、企业外的其他主体经过委托也能够成为协商的代表主体。

对于雇主方的协商代表的确定，在雇主拒绝协商不当劳动行为构成讨论上，不作详谈，但总体上与上述劳方协商代表的确定规则类似。同时，在雇主的范畴上，包括了前文所述之劳动者无契约关系，但对劳动者有支配地位，决定他们劳动条件的主体也可以成为集体谈判的雇主。而且，雇主联盟也可以接受委托成为谈判主体。不过，应当注意的是，雇主方委托的协商代表应当具有一定的实质性权限，能够反映企业一定的立场和观点，“如果雇主特意指派不具有实质权限之代表进行协商，反倒可能是不诚信协商的样态之一”⁴¹⁹。（见后页分析）

（二）因协商方式所生之拒绝

1. 协商的结构

418 我国相关法律对集体谈判的当事人做了初步的规定，参见《劳动合同法》第五十一条：“集体合同由工会代表企业职工一方与用人单位订立；尚未建立工会的用人单位，由上级工会指导劳动者推举的代表与用人单位订立。”《集体合同规定》第二十条：“职工一方的协商代表由本单位工会选派。未建立工会的，由本单位职工民主推荐，并经本单位半数以上职工同意。职工一方的首席代表由本单位工会主席担任。工会主席可以书面委托其他协商代表代理首席代表。工会主席空缺的，首席代表由工会主要负责人担任。未建立工会的，职工一方的首席代表从协商代表中民主推举产生。”第二十一条：“用人单位一方的协商代表，由用人单位法定代表人指派，首席代表由单位法定代表人担任或由其书面委托的其他管理人员担任。”

419 洪明贤：《论劳动法上之团体协商义务——我国法与日本法之比较研究》，国立台湾大学硕士论文，民国九十八年，第72页。

在多元化的集体谈判结构关系下，不仅会增加协商关系的复杂性，还会对协商主体的产生造成不同影响。按照一般国家的谈判等级关系⁴²⁰和谈判的实际操作类型，集体谈判一般存在以下五种谈判结构关系⁴²¹：（1）企业层面的谈判。指的是在一个企业范围内，由企业之雇主与企业所属内的工会进行的谈判。这一层面，同一企业可能会存在多会制或单一工会制的情形，由此会产生与雇主进行谈判的代表工会的问题。在多会制下，总体上看，世界立法上要么采取多元代表制，即企业内所有工会均有权与一个雇主进行谈判，雇主不得拒绝。要么采取专属代表制，即通过工会之间的代表权竞争程序，选举出最能代表所有工会会员的工会，作为唯一谈判代表，此时，雇主有义务与之进行专属谈判，且不得私下与在其他在选举中未获胜的工会进行谈判，也不能抛开工会直接与其雇员谈判，即使属于雇员主动提议进行谈判⁴²²，否则属于不诚信协商的不当劳动行为。而如果在单一工会制下，企业层面则只存在一个工会且具有唯一的协商代表权。当然，在单一工会制下，还存在该唯一工会无法代表或拒绝代表会员时的协商代表权委托关系，此时的协商代表可能是会员委托的其他主体或上级工会等。（2）统一的集体谈判。指全国层面的雇主组织与对应的工会组织，或者产业或区域层面的雇主组织与对应的工会组织之间，双方各自代表所辖的雇主或工会会员，统一就特定的劳动条件等进行谈判。在这种谈判结构中，双方也各自为唯一的专属的协商代表。（3）斜行谈判或者对角线谈判。即非对等层次的工会或雇主之间进行斜行谈判，如上级工会与下级工会对应的企业进行谈判，或者产业雇主组织与企业工会进行谈判等。此时的谈判往往是由于上级工会组织和雇主组织不存在，或下级工会或下级雇主无法或拒绝履行代表职责，上级工会或雇主组织依法律规定主动协商并获得协商代表权，或者应下级申请而获得协商代表权。这种谈判结构中，上下级工会或雇主之间的关系，是谈判权的替代关系，双方的协商主体也是唯一的。（4）联合谈判。指上下级工会或雇主组织之间共同组成一个谈判团队，与一个下级雇主或工会进行谈判的关系，这样的谈判关系中，上级辅助下级共同与下级对应的主体进行谈判，下级组织是主要的协商主体。（5）群体谈判。是指一群工会与一群雇主联合进行谈判的结构关系。这样的谈判，双方最终形成一对一的协商主体关

420 集体谈判的等级或层次一般包括四级：国家级谈判、产业级谈判、区域级谈判和企业级谈判。

421 参见[德]鲁道夫·特劳普-梅茨(Rudolf Traub-Metz)、张俊华：《劳动关系比较研究》，北京：中国社会科学出版社，2010年版，第36-37页。以及[韩]金秀坤：《韩国劳资关系》，方振邦译，北京：经济科学出版社，2005年版，第316-317页。

422 道格拉斯·L·莱斯利：《劳动法概要》，张强译，北京：中国社会科学出版社，1997年版，第12-14页。

系，协商要约承诺的对象也是明确的。

上述五种协商结构中，上下级组织之间的协商权限分配总体应当遵循：（1）上级组织仅是单纯的联络协商机关时，其并不能享有作为上级工会的协商权限，而如果上级组织对下级具有完全统制力时，上级组织可以获得代表下级组织协商的完全权利；（2）上级组织对下级没有完全统制力时，则只能在各自独立的事项或者共同的事项上拥有协商代表权；（3）上下级组织对于同一事项均有协商权时，应当统一协商权限，不得强迫雇主从事二重协商，在对方完成统一协商内容、主体以及代表权之前，雇主对此没有回应协商的义务。同理，对于总工会与分工会之间的协商主体资格，须依工会组织规约和运转形态进行判断；如果分工会具有独自的规约、能够采取“受到统一团体意思下所支配的统制行动”，以及“在财产的基础上须存在成员提供的资金”等，仍然能够保有作为团体协商当事人的资格。但是，即便属于独立组织，对于具体的协商范围，还会受到工会内部权限划分的限制，其能够享有的协商权限，通常也仅限于该组织特有的事务。⁴²³

2. 协商的方式

集体谈判的方式一般包括会议方式和书面形式。日本判例认为，劳资双方通过会面采取口头协商的方式，有利于顺利并迅速地进行意思沟通，这种“直接善良的方式最合适”，在能够采取这种方式时，无正当理由固执地坚持以书面方式或者采取传真、视频电话的方式会被认定为不当劳动行为。⁴²⁴因此，有必要规定：在协商双方中有一方拒绝采取会议协商方式的⁴²⁵。

（三）因协商事项所生之拒绝

将集体协商的事项进行必要性或者强制性的规定，实际上意味着对于资本权利在劳资之间的分割、分配和分享。早期的集体协商事项对于资方的人事经营管理权一般属于资本权利之当然范畴，是禁止在劳资之间进行强制谈判或者利益分割的，但在产业民主理论的不断推动下，这些传统的资本权利只要直接关涉到劳动者的利益，就有可能成为谈判的强制性事项。在通过集体谈判机制来确定劳动条件的模式下，资方真正的单独决定的权利只属于集体谈判强制性或许可性事项

423 参见洪明贤：《论劳动法上之团体协商义务——我国法与日本法之比较研究》，国立台湾大学硕士论文，民国九十八年，第29-30页。

424 余岳动：《日本不当劳动行为类型及审查基准之研究》，中国文化大学硕士论文，民国九十五年，第87页。

425 我国很多地方性规定直接要求不得采取非会议形式。

之外的事项，这就是所谓劳资权利分配上的“剩余权利规则”⁴²⁶。

ILO《关于促进集体谈判的公约》第二条规定，集体谈判是指“包括在以一个雇主、一个雇主团体或一个或一个以上的雇主组织为一方，以一个或一个以上的工人组织为另一方进行的所有谈判，以（a）确定工作条件和雇佣条件；和/或（b）调整雇主和工人之间的关系；和/或（c）调整雇主或其组织同一个工人组织或一个以上的工人组织之间的关系。”而按照美国《瓦格纳法》的规定，集体谈判的双方“应在任何一方提出要求时，在适当的期间就工资、工时、有关就业的其它条件老老实实在地商谈”。美国上诉法院还强调，集体谈判中的强制性协商主题，只能指代一种“与雇佣条件有一直接及显然的关系”即可，而不能是一种“遥远而附随的关系”⁴²⁷。因此原则上，协商应围绕着与劳动条件的改善有直接关联的事项进行，这些内容一般是强制性协商的内容，雇主不得拒绝协商，直至协商陷入僵局。而与劳动条件无直接关系的事项，则属于企业排他性经营权的范畴，雇主享有排他性权限，一般不属于强制性协商内容，雇主对其拒绝协商不构成不当劳动行为。为了进一步说明上述“与雇佣条件有一直接及显然的关系”的内涵，美国还将谈判主题分为强制性、许可性和非法性项目。⁴²⁸其中，强制性的谈判项目（mandatory bargaining items）包括：工资率、工资、工作时间、加班工资、轮班工资及差别、节假日、离职金、退休金、保险福利、利润分享计划、圣诞节奖金、公司住房、就餐及优惠、员工安全、工会安全、劳资关系、员工的药物检验；自愿性（许可性）的谈判项目（voluntary or permissible bargaining items）包括：补偿金、管理层对工会事务的权利、退休员工的退休福利、谈判单位的规模、协议内所包含的上级、工会标志的使用、不公平劳动指控的处理、自助餐厅的价格、谈判团队的人数、破坏罢工者的雇佣问题等。由于许可性谈判主题具有“随意”（permissive）⁴²⁹性质，双方均可以拒绝进行谈判或者自愿选择进行谈判，法律没有强制性要求，拒绝谈判时不构成不当劳动行为，谈判人员也不得因为坚持该类主题而使谈判过程陷入僵局或者以此项内容作为达成谈判的条件；非法谈判项目（illegal bargaining items）包括对员工进行种

426 程延园：《集体谈判制度研究》，北京：中国人民大学出版社，2004年版，第206页。

427 [美]William Gould：《美国劳工法入门》，焦兴凯译，台北：国立编译馆，1996年版，第196页。转引自南京大学法学院《人权法学》教材编写组：《人权法学》，北京：科学出版社，2005年版，第226页。

428 [美]加里·德斯勒：《人力资源管理基础》，刘钢等译，北京：清华大学出版社，2012年版，第345页。

429 周长征：《劳动法原理》，北京：科学出版社，2004年版，第87页。

族隔离条款、“热货条款”⁴³⁰ (hot cargo clause)、差别待遇条款⁴³¹或者封闭工会条款等方面, 这些事项不仅可以拒绝谈判而且达成的协议也是非法无效的。韩国《工会与劳动关系法》对于必要性谈判主题的规定, 一般包括⁴³²: (1) 适用于全体会员的共同性的劳动条件; (2) 与劳动条件直接关联的人事事项, 比如对会员的解雇、调动、惩戒等关乎会员劳动条件和待遇且具有集体性质的人事基准事宜。(3) 与劳动条件直接关联的经营事项, 有关设备引进、生产方法变更、生产场所转移、营业转让、公司组织变更、业务发包等经营事业只有与劳动条件和待遇有直接关联影响时, 才能成为必要性的谈判主题; (4) 集体劳动关系事项, 比如工会安全条款的缔结、为工会活动提供必要条件和便利、集体谈判的具体程序、集体争议的处置程序等也是必要的谈判事项。日本法上关于集体交涉的强制性交涉事项, 一般限定于“雇主可以控制的、有关工作条件或会员的其他待遇及集体劳动关系的管理方面的内容”, 具体可以分为三类: 第一类是关于雇员的工作条件和其他待遇的一般性内容, 包括工资、工时、休息休假、请假、安全卫生、工伤意外赔偿、技术培训和关于个人离职、纪律、调动、解雇等方面的人事考核事宜; 第二类是与劳动条件和待遇具有相当程度关联的企业管理营运事项, 比如新机器的引进、生产工序的改变、工厂的迁址和业务的转包, 只要这些内容影响到雇员的劳动条件和其他待遇, 也属于强制性的交涉内容; 第三类即是集体劳动关系的管理, 包括强制入会的协议或条款、工会活动的章程、工会活动的基金、集体交涉的程序、行业行为的实施、劳资协商规制、劳动争议的处理程序等方面。⁴³³另外我国台湾地区《团体协议法》也明确了必要的谈判事项⁴³⁴, 总体上也可以分为劳动条件和管理类、产业民主类、准劳动关系类和工会安全类⁴³⁵。

总结上述, 必要性的谈判事项, 一般指的是与劳动者劳动条件有关联的事项, 具体而言指雇主具有处分权限的以下内容:

430 指在团体协议中约定雇员不得处理与工会发生劳动争议之其他雇主所生产的货物或处理之货品的条款。

431 指雇主为了阻止雇员加入工会, 在团体协议中约定可采取差别雇佣待遇的条款。

432 王益英:《外国劳动法和社会保障法》, 北京:中国人民大学出版社, 2001年版, 第506页。

433 参见[日]荒木尚志:《日本劳动法》, 李坤刚、牛志奎译, 北京:北京大学出版社, 2010年版, 第131页。以及[日]尚志竹内:“日本劳动法上的总工会与社会工会”, 载刘俊:《社会法学研究》, 北京:法律出版社, 2013年版, 第193页。

434 我国台湾地区《团体协议法》第十四条:“团体协约得约定下列事项: 一、工资、工时、津贴、奖金、调动、资遣、退休、职业灾害补偿、抚恤等劳动条件。二、企业内劳动组织之设立与利用、就业服务机构之利用、劳资争议调解、仲裁机构之设立及利用。三、团体协约之协商程序、协商资料之提供、团体协约之适用范围、有效期间及和谐履行协约义务。四、工会之组织、运作、活动及企业设施之利用。五、参与企业经营与劳资合作组织之设置及利用。六、申诉制度、促进劳资合作、升迁、奖惩、教育训练、安全卫生、企业福利及其他关于劳资共同遵守之事项。七、其他当事人间合意之事项。学徒关系与技术生、养成工、见习生、建教合作班之学生及其他与技术生性质相类之人, 其前项各款事项, 亦得于团体协约中约定。”

435 参见吴育仁:“台湾集体协商法律政策之分析”, 《台湾劳动评论》, 2010年第2期, 第363页。

一是劳动条件及相关待遇事项，包括工资、工时、休息休假、请假、安全卫生、工伤赔偿、职业培训等；二是与劳动条件相关联的人事事项，包括个人离职、纪律、调动、解雇的标准、程序及考核事宜；三是与劳动条件有关联的经营事项，比如组织变动、管理层变动、工作场所转移、企业设备更新、生产方式转变等引起或将要引起劳动条件变化的事项；四是与集体劳动关系运作有关的事项，包括工会安全条款、集体协商的程序、工会运营和工会活动的规则以及与雇主之间的权利义务，集体争议的解决（包括对不当劳动行为争议的救济）等。

但是，关于与劳动条件有关联的企业经营事项，在范围宽窄度上具体该如何把握？学界对其内涵的界定存在三种认识：

（1）区分经营的“决定”与“影响”⁴³⁶。即企业营业的相关决定本身属于企业经营权的当然范畴，因此一般不属于必要谈判事项，但是就伴随着该经营事项而对劳动条件产生改变的事项或行为，则属于必要谈判事项。比如企业因经营需要而进行搬迁本身不属于必要谈判事项，但随着搬迁而来的工作调动措施或方案，就会成为必要的谈判事项。不过，这种情形一般发生在“经营的决定”与“决定的影响”本身区分较为明晰的时候。实践中如果“经营决定本身与影响不可分时，由于彼此间关联性较为密切，评价为义务协商事项的机会似乎更高。”⁴³⁷

（2）对于经营决定进行“利益与负担平衡”。这一观点来自于美国，美国早期实践中一般采取美国劳资关系委员会所提出的“重大损害的经营权”作为标准来衡量，即以雇主对于经营权的决定行为“是否将造成协商单位内受雇者之工作保障、就业安全、或合理劳动机会期待的重大损害（significant impairment）”来裁度是否将该行为纳入必要协商事项。由于这一范围较窄，联邦最高法院又创立了“利益与负担平衡”原则，即依照“在协商对企业自由决策所造成的负担与协商对于产业关系所能获得的期待利益和效果之间进行平衡”⁴³⁸的方式来进行衡量，总体上后者更为弹性，对于经营权事项在协商范围上的认定也较为宽泛。

（3）采取广义解释。因为进行协商并不等同于答应工会方的协商要求，过宽解释不会对雇主造成过重的负担，因此在“不得拒绝协商”的范畴上，对于与

436 洪明贤：《论劳动法上之团体协商义务——我国法与日本法之比较研究》，国立台湾大学硕士论文，民国九十八年，第61页。

437 洪明贤：《论劳动法上之团体协商义务——我国法与日本法之比较研究》，国立台湾大学硕士论文，民国九十八年，第64页。

438 吴育仁：“美国劳资集体协商政策中经营管理权和工作权之界限：从协商议题之分类与法律效果观察”，《台大法学论丛》，2002年第32卷第1期，第102-110页。

劳动条件相关的经营权事项可以从宽理解。⁴³⁹

对比上述观点,可以发现学界基本上采取一种较为弹性和宽泛的态度来界定雇主经营权事项的必要协商范畴,原本当然属于雇主经营权的那些事项也可以成为必要协商事项,由于协商不等于承诺,在界定拒绝协商的不当劳动行为上,应当结合协商主题从宽进行解释。

(四) 因协商程序或规则所生之拒绝

企业集体谈判一般按照“一方发出协商要约→另一方作出回应→雇主向劳方提供谈判资料,双方做好谈判准备→举行谈判→签订协议”的流程进行。就拒绝协商不当劳动行为的构成看,上述五个步骤需要注意:

(1) 一方向对方发出协商要约。一是在启动协商的时间上,就同一事项在前一协议有效期内一般不得再次提起,但是可以在上一个协议有效期截止前的合理时间提出;二是要注意发出协商要约应当载明我方协商代表的姓名、人数等,协商的要约主体和对方的承诺主体的正当性都应当是适格的;三是要约中应当载明协商的主题以及相应的理由,协商的内容应当是必要的协商主题事项(许可性协商由双方约定),要具有操作性和可行性;四是提议协商的时间应当合理,协商的地点应当尽可能便利双方,协商的方式应当可行、便于双方开展协商活动;五是协商要约的意思表示应当清晰、准确,应当以书面形式向对方发出;六是应当给对方留出合理的考虑时间以及明确的回应时限等等。

(2) 另一方作出回应。集体协商任何一方均可以签订集体合同或专项集体合同作为目标,就必要性的协商事项,一方应以书面形式(书面形式比口头形式更为郑重)向对方提出进行集体协商的要求。另一方在收到集体协商请求之日起的合理时间内,也应当以书面形式给以回应,无正当理由不得拒绝或拖延回应。这个“正当理由”的考虑应当综合协商事务重要性和紧迫性、延期理由的充分性、延期程度的大小等进行综合确定。

不过,这里应当注意的问题是,要注意区分实质性事项与程序性事项在拒绝时的法律性质。我国台湾地区规定“对于他方提出合理适当之协商内容、时间、地点及进行方式,拒绝进行协商”的行为是不当劳动行为,但若雇主以集体协商的程序规则不合理为由拒绝协商,是否正当合法?一般而言,对于集体协商的规

439 [日]角田邦重、毛塚勝利、脇田滋編,《新現代労働法入門》,第3版,法律文化社,2005年版,第365頁。轉引自洪明賢:《論劳动法上之团体协商义务——我国法与日本法之比较研究》,國立台灣大學碩士論文,民國九十八年,第64頁。

则，应当综合考量各种因素来判断其合理性，不具有合理性的可以拒绝，但如果雇主在合理性的规则最终得到确定之前只是固执地坚持自己对于谈判规则的意见或者固执地以规则未确定而拒绝进行实质性的集体谈判，则会构成不当劳动行为⁴⁴⁰。如果一方对于协商要约的主要内容接受协商，而对于非实质性的程序事项等提出更改的“反要约”，则一般不属于对于集体协商要约的“反要约”，进而不构成拒绝协商的不当劳动行为。⁴⁴¹

(3) 资方向工会提供相关资料，双方做好准备。包括选举协商代表，确定协商时间、地点、人数，搜集与协商有关的资料、法律规范，听取各有关方面意见和建议，草拟集体协商议题的解决方案等⁴⁴²。如果劳资之间协议在工作时间内协商或者存在在工作时间协商的惯例时，双方不得无故变更或拒绝。劳资双方可以在工作地点进行协商，如果雇主指定在工作外的其他场所进行协商，“当其具有合理性，且对于劳动者没有特别的不利益时”⁴⁴³均是正当的。劳资双方可以根据协商事宜的难易等委任“一定比例”的专业人士作为辅助人员参加谈判，双方不得拒绝该专业人士参加谈判。这个比例的确定至少不得超过双方各自代表的一半，一般按社会通念的认识来确定⁴⁴⁴。

(4) 举行谈判。集体协商一般采用会议谈判形式（书面协商形式在协商的郑重性、效果和效力上都会产生一些问题）。一般的谈判程序包括：A. 主持者宣布会议的流程和纪律；B. 一方首席代表提出具体的协商内容及要求；C. 另一方首席代表进行回应；D. 谈判双方就协商事项各自发表见解，并展开充分的讨论；E. 双方首席代表最后归纳意见，达成一致。谈判过程中应当委任中立的第三方进行记录（或者录音），双方不得拒绝记录。同时，双方应当进行实质性的协商，不得违反诚信协商原则（参见下文分析）。

(5) 谈判成功则由双方首席代表签字并作成正式书面文本，集体协议正式生效。应当注意的是，协商不等于妥协，正当的妥协并不属于拒绝协商行为。

雇主对于上述合程序规则，如果不合理地表示不同意、固执己见、无正当理由拖延时间、要求为谈判的进行设定各种条件以及妨碍谈判进行，就是一种不诚信行为，就构成拒绝协商的不当劳动行为。

（五）因工会自身的应对行为所生之拒绝

440 田思路：《日本劳动法研究》，北京：中国社会科学出版社，2013年版，第291页。

441 常凯：《劳权论》，北京：中国劳动社会保障出版社，2004年版，第262页。

442 参见《上海市集体合同条例》第十五条：“集体协商双方在正式协商前应当进行下列准备工作：（一）自双方同意集体协商之日起十五日内产生协商代表，并书面告知对方；（二）协商确定集体协商的时间、地点；（三）搜集与本次集体协商议题有关的情况和资料；（四）听取各有关方面对本次集体协商的意见和建议；（五）了解与集体协商议题有关的法律、法规和其他有关规定；（六）草拟集体协商议题的解决方案；（七）其他需要准备工作。”

443 四条畷カントリー倶楽部事件，大阪地判昭和62(1987).11.30，劳判508号28页。转引自洪明贤：《论劳动法上之团体协商义务——我国法与日本法之比较研究》，国立台湾大学硕士论文，民国九十八年，第75页。

444 《广东省企业工资集体协商指引》（2011）第（四）条：“首席代表可以书面委托本企业以外的专业人员作为本方协商代表。委托人数不得超过本方代表的三分之一。首席代表不得由非本企业人员代理。”

集体协商本身就是实现产业和平的基本方式,如果劳资双方在实现集体自治中采取暴力行为或威胁行为,就会破坏这种协议自治的基础。在雇主拒绝协商构成认定中,如果劳方代表在协商中采取暴力或者胁迫行为来回应雇主,雇主可以拒绝并不构成不当劳动行为。而且,“当劳方代表于协商过程中反复施加暴力,并可认为将来发生的可能性也很大时,工会若不对过去的行为道歉,或不保证将来不会有同样举动时,雇主也可以此为由拒绝往后的协商”⁴⁴⁵。不过,在具体认定劳方代表行为不法性的同时,也要考虑引起该行为发生的雇主行为的正当性和合理性,且如果雇主以劳方代表存在一时的暴力或者胁迫行为,而藉此长期拒绝协商时,仍然可能构成不当劳动行为。

六、诚信协商：拒绝协商不当劳动行为的特别内容

诚信协商,指的是劳资双方协商代表在合理时间见面,并诚信地就工资、工时和其他劳动条件进行商议。⁴⁴⁶不真诚谈判是一种变相的拒绝谈判行为,在形式上进行协商,但实质上没有协商的诚意,其法律效果与拒绝谈判是一致的,侵害了劳动者团结的基本目的,因此侵害了团结权的基本内容,属于不当劳动行为的规制对象。

(一) 诚信协商的相关立法

诚信协商原则的提出最早出现在美国的《瓦格纳法》中,该法第八条(d)款的规定:“集体协商是雇主同雇员代表履行相互的义务,他们应当就任何一方提出的要求,在适当的时间就有关工资、工作时间和其他雇佣条件进行诚信地商谈,或者协商一项协议,或者任何因此而产生的问题。”美国对于诚信协商义务还规定了“须以缔结集体合同为最终目的”的内容,“团体交涉仅仅举行会议或交换意见,犹为不足……法律虽不强迫双方订立团体协约,但双方应以坦白及公正的态度利用一切合理的方法,以达到缔结协约的目的。在磋商期中,任何一方如宣告不愿意缔结成文协约时,其团体权即被剥脱”⁴⁴⁷,且构成了拒绝协商的不当劳动行为。澳大利亚在《公平工作法》第228章也详细规定了善意谈判的标准,即“谈判代表必须:1.在合理的时间参加、出席会议;2.及时发布相关信息(涉及个人隐私和商业秘密除外);3.对其他谈判代表的提议进行及时的回应;4.认

445 [日]菅野和夫:《労働法》(第8版),弘文堂,2008年版,第540页。转引自洪明贤:《论劳动法上之团体协商义务——我国法与日本法之比较研究》,国立台湾大学硕士论文,民国九十八年,第78页。

446 丁嘉惠:“论雇主诚信协商——以美国为例”,《劳工之友》,1994年第519期,第24-26页。

447 E. C. Robbins, Collective Bargaining under the Wagner Labour Act, Harvard Business Review Vol. XV No. 4, Summer Member 1937, p. 395. 转引自马超俊、余长河:《比较劳动政策》,北京:商务印书馆,2013年版,第200页。

真考虑对方谈判代表的提议，并就自己对这些提议所作出的答复说明理由；5. 不要采取反复无常或不公平的行为，妨碍结社或集体谈判的自由；6. 承认对方的谈判代表，并与其就协商内容进行磋商。”同时该法还明确了善意协商的限度问题，即对于前述行为，“善意谈判并不要求谈判代表：1. 在谈判过程中作出让步；2. 与其他谈判代表达成一致，包括对于合同达成一致”。⁴⁴⁸日本工会法也确立了“雇主的响应谈判义务”和“诚实谈判义务”，后者大体上也包括：提供谈判情报；当工会提出协商要求以及理由后，雇主方必须作出回应，即要针对工会提出的问题和理由提出对应的观点及必要的支持数据；对提议提出相应反提案；不借故刁难、妨碍或中止谈判的进程；不直接与个别工会成员进行谈判等。由于日本并没有确立工会的不当劳动行为，对于工会自身拒绝与雇主协商的行为，法律规定这种因为工会责任而导致谈判无法进行时，雇主拒绝谈判并不构成不当劳动行为。⁴⁴⁹韩国劳动法同样只确立了雇主一方的不当劳动行为，但是却明确了在集体交涉关系中劳资双方都负担有诚实交涉的法律义务，双方无正当理由不得拒绝协商和不诚实协商。尽管法律没有直接规定工会违反此义务的法律后果，但对于工会的无正当理由拒绝或不诚实协商行为，“若没有圆满进行集体交涉的可能性时，使用者可以正当地拒绝集体交涉，此时使用者不成为不当劳动行为。”⁴⁵⁰瑞典《雇佣法》第十九条还规定：“雇主有义务定期通知与其有集体协议的雇员组织，有关该公司在生产和财务方面的发展方式以及有关人事政策上的方针的信息。该雇主也应该给雇员提供机会审查关系到雇主经营的账册、账户以及其他文件，满足工会保护其与雇主有关联的成员的共同利益的要求。”⁴⁵¹同时在第二十一条明确了劳方的保密义务。另外，瑞典《工会代表法》还在第九条A款规定：“雇主有权就该代表对所获信息的保密义务与雇员组织进行谈判”，这明确了将谈判相关信息作为强制协商主题的法律规定。第ILO第163号《集体谈判建议书》也强调，应劳方的要求，雇主方有义务在不泄密的基础上提供有关企业经济和社会状况方面的资料，以便劳资之间真正实现有意义的谈判。

（二）雇主不诚信协商的表现

归纳域外相关国家的立法和裁判实践，以下各类情形可以被看作为“不诚信

448 白羽：《澳大利亚劳动法律制度研究》，北京：法律出版社，2011年版，第45页。

449 王益英：《外国劳动法和社会保障法》，北京：中国人民大学出版社，2001年版，第425页。

450 王益英：《外国劳动法和社会保障法》，北京：中国人民大学出版社，2001年版，第507页。

451 叶静漪、[瑞典] Ronnie Eklund：《瑞典劳动法导读》，北京：北京大学出版社，2008年版，第90页。

协商” (bad-faith bargaining)⁴⁵²行为：(1) 不作回应并说明理由。对对方的谈判条件拒不理会，也不进行针对性的回应及提出理由。协商一方对于对方的协商要约，“虽不必一定要提出一项反建议 (counterproposal)，但是，却必须要作出某些回应，这是检验当事人是否具有诚意的基本标准”⁴⁵³。比如当工会要求加薪时，雇主要么不作回应，要么表示自己无承受加薪之能力，而又拒绝提供相应的证据加以证明。不过，如果雇主想要否决一方的协商要约，就应当提出具体的应对提案 (counterproposal)；(2) 表面谈判或敷衍谈判 (surface bargaining)。即表面上履行了谈判的过程，但在谈判中顾左右而言他，并没有真正达成正式协议的意图；(3) 固执己见、没有让步意愿。虽然谈判的结果不一定要求双方必须达成妥协，但具有妥协的意愿是衡量是否真诚谈判的重要因素，比如要求保留对于劳动条件的确定时的单方绝对权，或者在谈判发生一时僵局时，拒绝改变立场或者拒绝与劳方代表会面；(4) 拖延策略。雇主没有正当理由而任意拖延协商之日期。比如受委托的人本身有实质的协商权限，但总是借口要在得到被代表主体的许可后才能对于对方的要求作出答复，进而造成谈判长时间的迟延⁴⁵⁴；(5) 妨碍谈判。比如使用暴力阻碍谈判，或者雇主要求在上班时间内进行协商却又不同意给工会协商代表请假，或者雇主要求在交通不方便且远离工作场所的地点进行协商却又不同意给工会协商代表差旅费⁴⁵⁵；(6) 强加条件 (imposing conditions)。在谈判内容中强加不合理或苛刻的条件是不真诚的表现，比如要求劳动者以停止罢工或要求工会撤回对雇主其他不当劳动行为的控诉，来作为进行协商的条件；(7) 雇主提出“要么全盘接受，要么全部放弃” (take it or leave it) 的谈判方案。即除非劳动者接受雇主的提案，否则雇主不会改变和妥协；(8) 单方面变更条件。即雇主在谈判中单方改变谈判条件而未与对方协商，是典型的非诚信协商；(9) 回避代表。即拒绝与对方在合理的时间、地点进行谈判或者当协商发生僵局时，雇主不愿意改变立场或者拒绝与工会会面，或者雇主直接或者间接与受雇者交涉，或者达成未经协商代表认可的协议，忽略工会之协商代表资格或地位；(10) 从事不当行为。比如雇主诋毁毁谤工会活动，企图使雇员转而向工会

452 参见孙海法：《现代企业人力资源管理》，广州：中山大学出版社，2002年版，第416页。李嘉零：“我国不当劳动行为相关法制之研究”，国立中正大学法律研究所硕士论文，民国一百零三年，第34-35页。以及丁嘉惠：“论雇主诚信协商——以美国为例”，《劳工之友》，1994年第519期，第24-26页。以及 Carrell, Michael R. and Christina Heavrin, *Labor Relations and Collective Bargaining Cases, Practices, and Law*, Upper Saddle River, New Jersey: Prentice Hall, 2007, p. 187-180 的相关内容。

453 南京大学法学院《人权法学》教材编写组：《人权法学》，北京：科学出版社，2005年版，第226页。

454 [韩]金秀坤：《韩国劳资关系》，方振邦译，北京：经济科学出版社，2005年版，第284页。

455 吴育仁：“台湾集体协商法律政策之分析”，《台湾劳动评论》，2010年第2卷第2期，第360页。

施压或退出工会；雇主要求工会不得于协商期间进行罢工；在协商中随意离席等；（11）违反提供信息义务。雇主负有向工会提供“与谈判主题相关且必要”⁴⁵⁶的信息的义务，以使工会能够充分理解并理性地讨论谈判中出现的问题。比如雇主不提供或揭露协商相关主题之资料，或者雇主不同意工会在合理期间和范围进入企业收集与协商主题相关之资料都违反了上述义务；（12）在谈判项目上的不合理行为。拒绝就强制性谈判项目进行谈判，或者固执地坚持许可性谈判项目而致谈判陷入僵局，都属于无正当理由的不真诚谈判行为；（13）谈判程序上的不合理要求。比如雇主无正当理由坚持不能对协商过程进行记录或录音、固执地拒绝第三人参与协商会议等；（14）雇主拒绝接受合理范围内的交涉时间。比如交涉的次数和交涉的时间；（15）指派不合适的协商者（inadequate negotiators）。即协商的担当者未经雇主授权或者对协商情况不了解，进而无法充分说明企业立场。尤其是对于一些重大的谈判意见，应当由最高负责人出席；（16）在达成协商结果后，雇主却拒绝将协商结果作成书面正式文本等等。

不过，应当注意的是，评价诚信协商的“恶意或善意”时，不是从当事人的主观意图（subject intent）去理解，而是应该从当事人在整个协商过程中的整体的客观行为（objective actions）加以检视。⁴⁵⁷同时，诚信谈判原则要求双方要有妥协的意愿，但并不要求双方一定妥协并达成集体协议，是否最终达成谈判协议，不是判断“诚信谈判”的标准。美国最高法院“并不认为谈判谈到僵局（impasse）即为缺乏诚信（不诚信），但也不仅仅将协商的每一步骤皆经过一遍（go through the motion of bargaining）即为诚信完成协商。”⁴⁵⁸

总结上述，可以将诚信协商的义务总体归纳为：

从正面看，劳资双方应当做到：（1）双方要在合理的时间和相互便利的地点与适格的谈判代表进行谈判；（2）要就所有的谈判事项进行有实质意义的谈判；（3）双方应当向对方提供谈判所必要的信息资料；（4）在不能满足对方要求时应当出示理由；（5）在否决对方提案时，要提出反提案；（6）把达成的谈判成果书面化为正式文本。⁴⁵⁹

456 Florian Bartosic & Roger C. Hartley, The employment's duty to supply information to the union, Cornell Law Review, vol. 58, p. 23-24.

457 吴育仁：“台湾集体协商法律政策之分析”，《台湾劳动评论》，2010年第2卷第2期，第361页。

458 谢棋楠：“美国法中诚信协商义务具体内涵与构成雇主不诚信之事实认定标准”，《育达学院学报》，民国95年第11期，第149页。

459 李琪：《产业关系概论》，北京：中国劳动社会保障出版社，2008年版，第138、183页。

从反面要求看，劳资双方：（1）应当会面并诚实谈判，不得拒绝、拖延会面或者妨碍谈判进程；（2）就强制性谈判事项全面阐述争议问题及理由；（3）不得隐匿、扣留和歪曲信息，也不得故意误导对方；（4）应该进行实质性谈判，不得通过自相矛盾的方式或者做出简单毫无意义的让步之举，破坏谈判进程；（5）雇主不得绕开工会而直接与会员进行谈判或允诺谈判条件。⁴⁶⁰

七、我国关于雇主拒绝协商型不当劳动行为在法律认定上存在的问题

（一）可承受集体协商权益的“劳动者”和“雇主”不明确

根据前述的分析，我国集体劳动关系法和不当劳动行为制度下的“劳动者”与“雇主”的范畴界定还存在如下的不足：

第一，对劳动者内涵的界定没有把雇主排除在外。《工会法》和《中国工会章程》将我国建立工会的劳动者范围界定为：“在中国境内的企业、事业单位、机关”“以工资收入为主要生活来源”或者与“用人单位建立劳动关系”的劳动者，其强调《工会法》上劳动者以“经济从属性”为认定核心，区别于《劳动基准法》上侧重以“人格从属性”来认定劳动者，是其进步之处。但是，“以工资收入为主要生活来源”在内涵上将雇主也纳入了其范畴，我国《工会法》没有对雇主的内涵做出反向的排除限制，造成工会主体的正当性要件不适当。《中国工会章程》将工会看成是“工人阶级的群众组织”，实际上把政治意义上的“劳动者”与劳动法上的“劳动者”相混淆，是把计划经济时期的政治概念照搬到一部法律中的概念，既不符合规范，也把雇主范畴纳入到了工会法保护对象中，是错误的。

第二，没有明确个体经济组织、民办非企业单位等“其他组织”中劳动者的工会法主体地位。⁴⁶¹

第三，继续沿用计划经济时期的“用人单位”概念，使得实质上具有劳动关系的自然人用工关系无法纳入保障范畴。

⁴⁶⁰ 参见程延园：《集体谈判制度研究》，北京：中国人民大学出版社，2004年版，第153-154页。

⁴⁶¹ 一些地方性法规中已经详细明确了“其他组织”的主体地位，如《黑龙江省实施〈中华人民共和国工会法〉条例》（2003）第二条：“凡在本省行政管辖区域内的企业、事业单位、机关、个体经济组织、民办非企业单位和其他组织中以工资或者其他劳动收入为主要生活来源的体力劳动者和脑力劳动者，不分民族、种族、性别、职业、宗教信仰、教育程度，都有依法参加和组织工会的权利。”《深圳市实施〈中华人民共和国工会法〉办法》（2008）第二条：“本办法所称职工，是指与企业、个体经济组织、民办非企业单位、其他经济组织以及国家机关、事业单位、社会团体等组织（以下统称用人单位）建立劳动关系的员工、职员、雇员以及其他劳动者，包括公务员和经批准参照《中华人民共和国公务员法》进行管理的人员。”另外，《山东省实施〈中华人民共和国工会法〉办法》（2004）第二条、《浙江省实施〈中华人民共和国工会法〉办法》（2002）第二条、《青海省实施〈中华人民共和国工会法〉办法》（2003）第三条都明确了“其他组织”的劳动者主体地位。

第四，对实质上具有劳动关系的非典型用工关系中的“雇主”和“雇员”保护不足。我国目前对于非典型用工关系，在从属性的侧面未给予相应保护，而采取“非此即彼”的保护策略。比如对于职业运动员、承包劳动者、出租车司机等具有从属性侧面的用工关系没有得到劳动基准法上的“多层次”保障，在工会法上也没有得到集体协商机制的保护，以实现其经济从属性。再如，农民工的团结权保障由于法律没有明确相应的法律依据，实践中往往不被认为是职业工人，其劳动法上的工人地位受到质疑。同时，由于否定劳动派遣关系中用人单位的“雇主”资格，因此也没有明确用人单位从事不利益待遇、支配介入和拒绝协商不当劳动行为时，劳动者对其进行救济的权利。进而没有明确用人单位的协商主体资格，以及集体协商关系中如何确定两个“雇主”之间在协商权限上的划分。在派遣工团结权的实现上，虽然劳动合同法规定，劳务派遣工既可以在用人单位入会也可以在用工单位入会，但实践中，劳务派遣公司因派遣工劳动的分散性导致管理上“够不着”，即使成立工会也往往流于形式，而用工单位往往因劳务派遣工没有与本单位建立劳动关系而难以或者不愿意吸收他们入会，致使劳务派遣工大多游离于工会组织之外。

第五，没有充分组织化和代表性的工会组织和雇主组织来统摄非正规就业者以及对应的雇主，进而制约了劳动者团结权和协商权的实现。ILO《农业工人的集会结社权公约》规定：“批准国应承诺使农业工人享有与工人同等的集会结社权，并废除限制农业工人集会结社权的一切法令或其他规定”。我国农民工目前已经以“工资收入”为其主要收入，但是，据调查，我国目前农民工总数已经达到2.3亿，但加入工会的人数只有8400万，在非公有制企业职工总数中，农民工的入会比例只有三分之一。⁴⁶²另外，对于家政工的集体劳权，ILO关于《在家工作公约》就家政工的团结权也作了规定：“各批准认可此一公约之会员工会，应鼓励平等待遇之做法，借以担保在家工作者有权设置或参与他（她）们所自己选择之组织，并且参与这些组织之活动。”⁴⁶³但我国目前加入工会的家政工还多为公司制家政工，对于自雇型家政工，一方面由于我国不承认私人雇主的正当性，实际上没有按照劳动关系适用相应的劳动法保护。另一个方面也由于我国没有建立完善的社区、地区、行业工会，进而难以统摄这部分家政工与地区家政公司、行

⁴⁶² 参见涂永珍：“工会法定‘代言人’地位的缺失与重构”，《学习论坛》，2011年第6期，第77页。

⁴⁶³ 彭希哲：《亚洲社会可持续发展的策略与实践：人口、性别与城市研究》，上海：上海人民出版社，2008年版，第196页。

业家政雇主组织进行谈判。

第六，对于企业组织变动下的劳动者和雇主界定不明，即没有明确在企业组织发生虚假解散、合并、分立、营业转让和破产时承继主体的雇主资格以及对应的劳动者资格。

第七，对于劳动契约暂时中断时的劳动者和雇主界定不明，即没有明确何种情形是对于过去不久之劳动契约和未来不久之劳动契约中劳资双方的主体资格，以及相应排除的正当理由和救济时效限制等。

第八，对于应当承受“不当劳动行为责任”的雇主界定不明，即没有明确规定除雇主外，代表雇主行使管理职权的主体以及接受雇主指示行为的主体的雇主资格及其具体认定。

应当看到，我国不当劳动行为制度以及工会法上受法律保护的主体范畴有赖于我国劳动关系法益价值的设置和保护范围的扩展程度，进而有赖于对于劳动关系从属性的“度”的价值衡量，以及对于工会法上的主体资格与劳动基准法上的主体资格之区别认识。

（二）集体协商的主体建设不足

我国集体谈判的层次还很不充分，主要原因在于我国相应的集体协商主体资格建构不完善。在劳方一侧，没有确立产业工会和地区工会以及更高层次工会的集体协商权。在资方一侧，目前的雇主组织发育还很不完善，使得整个集体协商的结构、层次没有搭建起来。对于协商一方的雇主或雇主组织：一是全国性的中国企业联合会由于其行政性的身份色彩而使得无法真正代表资方在顶端与全国总工会进行劳资协商或谈判；二是实践中基础的雇主组织类型多样，但缺乏利益的整合性和代表性，中国企联并没有在基层下设基层代表组织，使得雇主的协商代表主体很不明确、也很不统一；三是非公有制企业中雇主组织的建立和完善仍然还很薄弱、公有制企业雇主组织对于非公有企业的代表性不足；四是总体上没有制定规制和保障雇主组织建设、发展的法律法规，这严重妨碍了中国企业的团结权实现和代表性的整合关系。⁴⁶⁴实践中由于雇主协商主体的缺位，往往采取一些过渡办法，如以政府工商局、经贸委、工业办公室等替代雇主组织与地区工会进行协商，后者实际上并不是适格的雇主代表主体，因此，总体上我国集体协商关系尤其是基层以上区域性、行业性的协商关系没有建立起来。另外，除了集体

464 沈琴琴、杨伟国：《全球视野下的产业与劳动关系发展》，北京：中国劳动社会保障出版社，2010年版，第324-325页。

协商的当事人建设，对于具体执行协商行为的协商担当者，尤其是在工会与其他委托主体之间在协商担当人的产生问题上，还有待进一步明确。

（三）工会等协商主体的协商代表权保障不明确

其一，我国《劳动法》和2001年修改后的《工会法》在工会的集体协商权分别作了“可以签订合同”的任意性规定和“工会代表职工与企业进行协商”的强制规定，由于两部法律在效力位阶上处于同一层级，因此会造成法律适用上的困难。

其二，虽然《工会法》确立了工会协商权的强制性保障，但这种“强制度”还很不足，“仍然没有强调指出工会有代表职工进行集体协商的权利，同时也没有明确规定劳动使用者有参加协商的义务”⁴⁶⁵，只有将协商的权利和义务明确直接地规定，才能与《工会法》确立的拒绝协商的法律责任相关联。

（四）工会代表权的授权关系不充分

西方国家多元工会体制下十分重视协商关系中代表权的授权意思和授权程序，如果多个工会之间不能通过协商或依工会章程进行确定，国家还可以通过积极干预的方式，通过裁决的方式来决定哪个工会最具有代表性。比如美国工会在多会制体制下，建立了集体协商代表权的排他性代表制，即首先在各个谈判单位进行代表权的授权，超过30%以上授权的工会才有资格申请进行协商代表权的竞争选举，在国家劳动关系委员会主持下，各个所获授权的工会以秘密投票的方式进行选举，获得超过50%选票即可以享有代表所有谈判单位内会员的专属的协商代表权，雇主必须与其进行协商，并不得私下与会员或者其他非获胜的得到少数会员支持的工会进行协商。这个排他性的代表权还具有至少一年的有效期，即至少一年内不允许再进行代表权的竞争选举。如果该代表工会与雇主达成了集体协议，那么在集体协议有效期或者三年时间内，都不能进行工会的协商代表权选举。

在我国工会一元体制下，工会自身的独立性成为其维护职工利益的前提和关键，在我国目前工会自身独立性严重减损的事实面前，应当赋予会员对于作为其“非完全行为能力之意定监护人”之工会，在关乎自身利益时的授权意志和授权程序，只有取得了会员充分意思表示的授权，才能获得合法的代表权。如前述，会员的代表主体一般要经历三次授权关系：一次是是否获得代表权；二次是代表权的大小（限制）；三次是集体谈判和集体行动中对于多元制工会要进行代表权

465 南京大学法学院《人权法学》教材编写组：《人权法学》，北京：科学出版社，2005年版，第228页。

的竞争性授权。就集体协商关系中，不应当以工会的第一次“概括”授权掩盖或替代集体协商时的再次授权以及协商中重大问题的多次授权关系，比如对重大协商问题必须取得会员的表决同意等，在工会自身无法代表或拒绝代表时，会员有权将协商的代表权委任给其他主体，如上级工会或者律师等。只有把工会的协商代表权体现并回归到会员手中，将代表权的概括授权或者授权限制权掌握在自己手里，工会的性质和地位才具有法律正当性。

（五）协商的结构对于要约主体的影响未明确

由于我国集体协商缺乏产业、行业、地区协商等多层次的协商结构关系，进而影响了不同的集体协商结构下，包括平行、替代、辅助、联合协商等协商关系下的要约主体和承诺主体的细化明确。

笔者以为，在中国一元科层制工会体制下，工会的整体运行体现出高度的国家统合主义，国外上述多种谈判结构关系对我国而言，实际上只存在上级工会与下级工会形成的斜行、联合和群体谈判关系，实际上最终体现在我国谈判实践中的只存在同一层级别的平行谈判，上下层级之间的斜行和联合谈判三种关系。而形成这种谈判结构的关键在于：上级组织协商代表权的获取。国外上级工会或雇主组织的协商代表权的获取主要是下级组织的委托，即强调充分的授权意思。而且国外上下级组织间的独立性是较强的，本身不存在明显的科层制领导。而我国立法本身已经明确，上级工会对于下级具有指导权利，在下级工会的组建、维权和权利救济等方面都有明确的指导帮助权。加之目前工会力量存在“上强下弱”，尤其是基层工会在法人资质建设上的严重不足，使得下级工会必然在团结权的实现中困难重重。问题是，在协商代表权关系上，上级工会的指导权能否等同于获得直接干预下级协商权的权力，不需要下级工会委托而进行主动的代表？事实上，目前立法本身也有相应的规定⁴⁶⁶，包括上级工会对于下级工会在人事、经费上的控制事实等，都强化了上级工会的“指导权”，这种权利不是社会组织间的单纯的业务指导关系，而饱含着相当的干预权力。笔者认为，在目前中国基础工会独

466 《企业工会工作条例》第五十五条：“上级工会负有对企业工会指导和服务的职责，为企业工会开展工作提供法律、政策、信息、培训和会员优惠等方面的服务，帮助企业工会协调解决工作中的困难和问题。企业工会在履行职责遇到困难时，可请上级工会代行企业工会维权职责。”《安徽省实施〈中华人民共和国工会法〉办法》（2004）第十七条：“上级工会应当支持和帮助下级工会开展工作，维护下级工会及其工作人员的合法权益。上级工会有权派出代表对所属工会组织所在的企业、事业单位就侵犯职工合法权益的重大问题进行调查并提出处理意见，有关单位应当予以协助并及时纠正。”《上海市集体合同条例》第十四条：“已经建立工会的企业，由工会代表职工向企业一方提出集体协商；企业一方建议开展集体协商的，应当向本企业工会提出。尚未建立工会的企业，由上级工会指导职工推举的代表向企业一方提出集体协商；企业一方建议开展集体协商的，可以向本企业职工直接提出，也可以向上级工会提出。”

立性、民主性还极为缺失的情况下，工会的团结实现甚至于劳动者所有劳动权的实现过程中，都存在一种行政主导下的上级工会干预的模式，中国劳动者对于自身权利的独立实现机制是不足的，政府主导、社会合力以及上级工会介入本身已经成为相当长时期内劳动权实现的主要模式。在这个背景下，我国上级工会可以获得主动性的协商代表权。同时，下级工会也可以主动委托、对上级工会进行授权以使其获得代表资格。这样，我国工会的协商主体资格既可以法定，也可以约定，雇主对于这两种情形中工会所获得的代表权，均不得无故拒绝。具体而言，在斜行协商中，上级获得替代性协商资格，且是唯一资格。获得的条件是下级组织不存在，不能代表或者拒绝代表时，获得的程序是依照法律规定主动取得或者依照下级组织会员的申请取得。在联合谈判时，由于我国上级工会具有充分的统制力，对于下级工会的事项，双方均有协商权限，对此应当统一协商权限，不得要求雇主进行重复协商。而对属于上级工会的事项，下级工会虽然没有协商权限，但在联合协商关系中，上下级之间也得约定统一协商权限，方可进行协商要约，否则雇主可以拒绝回应。

（六）强制性协商主题的内容不够全面

我国《劳动法》第三十三条规定：“企业职工一方与企业可以就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项，签定集体合同。”《集体合同规定》第八条列出了以下十五类必要谈判事项，包括“签订集体合同或专项集体合同：劳动报酬⁴⁶⁷、工作时间⁴⁶⁸、休息休假⁴⁶⁹、劳动安全与卫生⁴⁷⁰、补充保险和福利⁴⁷¹、女职工和未成年工特殊保护⁴⁷²、职业技能培训⁴⁷³、劳动合同管理⁴⁷⁴、奖

467 第九条：“劳动报酬主要包括：（一）用人单位工资水平、工资分配制度、工资标准和工资分配形式；（二）工资支付办法；（三）加班、加点工资及津贴、补贴标准和奖金分配办法；（四）工资调整办法；（五）试用期及病、事假等期间的工资待遇；（六）特殊情况下职工工资（生活费）支付办法；（七）其他劳动报酬分配办法。”

468 第十条：“工作时间主要包括：（一）工时制度；（二）加班加点办法；（三）特殊工种的工作时间；（四）劳动定额标准。”

469 第十一条：“休息休假主要包括：（一）日休息时间、周休息日安排、年休假办法；（二）不能实行标准工时职工的休息休假；（三）其他假期。”

470 第十二条：“劳动安全卫生主要包括：（一）劳动安全卫生责任制；（二）劳动条件和安全技术措施；（三）安全操作规程；（四）劳保用品发放标准；（五）定期健康检查和职业健康体检。”

471 第十三条：“补充保险和福利主要包括：（一）补充保险的种类、范围；（二）基本福利制度和福利设施；（三）医疗期延长及其待遇；（四）职工亲属福利制度。”

472 第十四条：“女职工和未成年工的特殊保护主要包括：（一）女职工和未成年工禁忌从事的劳动；（二）女职工的经期、孕期、产期和哺乳期的劳动保护；（三）女职工、未成年工定期健康检查；（四）未成年工的使用和登记制度。”

473 第十五条：“职业技能培训主要包括：（一）职业技能培训项目规划及年度计划；（二）职业技能培训费用的提取和使用；（三）保障和改善职业技能培训的措施。”

474 第十六条：“劳动合同管理主要包括：（一）劳动合同签订时间；（二）确定劳动合同期限的条件；（三）劳动合同变更、解除、续订的一般原则及无固定期限劳动合同的终止条件；（四）试用期的条件和期限。”

惩⁴⁷⁵、裁员⁴⁷⁶、集体合同期限、变更、解除集体合同的程序、履行集体合同发生争议时的协商处理办法、违反集体合同的责任、双方认为应当协商的其他内容。”

第一，《劳动法》三十三条规定的“可以”二字，表明的是谈判选项多少上的选择自由，但上述各项事项均可以作为必要谈判的事项，双方在协商内容上不得拒绝对上述内容的谈判。

第二，上述事项中，对于与劳动条件相关联的人事事项，包括个人离职、纪律、调动、解雇的标准、程序及考核事宜，在范围上规定还显得不够全面；对于与劳动条件有关联的经营事项，比如组织变动、管理层变动、工作场所转移、企业设备更新、生产方式转变等引起或将要引起劳动条件变化的事项，规定存在缺失，尤其是对于具体如何把握“与经营权有关”的范围，还不够明细；对于与集体劳动关系运作有关的事项，包括工会安全条款、工会运营和工会活动的规则和权利义务关系，集体协商的程序、集体争议的解决（包括不当劳动行为争议的救济程序）等也存在一定的规范缺失。

第三，没有对相对强制性协商主题和绝对强制性协商主题进行区分。《上海市集体合同条例》（2007）除了规定了有条件可以拒绝协商类型外，即与前述之《集体合同规定》的十五类必要性协商事项⁴⁷⁷保持一致，“集体协商双方的任何一方均可以向对方以书面形式提出进行集体协商的建议。另一方在收到集体协商建议书之日起十五日内应当给予书面答复，拒绝集体协商的，应当有正当的理由”⁴⁷⁸，此属于“相对不得拒绝协商”的事项。但是对于下列事项则属于“绝对不得拒绝协商”的类型，即对于“（一）需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的；（二）劳动纠纷导致群体性停工、上访的；（三）生产过程中发现存在重大事故隐患或者职业危害的。”集体协商的任何一方因下列事项向对方提出集体协商建议的，另一方不得拒绝或者拖延。这条规定对于劳动者利益保护更为有利，也具有创新性。

（七）集体协商的运行程序还不够完备

雇主拒绝协商，本身会因协商的程序或规则的不合理而具有正当的拒绝权利，我国目前对于协商要约与承诺的程序、谈判运行程序，包括预定时间、地点、代

475 第十七条：“奖惩主要包括：（一）劳动纪律；（二）考核奖惩制度；（三）奖惩程序。”

476 第十八条：“裁员主要包括：（一）裁员的方案；（二）裁员的程序；（三）裁员的实施办法和补偿标准。”

477 《上海市集体合同条例》第十二条：“企业在制定、修改或者决定下列直接涉及职工切身利益的规章制度或者重大事项时，应当与本企业职工一方进行集体协商后确定：劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律、劳动定额、法律法规规定的其他内容”。内容上我国《集体合同规定》一致。

478 《上海市集体合同条例》第十三条。

表人数、会议的开展、记录、专业人士委托在“合理性”的确定上还规定得不够明确，没有对雇主可得拒绝的“正当的理由”作出规定，而是一律要求雇主必须协商，这是不合理的。同时，雇主拒绝协商如果遇到工会以暴力或胁迫行为加以应对，以及雇主随后对其从事的应对行为，都在是否构成不当劳动行为上存在争议，我国也没有加以细化明确。

在规范层面，《工资集体协商试行办法》实际上规定了劳资双方都有义务进行协商⁴⁷⁹，但实际上我国并不具备建立工会拒绝雇主协商要求的现实条件。同时，该“办法”与《集体合同规定》对于协商回应义务规定存在差异，一个是绝对强制性回应，一个相对强制性回应。前者规定“应于二十日内予以书面答复，并与提出方共同进行工资集体协商。”而后者规定“应当在收到集体协商要求之日起20日内以书面形式给以回应，无正当理由不得拒绝进行集体协商”。

（八）诚信协商机制的缺失

我国实践中雇主拒绝集体谈判的主要形式，一是不应诺，一是控制谈判过程而使谈判徒具形式或者有利于雇主。⁴⁸⁰尤其是后者比前者更突出、更严重。我国“集体合同内容普遍存在‘三多三少’现象，即原则性条款多，具体规定少；抄法律条文的多，结合企业实际的少；虚的多，实的少”⁴⁸¹，我国集体协商机制中存在的重要问题就在于诚信协商制度没有建立起来，雇主往往恶意终止协商、变相拒绝协商，使协商过程虚拟化、协商结果偏于雇主方，这些也属于特殊的变相支配劳工团结活动权的一种不当劳动行为。在规范层面，目前的规定还只是粗浅式、零散式地规定了诸如“协商双方享有平等的建议权、否决权和陈述权”、协商双方应当“相互尊重，平等协商、诚实守信，公平合作”、“任何一方不得采取过激、威胁、收买、欺骗等行为”、“兼顾双方合法权益”、“提供与集体协商有关的情况和资料”、“保守用人单位的商业秘密”等等诚信协商行为，对于“不诚信协商的行为”⁴⁸²的具体内涵，比如协商信息权的获取保障等，还有待于《工会法》、《集体合同法》等进行专门性的明确并强化。

（九）协商压力机制的缺失

劳方之所以无法真正实现集体协商权，一是没有压迫雇主进行协商的罢工权利；二是对于拒绝协商没有有效的救济方式。尤其是平等的陈述权、否决权没有救济方式，造成雇主的变相、间接、恶意的拒绝协商。在国际劳动法上，这两方

479 《工资集体协商试行办法》第十七条规定：“职工和企业任何一方均可提出进行工资集体协商的要求。工资集体协商的提出方向另一方提出书面的协商意向书，明确协商的时间、地点、内容等。”

480 常凯：《劳权论》，北京：中国劳动社会保障出版社，2004年版，第351页。

481 程延园：“集体谈判制度在我国面临的问题及其解决”，《中国人民大学学报》，2004年第2期，第140页。

482 参见《工资集体协商试行办法》第十三条：“协商双方享有平等的建议权、否决权和陈述权”。第十五条：“协商代表应遵守双方确定的协商规则，履行代表职责，并负有保守企业商业秘密的责任。协商代表任何一方不得采取过激、威胁、收买、欺骗等行为。”《集体合同规定》第五条规定：“进行集体协商，签订集体合同或专项集体合同，应当遵循下列原则：（一）遵守法律、法规、规章及国家有关规定；（二）相互尊重，平等协商；（三）诚实守信，公平合作；（四）兼顾双方合法权益；（五）不得采取过激行为。”第二十五条还规定：“协商代表应履行下列职责：……（三）提供与集体协商有关的情况和资料”。同时第二十六条从反面规定：“协商代表应当维护本单位正常的生产、工作秩序，不得采取威胁、收买、欺骗等行为。协商代表应当保守在集体协商过程中知悉的用人单位的商业秘密。”

面是集体协商正常运行的两个基本武器。劳动者只有以罢工权为后盾，才能获得促使雇主不敢随意拒绝协商的最关键武器。劳动者只有手中握有罢工权这一强有力的“经济武器”（economic weapons），也才能提高雇主对于拒绝协商行为的预期性判断，使其审慎行为。英国法官认为，罢工权利“是集体谈判原则的根本因素”⁴⁸³。“今天一个雇员协会必须具备必要的实力保证社会相对方不会轻易忽略每一个谈判提议。因为一个具有社会稳定效果的合理的利益妥协只有在雇员协会能够施加必要压力使雇主方参与集体谈判的情况下才能达成。”⁴⁸⁴

八、规制雇主之拒绝协商不当劳动行为的重点及立法建议稿

通过上述的全面梳理和分析，笔者拟提出若干系统完善我国集体协商机制的立法重点及规范建议稿，并期望在我国《工会法》第三次修订和未来制定《集体合同法》的过程中，能够进行反馈和体现。

（一）明确集体协商关系中劳资双方主体的内涵

【第 条】在我国之企业、事业单位、机关或其他组织中的用工关系，均可以进行集体协商。

【第 条】集体协商的雇主，指的是与劳动者建立劳动关系或者支付劳动者主要生活来源的主体。

下列情形中的主体，具有集体协商的雇主资格：

（一）欠缺书面合同而形成事实劳动关系的用工主体⁴⁸⁵；（二）对劳动过程和劳动条件具有实际且直接支配关系的主体；（三）企业虚假解散、合并、分立、营业转让、破产重组时的用工承继主体⁴⁸⁶；（四）劳动争议在合同期限终结前后持续存在，或者因劳动合同终结发生争议时或者引发争议的原因只可能出现在合同终结后的用工主体；（五）具有将来签订劳动合同现实可能性的原劳动合同用工主体；（六）雇主或雇主组织委派的其他主体。

【第 条】集体协商的劳动者，是指与雇主建立劳动关系或者以工资收入或其他收入为主要生活来源的主体。

483 Crofter Hand Woven Harris Tweed Co. v. veitch [1942] AC 435 at 463. 转引自[英]史蒂芬·哈迪：《英国劳动法与劳资关系》，陈融译，北京：商务印书馆，2012年版，第334页。

484 [德]曼弗雷特·魏斯、马琳·施米特：《德国劳动法与劳资关系》，北京：商务印书馆，2012年版，第206页。

485参考《新疆维吾尔自治区实施〈中华人民共和国工会法〉办法》（2003）第三条：“本办法所称职工，是指各类企业、事业单位、机关中以工资收入或其他合法劳动收入为主要生活来源的体力劳动者和脑力劳动者，包括已订立劳动合同及未订立劳动合同但形成事实劳动关系的劳动者。”

486参考《上海市集体合同条例》（2007）第十八条。

下列情形下的主体，具有集体协商的劳动者资格：（一）欠缺书面合同而形成事实劳动关系的就劳者；（二）劳动争议在合同期限终结前后持续存在关系中的就劳主体，或者因劳动合同终结发生争议时的就劳主体；（三）虽没有劳动合同但存在用工之劳资惯例时的就劳主体；（四）法律规定的其他情形中的就劳主体。

（二）明确具有协商代表权的主体之生成关系

【第 条】职工通过工会或者职工代表与资方进行协商，工会或职工代表应当忠实履行自己的代表职责。

上级工会有权代表职工进行协商。

职工也可以委托其他主体代表⁴⁸⁷自己进行协商。

工会拒绝代表职工向雇主发出协商要约的，或者基层企业工会无法履行协商代表职责时，职工可以委托上级工会代表自己进行协商。上级工会组织也可以依法直接代表下级工会职工进行协商。⁴⁸⁸

企业没有建立工会，由选举产生的职工代表与资方进行协商，职工协商一致的，也可以委托上级工会代表自己进行协商。

（三）将集体协商的发动权交给职工

【第 条】五分之一以上职工要求所属企业工会代表自己提出集体协商要求的，工会应当向雇主提出集体协商要求。⁴⁸⁹

【说明】只有进一步强化会员与工会之间的授权关系，工会集体协商代表权的取得及行使才具有正当性。

（四）明确上下级协商主体在不同协商结构中的关系

【第 条】劳资双方可以通过委托上级组织，或者上级组织依照法律规定而

487 比如律师、会计师、工会工作者、熟悉劳动法律的专家、学者等，参考《内蒙古自治区企业工资集体协商条例》（2012）第十四条：“双方首席协商代表可以书面委托本企业以外的专家、学者、律师、工资集体协商指导员等人员作为本方协商代表。受委托的协商代表人数不得超过本方代表的三分之一。”

488参考《陕西省企业工资集体协商工作规范》（2012）第（六）款：“企业工资集体协商代理制，是指由于企业或企业工会的主观原因，使工资集体协商出现无法协商、无力协商或不会协商、不敢协商等问题，上级工会可接受企业工会委托或经县级以上总工会指定，市总工会审查批准，由企业工会的上级工会代理企业工会开展工资集体协商。”《深圳市实施〈中华人民共和国工会法〉办法》（2008）第二十七条：“上级工会认为下级工会不能正常履行有关职责时，可以代表职工与企业、事业单位以及其他经济组织进行集体谈判。”

489参考《云南省企业工资集体协商条例》（2012）第二十一条：“本企业五分之一以上的职工提出工资集体协商要求的，企业工会或者上级工会应当向企业方发出协商要约书。”《广东省企业民主管理条例（草案修改三稿）》（2010）第三十八条：“企业工会代表职工向企业提出工资集体协商要求。职工认为需要与企业进行工资集体协商的，应当向工会提出，工会可以先行代表职工与企业协商并将结果告知职工。企业三分之一以上职工向企业工会提出工资集体协商要求的，企业工会应当向企业提出工资集体协商要求；企业未建立工会或者企业工会不能正常履行职责的，由行业、区域工会或者地方总工会向企业提出工资集体协商要求。”以及《深圳经济特区集体协商条例（修改草案征求意见稿）》（2010）第三十九条。

直接取得协商的代表权利。

劳资双方上下级组织之间可以采取辅助、替代或联合的方式与对方进行协商⁴⁹⁰，但是不得重复协商。就同一协商内容重复要求对方协商的，对方可以拒绝。

（五）明确不同协商层次和结构中的协商担当人

【第 条】⁴⁹¹集体协商双方的协商代表人数应当对等，不少于三人，最多不超过九人，各设首席代表一名。

【第 条】⁴⁹²基层协商关系中职工方协商代表的构成，有工会的，工会主席是首席协商代表，其余协商代表由工会提名，由职工代表大会选举确定。工会主席也可以书面委托本企业内其他协商代表作为首席协商代表；没有工会的，由职工代表大会民主选举产生协商代表，并推举一人为首席协商代表。

基层协商关系中企业方协商代表的构成，企业法定代表人为首席协商代表，其余协商代表由法定代表人确定。企业法定代表人也可以书面委托企业内其他管理人员为首席协商代表。⁴⁹³

双方协商代表不得互相兼任。工会工作人员不得担任企业方的协商代表，企业负责人、出资人、人力资源部门负责人不得担任职工方的协商代表。⁴⁹⁴

双方协商代表之间有夫妻关系、直系血亲关系或者姻亲关系及其他可能妨碍集体协商关系的，应当回避并另选派他人。具体回避人员由双方协商确定。⁴⁹⁵

女职工人数较多的，应当有女职工协商代表⁴⁹⁶。

【第 条】⁴⁹⁷区域或行业协商关系中职工方协商代表的构成，有区域或行业

490 参考《湖北省企业工资集体协商工作标准》（2011）第“3.3”条：“不具备开展工资集体协商条件的企业工会，应向上一级工会报告，由上一级工会指派人员参与协商或代替协商。”《云南省企业工资集体协商条例》（2012）第三十条：“区域性、行业性工资集体协商由区域、行业工会组织与业方面代表进行协商；尚未组建区域、行业工会的，可以由上一级工会代行职能进行协商。”《深圳市实施〈中华人民共和国工会法〉办法》（2008）第三十一条：“企业、事业单位以及其他经济组织发生停工、怠工事件时，工会应当代表职工同企业、事业单位以及其他经济组织或者有关方面进行谈判。前款情形发生时尚未建立工会的，地方总工会应当按照职责分工代表职工或者指导职工代表与企业、事业单位以及其他经济组织或者有关方面进行谈判，并指导、帮助会员和职工依法建立工会。”《辽宁省实施〈中华人民共和国工会法〉若干规定》（2003）第二十四条：“上级工会应当帮助、指导和监督检查企业工会与企业进行平等协商、签订集体合同。上级工会根据企业工会的要求，可以派工作人员作为顾问参与平等协商，帮助企业工会签订集体合同。”

491 参考《广东省企业民主管理条例》（草案修改三稿）（2010）第三十九条。

492 参考《广东省企业民主管理条例》（草案修改三稿）（2010）第三十九条，《深圳市实施〈中华人民共和国工会法〉办法》（2008）第二十九条，《集体合同规定》第二十条。

493 一般为“中高级管理人员”，否则很可能因为不具有充分的协商代表权而被视为不诚信协商行为，参见《深圳经济特区集体协商条例》（修改草案征求意见稿）（2010）第十二条，《集体合同规定》（2004）第二十一条。

494 参考《湖南省企业工资集体协商条例》（2011）第十二条。

495 参考《深圳经济特区集体协商条例》（修改草案征求意见稿）（2010）第十四条。

496 参考《新疆维吾尔自治区企业工资集体协商条例》（2011）第八条：“企业女职工人数达到本企业总人数百分之十以上的，应当有女职工协商代表。”

497 参考《湖北省企业工资集体协商工作标准》（2011）第2条，《广西壮族自治区企业工资集体协商程序规定》（2002）第三条，《河北省企业职工工资集体协商条例》（2008）第八条，《辽宁省企业工资集体协商规定》（2011）第二十四条，《吉林省企业工资集体协商暂行办法》（2010）第十条、第十一条。《内蒙古自治区企业工资集体协商条例》（2012）第八条、第九条、第十一条，《湖南省企业工资集体协商条例》（2011）

工会的，工会主席为首席协商代表，其余协商代表由工会提名并由区域或行业职工代表大会选举产生，或者没有职工代表大会的，由区域或行业工会直接委派并公示。没有区域或行业工会的，由区域或行业内企业职工采取层层委托、渐次授权的方式⁴⁹⁸选举产生协商代表，并推举一人为首席协商代表。

区域或行业协商关系中企业方协商代表的构成，有区域或行业雇主组织的，由区域或行业雇主组织负责人担任首席协商代表，其余协商代表由该组织提名并经区域或行业雇主代表大会选举产生。或者没有雇主代表大会的，由区域或行业雇主组织直接委派并公示。没有区域或行业雇主组织的，由区域或行业内企业采取层层委托、渐次授权的方式选举产生协商代表，并推举一人为首席协商代表。

在进行实质性协商时，双方首席协商代表应当出席。⁴⁹⁹

【第 条】⁵⁰⁰上级工会或雇主组织依法或依约代表下级组织协商的，首席协商代表为上级工会主席和雇主组织负责人。其余协商代表由上级工会或雇主组织提名并经企业职工代表大会选举产生。上级工会或雇主组织提名当选的企业外协商代表不得超过本方协商代表总人数的三分之一。

企业没有建立工会的，可以委托上级工会代表自己进行协商，上级工会主席为首席协商代表，其余代表人选参照前款确定。

【第 条】⁵⁰¹集体协商双方还可以委托本企业、本行业、本区域外的其他主体作为协商代表，但其不得担任首席协商代表。委托代表人数不得超过本方协商代表总数的三分之一。

第八条、第十一条、第四十三条，《新疆维吾尔自治区企业工资集体协商条例》（2011）第九条、第十条，《天津市企业工资集体协商条例》（2010）第七条、第八条，《四川省企业工资集体协商办法》（2013）第十二条、第十三条，《山西省企业工资集体协商办法》（2011）第十五条，《云南省企业工资集体协商条例》（2012）第九条、第十条、第三十一条。

498参考《深圳经济特区集体协商条例》（修改草案征求意见稿）（2010）第三十五条：“用人单位方面的协商代表可以由本行业、本区域内的用人单位代表组织直接选派，或者采取层层委托、渐次授权的方式推选产生。采取层层委托、渐次授权的方式推选协商代表应当按照下列程序产生协商代表：（一）由本行业、本区域内的用人单位各推选一名协商预备会议代表，并出具授权委托书；（二）召开协商预备会议，决定协商代表名额，并由协商预备会议代表按名额推选协商代表，并确定授权事项；（三）由协商代表推选首席协商代表，并确定授权事项。”

499参考《深圳市实施〈中华人民共和国工会法〉办法》（2008）第二十九条。

500参考《四川省企业工资集体协商办法》（2013）第十四条：“职工方可以要求上级工会派出的代表参加工资集体协商，人数不得超过协商代表的1/3；企业方可以要求工商联、企业联合会、商（协）会等企业组织派出的代表参加工资集体协商，人数不得超过协商代表的1/3。”《广东省企业工资集体协商指引》（2011）第（四）条：“首席代表可以书面委托本企业以外的专业人员作为本方协商代表。委托人数不得超过本方代表的三分之一。首席代表不得由非本企业人员代理。”

501参考《山西企业工资集体协商办法》（2011）第十七条：“工资集体协商的双方首席代表，可以书面委托本企业或者本区域、行业之外的人员担任本方协商代表，但人数不得超过本方代表人数的三分之一。”《广西壮族自治区企业工资集体协商程序规定》（2002）第六条：“协商双方可以书面委托企业以外的专业人士作为本方协商代表。委托人数不得超过本方代表的1/3”，以及《广东省企业工资集体协商指引》（2011）第（四）条的内容。

【第 条】劳资双方上下级组织之间采取辅助、替代或联合的方式进行集体协商的，双方协商代表的构成参照前文诸款共同确定或者各自确定。

企业、事业单位、机关或其他组织进行集体协商时，双方协商代表的构成参照前文诸款确定。

（六）禁止在集体协商活动中为不利益待遇不当劳动行为

【第 条】雇主不得以工会或其他协商代表提出集体协商之要求或者参与集体协商的相关活动为由，对其为不利益待遇。

职工协商代表在协商期间的活动视为正当履行工作职责的活动，除出现法律或约定的情形外⁵⁰²，雇主不得对其为不利益待遇⁵⁰³。

（七）明确必要性协商事项

【第 条】⁵⁰⁴ 下列事项属于必要协商事项，协商双方无正当理由不得拒绝或拖延协商：（一）劳动条件及相关待遇事项；（二）与劳动条件相关联的人事标准、程序及考核事项；（三）与劳动条件有关联的经营事项；（四）与集体劳动关系运作有关的事项。

【第 条】⁵⁰⁵ 集体协商的任何一方因下列事项向对方提出集体协商建议的，另一方不得拒绝或者拖延：（一）需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的；（二）劳动纠纷导致出现争议行动或者上访的；（三）生产过程中发现存在重大事故隐患或者职业危害的；（四）法律规定的其他情形。

（八）明确协商的程序和形式

【第 条】⁵⁰⁶ 集体协商一方向对方发出协商要约的，应当以书面形式准确、清晰地载明计划协商的时间、地点、代表及人数、主题及理由等，对方在收到协

502参考《湖南省企业工资集体协商条例》（2011）第十八条：“职工方协商代表除有下列情形外，企业不得解除其劳动合同：（一）在试用期间被证明不符合录用条件的；（二）严重违反用人单位的规章制度的；（三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；（四）同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经本企业提出，拒不改正的；（五）以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使企业在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同，致使劳动合同无效的；（六）被依法追究刑事责任的。”《云南省企业工资集体协商条例》（2012）第十五条：“协商代表的任期与工资专项集体合同期限相同，协商代表自任职之日起，其尚未履行的劳动合同期限短于任期的，劳动合同期限自动延长至任职期满。任职期间个人严重过失或者达到法定退休年龄的除外。”

503 对于不利益待遇的不当劳动行为，需要同时进行全面细致的立法。

504参考《北京市实施〈中华人民共和国工会法〉办法》（2002）第二十二條，《辽宁省实施〈中华人民共和国工会法〉若干规定》（2003）第三十五条。

505参考《上海市劳动合同条例》（2007）第十三条。

506参考《深圳经济特区集体协商条例》（修改草案征求意见稿）（2010）第四十三条，《广东省企业工资集体协商指引》（2011）第（三）条：“在不违反法律、法规和规章，不涉及企业商业秘密的前提下，协商双方有义务在要约书作出回应后 15 日内向对方提供本方与工资集体协商有关的情况和资料。”

商要约之日起二十日内，应当以书面形式回应，并共同商讨协商正式开始事宜，无正当理由不得拒绝或拖延回应。

【第 条】⁵⁰⁷集体协商应当采取会议形式。

集体协商采用会议协商形式的，由协商双方首席代表轮流或者共同主持。首次会议的主持由要约方担任。

集体协商会议应单独确定协商代表之外的主体负责会议记录，会后由全体与会协商代表确认并签字。

【第 条】⁵⁰⁸雇主应当为集体协商的开展提供必要的便利条件。

雇主应当提供集体协商相关的信息资料，并允许劳方代表在合理的时间和范围内进入企业收集上述资料，但是涉及国家秘密、企业技术秘密和个人隐私的除外。劳方代表对获得的上述资料负有保密义务。雇主需对其提供的信息资料的真实性负责⁵⁰⁹。

上述提供协商相关信息资料的时间由双方按照协商内容的需要共同确定。

【第 条】⁵¹⁰劳资双方经过协商达成一致意见的，应当在七日内共同或者委托一方制作集体合同草案。集体合同草案经企业职工代表大会审议通过，双方首席代表自通过之日起五日内签字或者盖章确认。

（九）明确诚信协商原则及其基本内容

【第 条】⁵¹¹劳资双方应当按照依法、对等、诚信、合作的协商原则进行实

507参考《广东省企业民主管理条例》（草案修改三稿）（2010）第四十四条：“工资集体协商一般采用会议协商形式，也可以采用书面形式，一方要求采用会议协商形式的，应当采用会议协商形式。工资集体协商采用会议协商形式的，由双方首席代表轮流或者共同主持。工资集体协商会议应当做好会议纪录，并由全体与会协商代表签字确认。工资集体协商采用书面形式的，所提交的书面意见应当经全体协商代表签字确认。”

508参考《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》（2008）第二十七条：“用人单位应当为集体协商提供必要的条件和所需的信息资料。参加集体协商的工会或者劳动者代表应当保守在协商过程中知悉的用人单位商业秘密。前款所称的必要条件是指安排集体协商的场所、不占用参加集体协商劳动者的休息时间、保障参加集体协商劳动者的工资待遇不受影响等；前款所称的信息资料包括劳动者工资总额、经营费用、财务状况、技术改造和设备更新计划、社会保险费用缴纳情况、职业培训基金使用情况等。”《湖南省企业工资集体协商条例》（2011）第二十八条：“企业方应当提供的信息和资料包括工资集体协商所需要的本企业上年度营业收入、净利润、职工工资总额和职工平均工资等。”以及《广东省企业民主管理条例》（草案修改三稿）（2010）第四十五条，《宁夏回族自治区实施〈中华人民共和国工会法〉办法》（2003）第三十四条。

509参考广东劳维所关于《深圳经济特区集体协商条例》（修改草案征求意见稿）（2010）第十八条的修改意见。

510参考《河北省企业职工工资集体协商条例》（2008）第二十一条，《辽宁省企业工资集体协商规定》（2011）第二十条，《内蒙古自治区企业工资集体协商条例》（2012）第二十六条。

511 参见我国台湾地区《团体协约法》第六条：“劳资双方应本诚实信用原则，进行团体协约之协商；对于他方所提团体协约之协商，无正当理由者，不得拒绝。劳资一方于有协商资格之他方提出协商时，有下列情形之一，为无正当理由：对于他方提出合理适当之协商内容、时间、地点及进行方式，拒绝进行协商；未于六十日内针对协商书面通知提出对应方案，并进行协商；拒绝提供进行协商所必要之数据。”《广东省企业民主管理条例》（草案修改三稿）（2010）第三十六条：“工资集体协商应当遵循依法、诚信、合作、公平的原则，兼顾双方合法利益。”第四十六条规定：“开展工资集体协商，应当采用平和、友好、理性的方式。企业和职工方均不得有下列行为：（一）故意纠缠细节拖延工资集体协商进程；（二）无不可抗力等法

质性的集体协商。劳资之一方有下列情形之一的，视为不诚信协商行为：（一）对于他方提出合理适当之协商代表、内容、时间、地点、方式等，在法定时间内无正当理由拒绝或拖延回应；⁵¹²（二）未于约定时间内针对协商要约内容提出对应方案；（三）歪曲信息，故意误导对方；（四）虚假协商⁵¹³，没有让步意愿⁵¹⁴；（五）拖延⁵¹⁵或妨碍协商进程⁵¹⁶；（六）强加协商条件；（七）以全盘接受或者放弃作为协商方案⁵¹⁷；（八）单方变更协商条件；（九）回避协商代表；（十）从事不当行为⁵¹⁸；（十一）雇主违反提供信息义务⁵¹⁹；（十二）拒绝就强制性协商事项进行协商，或者固执地坚持对许可性协商事项进行协商而致协商陷入僵局；（十三）以个别谈判程序为由抵制或拖延进行实质协商⁵²⁰；（十四）拒绝接受合理范围内的交涉时间；（十五）指派没有充分授权的代表进行协商；（十六）威胁、收买对方协商代表的⁵²¹；（十七）在达成协商结果后，拒绝将协商结果作成书面化之正式文本。

劳方有上述不诚信协商行为的，资方可以拒绝与之进行协商。

集体协商期间劳资双方不得进行争议行动。

劳资双方经过诚信协商而陷入僵局的，可以终止协商。

【说明】诚信谈判原则要求双方要有妥协的意愿，但并不要求双方一定妥协并达成集体协议，是否最终达成谈判协议，不是判断“诚信谈判”的标准。同时，要改变我国目前存在的“先罢工后协商”的集体协商运行模式。只有在集体协商陷入僵局后，才可以发挥罢工作为最后手段的保障作用。

定情形拖延工资集体协商进程；（三）无正当理由始终以唯一方案排斥对方合理意见；（四）威胁或者利诱对方协商代表；（五）以暴力、胁迫或者其他非法手段扰乱、破坏工资集体协商秩序；（六）法律、行政法规禁止的其他行为。”

512 无正当理由包括不可抗力、协商主体、主题、方式、程序、对方的应对行为等方面确定，参考《深圳市实施〈中华人民共和国工会法〉办法》（2008）第三十条：“工会或者企业、事业单位以及其他经济组织，除因不可抗力，不得拒绝或者拖延进行集体谈判。”

513 《深圳经济特区集体协商条例》（修改草案征求意见稿）（2010）第二十六条：“协商双方有下列情形之一的，属于虚假协商：（一）故意纠缠程序细节拖延集体协商进程；（二）无正当理由始终以唯一方案或者立场排斥对方合理意见和主张。”

514 《深圳经济特区集体协商条例》（修改草案征求意见稿）（2010）第四十一条：“在工资集体协商过程中，用人单位坚持以市政府公布的最低工资标准作为正常工作时间工资标准的，视为虚假协商行为。”

515 如给协商主体批准协商假期，拒不支付协商活动的差旅费。

516 比如选择在对方不方便的时间或地点进行协商。

517 《湖南省企业工资集体协商条例》（2011）第四十条：“企业方或者职工方不得有下列行为：……（二）无正当理由始终以唯一方案或者立场排斥对方合理意见和主张的”。

518 如在协商期间发表威胁、引诱或报复言论，或者对协商代表为不利益待遇和支配介入协商过程的行为、随意离席的行为等。

519 指拒绝提供或拖延提供协商的必要材料或者提供虚假的协商资料。

520 比如排斥第三方，以第三方或者辅助人员为由抵制协商的，包括上级工会或协商专业人士。

521 参考《河北省企业职工工资集体协商条例》（2008）第十一条。

【第 条】⁵²²集体合同期限一般为一至三年，集体合同在有效期内且依法没有到达协商要约期的，劳资双方不得再就集体合同约定的同一事项再次提出集体要约。

代结语：推动我国劳资博弈机制的实质化思考和建构 并避免改革的“疲劳症”

集体协商机制作为劳资博弈机制，其建构绝非单枪匹马可以完成，需要从主体、内容、程序、后果、救济机制、激励机制、压力机制等方面全方位进行思考和完善。

一个更为深层的问题在于，在我国劳动关系集体化转型的基本大背景下，对集体劳动关系法的调整机制的完善，既是我国劳动法治的一个短板，也是未来劳动立法和理论思考的重点。笔者深切地感受到，我国集体劳动关系法治还存在如下几个显著的困惑：第一，如果推动集体劳动关系在我国的法治转型，那么集体劳动关系的法律调整未来我国整个劳动关系调整体系中的角色如何定位？第二，若要搭建集体劳动关系，在中国“劳工政治”的体制下，结社自由权的实现是个前提性的宪政问题。从“无救济无权利”角度，劳动基本权的水平效力、可诉性问题如何解决？第三，在“国家统合主义”的制度惯性下，如何实现国家、社会、市场的相对分离？在劳资利益一致性和对立性侧面的理念、机制被混同下，如何构造劳动者利益的有效代表机制？第四，如果引入西方式的集体劳动关系，在步骤上如何处理“引水”和“筑渠”的先后关系是？第五，中国劳动法的公共政策导向到底应当如何发展？目前的几个主要政策取向是：把和谐等同于稳定，把和谐等用于劳资利益的绝对统一，通过行政干预的静态和谐代替自治博弈的动态和谐，以个别调整代替集体调整，以国家统合代替社会统合等等。总结起来，如何实现“发展型社会政策”所提倡的“社会促进”与“社会保护”的平衡与统一？这似乎是我们更应当关注和思考的时代命题。在一定程度上，我们已经陷入了口号式的“建构疲劳症”，但真正从实质层面、系统层面去思考和完善我国劳动法治，似乎还有很长的路要走，本文愿意成为引起这种反思的一个“垫脚石”。

522参考《深圳经济特区集体协商条例》（修改草案征求意见稿）（2010）第四十五条，《广西壮族自治区企业工资集体协商程序规定》（2002）第二十四条：“工资协商应当每年进行一次。职工和企业双方均可在原工资协议期满前六十日内，向对方提出协商意向书，进行下一轮的工资协商。”

论产业行动的责任豁免制度

—以撒切尔政府处理 1984 年大罢工经验为例

闫冬⁵²³

【摘要】2016 年伊始，随着我国深化对供给侧的改革，部分地区和行业的产业调整阵痛加剧，群体事件层出不穷，急盼执念与巧思来解时下之困。上个世纪八十年代，在撒切尔政府启动供给侧改革的初期，英国也曾面临此起彼伏的产业行动，其中包括举国瞩目的 1984 年矿工大罢工。为了在纷杂的规范体系构建因应之道，撒切尔政府中选择从“责任豁免”切入，在产业自由与秩序之间的天平上，收放“免责事由”这一游码以维持产业关系的动态平衡，成功平息了 1984 年的矿工大罢工，也为推动进一步的改革铺平了道路。撒切尔政府执“责任豁免”之牛耳在法制轨道应对产业行动的做法，既可维护劳动者利益的表达，又会较少对经济改革的干扰，值得我国深入研究和借鉴，构建适合我国供给侧改革的产业行动免责体系。

一、引言

2016 年伊始，多起职工群体事件见诸报端，说明我国以“去产能、去库存”为核心的供给侧改革绝非坦途，需审慎图之。习近平总书记在 2015 年 11 月 10 日的财经领导小组会议上提出了供给侧改革的目标，着力提高供给体系质量和效率。供给侧改革的“去产能、去库存”路径，必然影响到普罗劳众，稍有差池便会轻则招致社会动荡，鲜有试错之机会，因此每一步都必须精准和谨慎，既要有执念也要布巧思，充分考查和借鉴国内外的经验显得尤为紧要。

无独有偶，英国于上个世纪八十年在撒切尔政府的领导下也实施了供给侧改革，同样面临着集体行动频发的境遇，尤其是 1984 年关闭国有煤矿时出现的大规模罢工活动，曾一度严重影响到经济的发展。撒切尔政府从产业行动的责任豁免中找到切入点，借助了法制的力量，成功化解了矿工的大罢工，并改革有序推行了下去，为英国经济长期稳定的增长打下基础。本文以撒切尔政府应对 1984 年国有煤矿矿工大罢工的法制之策为视角，探讨其如何在产业关系中规范框架中

523 闫冬 北京外国语大学法学院讲师 博士 邮箱: yandong@bfsu.edu.cn

拨动责任豁免这一游码来维护产业自由与秩序之间的动态平衡,达到既稳妥处理产业行动、又推动改革的稳步深入之目的。

二、英国 1984 年矿工大罢工

上世纪七十年代中期,工党治下的英国饱受竞争力下降、严重通货膨胀等多重困扰,结构调整势在必行。从 1951 年到 1979 年,英国国内生产总值的年平均增长率仅为 2.6%,低于其他发达国家,在经济上相继为西德、法国与日本超过,其经济增长乏力。⁵²⁴英国逐渐丧失了其在全球格局中的领导性地位,产业结构急需调整,落后产能臻待淘汰,生产企业困难较大。

1979 年,保守党领袖撒切尔夫人上台接管了当时在经济上沉痾缠身的英国,从此开始了长达十一年之久的执政时期。保守党政府在 1985 年的《白皮书》中对市场机制问题提出了新的解读,认为市场的问题并非需求不足导致的,而是供给侧(Supply Side)不匹配引起的。⁵²⁵而且,官方认为在某些产能落后地区,工会肆意通过产业行动设定工资标准和劳动条件,弱化了劳动力市场与经济需求的关联性。撒切尔政府故而启动了淘汰落后行动,以期打破供需之间僵局。

但在撒切尔改革初期,英国煤矿工人就爆发一次全国性的大罢工,起因是在淘汰产能的过程中关闭国有煤矿的问题。英国由于二战的需要,煤矿工业长期以来都是国有企业为主体的,存在着效能低下的问题。英国煤炭的质量比不上欧洲其他地区,而且,大多矿井开采了多达几十年、上百年,产量低、成本高,经济效益差。在进口的冲击下,英国煤炭产业一直处于亏损的状态。撒切尔夫人上台后,就着手关闭效益低的矿井。1983 年,英国政府报告指出:“煤炭工业的问题拖延得越久,情况将越糟,除非有效地减少高成本矿井的数量,否则,国家煤炭管理局的财政状况将进一步恶化”。⁵²⁶ 1984 年 3 月 1 日,煤炭管理局决定关掉于约克郡的科顿伍德煤矿,并书面通知了矿工联合会,拉开了煤炭行业“去产能”的序幕。⁵²⁷英国煤炭工人的工会组织-“全国矿工联合会”(后文简称“矿工工会”)是全国最具斗争性的工会组织,而且科顿伍德煤矿是矿工联合会约克郡总部的所在地,故而矿工工会对此反应激烈,随后揭开了 1984 年矿工罢工的序幕。1982 年,曾经领导罢工直接导致希思政府下台的斯卡吉尔当选矿工工会

524 Gilmour, I (1992), *Dancing with Dogma, Britain under Thatcherism*, Simon and Schuster, p 79

525 White Paper (1985), *Employment: the Challenge for the Nation*, Department of Employment, HMSO, Cmnd 9474.

526 Thatcher, M (1993), *The Downing Street Years*, London: Harper Collins, p 304

527 Winterton, Jonathan (1990); *Coal, Crisis, and Conflict: The 1984-85 Miners' Strike in Yorkshire*. Manchester University Press. p. 66.

主席进一步强化了工会战斗性。⁵²⁸同时，科顿伍德煤矿的效益并非最差的，在被宣布关闭之前曾获得了煤矿管理局资助更换设备以提升生产率。因此，矿工工会认为此举是政府有意针对自己，在接到煤炭管理局的书面通知之后随即召开了代表大会，宣布进行总罢工。位于布兰普顿的比尔罗的康特沃德矿区的6千多名矿工通过投票已于3月5日罢工。⁵²⁹自此之后，其他地区煤矿矿工相继响应，最终导致煤炭管理局下辖的171口矿井中有141口矿井陷入停工。

这次大罢工持续359天，直到1985年的春天，经过全体矿工的表决，矿工工会才被迫宣布无条件结束罢工。此次矿工大罢工是自1926年以来英国工人运动最大的一次失败，工会自此开始走上了下坡路，罢工事件频率和破坏力也呈现下降趋势，为撒切尔政府进一步推进改革铺平了道路。虽然造成这一结果的原因是多方面的，但与保守党政府为应对此类事件所做的法律准备和坚守是分不开的。

三、撒切尔政府对矿工大罢工的应对模式

（一）英国对产业行动的规制传统：运用责任豁免

英国是工业革命的发源地，“英国工人也是现代工业的头一个产儿”，⁵³⁰从而也催生了集体劳动关系。工人阶级在工业化的过程中逐步形成，他们具有自己鲜明特征，并追求共同产业利益。该群体为了对抗资本的剥削、实现自己的产业利益，自发地组织起来与雇主进行谈判，提升劳动力价格和维护工作条件。⁵³¹因此，工会逐渐出现并成为产业工人群体的代表，与雇主进行谈判，在必要的时候甚至采取产业行动的方式相威胁来实现目的。

但集体谈判这一新生事物在起初并不为英国法所接受，尤其是那些带有某些违约、暴力性质的产业行动，更因有违其普通法传统而受到限制或制裁。正如学者所分析的，工人团体不通过暴力就不可能提高工资；可能是被动的使用暴力、主动地使用暴力或者是保持暴力的威慑，但背后必定要有暴力支撑；他们必须拥有强制或强制雇主的力量（如：罢工）；他们必须强制那些落伍的成员（如：建立工人纠察队）；他们必须在劳动力市场上有更高的占有率，强迫其他工人加入他们（如：推动排他雇佣制）。⁵³²与此同时，集体行动往往伴随着一些其他的暴

528 Malcolm Pithers, Keith Harper and Peter Hetherington (1985), From the archive, 6 March 1984: Colliery closure reversed in crisis coalfield, the Guardian archive. Available on: <http://www.theguardian.com/politics/the-northerner/2015/mar/06/miners-strike-1984-num-yorkshire-archive#comments> (last access 2016/6/4)

529 同上

530 马克思（1962），《马克思恩格斯全集》第12卷，北京，人民出版社1962年版，第4页。

531 丹尼尔·奎因·米尔斯著：《劳工关系》，机械工业出版社2000年版，第22页。

532 曼瑟尔·奥尔森著，陈郁译：《集体行动的逻辑》，上海三联书店，上海人民出版社2004年版，第84-85页。

力现象，如破坏机器、破坏社会秩序和政治斗争等。而英国当时是以合同法、物权法和侵权法为中心的传统普通法理念，维护谈判的自愿和平等，强调“财产绝对”、“契约自由”和“过错责任”。因而，无论是立法者和法院都对产业行动持反对态度，罢工本身就被视为“违约”行为而被打压，如果一旦在罢工当中出现了破坏行为，那么侵权责任不可避免地受到追究。

结社和产业行动在英国历史上甚至会被追究刑事责任。在十八世纪末，鉴于法国大革命的前车之鉴，英国政府为了防止出现工人阶级组织来推翻政府，颁布了《结社法》(Combination Act 1799)对工会的组织活动加以取缔和限制，严惩工人参加任何以提高工资、变更工时之组织或者集会。⁵³³自十八世纪开始，英国法院认为工会存在限制贸易自由之不法目的，构成普通法上的刑事共谋(Conspiracy)和限制贸易(Restrain of Trade)之犯罪要件，往往倾向于追究工会领导人之刑责。⁵³⁴

正是由于普通法起初的敌视态度，强化了英国工会自愿主义的作风，通过百年奋斗最终争取到了一定的地位。英国工人阶级逐渐适应了自主开展集体谈判的模式来自己利益，既并不寄望法律之保护，更不愿法律之干涉或制裁。然而，在英国撼动普通法传统绝非易事，集体劳动关系难以完全脱离普通法的掌控。这造就了英国特色的工会立法，即通过责任豁免这一被动模式从普通法体系中撕开一个口子，来达到包容产业行动之目的。1871年国会颁布了《工会法》(Trade Union Act)让工会组织的产业行动从“限制贸易”条陈中释放出来了，一改霍瑞贝诉克鲁斯(Hornby Vs. Close 1867)案中将工会的行为视为“限制贸易”而施以制裁的做法。⁵³⁵不过，法律又规定，为了换取“限制贸易”方面的豁免，工会必须完成相应的登记，否则此类豁免将难以生效。⁵³⁶1875年，国会颁布了《共谋与财产保护法》(Conspiracy and Protection of Property Act)，规定刑事同谋罪不再适用于合法的产业争议和行动当中。⁵³⁷1965年的《贸易争议法》(Trade Disputes Act)为产业行动提供在违约和侵权方面提供豁免，但前提是必须工会法所规定的合法罢工。⁵³⁸易言之，在英国产业关系的立法上，采取一般禁止罢工、

533 王泽鉴著：《民法学说与判例研究 2》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 344 页。

534 同上，第 328 页

535 Trade Union Act 1871, Section 2

536 同上，Section 6.

537 Conspiracy and Protection of Property Act 1875· Section 5

538 Trade Disputes Act 1965· Section 4

特殊免责的立法技术，通过规定工会的各种免责事由，使得罢工引起的民事损害赔偿和民事制裁得以豁免。

但需要指出的是，免责事由往往绑定一定前提条件，而这些附随义务正是为了维护产业行动中秩序而设立的。正如前文所述，如若免受因涉嫌“限制贸易”而受到制裁，必然需要注册登记为合法工会，而非其他经济性或政治性团体。其目的是为了防止某些组织假借维护工人利益行垄断经济或搅动政治之实。再如，《贸易争议法》规定的合法罢工之通知义务，是为了防止工会大搞突然袭击，对国民经济产生毁灭性的影响。

由于英国的工人阶级为二战的胜利做出了巨大的贡献，同时经济逐步走向了恢复，立法机关对产业行动容忍度比较高，采取了放任主义的态度，豁免的范围也比较宽。工会的产业行动享有比较广泛的豁免权，可以针对自己雇主实施产业行动，也可以针对其他雇主的关联方施加压力，比如在雇主的客户企业中开展罢工来迫使他们向自己的雇主传导压力。⁵³⁹另外，工会开展罢工行动完全由工会自己决定，事实上最终由领导层操纵罢工按钮。此外，工会在罢工中的各种纠察行为也享受了豁免，不仅能阻止自己会员复工，而且可以组织非工会会员复工。1965年《贸易争议法》甚至将法定豁免范围扩大到口头威胁，规定只要没有达到人身上暴力威胁的标准，法律就不加置喙。⁵⁴⁰

此外撒切尔上台之前的工党政府普遍采取劳方、资方和政府三方协商的国家法团主义机制来规制劳动关系，进一步放宽了对产业行动豁免范围，也减少了对超出豁免范围的产业行动的实际制裁。英国在上个世纪六十年代先后成立了国家经济发展委员会、国家收入委员会等以国家级三方为基础的工作机制，在国家层面上掌控了工资的调升机制，对微观情况往往不予干涉，⁵⁴¹其放任态度让集体关系畸形发展。但是工党治下的劳动关系并未因为政府的纵容态度而呈现稳定和谐的趋势，相反工会在集体谈判中的“滥权”和“集权”现象非常普遍，工资刚性增长让企业难以承受，相关政策破坏了市场机制的运作逻辑，阻碍了市场的发展。

（二）撒切尔政府对产业行动立法准备：收缩豁免范围

保守党在推进其劳工政策摒弃了前任工党政府采取的集体放任模式，也没有

539 同上，Section 7

540 同上，Section 9

541 1965年，政府成立了皇家委员会（因法官多诺万勋爵任主席又称“多诺万委员会”），通过提交报告的形式解决工会有关的问题，其报告多认为集体谈判时处理劳资关系的最好方法。

采取应对经济危机常用的凯恩斯主义模式，取而代之的是哈耶克有关新自由主义经济模式。新自由主义经济模式为英国开出的药方是通过缩减工会组织和罢工的豁免范围来重塑普通法下合同和侵权在调整劳动关系领域的权威。⁵⁴²对于产业行动，撒切尔政府采取的改革策略并非是“去管制”而是对恣意的集体放任行为加以限制。

正如哈耶克所建议的，撒切尔政府逐步收缩对罢工行为法定豁免的范围并强化普通法之调控价值。《雇佣法》经历 1980 年和 1982 年的两次增补，将工会在侵权法上享有的一揽子豁免特权被取消，不再为争取（closed shop）排外工会或第三方雇主承认而罢工的工会提供豁免保护（见表 1）。到了 1990 年的这次修改，工会已经不能采取任何次级罢工的行为，也无法通过任何种类的产业行动来组建排外工会。这也就意味着，工会以往所采取的某些产业行动，如：从外部施压阻止供货商向自己雇主供货或阻挠雇主向工会以外的职工分派工作，都会被认定为非法而由工会承担相应的责任。

另外，1984 年的《工会法》要求工会组织产业行动的时候必须经过成员的投票同意，而且工会还有责任组织经常性的投票活动来决定工会领导的选任和资金的使用。

表 1：撒切尔执政时期对英国（集体）劳动法的主要修改

年代	法律	主要内容
1980	雇佣法	限制工会享有的普遍豁免权、和平的罢工纠察行动 缩减排外性雇佣制企业的合法性范围
1982	雇佣法	重新定义“工会纠纷” 限制工会的豁免权，使工会只在工人和其直接雇主间发生完全或主要涉及就业条件和工资争议的情况下才可享有豁免权
1984	工会法	规定工会在组织罢工前组织秘密投票 所有工会执行委员会中有表决权的成员每五年组织一次直接选举 工会中若设有政治基金至少每十年进行一次会员投票
1988	工会法	支持工会会员对抗工会 严格控制投票程序，法律上不予支持排外性雇佣制企业
1990	雇佣法	否认罢工次生行动的合法性 废除对罢工次生行的豁免权

542 哈耶克著，王明毅、冯兴元译：《通往奴役之路》，北京：中国社会科学出版社，1999 年，第 70 页

资料来源：吕楠：《撒切尔政府的劳资立法及其影响》，载《当代世界与社会主义》，2009年第2期。

贯穿上个世纪八十年代和九十年代产业关系领域的相关改革并非不考虑劳动者的权利。工会成员的个体权利在参与工会内部事务方面得到了加强，有权参与是否启动罢工行动投票权。于此同时，改革有关法律来保护受到产业行动或争议影响的第三方权利，如消费者、普通公众和其他雇主。因此，虽然撒切尔政府几乎每年都对劳动法进行调整，逐渐收紧了工会的权力，但并未引起社会上的全面抵制和不安定。

对于工会内部的规制，政府以建立更好的内部“民主”制度为由介入。英国修改立法，规定对于工会的某些特定职位，必须采用规定的形式进行选举。即使产业行动属于经过投票通过的合法的，工会也不得惩罚或开除那些拒绝参加劳资行动的会员。⁵⁴³ 还有，在适用排外工会制度时，工会不能无理由地开除或驱逐工会会员和申请会员资格的人，否则就无法享受豁免待遇。在撒切尔夫人执政时期，对1906年《贸易争议法》进行了修改，并在1992年被《工会与劳动关系法典》固定了下来。这些修改加强了工会成员监督工会的权利：第一，工会必须保障会员有查看工会账目的途径；⁵⁴⁴第二，会员有权对工会不法使用工会财产的行为提起诉讼并获得相应的救济。⁵⁴⁵

另外，英国通过立法限制排外工会和排外性雇佣制，从而保护非工会会员的利益。由于英国采取集体放任主义态度和工会传统的强势地位，形成了排外工会和排外性雇佣制度。⁵⁴⁶1963—1979年，这种企业覆盖的雇员数从367万上升到518万。⁵⁴⁷撒切尔认为，这类企业所实行的强制性加入工会的做法，扭曲了雇员的个人意愿，阻碍了个人自由的发展；同时，这种做法会虚增工会力量，使其活动具有更大的破坏性。撒切尔政府决心对其进行彻底改革。1982年对《雇佣法》的修改为打破排外性雇佣制提供了法律依据：规定在这类企业中，未经多数会员投票通过就开除非工会会员的行为是不公正的；要求增加对被解雇的非工会雇员的补偿金，以迫使工会减少此类行为。1988年《雇佣法》进一步规定，在任何情况下解雇非工会会员的行为都是不正当的；撤销工会为争取排外性雇佣制而组织产业

543 1992年《工会与劳工关系巩固法案》第64-67条

544 第30条

545 第16条

546 该排外性雇佣制度是指禁止企业员工参加其它工会或不参加工会，企业也不得雇佣特定工会成员之外的工人

547 Behrens, Diehards and Ditchers (1979): Contemporary Conservative Politics, Political Quarterly, Vol.50, No.3, p.297.

行动的豁免权。1990年《雇佣法》进一步限制了排外性雇佣制企业的合法性，重点是限制提前加入式的排外性雇佣制企业，并为遭到解雇的雇员提供更多的补偿。通过削弱排外性雇佣制企业，雇员获得了自愿加入或不加入工会的权利，进一步约束了工会的恣意行为。

（三）撒切尔政府对矿工大罢工的应对：严格执行豁免

前期的立法准备让保守党政府对矿工罢工有了应对依据，对工会组织的“非法”罢工拒绝做出任何让步和妥协。撒切尔夫人在罢工期间主要坚持两点：一是尊重煤炭管理局的决定，亏损的矿井必须要关闭。二是强调法律与秩序，严格按照法律框架对待罢工行为，组织警察对罢工秩序进行维护，并保护继续上班的煤矿工人。

反观全国矿工工会一方，并没有完全按照法律规程开展产业行动，从而埋下了失败的种子。斯卡吉尔在全体工会会员投票的情况下就进行罢工，不仅降低了罢工的权威性，而且其合法性基础荡然无存。斯卡吉尔擅自组织纠察队阻止非罢工工人上班，并通过暴力的形式干扰复工工人的工作与生活。矿工工会在组织产业行动过程的某些恣意妄为行为，让其行动不仅缺乏充分的群众基础，也失去了享受豁免的前提。

在大罢工开始的头一个月，法院就为煤炭管理局下达了在诺丁汉郡区域限制纠察行为的禁令。另外，诺丁汉地区一些不愿参加罢工活动的矿工群体对矿工工会倡导的罢工行为提起了多个诉讼，要求保护他们的工作，不受罢工事件干扰。同年5月25日，高院考林·克拉克（Colin Clark）法官颁布令状在诺丁汉郡的罢工不是官方的、也无需响应，政府有责任保护未参加罢工的工人免受干扰。⁵⁴⁸随后，兰开郡和南威尔士地区也收到了类似的令状，罢工的统一阵线进一步收缩。

1984年9月，最高法院尼古拉斯法官对此次大罢工做出了两次裁决，都否定了矿工大罢工的合法性的问题。在第一个案件当中，一部分来自与北达比郡的矿工认为罢工非法，因为当地矿工在投票中多数反对罢工，而在国家级工会层面也没有对此进行投票。另外一个案件中，两个来自曼顿的矿工认为当地罢工非法，因为曼顿虽隶属于约克郡煤矿管理局管辖，但地理位置上来说属于诺丁汉郡。当地的矿工虽然投票反对罢工，但当地警察说他们无法保证他们不受工人纠察队的干扰。尼古拉斯法官最终裁定矿工联合会罢工行为由于没有进行投票而违法，还

548 Adeney, Martin; Lloyd, John (1988). *The Miners' Strike 1984-5: Loss Without Limit*. London: Routledge & Kegan Paul. p. 165

不得惩罚那些无视其罢工指令而上班的成员。尼古拉斯法官还裁定，工会开除拒绝罢工的会员和将工会基金用于补贴罢工者家属的行为都属于违法的。⁵⁴⁹

对于矿工工会组织在未经投票情况下组织了罢工活动，法院认定其不再享有豁免，应承担相应的民事及刑事责任。矿工工会领袖斯卡吉尔个人被处以 1000 英镑的罚款，矿工工会被处以 20 万英镑的罚款。⁵⁵⁰ 上述罚款不包括因为罢工造成人身和财产损失而产生的赔偿，此次罢工行动让矿工工会损失巨大。在矿工罢工期间出现了多次暴力事件，甚至有人因此而遇害，对某些工人纠察队成员的刑事制裁也被提上了日程。⁵⁵¹ 矿工罢工最终在法律和公共舆论的压力下于 1985 年被迫宣布无条件结束。

四、英国经验总结

英国对劳动者集体行动通过责任豁免的方式进行规制和保护，与很多国家直接将罢工权楔入宪法的做法不同。⁵⁵² 英国法律并没有将产业行动权树立为积极权利 (Positive Right)，不认为产业行动天然地享有一般免责而例外担责的权利。英国普通法视产业行动为合同违约，而产业行动中出现的纠察或游行等行为更会侵权法的责任。英国的 1906 年《贸易争议法》并没有着力“纠正”普通法的看法，而是通过厘定豁免范围为产业行动争取到了一些生存空间，消极地承认了罢工权。一旦产业行动没有按照法定规程开展，超出了豁免保护的范畴，那么就会让其丧失豁免的庇护，普通法的达摩克里斯之剑便会落下。

豁免制度在英国规制产业行动当中扮演了至关重要的角色，正如天平上游码，貌似微不足道但却起到了厘定乾坤的作用。在英国法律中，只有属于法定豁免范围的产业行动才可以享受“违约”和“侵权”行为不受法律追究的待遇，而那些超出法定豁免范围的产业行动，不仅会给参与者带来不利后果，更会给发起人和领导者带来严重影响。在实践当中，豁免范围的宽窄和门槛的高低都是由社会和经济对产业行动在特定时期的容忍度决定的，政策制定者可以因应调整。如果说产业关系是一个天平：一边是产业自由，托举着产业行动的解放度；一边是产业

549 Douglas, David John. *Pit Sense versus the State: A history of militant miners in the Doncaster area*. London: Phoenix Press. pp. 11–12.

550 Campbell, John (2003). *Margaret Thatcher: The Iron Lady*. p 366

551 例如，1984 年 3 月份，3 名 14-15 周岁的少年因为偷到煤矿捡煤矿而打死。1984 年 12 月，1 名叫迈克尔·弗莱彻 (Michael Fletcher) 的矿工因为参加工作而被殴打致死。

552 如《意大利共和国宪法》(1948 年) 第一章第 40 条规定：“罢工权应在调整此项权利的法律范围内行使之。”《西班牙宪法》(1978 年) 第一章第二节第二十八规定，“承认劳动者为保卫自身利益举行罢工的权利。规定行使该权利的法律将制订为维持社会基本服务的明确保障措施。”^[16] 瑞典王国宪法性文件《瑞典王国政府组织法》(1975 年) 第二章第五条规定：“任何工会、雇主和雇主协会均有权采取罢工、闭厂等类似行动。但法律另有规定或为合同所保证者除外。”《巴西共和国宪法》(1946 年) 第五篇第 158 条规定：“罢工权应予以承认，其行使方式以法律规定之。”《日本国宪法》(1946 年) 第三章第二十八条规定：“劳动者之团结权利，集体交涉及其它集体行动之权利，应予保障。”《韩国宪法》(1962 年) 第二章第二十九条规定，“工人为改进其工作条件，有自由组织工会、集体谈判及集体行动的权利。”引自：常凯 (2005)，罢工权立法问题的若干思考，《学海》，第 4 期，第 27-35 页，脚注 16。

秩序，托撑着产业关系之稳定，那么豁免就是天平托盘下方的游码。当宏观经济良好、需要维护产业自由之时，适当拨动豁免的游码，放宽豁免范围，提高对产业行动容忍度；当宏观经济下行，需要维护产业秩序之时，收紧豁免的范围在所难免。

正是因为如此，撒切尔政府将调整豁免范围作为在劳动力市场推动其供给侧改革的抓手。保守党的供给侧改革是对产业结构的全面调整和优化，必然会带某些行业和地区的阵痛，存在局部反对和抵制是难免的。保守党政府推动此类改革需要秩序的保障，因此选择将豁免的游码拨向了秩序的一端，缩限了豁免的范围。这一举措并非要彻底罢黜任何形式的产业行动来换取所谓的“秩序”，而是让产业行动在一个相对低烈度的水平上以维护改革的环境。

当然，政府也不能恣意压缩豁免的范围，必须在一定法律和社会共识基础上开展。以1984年《工会法》将投票作为罢工前置程序之规定为例，其背后法律逻辑就是促进工会内部民主。以罢工为主要形式为主的产业行动会影响到每一个工会成员利益，属于重大事由，作为利益相关方工会成员完全有理由表达自己的意见和做出自己的决定，而不是让某些工会领袖来把持整个决策。正如公司法需要保障股东对公司重大事项的决策权来消解公司管理层的滥权。1982年《雇佣法》禁止次级罢工行为，就是体现合同关系相对性原则。产业行动就其本身而言属于集体劳动合同一方当事人（工人群体）针对另一方当事人（雇主）针对集体劳动合同的内容进行谈判或再谈判的一种体方式。原则上，双方所谈的内容和主体都应限定在合同相对方的范围内，既不能给任何第三方创设权利和义务也不得向他们施加压力。英国历史实践当中，某些工会为了争取本企业内集体谈判的胜利，经常在雇主的上下游企业举行罢工，通过传导压力从而达到制裁雇主并使之屈服的目的。此类次级罢工的做法从法理上有违与合同相对性原则，因此将其剥离出豁免的范围也就顺理成章了。

还需要注意的是，豁免制度之所能够成为撒切尔政府应对产业行动的切入点，在于它起到了厘定了法与非法之作用。英国调整产业行动的法律有两大支柱：第一是产业关系方面的法律，如《雇佣法》和《工会法》等；第二是普通法，如《合同法》、《侵权法》等。产业关系方面的法律负责阐释能够享受豁免的条件，而普通法负责对那些失去或没有达到豁免标准进行惩戒。相较而言，英国采取豁免的

形式来就调整产业行动属于“正面清单”的做法，只要不属于清单上行为，都将受到普通法的追责，而政府只需调整清单数量便将产业行动纳入到可控的范围。

由于撒切尔政府在收缩豁免范围方面已经做了准备，在处理 1984 年矿工大罢工过程中存在坚实的法律依据并获得司法的支持，成功地化解此次危机。国会立法在 1984 年已经将罢工前的投票程序作为产业行动享受豁免的前提条件，而矿工工会无视此法律执意罢工的行为，无疑使其丧失了豁免的保护，司法机构对其进行制裁也就不足为奇了。⁵⁵³司法制裁让本就民意基础不强的罢工行为又失去了合法的基础，这也就是此次罢工没有得到社会各方广泛响应而走向失败的一个原因。

五、英国经验对中国的启示

我国随着供求侧改革的深入，产业结构调整带来部分劳资矛盾走向集体化、显性化，集体争议数量明显呈上升趋势，规模也逐渐变大。经济下行让很多企业，尤其是国有企业，在经营上陷入了困境，“三去、一降、一补”成为了优化经济结构必选之策。但淘汰落后产能必然影响到原有的就业结构，尤其对于经营较为困难某些国有企业，人员的转岗和安置问题更为突出。2016 年初双鸭山龙煤集团就出现了职工因不满企业因经济效益不佳所做的安排而聚集的“群体事件”，造成巨大的社会影响。⁵⁵⁴根据英国在上世纪八十年代的历史经验，可以预见的是，此类群体性事件在经济领域深化改革的过程不仅不会消失，而且在一定时间内还会呈现爆发的趋势。

时下，我国已经初步建立起了劳动集体协商机制，但对于产业行动（尤其是罢工）采取了回避的态度，既没有从正面承认它的合法性，也没有从侧面给予其豁免的待遇。因此，我国劳动关系中群体事件往往处于法律的灰色地带。一方面，这些群体事件没有合法的外衣，但却频发不止，群体事件参与人并没有因该行为法律属性不明而放弃加入。另一方面，执法机构对此普遍存有一定的容忍度，但容忍的尺度不明朗且不统一，试探底线的活动造成了对秩序的进一步破坏。⁵⁵⁵

因此，当下需要对涉及工人利益的群体事件未雨绸缪，既不能切断劳动者合法表达利益诉求的渠道，也不能让群体事件失控、将改革成果付之东流。由于我

553 见前文表一

554 由于受煤炭市场持续疲软、煤炭价格持续走低等不利因素影响，国有企业龙煤集团出现了严重亏损，目前仍拖欠职工工资、税收和企业应上缴的各类保险，不少职工生活遇到困难，2016 年年初，出现了部分职工群体上访事件。见东北网（2016），黑龙江双鸭山官方通报解决龙煤职工上访工作进展，<http://news.cnhubei.com/xw/gn/201603/t3568023.shtml>（登陆时间：2016/5/30）

555 王天玉（2015），法官面对罢工的无奈，财新网，见：<http://opinion.caixin.com/2015-04-15/100800377.html>（登陆时间：2016/5/12）。

国劳动者个体相对弱势已是一个社会问题，通过集体力量迫使用人单位与之谈判争取利益已被公众所接受。国家无需也不应对工人通过正当途径来争取自己利益的行动持有顾虑，以争取利益为目的的集体谈判已属市场经济国家的“标配”。但对于超越出合法途径的产业行动，如不让其他员工进厂、阻碍设备运出场外和破坏公共设施等行为，不应从民法、行政法和刑法中获得豁免。

虽然国际上对产业行动权有积极和消极两种承认方式，但鉴于我国现在的发展阶段和供给侧改革需要，英国的消极豁免模式比较适宜。如前文所述，虽然在宪法上直接承认罢工权能够一劳永逸地解决权利合法性的问题，但对国家失去了对罢工次生行为（产业行动）扩大化的有效防范能力。而从豁免的角度切入对产业行动的规范有利于维护社会秩序，既能给集体谈判提供合法通路和工具，也能防止产业行动脱缰失控。

在豁免模式下，撒切尔政府在供求侧改革时对豁免的宽严之道，更是对我国在供给侧改革过程中处理群体事件的一个重要启示。不可否认，我国的供给侧改革与英国撒切尔时代类似改革存在不少差异，但并非霄壤之别。“去产能”都是（或曾是）两国改革目标之一，局部地区的结构调整将会带来比较广泛的经济性裁员的问题。与英国撒切尔政府不同的是，我国已经为产业转型中工人在财政上和政策上做了充足的准备，以减少对劳动者的负面影响。即便如此，鉴于劳资利益分歧乃劳动关系之自然属性，仍无法完全避免群体性事件的频繁发生。因此，在法理之内适当收缩豁免的范围显得尤为重要，对于超出规则之外的行为依法剥夺其豁免的权利，此做法便于稳定社会秩序，但又不伤劳动者利益表达之根本。

需要指出的是，收紧豁免范围不能恣意为之，须结合时下共识和法理之要求。例如，对于产业行动扩大化的问题，通过禁止次级罢工行为享受豁免来加以规制。对于恣意罢工的行为，可以通过投票前置要求解决。对于产业行动中出现的暴力行为，严格按照行政法和刑法之要求追责。如此为之，既让劳动者能够理解产业行动的法律“底线”，而且能够为执法机关处理类似事件提供依据和抓手，确保供给侧改革能够顺利平稳推进下去。

六、小结

撒切尔政府在 1984 年矿工大罢工过程中采取的法律措施虽然在当时存有争议，但在实际效果上起到了稳定产业秩序的作用，为推进供给侧改革构建了相对

稳固的环境。产业行动的责任豁免制度是当时保守党政府改革主要抓手，也在平息矿工大罢工中起到了关键作用。政府通过收放责任豁免的范围，能够将产业行动破坏性限制在社会和经济可承受区间当中，从而做到既维护社会稳定发展的目的，又确保劳动者有正常的利益表达渠道和方式。我国虽没有必要将撒切尔时期的政策奉为圭臬而照搬之，但其调整豁免范围的方式值得借鉴。在现有的法律责任体系下为合理的产业行动中开辟出一定的免责空间，既让劳动者利益能够得到自由表达，也让产业秩序得到有效维护。更为重要的是，政策制定者可以适时拨动豁免游码来维护产业自由和秩序之间的动态平衡，来保障供给侧改革的深化。

劳动者集体行动合法性辨析

章惠琴

【摘要】劳动者集体行动须根据争议起因区分利益争议与权利争议，适用不同的处理方式。利益争议发生时，从传统市民法出发，罢工系劳动者集体且消极地不提供劳务，不仅违反了契约上的劳动给付义务，还容易侵害雇主或第三人的财产权或人身自由权等权利；但从社会法视角来看，确需赋予劳动者罢工权作为集体协商的最后压力手段以平衡劳资力量。法律一旦赋权，将使争议行为在一定限度内不仅在刑事上可阻却违法，且在民事上亦可免除劳动者对于雇主所造成之损害赔偿赔偿责任，因此罢工权适用“法无授权即禁止”。同时作为一种“特权”，罢工权的行使将被限制在有限的范围内，权利争议一般不允许罢工，只有在用人单位不履行债务或者履行债务不符合约定时，劳动者依据履行抗辩权，方可集体拒绝履行工作义务。

【关键词】劳动关系；权利争议；利益争议；罢工权；履行抗辩权；集体行动

近年来，群体性劳动争议频发，本田、沃尔玛等诸多知名企业陆续发生劳动者停工事件；争议事件在规模上亦呈上升势态，新飞电器有近万名工人，裕元鞋厂4万多名工人集体停工，引起社会各界广泛关注。面对劳动者停工等集体行动，理论界对其法律性质亦是众说纷纭，形成了“合法说”、“违法说”、“非法说”⁵⁵⁶等主要观点。判断劳动者集体行动法律性质的前提是厘清劳动者集体行动的内涵和外延。

一、劳动者集体行动当按利益争议和权利争议区分不同类型

以多数劳动者有计划地不履行工作义务为表现行为的劳动者集体行动，起因各异。根据国际劳工组织的分类，劳动争议可分为权利争议和利益争议。前者也

⁵⁵⁶合法说以常凯、周永坤、王天玉等为主要代表，认为法无禁止即自由，从《经济社会和文化权利国际公约》和我国《工会法》，亦可得出劳动者享有罢工权。违法说以董保华、侯玲玲等为主要代表，合法说混淆了罢工权与劳动合同缔约权、同时履行抗辩权，劳动者罢工是集体违约行为。非法说以王全兴等为主要代表，认为法律既没有禁止罢工，也没有明确规定罢工，并且对《经济、社会及文化权利公约》既没有保留，也没有明确授予罢工权国内立法，我国现阶段的罢工既不是合法罢工，也不是违法罢工，而是介于违法与合法之间的非法罢工。

称为法律争议，是指就法律、集体合同、劳动合同中已经存在的权利发生的劳动争议，权利争议可以是个别劳动争议，也可以是集体劳动争议。后者也称为经济争议，是指就新的劳动权利义务分配发生的劳动争议，大多数利益争议都是因为双方谈判破裂，没有就将来的劳动待遇和劳动条件达成一致，无法签订集体协议造成的。利益争议从本质上看一定是集体劳动争议。^[557]将劳动争议区分为权利争议或利益争议，“最主要症结乃是有无司法审理可能”^[558]。有观点认为“在我国当下集体劳动争议呈现权利争议与利益争议混杂的局面下，具体案件中劳动者的诉求很难清晰地归类”⁵⁵⁹，即出现所谓的“混合争议”，但各国实践已证明并不存在第三种类型之可能，原则上劳动争议均可区分为权利争议或利益争议^[560]，从而适用不同的处理方式。

权利争议与法律上的权利义务相关，在权利争议中，通过仲裁和诉讼等救济途径劳动者的权利通常可以获得有效救济。比如，我国劳动法第 84 条明确规定因履行集体合同发生争议，当事人协商解决不成的，可以申请仲裁或提起诉讼。劳动者如欲采取集体行动，可以视为放弃公力救济，实施自力救济。但是，现代法律以禁止私力救济为原则^[561]252，司法是权利的最终救济方式和法律争议的最终解决方式，劳动者应不得以停工为权益贯彻手段，不得在公力救济之外寻求自力救济。比如，企业关停并转引发的补偿金争议是最易引发劳动者集体行动的起因之一，法律对于经济补偿金有明确规定，属于典型的权利争议，但是劳动者为了获得高于法定标准的补偿金，常会出现集体停工实施所谓自力救济，这在法治国家是决不允许的。诚如台湾著名劳动法专家黄程贯教授所言，如果权利争议可以罢工，将会面临诸多悖论：一是如果企业诉诸司法救济，罢工是否存在向司法施压之嫌？二是如果企业的诉求得到支持，罢工是否又丧失合法性？^[562]

利益争议中，争议的标的根本不是既存的法定权利或法律所保护的权益，没有法律规范、没有诉讼制度可依，完全无法透过救济等方式来贯彻落实，只能通过双方协商确定。比如，我国劳动法第 84 条明确规定因签订集体合同发生争议，当事人协商解决不成的，当地人民政府劳动行政部门可以组织有关各方协调处理。

[557]ILO. Labor Dispute Systems: Guidelines for improved performance.

http://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/publications/WCMS_211468/lang-en/index.htm.2015-7-3.

[558][3]黄程贯.关于权利事项与调整事项劳动争议之区分——高院七十八年度劳上字十三号、高院七十八年度劳抗字十号.劳动法裁判选辑(一).1999.(12).

559 王天玉.劳动者集体行动治理的司法逻辑——基于 2008-2014 年公开的 308 件罢工案件判决.法制与社会发展.2015, 2.

[561]梁慧星.民法总论[M].北京:法律出版社,1996.

[562][10][18][22][23]黄程贯.劳资争议法律体系中之罢工的概念、功能及基本法律结构[J].政大法学评论.1989.(39).

美国、德国等发达国家则在此基础上进一步赋予劳动者罢工权作为集体协商的压力手段以平衡劳资力量,迫使雇主重返谈判桌接受劳动者一方关于劳动条件和劳动待遇的要求。相应地,作为争议对抗手段,雇主可以关闭工厂,拒绝接受劳动者提供的劳动力^[563]268。但是,由于罢工对生产秩序和社会秩序具有一定的破坏性,各国对罢工权的行使一般限制在狭小的范围内,除必须以变更、增删集体协议所得规范事项为目的以外,还要求罢工只能由工会组织、发动。比如台湾规定罢工非经工会为之不可;争议目的须具备集体协议相关性。德国规定罢工只有在为达成集体协议和实现可受集体协议调整的目的时才会被允许,出于其他目的的罢工,都被认为是自始违法。罢工只能由工会发起,所有未获得工会支持的一群雇员宣称的罢工,即所谓的野猫罢工非法,无论目的是什么或者这些目的如何具有正当性。^[564]

有观点认为“劳动者集体行动是一种自力救济”⁵⁶⁵,这是对自力救济的误读。所谓自力救济,是指当事人认定权利遭受侵害,不通过国家机关和法定程序,而依靠自身或私人力量解决纠纷,实现权利。^[566]102 权利争议不允许自力救济,而在利益争议中,有利益而无权利,无从救济。“在资方不愿通过集体谈判与劳动者进行平等协商,劳动者完全可以行使自助自卫的手段以保护其实体性权利免受更严重的损害,或者使资方让步”⁵⁶⁷,这是混淆了罢工权和不当劳动行为救济制度。在集体劳动关系领域,各国为了保护团结权等集体劳权,建立了不当劳动行为制度予以救济。比如,日本规定雇主没有正当理由,对雇佣的劳动者的代表者通常是工会的集体谈判加以拒绝,以及不诚实地进行集体谈判,都属于不当劳动行为而被禁止。在发生了不当劳动行为的情况下,可以通过裁判所进行司法救济,同时还可以通过行政机关的劳动委员会进行特别的行政救济。^[568]284 我国《集体合同规定》第 56 条也规定用人单位无正当理由拒绝工会或职工代表提出的集体协商要求,按照工会法规定处理,《工会法》第 53 条则规定,无正当理由拒绝进行平等协商的由县级以上人民政府责令改正,依法处理。可见,用人单位拒绝集体协商并不能构成劳动者发动罢工合法的理由。

[563][9]田思路、贾秀芬,日本劳动法研究[M],中国社会科学出版社,2013。

[564][德]曼弗雷德·魏斯,马琳·施米特著,倪斐译,德国劳动法与劳资关系[M],北京:商务印书馆,2012。

565 王天玉,劳动者集体行动治理的司法逻辑——基于 2008-2014 年已公开的 308 件罢工案件判决、法制与社会发展,2015, 2。

[566]徐昕,论自力救济[M],北京:中国政法大学出版社,2005。

567 陈步雷,罢工权的属性、功能及其多维度分析模型,云南大学学报(法学版),2006.3。

综上,劳动者在权利争议中一般不能采取集体行动,除非有法律的明文规定。只有在利益争议中才有可能采取集体行动,即通常所说的罢工,前提是法律赋予劳动者罢工权。罢工权赋予劳动者以重新形成契约内容及拒绝履行工作义务的权利。如果一国法律未赋予劳动者罢工权,即使是利益争议,劳动者也不能随意罢工。事实上,我国因法律尚未赋予劳动者罢工权,劳动者在利益争议中应不能采取集体行动;而在权利争议中允许劳动者采取集体行动完全有悖法治理念和法治实践。

二、利益争议引发的劳动者集体行动违法

利益争议引发的劳动者集体行动,亦即罢工,在我国法律上是否合法,应取决于我国是否赋予了劳动者罢工权。合法说认为罢工权适用法无禁止即可为,并进一步提出我国现行法已赋予劳动者罢工权⁵⁶⁹。笔者以为这是对罢工权法律性质的重大误解和对我国现行法律的误读。

(一) 罢工权适用“法无授权即禁止”

罢工权在美国、法国等大多数西方国家确是法律甚至宪法所保障的人民权利,但亦是一种特殊型态的权利,它与传统自由权最主要的区别之一在于行使对象的不同:传统自由权均只有人民针对国家行使的问题(防御权性质),而罢工权,除得针对国家行使⁵⁷⁰外,更应针对契约相对人之雇主行使之^[571]。

1. 罢工是妨碍劳动契约的行为

劳动关系原则上应适用市民法的基本原理,罢工常发生在劳动契约存续期间,为生成新的更有利的劳动条件而由劳动者作为压力手段使用之,此时新的权利尚未形成而称之为利益,但原合同权利义务并未消失依然存在。罢工发生时用人单位往往处于守法、守约状态,而劳动者却是集体且消极的不提供劳务,因此被视为违反了雇佣契约上的劳动提供义务,或被视为集团性的业务阻害行为。同时,由于争议行为之本质极易扰动社会秩序而导致一般市民或雇主之自由权或财产权遭受侵害,在一般市民刑法的评价下,该争议行为便容易被认定为侵害他人法益而构成犯罪^[572]。而非如有的学者所言以“停工、怠工”为表现行为的劳动者

⁵⁶⁹王天玉,《劳动者集体行动治理的司法逻辑——基于2008-2014年已公开的308件罢工案件判决、法制与社会发展》,2015,2。

⁵⁷⁰所谓罢工权得向国家行使,并非指得进行政治性罢工,而是权利人得向国家请求其保障、维护实质上自由平等之劳资谈判、协商制度;并于劳资争议过程中保持中立;不应藉强制仲裁制度介入劳资双方间的权利义务关系且不应于宪法所容许之范围外,侵犯、干涉劳工的基本权利。

[572]菅野和夫,《劳动法》(第7版)[M],日本:弘文堂,2005,转引自庄政达,《争议行为于刑事上免责之研究——以日本劳动组合法第一条第二项为中心》[D],台湾大学硕士论,2007。

集体行动在我国法律文本上并无禁止性规定，法无禁止即可为⁵⁷³。

在历史上，不论是普通法还是成文法国家都对罢工行为给予严格禁止视为犯罪，同时追究违约责任、侵权责任。在英国，1799年制定的《结社禁止法》宣布工人的集会、结社和罢工均为非法，违者将被处以刑罚。法院通过创设或扩张适用普通法上的刑事罪名（尤其是刑事共谋）及侵权（尤其是限制营业之理论）来压制工会^[574][328]。英国在1901年的塔夫河谷铁路公司诉铁路职工联合会一案中，上议院依然认为工会必须为罢工给公司造成的损失负赔偿责任^[575]193。在美国，1806年的费城皮匠案确立了用刑事共谋罪指控工会活动的先例。19世纪早年以前，美国工会通过罢工等要求提高工资和改善工作条件的行动，都被法院判决为犯罪^[576]。1842年以后的美国，虽然各州法院不再用刑事共谋罪指控劳工罢工，但民事禁令被法院普遍用来对抗有组织劳工的各种利益诉求活动。这种禁令依据的是普通法上的“明显的侵权行为”原则：即故意施加于一方当事人的经济损害是一种侵权行为。^[577]在德国，根据1845年《普鲁士贸易法》的规定，每一次罢工或者煽动罢工都会面临1年的监禁。^[578]181早期的日本政府虽然不用颁布禁令的方式压制劳动者的罢工、站哨等，但却用《刑法》、《行政执行法》、《警察犯处罚令》中的骚扰罪、业务妨害罪、暴行罪、胁迫罪、公务执行妨害罪等，从而在实体法上禁止此类团结及其活动，尤其是集体劳资争议。^[579]

2. 罢工权是妨害劳动契约的特权

直到19世纪末、20世纪初，西方资本主义国家对劳动者集体行动的压制态度发生动摇，由禁止罢工，逐渐将符合特定要件的罢工行为纳入合法的框架予以容忍。劳动者集体行动争议焦点在于有利的劳动条件的获得，而所谓“有利的劳动条件的获得”实质是更加有利的社会财富分配办法，随着技术的进步以及生产力的发展，尤其是劳动效率的提高，劳动者创造剩余价值乃至社会财富的能力也在提高，劳动者要求获得更加有利的劳动条件是具有合理性的。又因为劳动者个体与雇主实力差距悬殊，不具备同雇主平等对话与议价的条件，劳动者结成团体方可克服这一缺陷。为使具有经济强势之雇主愿意并有诚意与劳动者团体谈判、

573 王天玉，劳动者集体行动治理的司法逻辑——基于2008-2014年已公开的308件罢工案件判决、法制与社会发展，2015，2。

[574] 王泽鉴，民法学说与判例研究 2[M]，北京：中国政法大学出版社，1998年版。

[575][21] 艾利森·邦，马纳·撒夫，劳动法基础[M]，武汉：武汉大学出版社，2004。

[576][15] 周剑云，略论美国劳资关系管理模式的演变[J]，烟台大学学报(哲学社会科学版)，2007，(2)

[578][20][德]曼弗雷德·魏斯，马琳·施米特著，倪斐译，德国劳动法与劳资关系[M]，北京：商务印书馆，2012。

[579] 参见[日]西谷敏，劳动组合法，有斐阁，1998；[日]菅和野夫，劳动法，第七版，弘文堂，2005，转引自姜涛，集体劳资争议的刑事责任研究——以日本《劳动组合法》第1条2款为中心[J]，浙江社会科学，2011，(10)。

协商，即需赋予劳方予一得施加雇主压力之手段。团体协商、谈判制度，若无罢工权之保障作为劳工之后盾，即劳工之谈判、协商根本只是集体行乞。^[580]各国对于劳动法所预设的市民法原理依据劳动法规范加以修正，摈弃了抽象法律人格的观察视角，正视劳资双方在事实上的不平等，通过调整双方力量达成动态平衡，使之由形式自由走向实质自由。罢工一旦作为一种权利来规定，法律必然对原来属于违法、违约的行为，作出相应的刑事免责、民事免责的规定^[581]。

其一，刑事豁免。罢工权作为劳动者的基本权利，只要是合法行使这一权利便不承担任何刑事上之责任，但暴力之争议行为并不能阻却违法性，而是需要依法追究刑事责任，可能构成刑法中的普通刑事犯罪。英国国会于 1871 年对刑法进行修改，让工会的活动不再受到刑事规定的干扰^[582]。美国在 1842 年马萨诸塞州诉亨特案中首次判决工会罢工行为不再被视为非法，此后用刑事共谋罪来判决工会罢工行为违法逐渐从美国法庭中消失。德国于 1869 年颁布《商业法》，废止了所有有关禁止和惩罚结社自由的规定，不再惩罚罢工，只有“试图以威胁的方式鼓动他人罢工”仍然会被处以监禁。直到 1919 年的《魏玛宪法》最终完全认可了结社自由⁵⁸³181。日本于 1949 年制定《劳动组合法》，第 1 条第 2 款规定工会所进行之团体协商或其他行为，若系为了达成前项所揭之目的且可被认为正当者，有刑法第 35 条⁵⁸⁴之适用，即不予处罚，肯定了正当的劳动者罢工的刑事免责。

其二，民事豁免。罢工作为合法行为以后，团体协约当事人获得侵害原有契约秩序之权限而不负私法上之责任。英国于 1906 年通过了《贸易争议法》，给予工会完全的工业行动侵权免责，为工会在产业行动当中造成的财产损失提供了豁免保护，劳动者个人则从工业行动中免于刑事共谋，或者诱使违反合同的责任，只要他们是为了解决劳资争议。^[585]美国于 1932 年颁布《诺里斯-拉瓜迪亚法》禁止法院对劳动争议颁布民事禁令。1935 年《瓦格纳法》赋予工会集体行动权，工会的罢工行为获得完全的民事豁免。德国二战前依当时绝大多数之见解，劳动者如未先行终止契约而径自参与罢工，则雇主即得本于德国民法将该劳工解雇，

[581]董保华,劳动者自发罢工的机理及合法限度,甘肃社会科学[J],2012,(1).

[582]闫东,英国劳动基准立法,中国劳动[J],2012,(12).

584 刑法第 35 条则规定：“依法令或正当业务的行为，不处罚。”

且依德国民法得请求损害赔偿。雇主不行使契约终止权者，亦得请求因给付迟延而生之损害赔偿。雇主之企业因劳工罢工而致生产停止所生之损害亦应由参与罢工之所有劳工共同连带负责。^[586]西德联邦劳工法院直到 1955 年 1 月 28 日的判决中首次明确劳资争议若在团体法上被评价为合法，则基于一体性原则，不得再在劳动契约法上判定其为非法。^[587]日本《劳动组合法》第 8 条规定雇主不得因正当的同盟罢工和其他争议行为使其受到损害之故，要求工会或会员赔偿。《工会法》第 2 条亦规定，凡因正当罢工或其他争议行为而造成损失时，雇主不得以此为理由而要求工会或工会会员赔偿。肯定了正当的劳动者罢工行动的民事免责。

西方国家宪法中规定的“集体行动权”通常被劳动法规定为“工会享有的包括罢工在内的各种产业行动”，民法与刑法则分别规定工会在争议行为中应免除民事责任和刑事责任。^[588]因为法律观念的变革，导致罢工权的实施具有与以往不同的私法效力。在合同法上，合法罢工不再是劳动合同的终止，而被视为劳动合同的中止，即劳动者暂时不履行劳动义务，资方也无须给付相应的劳动报酬，但是罢工一旦结束，劳动合同关系自动恢复。在侵权法上，因为是行使法定的罢工权而不构成民事侵权，从而获得责任豁免^[589]。可以说，罢工权是劳动法对市民法逻辑的修正和扬弃，是法律在既有秩序基础上为劳动者团结行动予以特殊照顾的“网开一面”^[590]，是违约行为的合法化、侵权行为的合法化，因此并不适用“法无禁止即自由”，而是“法无授权即禁止”。

（二）我国现行法下罢工权无法可循

阻却罢工的违法性，必须要有法律的特别授权，综观我国现有法律法规可以发现，并未赋予劳动者罢工权，而非如合法说所言《经济、社会及文化权利公约》⁵⁹¹以及《工会法》⁵⁹²亦可证明罢工合法”。

从《经济、社会及文化权利公约》（以下简称“公约”）并不能得出我国法律已赋予劳动者罢工权的结论。《公约》第 2 条第 1 款规定，每一缔约国家承担尽最大能力，采取步骤，以使用一切适当方法，尤其包括用立法方法，逐渐达到本公约中所承认的权利的充分实现。按照该条规定和世界上已批准《公约》的 142

[588] 姜涛, 劳动刑法视阈下集体劳资纠纷的刑法规制模式, 刑事评论[J], 第 25 卷.

[589] 闫海, 罢工权的法理分析与规范设计, 经济法学家, 2003, 吴志攀主编, 北京大学出版社, 2004 年.

[590][31][37] 董保华, 李干, 依法治国须超越“维权”vs“维稳”——基于沃尔玛“常德事件”的考察, 探索与争鸣[J], 2015, (1).

591 周永坤, “集体返航”呼唤罢工法, 法学, 2008, 5.

592 常凯, 关于罢工的合法性及其法律规制, 当代法学, 2012, 5.

个国家的实践,《公约》并不要求缔约国立即、全面实现其所有规定的内容,只要求缔约国在立法、行政和司法等方面采取积极措施,逐步实现《公约》所规定的各项权利。除非具体条款的用语表明立即履行的义务时,这些权利的充分实现就等于立即实现,除此以外,“逐步实现”的方式是公约确立的国家义务的一般机制^[593]。联合国经济、社会及文化权利委员会在审议中国履约状况时,提出了《公约》是否可以在国内直接适用的问题,中国政府代表团在两次⁵⁹⁴审议中都阐述了我国国内法不能直接适用《公约》的原则立场,在最近一次审议中,明确指出“按照国际条约在中国适用的惯例,国际条约不直接作为中国法院审理案件的法律依据,国际人权条约也不例外,而是通过立法程序转化为国内法律后予以适用”。^[595]这也意味着只能得出我国对劳动者“有权罢工”的国际法律原则予以认可,而不能当然得出我国劳动者有罢工权的结论。

《中华人民共和国工会法》亦未赋予劳动者罢工权。《工会法》第27条⁵⁹⁶仅使用了“停工、怠工”,回避使用“罢工”一词,原因在于罢工在法律上有其特定的含义。同时,27条并未明确停工、怠工的法律效力,合法说对罢工权只是进行了推理。从27条所记载的法律规范的内容来看,仅课以了工会解决停工、怠工事件的义务,工会既有代表职工同企业、事业单位或者有关方面协商,反映职工的意见和要求并提出解决意见的义务,也有协助企业、事业单位做好工作,尽快恢复生产、工作秩序的义务,而不能得出工会享有发动劳动者进行集体行动的权利。联合国经济、社会和文化权利委员会在《关于中国第二次定期报告⁵⁹⁷的结论性意见》中指出,“委员会感到关切的是,《工会法》没有规定劳动者有罢工权。委员会建议缔约国考虑在法律上承认罢工权。”这也印证了工会法并没有赋予工会罢工权。

(三) 我国司法裁判劳动者罢工违法

王天玉教授曾撷取308件罢工案件的法院判决进行过分析⁵⁹⁸,除24.5%的判决认为无充分证据证明劳动者有罢工行为外,8.5%的判决将劳动者的罢工行为定性

[593]梁晓晖,《经济、社会和文化权利国际公约》下国家一般人权义务的解析[J],北大国际法与比较法评论,2007,(8)。

594中国政府于2003年6月27日向经济、社会及文化权利委员会提交了首份履约报告,委员会于2005年4月2729日对中国首份报告进行审议并于2005年5月13日通过了有关中国履约情况的“结论性意见”。中国的第二份履约报告于2010年6月30日提交,委员会于2014年5月8日对中国第二份报告进行审议并于2014年5月23日通过了相关“结论性意见”。

[595]黄金荣,经济、社会及文化权利委员会对中国履约状况第二次审议述评[J],人权,2015,(1)。

596企业、事业单位发生停工、怠工事件,工会应当代表职工同企业、事业单位或者有关方面协商,反映职工的意见和要求并提出解决意见。对于职工的合理要求,企业、事业单位应当予以解决。工会协助企业、事业单位做好工作,尽快恢复生产、工作秩序。

597我国于2010年7月向联合国提交了《经济、社会和文化权利国际公约》第二次国家履约报告。

598王天玉,劳动者集体行动治理的司法逻辑——基于2008-2014年已公开的308件罢工案件判决,法制与社会发展,2015,2。

为有效的协商行为；其余 67%的判决认定劳动者的罢工行为违法。308 件判例，从地域上看，包含了上海、广东、江苏等 15 个省、自治区、直辖市，占中国除港、澳、台以外的近一半地方；涉及年度从 2008 年至 2014 年跨 5 个年度；包括了 67.9%的一审案件和 32.1%的二审案件。不管是地域、时间、审级都具有一定的广泛性，撷取的司法判决具有相当的代表性，可见判定劳动者罢工违法是法院的主流裁判意见。

以(2013)奉民三(民)初字第 2636 号和(2014)沪一中民三(民)终字第 65 号等四十八个“因劳动者涨工资引起罢工”案件的判决意见为例，一审法院认为，“劳动者应按约履行义务，若劳动者认为劳动报酬约定不适当，应通过合法途径解决，如与用人单位通过协商予以修改完善，或者通过工会与用人单位建立集体协商机制，以维护自身合法权益”。二审法院认为，“根据劳动法第 47 条的规定，用人单位可以根据本单位的生产经营特点和经济效益，依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平。因此，在不违反国家法律法规的前提下，企业有自主确定工资增长办法或工资分配制度的权利。劳动者因计件单价多年未发生变化，要求用人单位提高劳动报酬，其出发点是可以理解的，但采取怠工、停工的方式以达到其目的，方式方法实不足取，也违背了劳动纪律和用人单位的规章制度”。可见，法院充分肯定了劳动者享有参与工资分配的权利，并建议劳动者可采取集体协商的形式，只是由于罢工违法，法院对劳动者参与工资分配的方式方法作出了否定。

我国由于尚未赋予劳动者罢工权，法院通常会判决劳动者罢工违法，支持用人单位有权解雇罢工劳动者，假设中国今天的劳动者集体行动发生在西方国家又将如何认定？法院依然会区分权利争议和利益争议，适用不同的处理方式。对于利益争议中劳动者的罢工行为，法院的基本推理模式：劳动者有罢工权→合法罢工→解雇无效；违法罢工→解雇有效。是否合法，将从主体正当性、目的正当性、程序正当性、手段正当性等方面审查。我国现阶段劳动者的自发罢工，一是不符合主体正当性，由劳动者自发组织，而非工会发起。比如，根据美国法律，如果工会没有决定罢工，而少数员工进行了一致行动，那么这些少数工人的行为是不受法律保护的，即使他们因此被解雇，法律也不会干预。⁵⁹⁹43 二是不符合目的

[599]柯振兴.美国劳动法[M].中国政法大学出版社.2014.

正当性，基本不以签订集体合同为目的，不少甚至是在集体合同有效期内举行罢工，违反了起码的和平义务。三是不符合程序正当性，罢工决定既不是由工会会员以不记名投票方式作出，也不会是在罢工前履行事先通知雇主的义务。四是不符合手段正当性，劳动者在集体行动中往往不能保持克制，伴有暴力行动，比如扣押企业高层管理人员，哄抢财务等。所以这种自发罢工行为无论发生在何时，无论发生哪个国家的法院，都不会获得支持。

三、 权利争议引发的劳动者集体行动上违法

如前文所述，当存在制度化、可预期的公力救济时，无序化、不可预期的自力救济不应存在适用的空间⁶⁰⁰，因此，对于权利争议引发的劳动者集体行动在任何法治国家一般均被视为违法，但也存在例外情形。

（一）违法之例外——集体行使履行抗辩权

当用人单位没有履行债务或者履行债务不符合约定时，劳动者依据履行抗辩权，有拒绝履行工作义务的权利。劳动契约除具有身分法之色彩外，在民法上仍系一债务契约^[601]。实践中经常出现用人单位拖欠工资、劳动条件恶劣等债务不履行或履行不符合约定现象，劳动者可以追究其违约责任，但它往往需要借助公权力，具有滞后性；在寻求公力救济之前，也可行使履行抗辩权。履行抗辩权制度允许合同当事人以自力救济的方式，迫使对方履行合同以担保自己债权的实现，促使合同的公平履行，可以发挥违约责任所不可替代的作用。当私力救济不足以保障权利时，仍可寻求公力救济。履行抗辩权属于传统民法概念，是诚信原则在双务合同履行中的具体应用，债务的履行只要不是同时进行，存在时间差就可以说存在着一方授予对方信用，而予信本身是有风险的，听之任之必然损害市场的正常运转，因此法律设计了违约责任和抗辩权。履行抗辩权在我国属于实定法意义上的权利，已在合同法上得到了认可。根据《合同法》第 66 条规定，当事人双方互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。是合同法为了保护双务合同当事人避免因自己的履行而对方未为对待给付而受到损害。在劳动合同履行过程中，雇主一直未为一定之给付或给付不符合约定，

[601][33][34]黄程贯,由罢工权及工作拒绝权之法律性质谈劳工集体休假[J].政大法学评论,1988·(37).

包括工资、社会保险等主给付义务以及提供劳动保护和劳动条件等附随义务，为实现劳动合同既定权利，劳动者即可行使履行抗辩权。履行抗辩权可以由单个劳动者行使，也可以由众多劳动者集体、同时行使，其行动之团体性非如罢工之具有法律上质的意义，而只具有事实上量的意义。劳动者如果享有履行抗辩权并有效行使它，则中止工作义务，亦无须事后再为履行，因为劳务给付具有时间性；虽劳动者未履行工作义务，但仍享有工资请求权。^[602]正因为劳动者可以集体行使履行抗辩权，所以其外在表现方式与罢工非常相似，即劳动者共同有计划地拒绝履行工作义务，通过对企业施加压力来达到特定的目的。区别在于罢工权来源于法律的赋予，依其法律性质，应将之归类为形成权^[603]，只能与利益争议相联系；履行抗辩权基于劳动契约而产生，是对抗他人请求权行使的权利，只存在于权利争议中。

（二）我国司法裁判劳动者集体行使履行抗辩权合法

履行抗辩权作为合同权利，也是法定的自力救济的方式，只要正确行使，完全可以获得法律的保护，这点已为法院判决所确认。

有观点认为“没有一件判决认定劳动者的集体行动是行使同时履行抗辩权”⁶⁰⁴的结论不成立，以（2010）松民一（民）初字第555号等⁶⁰⁵十四个案件的判决意见为例。法院认为“原告起初以改善工作环境为目的而实施的停工行为有其合理的诉求基础。”可见，法院认可了劳动者该阶段集体行动的合法性，原因在于用人单位有保障劳动者劳动生产安全的义务，劳动者要求用人单位改善工作环境属于行使抗辩权，受法律保护。履行抗辩权制度虽产生于民法，劳动法亦有将其具体化，比如《劳动合同法》第32条规定劳动者拒绝用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业的，不视为违反劳动合同。劳动者对危害生命安全和身体健康的劳动条件，有权对用人单位提出批评、检举和控告。《安全生产法》第52条规定，从业人员发现直接危及人身安全的紧急情况时，有权停止作业或者在采取可能的

⁶⁰⁴王天玉，劳动者集体行动治理的司法逻辑——基于2008-2014年已公开的308件劳动争议案件判决、法制与社会发展，2015，2。

⁶⁰⁵法院认为，劳动者与用人单位之间的权利和义务应当是对等的，作为员工应当遵守用人单位的规章制度，但是遵守规章制度的前提应当是劳动者的合法权益得到了保障。本案被告的《员工手册》虽然规定了员工不得闹事破坏工作秩序并应当服从工作安排，但员工为争取自己的合法权益而进行的上述行为并不应当受该条款的限制；反之，用人单位当然可以依据其规章制度进行人事管理。因此，适用该《员工手册》的前提，应当是原告的停工行为是否以其合法、合理的诉求为基础。从被告所提供的证据和原告的陈述显示改善工作环境系双方所确认的罢工理由之一，对此本院认为，原告在停工时的工作环境如下：1、时值夏季，气温偏高，而苯为一种高挥发性的化学物质；2、车间内门窗被人为密封；3、多名车间员工被确诊为职业病或者需要住院治疗。而被告所出示的环境检测报告采样日期为当年的5月初，根本无法反映在高温气候条件下，车间内真实的环境状况。在此情况下，原告提出改善工作环境的诉求是合理的。根据原告方在仲裁庭审中的陈述、各相关机关出具的证词、空调购买合同等证据来看，被告对原告所提出的改善工作环境的要求是立即同意并付诸了实施。关于被告提出原告停工的另一目的为两位主管的复工，对此原告不予认可，本院认为，用人单位享有独立的人事任免权，不论该要求是否为原告的停工目的，其均缺乏相应的合法性与合理性。综上，原告起初以改善工作环境为目的而实施的停工行为具有其合理的诉求基础，但是在被告应允的情况下，原告本应当立即复工以免给被告造成更大的经济损失，可是原告却在无正当理由的情况下继续停工严重影响了正常的生产秩序，直至2009年8月28日谈判过程中仍未有复工的意思表示，该行为应当属于《员工手册》中的严重违纪行为。

应急措施后撤离作业场所。生产经营单位不得因从业人员在前款紧急情况下停止作业或者采取紧急撤离措施而降低其工资、福利待遇或者解除与其订立的劳动合同。

履行抗辩权的行使，也应该如一般权利，须顾及诚信原则，而不得滥用^[606]。以（2013）闽民一（民）初字第 15805 号等七个“因加班工资计算标准异议而引发罢工的权利争议案件”的判决意见为例，法院认为“如果劳动者与用人单位发生劳动争议，应按程序依法解决，而不应借故停止工作，停止履行职责或采取任何其他过激和不适当的行为，破坏正常的工作经营和管理秩序”。该案中，劳动者认为用人单位按 1600 元/月的工资基数计发其 2013 年 4 月加班费，而当月本市最低工资标准调整为 1620 元，故用人单位还应支付其当月加班费差额 5 元。而用人单位认为，经劳动行政部门批准，其公司仓库员等岗位实行以季为周期的综合计算工时工作制。即使以单月为计算周期，并按同期最低工资标准计，劳动者 2013 年 4 月的加班费差额仅为 2.93 元。劳动者于 5 月 29 日起，因对加班工资计算标准提出异议而停止提供劳动。即使如劳动者所言工资以月为计算周，用人单位所为之给付，虽非完全给付，但残余之部分，极属轻微，无关重要，劳动者据此主张履行抗辩权而拒绝提供劳动数日，实乃过分，法所不许。劳动者没有抗辩权而拒不提供劳动，违反劳动合同给付义务在先，用人单位解除劳动合同实无不可。

履行抗辩权作为抗辩权的一种，其作用仅能暂时拒绝履行，亦即仅使债权之行使延期，而非对于他方债权之否认，他方一日不为对待给付，则此权利一日存在，然若他方一旦为对待给付，则此权利即归消灭。^[607]347 以（2013）闽民一（民）初字第 8111 号等二十五个“因用人单位管理人员强迫劳动者加班而引起罢工的权利争议案件”的判决意见为例，法院认为“劳动者如认为与用人单位之间因加班等事宜存在矛盾，可通过法律途径依法解决，不应采取过激和不适当的行为”。该案中，劳动者认为，其等多名员工于 12 月 10 日起停工，但并非旷工、罢工，系由于用工单位的管理层强迫劳动者加班、管理粗暴而导致停工，因此责任不在于原告。劳动者据此采取集体行动属于行使抗辩权，是应受法律保护的行为。但是通过用人单位的辩称和用人单位所在园区工会部门的说明可知，劳动者的抗辩

^[606][36] 郑玉波，民法债编总论[M]，北京：中国政法大学出版社，2004。

权随着用人单位为给付而消失。用人单位认为，其于 12 月 12 日发布公告称新的生产主管上任后，在管理过程中存在言语过激、沟通方式不当的管理瑕疵。经沟通教育，生产主管已诚恳接受了大家的意见，并会在员工面前做出表态。对于近期加班时间较长的问题，在劳动部门的监督和指导下，公司将立即采取措施，增加人员，调整班次，并遵守自愿原则安排加班，保障员工合法的休息休假权利。所有员工需自 2012 年 12 月 13 日起恢复正常工作。而原告（劳动者）经过用人单位多次劝说仍拒绝上岗，严重违反规章制度。用人单位所在的上海闵行经济技术开发区工会出具情况说明，说明经由三级工会及相关劳动监察等部门调处，自 12 月 10 日起参与停工人员中的 135 名员工相继返回生产岗位，余下 30 名员工，既不愿意恢复上岗，亦不愿意推荐协商代表，且终日聚集或流动于公司办公楼、车间等地，影响或干扰企业的正常生产秩序，在各方持续劝导无果的情况下，企业根据相关规章制度于 12 月 19 日将 30 名停工人员退回劳务公司。劳动者丧失抗辩权仍然拒绝提供劳动，属违反劳动合同给付义务，用人单位可以解除劳动合同。

法院在对权利争议引发的劳动者集体行动亦是进行了合法性介入，对于劳动者合法的行使履行抗辩权的行为，由于存在法律依据，法院认定合法。根据王天玉老师的统计，308 件判例中，除 56.6% 的案件起因是劳动者要求涨工资，属于利益争议以外，其余近一半比例的劳动者集体行动是由于用人单位未能遵守法律规定或合同约定而导致的，其中占较大比例的用人单位拖欠加班费、单方面降低工资等。按理说，如果是用人单位未能遵守法律规定和合同约定，劳动者有权通过行使履行抗辩权来迫使用人单位按法律或合同约定履行，但是案例中的劳动者往往错误行使履行抗辩权，导致在集体行动开始时具有合法性，而后又丧失合法性。另外，观察诸多用人单位的辩称，我们甚至发现，部分劳动者借故权利争议，集体行动发动时确以行使履行抗辩权为名，而在同用人单位谈判时又提出了加薪等利益诉求，当用人单位不同意满足其要求时，继续采取集体行动，权利争议也随即转化为了利益争议。这也是我们反对混合争议提法的原因，因为混合争议的提法会将两种争议的区分模糊化，将鼓励人们通过简单的操作而将权利争议与利益争议混同，从而摆脱司法救济的正常手段^[608]，这是非常有害的。

四、劳动关系各方主体认同劳动者集体行动违法

劳动关系三方主体，不管是用人单位，劳动者还是政府，虽然立场不同，但是对劳动者集体行动违法的认识却是一致的。

（一）企业规章禁止罢工的合法性

有观点认为，“将禁止罢工作为企业规章制度的内容，不仅缺乏法律依据，而且直接违反我国现行法律规定即《工会法》第 27 条”。⁶⁰⁹“司法没有否定用人单位此类规章条款的有效性，为用人单位禁止罢工的规章制度的实施提供了法律支撑，司法的这一立场与学界既有的观点相悖”。⁶¹⁰

禁止罢工条款属于规章制度中的劳动纪律部分，《劳动合同法》第 4 条第 2 款⁶¹¹明文规定用人单位可以在规章制度中就有关劳动纪律的内容进行规定。在我国未授予劳动者罢工权，消极地不提供劳动力予雇主属于违约行为，用人单位在规章制度中对罢工行为进行规范，只是恰当地利用了法律给予其的空间。对规章制度违法，法律提供了多种救济渠道，一是劳动合同法第 38 条赋予劳动者立即解除权；二是劳动合同法第 80 条规定劳动行政部门可以通过行政程序进行追究；三是就司法性的救济手段而言，规章制度违法，在劳动争议处理中，人民法院可以以其作为审理劳动争议案件的依据。劳动者认为用人单位规定禁止罢工的规章制度违法，尽可以寻求法律救济。

用人单位的规章制度是劳动合同（包括集体合同）的附件，与劳动合同一同调整劳动关系双方在劳动过程中权利义务。因此，关于规章制度的效力审查问题，但凡涉及违反法律法规等绝对无效事项，法院可以依职权审查，但是禁止罢工条款在我国未授予劳动者罢工权情形下并未违反法律法规的强制性规定，不属于绝对无效情形，法院亦无需审查。对于未经民主程序等相对无效事项，法院可以释法，但不能依职权审查，法院审查必须基于请求权，劳动者诉请要求法院审查规章制度效力时，始得为之。因此，法院无权否定用人单位此类规章条款的有效性。

（二）劳动者掩饰罢工的合理性

根据王天玉教授统计，进入法院后只有 3.8%的劳动者明确表示罢工，有 25.4%的劳动者主张没有罢工，64.2%的劳动者主张是与用人单位协商。从法院的

609 常凯,关于罢工的合法性及其法律规制,当代法学,2012,5.

610 王天玉,劳动者集体行动治理的司法逻辑——基于 2008-2014 年已公开的 308 件罢工案件判决,法制与社会发展,2015, 2.

611 用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。

判决书中劳动者的陈述来看，比如，“原告主张其并未参与罢工行为，是由于被告并未给原告安排工作，致使原告无法工作。且原告并未看到被告张贴的复工通告，对此观点原告并未提交证据予以证明。”⁶¹²“原告认为，其等多名员工虽于2012年12月10日起停工，但并非旷工、罢工，系由于用工单位的管理层强迫劳动者加班、管理粗暴而导致停工，因此责任不在于原告。”⁶¹³因此，王天玉教授将其称为“一个有趣的现象是劳动者很少将罢工行为本身视为其行为正当性的依据，甚至尽量回避讨论罢工行为。”其实，这非“一个有趣的现象”，劳动者常常在诉讼前将罢工作为谈判的压力手段；而一旦进入诉讼程序，则极力掩饰自己的罢工行为，不是劳动者不明就里，而是劳动者知道罢工是违法的，在法院罢工是无法获得支持的，必须得给自己找一个能获得法院支持的理由，这是劳动者的本能常识。

（三）政府容忍罢工的现实性

我国集体劳动争议呈现“法内”与“法外”逆向发展的“二元”局面，即“法内”集体合同履行争议有规则但数量减少，“法外”集体劳动缔约争议无规则但数量激增。据中国劳工通讯制作的罢工地图资料显示，仅2011年-2014年，我国共发生劳动者集体行动事件2602件，是2008-2014年进入法院的劳动者集体行动事件的八倍多，并有逐年递增趋势。究其原因，劳动者集体行动事件通常涉及到地方经济发展和社会稳定，政府常常片面追求社会效果，树立了不正常的评判标杆，使这种零成本、零责任的集体行动成为复制模仿的对象而不断蔓延。更有甚者，如上海某电子公司员工彻夜滞留市人保局信访办、上海某针织公司员工至市政府所在的人民广场拉横幅，均要求政府出面强制企业接受其诉求。从深圳市多年劳动纠纷的历史说明，几乎所有的工人集体行动以后的劳资协商，劳动者都获得加薪或补偿的结果，这类行动屡试不爽，未见例外^[614]。

在我国，不论是权利争议还是利益争议，根本不允许采取罢工行动。地方政府对于罢工行动予以容忍，主要是基于维稳的需要，但这并不意味着政府认可罢工的合法性。根据《治安管理处罚法》的规定，扰乱生产经营和社会秩序，无论是否造成严重损失的都要承担相应的法律责任。因此，实践中，比如在备受关注

612 (2013)深宝法观劳初字第142号等。

613(2013)闽民一(民)初字第8111号等。

[614]侯玲玲.比较法视野下的劳动者集体争议行动之法律规制[J].法律科学(西北政法大学学报),2013,(4).

的“沃尔玛常德”⁶¹⁵事件中，政府即采取了强制措施与行政处罚。可见，政府对劳动者的集体行动，明知违法，但常常出于法不责众，执法成本以及社会稳定等考量确有纵容之嫌。

结语：走出劳动者集体行动的制度迷雾

罢工一词在中国人的脑海里的时间并不短，而真正属于劳资关系调整范畴，脱离阶级斗争与政治斗争的罢工制度却未曾建立^[616]。在当下中国，关于劳动者集体行动合法性的争鸣还在持续，笔者坚持劳动者集体行动基本违法，同时亦认为面对当前劳动者自发罢工成为劳资冲突的普遍现象，需要在一定范围内开放罢工这种组织压力机制，只有将普遍的社会现象纳入法治的轨道，才可能平衡各种利益关系，构建和谐劳动关系，进而维护社会的稳定和谐。但是鉴于罢工这种组织压力机制具有的破坏性，亦需系统推进，审慎对待，只有当不当劳动行为规制机制、和平维护机制、刑事责任豁免和民事责任豁免机制都基本建立，才可以有限开放，将其负面效应控制在有效的范围内。

当前，对于劳动者集体行动一定要区分抗辩权与罢工权，抗辩权只能与权利争议相联系，是今天就可以获得支持的制度；罢工权与利益争议相联系，是明天才可能会实现的制度。我们既不能将劳动关系完全交由市民法调整，亦不能抛弃市民法基础，抹杀劳动关系建立时所具有的财产性与平等性。劳动关系首先是合同关系，遵循私法的一般规范，否则将造成把违约违法行为误当成合法行为的严重后果。而罢工专以损害争议他方当事人为目的，罢工除具有客观性和合理性的特点外，尚具有潜在的侵害性和攻击性。因此，罢工在西方国家通常需要满足主体正当性，目的正当性，程序正当性，手段正当性等合法要件，罢工行为方可获得刑事豁免、民事豁免。尤其值得一提的是主体正当性和目的正当性。罢工权虽然属于劳动者的形成权，但从世界各国实践来看，只得集体行使之，且须由工会宣告、发动。原因在于，罢工潜在的社会破坏性决定了只能将其交由可以对内自律、对外代表的组织，而不能交予劳动者个人，任凭行使，否则社会必乱。从西方国家发展来看，工会组织工人罢工，必须支付罢工福利金即工人的停工补偿，这对工会来说，亦是一种制约，在发动罢工前，必须考虑罢工的成本，可以起到

⁶¹⁵沃尔玛常德分店在超市入口处张贴《停业公告》，称该店将于3月19日停业，并张贴《员工安置通知》称，据《劳动法》，将对员工支付“N+1”倍月薪的补偿（N为工作年限）。同时，员工可选择沃尔玛其他卖场的同级别岗位。但是，该安置方案遭店工会为代表的员工抵制，引发劳动者集体行动。

^[616]郑尚元_建立中国特色的罢工法律制度^[1].战略与管理.2003,(3).

防止工会滥用权力的作用；如果没有这样的制约机制，社会将没有平衡点可言。当下，我国工会确实还存在不少问题，但这不能成为越过它而直接将罢工权交由劳动者个人行使的理由，恰恰相反，我们应该竭力推行工会改革，使其朝着民主化、职业化、社会化的方向转型，担当起应有的使命，创造更加和谐有序的劳动关系。从目的正当性来看，罢工权行使通常是在集体协商破裂后，作为工会最后的压力手段行使之，目的在于迫使雇主重回谈判桌以争取更有利的劳动条件，亦即集体争议只有与利益争议相联系时，才可能使罢工具有社会正当性，罢工与权利争议相联系是任何法治国家都不会允许。我国必须警惕将罢工权赋予劳动者个体行使和允许劳动者将罢工作为权利争议的最后手段行使之两种错误思维，否则不仅会破坏刚建立起来的法治秩序，也将危及社会稳定。

论劳动规章直接诉讼之可行性

丁建安*

【摘要】现行的对劳动规章“间接诉讼、附带审查”模式客观上纵容了企业的规则侵权，允许劳动规章直接诉讼势在必行，因为由工会组织软弱无力、劳资集体协商流于形式的现实所决定，无论是从内容上限制劳动规章的规范事项，还是从程序上限制企业的规章制定权，均不切实际。劳动规章直接诉讼的主要障碍在于如何防止司法权过度干涉企业的“内政”。对此，可通过对诉讼的提起、法院裁判的效力、审查标准、程序上的行政前置等方面的适当限制予以克服。

【关键词】规则侵权 劳动规章 司法审查 间接诉讼 直接诉讼

长期以来，在我国劳动关系的实际运行过程中，企业利用劳动规章制度侵蚀、限制乃至剥夺劳动者合法权益的现象极为突出。为遏制该类规则侵权现象，《劳动合同法》在尽量保障劳动者话语权的基础上于第80条明文规定，直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定，给劳动者造成损害的，企业方应承担损害赔偿责任。然而，具体由谁、如何主张“规章制度违反法律、法规规定”，该法空白。很显然，这有待相关法律法规的补充和细化。⁶¹⁷

遗憾的是，在劳动诉讼前置程序的仲裁环节，现行《劳动争议调解仲裁法》不仅未将其予以细化，相反，受传统民事、行政诉讼中“直接利害关系原则”的影响，该法第2条依然将有关劳动规章的纠纷排斥在劳动争议案件的受案范围之外。面对违法劳动规章，劳动者除了在个案中请求仲裁机构、法院对其合法性进行间接、附带审查外，别无他法。很显然，这对劳动者非常的不利，事实上也架空了《劳动合同法》第80条之规定。基于此，也有感于2012年《民事诉讼法》在“直接利害关系原则”方面的突破，笔者将就劳动规章直接诉讼的问题发表一点个人的看法。望能抛砖引玉。

一、现行劳动规章间接诉讼模式之弊端

* 苏州大学王健法学院副教授、法学博士。该文发表于《法商研究》2015年第2期，发表时标题改为《劳动规章诉讼模式之反思与重构》，内容也有较大改动。本版本为作者最原始的版本。

⁶¹⁷ 当前，我国对劳动力的使用者采用的是“用人单位”这一概念，包括“企业、个体经济组织、民办非企业单位”，“国家机关、事业组织、社会团体”相对于与其建立劳动合同关系的人而言，也属“用人单位”之列。很显然，这些“用人单位”都会有其劳动规章制度。为缩小本文的研究范围，更由于非企业型用人单位与企业这一营利性市场主体在成本控制、目标追求等方面存在着根本的区别，本文不采“用人单位”这一通行概念，而是直接将劳动规章的主体限定在“企业”的范围内。毕竟，企业才是用工的主体。除非特别注明，本文所指劳动规章就是指企业的劳动规章，二者为同一含义。

已如上述，在现行劳动争议处理体制中，对劳动规章的司法审查奉行的是间接诉讼、附带审查模式。在该模式下：（1）诉讼的提起具有非直接性，亦即劳动者不得直接就劳动规章内容之整体或一部提请仲裁、诉讼，法院、劳动仲裁机构也不得直接将劳动规章本身作为审理、仲裁的对象；当且仅当法院、劳动仲裁机构审理、仲裁相关案件时，基于案件审理、仲裁的需要方可对被俗称为“厂规厂法”⁶¹⁸的劳动规章的法律效力进行审查，进而决定可否依据该劳动规章中的有关规定裁决争议当事人的权利义务；（2）裁判的效力非常有限。具体地说，法院、劳动仲裁机构对劳动规章的审查结果并不影响劳动规章对其单位员工的约束力，法院、劳动仲裁机构也无权判令撤销或变更该劳动规章，仅能决定该劳动规章能否作为审理中的案件的裁判依据之一；更为关键的是，该审查结论仅及于审理中的个案，以后即使同一企业相同或类似案件进入仲裁、诉讼，法院、劳动仲裁机构也不得依从先例，直接适用先前案件的审查结论。⁶¹⁹

应该说，劳动规章间接诉讼模式充分体现了国家“对司法克制的坚守”⁶²⁰，以及对企业用工自主权的高度尊重。这对于企业独立市场主体地位的保持、劳动制度市场化改革的推进无疑具有重要意义。然而，正所谓世间之事，兴一利必存一弊，随着企业市场主体地位的日渐巩固、劳资利益的日趋对立，该模式的弊端也日渐显露：

首先，其对劳资双方权利义务的配置明显有失公允。根据《劳动法》第4、第25以及《公司法》第18条之规定，劳动规章由企业单方制定、变更，无需经劳动行政部门审查批准即可在企业内实施，对劳动者具有法律约束力；《劳动合同法》对企业的专断虽有所警惕，也曾试图采取各种措施保障劳动者的话语权，然由于各种制约性因素的存在，最终该法第4条依然选择的是“共议单决”模式，由企业单方决定；更关键的还不在此，“《劳动合同法》第4条第2款规定之劳动规章制度涵盖内容几乎涉及劳动法上相关制度的大部分，如果一部劳动规章内容周延的话，几乎等于半部劳动法”⁶²¹，其结果，“把原本应由劳资双方当事人共同决定的事项，转变为由雇主单方片面决定”⁶²²。面对企业方拥有的如此近乎漫

618 这只是一种形象的说法，并不准确，无论是从制定主体、自身逻辑还是劳资利益平衡等角度，劳动规章都不具备法律法规的性质、地位，虽然其实际作用可能超越法律法规。

619 参见张在范：《破解“规则侵权”的困局：论劳动规章制接诉讼模式之确立》，《河南社会科学》2010年第4期。

620 邢会强：《宏观调控行为的不可诉性再探》，《法商研究》2012年第5期。

621 郑尚元：《劳动合同法的制度与理念》，中国政法大学出版社2008年版，第342页。

622 黄越钦：《劳动法新论》，王惠玲监修，台北翰芦图书出版有限公司2012年版，第190页。

无边际的规章制定权，劳动者欲对之提请仲裁、诉讼却不可得，不能不说这是一种畸形的权利配置，将劳动者完全置于任企业处置的境地。

其次，它严重削弱了劳动者抵御违法劳动规章的能力，纵容了企业方的规则侵权。原因非常简单：（1）劳动规章的一个最为基本特征就在于集体规范性，对企业内全体员工一体适用。由此所决定，劳动规章一旦违法，势必导致企业内劳动者合法权益的大面积受损害。面对该种大规模侵权的能力，劳动者却只能在个案中间接得到救济，且该救济效果仅限于实际提起仲裁、诉讼的劳动者一人而已，违法劳动规章并未因此而废止，其他劳动者依然要忍受其煎熬；（2）考虑到劳动关系的从属性、继续性，劳动者的劳动报酬、工作得失等都掌握在企业的手中，敢于冒着断送职业生涯、牺牲工作机会为代价来捍卫自己合法权益的毕竟是少数。当少数劳动者付出巨大牺牲起来捍卫自己、连带捍卫与其处于相同处境的其他劳动者的合法权益时，法律却强制其诉求以及相关裁判的效力只能局限于该劳动者的个人利益层面，而不得涉及与其处于相同处境的其他劳动者的群体利益。这无疑将极大地抬高劳动者的维权成本，使企业方有恃无恐。

最后，它导致司法资源不必要的制度性浪费。奉行劳动规章间接诉讼模式，司法机关既不能宣布撤销违法劳动规章，也不能利用已有审查结论来裁判其他劳动争议案件，其结果，原本可以一次性解决的矛盾被人为地拆解成众多的劳动纠纷，司法机关不得不在面临相似甚至相同案件时去做大量不必要的重复劳动，加上劳动规章的经常变更，司法机关往往救不胜救，在事实上丧失了遏制企业方规则侵权的能力。

也正因为如此，在实践中，劳动规章往往成为引发劳动争议案件的导火索，以致被形象地称为企业的“病灶”。

二、立法不允许劳动规章直接诉讼之成因

应该说，劳动规章间接诉讼模式的弊端不难发现，但何以我国劳动立法依然选择该模式，而不允许劳动者就劳动规章直接提起诉讼呢？原因固然有很多，但文章以为，主观上受传统民事、行政诉讼中“直接利害关系原则”的影响、客观上司法权与企业经营自主权的难以平衡恐怕是其中最为主要的两个原因。

1. 传统民事、行政诉讼中“直接利害关系原则”的影响

“直接利害关系原则”为我国传统诉讼理论中判断当事人适格与否的主导性

原则。根据该原则，“一个人必须指出它自己的哪些合法权利受到了侵犯或哪些财产受到了损害。如果它仅是成百或成千的受害者之一，它就没有足够的资格来法院起诉”⁶²³。体现在立法上，原《民事诉讼法》108条明文规定“原告必须是与本案有直接利害关系的公民、法人或其他组织”；⁶²⁴《行政诉讼法》虽无相同文字表述，但实际上更为严格，其第2条规定“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益认为”的方有权向人民法院提起诉讼。2014修订后的《行政诉讼法》亦是如此。⁶²⁵按此规定，“抽象行政行为”纵有侵权可能，行政相对方亦不得起诉。

现行《劳动争议调解仲裁法》颁布于2007年。就当时我国劳动关系的法律调整机制而言，个别劳动关系的调整范式也才刚刚建立，集体劳动关系则尚处萌芽。⁶²⁶该种状况迄今也没有大的改观。既然劳动关系的法律调整重在对原子化的个别劳动关系的规范与调整，关注的焦点是劳动者个体权利的保护，考虑到劳动法脱胎于民法，劳动合同源于民法上的雇佣契约，劳动关系在早期亦被视为两个自由、平等的市场主体间之“一方提供劳务，他方负责对待给付之提出的纯然经济价值之交换关系”⁶²⁷，加之自上世纪80年代以来，我国劳动制度改革的基本取向就是市场化、契约化，非常自然的，相关劳动争议处理制度的设计也就不可避免的要受传统民事争议处理制度的影响，沿着私益诉讼的理论轨迹演进，以个体劳动者为基本对象，以保护劳动者的个体利益、私人利益为基本目的。劳动规章之诉，当事人往往是在维护自己利益的同时，连带维护着与其处于相同处境下的其他不特定劳动者的利益，由其所兼具的私益诉讼、公益诉讼的性质所决定，被排斥在该劳动争议处理制度之外也就一点都不足为奇了。

此外，与西方各国劳动立法普遍源于“限制资本的商品支配、修正市民法契约自由”⁶²⁸不同，我国的劳动立法乃是为了配合国企改革，落实企业的经营自主权。由长期行为积淀所养成的行为惯性以及组织与制度变迁过程中的“路径依赖”、

623 [英]丹宁：《法律的训诫》，刘庸安等译，法律出版社2000年版，第125页。

624 其实，2012年修订后的《民事诉讼法》第119条也有同样的规定，不过，结合该法第55条，“法律规定的机关和有关组织”提起的公益诉讼可不受此约束。学界公认，这是我国民事诉讼发展历史上的一个极为重大的突破，事实上有条件的放弃了“直接利害关系原则”。

625 当然，最高人民法院在《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》的第12条中，又将行政诉讼的原告资格由“相对人资格论”扩张为“法律利害关系人论”，从而与民事诉讼对原告资格的要求无异。

626 参见石美遐：《集体劳动关系与和谐社会构建》，《法学家》2007年第2期。

627 参见黄越钦：《劳动法新论》，王惠玲监修，台北翰芦图书出版有限公司2012年版，第6页。

628 [日]木下正义、小川贤一：《劳动法》，成文堂1992年版，第10页。转引自冯彦君：《民法与劳动法：制度的发展与变迁》，《社会科学战线》2001年第3期。

“体系化锁定”⁶²⁹所决定，在长期的单位社会、劳动行政关系下所形成的对劳动规章法律性质的错误认识依然颇有市场，往往被错误地称为“厂规厂法”。既然“抽象行政行为不可诉”，很自然的，“厂规厂法”亦不可诉，虽然二者在制定与变更主体、法律性质等方面存在着本质的区别。

2. 司法权与企业经营自主权的难以平衡

与“抽象行政行为不可诉”的另一个重要原因在于司法权、行政权难以平衡非常相似，劳动者不得就劳动规章直接提起诉讼的另一个重要原因也在于司法权与企业经营自主权的分工、平衡问题。

众所周知，在当今各国、各地区，私有企业、其他社会组织等为调整自己的内部事务而拥有“在某个特定范围内自主立法的权利”已是一种普遍现象。⁶³⁰正如美国著名的政治学家、社会学家麦基弗(Robert Morrison MacIver)所言：“任何一个团体，为了进行正常的活动以达到各自的目的，都要有一定的规章制度来约束其成员，这就是团体的法律。”⁶³¹与“债为法锁”⁶³²、“民有私约如律令”⁶³³相似，法院通常也承认这些规章制度可以决定其团体成员的权利义务。之所以如此，原因就在于“即使是在一个拥有大量立法权力的现代国家，也不可能制定出有关每一件事和每一个人的法律。政府法律仍留下了大量的真空领域，而这些领域必须或能够通过行使私性或准私性的立法权力予以填补”⁶³⁴。作为一种连接劳动契约与法律法规的中间状态，或者曰“法的半成品”⁶³⁵，劳动规章是企业将法律法规中较为宏观、原则性的规定与本企业的生产经营实际相结合的产物，比之于构建劳动基准的较为宏观的劳动法，其具有更高程度的明确性与可操作性，有助于填补劳动法律法规的漏洞，进一步明晰劳资双方的权利义务关系。也正因为如此，在我国台湾地区，劳动规章制度往往与集体合同、劳动合同一起被并称为“劳动法的自治法源”。从企业的角度，当一个劳动者自愿加入该企业、愿意在该企业工作时，其有充分理由期待该劳动者会自动接受组织体的基本运行规则，遵从有关他们如何工作的指令。在此背景下，面对变幻莫测、需要企业灵活应对的市场

629 马长山：《新一轮司法改革的可能与限度》，《政法论坛》2015年第5期。

630 参见雷兴虎、陈虹：《社会团体的法律规制研究》，《法商研究》2002年第2期。

631 转引自米俊魁：《大学章程价值研究》，华中科技大学2005年博士论文，第32页。

632 [古罗马]优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社1999年版，第343页。

633 李显冬：《“民有私约如律令”考》，《政法论坛》2007年第3期。

634 [美]埃德加·博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第423页。

635 周旺生：《法的渊源与法的形式界分》，《法制与社会发展》2005年第4期。

竞争环境，允许司法权介入企业的内部营运，评判企业最直接的劳务管理手段——劳动规章的合法性，其与企业的经营管理自主权如何协调、司法人员是否具备相应的专业素养等等就成为一个极为现实的难题。

更关键的还不在此。实践中，各企业的情况往往千差万别，在同一企业内部，各工种、岗位也往往各有特点，由此所决定，劳动规章具有极强的个别性，不同类型的企业甚至相同类型企业间的劳动规章所规范事项、主要内容等很难做到相同乃至相似，负责制定司法解释的最高人民法院也几乎不可能制定出完整划一的标准以指导各级人民法院对劳动规章的司法审查，往往需要由各级法院在个案中进行具体的分析与判断。⁶³⁶这就意味着，司法自由裁量权过大、不受制约、同案不同判等将在所难免，而这对企业的经营自主权而言无异于梦魇。

三、劳动规章直接诉讼之现实必然性

劳动规章间接诉讼弊端丛生，允许劳动规章直接诉讼又存在司法权可能过分干涉企业“内政”的危险，那么，我们能否通过其他途径阻止、至少遏制企业的规则侵权呢？非常遗憾，在当前的我国大陆地区，答案是否定的。

众所周知，企业的规则侵权之所以有可能，原因就在于“厂主就是立法者”⁶³⁷，集规则的制定权、执行权于一身；故而，要想遏制企业的规则侵权，除了早已被抛弃的立法取代模式外，其途径无非是两条：或者从内容的角度对企业所立之“法”进行严格监控，或者从程序上对企业的“立法程序”严加规范。但这均非易事：

1. 内容监控不切实际

作为一种正式的行为规则，劳动规章随着劳动实践的发展而出现，在用人单位内部以正规方式发挥作用并被强制执行。⁶³⁸由各单位的“主权”意识所决定，内部性为劳动规章的天性。如果不是单位内部的一分子，外人是很难了解其劳动规章具体内容的。基于此，为防止各用人单位打造一个不受制约的“独立王国”，当前各国、各地区的劳动立法多规定劳动规章的生成应体现为成文化的书面文件，并向劳动行政机关核准、备案。然而，用人单位面广量大，一个市、一个县、甚至一个镇都往往有成千上万家的企业，仅靠少量的执法人员来监督如此众多的企

636 参见郑尚元、王艺非：《用人单位劳动规章制度形成理性及法制重构》，《现代法学》2013年第6期。

637 《马克思恩格斯全集》（第2卷），人民出版社1957年版，第464页。

638 参见[德]柯武刚、史漫飞：《制度经济学：社会秩序与公共政策》，韩朝华译，商务印书馆2004年版，第125页。

业是根本不可能的。基于此，当前各国、各地区的劳动立法对劳动规章的报备多采形式主义，向行政机关申报备案即可，无需经过行政机关的实质审查即可对劳动者产生法律约束力。行政监督的形式化除了为法院的司法审查提供便利外，对劳动规章的内容根本构不成任何的实质性制约。

那么，能否通过加大执法资源的投入来解决该问题呢？答案也是否定的，因为：（1）任何资源都具有稀缺性，即使是市场经济发达国家，法律也“是不会被完全执行的，因为国会从来没有足够的金钱和人员来执行法律”⁶³⁹；（2）再充足的执法资源投入也解决不了政府及相关人员的执法动力问题。执法动力缺失、有法不依、执法不严素来为我国法律实践中的顽疾之一，绝非朝夕之功可以改变。更何况“市场转型期中国劳动政策变迁的基本取向是服务于企业效率和国家经济发展”⁶⁴⁰；（3）即使执法人员严格执法，由企业间劳动过程、劳动管理的多样性、丰富性特征所决定，对单位内部真实情况不了解的执法人员同样难以了解劳动规章的真实含义，更遑论发现、解决其中可能存在的问题。

有鉴于此，有国家（如法国）从源头入手，釜底抽薪，实行“劳动契约保留”原则，严格限制劳动规章的规范事项。毕竟，现代各国的劳动规章均系由工作规则演变而来，而工作规则“在最早时期被称为工厂规则，顾名思义，单指工场矿场‘职厂规律’之狭窄意义而已”⁶⁴¹，只不过伴随着现代化大生产的发展，企业人数日增，为节约缔约成本，也为了便利日后的人力资源管理，劳动规章的内容才得以逐步扩张，将劳动合同、集体合同的共通内容囊括其中。回归传统，重申劳动规章的工作规则定位，严禁其涉足劳资双方的权利义务、劳动条件等内容，后者除法律法规、行政规章外，只能由劳动合同、集体合同加以规范，这可从源头上铲除企业“规则侵权”的土壤。

问题是，由劳动关系的长期性、继续性特征所决定，劳动合同天然不完备。面对不断变化、需要即时调整的劳务给付内容、劳动条件等，劳资双方是不可能于缔约之际充分预见进而加以周密安排的，现时的磋商更不可能。若完全将该等事项排除在劳动规章之外，则其只能交由集体合同加以规范，而这又不可避免地涉及到对一国劳动关系体制、尤其是劳资集体协商机制的追问，涉及到工会、罢

639 [美]丹尼尔·奎因·米尔斯：《劳工关系》，李丽林等译，机械工业出版社2000年版，第236页。

640 岳经纶、庄文嘉：《转型中的当代中国劳动监察体制：基于治理视角的一项整体性研究》，《公共行政评论》2009年第5期。

641 黄越钦：《劳动法新论》，王惠玲监修，台北翰芦图书出版有限公司2012年版，第189页。

工、不当劳动行为等一系列制度，牵一发而动全身。考虑到我国政治体制改革的进程，尤其是所面临的巨大阻力，这绝非朝夕之功，根本无法为处于违法劳动规章侵蚀下的劳动者的合法权益提供及时、有效的救济。

2. 程序再造更不可行

至于从程序的角度对企业的“立法程序”严加规范，当前也有个别国家已付诸实践，如德国。其基本做法是不限制劳动规章的规范对象，但在程序上赋予劳动者与企业方同等的话语权；劳动规章的制定、变更也不再是“资方单决”，而是“劳资共决”；未经劳资双方的集体协商，劳动规章将不生效力。⁶⁴²换言之，在该种模式下，劳动规章事实上已被改造成集体合同了。

应该说，从劳动者权益保护的角度，该模式极为理想，可从源头上排除劳动规章的违法性因素，为劳动者撑起一座保护伞；即使从劳动关系长远发展的角度，作为一种“雇员无权参与企业剩余收益的分配”但“允许雇员在一个很广泛的范围内参与企业管理”的制度⁶⁴³，该模式也完全符合劳动关系民主化的社会发展趋势。也正因为如此，《劳动合同法》制定前后，我国的很多学者都极力主张引入该模式。问题是，集体协商作用的发挥是以强大的工会为前提、一系列苛刻的制度为配套的。德国之所以能“劳资共决”，除屈指可数的经济发展水平、文化传统、劳动者素质、工会体制外，其悠久的历史社会民主制度、发达而又独特的企业职工委员会同样功不可没。离开这一前提，贸然要求所有的劳动规章都必须经由“劳资共决”方能产生，“水土不服”将不可避免，进而僵化企业的生产经营与人力资源管理。一旦企业“停摆”，劳动者的权益保护同样会成为无源之水。⁶⁴⁴况且，不论劳动规章内容如何、是否直接涉及劳动者的切身利益，一律要求集体协商，也无异于从根本上抹杀劳动关系的从属性、管理性特征，抹杀劳动规章的用工管理性质，与现实相比这未免太过超前。毕竟，劳动者只是劳动力的出让者，并非企业的管理者，更非企业的所有者，其对企业的权利应以确保“交换正义”为目的及必要，而不能漫无边际，以牺牲企业的正常运转为代价。

四、对劳动规章直接诉讼障碍之克服

既然从内容的角度对企业所立之“法”进行监控难以达到预期目的，从程序

642 参见[德]曼弗雷德·魏斯、马琳·施米特著：《德国劳动法与劳资关系》，倪斐译，商务印书馆2012年版，第264—274页。

643 参见[美]亨利·汉斯曼：《企业所有权论》，于静译，中国政法大学出版社2001年版，第163页。

644 即使是在德国，这个曾在20世纪70年代至80年代被誉为“楷模”的制度，如今也面临着广泛的质疑，被认为“是一个没有任何国家愿意模仿的管理模式”。参见董保华：《劳动合同法立法的争鸣与思考》，上海人民出版社2011年版，第405—406页。

上对劳动规章的制定、变更实行“劳资共决”更不可行，而实践中“规则侵权”又具有较强的普遍性，这就意味着，允许劳动规章直接诉讼势在必行，舍此别无选择。

所谓劳动规章直接诉讼，顾名思义，是指立法允许劳动者以劳动规章本身为标的直接向法院提起诉讼，法院也有权在审查后对其直接作出无效或部分无效、撤销或部分撤销、责令变更等裁决。前已有述，劳动规章直接诉讼主要面临两大障碍，即主观上传统民事、行政诉讼中“直接利害关系原则”的影响，以及客观上司法权与企业经营自主权的难以平衡。考虑到新近《民事诉讼法》对“直接利害关系原则”的突破，而企业的私法主体地位亦决定了其单方制定、变更的劳动规章决非真正意义上的法律法规、行政规章，因此，劳动规章直接诉讼所面临的主要障碍，就在于司法权与企业经营自主权的平衡问题，或者更准确地说，就是如何在充分发挥司法程序遏制违法劳动规章作用的同时又不过度干涉企业的“内政”。对此，文章以为可以通过以下手段予以克服：

(1) 受案主体方面。鉴于劳动规章在企业生产经营和劳动管理中的极端重要性，以及劳动仲裁机构的半民间、半官方性质，为谨慎起见，其合法性的判断由法院（最好是达到一定层级的法院，如中院）作出更为适宜，劳动仲裁机构不宜直接受理相关纠纷。⁶⁴⁵

(2) 诉讼的提起与法院裁判的效力。这看似两个互不相关的问题，但实际上都涉及到对同一个问题，即劳动规章之诉的法律性质的追问。换言之，劳动规章之诉究竟是公益诉讼还是私益诉讼？

按照当前诉讼法学界的主流见解，公共利益并非多个人利益的集合体，其应具有开放性，可由任何人使用与消费，不能归属于任何权利人格体。由此所决定，公益诉讼的提起主体只能是与诉争无任何直接利害关系的个人或组织；如果能够特定化利益主体、权利受侵害主体，即使主体人数众多，纠纷也不能以公益诉讼的方式解决。⁶⁴⁶司法实务大体亦是如此，以著名的郑州铁路局“如厕费案”为例，虽然该等案件的处理结果可能有利于公共利益的改善，然法院认为原告是基于自己的权益受侵害（或可能受侵害）而提起诉讼的，与诉争具有直接的利害关系，故仍属于私益诉讼的范畴；既然是私益诉讼，相关判决、裁定的法律效力只能及

⁶⁴⁵ 当然，这就涉及到与现行劳动争议处理“先裁后审”模式的协调问题。对此文章以为，该模式即使不从根本上变革，也有必要在劳动规章之诉的程序上作出相应的修改。

⁶⁴⁶ 参见张卫平：《民事公益诉讼原则的制度化及实施研究》，《清华法学》2013年第4期。

于个人。⁶⁴⁷其结果，原告虽然胜诉，但被告候车室的厕所收费依旧。

笔者非诉讼法专家，对诉讼理论了解有限，无力、也无意在此探讨公益诉讼与私益诉讼（尤其是其中的代表人诉讼）的区分问题，然有一点是可以肯定的，那就是：该种将公益诉讼与私益诉讼的区分绝对化、“只要争议直接涉及私人利益……该类诉讼就不能纳入公益诉讼范畴”⁶⁴⁸的处理方式，很多时候是有悖社会常识的。原因非常简单，在该等诉讼中，原告固然与案件有一定的利害关系，但其诉讼目的明显不是为了了一己之私利（0.3元的入厕费）；若仅就私人利益尤其是经济利益而言，原告提起、进行诉讼是得不偿失的，诉讼成本远远超过胜诉后可能获得的收益。之所以在明知得不偿失的情况下仍坚持诉讼，其出发点显然是为了不特定公共利益的维护，且往往是原告为了解决起诉资格问题而不得不采取的一种以自益为形式、以他益为目的诉讼策略。若强行将该等诉讼排斥于公益诉讼之外，法院裁判的约束力仅及于具体个案，则原告高昂的成本付出将毫无意义。这无异于“为虎作伥”、对侵权行为的有意放纵。⁶⁴⁹

况且，虽然并非只要涉及众多人的利益就是公共利益，然而，“公益是由私益构成的，故不可能绝对的排除私益……有三种私益可以升格为公益：第一，是‘不确定多数人’的利益……第二，具有某种性质的私益就等于公益。这种特别性质的私益就是指私人的生命及健康……第三，可以透过民主原则，对于某些居于少数的‘特别数量的私益’，使之形成为公益，如工会的利益、贫民的利益等。第一种‘公益’是最通常的公益内涵，第二种‘公益’的解释对于理解公法、尤其是理解刑法和刑事公诉制度有一定的指导意义，第三种‘公益’的内涵实际上在社会法中被广泛采用。”⁶⁵⁰

基于此，有学者将类似于劳动规章之诉的称之为“自益形式的公益诉讼”，以便与“他益形式的公益诉讼”相对应；⁶⁵¹其区别在于前者“任何市民均有权提起……受到非法行为侵害的人或被公认较为适宜起诉的人具有优先权”⁶⁵²。对此，文章深以为然。否则，劳动纠纷将永无公益诉讼的可能，因为由劳动关系的相对

647 参见刘瑞：《消费公益诉讼的法律构造》，《法学》2013年第7期。

648 江必新主编：《新民事诉讼法理解适用与实务指南》，法律出版社2012年版，第215页。

649 其实在诉讼法学界，根据作者收集到的资料，主张公益诉讼与私益诉讼界限模糊、不可绝对对立的观点并不在少数。除原有的强制合并论、混合合并论外，最近又有学者提出应将公益诉讼与私益诉讼有机融合。参见黄忠顺：《论公益诉讼与私益诉讼的融合——兼论中国特色团体诉讼制度的构建》，《法学家》2015年第1期。

650 颜运秋：《公益诉讼理念研究》，中国检察出版社2012年版，第19页。

651 参见林莉红：《公益诉讼的含义和范围》，《法学研究》2006年第6期。

652 [意]得罗·彭樊得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第92页。

性、工作岗位的有限性所决定，任何劳动争议都不可能具备“无限开放性”之要求，而劳动关系的内部性特征亦决定了起诉主体不可能与诉争“无任何直接利害关系”。

既然劳动规章之诉宜定性为“自益形式的公益诉讼”，则诉讼的提起、法院裁判的效力等也就迎刃而解：其一，在诉讼的提起方面，宜进行必要的限缩，限制在受劳动规章约束的劳动者、该劳动者所在的基层工会的范围内。⁶⁵³那种将劳动规章之诉定性为公益诉讼进而主张任何人均有权提起的见解无疑是草率的，不仅缺乏对企业经营自主权的最基本尊重，基于劳动规章的内部性特征，其在实践中也难以操作。⁶⁵⁴其二，在法院裁判的效力方面，则宜扩张，赋予其对世效力，其他受该劳动规章约束之劳动者均可主张，以收通过一起劳资诉讼，彻底纠正一个企业的劳动规章错误之效果。

（3）审查标准方面。一般认为，劳动规章的合法性包括制定（与变更）主体合法、内容合法、程序合法三个方面，自然的，劳动规章合法性的审查也应从这三个方面入手。主体的审查标准为适格性，程序的审查标准为“劳动者的民主参与+公示”，这完全属于事实判断的范畴，标准清晰而又明确，基本上不存在太多的自由裁量空间。虽然学界对劳动者“民主参与”的法律效力争议颇多⁶⁵⁵，然而，劳动者是否实现了民主参与权、企业是否为劳动者民主参与权的实现设置了障碍，这本身不难判断。因此，劳动规章之诉的关键在于对其内容的审查，这也是如何在司法权与企业经营自主权之间寻找平衡的关键所在。⁶⁵⁶

对劳动规章内容的审查，合法性审查固然是应有之义，关键在于合理性是否也应接受审查。当前有学者认为，“劳动规章制度的合理性应当受到司法审查，法院可以宣布不合理条款无效，使其失去约束力。”⁶⁵⁷对此文章以为应审慎，除劳动规章中有关惩戒部分的规定法院可进行合理性审查外，其他内容法院应以合法性审查为原则。毕竟，司法审查为法律审查，劳动规章内容的合理性则多属企

653 需注意的是，按照新《民事诉讼法》第55条，公益诉讼的提起主体只能是机关、组织，个人是被排除在外的。对此有学者认为，“是否允许公民提起公益诉讼，是一个与法系无关的问题……不允许公民提起公益诉讼的传统并非就是一个好传统”；相反，公益诉讼的第一顺位启动主体应为公民个人，只要其符合“相关利益原则”或“实际损害原则”即可，行政机关、社会团体只应扮演辅助角色。参见韩波：《公益诉讼的力量组合》，《当代法学》2013年第1期。

本文赞同该见解，未来劳动立法在继续肯定工会的起诉主体资格的同时，应同样赋予受劳动规章约束的劳动者的起诉主体资格，毕竟劳动者才是劳动规章最主要的约束对象，对劳动规章的合法性、合理性感触最为深刻，直接的利害关系也决定了其最有起诉的动力。

654 根据作者对“中国知网”等的检索，河南师范大学的张在范教授似乎是我国大陆地区最先公开探讨劳动规章直接诉讼之人，其认为劳动规章之诉原告资格应“专属资格与任意资格相结合”；而所谓任意资格，具体是指“任何公民、法人或组织”均可对违法劳动规章提起诉讼。这显然有点太过草率。参见张在范：《破解“规则侵权”的困局：论劳动规章制接诉讼模式之确立》，《河南社会科学》2010年第4期。

655 相关争议可参见沈同仙：《试论程序瑕疵用人单位规章制度的效力判定》，《政治与法律》2012年第12期。

656 有学者认为，类似于企业的劳动规章、政府的宏观调控，法院的司法审查应重在过程，而非结果。参见徐渊波：《宏观调控的可诉性之辨》，《法学》2012年第5期。

657 叶静漪主编：《劳动合同法十二讲》，中国法制出版社2007年版，第275页。

业经营决策的范畴，二者为两个不同层次的问题，其判断并非易事。考虑到劳动规章之诉一定意义上是“两害相权取其轻”，为破解企业的“规则侵权”不得已而为之，故而，对司法权会否僭越企业的经营自主权，我们更应抱以随时警惕的态度。一旦劳动规章内容的合理性也纳入司法审查的对象，司法权的过度膨胀就在所难免，其结果，企业灵活应对市场变化的权利与能力必将严重受损。⁶⁵⁸

至于有关企业惩戒的内容应纳入合理性审查的范围，乃是因为企业惩戒本身就是对劳资双方平等地位以及劳动关系契约性的违背，只是考虑到对于劳动者各种违反劳动合同、劳动纪律的行为，要求损害赔偿有点不太现实，解除劳动关系则又未免太过苛刻，加之“惩戒权并非意在恢复原状或赔偿损失，而是一种‘预防性’机制……倾向于合同义务的履行和合同关系的保护而不是普通私法的解除合同的方式”⁶⁵⁹，故而立法才有限度地允许企业惩戒权的存在。然而，“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验”⁶⁶⁰；考虑到劳资间直接的利害冲突，企业对节约经营成本、转嫁经营风险的天然追求，难以期待其会客观中立地行使惩戒权。为防范、过滤企业的不当惩戒行为，司法权才有必要对企业惩戒制度的合理性也进行审查。更何况，有关惩戒的规定往往与企业的市场决策、讯息万变的市场环境无直接关系，对审查者的专业知识、技术、经验等也无特别要求，不存在技术上的障碍。事实上很多国家也都是如此处理的，以德国为例，受雇主处罚的相关雇员可以就针对它实施的惩戒向劳动法院要求进行全方面的审查，包括但不限于劳动规章与惩戒制度的有效性、惩戒的尺度、惩戒制度的实际实施状况、程序的遵守等等。⁶⁶¹

(4) 具体程序上的行政前置。为防止司法的过度干预，节约有限的司法资源，未来的劳动立法在引入劳动规章直接诉讼的同时，还有必要借鉴国外环境公益诉讼的相关做法，要求劳动者在提起劳动规章之诉前应“穷尽行政救济”，以充分发挥劳动行政机关（尤其是劳动监察机构）对于劳动者权益的维护与促进作用，以及对企业方的监督之责。比如说，劳动者在提起劳动规章之诉前，首先应申请劳动行政部门对企业劳动规章中的违法规定进行审查，督促违法企业及早意识到自己的错误行为并采取相应的改正措施；对此申请，劳动行政部门应及时受

658 至于合法性审查的具体内容，个人以为应重在与上位规范是否相冲突，是否侵犯劳动者的基本权利两个方面。

659 何勤华、李秀清主编：《意大利法律发达史》，法律出版社 2006 年版，第 290 页。

660 [法]孟德斯鸠：《论法的精神（上册）》，张雁深译，商务印书馆 1963 年版，第 156 页。

661 参见[德]W·杜茨：《劳动法（第 5 版）》，张国文译，法律出版社 2005 年版，第 85 页。

理；当且仅当劳动行政部门拒绝受理，或受理后不予及时处理，或处理未达到预期效果的，劳动者方可起诉。如此安排，既尊重了劳动行政机关的执法权，又限制了诉权的滥用，节约有限的司法资源。毕竟，“法治是一种代价昂贵的治理模式”⁶⁶²，劳动规章之诉只能作为对劳动行政执法、劳动监察功能的补充而非替代。

五、结语

在“绝大多数雇员都依赖劳动规章而非法律法规去确定工作场所规范”⁶⁶³的今天，企业的规则侵权问题早已成为劳动者权益保护过程中亟需解决的一个重大课题。

应该说，当年在《劳动合同法》的制定过程中，立法者对此课题是给予了充分关注的。该法草案曾数次规定，直接涉及劳动者切身利益的规章制度应当由双方平等协商、共同决定。考虑到劳动规章在企业管理上的重要性，毋庸置疑，这意味着整个企业人力资源管理的“革命性挑战”⁶⁶⁴。遗憾的是，现行工会体制、劳资集体协商机制根本没有任何能力迎接该挑战。迫于现实，立法者最终选择了妥协，继续全权授权、资方单决。“劳动合同保留”原则的建议，困境大体亦是如此。

既然源头治理不切实际，退而求其次，作为一种弥补措施，引入劳动规章的司法审查机制也就成为劳动者权益保护所必需。遗憾的是，在劳动诉讼前置程序的仲裁环节，《劳动争议调解仲裁法》第2条又将有关劳动规章的纠纷完全排斥在劳动争议案件的受案范围之外，由此导致司法审查在事实上的不可能。这无疑彻底免除了企业规则侵权的后顾之忧。

该法之所以如此，传统民事、行政诉讼中“直接利害关系原则”的影响无疑是一重要原因，然司法权与企业用工自主权的分工、平衡恐怕更为关键。有感于2012年《民事诉讼法》对该原则的突破（虽然很有限），面对实践中规则侵权的普遍存在、源头治理的不切实际，基于“两害相权取其轻”的理念，允许劳动规章直接诉讼也该提到司法改革的议事日程上了。至于如何防止司法权过度干涉企业的“内政”，文章以为可通过以下限制予以克服：（1）受案主体方面，以达到一定审级的法院为限；（2）诉讼的提起方面，仅限于受劳动规章约束的劳动者、

662 谢晖：《论民间法与纠纷解决》，《法律科学》2011年第6期。

663 Robert C. Bert. *Employment as a Relational Contract*[J]. *Journal of Labor and Employment Law*, 2005(8):150.

664 董保华：《劳动合同法立法的争鸣与思考》，上海人民出版社2011年版，第401—402页。

该劳动者所在的基层工会；（3）审查对象、标准方面，除有关惩戒的规定可进行合理性审查外，其他内容以合法性审查为原则；（4）具体程序上，实行行政前置，劳动者起诉前应穷尽行政救济。

社会法领域适用公益诉讼之证成

冯彦君、汤因森

【摘要】社会法是保障公民社会权之法，社会权是社会法学的逻辑起点和核心范畴。公益诉讼制度作为维护社会公共利益以及保护弱势群体的有效工具，理应成为社会法传统程序救济的有益补充。应该通过完善公益诉讼相关制度，保障社会公益诉权的有效行使，充分发挥公益诉讼在强化社会权救济上的制度功能，进而推动中国社会法学理论研究向纵深层次挺进，促进社会法治建设在“保障和改善民生”与“全面建成小康社会”的时代背景下取得实质性的发展和进步。

【关键词】公益诉讼 社会法 社会权 司法适用

尽管关于社会法的体系构成和社会权⁶⁶⁵的权利构造问题至今争议较大，尚未形成普遍的共识，但是劳动法和社会保障法作为社会法体系的核心，劳动权和社会保障权作为社会权的基本内容，已在学界达成基本共识。凡权利皆需救济，社会权亦然。如何拓宽社会权的实现途径，强化其司法救济？这是当代中国社会法法学研究和法治建设的重要课题。我国已确立了公益诉讼机制，这是中国法治建设和权利司法救济的强化与进步。但是公益诉讼机制能否直接适用于社会法领域以及如何加以适用？对此尚需加以解释论和立法论层面的深入探讨。本文拟就公益诉讼机制适用于社会法领域的必要性、可行性及其相关制度完善问题进行初步研讨，以期为社会权实现开辟一条符合世界潮流的具有创新性的法律救济途径。

一、社会法领域适用公益诉讼的必要性阐释

公益诉讼乃为一种突破传统诉讼理念和制度构造的新型诉讼制度，其机理是，所有的社会组织（包括机关和团体）和个人皆可依据法律的授权，就侵害和危害社会公共利益的行为向法院提起诉讼，由法院追究违法者法律责任的诉讼活动及其制度安排。⁶⁶⁶《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第

作者简介：冯彦君，吉林大学法学院教授、博士生导师，研究方向：社会法、经济法；汤因森，辽宁大学讲师、法学博士，研究方向：社会法。

665 按照西方三代人权理论，社会权应为理论界所称的“第二代人权”即公民的经济社会文化权利。国内学者虽也使用“社会权”这一名词，但是各自赋予其蕴意时或扩大其范畴，或限制其内涵，大不相同，这对社会权的进一步研究带来困惑。就其相同之处而言，对于社会权的“积极权利”属性、“受益权”功能、以及对最低生存保障限度下的国家“给付义务”均持肯定态度。基于此种共识，本文所称社会权，是指公民享有请求国家作为的权利，尤其强调国家的积极作为以救助社会、经济上的弱势群体，达到社会平等正义之目的的一种权利。

666 参见韩志红、阮大强：《新型诉讼——经济公益诉讼的理论与实践》，法律出版社1999年版，第26页。

55 条规定,“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼”。这一规定昭示,在我国,公益诉讼作为一种新型的司法救济机制已获立法肯认,这在一定意义上也表明,因公共利益引发诉讼于法无据的窘况得以在立法论层面上获得破解。但应看到,我国《民事诉讼法》仅将公益诉权限定为“法律规定的机关和有关组织”,并未普遍地赋予个人,这与学理通常主张的公益诉讼概念及其主体涵括范围有所不同。不过,这也许是符合我国国情⁶⁶⁷和颇具中国特色的规定。同时,在适用范围的厘定上,该立法条文采用了列举和概括相结合的技术。从明示的事项和领域来看,虽仅为环境污染和侵犯消费者合法权益两大领域,并未明确列举其他诸如侵犯劳动者权益或社会保障权益等社会法领域。不过,该条文通过“等”这一概括兜底的语词表述,明确了针对其他损害社会公共利益的行为亦可提起公益诉讼的立法态度,这为其适用范围之拓展留下了延展的可能性和富有弹性的空间。社会法是宣言和保障社会权的法律机制,在社会权的构造和谱系中,某些社会权益如职业安全权、社会保险权等,一般情况下都具有权益受众的广泛性和法益性质上的公益性,将侵犯这些社会权的行为纳入公益诉讼的适用范围,具有无可否认的必要性。

(一) 公益诉讼适用领域拓展之必然要求

公益诉讼依据被诉对象及其违反法律规范之差异可类型化为以下几类:民事公益诉讼、环境公益诉讼、行政公益诉讼以及劳动社会保障公益诉讼等。依据现行立法,前三类公益诉讼已获得了直接或间接的法律依据。通过对“等损害社会公共利益的行为”之立法表述进行解释以及对公益诉讼原告主体范围进行适度拓展,人民法院受理劳动关系领域和社会保障领域的公益诉讼案件,其合法性也毋庸置疑。目前,我国正在全国十三个省、市法院开展公益诉讼试点项目,主要内容是推进民事公益诉讼和行政公益诉讼制度的司法适用。其核心是检察机关作为原告可以提起诉讼,重点是针对环境公益侵权以及国有资产流失两方面的违法侵害公益的行为进行司法审查。⁶⁶⁸以环境公益诉讼的推进为例,2015年,最高人民法院通过司法解释⁶⁶⁹,就公益诉讼适用中的具体问题进行了专门的解释和明晰。

667 一方面,比较而言,我国公民个人的公益心较为缺失,个人提起公益诉讼缺乏文化基础的有力支撑。另一方面由于整体国民素质和法治观念尚有待提高,公益诉讼也存在着被滥用的可能。

668 来源于网址 <http://news.163.com/15/0703/08/ATJAFD6200014SEH.html> 之“最高检相关负责人解读《检察机关提起公益诉讼改革试点方案》”。

669 2015年1月30日发布的“最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释”。该司法解释设专门部分(十三、公益诉讼)利用8个条文(第284条—第291条)具体明确了公益诉讼适用的有关具体问题。

同时，2015年1月1日实施的新修订的《中华人民共和国环境法》也对环境公益诉讼的主体资格等问题进行了明确规定⁶⁷⁰，有力推进了环境公益诉讼的发展及其在我国的司法实践。再以行政公益诉讼为例，十八届四中全会中提出了构建“法治政府”的任务，要求依法行政应该从“组织法定、职权法定、程序法定、行为法定”四个标准来界定。对于政府违法行政侵害公益的行为，亦可提出行政公益诉讼，这将是我国未来公益诉讼发展的主要趋势之一。社会权的义务主体包括国家机关和其他社会组织，原告可以针对被诉的对象选择不同的公益诉讼类型。社会权救济可以选择的救济途径往往涉及到劳动公益诉讼和行政公益诉讼两种诉讼途径。从应然的角度看，公益诉讼机制若适用于社会法领域应不拘泥于现今立法所明确规定的环境侵权和消费侵权领域，应适度扩宽公益诉讼机制的适用范围，使得社会法领域中劳动侵权案件和社会保障侵权案件均能获得公益诉讼之救济，从而强化社会权的司法保障。这种适用范围扩展本身也是公益诉讼机理和功能不断强化、作用领域不断拓展的表现和必然趋势。

（二）工会维权角色的理念彰扬与制度保障

尽管中国工会具有鲜明的本土特色及其角色设定，但其最为本质的角色应该也必然是“维权”组织，舍此，工会就只能成为躯壳和摆设。不管特色多么明显，个性如何突出，维护劳动者合法权益仍然是中国工会的最为重要的核心职能和担当。但客观地说，由于体制和机制的原因，中国工会特别是基层（单位）工会并没有充分发挥出这一法定职能，常常处于十分尴尬的境地，甚至有时还出现了角色变异⁶⁷¹。如何在现有维权手段的基础上，赋予工会既符合角色与身份又可在现有体制机制下充分展现和彰扬维权角色，是我们面对的难题和应该加以思考的时代课题。支持劳动者诉讼是中国工会的一项法定职能，但其对象只是个体诉讼，是强化劳动者通过个体诉讼维护自身权益的助推司法救济的措施和职责。不管如何支持和帮助劳动者诉讼，其诉讼主体都只能是劳动者本人，且其诉讼请求只能是私益而不是公益之司法救济。工会作为劳动者的维权组织，能否以自己为原告提起司法救济程序？工会作为社会组织，有自身的主体地位和财产利益，有些还具有法人资格。如此，工会为维护自身利益以原告身份提起诉讼，具有法律依据。2003年1月，最高人民法院《关于在民事审判工作中适用〈中华人民共和国工会法〉

670 《中华人民共和国环境法》第58条规定，提起环境公益诉讼必须同时符合以下两个主体条件：依法登记；从事环境公益活动连续五年以上且无违法记录。提起环境公益诉讼不得以牟取经济利益为目的。

671 有的基层工会竟然堂而皇之地代表用人单位一方出庭诉讼，与劳动者对簿公堂，实属角色错乱。参见《工会主席代表企业与职工对簿公堂》，《中国青年报》2003年3月31日。

若干问题的解释》规定，明确了工会具备独立的诉讼主体资格和独立承担责任的能力。2009年8月修正的《中华人民共和国工会法》（以下简称《工会法》）第14条确立了中华全国总工会、地方总工会、产业工会具有社会团体法人资格。工会的社会团体法人资格确保工会在各种法律关系中享有与其他主体平等的法律地位。依据《工会法》的相关规定，工会在处理劳动关系过程中具有一定职能：第一，工会有签订劳动合同督促劳动合同履行的职责；第二，工会有义务通过平等协商和集体合同制度的形式保障职工利益；第三，作为劳方利益的代表有义务参与协商调解处理劳动争议，及时化解矛盾的职责。⁶⁷²该法第19条、20条规定⁶⁷³，工会保障职工行使民主管理的权利。可见，工会在劳动关系中扮演着维权的角色，当用人单位违反集体合同、劳动合同，侵害职工的劳动权利，工会就可以依法要求用人单位承担相应的责任。对于各级总工会而言，既具有社会团体法人资格也具备独立的诉讼主体资格，其对群体劳动利益之维护具有不可推卸的责任。但这些法律规定尚不足以说明其可以提起劳动公益诉讼。因为公益诉讼是区别于传统民事诉讼以直接利益为诉求对象的一种诉讼模式，除了公民还包括专门机关、组织、社会团体等均可以以维护国家或社会公共利益为名提起相应诉讼。如上所述，通过解释，在公益诉讼原告的有关组织中应该包含工会组织，至少具有独立法人资格的工会应该可以提起劳动和社会保障方面的公益诉讼。肯认中国工会就劳动和社会保障领域大规模侵权而致损害公益行为提起公益诉讼，是探寻和推进中国工会充分实现维权角色的新视角和新路径，是破解中国工会名实不符现状的一项切实可行和极具意义的实践探索。当然，确立中国工会在劳动和社会保障等社会法领域的公益诉讼原告资格，除需对现有立法相关规定进行解释明晰外，还应对具体的适用规则在立法论层面上加以明确。

（三）社会权现有救济路径的有益补充

社会权救济在我国主要以私诉⁶⁷⁴救济为主。以劳动权和社会保障权的救济为例，我国尚没有独立的劳动诉讼制度，尽管构建呼声很高，但实现难度较大，短期内难于从一般民事诉讼制度体系中独立出来。现行诉讼体制下，社会权救济主要通过三大诉讼体制中的普通民事诉讼、行政诉讼和刑事诉讼程序来实现。其中，

672 叶迎春，夏厚勋：《企业工会在构建和谐劳动关系中的地位和作用》，《中国劳动关系学院学报》2005年第6期，第38页。

673 《工会法》第19条规定，企业、事业单位违反职工代表大会制度和其他民主管理制度，工会有权要求纠正，保障职工依法行使民主管理的权利。第20条规定第4项规定，企业违反集体合同，侵犯职工劳动权益的，工会可以依法要求企业承担责任；因履行集体合同发生争议，经协商解决不成的，工会可以向劳动争议仲裁机构提请仲裁，仲裁机构不予受理或者对仲裁裁决不服的，可以向人民法院提起诉讼。

674 以民事诉讼所保护的权利、利益性质为标准，民事诉讼分为私益诉讼和公益诉讼两类。

对于社会公共利益受到侵害的事件，依照现行法律规定，构成刑事犯罪的由司法机关追究行为人的刑事责任；违反行政立法的，则由行政机关予以处理并追究当事人的行政责任；违反民事法律的，则可以通过由当事人向人民法院提起民事诉讼来追究相关人员的民事责任。就私益而言，似乎这套救济制度完美无缺，但实践表明，对于侵害国家、社会公共利益的行为因缺乏专门有效的法律救济机制，提起诉讼和胜诉几率都较低。尤其当下民事主体追求私利、私权滥用的行为与国家、社会公共利益保护之间的冲突更为显著，公益诉讼制度因其自身的优势可以弥补社会权救济中对社会公共利益保护不足的缺陷。首先，填补了对国家利益和社会利益保护的盲区。社会法领域发生的法律纠纷一般为劳动侵权案件、社会保障中的侵权案件（如强令冒险违章作业和社保资金被挪用等），受侵害方往往不是单一受体，通常为多数人或一个群体，此时侵害的利益则具有明显公益的性质。享受此公益的每一个人由于力量之单薄和受“搭便车”心理之驱使，难于也不愿意挺身而出提起私益诉讼。显然，只赋予利益相关方以提起诉讼的主体资格不能有效地保护国家利益和社会利益。依据司法的性质和机理，诉讼是被动的救济机制，民事活动双方当事人不诉诸法院，司法权对侵害行为不能直接介入，其阻却侵权和救济权利的功能便不能发挥出来。这无疑会助长和放纵民事主体侵害国家和社会利益的冲动和胆量⁶⁷⁵。公益诉讼由其机理和功能所决定，国家机关和有关社会团体可以以公益代表的身份提起诉讼，克服了私益诉讼的弊端和障碍。如此，非直接利害关系人对于损害国家利益或社会利益的行为可以提起诉讼，填补了对国家利益和社会利益保护的司法盲区。其次，公益诉讼也是对原诉讼制度作用有限性的补充。无论是支持起诉制度还是代表人诉讼制度，都属于私益诉讼的范畴，遵循着传统私益诉讼的法理。前者虽可在一定程度上解决受损害者不敢起诉的问题却无法排解没人起诉和不愿起诉的现实困境；后者虽为解决多数人诉讼而设，但也只能实现直接受害人的经济补偿，亦不能及时消除社会危害性的现实存在。现实生活中，涉及到国家或公共利益案件往往会受到当事人或地方政府对法院的施压，这是诉讼代表人无法对抗的，通过启动代表人诉讼往往不能有效保护国家和社会利益。再次，公益诉讼机制可以弥补单纯依赖行政手段对社会公共利益加以保护之不足。由于行政执法过程中，政府职能部门执法不力或执法犯法或受

675 参见北京市东方公益法律援助律师事务所：《公益诉讼》，中国检察出版社 2006 年 12 月版，第 111 页。

利益牵制而对侵害事实往往置之不理,导致通过行政执法机制遏制公益侵害行为往往效果不佳。在此情境下,公益诉讼机制作为维护公共利益的有效途径可以弥补行政保护的失灵或不足。

从实践来看,社会法领域的侵权案件日益增多。以《人民法院案例选》2014年全年收录案例为参照,社会权相关案例45件,较之2013年增加15%。其中,劳动权案例⁶⁷⁶占据社会权总案例约达到四分之一。其中大部分案件通过行政诉讼和民事诉讼两个途径来实现私益救济。因为我国现行民事和行政诉讼只能由直接利害关系人提起,在直接保护受害人利益的同时间接保护公益,公益保护功能较弱,同时私人诉讼也极易发生滥诉和恶意诉讼的情形。而且,同一类型事实可能因不同利害关系人在不同法院受理起诉,无法保证起诉标准和裁判标准的统一性,难免会出现裁判结果相互矛盾的现象。目前,我国社会权司法救济的整体状况可以通过民事诉讼和行政诉讼现状表现出来,整体而言,尚未达到及时、有效的理想状态,需要引进公益诉讼机制强化社会权的司法救济。

二、社会法领域适用公益诉讼的可行性论析

社会法是以社会权为基石范畴、以保障社会权为使命的法律部门。⁶⁷⁷与此相应,社会法领域的案件多为侵犯社会权的案件,主要包括劳动侵权案件、社会保障侵权案件等。虽然被侵害的私益可以通过传统诉讼模式得以救济,但其中的公共利益受损则需要公益诉讼机制加以救济。对其可行性之论证,可以从现行立法弹性、法益契合性和实践探索三方面加以分析。求证的是,在社会法领域,通过适用公益诉讼机制维护社会权之公益内容具有可行性。

(一) 社会法领域适用公益诉讼乃立法预留的弹性空间

如前所述,我国现行《民事诉讼法》第55条增设了公益诉讼制度,对其适用范围、原告主体资格等问题进行了规定。这种单一条款式立法模式容量有限,程序设计简单粗糙,关于适用条件、启动方式、审判主体、审理方式、证据规则、法律后果以及救济路径等具体内容都未明确规定。从现有规定来看,虽采用列举加概括的方式将公益诉讼的适用范围确立为污染环境、侵害众多消费者合法权益及其他损害社会公共利益的行为。其中环境公益诉讼和消费者公益诉讼可以直接适用公益诉讼程序。对于“其他损害社会公共利益的行为”的立法表述,应当理

⁶⁷⁶ 相关案件来源于《人民法院案例选》,人民法院出版社2014年版。

⁶⁷⁷ 参见李炳安:《社会权——社会法的基石范畴》,《温州大学学报(社会科学版)》2013年第4期,第51页。

解为,公益诉讼程序不仅仅适用于这两类典型公益诉讼案件,只要涉及有损于社会公共利益的行为都可以进行公益诉讼。如此这般解释则发现,立法已对公益诉讼机制适用于社会法领域预留了弹性空间,可以适用不成其为问题,问题是应该如何适用。从立法完善的角度看,应就公益诉讼机制适用于社会法领域的具体条件,启动方式、审判主体等通过特别立法或司法解释加以细化,以推进其充分、正确之适用。

(二) 社会权与公益诉讼具有法益追求上的契合性

公益诉讼是司法保障公共利益的专门程序,其成为救济社会权的诉讼机制源于公益诉讼维护的法益和社会法凝结的法益⁶⁷⁸存在内在的、必然的契合性。社会法旨在实现对社会弱势群体进行倾斜保护,对社会生活中的弱势群体的最低生存条件予以保障。“社会法的产生是经济发展到一定程度之后,竞争的结果出现弱者,而社会正义或社会安全理念以及体现社会进步的人权理念需要对弱者予以保护之时,一定程度上属于后竞争时代的产物。”⁶⁷⁹“社会法的理念与功能在于保护社会弱者,促进社会实质正义;维护社会安全,促进社会和谐发展;保障公民社会权,促进社会可持续发展;增进民生福祉,促进社会文明发展。”⁶⁸⁰这些都是最大的社会公益。在这个意义上可以说,社会法也是以追求社会公共利益为价值目标的法律部门。通过公益诉讼的司法救济,其目的在于保护适当的公共利益,从而有效地保障个人的权利和自由。⁶⁸¹这里的公共利益⁶⁸²即包含着社会公共利益,其公益性特征体现在保护法益的客观性、广泛性及其诉讼目的的公益性等方面公益。诉讼的理念和机理是通过个案实现对公共利益的保护,它将诉讼作为实现公共利益的有效工具。正是在这一理念指导下,公益诉讼才无论就其诉讼目的和手段还是就其诉讼内容和形式而言,都鲜明地体现了以保护公共利益为制度追求的特性。总而言之,社会法保护的法益与公益诉讼维护的法益有契合之处,正是这种法益契合性,决定和证成了公益诉讼机制可以适用于社会法领域,成为保障社

678 “法益”一词的形式与内容都是一种舶来品,最早由日本学者从德语“Rechtsgüter”(法益)翻译过来的。1834年,德国学者比恩保姆在其《论有关犯罪概念的权利侵害的必要性》一文中,对德国先前刑法观念中存在的犯罪本质在于权利侵害说进行了批判性考察,并以财产性犯罪为例提出了法益的观点。详见杨兴培:《什么是法益,谁的法益,如何保护法益?》,载《法学》2015年第9期之相关论述。本文所称之法益,按照大陆法系一般观点,是指根据宪法的基本原则,由法所保护的、客观上可能受到侵害或者威胁的人的生活利益。参见张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2003年4月版,第167页。

679 郑尚元:《社会法存在与社会法理论探索》,《法律科学(西北政法学院学报)》2003年第3期,第43页。

680 冯彦君:《中国特色社会主义社会学理论研究》,《当代法学》2013年第3期,第15-16页。

681 参见李卓:《公益诉讼与社会公正》,吉林大学博士学位论文2006年10月,第15页。

682 学者Layer认为,公共利益是在个人利益之外存在的一个独立的团体利益,公共利益还有一个较高层次且独立的法律主体的利益,并由此得出公益与个人利益之间的不可协调性;还有学者Dürig认为,在人民之外,并不存在一个客观化、抽象且独立的国民及国家意志,公共利益是大多数个人之利益,而不是绝对、独立、客观化的多数人。参见潘申明:《比较法视野下的民事公益诉讼》,在华东政法大学2009年博士学位论文,第42-42页。

会权实现的不可或缺的司法救济途径。

（三）公益诉讼实践探索的经验与启示

公益诉讼发端于罗马法，在两大法系国家早已被确立，不过，称谓有所不同。德国多称为“团体诉讼”；日本称其为“民众诉讼”；美国将其称为“公益诉讼”；英国则称其为“检举人诉讼”制度。

大陆法系以德国、日本为代表，采取较为保守的做法，主要由检察官作为社会公共利益的代表者就特定的侵害行为提起诉讼。与此相关的法律制度主要包括公益代表人制度、团体诉讼和宪法诉讼。其中，公益代表人诉讼即德国联邦最高检察官作为代表，对劳动纠纷案件提起诉讼；团体诉讼是通过立法赋予特定团体组织原告资格对侵权行为请求法院予以阻止，更多适用于反不正当竞争法领域。其实质就是将享有共同利益的多数法律主体依法起诉的权利“信托”给那些具有公益性质的社会团体，由其提起诉讼。团体诉讼不同于群体性诉讼，但却是解决群体纠纷的一种方式。其也明显区别于美国的由具有相同诉求或法律关系指向的特定人群中部分人员提起而裁判效力及于每个人的集团诉讼。宪法诉讼主要是公民针对宪法中赋予自己的权利向法院提起诉讼，请求通过司法予以确认和保护，可以是出于私益目的也可是公益目的。日本的检察制度主要体现在保护实体法上的具体权利⁶⁸³，为处理群体性纠纷案件，在美国集团诉讼的基础上，制定了选定当事人制度，即原告资格扩大为由全部共同利益人共同推选产生能代表他们利益的代表人，由其提起诉讼。

英美法系国家以美国、英国为代表，多属于判例法国家。其中，美国的公益诉讼发展较为成熟。1863年的《反欺骗政府法》就规定：在美国，任何个人或公司当发现有人欺骗美国政府进而索取钱财，都有权以美国联邦政府的名义向法院起诉，控告违法一方，并可在胜诉后有权分得其中一部分罚金。这些规定显然意味着个人可以作为原告提出公诉，胜诉后亦可获得一定奖励。这一立法机制成为公益诉讼的肇始。之后制定的《谢尔曼反托拉斯法案》、《克莱顿法》以及环境保护法，均规定政府机关或者个人可以提起相关规制型民事诉讼。以这些立法为基础，⁶⁸⁴美国的反垄断公益诉讼条款和环境公益诉讼制度发展较快。英国的“检

683 包括禁止宣告请求权及撤销权；关于不在人财产管理的处分请求权及撤销请求权；不在人财产管理人改任请求权；法人的临时理事、特别代理人、清算人选任请求权；不合法婚姻的撤销请求权等等。参见（日）田中英夫、竹内昭夫：《私人在法实现中的作用》，《民商法论丛》第10卷，第462页。

684 赵慧：《国外公益诉讼制度比较与启示》，《政法论丛》2002年第5期，第22页。

举人诉讼”也属于公益诉讼。检察长作为立法确认的唯一能在法庭上代表公众的人，亦有权代表国王阻却一切违法行为，能够主动诉求对违法行政行为进行司法审查，还有权替私人申请司法审查，公民本人没有独立提请阻止行政不当行为的权利。⁶⁸⁵

综上，主要发达国家在立法上确立公益诉讼制度已成通例，毋庸置疑。虽然称谓有所不同，制度内容和特色也存在一定差异，但共同之处都在于，第一，都体现和印证了对公共利益保护的高度关注，对社会较低阶层利益的重视。第二，诉讼主体资格均对适格当事人有一定突破。在司法实践中，各国依据不同体制和国情，原告人范围均有不同程度的扩大，包含利害关系人中利益代表人、检举人、检察机关、工会组织，非政府社团组织等，因为适用的领域不同原告资格也有相应变化。劳动侵权案件中工会作为社会团体代表广大劳动者权益，较之检察机关更适合作为诉讼主体提起相关诉讼。第三，在程序设计上，对于诉讼中原告持有激励政策，胜诉后原告获得奖励，被告受到惩罚；在举证责任上采用举证责任倒置规则；通过设立前置程序，防止公益诉讼被滥用。⁶⁸⁶

在我国，公益诉讼虽司法实践较短，经验也不够丰富，但也进行了一定的实践探索，积累了一些案例和经验，为立法肯认公益诉讼制度提供了实践动力和经验遵循。2012年民事诉讼法修订之前，由于公益诉讼在立法上缺失法律依据，法院不予受理和驳回起诉的情形居多。即便如此，公益诉讼作为权利保障的司法途径在实践中也呈现出一些案例。1996年发生了一个颇具代表性和典型性的公益诉讼案件：福建龙岩律师邱建东诉邮电局电话费纠纷案⁶⁸⁷。就该案社会效果而言，其极大地唤醒了公众“公益诉讼”的意识。也许正因为如此，邱建东才被称为“中国公益诉讼创始人”。1997年12月，河南省方城县法院受理了一起由检察院提起公诉的关于县工商局擅自出让房地产致使国有资产流失案。根据检索，可以说这是我国首例由检察机关作为原告提起的公益诉讼。2004年，四川省检察院民事行政检察部门在全国率先设立“公益诉讼人”制度。检察机关在保护国家和公共利益（如追回流失国资）以及保护弱势群体两个领域提起公益诉讼。但是，实践中却很少发生第二种情形（保护弱势群体）案件。令人不解的是，伴随

685 参见陈安民：《域外劳动公益诉讼制度的考察及借鉴》，《湖南工业大学学报（社会科学版）》2013年第6期，第92-94页。

686 参见于崇刚、李健锋：《我国公益诉讼制度研究——以国外公益诉讼立法和实践为借鉴》，《法制与社会》2015年第29期，第119页。

687 邱建东因为一处公用电话亭未执行邮电部夜间、节假日长话收费半价的规定，多取其六角钱而把邮电局告上法庭，该案最终因邮电局配合积极整改等原因撤诉。

着 2012 年《民事诉讼法》之修订和 2015 年民诉法司法解释对公益诉讼制度的确立和完善，公益诉讼案件数量却呈现下降趋势，尤其是劳动公益诉讼和行政公益诉讼案件，较比环境公益诉讼和消费者公益诉讼发展速度更为缓慢。由此也可以看出，社会法领域适用公益诉讼之实然状态与应然之境还存在着较大的反差，虽其前景可期，发挥作用的空间较大，但影响和制约因素也颇为多元和复杂，需要在理论和实践上加以破解。

三、社会法领域适用公益诉讼的制度完善之考量

与国外相比，我国公益诉讼制度还处在起步阶段。《民事诉讼法》第 55 条首次对公益诉讼加以明确，突破公益诉讼机制司法适用的瓶颈。一般而言，公益诉讼适用于社会法领域的主要案件类型是群体性劳动争议案件⁶⁸⁸。对此应该从以下几方面完善制度设计。

（一）起诉主体(原告)之选择

社会权的公益属性决定，其权利主体往往不单是个体之人而同时具有群体性，一项权利被侵害也往往使大部分劳动者合法权益被侵害，如企业违反最低用工则侵犯的往往是企业中的全体职工的休息权和健康权。因此，通过公益诉讼保护和救济社会权大有可为，能够最大限度地实现权利救济的效率性和公平性之要求。但是，公益诉讼适用于社会法领域的首要前提是，合理确立公益诉讼的原告。公益诉讼的制度优势集中体现为实现了原告资格的多元化，是对当事人适格理论的突破。相对于传统诉讼模式的一元化主体来说，公益诉讼的起诉主体（原告）的资格不局限于利害关系人，允许无直接利害关系的其他机关、团体、个人作为公益诉讼的原告，代表国家和公众提起诉讼。拓展起诉主体的范围，这是公益诉讼区别于私益诉讼的特殊点，也是制度优势之体现。在社会权领域，我国公益诉讼案例主要有公民平等就业权与反就业歧视以及违反劳动基准用工引发的劳动纠纷等。就这些纠纷，哪些主体可以提起公益诉讼？这是需要明确的问题。对于“法律规定的机关和有关组织”的立法规定，相关司法解释还未加以明确界定。依据公益诉讼的机理和制度初衷，法律规定的所谓的“机关”应指检察机关；“有关组织”具体到社会法领域，应主要指工会（特别是各级总工会）。因为工会是最能代表广大劳动者权益的组织，应有权向法院提起相应的劳动公益诉讼，以克

688 学界普遍认为，公益诉讼机制的受案范围应包括侵害公共利益案件如国有资产流失案件、垄断及不正当竞争案件、环境污染案件、消费者权益受侵害以及群体性劳动争议案件等。涉及到社会法领域最主要是群体性劳动争议案件。

服弱势劳动者起诉难、胜诉难的困境，从而有效保护广大劳动者的合法权益。有学者指出，无论是从成本还是效果去分析，均应充分发挥公民和社会团体的积极性，认为将其作为公益诉讼启动主体的第一位序更为合理。⁶⁸⁹

本文认为，检察机关作为原告代表国家和公众提起公益诉讼符合检察机关的角色定位，具有合理性、合法性和独特的优势。如在社会保障争议案件中，检察机关即可代表国家就相关行政违法行为等通过提起公益诉讼进行追责。同时检察机关依法行使调查核实权，可以对损害弱势群体权益的行为进行调查，为认定违法维护公益提供证据支持。工会获取劳动公益诉讼原告地位和资格需要通过完善对工会制度的完善，充分赋予工会诉权和相应的权利，以确保工会能够真实有效地以公益代表的身份提起诉讼。虽有学者主张程序法应从依附于实体法走向相互独立的二元状态，提出了“程序当事人理论”⁶⁹⁰。但因公益诉讼制度在我国仍处于立法后的实践摸索阶段，原告资格的扩张不易将非直接利害关系人外的所有公民都囊括其内，否则易发生滥诉情形，徒增司法工作之难度。但是就劳动公益侵害案件，如侵害职业安全权、民主参与权以及社会保险权等案件，完全可以赋予检察机关、工会组织以原告资格，以实现劳动公益的有效的司法保护。总之，公益诉讼适用于社会法领域应在原告的选择上加以细化和明晰，可以考虑设计为：检察机关对于涉及受损害人数超过 50 人以上（大规模侵权）的案件具有起诉权，其它则可考虑交由工会提起公益诉讼。

（二）适用（救济）范围之厘定

如前所述，更好地定位和适用公益诉讼机制，不仅需要厘定公益诉讼的受案范围，还需要将其与我国立法所确定的群体诉讼制度区别开来。群体诉讼制度包括维护私益的代表人诉讼制度和维护社会公共利益的公益诉讼。前者因为属于私益诉讼，由直接利害关系人作为适格原告，而后者则可以由法律授权的有关机关、组织予以提起。有学者主张，对于大规模侵权案件，应采取民事公诉模式即由国家机关和行政机关来行使起诉权对相应的大规模侵权进行起诉。⁶⁹¹也有学者认为，可以推进私益诉讼和公益诉讼的融合，可考虑将私益诉权通过诉讼信托的方式向享有公益诉讼权的团体转移，诸如劳动纠纷中群体性纠纷数量增多，实体受害

689 参见韩波：《公益诉讼制度的力量组合》，《当代法学》2013 年第 1 期，第 33—34 页。

690 程序当事人理论认为，当事人可以与诉讼标的无直接利害关系的人，因此，非直接利害关系人可以为他人或公共利益向法院提起民事诉讼。参见潘申明：《比较法视野下的民事公益诉讼——兼论我国民事公益诉讼制度的建构》，转引自华东政法大学 2009 年博士论文，第 17 页。

691 详见肖建国：《民事公益诉讼的基本模式研究——以中、美、德三国为中心的比较法考察》，《中国法学》2007 年第 5 期，第 141 页。

人为多数与被告之间存在相同诉求,如果涉及侵害社会公共利益,也可以通过独立的公益诉讼机制预先解决,提倡通过团体诉讼来保护个人同类利益。⁶⁹²在此,我们认为,对于公益诉讼机制的救济范围的界定,不单是要保护具体每个私人的利益,更是要维护作为群体利益集合的公共利益,因此不需要对每一个被代表的私人利益加以具体确定。重要的是,在救济范围的厘定上,应该围绕“社会公共利益”的侵害作为提起公益诉讼的依据,而并非按照人数的多少来确定公益诉讼的起诉资格。

(三) 凸显预防为主的制度旨趣

公益诉讼的一大优势是其具有预防功能,即不需要侵害公益行为的现实发生就可以提起诉讼。一般而言,提起公益诉讼的前提既可以是违法行为已经对公共利益造成了现实的损害,也可以是虽未造成现实损害但存在着损害发生的危险甚至是有危险发生之虞。据此,公益诉讼的原告既可以针对侵害方违法行为之具体情形来决定诉讼请求的内容,例如,用人单位实际违反最低工资、最高工时、社会保险等强行性立法规定,原告可以就其具体违法内容请求法院判令停止侵害、赔偿损失。还有一种情形,即用人单位违反法律规定但尚未造成实际损害,如违反劳动安全卫生标准或职业安全条例致使劳动者处于发生安全卫生事故的危险之中或有发生危险之虞,亦可向法院起诉请求判令用人单位消除隐患或通过确认拒绝权行使的合法性来维护职业安全权。由此可见,公益诉讼之积极防范的制度功能更为突出,正是这一防范功能彰显了其制度价值和优势。社会公共利益受到侵害其危害性和受损面往往较大,防患于未然而不是等到损害事实发生后再追究责任,更有利于维护社会公共利益。基于预防侵害发生而及时启动诉讼机制,可以降低诉讼成本,契合保护弱势群体利益和公益维护的制度功能。因此,在公益诉讼的制度设计上,如何认定危害事实的存在以及危害可能造成的程度,需要在证据承担上给予原告一定的倾斜,运用较低的证明标准等规则,以便于对危害性事件实现有效的事前预防。

(四) 以劳动公益诉讼的建构为重心

如前所述,由于劳动基准承载的法益与公益诉讼救济的法益具有某种程度的公益契合性,在社会法领域引入公益诉讼机制解决围绕劳动基准所发生的纠纷切

692 黄忠顺:《论公益诉讼与私益诉讼的融合——兼论中国特色团体诉讼制度的构建》,《法学家》2015年第1期,第26—27页。

实可行，但应对劳动公益诉讼的一系列程序问题进行完善，主要包括：第一，关于受案范围。国家通过强行性立法对工资、工时、休息休假、劳动安全卫生、社会保险等方面划定了底线。作为劳动基准，具有强制执行和不可逾越的法律效力。劳动公益诉讼的受案范围也应以上述限制为基础，采取列举的方式把受案范围确定下来。但凡用人单位违反以下劳动基准，适格主体提起劳动公益诉讼，法院就应当受理。具体受案范围应限定为以下几方面：用人单位违反最低工资相关规定，所支付工资低于当地最低工资标准的案件以及整体拖欠员工工资的案件；强令劳动者加班加点并超过最高工时标准的案件；用人单位整体之劳动条件和劳动环境不符合劳动安全卫生标准、存在重大安全隐患危及劳动者生命权和健康权的案件；用人单位不依法缴纳或不足额缴纳劳动者社会保险费的案件；限制就业和歧视性侵权案件。对于那些未被明确列举的受案类型，可以通过司法解释加以适当补充。

第二，应依法赋予检察机关和工会组织以劳动公益诉讼起诉权，对此前文已述，这里不再累述。检察机关作为原告提起公益诉讼已获司法实践认同与肯认，并正在加以推进。具体到劳动公益诉讼领域，检察机关之所以就违反劳动基准的行为提起公益诉讼，主要目的在于实现对不特定之劳动者群体劳动基准权利的司法保护。另外，检察机关作为起诉主体，亦可避免私人起诉可能带来滥诉和个人报复的弊端，从而节约司法资源，提高诉讼效率。此外，对于工会组织的原告资格问题，必须使工会能够享有独立诉讼权利，承担相应的诉讼义务，真正成为名副其实的公益诉讼主体。因为较之劳动者个人起诉而言，工会组织起诉更有诉讼能力，更利于保护劳动者群体权益。

第三，设立诉讼前置程序。充分发挥行政机关对公益保护的职能，防止司法干预的浪费，节省司法资源。在此方面，可以借鉴美国公益诉讼制度含摄的“穷尽行政救济”原则。其基本要义是，在劳动公益诉讼之前设立行政先行处理程序，即在起诉前，向劳动保障行政部门提出意见作为前置程序。当劳动保障行政机关在一定期间内怠于行使职权，再由工会组织或检察机关向法院提起公益诉讼。在此应强调指出的是，这里所谓的前置程序应区别于普通劳动诉讼案件处理程序中所采取的“一调一裁两审”的制度模式。劳动公益诉讼案件因为涉及到社会公共利益，不应受到传统诉讼制度的约束，不应将劳动仲裁作为诉讼的前置程序。⁶⁹³

第四，关于举证责任与诉讼费用承担问题。劳动公益

693 颜运秋 闵宁莉：《劳动基准与公益诉讼》，《吉首大学学报（社会科学版）》2008年第1期，第74—75页。

诉讼可以实行过错推定责任和举证责任倒置原则。具体内容是，原告只需对用人单位违反劳动基准的事实负举证责任，被告则负主要举证责任，包括对损害事实是否确实存在以及行为和结果之间是否有因果关系等承担举证责任。诉讼费用承担上可拟定原告先行交纳一部分诉讼费用，排除滥诉等恶意起诉事由后，不论胜诉与败诉免除原告的诉讼费用。另外，亦可借鉴德国团体诉讼的激励机制，鼓励工会提起劳动公益诉讼，实行诉讼标的额单方面下降制度。⁶⁹⁴鉴于我国工会地位偏低，维权能力偏弱，可以试行关于工会起诉费用免除制度，以鼓励工会积极提起劳动公益诉讼，以维护劳动者的群体权益。第五，设立公益诉讼法庭，一并处理行政公益诉讼案件。关于是否有必要设立一个专门法院，如社会法院、劳动法院，暂且不去论证。但是鉴于环境公益诉讼、消费者公益诉讼案件数量渐增，公益诉讼的主体及其他程序规则较之于其他传统诉讼都有差别，从长远和应然来看，在传统诉讼体制中，增设公益诉讼法庭则是必要的、可行的。因为社会权公益诉讼案件不单涉及民事公益诉讼，亦往往涉及行政公益诉讼。这样，在公益诉讼法庭中，亦可就非法用工造成侵权行为提起劳动公益诉讼，同时对于行政机关的不作为也可以提起行政公益诉讼，两种性质的案件可一并处理。⁶⁹⁵这种制度模式的构建，需要突破现有司法体制，通过修改法院组织法才能完成，但较之成立一个专司公益诉讼的法院，其难度要小得多，运行成本也低，是一种相对独立的制度模式选择。

694 宋汉林：《劳动公益诉讼——工会参与的困境与对策》，《民主与法制》2011年第6期，第4页。

695 蒋坤学 江华：《我国劳动公益诉讼研究》，《企业家天地（理论版）》2008年第7期，第149页。

受益主体视角下我国养老保险争议处理 机制的不足与完善

焦 娟

社会保障的受益主体是指社会保障制度予以保护的某种社会利益的最终享受者。⁶⁹⁶受益主体的存在是社会保障制度的出发点和归属点⁶⁹⁷。养老保险作为社会保障、社会保险中的基本制度，直接关乎劳动者退休后的生存待遇，重要性不言而喻，同时又由于养老保险费征缴时间长，待遇支付时间长度不确定等因素，使养老保险争议的处理比其他社会保险争议的处理更具复杂性。随着劳动者法律意识的提高及我国实施养老保险制度后退休人数的增多，越来越多的养老保险争议涌现，但现有社会保险争议处理机制并不能有效维护受益主体的利益，甚至引发群体性事件，这促使本文以窥探现行养老保险争议处理机制不足并寻求更优机制设计为目的，并以此作为保障养老保险制度受益主体的出发点和最终归宿。

一、我国现行养老保险争议处理模式及养老保险争议类型

1、我国现行养老保险争议处理模式

长期以来，我国将用人单位与劳动者之间因社会保险发生的争议列入劳动争议的范畴，并将用人单位缴纳社会保险费用的义务视为法定义务，违反者处以行政责任。如 1993 颁布的《企业劳动争议处理条例》就将企业与职工发生的因执行国家保险规定产生的争议纳入劳动争议的范畴。1995 年《劳动法》规定“用人单位无故不缴纳社会保险费的，由劳动行政部门责令其限期缴纳；逾期不缴的，可以加收滞纳金”。对于社会保险经办机构与用人单位、劳动者间的关系则认定为是行政机关与行政相对人间的法律关系，2001 年实施的《社会保险行政争议处理办法》规定用人单位、劳动者可对社保经办机构在社会保险登记、缴费基数与社会保险待遇标准核定等方面的各种具体行政行为提起行政复议。2011 年实施的《社会保险法》再次确认此观点，认为用人单位和缴费个人与社会保险费征收机关及社保经办机构间的关系具有公法性质，产生的争议应通过行政复议或行政诉讼的方式解决。对于用人单位与劳动者间养老保险争议与劳动争议的关系，

⁶⁹⁶ 林嘉,《劳动和社会保障法》[M].北京:中国人民大学出版社,2014.3-270

⁶⁹⁷ 董保华,《论社会保障法的受益主体》[J].中国劳动,2004.(10)

2001年《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》有所扩充，将退休劳动者与尚未参加社会保险统筹的原用人单位因追索养老金、医疗费、工伤保险待遇和其他社会保险费而发生的纠纷纳入属于劳动争议，按劳动争议处理模式处理，先裁后审。2008年实施的《劳动争议调解仲裁法》依旧坚持劳动者与用人单位因社会保险发生的争议全部划入劳动争议的思路，2010年《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》（下文简称司法解释三）对社会保险争议按劳动争议受理的范围明显缩小，法院只受理用人单位未为劳动者办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办，劳动者要求用人单位赔偿社会保险待遇损失的社会保险争议。

从上述立法规定看，界定社会保险当事人间法律关系的性质是其首要目的，这也是养老保险争议解决的前提。就养老保险关系而言，主要涉及社会保险经办机构、用人单位和劳动者三方主体。从保险关系来讲，它们可分别被称为保险人、投保人和被保险人。在三方主体间存在一一对应的三种关系，社会保险经办机构与劳动者关系（保险人与被保险人关系）、社会保险经办机构与用人单位间关系（保险人与投保人关系）、用人单位与劳动者关系（投保人与被保险人间关系）。其中，社会保险经办机构与劳动者间的关系是基础性关系，缴纳保费的最终目的都是为实现被保险人作为受益主体享受社会保险待遇。保险人与被保险人间无论征缴关系与待遇给付关系都具有公法性质，权利义务都来自于法律的强制性规定，产生的争议按行政争议处理，理论和立法都无甚异议。如2006年《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》再次明确“劳动者请求社会保险经办机构发放社会保险金的纠纷”不属于劳动争议。存在分析与处理难度的是社保经办机构与用人单位间及用人单位与劳动者间的关系。这两种关系的存在维系在对用人单位缴纳保费行为的性质认定上。若被保险人养老保险待遇的给付与用人单位的缴费行为完全脱钩，即便用人单位不缴费也不影响被保险人养老保险待遇，那么用人单位的缴费行为便只具有公法性质，用人单位与劳动者间不存在养老保险关系，用人单位与经办机构间的保费争议纯属行政争议，按行政争议处理即可。但我国的养老保险实践并非如此。我国劳动者养老保险待遇的给付与用人单位的保险登记、缴费行为直接挂钩，用人单位不办理登记及欠费行为会直接影响劳动者养老保险待遇的享受；而且劳动者的个人缴费也依赖于用人

单位的登记、申报、代扣行为，劳动者并无独立登记的资格。在保费缴纳问题上，劳动者对用人单位的附属性极强，劳动者与用人单位间因此产生大量争议。若只认可用人单位缴纳保费行为的公法属性，劳动者并不能实现对用人单位缴费责任的直接追究，为赋予劳动者直接追究用人单位缴费责任的权利，2007年《劳动合同法》将社会保险条款列为劳动合同的必备内容，以此作为劳动者与用人单位间的社保争议属于劳动争议的私法根据。但此种劳动争议又不同于一般的劳动争议，用人单位的缴费义务最先来自于法律的强制，其呈现相当的公法性。因此，用人单位缴费行为被认定为是来自公法和私法的双重义务，具有公私混合的双重性质，这也成为我国社会保险争议处理机制存在行政争议处理与劳动争议处理两条路径的原因，并且由于两条路径范围的分割难度，导致劳动者与用人单位间的养老保险纠纷也成为争议处理中最具难度、受益主体权益最不易得到保障的内容。因此，本文对养老保险争议类型的选撤除了可以直接归入行政争议或劳动争议的类型，只对兼具公私法性质的劳动者与用人单位间的养老保险争议类型进行汇总。

2、养老保险争议类型

第一种类型：未参保争议。用人单位未为劳动者进行个人养老保险登记，劳动者与社会保险经办机构间未建立养老保险关系，用人单位和劳动者都未缴纳养老保险费，劳动者要求用人单位办理养老保险手续、缴纳保险费产生的争议或因赔偿应享受而未能享受的养老保险待遇的损失而发生的争议。

第二种类型：参保未缴费、漏缴费争议。用人单位已为劳动者进行个人养老保险登记，但从未缴纳养老保险费或漏缴一段时间的养老保险费用发生的争议。

第三种类型：参保后缴费基数争议。用人单位已为劳动者进行个人养老保险登记，双方都缴纳了养老保险费用，但劳动者认为用人单位申报的缴费基数不正确，劳动者认为用人单位存在少缴费情况。

我国养老保险争议行政处理方式和劳动争议处理方式的划分主要就是对这三种争议的分割，但这种分割处理方式也使劳动者在养老保险争议解决中面临种种困难，权益获得救济的程度并不能和受益主体的地位相匹配。

二、养老保险受益主体在争议处理中面对的困境

1、两种处理机制不协调导致养老保险受益主体维权路径选择困难、维权成本畸高。我国司法解释三实际对社会保险行政争议和劳动争议的处理范围做了切

分。法院受理的劳动争议案件限于用人单位未为劳动者办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办，劳动者要求用人单位赔偿社会保险待遇损失的社会保险争议，即第一种养老保险类型中的部分争议，其中不包括未退休劳动者要求用人单位进行社保登记和缴费的争议，此种争议和第二、三种争议被划入行政争议的处理范畴，并且法院受理待遇损失赔偿争议以社保经办机构出具不能补办证明为前提，这将导致法院的受理范围远小于《劳动争议调解仲裁法》中规定的劳动争议仲裁机构受理社保争议的范围。劳动争议处理程序中诉讼阶段受理范围的突然收窄将使仲裁机构受理的大量社会保险争议无法进入诉讼，最终导致劳动争议处理途径受理社保争议的范围大打折扣，从而逼迫社保争议案件从劳动争议处理途径溢出到行政争议处理途径。上海市各级劳动争议仲裁机构在当地法院依据司法解释（三）的规定，从2011年1月1日起不再受理社会保险缴费争议案件后，已于2014年7月1日起，不再受理社会保险缴费争议案件，即上述第二、三种类型，并规定当事人可依据相关规定，向劳动保障监察机构投诉或请求社会保险经办机构依法处理的方式解决保费问题⁶⁹⁸，这也导致行政争议处理渠道的受案范围进一步扩大。而且法院受理社保争议以社保机构确认不能补办登记手续为前提，这实际是在劳动争议诉讼程序前增加行政确认程序，即这类型案件通过劳动仲裁后，还要经过行政处理程序才能进行诉讼。若经办机构拒绝开具不能补办证明但又不给补办，处理程序又将被导向行政复议、行政诉讼程序，维权过程循环往复，实在太过复杂，权利救济成本畸高。

2、行政争议处理模式并不能有效维护受益主体养老保险权益。法院受理社保争议的限制使处理争议类型本来就较多的行政争议模式受理范围更大，若其可以有效救济受益主体受损利益，也是件好事，但行政处理并不能有效解决问题，其后以追究行政机关违法责任为导向的行政复议、行政诉讼程序又将劳动者推向与行政机关对弈的轨道，行政机关为自己责任开脱的种种理由使劳动者希望通过行政机关让用人单位补缴保费的目的无法轻易实现，劳动者与用人单位间的争议无法有效解决。从实际案例看，证明行政机关在征缴行为中存在过错或不作为相当困难，劳动者要跨越各种地方立法规定、经办机构与征收机构间的责任推诿、申请及诉讼时效等多种障碍。就笔者收集的养老保险争议行政诉讼案例看，行政

698 任光华. 社会保险缴费争议统一解决机制探析[J]. 中国劳动, 2015. (1)

诉讼可能出现三种结果：（1）判决行政机关责令用人单位补缴；（2）根据政策规定用人单位不能补缴，但指明争议可进入劳动争议处理程序解决；（3）判决行政机关的具体行政行为不违法，劳动者败诉，但劳动者要求用人单位补缴费用的问题没有解决，法院也未指明劳动者如何维权。在这三种结果中，第一种结果对受益主体最有利，但直接获得此种判决的比例并不大。第二种结果虽对受益主体不利，但他还有第二条路可以选择；第三种结果最为糟糕，劳动者与用人单位间的实际问题并没有解决，而且没有明确途径可以救济，即便进入劳动争议程序，也可能由于劳动争议处理程序受理范围收紧而无法获得解决。

3、劳动争议处理模式下，受益主体受损待遇无统一赔偿标准，程序救济效果处于不确定状态。

对于法院受理的养老保险劳动争议案件，由于用人单位未履行参保手续，导致劳动者无法享受养老保险待遇而受损，但法律未规定统一的劳动者待遇损失赔偿标准，导致受益主体可能获得的赔偿数额无法估算。不同的劳动者根据各自的缴费情况养老金金额各有不同，在没有养老保险缴费记录的情况下，养老金的数额很难核算，而且由于受益主体的生命长度不确定、基础养老金的调长幅度不确定，这都使受益主体受损利益的计算非常困难。案例显示，退休劳动者出现不得不隔几年诉讼一次向用人单位要赔偿的情况，劳动者的维权成本很高，而且在用人单位破产、注销的情况下，受损权益更难以得到保障。因此，用人单位赔偿受益主体的受损养老待遇的标准需要统一明确。

三、其他法域处理社会保险争议的模式

1、德国统一的行政争议处理模式

德国社会保险采用法定的自动发生主义，即社会保险关系法定始于从属劳动的开始，而直到被保险人或其得请领给付遗属之死亡始告终止⁶⁹⁹。保险人只要符合社会保险法所定的条件或原因发生之日起，社会保险关系就自动产生，雇主作为投保人与被保险人之间没有直接的社会保险法律关系，不论雇主是否缴纳保险费，都不影响被保险人的权利，这种设计使保险人与被保险人间社会保险关系的建立与投保人的投保行为完全脱钩，劳工不致因雇主的疏忽或违法行为导致损失

699 王显勇,养老保险法律问题研究[J],东方法学, 2011(6)

700，最大限度地保护了劳动者的社会保险权益。而规范投保人为被保险人办理投保手续并缴纳社会保险费的规则完全属于公法规范，雇主未缴纳保险费的法律效果仅为雇主缴费义务的违反，依税法之规定加以处理，并不影响被保险人之权利⁷⁰¹，也无需被保险人追究。

社会保险争议在争议主体、内容范围方面都不同于私法性质的劳动争议，属于公法性质争议；而且社会保险争议也不同于一般的行政争议，在德国，社会保险经办机构由雇主、雇员、政府三方人员组成，被视为法律授权的行使社会保险事务的“特殊”机关，与行政机关性质不同，因而，德国成立了既不同于劳动法院又有别于行政法院的社会法院体系，并将它作为处理社会保险、社会保障争议的特别行政法院。保险经办机构与被保险人发生的社会保险争议由特殊性质的行政法院社会法院处理，将社会保险争议作为特殊的行政争议处理。社会法院由职业法官和非职业法官组成。职业法官由司法部门任命，终身任职。非职业法官由政府部门或委托机构从提名名单中聘任。提名名单汇集了工会、雇主协会、医疗保险机构医生联合会、医疗保险机构和残疾人协会等组织提名的专业人士。非职业法官有力保证了社会保险争议中一些技术性问题的解决。

德国还制定了解决社会保险争议的处理程序。在 1991 年之前，行政复议并不是社会争议处理的必经程序，但随着社会法院案件数量不断增长，德国逐渐将复议程序规定为诉讼之前的必经程序⁷⁰²。负责社会争议复议的机构有两类，一类是劳动局复议处，负责与失业保险有关的社会争议复议；另一类是各社会保险经办机构的复议委员会，负责除失业保险以外的社会争议的复议。⁷⁰³被保险人如果对保险经办机构的裁决或决定有异议，可经过原经办机构的复查，或问题得不到解决，再由复议机构复议，对复议决定不服的，应在一个月内向社会法院起诉。

德国社会保险争议是特别行政争议，属于公法争议性质，由社会保险法调整。公法性质的社会保险法完全与劳动法分离。投保人为被保险人办理保险手续并缴纳社会保险费的义务并认为是公法性质行为而在社会保险法中进行规定，劳动法并不涉及这个内容。

2、台湾行政争议和民事争议分别处理模式

700 郭明政，社会保险法律关系争议问题之探讨，载葛克昌、林明锵，行政法实务与理论[M]，台湾元照出版公司，2003.476

701 同上④。

702 程延同，Barbara Darimont，德国社会保障争议处理[J]，中国社会保障，2004(3)

703 同上注。

我国台湾地区的“健康保险法”和“国民年金法”采用法定的自动发生主义，“劳工保险条例”采用通知主义。“国民年金法”采用自动发生主义与德国相似，不再赘述。“劳工保险条例”采用通知主义，以投保单位通知保险人所属劳工的入职与离职作为社会保险效力的开始与停止。在社会保险法律关系实行登记主义或者通知主义的国家或地区，劳动者社会保险关系的建立与终止维系于用人单位的登记或通知行为，因此用人单位办理投保手续和缴纳保费的行为成为既对国家负有的公法义务，又对劳动者负有的私法义务。用人单位违反这项义务，将导致行政责任和损害赔偿责任的同时产生，实则是一种行为的两种结果。在台湾，法律同时采用追究用人单位行政责任和民事责任的方式来处理，如“劳工保险条例”第72条规定投保单位不依本条例之规定办理保险手续者，按自雇用之日起，至参加保险之日止应负担之保险费金额，处以二倍罚鍰。投保单位违背本条例规定，将投保薪资金额以多报少或以少报多者，自事实发生之日起，按其短报或多报之保险费金额，处以二倍罚鍰，并追缴其溢领给付金额。民事责任为投保单位不依本条例之规定办理保险手续者，劳工因此所受之损失，并应由投保单位依本条例规定之给付标准赔偿之。投保单位违背本条例规定，将投保薪资金额以多报少或以少报多者，劳工因此所受损失，应由投保单位赔偿之。

根据上述规定，用人单位不办理投保手续、不履行缴费义务，需承担行政责任并按规定赔偿劳动者遭受之损失，用人单位并无补办手续、补缴费用的可能，比我国大陆法域还需面对行政机关是否允许补办、补缴的情况，问题更为简单。而且我国处理社会保险争议采用行政争议和劳动争议处理模式，与民事争议处理程序相比，我国劳动争议处理程序更为复杂，不利于受益主体权益的保护。

四、我国养老保险争议处理机制的模式选择与逐步完善

1、远期模式

从保护受益主体的角度看，接受养老保险法定自动发生主义是最大限度地保护受益主体的最佳方式。割断劳动者养老保险关系与用人单位办理养老保险手续、缴纳保费的联系，使用用人单位办理养老保险手续和缴纳保费的行为完全具有公法属性，发生争议通过行政争议方式解决，将使劳动者摆脱踏上向用人单位追责的困途。但从我国养老保险实践和立法来看，我国养老保险关系的建立和终止采用的是登记主义，“用人单位应当自用工之日起三十日内为其职工向社会保险经

办机构申请办理社会保险登记”，（《社会保险法》第 58 条）社会保险登记是用人单位、职工与社会保险经办机构建立养老保险关系的标志⁷⁰⁴，而且根据《职工基本养老保险个人账户管理暂行办法》（劳办发[1997] 116 号文件），我国劳动者不具有独立进行养老保险登记的资格，因此，接受完全不同的养老保险法定自动发生主义有一定难度，但可以作为长期目标进行努力，最终实现用人单位缴费行为的完全公法性，通过行政争议方式处理养老保险争议。同时加强行政复议程序建设，建立共同复议程序，合并复议同一单位的多个养老保险争议，建立审理养老保险争议的专门法庭，吸纳相关专业人士作为非职业法官。

2、近期模式

养老保险的自动发生主义不可能一蹴而就，在我国现有登记主义下，投保人为被保险人办理投保手续并及时缴纳社会保险费的行为具有公私法混合属性，行政争议处理模式和劳动争议处理模式是在此基础上解决争议的应有之意，但需要对配套制度进行一定程度的调整。

我国仅将未办理登记且不能补办登记的养老保险待遇赔偿纠纷纳入法院劳动争议诉讼范围，实际是基于登记主义，认定劳动者未建立养老保险关系，劳动者与用人单位间是纯粹的私法关系，而排除公法规则的规范，这当中，是否进行登记，是否得到行政经办机构的确认是区别其用公法还是私法调整，是按行政争议还是按劳动争议处理的关键。只有行政经办机构才有确认用人单位能否登记、能否补缴的专属性权力，确认行为属于行政行为。这种行政确认行为又增加了劳动者与用人单位间养老保险争议的复杂程度，使争议解决方式的分割和处理程序变得尤为复杂，应抽离行政确认行为，规定在用工 30 日期限后仍未进行养老保险登记的，不能补登，欠社保费的不能补缴，使问题简单化，将劳动者与用人单位间的养老保险争议剥离行政确认因素，将其转化为劳动者与用人单位间损害赔偿性质的劳动争议。就赔偿标准而言，可分两种情况处理：一种是用人单位未缴费年限达到或高于劳动者按月领取退休金条件的；另一种是用人单位未缴费年限低于劳动者按月领取退休金条件的情况。有观点建议第一种情况下，用人单位应当承担劳动者自退休起至人均预期寿命的养老金⁷⁰⁵，具体数额可以委托养老保

⁷⁰⁴孟昭喜,社会保险经办管理[M].北京,中国劳动社会保障出版社,2005.2-43

⁷⁰⁵青岛市中级人民法院.关于社会保险纠纷案件适用法律问题的调研报告[J].山东审判, 2014 (6)

险经办机构测算。笔者认为劳动者实际寿命常于平均寿命的，可随时向法院再申请；实际寿命短于平均寿命的，作为惩罚仍按人均预期寿命支付，多余金额不予返还。赔偿金可定期给付的，也可视情况一次性给付。第二种情况下，劳动者因用人单位的瑕疵缴费行为所导致的损失为其按照相关规定所能够一次性领取的养老金待遇。用人单位因同时违法公法义务承担行政责任即可。

另一种方式，也可法律规定所有未办理养老保险手续的情况和欠费情况都可以补登补缴，这样，劳动者都可以通过行政处理程序处理争议，问题同样变得简单。

无论以何种方式设计养老保险处理程序，都应以有效维护受益主体利益的为出发点和落脚点，以使社会保险制度的设计能真正实现受益主体受益的目标。

行政可立足于养老保险关系行政确认的现实让劳动者养老保险缴费与我们要建立并以进行养老保险登记与是否能够补缴进行了行政争议处理方式与劳动争议处理方式的划分。行政有学者采用的是我国与德国的模式完全不同，我国未建立自动发生主义社保关系建立模式，根据《社会保险经办管理》一书的观点，因而我国采用的是登记主义。而我国我国劳动者与保险人的社保关系是需要社会保险经办机构确认才建立的，而且这种关系的建立又维系在用人单位的登记行为或主动作为上，对于属于养老待遇受益者的劳动者，地位非常被动。而社会保险法律关系不同于传统的行政机关与行政相对人的法律关系，劳动者养老费用的征缴、养老待遇的支付都与用人单位履行社会保险义务有着直接的关系。行政复议、行政诉讼中，劳动者对社会保险经办机构或征收机构提起的诉求直接针对行政机关的具体行政行为，并不能直接针对用人单位不履行养老保险义务的行为提出诉求，在笔者所收集的百份社会保险争议行政案件判决书中，判决经办机构未征缴

社保费用的行为错误，判决经办机构或征收机构责令用人单位补缴社保费用的判决所占比例较少（最好有比例），劳动者的诉求许多都被行政机关以当时法律依据、征收机关与经办机构的责任分配、应由劳动争议处理等规定被驳回，劳动者维权维权面临投诉无门的状况。劳动者作为养老保险关系当中的受益主体，其受益权利并没有得到有效保障，和受益主体的身份明显不相称。

未参加社保或未交费发生的是否是劳动争议并未涉及劳动者清被保险人与保险人（社会经办机构）的关系性质后，法律对用人单位是对的社会保险关系分为社会保险征缴关系和社会保险待遇给付法律关系，就养老保险关系而言，养老保险征缴关系主体包括社会保险经办机构、劳动者、用人单位，养老待遇支付法律关系主体包括经办机构与退休劳动者（被保险人），他们之间共形成三组关系，其中，社会保险经办机构与被保险人的关系是最基础的。

就社会保险费用的征缴与待遇支付上是行政管理法律关系。但同时社会保险法律关系又不是单纯的行政法律关系，用人单位社会保险费的缴纳并不纯粹是公法义务，而且也是对劳动者负有的私法义务，社会保险条款是劳动合同的必备内容，缴纳社会保险费是用人单位依据合同对劳动者负有私法义务。例如 社会保障经办机构向社会保障权利人支付养老金，并不完全是基于行政权力而产生的管理与被管理的关系，而是平等主体间基于合同约定而产生的权利义务关系，但这种约定又是国家依据行政权利单方面做出的一种授益约定。（文章5）基于此，2008年实施的《劳动争议调解仲裁法》将用人单位与劳动者因社会保险、福利发生的争议纳入劳动争议受案范围。根据该法，用人单位与劳动者之间的社会保险争议可以进入到劳动争议仲裁程序。这个处理也有问题，一是没有对应具体的处理规则，二是社会保险关系又与劳动争议基于劳动合同发生的私法争议有所不同，民事权利义务依平等主体间的意思自治而产生，社会保障权利义务非依当事人约定，而由法律明确规定，与一般的劳动争议相比又具有特殊性。劳动者要求用人单位缴纳社保费用的请求权及劳动仲裁、民事诉讼判决又会遭遇社会保险行政管理方面诸如不能登记、不能补缴等一系列的障碍。裁决和判决又没有明确的劳动法上的依据，意味着仲裁对相关争议的处理将直接替代或改变行政行为，其实质是仲裁权对行政权的替代、审查与否决。用人单位缴费义务的履行程度对劳动者获得怎样的养老待遇关系甚大。劳动者通过行政程序可追究行

政机关不作为，但这种是一种间接程序，社保经办机构、征收机构责任的相互推诿，违法行为发生时的法律文件，都可能成为劳动者通过行政法律程序获得养老受益权救济的障碍。2010年9月开始实施的司法解释三对法院受理社会保险的发凡又进行了分割，实际又缩小了法院受理养老保险争议的范围。（第一条对劳动者以用人单位**未为其办理社会保险手续**，且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇为由，要求用人单位**赔偿损失**而发生争议的，人民法院应予受理。）

在我国，养老保险法律关系常被看做行政法律关系和民事法律关系，而且更多的从公法关系理解，当由于用人单位过错导致养老关系未建立、未缴、欠缴或劳动者与用人单位在缴费基数方面发生争议时，劳动者作为养老保险待遇的受益主体，其权益并不能得到有效保障，现实中对养老保险法律关系的性质判断、立法和司法解释对养老保险争议的受理范围的分割及用人单位对劳动者损失的赔偿标准缺乏统一规定，都使本作为养老保险关系受益主体的劳动者的权益并未收到应有的保护。

六、受益主体并不是权利主体

受益主体是社会保障制度研究中的重要范畴，受益主体的存在是社会保障制度的出发点和归属点。社会保障受益主体也可称之为利益归属主体，是指通过行政机关或社会团体予以保护的某种社会利益的最终享受者。在我国，社会保险法律关系中保险人（社会保险经办机构）与被保险人间、保险人与投保人间的关系常被理解为公法关系（林嘉书 287 页），但这种公法关系与传统的建立在行政主体与行政相对人分析架构上的行政法律关系不同，传统行政法律关系如税收法律关系并不涉及第三人，而养老保险关系中制度是社会保障制度的重要内容。

养老保险争议是指养老保险主体因养老法律关系中的权利义务发生的争议。我国的养老保险关系分为养老保险费用征缴关系和养老保险待遇给付法律关系。在征缴关系中，征缴机关履行征缴职责，征缴行为即是权利又是义务。用人单位与劳动者都是义务主体。被保险人与保险人之间的法律关系是社会保险法律关系的基础关系，其相互之间的法律关系的性质是公法上的法定之债，给付主体实施的保险待遇的给付行为是这该债权债务的履行行为的纠纷的而使成为在养老保险关系中，劳动者是养老保险待遇的最终享受者。但劳动者养老保险待遇的完全

享受基于用人单位的登记缴费义务、社会保险经办机构征缴职责及劳动者缴费义务的完全履行。在养老保险实践中，用人单位与社会保险经办机构义务与责任履行不到位，常导致劳动者的养老保险待遇受损或陷于受损的风险之中。近几年我国养老保险纠纷呈上升趋势。而我国对社会保险争议受理范围的切割标准不甚合理及用人单位未进行保险登记又不能补缴情况下对劳动者的损失赔偿标准未有统一标准，都使作为受益主体的被保险人的养老利益不能有效实现，因而如何使作为养老保险受益主体的被保险人的利益得到充分的保障，是本文探讨我国养老保险纠纷解决机制不足与完善的出发点。

七、我国养老保险纠纷的主要类型

劳动和社会保障部 2001 年颁布实施的《社会保险行政争议处理办法》中的第六条规定了养老保险关系当事人可以提出行政复议的社会经办机构八种具体行政行为。若养老保险争议的产生纯粹是因社会保险经办机构未依法履行法定征缴义务或存在违法执法的纯粹由于行政经办机构原因导致养老保险争议，通过行政复议和行政诉讼的途径就可以予以解决。但现实中，被保险人养老权益受到侵害往往是用人单位不履行法定缴费登记义务，并同时伴随行政经办机构不作为行为导致，这是养老保险争议中最为复杂，处理难度最大的争议，被保险人的利益在复杂的解决机制设计中权益也最容易受到侵害。所以，本文集中讨论的养老保险争议主要指以被保险人为原告或申请人的，以用人单位或社会保险经办机构为被告或被申请人，以养老保险费用征缴和养老保险待遇为内容的争议。本文所指的养老保险争议包括以下类型：

第一种，未参保纠纷。用人单位未进行养老保险登记，用人单位和劳动者都未缴纳养老保险费。

第二种，参保未缴费与漏缴费纠纷。这种纠纷是指用人单位已进行社保登记，但从未缴养老保险费用或漏缴一段时间的养老保险费用发生的争议。劳动者自身也没有缴纳养老保险费。

第三种，参保缴费基数纠纷。这种纠纷是指用人单位已进行社保登记，用人单位和劳动者都交了养老保险费用，但劳动者认为用人单位缴费基数不正确，劳动者认为存在少缴的情况。

上述争议从争议原因看都属于养老保险的缴费争议，但用人单位的缴费情况

与劳动者退休后的养老保险待遇直接相关，因而上述争议发生时，劳动者除会产生要求用人单位补登补缴的权益要求外，还可能由于劳动者的养老保险待遇利益受到了影响而产生养老保险待遇遭受损失而产生的损失弥补的诉求。

八、我国养老保险的处理模式

用人单位社保费用的缴纳问题对于劳动者的养老待遇的享受具有重要意义。我国对于养老保险争议采取两种方式进行处理。1995年《劳动法》第100条规定“用人单位无故不缴纳社会保险费的，由劳动行政部门责令其限期缴纳；逾期不缴的，可以加收滞纳金”，从法律上确认了用人单位缴纳社会保险费是公法上的义务，劳动行政部门与用人单位就社会保险费缴纳问题属于行政管理与被管理关系。2011年实施的《社会保险法》第八十三条规定“用人单位或者个人认为社会保险费征收机构的行为侵害自己合法权益的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。用人单位或者个人对社会保险经办机构不依法办理社会保险登记、核定社会保险费、支付社会保险待遇、办理社会保险转移接续手续或者侵害其他社会保险权益的行为，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。”再次确认用人单位、公民个人与社会保险经办机构就社会保险费用的征缴与待遇支付上是行政管理法律关系。但同时社会保险法律关系又不是单纯的行政法律关系，用人单位社会保险费的缴纳并不纯粹是公法义务，而且也是对劳动者负有的私法义务，社会保险条款是劳动合同的必备内容，缴纳社会保险费是用人单位依据合同对劳动者负有私法义务。例如 社会保障经办机构向社会保障权利人支付养老金，并不完全是基于行政权力而产生的管理与被管理的关系，而是平等主体间基于合同约定而产生的权利义务关系，但这种约定又是国家依据行政权利单方面做出的一种授益约定。（文章5）基于此，2008年实施的《劳动争议调解仲裁法》将用人单位与劳动者因社会保险、福利发生的争议纳入劳动争议受案范围。根据该法，用人单位与劳动者之间的社会保险争议可以进入到劳动争议仲裁程序。这个处理也有问题，一是没有对应具体的处理规则，二是社会保险关系又与劳动争议基于劳动合同发生的私法争议有所不同，民事权利义务依平等主体间的意思自治而产生，社会保障权利义务非依当事人约定，而由法律规定，与一般的劳动争议相比又具有特殊性。劳动者要求用人单位缴纳社保费用的请求权及劳动仲裁、民事诉讼判决又会遭遇社会保险行政管理方面诸如不能登记、不

能补缴等一系列的障碍。 裁决和判决又没有明确的劳动法上的依据，意味着仲裁对相关争议的处理将直接替代或改变行政行为，其实质是仲裁权对行政权的替代、审查与否决。用人单位缴费义务的履行程度对劳动者获得怎样的养老待遇关系甚大。劳动者通过行政程序可追究行政机关不作为，但这种是一种间接程序，社保经办机构、征收机构责任的相互推诿，违法行为发生时的法律文件，都可能成为劳动者通过行政法律程序获得养老受益权救济的障碍。2010年9月开始实施的司法解释三对法院受理社会保险的发凡又进行了分割，实际又缩小了法院受理养老保险争议的范围。（第一条对 劳动者以用人单位未为其办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇为由，要求用人单位赔偿损失而发生争议的，人民法院应予受理。）

九、解决机制模式

1、（统一特殊行政纠纷式）德国模式。将社会保险争议完全视为公法性质争议，社会保险经办机构不同于行政机关，由雇主、雇员、政府三方人员组成，其被视为法律授权的行使社会保险事务的“特殊”机关，保险经办机构与被保险人发生的社会保险争议由特殊性质的行政法院社会法院处理，将社会保险争议作为特殊的行政争议处理。而社会保险争议与劳动争议私法性质的争议又有所不同，因而建立了社会法院与劳动法院相互独立的司法体系。德国能够采用这种争议处理模式源于德国对社保关系的建立采用自动发生主义，即保险人只要符合社会保险法所定的条件或原因发生之日起社会保险关系就自动产生，不论被保险人的雇主是否已缴纳保险费，都不影响被保险人的权利，雇主作为投保人与被保险人之间没有直接的社会保险法律关系，规范投保人为被保险人办理投保手续并及时缴纳社会保险费的规则完全属于公法规范。这种保险人与被保险人社保关系的建立与投保人的投保行为完全脱钩的制度设计是为彻底保护劳工，此制度设计使劳工不致因为雇主的疏忽或违法行为而遭受社保待遇损失。德国对于配合建立了处理社会争议的解决程序，被保险人如果对保险经办机构的裁决或决定有异议，可经过原经办机构的复查，或问题得不到解决，再由复议机构（经办机构的复议委员会或劳动局复议处）。当事人对复议决定不服，应在一个月内向社会法院起诉。（王先勇和程延园写得不太一样啊！社会法院受理范围好像和王显勇不同）社会法院作为特别行政法院，负责裁判社会保险、战争受害者供养待遇和医疗

保险方面的公法争议。社会法院由职业法官和非职业法官组成。职业法官由司法部门任命,终身任职。非职业法官由政府部门或委托机构从提名名单中聘任。提名名单由工会、雇主协会、医疗保险机构医生联合会、医疗保险机构和残疾人协会等根据非职业法官所从事的审判业务领域确定。德国走的路实际是一种公法争议模式,从处理法院的性质,处理程序都可看出德国实际是将社会保险争议视为一种特殊的行政争议。而劳动法与社会保险法界限分明的国家或地区,如德国、日本、中国台湾地区等,都是将投保人为被保险人办理保险手续并缴纳社会保险费的义务认定为社会保险义务而在社会保险法中进行规范,劳动法中并没有涉及这些问题,社会法院也和劳动法院完全分离。

2、统一的民事争议模式。这种模式主要发生在社会保险法律关系实行登记缴费主义或者通知主义的国家或地区。登记缴费主义或通知主义是指社保关系的建立要经过经办机构的确认核定,它以社保关系建立的行政处分说为依据,即保险人与被保险人的关系不应仅被视为行政契约关系,被保险人的意思表示与法律规定相比居于次要地位,保险费系行政处分所课予之义务,而非基于保险之行政契约所生之对价,也较符合社会保险之保险费通常与被保险人之风险以及实际受领之给付没有关联,而系基于所得重分配之理念,由被保险人依其所得多寡量能分摊(文1A,王显勇注释6)。在登记缴费主义或通知主义下,登记缴费又依赖于用人单位的登记缴费行为(是否这些国家都这样?),那么社保关系建立的用人单位与劳动者之间存在直接的养老保险法律关系,用人单位与劳动者之间发生的养老保险争议被归于民事争议,按照民事争议的方法进行处理。

五、我国处理模式及存在的问题

我国与德国的模式完全不同,我国未建立自动发生主义社保关系建立模式,根据《社会保险经办管理》一书的观点(孟昭喜:《社会保险经办管理》,中国劳动社会保障出版社2005年版,第2—43页。),社会保险登记是用人单位、职工与社会保险经办机构建立养老保险关系的标志,用人单位、劳动者参加养老保险进行登记、申报、缴费后,社会保险经办机构即与劳动者建立养老保险关系。因而我国采用的是登记主义。而我国用人单位劳动者并不具有独立进行养老报下登记的资格,根据法律和政府文件(劳办发【1997】116),需由用人单位为劳动者办理养老保险手续。我国劳动者与保险人的社保关系是需要社会保

险经办机构确认才建立的，而且这种关系的建立又维系在用人单位的登记行为或主动作为上，对于属于养老待遇受益者的劳动者，地位非常被动。我国对社会保险争议的处理模式实际处于这两种模式之间。我国对于用人单位和劳动者间发生的保险争议有归入劳动争议或说民事争议的传统，早在 1993 颁布的《企业劳动争议处理条例》就将企业与职工发生的因执行国家保险规定产生的争议纳入劳动争议的范畴。2008 年颁布的《劳动争议调解仲裁法》延续了这种规定，用人单位与劳动者因社会保险、福利发生的争议依然纳入劳动争议处理的受案范围。但司法解释三有所收紧，仅将用人单位未为劳动者办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇，要求用人单位赔偿损失的情况纳入法院的受案范围。劳动仲裁受理面宽，法院受理面窄的格局将导致劳动仲裁受理的养老保险案件无法进行诉讼，处理程序上的残缺（向吴幼珍求证）将导致劳动仲裁机构受理劳动者与用人单位间养老争议的迟疑，甚至受理范围的缩小，最终导致养老保险争议案件流出劳动争议处理程序，转入认定保险人与被保险人是公法关系，应由行政争议处理的行政复议和行政诉讼程序。而社会保险法律关系不同于传统的行政机关与行政相对人的法律关系，劳动者养老费用的征缴、养老待遇的支付都与用人单位履行社会保险义务有着直接的关系。行政复议、行政诉讼中，劳动者对社会保险经办机构或征收机构提起的诉求直接针对行政机关的具体行政行为，并不能直接针对用人单位不履行养老保险义务的行为提出诉求，在笔者所收集的百份社会保险争议行政案件判决书中，判决经办机构未征缴社保费用的行为错误，判决经办机构或征收机构责令用人单位补缴社保费用的判决所占比例较少（最好有比例），劳动者的诉求许多都被行政机关以当时法律依据、征收机关与经办机构的责任分配、应由劳动争议处理等规定被驳回，劳动者维权维权面临投诉无门的状况。劳动者作为养老保险关系当中的受益主体，其受益权利并没有得到有效保障，和受益主体的身份明显不相称。

问题的解决

1、是否可以像德国一样采用法定发生主义，养老保险关系只作为一种特殊的行政争议就可以。如果是这样，养老保险争议只要行政模式处理就可以了。我国是否具有实行这种模式的可能性，困难在哪儿，德国如何确认劳动者符合领取养老保险的条件

2、若法定发生主义在我国行不通，必然用公私两条线的解决模式解决争议。行政争议的主要理由是行政机关不作为，如果法院都能认定行政机关不作为，判决行政机关责令用人单位缴纳也能解决问题。但从实际案例来看，证明行政单位存在过错或不作为很困难，劳动者要跨越行政机关执法的法律文件、经办机构与征收机构之间关系的推诿、诉讼时效等多种问题的障碍，很多情况是证明不了行政机关错误或不作为，也没有解决劳动者养老受益的问题。（历史久远适用法律以前法律问题（案例二），诉讼时效的问题未明确，补缴养老保险的期限都比较久远，诉讼时效是何时起算，（行政机关不作为为起算点或用人单位欠缴费用时间作为起算点，或劳动者知道欠缴情况即不作为的时间作为起算点）第三个起算点六个月内）。

其实追不追行政部门的责任不是重点，重点是费用可不可以补缴，劳动者的养老权利养老待遇能够实现。从劳动者受益角度而言，让用人单位补缴、追究用人单位责任是保护劳动者养老权益最直接的方式，加大民事争议方式处理的力度。由于历史规定不能补缴的，又要进行民事诉讼。（行政解决的三种路径：1、责令行政机关作为 2、行政机关认为根据历史规定不能补缴，可进入民事诉讼（案例三） 3、行政机关不违法，也没有指明路径怎样处理（最糟糕）

解决民事诉讼方式解决时，无法估计行政处理的问题。解决行政复议或行政诉讼方式中无法直接解决劳动者与用人单位权利义务关系问题。能否放在一起处理保险人和被保险人之间是公法关系，投保人和保险人之间的是公法关系，保险人和被保险人之间是公私法结合关系。

试论我国劳动法庭的设置和发展

——以特殊的司法裁判程序为视角

李文涛⁷⁰⁶

一个社会每当发现自己处于危机之中，就会本能地转眼回顾它的起源并在那里寻找症结。

——奥科塔威·帕斯⁷⁰⁷

一次诉讼审判只审理一个问题，同一个问题只诉讼审判一次；一项法律事务只处理一件事，一项许诺只完成一次义务，因此都仅仅是单方面的：把日常生活中一目了然的事实整体分解为纯粹在司法上可以明确性的基本行为……

——马克思·韦伯⁷⁰⁸

【摘要】设置专业法庭、专业法院的核心理由之一在于其适用的是不同于普通法庭、普通法院的特殊司法裁判程序。专业的概念，并不完全是源于其受理案件的特殊性，而更多是因为其裁判案件程序的特殊性和专业性。因此，有一套不同于普通法庭、普通法院的特殊司法裁判程序得以适用，是设置劳动法庭的前提条件。经由劳动争议处理实践形成的特殊司法裁判程序规则（劳动诉讼程序），对劳动法庭、劳动法院的设置、发展、完善具有本原的意义，并构成劳动专业审判的核心问题之一，同时也是整合和完善劳动争议处理机制的核心问题之一。

【关键词】劳动法庭 特殊的司法裁判程序 劳动争议处理

导言：专业法庭缘何专业？

专业法庭、专业法院的设置和安排是世界各国的普遍现象，也是法治专业化、精致化、程序化发展的表现之一，与现代文明社会越来越专业化、类型化的发展现象息息相关。在司法实践中，法官应就不同专门领域案件，依据案件的具体情

706 李文涛，中国劳动关系学院法学系副教授，中国人民大学法学院民事法律科学研究中心兼职研究员，法学博士，研究方向：民商法、劳动法。

707 [美]伯尔曼：《法律与革命》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社1993年版，第665页。

708 [德]马克思·韦伯：《经济与社会》（下册），林荣远译，商务印书馆2006年版，第131页。

况，设置专门法院或专门法庭，并使法官久任其位，熟悉裁判程序，提高裁判效能，同时加强各级法院的专业法庭功能⁷⁰⁹。法官通过长时间反复审理某类案件，会对相关诉讼程序、相关实体法的规定，相关行业存在的交易习惯以及主要争议事实、焦点问题精通熟悉，进而会提高法官裁判的质量和效率。

按照一般的理解，由于案件的特殊性，于是做出特殊性的处理，然后为了处理这些特殊的案件，于是产生这些处理特殊案件的专业法庭、乃至专业法院。其实，每一个案件都具有特殊性，案件事实的特殊，其并不必然成为设置专业法庭的前提条件，专业法庭独立于普通法庭的根本原因在于其适用的诉讼程序是特殊的，而非其裁判案件的特殊性。即某一类特殊案件，适用的是不同于其他案件的特殊诉讼程序，因此实有必要通过设置专业法庭来裁判，以实现不同案件不同处理的公平裁判效果，实践案件裁判的公平法治，为当事人提供更加公平效率的裁判预期。

每一个法院都是专业法院，每个个案都具有其特殊性。设立一个特别的专业法院或专业法庭，并不完全是因为该法院所要解决之实体法争议过于特殊或专业，因为每一个实体法都有其专业性，而是因为成立专业法院涉及的要件之一是特别的诉讼程序的适用，其二是案件量的配合⁷¹⁰。同时，并不是所有的所谓的“特殊类型”案件，都需要设置专业法庭，而是某些特殊类型的案件必须通过特别的诉讼程序来裁判，而该特殊司法裁判程序的适用构成设置专业法庭的理由之一。只有通过特殊的诉讼程序的适用，才能保证这些特殊案件得到公平的裁判结果，才能保证当事人获得公正裁判的预期。劳动争议案件正好说明了这一点，劳动争议案件不同于普通民事案件，也不同于行政争议案件的核心之一在于，其争议处理程序是特殊的，即通过协商、调解、仲裁、诉讼的特殊程序处理，而且由于存在与劳动仲裁的衔接问题以及劳动争议本身的特殊性，目前我国劳动争议的诉讼程序上相比普通民事诉讼程序而言也存在特殊性。

当然，专业法院、专业法庭的设置也存在弊端。特定类型案件由特定少数人办理，受外在影响可能性增加，而且法官视野狭窄，容易忽略其他法律领域和相关法律，法律见解容易被少数人垄断⁷¹¹。这些弊端和不足可以通过其他方法缓解

709 参见我国台湾地区监察院：《专业法庭（院）执行成效之探讨——专案调查报告》，监察院出版，2013年出版，第1页。

710 参见熊涌梅：《设立智慧财产法院之评估研究》，司法院出版，2009年版，第2-10页。

711 参见我国台湾地区监察院：《专业法庭（院）执行成效之探讨——专案调查报告》，监察院出版，2013年出版，第51页。

或克服，其并不能成为完全否认专业法庭、专业法院的理由。

一、特殊程序缘何如此重要？

专业法庭对特殊诉讼程序的适用为何如此重要？从法治的本原内涵来看，法治的核心即程序正义，即经由一套公开、公平程序而形成的规则，以此建立人们对其行为结果的合理预期，最终实现人们行动的自由。有人将程序正义称为看得见的正义，即通过看得见的程序规则，驯化人性，惩戒人的非法行为，实现人与人之间的相互尊重，形成公平的社会秩序。

正如罗尔斯所言：一部正义的宪法应是一个旨在确保产生正义结果的正义程序，其应是一种满足平等自由要求的正义程序⁷¹²。正义的法律应是一个确保产生正义结果的正义程序，最终满足平等自由的要求。具体而言，在司法裁判中，通过公开、公平的裁判程序规则，实现对案件的正义裁判，惩戒不法行为，以保护公民的合法权益。在某种程度上说，程序越具体、越细致、越规范，对人的行为调整越细致，越能驯化人性⁷¹³、防止主观恣意和擅断，越能回应实体上的正义吁求，越能更好地实现细致妥当的公平和正义。普通法之所以坚奉诉讼形式，试图防止司法执政官恣意妄为紧密相关。确定的诉讼形式和程序乃是有关纪律和秩序的基础，据此也是有关自由本身的基础，它们是抵御专权进攻的堡垒、是遏制人性幽暗属性的利剑，诉讼形式始终是人们控制司法中个人主观要素的一种有力手段⁷¹⁴。

针对特殊案件的裁判，如果适用普通程序无法满足公平裁判的要求，则特殊的诉讼程序的吁求会自然产生，于是适用不同于普通诉讼程序的特殊诉讼程序，成为实现公平裁判的路径之一。卢曼认为，或许程序最神秘的理论在于，透过程序的参与，人们才真正掌握、改建自己的人格，并因此愿意接纳裁判的决定。这不禁让人联想到黑格尔所说的“理性的诡计”。透过程序的参与，可以提高参与者接受——依该程序做作出的一一决定之意愿，强化裁判的既判力、公信力和说服力，这点在经验上可以得到证明⁷¹⁵。通过特殊的诉讼程序之适用，可以提高参与者接受专业裁判的心理接受度，同时提高裁判的说服力，进而提高裁

712 参见[美]约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社1988年版，第86页。

713 人的本质是吝啬、贪婪、残忍、背信弃义、脆弱、傲慢、好色、狡诈、冷酷、轻率、无信仰，但他的意志涤净了个性、偏好、欲望和性欲，其作为符合理性和道德，法治的程序对此发挥了一定的作用，参见[德]罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史》，朱岩译，法律出版社2003年版，第76-77页。

714 参见[美]罗斯科·庞德：《法理学》，邓正来译，中国政法大学出版社2004年版，第400-401页。

715 参见[德]拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，法律出版社年版，第230-245页。

判的实际效能，实现更好的社会效果。

毫无疑问，作为不同于普通民事争议案件的劳动争议案件，如果普通民事诉讼程序无法满足其公平裁判的要求，则适用特殊的劳动争议诉讼程序是实现其程序正义的内在要求，也是当事人内心对公平裁判的吁求所在。特殊的诉讼程序之适用能让人们得到更专业的审判，并通过诉讼更好地实现其实体权利。

正如前文所述，劳动争议处理机制本身就是一系列特殊的程序安排。我国劳动争议调解仲裁法本身就是一组特殊的劳动争议处理的程序规则。在诉讼阶段，基于我国仲裁诉讼衔接问题以及劳动争议的特殊性和利益多元格局，也有必要采取特殊的诉讼程序，以符合劳动争议处理特殊的机制和体系框架，这也是劳动争议当事人对公正裁判的吁求所在，通过特殊诉讼程序之适用让劳动者获得更加专业的裁判，更好地实现劳动者的合法权益。

提升裁判的公平性和提高裁判的效率是成立法院或法庭目的，法律的主要任务是提供法官一个专业审判的程序和体制，当诉讼程序不同，而且案件量达到一定标准，有必要设立专门法院或专门法庭，以回应实体法的修正，并针对特殊之实体争议设计安排相应之诉讼程序⁷¹⁶。程序性保障才是对自由的最终保障。对法治的信奉与对司法程式的尊重结合起来才能产生作用，二者紧紧相关，缺一不可。

同时必须关注，将司法程序的形式和规则置于它们并不应当归属的地方，实不可能拯救社会⁷¹⁷，反而可能贻害他人。因此，对于需要适用特殊的诉讼程序裁判的特殊案件，而适用了普通诉讼程序，会造成案件裁判的低效、甚至导致严重的不公平。我们目前颇受诟病的“一裁两审”的劳动争议处理机制部分缘由可能与此相关。我国劳动司法审判未能采用特殊的诉讼程序，可能是形成或强化裁审分离体制的缘由之一，在某种意义上，也可能是彻底解决裁审分离体制症结的关键问题所在。

二、特殊司法裁判程序的适用：劳动法庭设置的前提

要设置劳动法庭，其前提是需要适用特殊的司法裁判程序，或曰特殊的诉讼程序。劳动法庭并不是专办劳动争议案件的法庭，而是通过适用特殊的诉讼程序来审理劳动争议案件的专业法庭。显然，对法官而言，对诉讼程序的了解，远远胜过其对特别专业知识的熟悉。从域外劳动司法的经验以及专业法院的发展史来

716 参见熊涌梅：《设立智慧财产法院之评估研究》，司法院出版，2009年版，第2-10页。

717 参见[美]哈耶克：《自由秩序原理》，邓正来译，三联书店年版，第345-356页。

观察，各国劳动法庭、劳动法院以及专业法院都适用了特殊的司法裁判程序，在某种程度上说，特殊司法裁判程序的适用是专业法院设置的前提。

（一）德国

从德国的劳动司法实践来看，德国劳动法院包括三级，第一级是劳动法院，它处理所有劳动争议案件，其上诉审由地区劳动法院管辖，争议诉讼的标的价款一般要超过 600 欧元，才会被上诉法院受理。第三级法院是联邦劳动法院，该法院受理对地区劳动法院上诉的案件，系终审法院。劳动法院由专业法官和非专业法官组成。劳动法院和地区劳动法院的法庭包括一个专业法官和两个非专业法官，非专业法官由工会组织和雇主组织根据对应的管辖区域任命。非专业法官享有与专业法官同样的权利，但是专业法官在诉讼程序中扮演主导的角色⁷¹⁸。德国劳动法院的每一个法庭都由一名主席和来自雇主和雇员阶层的各一名法官组成⁷¹⁹，可见，德国劳动法院的审判组织与德国普通法院明显不同，其展现了劳动关系领域的三方关系（官方、劳方、资方），表达了三方主体的利益诉求。

在诉讼程序方面，德国《劳动法院法》包含着一系列特殊规范，对劳动法院的判决程序做出了不同于民事程序的规定。在第一审程序中规定了口头审理，排除了复杂的书面程序。在诉讼行为能力与代理方面有更灵活的安排，任何人在劳动法院都具有诉讼行为能力。在诉讼费用方面，收费更低。在调解层面，在诉讼中更大程度上发挥调解的作用，在诉讼实践中，调解的意义比法院裁判的更大。在诉讼程序的期间规定上，诉讼程序的期间规定更短，使得诉讼程序进程更快⁷²⁰。

（二）日本

在日本的劳动争议处理中，不断强化替代性的解决机制。有日本学者主张，法官对劳动关系未必专业，而且法院的普通诉讼程序会破坏劳动关系，导致雇员的举证责任过重。在日本劳动争议司法改革的大背景下，2004 年 5 月劳动法庭法颁布，2005 年生效。日本劳动法庭在全国的地区法院设立。劳动法庭通过特殊司法裁判程序的适用，寻求快速、充分地解决劳动争议。

劳动法庭的审判组织包括职业法官和两位带有劳动关系的专业知识的成员。该成员分别代表劳动者和用人单位的利益。该审判组织首先适用调解，调解失败后，再做出救济解决的裁判。该系统有以下几个基本特点。1.它致力于解决个体

718 Tefan Lingemann, Robert von Steinau-Steinrück, Anja Mengel, *Employment & Labor Law in Germany*, Verlag C. H. Beck München 2012, p.88.

719 [德]W·杜茨：《劳动法》，张国文译，法律出版社 2005 年版，第 354-373 页。

720 参见[德]雷蒙德·瓦尔特曼：《德国劳动法》，沈建峰译，法律出版社 2014 年版，第 628-642 页。

劳动争议。2.它在民事法院体系内运作。3.它由劳方和资方参与程序。4.它是一个迅速、简单、灵活的程序。5.如果当事人一方反对劳动法庭的裁判，可以将它转换为普通民事诉讼程序。6.它的法律本质特征是非对抗的⁷²¹。日本劳动法庭的核心是快捷、简便、灵活的程序的适用、调解程序的前置、审判组织由三方利益代表组成。日本劳动法庭法颁布说明了普通民事诉讼程序难以胜任劳动争议案件的裁判，甚至会破坏劳动关系，加重劳动者的举证责任，进而损害劳动者的正当权益，而必须通过特殊的诉讼程序，即以快速、便捷、灵活地方式来解决劳动争议，以减轻劳动者的举证责任，更好处理带有人身属性的劳动关系纠纷。

（三）法国

法国劳动争议的管辖由普通法院和劳动法院（专门从事劳动纠纷的法院）分别管辖，普通法院管辖不属于劳动法院管辖的劳动案件。劳动法院在法国劳动争议案件处理中发挥了重要的作用。

虽然劳动法院适用的基本程序是民事诉讼程序，但是劳动法院的管辖、审判人员组成以及裁判程序与普通民事诉讼程序依然存在区别。自 19 世纪创设以来，劳动法院由被选举的法官组成，雇主和雇员代表组成，其所占名额相同。劳动法院只管辖个体劳动合同争议。劳动法院可以决定 4000 欧元以下的劳动争议，超过 4000 欧元的争议，当事人可以向社会事务上诉法院上诉⁷²²。如果从历史上追溯，德国劳动法院的设置和管辖与学习借鉴法国的相关做法有一定的关系。

（四）英国

首先从英国法律史上进行考查，在根源上来说，法院通过解决个人之间的纠纷来维持社会稳定。在任何意义上都可以说，在法院之前首先要有解决纠纷的程序。商业纠纷解决有其特殊的程序和特殊的权利，由此商业法院应运而生⁷²³。英国法院发展的历史线索是，先有解决纠纷的程序，后产生英国法院。

英国海事法院的发展也不例外。英国海事法院的特点是便捷迅速、执行有力，即有一套特殊的便捷快速的诉讼程序和高效执行的执行程序。英国海事法院的历史就是英国的历史，是英国航海的历史，英国海权发展的历史，作为唯一一个保存下来的特权法院，英国海事法院所具有的专门性和高效性是它能够战胜所有困

721 Adashi A. Hanami, Fumito Komiya, *Labour law in Japan*, Kluwer Law International, 2011.p209-216.

722 Michel Despax, Jacques Rojot, Jean-Pierre Laborde, *Labour law in France*, Kluwer Law International, 2011.p188-192.

723 Alan Harding, *The Law Courts of Medieval England*, George Allen & Unwin, 1973.P.1-41.

难从而延续自身的关键⁷²⁴，而英国海事法院专门性和高效性的最主要的体现是其适用的特殊诉讼程序和执行程序。

英国专门劳动法院系统，被称为劳动法庭（Employment Tribunal）⁷²⁵，1964年成立，随后其管辖范围不断扩大，几乎涵盖了所有的个体劳动者的各项法定劳动权利的纠纷。就裁判程序而言，劳动法庭相比普通法院，优势明显。首先，劳动法庭更加快速。大量的案件在请求之日 26 周之内就可以解决。但是在普通法院，一个案件往往需要几个月时间来处理。其次，劳动法庭更加便利。尽管保持基本的对抗程序，劳动法庭相比法院更加非正式，它没有复杂的程序，也没有繁琐的证据规则。劳动上诉法庭在 1975 年设立，它同样保持了劳动法庭解决纠纷的快捷、方便、成本低的特点⁷²⁶。

在英国，劳动法庭被称为一个准法院的司法机构。劳动法庭被描述为一个特殊的、现代的法院形式。劳动法庭提供一种特殊的裁判程序，在此环境中，普通人感觉自己在家里一样亲切、自然和温暖。非正式的，灵活的程序规则得以适用，相比普通法院而言，劳动法庭适用更加便宜的、方便的、专业而且摆脱繁琐技术的特殊程序规则。而且劳动法庭相比普通法院而言，其裁判程序耗用的时间更短⁷²⁷。至有学者提出，英国劳动法庭是唯一一个可以倾听劳动者诉求的法庭⁷²⁸，而这主要是通过特殊的程序安排实现的。

（五）爱尔兰

劳动法院是爱尔兰解决劳动争议救济的重要机构。爱尔兰建立劳动法院的核心动力是建立一个法院，因为该法院提供迅速、方便和公平的解决纠纷程序和机制⁷²⁹。在爱尔兰，因为对迅速便捷的裁判程序的强烈需求，而产生了建立专业的劳动法院的强大动力，而劳动法院的设立和发展，又促进了该特殊程序的发展和完善，最终更好地解决了劳动争议。

（六）美国

美国在非传统法律领域内设立了专门法院，因为专门法院具有明显的政策和技术含量，其作用和功能与普通法院不同，旨在促进某类案件审理的专业化、集

724 参见肖崇俊：《英国海事法院的历史探析》，硕士论文，2010年。

725 也有人翻译为劳动裁判所、劳工裁判所、产业法庭等等。

726 Stephen Hardy: *Labour law in Great Britain*, Kluwer Law International, 2011, p68-72.

727 Linda Dickens: *Dismissed: A Study of Unfair Dismissal and the Industrial Tribunal System*, Basil Blackwell Ltd, 1985, p73-182.

728 David Renton, *Why Employment Tribunals Fail Workers and What Can Be Done*, Pluto Press, 2012, p222-224.

729 Paul Teague, Damian Thomas: *Employment Dispute Resolution & Standard-Setting in Ireland*, Oak Tree Press, 2008, p101.

中化,提高办案效率。美国逐渐形成了普通法院和专门法院并重的法院组织体系,即组建了一个单独的、完全由专门法院组成的法院组织结构体系,在最高院专门分院指导监督下工作,最高院专门分院作为终审法院⁷³⁰。

笔者以美国少年法院为例进行说明。19世纪美国经历巨大的移民潮,社会问题突出,贫困、失业、刑事犯罪问题不断恶化。这些问题对青少年产生了直接或间接的重大影响,贫困青少年的犯罪问题突出。针对青少年违法犯罪问题,为保护青少年在诉讼当中的正当程序权利⁷³¹,少年法院应运而生。少年法院所适用的诉讼程序,在很大程度上,更关注青少年的诉讼程序权利的保护,更好地体现刑事少年司法中最柔软而温情的部分。

通过以上对各国劳动法庭、劳动法院以及专业法院的分析考察,可以得知专业法庭、专业法院包括劳动法庭、劳动法院的设置必须以解决特定类型案件的特殊司法裁判程序为前提,先有解决纠纷的特殊司法裁判程序,然后有专业法院,先有解决劳动争议的特殊司法裁判程序,然后有劳动法庭、劳动法院。进而言之,劳动争议裁判程序的发展史,就是劳动法庭、劳动法院的发达史。

三、特殊司法裁判程序的完善：劳动法庭的发展

法院程序优越论笃信法院程序是相比目前其他的路径而言,达致实质正义的较佳通道。卢曼认为,尽管程序本身并非实体公正的标准,但是人们还是普通期待正当程序能提高决定的公正度,促使当事人双方相互交流并引导交流,确保决定的达成。林德也认为,经验研究证实,由于对公正性和合法性的总体印象较好,法庭的判决常常比法庭外的调解更令当事人满意⁷³²。在目前无法寻找更好的方法的前提下,通过法院的裁判程序实现实体权利,或许是最不坏的选择之一。而针对特殊类型的案件,通过特殊的裁判程序,能更高效地实现实体权利,实现案件裁判的公正。如我国台湾设立智慧财产法院以后,裁判的效率和质量大大提高。首先,诉讼审结天数大幅降低,智慧财产法院审结专利案件的平均天数需要 145.5 天,而普通法院审结专利案件的平均审结天数达到 356 天。智慧财产法院的裁判效率大大提高。其次,裁判质量明显提高。智慧财产法院民事诉讼不上诉率为

730 关毅:《法院设置与结构改革研究》,《法律适用》,2003年第8期。

731 Jeffrey A.Jenkins, *The American courts: A Procedural Approach*, Jones and Bartlett Publishers, 2011,p173.

732 吉达珠:《劳动争议处理机制实证研究》,博士论文,2006年。

53.82%，上诉后法院维持一审为 100%⁷³³。毋庸置疑，特殊司法裁判程序的适用、专业法院的设置和发展，大大提高了司法效率和质量，更好地实现公平和正义。

在劳动争议领域，除了美国以外，多数发达国家和地区都设立专门的机构审理劳动争议案件，如德国劳动法院、英国的劳动法庭。有的国家在法院内部设立专业的劳动法庭，如比利时。日本对个别劳动争议成立劳动审判委员会。

我国设置劳动法庭在体制上不存在障碍，而且各地实践积累了经验。河南省浙川县法院 1999 年设立的“劳动维权法庭”，深圳市中院 2005 年设立的“劳动争议审判庭”，南京中院 2006 年设立的民事审判第 4 庭，专门受理劳动争议案件的上诉⁷³⁴，2015 年，厦门思明区人民法院滨海法庭成立，该法庭作为专门审理劳动争议案件的“劳动法庭”。在试点设立劳动法庭之前，其审结劳动争议案件的审理周期是 76 天，在试点设立劳动法庭之后，审结劳动争议案件的审理周期仅为 55 天，劳动争议案件的审结周期缩短了 27.63%⁷³⁵。我国已经开始了设置劳动法庭的实践，但是正如上文所述，劳动法庭的设立的关键还是特殊的裁判程序的适用，其发展完善的核心是特殊司法裁判程序的精细和完善。

劳动法庭的发展与其适用的特殊司法裁判程序的紧密相联，在某种意义上说，劳动法庭发展的历史，就是特殊司法裁判程序发展的历史。从案件管辖、起诉与受理到案件的审判和执行，裁判程序的不断完善，推进着劳动法庭的发展，甚至推动着劳动法院的设置。从专业法庭发展到专业法院，在很大程度上，是因为特殊诉讼程序的适用相对比较成熟，而案件数量又达到一定的规模，为适应案件裁判的实际发展需要，专业法庭逐步发展为独立的专业法院。随着我国市场经济和劳动关系的深入发展，劳动争议案件数量的逐年增加，劳动争议诉讼程序的日益成熟和规范，劳动法庭的普遍设立，我国独立的劳动法院的设置是完全可以预期的。可见，劳动法庭的发展完善的基础在于特殊司法裁判程序的发展与完善，在于程序规则的细化、精致和体系化，在于其越来越便捷、快速、简单、灵活，以适应劳动关系、劳动争议不断发展的需要。

四、特殊司法裁判程序的主要内容：劳动诉讼程序

诉讼程序都有其共同的属性和特征，都有其相同的程序要求和规则。所谓的

733 刘家齐：《台湾地区设立知识产权专门法院之成效》，硕士论文，2010 年。

734 侯海军：《我国劳动争议处理制度改革研究》，博士论文，2010 年。

735 吴锋思等：热点观察：全国首个劳动法庭在厦门成立，中工网，2015 年 1 月 25 日。

特殊诉讼程序，实质上是一个求同存异的过程。我国的民事诉讼程序、行政诉讼程序、刑事诉讼程序都具有诉讼程序的共同特征，在很多方面是相通的，是在共通特征基础上存在着差异和不同。

劳动法庭适用的特殊司法裁判程序，在诉讼过程中主要是劳动诉讼程序，是基于普通民事诉讼程序基础上的特殊诉讼程序，甚至可以作为一种特殊的民事诉讼程序。按照我国民事诉讼基本程序的逻辑线索和法律规范体系，可以大致分析和梳理劳动法庭适用的劳动诉讼程序的基本内容和框架⁷³⁶。

其一，劳动诉讼的基本程序规则

（一）管辖

管辖包括级别管辖、地域管辖、移送管辖和指定管辖。关于劳动争议的管辖，劳动法庭管辖的案件范围应当有其特殊的管辖范围。劳动争议案件由用人单位所在地或者劳动合同履行地的基层人民法院管辖。劳动合同履行地不明确的，由用人单位所在地的基层人民法院管辖⁷³⁷。劳动争议解释二第7条还明确规定了不属于劳动争议的纠纷。在确定是否属于劳动争议时，应当有简明的认定规则 and 标准，以迅速、准确地确定劳动法庭的管辖范围。

（二）审判组织

劳动法庭的审判组织可以考虑德国、法国、日本等国家劳动审判组织的经验，由三方主体的利益代表组成，即官方、劳方和资方，以均衡三方利益，以利于劳资双方利益的考量和平衡，维护劳动关系的稳定和谐。可由一名专任法官，以及工会组织和用人单位组织各选出一名代表组成劳动法庭的合议庭，专任法官作为合议庭的召集人，主导劳动法庭的审判。

（三）诉讼参加人

诉讼参加包括当事人、诉讼代理人。劳动诉讼的当事人和诉讼代理人规则可以考虑与普通民事诉讼有所区别。尤其是涉及未成年劳动者以及无法正确表达的劳动者时，应考虑设置诉讼代理人的特别规则。在涉及用人单位合并、分立、吊销等情形时，需要对用人单位的当事人地位做出特殊的规定。劳动争议解释二第9条、第10条对当事人的确定做出了规定。如劳动者与起有字号的个体工商户

⁷³⁶ 本文尝试依据我国民事诉讼法的立法体系和框架展开分析，在很大程度上，是一种建议式的分析整理。

⁷³⁷ 劳动争议解释 2001 年第 14 号第 8 条，即《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》法释[2001]14 号（2001 年 3 月 22 日最高人民法院审判委员会第 1165 次会议通过），本文简称其为“劳动争议解释 2001 年第 14 号”

产生的劳动争议诉讼，人民法院应当以营业执照上登记的字号为当事人，但应同时注明该字号业主的自然情况。再如劳动者因履行劳动力派遣合同产生劳动争议而起诉，以派遣单位为被告；争议内容涉及接受单位的，以派遣单位和接受单位为共同被告。劳动争议解释三第 4 条、第 5 条、第 6 条以及劳动争议解释 2001 年第 14 号第 10 条、第 11 条、第 12 条对劳动诉讼的当事人也做出了明确规定。

（四）证据

证据问题是劳动诉讼程序中的核心问题之一。适用特殊诉讼程序的目的一即在于减轻处于相对弱势地位的劳动者的举证责任，在举证责任分配上，将其分配给更有能力负担或者承担不利后果更合理的一方当事人。对此，劳动争议解释三第 9 条作出了规定，劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。劳动争议解释 2001 年第 14 号第 13 条也做出了规定，因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。

劳动法庭应当适用不同于普通民事诉讼程序的证据规则，以符合劳动争议的特殊性和当事人举证能力的巨大差异，在证据种类、证据来源、举证责任、举证费用、质证、证明责任、证据交换、证据时效、举证不能以及法律责任等各个方面做出特殊的规定。劳动诉讼程序需要更加细致的劳动诉讼证据规则。

（五）调解

注重调解是劳动诉讼程序不同于普通民事诉讼程序最大区别之一。劳动关系存在强烈的人身信赖色彩和人身依附关系，强调劳动者与用人单位之间的相互信任和理解，类似婚姻家庭关系一样，调解对解决劳动争议纠纷发挥着不可替代的作用。日本劳动争议采取的是调解处理前置程序。我国劳动诉讼程序可以强化庭前调解程序，在庭中、庭后都要设置细致的调解程序，并高度重视当事人的庭外和解，以妥善解决劳动争议纠纷。我国劳动法第 77 条明确规定调解原则适用于仲裁和诉讼程序。劳动诉讼中的调解与普通民事诉讼中的调解的方式、方法、法律效果都应当有所区别。

（六）保全和先予执行

在财产保全、证据保全和先予执行方面，应当更多考虑劳动者的特殊地位和

境况，采取特殊的诉讼规则。在劳动诉讼程序中应当设置关于财产保全、证据保全和先予执行的具体细则。

先予执行是劳动诉讼程序中的重要规则，对于追索劳动报酬、工伤医疗费、加班工资、经济补偿、赔偿金的，法院可根据劳动者的申请，依法裁定先予执行。民事诉讼法第 106 条第 1 款第二项规定，人民法院对追索劳动报酬的案件，根据当事人的申请，可以裁定先予执行。

劳动者申请财产保全的，考虑到劳动者的经济状况和用人单位转移财产逃避债务的道德风险，应当减轻或免除劳动者提供担保的义务而及时采取财产保全措施。劳动争议解释二第 14 条规定，在诉讼过程中，劳动者向人民法院申请采取财产保全措施，人民法院经审查认为申请人经济确有困难，或有证据证明用人单位存在欠薪逃匿可能的，应当减轻或者免除劳动者提供担保的义务，及时采取保全措施。

（七）诉讼费用

在诉讼费用方面，应当更多考虑劳动争议案件的特殊情况以及劳动者作为当事人的特殊情况，在诉讼费用收取方面更多采取缓、减、免的措施。在诉讼费用的缴纳方面设置特殊的收费规则和程序。民事诉讼法第 118 条第 2 款规定，当事人交纳诉讼费用确有困难的，可以按照规定向人民法院申请缓交、减交或者免交。

其二、审判程序

首先，第一审普通程序

（一）起诉和受理

劳动争议案件的起诉和受理程序应更加简便，快捷，可以不同于普通民事诉讼程序的起诉、受理程序。劳动诉讼程序的启动应采取特殊的立案受理程序，应当简化起诉条件，简化起诉状的格式和事项，缩短立案审查的时间。

目前的重点是做好劳动仲裁和劳动诉讼的衔接，以后随着“或裁或审”体制改革或者劳动仲裁并入劳动诉讼，劳动诉讼的起诉和受理程序可以借鉴仲裁的受理程序，甚至允许口头形式起诉，并由劳动法庭的立案工作人员记录在案的方式启动诉讼程序。法院审查受理的时间可以大大缩短。劳动争议解释二第 4 条、第 5 条、第 6 条规定了法院受理劳动争议案件的具体规则⁷³⁸。劳动争议解释 2001

738 劳动争议解释二第 4 条规定，用人单位和劳动者因劳动关系是否已经解除或者终止，以及应否支付解除或终止劳动关系经济补偿金产生的争议，经劳动争议仲裁委员会仲裁后，当事人依法起诉的，人民法院应予受理。劳动争议解释二第 5 条规定，劳动者与用人单位解除或者终止劳动关系后，请求用人单位返还其收取的劳动合同定金、保证金、抵押金、抵押物产生的争议，或者办理劳动者的人事档案、社会保险

年第 14 号第 1 条也规定了法院受理案件的具体范围⁷³⁹。

（二）开庭审理

劳动争议的审理程序可以考虑人性化裁判规则的适用、提倡温暖裁判、营造温馨和谐的氛围、缓解当事人之间的矛盾，并可以由劳动争议诉讼陪审员参与诉讼。

劳动诉讼庭审程序可以完全不同于普通民事诉讼的庭审程序。在查明当事人身份、宣读法庭纪律阶段完全可以简化或以书面形式告知或通知。在法庭调查阶段，可赋予当事人（尤其是劳动者）更多的陈述事实的权利，法官更多发挥对事实予以释明的作用，引导劳动者举证说明事实。在法庭辩论阶段，可考虑采取协商对话讨论方式展开，而非针锋相对地辩论，法官更多引导当事人化解矛盾，缓和情绪，而非集中矛盾，强化矛盾，更非针对焦点矛盾展开理屈词穷、胡搅蛮缠式的辩论。甚至可以不区分法庭调查和法庭辩论阶段，直接解决当事人诉争的问题和矛盾，拿出具体解决方案，营造解决问题的温馨环境，认真倾听当事人的诉求，尤其是劳动者的各种诉求。在审理时限上，应当大大缩短审判的时限，在时限方面，可参考劳动仲裁的时限，以快速、便捷地处理劳动争议。

劳动诉讼的庭审程序应当结合劳动争议案件的特殊性和劳动争议当事人的特殊情况进行特殊安排和设置，这在客观是必须的，在技术是可行的，在实践上是意义重大而深远的。

其次、简易程序

针对事实清楚、权利义务关系明确、当事人争议不大的简单的劳动争议案件，可以适用简易程序，当事人双方也可以约定适用简易程序。鼓励和提倡当事人通过简易程序解决劳动争议纠纷。劳动诉讼的简易程序相比普通民事诉讼的简易程序而言，更加简便快捷，执行更加快速有力。

再次、第二审程序

对于事实清楚、当事人权利义务关系明晰、争议不大的劳动争议案件可考虑适用一审终审制度，如果裁判确有错误的，当事人依法通过再审程序获得救济。

关系等转移手续产生的争议，经劳动争议仲裁委员会仲裁后，当事人依法起诉的，人民法院应予受理。劳动争议解释二第 6 条规定，劳动者因为工伤、职业病，请求用人单位依法承担给予工伤保险待遇的争议，经劳动争议仲裁委员会仲裁后，当事人依法起诉的，人民法院应予受理。

739 劳动争议解释 2001 年第 14 号第 1 条规定，劳动者与用人单位之间发生的下列纠纷，属于《劳动法》第二条规定的劳动争议，当事人不服劳动争议仲裁委员会作出的裁决，依法向人民法院起诉的，人民法院应当受理：（一）劳动者与用人单位在履行劳动合同过程中发生的纠纷；（二）劳动者与用人单位之间没有订立书面劳动合同，但已形成劳动关系后发生的纠纷；（三）劳动者退休后，与尚未参加社会保险统筹的原用人单位因追索养老金、医疗费、工伤保险待遇和其他社会保险费而发生的纠纷。

将来如果劳动仲裁和劳动诉讼合并，则劳动仲裁适用一裁终局的规则和经验可以为劳动法庭借鉴和参考。

其三、执行程序

劳动争议的执行程序相比普通民事诉讼的执行程序而言，应当大大简化，适用快速、便捷的执行程序，甚至可以由主审法官兼任执行员，在裁判生效当日即可执行，甚至在裁判之时事先考虑执行问题，简化执行的申请、移送程序。

劳动诉讼程序作为特殊的裁判程序包括管辖、起诉、受理、审判、上诉、执行、再审、调解、证据、诉讼参与人等各个阶段和方面，这些阶段和方面与普通民事诉讼程序存在明显的区别和差异，其核心目的是体现劳动诉讼程序的快速、便捷、简单、灵活、高效的目标，以低成本、高效率、人性化、温馨化的方式更好地解决劳动争议案件，实现劳动关系的和谐发展。

五、特殊司法裁判程序对整合我国劳动争议处理机制的意义

劳动争议处理机制的核心是程序问题，说得更准确一点，是诉讼程序问题。确立劳动司法裁判的特殊程序，设置专业的裁判机构——劳动法庭，对劳动争议处理机制的程序安排具有关键性的意义。司法救济是最后的救济方式，也是公民最后的求助途径，诉讼程序是最后也是最重要的救济程序。劳动争议诉讼程序的特殊化和专业化，是劳动争议处理程序中最重要、也是最关键的。劳动争议处理机制最主要、最核心的改革就是法院的司法裁判程序的改革！

劳动诉讼程序上特殊程序的安排和设置，有利于劳动争议处理机制的统一和协调，使得劳动争议处理按照符合其自身特点的特殊程序展开，从一而终，这将便利劳动争议处理，提高劳动争议处理的效率，更好实现劳动争议处理的公平。特殊诉讼程序的适用和劳动法庭的设置将有利于劳动争议处理机制的整合和改革，在劳动法庭设置以后，“或裁或审”、“取消仲裁”等改革方案都会更具有可操作性和现实性，很多疑难问题迎刃而解。专业化的劳动司法机构设置后，其与专业化的劳动仲裁机构之间的关系能更有效的协调和处理。劳动仲裁与劳动诉讼的衔接问题将更为简单和直接。此时，可以考虑取消劳动仲裁，而直接将劳动仲裁并入劳动法庭，通过统一高效的特殊司法程序解决劳动争议。显而易见，无论选取各种改革方案，特殊司法裁判程序的确立和适用，是解决我国目前劳动争议机制中程序冗长、成本高昂、费时费力顽疾的根本方法之一，也是完善和整合各

种劳动争议处理方案的关键要素之一，这已经成为劳动者为实现自身合法权益而发出的强烈吁求。

结语：解决症结的根源——首先从司法裁判程序开始

我国法治领域里很多疑难复杂问题，在很大程度上，都可以归结为程序问题。法治的核心在于通过公平、公开的程序来驯化人性。法律不只是一整套规则，在某种意义上，它是人们进行裁判、执法和谈判的活动，它是分配权利与义务、并据以解决纷争，创造合作关系的活生生的程序⁷⁴⁰。但很多的问题症结在于，我们都知道彼岸在何处，都知道目标和方向，但却没有找到或适用可以到达的程序路径⁷⁴¹。我们需要认真地对待程序，尤其是司法裁判程序。劳动争议案件的公正裁判、公平妥当处理是劳动法治的目标所在，也是法律人的梦想所在，我们需要经由劳动争议处理实践形成一整套特殊的劳动司法裁判程序规则以及劳动争议处理程序规则，作为实现劳动法治目标的方法和路径，而且，也只有通过特殊劳动争议司法裁判程序的设置和发展，才能实现劳动争议案件高效的、公正的裁判，进而实现劳动法治的目标。

劳动法庭、劳动法院的设置并不是目标，也并非极端重要，问题的核心是我们需要找到妥善处理劳动争议的方向和路径，而这，首先需要从特殊的司法裁判程序开始。

740 [美]伯尔曼：《法律与宗教》，梁治平译，中国政法大学出版社2003年版，第11页。

741 参见[美]约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社1988年版，第86页。

公司法人人格否认制度在劳动争议案件中的适用

卢宇

【摘要】在司法实践中，存在公司法人人格否认制度在劳动争议案件中适用的情形。劳动争议案件能够适用公司法人人格否认制度，必须存在有损债权人利益的情形，也即必须存在债权债务关系。以诉的请求为标准，劳动争议案件可以分为“确认之诉”、“给付之诉”和“形成之诉”；而公司法人人格否认制度仅仅能够适用于劳动争议案件中的“给付之诉”的案件。

【关键词】公司法人人格否认；劳动争议；给付之诉；法律适用

一、问题的提出

司法实践的具体情况往往可以通过裁判文书得以呈现，相关法律制度适用的全过程也得以被记录。通过对相关案件的裁判文书的梳理，可以对相关法律制度的实践情况有所了解和感知，从而对相关法律制度的完善有所裨益。⁷⁴²就法人人格否认制度而言，该制度设立的初衷即是为了滥用公司独立法人人格的行为得到阻止，在相关的具体的案件中，公司的独立法人人格不再持续，股东的有限责任也不再继续，从而使得相关的股东对利益受损的公司债权人承担相应的责任。⁷⁴³

通过利用“中国裁判文书网”，以“法人人格否认”为关键词进行检索，可以获得 378 个检索结果。⁷⁴⁴每个检索结果，均是公司法人人格否认制度的一次具体实践，其对整个公司法人人格否认制度的意义是重大的。而在公司法人人格否认制度适用的诸多案件中，有一类案件是较为特殊的，也引起了笔者的思考，即公司法人人格制度在劳动争议案件中的适用情况。利用“中国裁判文书网”，以“法人人格否认”和“劳动争议”为关键词进行检索，共获得 2 个检索结果，其具体情况如下图所示：

序号	案件名称	案号
----	------	----

⁷⁴² 参见吕忠梅、张忠民、熊晓青：《中国环境司法现状调查——以千份环境裁判文书为样本》，载《法学》2011年第4期。

⁷⁴³ 参见转引自李晓春主编：《公司法学》，厦门大学出版社2012年版，第64页。

⁷⁴⁴ 最后检索时间为2016年3月5日13时55分。

1	罗湘华与珠海市华禾汽车维修服务有限公司、珠海市华禾汽车贸易有限公司追索劳动报酬纠纷二审民事判决书	(2015)珠中法民一终字第 390 号
2	上诉人周巧云与上诉人淮安市淮阴区老张集乡金星村卫生室工伤保险待遇纠纷一案民事判决书	(2014)淮中民终字第 1401 号

从上表我们可以看到,法人人格否认制度在劳动争议案件中的适用仅有两份判决书符合条件。而在符合条件的两份判决书中,“法人人格否认”在判决书中出现的具体情况如下表所示:

序号	案号	出现次数	出现位置
1	(2015)珠中法民一终字第 390 号	3	支付及赔偿义务的主体
2	(2014)淮中民终字第 1401 号	1	赔偿主体的认定

从上述分析过程中,我们可以看到,公司法人人格否认制度在劳动争议案件中确实存在适用的情况,且适用的主要目的在于确定相关赔偿义务的主体。

从理论上而言,在与劳动争议有关的案件中,通过滥用公司的独立法人地位,进而损害有关劳动者的行为是存在可能性的,例如,两个实际上混同的公司,相互“借用”本单位员工,从而达到与劳动者解除劳动关系时可以少支付经济补偿金的目的;⁷⁴⁵又如,公司的一切财务均进出自股东账户,而股东利用其对公司的控股权,不按时给员工发放工资,不给公司员工缴纳社会保险费。我们可以看到,法人人格否认制度能够在劳动争议案件中使用,不仅仅有赔偿主体的确定问题,更有相关的程序问题,如在劳动者起诉时,法官是否同意将相关的股东作为共同被告。

虽然在劳动争议案件的司法实践中,已有法人人格否认制度的适用,但是,仍然有以下问题亟待厘清:第一,法人人格否认制度缘何能够适用于劳动争议案件;第二,法人人格否认制度适用于劳动争议案件的条件和范围,是否所有的劳动争议案件都有法人人格否认制度适用的空间?第三,法人人格否认制度该如何具体适用劳动争议案件?

二、公司法人人格否认制度在劳动争议案件中的适用价值

⁷⁴⁵ 参见邢蓓华:《公司法人人格否认制度在劳动争议案件中的运用》,载《法律适用》2009年第1期。

（一）公司法人人格否认制度的价值分析

在探讨适用公司法人人格否认制度之前，厘清公司法人人格否认制度的产生原因和意义是很有必要的。公司法人人格否认制度的产生与公司法人人格制度有着深刻的关系，因为公司人格制度承认公司能够独立经营并且独立承担责任的主体，股东以其出资为限度承担有限责任。正是因为公司法人人格制度的存在，才使得公司法人人格在实践中可能被股东滥用，详言之，有关公司股东往往将公司作为其自身交易从而牟取相关利益的工具，在有限责任的保护下，即使出现相关的法律责任，股东也仅仅承担有限责任，毫无疑问，此种滥用公司法人人格的行为时有害的，会导致公司的债权人乃至社会的公共利益遭受巨大的损害，在此种情况下，公司法人人格否认制度应运而生，对公司法人人格制度进行相关的修正。

746

就公司法人人格否认制度本身而言，其具有以下价值体现⁷⁴⁷：其一，公司法人人格否认制度是实质正义实现的重要举措。详言之，公司法人人格制度与股东的有限责任相得益彰，共同有效而且合理地分配了因为生产的社会化和更加细致的社会分工而带来的利益和负担，从而使得公司股东和公司债权人的利益得以实现平衡，进而促进整个社会的经济增长。从形式正义的角度而言，严格遵循公司法人人格制度和股东以其出资为限的有限责任制度即是维护了形式正义。而正如前述分析所言，在公司法人人格制度的具体实践中，随着公司法人人格制度日益被滥用，公司法人人格制度和股东的有限责任所恪守的形式正义距离实质正义越来越远。因此，公司法人人格否认制度的出现有利于实现社会的实质正义；其二，公司法人人格否认制度在股东和债权人之间实现矫正的正义。在公司法人制度的视野下，其体现的是一种分配角度上的公平，即公司的股东以放弃其对出资的所有权为代价，从而只承担有限的责任，而公司的债权人对此只能恪守容忍义务。而当公司的股东滥用公司法人人格制度时，为了公平和正义的实现，让股东承担相应的责任是其应有之义，以此期待可以弥补公司债权人因滥用公司法人人格制度所遭受的损失，从而最终实现公司股东和债权人之间的矫正的正义。

（二）公司法人人格否认制度在劳动争议案件中的价值拓展

我国《公司法》第二十条第三款规定：“公司股东滥用公司法人独立地位和

746 参见彭真明主编：《公司法教程》，对外经济贸易大学出版社2007年版，第149页。

747 参见曹绪红：《公司法人人格否认制度的经济价值分析》，载《重庆三峡学院学报》2006年底1期。

股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。”从前款规定的内容而言，当股东滥用公司法人的独立地位和股东的有限责任，且对公司债权人利益有所损失时，此时可以适用公司法人人格否认制度。

诚如前述分析内容所言，公司法人人格否认制度是为了保护公司债权人的利益。而劳动争议案件中劳动者与用人单位之间的法律关系，在很多情况下，其实质为劳动者与用人单位之间的债权债务关系。对于劳动者与用人单位之间的关系定性，在此处不详细展开。因此，在劳动者与用人单位之间存在债权债务关系的情况下，则存在法人人格否认制度适用的空间。

公司法人人格否认制度在劳动争议案件中的适用，其价值主要体现为以下几点⁷⁴⁸：

第一，有利于稳定我国的就业形势，维护劳动者的合法权益。法人人格否认制度适用于相关案件，其直接的作用在于“揭穿公司面纱”，使得滥用股东有限责任的股东对相关的公司债权债务承担连带责任，具体到劳动争议案件中，法人人格否认制度的适用，使得股东对公司与劳动者之间的债务承担连带责任，从而有利于劳动者将股东也作为被告起诉；在责任承担上，不仅可以请求法院对公司的财产进行强制执行，还可以申请对股东的相关财产进行强制执行，对于劳动者的权益而言，更多了一层保障。以《最高人民法院〈审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）〉的理解与适用》为例，其在阐述该司法解释的背景和意义时，就明确指出，该司法解释有利于广大的劳动者利用相关法律进行有效维权；同时，该司法解释有利于劳动争议案件的解决，从而实现司法公正，详言之，在劳资双方之间存在利益平衡问题，该司法解释的出台有利于构建和谐和谐的劳资关系，在和谐劳资关系的构建中，劳动者的相关权益也得以保障和维护。⁷⁴⁹

第二，有利于维护劳动力市场的公平与秩序，促进劳资关系的和谐。在股东滥用公司法人独立人格和股东的有限责任时，如果没有适用法人人格否认制度，则劳动者将无法向股东诉请赔偿。就公司与劳动者之间的法律关系而言，其实质为债权债务关系。在非劳动争议案件中为了维护债权人的合法权益适用法人人格否认制度，则在厘清公司与劳动者之间的法律关系的实质的基础上，也应适用法

⁷⁴⁸ 无论是最高人民法院关于审理劳动争议案件的司法解释，亦或者是各省高级人民法院对于审理劳动争议案件的若干指导意见，其内容主要体现了解决劳动争议案件的诸多意义和价值所在。而结合我国公司法人人格否认制度在劳动争议案件中的适用，可以总结归纳出公司法人人格否认制度适用于劳动争议案件中的具体价值。

⁷⁴⁹ 详细内容可见《最高人民法院〈审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）〉的理解与适用》。

人人格否认制度，这也是法律面前人人平等原则的要求，对于劳动者理应平等保护。同时，劳动力市场上不仅有劳动者，更有作为用人单位的公司。公司的法人人格和股东的有限责任对股东形成了有效的保护，但是对债权人却是不够公正的，⁷⁵⁰即对与公司形成债权债务关系的劳动者而言是有失公正的。以江苏省为例，2009年2月27日江苏省高级人民法院讨论通过了《关于在当前宏观经济形势下妥善审理劳动争议案件的指导意见》，在此指导意见中，其提出妥善处理劳动争议案件的重要意义和基本原则，即劳动争议案件的审议，有利于经济和社会的发展，有利于促进民生的改善，有利于社会的和谐和稳定；且在劳动争议案件中的审理中，应遵循以下原则：其一，在民生的保障和企业的发展问题上，应并重；其二，在就业的促进和稳定和谐的劳动关系上，应兼顾；其三，在法律的执行和政策的贯彻上，应统一；其四，在调解手段和非调解手段上，应首推调解手段。

751

三、公司法人人格否认制度在劳动争议案件中的具体适用

（一）公司法人人格否认制度的适用

1、公司法人人格否认制度的适用条件

我国公司法人人格否认制度的适用条件主要表现为前提要件、主体要件、行为要件和结果要件四个方面：⁷⁵²

其一，前提要件主要表现为，在适用公司法人人格否认制度之前，公司已经合法有效地设立，且法人独立人格已经被公司取得。公司法人人格否认制度适用的目的之一就是否认公司的独立人格，则其法人独立人格的存在是该制度适用的应有之义；

其二，从法人人格否认制度的适用主体而言，其主要是公司的独立法人人格被股东滥用，且有权对公司提起适用法人人格否认制度的实际损失者主张适用该制度。需要明确的是，滥用公司法人独立人格的主体也不仅仅限于公司的股东，也可能是公司的董事或者经理，在此种情况下，并不存在适用法人人格否认制度的空间，因为董事或者经理的行为给相关的实际损失人造成损失的，由公司对实际损失人承担赔偿责任。就我国的相关法律规定而言，提起适用公司法人人格否

750 参见梁慧星主编：《民商法论丛》，法律出版社1994年版，第325页。

751 2009年2月27日，在江苏省高级人民法院审判委员会全委员会第5次会议上，讨论通过了审理劳动争议案件的指导意见，且在该指导意见中提出了审理劳动争议案件的意义和相关原则。

752 参见王新新：《论我国公司法人人格否认制度》，载《东南学术》2009年第3期。

认制度的往往是相关的债权人，在股东享受公司法人人格制度和有限责任制度所带来的益处的同时，股东也应对自己滥用相关制度承担相应的责任，即对公司的债权人承担责任；

其三，行为要件则表现为公司的法人人格被有关人员所滥用，即存在相关的滥用行为。需要指出的是，滥用法人独立人格的行为一般表现为公司内部的经营管理行为，而对于大多数公司而言，其运营、决策、经营等行为都处于相对的保密状态，因而债权人的举证是具有极大难度的。

其四，结果要件主要指，从客观角度而言，相关滥用公司法人独立人格和股东有限责任的行为给债权人造成了实际的损害，且行为与损害结果之间的因果关系是直接的。这也就意味着，尽管存在滥用公司法人独立人格或者股东有限责任的行为，但是并没有给第三人或者是社会的公共利益造成相应的损害，就不存在法人人格否认制度适用的空间。

2、公司法人人格否认制度的适用情形

公司法人人格否认制度在各国的实践中不尽相同，更是存在着巨大的差异。法人人格否认制度在我国的适用情形主要有以下四种情形：⁷⁵³

其一，对合同义务进行回避。公司具有独立的法人人格，因此，公司以其全部财产对其经营过程中所产生的债务承担责任。正是因为公司具有独立的法人人格地位，在司法实践中，股东利用公司的独立法人人格而对相关的合同义务进行规避的情况并不少见。一旦股东利用公司法人的独立人格规避相关的合同义务，则意味着本应由股东承担的风险被转移到公司，在股东和公司之间则必将出现利益分配的不合理，最终将严重损害公司债权人的利益。

其二，对法律义务进行规避。在强制性法律规范的约束下，相关的法律主体存在作为或者不作为的义务，但因公司独立的法人人格的存在，股东在利用公司法人人格独立地位的前提下，很多对于股东的强制性规范不再直接约束股东，同时，对于公司也并不具有约束力。在此情况下，强制性规范所规定的法律义务被架空了，相应的法律公平问题则会相继出现。因此，对于利用公司的法人人格独立地位对相关的法律义务进行规避的行为也应适用公司法人人格否认制度。

其三，公司法人人格与股东混同。在实践中，空壳公司等屡见不鲜，股东利

753 转引自于东辉：《公司法人人格否认制度研究》，载《山东社会科学》2008年第3期。

用其对公司的控制力,将公司实际转变为股东个人或者团体谋取不正当利益的工具。在此种情况下,公司不再具有独立的意思表示能力,也不再具有独立的经营和决策能力,一切均以股东的意志为准。而常见的公司法人人格和股东混同情形主要表现为财产上的混同,当然还可能出现在业务上、相关的组织机构上混同的情形。

需要指出的是,在探究公司法人人格否认制度适用的情形时,有关学者将公司资本出现显著不足的问题也作为适用的情形之一。在我国公司法修改之后,仍将该情形作为公司法人人格否认制度适用的情形,笔者认为,有待商榷。有关学者将此种情形作为适用情形之一,其主要基于以下理由:公司资本作为公司对外承担责任的担保,在公司资本并不充足的情况下,公司在经营过程中所承担的经营风险则很可能转嫁给公司的债权人,而股东作为公司的所有者,则必然想法设法将经营风险转嫁出去,而公司的债权人则是最直接的对象。⁷⁵⁴笔者认为,在我国公司法修改之后,不再实行法定资本制,也即对于公司的设立不再规定最低资本额,因此,再固守此种情形是公司法人人格否认制度适用的情形之一有点不合时宜。

(二) 劳动争议案件中不同类型

不同的原因会引起不同类型的劳动争议案件,根据其具体原因的不同,我们将劳动争议案件划分为以下几类:⁷⁵⁵

其一,劳动者被用人单位开除、辞退或者除名,以及劳动者自己主动辞职或者离职所引发的劳动争议案件。在实践中,前述各个情况均会导致用人单位与劳动者之间的劳动关系的终止,但是,劳动者与用人单位对是否存在前述情况的理解上往往难以达成共识,因而劳动者往往寻求司法救济,从而产生了此类案件。

其二,用人单位在执行有关劳动者的工资、劳动保护、保险和福利等方面的规定时所引发的劳动争议案件。在实践中,因工资、劳动保护、保险和福利等方面直接关乎劳动者的利益,因而劳动者与用人单位之间更易产生纠纷,且在相关问题的处理上,劳动者与用人单位之间的矛盾也容易被激化。

其三,劳动者与用人单位应签订劳动合同,但是与劳动合同有关的劳动争议案件屡见不鲜。劳动合同是确立劳动者与用人单位之间的劳动关系权利义务的协

⁷⁵⁴ 参见任伟涛:《对确立我国公司法人格否认的思考》,载《行政与法》2005年第6期。

⁷⁵⁵ 参见法规应用研究中心编:《中华人民共和国劳动合同法关联规定 注释应用本》,中国法制出版社2012年版,第133页。

议，双方在此协议中的有关内容达成一致。但是，在实践中，劳动合同存在订立和履行的过程以及变更和解除的过程，因而在前述四个阶段均有可能发生相关的纠纷，而在前一个阶段所遗留的问题，在后面的过程中进行解决的情况比较常见，如在劳动合同的履行过程中，用人单位强迫劳动者加班加点且不支付加班费，劳动者往往因为处于弱势地位并不立即要求用人单位给付，而在劳动合同解除之时，劳动者将加班加点的费用一并作为诉讼请求诉请法院支持。

诚如前述分析，公司法人人格否认制度适用于股东滥用法人的独立人格和股东的有限责任，且给公司的债权人或者社会公共利益造成了实际损失。在上述的三大类劳动争议案件中，我们的视角停留在劳动者和用人单位之上，且不停移转。在适用公司法人人格否认制度时，我们不得不转换视角，着眼于公司或者股东与公司的债权人。从诉的种类出发，有利于分析我国劳动争议案件是否存在公司法人人格否认制度适用的空间。我们知道，诉讼请求根据其性质的不同，可以分为给付之诉、确认之诉和形成之诉，详言之，给付之诉以诉讼请求权的存在为前提，原告诉请法院判决被告给付相关的内容，需要指出的是，给付之诉的基础既可能是债权，也可能是物权；确认之诉则以特定的法律关系的存在或者不存在为前提，原告诉请法院确认相关法律关系是否存在；形成之诉则以相关的法律关系的变动为主张，诉请法院作出相应的判决，从而使得相关的法律关系的变动得以确立。⁷⁵⁶劳动争议案件作为一类特殊的纠纷，其也必然存在上述的三种诉讼请求，只是因具体案件内容的差异，在诉的种类而有所不同。

在诸多的劳动争议案件中，其诉讼请求可以归纳为以下几类：⁷⁵⁷

其一，劳动争议案件中的确认之诉。在劳动关系是否存在的问题上，当劳动者与用人单位之间发生了相关的争议时，劳动者可以提起确认之诉。

其二，劳动争议案件中的给付之诉。在劳动争议案件中，其又包括物的给付之诉，又包括金钱的给付之诉。具体而言，物的给付之诉指用人单位违背相关的劳动卫生条件，从而诉请用人单位提供相应工作的防护用品；而对于金钱给付之诉而言，其又可以分为返还型、赔偿型和补偿型的金钱给付，返还型的金钱给付指用人单位因收费和罚款的不合理或者拖欠劳动者工资时，用人单位应将所收的有关费用、罚款和所拖欠的工资给付给劳动者；赔偿型的金钱给付指在工伤事故

⁷⁵⁶ 参见江必新、何东宁、李延忱等著：《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用 民事诉讼卷（下）》，中国法制出版社2014年版，第340—341页。

⁷⁵⁷ 参见刘振红：《论劳动争议案件诉讼请求的类型化》，载《中国劳动关系学院学报》2007年第3期。

中劳动者受到损失，用人单位应支付相应的工伤保险待遇；补偿型的金钱给付是指用人单位因为擅自解除与劳动者的劳动合同或者因经营的需要，相关的劳动应恪守竞业禁止的义务所产生的金钱上的给付义务，在此种情况下，用人单位应对劳动者支付相应的补偿金。

其三，劳动争议案件中的形成之诉。在劳动争议案件中，对于劳动合同的解除或者撤销问题，劳动者与用人单位的竞业禁止协议的解除问题和劳动者所受到的开除、除名或者辞退的通知问题，劳动者可以向法院提起形成之诉，从而撤销前述类型的决定，当然，劳动者也可以向法院提起确认之诉以确认前述类型的决定是无效的。

在以诉的种类为标准所进行的三类划分之中，我们可以看到，第一类的确认之诉和第三类的形成之诉，均不是我国公司法人人格否认制度所适用的情形，唯有第二类的给付之诉符合适用法人人格否认制度的条件。给付之诉的存在也就意味着，在劳动者和用人单位之间存在着债权债务关系，即劳动者为公司的债权人。

758

（三）在劳动争议案件中法人人格否认制度的具体适用

正如上述分析，以诉的种类为标准，将劳动争议案件划分为三类，即提起确认之诉的劳动争议案件，提起给付之诉的劳动争议案件和提起形成之诉的劳动争议案件。且唯有提起给付之诉的劳动争议案件存在适用公司法人人格否认制度的空间。详言之，提起给付之诉的劳动争议案件满足以下条件即可适用公司法人人格否认制度：

其一，公司已经合法有效地设立，且法人独立人格已经被公司取得。在公司类的用人单位中，既然存在劳动者与用人单位之间的劳动争议，在大多数情况下，也就意味着公司已经取得了独立的法人人格地位。在公司并没有取得独立法人人格地位时，并不存在适用公司法人人格否认制度的前提条件，但是，劳动者也仍然可以向法院提起诉讼，诉请作为用人单位的公司给付相应的物或者金钱。

其二，公司的独立法人人格被股东滥用，即存在滥用公司法人独立人格的行为。当公司合法取得独立的法人人格地位时，股东利用该法人独立地位，损害劳动者的相关权益的，劳动者可以提起给付之诉。例如，股东利用空壳公司，与劳

758 虽然在给付之诉中，既可以基于物权提起诉讼，也可以基于债权提起诉讼，但是在劳动争议纠纷案件中，无论是物的给付还是金钱的给付均非基于物权而提起，而是基于债权所提起。

劳动者签订劳动合同，让劳动者为股东自己处理大小事宜，在相关事情处理完毕之后，拒不支付劳动者工资。且以其为公司的股东，公司因具有独立的法人人格地位而应支付给劳动者报酬。在此种情况下，即存在股东滥用公司独立法人人格的行为，可以使用公司法人人格否认制度。

其三，在公司法人人格否认制度适用的主体上，应有相关的实际利益受损者请求适用该制度。在劳动争议案件中，劳动者即是主体要件所要求的适格主体。例如，股东滥用公司的独立法人人格地位，以公司名义与劳动者签订劳动合同，在劳动者将股东的相关事宜处理完毕之后，拒不支付劳动报酬，此时，劳动者即可以向法院提起金钱给付之诉，此时的劳动者也即为债权人，也即适格的主体。

其四，相关滥用公司法人独立人格和股东有限责任的行为给劳动者造成了实际的损害。在上述例子中，股东滥用公司的独立法人人格地位，且在自己的相关事宜处理完毕之后拒不给劳动者制度相应的报酬。此时，股东拒不给劳动者支付劳动报酬的行为，也就对劳动者的实际利益造成了损害。此时，劳动者可以向法院提起给付之诉，适用公司法人人格否认制度，从而使得股东对劳动者的报酬承担相应的连带责任。

而对于上述内容所阐释的公司法人人格否认制度适用的三类情形，即对合同义务进行回避，对法律义务进行规避和公司法人人格与股东混同，均可能出现相关的劳动争议案件中。在上述分析部分所举的例子中，均是对劳动合同义务中的给付劳动报酬的义务的违背。而在给付之诉中，存在一类物的给付之诉，此类给付之诉所存在的前提是作为公司的用人单位违背了相关的安全生产管理的规定，从而使得劳动者可以对作为用人单位的公司提起物的给付之诉。

四、结语

公司是一类特殊的用人单位，也是经济社会发展所必不可少的细胞。在实践中，往往存在诸多的滥用公司的独立法人人格地位的行为，从而对公司的债权人的实际利益造成了相应的损失。劳动争议案件作为一类较为特殊的案件，在探究是否存在公司法人人格否认制度适用的空间具有重要的意义，其意义主要体现为对劳动者的合法权益进行保护。而在厘清公司法人人格否认制度的适用条件和适用情形的基础上，以诉的种类为标准，在诸多而且繁杂的劳动争议案件中明确可以适用公司法人人格否认制度的情形，即劳动者向法院提起给付之诉类型的案件。

再回归到公司法人人格否认制度的适用条件和适用情形本身,对劳动争议案件在具体适用公司法人人格否认制度上进行相应的阐释。随着我国公司法人人格否认制度的不断完善,在劳动争议案件中适用该制度的障碍会越来越小,而通过相关的司法实践,无论是在学理上还是在实践中,将会有越来越多的论述和判例,从而对劳动者的合法权益进行更加有效的保护。

我国反就业歧视民事诉讼实施机制完善研究*

王显勇**

【摘要】我国反就业歧视法治建设亟需完善司法实施机制。反就业歧视法属于以保护他人利益为目的的行为法，其保护的法益结构是人格尊严、工作机会和财产损失三位一体的利益集合。就业歧视争议应当属于劳动法领域的特殊侵权纠纷，应适用劳动法的争议处理程序。我国反就业歧视法应当建立统一的举证责任转移分配制度和抗辩制度。强制缔约可以成为反就业歧视法的民事责任形式，就业机会损失应当纳入就业歧视的赔偿范围，我国反就业歧视法应当兼采补偿性赔偿、法定赔偿和惩罚性赔偿制度。就业歧视侵权责任与劳动合同责任存在竞合，我国可以采用单一请求权路径和请求权竞合路径予以处理。

【关键词】就业歧视 民事诉讼 反就业歧视法 劳动合同法

一、典型案例梳理、类型化分析及问题的提出

（一）典型案例梳理

我国《劳动法》第3条、《就业促进法》第3条确立了劳动者的平等就业权，2007年《就业促进法》第62条、第68条规定了平等就业权的民事诉讼实施机制，受到就业歧视的劳动者可以向法院起诉，造成财产损失或者其他损害的，劳动者可以要求用人单位承担民事责任。经过8年多的司法实践，我国反就业歧视民事诉讼实施机制成效显著，法院审理了较多的就业歧视案件，相关制度建设取得了较大的进展，但问题仍然较为明显。因此，我们需要总结反就业歧视民事诉讼的司法实践，分析其中存在的问题，并进行理论解析，解决实践中存在的问题，完善相关立法，推动我国反就业歧视法治建设。基于这一目的，笔者在中国裁判文书网和北大法意案例库以“就业歧视”为关键词收集并查阅了所有的反就业歧视民事诉讼案例，并辅之其他案例来源途径，总共收集了100多个法院案例，经过类型化分析最后归纳整理出下图表中的17起典型案例，提出问题，进行理论解析，并提出完善相关立法的建议。

* 本文为作者主持的国家社科基金项目“我国反就业歧视法实施机制构建研究”（项目编号15BFX158）的阶段性成果。

** 王显勇，1976年12月生，法学博士，博士后，首都经济贸易大学法学院副教授，美国明尼苏达大学、密歇根州立大学访问学者，主要研究方向为社会法学、经济法学。

序号/案件字号	案由	诉讼请求	基本案情	裁判理由	判决结果
1 (2010) 深中法 民六初 字第 1032号	劳动争议纠纷	判令订立劳动合同,并赔偿经济损失47520元。	原告肖春辉到被告环胜公司应聘,通过了笔试、面试,并就工作待遇、工作岗位达成了一致意见。2008年3月14日,原告到被告指定的医院体检,体检结论为:肖春辉是乙肝病毒携带者。环胜公司未与肖春辉签订劳动合同。	劳动仲裁不予受理。一审法院南山区人民法院认为,肖春辉提交的证据不足以证明环胜公司有歧视乙肝病毒携带者的行为。二审法院深圳市中级人民法院认为,该公司因肖春辉是乙肝病毒携带者而拒绝与之签订劳动合同有过错,应酌情赔偿经济损失。	赔偿经济损失5000元,驳回其他诉讼请求
2 (2014) 安民初 字第331号	劳动争议转为一般人格权纠纷	确认构成就业歧视;签订聘用合同;赔礼道歉;赔偿经济损失10万元;承担诉讼费用。	2013年11月湖南省农村信用社发布招聘公告,原告宁某某报考被告单位,原告综合成绩第一,后被告以原告身高没有达到公告要求的157厘米为由,要求原告退出竞聘。	劳动仲裁不予受理。法院审理认为属于一般人格权纠纷。用人单位列明的招聘限制条件不违反法律强制性和禁止性规定,本案用人单位在公布招聘个性化条件时,原告尚未出现,被告在时间上无法对原告一般人格权形成侵权的主观故意,不存在过错。	驳回诉讼请求
3 (2015) 镇经民 初字第 00061号	劳动争议转为一般人格权侵权纠纷	判令侵犯平等就业权;书面赔礼道歉;赔偿误工损失、精神损害抚慰金等共计12万元;诉讼费用。	原告王某于2014年12月18日到被告江苏航科复合材料科技有限公司面试,该公司人力资源部通知原告被录用,并收到盖有被告公章的体检介绍函,原告的体检结果为乙肝病毒携带者。被告不予录用。	劳动仲裁不予受理,法院认为属于侵权纠纷。原告的体检报告虽显示原告为乙肝病毒携带者,但原告提供的证据尚不足以证明被告以乙肝病毒携带者为由拒绝录用原告,被告并未侵犯原告的平等就业权。	驳回诉讼请求
4 (2014) 深中法 民终字 第1017号	一般人格权纠纷	赔偿误工损失、交通费、学历学位认证及其他杂费,共计经济损	衣守峰应聘中兴通讯股份有限公司,2013年11月8日,中兴通讯股份有限公司通过电子邮件方式发送《录用通知书》,承诺录用衣守峰,并通知	中兴通讯股份有限公司没有在招聘时告知衣守峰患有“肺纤维化病灶”不符合入职条件,在其报到入职时以患有“肺纤维化病灶”拒绝录用,属于就业歧视,侵犯了	判决支付衣守峰经济损失共计

		失 25410 元。	参加体检并于 11 月 22 日办理入职手续。衣守峰办理入职手续时，公司拒绝录用，原因是其得了“肺纤维化病灶”。	平等就业权。	7880 元
5 (2015) 浙杭民 终字第 101号	一般人格权纠纷	书面赔礼道歉；赔偿精神损害抚慰金 50000 元。	东方烹饪学校在网上发布招聘文案策划职位的信息，性别要求为男性。2014 年 6 月郭晶在网上向东方烹饪学校投递了个人简历，未得到反馈。郭晶就招聘事宜打电话，东方烹饪学校以加班等为由回复不考虑女生，想招男生。	东方烹饪学校并未举证证明招聘岗位属于法律、法规所规定的女职工禁忌从事的工作，根据其发布的招聘要求，女性完全可以胜任该岗位工作，其所辩称的需招录男性的理由与法律不符。其行为侵犯了郭晶平等就业的权利，对郭晶实施了就业歧视。	赔偿精神损害抚慰金 2000 元，驳回其他诉讼请求
6 (2015) 长中民 一终字 第 02636 号	隐私权纠纷	支付精神损害抚慰金；赔礼道歉。	2015 年 2 月陈书敏到航天公司应聘普工岗位，该岗位性质为液压机操作。当天，根据医院出具的体检报告书显示，陈书敏患有高血压 1 级，航天公司以陈书敏患有高血压为由，不予录用。	普工岗位说明书中明确载明禁止高血压等体检异常人员，航天公司以陈书敏不符合岗位要求为由不予录用，并未侵犯其平等就业的权利。体检目的是了解身体状况是否符合岗位要求，并未将其体检结果对外披露，未侵犯其隐私权，也未侵犯其人格尊严。	驳回陈书敏的诉讼请求
7 (2012) 碑民二 初字第 01098号	名誉权纠纷	确认人格歧视违法行为，赔礼道歉；赔偿经济损失 5000 元、精神损害抚慰金 30000 元；承担诉讼费由	2010 年 11 月原告邢栋锋与学校及被告公司签订了三方就业协议，2011 年 7 月原告到被告公司报到。因原告聘任岗位为野外勘测，被告组织原告等人全面体检。原告被体检为乙肝“大三阳”，后诊断为“慢性乙肝病毒携带”。经过协商，原告本人同意解除三方就业协议。	被告是否构成名誉侵权，应当根据名誉被损害的事实、行为人行为违法、违法行为与损害后果之间有因果关系、行为人主观上有过错来认定。被告根据国家相关规定和制度，该体检行为并无违法。被告出于善意，未安排工作。被告不存在侮辱或者诽谤原告的口头形式，也无歧视性语言。	驳回原告诉讼请求
8 (2011) 深宝法	人格权纠纷	确认侵犯隐私权；确认侵犯	2010 年 6 月 10 日，原告谌某入职被告公司，任职汽车维修师	谌某提交的录音资料证明解除劳动关系的原因是由于谌某经体检是乙	判决精神损害

民一初 字第 2828号		平等就业 权；书面 道歉；赔 偿工资等 经济损 失；赔偿 精神损害 抚慰金； 承担诉讼 费用。	傅。6月13日谌某进 行入职体检，其中包 含了对乙肝病毒血清 指标的检验，谌某属 于乙肝表面抗原携带 者。2010年6月23 日公司通知解除劳动 关系。	肝病原携带者。法院认 定为公司因为乙肝病毒 携带就业歧视而解除与 谌某的劳动关系。工资 请求与本案不属于同一 法律关系，应当通过劳 动争议途径予以解决， 本案不予处理。	抚 慰 金 人 民 币 4000 元 ； 赔 礼 道 歉 。 驳 回 其 他 诉 讼 请 求。
9 (2013) 海民初 字第 19875号	一般人格权纠纷	赔 礼 道 歉 ； 赔 偿 经济损 失 22500 元 ； 精 神 损 害 抚 慰 金 10 万 元。	李琦为视力一级残 疾。2012年10月11 日，李琦与中网在线 签订了《劳动合同书》，担任“后期技术 岗位”工作，在试用 期内李琦向中网在线 提交辞职申请表，手 写注明“试用期未 满，由于视力原因结 束与公司合作”，公 司出具“离职证明”。	侵害平等就业权损害 赔偿责任，必须同时 满足以下要件：一是 平等就业权受到损 害；二是实施侵害平 等就业权的违法性 行为；三是主观上存 在过错；四是违法性 行为与平等就业权受 损之间存在因果关系。 本案中李琦因未达到 岗位要求离职，其主 张平等就业权受损， 缺乏事实基础与法律 依据。	驳 回 全 部 诉 讼 请 求
10 (2012) 北民初 字第 1899号	劳动争议纠纷	公 开 赔 礼 道 歉 ； 赔 偿精神损 害 抚 慰 金 ； 赔 偿 工 资 损 失 ； 承 担 诉讼费用	原告胡志超与被告唐 山怡安生物工程有限 公司签订了三年期限 劳动合同和《岗位职 责说明书》，该说明 书中要求：健康、无 传染病和皮肤病，能 够从事疫苗生产。20 11年6月3日，原告 体检结果显示乙肝表 面抗原阳性。2011 年6月16日，被告以 试用期不符合录用条 件为由解除劳动合同。	原告在试用期体检不 符合岗位职责说明书 约定，被告依据《劳 动合同法》第三十九 条第（一）项规定， 解除与原告的劳动关 系，合法有效。	驳 回 诉 讼 请 求
11 (2014) 黄浦民 一(民)	劳动合 同纠纷	恢 复 劳 动 关 系	原告王丹于2012年 9月17日与被告上海 朗阁培训中心签订两 年期的劳动合同，担 任	婚姻、生育状况通常 与劳动合同的履行没 有必然的关系，属于 个人隐私。原告因担 心就业压	恢 复 劳 动 合 同 关 系

初字第4034号			全职雅思英语老师。2014年2月原告身体检查时诊断怀孕。被告公司获知后，于2014年4月8日以原告虚报个人资料为由与其解除劳动合同。	力虚报个人生育状况不构成欺诈，被告构成违法解除。	
12 (2010) 穗中法 民一终 字第 4208号	劳动争 议纠纷	支付违法 解除的赔 偿金	被上诉人陈海云与上诉人鹤山高合公司于2008年6月14日签订《鹤山市劳动合同》，2008年12月8日上诉人以陈海云入职时隐瞒已婚身份而做出解除劳动合同关系的处理。	被上诉人隐瞒了其已婚的行为虽然违反了“诚实信用”原则，但并没有影响被上诉人的正常用工，且上诉人怀孕生子是其享有的权利，被上诉人称聘用已婚女性会影响用工计划，显然存在性别歧视和违反平等用工的原则，故被上诉人构成违法解除。	维 持 原 判 的 付 偿 金
13 (2010) 金民三 (民)初 字第 1563号	劳动合 同纠纷	不支付违 法解除劳 动合同赔 偿金；不 支付加班 工资；不 支付二倍 工资差额	原告上海某清洗系统工程有限公司与被告肖某某签订自2008年4月15日起至2010年4月14日止的上岗协议，约定由被告从事保洁工作。2009年11月23日医院检验报告单显示被告为携带乙肝表面抗原。同年12月30日，原告为被告办理退工。	被告检查出为携带乙肝表面抗原，但其为保洁员，并不直接接触药品生产，并不属于行政法规和卫生部规定禁止从事的易使乙肝扩散的工作，故不当存在就业歧视。鉴于被告的身体原因，原告应当与被告协商解决，或为被告另行安排工作，或给予被告相应的医疗期。原告未举证证明其已经尽相关义务，构成违法解除。	支 付 违 法 解 除 赔 偿 金、 二 倍 工 资 差 额、 加 班 工 资。
14 (2011) 穗中法 民一终 字第 3174号	劳动合 同纠纷	赔偿工资 差额；赔 偿精神损 失；书面 道歉；承 担 诉 讼 费。	原告蔡述鹏是残疾人，2009年12月18日入职被告沃尔玛公司处工作，双方签订了劳动合同，蔡述鹏在营运部门担任员工。蔡述鹏以工资存在差异、同工不同酬为由要求赔偿工资损失和精神损失。	同工同酬必须具备三个条件：一是工作岗位、工作内容相同；二是同样的劳动工作量；三是取得了相同的工作业绩。蔡述鹏与其他员工在工作职责、工作内容方面均有所不同。一审法院认为蔡述鹏主张沃尔玛公司歧视残疾人致蔡述鹏尊严受损，但未	驳 回 上 诉， 维 持 原 判

				能提供相关证据证实。 二审法院认为，关于蔡述鹏要求沃尔玛公司赔偿精神损失及书面道歉的诉讼请求，属于侵权法律关系，不属于劳动争议案件处理范畴，本案不予处理。	
15 (2012) 丰民初字第388号	劳动争议纠纷	支付违法解除赔偿金；代通知金；未签订劳动合同双倍工资；病假工资，医疗补助费；工资收入损失；补缴养老保险金；赔偿医疗保险待遇损失、失业保险待遇损失；精神损害赔偿金。	原告车某与被告唐山新宝泰钢铁有限公司签订了自2006年9月1日至2007年8月31日的劳动合同。合同期满后，双方又签订了2008年1月1日至2009年12月31日的劳动合同。合同再次期满后，原告仍继续在被告处工作，但双方一直未续签劳动合同。2010年12月20日，原告因患肝炎肝硬化乙型失代偿期活动性，被告以原告不能胜任本职工作为由，于2011年7月5日将原告辞退。	原告患病的医疗期满后，虽然不能从事原工作，但被告公司未给原告另行安排工作便将原告辞退，被告公司的行为属于违反《中华人民共和国合同法》的规定解除劳动合同的情形。原告要求被告公司赔偿因就业歧视违法解除劳动合同造成的精神损害赔偿金5000元，亦没有事实和法律依据，本院不予支持。	给付赔偿金、双倍工资、病假工资，共计68242.32元，驳回其他诉讼请求。
16 (2011) 穗中法民一终字第4942号	劳动争议纠纷	支付未签订劳动合同的赔偿金；违法解除劳动合同的赔偿金；加班费；就业歧视赔偿金。	2010年8月16日，上诉人沈某入职上诉人广东绿由环保科技有限公司。2010年10月28日被上诉人发出《解除劳动合同通知书》，以沈某管理理念和工作经验与公司实际管理不融合，且在广州方言上沟通不通畅，不能适应公司要求为由，决定从2010年11月28日起解除劳动合同。	广东绿由环保科技有限公司并无证据证明沈如龙不胜任工作后进行了相应的培训或调整工作岗位，属于违法解除劳动合同。 关于是否存在就业歧视的问题，一审法院认为，沈某无证据证实存在就业歧视。二审法院认为，法律并不禁止用人单位根据自身经营的特点，对某些特定岗位设置相应的用工条件。	驳回上诉，维持原判
17	劳动争议	支付误工费	2009年4月15日原告	法院确认解除劳动关系	驳回

(2010)锡民终字第1174号	议纠纷	费；精神损失费；违法解除的赔偿金；赔礼道歉。	钟心可到被告微密公司并签订了一份英文协议。5月17日体检，原告担心自己因乙肝而被单位拒收，故找人冒名顶替，被识别后与医务人员发生冲突。5月18日被告通知不录用原告。	的原因系原告体检时与卫生院发生冲突，做事过于冲动所致。原告没有证据证明解除劳动合同的真实原因是其为乙肝病原携带者。	原告的诉讼请求
------------------	-----	------------------------	--	---	---------

(二) 类型化分析

1、招录阶段的就业歧视纠纷

案例 1-7 都是招录阶段发生的就业歧视争议。按照案件的性质，这些争议可以分为三种类型：第一类是基于劳动争议提出的就业歧视纠纷，如案例 1 中法院基于缔约过失而赔偿原告的经济损失；第二类是基于劳动争议提起但被法院认定为侵权争议的就业歧视纠纷，如案例 2，案例 3 都是在法院由劳动争议案件转为人格权侵权纠纷；第三类是基于人格侵权纠纷提出的就业歧视争议，如案例 4，案例 5，案例 6，案例 7。按照人格侵权提出的就业歧视纠纷具体又可以分为三种：第一种是一般人格权纠纷，如案例 4，案例 5，实践中大部分招录阶段的就业歧视争议是基于一般人格权争议而提出的；第二种是隐私权纠纷，如案例 6；第三种是名誉权纠纷，如案例 7。

2、劳动合同阶段的就业歧视纠纷

案例 8—17 都是劳动合同阶段的就业歧视纠纷。通过对收集的案例进行分析，劳动合同阶段的就业歧视纠纷可以分为四种类型：第一类是以侵害人格权为案由提出的普通侵权民事诉讼，例如案例 8 和案例 9。案例 8 中原告除了主张侵害人格权的精神损害赔偿外，还主张工资损失等经济损失。法院认为，工资请求应当通过劳动争议予以解决，与本案不属于同一法律关系而不予处理。第二类是以劳动争议为案由提出侵犯平等就业权的请求，如案例 10 中原告通过劳动争议提出侵权主张，劳动仲裁裁定不予受理，法院以劳动争议案件进行审理，法院对包括工资在内等各项损失都进行了审查。第三类是以劳动合同纠纷为案由提出违法解除或者同工同酬请求，如案例 11 中请求违法解除劳动合同的继续履行，案例 12，案例 13 中请求违法解除劳动合同的赔偿金；第四类是以劳动合同纠纷为案提出双重请求，既主张违法解除或者同工同酬，又主张侵犯平等就业权，如案例 14，

案例 15, 案例 16, 案例 17。第四种类型又可以具体分为两种：一种是法院基于案件劳动争议性质而对侵权请求不予处理，如案例 14 中二审法院认为，一审原告要求赔偿精神损失及书面道歉的诉讼请求，属于侵权法律关系，不属于劳动争议案件处理范畴，本案不予处理；另一种是法院对违约请求和侵权请求同时进行了审理，分别进行认定。案例 15 在认定违法解除后，法院对是否构成就业歧视也进行了审查，法院认为原告要求被告公司赔偿因就业歧视违法解除劳动合同造成的精神损害赔偿金 5000 元，亦没有事实和法律依据，本院不予支持。案例 16, 案例 17 也对是否构成违法解除、是否构成就业歧视分别进行了审查。

（三）问题的提出

1、就业歧视纠纷的性质：劳动合同纠纷、人格权纠纷还是独立的纠纷类型？无论是在招录阶段还是劳动合同阶段，就业歧视纠纷既有基于劳动争议案由提起，又由基于人格侵权提出，还有先以劳动争议后转为侵权纠纷的案件。其中劳动争议纠纷案件又分为缔约过失纠纷（案例 1）、同工同酬纠纷（案例 14）、违法解除纠纷（案例 15—案例 17），人格侵权纠纷又分为一般人格权纠纷、隐私权纠纷和名誉权纠纷。实践中就业歧视的案由多样，无论是劳动者还是法院，对于就业歧视争议的性质存在争议，案例 2，案例 3 中法院最后改变纠纷性质类型而以人格权纠纷进行裁判的。因此，必须要明确就业歧视的性质，其究竟属于劳动合同纠纷、人格权纠纷还是独立的纠纷类型？

2、如何证明就业歧视：举证责任分配及抗辩事由。目前侵权领域的就业歧视纠纷都是按照侵权责任法中“谁主张谁举证”的证据规则，又原告承担举证责任，证明就业歧视行为符合侵权行为的构成要件，因而胜诉率很低。而在违法解雇诉讼中，因我国实行严格的解雇保护制度，用人单位解雇员工必须符合法定的条件，举证证明其解雇行为符合法定的条件，如果用人单位举证不能，则承担败诉的风险。因而，劳动者在违法解雇纠纷中的胜诉率较高，在某种意义上替代性地起到反就业歧视的效果。但是这种间接的促进作用毕竟不是反就业歧视制度本身。反就业歧视法应当通过制度完善，实行合理的举证责任分配制度和抗辩事由，更好地保护就业歧视受害者的合法权益。

3、法律责任如何承担：录用或复职能否成为独立的法律责任形式？就业机会能否纳入到损害赔偿的客体范围？损害赔偿实行法定、补偿还是惩罚？

《劳动法》、《就业促进法》对于就业歧视都没有规定具体的法律责任制度。是否要增设强制缔约责任？案例 1, 案例 2 中劳动者都提出了强制缔约请求，目前法院基本上都没有支持强制缔约。强制缔约未来能否成为一项独立的法律责任类型？就业机会能否纳入到赔偿范围？经济赔偿实行补偿、法定、还是惩罚制呢？

4、就业歧视侵权责任与劳动合同责任的竞合：法条竞合、请求权竞合还是请求权聚合？案例 14—案例 17 都涉及到就业歧视侵权责任与劳动合同责任的竞合，当用人单位同一就业歧视同时构成就业歧视侵权责任和劳动合同责任两个构成要件时，这是法条竞合、请求权竞合还是请求权聚合？当事人能否在同一诉中请求这两种法律责任？当事人能否获得双重赔付？

二、就业歧视争议：劳动合同纠纷、人格权

纠纷还是独立的纠纷类型

（一）我国当前制度实践及其问题分析

1、我国当前制度实践

就业歧视纠纷的性质是司法实施首先需要解决的问题，它指引并决定着这类纠纷通过哪种途径解决以及如何解决。《劳动法》和《就业促进法》都进行了确权和禁行：明确劳动者的平等就业权，从而确定了就业歧视行为在法律属性上属于侵权行为；《就业促进法》第三章“公平就业”专章禁止就业歧视，明确禁止种族、民族、宗教信仰、性别、残疾人、传染病病原携带者、农村劳动者等七种就业歧视。《就业促进法》第 62 条规定了诉讼实施机制，至于以何种案由进入司法途径，法律则没有明文规定，最高人民法院《民事案件案由规定》也未明确规定“就业歧视纠纷”这一案由，由此导致实践中就业歧视纠纷以各种形式出现。正如前面典型案例所体现的，目前司法实践中就业歧视案件分为劳动争议案件和人格侵权争议案件，而以人格侵权纠纷为主，案例 2 和案例 3 先是基于劳动争议但被法院改为人格侵权争议。

2、问题分析

我国当前人格侵权和劳动争议并行的双轨现状无法使反就业歧视法律制度得到良好实施。首先，无论是以人格侵权还是劳动争议的名义，这些诉讼严格意义上都不是真正的就业歧视诉讼。因为这些诉讼不是以就业歧视的名义提起，没有按照就业歧视的构成要件和举证责任予以认定，尚未体现反就业歧视法的法律

责任制度。其次，两者的割裂无法使就业歧视受害者得到完整的利益保护。就业歧视是一个综合性的既包含精神损害又包含物质损害的纠纷类型，现行的人格侵权和劳动争议都侧重于保护其中某一方面的法益，人格侵权侧重于保护劳动者的人身利益，劳动争议侧重于保护劳动者的物质利益。正如前面典型案例所反映出来的，如果单纯提起侵权之诉，则工资损失、要求录用或者复职等因属于劳动争议需要另行起诉，如果单纯提起劳动争议，则精神损害赔偿因属于侵权请求而不予审查。因此，我们需要在理论上明确反就业歧视法的性质，在立法上确立其保护法益，从而使就业歧视纠纷能够以合适的途径进入诉讼程序。

（二）反就业歧视法的性质

1、反就业歧视法属于以保护他人利益为目的的行为法

毫无疑问，就业歧视侵犯了劳动者的平等就业权。平等就业权虽然以权利命名，但其不同于传统民法中的诸如人身权、财产权、知识产权这些法定权利类型，其实质上属于一种法益。反就业歧视法实质上属于行为法，而不是财产法，反就业歧视法既没有授权性规范设定法定权利的类型，也无法定的公示制度宣示具体的具体样态和确切内容，更没有社会交互性异议机制，使相关利益人参与对抗性的权利论证之中。由此，反就业歧视法对某种利益提供保护，并不意味着其就某种利益设定了法定的权利。反就业歧视法作为行为法，按照义务规则的逻辑，采取一种消极的、防御式的方式，通过划定他人的不作为义务，来界定利益受保护之人免于受侵犯的“权利”空间。在很大程度上，其保护的法益是通过明确他人负有的消极不作为的义务来投射和彰显的。法益保护的关键不在于“行”，而在于“禁”的问题。⁷⁵⁹权利和法益的法律属性不同，通常认为，权利兼具积极行使和消极禁止，法益则只有消极行使。⁷⁶⁰反就业歧视法所保护的法益，无法积极行使，只能消极防卫。当前法学界已经有学者认识到反歧视法的法益保护属性，平等就业权定为一种抽象的、概括的、原则性的法益而非具体的权利。⁷⁶¹由此可知，反就业歧视法属于以保护他人利益为目的的行为法。

2、反就业歧视法所保护的法益具有三位一体性

反就业歧视法所保护的法益是三位一体的利益集合，即人格尊严、工作机会

759 谢晓尧：《在经验与制度之间：不正当竞争司法案例类型化研究》，法律出版社2010年版，第159页。

760 芮沐：《民法法律行为理论之全部》（民总债合编），中国政法大学出版社2003年版，第2页。

761 谢根成：《论反就业歧视的民事救济权利》，载《河南师范大学学报》（哲学社会科学版）2011年第9期，第98页。

和财产损失。平等就业权是指公民就业机会平等，不因与劳动素质和能力无关的个人身体特征和社会特征而受歧视。就业歧视行为侵害了三种利益：其一是内在尊严的损害，这是一种非财产性损害。人的尊严是固有的，是不可剥夺的，所有的人人在尊严上是平等的。其二是均等机会的丧失。在现代社会，就业本身就是一种机会和资源。不管是故意的直接歧视还是非故意的间接歧视，最终都会导致社会和经济上的不平等，因为它拒绝了个人应获得物质利益的就业机会。歧视的本质在于它不平等地分配个人的选择机会。⁷⁶²依据宪法及相关劳动法律规定，公民皆有平等就业权，平等就业权实质就是就业机会均等，所有凡是愿意工作的人，不因与劳动素质和能力无关的个人特质或社会特质而皆有同等就业的机会。20世纪中期以来的“权利扩展”更多的是以群体权利、而不是以个人权利的方式进行的。许多的新权利早已超越了传统的民权，而与经济利益和工作机会的分配、个人生活的品质、个人的自由程度和个人对幸福的追求等密切联系在一起，对它们的争取实际上是对利益和资源的争取。⁷⁶³三是物质利益损害，包括直接财产利益的损害和信赖利益的损失。在就业歧视中，信赖利益的损失一般包括缔约费用，如邮电费用和赴订约地等合理费用，和准备履行所支出的费用，以及受害人支出上述费用所失的利息。⁷⁶⁴

（三）发达国家或地区的制度模式

1、劳动法院或就业法庭处理的劳动争议模式。德国、英国、法国由专门的劳动法院或就业法庭处理就业歧视争议。德国在2006年《一般平等待遇法》颁布实施之后，各级劳动法院获得了就业歧视的司法审查权，按照德国《劳动法院法》第2条的规定，劳动者和雇主之间就建立劳动关系的协商及劳动关系的后续效力而发生的争议，例如求职者根据《一般平等对待法》第15条第2款诉请损害赔偿。⁷⁶⁵英国根据1996年《就业法庭法》设立了专门的就业法庭和就业上诉法庭，受害人在平等及人权委员会无法获得救济时就可以向就业法庭提起诉讼。就业法庭在开庭时，由一名主席和2名陪审员组成。主席必须有7年的开庭律师经验或具有法官资格，大部分是由地方法官担任。而陪审员必须有产业经历或

762 李薇薇：《反歧视法原理》，法律出版社2012年版，第85-87页。

763 王希：《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》（增订版），北京大学出版社2014年版，第26页。

764 谢根成：《论反就业歧视的民事救济权利》，载《河南师范大学学报》（哲学社会科学版）2011年第9期，第99页。

765 【德】雷蒙德·瓦尔特曼：《德国劳动法》，沈建峰译，法律出版社2014年版，第632页。

商业经历，由雇员组织或职工组织提名担任。⁷⁶⁶法国专门设置了劳动法院审理劳动争议。遭受就业年龄歧视的劳动者可直接诉至法院寻求救济，劳动法院对年龄歧视案件具有专属管辖权。审理劳动纠纷时由2名劳动者身份的兼职法官与2名雇主身份的兼职法官组成合议庭进行审理，评议时无法获得多数意见的，则由普通民事法院的一名职业法官组织原审判庭再次进行审理。⁷⁶⁷

2、普通法院处理的民事争议模式。美国、日本、韩国、中国台湾地区等实行侵权争议模式。这具体分为两种模式：一种是先行政后司法的模式。美国联邦反就业歧视法采用综合实施模式。雇员如果认为其遭受非法歧视，可以向平等就业机会委员会（EEOC）提出申诉，平等就业机会委员会有权调查，并通过和解、调解等途径协商处理。如果不能协商处理，平等就业机会委员会可以自己的名义代表指控方向法院起诉。大多数时候，平等就业机会委员会是给指控方一封可以起诉的信函，指控方可以向法院提起诉讼。⁷⁶⁸二是行政司法并行模式。韩国没有设置专门的劳动法院，对于就业歧视等引发的纠纷如果寻求司法救济，则可以直接向普通的民事法院提起民事诉讼。⁷⁶⁹中国台湾地区的就业歧视诉讼实行民事侵权模式。遭受就业歧视的雇员或者求职者可以不经行政申诉程序，直接向地方法院起诉寻求救济，请求确认雇主构成就业歧视，并给予雇员或求职者相应的损害赔偿，或要求给付薪资，恢复雇佣关系等，此类为民事案件。⁷⁷⁰

（四）学界观点

1、侵权纠纷

（1）人格侵权说。有学者认为侵犯平等就业权实际上是对公民人格尊严的侵犯，主张在“人格权纠纷”项下新设一类案由“平等就业权纠纷”。⁷⁷¹就业权是人格权的一种，在未来的《人格权法》中通过完善一般人格权和特殊人格权来实现就业歧视中人格权保护的形式正义与实质正义。⁷⁷²

（2）独立的侵权纠纷说。有学者基于就业歧视案件的性质比较复杂，建议未来最高人民法院明确增加就业歧视纠纷为新的民事案由。就业歧视一方面具有

766 饶志静：《英国反就业歧视制度及实践研究》，载《河北法学》2008年第11期，第68页。

767 陶建国：《法国禁止就业年龄歧视之对策及权利救济》，载《保定学院学报》2013年第6期，第38-39页。

768 Richard A•Bales, Jeffrey M•Hirsch, Paul M•Secunda, *Understanding Employment Law*, LexisNexis, 2007, pp.26.

769 陶建国：《韩国禁止就业年龄歧视的立法及权利救济机制分析》，载《商丘师范学院学报》2008年第11期，第94页。

770 刘小楠：《港台地区性别平等立法及案例研究》，法律出版社2013年版，第51页。

771 曹俊金：《平等就业权司法救济实证研究》，载《中国劳动》2014年第5期，第5页。

772 黄荣飞：《论就业歧视中的人格权保护》，载《厦门特区党校学报》2014年第5期，第70页。

劳动争议纠纷的特点：就业歧视发生在用人单位招用人员过程中即缔约阶段，侵犯的是劳动法规定的平等就业权，法律依据是《劳动法》、《就业促进法》等劳动法律法规；另一方面，就业歧视也具有侵犯人格权纠纷的性质：就业歧视侵犯了劳动者以人格平等、人格尊严为主要内容的一般人格权，适用赔礼道歉、赔偿经济损失和赔偿精神损失等法律责任形式的法律依据是《民法通则》、《侵权责任法》等民事法律。因此，简单地将就业歧视案件归入劳动争议纠纷或侵犯人格权纠纷，均不能全面反映该法律关系的本质。⁷⁷³按照行政机制与司法机制的关系划分，独立的侵权纠纷又可以分为两种：一种是行政前置的侵权纠纷。蔡定剑教授《反就业歧视法专家建议稿》采用行政裁决前置主义，根据《反就业歧视法专家建议稿》第48条的规定，平等机会委员会的受理程序是法院受理歧视争议案件的前置程序，平等委员会的裁决与劳动争议仲裁的性质相似，都不能直接发生法律效力，当事人不服可以向法院提起民事诉讼。如果当事人在收到裁决书之日起15日内没有向法院起诉的，裁决书发生法律效力。⁷⁷⁴第二种是非行政前置的侵权纠纷。周伟教授《中华人民共和国反歧视法（草案）》学术建议稿第七十二条规定：“公民认为用人单位、教育机构或公共服务机构对其实施歧视行为的，除本法有明确规定外，向行为发生地所在的县级以上平等机会委员会申诉或者向人民法院提起诉讼。”⁷⁷⁵

2、劳动争议的独立类型

有学者主张重构劳动争议概念，把就业歧视争议纳入劳动争议范围。劳动法调整对象包括“与劳动关系有密切联系的其他社会关系”，其中包括劳动关系建立的前提条件和劳动关系结束后的必然结果，把就业歧视争议纳入劳动争议范畴，当属情理之中。⁷⁷⁶

3、缔约过失合同纠纷

有学者主张对就业歧视行为引入缔约过失责任，劳动合同缔约过失的赔偿责任范围可以包括：订立劳动合同所支出的费用，如交通费、通讯费、考试费、考察费、餐饮住宿费等；就准备履行或履行劳动合同所支付的必要费用，如辞去原

773 林嘉、杨飞：《论劳动者受到就业歧视的司法救济》，载《政治与法律》2013年第4期，第6—7页。

774 中国政法大学宪政研究所：《反就业歧视法专家建议稿》，载蔡定剑、刘小楠主编：《反就业歧视法专家建议稿及海外经验》，社会科学文献出版社2010年版，第10—21页。

775 周伟：《中华人民共和国反歧视法学术建议稿》，载《河北法学》2007年第3期，第11—16页。

776 李雄、刘山川：《我国制定〈反就业歧视法〉的若干问题研究》，载《清华法学》2010年第5期，第36页。

工作遭受的损失等；诉讼费用等。⁷⁷⁷将缔约过失责任引入劳动法中，如果劳动合同没有缔结成功而一方又存在过错，过错方应承担缔约过失责任。从反就业歧视来看，在缔约过程中，劳动者付出了缔约成本，如果用人单位因为歧视而拒绝与劳动者签约，应承担缔约过失责任。⁷⁷⁸

（五）我国就业歧视争议应当属于劳动法领域的侵权纠纷

1、就业歧视纠纷应属于特殊侵权纠纷

就业歧视纠纷的解决方式取决于就业歧视的性质。由前述就业歧视的性质可知，反就业歧视法属于保护他人利益为目的的行为法，反就业歧视法所保护的是三位一体的法益，即人格尊严、工作机会和财产损失三位一体的利益集合。反就业歧视法属于以保护他人利益为目的的法律，违反以保护他人利益为目的的法律，这样的违法行为属于特殊的侵权行为。这样，反就业歧视法就与民法中的侵权责任法相对接。我国《侵权责任法》第5条对此有规定，其他法律对侵权责任另有特别规定的，依照其规定。既然就业歧视属于侵权行为，那么其不宜作为劳动合同的缔约过失纠纷。此外，劳动合同缔约过失纠纷仅限于信赖利益的保护，该信赖利益只是将为缔结契约所支出之费用，如邮电费用，予以偿还。这并非是明显的制裁，对雇主并不会造成警惕的效果。因此，如果作为劳动合同缔约过失纠纷，则一方面劳动者不能获得完整的救济，另一方面对于雇主来说赔偿责任太小，无法遏制此类行为的再次发生。

反就业歧视法所保护的是三位一体的法益，即人格尊严、工作机会和财产损失的利益集合。因此，人格尊严只是其中的一个部分，就业歧视纠纷不宜单纯作为一般人格权纠纷。此外，依据人格侵权行为的构成要求，人格法益遭受侵害，必须其雇主有故意或过失侵害之行为，而该行为严重地违反法律，并侵害到受害人之人格发展，衡量该行为过失之程度、行为种类、伤害之严重程度及行为之动机，必须有补偿之必要，且受害者依其他方式，无法获得救济时，始得请求人格法益遭受损害之损害赔偿。⁷⁷⁹就业歧视与一般的侵权行为不同，有时候很难证明雇主存在故意或是过失。因此，单纯适用人格侵权，一方面劳动者难以获得救济，另一方面也得不到完满的救济，只能获得其中的部分救济，对于就业机会的损害

777 冯祥武：《反就业歧视法基础理论问题研究》，中国法制出版社2012年，第266—267页。

778 李维、刘山川：《我国制定〈反就业歧视法〉的若干问题研究》，载《清华法学》2010年第5期，第37页。

779 焦兴凯、刘志鹏等：《劳动基准法释义——施行二十周年之回顾与展望》，新学林出版股份有限公司2009年版，第457页。

和信赖利益的损害可能无法获得赔偿。

2、就业歧视行为应当属于劳动法领域的特殊侵权行为

首先，就业歧视侵害的是劳动者的平等就业权，平等就业权是劳动法上规定的劳动者的权利，而不是《侵权责任法》第2条规定的传统民法上的民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。既然就业歧视侵害的是劳动法上的权利，就应当适用劳动法的争议处理程序。但是现行法只将劳动争议界定为存在劳动关系基础上发生的权利争议，因而就业歧视争议不是劳动争议，只好争取将其确定为具有独立案由的侵权纠纷。

其次，我国应当借鉴德国、英国、法国等国家的制度经验，组建专业化的劳动法院，将所有与劳动就业有关的争议都纳入到劳动法院的管辖范围，实行或裁或审制，由当事人自愿选择。其实劳动争议本质上也是一种私人之间的民事争议，只是我国劳动法设置了专门的劳动争议仲裁程序，实行先裁后审的制度。劳动仲裁和商事仲裁都适用《仲裁法》，当事人达成仲裁协议的，仲裁裁决具有法律效力。德国劳动法院在司法程序方面具有普通民事法院不可比拟的专业性，例如合议庭由职业法官和来自劳资双方的名誉法官共同组成，劳动诉讼是独立的救济程序等等，这些程序制度的设计体现了劳动诉讼倾斜保护劳动者权益的基本原则。

780

再次，我国反就业歧视法应实行行政裁决与民事侵权并行的制度模式。我们认为应当在反就业歧视法中建立行政裁决制度，行政裁决有利于发挥公私合作的效果，有助于彻底化解歧视纠纷。对于行政裁决与民事诉讼机制，我们建议采用选择主义，由当事人自己选择。这样一方面也没有限制司法权对此类案件的管辖，体现了行政权与司法权的分工合作，另一方面赋予当事人选择权，能够适应不同的情况，由当事人根据自身情况进行判断。

最后，我国就业歧视诉讼正沿着人格侵权——雇佣合同纠纷——劳动争议的演进轨道迈进，德国就业歧视诉讼也经历了一般人格侵权——缔约过失责任——劳动争议的演变路径，这给我们提供了类似的制度经验。德国就业歧视最开始也

780 姜宇：《德国反就业歧视的法律规制研究》，载《德国研究》2014年第4期，第44页。

是基于“人格法益”遭受侵害提起诉讼，雇主无正当事由而肆意拒绝特定性别之求职者时，德国实务上以为该项特定性别之歧视侵害了一般人格权，而肯定求职者非财产之损害赔偿请求权。一般人格权包含了个人之人类尊严受到尊重及个别人格发展之权利。⁷⁸¹然而，事实上雇主有因性别或性倾向因素而对受雇者有不利之差别待遇时，是否已构成人格法益遭受侵害，于德国实务上之见解亦有争论。德国遂舍弃一般侵权行为之请求方式，而于民法第 611a 中给予违反差别待遇禁止之法律效果。基于 611a 所提出的是缔约过失之诉，至于其得请求损害赔偿之范围，并不限于德国民法 611a 条第 2 项之信赖利益，因信赖利益只是将为缔结契约所支出之费用，如邮电费用，予以偿还，严格言之，并非是明显的制裁，对雇主并不会造成警惕的效果。为此，实务上系依据民法第 823 条第 1 项及第 847 条处以雇主精神上之损害赔偿，以求损害与赔偿间有一适当的比例存在。至于损害赔偿之额度，实务上是以一个月之薪资为准，但仍有可能较此为高或为低。⁷⁸³2006 年德国《一般平等待遇法》颁布实施之后，各级劳动法院获得了就业歧视的司法审查权，就业歧视纠纷属于劳动争议。

三、就业歧视如何认定：举证责任分配及抗辩事由

（一）当前制度实践及问题

1、制度实践

现行法律是将就业歧视的行为视为普通的民事侵权行为，适用“谁主张谁举证”的民事诉讼规则。实践中法院也是按照侵权行为的四要件来判断是否构成侵权，例如案例 9 中法院认为，侵害平等就业权损害赔偿责任，必须同时满足以下要件：一是平等就业权受到损害；二是实施侵害平等就业权的违法行为；三是主观上存在过错；四是违法行为与平等就业权受损之间存在因果关系。在这四个构成要件中，无论是主观过错还是因果关系都是由原告承担举证责任。有学者通过实证的方式发现压倒多数的法院要求提供用人单位过错的直接证据，尤其是歧视性言词的记录，这对原告来说越发困难。⁷⁸⁴案例 2 中法院认为，本案用人单位在公布招聘个性化条件时，原告尚未出现，被告在时间上无法对原告一般人格权形成侵权的主观故意，不存在过错。案例 3 中法院认为，原告的体检报告虽显

781 杨通轩：《就业安全法理论与实务》，五南图书出版公司 2012 年版，第 195—197 页。

783 杨通轩：《就业安全法理论与实务》，五南图书出版公司 2012 年版，第 195—197 页。

784 阎天：《川上行舟——平权改革与法治变迁》，清华大学出版社 2016 年，第 21 页。

示原告为乙肝病毒携带者，但原告提供的证据尚不足以证明被告以乙肝病毒携带者为由拒绝录用原告，被告并未侵犯原告的平等就业权。案例7中法院认为，被告出于善意，未安排工作。被告不存在侮辱或者诽谤原告的口头形式，也无歧视性语言。

2、问题分析

具体来说，按照普通侵权行为理解的就业歧视诉讼存在的主要问题表现在：其一，“谁主张谁举证”的举证规则对劳动者极为不利。“谁主张谁举证”的举证规则不符合反就业歧视法的性质，反就业歧视法属于反面禁止的行为法，而不是正面确权的财产法和人格权法。反就业歧视法关注的焦点在于行为人的行为是否具有正当性，是否符合法律的规定，因而不能将人身权、物权、知识产权这些法律正面确权的举证规则搬进就业歧视诉讼当中。否则，按照“谁主张谁举证”的举证规则，《劳动法》和《就业促进法》中规定的平等就业权将很容易成为华丽的摆设。⁷⁸⁵其二，现行法律没有规定抗辩事由。由于没有规定抗辩事由，实践中用人单位申辩的重点集中在自己的行为不符合侵权责任的四个构成要件，而不是在行为的正当性和合理性上。其三，现行法律只适用于直接歧视，而没有涉及到间接歧视。如果借鉴发达国家或地区的制度经验，将间接歧视纳入到反就业歧视法律规制的范围，则如何处理直接歧视和间接歧视的具体规定和举证责任，是分别规定还是合并规定？鉴于我国目前就业歧视还没有举证责任转移制度以及抗辩制度的具体规定，我们可以借鉴发达国家或地区的制度经验，从中寻找解决问题的办法，建构适合我国的制度模式。

（二）直接歧视的举证责任及抗辩事由

1、直接歧视的举证责任

反歧视法包含两种理论：直接歧视和间接歧视。直接歧视也称为故意的歧视，是指基于法律所禁止的理由在相同情况下给予差别待遇。直接歧视案件的关键是证明雇主具有歧视动机或意图。⁷⁸⁶如何证明直接歧视呢？有学者将美国称为“主观主义模式”，英国属于“客观主义模式”。⁷⁸⁷事实上，英美两国在直接歧视构成的主观要件上并没有实质性的差异，两国的司法机关在认定直接歧视上，基本上

785 曹俊金：《平等就业权司法救济实证研究》，载《中国劳动》2014年第5期，第5页。

786 David P. Twomey, *Labor and employment law—text and cases*(fourteenth edition), South-Western, 2010, pp.394—395.

787 谢增毅：《英美两国就业歧视构成要件比较——兼论反就业歧视法发展趋势及我国的立法选择》，载《中外法学》2008年第4期，第615—618页。

使用了相同的方法，即通过行为推定歧视的主观动机。英国和美国在认定直接歧视的方法和举证责任方面基本趋于一致。⁷⁸⁸无论是美国的主观要件说，还是欧洲诸国的主观不要件说，本质上都是一种“联系说”，而法定的歧视对象特征与歧视行为间的联系总是不易证明的，对于美国，在直接证据极少的情况下，间接证据成为证明直接歧视动机的主要路径，而这一路径和欧洲诸国高度重合，以至二者在实践上并无显著差异。⁷⁸⁹

因此，各国或地区对于直接歧视的认定标准具有一致性，都采用主观客观化的认定方法，通过客观行为来认定主观动机。证明行为人的动机有直接证据与间接证据，没有任何雇主愿意承认他具有歧视的故意，大多数情况下原告只能获得间接证据。1972年的美国 *McDonnell Douglas Corp. V. Green* 案中确立了被称为 *McDonnell Douglas* 模式的直接歧视证据规则，该规则适用三步程序：第一步，原告必须要按照 *McDonnell Douglas* 中确立的要素来提供证明其遭受了差别待遇，由此被告的行为可以被初步推定为构成了表面歧视。第二步，如果原告的举证成立，被告须举证证明其行为具有合法的无歧视的理由。第三步，原告举证反驳被告声称的理由仅仅只是托词。⁷⁹⁰由此，直接歧视实行举证责任转移制度，先由原告举证证明存在不利的差别待遇，由此推定存在表面的歧视，在此基础上由被告举证证明其行为具有合法的理由，符合法定的抗辩事由，最后由原告反驳被告的理由只是托词。

2、直接歧视的抗辩事由：真实职业资格和法定的保护性措施

在求职者或受雇人提出直接歧视的主张之后，雇主可藉由提出正当职业资格 (*bona fide occupational qualification*, 简称 *BFOQ*) 的合法抗辩来正当化其具有就业歧视效果的雇用措施。各国的反歧视法都规定了正当职业资格的抗辩事由。美国《民权法案》第七章 2000e-2 款规定，虽然雇主的就业决策是建立在个人的宗教、性别或者民族等个人特征的基础上，只要这些因素是禁行此种交易或商业所必需的真实的职业资格，则此种实践就不是非法的。真实职业资格必须具备下列要件：其一是工作实质要件。为满足真实职业资格，雇主必须证明其拒绝雇用的求职者或受到差别待遇之受雇人无法安全且有效率地执行该项工作。其二

788 李薇薇：《反歧视法原理》，法律出版社2012年版，第181-182页。

789 阎天：《就业歧视界定新论》，载姜明安主编：《行政法论丛》第11卷，法律出版社2008年版，第282页。

790 David P. Twomey. *Labor and employment law—text and cases*(fourteenth edition), South-Western,2010,pp.394-395.

是“全部或几乎全部”要件。在主张真实职业资格时，雇主必须证明“全部或几乎全部” (all or substantially all) 被排除雇用之特定群体的求职者或受到差别待遇之受雇人无法执行该工作的主要功能 (essential function)。其三是合理需要要素。真实职业资格对雇主事业的正常营运必须是合理需要的，因此，若雇主可以找到一个合理的替代方案 (reasonable alternative) 来取代拒绝雇用某特定群体的求职者或给予特定群体受雇人差别待遇之雇用措施时，雇主即不能主张真实职业资格。⁷⁹¹

雇主基于对特定群体的保护目的所采用之具有就业歧视效果的雇用措施不能作为一种真实职业资格，因为雇主欲保护某特定群体（如女性）的目的与女性能否安全且有效率地执行该项工作无关。例如，从事矿业、营造业或货运业之雇主因其所提供的工作系肮脏、危险或艰辛的，为了保护女性之安全而拒绝雇用女性并不能构成所谓的真实职业资格。⁷⁹²但是这种雇主的保护性措施如果符合法律的要求，则不构成就业歧视。我国《劳动法》明确规定女性禁忌的劳动和不能从事的某些职业，如果用人单位基于劳动法上的法定特殊保护措施而实施的不利待遇则不构成就业歧视。

（三）间接歧视的举证责任及抗辩事由

1、间接歧视的举证责任

间接歧视最早建立于 1971 年的美国的 Griggs v. Duke Power Co. 案件，美国联邦最高法院在该案中指出：国会立法“不但禁止公然的歧视，而且禁止那些形式公平而实施具有歧视性的实践”。⁷⁹³1991 年美国《民权法案》将间接歧视制度纳入其中。该制度后为英美法系国家所效仿。间接歧视基于实质平等的理念，挑战那些在某一社会被认为自然而然的、普遍接受的传统规则和实践，而这些规则和实践从表面上看是中性的、对每个人普遍适用的、没有明显偏见和敌意的，但它们却产生了加重或排斥弱势群体的不利后果。间接歧视并不要求具备歧视的主观故意。⁷⁹⁴

美国 1991 年《民权法案》第 105 条将阐释于 Griggs 案中的营运必要性和工作相关性成文化，实行举证责任转移制度，该种制度可以归纳为：（1）原告必须

791 郑津津：《美国就业歧视法之研究——兼论我国相关法制应有之发展》，载反歧视法律资源网，<http://www.fanqishi.com/detail.asp?ID=290>，访问时间：2016 年 5 月 26 日。

792 郑津津：《美国就业歧视法之研究——兼论我国相关法制应有之发展》，载反歧视法律资源网，<http://www.fanqishi.com/detail.asp?ID=290>，访问时间：2016 年 5 月 26 日。

793 阎天译：《格瑞格斯诉杜克电力公司案 (Griggs v. Duke Power Co.)》，载张翔主编：《宪政与行政法评论》（第七卷），中国人民大学出版社 2014 年版，第 221 页。

794 李薇薇：《反歧视法原理》，法律出版社 2012 年版，第 71-72 页。

通过相关的统计数据比较证明雇主的表面中立的就业行为导致了在雇佣和提升雇员时的不利的差别影响。(2) 被告然后证明特定的就业行为不会造成不利的差别影响或者 (3) 证明该行为与争议中的职位是具有工作关联性并于营运必要性相一致。⁷⁹⁵实践中, 法院一般按照下列三个步骤判断和分析是否构成间接歧视: 第一, 原告证明初步确立歧视。原告必须证明某一表面中性的就业规定对其产生了歧视性的后果或影响; 第二, 被告举证证明商业需要。一旦原告证明了不利影响, 雇主有两种方式可以为自己辩护, 一是通过证据或者法律论证反驳原告的差别影响的初步事实, 二是证明受到质疑的就业实践虽然带来了差别影响, 但它具有商业上的必要性。第三, 原告举证证明存在可以替代的就业实践而雇主拒绝采用。⁷⁹⁶

2、间接歧视的抗辩事由: 合理的必要商业需要

当雇主诚信地采用中性的选择措施(neutral selection devices), 而此种方式会对就业歧视法律所保护之特定群体的求职人的就业机会造成负面影响时, 雇主必须证明该中性的选择措施对其事业的营运系“合理必要”(reasonably necessary)的, 否则不论雇主采用此种雇用措施的动机为何, 皆会构成就业歧视。“合理必要”是美国最高法院在 Griggs 案件中确立的, 同时也符合美国《民权法》的规定。“必要”的就业标准主要看或完全看受到质疑的就业实践与履行的工作之间是否存在明显的关系。⁷⁹⁷雇主在主张营运需要抗辩时, 其所采用的雇用措施并未将就业歧视法律所保护特定群体之求职人或受雇人全部排除, 而只是对该特定群体的求职人或受雇人产生负面影响, 因此, 雇主只须证明其所采用的雇用措施与该工作的有效执行有显著的关系(manifest relationship)即可。⁷⁹⁸

(四) 应当统一就业歧视的举证责任和抗辩事由

1、应当统一规定直接歧视和间接歧视

首先, 直接歧视和间接歧视的分类只是一种理论抽象, 两者本质上都是不合理的差别待遇。直接歧视和间接歧视背后的原理都是一致的, 都是基于法律禁止的因素做出了就业决策行为, 只不过直接歧视有意识地直接将法律禁止的因素纳入决策行为, 间接歧视通过表面无歧视的措施间接地将法律禁止的因素纳入决策

795 David P. Twomey, Labor and employment law—text and cases(fourteenth edition), South-Western, 2010, pp.468.

796 李薇薇《反歧视法原理》, 法律出版社 2012 年版, 第 191 页。

797 李薇薇《反歧视法原理》, 法律出版社 2012 年版, 第 200 页。

798 郑津津:《美国就业歧视法制之研究——兼论我国相关法制应有之发展》, 载反歧视法律资源网, <http://www.fanqishi.com/detail.asp?ID=290>, 访问时间: 2016 年 5 月 26 日。

行为。如果取消直接歧视的主观要件，甚至可以将直接歧视归并到间接歧视之中：只要受害者所在群体承受了比其他群体更为不利的影响，不论这种影响是来自表面中立的用人决策（间接歧视），还是来自表面不中立的决策（直接歧视），雇主都要承担证明决策正当性的责任。⁷⁹⁹既然如此，“还应该维持直接歧视与间接歧视之间的区别吗？”⁸⁰⁰

其次，直接歧视和间接歧视可以统一规定。直接歧视和间接歧视的差别在于前者是存在差别待遇的主观目的，后者产生差别待遇的客观结果，这个差别可以在同一个条文中进行统一规定。国际公约的相关规定给我们提供了可供借鉴的定义模式。1958年《就业和职业歧视公约》、1960年《取缔教育歧视公约》、1965年《消除一切形式种族歧视国际公约》、1979年《消除对妇女一切形式歧视公约》、2006年《残疾人权利公约》都在一个条文中规定了歧视的概念，都将就业歧视界定为基于法定的禁止因素所做的任何排除、限制或优惠，其目的或效果为取消或者损害就业机会平等或待遇平等。

2、应当建立统一的举证责任制度

根据上文的分析，无论是直接歧视还是间接歧视，两者都采取三步走的举证责任转移分配制度：第一步，原告证明差别待遇，直接歧视是证明差别对待，间接歧视是证明差别影响；第二步，被告证明其行为符合正当职业资格或者商业需要，直接歧视是证明正当职业资格，间接歧视是证明商业需要；第三步是原告反驳或者证明可替代性的就业实践，直接歧视是原告反驳被告的理由只是托词，间接歧视是原告证明存在可替代性的商业实践。因此，两者的举证责任是一致的，反就业歧视法应当建立统一的举证责任转移分配制度，由原告承担证明差别待遇的举证责任，被告承担证明差别待遇具有合法性的举证责任。

3、应当建立统一的抗辩制度

基于直接歧视和间接歧视属于理论抽象，很多时候两者之间的界限模糊，法律应当统一界定就业歧视，建立统一的抗辩制度：有下列情形之一的，即使造成差别待遇，也不构成就业歧视：一是正当职业资格的客观要求；二是用人单位合理的必要经营需要；三是法律规定的特殊保护措施；四是对特定人群给予的特殊优待措施；五是出于国家安全需要的。

799 阎天：《川上行舟——平权改革与法治变迁》，清华大学出版社 2016 年版，第 58 页。

800 【英】凯瑟琳·巴纳德：《欧盟劳动法》（第二版），付欣译，中国法制出版社 2005 年版，第 237 页。

四、法律责任怎样承担：法定赔偿、实际补偿还是惩罚性赔偿

（一）实践做法及其问题分析

1、实践做法

目前《劳动法》、《就业促进法》等并未专门规定就业歧视的法律责任，因而适用《民法通则》、《侵权责任法》中的民事责任形式。根据前文的典型案例，当事人要求承担的责任形式主要有：订立劳动合同；赔偿误工费、交通费、体检费、学历认证费等实际经济损失；赔偿工资损失；赔偿工资差额；赔偿精神损害抚慰金；赔礼道歉等。法院认定支持的主要有实际经济损失赔偿、精神损害赔偿、赔礼道歉。其中误工费的计算方法是劳动者丧失工作机会的时间乘以约定工资，如系首次就业且无约定工资，则法院一般不支持误工费。⁸⁰¹对于订立劳动合同的主张，法院都是予以驳回，例如案例 1 中二审法院虽然认定该案属于乙肝病毒携带者就业歧视，但是驳回了劳动者要求订立劳动合同的诉讼请求。对于工资损失，在侵权诉讼中法院因其属于劳动争议而不予处理，例如案例 8 中法院认为，工资请求应通过劳动争议途径予以解决。

2、问题分析

有学者将目前就业歧视这种侵权法模式的制度特征概括为“以精神损害赔偿为主要诉求的人格侵权民事诉讼”。精神损害赔偿是就业歧视案件原告的主要诉求，但是，法院判赔的金额通常只占诉求书目的很小比例，一般仅数千元。⁸⁰²此外，经济赔偿仅仅赔偿实际经济损失，实际上导致就业机会的期待法益损失并没有获得赔偿。由此需要解决的问题在于：其一，强制缔约可否成为独立的责任形式？其二，就业机会能否得到赔偿？其三，如何赔偿？实行补偿性赔偿、惩罚性赔偿还是法定赔偿？

（二）强制缔约可否成为一项独立的责任类型

1、肯定说

美国、英国等采用的是肯定说。美国 1964 年民权法第七章规定的救济措施主要是衡平性救济 (Equitable relief)，如颁布禁止令 (injunctions)、积欠工资 (back pay)、复职 (reinstatement) 及合理的律师费用 (attorney's fees) 等。在英国，若原告在就业歧视诉讼中胜诉，则可以采取三种救济方法：(1) 以命

801 林嘉、杨飞：《论劳动者受到就业歧视的司法救济》，载《政治与法律》2013 年第 4 期，第 10—11 页。

802 阎天：《川上行舟——平权改革与法治变迁》，清华大学出版社 2016 年版，第 21—23 页。

令宣告原告的权利；(2)要求被告为金钱赔偿；(3)建议被告采取特定行为，如执行复职、重新聘用等，以降低歧视的不利结果。⁸⁰³我国学界中也有很多学者主张建立强制缔约制度。⁸⁰⁴周伟教授在其建议稿第75条中主张强制缔约作为一种独立的法律责任形式。⁸⁰⁵蔡定剑教授在其建议稿第54条规定恢复原状或给予相应待遇，这里的恢复原状应当包括予以录用。⁸⁰⁶

2、否定说

德国等国采用否定说。在德国，对受歧视雇员最有效的权利救济方式是补偿请求权。这是因为在劳动关系领域，法律不可能赋予劳方以强制缔约请求权，劳资双方的态度是劳动合同之履行或继续履行的必要且充分条件，只要一方存在异议，劳动关系即宣告破裂，这也是劳动私法上缔约自由原则的要求，为维护劳动关系之稳定，劳动法只能通过金钱给付的方式对雇主形成震慑。⁸⁰⁷我国有学者也采用否定说，周洪宇教授在其建议稿中没有规定予以录用的民事责任，只能请求损害赔偿。⁸⁰⁸

3、强制缔约能够成为独立的民事责任形式

我们认为，我国反就业歧视法应当确立强制缔约责任制度，对于那些已经符合录用条件并且双方已经达成录用意向，只是因为体检或者其他途径获悉劳动者的个人特质而拒绝录用的情形，劳动者可以主张强制缔约予以录用，如果不予录用，用人单位要承担法定的赔偿金。理由在于：其一，强制缔约责任制度是对劳动者工作权的良好保障制度，能够很好地维护劳动者的就业机会权益。在现代社会，工作权极为重要，关乎人的生存和发展，这种权益必须得到保障。遭受就业歧视的劳动者其个人特质是一直存在的，如果不采用强制缔约责任制度，其工作权益无法得到保障，下一个用人单位可能会基于同样的原因而拒绝他或她，其就业就会成为很大的困难。其二，强制缔约并未违反民法上缔约自由原则，强制缔约并不是针对所有就业歧视行为，而是对于那些双方已经达成录用意向，却基于法律禁止的歧视因素拒绝录用的情形。于此情形下，用人单位的违法行为理应得

803 饶志静：《英国反就业歧视制度及实践研究》，载《河北法学》2008年第11期，第68页。

804 林嘉、杨飞：《论劳动者受到就业歧视的司法救济》，载《政治与法律》2013年第4期，第10-11页。

805 周伟：《反歧视法研究——立法、理论与案例》，法律出版社2008年版，第145页。

806 蔡定剑、刘小楠主编：《反就业歧视法专家建议稿及海外经验》，社会科学文献出版社2010年版，第21页。

807 姜宇：《德国反就业歧视的法律规制研究》，载《德国研究》2014年第4期，第42页。

808 周洪宇：《〈反就业与职业歧视法〉立法构想及建议稿》，载《武汉商业服务学院学报》2006年第2期，第9页。

到法律的否定性评价，属于无效行为，应当继续回到缔约的状态。其三，强制缔约责任制度在《劳动合同法》中已经有制度运行的先例和经验，可以得到很好的实施。《劳动合同法》第14条已经规定了无固定期限劳动合同的强制缔约制度，因而强制缔约责任有制度先例可以遵循。强制缔约责任与违法解雇的继续履行都是保障劳动者工作权益的责任形式，两者属于相同的制度类型，《劳动合同法》第48条已经确立了违法解雇的继续履行责任制度，强制缔约责任有类似制度经验可以借鉴。其四，强制缔约责任是遏制用人单位的就业歧视行为的有效措施。强制缔约责任会使用用人单位忌惮从事违法的就业歧视行为，如果用人单位不予录用则需要支付法定的赔偿金。如果没有加害行为，受害100%可以获得这一机会，则适用于复职、强制缔约，否则就对机会的丧失给予赔偿。

（三）就业机会能否得到赔偿？

1、就业机会能够成为损害赔偿客体

机会丧失能否作为赔偿客体端赖其是否符合赔偿客体之要件，根据曾世雄的观点，综观各国损害赔偿制度之不同设计，赔偿客体需具备三个要件：其一是维生上之不利益，即遭受财产上不利益或非财产上不利益；其二是表彰权利或法益受到侵害；其三是客观上确定或可得确定。⁸⁰⁹就业机会符合这三个要件，应当成为损害赔偿的客体。首先，就业机会属于期待法益，属于法律保护的赔偿客体。生活资源存在于某种假设之上，亦经纳入法律体系之规范但并不具权利要件，是为期待法益，如公平交易之机会利益、公平竞标之机会利益。⁸¹⁰其次，就业机会的丧失使劳动者遭受了财产上不利益或非财产上不利益。再次，就业机会丧失客观上可以确定。机会利益丧失具有可确定性，这里的可确定性并非机会实现本身是确定的，而是机会丧失之客观损害可以确定。⁸¹¹机会本身具有利益，机会的丧失即为损害的发生，机会丧失为一种独立的损害，可就其本身成为损害赔偿对象，损害范围的界定应转移到机会本身。具体的计算方法不一而足，主要有全部赔偿、比例赔偿、直接评估机会本身的价值等。⁸¹²

2、美国和德国的制度经验

美国民法法案采用完全赔偿（make whole）理论，就业歧视受害者有权获得

809 曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社2001年版，第39—40页。

810 曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社2001年版，第50页。

811 田郁华、樊鸿雁：《论机会丧失的损害赔偿》，载《法商研究》2005年第4期，第97页。

812 王全弟、陈爱碧：《侵权法中的机会丧失理论》，载《复旦学报》2007年第3期，第102—103页。

完全赔偿，包括复职、减去临时收入的积欠工资和福利（back pay and benefits less their interim earnings as well as front pay）、未来工资（front pay）以及合理的律师费用（attorney's fees），1991年民权法案对于故意的歧视行为增加了补偿性损害赔偿（compensatory damages）和惩罚性损害赔偿（punitive damages）。Back pay 是指如果没有雇主的违法行为，个人应该获得从违法行为之日起到法庭判决之日的工资收入。通常这个数额会扣除在此期间个人从其他雇佣活动中获得的收入。front pay 是指个人在法庭判决之日到实际找到工作之日这段时间内个人的工资损失。一个对于 front pay 更为共识性的理解是它是依据复职所给予的一种金钱赔偿，当由于原告与雇主或者雇主的其他雇员之间继续存在的敌意而使得复职救济不可行时所给予的金钱赔偿。由此，无论是 back pay 还是 front pay 是建立在 reinstatement 基础上的，back pay 是过去的工资损失，front pay 当复职不成是所造成的未来的工资损失，一般限定为最长时间为 2 年。这两者实际上都是对于机会损失的补偿。补偿性损害赔偿针对故意的直接歧视，包括建立在未来金钱损失，精神痛苦，精神折磨，不方便，享受生活的损失以及其他非金钱损失（包括未来的金钱损失和精神损失等非金钱损失），如果雇主是以恶意（malice or ill-will）来做成雇佣决定，或对被害人受联邦法律保障之权利极端漠不关心（reckless or callous indifference）而造成损害时，由于歧视之情节重大，受害人则得更进一步惩戒性之赔偿金（punitive damages）。对于性别歧视、宗教信仰歧视等非种族歧视，补偿性和惩罚性赔偿是有上限的，对于拥有雇员在 100 人以下的雇主，最高上限是 50000 美元，拥有雇员在 101 至 200 人的雇主，最高上限是 100000 美元，拥有雇员在 201 至 500 人的雇主，最高上限是 200000 美元，拥有雇员超过 500 人的雇主，最高上限是 300000 美元。

813

德国《一般平等待遇法》第 15 条规定了就业歧视的法律责任，该条的法律效果不是回复原状，而是物质性的损害赔偿——该赔偿涵盖了少得的劳动报酬，以及非财产损害的金钱赔偿。法律仅为非财产损害的金钱赔偿规定了不超过 3 个月工资这一限制。⁸¹⁴根据德国《民法典》第 252 条将所失利益也纳入到损害赔偿的范围，该条规定：“待赔偿的损害也包括所失利益。按照事物的惯常运行或

813 David P. Twomey, Labor and employment law—text and cases (fourteenth edition), South-Western, 2010, pp. 395–398.

814 【德】雷蒙德·瓦尔特曼：《德国劳动法》，沈建峰译，法律出版社 2014 年版，第 204 页。

根据特别情事，特别是根据所做准备和所采取的预防措施，能够以极大的可能性期待得到的利益，视为所失利益。”⁸¹⁵由此，所失利益的损失中包含了就业机会丧失所带来的劳动报酬的损失。

3、我国反就业歧视法应将就业机会损失纳入赔偿范围

我国尚未在法律层面确立机会丧失理论。现行侵权法的损害包括直接损害和间接损害，“我国的侵权行为理论通说认为，直接损失是指已得利益之丧失，间接损失是虽受害时尚不存在，但受害人在通常情况下如果不受侵害，必然会得到的利益。”⁸¹⁶因此，间接损失以必然性为条件，从而排除了机会损失。因此，就业机会损失不能从侵权法中获得救济，反就业歧视法应当将就业机会纳入赔偿范围。目前我国学者蔡定剑教授和周伟教授持肯定说。蔡定剑教授在其建议稿第54条规定，平等机会委员会和人民法院认定用人单位败诉的，可以裁决和判决用人单位恢复原状或给予劳动者相应的待遇；无法恢复原状或给予相应待遇的，或者受害人不愿意恢复原状或给予相应待遇的，应当根据损害的情节和程度予以赔偿；损害严重的，应当予以惩罚性赔偿。造成精神损害的，应当根据损害的情节予以精神损害赔偿。实际上对于就业机会的丧失给予赔偿。周伟教授建议稿第75条的规定，用人单位在聘用过程中对应聘者实施歧视的，应当向被聘用人员赔礼道歉、予以录用或者赔偿损失，不能聘用的支付应聘岗位三个月的工资。周伟教授实际上对就业机会的损失采用的是法定赔偿制，即3个月的岗位工资。也有学者对于就业机会丧失的赔偿额作了设计，认为赔偿数额的计算可以从实际损失的角度转换到预防侵害行为的角度，如立法可以设定以N个月份的未来工资总额作为赔偿机会利益损失的基数，而这个基数作为就业歧视的违法成本是具有威慑力的，然后在具体案件中以未来工资总额乘以法庭认定的原告成功就业概率(1/n)，来确定具体案件的赔偿数额。⁸¹⁷

(四) 如何赔偿：补偿性赔偿、惩罚性赔偿还是法定赔偿

1、补偿性赔偿模式

英国采用的是补偿性赔偿，实行实际损害赔偿制度。法庭为损害赔偿的裁定时，其赔偿金额必须与法庭所判定的伤害相当，且不限于金钱上的损失，包括精

815 《德国民法典》(第4版)，陈卫佐译注，法律出版社2015年版，第252页。

816 覃有士、晏宇桥：《论侵权的间接损失认定》，载《现代法学》2004年第4期。

817 谢根成、周颖：《论反就业歧视的民事救济权利》，载《河南师范大学学报》(哲学社会科学版)2011年第5期，第99页。

神上的损害赔偿。至于惩罚性的损害赔偿(exemplary damages), 法院认为惩罚性的损害赔偿仅在民事侵权行为案件才可为裁定, 对于违反歧视法的案件则不可为之。⁸¹⁸我国有学者也认为采用补偿模式, 认为目前我国法律明文规定惩罚型制度的可能性很小, 应当由高额行政处罚来替代惩罚性损害赔偿的威慑功能, 不失为法制完善之策。⁸¹⁹

2、惩罚性赔偿模式

美国对故意的就业歧视采用惩罚性赔偿模式。美国采用复职、积欠工资、未来工资等衡平救济制度, 对于恶意的就业歧视再加上补偿性和惩罚性赔偿制度。补偿性和惩罚性赔偿是在过去的报酬损失、未来报酬损失、律师费赔偿之外的, 原告有权获得的法律救济。补偿性赔偿是对原告所遭受的精神损害、为寻找其他就业机会所花费的费用等的赔偿, 而惩罚性赔偿则不是依据原告的经济损失确定的。我国较多的学者主张惩罚性赔偿制度。谢增毅主张, 雇主实施歧视行为具有故意时应加重其责任, 增加对受害人的救济力度, 赔偿金额度可以包括精神损害赔偿或者惩罚性赔偿。当雇主缺乏故意时, 以补偿受害人实际经济损失为主。⁸²⁰林嘉、杨飞主张, 在缔约过程中, 劳动者对建立劳动关系已形成合理信赖, 而用人单位故意实施就业歧视行为的, 劳动者可以“二选一”: 劳动者可选择请求建立劳动关系即强制缔约, 亦可选择主张惩罚性赔偿责任; 用人单位亦是“二选一”: 用人单位可以选择建立劳动关系而免于支付惩罚性赔偿, 如不选择建立劳动关系则应当承担惩罚性赔偿责任, 以有效遏制违法行为和保护受害的劳动者。

⁸²¹

3、法定赔偿模式

德国采用法定赔偿模式。德国《一般平等待遇法》第15条规定了就业歧视的法律责任, 对于就业歧视所造成的物质性的损害赔偿采用实际损害赔偿, 对于非财产损害的金钱赔偿。法律规定了不超过3个月工资这一限制。⁸²²周伟教授主张法定赔偿责任制, 在其《反就业歧视法》(专家意见稿)第七十五条规定: “用人单位在聘用程序对应聘者实施歧视的, 应当向被聘用人员赔礼道歉、予以录用

⁸¹⁸ 饶志静:《英国反就业歧视制度及实践研究》,载《河北法学》2008年第11期,第68页。

⁸¹⁹ 阎天:《重思中国反就业歧视法的当代兴起》,载《中外法学》2012年第3期,第574页。

⁸²⁰ 谢增毅:《美英两国就业歧视构成要件比较研究——兼论反就业歧视法发展趋势及我国立法选择》,载《中外法学》2008年第4期,第629页。

⁸²¹ 林嘉、杨飞:《论劳动者受到就业歧视的司法救济》,载《政治与法律》2013年第4期,第10—11页。

⁸²² 【德】雷蒙德·瓦尔特曼:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社2014年版,第204页。

或者赔偿损失，不能聘用的支付应聘岗位三个月的工资”。

4、我国反就业歧视法应当兼采补偿性赔偿、法定赔偿和惩罚性赔偿

我国反就业歧视法应当根据其所保护的三个法益来具体设置赔偿责任制度，不同的法益应当采用不同的损害赔偿制度。首先，对于就业歧视行为所造成的财产损失应实行补偿责任制，如订立劳动合同所支出的交通费、通讯费、考试费、考察费、餐饮住宿费等，以及准备履行或履行劳动合同所支付的必要费用，如辞去原工作遭受的损失等；诉讼费用等，都采用实际损害赔偿。其次，对于精神损害赔偿应当和《侵权责任法》的规定相一致。《侵权责任法》第22条规定：“侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿。”再次，基于就业机会损失计算的困难性，对于就业机会的损害赔偿应当采用法定赔偿制。这里需要区分两种情形：一种是双方已经达成录用意向适用强制缔约的情形，这种情况下如果用人单位不愿意雇佣或者劳动者没有主张订立劳动合同，则以拟录用的岗位工资为基准，赔偿1年的工资；另外一种是没有达成录用意向的不适用强制缔约的情形，则以当地上一年度社会平均工资为基准，赔偿6个月的工资。最后，对于故意的就业歧视行为应当实行惩罚性赔偿，在上述的法定赔偿制的基础上增加一倍的赔偿。由此，我国反就业歧视法的民事责任条款可以具体规定为：“用人单位实施就业歧视行为，给劳动者造成财产损失，应当按照实际损失予以赔偿；造成劳动者严重精神损失的，应当对劳动者赔礼道歉，并给予精神损害赔偿；对于劳动者符合录用条件并且已经与用人单位达成录用意向的，用人单位实施就业歧视而不予录用的，劳动者可以要求用人单位订立劳动合同，劳动者不要求订立劳动合同或者用人单位不愿意订立劳动合同的，用人单位应当以拟招录的岗位工资为基准，支付1年的工资作为劳动者就业机会损失的赔偿。如果劳动者尚未与用人单位没有达成录用意向的，用人单位实施就业歧视，用人单位应当以其所在地上年度社会平均工资为基数，支付6个月的工资作为劳动者就业机会损失的赔偿；如果用人单位故意实施就业歧视行为的，劳动者可以要求用人单位增加赔偿，增加的数额为前款规定的1倍。”

五、就业歧视侵权责任与劳动合同责任的竞合：法条竞合、

请求权竞合还是聚合？

（一）就业歧视侵权责任与劳动合同责任的竞合

前述案例 14—17 都涉及到就业歧视侵权责任与劳动合同责任的竞合，劳动者基于用人单位的同一就业歧视行为在同一诉讼中既主张人格侵权责任，同时又主张违法解雇、同工同酬等劳动合同法上的责任。由此，在就业歧视领域出现了侵权责任与劳动合同责任竞合的现象，当用人单位因就业歧视行为没有录用劳动者，或者在劳动合同存续期间给予歧视性的差别待遇，或者违法解雇，导致就业歧视这同一法律事实符合人格侵权、劳动合同责任等数个规范要件，致该数个规范都可以适用的情形。就现行法律规定而言，案例 14—案例 17 如果被确定为就业歧视行为，则该行为一方面构成了侵犯了《侵权责任法》所规定的一般人格权，另一方面违反了劳动合同法中的依据诚实信用原则所产生的缔约过失责任（如案例 1）、依据劳动基准法上的同工同酬原则所拟制的劳动合同契约义务（如案例 14）、依据劳动合同法的违法解雇（如案例 15—案例 17）等劳动合同法上的法律规范，构成劳动合同法上的法律责任。根据现行法律规定，人格侵权责任和劳动合同责任存在着诸多的差异：其一，这两种请求权基础不同，前者的请求权基础是《就业促进法》第 68 条及《侵权责任法》相关条款，后者的请求权基础是劳动合同法中的法律责任条款；其二，构成要件不同，前者适用侵权责任的构成要件，后者适用合同责任的构成要件；其三，请求权内容不同，前者主要以精神损害赔偿为主，后者主张信赖利益、差别待遇、赔偿金或者复职；其四，纠纷性质不同，前者属于民事争议，法院可以直接受理，后者属于劳动争议，劳动仲裁前置；其五，诉讼费用不同，前者按照比例收取诉讼费，后者劳动仲裁不收费，诉讼费仅交 10 元；其六，诉讼时效不同，前者诉讼时效是 2 年，后者诉讼时效是 1 年。

劳动合同法上的法律责任本质上属于合同责任。就其法律性质而言，劳动契约系属一种法律行为、债权契约、双务契约、雇佣契约。此外，劳动契约尚具有两个基本性质：其一，劳动契约系一种继续性之契约关系，在其存续期间，债务内容继续不断的实现，因此在当事人之发生一种特别依赖关系。其二，劳动契约特别强调人格性，劳动关系不仅是以“劳力”与“报酬”之交换为核心而建立之财产关系，同时也具有人格上之特性；劳力不是商品，劳动者人格之尊严及合理之生存条件，应受尊重与保护。基于这两个基本性质，构成了劳动契约法上附随义务的理论基础。受雇人的附随义务在学说上概括称为受雇人之忠实义务，雇主

的附随义务在学说上概括称为保护照顾义务。⁸²³依法解雇正是雇主保护照顾义务的法律体现，当雇主有保障劳工职业安定、非于法定条件不得解雇劳工的义务，雇主违反法律规定，于债务不履行时，对劳工所受之损害应负赔偿责任。受雇人于为他方服务之际，因故意过失致侵害雇用人权利者，除应负契约责任外，尚构成侵权行为。同样地，雇用人在雇佣受雇人之际，因故意或过失侵害受雇人权利者，除应负契约责任外，尚需要承担侵权责任。

（二）法律责任竞合的一般理论

1、数个请求权竞合理论

根据王泽鉴教授的观点，同一事实具备不同法律规范的要件时，得发生数个请求权，可归为四类：一是法条竞合，这是指某项请求权因具有特别性，而排除其他请求权规范的适用（特别法与一般法的关系）；二是选择性竞合（择一竞合），是指两个以上的请求权当事人得选择其一行使，不得再主张其他的请求权；三是请求权聚合，指当事人对于数种以不同的给付为内容的请求权，得同时并为主张。如身体或健康受不法侵害者，得同时主张财产上的损害赔偿及抚慰金。请求权人对数个请求权，得同时或先后、就全部或个别主张。每一个诉请履行的请求权，构成一个诉讼标的。四是请求权竞合，指以同一给付目的的数个请求权并存，当事人得选择行使，其中一个请求权因目的达到而消灭时，其他请求权亦因目的达到而消灭。⁸²⁴王利明教授也持相同的观点。⁸²⁵

2、单一请求权理论

Larenz 教授认为，一个具体生活事实符合债务不履行及侵权行为两个要件时，并非产生两个独立的请求权。论其本质，实仅产生一个请求权，但有两个法律基础，一为契约关系，一为侵权关系。依据请求权竞合说之基本理论，不法侵害他人权益之一般义务与契约上之特别义务，系两个独立之法律义务。Larenz 教授认为此项观点，难以成立。假若这两个义务具有同一内容，则不得侵害他人权利之一般义务，因契约上特别义务而强化、具体化，但绝非双重化，故债务人基于违约或不法行为所侵害的，并非是两个义务，仅仅是一个义务，故仅产生一个请求权，只能一次履行、一次起诉、一次让与。

⁸²³ 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第2册），中国政法大学出版社2005年修订版，第206—209页。

⁸²⁴ 王泽鉴：《法律思维与民法实例——请求权基础理论体系》，中国政法大学出版社2001年版，第166—167页。

⁸²⁵ 王利明、杨立新、王轶、程啸：《民法学》（第四版），法律出版社2015年版，第159—161页。

Georgiades 阐扬 Larenz 教授之见解，形成一个系统严密的理论体系，其主要论点可归纳为下列数项：一是在同一当事人之间，某特定事实符合侵权行为及债务不履行之要件，而同以损害赔偿为内容者，并非产生数个独立之请求权，而仅系一个统一之请求权。二是此项统一请求权兼具契约与侵权行为两种性质。三是此项统一请求权之内容，综合各个规范而决定之，请求权既系基于两个法律依据而成立，则其地位不能减弱，仅能加强，故债权人得主张对己有利之法律效果，但依法规目的，应适用某项规范者，不在此限。⁸²⁶

（三）我国应如何处理就业歧视侵权责任与劳动合同责任的竞合

1、单一请求权路径

就业歧视侵害的法益是三位一体的利益集合，即人格尊严、工作机会和财产损失，最好的方法是在同一个诉讼中统一解决这三个方面的利益损失。根据 Larenz 教授的单一请求权理论，就业歧视构成侵权行为和劳动合同债务不履行两个要件时，仅产生一个统一的请求权，这个请求权有两个法律基础，即反就业歧视法（或就业促进法、侵权责任法）和劳动合同法。这样，在同一个诉讼中既解决侵权诉求，又解决违约诉求。目前中国台湾地区“民法”债编关于契约责任与侵权责任的竞合发生的重大制度改变可以给我们以启示。中国台湾地区“民法”债编第 227 条之二规定：“债务人因债务不履行，致债权人之人格权受到侵害者，准用第 192 条至第 195 条及第 197 条之规定，负损害赔偿责任。”立法理由谓：“债权人因债务不履行致其财产权受侵害者，固得依债务不履行之有关规定求偿。惟如同时侵害债权人之人格权致其受有非财产上之损害者，依现行规定，只得依据侵权行为之规定求偿。是同一事件所发生之损害竟应分别适用不同之规定解决，理论上尚有未妥，且因侵权行为之要件较之债务不履行规定，如故意、过失等要件举证困难，对债权人之保护亦嫌不周。为免法律割裂适用，并充分保障债权人之权益，增设本条规定，以求公允。”⁸²⁷

因此，如果采用单一请求权理论，我们需要在劳动合同法中增加竞合性规定，同时将就业歧视纠纷认定为劳动争议，这样使得无论是劳动合同法上的争议还是就业歧视争议，两者都适用同一法律程序，从而能够在同一个诉讼中解决反就业歧视法所保护的三个方面的法益。具体来说，我国劳动合同法可以规定，用人单

826 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第 1 册），中国政法大学出版社 2005 年修订版，第 353—358 页。

827 王泽鉴：《侵权行为法》（第 1 册），中国政法大学出版社 2001 年版，第 84 页。

位因就业歧视侵害劳动者依据本法所产生的权利，除应当承担本法所规定的民事责任外，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以要求赔礼道歉，请求精神损害赔偿。

2、请求权竞合路径

目前学界主流观点还是数个请求权竞合理论，按照请求权竞合理论，就业歧视侵权责任与劳动合同责任的竞合究竟是属于法条竞合、请求权竞合还是聚合呢？我们认为，其一，就业歧视侵权责任与劳动合同责任的竞合不是法条竞合。从法律属性上看，反就业歧视法与劳动合同法不是一般法与特别法的关系，反就业歧视法属于行为法，具有较强的公法属性，劳动合同法则表现更多的是意思自治，属于特别私法。此外，从法律程序上来看，目前就业歧视侵权争议是民事争议，劳动合同争议属于劳动争议。其二，就业歧视侵权责任与劳动合同责任存在请求权竞合。该竞合体现在：基于财产损失和就业机会的赔偿这一相同的给付目的，反就业歧视法和劳动合同法上存在着两个并存的请求权，当事人得选择行使，其中一个请求权因目的达到而消灭时，其他请求权亦因目的达到而消灭。其三，就业歧视侵权责任与劳动合同责任存在请求权聚合。反就业歧视法与劳动合同法在精神损害赔偿方面存在不同给付目的，劳动合同责任中无法获得精神损害赔偿，这项请求权并与其他请求权聚合。因此，财产损失和精神损害属于不同的给付内容，产生请求权聚合。

在解决请求权竞合或聚合的理论问题后，实践中需在在此基础上解决两个问题：其一是当事人能否在同一诉讼中提出双重请求，即在同一诉讼中既提出就业歧视侵权的诉讼请求，又提出劳动合同责任的诉讼请求？其二是当事人能否获得双重给付赔偿？对于前一个问题，目前司法实践有两种观点，一种是根据当事人是按照劳动争议还是侵权争议提起的诉讼，如果是劳动争议，则对于侵权请求不予处理，当事人可以再行提起侵权之诉。一种观点是在一个诉讼中分别审查，合并处理。我们认为，根据现行法律制度，两者属于不同性质的诉讼请求，就业歧视侵权属于民事争议，劳动合同责任属于劳动争议，两者适用不同的法律程序，存在诸多差异，不宜在一个诉讼中解决两种不同性质的诉讼请求，只能分别提出两个不同的诉来主张不同的诉讼请求。对于两个不同的诉能否获得双重赔付的问题，我们认为，对于就业歧视所造成的物质损失或就业机会损失，根据前述的请

求权竞合原理，反就业歧视法和劳动合同法存在竞合，由受害者选择行使，其中一个请求权因目的达到而消灭时，其他请求权亦因目的达到而消灭。例如，用人单位因歧视而解雇劳动者，劳动者可以同时或先后依劳动合同法上违法解雇的规定请求继续履行或支付赔偿金，再依侵权行为之规定请求损害赔偿。不过其依劳动合同法请求赔偿物质损失或就业机会损失，如果已达目的，劳动者不得依侵权行为之规定再为请求。对于赔礼道歉和精神损害赔偿，根据前述的请求权聚合原理，该精神损害给付请求是与劳动合同责任不同的给付内容，劳动者可以同时主张。

六、结论

当前我国反就业歧视法治建设的重心在于构建完善的实施机制。反就业歧视司法实施机制经过多年的司法实践，亟需总结经验教训，进一步完善相关制度。本文通过典型案例提出问题，沿着就业歧视以何种形式进入诉讼程序——如何证明就业歧视——法律责任如何承担——责任竞合如何处理的逻辑思路展开研究，初步研究结论如下：

1、反就业歧视法属于以保护他人利益为目的的行为法，其保护的法益结构是人格尊严、工作机会和财产损失三位一体的利益集合。就业歧视争议应当属于劳动法领域的特殊侵权纠纷，应适用劳动法的争议处理程序。

2、直接歧视和间接歧视是就业歧视的两种理论，两者可以统一规定，就业歧视界可以定为基于法定的禁止因素所做的任何排除、限制或优惠，其目的或效果为取消或者损害就业机会平等或待遇平等。反就业歧视法应当建立统一的举证责任转移分配制度，由原告承担证明差别待遇的举证责任，被告承担证明差别待遇具有合法性的举证责任。建立统一的抗辩制度，规定正当职业资格、必要经营需要、法定的特殊保护措施等抗辩事由。

3、强制缔约能够成为反就业歧视法的民事责任形式，就业机会损失应当纳入就业歧视的赔偿范围，我国反就业歧视法应当兼采补偿性赔偿、法定赔偿和惩罚性赔偿制度，对于财产损失应实行补偿责任制，对于就业机会的损害赔偿应采用法定赔偿制，对于故意的就业歧视行为应当实行惩罚性赔偿。

4、就业歧视侵权责任与劳动合同责任存在竞合，我国可以采用单一请求权路径和请求权竞合路径予以处理。采用单一请求权路径，我们需要突破传统的侵

权责任和合同责任的界限，在劳动合同法中规定精神损害赔偿制度。请求权竞合路径是学界主流观点。基于物质财产损失和就业机会赔偿这一相同的给付目的，反就业歧视法和劳动合同法上存在请求权竞合，在精神损害赔偿方面，反就业歧视法与劳动合同法产生请求权聚合。当事人不宜在一个诉讼中提出两种不同性质的诉讼请求，只能分别提出两个不同的诉来主张不同的诉讼请求。对于赔礼道歉和精神损害赔偿，劳动者可以在劳动合同责任之外，另行通过侵权之诉予以主张。

供给侧改革视阈下劳资关系冲突研究

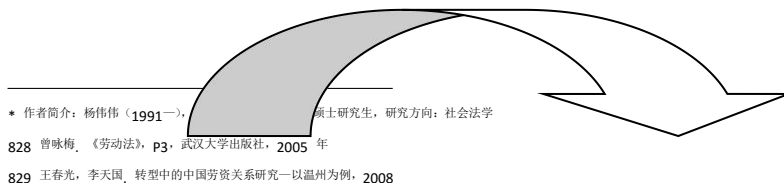
杨 伟 伟*

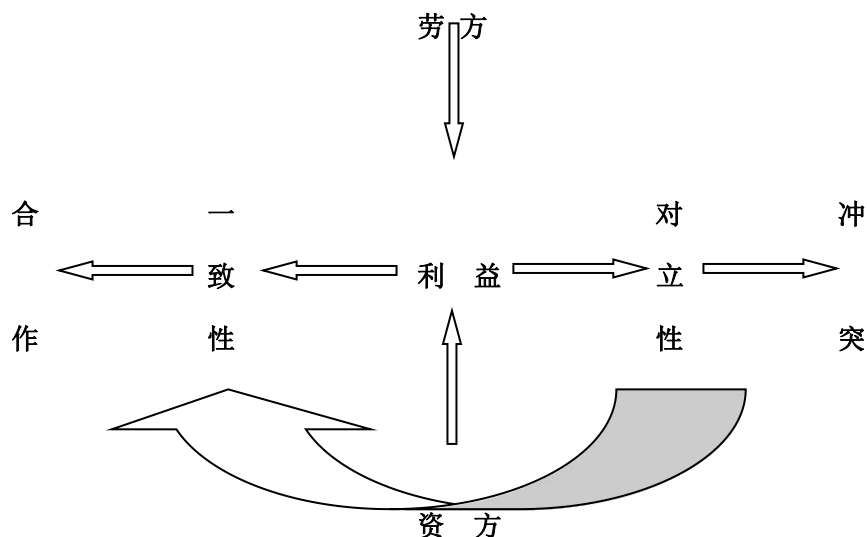
【摘要】劳资关系始终是用人单位和劳动者争论不休的话题，在全面深化供给侧改革发展的今天，如何处理好劳资关系冲突是关系到市场经济健康发展的重要议题。本文试着从波斯纳法经济学分析的视角，对劳资关系发展的现状及面临的新挑战进行研究，在此基础上提出一些粗浅的思考，以期有所裨益。

【关键词】 供给侧改革；劳资关系；法经济学

一、简析劳资关系现状

劳资关系，作为市场经济转型时期最重要的经济关系之一，也可称为劳动关系，即“labor relations”。从法学视角来看，劳资关系是劳动者与劳动力使用者为实现劳动过程，一方有偿提供劳动力由另一方用于同其生产资料相结合，由此而产生的劳动权利与劳动义务关系，⁸²⁸这是一种狭义的劳资关系。劳资关系随着中国传统与全球化、市场化两种力量的结合正从传统的或早期的工业化关系转向当前的现代型工业化关系。⁸²⁹理论上讲我国作为社会主义市场经济国家，劳资关系应处于较和谐状态。然而目前来看，劳资关系发展状况一直呈现着不和谐状态，拖欠工资、民工荒、劳资纠纷等，甚至有些问题仍相当严重。有学者认为，劳资关系的现状具体体现为：一是合作关系；二是冲突关系；三是管理权威关系。其实质又可分为一是经济利益关系；具体又包括两方面：首先由于利益驱动劳资关系结合；其次劳资结合产生财富的创造与分配；二是劳资利益关系一致性与对立性。可以作图表现此劳资利益关系 1-1：





随着坚持把稳增长、保就业作为宏观调控的重要目标，深入实施就业优先战略和更加积极的就业政策，目前就业局势保持总体稳定。2014年末全国就业人员77253万人，比上年末增加276万人；其中城镇就业人员39310万人，比上年末增加1070万人。全国就业人员中，第一产业就业人员占29.5%；第二产业就业人员占29.9%；第三产业就业人员占40.6%。2014年全国农民工总量达到27395万人，比上年增加501万人，其中外出农民工16821万人。同时，2014年，各地劳动人事争议调解组织和仲裁机构共处理争议155.9万件，同比上升4.1%。办结案件136.2万件。仲裁结案率为95.2%，同比下降了0.4个百分点。仲裁机构期末未结案件数达到3.6万件，同比上升15.2%⁸³⁰。我国正处于经济社会转型时期，劳动关系的主体及其利益诉求越来越多元化，以上数据也足以表明劳资关系矛盾已进入凸显期和多发期，劳动争议案件居高不下，构建和谐劳资关系的任务艰巨繁重。

二、供给侧改革下劳资关系的新发展

首先，从“三期叠加”到“新常态”再到供给侧结构性改革，供给侧结构性改革作为形势使然，加快转变经济发展方式与调整经济结构正是在正确认识当前经济形势的前提下做出的正确选择。而当前就是要把改善供给结构作为重点，分清主次，明确政府这双有形的手到达的权力边界，体现自我革命精神，从而更好地发挥市场在资源配置中的决定作用。有权威人士分析：从国情出发，我们不

830 2014年度人力资源和社会保障事业发展统计公报，人社部，2015.2

妨用“供给侧+结构性+改革”这样一个公式来理解，即从提高供给质量出发，用改革的办法推进结构调整，矫正要素配置被扭曲的状态，扩大有效供给，提高供给结构对需求变化的适应性和灵活性，提高全要素生产率，更好满足广大人民群众的需要，促进经济社会持续健康发展⁸³¹。正如马克思所认为：生产关系是与一定阶段物质生产力发展相适应的，然后这些生产关系总和起来构成社会的经济结构。其中，制约着整个社会发展过程的物质生产方式在社会物质生产力发展到一定阶段时，便同一直在其中活动的生产关系或财产关系发生矛盾，于是社会革命时代即将到来。生产关系随着经济基础的变更而改变⁸³²。由此，在供给侧改革背景下劳资关系随之有了新的发展特点，简要分析如下：

（一）劳资关系双方利益多元化发展

自改革开放以来，有学者把我国经济转型期分为两大阶段：经济改革转型初期和经济改革转型深化期。那么，目前我国已逐渐由初期的增益型改革阶段发展为以利益调整为典型特征的转型深化阶段⁸³³，而利益格局亦由初期的普遍受益转变为部分收益、部分受损的局面，劳资冲突的性质与特点随之改变⁸³⁴。劳资关系开始呈现利益多元化特征，其调节方式逐步发展为契约化的三方协调机制方式，劳资关系冲突随之变得复杂化、显性化、扩大化。由此可见，劳资双方在经济转型期的主体地位变得明确起来，在劳资关系主体以各自利益为根本出发点、以雇佣关系为基本形态的劳资关系模式中，劳方追求实现收入的最大化，资方追求获取利润的最大化，劳资双方的利益分化也变得越来越明显。

（二）劳资关系去行政化，更突显契约化

进入转型深化期后，劳资关系去行政化的趋势更加明显，由行政性劳动关系转变为以劳动力市场为基础的契约型劳资关系。由此，政府、企业、职工三方形成了相对独立的利益主体，并以法律的形式确定了各自的权利和义务：政府不直接干预企业经营管理、职工工资等微观层次经济行为。在市场调节的基础上，劳资关系由法律和宏观调控手段来调节；企业与职工在劳动法律体系的规范和约束下，通过个别协商或集体谈判方式等确定劳资关系的内容和形式，以劳动契约为基础实现雇佣双方的结合。

831 龚雯，许志峰，王珂，七问供给侧结构性—权威人士谈当前经济怎么看怎么干，人民日报，2016

832 赵早，劳资冲突的经济学分析—中国转型期劳资冲突的形成、演化与协调机制，博士论文，中共中央党校经济教研部，2010.

833 注释：利益调整型改革是指对社会整体利益结构进行重大调整的改革，其介入者在利益方面得失不一。

834 赵早，劳资冲突的经济学分析—中国转型期劳资冲突的形成、演化与协调机制，博士论文，中共中央党校经济教研部，2010.

（三）劳资关系利益冲突新诱因

我国在所有制结构上是以公有制为主体多种所有制共同发展，在企业性质上不仅有国有企业还有私营企业和外资企业，在分配方式上采取了按劳分配与按要素分配相结合的分配方式，在资源配置方式上用市场经济替代了计划经济的背景下，劳资利益关系也相应地发生了重大变化。为此，我国学界对于劳资利益关系问题的研究也丰富了起来。其研究主要分为如下几个方面：（1）对私营企业劳资利益关系的分析。一是认为私营企业的劳资关系是雇主主导的劳资关系，其劳资矛盾的发展水平已经到了不容忽视的程度；二是认为现在侵害劳动者权益的经营者，得不到应有的惩罚，所以，必须加大政府的执法力度和惩罚力度。（2）对国有企业劳资利益关系的分析。一是认为现阶段国企劳资利益关系由原来的行政性关系转向契约性关系；二是认为产权改革对企业劳资利益关系的稳定与和谐会产生消极影响；三是认为国有企业劳动者和管理者利益分化比较明显，劳动者和管理者的利益差距在加大；四是认为国企以损害雇员利益获取超额利润并利用低下的劳动成本与守规则的企业展开不公平竞争，是导致我国劳资矛盾尖锐、引发群体性事件的主要原因。（3）对股份制企业劳资关系的研究。一是发现工资与奖金、员工股份、职位、工龄、职工对管理层和工会的评价等因素对劳资关系有显著作用，同时，职工持股协会的信任程度和对企业长远发展是否有信心等因素也是影响劳资关系的重要因素；二是认为转型导致的观念差异、管理手段苛刻粗暴、政府部门工作失误与不作为、职工利益表达渠道不畅通是其主要原因⁸³⁵。

三、波斯纳法经济学分析在劳资关系中的作用

资本与劳动作为社会生产两大重要要素也是西方经济学所关注的核心问题。传统西方经济学主要从技术层面论证了资本与劳动这两种基本的生产要素在生产过程、分配过程和消费过程中的基础性作用。现代西方学者对资本和劳动关系也进行过相当广泛的研究分析。

法经济学作为法律的一种思维方式及衡量的价值尺度能够在法律实践中得以广泛应用，不仅仅是其为众多法学流派的一支，更重要的在于其分析具体法律问题时的独到之处。同时，它从经济学的角度出发提示了法律现象背后所深藏着的经济原因。波斯纳作为法经济学理论集大成者，以其对法律的谙熟及透彻掌握

835 马艳，郭瑞瑾，我国现阶段劳资利益关系的理论与对策分析，上海财经大学学报，2012:14.

经济学理论的优势，完善了以经济学方法对法律进行分析的应用部分，为法经济学理论的发展做出了巨大贡献⁸³⁶。

（一）波斯纳法经济学分析的理论基础

波斯纳认为经济学是是一门科学，它是人类在一个资源有限、不敷需要的世界中进行选择的产物。它的假设是：人是对自己的生活目标、自我满足，也就是我们通常所说“自我利益”（self-Interest）的理性的、最大限度的追求者。（自我利益不应与自私自利混同，他人的幸福也可能是个人追求满足的一部分。）⁸³⁷“人是其自利的理性最大化者”这一概念暗示人们会对各种激励作出反应，即如果一个人的环境发生变化，在这种环境下他通过改变其行为就能增加他的满足，那他就会这样去做。由此而言，我们可以从这一命题中推出关于经济学的三项基本原理，它们分别是：第一项是所支付的价格和所需求的数量呈反比例关系，即需求规律（the law of demand）。这是一个有关供求关系的经济性法则。第二项是成本等于“可供选择的价格或机会成本；在市场经济条件下，消费者根据有限资源的利用选择进行价格选择。第三项是如果容许交换，资源就具有最高利用价值的倾向。通过交换的话，资源就会被利用，从而实现价值最大化。这也是从追求自我利益的人对其环境变化的反应中得出的一个概念。波斯纳就这样来分析以人是理性的、最大限度地追求自我利益者这一假定以及从中推论出来以上三个基本经济概念来作为他对法律进行经济学分析的理论基础的。同理，从波斯纳法经济学的视角来分析劳资关系双方在市场经济环境中合作、冲突、各自价值与利益如何实现最大化等问题有十分重大的意义。

所以，根据波斯纳的重要贡献来看，运用经济学原理和方法分析劳资关系等经济或法律问题，这是完全可能和十分必要的。而效益理论作为法经济学的核心，它的合理性及其实践根据在于其符合市场经济内在规律的要求，确立效益价值的基本依据就在于使法制的目的性与市场经济的要求保持一致。提高资源优化配置的水平，使有限的资源尽可能地产生最大效益作为市场经济运行的最高宗旨和基本要求，也是对当前劳资关系的发展具有进一步研究与借鉴意义的。

（二）法经济学对劳资关系发展的指导意义

从波斯纳法经济学视角分析看，在市场经济条件下若要通过法律手段实现资

836 时显群《波斯纳法律经济学思想及其可借鉴性》，北京工业大学学报（社会科学版），2003

837 法律的经济分析，美国 Little Brown 公司 1972-1973 年出版。

源的优化配置，那就需要法律体现效益意识。这对劳资关系立法方面也是具有指导意义的。当前，在法律越来越多地直接参与经济生产、参与资源和财富分配的情况下，立法者在考虑法律的“公平性”、“正义性”等要素的同时，而且还要考虑甚至必须优先考虑法律的“效益性”问题。其实作为法经济学极力主张的，简言之就是在市场经济条件下制定的法律要适应市场经济内在规律的要求。且要将是否有利于资源的优化利用、减少资源浪费、提高经济效益作为判断现存法律制度和确定法律未来发展的基本依据，即法律“立、废、改”的基本依据⁸³⁸。这体现法经济学的价值意义，也尽可能让我们切实从根本上提高社会资源的充分使用和优化配置，避免资源浪费，实现劳资关系随经济市场发展规律相适应。

四、供给侧改革视阈下劳资关系发展的新启示

（一）供给管理应适当予以重视

通过以上分析，加上我国宏观经济管理政策在一定时期内势必有所变化，我们也应适当注重供给关系方面的管理。供给管理是更加有效地对生产和市场进行重组，提高产出等要素效率，逐步形成供求趋向均衡的重点应该是提高供给要素的效率，促进要素质量的提高。第一是对竞争性市场进行优化完善；比如在深化国有企业改革的基础上，尽可能让所有经济主体受到市场经济的平等待遇，如此而形成规范的市场竞争性环境，且投入要素的产出效率也得以提高。第二是完善相对价格体系；形成有效反映企业真实效率的价格机制。价格如市场运行的指南针，所以相对价格体系的合理能够有效引导市场参与者的行为，从而让整个经济运行效率得到有效提高。中国经济体制的改革就是从价格改革开始。如果价格体系合理化了，经济的运行效率才能真正显现，企业创新方面也会增加活跃度。第三是降低供给要素的投入成本。对企业税负予以适当降低，企业负担特别是中小企业的责任负担予以适当减轻，切实让企业投资的预期收益率得到提高。同时，也应通过降低劳工城市居住和生活成本、降低他们的教育医疗费用与改革户籍制度等方式进一步解放生产力，使劳动者活力重现，从根本上减少劳资冲突的不断发生。

（二）构建权力制衡、利益共享的和谐劳资关系

把构建权力制衡、利益共享的和谐劳资关系长期作为我国劳资关系调节机制

838 时显群：波斯纳法经济学思想及其可借鉴性，北京工业大学学报（社会科学版）2003:3。

改革的目标。因此,从波斯纳要法律体现效益意识等法经济学思想出发,非常有健全我国劳资关系法律体系的必要。1、强化以劳资关系立法为重点的政府规制体系。健全劳资关系法律体系要做到如下几方面:一要加快制定专门的《劳动基准法》;二要加快制定就业促进法;三要加快制定《集体合同法》;四要在补充相关单项专门法的基础上,协调我国劳动法律体系。还有必要对我国已有劳动法律法规进行彻底的整理,使多元化的劳动法律体系更为规范。2、加强对劳资关系司法制度建设。一方面,可借鉴国外经验,设立专门劳动审议法庭或专门劳动法院,考虑不同类型劳资冲突的特点,简化审判程序,增强审判过程的透明性与公开性。同时改革劳动法庭的人民陪审员制度,吸收劳方、资方代表与社会公正人士参加,提高劳资冲突裁决的公平性与权威性。另一方面,劳动监察队伍薄弱、执法力度不强是制约当前我国劳资关系法律调节作用发挥的又一重要原因,加强劳动监察执法成为今后完善我国劳资法律体系的核心任务之一。发展专业劳动监察队伍,在不断充实劳动监察队伍的同时,通过开展劳动执法与持证执法培训等活动,全面把劳动监察队伍的整体素质予以提高;还有完善劳动监察队伍的组织结构,通过聘任专业人士兼职或在企业发展专线联络员,以提高监察队伍的监察与执法能力;三要改革执法措施,在一定条件下对劳动部门赋予必要的强制措施权,加强司法的强制性措施,保障劳动监察执法的有效开展,保障劳动者合法权益得到快速、有效、低成本维护⁸³⁹。

(三) 企业应加强自身的管理功能, 减缓社会责任承担压力

如日本家族式劳动关系在调整模式上强调企业人际关系的和谐度,比如企业要对员工进行感情投资⁸⁴⁰。因此,在企业面对劳资关系矛盾或争议时也能较容易地予以解决,从而使得日本劳动关系相对和谐发展。所以,我国构建和谐劳动关系的一项重要因素就应该加强企业的自身管理功能,将人文关怀落到实处。如合理安排员工随迁子女的住房问题,严守法律规定的五险一金制,妥善安排员工就餐、住宿等基本问题。同时还应建立合理的薪酬机制,严格依照法律规定,实行同岗同酬制度。为了提升劳动质量,还可以系统组织员工培训,以提高员工技能,养员工的专业素养,增强员工的归属感、责任感,从而使企业利益达到最大化,

839 赵早,《劳资冲突的经济学分析—中国转型期劳资冲突的形成、演化与协调机制》,博士论文,中共中央党校经济学教研部,2010。

840 闫新艳,《新常态下和谐劳动关系的构建研究——以劳动关系调整模式为视角》,特区经济,2016.3。

也实现劳动关系的稳定和谐⁸⁴¹。最终通过企业、政府、社会的共同努力，让企业逐渐承担起相应的社会责任，也有助于在供给侧改革背景下保障劳动者的基本权益，推动和谐劳资关系的构建。

（四）劳资矛盾整体化考虑，切实实现劳资利益平衡。

重视从资方的角度研究劳资矛盾，避免盲目导致劳方被过度保护。目前学者对这方面的研究不够、深入全面，这就严重影响对劳资矛盾的整体化研究。第一，全面正确分析不同类型企业的经营压力是有差别的，如国有企业主与私营企业主之间，经营压力的大小也会直接影响劳动者权利保护问题。第二，由于中国的企业主对于如何减少劳资矛盾和建立公正合理的劳资关系有一个不断学习和适应的过程，会经历一个从无到有，从缺少职业技能、职业意识、职业责任到逐步具备职业技能、职业意识和职业责任的过程。所以，从客观上讲，特别是私营企业主一开始并不一定懂得保护劳动者的基本权利是其应尽的职业责任，但随着企业主群体的发展，其职业责任会必然要有所增强。第三，根据我国现代化和市场经济进程是政府主导型的，甚至中国企业主群体的形成与发展也是在政府的推动下实现和进行的，若政府一旦重视劳动者基本权利的保护问题，随之出台大量的劳动保护政策，企业主就很难进行大面积的抵触。所以，政府在政策导向作出时，更应从劳资双方的自身合法利益出发考虑，切不可偏执一面。

五、结语

本文初步从波斯纳的法经济学分析视角探讨当前供给侧结构性改革主流趋势下如何改善劳资关系冲突，其法经济学对于全面地认识和科学地把握法律与经济的内在逻辑，对于如何选择法律制度安排来促进社会资源配置最优化、如何建立和健全我国社会主义市场经济法律体系等一系列问题的研究有着重要的帮助作用⁸⁴²。但一方面，由于转型期劳资冲突调节机制改革的滞后，导致冲突解决渠道不畅、作用力不强，迫使劳动者不得不采取更为激烈的方式维护自身利益。在这一过程中，劳资冲突日益显性化与扩大化，在某些条件下，甚至可能激化；另一方面，相关劳资立法体系不完善，比如行政调解手段的不完善以及多元化纠纷解决机制欠缺等，不仅致使处于底层的劳动者合法权益受损不能及时被救济，甚至企业“心里有苦也道不出”，这势必使劳资关系成为影响中国经济与社会和谐

841 董保华，劳动关系调整的法律机制，上海交通大学出版社，2011，第13、120页。

842 时显群，波斯纳法经济学思想及其可借鉴性，北京工业大学学报（社会科学版）2003:3。

发展的重要突出性因素。因而劳资冲突调节机制怎样改革、和谐劳资关系怎样持续保持具有重要的现实意义和极大的紧迫性。同时我们也要认识到劳资关系冲突的实证研究是一个系统工程，调节机制的完善也不可能一蹴而就，这需要政府、企业、工会三方协同努力，稳步推进。总之，保持建立有中国特色的和谐劳资关系必为构建和谐社会和全面建设小康社会提供一个良好的支撑。

【参考文献】

- [1] 人力资源和社会保障部. 2014 年度人力资源和社会保障事业发展统计公报[R]. 北京: 人力资源和社会保障部新闻中心, 2015.
- [2] 沈宗灵. 现代西方法理学[M]. 北京: 北京大学出版社. 1992.
- [3] 时显群. 波斯纳法律经济学思想及其可借鉴性[J]. 北京工业大学学报(社会科学版), 2003.
- [4] [美]查理德. A. 波斯纳. 法律的经济分析[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997.
- [5] 赵早. 劳资冲突的经济学分析—中国转型期劳资冲突的形成、演化与协调机制[D]. 北京: 中共中央党校经济学教研部, 2010.
- [6] 董保华. 劳动关系调整的法律机制[M]. 上海: 上海交通大学出版社, 2011: 13-120.
- [7] 闫新艳. 新常态下和谐劳动关系的构建研究—以劳动关系调整模式为视角[J], 特区经济, 2016. 3.

劳动诉讼立法问题研究

——兼论劳动诉讼在民事诉讼中的定位

周湖勇*

【摘要】《民事诉讼法》修改未涉及劳动诉讼问题，鉴于劳动争议案件的特殊性，需要考虑劳动诉讼在民事诉讼中的定位问题。为此，既要从我国的劳动立法和司法实践以及劳动争议案件的特点进行考量，又要借鉴和考量域外劳动诉讼的立法和司法实践及劳动诉讼制度的发展趋势。具体而言，从立法形式而言，劳动诉讼立法要逐步和民事诉讼分离，以适应劳动诉讼司法实践的需要；从内涵而言，劳动诉讼要走新路，即走低廉、简易、便捷之路，不可以传统民事诉讼作为样板。

【关键词】《民事诉讼法》修改；劳动诉讼；立法模式

一、劳动诉讼立法问题的提出

《中华人民共和国民事诉讼法》修改草案于2012年8月31日获得通过，全国人大常委会对现行《民事诉讼法》进行了制定以来最大的一次修改。此次修改没有对劳动诉讼作出任何特殊规定，劳动诉讼仍然要适用民事诉讼法的一般规定，劳动诉讼立法问题再一次提出，值得我们关注。

2007年全国人大常委会通过了《劳动争议调解仲裁法》。该法对劳动争议处理的非诉讼途径进行了规范，劳动争议协商、调解和仲裁制度终于“有法可依”，结束了“非法”状态。⁸⁴³可是，该法没有对劳动诉讼作出规定，这意味着我国近期放弃了制定集劳动争议协商、调解、仲裁和诉讼于一体的《劳动争议处理法》的立法模式，劳动诉讼很可能将另行规定，全国人大常委会近期也没有制定《劳动诉讼法》的立法意图和打算。由于此次修改没有对劳动诉讼进行专门规定，劳动诉讼立法还有一种模式，那就是在修改《劳动法》时对劳动诉讼进行专门规定。由于《劳动法》是劳动法体系中的基本法，其规定比较原则，不可能对劳动诉讼作出详尽的规定以满足劳动司法实践的特殊要求。由此，维持现状是很可能的一

* 作者简介：周湖勇（1974—），男，江西九江人，法学博士，温州大学法学院副教授，温州大学社会法研究所所长，主要研究方向为社会法。本文系教育部人文社会科学青年基金项目——《多元纠纷解决机制下的劳动诉讼制度》中期研究成果之一（课题编号为10YJC820177），同时也系福建省教育厅A类科研项目——《多元纠纷解决机制下的劳动诉讼制度研究》（课题编号为JA03165）最终成果之一。

843 根据《立法法》的规定，诉讼和仲裁制度只能由法律规定。而之前我国劳动争议调解仲裁的立法主要是行政法规和部门规章，因而和《立法法》的规定不相符合。

种模式，即民事诉讼法不对劳动诉讼作出特别规定，《劳动法》也只作原则性的规定，具体由最高人民法院制定司法解释予以规范。⁸⁴⁴但这样又无法解决我国劳动诉讼立法及司法实践中存在的种种问题，如适用民事诉讼程序难以应对劳动争议案件呈现“井喷”式增长问题以及适用民事诉讼周期冗长、程序繁琐的弊端，尤其是难以解决司法实践中关于劳动诉讼专门规范的合法性问题。为了妥当解决劳动争议，最高人民法院针对劳动争议案件颁布四专门司法解释，此外还发布了大量的批复，对劳动争议案件审理作出不同于民事诉讼的规定，由此劳动诉讼制度体系已初步形成，但却没有立法依据，因而受到人们的批评。⁸⁴⁵最高人民法院实际上处于两难的境地：不颁布司法解释难以应对劳动争议案件的妥善处理；颁布司法解释则可能违反《立法法》。由此劳动诉讼立法究竟应如何规定这个问题已迫切摆在我们的面前，需要立法者作出选择。

二、我国劳动诉讼立法状况分析

自1986年我国劳动争议处理制度恢复以来，劳动诉讼程序也得以启动。恢复之初，由人民法院的经济审判庭来审理劳动争议案件。最高人民法院法（研）复（1986）32号批复：关于劳动合同纠纷案件，暂由人民法院经济审判庭受理。1993年最高人民法院颁发《关于劳动争议案件受理问题的通知》（1993年10月20日 法发（1993）29号），其中规定：“从通知下发之日起，劳动争议案件由人民法院的民事审判庭受理。一九八六年十一月八日法（研）复（1986）32号批复第一条关于劳动合同纠纷案件，暂由人民法院的经济审判庭受理的规定予以废止。”这样，劳动争议案件改由民事审判庭审理。后来，人民法院根据案件的性质及有关业务，将适用民事诉讼法审理的审判庭分为民事庭、经济庭、交通运输审判庭、知识产权审判庭、涉外审判庭等。劳动争议案件由民事审判庭进行审理。2000年最高人民法院实行“大民事”审判格局，劳动争议案件由民事审判

⁸⁴⁴ 《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》正在制定中。

⁸⁴⁵ 有的批评是比较中肯的，如有的说，司法实践中司法先行的惯例虽然在某些方面常常突破法律的现有规定，但其合法性常常受到质疑。而且有的法律问题不仅仅涉及法律问题，可能涉及其他单位的性质、职能问题，是人民法院无法以司法解释得以规定的内容。参见谢国伟、杨晓蓉.劳动争议案件审判要旨[M].北京：人民法院出版社，2006.304-305。有的则非常尖锐，如有的学者指出，最高法院关于劳动争议案件处理的解释不是在解释法律，而是在创制法律，司法权侵害了立法权；最高法院自己制定司法解释，又由人民法院审理劳动争议案件，难以做到公平；由于我国没有《劳动争议处理法》，劳动争议处理的程序法以法规和规章为主，其解释变成了为法规规章进行的解释。参见孙德强.中国劳动争议处理制度研究[M].北京：中国法制出版社，2005.43-49。

一庭进行审理。由于民事诉讼法没有对劳动争议案件的审理作出特别的规定，劳动争议案件适用民事诉讼的有关程序。

随着市场经济的逐步确立和改革开放的深入推进，尤其是1994年劳动法的颁布，劳动争议案件大幅度增加。1995年至1999年全国共审理劳动争议案件248425件，平均每年增长25.42%，远远超过同期民事案件8.10%的增长幅度。劳动争议案件在民事案件中所占的比重也逐年上升，由1995年的1.04%上升至1999年的2.08%。^[1]在审判实践中，劳动争议的特殊性进一步显现。1999年11月《最高人民法院关于印发全国民事案件审判质量工作座谈会纪要的通知》（法[1999]231号）的附件《全国民事案件审判质量工作座谈会纪要》将劳动争议案件表述为：“劳动争议案件是随着我国用工制度的改革和劳动合同制度的建立而逐步发展起来的一种新类型民事案件。”因此，劳动争议案件被人民法院作为一种新型的民事案件。

就劳动诉讼而言，我国现行的劳动争议诉讼及审判制度，无论是在时效性方面、费用给付方面、程序运作方面、机构与职能的界定方面乃至三方代表性方面，都将面临着改革。^[2]为消除《民事诉讼法》对劳动诉讼的不适应，需要制定劳动诉讼特别规则。于是，最高人民法院还颁布大量的批复，并制定三个系统的司法解释。最高人民法院于2001年3月颁布《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》，对劳动争议案件的受理、管辖、诉讼主体、举证责任、劳动合同效力、劳动争议仲裁的效力等问题予以明确规定，为审理劳动争议案件如何运用法律提供了依据。该司法解释的颁布，标志着我国劳动争议司法处理程序的初步完善。^[3]2006年又颁布《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》对劳动诉讼的特殊问题进行了规定。

《劳动合同法》和《劳动争议调解仲裁法》于2008年1月1日和5月1日相继施行。这两部法律不仅从实体法方面为劳动者依法维护自身利益提供了更为周全的保护，而且从程序法方面进一步规范了劳动争议纠纷的解决途径，加上国内外经济危机的影响，劳动关系中的各种矛盾日益显现，人民法院受理的劳动争议案件随之增多。2010年9月最高人民法院通过《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》，对新出现的一些问题进行解释：合理界定了劳动争议案件的受案范围；明确规定了劳动争议案件的诉讼主体；合理

分配了加班事实的举证责任；明确细化了终局裁决的认定标准；理顺了仲裁与诉讼的相互衔接机制等，我国劳动诉讼制度进一步完善。

随着我国劳动用工制度的深刻变革，社会保障制度的不断发展，劳资双方关系的深入调整，劳动法律制度的继续完善，全国法院受理的劳动争议案件数量居高不下，并呈现出关系复杂化、诉讼群体化、诉求多样化、问题疑难化的特点。劳动争议案件已经成为全国法院受理的民事案件中数量增长多、敏感程度高、涉及范围广、结案压力大的纠纷类型。为贯彻党的十八大提出的五位一体的重大战略部署和健全劳动关系协调机制、构建和谐劳动关系的总体要求，2013年1月最高人民法院制定了《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》。

此外，有的地方法院也制定有关劳动争议案件审判的有关规定，这一方面适应劳动审判的需要，反映劳动争议案件的特点，但也导致各地审判的不统一。

综上所述，我国劳动争议案件的审理已在实践中反映了其程序特殊性的要求，并通过大量的司法解释体现这种特殊性。这些司法解释和地方法院的变通做法，使劳动争议诉讼程序被分割得支离破碎，各地审理劳动争议案件的程序极不统一，既说明了《民事诉讼法》难以适应劳动争议案件审理要求的实际，也反映了劳动争议诉讼程序的特殊性。同时，这些规定的出台具有很强的功利性，大多是“头痛医头，脚痛医脚”，就事论事，没有整体的规划和协调。各地的改革更是各行其是，造成了各地做法的千差万别，劳动诉讼制度失去整体性和统一性；改革虽然使劳动诉讼在一定程度上适应了社会发展的要求，它和外部运行环境的矛盾得到了一定缓解，但内部的不协调性却更加突出。在这个过程中有许多的经验教训需要总结，特别是需要对成果从司法解释上升到立法，用法律的形式固定下来。同时，这些新的规定一部分合乎《民事诉讼法》的规定，其中很多规定超越现行立法。虽然其反映了市场经济的要求，毕竟最高人民法院没有立法权，只能就审判中的法律适用问题在合乎法律的前提下做出解释。人们在赞赏最高人民法院探索精神的同时，也对其合法性提出了质疑，最高人民法院实质上行使了立法权，因而受到了人们的批评：其相当一部分内容显然并非属于法律规定的“司法解释”的范畴，故直接造成了“法院立法”的既成事实，不仅和《民事诉讼法》的相关规定存在严重的冲突，而且已对我国现行的立法体制造成了巨大的毁灭性打击。

三、域外劳动诉讼立法考察及借鉴

域外市场经济国家劳动争议处理比较完善和成熟，各国的劳动诉讼制度更是异彩纷呈，各具特色，值得我们借鉴和参考。

关于劳动诉讼的立法，域外有以下几种模式：一是独立式，即制定专门的劳动诉讼法，如德国制定专门的《劳动法院法》；二是糅合式，即将劳动诉讼纳入其他法律中，具体而言，又有以下模式：其一，将劳动诉讼程序纳入劳动法中，如法国将劳动程序法，包括劳动调解、诉讼等在劳动法典中专章规定。在法典第五卷用两编规定劳动争议处理制度，其中第一编为个人冲突、劳资调解委员会，具体规定了劳资调解委员会的权限与机构、劳资调解委员会的组织与运作、劳资调解委员会委员的选举、劳资调解委员会的地位、内部机构的设置，之后还规定劳资调解委员会的管辖、上诉、异议、回避及经费等程序内容。第二编为集体冲突。其二，将劳动诉讼程序规定于劳动争议处理法中，也就是将劳动争议协商、调解、仲裁和诉讼归于一部法律中，从而形成相互衔接、相互补充的劳动争议解决机制。其三是将劳动诉讼程序纳入民事诉讼法中，列出专章规范劳动诉讼，或者不对劳动诉讼专门规定，直接适用民事诉讼法，在一些单行法规中专门就劳动诉讼作出规定，如我国台湾地区，劳动争议案件适用“民事诉讼法”，但就劳动诉讼的特殊问题，则由单行法规作出特殊规定。关于劳动争议的审判组织，台湾地区“劳资争议处理法”第5条第2款规定：“法院为处理前项劳动争议，必要时应设立劳工法庭。”为“有效解决劳资争议，辅助劳工诉讼”，⁸⁴⁶特制定“劳工诉讼辅助法”，对劳动争议案件的当事人因经济贫困而无力聘请律师的情况，对律师费的补助条件及程序作出了具体规定。

从域外的发展趋势来看，劳动诉讼程序相对独立于民事诉讼法是一个发展趋势，其立法模式主要是采纳第一种模式，即制定专门的劳动诉讼法，或者在劳动法典中规定劳动诉讼程序。但第一种模式为最多，如德国制定专门的《劳动法院法》，芬兰的《劳工诉讼法》、以色列的《劳动法院法》等。但从发展趋势来看，第二种模式也在逐步增多，也有可能成为发展趋势。

现代法和近代法不同，近代法严格区分实体法和程序法，且程序法和实体

⁸⁴⁶台湾地区“劳工诉讼辅助法”第1条。

法相对应，也即有什么样的实体法就有什么样的程序法与之相对应，如民法有民事诉讼法相对应，刑法和刑事诉讼法相对应，行政法和行政诉讼法相一致。但现代发展的一些新型法律部门却不同，尤其是在公私法兼容的法律部门，如经济法和环保法，实体和程序并不是严格分离，而是实体法中具有诸多的程序内容，如经济法中的反不正当竞争法中就有反不正当竞争的程序规定，消费者权益保障法中具有争议解决途径的规定，这样有利于实体法的实现。因为如果适用具有一定普适性的诉讼法，这些程序规定在强调程序特征的同时，往往不加区别地适用于各种法律关系的调整 and 各类纠纷解决。其缺点是，诉讼程序脱离实体法律关系和法律调整目标，不能根据特定的法律关系及纠纷的特殊性采用具有针对性和适当性的救济方式和程序。这样某些程序容易泛化，或者效果不佳。因此，当代法制在发展中越来越注重从问题和纠纷解决的实际出发，在以实体法为中心的同时建立专门的纠纷解决机制和程序体系，例如，劳动法、婚姻家庭法、消费者权益保护法，等等。^[5]原来在民事诉讼中规定劳动诉讼专门规定或直接适用民事诉讼法的立法模式很少被采用，即使是以前规定直接适用民事诉讼法的国家，其立法模式也在不断改变，即向第一种模式，也就是制定专门的劳动诉讼或审判法转轨，如日本 2005 年制定专门的《劳动审判法》，逐步改变劳动诉讼适用民事诉讼的做法。

在劳动诉讼程序方面，域外充分考虑劳动争议案件需要简捷、及时解决的特点，一般都有特殊的程序设计。德国和法国审理劳动争议案件的时间比普通民事诉讼案件要短，程序也更为简捷。在德国和意大利，劳动诉讼尽量使用口头形式，因而普通的劳动者也能进行诉讼，不必由专业化的律师代理，同时也有利于当事人和解。即使是适用民事诉讼程序处理劳动争议的国家，也对劳动争议处理作出比普通民事案件更为简捷、迅速化处理的规定，如意大利适用民事诉讼法处理劳动争议案件，但对劳动争议案件也作出符合劳动争议案件特点的规定：和一般的民事途径相比，劳动法途径更简便、迅速。

设置专门的劳动审判机构由专门的法官审理劳动争议案件是各国普遍的做法，这也是劳动争议处理制度普遍的发展趋势。基于对劳动关系状况的深刻认识，各国和地区在劳动诉讼上适用简易、低廉、快速的程序，设置专门的审判机构并有着专业的劳动法官。唯有采用专门的法院、专业的法官及专属诉讼程式才能迅

速有效、公平合理地解决劳动争议。如德国有专门的劳动法院，英国有工业法庭、上诉就业法庭，法国有劳资争议委员会等。亚洲的以色列也设立的劳动法院包括地方劳动法院和国家劳动法院。非洲的马里共和国的司法组织也有专门的劳动法院。

四、我国劳动诉讼立法的选择

劳动诉讼立法的选择实质上劳动诉讼和民事诉讼立法的关系问题，具体可以从以下两个方面考虑：从形式上而言，劳动诉讼是独立民事诉讼，还是依附于民事诉讼；从实质而言，是劳动诉讼走“精品化”路线，还是简便大众化路线。

（一）立法模式的选择

对于我国劳动诉讼程序的立法模式，学界和实务界提出了不同的观点：多数学者主张在《劳动争议处理法》中规定劳动诉讼程序。虽然立法部门近期放弃了制定《劳动争议处理法》的立法模式，有的学者仍然主张将劳动诉讼程序纳入《劳动争议处理法》中：劳动争议的特殊性要求其有一套完整的争议解决方式，从诉讼外到诉讼内，从民间组织到专门机构等均需特别的规定，因此，当现行《劳动争议调解仲裁法》施行一段时间，积累了一定的经验后，宜建立专门的劳动审判机构，综合诉讼外解决劳动争议的体系，制定《劳动争议处理法》，保证劳动争议公正、高效地解决，构建社会主义和谐的劳动关系。^[6]

有的则主张在《民事诉讼法》专门规定劳动诉讼程序。在构建我国劳动争议诉讼程序制度的法律层次上，我国目前比较可行的做法，是在民事诉讼法中专章规定“劳动诉讼程序特别规定”，甚至还设计劳动争议诉讼程序的建议稿，从立法目的、审判组织、主管范围、管辖、案件的受理、诉讼主体、法律援助、保全程序、小额诉讼程序等都作出了全面的规定。^[7]该学者不主张将劳动诉讼程序纳入劳动法典中，劳动法是实体法，劳动争议诉讼程序规范属于程序法范畴，将劳动争议诉讼规范纳入劳动法，使实体法规范和程序法规范糅合在一起，没有合理根据。退一步言之，如果将劳动争议诉讼程序规范纳入劳动法，是否意味着把其他调整劳动争议的调解程序规范、仲裁程序规范一并纳入，这种做法在目前是不现实的。^[8]

有的则主张，在《民事诉讼法》中作出专门规定和制定补充性单行法规相结合的模式：基于劳动法和民法的诸多差别，民事诉讼法应当根据劳动法的特殊要

求，以修改《民事诉讼法》和制定补充性单行法律的方式，就劳动诉讼作出特别规定，使之与民事诉讼的一般规则相配合，消除《民事诉讼法》中不适应劳动争议处理的各种缺陷，确保劳动法的基本精神和功能通过劳动诉讼中每个劳动争议案件的处理得到充分的体现。^[9]

关于劳动诉讼的立法模式的选择，笔者认为，既要考虑必要性，又要考虑可行性。我国采取那一种模式，首先是要对劳动诉讼和民事诉讼关系的作出选择，是相对独立民事诉讼，还是完全独立民事诉讼。如果是相对独立，则选择“糅合式”，要么是在劳动法典中规定劳动诉讼制度，要么是在《劳动争议处理法》中规定劳动诉讼制度，要么是在《民事诉讼法》中专门规定劳动诉讼制度，但都保持和民事诉讼的衔接关系。如果是“完全独立”则是在民事诉讼法外制定专门的劳动诉讼法，建立专门的劳动法院体系，适用专门劳动诉讼程序制度。因此，“完全独立”要建立独立的劳动诉讼制度体系，具体包括机构的独立、程序的独立。“相对的独立”是指劳动诉讼具有相对独立的机构和程序，但又保持和普通诉讼（民事诉讼）的衔接关系。有学者针对我国劳动争议处理具体情况，认为劳动诉讼相对独立包括以下基本内涵：或裁或审，劳动诉讼独立于仲裁；在普通法院设立劳动审判庭；在《劳动争议处理法》中确立劳动诉讼制度。

基于劳动法和民法的渊源关系，及劳动法中存在私法的因素，有的学者认为劳动法具有公法与私法兼容的特征。^[10]特别是劳动合同中私法因素最强，因而可以通过仲裁和诉讼解决。劳动诉讼和民事诉讼有很多的相通性，许多程序、制度的适用是相同的，这也是为什么有些国家劳动争议完全适应民事诉讼法的原因所在。如果制定专门的劳动诉讼法，可能会导致程序和制度的重复，因而只需基于劳动案件的特殊性而指定特别的制度、程序即可。基于此，劳动诉讼只需相对独立即可。因此，有学者指出，劳动争议案件虽具有其自身的特殊性，但特殊性的存在并没有使其完全异质于普通的民事案件。这意味着对于劳动争议案件的处理仍然可以适用民事诉讼制度，只不过对一些具体内容作出适当的特殊安排可以满足需求。^[11]

同时，采用一种模式还要考虑可行性，要考虑立法成本和运行成本，这也是很多学者主张相对独立的原因所在。受我国现行司法体制的制约，如果构建绝对独立的劳动诉讼制度势必造成司法资源的浪费，这意味着与普通民事诉讼的彻底

脱离。具体步骤是，首先要修改我国的《人民法院组织法》和《法官法》，根据修改后的法律建立独立的劳动法院，设置专门的劳动法官。其次，要制定《劳动诉讼法》，确立独立的劳动诉讼程序。可见，绝对独立的劳动诉讼制度需要打破我国现行的司法体制，具有较大的立法成本和运行成本。但建立这种模式有利于劳动争议的妥当解决，实现劳动争议处理的专门化、专业化，符合大多数国家的普遍做法，也符合劳动争议解决机制的发展趋势。

再次，劳动诉讼制度的建立还要考虑本国的国情，包括法律文化和传统等。德国实现独立的劳动诉讼制度是和其特定的国情分不开的。诚然，我国目前建立独立的劳动诉讼的条件不具备，但随着我国劳动诉讼司法实践的发展，我国劳动法官的不断培养，某些条件也是可以成就的。更主要的是，劳动诉讼制度的建立在中国具有迫切性和重大意义。我国是一个人口大国，劳动争议案件多而且复杂。如果劳动争议适用民事诉讼法，如前所述，则会产生诸多的问题，劳动争议案件不能得到妥当的处理，可能影响社会的稳定。建立专门的劳动诉讼制度，设置专门的劳动争议处理机构，适用专门的程序，由专门的劳动法官来审理劳动争议案件，是妥善处理劳动争议案件的需要，是由我国劳动争议处理的实际需要决定的。

在《劳动争议调解仲裁法》起草过程中，原劳动部劳动科学研究所（现为劳动科学研究院）制定《劳动争议处理法（草案）》，将劳动争议调解、仲裁、诉讼归于一体。很多学者也主张在《劳动争议处理法》中规定劳动诉讼，把现行兼有实体法和程序法双重特点的《劳动法》修改为仅为实体法的基本劳动法典，再由最高国家立法机关制定“劳动争议处理法”，作为处理劳动争议的程序法。^[12]但全国人大常委会出于各种考虑，放弃了这种立法模式，制定《劳动争议调解仲裁法》，主要规范调解和仲裁程序，没有把劳动诉讼程序纳入其中，劳动诉讼留待以后再行规定，由此，劳动诉讼的立法模式主要有三种选择，一是在修订《劳动法》时对劳动诉讼作出规定；二是制定专门的劳动诉讼法；三是在《民事诉讼法》修订时专门规定劳动诉讼。笔者认为，第一种选择不恰当，按照我国立法实践和惯例，《劳动法》作为劳动法体系中的基本法，修订《劳动法》也只是对劳动诉讼程序的基本问题作出原则性规定，不可能对劳动诉讼程序作出详尽的规定，从而无法适应劳动司法实践的需要，而目前劳动司法实践需要对此作出详尽的规定，以增强可操作性。根据目前我国劳动立法的路径，一般是先制定单行法律、

法规，劳动法的其他组成部分如劳动合同法等都制定单行法律。因此，有可能的路径是在修订《劳动争议调解仲裁法》时，将劳动诉讼纳入其中。关于制定专门的《劳动诉讼法》，全国人大常委会近期并无制定劳动诉讼的立法规划，同时制定专门的劳动诉讼法需要大量的立法准备，需要具备较完备的条件，因此，这种立法模式在短期实施的可能性不大。因而目前劳动诉讼最大的可能性是在修订《民事诉讼法》时，将劳动诉讼纳入其中，最好的选择是将劳动诉讼程序专章规定。但此次民事诉讼法的修订，立法者并没有对劳动诉讼作出专门规定。劳动诉讼如何立法需要进一步关注和研究。《民事诉讼法》修改应考虑劳动诉讼的立法问题，可以对劳动诉讼的特殊规则进行规定。但最终劳动诉讼要从民事诉讼中分离出来单独立法。因此，要根据我国的政治、经济、文化的发展现状和劳动司法实践的需要，逐步分阶段、分步骤推进。

（二）立法内涵的选择

从内涵而言，即劳动诉讼立法定位也是应当考虑的问题，从劳动诉讼的理念、原则、制度、程序等方面应该怎样设定？是按照传统诉讼制度的路子，还是另辟蹊径？我国第一波司法改革强调诉讼制度的正规化建设，第二波则强调诉讼制度的简易化、便捷化，强调调解等非诉讼机制作用的发挥，劳动诉讼应当做出何种选择？

不言而喻，劳动诉讼的立法定位问题意义重大，甚至比劳动诉讼的立法模式更重要，因为这关系到劳动诉讼的立法走向问题。从逻辑上，是内容决定形式，形式反映和反作用内容。正是因为劳动诉讼内容别于民事诉讼，所以才有劳动诉讼立法模式的问题。劳动诉讼的内涵在民事司法改革中的定位从形式上看是和传统民事诉讼法的关系，实质是实现民事诉讼法的现代转型问题，是构建和劳动法相适应的独立诉讼程序问题，因而这关系到劳动诉讼制度的整体建构。对于劳动诉讼内涵的定位，学界和实务界有不同的观点：一种观点是“走精品化”路线，即劳动诉讼要打造成程序正义的精品。要充分发挥劳动诉讼制度在劳动争议处理中的长处，即用其所“长”，为当事人提供充分的程序保障，以实现程序正义。做“精”诉讼的“精”有两层含义：其一，从量的角度，诉讼处理案件必须是“精少”的，这需要依靠非诉讼机制进行案件分流，树立诉讼补充性、终局性的观念，避免滥诉；其二，从质的角度，诉讼处理案件必须“精准”，即案件的处理必须

体现司法公正，其结果是“程序正义”的程序规则下的必然结果，这需要“高度的程序保障”，即坚持诉讼程序的严密规则，避免“臆断”。^[13]

而有的则坚持大众化、便利化、低廉化路线，即充分认识传统诉讼的弱点，从传统诉讼制度的现代转型角度另辟蹊径，构建符合劳动争议案件特点的劳动诉讼制度。我国劳动诉讼制度改革的制度取向应是构建相对独立的劳动诉讼制度。其基本制度内涵是“或裁或审”，劳动诉讼独立于仲裁；在普通法院内部设立劳动审判庭；在我国正在制定的《劳动争议处理法》中确立劳动诉讼特别程序。在劳动诉讼特别程序中，要适当缩短审限；确立相对诉讼时效；突出调解的地位；规定小额诉讼程序。^[14]有的则主张，劳动诉讼制度首先要关注的是劳动法庭（院）的设立问题及劳动诉讼程序法规的制定问题，要制定专门的劳动法或最高法院发布有关审理劳动诉讼的特别程序，对以下几个方面做出规定：案件的受案范围；诉讼程序的缩短；举证责任的分配；法官的选任等。^[15]有的学者认为，劳动诉讼制度要保护以下一些特殊规则：举证责任倒置、缩短劳动争议处理的审限或改变传统的两审终审制、部分判决制度；成立专门的劳动法院或劳动法庭；调整仲裁和诉讼的关系，使之相互衔接。^[16]我国台湾地区的学者也主张，要对劳动诉讼制度作出特别规定：（1）应增设关于劳动诉讼费用的减免规定；（2）应仿消费者保护法第 47 条之规定，增设有有利于劳工管辖之法院的特别规定；（3）假扣押与假处分所要求担保金额的减免；（3）法院的职权介入，缓和辩论主义之要求，由法官适度依职权调查取证；（4）强化法官专业训练等等。^[17]

笔者认为，第一种观点不符合劳动争议案件审理的基本要求，也不符合劳动诉讼及民事司法改革的发展方向。如果劳动诉讼制度的改革走传统诉讼的道路，那劳动诉讼制度就没有必要另行立法，走相对独立的劳动诉讼路子，劳动争议案件适用严密的民事诉讼普通程序即可，民事诉讼普通程序即可为劳动争议案件的审判提供严密的程序保障，为当事人提供了程序正义。但由此会造成劳动诉讼程序的繁琐，诉讼成本高昂，不符合劳动争议案件审理需要便捷、低廉的基本要求，也不符合劳动诉讼相对独立民事诉讼的发展趋势。

第二种观点具有一定合理性，但需要具体分析。诚然，我国民事司法改革还没有实现形式理性和正规化建设的任务，但也没有实现大众化、简易化的任务。因此，我国民事司法改革面临的是双重任务：一要实现形式主义的任务，构建完

善的严密的诉讼程序；第二是构建简易化、大众化诉讼程序。其实，两者并行不悖，在普通程序中要加强形式化建设，但对于简易程序和新型纠纷要实行特殊程序，走简易、便捷、低廉的路线。因此，不可因为形式化的任务而否定构建新型诉讼的路线，更不可将传统诉讼作为新型程序的样板。再者，就劳动诉讼而言，走形式化的路线和我国劳动诉讼司法实践不相吻合。从我国劳动诉讼司法实践来看，最高人民法院颁布了大量的劳动诉讼司法解释，尤其是颁布的三个系统的司法解释就体现劳动诉讼要走新路，不可能再走传统诉讼的道路，我国劳动诉讼从理念、原则、制度、程序等方面已形成了相对独立的劳动诉讼制度的内涵。并且，劳动诉讼倾斜保护的理念、及时处理的原则等已深入人心，无论是从事审判的法官，还是从事研究的学者，对劳动诉讼的相对独立性都有比较深刻的认识。建立专门的不同于传统诉讼的劳动诉讼制度也是国际劳工组织的基本要求。早在1938年国际劳工局公布的劳动法院中包括处理劳动争议案件特点的机构，该机构的特点是：在审理案件时，除法官外，还有雇主、被雇者的代表参加，有时还聘请劳动问题专家参加；收费较普通法院低，使劳动者有能力负担，维护自己的权益；诉讼程序比普通法院简单，尽可能迅速解决争议，以免拖延时间，影响职工生活和企业生产任务的顺利进行；在处理劳动争议案件时，一般先调解，尽可能协商解决，以利于劳资合作，搞好生产。^[18]

同时，应全面把握劳动诉讼的内涵，它是由理念、原则、制度、程序等因素组成一个有机统一的整体，而不是仅仅从具体的制度和程序来把握。从理念到原则、制度程序，一个比一个更具体，更具有可操作性，但它们之间相互支撑，相互沟通，协调一致。其中，理念和原则是贯穿其中的一条红线，使得具体制度程序成为一个有机统一的整体，各项程序和制度之间相互衔接、相互配合，而理念和原则也需要借助具体的程序和制度才能得以体现和实现，从具体制度和程序可以概括和提炼出理念及基本原则。在司法实践中，我国劳动诉讼制度从管辖、受案范围、举证责任、诉讼主体、裁判依据、执行等方面都形成了自己相对独立的制度，从这些制度可以概括、总结出劳动诉讼的基本理念、原则等抽象层面的东西，而理念、原则又恰恰是体现了劳动诉讼的灵魂、核心和基本精神。而我们往往只注重程序、制度的构建，而缺乏对理念、原则的挖掘、提炼。缺乏理念、原则的指导，劳动诉讼程序、制度的应用可能会产生偏差，甚至迷失方向，在劳动

诉讼制度的构建和司法实践中务必要注意劳动诉讼基本理念、原则的指导。上述学者对劳动诉讼内涵的概括是符合劳动诉讼发展方向的,也符合劳动争议案件处理的特点,但只注重制度的构建、程序的设计,而忽视了理念的提炼,原则的概括和指导功能的发挥,比如在劳动诉讼中应当贯彻倾斜保护和及时处理等基本原则,注重实质正义等社会法理念的追求,如此才能把握劳动诉讼的真正内涵,劳动诉讼各项制度、程序之间才能协调一致,共同发挥作用。

总而言之,在民事司法改革中,从形式上,既要暂时将劳动诉讼纳入其范围,又要根据其特殊性进行制度设计和安排,而劳动诉讼最终要从民事诉讼法中独立出来;从其内涵而言,要走新路,不可将劳动诉讼作为传统诉讼的翻版。

【参考文献】

- [1]李景森, 主编. 劳动法学[M]. 北京大学出版社, 2000. 5.
- [2]姜颖, 吴亚平, 主编. 劳动争议处理教程[M]. 北京: 中国工人出版社, 2000. 267.
- [3]黄松有, 主编. 劳动争议司法解释的理解与适用[M]. 人民法院出版社, 2006. 5.
- [4]赵钢, 刘学在. 关于修订《民事诉讼法》的几个基本问题[J]. 法学评论, 2004 (2): 6.
- [5]范愉. 集体诉讼问题研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2005. 265.
- [6]洪冬英. 《劳动争议调解仲裁法》评析[J]. 学海, 2008 (6): 132.
- [7]范跃如. 劳动争议诉讼程序研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2006. 268-274.
- [8]范跃如. 劳动争议诉讼特别程序原理[M]. 北京: 法律出版社, 2008. 313.
- [9]刘昆岭. 劳动争议诉讼和仲裁衔接的困境思考[J]. 广州大学学报(社会科学版), 2007(9): 92.
- [10]王全兴. 劳动法[M]. 北京: 法律出版社, 2004. 43.
- [11]冯彦君, 董文军. 中国应确立相对独立的劳动诉讼制度——以实现劳动司法的公正和效率为目标[J]. 吉林大学社会科学报, 2007 (5): 108.
- [12]宋新平. 论劳动争议受案范围法规的完善[J]. 西安政治学院学报, 1999 (6): 49.
- [13]董保华, 主编. 劳动争议处理法律制度研究[M]. 北京: 中国劳动社会保障出版社, 2008. 331.
- [14]冯彦君, 董文军. 我国应确立相对独立的劳动诉讼制度——以实现劳动司法的公正和效率为目标[J]. 吉林大学社会科学学报, 2007 (5): 104.
- [15]王燕玲. 我国的劳动诉讼制度析[J]. 武汉理工大学学报 (社会科学版), 2004 (3): 356-357.
- [16]张冬梅. 完善劳动争议诉讼制度的几点思考[J]. 北京市工会干部学院学报, 2004 (3): 45.
- [17]转引自黄国昌. 我国劳动诉讼之实证研究——以第一审诉讼上诉审理与终结情形为中心(上)[J]. 台湾政大法学评论, 2008 (106): 208.
- [18]王益英, 主编. 外国劳动法和社会保障法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2001. 400.

劳动争议案件适用小额诉讼程序之价值 取向与实践问题探讨

周 长 征

【摘要】2015年1月30日最高人民法院公布了《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》，其中第274条规定劳动争议适用小额诉讼程序的条件是：劳动关系清楚，仅在劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿金或者赔偿金给付数额、时间、方式上存在争议的劳动合同纠纷。经过一年的实践，出人意料的是目前各地法院实际采用小额诉讼程序审理劳动争议的案件数量并不多，尽管很多基层法院劳动争议案件数量很多，但是却没有一起案件适用小额诉讼程序。为什么理论上小额诉讼程序可以提高结案率，减轻当事人讼累，但是在实践中却反而受到冷遇呢？本文拟以江苏、广东、上海和北京等地的司法实践为例，分析目前劳动争议案件审理中面临的实际问题，着重说明目前最高院过分强调小额诉讼程序在“速审、速调、速判”方面的效率价值，但是却忽视了劳动争议双方当事人最珍视的程序公正价值。同时劳动争议案件在处理程序上已经规定了一裁终局程序，在很大程度上过滤掉了那些小额劳动争议案件，也导致小额诉讼程序失去了案源。

【关键词】劳动争议、小额诉讼程序、民事诉讼

一、小额诉讼制度在中国大陆的发展

2011年最高人民法院在杭州召开全国民事审判工作会议，其会议纪要在第一部分提出“做好小额速裁试点工作，发挥小额速裁及时化解矛盾、提高司法效率的重要作用，为我国民事诉讼法律制度的不断完善，积累更多更好的经验。”

《纪要》所称的“小额速裁”就是后来的“小额诉讼”。在各地法院试点的基础上，2013年1月1日修改后施行的《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第162条首次正式确立了小额诉讼制度，该条规定：“基层人民法院和它派出的法庭审理符合本法第一百五十七条第一款规定的简单的民事案件，标

的额为各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资百分之三十以下的，实行一审终审。”

为了进一步明确小额诉讼程序适用中存在的问题，并在民事诉讼中大力推广小额诉讼程序，最高人民法院在 2015 年 1 月 30 日公布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》中进一步对小额诉讼程序做出规范，其第 274 条列举了可以采用小额诉讼程序的主要案件类型，其中劳动争议适用小额诉讼程序的条件是：“劳动关系清楚，仅在劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿金或者赔偿金给付数额、时间、方式上存在争议的劳动合同纠纷”。由此可见，适用小额诉讼程序的劳动争议仅限于劳动合同纠纷，范围限于“在劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿金或者赔偿金”方面的争议，双方只是在“给付数额、时间、方式上存在争议”。

为了具体落实民事诉讼法第 162 条，各地高院相继制定了一些指导意见，如江苏省高级人民法院发布的《关于小额诉讼案件审理程序的讨论纪要》（江苏省高级人民法院审判委员会 2012 年 12 月 25 日第 48 次全体会议讨论通过），广东省高级人民法院 2012 年 12 月 24 日发布的《关于适用小额诉讼程序审理民事案件的操作指引》（粤高法发〔2012〕46 号），浙江省高级人民法院于 2013 年 1 月 3 日发布的《关于适用小额诉讼程序审理民事案件相关问题的意见》，北京市高院于 2013 年 1 月 25 日发布的《北京高院关于适用小额诉讼程序审理民事案件若干问题的意见（试行）》，等等。

最高院司法解释已经公布一年多了，目前劳动争议案件适用小额诉讼程序的情况如何？是否已经达到了立法的目的和效果呢？本文拟从理论和实践两个角度，结合一些典型案例，分析劳动争议适用小额诉讼程序存在的问题以及将来改进的可能性。

二、劳动争议案件适用小额诉讼程序的理论基础与现实意义

小额诉讼程序可分为广义与狭义两种，前者与一般简易程序并无严格区别，二者仅仅是诉讼标的额和简易程序有所不同而已。在这个意义上，各国的地方法院或简易法院，如法国的小审法院、德国的地方法院及其简易程序都属于小额诉讼程序的范畴。20 世纪后半叶以来，世界各国都在积极进行司法改革，把简易、便利、快速、低廉作为改革民事诉讼程序的基本目标，因此，简易程序开始普遍

受到重视。当代小额诉讼程序(即狭义小额诉讼程序)此时作为一种新型程序应运而生,其建立不仅是基于对民事案件进行分流处理,减轻法院负担的一种构想,也在于实现司法的大众化。⁸⁴⁷ 正如有学者指出的那样,“人民对裁判之信赖,乃司法制度之生命及其存在意义所依附。充实信赖程序,广开当事人参与审理过程之途,以增大其对裁判内容之预测可能性,强化人民对司法之信赖,将有助于促使司法、法律与人民生活相结合。”⁸⁴⁸

然而在事实上,小额诉讼制度在中国发展的背景是法院近年来案件数量不断上升,法官办案压力沉重,对繁简分流,简化诉讼程序有着十分迫切的需求。据统计,2010年全国法院共审结民商事案件611万多件,同比上升5.44%。2011年共审结民商事案件656万件,同比上升7.3%。而到了2015年,全国法院民商事案件上升明显。新收民商事一审、二审、再审案件1104万件,首次突破了千万大关,上升21.8%;审结10505731件,上升20.06%。⁸⁴⁹随着法院办案数量持续快速增长,新类型案件大量增加,办案压力越来越大,一些经济发达地区一线法官年人均办案高达300多件,案多人少、导致人才流失问题突出。(参见附表)

850

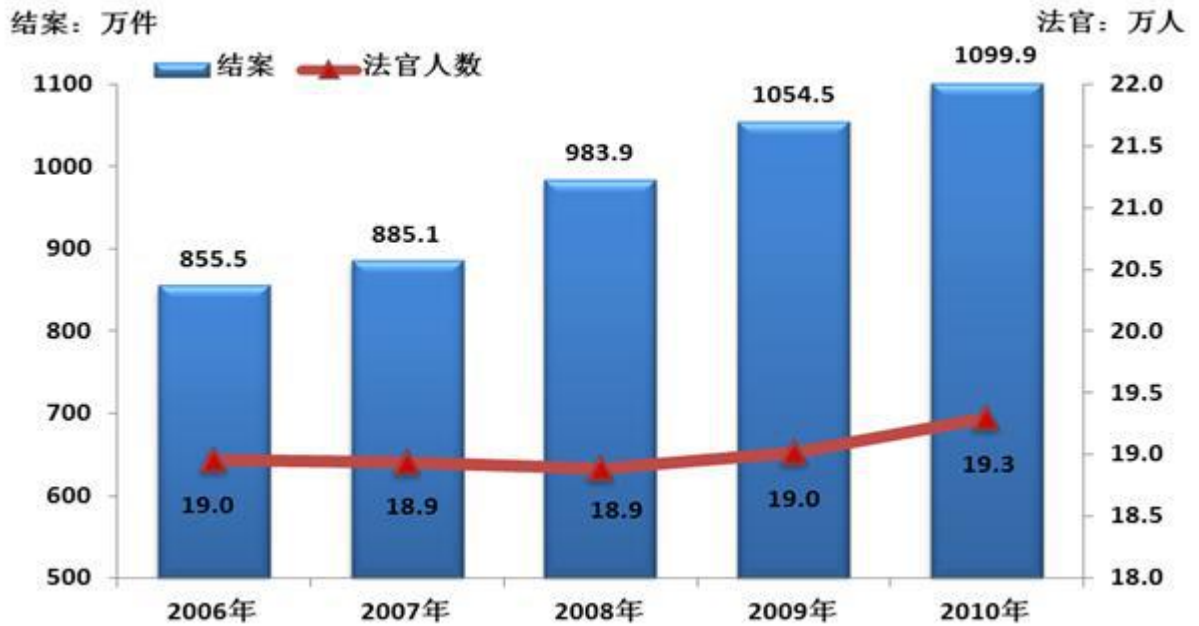
⁸⁴⁷ 范愉:《小额诉讼程序研究》,载《中国社会科学》,2001年第5期,第142页。

⁸⁴⁸ 邱联恭:《程序制度机能论》,三民书局(台北),1999年版,第45页。

⁸⁴⁹ 最高人民法院:《2015年全国法院审判执行情况》,来源:人民法院报,2016年3月18日。

⁸⁵⁰ 周强:《最高人民法院工作报告——2015年3月12日在第十二届全国人民代表大会第三次会议上》,网址:<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-13879.html> (最高人民法院官网,2016年3月22日访问)

2006年—2010年审执结案件数量与法官人数走势情况



(资料来源：最高人民法院 2010 年工作报告)

在中国大陆近几年经济下行的背景下，劳动争议案件数量更是持续迅猛增长。根据最高人民法院统计数据，2015年全国各级人民法院新收劳动争议案件483311件，比上年上升了25.02%。⁸⁵¹从2011年至2014年，全国法院系统一审受理劳动争议案件分别为30.8万件、34.9万件、36.6万件、37.4万件，劳动争议案件数量始终居高不下且呈逐年递增态势。

在极其沉重的案件压力下，各地法院事实上更愿意尝试简化办案程序，提高办案效率的一些新方法，包括推行小额诉讼程序。例如江苏省高级人民法院分别于2012年12月27日、2013年12月19日分别发出《江苏省高级人民法院关于印发〈关于小额诉讼案件审理程序的讨论纪要〉的通知》以及《江苏省高级人民法院关于适用小额诉讼程序审理民事案件标的限额的通知》。前一项通知明确小额诉讼的适用范围，列举了可以适用小额诉讼程序的案件类型，以及不能使用该项程序的案件类型；当事人对小额诉讼程序形成的判决或者裁定不服的，可以申请再审，这也是对小额诉讼的保障程序。后一项通知明确规定了江苏省各基层法院适用小额诉讼程序审理民事案件标的限额为人民币15000元以下。2015年3月江苏省高院召开民事审判工作例会，会议纪要要求“各级法院要准确理解民诉法

851 《最高法发布 2015 年全国法院各类案件审判执行情况》，中国律师网，网址：<http://www.acla.org.cn/html/industry/20160318/24774.html>，2016年3月22日访问。

解释的规定，大力推进小额诉讼程序在基层法院的广泛适用。凡是符合小额诉讼适用条件的，一律强制适用。应当适用而未适用的，上级法院可以程序违法发回重审。”⁸⁵²

由此可见，虽然在理论上小额诉讼程序有利于保障社会弱势群体的诉权，让普通民众能够更加容易进入司法程序。但在事实上，中国各级法院推行小额诉讼程序的主要目的是提高办案效率，而不是为社会成员提供更好的司法保护。正如有学者所担忧的：“如果简易程序以效率为唯一的价值取向、当简易程序以缓解法院压力而不是以满足当事人的程序利益为出发点、当简易程序作为一种强制性适用而不参与当事人意愿时，效率的价值就会覆盖和损害简易程序应当具有的其他价值和功能。”⁸⁵³

三、当前劳动争议案件适用小额诉讼程序实践中存在的问题

由于民事诉讼法第 162 条的规定过于笼统，甚至都没有使用“小额诉讼”的概念，因此小额诉讼程序的具体操作都是由各级法院来决定的。虽然最高人民法院在 2015 年关于民事诉讼法的司法解释中用了若干条文对小额诉讼程序进行了规范，但是该司法解释仍然留下很多空白给各地高院自行规定，这样就不可避免地带来了操作的混乱。从各地实践来看，目前劳动争议案件适用小额诉讼程序存在着以下主要问题：

1、最高法院在司法解释中将劳动争议纳入到小额诉讼程序的适用范围之中，但是这势必会造成民事诉讼法与 2008 年的《劳动争议调解仲裁法》之间的冲突。《劳调法》第四十七条规定了两类劳动争议应当一裁终局，裁决书自作出之日起发生法律效力。这两类争议包括：

（一）追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，不超过当地月最低工资标准十二个月金额的争议；

（二）因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的争议。

第一类争议实际上就是小额劳动争议，但是法律设定的小额标准与民事诉讼法显然不同。劳调法采用的是“12 个月当地最低工资标准”，这个数额在江苏省目前大约是 21240 元（1770 元 X12）。但是民事诉讼法采用的标准是当地社会平均工资的

⁸⁵² 参见《江苏高院全省民事审判工作例会会议纪要》，第六条。会议于 2015 年 3 月 23 日-25 日在江苏盐城召开。

⁸⁵³ 傅郁林：《繁简分流与程序保障》，载《法学研究》，2003 年第 1 期，第 63 页。

30%，目前江苏高院制定的标准大约是 17000 元，明显低于劳调法的标准。假如真是这样的话，依据劳调法第 47 条，此类小额争议除非劳动者不服向法院起诉，用人单位是不能起诉的，因此这类案件在仲裁程序中就应当终局，而不可能再进入到诉讼程序。

2、小额诉讼程序被用来处理群体性劳动争议，这不符合民事诉讼法第 162 条的立法本意和程序正义原则的要求。虽然表面上群体性劳动争议中的每一个个体之诉求都符合小额标准，但事实上一起群体性劳动争议的诉求应当视为一个整体，如果从整个争议的诉讼标的来看，这些案件是不符合小额诉讼程序的条件。实践中法院通常将群体性劳动争议拆分成个别争议进行处理，但是考虑到群体性劳动争议的社会影响比较大，适用小额诉讼程序显然不妥，还是应当适用普通程序处理为妥。因为劳动争议审判应当以案结事了为目的，不应该仅仅满足于形式上结案。

案例：纪某是平湖洁士保洁有限公司的一名职工，截止今年 4 月 26 日，该保洁公司拖欠纪某工资款 5400 余元，双方因工资款发生争执，纪某于 4 月 27 日将保洁公司诉至平湖法院。与纪某一起向平湖法院提起追索劳动报酬诉讼的还有全某、冯某等 48 名职工，他们均被该保洁公司拖欠一千至一万多元不等的工资款，累计数额为 29.7 万元。平湖法院受理这批追索劳动报酬案件后，迅速开展调解工作，适用小额诉讼程序当天就审结了这批案件。⁸⁵⁴

从这个案例来看，涉案金额将近 30 万元，远远超出了第 162 条所限定的小额标准，法院将案件拆分后处理是没有道理的。

3、实践中雇主和法院扩大了小额诉讼程序的适用范围，带有较强的任意性，需要加以统一。有些案件双方当事人对是否存在劳动关系有争议，但是法官也适用小额诉讼程序处理，显然这不符合《民事诉讼法》第 162 条的条件。有些案件双方对解除劳动合同究竟是解雇还是辞职都有争议，也采用了小额诉讼程序处理。还有些案件涉及到复杂的证据问题，显然不属于事实比较清楚的案件，但是法院也采用了小额诉讼程序。更令人担心的是，法院在有的案件判决中，把未签合同的二倍工资、丧假工资、代通知金案件等争议类型都包括进来，已经超出了最高

⁸⁵⁴ 《平湖法院适用小额诉讼程序审结案件 218 件》，载《钱江晚报》，2013 年 6 月 7 日，Z0003 版。

院司法解释所确定的适用范围。⁸⁵⁵

四、结论

小额诉讼程序与其说是一种诉讼程序，勿宁说是一种替代性纠纷解决机制(ADR)，比如美国许多州的小额诉讼一旦“上诉”至普通法庭，则实行全面审查制，就象没有经过审判一样。⁸⁵⁶ 小额诉讼程序用于审理劳动争议固然有其积极的一面，但是如果法院过度强调其效率价值，而不关注对劳动者的公平保护，那么这项制度的价值就被打了折扣。更重要的是，立法者应当注意充分利用现有的法律制度，尽量不要在已有的基础上叠床架屋，否则不仅会影响法律体系内部的和谐，甚至还会降低法律实施的效果。

【参考文献】

1. 许尚豪、朱呈义：《我国台湾地区小额诉讼程序述评及启示》，载《法律适用》，2006年第9期。
2. 傅郁林：《繁简分流与程序保障》，载《法学研究》，2003年第1期。
3. 范跃如著：《劳动争议诉讼特别程序原理》，法律出版社，2008年10月第1次印刷。
4. 左卫民等著：《诉讼权研究》，法律出版社，2003年8月第一版。
5. 范愉：《小额诉讼程序研究》，载《中国社会科学》，2001年第5期。
6. 邱联恭：《程序制度机能论》，三民书局（台北），1999年版。

⁸⁵⁵ 例如，广州市时景家具制造有限公司与杨海燕劳动争议一审民事判决书，法院：广东省广州市番禺区人民法院，案号：（2015）穗番法民五初字第226号。

⁸⁵⁶ 傅郁林，第53页。

中国社会法学会 2016 年年会

目 录

第四部分 社会保障法的顶层设计和制度完善（第四册）

101. 我国社会救助立法进路分析.....郭捷 张好婕 1354
102. 我国职业年金市场化的运营监管构建探析.....韩鸿蕊 1369
103. 香港政府必须按照数据推行全民养老金.....黄於唱 莫泰基 1382
104. 按照《社会保险法》完善个人缴费帐户的可行性.....
.....梁宝霖 梁宝龙 莫泰基 1394
105. 我国临时救助制度的完善.....梁高峰 1401
106. 公平与共享：我国养老保障体系的失衡性剖析与制度调整.....刘芸
107. 高龄农民工养老问题的法治忧思.....聂婴智 1443
108. 社会保障权宪法地位的理论思考.....宋艳慧 1450
109. 基本养老保险基金投资的负面清单制度构建.....杨复卫 张新民 1461
110. 我国企业职工退休金给付请求权之法律救济路径探析.....1477
.....张凌竹 王鹏 1477
111. 西部地区残疾人就业及法律保障问题研究——以银川市为例.....1495
.....朱久兵 1495
112. 用人单位对本单位职工之间侵权行为责任承担之问题研究.....程叶 1503
113. 社会法域下用人单位违法之工伤赔偿责任的类型化分析.....戴乔 1509
114. 视为工伤之极致与突破——评《工伤保险条例》之 48 小时条款.....
.....李海明 1521
115. 我国工伤制度的问题与完善——基于合肥地区调研的思考.....
.....李坤刚 王万鹏 付彤 1538
116. 关于整合城乡居民医疗保险制度的若干思考——以北京市为例.....1563
.....李西霞 1563
117. 工伤保险基金给付范围的规则重构.....刘鹏 1577
118. 论过劳的法律救济.....宋敏 1587
119. 公平视角的生育保险制度完善研究.....谢天长 1598

120. 刍议涉及多家用人单位的职业病赔偿问题.....叶明欣 1607
121. 社会保障、国家责任与经济法：用人单位违反公法性强制义务的工伤赔偿责任.....张琴 1617
122. 雇员在工作中致雇主损害的责任减轻规则——基于案例分析的比较研究1628
.....朱军 1628
123. 未足额缴费的社会保险待遇给付问题研究.....房海军 1653
124. 公益诉讼：社会保障权救济的新途径.....付龙飞 1684
125. 论社会保险法的私人实施——以反垄断法的私人执行为参照.....1695
.....何文杰 1695
126. 社会保险经办机构的性质和定位研究——从公法人的组织模式出发.....1710
.....胡川宁 1710
127. 论我国社会保险争议解决机制之完善.....黄旭东 邓娟 1723
128. 我国社会医疗保险法治建设的若干问题与解决思路.....娄宇 于保荣 1730
129. 社会保险经办机构法律定位析论——基于社会保险组织法之视角.....
.....孙淑云 1742
130. 繁荣背后的落寞：社会保险反欺诈地方立法之检省.....王素芬 1753
131. 基本医疗保险欺诈行为的司法裁判考察——以 105 个司法裁判文书为分析
样本.....杨华 1765
132. 论社会保险费率的确立及其调整.....叶姗 1777
133. 以案说法：社保部门涉诉案例评析.....岳宗福 张秀芹 1796

我国社会救助立法进路分析

郭捷 张好婕¹

【摘要】社会救助法在我国历经近二十年的立法进程，正式的社会救助法直到今日还未颁行，推进社会救助立法仍是当下一项较为迫切的任务。总体来看，2014年出台的《社会救助暂行办法》不乏亮点，但仍存在设计理念不够清晰，路径选择与时代发展不相适应的问题。在全球化背景下，由发展式社会政策衍生出发展式社会救助的新理念，对很多国家的救助立法都产生了深远的影响。与此同时，发展式社会救助的理念，与我国新时期提出的共享发展理念形成高度契合。发展式社会救助，应成为未来我国社会救助立法的主导思想与路径选择。确定发展式社会救助立法理念的基础之上，如何实现社会救助体系内部整合与外部衔接，进而构建一套综合性的社会救助法律制度体系，将成为我国社会救助立法需要思考的关键性问题。

【关键词】社会救助、社会救助立法、发展式社会救助

一、 社会救助法的立法过程及对《社会救助暂行条例》的评价

社会保障体系一般由社会救助、社会保险、社会福利等制度构成，作为一项应对贫困问题的制度，社会救助在历史上出现的时间最早，时至今日在社会保障体系中仍然发挥着重要的作用。在基本生活陷入困境的时候，公民有权得到国家的帮助。我国公民的社会救助权是以宪法的明确规定为依据，²然而这一宪法规定并不是公民据以提出请求的直接依据，它需要国家的立法将其转化为具体性的权利。世界上建立社会保障立法体系较为健全的国家，一般都有社会救助的专项立法，并且普遍将其视为社会保障体系的最后一道安全网。我国一直比较重视社会救助立法的工作，2000年《十届全国立法规划》就已经将社会救济法纳入了立法规划之中。2006年有关部门开始着手起草社会救助法（草案），之后该草案被前后修改了30余次。³2014年国务院出台了《社会救助暂行办法》，这也标志着屡次被提上立法规划的社会救助法，以行政法规的形式出现在世人面前。导

¹ 郭捷，西北政法大学教授；张好婕，西南政法大学博士生。

² 《中华人民共和国宪法》四十五条规定：“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下，有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业”。

³ 朱勋克：《社会救助法新论》，北京：中国社会出版社，2015年版，第9页。

致社会救助立法迟迟不能出台的原因是多方面的，为了厘清其中的原因，下文将对我国近二十年的社会救助立法进程进行梳理，并对现行的《社会救助暂行办法》进行简要的评析。

（一）近二十年的社会救助立法进程

1994年，全国人大常委会首次将社会救济法列入第八届人大常委会立法规划。同年，社会救济起草办公室成立。1994年底，民政部完成社会救济法（草案）初稿，初稿完成后进行了多次的征求意见与修改论证。1996年社会救济法（草案）送审稿形成，但是当时国务院法制办政法司认为社会救济法的制定时机还不成熟，其建议民政部先分别制定有关城市居民与农村村民救济的行政部门规章。⁴1999年国务院颁布《城市居民最低生活保障条例》，2000年，民政部在对农村村民社会救助情况调查的基础上，开始着手农村村民的社会救济行政法规的起草工作。民政部认为，社会救济法的制定将在总结上述两部行政法规实施经验的基础上进行，内务司法委员会也认可了该意见，并建议有关部门加紧相关工作。⁵2003年之后，包括人大代表、政协委员、学者在内的很多相关专业人士，都提议尽快制定社会救助方面的立法，十届全国人大立法规划再次将社会救济法纳入规划之中。2005年社会救济法经有关部门批准，正式更名为社会救助法，同年民政部联合国务院法制办，启动社会救助法的起草工作。民政部于2007年向国务院报送《社会救助法》（草案）送审稿，2008年《社会救助法》被纳入十一届人大常委会立法规划之中。2008年国务院法制办公布《中华人民共和国社会救助法（征求意见稿）》，第一次公开向全社会征求规范社会救助立法的意见建议。2009年国务院常务会议对《社会救助法》（草案）进行了审议，提出对该项立法进一步论证的要求。2010年，国务院常务会议对《社会救助法》（草案）进行第二次审议，但是最终仍未通过。2013年，《社会救助法》纳入十二届人大常委会立法规划，并列为“条件比较成熟，任期内提请审议的法律草案”。⁶

对于2009年、2010年社会救助法历经两次审议却未出台的原因，有分析认为，一是当时对该法涵盖的内容有分歧，对于一些基本的问题没有达成共识。其一，社会救助应采取专项立法还是综合立法没有确定；第二，法律救助是否应该

⁴ 杨思斌：《中国社会救助立法研究》，北京：中国工人出版社，2009年版，第36页

⁵ 朱勋克，张磊：《论穷人权利的保障及制度安排》，云南大学学报，2009年第1期，第3-7页。

⁶ 朱勋克：《社会救助法新论》，北京：中国社会出版社，2015年版，第61页。

纳入立法，没有统一结论；再有，怎样处理社会救助与慈善的关系，亦悬而未决。总之，类似问题阻碍了立法的进程。二是相关的专项救助并不成熟，如医疗救助、教育救助、住房救助等专项救助制度等，当时还处在实践摸索阶段。最低生活保障制度虽然已经比较成熟，但是专项救助与低保制度的运行及管理机构有较大区别。三是社会救助在各部门之间的管理体制与职责划分还未厘清。社会救助一般涉及多个政府部门，当时立法过程中各部门都想将自己负责的部分纳入法律规定，但是各部门之间的又无法协调一致。对于一些基本性的问题，还未能达成一致意见，例如，医疗救助究竟归属卫生部门管理，还是由民政部管理。类似问题的分歧，制约了立法的出台。2014年国务院出台《社会救助暂行办法》，此也标志着社会救助法近二十年的立法进程被搁置，社会救助的行政法规代替立法，暂时性对社会救助进行系统化、法制化的规范。

（二）《社会救助暂行办法》的评价

2014年5月1日《社会救助暂行办法》开始正式施行，这是我国第一部统筹各项社会救助的行政法规。《社会救助暂行办法》的颁布实施，对我国社会救助迈向规范化、体系化及法制化的进程，具有重要意义。《暂行办法》首先明确了我国社会救助以基本生活救助与专项救助为主要内容的体系框架，确定了包括医疗救助、教育救助、住房救助等，各专项救助的具体内容。其次，明确了社会救助的基本指导思想与原则，即：社会救助制度坚持托底线、救急难、可持续，与其他社会保障制度相衔接，社会救助水平由于经济社会发展水平相适应。社会救助工作应当遵循公开、公平、公正、及时的原则。第三，细化了社会救助中的法律责任，明确规定社会救助主管及直接负责人员的七种违纪违法行为与相应的法律后果。第三，规范了社会救助中的社会力量参与，对社会力量参与的方式，社会力量参与社会救助所享有的优惠政策，政府购买社会服务等进行了规定，可以说顺应了社会救助发展的趋势。总体来看，《社会救助暂行办法》不乏亮点，但仍存在设计理念不够清晰，路径选择与时代发展不相适应的问题。

1. 过于强调政府管理职能，缺少社会救助权保障的要素

社会救助作为一项针对贫困问题的制度，历史上经历了从恩惠向权利转化的过程。社会救助权利化的最主要特征在于，通过立法的方式对生活陷入困境的公民赋予权利，帮助他们摆脱困境。可以说，社会救助法是“赋权”之法。虽然社

会救助权是公民的一项基本人权，但真正享受该项权利的是社会中的“弱势群体”，也正因如此，社会救助对立法有天然的依赖。作为一种积极受益性的典型社会权，社会救助权的实现与否及实现的程度，基本取决于国家对该权利主体给付义务的履行程度。《社会救助暂行条例》中社会救助权保障的理念远未达到立法者与学者认同的程度。办法是以社会救助主管机关及管理部門的角度出发，主要规定了主管部門如何管理及行使社会救助职权的内容，对于社会救助作为公民基本权利的属性未能明确。因而在内容上，办法未顾及到社会救助权的确认、内容、效力、行使等方面内容，行使社会救助权遭遇障碍时的救济机制也有欠缺。有关社会救助法律制度中社会救助待遇的内容，即社会救助的救助对象的确认方式及标准、救助的标准、救助的范围、救助的方式等最为关键的内容，办法的规定却显得极为笼统。《社会救助暂行办法》第一条规定，为了加强社会救助，保障公民的基本生活，促进社会公平，维护社会和谐稳定，根据宪法，制定本办法。从该条的叙述中可知，办法将社会救助的立法宗旨定位于“为了加强社会救助”，这样的叙述过多的强调了社会救助行政管理的职能，没有体现对公民社会救助权的保障这一核心理念。此外，“维护社会和谐稳定”的表述，也是典型的政府进行社会管理的思维，维护被救助者社会救助权的意涵被弱化。

2. 法功能定位不够准确，缺乏具体的基本原则

《社会救助暂行办法》第二条规定：社会救助制度坚持托底线、救急难、可持续，与其他社会保障制度相衔接，社会救助水平由于经济社会发展水平相适应。社会救助工作应当遵循公开、公平、公正、及时的原则。目前社会救助立法当中对社会救助制度的功能定位于托底线、救急难、可持续，从中能看出社会救助的“兜底性”制度功能，但是对于救助的辅助发展性功能却没有清晰的认识。此外其他诸如，注重与其他社会保障制度的衔接，保持与经济发展相适应，以及坚持公平的原则从总体上符合当下的国情与社会救助的发展，但是，一些核心性的原则却未有体现。比如，国家责任原则的缺失，影响了社会救助关键性制度设计的精细程度；共享发展的原则也没有得到充分体现，共享产生于社会分配的不公，演进为追求社会公义与和谐，社会救助应该由简单的救济型向发展型过度；再有，社会救助中的效率原则被忽视等。

3. 指导性规定较多，具体操作性较弱

《社会救助暂行办法》中，将很多制度规范的内容都授权给下级的省市区政府制定，这也被一些学者看做法律粗糙的体现。立法虽然不能将一项制度的所有内容事无巨细的加以规定，但是基础性的制度内容应当予以细化。社会救助中衡量贫困家庭标准的最低生活保障标准，是救助制度的基础，办法规定，最低生活保障标准由省、自治区、直辖市或者社区的市级人民政府按照当地居民生活必需的费用确定、公布，并根据当地经济社会发展水平和物价变动情况适时调整。这一规定显然太过模糊，类似此类的规定，在很大程度上降低了办法在实践中的可操作性。

4. 社会救助各方主体的法律关系细化程度不足

社会救助涉及的主体较多，包括了公民个人、各级政府、民政部门、财政部门、审计部门、教育部门、住房城乡建设部门、人力资源社会保障部门、村民委员会、居民委员会、社会团体等。各方主体之间的关系既涉及公法性质的关系，又有私法性质关系的内容。但是，办法对于各类关系梳理的细化程度明显不足。例如，社会救助标准制定的问题，办法规定省、市、区三级政府都制定救助标准的权利，但是并没有明确管理机关在制定标准过程中的主体责任。再有，我国现行的社会救助法规或政策将提供社会救助资金的主体规定为政府，但却对救助财政制度的安排过于粗疏，根本无法保证国家责任的充分践行。因此，需要明晰社会救助各方主体之间的法律关系，能够正确区分各方主体的法律地位及其权利、权力与义务，使其依法行使权利、权力并履行义务，既防止权利与权力的滥用，也防止义务的逃避，使社会救助法的执法、司法、守法和法律监督的过程都在法制的框架下运行，真正实现社会救助的法治化。

二、 新时期社会救助立法路径选择

在全球化背景下，消除社会排斥促进社会融合任务成为了西方国家在社会政策领域的新任务，由发展型社会政策衍生出发展型社会救助的新理念，正与我国新时期提出的共享发展理念相契合。发展型社会救助，应是未来我国社会救助立法主导思想与路径选择。

（一）明确社会救助的功能定位，更加注重社会救助共享发展的意涵

目前社会救助立法当中对社会救助制度的功能定位于托底线、救急难、可持续，从中能看出社会救助的“兜底性”制度功能，但是对于救助的辅助发展性功能

能却没有清晰的认识。对贫困问题的研究早已证实,贫困不仅仅因为物质的匮乏,更为重要的是发展能力的缺乏,为此,如何提高贫困人群的自身能力建设,最终实现他们的自立才是解决问题的关键。换言之,社会救助提供的帮助是“暂时性”的,其最终还是要考虑帮助弱势群体实现自立的问题,即赋予救助对象维持基本生活的能力的“赋能”功能。对于此项功能,现有的立法还没有特别清晰的定位。突出表现为,现有的社会救助制度与社会保险及社会福利性制度之间的关系较为混乱,它们之间目前还无法通过有效的衔接实现制度之间的流动性与互补性,进而无法实现社会保障体系整体的无缝隙衔接。

本质而言,社会救助法的定位源于社会救助制度本身共享发展的意涵。社会救助从分配的角度看,有再次分配的功能。当然,这种再次分配并不是“劫富济贫”之举,而是要更多的体现对初次分配不公的一种矫正。社会救助再次分配的合法性植根于作为人权的生存权要求,生存权的保护并不仅仅是为了生存而生存,而是为了进一步实现人的发展即人发展的权利。党的十八届五中做出的《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十三个五年规划的建议》提出了五大发展理念,“共享发展”是其中的重要组成部分。社会救助是体现共享发展的重要制度安排之一,社会救助立法应突出考虑共享发展性,政府应该更加重视社会救助在托底性民生保障体系中的基础性地位,培养救助对象的生存和发展能力,最终消除贫困,实现社会救助价值。这是我国发展性社会救助立法的内在要求,是由传统消极救助立法走向积极救助立法的必经之路。

(二) 从保障社会救助权出发,完善综合性的社会救助体系

社会救助权的保障要求,社会救助不能只是“保基本生存”的救济型救助,其应该是以保障救助对象“基本生活”权利的救助。所谓基本生存与基本生活最大的区别在于,保障水平的高低与保障项目内容的丰富程度。保障基本生活所要求的水平及内容要远大于基本生存,它不仅仅是维持生命的延续,更多的是要能达到在社会中维持一个人生活各个方面需求的生存状态。因此,保障基本生活,脱离了仅仅提供衣食住行的保障水准,医疗、教育、住房等内容也包括在救助内容之中。经过十多年的发展,我国已经初步形成了保障“基本生活”的综合性社会救助体系的制度框架。这一救助体系以城乡居民最低生活保障制度为核心,包括医疗救助、住房救助、教育救助及临时性救助等专项救助项目。但是,随着社

会救助的发展，这套体系中存在的问题也日益显现，其中主要问题在于，目前综合性的救助体系沿循的是一种“问题导向”的构建模式，即社会救助制度的发展主要针对此后也是在解决各种眼前问题的过程中不断地扩展，形成了目前的社会救助体系，而不是从一开始就有目的地设计制度体系。虽然这一制度体系对于解决现有问题有一定效果，但随着体系逐渐庞大，其制度建构不足的问题就逐渐显现。为了使综合性社会救助制度能够保持长期稳定可持续发展，应该加强其制度建构。

分析社会救助暂行办法中所列的各专项救助项目，一方面，从救助项目齐全性的角度看，目前的救助项目基本能够满足救助对象的基本生活需要，但是，其中的一些项目的救助水平还不理想，制度化水平相对较低，需要进一步加强和完善。另一方面，从救助项目体系的包容性要求，综合性的救助体系除了能够面向所有人群之外，还应该考虑各类特殊困难人群的特点，设立对他们更具针对性的项目或特殊救助内容。重点包括失业贫困者、老年贫困者、儿童贫困者、残疾贫困者、妇女(主要是单亲)贫困者等。例如，随着人口老龄化的发展，高龄老人的护理将是一个大问题。在子女数量趋少的今天，家庭对养老功能正在弱化，尤其是对于一些家庭条件较差又罹患疾病甚或生活不能自理的老人而言，社会救助必须有所作为。在现在的救助体系下，类似的问题还不能得到有效的解决，说明目前救助体系的包容性与开放性仍显不足。构建兼具包容性与开放性的救助体系是社会救助伴随经济社会发展的必然要求，也符合社会救助权利保障的内在逻辑。

(三) 体现国家责任的原则，明晰政府间责任的分担

国家责任的原则是社会救助最为根本性的原则。社会救助权的实现与否及实现的程度，都取决于国家给付社会救助义务的履行。社会救助法制体系建设的具体模式取决于财政责任的建构模式，社会救助是采用纵向的中央政府责任体制，还是采用横向的地方政府负责体制，质言之，国家责任原则最为重要的是财政责任制度的安排，目前，我国的社会救助体系在这一基本的制度安排上还没有成型。

《暂行办法》中规定“完善社会救助资金、物资保障机制，将政府安排的社会救助资金和社会救助工作经费纳入财政预算”，这样的规定过于粗疏，根本无法保证国家责任的充分践行。有鉴于此，救助的财政责任制度的，可以从两个方面进行完善；首先，社会救助预算应实行政府公共预算模式，即将社会救助收入与支

出作为政府经常性收支的内容列示在政府的经常性预算中。采取此模式有利于政府直接服务于社会救助事业,并将社会救助与国民经济一并进行综合考虑。其次,由于各级政府财政间规范化的财政分担没有数量化的制度规范,社会救助支出划分更多地表现为各级政府间的博弈,相关责任主体的支出稳定性不强。⁷在现行财政体制框架下,除了通过公共预算加强对各级政府社会救助财政的管理和制衡外,还可以借鉴国外的相关成熟经验,⁸建构以中央政府为主的社会救助资金提供主体,在中央与地方之间采用不同比率来配置社会救助资金。

(四) 统一关键性技术规范,提升立法的可操作性

作为社会救助中最为关键的技术性规范,最低生活保障标准及家庭经济情况核查这两项指标是判定救助的对象与救助标准水平的主要依据。因此建立合理的最低生活保障标准与规范家庭经济情况核查制度,是社会救助能够平稳发展的主要保障。《社会救助暂行办法》将最低生活保障标准的制定权下放至地方,此主要时考虑了各地收入水平与经济发展水平所存在差距,有一定合理性。但是,各地在最低生活保障标准的制定方面呈现出一种计算方法各异、计算依据多样的局面,有的地方以当地最低工资标准为依据,有的则以国家统计局发布的贫困线作为依据,还有地方以当地人均收入为参照标准。这些情况的出现在很大的程度上,不仅给实践中制度的操作与评估带来了难题,而且会减损该项制度的科学性与规范性。此外,家庭收入调查一直是社会救助制度中的薄弱环节,收入情况核查的准确合理与否,主要取决于,制度中如何对经济情况核查的关联要素和核查方法进行明确的规范,这恰是现有制度存在瑕疵之处。在台湾地区的《社会救助法》当中明确规定最低生活费用参照当地最近一年每人可支配收入中位数的60%制定,同时明确了经济状况核查中的人口计算范围和财产计算的范围标准。⁹其他诸如德国、日本、韩国等国家的社会救助法之中都有类似规定。我国社会救助法可以借鉴这些经验,在全国范围内统一最低生活保障标准的计算内容与计算方法,同时对家庭经济情况调查的人口计算范围及财产计算范围进行明确,实际推进此类基础性技术规范的可操作性。

⁷ 江治强:《我国社会救助的财政问题与对策探析》,载《山东社会科学》2005年第5期。

⁸ 谢增毅:《中国社会救助制度:问题、趋势与立法完善》,载《社会科学》2014年第12期。

⁹ 朱勋克:《社会救助法新论》,中国社会科学出版社,2015年版,第241页。

三、发展型社会救助理念对各国救助立法的影响

上世纪九十年代以来,伴随国际社会对“贫困”问题研究的深入,社会政策开始越来越多从提升贫困者能力及促进社会融合的视角,设计与制定反贫困的社会政策。其中最具代表性的反贫困社会政策——社会救助,就是这一变化的典型代表,在很多国家,社会救助改变了过去消极性的补偿收入损失的功能,而更多的显示出积极性的促进人力资本发展的功能,并由此形成了发展型社会救助的制度理念。各国社会救助立法也因这种理念变化的影响,出现了不同以往的变化。前文提及,我国社会救助的现有法规政策对社会救助立法的功能定位不够准确,没有用共享发展的观点理解社会救助立法。未来社会救助立法的完善不能只停留在对现有法规政策技术性瑕疵的弥补,更重要的是,社会救助应该考虑如何用发展型社会救助理念,构建与完善社会救助的立法。本文分析归纳了发展型社会救助理念对各国立法所产生的一些影响,希望在此基础上获得启发,进而探讨构建中国式发展型社会救助立法的相关问题。

(一) 发展型社会救助理念的主要制度特征

福利国家以再分配和维持消费为取向的社会政策,逐渐从传统的“事后补救型”的保护方法向着积极的、生产性的、注重社会投资的方法转变,即社会政策新增了“发展”这一价值内涵。¹⁰作为社会政策性质的社会救助,由发展型社会政策衍生出发展型社会救助的新理念。这一理念主要表现在以下三个层面:一是在政府的社会政策体系建构中应该更加重视社会救助的基础性作用,二是确定更加积极的社会救助制度目标,三是社会救助在制度建构和政策实施中应该更加重视激励机制,四是社会救助应该对提升人力资本和促进经济与社会发展起到积极的推动作用。¹¹

(二) 发展型社会救助的实践及立法上的表现

“工作福利”与“条件型转移支付”为发展型社会救助主要的两种表现模式。实施“工作福利”的主要是一些欧美国家,其中以美国为代表。美国于1996年制定“个人责任和工作机会法案”,被看做是以工作换取福利保障的典型代表。

¹⁰ 张浩淼:《中国发展型社会救助制度建设:国际视野下的分析与启示》,载《改革与战略》,2013年第8期。

¹¹ 关信平:《朝向更加积极的社会救助制度——论新形势下我国社会救助制度的改革方向》,载《中国行政管理》2014年第7期。

¹²具体实施方面,工作福利模式通过强制快速就业、培训和财政激励等措施的不同组合来实现其功能。强制快速就业措施的目标是促使受助者尽快返回劳动力市场,有劳动能力的受助者必须接受救助机构提供的工作,否则会导致救助金的减少或丧失。培训措施的目标是提高受助者的劳动技能、帮助其积累人力资本。从实践效果方面看,工作福利尽管存在一些问题,但是相关的评估研究显示这种模式在减少受助者人数、提高就业率上具有积极作用,一定程度上提高了劳动者从市场中获得收入的能力。¹³“条件型转移支付”是一些拉美国家所采用的发展型社会救助模式。附带条件的救助金是这种模式的核心要素。在这种模式下,社会救助资金的发放均带有一定条件,而这些条件的设定均以推进人力资本的发展为导向。比如,墨西哥2002年出台的“机会计划”(Oportunidades)规定,家庭主妇领取救助金必须以保证其子女接受教育为条件,此外,还必须参加各类健康教育的学习班并保证其子女能定期接受体检。¹⁴从实践效果看,相关评估显示,虽然这种模式在为贫困家庭提供保护方面的影响和作用较有限,但在促进人力资本发展方面的功效较显著,贫困家庭中儿童的人学率、健康状况、营养程度均有较大程度的改善。¹⁵虽然两种救助模式的具体做法有些许差别,但是从本质来看,不管是“工作福利”抑或“条件型转移支付”的价值导向都符合发展型社会救助理念。贫困者以不单单是指缺乏基本物质生活资料的绝对贫困人群,对于缺乏一些必要的能力,而使生活条件处于社会低收入边缘的相对贫困者,也应该纳入救助的范围之内。国家在社会救助方面的义务不仅仅限于帮助救助摆脱贫困的生活状态,而是更需要进一步提高救助对象的脱贫能力,让低收入者摆脱贫困陷阱。

发展型社会救助的理念对救助立法的影响甚远,以东亚的日本与韩国为例,都在近几年对社会救助法进行了修改。日本内阁于2013年5月17日通过了《生活保护法》修正案,并于2014年4月开始实施,该修正案是自1950年确立该法案以来的首次修订。《生活保护法》修正案的主要修改议题之一是,通过激励机

¹² 冀慧珍:《社会救助的政策建构和实践完善:发展型社会政策的视角》,载《经济问题》,2014年第3期。

¹³ 梁祖彬、肖萌《社会救助就业福利政策研究》:载《当代中国社会救助制度:回顾与展望》(首届中国社会救助研讨会论文集),2009年版,第408至410页。

¹⁴ Barrientos A.& Santibanez C. New Forms of Social Assistance and the Evolution of Social Protection in Latin America[J].Journal of Latin America Studies,2009,41,(1):13

¹⁵ Lloyd-Sherlock, P. Doing a Bit more for the Poor? Social Assistance in Latin America[J].Journal of Social Policy,2008,37,(4):627.

制鼓励救助对象积极参加就业培训以尽快回到就业市场。例如该法规定，在领取政府生活保护金期间如果领取者参加工作，并且获得收入的情况下，将减少其领取的保护金。为提高领取者的劳动积极性，现在规定减少的保护金将由地方自治体保管，当领取者摆脱领取生活保护金的困难生活时，这些保护金将作为政府的发放金发给领取人。通过这样的规定，激励有劳动能力的生活保护对象积极寻找工作，提高劳动者就业的积极性。此外，针对新增贫困人口中不少是有劳动能力的年轻人这一现象，从2005年开始，日本启动了旨在帮助生活贫困者自立的“自立援助项目”。2013年5月17日，日本通过了《生活穷困者自立支援法》，并于2015年4月开始实施。这项法案旨在促进领取生活保护费的生活贫困者自立，如法案规定，永久对失业、没有住所的人，在一定时期内发放房租补助金，还规定了在地方自治体设置咨询窗口。¹⁶ 2015年7月，韩国对国民基础生活保障实施了最新的改革措施，基本生计、医疗、教育和住房救助等救助给付分开运行。¹⁷ 基本生计主要是针对绝对贫困群体提供最基本生活救助，而医疗、教育、住房等救助给付则是针对有需要的绝对和相对贫困人群。为了促进救助对象能够积极的参与劳动与就业，韩国政府特别设立了专项救助渐退政策。“专项救助渐退”是指低保对象通过努力在就业后，其家庭所需要的相关专项救助待遇并非马上随之取消，而是会保留一段时间。韩国基础生活保障的成员工作后收入超过绝对贫困线后，仍可以获得其所需的其他救助给付，直到其收入超过相对贫困线后才完全退出救助，这种方式增强了受助者的工作诱因，有助于其阶段性自立，再如，英国政府在受助者就业后，也会对住房救助等延长一个月，使受助者可以进行过渡。韩国采取这种方式有助于激励有劳动能力的低保对象积极参与劳动就业，提高社会救助的可持续性。

四、 构建我国发展式社会救助法的思考

我们国家一直都在强调发展的理念，党的十八届五中全会提出了五大发展理念，其中“共享发展”的理念体现了发展的价值取向，揭示了当代中国发展的根本出发点和落脚点。共享发展有实实在在的内容，其以推进扶贫脱贫、缩小收入差距为抓手，体现为一系列改善民生的社会政策。在这里需要强调的是，改善民生不仅仅是要改善普通民众的民生状况，而且更重要的是要改善困难群体的民生

¹⁶ 吕学静：《日本社会救助制度的最新改革及对中国的启示》，载《苏州大学学报》，2016年第3期。

¹⁷ 张浩淼：《韩国社会救助的最新改革及启示》，载《党政视野》，2016年第4期。

状况；不仅是要从绝对水平上改善，而且还要从相对水平上改善。并且，在相对层次上改善困难群体的民生状况，仅靠经济发展是不够的。从当代发达国家和发展中国家的反贫困经验看，经济发展对缓解绝对贫困有直接的作用，但对缓解相对贫困的作用很小，因此应该更多地采用社会政策来推动缓解相对贫困。¹⁸而积极的社会救助立法与政策应该在此方面发挥重要的作用。

（一）逐步树立发展型社会救助立法理念

发展式社会救助立法理念更加强调社会救助的人力资本投资的积极意义，推动社会救助的人力资本投资转向。长期以来社会救助都被看成是主流社会出于人道主义精神而对贫困者的关照，是一种单向的“施予”行为。在我国，它体现的是社会主义的人道主义，以及党和政府的社会责任。但从更加积极的意义上看，应该更多地看到社会救助人力资本投资的意义。积极的社会救助理念不再仅仅将社会救助看成是一种单纯的政府“支出”，而更多地将其看成是一种“投资”；社会救助不仅仅是为了贫困人群的利益，而且也是为了国家的发展和全社会的公共利益。

发展式社会救助理念立法的核心在于通过构建合理的激励机制，使救助对象获得相应的劳动能力和机遇，最终获得劳动收入，实现救助的，这也恰好体现立法的积极导向功能。构建积极的发展型社会救助，其立法首先要处理好救助与就业促进之间的关系。借鉴国外的经验，可以从以下三个方面着手：首先，给付救助资金时，附带发放条件立法，针对正常劳动力、弱劳动力、轻微残障劳动力分别制定就业相关性要件，迫使其履行劳动义务；同时，也可以通过公益服务项目，培养救助对象的劳动习惯和增强其受雇能力；另外，以收入豁免、小额信贷、构建个人发展账户等措施激励救助对象积极就业。其次，明确政府的技能培训和岗位供给责任，对救助对象实施针对性的、持续性的就业培训，为其提供资金、平台、技术、机会等相关资源，实现“工作福利”型的救助模式。¹⁹再次，可以借鉴日本与韩国的立法经验，建立收入豁免制度和救助渐退制度，使受助者得到有效的就业激励。

¹⁸ Chen S. & Ravallion, M. More Relatively-Poor People in a Less Absolutely-Poor World. Policy Research Working Paper, No. 6114, The World Bank, 2012.

¹⁹ 喻文光：《德国社会救助法律制度及其启示——兼论我国行政法学研究领域的拓展》，载《行政法学研究》，2013年第1期。

（二）注重社会救助体系内部整合及外部衔接

发展型社会救助立法的构建，需要对现行的社会救助内部的各项救助项目进行整合。按学理上对社会救助进行的分类，政府主导或负责的社会救助一般分为三种类型，一是普通救助，二是专项救助，三是临时性（应急）救助。普通救助适用的群体最大，是社会救助的基础救助类型；专项救助是政府针对特定时间、特定群体和特定环境进行的特有的救助项目，具有时空上的阶段性；而临时性（应急）救助主要是针对灾害或临时困难进行的急难救助。《暂行办法》立足于物质救助，分别对普通、专项、灾难和临时救助予以了规定，呈现出一种“碎片化”的状态。首先，社会救助权作为一项基本人权，应强调救助的普适性，“最低生活保障”“特困人员供养”应当合并为普通救助，将特困人员的特殊性在最低生活保障方面予以强化，使普通救助成为规范之重点。其次，就专项救助而言，应当突出重点并予以归类。《暂行办法》分别将不同类型的专项救助设专章予以规定，与其他普通救助并列，在立法体例安排上显得极不协调，应当将医疗、教育、住房、就业救助共同作为专项即特有救助章，以此与普通救助和其他类型的救助相对应，然后再分别在此章对当前重点民生领域的救助类型予以阐述。最后，同具应急性特点受灾人员救助与临时救助合并为应急性（临时）似更为妥当。

在发展型社会救助立法的建构中还需要考虑与其他社会保障项目之间的制度关联和协调。原则上说，社会保障三大制度体系之间的关联和协调应该是三大制度体系的互动过程，但事实上，社会救助制度建构要更多地根据社会保险和社会福利发展的情况去调整自身的制度和发展规划，以使社会保障体系的三大制度体系达成更好的制度关联和制度协调。社会保障的纵深发展必然导致普惠型社会福利项目的增加，因此，社会救助立法必须未雨绸缪，将残疾人、老年人、儿童的救助项目与社会福利区分开来。其次，应从立法层面上完善分类施保制度，将救助对象纳入分类施保范畴，根据其困难程度和困难性质分类，实施资金、实物、服务等多种形式的救助，并与相关的社会福利项目衔接，从而解决福利叠加问题，实现资源有效配置。最后，从立法层面规定社会救助和福利管理机构相互协作，对重叠的服务项目进行统一规划和实践，避免两个机构各自为政的弊端，进而提高救助和服务的运行效率和社会效益。

（三）构建综合性的社会救助法律制度体系

综合性的社会救助法律制度体系是指，社会救助应当以《社会救助法》这一基本法为依据，同时制定相关的一系列单行制度规定，辅助《社会救助法》的施行，从而构成一套完整的救助法律制度体系。国际劳工局曾建议“分散的社会保障性质的法律应综合并尽可能汇集起来，法律应当用最清楚的合理的语言来起草。”²⁰应用这种体例仍有在《社会救助法》之外，再制定单项的社会救助法规、规章以辅助其实施的必要性，社会救助立法的核心部分应体现在《社会救助法》中。采用这种立法体例可以使所有的立法都遵守共同的指导思想和基本原则，有利于建立系统、全面、完善、协调的社会救助法律制度体系，使各种社会救助项目与具体制度设计都能够统筹考虑。

发展式社会救助理念下的社会救助是一个开放的体系，社会救助的项目和标准随着国家财力的增长以及居民需求的提高而不断调整。而且，根据国外一些国家的立法经验，社会救助的有关制度通常不仅规定于一部法律之中，随着社会救助内容的不断丰富，也分散在不同的法律中。因此，社会救助法应主要规定基本生活救助、专项救助、临时救助等制度相对成型的救助项目，不必也无法覆盖和包含所有救助项目。政策和制度尚未定型的项目以及新设立的救助项目可以留给其他法律或者条例加以规定。社会救助法确立的社会救助体系应是一个开放包容、不断丰富和调整的体系。在此要强调一点，完善充实《社会救助法》不能延续之前“宜粗不宜细”的传统思维，而应该以“内容完整、规定详尽、具有操作性”为立法的目标与要求。具体而言，就是要在《社会救助法》中对社会救助权利的保障、救助项目、救助标准、救助中的权利义务、救助的程序以及家庭经济情况的核查等核心问题作出明确的界定和规范，使《社会救助法》切实担当起救助“基本法”的角色。力争建立起一套较为完善的综合性社会救助法律制度体系。

【参考文献】

1. 朱勋克：《社会救助法新论》，北京：中国社会科学出版社，2015年版
2. 杨思斌：《中国社会救助立法研究》，北京：中国工人出版社，2009年版。
3. 朱勋克，张磊：《论穷人权利的保障及制度安排》，云南大学学报，2009年

²⁰ 江亮演，林胜义，林振裕：《社会政策与立法》，台北：洪叶文化事业有限公司，2004年版。

第1期。

4. 江治强:《我国社会救助的财政问题与对策探析》,载《山东社会科学》2005年第5期。

5. 谢增毅:《中国社会救助制度:问题、趋势与立法完善》,载《社会科学》2014年第12期。

6. 张浩淼:《中国发展型社会救助制度建设:国际视野下的分析与启示》,载《改革与战略》,2013年第8期。

7. 关信平:《朝向更加积极的社会救助制度——论新形势下我国社会救助制度的改革方向》,载《中国行政管理》2014年第7期。

8. 冀慧珍:《社会救助的政策建构和实践完善:发展型社会政策的视角》,载《经济问题》,2014年第3期。

9. 梁祖彬、肖萌《社会救助就业福利政策研究》:载《当代中国社会救助制度:回顾与展望》(首届中国社会救助研讨会论文集),2009年版。

10. Barrientos A. & Santibanez C. New Forms of Social Assistance and the Evolution of Social Protection in Latin America[J]. Journal of Latin America Studies, 2009, 41, (1).

11. Lloyd-Sherlock, P. Doing a Bit more for the Poor? Social Assistance in Latin America[J]. Journal of Social Policy, 2008, 37, (4).

12. 吕学静:《日本社会救助制度的最新改革及对中国的启示》,载《苏州大学学报》,2016年第3期。

13. 张浩淼:《韩国社会救助的最新改革及启示》,载《党政视野》,2016年第4期。

14. Chen S. & Ravallion, M. More Relatively-Poor People in a Less Absolutely-Poor World. Policy Research Working Paper, No. 6114, The World Bank, 2012.

15. 喻文光:《德国社会救助法律制度及其启示——兼论我国行政法学研究领域的拓展》,载《行政法学研究》,2013年第1期。

我国职业年金市场化的运营监管构建探析

韩 鸿 蕊

【摘要】近年来，机关事业单位职业年金相关制度的逐渐完善给职业年金基金的市场化投资与运营提供了背景，但目前我国在针对其市场化运营操作的具体监管措施等方面尚缺乏具体的法律制度保障，从而带来了对相应的法律风险的考量。本文通过职业年金的相关基础理论的引入，对其性质的特殊性、运营风险的潜在性及监管的必要性进行分析，得出若要使得职业年金稳步推进和健康运营，在法律制度层面上确立监管是势在必行的。进而通过对国外年金类市场化运营监管机构设置和监管模式的借鉴，就我国经济新常态下的考量，从主体和模式两方面构建解决职业年金市场化运营监管问题的法律制度设计。

【关键词】职业年金 法律风险 经济新常态 运营监管

一、深化改革背景下的机关事业单位职业年金制度出台

为进一步扩大社会养老福利的公平分配，提高机关事业单位工作人员退休生活保障水平，促进机关事业单位人力资源管理战略的优化，2015年4月国务院办公厅印发的《机关事业单位职业年金办法》（国发〔2015〕18号）（以下简称《办法》），作为我国中国特色社会主义法律体系和社会保障制度的一个重要方面，对于统一我国社会养老保障制度、完善养老保障体系有着极为重要的意义。为了确保社会养老福利保障的公平性和广泛性，职业年金必须实现稳健发展，而对于稳健发展这一目标来说，职业基金的市场化运营部分则是重中之重。《办法》中明确规定，职业年金采取个人账户实账累积的方式，将累积的基金投入市场化运营，实现基金的保值增值。这就说明了职业年金，以一种基金的方式存在，而该基金将采取市场化投资运营的措施。

随着全面深化改革的推进和经济新常态的逐步形成，中央对于我国推进社会养老保险事业市场化投资的运营与监管，提出了“加强社会保险基金投资管理和

监督，推进市场化、多元化投资运营”的思路^{2 1}。《办法》中规定，实账积累的职业年金基金将采取市场化投资运营模式，投资收益归个人享有。社会福利保障体系的最终受益人还是每个职工，而政策的制定和指导者在于政府，由此规定可见，职业年金基金的市场化运营得到了法律层面上的确认并将予以推广，而不仅仅是山西、上海、浙江、广东、重庆等 5 个省市的试点^{2 2}。然而，对每一种新生事物的考量，都往往面临着反对的意见。机关事业单位职业年金制度是事业单位养老保险改革中的重要一环，由于事业单位纳入城镇职工养老保险体系后，事业单位人员养老待遇可能大幅下降，2008 年初，国务院就出台了《事业单位工作人员养老保险制度改革试点方案》（下称《方案》），其中提出要建立事业单位职业年金，以弥补事业单位改革后养老待遇的降低。不过，由于该《方案》并未就事业单位建立职业年金给出任何具体措施，据相关媒体报道，事业单位养老保险改革方案出台前四年，该改革遭到中国数千万事业单位职工的强烈抵制，五个省市的试点也未能实质性突破。

在新一轮全面深化改革的进程中，我国政府的思路是将社会保障制度改革放在工作重点，将养老保障基金投资运营与监管工作提到重要议程。职业年金进入资本市场运行，是遵循经济发展的客观规律，适应我国步入人口老龄化社会现实，实现养老体制改革目标的必然选择。职业年金的市场化运营不仅能够有效缓解财政养老压力、抵御通货膨胀，而且将给资本市场带来巨大活力，给金融产品和金融公司创造更大创新空间。所以，机关事业单位职业年金制度势必整合建立，具体措施的规定应当进一步完善细化，其中职业年金基金市场化的运营监管方面，因为直接关系到民生，更是重中之重。

二、 职业年金特点：双轨制向并轨制靠拢的

职业年金，全称为机关事业单位职业年金，主要指的是在“双轨制”向“并轨制”靠拢的过程中，事业单位养老保险改革中的一个重要方面。中国养老保险一度实行实行“双轨制”，区分城镇企业职工和机关事业单位而不同。城镇企业职工实行养老保险制度，由个人和单位共同缴纳保险费，养老金待遇大体为职工退休前工资的 60%左右。而机关事业单位则实行福利性质的退休制度，退休待遇

^{2 1} 中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定，中华人民共和国中央人民政府网：

http://www.gov.cn/jrzq/2013-11/15/content_2528179.htm

^{2 2} 山西、上海、浙江、广东、重庆等 5 个省市，<http://finance.qq.com/a/20120112/006127.htm>

大体最高相当于退休前工资 90%。养老保险“双轨制”下，城镇企业退休职工和机关事业单位退休人员的养老待遇差距悬殊，日趋扩大，这不仅给中国的财政体系造成极大压力，同时也刺激了公众的神经，认为这种制度加剧了机关事业单位与一般民众的收入差距。因此，民间的改革呼声一直很强烈。2011 年 11 月公开征求意见的《事业单位人事管理条例》中曾明确表示，数千万事业单位职工将纳入社会保险体系。

职业年金制度，应在确保社会稳定的前提下，以事业单位分类、人事制度、收入分配制度改革为基础，逐步平稳过渡和建立完善。根据《办法》的规定，笔者总结职业年金具有以下特征：

首先，从参与主体角度，我国职业年金的缴纳主体为两方，分别为机关事业单位和本单位的工作人员。双方共同按照法律规定的比例进行年金交纳。《办法》第三条规定，职业年金制度适用的主体与参加机关事业单位基本养老保险的范围一致。同时，国务院发布的《机关事业单位工作人员养老保险制度改革的决定》中明确规定，按照公务员法管理的单位、参照公务员法管理的机关（单位）、事业单位及其编制内的工作人员开始实行养老保险制度改革，建立职业年金制度。所以，职业年金制度保障主体的范围就得以立法明确。职业年金的运营主体为受委托具有资格的投资运营机构，负责职业年金基金的投资运营；托管主体为具有资格的商业银行，通过签订书面合同确定委托关系，作为托管人负责托管职业年金基金。职业年金的监督检查主体为县级以上各级人民政府人力资源社会保障行政部门、财政部门。

其次，从费用比例和组成角度，职业年金的缴纳比例，按照不同主体确定为，单位缴纳本单位工资总额的 8%，个人缴纳本人工资的 4%^{2 3}，由单位代为从工资中直接扣除。职业年金的基金组成包括单位缴费、个人缴费、职业年金基金投资运营收益和国家规定的其他收入（主要为固定期银行存款利率利息收益）。

再次，从账户累积方式角度，职业年金的资金积累模式分为两种，分别是记账累积制和实账累积制。实账累积制适用于那些差额拨款和自收自支非财政全额供款的单位，单位按照比例缴费，直接存入个人年金账户，交予管理部门进行投资运营。而记账累积制是指针对财政全额供款的单位，单位缴费部分采取记账式，

^{2 3} 机关事业单位职业年金办法，中华人民共和国中央人民政府网：
http://www.gov.cn/zhengce/content/2015-04/06/content_9581.htm

由财政拨款补充个人账户。

最后，从年金增值来源角度，由于职业年金分为记账式和实账式两部分，所以分别来看，记账式部分的职业年金增值来源主要为国家统一公布的记账利率利息，而实账积累部分的年金增值为按市场化运营的实际收益计算收益。

经过对相关规定及上述特征的分析，笔者认为可将职业年金定义总结如下：即指由国家法律规定的，为提高养老保障水平，促进并轨制改革的顺利推进，机关事业单位职工在享有基本养老保险金保障的基础之上，享受的一种补充保障制度。很容易看出，职业年金制度与企业年金相类似，都是作为“第一支柱”基本养老保险的补充养老保障制度而出现的。

三、职业年金市场化运营的功能/价值

职业年金市场化，是指以实账积累形成的年金部分，按照法律的相关规定，由各级社会保险经办机构负责经办工作，委托符合资质的投资管理人和托管人，在保证安全性、收益性和流动性的前提下，遵循谨慎投资、分散风险的原则，参考企业年金的管理经验，合理制定职业年金资金投资比例与投资方向，进行市场化投资运营，实现职业年金的保值增值。

从企业年金运营的状况来看，企业年金获得了持续的发展。2015年度企业年金基金业务数据摘要显示，去年我国企业年金基金全年整体保持稳步增长，建立企业年金制度的企业达到75454个，参加制度的职工超过了2300万人，我国已积累企业年金基金9625.51亿元。尤其投资收益和加权平均收益率再创新高，分别达到了753.91亿元、9.88%²⁴。企业年金基金市场化投资运营收益的增长，年金规模的不断壮大，年金市场化运营给养老保障事业贡献巨大，给企业保障职工养老水平得到提高。但由于企业年金的自愿性缴费等自身局限性，企业覆盖率低，年金年增长速度缓慢，纵观企业年金的发展，职业年金未来发展一定会获得远超企业年金基金运营的成果。

职业年金市场化运营，是我国养老保障制度改革的必然选择。近年来我国逐步进入老龄化社会，人口红利失去，社会养老保障支出逐渐增大，财政养老支付压力难以负担。同时，为了减轻养老保险并轨改革的阻碍，制定职业年金制度保

²⁴ 2015年度全国企业年金基金业务数据摘要，中华人民共和国人力资源和社会保障部网站：
http://www.mohrss.gov.cn/gkml/xxgk/201603/t20160331_236972.html

障机关事业单位工作人员养老保障水平不下降，保留单位员工减少人才流失，从而为建立资金来源多渠道、保障方式多层次、管理服务社会化的养老保险体系奠定基础。

职业年金的市场化运营是在为中国未来养老保障制度的长远发展提供资金保障，是在为解决我国人口老龄化养老金紧张压力提供可行路径。构建我国完善的养老保障体系，加快完善养老基金投资政策，建立职业年金基金市场化运营制度，有利于拓展养老保障资金来源，减轻财政负担；有利于养老基金充实基金市场，激发市场活力，促进经济发展；有利于调动群众缴费积极性，推进全国统筹，实现养老公平化，促进制度可持续发展；有利于增强养老基金支撑能力，推动养老制度完善。

职业年金的特殊性及对市场化运营影响

职业年金具有区别企业年金的特殊性，这就决定了职业年金市场化运营不能完全照搬企业年金管理办法规定。笔者将在本部分分析职业年金的特殊性以及职业年金市场化运营意义，探讨适应职业年金特殊性质的市场化运营监管体系，建立职业年金市场化投资运营的规范制度。

第一，职业年金具有强制性。职业年金不同于企业年金，由国家立法规定强制要求所有机关事业单位为本单位工作人员建立年金保障机制。同时，法律明确规定缴费比率、资金累积模式、增值来源、监管主体、领取方式等方面，对职业年金制度的建立和运行有了明确的指导意义。而企业年金采取企业自愿方式建立，缴费比例是由企业与员工协商确定，具有很大程度上的组织内部自决性。

第二，职业年金具有浓重的政治性。职业年金是为养老金并轨改革过程中缓和各界压力和推动养老保障体系改革而制定的重要制度，其具有浓重的政治导向性。国家强制参保，财政资金介入，明确的缴费比例等特点，从不同侧面反映了其与企业年金的差异性，职业年金代表了浓厚的政治性，为符合当前社会养老事业发展需要而建立，凸显了我国社会保障体制改革的社会需要以及强烈的政府导向性。

第三，职业年金投资管理模式选择的必然性。职业年金的缴费模式采取的是区分原则。一部分采取记账方式，年金增值来源主要以银行同期固定利率计息累计存储，该规定针对财政全额拨款的单位施行。另一部分是采取实账累积方式，

做实的年金账户基金部分投入资本市场运营，投资收益计息累计归入个人账户，该规定针对非财政全额供款的单位施行。职业年金采取区分式管理模式，一方面保证了职业年金的增值收益，另一方面缓解了财政补充机关事业单位职业年金个人账户的资金压力。而企业年金的建立主要是为了适应市场发展和增加企业员工福利，所以投资管理模式主要采取企业与员工自主协商的方式，给与市场经济主体自主权。

第四，职业年金具有普遍执行力。职业年金采取国家强制建立的方式，覆盖了我国四千万机关事业单位工作人员，实现制度落实的效率与公平。机关事业单位是具有公益性质的法律主体，具有决策统一、行动迅速的执行力，单位成为工作人员养老的可靠保障，职业年金相对企业年金的推广落实具有普遍执行力。但同时，高覆盖率和庞大基金数量给职业年金市场监管带来了更大的压力和挑战。

基于以上特殊性质，职业年金作为养老制度改革措施的重要地位就显得尤为突出。职业年金的市场化投资运营将会给资本市场注入庞大的年金资金，给资本市场带来新活力。职业年金市场化运营是为了保证职业年金抵抗通货膨胀，实现年金保值增值目标的必然选择，职业年金制度的制定和年金的投资运营将影响到我国养老制度改革的发展进程。

正是因为职业年金具有以上各方面的特殊性，以及市场化运营的风险和不确定性，在确定职业年金市场化运营监管的法律制度时就应当慎之又慎。通过制定完善的法律制度，严格的监管体系，高效的信息披露制度和透明公开的内外外部监管机制，实现对职业年金市场化运营的监管工作。

四、国外年金市场化运营监管的规定及对我国的启示

机关事业单位工作人员享受职业年金制度保障并非我国独创，而是国际发达国家的通行做法。外国没有“事业单位”一词，但是与事业单位相类似的是“公共部门”。西方发达国家大多为政府机关和公共部门工作人员设立年金制度，例如，美国、德国、日本等国。这些国家都以立法的形式建立了公共部门工作人员的职业年金制度，规定由政府、企业和个人三方共同承担个人年金缴纳责任，但是各国在缴费比例和监管机构等方面有所差异。国外公共部门的年金制度，运行时间长，监管体制完善，拥有丰富的实践经验和法律基础，值得我国职业年金制度借鉴。

英国、美国、德国、澳大利亚的年金制度经过多年的发展，制度框架和规范体系都已经建立，笔者通过总结其年金市场化运营监管组织规定（表1），吸取制度建立的宝贵经验。

表1 英美德澳四国年金市场化运营的监管机构

国家	监管模式	监管机构	监管职责
英国	分权式监管； 谨慎性监管	国内税务署、 职业年金管理 局、金融服务 局、年金补偿 委员会。	国内税务署，负责审核年金计划的税收优惠资格；职业年金管理局，监督检查计划的年金计划；金融服务局，负责监督基金管理人、对年金进行例行检查；年金补偿委员会，管理年金补偿计划。
美国	“双轨多头” 监管； 谨慎性监管	税务局、劳工 部下属的养老 金和福利收益 管理署、退休 金津贴保障公 司	税务局，负责审核、督察税收优惠；劳工部下属的养老金和福利收益管理署，监督《雇员退休收入保障法》的执行情况；退休金津贴保障公司，主要负责当雇主单位经济困难无力支付原定退休金时，建立保险基金进行偿付。
澳大利 亚	谨慎性监管	审慎监管局、 证券投资委员 会以及税务 局。	审慎监管局，谨慎监管养老信托基金、金融机构和信托人，定期审计养老信托基金和审阅年度报告，监督基金法定运作标准执行情况；证券投资委员会，监督投资经理为委托人提供可靠收益，负责发放销售和咨询中介执照，监督委托人保护和处理法律投诉；税务局，负责税法的实施，审计雇主账目并且监督其按时交纳职业年金贡献额。
德国	严格限量监 管	联邦保险监管 署	监督和管理企业年金的投资经营状况、财务状况。

英国作为年金制度建立历史最优秀的国家，在年金运营和监管方面都有比较完善的法律基础，在对资金来源、基金经办、投资运营等方面都有较明确的法律规定和政策支持。在资产管理上，英国实行“谨慎人”原则，即要求作为养老基

金的年金投资托管人有义务像对待自己的资产一样，谨慎地为养老基金选择最能分散风险的投资组合。英国年金运营监管采取分权式模式，由核心监管体系和辅助监管体系共同构成完整的年金运行监管体系。养老金监管局负责联合各个部门，对年金监管工作发挥主要部署协调作用，主要负责协调部门间监管信息的交流，监管手段的执行和策略的实施。而辅助性监管体系由仲裁机制和申诉机制两部分组成，主要为专业仲裁裁决和民情的反馈提供正当渠道。

英美两国都是采取的“审慎性”监管模式，两国的养老保险法律法规立法都比较完善，国内金融机构都很发达，但由于两国的国家结构形式不同，在监管机构的设立上存在较大差别。美国是按照联邦制设立监管机构，对年金监管采取“双规多头”的监管模式。遵循两层次的法律体系分别为联邦政府监管的法律体系和由各州政府监管的法律体系。联邦政府和州政府在年金监管方面各司其职，相互协助，交叉监管，为年金投资运营提供了充分的法律依据和便利。

澳大利亚超级年金基金相应的监督管理组织架构主要由三大机构组成——澳大利亚审慎监管局、澳大利亚税务局及澳大利亚证券投资委员会。这三个部门既职责明确又相互配合，组成了澳大利亚超级年金基金的监管组织框架，保证了超级年金基金的有效运转。

在年金基金市场运营方面，德国一贯采用较为保守的投资策略，针对非系统风险只设置一个部门主管进行监管，但是也可以得到有效控制。德国的企业年金采用的是严格限量的监管模式，其年金基金监管制度不像英美日三国那么复杂和庞大。虽然德国的年金基金管理也涉及到几个部门，但企业年金基金的主要监管责任则统一由联邦保险监管局负责，它的主要职责是对企业年金的投资经营状况以及财务情况进行监督和管理。

以上四个国家年金市场化运营的监管体系，说明高效合理的制度安排才能保证效率与公平的实现。年金市场化运营存在诸多风险，要想实现我国机关事业单位职业年金市场化运营的保值增值，实现我国养老保险制度改革的顺利完成，必须建立完备有效的职业年金市场化运营的监管体制。鉴于以上分析，笔者认为应当从职业年金特殊性着手，结合我国养老保险制度的现状，根据社会保障体系完善需要，借鉴企业年金管理实践经验，分析实现职业年金的市场化运营，应当建立的运营监管法律规制体系。

五、职业年金市场化运营的监管法律规制对策/建议

职业年金的市场化运营相比较企业年金,更加需要一个布局合理、管理得当、监管严格的制度来保证实现。社会保障的制度设计可以提高制度本身的效率,而社会保障制度又为激励相容的制度设计提供前提条件。基于以上对职业年金的特殊性分析以及国外年金制度监管组织架构的阐述,结合我国正在运行的社会基本养老保险基金和企业年金投资运营的实践经验,笔者主要从内部监管和外部监管两方面,为建立职业年金市场化运营监管法律制度提出建议。

(一) 职业年金市场化运营的内部监管机制

1、建立职业年金内部控制机制

首先,要建立重点风险点监控机制。对职业年金运营管理的重点岗位,加大监控力度,定期或不定期地进行检查和抽查,监控情况要定期通报。要建立即时监控制度,随时监督,遏制风险源,确保基金运营安全。同时,建立不相容岗位分离制度,明确不相容岗位范围,要严格分离。要建立审核制度,对年金运营关键业务及重要文件,进行审核、复核、审批,由负责人进行核查签字确认。

其次,要建立内部控制风险分析机制。对职业年金投资管理风险岗位有清晰认知,对风险岗位要实事求是地进行分析,掌握岗位存在的潜在风险,制定职业年金投资运营风险处置预案,有针对性地开展年金风险评估和预防,防范和化解职业年金投资运营风险。

最后,要建立严格的考核奖惩机制。目的就是要促进职业年金运营内部控制工作,维护年金基金的安全与完整。应将考核目标细化,制定周密的考核计划和评分标准。根据检查得分情况划分风险等级,对执行内部控制制度好的部门和个人给予奖励或者惩戒。

2、立法明确职业年金各方主体职责

《办法》中规定:职业年金基金的投资运营管理工作将委托投资运营机构作为投资管理人负责,基金托管工作将委托商业银行作为托管人。职业年金运营监管组织机构采取简化原则,不同于企业年金基金采取由受托人、账户管理人、投资管理人、托管人四方主体的运营模式,从而避免了监管主体的分散化。同时,应当通过立法明确职业年金主体职责,落实内部监管机制,为职业年金设立内部风险控制机制,防范行业风险和金融风险以及道德风险。

通过定期内部审计管理人，方便进行内部监管，通过投资管理人内部理事会议等形势，定期掌握投资收益情况，及时进行监管纠错，从一定程度上规避经济风险，防止内部人腐败贪污等违法行为，稳健踏实地落实基金托管运营的各项工
作，实现基金的保值增值。同时，成立地方职业年金管理委员会，确保职业年金的运行与事业单位自身运行分开，维护基金安全，拓宽基金投资渠道。

3、制定职业年金运营管理规范

职业年金采取市场化运营，虽然存在风险，但是合理的职业年金管理规范体制可以最小化市场风险，有效地规避运营风险甚至道德风险。职业年金管理部门负责制定年金运营管理的内部运营规范，从经管工作流程的精细化、投资管理主体的选拔、投资方案的审核等方面进行明确规定。首先，制定严格的工作流程，工作流程是职业年金市场化运营监管工作的命脉。为职业年金市场化投资运营工作提供操作办法和管理依据，针对社会保险各项业务的内容和性质，细分工作环节，制定详尽的操作步骤，设计业务环节的初审、复审、监督环节，达到流程清晰、制约明确、便于操作的目的，以提高运营管理效率，打造良好的社会保险形象。

其次，应当将质量管理体系引入职业年金经办工作中，逐步将职业年金市场化管理经办工作纳入精细化管理体系。制定和实施年金运营管理经办行业标准，以“规范化、信息化、专业化”为目标，在投资管理机构资格标准、信息登记标准、基金管理标准、业务操作标准、技术保障标准、年金管理内部控制标准等方面研究设计出全国统一的标准模式，实现标准化管理，促进我国职业年金投资运营内部管理模式向精细化管理方向发展。

（二）职业年金市场化运营的外部监督机制

1、设定职业年金市场准入机制

职业年金市场化运营必须设定市场准入机制，就是要求监管机构对欲进入市场的主体或客体（年金产品）进行必要限制。职业年金建立市场准入机制是预防基金投资风险，保障基金运营安全的前提保证。通过市场准入机制，将某些经营行为不正当、管理经验不丰富、管理体系不健全、思想不端正的金融机构拒绝在职业年金运营的体制之外，从而保证年金运营的正当性、安全性和高效性。

同时，应当对职业年金基金的管理人进行合理的限制，其中包括对运营管理

人资格、主要从业人员、风险制定战略等方面的要求。对管理服务的客体的限制包括机构的管理能力与规模、技术系统、内部控制体系、服务效率和水平等方面。通过明确年金投资管理人的主体条件和资格，为职业年金市场未来运营设定严格的准入机制，防范市场化投资管理的运营风险和法律风险。

2、建立职业年金风险防控体系

职业年金强调安全性，应当遵循谨慎经营、风险规避的原则，做到安全运营、保证收益、流动正常。针对职业年金市场化管理主体的投资管理机构，应当建立职业年金的风险防控体系，最小化市场经济风险，保稳求进中推动职业年金管理运营。首先，践行多元化的投资原则，将资产分为安全资产和风险资产，结合两种资产自身接受风险的程度不同，提供适当的投资方案。

其次，建立风险准备金制度，为职业年金基金运营提供风险投资保险保障。根据《基本养老保险基金投资管理办法》规定，基本养老金保险基金明确受托机构按照基金年度净收益的1%提取风险准备金，投资管理机构按照当期管理费的20%²⁵比例提取风险准备金，专项用于基金运营过程中的市场风险以及运营风险的亏损弥补。同样地，企业年金基金投资管理也规定了20%²⁶的风险准备金。职业年金应当借鉴基本养老保险基金和企业年金的风险准备金规定，建立风险防控管理制度，合理防范年金市场化运营风险。

3、实施公开的信息披露和定时报告制度

首先，应当建立职业年金信息公开披露制度，由人力资源社会保障行政部门和财政部门通过其官方网站、全国范围内发行的报纸每年向社会公布年金基金的收支、管理和投资运营情况，接受社会监督。职业年金投资管理人应当履行信息披露义务，完善事前披露和事后公开等环节的透明化。管理人向公众披露的信息主要包括：职业年金的收缴情况、运行操作情况、投资收益情况、待遇支付情况、年金运营管理风险、风险防范措施等方面。同时，政府应当推进建立统一规范的网络信息公开系统，实现社会保障有关部门之间的信息网络一体化，保证数据信息的时效性和准确性，方便实时监控职业年金投资运营情况。

其次，政府部门应当落实投资管理人的职业年金报告制度。年金投资管理人

²⁵ 基本养老保险基金投资管理办法，中华人民共和国中央人民政府网：
http://www.gov.cn/zhengce/content/2015-08/23/content_10115.htm

²⁶ 企业年金基金管理办法，中华人民共和国中央人民政府网：
http://www.gov.cn/zhengce/content/2011-02/23/content_1808854.htm

向管理委员会进行年金运营情况的报告制度。其报告内容应当包括：各类财务报表、风险评估报告、投资组合报告以及定期公布资产净值。及时的信息披露与报告制度可以有效地保障权利人对年金市场化运营情况的知情权和监督权，方便权利人了解年金基金投资的市场运营情况，也有助于监管部门对投资管理机构的违规行为及时采取适当的措施。

4、建立社会监管的组织体系

社会监管主体主要包括机关事业单位工作人员、新闻媒体、第三方中介机构等。职业年金市场化运营的外部监管应当委托审计机构、律师事务所、精算师事务所、信用评估机构咨询机构等独立监督机构中介机构进行外部第三方审计监督工作。强化对基金的审计，规定审计署每年对基金进行审计，审计结果向社会公布。中介机构向政府有关部门及社会公众发布职业年金运营信息，方便公众及时地了解年金市场化运营的成果、发展动向以及市场化发展的全局动态，不仅为政府政策的制定和监管内容的动态调整提供依据，而且有利于公众对职业年金运营情况进行监督，从而为职业年金市场化运营监管织就一张“全社会监管的安全网”，让职业年金投资运营在阳光下进行。

除此之外，政府应当成立职业年金监督委员会，其具体职责包括对地方职业年金管理委员会进行监督、对基金的投资运营进行监控、对各地关于职业年金政策法规的执行情况进行监管、处理有关职业年金的纠纷和投诉。同时，职业年金监督委员会可以吸收一定比例的机关事业单位工作人员作为代表委员，参与基金的管理监督工作。

职业年金市场化管理是解决职业年金保值增值目标的必然选择，是缓解财政压力释放年金活力的重要途径。职业年金市场化关系到千万机关事业单位职工的切身利益，不可小觑。同时，职业年金年金运营监管工作的建立和完善并非一朝一夕，此牵涉到我国养老保障体系的建立完善，是一项重大的民生工程。应当审慎决策，重点布局，从政治、经济、法律等多方面考虑，推动职业年金市场化运营监管工作的落实。

【参考文献】

- [1] 郑功成. 中国社会保障改革与发展战略（养老保险卷）[M]. 人民出版社. 2011（5）.
- [2] 熊军. 养老金投资与治理：关于职业年金投资运营的建议[J]. 当代金融家. 2016（1）.
- [3] 战歌. 职业年金制度与管理模式探析[J]. 经营管理者. 2016（10）.
- [4] 李友根. 我国职业年金制的整合构建问题探析[J]. 重庆交通大学学报（社会科学版）. 2015.
- [5] 刘水杏，王国军. 论我国职业年金制度的构建与整合[J]. 时代金融. 2013.
- [6] 孙祁祥，王国军，郑伟. 中国养老年金市场未来发展战略与政策建议：2013—2023 [J]. 审计与经济研究. 2013.

香港政府必須按照數據推行全民養老金

黃於唱、莫泰基

前言

香港特區政府於 2015 年 12 月公布《退休保障前路共建諮詢文件》，其中行政摘要（下稱《摘要》）清楚說明（《摘要》第 6 段）“認同部份長者在現行退休保障制度下未被充分照顧，而如何為這些長者提供更好的保障——透過「不論貧富（即全民養老金）」，抑或「有經濟需要」原則（即限資產在 8 萬港元以下的長者才合資格申領養老金）——是這次諮詢要處理的核心問題。”

同時，在《摘要》第 37 段，說明政府的立場：“表示對「不論貧富」原則有保留。這依然是政府目前的立場。”本文將按照《諮詢文件》提供的政府數據來說明香港特區政府立場是不合理，所擔心所關注事務是可以完全因應所提供數據推翻政府立場。而民間 180 位學者養老金方案則有能力解決政府所憂慮的四大問題，並能達致政府改善制度的目標（《摘要》第 16 段）：“建立一個全面、足夠、可持續、可承擔和穩定的退休保障制度，讓特別是未能自顧的長者，可以維持合理的生活水平。”（區立行、莫泰基，2016）

政府關注（一）

政府反對全民養老金最主要有四方面的關注（《摘要》第 38 段）：“第一，在維持現行稅制和稅率以及現有服務水平的情况下，「不論貧富」方案所需的新增開支，會令長遠的公共財政的可持續性更趨嚴峻，不但縮窄政府處理其他退休保障項目（例如醫療、長期護理及社區照顧服務）的財政空間，亦無可避免地壓縮其他政策範疇的開支。”

根據《摘要》，第 15 頁第 32 段指：「不論貧富」模擬方案以每月發放金額為 3,230 元計算，在現有長者社會保障以外的新增開支由 2015 年約 226 億元上升至 2064 年的 563 億元（以 2015 年固定價額計算）。50 年內涉及 23,950 億元新增開支，即年均新增開支約 480 億元。

本會贊成 180 學者方案的三方供款制。僱員部分由每薪金 5% 的強積金供款轉撥（為強積金僱主及僱員總供款額的一半），五十年間平均每年總額約為 330

億。學者方案是不碰已累積金額，只由 2016 年起每月供款中調撥。年輕人和全部在職人士不會有新財務負擔，因為是已出之物。他們中大部分還可以即時得益，因為家中如有長者可以即時獲得養老金。而日後家中伴侶和殘疾人士都受保同享養老金。事實上，即使家中沒有老人，以供款轉撥每月上限 1,500 元，退休後可領 22 年不少於每月 3,500 元(日後按通脹調整)的養老金(《摘要》，第 28 頁第 55 段：65 歲長者預期壽命是 87 歲)，如假設期間投資回報追及通脹，單個人得益便多達 30 萬元(個人 35 年總供款 63 萬元，個人 22 年養老金總收入 93 萬元，金額均為 2016 年價額計算)，相信絕大部分僱員也會支持。

180 學者方案的僱主供款來自千萬元以上利潤的公司，預計供款是 1.9% 的額外利得稅，周永新教授推算是年均約 100 億元(2013 年價格)。(學者方案推算是 114 億元“2016 年價格”)這可在政府的利得稅調撥(不過庫房收入便會減少)。按目前的人口測算，由於人口老化前期仍有一定的盈餘在 15 年內也不用加稅或設新稅種。學者方案的發放金額比政府的「不論貧富」模擬方案為高，所涉及的額外開支為每年平均 526 億，但若按學者方案所建議的融資方法推行，那麼政府所需承擔的額外開支則會是平均每年 82 億元(526 億 - 330 億 - 114 億)。若扣除利息收入及一次過一千億的注資，就算以政府的方式計算，平均每年的額外開支少於 60 億元。

政府立場是實行綜緩升級版，只有資產在 8 萬元以下又未合資格領取綜援的老人才可領取 3,230 元，比長者生活津貼金額 2,390 元多。但按以上分析，若實行全民養老金每月 3,500 元，不用這架床疊屋的翻版綜緩方案。因為按政府的推算，實施「有經濟需要」模擬方案，也需新增開支 25 億元(2015 年)至 60 億元(2064 年)，50 年合共 2555 億元，平均每年 51 億元。換言之，實施免資產審查的全民養老金方案約需每年額外投入約 31 億元(82 億- 51 億，當中已包括一千億元注資)，只佔政府 2015-16 年度預計財政總收入 4 千 7 百億的約不到 1%。試問政府如果重視這代老人——也是對香港繁榮做出極大貢獻(包括有交間接稅)而又得到最少保障的一代——的退休保障，那會沒能力實現全民養老呢！？

試問「不論貧富」方案所需的新增開支是年度財政開支的 1%，又怎會縮窄長者的其他服務的財政空間，或是壓縮其他政策範疇的開支。(香社會保障學會)

政府關注（二）

“第二，香港正步入人口急速老化的時代，「不論貧富」方案遲早會出現入不敷支情況，方案在財政上難以持續。如屆時要勉強支撐計劃的話，未來年輕一代的稅務負擔將會更形沉重。”（見於《摘要》第 38 段）

全民養老金的財務推算可見附件（一），背後的論據可見本文作者之一黃於唱的社聯文章（黃於唱 20016）。

上列的推算是非常保守和穩妥，因它是建立於下列的保守假設。

首先他是完全根據統計處於 2015 年公布的推算（2015 年至 2064 年），但是這個人口推算有很大的錯估問題，學會早於 2015 年末指出它的生育率假設是錯誤的（香港社會保障學會，2016B）。

香港總和生育率的推算由 2014 年每千名女性相對 1,234 個活產嬰兒逐漸下降至 2064 年的 1,182 個。根據統計處報告表 8 的 1994 年至 2014 年香港及選定經濟地區的總和生育率，香港的總和生育率由 2004 年的 922，持續 10 年的上升至 2014 年的 1,234。同時亦發現 6 個西方國家包括瑞典、荷蘭、澳洲、法國、英國、德國都能在 1994 至 2014 這 20 年間維持甚至提升其總和生育率。有理由相信香港參照這些西方國家的人口政策措施同樣可以至 2064 年，這 50 年間維持 1,234 的總和生育率。何況特區政府已成立人口政策督導委員會進行改善香港的婦女生育率，學習其他國家如何處理生育率偏低的問題（見《集思港益》第 5 章）。因此，統計處在報告 4.6 段認為現代女性一般接受較好的教育及有較高的勞動參與，並認同遲婚和小家庭觀念，甚至以沒有小孩的家庭為時尚，故生育率的推算數字下降是可能的。學會不贊同這看法，因西方國家有同樣的狀況，但生育率較香港高出 50%。何況，生育科技日趨進步，35 歲以上的婦女仍可生育，故學會肯定未來 50 年的香港生育率最低限度是維持 1,234 不變，甚至有少許提升，意味著就業人口應有正增長。而不是統計處的保守推算，在職人數不會持續下降，更證 180 位學者方案有更高更好的財政持續性。

現時的學者方案財務推算是完全按照統計處的人口推算來計算的（見附件（一））。只要合理地維持總和生育率不變，停留 1,234 名活產嬰兒，供款繳費人數會大幅度增加，對於撫養比也會大幅改善，財務可持續性也會出現大量盈餘。實質生育率的假設應有輕微的上升，因 2004 至 2014 年的香港實質總和生育率

是直線上升的。故此，學者的財政推算完全依據統計處的假設，是同樣非常保守的推算，但也有 1,600 億盈餘，可見是穩妥的財務推算。

其次，學者方案的 50 年財務推算，是假設每年的工資、公司盈利增長，與原有社會保障發放金額亦只與通脹率相等。養老金發放金額亦如是。全民養老金的持續性很強，原因包括：

第一、推算是假設每年的工資增長與通脹相等，是方便計算養老金的可持續性。若果工資及公司盈利有實質增長，原有社會保障發放金額亦應如是，養老金總收入便會有所增加，屆時養老金的發放金額亦可作出相應調整。

第二、《港大報告》（2014 年，第 133 頁）：「高齡津貼自 1973 年推行以來無論金額多少，總有一成多的合資格長者沒有領取」。若最後領取養老金的扣除一成長者（領用長者只有九成），上列推算會有更多盈餘。

還有國際上的慣常做法是每 3 至 5 年會進行精算測試養老金的可持續性。2016 年是適值全港人口中期調查，將會有新一輪人口數據可作 50 年的新推算，這樣又何用擔心社會老年人口的撫養情況，隨時可以改善人口發展政策，亦是特區政府承諾會做的措施，又何須擔憂可持續性呢？

筆者的細緻分析證實學者方案的財務推算是非常保守，可以動用不同參數來估量更佳的可持續性（包括延遲申領年齡），肯定不用憂慮全民養老金的可持續。

未來年輕一代的財務負擔也不會更形沉重，因為現時年輕一代的供款繳費是在現行強積金供款減半，因屬已出之物，不會增加負擔；更重要是全民養老金有助減輕子女供養長者父母的經濟負擔。事實上稅務負擔的問題在下文有詳細論述。

政府關注（三）

第三，引入「不論貧富」方案需要大幅加稅甚至開徵新稅種，都會偏離香港一直奉行的低稅率制度，不但削弱香港對外資的吸引力，也不利香港經濟的長遠發展，最終影響香港的競爭力。（見於《摘要》第 38 段）

根據說要實行全民養老金必然要加稅或增設稅種。實情並非如此，且看《摘要》第 8 頁第 14 段：「長遠財政計劃工作小組於 2014 年 3 月發表的公共財政可持續性評估，預計如政府開支增幅長期超越收入及經濟增長，政府在 2029-30

年左右（即 14 年內）可能開始面對結構性赤字問題。除非削減其他公共服務及政策範疇的開支，否則很大機會要加稅或引入新稅種，以解決財政問題。」

上文很清楚指出：即使不做退休保障的改革，政府因結構性赤字也必須進行加稅或引入新稅種。為何政府官員向傳媒解釋：要進行退保改革必然加稅或引入新稅種。政府要公開明言實情，2030 年因結構性赤字，必須進行稅制改革。事實上，早於回歸前，便有很多團體要求進行稅改，實行累進式稅制，至今聲音從未間斷，包括銷售稅、資產增值稅、股息稅等等。

即使如此，《摘要》所說：實行「不論貧富」模擬方案，在 2015-2064 年平均要增加利得稅率 4.2%，看似很嚇人。實質證明不應要求政府財政獨力承擔退保。只要實行 180 學者養老金方案的三方供款制度，政府只須向盈利最多的企業收取額外 1.9% 的利得稅，不是甚麼巨額的艱巨財政措施。

只要稍為握要比較新加坡和香港兩地稅制，便知道加 4.2% 利得稅，也沒違反《基本法》第一〇七和一〇八條。單從利得稅來看，新加坡是 17%，香港是 16.5%，不相伯仲。但新加坡還實施 7% 的銷售稅，和僱主要為僱員供 15% 至 20% 的中央公積金稅率。香港的僱主現只須供 5% 的強積金，算得甚麼。很明顯香港仍是世界上最低稅地區之一；肯定加了 1.4% 甚至 4.2%，也不會超越新加坡僱主稅額。政府說甚麼會影響香港的競爭力，顯然是危言聳聽。（香港社會保障學會，2016C）

由於全民養老金方案在 2030 年之前一直有累積盈餘，在這段期間根本不用引入新稅種。政府官員應老老實實告訴全港市民，不用擔心全民養老金會增加大額財政負擔。而改革稅制是香港稅累退的不公義，和稅基狹窄等問題導致的。故政府不應借退保來誤導市民。

政府關注（四）

第四，「不論貧富」原則的資源分配欠缺針對性，不能令資源最有效地幫助有需要的長者。（見於《摘要》第 38 段）

根據政府數據，2015 年 6 月的最低生活保障的長者綜緩金平均是 5,548 元。換言之，一般的中下層收入的長者每月的消費開支最保守也要 6,000 元。推論長者退休後的總開支會是預期壽命 87 歲，退休生活平均 22 年，即 160 萬元以上（22 年 X 12 月 X 6,000 元開支 = 160 萬元），試問有多少長者可以積累達 160 萬元。就

算是月入 3 萬元的在職人士（強積金供款上限），（3,000 元 X12 月 X35 年=126 萬元），以年均實質 1.3%的增長 35 年最高額積累也只有 159 萬元（2016 年固定物價金額）。更重要的是 22 年退休生活中若出現健康問題，應付醫療問題，開支肯定不只 160 萬元的。

換言之所有在職人士，都不能單靠強積金的積累來應付退休生活的基本需要。更不要說現時的長者，因最多積累十數年，其中殘疾人士和家庭主婦更是沒有強積金的保障。（強積金是在 2001 年實施的）因此，除了高薪人士（如月入 5 萬元以上，享有大額儲蓄外）及高級公務員享受高額の長俸外，絕大多數的人口都有經濟需要 3,500 元的養老金。說全民養老金欠缺針對性是不成立的（香港社保障學會，2016D）。

除了少數十數萬的長者，差不多八成以上的長者和年青一代，都有經濟需要。要把資源最有效地幫助最有需要的長者，全民養老金是有一定的針對性和高效的。這也是為甚麼經濟發達的西方國家和日韓兩國都實施全民養老金，公平地保障全體長者。（註：也沒有出現不能持續的情況。即俗語所稱的“爆煲”情況。）

反之，像現時要經濟審查的長者生活津貼，又或是 8 萬元資產以下長者才享有高額退保，其反效果是鼓勵數十萬長者轉移資產給年青一代，來達到符合資產審查資格，也鼓勵長者不作儲蓄，採用不負責任的消費，花費大額金錢；因為大花筒的洗費，才可達致資產審查資格，對整體社會是沒有任何好處。所謂的針對性，實質是破壞現行良好的公民行為，自主自責來為年老時規劃打算。而全民 3,500 元養老金（注意：仍需子女協助供養，不會破壞中國孝道美德）給予人人穩定收入的安心，反會鼓勵長者適度消費，促進銀髮市場，甚至提昇本地生產總值 2%，造福社會經濟。

附件一：

學者方案持續可行 政府篤數恐嚇市民

勞資不需額外供款 全民退保人人受惠

扶貧委員會在周永新教授團隊提交香港未來退休發展研究一年半後，昨日終於發表退休保障諮詢文件。但文件表明政府對類似周教授團隊建議的全民退休保障方案有所保留，並引用十月時發表的未來五十年人口推算數據，指出有關方案都會在2064年錄得鉅額赤字（例如周教授團隊方案會產生五千億赤字，超過現時一年的政府收入），試圖使市民對這些方案產生恐懼，擔心其財政可持續性會出現重大問題。政府的目的是誘導市民接受現有以強積金及個人儲蓄為主要支柱，再附以需要接受審查的津貼計劃為香港未來的退休保障的基本制度。

新的人口推算結果是假設政府面對人口老化的狀況完全不推行任何政策或者所推行的政策都全盤失效。基於這些假設的數據，老年人口推算維持與2012年推算報告相約，但勞動人口則大幅下跌（新的推算是2015年比上次推算少近四萬八千人，2041年則少超過十萬人）。由此而導至全民方案的供款減少，在五十年後出現嚴重赤字。我們認為政府假設自己毫無作為是十分荒謬，違反政府自稱適度有為的方針。

早前180學者曾發表新的全民養老金方案，指出由一個三方供款的部份預籌款項（Partially Pre-Funded）的保障制度，如在2016年推行，能即時為長者提供每月三千五百元的養老金並取代現有的長者綜援金基本金額、長生津和生果金。日後發放金額更可隨通脹調整，到2064年仍有可觀的盈餘（超過一千六百億元，2016年價格）。

三方供款的財政來源，首先是撥入政府原有推行的大部份長者社會保障支出（包括綜援基本金額、長生津及生果金，但保留長者綜援的租金等津貼及傷殘津貼），我們推算單是這方面的款項，便足夠為每位長者發放每月一千六百五十元的養老金額。

第二，政府於2016年注資一千億，以產生投資收益（假設每年實質回報為2%）支付部份養老金。政府已於2015年財政預算將盈餘的五百億撥出作未來退休保障之用，方案要求政府另外再注資五百億於基金內（共一千億、2016年價格），以補償因政府拖延推行全民退休保障以至減少的累積資金。注資可為每位長者每月

發放一百二十元的養老金額

第三，向商界徵收額外的利得稅1.9%。目前的利得稅為16.5%，為全球最低的地區之一，建議向每年盈利超過一千萬的公司徵收累進性質的利得稅。我們估計2016年起能為基金提供每年一百一十四億的資金，為每位長者提供每月四百三十元

第四，僱員及僱主每月合共繳交薪金的百分之五的供款。僱員及僱主供款上限為2013年的三萬元（2016年為三萬三千多元，僱員供款下限為2013年的六千五百元，僱主則不設下限）。例如一名月入二萬元的人士，每月供款為個人五百元及僱主五百元。有參與強積金制度的可由強積金供款撥出。我們估計2016年有關供款為三百六十六億，就算日後供款減少，仍能夠為養老金每人每月提供近一千三百元。

若將全民養老金金額定於2016年的每月三千五百元，則基金可維持財政可持續性，並於2064年有一千六百億以上的盈餘（2016年價格）。

我們重申，這方案是一種「部份預籌款項」而非「隨收隨支」（Pay-As-You-Go, PAYG）制度，養老金是劃一金額，而非其他國家地區推行與退休前入息掛鈎的長俸或養老金制度，建議方案的養老金總支出只按人口數目增減及按通脹調整。因此不會產生一般「隨收隨支」財政問題。

政府誘導市民接受的方案是將個人退休保障不足的長者，要他們接受貧窮的標識，以獲得援助。在現有制度或政府傾向的制度下，被標識的長者超過一半以上。這個制度所排除的，除了最有錢的百分之五至十的長者外，其餘主要是一生工作，有超過二、三十萬積蓄的中等收入的人士，和這些家庭的主婦和照顧者。這些主婦和照顧者因為要照顧子女或家人而喪失為自己作出更好退休準備的人。這制度基本上是懲罰他們。使他們在晚年擔心一旦因病、物業維修、子女遇上困難及其他個人及家庭意外而失去賴以退休的積蓄而要接受貧窮的標識。這種退休制度不能為長者提供有尊嚴的退休生活保障。

我們認為香港的退休制度應該讓所有長者享有基本穩定收入的權利，有了這個基本退休保障支柱，長者可透過強積金及其他退休計劃改善自己的生活。衡量退休保障制度除了考慮財政可持續性，亦要同時考慮社會可持續性。全民退保制度讓所有長者都享受同一制度的保障，擺脫社會標識，有效促進社會凝聚力和

歸屬感，對社會產生穩定效果，有助維持社會不同階層的穩定及社群之間的和諧，促進社會可持續性。

現代社會的各類風險都有增無減，如經濟急速轉型和大幅波動、健康風險增加、房價高企以至老年保障不足等。這些風險會導至失業、收入下降、貧窮、嚴重及長期病患、年老無依以致生活質素大幅下降。以退休保障為例，強積金制度除了覆蓋有限、收費高昂，亦要僱員獨自面對投資風險而可能導至退休收入不足的困境。現代政府的職能是管理社會風險，全民退休保障與公共醫療、老人長期照顧服務都是有效協助長者面對不同的風險，有助提高長者生活的穩定的良好制度。

學者所提出的全民養老金方案是建基於讓所有長者都能享有基本穩定收入的權利。就算基於最新的人口數據，方案仍能維持未來五十年財政上的可持續性，同時亦促進社會可持續性及協助市民面對年老退休收入不足的風險。這制度可成為香港退休保障的重要支柱，政府實不應再拖欠市民在晚年享有基本穩定收入的權利。

政府所推出的諮詢文件，明確地預設立場，旨在使市民對全民性的退休保障方案產生財政上不可持續及產生鉅額赤字的可怕印象，誘導市民接受政府所傾向的審查制度，而非有誠意接納社會對香港退休保障制度的意見。學者方案的發起人對這種諮詢方式非常反感，認為政府的諮詢文件並非為市民提供一份詳實及平衡不同觀點的文件。對於政府經已有預設立場及以不科學的推算方法，以龐大開支數字來恐嚇市民，我們不能接受。正是「非其非」，我們會拒絕參與政府舉辦的諮詢活動。然而，我們會透過媒體和民間諮詢會，講述我們為何對政府的預設立場感到不滿，及說明全民退保方案的可行性及對社會的重要性。

聯絡人：5104 3038（黃 洪） 9140 6459（黃於唱）

學者全民養老金方案 的財務推算 (2016 年 價格) 年份		收入 (億元)		支出 (億元)		淨收入		基金期末結餘			
政府注 資	就業人 士供款	社會保 障調撥	額外利 得率	基金利 息 (2%)	總收入	全民退 保金	行政費 用	總支出	(億元)	(億元)	
2016	1000	366.4	229.3	113.7	0.0	1709.1	492.7	2.7	495.4	1213.8	1213.8
2017	0	365.9	237.5	113.7	24.3	741.4	513.9	2.7	516.5	224.8	1438.6
2018	0	365.3	246.1	113.7	28.8	753.8	535.8	2.7	538.4	215.3	1653.9
2019	0	363.9	255.9	113.7	33.1	766.5	560.7	2.7	563.3	203.2	1857.1
2020	0	362.4	267.8	113.7	37.1	781.0	587.0	2.7	589.7	191.3	2048.4

2021	0	360.8	280.2	113.7	41.0	795.6	615.3	2.7	617.9	177.7	2226.1
2022	0	358.4	293.0	113.7	44.5	809.6	645.1	2.7	647.7	161.9	2387.9
2023	0	355.1	306.1	113.7	47.8	822.6	676.1	2.7	678.8	143.8	2531.7
2024	0	351.4	320.0	113.7	50.6	835.7	707.1	2.7	709.7	126.0	2657.7
2025	0	348.0	334.8	113.7	53.2	849.6	738.7	2.7	741.3	108.3	2766.0
2026	0	345.6	349.4	113.7	55.3	863.9	768.5	2.7	771.2	92.7	2858.7
2027	0	343.2	363.8	113.7	57.2	877.8	796.6	2.7	799.2	78.6	2937.3
2028	0	340.6	379.8	113.7	58.7	892.7	829.5	2.7	832.1	60.6	2997.9
2029	0	338.1	394.6	113.7	60.0	906.3	858.3	2.7	861.0	45.3	3043.2
2030	0	336.0	409.4	113.7	60.9	919.9	884.9	2.7	887.5	32.4	3075.6
2031	0	335.1	423.0	113.7	61.5	933.2	906.4	2.7	909.0	24.2	3099.8
2032	0	334.4	435.7	113.7	62.0	945.7	923.9	2.7	926.6	19.2	3119.0
2033	0	333.3	449.8	113.7	62.4	959.1	942.1	2.7	944.8	14.3	3133.3
2034	0	332.2	462.6	113.7	62.7	971.2	959.6	2.7	962.3	8.9	3142.2
2035	0	331.5	474.7	113.7	62.8	982.7	975.9	2.7	978.6	4.1	3146.3
2036	0	331.4	485.4	113.7	62.9	993.3	991.2	2.7	993.9	-0.6	3145.7
2037	0	331.4	494.4	113.7	62.9	1002.3	1004.3	2.7	1007.0	-4.6	3141.0
2038	0	331.0	503.7	113.7	62.8	1011.1	1017.9	2.7	1020.5	-9.4	3131.6
2039	0	330.5	512.2	113.7	62.6	1019.0	1029.4	2.7	1032.1	-13.1	3118.5
2040	0	330.2	520.0	113.7	62.4	1026.2	1039.6	2.7	1042.2	-16.0	3102.5
2041	0	330.2	526.4	113.7	62.0	1032.3	1045.6	2.7	1048.3	-15.9	3086.5
2042	0	329.9	530.3	113.7	61.7	1035.6	1051.5	2.7	1054.2	-18.6	3067.9
2043	0	329.0	533.8	113.7	61.4	1037.8	1056.1	2.7	1058.7	-20.9	3047.0
2044	0	328.0	536.9	113.7	60.9	1039.5	1060.9	2.7	1063.6	-24.1	3023.0
2045	0	326.7	539.7	113.7	60.5	1040.5	1065.7	2.7	1068.4	-27.9	2995.1
2046	0	325.2	541.2	113.7	59.9	1040.0	1070.0	2.7	1072.7	-32.7	2962.4
2047	0	323.7	542.7	113.7	59.2	1039.3	1074.2	2.7	1076.9	-37.7	2924.7
2048	0	321.9	543.6	113.7	58.5	1037.7	1077.5	2.7	1080.2	-42.5	2882.2
2049	0	320.1	544.5	113.7	57.6	1035.9	1079.8	2.7	1082.5	-46.6	2835.6
2050	0	318.1	545.3	113.7	56.7	1033.8	1081.9	2.7	1084.5	-50.7	2784.9
2051	0	316.2	546.0	113.7	55.7	1031.5	1083.3	2.7	1086.0	-54.5	2730.4
2052	0	314.5	546.4	113.7	54.6	1029.2	1083.7	2.7	1086.3	-57.1	2673.3
2053	0	312.7	547.3	113.7	53.5	1027.1	1085.6	2.7	1088.3	-61.2	2612.1
2054	0	310.8	548.6	113.7	52.2	1025.3	1090.0	2.7	1092.7	-67.3	2544.8
2055	0	308.9	549.8	113.7	50.9	1023.2	1093.4	2.7	1096.1	-72.9	2471.9
2056	0	306.8	550.4	113.7	49.4	1020.3	1095.4	2.7	1098.0	-77.8	2394.1
2057	0	305.0	550.6	113.7	47.9	1017.1	1096.4	2.7	1099.1	-81.9	2312.2
2058	0	303.3	551.1	113.7	46.2	1014.3	1096.4	2.7	1099.1	-84.8	2227.3
2059	0	301.8	552.1	113.7	44.5	1012.2	1096.0	2.7	1098.7	-86.5	2140.8
2060	0	300.3	553.1	113.7	42.8	1009.9	1095.8	2.7	1098.5	-88.6	2052.2
2061	0	298.5	553.9	113.7	41.0	1007.1	1096.2	2.7	1098.8	-91.8	1960.4
2062	0	297.1	554.0	113.7	39.2	1004.0	1094.8	2.7	1097.5	-93.5	1866.9
2063	0	296.2	553.2	113.7	37.3	1000.3	1091.0	2.7	1093.6	-93.3	1773.6
2064	0	295.5	551.5	113.7	35.5	996.2	1084.7	2.7	1087.3	-91.2	1682.4

總 結

根據《摘要》所提供的數據和 180 位學者方案的 50 年財務推算，證實可解決政府諮詢文件中提出的四大憂慮和關注問題。同時，亦有文章論證學者方案可達致政府改善退休保障制度的五項目標（區立行、莫泰基，2016）。因此香港特區政府有必要根據事實數據制訂和推行全民養老金制度。事實上，早於 1994 年林煥光提出人人共享的 2,300 元全民養老金，若不是 77 香港經濟學家藥石亂投，香港便早已實行全民養老金制度；並可做到成功做到勞資雙方未來 50 年各繳費工資 1.5%，而達到全民養老金每月工資替代率 25% 以上。筆者期望香港政府不再拖延，根據政府部門得出的數據和學者的推算，馬上推行全民養老金。

【參考文獻】

1. 黃洪，黃於唱（2015）：〈180位學者方案〉，刊于《社會保障論文集：回應退保諮詢文章系列》，香港社會保障學會，香港，2016年，第14-17頁。
2. 黃於唱（2016）：〈全民養老金的推算與假設〉，刊於《社聯政策報》，香港社會服務聯會，香港，2016年。
3. 香港社會保障學會（2016）：（2016A）〈與司長商榷全民退保的實際新增開支〉；（2016B）〈對香港人口推算2015至2064年的3點質疑〉；（2016C）〈全民養老金不改低稅區〉；（2016D）〈香港2百萬僱員都有經濟需要全民養老金〉，刊於《社會保障論文集：回應退保諮詢文章系列》，香港社會保障學會，香港，2016年5月。
4. 鍾劍華（2016）：〈支柱殘缺不全的退休保障制度〉；〈全民退保社會共識 三方供款民意清晰〉；〈政府根據薄弱 民意支持全民退保〉，刊於《社會保障論文集：回應退保諮詢文章系列》，香港社會保障學會，香港，2016年。
5. 香港扶貧委員會（2015）：《退休保障前路共建》。
6. 香港大學社會工作及社會行政學系（2014）：《香港退休保障的未來發展研究報告》，香港，2014年。
7. 莫泰基，梁寶霖，蔡泳詩（2011）：〈香港銜接中國養老保險制度的中途方案〉，刊於《第十屆海峽兩岸社保論文集》，珠海勞動和社保學會，珠海，2011年。
8. 香港社會保障學會（2000）：《五合一社會保障方案：綜合社會保障政策建議書》，2000年6月提交立法會的政策方案。
9. 政府統計處（2015）：《2014年收入及工時按年統計調查報告》，香港，2015年，第5頁。
10. 黃於唱，莫泰基（2016）：〈香港政府必須按照數據推行全民養老金〉，提交中國社會法學研討會2016年年會7月16-7日，深圳大學。
11. 區立行、莫泰基、（2016）：〈能達致香港政府改善退休保障五項目標的方案〉，提交中國社會法學研討會2016年年會7月16-7日，深圳大學。

按照《社会保险法》完善个人缴费帐户的可行性

梁宝霖、梁宝龙、莫泰基

前言

笔者在 2015 年 8 月完成法制性的文章合共 6 篇，论证依法治理养老保险制度，能够完善个人帐户制度，并能达致基本养老保险的全国统筹和制度统一（见《两岸八地圆桌会议 2015 年论文集（下）》，2015 年 10 月 17 日），提出下列 7 项建议：

- ①建议国务院立即为已建立个人帐户的每位中国公民做实个人帐户；
- ②为公民在国有银行设个人缴费储蓄户口，方便个人直接存入缴费；
- ③个人缴费享 30 年定期存款高息，年均利率 6%至 8%来保值增值；
- ④个人缴费可在 35 岁前一笔或分批缴交 15 年的不同缴费总额档次；
- ⑤工龄和缴费年限齐用，每年工龄或缴费年限获 1%统筹养老金，上限为 45%，和上限 20%替代率的个人帐户养老金（同属确定给付制）；
- ⑥政府补贴低收入的中国公民的缴费总额档次至上限 10 万元；
- ⑦做实和完善个人帐户将促进全国统一的基本养老保险制度。

本文将采用最新资料数据来论证上列建议的可行性。

一、2014 年末基本养老保险金累计结存 3.6 万亿

是足够做实个人帐户

根据人力资源和社会保障部研究员（王运发，2013 年，第 64 页），个人帐户记账额在 2012 年末达到 2.8 万亿元，并且迅速扩大。但根据《2014 年度人力资源和社会保障事业发展统计公报》，目前我国养老保险基金并无缺口，年末基本养老保险累计结存 3.6 万亿元。因此，根据国务院政策（2005 年）国务院是完全有能力做实。但亦要依据《社会保险法》第十三条：基本养老保险基金出现支付不足时，政府给予补贴；和第六十四条：社会保险基金专款专用，任何组织和个人不得侵占或者挪用。国务院在做实个人帐户的同时，亦应要追讨挪用责任，和要求地方政府承担补贴责任，在未来十年至廿年内，向中央政府补回全部或部分空帐的金额。因为笔者的粗算测示出：不挪用个人帐户，统筹养老基金也可持续到 2050 年（黄和平、莫泰基，2015 年）。

二、为公民在国有银行开设个人养老缴费储蓄户口，方便个人直接存入缴费和用银行储蓄簿来监察个人缴费总额，是反贪腐和依法治理社保的上策，防止被挪用或被篡改，侵占个人资产

在国有银行设立的个人养老缴费储蓄户口是完全没有难度，且受银行欢迎。因为银行可以有更多稳定资金来运营，对双方都有好处。既可以确保个人缴费不被挪用或被第三者篡改记账额，更可极大幅度节省行政部门的多样工序，如核定职工的工资缴费基数，和在指定时限要告知本人等等（见徐满平，2015年）。同时，会避免企业虚报代扣代缴个人工资比例缴费，和定时定月申报，肯定可以节省企业大量行政成本。也会因而避免大量的不必要诉讼案件，不用职工特别是农民费时费力追讨部份工资缴费，和群众性集体运动，做到稳定和谐的改善。所节省的时间，劳资双方行政成本和诉讼成本，相信是以百亿计，足够减少地方政府统筹地区补贴低收入公民参加养老保险个人缴费的压力。

三、个人缴费必须享 30 年定期存款高息，年均利率达 6%至 8%来保值增值，否则难以挽回公民对养老保险制度的信心和支持

现时个人帐户缴费金额因采用 1 年期银行存款利息，约年均利率 1 至 2%，追不上通胀，令缴费金额年年贬值，违反《社会保险法》第十八条和六十九条。若不立即改善做到保值增值，恐怕难以挽回民众对政府的养老保险制度的信心和支持，亦会做成更多公民不参加养老保险或续保缴费，变成实践广覆盖的难度和障碍。现时国家社保基金在 2000 年度起至 2014 年投资每年回报率，15 年来年均 8%以上，而四大国有商业银行在 2009 年至 2013 年内 5 年年均利润增长达 24%，肯定在国务院努力下可以协议出给予个人缴费增值年均 6%至 8%；从而挽回人民的信心。

四、个人缴费可在 35 岁前一笔过或分批缴交 15 年，约年均工资 8%的不同缴费总额档次，经专家粗算测试，相信在现时中高速增长下和 50 年后成熟经济低工资增长下，公民在退休后享受不少于全国平均工资 10%的 10 年期确定给付的个人帐户养老金，应是可行的

若个人缴费在 35 岁前须一笔过，或分批缴交 15 年约平均工资 8%的不同缴费总额档次，便可让个人缴费享受 30 年长，甚至更长的长期定期存款高息，及

或更高投资回报率，使总额有增值。试想现时全国的中高速经济增长，能维持5%至7%生产总值，即在正常情况下，工资每年有5%至7%的增长，个人缴费也会有类似百分比的增长。15年的总额再加上30年累积，甚或更长时段的积累和投资回报（因延长申领养老金的开始期会延至65岁或70岁），用来支付10年期的个人帐户养老金自然是绰绰有余；因为50年后中国国家经济会处于成熟期，年均增长会是在2%至3%。工资增长也会是在4%以下。相信前期的积累足以支付不少于全国平均工资10%的10年期确定给付的个人帐户养老金。这是不言而喻，属可行的设计规划。

五、采用同属确定给付制的45%上限统筹养老金和20%上限替代率的个人帐户养老金，可有效保障养老基本生活需要

45%上限替代率的统筹养老金早已被证实超乎保基本水平，因它是高于城市家庭人均消费支出水平，也高于中等家庭住户人均收入水平；肯定有下调空间，（梁宝霖、莫泰基，2015年；卢程辉，2015年）。20%上限替代率的个人帐户养老金，连同45%统筹养老金便给予65%替代率的养老金水平，比起部份西方国家的35%至45%替代率高出很多。因此只要保证不少于10%的10年期个帐养老金，也高出西方部份国家的45%养老金，达55%。可想而知，保证8%的15年期个帐养老金也是绰绰有余的。证设计是可行的，而且两种养老金同属确定给付，不会受市场投资回报波动影响，可以有效保障养老基本生活需要。若个人缴费超过10万至35万元，可以完善个帐设计，有多缴多得的奖励机制，使高收入者有20%上限替代率的个帐养老金，甚至达20年的支付期，符合《社会保险法》的第十五条：达致城镇人口平均预期寿命至85岁的水平。精算规划助顶层设计。

六、政府补贴低收入公民个人缴费总额档次至上限10万元，有助没有劳动关系的劳动者，如农民、妇女、灵活就业人员、非正规就业人士参加基本养老保险，确保广覆盖；甚至全覆盖

很多低收入的就业人士只要政府补贴其个人缴费总额至上限10万元，便可做到10%的10年期确保给付的个帐养老金。这是可以由精算来确立的。剩下的问题是政府补贴的金额是否难以承担，和不可持续的困难。笔者的估算是收入在最低工资水平左右的公民（即使连同其加班收入），最高承担能力只能在3万元左右；政府要替他们补贴至10万元才可确保给予不少于10%的10年期个帐养老金。（注：有些省市要求最低缴费基数为平均工资的60%，按此水平来作个人缴

费是不合理的；因在全国劳动者有五分之一只领取最低工资，即平均工资的 40%，难以承担此缴费基数。）

笔者建议公民必须证明不少于 10 年劳动工龄才可参予 10 万元的总额档次。领取最低工资达 8 年的职工、农民工，或收入水平相近的农民、灵活非专业就业人员，可在 35 岁前缴 3 万元的最低总额档次，而政府为他们个人补贴 7 万元。由于是分年分批补助，可用 20 年至 30 年时段来分年期补贴，加上一半农民是有能力缴 5 万元至 10 万元（一半省农村居民家庭人均纯收入年达 8,600 元以上）；估计中央政府和地方政府合共补贴每年约各 1 千亿元，占总财政收入约 0.1%，是完全可行的。法理根据可参看原文（梁宝霖等，2015 年）。这样也能解决很多企业欠缴和农民工补缴途径的可行办法，中央政府和地方政府应当协助补贴，和出台补缴方法法规（苏媛、梁宝霖 等，2015 年）。也符合 2005 年国务院决定的政策。

七、做实和依法完善个人帐户将促进全国统一的基本养老保险制度，与广东省东莞市在 2010 年建立的城乡一体化社会养老保险制度方向一致（麦瑞玲，2015 年；卢程辉，2015 年）

根据麦瑞玲（2015 年）广东省东莞市于 2010 年把农（居）民基本养老保险和城镇企业职工基本养老保险，整合成统一制度、统一标准、统一管理、统一基金调剂使用的城乡一体的社会养老保险制度。这也支持笔者原文：〈按《社会保险法》完善个人缴费帐户能达致基本养老保险的制度统一〉（梁宝霖等，2015 年）有序地实践保基本、多层次的统一养老保险制度，具体如下：

第一层是没有缴费和没有劳动力的长者获基础养老金，金额水平应稍高于城镇低保金（谢馥盈、莫泰基，2013 年），或把金额订定为全国新平均工资的 20%（应把所有就业人士，包括公私营企业和乡镇企业和农民等收入的平均统计，见梁宝霖等，2009 年，另请关注 2014 年东莞市平均工资为 3,005 元，与 2012 年城镇平均工资 4 千元差距很大，见《2013 中国统计摘要》）。

第二层是有缴费但低于 3 万元最低档次的长者享有基础养老金，和少于 3 万元档次的个人帐户养老金，总养老金达全国新平均工资的约 22%。

第三层是大多数的公民缴交 15 年的 10 万元或以下 3 个总额档次（即 3 万元、5 万元和 10 万元），于 35 岁前存入国有银行的个人养老帐户，经政府补贴至 10

万元，便在 65 岁后享不少于 15%的统筹养老金和不少于 10%的 10 年期个帐养老金，即合共不少于 25%的基本养老金。

第四层是少数收入较佳（指高于全国平均工资）的公民于 35 岁前可自选缴交任何下列 5 个高总额档次（即 15 万元、20 万元、25 万元、30 万元和 35 万元），存入国有银行的个人养老帐户，达 65 岁后享 15%到 45%上限的统筹养老金，和 10 年至 20 年的 10%至 20%的上限的个帐养老金。其养老金替代率水平为全国新平均工资的 30%至 65%。

全国养老保险制度统一在《社会保险法》所论述的基本养老保险，达致全覆盖和收窄养老金差距的简单易明执行的制度，完全解决碎片化问题，甚或促进全国统筹的务实制度。

【参考文献】

1. 《两岸八地圆桌会议 2015 年论文集》，（上）及（下），香港，香港社会保障学会、香港理工大学社会政策研究中心合办，2015 年 10 月 17 至 18 日；
2. 麦瑞玲（2015）：〈立足实际先行先试 建立城乡一体化社会养老保险制度——东莞市社会养老保险制度建设情况介绍〉，刊于：《两岸八地圆桌会议 2015 年论文集》（上），第 30-34 页；
3. 卢程辉（2015）：〈第二次分配公平性探讨养老保险制度改革〉，刊于：《两岸八地圆桌会议 2015 年论文集》（上），第 57-61 页；
4. 梁宝霖、梁宝龙、莫泰基等（2015）：〈按照《社会保险法》完善个人缴费帐户能达致基本养老保险的全国统筹和制度统一〉，刊于：《两岸八地圆桌会议 2015 年论文集》（上），第 136-146 页；
5. 李成康、石炳坤、莫泰基（2015）：〈依法治理养老保险文章系列（一）——名义个人帐户违法违规〉，刊于：《两岸八地圆桌会议 2015 年论文集》（下），第 147-152 页；
6. 黄和平、莫泰基（2015）：〈依法治理养老保险文章系列（二）——不挪用个人帐户，统筹养老基金也可持续到 2050 年〉，刊于：《两岸八地圆桌会议 2015 年论文集》（下），第 151-158 页；
7. 梁宝霖、莫泰基（2015）：〈依法治理养老保险文章系列（三）——制订统筹养老金的目标替代率区间为全国城乡平均工资 40%至 45%〉，刊于：《两岸八地圆桌会议 2015 年论文集》（下），第 159-162 页；
8. 梁宝龙、莫泰基（2015）：〈依法治理养老保险文章系列（四）——如何安排个人帐户做实和保值增值〉，刊于：《两岸八地圆桌会议 2015 年论文集》（下），第 163-168 页；
9. 谢馥盈、莫泰基（2013）：〈以保基本为重——提高城乡基础养老金的具体方案〉，刊于《社会保障与民生幸福——第十二届海峡两岸社会保障制度学术研讨会论文集》，苏州，2013 年 12 月，第 38-43 页；
10. 梁宝霖、石炳坤、莫泰基（2010）：〈香港全民养老金应与中国养老保险衔接〉，刊于《两岸社会问题与改革——第八届海峡两岸社会保障学术研讨会论文集》，澳门，澳门社会保障学会，第 134-144 页；

11. 王运发、丁谊（2013）：〈2013年社会保障事业稳中求进〉，刊于《2014年中国社会形势分析与预测》，社会蓝皮书，北京，社会科学文献出版社，2013年；
12. 徐满平（2015）：〈浅谈加强我市工资申报与缴费基数核定工作的建议〉，刊于《东莞社会保障》，2015年第3期（总第30期），东莞市社会保险协会，第20-22页；
13. 苏媛、梁宝霖（2015）：〈浅释珠三角第一代农民工养老保障的制度缺失与构建设想〉刊于：《两岸八地圆桌会议2015年论文集》（下），第125-135页；
14. 梁宝霖、石炳坤、莫泰基（2009）〈中国社会保险法必须达成全民共用〉，于《化威胁为安全》，香港，香港社会保障学会，2009年。

我国临时救助制度的完善

梁高峰²⁷

对临时救助制度来说,对照目前我国社会救助的体系框架,它作为与长期生活类救助和专项分类救助并列的临时应急类救助中的一项子制度的建制理念应得以明确,其建立就是为了应急救难,以帮助因临时性、突发性事件而造成暂时困难的家庭。据此,它的功能应该是独立特定的,即要使困难家庭通过一次性救助在短期内摆脱实际的暂时困难,其功能又要和长期生活类救助和专项分类救助的功能区别开来,避免交叉重叠。

1、对象的科学界定

现在一般认为,需要临时救助的家庭的暂时困难包括两类:²⁸一是火灾、水灾、车祸等突发事件致使生活资料的损失和劳动能力的暂时丧失;二是因医疗、教育等因素导致刚性支出增加而造成基本生活暂时困难。如2015年11月1日起正式实施的《漳州市临时救济管理办法》,²⁹明确了临时救济的对象范围、申请受理和审批程序以及救助方式和标准等。其中,临时救济家庭对象包括:因火灾、交通事故、溺水等意外事件造成家庭财产严重损失或人员伤亡的;因家庭成员突

^{27 27} 国家社科基金项目(14BFX122)阶段性成果。

²⁸ 现行普遍的观点认为临时救助的范围有两个:一个是应对支出型贫困,即因为家庭有重病人、或孩子上学等支出的数额较大致使陷入的临时性贫困;另一个是急难性贫困,即因为火灾、水灾、交通等意外事故导致家庭出现的暂时性、阶段性的贫困。同时有人认为还有其他一些原因导致的家庭陷入贫困的情况,具体界定的范围一直未有一个准确的界定。如《中华人民共和国社会救助法(征求意见稿)》第五章中规定了临时救济的内容,即第二十六条对因交通事故等意外事件或者其他特殊原因,导致基本生活暂时出现较大困难的家庭,由县级以上地方人民政府民政部门给予资金、物资、服务等临时救济。2014年9月17日国务院总理李克强主持召开国务院常务会议,部署全面建立临时救助制度、为困难群众兜底线救急难。会议认为,织密织好社会保障安全网,帮助群众应对突发性、紧迫性、临时性生活困难,事关公平正义,是政府以人为本、保障基本民生的重要职责。会议决定,按照《社会救助暂行办法》,全面建立临时救助制度,对遭遇突发事件、意外伤害、重大疾病或其他特殊原因导致生活陷入困境,其他社会救助暂时无法覆盖或救助之后基本生活仍有严重困难的家庭或个人,给予应急、过渡性救助,做到兜底线、救急难,填补社会救助体系“缺项”。

²⁹ <http://news.66163.com/2015-11-14/1066256.shtml> 福建之窗。2016年4月16日浏览。

发重大疾病，导致基本生活暂时出现严重困难的；因家庭主要劳动力死亡或重度伤残等原因，未获得相关保险补偿、赔偿或虽获得相关保险补偿、赔偿，仍导致基本生活暂时出现严重困难的家庭；因家庭成员重伤病需长期治疗、接受非义务教育等生活必需支出突然增加超出家庭承受能力，导致基本生活暂时出现严重困难的最低生活保障和特困供养家庭等。南京市江宁区《江宁区临时救济工作实施细则》（江宁民救字[2006]56号），规定的临时救助的对象是，具有江宁区城乡户口、因自然灾害或突发事件，造成家庭生活困难的人员等。贵州省毕节市大方县临时救济的事项范围包括：1、家庭成员中有患危重疾病，在扣除各种医疗保险、新型农村合作医疗保险、城镇居民基本医疗保险、医疗救助报销部分和其他社会帮困救助资金后，因个人负担的医疗费数额较大，直接导致家庭基本生活难以维持的；2、家庭成员中有人遭遇车祸、溺水、矿难等人身意外伤害，在扣除各种赔偿、保险、救助等资金后，个人负担仍然较重，导致家庭基本生活难以维持的。3、因火灾等突发性意外事件，造成家庭财产重大损失，导致家庭基本生活难以维持的；4、高中阶段贫困家庭经各种救助措施帮扶后，仍然无力支付教育费用的，或被国家国民教育正式录取的应届大学生录取后，家庭无力支付赴学校报到费用的；5、其他特殊原因造成家庭生活特别困难的城乡困难家庭，经其他救助措施帮扶后，基本生活仍然难以维持的。³⁰但是应当说明的是，为了在实际操作中明确临时救助的功能，针对第一类困难，突发事件后若造成劳动力长期损失甚至残疾，那么就不该临时救助制度发挥功能，而是需要长期生活救助或残疾人社会保障给予相应待遇，保障其最基本生活需求；针对第二类，教育、医疗等支出型贫困家庭的困难首先要通过完善相应的专项分类救助来满足，即通过适当拓宽专项分类救助的覆盖面并逐步加大救助力度、提高救助水平来满足其教育、医疗、住房等特殊需要，在此基础上，仍发生暂时困难的才需要临时救助制度发挥功能。

因此明确临时救助的对象，最重要的就是要理清其与低保救助以及各专项分类救助的关系。首先，临时救助要以低收入为救助对象，但不以低保对象为限，对于不属于低保对象的低收入家庭和人员遇有法定临时性急难也应当纳入临时救助的范围。临时救助应当是与低保制度要衔接配套，互为补充。已经享受低保的困难家庭，遭遇临时和突发性困难，仍然可以获得临时救助；而对于不符合低

30 大方县民政局 <http://www.dfmz.gov.cn/content-12-64-1.html>。2016年4月16日浏览。

保条件而遭遇特殊困难的低收入家庭和个人，也可以通过临时救助获得帮助。其次临时救助制度和各专项救助不是简单的最后一道防线的问题。临时救助首先是救急难，针对的是社会临时性风险，是一种临时性救助措施，其与各专项救助在目的和功能上有显著的不同。其次临时救助在事项上与各专项救助存在的区别是，只有当其他各专项社会救助暂时无法覆盖或救助之后基本生活仍有严重困难的家庭或个人，才可以通过临时救助给予应急、过渡性救助。临时性社会救助应该建立在专项救助分立的基础之上。因为受难群体的临时性救助需求一般都较为集中，也有可能反复出现，可以将教育、医疗、住房等专项救助专项专款专管化。分立管理避免了管理上的交叉和混乱，为临时性社会救助提供系统化的救助标准，从制度上屏蔽了因临时救助的临时性和不确定性造成的粗线条、随意性大的问题。同时，还避免了临时性社会救助与城市低保救助争抢救助名额及救助储备金的问题。为临时性社会救助更有针对性、更有效率地施行社会救助提供了制度保障。同时，他们可以借用同一种运作模式，也可以采用相同的管理方式，还可以共用同一个监督体系，以免出现规模不能过大，喧宾夺主或造成机构膨胀现象。同时，临时性社会救助是一种非竞争性公共产品，对外部利益不具有破坏性。简言之，就是不以伤害或剥夺较多受益者的福利来作为补偿较少受益者的资本，并且其收益对象应该扩大为：除较多受益者外的所有社会成员。那么专项救助的分立正好实现了这种扩大获得临时性社会救助资格范围的目的。也就是说，那些收入稍高于贫困线，却无法获得低保资格的群体也纳入到临时性社会救助中来。这样就避免了这部分群体因无法及时获得临时性社会救助而陷入贫困，成为低保群体，进而增加了低保制度压力的恶性循环，真正实现有效与及时的补偿。而不是通过剥夺一些他们本该获得的权力，忽略人道主义的精神，盲目追求低保群体的福利，这是与差别原则背道而驰的。

因此临时救助对象主体要满足三个基本条件，一是低收入者，可以是低保户、五保户以及不具有长期救助资格的其他低收入家庭或个人。二是在事项范围上，主要是由于突发性事件而引起的生活困顿，不在长期或者专项保障的范围内，也不是违法行为所造成的经济危机，需要紧急扶助。三是地缘性，临时救助以户籍为基础，户籍外救助为例外，各地也可以根据当地的特殊状况补充需要救助的对象范围。

在临时救助的事项范围上，我国学者以及实践均认为有两类，即一个是因为

家庭有重病人、孩子上学等支出的数额较大陷入贫困，俗称支出型贫困；另一种情况是因为火灾、交通等突发事故导致家庭出现的暂时性、阶段性的贫困，称为急难性贫困。但是就其具体事项和范围，还缺乏具体的规定，救助也缺乏具体的标准。研究认为可以参照台湾和香港地区，在临时救助的事项上将作为急难性救助事件做出明确规定，以便于临时救助与其他专项救助与长期生活类救助相区别。

2、落实政府责任，加大财政投入和专款专用

2014年9月17日，国务院召开常务会议，全面部署临时救助制度，会议决定，临时救助实行地方政府负责制，资助资金列入地方预算，中央财政给予适当补贴。但是临时性社会救助由于其不确定的基本特征，往往得不到相关部门的重视。虽然各地区已经陆续出台了有关当地临时性社会救助的纲领性文件，但是在决定采取临时性救助行动和救助标准往往将自由裁量权授之于相关部门。因此，临时性社会救助这种救助手段往往由于收效小而不被重视；在一些常规救助资金较为短缺的地区，他们认为“反正是用于社会救助领域，救助目标无非是为弱势群体谋福利”，就索性将临时性社会救助的储备专为低保救助，以弥补空缺。这样一来，无论当地经济水平如何，临时性社会救助的需求都会被当地相关部门有意无意忽略，当前的时候困境只有发展到具有一定破坏性才能被列为临时性社会救助之列，这就说明现行的临时性社会救助似乎存在“作秀”的嫌疑。

同时，我国的大部分地区采用的临时性社会救助都忽略了救助的实效性。往往只是为了完成年度的临时性救助指标而寻找使用的对象。许多时候，相关负责人并没有对救助对象的救助需求进行深入的调查，更没有进行对同样符合受助条件的对象进行数据上的对比和考量，导致了临时性社会救助不公平现象成为常态。具体的说就是：每种临时性社会救助需求都会相应地有一个造成当前困境的原因，我们经常可以通过对这些原因的分析，找到一些标准。而这些标准能够告诉我们：什么样的救助以及什么水平的救助才能达到最佳的救助效果。但许多地方所实施的临时性社会救助性为并没有考虑到这个问题。他们只是完成救助任务，并没有对症下药，往往会出现临时性救助资金的交叉占用现象。另外，目标的随意性导致临时性社会救助没能有效地考虑到“实然的救助效果”与“应然的救助效果”间的差距，也无法通过这种比较对现行的救助方法进行修正和改进。

落实地方政府临时救助责任，将临时救助资金纳入地方预算，并且专款专用，使保障临时救助顺利发展的基本保障。

3、民政统筹，部门联动，发挥非营利组织的作用

民政统筹，部门联动，坚持部门职能作用发挥与高效联动的有机结合，统筹使用救助资源，推动形成民政部门牵头统筹、相关部门参与的“大救助”格局，提升社会救助的综合效益。由于急难救助具有快捷性、灵活性、低规则性和小规模性等特点，因此是最适合慈善救助参与的领域之一。

公开公平，社会参与，政府救助要坚持公开公平公正，同时要充分发挥社会力量作用，引导、鼓励慈善组织、企事业单位、专业社会工作服务机构和志愿者、爱心人士、社会工作者等参与“救急难”工作。社会组织在急难救助中可以以多种方式发挥作用。其主要的方式有：首先是资金补充，即通过慈善组织的民间资源调动能力去补充政府、单位和社区在急难救助方面经费投入的不足。第二是建立品牌项目，即通过慈善组织的分工和专业化服务，在某些方面形成具有专业特色的服务品牌。有一些社会组织在急难救助中发展出有特色的品牌项目，比如说某一家社会组织在某些方面或者某些项目特别在行，做得特别好，就可以做出自己的品牌。第三是一些社会组织还可以提供全科式的紧急救援，就像社区医院的全科医生，什么都管，什么都会。第四是自主服务和受托服务相结合。自主服务是社会组织根据社会需要及自身特点，自主决定发展方向和选择适宜的项目；而受托服务是社会组织受政府、社区、单位等的委托而承担一定区域内的单项或综合性的急难救助任务。社会组织的慈善救助应该与政府救助的体制相结合，应该建立政府与社会组织的伙伴——合作关系应该纳入相关制度和规划体系当中。我们建立急难救助制度的时候，应该将政府的责任和社会组织的规定，而不是只建立政府的制度而不管民间的，这样就很难利用好宝贵的民间资源，效率也很难提高。此外，在进行具体规划的时候也要统一规划，在资源投入和具体的服务与管理等方面，政府与社会组织之间都应该明确分工，分头实施，相互协调。从长远发展看，理想的制度目标是在政府与社会组织之间建立起平等的、制度化的合作伙伴关系，但在现阶段我国社会组织的能力还较弱，其作用还很难与政府发挥的作用相比拟，因此还必须要强调政府主导的意义。政府应该更加积极地将社会组织纳入急难救助制度体系中，通过各种优惠政策去鼓励社会组

织的参与和贡献，并通过政府购买服务等方式让社会组织参与和分担政府的任务，同时加强社会组织的能力建设。

临时救助充分体现了救急救难的博爱精神，而在现实生活中，非营利组织是承载这种博爱精神的不二人选，是发挥社会大爱的最佳主体。首先，发挥非营利组织的慈善功能。可以将临时性社会救助的功能移交到非营利组织，由政府监管，但不由其实施；由政府拨款，但不由其募集。非营利组织由于其良好的群众基础，能够比政府部门更好地了解社会成员的救助需求，也能更加具体地掌握社会成员的救助需求，也能更加具体地掌握社会成员的收入与支出状况，更能切实有效地关注临时性受助群体的受助效果和实际状况。在及时、有效实施管理的基础上，避免了政府机构的臃肿和膨胀；在接受政府拨款的条件下，发挥其慈善募捐的功能，为社会救助开源节流，表现出了其发挥博爱精神的合理性与合法性。其次，发挥非营利组织的市场功能。可以建立这样一种模式：发挥非营利组织在市场中的角色，使之与企业沟通，了解不同行业所需要的人力资源类型，并分别与其达成“培训-上岗”的共识。虽然这里所说的“‘培训-上岗’的共识”是指由政府扶持，非营利组织完成向低保群体提供有针对性的临时性就业培训。之所以说是有针对性的培训，是因为经过非营利组织培训的受难群体，如果可以顺利通过企业的考核，就可以上岗就业。这就很好体现了临时性社会救助政策的发展功能，有利于受难群体公平有效地获取临时性社会救助。^{3 1}

以《社会救助暂行办法》为依据，社会救助管理部门按照法规赋予的职责，在社会救助制度体系框架内，立足于“托底线”，创新机制，探索路径，积极开展对遭遇各种急难情形致使基本生活暂时出现严重困难的居民的救助和帮扶。

4、提供发展的救助政策

我国当前临时救助主要是货币和实物救助，^{3 2}但是从世界各国社会救助制度的多重受益以及社会救助形式的多样性可以增强生活就反贫困功能，提供发展的救助政策，尽量减少“福利依赖”。我国的社会救助还基本停留在“福利给予”

3 1 柯邵梅.《差别化与社会公正：临时性社会救助的原则与实现》[M].福州党校学报 2011(05)

3 2 2015年11月1日起正式实施的《漳州市临时救济管理办法》明确规定，救助方式包括发放临时救济金、发放实物、提供转介服务三种。南京市《江宁区临时救济工作实施细则》（江宁民教字[2006]56号）也民却规定以货币或实物发放救助。

阶段，除要求参加一定的社会公益服务外，其他比如促进就业等提供发展的救助政策尚不完善。

首先，临时性社会救助要通过合作，实现公平救助。临时性社会救助方式不应该仅限于直接的经济救助，岗位引导、就业扶持等手段都能很好的体现社会强势主体与弱势群体间星辰过的好好的“互惠”。而这种岗位供给是一低保群体与企业共同获利为出发点的。一来，企业并不是为政府承担临时性社会救助应该提供的费用；二来，这部分费用虽然会成为企业的运作成本，而且表现为企业越大成本越大的特征，但同时低保人员作为企业员工也为企业创造了财富，投入-产出是成正比的，因此并不会影响企业自身的抗风险能力，也不会造成宏观经济问题；第三，低保群体很大一部分人是具备一定技能和工作经验的，因此只要合理安排、物尽其用，并不会成为企业的负担。但是如果盲目的为了安置他们而提供一些不具备技能要求的工作，只会培养其惰性，因而丧失其原有的工作能力，引发其脱离社会的危险。

其次，临时性社会救助借助发展性救助手段帮助低保群体实现“自助”。低保群体中存在一部分由于知识缺陷和身体缺陷无法就业而陷入贫困的群体，临时性社会救助可以将原本直接发放的救助金转变成培训投入，比如提供短期、正规的就业培训、技能教育、残疾人就业培训等非物质性的发展性方式。只有增加低保群体自身的生存技能，增强其抗风险能力，才能使临时性社会救助获得长期的社会效应，也可以逐渐减少同类临时性救助需求的循环出现，做到治标也治本的效果。当然，在差别原则的视角下，还进一步期望，低保群体通过自助能够完成他助，实现全社会的“互惠”。

5、健全工作机制，发挥大数据信息统计和分析功能，建立急难对象主动发现机制、信息共享机制和监督机制。

要建立急难对象主动发现机制。依托城乡社区党组织、群众性自治组织、公共服务机构和社会组织，依靠驻村（社区）干部、村（社区）级社会救助员（社会救助工作人员）发挥责任主体作用，并发挥社会工作者、慈善工作者和志愿者作用，及时了解、掌握、核实辖区居民遭遇突发事件、意外事故、罹患重病等特殊情况，主动帮助其提出救助申请并协助落实，做到早发现、早救助、早干预。要建立“救急难”快速响应机制。加强救助资源的统筹衔接，充分发挥流浪乞讨

人员救助管理机构、未成年人保护中心等单位在急难对象发现、快速响应等方面的优势，建立流浪乞讨人员主动救助常态化、规范化的工作机制，积极开展转介服务，为“救急难”工作提供支撑平台。在县级民政部门开通全国统一的“12349”社会救助热线，畅通困难群众申请救助和有关人员报告急难情况渠道。要着力建立“一门受理、协同办理”机制，依托乡镇（街道）政务大厅、办事大厅等，设立统一受理救助申请窗口，方便群众“求助有门”。建立急难求助“首问负责制”和“转介”工作制度，明确部门职责及分办、转办流程和办理时限，建立化解急难问题的“绿色通道”。

要加强政府救助与慈善救助的有效衔接，在全面掌握全国性和本地区社会组织、企事业单位等设立慈善项目情况的基础上，搭建政府部门救助资源、社会组织救助项目和公民个人救助意愿与急难对象救助需求对接的信息平台，在确保政府救助公平、公正实施的同时，充分发挥慈善救助方法灵活、形式多样、一案一策的特点，鼓励、引导、支持社会组织、企事业单位和爱心人士等针对急难个案开展慈善救助，形成“救急难”合力。要动员、引导本地具有影响力的社会组织、驻地大中型企业等设立“救急难”公益基金，在民政部门的统筹协调下有序开展“救急难”活动。

创新服务方式。要充分发挥专业社会工作服务机构和社会工作者在“救急难”方面的优势，积极将社会工作专业理念、方法技巧引入社会救助服务。要更加准确判定急难对象的救助需求，加大政府购买服务力度，进一步完善救助服务方式，在给予遭遇急难居民必要物质帮助、保障其基本生活的同时，由社会工作者针对不同急难情况的居民开展生活帮扶、心理疏导、精神慰藉、资源链接、能力提升、社会融入等多样化、个性化服务。

建立督办制度。要按照《社会救助暂行办法》和《民政部关于建立健全社会救助监督检查长效机制的通知》（民发〔2013〕161号）的相关要求，加大对“救急难”工作督查督办和责任追究力度。要明确责任追究的范围，落实发现、报告、受理、审核、审批或转办等各个环节的责任人和工作要求，对各类“救急难”事项，特别是一些影响较大或带有苗头性的急难事项，要加大督查督办力度，对因责任不落实、相互推诿、处置不及时等造成严重后果的单位和个人，要配合有关部门给予严肃处理。

加强信息共享。要加快建立社会救助信息共享机制，建立政府部门与慈善组织信息共享平台以及救助资源与救助需求信息对接平台。加强民政系统内部业务信息共享，通过掌握社区管理、优待抚恤、福利津贴等信息，为主动发现急难对象和准确判断急难情形提供依据。加强与卫生计生、教育、住房、人力资源和社会保障等社会救助管理部门以及慈善组织的信息共享，在做好为相关社会救助管理部门和慈善组织提供低保对象、特困供养人员基本信息的同时，及时了解掌握专项救助和慈善救助开展情况。加快“救急难”信息平台建设，使救助对象的需求和政府的救助资源、慈善组织的救助项目，社会各界的爱心捐赠、志愿服务等资源有效对接。

公平与共享：我国养老保障体系的 失衡性剖析与制度调整

刘芸³³

【摘要】为了保障老年生活、维护社会稳定、牢固改革成果，我国业已出台大量养老保障法律制度。然而，在实际运行中，诸多制度面临着“失衡”的严重挑战，诸如因身份不同养老保障失衡、地区之间养老保障失衡、代际之间养老保障失衡、养老保险体系结构失衡、养老保障供需失衡等。本文基于对现实困境的实证考量，在主客观原因分析的基础上，提出了应在“公平”与“共享”价值追求基础上进行适应性的制度调整，其中应包括完善多层次的养老保障体系、保障养老保险基金的来源、推进公共财政体制改革、健全养老保障的配套制度、健全养老保障监管与救济水平等多元路径。

【关键词】老龄化社会；养老保障体系；公平；共享；失衡

根据国际人口学会的定义，当一个国家或地区 60 岁以上人口所占比例达到或超过总人口数的 10%，或者 65 岁以上人口达到或超过总人口数的 7% 时，其人口即称为“老年型”人口，这样的社会即称为“老龄化社会”。我国 60 周岁及以上人口 21242 万人，占总人口的 15.5%，65 周岁及以上人口 13755 万人，占总人口的 10.1%³⁴。另据社科院的研究表明，老龄化比率 14% 从上升到 21%，世界平均时间是 50 年，我国只有 11 年³⁵。

与老龄化的现状相对应的是，现行的养老保险制度失衡，日益凸显出不能满足养老保障现实需求的矛盾，严重影响到了经济和社会的进一步发展。而根据十八届五中全会精神，我国将于 2020 年全面建成小康社会，提出“在提高发展平衡性、包容性、可持续性的基础上，户籍人口城镇化率加快提高人民生活水平和

³³ 作者简介：刘芸(1975-)，温州大学，副教授（院聘），研究方向：劳动法与社会保障法

³⁴ 2015 年人口普查数据结果公布 2015 年全国人口超 13.73 亿，

<http://bj.bendibao.com/news/2016421/223016.shtm>

³⁵ 楼继伟三次批评《劳动合同法》中高速增长的可能性及实现途径（2015 年 4 月 24 日在清华大学经济管理学院演讲），http://www.sem.tsinghua.edu.cn/portalweb/sem?_c=fal&u=xyywcn/69292.htm

质量普遍提高”的目标要求，同时提出“共享”理念。“共享”理念中，注重机会公平，保障基本民生，实现全体人民共同迈入全面小康社会；增加公共服务供给，提高公共服务共建能力和共享水平。因此，目前必须对于我国的养老保障制度进行全面的体系分析，以“公平”与“共享”为价值引导，进行制度层面的修正和调整。

一、公平与共享：养老保障制度平衡的价值导向

（一）对于养老保障平衡的理解

养老保障的平衡性，可以理解为养老保障的资源配置处于结构不合理、相对协调的状态，因此其系统功能可以达到最优状态³⁶。养老保障作为以保障国民基本生活为基本职责的制度设计，必须关注养老保障功能的可持续发展，即在社会的演进过程中贯彻社会公平原则，通过不断调整的养老保障制度安排，对市场竞 争和社会体制变革中的利益受损者进行适当经济补偿，以缓解社会矛盾和消除各种不稳定因素。

养老保障平衡性，其结果在于达成“城乡养老保障公共服务的均等化”，具体表现为：不同区域之间、城乡之间、群体之间、个人之间在同一阶段享受的基本公共服务水平和机会大体相同。其中，需要明确“均等化”的指向：首先，它是指大体均等或相对均等，是相对概念并非绝对的平均主义，在此过程中应尊重社会成员的自由选择权；其次，均等化的标准有高、中、低三种理解。一是最低标准，即要保底；二是中等标准，即政府提供的社保基本公共服务，应达到平均水平；三是最高标准，即全国各地社保基本公共服务水平的结果均等、水平一致。这三个标准之间的关系是一个逐步递进、层层拔高的动态演化过程。在经济发展水平和财力有限的情况下，最初的均等是最低标准的或是保底的均等，然后提高到中等水平，最后是趋向于结果均等。

（二）公平与共享是养老保障平衡的价值

1、养老保障平衡基于“公平”的价值诉求

公平“作为一种道德要求和品质，指按照一定的社会标准（法律、道德、政策等）、正当的秩序合理地待人处事；是制度、系统、重要活动的重要道德性质”。在经济领域，公平则表现为利益主体之间利益分配和利益关系的公正合理，一般

³⁶ 社会学所讲的平衡，是指国民社会各个组成部分处于一种结构合理、相对协调的状态，系统功能达到了最优；不平衡则是指相反的一种状态。

具体化为收入均等化和机会均等化两个方面。³⁷以“公平”为核心的养老保障资源配置价值体系，应在起点公平、程序公平和结果公平三个维度体现“公平”，即既要为全体社会成员提供竞争起点上的公平，社会成员获得相应养老保障项目的可能性应该是相同的，又要在市场竞争过程中保障社会成员的基本生活和进行再生产的能力，提供一种过程上的公平，还要发挥给弱势群体更多福利的差别原则的杠杆作用，最终实现结果公平。作为社会资源再分配的一种形式，养老保障制度用以纠正市场带来的谬误所产生的延伸机制，其资源配置应该具有经济公平的内涵和调节收入分配差距的取向。

2、养老保障平衡凸显了“和谐”的精神追求

首先，养老保障为全体成员创造出和谐、协调、安全的氛围，缓解社会矛盾，维护社会稳定。在激烈的市场竞争中，强者愈强，弱者愈弱，强弱两极分化必然会激化社会矛盾，影响社会稳定。而作为一种社会安全制度，养老保障通过对各种风险的防范，从国家、社会获得物质帮助。通过养老保障项目的实施，社会成员的生活保障度、心理平衡度、社会公平度、社会亲和力等都会大大增强。其次，养老保障的平衡保障人民享有最基本的权利——老年生存权，努力使全体公民老有所养。作为一项长久的制度安排，养老保障维系的也是国家的长治久安与国民的终身福祉。

3、养老保障平衡促进了“共享”的社会发展

这里的养老保障“共享”更加突出“城乡养老保障的一体化”之建设结果。改革开放以来，我国经济发展较快，城乡居民生活水平提高明显，但受到二元社会结构体制的深刻影响，城乡差别、地区差别虽然没有剧烈扩大，但原有差距也没有因经济发展而有所缩小。在此基础上，地区之间、城乡之间的差距明显小于全国平均水平，其与经济高速增长相呼应的养老保障制度改革进程也领先全国其他地区，并有可能在国家的统一指导规划下，率先实现城乡养老保障制度“一体化”。加快养老保障一体化步伐，使全体人民共享经济和社会发展成果，对于社会进步具有重要的现实意义。改革开放 30 多年来的经济社会发展实践证明，加快城乡一体、全民覆盖、有差别、多层次养老保障体系建设不仅具备了较强的经济基础，而且顺应了广大人民群众追求幸福生活、实现共同富裕的美好愿景，也与党中央的经济社会发展战略步骤一致。

³⁷ 《辞海》，上海辞书出版社 1999 年版，第 338 页。

（三）养老保障制度概述

养老保障制度是指由社会资本和国家财政支撑以及国家立法强制建立的,为了保障公民及其家庭的基本生活需要而对其在年迈时给予物资接济的制度。³⁸ 养老保障制度是多层次的法律体系,主要包括养老保险,养老救助和养老福利。养老保障制度具有如下特征:³⁹

1、社会性。社会主体的缴费和国家财政是养老保障资金的主要来源。养老保障以物资救济为主,而物资救济所需的资金大部分来自于国家财政的支持和参保人的缴费,如我国养老保险的资金主要来自于居民、参保劳动者和用人单位的缴费,而养老福利、养老救助等则主要来自于地方政府和中央的财政资金。

2、强制性。养老保障的强制性主要表现在这两方面:一是作为养老保障权利人的公民,亦须依据法律的相关规定承担对应的强制性义务。二是国家对公民的养老保障权在所负有的保护照顾义务范围内具有强制性,国家必须为公民建立相应的养老保障制度,同时根据经济情况,将必要的社会保障待遇提供给符合条件的公民。

3、多层次性。在养老保障体系中,处于最高层次的是养老福利的保障水平,其根本目标是提升老年人的教育等方面;处于中间层次的是养老保险的保障水平,其目的为确保被保险人不会因为年迈而导致其所得中断;处于最低层次的是养老救助水平,它的目的是满足被救助者基本衣、食、住、行的生活需要。

4、福利性。养老保障制度在老年人遭遇意外及风险时给予必要的救济,从而满足老年人基本生活的需求和保障最低生活水平。所有符合法律规定资格的老年人在依法履行了相关义务后,都享有在年迈时从社会和国家获取一定物资救济的权利。这些救济都是非盈利性的,具有福利性。

二、养老保障失衡性之现状剖析

虽然我国目前逐步建立起与市场经济体制相适应、由中央政府和地方政府分级负责的社会保障基本框架,在制度层面上基本实现了城乡居民的社会保障全覆盖。然而在具体实践中,社会保障不平衡性的现象非常严重。

（一）因身份不同养老保障的失衡

1、各类养老保险覆盖率差异较大

³⁸ 林嘉:《社会保障法学》,北京大学出版社2012年版,第1页。

³⁹ 王伟著:《中国社会保障法律制度研究》,中央民族大学出版社2008年版,第2页。

养老保险制度目前仍然为三个层次：国家机关公务员和事业单位工作人员的“退休金”制度，企业职工城镇职工基本养老保险制度，以及广大自由劳动者以及农村居民的城乡居民社会养老保险制度。当前实施的养老金“多轨制”，直接导致每个“轨道”之间、群体之间待遇差距悬殊，滋生了很多不和谐因素。

在覆盖率差异上，目前的基本养老保险因为历史的缘故而根据人群来设置。许多非国有企业，企业员工大部份由外来务工人员组成，流动性很强，因此企业职工参保率偏低。而笔者所在温州，为有序推进社会保险参保覆盖面，温州市以“积极稳妥、分步实施、规范有序，逐步扩大”为原则，对现阶段全员参保缴费有困难的单位，除工伤保险全覆盖外，对包括养老保险在内的其他社会保险缴费实行分步到位，根据行业实际情况设置行业最低参保率。其中，制造业（不包括制革、化工、机械、金属加工制造业）、餐馆、服务业、建筑业行业最低参保率为35%；制革、化工、机械、金属加工制造业、交通运输业最低参保率为60%；流通业、金融保险业、邮电通信业、文化体育业、娱乐业、房地产业参保率为100%、其他行业参保率为60%~100%。同时，虽然在实施城乡居民社会养老保险制度，得到广大城乡居民的拥护。但在推进16~45周岁人员参保缴费时，存在缺乏参保缴费积极性，造成城乡居民社会养老保险参保率偏低问题。不同人群在养老保险覆盖范围上存在巨大差异，导致了严重的社会不公。

2、机关、事业、企业从业人员间的养老不平衡性

在统筹方式上，《国务院关于机关事业单位工作人员养老保险制度改革的规定》规定了从2014年10月1日起，机关事业单位参加基本养老保险制度，并提出建立职业年金制度。另在2015年3月27日公布的《国务院关于印发机关事业单位职业年金办法的通知》也对机关事业单位的职业年金具体办法进行了规定。表面上似乎不同职业间养老保障公平了。

然而在最最重要的待遇支付上，《国务院关于印发机关事业单位职业年金办法的通知》中规定，“机关事业单位基本养老保险基金单独建账，与企业职工基本养老保险基金分别管理使用。对财政全额供款的单位，单位缴费根据单位提供的信息采取记账方式，每年按照国家统一公布的记账利率计算利息，工作人员退休前，本人职业年金账户的累计储存额由同级财政拨付资金记实；对非财政全额供款的单位，单位缴费实行实账积累。实账积累形成的职业年金基金，实行市场化投资运营，按实际收益计息。”再联系企业，可以发现，全额供款的单位，其职

业年金来源仍由同级财政拨付资金,加之记账方式保证了资本的不贬值、不减少。但对于非财政全额供款的单位、企业,积累形成的职业年金基金则在目前的个人账户资金紧张的形式下,无法保障资金的稳定。

3、行业间与企业间的养老不平衡性

在国有垄断型企业中,补充保险天壤之别,成为拉大收入的重要手段。目前的养老保险金大部分集中在县市级范畴,再加上针对交通、电力等部门行业施行的是行业统筹模式,造成了地方养老保险金和行业在统筹供给方面存在着不平衡现象。现阶段尽管行业统筹模式在渐渐地向地方社保部门移转,然而由于其前提的不规范性操作所引发的支付水平不一和缴费率不一致等问题,直接造成了如今地方养老统筹供给失衡,并且在短时间内很难解决。当前,企业职工除了基本养老保险外,有的企业还为职工建立了企业年金制度。诸如通信、石油、电力等垄断行业职工的收入远多于普通企业职工,而这样依据比例进入企业年金与个人账户的部分也就相当可观;而且这两部分的收益另有贴息的红利和国家免税政策的支持,便更为加重了养老待遇在行业职工与企业职工之间的不公平性。

对于同一企业,管理人员与一般员工间差距也较大。不仅是参保水平,更涉及是否参保问题。部分企业因经营状况不佳而无法及时足额地为职工缴纳保险费,其职工的养老也无从保障。据我们到企业进行实地了解,依然有企业不缴纳社保费;温州还有很多企业,而只给企业中高层的管理人员或固定员工缴纳养老保险等社保。

4、农民工养老保险权难以保障

《社会保险法》第 95 条规定“进城务工的农村居民依照本法规定参加社会保险”⁴⁰,为农民工享有同等的养老保险权提供了法律依据。同时,《社会保险法》第 22 条规定,“省、自治区、直辖市人民政府根据实际情况,可以将城镇居民社会养老保险和新型农村养老保险合并实施”⁴¹,为进一步解决农民工的养老保险权问题,最后综合统筹城乡综合配套改革提供了制度基础。但不难发现:《社会保险法》中未给出专门的具体操作规定来对农民工养老保险权进行规制,原则性规定过于简单,可操作性不强。

2014 年监测报告调查数据显示农民工中参与养老保险的仅占 16.7%,依照

⁷、⁸ 法律出版社大众出版编委会:《中华人民共和国社会保险法(实用问题版)》,法律出版社 2010.年版

2014 年的 2.77 亿农民工中仅有不到五分之一的农民工缴纳了养老保险的比例，剩余的五分之四农民工将来如何养老？更严重的情况是，农民工中未参保的主要成员——高龄（50 岁以上）农民工在 2015 年总数已超过 4900 万，在农民工总数中的占比也从 11.4% 增加到 17.9%。⁴²

（二）城乡之间养老保障的失衡

1、城乡间养老待遇区别较大

我国的社会养老保险体系于 20 世纪 50 年代始建，虽然改革开放以来进行了一系列的改革与建设，但主要集中在城镇地区，主要的保护范围仍然是国有企业、参照国有企业办法实行社会保障的城市集体企业以及国家机关、事业单位的职工，然而，农村地区的农民工和居民始终处在养老保险体系的边缘线上。虽然广大农村地区是公共产品和服务的主要需求地区，但在城乡二元供给机制下，农村地区的供给严重不足。从养老保险角度，城市和农村本身经济差距较大，养老金增幅在城市和农村之间不一样，城市基数本来就高于农村且实际调整比例又比农村高，这种现象造成了农村养老金上调的绝对值远远低于我国的平均水平，从而使基本养老保险在城市和农村之间为“二元格局”的模式。即使 2009 年国务院发布《开展新型农村社会养老保险试点指导意见》，提出了“探索建立个人缴费、集体补助、政府补贴相结合的新农保制度，实行社会统筹与个人账户相结合，与家庭养老、土地保障、社会救助等其他社会保障政策措施相配套，保障农村居民老年基本生活。”于 2014 年国务院又在总结新型农村社会养老保险和城镇居民社会养老保险试点经验的基础上，决定将两项制度合并实施，在全国范围内建立统一的城乡居民基本养老保险，公布《国务院关于建立统一的城乡居民基本养老保险制度的意见》。然而目前农村的实际养老保险覆盖率和保障水平都还很低。城市和农村经济水平的巨大差异，决定了在城市和农村之间养老保险给付标准的严重不均衡，统筹比例和工资水平的差异较大，这些都导致了实际缴纳的养老金以及退休后所享有的养老金在城乡职工之间的落差较大。不仅如此，在福利方面的支出，我国人数中占比高于 75% 的农民的福利性财政支出竟然连 5% 的全国福利性财政支出都不到；而大概占比为我国总人数 20% 的城镇居民却占有高于 95% 的全

⁴² 黑土：500 名富豪身家超越 2.77 亿农民工，劳动者付出了怎样的代价？
<http://www.szhgh.com/Article/opinion/zatan/2016-05-16/113410.html>

国福利性财政支出。⁴³ 从中也不难推出，我国养老福利在城镇和农村之间存在较大的差异，以及养老救助在城乡之间的差距也很大。如此严重不平衡的差别，无疑对老年人的老年生活影响较大。

2、城乡居民社会养老保险待遇较低

在“广覆盖，低水平”的指导原则下，2014年《国务院关于建立统一的城乡居民基本养老保险制度的意见》规定，“参加城乡居民养老保险的人员应当按规定缴纳养老保险费。缴费标准目前设为每年100元、200元、300元、400元、500元、600元、700元、800元、900元、1000元、1500元、2000元12个档次”“参保人自主选择档次缴费，多缴多得。”实际情况是城镇中本身就较为贫困的老人特别是农村老人，按较低水平缴费后每月仅能够拿到百多元微薄养老金，能否靠此支撑日常养老开支是个很大的问题。以笔者所在温州为例，中央政府补贴55块钱，如果居民本身比较贫困，每年只能按100元标准缴个人账户部分养老费，到其退休之时，55元加上个人账户一个月收入再加上地方财政补贴的30元，也仅刚到百元。笔者所在温州市按缴费档次给予最高120元的财政补贴，对缴费满15年的参保人员，养老金从第16年起增加5元。该标准仍比较低。学者秦晖曾谈过“负福利”概念，即一方面机关、事业单位处于“富福利”的状态，另一方面贫困老人尤其是农民等群体处于“负福利”的状态。“强者衡强，弱者积弱”，这显然不公平。

综上所述，“双轨制”和“碎片化”的养老保险制度如持续存在，不仅必然滋生贫富悬殊的“马太效应”，也将带来极大的不合理：首先，影响社会保障制度的可持续发展。从养老保险制度的整合与统一来看，导致现代社会保险制度在整体上难以运行下去，养老保险的替代率难以整合，搅乱了养老保险制度的各个参数的设计与运行。其次，一个经济体当中有两种或者两种以上待遇水平，且之间存在这么大差距，这是不公平的，不利于社会的凝聚力，甚至成为社会不和谐的一个根源。再次，从建立经济大市场的角度看，这样的制度影响了公共部门和私人部门之间的人员交流与流动，不利于建立一个大市场，养老保险制度成为公共部门与私人部门之间的一个鸿沟。

（三）代际之间养老保障的失衡

1、历史与现实责任模糊，长效机制缺失

⁴³ 郑功成：《中国社会福利发展论纲》，载《社会保障制度》2001年第1期，第4页。

目前，养老保险制度历史与现实责任模糊。1997年养老金体系构建前，国企对职工的长期历史欠库，单位和个人的养老金长期空转，尤其是单位为个人缴纳的20%养老金成了为历史埋单的补漏基金。而解决历史债务没有安排专项资金，“老人”和“中人”都未积累养老保险金⁴⁴，但有养老权利，其养老金由全部在职人员承担，形成了历史债务问题。因此，虽然目前社会养老保险基金的筹资模式在名义上为部分积累养老保险模式，但养老基金的筹集尤其是个人账户实际上成为了现收现付制。⁴⁵ 现收现付制严峻的问题在于养老责任后移。在养老保险体系初期，赡养率低、缴纳养老保险费的人数多且退休人员少，于是真正的受益者是养老保险体系初期的那些人。

在传统的现收现付制向再行的统帐结合制转轨过程中，不难发现其难以持续：产生的转轨成本偿还机制尚未形成，企业缴费负担高，竞争力受到影响；历史债务和现实制度分割的影响，不同地区的养老保险消极影响负担畸高畸低，破坏了市场竞争的公平性，也难以实现统筹层次的提高；转轨成本的化解机制与现实财政补贴的分担机制尚未形成，个人账户长期困难运行，优势无法有效发挥。即合理高效的个人账户基金投资管理体制、养老保险经办体制、养老金增长机制等重要机制也尚未形成，体制障碍与机制漏失破坏了基本养老保险制度的定型与可持续发展。更严重的是，伴随着养老保险制度的不断发展、人口老龄化加剧和制度赡养率提高，养老金支付压力与日倍增。由于降低养老金不可行，只能通过扩大覆盖范围来应对养老保险金的支付压力。在人口老龄化问题日趋严重的情形下，当这种部分积累养老保险制度的可持续性遭遇挑战时，会给后代人带来不公平。

2、新旧制度间衔接困难

社会保险关系转移较难。由于全国经济发展水平不一、养老保险建制历史长短不一、劳动者数量与结构不一，因此养老保险基金储备情况区别较大。如笔者所在温州养老保险基金沉淀在县市一级财政专户，由县市一级政府负责。中国目前2.7亿农民工跨区域工作，社保关系转移难。尽管2014年出台了《城乡养老保险制度衔接暂行办法》，2015年又出台《国务院关于建立统一的城乡居民基本养

⁴⁴ 在企业养老保险制度从原先的“现收现付制”到“部分积累制”转变的过程当中，以1997年为界限将职工分为1997年之前退休的“老人”、1997年之前工作且1997年之后退休的“中人”和1997年之后工作的“新人”。其中，“老人”仍然使用旧的养老保险制度，“中人”加发过渡性养老金，“新人”则实行新的标准。

⁴⁵ 胡海清：《部分积累养老保险财务机制探析》，载《陕西经贸学院学报》1998年第1期，第9页。

老保险制度的意见》。但可想而知，三种养老保险之间转移接续的困难与复杂性。

另外，在“双轨制”的改革中，公务员将与企业职工一样缴纳养老保险费，统账结合，部分积累。那么改革前所欠的那部分养老金如何解决？按照可操作的统一的社会化养老路径，待遇骤降，必然导致公务员不满。之前为了规避政策，很多事业单位也都出现了提前退休现象。

（四）因性别不同养老保障的失衡

从新中国成立以来，针对男女性别不同采取的政策为退休年龄不同。规定伊始，女性职工和男性职工的退休年龄分别是 50 岁和 60 岁。⁴⁶ 时移事易，现行对女工人、女干部和男职工的退休年龄规定分别是年满 50 周岁、55 周岁以及 60 周岁；特殊工种的女性和男性分别为年满 45 周岁和 55 周岁。基于此，因为性别不同而导致退休年龄不同对养老待遇有着重要的影响：一方面，退休年龄低暗示着缴纳养老保险费少、工作年龄短以及劳动报酬低，退休早的职工在工作年龄、缴费年限以及劳动报酬和领取养老金多少相关联时所领取的养老金就不是很多；另外，退休年龄低还暗示着享用养老金的时间更久。如此显然的性别差异造成不同退休时间的结果，使得劳动者的养老保险权利未获真正公正的对待。

与此同时，平均预期寿命在持续升高，男性的升高速度比女性要慢，而且两者之间的差距也在继续拉大。但依照 2010 年全国人口第六次普查有关数据显示，我国平均预期寿命比 2000 年升高了 3.43 岁，已经有 74.83 岁；从性别差异来看，女性和男性的预期寿命分别比 2000 年升高了 4.04 岁和 2.75 岁，且现在分别为 77.37 岁和 72.38 岁（见表 2-2）。⁴⁷ 女性退休年龄早且平均寿命长，于是女性的受保需求期也长于男性，这将会极具加大将来的养老负担。

图表三 男女平均预期寿命变化（单位：岁）

年份	合计	男	女	男女之差
1981	67.77	66.28	69.27	-2.99
1990	68.55	66.84	70.47	-3.63
2000	71.40	69.63	73.33	-3.70
2010	74.83	72.38	77.37	-4.99

不言而喻的是，在我国当前缴费年限和获得的养老金金额相关联的状况下，

⁴⁶ 《中华人民共和国劳动保险条例》，1951 年 2 月 23 日政务院第 73 次政务会议通过。

⁴⁷ 中华人民共和国统计局，

http://www.stats.gov.cn/tjsj/tjgb/rkpcgb/qgrkpcgb/201209/t20120921_30330.html。

男职工所获得的养老金将高于较早退休的女职工。女职工退休后的生活质量无疑会因此而大打折扣，是不公正看待女性职工的表现，亦是养老不公平的一种表现。男女之间的养老金如果不能确保分配的公平正义，对整个社会的公平将是一种巨大的损害。

（五）养老保险体系结构的失衡

1、多层次的养老保险体系未形成

首先，补充养老保险滞后。企业年金本是养老体系中的一个关键补充。但现实是，尽管补充养老保险制度从 1991 年就已规定，但目前仅在一些大中型国有企业垄断性企业业已建立，但多数民企、中小型企业，建立的不是太多。并且，尽管 2004 年制定了《企业年金试行办法》、2015 年 3 月 27 日公布了《国务院关于印发机关事业单位职业年金办法的通知》，然而该制度未能充分利用起来，造成年金制度改革不到位。现在随着国家社会保障体系的不断完善、市场机制的不断发展，企业年金的发展也暴露出一些突出问题和矛盾，主要表现在：规模小、受益面窄，与养老保险第二支柱的要求不相适应；补充养老功能不足，影响待遇水平；相关条款与职业年金办法不一致，不平衡；部分条款不适应市场发展需要，不利于保护职工权益和促进企业长期发展。

其次，个人储蓄性养老保险基本名存实亡。个人储蓄性养老保险在国外已经较为普遍，但在国内能与养老挂钩的理财产品少之又少，即使有相关产品，大多还是打着养老的名义实际做着风险较大的投资。再次，社会保障体系内的养老救助制度、老年福利制度，还未能形成制度规模，还需拓展老年优待领域和范围。最后，商业养老保险未能得到应有发展。

2、养老保险过度依赖财政资金

养老保险是一种社会保险制度，其基本原理和运行规则，应当是强调自身财务平衡，否则欧债危机即为殷鉴。基本养老金中统筹账户和个人账户并存的设计，本意是将两种制度加以融合，取长补短，但囿于养老制度的先天不足，其设计初衷并未实现，最终失去了自身平衡能力，走上了过度依赖财政资金补血的路径。随着支付压力的增加，每年转移支付的数额持续上涨，可以预见的是，随着老龄化加剧，这一数字还将攀升。由于目前的养老金统筹层级低，各地区之间无法横向调剂，若财政补贴不及时，一些地区的当期支付缺口将立即显现。根据财政性资金补贴情况分析，随着养老保险参保人员的增加，财政补贴资金压力进一步加

大。⁴⁸

3、养老保险改革成本较高

可以预见，为统一养老保险制度，温州财政需要多花两笔钱，财政压力明显加大。第一笔，财政需要为机关职工缴纳工资总额的22%，以实现与城职保的并轨；第二笔，如实现养老保险的并轨，政府很有可能需要建立公务员职业年金制度，并为其缴纳雇主部分，约为在职工资的5%。

（六）养老保障基金发展、运行的失衡

1、社会保险基金管理机制模糊

由于制度设计等原因，个人账户记账率高于实际投资回报率；养老金系数偏低，未能随寿命的增加相应调整、体现男女有别；职工平均工资确定不合理，在统计制度和方法上缺陷，私营企业和个体劳动者被排除在外，因此增加了低收入人群的缴费负担，影响着基本养老保险制度覆盖面的扩大；缴费年限低，致使权利义务不对等。其中，比较突出的是缴费基数不实问题。由于单位缴费基数、个人缴费基数未按规定申报，缴费工资低于真实水平，以此逃避统筹账户，因此造成养老保险费征缴不足。⁴⁹

2、养老保险基金投资效率低且有风险

面对近年来的通胀压力，基础养老金投资渠道过窄、投资收益过低，收益率偏低，截至2013年，基础养老金年化平均收益率仅为1.8%。由此而引发出养老保险基金安全问题，社保基金收益率低于同期CPI增长水平，低于社会平均工资增长率，面临巨大的福利损失。而且，按目前物价水平及银行定期存款利率，个人账户实际处于缩水和贬值的状态。

目前养老保险金可以通过多种方式进入股票市场进行投资，但股票属于高风险金融渠道，未必一直能够获益。而且养老保险金入市，参与机构投资的社保基金与散户个人投资间存在竞争关系，也的确具有道德风险。

3、基金账户存在隐性缺口、支付危机

首先，个人账户的做实造成支付危机。当前城镇职工养老保险实施的形式是“统账结合”，其包括个人账户和社会统筹。单位负责缴纳职工工资总额20%的社会统筹部分。职工则需要缴纳自己报酬的8%作为个人账户部分，实行的是个人财

⁴⁸、²⁸关于温州市养老保险基金管理工作报告，
<http://www.wzrd.gov.cn/gov-public/read.jsp?id=z0gq08lizt&tid=z0g25x1c3x>。

产所有的积累，在其退休后开始支付。将养老金与个人密切关联起来的名义账户是用来记录个人缴纳养老保险费的情况的。然而，在实际操作中，由于社会统筹部分支付转轨时成本入不敷出，其当期的养老金支出只能靠挪用个人账户部分的积累来弥补，以致于所缴纳的养老金并没有真正进入个人账户，从而使大量的个人账户存在空账现象，即没有形成积累。根据国务院《关于完善企业职工基本养老保险制度的决定》（国发〔2007〕48号），要求各地逐步做实养老保险个人账户。但如果做实个人账户养老金，势必造成养老保险基金支付危机。

另外，养老保险基金面临隐性缺口。按现行城乡居民基本养老保险个人账户养老金发放办法，与城镇职工基本养老保险个人账户养老金发放办法相同，月计发标准以个人账户积累额除以139个月，也就是说从60岁开始领取养老金，约12(139/12=11.58)年左右个人账户资金将会全部领完。而按制度规定个人账户资金领完后养老金待遇不变，因此，政府将负担此后个人账户养老金支出带来的隐性压力。

4、养老金调增致使基金支付能力下降

养老保险基金支付能力下降。虽然养老保险基金收入虽然保持一定的增长幅度，但仍小于支出增长幅度。其主要原因是企业退休人员连续八年调增养老金。

（七）养老保障供需的失衡

1、未能建立与人口结构相匹配的养老金结构

人口结构的失衡，是造成养老金缺口的重要因素。面对未来少子化、老龄化，再加上人们对资源需求的代价越来越高，生活成本随着时间推移也在不断增加，将导致养老金实际购买力的下降，养老金的缺口未来必然很大。因此，要提高养老金的支付能力，除非我们的经济永远保持高速增长，才能弥补这个缺口，但是自08年经济危机后，经济受到极大损伤。从静态来看，目前养老金能够保持平衡，但是从动态、社会发展、经济资源稀缺性规律等角度来看，到本世纪30年代，温州将进入老龄化高峰期，养老金缺口问题依然很严峻。面对老龄化社会步步逼近的情况，西方国家一般提前30年开始做准备，中国还未能建立起既能解决当前的消费、保证老年支付，又要能应付未来的老年化，还要有激励性的结构。因此，不可能把养老金的负担都放在政府身上。

2、配套供给不足

有助于完善目前养老保险体系的相关配套制度改革滞后，其中包括：

户籍制度的“二元化”；收入分配制度带来的阶层分化；实际收入与名义收入的巨大差距；社保支出巨大的潜在缺口；公共财政体制的不合理性；国家财政对基金制品的补助具随意性；公共投资管理体制效率低；个人账户资金面临着贬值的风险，且统账结合模式优势无法发挥。

三、养老保障制度失衡的原因剖析

（一）制度安排的不公平

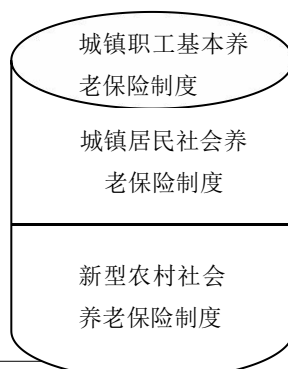
1、“公平”的社会保障资源配置理念未能充分树立

目前在我国社会保障制度的改革发展过程中，尚未充分形成以“公平”为核心理念的社会保障资源配置理念，这对目前的养老保险制度的完善有重要影响。长期以来，随着社会主义市场经济体制的确立与建设，在效率优先理念的引导下，认为只能在效率优先的前提下兼顾公平。“不均衡发展”⁵⁰的理念造成社会保障资源配置的实用主义取向，即通过配置优势资源推进有基础的、比较容易达成的目标任务，在重点领域实现有效突破并逐渐提升待遇。在此基础上，根据现有可支配资源的具体情况渐进式推进其他目标任务。这种实用主义取向在社会保障制度“从无到有”的推进历程中发挥过一定作用，但随着社会的发展进步，公共资源的投入总量不断增大，这种取向事实上会加剧社会保障资源配置的不平衡问题。

2、养老保障制度体系不完整，保障制度间衔接不力

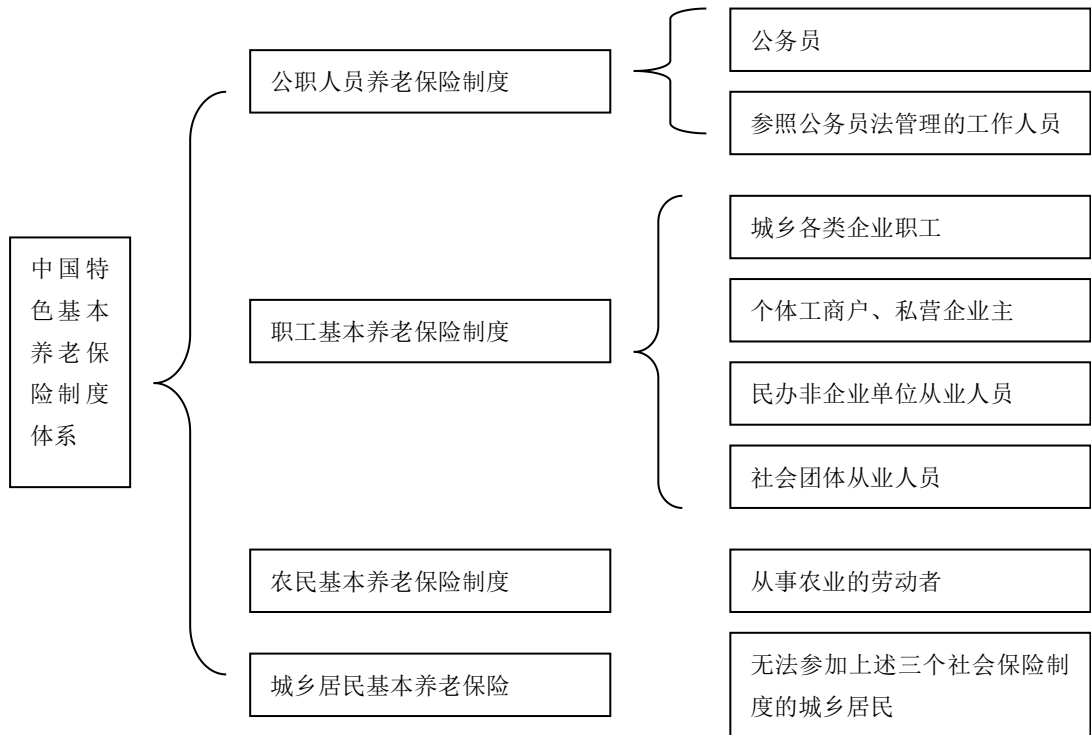
目前温州实施的养老保障制度所依据的主要是《社会保险法》以及系列政策，依此建立起的养老保障体系也主要养老保险系统。根据目前的具体举措，养老保障的体系框架表达如下（见图表四、图表五）

图表四：《社会保险法》中，基本社会养老保险体系（公务员暂不考虑）



⁵⁰ 不均衡发展：该理念在很多发展中国家都出现过。这种理念认为，在资源总量不足的情况下可以通过不均衡的发展方式，使某些重点领域、地区或群体优先获得经济与社会上的扶持，以便使整个国家的一些领域、地区或群体迅速取得突破，实现赶超，在此基础上带动其他领域、地区或群体的发展。

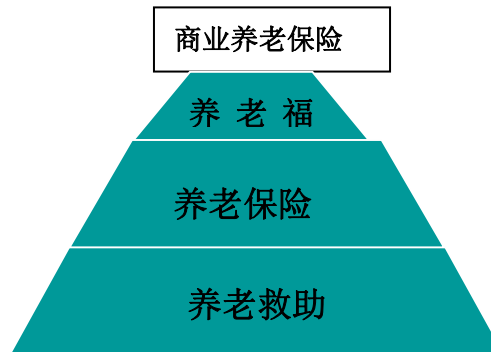
图表五：中国特色基本养老保险制度体系（将公务员并入）



(1) 养老保障的内容还未能完备

从包括养老保障在内的社会保障的角度，除了建立养老保险制度外，还应有更为广泛的内容框架和更为配套的制度建设，以使养老保障的各项内容更加完备（见图表六）。从该角度来说，养老保障体系还缺乏形成制度性的养老福利制度、养老救助制度、以及对其价值更为明确的商业养老保险制度，忽略了以单向性给付为特质的社会救助制度对社会保险的必要补充作用以及社会保险与社会救助制度如何衔接等重要问题。目前，养老福利相对做的较好，包括了形成制度的“高龄补贴”以及部分公共养老政策，但总体上说仍缺乏内容上覆盖面更广、操作上具规范性的相关举措。而温州的养老救助没有直接规定，如老年人遇到生活困难，城镇居民尚有“最低生活保障”，但农村居民缺乏直接的物质保障；同时，养老救助的内容也不仅限于经济来源，老年人在身体健康方面、精神慰藉方面都有更多需求，但目前也未能形成制度性的规定。另外，商业养老保险作为社会保险的重要补充，尚未进行规定。

图表六：多层次社会养老保障体系

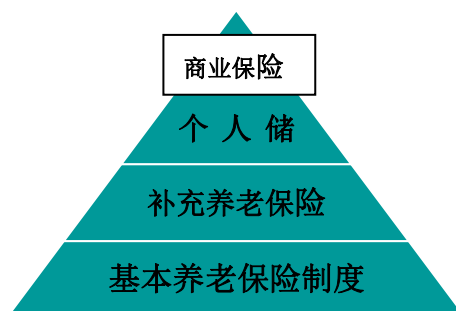


(2) 养老保险的多元体制未能实践受益

自从 1997 年国家建立统一的养老保险体系，养老保险的多元体制在政策上已确立（见图表七），但多层次的养老保险体系出现建设乏力。尤其是占中国经济总量较大、解决最多就业人口的民营企业，其中许多小微企业效益不稳定、民主管理机制不健全，形成了整体上对于养老保险体系中重要的补充养老保险、个人储蓄性养老保险都发展滞后，乃至许多人并不清楚这两种养老保险。其中，年金制度滞后之原因除因该制度是自愿性并非强制性的补充保险，是由国家税收支持的自愿型市场化的补充保险制度外，也有企业年金制度在税优政策上不完整、企业年金制度设计比较复杂、企业加入门槛较高的重要因素。而储蓄性养老保险发展不利的原因在于缺乏优惠政策，自愿购买的单位及人数数量相当少，多元保障体系并未真正的建立起来。

其次，由于因为近几年资本市场的持续低位运行，总体上说，养老保险制度没有发挥其应有作用。再次，养老福利的具体实施受到阻碍：现行高龄补贴政策宣传不到位和一些边远山区形成的消息传递盲区，导致仍有老年人于今没有享受到高龄补贴，而高龄津贴的金额也很少。最后，在整体上，商业养老保险处在发展的初期，且存在专业化水平低、规模小等有碍发展的问题。现有的商业养老保险因为还不够成熟而导致了其不能很快的适应新的形势，商业养老保险远远没有达到该有的发展水平。

图表七：多层次的社会养老保险体系



3、已有法律制度及政策的统一执行，难度较大。

从养老保障制度本身所依据的法律及政策规范上，《社会保险法》以及相应规定本身就对各类不同人群分别进行了制度安排。如《社会保险法》第十条第三款规定，“公务员和参照公务员法管理的工作人员养老保险的办法由国务院规定”。2014年国务院在总结新型农村社会养老保险和城镇居民社会养老保险试点经验的基础上，决定将两项制度合并实施，在全国范围内建立统一的城乡居民基本养老保险，公布《国务院关于建立统一的城乡居民基本养老保险制度的意见》。2015年国务院又公布了《关于机关事业单位工作人员养老保险制度改革决定》，从2014年10月1日起建立基本养老保险制度。其中总体思想是，统一基本养老保险制度，实现各项制度的对接，然而从实际执行中，障碍相当大。

4、现有社保法律及政策规定可操作性差

(1) 法律层面的授权条款过多，易致利益失衡

我国社保体系正处于改革和发展过程中，需要继续探索和实践，故在某些方面保留了必要的灵活性，作出了一些弹性或授权性的规定。其中，比较明显的是，公务员和参照公务员法管理的工作人员养老保险制度、新型农村合作医疗管理办法等事项上，由于争议较大，近期内无法形成共识，《社会保险法》授权国务院对这些事项另行规定。但对事关社会保险制度设计及管理体系等重大问题采取立法回避的做法，过多授权性条款的存在，加大了执法的难度和不确定性，降低了实施中的可操作性和法律效力，同时也影响城乡统筹进程。

养老保险实质上属于社会再分配，具体的制度安排必然牵涉到政府、单位与个人间的责任分担和不同社会群体或利益集团的利益调整，只能由代表民意的立

法制定规则，才能真正集中体现国家在养老保险方面的意志。在养老保险制度建设中，政府虽然起着主导性作用，但也是利益的一方，如果没有超越政府行政权力之上的法律规范与约束，就可能出现利益失衡的局面。西方国家的养老保险制度中，行政机关与立法机关在养老保险立法方面存在分歧的现象非常普遍。养老保险领域的立法，事实是行政机关与立法机关相互较量与妥协的结果。⁵¹

(2) 法律规范过于简单，可操作性不足

《社会保险法》中还有些问题规定得太简单，只是给出了一些原则性的规定，影响了可操作性。例如第二十二条第一款规定，国家建立和完善城镇居民社会养老保险制度。再如，对保险费征缴笼统地表述为：实行统一征收，实施步骤和具体办法由国务院规定。而实际中，我国形成社保经办机构和税务征收并存的格局，可能带来税务机关和社会保险经办机构之间的推诿扯皮，也严重影响着基金的征缴效率，成为社会保险基金监督管理环节的一个顽疾。为保证法律的统一性，强化征缴力度，必须明确相关部门承担征缴职责。

再如，在《社会保险法》中，对政府在社会养老保险法律关系中的主体地位、权利义务、承担责任未做明确规定。仅第五条规定：“县级以上人民政府应当将社会保险事业纳入国民经济和社会发展规划。国家多渠道筹集社会保险资金。县级以上人民政府应当对社会保险事业给予必要的经费支持。国家通过税收优惠政策支持社会保险事业”。第十一条规定：“基本养老保险基金出现支付不足时，政府给予补助。”在这两条中，政府的经费支持、税收优惠和补助既缺乏明确的计算基准，又缺乏明确的责任条款。

(3) 现行新农保政策在制度上存在重要缺陷

首先，基础养老金的规定设置太低。城乡居民社会养老保险采取个人缴费与政府补贴相结合的形式，中央确定的基础养老金标准为每人每月 55 元。以笔者所在温州为例，根据 2012 年《温州市区城乡居民社会养老保险实施办法》第 26 条，城乡居民养老金由基础养老金、个人账户养老金和缴费年限养老金三部分组成：（一）基础养老金月标准为 80 元；（二）个人账户养老金月标准按参保人员个人账户全部储存额除以 139 计发；（三）缴费年限养老金月标准根据长缴多得的原则，按缴费年限分段计发：1. 缴费 5 年（含）以下的，按 1 元/年计发；2. 缴费 6 年（含）以上、10 年（含）以下的，从第 6 年起按 2 元/年计发；3. 缴费

⁵¹王武军：《社会保障法论》，浙江人民出版社 2010 年版，第 89 页。

11年（含）以上、15年（含）以下的，从第11年起按3元/年计发；4.缴费16年（含）以上的，从第16年起按5元/年计发。其中，个人账户缴费中的农村参保人员，按照2009年《国务院开展新型农村社会养老保险试点指导意见》的标准，缴费标准设为每年分为100元、200元、300元、400元、500元5个档次，2012年温州于《温州市区城乡居民社会养老保险实施办法》第十条则规定，“城乡居民社会养老保险费个人缴费标准分为每年100元、300元、500元、800元、1000元、1500元、2000元、2500元八个档次”；第十二条规定了城乡居民参保缴费时，财政给予缴费补贴的标准，其中共分为八档，最高档也仅为“按2500元档次缴费的，每人每年给予120元缴费补贴”。虽然《温州市区城乡居民社会养老保险实施办法》第十一条规定了“有条件的村居（社区）集体经济组织，应当对参保人员缴费给予补助，补助标准由村（居）民会议或者村（居）民代表会议确定”，但往往实际中没有实现。这样就造成贫困老人每月养老金仅百元，难以维持基本生活的现实。

其次，缺少调整增长的机制。城乡居民养老金每年增长机制没有建立起来。现在物价在涨，社会平均收入在涨，国家的基础养老不能总是维持在55块钱标准上。

最后，制度转轨中发生的个人账户问题不能做实问题，以及特价通胀中造成的养老基金贬值问题。

（二）责任主体间社保权责模糊

1、政府、市场与个人权责不清

社会保险强调责任分担，劳、资、政三方共同参与并按比例分担一定责任是世界各国社会保险制度的通行规则。政府除了要负责保险还在事实上承担着财政支持、行政监督和公共服务等三种主要责任。其中，政府的财政责任又包括两个方面：一是作为雇主为其工作人员参加社会保险承担缴费义务；二是作为政府采取补贴社会保险支出或者分担社会保险缴费，以及提供管理及运行经费等方式来承担公共财政惠及全民的责任，即提供资金运营管理、养老服务供给、发展补充性养老保障制度等。但在《社会保险法》中，对政府在社会养老保险法律关系中的主体地位、权利义务、承担责任未做明确规定。仅第五条规定：“县级以上人民政府应当将社会保险事业纳入国民经济和社会发展规划。国家多渠道筹集社会保险资金。县级以上人民政府应当对社会保险事业给予必要的经费支持。国

家通过税收优惠政策支持社会保险事业”。第十一条规定：“基本养老保险基金出现支付不足时，政府给予补助。”在这两条中，政府的经费支持、税收优惠和补助既缺乏明确的计算基准，又缺乏明确的责任条款。

2、不同层级政府间、政府职能部门间权责不清

首先，中央与地方政府权责不清：中央承担了主要的财政补贴责任，而养老保险却属于地方统筹层次，制度的财权与事权无法统一；同时，政府不同部门间权责不清，主管部门、非主管部门边界未理顺，无法推进行政兑现制度，产生负面影响。经研究认为，单凭温州地方财政，难以承担改革成本。如对于目前困难的个人账户问题，中央和地方两级财政共同承担个人账户空账做实之责。其中，中央政府负担做实个人账户引起的现收现付不足部分的固定百分比，其补贴额度如果少于统筹发放缺口，则需地方政府自筹资金补足。在以新增税收且以地方政府为主要负担者的制度下，做实个人账户的进展实为缓慢。特别是温州，中央政府财政补贴较少，相关地方财政责任如何划分更需明晰。

再次，目前的各种社会保险基金，分散在各级政府的多个部门管理。各级政府及相关部门既负责政策和法规的制定。又要负责基金的操作经办，造成很多问题，可称之为“三多、三少”。“三多”是指管理涉及各部门因而头绪多、各部门考虑更多的是自身利益关心自身多、各级财政需要承担责任忧虑多；“三少”则指基金保值增值对策少、国家扶持少、挪用基金的监管少。⁵²

（三）与现行公共服务供给机制有关

1、政府用于公共服务领域的投入比重过低

由于公共服务多归属于民生建设领域，其需要投入较大、受益周期较长，且只有消费没有产出，其工作价值难以评定。而以效率为标准经济建设则更能产生效益，工作价值易于衡量。因此，政府对于公共服务重视不足，财政投入也较低。温州固有的价值观重视经济回报，其特点更为明显。

2、政府间事权与财权划分不明确，基层财政供给能力不足

政府财力直接决定着公共服务的供给能力。由于法律对于政府间的职责划分不够规范和明确，导致事权和公共服务责任在各级政府间层层下移。目前在教育、医疗卫生、社会保障等基本公共服务方面的支出大部分由地方财政负担，其中尤

⁵²毛广雄、颜俊：《试论社会保险全国统筹的制度体系创新》，载《南京人口管理干部学院学报》2009年第7期，第57—61页。

以县乡财政负担比重最大。而在许多国家，上述基本公共服务大多是由中央和省级财政负担的。另外，从财权和财力来看，基层政府没有税收立法权和独立的主体税种，没有举债权，收入主要依靠共享税，基层财政掌控的收入极其有限。据统计，占人口70%以上的县乡政府组织的财政收入仅占财政收入的20%左右。事权与财权的不对称是基层政府提供公共服务能力不足的根本原因。

3、转移支付制度不完善

就功能来看，真正具有使公共服务均等化功能的是一般性转移支付。虽然目前多数国家一般性转移支付占转移支付的绝大部分，而专项转移支付规模都不大，项目也大多是具有外溢性、突发性、特殊性、非固定性等特征的项目，如大江大河治理、自然灾害和疫情的救治等项目。而中国各地包括温州的通常作法则是一般性转移支付规模过小，专项转移支付规模过大，且运行不规范。不仅专项转移支付所占比重更高，另外转移支付形式多，且转移支付项目间存在交叉支付等问题，这不仅使资金投向较为分散，而且不易于统筹管理。

（四）养老保险统筹层次太低，地区分割严重

基本养老保险基金主要以实行省级统筹为先，而中国各省市之间的情况差异很大，很困难将其整合起来，难以实现真正的省级统筹。而实际操作中，省级统筹实际上只是调剂金制度，严重损害互济性。而统筹层次过低是导致目前几乎所有制度困境的根源，这应该是一个努力方向，这样可以减少资金浪费。由于统筹单位万千瓦，抗风险能力非常弱。

四、从理念到实务：对养老保障失衡的制度调整

（一）养老保障的基本理念

“十三五”期间的目标要求为：在提高发展平衡性、包容性、可持续性的基础上，户籍人口城镇化率加快提高人民生活水平和质量普遍提高。其中提出“共享”理念，即注重机会公平，保障基本民生，实现全体人民共同迈入全面小康社会；增加公共服务供给，提高公共服务共建能力和共享水平。

公平、正义、共享是养老保险立法的核心价值理念。其中，公平的理念要求国民的养老保险权益得以实现，维护起点公平，促进结果公平；正义的理念要求收入再分配功能，实现分配正义，实现程序正义；共享的理念，则要求养老保险待遇与经济增长合理挂钩，实现老年人对于经济社会发展成果的共享。

正是基于对社会养老保险的地位、功能、价值的考量，社会养老保险立法

应当坚持以下原则：（1）普遍性原则。（2）社会化原则。（3）与经济发展相适应原则。（4）权利义务相一致原则。除此之外，参加养老保险还应包括强制性原则、责任分担原则。

（二）养老保障制度调整的具体内容

1、明确与强化政府的职能与责任

政府应合理进行“顶层设计”，确定改革方向与内容。应积极应对社会转型期的变化，与时俱进的在养老保险总体设计方面进行规划，促进所有公民的养老保险权益更有效的实现。在《国家人权行动计划(2016 - 2020年)》中，十三五期间的人权发展方向和目标重点地对养老保险权利作出未来的发展安排。

（1）强化政府对于养老保险的统筹责任

A、政府应明确必要的养老保险财政责任。目前，学理上一般将各国的养老保险模式分为四大类：一是以德国、美国、法国等国为代表的传统型收入关联模式，待遇给付与收入、缴费挂钩，保险费由国家、单位、个人三方负担；二是以英联邦国家和北欧诸国为代表的福利型的普遍保障模式，资金由国家税收解决；三是以前苏联为代表的国家保障模式，保险费由国家预算开支，个人不承担缴费义务；四是以新加坡、智利为代表的储蓄型保险模式，国家强制用人单位和劳动者一方或双方缴费，以职工名义存入储蓄金。除储蓄型保险模式外，其他三种模式均充分强调了养老保险中国家的财政责任。收入关联型模式中，单位、个人缴费，同时规定，国家财政支出的一定比例用于养老保险，或者规定当养老保险基金出现收支不平衡时，由国家财政承担兜底的责任。目前，政府在城镇职工中建立的养老保险属于收入关联型，用人单位、个人按比例缴费，国家承担财政兜底责任。⁵³在社会养老保险法律关系中，政府承担一定财政责任和出资义务，能够保证社会养老保险的资金来源和制度的实施发展，实现社会养老保险制度的公平性、普遍性、社会性，也是政府对公民社会保障基本权利应承担的义务。而在农村养老保险、公职人员养老保险中，政府则本身承担着雇主角色，作为投保人承担责任与义务。

B、政府主要责任还在于基金的监管与财政管理，其关键在于保证对社会保险基金运行的收支平衡问题。而在加强政府监管方面，主要包括社会保险的日

⁵³黄玉芬：《社会养老保险的改革与立法》，载《中国劳动关系学院学报》2010年版第8期，第94—97页。

常监督和基金财务监督，目前急需明确的是部门之间的某些模糊边界，同时强化主管部门的职责，强力推行行政问责制。

C、政府应保证建立城乡统一的社保公共服务制度。要摸清温州市人口数量和质量的底数，要建立社会化管理的居民档案，搭建起能够进行人口实时统计的平台。建立完善统一社会保障卡号下的网络系统，真正发挥“一卡通”对于社保转接的作用等具体应对措施。

(2) 从顶层设计上消除制度性不公，实现最大可能的社会公平

政府应切实解决好制度转轨过程中的历史遗留问题和各种新问题。其中重点包括：

A、养老金双轨制靠拢并轨，完善有序的多元安排

首先，合理解决不同养老保险制度间对接。虽然2015年《国务院关于建立统一的城乡居民基本养老保险制度的意见转移接续与制度衔接》中规定了“转移接续与制度衔接”。其中明确，“参加城乡居民养老保险的人员，在缴费期间户籍迁移、需要跨地区转移城乡居民养老保险关系的，可在迁入地申请转移养老保险关系，一次性转移个人账户全部储存额，并按迁入地规定继续参保缴费，缴费年限累计计算；已经按规定领取城乡居民养老保险待遇的，无论户籍是否迁移，其养老保险关系不转移。城乡居民养老保险制度与职工基本养老保险、优抚安置、城乡居民最低生活保障、农村五保供养等社会保障制度以及农村部分计划生育家庭奖励扶助制度的衔接，按有关规定执行。”但如何执行，养老保险还要精算平衡，收缴、给付、投资收益以及替代率、给付年龄等等都是调整的因素。

其次，合理解决不同身份群体间养老保障的平衡。首先，虽然目前机关事业单位也建立了基本养老保险制度，但如前所述，在待遇计算与发放方法上，与企业存在较大差别，又形成新的制度及实际中的不平衡。因此，应逐步统一相应的计发方法，从制度规定上做到实质公平。其次，机关事业单位与企业的年金建立，也存在资金来源的差异，可以想象未来不同群体间，在目前工资收入相近的前提下未来待遇依然有很大区别。因此，应加大现有国企营利的上缴费以补充社会养老保险基金，以缩小我国公民因身份在养老生活上的差距。

最后，合理解决农民工养老保险问题。按照农民工实际的需求，强制将其纳入在城镇职工养老保险、城镇居民养老保险制度中，并严格执法，减少侵犯养老保险权益事件的发生。

B、政府应承担起解决历史欠账的责任，完善没有漏洞的制度安排

做实基本养老金个人账户，才能够更加公平的分配各方责任和利益。政府应从财政划拨专项资金，做实养老金账户，把“窟窿”填满。社会保险制度改革产生的历史遗留问题和改革成本的分担问题，实际上是新旧两种模式转换中的问题。政府必须成为改革成本的消化者。社会保险法第十三条第一款规定：“国有企业、事业单位职工参加基本养老保险前，视同缴费年限期间应当缴纳的基本养老保险费由政府承担。”它虽然体现了政府对社会保险事业的支持和政府对新旧制度转轨所形成的改革成本的关注，但是，这种支持和关注仍然是不够的。政府对中老年职工养老金的历史欠账还应当作出明确的测量与合理的承担责任规划。⁵⁴其主要途径是：首先，加大现有国企营利的上缴费以补充社会养老保险基金；其次，扩充养老保险基金的保值、增值方式；再次，继续扩大养老保险的覆盖率。长远途径则是政府通过直接间接举措，刺激经济的发展。

C、形成公平合理的养老金计发机制，不断缩小养老金待遇差距

法定的多元保障制度（除老年津贴外），不应造成不同群体间养老金待遇水平的不断加大，而是应当在规范收入的基础上，不断缩小不同群体间养老金的待遇差距，尤其是缩小公职人员和企业职工的企业职工养老金待遇，使工龄、职务相当的退休人员养老金水平基本一致。

对职工基本养老保险制度，应当通过提高养老金领取的最低缴费年限，延长个人的缴费年限等措施，提高养老金待遇。同时，增强养老金待遇与缴费标准、缴费年限的相关程度，形成“多缴费、多收益”的激励机制。

缩小正式制度安排不同群体间养老金待遇差距的关键，在于降低公职人员养老金的替代率以及建立统一的、与物价指数挂钩的养老金增长机制。因此，对公职人员养老保险制度，应当进一步规范其工资制度，同时降低养老金替代率，确保工作年限相同、职称近的企业职工与公职人员养老金保持基本一致。

在养老金待遇调整方面，应当建立统一的养老金调整机制，无论是职工养老金还是公职人员养老金，都应该与物价指数相挂钩，以确保退休人员基本生活水平，控制养老金待遇差距。

另外，还应大力推动老年服务产业，提高服务保障水平。

(4) 扩大养老保障覆盖率，改善养老保险制度的可持续性

⁵⁴李雄：《社会保险法：政府责任仍需健全》，2010年11月11日《检察日报》，第3版。

覆盖率小是目前养老保险制度最重要的问题之一。维持养老保险可持续的重要因素包括扩大覆盖率和提高参保率。这一账户的缴费人口只有达到一定的数额，才能真正应付老龄化的危机，也才能实现公平地平衡养老保障权利。

2、完善健全多层次的养老保障体系

进一步整合相关制度，尽快安排适合的保障目标、保障待遇、经办机构、投资规则和税收优惠等内容，从而完善符合实情的多层次的养老保险框架体系。（见图表六、图表七）

（1）推动公平的基本养老保险

社会保障体系的中枢为养老保险，其对保障民生和促进和谐具有不可替代的作用。实行“社会统筹+财政补贴”，现收现付，以保障参保者的基本生活需求。公民不分身份、职业，都以中华人民共和国公民的资格缴费参保，个人缴费与企业无关；企业分担的部分，则由国家以纳税的方式直接向企业收缴。这一层面讲求的是公平，无论其单位身份，待遇应该基本在同一水平上。基本生活需求可以定量，按生活必需的商品和服务计算，然后区分地区差别，再按物价指数逐年调整。现在城镇职工基本养老保险制度日益成为整个养老保障体系中的主体，而目前的重点和难点是需要加快推进农民养老保险建设。

（2）大力发展补充养老保险（职业年金养老）

目前我国在企业、机关事业单位都大力发展补充养老保险制度。目前需要促进推动的主要是企业年金。人社部近日对2004年制定的《企业年金试行办法》进行了修订，起草了《企业年金规定（征求意见稿）》（下称征求意见稿），6月14日起向社会公开征求意见。征求意见稿中主要把握以下三个原则：一是对经实践检验、市场反映良好的内容继续保留，对不适应市场发展的，综合各方意见予以修改完善。二是注重与《企业年金基金管理办法》和《机关事业单位职业年金办法》相衔接。三是注重调动企业和职工参保积极性，发挥企业年金调节收入分配作用。具体措施中，下调了企业年金缴费的上限；增加了企业年金方案变更和终止的内容；增加了中止和恢复缴费的内容；对企业缴费的分配差距作了限定；完善了企业年金待遇领取方式；扩大了企业年金适用范围。

笔者认为，对于企业年金的制度调整，其主要思路还可以考虑以下几点：通过加大企业年金税收优惠力度来扩张企业年金市场规模，从而使企业年金在养老的程序中最大限度的发挥其补充作用。推进用人单位建立灵活多样的补充养老保

险势在必行。鼓励中小企业发展多种形式（如行业性、区域性、集合性）的企业年金制度，适当补贴低收入劳动者参加企业年金，以体现适度的社会公平。可允许企业经济效益好时投资补充养老保险，经济效益差时暂缓缴纳补充养老保险，投资补充养老保险不限时间，养老待遇的享受以用人单位缴纳的补充养老保险的总额而论；允许企业对同一单位职工设立不同档次的补充养老保险，作为企业奖勤罚懒、鼓励竞争的手段，促进企业的发展等。总体而言，可以为国有企业建立相对统一的企业年金制度，为其他企业创造适合企业年金发展的政策氛围，以此不断提高企业退休职工的养老金水平。

C、推选特种养老储蓄等符合农村居民特征的补充养老保障制度，以提高农民的济保障水平。

（3）国家还应当鼓励开展个人储蓄性养老保险

个人储蓄性养老保险由员工自身依据承担能力和收入自主决定是否参与和储存多少，具有较好的操作性。个人储蓄性养老保险有助于筹集养老资金，从而缓和来自于养老的负担。从长远角度来看，个人储蓄性养老保险为以后储存了养老资金，并且也能够提高老年人的生活质量。

（4）引导商业保险公司端极开发多种年金产品

商业性养老保险应积极参与到养老保障事业中去，是养老保障的有益补充。发展商业养老保险制度的意义非常重大，可以填补养老保障的空缺领域，又能使养老保障水平提高，使养老保障社会化和市场化并重，实现低风险的养老。

（5）全面落实养老最低生活保障

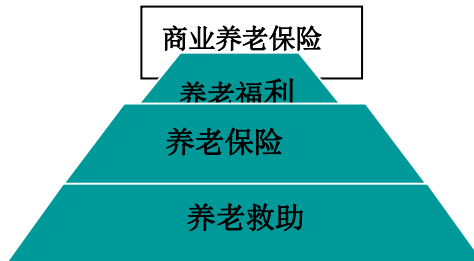
需要处理好养老保险与养老救助明确社会保障制度间相互功能与价值，进行相互补充。其中，为避免一些参保人因为缴费年限较短、缴费基数较低造成的养老金过低不足以维持退休后基本生活的问题，可以建立类似瑞典、智利、墨西哥等许多国家所采取的保障性最低养老金制度，当然保障性最低养老金的建立一定要把握好其社会救助性的“度”，既不可过低发挥不了相应的作用，又不可过高损害了养老保险已经建立起来的激励约束机制。因此，应加大政府财政转移支付力度，确保农村最低生活保障资金足额到位。特别是加强财政、民政、教育、劳动保障、卫生等部门的沟通与协作，实现由农村养老救济的最低生活基本保障。

（6）建立老年津贴制度

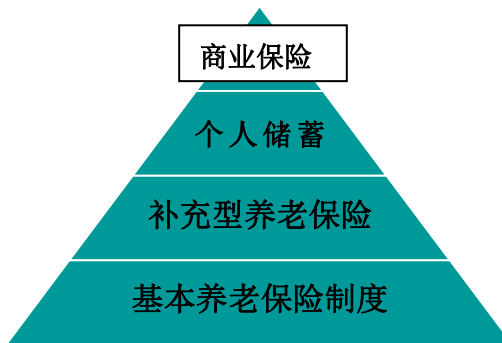
养老补贴制度的建立，能够适当增加老年人的收入以及提高他们的生活水

平，因此需要保证城乡居民津贴制度的稳定性。除了继续推行高龄津贴，重点还应该将农村计划生育户、双女户的老年人奖励扶助津贴制度向农民基本养老保险制度或城乡居民老年津贴制度转轨，继续推行和完善五保供养制度。

图表六：多层次社会养老保障体系



图表七：多层次的社会养老保险体系



3、保障养老保险基金的来源

(1) 加强社会保险管理，降低基金风险

目前的养老保险监督管理机制以行政监督管理为中心且以社会与审计监督管理为补充。从某个方面来说，此种监督管理机制对于管理、规范与使用养老金而言扮演了十分重要的角色。但是，我国现行养老保险基金监管制度在实践操作中存在着缺乏统一规划、重复监管现象严重、监管效率不高等问题。为了保障养老金的规范使用，完善养老金的监管机制已经刻不容缓了。笔者认为：相同行业的人员可以互相联络并成立行业协会，联合规定纲纪来限制彼此的作为，从而完善内部监控；同时，由具体养老保险的托管机构、投资机构和经办机构按期向专门的监管部门报告基金的征收、管理以及运营情况，并且所披露消息的真实性由该机构负责。

同时，要做到基本养老保险实行统筹帐户与个人账户分帐管理，逐步做实个人账户；重新确定最低养老金标准（现在大于最低工资标准，与平均养老金也很接近），鼓励延长缴费年限；建立社会保险精算制度，加强基金风险预警。目

前的工作重点之一为，划拨更多国有资产包括国有银行和国有保险资产给社保基金，让这些股份提供股息红利作为社保收入的重要来源，让养老金获得财务上的可持续性。同时，可以考虑将机关、事业单位养老金替代率略为降低，改革 20 年—28 年后，并轨的基本养老金可以实现财务平衡，传统退休金退出市场，统一的国民基础养老金长成。

(2) 建立养老保险基金安全投资机制

在保证养老金可持续性方面，则需强化制度自身造血能力，完成统筹、个人“双账户”保险结构的设计初衷，允许养老基金进入资本市场保值增值。两份关于企业年金的文件《关于扩大企业年金基金投资范围的通知》（即“23 号文”）和《关于企业年金养老金产品有关问题的通知》（即“24 号文”）反映出了养老体系中的一些变化。根据“23 号文”，企业年金基金投资范围增加了商业银行理财产品、信托产品、基础设施债权投资计划、特定资产管理计划、股指期货等产品。“24 号文”主要围绕养老金产品设计方面，使得企业年金的投资转变为可通过购买养老金产品参与投资，客户可投资适合自己风险偏好的养老金产品。拓宽养老保险基金的投资渠道殊有必要。但与此同时，为保障安全投资机制，温州政府还应确定养老保险投资项目的法定方式；可以明确不同风险类别投资项目的最高限额；确定单一投资项目的法宝投资限额；并建立投资审核制度。

(3) 建立并完善养老金自动调整机制

由于我国目前实行的城镇企业职工基本养老保险制度，是一个以向城镇企业退休人员提供基本生活保障为目的的制度。因此，这个制度设计的基本养老金目标替代率为 60% 左右。如遇政府财政问题，可以适当地降低养老金替代率。如美国、加拿大的法定养老金替代率为 40%。法国最高为 50%，瑞典只有 20% 至 25%，俄国为 36%，日本现行为 68%，已决定分步降到 60%。国际劳工组织 1952 年提出的《最低社会保障标准公约》规定，退休金替代率 40% 是可接受的标准。这也是目前大多数发展中国家的待遇水平。尤其是机关、事业单位养老金替代率目前可以达到 90%，将机关、事业单位养老金替代率略为降低，改革 20 年—28 年后，并轨的基本养老金可以实现财务平衡，统一的国民基础养老金长成。

4、推进公共财政体制改革

养老保障等基本公共服务均等化的推进，要求中国传统财政体制必须向公共财政体制转变。为此，温州的财政体制应从以下几个方面加以完善。

(1) 调整和优化财政补贴结构

养老保障作为公共产品，需求规模大、层次多，形成多元化的制度供给机制。多元化的供给机制不仅有利于打破过于依赖政府供给而导致的资源配置低效率、政府负担过重的局面，而且可以优化养老保障供给的结构和质量。为此，政府应逐步优化养老保障财政支付之领域，把补贴更多地投向单位或个人所无法负担的领域，使单位承担更为重要的社保义务；另外对于公职人员，应要求个人义务的承担。与此同时，政府应把财政补贴的重点转向农村，逐步加大对农村基本公共服务的投入。

(2) 规范和完善转移支付制度，保证基层财力

A、调整转移支付的结构。将税收返还、体制补助、结算财力补助等资金拨付形式纳入一般性转移支付形式中。规模如此庞大的非均等化转移支付不利于协调地方财力，也不利于养老保障等公共服务均等化目标的实现。同时，应调整转移支付的结构，清理整合专项转移支付项目，将需要较长时期安排补助经费，且数额相对固定的项目，划转列入一般性转移支付，提高一般性转移支付的规模和比例。

B、探索市级财政对辖区县乡财政、经济发达地区对欠发达地区的转移支付形式。在现行纵向转移支付的基础上，积极探索从平衡地区财力的角度出发，如何强调市级财政对辖区内财力差异的调节责任，具体并推行市级财政对县、乡财政的转移支付。与此同时，应积极探索横向转移支付形式。

C、加强对专项转移支付项目的监督和绩效评估。目前政府间转移支付制度的政策建设滞后，转移支付资金的使用及管理尚缺乏有效约束和效益评估机制。今后，应加快财政转移支付制度建设，通过制度规范和完善财政转移支付资金和项目安排，使转移支付资金分配和使用更趋公平、合理、规范、高效，将分类和规范专项转移支付做为当前解决中国专项转移支付过多、过乱的有效措施。而且在今后，对于到期的、补助数额小、宏观调控政策意图不够明显的项目应取消；交叉、重复的项目应清理、归并；对年度补助数额不变的长期固定项目，应列入一般性转移支付；对列入专项转移支付的项目要经过科学论证和审批程序，加强对专项转移支付项目的监督和绩效评估，防止被截留、挪用，提高其使用效果。

5、健全养老保障监管与救济水平

无救济无权利。社会保障权是公民的一项基本权利。在社会保障权中，权利的核心是给付领受权。社会保障制度必须通过法律的强制性保证其有效实施，社会保障方面的行政和司法救济对于公民社会保障权的实现至关重要。这些违法行为的实质是对公民社会保障权利的侵犯，损害了公民社会保障权利的实现。对于在社会保障实施中存在的违法行为要有严厉的制裁措施和手段，尤其是公民的社会保障权利受到侵犯时能获得及时的救济，应是司法公正的应有之义。只有设置健全的救济手段，才能使公民的社会保障权在受到侵犯时得到及时有效的救济。救济的手段主要是行政救济和司法救济，特别是司法救济，尤其重要。目前《社会保险法》规定了行政复议或诉讼、调解仲裁与诉讼即劳动争议处理、劳动保障监察这些程序用以处理社会保险争议，这些作为社会保险权的法律救济方式来说，还是不够充分。

应建立和扩大社情民意的沟通渠道和诉求机制，保障公众在公共服务问责制度中的知情权、参与权和监督权。为保障养老权利，可以在以下几方面做出改革：

(1) 增强养老保障执法监管

养老保险机构、劳动监察大队等专门机构应经常督查单位缴交养老保险费用的情况，及时发现问题，纠正或补救。职工本人应该关心养老保险缴费情况。对不按时完成缴费用任务的单位，应该采取切实有效的措施，奖优罚劣。例如，有关部门可从加强基金征集着手，对企业欠缴、缓缴养老保险金的，采取抵押担保，申请入民法院采取保全、强制执行等措施。对于因机制转换、工作变动等原因导致劳动者社会保险发生中断、遗漏，有关部门应加强研究，找到适当衔接办法。

(2) 增加养老保障的司法救助

A、增加宪法诉讼或公益诉讼。政府及其有关部门为了保障公民社会保险权益的职责，应当考虑将国家的行政机关一些抽象的行政行为渐渐加入到受理宪法诉讼的范围内。同时，社会保险的权益具有社会权属性，根据民诉法 55 条规定，涉及到公共利益的可以提起公益诉讼，因而在社会保险领域可以适时的开放公益诉讼，给原告方提供相应的法律援助。

B、健全行政救济程序。笔者认为，应当在法律的基础上进一步详细规定公民社会保障权利受到侵害时的救济范围、救济程序和救济措施，设置明确的行政救济程序。而地方政府在养老保障法律、行政法规等制度及政策实现的过程中，关于政府行政程序法、行政救济法等方面的经验可以适当借鉴国外，从而完善我

国行政法制体系，实现政府行政行为高效率化和高质量化。在行政诉讼、行政复议等多种救济渠道的过程中，确立政府行政职责的追究范围，提供便利顺畅的养老权益救济途径，另外在老年人与政府之间设立养老保障法律权益纠纷的调解、仲裁机构，从而降低老年人与政府养老保障权益纠纷的社会治理成本。

C、健全司法救济程序。司法机构在处理养老保障纠纷时，应实现其司法“公正”的职能，捍卫司法权威，以确保诉诸司法的养老保障法律问题都得到公平有效的解决，而不能偏私政府或个人。其次，要竭力实现社会效果和法律效果的统一，化解社会矛盾、执法办案与公正司法的有机统一，此二者的统一是司法实践法律公平的关键所在，更是提高政府行政质量的有效举措。再次，在法院诉讼过程中，还应采取降低司法权利、养老保障权益实现成本的措施，如简化纠纷解决程序、减免诉讼费用等措施，以实现公平和效率兼顾的司法救济权益。

D、完善养老保障法律救济机构。设立专门的劳动社会保障法院或在人民法院内部设立专门的劳动社会保障法庭受理社会保障方面的诉讼，通过及时有效的救济来保证公民社会保障权的真正实现。

(三) 健全养老保障社会规制的配套制度

1、推迟退休年龄，减少养老金支出

在老龄化加速的情况下，适当延迟退休年龄是应对养老金缺口问题的有效途径之一。与西方国家相比，我国的退休年龄偏低，例如丹麦的退休年龄为 67 岁，爱尔兰 66 岁，英国、德国分别为男 65 岁和 63 岁，女性为 60 岁。从我国老年人口劳动能力条件看，延迟退休是可能的。我国居民的健康状况有了很大改善，我口的平均寿命已达到 69 岁，现在约有 900 万老人实际上退而不休，继续从事各种经济活动。

2013 年 11 月 12 日中共第十八届中央委员会第三次全体会议通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出了研究制定渐进式延迟退休年龄政策。延迟退休年龄的基调是“小步慢跑”，是以相对缓慢而稳妥的形式来逐渐提高退休年龄，以期解决社保资金问题。公职人员先行延迟退休年龄似乎已达成共识。原因是这样不仅能够帮助削减延迟退休年龄的阻碍，而且能够为全面展开延迟退休年龄提供经验。延迟退休年龄可以延长劳动者的工作年限，减少养老金支出，从而更好的应对养老金缺口问题，为社会创造更多的价值。但另一方面，“延迟退休”只能缓解一部分养老金支付压力，并不能解决根本问题。因为相比

于年轻人，退休人员的劳动生产率是下降的，导致货币购买力随着生产率下降，全社会所能支付生产性收益下降，并且以牺牲年轻人的就业机会为代价。因此，关键要从生态平衡、人口结构上进行扭转，提高全社会的劳动生产率，解决创造财富的问题。

2、发挥政府的区域协调功能

我国社会保障制度由于建立的时间不长，各种制度往往以试点开始，缺乏全局的统筹规划，相互间不能衔接和协调。主要表现在社会保障制度城乡分割，地区分割，社保制度目前还是以县级统筹为主，不能实现区域衔接转移；同时，地区经济发展的不平衡，财政权益的省、地市、县区的分割和固化，使地区利益调整困难。如果连养老保障的市级统筹都不能实现，省级统筹又从何谈起。因此，在实现社会保障一体化的过程中，政府要综合区域平衡，进行利益协调，使相对落后地区居民也能享受经济发展的成果。

3、增强基层对养老保障公共服务机构建设的责任感

第一，加强基层社会保障公共服务机构建设，是落实科学发展观、践行“执政为民”最直接的手段。落实科学发展观，构建和谐社会必须解决人民群众最关心、最直接、最现实的利益问题，而社会保障工作就是以人为本的直接体现，也是构建和谐社会的坚实基础。第二，加强基层社会保障公共服务机构建设，是市场经济发展的必然要求。第三，加强基层社会保障公共服务机构建设，是突破事业发展瓶颈，推动事业深入发展的客观需要。

结束语：对平衡的养老保障之美好展望

老年人的养老保障权益不平衡性问题已成为社会广泛关注的问题。完善养老保障法律制度是一个系统工程，从基本实情出发建立合理的养老保障法律制度与完善现行养老保障，是亟待解决的重大问题。温州应该充分考虑各种不公平因素，做好各种制度之间的衔接，公正合理地构建养老保障法律体系，使老年人老有所养，老有所乐。完善养老保障社会规制，不仅有助于老年人的养老保障，更有助于构建和谐社会，温州养老保障事业将会有非常美好的未来。

【参考文献】

- [1] 林嘉. 社会保障法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2012. 8.
- [2] 董保华. 社会保障的法学观[M]. 北京: 北京大学出版社, 2005. 10.
- [3] 郭捷. 劳动法与社会保障法[M]. 北京: 法律出版社, 2008年3月版
- [4] 郑功成. 中国社会保障改革与发展战略[M]. 北京: 人民出版社, 2011. 3
- [5] 凌文豪. 社会主义初级阶段社会保障问题研究[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2010.
- [6] 劳伦斯·汤普森. 老而弥智——养老保险经济学[M]. 孙树菡等译. 北京: 中国劳动社会保障出版社, 2003. 1.
- [7] 坂胁昭吉, 中原弘二. 现代日本的社会保障[M]. 杨河清译. 北京: 中国劳动社会保障出版社, 2006.
- [8] 张荣芳, 熊伟. 全口径预算管理之惑: 论社会保险基金的异质性[J]. 法律科学, 2015(3).
- [9] 肖金明. 构建完善的中国特色老年法制体系[J]. 法学论坛, 2013. 5. (3).
- [10] 于莹. 我国城镇养老制度中的公平问题分析[J]. 劳动保障世界, 2012. 11.
- [11] 曾新年. 中国社会养老保险制度可持续性研究[D]. 北京: 对外经济贸易大学, 2011.
- [12] 许建苏. 新型农村社会养老保险制度建设研究[J]. 河北法学, 2012. 1.

高龄农民工养老问题的法治忧思

聂婴智^{5 5}

【摘要】高龄农民工在农民工群体中所占的比重逐年提高，但是相较于新一代农民工，其养老问题存在更多困境。限于知识、技能等方面的欠缺，使得高龄农民工缺乏就业市场中积极的竞争力；当前农民工社会保障的不完善也严重影响了其养老问题的解决。合理解决高龄农民工养老问题，完善社会保障法律制度是积极策略，及具体的解决其养老困惑的法治思路应该是打破农民身份的制度壁垒；实行普及性的全民养老制度；强化《劳动合同法》对高龄农民工等特殊群体的积极保护，同时要不断加强对高龄农民工法律意识的培养，使得他们“老有所依”、“老有所养”。

【关键词】 高龄农民工 养老 困境 法治

高龄农民工，通常指年龄在 50 岁以上、依然从事重体力劳动的进城务工人员。这些高龄农民工也可以称之为改革开放以来的第一代农民工，他们离开农村、离开农业生产，普遍受教育程度不高，在城市里从事建筑、环卫、餐饮等技术含量低、工作强度大的体力劳动，在中国前所未有的城镇化浪潮中，以辛勤的付出推动了城市化与工业化的发展。根据国家统计局发布的《2015 年农民工监测调查报告》中的数据统计，2015 年农民工总量为 27747 万人，50 岁以上农民工所占比重为 17.9%，总数近 5000 万，且在农民工总人数的比重中呈现连年上升态势。

在今年经济下行、就业压力不断增大的现实环境下，高龄农民工与其他层级的社会劳动者相比，几乎具有着毋庸置疑的弱势及颓势。弱势是年龄因素、体能因素、技术因素、观念因素等多方面原因，使他们渐渐远离优质的就业岗位，普遍领取微薄的工资却没有相对完善的社会保障；颓势是随着年龄的增大，在就业的可选择范围上越来越窄，伴随着新一代农民工及其他城市务工者的大规模浸润，高龄农民工的就业市场逐渐萎缩，待到完全失去就业能力后，将会面临严重的养老问题，“老无所依”的社会风险客观存在。国家需要通过进一步扩大以最低生活保障为重点的社会保障主体范围，逐步健全养老机制，破解农民工养老

^{5 5} 聂婴智，1978 年生，法学博士，东北农业大学文法学院副教授，研究方向社会法。

困境，实现高龄农民工养老问题解决策略的法治化完善。

一、高龄农民工的养老困境

高龄农民工在城市里挣扎生存，久而久之归类成为需要给与特别关注的一类利益群体，是有着复杂的社会背景和制度原因的。展析该类群体所面临的诸多生存困境，是通过制度建设来解决其生存困境的前提所在。

（一）数据统计下的养老压力

根据国家统计局每年公布的《农民工监测调查报告》显示，2009年全国农民工总量22978万人，50岁以上农民工占12.2%，有2803万人；2010年，全国农民工24223万人，50岁以上农民工占12.9%，达3124万人；2011年，全国农民工25278万人，50岁以上农民工占14.3%，有3614万人；2012年，全国农民工有26261万人，50岁以上农民工占15.1%，达3969万人；2013年，全国农民工有26894万人，50岁以上农民工占15.2%，达4081万人；2014年，全国农民工有27395万人，50岁以上农民工占17.1%，达4685万人；2015年，全国农民工有27747万人，50岁以上农民工占17.9%，达4967万人。随着农民工总数的不断增加，50岁以上的农民工数量在增加的同时，更需关注的是其在总人数中的占比也不断提升，这在某种程度上意味着高龄农民工返乡生活的意愿并不强烈，或者返乡生活的压力更大，所以才会依然进城打拼，与青壮年的劳动者们共同参与就业市场的竞争。





所有数据来源为国家统计局公布的历年《农民工监测调查报告》

（二）高龄农民工年龄身体等因素引发的就业困境

伴随着总体农民工数量的增加，高龄农民工在人数增加的同时，也在总人数当中的比例不断提高，这说明年龄的增大，并没有降低他们进城务工的积极性，反而是越来越多的高龄者加入了农民工的队伍，参与到了农民工就业市场的竞争当中去。

然而高龄的现实是无法忽略的。“大部分的高龄农民工是改革开放初期较早进城务工的第一代农民，没有知识、没有技能，只能从事繁重的体力劳动。在城市里，所有最脏最累的活，不仅城市人不会干，年轻一代的农民工也不愿意干，基本上都是由老年农民工在承担。他们所要面对的不仅是身体上的负荷、潜在的劳动风险，还有城市生活的排斥疏离、漂泊异乡的清冷孤寂，他们的境遇实际上比那些农村里的留守老人更为不堪。”^[1]“与新生代农民工相比较，他们各方面都处于竞争的劣势，无法在更好的行业去竞争；贫困的他们必须有一份工作以维持自己的生活，而没有资本去挑剔。^[2]很多高龄农民工以打零工为主，原因皆是年龄偏大，疾病、身体不灵活等等问题的存在，使得用工单位有所顾虑，而拒绝招聘这样的劳动者。很多高龄农民工为了获得一份工作，染头发或改变穿着习惯，甚至违法制作、购买假证件，只是为了得到一份工作。

（三）高龄农民工社会保障不完善引发的生存压力

在身份上属于农民，在城市里挣扎生存，没有办法享受到城镇居民的养老保

[1] 施维.不要让高龄农民工老无所依[J]. 农民日报,2015年3月25日,第003版.

[2] 赖锦鑫.高龄农民工生存困境及对策分析[J].调查报告.2015(11):8.

障；同时由于年龄等身体因素，就业环境也相对堪忧，工资水平及工作稳定度都不足以保障其生活的安稳。更为根本的因素，促使高龄农民工继续进城务工的原因在于在农村也依然缺乏到位的社会保障及医疗福利，面对无法实现的农村生活的颐养天年，只有通过自己的努力才能获得收入以维持本人及家庭的开销，继续工作成为了其养老的基本保障。

“打工难参保，回乡难享养老金”。这似乎已经成为了高龄农民工的状态写照。“游走于城市和农村之间，这个庞大的群体似乎掉入了权益保障的裂缝中间，身体上早已力不从心，但残酷的现实却是不得不继续从事着高强度的体力劳动。”

[3]

二、高龄农民工养老困境的原因分析

高龄农民工，实际上是快速城镇化进程中，一个身处于夹缝之中的群体，他们的养老困境，必须要从实际生活状态本身及制度政策层面分别来解析其导致困境的原因，既有主观的内生因素，更有客观的外在环境及制度因素。

（一）主观的内生因素——养老意识不足导致对待制度及政策的懈怠与忽略

随着我国社会养老覆盖面不断扩大，养老保险也在不断普及，但农民工当中依然有很大一部分人对参保呈现出一种消极态度，认为不如“多发钱，更实在”。在这其中高龄农民工鉴于年龄的劣势，有的已经逐渐认识到参加养老保险的重要性，但却也可能遇到用工单位的推脱，为了保住这份工作，而勉为其难接受了用工单位的不对等待遇。加之缴纳养老保险需有连续缴纳十五年的要求，才能在退休后享受福利，这笔费用也成为了很多人不愿意参保的症结所在。明明知道用工单位根据《劳动合同法》的规定，必须要为劳动者缴纳养老保险，可是因为法律意识不强，养老意识有待提高，以及就业流动性大等各种因素影响，往往对待此类问题得过且过，导致参保率很低。随着年龄的增长，有的高龄农民工五十多甚至六十岁以上，依然没有缴足十五年的参保费用，所以就无法享受该项福利。

（二）外在环境因素——就业市场的弱势群体

高龄农民工限于自身状态，在就业市场中处于弱势地位，和其他劳动者相比没有就业优势。所以囿于就业市场的压力影响，对待用工单位推脱为其参保的情

[3] 时言平.高龄农民工养老需更多制度反哺[J].广州日报,2016年3月22日.

况也无力反击，因为如果提出参保意见，就有可能遭到辞退的风险。这就为本已经被其他劳动者挤压到近乎失去就业空间的情势，变得更加恶劣。在有关高龄农民工的报道中曾经提到，“从事建筑工种的高龄农民工普遍靠吃肉维持体力。他们之所以愿意从事这些累人的、体力不支的工作，是因为他们总体上供过于求，且在劳动能力（如体力）上处于弱势，只能从事其他人（如青年农民工）看不上眼的工作，例如建筑业与环卫工作。”^[4]对高龄农民工来说，最可怕的是因为年龄及体力等因素导致失业后，回到农村成为剩余劳动力，从而导致收入和生活水平的剧降。

（三）外在制度因素——养老等社会保障体系的不完善

我国居民参加城镇社会保险问题，基本的规定是要求在城镇就业，且由劳动者本人、用工单位根据法律规定的缴纳比例分别支付该笔费用，连续缴足十五年后，可以享受养老福利。但对于农民工来说，由于工作稳定性差，一时一地的缴纳过后，缺乏更换工作单位后的继续缴纳的合理对策，尤其是跨省就业，这一养老接续问题始终都没有良好的制度对策。此外就业单位也对此往往不负责任，所以就导致很多农民工没有办法完成养老保险的接续工作，可能由于对该制度的不了解，甚至还担忧原先缴纳的费用就此失效，所以从一开始就没有考虑养老保险问题。

这一现象对高龄农民工来说是非常严峻的，在农村家乡的土地保障不足以维持其基本生活水平，新型农村养老保险（新农保）目前对于年满六十岁的农民来说，也仅是可以领取很少的金额，对于没有年满 60 岁的农民来说，则需要缴满 15 年，才可以领取到该笔费用，很多高龄农民工还需要不断完成缴费任务，才可能在未来享受到该项福利。所以当前的问题是大部分高龄农民工都处于在农村无法享受到养老福利，在城市却又没有参加养老保险的双重困境。这一现实问题，并没有什么妥善的制度或者政策来加以解决，法律也同样缺乏针对此类问题的具体规定。

三、高龄农民工养老困境的法治对策

高龄农民工养老问题是我们在应对老龄化社会挑战中必须认真考虑的一个重要课题，需要我们更进一步反思当前我国各种与农村社保相关的制度建设。

[4] 稳定就业是高龄农民工的第一需要[J].第一财经日报,2015年6月3日.

（一）打破户籍制度的农民身份壁垒

国务院于 2014 年颁布了《关于进一步推进户籍制度改革的意见》，对于打破城乡分割的二元结构具有全局性和突破性的战略意义。^[5]多个地区以 2020 年为时间表，着力实现农业转移人口的落户目标。“其中广东省提出到 2020 年努力实现 1300 万左右的农业转移人口和其他常住人口在广东城镇落户；湖北提出努力实现 500 万农业转移人口和其他常住人口在城镇落户；内蒙古提出到 2020 年努力实现 400 万左右农牧业转移人口和其他常住人口落户城镇等”。^[6]如果能够真正实现农民身份上与城镇居民的无差异化，就自然可以普及全民养老，届时也无所谓农民工及高龄农民工之身份区别，这种身份本身就带有一种无法回避的区别对待、阶层划分的色彩，所以打破户籍制度的农民身份壁垒势在必行。同时也需要注意的是不能用新的居住证制度再次确立城镇居民的新福利保障，应该通过立法的方式确立改变传统户籍制度的新规则，通过完善该类规则而确保淡化直至消弭固有的身份差别。

（二）建立全民普及的养老法律制度

“根据弱势群体的特点赋予特别的权利(如各种权益保护法)，是当代保护弱势群体的主要方式之一”。^[7]包括高龄农民工在内的农民工群体应当给予养老福利方面的适度倾斜，这其中关键问题就是农民工参加了养老保险后，应该实现跨省跨区域的无缝衔接，免去这期间存在的各种制度障碍。由于必须考虑各地收入差距的问题，所以可以通过专门设置农民工养老保险单行立法的方式来对相关予以规定。针对高龄农民工等特殊群体，应该给与降低缴费年限和缴费比例的方式来实现真正意义上的普惠性养老制度。包括各种弱势群体在内的全民普及的养老制度如果能够在法制层面得到完整落实，同时配合各地政府的政策供给，才有可能实现法治中国之下的法治养老的实现。

（三）强化高龄农民工的劳动合同保护法律制度

《劳动合同法》当中对劳动者与用人单位之间的关系有非常确定化的规定，虽然时至今日依然有很多人认为这部法律中对用人单位施加了过重的人力负担，但这也恰是对劳动者权益的保护，暂且不论这部法律将来会如何修改，但侧重保

[5] 徐春燕. 经济法视野下农民工社会保障制度研究[J]. 税务与经,2016(1),44.

[6] 24 省份出台户籍改革方案 部分地区降低落户门槛. 中国新闻网,2015 年 09 月 23 日.

[7] 杨海坤.宪法基本权利新论[M].北京: 北京大学出版社,2004: 37.

护劳动者的主基调应该不会得到改变,而是更应该强化对劳动者当中的弱势群体的保护。高龄农民工由于文化水平、技艺水平及身体素质等方面的原因,往往遭到用人单位的区别对待,而无法真正实现《劳动合同法》中的基本权利,这种有法不依的情况将会使得高龄农民工更加弱势,不仅是养老问题,甚至生活、生存问题都会因此受到影响。所以《劳动合同法》的修改应该保障基本劳动者的权力,同时更应该强化对弱势劳动者的特殊保护,一旦有用人单位对高龄农民工违法用工的情况发生,就将得到惩罚性的制裁。一旦违法成本增高至不能承受时,必然会促使用工单位重视对高龄农民工的尊重与保护。

(四) 加强对高龄农民工养老等法律意识的培养

高龄农民工相比较于新生代农民工,其法律意识更弱,有的根本完全不懂法,更不会甚至是不愿意用法。这种现象是和受教育程度及传统观念有直接关联的。高龄农民工普遍受教育水平不高,传统观念根深蒂固,认为“多一事不如少一事”,很多农村地区流行的俗语为“冤死不打官”等,这些落后、保守、陈旧、迂腐的观念使得很多高龄农民工不到万不得已一之时,不会举起法律的武器来保护自己。现行我国的法治强国之路虽任重而道远,但一点一滴地践行着国民法律意识培养这一基本方略始终都是完善法治的重要举措,每一位公民都应该有基本的法律素养,都应该主动、积极、合理地利用法律,尊重法律、维护法律。高龄农民工养老问题的改善同样离不开他们自己对生活的积极态度,法律意识的提高是促进养老问题得以完善的策略之一。

结 语

高龄农民工的养老问题是法律问题,更是社会问题。他们身处社会转型发展期,身处城镇居民与农村居民的融合期,更是身处养老问题全民普及推广的大时代之下,其养老困境的改善需要一个从民众观念、政府政策及法律制度协同发展的总体方略的宏观角度,结合微观上各个地区的灵活政策及强有力的执法保障,综合作用之下的积极应对与妥善解决。高龄农民工养老问题的法治之路就是要使“老有所依”不能仅仅是期盼,不是夜空中的点点繁星,美丽却遥远,而是真实世界的家家户户窗口映射出来的盈盈灯光,温暖而踏实。

社会保障权宪法地位的理论思考

宋艳慧^{5 6}

【摘要】社会保障权是公民普遍享有的在丧失劳动能力或劳动机会或遇到其他社会风险引致生存危机时要求国家予以帮助的权利,以及享有与社会发展水平相适应的旨在提高生活质量的服务的权利。其是自然权利现代演绎的重要呈现,是一种个人权利,属于主观公权利体系的重要内容,是一种请求性质的社会权利。社会保障权与生存权、劳动权、平等权、自由权和社会权密切相关,在基本权利体系中居于重要地位。

【关键词】社会保障权;基本权利;主观公权利;社会权;请求权

社会保障权是近现代人类文明的成果之一,是公民在特定情况下享有的获得物质帮助或者其他服务的权利。社会保障权作为在近现代法治背景下发展出来的权利束,其性质如何进行确认,其与宪法中的其他传统基本权利之间的关系如何,对这些问题的回答是研究社会保障权的逻辑起点。本文旨在通过对上述问题的尝试性回答,厘清社会保障权的宪法地位,为社会保障权的具体权项研究打好基础。

一、社会保障权

社会保障权是产生于社会保障领域的基本权利。社会保障权作为一项国际人权,在《世界人权宣言》第25条中予以规定:“每个人都有权享受能够保证个人及其家庭身心健康的生活标准,其中包括食物、衣物住房、医疗、必要的社会服务,以及在失业、生病、残疾、丧偶、老年或其他个人无法控制的影响生计的情况下获得社会保障的权利。”1966年联合国大会通过的著名的《经济、社会和文化权利公约》中用多个条文对社会保障权问题进行了规定。其中第9条规定:“本盟约缔约国确认人人享有社会保障,包括社会保险。”第11条规定:“本盟约缔约国确认人人有权享受其本人及家属所需之适当生活程度,包括适当之衣食住及不断改善之生活环境。”第12条规定:“本盟约缔约国确认人人有权享受可能达到最高标准之身体与精神健康。”

我国学者一般认为社会保障权是遇到生存障碍的公民享有的向国家要求提

【作者简介】宋艳慧(1979-),女,黑龙江肇东市人,中国劳动关系学院法学系副教授,法学博。

供生存帮助的权利。只是在表述上存在着一些差异，有些观点或文件中具体列举了遇到生存障碍的情形，而其他观点则只是概括性地将其界定为“暂时或永久丧失劳动能力以及因意外事故而发生困难”、“失去劳动能力或劳动机会或遇到其他灾害和困难”、“对社会风险导致的损失的补偿和救济”等。社会保障权认识中存在的比较大的分歧是，有些观点认为社会保障权仅体现为前述的生存保障权或者生存障碍救济权。而有些观点则认为社会保障权不仅关注生存问题还应关注发展问题，不仅在于保障人们的最低生活，还旨在适时提高人们的生活质量。比如“平等地享有其他旨在提高生活质量的服务的权利”、“公民在生存与发展不能得到保障是时，有从国家和社会获得其生存和发展的权利，同时还应该保障公民的发展权。”“本盟约缔约国确认人人有权享受其本人及家属所需之适当生活程度，包括适当之衣食住及不断改善之生活环境”等表述毫无疑问体现了上述观点。本文认为社会保障权是现代社会背景下产生和发展起来的一个权利束，并且会随着社会的不断进步而调整其具体内容。在社会保障权产生之初确实是为“济贫”，或者说是保障基本生存需要，但社会物质财富已比较丰富的今天，社会保障权的内容也扩展为不仅保障公民的生存，还关注公民的发展与社会生活品质的提升。因此，本文认为，社会保障权是公民普遍享有的在丧失劳动能力或劳动机会或遇到其他社会风险引致生存危机时要求国家予以帮助的权利，以及享有与社会发展水平相适应的旨在提高生活质量的服务的权利。

二、社会保障权的性质

（一）社会保障权是自然权利现代演绎的重要呈现

自然权利是十七八世纪的启蒙思想家们根据自然法学说和社会契约论等学说提出的概念，虽然在不同的启蒙学者那里有着不同的理解和诠释，但有一个基本的共识，即自然权利是人基于人的自然属性而得来的，也可以说，是人与生俱来的、不可剥夺的权利。经过几个世纪的学术洗礼，自然权利概念也丰富了其内涵。从第一个层面上讲自然权利是自然状态下的事实权利，是人与生俱来的一项固有权利，它就是人的一部分，不能被剥夺或放弃，剥夺或放弃了自然权利就意味着丧失了做人的资格。但是人们注意到自然状态下的事实权利不一定能够真正实现，它会面临着各种危险，人与人之间的绝对的自然权利之间相互抵触、互相冲突，成为了彼此实现的障碍。因此，走出自然状态进入政治社会成为了一种

理性的必然。从第二个层面上讲自然权利是政治社会中的道德权利。启蒙思想家们的社会契约理论阐明，人们订立社会契约的唯一目的是更好地保护和实现他们与生俱来的自然权利。因此，自然权利是国家、政府的起源和目的，保护人们的生命、自由、安全、财产等自然权利是国家的根本宗旨。可以说，是否保护了生命、自由、安全、财产等自然权利是衡量国家、政府好坏的标准，自然权利从而成为了一个评价指标，一项道德权利。所以当且仅当自然权利成为国家或政府行为的价值评价指标时，自然权利的性质才是一种道德性权利，它针对国家或政府而言，是应当尊重和保障的价值，是一套道德指标体系。⁵⁷从第三个层面上讲自然权利需转化为实定法上的权利，即成为宪法权利。这是前两个层面的自然权利得以实现的现实路径，也是很多国家制度设计的一种实践选择。

自然权利在法国《人权宣言》等早期的宪法性文件中作为重要内容被规范。如人权宣言第二条即规定：“任何政治结合的目的都在于保存人的自然和不可动摇的权利。这些权利就是自由、财产、安全和反抗压迫。”其中的安全最初指人们的人身安全等不受侵犯的消极性权利，随着社会权理念的逐渐博兴，此处的安全已演化为包涵社会安全等内容的更为宏大的安全范畴，作为该题中应有之意的是国家需提供社会保障从而实现社会安全。因此，社会保障权是自然权利现代演绎的重要呈现。

（二）社会保障权是一种个人权利

权利一般具有个人性特征，但有时权利也被划分为个人权利与团体权利。团体权利一般在以三种情况下被使用：其一，某一特定群体成员享有的权利，比如工人的最低工资权；其二，作为与其他类似群体相对的一个整体的群体权利，比如民族自决权；其三，群体作为一个整体，代表其成员的行为权，比如工会代表工人进行集体谈判的权利。与个人权利相比，集体属性的权利有可能削弱权利的价值和分量，成为某一社会政治团体行不义之举的借口。个人权利，使得个人作为独立的主体直接面对国家，具有了对抗国家的属性和力量。因此，个人权利构成了公权力的边界和责任。

在个人权利中又包括以下三个类别：其一，免于他人意志干预的权利，在传统上被称为“自由权”，包括生命权、财产权、宗教信仰自由等等权利内容；其

⁵⁷ 钟丽娟.自然权利的性质探析[J].东岳论丛, 2009(9): 148.

二，基于自由权衍生出的使个人“免于干预”的一系列特定程序权利，如未经正当程序不得拘捕等；其三，人人享有的获得一定生活水准，以免于基本衣食住行之匮乏的权利。⁵⁸ 社会保障权即属此第三种权利的范畴。

（三）社会保障权是一种主观公法权利

主观权利是指由法制所承认和保护的对利益的人的意志权力。只有当某个对利益或利益的意志权力被法律承认时，相应的权利才能被个人化，这一权利才能与特定的人发生关联。这种关联构成了认定主观权利的根本标准。⁵⁹ 因此，主观权利是个人的主观权利，是个人的意志能力与特定的利益相结合的产物，是以个人的主观意志为核心要素的权利认识角度。

法律上的能为等同于权利能力。能为体现了行使权利能力的各种可能性。可以说，能为的总和就是人格，所有社会成员的主观公法权利都是基于人格的能力体现。主观公法权利在形式上寓于源自人格的具体能力的请求权之中。法律发展的实践表明，只有当承认个人利益也是共同利益的要求时，个人利益才能获得法律的认可。事实上不存在与共同利益无关的法律上的个人利益。只不过这种关系的程度千差万别。因此，个人利益被分为主要为个人目的的个人利益和主要为共同目的的个人利益。主要为共同目的而被承认的个人利益是公法权利的内容。同时，主要为了共同利益而被赋予利益的个人，不是孤立的人格人，而是国家的成员。因此，公法权利在实质上就是个人因其在国家中的成员地位而应享有的权利。⁶⁰ 主观权利具体体现为个人能够向国家提出为或不为某种行为的要求，国家亦有义务满足个人的上述要求，可以解读出两重涵义：第一，个人能够根据宪法上的权利条款直接向相应公权力主体提出为或不为一定行为的要求；第二，个人能够请求司法机关进行审查及裁判以保障自己的要求得以实现。

个人的主观公法权利只存在于个人与国家的关系之中，所以它并不包含能够引起个人与其他服从者之关系的要素，其永远只以能为为内容。由此可见，公法主观权利不在法制所认可的天然自由之中，它的创设其实只是对天然自由的拓展。⁶¹ 主观公法权利的功能主要可以从以下两方面呈现出来：第一，防御权功能。

⁵⁸ 贾西津.个人权利：公权力的边界和责任[J].法学研究，2009(4)：191.

⁵⁹ [德]格奥格·耶利内克著.主观公法权利体系[M].曾韬，赵天书译.北京：中国政法大学出版社，2012.第41页。

⁶⁰ [德]格奥格·耶利内克著.主观公法权利体系[M].曾韬，赵天书译.北京：中国政法大学出版社，2012.第48-49页。

⁶¹ [德]格奥格·耶利内克著.主观公法权利体系[M].曾韬，赵天书译.北京：中国政法大学出版社，2012.

当国家有侵害其权利的行为时，个人得请求国家停止侵害行为，并且这项请求权能够得到司法行为的支持与保障。在这个意义上讲，国家承担着消极的不作为义务，即不得为侵害权利的行为。其二，受益权功能。也就是个人所具有的直接请求国家积极作为的能力。该问题在学理上存在着一定的争议。多数观点认为，由于宪法中关于基本权利的规定过于抽象和原则，国家给付的范围、种类、内容、条件等没有作出明确具体的规定，因而个人不能直接依据宪法规定向国家提出某种具体请求。只有在立法机关通过立法行为对国家给付的具体内容进行明确后，个人依据法律的具体规定才可以请求国家作出积极行为。⁶²因此，主观公法权利的受益权功能的实现还需要具有请求内容的相关法律的出台才能完成。

社会保障权是全体公民普遍享有的，要求国家对社会风险引致的损失进行补偿和救济的权利及国家提供的旨在提高生活质量的各项服务的权利。从社会保障权的以下几方面的特征可以看出其属于主观公法权利的范畴：其一，社会保障权中公民的主观意志力针对的社会保障利益已被宪法及法律所承认，如《宪法》第14条第4款之规定：“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度。”再如《社会保险法》中关于养老、医疗、失业、工伤、生育等诸项社会保险权利的规定。其二，社会保障权是公民基于其公民身份而享有的，在追求保障个人利益的同时更是以保障公共利益为主要目的的权利。其三，社会保障权的主要内容体现为主观权利中受益权的部分。该权利的实现需通过国家的积极的行为予以保障。综上，可以说社会保障权属一项主观公法权利。

（四）社会保障权是一种社会权

社会权是指公民依法享有的，主要体现为要求国家为其提供物质和文化生活条件及相关服务的权利。这一权利形态的产生可以追溯到19世纪末20世纪初的社会发展时期。二元社会结构理论为自由资本主义社会带出了飞速发展的黄金时期，其后社会发展的副产品之一的贫富两极分化愈演愈烈，导致劳资矛盾凸显，劳动者个人及家庭的生活安全与稳定受到威胁，进而导致社会安全风险提高。此外，发展引致的大量的社会问题集中表现为弱势群体的生存环境恶化、发展空间被压缩，这使得弱势群体自发地团结起来争取自身的权益。同时，政府也意识到不同阶层的公民共存是自己的统治基础，再加上经济危机带来的社会压力，使得

第 47-48 页。

⁶² 张翔.基本权利的双重属性[J].法学研究, 2005(3): 21.

政府出台相关制度干预经济生活, 承担社会责任。其制度内容体现为改善劳动条件、保障劳动者权益、救济弱势群体等, 从而出现了公法对市民社会的渗透和干预, 即在传统的私人自治领域中, 出现了体现国家或社会调整行为的法律规范, 即社会法。而在此制度领域中规定的包涵劳动权、社会保障权等公民积极权利的一系列权利内容被统称为社会权。

社会权的产生有其深刻的历史背景和超越个体利益的普遍性价值追求, 其权利触角也辐射到社会生活的多个领域。随着社会权研究不断深入, 人们认识到社会权起码具有以下特征: 首先, 社会权属法定权利。社会权由宪法、劳动法、社会保险法等法律所规定。其次, 社会权属于积极性权利。即社会权的享有者可以请求国家为某种行为, 以实现其利益的权利。再次, 社会权是一个开放性的权利束。其权利的内容会随着社会发展的脚步而进行更新。就目前的社会发展阶段而言, 社会权的内容包括: 生存权、受教育权、劳动权、社会保障权等。社会保障权作为一项主要的社会权内容, 在很多国家的宪法或宪法性文件中均有涉及。我国宪法第 14 条第 4 款规定: “国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度。” 随着《社会保险法》等社会保障法律制度的颁行我国已进入社会保障制度的高速发展时期。

(五) 社会保障权是一种请求权

请求权的概念源自于私法, 后来被整个法学领域所使用。根据温德沙伊德的观点: 实体法上的请求权是指法律上有权提出的请求, 即某人向他人要求一些东西的权利。^{6 3} 实体法上的独立的请求权概念提出以后, 早期罗马法中的诉权被分成三种权利: 实体权利中的基础权利、实体权利中的请求权和诉讼上的请求权。从功能角度分析, 请求权可以分为两种类型: 第一种主要在于回复基础权利受侵害前的圆满状态, 比如物上请求权。另一种则是作为基础性权利最核心的权能和内容的权利, 比如债权请求权。在第二种意义上, 请求权与基础性权利的界限并不是十分清晰, 因此, 在不严格意义上, 请求权和债权是可以互相替代的。这也是为什么人们常说债权是一种请求权。^{6 4}

请求权可以被表述为特定权利主体请求特定义务主体为或不为一定行为的权利。社会保障权是社会成员从国家分享的获得利益的权利, 依照格奥格·耶利

^{6 3} 转引自金可可.论温德沙伊德的请求权概念[J].比较法研究, 2005(3): 112.

^{6 4} 徐以祥.行政法上请求权的理论构造[J].法学研究, 2010(6): 29.

内克的理论，社会保障权反映的是公民的一种主动地位关系，公民对国家享有请求权，而国家向公民承担积极作为的义务。在社会保障权的法律关系中，虽然还有受领、排除侵害等权能，但请求公权力主体为特定给付的权能是最为核心的内容，这种请求权可以简称为给付请求权。既然属于请求权，社会保障权就应该有明确、特定的义务主体。从实践来看，很多国家和地区的通行做法是，不承认宪法或国际条约所规定的社会基本权和其他有关社会保障权的条款赋予给公民能够直接向国家社会保障机构提出的给付请求权，而只是把这类条款解释为国家的社会保障义务。公民社会保障权的行使要依据行政法层面的具体的给付立法（社会保障立法）。在具体的社会保障立法中，权利主体、给付主体、给付内容、给付条件、给付程序等均得到规定，公民的社会给付请求权（社会保障权）即得成立。

三、社会保障权在基本权利体系中的地位

社会保障权是人类社会发展的历史产物，体现了宪法价值的多元化趋向。自20世纪40年代提出以来，已被国际社会公认为是一项国际人权，很多国家已确认社会保障权为公民的基本权利。我国宪法第14条第4款规定：“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度。”正式将社会保障的制度建设问题提升到宪法层面。社会保障权作为确保社会所有成员基本生存状态的“稳定器”和“安全阀”，与基本权利体系中的其他权利共同发挥促进市场经济繁荣、保障社会有序发展的功能。

（一）社会保障权与生存权

作为明确的法的概念“生存权”最早于19世纪末期被提出，当时的生存权被归纳为：在人的所有欲望中，生存的欲望具有优先地位。社会财富进行分配时应当确立一个使所有人都能够获得与其生存条件相适应的基本份额的一般客观标准，“社会成员根据这一客观标准拥有向国家提出比其他具有超越生存欲望的人优先的、为维持自己生存而必须获得的物和劳动的要求的权利”，这种由个人按照生存标准提出并且靠国家提供物质条件保障的权利就是生存权。⁶⁵生存权作为基本权利在全世界范围内被普遍认可，开始于20世纪30年代的经济大萧条之后。在这一时期几乎所有制定宪法的国家都在其人权规范中增加了生存权的内

⁶⁵ 徐显明.生存权论[J].中国社会科学, 1992(5): 39.

容。在现代各国对生存权的理解形成了一些共识：其一、生命仍是生存权的自然形式。但是与早期人权文件中作为自然权利的生命权有所不同，现代社会作为生存权主要内容生命权，已经加入了尊严权的内容。其二、财产是生存权实现的物质保障。现代生存权的发展在于为求生存而获得财产不以生存者履行义务为前提，国家负有接受生存请求的责任。其三、劳动是实现生存权的一般手段。其四、社会保障是生存权的救济方式。对于多数公民而言，生存权的实现是通过“劳动——财产——生存维持”的模式而完成的，但对于发生生存障碍的社会弱者的生存权则通过“物质请求——国家帮助——生存维持”这一模式来实现。因此一个国家的生存权制度是否完备，一看生存的保障义务是否由国家承担；二看国家是否已经制定并施行了与其经济发展水平相适应的生存标准；三看国家是否有保障使处于低于生存标准的公民的生活状态达到这一标准的具体制度。这三个层面的结合就是一国的社会保障制度。也可以说，社会保障权的实现是社会成员实现生存权的一种路径或保障。生存权内涵随着社会发展的不断充实，也同样给社会保障权的发展提供了动力和方向。

（二）社会保障权与劳动权

在 19 世纪资本主义发展的过程中，劳动者因为劳动条件恶劣和失业等问题，处境非常困难。劳动者们为生存而不断地进行着各种形式的斗争，在劳动者们的不断努力下关于使劳动者实现作为人的生活、保护劳动者、容许劳工运动等内容的立法，开始得以制定。劳动者的劳动权利也正式登上了历史舞台。因此，确认劳动权为基本权利的目的，是为了保障劳动者免于强迫劳动、奴役和其他形式的严重的劳动力经济剥削的自由。狭义的劳动权仅指工作权，即有劳动能力的公民有获得报酬的工作并得到相应保障的权利。广义的劳动权被认为是所有与就业有关的权利，包括自由择业权、就业权、就业保障权、免费就业服务权、同工同酬权、获得公正的劳动报酬权、劳动保护权、团结权、工作时间合理限制权、休息休假权、享受社会保险权等。

社会保障权与劳动权的产生与发展有着极为相似的社会背景与利益追求。二者均是在社会问题被普遍关注、社会利益被人们普遍认可的社会发展阶段所提出，并且均是为追求社会共同利益、社会持续发展而作出的制度设计。甚至因为不同的社会与历史背景，在不同国家与地区这两种权利的发展过程中有过多次的

不同程度的交叉与融合。比如 20 世纪 80 年代，我国较为流行的看法是对劳动关系作扩大的理解，构成“劳动关系广义说”。这种不恰当的扩大，使保障福利的内容完全纳入了劳动关系，因此也使得社会保障法的范畴完全没有存概念逐渐从劳动权的概念体系中被剥离并清晰化。但值得注意的是随着社会保障权及社会保障制度的快速发展，又出现了劳动法从属于社会保障法的观点。⁶⁶认为“社会保障法以保证在的必要。但随着社会保障制度的逐步形成与发展，“社会保障法与劳动法相互交叉”的观点被很多人接受。社会保障权的劳动者充分就业为宗旨，规定劳动者参与经济活动的权利和义务，建立以劳动者福利为目标的保险体系。因此，社会保障法主要由劳动法和社会保险法为组成部分。”⁶⁷循此观点劳动权亦属社会保障权的组成部分。

随着研究的深入，人们逐渐认识到劳动权与社会保障权虽然同属社会权的范畴，但在法律关系主体、权利内容、调整模式等方面分别有各自的特点。劳动关系涉及的主要是劳动者与用人单位之间的关系，相比较而言社会保障关系所涉及的主体是非常广泛的，至少包括国家、保险经办机构、劳动者、用人单位等方面。劳动权的内容虽有公法的调整的痕迹但其私法权利的特征更为明显，但社会保障权的实现中则主要依赖国家的作用，具有较强的公法性。

（三）社会保障权与平等权

平等权是公民享有的基本权利体系的重要组成部分之一，是现代社会国家公民参与社会生活的重要前提。在基本权利的发展进程中，平等与自由一同，因来源于尊重个人的理念而常常被视为最高的目的，是打破等级身份制社会、确立近代立宪主义的主要推动力。平等权要求国家对个人或特定的群体同等对待，即在相同的情况下给予相同的对待。

回顾历史的经过，我们会发现平等权的发展历经了从形式平等向实质平等的转身。在 19 世纪与 20 世纪交汇时期的市民社会里，对所有个人在法律上的平等对待，并保障其自由的活动的形式平等（或称机会平等），却产生了垄断等个人的不平等的结果。随着资本主义经济的发展，贫富差距日益严重，社会问题频现。人们看到法律上的平等，产生了事实层面的不平等。于是，在 20 世纪的社会福利国家中，对于社会弱势群体，被要求给予更为优厚的保护，藉以保障他们与其

⁶⁶ 董保华等著.社会保障的法学观[M].北京：北京大学出版社，2005.第 9—13 页。

⁶⁷ 谢培东主编.市场经济与法制建设[M].北京：中国法制出版社，1994.第 227 页。

他公民一样实现生存权。这种平等的观念就是实质平等。⁶⁸而实现实质平等的各种机制中,社会保障制度的设计是重要的组成部分,也可以说,社会保障权的部分精髓被内涵在实质平等权的内容中。当然,社会保障权除对社会实质公平的追求外,还着力于为社会的可持续发展提拱动力机制。

(四) 社会保障权与自由权

自由权是自由价值的宪法体现,是消极国家观思想的结果呈现,被称为“免于束缚的自由”,即为要求国家不得干预个人自由的法律表现。这类权利是个人拥有的最基本权利,也是宪法和法律必须保障予以实现的权利。宪法承认自由权是公民的基本权利,并且设计司法审查制度以对抗国家机关的侵犯,保证自由权的彻底实现。自由权包括公民的自由、信仰的自由、政治的自由及人身自由四个层面的权利。自由权的保障与实现是形式正义实现的主要路径,因此在自由主义者看来“正义是给予每一个人他所应得的。”⁶⁹而社会保障权的主旨是追求社会的实质正义。与自由权相比较而言,社会保障权是平等价值的宪法体现,是积极国家观和能动国家观思想的产物。自由权的实现有赖于消极的国家权力行为,是一种消极的防御权,而社会保障权的实现则寄望于国家的积极行为,是一种积极的请求权。富兰克林·罗斯福在20世纪40年代提出了“四大自由”,其中的“免于匮乏的自由”被认为是对社会权乃至社会保障权的重要诠释。从这个意义上讲社会保障权属于广义的、被扩展了的自由权的范畴。

(五) 社会保障权与社会权

社会权是公民要求国家根据社会的发展状况、积极采取措施干预经济、社会生活,以促进个人的自由和幸福,保障个人在经济、政治、社会、文化领域中过上健康而有尊严的生活的权利,与自由权相对称。确立社会权观念的目的是:通过国家对经济、社会、文化生活的积极干预,消除资本主义发展过程中出现的一系列弊端,以使所有社会成员都能享有令人满意的生活条件。一般而言,社会权都对应于国家的三层义务:一是尊重的义务,即不采取行动加以干涉的消极义务;二是保障义务,即保护个人免受第三方行为侵害的义务;三是实现的义务,即积极采取措施为个人提供某些服务及给予某种便利的义务。正是在第三层意义上,

⁶⁸ [日]芦部信喜原著,【日】高桥和之增订.宪法(第三版)[M].林来梵,凌维慈,龙绚丽译.北京:北京大学出版社,2006.第110页。

⁶⁹ [美]伯尔曼.法律与革命——西方法律传统的形成[M].贺卫方等译.北京:中国大百科全书出版社,1993.第352页。

作为积极权利的社会权与作为消极权利的自由权明显有别。⁷⁰ 社会权是一个概括性概念，其具体内容包括三类权利：狭义的社会权利、经济权利与文化权利。其中的狭义社会权利是政治领域的形式自由向私人社会中的实质平等延伸的表现，其内容主要包括获得救济的权利、达到合理生活水准的权利、受教育的权利、母亲和儿童受国家保护的權利等。这其中的在部分内容即属于我们今天所谓的社会保障权的范畴。因此，可以说，社会保障权为社会权的重要组成部分，社会权理论的研究与发展也同样推动中社会保障权制度的成熟与完善。

⁷⁰ 张千帆主编.宪法学[M].法律出版社, 2004.第 218-219 页。

基本养老保险基金投资的负面清单制度构建

杨复卫 张新民*

【摘要】基本养老保险基金投资需要构建负面清单制度，不管从简政放权还是发挥市场私主体意思自治，以及平衡基金投资风险和收益而言，“负面清单”相对于“正面清单”具有明显的制度优势。而供给侧结构性改革的提出为基本养老保险基金投资负面清单制度的构建提供了契机。构建该负面清单制度是一个系统工程，还需要解决关键问题，包括构建的主体、标准和内容，以及和当前立法如何衔接。同时，还需要配套制度的跟进，特别是构建完善的养老金信托投资制度和监督机制。

【关键词】基本养老保险基金；正面清单；负面清单；制度构建

引言

由于我国对基本养老保险基金（后文简称“养老金”）投资运营管理严格，使得基金投资“缩水”现象较为严重，甚至部分基金处于亏损状态，保值增值难度增加。⁷¹在此背景下，“养老金入市”似乎成了解决问题的灵丹妙药，⁷²2015年国务院发布的《养老金投资管理办法》（后文简称《管理办法》）扩大了基金投资范围，开启了养老保险基金通向资本市场的大门。2016年5月国务院公布的《全国社会保障基金条例》更进一步明确了全国社保基金理事会接受省级人民政府委托管理运营社会保险基金，意味着养老金进入资本市场的制度阻碍基本扫除。然而，养老保险基金进入资本市场后风险如何防范以及投资安全性如何保障？基金投资领域是否有一定的限制？这些无疑是在狂热和盲动后更应该值得思考的问题。基于此，立法应在风险评估的基础上拟定养老保险基金禁止投资的领域，制定投资负面清单。负面清单是相对于正面清单而言的，它以否定性评价

* 杨复卫，男，法学博士，博士后研究人员，西南大学讲师，邮箱：yangfuwei7361@126.com。

⁷¹ 根据《2015年度人力资源和社会保障事业发展统计公报》，全年养老金收入32195亿元，全年养老金支出27929亿元。年末养老金累计结存39937亿元。这些巨大的财富涉及社会成员的切身利益，如何实现其保值增值是一个重大而现实的问题。

⁷² “养老金入市将长期利好为A股走牛奠定基础”，载《北京商报》2015年3月16日版。

的形式来列明可以进入的投资领域，常见于国际通行的外商投资管理中。⁷³《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出了以制定负面清单为改革突破口，按照《国务院关于实行市场准入负面清单制度的意见》（国发〔2015〕55号）的部署，发改委、商务部会同有关部门汇总、审查形成了《市场准入负面清单草案（试点版）》，并在天津、上海、福建、广东四地试点。可见，市场准入负面清单制度的构建是当下改革由增量调整阶段深化到增量与存量调整并存的阶段，已经由资源配置层面深化到权利配置层面，一方面通过市场转型，促进养老金投资秩序的形成；另一方面厘清政府干预养老金投资的边界。⁷⁴借此契机，以我国养老金投资负面清单制度的构建来达成积极投资的安全和风险的化解，同时，为全面推进市场准入负面清单的建立积累经验。

一、养老金投资负面清单构建的制度优势

（一）“正面清单”到“负面清单”的逻辑分析

正面清单是立法指明可以投资的领域，负面清单则正好相反，列明不得投资的领域，而立法未明确禁止的领域都可以投资，采“非禁即入”模式。具体到养老金投资，《管理办法》第34条规定了基金投资的范围，将基金原来仅限于投资银行存款和购买国债扩展到基金、股票、股指期货等金融产品。虽说该投资范围并未明确指定为养老金投资的正面清单，但却将基金投资范围进行了限定。显然，从分散风险的角度来讲正面清单有着较为明显的优势，投资范围被固定在可控范围之内，投资人可以提前预测风险发生的几率，从而选择投资组合，避免基金投资风险。然而，正面清单过度关注投资安全性，却忽视了基金对保值乃至增值的诉求。更进一步，在民事投资领域使用强制行政命令式手段，看似保证的基金的安全性，实际上可能束缚基金投资人的自主决策权，难以发挥其灵活、多样的专业理财能力。这与《管理办法》出台之前的投资行为并无较大差别，本质上依然是“换汤不换药”。历史的经验告诉我们，“保证个人自主决定实现的制度是符合人性的制度，也是最有生命力的制度”。⁷⁵毕竟在发挥投资人专业优势的情况下，通过正面清单模式限制投资人发挥私主体个人自治或实现其自我发展的能力，很难达成基金保值增值的预期目标。而负面清单管理模式通过投资人自治发挥其专

⁷³ 参见王利明：《负面清单管理模式与私法自治》，载《中国法学》2014年第5期。

⁷⁴ 参见李永成：《社会分配法研究》，法律出版社2014年版，第150-152页。

⁷⁵ 王利明：《民法》（第五版），中国人民大学出版社2010年版，第30页。

业能力，并且二者在理念与调整方式上具有一致性。从理念上讲，负面清单模式在于扩大基金投资人的行为自由，实现预期的法律效果，从而减少公权力对基金投资领域的过度介入。从而给基金投资人提供了一种受法律保护的自由，实现负面清单以外领域的“自治最大化”。⁷⁶调整方式方面，由于市场瞬息万变以及立法未能准确预见的新情况、新问题，正面清单欠缺回旋余地，此时政府要么欠缺及时有效的干预，要么囿于理性的局限性导致低效率或无效率的干预。以政府行为代替市场投资主体调整投资行为，易缩小投资主体的市场空间，束缚其自主创新能力。负面清单模式所阐释的投资人自治则是一种较为高效的手段，能够实现资源配置的最大效益，相对公权力的干预则成本较低、效率更高。⁷⁷并且，养老金投资负面清单模式与当前政府提倡简政放权的大背景相契合。养老金“负面清单”制度的构建，是对政府和市场关系的再次明确，有助于明晰公权力的边界，推进政府简政放权，实现政府的自我革命。⁷⁸从而使得在经济领域，实现政府管制到社会自治的重大转变，即政府退出市场经济决策，充当规范的制定者和监督者角色，发挥市场主体在资本市场的专业优势和决策能力。⁷⁹由正面清单向负面清单转化，本质上是社会管理模式的转变，扩大了基金投资主体市场准入自由和行为自由，发挥市场主体的投资优势，利于基金保值增值。

（二）实现基金投资低风险与高收益的利益平衡

前述的理论分析不能代替复杂的资本市场操作，还需厘清基金投资负面清单的相对优势。该优势主要表现为相对于正面清单模式和自由投资而言，负面清单模式应更契合基金投资要求。有学者将社会保险基金在金融市场上投资运用的经济原则总结为：安全原则、收益原则和流动原则。⁸⁰然而流动性原则主要针对短期保险而言，基本养老金保险基金具有长期储蓄性，并不强调流动性，故其更看重基金投资的安全性与收益性。因此，对负面清单的论述因集中在实现基金安全性和收益性的比较优势上。毕竟在现代社会社会下，安全与收益、风险管理是密不可分的，为了安全而忽视风险管理的必要性，未必实现安全。⁸¹本文认为负面

⁷⁶ 参见易军：《“法不禁止皆自由”的私法精义》，载《中国社会科学》2014年第4期。

⁷⁷ 参见[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第143页。

⁷⁸ 参见李克强总理在2014年3月5日十二届全国人民代表大会第二次会议上的《政府工作报告》。

⁷⁹ 参见张红昱：《负面清单管理模式的法治之维》，载《法学评论》2015年第2期。

⁸⁰ 参见谢淑慧、黄美玲著：《社会保险》，华立图书股份有限公司2014年版，第48页。

⁸¹ 参见冯辉：《我国养老金筹集和投资管理机制的改革及法律对策——以利益平衡与风险控制为中心》，载

清单模式在安全和风险平衡方面较有相对优势，即相对于正面清单和自由投资而言，其能平衡基金投资的低风险与高收益。由于缺乏实际的样本，很难比较基金投资适用何种模式具有更好的效益。除非运用重复行为和“大数法则”，否则并不能说明事物相对于预期的发展结果，而在大多数情形下，大数法则根本无法适用，或者不能指望其成立。⁸²故此，本文选择以现有的基本逻辑为出发点来分析各种模式的优劣，如图一。

类型	风险系数	投资收益率	综合效益对比
正面清单模式	低	低	低
自由投资模式	高	高/低	高/低
负面清单模式	低	高	高

图一：养老金投资模式的优劣比较

首先，从基金投资的风险系数来看。养老金投资的基本逻辑是，在无法预测可能出现的风险时，风险负担应该被分散开来。由于基金投资风险的不确定性，正面清单事先确定了投资种类和比例，将高风险或者新业态的投资领域排除在外，在降低基金投资风险系数的同时也阻碍了市场的创新，造成资源浪费。基金自由投资模式则是权力机关对基金投资领域、范围和比例采完全自由放任态度。市场经济遵循投资风险和收益通常成正比的定律，市场主体在逐利动机的驱使下，可能会进入投资风险的高危领域。而养老金关系国计民生和重大公共利益，如果不采取事先的监管或必要的准入限制可能会造成难以弥补的损失。由于负面清单模式事先排除了基金投资的高危行业，并且降低了市场主体所面临的新业态准入风险、创新风险和法律空白领域的风险，从总体上降低了基金投资的市场风险。⁸³其次，从基金投资的收益率来看。正面清单模式束缚基金投资主体的行为自由，由于政府对“法律空白”地带享有控制权，甚至设定行政审批或者其他相似的附带行为来限制投资主体行为。该操作模式首要考量的是基金安全和政府的监控，而非基金的增值，缺乏透明度的管理影响了市场主体的经营权，妨碍决策自由。相对应负面清单模式则反其道而行之，通过规范权力机关的审批权限和自

《政治与法律》2014年第6期。

⁸² 参见[英]珍妮·斯蒂尔著：《风险与法律理论》，韩永强译，中国政法大学出版社2012年版，第31页。

⁸³ 参见龚柏华：“法无禁止即可为”的法理与上海自贸区“负面清单”模式》，载《东方法学》2013年第6期。

由裁量权来明确权力的边界，达到“简政放权”目的。此时，在负面清单模式下的市场主体享有经营自由，发挥市场机制对激励作用，探求创新领域，寻找最佳投资对象。自由投资模式对于投资收益率具有不确定性，风险的不确定导致收益难以预测。基金在该类型投资模式下，收益是随机的，无法通过法律来实现提前规范、预测，显然与关系被保险人晚年基本生活的养老金保值增值诉求不匹配。对于基金投资而言，它所需要的并不是最优的模式，负面清单模式亦是在现有可供选择的条件下寻找到的一种比较优势。

二、养老金投资负面清单制度构建契机：供给侧结构性改革提出

2015年11月习总书记在中央财经领导小组会议上首次提出“供给侧结构性改革”，其目的在于对当前我国现存的经济问题进行的“对症下药”，是经济改革的新方法。养老金投资应当趁此金融改革契机实现投资方法的转变，建构基金投资的负面清单制度。

（一）养老金投资沿革及特殊性要求

养老金投资是否得当，关系整个养老保险财务结构的健全与被保险人的权益，并影响国家经济财政金融调节。为此，构建基金投资的负面清单，平衡基金低风险和高收益间的矛盾。由于我国基本养老保险属于省级统筹，基金通常由省级政府的人社部门或财政部门管理。在《管理办法》未出台以前，养老金的结余除预留2个月的支付费用外，其他基金通常用于投资国债和一年期存款。⁸⁴这种单一和狭窄的投资方式限制了基金的盈利能力，据测算，过去10年基金的平均收益率仅为2%左右，远低于同期的CPI涨幅。⁸⁵同时，除了通货膨胀风险外，基金还面临“生物收益率”损失。⁸⁶即通过计算养老保险基金收益率与社会平均工资增长率之差，1995年-2016年，国内平均工资增长率为12.5%，⁸⁷而养老金收益率却不到2%，换言之，基金一直处于亏损状态。⁸⁸养老金的投资配置并没

⁸⁴ 有学者认为养老金包含的统筹基金只能从事国债投资，为弥补普通国债收益率较低的问题应发型利率较高的特种社保债券。参见郑秉文：《社保基金违规使用的制度分析与改革思路》，《中国人口科学》2007年第4期。

⁸⁵ 根据国家统计局网站发布的数据，2010年度CPI上涨3.3%；2011年度CPI上涨5.4%；2012年度CPI上涨2.6%；2013年度CPI上涨2.6%；2014年度CPI上涨2%；2015年度CPI上涨1.4%。参见网址：<http://data.stats.gov.cn/search.htm?s=CPI>，2016年5月20日访问。

⁸⁶ 参见贾根良：《理解演化经济学》，载《中国社会科学》2004年第2期。

⁸⁷ 参见国家统计局国家数据网，<http://data.stats.gov.cn/index.htm>，2016年5月20日访问。

⁸⁸ 参见郑秉文：《养老金保值增值须改革投资体制——养老金入市为何是大势所趋（下）》，载《中国证券

有实现帕累托最优，这固然和投资决策者有关，但更主要的是正面清单模式严格限制了投资主体的自主性，束缚了多元化投资。为此，国务院于2015年出台了《管理办法》，借鉴全国社会保障基金和企业年金投资模式，⁸⁹通过扩大正面清单的方式将基金推入资本市场。由于养老金对安全性的强调，故其进入资本市场进行投资运营还应当有特殊性要求。首先，通过多元化投资分散市场风险。综管世界各国，无论是福利国家还是公积金制度国家，亦或是建立社会保险制度的国家，其均选择了多元化的投资策略，通过资本市场来实现基金的保值增值。如以加拿大公共养老金为例，其2014年确定的投资目标为基金的10%投资国内股票市场；基金的55%投资国外股票市场；基金的30%投资国内债券市场；基金的5%投资外国债券市场。实际上，加拿大公共养老金的8%投资了其国内股票市场；35%投资了发达国家的股票市场；6%投资了新兴国家的过票市场；28%投资了国内外的债券市场；12%投资了房地产市场；6%投资了基础设施，另外5%的基金投资了其他领域。⁹⁰丹麦、日本、荷兰、挪威等国家的公共养老金亦采取了多元化投资策略。⁹¹显然，负面清单模式在禁止投资的范围最大限度的保证了投资人的多元化选择。其次，养老金投资的安全性和适度流动性优先于收益性。原因在于基金作为未来养老给付的主要财源，维护基金的安全及避免或减少风险的发生，实为投资运用的首要目的。另外，由于养老保险制度建立初衷是实现代际之间财富转移，这就涉及到基金的支付问题，虽说投资的基金大部分属于个人账户，但部分省市统筹基金结余较多者依然可以进行投资的保值增值。如若用于代际支付的统筹基金出现告急时，用于投资的统筹基金将用于弥补支付缺口，这就要求养老金投资时注重资金的适度流动性，且应高于基金收益性考虑。这也可以解释为什么当前基金总是投资银行短期存款。养老金这些特征，使得其相对于其他投资选择而言，对于投资方式乃至投资类型有着较为严格的要求。⁹²

（二）供给侧结构性改革助推养老金投资负面清单制度构建

报》2012年1月20日，第A04版。

⁸⁹ 全国社会保障基金2015年投资收益率达15.19%，远高于养老金。参见《全国社会保障基金理事会基金年度报告(2015年度)》。

⁹⁰ See Georg Inderst. Pension Fund Investment in Infrastructure: Lessons from Australia and Canada. *Rotman International Journal of Pension Management*. Volume 7. Issue 1 Spring 2014.

⁹¹ See Hwang W.H. Global Public Pension Funds 2004-2014: How Public Pension Funds Change Strategies with Their Investment Portfolio[J]. 2016.

⁹² 参见杨复卫、张新民：《养老金的信托投资及其法律配置》，载《保险研究》2016年第3期。

“我国的供给侧结构性改革的核心是经济结构的调整 and 经济发展方式的转变，通过提高供给结构的适应性和灵活性，提高全要素生产率。”⁹³在金融领域，供给侧结构性改革围绕如何防范化解资金的投资风险，发挥市场主体的自主性和专业性，形成良好的投资市场格局而展开。从这个意义上讲，金融领域内的供给侧结构性改革既有短期任务，也有长期战略。从短期来看，规范市场主体的投资行为，降低金融风险是当前的主要目标。释放市场活力，提高市场竞争，通过放松管制、降低市场风险，从而激活经济增长动力；⁹⁴从长期来看，供给侧结构性改革要深化行政体制改革，转变政府职能，充分发挥其他社会组织、私营机构参与和繁荣金融市场的能力，实现“政府治理和社会自我调节、私主体自治”之间建立“良性互动”式的合作。⁹⁵面对当前中国改革的深化和经济下行压力，供给侧结构性改革以简政放权，发挥市场作用为改革目标，无疑指明了未来中国经济发展的方向。⁹⁶显然，养老金负面清单制度的构建即时供给侧结构性改革在金融领域的重要一环。负面清单模式满足了基金的多元化投资 and 安全性、适度流动性及收益性投资，彰显社会保险被保险人权利保护的价值。故此，养老金投资的负面清单制度，既是对供给侧结构性改革防范化解基金投资风险的回应，又是以创新的方式来规范基金投资。

首先，供给侧结构性改革以创新理念改革原有投资方式，给企业减负的同时降低金融市场风险。正如有学者所言，养老金投资是促进资本市场发展的重要因素，而资本市场的发展又直接促进金融创新。⁹⁷养老金投资从正面清单模式到负面清单模式的变革是一种理念的创新，改变了政府对市场行为固有的认知，从管制资本市场到放松市场管制强化外部监督规则制定，是深化行政体制改革的重大创新。⁹⁸通过改革放松政府管制最大限度的尊重和保障基金投资主体的经营自主权，减少行政审批的同时降低企业交易成本。此时的基金投资主体充分发挥自身意思自治的优势，选择收益与安全性平衡的投资产品，而负面清单模式与基金投

⁹³ 胡鞍钢、周绍杰、任皓：《供给侧结构性改革——适应和引领中国经济新常态》，载《清华大学学报（哲学社会科学版）》2016年第2期。

⁹⁴ 参见张慧芳：《新常态下的经济结构：再平衡与新期待》，载《经济学家》2015年第7期。

⁹⁵ 参见张凤阳：《激励机制再造：政府治理改革的着力点》，载《新华日报》2014年7月10日，第13版。

⁹⁶ 参见黄勇：《供给侧结构性改革中的竞争政策》，载《价格理论与实践》2016年第1期。

⁹⁷ Bodie Z. Pension Funds and Financial Innovation [J]. Financial Management, 1990, (3): 11-22.

⁹⁸ 参见唐运舒、马红鹏：《养老金投资与资本市场互动发展研究综述——兼论对中国基本养老金市场化投资的启示》，载《华东经济管理》2012年第8期。

资主体意思自治一拍即合，留足了投资主体对基金投资充足的决策空间，降低了政府干预可能带来的制度性成本，有利于主体通过创新形式投资营运基金，在降低风险的同时实现保值增值的最大化。其次，供给侧结构性改革要求简政放权，发挥市场主体作用，规范市场行为。面对当前金融市场政府管理较多，市场主体作用发挥有限等现状，带来金融产品相对较少、上市公司行为不规范、市场层级结构单一等诸多缺陷，在一定程度上可以解释为什么长期以来我国养老保险基金严格限定在购买国债、存银行。正面清单模式是以政府通过行政手段来处理具体的投资事宜，“越位”以行政审批的方式来干预具体的投资决策，思维仍停留在全能政府角色上，未能厘清政府和市场关系，并未回应供给侧结构性改革所要求的简政放权，发挥市场主体主导作用。这与当前金融深化改革的大趋势格格不入。而负面清单模式正如上文所言，充分发挥了市场主体的意思自治，划清政府与市场的职责边界。由于养老金投资主要发挥市场机制的作用，公权力在此应大幅减少对资源的直接配置，应充分激发市场主体活力和创造力，释放改革红利。这与供给侧结构性改革所强调的理念不谋而合，正如李克强总理所说的“我们所说的供给侧结构性改革，就是要不断降低制度性交易成本，这样才能持续激发市场活力，有利于创新创业。”⁹⁹另外，以负面清单制度构建为契机，政府退出基金的具体投资操作领域，而是以培育社会主体，建立长效的监督机制来规范市场主体的投资行为。

三、养老金投资负面清单制度构建需解决的关键问题

有关养老金投资的理论研究中，学者们多将研究视角集中在基金的筹集、基金的投资管理机制改革、个人账户基金和统筹账户基金不同的投资路劲、扩宽投资渠道等方面。实际上，上述问题均是养老金投资中的共性问题，而且是从技术方面相对能够解决的问题。而养老金投资负面清单制度的构建，需要考虑我国管理体制，具体内容和与当前立法的衔接等关键问题。

（一）负面清单制定主体选择

当前我国养老金由统筹基金和个人账户组成，实行省级统筹，并由地方的财政部门或社保部门管理。由于基金数额庞大，故其保值增值通常由当地省级政府

⁹⁹ 凤凰财经：《李克强：让创业就业人员不再为一纸证书所困扰》，
http://finance.ifeng.com/a/20160602/14451504_0.shtml，2016年6月2日访问。

委托全国社会保障基金理事会代为投资运营，例如广东省、山东省。¹⁰⁰《办法》则规定各地基金结余在预留一定支付费用后，可委托国务院授权的机构进行投资运营。并将省级政府作为基金委托投资的“委托人”，可指定省级社保行政部门、财政部门承办具体事务。“委托人”将养老基金委托给“受托机构”，《办法》虽未明确“受托机构”的身份，但仅有全国社保基金理事会可“对号入座”，且具有多年的社会保障基金投资经验。另外，虽说养老金与政府财政资金属于两套不同体系，奉行不同的法律逻辑，但现实中财政补助养老金的情况屡见不鲜。例如，2015年全国社会保险基金收入44660.34亿元，其中，财政补贴收入10198.15亿元。¹⁰¹可见，对养老金享有部分所有权和管理权限的机关包括被保险人、省级人民政府、全国社保基金理事会和国家行政机关。该现象产生的原因在于我国养老保险领域法制建设滞后，法律少而地方法规、规章等规范性文件较多。这些问题虽饱受诟病，但也在一定程度上反应出养老保险统筹层级低、体系庞杂、管理零散的弊端。

基于此，养老金负面清单制定主体不应脱离当前基金管理的实际情况，应由以上主体制定。在当前情形下，基金负面清单的制定主体应包括：第一，由基金的出资人制定。包括缴费企业、投保人和政府，然后由于企业和投保人过多，在技术上统一意见成本过大，且省级统筹限制了全国形成统一的负面清单。另外，政府为了维持养老金平衡，从而补助养老金的最主要原因在于补偿改革成本，推行社会政策、履行宪法职能等均为次要原因。¹⁰²第二，由省级人民政府和全国社保基金理事会制定。对于前者，由于我国地域之间差异较大，且各省级政府各自为政很难有一个机构能统一各自意见，操作性不强。而由后者来制定则很难避免道德风险的发生，毕竟全国社保基金理事会有其利益存在，且具体操作基金的投资，由其制定负面清单很难打消公众疑虑，会不会自我选择，既是“运动员”又是“裁判员”。至少在目前欠缺监管的环境下，由全国社保基金理事会来充当

¹⁰⁰ 2012年，广东将1000亿养老基金委托全国社保基金理事会管理；2015年，山东省将1000亿元职工养老保险结余基金委托全国社保基金理事会投资运作。

¹⁰¹ 参见财政部：《关于2015年中央和地方预算执行情况与2016年中央和地方预算草案的报告》，http://www.moc.gov.cn/sj/caiwushjs/xueshujl_cws/201603/t20160325_2004935.html，2016年5月30日最后访问。

¹⁰² 参见熊伟、张荣芳：《财政补助社会保险的法学透析：以二元分立为视角》，载《法学研究》2016年第1期。

负面清单制定主体并不恰当。第三，国务院会同相关机构来制定。本文比较赞同。原因在于：其一，国务院及其相关部委作为基金投资利益外主体，并不亲自参与基金的投资运营，由其制定确保公正性；其二，国务院及其相关部委直接管理经济事务，对经济运行具有宏观和微观的掌控，具有可行性；其三，经验丰富。《国务院关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》指出制定“市场准入负面清单”，《关于2015年深化经济体制改革重点工作的意见》进一步将“制定实行市场准入负面清单”作为2015年的重点改革任务推进。2016年，国务院组成部门制定了《市场准入负面清单草案（试点版）》。可见，制定养老金投资负面清单亦是国务院深化行政体制改革的重点。其四，《社会保险法》第69条将社会保险基金实现投资运营保值增值的立法权限授予国务院。

（二）负面清单制定的标准和内容

“养老保险基金投资资本市场的唯一目的是保障参保人权益，获取收益最大化。除此之外，别无其他用于社会或经济发展目的的目标投资，这是国际上养老金投资遵循的颠覆不破的真理，必须坚持。”¹⁰³因此，养老金投资的负面清单制定构建之目的亦在于保障参保人权益，实现参保人权益保障最直接的方式在于其达到法定条件后获得及时和充足的养老金给付。为实现该目的，需要养老金负面清单制定的标准实现基金投资的安全性和收益性。养老金投资负面清单的核心是清单条目选择标准和依据，即禁止或限制市场准入的理由及其法理基础（法律法规依据）。¹⁰⁴市场投资环境瞬息万变，不管是投资风险性还是收益性均属于较为主观的判断标准，例如风险可分为多个级别，因此确定负面清单制定标准应根据具体情况进行分层次的划分，如明确投资风险的红线、黄线和绿线等。即根据投资风险性、收益性和流动性的特点确立禁止投资范围和限制投资范围，且养老金投资风险应低于其他资金的风险水平。为了增强适应性和透明度，应制定一张养老金投资负面清单，实现清单的全覆盖和制度统一性。具体而言，将禁止和限制投资的市场领域、主体等纳入，清单以外的事项由具体的基金投资人选择；清单由国务院和其组成部门共同制定发布，实现全国的统一性，未经国务院授权各地区各部门不得拒绝和改变养老金投资负面清单，防止地方保护主义。对于养老金

¹⁰³ 房连泉：《养老金入市唯一目的是获取收益》，载《财经》，2015年7月3日版。

¹⁰⁴ 参见郭冠男、李晓琳：《市场准入负面清单管理制度与路径选择：一个总体框架》，载《改革》2015年第7期。

投资领域，进行不同风险系数划分，包括禁止准入类、限制准入类、谨慎准入类，从而适用养老金投资主体进行风险和收益选择，合理分配投资资金量。在准入方式上，对于禁止准入事项，养老金投资主体不得进入，全国社保基金理事会不予准许；对限制准入事项则需要严格投资程序，并做好风险防护方案，全国社保基金理事会再行做出决定；对于谨慎投资事项，则投资主体需谨慎行动，并依照规定的准入条件和准入方式合规进入。养老金投资负面清单以外的领域、业务、主体等则可平等进入。

养老金投资负面清单制定的标准为清单内容的制定提供了方向，即分级分类别制定负面清单内容。其内容应当包括以下方面：一是确立最低准入门槛。负面清单模式实则限制了部分高风险项目和市场主体成为养老金投资的对象，相对正面清单而言清除了部分领域的不当准入限制，使得不同身份的市场主体享有平等的市场准入机会。通过明确准入的门槛，国有企业乃至民营企业均有可能成为养老金投资的对象，彻底打破了人为铸就在基金投资国企和民企之间的藩篱。二是简化市场准入管理程序。由于正面清单管理模式严格限制了全国社保基金理事会和具体投资主体的投资领域，这可能导致进入基金投资领域内容的市场准入管理程序较为复杂，易产生利益失衡导致腐败等问题发生。因此，负面清单管理的内容应实行清晰、统一的准入程序，尽量收拢权力减少管理主体，在规范流程基础上简化准入程序。三是明确准入的程序和管理机关。通过规范公开的准入程序和管理机关可以解决正面清单模式带来的市场运行透明度低的问题，而负面清单客观上增强了市场运行的透明度。四是体现公平竞争。即养老金负面清单管理模式应当使得参与养老金投资运行的主体乃至投资的对象应具有公平的竞争机会，防止各省可能出现的地方保护和全国社保基金理事会利用优势地位的自我逐利行为。另外，对于目前可能存在法律风险的问题，也即法律限制、禁止或未明确规定的行业、领域和业务亦应纳入负面清单的范畴。

（三）负面清单的制定与当前立法的衔接

养老金投资负面清单模式的改革并不能通过简单的提高立法等级能够实现，相反，由于养老保险立法本身的地方化、碎片化特点与外在环境决定了形式上的大一统立法结构并不可取。¹⁰⁵因此，养老金负面清单的制定势必不能超越

¹⁰⁵ 参见盛和泰：《养老保险“碎片化”的成因分析与应对策略》，载《保险研究》2011年第5期。

当前的立法规定，只能在已有的规范体系内进行调整。在养老金投资管理领域，《社会保险法》起到了统领的作用，从总体上明确了基金投资的原则和结构，规范基金的投资运营的文字通常与收支、管理同时出现，即立法者认为本法仅是提供原则性的规范架构，发挥引导下位立法的作用，通过第69条规定将具体实施投资运营的权限赋予了国务院。另外，《社会保险法》还在养老金投资具有全局意义上的问题，明确基本方向和规则，比如投资安全性和公开性等。而对于国务院立法可能存在的弊端，应该通过法律监督的方式予以解决，而非“讳疾忌医”一味否定。一味强求通过法律的形式来规范养老金投资各项制度的构建并不可取，负面清单管理模式涉及到各地利益调整、养老保险发展和实施的历史和现实因素交织，而负面清单构建需要极强的专业性和技术性，而历史已经证明在经济和社会改革领域内的立法位阶与效力通常成反比。法治的要求是实现法律治理而非提高立法位阶，毕竟抽象、原则的立法不能作出养老金具体投资决策，还需通过法规形式来具体指导投资人行为。

养老金投资负面清单制度是否与《办法》第六章“养老基金投资”所规定的内容相矛盾。前者规定的是养老金禁止投资、限制投资和谨慎投资的范围，后者则规定了准许投资的范围和领域。本文认为二者并不矛盾，前者是对后者投资范围的扩大和细化，换言之，养老金投资负面清单包含了正面清单可以投资的范围和投资的比列，还纳入了《办法》第六章规定之外得投资范围和领域，并对负面清单范围内的项目进一步分类提示。二者的共同点在于均是通过法律指引的形式来解决投资策略。由于资本市场投资的专业性和技术性，使得二者法律建构理念的出发点不同，负面清单模式是以否定的形式出现，而《办法》所确定正面清单模式是以肯定形式出现。虽说在养老金投资管理本质上二者并不矛盾，但考虑到负面清单的实施势必对现行《办法》的修改，而《办法》2015年8月正式实施，考虑到法律的稳定性和权威性，负面清单模式应作为未来改革的重点。也可考虑国务院对《办法》进行解释而推出负面清单制度。另外，好需考虑养老金负面清单与当前行政审批事项清单、《产业结构调整指导目录》、《政府核准的投资项目目录》，以及与依据法律、行政法规、国务院决定设定的市场准入管理事项的衔接。¹⁰⁶

¹⁰⁶ 参见冯蕾：《〈市场准入负面清单草案（试点版）〉发布》，载《光明日报》2016年4月13日第07版。

四、养老金投资负面清单的配套制度建设

（一）构建完善的养老金信托投资制度

养老金负面清单建立的目的在于保障基金投资的安全性、收益性和流动性，但负面清单本身仅是客观的额参照，并不解决谁来使用基金进行投资、什么样的方式投资的问题，为此还需明确何种投资方式有利于负面清单模式作用的发挥。目前，我国三类养老金运营管理的法律规定看，只有企业年金明确为信托模式。养老金的管理架构、运营机构的法律地位及权责体系等重要问题都未有明确规定，法律规范的缺失与养老金巨大的社会影响力不符，还需明确养老金运营机构的法律地位和义务等。¹⁰⁷ 本文认为，养老金信托与负面清单制度最为匹配。首先，养老金投资负面清单所强调的基金保值增值与信托的理财属性相契合，甚至有学者认为在财富安排和遗产继承方面，信托的历史甚至比私人银行更久远。¹⁰⁸ 其次，养老金投资负面清单建立的最主要目的即在于保障基金投资安全，这与信托财产独立性的设计不谋而合。信托财产的独立价值源于信托法规范，信托财产是信托立法规制的基础，信托财产独立性是信托立法的核心。¹⁰⁹ 最后，养老金投资负面清单通过公示接受社会化监督，这与信托关系的制约性“殊途同归”。信托关系中，信托财产由受托人单独运营，其决策不受委托人、受益人乃至政府的干预，相对于其他投资模式而言存在对关联主体的制约，故较能保证基金投资决策的科学和独立。特别是通过信托关系制约掌握养老金分配权的全国社保基金理事会的行为。21 个主要 OECD 成员国公共养老金治理法律结构中，采取信托模式管理的有 6 个国家，采取类信托模式（指契约模式）有 10 个国家，占 76.19%。相较其他管理模式，养老金信托在养老金市场上占据绝对优势。¹¹⁰

但遗憾的是，当前立法并未明确养老金信托投资，也就很难从制度渠道去规范和分析。即使相对较为完善的企业年金信托制度依然存在诸多问题，主要集中在受托人角色定位上。由于委托人的强制和资本市场受托人发展迟缓等原因，造成以信托方式运用的企业年金出现受托人难以充当核心主体的地位，出现“空壳

¹⁰⁷ 参见倪受彬：《公共养老金投资中的受信人义务》，载《法学》2014 年第 1 期。

¹⁰⁸ 参见王小刚：《富一代老了怎么办——财富规划与信托安排》，法律出版社 2012 年版，第 2 页。

¹⁰⁹ See Williston, Samuel, Right to Follow Trust Property When Confused with Other Property, Harvard Law Review, Vol. 2, Issue 1, 1888-1889, pp.28-39.

¹¹⁰ OECD (2015). Pensions at a Glance 2015: OECD and G20 indicators.OECD Publishing, Paris. pp.204-372.

化”趋势，难以承担起信托制企业年金架构中赋予的法律责任，甚至无序竞争导致基金投资的乱象等问题。¹¹¹究其原因在于作为委托的全国社保基金理事会的强势，该强势来源于其掌握的资金优势；以及缺乏规范和发育不完整的受托人市场。因此，问题的解决需要从委托人和受托人两方入手，分别构建完善的委托人权力平衡体系，及受托人专业资质和资格准入制度。规范委托人的立法在于防止其滥用优势地位，确保基金分配的安全。而建构受托人制度，在于强化受托人的专业性和受信性，通过法律和制度约束帮助委托人识别有信誉的受托人，强制不守信誉的受托人退出养老金市场；在养老金信誉机制相对成熟后，可淡化后者实行审慎人注册制。¹¹²

（二）完善养老金投资监督机制建立

养老金投资负面清单发挥其最大价值的关键在于执行，而如何保障投资人按照清单既有内容不折不扣的执行成为投资成败的关键。为此，还需在养老金信托投资的基础上建立强有力的监督机制，防范化解风险。当前主要存在两种养老金的信托监管模式，即集中模式与分散模式，前者将监管职能赋予单一机构，后者将监管职能赋予两个以上相互独立的主体。¹¹³当前我国对养老金投资负面清单制定实施的监管亦可采上述模式。由于养老金投资运营，涉及到人力资源和社会保障部门、银行业监督管理部门、证券监督管理部门、财政部门等政府机构的职能与权限，考虑到巨大的制度变迁成本，打造一个单一的养老金信托监管主体不太现实。本文建议通过立法，分别赋予上述部门不同的监管职权，互相协调配合，共同保证养老金信托的有序发展。为了避免多头监管带来的弊端，可以在各监管部门之间建立信息沟通与分享机制，由人力资源和社会保障部门主持，定期召开联席会议，其他监管主体共同参加，通过协调机制对各自负责的监管情况进行汇报交流，进而优化监管资源的配置。¹¹⁴为了避免监管联席会议制度沦为形式主

¹¹¹ 参见郑秉文：《当前中国养老金信托存在的重大问题及其改革方向》，载《中国政法大学学报》2008年第1期。

¹¹² 参见杨燕绥、李学芳、胡乃军：《养老金信托雪球效应模型建立与分析——管理模式视角下养老金制度可持续发展研究》，载《中国人口·资源与环境》2010年第6期。

¹¹³ 前者主要有智利的养老基金管理公司监管委员会，阿根廷的劳动与保障部，法国的养老基金控制委员会；后者如在美国，监管机构包括SEC、劳工部、国内税务局、养老金收益保险公司、社会保障局、社会保障信托基金托管委员会等。

¹¹⁴ 协调监管机制是金融监管中的一项重要制度。在世界范围内，金融监管协调机制有三个层次的安排：（1）由法律直接规定协调合作的框架和安排，如美国、德国、韩国；（2）通过在各类金融机构之间签署谅

义的代名词，有必要在立法中设置强制性的实体规范与程序规则，将人力资源与劳动社会保障部门打造成为养老金负面清单实施的“伞形监管者”。2013年8月20日，国务院发布《关于同意建立金融监管协调部际联席会议制度的批复》，使得由人民银行牵头，银监会、证监会、保监会及外管局组成的金融监管协调部际联席会议制度正式成立，其最大意义在于协调监管政策防止监管套利，使得金融监管不再受到监管真空的困扰。这一思路值得养老金投资负面清单模式监管借鉴。

养老金投资负面清单监督制度实施的规则构建上，主要从三个方面入手：其一，根据风险系数的不同，采取差异化市场准入监管。如风险系数高的领域和行业，要求基金投资运营机构具备较高要求。具体而言，市场准入制度不仅包括富有可操纵性的制度和法律框架，而且包括最低资本要求和适当的检验，其目标是允许最好的申请者进入，限制未来代理风险和制度风险。¹¹⁵在严格限量监管之下，通过注册资本、公司治理结构、专业管理人员资质等方面的限制进行监管，尤其是需要将资本充足率和资产管理专业的专业素养作为关注的重点，并进行严格审查。其二，基金资产监管。基金投资负面清单面临的一个核心问题是投资工具的选择以及风险与收益的权衡。考虑到养老金对安全性的要求，应当通过法律对其投资组合比例进行明确限制，包括投资工具的种类、风险的类别、资产的类别、所有权的集中程度等。根据马克威兹的投资组合理论，将不同品种的投资工具进行组合，可以降低投资风险。如在2008年的全球金融危机中，丹麦通过资产分散化、出售外币并购入30年期丹麦政府债券来分散国际金融危机的冲击，同时通过对冲操作、商品类投资收益，使得丹麦在社保基金市场化投资运营中取得了全球业绩最佳的业绩。¹¹⁶其三，信息披露监管。信息披露的目的在于将基金投资负面清单的程序和内容置于社会公众和监管机构的双重监督之下，防止基金投资运营机构违规操作，从而保护养老金受益人的利益。针对养老金的投资运营，必须确立实质主义的信息披露监管原则，注重信息披露的真实性、准确性、

解备忘录，对在法律中难以细化的责任分工、信息收集与交流、工作机制等具体事宜作出明确规定，如澳大利亚、英国；（3）在操作层面上作出一系列安排，实际运作协调合作机制。参见朱崇实主编：《金融法教程》（第三版），法律出版社2011年版，第61页。

¹¹⁵ 参见张新民：《养老金法律制度研究》，人民出版社2007年版，第378页。

¹¹⁶ 参见郑秉文：《金融危机对全球养老资产的冲击及对中国养老资产投资体制的挑战》，载《国际经济评论》2009年第9、10期。

及时性和完整性。必须将基金投资、收益、运营状况等重大事项通过季度报告、年度报告等形式向社会公众和监管机构进行充分披露。

我国企业职工退休金给付请求权 之法律救济路径探析

张凌竹 王鹏*

【摘要】退休金给付请求权系指退休者基于享有退休金给付的不可丧失期待权所产生的权利。目前我国退休金给付请求权之司法救济存有障碍,可以通过赋予退休金给付以不可丧失既得权以及确立退休金给付请求权成就的基本要件等方式充实企业职工退休金给付请求权的实体内容。对于退休金给付请求权的争议主要可以从行政保障与司法救济两个层面进行解决,在行政保障上应当重视调解员的作用,在司法救济中更加强调法官自由裁量权的运用。

【关键词】退休金给付请求权;不可丧失既得权;法律救济

目前,我国一些学者、职业法官认为,退休金给付请求权属于政策领域的事情,与权利无关,更无程序请求问题。^{[1]40}这种看法显然与我国目前尚无法律予以明确规定退休金给付请求权不无关系。¹¹⁷因为相关立法在表述上,对于诸如法院关于社会保险相关劳动争议案件具体受理范围等问题存在一定的模糊性,所以导致实践中往往出现一些情况,表现在只要具体争议涉及到社保机构的,法院则不予受理,认为退休者应该通过社保机构以行政方式进行解决;而有关社保机构认为因为用人单位没有缴纳基本养老保险费等致使劳动者遭受损失的属于劳动争议,应当由人民法院受理。这种受案范围不清的情形导致退休者无法及时采取司法救济手段,退休金给付请求权难以实现,退休者进退维谷,无所适从。同时,

*基金项目:司法部2012年度国家法治与法学理论研究项目(立项编号12SFB2048)

作者简介:张凌竹(1981-),女,吉林省延吉市人,长春理工大学法学院讲师,法学博士。王鹏(1979-),男,吉林省龙井市人,吉林司法警官职业学院讲师。

¹¹⁷如《劳动法》第3条规定,劳动者享有享受社会保险和福利权利以及提请劳动争议处理的权利;第73条规定,劳动者在退休的情形下,依法享受社会保险待遇。《劳动争议调解仲裁法》第2条规定,用人单位与劳动者发生的因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议适用该法。最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(一)》第1条规定,劳动者与用人单位之间发生的关于劳动者退休后,与尚未参加社会保险统筹的原用人单位因追索养老金、医疗费、工伤保险待遇和其他社会保险费而发生的纠纷,属于《劳动法》第2条规定的劳动争议,当事人不服劳动争议仲裁委员会作出的裁决,依法向人民法院起诉的,人民法院应当受理。最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》第7条规定,关于劳动者请求社会保险经办机构发放社会保险金的纠纷不属于劳动争议。上述涉及的社会保险包括了养老、医疗、工伤等强制性社会保险,而所指的劳动者享有社会保险权利及其法律救济的权利却并没有特别指向退休金给付请求权。

由于我国专门性退休金给付立法长期缺位,所以对于退休金给付请求权的发生要件如退休事由、退休年龄、工龄等均散见于法律、大量的行政法规、部门规章、司法解释等规范性文件中。因为文件的发布时间较为频繁,又涉及司法、劳动行政、财政、税务、医疗等多个部门,所以造成了整个法律体系不够系统、适用上混乱甚至冲突的情况。综上所述,退休金给付请求权之法律救济存有障碍,一定程度上源于退休金给付请求权缺乏充分肯定与确认。显然,厘清以上的现实困惑并研究其发展走向,将有助于开启退休金给付请求权法律救济的完善和变革之路。

一、企业职工退休金给付请求权之基本内涵

根据我国宪法第 44 条规定,国家依照法律规定实行企业事业组织的职工和国家机关工作人员的退休制度。退休人员的生活受到国家和社会的保障。退休权因此作为宪法上的基本权利,包涵了通过保护退休主体实施退休行为,使得退休者能够体面有尊严地受领退休金,退休生活免于陷入经济上的困境,安享晚年生活等多重意蕴。从逻辑上讲,退休权之义务主体是国家,国家必须积极作为满足权利的实现,如果国家在保障退休权的过程中消极不作为,就可能涉及违宪。那么在我国,个人是否可以向国家这个特殊的义务主体主张退休权?也就是退休权是否具有可诉性呢?答案似乎是肯定的,但是因为并没有设立司法审查制度,所以即使退休权可能受到侵犯,相关主体也只能依据违宪审查的规定对于涉及违宪的有关退休权的规范性文件提出建议¹¹⁸,不能直接依据宪法提起诉讼,这难免使得退休权因无法获得法律救济而流于形式。退休者如何享有并积极主张该权利关系到自身生存与社会的稳定,所以退休权不应该止于国家作为义务,而应当具体化为权利主体可以直接主张的请求权——退休金给付请求权。退休金给付请求权体现了退休权保障退休者受领退休金、维持基本生活的理念,是退休权最基本的权利诉求。

退休金给付请求权系指退休者基于享有退休金给付的不可丧失期待权所产生的权利。从其产生来言,退休金给付请求权是退休者私域的事情。在美国、德

¹¹⁸我国《立法法》第 90 条第二款规定,国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和各省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会以外的其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的,可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议,由常务委员会工作机构进行研究,必要时,送有关的专门委员会进行审查、提出意见。

国等国，此种不可丧失期待权属于财产权的范畴，具有不受公权力侵犯的性质。

“退休金请求权是市场经济发达国家法律制度中所创制的权利。”^{[1]40}在德国，企业破产后，雇员的退休金给付请求权与工资请求权将被同样地对待，^{[2]279}而雇员的基本工资请求权基础是德国《民法典》第611条第1款联系劳动合同。^{[3]66}因此，退休金给付请求权可以被界定为基于劳动合同而产生请求退休金给付的权利，雇员为退休金给付请求权主体，雇主为退休金给付被请求权主体。在德国、美国等国，企业退休金给付请求权的义务主体直接指向用人单位（在有些企业年金中，退休者本身也负有一定的缴费义务，但是退休者不可能自己请求自己给付，所以这里的义务主体直接指向用人单位）。在德国，企业退休金给付的依据是雇员与雇主之间签订的劳动契约中约定了退休金给付义务，直到退休金给付的要件发生时，退休金给付才能发生，而退休金给付请求权能够得以成立。因此劳动关系是退休金给付的先决条件。而劳动契约完全是由雇主单方面根据民法典中合同法的一般条款和条件的规定进行拟定，^[4]因此在德国法上，退休金给付不是法定强制义务，而是存在于民法调整的劳动契约或者集体契约之中，退休金给付请求权属于私权的范畴，并通过私法的方式进行调整。在美国，退休金计划是劳动契约的法定条款之一。现行法规定来源于雇员自己缴费部分的退休金给付必须始终是全额给付的既得权，而雇主缴费部分要依赖于退休金计划的类型：确定给付型退休金计划在工作五年以后是全额给付的既得权。既得权是一项不可改变的契约权利，除非在极端有限的环境下，否则在没有参与者同意的情形下不能被剥夺或者损害。当雇员取得了从雇主处受领退休金的权利，即使他退休之前已经脱离于该雇主，法律规定其始终享有该权利，且具有不可丧失的性质，这种不可丧失的退休金给付权利即既得权。因此，只要满足退休金给付的要件，雇员则可以行使退休金请求权。公共部门雇员在就业期间根据退休法律获得的退休金给付权是既得权利，承诺的退休金给付在就业期间可能增加，除非雇员同意否则不会减少。^{[5]8}在我国，如果将退休金给付请求权纳入私法领域内，以私法为调整规范，则意味着退休金给付请求权所涉主体即退休者、用人单位与劳动行政部门之间是平等关系。但是社会保险经办机构作为给付退休金的主体之一，除了为退休者发放退休金以外，也要负责进行监督检查退休费用的征缴等工作，与用人单位、退休者之间是不平等的社会管理关系。而就退休者与用人单位而言，二者也不属于平等

的关系。现行法律体系已然将劳动合同从传统民法之债中分离出来,“劳动法对劳动合同的内容作了很多的限制,劳动合同已不能简单地适用合同自由原则,因为受国家法律与集体合同的限制,使劳动合同独立于民事合同,置于劳动法的范畴,具有了社会性品格,其法理念在相当程度上体现社会大众的利益,不能简单地将劳动合同看作是劳动者与用人单位之间‘私的合同’。”^{[6]118-119}所以目前在社会法法域中调整退休金给付请求权更加适宜,故而在理论研究与司法实践中,退休金给付请求权的争议一般归属于劳动争议,可根据劳动争议解决机制进行处理,包括调解、仲裁、诉讼等具体方式;而退休金给付由专门的退休金给付法以及税法进行调整,所以在解决争议的过程中还需适用相关法律的具体规定。

二、域外企业职工退休金给付请求权法律救济之典型模式

目前,我国退休金给付请求权尚未得以真正确立,系统化研究阙如,司法实践救济不力的情形屡见不鲜。而美国模式与德国模式作为典型代表,分别构建了较为成熟的退休金给付请求权之法律救济体系。从一定意义上来说,研究这两种模式,将对我国企业职工退休金给付请求权之法律救济模式的形成具有重要意义。

(一) 美国模式

美国企业退休金给付条款是雇主与雇员在劳动合同中进行的约定,所以退休金给付请求权的纠纷属于劳动争议的范畴。在美国,劳动争议大体上分为利益争议和权利争议两类,一般来说可以通过行政保障与司法救济途径解决。利益争议主要表现为集体合同争议,美国的劳动争议解决机制主要是针对集体劳动合同利益争议而建立,而劳动争议解决机制一般分为官方与非官方解决机制,国家劳动关系委员会是官方解决机制中的主体,涉及到诉讼方式处理纠纷;联邦调解服务机构和美国仲裁协会是非官方解决机制中的重要主体,主要通过调解、仲裁的方式解决争议。1947年美国通过塔夫特-哈特利(Taft-Hartley)法案,原来的美国调解服务机构不再作为劳动部的机构,而是成为了具有独立性的“联邦调解服务机构”(FMCS),该机构对于除了铁路和航空以外所有涉及贸易的劳资纠纷都有潜在的管辖权(铁路和航空的劳资纠纷由国家调解委员会受理(NMB))。此种调解不涉及法定的劳动权,自然也不涉及退休权。当双方谈判陷入僵局,可主动寻求联邦调解服务机构介入,而且双方达成的任何协议都可由法院强制执行。当涉及

重新订立或者重新协商集体合同之时，国家劳动关系委员会要求企业处理其他事务之前，须首先将此意图报联邦调解服务机构备案。联邦调解服务机构为了便于争议当事人之间的交流与沟通而设立了劳动调解员，联邦调解服务机构认为当争议当事人接受调解员并主动寻求帮助的时候，调解的效果才能较好，所以规定除了健康医疗领域与国家紧急争议情形是强制调解以外，一般不会强迫当事人必须向其申请调解。1973年开始，联邦调解服务机构也涉及对于政府雇员集体合同争议的调解。^{[7] 464-465} 美国1935年颁行的《国家劳动关系法》(National Labor Relations Act, 即NLRA)将劳动仲裁作为一项解决有关集体合同条文争端的首选国家政策。劳动仲裁机构是一个独立于政府的机构，不受政府干预。除了由双方在其集体合同中预先必须规定的条件外，劳动仲裁并无其他的先决要求。但如果双方选择指定的仲裁机构并从中挑选指定的仲裁员，那么仲裁员将受特定行为规范和程序的约束。^{[8] 169-170} 针对私营企业在解释和应用集体合同过程中产生劳资纠纷，仲裁是能够获得终局并具有约束力裁决的最普遍的方法。20世纪早期，仲裁已经成为解决争议的普遍模式。二战期间，战争劳动委员会积极鼓励仲裁规则的统一，到战争结束时，仲裁条款已经成为集体合同中的正式条款。政府部门的集体合同正式规定了申诉仲裁，除了在联邦政府部门，申诉仲裁不具有终局性，而且要受到联邦劳动关系权力机关(FLRA)的审查，一般涉及到州与地方政府雇员，仲裁具有终局性的约束力，但是加利福尼亚州除外。^{[7]480} 对于某些涉及法定劳动权与民生领域的劳动争议，政府直接干预，由政府设置的仲裁机构实行强制仲裁。但是，也有观点认为，在雇佣争议中的强制仲裁对于雇员来说是不公平的。因为雇主一方拥有更大的谈判能力，而且如果仲裁协议符合某些防止程序或是内容不正当性的要求，法院通常会拒绝讨论并支持雇主要求强制性仲裁。另外，强制性雇佣仲裁与退休金给付、经济补偿金、竞业禁止等其他方面是一样的，即雇员很少涉及，而雇主提交给雇员时则无协商的余地。^[9]

权利争议主要是指对于既存权利的执行、解释造成侵犯而引起的争议，如退休金等问题，其法律基础是根据法律法规、集体合同、劳动合同的约定，由普通法院主要通过民事诉讼程序进行审理。^{[10]25} 《雇员退休收入保障法》¹¹⁹将雇主为雇员建立的退休金计划分为两种：福利型企业年金计划与退休金计划。该法的重

¹¹⁹ 美国《雇员退休收入保障法》即 The Employee Retirement Income Security Act of 1974 (ERISA).

点在于退休金计划。虽然法律没有要求雇主必须为雇员提供退休金计划，但是如果雇主提供了计划，则必须符合法律设定的最低给付标准与要求。^{[11]257}该法制定的目的在于通过建立管理行为、责任分担与受托人义务的标准与提供适合的救济与制裁措施，防止滥用以及保护雇员和退休金计划中的受益人的利益。所以该法案为雇员及其受益人提供了全面的法律救济体系。根据《雇员退休收入保障法》第 502 条规定，允许退休金计划参与者按照第 409 条^[12]规定起诉，包括要求恢复因违反受托人义务导致的损失以及其他有关平等救济等法院认可的救济。但是，在过去的三十多年中，法院发布的大量决定逐渐影响了该法实施的初衷，即违反了保障退休金给付安全的目的。曾经被誉为“退休金权利法案”的《雇员退休收入保障法》已经逐渐褪去了原有的光环。随着数以百万计雇员的经济命运危如累卵，思考法律如何回应现实的时机已经到来。^[13]除了《雇员退休收入保障法》以外，如果同时发生了能够产生相同或者更大价值的利益冲突之时，一些州将雇员在退休金体系中享有的契约性质的权利或者既得权利归结为可以在退休金计划中做出适当合理调整的有所保留的立法权力。对于此方法，最普通的实用版本是加州法则。依据该法则，允许政府合理调整州与地方公共退休金，而这些调整应当与退休金给付体系在物质上密切相关而且运行良好。另一个与合理调整有关的是宾夕法尼亚法则。依据该法则，当有必要保护或者加强退休金计划精算的稳定、公正之时，则允许政府对其进行合理调整。这些合理调整不仅包括延迟受领退休金的年龄，增加退休金给付的金额，也包括减少退休金给付的金额，但是为遗属提供遗属给付，还包括降低雇主的缴费率，没有迹象表明降低缴纳率能会阻止退休金给付体系的良好运行或者降低退休法律制度的价值。^{[14]1178}

（二）德国模式

在德国，普通法院根据宪法对于法律进行解释。在劳动法领域，劳动法院履行了这一重要职责。^{[15]183}一般而言，在欧盟国家，劳动争议分为个人争议与集体争议，而集体争议又可以分为权利争议与利益争议。个人劳动争议的诉讼环节主要包括以下五个方面：一是雇员提出申请。根据《不当解雇保护法》的规定，雇员必须在收到解雇信的三周内提出反对终止雇佣的申请，以避免解雇生效。二是召开调解听证会。《劳动法院法》不提供替代性纠纷解决机制。与美国设立国家劳动关系委员会相比，德国没有设立专门的政府机构处理劳动法上的请求权争

议。另外，在德国雇佣或者劳动案件中，也没有具有约束力的仲裁规定，除非在调解委员会介入之前，雇主与劳资协议会之间存在争议。在劳动法院关于雇佣法的审理程序中规定了强制的调解听证会程序，双方当事人可以在经法院审判之前尝试解决争议。在集体合同法程序中，法院都会组织召开调解听证会，意在征询双方当事人是否愿意在裁决之前解决争议，但是调解听证会不是劳动法规定的强制性程序。80%以上涉及终止劳动者雇佣的案件都在法院审理之前得到了解决。三是谈判和解。在不当解雇纠纷中，和解的主要内容是经济补偿金的数额，这个数额是双方当事人自由协商，但是法院可能会根据之前初步考察案件的情形提供建议的数额作为协商的基础。四是召开重要听证会。如果纠纷仍然没有得到解决，主审法官将主持重要听证会来考量案件的各方面情况。五是做出结论。如果案件在调解与重要听证会中都没有得到解决，法院将在听证会结束时发布结论，如雇佣关系继续或者解除雇佣关系、支付经济补偿金等。^{[15]318-319}

与美国的规定较为类似，集体争议中的权利争议产生于执行、解释法定权利或者在既存集体合同中设立权利的过程之中。而利益争议则相反，主要包括决定权利和义务或者调整既存权利过程中的争议，利益争议一般产生于集体合同不再存在或者处于重新协商的集体争议之中。关于这些争议的解决方式，除了司法救济以外，主要采用调解与仲裁的方式，一般称为替代性争议解决机制。调解主要涉及中立的第三方干预机制，调解员为了便于当事人之间沟通，可以提出解决提案，当事人可以接受也可以拒绝。仲裁也属于中立的第三方干预方式，但是仲裁机构经依法授权可以对案件做出有约束力的裁决。^{[16]1-2}《企业退休金法》是德国劳动法的组成部分之一，德国的退休金给付请求权在《企业退休金法》中得以保护。在德国1974年《企业退休金法》颁布之前，因为缺少专门性立法，所以退休金给付的相关内容都是由劳动法院根据民法典中合同法的一般条款和条件进行调整。该法通过后，于2001年进行了修订，包括不可丧失既得权、责任分担、执行类别、给付调整、破产保护等涉及退休金给付的所有重要事项。在有关企业退休金给付纠纷的案件中，劳动法院体系具有根据《职业年金法》或者《企业退休金法》独立做出裁判的能力，包括争议主体是退休金给付的提供者或者在破产保护领域中的退休金保险协会，只有关于退休金保险协会的强制缴费的争议是由行政法院来解决。^{[17]290}劳动法院（Arbeitsgericht）是受理劳动争议案件的一审法

院。如果当事人上诉，高等劳工法院(Landesarbeitsgericht)将对劳动法院的决定进行复核。^{[17]317}

三、企业职工退休金给付请求权之法律救济路径的变革

(一) 充实企业职工退休金给付请求权的实体内容

法律对于退休金给付请求权的发生，应当规定具体的实体内容与救济方式，实体内容不仅包括劳动合同有效、请求权存在等实质要件，也应规定退休年龄、工作年限等形式要件。中国保监会于2008年1月1日起施行的《保险公司基本养老保险业务管理办法》第18条规定：团体养老年金保险的被保险人分担缴费的，保险合同中应当明确投保人和被保险人各自缴费部分的权益归属，被保险人缴费部分的权益应当完全归属其本人。第19条规定：团体养老年金保险合同应当约定被保险人在离职时，有权通过投保人向保险公司申请提取该被保险人全部或者部分已归属权益。这是我国首次在立法中规定了基本养老保险制度以外的退休金给付的既得利益归属问题。被保险人自己缴费部分从缴费时起应自动成为被保险人受益人，所以离职时被保险人有权提取该部分，而对于投保人缴费部分的权益归属还需依照保险合同约定而定。虽然该部门规章没有明确指出缴费部分权益归属的法律性质，但是这种积极的尝试为在基本养老保险制度中明确退休金给付请求权、确认其权利的不可丧失性——是一种不可丧失既得权——有着良好的标本意义。

1. 德美两国对于不可丧失既得权的规定及意义。权利大多为确定的既得的权利，权利人现时即可享受某种法律上的特定利益，被称为既得权。但也有很多权利并非能完全地现时享有，须待特定事件的发生或一定时间的经过，权利人才可以完全行使其权利并享受特定的利益，此类权利则被称为期待权。^{[18]2-3}雇员在劳资双方的劳动关系存续期间对于雇员做出退休金给付的承诺，从承诺生效时起，退休金给付即成为雇员的期待利益即期待权，但是退休金给付要等到年老、身体失能等事由发生时方能进行，此时退休金给付请求权得以成立。1972年德国联邦劳动法院以法官造法的方式确认了退休金期待利益在一定条件下不可丧失，而在此之前通常认为因为契约自由的原则，所以如果劳动契约规定雇员在退休之前解除劳动关系，那么他必然丧失退休金给付请求权。期待利益或者期待权是退休金给付请求权实现的先期阶段，当给付要件完备并发生，期待权则相应转

变为退休金给付请求权。即使雇员在退休之前离职，也仍然享有退休金给付请求权，此为不可丧失的权利。1974年《企业退休金法》颁布，经过2001年修订，成为了现行德国规定退休金给付的法律，制定该法的目的即是为了保护退休金期待利益不可丧失。该法接受了联邦劳动法院的确认，在第一条b款规定了退休金期待权不可丧失，而取得不可丧失的退休金期待权的要件是雇员在退休之前结束劳动关系、并且已经年满30岁、雇主承诺给付退休金已经持续至少5年等。但是，德国雇员能够请求企业退休金给付的根本原因是劳动契约的存在，而非因为法律对于雇主规定的强制义务，具体而言劳动契约的内容主要包括退休金给付的基本要求、个人或者集体退休金给付承诺、提供给付或者缴费的承诺、延迟报酬等。^{[17]290-294}

与德国有所不同，美国《雇员收入保障法》由四大组成部分构成。一是保护雇员给付的权利，其中分为A-L共计十二部分，在A中的定义部分规定了既得利益是指退休金计划参加者和其受益人在正常退休年龄可以立即或者延迟获得的退休金给付的现值，这种既得利益是不可丧失的。E部分是最低既得权标准，其中规定依据《雇员收入保障法》，当应得给付适用于计划参与者获得的给付之时，既得权利则发生效力，此时参与者的应得给付是不可丧失的。对于应得给付与既得利益给付存在一些适用上的困惑，最高法院规定应得给付率是雇员获得并放入自己退休金账户的给付的比率，而既得是指雇员应得的退休金账户成为不可丧失、不可取消的私有财产的过程。一旦退休金给付成为既得利益，即便参与者在退休之前离开工作岗位，也能够受领自己退休金给付中的既得部分。既得权的发生仅需要来源于雇主在退休金计划中的缴费，而参与者退休金计划的缴费依法自动成为不可丧失的利益。该法规定了既得权实现的两个基本要件：一是年龄；二是工作年限。《雇员收入保障法》对既得权的要求有三种选择。一是立即一次性获得100%退休金给付既得权。二是所有退休金计划中最常用的一次性获得100%退休金给付既得权。雇员工作年限达到5年，即可一次性受领100%退休金给付既得权，但是未达到5年之前即离职，其给付既得权会完全丧失。三是渐进式获得退休金给付既得权。雇员工作3年以下没有任何既得权；工作3-4年获得20%既得权；4-5年获得40%既得权；5-6年获得60%既得权；6-7年获得80%既得权；7年以上则获得100%既得权。^{[19]58-60}2001年颁布的《经济增长和税收减免平衡法

案》(Economic Growth and Tax Relief Reconciliation Act 即 EGTRRA)修改了有关《雇员收入保障法》实现既得权的规定,提供了两种选择:一种是工作年限达到3年后一次性获得100%既得权;一种是工龄满2年后获得20%的既得受益权,以后逐年增加20%,直到工作年限达到6年后获得100%的既得权。这种进度表只适用于匹配雇员自愿缴费(与雇员的强制性缴费相对)的雇主匹配缴费情形。^{[20]12}

通过德国与美国的企业退休金给付的法律规定可以看出,雇主建立企业退休金计划,可以吸引雇员忠诚地服务于企业,减少劳动力过于频繁流动造成企业用工成本的减损。但是如果没有不可丧失既得权的确认,则企业可能在雇员即将达到正常退休年龄、准备受领退休金之际以某些理由任意终止劳动合同,使得劳动者因年老或者身体丧失劳动能力而离开工作岗位时不能享有退休金,以继续其退休后的社会生活。规定既得权利不可丧失即是为了保护劳动者对于退休金给付的期待,减少其对于如何维持退休生活的担忧,进而才能安心地服务于企业。

2.我国赋予退休金给付以不可丧失既得权的现实需要。我国企业年金计划至今覆盖面有限,退休者领取退休金依然主要依靠城镇职工基本养老保险制度。目前该制度已经覆盖达到2.32亿人。^{[21]12}根据2011年国家人口计生委发布的《中国流动人口发展报告2011》,我国就业的流动人口中,52%没有参加任何社会保险,而且流动人口基本养老保险转移比例低,异地接续仍然困难,这将造成前期缴费的失效,不能为流动人口未来生活带来真正保障。为改变这种状况,2010年1月1日开始施行的《国务院办公厅关于转发人力资源社会保障部财政部〈城镇企业职工基本养老保险关系转移接续暂行办法〉的通知》(国办发[2009]66号)第4条规定了参保人员跨省流动就业转移基本养老保险的若干问题。其中转移资金的计算方法是个人账户储存额可以全部转移,而统筹基金即单位缴费部分以各年度实际缴费工资为基数,按照12%的总和转移。目前全国大部分地区的单位缴费率为工资基数的20%,部分地区低于20%,根据该文件的规定等于只是转移了单位缴费部分的60%。对于只转移了部分的单位缴费,人保机构负责人认为“单位缴费的大部分随跨省流动就业转给了转入地,减轻了转入地未来长期的资金支付压力;单位缴费的少部分留给转出地,用于确保当期的基本养老金支付。确定适当的单位缴费资金转移量,是为了平衡转出地和转入地的基金关系,对流动就

业参保人员本人的基本养老金水平核定不会产生不利影响^{[21]13}”。通过测算得出 12% 的比例能够达到转入地与转出地两方资金的平衡。但是对于劳动者而言，减少的 40% 单位缴费造成的利益损失却无以其他方法达到平衡。此种转移资金的计算方法也没有以退休金给付既得权为法律基础。理论上讲，基本养老保险关系转移接续目的应在于，“促进人力资源合理配置和有序流动，保证参保人员跨省流动并在城镇就业时基本养老保险关系的顺畅转移接续”。但令人遗憾的是，以权衡参保地的资金得失而建立的转移接续方法显然无法有效实现劳动者期待的退休金给付。事实上，如果能够依法赋予劳动者享有退休金给付之不可丧失既得权，按照工龄（工作年限）规定获得既得权的比例，并且根据劳动力流动与经济的具体情形相应调整工作年限，可以保证劳动者在不丧失退休金给付既得权的同时，实现自由就业、流动就业、异地就业，也将一定程度地促进社会经济的发展。另一方面，若在我国基本养老保险制度中确立退休金给付期待权之不可丧失性，因为基本养老保险等社会保险是劳动合同的法定条款，则代表劳动合同生效之日起劳动者即对未来退休金给付形成了一种期待利益，并且期待利益不会随着劳动者离职而丧失。《劳动合同法》第 50 条规定：“用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。”当劳动者（严格意义上说是期待利益享有者，因为劳动关系已经解除）在达到法定退休年龄之前与用人单位解除劳动关系，则退休金给付的既得权不会因此而丧失，可随之转移到新建劳动关系中的用人单位一方。

为进一步健全退休金给付制度，我们建议对于获得既得权的劳动者的年龄、工龄与既得权的比例等都应作出相应的灵活规定，这将有助于劳动者既得权不可丧失的保护。当前，我国职工基本养老保险费的缴纳是用人单位与劳动者的法定义务，具有强制性的特征。《社会保险法》规定，参加基本养老保险的个人，达到法定退休年龄时累计缴费满十五年的，按月领取基本养老金。法律强制性规定了统一的缴费年限，若没有达到该缴费年限，须采取延长一定的退休年龄（见前文，有的省市制定了相应的规范性文件）等方式继续补足缴费年限，或者转入新型农村社会基本养老保险或者城镇居民社会基本养老保险，方可领取退休金。在该法施行之前，国务院《关于完善企业职工基本养老保险制度的决定》（国发[2005]38 号）规定到达退休年龄但缴费年限累计不满 15 年的人员，不发基础

养老金；个人账户储存额一次性支付给本人，终止基本养老保险关系。《社会保险法》一定程度上缓和了国发[2005]38号文件的刚性，为劳动者提供了选择的可能，但是如果劳动者没有采取《社会保险法》规定的任何方式，则无法实现享有受领退休金的权利。

3.确立退休金给付请求权的要件。期待权是请求权实施的先期阶段，期待利益满足了请求权发生的要件，即形成请求权。退休金给付请求权的成就应当具备基本要件。其一是退休者在退休之前与用人单位存在劳动（工作）关系，签订的劳动（聘用）合同有效。判断劳动合同是否有效之问题，应当根据劳动立法的具体规定，但是实践中认定劳动者与用人单位是否存在劳动关系也具有较大难度。有学者认为可以根据劳动者对于该用人单位是否具有“人格从属性、组织从属性与经济从属性”^{[22]94-95}等特征进行判断。其二是退休者应当满足法定退休条件，包括达到退休年龄、基本工龄与缴费年限等。根据《公务员法》、国发[1978]104号文件等规定党政机关、群众团体、企业、事业单位的干部的退休条件为男年满60周岁，女年满55周岁，参加革命工作年限满10年的；男年满50周岁，女年满45周岁，参加革命工作年限满10年，经过医院证明完全丧失工作能力的；因工致残，经过医院证明完全丧失工作能力的。而事业单位和党政机关、群众团体的工人的退休条件为男年满60周岁，女年满50周岁，连续工龄满10年的；特殊工种的工人，男年满55周岁、女年满45周岁，连续工龄满10年的；本项规定也适用于工作条件与工人相同的基层干部；男年满50周岁，女年满45周岁，连续工龄满10年，由医院证明，并经劳动鉴定委员会确认，完全丧失劳动能力的；因工致残，由医院证明，并经劳动鉴定委员会确认，完全丧失劳动能力的。另外，公务员经本人自愿提出申请、任免机关批准，可以提前退休的条件为工作年限满30年的；距国家规定的退休年龄不足5年，且工作年限满20年的；符合国家规定的可以提前退休的其他情形的。《社会保险法》规定，参加基本养老保险的个人，达到法定退休年龄时累计缴费满十五年的，按月领取基本养老金。但是如果能够在确认退休金给付的期待利益不可丧失的前提之下，根据不同的年龄、工龄、缴费年限来确定获得既得权的比例，将更好地保障劳动者的经济利益。年轻劳动者更换工作的频率可能相对较高，而中年、年长劳动者可能相对稳定，

按照 29 岁以下、30-44 岁、45-59 岁三个年龄阶段^{1 2 0}来确定获得既得权的年龄分段,并根据具体测算得出工龄与缴费年限的分段,不再适用统一的 10 年工龄、15 年最低缴费期限等规定。通过综合考量最终确定获得既得权的比例:年龄小、工龄短、缴费时间少则既得权比例较低,反之则既得权比例较高,中间部分根据具体规定获得既得权比例也不相同。从而使劳动者拥有更多选择,鼓励劳动者能够从自身实际情况出发,享有退休金给付的既得权。而对于企业来说,如果不再规定统一的基本养老保险费的缴费年限,一定程度上会降低相应的用工成本和管理费用。

(二) 完善退休金给付请求权的保障与救济机制

从广义来说,保障包含了救济的内容,而狭义上的保障和救济又存在一定的差别。保障一般是指立法机关或者行政机关依靠其调查与当事人的申诉,通过立法或者行政程序提起程序,但是保障的后果并不直接关系到公民具体权利的实现,而且结果往往不是最终的,当事人对结果不满,还可以提起司法诉讼程序。救济,通常指的是司法机关或者仲裁等中立机构,由当事人按照法律程序提起诉讼或者依法申请仲裁,救济的后果会在实际上确认或者肯定公民某一方面的权利,并且具有终局性和最终的法律效力。^{[23]211-212} 退休金给付请求权的保障和救济,在此探讨的保障是以行政保障为主,不涉及立法保障的相关问题。对于退休金给付请求权的争议可以主要从行政保障与司法救济两个层面进行解决。

1.行政保障上重视调解员的作用。依据《劳动争议调解仲裁法》第 2 条规定,用人单位与劳动者发生因确认劳动关系发生的争议;因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议;因除名、辞退和辞职、离职发生的争议;因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议;因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议时应当适用该法。退休金给付请求权的争议属于该法规定的劳动争议范围,所以用人单位与劳动者可以适用该法解决退休金给付请求权的争议。根据人保部统计,2013 年全年全国各级劳动人事争议调解组织和仲裁机构共受理劳动人事争议案件 149.7 万件。结案 138.8

^{1 2 0} 该年龄标准参考上海市统计局.上海常住人口性别年龄结构变化特征分析[EB/OL]. [2011-12-14]. <http://www.stats-sh.gov.cn/fxbg/201112/236881.html>. 其中对于劳动年龄内部结构的划分:15-29 岁青年劳动年龄人口;30-44 岁中年劳动年龄人口;45-59 岁老年劳动年龄人口。另外,联合国世界卫生组织对年龄的划分标准作出了新的规定:44 岁以下为青年;45 岁至 59 岁为中年人。

万件。仲裁结案率为 95.6%。¹²¹因此，调解和仲裁作为行政保障的主要方式在解决劳动争议方面卓有成效。

劳动调解并非强制性必经程序，而是以双方自愿为基本前提，如果调解协议顺利达成，应当能够得到较好地履行。另外，根据《劳动争议调解仲裁法》的规定，劳动争议调解协议书具有了一定的约束力，对于法律规定事项达成的协议书，劳动者可以据此向法院申请支付令。只有赋予了调解的结果一定的约束力，调解才不会简单流于形式。调解是开启劳动争议之锁的第一把钥匙，对于降低纠纷交易成本、提高解决效率等方面的重要性不言而喻。退休金给付争议中的退休者一方，可能是因为年老或者身体失能离开工作岗位，在身体状况、经济实力等各方面比其他劳资争议中的劳动者都处于更为弱势的地位，如果能在调解阶段解决争议，将有利于及时实现退休金给付，保证退休者的基本生活，体现政府与社会关注民生、以人为本的理念。因此，调解组织应当在调解过程中充分发挥积极作用，其中调解员的地位也就相应凸显出来。依据我国法律规定，调解员首先应当具有专业知识、文化水平、较高的社会影响力与道德水平。但是调解员不应简单地扮演在劳资双方规劝、说服的角色，而可以在当事人提出申请之时，能够主持调解会议，分别与双方进行商议，主导整个调解过程。调解员如果承诺促进当事人之间的协商，应当通过建议另一方申请人明确对方申请人可能会接受这样的条款的方式为双方预先检查新的协议提案，这样调解员才能够鼓励陷入僵局的当事人重新回到谈判桌上。调解员也可以尝试通过设定双方可能接受的方式来解决事实上的争议，在这一过程中，调解员的建议也许会形成新的解决方案。需要建立体系化的调解规则、形成系统化的调解方式以及针对个案特征进行个别处理，调解员的责任十分重大。仅仅因为“热心”调解工作却停留在兼职、免费的基础上，调解员将受到知识能力、个人精力与经济能力等各方面的局限，因此，加大对于调解员的培训、报酬给付、配套设施等方面的投入，才可能使得劳动调解为解决劳资争议奠定坚实的基础。

2. 司法救济中强调法官自由裁量权。当前世界各国劳动争议的数量越来越大，其中由退休金给付引起的劳动争议也占据了一定的比重。根据国际劳工组织对于 44 个国家的统计，在引起各国集体合同争议的主要原因中，退休金给付与

¹²¹ 统计数字来源于人力资源和社会保障部.2013 年度人力资源和社会保障事业发展统计公报[EB/OL]. [2014-05-02]. http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhshbzb/zwgk/szrs/ndtjsj/tjgb/201405/t20140529_131147.htm.

社会保障占到了所有劳动争议比例的 7.27%，在工资、职业安全、劳资关系等十项原因中位列中间。^{[16]20} 各国基于节约诉讼成本等理念，鼓励纠纷当事人采用调解、仲裁等替代性方式解决劳动争议。我国对于解决劳动争议设立了“一调一裁二审”的制度，根本目的同样是希望通过调解、仲裁等方式在诉讼之前解决劳动争议，尽量降低双方当事人的救济成本。而诉讼则成为了当事人诉求权利保护的最后一道屏障。

目前退休金给付请求权没有专门的立法进行保护，也不存在严格意义上的救济程序。根据《社会保险法》的规定，用人单位或者个人认为社保经办机构的行为侵害自己合法权益的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。用人单位或者个人对社会保险经办机构不依法办理社会保险登记、核定社会保险费、支付社会保险待遇、办理社会保险转移接续手续或者侵害其他社会保险权益的行为，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。用人单位侵害个人社会保险权益的，个人也可以要求社保经办机构依法处理。因此，对于基本养老保险给付的纠纷可以按照退休者、用人单位与社保经办机构三方发生的争议解决方式进行救济，主要以行政复议与行政诉讼为主，其中行政复议非行政诉讼的必经程序。但是长期以来，我国社保机构与法院对于涉及基本养老保险等社会保险的劳动争议的受理范围始终区别得不甚清晰，造成了一些争议案件在两个部门均得不到受理的情形。根据最高人民法院对于法释[2010]12号文件^{1 2 2}的解读，用人单位、劳动者和社保机构就欠费等发生争议，是征收与缴纳之间的纠纷，属于行政管理的范畴，不是单一的劳动者与用人单位之间的社保争议。因此，对于用人单位已经办理了社保手续，但因用人单位欠缴、拒缴社会保险费或者因缴费年限、缴费基数等发生的争议，应由社保管理部门解决处理，不应纳入法院受案范围。而对于因用人单位没有为劳动者办理社会保险手续、且社会保险经办机构不能补办导致劳动者不能享受社会保险待遇，要求用人单位赔偿损失的，属于社会保险争议纠纷，法院

^{1 2 2} 其实早在 2001 年最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》（法释[2001]14号）第 1 条已经做出了规定，劳动者退休后，与尚未参加社会保险统筹的原用人单位因追索养老金、医疗费、工伤保险待遇和其他社会保险费而发生的纠纷属于《劳动法》规定的劳动争议，当事人不服劳动争议仲裁委员会作出的裁决，依法向人民法院起诉的，人民法院应当受理。2006 年最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》（法释[2006]16 号）第 7 条规定，劳动者请求社会保险经办机构发放社会保险金的纠纷不属于劳动争议。两则司法解释与 2008 年 5 月 1 日实施的《劳动争议调解仲裁法》、2010 年 10 月 28 日通过的《社会保险法》都存在一定的冲突，2010 年 9 月 14 日起实施的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》（法释[2010]12 号）对于解释（一）、（二）与法律冲突之处进行了修订。

应当依法受理。2014年11月修订的《行政诉讼法》第十二条第十项规定行政诉讼受案范围之一即认为行政机关没有依法支付抚恤金、最低生活保障待遇或者社会保险待遇的。该项内容与法释[2010]12号文件规定相一致。

“从一定意义上来说，权利与救济是不能分离的，因为如果没有法律给予的救济，则无法决定权利的范围，但有的时候，权利与救济似乎又是可以分离的，因为权利本身没有必要决定适合的救济，普通法系的法院会做出单独的审理与裁判，也就是所谓的自由裁量。即在法律结论不清晰的情况下，需要通过利益衡量或者价值判断的过程得出特定的结论，由此实现从不确定性到确定性的转变。这种裁量都是在法律规定模糊或者无规定的情况下发生的，因无明确的或者硬性的法律约束而被称为自由裁量。”^{[24]1207}在我国，退休金给付请求权缺乏立法的确认和保护，退休者或者相关主体提起诉讼，法院也只能将其纳入社会保险的救济体系之内。而法官在具体审判过程中因为缺乏专门有针对性的法律依据，所以相比适用专门法律审理案件来说，进行推理的过程必然会增加一定的法律解释的环节。“法律乃是部分地不确定或不完整，而且法官针对法律的这种特性应该行使其有限的造法裁量权限以填充法律的漏洞。”^{[25]253}在退休金给付请求权的专门性法律处于空白的情况之下，法官是否能够针对特定个案产生的特定议题定下规则呢？我国并非判例法系国家，法官的作用应当是遵循法律，而不是创造法律，但是对于法官处理案件的过程中如何能够把握自由裁量权而进行合理运用，同样应予以重视。虽然法官运用自由裁量权做出的裁判并不具有普遍的约束力，在法律文件中也无法明确其效力，但是在个案上的法律效力是无可置疑的。法官的自由裁量权只能处理特定的具体的案件，因此他无权使用该权造成大规模的改造与引进新的法律条款，这种自由裁量权的行使也必然会受到其他既有法律的限制。退休金给付是关乎退休者在退休后能否继续生活的最主要的经济来源，不能因为法律体系中没有专门的法律规定就否定退休金给付请求权的存在，相反，请求权具备了相应的基本要件之时即可以成就。法官在审理案件的过程中，“由于法律规定的模糊性、漏洞性和空白性不能避免，所以裁量就必然存在。”^{[24]1208}法官在审理退休金给付请求权的案件之时，若能够强调自由裁量对于个案的适用，以利益衡量或者价值判断的方式来弥补专门性法律缺失的不足，将对于该法律体系的尽快形成起到有益的推动作用。对于成文法系的典型代表德国，其法律体系没有明

明确规定与劳资纠纷有关的权利，因此这些权利主要由判例发展而形成，并结合宪法性权利得以保障。^{[17]199}重视并合理运用法官的自由裁量权，注意总结个案中的问题，也许能够为未来立法做出一定的实践探索。当然也要防止自由裁量权的滥用，否则司法救济的公信力也将受到消极的影响。

【参考文献】

- [1]郑尚元.企业员工退休金请求权及权利塑造[J].清华法学, 2009 (6) .
- [2]OECD Organisation for Economic Co-operation and Development. Protecting Pensions: Policy Analysis and Examples from OECD Countries. OECD Publishing,2007.
- [3][德]W•杜茨.劳动法[M].张国文,译.北京:法律出版社,2005.
- [4] Jens Kirchner ,Pascal R. Kremp,Michael Magotsch. Key Aspects of German Employment and Labour Law. Berlin Heidelberg :Springer-Verlag, 2010.
- [5]Vested Rights of CalPERS Members:Protecting the pension promises made to public employees.[2011-07].<http://www.calpers.ca.gov/eip-docs/about/press/news/vested-rights.pdf>.
- [6]林嘉.劳动法与社会保障法[M].北京:中国人民大学出版社,2009.
- [7]Goldman.*Labour Law in the USA*. 3rd Edition Revised. Kluwer Law International,2011.
- [8]林晓云.美国劳动关系雇佣法[M].北京: 法律出版社,2007.
- [9]Charles D. Coleman .Is Mandatory Employment Arbitration Living Up To Its Expectations? A View From The Employer's Perspective. ABA J. Lab. & Emp. L,2010(25).
- [10]欧阳琼.美国劳动争议处理制度[J].中国劳动, 2006 (6) .
- [11]Patrick J. Cihon,James Ottavio Castagnera. *Employment & Labor Law*. 7th.South-Western College/West,2010.
- [12]Section 502(a)(2) of ERISA,29 U.S.C. § 1132(a)(2), and section 409 of ERISA, 29 U.S.C. § 1109.
- [13]Peter K. Stris, Victor A. O'Connell. *ENFORCING ERISA*.South Dakota Law Review,2011,56(3).
- [14] Laura Dietz, J.D., Rosemary Gregor, J.D., Theresa Leming, J.D.,et al. *Pensions and Retirement Funds* // Am. Jur. 2d.MN:Thomson Reuters,2011.
- [15]Manfred Weiss. *The Interface Between Constitution And Labor Law In Germany*. Comparative Labor Law Journal,2005,26(2).
- [16]Nicosia, Cyprus. *Collective Dispute Resolution through Conciliation, Mediation and Arbitration: European and ILO Perspectives*. [2007-10-18] Geneva: International Labour Office High-Level

Tripartite Seminar On The Settlement Of Labour Disputes Through Mediation, Conciliation, Arbitration And Labour Courts:1-2.

[17] Jens Kirchner ,Pascal R. Kremp,Michael Magotsch. *Key Aspects of German Employment and Labour Law*[M]. Berlin Heidelberg :Springer-Verlag, 2010.

[18]申卫星.期待权理论研究[D].中国政法大学,2001.

[19]林羿.美国的私有退休金体制[M].北京:北京大学出版社,2002.

[20]殷俊,黄蓉.论企业年金计划中的既得受益权及其作用[J].求索,2009(6).

[21]实现跨地区顺畅转续保障参保人员权益——人力资源社会保障部有关负责人就贯彻实施《城镇企业职工基本养老保险关系转移接续暂行办法》答记者问[J].四川劳动保障,2010(01).

[22]黄越钦.劳动法新论[M].北京:中国政法大学出版社,2003.

[23]韩大元.比较宪法学[M].北京:高等教育出版社,2003.

[24]孔祥俊.法律方法论(第三卷)[M].北京:人民法院出版社,2006.

[25][英]哈特.法律的概念[M].2版.许家馨,李冠宜,译.北京:法律出版社,2006.

西部地区残疾人就业及法律保障问题研究

——以银川市为例^{1 2 3}

朱久兵^{1 2 4}

【摘要】残疾人就业问题一直是残疾人事业发展中的一重大问题。就业困难，就业待遇低，就业满意度不高，一直困扰残疾人就业质量的提高。西部地区经济发展滞后，在解决残疾人就业问题上面临诸多困难。从抽样调查的数据来分析西部残疾人就业面临的各种问题，更有现实意义，借此提出相应解决对策。加大政策扶持力度，健全市场服务体系，加强培训和宣传工作，促进类似西部不发达地区的残疾人就业。

【关键词】 残疾人 就业 西部地区 法律保障

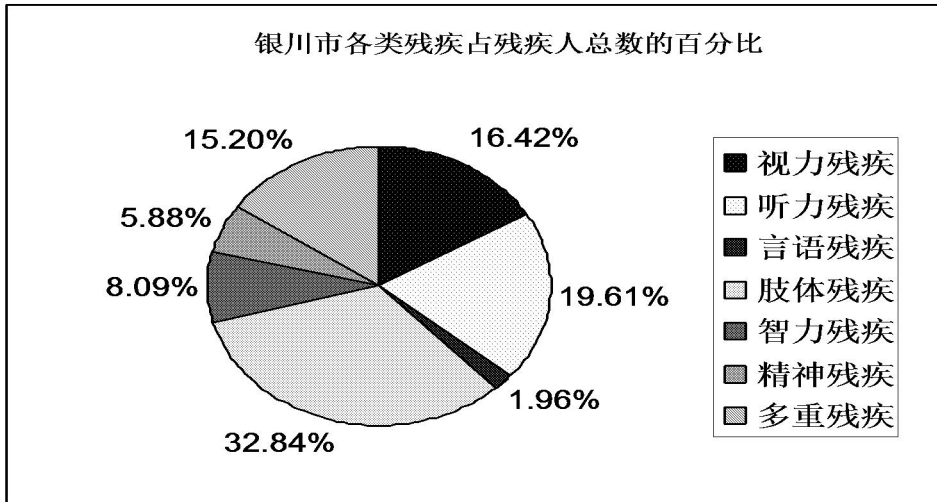
在残疾人面对的诸多问题当中，残疾人就业问题一直是其中的重点和难点，西部地区在残疾人就业方面更需要政府和社会的关注。残疾人就业不仅关系到残疾人自身权利的维护和价值的实现，也关系到整个社会人力资源的合理利用。

一、以银川市为例的西部地区残疾人就业现状

以银川市为例，截止 2011 年，银川市有残疾人 98818 人，占全市总人口的 6.83%，其中视力残疾占残疾人总数的 16.42%；听力残疾占残疾人总数的 19.61%；言语残疾占残疾人总数的 1.96%；肢体残疾占残疾人总数的 32.84%；智力残疾占残疾人总数的 8.09%；精神残疾占残疾人总数的 5.88%；多重残疾占残疾人总数的 15.2%。城镇有劳动能力的残疾人 30401 人，农村有劳动能力的残疾人 24212 人。有康复需求的占残疾人总数的 60%以上，有职业技能培训需求的残疾人 2100 人，有农村实用技术需求的残疾人 8500 人。本研究采用抽样调查，对 500 个残疾人进行调查，统计数据，分析如下：

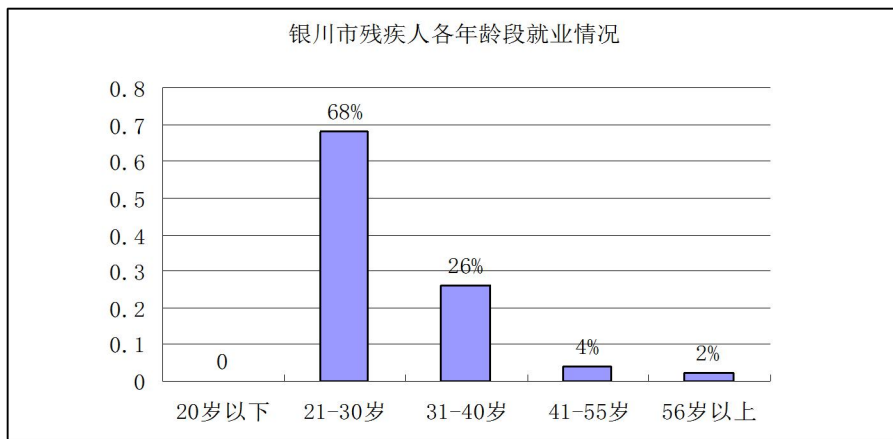
^{1 2 3} 南京特殊教育师范学院重点课题“残疾人劳动就业权的法律保护问题研究”课题科研成果之一。

^{1 2 4} 朱久兵，1976.3—，男，汉族，河南信阳人，南京特殊教育师范学院副教授，法学博士，兼职律师，主要从事劳动法和公司法方面的律师业务和法社会学方面的研究。



1、银川市各年龄段残疾人就业情况

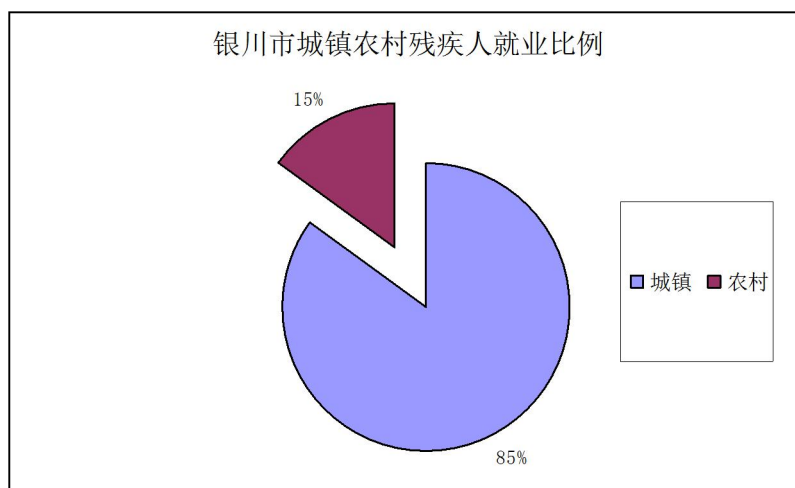
调查统计结果表明，20岁以下残疾人的就业率为零，21-30岁的就业率为68%，31-40岁的就业率为26%，41-55岁的就业率为4%，56岁以上的就业率为2%。由此可以看出，对于20岁以下的残疾人，他们的劳动能力比较低甚至没有劳动能力，因此在调查中没有一人就业，而残疾人就业主要集中在21-40岁之间。这个年龄段都是青壮年，身体条件相对比较健康，能够从事体力劳动，然而对于41-56岁的中老年残疾人而言，身体条件比较弱，所以中老年人的就业率就明显偏低。



2、银川市城镇农村残疾人就业比例

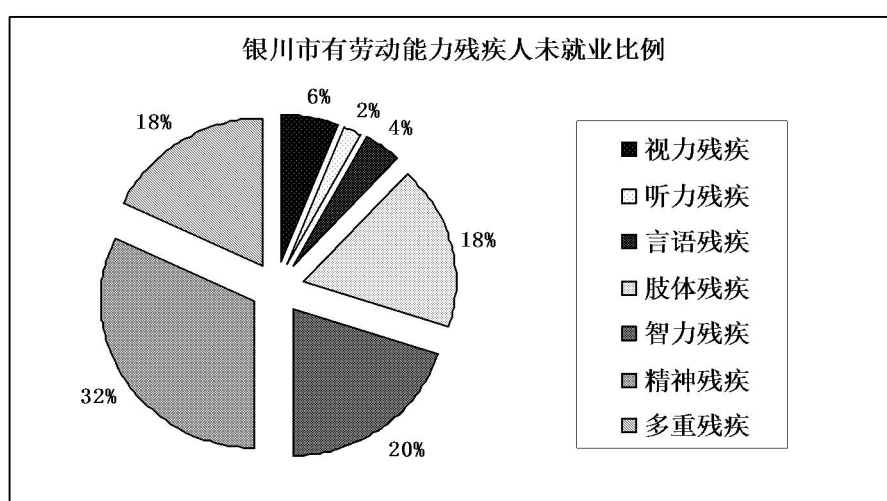
根据调查，城镇残疾人的就业率为85%，农村的就业率为15%。城镇残疾人的就业率远远高于农村的就业率。由于城镇的教育、康复条件和整体素质都比较

高，另外接受外界最新的消息也比较快，就业机会也比较多，因此就业相对比较容易，而农村的教育、康复条件和整体素质都比较低，接受外界最新的消息比较慢，就业机会比较少，因此就业率比较低。



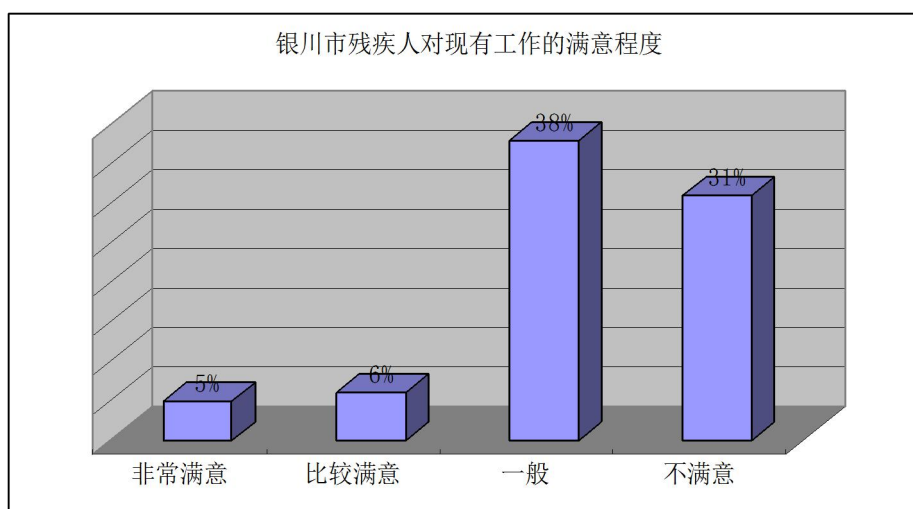
3、银川市有劳动能力残疾人未就业比例

在调查中还有很多有劳动能力的残疾人一直未就业，其中视力残疾有 6%未就业，听力残疾有 2%未就业，言语残疾有 4%未就业，肢体残疾有 18%未就业，智力残疾有 20%未就业，精神残疾有 32%未就业，多重残疾有 18%未就业。不同残疾的程度也对残疾人工作的能力有重大影响，这都极大地限制了残疾人的就业面，使残疾人难以在更为广泛的领域展示自己的才干，制约了残疾人在就业上的灵活性和可选择性。



4、银川市残疾人对现有工作的满意程度

在调查残疾人对现在工作是否满意的问题中，有一大部分残疾人不是很满意现有的工作，比如工资待遇问题等。由于残疾人自身的整体素质不高，大多数只能从事体力劳动的工作，而体力劳动的工资待遇又不高，甚至会出现同工不同酬的情况。还有些残疾人的休假制度也不符合规范，在休假中加班没有加班工资等问题。



二、西部地区残疾人就业的突出问题

1、残疾人就业率普遍偏低

由于现在越来越严峻的就业形势，导致残疾人就业难上加难。城镇农村残疾人就业差距的扩大、残疾人文化程度的偏低、残疾类型以及残疾程度的不同等等，都在不同程度上影响了残疾人就业。随着劳动力市场不断出现高素质、高技能的劳动者，而残疾人却不具备这些素质，因此求职过程备受冷遇，就业相对困难。

2、残疾人就业的满意度不高

残疾人就业，首先面对的就是就业机会不平等，另外由于残疾人的自身素质导致多从事体力劳动的工作，而体力劳动的工资待遇又不高，有的时候甚至会出现同工不同酬的情况，残疾人的劳动能力没有得到公正的衡量，还有些残疾人的休假制度也不符合规范，在休假中加班也没有加班工资等问题。

3、残疾人素质偏低，竞争能力弱

由于受环境和自身条件的影响，残疾人受教育程度较低，自身素质不适应现代科学技术发展的需要，缺乏竞争意识和能力。社会整体就业形势严峻，使得本

来就处于劣势的残疾人更难找到适合自己的就业岗位。

4、残疾人就业待遇比较低

残疾人找工作本身就很难，然而即使找到工作，也往往待遇比较低，甚至同样的工种却拿着比健全人低的工资待遇。残疾人工作场所大都是为健全人准备的，缺乏专门的残疾人无障碍设施，给残疾人的工作生活带来诸多不便。不少残疾人觉得能就业就不错了，一般也不会计较待遇等问题。

三、西部地区残疾人就业问题的原因分析

1、针对残疾人制定的优惠政策较少

残疾人是社会特殊困难群体，和健全人相比，本身就输在起跑线上，想获得与健全人相等的待遇，需要政府和社会的高度重视。政府在制定生产、教育、就业、生活环境等方面相关政策时，专门针对残疾人的优惠政策比较少，力度不够，社会保障水平不能满足残疾人的基本生活需要，残疾人越来越不能适应日益发展的社会，成为社会的负担，就是因为政府的保护政策太少。

2、残疾人就业机会不平等

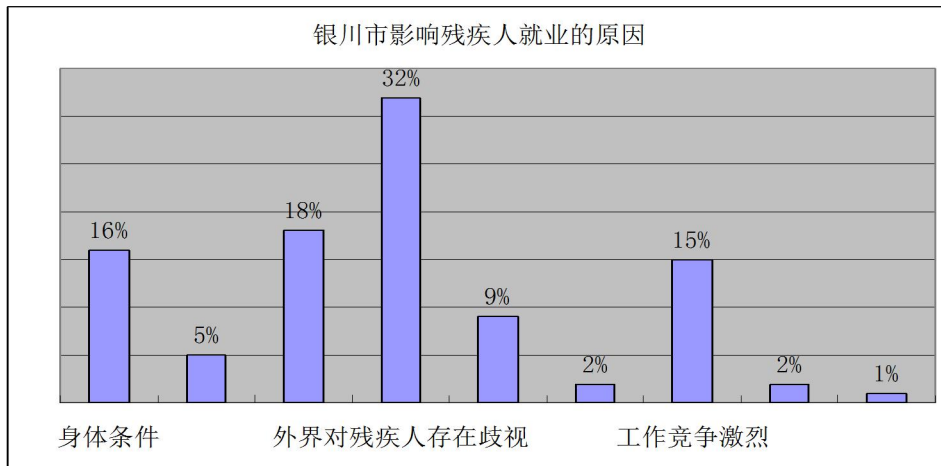
残疾人就业，就业机会与健全人的就业机会不平等，另外残疾人的劳动强度过大，因为残疾人大多从事的是体力劳动的工作，而体力劳动本身工资待遇就比较低，而残疾人的劳动强度过大，工资水平偏低又充分说明了残疾人在就业中存在严重的“同工不同酬”的问题，残疾人的劳动能力没有得到公正的衡量；有些单位和个人对残疾人就业有明显的偏见，认为残疾人是单位的包袱，影响单位的形象，不愿接纳他们就业，有些单位会出现残疾人和健全人同工不同筹等问题。

3、残疾人的文化素质较低

残疾人本身文化程度不高，自身的素质低，不能适应市场的需求，在就业选择上显得大事做不来，小事又不做，即使有了就业机会，由于文化素质太低，身体有缺陷，也就限制了就业。

4、外界对残疾人就业普遍存在歧视

很多残疾人在工作当中都会遇到健全人欺负自己的情况，由此导致很多残疾人不愿意工作，找了工作也不敢放手去干，有的甚至会导致残疾人的二次残疾，也就是出现心理疾病。下图中 32%的残疾人认为是外界对残疾人存在歧视导致就业困难。



四、西部地区残疾人就业问题的解决及法律保障

解决西部地区残疾人就业问题，一方面要从主观方面，残疾人自身劳动能力和适应性提高的角度进行解决，另一方面，从客观上，要为残疾人就业提供法律保障的外部环境。

1、建立残疾人就业培训机构

很多残疾人是因为后天残疾而失去了学习机会，导致自己的素质低，找不到工作。政府可以多组织一些内容丰富的培训班，让更多有劳动能力的残疾人有一技之长，并且要重视残疾人大中专毕业生就业工作，保障高校残疾毕业生的就业权益，结合残疾人大中专毕业生的特点和特殊困难，加强分类指导，让高素质残疾人学有所用。还应当定期举办残疾人就业援助专场招聘会，鼓励企业安置残疾人。

2、定期做好残疾人心理辅导以及宣传工作

很多残疾人认为社会歧视严重，因此对于工作是又期望又害怕，因此政府以及社会要做好解决和缓解残疾人及家庭的心理问题和社会问题，推广普及心理健康知识的宣传，使更多的残疾人及家庭都有一个良好的心态面对生活和工作。另

外，宣传部门还应当做好宣传工作，让大家深入的了解残疾人，倡导大家互帮互助，不要歧视残疾人，给与残疾人一个良好的就业环境。

3、完善扶助残疾人就业的立法规定

在劳动就业方面，残疾人是弱势群体，要使残疾人能够平等地享有劳动就业权，必须对残疾人进行特别扶助。《残疾人保障法》规定了对残疾人就业进行扶助的总体原则和基本制度。然而，仅仅依靠《残疾人保障法》对残疾人的劳动就业权进行保护还远远不够，《残疾人保障法》的规定较为原则，《残疾人保障法》关于保护残疾人劳动就业权的法律规定还需要相关进一步细化和补充。而且，《残疾人保障法》也无法涵盖残疾人劳动就业权保护的所有内容，西部地方政府可以依据《残疾人保障法》制定地方法规和规章，细化对残疾人就业权的保护，主要体现在残疾人就业比例、残疾人就业机会的保障等方面，可以有有一些进行托底的刚性条款。

4、落实残疾人就业政策，加大政策扶持力度

政府以及企业应当认真贯彻落实《残疾人就业条例》当中的各项规定，针对残疾人就业难的现状，政府制定出台促进残疾人就业的有关政策，鼓励残疾人自谋职业。同时，在集中安置和分散安置相结合的政策下，支持安置残疾人就业的企业，让其更有竞争力，在政策上给予扶持，在投资项目、税收、贷款等方面给予倾斜。为残疾人寻找出路，让更多的残疾人通过自身的努力保障自己的生活，使安置残疾人劳动就业逐步走向法制化轨道。

5、鼓励残疾人自谋职业，建立健全市场服务体系

鼓励残疾人创业，政府一是提供资金贷款，对于自谋职业的残疾人在创业初期给予资金扶持，或者为残疾人提供低息无息贷款；二是税费减免，残疾人能够克服自身残障，自食其力，不给政府增加负担，应该从税收上给予减免，鼓励残疾人自谋职业，解决部分残疾人就业难的问题；三是奖励机制，政府相关部门，对自谋职业的残疾人发放一定数额的自谋职业奖励基金，不仅能起到鼓励残疾人自食其力、自谋职业的作用，而且有利于调动和发挥残疾人的积极性主动性创造性，促进社会和谐。

6、加强对残疾人劳动就业权的司法保护

我国残疾人劳动就业权受到侵犯的情况还经常发生，特别是残疾人劳动环境

方面，比如不具备安全条件和卫生条件；在聘用、升职、劳动报酬等方面，残疾人也经常遇到比常人低的待遇；用人单位解聘、开除残疾人，残疾人往往救助无门等。为了有效保护残疾人的劳动就业权，一方面，建立健全劳动监察部门的管理监督作用，特别对残疾人的投诉有案必立，有案必究，必须切实解决残疾劳动者的投诉问题，在执法中发现损害残疾人劳动就业权的严重违法行为应当及时向司法机关报告并移送案件。残联要充分发挥帮助监督作用，教育残疾人保护积极保护自己的权利，帮助残疾人维权，监督市场主体在聘用、使用残疾人劳动力的情况。残联可以与司法部门、法律援助机构、律师事务所沟通联系，为残疾人的司法维权提供必要的帮助。法院在受理涉及残疾人劳动就业权的案件时，应当依照有关规定减收或者免收残疾人的诉讼费，及时指导其申请法律援助。对于损害残疾人劳动就业权甚至残害残疾人生命健康权的案件（如黑工现象），当地警方、劳动监察部门应及时处理案件，法院应及时审理和判决，减轻残疾人的“讼累”，更好地维护残疾人的合法权益。

【参考文献】

- [1] 银川市残疾人联合会. 2011 年度工作总结, 2011
- [2] 周德民, 廖益光. 社会调查方法教程 [M]. 北京: 中国劳动社会保障出版社, 2008
- [3] 残疾人就业条例. 宁夏回族自治区残疾人联合会, 2009
- [4] 新华网宁夏. 银川举行残疾人就业援助专场招聘会. 2012. 03. 20
http://www.nx.xinhuanet.com/misc/2012-03/20/content_24992379.htm
- [5] 姚新福. 对做好残疾人个性化职业指导的若干思考[J]. 台州社会科学, 2008, 06
- [6] 赵燕平. 残疾人就业的模式创新探索[J]. 东北师大学报(哲学社会科学版), 2010(01);55-59
- [7] 中国残疾人联合会. 陈菲菲. 浅议促进残疾人就业存在的问题及对策. 2012. 02. 21
http://www.cdpc.org.cn/jiuy/content/2012-02/21/content_30379938.htm

用人单位对本单位职工之间侵权行为 责任承担之问题研究

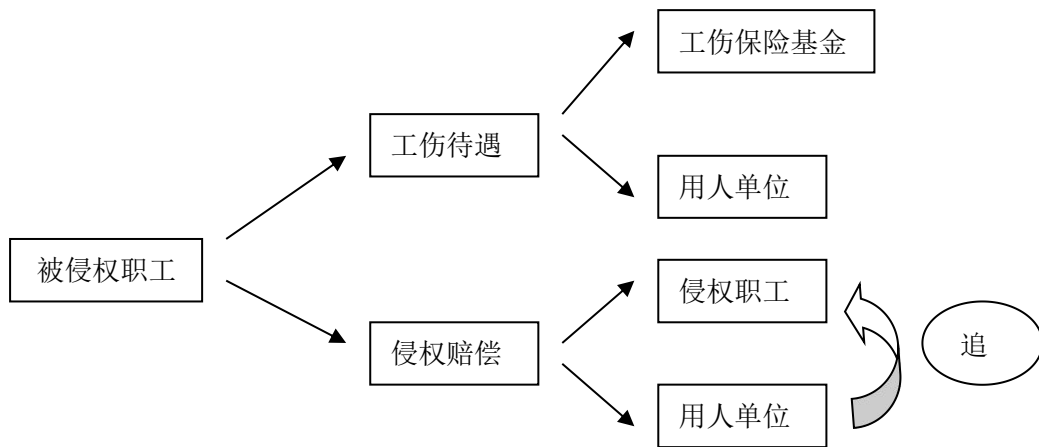
程 叶

用人单位职工在履行职务过程中致本单位职工受到事故伤害，在私法领域，受伤职工因该法律行为取得工伤待遇请求权及侵权损害赔偿请求权两项请求权，但对权利的行使及责任的承担目前法律规定尚不明确。本文拟通过法律解释的方法，在现有侵权及工伤法律构架基础之上，构建出清晰的责任体系，厘清因同一法律行为而引发的双重法律关系的认定及责任承担。

一、本单位职工之间的侵权责任特殊性研究

1、受伤职工的双重请求权

相关法律关系如下表：



(1) 一般情形

本单位职工之间的侵权行为产生三方权利义务主体，即用人单位、侵权职工与被侵权职工。一般情况下，如侵权职工属于一般侵权人范畴，那么三方主体之间的法律关系为侵权人与被侵权职工之间的侵权法律关系以及被侵权职工与用人单位之间的工伤待遇法律关系。

在此情况下，工伤职工可否基于两重法律关系获得双重赔偿一直备受争议。基于

“人身权益不可以货币价值进行衡量”的原则，我国采取了两者可以兼得的立法模式，其法律依据为《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第十二条第二款^{1 2 3}以及《社会保险法》第三十六条^{1 2 4}的规定，受伤职工即可以请求第三人承担民事赔偿责任，又可以享受工伤保险待遇，即工伤职工可以获得双重赔偿。

（2）本单位职工之间侵权的特殊性及“人格分离说”的提出

在本单位职工之间侵权的特殊性在于，本单位职工在履行职务过程中致其他职工受到事故伤害，除了上述一般情形下产生的两重法律关系外，根据《侵权责任法》中关于责任主体的特殊规定，用人单位与侵权职工之间产生了替代责任的法律关系，即用人单位成为了侵权行为的责任主体。而又基于《社会保险法》的规定，用人单位系工伤职工的投保义务主体，若用人单位已为受伤职工缴纳工伤保险的，用人单位基于受伤职工工伤待遇的取得能否免除其替代侵权职工承担的侵权责任？若用人单位未给受伤职工参加工伤保险，其应对该受伤职工承担工伤保险责任，在此情形下，用人单位是否既要承担侵权责任，又要承担工伤保险责任？

用人单位应否承担双重责任，涉及到《解释》第十二条第二款中，关于第三人的理解问题，即该“第三人”是否包括用人单位的其他职工。笔者认为，一般情况下，用人单位的工作人员在履行工作职责时，代表的是用人单位的意志，完成的是用人单位分配的工作任务，此时该工作人员的行为应视为用人单位的行为，在此情形下，“第三人”不应包含用人单位的其他职工，用人单位对其工作人员的侵权行为承担责任。事实上，此时仅存在两方权利义务主体，即用人单位和受伤职工，双方之间的法律关系存在竞合，即侵权关系及工伤保险关系。根据解释的第十二条第一款^{1 2 5}的规定，用人单位因工伤保险费用的缴纳或工伤保险责任的承担而免除其对受伤职工的侵权责任。但在该工作人员履行工作职责过程中存在故意或者重大过失，其行为已经不能代表用人单位意志，故此时用人

^{1 2 3} 《解释》第十二条第二款规定，因用人单位以外的第三人侵权造成劳动者人身损害，赔偿权利人请求第三人承担民事赔偿责任的，人民法院应予支持。

^{1 2 4} 《社会保险法》第三十六条规定，职工因工作原因受到事故伤害或者患职业病，且经工伤认定的，享受工伤保险待遇；其中，经劳动能力鉴定丧失劳动能力的，享受伤残待遇。

^{1 2 5} 《解释》第十二条第一款，依法应当参加工伤保险统筹的用人单位的劳动者，因工伤事故遭受人身损害，劳动者或者其近亲属向人民法院起诉请求用人单位承担民事赔偿责任的，告知其按《工伤保险条例》的规定处理。

单位与其职工的人格产生“分离”，该工作人员就应该属于“第三人”范畴，应对其故意或重大过失承担侵权责任。而此时，该工作人员又因行使的是职务行为而产生代表用人单位的“行为外观”，故用人单位对该工作人员在履行职务过程中因故意和重大过失产生的侵权责任承担连带责任。此时，受伤职工既对侵权职工享有侵权损害赔偿请求权，又对用人单位（工伤保险基金）享有工伤待遇请求权。

2、用人单位承担侵权责任的责任性质

用人单位对其工作人员在执行职务过程中致人损害后承担的侵权责任是终局替代责任还是代付责任存在争议。用人单位对其工作人员（劳动关系）在执行职务过程中致人损害的，根据《侵权责任法》第三十四条¹²⁶及《解释》）第八条¹²⁷的规定，应当承担民事责任。对该民事责任是替代责任还是代付责任，未有明确规定。

但在雇员在从事雇佣活动中致人损害（劳务关系）的情形下，《解释》第九条¹²⁸对雇主承担的责任性质作出了明确规定，在雇员因故意或者重大过失致人损害的情形下，雇员应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿。即在雇员存在故意或重大过失情形的，雇主对其致人损害的侵权责任只承担代付责任，雇主赔偿之后对存在故意或重大过失的雇员享有追偿权。

在劳动关系下，用人单位承担的民事责任性质能否依照劳务关系下，雇主责任的责任性质进行推导，目前尚存争议。一种观点认为，《侵权责任法》及《解释》未对用人单位承担侵权责任后对其侵权职工享有追偿权作出规定，意味着用人单位没有追偿权，用人单位承担的责任应为终局替代责任。一种观点认为，如用人单位与劳动者在劳动合同中已有约定或规章制度中已有相关规定，用人单位在承担赔偿责任后，可以向侵权职工追偿。一种观点则认为，《侵权责任法》及

¹²⁶ 《侵权责任法》第三十四条规定，用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。

¹²⁷ 《解释》第八条，法人或者其他组织的法定代表人、负责人以及工作人员，在执行职务中致人损害的，依照民法通则第一百二十一条的规定，由该法人或者其他组织承担民事责任。上述人员实施与职务无关的行为致人损害的，应当由行为人承担赔偿责任。

¹²⁸ 《解释》第九条规定，雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿。

《解释》虽未对用人单位的追偿权作出规定，但可以参照劳务关系中对雇员侵权的法律责任构造，即工作人员存在故意或重大过失的，用人单位在赔偿后，有权向侵权职工行使追偿权。笔者同意第三种观点，首先，用人单位对其工作人员的侵权行为承担责任后，如果不对工作人员的主观过错加以区分，实质上就否定了工作人员相对于用人单位人格的相对独立性，而是将工作人员的人格完全依附于用人单位。在这种情况下可能会导致两种不利后果，一是纵容了工作人员工作过程中故意或重大过失行为的发生，工作人员个人对其故意或重大过失无须承担责任；二是否定了劳动者在工作过程中的自主性和创造性，使劳动者完全依附于用人单位。其次，从形式上看，上述第二种观点的提出似乎有其法律渊源，即原劳动部《工资支付暂行规定》的第十六条，因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。但笔者认为，此观点是对该条文的误读，该条不能得出只有在双方有合同约定或规章制度规定的前提下，用人单位才能向劳动者主张经济损失。而是在确定具体赔偿额时，以双方劳动合同的约定或规章制度的规定为参考依据。在无约定或规章制度规定的情况下，应以填补损失为追偿原则。最后，以劳动者存在故意或重大过失为主观要件，既考虑到了一般侵权责任理论中的主观过错的构成要件，又考虑到了劳动者对用人单位的人身依附性，即在用人单位承担侵权赔偿责任后，兼具了侵权人及被侵权人的管理人的双重身份，故用人单位行使追偿权时，对本单位侵权职工的过错程度提高了要求。

同时，从《工伤保险条例》第十四条第一款第（六）项¹²⁹的规定来看，可以看出用人单位对受伤职工的赔偿责任或者说受伤职工享受工伤保险待遇存有主观要件上的要求，绝非不论职工的过错，用人单位一律承担赔偿责任。

二、用人单位追偿权的请求权基础及权利范围

1、请求权基础

用人单位在承担侵权责任或工伤保险责任后，向侵权职工行使追偿权时应首先确认其承担的责任性质。如前所述，如用人单位的工作人员对本单位工作人员的侵权行为不存在故意或重大过失情形的，侵权职工不再作为单独的权利义务主

¹²⁹ 《工伤保险条例》第十四条第一款第（六）项规定，职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：（六）在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的。

体，其行为视为用人单位的行为，侵权人与用人单位产生人格上的“混同”。用人单位与受伤职工的法律关系产生竞合，即侵权法律关系与工伤保险法律关系的竞合。根据《解释》第十二第一款的规定，工伤职工应当按工伤保险关系主张权利。而在此种情形下，用人单位承担工伤保险待遇赔偿责任的原因在于其未给受伤职工缴纳工伤保险费，对该种性质的赔偿不具有追偿权。同时，如用人单位已为受伤职工缴纳工伤保险，受伤职工享受工伤待遇后，用人单位不再承担侵权职工的侵权替代责任。

在用人单位与其侵权职工“人格分离”的情况下，侵权职工应作为一个独立的权利义务主体承担相应民事责任。此时，用人单位可能产生两种赔偿责任，即侵权法律关系下的代付赔偿责任与工伤保险关系下的工伤待遇赔偿责任。用人单位承担的代付赔偿责任，因最终赔偿义务主体为存在故意或重大过失的侵权职工，故用人单位享有追偿权。而其可能承担的工伤待遇赔偿责任，因其承担责任的原因在于未缴纳工伤保险费，故对该性质的赔偿亦不具有追偿权。

2、权利范围

如前所述，用人单位只有在承担代付的侵权责任后才享有对侵权职工的追偿权。对于追偿权行使的权利范围，值得注意。在侵权责任赔偿与工伤保险待遇赔偿中均含有医疗费用等直接费用，但根据《中华人民共和国保险法》第四十二条¹³⁰及《最高人民法院关于审理工伤行政案件若干问题的规定》第八条第三款¹³¹规定的精神，因第三人原因导致工伤的，工伤职工不能就医疗费获得双重赔偿，而该费用应含在侵权责任赔偿范围之内。医疗费等直接费用由受伤职工获得双重赔偿的原因在于，其为可以计量的货币损失，与人身权益不能用货币衡量有所不同。故用人单位基于代付的侵权损害赔偿对侵权职工行使追偿权时，其权利范围应包含医疗费用等直接费用。

三、现有法律框架下责任制度的构建

本单位职工之间的侵权产生的责任承担问题，我国现行法律没有明确规定，

¹³⁰ 《中华人民共和国保险法》第四十二条，由于第三人原因造成工伤，第三人不支付工伤医疗费用或无法确定第三人的，由工伤保险基金先行支付。工伤保险基金先行支付后，有权向第三人追偿。

¹³¹ 《最高人民法院关于审理工伤行政案件若干问题的规定》第八条第三款，职工因第三人的原因受到伤害，社会保险经办机构以职工或者其近亲属已经对第三人提起民事诉讼为由，拒绝支付工伤保险待遇的，人民法院不予支持，但第三人已经支付的医疗费用除外。

但通过法律解释的方法，可以构建出较为完整的制度框架。首先，以用人单位与侵权职工是否存在“人格分离”为划分界限，区分因侵权行为产生的两方权利义务主体之间的法律关系竞合与三方权利义务主体之间形成的两种法律关系并存的不同。

在侵权职工不存在故意或重大过失情形下，其侵权行为产生用人单位与受伤职工之间侵权法律关系与工伤保险待遇法律关系的竞合，受伤职工只能主张工伤待遇请求权，若用人单位承担了工伤保险待遇责任，对侵权职工无追偿权。在侵权职工存在故意或重大过失情形下，产生三方权利义务主体，即侵权职工与受伤职工之间的侵权关系与用人单位与受伤职工之间的工伤保险待遇法律关系，不存在竞合之说。此种情形下，用人单位承担侵权责任的代付责任之后，可在法律规定的权利范围内向侵权职工行使追偿权。

社会法域下用人单位违法之工伤 赔偿责任的类型化分析

戴 乔^{1 3 2}

【摘要】首先，由于《人身损害赔偿解释》第12条第1款的存在，司法实务界仍存在着用人单位责任之绝对豁免的错解。但《安全生产法》第48条以及《职业病防治法》第52条引入了工伤赔偿与民事侵权赔偿的双重机制，故因生产安全事故或患有职业病受到损害的从业人员，除依法享有工伤社会保险外，劳动者尚可依照民事法律向用人单位提出赔偿要求。其次，在立法上，只要用人单位及时为其职员办理工伤保险，则当然地能够获得工伤保险基金的风险分担，至少在工伤赔偿的范围之内被免除了侵权赔偿责任。但这种绝对地替位代偿制度，可能无助于工伤防治中预防目标的实现，也不符合“任何人不得因自身过错行为而受益”的法理；劳动者亦存在着不予工伤赔偿保护的事由，这也反证了应当对用人单位享受保险利益设置某种否定性事由。最后，若用人单位之行为违反了行政法义务或刑法义务，且该行为将触及刑罚制裁或行政法责任的承担，那么就应当突破一般性的替位代偿制度，附加用人单位一定的赔偿责任。

【关键词】 替位代偿； 工伤保险； 补充赔偿责任； 最终赔偿责任； 强制性义务

随着社会经济的发展，整个社会样态的工业化程度在不断加深与扩大，即便是传统农村也在城镇化的过程之中遭受着工商业的持续冲击。而在工业扩展至全国范围的脚步之下，作为劳动资源供给方的劳动者其人身健康往往面临着许多不为人所能预测或完全避免的风险。且是现实中，为数不少的劳动者身处的工作环

^{1 3 2}戴乔（1981-），男，四川巴中人，西南政法大学法学硕士，现工作于重庆市大渡口区人民法院，曾获最高人民法院第24届学术讨论会优秀奖、最高人民法院第26届学术讨论会优秀奖，中国法学会第十届中国法学家论坛二等奖，中国法学会第三届京津沪渝论坛三等奖、第四届京津沪渝论坛三等奖，中国法学会第七届中部崛起法治论坛一等奖、中国法学会第七届中部崛起法治论坛三等奖，中国法学会第九届泛珠三角区域与合作法治论坛三等奖、中国法学会第九届泛珠三角区域与合作法治论坛优秀奖，中国法学会“完善食品安全法律制度”征文三等奖。联系地址：重庆市大渡口区人民法院，联系邮箱：350337815@qq.com，联系方式：18696623993。

境基本上难以保证其免受伤害、残废甚至死亡的威胁,导致了事故灾害频发不灭。正基于此,人类社会发展出“保险”这种填补损害的制度,即透过多数人合作,来分散风险,以聚沙成塔的方式,发挥团结力量大的精神,其中最能够彰显此种意涵,以及让人民感受到国家存在的意义的就是实施“社会保险”。¹³³

在体系全面、层次多样的社会保险制度之中,工伤保险显然属于一项极为重要的内容。截至2011年底,全国参加工伤保险人数为17696万人(其中农民工参加工伤保险人数6828万人)。¹³⁴所谓工伤保险,系指政府为推行社会政策,针对在工作中或法定特殊情形下的劳动者可能遭遇到的风险,应用保险技术,采用强制方式,于意外事故发生或患有职业病而导致伤残或死亡时,提供保险给付,以保障劳动者或其遗属获得物质帮助及基本照顾的一种制度。在此制度中,分担用人单位的风险属于其基本目的之一。然而,正是风险转移的制度安排,司法实践中存在用人单位办理工伤保险即免责的误区,立法规范对于非生产领域或职业病防治领域的工伤损害也无视用人单位的过错行为(甚至是犯罪行为)而一律施以工伤损害的替代代偿,这也就意味现行法制中关于风险分担的规范设置可能存在着有待改进的地方,尤其是在用人单位之行为构成犯罪或行政处罚要件的情形之下。故本文则欲选择工伤认定下用人单位所应承担的赔偿责任为研究对象,通过一系列司法案例的梳理,从工伤赔偿中的无过错原则以及设立工伤保险的目的出发,详细分析倒追用人单位之赔偿责任的必要性,并对倒追之具体操作规则加以阐释,以期能够更好的实现防治工伤损害以及分担企业风险的目的。

一、司法误区:用人单位责任之绝对豁免

(一) 裁判错解:规范矛盾之决断失策

现代社会,工伤损害填补机制由一元化逐渐向多元化发展,涉及侵权行为法、商业保险法和社会保险法等多个领域,形成多种制度并存的局面。¹³⁵但是,对于用人单位之侵权行为导致其职工发生工伤损害的情形,一般仅设计了替代模式,而免除参加了工伤保险的雇主所应承担的侵权责任。这种模式比较符合工伤保险制度设计的初衷,即在雇主和劳动者的长期博弈过程中达成一种妥协。¹³⁶

¹³³ 洪国朝. 我国劳工保险效力规范之研究. 台湾国立中正大学法律研究所2008年硕士论文. 13

¹³⁴ 中国中央人民政府门户网站:http://www.gov.cn/gzdt/2012-06/27/content_2171250.htm. 访问日期2012-12-03

¹³⁵ 于群. 谈工伤损害赔偿与一般民事侵权赔偿请求权竞合问题. 中国劳动. 2005(8):30

¹³⁶ 于欣华. 热烈与冷静——2000-2009十年工伤保险补偿与民事侵权赔偿竞合研究综述. 河北法

方面，劳动者能够及时的获致赔偿，无需诉诸繁复漫长的救济程序，也能避免诉讼结果上的不确定性；另一方面，能减轻雇主在生产经营上的负担，使得其能轻装上阵从事企业活动，提升自我竞争力，从而使得整个社会经济活动能够持续进行。

然而，工伤保险是分散风险、责任的一种方式，不能因为侵权人为受害人购买了保险，就绝对地免除侵权人的赔偿责任。在替代模式之下，我国现行法律通过《安全生产法》第 48 条以及《职业病防治法》第 52 条规定了例外情形。即因生产安全事故或患有职业病受到损害的从业人员，除依法享有工伤社会保险外，劳动者尚可依照民事法律向用人单位提出赔偿要求。只是对于上述两个条文的适用过程中，司法实务界仍存在着用人单位责任之绝对豁免的错解，即不承认劳动者在获致工伤赔偿之余，享有继续请求用人单位承担民事责任的可能性。笔者在北大法宝上搜索了有关用人单位与劳动者间工伤赔偿/人身损害赔偿的案例，仅“李宏伟诉许昌市质量技术监督检验测试中心人身损害赔偿纠纷案”¹³⁷、“杨衍文等诉福建省清流县电力有限公司等人身损害赔偿纠纷案”¹³⁸、白金彦诉洛阳市建筑陶瓷厂破产管理人人身损害赔偿纠纷案¹³⁹三个裁判文书肯定了劳动者在享受了工伤待遇之后仍可以继续请求用人单位填补损失。在其他案例中，或对劳动者诉求中提及的《安全生产法》第 48 条、《职业病防治法》第 52 条不予回应，而间接的对劳动者的双重赔偿请求权予以了否定；或在直接对上述条款进行回应之后，径直拒绝适用。

如在“罗永良与深圳市华生创新包装股份有限公司人身损害赔偿纠纷上诉案”案¹⁴⁰中，虽然罗永良在被告二厂一楼 H20 号啤机因日常工作受伤，属于《生产安全法》适用领域，但法院认为“罗永良的损伤已通过工伤保险解决，其损害赔偿纠纷属工伤保险调整的范围。即使造成损伤的原因为同事误操作，同事的行为亦属职务行为，而不属第三人侵权，其损害赔偿纠纷不属法院调整的范围。”同样，在“牛建增与中国一拖集团有限公司人身损害赔偿纠纷上诉案”¹⁴¹中，牛建增患有“II 期尘肺”职业病而受《职业病防治法》保护，但法院仍然

学. 2011(3):121

¹³⁷ 许昌市魏都区人民法院 (2009) 魏半民初字第 226 号民事判决

¹³⁸ 福建省清流县人民法院 (2004) 清民初字第 209 号民事判决

¹³⁹ 河南省新安县人民法院 (2010) 新仓民初字第 20 号民事判决

¹⁴⁰ 广东省深圳市中级人民法院 (2011) 深中法民一终字第 2059 号民事判决

¹⁴¹ 河南省洛阳市中级人民法院 (2011) 洛民立终字第 191 号民事判决

认为“按照最高人民法院《人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《人身损害赔偿解释》）第12条第1款¹⁴²，劳动关系中的劳动者因工伤事故遭受人身损害，应当按照国务院《工伤保险条例》的相关规定请求工伤保险赔偿，不能直接对用人单位提起人身损害赔偿的民事诉讼。”甚至，还有判决在直接分析了《安全生产法》第48条之规范后，仍认为“受害者向本单位提出赔偿要求的前提是‘依照有关民事法律尚有获得赔偿的权利’，而最高人民法院的司法解释已明确否定了工伤事故受害者在《工伤保险条例》之外寻求赔偿，因此，上诉人根据《安全生产法》第四十八条请求损害赔偿，并无法律依据，本院难以支持。”

143

（二）正本清源：用人单位之补充责任

上诉司法裁判中的错解，其原因在于《安全生产法》第48条、《职业病防治法》第52条与《人身损害赔偿解释》第12条第1款发生了规范矛盾。即前者赋予了劳动者获致双重赔偿的权利，但后者却对以民事侵权方式途径进行了封锁。这就需要借助于法律解释的工具加以解决。可以说，法律解释的任务就在于：清除可能的规范矛盾，回答规范竞合及不同之规定竞合的问题，更一般的，它要决定每项规定的效力范围，如有必要，并须划定其彼此间的界限。¹⁴⁴

首先，字义是指一种表达方式的意义，依普通语言用法构成之语词组合的意义”，或者，依特殊语言用法组成之语句的意义，于此，尤指该当法律的特殊语法。¹⁴⁵从《安全生产法》第48条与《职业病防治法》第52条之具体条文来看，劳动者获致赔偿的权利依据在于“有关民事法律”，此处所言及的“有关民事法律”显然包括《侵权行为法》等法律。且《侵权行为法》在规范雇员侵权行为、生产者、经营者之侵权责任时，并未将用人单位侵犯劳动者的情形予以排除，故用人单位侵权时承担责任亦属于法中之意义。只是由于《人身损害赔偿解释》第12条第1款对用人单位侵犯劳动者权益的事项予以了限缩，故一般不再科以用人单位以民事赔偿责任，而只允许劳动者诉诸工伤赔偿途径。但《安全生产法》第48条与《职业病防治法》第52条在明知《人身损害赔偿解释》已然作出规定的情形

¹⁴²该款条文内容：依法应当参加工伤保险统筹的用人单位的劳动者，因工伤事故遭受人身损害，劳动者或者近亲属向人民法院起诉请求用人单位承担民事赔偿责任的，告知其按《工伤保险条例》的规定处理

¹⁴³广东省深圳市中级人民法院（2011）深中法民一终字第1193号

¹⁴⁴ [德]卡尔·拉伦茨. 法学方法论. 陈爱娥译. 商务印书馆. 2003. 194

¹⁴⁵ [德]卡尔·拉伦茨. 法学方法论. 陈爱娥译. 商务印书馆. 2003. 200

下，仍赋予了劳动者民事赔偿权，那么从新法优于旧法的原则考量，不因以《人身损害解释》条款拒绝适用《安全生产法》与《职业病防治法》。且自条文内容而言，《人身损害解释》对劳动者与用人单位间的侵权纠纷作出了一般性规定，而《安全生产法》与《职业病防治法》则分别对其涵摄领域下用人单位的侵权责任作出了特殊规定，根据特别法优于一般法的原理，也应当承认“因生产安全事故或患有职业病受到损害的劳动者，尚可依照侵权责任法等民事规范向用人单位提出赔偿要求”。

其次，任何法律均有其规范意义与目的，解释法律乃是实践法律的意旨；立法目的之探求，乃阐明疑义的钥匙。¹⁴⁶通过考察立法过程、法律制度的发展状况、立法机关的意图、不断发展的社会政策等立法动因，明确法律对于利益的权衡，是目的解释的基本方法。¹⁴⁷而在2002年4月26日的《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国安全生产法(草案)〉修改情况的汇报》的汇报中，立法者已然清晰地表达阐述到了增加“劳动者向用人单位提出赔偿请求”条款的理由在于，“有的部门提出，对有些因生产安全事故受到严重损害的劳动者，仅靠工伤保险还难以保障其合法权益，还应当规定其有向本单位提出赔偿要求的权利。”而2001年8月24日的《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国职业病防治法(草案)〉修改情况的汇报》以及2001年10月17日的《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国职业病防治法(草案)〉审议结果的报告》中，也直接表明科以用人单位以民事赔偿责任的立法初衷，在于“有的常委委员、地方和专家提出，职业病病人所受的损害有的是很严重的，病期长达数年以上，本人丧失劳动能力，生活也有不少困难，仅靠工伤保险还难以保障职业病患者的合法权益，还应当规定职业病病人有向用人单位提出赔偿要求的权利。”即在特定的情况下，工伤赔偿若难以完全补偿劳动者因遭受因人身伤害或患有职业病所受到的损害，则该劳动者就有权要求用人单位进行赔偿，法律上也应当肯定并保护劳动者的这种正当权利。

总而言之，为了贯彻“损害填补原则”，以免权利人因特定情况得不到完全的损害赔偿，《职业病防治法》和《安全生产法》引入了工伤赔偿与民事侵权赔偿的双重机制，加大对用人单位的处罚力度，凸显社会法理念中的倾斜保护原则

¹⁴⁶ 伍劲松. 行政解释研究: 以行政执法与适用为视角. 人民出版社. 2010. 181

¹⁴⁷ 江必新, 梁风云. 行政诉讼法理论与实务(下). 北京大学出版社. 2009. 1109

¹⁴⁸。因此，在司法实务中，就必须克服与转变“用人单位在缴纳了工伤保险费用后即获得民事侵权责任的绝对豁免”的观点。即使劳动者未及时申请工伤救济而错失了获得工伤赔偿的机会，但其依然可在诉讼期间内请求民事补充责任，只是所获得侵权损害赔偿数额应当扣除按照工伤赔偿应获补偿的部分。

二、立法漏洞：替位代偿之无过错

司法实务中存在着错误适用《人身损害赔偿解释》第12条第1款的实践，但这种裁判上的错解，通过解释规则可以消除其“规范毛段”。但除此之外，在立法上，对于用人单位之替位代偿地位似乎采取了无过错的规制思路。只要用人单位及时为其职员办理工伤保险，则当然地能够获得工伤保险基金的风险分担。即便如《职业病防治法》和《安全生产法》一般，科以用人单位一定程度上的补充责任，但至少工伤赔偿的范围之内被免除了侵权赔偿责任。这样一种处断，使得尽管用人单位可能存在着重大违法甚至犯罪的行为，依然能够享受到工伤保险所带来的利益。那么，如此规则是否合理，是否应该进行更进一步的追问，以致于是否必须加以修正呢？本文认为极有必要。

（一）谁之无过错？

在工伤保险制度萌芽之际，法律以有过错作为责任的构成要件，科以常人一定的注意义务。此时，若劳动者执行职务而遭受意外时，须证明雇主存在着故意或过失，始得请求赔偿。但这种基于个人本位的制度演变至十九世纪已渐动摇，而至20世纪社会本位的思潮支配人心的时候更见倾塌。于是，为应对工业社会中层出不穷的事故灾害，过失责任制度开始有所变革，无过失责任制度渐次扩张，至今已然成为工伤认定中的一项基本原则。此时，所谓的无过错是指，无需证明雇主存在着过错，亦当对其雇佣的劳动者承担因职务而发生的事故灾害赔偿责任；且由于无过错责任原则的存在，劳动者自身存在着过错也不成为免责或减轻雇主责任的事由，除非劳动者存在着构成犯罪、自杀或自残以及醉酒与吸毒的过错。此后，由于旷日持久的工伤赔偿诉讼程序、高额的诉讼成本等因素严重影响劳动者及时获救的权利，兼之无过错责任的泛滥将给用人单位带来难以承受的经济负担，从而影响企业的持续发展，故国家以强制用人单位参与工伤保险的方式加以了代位赔偿的保障。对于已经办理了工伤保险的劳动者而言，在其遭受了工

¹⁴⁸ 郭捷. 劳动者职业安全卫生权及法律保护. [法宝引证码]CLI. A. 053260

伤损害之时，用人单位所应承担的赔偿责任范围受到了极大的压缩，如基本医疗费用等款项均由工伤保险基金代位赔偿。在现行制度下，似乎不考虑保险机关是否存在过错，只要成立工伤并交纳了工伤保险费用，工伤保险基金就必须代位赔付，而不得推由用人单位赔偿；同时，即便用人单位存在着过错，也不影响替位代偿的实现。

然而，如前所言，即使是在工伤认定中过程中的无过错责任，若劳动者存在着犯罪、自杀或自残以及醉酒与吸毒等过错行为，亦不授予劳动者以工伤赔偿的利益；那么，由此视之，至少在用人单位存在着犯罪或故意造成工伤事故的情形下，不能享受工伤保险基金带来的替位代偿权利。不因自己的过错行为而享受某种利益，自然也应当适用于用人单位之身。例如，用人单位雇佣不知情的劳动者生产毒品或违禁品，发生了爆炸事故，难道工伤保险基金还应对这种单位进行保护？更何况，工伤赔偿中，用人单位承担着无过错的雇主责任，意即用人单位本身承担着较劳动者而言更为重大的责任和义务，此种责任自然不是履行了缴费义务便视为完成了。并且，对于工伤保险制度而言，其根本还在于保护劳动者及时获得救济的权利，其基本理念在于使遭受了职业灾害的劳动者及其家人能够享受合乎人格尊严的生活，以免劳动者受到用人单位亏损、破产、解散以及企业存续形态等影响，至于风险替位承担也仅仅是其附加之目的。此时，工伤保险基金替位代偿的无过错更多的是针对劳动者而言。例如，即使用人单位未为其职员办理工伤保险，劳动者亦可无条件地申请工伤保险基金先行支付其工伤赔偿费用，而后再有工伤保险基金之管理者向用人单位进行追偿。同时，用人单位在签订劳动合同时，已将部分保险费的支出纳入了劳动力的对价或者加诸与产品的定价之中，故可以说，劳动者以自己创造的劳动力价值或者社会以购买行为承担了部分的工伤保险费用。因此，以用人单位缴纳了工伤保险便绝对享受替位代偿的利益，不符合正当。工伤保险基金代偿下的无过错并不应当无视用人单位自身所存在着的过错，而不加区分地将替位代偿的利益授予存在着重大过错甚至故意违法的用人单位。对于具有严重过错的用人单位，法律应当规定工伤保险基金带赔付劳动者之后，可以向该用人单位追偿。

（二）预防目的之实现

《工伤保险条例》第一条即开宗明义，将该条例的立法目的归结于三个方面：

一是保障工伤职工的救治权与经济补偿权；二是促进工伤预防与职业康复；三是分散用人单位的工伤风险。其中，对于工伤保险制度而言，虽然其最直接的目的在于保障遭受了职业灾害的劳动者能够及时获得救济、维护劳工的劳动力，从而促进生产建设、国家经济发展。如果职灾真的发生，则须提供快速、标准、协调、有质量的照护，来促进职灾老工恢复功能及回到某种形式的有酬工作¹⁴⁹。但其最为重要而深远的目的在于预防职业灾害的发生，鼓励雇主重视工业安全卫生、建立企业间的共济互助精神，促进企业重视员工福利措施，强化人民的连带责任感，解决社会变迁中所产生的社会问题。毕竟，不发生或最大限度地减少工伤才是工伤保险制度的最高境界，工伤预防的有效实施既可以减少职业伤害事故对经济社会造成的直接和间接损失，又可以减少工伤保险制度本身的赔偿和康复支出，无论从经济和社会效益等各方面分析，其事半功倍的效果都是作为事后补救的赔偿和康复环节难以比拟的。¹⁵⁰

而工伤保险中预防目的的实现程度，更多的应当归结于用人单位的努力。无论是劳动者工作环境下安全卫生设施的改善与管理，还是有关安全制度的建立与实施，以及对劳动者的从业进行培训与教育，亦或对于劳动者作业制度进行监管与维护、甚至还有劳动者用工作息时间的安排等等事项均与用人单位息息相关，其他主体均无法替代用人单位常态化实施上述事项。若因缴纳了工伤保险费用就当然免除用人单位的赔偿责任，或一律对用人单位赋予其享受替位代偿的利益，那么难以督促用人单位主动地实施与完善事关劳动者权益保护的事项。在实务中，由于大部分赔偿责任被转移至了社会保险机构，用人单位无视法律法规中具体安全义务之履行的情形比比皆是。例如，不健全职工健康监护档案、不定期组织职工进行职前职中职后的健康体检、不改善用人单位的工作环境、也不对劳动者进行有效的制度监管，甚至还有单位无视法律的禁止性规定强迫劳动者违规作业。尽管对于其中某些事项，行政监管机关能够处以行政处罚，但处罚幅度有时过小，难以从强制性责任方面督促用人单位履行工伤防治的义务。只有在工伤赔偿中加重用人单位或雇主的责任，才能促使其致力于以预防为主来加大安全生产的投入和管理，从而降低生产事故的发生，降低工伤赔偿的支付，保障劳动者的

¹⁴⁹ 江智慧. 职业灾害救济与重建之研究. 国立中正大学劳工研究所 2010 硕士论文. 15

¹⁵⁰ 乔庆梅. 职业伤亡预防: 工伤保险制度的首要目标. 河南师范大学学报(哲学社会科学版). 2010(1):9

安全和健康。¹⁵¹因此，对于犯有严重过错行为的用人单位，免除其享受替位代偿利益亦能从一定程度促使用人单位改正其过错行为，从而最终实现工伤防治中最为根本的预防之义。

三、规范重构：违反公法上强制性义务下用人单位之终极责任

如前所言，对于办理了工伤保险手续的用人单位，就不加区分地绝对地通过工伤保险基金进行替位代偿，可能无助于工伤防治中预防目标的实现，也不符合“任何人不得因自身过错行为而受益”的法理。同时，劳动者亦存在着不予工伤赔偿保护的事由，这也反证了应当对用人单位享受保险利益（即免于/减少赔偿额度）设置某种否定性事由。但是，值得注意的是，若设定的否定性事由范围较大，那么工伤保险下风险分担的目的也可能形同虚设，甚至会影响用人单位积极缴纳工伤保险费用的积极性，最终损及劳动者享受工伤赔护的权利。这也就是意味着规范重构时，应当合乎督促用人单位积极履行工伤预防义务以及分担工人风险的双重目的。本文认为，可以以违法公法所预设的强制性义务为限度，科以用人单位以最终的赔偿责任。意即若用人单位之行为违反了行政法义务或刑法义务，且该行为将触及刑罚制裁或行政法责任的开启，那么此时工伤保险基金在赔付了劳动者之损害后，理应享有对用人单位进行追偿的权利。这样，受制于最终责任后果的承担，用人单位也将更加注重法律义务的积极履行，从而实现法规范中明定的有助于工伤预防目标实现的手段或措施得到及时地采纳与运行。

首先，在社会生活中人们形成了各种各样的社会关系，国家设立不同的法律规范对这些社会关系进行调整，不同的法律规范的社会功用是不同的。¹⁵²就行政法/刑法规范所设定的义务而言，更多的是强调对某种将有损社会安定的行为的禁止，其附加的行政法责任/刑罚责任也是以一种制裁性的惩罚手段着眼于制止违法行为；在其规范之后，矗立着公权力的身影，强制措施的采取更是习以为常的举动；且行政法责任/刑罚责任之承担往往会较严重的影响公民后续的学习、生活以及工作。例如遭受刑罚制裁不得报考公务员，但是企业高管也会受到限制；而因伪造资料申请行政许可而被施以了行政处罚，可能再次申请行政许可时将无法顺利获得允许。而民事义务的违反其后果可能来源于法律上的明确规定，但若

¹⁵¹ 黎建飞. 对无过错赔偿原则在工伤认定中歧见的探讨. 河南省政法管理干部学院学报. 2004(02):117

¹⁵² 沈开举,王钰.行政责任研究.郑州大学出版社.2004.77

不涉及法规范中强制性义务的违反，当事人之间的约定即可推翻法律上设定的赔偿标准。且无论因何事承担了民事赔偿责任，均难以对当事人后续的其他行为产生影响；至于民法责任的承担亦无法凭借公权力加以直接实现。更为重要的是，民事制裁至少不会引致对当事人人身自由的限制。因此，行政法/刑法上强制性义务的课予，便意味着用人单位应当加以重大的关注。可以说，这种义务的履行属于用人单位不可推诿/拖延的责任。因此，为了迫使用人单位积极主动的实现行政法/刑法上强制性义务的内容，需要设定一系列的制裁性后果。

其次，对于民事义务的违反，可能仅出于用人单位的主观过失。但对于行政法规范/刑法的违反，用人单位多处于故意违反的过错。无论是未办理工伤保险的义务，还是不设置与工伤防护相适应的安全设施；无论是没提交职业病危害评价报告，还是招纳尚无特种作业操作资格证书的人员，均属于故意而为。而无论是购买了存在着不符合安全标准的生产设备（若为明知而故意购买使用则构成了对行政法规范的违反），还是经营场所地面较滑、过道太黑暗等，一般不可认为是用人单位故意违反侵权法上的安全注意义务。从这点上看，用人单位违反行政法规范/刑法强制性义务时主观过错程度更为严重，其所造成的社会危害性也更为巨大。可以说，纯粹民事义务的违反，仅仅是用人单位的一般过错；而若涉及到行政法/刑法强制性义务的违反则属于用人单位重大而明显的过错。针对不同的过错类型，设置不同的法律后果，也符合责任与过错相匹配的正当原则。

因此，对于明显违反了行政法/刑法强制性义务的用人单位，不能免除/减轻其赔偿责任，而应当设置工伤保险基金的追偿权利，对用人单位施以制裁。其中，违反强制性义务应当区分违反了办理工伤保险之义务与违反其他强制性义务。对于未缴纳工伤保险费用的事项，现行法律规定了，由用人单位承担工伤赔偿责任；且设置工伤保险基金先行赔付的权利。但众所周知，工伤赔偿的范围与标准明显轻于民事上的人身损害标准。若未缴纳保险费用的用人单位也只承担工伤赔偿的责任，则似乎其未支付任何对价就享受了限缩责任的有利结果，即不办理保险也享有保险利益，这显然是有失妥当的。因此，对于没有办理工伤保险的单位，应当允许劳动者申请民事层面中的人身损害赔偿；若劳动者先向社保机关申请了工伤保险基金现行赔付，那么也应该允许劳动者就其未填补的损失继续向用人单位求偿。至于办理了工伤保险的情况下，如果用人单位违反了其他行政法/刑法强

制性义务，导致了工伤损害后果的发生，则应当视义务违反的严重程度以及损害后果发生的迫切可能性设置不同的后果。一般而言，在生产领域或职业病高发的领域，法律设置的强制性义务更为具体、更为多样，这也是《生产安全法》与《职业病防治法》专门赋予劳动者向用人单位请求履行补充赔偿责任的基本原因，但如此尚显不够。在生产领域或职业病高发的领域中，所设定的其他行政法/刑法强制性义务之违反与工伤损害的发生具有高度的耦合性。例如，若投入使用的安全设施未进行检测，那么将严重增大事故发生的可能性，尤其是使用国家明令淘汰、禁止使用工艺设备。对于这种情形，应当如同未缴纳保险费用般，科以用人单位更大范围的赔偿义务；若用人单位仅违背了一般民事侵权法上的安全保护义务，则施以补充责任即可。而对于非生产领域或职业病高发的领域，则可区分是违背了刑法义务亦或行政法义务施以不同的后果。若用人单位之行为构成了犯罪，如销售假冒伪劣产品，则应当课予其民事层面上的赔偿责任；而若仅仅是属于一般性的行政违法，那么致使用人单位承担一般性的补充责任即可

适用场景		责任范围
缴纳了 工 伤 保 险 费 用	违反了行政法强制性义务 (非生产领域或职业病防治事项)	承担补充赔偿责任；工伤保险基金代偿后不得追偿。
	违反了刑法强制性义务 (非生产领域或职业病防治事项)	承担全部损失。劳动者在申请工伤赔偿后，可以继续要求用人单位履行补充赔偿责任；且工伤保险基金管理者在代偿应当向用人单位追偿
	违反了其他行政法/刑法强制性义务(生产领域或职业病防治事项)	承担全部损失。劳动者在申请工伤赔偿后，可以继续要求用人单位履行补充赔偿责任；且工伤保险基金管理者在代偿应当向用人单位追偿
	遵守了其他行政法/刑法强制性义务(生产领域或职业病防治事项)	仅在《生产安全法》与《职业病防治法》适用范围内，承担补充赔偿责任；工伤保险基金代偿后不得追偿
未 缴 纳 工 伤 保 险 费 用	无论是否违反其他行政法/刑法强制性义务	承担全部损失。劳动者在申请工伤赔偿后，可以继续要求用人单位履行补充赔偿责任；且工伤保险基金管理者在代偿应当向用人单位追偿

但需要注意的是，若用人单位的行为并非以全无的形式违背行政法/刑法强制性义务，而是未达致行政法/刑法强制性义务所要求的程度，且这种义务的实现并无明确的标准，则应慎重考虑用人单位是否属于此处所谓的对行政法/刑法强制性义务的违反。例如，按照《安全生产法》的规定，生产经营单位的主要负

责人和安全生产管理人员必须具备与本单位所从事的生产经营活动相应的安全生产知识和管理能力,但如何判断是否具有安全生产知识和管理能力并无明定的标准。因此,若用人单位专门配置了安全生产管理人员,只是可能所专设的安全生产管理人员能力存在着欠缺之处,则一般不应视为此处涉及的违反行政法/刑法强制性义务的行为。另外,假如用人单位违反行政法/刑法强制性义务的行为与劳动者发生工伤事故并无因果关系,例如,尽管用人单位存在着制假售假的违法事由,但劳动者之损害在于交通事故,则不能以此为由拒绝。

四、结语

工伤保险是问世最早的社会保险项目,也是世界范围内实施最为普遍的社会保险项目。为避免工伤事故给人类生活及社会经济造成的损失,世界各国都在研究制定有效的预防措施,并建立健全适合本国特色的工伤赔偿体制。¹⁵³然而,若用人单位在履行了缴纳工伤保险费用之义务后,便当然得能够享有工伤保险基金的风险分担利益,有失妥当。它不仅与劳动者在工伤认定中被附加的除外事由不相匹配,也有违“重大过错不得享有利益”的法理,更为重要的是,它无法起到对用人单位无视与背离行政法/刑法强制性义务的督促与震慑作用,最终将严重损及工伤预防目标的实现。同时,考虑到工伤保险本身应有的分散用工风险的目的,本文认为,可以以违法公法所预设的强制性义务为限度,科以用人以最终的赔偿责任。意即若用人单位之行为违反了行政法义务或刑法义务,且该行为将触及刑罚制裁或行政法责任的承担,那么就应当突破一般性的替位代偿制度,另行附加用人单位一定的赔偿责任。

¹⁵³黎建飞,庄仪青.工伤赔偿诸类案例评析.判解研究(总第12辑).2003.153

视为工伤之极致与突破

——评《工伤保险条例》之 48 小时条款

李海明

【摘要】《工伤保险条例》之 48 小时条款备受诟病，其本身也存在理论上的缺陷，但主要是工伤范围立法技术的粗糙、以及 48 小时条款在视为职业伤害抑或视为职业病之属性上的模糊。修改 48 小时条款不应该简单废除，也不应该重新规定，而应该在尊重 48 小时条款演进的基础上，肯定视为职业伤害的实践，完善 48 小时条款的范围，但应该在立法中单独规定视为职业病的相应情形。把在工作时间和工作岗位之突发疾病视为职业伤害乃事故伤害范围发展之极致，另外独立规定疾病促发与恶化与工作有相当因果关系者视为职业病乃职业病范围应有之突破，此视为工伤之极致与突破是建立在因果关系中渗透着过错要素的认知基础上的。

【关键词】48 小时；视为工伤；因果关系；突发疾病；职业病

一、引言

《工伤保险条例》第 15 条第 1 款第 1 项规定，“在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在 48 小时之内经抢救无效死亡的，”视同工伤。据此规定，一般疾病死亡是可能被视同工伤的。把一般疾病认定为工伤，是明显不符合认定工伤的一般标准或理论的。同时，该条款之法律适用也引出诸多问题。尤其是对“48 小时”之限定的讨论特别多，该规定常被称之为“工伤认定之 48 小时条款”。在实务中，该规定的可操作性强，具有制度刚性，在是否可认定为工伤上的法律争议并不大，但是却由于工伤认定结果对各方当事人影响巨大，而在某种程度上得到了充分实施、乃至过度实施。该条款之理解与解释也随之展开，例如，何为“工作岗位”，何为“突发疾病”，以及如何计算“48 小时”等等。诸多案例研究和分析所关注的也主要涉及该条款的解释和适用。然而，法学研究者极少正面回应 48 小时条款的司法实践，而是比较简单地否定该条款。有认为其过于僵化，¹⁵⁴

¹⁵⁴ 谢增毅，“工作过程”与美国工伤认定——兼评我国工伤认定的不足与完善[J]，环球法律评论，2008，30(5):91-101.

有认为其极不人道,¹⁵⁵ 也有认为应该废除了事。¹⁵⁶ 这说明理论和实务出现了两个不搭的发展向度。本文希望能够衔接 48 小时条款的理论与实践,特别是在区分为工伤与视为工伤的基础上,以视为工伤之标准来评价 48 小时条款。在此意义上,48 小时条款是视为工伤之极致,视为工伤之标准也理应在此有所突破。

二、48 小时条款之渊源与形成

1、48 小时条款的前身是将疾病视为工伤的实践

48 小时条款中的“48 小时”最早规定于 2003 年颁布的《工伤保险条例》,但是 48 小时条款本身所规定的疾病工伤却源自于 1996 年发布的《企业职工工伤保险试行办法》。因此,48 小时条款之制度至少要追溯至 1996 年。¹⁵⁷ 而 1953 年发布的《劳动保险条例》以及其实施细则修正草案均无涉及疾病工伤,但这并不意味着疾病工伤是凭空而来的。在 1996 年之前的地方立法和实践中仍然可以看到疾病工伤的做法,只是表述有差异,但是将突发疾病视为工伤之基本精神却是一致的。然而,国际劳工组织之相关文件以及域外工伤范围的相关文本中并无此先例。这说明将疾病视为工伤是本土实践,是延续我国《劳动保险条例》的实践而逐渐积累起来的制度,此与域外之工伤理论与制度无直接或密切联系。而是在我国工伤理论与实践的张力中平衡出来的。

起初来看,全国总工会《关于职工在工作时间工作地点突然发病死亡待遇如何处理问题的复函》(1965 年)以及全国总工会《关于执行(65)险字第 760 号文的复函》(1982)显示,全国总工会是坚持因工死亡的基本原则的。全总认为,企业职工因病死亡比照因工死亡的待遇应属于个别特殊情况,而且还列举了一些与工作有关的前提条件。¹⁵⁸ 这些条件要么是连续加班加点突击任务,要么是没有条件离开工作岗位,要么是带病参加工作,都实质上赋予了病亡的工亡属性。¹⁵⁹ 有意思的是,比照工亡待遇的程序性条件是职工讨论、党委同意,这显然又与因工死亡毫无关系。

¹⁵⁵ 董保华.《工伤保险条例》修改的若干思考[J].东方法学,2009(5):129-134.

¹⁵⁶ 于欣华.工伤保险法论[M].中国民主法制出版社,2011.

¹⁵⁷ 《企业职工工伤保险试行办法》列举了两种涉及“突发疾病”的情形:第八条第四项,在生产工作的时间和区域内,由于不安全因素造成意外伤害的,或者由于工作紧张突发疾病造成死亡或经第一次抢救治疗后全部丧失劳动能力的;第八条第八项,因公外出期间,由于工作原因,遭受交通事故或其他意外事故造成伤害或失踪的,或因突发疾病造成死亡或者经第一次抢救治疗后全部丧失劳动能力的。

¹⁵⁸ 参见:王运柏,颜利,周南翔.对“突发疾病死亡视同工伤”的理解和把握[J].中国医疗保险,2015(5):60-62.

¹⁵⁹ 参见:全国总工会生活保障部《关于执行(65)险字第 760 号文的复函》(82)活字第 193 号.

从稍后的实践来看，一旦有比照工伤待遇的做法，如上限制将病亡比照工亡的思路是不可行的。这从后来的地方立法或政策中可以看出病亡工亡化的另一种制度路径，即简化规则、普遍适用。例如，《深圳经济特区工伤保险条例》（1994年）规定了两种情形：其一，在执行用人单位安排的生产工作任务中因病而猝然死亡的；其二，“在上下班、因公外出或者工作调动途中遭受非本人责任的意外事故或者患疾病死亡的。”此规定可推导出，在执行职务中患病死亡的，视为工亡。也有地方规定承继了全国总工会的某些思路。例如，四川省《关于划分因工与非因工死亡界限的暂行规定》（1990年）明确提出了比照因工死亡的原则，即职工发生与生产、工作有一定关系的意外死亡。但是在病亡之认定上与深圳市之规定并无大的区别，即均包括：因工出差或外出执行任务期间，突然发病死亡的；执行与生产、工作有直接关系的任务时突发疾病昏厥休克，在抢救中死亡的。

这些实践在1996年的《企业职工工伤保险试行办法》中制度化为两种工伤情形，其背后恰恰是简化普适思路和因工死亡思路的糅合。在工作场所，“由于工作紧张突发疾病造成死亡或经第一次抢救治疗后全部丧失劳动能力的”之情形属于与工作有一定关系的工亡或工伤，而在出差期间，“因突发疾病造成死亡或者经第一次抢救治疗后全部丧失劳动能力的”则又成为简单的比照工亡。这说明1996年的规定是部分限缩了实践中因病死亡比照工亡的范围。但是“经第一次抢救治疗后全部丧失劳动能力的”又是一个扩大性的规定。有人认为，在上班时和出差期间突发疾病及通勤事故的工伤认定做了放宽，但仍然是与工作有直接或间接联系的，也必须掌握发生伤亡的时间、地点和原因等环节。¹⁶⁰所谓放宽必须把对比的对象明确为1953年的《劳动保险条例》，否则将是不准确的。而所谓把握与工作之间的联系，则只能局限在“工作紧张”这一点上，除此外别无质上的因果关系。

2、48小时条款之形成

2003年《工伤保险条例》在工伤范围上的最大变化是将工伤区分为“应当认定为工伤”和“视同工伤”，但是并未明确规定两者的区分标准或原则。按照一般理解，应当认定为工伤，就是因工死亡；而根据《工伤保险条例》第十五条所规定的三种情形，视同工伤应理解为比照工伤待遇或部分比照工伤待遇。因此，

¹⁶⁰ 佚名. 关于《企业职工工伤保险试行办法》的政策、标准和对试点的规范[J]. 中国劳动, 1996(11).

因病死亡比照工亡之规定，有扩大范围之色彩，例如去掉了“工作紧张”之规定。但是在具体的制度安排上又缩小了因病死亡视同工伤的范围，例如去掉了“经第一次抢救治疗后全部丧失劳动能力的”，去掉了出差期间患病死亡之规定。最终，把“突发疾病造成死亡”限定为“突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡”，不仅客观上缩小了“突发疾病造成死亡”的范围，而且形成了事后备受指责的“48小时条款”。可以认为，《工伤保险条例》向纯粹的因病死亡比照工伤待遇前进了一小步，却在可比照工伤的范围上限缩了一大步。按照彭高建的解释，该规定是根据实践经验才删去以前不易掌握的“工作紧张”的，¹⁶¹也可能并无太多的学理考量。而且，非常重要的一点是，从未见到任何制度设计时对“48小时”限定的说明。也许工伤认定之48小时来源于医学抢救的黄金时间，¹⁶²但是现实中会出现因为稍稍溢出48小时之抢救时间而无法认定为工伤的案例。¹⁶³因此而逆生的法律现实给个人套上了道德的拷鞭。此恰恰成为该规定事后备受关注的渊源。可是，这在立法之初，会是不经意的吗？！

事实上，因病伤残比照工伤待遇从未成为一个纯粹的视同工伤条款，这也是“48小时条款”与跟后两个条款的不同之初。至少，现在的规定仍然限定在工作时间和工作岗位上，这意味着“48小时条款”的性质仍然有可商榷之处，即，其究竟是“并非工伤而比照工伤”呢，还是“本来就是一种特殊的工伤”呢？在2003年立法之际，《办法》中与因病死亡同项规定的意外伤害列举在应当认定为工伤的情形：分别对应第14条第1项（或第3项）和第5项。这进一步佐证，“48小时条款”之性质是复杂而模糊的。要解决这个问题就必须追问工伤认定的标准以及工伤的分类。

3、48小时限制与视为工伤

地方立法和政策中已经提供了二分工伤的做法。例如，确定因工伤亡的原则为职工在生产、工作中发生因工作所致的伤亡或职业病；确定比照因工伤亡的原则为职工发生与生产、工作有一定关系的意外伤亡。但是，这个分类原则并没有在具体列举工伤类型时贯彻下去。同样，《工伤保险条例》也没有对应这种二分的工伤分类。这是因为，《工伤保险条例》中应当认定为工伤的情形既有因工作

¹⁶¹ 彭高建. 《工伤保险条例》问答 视同工伤的情形有哪些[J]. 中国社会保障, 2003(11).

¹⁶² 陈宏寿. 刍议工伤认定48小时的合理性[J]. 昆明学院学报, 2011, 33(1):57-60.

¹⁶³ 赵龙. 《工伤保险条例》“48小时”规定的合理性检视与法律适用[J]. 中共南京市委党校学报, 2015, 13(6):88-91.

所致的伤病，也有与工作有一定关系的意外伤亡；而其所规定的视同工伤的后两种情形虽是纯粹的比照工伤待遇，却完全与工作没有关系。¹⁶⁴因此，有必要提出一个新的概念，即“视为工伤”，来区分于“视同工伤”。视同工伤，仅就比照工伤待遇而言，且与工作无任何关系；视为工伤，则是与工作有一定因果关系之伤亡；最后，为工伤，就是与工作有直接因果关系的伤亡。照此，通勤事故之伤害就是视为工伤之情形。那么，本文所探讨的问题则是，“48小时条款”之病亡是视为工伤，还是视同工伤？换言之，“48小时条款”是否有错位之可能？显然“48小时条款”并非完全与工作无关，不可视同工伤，而系视为工伤，只是其为工伤范围之远端与极致，有必要审视工伤认定的标准以厘定48小时条款之属性。

三、视为工伤的标准与范围

“工伤范围的确定既是一个客观范畴，是因职业造成的伤害；也是一个主观范畴，即在立法过程中确定工伤范围是主观反映客观的体现。”¹⁶⁵工伤范围之大小受到了立法政策的影响。同时，职业与伤害之间的因果关系也全非客观范畴，确定工伤范围之因果关系中含有主观因素。然而，这个因素对立法者来说却是全新的，其显然不同于历史沉淀深厚的过错责任，也并非完全与过错责任隔离。而这恰恰是确定工伤范围的重要起点。

1、标准：渗透着过错要素的因果关系

常见的工伤因果关系理论是罗列诸多因果关系，¹⁶⁶以致忽略或模糊了因果关系学说或理论之间的联系或逻辑。然而，在民法之侵权损害赔偿领域，各种观点学说却可归纳为相当因果关系和必然因果关系两种对立的学说：只要行为对损害结果构成适当条件，行为人就应当负责，此为相当因果关系说；只有行为与结果之间具有内在、本质、必然的联系，才具有法律上的因果联系，此即必然因果关系说。¹⁶⁷民法之通说，是按照过错规则的要求，有条件适用“相当因果关系

¹⁶⁴ 有观点认为，此种工伤情形对用人单位有溢出效益，用人单位因此而承担责任有合理性。但这与工作无关是毫无疑问的。

¹⁶⁵ 郑尚元. 工伤保险法律制度研究[M]. 北京大学出版社, 2004. 第73页.

¹⁶⁶ 向春华有近乎周全之罗列：必然因果关系理论，直接因果关系理论，条件因果关系理论，相当因果关系理论，法规目的理论，可预见性理论，危险理论，原因力理论，事实上的因果关系和法律上的因果关系，责任成立的因果关系和责任范围的因果关系。见向春华. 工伤理论与案例研究[M]. 中国劳动出版社, 2008. 第76-92页.

¹⁶⁷ 王利明、杨立新编著，侵权行为法，法律出版社，1996年，第62-64页。

说”，以归责和确定责任范围。¹⁶⁸王卫国教授对过错与因果关系有着简洁深邃的论述，其认为过错与因果关系功能耦合，并相互依赖、相互渗透，“如果把过错从责任要件中排除掉，民法对因果关系问题的处理就会陷入十分困难的境地”。¹⁶⁹在他看来，无过错责任的主张贯彻到因果关系领域难免会引起法律规范系统的紊乱和功能失调。¹⁷⁰由此看，倘若要探究脱胎于雇主责任的工伤保险以及工伤认定中的因果关系，就不能不体会过错要素之存在。

工伤保险制度之发展是损失承担社会化的选择，而在社会化之前，民法中的责任原则已经在回应现代工业事故的挑战，即出现了过错推定、无过错责任等客观化的归责方式。¹⁷¹然而，这些归责方式并没有绝对抛弃过错要素的存在和影响，与此同时出现的工伤保险制度虽然并不以雇主过错为要件，也仍然在工伤认定标准中渗透着过错要素。首先，当存在工作所致伤害的直接因果关系时，往往可推定雇主有过错，例如机器故障造成工人肢体伤残，此可推定雇主有过失。此外，在雇主侵权损害赔偿与社会保险给付兼得模式式微的背景下，¹⁷²工伤认定不考虑雇主过错本身是涵盖雇主过错的，这意味着雇主过错度转为化为单一因果要件的一个要素而不加区分。其次，在难以确定工作为致害的直接、主要原因时，工伤因果关系所考虑的因素是伤害或伤亡与工作的相关性，诸如工作时间、工作场所等，此仍然考虑雇主之可控时空，有推定过错之考虑。而在通勤、出差等具有工作相关性，而雇主可控力极差的情况下，才构成较为严格意义上的雇主无过错，而这时列入工伤范围又恰恰备受争议。此种备受争议的工伤情形中残存的雇主过错要素非常少，成为视为工伤之典型或极致。

从雇员责任来看，在工伤认定中也残存着过错要素。雇员过错是影响工伤范围的，而该过错明显与侵权行为中的受害人过错有联系。在工伤范围中也把若干种雇员的过错行为排除在外，例如工人故意犯罪、醉酒或吸毒、自残或自杀等等的不得认定为工伤或视同工伤，这说明工伤认定中的因果关系仍然继承了一种类似于过失相抵的过错要素。但雇员过错不同于雇主过错，雇主过错往往是推定的过失，有推定过失，则为工伤；而雇员过错往往是故意的，有故意，则排除工伤。

¹⁶⁸ 同上，第 64 页。

¹⁶⁹ 王卫国：《过错责任原则：第三次勃兴》，中国法制出版社 2000 年版，第 184 页。

¹⁷⁰ 同上。

¹⁷¹ 同上，第 96 页以上。

¹⁷² 周江洪，侵权赔偿与社会保险并行给付的困境与出路[J]，中国社会科学，2011(4):166-178。

但是,以是否故意为标准而修正的工伤因果关系显然与社会保险所奉行的归责客观化不一致,雇员过错也应该内化到因果关系中。因此单独规定雇员过错要素之做法也往往经不得推敲,在理论上也不主张一概而论。例如,工作压力所致精神病而自杀的,显然与工作有重要因果关系,却因雇员过错而被排除,其实不妥。此外,作为自己责任的雇员特质也有雇员过错之色彩,例如雇员之一般疾病并不属于工伤,其责任在自己。

由此看,民法经由过错而修正了因果关系,工伤认定标准也残存着过错要素。不以过错为要件的工伤标准是指不宜以过错作为例外或附加,但是,其残存的过错要素应该渗入到因果关系判断中。除非工作与伤害之间有直接、必然的因果关系为工伤的情形外,工伤认定之标准同样要考虑残存的过错要素,进而形成诸多情形的视为工伤。每一种工伤情形的定型都是一次经由过错的因果关系判断,这也难怪工伤情形往往是列举的、判例化的,要么是一系列视为工伤情形的枚举,要么是不断发展和突破的判例累积。而支撑工伤范围收张、判例发展的因果关系必囿于二说:相当因果关系说、必然因果关系说。具有相当因果关系的,视为工伤;具有必然因果关系的,为工伤。本文所理解的相当因果关系是糅合了过错要素的一定因果关系,其决定了视为工伤的射程。

2、范围：因果关系标准之适用

工伤保险制度是从工业事故中发展而来的,其核心的保险范围是职业灾害。早期所争论的仍然是工业事故与雇主责任之间的关联性,而随着强制的工伤保险的法律化或合宪性认可,雇主之工业事故责任成为常识。工业事故所造成之伤病则为工伤之原初范围,即职业伤害或职业病是就职业所造成的伤害而言的。但是何为职业伤病却早已超过了必然因果关系标准,而发展出视为工伤的一些具体标准。值得注意的是,职业伤害认定的具体标准与职业病认定的具体标准是明显不同的。

职业伤害的范围在不断扩大,工伤认定中因果关系认定呈现弱化趋势,强调伤害发生在工作过程中就可认定为工伤。在美国,“‘工作过程’成为工伤认定的主要标准”。¹⁷³因此,在工作时间和工作地点所发生的伤害往往可直接认定为工伤,伤害与工作的相关性也仅此而已,并不要求工作与伤害之间有必然因果关系。

¹⁷³ 谢增毅文。

在我国台湾地区和日本则有业务遂行性和业务起因性之说，并且把起因性摆在核心地位，遂行性判断辅助于起因性有无之判定。¹⁷⁴此说接近相当因果关系说，但在我国台湾地区却有相当因果关系说和重要条件说之别，这与德国法上的重要条件说的影响有关。¹⁷⁵按照德国学者的例举，在劳动者因身体衰弱，在工作时虽无特别压力而仍然引发疾病的，虽然可认为疾病之发作与工作间有相当因果关系，但依重要条件理论则此疾病之发作不属职业病。¹⁷⁶然而重要条件说之采纳理由却是，“不援用条件说，因为此将导致原因之认定过于广泛。援用民法上相当因果关系亦不适当，因为纵然该意外之发生过于异常，亦可能在保护范围之内”。¹⁷⁷让人在理解重要条件说修正相当因果关系说之范围上不知所云，其在质疑法院采纳相当因果关系说而解释重要关系说时更是与其前文有所出入。¹⁷⁸事实上，所谓“相当”或“重要”都是个案中的价值判断，其提供的出路并无二致。

我国《工伤保险条例》所规定的“在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的”工伤情形就是符合业务遂行与业务起因的。但是，职业伤害范围之扩大明显将辅助工具渲染成了主角，即遂行性标准。从台湾地区“劳工保险被保险人因执行职务而致伤病审查准则”来看，有关视同工伤的情形均是借助遂行性来扩大执行职务的范围，事实上是对执行职务状态的理解和解释。鉴于域外之经验，以及我国工伤保险制度之现实，“因工致伤”的因果关系日趋将工作作为伤害发生的一个条件，而非原因。然而，工伤保险仍不同于职工医疗保险，不能无限弱化工作与伤害之间的因果关系。工作过程之说、业务遂行性之说等均在扩大工伤的范围，但其本质都属于相当因果关系说。只是在因果认定上，工作作为伤害之条件也许是非常边缘的，例如上下班时发生的交通事故、工作时发生的意外暴力伤害，其原因度仅处于为了工作或者处于工作状态。笔者认为，弱原因度的情形下也被认定工伤是因果关系中的过错要素发生了作用，即推定雇主在此种情形下有过失或有责任。

职业病的范围也在不断扩大，但是其扩展路径却与职业伤害的范围有所不同。职业病认定通常需要兼备两个要素：一个是职业接触史，一个是罹患相应之

¹⁷⁴ 郑晓珊文。

¹⁷⁵ 林更盛，劳基法上职业灾害因果关系的判断，台湾本土法学杂志，2002

¹⁷⁶ 同上。

¹⁷⁷ 同上。

¹⁷⁸ 参见林更盛，過勞的醫師--評臺灣高等法院臺南分院一〇二年度重勞上字第一號民事判決[J]. 2015.

职业病目录中的疾病。例如，有从事粉尘作业之职业经历，并患有尘肺病的，则可认定为职业病。这事实上是一种严格的因果关系，属于必然因果关系说。职业病之认定端赖于职业病目标及其诊断标准，其诊断的专业性强，编制职业病名单和判定职业病的指导性文件也系由卫生部门完成，并且区分职业病与急性职业中毒，强调职业病诊断标准是就慢性职业病而言的。¹⁷⁹例如，在丹麦区分工伤事故和职业病的界限是，5天以内短期接触引起的伤害属于事故，5天以上才列入职业病之判定程序。¹⁸⁰随着医学的发展，职业病目录范围在不断扩大，职业病范围才相应地得到扩大。因此，事故伤害与职业疾病的具体标准明显不同，两者一般不会混同。特别是，认定职业病从未有业务遂行性之考量，其只能沿着业务起因性路径去扩大职业病的范围。职工在主张职业病权益时，也要求患病特别源于职业，并与职业有明显直接的因果联系，在美国即是如此。¹⁸¹在传统的职业病认定中，注重病因的医学病理分析，并无视为职业病之空间。

但是，随着医学的发展和职业健康保障水平的提高，职业病中的相当因果关系判断也深入了价值判断，出现了两类视为职业病的情形。一类是心血管疾病。在医学上，“高空、深海、高热、低温、噪声等特殊环境因素导致人的精神紧张、焦虑和疲劳，通过神经和内分泌系统影响着这些特殊环境下的劳动者的心血管的生理功能”，¹⁸²而且发现，倒班与其他疾病无联系，而与冠心病却有着特异的联系。¹⁸³这在有着加班传统的国家，如日本，成为重要问题，并催生了日本的过劳死立法，将过劳死概念引入英文，开各国法例之先河。¹⁸⁴一类是精神疾病。职业导致之精神障碍而自杀的在日本称之为过劳自杀，日本同样是关于过劳自杀的认定、补偿与规制的先行者。¹⁸⁵这两类疾病的职业病认定是比较特殊的，其在一定程度上会弱化医生的意见、弱化职业与疾病之间的因果关系，其可能凭借诱发疾病的一些条件，如工作压力、工作紧张，来认定职业病。此支撑了立法在职业病认定上采用了相对因果关系，例如美国一些州规定，造成职业病的工作相

¹⁷⁹ 参见顾友多. 美国和欧洲的职业病诊断标准体系[J]. 职业卫生与应急救援, 2007, 25(6):283-284.

¹⁸⁰ 同上。

¹⁸¹ Shepler, Larry L. "Occupational Disease Claims." *Drake Law Review* 30.4 (1980-1981): 841-860.

¹⁸² 鲍含诚. 职业与心血管病[M]. 中国医药科技出版社, 1998. 第1页

¹⁸³ 同上, 第150页

¹⁸⁴ 参见 Kidani, Kaiulani Eileen Sumi. "Japanese Corporate Warriors in Pursuit of a Legal Remedy: The Story of Karoshi, or Death from Overwork in Japan." *University of Hawai'i Law Review* 21.1 (1999): 169-202. 参见 Conway, Mara Eleina. "Karoshi: Is It Sweeping America." *UCLA Pacific Basin Law Journal* 15.2 (1996-1997): 352-380.

¹⁸⁵ 参见郑晓珊. 日本过劳自杀工伤规制之借镜——从富士康事件谈起[J]. 中外法学, 2013, 25(2):422-439.

关因素达到 50%即可；¹⁸⁶日本关于过劳之规定，在认可长期过劳为导致心脑血管疾病因素的情况下，职业病认定的重点转移到过劳的认定上并形成量化定义，如发病前一个月内加班超过 100 小时为过劳。¹⁸⁷从因果关系的角度看，这两类职业病是典型的视为工伤。

四、不应交叉的视为职业伤害与视为职业病

——48 小时条款属性及其未来

1、48 小时条款何以视为工伤的诸见解

48 小时条款是工伤认定标准争议中的难题，令人咋舌的视角是，“从‘48 小时’工伤认定条款可以窥视工伤认定中诸如工作原因、工作时间、工作地点、因果关系、损害事实、归责原则等关键内容，而这些在理论和实践中都是争议的焦点和难点。”¹⁸⁸那么，48 小时条款究竟是采何种标准来认定工伤的呢？首先要明确其所规定的是职业伤害抑或职业疾病，而问题是该条并没有明确其属于职业伤害，还是属于职业疾病。从其规定的内容来看，其符合视为职业伤害的具体标准，特别是“在工作时间和工作岗位”属于典型的业务遂行性标准。但是，该条款又明显是规定疾病之工伤认定的，不过这里的疾病一般认为与职业无本质联系。“48 小时”之时限只是强化了死亡与业务遂行的联系，却与工作并无医学上的因果关系。因此，就条文而言，该条款所规定的是一种视为职业伤害的情形。视为职业伤害之认定采业务遂行性标准，但往往附加限制以加强因果关系。这些限制多与劳动者的主观状态有关。但是以发病的方式和结果进行限制的确是非常例外的。

学者也注意到该条款与日本过劳死理论类似。董保华就以过劳死理论为基础来评析 48 小时条款的立法变迁，并认为原有的规定更为合理。¹⁸⁹郑晓珊在联动权衡业务起因性和业务遂行性思路下指出，日本对因工作原因而促发之基础性疾病采用“大起因+小遂行”模式，而我国则是相反的“小起因+大遂行”模式。¹⁹⁰

¹⁸⁶ Felter, Edwin L. Jr. "Workers' Compensation Claims for Heart Attack and Mental Illness." *Workers' Compensation Law Review* 11.1 (1988): 125-131.

¹⁸⁷ 郑雅文, 吴宣蓓, 翁裕峰. 过劳职灾的认定争议与政策因应: 日本经验对台湾的启示 (J). *台湾 公共卫生杂志*, 2011, (4)

¹⁸⁸ 牛忠诚, 牛忠江. 我的工伤谁做主——“48 小时内抢救无效死亡”之工伤认定条款的合理性检视[J]. *现代人才*, 2010(1):59-62.

¹⁸⁹ 参见董保华. 《工伤保险条例》修改的若干思考[J]. *东方法学*, 2009, 2009(5):129-134.

¹⁹⁰ 郑晓珊, 工伤认定法律制度研究, 清华大学法学博士学位论文, 2014, 第 86 页。

我国台湾地区更有类似之规则。原“劳工保险因执行职务而致伤害审查准则”有规定，“劳工执行职务，因劳动当场促发疾病而该项疾病与劳动有相当因果关系者，视为职业伤害”。现“劳工保险被保险人因执行职务而致伤病审查准则”则规定，“被保险人疾病之促发或恶化与作业有相当因果关系者，视为职业病。”又规定，“被保险人罹患精神疾病，而该项疾病与执行职务有相当因果关系者，视为职业病。”此规则变迁之痕迹显示了工伤范围在涵盖一般疾病时的收张，即放弃视为职业伤害的路径，采用视为职业病之路径。理论与域外之经验往往告诉我们，48小时条款根本与48小时无关，其可能是一种不成熟、乃至略带失误的视为职业病情形。但是，此种视为职业病是毫无病因推理的，所谓小起因也仅是所谓的大遂行，即工作时间和工作岗位。

事实上，从加班等工作量出发来判断过劳显然不是突然疾病的全部。从我国的司法实践来看，也不乏突然疾病死亡认定为工伤之案例，但是其路径却是传统的，即侧重医生有关病因的医学病理分析。例如，工作时突发疾病，经医院救治，后诊断为热射病型重症中暑，认定为职业病；¹⁹¹也有工作时突发疾病经救治无效死亡，诊断为热射病，但由于劳动关系缺失而按照雇佣关系处理的。¹⁹²北大法宝案例中有61个涉及热射病的案例，在热射病之诊断上多无异议，只是往往劳动关系上有瑕疵。此外，整理法宝推荐的25个案例中案情显示有时间的热射病死亡病例，从突然发病到死亡的时间多数不超过5日，但是抢救时间超过2日的案例仍非个例。仅从抢救时间的角度看，倘若以48小时条款来套用热射病死亡，显然在时间限制上并不妥当。48小时条款并不能有效替代突然发病中的热射病。事实上，热射病之职业病认定也并无突发疾病之限制，而是列入职业病目录中的一种疾病。

法宝推荐案例中热射病死亡时间

热射病死亡案例	死亡时间
夏付荣非法行医案	约5小时
南京福美来保洁有限公司与陈学军等生命权纠纷上诉案	当日 不超过1日
郭秀玲等与孟州市第一建筑工程有限公司劳动争议纠纷上诉案	
中国人民人寿保险股份有限公司驻马店支公司与袁玉荣保险合同纠纷案	
余信香等诉高明星生命权纠纷案	

¹⁹¹ 大连真心罐头食品有限公司等诉普兰店市人力资源和社会保障局确认案，(2015)大行终字第294号，法宝引证码 CLI.C.8165193

¹⁹² 余信香等诉高明星生命权纠纷案，(2015)下民初字第387号 CLI.C.8266191

王树莲等诉孔德水等生命权、身体权、健康权纠纷再审案	不超过 2 日
姚志金诉吴爱琴等提供劳务者受害责任纠纷案	不超过 3 日
姚志金诉吴爱琴等提供劳务者受害责任纠纷案	
李光林等与徐州恒安昌建设工程有限公司等提供劳务者受害责任纠纷上诉案	不超过 5 日
罗某等与宁波某医院医疗损害责任纠纷上诉案	约 19 日
王全青等非法拘禁案	2 个月 8 日

2、保留 48 小时条款：定位于视为职业伤害的突发疾病是视为工伤之极致

学理上对 48 小时条款的批评多数存在理论上的错位，忽略了视为职业伤害和视为职业病的区别。不过，实务界对 48 小时条款有非常有价值的理解，彻底废除 48 小时条款未必合适。司法判决中已开始倾向认为，确定无存活可能，因过度抢救而在 48 小时外死亡的，应视为工伤。¹⁹³这在一定程度上降低了该条款的道德危机。在突然疾病的工伤认定中不考虑既往病史，¹⁹⁴这意味着实践中坚持了较为纯粹的业务遂行性标准，排除了视为职业疾病判断标准的影响。乃至有观点认为，可以规定超过抢救时间者享有不完整的工伤保险待遇，¹⁹⁵事实上，我国工伤保险立法中视同工伤已有此先例，在保险制度设计上区分不同工伤也有域外立法例可借鉴。这说明，48 小时条款是一个活的规则，没有必要废弃不用。其可以作为一种视为职业伤害的情形保留下来。

在视为职业伤害的诸情形中所保留的“因工作而遭受事故伤害”的原因度是在不断减弱的。从我国《工伤保险条例》所列的应当认定为工伤的情形看，第 14 条的第（2）、（3）、（5）部分、（6）均是没有明确“工作原因”的，属于视为工伤，但与工作的原因度在递减。具体看事故之范围，工作场所内，涵盖预备收尾阶段的事故伤害，涵盖因履行职业而受到暴力等意外伤害；因工外出期间，涵盖发生事故下落不明的；上下班途中，涵盖非本人主要责任的泛交通事故伤害的。从原因度的比较看，48 小时条款更强调工作状态中。48 小时条款中的“工作岗位”是一个比工作场所更为狭义的概念，一般理解为正在工作过程中，例如操作机器中、正在办公处理文件中。而且，突然疾病死亡与暴力意外伤害死亡仍然有一定的可比性，只是前者的主要原因可能是心脏病，后者的主要原因是第三人伤害，两者从雇主责任的角度来看应该是类似的，而且从雇主有健康管理之职责的

¹⁹³ 蒋桥生. 无存活可能因过度抢救 48 小时外死亡应视同工伤[J]. 人民司法, 2015(8).

¹⁹⁴ 李响, 裴媛媛. 既往病史是否影响突发疾病工伤[J]. 中国社会保障, 2010(1):68-68.

¹⁹⁵ 冀广照. 破解工伤 48 小时之限的路径[J]. 人才资源开发, 2013(12):43-45.

角度看，突然心脏病比第三人伤害更应在保险范围内。此外，48小时条款之突然疾病死亡与通勤事故死亡相比，往往前者与工作的联系度更要明显，毕竟前者在工作状态，而后者仅仅是通勤而已。此外，从域外之法例来看，在作业休息、生理需要之如厕饮水等模糊的工作时间，在雇主指派之活动地点、为了工作之活动地点、参加雇主举办之活动等模糊的工作场所，发生之事故也被纳入视同工伤的范围，诸种情形伤害与工作的原因度并不比48小时条款强。从原因度的射程公平来看，应该保留48小时条款。

把突发疾病死于工作岗位认定为工伤是有着历史和现实的合理性的。在48小时条款出现之际，立法者可能考虑到了扩大工伤范围以鼓励投保、方便操作等等，¹⁹⁶而且也明显是尊重当时工伤认定的实践的。在与工作的联系度上应该严格理解“工作岗位”，此将弥补和强化工作在促发疾病上的原因力。这意味着工作时间中的午餐休、非工作聊天、工作时间前后等是不属于48小时条款所规定之情形的。突发疾病死亡的连接点不是疾病，而是突发死亡与“在工作岗位上”之间所形成的原因力。不问是否疾病与个人体质之关联，但求死亡之突发性。在对48小时时限之批评上，其关键点并不在于48小时时限前后所产生的法律差异，而在于48小时时限是否有效且适当地量化了突发之概念并与急救之实践相符。从个人感知来看，以小时计算凸显了与突发疾病死亡的类似性，48小时内经抢救无效死亡的多属于突发疾病导致死亡。但是，从如上热射病死亡时间和丹麦之法例来看，以5日为限能够囊括大部分的热射病，并且是视为事故伤害之上限时间。此外，作为常识，突发心脏病的自救时间只有10秒，超过10秒就出现抽搐、休克等；¹⁹⁷医学统计显示，猝死一般在发病6小时内死亡，成年猝死患者中心血管疾病和冠心病居多。¹⁹⁸这意味着，工作紧张导致突发疾病死亡者，以48小时为限已经是非常宽松并足够替代工作紧张促发之疾病死亡情形。从这个角度看，48小时时限并无不妥。事实上，突发疾病的种类是开放的，原因是开放的，如上对48小时适当性的分析更多是感知和拾零，不能形成医学上的结论。但总归是，以视为因工作遭受事故伤害之逻辑，在形成“猝死于工作岗位”之观念上，当日猝死为妥，48小时期限应属极限。

¹⁹⁶ 参见董保华文。

¹⁹⁷ 刘国娜，关于心脏病急救专用装置设计，西南交通大学，艺术，2015，硕士

¹⁹⁸ 王辉. 对急诊抢救202例猝死分析与预防措施探讨[J]. 中国实用医药, 2013, 8(28):86-87.

3、规定视为职业病情形之考量：事故与患病两分的界限与突破

工作时间和工作场所属于遂行性要素，并不属于患职业病的原因。在工作场所突然疾病死亡中，区分存在与“工作”相关联的蛛丝马迹，强调“工作”必须是导致伤害后果或加重伤害后果的共同原因，仍然采用的是业务起因性。¹⁹⁹倘若在工作时突然晕厥，并跌倒在机器之棱角上，就属于事故伤害，并认定为工伤，但这与所关注的因工作原因患急病死亡就无实质关系了。为因应学界和实务对突发疾病死亡的职业病认定的呼吁，应该将下班后突发疾病死亡并与工作劳累有一定关系的情形纳入工伤范围中，可即视为职业病。

疑惑之处在于，心脏病与其他类型化的类似职业病的对比是否有其适当性。以热射病为例，下班在家突发热射病死亡的，可根据医生诊断为职业病；但是下班在家突发心脏病，则很难归类为某种职业病。其背后的差异在于，热射病属于中暑，其对应有详尽的职业性中暑诊断标准；而借鉴过劳理论，突然心脏病应该对应有过度负荷劳动之详尽标准，但缺乏发病诊断的关联性特征。进而，职业中暑所对应的工作环境中的高温条件是合法的，属于法律所认可的职业风险，纳入工伤保险范围并无不当；但是过劳致死所对应的过劳往往量化为超长时间的密集加班，此必然超过法律所认可的极限，纳入工伤保险之范围是有失妥当的。此外，过劳工伤之例拘泥于过劳死和过劳自杀，两者均属于极端情形，在职业病目录中罕见无轻重之分的病例。这意味着过劳致残或致病之情形尚无考虑之先例，过劳所致之疾病是开放、复杂、多样的。再者，职业病多与特定职业或职业环境性质有联系，而所有职业、乃至非职业生活都不免有紧张或劳累者，此与传统之职业病也有明显不同。将过劳职业病纳入职业病目录之路径是非常困难的。以笔者之见，把过劳死纳入职业病范围有褒奖的成分，其生根发芽是以特定文化对劳动以及死亡的认知联系在一起。若无社会文化基础，必经不起学理批评，其制度化将无从展开。

但是，工作促发和恶化疾病、诱发精神疾病之情形也是客观存在的，域外法例也有相应作为。我国台湾地区先将工作促发疾病定性为职业伤害，最近又列入两类视为职业病以囊括此两种情形。这说明台湾地区的政策制定者对工作劳累致死和工作压力致自杀的工伤属性是模糊的，其在事故伤害抑或患病的归类上是模

¹⁹⁹ 郑晓珊，工伤认定法律制度研究，清华大学法学博士学位论文，2014，第79-80页

糊的。在日本围绕过劳之概念，其劳动基准局制定有认定心脑血管疾病、精神障碍疾病之工伤认定基准，有趣的是，其还有关于腰痛病的工伤认定基准。²⁰⁰这些病均与过度劳累和紧张有关，却不宜由医生诊断病因就系职业抑或非职业，而由劳动行政部门来认定。

在美国，职业病是雇佣过程中因职业而产生的疾病，有四个要件：其一，疾病与执行职务时的条件有直接的因果关系；其二，疾病是职业性质决定的工作所发生的自然事件；其三，职业明显是疾病的原因；其四，并非来自职业外的危险。²⁰¹只有个别州的工伤定义中有限地承认了视为职业病的精神病和心脏病，例如科罗拉多州规定，工伤中的事故、伤害、职业病等是不包括精神和情感压力所导致的残疾和死亡的，除非有证据证明精神或情感压力是主要且仅由工作危险导致的，而在工作之外就不会；也不包括心脏病突发造成的残疾或死亡，除非有证据证明其近因（proximately）是源于工作且在工作中的异常努力造成的。²⁰²在美国法中，所谓“arise out of and in course of employment”，同样是分别规定事故伤害和患职业病的具体要件的。类比我国《工伤保险条例》中的概念，笔者倾向于认为，所谓“in course of employment”并非工作过程，而是雇佣过程，不宜理解为特定的、个体的某日工作，其与职业接触史功能耦合。这也是符合本文区分视为职业伤害和视为职业病的观点的。从视为工伤的具体标准来看，工作事故伤害所对应视为工伤的认定标准较为宽泛，只要事故发生在工作时间和工作场所，具有工作原因，可不考虑雇主之过错、雇员之过失和轻微过错；但是，职业接触所对应的视为工伤的认定标准较为严格，主要是因为其认定程式是类型化、医学化的，因果关系的判断主要取决于医生的诊断和意见，个人因素往往被特别关注。尽管过劳所致病患也是累积性的，但其通常是促发、恶化、触发因素，而不宜认定为医学上的致死或致病原因。

由此看，视为职业病之制度化是不能够纳入传统的职业病类型化模式的。至少，视为职业病之认定标准并不倚重医学建议，反而应该倚重劳动管理者的意见乃至常识。此与我国前“工作紧张”之职业病认定的理念是一致的，即企业内部职工和管理者对是否工作紧张进行判断以确认是否属于工伤。因此，应该单独规

²⁰⁰ 参见精神障害の労災認定について，腰痛の労災認定について，脳血管疾患及び虚血性心疾患等（負傷に起因するものを除く。）の認定基準について，厚生劳动省官网 <http://www.mhlw.go.jp>

²⁰¹ see N. R. S. 617.440, NV ST 617.440

²⁰² see CRS § 8-41-302

定视为职业病的种类和标准，由工伤认定机构来判断长期的工作压力、工作紧张与列定疾病之间是否存在相当因果关系。如此这般，自然会把因工作压力或工作紧张而导致在家突发疾病纳入职业病范围。而且随着工作场所的离散化，在家办公的劳动者越来越多，健康管理不断、工作规律失序者增多，因工作劳累、紧张而致的职业病会越来越多，尽快把视为职业病之情形制度化极有必要。

4、完善工伤情形的原则

不能孤立地看待 48 小时条款，否则完善和发展 48 小时条款的如上两条意见就会不合时宜。审视 48 小时条款的合理性应该有完善工作情形之考虑。在完善工伤情形的思路应该遵守科学、合理、公平三个原则。首先，工伤情形的类型应该科学化，职业伤害和职业病应该分开，把职业病列入职业伤害的子类毫无意义，同时，视为职业伤害和视为职业病也不应该有交叉。但是，在实践中必然会有同时属于伤害和患病的模糊情形，应该有明确的区分标准，但并不排除当事人选择的可能性。其次，在扩大工伤类型的情况下考虑区分工伤类型的费率，例如对通勤事故工伤之费率应单独确定，48 小时条款之费率应与之同费率。最后，要平衡工伤情形整体的可对比性，确保工伤范围的射程公平，尤其在视为职业病制度化后，这个问题将更加明显。视为职业伤害的范围在不断扩大时也应该遵守射程公平原则，要确保与工作联系度较大的情形较先纳入工伤的范围。视为职业伤害诸情形与工作的联系点比较多，这个问题会非常复杂。但至少可在可比的射程上应该是公平的。笔者认为，通勤事故工伤、突发疾病工伤已经深入司法实践，很有比较将与工作场所、工作原因更为贴近的间歇事件、雇主认可或指令之活动中的事故伤害明确为视为职业伤害。

五、结论

不能仅仅看到 48 小时条款之弊害，也不能简单地认为该条款不符工伤认定理论，我们需要系统地认知和解释工伤认定之 48 小时条款，以期经过完善或改造后的 48 小时条款能够成为我国工伤认定范围上的合理情形。但是，在学理上应该澄清，以业务遂行性来判断职业伤害和以相当因果关系来判断职业病之区分仅仅是倾向性上，工伤之基本定义仍然是“因工作遭受事故伤害或患职业病”。只是，因工作遭受事故伤害的范围扩大的比较多，与工作有多点联系就可能被认定为工伤，例如通勤、意外、突发疾病死亡等，均属于视为职业伤害之范围；而

因工作患职业病的范围扩大的路径则不一样，传统的方法是通过职业病目录和标准并倚重医生意见，视为职业病若有突破则必得另辟它径。仅就 48 小时条款本身来看，其属性是视为职业伤害，其与工作之联系包括工作时间、工作场所、工作状态，属于与工作联系点甚多却唯独缺乏因果的情形。在其具体认定上，要把握两点：一定是在工作岗位上，这是推定雇主责任并判定相当因果关系的起点；一定要忽略劳动者的个人特质，这是推定劳动者无个人责任以及雇主在健康管理之下认可劳动者的关键。坦白讲，这是视为职业伤害之极致，再往前一步，就步入社会保险的范畴，工伤保险与其他保险的界限就消失了。

我国工伤制度的问题与完善

——基于合肥地区调研的思考

李坤刚 王万鹏 付彤

【摘要】本文是对安徽省合肥市劳动者、用人单位、仲裁员和工伤认定部门工作者所作的关于工伤职工维权状况的调查报告。调研结果显示，影响工伤事故发生的主要因素为：劳动者的技术熟练程度、行业的安全防护、用人单位的安全管理，以及公共交通的安全。调查还显示，发现劳动者的工伤保险权利在实践中被打折，影响权利打折的最主要因素就是工伤保险费用的缴纳与否。此外，调查还发现，在工伤制度的设置上，我国目前的制度也存在一些问题。在调研和访谈的基础上，本报告针对存在的问题提出三点建议：完善工伤预防制度，促进工伤缴费制度和竞合制度的科学化；改善劳动者的工伤保险权利被打折的现状；完善工伤劳动者后续待遇相关制度。

【关键词】工伤保险权利，影响要素，社保交纳，补偿待遇

引言

工伤是伴随着工业化而产生和发展的，改革开放 30 多年来，工业化的迅速推进，极大地改善了我们的生活。同时，改革开放后，随着市场经济的推进，我国逐渐建立起了社会化的工伤补偿和救助机制，先后制定颁布了《企业职工工伤保险试行办法》（劳部发（1996）266 号）、《工伤保险条例》（国务院 2004 年 1 月 1 日颁布，2011 年 1 月 1 日修改）、《社会保险法》（2010 年 10 月 28 日颁布），在此基础上实现了工伤救助和补偿机制的社会化。

然而，必须指出的是，我国社会保险的社会化是建立在用人单位缴费的基础上的，用人单位如果不缴费，则自行承担工伤责任，因此，我国工伤保险的社会化是有限的。这是一个很大的缺陷。除此之外，根据我国在实践中的观察，工伤保险制度尚有诸多的不足之处，例如：我国工伤保险制度仍然以工伤治疗和补偿为主，对工伤事故的预防机制仍不健全；政府监察执法的力度不强，仍有许多用人单位未缴纳工伤保险费；劳动者遭受工伤后，维权路径艰难而冗长，权利往往

被打折扣，等等。

为研究制度实际存在的问题，我们在合肥市进行了专项调研，以实际情况为依据进行实证分析研究。此次调研的主要对象为合肥地区的工伤职工、企业单位、仲裁员以及劳动局工伤认定人员等，调研采取个人访谈和问卷调查相结合的方式，向 200 名不同行业、不同年龄段的遭受工伤的劳动者进行了有效问卷调查，对其中的 50 名劳动者进行了深度访谈。从严格意义上讲，工伤分为两大类，一是意外伤害，二是职业病。本次调研的对象为意外伤害型的工伤，不含职业病。另外，我们也对 50 名企业人事管理人员、25 名仲裁员以及 4 名工伤认定单位人员进行了深度访谈。我们在收集第一手资料的基础上进行综合深入的分析，探索工伤发生状况、工伤的认定、维权的方式、难易程度以及最终待遇的领取等，并针对此次调研中发现的问题提出相应的意见和建议。由于资源有限，我们的调研覆盖面可能还不够宽广，所得结论也可能存在不足之处，欢迎批评指正。

一、工伤发生率的影响要素

工伤事故的发生与劳动者及用人单位的主客观状态有很大的联系，因此，研究工伤与相关要素的关系，对于认清工伤事故的发生原因，从而有效地预防工伤是至关重要的。为此，我们首先关注了几个影响工伤事故发生率的要素：一是劳动者在用人单位的工龄；二是用人单位的所属行业；三是用人单位的安全管理；四是社会环境风险。现根据相关的调研数据，对这几种影响工伤发生的要素进行分析如下：

（一）工龄与工伤发生率

早在 1995 年傅华等人就曾对工龄与工伤之间的联系作过研究，他们的研究表明，工龄在 5 年内的职工发生工伤的概率最高，为 35.4%。并且，随工龄增加工伤数会逐渐减少。但当职工工龄超过 25 年后，工伤事故发生率会再次增加，至占总数的 7.9%²⁰³，具体见下表一。受伤高峰期主要存在于入职前四年，特别是第一年，劳动者遭遇工伤事故的风险最大。造成这种现象的主要原因是：用人单位的技术培训不到位，导致劳动者的技术不熟练；安全培训不到位，导致劳动者对工伤风险的认知不足；用人单位对风险管理不到位，使得劳动者没有认证的预防意识。另外，在劳动者逐渐衰老后，由于敏捷度和反应速度的下降，劳动的

²⁰³ 傅华，朱靳良、叶草箐，杨顺英，孙冰 工伤总估校正发生率及工伤发生时间分析[J].中国安全科学学报，1995(12)，第五卷增刊，197.

风险也会加大，会形成第二个工伤高峰期。

表一 工伤与工龄的关系²⁰⁴

工龄	单位：年	0~4	5~9	10~ 14	15~ 19	20~ 24	≥25	合 计
人次数	单位：次	67	58	25	18	6	15	189
百分比	单位：%	35.4	30.7	13.2	9.5	3.2	7.9	100

我们的调研数据再次表明，劳动者的工伤与劳动者的工龄有较紧密的联系。在我们所做的两百份问卷中，有96人工伤是在入职一年以内发生的，63人在入职一至三年发生，这就占了总体的79.5%。与1995年傅华等人的研究相比，工龄较短的劳动者的工伤发生率高则更为明显。我们认为，这种现象发生有以下几个方面的原因：

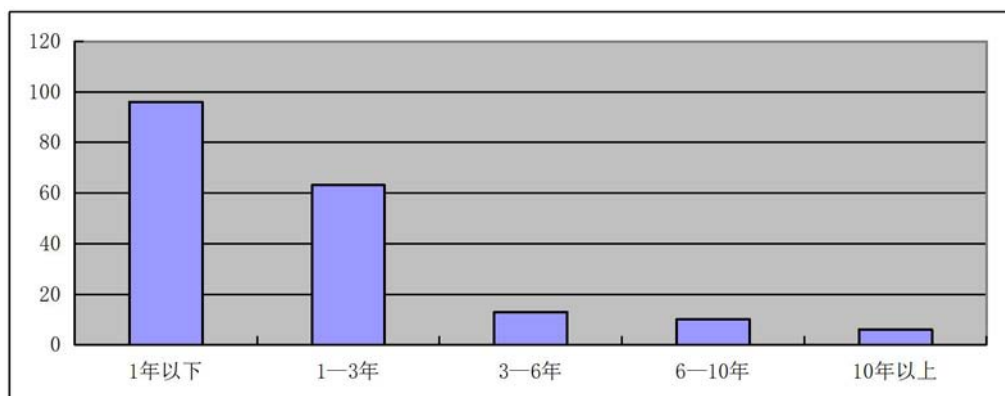
第一，劳动关系的流动性越来越强。目前劳动合同的短期化造成劳动关系的不稳定，随着工业化的不断推进，企业的外部劳动力市场发达，工人们在不同用人单位间流动性也在不断增强。劳动者是在不断流动的过程中寻找自己的市场价值，这种状况导致劳动者技术不熟练，因而易造成工伤。

第二，劳动关系的流动性弱化了用人单位培训劳动者的动力。在劳动关系流动性加强这个大背景下，用人单位的岗位不愿意花太多的金钱培训劳动者，怕白白浪费培训资金，这更加导致了劳动者职业技能不熟练。特别是在一些高危行业以及对职业技能要求较高的行业，这种短缺对工伤发生率有着尤为深刻的不利的影响。从本次调研中发现在本单位工龄3年以下的职工发生工伤的比例如此之大，说明职工工龄以及职工职业技能熟练程度是影响工伤发生的重要因素。

²⁰⁴ 同上。

图一 200 名受工伤调研职工在本单位的工作时间

单位：人



（二）行业的危险性与工伤发生率

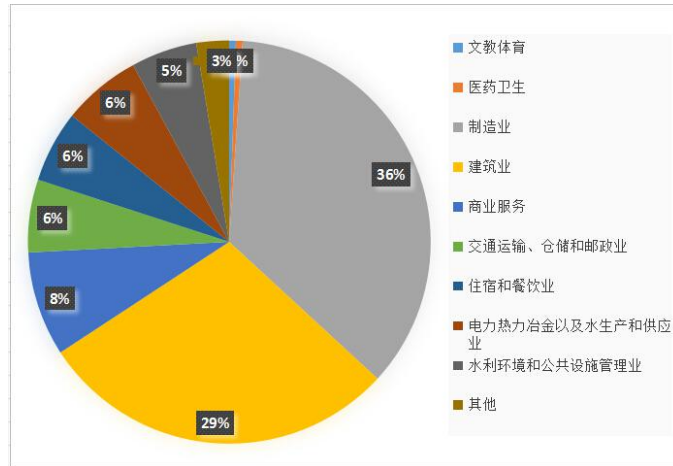
由于各个行业的工作环境和工作方式差异较大，各个行业的工作危险性程度也是各有不同的，因此，行业的危险性与工伤发生率有紧密的联系这一点是无疑的。根据不同行业的工伤风险程度，参照《国民经济行业分类》（GB/T 4754—2011），我国根据不同行业的工伤风险程度，由低到高，依次将行业工伤风险类别划分为一类至八类。²⁰⁵（见附表五 工伤保险行业风险分类表）

我们对 200 人所作的问卷调查结果显示（见图二），36%的受伤职工工伤前从事制造业，29%的受伤职工从事建筑业。²⁰⁶这两个行业的比例大大超过了其他诸如文体、医药、住宿餐饮业的比例。由此可以看出，制造业、建筑业是最具有危险性的行业。这两个行业迫切需要技术、培训和工伤风险防范。在这两个行业中，劳动者受伤的直接原因主要为摔伤（占 35%）、机器伤（占 30%），砸伤占 16%（见图三）。

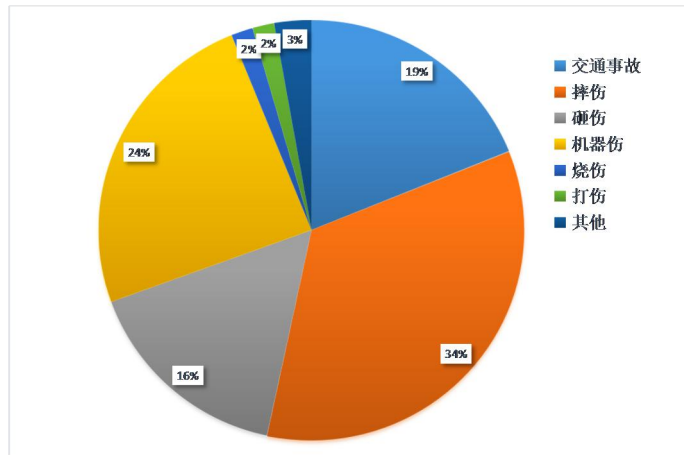
²⁰⁵ 中华人民共和国人力资源和社会保障部。《关于调整工伤保险费率政策的通知》（人社部发[2015]71号）[EB/OL].http://www.mof.gov.cn/zhengwuxinxi/zhengcefabu/201507/t20150731_1396669.htm, 2015-7-22.

²⁰⁶ 这里的分类是按照 2015 年 10 月以前的旧的三级分类所做的分类，2015 年 10 月份后开始实行八级分类。

图二 200 名被调研工伤职工行业分布



图三 200 名被调研工伤职工受伤原因统计



我们的调研结果也印证了工伤保险实行行业费率有其合理性。目前我国费率确定上，按照风险较小的行业到风险较大的行业的分类，社保缴费率也从低到高依次增加，一级风险最低，八级风险最高。用人单位在初次缴费时，先按行业基准费率确定，以后由统筹地区社会保险经办机构根据用人单位工伤发生率、工伤保险费使用、职业病危害程度等因素，一至三年浮动一次。从浮动费率的科学性来看，尽管我国 2015 年开始实施的八级分类较之于以前的分类有较大的进步，但较之于发达国家和地区，仍存在以下的问题：

首先，我国实行的差别费率档次少且差别较小。差别费率的目的是为了高

生产条件。2015年7月22日，人社部和财政部联合发出的《关于调整工伤保险费率的通知》中规定，我国从2015年10月1日起实行新的工伤保险费率制度。本次调整将行业风险增加到了八个档次，基准费率分别为0.2%、0.4%、0.7%、0.9%、1.1%、1.3%、1.6%、1.9%左右，部分学者认为这使得行业风险档次更能反映其真实风险²⁰⁷。然而，从行业风险档次分类数量来看，德国达到380个，日本达到54个，台湾地区达到61个，远比我国的行业风险分类多得多。从工伤保险费率区间来看（见表二），我国的费率区间与其他三个国家、地区的相比，最高行业费率与最低行业费率拉不开差距²⁰⁸。以我国台湾地区为例。台湾地区职业灾害保险费率共分为三种分别为行业别灾害费率、实绩费率和上下班灾害费率三种。其中费率最低的是金融业保险业0.02%，最高为煤矿业2.94%。较为细致的行业差别可以更利于体现工伤保险的公平性，使得工伤事故风险高的行业承担高的费率成本，而事故风险相对低的行业承担相对低的费率成本，激发各行业改进工作场所的安全性，最终达到减少职工受伤的目的。

表二 德国、日本、台湾地区及中国的费率区间

国家及地区	费率区间（单位%）	高低费率相差倍数（单位：倍）
德国	16.42~0.15	109
日本	10.30~0.30	34
台湾	2.94~0.02	147
中国	1.9~0.2	9.5

其次，浮动费率参考指标不准确且浮动难。工伤事故发生率作为浮动费率浮动的重要参考指标在实践中很难准确确定。在对企业人事管理人员的访谈中，我们了解到由于我国目前缺乏工伤事故通报制度，社保部门一般被动接受来自劳动者或者用人单位的工伤申请。企业为防止工伤事故发生率过高导致本单位浮动费率上浮，对一些轻微的工伤事故选择与受伤职工私了解决。劳动者迫于在本单位继续任职的压力，或者避免进入复杂的工伤申请、工伤补偿程序，如果觉得用人单位的补偿勉强可以接受，也会不再去劳动、社保部门申报工伤。浮动费率浮动

²⁰⁷汪泽英.调整工伤保险费率意义深远[N].中国劳动保障报.2015-8-7(004).

²⁰⁸张军.德国、日本及我国台湾地区工伤差别费率比较[J].中国社会保障, 2013(11), 34.

难，难就难在我国现在对浮动费率如何“浮动”，中央未制定浮动费率的实施细则，缺少明确统一的标准，这就导致实践中的可操作性较差，有些地方甚至没有得到真正实施。

再次，浮动费率未对小型企业进行特殊考虑。浮动费率具有两面性，有好处也有坏处。一方面能够督促单位改进生产，预防工伤；另一方面如果使用不当会造成用人单位成本增加，不利于新兴企业的发展。比如，台湾地区的实绩费率主要适应于雇佣人员达到70人的投保单位。这样做是为了防止那些刚刚起步，生产经验不丰富，规模尚小，经济实力稍弱的企业，不会因为浮动费率而影响企业发展。大陆地区不加区分的适用浮动费率，极有可能对企业发展造成负面影响。

209

（三）用人单位安全管理与工伤发生率

在对劳动者访谈的过程中，在问及受到工伤的劳动者对工作环境安全性的感受时，有41%的劳动者认为工作环境有点不安全，32%的劳动者则认为工作环境非常不安全，这些回应反映出用人单位的安全生产管理未能跟上。根据法律规定，用人单位应当负有安全生产保障的义务，为劳动者提供一个安全稳定的环境，这不仅是用人单位在法律上的义务，更是社会赋予其的责任。但是根据我们的调查，在这种强制性安全生产的责任之下，众多用人单位却没有让劳动者感到工作环境的安全。究其原因有以下几个方面：

首先，用人单位有降低用工成本的动机。对于劳动过程的安全来说，安全生产工程和安全环境建设，预防器具的使用，均是非常重要的。然而，这些均需要用人单位的资金投入，需要用人单位在人力和物力投资。在对企业人事管理人员进行的关于所在单位是否采取过预防工伤措施的访谈中，15%的单位表示未特别采取过，45%的受访单位表示采取过，但是很少。对这些单位进一步问及不采取或较少采取工伤预防措施的原因时，有73%的单位表示还是抱有一定的侥幸心理，认为工伤总在少数，与少部分人的受伤赔偿额相比较，花那么多精力进行工伤预防没必要，购买工伤保险还不如铤而走险。

其次，行政监督和惩罚的不到位。一方面，国家对危险预防不够重视，我国由于工伤保险行政、经办、劳动能力鉴定机构工作量大，因此大部分地区都把精

²⁰⁹ 于欣华，郑清风.大陆与台湾地区工伤保险费率制度比较[J].中国劳动，2012(03)，29-31.

力放在了工伤保险待遇补偿方面，对工伤预防基本上并无过多的涉及。²¹⁰另一方面，执法主体不明确，2003年的《工伤保险条例》中明确了劳动和社会保障部主管全国的工伤保险工作，国家安全生产监督管理总局是综合管理全国安全生产工作的部门，所以在工伤预防的安全管理问题上存在两个部门职能的重合，关于到底由哪个政府部门来管理又并无明确的规定，导致各个部门相互推诿，缺乏长期的监管部门。

（四）交通事故与工伤发生率

在关于工伤职工的受伤类型的调研中，在随机进行的200个案例调研中，我们惊讶的发现，交通事故在受伤原因中竟然占到了19%，这大大出乎我们的预料，没有想到职工上下班竟然成为如此危险的一件事，这个数据也说明现在交通安全对人民的生命安全影响重大。究其原因，笔者认为有以下几点：第一，交通拥堵加大了事故概率。随着我国经济的快速发展，我国汽车的保有量逐年递增，不但造成城市道路的严重拥堵，而且使得道路交通事故概率加大；²¹¹第二，交通安全执法不严，日常生活中，违反交通规则，超速行车，随意变换车道，非法占道行驶，闯红灯，等等交通违法行为随处可见。执法部门对于这些违反行为未能及时有效地处罚，滋长了生活中的交通违法风气，特别是在中小城市中，这种情况仍比较严峻，为造成劳动者的通勤伤害埋下伏笔；第三，道路规划和交通设施存在不科学不合理的因素。事故往往与不安全的、危险的道路有关，道路线形的组合不合理，交叉口交通设施设置不当，交通设施不规范以及路面状况不好，都有可能发生交通事故的发生；²¹²第四，电动自行车增多，设计车速过快，也增加了安全隐患。随着电瓶车的热卖，我国由“自行车大国”已转变为“电动自行车大国”。电动自行车已经成为工薪阶层最方便快捷的代步工具。但由于电动车速度快，再加上以上的因素，很容易造成交通事故。

此外，在我们对用人单位的访谈调研中，面对越来越高的上下班途中职工工伤发生率，各单位负责人不禁连连喊冤，抱怨为何糟糕的交通环境让单位来买单。从《中国劳动统计年鉴》（2014）的数据可以看出，上下班途中工伤认定比例为5.73%，位列于在工作时间和工作场所内因工受伤这一典型职业灾害之后，在工

²¹⁰ 钟巍.我国工伤预防管理的问题及对策研究[D].湖南:湖南大学公共管理学院, 2008, 18-19.

²¹¹ 柳坐宫、钱勇生、曾俊伟. 不同道路特大交通事故特征分析及预防对策研究[J]. 中国公共安全, 2015(3).

²¹² 权泽芬. 试述我国交通事故原因及对策[J], 科技风, 2015(7).

伤认定事故种类中占第二大比重。²¹³由于工伤保险实行浮动费率，上下班工伤事故的多发，无疑会导致工伤费率的上升，增加企业的用工成本。

针对交通事故比较多的情况，目前有学者已经开始呼吁实行单独的上下班灾害费率，主张上下班途中交通事故的危险非来源于企业生产环境，企业无法对该危险进行控制，这样社会化性质的问题也应该有社会合理分担。²¹⁴如台湾地区的做法那样，可在行业差别费率之外，单独设立不予浮动的上下班灾害费率。该费率可根据各地区上下班途中交通事故的发生率予以确定。这样既避免了企业因与自身安全生产因素关联性极低的上下班交通事故的发生，使得其费率浮升、负担加重，又可集社会之力弥补因事故受伤的职工的损失。

二、劳动者工伤保险权利被打折的现状其原因

（一）劳动者工伤保险权利被打折的现状

1、劳动者工伤保险权利的基准法性质

从法律性质上来讲，劳动者的工伤保险权利，应当是劳动者所享有的“基准性”的权利，即法定的补偿标准，应是用人单位补偿劳动者的合法的、最低的标准。其权利性质和最低工资是同样的，低于最低标准，即是违法。虽然我国不像日本和台湾地区有专门的《劳动基准法》，也不像美国和澳大利亚有《公平劳动标准法》，但是我国的劳动基准立法是普遍存在的。除了最低工资外，社会保险权、工时规定等均具有基准的形式，这些标准是不允许用人单位和劳动者通过协商的方式突破的。由于我国没有专门的劳动基准法，因此实践中劳动者、律师以及司法者对劳动基准的概念还比较淡漠。然而，劳动基准是国家追求和谐劳动关系的基础保障，不容突破。即使劳动者同意用人单位支付其低于最低工资的报酬，同意违法超时加班，也不能掩盖用人单位的违法性质。

但是，人们常忽视的是，在劳动关系中，社会保险的缴纳也是属于劳动基准，是不允许自行协商的。无论是用人单位和劳动者协商不缴纳社保，或者是劳动者主动和用人单位协商不缴纳社保，均是违法的。因为这种协商破坏了社保机制的运行。同样，工伤的治疗和补偿标准也是立法设定的底线，是为了避免用人单位利用自身优势而设定的，目的是为了劳动者获得适当的补偿。我国台湾地区的《劳动基准法》第一条就明确规定：“雇主与劳工所订劳动条件，不得低于本法所定

²¹³ 于弘文.中国劳动统计年鉴—2014[J].北京:中国统计出版社, 2015, 383-384.

²¹⁴ 于瀛彤.上下班途中工伤认定的法律思考[J].法制与社会, 2015(6中), 158.

之最低标准”，关于台湾地区工伤的“职业灾害补偿”规定在《劳动基准法》第七章，因此台湾工伤的补偿标准也是不得低于法定规定的。

然而，在我国大陆地区劳动者的工伤保险权利被打折却成了常态，绝大多数工伤案件中，劳动者被迫接受了被打了折的权利。这种现象说明，目前我国大陆地区对受到工伤的劳动者的保护存在着问题，这里既有对基准立法理解上的偏差，又有其他因素的影响，为此，我们随机抽取了 50 个经过仲裁调解结案的案件，以分析打折情况，并通过访谈来深入了解其中的深层次的原因。

2、劳动者工伤保险权利被打折的现状

在我国大陆地区劳动者法定的工伤保险权利大多数情况下被打折扣，这种情况是众所周知的。但究竟打折率是多少？哪些因素影响了打折率？如何在以后消除这些权利被打折的状况？对这些问题理论界缺乏深入的研究。为此我们随机抽取了 50 个通过调解结案的案例，并将这些案件劳动者权利被打折的状况进行了计算。（见附表六）

从这些案例中可以看出，大部分工伤职工在结案时，其主张的工伤待遇数额均有不同程度的打折情况，我们通过将实际判得数额与原来劳动者主张的工伤待遇数额相比，获得“打折率”。在所有调查的样本中，缴纳过社会保险的案件，平均“打折率”为 74.5%，其中折扣最大的案例中，劳动者只拿到原本依法主张数额的 37%，在 50 个案例中，仅有四个案件中，劳动者的权利没有被打折。

（二）劳动者工伤保险权利被打折的影响因素

1、未缴纳社保对劳动者工伤待遇的影响

我们注意到，用人单位是否为劳动者缴纳社保是影响劳动者工伤保险权利打折的一个重要因素。在所有的 50 个样本中，在未缴纳过社会保险费的 26 个案件中，劳动者的工伤保险权利的打折率平均数为 65.7%，而在缴纳过社会保险的案件中，打折率则为 83.3%。由此可见，工伤保险对于工伤案件调解的影响。由于缴纳的工伤保险为单位分担了风险，使得单位需要负担的赔偿数额降低，双方更容易在较高的数额达成调解协议。

根据我们访谈所了解的情况，如果用人单位给受伤职工缴纳了社保，用人单位一般在工伤认定方面会积极配合劳动者申请工伤认定。因为在缴纳了工伤保险的情况下，用人单位需要支付给工伤职工的工伤待遇数额较少，工伤待遇中的医

药费，护理费、一次性伤残补助金、一次性工伤医疗补助金等均由工伤保险基金支付。本次在针对 200 名工伤职工受伤后拿到工伤待遇补偿所需时间的调查中（见表三、图四），我们发现用人单位给受伤职工缴纳了社保的情形下劳动者会较快就能拿到工伤补偿，就算劳动者对补偿有异议而申请劳动争议仲裁，双方能达成调解的可能性也较高。

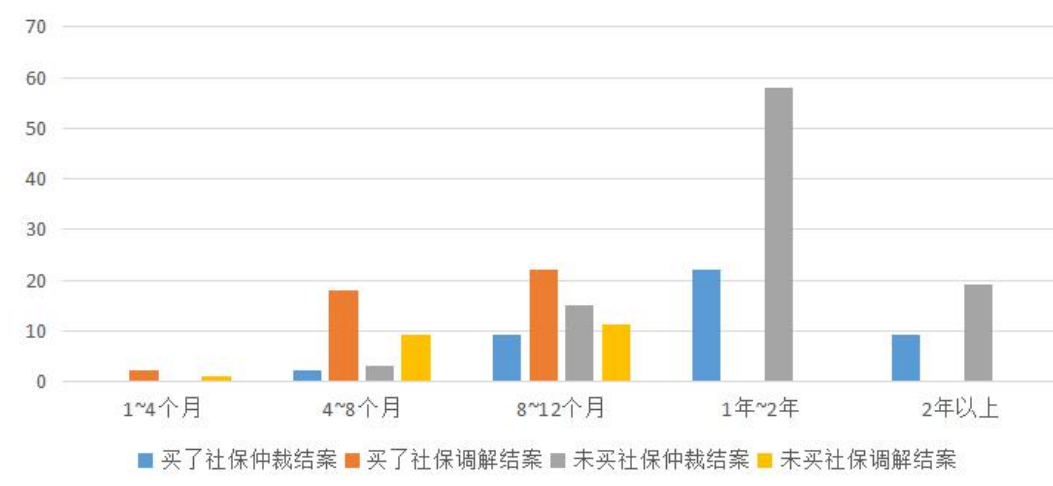
表三 200 名工伤职工受伤后拿到工伤待遇补偿所需时间的调查

单位：人

需要时间	结案方式				
	1~4 个月	4~8 个月	8~12 个月	1 年~2 年	2 年以上
买了社保仲裁结案	0	2	9	22	9
买了社保调解结案	2	18	22	0	0
未买社保仲裁结案	0	3	15	58	19
未买社保调解结案	1	9	11	0	0

图四 200 名工伤职工受伤后拿到工伤待遇补偿所需时间的调查

单位：人



用人单位为劳动者缴纳了社会保险的案件中，结案时劳动者的权利的打折率一般较低，这是与我国的工伤社会保险医疗和补偿的构成是密切相关的。依据《工

伤保险条例》，在缴纳工伤保险的情况下，社会保险基金承担了绝大多数的费用项目，而用人单位承担的项目和应付的赔偿款较少（见附表七），用人单位与劳动者更容易达成一致意见，这是此类案件调解率高和打折少的重要原因。

从大数据来看，合肥地区的社会保险缴纳情况不容乐观。根据《合肥市 2014 年国民经济和社会发展统计公报》显示²¹⁵，2014 年合肥市参保人数为 124.51 万人，2014 年末全市从业人员 513.9 万人。与全国以及周边城市南京的数据相比，合肥市的参保比例大幅低于南京的比例、略微低于全国的比例。²¹⁶（见表四）

表四 2014 年末合肥同南京、全国相比职工参加工伤保险比例的比较

	参保人数(单位:万人)	就业人数(单位:万人)	比例
合肥	124.51	513.9	24.22%
南京	244.24	488.9	49.95%
全国	20639 ²¹⁷	77253 ²¹⁸	26.7%

根据我们的了解，合肥市对劳动者的社会保险权利一直非常重视，主要体现在两个方面：一是将劳动者要求用人单位补交社会保险的案件纳入仲裁受案范围；二是对于劳动者要求用人单位补交社会保险的案件不适用一年仲裁时效范围的限制。许多一线城市尚未能做到这两点。此外，合肥市要求缴纳社会保险是“五险一金”的，不允许用人单位单独选择缴纳单个的社会保险。如果从工伤保险来看，合肥市的工伤缴费状况同全国相比是一直处于较高的上升趋势（见表五、六）。但即使是在这种社会保障情况下，劳动者的工伤保险权利也未能得到法律设定的保障，其它社会保险缴纳情况更差的地区受到工伤的劳动者的状况是可想而知的。

²¹⁵ 合肥市统计局，国家统计局合肥调查队.合肥市 2014 年国民经济和社会发展统计公报 [EB/OL].http://tjj.hefei.gov.cn/8726/8730/201503/t20150331_1171016.html, 2015-3-26.

²¹⁶ 南京市人力资源和社会保障局、南京市统计局.关于发布《2014 年南京市人力资源和社会保障事业发展统计公报》的通知[DB/OL].http://www.njhrss.gov.cn/38966/38988/39018/201409/t20140904_2976800.html, 2015.7.2.

²¹⁷ 政策研究司.中国社会保险发展年度报告（2014）有关情况 [DB/OL].http://www.mohrss.gov.cn/gkml/xxgk/201507/t20150702_213521.htm, 2015-07-02.

²¹⁸ 中华人民共和国人力资源和社会保障部，2014 年度人力资源和社会保障事业发展统计公报.http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhshbzb/dongtaixinwen/buneciyaowen/201505/t20150528_162040.htm, 2015-05-28.

表五 合肥市工伤保险情况统计²¹⁹

项目	单位	2009	2010	2011	2012	2013	2014	备注
参保人数	(人)	589886	675076	985780	1094159	1161915	1245100	2009年至2014年期间年平均增长16.1%
基金收入	(万元)	7557	8844	19745	27494	38944	41811.87	2009年至2014年期间年平均增长40%
基金支出	(万元)	4032	4397	6200	16644	18681	25641	2009年至2014年期间年平均增长44.8%

表六 全国工伤保险情况统计²²⁰

项目	单位	2009	2013	2014	备注
全国工伤保险参保人数	万人	14896	19917	20639	2009年至2014年期间年平均增长6.7%
全国工伤保险基金收入	亿元	240	615	695	2009年至2014年期间年平均增长23.7%
全国工伤保险基金支出	亿元	156	482	560	2009年至2014年期间年平均增长29.2%

2、其他影响劳动者工伤法定待遇的因素

第一，企业性质的影响。我们注意到，用人单位的所有制性质对于劳动者工

²¹⁹ 胡玉兰.合肥年鉴 2014[J].合肥:时代出版传媒股份有限公司黄山书社, 2014;合肥市人力资源和社会保障局,合肥市统计局.合肥市 2014 年度人力资源和社会保障事业发展统计公报[DB/OL].
http://www.ahhfd.gov.cn/n1105/n32819/n169172/n172905/40753919.html, 2015.6.19.

²²⁰ 中华人民共和国人力资源和社会保障部.中国社会保险发展年度报告 2014[DB/OL].http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhshbzb/dongtaixinwen/buneyiaowen/201506/t20150630_212950.htm, 2015.6.30.

伤保险权利的折扣有重大的影响。在前述的 50 个案件中，非国有企业的“打折率”平均数为 70%，国有企业的“打折率”平均数为 94%。打折率有如此大的差异，主要是因为国有用人单位的性质决定了其与劳动者之间的利益冲突是间接的，侵犯劳动者的权益，并不能使得企业的掌管者直接获利，而非国有企业则不然，其与劳动者之间的利益冲突是直接的，少付劳动者费用就意味着企业的所有者有直接的收益，因此，非国有单位有着更强烈的压低劳动者法定待遇的冲动。

第二，工伤待遇索赔程序复杂的影响。在不缴纳社保的情况下，劳动者工伤保险权利不仅会被打折，而且其获得社会保险的途径会困难得多。按照法律规定，用人单位未给受伤职工购买工伤保险，需自己支付全部法律规定的工伤补偿和医疗待遇。在这种情况下，用人单位会为劳动者要求工伤待遇制造各种困难，以求压低劳动者所索要的工伤待遇，其具体方法包括：不承认劳动关系；拒绝主动为劳动者申请工伤；在劳动者申请工伤时，利用行政诉讼拖延；对伤残鉴定级别提出异议；拒绝支付工伤待遇，通过冗长的仲裁和诉讼程序压迫劳动者。根据我们的 200 人工伤职工调研数据显示，只有 3 位劳动者在受伤后的 4 个月内结束了整个工伤待遇赔偿程序，相反，54%的工伤职工是在受伤一年以后整个工伤程序才有了结果，大多是在 1 至 2 年内解决，其中甚至有 28 人（占 14%）的劳动者是在两年以后才有的结果。

第三，工伤保险待遇强制执行难。由于法院执行案件普遍性的困难，劳动者不想与单位闹得太僵。若单位不执行裁决，劳动者还要去法院走强制执行的程序。按照合肥地区法院执行庭的一般办案速度，劳动者最少也要再等半年左右。此外，一些工伤职工还想继续回单位上班，更加不想恶化双方的矛盾。因此，劳动者想通过调解结案，换取单位更快的赔偿，避免夜长梦多。用人单位想通过调解和复杂程序的威胁来迫使劳动者降低索求数额，其结果必然是劳动者的权利被打折。

第四，工伤保险基金先行支付制度不完善。工伤保险基金先行支付和代位求偿制度是一个设计初衷很好的制度，旨在让受到第三人侵权和在未给职工购买工伤保险的单位里受工伤的职工能够及时的拿到补偿。这一制度充分考虑到劳动者作为弱势群体，在受工伤，同时失去生活来源的情况下，没有充足的资金进行治疗，且现实追索工伤待遇的程序较复杂、时间较长的情况。然而，根据我们的调研以及对仲裁员的访谈，了解到现实中此项制度运用并不多。这其中有人为

方面的原因也有制度方面的原因：人为主观方面，工伤案件当事人知识匮乏，不知道有此项制度，故没有申请；裁判人员认为此项制度会导致自己工作量增加，工作积极性不高，主动引导不够；制度方面，程序较复杂，工伤保险先行支付的前提是职工需经过工伤认定，在工伤认定之前恰是工伤职工最需要基金支持的时候。现实中经过工伤认定、劳动能力鉴定来到仲裁阶段的劳动者，其伤情基本稳定，需要的医疗费已经垫付或者自筹资金解决，使得社会保险基金先行支付的救济功能难以发挥。

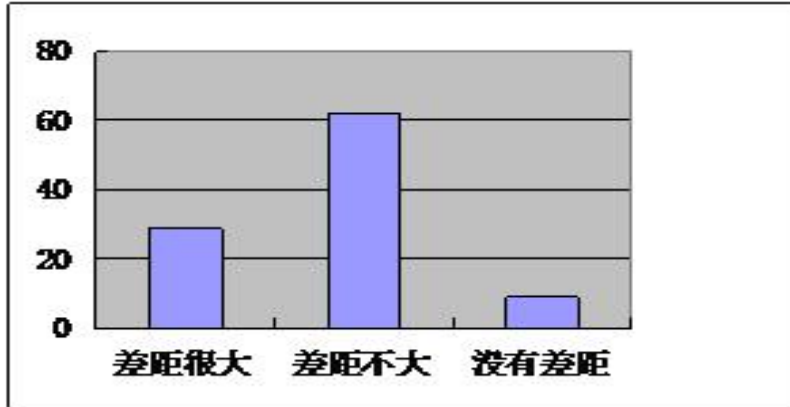
第五，劳动者自身维权能力较弱的影响。在工伤职工的工伤制度法律知识了解程度调查中，有 59% 的人表示“完全不了解”，24% 的人表示“了解一点”，11% 的人表示“一般了解”，仅有 5% 人“非常了解”。同时，由于受工伤的劳动者不再工作，如果单位不支付停工留薪期工资，或者治疗时间过长超过了法定的停工留薪期，那么工伤职工就会失去生活来源。而且，治疗和康复花费巨大，他们急需这笔工伤补偿来生活。此外，部分工伤职工对法律规定的工伤待遇项目一知半解，只要单位同意支付医疗费和一定的补偿，就愿意与单位私了解决。

第六，工会作用缺位的影响。长期以来，由于立法、制度建设和社会环境等原因，基层工会发展的不健全，使得劳工在社会经济发展的矛盾中对抗资方的力量不足，经济发展利益也因此偏向资方。职工没有依法享受劳动待遇时，无法像发达国家的工人一样得到工会的有力支持，来对抗资方。在我们所做的 200 例调查中，就谁主动申请工伤认定这个问题，职工所在单位提出的占 51%，工伤职工或其近亲属提出的占约 46%，工会组织提出的仅占不到 3%。

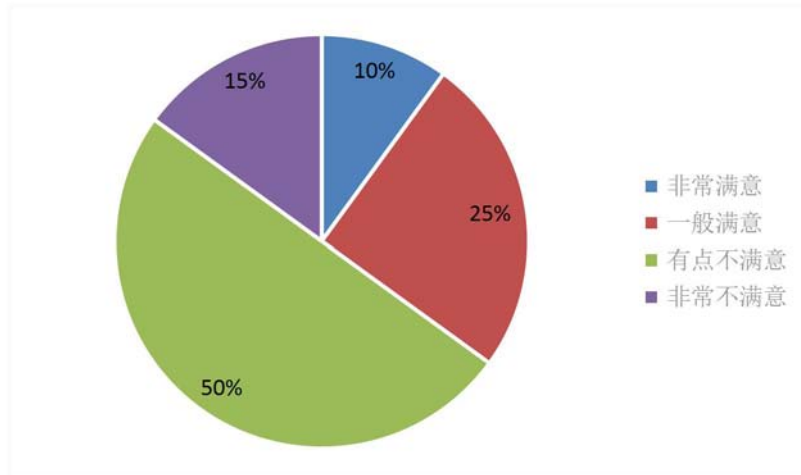
总而言之，劳动者因工造成意外伤害后，面临着各种艰难的情形。发生工伤事故已经实属不幸，如果再遭遇工伤待遇索赔不公，甚至索赔不成，那么劳动者的生活将更加雪上加霜。通过我们的访谈了解到，对于经过调解协商获得补偿的工伤职工，其实际获得赔偿的金额与自己主张的金额进行比较，主观上表示差距很大的占 29%，差距不大的占 62%，没有差距的占 9%（见表五）。对工伤发生以后，最终通过调解拿到的经济补偿的工伤职工，其满意度的调查中，我们发现非常满意仅占 10%，一般满意的占 25%，而觉得有点不满意和非常不满意的分别占到 50% 和 15%（见表六）。

表五 实际获得赔偿的金额与自己主张的金额比较调查

单位：人



表六 通过调解拿到经济补偿的工伤职工的满意度调查



三、工伤劳动者补偿后的待遇问题

劳动者因工作受到伤害致残后，不是给予一次性伤残补助金就能够解决其以后的生活和医疗问题的。我国目前的工伤制度按照伤害等级将伤残劳动者分为两类：一是全部丧失劳动能力的劳动者（一至四级），二是部分丧失劳动能力的劳动者（五至十级）。在此基础上，分类解决其以后的待遇问题，但根据我们的调研和访谈，目前的解决方式仍有一些不足，需要进一步加以完善。兹分述如下：

（一）一至四级工伤劳动者的后续待遇问题

劳动者遭受工伤后，如果伤残等级达到四级至一级，即全部丧失劳动能力，依据《工伤保险条例》第三十五条的规定，劳动者保留与用人单位的劳动关系，其一次性伤残补助金和按月支付的伤残津贴均由工伤保险基金支付，但是，在“工

伤职工达到退休年龄并办理退休手续后，停发伤残津贴，按照国家有关规定享受基本养老保险待遇。基本养老保险待遇低于伤残津贴的，由工伤保险基金补足差额”，“由用人单位和职工个人以伤残津贴为基数，缴纳基本医疗保险费”。

这样的规定实际上是有前提的：第一，用人单位能够存续，并会自觉地为劳动者交纳养老保险费；第二，劳动者达到退休年龄时，已经交满了15年的养老保险金。然而，我们在调研中遇到这样一个案例：

原某今年55岁与B矿业公司工作，公司仅与原某签订了两年的劳动合同。在张某工作的第一年，工作中不幸遭遇工伤，被鉴定为伤残二级，现在一次性伤残补助金和按月支付的工伤津贴均由工伤基金支付，但单位处于停产状态，已经停止为原某交纳医疗保险，且原某以前从未办理过社会保险，即使用人单位为其交纳了养老保险至其60岁退休时，其也无法办理退休。然而，目前规定的是，工伤职工达到退休年龄并办理退休手续后，停发伤残津贴，按照国家有关规定享受基本养老保险待遇。其家人甚是担忧，去人社局询问，当地人社部门的回答是，如果届时不能办理退休，其将不符合补助的条件，人社局会停发其工伤津贴。

这个案子说明，劳动者在受伤退出工作岗位后，需要基金长期稳定的支持，不应受到用人单位缴费情况的影响，否则其生活会难以为继的。

（二）五至十级工伤劳动者的后续待遇问题

在本次调研中，我们发现发生工伤之后，经过仲裁程序的劳动者，95%都与用人单位解除了劳动关系，通过访谈，了解的原因有：首先，劳动者在受伤之后维护自身权益时，如果用人单位推卸自身责任，就对单位产生失望的心理，这样的心理导致劳动者即使在身体康复之后也并不想继续在原单位工作；其次，《工伤保险条例》规定，5至10级伤残的工伤职工在与用人单位解除劳动关系时，可以得到一次性就业补助金和一次性工伤医疗补助金，两者相加，数额较大。以工伤职工月平均工资为3000元为例，从伤残5至10级的三个一次性工伤赔偿数额分别为374511、308421、189258、148204、107146、66090元。这样的数额对工伤职工的诱惑力很大，但值得注意的是，一次性就业补助金是由用人单位缴纳的，一次性工伤补助金是由工伤基金支付的。但解除两个一次性是同时领取的。即解除了劳动关系，领取了一次就业补助金，就必须解除工伤待遇关系，领取一次性医疗补助金。

这样的制度设计存在缺陷，导致劳动者为了眼前利益，主动与用人单位解除

劳动关系，领取一次性就业补助金。同时，也解除了工伤医疗关系，领取一次性医疗补助金。以后若劳动者旧伤复发，也难以再找工伤保险基金支付医疗费。我们理解制度设计的困难，在工伤保险统筹层次过低，基金碎片化的情况下，如果劳动关系解除，劳动者可能会进入另外一个工伤保险基金区域工作，此时，再由原来的工伤保险基金为其治疗旧伤付费，从地域上来讲，对在异地工作的劳动者并不方便，从费用支出来讲，其后来的工伤保险缴纳给了后来工作的统筹地区，再由先前的工伤基金支付医疗待遇似乎也有不合理的成分。

然而，从我们调研了解到的情况，我们发现，目前的一次性医疗补助金的设计存在的问题是：一部分工伤劳动者可能由于伤情特殊，永远不会旧伤复发，如手指被机器截断；而另一部分工伤劳动者却可能会常常旧伤复发，如从工地摔倒致脊椎受伤。对第一种情形的劳动者来说，支付给其一次性医疗保险，会增大社保基金的压力；对第二种情形的劳动者来说，如果领取的一次性医疗保险金不够支付治疗旧伤复发的费用，会导致其陷入困境，也就达不到工伤补偿的目的。

四、关于完善我国工伤法律制度的几点建议

（一）完善工伤预防制度，促进工伤缴费制度和竞合制度的科学化

1、加强岗前培训和生产环境安全预防监管

任何一次工伤都是一幕惨剧，一旦劳动者遭受到伤，再多的补偿也无法弥补其及家庭所受的身体和精神的伤害。因此，工伤法律制度首先应当强调预防，而对预防来说，安全培训和安全生产建设是重中之重。培训是实现安全生产的重要环节，却是最容易被很多人忽视的环节。针对我们调研所发现的劳动者培训不足，技术熟练程度不够的问题，应通过立法强调用人单位的培训责任。

我国对安全生产的立法强调目前仍是不足够的，以我国《矿山安全法》为例，目前只是规定矿山企业必须对职工进行安全教育培训，但是除了这一安全生产培训的原则性规定外，并没有对安全培训的机构、内容、周期、标准及违反培训制度的处罚等做出具体规定，且多数培训规定只是散见于个别条款之中，使得这一部分内容缺乏系统性、完整性。此外，我国的安全培训中还存在着走形式、培训内容脱离实际、培训师资力量薄弱等问题，使得我国的矿山安全培训流于形式，并没有实际起到安全培训提高矿工安全知识和技能的作用。然而，根据美国的经验，安全生产培训是极为重要的，例如，在美国的安全生产立法中，就有这样的

规定：“发现违法行为和危害时签发传票；判断造成事故和灾难的原因并提出预防的措施；讨论监察或调查的结果，为矿山管理人员和矿工提供技术支持和帮助”^{2 2 1}。我国应借鉴美国的做法，高度重视安全培训工作，只有认知危险，才能防范危险。各行业均应针对其危险，专门研发培训课程，不断强化培训，加强工伤预防。

政府作为安全生产的监管者，应当加强生产环境安全预防监管，出台鼓励企业事前安全管理的办法，鼓励企业针对职工进行安全生产的教育，防范工伤事故于未然。在社保浮动费率制度中，将是否对职工进行必要的工伤安全预防培训作为考核的标准之一，或者在事故责任调查中将是否定期组织安全培训作为从轻或从重处理的考虑因素。^{2 2 2} 此外，应强化工会在事故预防中的作用，工会应协助政府成为安全生产的监督者和工伤职工合法权益的维护者。

2、更加科学地根据行业危险设定费率层次

细化行业差别费率，真正体现行业间的工伤风险水平。我国目前简单地将各行业分为八个档次，仍无法客观公平地体现各行业间职业风险的差别，因此，应借鉴先进地区或国家的经验，进一步细化安全生产行业分类，这不仅有利于工伤保险基金的科学化，对于安全生产预防的科学化也是由很大益处的。

使得浮动费率更能准确地反映不同用人单位的安全生产水平，让浮动工伤保险费率征缴制度真正“浮动”起来。对安全生产、工伤事故少的单位，合理范围内减少收费，减轻企业责任，对安全生产比较形势比较严重的行业，不仅应提高工伤费用比例，而且应纳入重点监察和整治范畴。

此外，笔者认为，我们还可以借鉴台湾地区的做法，对被视同为工伤情形的上下班途中灾害，由于其与企业安全生产关系不大，应当不计算在工伤事故发生率的考核范围内，使得该种情形不再影响企业的浮动费率。对雇佣人数较少的微小型企业，在它们创业初期也应予以照顾，不对他们实行浮动费率制，避免过早加重它们的经营负担。

3、完善交通事故与工伤安全竞合制度

鉴于目前工伤事故中，上下班途中的交通事故成为一个重要的因素。交通的

^{2 2 1} Mine Inspector Hiring Program. <http://www.msha.gov/inspectors/inspectorhiringprogram.asp>.

^{2 2 2} 王青，建筑业农民工安全教育培训问题分析及机制改革[D].北京:清华大学管理科学与工程学院，2009，106.

危险如此之大，应引起全社会的高度重视，国家应加强交通安全的预防和治理工作。此外，由于交通事故的多发，带来较多的工伤，对社保基金也造成不小的压力。是否可以就此将此类事故排除于工伤认定的范围，以使有限的社保基金运用到其他更为需要的地方呢？目前看来为时过早。从我国目前交通事故相关保险的赔付情况来看，还未能达到工伤保险的保障水平。在工伤事故与民事侵权相竞合时，有研究者认为，考虑到工伤职工获得赔付的及时性与公平性，可以发挥工伤制度赔付的便利性，对工伤职工先行赔付，保证职工及时获得治疗，以挽救生命，恢复生产。对属于工伤事故与民事侵权共有的赔付项目，工伤基金可以在赔付以后就共有项目主张代位求偿^{2 2 3}。我们认为此种意见能够保障工伤职工的利益，是可行的。

（二）改善劳动者工伤保险权利被打折的现状

1、完善工伤保险基金先行支付制度

笔者对合肥市几例有关先行支付的判决分析发现，工伤保险基金对于先行支付申请不予受理的原因主要在于因没有先例而缺乏实施细则，难以受理并执行。调研也发现，劳动者对于先行支付制度基本上不了解。故此，我国应进一步细化先行支付的条件和程序，以确保劳动者在工伤治疗和补偿能够顺利进行。同时，应进一步简化社会保险机构对用人单位的追偿程序，目前《社会保险基金先行支付暂行办法》第十七条规定，用人单位对社会保险经办机构作出先行支付的追偿决定不服或者对社会保险行政部门作出的划拨决定不服的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。鉴于许多社会保险机关担心自己陷于行政诉讼之中，而不愿意积极实行社会保险金先行支付，笔者建议，应加大用人单位不缴纳社会保险和不及时支付社会保险待遇法律责任和行政处罚力度，以确保该社会保险制度能够良性运转。

2、加强工伤保险基金的缴纳监管

我们的调研结果表明，工伤保险基金的缴纳是实现工伤事故处理的关键。为了保障工伤劳动者的合法权益，必须强化工伤保险基金的缴费机制。从法律性质上来讲，工伤保险等社会保险属于强制性保险，而强制性是需要通过国家的行政处罚或对违法者刑事责任的追究来实现的。因此，我国应加大对未为单位职工购

^{2 2 3} 于瀛彤.上下班途中工伤认定的法律思考[J].法制与社会, 2015(6 中), 159.

买社会保险的用人单位的惩罚力度。

考察德国社会保险和日本的社会保险状况，他们对于雇主缴纳社会保险责任的要求是十分严格的。一旦雇主被发现有不缴纳社会保险费的现象，其将要承担高额的罚款，甚至承担严厉的刑事法律后果。目前地方的经济利益已经成为社保征缴的障碍，因为部分地方政府出于快速发展经济、提高政绩等考量，会在社保征缴监察工作中对重点企业实行特殊照顾，监察、督促工作不够严格。为此，我国应设立专门的社保征缴机构，提高社会保险层次，以排除地方劳动行政机构在监察、征缴工作中的种种顾虑，加大对不缴费的用人单位的惩处，以彻底解决社会保险缴费中的问题，这一问题的解决会大大推动我国劳动关系的和谐。

3、简化工伤处理程序

关于简化工伤的处理程序，已经有不少人提出了建议。例如，建议在劳动行政部门在认定工伤时，赋予其一并认定是否存在劳动关系的权利。这样就避免在用人单位否认与劳动者之间的劳动关系时，劳动者需要单独为认定劳动关系而走一遍仲裁、诉讼程序。²²⁴建议取消对劳动关系、工伤认定书的行政复议、行政诉讼程序，避免用人单位利用对工伤认定书的行政复议、行政诉讼拖延时间。²²⁵如果对该认定不符，可以直接申请仲裁。此时，应当赋予仲裁庭可一并审理劳动关系和工伤待遇赔偿案件的权利。这样可以摆脱劳动关系认定程序和行政复议、行政诉讼程序，大大缩短工伤待遇纠纷案件的处理时间。如果用人单位以后全部缴纳了社保，可以考虑取消工伤认定程序，改为工伤报告制度，只有用人单位和职工对是否构成工伤有不同的意见的情况下才需要申请工伤认定。因为工伤认定是一种事实认定，不需要特别专业的知识，完全可以被劳动能力等级鉴定机构、社会保险行政部门做出工伤保险待遇决定书这两个环节吸收。²²⁶

工伤事故处理程序繁杂常被未缴纳工伤保险费的用人单位滥用，究其原因，主要是因为单位没有买保险的情况下自己需要支付全部的补偿费用，为了降低支付数额，而故意利用工伤处理程序的复杂性作为手段，以压低劳动者的待遇。如果上述的收费问题得到了解决，用人单位滥用程序的动力会大大减少。

然而，就工伤处理的正常处理程序而言，目前仍是较为复杂的。包括：工伤

²²⁴ 刘姝宏.工伤维权程序仍需简化[N].法制日报, 2009-08-07.

²²⁵ 唐刘念.现行工伤救济程序额的不足及改革建议[J].法制与社会, 2012(10), 256.

²²⁶ 张倍铭.论我国工伤补偿法律制度的完善[D].重庆:西南大数法学院, 2011, 32-33.

的治疗和康复手续的办理，工伤医疗期的确定，工伤的认定，工伤级别鉴定，补偿待遇的计算及申请等等。应对这样的复杂程序不是一个普通的劳动者能够做到的。因此，应当在处理程序的改革方面进一步改革，强化用人单位在这些程序中承担的责任，由用人单位负责办理相关的手续，减轻受伤劳动者及其家属在办理各种手续中的困难。同时，工伤社会保险部门也应为劳动者在工伤待遇的咨询上提供便捷的咨询服务。

（三）完善工伤劳动者后续待遇相关制度

1、一至四级

一至四级工伤劳动者是指全部丧失了劳动能力的劳动者。他们不仅失去了从事生产经营的能力，有的更是生活无法自理。前文提到过，现行政策使得一至四级工伤劳动者享受后续待遇极度依赖原单位。工伤职工在达到退休年龄之前，原单位可能发生停产、破产或者转制的情况，使得工伤职工社保被停缴。为了破除这种对原单位过于依赖，工伤职工易陷入被动境地的情况，笔者建议允许一至四级工伤职工在原单位发生特殊情形导致社保停缴时，可以通过仲裁主张原单位应一次性缴足剩余年限的社保。一次性缴足以后，工伤待遇关系由职工与原单位之间变成其与社保机构之间。如果单位实在拿不出足额资金，则社保基金应当补足余额，这才是工伤保险作为社会保险的应有之义。

2、五至十级

目前，我国允许五至十级工伤劳动者与用人单位解除劳动关系。但是，令人担忧的是部分工伤劳动者存在旧伤复发的情况，如果劳动者旧伤复发后的医疗花费超过了一次性医疗补助的金额，甚至超过三个一次性补偿的总额，那么劳动者的生活将面临极为困难的境地。笔者认为，如果用人单位缴纳了社会保险，劳动者的工伤关系不应当因劳动关系的解除而解除。劳动者因工伤复发或更换装假肢、矫形器、假眼、假牙和配置轮椅等辅助器具等发生费用时，由工伤保险基金支付。如果用人单位未缴纳社会保险，目前的状况下，可以由用人单位支付一次性医疗补助金，但是如果劳动者工伤复发，一次性医疗金不足以支付工伤医疗费，用人单位需要继续承担责任。

【参考文献】

- [1]陈朝先. 社会保障与保险问题研究[M]. 四川:西南财经大学出版社, 1996;
- [2]郭晓宏. 中国工伤保险制度研究[M]. 北京:首都经济贸易大学出版社, 2010;
- [3]郭晓宏. 日本劳动安全管理与工伤保险体制研究[M]. 北京:中国劳动社会保障出版社, 2010;
- [4]林嘉. 社会保障法的理念、实践与创新[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2002;
- [5]林嘉主编. 劳动与社会保障法[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2011;
- [6]乔庆梅. 中国职业风险与工伤保障[M]. 北京:商务印书馆, 2010;
- [7]孙树苗. 工伤保险[M]. 北京:人民大学出版社, 2000;
- [8]王泽鉴. 民法学说与判例研究(第三册) [M]. 北京:中国政法大学出版社, 2005;
- [9]王全兴. 劳动法[M]. 北京:法律出版社, 2008;
- [10]于欣华. 工伤保险法论[M]. 北京:中国法制出版社, 2011;
- [11]郑尚元. 工伤保险法律制度研究[M]. 北京:北京大学出版社, 2004;
- [12]郑功成. 社会保障学:理念、制度、实践与思辨[M]. 北京:商务印书馆, 2012;
- [13]种明钊主编. 社会保障法律制度研究[M]. 北京:法律出版社, 2000;
- [14][日]荒木尚志. 日本劳动法(增补版) [M], 李坤刚、牛志奎译, 北京:北京大学出版社, 2010;
- [15][德]W·杜茨. 劳动法(第5版) [M], 张国文译, 北京:法律出版社, 2003;
- [17]马克思恩格斯全集[M], 第31卷, 北京:人民出版社, 1972;
- [18]马克思恩格斯全集[M], 第12卷, 北京:人民出版社, 1965;
- [19]崔建远. 强制缔约及其中国化[J]. 社会科学战线, 2006(5);
- [20]曹艳春、马玉宝、闻德生. 我国工伤认定一般原则研究[J]. 燕山大学学报, 2010(1);
- [21]丁建定. 德国社会保障制度的发展及其特点[J]. 南都学坛, 2008(4);
- [22]傅华、朱靳良、叶草箐、杨顺英、孙冰. 工伤总估校正发生率及工伤发生时间分析[J]. 中国安全科学学报, 1995(12), 第五卷增刊;
- [23]葛永万. 浅谈工伤职工解除劳动关系后工伤待遇问题——以广东省为例[J]. 交通企业管理, 2014(03);
- [24]梁慧星. 从近代民法到现代民法——二十世纪民法回顾[J]. 中外法学, 1997(2);
- [25]胡玉兰. 合肥年鉴 2014[J]. 合肥:时代出版传媒股份有限公司黄山书社, 2014;
- [26]何志敏. 劳动关系终结工伤后续医疗费谁埋单[J]. 工友, 2011(07);

- [27]李坤刚. 工伤补偿制度:起源、问题与解决[J]. 法律科学, 2007 (6);
- [28]李坤刚. 我国社会保险制度的强制性问题研究[J]. 河南省政法管理干部学院学报, 2010(2);
- [29]李炳安, 汤鹏. 论社会法的产生[J]. 法学杂志, 2013(6);
- [30]李满奎. 工伤保险体系中的“诉讼禁止条款”研究[J]. 环球法律评论, 2010(4);
- [31]李满奎. 未竟的转型:工伤赔偿的“双轨制”到“单轨制”——兼评工伤保险最新立法规定[J]. 河南省政法管理干部学院学报, 2011(2);
- [32]唐刘念. 现行工伤救济程序额的不足及改革建议[J]. 法制与社会, 2012(10);
- [33]于欣华, 郑清风. 大陆与台湾地区工伤保险费率制度比较[J]. 中国劳动, 2012(03);
- [34]于弘文. 中国劳动统计年鉴—2014[J]. 北京:中国统计出版社, 2015;
- [35]于瀛彤. 上下班途中工伤认定的法律思考[J]. 法制与社会, 2015(6);
- [36]于欣华. 热烈与冷静——2000-2009 十年工伤保险补偿与民事侵权赔偿竞合研究综述[J]. 河北法学, 2011(3);
- [37]庄汉. 《社会保险法》的价值取向和制度反思[J]. 社会保障研究, 2012(2);
- [38]张军. 德国, 日本及我国台湾地区工伤差别费率比较[J]. 中国社会保障, 2013(11);
- [39]郑尚元. 工伤保险法的法律地位[J]. 中国社会保障, 2003(10);
- [40]孔蓉菊. 农民工安全生产权利保护研究[D]. 上海:复旦大学国际关系与公共事务学院, 2010;
- [41]王青. 建筑业农民工安全教育培训问题分析及机制改革[D]. 北京:清华大学管理科学与工程学院, 2009;
- [42]张倍铭. 论我国工伤补偿法律制度的完善[D]. 重庆:西南大数法学院, 2011;
- [43]钟巍. 我国工伤预防管理的问题及对策研究[D]. 湖南:湖南大学公共管理学院, 2008;
- [44]刘姝宏. 工伤维权程序仍需简化[N]. 法制日报, 2009-08-07.
- [45]汪泽英. 调整工伤保险费率意义深远[N]. 中国劳动保障报. 2015-8-7(004).
- [46]合肥市人力资源和社会保障局, 合肥市统计局. 合肥市 2014 年度人力资源和社会保障事业发展统计公报[DB/OL].
<http://www.ahhfld.gov.cn/n1105/n32819/n169172/n172905/40753919.html>, 2015. 6. 19.
- [47]合肥市统计局, 国家统计局合肥调查队. 合肥市 2014 年国民经济和社会发展统计公报[EB/OL]. http://tjj.hefei.gov.cn/8726/8730/201503/t20150331_1171016.html, 2015-3-26.

[48]南京市人力资源和社会保障局、南京市统计局. 关于发布《2014年南京市人力资源和社会保障事业发展统计公报》的通知

[DB/OL]. http://www.njhrss.gov.cn/38966/38988/39018/201409/t20140904_2976800.htm
1, 2015.7.2.

[49]政策研究司. 中国社会保险发展年度报告(2014)有关情况

[DB/OL]. http://www.mohrss.gov.cn/gkml/xxgk/201507/t20150702_213521.htm,
2015-07-02.

[50]中华人民共和国人力资源与社会保障部, 2014年度人力资源和社会保障事业发展统计公报. http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyshbzb/dongtaixinwen/buneyaowen/201505/t20150528_162040.htm, 2015-05-28.

[51]中华人民共和国人力资源与社会保障部. 中国社会保险发展年度报告

2014[DB/OL]. http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyshbzb/dongtaixinwen/buneyaowen/201506/t20150630_212950.htm, 2015.6.30.

[52]中华人民共和国人力资源与社会保障部. 《关于调整工伤保险费率政策的通知》(人社部发[2015]71号)

[EB/OL]. http://www.mof.gov.cn/zhengwuxinxi/zhengcefabu/201507/t20150731_1396669.htm, 2015-7-22.

关于整合城乡居民医疗保险制度的若干思考

——以北京市为例

李西霞*

一、引言

2016年2月28日，国务院发布《关于整合城乡居民基本医疗保险制度的意见》，对整合新型农村合作医疗制度（以下简称“新农合”）和城镇居民医疗保险（城居医保）作出整体部署，并要求各统筹地区于2016年12月底前出台具体实施方案。在此背景下，本文以北京市为例探讨新农合和城居医保整合的若干问题，尤其侧重筹资机制、保障水平、经办机构、和建立以城乡居民医疗保险制度为导向的社区首诊制，以期形成建设性对策建议。

二、研究意义与研究背景

（一）研究意义

首先，整合城乡居民基本医疗保险制度是深化医改的一项重点任务，涉及到“三医联动”改革，更关涉到城乡居民切身利益和其健康权的实现水平。其次，医疗保险是我国社会保险制度的重要组成部分，2011年7月1日起开始实施的《中华人民共和国社会保险法》极大地加强了公民医疗保险权利的法律保护，并在一定程度上减少了社会不平等。《社会保险法》规定国家建立职工基本医疗保险制度、新型农村合作医疗制度和城镇居民基本医疗保险制度，同时设定医疗保险逐步实行省级统筹的目标。对于实现这一法定目标，整合城乡居民医保制度是一项重大步骤。最后，党的十八大提出致力于实现到2020年人人享有基本医疗卫生服务的目标，着力解决人民群众看病难、看病贵、基本医疗卫生资源均衡配置等问题，整合城乡居民基本医疗保险制度是实现这一政治目标的重要举措。

（二）研究背景

与本研究相关的背景主要有两个方面。其一是我国新农合与城居医保现行制度框架，其二是我国不同地区整合城乡居民医保制度相关实践。

1. 我国新农合与城居医保现行制度框架

2003年，我国在部分县（市）开始新型农村合作医疗制度的试点工作，向农

* 中国社会科学院国际法研究所。

村居民提供以大病统筹为主的农民医疗互助共济制度。²²⁷2006年，卫生部等7部委要求调整相关政策，加快试点进度，并从2007年起开始全面推进新农合制度的建立。²²⁸2007年，我国城镇居民基本医疗保险开始试点，2010年在全国全面推开，为全体城镇非从业居民（包括未成年人）提供以大病统筹为主的基本医疗保险制度。²²⁹2008年10月，国务院发布《关于将大学生纳入城镇居民基本医疗保险试点范围的指导意见》，将大学生纳入城镇居民医疗保险指点范围。至此，我国建立起由城镇职工基本医疗保险、城镇居民医疗保险和新型农村医疗保险费制度构成的，从制度上覆盖所有国民的基本医疗保险制度，标志着中国在制度上进入全民医保时代。新型农村合作医疗制度和城镇居民基本医疗保险制度，对满足人民群众基本医疗服务需求、健全全民基本医疗保险体系、提高全民健康水平发挥了重要重要。

然而，随着我国城镇化进程不断加快，以户籍制度为特征的二元保险体系逐渐呈现不适应的弊端。新农合与城居医保两项制度分割管理的负面作用近年来日渐凸显，一方面重复参保、重复投入，另一方面却待遇不够。因此，2009年，中共中央国务院出台《关于深化医药卫生体制改革的意见》，提出“探索建立城乡一体化的基本医疗保障管理制度”，“有效整合基本医疗保险经办资源，逐步实现城乡基本医疗保险行政管理的统一”。自此，我国不同地区开始整合新农合和城居医保，并形成了不同的模式。为了进一步提升城乡居民对基本医疗卫生服务的均等化享有，并促进其健康权的实现，2016年，国务院发布《关于整合城乡居民基本医疗保险制度的意见》，要求推进新农合与城镇居民医疗保险整合工作。

2. 我国不同地区整合城乡居民医保制度相关实践

自2009年中共中央国务院提出“探索建立城乡一体化的基本医疗保障管理制度”以来，我国已有多个地区依据本地的经济社会发展水平，开展城乡居民医保制度一体化的探索，形成了三种不同的整合模式。

第一种“三保合二”分档式模式，它是指将城镇职工基本医疗保险制度、城镇居民基本医疗保险和新农合整合为两项基本医疗保险制度。整合后的城乡居民医保制度采取分档筹资、缴费与医保待遇挂钩的措施，供参保居民选择，以满

²²⁷ 2003年国务院办公厅转发卫生部、财政部和农业部《关于建立新型农村合作医疗制度的意见》。

²²⁸ 2006年卫生部等7部委联合发布《关于加快推进新型农村合作医疗试点工作的通知》。

²²⁹ 2007年国务院发布《关于开展城镇居民基本医疗保险试点的指导意见》。

足城乡居民不同的缴费能力和不同的医疗需求。这种模式以成都为代表。

2009年，成都建立城乡居民医疗保险制度，设置三档筹资标准：100元/每人每年，200元/每人每年，300元/每人每年，各级财政为城乡参保居民补贴80元/每人每年，此后政府逐渐加大财政转移支付力度，2014年对城乡参保居民补贴增加到320元/每人每年。整合后的城乡居民医疗保险待遇水平有所提高，最高报销限额为上年度城市居民人居可支配收入的6倍（整合前新农合最高报销限额为农民人居收入的4-6倍），2014年又实施了门诊统筹，报销限额为500元。该制度模式实现了城乡居民筹资保障和待遇水平的统一，易于为城乡居民接受，而且相对增强了医疗保险制度的公平性，有利于新农合和城镇居民医疗保险制度的衔接，但从实施情况看，城乡居民与城职保险的待遇水平差距虽然正在缩小，但差距依然较为明显。如城镇职工三级医院住院报销比例为85%，城镇居民三级医院住院报销比例为50%-65%。²³⁰

第二种“三保合二”再保险模式，是指将城镇职工基本医疗保险制度、城镇居民基本医疗保险和新农合整合为两项基本医疗保险制度，采用统一的筹资标准、财政补贴和待遇水平。然后，从城乡医疗保险统筹基金中提取特定比例的保费购买商业补充医疗保险，以实现再保险，这种制度模式以湛江为代表。

该模式的典型特征是引入商业保险参与基本医疗保险的部分经办管理，将城乡医疗保险制度整合、医疗保险福利水平整体提高与第三方管理相结合。2008年，湛江在推进城乡医疗保险制度整合的过程中，将城乡居民医保基金中的15%用来购买中国人民健康保险公司（人保健康）的大额补充医疗保险，委托其管理大病补充保险统筹金支付的管理服务。住院3万元以上的费用由保险公司支付，在个人缴费负担和财政投入增长不大的情况下，利用商业保险的杠杆效应，提高了城乡居民医疗保险待遇水平。如城乡居民最高报销限额从整合前的4万元（城镇居民）和3万元（农村居民）增加到5万元，2015年增加到50万元。但这种模式存在合法性、“商社合作”经营目标冲突、服务外包风险、对商业保险公司的过渡依赖风险、保障水平较低等局限性。²³¹

²³⁰ 李长远、张举国：《城乡医疗保险制度整合对参保居民待遇水平的影响——基于三种典型整合模式的比较》，载《求实》2016年第2期，第76-80页。

²³¹ 李长远、张举国：《城乡医疗保险制度整合对参保居民待遇水平的影响——基于三种典型整合模式的比较》，载《求实》2016年第2期，第76-80页。另参见王晓玲：《构建统筹城乡医疗保障制度的机制创新》，载《农业经济问题》2014年第2期，第95—101页。

第三种模式“三保合一”全统一模式，是指将城镇职工基本医疗保险制度、城镇居民基本医疗保险和新农合整合为统一的基本医疗保险制度，用一个制度覆盖所有居民，实现人人公平享有医疗保险待遇。该模式以东莞为代表，虽然符合福利最大化原则，但短期内很难在全国大范围内推行。^{2 3 2}

在上述三种模式中，前两种模式实际上仍然处于城镇职工医疗保险制度与城乡医疗保险制度二元分立状态。

三、北京市新农合和城居医保现行制度概述

2002年，北京市开始新型农村合作医疗制度（以下简称“新农合”）试点工作，2004年试点工作覆盖北京市13个涉农区县，向农村居民提供以大病统筹为主的农民医疗互助共济制度。2009年，在全市范围内实施住院与门诊统筹，标志着北京市新农合从以大病统筹为主的农民医疗互助共济制度，转型为住院与门诊兼顾的基本医疗保险制度。依据2016年5月25日到北京市卫生计生委调研数据显示：参合人数从2004年237.5万人增加到2011年最高值276.83万人，目前为223.8万人，预计2016年将会继续减少，其主要原因是由于城镇化发展而出现的农转居和拆迁等因素；参合率由2004年的74.69%增长到2015年的99.3%，基本上实现了应保尽保；筹资水平从2004年的人均107元增加到2015年的1200元，当年总筹资额从2.54亿元增加到27.71亿元，新农合基金保障能力大幅提高；各级（市、区县及乡镇）财政补助资金在筹资中所占比例从2004年的47.84%上升到2015年的86.71%，体现了各级政府对新农合的支持力度不断加大，参合人员个人负担减轻；截止2015年前三季度，参合患者住院医药费用实际补偿比达到50%左右，门急诊医药费用实际补偿比达40%左右，17类重大疾病参合患者住院实际补偿比达59.14%。北京市新农合的建立和发展为解决农村居民基本医疗问题发挥的关键性作用。

自2007年起，北京市先后建立城镇无医疗保障老年人、学生儿童大病医疗保险和劳动年龄内无业居民大病医疗保险（简称“一老一小”和“无业居民”）。2011年1月1日，《北京市城镇居民基本医疗保险办法》生效，它将“一老一小”和“无业居民”大病医疗保险整合为城镇居民基本医疗保险制度，同时建立门诊统筹和强制性社区首诊。2013年在城镇居民基本医疗保险制度基础上，建立了城镇居

^{2 3 2} 李长远、张举国：《城乡医疗保险制度整合对参保居民待遇水平的影响——基于三种典型整合模式的比较》，载《求实》2016年第2期，第76-80页。

民大病保险制度。北京市城镇居民基本医疗保险实行市级统筹，通过个人参保缴费与政府补助相结合的方式，重点保障城镇居民的大病医疗需求，适当保障门诊需求，形成了以基本医疗保险为基础，以大病保险为延伸的医疗保险结构。

作为统筹地区，目前北京已建立新农合和城镇居民医疗保险制度，并基本上实现制度全覆盖。然而，这两种基本医疗保险制度的管理体制、起付线、封顶线、报销比例、门诊报销比例、住院/大病报销比例、以及报销程序等各不相同，由此对北京市居民公平享有基本医疗保险造成严重影响，并进而影响到他们健康权的实现。为此，本研究着重关注构建北京城乡一体化居民医疗保障制度过程中的相关问题，以期为北京市出台具体方案提供决策建议。

四、筹资机制

如何建立一个可持续发展的筹资机制是一个关键问题，本文讨论与此相关的筹资水平和强制性参保问题。

（一）关于筹资水平

关于北京市新农合筹资，各级（市、区县及乡镇）财政补助资金在筹资中所占比例在 2004 年为 47.84%，2015 年上升到的 86.71%，而农民个人、村集体出资和利息等在筹资中所占比例从 2004 年的 52.16% 下降到 2015 年的 13.29%，体现了各级政府对新农合的支持力度不断加大，参合人员个人负担减轻。

2015 年，北京市已实现了新农合和城居医保筹资标准的统一，均为每人每年不低于 1200 元。但是两个制度的筹资结构和个人缴费并不统一。首先，从新农合筹资结构看，除朝阳、海淀、丰台和顺义村集体还对基金提供资金支持外，其余区县筹资全部来自个人缴费（含医疗救助）和各级财政补助。农民个人缴费不低于 160 元，约占 13.33%。此外，新农合各区县筹资标准并不统一。如 2015 年，朝阳、海淀和丰台区的筹资标准分别为 1385 元、1560 元和 1420 元，均高于 1200 元。因此，在整合两保过程中，如何解决这一问题是新农合体制内的整合问题。其次，关于城居医保筹资结构，2015 年个人年人均缴费 200 元（其中学生儿童 160 元、老年人 360 元、城镇无业居民 660 元、无业居民中的残疾人员、七至十级残疾军人 360 元），政府每人每年补助 1000 元。这表明，城居医保基本医疗保险费用采取政府补助和个人缴费相结合，以政府补助为主的方式筹资，筹资结构类似但并不完全相同。此外，虽然 2015 年新农合与城居医保筹资标准相同，

但是缴费结构和个人缴费尚未实现统一，新农合个人缴费相对于城镇居民医保缴费标准，存在较大差距。

由于新农合与城居医保个人缴费差别较大，因此如何在整合城乡居民基本医疗保险制度的过程中，确定较为合理的城乡统一筹资水平，涉及到政府和居民个人的承受能力。依照关于缴费“就低不就高”原则的字面理解，采用上述最低缴费标准人均每年160元，北京市财政是否具有可支付能力，需要进一步研究和计算。当然，另一方面这一原则的实施将极大降低普通居民、村民对两医整合的观望乃至抵触，有利于改革顺利推进。

关于新农合筹资，有学者提出应充分考虑农民人均纯收入水平、农村医疗消费水平和人均统筹资金理论值并参考城镇居民医疗保险缴费比例，合理确定人均筹资水平，并保持相对的稳定性。²³³相关研究表明，在我国新农合的建立和发展进程中，尚未建立起与经济社会发展、财政收入和农民收入增长相适应的稳定筹资机制。²³⁴此外，学界还对城乡居民基本医疗保险筹资的公平性作了诸多理论探讨和实证研究，²³⁵这些对合理确定北京市城乡统一筹资标准提供了理论依据和经验借鉴。但针对具体的筹资标准意见，本文认为仍需要对北京市的社会经济发展作深入调研和论证后，才能提出令人信服的建议。

（二）关于强制参保

可持续发展的筹资机制的另一个问题关涉强制性参保问题。我国《社会保险法》第84条规定，对用人单位要求强制参加社会保险，但对于无用人单位的非正规就业人群是否强制参保并未涉及。从政策上看，非正规就业的农村居民和城镇居民采用自愿参加的方式，符合其收入不固定、来源多样化的实际。然而，在自愿参加医疗保险且逐年缴费的现行制度下，健康居民多不愿意参保，而疾病风险大的居民则踊跃参加，由此产生严重的“逆向选择”问题，并对基金安全造成隐患。从参保费用征缴实践看，基层政府主管机构逐年动员宣传、上门收缴保费，工作难度大、筹资成本高。虽然参合率在稳步上升，但并没有建立可持续发展的

²³³ 刘世鹏、纪京平、高广颖、张毅：《北京市新型农村合作医疗制度运行分析及建议》，载《中国初级卫生保健》2013年第1期，第15页。

²³⁴ 任刚、汪早立：《新型农村合作医疗基金超支原因的实证分析》，载《中国卫生经济》2012年第4期，第43-45页。

²³⁵ 如郭华、张彼西、蒋远胜：《城乡居民基本医疗保险筹资与补偿公平性评价》，载《地方财政研究》2016年第4期，第84-96页；袁辉：《我国新型农村合作医疗制度：公平与合作视角的分析》，载《农业经济问题》2010年第7期，第30—36页；顾海、王江曼：《江苏省城镇居民医疗保险问题及对策》，载《中国卫生政策研究》2009年第5期，第42—44页。

筹资制度保障，强制参保还是自愿参保的争论仍在继续。

对于这种情形，我国目前采取的措施是由政府通过提供补贴强制全民参加医保，这种制度安排使得新农合和城镇医保制度具有强烈的福利倾向。“一方面在于避免保险产生‘逆选择’的情形，避免形成弱势保险现象，一方面借此达到风险分摊以及所得重新分配的理想。”

从国际经验看，德国、韩国、荷兰、美国都实施了全民强制性医疗保险表明，强制参保是医疗保险制度发展的趋势。从社会保险法的学理来看，强制参保的依据在于社会适当性原则，所得多者多缴费，低收入者则由政府转移支付来平衡此项负担。因此有研究指出，由于我国非正规就业人群、农村居民和城镇居民本身非法律概念，其中既有高所得者如华西村，其收入远胜过城镇职工，也有广大中西部农村居民无力负担保费，因此在没有准确收入界定下补贴抑或强制势必两难，所以问题的解决在于收入的合理界定。而在团体性医保向全民性医保过渡阶段、收入界定机制不完善情况下，为避免强制参保误伤弱势群体，采用有利于弱势群体的自愿参保原则，随后逐渐过渡到强制参保，并不断扩大医保覆盖面。^{2 3 6} 本文认为这一建议适用于当前北京市整合城乡居民基本医疗保险的实际情况。

五、关于起付线和报销限额

关于北京市新农合，自 2012 年起，北京市统一了各区县新农合的补偿起付线和最高报销限额。

2015 年新农合报销起付线和最高报销限额

	医疗机构	起付线	门诊/住院封顶线
在一个参合年度内的 门诊、急诊	一级及以下医疗机构 (含社区卫生服务中 心、站)	100 元	3000 元
	二级及以上医疗机构	550 元	
在一个参合年度内的 住院	一级医疗机构	300 元	18 万元
	二级医疗机构	1000 元	
	三级医疗机构	1300 元	

^{2 3 6} 钟秉正著：《社会保险法论》，台北三民书局股份有限公司 2005 年版，第 133 页。

但是，北京市新农合并未实行统一的保障待遇水平。各级定点医疗机构的补偿比例由各区根据当年基金的筹集情况自行确定，在不同级别定点医疗机构实行差异化补充比例。同时，在就医管理方面，部分区县实行转诊制度，未经转诊到区域外就医的，降低报销比例甚至不予报销。

但另一方面，北京市城镇居民医保却实现了保障待遇的统一，此外该制度还实现了强制性社区首诊制度，充分利用社区卫生资源。

2015年城居医保及大病保险待遇表

人员类别	城镇居民基本医疗保险						城镇居民大病保险		
	门诊			住院			起伏线	报销比例	最高限额
	起伏线	报销比例	最高限额	起伏线	报销比例	最高限额			
学生儿童	650	50%	2000元	650	70%	17万	上年度居民人均可支配收入	超5万以内50%，超5万以上60%	不封顶
老年人				1300					
无业居民				1300					

改革进展的一个重要特点是与社会保障受益人所期望的结果有关。有学者主张，改革效率使被保障人收益，为他们提供了更多更好的服务，使他们在直接福利金项目上有更多的选择。²³⁷针对北京市整合两保工作，应先对新农合各级定点医疗机构的补偿比例进行调研，然后再与北京市城镇居民医疗保险待遇进行统一，但保险待遇的确定应坚持《意见》关于“待遇就高不就低”的原则。

六、医疗保险经办机构

建立统一的医疗保险经办机构是整合城乡居民基本医疗保险制度的第一步。从已有实践看，先行整合地区均以建立统一的医疗保险经办机构为先导，通过行政干预把两保经办机构或是划归社会保险行政部门（如上海、天津、重庆、河北、山东、青海、新疆建设兵团）、或是划归卫生行政部门（如贵州毕节市）、或是划

²³⁷ 彼得·桑德斯(Peter Saunders):“经济发展与社会保障:亚洲近期实践的有关方面”,载于:达尔默·D·霍斯金斯(Dalmer D. Hoskins)等编:《21世纪初的社会保障》,侯宝琴译,中国劳动社会保障出版社2004年版,第74页。

归第三方管理（如广州三明市）、或仍然分属管理（如福建莆田市）但体制统一。此外，各地统筹层级也并不相同，如天津和宁夏实现省级统筹，成都、湛江和东莞实现市级统筹。由此可见，整合城乡居民基本医疗保险制度已发展出不同的模式，这主要与我国关于社会保险经办机构的法律规定相关。

（一）我国关于城镇居民医保与新农合经办机构的法律规定

关于社会保险经办机构，2001年《社会保险行政争议处理办法》将其界定为“法律、法规授权的劳动保障行政部门所属的专门办理医疗保险、失业保险、工伤保险、生育保险等社会保险事务的工作机构”。²³⁸虽然该办法没有明确规定社会保险经办机构的法律性质，但从对该办法的文义解释看，应属于承担“公共事务职能的组织”。²³⁹然而，对于医疗保险，此处界定的社会保险经办机构仅指城镇职工基本医疗保险经办机构，尚不涉及2003年建立的新农合经办机构。就后者而言，2003年国务院出台《关于建立新型农村合作医疗制度的意见》并没有明确界定新农合经办机构的概念，仅规定在县级人民政府成立的农村合作医疗管理委员会下设立经办机构，归属卫生行政部门管理，并可根据需要在乡（镇）设立派出机构（人员）或委托有关机构管理。经办机构的人员和工作经费列入同级财政预算。2007年，国务院发布《关于开展城镇居民基本医疗保险试点的指导意见》，我国建立城镇居民基本医疗保险制度。该指导意见没有提及经办机构，仅要求对城镇居民基本医疗保险的医疗服务，原则上参照城镇职工基本医疗保险的有关规定执行，因此实践中城镇居民基本医疗保险经办机构都设立在社会保险行政部门。关于社会保险经办机构的这些规定可以说在某种程度上体现在2011年生效的《社会保险法》中。该法对城镇职工基本医疗保险、新农合和城镇居民基本医疗保险的建立作出统筹安排，但没有对这三项制度的经办机构作出统一安排。首先，《社会保险法》第24条规定，新型农村合作医疗的管理办法，由国务院规定；其次，《社会保险法》第72条明确提出，设立的社会保险经办机构需经所在地社会保险行政部门和机构编制管理机关批准。这两方面的规定都表明，《社会保险法》规定的经办机构排除了卫生行政部门下设的新农合经办机构。这是我国目前城镇职工和城镇居民基本医疗保险经办机构属于社会保险行政部

²³⁸ 2001年原劳动和社会保障部发布的《社会保险行政争议处理办法》第2条第2款。

²³⁹ 如《社会保险行政争议处理办法》第3条规定，“公民、法人或者其他组织认为经办机构的具体行政行为侵犯其合法权益的”，另外，该办法中多处提及经办机构的具体行政行为。

门、而新农合经办机构分属卫生行政部门的主要原因。

但由于我国上述法律法规均未对社会保险经办机构的法律性质作出明确规定，因此社会保险经办机构在现实中的制度安排从中央到各个地方并不完全相同。例如2012年，我国“参公管理”的经办机构有4421个，占经办机构总数的52.6%。99%以上的经办机构为财政全额拨款，差额拨款和自收自支仅有10个。²⁴⁰不过，另一方面，《社会保险法》规定社会保险经办机构的人员经费和经办费用和管理费用，由同级财政按照国家规定予以保障。2003年国务院出台的《关于建立新型农村合作医疗制度的意见》也规定，经办机构的人员和工作经费列入同级财政预算。由此可以推定，城居医保经办机构和新农合经办机构在性质上都属于“具有公共事务管理职能的事业单位”。囿于短期内我国立法很难对上述规定进行修法，因此基于现行制度框提出整合城乡居民医疗保险经办机构的方案，应是一种务实的态度。

（二）北京市新农合与城镇居民医保经办机构现行制度

关于新农合经办机构，在现行制度下，北京市卫计委下设北京市新型农村合作医疗服务管理中心（事业单位）；在区级层面，10个区设有新农合中心（独立法人），丰台区由东城区卫计委管委会办公室人员直接管理相关业务，朝阳区又新农合管理中心与朝阳区医管中心为联合法人单位，海淀区由住院经办业务由海淀社保中心管理，门诊经办由社会资本经办，其职责为开展参合、筹资、报销审核和支付以及日常经办管理相关业务；乡镇层面，有11个区由社保所或社会事务科兼管新农合经办业务，大兴和密云两区由乡镇级卫计委系统经办机构经办，具体负责参合筹资、政策宣传、票据收集管理等业务，部分承担门诊医疗费用的审核、报销；村级层面：村级层面，由各村委会承担，主要负责参合筹资、政策宣传及票据管理和补偿信息公示等工作。

关于城镇居民医保经办机构，实行市、区两级业务经办机构，分别设立社保中心和医保中心，属于参公单位，负责社会保险参保、登记、征缴、支付以及医疗费用审核等经办服务管理工作。

（三）北京市新农合与城镇居民医保经办机构整合面临的问题及其对策

首先，源于上述关于医疗保险经办机构的分别立法，北京市各涉农区经办机

²⁴⁰ 郑秉文著：《中国养老金发展报告 2013——社保经办服务体系改革》，经济管理出版社 2013 年版，第 2—15 页。

构在行政级别为正科级全额事业单位、独立法人，另外还有部分人员待遇按职称序列管理；但各区医保经办机构多为副处级参公单位，因此此次整合为两个不同行政级别的机构的整合，整合后的机构的行政级别有待慎重对待。本着整合后的人员待遇不应受到影响，确保人员平稳过渡和工作有序衔接的原则，建议现行按照参公单位设置机构和配备人员。但从我国事业单位改革要求和发展趋势看，明确其服务经办机构的法律地位是大势所趋。学界已对社会保险经办机构的法律性质做了有益探讨并提出立法建议，²⁴¹另外国外立法也提供了有益的借鉴经验。

²⁴²这些都为从立法上明确医疗保险的法律性质奠定了基础。

其次，两保经办机构的整合，不仅仅涉及结构变革，更重要的是需要开发制定综合性的人力资源计划，因为任何对现行管理实践的改革都将影响到工作人员工作任务的重新定义，都将涉及新的工作方法，以及对新技术的适应。所有这一切将对工作人员产生直接影响，另一方面工作人员的积极投入和参与有利于机构内部集思广益，发挥全体人员的创造性，确保新管理模式成功实行。

第三，关于商业保险参与新农合经办的问题。从上述分析可以看出，北京市新农合和城镇居民医保经办机构均为行政部门的下属或附属机构，其在医疗服务市场和法定医疗保险市场中处于双重垄断地位。这种制度安排的缺点：（1）经办组织的自利性、信息不对称以及契约的不完备等因素，使其可以通过费用转嫁等方式维护自身利益以实现巨额基金结余，进而将费用控制难题交给患者，或者控制医疗服务价格，最终影响医疗水平的提升。（2）一旦出现亏空，无异于将“鸡蛋放到一个篮子里”，大而不能倒，最终将国家或地方财政拖入“福利泥潭”。（3）从给付行政的发展方向看，“相对于传统上国家、权力及阶层制为其特征，行政改革之趋势向市场交换及追求利润、连带或相互援助为特色之非盈利组织，或政府与民间共同出资成立之事业体发展。供给体制亦朝向市场化、契约化，使供给主体不限于古典公营造物之组织形式，组织上及任务上，采取与私人协力之模式而呈现之多样性。”²⁴³因此，要实现管办分开，实行经办机构法人化，并引入经

²⁴¹ 叶静漪、肖京：《社会保险经办机构的法律定位》，载《法学杂志》2012年第5期，第82-87页；姜宇：《论我国社会保险经办机构的法律地位》，载《北京行政学院学报》2014年第4期，第53-57页；胡川宁：《社会保险经办机构的性质和定位研究》，载《行政法学研究》2016年第2期，第78-87页；孙淑云、郎杰燕：《社会保险经办机构法律定位析论—既与社会保险组织法之视角》，载《理论探索》2016年第2期，第110-115页。

²⁴² 姜宇：《论我国社会保险经办机构的法律地位》，载《北京行政学院学报》2014年第4期，第55页；

²⁴³ 沈政雄著：《社会保障给付之行政法学分析—给付行政论之再出发》，台北：元照出版公司2011年版，第111页。

办机构竞争机制,允许参保人自由选择医保基金组织,建立多元自治的经办体制。

244

此外,国外相关经验表明,在社会保障制度的运营中引进商业竞争成分,可以期望这一制度把重点更多地集中到如何提高服务质量、满足被保障人的需求上,而不是一味地给被保障人的需求下定义,以适应现存的服务机构。²⁴⁵例如,为进一步鼓励和改善服务,一些国家的政府如澳大利亚和英国,已经成立了为受益人提供直接服务的半自治机构。这些机构和政府社会保障部门签订合同并依据合同条款进行运作,被期望比他们的政府机构前身具有更明确的目的性,从而能够提供更好的客户服务,降低成本。一般来说,这些机构将拥有更多的自主权,但同时对合同中双方所签订的服务目标的后果负有更大的责任。²⁴⁶

目前,北京市有10个涉农区开展了商业保险参与新农合经办,据相关资料显示,这一实践很大程度上提高了经办效率,确保了基金安全。这一实践符合《意见》相关精神²⁴⁷,因此建议在整合两保制度过程中,对这一实践进行充分调研和论证,鼓励商业保险机构参与基本医疗保险经办服务,保留10个涉农区商业保险参与新农合经办模式,确保商业保险公司的合法利益,保护其参与医疗改革的积极性,以期积累探索经验。尽管这一实践的原本目的是为了解决各区人员编制紧张、经办力量不足的问题,但北京市商业保险参与新农合经办的探索经验可被用来将竞争机制引入整合后的城乡居民医疗保险经办机构中。

七、建立以医疗保险为导向的社区首诊分级诊疗制度

北京市拥有众多优质的医疗资源,2011年新农合统计报表显示,80.00%以上的参合人员选择在二三级医疗机构住院治疗,尤其是靠近城区的朝阳区、海淀区、丰台区和门头沟区,50%以上的参合农民选择到三级医疗机构就医。2008—2011年北京市新农合统计报表显示,三级医疗机构住院人次占总住院人次的比例逐年攀升,这四年分别为17.44%,18.75%、19.56%和22.13%。这显示,一级医疗机

²⁴⁴ 马瑞霞、曹克奇:《国外医疗保险一体化立法对我国的启示》,载《中共山西省委党校学报》2013年第1期,第73页。

²⁴⁵ 彼得·桑德斯(Peter Saunders):“经济发展与社会保障:亚洲近期实践的有关方面”,载于:达尔默·D·霍斯金斯(Dalmer D. Hoskins)等编:《21世纪初的社会保障》,侯宝琴译,中国劳动社会保障出版社2004年版,第74页。

²⁴⁶ 夏洛特·罗伊(Charlotte Roy):“社会保障的全新模式及管理实践”,载于:达尔默·D·霍斯金斯(Dalmer D. Hoskins)等编:《21世纪初的社会保障》,侯宝琴译,中国劳动社会保障出版社2004年版,第13-14页。

²⁴⁷ 2016年《意见》明确提出,各省市要创新经办管理,推进管办分开,委托商业保险机构等社会力量参与基本医保经办,激发经办活力。

构普遍得不到充分利用。更多患者流向三级医疗机构,不仅会造成新农合基金的压力,还会加剧“看病贵、看病难”问题。²⁴⁸医疗、医保和医药“三医”联动改革,方能实现深化医疗改革的目标。城乡居民医疗保险制度整合的目的是为了解决“看病贵、看病难”的问题,使所有居民享有均等化的基本医疗卫生服务。因此,整合城乡居民基本医疗保险应建立以医疗保险为导向的社区首镇分级诊疗,取消对基层医疗定点医院选择的限制和取消社区卫生机构的药物使用的限制

(一) 取消对基层医疗定点医院选择的限制

2011年1月1日起,北京市城镇居民医疗保险已经实施强制性首诊制,它要求老年人和无业居民门诊就医须到社区首诊,实行转诊制度。²⁴⁹参保人员按照“就近就医、方便管理”原则,可在全市定点医疗机构范围内就近选择3所医院和1所社区卫生服务机构,作为本人的定点医疗机构。可以说,北京市居民医疗保险办法首次以地方性法规形式确立强制性社区首诊,在法律上建立医疗保险制度与医疗模式首诊制的联系,有利于促进社区首诊、双向转诊和分级诊疗的形成。北京新农合“基层首诊”试点工作于2015年初在平谷开始实施,²⁵⁰市政府计划在新农合首诊制推行成熟后,进一步在全市范围内1350万城镇职工医疗保险参保范围内推行。²⁵¹这意味着在城镇居民医疗保险实行强制首诊制后,北京市政府已考虑在城镇职工医疗保险和新农合制度下逐渐加大社区首诊力度。如若依据这种路径推进社区首诊,必须取消对基层医疗定点医院选择的限制,才能充分利用基层医疗服务。

(二) 取消社区卫生机构的药物使用的限制²⁵²

为配合新医改实施,2009年国家出台《关于建立国家基本药物制度的实施意见》,要求通过基本药物招标采购、零加成以及提高基本药物报销比例等综合措施促进一般门诊下沉到基层。根据该实施意见,社区医疗机构只能配备国家基本药物和省增补药品。尽管2012年颁行新的国家基本药物目录,但在现行基本药物

²⁴⁸ 刘世鹏、纪京平、高广颖、张毅:《北京市新型农村合作医疗制度运行分析及建议》,载《中国初级卫生保健》2013年第1期,第15页。

²⁴⁹ 《北京市城镇居民基本医疗保险办法》第27条。

²⁵⁰ “基层首诊”是指,推进新农合参保人员一级医疗机构首诊制,除规定的特殊情况外,参保人员未经转诊,自行到大医院或常住县(区)域外医疗机构就诊的,其就诊报销比例将降低或不予报销。参见:“新农合推‘基层首诊’制 平谷成为首个试点”,《北京青年报》,2015年1月23日。

²⁵¹ 北京市卫生计生委表示,考虑到北京中心城区的实际情况,具体推行模式或将与新农合“逐层逐级”转诊制度不同。参见:“新农合推‘基层首诊’制 平谷成为首个试点”,《北京青年报》,2015年1月23日。

²⁵² 李西霞:《以法治方式推进社区首诊分级诊疗》,载《中国社会科学院》2016年5月4日,第958期。

制度下，社区医疗机构与大医院、民营医院、零售药店的医药品种仍存在较大差异。社区医疗机构使用的药品大约600种左右，只占大型医院的30%左右，^{2 5 3}患者在基层就医的用药需求无法得到满足，对居民到社区首诊形成制约。

基本药物制度限制社区卫生机构的药物使用导致患者在基层就医的用药需求无法充分满足，现实中造成了三种后果：一是阻却了居民到社区首诊，诱发向上就医的需求，对社区首诊形成制约；二是有时在大医院就诊后，大医院开的药，回到基层医疗机构后续不上，结果患者还是只能再回流到大医院去；三是基本药物制度无法满足社区卫生机构对慢性病患者健康管理的需求。目前社区卫生机构管理的慢性病患者日益增多，但是许多慢性病医疗用药不在国家基本药物目录（包括省增补目录）中，这给基层医疗卫生机构慢性病患者带来诸多不便。

鉴于国家基本药物制度对推进社区首诊制的阻碍，2014年8月，国家卫生计生委发布《关于进一步加强基层医疗卫生机构药品配备使用管理工作的意见》指出，“为促进双向转诊、建立分级诊疗，兼顾不同医保支付水平和基层与当地公立医院用药衔接，城市社区卫生服务中心和农村乡镇卫生院可暂按省级卫生计生行政部门规定和要求，从医保（新农合）药品报销目录中，配备使用一定数量或比例的药品，满足患者用药需求，落实零差率销售。”这为基层医疗卫生机构配备使用部分非基本药物奠定了基础。北京市可依据该政策尽快出台基层医疗卫生机构非基本药物目录。但从长远看，解决这一问题的根本还在于取消《国家基本药物目录》对基层卫生机构可使用药品种类的限制，将居民在各级医疗机构就诊的报销范围统一在社保药品目录之下。

^{2 5 3} “北京力推分级诊疗 过渡措施引发忧虑”，载财新网
<http://china.caixin.com/2015-01-21/100776763.html>，2015年8月20日访问。

工伤保险基金给付范围的规则重构

刘 鹏^{2 5 4}

【摘要】经过不断探索和完善,我国现代工伤保险制度框架已初步形成。然而,我国当前的工伤保险制度,在具体制度设计层面仍未完全践行工伤保险的理念。工伤给付范围是工伤保险制度核心内容,也界定着工伤保险法律关系双方当事人的核心权义。行政法规授权社保行政部门单方面确定工伤给付范围,与其在现行制度中的角色存在利益冲突,既缺乏形式上的正当性,也在实际运行中置工伤保险参保职工权益于不利地位。受制于不合理的工伤保险报销目录,一些必要和合理的支出无法由工伤保险获得补偿,很多工伤费用不得不由职工自己承担。这背离了工伤保险的制度理念和初衷,同时也是对参保职工对工伤保险基金所有权的漠视。而且,现代法治国家中的法律保留原则的理论发展和实践,使其不仅适用于刑罚、税收等干预行政,还应当拘束工伤保险给付为代表的给付行政领域。

【关键词】工伤保险基金; 给付范围; 规则重构

一、实务中的工伤保险给付范围——以一则典型案例说起

陈某于2013年10月初到浙江某建设公司从事木工工作,双方未签订劳动合同。11月中19日陈某在工作过程中从支模架上摔下致伤,11月21日该建筑公司为陈某投保建筑类工伤保险。陈某因此次摔伤先后两次住院治疗,在两次住院期间,陈某自己共支付医药费60648.16元,该建筑公司共为其支付医药费159801.63元。该建筑公司在为其投保工伤保险后,2014年1月28日,市人力资源和社会保障局认定陈某2013年11月19日摔伤事故系工伤。基于此,该建筑公司为陈某支付的159801.63元医药费中,市社保局为其报销了156948.43元。陈某和该建筑公司因工伤保险待遇纠纷,先向市劳动仲裁委提起仲裁,后对仲裁裁决不服,向法院提起诉讼。法院的判决大部分支持了陈某要求该建筑公司承担的一次性伤残就业补助金、停工留薪期待遇等,但同时指出,对于陈某要求的交通费,工伤保险待遇在医疗统筹地区范围内不存在交通费,对医疗统筹地区外的交通费用才应由工伤保险基金支付。治疗工伤所需费用符合工伤保险报销目

^{2 5 4} 武汉大学法学院2014级经济法硕士研究生。

录（包括工伤保险诊疗项目目录、工伤保险药品目录和工伤保险住院服务标准，本文统称工伤保险报销目录）的，从工伤保险基金支付，对治疗工伤在工伤保险基金支付范围外的医疗费除非由用人单位同意或双方协议外，原则上由劳动者承担。因此，判决陈某返还该建筑公司垫付的费用与社保局报销费用的差额。双方均未上诉，此判决生效。²⁵⁵

本案是工伤保险给付纠纷中具有代表性和典型性的案例，其处理过程和结果——对工伤保险给付责任主体和范围的认定，揭示了现行的法律规定，也代表了实务界的普遍认知和做法。按照现行的工伤保险制度，工伤保险给付不仅仅是指工伤保险基金的给付和保险，还包括用人单位的一部分给付责任，即治疗工伤期间的工资福利、五级和六级伤残职工按月领取的伤残津贴、终止或者解除劳动合同时，应当享受的一次性伤残就业补助金，这两部分共同构成了工伤保险给付体系等。即在工伤保险给付体系中，用人单位和工伤保险基金都是工伤保险给付的责任主体。不过，工伤保险基金和用人单位有各自的给付条件和范围，并不重合。用人单位的工伤保险给付责任，主要是工资福利、伤残津补贴等项目，与职工的医疗费用开支无涉；工伤保险基金则承担职工的工伤医疗费用支出。本案中法院支持了原告要求用人单位应当承担的工伤保险给付责任，而对于原告的工伤医疗费用，法院认定工伤保险基金只承担符合工伤保险报销目录的费用，此范围外的费用除非用人单位同意或双方协议，由职工自己承担。工伤保险参保职工承担部分甚至全部工伤医疗费用，是普遍的做法；而这种与工伤保险制度理念与初衷相背离的做法之所以普遍存在，需要从工伤保险给付范围的制度规则中寻求解释。

二、我国工伤保险基金给付范围及确定规则的规范分析

在现行工伤保险报销制度下，职工需要自己承担部分甚至全部医疗费用的局面，是工伤保险基金给付规则约束的结果。先对工伤保险基金给付范围与确定规则进行规范分析，其后方能对职工正常缴纳工伤保险费时仍应承担部分或全部工伤医疗费用做出理性评估。工伤保险基金给付范围问题，包含两个方面，其一是现行工伤保险基金的给付边界在哪里，其二是现行工伤保险基金给付边界是如何确定的。前一个问题是有关工伤保险基金给付范围的合理性，后者则是工伤保险基金给付范围确定过程的正当性审视。

²⁵⁵ 此案例来源于北大法宝数据库，案号为(2015)衢柯民初字第409、420号。

我国工伤保险制度始于 1951 年原劳动部颁布的《劳动保险条例》，当时我国建立的是以企业职工为保障对象的劳动保险，而工伤保险只是劳动保险中的一个项目。改革开放后，以国有企业职工和机关事业单位人员为保障对象的劳动保险已无法适应现实需要，国家逐渐在改革劳动保险的基础上，构建现代社会保险体系。1996 年原劳动部发布了《企业职工工伤保险试行办法》，在社会保险的大框架下完善现代工伤保险制度。2003 年 4 月 27 日国务院颁布了《工伤保险条例》，该条例确定了作为社会保险项目之一的工伤保险的具体制度，形成了我国现代工伤保险的基本的运作规则。而 2010 年通过的《社会保险法》，在法律层面确认了我国的社会保险制度体系，以法律形式明确了社会保险各险种及其基础制度。

工伤保险是社会保险的重要险种，工伤保险给付是工伤保险的关键制度之一，《社会保险法》对工伤保险给付有概括性的规定。《社会保险法》第三十八条规定：“因工伤发生的下列费用，按照国家规定从工伤保险基金中支付：（一）治疗工伤的医疗费用和康复费用。。。。。（九）劳动能力鉴定费。”单纯解读此规定，工伤保险基金的给付范围是比较广泛的，似乎涵盖了工伤职工所有的工伤费用。但作为工伤保险的操作细则，《工伤保险条例》第三十条第三款规定：“工伤保险诊疗项目目录、工伤保险药品目录、工伤保险住院服务标准，由国务院社会保险行政部门会同国务院卫生行政部门、国家食品药品监督管理局等部门规定。”结合《工伤保险条例》的规定看，工伤职工的工伤费用要从工伤保险基金中报销，需满足两个条件——属于《社会保险法》规定的费用种类，及在工伤保险报销目录内。此外，工伤保险报销目录内项目的报销标准，《社会保险法》“工伤保险”一章中并未明确；《工伤保险条例》第三十条第四款规定：“职工住院治疗工伤的伙食补助费，以及经医疗机构出具证明，报经办机构同意，工伤职工到统筹地区以外就医所需的交通、食宿费用由工伤保险基金支付，基金支付的具体标准由统筹地区人民政府规定。”诸如此类，《工伤保险条例》中有许多条款规定，由省级政府制定工伤保险基金给付的标准。从具体实践来看²⁵⁶，在工伤保险药品目录

²⁵⁶ 以 2009 年我国工伤保险药品目录调整为例，2009 年 11 月 27 日人力资源和社会保障部发出了《关于印发国家基本医疗保险、工伤保险和生育保险药品目录的通知》，制定了《国家基本医疗保险、工伤保险和生育保险药品目录（2009 年版）》（以下简称 2009 版药品目录）。随后，各个省也对药品目录进行调整。如 2010 年 8 月 18 日，江苏省人力资源和社会保障厅发布苏人社发[2010]315 号文——关于印发《江苏省基本医疗保险、工伤保险和生育保险药品目录（2010 年版）》的通知；湖北省人力资源和社会保障厅发布了鄂人社发（2010）44 号文——省人社厅关于印发湖北省基本医疗保险、工伤保险和生育保险药品目录（2010 年版）的通知。而在该两省人社厅发布的文件中，都提到了报经人力资源和社会保障部审核备案。

的调整过程中，国务院社会保障行政部门基于《工伤保险条例》的授权，制定工伤保险药品指导目录，而各个省级社会保障行政部门也拥有制定本区域内工伤保险药品目录的权限。

如前述，现行有关工伤保险基金给付范围的规范性文件主要是《社会保险法》和《工伤保险条例》。前者属于法律位阶，立法内容是框架性和粗线条的，对于工伤保险基金给付范围仅列出基本项目；后者是行政法规层级，侧重实际操作层面，对《社会保险法》中工伤保险基金给付范围列项进行了细化，同时对工伤保险医疗费用的报销目录制定进行了授权。工伤保险给付范围包括给付内容和给付标准，根据《工伤保险条例》确立的规则，由条例授权国务院有关部门制定工伤保险报销指导目录，而省级政府相关部门可以对指导目录的内容进行调整，且有权决定部分工伤保险基金给付项目的标准。要之，工伤保险基金给付范围——具体项目和标准，是由行政法规授权国务院及省级社保行政部门决定的。

三、工伤保险基金给付范围及确定规则的评估与反思

工伤保险是现代社会保险制度的滥觞，自从人类社会开启了工业化进程，因工业社会问题应运而生的工伤保险制度，便始终作为社会安全的重要制度支柱而存在。工伤保险制度有着和社会安全制度一样漫长的发展历程，其自产生时起就代表着社会安全体系的核心理念和制度架构。各个国家在社会安全体系上或许有不小的差异性，但在工伤保险制度方面却有着高度的共通性。工伤保险制度契合和践行社会保险理念的程度，很大程度上反映了社会保险体系的发展水平，也是国家对公民照顾义务履行情况的重要指标。其中，工伤保险基金给付范围更是其核心要素，尤其是在我国转型和构建与完善社会保障制度时期，工伤保险给付范围是极有价值的观察指标。我国现行工伤保险基金报销范围外的医疗费用由职工自己承担，是背离工伤保险制度理念和宗旨的，且这种局面的出现，根源在于工伤保险给付范围确定规则并不具有足够的正当性与合理性。

（一）职工承担工伤医疗费用背离工伤保险的理念和目标

人类进入工业化社会后，绝大多数个体成为职业人，工伤成为职业人普遍面临的社会化问题，而传统私法救济难以有效解决，政府便以保险的方式解决职工在工作中受到的伤害和疾病。工伤保险产生之初就是为了使职工工伤时有足够的资金补偿相关开支和费用，确保职工及其家属不因工伤而陷入生活和人生的绝

境。此外，职工会因工伤而短期或长久失去劳动能力，没有生活来源，工伤保险针对此现实情况，还为工伤职工提供医疗费用之外的补助，以使其生活不会受到影响。正是基于工伤保险补偿职工工伤费用和保障生活的人本理念，从纵向发展历程看，工伤保险给付范围都是逐渐扩大的，以覆盖职工的工伤费用开支。

与商业保险中保险事故发生时，商业保险人给付保险金的责任，是保险法律关系双方的核心权利义务内容一样，在工伤保险制度设计和实施中，工伤保险给付范围属于参保职工和社会保险人核心的权利义务。工伤保险给付范围决定着参保职工能在多大程度上享受工伤保险利益，也意味着社会保险人需要承担的给付义务的边界。但在我国的工伤保险报销目录中，一些职业病种和医疗费用不能从工伤保险基金中支付，只能由工伤职工自己承担。即工伤保险给付范围是无法覆盖职工的工伤费用开支的。工伤保险费用实行差别费率，工伤风险越高，则缴纳的工伤保险费率越高。从事这些行业的也多是收入有限的人，一点发生工伤，基本就没有经济来源了。如果由于工伤保险报销目录的限制，职工不得不承担部分或全部医疗费用，职工的生活就会收到极大影响，甚至陷入生活困境。这与工伤保险的补偿和保障理念是不相符的，相反，会阻碍工伤保险制度目标的实现。

相比于商业保险，工伤保险作为社会保险项目，其应该在理念和制度设计上更体现出社会互济和国家照顾的宗旨。商业保险中保险项下的事故发生时，相关的合理费用开支都会得到报销；举轻以明重，工伤保险理应比商业保险更能覆盖工伤职工的费用开支，在工伤保险基金报销范围上体现更多的社会性。这正是工伤保险相对于商业保险的独特价值，也是现代社会商业保险如此发达而工伤保险等社会保险仍有存在和发展空间的基础。工伤职工的医疗费用是基于医疗专业人士的专业判断，因采取必要的医疗措施和用药而发生的，这些费用应当是合理而必要的。现行的工伤保险报销目录，把一些必要、合理的病种和医疗费用开支排除在外——如尘肺病等，代替医疗专业人士做出了诊疗判断，以致于实践中部分工伤职工因无法得到工伤保险基金报销而放弃必要的医疗措施和药品。工伤保险基金给付范围不合理，造成工伤职工无法从工伤保险制度中获得应有保障的局面，与工伤保险制度理念和目标的背道而驰。

（二）社保行政部门确定工伤保险给付范围存在利益冲突

工伤保险基金给付范围的不合理并非没有缘由，这需要追根到其确定规则。

前文的规范分析已经阐明,《社会保险法》仅对工伤保险基金给付范围粗略地列明项目,具体内容和标准——尤其是医疗费用,通过《工伤保险条例》授权给国务院社保行政部门制定。然而,从社会保险法律关系角度分析,职工是社会保险的被保险人,社会保险经办机构是社会保险的保险人,且社会保险经办机构又是隶属于社会保险行政部门的事业单位。社会保险以保险方式解决社会问题,并没有改变社会保险制度设计和运行中遵循保险原理。商业保险中保险人一方和被保险人一方是利益冲突的双方主体,保险法律规则的重要作用之一就在于,避免或规制一方在没有对方知情和参与的情况下决定相关事宜,尤其是涉及到对方重大权益时。否则,在利益冲突的情况下,一方的完全决定权会使得对方权益无法得到任何保障。

在工伤保险中,职工是社会保险被保险人,社会保险经办机构作为社会保险人是由社保行政机构设立的,在此法律关系中,社会保险经办机构和社会保险行政机构是利益一致的一方,故而,社保行政机构不可避免地与工伤职工处于利益冲突的境地。社保经办机构受工伤保险财务宽松、经营业绩等驱动,难免会有尽可能减少工伤保险基金给付的诉求,这一诉求通过社保行政机构在规则上实现,就表现为工伤保险基金给付范围的不合理限缩。因此,由社保行政部门确定工伤保险给付范围违背了利益冲突回避原则。

工伤保险基金的实际运作结果也印证了这种利益冲突。根据人力资源和社会保障部、国家卫生计生委 2015 年 11 月公布的《关于 2014 年全国社会保险基金决算的说明》²⁵⁷,我国工伤保险参保人数在增加,而享受工伤待遇人数在减少,同时工伤保险基金持续形成了大量结余资金。享受工伤待遇的人数减少,很大程度是受工伤保险报销目录所限,因病种或医疗措施不在目录内无法享受工伤保险待遇。²⁵⁸一方面工伤职工很多病种和医疗费用无法得到报销,另一方面却是工伤保险基金大量结余。这与工伤保险基金“以支定收,收支平衡”的管理原则也是相悖的。而且,如此矛盾局面的出现,很大原因是受制于工伤保险给付范围的

²⁵⁷ 根据该文件,我国 2014 年工伤保险基金年收入 671 亿元,比上年增加 81 亿元,增长 13.7%;支出 538 亿元,比上年增加 77 亿元,增长 16.8%。2014 年收支结余 134 亿元,年末滚存结余 1107 亿元。根据人力资源和社会保障部 2015 年 6 月发布的《中国社会保险发展年度报告 2014》,2014 年底工伤保险参保人数为 20639 万人,比上年增加 722 万人;全国认定工伤和视同工伤人数为 114.7 万人,比上年减少 3.7 万人。

²⁵⁸ 2016 年 3 月全国两会期间,全国政协委员、中国社保学会理事、对外经济贸易大学保险学院副院长孙洁在政协会议小组发言时说,“我国工伤保险领取率仅有 0.96%,基金结余巨额,建议在工伤预防和康复上扩大支出。”

不合理限缩，应该给付的合理、必要医疗费用没有得到工伤保险基金的报销。参保职工应有的工伤保险权益在制度设计和实际运行层面受到排斥。

（三）参保职工工伤保险基金所有权

工伤保险遵循保险原理，但又有着不同于商业保险的显著特征。在商业保险中，投保人支付保费后，对保险人享有债权请求权，保费归属于保险人。工伤保险是参保人缴费筹集资金，共同分担风险和互济的措施，基于被保险人整体的存续性和国家作为保险人的特殊性，工伤保险基金并非如商业保险的保险费一样归属于保险人。工伤保险基金仍是参保人团体所有，国家仅是负责管理和运行。作为工伤保险基金所有人的参保职工，理应对工伤保险基金的报销范围有参与确定权，且应本着参保职工利益划定工伤保险基金报销范围。以此对照，《工伤保险条例》授权社保行政机构单方面制定工伤保险报销目录，无视职工在工伤保险基金给付范围的确定权利，架空了参保职工对工伤保险基金的所有权益。

（四）工伤保险给付范围应由法律保留

社保行政部门确定工伤保险给付范围，不符合利益冲突回避原则，是从规则形成的技术层面考量的。而工伤保险给付范围应当如何形成，应从工伤保险法律关系主体的权利义务切入。工伤保险的被保险人是职工，保险人是代表国家行使保险人权力/权利的社保经办机构。工伤保险既是保险，同时更是社会保险，具有社会性。工伤保险的社会性体现在，所有职工强制参保，以及国家充当保险人。国家在此有两种身份——工伤保险中的保险人和与公民相对的公权力代表。国家代表公权力，与公民之间的权利义务内容经历了变迁。在近代社会中，国家与公民之间的关系以规制国家的干预行政进行规则构建，但凡对公民财产权、人身权的侵害，必须以法律为之。盖因法律是由代议机关制定，其由公民选举产生，对公民负责，代议机关通过、认可对公民财产权、人身权的侵害，即意味着公民的同意。在法律规定之外，公权力不得侵害公民的财产权和人身权，公权力消极地恪守不侵害义务即已足。

随着工业化社会的推进和发展，诸多社会问题扑面而来，个体面临更多的社会风险，单纯依靠自身力量无法保障正常的生活。因此，政府在实践中构建起社会保险制度，以因应个体普遍面对的社会风险。在此社会背景下，国家和公民之间权利义务的内容也有了新的含义。社会运行实践中，国家通过社会保险制度

对公民进行生存照顾，成为普遍而必要的社会措施；宪法和行政法学界也开始形成共识——国家对公民有生存照顾的积极义务，而不只是限于消极不侵害，公民有要求国家保障其生活的基本权利。这种迥异于干预行政的形态被称作给付行政，给付行政随后又出现在很多场合，而社会保险给付被认为是典型的给付行政形态。对国家积极行使给付行政义务的规制成为了新的问题，作为规制干预行政有效手段的法律保留被扩张适用到给付行政领域了。“传统法律保留属于一种‘干预保留’，只有当公权力侵害公民个体利益的时候，才需要以法律形式加以规定，以此防止行政的恣意为。”²⁵⁹

但给付行政领域不断扩大，把法律保留适用到所有给付行政领域既不现实，也无必要。若无法律规定不能实施给付行政，则反倒给公民权益设置了障碍，适得其反。如何恰当地协调给付行政的新特征和法律保留适用的宗旨，逐渐为理论界重视，抽象出法律保留原则的适用范围问题。在此基础上形成了给付行政法律保留适用的解决方案。“关于法律保留原则范围的确立标准，德国、日本和台湾地区的学者提出了不同的理论，如侵害保留说、全部保留说、权力保留说、机关功能说、重要事项说、社会保留说等。”²⁶⁰“重要性理论则跳出传统法律保留之争的框架，直接以国家事务对‘基本权利行使或实现’是否重要为标准，来判断法律保留的范围。虽然对重要性理论的批评在学术界不绝于耳，但是应该看到，重要性理论在法律保留的范围和规范密度方面都具有传统法律保留理论所不能比拟的理论解释功能。在法律保留范围的维度上，重要性理论实际上扩大了传统的干预保留范围，至少它成功突破或瓦解了传统的特别权力关系的藩篱。”²⁶¹重要性理论是德国法律保留理论的通说，并指导着德国的法律保留立法实践，德国的社会保险制度以立法形式构建。

以法律保留拘束给付行政的视角审视，工伤保险制度应当在法律层面形成。我国《社会保险法》对工伤保险制度进行了粗线条构建，但工伤保险运行规则是通过行政法规确立的，尤其是工伤保险给付范围，通过合法性欠缺的行政法规授权社保行政机关确定工伤保险给付范围，更加缺乏正当性。这致使无法对行政机关的给付行政进行约束，也限制了工伤保险给付行政实质目标的实现。

²⁵⁹ 刘志刚《论法律保留原则在给付行政中的适用》，载《国家检察官学院学报》2005年第6期。

²⁶⁰ 蒋剑云《论法律保留原则》，载《行政法学研究》2005年第1期。

²⁶¹ 喻少如《论给付行政中法律保留原则的适用》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2011年第2期。

四、工伤保险基金给付范围相关规则的完善路径

“工伤保险制度属于现代法律制度，其产生历史不过百余年，短短的百余年时间，跨越了民法侵权行为法和社会法，从传统私法迈进到公法、私法融合的法律领域，制度的磨合与学术研究的幼稚难免出现这样那样的误区。”²⁶²现行工伤保险基金给付范围与工伤保险制度的理念和宗旨冲突，对工伤保险制度目标的实现很大程度上起了反作用。工伤保险基金给付范围应当覆盖工伤职工必要、合理的医疗费用，这是工伤保险理念的应有之义和自然逻辑延伸。工伤保险基金给付范围应以此为标准，覆盖和补偿工伤职工的相关费用，而非不合理、不恰当地把部分费用承担加诸工伤职工。当然，工伤保险基金给付范围有存在的必要性，以避免过度工伤医疗等医疗浪费，确保工伤保险基金财务的持续健康良性运作——工伤保险基金的健康运作是工伤保险制度的基础。但工伤保险基金给付范围的意义在于避免医疗浪费，绝非拒绝工伤职工必要、合理的医疗费用开支。如前述，我国工伤保险基金给付范围的问题是，过于注重避免过度医疗和财务健康以致排除了部分合理、必要医疗费用项目，伤及工伤职工应有的获得工伤保险基金合理报销的权利。“制度安排是社会发展到一定程度的产物，制度变迁需要理念变迁作为先导，同时制度安排也是理念具体化的过程。”²⁶³对于工伤保险基金财务健康运作和职工合理费用补偿的关系，工伤保险基金给付范围应有效平衡，以覆盖职工合理、必要工伤医疗开支为标准，向工伤保险制度理念回归。

而在工伤保险基金给付范围的规则形成层面，单纯由代表社会经办机构一方的社保行政部门确定给付范围，难免有利益冲突——现行工伤保险基金给付范围的限缩即为证明。且从工伤保险基金的归属方面而言，应当是所有参保职工共同所有，在工伤保险基金给付范围上应当有决定权，起码应有参与决策权。在理论视角，现代社会政府给付行政范围大大扩展，基于规制政府给付行政行为，具有“重要性”的给付行政应当由法律形成规则，而不能交由行政机关去规定自己的义务。作为社会保险一项的工伤保险给付是具有“重要性”的行政给付，需要由法律进行规则的形成。唯我国工伤保险制度初创未久，各项制度正处于转型成熟期，工伤保险理念尚未被真正普遍接受，遑论工伤保险法律保留理念在社会中被意识

²⁶² 郑尚元著《工伤保险法律制度研究》，北京大学出版社2004年8月版，第221页。

²⁶³ 孙树菡、朱丽敏《中国工伤保险制度30年：制度变迁与绩效分析》，载《甘肃社会科学》2009年第3期。

和成为共识。然随着经济社会发展对完善工伤保险制度的要求，及社会保险理念的普遍的认可，如工伤保险基金给付范围这般重要的制度，当由法律予以形成，仅在法律在技术层面无法对其进行穷尽之时，方能由法律授权社保行政部门细化和调整。且行政机关对其细化和调整的过程中，应确保工伤保险参保人群体在其中的共同确定权，而不可由行政机关单方面决定，以此兼顾客观情况和双方的利益平衡。

论过劳的法律救济

宋敏²⁶⁴

【摘要】过度劳动已经成为一个社会问题，频繁出现的过劳死案例牵动着社会各界的神经。目前我国对过劳还没有明确的法律定性，工伤说和侵权责任说受制于因果关系的证明，使过劳的法律救济陷入困境。通过明确过劳立法的价值取向、完善工伤认定机制，将过劳纳入工伤保险；科学设计工伤保险的费率，加强劳动行政部门的有效执法，积极发挥工会的作用，明确国家责任，能够对过劳进行有效的救济和预防。

【关键词】过度劳动；过劳死；法律救济

一、 典型案例——过劳救济的法律难题

姜某系北京某公司网络工程师，公司在未与其协商的情况下，擅自将其调往位于延庆的部门工作，强迫其加班和连续工作，限制其休息权利。由于长期连续工作致使姜某压力大、失眠，进而引发重度抑郁症伴发精神分裂症，并由多家三甲医院确诊。姜某认为，其现在所患疾病是在工作时间、工作区域、因工作原因导致的，符合我国《工伤保险条例》第十四条第一项之规定，应当认定为工伤。于是向北京市海淀区人社局申请工伤认定。海淀区人社局作出不予认定工伤的决定，并出具告知书。姜某对认定结果不服，向北京市人社局提出行政复议未果，遂提起行政诉讼，诉请法院依法撤销海淀区人社局的告知书。一审法院认为，尽管相关的医学证明书载明姜某患有精神分裂症等，但并没有证据证明该病症是由工作遭受事故伤害而导致，也没有证据证明该病症属于职业病，因此驳回了姜某的诉讼请求。姜某不服，提起上诉，二审法院维持了一审判决。

本案中，姜某认为自己的疾病是工作过劳导致，希望通过工伤认定获得相应的赔偿。在人社部门未认定为工伤的情况下，姜某对工伤认定结果提起了行政复议和行政诉讼，这是工伤认定中的行政法救济手段。在行政法中，当事人对行政机关作出的具体行政行为有异议，可依法提出行政复议和行政诉讼。显然，法院

²⁶⁴ 宋敏（1980年-），女，山东青岛人，青岛科技大学法学院讲师，主要研究方向为劳动法与社会保障法。

的判决告诉我们，依照目前的法律规定，姜某无法得到支持。既然行政法救济这条路走不通，姜某还有哪些法律途径可走呢？根据法律规定，姜某可以以自己的疾病是工作过劳导致为由，对所在单位提起侵权之诉，也就是民法领域的救济。姜某的侵权之诉又能否获得支持呢？民法的证据规则是“谁主张，谁举证”，因此姜某必须拿出有力证据证明自己的疾病与过度劳动存在因果关系，这对于姜某而言，显然非常困难。过劳致病在涉及公权力的行政法和涉及私权的民法领域均不能得到救济，凸显了过劳救济的法律困境。姜某所遭遇的困境也是广大过劳致病致死劳动者在法律上的困境。为什么会有这样的困境？这就涉及到过劳的法律性质界定问题。

二、 过劳的法律性质分析

对过劳进行法律救济，界定其法律性质是前提。由于过劳的成因较为复杂，我国的法律目前尚未有直接、明确、清晰的规定。法学界对过劳法律性质的研究，通常以“过劳死”为对象，主要集中在过劳死构成工伤还是侵权。由于过劳死是过劳的最严重结果，为了便于表述，本文的“过劳”包含过劳死。

1. 工伤说

关于过劳受害人的救济问题，论者更多的集中在劳动法和社会保险法层面。因此，在“过劳死”的法律性质问题上，学者们比较认可工伤说。工伤就是因公负伤，广义的工伤包括事故伤害和职业病，强调的是伤害乃至死亡是在工作时间、工作地点、由工作原因引起。工伤认定采取无过错责任原则，由工伤认定机构认定，除非劳动者故意致伤致死，一般情况下都可以认定。一旦认定为工伤，则工伤保险可以保证劳动者能获得相应补偿。过劳的共同特点是劳动者因为工作时间过长，劳动强度过重，心理压力，从而出现精疲力竭的亚健康状态，由于积重难返，将突然引发身体潜在的疾病急性恶化，救治不及时而危及生命。²⁶⁵这里强调的是疾病是工作原因促发，通过认定工伤而获得赔偿当然是最为便捷也是最为合理的救济。

2. 侵权责任说

所谓侵权是指行为人侵害他人的合法权益，应当依法承担民事责任的行为。侵权责任通常通过民事诉讼进行确定，采取过错责任原则，受害人须证明侵权人

²⁶⁵ 杨菊贤、卓杨：《过劳死的发生和预防》.载《中国行为医学科学》，2006年第15期，第577-579页。

行为的违法性、损害事实的发生，以及证明二者之间存在法律上的因果关系。侵权责任认定的关键在于侵权行为与损害事实之间存在法律上的因果关系。上海社会科学院法学研究所陈历幸指出，法律上因果关系的认定，其目的在于追求公正妥当地确定责任的归属，使被消极事件所打破的各方当事人间的利益平衡得到合理的修复。这就决定了法律上的因果关系必须从复杂的事物联系中简洁明了地抽取某些环节而认定其为实质意义上的决定因素，以期更为公正地分配有关各方的利益。从民法理论来分析过劳的法律性质，显然应当界定为侵权。生命权、健康权、休息权等是公民的基本人权，这是宪法所赋予的，任何人不得侵犯。用人单位有义务保障劳动者的上述权利。在实践中，恰恰是用人单位有意无意的或强迫或默许劳动者过度加班、超负荷劳动，导致劳动者发生疾病甚至死亡的损害结果，这就是用人单位行为与损害结果之间存在因果关系，因而构成侵权。

三、 过劳的法律救济困境

正如上文所述，确定过劳的法律性质是确定其救济方式的前提。无论是工伤说还是侵权责任说都有一定道理，只要能满足其中之一，过劳受害者就能够得到法律救济。然而，现实的问题是似乎哪一种都不能有效的适用。

1. 工伤认定的法律困境

现代社会，工伤即职业危害无处不在，有时防不胜防，其直接后果是侵害甚至剥夺了劳动者的生命权和健康权，造成劳动者自身及其亲属的精神痛苦和经济损失。一旦发生工伤，劳动者需要得到及时的医疗救治和获得相应的经济补偿。工伤保险制度的建立基础正是劳动者的生命权和健康权，其保障对象是所有劳动者，目的是保障劳动者在遭受事故伤害或患职业病后获得相应的医疗救治和经济补偿，并分散用人单位的用工风险和减轻负担。对于工伤的认定，世界各国大多采取列举的方式。

我国关于工伤认定的法律规定主要体现在社会保险法和工伤保险条例中。工伤保险条例作为工伤保险领域的基本法，其第 14 条、15 条分别规定了应当认定为工伤的情形和视同工伤的情形，其第 16 条和社会保险法第 37 条规定了不予认定工伤的情形。

恰恰是上述列举式的法律规定，使得过劳在进行工伤认定时遭遇了尴尬。首先，在应当认定为工伤的情形中，认定的关键在于劳动者证明用人单位强迫劳动

者连续加班超负荷劳动，但是这并不容易。一方面，在劳动合同中，用人单位一般并不会对加班问题专门作出硬性规定；另一方面，公司章程中也不必然会制定加班条款。同时，实践中许多岗位并不以工作时间作为考核指标。例如，销售行业中，一个销售经理今天拜访的客户数量不重要，重要的是拿到了多少订单。再如，广告行业，一个创意是花了3小时想出来的，还是30小时想出来的，并不要紧，关键是客户认可。一个团队中，若某一成员在有限的时间内不能及时完成自己的工作势必影响到整个团队的进程以及加重团队其他成员的负担，连续加班成为客观必然现象。上述情况中，用人单位并没有强迫劳动者加班，若据此判定用人单位违反劳动法，因果关系这一点的理由似乎并不充分。与直观的身体伤害相比，过劳引起的疾病大多是心脑血管等疾病，这些疾病都是内生性疾病，发病原因有很多，而劳动者长期超负荷劳动引起身体机能变化致病只是其中一种，且由于变化是慢慢蓄积而成，时间有长有短，因此，过劳基本上难以直接符合第14条所列举的情形。

其次，14条第四项规定“患职业病的”劳动者也可认定工伤，享受到工伤保险待遇。那么，过劳能否被认定为职业病呢？就目前的法律规定来看，答案是否定的。所谓职业病是指企业、事业单位和个体经济组织等用人单位的劳动者在职业活动中，因接触粉尘、放射性物质和其他有毒、有害物质等因素而引起的疾病。²⁶⁶职业病作为一种慢性伤害，在实践中比工伤更难认定，它必须借助现代医疗技术的检测而确定，所以职业病范围在各国均由有关法规直接规定。目前我国职业病防治法关于职业病的认定，也是采取列举方式，强调的是劳动者在劳动过程中长期接触有毒有害物质而引发的“职业病目录”中限定的疾病，目录所限定的疾病都是物理性原因引起的，而过劳则大多是心脑血管疾病等内生性疾病，显然过劳也无法被认定为职业病。

再次，既然过劳不符合应当认定为工伤的情形，能否从视同工伤的规定中找出一些依据呢？我们来看看工伤保险条例第15条。从第15条的规定来看，勉强可以适用的是第一项²⁶⁷，但是对第一项无论是字面还是其他理解，均强调两个要件：时间和地点。即发病是在工作时间和岗位，且死亡发生在发病后的48小时之内。换句话说，只要符合上述两个条件，即使致死的疾病与工作没有任何关

²⁶⁶ 常凯：《劳动法》，高等教育出版社，2011年版，第308页。

²⁶⁷ 第一项的规定为：在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的。

系，都可以视同工伤。这一项看似很人性化，实际上反而限制了真正因工作原因而导致发病却在发病后 48 小时死亡的劳动者的权利。当然，也就将没有“及时”死亡的过劳死劳动者排除在外了。

最后，社会保险法第 37 条和工伤保险条例第 16 条均规定了不能认定工伤的情形，其中包括自残或自杀。近年来，由于过劳导致自残或自杀的情况屡见不鲜，某企业“十三连跳”的新闻犹在眼前。法律只是采取了一刀切的办法，简单的将自残或自杀排除在工伤认定之外，却没有考虑自残或自杀的诱因，即是否是由于长期的超负荷的工作压力使劳动者处于精神紧张状态，从而使负面情绪占据了上风，最终导致劳动者的认知能力和行为选择能力障碍而自残或自杀。上述规定显然也排除了对这部分劳动者生命健康权的保护。至此，在工伤认定方面对过劳进行法律救济的路径至少在目前行不通。

2. 侵权认定的法律困境

按照我国侵权责任法规定，侵权行为分为一般侵权和特殊侵权。特殊侵权行为是由法律以列举的形式加以规定的，其中并未包含过劳。接下来，我们来分析一般侵权责任。

认定一项行为构成侵权，按照一般侵权责任理论，必须具备四个要件：即存在违法行为、行为人有过错，发生了损害事实、以及违法行为与损害事实之间存在因果关系。违法行为是行为人违反法定义务、法律禁止性规定而实施的作为或不作为；过错是行为人实施违法行为时对损害故意或过失的主观状态；损害事实是行为人的行为侵害了他人的人身或财产权利并产生了损失的客观事实；因果关系则是指损害是由行为人违法行为引起的。根据一般侵权责任的举证原则“谁主张、谁举证”，劳动者主张过劳是侵权造成的，必须证明上述四个要件。

首先是关于行为违法且主观过错问题。劳动者一旦入职，相对于用人单位，往往处于被支配、被组织的地位，形成了对资方的隶属性。用人单位从经济利益角度出发，主观上有强迫劳动者超时、超负荷劳动的动机，劳动者必须服从用人单位带有强制性的过“度”工作安排，就会产生过劳的事实。然而，对行为违法的认定存在困难。一方面，我国法律尽管规定了八小时工作制，但是该制度往往对实施标准工时的用人单位具有约束力，对不定时工时和综合计算工时而言，缺

乏具体的量化标准，²⁶⁸实践中很难认定。另一方面，用人单位具有工资分配权，相当多的用人单位在薪酬体系设计上采用了混合计酬制度，即以计时工资作为底薪，在工资总额中所占比重很小，占比重较大的则是奖金、津贴和加班费等，劳动者要获得相对较高的收入、得到用人单位认可乃至奖励、晋升，自然有付出更多时间和精力动力。上述两个原因使得劳动者难以证明用人单位强迫或放任其超时、超负荷劳动。同时，尽管用人单位有强制劳动的主观故意，但对过劳治病致死的后果一般难以预见，只能认定为过失。

第二，关于违法行为与损害事实之间的因果关系问题。就目前已知的过劳死案例来看，劳动者往往死于心脑血管疾病。心脑血管疾病发病诱因众多，劳动者长期超负荷劳动得不到良好休息仅仅是诱因之一。即使用人单位承认强迫加班的事实，但是当劳动者的劳动超过了社会适度劳动时间和强度，超过了自身身体和心理的承受限度，身体机能发生变化，一个小小的感冒都有可能致命，如何证明感冒是身心过度疲劳、抵抗力下降引起的？况且，劳动者的体质情况各有不同，医学上也并没有“过劳死”这一概念。由于过劳致死是各种因素共同作用的结果，个案之间差异极大，因此超时、超强度的劳动与劳动者的疲劳蓄积致病致死之间存在因果关系的认定极其困难，自然很难得到侵权法上的救济。侵权法的矫正功能、惩罚、教育功能也无法实现。

另外，过劳侵权与其他侵害他人人身权、财产权的侵权行为并不相同，法院是否可以直接适用民法通则和侵权责任法的规定进行处理，目前尚无典型案例，也让过劳维权陷入尴尬。

四、完善我国过劳法律救济措施的建议

过度劳动在我国已经成为一个社会问题，会产生一系列负效应。从经济学角度，过度劳动会导致劳动效率降低，甚至可能产生生产、交通等事故，其挤出效应会挤占就业岗位，达到一定程度还会直接、间接的形成经济损失。²⁶⁹从法学角度，我国法律对工作时间、休息休假等已有明确规定，却不能得到有效落实，²⁷⁰对过劳的救济又无法可依，法的权威和尊严无从维护，劳动者的健康权、生

²⁶⁸ 宋敏：《莫让劳动者的休息权休息》，载《中国工人》，2015年第8期，第23-27页。

²⁶⁹ 杨河清：《我国过劳问题严重，亟须加强研究》，载《人口与经济》，2014年第3期，第86页。

²⁷⁰ 2012年，北京大学社会调查研究中心联合智联招聘对全国各城市的人均工作时间和休闲时间进行了统计，总数据显示，上班族平均每天工作8.66小时。其中最忙碌的为广州上班族，日均工作9.02小时，最清闲的是长春上班族，日均工作时间为8.05小时。

命权得不到保障，长此以往不利于劳动力的可持续发展，影响社会稳定。过劳不应该成为法律和社会所容忍的负面地带。通过对劳动法、工伤保险条例等法律法规的修改将过劳纳入工伤，是实现救济的最好方式。建议如下：

1. 明确立法价值取向

价值取向的选择是立法的首要问题，涉及到立法过程中的理念、普遍原则和目标等，其本质是人类在立法时对所追求利益的取舍问题。尊重和保障劳动者基本权利是劳动立法的基本理念。劳动法调整的是“形式上平等事实上不平等”的劳资关系，由于全社会所拥有的“生产资料的份数”少于劳动力是一种常态，理论上讲，即使劳动者充分团结起来也不能完全形成劳动者和雇主之间利益的平衡，必须以公权力维护劳动者的利益。因此规制过劳的立法，既应当符合法律的一般价值取向，也有其特殊价值取向，即从给予劳动者倾斜保护的原则出发，强调国家的适度介入，通过法律设计让用人单位承担更多的义务和责任来平衡劳资双方的关系，实现社会公平与实质正义。

2. 尽快对过劳及过劳死作出法律界定

就我国现行法律而言，将过劳认定为职业病或者通过侵权责任方式维权难度太大，而由于劳动者过度劳动与死亡之间并不存在直接的逻辑关系，休息权这一原权与工伤待遇这一派生权之间的因果关系并未建立，使得过劳的工伤认定也陷入困境。因此，对过劳及过劳死作出法律界定，明确其构成要件，是解决过劳问题的有效前提。

我们不妨借鉴日本和美国在过劳的界定及认定方面的经验。日本将过劳界定为“职业灾害”，早在1987年就将过劳死纳入工伤管理。厚生劳动省从正常工作以外的过度劳动、持续长时间的负荷作业以及劳动状态等方面，对过劳死的认定标准作出了解释；²⁷¹1995年将过度工作劳累导致的职业健康损害列入了工伤认定范畴；1999年制定并公布了过劳自杀死的工伤认定标准，将过劳自杀纳入了工伤；2001年在过劳死因中增加了“疲劳蓄积”，扩大了判断过度劳动与死亡之间因果关系的时间标准，由原来的“症状前一周”扩大为“症状前六个月”等等；2009年将忧郁症等谨慎疾病患者的自杀纳入到工伤认定之中；2014年出台了《过劳死等防止对策推进法》。从日本对过劳的认定情况来看，一方面，日本对疲劳

²⁷¹ 沈臻懿：《日本：“过劳死”催生立法对策》，载《检察风云》，2014年第23期，第62-63页。

蓄积过程的认定标准不断改善,更具人性化 and 可行性;另一方面,随着社会的发展,劳动用工形式愈加多样化,过劳自杀的情形逐渐增加,将过劳自杀纳入工伤,意味着工伤的认定开始向员工身心健康事故认定转变,并开始强调国家责任。在美国,其疾病控制中心将过劳称为“慢性疲劳综合征”,制定了相应的诊断标准,包括医学认定前提、时间、缘由、工作量、参照物等,而过劳死是最严重情形。

笔者认为,过劳应当界定为工伤。就目前来看,界定无非就是两个条件,工作时间和劳动强度,一旦能认定劳动者在一定时间段内超时、超负荷劳动这一事实,无论是致病还是致死都应当认定为因公而致,既然因公,就应当认定为工伤。当然,还要完善工伤认定机制,才能使过劳受害者真正得到法律救济。

3. 完善工伤的认定机制

在法律修改修改还无法立即启动的情况下,笔者认为可以考虑在现有法律框架内进行工伤认定机制完善的尝试。

第一,强化无过错责任原则。目前我国工伤保险采用无过错责任原则。工伤保险条例第15条将与工作无关的疾病致死纳入了工伤体现了无过错责任原则,也体现了工伤保险立法包容性和救济性的价值取向。但是,由于对工伤认定采取列举法,使得过劳等工作伤害无法被涵盖。在法律没有明确规定的情况下,一般法律原则就显得尤为重要。无过错责任原则应当作为工伤认定的一般法律原则写进《社会保险法》、《工伤保险条例》,在没有具体规定的情况下作为兜底原则使用,以弥补列举法所列举内容片面性的缺憾。此外,商业保险中的近因原则可以作为无过错责任原则的补充原则在工伤认定中加以适用,也可以成为法律救济依据。

第二,采用“职业利益行为”认定标准。所谓职业利益行为,是指劳动者在非工作时间、地点从事的雇主没有明确授权但却符合企业利益的行为。劳动者在这种行为的过程中所受到的伤害同样可以认定为工伤。这一标准与现代工伤的理论基础——职业伤害理论相统一,有利于保护劳动者的利益。²⁷²我们应当将其纳入工伤的认定标准。过劳致病致死是劳动者长期超时、超负荷工作造成,疲劳蓄积的过程往往持续数周,既然伤害因工作而起,理应归属工伤范畴,也是对可能或已经被侵犯的劳动者休息权、健康权、生命权的救济。通过综合考察劳动者

²⁷²陈碧贤:《工伤认定之实质性标准初探》.载《中国劳动》,2006年第8期,第35页。

工作性质、其在生病或死亡前一定时间的工作情况以及用人单位的用工情况即可做出判断。同时要弱化劳动者的举证责任，加大用人单位的举证责任。工伤保险条例第十四条第七项“法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形”这一兜底条款，为过劳的工伤认定提供了可能。

第三，建立科学合理的过劳诊断标准体系。在现阶段，过劳受害者及其亲属要获得法律救济必须出示相关的证明证实疾病与死亡和工作有因果关系，显然这是极大障碍。笔者认为，尽管长时间超负荷的工作并不必然导致过劳，但是，所有过劳死者的共同特征均是生前大量加班导致过度疲劳而引起身体疾病继而死亡，这种因果关系显而易见。建议医疗机构在实施诊疗行为时，如遇劳动者因过劳住院以及死亡，应在医疗保险信息中注明，医保部门就可以通过技术手段对医疗保险基金使用情况进行分析汇总，²⁷³并与医学专家联手进行统计分类，分析心脑血管疾病发病及死亡的劳动者数量，分析自杀的原因，分析年龄层和工作性质，建立相关资料，作为订定过劳的认定标准及赔偿给付办法的依据。

4. 完善工伤保险缴费的费率制度

有人担心，将过劳纳入工伤保险是转嫁用人单位压榨劳动力的成本到工伤保险基金。笔者认为这并不是转嫁成本，通过对工伤保险缴费进行科学设计可以解决过劳的救济难题。现行的工伤保险基金实行差别费率制和浮动费率制相结合的运作模式。笔者认为未来应该考虑实行统一费率和差别费率相结合的费率机制。即由主管部门每年对各行各业的安全状况和工伤保险费用支出状况进行分析评价，核定统一费率，在此基础上按当年度内工伤保险基金支付用人单位工伤待遇的费用占该单位按基础费率缴纳工伤保险费的比例即支缴率的高低，确定来年用人单位的缴费数额，且实行累进浮动率，用人单位的工伤基金支出越多，缴费率就越高，这样可以体现出差别，也相当于一种惩罚性的措施，促使用人单位关注劳动者的身心健康。

5. 明确过劳救济中的国家责任，加强劳动行政部门的有效执法

2014年日本《过劳死等防止对策推进法》正式实施，该法明确了“过劳死”防止对策系国家责任，政府当局可以动用国家力量来解决过劳死问题。²⁷⁴这一法律的实施也说明了过劳问题已经上升到国家高度。据统计，我国劳动者每天平

²⁷³ 宋敏：《莫让劳动者的休息权休息》，载《中国工人》，2015年第8期，第23-27页。

²⁷⁴ 沈臻懿：《日本：“过劳死”催生立法对策》，载《检察风云》，2014年第23期，第62-63页。

均工作时间为 8.6 小时，已经超出了法律规定的 8 小时，然而这只是个平均数，事实上真正工作时间可能更多。面对如此严峻的情况，我国政府也已经行动起来，2015 年，中央就构建和谐劳动关系发文，要求企业落实国家关于职工工作时间、休息及休假的法律规定，切实保障员工休息休假的权利。这既是对当前严重失衡的劳资关系进行纠偏，也对保障未来劳动力可持续发展释放了信号。

目前，我国劳动行政执法部门存在职能不清、人手不足、执法水平不高等问题，而执法权先天不足，也使执法陷入困境。在美国，劳动者对于工资与工时方面所遭受的侵害可以依据美国公平劳动基准法在法院对雇主提起诉讼，胜诉后有权得到补还欠薪、约定赔偿、律师费及诉讼费用等赔偿。劳工部也可以代替劳动者提起诉讼，要求雇主双倍赔偿欠薪，或者要求法院发禁令禁止雇主非法欠薪。若雇主违反了禁止童工的规定，或重复违反最低工资和加班费的规定，也要承担民事责任。恶意违法者要承担刑事责任，被判处不超过 10000 美元的罚金或不超过 6 个月的监禁或二者并处。²⁷⁵借鉴美国的经验，笔者建议：第一，科学划分劳动行政部门的工作职责，明确细化监督职责，加强相关部门之间的协作配合，加大监察力度。第二，赋予劳动行政部门监督检查执法权。各级劳动行政部门应当定期对用人单位执行工作时间等的情况进行监督检查，对于在劳动监察过程中发现的诸如违法加班可能导致“过劳死”等问题，劳动行政部门除了原有的警告、罚款等权力，法律还应当赋予其更严厉的行政处罚权，比如大额罚金处罚（罚金可以纳入工伤保险基金，用于过劳救济）、责令停产停业、吊销许可证、营业执照等，并向社会公布违法企业黑名单，情节严重的还应当追究领导人的行政责任乃至刑事责任。第三，加强劳动监察执法队伍建设，进一步提高劳动监察执法能力和水平。一方面要招揽高素质、精通法律的人才，一方面要加大对现有人员的培训，还要充分运用现代化科技手段，建立省、市、县三级监察网络，²⁷⁶实现劳动监察的网络化、立体化、动态管理。

6. 强化集体协商机制，切实发挥工会的作用

工会有作为才能有地位。我国工会法赋予了工会代表权、维护权、协商谈判权、参与权、监督权等，劳动法、劳动合同法等对集体协商制度的做了规定，工会应当代表劳动者就工作时间、工资等与用人单位进行协商，在法律范围内尽可

²⁷⁵ 孙国平：《“过劳死”的比较法思考》，载《当代法学》，2010 第 1 期，第 121-132 页。

²⁷⁶ 郭晓玲：《关于“过劳死”的法律规范分析》，载《法制与社会》，2009 年第 4 期，第 97 页。

能争取到对劳动者有利的权益。依法监督用人单位履行劳动合同、集体合同的情况，一旦发现用人单位违反集体合同，侵犯职工劳动权益，应提出意见予以纠正，并可依法要求用人单位承担责任，在纠正无果时应当向劳动行政主管部门及时报告；当劳动者的合法权益受到侵害时，帮助、支持乃至代表劳动者维权。

五、 结束语

法律对劳动者的保护不能仅仅停留在经济层面，还应上升到生命安全高度。只有生命安全意识提升到了重要高度，才能切实落实“体面劳动”。期待着立法部门和相关的行政部门能够尽快将有关过劳的立法提到日程，真正保护劳动者的生命权，最终实现适度劳动的社会共识。

【参考文献】

1. 孟续铎，王欣：《企业员工“过劳”现状及其影响因素的研究——基于“推-拉”模型的分析》，载《人口与经济》，2014年第3期。
2. 周慧琳：《论“过劳死”的法律性质及救济途径》，载《法制与社会》，2015年第7期。
3. 孟续铎：《劳动者过度劳动的若干理论问题研究》，载《中国人力资源开发》，2014年第3期。
4. 杨河清，王欣：《过劳问题研究的路径与动向》，载《经济学动态》，2015年第8期。
5. 郭晓宏：《日本“过劳死”工伤认定的立法及启示》，载《中国人力资源开发》，2014年第10期。
6. 郑晓珊：《日本过劳自杀工伤规制之借镜 从富士康事件谈起》，载《中外法学》，2013年第4期。
7. 董保华：《“过劳死”的法律探索》，载《法治研究》，2012年第2期。
8. 高瑾：《人权视角下“过劳死”问题法律再探讨》，载《河南财经政法大学学报》，2014年第11期。
9. 田思路，贾秀芬：《日本“过劳死”和“过劳自杀”的认定基准与启示》，载《中国人力资源开发》，2014年第10期。
10. 张智勇，王玉洁：《过度劳动形成机制的分析》，载《中国劳动》，2015年第4期。

公平视角的生育保险制度完善研究

谢 天 长

【摘要】在全面放开二孩人口政策后，生育保险制度设计审时度势、与时俱进提出相适应的制度设计方案。当前，生育保险制度设计缺乏公平性考量，在不同企业间、不同家庭间造成了不同的负担，需要根据制度公平的要求，在生育保险制度的理念、负担主体、缴交方式和保险待遇等方面做出新的制度设计与安排。

【关键词】制度公平；生育保险

一、问题的缘起

甲公司是注册于福州市的一家劳动密集型企业，员工 220 人，其中 199 名员工为年轻女工。关于允许生育二胎的政策出台后，甲公司绝对多数的女工都要生育二胎。该公司一直遵守相关法律，给所有的员工都缴交了生育保险。公司按照《劳动法》第 62 条的规定和公司的规章制度，规定每个女工享有 98 天的产假，生育保险基金给予 98 天的生育津贴。根据福建省人大常委会于 2016 年 2 月 19 日修订的《福建省人口与计划生育条例》第 41 条规定：“依法办理结婚登记的夫妻享受婚假十五日；符合本条例生育子女的夫妻，女方产假延长为一百五十八日至一百八十日，男方照顾假为十五日。婚假、产假、照顾假期间，工资照发，不影响晋升。”这就造成一个很大的问题，即生育保险基金只能给予生育女工 98 天的生育津贴，但按照《福建省人口与计划生育条例》第 41 条规定，女工享有至少 158 天的带薪产假。158 天与 98 天之间所差距的 60 天生育津贴，生育保险基金不予支付，企业则觉得已经为劳动者缴交生育保险，不应由企业在缴交生育保险的同时再为劳动者支付 60 天工资。

实际上，造成这一问题的根源在于：一方面，对于生育津贴的领取时间，法律并没有具体规定，实践中都是由政府部门根据业务工作管理规则来确定，既有的计算机管理系统也支持了这些规则，要想突破系统所支持的管理规则需要额外的审批程序，这是一般所不接受的。另一方面，则是法律法规的相关规定不明确，没有对法律法规变化后所产生的后续问题予以明确，造成一定的模糊空间或者空

白地带,使得执行者无法准确执法和操作。如西藏自治区的规定就比较清晰,西藏规定最长享受 360 天的生育津贴,对领取了《独生子女父母光荣证》的,最长享受 360 天的生育津贴,前 180 天,享受 100%生育津贴;后 180 天,享受 65%的生育津贴。实际享受生育津贴的天数以单位批准的产假天数为准。

应该说,生育保险制度的建立,不但是国家对妇女生育社会价值的肯定,也是均衡用人单位生育负担,预防就业性别歧视、促进公平就业的制度保障。2014 年,生育保险基金总收入 446 亿元,比上年增加 78 亿元,增长 21.1%,比 2009 年增加 314 亿元,年平均增长 27.6%;生育保险基金总支出 368 亿元,比上年增加 85 亿元,增长 30.2%,高于收入增幅 9.1 个百分点,比 2009 年增加 280 亿元,年均增长 33.1%。²⁷⁷

经济新常态、生育政策调整完善和国家对性别平等的坚定政治意愿,使生育保险制度面临机遇与挑战并存的局面。就上述案例而言,超过劳动法规定的最低天数的生育保险待遇问题,完全可以通过法律解释获得解决,即生育保险基金依照各地人口与计划生育条例的规定,以 158 天为最低标准计算生育保险津贴;计算机系统设定上的问题,当然应该通过系统升级优化予以解决。但我们知道,生育保险制度所涉及的问题当然不限于此,还涉及生育保险的定位和覆盖面问题、克服就业歧视问题、费用过度问题以及执行问题,这些下文中都试图通过制度的整体优化得以一揽子解决。

二、现行生育保险制度的不足及其优化措施评析

(一) 现行生育保险制度的不足

1. 生育保险的定位问题。有的人强烈主张建立和完善单独的生育保险制度,有的人则主张淡化生育保险作为单一和独立社会保险制度的地位。有学者认为,生育保险虽然是五个险种中的一个小险种,但必须实行社会统筹,设立单独的生育保险基金,理由如下:第一,单独设立生育保险险种,健全社会统筹和社会化管理服务的生育保险制度,有利于缓解妇女生育与就业之间的矛盾,发挥市场优化配置劳动力资源的作用。第二,生育保险作为独立险种,在全面依法治国的大背景下,有其存在的法律依据。社会保险法明确规定,国家建立包括生育保险在

本文系初稿,切勿引用和参考。

作者简介: 谢天长,男,法学博士,福建警察学院法律系教授、学报主编,兼任福建师范大学法学院硕士生导师。

²⁷⁷ 张永英,李线玲:《新形势下进一步改革完善生育保险制度探讨》,《妇女研究论丛》2015年第6期。

内的社会保险制度，保障公民在年老、疾病、工伤、失业、生育等情况下依法从国家和社会获得物质帮助的权利。第三，是由生育保险的特殊性决定的。生育保险在社会保险中比较独特，在保险对象、给付标准、保障水平等方面都有其特殊性，是其他保险代替不了的。第四，生育保险包含在医疗保险中是不完整的。生育保险比医疗保险的待遇范围要宽，医疗保险包含不了生育保险，更代替不了生育保险。²⁷⁸

2. 生育保险待遇的范围问题。目前对于生育保险待遇的范围尚未形成比较统一的认识，整体上主张尽量多地给予女性生育期间的生育保险待遇，包括给予配偶的生育保险待遇。呼吁尽快规范生育保险待遇的基本内容，主要包括：一是生育的医疗费；二是女性法定产假期间的生育津贴；三是在生育保险待遇中明确男性享有两周左右的“生育陪护假”，其陪护假期间的津贴由生育保险基金支付。与此同时，其他与晚育、独生子女奖励等相关的假期、津贴及补贴不再作为生育保险待遇内容列入其中。²⁷⁹

3. 生育保险的覆盖面问题。生育保险制度实施中存在覆盖面较窄、各地生育保险待遇差距较大、生育保险资金来源单一、男性责任和权利没有得到充分体现等问题。我国生育保险制度中存在的显性问题：（1）生育保险参保率低，地区间发展不平衡；（2）生育保险基金少，享有率低；（3）非正规就业领域生育保险辐射范围窄。我国生育保险制度中存在的隐性问题：（1）单纯保护女性生育问题的生育保险政策无法保护女性的平等就业权；（2）生育保险的筹资模式使得地方政府忽视在“非正规部门”工作女性的生育保险问题；（3）在老龄化社会的背景下，适度宽松的生育保险政策更加适合我国的发展需要。²⁸⁰据人力资源社会保障部统计，2010年共有211万人次享受了生育保险待遇，仅占当年1600万出生人口的12%左右。由于受益面过小（生育保险受益群体只是在岗的城镇户口女职工），导致了多年来中国生育保险基金累计结余逐年增加。²⁸¹无论是1951年颁布的劳动保险条例规定其保障对象为“女工人与女职员”，还是目前的生育保险覆盖对象主要是城镇职工，广大的农村妇女都被排除在生育保险的范围之外。

²⁷⁸ 张永英，李线玲：《新形势下进一步改革完善生育保险制度探讨》，《妇女研究论丛》2015年第6期。

²⁷⁹ 张永英，李线玲：《新形势下进一步改革完善生育保险制度探讨》，《妇女研究论丛》2015年第6期。

²⁸⁰ 李鑫：《我国生育保险制度与妇女就业问题的思辨》，《改革与战略》2011年第3期。

²⁸¹ 蒋永萍：《社会性别视角下的生育保险制度改革与完善——从〈生育保险办法（征求意见稿）〉谈起》，《妇女研究论丛》2013年第1期。

事实上,非正规就业的妇女以及各种非公有制企业、集体企业、个体工商户、乡镇企业中的从业女性多数也没有纳入到保险范围之内。随着公民要求平等的意识逐步提高,生育保险制度也开始受到质疑,因为生育保险制度已成为阻碍生育基本公共服务均等化的因素。

4. 生育保险与对女性的就业歧视问题。就执行现有法律的层面而言,尤其是修改人口和计划生育条例延长产假时长之后,女工多的单位,面临生育津贴补贴期限不足,企业要补足工资的问题,而且要保持更多的周转员工,保证怀孕和生育女工能够享有充分的法律权利。女工所在的用人单位,为女工保留工作岗位,支付轮岗或替岗人员的工资。实际是限制生育二胎,也是促使企业采取各种措施减少雇佣女工,或者尽可能辞退即将生育的女工。

(二) 生育保险制度优化措施

1. 强化单独的生育保险制度。生育保险既是社会保险的基本内容,又是与其他保险内容不同的特殊社会保险。它不是对劳动能力或岗位丧失导致的收入损失的补偿,而是对另一种社会必要劳动价值的肯定;它不仅仅是满足劳动者个人特殊时期生存发展的需求,而且是对人类自身再生产活动的社会保障。生育保险的特殊性质决定其应该具有更强的普惠性和国家福利性。随着社会性别主流化在全球发展中的推进,女性对生育保护特有的认识和体验、女性主义对性别平等与性别公正的诉求成为生育政策调整的重要推动力量,生育保险的内涵和外延得以拓展。2000年国际劳工组织《保护生育公约(修订)》(第183号公约)将生育保护的范畴扩展到包括农业劳动和家务工作的所有妇女,其第2条第1款规定:“本公约适用于所有就业妇女,包括从事非典型形式的隶属工作的妇女。”而推动夫妇双方共同承担照料孩子和家庭责任的政策,给予男职工带薪生育护理假和育儿假已经成为大多数国家和地区的立法选择。²⁸²而为所有有家庭责任的男女工人提供照顾家庭的公共服务,使男女工人在对家庭友好的政策环境下,兼顾有偿工作和照料家庭则是很多国家推进性别平等的重要举措。中国周边国家韩国“家庭亲和政策”的推动²⁸³和日本《男女共同参与计划》中工作家庭平衡目标的提出²⁸⁴即反映了这一国际发展趋势。

²⁸² 唐芳.从奖励到权利——生育护理假的正当性论证[J].中华女子学院学报,2012,(1).

²⁸³ 金孝善.家庭亲和政策推动韩国女性经济参与[N].中国妇女报,2012-08-14.

²⁸⁴ 全国妇联妇女研究所编译.日本的女性和男性——男女共同参与统计[M].当代中国出版社,2007.

新中国成立后，传统的生育文化开始改变，在追求性别平等的背景下，生育保险制度成为改变妇女社会地位和保障妇女生育权利的基本制度。社会保险的根本目的是降低公民面临的社会风险并促进社会公平。生育存在的主要风险是劳动能力的暂时丧失，以及哺育后代而不得不暂时离开工作岗位，从而导致收入来源的暂时中断。从这点上讲，它与老年、生病和失业等面临的风险一样。但是，仔细思考就会发现生育风险与上述三种风险有着本质区别：首先生育风险可以预测，包括风险发生时间、解除时间、发生费用等，而生病、失业具有不可预测性；其次，生育风险具有暂时性特征，而且其风险小到完全可以由家庭内部解决，或者由政府作为一项福利支出得到解决，而老年面临的风险则是长期性的。综上所述，生育所面临的风险完全不必由单独建立一种保险制度而加以解决。

2. 并入医疗保险。医疗保险与生育保险合并带来的好处也是显而易见的，主要有以下四点：第一，医疗保险与生育保险合并以后，原承担两险管理经办的机构和人员可以相应精简，政府还可以避免两项保险在信息管理网络、服务场地投入等方面的重复建设投资，将可以大大降低社会保险行政管理和运行费用，也是对社会公共资源的有效利用。第二，两险合并后，将有效减轻企业的社会保险经办事务性负担。由于近年来国家大力实行“新医改”，对医疗保险无论从政策制度设计上还是医疗机构建设上投入巨大，两险整合以后，生育保险参保人将可以充分享受医保患者诸如刷卡实时结算，以及今后的异

地就医结算等服务便捷举措，参保人还可以充分利用社会保障卡实现实名就医等等，在降低了管理成本的同时，也简化了企业和育龄妇女的办事负担，提高了经办效率。第三，将有利于扩大生育保险的覆盖面。由于医疗保险在我国已经实现全覆盖，医疗保险的参保人群不仅涵盖了企业、机关、事业单位等各个用人单位，还包括城乡居民等未就业人群。两险合并后，将可以在短期内将生育保险的覆盖人员大幅度提升，使参保人员在参加医保的同时即可享受到生育保险待遇，可以基本杜绝选择性参保和部分人群无法享受的问题。第四，医疗保险和生育保险合并将开启社保制度改革的新思路。两险合并的象征意义同样不容小觑，它打破了多年以来社会保险制度改革在逐步完善、逐步发展进程中带来的碎片化现状，开创了一条险种少而精、少而强的社会保障制度改革新思路。应该说，医疗生育保险合并如能实现，其成功经验将具有很强的借鉴意义。

3. 逐步将生育保险变为生育福利。很明显,将生育视为一种福利而不是一种保险制度具有明显的优势:基于公民权身份而非经济基础的生育福利制度完全消除了现有的生育保险制度所带来的生育不平等现象,而且,它更有利于提高全民的基本素质。因此,建议将我国现有的生育保险制度转化为一种普惠的福利制度。将生育保险变成生育福利之后,政府是否可以承担此项重担?以2011年的数据说明之。2011年享受生育保险待遇的人数265万,基金支出139.2亿元,即人均基金支出5252元。2011年,全国出生人口1604万人。即使按生育保险的平均待遇计算,全国生育福利支出不超过842亿元,占当年财政支出的比例只有0.77%,所以将生育保险制度转化为生育福利制度完全可行。

不同国家生育保险的覆盖范围和待遇水平既与其基本国情和经济实力密切相关,也在很大程度上取决于社会制度和生育保险制度的构建理念。综合各国生育保险的类型主要为三种:一是社会保险或职业保障型。主要做法是通过立法规定个人、雇主、政府对疾病、生育保险基金的筹资比例(不一定是三方负担),建立统一的基金,由基金支付覆盖群体的生育或医疗费用。实行社会保险制度的国家很普遍,包括美国、德国等90多个国家。二是社会福利或公民权利型。主要特征是不以是否参保作为享受生育保险待遇的前提。本国所有雇员均可以享受疾病或生育津贴,所有常住居民都可以免费或负担很少的费用享受医疗保健和子女补贴。一些国家从促进妇女就业的角度规定,享受生育津贴的人员,必须在生育前有一定时间的参保或就业记录。这种制度一般在性别平等理念较强、经济条件比较好的国家采用,主要有加拿大、瑞士、丹麦、澳大利亚、新西兰等20多个国家。三是雇主责任或企业福利型。主要做法是生育费用由企业雇主或职工所在单位负担,不要求有缴费记录。这种制度一般在经济尚不发达或低市场化的国家中采用,如前苏联、市场改革前的中国、利比亚、马尔他、布隆迪等。²⁸⁵

三、生育保险制度设计的新方案

(一) 生育保险制度设计的公平理念

我国生育保险制度显现出来的诸多问题,主要原因在于对制度牵扯的利益各方之公平性考量不足,以及对负担公平的认识不充分所致。依笔者的理解,对生育保险制度公平性之认知,应体现如下几个方面:(1)需要在企业、家庭和政府

²⁸⁵ 蒋永萍:《社会性别视角下的生育保险制度改革与完善——从〈生育保险办法(征求意见稿)〉谈起》,《妇女研究论丛》2013年第1期。

间建立一定的负担公平。生儿育女固然是家庭和夫妻的选择，但也是国家和社会所必须。应该说，生育行为具有强烈的社会特征和明显的外部性。企业为什么要负担？是其社会责任负担的一个部分和一种方式。家庭的负担，则因为生育是家庭的选择，政府的负担体现了生育行为的外部性和生育保险的福利性特征。(2) 需要充分考虑不同类型企业，主要是男性和女性雇员之数量不同企业间的公平性问题。典型化而言，就是要在女性雇员居多和男性雇员居多的不同企业间寻找一定的制度公平。只有在不同企业间建立起相对的负担公平，才能内在促进企业不对员工的性别进行可以选择。(3) 权利与义务的公平。作为具有福利性质的一种制度设计，既要照顾到不同待遇劳动者之间的权利义务的公平问题，整体上看，既有一定的底线保护公平，也体现多付出者多得到的权利义务一致性的公平。

(二) 居于公平理念的生育保险制度设计

1. 政府、企业和家庭共同负担生育保险费的制度设计。前已述及，生育既是家庭和夫妻的事情，也是社会的事情，政府有责任对家庭之生育、抚养行为给予一定的物质帮助，体现在生育保险制度中就是政府要承担一定的经济责任。当然，政府、企业和家庭具体按照什么比例来负担生育保险费，则需要更为精确的计算才能实现。政府还有责任保障生育保险制度的广泛覆盖和有效执行，把生育保险和基本医疗保险捆绑缴交就是一个有效的措施，这主要是解决缴交上的执行瓶颈问题，即有的人因为未婚或者不想生育或者已经享受生育保险待遇而不缴交生育保险费的问题，避免缴交执行上的困难。生育医护费用还存在过度使用的问题，社会保险经办机构没有对不规范收费的控制和监督检查手段，也没有生育医疗服务范围目录或细则，导致个别医院扩大收费范围，也导致生育保险医疗费用快速上升。²⁸⁶将生育保险和医疗保险二者合并管理，可以有效地抑制生育医疗费用的膨胀。

2. 男性劳动者缴交生育保险，而女性劳动者不缴交生育保险的制度设计。从企业运行的实际情况看，选择招聘男女职工，企业产生的经济负担差别很大，实际强化了雇佣上性别歧视。福州基本医疗保险和生育保险缴费基数标准调整，从2016年7月1日至2017年6月30日，我市将对全市职工基本医疗、生育保险缴费基数标准进行调整，其中生育保险月缴费基数最低不得低于3123.90元，最

²⁸⁶ 汪泓,吴忠,史健勇,等. 医疗与生育保险: 政策与实务 [M].北京: 北京大学出版社, 2008.182-183.

高不超过 15619.50 元。该制度设计的核心就是以家庭作为生育保险缴交的主体，夫妻双方中只要男性缴交生育保险，而女性劳动者不交缴生育保险待遇，但依据丈夫的缴交情况享受生育保险待遇。对于雇佣男性劳动者较多的企业，企业就多负担生育保险费；对雇佣女性劳动者较多的企业，则体现在给予女性劳动者较充分的产假保障，并承担由此产生的企业成本。体现男女劳动者在生育保险中的公平性问题。

当然，还可以利用生育保险负担税收调节方案降低企业雇佣女性的成本。对于一些女职工较多的企业，可以利用税收调节政策来约束其行为。根据男女职工的比例和生育补偿费用数额等因素，确定减税和附加税标准：对女职工超过一定比例的企业减税，对女职工低于一定比例的企业征收附加税等。给予因雇佣女性而遭受“性别亏损”的企业合理的补偿，抵消这些企业因雇佣女性而增加的雇佣成本。对在雇佣中歧视女性的企业应加大惩罚力度，增加他们的歧视成本。²⁸⁷

3. 提高政府负担比例的制度设计。加大政府的财政投入，切实减轻用人单位负担。生育保险属于社会保障范围，政府是社会保障的责任主体，需要政府对生育保险进行财政投入。根据财权与事权相统一和与债务产生原因相对应的原则，确定中央政府和地方政府在生育保险中的财政责任。扩大生育保险覆盖面，提高生育保险的社会统筹层次，有效消化基金缺口。²⁸⁸加大政府的实施力度，保障生育保险政策的执行。加快各地区的生育保险扩面工作，拓宽生育保险的覆盖对象，把机关、事业单位、社会团体、民办非企业和个体工商户等用人单位都囊括进来。进行生育保险制度的创新，拓展生育保险的待遇范围，和保障项目，切实保障参保对象的权益。加强司法机关的作用，减轻政府的监管责任，对生育保险政策执行中的违规现象交由司法机关处理，同时也能监督政府承担自己应当承担的责任。²⁸⁹

4. 生育保险待遇上差别化享受制度。生育保险待遇除了产假、生育医疗费补助、生育保险补助、男性护理假等内容外，还可以根据社会需求不断扩大和优化生育保险待遇，当然，这需要考虑生育保险基金能否负担以及社会可否接受等因素。由于生育保险费缴交存在许多不同情况，就需要设计出差别化的生育保险

²⁸⁷ 李鑫：《我国生育保险制度与妇女就业问题的思辨》，《改革与战略》2011年第3期。

²⁸⁸ 覃成菊，张一名：《我国生育保险制度的演变与政府责任》，中国软科学 2011年第8期。

²⁸⁹ 覃成菊，张一名：《我国生育保险制度的演变与政府责任》，中国软科学 2011年第8期。

待遇享受制度。比如，丈夫不上班的妻子生育后，其生育保险待遇的享受问题；农村女性生育保险待遇标准问题；全职太太生育后的生育保险待遇问题……需要充分考虑不同情况来设计差别化的生育保险待遇享受制度，体现权利与义务的一致性和公平性问题。有人提出，丈夫参加了生育保险的，无论女性自身是否在职，都可以领取生育津贴，领取生育津贴的计算标准以丈夫的工资标准为计算标准。如果该女性自身在职，而丈夫不在职而没有缴交生育保险的，以该公司的平均工资领取生育津贴。如果双方都在职的，以工资高的一方作为领取生育津贴的计算标准。这些都是体现公平性的考虑，值得参考。

（三）新的生育保险制度设计方案的正效应

公平视角的生育保险制度设计，首先考虑要均衡企业负担，尤其是均衡女性员工比较的企业之于生育的负担问题。要让女性员工比较多的企业减少一定的负担，从而为企业招收女工提供一定的激励。

从目前的情况看，虽然二孩政策已经落地，但愿意生育二孩的意愿并不如此前想象得那样火热，反映了当前育龄夫妇的生育意愿并不太高。作为面临急速老龄化的国家，政府应该适度鼓励女性生养小孩，而且愿意休够产假。

对丈夫在职而作为专职太太的女性，在女性生育孩子之后，也要在物质上提供一定的补助，比如报销生育住院和手术的费用，给予等同于在职女性生育补贴，从而在客观上承认女性在家抚养小孩等家务活动的职业属性，这也是符合社会保障法作为社会法的属性和本质要求。

四、结语

我国全面放开二孩的人口政策落地的现实环境下，生育保险制度设计面临很多挑战。当前，要正视生育保险制度运行中已经产生的具体问题，也要充分考虑生育保险制度乃至整个社会保险制度的整体思路和框架，从而为具体制度设计提供蓝图。在生育保险制度设计中，要充分考虑制度的公平性问题，这既与生育保险作为社会保障制度属性有关，也和制度运行的效率有关。兼顾家庭、企业和政府间的不同责任和负担比例，设计出切实可行的缴交方式和执行方式，以及均衡不同主体间的生育保险待遇，是制度公平和制度设计的核心环节。

刍议涉及多家用人单位的职业病赔偿问题

叶明欣²⁹⁰

【摘要】我国的职业病高危行业（如矿业开采等）雇佣大量农民工进行生产操作，而后者往往流动于多家用人单位，在确诊职业病后面临着求偿的困境。2001年我国出台《职业病防治法》，其中规定由最后一家用人单位承担赔偿责任。但2011年《职业病防治法》修订后，这一规定被删去，转而模糊地表述由“用人单位”承担。由于这一变化，司法裁判机关对这类案件出现了迥然不同的解读和判决，不利于工人和用人单位明确各自的权利和义务，不利于职业病工人获得快捷及时的赔偿。笔者分析我国侵权法解决此问题之不足，借鉴美国的“最后危害接触规则”，呼吁立法机关对此引起重视，重新明确这一赔偿规则。

一、问题的提出

流动性大，是我国农民工群体、包括接触职业病危害的农民工的一个重要特点。他们往往在多家有相同职业危害因素的用人单位工作，经过多年累积发生职业病。最典型的例子为矿业开采下的尘肺病。这让职业病工人在病情逐步明确、求偿问题出现后，有可能要诉求于多家用人单位。为应对这方面问题，我国2002年5月1日生效的《职业病防治法》第53条作出了规定：

“劳动者被诊断患有职业病，但用人单位没有依法参加工伤保险的，其医疗和生活保障由最后的用人单位承担；最后的用人单位有证据证明该职业病是先前用人单位的职业病危害造成的，由先前的用人单位承担。”

这一规定的立法原意是：“劳动者更换了单位，患有职业病后，用人单位之间更是互相推卸责任，使本来就遭受职业病折磨的劳动者更是雪上加霜，苦不堪言。为了保护患有职业病病人的合法权益，本条确立了这样的原则……”²⁹¹。通过这一规定，立法者推定最后用人单位的工作与职业病之间的唯一因果关系的成立；除非最后用人单位能证明职业病是由先前单位造成的。事实上，最后用人单位往往难以举证。虽然有的用人单位提出多种抗辩理由，例如职业病工人在本

²⁹⁰ 作者系北京义联劳动法援助与研究中心研究员，联系方式：yilianymx@163.com。

²⁹¹ “职业病防治法释义”，载全国人民代表大会网站，http://www.npc.gov.cn/npc/flsyywd/shehui/2003-09/16/content_321272.htm。

单位工作时间过短，在医学上不可能患上需要长期积累的尘肺病等²⁹²，一般也无法获得法院的支持。只有极少数的最后用人单位事后获取了职业病工人在入职之前的详细病情资料，得以通过司法鉴定免于承担部分赔偿责任。²⁹³ 因此从整体上来看，这一规则保障了职业病工人可以只向最后一家用人单位求偿，避免要和多家用人单位确认劳动关系、认定工伤、对多家单位提起工伤赔偿诉讼和申请强制执行。虽然这一规则对最后一家用人单位并不完全公平，因为他们承担了之前用人单位导致的部分疾病后果，但是对两方利益损益进行比较，立法者最终倾斜于劳动者，提供了特殊的保护。从另一个角度来看，这一规则有利于促进用人单位履行危害岗位上岗前体检的法定义务，避免职业病工人或者已经出现禁忌症状的工人继续从事这一工种导致健康恶化，也使得劳动者及时发现职业病进而对之前的用人单位及时求偿。用人单位完全可以通过采取合法措施，在最大程度上避免为其他单位承担责任。

2011年12月31日我国通过了《职业病防治法（修正案）》。第53条在中被改为第60条，同时内容发生了巨大的变化：

“劳动者被诊断患有职业病，但用人单位没有依法参加工伤保险的，其医疗和生活保障由该用人单位承担。”

这一条删除了最后用人单位的特别规定，采用了模糊的“用人单位”这一表述。在三次审议的修法过程中，这一变动没有得到突出，也未得到解释和说明，仅是含糊地被归到“其他文字修改”的范畴中。全国人大常委会法制工作委员会编写的《职业病防治法释义》也未对这一变化作出进一步说明。所以笔者无法推测这背后的立法目的。事实上，越来越多的用人单位将这一变化解释为对最后用人单位规则的否定，应该由多家用人单位共同承担责任。这一说法如果成立，多用人单位的职业病工人的求偿几乎将走入绝境。

笔者检索了中国裁判文书网自2014年至今的涉及多家用人单位职业病争议（工伤认定争议或赔偿争议）的145个判决，发现在新法下，司法机关主要有如下几种审判思路：

一、仍沿袭旧法的思路，即将新法下的“用人单位”直接解读为“最后的用

²⁹² 重庆市永川区金藏寺煤矿诉重庆市永川区人力资源和社会保障局工伤认定案，（2010）渝五中法行终字第238号，北大法宝引证码CLI.C.311323。

²⁹³ 涟源市古塘乡塘边煤矿诉吴某等工伤保险待遇纠纷案，（2010）涟民三初字第140号，北大法宝引证码CLI.C.419924。

人单位”。这是多数判例呈现的思路。

二、各用人单位均应担责。例如有法院认为，只认定最后用人单位为责任主体的人社局遗漏了之前的用工主体，因为劳动者有两个以上用人单位，而且新的职业病防治法并没有规定由最后存在劳动关系的用人单位承担责任。²⁹⁴ 还有法院认为人社局应该查明多家用人单位之间的责任分配问题。

295

三、主要仍采用最后用人单位规则，但不直接推定最后用人单位和职业病的因果关系，对于工作时间较短的最后用人单位不予追责。²⁹⁶

这些司法上的分歧亟待得到解决。

二、解决问题的尝试：侵权法路径的不足

由于社会法或劳动法中没有明确的规则来解释目前《职业病防治法》第60条中“用人单位”的含义，未能解决多家用人单位的赔偿主体问题和单位之间的责任分配方式，侵权法成为了潜在的分析方法。虽然我国的工伤赔偿体系的无过错体系和侵权法体系并不一致，但工伤审判实务中类推适用民法规则并不少见²⁹⁷，我们可以试分析司法机构如果采用侵权法的分析思路来解释第60条会有何种效果。

侵权法中关于数人侵权的责任规则，与多用人单位造成职业病最可能产生关联的，有如下两个条款：

一是《人身损害赔偿司法解释》第三条规定的二人以上没有共同故意或者共同过失，但其分别实施的数个行为间接结合发生同一损害后果的，应当根据过失大小或者原因力比例各自承担相应的赔偿责任。

二是该条内规定的二人以上无共同故意或共同过失，但其侵害行为直接结合发生同一损害后果的，构成共同侵权，承担连带责任。但《侵权责任法》对这种无意思联络的共同侵权的责任承担方式进行了限制，修改为“第十二条 二人以

²⁹⁴ 田孟金因徽县强盛公司诉人社局社会保障行政确认上诉案二审行政判决书，（2014）甘行终字第53号。

²⁹⁵ 杨永录诉陕西西安建设集团有限公司原审被告鄂尔多斯市人力资源和社会保障局、原审第三人陕西神东天隆矿建工程有限责任公司、原审第三人严肃勇工伤认定纠纷一案二审判决书，（2015）鄂行终字第15号。

²⁹⁶ 浙江中矿建设集团有限公司与罗尚高工伤认定一案二审行政判决书，（2013）河市行终字第82号；艾兆德与远安县阳坡煤炭有限责任公司阳坡煤矿、远安县张家滩煤炭有限公司白岩尖煤矿劳动争议二审民事判决书，（2015）鄂宜昌中民三终字第00005号。

²⁹⁷ 例如，《最高人民法院公报》2008年第1期刊载的“杨庆峰诉无锡市劳动和社会保障局工伤认定行政纠纷案”即以民事诉讼时效规定类推适用工伤申请时效问题。

上分别实施侵权行为造成同一损害,能够确定责任大小的,各自承担相应的责任;难以确定责任大小的,平均承担赔偿责任”。²⁹⁸

也就是说,对于无意思联络的累积因果关系类型,不适用连带责任,而是分担责任或者平均分担责任。

类推至多用人单位的职业病赔偿案例,由于每个用人单位的责任无法确定(即使工作时间能够确定,工作环境的恶劣程度无法确定,也就无法确定对最终疾病的影响比例多大),多用人单位往往是平均承担赔偿责任。即使如此,职业病工人的诉累也极大。以义联提供法律援助的山西朔州尘肺病工人杨某的工作经历为例:1994年10月-1999年1月,湖北荆门煤矿翻煤;1999年3月-2001年1月,大同市马脊梁知青矿井下装煤;2001年2月-2004年5月,大同市黄土坡煤矿井下拉煤;2004年6月-2005年3月,左云县店湾镇东周窑煤矿井下拉煤;2005年4月-2007年3月,朔州市平鲁区井坪镇树林井煤矿炮工;2007年4月-2009年2月,大同地矿局安盛欣煤矿炮工;2009年9月-2011年4月,大同市矿山建设工程总公司驻大同煤矿集团同生峪沟煤业有限公司项目部炮工;2011年5月后:河南煤炭建设集团有限公司承包的同生峪沟煤业有限公司项目部炮工。如果这些企业均要成为责任主体,或者人社局有义务对所有涉及赔偿责任的用人单位均加以调查,则职业病赔偿和救治的目的基本无法实现。

三、美国的“最后危害接触规则”

(last injurious exposure rule)

原《职业病防治法》第53条的最后用人单位规则,和美国的“最后危害性接触规则”(last injurious exposure rule)具有一致性,即以工人最后接触有害物质或因素的用人单位为责任的100%承担者。这一原则在美国许多州法院的判例中多有体现,并多有被州的工伤赔偿法案以成文法形式吸纳。

(一) 背景:责任分配规则及其缺陷

在“最后危险接触规则”被广泛采纳前,美国法院对于职业病的用人单位责任分配主要有三种主流的方式。第一种方式是加利福尼亚州法院所采用的方式。加利福尼亚州法院认为此类型的职业病是一个持续进行的伤害。所以第一个令工人接触到有害物质的用人单位需要为此负责,即使在当时工人可能没有表现出任

²⁹⁸ 奚晓明主编:《中华人民共和国侵权责任法条文理解与适用》,人民法院出版社2010年,第97-98页。

何患病症状而且在之后的雇佣中也有接触有害物质。但是这种方式会造成用人单位为了避免成为第一任用人单位而倾向于去不雇佣没有经验的工人的情况。²⁹⁹ 第二种解决责任分配问题的方法是被新泽西州的法院所采用的。新泽西州法院认为在工人出现职业病症状时的用人单位应该承担全部责任,即使职业病在当时并没有完全造成工人不能劳动(Disability to Work),并且可能在工人之后的其他工作中加重。³⁰⁰ 而更多的州(例如密歇根州,纽约州,宾夕法尼亚州、密苏里州等)则是将职业病的责任在多个用人单位之间进行分配。这个规则被称为“责任分配规则”(Apportionment Rule)。“责任分配规则”下,法院在裁判时将对工人职业病的赔偿责任在工人曾经工作过的、并且使得工人在工作期间曾经接触可能造成职业病的危险的用人单位之间进行分配。决定责任分配比例的依据每个州的各有不同。大多数州采用的方式是,严格的按照每段雇佣时间的长度来分配用人单位的责任。

虽然“责任分配规则”表面上看起来是一个符合公平公正原则的解决进行性职业病赔偿责任在多个雇主之间分配的方法,但是“责任分配规则”在实际应用时却遭遇了很多困难。

首先的一个困难是法院在应用该规则时须依赖证据判断每一段雇佣是否对职业病造成了影响。然而,关于怎样的证据才足以证明每一段雇佣和职业病之间的联系,各州则莫衷一是。这就导致了在证据缺乏的情况下,一些用人单位会免于对职业病承担责任。例如在密歇根州法院判决的 *Lombard v. Saga Food Service Inc.* 案中,一名工人由于心脏病去世。法院认定他之前曾作为厨师工作过的两家用用人单位不需要对他的死亡承担责任。因为缺乏证据证明这两份厨师的工作导致或者部分导致了最后令他死亡的心脏病。³⁰¹

另一个困难则是各州对于适用“责任分配规则”的情形并无统一的规定。这就可能导致司法判决不一致和司法管辖区选择(Forum Shopping)的出现。密歇根州法院在 *Hudson v. Jackson Plating Co.* 的案件中确立雇佣与职业病的联系并不需要证明之前存在的疾病在雇佣期间加重,只需要证明此段雇佣与引起职

²⁹⁹ Mark Dean Johnson, *Gales v. Gold Bond Building Products: Occupationally diseased employees may “pick a previous employer, any previous employer”*, 61 Tul. L. Rev. 1241.

³⁰⁰ Edward Vokoun, *Using the Last Exposure Rule in the Determination of Liability of Employers and Insurers for Occupational Diseases*, 20 FORUM (1984), at 103.

³⁰¹ *Lombard v. Saga Food Service Inc.* 338 N.W.2d 207 (Mich. App. 1982).

业病的第一段雇佣属于同一类型的工作。³⁰²在内布拉斯加州，法院只有在前一段雇佣中已经出现了职业病症状，并且职业病在之后的雇佣中被加重的情形下，才会适用“责任分配规则”。而在明尼苏达州，法院仅会在医疗证据足以精确证明责任分配的情形下才适用“责任分配规则”。比如在 *Busse v. Quality Insulation Co.* 案中，一名工人由于石棉所致的肺部癌症去世。在对于他的遗孀补偿的案件中，法院判决该名工人的最后一任雇主不承担赔偿责任。虽然该工人在此段雇佣期间病发并丧失劳动能力，但是他的最后一段雇佣仅仅只有2个月，并且其中接触到石棉的时间只有25小时。³⁰³ 法院认为没有医疗证据能够证明最后一段雇佣期间的短期少量的石棉接触足以令最后一任雇主对其癌症承担任何责任。³⁰⁴

除了上述发生于规则应用中的困难之外，致使美国各州法院放弃使用“责任分配规则”的一个最重要原因是，不论是按比例将工人最终不能劳动的责任在用人单位间分配，还是通过医疗证据证明职业病症状的出现时间以及判断病因都是非常复杂、花费巨大且极其耗时的过程。这与工伤赔偿法的立法理念和目的是不相符的。

“责任分配规则”所带来的问题的复杂度远远超过了其所能解决的问题。尤其是在工人因职业病死亡的情形下，职业病的发展进程很难在事后确定。³⁰⁵ 例如在美国联邦第九巡回法院所审理的 *Gen. Ship Serv. v. Dir., OWCP*³⁰⁶ 案件中，工人因为石棉的接触所导致的肺癌于1991年去世。如果要应用“责任分配规则”，法院则需要对该工人1944年在两家人单位工作期间是否接触过石棉进行确认。而这两家人单位都没有任何书面证据证明当时的工作环境和开始时间。

在 *Bond v. Rose Ribbon and Carbon Mfg. Co.* 一案中，新泽西州最高法院的法官在其判决书中详细分析了“责任分配规则”的缺陷：

“如果工人处于一个可能导致进行性的职业病的工作环境，但职业病在该段工作期间内并没有被发现，那么我们就很难在最终诊断出职业病时回溯性的确定

³⁰² *Hudson v. Jackson Platting Co.* 307 N.W.2d 96 (Mich. App. 1981).

³⁰³ *Busse v. Quality Insulation Co.* 322 N.W.2d 206 (Minn. 1982).

³⁰⁴ *Id.*

³⁰⁵ Edwin B. Barnes, Esq., *Disputes with Last Responsible Employer and Last Responsible Carrier: standards applied across the circuits traumatic injuries versus occupation illnesses*, 14 Loy. Mar. L.J. 1 (2014).

³⁰⁶ *Gen. Ship Serv. v. Dir., OWCP*, 938 F.2d 960, 961 (9th Cir. 1991).

最初引发职业病的日期。同时，我们也不可能重构职业病从被引发到被诊断的这段时间内每一天的发展进程。因为工人一直处于可能加重其职业病的工作环境，我们无法量化工作环境造成的工人职业病的加重幅度。同理，如果工人在职业病被引发后，相继在多个类似工作环境的用人单位工作，那么我们也同样无法量化在每段用人单位的雇佣期间职业病的加重幅度。所以任何试图在多个用人单位之间分配补偿责任的做法都是主观臆断和武断的。为了避免这种困境，也为了消除这种主观臆断所造成的不公正，我们能够采用的最可行的也是最符合工伤赔偿法的立法精神和逻辑的做法是：在工人丧失劳动能力或者表现出生理不适而导致职业病被诊断出时，工人的现任用人单位承担对于工人职业病的全部赔偿责任。”

307

所以对于职业病的赔偿责任分配问题，“责任分配规则”没有办法提供类司法的行政和法院寻求的简便、易操作并且快速的处理方法。美国的法院开始越来越多的反思并停止使用“责任分配规则”。“责任分配规则”逐渐的被“最后危险接触规则”所取代。

（二）“最后危害接触规则”的原理

有关“最后危险接触规则”，新泽西法院在该规则的典型案例 *Textileather Corp. v. Great American Indemnity Co.* 中，对其作出如下解释：

“众所周知，职业病是一个进行性的疾病。职业病在其最初阶段是不易察觉的。不同的职业病的发展速度也是不尽相同的。有些时候职业病病人能够完全康复；一些时候职业病的发展是缓慢的、长期的；而另一些情形下，职业病病人会在病发后很快死亡。医疗科学并不能检测和描述职业病的发展过程。而一般情况下，患职业病的工人都曾为多个雇主工作过。我们应该保证罹患职业病的工人在该种情况下获得合理赔偿的权利。工人由于职业病所导致的不能劳动的情形是否发生于存在危害性的接触的雇佣期间是判断用人单位是否对工人的职业病进行赔偿的必要条件，并且也应该是唯一的判断条件。所以我们完全不需要去寻找工人第一次接触到有害物质的时间，更不用去寻找第二次、第三次的危害性接触。因为只要工人在用人单位的雇佣期间由于危害性接触造成了工人无法劳动，用人单位就应该为工人的职业病承担赔偿责任。”³⁰⁸

³⁰⁷ Bond v. Rose Ribbon and Carbon Mfg. Co. 200 A.2d 323-324 (N.J. 1963).

³⁰⁸ Textileather Corp. v. Great American Indemnity Co. 156 A. 841-842 (N.J. 1931).

在此案件之后，“最后危险接触规则”被广泛地采纳。³⁰⁹ 密苏里州法院在 *White v. Scullin Steel Company* 一案中对最后用人单位规则的适用又做出了更详细的解释。法院认为“最后危险接触规则”是一个典型的法院所采纳的“便利性规则”（Rule of Convenience）。³¹⁰ 因为医疗科学的不精确性，我们不可能确定职业病发生的时间和它的发展进程。所以考虑到便利性的需要，我们只要证明了在工人在被用人单位雇佣期间发生了由职业病导致的不能劳动并且雇佣中有过接触可能致病的危险，就可以判定该用人单位需要为职业病承担赔偿责任，而不需要额外证明该危险与职业病形成及恶化之间的关系。³¹¹ 美国北卡罗莱州最高法院在案件的判决中指出，这个原则避免了在多个雇主的责任分配这个问题上浪费复杂而昂贵的诉讼成本。³¹²

“最后危险接触规则”对最后用人单位在一定程度上的不公平性也受到了承认。美国俄亥俄州最高法院的大法官 Paul E. Pfeifer 指出，这个规则并不是个最优的解决方案。然而，由于无法在操作上获得科学的精确性，我们选择了次优，即一致性。³¹³ 但是，根据平均法则，由于任何一个用人单位成为最后用人单位的概率是大致相同的。³¹⁴ 所以该规则并没有在用人单位之间造成严重不公平的情形。并且，该规则大大提高了司法效率、降低了司法成本并且缩短了工人获得赔偿所需的时间，从整体来看完全符合工伤赔偿法的立法精神与实践需要。所以“最后危险接触规则”成为了美国各州法院在处理职业病赔偿责任在多个用人单位之间分配的首选规则。

（三）“最后危害接触规则”的限制

在总体原则下，各州也发展出了对这一规则的限定和例外。在司法实践中，许多法院开始倾向于合理收紧“最后危害接触”的判断标准。有害物质的接触与职业病之间不能仅存在极弱的因果关系。也就是说，如果对于有害物质的接触只能带来职业病发生的潜在风险，则该接触不能被认为是“最后危害接触”。³¹⁵ 在

³⁰⁹ Vokoun, *supra* note 2, at 108.

³¹⁰ *White v. Scullin Steel Company* 435 S.W.2d 711 (Mo. App. 1968).

³¹¹ *Id.*

³¹² *Frady v. Groves Thread*, 56 N.C. App. 61, 64, 286 S.E.2d 844, 846 (Court of Appeals of North Carolina, 1982) *aff'd sub nom. Frady v. Groves Thread/Gen. Acc. Ins. Co.*, 312 N.C. 316, 321 S.E.2d 835 (Supreme Court of North Carolina, 1984).

³¹³ Paul E. Pfeifer, “Long-Latency Industrial Diseases”.available at <http://www.supremecourt.ohio.gov/SCO/justices/pfeifer/column/2008/jp082708.asp>.

³¹⁴ See *Abram v. Art Gobel Ford* 327 N.W.2d 257 (Minn. 1982).

³¹⁵ Vokoun, *supra* note 2, at 112.

田纳西州最高法院对于 *Morrell v. ASARCO* 一案的处理中，考虑到在工人在最后用人单位处所从事的工作并没有促成工人的尘肺病，法院判决工人的最后用人单位不应对工人的职业病承担任何赔偿责任。在该案件中，一名曾经在锌矿进行井下挖掘工作 29 年的工人离开了前任用人单位，并在现任用人单位的一家矿石工厂中从事在地表的矿石粉碎工作。法院认为由于缺少证明工人在工厂的工作造成了促成工人矽肺病的“最后危险接触”，特别是考虑到医疗证据可以证明工人的矽肺病完全是由于工人前 29 年的井下矿石挖掘工作所造成。³¹⁶ 如在北卡罗莱州主张最后用人单位石棉肺赔偿责任的，劳动者要在最后一个单位接触石棉的时间必须达到 30 个工作日（这 30 个工作日的分布不能超过 7 个连续自然月）³¹⁷。

在“最后危险接触规则”被采纳的初期，法院在应用该规则时所关注的最重要的时间点是“工人不能劳动日期”。因为在当时医疗科学还比较落后，例如石棉肺病、尘肺病等常见职业病没有办法在早期诊断出来，甚至经常直到疾病发展到晚期甚至工人死亡时才被发现。在工人不能劳动日期之前，将工人置于可能致病的危险下的最后一任用人单位需要为工人的职业病承担全部的赔偿责任。

“工人不能劳动日期”被认为是工人和用人单位都应该知道有职业病的事实的日期。它不仅是确定职业病赔偿责任的时点，也是诉讼时效开始计算的时点。³¹⁸ 而随着医疗技术的发展，许多职业病已经能够在出现工人不能劳动情形之前被诊断。1995 年 密苏里州的 *Johnson v. Denton Construction Co.* 案件中，工人在上一任用人单位雇佣期间已经被确诊了患有职业病，但是并没有在当时向用人单位进行索赔，而是转到了拥有类似工作环境的现任用人单位处继续工作。³¹⁹ 在现任用人单位工作期间，工人由于职业病出现了不能劳动的情形进而向法院提出要向两任用人单位索赔。该案的法院认为在此案中，尽管前任用人单位不是最后用人单位，它仍应该为工人的职业病承担赔偿责任。因为在职业病已经被诊断出来，特别是前任用人单位对此知情的情况下，前任用人单位的赔偿责任就已经产生了。而且，如果判定前任用人单位不承担责任，那么必然发生用人单位为了避免责任，在得知工人被确诊职业病时立即解雇工人，或者甚至在工人刚刚出现疑似职业病症状时就解雇工人，迫使工人寻找下一任用人单位等情况。这是与工伤

³¹⁶ *Morrell v. ASARCO* 611 S.W.2d 830 (Tenn. 1983).

³¹⁷ *Vaughn v. Insulating Servs.*, 598 S.E.2d 629, 631 (Court of Appeals of North Carolina, 2004).

³¹⁸ *Vokoun*, *supra* note 2, at 110.

³¹⁹ See *Johnson v. Denton Constr. Co.*, No. WD 49703, 1995 WL 116995 (Mo. Ct. App. Mar. 21, 1995).

赔偿法的目的和价值导向相违背的。³²⁰

在俄勒冈州，立法和司法形成了多个例外的免责原则，如“最后的雇主如能证明自己不可能造成该职业病，或者之前的雇主才是造成疾病的唯一原因的，可免责”；“如果两个雇主的工作对伤病的影响比例是如此明确可分割的，则责任也可在雇主间分配”。俄勒冈州上诉法院的法官认为，“最后危害性接触”规则的例外，和该规则的双重目标是吻合的，即同时实现了行政管理的效率性和责任分配的精确性。³²¹

四、对我国完善多家用人单位的职业病赔偿规则的建议

目前我国的《职业病防治法（修正案）》没有对最后用人单位规则进行特别表述，将会大幅提高职业病工人的维权难度。首先，在职业病诊断阶段缺失了最后用人单位规则，则诊断机构很可能需要厘清工人经历过的所有有害岗位，因为用人单位会在诊断、鉴定、甚至再鉴定过程中，要求追加之前的用人单位来共同追责；在工伤认定阶段缺失了最后用人单位规则，人社部门在面对列出多个用人单位的职业病诊断/鉴定书时，需要判断两者的工伤责任分摊比例，难度十分大且更容易引起旷日持久的行政争议；同样这个难题会再一次抛到审理工伤赔偿待遇的仲裁和法院机构。而即便工人胜诉后也需要向多家用人单位执行赔偿，获得救治和赔偿的希望更加渺茫。

我国2002年《职业病防治法》第53条的最后用人单位赔偿规则，在一定程度上效仿了美国的“最后危害解除规则”，既推定了最后用人单位的完全责任，又规定了例外条款，予以弹性，较好地应对了实务中发生的争议。当然，53条仍有不足之处，例外条款过于模糊，证明由先前的用人单位造成，是指由先前的用人单位造成100%还是证明部分责任即可？是证明由先前的一家用人单位造成还是先前的所有用人单位造成？证明自己不可能造成该种程度的职业病，是否即等同于职业病由先前用人单位造成？但总体而言，相对于当前新规则引发了诸多巨大分歧，建议立法部门能够恢复并完善原有条款。

³²⁰ Debbie Frey, *What is the law in Missouri after Johnson v. Denton Construction Co.*, 64 UMKC L. Rev. 813 (1996).

³²¹ *Runft v. SAIF*, 303 Or 493, 502, 739 P2d 12 (1987).

社会保障、国家责任与经济法： 用人单位违反公法性强制义务的工伤赔偿责任

张琴^{3 2 2}

【摘要】若用人单位在职前、离职后怠于履行对其职工进行职业健康检查并建立职业健康监护档案的义务，则往往使得劳动者何时患有职业病之事实难以确定。此时，就需要构建起证明妨碍理论，通过推定工伤成立、举证责任倒置、降低证明标准等法律效果保证劳动者的合法权益。且由于在工伤赔偿中证明妨碍行为的实施者与最终工伤赔偿义务的履行者存在着相分离的可能性，即出现用人单位行为违法却由工伤保险基金买单之不合理现象。若不科以用人单位最终意义上的赔偿责任，则无法遏制用人单位逃避对职员进行定期体检、建立职工健康监护档案之义务的违法行为，也不能促使用人单位积极主动的创建一个良好的工作环境。故基于促使证明妨碍者积极主动地改变其妨碍行为，自觉履行法定之义务，避免出现违法者仅需承担名义上的败诉后果而实际上无需负担赔偿义务的现象，最终为预防与治疗职业病提供较为扎实的制度环境，就必须对传统证明妨碍责任进行嬗变式的回应，即科以用人单位最终承担工伤赔偿的责任。

【关键词】证明妨碍理论；工伤；职业病；举证责任倒置；证明责任转换；

在司法过程中，若某当事人所主张的案件事实乃基于他方当事人对证据材料施加了不当的影响而处于真伪不明之状态，此时无法借助诉讼程序向法院呈现对某一事实之证明的不利后果自不能仍完全由该主张者承担，而须在事实之主张者与妨害证据材料利用的他方当事人之间进行适当的调整，借以谋求当事人对诉讼资料的平等利用。此即，法院运用证明妨碍理论之手段来评价有所争执的案件事实，并藉此作出司法审查意义上的判断。

然而，尽管举证不能与证明妨碍并非仅存在于某一个诉讼过程之中，而是属于各个诉讼制度所具备的“通病”，但是有关证明妨碍理论之构建却往往仅受民

^{3 2 2}张琴，女，1981年生，西南政法大学法律硕士，重庆市大渡口区人民法院研究室副主任。联系电话023-68901826，13983693799，邮箱371451275@qq.com，通讯地址重庆市大渡口区钢花路29号大渡口区人民法院研究室。曾获工商总局“商事登记制度”征文三等奖、行政审判理论研究会2014年年会优秀奖。

事诉讼制度之重视。但纵观整个行政诉讼理论讨论之整体状况,几乎难觅证明妨碍理论得以适用之痕迹,或言仅有极个别学者在其行政法作品中用寥寥数笔勾勒了证明妨碍理论的轮廓,却亦无充分材料填充轮廓之内在骨骼与血肉。如黄学贤与陈仪合著的《行政诉讼若干问题研究》用专章的形式讨论了证明妨碍理论,但通篇几乎为民事证明妨碍理论之描述,甚少关注行政法中特殊问题之解决。虽然,《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》(以下简称《证据规定》)第六十九条直接科以了行政机关之证明妨碍责任;而《证据规定》第四条也间接的表达了此理论,即怠于构建完备的登记制度的行政机关将承担起原告已申请之事实无需另行证明的法律后果。但我国行政法规范并未通过一般性的制度概括性地构建起证明妨碍理论的大厦。这就导致了在众多行政法事件之中,针对非被告(即非行政主体)所为的证明妨碍行为该如何处置,难有定论。本文则欲选择工伤赔偿中所展现出的司法实践问题作为分析对象,进而讨论用人单位或劳动者自身所实施的行为客观上使他方当事人举证产生了不能或困难时之司法处断思路,最终希冀能为行政法域中证明妨碍理论的构建与发展提供智识上的一种考量。

一、司法窘遇:证明妨碍理论缺位之困局

在当代行政法理论的构建过程中,无论一般性的行政法教材,还是专门性的行政法制专著,均少有对行政法域中证明妨碍责任理论进行详细阐述者。即便实务之中,有学者关注到了行政机关滥用其权力而拒不提供证成其违法或支持行政相对人诉讼的资料,而主张科以行政机关一定的不作为责任,亦甚少关注行政相对人所为之证明妨碍行为。故本文所欲探讨的问题以及所欲阐释的思路,首先来源于司法实践之中出现的特殊性案例。这种案例因为欠缺法律上明确的规范而使得法院陷入了裁判上的某种困境,需要通过一定的行政法理论或行政法解释加以支撑裁判内容。因此,在讨论本文所设置的探究话题之前,需要预先将启示着本文讨论之价值的案例予以展现。

该案为2008年所发生的“垫江西山煤炭公司诉重庆市垫江县劳动和社会保障局”³²³(以下简称西山煤矿案)案,其基本案情如下:原告垫江西山煤炭有限责任公司系企业法人,于1998年改制成立,其前身系原垫江县西山煤矿。第三人肖朝章从1977年2月起月在原垫江县西山煤矿从事井下采煤掘进工作,并于1993年1月从原告处离职。但无论是在职前、职中还是离职时,原告均未组

³²³ 重庆市第三中级人民法院(2008)渝三中法行初字第4号行政判决

织第三人肖朝章进行体检，也未建立职工职业健康档案。嗣后，第三人又从事了酿酒、照看工地、务农、帮厨等职业。2007年1月22日，第三人经重庆市疾病预防控制中心诊断为二期尘肺（Ⅱ），《职业病诊断证明书》载明肖朝章工作单位是垫江县西山煤矿。2007年6月11日，第三人肖朝章向被告递交工伤认定申请书。被告于同日受理后，依法向原告发出工伤认定举证通知书，后作出了垫劳社伤险认决字〔2008〕7号工伤认定书，依照《工伤保险条例》第14条第4款规定，认定肖朝章二期尘肺（Ⅱ）职业病属工伤。原告不服在提起申请复议未获支持之后，又提起行政诉讼。

在本案之中，当事人对于第三人二期尘肺（Ⅱ）之病情，未有异议。但问题之关键在于，第三人所患职业病到底基于哪一个工作内容所致，或者说，第三人患有该职业病时的用人单位为何者。如原告就主张，“第三人1993年从原告处离职之后，又曾了从事建筑业、酿酒业等工作，接触水泥尘、滑石尘和其他粉尘，被告只以煤尘推定职业病的形成原因错误。”然而，由于第三人先后任职的单位均为对其进行身体健康方面的体检，故根本无法判断第三人患病之直接原因，也难以断定承担起工伤责任的用工主体。

法院最终以“原告未在举证期间内提出证明第三人之工伤不成立的证据”而驳回了原告的诉求。这样一种处置方法，直接回避了问题之要点，并不能通透的澄清原告之疑虑。在工伤认定过程中，用人单位若对某一伤亡事件拒绝成为工伤，其举证角度其实非常有限。要么证明该伤亡事件非其员工、非因工作原因、非在工作时间、非在工作场所造成的，或证明因犯罪、吸毒、酗酒、自杀自残而致伤亡。但在职业病之工伤认定中，犯罪、自杀自残等否定事由几乎可以排除，而吸毒、酗酒、非其员工、非在工作场所、非在工作时间、非在工作场所等几项抗辩事由却与职业病断定息息相关。易言之，若用人单位主张劳动者患有之病症并非在其单位工作期间内形成，或是该单位之工作内容不可能导致患有此病症，或是由于劳动者自身吸毒、酗酒所导致的，自因向职业病鉴定机构提交相应的材料并进行抗辩。若职业病鉴定机构已然作出了患有职业病之认定，且载明了其用人单位，则该用人单位在诉讼中继续主张吸毒、酗酒、非其员工、非在工作场所、非在工作时间、非在工作场所等几项抗辩事由，也无能为力。毕竟，基于专业知识的局限性，法院无从对职业病形成之病因进行判断，除非经由职业病鉴定机构重新进行判断。而重新鉴定之结果也与用人单位之举证无关，用人单位充其量可提

出重新申请之请求而已。

因此，本案例中，争点之关键在于如何认定第三人之二期尘肺（Ⅱ）是因在原告处工作而形成的。这个问题其实质涉及到的职业病诊断之问题，而在职业病诊断过程中，用人单位并没有被附加证明职业病不存在的举证责任。而在职业病判断时，无论用人单位认可该职业病成立与否，均需提供职业史、既往史、职业健康监护档案、职业健康检查结果、工作场所历年职业病危害因素检测与评价资料以及诊断机构要求提供的其他必需的有关材料。这样一种规范之设定，其目的在于能够真实客观地对患者之病因进行断定，防止用人单位和患者串通骗取工伤保险基金。否则，用人单位某工作人员之亲戚朋友只要患有职业病目录中所包括之病果，均可凭借用人单位之默认，而得以获取工伤赔偿基金了。既然不论用人单位承认与否，职业病鉴定机构均需根据实际材料，不受用人单位之主张的影响地作出鉴定结论。故法院简单以“为举证为由”驳回了原告之请求过于简单，也非恰当之举。而要想充分详细、论证清晰地解决如何断定职业病之病因或责任主体的问题，便需借助起证明妨碍理论。

二、理论借镜：证明妨碍理论援用之突围

在职业病认定的过程中，诊断医院需要考察患者曾经的病史、职业经历以及以往的职业健康检查资料。在综合衡量上述情况之下，诊断医院方能切合实际地作出职业病认定结论。然而，若用人单位在职前、离职后怠于履行对其职工进行职业健康检查的义务，或不健全职工职业健康检查档案，则往往使得劳动者何时患有职业病之事实难以确定，导致了无法确定劳动者因患职业病可得以请求予以工伤支付之赔偿主体。这也就是暗示着，用人单位未予组织体检并建立其健康档案的行为构成了对后续职业病判断的妨碍，导致诊断医院无从掌握进行职业病鉴定所需要的充分证据。这就是使得证明妨碍理论有了适用的空间。即在职业病鉴定中，虽然用人单位不承担证明非职业病之主张的证明责任，但其所掌握的资料、所从事的某些行为对于判断职业病与否至关重要，若该用人单位所实施的作为或不作为，使得以作出职业病认定结论的证据丧失或不能使用，造成了事实认定上的不能或困难，则需由该用人单位承担起证据法上的不利后果。这种后果，或推断劳动者之主张成立，或降低认定职业病成立的证明标准。在西山煤矿案中，由于原告未履行健康检查以及健全健康检查档案的义务，使得劳动者是否在离职时已患有职业病之事实处于真伪不明的状态，那么就降低证明“劳动者自第三人处

离职时已然患有二期尘肺（Ⅱ）职业病”之标准。由于第三人自原告处辞职之后，于垫江县武安自成酒厂从事的酿酒工作、于耀华建筑公司从事的照看工地和材料之工作、于垫江县肖山花江狗肉店从事鸡、鱼、狗肉分割和后勤管理工作以及在家务农之经历，均很少涉及二期尘肺（Ⅱ）职业病之危害因素；而第三人在原告处长达 16 年从事着采煤掘进工作，其内容属于二期尘肺（Ⅱ）职业病的频发领域，故可以认定“劳动者自第三人处离职时已然患有二期尘肺（Ⅱ）职业病”。这也就为后续工伤责任之认定奠定了坚实的基础。

但是，值得讨论的是，能否能够适用妨碍适用理论，或能否科以该未尽法定义务之用人单位以证据法上之不利效果？这仍当属疑问。于此涉及下列问题：用人单位负有对职工定期进行职业健康检查或构建与保存职工职业健康检查档案之目的何在？若不对此问题进行回应，便难以充分展现出为何要将不建立健康档案之行为与后续职业病判断中之不利效果进行联结，以及此种联结是否属于不当联结之范畴。

首先，从常情常理进行分析。除却预防和及时救治职业病之目的外，建立与完善职工职业健康检查档案还应包含着确保真实地对劳动者进行职业病之工伤认定的目的。众所周知，职业病往往有着较长的潜伏期，若不定期对劳动者之身体进行检查，可能无从或难以发觉劳动者受伤病之事实。而在实务之中，劳动者并非固守于某一个公司便不再变动工作了。由于各种主客观原因，职工跳槽或变更工作单位之情形比比皆是，几乎每一个劳动者都无法确保在某一个单位呆至退休或终老。因此，在劳动者上岗之前以及离岗之后，由用人单位组织其进行体检并及时建立其健康档案，便能清晰地反映出该劳动者在哪个时间段之内、于哪一个单位工作期间患有了该职业病，从而能有效的分清工伤赔偿之责任。盖即使是由同一医院之同一医生进行诊断，但由于医师每日要诊断病人过分，如无档案之记载，单凭医师之记忆，恐难正确地记得每一位劳动者确切地开始患有职业病的时间。何况，在现实之中，常由各不同之医院进行健康体检，此时详实、正确之建档档案记载，更属不可或缺。也就是说，对单位职工建立其完备的健康档案，除了预防及治疗之目的外，尚有证据保全上之目的。

其次，从立法角度加以考察。第九届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议上发表的《关于〈中华人民共和国职业病防治法（草案）〉的说明》一文明确的言及“组织从事接触职业危害作业的劳动者进行上岗前、在岗期间和离岗时职

业健康检查”以及“为劳动者建立职业健康监护档案，并按照规定期限妥善保存”之目的在于“为了防止用人单位安排有职业禁忌的劳动者从事所禁忌的作业，做到早期发现、早期诊断、早期治疗职业性健康损害和职业病病人，并通过建立职工健康档案，明确劳动者的职业史和职业危害接触史，为了解劳动者健康状况、指导劳动者选择职业、解决纠纷提供依据”。也就是说，立法原意除了所涉及的保障劳动者之健康、引导劳动者选择职业之外，尚有“解决纠纷”之意义。所谓“解决纠纷”便包含着下面一种意识：即通过建立职业健康监护档案可以明确地追溯至劳动者患病时所处的单位，更好地解决工伤责任承担之纠纷。

由上可知，由于职工健康档案属于职业病认定以及工伤赔偿责任分配过程中一个极为重要的证据，故具有证据法上义务之性质。若用人单位怠于履行上述法定义务，造成职业病认定机构难以回溯至该劳动者上岗或离职时所建立的职工健康档案，而对劳动者在何时何单位患有该职业病产生证明上之困难时，兼之组织职工体检并建立职业健康体检档案完全属于用人单位可支配之领域，应适用证明妨碍理论，科以用人单位之相应不利后果。

三、功能巩固：证明妨碍理论基体之构成

如前所言，针对不组织体检、建立职工健康档案之情形，法院可以凭借证明妨碍理论科以该用人单位不利之后果。但仅止于此个案之解决，而不从更为广阔的视野对证明妨碍理论整体之适用进行论述，则可能导致类似情况出现后仍然无章可循。因此，就必须从普适性的角度对证明妨碍理论进行分析，尤其是证明妨碍行为构成要件之设置。

所谓证明妨碍，系指当事人（通常为负担举证责任之一方）因可归责于对造当事人在诉讼中或诉讼外之作为或不作为，致证明自己所主张事实之必要方法之收集或提出变得困难或不可能，因此证明失败时，法院在事实认定上应如何调整双方当事人利益之问题。³²⁴若一方当事人不能收集或者不能提出某项证据，是因为另一方当事人的妨碍、阻却行为所导致的，就不能径行裁判由该方当事人承担因此造成的不利益，而应反过来权衡是否应对阻碍方当事人加以制裁，从而使攻防手段平衡原则真正得以切实体现。³²⁵至于如何判断是否构成了证明妨碍，则需从以下几个方面入手。

³²⁴ 潘天庆. 民事诉讼法上证明妨碍之研究. 东吴大学 2006 年硕士论文. 15

³²⁵ 吴如巧. 民事诉讼证据收集制度的构建. 中国人民公安大学出版社. 2011. 167

（一）主体

不论劳动者还是用人单位，亦或是工伤认定机构，在工伤认定中均可能对其自身实施的证明妨碍行为承担责任。且证明妨碍之成立不以未负举证责任为前提，被科以了举证责任者同样可构成证明妨碍行为。毕竟，在“依当事人所进行证明活动进行证据评价以认定待证事实”之审判结构下，不论系于概念上或实际运作上，负有举证责任之当事人系有可能对他造当事人就待证事实所欲进行之反证，发生证明妨碍之行为。³²⁶不负举证责任之当事人如就本证之证明已使法院达于相当确信之心证时，他造即有提出反证之必要，以动摇法院已经形成之心证；于此情形，负举证责任之当事人如对于他造欲提出之反证予以妨碍时，亦可能构成证明妨碍。³²⁷关于劳动者亦可成立证明妨碍之情形，已经在“余启良不服泸县劳动和社会保障局工伤认定案”³²⁸案中得到了展现。在该案中，原告称其在2001年3月25日上班因工右胸第三肋骨内缘骨折，但待至2001年4月16日才向所在公司报告。这种情形使得用人单位难以掌握原告是否存在酗酒等事实，亦难以判断原告是否于工作时间、工作场所里因工作原因而受伤。因此，原告未及时报告伤情之行为构成了对被告证据收集的妨碍。再结合原告3月26、27日均正常上班之事实，不符合骨折后难免不适之状况，可以推定原告主张不成立。

（二）主观

就主观过错而言，若当事人属于故意为之，认定为证明妨碍，当无异议。但过失是否亦可被加诸证明妨碍行为之后果，则有疑义。但由于是否存在着“故意”难以证明，若仅以“故意”作为证明妨碍的要件，则难以达致督促掌握证据者谨慎对待与保管该证据的目的。因此，若行为人有主观故意或过失，即行为人明确意识到或应当意识隐藏、毁灭或阻碍提供的证据是本案主要证据或者唯一证据，则应该被认定为证明妨碍。但此处需注意的，基于劳动者所处地位较为不利，其可能出于生计之考量，而有所顾虑的选择某种行为。例如，虽然未及时报告用人单位受伤之事实，但此行为可能是由于劳动者担心其受伤之后可能会被辞退而造成的。或劳动者受伤之初始阶段非十分严重，故为了节省医药费而强忍着伤痛上班，待至伤情恶化难以忍受时，才向用人单位报告。因此，劳动者之主观应以存在重大过失为构成证明妨碍的要件。如上述隐瞒受伤事实的情形下，只要劳动

³²⁶ 黄国昌. 民事诉讼理论之新开展. 北京大学出版社, 2008. 243

³²⁷ 沈冠伶. 证明妨碍法理在医疗民事责任诉讼之适用. 台大法学论著. 2009(1):176

³²⁸ 四川省泸县法院[2003]泸泸行初字第14号行政判决

者能对其未及时报告的行为进行合理的可接受的解释，则不应僵硬的认定为证明妨碍。这种安排也符合工伤保险条例、职业病防治办法之立法目的。而用人单位或工伤认定机构在证据收集上面占据着优势地位，且本身就被法律科以了更多的社会责任，故存在着一般过失即应被判断为证明妨碍。

（三）客观

（1）义务之存在。某一个主体都存在自利的倾向，并非所有造成了他方举证困难之行为均应当被非难，否则就等于强加给了当事人陷自己于困境的义务。一般而言，构成证明妨碍而需受责难，应以具备着某种义务为前提。该义务包括法律规定的义务、约定义务以及前程序义务（行政程序或诉讼程序）等；另外，基于证据的产生、当事人与证据的距离、社会正义与公平等因素考量，要求从事某一特殊职业的当事人必须对一些证据有保持义务³²⁹。一般而言，在工伤认定的过程中之中，劳动者所应履行的协助义务极少，如陈述事发经过之义务、及时报告之义务、提供熟悉之证人、接受医疗检查等，至于刻意留取在场陌生之证人的联系方式、保留现场之物证的义务则非劳动者所应履行之义务。而用人单位所承担的义务则较为广泛，如提供厂房之录像记录、提供职工出勤考核记录、提供健康档案、不得恐吓其他职工作证、接受检查鉴定等等均属于用人单位应履行的义务。

（2）行为与后果。证明妨碍制度欲解决者，为当事人将重要证据毁弃、隐匿或不予制作，使负举证责任之当事人无从使用该证据，导致其主张之事实陷于证明不可能或困难时，当事人间公平之问题。³³⁰故在构成要件上须产生证明不可能或困难之情况，始足该当。且造成证明不可能或困难之行为，并不区分是否是作为还是不作为。当事人一方如将证据毁弃隐匿、违背义务而不为得为证据之对象制作、保存，均属于证明妨碍行为。同时，该作为或不作为行为与该证据的提出与否，以及进而与判决所依据的案件事实得不到证据证明需有因果关系。此处，需注意的，同样基于保护处于弱势地位之劳动者的目的，若某种证据之保存与提供将使得劳动者陷入极为不利的状态，则应当予以免于证明妨碍责任。例如，在未触及犯罪的交通事故中，劳动者亦可能因害怕被追究行政或刑事责任而逃离现场。此时，劳动者没有及时报告交通部门处理，亦未主动通知用人单位，

³²⁹ 陈界融. 证据法学概论. 中国人民大学出版社. 2007. 314

³³⁰ 潘天庆. 民事诉讼法上证明妨碍之研究. 东吴大学 2006 年硕士论文. 52

致使劳动者发生交通事故时是否存在着酗酒之事实难以认定,则亦不能以其逃逸而认定为证明妨碍,而拒绝给予工伤赔偿。

四、效力扩张:证明妨碍理论嬗变之超越

(一) 一般意义上之法律效果

负有整理证据方法、保存现存证据方法、及不损害该证据方法之义务的当事人(一般来说为不负举证责任之当事人),若因可归责于己而违反该义务,并因之而阻碍或妨碍关于诉讼之事实关系解明时,需要承担起证明妨碍行为之后果。一般而言,其后果有四:(1)主张推定成立说,即直接认可对方当事人之主张,或承认该证据欲证之事实;(2)提出证据责任转换说,即证明妨碍之法理被适用时,法院就举证者所主张之事实,纵使未得到确信,亦得认定该事实为真实;妨碍者即有受败诉判决之危险,妨碍者为避免受败诉判决,有提出对自己有利的证据之必要,亦即发生证据提出责任(非举证责任)之转换;(3)降低证明标准说,即将被妨碍者举证之证明标准从“高度盖然性”降为“中度盖然性”或“低度盖然性”;(4)证据评价说,即在当事人有证明妨碍之行为时,应就当事人系故意或过失、是否该被毁弃隐匿之证据系属唯一证据、当事人是否提出反证、在何范围内决定法律效果可避免使被妨碍者获取过度的利益等等因素为考虑,酌定妨碍行为人应得之法律效果。而在具体的个案之中,必须综合考量“妨碍行为之态样”(特别系主观归责性)、“该证据之重要性、可替代性”等因素,区分不同之案件类型,课予其不同证明妨碍之法效。³³¹

(二) 工伤赔偿中效力之嬗变

如前所言,对于证明妨碍行为之后果,存在有各种不同见解。但其最严重的情形也莫过于直接认可受妨碍者之诉求与主张。然而,在特殊个案之中,仅仅赋予妨碍者败诉之效果可能尚不能最终解决实际问题。对于工伤事件而言,若用人单位为劳动者提供了劳动保险,则工伤赔偿将是社保基金支付。此时,妨碍证明者可与最终承担赔付义务者存在着分离之可能,而最终造成一种不合常情的结果。如在“湖南省双峰某某公司诉双峰县某某局工伤待遇审定纠纷案”³³²(以下简称双峰公司案)中,便在应由用人单位抑或社保局支付工伤赔偿款项上发生了争执。

³³¹ 黄国昌,《民事诉讼理论之新开展》,北京大学出版社,2008.222

³³² 湖南省双峰县人民法院(2011)双行初字第8号

该案之基本案情如下³³³：第三人刘宗虎、王轩初先后在原告某某公司从事采煤工作多年，双方未签订书面劳动合同。2007年1月开始，娄底市全面启动工伤保险工作，按照相关文件规定，煤炭企业的工伤保险统一按产煤数量缴纳工伤保险费，并由税费统征部门代为征缴。原告某某公司按规定的产煤数量交纳了工伤保险费，并于2007年3月15日向被告提交了包括王轩初、刘宗虎两人在内的“某某公司职工花名册”。同时，原告某某公司并未按相关法律、法规，对原告进行上岗前和在岗时的周期性健康检查，更未建立职工职业健康监护档案。自2008年8月1日起，王轩初、刘宗虎先后均因患职业病被认定为工伤。随后，原告于2010年5月10日向被告申请要求支付前述2人的工伤保险待遇。被告于2010年5月14日作出双工复（2010）1号复查意见书：王轩初、刘宗虎2位同志的工伤保险待遇应由双峰县某某公司负责支付，工伤保险基金不予支付。原告不服该复查意见，向双峰县劳动和社会保障局申请行政复议，双峰县劳动局于2010年12月25日复议决定维持被告的复查意见。原告不服，提起了行政诉讼。

在双峰公司案中，从表面上分析，既然用人单位为第三人支付并办理工伤保险，那么在第三人被认定为工伤之后，理应获得工伤保险基金的赔付。在当时的法律规范中，除却未缴纳工伤保险费用之外（2011年实施的《社会保险法》规定了，即便单位未缴纳工伤保险金，劳动者也可以请求基金应先行支付，再由后者向用人单位追偿，未建立职工职业健康监护档案亦非工伤保险基金可以拒绝支付赔偿款项的法定事由。因此，法院以“参保企业没有按规定进行职业健康检查”为由，认定不符合“工伤保险基金支付工伤待遇的条件”，显然属于于法无据。

然而，若细加分析，虽然法律未对“没有按规定建立职业健康检查档案”之后果加以明确规定，但若结合证明妨碍理论，当可发觉法院处断行为之合理性。如前文所言，职业病之认定需要考察劳动者病史、职业经历、用工环境、职业健康档案等事项。而若用人单位未在职前、离职时对劳动者之身体状况进行检测，亦未及时建立起劳动者健康监护档案，那么职业病鉴定机构就无法明确的判断劳动者患病之具体时间以及当时所处之工作单位。此时，通过证明妨碍理论，结合劳动者患病之事实、工作之内容，才推定案中第三人乃因为在原告处工作而患上了该职业病。在这种推定中，并不能排除劳动者在任职前亦或离职后患有职业病之可能，也无法断定劳动者就必然不是因为自身的原因（如长期饮用了含化学污

³³³案情有删减。

染的水源)而患有职业病;仅仅只是因为用人单位之证明妨碍行为,便对前述可能性不加考虑,而认定劳动者因公而患病。此时,若有工伤保险基金承担起职业病治疗的费用,则可能造成若干不合理之情形。第一,原《职业病防治法》第十九条(现第二十一条)明确规定了用人单位必须“建立、健全职业卫生档案和劳动者健康监护档案”,意即职业病认定中证明妨碍责任是由于用人单位违反行政法规范之行为而产生的。由工伤保险基金支付赔偿款项就等于是让工伤保险基金对用人单位之违法行为买单,这显然违背了设立工伤保险基金之目的。毕竟,工伤保险制度并非为了减轻用人单位违法之后果;第二,若任由工伤保险基金赔偿劳动者人身所受之损害,则用人单位等于未对其违法行为承担起任何惩戒责任,这显然也与“任何人不得从自己的过错行为中获益”之法理冲突了;第三,更为重要的是,定期对职员进行体检、建立健全健康监护档案,对于预防与治疗职业病极为重要。若不科以用人单位最终意义上的赔偿责任,则无法遏制用人单位逃避法律义务之违法行为,也不能促使用人单位积极主动的创建其一个良好的工作环境,从而使得《职业病防治法》所欲达致的保护劳动者人身健康的目的根本无从实现。这将对整个劳动保险制度的一种否定。因此,对于原告未按规定对第三人进行职业健康检查并建立职业健康监护档案的违法行政法规范的证明妨碍行为,除却认定工伤成立之后果之外,必须科以最终意义上的赔偿责任,而非由工伤保险基金替代用人单位之支付义务。

综上所述,在工伤赔偿事件中,传统意义上的证明妨害责任并不能达到设置该责任之目的。因为,在一般的诉讼纠纷之中,证明妨碍者若败诉往往将承担起赔偿义务履行的责任;但在工伤赔偿中证明妨碍行为的实施者与最终工伤赔偿义务的履行者却存在着相分离的可能性。这时,证明妨害责任所具备的倒逼机制便无法实际地产生其效用。那么,基于促使证明妨碍者积极主动地改变其妨碍行为,自觉履行法定之义务,避免出现违法者仅需承担名义上的败诉后果而实际上无需负担义务的现象,最终为预防与治疗职业病提供较为扎实的制度环境,就必须对传统证明妨碍责任进行嬗变式的回应,即用人单位需最终承担起工伤赔偿的责任。劳动者可以请求工伤保险基金就其所患职业病产生之费用先行支付,而后又工伤保险基金向该用人单位进行追偿。只有这样,方能使得妨害行为者与义务承担者相一致,而达到设置证明妨碍责任的惩戒与督促效果,最终更好地保障劳动者的基本权利。

雇员在工作中致雇主损害的责任减轻规则

——基于案例分析的比较研究

朱军*

【摘要】我国司法界主流虽对限制雇员因工作造成雇主损害的赔偿责任达成共识，但苦于无明文规定，仍处于各自为战的混乱阶段，极不利于法的安定性。

《人身损害赔偿解释》第9条第1款蕴藏着根据过错程度限制雇员责任的价值取向，为民法和劳动法之间架起了一座共同发展“雇员责任减轻规则”的桥梁，因为限制雇主向致第三人损害的雇员行使追偿权与限制雇主向致其直接损害的雇员主张损害赔偿请求权立足于相同的法理思想。我国法院可借助“法的续造”通过类推适用该款并结合《侵权责任法》第34条第1款，专门针对具有从属性的雇员，发展按过错程度划分的三层级责任模式，即在故意情形下，雇员须承担全部责任；具有重大过失的雇员通常承担全部责任，但基于社会保护思想可被例外地限制责任；在一般过失情况下，雇员应被限制或免除责任。该貌似简单规则的适用是一套系统工程，从适用前提、认定过错程度，再到确定责任范围时须斟酌的情形，环环相扣地贯彻着平衡劳资利益的责任分配宗旨。

【关键词】从属性、雇员责任、经营风险、过错程度

引言

“劳动者对于因自身过错给用人单位造成的损失是否需要赔偿呢？近年来，用人单位要求劳动者赔偿损失引发的劳动争议越来越多。而争议的焦点也都集中在劳动者是否应当承担责任、承担全部赔偿责任还是部分赔偿责任？这是现实中颇具争议又没有法律明确界定的问题。”³³⁴

我国现行法虽对雇员因执行工作致雇主物质损害³³⁵的赔偿责任问题无明确规定，但既有司法实践已流露出限制雇员责任的价值倾向。《人民司法》曾登载了这样一则典型案例：叶先军（原告）雇佣的司机王刚（被告）驾驶货车时（下

* 上海交通大学凯原法学院讲师，德国哥廷根大学法学博士。本文发表于《清华法学》2015年第6期。

³³⁴ 参见《造成单位损失员工如何担责》，《人民法院报》2013年5月29日第3版，“法官说法”栏目针对下文介绍之“班车司机案”的原话，具体案名、案号和法官名不详。

³³⁵ 本文仅关注物质损害，不涉及作为个体工商户之自然人雇主的人身损害。

称“王刚案”),因采取措施不当致使车辆侧翻受损。经交警大队认定,王刚对事故负全责。原告遂起诉要求被告赔偿未为保险赔付的损失。一审法院以被告对车辆侧翻具有重大过失为由,依据《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(下称《人身损害赔偿解释》)第9条支持了原告的诉求。二审法院认为原审法院对该条立法原意存在误解,遂根据民法通则的权利义务对等原则,认定被告应当承担过错责任,但由于雇员的职务过错责任是一种特殊的民事侵权责任,再鉴于雇员与雇主的地位和经济能力差异,雇员对雇主的财产损失只可承担适当赔偿责任,遂改判被告承担全部损失的40%。³³⁶

本案尤为值得关注的是二审法院在法无明文规定的情况下,自行判定雇员对损害承担“适当”赔偿责任,并在评析中提出根据雇主与雇员的过错程度来确定赔偿范围的标准,并为裁判要旨采纳,即“雇员在履行职责过程中造成雇主财产损失的,如果确有重大过失,应承担部分赔偿责任”。遗憾的是,法官对此未予详细说理,而只是在评析末顺带建议通过立法和司法解释将《人身损害赔偿解释》第9条中的第三人拓展至雇主,来弥补雇员对雇主造成财产损失之赔偿责任的法律漏洞。³³⁷此等论证未免过于简化,实则反映了我国法官因缺乏学界助力的无奈之举。

然而,法律规定的缺失和理论准备的不足并未阻挡我国司法界限制雇员责任的“脚步”,但却给法官带来了无尽困惑,导致司法实务对此类问题的处理混乱不一(详见后文评析),进而引发了一系列与此先决问题密切相关的后续问题,典型如实践中雇主在劳动合同或规章制度中随意约/规定全责条款的现象非常普遍。

积极回应法官的呼吁并为其提供学理支撑是学者的职责所在,但该貌似不起眼的问题至今仍未得到应有的关注和思考。本文立足于我国的立法和司法,³³⁸在案例分析的比较研究基础上,围绕以下问题展开讨论:第一,雇员因工作致雇主

³³⁶ 参见冯叶、冯琦,《雇员因过失致雇主财产损失的责任承担》,《人民司法》2008年8月,第16页以下,具体案名不详,案号为(2007)信中法民终字第958号。

³³⁷ 参见前引冯叶、冯琦文,第16、18页。需指出的是,法官在评析中并未明确表示以重大过失为分界点,笔者从文章无法得知该裁判要旨是由编辑还是法官所撰。

³³⁸ 笔者以《工资支付暂行规定》第16条为“线索”在北大法宝司法案例数据库搜索到47宗案例,并在《人民司法》、《人民法院报》、《人民法院案例选》和《中国审判案例要览》搜集到8宗案例,从中筛选整理出总计36宗符合本文研究对象的判决(未注明出处的案例均来自北大法宝)。鉴于官方正式发布的案例具有不可低估的指导作用,本文将以此8宗案例作为权威代表并辅以其他案例,对我国司法实践展开批判研究。

损害是否应承担全部赔偿责任？若否，其背后的法理依据？第二，是否能在我国现行法框架内发展限制雇员责任规则？第三，如何具体设计限制雇员责任规则？第四，如何具体适用与操作限制雇员责任规则？

一、限制雇员承担全部赔偿责任的法理依据

——民法与劳动法的通力合作

除法定的与有过失、减轻损失和可预见性规则外，我国民法中的违约责任和侵权责任均坚持完全赔偿原则。³³⁹ 也就是说，雇员若根据民法规定须对执行工作中因违约或侵权致雇主的损害承担全部赔偿责任，这易导致不公正后果，尤其在高额损失的情形。³⁴⁰ 在尝试限制雇员责任之前，首先必须澄清的根本问题是限制完全赔偿原则在劳动关系中适用的法理依据何在。目前除少量案例径直依据民法规定判决雇员承担全部损失外，我国大部分案例对限制雇员责任已达共识，并列举出以下正确理由：雇员的弱势地位、防止转嫁经营风险、风险利益或权利义务相一致原则、雇主吸收风险的能力更强和劳动报酬与成果不具对等性。³⁴¹ 但这些理由略显凌乱混沌而缺乏足够的说服力。究其原因是我国法官和学者未紧密结合劳动合同的特殊性来探寻突破完全赔偿原则的法理依据。

劳动合同作为雇佣合同的下位类型，区别于独立的雇佣合同（如自由执业的律师、医师或私教），而被称为从属的雇佣合同。劳动合同因具备以下三大异于一般民事合同的特征——持续性、生存依赖性和从属性，³⁴² 而不足为以自由、理性和平等主体为基本原型构建的民法所规范，使得调整劳动关系的劳动法脱离民法，发展成为独立的法域。³⁴³ 从属性是劳动合同的本质特征，包括劳动从属性³⁴⁴和经济从属性两层内涵。劳动从属性为区别于其他民事合同的核心标准，

³³⁹ 参见韩世远著：《合同法总论》，法律出版社2011年版，第631页；程啸著：《侵权责任法》，法律出版社2011年版，第543页。

³⁴⁰ 南宁市金运汽车运输有限公司与李平劳动争议纠纷上诉案，(2011)南市民一终字第1451号，法官指出“如果劳动者在履行职务过程中的任一失职行为给用人单位造成了损失，用人单位都要求劳动者赔偿，无疑是加重了劳动者的责任，转移了用人单位的经营风险，显然有失公允”。

³⁴¹ “上海仲品房地产投资顾问有限公司诉蔡燕劳动合同案”（下称“蔡燕案”），(2005)沪一中民一（民）终字第2018号，国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览》（2006年民事审判案例卷），中国人民大学出版社、人民法院出版社2007年版，第515页以下。

³⁴² Krause, Arbeitsrecht, 3. Aufl. (2014), § 1, Rn. 6 ff.

³⁴³ 参见王泽鉴著：《债法原理》，北京大学出版社2009年版，第63页以下。

³⁴⁴ 需强调的是，本文不采学界通行的“人格从属性”表述，因其实与人格从属或隶属于他人无关，为避免误解并对独立自由人格的尊重，笔者改称“劳动从属性”以表示雇主对劳动地点、内容、时间和方式的管理与控制。

复又可分为组织从属性和指令从属性,前者指雇主将雇员纳入生产经营组织中劳动,后者指雇员须接受雇主的指挥、命令和监督,在管理下提供劳动。³⁴⁵

本文不采“劳动者”,而使用“雇员”作为上位概念——从属的雇佣合同中的雇员,意在不仅包括我国劳动法中的劳动者,亦涵盖其他因用人单位或劳动者主体不适格而被我国劳动法否定劳动者身份,但提供从属性劳动而同样值得保护的人员,³⁴⁶前者指家庭或者个人、个体工匠和农村承包经营户雇佣的人员,³⁴⁷后者指勤工助学的在校生、退休人员和未取得就业证的外国人与港澳台居民。³⁴⁸与此相应,如无特别说明,本文使用的“劳动关系/合同”和“雇佣关系/合同”同指从属的雇佣关系/合同。

德国劳动法院紧扣劳动关系的特殊性发展和诠释了经营风险和社会保护两大基本思想,囊括了我国司法界列举的所有理由,而且吸收融合了民法中已有之归责思想,使得限制雇员责任的法理基础更为系统、精细和具有说服力。

(一) 经营风险思想

经营风险也曾长期被德国劳动法院作为套话反复引用,但联邦劳动法院大审判庭于上世纪90年代初,使经营风险思想完成了从主观感性到客观理性的“蜕变”,³⁴⁹将其内涵解构为以下两大可归责于雇主的原因:

其一,工作危险性:指与生产经营相伴的特殊风险,如生产设备、生产本身或者制造出的产品所包含的危险性。³⁵⁰该来源于生产流程,以及与工作本身相关联的特殊风险,提高了损害的发生几率,在雇员的不当行为下,随时可能发展为损害,³⁵¹根据《德国民法典》第254条第1款³⁵²的思想,该危险性应当作为减轻雇员责任的原因由雇主承担。³⁵³

其二,组织风险性:大审判庭正确地认识到工作危险性只能涵盖危险性工作

³⁴⁵ 需说明的是,组织从属性及指令从属性其实并无本质区别,而是互为表里,相辅相成。

³⁴⁶ 与德国的劳动关系相比,我国劳动关系的范围相对较窄,因为劳动法以主体不适格为由否定了许多本应被界定为劳动关系的情形,但随着经济发展和社会保护增强,这些人员以后终将被纳入劳动关系大家庭。

³⁴⁷ 参见《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》第7条第4-6项规定。

³⁴⁸ 具体分别参见《劳动部关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第12条、《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第7条和《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》第14条第1款。

³⁴⁹ BAG (GS) (12.06.1992), (27.09.1994), AP Nr. 102, 103 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

³⁵⁰ BAG (GS) (27.09.1994), AP Nr. 103 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers (unter C II 2 der Gründe).

³⁵¹ Otto/Schwarze/Krause, Haftung des Arbeitnehmers, 4. Aufl. (2014), § 3 Rn. 6.

³⁵² 该款规定:“如果受害人的过错对损失的发生起到了共同作用,则赔偿损失义务的承担以及赔偿损失的范围取决于这类情况,尤其是取决于损失在何种程度上是主要由一方或另一方所造成的。”

³⁵³ HWK/Krause, Arbeitsrecht Kommentar, 6. Aufl. (2014), § 619 a BGB Rn. 19.

的局限，为此革命性地从雇主独自对组织生产经营和安排工作条件负责的权限，提炼出可归责于雇主的组织风险。其背后的核心思想是雇员被纳入客观上由雇主单方决定的工作环境中劳动，从而在事实上和法律上均无法偏离该既定的环境，以至于雇主基于组织权限设定的生产经营组织决定了雇员的责任风险。组织风险具有重大意义，它既存在于危险性工作，也存在于不具危险性的普通工作，为限制雇员责任拓展于一切工作铺平了道路。

起初一看来，经营风险思想似乎仅局限于劳动法理念，实则不然。民法大师拉伦茨（Larenz）及卡拉里斯（Canaris）先生早就远见性地运用民法中无过错责任原则之一的“特定的损害风险归责于该风险的获益者”规则（下称“风险归责原则”）来阐释限制雇员责任。该规则又包括两项重要内容，即基于危险责任的风险归责和基于为他人利益从事具有损害风险活动的风险归责。^{3 5 4} 仔细观察上述对经营风险内涵的解读，可发现大审判庭正是立足于劳动关系的从属性本质特征，将风险归责原则巧妙地“嵌入了”经营风险。

工作危险性实则借鉴了危险责任思想，即引起、控制危险源并从中获得经济利益的人自应承担因特殊危险实现而产生的损害，^{3 5 5} 因为作为盈利者的雇主负责组织生产经营流程，从而制造并控制了特殊风险，它会作为诱因在雇员的过错行为下转化为损害。^{3 5 6} 组织风险性吸收了为他人利益从事具有损害风险活动的思想，指为自己利益使用他人从事具有损害风险活动的人，即使无过错也必须对因从事该活动所致的损害承担责任。^{3 5 7} 该思想完全契合雇员在工作中致雇主损害的情形：（1）工作行为具有“利他性”；雇员通过签订劳动合同放弃以经营目的使用自身的劳动力，雇主则从劳动给付中获得经济利益，理应承担与执行工作相关联的风险；^{3 5 8} （2）工作行为具有“他定性”；雇员基于组织从属性，在提供劳动时被纳入客观上由雇主通过安排工作条件所设定和掌控的工作环境，从而在劳动关系存续期间始终置于该由雇主单方决定的风险，并因指令从属性而无任何规避的可能。^{3 5 9}

^{3 5 4} Larenz, Die Prinzipien der Schadenszurechnung, Ihr Zusammenspiel im modernen Schuldrecht, JuS 1965, S. 374 ff.; Canaris, Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit in fremdem Interesse, S. 43, 45.

^{3 5 5} Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. (1994), § 84 I 2a, S. 605.

^{3 5 6} Däubler, Die Haftung des Arbeitnehmers – Grundlagen und Grenzen, NJW 1986, S. 871.

^{3 5 7} 前引 Larenz 文, 第 375 页以下; 前引 Canaris 文, 第 43、45 页。

^{3 5 8} MünchArbR/Blomeyer, 2. Aufl. (2000), § 59 Rn. 33.

^{3 5 9} MüKoBGB/Henssler, 6 Aufl. (2012), § 619 a Rn. 9.

（二）社会保护思想

内化于劳动法的社会保护思想，理所当然地成为了支撑限制雇员责任的第二大理论依据，主要是为了保护雇员免受不可承受的经济负担，该思想主要包括两层内涵：其一，工资与责任风险明显不成比例；³⁶⁰ 工资往往与雇员在工作中时时要承担的潜在责任风险相差悬殊，动辄让其负担全部责任显失公允。其二，防止生存威胁；在重大过失情形，该思想作为最后防线，避免巨额损失对雇员的生存造成毁灭性打击。社会保护思想作为限制雇员责任的正当性基础，同样是源于劳动关系的特殊性，因为雇员通常没有能力要求得到足以填补损害的劳动报酬，而雇主因经营性使用劳动力则更有能力在经济上负担这些损害。³⁶¹

综上，笔者认为，上述不同理论依据的正当性均源于劳动合同不同于一般民事合同的核心特征——劳动从属性，³⁶² 尤其是植根于此的经营风险思想道出了突破完全赔偿原则的本质，因为它反映了民事损害赔偿法未曾顾及到的以下事实：雇员因签订劳动合同丧失了在市场上经营性使用劳动力牟利的独立地位，转化为提供从属性劳动的雇员。雇主作为盈利者，负责安排工作条件，制造并控制了特殊风险，将雇员纳入到由其单方决定的生产经营组织内提供指令约束性的劳动，以至于雇员几无任何调控和抵御风险的自由空间。我国已有法官隐晦地表达了这一思想，孙卫审判长在判决理由中指出“用人单位作为工作流程的设计者，应该制定各种预防损失发生、扩大的操作规程，尽量防止过失的发生”。³⁶³

二、限制雇员责任规则的“法内续造”

限制雇员责任实则是劳动关系特殊性对完全赔偿原则进行修正的必然要求。我国司法界苦于无明文规定，对限制雇员责任仍处于各自为战的探索阶段，尚未形成统一规则。作为大陆法系国家如何运用法学方法论来填补“限制雇员责任”这一可能存在的漏洞，并在法律构造层面将该规则纳入我国现行法体系是不可回避的问题。法官之法的续造是填补法律漏洞的有力工具，尤其在劳动法领域，法

³⁶⁰ Staudinger/Richardi/Fischinger, BGB, Neubearb. (2011), § 619 a Rn. 60.

³⁶¹ 前引 Otto/Schwarze/Krause 书, § 10 Rn. 3 f.

³⁶² 我国民法学界在讨论雇主责任时，强调被使用者须听从用人者的指令，服从管理，被纳入组织体内，间接反映了劳动从属性，但严格来讲，由于制度理念的不同，民法学者在雇主责任制度背景下常用的“隶属性”（朱岩著，《侵权责任法通论》，法律出版社2011年第1版，第456页）或“控制力”（前引程啸书，第294页）并不完全等同于劳动从属性，前者的“隶属程度”通常要弱于后者。

³⁶³ 某公司与孙某劳动合同纠纷上诉案，(2010)沪一中民三(民)终字第2144号。

的续造因立法迟迟赶不上社会发展的脚步而具有非同寻常的重要性。³⁶⁴ 笔者认为,我国已具备了发展限制雇员责任规则的立法基础和司法土壤,可借助“法内续造”解决该问题,具体分析论证如下。

(一) 存在明显的法律漏洞

法律续造的首要前提是确定存在法律漏洞,即法律上违反计划的不圆满性。

³⁶⁵ 目前无论是民法,还是劳动法³⁶⁶均未对限制雇员责任做出规范,即使对相关规
定作法律解释也无济于事。我国现行法对此存在一个明显的法律漏洞并无疑
义,因为法律就该案型未包含依其目的本应涵括的一条适用规则。具体到劳动
法,该明显的漏洞随着时间流逝,已从一个事后的、无意识的漏洞逐步演变成了
初始的、有意识的漏洞。在计划经济向市场经济转型之初,我国仍以公有制为
主体,作为“主人”的劳动者致用人单位损害的情形占绝大多数,《企业职工
奖惩条例》(已废止)³⁶⁷用行政和经济处罚的形式处理此类问题,以至于《劳动
法》和《工资支付暂行规定》³⁶⁸的立法者因历史局限性未能预见和意识到这
个劳动市场经济下需要调整的法律问题。但随着市场经济的逐步深入、私有
经济比重的日益扩大和劳动合同制度的广泛确立,雇员致雇主损害已成为普
遍亟待调整的问题,遗

³⁶⁴ Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. (1995), S. 187, 190.

³⁶⁵ Rütters/Fischer/Birk, Rechtslehre mit der Rechtsmethodenlehre, 6. Aufl. (2011), Rn. 832.

³⁶⁶ 《劳动法》第102条、《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》第4条和《劳动合同法》第90条仅规定了劳动者违法解除劳动合同、违反保密义务和违反竞业限制这三种情形下的赔偿责任,并未调整劳动者在工作中致用人单位损害的情形。《劳动法》第25条第3项和《劳动合同法》第39条第3项虽规定“严重失职给用人单位造成重大损害”为即时解雇事由,但均未涉及劳动者损害赔偿的问题。

³⁶⁷ 《企业职工奖惩条例》(已废止)第17条规定了职工在工作中致财产损失的赔偿责任由企业根据具体情况确定,从工资中扣除,但每月扣除金额一般不要超过月标准工资的20%。如果能够迅速改正错误,表现良好的,赔偿金额可以酌情减少。该条是对《国营企业内部劳动规则纲要》(失效)第21条的“从宽继受”,当时规定由于不遵守操作规程或不负责任而在工作中产生废品或损坏工具和设备的职工,无论其受处分与否,得斟酌情形令其负物质上的全部或部分赔偿之责。赔偿金额由企业行政决定并从工资中扣除,直至赔偿金额全部偿还为止,但每次扣除之赔偿数目最多不得超过月实际工资的30%,如其迅速改正错误,表现良好,赔偿金额可酌情予以减免。我们无法通过解释推知计划经济时期的立法者有突破全部损害赔偿原则之意,工资扣除比例上限和酌情减少的限制规定毋宁是全民和城镇集体所有制企业对作为国家财产所有人——职工的一种“优待性经济处罚措施”而已。

³⁶⁸ 目前唯一与本文议题直接相关的生效规定是《工资支付暂行规定》第16条:“因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的,用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。经济损失的赔偿,可从劳动者本人的工资中扣除。但每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的20%。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准,则按最低工资标准支付。”该条实为对《企业职工奖惩条例》第17条的“从严继受”,严格限定月工资扣除比例的上限为20%。通过解释第16条同样无法得出立法者限制劳动者损害赔偿责任的结论。文义表明劳动者须承担全部责任,除非劳动合同另有约定。月工资扣除比例上限亦非限制赔偿责任,毋宁是维持劳动者生存的保障性规定。法官的解读亦是如此,在李芹与广东新的科技集团有限公司劳动争议纠纷上诉案,(2003)佛中法民一终字第3096号,法官认为每月扣除额不得超过工资额20%的规定并不排除在不影响劳动者生活的情况下一次性支付损失赔偿。最后,从《工资支付暂行规定》第9条关于“在解除或终止劳动合同时一次付清劳动者工资”的规定,也非排除用人单位向劳动者主张尚未承担的损失赔偿责任。法官亦有同样解读,在江苏思润实业有限公司诉吴亚琼劳动争议纠纷案,(2012)新民初字第1797号,因雇员在事发后离职而无法逐月从工资扣除赔偿款,法院结合雇员的过错程度,酌情判定其赔偿丢失黄金耳坠价值的50%。

憾的是《劳动合同法》的立法者未能抓住机遇进行相应规范，而有意将此问题留待司法机关调整。

（二）填补法律漏洞

填补明显的法律漏洞最常用的法学工具是类推适用。笔者认为，《人身损害赔偿解释》针对雇主责任中限制雇主追偿权的第9条第1款为类推适用指明了道路。

1. 结合《侵权责任法》对《人身损害赔偿解释》第9条第1款之价值判断的解读

自《民法通则》实施以来，我国民法长期缺失关于雇主责任的规定。最高人民法院在无任何实体法可循的情况下，最终于2003年填补了这一法律漏洞，在《人身损害赔偿解释》第8、9条特别针对“人身损害”，按所有制类型区分调整了雇主责任问题。尤为值得关注的是第9条第1款：“雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带责任。雇主承担连带责任的，可以向雇员追偿。”该款透露了限制雇员对外致第三人损害之赔偿责任的价值倾向。为实现此目的，最高人民法院采取了限制雇主追偿权之成立与范围的制度设计：前者与过错程度³⁶⁹关联，即雇主仅在雇员具有故意或重大过失时方享有追偿权，依反面解释，雇员因一般过失致他人损害时，追偿权不成立；后者则被最高人民法院以“追偿权的实现程度要根据具体的案情确定”的模糊表述回避。³⁷⁰

值得注意的是，《人身损害赔偿解释》第9条第1款因时过境迁已不能满足现今的实践需求，《侵权责任法》第34条第1款的立法者在“求同存异”的基础上，与时俱进地对《人身损害赔偿解释》的规定进行了新的解读。³⁷¹“求同”体现

³⁶⁹ 本文使用“过错”作为故意、重大过失和一般过失的上位概念。

³⁷⁰ 参见黄松有主编：《最高人民法院关于审理人身损害赔偿理解与适用》，人民法院出版社2004年版，第153页以下，第163、165页以下。

³⁷¹ 人大法工委释义明确指出《侵权责任法》第34条沿袭了《人身损害赔偿解释》的规定，该条第1款虽未明确调整追偿权问题，但细读目前所有与立法背景和理由的相关资料可以观察到，立法者并不否定追偿权。参见王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法释义》，法律出版社2013年第2版，第187页以下。由于我国并无公布立法理由书或相关文件的制度，只能通过阅读参与立法的学者或官员撰写的法条释义性书籍来间接推测法条的规范意旨和立法价值。全国人大常委会法制工作委员会民法室另编写了《中华人民共和国侵权责任法条文说明、立法理由及相关规定》（北京大学出版社2010年版）和《侵权责任法立法背景与观点全集》（法律出版社2010年版）两本书，其内容与王胜明主编的书大同小异，遂本文仍以专由人大法工委编写的释义书及其附录中全国人民代表大会法律委员会历次针对《中华人民共和国侵权责任法（草案）》的汇报和报告为准来分析立法理由。

在两方面：(1)立法者承认和确证了司法解释限制雇主追偿权的基调，并将其上升为法律层面的规范意旨；³⁷² (2)立法者肯定了将追偿条件与雇员的过错程度挂钩，从其援引《律师法》第54条和《公证法》第43条即可见一斑。“存异”表现在以下方面：(1)立法者对司法解释将雇主追偿权的行使条件限于雇员“故意或者重大过失”的观点表达了质疑，从利弊两面论证了因现实中的情况错综复杂而难以统一标准来确定不同行业、不同工种和不同劳动安全条件下的追偿权条件；(2)立法者通过使用“损害”上位概念，将司法解释的保护范围从“人身损害”拓展至“财产损失”；(3)立法者不区分所有制地统一整合了用人单位。

综上，《侵权责任法》第34条第1款在以下范围内认可了《人身损害赔偿解释》第9条第1款，即雇员在内部追偿关系中，无须对执行工作任务中因任何过错致他人的损害承担全部赔偿责任，且雇主行使追偿权与雇员的过错程度关联。³⁷³ 因此，基于对立法者的尊重，以下类推适用仅得在上述为立法者所认可的范围内进行。

2. 类推适用《人身损害赔偿解释》第9条第1款的证成

《人身损害赔偿解释》第9条第1款的价值判断为根据雇员的过错程度限制雇主追偿权，实则是在内部限制了雇员因执行工作造成第三人损害的赔偿责任。将此规则类推适用于未为法律调整的雇员因执行工作直接致雇主损害的情形的前提是：两构成要件由于在对法律评价具有决定性的方面具有相似性，而必须被相同评价，³⁷⁴ 具体分析如下：

首先，必须探明对《人身损害赔偿解释》第9条第1款限制雇主追偿权之法律评价具有决定性的方面。无论是最高人民法院，还是人大法工委均基本采纳了³⁷⁵ 目前民法学界通说关于雇主对外承担侵权责任的法理依据，主要有危险责任说、雇主对雇员的控制说、报偿说即风险与利益一致以及深口袋理论等。³⁷⁶ 由

³⁷² 参见前引王胜明书，第191页以下，释义指出不少国家限制雇主行使追偿权的发展趋势，并点明“本法未作规定，不影响用人单位依照法律规定来行使追偿权”。这里的广义“法律”实指司法解释第9条。

³⁷³ 笔者如此解释也符合目前民法界通说对《侵权责任法》第34条限制雇主追偿权的解读，通过援引《人身损害赔偿解释》第9条主张结合过错程度限制雇员对外的赔偿责任。参见张新宝编著：《侵权行为法》，浙江大学出版社2008年版，第247页；王利明、周友军、高圣平著，《中国侵权责任法教程》，人民法院出版社2010年版，第508页；前引朱岩书，第462页以下；程啸书，第312页。

³⁷⁴ 前引Larenz/Canaris书，第202页以下。

³⁷⁵ 参见前引黄松有书，第155页以下；前引王胜明书，第185页。

³⁷⁶ 参见前引张新宝书，第242页；王利明、周友军、高圣平书，第481页；朱岩书，第453页以下；程啸书，第294页以下。尹田，《为他人行为侵权责任之归责基础》，《法学研究》2009年第5期。

此提炼出决定第9条第1款限制追偿权的方面是“雇主通过使用他人从事活动来扩大自己的业务范围并从中获利，同时却控制并给被使用人制造了损害风险”。

377

其次，积极地确定待调整的案件事实与法律已调整者在所有决定性方面均相似。上述限制雇员因执行工作致雇主损害之赔偿责任的法理依据与限制雇主追偿权的决定性方面完全类似，即“雇主作为盈利者使用他人从事由其控制的损害风险活动”。而且直接致雇主损害的雇员更值得保护，这里雇主对雇员的责任风险影响更甚，因为雇员被纳入到由雇主安排的生产经营组织内提供劳动，从而置于该由雇主单方决定的责任风险中，雇员无论在法律上还是事实上均无规避此风险的可能。

最后，消极地确定两者的不同之处不足以排除此等法律评价。《人身损害赔偿解释》第9条第1款与本文待调整的法律问题之间的以下差异均不足以动摇相同的法律评价：(1) 致害对象是第三人还是雇主无须差别对待；(2) 损害类型是人身损害还是财产损害亦应同等处理，《侵权责任法》第34条中的“损害”明显包括“财产损害”；(3) 加害人无论是公有制还是私有制企业的劳动者均须同等对待，《人身损害赔偿解释》受当时经济结构和意识形态影响区分所有制规定雇主责任的过时做法已为《侵权责任法》第34条修正，“用人单位”概念抛弃所有制考量，旨在涵盖一切任用他人提供劳动的法人组织和非法人组织。³⁷⁸

综上，“同类情况，同等处理”要求《人身损害赔偿解释》第9条第1款针对雇员致第三人损害情形设定的限制雇员责任之规则同样适用于雇员执行工作中因侵权直接致雇主损害的情形。该规则也适用于雇员因过错违约致雇主损害的情形。³⁷⁹

三、限制雇员责任规则的具体设计——类推适用后的“法律续造”

类推适用的积极意义是，在缺乏法律明文规定的情况下，《人身损害赔偿解释》

³⁷⁷ 此亦为德国通说的见解。前引 Otto/Schwarze/Krause 书，§ 3 Rn. 22.

³⁷⁸ 参见前引王胜明书，第188页。早在《侵权责任法》公布前即有学者对此予以批评与质疑，参见张民安，《雇主替代责任在我国未来侵权法中的地位》，《中国法学》2009年第3期，第20页以下。

³⁷⁹ 尽管目前民法学界的主流见解将违约责任定性为严格责任，但《合同法》是以带有“担保责任”色彩的结果之债为原型制定的，并未考虑以行为之债为内容的从属之雇佣合同。雇员在工作中无论是因违反主给付义务，还是违反保护义务致雇主损害，均应以过错责任为归责原则，尤其是在本文关注的大多数缘于后者的致害情形。Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, 14. Aufl. (1987), § 24 I, S. 371 ff.

第9条第1款和《侵权责任法》第34条第1款³⁸⁰为根据过错程度限制雇员责任奠定了坚实的法律基础。但须注意的是，立法者并未对过错程度的划分及相对应的责任范围做出统一标准和进一步规定，而是以默许法院继续进行“法律续造”的态度，留待司法实践探索，让人民法院“根据具体情况公平解决”追偿问题。³⁸¹因此，类推适用并未能完全填补法律漏洞，文章开头提出的如何认定雇员责任成立与范围的问题，在立法者尚未最终规范之前，仍待法官在上述《侵权责任法》认可的价值判断之上，基于立法者的默许继续造法解决。

（一）司法界的回应

与立法者和最高人民法院均倾向于将限制雇主追偿权与雇员的过错程度关联不谋而合，当前主流司法实践积极发挥了法官造法的能动性，亦根据过错程度限制雇员致雇主损害的赔偿责任。³⁸²与此相关的案例为数最多，总计14宗。³⁸³其中“蔡燕案”作为目前分析雇员责任限制问题最为全面和深入的典型案例，发挥了不可小视的指导作用。³⁸⁴

蔡燕（被告）系上海仲品房地产投资顾问有限公司（原告）的出纳。原告指派被告私自将15万元人民币兑换为港币。虽有两位同事作陪，但被告与他人私

³⁸⁰ 笔者如此解释也不违反立法者本意。正如上文所述，《侵权责任法》文义虽未规定追偿权，但立法者明确表示对此并不否定及限制雇员责任的价值取向。前引王胜明书：第190页以下，558页。

³⁸¹ 参见前引王胜明书，第192，558页。

³⁸² 规定的缺失致使法官限制责任的方式是“八仙过海，各显神通”。据笔者调研，除基于过错程度占主导地位之外，尚有以下四种方式：直接以《工资支付暂行规定》第16条的月工资扣除比例作为责任上限；认定雇主对责任构成要件举证不能；法官自行酌定；认定雇主具有与有过失。限于篇幅，对此不作介绍。

³⁸³ **权威来源案例8宗**：雇主张慎忠诉雇员冯国林在从事携款提货的雇佣活动时发生重大过失致所携款丢失赔偿案，（下称“冯国林案”），《人民法院案例选》（总第44辑），人民法院出版社2004年版，第165页以下；“王刚案”，（2007）信中法民终字第958号，《人民司法》2008年8月，第16页以下；“蔡燕案”，（2005）沪一中民一（民）终字第2018号，《中国审判案例要览》（2006年民事审判案例卷），中国人民大学出版社、人民法院出版社2007年版，第515页以下；深圳市源达船务有限公司诉杨延春船员劳动合同案（下称“杨延春案”），（2008）广海法初字第118号，《人民法院案例选》（总第71辑），人民法院出版社2010年版，第338页以下；李剑诉宁波欣捷混凝土制品有限公司劳动争议案（下称“李剑案”），（2011）浙甬民一终字第576号，《人民法院案例选》（总第83辑），人民法院出版社2013年版，第151页以下；陈安槐与段润珍等雇佣合同纠纷案（下称“陈安槐案”），（2011）郴民一终字第225号，《人民法院报》2011年8月18日第6版；北京冠亚名表城与徐婷婷劳动合同纠纷上诉案（下称“徐婷婷案”），（2012）二中民终字第03525号，《人民司法》2012年第20期，第79页；“班车司机案”（案名案号不详），《人民法院报》2013年5月29日第3版。**北大法宝案例6宗**：江苏悦达国际海运有限公司与王维明船员劳动合同纠纷上诉案（下称“王维明案”），（2010）沪高民四（海）终字第115号；某公司与孙某劳动合同纠纷上诉案（下称“孙某案”），（2010）沪一中民三（民）终字第2144号；南宁市金运汽车运输有限公司与李平劳动争议纠纷上诉案（下称“李平案”），（2011）南市民一终字第1451号；某公司诉黄某劳动争议纠纷案（下称“黄某案”），（2012）江法民初字第5468号；江苏思润实业有限公司诉吴亚琼劳动争议纠纷案（下称“吴亚琼案”），（2012）新民初字第1797号；上海X汽车零部件配装有限公司诉李X劳动合同纠纷案（下称“零部件案”），（2013）浦民一（民）初字第826号。

³⁸⁴ 如“李剑案”、“李平案”和“班车司机案”虽未表明援引“蔡燕案”，但均借鉴了它的理由和观点。

下交易时致人民币被调包。发现被骗后，被告立即报警，但未侦破。原告起诉至法院要求被告赔偿全部损失。

一审法院首先明确指出应当综合考量劳动关系的特殊性和劳动者的过错程度，予以确定劳动者是否应当承担赔偿责任，之后主要以用人单位是企业内部的管理者和监督者且支付的劳动报酬与创造的劳动成果不具有对等性为由，认为严格要求劳动者根据其过错承担赔偿责任，实质是不合理地将企业的经营风险全部转移到劳动者身上，进而得出以下结论：“通常情况下，只有在劳动者由于故意或重大过失给用人单位造成经济损失的情况下，劳动者才负赔偿责任。如果劳动者没有过失或者存在轻微过失，则无须赔偿。”一审法院认为蔡燕主观上对损失的发生并不存在故意或重大过失，故不支持原告的诉求。

二审法院同样指出可否对蔡燕因履行职务造成的损失主张损害赔偿，应视其过错程度而定，确立如下规则：“如果蔡燕处于故意时，须负全责；具有重大过失或者通常过失时，可依照过失程度，确定分担损害；仅有极轻微过失时，仲品公司不得向蔡燕追偿。”二审以蔡燕的行为属于极轻微过失为由，驳回原告的上诉，维持原判。³⁸⁵

虽然两审结果相同，但细读判决理由，可发现二审法院细化了一审法院按过错程度设计的责任模式，明确将过错程度划分为四级并对应三层不同的责任范围，即故意时全责；重大过失或通常过失时分配损害；极轻微过失时免责。两审法院基于利益衡平，在无法律规定的背景下，积极探索并确立了此类案件的审判规则，不可不谓是一个果敢的创举，但殊为遗憾的是法院均未对其发展的“法官法”予以充分的法理论证。

仅“蔡燕案”就折射出目前法官对过错程度的划分和与之相对应的责任范围的认识极为不一，导致现实中按过错程度设计的责任模式会有乘数组合的不同可能。为便于读者获得直观认识和之后的深入解析，笔者透过纷杂乱象，对这14宗案例制表总结如下：³⁸⁶

³⁸⁵ 参见前引，《中国审判案例要览》书，第517页。

³⁸⁶ 需说明的是，目前我国法官的“创新”思想通常不出现在判决理由，而多以案后评论形式呈现，这也是本文评析的重点，但为严格起见，笔者会在案名后加注“（判）”或“（评）”以表明出处。此外，“吴亚琼案”因仅简单指出结合过错程度确定赔偿责任，而无法被纳入表格统计。

表一：中国法院对过错程度的划分和与之相对应的责任范围

过错程度	责任范围	具体案例
故意	全责	蔡燕（判）、陈安槐（判）、孙某（判）、黄某（判）
	通常全责 但有减责 可能	班车司机（评）
	减责	李剑（评）、王维明（判）
重大过失	全责	
	通常全责 但有减责 可能	班车司机（评）
	减责	蔡燕（判）、陈安槐（判）、孙某（判）、黄某（判）、零部件（判）、王刚（评）、冯国林（评）、李剑（评）
	免责	杨延春（判）、王维明（判）
一般过失	减责	蔡燕（判）、孙某（判）、黄某（判）、冯国林（评）
	免责	陈安槐（判）、杨延春（判）、王刚（评）、班车司机（评）、徐婷婷（评）、李剑（评）、王维明（判）
轻微过失	免责	蔡燕（判）、李平（判）

不拘泥于个案，上图反映了以下轮廓：在故意情形下，除极个别案例限制雇员责任外，多数案例明确表示应承担全部责任；对于重大过失，除极个别案例主张全责或免责外，大部分案例认为应限制雇员责任；针对一般过失，主张限制雇员责任与主张免责的案例可谓是旗鼓相当。由此推导出的大致规则是：故意情形下，雇员须承担全部责任；具有重大过失的雇员与雇主分担责任；若雇员具有一般过失，则承担部分责任或被免除责任。

（二）地方裁审机构的意见

个别地方裁审机构出台非规范性文件对此做出了有益尝试，亦要求根据劳动者的过错程度确定赔偿数额，如《江苏省劳动仲裁案件研讨会纪要》第4条第1

句³⁸⁷和深圳市中级人民法院《关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见(试行)》第90条,³⁸⁸前者认为“属一般过失的不宜要求劳动者承担赔偿责任”,属一般过失以上的过错程度的,方才承担赔偿责任,而后者对此未作任何表态,仅笼统要求人民法院根据过错程度确定赔偿数额。

(三) 学术界的探索

虽然为数不多论及此问题的劳动法学者以倾斜保护弱势劳动者和防止转嫁经营风险为由,普遍认为劳动者因执行工作致用人单位损害的赔偿责任不宜适用全额赔偿原则,而应当实行合理(又称酌情)赔偿原则,但也仅止于提出该泛泛原则,并未深入探讨限制雇员责任的具体制度和操作方案。³⁸⁹

少数学者不约而同地选择了过错程度作为关联点设计限制雇员责任的规则,但见解各不相同。有学者主张轻过失的劳动者免责,重大过失时,劳资之间分担责任,故意时,劳动者承担全部责任。³⁹⁰另有学者除免责情形外,完全借鉴下文提及的德国法。³⁹¹还有学者认为轻过失的雇员免责,故意或重大过失的雇员须承担责任,是否一概承担全部责任则不明。³⁹²甚至有学者主张雇主仅得在雇员故意时,方可基于侵权主张损害赔偿。³⁹³

(四) 拙见: 雇员责任减轻规则——按过错程度划分的三层级责任模式

笔者认为,我国法院可通过类推适用蕴含着限制雇员责任思想的《人身损害赔偿解释》第9条第1款并结合《侵权责任法》第34条第1款,专门针对雇员,按照过错程度继续发展特殊的、异于民法一般规定的责任风险分配规则——“雇员责任减轻规则”。这不仅是对立法者、最高人民法院以及司法实践的尊重,也保证了限制雇员对外责任和对内责任的制度统一,更符合基本法理,即过错程度越高,责任越大。究竟如何根据过错程度具体发展这一规则呢?主要围绕两个基

³⁸⁷ 该句规定:“劳动者在工作中因过错给用人单位造成经济损失的,首先要衡量劳动者的过失程度,属一般过失的不宜要求劳动者承担赔偿责任;属于重大过失的,劳动者应承担的赔偿责任应限于用人单位的直接经济损失。”

³⁸⁸ 该条规定:“劳动者在履行劳动合同过程中造成用人单位损失,用人单位在解除劳动合同时要求劳动者一次性赔偿的,应予支持,但赔偿数额由人民法院根据劳动者的过错程度、造成损失的大小等具体情况酌情进行确定。”

³⁸⁹ 参见王全兴著:《劳动法》,法律出版社2008年版,第497页;王昌硕:《关于劳动者承担赔偿责任的探讨》,《中国劳动科学》1995年第9期。

³⁹⁰ 王凯:《劳动合同不履行及其法律效果研究》(博士论文),第184页。

³⁹¹ 潘峰著:《劳动合同附随义务研究》,中国法制出版社2010年12月第1版,第155页以下。

³⁹² 班天可,《雇主责任的归责原则与劳动者解放》,《法学研究》2012年第3期,第124页。

³⁹³ 林海榕:《劳动者对用人单位的赔偿责任研究》,《宜春学院学报》2010年第1期,第19页。

本问题展开思考，即过错程度的划分和相对应的责任范围。

德国劳动法院在多次立法动议失败的背景下，经与学界一个世纪的交流互动，特别针对雇员因“执行工作行为”³⁹⁴（*betrieblich veranlasste Tätigkeit*）直接致雇主物质损害的案型，根据过错程度（*Verschuldensgrad*）发展并确立了偏离完全赔偿原则的法官法——“雇员责任限制原则”（*Die Grundsätze über die Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung*），³⁹⁵即在故意和重大过失（*Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit*）情形下，雇员应就全部损害承担责任；一般过失（*normale Fahrlässigkeit*）情况下，在雇主与雇员之间按比例分配损害；若雇员仅具有极轻微过失（*leichteste Fahrlässigkeit*），则无须承担任何责任。³⁹⁶这一规则简约而不简单，背后蕴藏了极为丰富的内容。为了保证具体规则设计的科学性，笔者结合德国法官法的经验教训，本着有取舍的“拿来主义”，在厘清目前我国司法界和学术界现存的和未被意识到的问题基础之上，对构建我国限制雇员责任的规则思考如下。

1. 过错程度的划分

目前司法实践随意使用过错概念，导致按过错程度划分责任的混乱雪上加霜。为保证法的安定性和避免误解，笔者建议严格遵照我国民法规定（《合同法》第53条第（二）项，《侵权责任法》第27、78条和《人身损害赔偿解释》第2条），将过错程度统一划分为故意、重大过失和一般过失（又称为通常过失或抽象轻过失）三个基本的等级。

判决中出现的“恶意”、“轻微过失”和“具体轻过失”等概念，不仅对问题解决毫无实益，反会引起新的混乱而严重阻碍限制雇员责任规则的统一，笔者认为弃用为妥。“恶意”虽然为民法规定使用，但其并非独立的过错程度，实属于

³⁹⁴ 需说明的是，联邦劳动法院曾长期以“具有危险倾向性的工作”（*gefahr geneigte Arbeit*）作为法官法的适用前提。但该标准内涵外延模糊，且未考虑到其他从事非危险性工作的雇员同样具有保护需求，大审判庭迫于学界和法院内部的双重质疑压力，最终于1994年9月27日的裁定废弃了“顽守”将近半个世纪的“危险性工作”标准，而改采“执行工作行为”的新标准，背后的直接动因是上述的组织风险思想。

³⁹⁵ 需说明的是，该法官法仅针对物质损害，因为根据德国《社会法典》第七部（*SGB VII*）第105条第2款第1句，雇员给自然人雇主造成的人身损害通常为工伤保险所覆盖，不涉及雇主主张损害赔偿的问题。

³⁹⁶ 国内有极少文献提及该制度，但均源自二手资料，并不客观全面，甚至不乏有误读和错误。为了正本清源，笔者先厘清说明这组过错程度概念。“一般过失”等同于我们熟知的“抽象轻过失”，在联邦劳动法院的其他判决中还有以下不同称谓：“轻过失”（*leichte Fahrlässigkeit*）、“通常过失”（*gewöhnliche Fahrlässigkeit*）或“中度过失”（*mittlere Fahrlässigkeit*）。“极轻微过失”源于罗马法的*culpa levissima*，联邦劳动法院专门引入此概念以表示比一般过失更低的过错程度，也可称为“轻微过失”（*geringe Fahrlässigkeit/Schuld*）。为避免混乱，本文一律采用联邦劳动法院大审判庭在1994年9月27日的裁定中，最终确立雇员责任限制原则时使用的过错程度概念。

主观归责性更重的故意范畴。³⁹⁷ “轻微过失”被联邦劳动法院作为免责的过错程度使用，但德国很多学者强烈反对这一无法被定义和涵摄的概念，司法界至今无法解决一般过失和极轻微过失的区分问题，³⁹⁸ 学界对此也无能为力，只能满足于将极轻微过失描述为典型的工作失误，如常见的误拿、误说和弄错。³⁹⁹ 因此，联邦劳动法院“固守”的极轻微过失必将是明日黄花，仅是对轻微地违反必要注意的一种称谓，实属一般过失中的较轻程度而已，联邦劳动法院在个别的一般过失案例中，根据具体程度并斟酌其他情形而考虑免责的事实可资佐证。⁴⁰⁰ 我国民法亦未于过失内承认有极轻微过失，所以我国法院不必如“蔡燕案”那样引入此早为德国学界主张放弃的“糟粕”，而回归本质将其纳入一般过失中可免责的较轻程度范畴。

“具体轻过失”更是画蛇添足。德国劳动法院和我国司法实践均未选择“具体轻过失”作为划分责任范围的过错程度，但主审“蔡燕案”的王剑平法官却专门撰文引入此概念，并得出与判决不同且有违法理的审理原则，即“劳动者具有重大过失或者具体轻过失的，可依照过失程度确定分担损害；劳动者仅有抽象轻过失的，用人单位不得向劳动者追偿，”⁴⁰¹ 因为该法官错误地认为“具体轻过失”要求的注意比“抽象轻过失”高。具体轻过失指应尽与处理自己事务同样的注意，原则上比一般过失要求的交往中之必要注意（又称善良管理人的注意）要低，其所负责任也较一般过失为轻，但由于采取的不是标准客观的

（normativ-objektiv），而是经验主观（empirisch-subjektiv）的注意标准，即须考虑债务人个体的禀性和特质，所以不排除“具体轻过失”的注意水准在个案高于一般过失的要求，⁴⁰² 如非常谨慎细致的人。笔者认为应弃用具体轻过失，理由如下：该采取主观注意标准的概念具有不确定性，只会使过错程度的分级乱上加乱；现代民法仍贯彻债务人对一般过失负责为原则，具体轻过失也仅适用于

³⁹⁷ 参见前引，程啸书，第199页。

³⁹⁸ MünchArbR/Reichold, 3. Aufl. (2009), § 51 Rn. 42.

³⁹⁹ ErfK/Preis, 15. Aufl. (2015), § 619 a BGB Rn. 17.

⁴⁰⁰ 前引 Otto/Schwarze/Krause 书，§ 9 Rn. 35.

⁴⁰¹ 王剑平：《用人单位对劳动者损害赔偿请求权的限制——上海仲品房地产投资顾问有限公司与蔡燕劳动合同赔偿纠纷案》，笔者投稿前通过以下现已失效的官方链接http://www.aourt.gov.cn/platformData/infoplat/pub/no1court_2802/docs/200511/d_419006.html 下载了此文。由于该文反映了主审法官与公布判决不同的错误观点，实有必要“拨乱反正”。

⁴⁰² MüKoBGB/Grundmann, 6 Aufl. (2012), § 277 Rn. 1, 3. 参见前引，黄松有书，第38页以下，早已正确指出具体轻过失的注意为主观标准，且通常较善良管理人的注意程度为低。

例外情形；我国民法既无此概念，也无使用的必要，一般过失之具体程度的维度可以涵盖从轻到重的所有情形。

2. 过错程度对应的责任范围

刚才的论述只是在概念层面解决了混乱划分过错程度的问题，至于故意、重大过失和一般过失相对应的责任范围尚需进一步探讨。鉴于法的安定性和预见性，对此确立统一标准实属必要。透过乱象可以发现目前对故意的意见基本一致，争议聚焦于重大过失和一般过失对应的责任范围。

关于重大过失司法界倾向以限制责任为原则，个别案例甚至主张免责。笔者以为，两者皆不可采，应当以全部责任为原则，基于社会保护思想限制责任为例外，理由如下：(1) 重大过失是主观归责性相当高的一种过错程度，免责不仅有违行为人的责任与其过错程度相一致的基本法理，也严重忽视雇主利益。(2) 一概限制责任亦不足取，因为重大过失行为不属于雇主通常所能控制和防范的组织领域。若苛求雇主将工作场所安排得足以抵御由此造成的损害，则超越了经营风险的合理内涵及界限。(3) 不容忽视的是，我国法院认定重大过失较为简单随意，⁴⁰³ 并未采用下文介绍的主客观标准，导致在重大过失下限制责任的实际效果等同于德国法官法的一般过失情形。这也从侧面反映我国法院可能出于兼顾劳资利益的公平考虑，通过“宽松”认定重大过失让雇员承担部分责任。与其如此，不如正视重大过失作为严重过错程度的定位，将一概限制雇员责任放在一般过失范畴内实现为妥。

针对一般过失主要是限制责任和免除责任之争。笔者以为，两者并非一定要非此即彼，而是可以采取并存的方式，即雇员原则上应当与雇主分担损害，但不排除根据个案事实的衡量被免除责任。理由在于：(1) 一律免除责任，超越“法官造法”的边界，因为民法中一般过失免责仅为例外情形（如《合同法》第374条），对于重大过失以下的过错程度一律免责属于“立法者保留”，法官不得擅自为之。立法者对司法解释将雇主行使追偿权限于“故意或者重大过失”的质疑即为明证。(2) 一律免除责任与限制责任和免除责任的案例平分秋色，以及“从宽”认定重大过失让雇员承担部分责任的司法实践不符。(3) 两者并存能使法官更为

⁴⁰³ 如“王刚案”，一审简单以驾车时采取措施不当致使车辆侧翻为由认定雇员重大过失，二审基于交警认定雇员对交通事故负全责的事实，认为雇员过错明显，而回避了重大过失的认定；“班车司机案”，法官基于雇员未按信号灯指示通行，遇情况措施不及，在交通事故中负同等责任的事实，认定雇员重大过错。

弹性和灵活地平衡劳资利益，限制责任为原则是以一种“柔性”的责任模式促使雇员谨慎工作，从而更好地发挥损害赔偿法的填补与预防功能，不完全排除免责能顾及一般过失程度很低之雇员的利益，法官可根据个案将小失误或小疏忽归入经营风险。

3. 小结

笔者建议采用按过错程度划分的三层级责任模式，即在故意情形下，雇员须承担全部责任；具有重大过失的雇员通常承担全部责任，但基于社会保护思想可被例外地限制责任；在一般过失情况下，雇员应被限制或免除责任。这不仅最契合《侵权责任法》第34条的立法本意，而且也有利于促进司法统一并兼顾劳资双方利益。

四、雇员责任减轻规则的具体适用与操作

以上运用法学方法论对雇员责任减轻规则的法理基础和具体设计进行了系统论证，但科学正确地推广运用该规则，有赖于进一步深入探讨司法实践关心的具体适用与操作问题。

（一）适用前提和范围

适用前提作为“控制阀”客观地决定了雇员责任减轻规则合理的适用范围，确保雇主仅承担于工作行为中实现的经营风险，而非雇员自担的一般生活风险。

1. 主体适用范围——具有从属性的雇员

首要前提是主体属于本文所指的具有从属性的雇员，主要包括劳动法承认的劳动者，与用工形式（全日制、非全日制或劳务派遣）和劳动合同期限（无固定期限或固定期限）无关。除此之外，因用人单位或劳动者主体不适格而被劳动法否定劳动者身份，但提供从属性劳动的人员亦在保护之列，如常被忽视的在校实习生。该规则不适用于不具从属性的自由职业者、用人单位中的高管人员和机关成员，如总经理、董事或监事等。

2. 事项适用范围——执行工作任务

另一事项适用前提是“执行工作任务”，可分为“职内活动”，指“基于雇佣合同规定或雇主指示从事的行为”和“职外活动”，即“以雇员意思为标准为了雇主利益而实施的行为”。⁴⁰⁴ 有必要强调指出的是，“执行工作任务”消除了不

⁴⁰⁴ 相同理念参见前引，黄松有书，第161页以下。

分情况一概限制雇员之损害赔偿责任的误区，它作为“控制阀”决定了雇员责任减轻规则并非适用于所有致雇主损害的情形。从履行障碍类型观之，该规则当然不适用于履行不能、迟延履行和拒绝履行，如旷工、迟到早退、擅自中断工作等，因为不提供劳动与经营风险无关。但该规则是否一律适用于不完全履行，则须紧扣“损害缘于执行工作”具体情况具体分析，如通常不适用于违反保密义务，但若员工在给客户提供咨询时疏忽泄露商业秘密则应当适用。

（二）根据过错程度确定责任范围

以上规则设计将雇员的责任范围与其过错程度相关联，因此确定雇员是否以及在多大范围内承担责任，主要取决于雇员的过错程度，即主观归责性越高，责任范围越大，但社会保护思想又要求必要时考虑个案中其他影响损害起因和损害结果的因素，以达到最终公正分配损害的结果。据此，分两步走来分配损害：首先认定过错程度以确定责任层级，即是故意或重大过失下的全责，还是一般过失时的限制责任或免责；然后再确定不同过错程度下具体的责任范围。下文从不同过错程度的认定，以及在可以限制雇员责任的情况下，应具体斟酌个案中的哪些因素入手，为司法界提供确定责任范围的操作方案。

1. 过错的涉及内容

在探讨不同过错程度的责任范围之前，有必要先厘清过错程度认定中的一个先决问题——过错的涉及内容（Bezugspunkt des Verschuldens），它事关是否危及雇员责任减轻规则的适用。根据民法基本原理，过错仅涉及义务违反、法益侵害或保护法的违反，不涉及发生的损害（eingetretenen Schaden）。⁴⁰⁵ 然而，目前联邦劳动法院明确表示偏离民法，严格要求过错仍须涉及损害，⁴⁰⁶ 并为学界广泛认可。⁴⁰⁷ 其背后的深层次原因是避免雇员因违反雇主设定的行为义务被轻易认定为故意，从而须承担全部责任，进而防止雇主假借指令不当转嫁损害风险。但少数反对派认为此观点有忽视雇主借助指令权控制经营风险之嫌。正如上述，限制雇员责任的法理依据在很大程度上是立足于雇主有权组织和安排生产经

⁴⁰⁵ Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 20 Aufl. (2012), § 32, Rn. 375.

⁴⁰⁶ BAG (18.04.2002), NZA 2003, S. 37, (unter II 3 b aa der Gründe). 本案中的培训生为服从上司指令而违反禁令，擅自驾驶叉车卸货并造成损害。联邦劳动法院认为培训生对于义务违反存在可责难的故意行为，因为他明知禁令而驾驶叉车，但对于损害发生并不具有故意，仅是重大过失。故意仅在以下情形成立，即雇员至少预见到有可能发生具体数额的损害且容忍其发生。

⁴⁰⁷ Waltermann, Risikozuweisung nach den Grundsätzen der beschränkten Arbeitnehmerhaftung, RdA 2005, S. 105.

营。若剥夺雇主通过具体指令控制企业内部的责任风险，无异于“侵蚀”该法官法的正当性基础。至于雇主转嫁经营风险的担忧，可通过对指令的合理性审查得以避免。⁴⁰⁸

笔者以为过错仅涉及义务违反为妥，这既与民法规则保持一致，也兼顾了我国雇主普遍借助指令或“厂规”控制经营风险的现实。诚然联邦劳动法院防止雇主转嫁经营风险具有合理性，但其要求过错涉及损害则未免“矫枉过正”，不当忽视了雇主的合理利益，即其通常比雇员能够更好地概览潜在的危险活动并通过禁止危险行为来预防侵害。

2. 故意

如果雇员明知构成违约或侵权行为之事实并有意使其发生，或预见其发生的可能并容忍其发生，则属故意为之。雇员通常必须就故意造成的损害承担全部责任，无被限制责任的可能，因为经营风险根本不是损害发生的诱因。

3. 重大过失

如上所述，我国司法实践目前认定重大过失简单随意，这易导致雇员承担全部责任的几率因过错认定技术的粗糙被不当扩大。为避免此等不公现象的易发，联邦劳动法院借鉴民事司法实践，采取主客观标准相结合，谨慎认定重大过失的做法可资借鉴。首先，须客观上存在严重的义务违反（ein objektiv schwerwiegender Pflichtverstoß）；指综观所有情形，雇员异乎寻常地，在极高的程度上违反或忽视了交往中的必要注意，这对每一个假设处在此情形下的人来说都是显而易见的，即使未作最简单和最容易想到的考虑。这里仅采客观化的注意标准，不考虑具体个人的能力，而以相关交往团体中平均成员的能力为准，如某职业群体或年龄层中的成员通常具有的能力。⁴⁰⁹

其次，须主观上有不可原谅的行为（ein subjektiv schlechthin unentschuldbares Verhalten）；⁴¹⁰ 重大过失的认定并非仅止于客观的注意标准，还要求斟酌个案中与行为人个体相关的主观情形，即不仅仅取决于侵害人根据交往团体中成员在某种情况下所能期待的平均要求，是否能认识危险并能预见或避免相应后果，也要考虑根据其个人能力是否能认识并尽到客观的必要注意。

⁴⁰⁸ Krause, Geklärte und ungeklärte Probleme der Arbeitnehmerhaftung, NZA 2003, S. 583.

⁴⁰⁹ MüKoBGB/Grundmann, 6 Aufl. (2012), § 276 Rn. 55, 94. BAG (15.11.2001), NZA 2002, S. 612.

⁴¹⁰ MüKoBGB/Grundmann, 6 Aufl. (2012), § 276 Rn. 95.

⁴¹¹ “载重车司机案”将借助主客观标准谨慎认定重大过失的技术展示得淋漓尽致。本案中雇员因未主动提前了解车辆高度，而没有意识到公路桥上限高指示牌的警示作用，以至于本应在看到指示牌后产生警觉而刹车就可以避免的撞桥事故发生。虽然雇员在驾车前未了解车辆尺寸而严重违反了谨慎司机对此应负的客观注意义务（客观标准成立），但该义务违反并非主观上不可原谅，因为雇员缺乏驾驶经验且对载重车尚不足够熟悉，所以认定重大过失的主观要件不成立（主观标准欠缺）。⁴¹²

雇员原则上须承担全部责任，因为损害既非经营风险的实现，也非可得期待雇主所能预计和防范的风险。但法院可基于社会保护思想例外地减轻雇员责任，关键取决于报酬与损害显不成比例或责任危及雇员生存。⁴¹³ 法院在确定具体的责任限制范围时，在雇主方面考虑是否有保险填补损害，在雇员方面除考虑那些会加重或减轻其重大过失之具体程度的因素外（详见下文影响一般过失之具体程度的因素），应紧扣例外减轻责任的原因，仅斟酌影响雇员“经济承受力”的有利或不利因素，如职位、工资数额、抚养义务等。⁴¹⁴

4. 一般过失

认定一般过失采纳客观类型化的注意标准。如果雇员违反交往中的必要注意，则属一般过失，即若尽到必要注意，不法结果原本应被预见并避免。

较为棘手的是具体应斟酌个案中的哪些因素来确定一般过失的雇员是否以及在何等范围内承担责任。令人惊喜的是，“蔡燕案（评）”、“王刚案（评）”、“陈安槐案（判）”、“徐婷婷案（评）”和“班车司机案（评）”等权威案例非封闭式地列举出了与联邦劳动法院⁴¹⁵基本相同的所有因素：企业的危险性、用人单位对劳动者执行职务是否曾加指示、劳动是否过度、事发原因、工资水平、赔偿能

⁴¹¹ BAG (18.04.2002), NZA 2003, S. 37.

⁴¹² BAG (23.03.1983), AP Nr. 82 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers (unter der II 2 der Gründe).

⁴¹³ BAG (28.10.2010), NZA 2011, S. 345. 本案中的诊所清洁工在听到核磁共振仪的警报声后，自行决定消除障碍，但因撤错按钮致使仪器严重受损。雇主的损失约为 47000 欧元，作为“迷你工”的雇员月工资仅为 320 欧元，基层劳动法院考虑到工资与损害呈明显失衡关系，让其承担 1920 欧元的赔偿责任，但州劳动法院考虑到雇员的重大过失程度很重，遂又改判赔偿额为一年的工资，即 3840 欧元。

⁴¹⁴ 前引 Otto/Schwarze/Krause 书，§ 10 Rn. 12.

⁴¹⁵ 联邦劳动法院大审判庭开放式地列举了以下应当斟酌的情形：雇员的过错程度、工作的危险性、损害数额、可为雇主预算或透过保险填补的风险、雇员在企业中的职位和工资数额及是否包含危险津贴等。此外，也可能一并考虑雇员的个人情况，如工龄、年龄、家庭状况以及迄今为止的工作表现。总之，依个案状况，可考虑情形的范围会有不同，且同一情形在不同个案中亦会有不同的重要性。BAG (GS) (27.09.1994), AP Nr. 103 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers (unter C IV 1 der Gründe).

力、双方的地位、工作岗位、职责、对企业付出的劳动、损害事实的发生是否因用人单位管理上的缺失所致、企业设施是否完备、风险控制、投保情况、企业效益、生活状况等。

以上目不暇接的因素，并非皆与过错程度和经营风险有关，实则反映了两国法院基于社会保护思想，极力追求符合个案公正之风险分配结果的本质。此举固然可以理解，但其通病是，这些因素凌乱无序，并非均合理，且对各因素的意义和评价也不甚明了。德国学界对此予以了强烈批评，并出于法的安定性和预见性，分别从雇员和雇主方面归纳、分类和整理了应斟酌的因素，值得借鉴学习。

雇员方面应斟酌的因素可分为两大类。第一，影响一般过失之具体程度的情形，这事关雇员是否免责或承担部分责任：包括由雇主控制并与损害事件发生有关联的情形，如工作危险性、工作超负、工作冲突，工作压力状态、会引起注意力下降的单调程序化工作、或长时间紧张工作、就职培训的强度和类型、是否下达非法指令，以及与雇员个人相关的情形，如缺乏工作经验、年龄以及职位、是否违反合法指令等。诚然，考虑这些因素会导致在认定一般过失层级时采取的纯客观标准被相对主观化，但这是确保法院根据一般过失的具体程度，力求于个案中公正分配损害所必须付出的合理代价。⁴¹⁶ 第二，影响劳动合同中交换之公正性的情形：其一，工资与损害之间的对价关系；检验是否有影响责任范围的风险津贴，但须谨慎为之，若无明确约定，即使相对高的报酬也不能被划分为基本工资和风险津贴两部分。⁴¹⁷ 工资可作为计算损害的参数，尤其在高额损失下，而在中小损失则过错程度起决定作用。⁴¹⁸ 其二，雇员的职位；对于高级职员拥有更大的自由权去调控风险的事实，须作不利于雇员的斟酌。其三，一贯的工作表现；对长期无误工作的事实须作有利于雇员的评价，因为雇主业已从中广泛受益，而对于经常犯错则作不利评价。⁴¹⁹

雇主方面只考虑对损害风险及其归责有意义的因素，亦包括两大类：第一，雇主预防和控制损害的措施；如未采取降低损害风险、损害发生几率和损害数额的组织技术措施，但尚未构成与有过失，视为一般的经营风险。第二，投保防范风险的可能；强制保险或自愿保险对雇员责任的影响不同。若未投保前者，劳工

⁴¹⁶ 前引 Otto/Schwarze/Krause 书，§ 9 Rn. 28.

⁴¹⁷ HWK/Krause, 6. Aufl. (2014), § 619 a BGB Rn. 35.

⁴¹⁸ 前引 Otto/Schwarze/Krause 书，§ 9 Rn. 29.

⁴¹⁹ HWK/Krause, 6. Aufl. (2014), § 619 a BGB Rn. 35; MünchArbR/Reichold, 3. Aufl. (2009), § 51 Rn. 47, 49.

应只以如同雇主有投保时一样之“个人负担部分的保费”为限承担损害赔偿责任；^{4 2 0} 若未投保后者，则切不可动辄以此为由减轻雇员责任，因为既非所有雇主都有经济实力投保，也非所有风险都有相应险种，且投保自愿为原则，但若某险种普及率之高，以至于雇主有在通常市场条件下投保的不真正义务，方可将未投保作为减轻责任的因素斟酌。^{4 2 1}

需注意的是，为避免不当忽视雇主利益与结果不可预测，不得漫无边际地考量个案中的所有情形。除非在巨额损失下基于社会保护思想，雇员方面不得斟酌与损害事件无关的个人情况，如工龄、家庭情况、财产状况等，^{4 2 2} 但会影响雇员支付能力的抚养和赡养义务，以及因反映雇员的经验和智识而影响一般过失程度的工龄可被例外考虑。^{4 2 3} 雇主方面不得斟酌与经营风险无关的企业效益和经营状况。

中国法院列举的因素中，除企业效益和生活状况之外，其他均属合理，按照上述分类，将其纳入该体系，并制表如下，以期提供我国法院一个形象可操作的方案。

表二：中德法院于一般过失下限制雇员责任时须斟酌之因素的对照表

主体	德国司法界		中国司法界
	因素类别		
雇员	影响一般过失之具体程度的因素		
方面	雇主控制的情形	工作危险性、工作超负、工作冲突、工作压力状态	企业的危险性、劳动过度
		会引起注意力下降的单调工作、长时间紧张工作	事发原因
		就职培训的强度、非法指令	对劳动者执行职务曾加指示
	与雇员个人	缺乏工作经验、年龄、职	无

^{4 2 0} BAG 24.11.1987, AP Nr. 93 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers (unter B VII der Gründe).

^{4 2 1} HWK/Krause, 6. Aufl. (2014), § 619 a BGB Rn. 38.

^{4 2 2} Walker, Die eingeschränkte Haftung des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung der Schuldrechtsmodernisierung, JuS 2002, S. 738.

^{4 2 3} 前引 Krause 文，第 584 页。

	相关的情形	位、违反合法指令	
	影响劳动合同中交换之公正性的因素		
	工资与损害的关系	影响责任范围的风险津贴	工资水平、赔偿能力、
		工资作为计算赔偿额的参数	
	雇员的职位	调控风险的自由权限大小	双方的地位、工作岗位、职责
	一贯的工作表现	是否长期无误工作或经常犯错	对企业付出的劳动
雇主方面	预防和控制损害的措施		
	采取降低损害风险、损害发生几率和损害数额的组织技术措施		用人单位管理上的缺失、企业设施是否完备、风险控制
	投保防范风险的可能		
	强制保险和自愿保险区别对待		投保情况

代结语：对未来立法与司法界续造法律的展望

“雇员责任减轻规则”实则是从属之雇佣合同特殊性的自然产物，尤其是植根于“劳动从属性”的经营风险思想揭示了突破民法中完全赔偿原则的本质，即雇员在雇主单方决定的工作环境中劳动，通常无任何调控和抵御其中风险的可能。

我国现行法虽无限制雇员因工作致雇主损害之赔偿责任的明文规定，但《人身损害赔偿解释》第9条第1款蕴藏着发展限制雇员责任制度的价值取向，该款限制雇主追偿权与限制雇主损害赔偿请求权背后的法理思想一致，即“雇主作为盈利者使用他人从事由其控制的损害风险活动”。该款针对雇员致第三人损害情形，根据过错程度限制追偿权的规则为《侵权责任法》第34条第1款所肯定，可同样适用于雇员因违约或侵权直接致雇主损害的情形。

未来的劳动立法应基于劳动合同的特殊性，制定相应的特殊责任条款，但此一修法并非指日可待。为了法的安定性、统一性和预见性，司法界既已对限制雇

员责任达成共识，完全可以作为“先行者”一扫目前的混乱局面，先借助“法律内的法的续造”，通过类推适用《人身损害赔偿解释》第9条第1款并结合《侵权责任法》第34条第1款，确立根据过错程度限制雇员责任的基本规则，之后基于立法者的默许继续通过“法律续造”，发展更为具体的责任风险分配规则——“雇员责任减轻规则”。

1. 该规则立足于限制责任的法理依据并兼顾劳资利益，采用按过错程度划分的三层级责任模式，即在故意情形下，雇员须承担全部责任；具有重大过失的雇员通常承担全部责任，但基于社会保护思想可被例外地限制责任；在一般过失情况下，雇员应被限制或免除责任。

2. 该规则仅适用于具有从属性的雇员因执行工作致雇主损害的情形。“执行工作任务”包括“基于雇佣合同规定或雇主指示从事的职内活动”和“以雇员意思为标准为了雇主利益而实施的职外活动”。

3. 具体责任范围的确定主要取决于雇员的过错程度，但社会保护思想要求必要时考虑个案中其他影响损害起因和损害结果的因素，以达到公正分配损害的结果。

在此需要特别说明的是，就立法论而言，究竟是采按过错程度划分的三层级责任模式还是二层级责任模式（即重大过失以下的过错程度全部免责），非法官和学者所能最终定夺，实为立法政策问题。本文认为，后者为“立法者保留”更符合法治理念。就解释论而言，前者是现阶段司法界立足于现行法框架，在立法者默许的范围内，恪守“法官造法”的边界所应当和可能做出的理性选择。

未足额缴费的社会保险待遇给付问题研究

房海军

【摘要】职工社会保险关系中，社会保险缴费义务人未足额缴纳社会保险费引发的社会保险待遇纠纷，是一种典型的社会保险争议。现行立法将社会保险费的缴纳作为社会保险待遇给付的前提，使得社会保险经办机构简单以保费足额缴纳与否作为判定是否向被保险人给付保险待遇的依据。这不仅有悖于社会保险关系公法之债的属性，也冲击了社会保险强制保险属性，使其难以有效发挥保障社会安全的制度功能。社会保险特有的制度属性决定了社会保险费与社会保险待遇之间仅具有弱关联性，体现在讲求整体保费收入与保险支出之间的“收支平衡”，并不要求个案中保费与给付之间的完全对应。为保障被保险人法定风险发生时充分享受社会保险待遇的权利，应通过立法修正，将社会保险费的实际缴纳与社会保险待遇的享受分离。与此同时，为确保社保基金财务安全，应充分发挥强制征缴保费机制的作用，明确保费征缴义务主体怠于履行法定义务所需承担的法律后果。

【关键词】社会保险费；社会保险待遇；公法之债；待遇给付

我国社会保险制度包括居民社会保险制度和职工社会保险制度两个维度。前者系采取自愿参保模式，鲜有发生未足额缴纳社会保险费引发的社会保险待遇给付纠纷。相比之下，职工社会保险采取强制保险模式，其强调在职工保险群体内部发挥自助互助功能，故此，参保人负有保费缴纳义务，保险人亦有强制征缴保费的职权，因缴费义务人未足额缴纳保险费而导致的社会保险待遇给付纠纷时有发生。基于此，本文所探讨的未足额缴费的社会保险待遇给付问题，即在职工社会保险体系下展开。

一、问题缘起：未足额缴费导致的社会保险待遇给付纠纷

（一）相关案例数据统计

根据《社会保险法》第83条第2款规定，用人单位或者个人对社会保险经办机构履行社会保险待遇给付义务存在争议的可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。⁴²⁴为反映社会保险争议中由于缴费义务人未足额缴纳社会保险费而

作者简介：房海军，山东临沂人，武汉大学2013级硕士研究生，研究方向：劳动与社会保障法。武汉大学法学院：武汉 430072；联系电话：15689679741

导致的社会保险待遇给付问题，笔者搜集整理了自 2011 年至 2015 年以来有关被保险人起诉社会保险经办机构的行政案件，其中以判决书形式结案的诉讼案件共计 399 件^{4 2 5}，由于未足额缴纳保险费导致社会保险待遇给付减少或落空而引发的诉讼案件共计 86 件。

按照年份进行统计，2015 年总计 60 例判决书，有 8 件是由于未足额缴纳保费而导致的社保待遇给付纠纷，根据社会保险种类进一步统计，其中工伤保险 6 例，养老保险 1 例，医疗保险 1 例；2014 年总计 260 例判决书，有 70 件是由于未足额缴纳保费而导致的社保待遇给付纠纷，其中工伤保险 21 例，养老保险 3 例，医疗保险 1 例，社会保险 45 例；2013 年总计 43 例判决书，有 5 件是由于未足额缴纳保费而导致的社保待遇给付纠纷，其中工伤保险 1 例，养老保险 1 例，社会保险 3 例；2012 年总计 16 例判决书，有 1 件是由于未足额缴纳保费而导致的社保待遇给付纠纷，该例案件系属工伤保险案例；2011 年总计 4 例判决书，有 2 件是由于未足额缴纳保费而导致的社保待遇给付纠纷，其中养老保险 1 例，社会保险 1 例。

图表 1

年份 \ 案例数及占比	案例总数	相关案例	占比
2015年	60	8	13.3%
2014年	260	70	26.9%
2013年	43	5	11.6%
2012年	16	1	6%
2011年及以前	4	2	50%
总计	399	86	21.6%

通过以上数据统计分析可以得知，因未足额缴纳保险费而导致的社会保险待遇给付纠纷业已成为亟需解决的社会保险争议难题。由于社会保险制度下险种不一，其各自特点决定了此类纠纷发生的概率不一。具体而言，未足额缴纳保险费

本文非常感谢武汉大学法学院张荣芳教授的悉心指导，感谢经济法教研室各位老师对文章修改提出的宝贵意见。

^{4 2 4} 《社会保险法》83 条第 2 款“用人单位或者个人对社会保险经办机构不依法办理社会保险登记、核定社会保险费、支付社会保险待遇、办理社会保险转移接续手续或者侵害其他社会保险权益的行为，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。”

^{4 2 5} 该 399 起案例均系来源于北大法宝数据库中的裁判文书大数据平台 (CaseShare)，笔者以“社会保险待遇”为关键词，文书性质为“判决书”，案由“行政”进行搜集所得。最后搜索日期：2016 年 1 月 25 日

而导致的社保待遇给付纠纷主要集中于工伤保险、养老保险以及医疗保险项目下，失业保险及生育保险相关案例较少，但就社会保险整体角度而言，因保费未足额缴纳而导致的待遇给付纠纷案例又占据较大比重。

（二）实务处理现状

对以上 86 起相关案例进行分析，根据未足额缴纳社会保险费的不同主体原因，将其引发的社会保险待遇给付纠纷作如下归类：第一种情形，用人单位原因，即在社会保险费缴纳过程中用人单位存在少缴、断缴或者未缴保险费的情形，从而导致劳动者社会保险待遇损失；第二种情形，用人单位与社会保险经办机构两方面原因，即在用人单位存在未足额缴费的前提下，社会保险经办机构怠于履行社会保险费稽查、核定、强制征缴职责，导致保险费最终无法足额缴纳，进而使得劳动者社保待遇受到损失；第三种情形，劳动者原因，即劳动者积极促成与用人单位之间的不缴社会保险费协议或不配合用人单位缴纳自己应承担部分的社会保险费，从而导致社会保险待遇损失。

对上述案例作进一步统计，86 件社会保险待遇给付纠纷中，由于用人单位原因导致保险费未足额缴纳，使劳动者遭受社保待遇损失的案例共计 34 例，由于用人单位与社会保险经办机构两方面原因，使得保险费未足额缴纳，导致劳动者社保待遇损失的案例共计 49 例，单纯由劳动者原因未足额缴纳保费导致社保待遇损失的案例共计 3 例。现就具体纠纷情形下实务中不同法院的处理态度作如下统计：

1. 用人单位存在少缴、断缴或未缴保险费的情形，导致劳动者社保待遇核定减少或落空这类纠纷中，法院的具体处理态度统计如下：

（1）用人单位完全未缴保险费的情况下案件类型均为工伤保险类案例，共计 14 起案例，其中 2 例案件属于保险空窗期内未缴工伤保险费，职工发生工伤而引发的工伤保险待遇给付纠纷⁴²⁶，就法院判决情况来看，一家法院支持了劳动者，判决由社会保险经办机构支付工伤保险待遇，一家法院支持了社会保险经办机构，判决其不支付工伤保险待遇；7 例案件属于未缴工伤保险费时工伤保险先行支付制度适用纠纷⁴²⁷，其中 6 家法院判决支持了劳动者支付保险待遇的诉求，

⁴²⁶ 贵州省黔南布依族苗族自治州中级人民法院 案件字号：(2014)黔南行终字第 68 号；安徽省桐城市人民法院 案件字号：(2014)桐行初字第 00005 号

⁴²⁷ 四川省乐山市中级人民法院 案件字号：(2015)乐行终字第 26 号；重庆市第二中级人民法院 案件字号：(2014)渝二中法行终字第 00151 号；山东省东营市垦利县人民法院 案件字号：(2014)垦行初字第 12 号；

由社会保险经办机构按照工伤保险先行支付规则向劳动者给付工伤保险待遇，只有 1 家法院判决支持了社会保险经办机构不予支付工伤保险待遇；剩余 5 起案例中仅有 1 起案例，法院以工伤保险中劳动者不存在缴费义务故不应承担未缴保费的不利后果为依据，判决由社会保险经办机构给付工伤保险待遇⁴²⁸，其他 4 起案例法院均支持了社会保险经办机构不予给付待遇的主张⁴²⁹。

图表 2

法院态度 案件类型及数量	支付劳动者数量 (例)	支持社保经办机构数量 (例)
空窗期未缴保费待遇纠纷 (2)	1	1
未缴工伤保费的工伤保险待遇 给付纠纷 (7)	6	1
其他 (5)	1	4

(2) 用人单位存在少缴或断缴保险费的情况下，导致的劳动者社会保险待遇给付纠纷案件共计 20 例，其中由于用人单位以低于劳动者实际工资标准向社会保险经办机构申报、缴纳保险费，导致劳动者社会保险待遇减少的案例共计 7 例⁴³⁰，且该 7 例案件法院均支持了社会保险经办机构依照用人单位实际缴费标准进行社会保险待遇核算的做法。对于劳动者因待遇核算减少而招致的实际损失法院判决未做处理；另有 9 例案件⁴³¹是由于用人单位在缴纳社会保险费的过程中存在中断缴费，但进行保费补缴后仍招致了劳动者社会保险待遇损失，其中 4 家法院支持了社会保险经办机构不予给付保险待遇的主张，5 家法院支持了劳动

重庆市第五中级人民法院（司法公开示范法院）案件字号：(2014)渝五中法行终字第 00128 号；重庆市忠县人民法院 案件字号：(2013)忠法行初字第 00024 号；广东省广州市天河区人民法院 案件字号：(2013)穗天法行初字第 265 号

⁴²⁸ 江苏省高邮市人民法院 案件字号：(2014)邮行初字第 00064 号

⁴²⁹ 广东省佛山市顺德区（市、县）人民法院 案件字号：(2014)佛顺法行初字第 56 号；辽宁省沈阳市中级人民法院 案件字号：(2014)沈中行终字第 430 号；广东省佛山市中级人民法院 案件字号：(2014)佛中法行终字第 300 号；陕西省汉中市中级人民法院 案件字号：(2013)汉中行终字第 00010 号

⁴³⁰ 四川省乐山市中级人民法院 案件字号：(2015)乐行终字第 54 号；北京市第二中级人民法院（司法公开示范法院）案件字号：(2015)二中行终字第 580 号；江苏省靖江市人民法院 案件字号：(2015)泰靖行初字第 4 号；宁夏回族自治区石嘴山市中级人民法院 案件字号：(2014)石行终字第 18 号；四川省乐山市市中区人民法院 案件字号：(2014)乐中行初字第 91 号；江苏省南通市港闸区人民法院 案件字号：(2014)港行初字第 00186 号；江苏省南京市中级人民法院 案件字号：(2012)宁行终字第 104 号

⁴³¹ 贵州省遵义市中级人民法院 案件字号：(2015)遵市法行终字第 67 号；山东省威海市经济技术开发区人民法院 案件字号：(2014)威文行初字第 57 号；广东省东莞市第三人民法院 案件字号：(2014)东三法行初字第 91 号；广东省佛山市顺德区（市、县）人民法院 案件字号：(2014)佛顺法行初字第 32 号；四川省乐山市中级人民法院 案件字号：(2014)乐行终字第 8 号；重庆市第四中级人民法院 案件字号：(2014)渝四中法行终字第 00026 号；山东省烟台市牟平区人民法院 案件字号：(2013)烟牟行初字第 35 号

者待遇给付的诉求；剩余 4 例案件^{4 3 2}是用人单位少缴或断缴保费的其他情形，导致劳动者社保待遇损失的问题，其中 1 例案件，由于法院查实并不存在少缴的情形，故判决支持劳动者诉求，由社会保险经办机构支付相关保险待遇，其他 3 家法院均判决支持社会保险经办机构不予给付保险待遇。

图表 3

法院态度 案件类型及数量	支付劳动者数量 (例)	支持社保经办机构数量 (例)
低于实际工资缴费待遇纠纷 (7)	0	7
断缴保费又补缴的待遇纠纷 (9)	5	4
其他 (4)	1	3

2. 在用人单位与社会保险经办机构两方面原因下，由于用人单位存在未足额缴纳社会保险费的情况，劳动者为保护自身享有的社会保险待遇给付请求权，往往请求社会保险经办机构履行稽核及强制征收社会保险费职责，在遭到社会保险经办机构拒绝后，遂向法院提起行政诉讼。根据对此部分案例的统计，在实务操作中有 13 例^{4 3 3}法院支持了劳动者的诉求，判决社会保险经办机构依法对用人单位应当缴纳的社会保险费进行核定和强制征缴；另外 36 例案件，法院支持了社会保险经办机构的主张，判决其不再履行稽核及征缴职责，亦不再负担社会保险待遇给付责任。然而根据具体案情进一步统计分析，之所以会出现绝大比例的法院判决支持社会保险经办机构，原因在于该 36 例^{4 3 4}案件中有 31 例案件是由于

^{4 3 2} 山东省威海市中级人民法院 案件字号：(2015)威行终字第 26 号；江苏省无锡市崇安区人民法院 案件字号：(2014)崇行初字第 57 号；福建省厦门市思明区人民法院 案件字号：(2014)思行初字第 102 号；陕西省西安市碑林区人民法院 案件字号：(2007)碑行初字第 33 号

^{4 3 3} 山西省太原市中级人民法院（司法公开示范法院） 案件字号：(2014)并行初字第 17 号；河南省安阳市龙安区人民法院 案件字号：(2014)龙行初字第 12 号；河南省安阳市中级人民法院 案件字号：(2014)安中行终字第 67 号；黑龙江省哈尔滨市香坊区人民法院（司法公开示范法院） 案件字号：(2014)香行初字第 11 号；福建省仙游县人民法院 案件字号：(2014)仙行初字第 13 号；福建省仙游县人民法院 案件字号：(2014)仙行初字第 14 号；福建省仙游县人民法院 案件字号：(2014)仙行初字第 15 号；福建省仙游县人民法院 案件字号：(2014)仙行初字第 16 号；福建省仙游县人民法院 案件字号：(2014)仙行初字第 17 号；福建省仙游县人民法院 案件字号：(2014)仙行初字第 18 号；福建省仙游县人民法院 案件字号：(2014)仙行初字第 19 号；福建省仙游县人民法院 案件字号：(2014)仙行初字第 20 号；江苏省南通市港闸区人民法院 案件字号：(2013)港行初字第 0043 号

^{4 3 4} 山东省莱芜市中级人民法院 案件字号：(2014)莱中行终字第 12 号；山东省商河县人民法院 案件字号：(2014)商行初字第 4 号；山东省商河县人民法院 案件字号：(2014)商行初字第 5 号；山东省商河县人民法院 案件字号：(2014)商行初字第 6 号；山东省商河县人民法院 案件字号：(2014)商行初字第 7 号；山东省商河县人民法院 案件字号：(2014)商行初字第 8 号；山东省商河县人民法院 案件字号：(2014)商行初字第 9 号；山东省商河县人民法院 案件字号：(2014)商行初字第 10 号；山东省商河县人民法院 案件字号：(2014)

劳动者在超过了法定的时效之后才向社会保险经办机构主张社会保险权利的，法院在认定了该时效的有效性后遂作了对劳动者不利的判决结果。

3. 在因劳动者自身原因，造成社会保险费未足额缴纳进而影响保险待遇给付的 3 起案例中^{4 3 5}，有 2 起案例均系劳动者在离职后以起诉社会保险经办机构未依法履行社会保险费稽核、征缴义务为出发点，要求社会保险经办机构履行职责并给付保险待遇，对该 2 起案例法院同样依照权利时效是否已过进行判决，1 起支持了社会保险经办机构不再履行征缴职责和支付待遇的主张，另外 1 起支持了劳动者诉求，判决社会保险经办机构应当继续履行强制征缴义务，并在条件达成后支付劳动者保险待遇。剩下 1 起案例，由于劳动者尚未满足医疗保险缴费年限条件，并拒绝继续缴费，法院判决支持社会保险经办机构不予给付医疗保险待遇。

（三）问题提出

结合上述案例统计分析，虽然每一个案具体案情各有不同，但案件背后所反映的实质问题非常一致，即社会保险关系下缴费义务人存在未足额缴纳社会保险费的情形时，被保险人可否足额享受社会保险待遇的问题。

对待此问题，社会保险经办机构并未根据社会保险费未足额缴纳的不同主体原因，作区别处理，其所持的态度十分坚决，即因相关义务人缴费义务尚未完全履行，故不承担待遇给付责任。由此导致如下问题的产生：不论是因为用人单位原因未足额缴费，还是因为劳动者原因未足额缴费，甚至是因为社会保险费征收机构未依法履行保费征缴义务导致保险费未足额缴纳，对劳动者社会保险待遇给付的影响都是一致的，即社会保险经办机构拒绝向劳动者给付社会保险待遇。

商行初字第 11 号；山东省商河县人民法院 案件字号：(2014)商行初字第 12 号；山东省商河县人民法院 案件字号：(2014)商行初字第 13 号；山东省商河县人民法院 案件字号：(2014)商行初字第 14 号；山东省商河县人民法院 案件字号：(2014)商行初字第 15 号；山东省商河县人民法院 案件字号：(2014)商行初字第 16 号；山东省商河县人民法院 案件字号：(2014)商行初字第 17 号；山东省商河县人民法院 案件字号：(2014)商行初字第 18 号；山东省商河县人民法院 案件字号：(2014)商行初字第 19 号；山东省商河县人民法院 案件字号：(2014)商行初字第 20 号；广东省佛山市中级人民法院 案件字号：(2014)佛中法行终字第 223 号；广东省佛山市中级人民法院 案件字号：(2014)佛中法行终字第 224 号；广东省佛山市中级人民法院 案件字号：(2014)佛中法行终字第 225 号；广东省佛山市中级人民法院 案件字号：(2014)佛中法行终字第 226 号；广东省佛山市中级人民法院 案件字号：(2014)佛中法行终字第 227 号；广东省佛山市中级人民法院 案件字号：(2014)佛中法行终字第 228 号；广东省佛山市中级人民法院 案件字号：(2014)佛中法行终字第 229 号；广东省佛山市中级人民法院 案件字号：(2014)佛中法行终字第 230 号；广东省佛山市中级人民法院 案件字号：(2014)佛中法行终字第 231 号；广东省佛山市南海市（区）人民法院 案件字号：(2014)佛南法行初字第 79 号；湖北省秭归县人民法院 案件字号：(2014)鄂秭归行初字第 00001 号；广东省江门市中级人民法院 案件字号：(2013)江中法行终字第 23 号；湖南省宁乡县人民法院 案件字号：(2011)宁行初字第 9 号

^{4 3 5} 湖北省宜昌市中级人民法院 案件字号：(2014)鄂宜昌中行终字第 00074 号；江苏省南京市中级人民法院 案件字号：(2014)宁行终字第 198 号；广东省韶关市中级人民法院 案件字号：(2014)韶中法行终字第 55 号

从法院对此问题的处理现状来看，由于判案中受到个案具体案情的影响，案件处理结果存在明显差异，究竟该持怎样的价值判断各地尚未形成统一意见。并且基于实务操作的简便性考虑，法院往往遵循案件发生一起即解决一起的处理态度，终究未对该类案件中所蕴含的法理性问题进行反思。基于此，结合以上案件中实务层面的处理思路，从理论层面对该问题进行研究更显得尤为重要。

社会保险费未足额缴纳是否必然导致被保险人社会保险待遇的拒绝给付？本文认为欲解决该问题，需要以以下两个问题的解决为突破：即社会保险费与社会保险待遇的关系是什么？社会保险费征缴义务主体怠于履行法定义务应当承担怎样的法律后果？

二、社会保险费与社会保险待遇关系的规范现状及问题

（一）规范现状：社会保险费是社会保险待遇给付的前提

结合现行的社会保险制度来看，社会保险具体由养老保险、医疗保险、工伤保险、失业保险以及生育保险五类险种构成。从目前的法律规范现状看，上述五项保险中养老保险、失业保险以及生育保险系由《社会保险法》明确规定，社会保险待遇的给付需要以社会保险费的足额缴纳为前提，而对于工伤保险、医疗保险《社会保险法》虽然并未在法条中明确进行规定，但根据立法对工伤保险先行支付制度的设计理念以及各地方出台的规范性文件的相关规定，亦可推知工伤保险以及医疗保险待遇的给付同样需要以社会保险费的足额缴纳为前提。以下结合具体法律规范的规定对该现状展开详细阐述。

《社会保险法》第16条规定参加养老保险的被保险人在达到退休年龄后，需累计缴费满十五年方可享受养老保险待遇。⁴³⁶《关于实施〈社会保险法〉的若干规定》（以下简称《若干规定》）第2条进一步规定“缴费不足十五年的被保险人可以延长缴费至十五年，对于符合条件的被保险人可以一次性补缴养老保险费至满十五年。”同于对养老保险待遇给付条件的规定，《社会保险法》第45条明确规定被保险人享受失业保险待遇，需满足缴纳失业保险费至少满一年的条件。同样地，《社会保险法》第54条规定，职工生育保险待遇的享受以用人单位已经

⁴³⁶ 《社会保险法》第16条“参加基本养老保险的个人，达到法定退休年龄时累计缴费满十五年的，按月领取基本养老金。参加基本养老保险的个人，达到法定退休年龄时累计缴费不足十五年的，可以缴费至满十五年，按月领取基本养老金。”

缴纳生育保险费为前提。⁴³⁷至此，立法对如上三项保险待遇给付条件的规定已十分明确，即保险费的缴纳是被保险人享受待遇给付的前提条件。

对于医疗保险以及工伤保险待遇的给付是否以保险费的缴纳为前提，《社会保险法》及相关法律法规的立法内容亦给予了充分的肯定。详言之，就医疗保险来看，《社会保险法》第23条明确了用人单位及其职工均负有缴纳医疗保险费的义务⁴³⁸，并且该法第27条规定，退休离职的职工享受基本医疗保险待遇的条件是累计缴费达到法定年限。⁴³⁹但对于职工在职期间发生疾病风险享受医疗保险待遇的条件是否以足额缴纳医疗保险费为必要，法律并未作规定，专门针对社会保险法实施问题进行规定的《若干规定》亦未就该问题给予答复。基于上位法相关规定的缺失，为了有效解决实务中频繁发生的医疗保险待遇给付纠纷，各地方有关部门均相应出台了针对该问题的法律法规以及规范性文件等。以文章第一部分统计的两起有关医疗保险待遇给付争议案件发生地的法律规定为例⁴⁴⁰，《威海市职工医疗保险规定》第11条“用人单位不按规定及时足额缴纳基本医疗保险费的，其职工发生的医疗费用，医疗统筹基金不予支付。”从该规范的内容可以得知，医疗保险费的缴纳是被保险人享受医疗保险待遇的前提条件。基于此，在相关案例中，威海市一审法院则明确作了如下处理意见“《威海市职工基本医疗保险规定》与《社会保险费征缴条例》、《社会保险法》并无相互矛盾，且共同确立了将应当缴纳医疗保险费作为个人的义务，而依照法律中的权利义务相一致原则，如未履行相应的义务，则不应享受相应的医疗保险待遇，即职工享受医疗保险待遇的前提条件是用人单位和个人均按规定缴纳了基本医疗保险费。”⁴⁴¹作为二审法院的威海市中级人民法院对上述一审法院的处理意见给予了充分的肯定。

就同一问题，《南京市社会基本医疗保险办法》第34条亦作了明确规定，即“用人单位未足额缴纳医疗保险费的，于次月起医疗保险待遇即暂停给付。如果用人单位在三个月内补足了欠缴的保险费，欠缴期间职工发生的医疗费用，医疗

⁴³⁷ 《社会保险法》第54条“用人单位已经缴纳生育保险费的，其职工享受生育保险待遇；职工未就业配偶按照国家规定享受生育医疗费用待遇。所需资金从生育保险基金中支付。”

⁴³⁸ 《社会保险法》第23条“职工应当参加职工基本医疗保险，由用人单位和职工按照国家规定共同缴纳基本医疗保险费。”

⁴³⁹ 《社会保险法》第27条“参加职工基本医疗保险的个人，达到法定退休年龄时累计缴费达到国家规定年限的，退休后不再缴纳基本医疗保险费，按照国家规定享受基本医疗保险待遇；未达到国家规定年限的，可以缴费至国家规定年限。”

⁴⁴⁰ 山东省威海市中级人民法院 案件字号：（2015）威行终字第26号；江苏省南京市中级人民法院 案件字号：（2014）宁行终字第198号。

⁴⁴¹ 参见山东省威海市中级人民法院（2015）威行终字第26号判决书。

保险基金予以支付；但用人单位欠缴保费超过三个月才补缴的，欠缴期间发生的医疗费用医疗保险基金不再予以支付。”⁴⁴²从南京市的规定来看，虽然社会保险待遇不予给付的起算时点是用人单位欠缴保费的次月，但该规定所强调的用人单位及时对社会保险费进行补缴后，被保险人才可获得社会保险待遇给付，这一点足以表明医疗保险费的及时足额缴纳是为医疗保险待遇给付的先决要件。

再从《社会保险法》对工伤保险待遇给付条件的规定来看，该法第36条规定“职工因工作原因受到事故伤害或患职业病并且经过工伤认定的，享受工伤保险待遇。”同法第41条进一步规定“职工所在用人单位未依法缴纳工伤保险费，发生工伤事故的，由用人单位支付工伤保险待遇。用人单位不支付的，从工伤保险基金中先行支付。”《社会保险基金先行支付暂行办法》亦对用人单位未依法缴纳工伤保险费，由工伤保险基金先行支付工伤保险待遇的问题作了细致规定。就以上立法内容来看虽然36条并未提及工伤职工享受工伤保险待遇需满足保险费足额缴纳要件，但从41条对工伤保险先行支付制度的设计看，工伤保险待遇的给付并未完全遵循36条的要件规定，细言之，按照36条的规定，劳动者发生了工伤风险或者被诊断患有职业病，即可向社会保险经办机构主张享受工伤保险待遇，但41条却明确指明在此情况下，如若用人单位尚未足额缴纳工伤保险费，劳动者只能基于风险损失先向用人单位主张工伤保险待遇损害赔偿，只有在用人单位无法履行或不履行时，社会保险基金才可先行给付工伤保险待遇。从该条立法的上述适用逻辑可以得知，确立工伤保险先行支付制度虽然旨在保障发生风险的劳动者能够及时得到损害救济，但立法者同时也在强调用人单位未足额缴纳工伤保险费依然会对保险待遇给付产生不利影响，即劳动者没有先向用人单位主张权利的，社会保险经办机构可以拒绝给付工伤保险待遇。由此可以推知，《社会保险法》第41条实际上于无形中增加了工伤保险待遇给付需要满足用人单位足额缴纳工伤保险费这一前提条件。

（二）问题：背离了社会保险的基本属性

基于对前文法律规范将社会保险费的及时足额缴纳作为社会保险待遇给付

⁴⁴² 《南京市社会基本医疗保险办法》第34条“用人单位参加城镇职工基本医疗保险后中断或未足额缴费，自次月起暂停参保人员（包括退休退职人员）的基本医疗保险待遇，并中止向个人账户划帐，用人单位在三个月内补足欠费的，从补缴次月起恢复享受基本医疗保险待遇，补划个人账户，欠费期间发生的医疗费用按规定支付，欠费超过三个月以上的，用人单位在按规定补缴后，可恢复参保人员待遇享受资格，补记个人账户，缴费年限连续计算，但欠费期间发生的医疗费用统筹基金和大病医疗救助基金不予支付。”

前提要件的现状分析,结合社会保险的相关属性,对目前这一规范现状所存在的诸多问题作如下概括。

1. 有悖社会保险关系的公法之债属性

社会保险关系系属公法之债,对该性质界定我国大陆学者鲜有论述,可资借鉴的理论观点较多见于我国台湾地区实践经验的总结及相关学者的论述。关于社会保险关系公法上法律关系的论断,早于上世纪 50 年代台湾劳工保险开办之初,“最高行政法院”在判例中即有述及,该院于 1955 年在一项关于请求劳工保险遗属津贴的判例中明确阐明,劳工保险系公法上之法律关系,与普通商业保险为私法上之契约关系不同⁴⁴³。由于当时社会保险关系讨论的焦点主要集中于其为公法性质还是私法性质,故对此关系属于二者中哪一具体形态的问题未有提及。直到本世纪随着全民健康保险的开办,理论界在对社会保险关系公法属性的认定达成共识的基础上,才开始重新探讨该公法关系究竟属于国家行为的哪一种具体形态。结合我国具体实情,现行《社会保险法》第 7 条、第 8 条有关社会保险管理体制的规定明确表示,由国家社会保险行政部门负责全国的社会保险管理工作,各地方政府社会保险行政部门负责本行政区的社会保险管理工作,并且由社会保险经办机构负责提供社会保险服务,负责社会保险登记、个人权益记录、社会保险待遇支付等具体社会保险事务。该法第 83 条同时规定用人单位或者个人与社会保险行政部门发生的社会保险争议,通过依法申请行政复议或提起行政诉讼的方式解决。从上述现行的社会保险管理体制以及社会保险争议处理机制的设计可以推知,社会保险经办机构是代表社会保险行政部门行使公法职权,其与被保险人之间形成的社会保险关系应为公法关系。

进一步对该公法关系具体属于国家哪类行为进行探讨。从台湾理论界关于社会保险关系性质界定的争鸣来看,大致可分为“行政契约说”、“行政处分说”、“公法上法定之债说”三类。依据“行政契约”理论,即认定社会保险之被保险人与推行社会保险之国家间,系处于公法(行政)契约关系,双方互负对待给付义务。⁴⁴⁴社会保险被保险人申请投保的行为可视为要约,社会保险的保险人审核后予以同意的行为可视为承诺,双方关系的形成是社会保险当事人双方合意的

⁴⁴³ 参见台湾地区“最高行政法院”44 年判字第 30 号,案由:请求劳工保险遗属津贴。

⁴⁴⁴ 参见台湾“司法院大法官”解释,“司释字”第 472 号,大法官施文森所述的不同意见书部分。

结果。⁴⁴⁵随着全民健康保险制度的建立，台湾社会法学者在对全民健康保险关系作进一步研究的同时，开始对以上“行政契约说”之观点提出越来越多的质疑。其中以蔡维音为典型代表的学者，从社会保险不同于商业保险的特质角度，对社会保险关系形成中所含有的契约成分提出质疑，“社会保险乃是由国家所主导，透过直接立法及授权命令来形成保险关系的内容，并强制国民参与，在这种法定社会保险关系中究竟还残留多少‘契约’的要素是十分值得检视的。”⁴⁴⁶基于这样一种质疑，并结合全民健康保险法第14条⁴⁴⁷的规定，学说上提出了社会保险关系是“公法上法定之债”的见解，即主张社会保险关系乃是直接依据法定事实而自动发生，该法律关系下的权利义务内容亦由法律明定，其得丧变更均取决于法定事实的存在与否，社会保险当事人之间不仅毫无意思介入之余地，就连是否认识到法定事实的发生也在所不问。⁴⁴⁸

“公法上法定之债说”对“行政契约说”提出的质疑使得后者逐渐式微，但前者所主张的社会保险关系的发生系依据法定事实自动发生的见解并未获得全面性支持⁴⁴⁹。台湾理论界仍有学者持“行政处分说”的见解，该说将社会保险关系与税捐法律关系类比，主张人民加入全民健康保险之义务类似纳税人报税之协力义务，至于缴纳保险费或纳税之公法上金钱义务，则有待保险人确认核定被保险人之投保资格、投保身份、投保金额等具体内容以后才发生。⁴⁵⁰

基于以上台湾学者的三种主张，本文认为应当将社会保险关系界定为“公法上法定之债”。首先，社会保险具有明显区别于一般商业保险的特定属性，即社会保险具有典型的强制性，该特点无可置疑地否定了“行政契约说”的立论基础，

⁴⁴⁵ 参见吴庚：《行政法之理论与实用》，中国人民大学出版社，2005年版，第271页。

⁴⁴⁶ 蔡维音：《社会国之法理基础》，台南，正典出版文化有限公司，2001年版，第146页。

⁴⁴⁷ “全民健康保险法”第14条“保险效力之开始，自合于第八条及第九条所定资格之日起算。保险效力之终止，自发生前条所定情事之日起算。”第8条“具有‘中华民国’国籍，符合下列各款资格之一者，应参加本保险为保险对象：一、最近二年内曾有参加本保险纪录且在台湾地区设有户籍，或参加本保险前六个月继续在台湾地区设有户籍。二、参加本保险时已在台湾地区设有户籍之下列人员：（一）政府机关、公私立学校专任有给人员或公职人员。（二）公民营事业、机构之受僱者。（三）前二目被保险人以外有一定雇主之受僱者。（四）在台湾地区出生之新生儿。（五）因公派驻国外之政府机关人员与其配偶及子女。曾有参加本保险纪录而于本法中华民国一百年一月四日修正之条文施行前已出国者，于施行后一年内首次返国时，得于设籍后即参加本保险，不受前项第一款六个月之限制。”第9条“除前条规定者外，在台湾地区领有居留证明文件，并符合下列各款资格之一者，亦应参加本保险为保险对象：一、在台居留满六个月。二、有一定雇主之受僱者。”第13条“有下列情形之一者，非属本保险对象：已参加者，应予退保：一、失踪满六个月者。二、不具第八条或第九条所定资格者。”

⁴⁴⁸ 同前注①，第147-148页。

⁴⁴⁹ 支持“公法上法定之债”之见解，参见郭明政，《社会保险关系争议问题之探讨》，载《行政法实务与理论（一）》，台北，元照出版有限公司，第478页。

⁴⁵⁰ 参见雷文政：《全民健保保险人与被保险对象间法律关系之研究》，载《中原财经法学》，第6期。

即构成行政契约的前提是社会保险关系的双方当事人必须对彼此保险关系的形成具有合意之基础，并对彼此间互负的权利义务具有相互磋商的可能。以最为基本的示例言之，根据该学说可如此推论，社会保险费的缴纳义务作为被保险人在社会保险关系下最基本的义务内容，社会保险的被保险人可以与保险人就其缴纳多少进行约定。显然，在社会保险中这是绝无可能的。再就“行政处分说”而言，依照该说之理论，社会保险关系的产生与否最终依赖于社会保险行政机关的行政处分行为，即社会保险登记确认行为，换言之，投保人或被保险人在社会保险关系的生成中仅处于被动认可的地位，社会保险行政部门的单方意思表示即可招致社会保险双方当事人权利义务关系的发生与变更。然而，社会保险作为宪法明文期待且欲保障之“社会权利制度”，其担负着特定的社会功能，其制度设计的理念在于基于社会连带之思想，保证劳动者不至于因遭受风险损失，招致贫穷之困扰，这是社会国原则下作为国民与生俱来的社会权利，立法机关在制定相关法律时不得违背社会保险此一基本内容与目的。⁴⁵¹社会保险行政机关所为的上述社会保险登记确认行为，仅是严格遵循法律保留原则的必经程序之体现，该程序设定的目的旨在因应社会保险制度的有效管理。按照“行政处分说”的主张，社会保险行政机关登记确认行为具有招致社会保险权利义务关系产生的功能，显然赋予了社会保险行政机关否定国民与生俱来权利的性能，这是对国民社会权利的侵犯，背离了社会保险制度设立的初衷。

从我国对现行社会保险制度的立法实际来看，将社会保险关系界定为公法上法定之债，更符合目前社会保险制度设计之架构。就社会保险权利来源而言，我国宪法第45条规定“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情形下，有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。”《社会保险法》第1条进一步阐明，该法系根据宪法旨意制定，目的即在于保障公民社会保险权利的实现。其确立了社会保险的强制性，从而使得社会保险关系依赖于法定事实的发生而产生。此外，社会保险法及相关法律法规对社会保险关系下被保险人的缴费义务、缴费标准的确立以及保险人保险待遇给付条件、给付标准的确立均作了明确规定。诸如以上种种制度设计，均一一符合“公法上法定之债说”的理论。

⁴⁵¹ 参见钟秉正：《社会法与基本全保障》，台北，元照出版公司，2010年初版，第79页。陈新民：《论社会基本权利》，载《宪法基本权利之基本理论》上册，1996年第四版，第114页。

基于社会保险关系公法之债属性的界定,此关系伴随着法定要件的发生而产生,作为该层法律关系义务内容的社会保险待遇给付义务,应当自被保险人满足法定要件时由社会保险人履行,显然该法定要件应当是作为保险对象的保险事故的发生,而非社会保险缴费义务人缴费义务的履行。目前立法将社会保险待遇的给付与社会保险费的实际缴纳挂钩,甚至将其作为被保险人享受待遇的前提,显然不符合社会保险关系公法之债的基本属性。

2. 破坏了社会保险的强制保险属性

社会保险是典型的强制保险,是国家以立法形式建立的风险分摊机制。国家立法规定所有的参保对象必须依法参加,并且受到社会保险的强制保护。⁴⁵²该强制保护的效力体现于被保险人一旦发生风险事故,社会保险人即应当按照法定标准给付社会保险待遇。与强制保护效力相对应的是强制征缴社会保险费的效力,即社会保险缴费义务人应当依法缴纳社会保险费;社会保险人应当强制征收社会保险费。概言之,社会保险的强制性既体现为强制保护被保险人的效力;又体现为社会保险当事人强制征缴社会保险费的效力。

按照社会保险强制保护效力的原理,保险人基于保险事故的发生应当依法向被保险人给付社会保险待遇,然而立法将社会保险费的实际足额缴纳作为社会保险待遇给付的前提,使得社会保险人凭借缴费义务人尚未足额缴纳社会保险费的事由即可拒绝给付待遇。由此打破了社会保险对被保险人本应具有的强制保护效力。

社会保险强制保护效力被打破,进一步导致强制征缴社会保险费的效力被打破。详言之,基于法定风险的发生,社会保险人本应被强制给付社会保险待遇,面对该压力,其亦会在社会保险缴费义务人未足额缴纳社会保险费时,积极行使强制征收社会保险费的职权。然而,根据立法规定,社会保险费的实际缴纳成为社会保险待遇给付的先决条件,此时保险人有权拒绝向被保险人给付社会保险待遇。如此一来,保险人所面临的被强制给付待遇的压力已不存在,面对行使征收社会保险费职权可能给自身造成人力、财力消耗的压力以及保险费征收过程中可能遇到的阻力,保险人自然愿意直接选择不予给付社会保险待遇,与此同时,也不会去积极行使强制征收保险费的职权。由此产生的不利影响是,社会保险缴费

⁴⁵² 参见张荣芳:《社会保险法学》,武汉大学出版社,2012年版,第3页。

义务主体由于缺乏强制力的威慑，其本应承担的法定缴费义务变得任意化，既然已经发生了未足额缴纳社会保险费的事实，积极主动地去补缴保费可能招致来自法律的处罚，故而不如直接选择继续欠缴保险费。在这样一种恶性循环下，社会保险固有的强制征缴保险费的效力被彻底打破，该效力所具有的核心意义即保障被保险人于风险事故发生之际能够享受对应保险待遇的功能丧失殆尽。

3. 有违社会保险风险分摊的目标

社会保险制度设立的初衷是为了对面临同一职业风险的劳动者提供强制保护，其保护机制的发挥是基于保险大数法则的原理，实现被保险人风险的分摊，以此增强保险团体成员共同抵御职业风险的能力。有待指明的是，社会保险风险分摊的目标并非体现在降低劳动者职业风险的发生，而是旨在弥补职业风险发生给劳动者造成的损失，此损失通常表现为医疗费用与工作收入，是故，保险待遇给付通常以金钱补偿为主要手段。⁴⁵³依循一般保险原理，为达成风险分摊的目的，风险共同体对其每一个成员都取得一个独立的填补需求的请求权，即保费之请求权，原因即是为了在保险事故发生时用来填补成员遭受的损害。私人保险基于追求经济上的获利或是至少维持损益平衡，普遍坚守这一原则，然而社会保险异于私人保险的特质，即在于往往以社会政策上的目的为决定性指标（协助需要扶助者并促进社会和平），因此政策上的考量时常会左右保险给付的条件，使得社会保险无法完全依循保险原则来运作。⁴⁵⁴将保费作为待遇给付前提条件的规范现状，完全忽视了社会保险有别于私人保险的这一特征，使得社会保险固有的制度功能受到冲击，由于无法享受待遇，本应受到强制保护的被保险人，在风险事故发生后遭受的损失无法得到弥补，由此社会保险风险分摊的目标落空。

被保险人在遭受保险人拒绝待遇给付后，面对权利救济的需要，只能通过诉讼的途径向法院主张权利保护。法院面对此类案例一方面需要保护受有损害的被保险人，另一方面又需要遵循立法规定进行断案，面对两难困境，只能选择公法权利保护私法化，即以制定司法解释的形式支持劳动者通过私法途径向怠于履行缴费义务的用人单位主张社会保险待遇损害赔偿。⁴⁵⁵基于劳动关系，法院即可

⁴⁵³ 参见钟秉正：《社会法与基本权保障》，台北，元照出版有限公司，2010年版，第72页。

⁴⁵⁴ 蔡维音：《社会国之法理基础》，台南，正典出版文化有限公司，2001年版，第141页。

⁴⁵⁵ 《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第1条规定“劳动者以用人单位未为其办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇为由，要求用人单位赔偿损失而发生争议的，人民法院应予受理。”

以私法路径,判决由用人单位赔偿因其未足额缴纳保险费而给劳动者造成的保险待遇损失。通过这一路径虽然可在一定程度上对劳动者的合法权利进行救济,但如此的实务操作并不能得到法律上的支持,因为国家既然通过立法设立了社会保险制度,就应当充分发挥其制度保障的功能,基于社会保险关系公法之债的属性,劳动者发生的风险损失只能由保险人通过保险待遇的给付予以填补。

三、社会保险费与社会保险待遇关系的应然分析

(一) 社会保险费与社会保险待遇具有弱关联性

社会保险作为国家通过强制手段推行的社会政策之一种^{4 5 6},与诸如社会救助等其他社会安全措施的典型区别即在于,社会保险对保险技术的应用决定了它要受到保险原则基本要素的约束,于财源方式上即表现为存在缴费、缴费与待遇之间存在关联。^{4 5 7}详言之,诸如社会救助等社会安全措施,其财源系来自于政府的一般税收或捐献,符合条件的受领人无需缴纳任何费用即可享有救助的权利。虽然社会保险的财源亦有来自于政府财政补助的成分,但该部分政府补助一般仅在以下四种情形下才会发生,即政府将非保险类的福利目标强制由社会保险负担的情形,典型的代表即是社会保险被保险人因收入较低无力负担社会保险费时,政府会以财政方式负担此部分群体应当缴纳的社会保险费,以此维持其被保险人的身份;在制度建立之初,为了社会保险制度有效推行而发生的制度转换成本,会由政府以财政补助方式予以承担;社会保险制度运行出现收不抵支的财务危机时,政府会发挥财政兜底的担保责任;负责社会保险制度具体运行的机构运作成本,会由政府以财政补助方式进行承担。除去上述几类情形,社会保险的主要财源系来自保险团体成员缴交的社会保险费,即社会保险的被保护对象必须缴纳社会保险费以实现社会保险基金的积累,当保险个体成员发生风险损失时,即从社会保险基金池中取出部分,作为社会保险待遇支付给风险发生者。由此体现出社会保险费与社会保险待遇之间具有一定的关联性。

结合社会保险费的确定以及社会保险待遇给付的确定,进一步对二者之间的关联性进行分析。在一般保险中,保险费高低的确定以被保险人投保风险发生的机率大小为依据,二者之间是一种正比关系,即投保风险发生的机率越高,被保

^{4 5 6} 谢淑慧,黄美玲编著:《社会保险》,台北,华立图书股份有限公司,2014年第4版,第14页。

^{4 5 7} 【德】汉斯·察赫著:《福利社会的欧洲设计——察赫社会法文集》,刘冬梅、杨一凡译,北京大学出版社,2014年6月版,第265页。

险人需要缴纳的保险费越高。遵循该原理，商业保险费系通过对投保人投保风险系数的计算，来确定保险费缴纳数额。⁴⁵⁸相应地，保险待遇的给付即根据风险事故造成的损失数额予以确定。然而，在社会保险中，社会保险费的确定并不遵循上述风险决定原则，而是一定程度上遵循税收征缴中的量能负担原则，即以被保险人的能力（所得）高低为保费确定的依据。并且当被保险人收入所得低于特定标准时，立法将其界定为需要国家救助的对象，仍然会保有其社会保险被保险人的资格，但豁免其应当负担的社会保险费。⁴⁵⁹从各国社会保险费征缴制度的实践经验来看，社会保险费的具体计算模式大都采用所得比例保险费制(Earning Related System)，即以社会保险被保险人工资所得为计算依据，规定一定的比率作为保险费率，以此计算各人应当缴纳的社会保险费。⁴⁶⁰相对应地，社会保险待遇给付的确定，并没有因为社会保险费确定方式的改变而有所变化，依然由风险发生后损失大小决定。在此意义上可以得知，社会保险的不同被保险人只要各自在能力负担范围内履行了社会保险费的缴纳义务，面临同一风险损失，会享受到相同的社会保险待遇。可见，社会保险费与社会保险待遇之间的关联性是极其微弱的。概言之，二者之间此种弱关联性的特征并未呈现出像商业保险那样要求待遇给付额度与保险费之间存在“数学性的比例关系”，而是呈现出一种“约略性”的比例，即是在整体保费收入与保险支出之间要求“收支平衡”，并不要求个案中保费与给付之间的完全对应。⁴⁶¹

（二）社会保险待遇给付不以缴费为条件

1. 社会安全权的实现不应以缴费为条件

社会安全权应当是每一个国民依法享有的宪法性权利，我国宪法明确规定公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下，有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。由此可见，社会保险制度就是为了保障全体国民能够享受来自国家的社会安全保护而设立。其保障社会安全的具体内涵就在于防贫功能的发挥，即保障被保险人最低基本经济安全的功能，具体而言是指，针对被保险人危险事故的发生提供事

⁴⁵⁸ 江朝国：《保险法基础理论》，台北，瑞典图书股份有限公司，1995年版，第203页。

⁴⁵⁹ 参见蔡维音：《全民健保之合宪性检验》，载《月旦法学杂志》，1998年，第51期。

⁴⁶⁰ 同前注①，第24页。

⁴⁶¹ 熊伟、张荣芳：《财政补助社会保险的法学透析：以二元分立为视角》，载《法学研究》，2016年第1期。

后的补救及经济协助，使个人或家庭免于陷入经济生活困顿与不安定，生活可获保障。⁴⁶²

为了实现这一目标，社会保险人一方面应当注意，当被保险人因遭受风险事故损失而面临生活困顿时，即意味着其社会安全权已经受到极大的侵害，此时正是社会保险应当发挥固有价值最佳时机，纵使存在尚未足额缴纳社会保险费的事实，社会保险人也不能借此拒绝社会保险待遇给付，否则即是眼睁睁的看着被保险人深陷经济困顿的局境而不顾；社会保险人还应注意的另一方面，当被保险人由于收入所得较低，仅能维持个人与家庭的基本生活需求时，即意味着其社会安全将面临侵害之虞，如若继续要求被保险人及时足额缴纳社会保险费，必然导致其生活陷入经济困顿，纵然风险尚未发生被保险人业已因为保险制度本身而陷入了急需救济的局境。此时，为了保障被保险人能够维持一般社会生活水准的最基本需要，社会保险必须遵循社会适当原则，即由社会保险人豁免被保险人的保险费缴纳义务。与此同时，当风险事故发生时，社会保险人应当向被保险人足额给付社会保险待遇，以弥补其因风险发生而招致的损失。

进一步而言，上述社会保险对被保险人缴费义务的豁免，即是社会保险理念中所蕴含的部分社会福利思想的体现。⁴⁶³从福利国家制度的发展趋势来看，其越来越倾向于给更广泛的人群提供社会保护，反映到社会保险中来，则表现为越来越倾向于待遇水平的普遍化，即解除预防缴费和社会福利待遇之间的关联，这意味着，从对个人的选择性保障转向普遍性保障，从由缴费支持转向税收支持，从对社会风险的保障转向针对社会状况的保障，从缴费与待遇的对等关系转向待遇的社会公平性，从对个人生活水平的保障转向适当共享社会富裕的保障。⁴⁶⁴根据对该发展的社会保险理念分析，如若允许社会保险人简单的以社会保险费未足额缴纳为由拒绝被保险人保险待遇的给付，这无异于直接宣告双方社会保险关系终止，社会保险被保险人被排除于保险体系之外。为反对社会保险人享有此特权，台湾学者从社会保险费具有税收性质的角度进行阐述，社会保险费类似于完成特定社会安全所必须负担的基本税赋，没有人会因为未缴税捐而被排除于社会生活体系之外，而不能使用税收所建设的设施，因此也没有被保险人会因为欠缴保费

⁴⁶² 谢淑慧，黄美玲编著：《社会保险》，台北华立图书股份有限公司，2014年第4版，第28页。

⁴⁶³ 参见台湾“司法院大法官”解释，“司释字”第568号，大法官许玉秀所述的协同意见书部分。

⁴⁶⁴ 【德】汉斯·察赫著：《福利社会的欧洲设计——察赫社会法文集》，刘冬梅、杨一凡译，北京大学出版社，2014年6月版，第265页。

而被排除于保险体系之外。⁴⁶⁵

上述主张恰恰与社会保险费和社会保险待遇的弱关联性之本质形成相得益彰之佐证。从社会保险费与社会保险待遇的弱关联性来看，社会保险待遇的给付所强调的社会保险费缴纳义务是以社会保险被保险人自身能力所及的范围为限度。此意味着，假定最为极端的情形出现，即在社会保险关系存续期间，被保险人能力（所得）已经无法负担社会保险费，即使其缴费为零，即未缴费，法定风险发生时，保险人依然应当履行社会保险待遇给付义务。

2. 由社会保险关系的公法之债属性决定

根据前文对社会保险关系公法之债的界定，该法律关系的产生及终止是基于法定事实而自动发生的，就该法定事实的认定可以结合《社会保险法》的相关立法规定予以推知。虽然《社会保险法》并未明确指明社会保险关系的产生时点，但从相关法条规定的内容可以推知该时点应当以劳动关系的确立为标志。结合具体法条内容分析，《社会保险法》第58条规定，用人单位应当自用工之日起30天内为其职工办理社会保险登记，未予办理的，社会保险经办机构核定其应当缴纳的社会保险费。此意味着，用工之日是社会保险经办机构核定缴费义务人应当缴纳社会保险费的起点，即表明，作为社会保险协力义务人的用人单位以及作为被保险人的劳动者缴纳社会保险费义务的起算时点是以用工之日为标志。由于社会保险费的缴纳义务系社会保险关系权利义务内容的一部分，可见，社会保险关系产生时点即是用人单位用工之日。而结合《劳动合同法》第7条的规定，用人单位用工之日是为劳动关系确立之标志，故此当可断言，劳动关系产生之际即为社会保险关系产生之时。

再从社会保险关系的终止时点来看，虽然《社会保险法》亦未做明确规定，但可从职工社会保险制度的宗旨和运作原理进行推知。职工社会保险制度设立的宗旨是对被纳入到用人单位生产经营中的劳动者提供保险保障，该社会保险团体的组成成员必须以具备劳动者身份为前提，当劳动者退出劳动关系时，其劳动者身份随之消灭，相应地即不再符合职工社会保险保障对象之身份要件。由此可见，劳动关系的终止时点即为社会保险关系的终止时点。

基于如上分析，社会保险关系与劳动关系相伴而生，相伴而止。劳动者自进

⁴⁶⁵ 参见“台湾司法院大法官”解释，“司释字”第568号，大法官许玉秀所述的协同意见书部分。

入用人单位开始工作与之形成劳动关系之际,即与社会保险经办机构自动形成社会保险关系,此时劳动者获得了社会保险被保险人身份,即开始受到社会保险之保障。而劳动者在社会保险中缴费义务的设定仅是制度设计者欲通过经济管理手段以增强社会保险被保险人的费用意识⁴⁶⁶。本质上而言,劳动者在劳动关系下履行的劳动义务才是社会保险关系权利义务内容的首位义务。原因在于,劳动者劳动义务的履行同样为社会保险基金的积累做出了卓越的贡献。根据马克思《哥达纲领批判》一书关于全部社会产品应扣除部分理论的阐述,原初状态的社会产品是由劳动者通过履行劳动义务所创造,该类社会产品最终流通向市场,真正成为传统意义上的消费品需要经过层层扣除,其中第一环节应扣除的部分便包括“用来应付不幸事故、自然灾害等的后备基金或保险基金”即属于社会保险基金性质的扣除⁴⁶⁷。从此种意义上说,劳动者劳动义务的履行毫无疑问构成了社会保险关系义务履行的首要部分。根据权利义务相伴而生的法理,作为社会保险被保险人的劳动者,在劳动义务履行的同时,业已取得了享受社会保险的权利,毋庸置疑,这包括享受社会保险待遇给付的权利。基于此,有学者简明扼要地指出,只要劳动者业已履行为社会做出贡献的劳动义务,即可以获得社会保险待遇⁴⁶⁸。

综上分析,由于社会保险关系属于公法上法定之债,该法律关系自劳动关系确立之时即已产生,意味着社会保险人给付社会保险待遇的义务已经存在,风险事故的发生是保险人履行该义务的唯一前提条件。毫无疑问,基于该义务的法定性,即使社会保险缴费义务人未足额缴纳社会保险费,社会保险人也无权选择拒绝给付社会保险待遇,其只能通过行使法律授予的强制征缴保险费的权利,保证保险基金的充实与安全。

3. 由社会保险费的强制征缴机制决定

(1) 社会保险人: 强制征收保险费机制

即使在传统的商业保险中,保险人欲以被保险人未足额缴纳保险费作为拒绝给付保险待遇的抗辩事由,尚须以履行法定催缴保险费的告知义务为前提。结合法律规定具体而言,根据我国《保险法》第36条⁴⁶⁹之规定,保险人应当履行催

⁴⁶⁶ 参见屈祖荫主编:《职工社会保险与福利概论》,中国劳动出版社1991年版,第4-5页。

⁴⁶⁷ 参见史探径:《我国社会保障法的几个理论问题》,载《法学研究》,1998年第4期。

⁴⁶⁸ 同前注①。

⁴⁶⁹ 《保险法》第36条“合同约定分期支付保险费,投保人支付首期保险费后,除合同另有约定外,投保人自保险人催告之日起超过三十日未支付当期保险费,或者超过约定的期限六十日未支付当期保险费的,合同效力中止,或者由保险人按照合同约定的条件减少保险金额。被保险人在前款规定期限内发

告被保险人及时足额缴纳保险费的义务,与此同时,法律设定了合理的催告期间,在该期间内被保险人如若发生相应的风险事故,保险人仍然应当按照合同之约定给付保险金即保险待遇。法律之所以做如此设计,目的就在于实现保险关系下双方当事人权利义务的平衡,防止保险人凭借其拥有庞大的财力、物力而形成的强势地位,片面拟定保险条款的相关内容,于保险事故发生时极尽挑剔之能事,主张被保险人或要保人违反应尽义务之履行,从而立于据理拒赔之地位。⁴⁷⁰因此,在传统商业保险中,为了使经济上具有弱者属性的被保险人或要保人能 and 保险人立于实质平等的地位,除了控制保险合同相关条款内容的公平性以外,还必须要求保险人在主张某特定效果前,将此效果发生的可能性通知或告知被保险人或要保人,使其能够及时了解自己所处的状况,以决定如何保护自己的合法权益。

追求盈利性的商业保险尚且如此,作为担负保障社会安全功能的社会保险更应当严格限制保险人以被保险人未足额缴纳保费为借口,而拒绝给付保险待遇的行为。基于社会保险典型的强制性,社会保险人在社会保险关系中相比于被保险人更是处于强势地位,如若将社会保险费作为社会保险待遇给付的前提,更易使被保险人享有保险待遇的权利受到侵害。为了达成保护被保险人合法权益的目的,社会保险立法借鉴一般保险对保险人催缴保费义务的规定,设定了社会保险人强制征收社会保险费的义务。

结合现实立法对社会保险费强制征收机制的设计来看,我国在《社会保险法》以专章形式对社会保险费的征缴进行规定之外,相关部门还专门制定了有关社会保险费征缴事宜的法律、法规,包括《社会保险费征缴暂行条例》、《社会保险稽核办法》以及《社会保险费申报缴纳管理规定》等。从具体的法律规定出发,针对社会保险缴费义务人不履行保费申报义务的现状,《社会保险法》第62条⁴⁷¹、《社会保险费征缴暂行条例》第10条⁴⁷²以及《社会保险费申报缴纳管理规定》

生保险事故的,保险人应当按照合同约定给付保险金,但可以扣减欠交的保险费。”

⁴⁷⁰ 参见江朝国著:《保险法基础理论》,台北,瑞典图书股份有限公司,1996年9月修订版,第364页。

⁴⁷¹ 《社会保险法》第62条“用人单位未按规定申报应当缴纳的社会保险费数额的,按照该单位上月缴费额的百分之一百一十确定应当缴纳数额;缴费单位补办申报手续后,由社会保险费征收机构按照规定结算。”

⁴⁷² 《社会保险费征缴暂行条例》第10条“缴费单位必须按月向社会保险经办机构申报应缴纳的社会保险费数额,经社会保险经办机构核定后,在规定的期限内缴纳社会保险费。缴费单位不按规定申报应缴纳的社会保险费数额的,由社会保险经办机构暂按该单位上月缴费数额的百分之一百一十确定应缴数额;没有上月缴费数额的,由社会保险经办机构暂按该单位的经营状况、职工人数等有关情况确定应缴数额。缴费单位补办申报手续并按核定数额缴纳社会保险费后,由社会保险经办机构按照规定结算。”

第8条⁴⁷³均赋予了社会保险经办机构强制核定缴费义务人应缴社会保险费的权利，并且法律同时规定了保费核定数额的确定依据。再就社会保险缴费义务人不履行足额缴纳社会保险费义务的现状，《社会保险法》第63条规定，由社会保险费征收机构责令其限期缴纳或补足，用人单位逾期仍未缴纳或补足的，社会保险费征收机构可以通过银行等金融机构查询其存款账户；并可向有关行政部门申请作划拨社会保险费的决定，对于用人单位账户余额少于应当缴纳的社会保险费的，社会保险费征收机构还可以要求该用人单位提供担保并签订延期缴费协议。用人单位未足额缴纳社会保险费，且未提供担保的，社会保险费征收机构可以申请人民法院扣押、查封、拍卖其价值相当于应当缴纳社会保险费的财产，以拍卖所得抵缴社会保险费。同法86条还规定了“用人单位未按时足额缴纳社会保险费的，由社会保险费征收机构责令限期缴纳或者补足，并自欠缴之日起，按日加收万分之五的滞纳金；逾期仍不缴纳的，由有关行政部门处欠缴数额一倍以上三倍以下的罚款。”《社会保险费征缴暂行条例》第13条、第23条以及《社会保险费申报缴纳管理规定》第11条、第16条至第26条以及第30条均分别赋予了社会保险费征收机构强制征收社会保险费的具体职权以及对缴费义务人不履行足额缴纳社会保险费的行政处罚权。

立法者赋予社会保险费征收机构如此之强权，其立法意图已昭然若揭，旨在强调社会保险费征收机构于缴费义务人存在怠于履行缴纳社会保险费的情形时，积极主动地对保费进行强制征收，绝非鼓励其坐以待毙地等候业已迟延交付社会保险费的缴费义务人自主自愿地上门履行补缴社会保险费的义务。法律对社会保险费征收机构的赋权应当属于义务性授权，具有必须积极履行的效力，以保证强制征收保险费的权力能够发挥保障社会保险费得到及时足额收缴的效果，进而保障处于弱势地位的社会保险被保险人于风险发生时足额获得社会保险待遇给付。因此，社会保险费征收机构怠于行使法定征收保险费的职权，导致社会保险费未足额缴纳的，不应影响被保险人于风险发生时享受社会保险待遇给付。

（2）用人单位：代扣、代缴保险费机制

从社会保险对缴费义务主体的设定来看，不同于商业保险中缴费主体由投保

⁴⁷³ 《社会保险费申报缴纳管理规定》第8条“用人单位未按照规定申报应缴纳的社会保险费数额的，社会保险经办机构暂按该单位上月缴费数额的110%确定应缴数额；没有上月缴费数额的，社会保险经办机构暂按该单位的经营状况、职工人数、当地上年度职工平均工资等有关情况确定应缴数额。用人单位补办申报手续后，由社会保险经办机构按照规定结算。”

人单方负担，职工社会保险关系下缴费义务主体具有多样性，往往包括用人单位、劳动者以及政府三方。抛开政府这一层面，根据《社会保险法》第60条⁴⁷⁴的规定可知，职工所负担的社会保险费缴纳义务是通过用人单位代扣、代缴的途径实现。因此，一定意义上可以说，真正实施缴纳保险费行为的主体实际上仅是用人单位。

至此，对《社会保险法》有关用人单位在社会保险中相关义务的设定进行梳理，主要包括为劳动者办理社会保险登记、缴纳社会保险费以及代扣、代缴劳动者应当缴纳的社会保险费。就该等义务设定的法理基础来看主要基于两层法律关系的存在。

第一层法律关系即用人单位与劳动者之间劳动关系的存续。在劳动关系下，劳动者对其从属的用人单位具有人身依附性，其需要履行向用人单位提供从属劳动的义务，该义务的履行过程中潜在着诸如工伤、疾病、生育等职业灾害与健康风险，面对如此之风险，已经付出部分人身性权利的劳动者绝不再是该风险责任的承担主体。由于该职业风险的招致与用人单位用工存在着密不可分的联系，由是法律规定，用人单位在利用劳动者所提供的劳动力创造剩余价值的过程中除了给付劳动报酬之外，尚需履行照护劳动者人身安全的义务。该照护义务的履行除了体现在用人单位极尽可能的为劳动者提供安全工作环境之外，还体现在上述职业风险发生时，用人单位对劳动者由此造成的损失给予一定的补偿。至此，如若将劳动关系作为唯一维度考量，劳动者基于劳动关系的社會连带性将其劳动过程中面临的上述职业风险转嫁给了用人单位。

基于法律之规定⁴⁷⁵，国家为了履行国民照护义务遂设立了社会保险制度，并将劳动者强制纳入社会保险保护范围，由此二者之间确立了社会保险关系，在此关系之下，作为主体双方的劳动者与国家之间权利义务十分明确，即劳动者作为被保险人需要向国家履行缴纳社会保险费的义务，相应地，当劳动者发生了法定的风险事故时，由作为保险人的国家向劳动者给付社会保险待遇。显然，该层法律关系主体并未包括用人单位。但依前述，用人单位基于劳动关系的存在同样负担对劳动者人身照护的义务，并且劳动者的职业风险业已转嫁到用人单位，其

⁴⁷⁴ 《社会保险法》第60条：用人单位应当自行申报、按时足额缴纳社会保险费，非因不可抗力等法定事由不得缓缴、减免。职工应当缴纳的社会保险费由用人单位代扣代缴，用人单位应当按月将缴纳社会保险费的明细情况告知本人。

⁴⁷⁵ 参见《宪法》第45条；《社会保险法》第1条。

欲将该风险转给国家则需要付出一定的“代价”。国家基于收入再分配以及社会保险具体操作事务简便化的现实的需要,通过立法的形式允许用人单位凭借法定义务的履行顺利将劳动者的职业风险转嫁过来。该法定义务即表现为,为劳动者办理社会保险登记、缴纳社会保险费以及代扣、代缴社会保险费。由此,第二层法律关系伴随着社会保险关系而产生,即用人单位与社会保险经办机构之间的行政协力关系。⁴⁷⁶

就第二层法律关系即行政协力关系而言,双方主体亦十分明确,一方系作为辅助义务人的用人单位,另一方为国家,现实中由社会保险经办机构为代表。二者之间的权利义务内容是:用人单位履行代办社保登记、缴纳社会保险费以及代扣、代缴社会保险费的义务,相应地,国家承担用人单位本应负担的劳动者风险损失。

基于以上分析,如若将社会保险费设定为社会保险待遇给付的前提条件,那么用人单位未足额缴纳社会保险费又或者未履行代扣、代缴社会保险费的义务,其招致的待遇损失必然由劳动者承担。然而,用人单位上述义务系属第二层法律关系即协力义务的范畴,义务履行的对象直接指向于国家的代表者社会保险经办机构,作为社会保险待遇给付对象的劳动者并非该层法律关系的主体,用人单位违反法定义务所招致的不利后果不应当由其承担。换言之,当用人单位未完全履行保险费的缴纳义务以及代扣、代缴义务时,国家只能针对用人单位存在的违法行为进行依法处罚,而不能选择拒绝给付劳动者社会保险待遇。

四、社会保险费未足额征缴的法律后果

根据文章第三部分的分析可知,社会保险费与社会保险待遇之间存在弱关联性,社会保险费不能成为社会保险待遇给付的前体条件。基于此,针对现实中因缴费义务人未足额缴纳社会保险费而频频发生的社会保险待遇给付纠纷,一方面需要强调社会保险人仍需照常向被保险人给付社会保险待遇,另一方面亦需明确对社会保险费未足额缴纳承担责任的不同主体所应负担的法律后果。

(一) 立法修正: 保费的实际缴纳与保险待遇的享受分离

现实立法一方面规定将社会保险待遇的给付直接与社会保险费的缴纳挂钩,甚至将社会保险费界定为社会保险待遇给付的前提条件,另一方面又强调保护社

⁴⁷⁶ 张荣芳:《论用人单位在社会保险中的法律地位》,载《中国劳动》,2015年14期。

会保险被保险人享受社会保险待遇的权利，不仅设定了社会保险待遇先行支付制度，还赋予了社会保险费征收机构强大的保险费征收权力，并允许其针对未足额缴纳社会保险费的缴费义务人行使行政处罚权。如是立法设计使得本应积极履行保险费征收职责的社会保险人拥有了选择拒绝给付社会保险待遇的自由空间，由此给被保险人于法定风险发生之际享受社会保险待遇的权利造成了毁灭性的侵害。

根据社会保险关系公法之债属性的界定，社会保险系国家对劳动者承担的法定责任，于劳动者法定风险事故发生之际，即应当给付社会保险待遇，而绝非以社会保险缴费义务人缴纳社会保险费之公法义务的履行作为前提。至于社会保险费的征缴系属国家公权力机关自己应当履行的职权⁴⁷⁷，该职权的履行与否不能影响劳动者社会保险待遇给付请求权的实现。

因此，为了回归社会保险关系公法之债的属性，并保证社会保险强制保险效力的发挥，需要对现有立法内容作相应的修正，即保留社会保险费征收机构强制征收社会保险费权力的同时，修改《社会保险法》及相关法律法规有关社会保险费系社会保险待遇给付前提的规定，并由《社会保险法》明确劳动者社会保险待遇的享受和社会保险费的实际缴纳状况相分离。

（二）社会保险费征收机构未足额征收保费的法律后果

1. 社会保险经办机构的归位尽责

关于社会保险经办机构的性质界定，《社会保险法》并未做出明确答复，但根据立法对其相关职责的规定可以得知，社会保险经办机构实际上履行着社会保险人的法定职责。结合具体条文的规定来看，《社会保险法》第8条对社会保险经办机构职责做了概括性规定，即社会保险经办机构提供社会保险服务、个人权益记录、社会保险待遇支付等工作。除此之外，根据对社会保险法相关条文的梳理，可以概括社会保险经办机构的具体职责还包括：社会保险登记、社会保险建档、社会保险咨询服务、公布和汇报社会保险基金相关情况、社会保险稽核、受理有关社会保险的举报和投诉事宜、加强有关社会保险经办机构内部管理。⁴⁷⁸由于上述法定职责均为社会保险人应当履行的职责，固有学者直接将社会保险经办

⁴⁷⁷ 参见沈建峰：《社会保险费欠缴的法律救济》，载《中国工人》，2016年第3期。

⁴⁷⁸ 《社会保险法》第57条、第58条、第70条、第73条、第74条、第80条、第82条。

机构界定为社会保险人。⁴⁷⁹ 基于社会保险经办机构系社会保险人的定位，在社会保险关系存续期间，劳动者发生法定风险即有权向社会保险经办机构主张给付社会保险待遇，作为待遇给付的责任主体，社会保险经办机构不得以缴费义务人存在未足额缴纳社会保险费的事实推卸应当承担的法定责任。

此外，由于社会保险法并未明确社会保险费征收主体究竟是谁的问题，现实中则出现了税务机关与社会保险经办机构为了部门利益互相争权的情形。从法理上言，社会保险费的强制征收权应由社会保险人行使，既然将社会保险经办机构界定为社会保险人，亦负有向社会保险被保险人给付社会保险待遇的义务，其理应获得社会保险费的强制征收权。从现实立法分析，《社会保险法》第 58 条规定了社会保险经办机构负有社会保险稽核的职责，同时根据《社会保险稽核办法》第 9 条的规定，稽核职责的内容包括缴费单位和缴费个人是否按时足额缴纳社会保险费，这就属于社会保险费强制征收权的内容。基于以上两个方面的分析，立法应当明确由社会保险经办机构依法行使社会保险费的强制征收权，并由其承担未强制征收保费而导致的社会保险费未足额缴纳的不利后果。

2. 社会保险费征收机构法律责任的承担

既然法律已经赋予社会保险费征收机构强大的保险费征收权以及行政处罚权，社会保险费征收机构即应当积极履行此法定职权，以保证社会保险基金的充实安全。社会保险费征收机构怠于行使法定征收保费职权时，即应当承担不作为的法律后果。然而遗憾的是，目前立法并未对社会保险费征收机构怠于履行职权的行为设定对应的法律责任，穷尽《社会保险法》有关法律责任章节的内容，唯一涉及社会保险费征收机构法律责任的规定即是第 90 条“社会保险费征收机构擅自更改社会保险费缴费基数、费率，导致少收或者多收社会保险费的，由有关行政部门责令其追缴应当缴纳的社会保险费或者退还不应当缴纳的社会保险费；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。”从该条立法内容来看，其并没有涉及社会保险费征收机构不履行保险费征收职责的法律后果，针对的是社会保险费征收机构擅自更改社会保险费缴费基数、费率而导致少收或多收社会保险费的情形。笔者进一步穷尽相关法律、法规亦未查找到涉及社会保险费征收机构怠于履行职责的法律后果规定。最后通过对效力层次较低的部门规章进

⁴⁷⁹ 张荣芳：《社会保险法学》，武汉大学出版社，2012 年版，第 38 页。

行查阅，才在人力资源和社会保障部颁布的《社会保险费申报缴纳管理规定》中找到了相关内容。该部门规章第 28 条规定，社会保险经办机构未依法责令欠缴社会保险费的用人单位限期补缴社会保险费、加收滞纳金，由社会保险行政部门视情节轻重对直接负责的主管人员和直接责任人员依法给予相应处分。⁴⁸⁰且不论其法律效力如何，单就该条规定本身而言显然属于虚置条款，何谓情节轻重？何谓相应处分？如此模糊的立法概念，完全失去了法律规定本应具有严谨性，由此决定了，其在实务操作中无法得到适用。

基于上述立法对社会保险费征收机构法律责任规定的缺失，为了防止由此导致的责任主体怠于履行职权行为的发生，需要从权责统一的角度进行立法完善。笔者建议，在《社会保险法》明确将社会保险经办机构指定为社会保险费征收机构的基础上，详尽规定社会保险经办机构怠于履行保险费征收职权所应当承担的法律责任，包括追究其主管人员、直接责任人员的法律责任。由此一来，社会保险经办机构即可面临双重压力，一重来自社会保险被保险人法定风险发生时必须给付社会保险待遇的压力；另一重来自立法规定的不履行保费征收职责应当承担的法律责任压力。此双重压力的存在即可倒逼着占据强势地位的社会保险经办机构依靠法律授予的强大实权，积极征收社会保险费。以此充分保障社会保险费的及时足额收缴，在根源上防止社会保险缴费义务人未足额缴纳社会保险费现象的发生，从而实现对被保险人社会保险权利的保护。

（三）用人单位未足额缴纳保费的法律后果

1. 承担保费补缴及财产处罚

文章第三部分业已述及，社会保险关系下真正的当事人应当是保险人（社会保险经办机构）与被保险人（劳动者），同样作为缴费义务人的用人单位并非社会保险关系的当事人。⁴⁸¹用人单位在社会保险中仅充当着社会保险经办机构辅助义务人的角色⁴⁸²，其所负担的一定比例之保险费缴纳义务以及为其职工代扣、代缴社会保险费的义务单纯是对国家所承担的公法上义务⁴⁸³。因此，用人单位未足额缴纳社会保险费所招致的不利后果应当是由其自身承担来自社会保险经

⁴⁸⁰ 《社会保险费申报缴纳管理规定》第 28 条“社会保险经办机构及其工作人员有下列行为之一的，由社会保险行政部门责令改正，视情节轻重对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予相应处分：……（三）未依法责令欠缴社会保险费的用人单位限期补缴社会保险费、加收滞纳金的……”

⁴⁸¹ 参见蔡维音：《全民健保之法律关系剖析》，载《月旦法学》，第 48 期，1999 年 5 月。

⁴⁸² 参见张荣芳：《论用人单位在社会保险中的法律地位》，载《中国劳动》，2015 年 14 期。

⁴⁸³ 参见台湾“司法院大法官”解释，“司释字”第 568 号，大法官许宗力所述的协同意见书部分。

办机构依法对其采取的强制措施及相关处罚。劳动者本应享受的社会保险待遇给付权利不受影响。

根据目前《社会保险法》的立法规定，社会保险经办机构基于同用人单位之间存在的社会保险协力关系，可以针对用人单位违反社会保险费缴纳义务的具体情形，采取不同的财产强制执行措施。具体而言，对于用人单位不按规定申报应缴纳的社会保险费数额的，社会保险经办机构可以依照其上月缴费数额的百分之一百一十确定应缴保费数额，没有上月缴费数额的，依据用人单位的经营状况、职工人数等有关情况确定应缴数额；对于用人单位未足额缴纳社会保险费的，社会保险经办机构可以责令其限期补缴，逾期仍不补缴的，社会保险经办机构可以查询其存款账户并根据有关行政部门的决定强行划拨社会保险费，情节严重的亦可以申请人民法院扣押、查封、拍卖其价值相当于应当缴纳社会保险费的财产，以拍卖所得抵缴社会保险费。在对欠缴保费的用人单位采取上述财产强制执行措施的同时，社会保险经办机构亦可以根据用人单位违反义务的危害程度对其处以滞纳金或罚款处罚。

2. “困难期”及“空窗期”的责任豁免

考虑到用人单位未足额缴纳社会保险费在特定情形下并非怠于履行义务而是客观履行不能的实际，社会保险经办机构在对用人单位进行强制征收保费以及处以滞纳金、罚款处罚时，应当结合用人单位未足额缴纳社会保险费的具体原因审慎用权。通过文章第一部分对实务纠纷的统计可以得知，用人单位客观履行不能的具体情形主要包括两类，一类为用人单位由于生产经营困难无力为其职工缴纳社会保险费⁴⁸⁴；另一类为基于法律规定而出现的“社会保险空窗期”，用人单位在法定时间内履行相应的参保或缴费准备手续，尚未来得及缴纳社会保险费。

485

在充分保护劳动者合法权利的同时，需要立足于法律规定，对上述两类情形下用人单位的合法权利进行保护。结合《社会保险法》的立法实际来看，法律预设了用人单位因面对不可抗力等法定事由时的保险费缓缴、减免制度。⁴⁸⁶虽然

⁴⁸⁴ 河南省安阳市龙安区人民法院 案件字号：(2014)龙行初字第12号；河南省安阳市中级人民法院 案件字号：(2014)安中行终字第67号

⁴⁸⁵ 贵州省黔南布依族苗族自治州中级人民法院 案件字号：(2014)黔南行终字第68号；安徽省桐城市人民法院 案件字号：(2014)桐行初字第00005号

⁴⁸⁶ 《社会保险法》第60条规定“用人单位应当自行申报、按时足额缴纳社会保险费，非因不可抗力等法定事由不得缓缴、减免。”

《社会保险法》并未明确规定对用人单位适用保险费缓缴、减免制度的具体法定事由有哪些，但同一时间出台的《实施〈社会保险法〉的若干规定》第21条则对其进行了补充，该条规定“用人单位因不可抗力造成生产经营出现严重困难的，经省级人民政府社会保险行政部门批准后，可以暂缓缴纳一定期限的社会保险费，期限一般不超过一年。暂缓缴费期间，免收滞纳金。到期后，用人单位应当缴纳相应的社会保险费。”同法还进一步规定，用人单位因生产经营困难被批准缓缴社会保险费期间，职工依法享受社会保险待遇。⁴⁸⁷由此可见，针对上述第一种情形社会保险经办机构应当为用人单位预留合理的社会保险费缓缴期间，并且在此期间内不能对用人单位适用滞纳金、罚款处罚。对于发生争议而引发诉讼的，法院在具体实务处理过程中，不能因《规定》系属部门规章的性质就断然否定其效力而不予适用，应当考量其对《社会保险法》的有益补充性，结合具体案情，以之为参照性依据作合理判决。

针对上述第二类情形，即社会保险空窗期内，由于用人单位是完全依照法律规定，在合理期间准备各项手续或等待社会保险费征收机构缴费系统开放，在此期间劳动者发生的职业风险事故，基于用人单位并非真正意义上的欠缴保费，故其责任主体应当由社会保险经办机构承担。⁴⁸⁸并且社会保险经办机构只能要求用人单位在法定的期间内继续缴纳社会保险费，而不能对其适用滞纳金或罚款等处罚措施。

（四）劳动者未足额缴纳保费的法律后果

结合文章第三部分有关社会保险费确定原则的分析可知，社会保险关系下劳动者缴费义务的履行系与其薪资水平的高低直接挂钩，即体现出一种量能负担的原则。该原则下，劳动者由于负担保险费的能力有所差别，其缴费义务的履行效果亦有所差异。因此劳动者原因未足额缴纳社会保险费的，既可能包括因缴费能力不足而导致的保费欠缴情形，亦可能包括具备缴费能力而不愿缴费的情形。鉴于此，对劳动者未足额缴纳社会保险费所应承担的法律后果的分析需要分情形考虑。

1. 无力缴纳保费的劳动者由财政负担应缴保费

基于立法规定着手，我国《社会保险费征缴暂行条例》第12条明确规定“社

⁴⁸⁷ 参见《实施〈社会保险法〉的若干规定》第23条。

⁴⁸⁸ 参见房海军：《社会保险空窗期风险责任承担主体界定》，载《中国劳动》，2015年第11期。

会保险费不得减免。”如此刚性的法律规定意味着在社会保险体系下，不论劳动者收入多寡都应当按照法定的缴费标准足额缴纳社会保险费。然而现实的困境在于，存在众多的劳动者由于薪资所得无法维持整个家庭的生计所需，从而选择断缴保费。最为典型的例证即为养老保险断缴保费现象的存在。根据《中国社会保险发展年度报告 2014》的统计数据显示“截至 2014 年底，城镇职工基本养老保险参保人数达到 34124 万人，比上年底增加 1906 万人，增长 5.9%，但企业缴费人员仅占参保职工 81.2%的比例，比 2013 年的占比下降 2.8 个百分点，比 2009 年下降 6.5 个百分点。⁴⁸⁹该组数据表明虽然参加社会保险的劳动者数量在持续增加，但断缴保费的人数占参保人数的比例也在持续上升。问题产生的根源在于，法律的刚性规定使得社会保险减免优惠制度缺失，进而使处于低收入状态的劳动者因没有能力缴纳社会保险费而只能选择断保。⁴⁹⁰

可以肯定的是，劳动者由于薪资所得较低，无力负担社会保险费的缴纳义务时，纵使其存在未足额缴纳社会保险费的事实，不仅不影响其于风险发生时向社会保险经办机构主张社会保险待遇给付，亦不能因此而遭受不利惩罚。详言之，对于上述无力承缴保费的劳动者断保期间发生的法定风险，社会保险经办机构应当履行社会保险待遇给付的职责。与此同时，社会保险经办机构亦不能对这些因贫困而无力缴纳社会保险费之善意被保险人适用滞纳金或罚款处罚。⁴⁹¹社会保险经办机构所负担的此部分社会保险待遇给付，具有非保险类福利待遇给付的性质，其实质上是保险人（社会保险经办机构为代表）受国家立法委托，通过保险给付的途径实施的社会安全政策。就此而言，该部分社会保险待遇的给付属于社会保险的“外部负担”，理应由国家通过财政补贴的方式予以承担。⁴⁹²

因此，为了实现社会保险团体内部平等，保障社会保险基金的充实，有效维持社会保险制度的长期健全运作，国家应当根据法律的相关规定对社会保险事业予以财政支持。⁴⁹³就具体的制度设计而言，首先应当废除《社会保险费征缴暂行条例》第 12 条有关社会保险费不得减免的规定。进而通过建立明确、规范的

⁴⁸⁹ “养老保险断缴人数逐年增加 人社部表示将降社保费率” <http://finance.qq.com/a/20150711/019852.htm>（最后访问时间：2016 年 4 月 28）

⁴⁹⁰ 参见王国辉：《中国社会保险个人缴费减免问题研究》，经济管理出版社，2011 年 11 月版，第 51 页。

⁴⁹¹ 参见蔡维音：《全民健保财政基础之法理研究》，台北，正典出版文化有限公司，2008 年版，第 71 页。

⁴⁹² 熊伟、张荣芳：《财政补助社会保险的法学透析：以二元分立为视角》，载《法学研究》，2016 年第 1 期。

⁴⁹³ 参见《社会保险法》第 5 条第 2 款“国家多渠道筹集社会保险资金。县级以上人民政府对社会保险事业给予必要的经费支持。”

社会保险减免优惠制度，以财政补助的形式为无力缴纳社会保险费的群体缴交社会保险费。此外，为防止过分强调国家对社会保险事业的财政负担，维持社会保险本应具有的属性，还需建立科学的评估方法和评估方案，以准确衡量和评估劳动者个人保障能力的高低⁴⁹⁴，在合理划定低收入群体的基础上进一步借助准确的精算制度确定社会保险应当由财政补助的比例。

2. 具备缴费能力怠缴保费者承担保费补缴及财产处罚

就现行的《社会保险法》规定来看，其有关法律责任规定的章节⁴⁹⁵并未涉及劳动者未足额缴纳社会保险费应当承担的法律责任问题。虽然从立法的逻辑体系推导，只要用人单位积极履行代扣、代缴社会保险费的义务，即不会出现因劳动者故意而未足额缴纳社会保险费的情形。但细究之下，在劳动者积极促成用人单位与之达成逃避缴纳社会保险费义务的协议之际，如若仅允许社会保险经办机构对用人单位施以惩戒，而劳动者不仅无需承担不利后果，还可基于社会保险关系的自动生成，于风险发生时享受社会保险待遇，必然有违法律公平、正义之理念。考虑到维持社会保险财务独立性的需要，在劳动者自身有能力缴纳其本该负担的保险费而选择不缴或少缴社会保险费时，可以参照对用人单位的惩罚措施，允许社会保险经办机构通过强制征缴保费，施以滞纳金、罚款的处罚方式对劳动者进行惩戒。

五、结语

《社会保险法》及相关法律法规将社会保险费的缴纳作为社会保险待遇给付的前提条件，不仅有悖于社会保险关系公法之债的属性，还严重破坏了社会保险的强制性，使得社会保险人面对缴费义务人未足额缴纳社会保险费的情形，直接选择拒绝被保险人的社会保险待遇给付请求。如此一来，法律对社会保险人强制征收保险费的义务性授权被架空，被保险人于风险发生时应当享受社会保险待遇的权利得不到保护，故而使得社会保险风险分摊的目标无从实现。因此，需要改变目前的立法现状，将社会保险费的实际缴纳与社会保险待遇的享受相分离，在此基础上将社会保险经办机构界定为社会保险人，并明确社会保险费的强制征收权应当由其行使，规定怠于行使该法定职权所须承担的法律后果。针对用人单位与劳动者不同原因造成社会保险费未足额缴纳的现实，应当明确用人单位的违法

⁴⁹⁴ 王国辉：《中国社会保险个人缴费减免问题研究》，经济管理出版社，2011年11月版，第141页。

⁴⁹⁵ 参见《社会保险法》第11章。

行为由其自身承担补缴保费以及被处以滞纳金或罚款的法律后果,劳动者于风险发生时享有社会保险待遇的权利不受影响。对于存在缴费能力而违反缴费义务的劳动者,也应当借鉴对用人单位的惩戒机制,设计劳动者应当负担的法律责任。

公益诉讼：社会保障权救济的新途径

付龙飞

【摘要】 社会保障权是社会成员从国家和社会获得基本物质条件或相关服务、保障其基本生活水准和维护人之尊严的权利。社会保障权以社会本位为价值目标，社会保障权具有公益属性。传统三大诉讼救济社会保障权存在的障碍，公益诉讼作为维护社会公共利益之诉，在诉讼目标、功能、原告资格与民主法治精神方面与社会保障权救济具有契合性。社会保障权公益诉讼需扩大原告资格与受案范围，赋予当事人诉权，合理分担举证责任与诉讼费用，构建激励机制，运用多元化的法律责任，充分发挥法官的司法能动作用。

【关键词】 社会保障权；契合性；公益诉讼；司法能动

一、社会保障权及其公益性

社会保障权是社会成员从国家和社会获得基本物质条件或相关服务、保障其基本生活水准和维护人之尊严的权利。自1919年德国《魏玛宪法》将社会保障权作为国民享有的一项经济权利置于宪法性基本权利以来，各国纷纷仿效德国，在宪法或宪法修正案中明确规定社会保障权。国际或区域公约及双边条约也视社会保障权为基本人权的一部分。如《联合国宣言》第22条或27条规定社会保障权是一项基本人权。社会保障权作为社会权的一个重要部分，它以社会本位为价值目标，通过税收或财政补贴等方式调节社会财富再分配，保障全体社会成员共享改革发展成果。从主体享有的普遍性及侵害结果的弥散性来看，社会保障权体现其公益性的特质。首先、社会保障权主体的广泛性。社会保障权是一项集合性权利，其享有主体是全体社会成员。但在社会保障制度形成初期，社会保障只是一种特权或恩赐，不是真正的法定权利，国家仅对少数贫困人群进行救助，而且该群体享有救助往往以牺牲个人自由和人格尊严为代价，如英国济贫时代设立的济贫制度。在工业资本主义社会，社会保障只是资本家针对工厂工人的一种怀柔手段，目的在于缓和劳资矛盾达到社会控制，因为资本家相信“有面包吃的人不会反抗”的逻辑。在我国，社会保障权益主体由单位劳动者向全体社会成员扩展

的一个过程，随着我国社会保障覆盖面的扩大和社会统筹层次的提高，社会保障将惠及全体社会成员。其次、社会保障权益纷争多样化及其侵害后果具有弥散性和连锁性。社会保障权益纠纷表现为社会养老公益纠纷、医疗保险公益纠纷或工伤保险公益纠纷等。其侵害行为所造成的后果必然超越微观个体的范围，在不同层面侵害社会利益和公共利益，比如社会保障行政机关或经办机构的工作人员挪用、挤占或贪污社会保险金的行为，间接地侵害了每个社会保障权益人的利益。社会保障权益被侵害后果“不限于个别特定当事人的合法权益，而扩大至包括不特定个体利益在内的全局性的社会公共利益和社会整体秩序”。^[1]

二、传统三大诉讼救济社会保障权的不足

（一）社会保障权与民事诉讼

社会保障权具有私益性与公益性的双面向，作为公益性权利，采用传统民事诉讼程序难以获得有效的救济。

1. 传统民事诉讼对诉讼主体资格的限制。

一方面，民事诉讼法第 119 条第一项规定，原告应是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织。社会保障权是公益性的社会权，如果只允许直接利害关系人提起诉讼，那么就关闭了社会保障权公益救济的大门。如当社保经办机构工作人员违法行为或不作为侵害社会公益基金时，因社会保障公益基金主体不明确或不具体，按现有规定似乎没有人能提起保护该基金的诉讼，结果可想而知，公地悲剧在社会保障基金领域将会重现。另一方面，传统民事诉讼要求以实际发生危害结果作为提起诉讼的前提条件之一，如果对于社会保障公益权只有侵害之虞时，受害人就无法提起诉讼，不能起到预防的作用。

《民事诉讼法》第 55 条之规定：“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。”此条首次把公益诉讼规定在基本法中对保护公共利益具有重要的意义。但该规定也存在着一一定的缺陷，其一、对国家特定机关或有关组织的界定不很清楚，没有明确包括哪些国家特定机关或社会组织，造成司法实践中提起诉讼主体资格不明确，而且也没有规定个人可以提起公益诉讼。其二、对法院可以受理的范围仅限于环境污染与侵害消费者合法权益的行为，难免使公益性的社会保障基金的保护不力。民事诉讼法第 15 条规定，“机关、社会团体、企业事业单位对损害

国家、集体或个人民事权益的行为，可以支持受损害的单位或个人向人民法院起诉”，即确定了支持起诉的原则，但并没有赋予支持起诉的主体以自己的名义提起诉讼的权利。民事诉讼法第十四条规定了检察院对民事审判活动监督的权力，但它只是对已生效的错误判决或裁定提起抗诉，而不是直接提起民事诉讼。这两种情况都会导致当社会保障权公共利益受损害时，由于起诉主体地位的缺失，使得社会保障公共利益难以得到有效的救济。此外，社会保障权是一种集体性的权利，其涉及到不特定多数人的社会保障利益，也是一种易腐性的权利，虽然民事诉讼法第 53 条、54 条规定了代表人诉讼制度，但与社会保障权公益诉讼的要求与诉讼的目的相差甚远。一方面，代表人诉讼要求一方当事人的诉讼标的或标的种类相同，这一条件难以符合社会保障权公益案件；另一方面代表人诉讼的判决或裁定只是对已登记的权利受害人有效力，而对于未登记的权利人只有预决的效力，这就影响到诉讼的标的额计算及裁判的威慑力。另外，代表人诉讼制度也会产生“搭便车”的现象。

2. 现行民事诉讼法的程序设计根植于民事实体法，其所追求的价值理念是私权益的保护，诉讼程序的设计为平等主体间“一对一”的模式。社会保障权公益诉讼的价值追求是以社会利益为本位的，在于维护整个社会保障体系的建立和社会的稳定与安全。社会保障法属于兼有私法与公法属性的社会法，社会保障权益纠纷已经超越了私法范畴，具有较明显的公益色彩。因此，对社会保障权公益诉讼程序设计要有别于传统民事诉讼，在具体的诉讼理念和制度上，要突破传统诉权理论、当事人适格、受案范围及法律责任等方面的规定。

3. 民事诉讼的程序繁琐且诉讼成本较高，影响到权利人行使诉权的信心。社会保障权益纠纷的解决机制主要采用双轨制的救济模式，不管是私法程序还是公法程序均设定一定前置程序，即劳动仲裁或行政复议，这限制了权利人行使程序选择权。即便进入诉讼程序，还要经过一审程序或二审程序，并且审理期限均需半年或一年以上，马拉松式的诉讼程式与社会保障权益人的生存权的急待实现不相容。繁琐的程序与高昂的诉讼成本导致社会保障权益人回避诉讼这条救济途径，诚如日本学者棚田孝雄所说：“之所以产生回避审判的倾向，并不是一般群众不喜欢明确分清是非的诉讼，而愿意互谅互让的妥协解决，回避审判的现象根源于程序的繁琐和花钱费时等审判制度本身的缺陷。”^[2]

（二）社会保障权与行政诉讼

社会保障权益纠纷往往涉及到社会保障行政机关或其授权事业单位在执行国家社会保障法律或国家社保政策过程中以作为或不作为方式侵害社会保障权益人的利益的情形，当公民的社会救助权、社会保险权等受侵害时，他们可以有关行政机关申诉、检举、控告、提起行政复议或行政诉讼等途径来维护自己的权利。现行行政诉讼法的程序缺陷给社会保障权益人的维权带来众多的不便。首先，传统行政诉讼理论认为原告主体资格取决于“是否有法律上的利害关系”，只有直接利害关系人才可以提起行政诉讼，此规定排除了公益诉讼在社会保障权益纠纷中适用的可能性。其次，社会保障权行政诉讼以行政处理为前提，以社会保障管理权的实施为目的，它更多关注于具体行政行为的合法性，而不是社会保障行政相对人的利益的实现，即使权利得到恢复或救济也只是附带性。再次，行政诉讼程序过于单一，难以适应社会保障公益权利救济的需要。

（三）社会保障权与刑事诉讼

我国刑事诉讼法 170 条规定：自诉案件包括下列案件：（一）告诉才处理的案件；（二）被害人有证据证明的轻微刑事案件；（三）被害人有证据证明对被告人或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件。这些案件主要涉及到侮辱、诽谤、虐待等，较少涉及到社会公共利益，同时对提起诉讼主体资格，证据要求等比较严格。在社会保障领域，常发生社会保障基金被贪污、挪用或侵占等情形，但目前我国对社会保障基金的性质仍存在不同观点，还没有把挪用、侵占的社会保障基金行为看作是特定款物的侵占，因此对于侵害社会保障基金的行为还没有明确的定性，在追究违法者的责任时，具体援引的法条还欠缺。另外，现有刑事法律只规定了检察院有提起公诉的权利，而作为社会保障权益受害人却无权提起刑事附带民事诉讼或刑事自诉，这样对社会保障权的公益保护不力。

三、公益诉讼与社会保障权救济的契合性

有效地解决社会保障权益纠纷需要建立新型的诉讼机制，公益诉讼在一定程度上可以弥补三大诉讼法在社会保障公益权救济上不足。“审判程序和法律应该有同样的精神，因为审判程序只是法律的生命形式，因而也是法律的内部生命表现。”^[3]在诉讼价值、程序与制度的设计上，公益诉讼符合社会保障权公益救济的需要。

公益诉讼源于古罗马法，在罗马诉讼中，有私益诉讼（*actiones privatae*）和公益诉讼（*actiones publicae populares*）之分，前者乃保护个人所有权利的诉讼，仅特定人才可提起；后者乃保护社会公共利益的诉讼，除法律有特别规定者外，凡市民均可提起。^[4]我国公益诉讼研究的学者颜运秋教授认为：公益诉讼是指任何公民和组织根据法律法规的授权，对违反法律、侵害国家利益和社会公共利益的行为提起诉讼，由法院依法处理违法行为的司法活动。^[5]那么，社会保障权公益诉讼就是指任何公民和组织依据法律法规的规定，对违反社会保障法律或法规、侵害不特定多数人的社会保障利益，造成或有可能造成损害结果的行为向法院起诉，由法院依法追究违法行为的司法活动。社会保障权是社会权，社会保障权益纠纷也表现出强烈的公益性，公益诉讼与社会保障权救济存在着耦合性。

（一）从目的和功能上看，公益诉讼与社会保障权救济具有一致性。

公益诉讼是针对侵害社会公共利益和国家利益的诉讼，是对事不对人的诉讼种类。在保障社会秩序，促进经济良性发展，维护社会稳定方面，公益诉讼和社会保障权二者之间具有共同性。在我国社会转型和经济转轨阶段，社会冲突多样化地涌现，公益诉讼能发挥保护社会公共利益的功效。公益诉讼除能解决社会保障纠纷之外，还可对社会保障公共政策的形成、社会保障目标定位、价值取舍等产生一定的影响。社会保障权公益诉讼的效果已经不仅仅针对过去，而且有指向未来的意义，有更高的诉讼价值和社会价值。

（二）从原告资格的范围来看，公益诉讼扩大了原告的范围。

突破传统直接利害关系人的诉讼要求，只要是认为公共利益受侵害的任何公民、社会组织均可以提起公益之诉，既可以对已经产生危害结果的行为也可对有发生损害之虞的行为提起诉讼。社会保障权益纠纷主体也具有多样性，包含个人、社会保障机关或授权的经办机构以及服务机构等，对于私权利之诉，个人可以提起传统的诉讼，而对于侵害社会保障公共利益时，在个人不愿、不能或不敢提起时，由其他社会组织或单位提起公益诉讼，能更好地维护社会保障公益。

（三）从民主与法治的角度来看，公益诉讼推动社会保障制度的民主化和法治化。

公益诉讼打破了公共利益只有依靠行政和刑事手段进行保护的法则，公共利

益与个体利益处于平等的地位,体现了民主的精神,丰富了社会主义民主的内容。社会保障权公益诉讼体现了公民参与社会民主管理的主观要求,便于广大民众参加社会保障事务的管理。《宪法》第3条规定,中华人民共和国的一切权利属于人民,人民依照法律规定,通过各种途径和形式管理国家事务,管理经济和文化事务,管理社会事务。当人民把社会保障事务委托给国家机关或授权的机构时,如果他们不认真履行管理义务或侵害社会保障事务时,公众就有权利依据宪法寻求包括社会保障权公益诉讼在内的各种救济途径,监督国家权力的行使,推动社会保障制度的民主化和法治化进程。

四、社会保障权公益诉讼制度之构建

社会保障权与公益诉讼之间具有高度的契合性,将社会保障权纠纷纳入公益诉讼程序必然要对社会保障权公益诉讼程序及相关制度进行完善,这势必要求对传统的诉讼理论进行突破和改造。

(一) 原告资格的扩大

社会保障权公益诉讼的原告可以是任何公民和社会组织,包括公法人、私法人和个人。公法人主要是具有法人资格的各种国家机关,在我国包括权力机关、行政机关、人民法院和人民检察院。私法人主要包括企业法人、事业单位法人和社会团体法人。非法人组织指不具有法人资格的各种组织。由于人民法院是审判机关以及国家权力机关的性质决定它们不宜提起社会保障权公益诉讼外,应该赋予其他机关、社会组织和个人提起公益诉讼权,扩大原告资格的范围可以更好地保护社会保障权。

(二) 受案范围

司法有限审查原则要求对社会保障权公益诉讼的受案范围进行必要的限制,因为,社会保障权益纠纷具有多样性和复杂性,有些纠纷可以通过传统的私法程序得到有效的救济。按照传统私法程序要求,提起诉讼主体要有诉之利益,即要符合合格当事人的条件。对于社会保障公益诉讼,需要突破传统诉权理论、适格当事人理论或诉之利益范围的限制,要扩大受案范围,以保障社会公益。受案范围主要采用概括式和列举式,如果采用概括式的方式,似乎社会保障公益诉讼的案件范围过大。我们可采取列举的方式把主要的社会保障公益诉讼的案件予以法定化和明确化,并且列举的类型要有一定的依据或标准,此依据主要根据社会保

障费用的缴纳、社会保障基金的管理或运行和社会保障利益的给付为重点。社会保障的公益主要体现社会保障客体即社会保障费的缴纳、保障基金的积累、运作与安全管理以及社会保障基金的给付等主要内容。社会保障纠纷的主体牵涉到国家、政府、社会保障行政机关或授权行使社会保障权力的事业单位，社会保障经办机构、社会保障服务单位、用人单位、社会团体以及公民个人等。从社会保障利益角度出发，可以作如下列举：一是社会保障费缴纳义务主体不缴纳或少缴纳社会保险费的行为；该法定义务主体包括国家、用人单位与劳动者、无雇工的个体工商户、未参加用人单位保险的非全日制从业人员以及未就业的社会成员等，此类型侵害了社会保障基金的充足性，危及到社会保障基金的安全性和公共性；二是社会保障费的征收机构，它们依法或法定授权负有及时足额征收社会保障费的义务，因怠于行使或擅自调整征收比率，降低征收标准，造成社会保障费大量流失的；三是社会保障基金的管理与运行部门，违规投资、挤占、挪用、侵占、贪污等行为，严重侵害社会保障基金的安全的；四是社会保障经办机构不按标准擅自发放、终止发放社会保障金的行为或不按条件提供或终止提供社会保障服务的；或未将社会保障基金存入专门财政账户的；五是社会保障经办机构、服务机构与其他社会组织或个人，单独或共同串通，以欺骗、伪造材料或其他手段骗取社会保障基金数额较大的；六是社会保障行政机关对其授权的事业型机构的作为或不作为，没有履行法定监督职责，并严重侵害社会保障公共利益的行为；七是社会保障行政机关所作出的抽象行政行为，严重地侵害不特定多数人的社会保障利益的；八是社会保障法律关系主体或以外机构、社会团体或个人侵害社会保障公共利益的其他行为等；以上以列举的方式涵盖了社会保障公益诉讼的主要受案范围，作为一种新型的公益诉讼形式，社会保障权不只是限于社会保险权也涵盖社会救助权、社会福利权和社会优抚权等，社会保障权益的公益诉讼范围也包含社会保障权的其他权项。

（三）诉讼规则特别化

1. 诉权的行使与限制。

诉权是法律赋予公民、法人和其他组织的一项司法救济权利。在我国构建社会保障权公益诉讼制度的一个前提是赋予公民“诉权”。我国《民事诉讼法》和《行政诉讼法》均没有规定公民个人可以行使公益诉讼权，《社会保险法》也没有

规定社会保障权公益诉讼的程序。通过修订民事诉讼法和行政诉讼法的方式将社会保障权公益诉讼作为依附于既有的民事诉讼和行政诉讼的一种诉讼形态，使公益诉讼成为有法可依的诉讼模式。为了防止诉权被滥用，建议借鉴其他国家的经验，对诉权进行严格的限制：首先，设置投诉前置程序，凡是以自己名义提起公益诉讼的原告，必须通知并要求有关国家机关制止损害公共利益的违法行为或提起诉讼，当国家机关不作为，公民才可以径行提起诉讼。这样就可以给国家机关一个缓冲期，由有关国家机关利用职权去纠正违法行为。如果直接提起公益诉讼的话，不仅容易造成有关国家机关怠于行使其职责，也不利用发挥行政执法的优势；其次，无直接利害关系的原告不能对被告财产进行诉讼保全；再次，无直接利害关系的原告公民不适用诉讼费用减免等措施；最后，借鉴国外经验设置对恶意滥用诉权原告进行制裁的程序。如法国新民事诉讼第 32 条规定，对于拖延或其他不正当手段进行诉讼者，可以处以 100 法郎至 10000 法郎的民事罚款，并且不影响可能对其要求的损害赔偿。^[6]

2. 举证责任的分配。

举证责任的合理分配对于平衡当事人诉讼能力，实现程序正义具有重大意义。无论是一般的“谁主张，谁举证”的原则，还是采取举证责任倒置的规则，都是为了实现诉讼的公平与效率。公益诉讼的证据也需具备一般证据的客观性、关联性与合法性。在社会保障公益诉讼中，原告只要举证社会保障公共利益受到侵害或侵害之虞的事实，没必要举证与自己的合法权益有利害关系，原告所举证的事实以初步证据为标准。举证责任的分配要根据提起主体的不同进行合理的分配：公民个人提起社会保障权公益诉讼，由于公民个人的收集证据能力的限制，只要求举证有侵害社会保障权公益的基本事实即可；而相关专业资料证据的收集以及因果关系的证据由被告来承担，适用举证倒置规则；对于检察机关或国家特定行政机关提起社会保障公益诉讼，因其享有一定的检查权或执法权，收集证据处于有利地位，可按照一般举证原则来分担；对于公益社会团体提起社会保障公益诉讼，相对个人来说，其力量或知识更为专业，可以合理分配与被告举证的责任范围。司法实践中法官应合理地运用自己自由裁量权，根据举证能力大小或证据规则合理分担双方的举证义务。

3. 费用的负担。

权利请求人提起诉讼来救济权利时，都要考虑诉讼费用，然后再做出是否起诉的决定，诉讼费用是诉讼的一道门槛。“只有在纠纷者预期法院裁决会明确界定权利，从而不会再产生权利界定费用时，他们才提起诉讼。”^[7]“司法救济只有做出了资源产权有效率的裁决，救济才是经济的”，^[8]在社会保障权公益诉讼中，由于提起诉讼的主体与诉之利益没有直接的利害关系，如果让个人为维护公共利益而花费高昂的费用是不公平的。社会保障公益诉讼案件一般牵涉的人员众多，所诉求的利益较大，公民个人很难承受巨额的诉讼费用。这样会导致公共利益无人问津的尴尬局面。所以，我国也应该借鉴国外先进的经验，应该适当减少诉讼费用和合理分担诉讼费用。对于检察机关提起的社会保障公益诉讼，费用可由国库支付；对于公民个人或社会团体提起的公益诉讼，原告败诉的，诉讼费用可通过两种方式解决：一是成立公益诉讼基金会。公益诉讼基金的来源主要是从每件案件的罚金中按一定比例提取和社会捐款。当原告提起公益诉讼时，由于无力承担诉讼费用，可向公益诉讼基金会申请，基金会进行审查，符合条件的给予一定的基金。二是建立诉讼费用保险制度。提起诉讼的主体预先向保险公司缴纳一定的保险费用，当发生诉讼时，保险公司根据诉讼的类别和诉讼费用的支付条件为保险人支付诉讼费用。

4. 激励机制。

社会保障是一种准公共物品，是众多个体利益的集合体，人们乐于不花费成本地享受社会保障利益或相关服务，当该社会保障权益受侵害时，人们未必就会为此付出行动来阻止或采取司法的手段来维护该利益，因为他们考虑自己将要付出的成本和代价。威克塞尔认为：“如果有人被迫支付并非旨在促进他的利益，甚或与他的利益恰恰相反的活动的成本，这就是一种露骨的不公平。”^[9]因此，有必要建立激励机制激发公民个人或社会组织来维护社会保障公共利益的热情。对于提起社会保障公益诉讼的公民或社会组织，在胜诉后，可以获得因诉讼而支付的补偿，同时可以获得适当的奖励，以培育公民或社会组织维护公益的意识，调动参与管理公共事务的欲望。斯塔姆勒认为：“法律所追求的正义实现即社会最完美的和谐，只有将个人欲望与社会目标相适应才能达到。有助于达到这一目标的规则就是正义的，否则就是非正义的。”^[10]在公益诉讼的奖励方面，古罗马法规定：公职人员提起公益诉讼获得法院判决支持的，被告所支付的罚金归国库；

但起诉者可以得到一定的奖金，市民提起公益诉讼成功的，罚金归起诉者所有。美国《联邦采购法》规定，任何人均可以代表美利坚合众国对政府采购中的腐败和有损美国公众利益的行为提起诉讼，在获胜后，可以在诉讼收益中提取一定的好处作为奖赏。此外，为了鼓励律师参与社会保障公益诉讼，有必要引入律师胜诉取酬制。权利请求者和律师可以在诉讼前约定在胜诉后按获得利益多少向律师支付一定比例的服务费用，把律师的报酬和诉讼风险挂钩，有利于律师尽职尽责地参与社会保障公益诉讼。

5. 法律责任的多元化。

侵害社会保障权公益的法律责任应该是多元化的，包括传统的民事责任、行政责任、经济责任和刑事责任，在经济责任上，采用惩罚性赔偿和两罚制。责任主体包括法人，雇主和公民个人或社会组织。因为社会保障法属于社会法范畴，它兼有公法和私法的特点，仅凭传统单一的责任形式很难达到惩处危害社会保障权公益的行为，需要采用复合性的与惩罚性的法律责任。如《工伤保险条例》规定，用人单位依照条例规定应当参加工伤保险而未参加的，由劳动保障行政部门责令改正；未参加工伤保险期间用人单位发生工伤的，由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。这就运用了民事赔偿和行政处罚责任。在某些情况下，用人单位还要承担刑法上财产罚。适用多元的责任，有利于彻底解决社会保障公益诉讼纠纷，也有利于节约诉讼成本，起到威慑违法行为发生的作用。

6. 司法能动主义。

公民社会保障权没有得到很好的实现有众多因素，其中法院的消极状态也是其中重要因素之一。社会保障权是宪法权利，权利的实现与救济需要国家履行给付责任，也要求国家制定完备的社会保障实体法和程序法，但由于国家经济发展水平和司法资源的限制，社会保障权的保护受到制约，这就需要司法机关发挥其积极的作用。印度保护社会公益的司法实践可以给我们提供有益的帮助，与英美法系长期奉行的司法抑制主义原则不同，自印度 1978 年门克·甘地诉印度联邦案^[11]后，印度法院在社会保障公益诉讼中开始扮演积极的角色，由案件被动的仲裁者转化为积极的参与者，^[12]印度通过司法干预来平衡公民社会保障权利与政府公权力的关系边界，司法干预的范围尽量不去侵害行政机关的行政权力，因为社

会保障权益的司法救济可能触及到公共政策的选择。我国法院沿袭大陆法系的司法传统，法官要依法办案，同时，我国还没有建立宪政的民主体制，不可能完全按照印度的“司法系统主导社会保障公益诉讼”的运作模式，我国司法机关在社会保障公益诉讼中的地位应该是弥补立法的不足，首先，要改变司法机关的消极态度，在受案范围，对于法律没有明确规定的，也要从人权保护的精神和宪法的扩大解释中，扩大受案范围，特别要关切社会弱势群体的重大利益。其次，在具体制度设计上要体现司法能动主义。例如，为减轻弱势原告的举证责任负担，法院可以发挥以职权调查取证方面的作用，可“在诉前设置独立的证据调查阶段”，^[13]可对诉讼中的解、撤诉、认诺等行为进行监督，充分地发挥法官保护社会保障公共利益能动作用。

【参考文献】

- [1] 单飞跃，袁玲. 社会保险公益诉讼的障碍分析与路径选择[J]. 北京政法管理干部学院学报, 2004, (4): 6.
- [2] [日]棚田孝雄. 纠纷的解决与审判制度[M]. 王亚新译, 北京: 中国政法大学出版社, 1994, 266,
- [3] 马克思恩格斯全集 (第1卷) [M]. 北京: 人民出版社, 1956, 178.
- [4] 周枬. 罗马法原论 [M]. 北京: 商务印书馆, 1996, 887.
- [5] 颜运秋. 公益诉讼理念研究 [M]. 北京: 中国检察出版社, 2002, 52.
- [6] 江伟等. 民事诉讼权研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2002, 360.
- [7] Y·巴泽尔. 产权的经济分析 [M]. 上海: 上海人民出版社, 1997, 96.
- [8] 颜运秋. 公益诉讼理念研究 [M]. 北京: 中国检察出版社, 2002, 224.
- [9] Kunt. Wicksell, A New Principle of Just Taxation ,in classic In the Theory of Public Finance , edited by R. A. Musgrave and A. T. Peacock, London, Macmillan, 1958, p89.
- [10] 张宏生, 谷春德. 西方法律思想史 [M]. 北京: 北京大学出版社, 1990, 354.
- [11] Menlca. Gandhi. V. Union of India A. I. R. 1978. S. C597. P640.
- [12] 栾志荭. 印度公益诉讼的特点与启示[J]. 北京交通大学学报, 2006, (3) :61.
- [13] 蔡虹, 梁远. 也论行政公益诉讼[J]. 法学评论, 2002, (3) :107.

论社会保险法的私人实施

——以反垄断法的私人执行为参照

何文杰⁴⁹⁶

【摘要】社会保险法私人实施机制的存留受到质疑，私人实施范围被极度限缩。基于反垄断法和社会保险法的共性基础，以反垄断的私人执行制度为参照，得出：社会保险法的私人实施机制有继续存在的必要，范围限缩要合理；劳动者与用人单位之间不宜补办补缴类社会保险待遇争议应通过私人直接实施模式解决，可补办补缴类社会保险待遇争议应通过审决前置模式解决；劳动者与用人单位之间的缴费争议可通过完善行政附带民事诉讼制度去解决。当独立的社会法庭和社会保险争议解决机制建立后，属于社会保险法私人直接实施范围内的争议可交由社会法庭径直裁决，而不需行政处理和行政复议这个前置条件。

【关键词】社会保险法；私人实施；社会法庭；反垄断法

社会保险法属于公私交融的社会法范畴，从理论上讲，它的实施需要公共实施和私人实施机制的共同运作。近年来，有一种过分强调社会保险法的公法属性乃至弱化甚至否定其中的私法属性的倾向。表现在社会保险法的实施领域，社会保险法的私人实施机制受到了怀疑甚至否定，私人实施通道受堵现象比较严重，这反过来又严重影响了社会保险法的实施。笔者拟正本清源，对社会保险法的私人实施制度予以研究，并求教于方家。

一、社会保险法私人实施机制的概念界定

法的公共实施又叫公共执行，私人实施又叫私人执行。社会保险法的公共实施是指社会保险主管机关、社会保险费征收机关、社会保险经办机构等以公共利益代表者的身份通过行使公权力来实施社会保险法，而私人实施则是指那些自身利益受到社会保险违法行为影响的法人、其他组织和自然人通过提起仲裁及向法院提起民事诉讼等方式来实施社会保险法。⁴⁹⁷私人通过向主管机关投诉、举报、

⁴⁹⁶ 何文杰，甘肃泾川人，甘肃政法学院教授，博士研究生。

⁴⁹⁷ 参见王健.反垄断法私人执行制度初探，《法商研究》（武汉）2007年2期，第104~112页。

控告引发的社会保险法公共执行以及私人通过参与行政诉讼而进行的社会保险公共执行都属于社会保险法的公共实施范畴。本文中的私人实施与私人执行基本含义完全相同。

本文讨论的社会保险法泛指所有调整社会保险关系的法律规范的总称,从渊源上来看,包括但不限于社会保险法、劳动合同法、劳动争议调解仲裁法、工伤保险条例、失业保险条例、企业职工生育保险试行办法等。

二、社会保险法私人实施机制所处困局分析

一般认为,社会保险法属于公私交融的社会法范畴,也就是说,社会保险法是具有一定私法属性的社会法。而私法即为保护私人利益的法,或为规定私人关系的法,或为规定个体相互之间权利义务关系的法。⁴⁹⁸私人利益的保护必然与法的私人实施机制相联系,公法主体一般不需要主动干预私人之间的关系,私益冲突无法解决时私法主体便可诉诸于法院或仲裁机构,这种法的实施机制就是私人实施机制。诚然,社会保险法的公法属性要大于私法属性,但只要它仍然还具有私法属性,则其就可通过私人执行来促成法的实施。通常认为,公共执行首先在于保护公共利益,并通过公益的维护进而保护私人利益,而私人实施则首先在于保护私人利益,并间接地起到了维护社会公共利益的作用。社会保险法私人实施的直接作用就在于保证私人权益得到救济,进而间接地反射地保护公共利益。因此,社会保险法的私人实施机制有其存在的合理性。

以上法理阐释本是比较清楚的,然近年来,我国学术界却对社会保险法的本质属性产生了不同的认识,如有人认为,社会保险法是纯而又纯的公法——“但从本质上看,社会保险关系是公法关系。因此,必须改变我国社会保险权利通过劳动争议解决的法律途径,规范和强化行政复议和行政诉讼的作用,并由国家作为社会保险待遇的首要 and 最终承担者。”⁴⁹⁹“社会保险权的实现在企业中虽以劳动关系为基础,但法律关系并不完全与劳动关系对应,而是体现的是用人单位、劳动者与国家之间的公法关系。国家对社会保险关系也进行干预,但是是以第三者和当事人的双重身份介入的。由此决定了社会保险权在法律救济上当事人的差异以及法律程序的区别。社会保险关系是公法关系而不是劳动关系那样的私法关

⁴⁹⁸ 张文显,《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社,2007年第三版,第104页。

⁴⁹⁹ 谢德成,《劳动者社会保险权法律救济程序之探讨》,河南省政法管理干部学院学报,2010第三期。

系。但是,社会保险费用的缴纳是用人单位和劳动者对国家的共同义务。社会保险关系反映的是国家和劳动关系当事人之间的公法关系。当发现用人单位未办理个人账户登记、未足额缴费、欠缴时,应请求经办机构履行办理和征缴义务,对经办机构的决定或不作为提起行政复议,对复议决定不服,可以提起行政诉讼。”⁵⁰⁰这种主张实际上是要废弃社会保险法的私人实施机制。

在司法实务中,社会保险法的私人实施空间被极度地压缩。最高人民法院于2010年9月13日发布了《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》(法释〔2010〕12号),其第一条规定:“劳动者以用人单位未为其办理社会保险手续,且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇为由,要求用人单位赔偿损失而发生争议的,人民法院应予受理。”最高人民法院民一庭庭长杜万华在随后答记者问时认为:“《调解仲裁法》确定了社会保险争议属于劳动争议,但是否应把所有的社会保险争议不加区别的纳入人民法院受案范围,确是一个在实践中争议广泛的问题,需要司法解释进一步明确。我们研究认为,用人单位、劳动者和社保机构就欠费等发生争议,是征收与缴纳之间的纠纷,属于行政管理的范畴,带有社会管理的性质,不是单一的劳动者与用人单位之间的社保争议。因此,对于那些已经由用人单位办理了社保手续,但因用人单位欠缴、拒缴社会保险费或者因缴费年限、缴费基数等发生的争议,应由社保管理部门解决处理,不应纳入人民法院受案范围。对于因用人单位没有为劳动者办理社会保险手续,且社会保险经办机构不能补办导致劳动者不能享受社会保险待遇,要求用人单位赔偿损失的,则属于典型的社保争议纠纷,人民法院应依法受理。在该司法解释出台后,各地法院开始对社会保险缴费争议不予受理,甚至于对当事人依据仲裁裁决书的执行请求也不予受理;同时,对社会保险待遇争议的受理或处理,要求当事人先行向社会保险经办机构请求出具‘不能补办’的证明。显然,最高人民法院不仅将所有的社会保险缴费争议排除在受案范围之外,而且即便是纳入受案范围的社会保险待遇争议,也增加了还需要满足‘社会保险经办机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇’的前提。”^[2]

三、反垄断法的私人执行制度对社会保险法私人实施机制的启示

他山之石,可以攻玉。关于社会保险法的制度构建,我们过去往往注重不同

⁵⁰⁰ 谢德成.《劳动者社会保险权法律救济程序之探讨》,河南省政法管理干部学院学报,2010 第三期。

国家的同一部门法内的制度比较及经验借鉴，这样的好处是可比性较强，直接明了。但这种国际社会保险法的比较研究也有它的短板，最典型之处就是不能充分地考虑移入国的特殊国情，移出国的制度还存在着与移入国的土壤是否适应的问题，也存在着被借鉴国不存在与移入国完全类似的制度可供借鉴的问题。以社会保险制度为例，我国实行的是权利义务均衡式的制度模式，福利国家型、苏联东欧型及强制储蓄型国家的养老保险制度就不可被借鉴。即使就权利义务均衡型国家而言，我国的社会保险制度也有自己的特色。

（一）反垄断法与社会保险法的制度共性

通说认为，反垄断法属于公法范畴或者以公为主公私交融的第三法域。这与社会保险法的属性同质；通说认为社会保险法属于公法性很强的社会法范畴，也有主张社会保险法属于纯公法领域的观点。经营者实施的非法垄断行为不仅会侵害其他经营者和消费者的合法权益，更重要的是它构成了对整个竞争秩序的破坏。社会保险领域的违法行为不仅会使被保险人、受益人的权益受损，更重要的是它也会破坏国家的社会保险秩序和社会公共利益。反垄断法主要是基于对社会公共利益的考量而对经营者的过度竞争自由予以必要的限制，体现了国家积极干预的思想，社会保险法主要是基于实现公民的社会权的目的而要求国家主动积极地干预社会分配和提供社会保险服务，它们二者都是对市场失灵的一种克服机制。反垄断法和社会保险法的现行立法当中都规定了公共实施和私人实施制度。以上制度共性就使得将反垄断法的私人实施制度和社会保险法的私人实施制度进行对比研究具有了必要和可能。反垄断法与社会保险法当然还有各自的个性特征，但这并不影响对它们的共性制度进行比较研究。

（二）反垄断法私人实施机制的特征及其启示

“反垄断法私人执行的立法和实践始于美国。20世纪90年代末期特别是21世纪以来，反垄断法的私人执行已经成为大多数国家的必然选择。私人执行模式有直接执行模式和‘审决前置’执行模式之分，但直接执行模式是主流模式。诉讼是私人执行反垄断法的主要途径，而损害赔偿和禁令则是反垄断法私人执行的主要救济方式。”⁵⁰¹我国反垄断法第五十条规定，经营者实施垄断行为，给他人造成损失的，依法承担民事责任，由此构建了我国反垄断法的私人实施制度。

⁵⁰¹ 王健. 反垄断法私人执行制度初探, 《法商研究》(武汉)2007年2期, 第104~112页。

1. 关于私人实施制度的功能和必要性

(1) 维护公共利益的功能

私人实施制度其主要目的是为了保护个体利益，但有时也可以起到维护公共利益的作用。⁵⁰²私人实施制度也可起到维护公共利益的作用这点对构建和完善我国社会保险法的私人实施制度具有非常重要的启示意义。个体利益与公共利益的关系梳理是一件非常困难的事情，我国学者往往过度看重二者之间的对立性，而对二者之间的统一性有所忽视。其实，众多的个体正当利益的集合就是公共利益。以征税为例，税收是取之于民用之于民的，当纳税个体都比较富裕，即所谓藏富于民的时候，公民也不需要国家的财政转移支付或需求量很少，此时国家也不需要征收用于直接向公民进行财政转移支付的税收或征收额很小，而由于民富而带来的国家其他税收收入总量却会增加。这样，民富带来了国强，个体的富足就与公共经济利益的增进实现了同步；而民穷国强困怕也并非真正的强大。具体到社会保险法领域，由于强制性与保险性存在着矛盾，有加之保险费率过高，当强制性在现实生活中无法完全兑现，当公共执行机制运作不灵而又无法克服，当不参保交费在社会生活的一些领域较为广泛地存在而征缴机构却熟视无睹的时候，社会保险法的私人实施在保障个体利益的同时，谁说它就不能在增进公共利益方面发挥点作用呢？人人好了，社会也就好了。

(2) 克服政府失灵的功能

“议员们担心，由政府机关来负责反托拉斯法的执行，可能会因为其处事犹豫不决以致不会采取任何行动，所以鼓励私人执行被认为是至关重要的。当反垄断主管机关因为某种原因不能或不愿发动公共执行程序时，此时私人独立执行就扮演着非常重要的角色。”⁵⁰³反垄断和社会保险制度主要是为克服市场失灵而构建的一套制度，该制度也以公共执行为其主要实施机制。然而，政府也并非万能，政府存在着运行效率低下、公共产品供应不足、不受产权约束、预算分配偏离社会需要、权力寻租等失灵表现。⁵⁰⁴市场失灵的治愈的确需要政府行为，但是政府行为在克服市场失灵时，同样存在导入和利用市场机制的问题。⁵⁰⁵为此，

⁵⁰² 王健. 反垄断法私人执行制度初探, 《法商研究》(武汉)2007年2期, 第104~112页。

⁵⁰³ See Hedvig K S Schmidt, Civil Actions—Striking A Balance Between Public And Private Enforcement, Competition Law Insight, 25 November 2004, p. 1.

⁵⁰⁴ 李昌麒, 《经济法学》, 法律出版社, 2008年10月第二版, 第38页。

⁵⁰⁵ 吕忠梅、刘大洪, 《经济法的法学与法经济学分析》, 中国检察出版社1998年版, 第13页。

社会保险法的私人实施机制有助于克服政府失灵,有助于克服公共执行的缺陷和不足。

公共执行的极力拥护者们主张,“但从本质上看,社会保险关系是公法关系。因此,必须改变我国社会保险权利通过劳动争议解决的法律途径,规范和强化行政复议和行政诉讼的作用,并由国家作为社会保险待遇的首要和最终承担者。”

⁵⁰⁶且不论社会保险关系的公私法属性,就考察一下当下和今后一段时间我国行政诉讼的运行现状,我们就知道我国社会保险法的公共执行机制尚无法胜任我国社会保险法较好实施的重任。就整体而言,“在民事、刑事、行政诉讼案件中,哪一类案件里老百姓感受到的公平正义最少?行政诉讼领域算是其中重要的一类。究其根本原因就在于,现在行政诉讼制度的大门没有向老百姓充分敞开。一方面,制度上的缺陷将想要提起行政诉讼的老百姓挡在了诉讼大门之外;另一方面,由于行政诉讼在现实中解决问题的能力比较有限,许多老百姓久而久之就不再信任法院,不会把自己遇到的争议提交到法庭来解决。”^[14]行政诉讼制度的完善并非可一蹴而就。所以靠完善行政诉讼制度来解决社会保险法实施难题的道路在中短期来看是不畅通的。从长期来看,也可能是找错了药方——我国有学者早就指出,要科学构建我国社会保险权利救济模式,就必须将社会保险争议从劳动争议中分离出来,建立一套独立的社会保险争议处理机制;加强社会保险行政处理及行政复议程序,将行政处理和行政复议程序作为诉讼的必经程序;并在条件成熟后建立专门的社会法院或社会法庭,独立审理社会保险争议案件,同时建立处理社会保险争议的专门程序规则;建立一支专业的处理社会保险争议的队伍。

⁵⁰⁷

既然如此,在专门的社会法庭和处理社会保险争议的程序规则建立之前,必须给社会保险法的私人实施机制留下足够的空间。

(3) 保护个体利益的功能

“美国学者们认为,在反托拉斯法执行体制中设置私人执行可以大大增强反托拉斯法对违法行为的威慑力,同时也可以赔偿违法行为受害人的损失。反垄断法的私人执行已经成为大多数国家的必然选择,开始成为该国反垄断法执行体制

⁵⁰⁶ 谢德成.《劳动者社会保险权法律救济程序之探讨》,河南省政法管理干部学院学报,2010 第三期。

⁵⁰⁷ 林嘉.《社会保险权利救济研究》.中山大学法律评论 2014 年。

的有机组成部分。”⁵⁰⁸已经有了庞大的公共执行资源，但也不能假象公共执行没有死角，当公共执行不到位时，因反垄断法违法行为而受到损失的私人的个体权益也应该有保护通道，这个通道并非只能通过请求执行机构依法行政，再加上行政复议和行政诉讼的救济环节来实现。世界上很多国家都不怕反垄断公共执行不力时允许私人执行而导致的公共利益的损失，也没有设置民告官这样的唯一救济通道，其中的思量就是既然你公共执行不到位，你纠错机制也失灵，你公共利益可以牺牲，而个体利益还得保护，民告民的私人执行制度也还得设置和运行。以上思想确实值得社会保险法的私人执行制度借鉴。

2. 在执行模式方面的启示

“有些国家的法律对反垄断法的私人执行没有前置程序的限制，只要私人当事人的利益受到了违法的反竞争行为的损害就可以发动私人执行程序；另有一些国家的反垄断法则规定，私人发动执行程序前必须有反垄断主管机关的调查和处理决定，否则，私人就不能提起反垄断诉讼。后继执行比独立执行更加有效。现在，世界上大多数国家反垄断法的私人执行采取的是直接执行模式，并没有对私人执行反垄断法设置先决条件。采纳‘审决前置’执行模式的仅是少数几个国家，而且还受到了本国人民和学者的批评。”⁵⁰⁹

我国社会保险法的私人实施是通过劳动争议仲裁和民事诉讼路径来运作的，劳动争议仲裁为前置程序。劳动争议调解仲裁法第二条第（四）项规定，因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议，适用本法。按照该条规定，劳动者与用人单位之间发生的社会保险争议可以通过劳动争议调解仲裁的争议处理路径予以解决，即该类争议先由劳动争议仲裁委员会予以受理，对裁决结论不服者可向人民法院起诉，人民法院应予以受理。由于这里并未限制争议类型，故劳动者与用人单位之间的社会保险缴费争议及待遇争议都可通过此路径予以解决。《社会保险法》第八十三条第三款再次明确规定：个人与所在用人单位发生社会保险争议的，可以依法申请调解、仲裁，提起诉讼。由于以上法律并未规定提起社会保险争议仲裁及相应的民事诉讼需要以劳动行政主管部门或征缴部门的先行处理为条件，为此，我国的社会保险私人实施采取了直接执行模式，即并没有对私人执行社会保险法设置先决条件。

⁵⁰⁸ 王健.反垄断法私人执行制度初探,《法商研究》(武汉)2007年2期,第104~112页。

⁵⁰⁹ 王健.反垄断法私人执行制度初探,《法商研究》(武汉)2007年2期,第104~112页。

最高人民法院关于社会保险待遇争议解决路径的解释实际上是采取了类似于反垄断法私人实施制度中的审决前置模式。即补办社会保险费手续争议不属于人民法院民事审判庭受案范围，对“未办理社会保险手续而引发的社会保险待遇争议”，人民法院对其的受理需以社会保险经办机构的先行处理为条件，当处理结果为不能补办时对由此而造成的社会保险待遇损失法院才予以受理。对我国社会保险法私人实施模式的理解和未来走向，反垄断法的私人执行模式都可以起到重要的参考作用。

3. 关于私人执行的主体和对象

“对于私人执行主体的确定，世界上有两种做法，一种是以美国为代表的‘损害’标准，另一种是以德国为代表的‘影响’标准，‘影响’标准代表着未来的发展方向。在理论上，任何反垄断违法行为都可以成为反垄断法私人执行的对象，但实践中有一定的局限性。”⁵¹⁰

关于我国社会保险法私人执行的对象，社会保险法和劳动争议调解仲裁法并没有进行限制，用人单位和劳动者之间的一切缴费争议和待遇争议都可以通过劳动争议仲裁和民事诉讼的途径予以解决。但最高人民法院的司法解释却将其仅仅限制在“用人单位没有为劳动者办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致劳动者无法享受社会保险待遇的，劳动者要求用人单位予以赔偿而发生的争议。”关于执行主体，社会保险法和劳动争议调解仲裁法并没有限制为必须受到损害，最高人民法院的司法解释却将其限制为赔偿争议。以上制度设计是否合理，我们都可以从反垄断法的私人执行制度中得到启示。

4. 关于私人实施的途径

“诉讼是私人执行反垄断法的主要途径，而损害赔偿和禁令则是反垄断法私人执行的主要救济方式。”我国实行劳动仲裁和民事诉讼相挂钩的机制，未来劳动争议和社会保险争议能否适用不同的争议解决程序，可否去掉仲裁前置条件？此外，社会保险法的私人执行救济方式中损害赔偿是和反垄断法相一致的，但社会保险法的私人实施机制中的救济方式更多地则是要求用人单位积极地作为而非禁令。由此也影响到了社会保险法私人执行的对象范围。

⁵¹⁰ 王健. 反垄断法私人执行制度初探, 《法商研究》(武汉)2007年2期, 第104~112页。

四、社会保险法私人实施机制的存废与完善

(一) 社会保险法私人实施机制的存与废

诚如前述,我国有学者坚信社会保险法的纯公法性质,并主张摒弃私人执行制度。最高人民法院也极大地限缩了私人执行的对象范围,用人单位与劳动者之间的缴费争议都被摒弃在民事诉讼救济途径之外,待遇争议也被设置了审决前置条件。一时间,社会保险法私人实施机制的存与废成了学者们争议的话题。

然仍有学者认为社会保险关系是民事法律关系,社会保险立法应当确立“行政干预建立在民事法律关系基础上”的原则,将政府定位于帮助者、保证人而非替代者,要求其从物质帮助权的客观需要判断和决策社会保险事务;不能违背民事法律关系的特点而自行其是⁵¹¹。社会保险权的权利理念经历了从“自由权”向“社会权”观念、从私法调节向社会法调节的转变。⁵¹²以上学者仍然坚持社会保险法的社会法属性。

有学者针对“强公法”倾向指出,《社会保险法》“一大二公”式的改革由于制度本身的悖论与过高的推行成本,有可能激化社会保险制度的内在矛盾。未来我国社会保险权利救济制度需要在重新思考强制性与保险性、国家与地方、公法与私法关系的基础上达成新的平衡。⁵¹³

社会保险行政主体在不作为和不当作为时,在对社会公共利益造成损害的同时,也会造成被保险人及受益人的个体损失。譬如,当征缴主体对有雇工的个体工商户未进行社会保险费的强制征缴而致该个体经济组织的原职工无法享受社会保险待遇时,征缴主体能否承担起全部赔偿责任。当征缴主体启动了强制执行程序,但用人单位因财力困难而被宣告破产,职工的社会保险待遇经过破产清算程序后仍不能得到兑现时,社会保险行政主体又会承担多大的责任。政府到底是替代者、包办者还是组织者、管理者、执行者,如果是前者则政府应代替用人单位承担全部责任,如果是后者则政府仅仅承担不作为或不当作为的职务责任。保险的原理是当投保人缴费不足或不缴费时,其受益人保险待遇相应减少或丧失。政府是否能做到强制所有的社会保险投保人及时足额缴费,受益人全额享受社会

⁵¹¹ 方乐华.《论社会保险立法的本位》.中国法学会社会法学 2009 年年会论文集。

⁵¹² 郭捷《论社会保险权的司法救济》.中国法学会社会法学研究会 2009 年年会论文集。

⁵¹³ 董保华、李干:《我国社会保险权利救济制度的理论悖论与现实困境-“裕元事件”引发的思考》,《法学》2005 年第 1 期。

保险待遇；如果政府敢于做出这种承诺，则它要对受益人的社会保险待遇损失承担全部责任。放眼中国现实，政府是不能兑现这种承诺的。我国权利义务均衡性的社会保险制度模式选择就决定了社会保险并非国家保险，我们的社会保险法不是纯公法，而是公私交融的社会法范畴，政府并不承担也承担不了全责，企业破产致使员工不能享受社会保险待遇时，政府并不能包揽待遇损失，若职工生活确实因此而陷入困境政府最大程度也只是对其进行社会救助。政府也不能和不应代替企业缴费，政府只是在职工和用人单位缴费的前提下才承担一定的财政责任，在我国单位和个人缴费是社会保险基金的主要来源。社会保险基金主要来源于单位和职工的工资所得，且目的具有专项性，单位和职工以工资直接所得减少为对价因而享有了社会保险待遇请求权，社会保险待遇请求权、损害赔偿请求权是一种典型的私权，其应有相应的救济渠道，而社会保险法的私人实施机制就是为这种私权救济而设。社会保险作为国家和社会精心构建的一层社会安全网，社会保险法当然具有维护社会公共利益的功能，具有较强的公法属性，我国社会保险法规定了不办理登记、未按时足额缴费时有关主体应承担的公法责任，但此类行为主体应该对社会保险权利人的社会保险待遇损失等私法权益损害承担什么样的私法责任，法律却没有做相应的规定，这不能不说是一种制度设计缺陷。

福利国家型的社会保险制度模式其实是一种国家保险，其保险基金筹集是通过征收社会保险税的形式实现的，并不强调权利义务的直接对应性。可我国并未采纳这种模式，所以我国社会保险法的公法属性并不是很强，其公私交融的特征非常明显。

前已述及，社会保险法的私人实施机制仍具有一定的实现社会公共利益的功能。政府失灵普遍存在，不能假象公共执行完美无缺，当社会保险法的执法主体由于某种顾虑和惰性而不执行社会保险法时，私人实施机制将起到推动社会保险法实施的作用。为此，社会保险法的私人实施机制当留。

（二）社会保险法私人实施机制的完善

社会保险法的私人实施在强制执行与保险原理冲突的领域仍具有留存空间，此时私人执行应不需要不能补办这个前提，即实行直接执行模式。另外，应该对五个险种各自能否予以补办做出明确的立法规定。对不能补办者径直适用私人直接执行模式，对能补办者适用审决前置模式。

1. 对私人执行主体和对象的完善

在社会保险法私人执行的主体方面,那些自身利益受到社会保险违法行为影响的法人、其他组织和自然人都有权通过提起仲裁及向法院提起民事诉讼的方式来实施社会保险法。这里我们也应采纳影响标准而非损害标准,只要劳动者与用人单位之间发生了社会保险争议,其就有权启动私人执行程序。

在私人执行对象方面,针对用人单位和劳动者之间五种纠纷,即用人单位未为劳动者办理社会保险手续而引发的社会保险争议;用人单位已经为劳动者办理社保手续,但用人单位不交、少交、迟交社会保险费而发生的争议;用人单位已经为劳动者办理了社会保险手续,双方对缴纳基数、缴费年限发生争议;劳动者在出现劳动风险事故,符合法律规定的条件时,用人单位未按规定支付劳动者相应的社会保险待遇而发生的争议;用人单位没有为劳动者办理社会保险手续,且社会保险经办机构不能补办导致劳动者无法享受社会保险待遇的,劳动者要求用人单位予以赔偿而发生的争议,⁵¹⁴应毫无疑问地将劳动者在出现劳动风险事故,符合法律规定的条件时,用人单位未按规定支付劳动者相应的社会保险待遇而发生的争议,用人单位没有为劳动者办理社会保险手续,且社会保险经办机构不能补办导致劳动者无法享受社会保险待遇的,劳动者要求用人单位予以赔偿而发生的争议纳入到社会保险私人实施机制的实施范围之内。⁵¹⁵对于补办补缴纠纷,不交、少交、迟交社会保险费而发生的争议,对缴纳基数、缴费年限发生的争议,由于都涉及到缴费,问题比较复杂。

其实,社会保险费是为被保险人等特定人而缴的,直接以被保险人和受益人享受社会保险待遇为目的,税是为不特定人的利益而缴的,目的具有多样性;被保险人、受益人享受社会保险待遇的多寡与缴费年限、缴费数额呈正相关关系,纳税人享受的公共产品则与他缴纳的税款之间不存在对应性;社会保险费来源于用人单位工资总额和个人缴费工资,税则依据征税对象的不同而来源不同;用人

⁵¹⁴ 项延永.《论我国社会保险争议民事可诉性的全面确立》.《社会法研究》,2013年第1期。

⁵¹⁵ 工伤保险条例第六十二条第二款规定,依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加工伤保险的用人单位职工发生工伤的,由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。《深圳市社会医疗保险办法》第100条、第101条与第102条规定,用人单位未按规定缴纳社会医疗保险费,由市社会保险行政部门责令限期改正,补缴应当缴纳的社会医疗保险费,并自欠缴之日起按日加收万分之五的滞纳金。之前其职工发生的医疗费用,由用人单位按照该办法规定的待遇标准支付,参保人新发生的医疗费用则由医疗保险基金按照该办法的规定支付。

单位缴费要以劳动关系的存在为前提，城镇居民养老保险和医疗保险制度中就不存在居民与用人单位之间的缴费争议，缴税则不需要以劳动关系的存在为前提；缴费不符合法定要求，劳动者的社会保险待遇等私人权益会直接受损，社会公共利益间接受损，缴税不符合法定要求，公共利益直接受损，私人权益受损范围不易确定。故此，劳动者与用人单位之间的缴费争议并不是纯粹的公法意义上的争议，用人单位为劳动者缴纳社会保险费也是基于劳动合同，是基于劳动法，社会保险条款就是劳动合同的法定必备条款。与此同时，劳动者与用人单位缴费也是基于社会保险法的强制性规定，征缴主体也有依法征缴的公法上的职责，缴费争议因而具有了公法性。结论是：用人单位与劳动者之间的缴费争议是公私交融的社会法上的争议，是劳动法与社会保险法的重叠领地，其解决机制也必须与公私交融属性相吻合，在现有制度框架下，行政附带民事诉讼是最与之契合的争议解决途径。

缴费争议的解决机制部分也反映了社会保险法与反垄断法的本质区别。反垄断是对自由竞争秩序的维护，反垄断执法机关并不是竞争秩序的当事人，而只是竞争秩序的监管者和维护者；社会保险则是对社会保险秩序的构建，政府主管部门就是社会保险秩序的当事人一方，同时也是社会保险秩序的监管者和维护者。德国专门组建了公法上的自治团体法人——社会保险经办机构作为社会保险的当事人一方，政府主管部门则主要作为社会保险秩序的监管者和维护者。我国的社会保险经办机构是法律授权的行政主体，所以我国社会保险的公法属性更强一些。之所以出现上述区别，主要因为垄断属于经营自由权的范畴，国家原则上要以被动不作为和不侵犯经营自由权为己任，过度滥用时国家才出手；社会保险则属于社会权范畴，国家应以积极主动地作为以确保公民社会权的实现，国家缺位时社会保险秩序无法形成。由此就决定了用人单位与劳动者之间的缴费争议不宜通过私人执行机制解决，因为国家的职责不可缺位。

行政诉讼法第六十一条规定，在涉及行政许可、登记、征收、征用和行政机关对民事争议所作的裁决的行政诉讼中，当事人申请一并解决相关民事争议的，人民法院可以一并审理。这里的征收并不包括征税和行政收费，⁵¹⁶而费用缴纳民事争议未经行政裁决是不可提起行政附带民事诉讼的。这样一来，劳动者与用

⁵¹⁶ 中华人民共和国行政诉讼法注释本，法律出版社，第14页，2014年版。

人单位之间的缴费争议，双方或一方可提请有关行政机关进行裁决，不服裁决时可提起行政附带民事诉讼。行政附带民事诉讼是与社会保险制度较相适应的救济制度，通过它可以为将来构建单独的社会保险争议解决制度积累经验，但这种制度并非私人执行制度的范畴。所以，从应然性的角度而言，劳动者与用人单位的缴费争议不宜再纳入到私人实施制度的范畴。但是，在社会保险法和劳动争议调解仲裁法对仲裁范围尚未做修改前，不能仅以最高人民法院的非正规的“答记者问”而将缴费争议摒弃在私人执行范围之外，劳动者与用人单位的缴费争议人民法院在现阶段应依法予以受理。

值得注意的是，即使劳动者与用人单位之间的缴费争议也可通过对不作为行政行为提起行政诉讼来解决。行政诉讼法第12条第1款第6项规定，申请行政机关履行保护人身权、财产权等合法权益的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的，申请人可提起行政诉讼。多元化的救济渠道应该并行不悖，而不是一方取代另一方。

2. 对执行模式的完善

反垄断法的私人执行模式有直接执行模式和“审决前置”执行模式之分，但直接执行模式是主流模式。具体到社会保险法，劳动者与用人单位之间不宜补办补缴类社会保险待遇损害赔偿争议应通过私人直接实施模式解决，可补办补缴类社会保险待遇损害赔偿争议应通过审决前置模式解决。

“由于社会保险存在着强制性与保险性的碰撞，这就决定了社会保险不应笼统地适用补缴制度，需要区别不同的险种予以更为细致的考察。如医疗保险、工伤保险、生育保险与失业保险，此类保险待遇的高低与缴费年限并不必然呈正相关关系，而且可以享受的保险待遇一般远远超过缴费的数额。只要劳动者可以从用人单位处获得参照社保待遇水平的赔付，责令用人单位与劳动者补缴社保费就已失去现实意义。对于社会保险只能一并打包补缴的制度应当突破，对五项保险应当做出松绑制度安排。”⁵¹⁷

如果用人单位和劳动者在未参保缴费期间内医疗、工伤、生育与失业保险给付事由已经发生，此时应由用人单位承担相当于保险待遇金额和单位应付部分的全部损害赔偿赔偿责任，事故发生前的医疗、工伤、生育与失业保险费也不应再补缴。

⁵¹⁷董保华，李干。《我国社会保险权利救济制度的理论悖论与现实困境-“裕元事件”引发的思考》。法学，2005年第1期。

对此，也不用设社会保险经办机构不能补办这个前提条件，人民法院民事审判庭可直接受理，这就是私人直接执行模式。由于此种情况下补缴与保险原理相冲突，为了不损害大多数被保险人的利益，同时又为了惩罚不缴社保费的用人单位和弥补特定受损劳动者的利益，特将事故已经发生后相当于保险待遇金额和单位应付部分的全部损害赔偿赔偿责任交由未参保缴费的用人单位承担，这是完全合理的做法。此类争议也不应再看着是劳动争议，而是应看作民事争议，由民庭径直受理——看作劳动争议则要经过一裁二审程序，无辜增加了劳动者的讼累。这种情况下并不排除社会保险费征收主体以罚款等形式追究用人单位不缴保费的公法上的责任。缴纳应从事故发生之次日起起算，对于养老保险费一般应全程补缴，劳动者已死亡者也可径直按照民事损害赔偿纠纷予以处理。以上民事损害赔偿领域可作为用人单位支付体系与相应私法救济渠道在社会保险争议领域的适用范围而确定下来，当前建议最高人民法院以完善司法解释的形式对此予以明确，今后应由社会保险争议处理法加以规定。

对于可补办补缴类社会保险待遇争议应通过审决前置模式解决。当当事人提起社会保险待遇损害赔偿之诉时，如果是养老保险待遇损害；或者是因用人单位未为其办理其他类社会保险手续导致其无法享受社会保险待遇，如果补办补缴社会保险费与保险原理不冲突，此时应以社会保险经办机构或其他征缴机构的先行处理为前置程序，当这些机构做出不能补办补缴的决定时，民事审判庭才予以受理。

最高人民法院的解释，“劳动者以用人单位未为其办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇为由，要求用人单位赔偿损失而发生争议的，人民法院应予受理，”由于其未明确区分保费是否适宜补缴就统统设置了此类纠纷的审决前置程序，这无疑大大限缩了社会保险法私人实施的范围，是极为不妥当的。对于因用人单位欠缴、拒缴和因缴费年限、缴费基数而产生的损害赔偿争议，最高人民法院以答记者问的非正规方式将其排除在私人执行的范围之外更是不当。此类争议应该适用私人审决前置实施模式解决。法律应该对不宜补办补缴类社会保险待遇争议做出明确规定。

3. 对私人实施途径的完善

“诉讼是私人执行反垄断法的主要途径，而损害赔偿和禁令则是反垄断法私

人执行的主要救济方式。”具体到社会保险法，在劳动争议和社会保险争议解决机制未分离前，先劳动仲裁后民事诉讼是私人执行社会保险法的主要途径。在救济方式方面，损害赔偿将是社会保险法私人实施的主要救济方式。由于社会保险法只有通过用人单位积极的作为才能实现劳动者的社会保险权益，所以禁令不宜作为社会保险法私人执行的主要救济方式，缴费争议将主要通过公共执行机制解决，故用人单位履行缴费义务也主要作为公共执行的救济方式而存在。

五、未来展望

在独立的社会保险争议解决机制建立以后，上述直接执行模式解决类争议可不经行政处理和行政复议环节，径直向社会法庭起诉，这必然会减轻劳动者及其亲属的讼累，提高办案效率。审决前置模式解决类争议则仍需经过行政处理和行政复议环节，方可向社会法庭提起诉讼。

社会保险经办机构的性质和定位研究

——从公法人的组织模式出发*

胡川宁

【摘要】根据社会保险所赖以建立的风险分担原则和辅助性原则的要求，社会保险经办机构在本质上应为公法上的社团法人。基于此，社会保险经办机构的权利义务，可分为内部关系和外部关系两方面。一方面，在内部关系上，社会保险经办机构可仿造现代公司，建立成员代表大会和董事会，以实现其真正的自我管理和保险资金的专款专用；另一方面，在外部关系上，社会保险经办机构应作为独立的公法人，享有财产权和必要的合同自由。

【关键词】社会保险经办机构；公法上的社团法人；内部关系；外部关系；

引言

长久以来，在我国无论是学界，还是立法，对于社会保险经办机构在法律上的性质、定位及其权利义务等问题，并没有得出一个统一的结论。立法上，不论是早期的《关于一九九三年经济体制改革要点的通知》，或是后来 2001 年的《社会保险行政争议处理办法》，还是 2010 年的《社会保险法》，都没有就社会保险经办机构的性质和定位做出明确的规定，而只是从具体的职责权限角度对其进行描述性的定义。例如，根据《社会保险行政争议处理办法》第 2 条第 2 款之规定，社会保险经办机构系指：“法律、法规授权的劳动保障行政部门所属的专门办理养老保险、医疗保险、失业保险、工伤保险、生育保险等社会保险事务的工作机构”。然而，该条规定却并没有指明其所称的“工作机构”的具体法律性质和定位，即其是否是享有独立法律人格的法人，如果是，其是公法人还是私法人？或

* 本文发表于《行政法学研究》2016 年第 2 期。

基金项目：2015 年重庆市教育委员会人文社会科学研究一般项目“养老保险融资模式法律规制研究”（15SKG010）；2014 年西南政法大学资助项目“社会保险经办机构法律规制研究”（2014XZQN-38）；2014 年西南政法大学引进人才科研资助项目“养老保险资金筹集法律规制研究”（2014-XZRCXM017）；西南政法大学统筹城乡发展制度创新研究院 2015 年度建设项目“城乡统筹视野下的养老保险筹资模式法律规制研究”（TCCX15YB09）。

作者简介：胡川宁（1984-），男，辽宁省大连市人，德国耶拿大学法学博士。研究方向：社会法。

从组织模式上看，其是以社员为基础的社团法人，还是以财团管理为目的的财团法人，抑或是公营造物法人？现行法对此都没有明确的回答。立法上的不明确造成我国的司法实践无法就社会保险经办机构的性质和其权利义务定位问题，做出令人信服的统一回答。同时，学界亦未能在社会保险经办机构的性质、定位和权利义务等方面达成共识。因此，以社会保险的制度原则为基础，并结合境内外有关的理论成果，从公法人的组织模式出发，对社会保险经办机构的性质及定位等问题予以研究，并在此基础上探讨社会保险经办机构的内外部法律关系，应不单对解决有关社会保险经办机构的法学理论问题，而且也对解决相关的法律适用问题大有帮助。

一、社会保险经办机构的性质

理论上，社会保险法律关系须基于公法方可得丧变更，而这意味着意思自治原则上不能适用于社会保险制度，由此社会保险经办机构作为社会保险法律关系的主体之一应以公法人的形式予以组织之，应属无疑⁵¹⁸。然通说认为，公法人基于其组织模式的不同，可分为公法上的社团法人、公营造物法人和公法上的财团法人（或称公法上的基金会法人）三种⁵¹⁹。而问题的争点往往在于，立法者究竟应选择何种类型的公法人，以作为社会保险的组织模式。回答这一问题，就需要回归到社会保险本身所应遵从的制度原则，因为其从本质上决定了社会保险的具体组织模式。鉴于此，在下文中笔者将从公法人的具体类型特征出发，并根据社会保险的制度原则，就社会保险经办机构的性质予以探讨。

（一） 公法人的类型

1. 公法上的社团法人

所谓公法上的社团法人系指以人为组成基础的，以完成公法上之任务为成立目的的公法人。首先，作为社团法人，其组织上之首要特征为“以人为基础单位，为人之结合”⁵²⁰，即以成员资格（Mitgliedschaft）及作为其具体实现形式的成员大会，例如各种级别的代议制机关，为其组织特征。此外，公法上的社团法人的本质还在于，其是以独立自主的人为集合的共同体，即以人为其组成的基本

⁵¹⁸ 参见：Franz Ruland: Das „Soziale“ im Spannungsfeld von Solidarität und Subsidiarität, Jahrestagung des Forschungsnetzwerkes Alterssicherung „Das Soziale in der Alterssicherung“, Erkner, 2005.

⁵¹⁹ 参见：Bernhard Raschauer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 3 Auflage, Springer-Verlag, Wien, 2009, SS.29-33.

⁵²⁰ 翁岳生：《行政法（上册）》，中国法制出版社 2000 年版，第 283 页。

单位。这造成公法上的社团法人应以其组成成员全体的意思表示，为其对外一切法律行为的效力来源。而这在组织法上则具体表现为，公法上的社团法人的组成成员，可通过选举制度直接或间接地决定其意思表示机关，尤其是其成员代表大会，的人员组成，可见，从权利内容上看，公法上的社团法人享有相对完整的自主权，即其不仅能决定自己的经济行为，而且也能对自身的人事组成，享有独立的决定权。反过来说，之所以在某些领域，立法者会选择公法上的社团法人作为相关主体的组织模式，其原因亦往往是，立法者认为在此领域相关主体若不享有一定程度的自治权，则无法完成相应的行政任务。此时立法者往往期望可通过此种自治权的授予，亦即统治权的部分让渡，规避某些政治上的风险。从这个意义上说，公法上的社团法人可以说是行政组织法上的自治原则的集中体现。

2. 公法上的财团法人

所谓公法上的财团法人系指基于公法之规定而享有权利能力的财产上的集合体。而特定人群有权就公法上的财团法人所掌管之财产享有特定的收益权，是公法上的财团法人的突出特征和成立目的之所在⁵²¹。在具体的组织模式上，由于公法上的财团法人非以独立自主之权利主体为成立基础，因而无须以成员大会为其意思表示机关。相反，其往往是以相关主管机关所任命的职业文官或专业人士所组成的理事会或委员会，为其最高意思表示机关。而在此情况下，其行政相对人，亦不能如公法上的社团法人那样，通过组成成员大会或成员代表大会，对公法上的财团法人的行为，产生直接或间接的决定性影响。当然，作为独立的公法人，公法上的财团法人，如公法上的社团法人一样，也享有独立的法人财产权。然公法上的财团法人，就其所享有的权利内容来说，相比于公法上的社团法人，则在很大程度上丧失了人事上的自主权，而仅享有一定程度财政上的独立性。这亦体现了作为独立的的目的性财产集合（财团）的财团法人的管理机关乃是向财团的设立目的负责；与此相对，社团法人的管理机关，则是在本质上向作为权利主体的其组成成员负责。而立法者在某些领域选择公法上的财团法人作为相关行政主体的组织模式的原因则往往在于，其认为在此领域中，排除国民对于相关行政主体行为的直接干涉，即不适用自治原则，对于相关行政目的的实现具有相当的必要性。

⁵²¹ 参见：Hartmut Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 18 Auflage, C.H.Beck Verlag, München, 2011, S. 623.

3. 公法上的营造物法人

所谓公法上的营造物法人，即公营造物法人，系指“为完成特定公共目的，而由公共行政主体所设置的人与物的继续性结合体。”⁵²²相较于其他两类公法人，公营造物法人的特点主要在于，将相关行政财产（建筑物、技术设备、公物等）与运营该行政财产之行政文官相互有机结合，并围绕相关行政财产与其利用者之间的利用关系建构其具体的组织模式。当然，随着现代社会经济和科学技术手段的发展，行政机关所能掌管的财产早已不限于以往传统的有体物，而扩及到无体物和自然力，而这使得公营造物法人与公法上的财团法人之间的界限越来越趋于模糊化。同时考虑到公营造物法人伴随着相对完善的行政财产利用制度，因而现代行政法实践中，公营造物法人有逐渐取代公法上的财产法人之趋势⁵²³。当然，公营造物法人与公法上财团法人一样，都是以主管机关所任命的行政文官或专业人士作为其意思表示机关的组成人员，而以成员大会或成员代表大会为必要。从而与公法上的财团法人的行政相对人的地位类似，营造物使用人，对于公营造物法人的营造物运营活动，亦不享有参与管理的权利。

综上，我们可以发现，是否彻底贯彻自治原则，是上述三种公法人组织模式上的差异点的根源所在。结合社会保险制度，我们可以得出这样的结论，即立法者是否将自治原则视为社会保险的本质要求，是其选择何种公法人，以作为社会保险的组织模式的核心缘由。亦即如果立法者决定社会保险应贯彻行政法上的自治原则，则以公法上的社团法人为其组织模式，就成为其当然之道。为此，我们有必要进一步讨论社会保险所应遵循的制度原则，以探究自治原则是否应为社会保险制度的本质要求。

（二） 社会保险的制度原则

1. 风险分担原则

风险分担原则与辅助性原则是现代社会保险制度的两个基本的制度原则⁵²⁵。所谓风险分担原则，又称团结原则（Solidaritätsprinzip），系指：“人与人之间的相互团结是人类关系的本质特征，是由人与人之间的相互依存性所决定

⁵²² Hartmut Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 18 Auflage, München: C.H.Beck Verlag, 2011, S. 617.

⁵²³ Hartmut Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 18 Auflage, München: C.H.Beck Verlag, 2011, S. 622.

⁵²⁵ 参见：Ralf Kreikebohm: Solidarität und Subsidiarität als Ausprägungen des „Sozialen“ in den Zeiten der Finanz- und Wirtschaftskrise RATUBS, Braunschweig, 2006(6).

的。同时，团结乃是基于共同的价值导向性，并表现了群体成员之间相互依存的感觉，并且群体中的个体与其他群体成员之间存在一种互负责任关系。”^{5 2 6}总而言之：人类的本性要求，人类个体必须通过相互结成共同体才能繁衍生息下去，因为单独的人类个体是无法独自存活下去的。对此，早在近两千年前的古罗马，当时著名的哲学家兼诗人塞内卡（Seneca）就曾言道：“人类社会如同拱顶，若作为拱顶组成部分的个别石头之间无法相互支撑，则拱顶必然轰然倒塌。”^{5 2 7}历史上，出于不同的价值理念和目的，人类结成过各种各样的共同体，这其中小到家庭，大到各种宗教组织、企业集团，乃至国家本身。同时，我们亦可发现，不论何种共同体，虽其存续所依据之价值基础千差万别，但在一定程度上却都具备分担个体风险的功能。然在诸多的共同体中，存在一种以特定人群的风险分担为成立目的的共同体，我们将之称之为保险（Versicherung）^{5 2 8}。在法律上，此种作为风险分担共同体的保险，既可以私法的形式组织之，即民法上的保险合同制度，亦可以公法的形式组织之，即社会保险制度。

当然，特定共同体的结成，是要以牺牲其组成个体的一部分自由为代价的。这好比上文塞内卡所描写的石头与拱顶之间的关系，即作为拱顶组成部分的每一个石头，都必须处在其应该所在的位置上，否则拱顶将会因各个石头之间相互支撑状态的丧失，而轰然倒塌。共同体的成员与共同体之间的关系亦是如此，即共同体的每个成员若不能牺牲自己的自由，则不单作为共同体存续基础的共同意志必不能形成，而且对外的共同行为亦不可期待，最终任何共同体本身都不可能长久的存在下去。然而，需要注意的是，风险分担原则，即团结原则，所强调的个人自由的牺牲并非是其目的，而是通过这种牺牲以结成共同体，并最终保证其组成成员个人自由的真正存续。总之，共同体是其成员个体实现其自由的手段，而其本身不能成为目的。这也是团结原则与“共同体至上理念”的根本区别点。“共同体至上理念”也强调共同体的存续，但是在“共同体至上理念”的视野范围内，个人自由相对于共同体却是手段而非目的。这首先表现在，“共同体至上理念”下的共同体往往会为了共同体成员利益以外的目的而动用其资金，而体现出一种

^{5 2 6} Franz Ruland: Das „Soziale“ im Spannungsfeld von Solidarität und Subsidiarität, Jahrestagung des Forschungsnetzwerkes Alterssicherung „Das Soziale in der Alterssicherung“, Erkner, 2005.

^{5 2 7} Wolf R. Thiel: Der Platz der Solidarität im Gleichgewicht zwischen sozialer und finanzieller Tragbarkeit, Vortrag gehalten auf der Jahreskonferenz des EVVÖD am 24./25. Oktober 2002 in Rom, 2002.

^{5 2 8} 参见：Raimund Waltermann: Sozialrecht, 10 Auflage, München: C.F. Müller, 2012, S.58.

“国际主义”的情怀。因而，风险分担原则下的共同体需要保证其独立性，尤其是需要与其他共同体和非其组成成员的个体之间，保持相当的距离。这正如前德意志养老保险担当机构联盟（Verband Deutscher Rentenversicherungsträger）主席弗兰茨·路兰特（Franz Ruland）教授所明确指出的：“为共同体所筹集的资金不得用于共同体成立目的以外的领域，在社会保险领域则尤其表现为，缴费资金不得用于其他普通国家任务的开支。”⁵²⁹而避免社会保险资金偏离风险分担共同体的成立目的的最有效的手段，就是直接赋予被保险人参与管理社会保险事务的权利，即进一步强调共同体的本质乃是其组成成员的集合体。

此外，众所周知，是近代现代工业化所带来的社会问题催生了现代社会保险制度的诞生。工业化时代的社会问题的特殊性就在于其与现代生产方式具有密不可分的关系，而现代工业化的生产方式的突出特征就在于其与雇主的指令权，即劳动者的从属性，相伴而生。这突出体现在由社会问题所引发的工人运动中。现代国家也正是基于对历史上过分的工人运动对社会经济所产生的破坏性作用的反思，而普遍承认社会弱势群体有对社会弱势群体进行帮助的义务，即社会补偿原则。⁵³⁰同时如果从整个社会共同体存续维护的角度上看，社会补偿原则亦可视为风险分担原则在现代工业社会背景下的具体表现之一。而为了实现工业社会的真正和谐，根据社会补偿原则的要求，不仅作为被保险人的从属性劳动者，而且其雇主亦应作为社会风险分担共同体（社会保险）的组成成员。⁵³¹而雇主通过向社会保险履行缴费义务，以取得社会保险成员资格的方式，经由社会保险的待遇给付，而完成其社会补偿义务的履行，并进而使得工业国家的内部团结得以可能。当然，结合上文风险分担原则所要求的共同体独立性，我们需要特别说明的是，为了保证社会风险分担共同体不至于偏离其本身的存续目的，而成为一种脱离其组成成员的存在，从而不仅从属性劳动者，而且雇主，亦应在取得成员资格的同时，而享有参与社会保险运营决策的权利。只有如此，社会保险才能成为保障其被保险人实现其个人自由的手段，而不会成为凌驾于其的压迫性制度存在。

⁵²⁹ Franz Ruland: Das „Soziale“ im Spannungsfeld von Solidarität und Subsidiarität, Jahrestagung des Forschungsnetzwerkes Alterssicherung „Das Soziale in der Alterssicherung“, Erkner, 2005.

⁵³⁰ 参见：Raimund Waltermann: Sozialrecht, 10 Auflage, C.F. Müller, München 2012, SS. 55-56.

⁵³¹ 参见：Katie Baldschun: Solidarität und soziales Schutzprinzip in der gesetzlichen Unfallversicherung, Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 2008, SS. 35-36.

综上所述，作为现代社会保险制度基本要求的风险分担原则认为：社会保险在本质上乃是以雇主和包括从属性劳动者在内的被保险人为组成成员的社会风险分担共同体。同时基于此，社会保险在本质上要求其运营须受制于雇主和被保险人的意思表示，并原则上排斥其他主体的干涉。

2. 辅助性原则

从风险分担原则我们可知，社会保险应具有独立性。然想要保有这种独立性，就不免要探讨社会保险与国家之间的关系。众所周知，国家是迄今人类所能结成的最有权力的共同体^{5 3 2}。由此国家本身能否作为社会风险分担共同体，则是辅助性原则所要回答的问题。辅助性原则认为，“个人应当为自己的行为负责”^{5 3 3}是任何共同体建立所必须考虑到的首要前提，因为共同体建立的目的是保障个人自由，而限制自由只是达成此目的的手段。这亦是市民社会优先思想的集中体现，即立法者在拟定干涉个人自由的政策措施时，须首先考虑到，如果市民社会本身亦可解决相关问题，则无必要再制定相关干涉措施。毫无疑问，在社会国家的背景下，现代政府必须要承担起社会风险分散的责任^{5 3 4}。但正如辅助性原则所要求的，如果国家本身要直接作为分担社会风险的主体，就必须证明除国家以外，没有人能够真正解决社会风险问题。

历史和现实告诉我们，现代工业社会中的个体，尤其是以从事从属性劳动为业的劳动者，在面对诸多工业化背景下的风险时，例如年老、疾病、失业以及劳动事故等，是多么的无助。而风险分担原则告诉我们，个体完全可以通过牺牲自己部分的自由，而结成共同体，即保险，来解决单个个体所无法解决的社会风险问题。与此同时，作为风险分担共同体的社会保险能够实现与其他共同体，尤其是与国家保持相当距离的前提是，其本身没有被国家予以“国有化”。换句话说，当某国所谓的社会保险的组成成员涵盖该国所有国民时，即实行“全民保险”，则此时的社会保险，会因其成员与国家组成成员的高度重合，而丧失风险分担原则所要求的独立性。再加之，在缺乏独立高效的国家代议机构制约的情形下，此种“全民保险”亦很难避免其对作为市场经济秩序基本价值基础的私法自治、契

^{5 3 2} Reinhold Zippelius: Allgemeines Staatslehre, 16. Auflage, München: C.H.Beck Verlag, 2010, SS.40ff.

^{5 3 3} 参见: Franz Ruland: Das „Soziale“ im Spannungsfeld von Solidarität und Subsidiarität, Jahrestagung des Forschungsnetzwerkes Alterssicherung „Das Soziale in der Alterssicherung“, Erkner, 2005.

^{5 3 4} 参见: 胡川宁:《德国社会国家原则及其对我国的启示》，社会科学研究，2015年第3期。

约自由乃至市场竞争本身，所会造成的颠覆性破坏作用⁵³⁵。因为没有代议机构掣肘的“有权人士”能够轻易地将此种“全民保险”合法地转化为自己的“私产”，并借此形成合法的金融垄断，即成为市场中的“庄家”。从而，连同辅助性原则在内的市场经济秩序本身甚至亦会名存实亡。因此，立法者在制定有关社会保险事务的政策措施时，应首先考虑将其交由市民社会处理之，而非直接将之作为国家的当然事务。尤其是那些历史上代议机构不甚发达的国家和地区，更应当考虑使社会风险分担职责与国家一般事务之间保持相当的距离，从而为市民社会的存续和市场经济的运转提供基础性保障。总之，为满足辅助性原则的要求，国家有必要与社会保险事务保持相当的距离。这尤其对于那些在历史上代议制度屡受摧残，而饱受专制主义之害的国家更具有意义。对于这些国家，往往需要更严格地贯彻辅助性原则，其市场经济秩序方不会因“全民保险”而荡然无存。

然而，辅助性原则并不意味着，以意思自治和非强制性为原则的私法上的保险合同制度，甚或个人本身，能够解决社会风险的分担问题。原因在于，“个人对于其本身所会面临的风险常持低估的态度，并基于此，往往将其他事务，例如到马略卡岛⁵³⁶去旅游，视为比预防风险更重要的事务。”⁵³⁷可见，从人的本性出发，如果缺乏必要的强制性，大多数人并不会自然地结成风险分担共同体，并为其投资。而德国联邦宪法法院对此甚至认为，个人无法通过自身的财产运作而实现社会风险的预防和分担这一结论，是不需要进行详细证明的。⁵³⁸

可见，要想符合风险分担原则和辅助性原则的要求，立法者只能选择以强制性为基本要求，并以特定的部分国民为被保险人的社会保险制度。并且在辅助性原则下，国家有义务保证社会保险的独立性，并促进其自我管理的实现。

3. 自治原则

由此可知，风险分担原则和辅助性原则要求下的社会保险，不单要保证其行为是基于其组成成员的意思表示而成立的，而且需要在外部独立于其他的权利主

⁵³⁵ 参见：Josef Isensee: „Bürgerversicherung“ im Koordinatensystem der Verfassung, Bitburger Gespräche Jahrbuch 2004 / II, München: C.H.Beck, SS.5-24.

⁵³⁶ 马略卡岛 (Mallorca) 是位于西地中海的一座属于西班牙的岛屿，是著名的旅游胜地。

⁵³⁷ Ralf Kreikebohm: Solidarität und Subsidiarität als Ausprägungen des „Sozialen“ in den Zeiten der Finanz- und Wirtschaftskrise RATUBS, Braunschweig, 2006 (6).

⁵³⁸ 参见：联邦德国《联邦宪法法院裁判集第 29 卷》第 221 页至第 236 页以下 (BVerfGE 29, 221 (236ff.))。

体，即遵从行政法上的自治原则。从内容上，自治原则在社会保险制度中主要体现为人事上的自治和财政上的自治两个方面：一方面，人事上的自治要求社会保险组成成员，即雇主和被保险人，须有直接或间接决定社会保险管理人员组成，并排除他人干涉的权利；另一方面，财政上的自治则要求作为独立的社会风险分担共同体的社会保险，应对其掌管和运营的保险资金，享有法律上的所有权。这意味着，除了社会保险组成成员，其他主体无权就保险资金的管理运营做出决定。其他组织若意欲管理运营保险资金，只有例外的取得社会保险组成成员的授权方为可能。

（三）作为公法上的社团法人的社会保险经办机构

从上文可知，相比于其他两种类型的公法人，公法上的社团法人的最大特点在于，其在组织上以成员大会，作为其最高的意思表示机关。从而，立法者若要贯彻自治原则，在组织上选择公法上的社团法人，就成为其当然的选择。经过上文的论述，我们知道，真正的社会保险需同时贯彻风险分担原则和辅助性原则，而这要求社会保险必须从内部到外部都贯彻自治原则。因此，选择社会保险模式的立法者，往往会选择公法上的社团法人作为其社会保险的具体组织模式，并借此实现风险分担原则和辅助性原则。具体来说，现代公司的治理模式则为自治原则下的社会保险经办机构提供了一个可资参照的范本，这意味着，未来的社会保险经办机构可通过建立成员大会或成员代表大会，并由此产生董事会，以实现其内部治理的独立。

二、社会保险经办机构的权利和义务

在明确社会保险经办机构的性质应为公法上的社团法人之后，我们有必要在此基础上研究其本身的权利和义务。犹如作为私法上的社团法人的有限责任公司一样，作为公法上的社团法人的社会保险亦有必要从内部关系和外部关系两个方面，对其所应享有的权利和承担的义务做出分析。

（一）社会保险的内部关系

所谓社会保险的内部关系，主要是指社会保险经办机构与作为社会保险组成成员的被保险人和雇主，就社会保险经办机构的管理和运营所发生的法律关系，

即社会保险经办机构的内部治理关系。就其内容来说，社会保险的内部关系包含成员资格关系和缴费义务两个方面。首先，通过上文我们知道，根据风险分担原则的要求，社会保险在本质上应是由雇主和被保险人所组成的公法上的社团法人，且其运营原则上亦须由被保险人与雇主共同决定之。其次，犹如私法上的社团法人的运营依赖于作为其成员的股东的出资行为一样，在市场经济条件下，社会保险经办机构的运营也需基于其成员的缴费义务。当然，与私法上的出资行为不同的是，社会保险法上的缴费义务，不论是其成立、内容还是消灭，都系基于法定，而非当事人意思表示的一致；同时，作为缴费义务前提的成员资格的成立和消灭，亦是基于法定，而非约定，即成员资格与缴费义务的法定性。

有观点认为缴费义务与成员资格之间存在对待给付关系，即当事人不交社会保险费就不应当享受社会保险待遇给付。笔者认为这种观点是与成员资格的法定性相冲突的。成员资格法定性的立法目的在于，相关保险义务人有通过社会保险制度予以保护的必要性，即上文辅助性原则中所揭示的共同体强制结成（团结）的必要性。而单纯的缴费义务的不履行却并不会使得这种保护的必要性丧失。从而，成员资格的取得并不是社会保险成员基于其缴费行为（法律行为）而取得的对待给付，而是基于团结的必要性而由法律所直接赋予的。当然同时履行抗辩的不适用并不意味着缴费义务的不履行不会产生任何的消极后果。相反，缴费义务的不履行会产生相应的公法上的法律后果，尤其是社会保险作为公法上的社团法人可以对其成员做出相应公法上的处罚，例如社会保险经办机构可以对违反缴费义务的成员课以罚款，暂时停止给付相应的社会保险待遇，甚至可将其移送有关司法机关处理之。

除此之外，成员资格还意味着，被保险人和雇主能够作为独立的权利主体使其管理社会保险经办机构的权利。当然，被保险人和雇主对社会保险经办机构事务的管理，并不需要事必躬亲。因为作为社会保险经办机构组成成员的被保险人和雇主往往数量众多，如果允许“直接民主”的话，则很难保证社会保险经办机构本身管理秩序的长久安定。而管理秩序的安定亦是社会保险本身安定性保障的当然要求之一。因此，有必要通过选举制度，以使被保险人和雇主能够选举出他们的代表，并组成成员代表大会，以作为社会保险经办机构的最高意思表示机关。由此法的安定性与成员个体利益之间的紧张关系将可得到调和。之后成员代

表大会可选举出理事会或董事会，以负责社会保险经办机构的日常具体事务。当然，不论具体形式为何，只有社会保险经办机构的对外行为，系根植于其组成成员的意思表示，而非受制于其他主体，自治原则才能真正贯彻进社会保险制度之中。

概括来说，自治原则下的社会保险经办机构的内部治理基本结构应为：首先成员代表大会应为社会保险经办机构的最高意思表示机关，其成员应由被保险人和雇主通过选举产生之；其次成员代表大会应选举或聘任社会保险经办机构董事会成员，并以之为平时的管理运营机关；最后社会保险经办机构的董事会可聘任总经理，负责社会保险经办机构的日常事务。

（二）社会保险的外部关系

所谓社会保险的外部关系系指作为独立的公法上的社团法人的社会保险经办机构与其他主体产生的非属于其内部治理问题的权利义务关系。这主要包括其与社会保险给付请求权人之间的关系，与社会保险给付提供者（例如：医院、药店和个体行医的医师）之间的关系，以及与其他公法人之间的关系。

1. 社会保险经办机构与社会保险给付请求权人之间的关系

社会保险制度分散社会风险的立法目的最终要通过向被保险人给付有关服务或金钱予以实现之。由此，社会保险经办机构和社会保险给付请求权人之间会产生以社会保险待遇给付为内容的法律关系，即社会保险给付关系。当然，这里的社会保险给付请求权人并不一定就是作为社会保险组成成员的被保险人。例如，根据我国《社会保险法》第 17 条前半句之规定，被保险人因病或者非因工死亡的，其遗属有权领取丧葬补助金和抚恤金。此时，社会保险给付请求权人与被保险人就是分离的。同时，这种现象亦存在于外国社会保险法之中。例如，根据德国《社会法典第五部分》（SGB V）第 10 条的规定，虽然被保险人的家庭成员非为社会保险的组成成员，而不能享有参与社会保险经办机构管理运营的权利，但却可以作为社会保险给付请求权人向相应的医疗保险担当机构（Krankenkasse）请求医疗保险给付。

在这里需要着重说明的是，社会保险给付关系（外部关系）和社会保险成员

资格及缴费关系（内部关系）是两个相互独立的法律关系。也就是说，社会保险组成成员，即被保险人或雇主，未履行缴费义务并不会直接导致社会保险给付关系的消灭，从而其可享有社会保险给付待遇。否则，社会保险的长远存续利益将凌驾于社会风险分担功能的实现，而这是一种本末倒置，因为社会保险的存续本身就是为了实现社会风险的分担。

2. 社会保险经办机构与社会保险给付提供者之间的关系

首先，犹如私法上的社团法人，作为公法上的社团法人的社会保险经办机构，在对外关系上应享有完全的独立人格，尤其是应享有独立的财产权。正如我国现行《公司法》第3条1款所规定的：“公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。”从而，作为公法人的社会保险经办机构，应以其本人的财产对外承担无限责任。然而，社会保险经办机构的法人财产权的行使，却要考虑到其本身的公法属性，即其财产权的正当性和内容并非来源于意思自治，而是来源于立法者的法定授权。为此，自治原则下的社会保险经办机构，虽应对其所有的社会保险资金，享有独立而充分的处分权。然该处分须以社会保险的存续和社会保险待遇给付的实现为目的。考虑到社会保险在本质上系属公法上的社团法人，这尤其要求社会保险经办机构，不得将其资金用于完成那些与社会保险成员无直接关系，而本应由国家一般财政完成的任务，例如社会救助、保障性住房的建设乃至作为平准基金投入股市。

当然，法律无论如何不可能就其两者之间的关系进行事无巨细的规定。因而，社会保险经办机构有必要享有与社会保险给付提供者，就包括社会保险给付的内容、种类和定价在内的相关事项，做出具体约定，并订立合同的自由。如果实行的是事实给付原则⁵³⁹，则该合同还应就相关保险给付费用的具体结算问题做出约定。

3. 社会保险经办机构与其他公法人之间的关系

正如为了保证市场经济秩序的稳定，私法上的公司的营业行为需要受到相关

⁵³⁹事实给付原则（Sachleistungsprinzip）是指给付提供者并不享有针对接受治疗的被保险人的费用请求权，而是由保险担当机构为其被保险人“购买”相关给付，即由保险担当机构与给付提供者签订有关的服务协议予以实现。与此相对，花费报销原则（Kostenerstattungsprinzip）则是指被保险人需先获得给付提供者的账单，然后到医疗保险担当机构办理报销。（参见：Raimund Waltermann: Sozialrecht, 10 Auflage, C.F. Müller, München 2012, S. 90.）

公法人的监管，社会保险作为一国社会稳定之重要基石，自然更不能逃脱相关公法人的监管。但是，风险分担原则与辅助性原则要求，此种对社会保险经办机构的监管，不能以剥夺其自身在财政和人事上的自主权为目的。同时，此种监管作为本质上的干涉行政，监管机关有义务就其监管行为做出必要的合法化说明（Rechtsfertigung），尤其是就其监管行为是否符合比例原则做出说明。

三、展望

目前我国的相关立法、实务界及学界对于社会保险经办机构的性质和定位问题可以说在认识上是模糊的。这根源于长期以来我国理论界对于社会保险的本质缺乏深刻的理解。经过上文的论证，我们可以得出这一结论，即社会保险在本质上应是独立的个体为了分担社会风险而结成的独立的共同体。当然，这种共同体的建立，犹如国家一样，非基于其成员的意思自治，而系基于强制。而这造成社会保险经办机构的组织模式和法律性质须为公法上的社团法人。此外，根据风险分担原则和辅助性原则的要求，社会保险已然不应是一个权利客体，而应以权利主体的面目出现。在这个意义上，社会保险经办机构与社会保险之间已无区别之必要。这好比去区分公司与公司经办机构毫无意义一样。此外，在这两个基本原则的指导下，国家亦应与社会保险保持相当的距离。这种距离不止应体现在，社会保险经办机构管理人员的人事任免须受制于社会保险的组成成员，即雇主和被保险人，的意思表示上，更重要的是要体现在对其社会保险资金所有权的保障上，也就是说，社会保险经办机构应享有自治的权利。同时，社会保险经办机构的自治权，不应仅仅停留在其内部治理结构上，更应体现在其对外关系上，尤其是其需要享有必要的合同自由，以能够与社会保险给付提供者一起找到符合实际的社会保险待遇提供方案。最后，我们需要指出，社会保险之所以被其制度发明者冠以“社会保险”，而非“国家保险”，正是在于其在本质上需要贯彻风险分担原则和辅助性原则，并应相对于国家，而享有自治权。总而言之，社会保险及其经办机构是为其组成成员，而非为整个国家，以社会风险分担为目的的，而存续的具有自治权的公法上的社团法人。

论我国社会保险争议解决机制之完善

黄旭东* 邓娟**

社会保险法实施后, 社保纠纷增多, 一些通过行政方式解决, 一些涌入仲裁和诉讼, 受《劳动争议司法解释》及其他司法政策的影响, 一些社保纠纷虽然经过了仲裁, 但到诉讼时又被法院拒绝受理, 有些在申请仲裁即被拒绝, 从而影响了权利人的救济。本文从理论上, 分析社会保险争议的性质, 讨论其可诉性, 进而从纠纷解决理论出发, 对社会保险争议解决机制提出了完善建议。

一、社会保险的属性对争议解决机制的影响

(一) 社会保险及其强制性

社会保险“是与劳动风险相对应的概念”,⁵⁴⁰其含有社会扶助的性质, 是被认定为一种包含“社会”与“保险”两种要素的社会机制。劳动者以劳动为主要谋生手段, 当其完全或部分丧失劳动能力, 暂时或永久丧失劳动机会, 而不能正常劳动或暂时终止劳动的情形下, 就面临失去主要生活来源的危险, 此即劳动风险。在前工业社会, 由于灾难被认为是与自然本身紧密相连, 所以人类并不需要对灾难负责, 老、弱、伤、残等事件的当事人, 主要依靠家族伦理或社会道德的观念来进行相互照顾。当一个家庭的主要劳动力遭遇年老、病残等劳动风险而丧失或减少收入时, 家庭或家族其他成员便承担起援助他及其抚养者的责任。但在工业社会中, 由于环境和资源被极大改变, 各种灾害、疾病、事故等层出不穷, 风险无处不在, 非个人所能抵御, 而且很多风险很多来自于人类自身, “风险的制造者以风险牺牲品为代价来保护自己的利益”, 德国学者将之称为“有组织的不负责任”⁵⁴¹。为了应对这些真实的风险, 构建社会安全体系, 现代国家通过立法将社会保险作为一项法定的社会保障制度确立下来, 规定对因丧失劳动能力和劳动机会而不能劳动或暂时终止劳动的劳动者提供一定的物质帮助, 以满足其最基本的生活需要, 这可“保障合乎人性尊严的生存条件、实现个人自由发展的均等机会、保护和促进家庭、实现个人就业自由以达其生活保障、降低或均衡特

* 黄旭东, 博士, 华南理工大学法学院讲师。

** 邓娟, 博士, 广州市人民检察院民事行政检察处检察官。

⁵⁴⁰ 王全兴:《劳动法》(第三版), 法律出版社 2008 年版, 第 375 页。

⁵⁴¹ 乌尔里希·贝克:《风险社会》, 何博闻译, 译林出版社 2004 年版, 第 20 页。

别生活负担”。⁵⁴²

社会保险不同于商事保险，而强制性原则体现了二者最大的差异性。商事保险在实施上采“任意主义”与“保险主义”，由被保险人与保险人进行自由约定，强调的是个人的安全性。但社会保险则是以社会安全为主，考虑到社会多数人的保障利益以及实际上费用负担的能力，由国家制定强制性法规明确规定各方的权利义务，并由国家强制实行，投保人、保险人与被保险人不得通过约定来改变法定内容，也无权自主选择保险项目、缴费标准、待遇水平等。正如英国学者所言，“社会保险这一术语本身就隐含着两层意思：（1）这种制度是强制性的；（2）这种制度遵循团结互助原则。”⁵⁴³也就是说，社会保险对社会上所有的劳动者进行全覆盖，不论个人发生风险的高低，不同层次、不同行业、不同职业的劳动者都须根据自己的保障需求缴纳相应的费用，只要按时缴纳保险费，国家就必须对符合条件的劳动者承担给付任务，这些人的需求就可以得到有效的保障，有助于消除现代工业社会所产生的各种不公平现象。

（二）社会保险属性对解决机制的要求

从社会保险的属性来看，其为强制保险，有关保险范围及保险给付等都实行强制性规定，并不适用私法自治原则。作为强制性规定，权利义务的主体构造又较为复杂，涉及到多元主体的多重法律关系。其中，保险人、投保人、被保险人和受益人之间形成了社会保险的基础法律关系，即保险人与被保险人和受益人之间，投保人与被保险人和受益人之间，保险人与投保人之间，依法形成的以收取和缴纳社会保险费、支付和享受社会保险待遇为核心的相关权利义务关系。⁵⁴⁴以社会保险费用征缴法律关系为例，征缴主体（保险人）作为政府的代表负有征收社会保险费的职责，投保人负有依法按期、足额缴纳社会保险费的义务，被保险人有权请求用人单位履行登记、缴费义务，也有权请求征缴主体履行职责。由于接受履行义务的是征缴主体（保险人）而非被保险人，当投保人拒不履行义务时，被保险人可请求保险人进行检查和监督，这是公法关系；投保人负有为被保险人办理社会保险登记、缴纳社会保险费用的合同义务，当投保人没有履行这些合同义务，也构成了对被保险人义务的违背，投保人应对被保险人承担相应的民事责

⁵⁴² 钟秉正：《社会保险法论》，三民书局股份有限公司 2005 年版，第 10 页。

⁵⁴³ （英）贝弗里奇著：《贝弗里奇报告——社会保险和相关服务》，劳动和社会保障部社会保险研究所译，中国劳动社会保障出版社 2008 年版，第 10 页。

⁵⁴⁴ 王全兴：《劳动法》（第三版），法律出版社 2008 年版，第 375 页。

任，这又是私法关系。可见，社会保险法律关系是公法和私法兼容，不同主体之间多重权利义务关系相互交织。一旦发生社会保险争议，将触发多种权利义务关系争议，当事人和裁判机关基于不同的立场、角度，对纠纷性质难免产生争议，进而影响案件的受理。不少国家认识到社会保险法律关系等社会保障的独特性，将社会法从公法和私法中脱离出来，建立了独立的社会法体系。我国也有学者从社会法的观念出发，批评了二元法律结构下将社会保障争议分离成民事争议和行政争议分别进行民事诉讼和行政诉讼的做法，主张社会法作为独立的第三法域，应当建立自己独特的争议处理机制。⁵⁴⁵这些观念和制度提示我们要关注社会保险争议法律关系的特殊性，从纠纷解决的类型化、专业化作进一步思考，方能建立体现其本质要求、符合规律的解决机制。

二、社会保险争议“行政优先处理”之原则

社会保险事务专业性强，其缴费、发放、保险待遇等标准涉及多方面专业知识，具体的操作规程、执行标准是由政府有关部门确定，相关的保险争议事项发生后，由行政机关对争议事实进行判断，可以发挥其专长，并进行灵活处理，有利于争议的迅速解决。相较而言，职业法官的优势在于理解和适用法律，而“社会保险费用、社会保险待遇的计算非常复杂，法官在处理案件时难以准确把握相关事项的处理标准和方式，难以确定劳动者应当享受的社会保险利益的准确范围与数额”，⁵⁴⁶法官在社会保险争议的法律事实判断方面并不具有优势。所以，在行政法领域内，行政权借助其专业性获得了正当性，具有专业知识的行政机关被赋予裁决职能，对涉及到公共利益的专业事项，其可通过审判形式的裁决程序来履行其监管职能。⁵⁴⁷

例如，在法国，《社会保障法》借鉴了行政诉讼程序中不服申诉制度，⁵⁴⁸社会保障法庭只能受理那些当事人不服社会保障机构所做决定而起诉的案件。法国的社会保障机构内设了友好救济委员会，该委员会不属于司法机构的范畴，当社会保障机构对当事人提出的社保纠纷作出决定后，当事人必须在2个月内向友好救济委员会提出不服决定的请求，否则请求就会因为逾期而无效。友好救济委员

⁵⁴⁵ 董保华：《社会保障的法学观》，北京大学出版社2005年版，第290页。

⁵⁴⁶ 杨立新等主编：《劳动争议与社会保险纠纷司法对策》，人民法院出版社2011年版，第330页。

⁵⁴⁷ 宋雅琴：《美国行政法的历史演进及其借鉴意义——行政与法互动的视角》，《经济社会体制比较》2009年第1期。

⁵⁴⁸ 张卫平、陈刚编著：《法国民事诉讼法导论》，中国政法大学出版社1997年版，第21页。

会可以任何形式受理当事人的请求，需要注意的是，上述送达通知书必须指明有关的上诉期限，以便当事人就逾期无效这一事实提出抗辩。接受社会保障给付的权利人有权获得律师的协助。在征询了友好救济委员会的意见后，相关的友好救济裁定由社会保障机构内设的管理理事会作出（理事会也可以将自己的这项权力转授给友好救济委员会）。管理理事会应当在受理当事人诉讼请求或接受相关资料后的1个月内作出该友好救济裁定，并将裁定送达相关的当事人。否则，请求就视为被驳回，相关当事人可以向社会保障事务法庭提起诉讼。从原则上来说，友好救济裁定的送达无须采取特别形式，但其送达行为却具有裁判文书送达的性质，因为它是当事人向社会保障法庭提起诉讼救济的前提条件。⁵⁴⁹

又如，德国设立了地方社会法院、邦社会法院、联邦社会法院三级法院来专门处理社会保障争议，但《社会法院法》第77条以下明确规定了社会法院实行“异议”先行程序。即，考虑到保险运营机构可能会对原来的决定进行变更，当事人在提起撤销诉讼、课予义务诉讼或是二者之合并诉讼之前，应当在决定投寄之后一个月内向保险运营机构提出异议。在这期间，当事人可以申请查阅案卷和递补理由，如果保险运营机构的异议部门不支持异议的，要做出一个书面异议决定。当事人可以在异议决定送达之后一个月以内以书面的或者书记员记录的形式向社会法院起诉。⁵⁵⁰德国规定这一“异议”先行程序，其目的在提供行政内部自我审查之机会，并可减轻法院的案件负担，以期发挥所谓的“过滤功能”。⁵⁵¹该法第78条也规定，在当事人提起撤销诉讼程序之前，机关得于此一异议程序中审查其所谓行政处分之合法性与合目的性。

综上，虽然德国、法国等国家设立了专门的社会法司法机构来处理基于社会法引发的争议，但这些司法机关保持了适当的克制和谦抑，不取代行政机关直接做出相关决定，只有在行政机关错误履职或者不履行其法定职责时，才通过诉讼介入进来。社会保险争议的处理奉行“行政优先处理”原则。即当事人起诉前必须首先向有关的社会保障机构提出解决的请求，对该机构的处理决定不服或是该机构没有在规定的期间内作出处理决定的，申请人才可向有管辖权的社会法院起诉，从而启动社会保障事务诉讼程序。

⁵⁴⁹ [法]洛伊克·卡迪耶：《法国民事司法法》，杨艺宁译，中国政法大学出版社2010年版，第647页。

⁵⁵⁰ [德]霍尔斯特杰格尔：《社会保险入门——论及社会保障法的其他领域》，刘翠霄译，中国法制出版社2000年版，第177页。

⁵⁵¹ 钟秉正：《浅介德国社会法院及相关审判权》，《月旦法学杂志》2009年第3期。

三、我国社会保险争议处理程序及其问题

目前我国还没有建立类似于法国、德国的专门司法机构来处理社会保险争议，而是根据具体的争议性质来进行分别处理。

第一，如果社会保险争议事项属于社会保险行政争议，则通过行政救济来解决。根据《社会保险行政争议处理办法》第二条的规定，社会保险行政争议是指经办机构在依照法律法规及有关规定经办社会保险事务过程中，与公民、法人或者其他组织之间发生的争议。在此类争议中，经办机构作为行政主体，其在征缴社会保险费或者办理社会保险登记、核定社会保险费、支付社会保险待遇、办理社会保险转移接续手续等方面所做出的决定都属于行政行为，如被保险人不服，有权向经办机构或者劳动保障行政部门申请社会保险行政争议处理，经办机构和劳动保障行政部门分别采用复查和行政复议的方式处理社会保险行政争议。申请人对劳动保障行政部门作出的行政复议决定不服的，可以依法向人民法院提起行政诉讼。《社会保险法》第八十三条也规定了用人单位或者个人认为社会保险费征收机构或社会保险经办机构的行为侵害自己合法权益的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

第二，如果社会保险争议事项属于劳动争议，则纳入劳动争议处理程序，通过劳动争议调解、仲裁、诉讼来解决。与德国、法国等国家明确区分劳动争议与社会保险争议并分别由劳动法院和社会保障法院来管辖的做法不同，我国的劳动争议并不排斥社会保险纠纷，而是将其作为劳动争议的一种类型，这是特定的历史背景造成的。1990年代我国在探索建立社会保险制度时，社会保险仅适用于建立了劳动关系的用人单位和劳动者，劳动者的养老、工伤、医疗、生育和失业等保险待遇也就规定在了《劳动法》第七十条之中，相应的，劳动者和用人单位之间因这些社会保险而引发的纠纷，也就属于劳动争议。2007年颁布的《劳动合同法》将社会保险作为劳动合同的必备条款之一，《劳动争议调解仲裁法》也明确将用人单位和劳动者之间的社会保险争议纳入劳动争议范畴。至2010年《社会保险法》颁布时，明确规定个人与所在用人单位发生社会保险争议的，可以依法申请调解、仲裁，提起诉讼。立法专家对此专门指出：“需要说明的是，社会保险争议属于劳动争议的一种，应当先申请劳动争议仲裁，对仲裁裁决不服的，

再向法院提起诉讼。”⁵⁵²

从这些法律规定来看，社会保险争议的救济方式较为清晰，涉及公法关系的争议事项通过行政救济，个人与用人单位之间的社会保险争议具有“民事可诉性”，可通过劳动争议处理制度解决。但在司法实务中，由于对“社会保险争议”的不同理解，是否应把所有的社会保险争议不加区别地纳入劳动争议仲裁受案范围，确是一个在实践中争议广泛的问题。司法机关认为哪些事项属于劳动争议不能一概而论，一些社会保险纠纷被法院拒之门外。《最高人民法院民事案件案由规定》规定的“社会保险纠纷”案由主要是“养老保险待遇纠纷、工伤保险待遇纠纷、医疗保险待遇纠纷、生育保险待遇纠纷、失业保险待遇纠纷”五类社会保险待遇纠纷。在最高院出台的系列劳动争议司法解释中，也是有选择地规定了一部分社会保险争议可以作为劳动争议被法院受理。例如《劳动争议司法解释一》规定“劳动者退休后，与尚未参加社会保险统筹的原用人单位因追索养老金、医疗费、工伤保险待遇和其他社会保险费而发生的纠纷”属于劳动争议，也就将退休人员与参加了社会保险统筹的用人单位之间的纠纷排除于劳动争议之外。又如社会保险费补缴争议中，《劳动争议司法解释三》明确规定对于因不能补缴社会保险费而导致的赔偿争议予以受理⁵⁵³，而缴费年限争议、缴费数额争议不属于劳动争议的受案范围，最高院在一份答复文件中认为“征缴社会保险费属于社会保险费征缴部门的法定职责，不属于人民法院受理民事案件的范围”⁵⁵⁴，也坚持了“司法只负责解决行政部门无法解决的问题”这一观念。但是，这样的认识和实践限定了可以诉讼的社会保险争议类型，其实是与《社会保险法》、《劳动争议调解仲裁法》等法律产生了冲突，给劳动者维权带来了极大困难，不利于对劳动者的社会保险权益提供及时救济。

四、社会保险争议解决机制之完善

社会保险具有强制性，当前的社会保险争议解决机制没有考虑到这一特性，而是将劳动者与用人单位之间的社会保险争议放置于劳动争议处理体系中。劳动争议处理体制在设计的时候是契合劳动争议的特质的，在劳动基准之外的其他劳

⁵⁵² 信春鹰主编：《中华人民共和国社会保险法释义》，法律出版社2010年版，第246页。

⁵⁵³ 《劳动争议司法解释三》第一条规定“劳动者以用人单位未为其办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇为由，要求用人单位赔偿损失而发生争议的，人民法院应予受理。”

⁵⁵⁴ 最高人民法院给甘肃省高级人民法院的法研[2011]31号答复。

动合同内容可由双方当事人进行自主协商,体现了一定的任意性。而社会保险是否需要缴纳、有多少险种、何时开始缴纳、缴纳基数、年限等都是法定的,两种性质不同的争议放在同一个体系里,难免产生冲突。有学者提炼出有别于劳动权的“社会保险权”概念,⁵⁵⁵基于“有权利必有救济”的法理,应当为社会保险争议提供专门的救济机制。在此基础上,笔者有以下看法:

第一,畅通社会保险争议案件的诉讼渠道。当前的劳动力市场中,用人单位未给劳动者缴纳或者少缴、迟缴社会保险费的现象较为多发,但此类争议发生后,法院往往以行政救济为唯一救济方式,并且提出社会保险费的计算政策性强、弹性大,无法胜任,从而拒绝受理。这样的理由并不充分,法官在社保方面的计算能力受限,但裁判案件是非的法律标准还是可以掌握的,可以在分清是非的基础上对各方的权利、义务、责任作出裁判,并在裁判文书中载明将具体的执行标准交于社保经办机构来负责。

第二,落实社会保险争议“行政优先处理”原则。对于劳动争议来说,仲裁是前置程序;而社会保险争议,因为其具有很强的公法性,社会保险的办理、待遇认定、支付待遇等都是通过行政管理的方式进行,所以这些事项发生争议时,也要给行政组织一个行政审查的机会,将行政组织内部的复查、复议作为行政诉讼的前置程序。基于此,相关机构应该加强社会保险行政复议程序,在机构内部设立专门的组织来进行复议,当事人不服复议结果的才能去行政诉讼。

第三,条件成熟时建立专门的社会法院独立审理社会保险争议案件,同时建立处理社会保险争议的专门程序。当前,我国根据知识产权案件诉讼的特殊性,建立了知识产权法院,专门审理知识产权行政案件和民事案件。社会保险争议的独特性,前已论及,考虑到社会保险争议案件的专业性、政策性,应当设置体现社会法属性的社会法院,受理社会保险争议案件,并制定社会保障争议诉讼特别程序,在诉讼主体、证明责任、特殊程序等方面做出专门规定。

⁵⁵⁵ 林嘉:《社会保险的权利救济》,《社会科学战线》2012年第7期。

我国社会医疗保险法治建设的若干问题与解决思路⁵⁵⁶

娄宇⁵⁵⁷ 于保荣⁵⁵⁸

【摘要】我国社会医疗保险法治建设的水平与基本医疗保险制度的发展程度严重不相符，已经构成了后者进一步发展的障碍。具体表现在立法层次低、立法理念落后、执法体系与经办机构法律定位不当、司法救济渠道不畅，原因在于决策者对法治保障社会保险制度顺利运行的重要作用认识不足，在法律制度设计理念上对基本医保的社会性和公民健康权的法律保障有偏差。未来应当提高立法的科学性和民主性，重新界定社会保险经办机构的法律地位和管理体制，建立有效的司法救济机制，实现社会医疗保险制度的“法治规范性”。

【关键词】社会医疗保险；法治建设；法治规范性；解决思路

近十几年来，我国社会医疗保险在制度建设方面取得了重大突破，建立覆盖全体公民的医疗保障网络已经成为医疗保障制度改革的大趋势。2007年，党的十七大报告中第一次提出了“全民医保”的目标，2011年，我国已经成功实现了基本医保全覆盖，目前我国基本医保的参保人数超过13亿，形成了一张“全球最大的医疗保障网”。与基本医保制度卓越的发展成就和日新月异的发展速度相比，我国的社会医疗保险法治建设仍然处于一个较低的水平上，不仅难以为前者进入严峻而复杂的“深水区”改革提供有效的法律支持，而且在某些重要的方面上构成了前者机制创新的障碍。本文拟对我国社会医疗保险法治建设中存在的若干问题展开分析，探讨其成因并提出可行的解决思路。

一、“法治规范性”——社会医疗保险法治建设的若干问题

法治是“国家治理现代化的必由之路”，⁵⁵⁹因此也理所应当成为社会保险制度运行的基本方式。从世界各国社会保险制度演进的历史来看，无论是19世

⁵⁵⁶ 基金项目：中央在京高校重大成果转化项目：《北京城市管理法治化的研究成果应用——以特大城市管理为背景》（项目编号：ZDZH20141005301）；国家社科基金青年项目：“职工基本医疗保险制度的规范化与立法研究”（批准号：13CFX107）；国家自然科学基金面上项目：“商业健康保险公司参与社会医疗保险的实证研究：以新型农村合作医疗制度为例”（项目编号：71173135/G0308）；对外经济贸易大学社会保障学特色学科项目（项目批准号：8110051103）。

⁵⁵⁷ 对外经济贸易大学保险学院副教授，法学博士，中国社会科学院经济学博士后研究人员。

⁵⁵⁸ 对外经济贸易大学保险学院教授，医疗经济学博士。

⁵⁵⁹ 张文显：《法治与国家治理现代化》，《中国法学》2014年第4期，第5页。

纪末德国的“社会立法运动”建立的现代社会保险制度，还是 1935 年美国通过《社会保障法》奠定的社会保险制度格局，立法强制规定和公权力保障实施都被视为社会保险最重要的制度特征，该特征也被总结为社会保险的“法治规范性”。法治的运行过程可以被划分为立法、执法、司法三个阶段，因此我们可以相应地在这三个层面上探讨社会医疗保险的“法治规范性”。

（一）立法层面的考量

立法是实现法治规范性的首要前提。对社会医疗保险的立法考量可以在形式层面和实质层面上展开，前者主要关注基本医疗保险法的创立方式及表现为何种法律文件形式，后者重点探讨基本医疗保险的基本原则如何体现在立法理念之中。

1、形式层面——立法层次低

目前在社会医疗保险领域，我国仅有 2010 年颁布的《社会保险法》对相关问题的一些原则性规定，国务院行政法规方面的立法也处于一个较低的层次上，大多以“决定”、“意见”、“办法”或者“暂行办法”等形式出现，在基本具备狭义上法律效力的“条例”和司法解释层面，目前尚没有一件。这表明，我国的医疗保险立法仍处于一个较低的水平，不仅远远落后于其他社会保障制度（如社会救助、社会福利等），而且与其他社会保险制度（如工伤保险、失业保险等）相比，其立法层次也很低。大量的涉及医疗保险单项事务的部门规章以及为数更多的政府红头文件承担着医疗保险法应当承担的职能。

我国目前的基本医保制度由各级政府颁布的“软法”调整与规制，并依靠自上而下的行政力量主导推行，制度的推进过分依赖政策的“工具理性”，加之地方立法带来的“碎片化”现象与地方行政权限过大带来的“监督不足”或者“监督缺位”的缺陷，政策决策和实施的随意性现象非常普遍，已经严重影响了基本医保制度的顺利开展和公众对社保制度的信心。近年来，全国职工医保基金的巨额累计结余即体现了“柔性”政策无力推进制度“刚性化”实施的缺憾。2012 年年中《深圳市社会医疗保险办法（修订稿）》对累计缴费年限的规定引发的巨大争议更是很好的例证。⁵⁶⁰可以预言，在缺乏统一的顶层制度安排和行之有效

⁵⁶⁰ 2012 年 5 月，《深圳市社会医疗保险办法（修订稿）》向社会公布并征求意见，其中某些规定引发了巨大的争议，有违反《社会保险法》之嫌。依据该文件，参保人“累计缴费年限满 25 年，退休方可停止缴费，并继续享受基本医疗保险待遇”，而深圳医保基金每年都有超过 10% 的巨额结余，《社会保险法》第 65 条要求社保基金通过预算实现“收支平衡”，对于医保这类按照现收现付原则筹集资金的社保项目来说，深圳政

的权利救济途径的现状下，此类争议还会层出不穷。而一项制度“越是从发展早期进入中期和后期，越是从粗放发展转向科学发展阶段，就越需要通过法治来克服发展过程中个体行为选择和政府决策行为选择的功利化、短期化、表面化现象”，⁵⁶¹因此，将职工基本医保这一长效制度具体化、规范化，用立法保障政策实施的方式将已经成型的制度设计在全国范围内有效贯彻并持续发展，具有深刻的理论意义与实践意义。

我国目前医疗保险立法层次较低主要表现在中央和地方两个层面上：

第一、在中央层面上，国家虽然出台了《社会保险法》，但是对于医疗保险的具体规定，如缴费标准、缴费年限、报销额度等核心内容上都没有明确。而国家层面在医疗保险立法上的缺位，是造成目前各地公众对医保政策争议大的根本原因。在缺乏中央统一规划的情况下，各统筹地区出于地区利益的考虑设计医保异地转移的政策，为现行医保统筹管理设置了巨大的障碍。而各地政府制定标准不一，就很容易形成人们都想往标准高的地区挤，标准低的地区参保人数少等问题，不利于医疗保险制度运用大数法则原理筹集资金，抵御疾病风险。

第二、在地方层面上，为了避免一旦国家医保政策有所变动，地方就会陷入立法被动的尴尬局面，各统筹地区也大多采用政府部门出台低层级立法的办法。这造成了我国的医疗保险制度主要依靠统筹地区社保管理部门立法实施的怪现状。按照我国目前《立法法》的相关规定，地方政府出台的条例等规范性文件需要经过地方人大的审议，但是政府各部门出台的实施细则无需审议，这就造成了应当归属高位阶立法的医疗保险法成为了各地社保局的部门法。社保部门又“立法”又“行政”，“管”与“办”高度合一，而这些部门在实施细则中又往往采用“另行规定”的办法，使主管部门获得了巨大的政策操作空间。

2、实质层面——立法理念落后

我国对医疗保险理念的认知与社会保险制度所处的阶段有密切关系。应当指出，社会医疗保险在我国仍然是一项新生事物，尽管近年来基本医保制度建设取

府不应当在“收大于支”的情况下以为未来储备资金为由提高缴费年限；另外，该文件为了符合《社会保险法》确定的退休人员不缴费原则，要求职工缴满15年养老保险，办理退休手续后，需自行补缴医保费用至25年，才能享受医保待遇，考虑到深圳近八成职工系外来打工者，工作不稳定，很难保证自己在所在单位足额缴纳至25年，因此法律确定的职工和单位共同缴费原则受到了严重的破坏。详见新华网报道：“深圳市社保局：医保中断三个月清零是误读”。

http://news.xinhuanet.com/fortune/2012-06/12/c_112191692_2.htm（访问时间：2016年1月22日）

⁵⁶¹ 袁曙宏：《论全面推进依法治国》，《光明日报》2012年11月22日。

得了巨大的成就,但是与欧洲中世纪行会组织经办医疗保险的长达数百年的传统相比,我国的社会医疗保险建设仍然处于起步阶段。目前对这项制度性质的认知水平决定了我国的医保立法理念仍然比较落后,主要表现在以下几个方面:

第一、对医疗保险的社会性认识有偏差。社会医疗保险是一项涉及主体关系复杂,需要极大的稳定性和连续性的制度。从这项制度的历史发展历程来看,仅仅依靠公民自身力量和社会力量无法自发形成,也无法自行运转。国家作为全体公民利益的代表者和全社会的管理者,应当组织社会力量向公民提供以健康权保障为核心的社会医疗保险制度。但是,国家对社会保险事业发挥主导作用并不意味着国家的“全盘经办”。

从法学的角度来看,社会保险法隶属于介乎于传统公法和私法之间的社会法领域,在这个公、私法耦合的“第三法域”,现代市场经济社会需要“让国家之权威与私人之策动力量互相合作”,这是由市场主体利益多元化格局以及市场竞争自由发展导致垄断的严酷现实决定的,这种耦合是为了维护市场公平竞争的秩序。⁵⁶²在自由放任的市场经济体制转向政府宏观调控下的市场经济体制过程中,法律调整经济的方式必然发生重大的变化。上世纪80年代之后,西方各国开展了大规模的干预私人财产、契约和企业生产经营活动的经济立法活动,以此来修正市场经济产生的社会不期望的结果,实现自由竞争的“有序化”。顺应这一趋势,现代社会保障法正在呈现出一派公法“私法化”的倾向。

从行政管理的角度探析,20世纪以来,政府的行政方式逐渐突破了往日消极维系之窠臼,昂首转向以给付行政为主要内容的积极创新,政府承担了越来越多的为私人提供精神和物质的便利和利益的职能。一般认为,社会保障行政以实现个人的自立、自律为目标,以国家为公民提供“生存照顾”的义务为主要特征,属于给付行政的一种。⁵⁶³与政府在传统的侵害行政中扮演的全面干预角色不同,给付行政应当坚持国家辅助性原则,意即只有国民或公民团体自己不能完全承担或者不能很好地承担生存照顾责任时,国家才能填补相应的部分。从这个意义上说,国家的给付职能只能是补充性的。在以雇员和雇主缴费为主要资金来源的社会保险项目中,应当更加明确行政机关的辅助性角色。⁵⁶⁴

⁵⁶² 林嘉:《社会保障法的理念、实践与创新》,北京:中国人民大学出版社2002年版,第29页。

⁵⁶³ 杨建顺:《论给付行政的法原理及实现手段》,载杨建顺主编:《比较行政法——给付行政的法原理及实证性研究》,北京:中国人民大学出版社2008年版,第11页。

⁵⁶⁴ 陈新民:《德国公法学基础理论》(上),济南:山东人民出版社2001年版,第189页。

社会法理论通说认为,国家在社会保障事业建立的过程中的主导责任主要体现在制度设计、财政支持和事务管理三项内容上,国家承担的社会保障义务是国家调整职能的结果,但是绝不意味着国家的社会保障义务是无限的。在我国基本医保领域,根据《社会保险法》的相关规定,制度设计主要体现在国家把社会保险事业纳入县级以上各级政府的国民经济和社会发展规划中,并以确立权利、义务、责任为内容的立法明确各方法律关系上;财政支持责任体现在多渠道筹集医疗保险资金、财政直接补贴保费、税收优惠和财政维持经办机构的行政运营四个方面,但是施政者对医保事务管理的认识还局限于国家“全面包办”的层面上。

以我国城乡居民大病保险经办方式改革为例,自2012年城乡居民大病保险试点政策实施以来,商业保险机构全面参与经办城乡居民大病保险,但是在一些引入商业保险公司经办社会医疗保险的地区,政府在招投标的时候过分注重价格的高低,某些地方政府甚至还要求保险公司提供数额较大的中标保证金和履约保证金,保险公司面临着管控难、盈利弱的问题,许多地区都出现了严重的流标现象。⁵⁶⁵而且,保险公司由于欠缺对医疗机构的监督执法权和行政处罚权,很难发挥医疗费用机制控制者和不合理医疗行为控制者的角色。⁵⁶⁶我们认为,虽然各地的社保经办机构近年来发展很快,但是要始终保持提供公共服务的活力和动力还必须发挥商业保险公司的作用。在公共服务领域引入竞争机制是商业保险公司经办社会医疗保险的目的,也正是社会医疗保险制度之“社会性”的体现,未来的立法应当进一步明确商业保险机构在大病保险经办业务中的法律地位,并适时出台相关的鼓励措施。

第二、对社会医疗保险的公民权利属性认识有误。我国《宪法》第44、45条赋予了公民广泛的社会权利,但是基本权利层面上的社会权利需要特别立法予以确认并以公权力手段保障实施,使宪法上的应然权利变为部门法上的实然权利。社会医疗保险法应当是一个保障全体公民作为社会权之一的健康权为核心的法律制度体系,从这个意义上说,《社会保险法》应当是一部赋权法。但是目前的这部《社会保险法》通篇几乎都是行政权力的行使和保障、行政相对人的义务履行以及行政法律责任承担的规定,体现出一种行政优位、权力本位的理念。⁵⁶⁷

⁵⁶⁵ 详见《东方早报》2013年7月23日报道:“近两月多地频现大病保险流标”。

⁵⁶⁶ 郑秉文、张兴文:《一个具有生命力的制度创新:大病保险“太仓模式”分析》,《行政管理改革》2013年第6期,第21页。

⁵⁶⁷ 郑尚元、扈春海:《中国社会保险立法进路之分析——中国社会保险立法体例再分析》,《现代法学》2010

由此,《社会保险法》调整的社会关系呈现出较多的管理与被管理、命令与服从的特征,这部法律在实质上已经不再是公民社会权利保护法,而演化成为了单纯的行政管理法,这是对社会保险法权利保障功能的误读,系立法理念上出现了偏差。

理念的偏差导致了制度设计上的欠缺。纵观《社会保险法》第三章“基本医疗保险法”,由于该法将基本医保定位于国家单方面建立并实施的一种惠民制度,因此缺少了将公民健康权作为可以向国家和其他义务主体主张的权利的理念,在内容上没有估计到该权利作为可以主张的请求权的确认。仅从该法第三章的10个条款来看,能够清晰发掘出医疗保险待遇的给付对象、给付条件、给付标准和给付方式的可以作为请求权基础的条款基本不存在,绝大多数法条对这些具体给付内容的规定都非常笼统,有的甚至是在刻意回避。

(二) 执法和经办层面的考量

1、社会保险经办机构的法律定位不当

社会保险虽然在参保强制、费率法定等制度设计上带有公法特征,但是在资金运营和服务提供方面更接近于遵循平等有偿原则的私法,因此在执法机构方面应当相应地区分履行行政职能的国家机关和承担给付功能的社会保险机构。前者依据法律法规行使社会保险执法权,后者与参保人以及医疗服务机构之间形成类似私法上的债权债务关系,通过契约和集体谈判的方式完成与给付相关的事务。

《社会保险法》将社会保险经办机构确定为我国基本医疗保险的费用筹集者和医疗服务的规范者之后,经办机构在整个医保体系中的法律地位不甚明确,为基本医保领域的后续改革制造了合法性障碍。

我国现有的社会保险经办机构体系包括中央和地方两个层次。中央层面经办机构定位是比较明确的,即“综合管理全国社会保险基金和社会保险经办业务工作的部直属事业单位”,可归属于“承担行政职能”的事业单位之列。但是,地方社保经办机构的法律地位存在着界定上的难题,从职能来看,地方经办机构是一个集行政管理权和经办服务于一身的组织。在实践中,为提高经办机构的公信力和执行力,稳定干部队伍,调动经办人员工作积极性,近半数以上的地方经办机构参照公务员法管理,且绝大多数机构的经办费用由同级财政全额拨款。应当

指出，对经办机构的这种法律定位更多地出于稳定人事管理的需要，且带有强化机构行政执法能力的色彩，与“全面提升社保经办管理能力和服务水平”的目标导向并不存在直接的契合。更为严重的是，参公管理体制下的人事编制和经费供给机制欠缺灵活性，这为新形势下进一步提升社保制度的管理水平和服务质量带来了一场危机。

一方面，在医疗保险领域，社保经办机构的地位和职能应当围绕着如何构建医、患、保三方相互服务和相互制约的管理机制来设计。社会医疗保险模式的重要特点是医保经办机构作为参保人和医疗给付机构之外的第三方向给付机构购买医疗服务，这有别于福利制度模式下由医疗机构直接提供医疗服务。保险学研究认为，在参保患者、医生和保险机构之间存在着信息不对称的现象：病人最清楚自己的健康状态，但不清楚最佳的治疗方案；医生既了解参保患者的健康状态，又了解最佳的治疗方案；但是医疗费用却由对以上两个情况都不了解的保险机构支付。医生为了获得较高的利润，往往会有意识地过度提供医疗服务，当然有时候是医患共谋。为克服这一现象，医、患关系之间应当引入一个具备专业性的第三方费用控制机构，这个机构通过对医疗服务的购买和给付使整个体系有机运行，很明显，社会保险经办机构应当连接参保人和医疗服务机构，扮演费用控制的角色。

但是，我国地方社保经办机构基于“参公管理”的法律地位变成了“彻头彻尾”的“具有公共事务管理职能的事业单位”：一方面，在人员配备上多为行政管理干部，欠缺具备精算、医学等知识的专业人才，难以完成控制虚假医疗行为和设计费用结算制度的任务；另一方面，“参公管理”模式下的经费高度依赖基层财政，资金缺口较大，远不能满足经办工作的需要。高负荷比和低投入的状况“难以保障基本的经办服务质量”。⁵⁶⁸

另一方面，《社会保险法》规定经办机构的人员经费和运行费用、管理费用由同级财政予以保障，此规定的立法目的是避免社会保险经办机构违规从保费中提取管理费用，保障基金的安全，同时也体现了政府对社会保障事业的财政责任。⁵⁶⁹但是，立法者显然没有预料到此条款构成了基本医保制度后续改革的障碍。

⁵⁶⁸ 郑秉文主编：《中国养老金发展报告 2013——社保经办服务体系改革》，北京：经济管理出版社 2013 年版，第 2-15 页。

⁵⁶⁹ 信春鹰主编：《中华人民共和国社会保险法释义》，北京：法律出版社 2010 年版，第 208 页。

如前所述,我国城乡居民大病保险制度采用了向商业保险机构购买服务的经办方式,具体做法是政府通过招投标的方式确立合理的经办方案,从基本医保的基金中为商业保险机构提取经办管理费用,并允许商业保险机构通过经办获取“微利”,此举希望通过在基本医保领域引入“公私合作机制”提升经办水平,发挥商业保险机构在垂直管理、专业服务网络、医疗费用审查等方面的优势。但是,基本医保的经办费用由同级财政保障系《社会保险法》确定的基本原则,从保费中为保险公司提取经办费用不仅严重违反了这一原则,也有政府推卸财政责任之嫌。由于实践中存在对大病保险合法性的顾虑,地方政府在推行大病保险这一“软法性制度”时总感觉“别扭”,“使不上劲”,于是有些地区“硬着头皮上”,有些地区一直“按兵不动”,各地进程参差不齐,总体进程也难以令人满意,⁵⁷⁰这种状况可能使大病保险“进一步放大保障效用”、“拓展和延伸基本医保保障制度”的政策性功能被架空。

2、“新农合”的行政管理体制不当

我国新型农村合作医疗制度的管理机构和经办方式方面也有着问题。《社会保险法》将新型农村合作医疗制度确定为我国社会医疗保险体系的组成部分,但是将管理办法授权给国务院规定。从国务院颁布的一系列行政法规来看,新农合的管理职能由原卫生部与下属的各地卫生局承担,而职工与城镇居民医保则由隶属于人社部的社保经办机构管理,这样形成了社会医疗保险长期以来分离管理的局面。这种制度设计的初衷是考虑到卫生行政部门在农村医保管理上具有独到的优势:由于普遍存在的乡镇管理资源的紧张,新农合制度主要委托基层的乡镇卫生院经办,这些隶属于卫生部门的医疗机构充分掌握着农村卫生资源配置的现状与参保农民医疗服务的需求信息,便于统筹卫生资源与提供医疗服务。

但是从本质上说,社会医疗保险的医疗服务是一种基金购买模式,这种私法意义上的契约交易行为要求付费方必须与服务提供方谈判,通过价格博弈机制保障参保人的权益。在没有引入第三方管理的我国新农合制度中,卫生机构作为“医者”却做了“保险”的事,“保险人”成了“受益人”。这些机构既“开方”,又“埋单”,既“会计”,又“出纳”,“一手托两家”,双重身份的管理体制使卫生服务机构存在“供给诱导需求”和“监守自盗”的行为倾向。在这种体制下,各

⁵⁷⁰ 王东进:《关于重特大疾病保障的几个基本问题》,《中国医疗保险》2014年第9期,第6页。

地频发的乡镇卫生院和村卫生室套取新农合资金的现象也就不难理解了。⁵⁷¹

（三）司法层面的考量

正如学者所提出的,建国之初至1979年之间30年的社会实践没有依靠法治,社会秩序的有序性也没有比现在差,但是缺点是显而易见的:民众没有权利意识。因此,通过司法实现公民权利保障才是法治社会的正途。⁵⁷²但是,对于施政者们来说,法律治理一直都被认为是“束缚手脚”之物,他们更偏向操作灵活,可以随机应变的政策。结果就是,凡是为民众塑造权利、设置司法审查机制的法律出台都是历经周折,而为政府部门绑定权力的法律出台大多一帆风顺。⁵⁷³以确立我国基本医疗保险制度的《社会保险法》为例,这部带有一定公民权利保护色彩的法律在首次被提上日程到最终颁布经过了16年的历程,而纵观《社会保险法》立法历程,每一步都伴随着巨大的争议。即使到了2009年“三审”,仍有不少代表、学者提出“立法时机不成熟”,建议《社会保险法》暂缓出台。

从权利保障机制来看,我国的《社会保险法》还只是有限的法律,对公民权利的保护也只是有限的保护。除了宪法上的社会权利由于缺少必要的司法审查机制难以成为民众可以直接主张的权利之外,在医疗保险等具体社会保障领域还存在着大量的制度设计只依靠政策执行,法律只能沦为摆设的怪现状。其结果就是多数纠纷和矛盾还是被政府和相关部门的政策所左右,司法审查不能够发挥应有的作用。

虽然以政策确立制度的方式在效率等方面存在着法律不可比拟的优势,但是不能转化为权利、义务和责任的制度设计无法纳入到司法审查途径,最终难以落实成为一项真正被执行的制度。其原因在于,一方面,政策大多由政府所掌握,一般民众难以知晓,某些红头文件的下发还要区分接受的机构和等级,并非所有人都可以轻易获得;另一方面,政策的内容多为施政的措施和步骤,不具有对外效力,很少涉及民众权利问题,仅以这些政策为由要求政府作为或者停止侵害难以开启“司法之路”。

以基本医疗保险关系接续转移和主体身份变更引发的保险给付发放领域为例,单位与个人就社保经办机构拒绝答复、未予告知以及错误告知造成的权利损

⁵⁷¹ 邱莉、迟蕾:《新农合监管体制检讨》,《中国社会保障》2011年第8期,第82页。

⁵⁷² 史探径:《社会保障法研究》,北京:法律出版社2000年版,第59页。

⁵⁷³ 朱俊生:《管办分离将有利于巩固医保制度的成效》,《中国医疗保险》2013年4月24日,第20页。

害产生的争议已经初露端倪。⁵⁷⁴ 鉴于现代社会的社会保障行政具有较强的专业性,公民对社保给付权利的认知与实现越来越依靠社保行政机关和经办机构提供的信息,因此应当在立法中确定参保人的信息获取权并设计相关的司法救济制度保障此权利的实现。但是长期以来,由于司法救济渠道不够畅通,公民通过司法途径维权的意识薄弱,尽管在我国的社会保障行政实践中因经办机构或给付机构未履行或未恰当履行信息提供的附随义务而与参保公民发生的纠纷不在少数,而且《社会保险法》和《实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定》多个条款涉及到了社保经办机构的咨询、告知义务,但是最终能够进入到司法途径的案件少之又少,更多的当事人选择的是上访或者求助媒体,即使进入到司法途径解决的,公民的诉讼请求也往往难以获得支持。⁵⁷⁵

二、解决思路

自2010年社会医疗保险领域首部立法——《社会保险法》颁布以来,我国的医疗保险制度和法治建设都迈上了新的台阶。近几年来,我国的医疗保险法治在底子薄、起步晚、保护公民权任务繁重、制约公权力十分困难的情况下快速发展,取得了令世人瞩目的成就。但是我们同时也应当看到,决策者对法治保障社会保险制度顺利运行的重要作用仍然认识不足,《社会保险法》对医疗保险制度较多的笼统和原则性的条款使得这个领域的法治建设依然任重而道远,而现有的法律条款在立法理念方面又多有偏差,行政管理体系和经办机构的法律地位方面存在着较多问题,司法救济机制亦不够畅通。面对未来,我们要有更加强烈的紧迫感、责任感和使命感,加大力度、加快速度推进医疗保险事业法治建设。具体而言,可以在以下方面着手:

一是要提高医疗保险法的立法层次。一方面,我们要正确认识到,社会保障领域的制度建设必须奉行立法先行。在我国的医疗保险制度建设中,由于中央集中立法严重缺乏,而整个医保制度近20年来一直处于改革试点阶段,出现了地

⁵⁷⁴ 这方面典型的案例是2012年河南籍农民工张海超由于“开胸验肺”事件引发了社会公众的关注,继而获得了60万元的赔偿款,这导致了其低保资格丧失。按照当地的规定,只有低保户才可以免缴费参保“新农合”,但是镇民政所取消了其低保资格后并未通知其需要重新缴费,造成了张海超一家在不知情的情况下处于“脱保”状态,这期间发生的数万元医疗费用只能自己承担。在《社会保险法》已经明确规定公民社保信息获取权的情况下,张海超并没有选择常规的司法救济途径,而是选择了媒体曝光,在名人效应下,他最终又获得了无法律依据的“特事特办”,政府替他续交了医保费用并报销了之前的医疗费用。详见中新网报道:“开胸验肺当事者低保取消未及时获知 当地承认过失”,<http://www.chinanews.com/sh/2012/12-07/4392279.shtml> (访问日期:2016年1月24日)。

⁵⁷⁵ 娄宇:《公民社会保障权利“可诉化”的突破——德国社会法形成请求权制度述评与启示》,《行政法学研究》2013年第1期,第128页。

方立法畸形“繁荣”的局面。立法层次低导致了医保制度的规范强制力低，实施机制弱化的缺陷，严重影响了制度的统一化推进。未来应当由国务院、人力资源和社会保障部等中央国家机关尽快制定、修改和颁布与《社会保险法》中基本医保制度配套的一系列行政法规、部门规章，在转移接续办法等促进医保制度整合的事项上通过中央行政立法的方式保证相关工作有法可依、解决立法滞后造成的问题，同时为未来制定相关法律积累经验、准备条件；另一方面，我们也必须看到，我国各地区在经济、社会发展水平方面差异巨大，在具体的缴费水平、给付水平、信息化建设水平等方面不可能“一蹴而就”地实现“全国大一统”。因此，未来在地方医疗保险立法方面比较可行的方案是，从目前的政府立法尽量转向人大立法，提高立法的民主性和科学性，兼顾和协调各方主体的利益。

二是要充分认识医疗保险法的权利属性。社会保障意味着人的权利，同时也意味着国家和社会的义务。医疗保险法是权利法，应当突出作为社会权利的健康权保障在医疗保险法中的核心地位。作为一种新型的权利，社会权是个人要求国家采取积极行为即通过国家公权力的积极介入来实现和保障的权利。随着我国医疗保险制度法治化的逐步实现，未来会有越来越多的此前由公共政策调整的事务纳入到司法规制的渠道，越来越多的法官、法院在维护公民社保权利的过程中将扮演重要角色，而由地区发展不平衡、二元户籍制和权力机关界限责任不清造成的社保制度碎片化，决定了我国医保法律制度与其他国家相比更为复杂和繁琐。未来的社会保险法需要不断地塑造权利，只有通过多重努力，通过时间和空间的转换才能成为现实。

三是要重视社会医疗保险制度的社会性。未来要发掘并发挥社会力量，尤其是商业保险机构在医疗保险制度建设中的作用。2014年国务院发布了《关于加快发展现代保险服务业的若干意见》，提出重视发展商业保险，推动商业保险参与社会保障体系建设的要求。商业保险作为市场化的风险管理机制，在精算技术、风险控制等方面具有政府机构难以比拟的优势。统筹商业保险与社会保险发展，使之相互补充、协调和匹配，发挥二者各自优势，充分调动社会力量，建设多层次、多支柱的社会保障体系，有助于减轻国家财政负担，降低行政成本，扩大保险保障覆盖面，提高社会保障总水平。在医疗保险法治建设方面，未来的立法应当进一步明确参与基本医疗保险建设的商业保险公司的法律地位以及其与政府

和参保人的法律关系，明确各方的权利、义务和责任，同时以法律手段对商业保险公司利益的保护、政府职能与作用等问题予以界定，使政府和承办基本医保的商业保险公司操作起来有法可依。

四是要正确界定社会保险经办机构的法律地位和职能。我国社会保险经办机构服务能力不足的根本症结在于法律地位界定不准确。在现有《社会保险法》未能做出明确规定的情况下，各地从稳定人员和经费的功利目的出发将其视为社会保险行政机关的延伸，忽视了其在业务经办过程中与参保人和服务提供者形成了平等有偿的私法关系。未来应当在立法中将经办机构定位为具有独立法人地位的特殊类公益事业单位，实现法人治理模式下的“政事分开”，为改革提供合法性依据。具体措施包括在外部弱化经办机构的行政管理职能，使之摆脱与地方政府行政部门的隶属关系，促使其能够独立履行义务、承担责任；在经办机构内部建立法人治理结构，实现“人事权”和“财权”的独立，并逐渐通过以“专业化”改革强化经办机构的经办能力，使之成为纯粹的社会保险经营机构。另外，经办机构对医疗服务机构的监督和制约应当作为医保制度设计的基本原则，未来的立法中要明确人社部门对社会医疗保险业务经办的统一管理。

五是要完善医疗保险方面的司法审查机制。可以预言，随着医疗保险事业的深入开展与公民权利意识的觉醒，各类矛盾和纠纷将会层出不穷。要使医疗保险法真正成为一项“活”的法律，必须能够为相关领域的纠纷的解决开启“司法之路”，以司法手段切实保障公民的健康权。现阶段可以考虑在人民法院内部设立社会保障法庭，专门从事包括医疗保险在内的各类社会保障争议案件，能使当事人在其社会保障权益受不法侵害时获得有力的司法保护。在条件成熟后，可以借鉴国外普遍实行的专门法院审判方式，建立我国专门的社会保障审判机构，吸收来自社保系统、医疗服务单位的专业人员参与审判，这种独立的司法救济制度不仅有利于实现社会保障事务审判的专业性，也有利于提高公民通过司法渠道实现社会权利保障的信心。

社会保险经办机构法律定位析论*

——基于社会保险组织法之视角

孙淑云

[摘要] 社会保险制度是国家立法保证、政府主导、永续性、体制性的国家给付制度。社会保险制度成熟的国家均制定社会保险法律，确立社会保险行政管理体制，并独立于政府设置社会保险经办服务机构，确定其为职权与职责相统一的社会保险法人，同时建立连接社会保险相关各方主体责、权、利的治理机制。直面我国社会保险经办机构法人地位不独立、治理不完善，职能错位缺位、服务能力脆弱之实践困局，需要朝着独立社会保险人的方向，对未完成“政事分离”的“半成品”的社会保险经办体制进行改革，应注意同步推进政府职能转变和社会保险经办机构的法人制度建设。

[关键词] 社会保险经办机构；社会保险组织法；社会保险人；法人治理机制

我国社会保险经办机构处于社会保险事业运行的核心地位，是国家立法确定的专门运营、经办社会保险基金、提供社会保险服务的机构，其性质、职能和治理的法律定位，直接关系到社会保险制度价值的实现程度。然而，立法上，我国社会保险经办机构的概念不明晰、性质不确定、治理结构模糊，职能罗列概括。⁵⁷⁶立法的粗疏是实务中社会保险经办机构法人地位不独立、治理不完善、职能错位缺位、服务能力脆弱的主要原因，这已成为我国提升社会保障治理能力的薄

*【基金项目】国家社会科学基金重点项目“整合城乡基本医疗保险的法律制度研究”（13AFX027），山西省高等学校中青年拔尖创新人才“衔接多层次医疗保障的法律制度研究”（2014052002）。

【作者简介】孙淑云（1966—），女，山西永济人，山西大学政治与公共管理学院教授、博士生导师，主要研究方向为社会法学。

注释：

⁵⁷⁶ 1993年《国务院批转国家体改委关于一九九三年经济体制改革要点的通知》、2001年《社会保险行政争议处理办法》、2010年颁布的《中华人民共和国社会保险法》，均从其职能角度对社会保险经办机构做了描述性定义，既没有明确其法律概念、法律性质，也没有规定其治理结构。例如，《社会保险行政争议处理办法》第2条第2款规定：“社会保险经办机构是指经法律、法规授权的劳动保障行政部门所属的专门办理养老保险、医疗保险、失业保险、工伤保险、生育保险等社会保险事务的工作机构。”

弱环节。近年来，学术界对社会保险经办机构法律定位进行了初步研究，但是，多从立法变迁、法律性质、行政隶属、机构设置、组织模式、职能职责等角度辨析。⁵⁷⁷社会保险经办机构的法人组成、法人治理机制的实质性定位研究却付之阙如，这是确定其法律定位之要害。有鉴于此，笔者从社会保险经办机构的法人组成、法人治理机制等组织法的核心视角剖析社会保险经办机构之法律定位，并期望以此完善我国《社会保险法》，理顺社会保险运行难题。

一、应然本质：社会保险经办机构是独立的社会保险法人

社会保险制度就是以保险形式、保险原则构建起来的社会互助和风险分担制度，国家以强制加入保险对社会成员的“私有财产权”进行干预来征收社会保险基金，当个别成员遭遇危及生存的老年、疾病、伤害、生育、失业等大风险时，可以从保险基金里获取最基本的保险金待遇。正因为社会保险基金的筹集、管理与分配涉及庞大资源分配，涉及世代之间风险转移之承担，“人民常年将保险费投注在政府所主导的强制保险上，国家不能不对社会保险之连续性、体系性负担一定的责任。”^{[1]59}为此，社会保险制度成为国家立法保证、政府主导、永续性、体制性的国家给付制度。从抽象宪法角度观察，社会保险制度围绕公民社会权利展开，国家是公民社会权利的义务主体；但是，国家作为抽象概念不能成为具体的社会保险法律关系的主体，各国为此制定社会保险法律，确立了社会保险行政管理体制，强调国家统一管理的责任和能力；同时，成立独立于政府行政管理机构的社会保险经办服务体系，将社会保险给付义务委托社会保险经办机构，使其成为职权与职责相统一的公法主体，进而代表国家保障公民的社会保险权利，成为社会保险法律关系的具体权利义务主体。因而，社会保险经办机构的组织法律关系中，主要包含两个层面的法律关系：一是社会保险经办机构与国家及其行政主管机构之间的组织法律关系；二是社会保险经办机构与社会保险其它利益主体

⁵⁷⁷ 娄宇在剖析社会保险经办机构类型归属困难的基础上，从规范法学的法律主体论将社会保险经办机构定位为具有独立法人地位的特殊类公益事业单位，参见娄宇：“论我国社会保险经办机构的法律地位”，载《北京行政学院学报》2014年第4期。胡川宁从社会保险基本原则出发，从组织模式的角度将社会保险经办机构

定位为公法上的社团法人，认为我国的社会保险经办机构可参照有限责任公司的组织模式予以改进；参见胡川宁：“社会保险经办机构法律规制的重构—基于团结原则和补充性原则的视角”，载《全面推进依法治国背景下社会法的发展》，中国社会法学会研究会2015年年会论文汇编第1372页。叶静漪、肖京从立法变迁、行政隶属、机构设置等视角，将我国社会保险经办机构定位为以服务为主但具有行政管理职能的事业单位；参见叶静漪、肖京“社会保险经办机构的法律定位”，载《法学杂志》2012年第5期。

之间的组织法律关系。

（一）与国家及其行政机构之间的组织法律关系：社会保险经办机构组织外部独立于国家行政体系

“社会保险是对大的生活风险（疾病、老年等）给予保护的带有强制性质的共同承担责任的（社会）联盟”。^{[2]6-7} 社会保险这一本质说明，尽管社会保险是政府主导、承担积极责任的国家给付制度，但是，社会保险是一定范围或者全体社会成员根据社会化原则^{5 7 8}和社会团结原则成立的社会互助共济基金，社会保险筹资责任社会分担，资金来源具有多元性，包括国家、雇主和个人的筹资。“共同体所筹集的资金不得用于共同体成立目的以外的领域，在社会保险领域则尤其表现为，缴费资金不得用于其他普通国家任务的开支。”^{[3]82} 因此，社会保险基金具有独立性，国家不得将其国有化，这在各国已达成共识。这也是社会保险有别于以政府财政为财务保障的社会救助之处，社会救助是“政府给付”，社会救助的“资金来源、基金管理和待遇支付具有政府承担直接责任的一元性，政府责任包括基金筹集、基金管理、提供待遇和服务。”^{[4]69} 相对而言，社会保险则是“国家给付”，是国家组织并建立治理机制的“社会给付”，社会保险筹资责任的社会分担和筹资主体多元决定了政府在社会保险筹资上的相对责任^{5 7 9}，也决定了社会保险基金管理和待遇支付上政府同样承担的是相对责任，即在有限政府的有限社会保障能力、财政能力、服务能力的条件下，将社会保险视为准公共物品建立行政分权的间接供应机制，将社会保险经办机构独立于政府设置，力图将社会保险经办服务事务与政府一般任务隔离。为此，在保证政府对社会保险的规范、行政管理以及完善治理机制等行政管理权责不外移的前提下，政府将社会保险经办的公共服务功能依法授权各种非政府法人提供，或以购买服务的方式提供，政府则以间接方式^{5 8 0}承担社会保险待遇支付责任。

比较法视野，政府管理之下的社会保险给付、社会保险经办机构大致有三种模式。其一，以私法属性的社会团体法人定位社会保险经办机构，以德国为代表

^{5 7 8} 社会保险的社会化原则要求将社会保险作为整个社会成员都来参与的事业，实现社会保险资金来源的社会化、社会保障管理的社会化、社会保险责任的社会化。参见董保华等著：《社会保障的法理学》，北京大学出版社 2005 年版，第 114 页。

^{5 7 9} 政府财政能力有限，在社会保险筹资环节中，除了英国等一些福利国家有预算式补贴，大多数国家仅对政府雇员、符合一定条件的贫困社会成员缴纳社会保险费予以缴费性补贴。

^{5 8 0} 在社会保险基金管理和待遇支付环节，政府对社会保险基金安全承担担保责任，对社会保险基金当期赤字予以补贴。

的西欧、南欧以及这些国家的前殖民地，政府依据社会合作主义原则与雇主、雇员建立合作伙伴关系，依法授权非政府属性的、分散自治的、雇主与雇员为成员的、以公益为目的的社会团体法人作为社会保险经办机构，经办社会保险费的征缴、基金管理和待遇支付。其二，以半自治的公法人⁵⁸¹定位社会保险经办机构，以英美为代表的北欧国家、北美国家以及日本的年金管理机构、韩国的国民年金公团等，基于行政分权，将社会保险经办事务赋予公法人承担，这些公法人具有独立的法律人格，有权依法或依特许状在全国或特定的区域内经办社会保险公共事务，与行政机关保持相对独立，但受行政机关监督。其三，以特许的、民营自治的养老个人账户基金的公司定位养老保险经办机构，这种模式是以智利为代表的拉美地区和中东欧国家，“其基本特征是在职工养老保险制度中引入和建立个人账户，账户资金由特许的专业养老基金管理公司进行投资管理，各个特许的养老基金管理公司之间存在竞争关系”。^{[5]8}三种模式中，社会保险经办机构虽然法律属性不同，但是，具有共同特征，即社会保险经办机构建立在行政官僚体系之外，行政成本列入社会保险基金支出，都是具有独立法人能力的社会保险人。社会保险经办机构“相对于国家独立，不隶属于行政系统，是独立的法人实体。它们依据社会保障组织法而成立，并依法就社会保障具体事务提供管理和服 务。”^{[6]117}

（二）与社会保险其它主体之间的组织法律关系：社会保险经办机构组织内部具有独立治理机制

社会保险经办机构作为独立的法人实体，它不是一种单纯的法律虚构，为投保人和被保险人提供专业服务是其存在的目的，其法人意志如何产生，如何保证法人意思形成的真实性和有效性，如何保证法人意思得到执行，需要建立适合的内部组织机关和内部治理机制。与各种法人治理一样，社会保险经办机构组织机关和治理的核心是权利的向度和责任的归属问题，即社会保险经办权“从谁而来，如何运行，受谁监督”的问题。

社会保险事务经办权来源于公民社会权利的委托，社会保险所保护的社会权利是公民之间在社会连带、社会团结基础上结成的独立于国家利益、独立于公权

⁵⁸¹ 英国、日本称为公法人，法国称为公务法人。称呼不同，性质一样，是给付行政发展中行政分权的一种形式，依据公共事业应通过公共手段实现的设想而成立。详见应松年主编：《行政法学新论》，中国方正出版社 2004 年版，第 64 页。

的权利结构，社会权利本质上是由社会风险密切相关的利益人之间结成并且提升而成，国家与社会保险经办机构只是公民社会权利、社会利益的代理人。“人性的首要法则是要维护自身的生存，人性的首要关怀是对其自身的应有关怀。”^{[7]9}当社会成员遭遇生老病死伤等大的风险，基本经济生活安全遭遇威胁时，理论上作为公民利益代表的国家不能坐视不管，因此，“社会契约理论也被认为是国家公权干预建立社会保险制度的理论基础，而契约从其产生之初，作为一种法的现象，就不以扬善为皈依，只是衡平善与恶的守恒关系，使利益主体不致在无情的利益冲突中一无所得或被毁灭。”^{[6]117}公民社会权利赋予社会保险经办机构经办社会保险事务的权力，公民还得靠“投票箱”来防止其权力随意扩张。社会保险制度创制鼻祖之德国，颁布社会法将本属于雇主与劳工互助共济的保险机制转化为社会保险的国家给付制度，赋予社会保险经办机构社会团体法人的主体地位，同时，社会保险的投保人即雇主与劳工双方选举同数代表组成代表大会或行政管理委员会，为社会保险经办机构的最高权力机关，并通过社会保险经办机构的章程选举理事会，理事会是对外代表社会保险法人的机关。以公法人定性的日本社会保险经办机构，在学理上被认为是雇主与劳工投保人的公共组合，具有作为人的结合体的社团法人的性格^{[8]40}，在保险人内部均设置组合会、运营委员会、运营审议会等作为组合的权力机关，并同时设置董事、理事、监事作为执行机关和监督机关；其中，权力机关的成员通常由雇主、被保险人、专家学者代表共同组成。⁵⁸²以行政机关定性的台湾全民医保经办机构的“中央健康保险局”，与之并行设置的是“监理委员会”和“费用协定委员会”，前者由保险缴费者、医疗服务提供者、专家学者及政府代表组成，并采取合议制，负责监理保险业务并提供保险政策、法规之研究及咨询事宜，后者则负责协定及分配总额预付制下的医疗给付费用，并承担着健保财务支出的监督。⁵⁸³在智利，养老基金管理公司是特许的私人公司，公司本身即为市场主体的独立法人，以公司治理机制运行，并接受国家监管。可见，尽管各国社会保险人的法律性质不同，法人治理结构形式上也存在差异；但是，社会保险经办机构法人治理的规范架构相近，均是一组规范社会保险经办机构的决策、执行、监督的规则和程序，是连接社会保险相关各方主体责、权、利的制衡机制，是调整社会保险经办机构内外各相关利益主体法律

⁵⁸² 参见日本《健康保险法》第7条之18，第18条等。

⁵⁸³ 参见台湾地区《全民健康保险法》第4条、第48条；《全民健康保险监理委员会组织规程》第3条。

关系的法律规范。通过治理机制的约束和规范，社会保险制度的目的以及实现这些目标的手段得以确定。社会保险经办机构作为独立的法人实体，依据保险基金自给自足之财务原则运作，社会保险基金的管理和运营的行政成本独立，社会保险收支尽力维持平衡相抵，保险费调整与保险金支出依法定的民主或者自治程序进行调整，与政府一般事务区隔，不受国家政治力干预，为投保人和被保险人的利益依法履行义务、主张权利，并成为各类法律权利义务的归属者。

二、实然局限：我国社会保险经办机构为行政下属“经办”机构

改革开放以来，在“摸着石头过河”的渐进性经济体制改革背景下，我国社会保险制度的改革和建设在政府主导推动下进行。1993年《国务院批转国家体改委关于一九九三年经济体制改革要点的通知》（以下简称《改革要点通知》）指出“社会保险实行政事分开，社会保险管理部门从宏观上进行政策、制度、标准管理；社会保险经办机构具体承办社会保险业务并承担基金保值、增值责任。”由于社会保险制度改革的复杂性、艰巨性以及经济社会制度环境的未定型与不确定性，社会保险经办机构的设置与改革的总目标至今还无法全部实现，2010年颁布的《中华人民共和国社会保险法》也没有对社会保险经办机构的组织、治理进行法律定位。

（一）与国家及其行政机构之间的组织法律关系：社会保险经办机构的法人地位在体制上不独立

我国现行法律对社会保险经办机构与国家及其行政主管机构之间的组织法律关系没有

做专门规定，只有一些零散规定，1991年国务院颁布《关于企业职工养老保险制度改革的决定》规定：“劳动部门所属的社会保险管理机构，是非营利性的事业单位，经办基本养老保险和企业补充保险的具体业务，并受养老保险基金委员会的委托，管理养老保险基金。”2010年颁布的《社会保险法》第8条模糊规定社会保险经办机构为“提供社会保险服务的”机构。1993年原劳动部下设“社会保险事业管理中心”，是综合管理全国社会保险基金和社会保险经办业务工作的部直属事业单位，地方各级政府也在人力资源和社会保障主管机构下设事业单位属性的社会保险经办机构。

社会保险经办机构设置实践中，其法人地位在体制上一直没有独立。一是经办机构没有独立的人事权，政府在具体设置社会保险经办机构时，为了使经办机

构“顺利运转”，便于对经办机构人事进行管理，对社会保险经办机构的工作人员参照公务员法管理，据统计，截止 2012 年底，全国社会保险经办机构中“参公管理”的有 4421 个，占机构总数的 52.6%。^[5] 参公管理体制下，社会保险经办机构的人员被政府编制部门严格控制，无法进行独立的人事编制调整；而且，社会保险经办机构随行政级别而设，与社会保险统筹基金无关；与此同时，受限于我国政府“小政府”姿态的“瘦身”改革，社会保险经办机构的规模被限制，无以应对社会保险事业快速增长的需求。二是社会保险经办机构形式上被置于保险人地位，实质上对社会保险基金不具有独立产权人或占有人地位，仅仅以行政划拨的经费为责任财产^{5 8 4}，社会保险基金的筹集、管理以及保险待遇支付采取公共财政的预决算方式，社会保险经办机构实际上是各级财政预决算的执行机关，并非社会保险基金“实质意义上的产权人，亦不对该基金独立承担运营责任”。^[10]⁴⁵ 缺乏独立人事权和独立基金财产责任人的社会保险经办机构，其运营社会保险的重大事务决策权自然也无法独立作为，多受制于社会保险行政主管机构。总

^{5 8 4} 《社会保险法》第 72 条规定：“社会保险经办机构的人员经费和经办社会保险发生的基本运行费用、管理费用，由同级财政按照国家规定予以保障。”实务中，社会保险经办机构的“绝大多数经办费用由地方财政全额拨款，全国 99.9% 的经办机构实行全额拨款，只有 5 个实行差额拨款，5 个实行自收自支，这 10 个经办机构均为县级以下机构。”参见郑秉文：“中国社会保险经办服务体系的现状、问题及改革思路”，载《中国人口科学》，2013 年第 6 期第 4 页。

参考文献：

- [1]钟秉正.社会保险法论[M].台北：三民书局股份有限公司，2005.
- [2]霍尔斯特·杰格尔.社会保险入门——论及社会保障法的其它领域[M].刘翠霄，译.北京：中国法制出版社，2000.
- [3]蔡维音.全民健康之给付法律关系析论[M].台北：元照出版公司，2014.
- [4]杨燕绥，阎中兴.政府与社会保障——关于政府社会保障责任的思考[M].北京：中国劳动社会保障出版社，2007.
- [5]郑秉文.中国社会保险经办服务体系的现状、问题及改革思路[J]，中国人口科学，2013(6).
- [6]董保华等.社会保障的法学观[M].北京：北京大学出版社，2005.
- [7]卢梭.社会契约论[M].北京：商务印书馆，2002.
- [8]【日】手岛孝，中川义郎.基本行政法学[M].东京：法律文化社，2005.
- [9]娄宇.论我国社会保险经办机构的法律地位[J].北京行政学院学报，2014(4).
- [10]李文静.医疗保险经办机构之法律定位[J]，行政法学研究，2013(2).
- [11]李文静.医疗保险法律制度研究[M].北京：中国言实出版社，2014.
- [12]董文勇.医疗费用控制法律与政策[M].北京：中国方正出版社，2011.

之，没有独立人事权、基金财产控制权和重大事务决策权的社会保险经办机构，事实上已成为各级政府以及政府编制部门、财政部门、社会保险行政主管部门等行政部门的附属，社会保险经办机构的权力配置结构表现为以政府为核心的内部循环，在此背景下，“政府及其各个部门作为一个整体担当本应该由保险人承担之职责，”^{[11]153} 社会保险经办机构只是政府之“经办”，是政府掌控和运营社会保险之一环，“将保险运行的各项职能交由不同的行政机构分别执行的做法，导致每个部门的执行行为都将对被保险人权利的实现产生实质影响，但每个部门又均不承担社会保险的运营责任，”^{[11]153} 因而，社会保险法律关系中，相对于被保险人权利义务的社会保险经办机构，其保险人的地位处于虚化和缺失状态，政府形式上居于社会保险人之地位，既是规则制定者也是执行者，既是裁判也是运动员。正是基于社会保险经办机构无独立法人地位的事实，《改革要点通知》以及《劳动法》第74条所明确的社会保险经办机构“承担基金保值、增值责任”的职能，《社会保险法》第65条对之不予规定或者叫不予承认：“县级以上人民政府在社会保险基金出现不足时，给予财政补贴”，承认了由政府财政作为社会保险基金的运营责任人。社会保险经办机构作为政府之“经办”，其职能实际上处于冲突、分散、缺位、错位状态，“经办”职能强于“保障”职能，基金“管理”职能强于“服务”职能，致使社会保险经办机构面临着严重的发展性难题。

（二）与社会保险其它主体之间的组织法律关系：社会保险经办机构法人治理在制度上不完整

纵观法律相关社会保险经办机构法律定位的模糊规定，检讨社会保险经办机构保险人地位的虚化，法人地位不独立等实践困局，一再揭示，我国社会保险经办机构是在代表社会权利、社会利益的社会团体缺失情况下设置，特别是虑及社会保险制度改革建设过程中的政治安定性，政府不得不代替社会团体的功能，建立行政部门隶属的事业单位，以明确国家已经承诺或默认的社会保险义务。正是因为社会保险经办机构设置与改革进退全系于政府行为，就形成了政府与社会保险经办机构之间的深刻矛盾，政府不仅有意无意忽略了社会保险经办机构的独立法人地位，还忽略社会权利主体参与社会保险经办机构治理的利益，导致社会保险经办机构法人治理的自我控制、自我制衡的良性机制也不完整甚至异化。

法律对于社会保险相关利益人的社会保险事务管理权没有做规定。《社会保

险法》仅在第 80 条规定了由政府组织成立社会保险监督委员会：“统筹地区人民政府成立由用人单位代表、参保人员代表，以及工会代表、专家等组成的社会保险监督委员会。”仅仅赋予社会保险相关利益人的社会监督权利，而且是一般监督“权利”，不是监督“权力”，属于“外部监督、事后监督、社会监督的权利，不涉及内部监督、事中监督”^{[12]362}。不过，有些地方在各项社会保险“先行先试”的政策制度建设中，规定统筹地区人民政府探索成立由用人单位代表、参保人员代表，以及专家组成“社会保险委员会”。但是，该组织却要么是半官方组织，要么是徒有虚名、流于形式的组织；也没有构建起社会保险委员会对社会保险经办机构的决策、执行、监督的规则和程序。因此，没有社会保险投保人和被保险人结社组成的社会保险参加者联合会，难以形成利益共同体，无以制约行政一元化主导的社会保险经办机构，社会保险各方利益当事人的利益诉求的形成、表达、保障机制容易缺失，社会保险经办机构的决策权、执行权、监督权被异化，由各级政府及其主管行政机构主导，社会保险经办机构的责任也被主管行政机构和各级政府所代替承担。

三、局限克服：制定社会保险经办机构组织法，重塑社会保险经办机构的 社会保险法人人格

没有社会保险人的社会保险关系是难以想象的，是不完善的。完善的社会保险法人制度是社会保险公共事业稳定运行的保障。相反，社会保险经办机构的法人地位不独立、治理异化、责任缺失，不仅容易招致公众对社会保险公共事业的不信任，政府还容易陷入社会保险基金运营失败的财务责任困境中。为此，需要朝着独立社会保险人的方向，对未完成“政事分离”的“半成品”的社会保险经办机构进行改革，而且，有必要同步推进政府职能转变与社会保险经办机构法人制度改革，让政府的归政府，让社会保险人的归社会保险人。当下，应当尽快讨论制定“社会保险经办机构组织法”，借鉴德、日、英等成熟完备的社会保险法人制度，结合我国实际，重点从以下几方面引导和重塑社会保险经办机构的社会保险法人人格。

（一）以保险人职能为中心，重塑社会保险经办机构之法人人格

其一，社会保险经办机构是职能明确的保险人。法律应明确规定社会保险经办机构为国家立法设立的、享有特别权能的、社团属性的公法人，明确其为职权

与职责相统一的法人主体，赋予其社会保险人地位，并明确社会保险经办机构的职能有三类，一是代行国家社会保险公共服务，执行社会保险法律法规和政策。二是依法经办社会保险费的征缴、基金管理和待遇支付，作为公民社会权利、社会利益的代理人，依法为投保人和被保险人的利益履行义务、主张权利，并成为各类法律权利义务的归属者，保障公民社会保险权利实现。三是依据保险基金自给自足之财务原则运作，依法定的民主或者自治程序对保险费和保险金支出进行调整，依法承担社会基金保值、增值责任。针对我国社会保险财务与国家财政责任混沌之现状，要重点将保险人财务责任与国家财政责任分离，国家并不是要放弃为社会保险承担最终责任，只是在保险制度运行中，“国家财政责任与保险人财务责任应当分别独立，国家财政对保险财务的补贴应当依法进行，其最后责任的承担方式应对于保险事业难以为继时进行接管，而非对经营赤字予以日常填补。”^{[11]156}

其二，社会保险经办机构必须是独立法人的保险人。社会保险经办机构对于其内部的人事权、基金财务控制权、重大事务决策权有独立自主权，形成独立意思并自主执行、独立承担法律责任。针对我国社会保险经办机构各项自主权被分散在不同行政职能机构之现状，要实行政事分开和管办分离的改革，将分散于政府及其各主管部门的法人人事权、基金财务控制权、重大事务决策权整合、归集给社会保险经办机构，重塑社会保险经办机构的法人自主权。按照法人实体改革全国社会保险经办机构，将人力资源和社会保障部下属的社会保险事业管理中心升格为全国社会保险管理总局，作为法人总部，全国社会保险管理总局拥有公法人的独立自主权，对全国范围的社会保险经办系统实行垂直的法人治理；摆脱按地方政府级别设置社会保险经办机构的做法，依托社会保险基金统筹层次设置社会保险经办机构，还可以根据服务需求设立派出机构；在社会保险经办机构地方与总局关系中，强化上级管理功能，强化下级服务功能。

（二）以社会保险利益关系人民参与为核心，形成民主自治的社会保险法人治理机制

独立的治理机制是社会保险经办机构之所以为法人的内在要求。直面我国社会保险经办机构内部治理机制虚置、不完整，以及代表社会权利的社会团体缺失、不成熟之现实，当务之急是社会社会保险经办机构治理的各个环节去行政化，积

极探索、培育和促成社会权利、社会利益相关方共同治理的格局。

其一，以社会保险利益关系人民民主参与为核心，探索建立民主自治的社会保险法人治理机制。掌握社会保险经办机构的决策权、执行权、监督权的内部治理机关，应当在法人内部依章程经民主程序选出，而不能由政府及其主管机构径行指定。当然，法律应当规定经办机构章程的法定必要内容，以及担当社会保险经办治理机构成员的资格并由行政机构监督。当下，可以先行在全国社会保险管理总局尝试确立管理委员会、理事会、监督委员会的内部治理机制。管理委员会权力机关应当为社会保险利益关系人民民主参与自治提供通道，管理委员会的成员由雇主、被保险人、专家学者代表共同组成，先探索由雇主、被保险人、专家学者等各界人大代表组成，采取合议制，负责选举理事会和监督委员会，并提供社会保险政策、法规之研究以及咨询事宜。社会保险经办各分支机构可以根据各地实际情况，比照社会保险总局，循序渐进地建立健全内部治理机制。

其二，以专业化为主导，强化社会保险经办机构的服务能力。在社会保险经办机构法人制度之下，“经办机构能力强化的问题则能够真正转化为管理学上的技术问题而不再与该机构的法律定位问题纠缠在一起”^{[10]85}，社会保险经办机构必将由责任强化社会保险运营能力，专心打造专业化、信息化、透明化、科学化的社会保险服务体系。

繁荣背后的落寞：社会保险反欺诈地方立法之检省^[1]

王素芬

【摘要】通过梳理社会保险反欺诈地方立法的实然状况可以看出，这些地方立法呈现一派繁荣之景象，社会保险反欺诈地方立法有着诸多的制度贡献，但同时也有其不足，尤其是地方立法的实践效果更是不容乐观。因此，为了构建社会保险反欺诈综合防控体系，由地方立法到全国统一立法，则成为必要且具有现实之可能。

【关键词】社会保险；反欺诈；地方立法；统一立法

作为民生工程中最为核心内容的社会保障，不仅是百姓最为关切的议题，更是我国政府持续建设的重点。2016年3月发布的《国民经济和社会发展第十三个五年规划纲要》（简称“十三五规划”）在党的十八届三中、四中、五中全会所明确的加强社会保障制度建设的基础上，进一步强调要“建设健全更加公平、更可持续的社会保障制度”，“实施全民参保计划，基本实现法定人员全覆盖”。实现这一计划的同时也就意味着，我国社会保险基金积累的规模越来越大，但如何保障基金的安全而不被滥用，规范相关主体不实施社会保险欺诈行为即成为社会保险领域的突出问题。本文即以社会保险反欺诈地方立法⁵⁸⁵为核心，反思看似繁荣的地方立法在遏制社会保险欺诈行为方面的贡献与不足，并进一步探讨社会保险反欺诈由地方立法到全国统一立法之意义与可能。

一、繁荣之表象：社会保险反欺诈地方立法的多元样态及特点

实现社会保险制度的可持续发展，核心在于保障社会保险基金的安全，而社会保险基金的监管与社会保险反欺诈是实现社会保险基金安全有序运行的一体两面。因此，从全国各地的立法来看，即主要呈现两种样态：分别是以“反欺诈”和基金监督的“举报奖励”为主题词的地方立法，⁵⁸⁶其具体情况如下表所示：

^[1] 国家社科基金项目“社会保险反欺诈立法研究（项目编号为：13BFX141）”的阶段成果。

⁵⁸⁵ 立法一般是指特定的主体，依据一定的职权和程序，运用一定技术，制定、认可和变动法这种特定规范的活动。立法的概念又有狭义和广义之分。从狭义上看，根据我国现行宪法，立法是指全国人民代表大会及其常设机关制定和变动法律这种特定规范性文件的活动。广义上讲，从中央到地方一切国家机关制定和变动各种不同规范性文件的活动，均可称为立法。本文即在广义上使用立法的概念。

⁵⁸⁶ 由重庆市人民政府于2009年11月23日通过并于2010年2月1日起施行的《重庆市骗取社会保险基金处理办法》虽不是以“反欺诈”为主题词，但其所涉及的主要制度等内容都直接体现为反欺诈，故也将

表 1：以“反欺诈”为主题词的社会保险反欺诈地方立法

立法名称	颁布及修改时间
广东省珠海市社会保险反欺诈办法	2006 年 1 月 16 日颁布、2006 年 3 月 1 日起施行、2015 年 12 月 23 日修订、2016 年 3 月 1 日起施行
云南省临沧市社会医疗保险反欺诈暂行办法	2009 年 5 月 4 日起施行
云南省楚雄彝族自治州医疗保险反欺诈暂行办法	2006 年 12 月 24 日起施行
云南省德宏州社会保障基金反欺诈暂行办法	2006 年 2 月
重庆市骗取社会保险基金处理办法	2009 年 11 月 23 日公布、2010 年 2 月 1 日起施行
《重庆市骗取社会保险基金处理办法》实施细则	2010 年 7 月 29 日其施行
云南省医疗保险反欺诈管理办法	2014 年 2 月 14 日通过、2014 年 5 月 10 日起施行
河南省安阳市社会保险反欺诈办法	2013 年 5 月 17 日起施行

表 2：以“举报奖励”为主题词的社会保险反欺诈地方立法

立法名称	生效时间
河南省社会保险基金举报奖励办法	2008 年 2 月 27 日其施行
北京市社会保险基金监督举报奖励试行办法	2008 年 6 月 1 日起施行
陕西省社会保险基金监督举报奖励暂行办法	2009 年 1 月 4 日起施行
重庆市举报骗取社会保险基金行为奖励暂行办法	2011 年 7 月 1 日起施行
江西省社会保险基金举报奖励办法（试行）	2012 年 9 月 5 日
天津市社会保险基金监督举报奖励办法	2014 年 7 月 1 日起至 2019 年 6 月 30 日止（2005 年的《办法》同时废止）
广西壮族自治区社会保险基金监督举报奖励暂行办法	2015 年 1 月 1 日起施行
吉林省社会保险基金监督举报及奖励办法	2015 年 4 月 3 日起施行
山东省社会保险基金监督举报奖励暂行办法	2015 年 6 月 1 日起施行，有效期至

之置于表 1 之中，一并分析。

	2017年5月31日
海南省举报骗取社会保险基金行为奖励办法（试行）	2015年7月22日起施行
四川省社会保险基金监督举报奖励办法	2015年8月1日起施行
德清县社会保险基金监督举报奖励暂行办法	2015年6月23日起施行
扬州市社会保险基金监督举报奖励暂行办法	2016年1月1日起施行
长沙市社会保险基金举报奖励办法	2012年9月25日起施行
清远市关于举报骗取社会保险基金行为奖励办法（试行）	2015年7月15日（有效期两年）
德州市社会保险基金监督举报奖励暂行办法	2015年8月1日起施行
绵阳市社会保险基金监督举报奖励办法	2015年12月1日起施行

反欺诈的地方立法除上述主要的两种样态外，也有以“通知”方式具体开展社会保险反欺诈工作的，如成都市龙泉驿区所发布的《关于切实做好成都市龙泉驿区社会保险欺诈案件查处和移送工作有关事项的通知》。该“通知”主要明确了需要社会保险行政部门及时向公安部门移送案件的标准为涉案金额5000元以上；明确列举需要移送的涉嫌社会保险欺诈案件的情况，也就是社会保险欺诈的具体情形；明确了举报骗取社会保险待遇⁵⁸⁷的奖励标准。

这些地方立法究其实质在于通过设定举报奖励制度，以强化对社会保险基金的监督管理。通过上述表格内容我们还能够看出，明确举报奖励制度的地方立法可以设定一个较为显著的时间节点——2015年前与后。之所以是以2015年为节点，主要在于人力资源社会保障部与公安部于2015年2月3日联合下发了一份关于社会保险反欺诈的重要文件——《人力资源社会保障部、公安部关于加强社会保险欺诈案件查处和移送工作的通知》，在该《通知》中强调要加强宣传和舆论引导，形成共同防范和打击社会保险欺诈的良好社会氛围，具体措施如完善举报奖励制度。在这一《通知》的引领下，未出台社会保险反欺诈相关规定或者办法的地方，则陆续发布社会保险基金监督举报奖励办法。自2015年2月以来，此类地方立法蔚然成风，四川、山东、吉林、海南等省为其代表。

认真研究上述各地方社会保险反欺诈规范性文件可见，其立法总体呈现如下发展趋势：

⁵⁸⁷ 这里也可以发现，举报奖励的范围仅限于骗取社会保险待遇，而不是针对所有的社会保险欺诈行为的举报都给予奖励。

第一，立法技术不断提升。仅以云南省地方立法为例。云南省在社会保险反欺诈立法方面起步早，所做工作也较为具体。2014年颁布的《云南省医疗保险反欺诈管理办法》较2006年公布的《云南省楚雄彝族自治州医疗保险反欺诈暂行办法》就欺诈行为的认定方面主体更为明确，内容更为细化。如后者在第12条中较为笼统地规定了参保单位、参保人员、医院、药店等医疗保险定点医疗服务机构中的欺诈行为，而前者则是将不同主体的欺诈行为单独列写，分别规定于该“办法”的第8、9条中。

第二，反欺诈力度有所加强。典型者体现在举报奖励制度中关于奖励额度的提高。2006年公布的《云南省楚雄彝族自治州医疗保险反欺诈暂行办法》规定，欺诈金额在50000元以上的，按欺诈金额的4%进行奖励，而2014年颁布的《云南省医疗保险反欺诈管理办法》规定举报案件涉及金额40000元以上的，按涉案金额的5%进行奖励，奖励力度显著加大，也就体现了反欺诈的力度之加强。

第三，法律责任的安排呈退步状态。法律法规的实施端依赖于相关主体的能自觉，法律遵守与执行的至高境界应当是主体行为人基于内心确信而有意识的自觉遵从。但从较低层面而言，法律法规的实施还必然依赖于法律责任的强制作用，因此，一部法律其法律责任的安排也往往会成为关注的焦点。然而，从社会保险反欺诈的地方立法来看，其法律责任的设定却并不乐观。作为社会保险反欺诈地方立法之典范的《珠海市社会保险反欺诈办法》（2016年施行）中，其法律责任的规定也是相对完善的，罚款、取消待遇资格、赔偿责任、移送司法等具体责任安排也是较为充分合理的。⁵⁸⁸但其他社会保险反欺诈地方立法中法律责任的安排则逊色不少，如《安阳市社会保险反欺诈办法》中所规定法律责任除强调“按《社会保险法》、《劳动合同法》、《社会保险费征缴暂行条例》”等相关规定处理外，几乎没有实质性的法律责任制度。其他几部地方立法也大致如此，则不能不说是一种遗憾。呈退步状态的法律责任安排无疑在反欺诈的地方实践中难以实现期冀的效果。

在体现如上立法趋势的同时，社会保险反欺诈地方立法还呈现出如下特点：

第一，“政府主导型模式”在社会保险反欺诈地方立法中的再现。所谓政府主导型模式又称为政府推动型模式，通常是指我国法律发展过程中政府担负着引

⁵⁸⁸ 详见该办法第33-37条的规定。

导法律发展走向的作用。⁵⁸⁹不同地方立法中，其当地政府及国家相关部门政策的影响十分显著。社会保险反欺诈地方立法这一政府主导型模式，既体现了地方政府在遏制社会保险欺诈方面的决心与力度，但同时也折射出社会保险反欺诈参与主体或者调动社会力量参与反欺诈之不足。

第二，基于有需求而有反馈的地方立法实践。纵观各地社会保险反欺诈的立法实践，较多地体现为基于社会保险基金的监管需求而进行地方立法。如《云南省医疗保险反欺诈管理办法》的颁布是由于“近几年云南医保基金的收支结余规模在100亿以上，结余较大，监管责任较重。”⁵⁹⁰同时，也是由于在处理社保欺诈案件时法律武器之不足，难以有力打击无所顾忌的骗保者。因此，颁布实施社会保险反欺诈的地方立法即成为引领时尚之举。

二、社会保险反欺诈地方立法的制度贡献与不足

（一）社会保险反欺诈地方立法的制度贡献

我国相关法律法规明确赋予公民、法人和其他社会组织社会保险的监督举报权，⁵⁹¹这使得公民、法人和其他社会组织对社会保险费征缴及待遇发放过程中的违法行为有权进行监督举报。纵观各地社会保险反欺诈立法文本中的规定也恰恰是试图让公民个人充分发挥这一权利，以实现对社会保险欺诈行为的有效控制。一般而言，社会保险反欺诈包括事先预防机制、事后惩戒机制及严格的资金管理规定、有序的基金申领程序设置等环节，这些机制或者制度在反欺诈地方立法中的规定如下：

1. 强化了举报奖励机制。在各国社会保险反欺诈立法与实践中，都特别重视举报奖励机制，并纷纷在各自的立法中有所体现。我国社会保险反欺诈地方立法中对于举报奖励机制的设定主要体现在如下几方面：

第一，设定举报奖励机制的宗旨。凡立法皆有所秉持的宗旨，社会保险反欺诈的地方立法也不例外。纵观以“基金监督”为核心语的地方性规范性文件，关于设定举报奖励机制的宗旨一般都在第1条中明确，如《四川省社会保险基金监督举报奖励办法》第1条所指“为鼓励和支持社会各方面参与社会保险基金监督，

⁵⁸⁹ 参见姚建宗：《法理学》，科学出版社2010年版，第363页。

⁵⁹⁰ 《〈云南省医疗保险反欺诈管理办法〉5月10日起实施》，《云南信息报》2014年4月23日的报道，www.yn.xinhuanet.com，2014年9月10日访问。

⁵⁹¹ 我国《社会保险法》第4条第二款规定：个人依法享受社会保险待遇，有权监督本单位为其缴费情况；《社会保险费征缴暂行条例》第21条规定：任何组织和个人对有关社会保险费征缴的违法行为，有权举报。劳动保障行政部门或者税务机关对举报应当及时调查，按照规定处理，并为举报人保密。

保障社会保险基金安全完整，维护参保人员合法权益”，也就是，鼓励和支持社会各方面力量参与到社会保险基金的监督管理之中，调动全社会力量共同努力以实现社会保险基金的安全完整，即为设定举报奖励机制之宗旨。

第二，举报奖励金额的明确。比较各个地方立法，关于举报奖励金额的设定主要有几种模式：其一，设定具体的奖励金额幅度范围，如《广西壮族自治区社会保险基金监督举报奖励暂行办法》。《办法》规定，举报社会保险基金违法违规行为的，将根据举报人贡献大小和查证属实金额给予 200 元至 5000 元的举报奖励；其二，以所举报骗取社会保险待遇金额的一定比例为标准，并同时设定最低与最高奖励幅度，如《关于切实做好成都市龙泉驿区社会保险欺诈案件查处和移送工作有关事项的通知》中明确规定，对举报骗取社会保险待遇属实的，按照查实并收缴到账金额的 5% 予以奖励；追缴入库罚款部分，按罚款金额 1% 给予奖励；每一举报案件奖励金额不足 100 元的补足 100 元，最高不超过 10 万元；其三，举报奖励金额的确定采取结合的方式。如作为全国最早发布的反欺诈办法的《珠海市社会保险反欺诈办法》（2006 年 1 月发布）其中所规定的举报奖励标准即为此种模式。该“办法”规定最低奖励标准是 200 元，之后按照涉案金额逐步提高为 300、500、800、1000 元四个档次，并规定举报涉案金额 40000 元以上的，按涉案金额的 4% 进行奖励，最高奖励金额不超过 5000 元。与此类似的《云南省医疗保险反欺诈管理办法》中规定，当举报案件涉及金额在 40000 元以下时，依据相应的涉案金额确定了 500、1000、1500 元三个档次的奖励金额；而当举报涉案金额在 40000 元以上时，按照涉及金额的 5% 进行奖励，并设定了最高奖励额度的上限：不超过 10000 元。2015 年 4 月施行的《吉林省社会保险基金监督举报及奖励办法》进一步加大了举报奖励的力度，其奖励标准也属结合型模式：最低奖励金额为 500 元，其后按照查实举报金额的区间分别设定为 1000、1500、2000、3000、5000 元等，奖励金额最多不超过 2 万元。

第三，举报奖励的具体操作。明确了举报奖励的程序安排：调查核实、发放奖金以及视为放弃奖励的情况。同时，为了便于公民举报，很多地方还向社会公布了举报电话、传真、电子邮箱和通讯地址等具体信息，如《吉林省社会保险基金监督举报及奖励办法》的正文之后，即附社会保险基金监督举报电话，由此便捷于举报人，也必然使得社会保险基金监督更好地落实。

2. 明确了惩戒制度的适用。社会保险反欺诈地方立法文本中所设定的惩戒制度主要包括责令退回、有限适用罚款制度、解除服务协议、清退参保资格、移送司法追究其刑事责任等不同类型。同时也规定了社会保险行政主管部门和其他有关部门及其工作人员的赔偿责任的承担。

3. 社会保险欺诈防范制度或称反欺诈预警机制的提出。这主要体现为对社会保险反欺诈从事后惩戒为主转化为事前防范与事后惩戒皆重。2015年年底修订的《珠海市社会保险反欺诈办法》中专章规定了“防范制度”，⁵⁹²并同时设立了社会保险相关行政部门之间业务数据共享制度、建立健全内部监控制度、异常数据跟踪、分析和评估制度、依法公布、公开社会保险基金、业务等信息，以防范社会保险欺诈行为的发生。

4. 诚信等级评估制度的初步安排。该制度规定于《云南省德宏州社会保障基金反欺诈暂行办法》之中，⁵⁹³是主要针对用人单位而设定的一项制度，旨在对于参加或者应当参加到社会保险制度中的用人单位，通过第三方评估机构对其进行诚信等级评估，并定期在公共媒体上公示评估结果，尤其是对于有欺诈行为的单位予以曝光。

（二）社会保险反欺诈地方立法可能存在的不足

毫无疑问，我国社会保险反欺诈地方立法对于社会保险欺诈行为的遏制具有重要意义。社会保险反欺诈地方立法的主要贡献在于明确了什么是社会保险欺诈行为，反欺诈相关主体有哪些、反欺诈的举报奖励机制安排，但对于实施了欺诈行为当事人而言，地方立法的意义则非常局限，或者都要强调“根据《中华人民共和国社会保险法》的相关法律法规规定，依法予以处理”。也就是说，反欺诈的地方立法尚有不足，这可能主要体现在如下几方面：

第一，反欺诈主体范围过窄，不宜于遏制社会保险欺诈行为的发生。社会保险反欺诈主体有广义、狭义与中义之分。广义的反欺诈包括所有与社会保险欺诈行为做斗争的组织与个人。狭义的社会保险反欺诈主要指参与到社会保险工作中的政府职能部门及其工作人员。而中义的反欺诈主体除上述狭义的反欺诈主体外，还包括法院、检察院等对实施社会保险欺诈行为的组织与个人进行惩戒的司法机关及司法人员。如在《珠海市社会保险反欺诈办法》中限定为“劳动保障、

⁵⁹² 具体为该办法第四章的规定。

⁵⁹³ 详见该《暂行办法》第29条。

税务等相关政府职能部门”；2009年公布的《临沧市社会医疗保险反欺诈暂行办法》关于社会医疗保险反欺诈主体的范围与上述规定如出一辙。《云南省医疗保险反欺诈管理办法》中所界定的反欺诈主体是社会保险、发展改革、公安、财政、卫生、食品药品监管等相关行政管理部门。监督举报是所有公民的权利，但社会保险反欺诈的主体则应是社会保险制度实施运行各环节中有相应职责的行政管理部门及这些部门中具备行政执法资格，持有行政执法证件的工作人员。

纵观我国各地区社会保险反欺诈立法可见，其所规范的反欺诈主体只是上述狭义的概念。这与反欺诈地方立法的政府行政部门推动密切相关，同时也即呼唤反欺诈立法提高其立法层级，赋予更广泛的主体以反欺诈的职责，以有效打击社会保险欺诈行为。如社会保险反欺诈是否可以发挥社会组织自治功能？事实上，对政府职能部门及其相关人员的过分倚重则非常可能固化旧有的模式与结构，不利于反欺诈工作的展开。

第二，举报奖励的范围过窄：在以“反欺诈”为关键词的地方立法中，关于举报奖励的范围仅限于骗取社会保险待遇，而不包括其他社会保险欺诈行为，这显然不利于打击社会保险欺诈，也是反欺诈举措之不足。

第三，对于社会保险反欺诈工作人员在反欺诈工作中泄露举报信息的法律责任设定仍需周密。纵观社会保险反欺诈地方立法的全部条文，我们仅仅在2016年3月1日施行的《珠海市社会保险反欺诈办法》中看到了关于社会保险反欺诈行政部门及其工作人员法律责任的设置，这也是该办法修订后的一个新变化。具体体现于该办法第35条的规定。关于泄露举报信息，影响查处工作正常开展或者致使举报人受到打击报复的，该条设定了“依法承担赔偿责任”。这一法律责任的安排，仍不利于保护举报人。还有些对于举报人的保护仅仅作为社会保险反欺诈工作人员的工作纪律予以要求，⁵⁹⁴更无法实现对举报人的有效保护。

三、落寞的实践：社会保险反欺诈地方立法的实然效果

从立法层面而言，我国当下社会保险反欺诈地方立法的制度供给不可说不充分，但这些地方立法的实践效果如何？是否达到有效打击社会保险欺诈行为的目的与宗旨？社会保险反欺诈地方立法所确立的制度的实施效果可以通过相关报道以及具体的访谈窥见一斑。

⁵⁹⁴ 《曲靖市社会保险反欺诈工作实施意见》中的第四项“社会保险反欺诈工作纪律”中规定反欺诈工作人员不得泄露举报人的姓名、单位、住址等情况。

（一）制度运行效果

社会保险反欺诈地方立法呈现较为繁荣的局面，从制度供给的角度来看是较为成功的。但这些地方立法的实践效果如何？所查处社会保险欺诈案件的数量及涉案金额情况如何？我们仅以社会保险反欺诈地方立法较有代表性的珠海为例。珠海市社会保险工作总体规范有序，在该市人力资源和社会保障局官网上有社会保险信息公开专栏，⁵⁹⁵其中的社保数据一项内容中，包括关于2014、2015年珠海市社会保险情况的公告。2015年公告中的第九项为人社部门、司法部门查处的社会保险基金违法违规问题查处及整改情况：2014年，该市人社部门查处的社会保险基金违法违规问题3例，其中经司法机关判决的社会保险基金案件3例，及时整改追回基金8.08万元。查处违法违规8人。2015年，该市人社部门查处的社会保险欺诈案件共20件，涉案人员共25人，其中做出行政处罚11宗，移送公安机关查处9宗，司法机关判决0宗，及时整改追回了社保基金396万元。⁵⁹⁶通过上述数据材料可见，该市是保险反欺诈工作的进行还是卓有成效的，既能够有力惩戒违法违规行为，也能够及时追回社保基金。举报奖励的情况如何？《北京市社会保险基金监督举报奖励试行办法》于2008年3月26日起施行，但直至2008年12月，“由于市民还不熟悉相关规定等原因，举报人非常少，而且没有人达到获奖标准”⁵⁹⁷半年后仍无人获奖，直至2009年8月，即该办法实施一年多之后，北京才发出第一笔社保基金违法举报奖金。⁵⁹⁸也即意味着相关地方立法颁布实施后其实践效果并不乐观。

（二）公众认知效果

政策、法律规则等在实施过程中会由于各种内外因素的制约而发生改变，尤其是“制度规则的制约性与行为主体的能动性之间具有复杂的关系。”⁵⁹⁹“通过相关行动者积极主动的参与，制约才会发挥作用。在这个过程中，行动者并不是某种外在力量驱使下的被动接受者。”⁶⁰⁰因此，立法倚重于立法机关及相关政府

⁵⁹⁵ 在笔者查阅的相关网站资料中，珠海市人力资源和社会保障局关于社会保险数据的信息公开所做的工作是最具体最清晰的，特别值得认可。

⁵⁹⁶ 赵鹏：《关于2015年珠海市社会保险情况的通告》，《京华时报》2008年12月2日，<http://news.sina.com.cn/c/2008-12-02/020316762115.shtml>，
http://www.zhrs.gov.cn/xinxi/ztzl/sbxx/sbsj/srsj/201604/t20160429_11022809.html，2015年6月1日访问。

⁵⁹⁷ 《北京社保基金违法举报至今无人获奖》，

⁵⁹⁸ 《北京发出第1笔社保基金违法举报奖金》，

http://news.xinhuanet.com/fortune/2009-08/06/content_11836262.htm，2015年6月5日访问。

⁵⁹⁹ 叶响裙：《中国社会养老保障：困境与抉择》，社会科学文献出版社2004年版，第8页。

⁶⁰⁰ 同上引注，第23页。

职能部门发挥核心作用，但法的实施则与公众密不可分。那么，社会保险反欺诈地方立法的公众认知效果也便决定着这些地方性规范性文件的生命力。

2015年2月人社部、公安部印发的《关于加强社会保险欺诈案件查处和移送工作的通知》（人社部发[2015]14号）中明确提出，各地要通过网络、报刊、广播、电视等多种渠道，加大社会保险宣传力度，加强社会保险信息披露，增进社会各方面对社会保险制度的理解和支持，共同维护基金安全。为充分了解社会保险反欺诈地方立法的公众认知效果，笔者随机访问了一些发布社会保险反欺诈规范性文件的当地一些民众。然而，事实上，通过我们的随访可见，社会保险反欺诈的公众认知情况并不理想，即使在当地已经发布了举报奖励的相关办法，出台了反欺诈的规定的的前提下，公众仍对社会保险欺诈与反欺诈不甚了解，甚至没有听说过当地的社会保险欺诈案件发生过，当然也就更没有意识到自己还应当参与到反欺诈的实际行动中。社会保险反欺诈地方立法中很多城市都出台了社会保险基金监督举报奖励办法，设立举报奖励制度来调动所有公民的力量，织密社会保险反欺诈之天网。调动民众之热情也恰恰认同了“高手在民间”，发挥民众力量才能有效避免反欺诈中相关行政部门人员不足等弊端。但民众对社会保险欺诈与反欺诈的茫然状态，实际上仍无法实现举报奖励机制设定的原初目标。

（三）立法的辐射与引领效果

通过前文可见，某些省份中较多州、市及省都出台了社会保险反欺诈的相关办法，而且由省到各州市的相关办法名称也较为贴近，最为典型者如云南省。由此反思：制度制定的推动力量何在？概而言之，可能与立法的辐射与引领效应密不可分。

立法的辐射效应既包括向上也包括向下。所谓向上辐射具体体现为由级别较低的、州市级立法推动了自治区、直辖市等省级立法。这一辐射效应具体实例即为云南省。该省在其所辖各主要州县分别发布社会保险反欺诈立法的基础上，即出台了云南省的医疗保险反欺诈管理办法；所谓向下辐射效应则为由上级行政区域的立法驱动下级行政区域的立法，如湖南省于2008年发布了《社会保险基金举报奖励暂行办法》，其省会城市长沙市则于2009年发布《长沙市社会保险基金举报奖励暂行办法》，该“办法”后于2012年重新制定并更名为《长沙市社会保险基金举报奖励办法》。恰是基于社会保险反欺诈立法的辐射效应，社会保险反

欺诈立法从地方规范到全国统一即成为可能。

四、由地方到全国：社会保险反欺诈统一立法之意义与可能

社会保险反欺诈地方立法虽呈现不断发布新规定，不断呈现各种举报奖励办法，但从以“反欺诈”与“社会保险基金监督举报奖励”两类立法来看，很显然，后者虽然呈主流立法状态，但其对于反欺诈的实效却不容乐观。单就“举报奖励办法”本身而言，此类规定只强调了对于社会保险基金的监督管理，社会成员对社会保险基金有监督权，有权举报并获得奖励。但这类办法毕竟只是侧重于对于社会保险欺诈行为的事后监督，而未能实现防堵与惩戒的双重反欺诈效果，举报奖励办法所确立的反欺诈制度及反欺诈的实践效果，也远未及以反欺诈为核心的地方立法。从这一方面也可以看出，我国社会保险反欺诈的统一立法也应当设定为以“社会保险反欺诈”为核心，而不仅仅是社会保险基金监督管理之类的立法。通过对施行“举报奖励办法”所在省市的电话访谈也可认同此观点：关于社会保险基金监督举报办法与社会保险反欺诈办法两种不同方式，哪一种更有利于社会保险基金的安全，答曰：“还是社会保险反欺诈更好”，“因为用举报奖励办法在实际执法时总是力度不够。”⁶⁰¹由是观之，我国即使由原劳动和社会保障部于2001年发布施行了《社会保险基金监督举报工作管理办法》，但仍然亟需制定全国统一的社会保险反欺诈法，这样才能更好地保障社会保险基金的安全运行，实现社会保险制度更可持续发展。

概而言之，社会保险反欺诈统一立法的意义主要体现为：第一，有利于形成体系完备、规范统一的全方位社会保险欺诈的防控体系。通过本文所梳理社会保险反欺诈地方立法的状况可见，就目前情况而言，社会保险反欺诈立法还仅仅为少数省市的立法实践，而没有扩及全国范围。但实现社会保险基金安全有序的防范体系，却需要全国统一动员，实现高度协调一致的统一布局。因此，仅有地方立法是难以达致这一使命的。尤其是着眼于未来社会养老保险基金全国统筹，基金的征缴、发放都不再是某一省市的规范运行，而一定是全国统筹的安全保障，由此也就更需要对社会保险欺诈行为进行统一的防控。第二，能够适度矫正当下社会保险反欺诈地方立法层级较低的不利状况。正如前文所述，反欺诈的地方立法总体呈现层级较低的状况，一般为当地政府所制定的规范性文件，这种行政部

⁶⁰¹ 2016年5月9日对河南省某市工作人员的随机访谈。

门主导立法也必然体现为反欺诈工作对于行政部门的较多倚重,而不利于实现对于社会保险反欺诈的综合防控。第三,能够充分弥补社会保险反欺诈地方立法法律责任规定不足之弊端,有利于形成强势的社会保险欺诈法律责任体系。

通过前文对于社会保险反欺诈地方立法的梳理,我们可以看到,地方立法对于反欺诈工作的诸多制度贡献,这些也恰好形成了社会保险反欺诈统一立法之良好基础,也即社会保险反欺诈统一立法具有现实的可能性。在出台大量的地方规范性文件的基础上实现全国统一立法,符合我国有中国特色社会主义法律体系形成过程中所遵循的惯常模式——“先地方,后中央”,也就是在初步形成地方立法经验的基础上实现全国统一立法,有利于吸纳地方立法经验,利于统一立法后的法律实施。在统一的社会保险反欺诈立法中要突出一个核心,即如何实现社会保险基金的安全。这一核心宗旨可以通过两个进路实现:一方面实现对社会保险欺诈行为的事前范围,另一方面是加大社会保险欺诈行为的事后惩戒。二者并行,相形益彰。在立法制度设计时,要兼顾三个维度:缴费主体、基金管理主体、基金申领人,并突出安排好四项制度:惩戒机制;举报奖励机制;反欺诈预警机制,诚信等级评估机制。

基本医疗保险欺诈行为的司法裁判考察

——以 105 个司法裁判文书为分析样本

杨 华

【摘要】105 个司法裁判文书样本的分析显示，基本医疗保险欺诈的司法制裁以刑事入罪为常规打击手段，具有相关内容的民事案件和刑事案件虽然不多，但却反映出基本医疗保险欺诈法律规制领域违法不究、无法可依的现实问题。基本医疗保险欺诈的类型和入刑定罪皆可以从患方、医方、医保方等主体方面展开。

【关键词】基本医疗保险欺诈 裁判文书 患方 医方 医保方

2015 年底，“母亲让女儿用父亲医保卡买药，母女双双获刑”这一则新闻传遍了互联网，一时间，沸腾的民意，专家的解说不断被刷屏，“骗保入刑”也籍由此案开始为国人真正关注。不过，媒体、学者与普通民众对此看法却颇有不同，前者一边倒认为骗保入刑天经地义，依据是《刑法》第 266 条和全国人大常委会对《刑法》第 266 条所做的司法解释；而普通民众则仍怀狐疑：“家人之间互用医保卡也是犯罪啊?! 身边人都这么用，难道都是犯罪?”“我家××医保卡个人账户结余那么多，家里人有的健康有的多病，不能互用不是浪费吗?”“摊上倒霉了，多数情况还是不易被发现的，谨慎点-----”尽管“骗保入刑”籍由公众媒体进入公众视野，但是生活中形形色色的骗保潜流仍在涌动。美国心理学家维琴尼亚·萨提亚(Virginia Satir)曾将一个人的“自我”隐喻为一座冰山，能看到的只是表面很少的一部分——行为，而更大一部分的内在世界却藏在更深层次，不为人所见。基本医疗保险欺诈现象也可以借用冰山理论，被发现的受到法律惩治的欺诈行为只是很少的一部分，更多的医疗欺诈没有被发现，或者即使被发现也可能不了了之。中国——欧盟社会保障合作项目组在其报告《医疗保险反欺诈战略的开发》中指出：即使是设有专门反欺诈机构的国家，也都是基于发现

作者简介：杨华（1969-），女，四川南充人，法学博士，长春工业大学人文学院教授，硕士生导师，研究方向：社会保障法。

案例来统计欺诈损失，而发现案例只占全部欺诈的 3%。⁶⁰²

媒体和学者们的普法式的评论、普通民众的狐疑以及实践中潜流涌动的医保欺诈都需要我们法律人在学术上做出回应，具体关涉的问题主要有：基本医疗保险欺诈行为都包括哪些？哪些主体何种基本医疗保险欺诈行为会受到司法制裁？司法制裁的结果怎样？带着上述疑问，作者以最高人民法院裁判文书网和北大法宝等数据库为搜索对象，键入关键词“基本医疗保险 欺诈”进行检索，时间截止为 2016 年 5 月 26 日，共检索到 105 个案件，其中民事诉讼案件 5 个，行政诉讼案件 3 个，刑事诉讼案件 97 个。下文将结合裁判文书，梳理这 105 个样本案件，通过计数统计进行简单的定量分析，以期在司法裁判层面找到上述问题的答案。

一、样本案件的概况

本文检索的 105 个案例都是普通案件，即使是诸暨市人民法院审理的“骗保入刑”案被以“母亲让女儿用父亲医保卡买药，母女双双获刑”之题目刊登在《绍兴日报》上，也只是起到普法宣传作用，并未如疑难案件那样引起学界广泛争议。审理法院的地点分布黑龙江、吉林、辽宁、北京、上海、天津、河南、浙江、江苏、安徽、江西、湖南、湖北、四川、广东、广西、海南、福建、陕西、甘肃、内蒙等 21 个省市，可见涉及面之广，其中浙江省有 31 个案件，上海市有 11 个案件，分别占比近 30%和 10%，是涉案较多的两个地区，不过并不能就此说明浙江省和上海市基本医疗保险欺诈行为比其他省市多，也可能这两个地区的反医保欺诈立法严密，执法严厉。

（一）民事案件与行政案件概况

105 个案件中刑事案件 97 件，所占比值为 92%，“骗保入刑”并非危言耸听。另外的 5 个民事诉讼案件和 3 个行政诉讼案件虽然并不直接体现对基本医疗保险欺诈的司法制裁，但是在案情上间接与基本医疗保险欺诈相关，具体内容见如下表格：

表格 1 具有医保欺诈相关内容的 5 个民事诉讼案件

当事人	案由	与医保欺诈关联的案情
雇员诉雇主	提供劳务者受害责任	侵权赔偿责任不相抵医保报销

⁶⁰² 中国社会保障学会网 www.shbz.org.cn2011-7-3.

		费用
患者诉医方	不当得利	医方获得医保支付与患者支付双份医疗费
参保人诉保险公司	保险合同	由第三人负担的医疗费不纳入医保支付范围
雇员诉雇主	提供劳务者受害责任	侵权赔偿责任不相抵医保报销费用
讲座参加人诉组织者	违反安全保障义务	医保报销的医疗费相抵第三人负担的损失赔偿

表格 2 具有医保欺诈相关内容的 3 个行政诉讼案件

当事人	案由	与医保欺诈关联的案情
参保人诉医保中心	社会保障行政监督	举报医生有医保欺诈行为
医方诉人社局	行政处罚	医方套取医保基金行为受到行政处罚
举报人诉社保稽核大队	不履行法定职责	冒用他人医保卡就医

从表格 1 来看，5 个民事诉讼案件除了患者诉医方的不当得利纠纷外，其他案件皆涉及到基本医疗保险补偿与民事侵权赔偿竞合问题。不同于工伤保险补偿与民事侵权赔偿竞合处理中立法的不明确以及学界和实务界的众多争议，对于基本医疗保险补偿与民事侵权赔偿竞合的处理，我国《社会保险法》第 30 条有明确规定：“下列医疗费用不纳入基本医疗保险基金支付范围：（一）应当从工伤保险基金中支付的；（二）应当由第三人负担的；（三）应当由公共卫生负担的；（四）在境外就医的。医疗费用依法应当由第三人负担，第三人不支付或者无法确定第三人的，由基本医疗保险基金先行支付。基本医疗保险基金先行支付后，有权向第三人追偿。”可见，对于医疗费用的支付，在由第三人负担民事侵权赔偿的场合，基本医疗保险补偿完全退出，不再承担补偿责任。换言之，按照《社会保险法》的规定，基本医疗保险补偿与民事侵权赔偿不存在所谓竞合问题，当然也不存在

赔偿额度中的损益相抵问题，基本医疗保险补偿范围不包括第三人应负担的医疗费支付。结合《社会保险法》第 88 条的规定，⁶⁰³当存在第三人应当负担医疗费时，参保人再申请基本医疗保险支付医疗费的行为属于以欺诈手段骗取社会保险待遇的行为。

但是，从上述司法裁判文书来看，2 起“提供劳务者受害责任”案件和 1 起“违反安全保障义务”案件在法院裁判中，都承认基本医疗保险补偿与民事侵权赔偿同时并行不悖，不过，2 起“提供劳务者受害责任”案件在确定赔偿数额时认为基本医疗保险与民事侵权赔偿是两个不同的法律关系，没有适用损益相抵原则，受害劳动者兼得了基本医疗保险补偿与民事侵权赔偿。⁶⁰⁴而另外 1 起“违反安全保障义务”案件中，医保参保人在参加某讲座时因拥挤而受伤，法院在确定组织者的赔偿责任数额时抵扣了基本医疗保险已经支付的医疗费，适用损益相抵原则，不承认基本医疗保险补偿与民事侵权赔偿兼得的存在。⁶⁰⁵至于参保人诉保险公司的“保险合同”案件，虽然保险公司提出根据《社会保险法》，由第三人负担的医疗费不纳入医保支付范围，但是法院认为既然根据保险合同中免责条款所扣除的赔偿数额已超出医疗费，则医保支付的医疗费不再考虑。⁶⁰⁶综上裁判文书内容，我们发现，实务中当存在由第三人负担医疗费时，基本医疗保险基金依然支付，⁶⁰⁷法院审判时也不考虑《社会保险法》第 30 条的规定，只是将基本医疗基金支付视为客观事实，至多影响民事侵权赔偿数额的确定，而不关涉追究基本医疗保险欺诈行为事宜。因此，我们可以得出如下结论：一方面，《社会保险法》第 30 条的规定在民事司法审判中形同具文，另一方面，对于发现与追究基本医疗保险欺诈行为这一重大课题，我国现有的法院审判系统缺乏相关的联动机制来回应。

从表格 2 来看，2 起医保欺诈举报案件和 1 起医保方行政处罚程序违法案件都与基本医疗保险欺诈行为有着较强的关联性，但是从审判结果来看，3 起行政诉讼案件并没有直接关涉对医保欺诈的具体法律制裁。在医方诉人社局的“行政

⁶⁰³ 《社会保险法》第 88 条规定：以欺诈、伪造证明材料或者其他手段骗取社会保险待遇的，由社会保险行政部门责令退回骗取的社会保险金，处骗取金额二倍以上五倍以下的罚款。

⁶⁰⁴ 参见裁判文书（2014）宜民终字第 448 号和（2015）蓬民初字第 59 号。

⁶⁰⁵ 参见裁判文书（2013）合江民初字第 2730 号。

⁶⁰⁶ 参见裁判文书（2014）东民三初字第 537 号。

⁶⁰⁷ 当然医保方在支付医疗费时并不知晓存在由第三人负担医疗费的情形，因为参保人在申请时都隐瞒了伤病的真实原因。

处罚”一案中，本来事实上定点医院存在套取医保基金等违规欺诈行为，但是由于人社局在做出关闭医保网络系统、暂停定点医疗机构资格、罚款等行政处罚的《通报》时，未告知医方有陈述、申辩和救济的权利，法院判决撤销行政处罚。而在另外两起败诉的医保欺诈举报案的审判中，法院或是从医保中心对医方最新医疗手段是否属于医保报销范围无认定权限角度，或是从举报原告诉讼请求有缺陷角度予以判决的。我国对于基本医疗保险欺诈行为虽有《社会保险法》和《刑法》进行规制，但是相关立法内容较为抽象、原则。而基本医疗保险欺诈行为具有隐蔽性强、危害性大、涉猎面广等特征，法治成熟国家在打击基本医疗保险欺诈行为方面都有着一套严密的发现、制裁规程，而且相关宣传也深入民众。目前我国在中央层面对于社会保险行政部门及其工作人员由《行政处罚法》、《社会保险基金行政监督办法》和《社会保险工作人员纪律规定》来规范，而对于举报人则都是通过地方性立法来规范相关奖励事项的。然而，从上述 3 起行政诉讼案件的裁判结果来看，有法不依、执法不严、无法可依等现象在基本医疗保险反欺诈领域普遍存在，基本医疗保险欺诈行为行政监督的法治化有待加强，举报人制度亟需完善。

（二）刑事案件概况

105 个检索案件中，92%的百分比数值说明刑事制裁是我国当前打击基本医疗保险欺诈的常规手段。我国 2011 年 7 月 1 日实施《社会保险法》，在其第 87 条、第 88 条与第 94 条中首次以立法形式明确了社会保险欺诈的法律规制，2014 年 4 月全国人大常委会对《刑法》第 266 条做出立法解释，将诈骗罪确定为骗保入刑的罪名归属。考虑到规制社会保险欺诈的两次重要立法，我们将医保欺诈刑事案件的审结时间分布按照 2011 年 7 月之前、2011 年 7 月至 2014 年 4 月之间、2014 年之后三个时间段进行简单的数据统计，见表格 3。早在 1998 年 12 月和 2002 年 10 月我国就分别启动了城镇职工基本医疗保险和新型农村合作医疗的制度建设，而从表格 3 的数据来看，骗保入刑的案件数量与《社会保险法》和《刑法》立法解释的出台具有正相关性，由此也反映了现有法律对医保欺诈规制的实效性。

表格 3 医保欺诈刑事案件在不同审结时间的数值统计

案件审结时间	案件数量	百分比
2011 年 7 月之前	6	6%
2011 年 7 月～2014 年 4 月	18	19%
2014 年 4 月之后	73	75%
合计	97	100%

此外，笔者从患方⁶⁰⁸、医方⁶⁰⁹和医保方三方主体视角粗略统计了医保欺诈刑事案件的数量与涉案金额，计算出相应的百分比值，详见如下表格 4。从上述统计结果可知，我国现阶段医保欺诈的案发数量与涉案金额以患方一侧为最多，⁶¹⁰而医保方案发数量虽然最少，但是涉案金额却高于较其案发数量更多的医方，足可见监守自盗的危害性以及医保基金源头安全保障的重要性。

表格 4 医保欺诈涉案数量与金额百分比

主体	案件数量	案件数量百分比	涉案金额百分比
患方	75	77%	56%
医方	15	16%	19%
医保方	7	7%	25%
合计	97	100%	100%

二、基本医疗保险欺诈行为的类型整理

不同于商业医疗保险，基本医疗保险具有“公共物品”属性，欺诈行为尤其泛滥。2005 年天津市社会保险基金管理中心课题组在其发布的《关于医疗保险欺诈与反欺诈问题的研究报告》中指出，据不完全统计，实务中基本医疗保险欺诈行为高达 28 种之多。时隔 11 年，医保欺诈案发频频，手段也不断翻新，不过，本文并没有将重点放在医保欺诈行为数量多少的统计上，而是试图在爬梳司法裁

⁶⁰⁸ 此处患方是指一组人群，包括参保人及其用人单位、冒名的亲戚朋友以及其他第三人，因其都是从参保患者一侧实施欺诈行为的，所以称之为患方。

⁶⁰⁹ 此处医方包括定点医疗机构、定点零售药店以及医患合谋者。

⁶¹⁰ 在医保欺诈法律规制较为完善，抵制医保欺诈的民众宣传教育较为普及的发达国家，医保欺诈的案发数量与涉案金额往往集中于医方，例如美国。

判文书的过程中，对医保欺诈行为进行类型化整理，而不仅仅是简单罗列实务中发生的医保欺诈行为。

与商业保险简单的保险合同两造主体不同，基本医疗保险法律关系涉及到参保人、用人单位、冒用参保人名义的亲戚朋友乃至第三人、定点医疗机构与定点零售药店、医保中心、人力资源与社会保障行政部门等众多主体，杂多往往凌乱，简洁便于归纳，本文以患方、医方以及医保方等主体为一级抽象归纳标准，然后再根据具体案件中的基本医疗保险欺诈行为进行二级抽象归纳，以期基本医疗保险欺诈行为的类型整理更具有规范意义。鉴于民事诉讼案件与行政诉讼案件的数量较少，而且内容并不直接与基本医疗保险欺诈行为相关，因此，本文主要以 97 个刑事诉讼案件为样本，对基本医疗保险欺诈行为进行类型整理。

（一）患方

通过对 75 个刑事诉讼案件裁判文书相关内容的梳理、汇总，我们将患方基本医疗保险欺诈行为的种种表现进行二级抽象归纳，整理出以下四种基本医疗保险欺诈行为类型：非医保支付范围的医疗费支付、伪造医保报销凭证、冒用他人医保卡和配药转卖、虚构劳动关系等组织性的骗保。这四种医保欺诈行为的案件数量和涉案金额及其所占的百分比统计见如下表格 5。通过相关数据统计，我们发现：（1）伪造医保报销凭证类的医保欺诈行为所涉案件数量最多，涉案金额也最高，超过半数比例。（2）非医保支付范围的医疗费支付类医保欺诈行为涉案数量不是最少，但是涉案金额却不足 2%。（3）虚构劳动关系等组织性的骗保涉案数量最少，仅有 4 件，但是涉案金额却不低，超过 18%，与 20 件的冒用他人医保卡和配药转卖的涉案金额相近。由此引发的后续问题是：不同类型医保欺诈行为的主体是否具有异质性？给基本医疗保险基金造成重大损失的医保欺诈行为都有哪些共性？

表格 5 患方不同医保欺诈行为的案件数量、涉案金额及其百分比

医保欺诈行为类型	案件数量	案件数量百分比	涉案金额（元）	涉案金额百分比
非医保支付范围的医疗费支付	10	13%	360195.72	1.7%

伪造医保报销凭证	41	55%	12756175.8	61.5%
冒用他人医保卡、配药转卖	20	27%	3879591.64	18.7%
虚构劳动关系等组织性的骗保	4	5%	3760914.92	18.1%
合计	75	100%	20756878.1	100%

（二）医方

本文所指的医方包括定点医疗机构和定点零售药店及其二者的工作人员，此外，由于医患合谋的医保欺诈也都是通过定点医疗机构和定点零售药店及其二者的工作人员来实现的，因此，本文将医患合谋的医保欺诈行为也纳入医方主体一侧。医方医保欺诈行为的表现手段林林种种，一句话概括，就是虚构事实，具体言之，主要表现为如下一些手段：伪造病历或医疗文书、虚开处方、延长住院时间、挂床住院、空刷医保卡等。如果从内容上进行医保欺诈行为类型的二级抽象归纳，总有不能言尽之感或者落入简单罗列事实的窠臼，因此，根据 15 个裁判文书内容同质性的归纳，我们仍然还是从医患合谋、医方参与、医方工作人员等主体角度进行医方医保欺诈行为类型的二级抽象归纳。以下表格 6 向我们呈现了不同医方欺诈主体的涉案数量、涉案金额及其百分比值，从中可以一窥医方医保欺诈行为在医方群体中的分布概况以及对医保基金造成损失的严重程度。

表格 6 医方医保欺诈行为的案件数量、涉案金额及其百分比

类型	案件数量	案件数量百分比	涉案金额 (元)	涉案金额百分比
医患合谋	3	20%	547590.92	4%
医院参与	9	60%	11819838.5	86%
医方工作人员	3	20%	1465233.2	11%
合计	15	100%	13832662.6	100%

从表格 6 的数据统计来看,医院参与医保欺诈行为的案件数量与涉案金额皆遥遥领先,所占比例分别为 60%和 86%。从案情来看,涉案医院大多为卫生服务所、个人独资医院、个人承包医院等小规模私立医院,在实施医保欺诈行为过程中,这些医院往往成为医保欺诈的工具,甚至沦为专门依靠欺诈医保基金生存的寄生虫。例如田某某上诉湖南省永顺县人民检察院一案^{6 1 1}中,田某某以博爱私立医院的名义通过关系获得新型农村合作医疗泌尿系结石治疗承办单位,从 2010 年 1 月至 2010 年 12 月先后对 8216 名已经参加新型农村合作医疗保险人员进行过结石超声定位体外诊疗,共申报获取县合管局支付的医疗补偿款人民币 369.29 万元,而经抽样对其中 1000 名患者进行鉴定,仅有 14.6%为结石中层患者,百分之 1.4%为可疑患者,84%没有结石。可见,由医院直接参与的医保欺诈行为不仅仅是损害了医保基金的安全,而且极易诱发过度医疗,导致广大参保人的身心伤害。

(三) 医保方

本文所指的医保方既包括从事基本医疗保险基金收支结算业务的医保经办机构,也包括对基本医疗保险事务进行日常行政监督的医保局。基本医疗保险基金是医保欺诈的唯一对象,因此,医保方其实就是基本医疗保险基金的守护人。守护人守护不力或者监守自盗,基本医疗保险基金的损失后果将是极其严重的,前文表格 4 的数据统计对此已有印证。本文通过梳理医保方一侧的 7 个裁判文书,将医保方的医保欺诈行为抽象归纳为审核不严格、监管松懈、监守自盗三种类型,下文表格 7 呈现的相关数据统计。

表格 7 医保方医保欺诈行为的案件数量、涉案金额及其百分比

类型	案件数量	案件数量百分比	涉案金额(元)	涉案金额百分比
审核不严格	2	29%	7383238.71	67%
监管松懈	3	42%	0	0
监守自盗	2	29%	3565650.94	33%
合计	7	100%	10948889.65	100%

^{6 1 1} 参见裁判文书(2013)州刑二终字第 6 号。

从上述表格 7 的数据统计来看, 医保方审核不严格引发的医保欺诈行为涉案金额最高, 占有 67% 的比值, 说明医保经办机构在基本医疗保险基金支付环节的建章立制存在漏洞, 相关工作人员法律意识淡薄, 对医保支付审核的重要性认识不够。而医保方监管松懈虽然涉案金额为零, 但是不能因此认为医保方监管松懈对医保欺诈造成基本医疗保险基金损失的贡献率也为零, 因为医保方监管松懈的 3 个案件主要制裁相关监管责任人收取贿赂的行为, 虽然这些收取贿赂的行为为医保欺诈行为打开了方便之门, 但是在裁判文书中并没有直接显示医保欺诈案情与欺诈金额。实际上, 医保方监管松懈往往是医方医保欺诈行为产生的真正原因。

三、基本医疗保险欺诈行为入刑之罪名

本文以司法裁判文书为考察样本, 检索结果显示, 骗保入刑是我国当前打击基本医疗保险欺诈行为的常规手段, 至于惩治路径中的民事责任与行政责任, 或者在制度上付之阙如, 或者止步于司法诉讼之前的行政处理, 因此, 对于基本医疗保险欺诈行为法律惩治我们重点分析刑事案件中的入罪罪名。

(一) 患方因医保欺诈入刑的罪名

诈骗罪是患方医保欺诈行为入刑的主要罪名, 75 个刑事案件中有 73 个被判为诈骗罪, 1 个被判为保险诈骗罪, 案件审结时间为 2008 年, 另外的 1 个被判为非法经营罪, 案件审结时间为 2011 年 7 月之后, 全国人大常委会对《刑法》第 266 条做出立法解释之前。在被判处诈骗罪的案件中, 针对不同罪行的行为人还涉及到非法经营罪与非法制造、出售非法制造的发票罪。就样本案件总体而言, 非法经营罪的裁判有 2 个, 非法制造、出售非法制造的发票罪的裁判有 1 个, 前者审结时间都发生在 2014 年《刑法》第 266 条立法解释之前, 而且有一个案件还是与诈骗罪数罪并罚; 后者发生在团伙犯罪中, 打击对象为制造出售虚假医保报销凭证者, 不过在 41 个伪造医保报销凭证的案件中, 只有一个案件涉及了非法制造、出售非法制造的发票罪, 另外的 40 个案件都是以诈骗罪来定罪制造出售虚假医保报销凭证者的。综上, 自 2014 年全国人大常委会对《刑法》第 266 条做出立法解释后, 诈骗罪基本上已成为患方医保欺诈行为入刑的唯一罪名。

(二) 医方医保欺诈行为入刑的罪名

通过梳理 15 个医方医保欺诈案件的裁判文书, 我们发现, 裁判文书中只判决诈骗罪的有 8 个案件, 贪污罪 3 个, 合同诈骗罪 1 个, 涉及数罪并罚的有 2

个诈骗罪与故意销毁会计凭证、会计账簿罪的并罚，1个诈骗罪与掩饰、隐瞒犯罪所得罪的并罚。其中，合同诈骗罪审结时间为2013年，发生在2014年《刑法》第266条立法解释之前，已不具有参考性。综上，医方医保欺诈行为入刑所定罪名主要是诈骗罪与贪污罪。在李鸿英等上诉案中，⁶¹²检察院以贪污罪起诉众被告，而法院在判决中将贪污罪变更为诈骗罪，理由是“被告人张某丙、徐某某作为定点医疗保险医院的执业医师，其从事的业务活动本身是一种技术、服务性质的活动，不具有权力性和管理性，不是‘从事公务’，二被告不具有经营、管理公共财物的职权，不属于刑法意义上的国家工作人员及受委托经营、管理国有财产的人员，不符合贪污罪的主体身份，其他被告均非国家工作人员，故不应认定被告人构成贪污罪。”可见，此罪与彼罪的界限亦是医保欺诈行为入刑定罪需要廓清的问题之一。

（三）医方医保欺诈行为入刑的罪名

医保方的医保欺诈行为具有医保审核、批准和日常行政监督的主体身份的特殊要求，其入刑所定罪名多为身份犯的罪名，本文检索的7个裁判文书中，3个贪污罪，3个受贿罪，1个玩忽职守罪，皆为身份犯罪名。其中，贪污罪与受贿罪的主观恶意明显，定罪难度不大，而玩忽职守罪则往往需要厘清玩忽职守罪与工作失误的界限。我国目前基本医疗保险事业尚处于立法建制时期，具有较强的地域性特征，各地有关医保经办的岗位设置、职责要求、流程规范等政策并不完全明确，人员素质参差不齐，业务规范与相关法律的培训不足够，导致实务中很多负责审核、批准医保支付的医保经办人员普遍的法律意识淡薄，业务水平低下，致使基本医疗保险基金被骗流失，而这种情况往往被视为医保方工作人员的一般过失，尚不足以入刑。例如，被告营口市某某医保管理中心和被告栾某某申请再审一案中，⁶¹³原审判决被告栾某某玩忽职守罪，理由是其“在任职期间不正确履行职责，致使营口市某某关怀医院及营口市新某某医院骗取巨额医疗保险统筹款资金，给国家造成重大经济损失。”而再审法院则判决栾某某行为属于一般工作上的错误，不构成玩忽职守罪，理由是“医疗保险欺诈手段具有隐蔽性、专业性，非一般工作手段所能识别-----”可见，厘清玩忽职守罪与工作失误的界限其实是一个很现实的问题，由此引发的后续问题是：在司法制裁基本医疗保险欺诈

⁶¹² 参见裁判文书 2014 年长刑终字第 00054 号。

⁶¹³ 参见裁判文书（2014）鲅审刑初再字第 00002 号。

行为的过程，罪与非罪的界限如何把握？

四、结束语

学者陈瑞华在其专著《论法学研究方法》中指出：“法学研究者应当将法律问题视为一种社会问题，不仅要关注‘书本中的法律’，更要关注‘社会生活中的法律’，也就是法律在社会中的实施状况。”⁶¹⁴ 本文是笔者首次进行分析式研究的尝试，⁶¹⁵ 即采用定量研究的实证分析方法，将最高人民法院的裁判文书网和北大法宝网作为抽样框架，以检索到的 105 个案件的裁判文书为分析样本，对相关数据进行简单的计数统计，进而回应本文开篇所提出的三个问题，即，基本医疗保险欺诈行为主体主要为患方、医方与医保方，基本医疗保险欺诈行为类型可以以患方、医方与医保方主体为一级抽象归纳标准，进而再进行相关同质内容的二级抽象归纳，基本医疗保险欺诈行为的司法制裁主要以刑事制裁为主，就入罪罪名来看，患方多为诈骗罪，医方涉及诈骗罪、贪污罪等，医保方则主要为贪污罪、受贿罪和玩忽职守罪。同时，在分析具体裁判文书过程中，又牵带出了后续需要探究的系列问题：不同类型医保欺诈行为的主体是否具有异质性？给基本医疗保险基金造成重大损失的医保欺诈行为都有哪些共性？如何厘清罪与非罪、此罪与彼罪界限？

当然，本文所关注的案件样本既不是大样本更不是全样本，多少会影响结论的可信度，不过，由于规制基本医疗保险欺诈的相关正式立法还只是近两年的事，案件数量还是有限的，而且本文选取的两个样本框架的权威性是公认的，其中的真实判决也可算得上是“示范性案例”了，加之有关基本医疗保险欺诈的案件基本上都是普通案件，在主体、案件情节与判决结果等方面具有同质性，因此，可以说，本文选择的 105 个案件样本还是具有一定典型性和代表性的。

⁶¹⁴ 陈瑞华著：《论法学研究方法》，北京大学出版社 2015 年版第 4 页。

⁶¹⁵ 分析式研究与论证式研究相对应，具体内容参加凌斌著：《法科学生必修课——论文写作与资源检索》，北京大学出版社 2015 年版第 225 页。

论社会保险费率的确立及其调整

叶 珊*

【摘要】我国各社会保险险种的费率基本上是 20 世纪 90 年代中期确定的，5 个主要险种的总费率之和一度超过 41%，特别是基本养老保险的费率，竟然高达 28%。之所以形成这样的费率结构，与社会保险制度初创时的历史负担过重有关。社会保险费率的高低既关系到社会保险基金的收支平衡能否实现，又关系到用人单位和劳动者的缴费负担之轻重、以及社会保险待遇给付的充足程度。何时适合、怎样适当降低社会保险费率始终伴随着社会保险制度的发展完善过程，社会保险基金预算则可以说是对社会保险费率调整的直接规制，预算编制时必须控制费率调整的幅度，预算执行时不得任意调整既定费率结构。社会保险费率的下调应当循序渐进，以促使社会保险基金预算在自身精算平衡的基础上实现可持续运行。

【关键词】社会保险费率；费率调整；适时适当；社会保险基金预算；收支平衡

一、问题的提出

中国经济新常态（China's New Normal）是对我国当前经济发展的阶段性特征最为精当的描述，当经济转向中高速增长、经济发展方式转向质量效率型集约增长、经济结构转向调整存量、做优增量并存的深度调整、经济发展动力转向新的增长点，⁶¹⁶加强和改善民生保障更为重要，社会保险制度的运行也遇到前所未有的困难和挑战。2013 年，中央提出要“适时适当降低社会保险费率”，⁶¹⁷为此，经国务院批准，人力资源社会保障部、财政部 2015 年降低了失业保险费率、生育保险费率，调整了工伤保险费率政策；“十三五”规划纲要再次强调“适当降低社会保险费率”。⁶¹⁸除此，为降低企业成本，增强企业活力，经国务院批

北京大学法学院副教授、博士生导师，法学博士。

⁶¹⁶ 参见《2015 年中央经济工作会议公报》对经济新常态的内涵的阐述。

⁶¹⁷ 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》（2013）。

⁶¹⁸ 《国民经济和社会发展第十三个五年规划纲要》（2016-2020）。

准，人力资源社会保障部、财政部 2016 年决定，阶段性降低社会保险费率。受到国际金融危机影响，2008-2010 年，全国人大、人力资源社会保障部等也曾做出阶段性降低社会保险费率的决定。

中国社会保险制度是逐渐发展起来的，大致可以分成三个时期：计划经济时代适用于劳动者的劳动保险制度之演进（1949-1994），市场经济背景下从劳动保险向社会保险的转型（1994-2010），以及我国《社会保险法》2011 年施行后，适用于全民的社会保险制度初步形成。社会保险制度有助于劳动者和其他社会成员应对未来的、不确定的社会风险，是工业文明时代重要的社会安全机制。我国社会保险体系现正包括五大险种：基本养老保险（企业职工、城乡居民、机关事业单位工作人员），基本医疗保险（职工、城乡居民），工伤保险、失业保险和生育保险（即将与基本医疗保险合并）。其中，适用于企业职工、机关事业单位工作人员的险种都是强制性的，而适用于城乡居民的险种则偏向自愿性。此外，还有强制性的职业年金、自愿性的企业年金、补充医疗保险和大病医疗保险、商业性的个人税收递延型养老保险、个人税收优惠型健康保险等保险项目，可以概括为覆盖全民、多层次的模式。

我国《社会保险法》没有规定社会保险费率，仅在工伤保险一章中规定了“国家根据不同行业的工伤风险程度确定行业的差别费率”制度，而且，还规定了“社会保险费征收机构擅自更改社会保险费缴费基数、费率，导致少收或者多收社会保险费的”法律责任。国务院第一次提请全国人大常委会审议该法草案时，规定了“社会保险费的缴费基数和费率，按照国务院有关规定执行”，⁶¹⁹全国人大法律委员会第二次提请审议时，指出“各方面普遍认为费率过高，建议降低费率并在草案中作出明确规定”，同时认为，考虑到目前社会保险制度仍然存在统筹层次低、覆盖面较窄、缴费者和享受待遇者不同、待遇差异较大、费率不一致等问题，要解决这些问题需要较长的时间，由国务院根据实际情况对费率适时作出调整更为合适。⁶²⁰此后提请审议的社会保险法草案不再包含有关社会保险费的缴费基数和费率的规定。有关社会保险费率的规定，主要见诸于国务院及其社会保险行政部门发布的规范性文件中。

社会保险待遇给付责任的刚性、社会保险视同缴费造成的资金缺口，加上社

⁶¹⁹ 劳动和社会保障部《关于〈中华人民共和国社会保险法（草案）〉的说明》（2007）。

⁶²⁰ 参见全国人大法律委员会《关于〈中华人民共和国社会保险法（草案）〉修改情况的汇报》（2008）。

会保险费率标准太高、政府的社会保险出资义务模糊，使得社会保险基金本身就面临收支失衡的财政问题。近年来，社会保险待遇给付标准的调整总是受到行政长官的个人意志和经验判断影响。每当社会保险基金收支出现紧张状况时，都会使社会保险费率的适当调整和政府的社会保险出资义务等问题再次引发争论。我国的社会保险管理模式还称不上规范、科学，“我们已经掌握了大量的基础数据，如收入增长、人口寿命、参保人年龄结构、健康状况、地方疾病谱以及和医疗费用相关的各项统计指标等，还积累了丰富管理经验，这些宝贵的财富为精算管理提供了条件”。^{6 2 1}2013年，中央提出要“坚持精算平衡原则”，^{6 2 2}“在精算平衡的基础上实现社会保险基金预算的可持续运行”，^{6 2 3}““十三五”规划纲要强调“坚持精算平衡，完善筹资机制”。^{6 2 4}社会保险费的收缴、待遇给付、基金投资收益、替代率、给付年龄等都是精算平衡的因素。

社会保险制度是不分国界的普适性制度安排，与此同时，各国如何设计社会保险险种又是国家主权范围内的事务。国际劳工组织1952年制定的第102号《社会保障（最低标准）公约》（Social Security [Minimum Standards] Convention）可以说是最具代表性的国际劳工公约。根据该公约提供的津贴所需的费用和管理这些津贴所需的费用应通过保险费或税收或两者兼有的方式共同承担。^{6 2 5}尽管各国社会保险制度的建立受到德国强制性的制度模式和英国覆盖全民的制度模式之影响，但是，它们毕竟是各国通过国内立法分别形成的，保持着各自的国别特色。在经济全球化的时代背景下，货币、商品、技术、人员都能够更自由地、更快捷地跨境流动。跨境流动的劳动力可能适用相关国家的社会保险制度，劳动力输出国和输入国之间的社会保险制度就产生了竞争，于作为理性人的劳动者和社会成员而言，必然会选择在社会保险费率更低、社会保险待遇更好的国家参加社会保险。国家间的社会保险制度竞争形式上是法律和政策的竞争，而实质上是国家间在社会保障待遇供给能力上的竞争。

^{6 2 1} 参见乌日图（全国人大财经委副主任）：《适应经济发展新常态、深化社会保障制度改革》，《中国人大杂志》2015年第3期，第39页。

^{6 2 2} 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》（2013）。

^{6 2 3} 《国务院关于深化预算管理制度改革的决定》（国发[2014]45号）。

^{6 2 4} 《国民经济和社会发展第十三个五年规划纲要》（2016-2020）。

^{6 2 5} ILO, Convention C102, Social Security [Minimum Standards] Convention, 1952,

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312247, 2016年1月1日最新访问。

第 102 号公约规定了社会保障制度财政保障的原则，“政策制定者和政治领导人在考虑如何分配有限的可支配资源时，总会面临着种种艰难的抉择和取舍。孰先孰后的权衡使得这样的决策变得非常困难，并且在决策过程中，较之于以证据为基础的资金使用效率评估，政治上的考虑要起着更重要的作用。”⁶²⁶人们越来越依赖社会保险制度，“当由于财政原因而考虑到某种能够减少社会保护面的措施时，这种依恋就会得到证实。甚至在财政危机时期，我们也能感觉到向改善了的社会保护迈进的推力”。⁶²⁷社会保险制度最初创设的诱因和持续运营的基础，都与其能否筹集到足以支付社会保险待遇的公共资金有着密切的关系。因此，社会保险制度运行中可能遇到的最大危机莫过于财务危机。“现代社会保障制度的复杂性——一部分由于它是逐步发展起来的而且不断地被修正——体现在其精细的立法框架中”，然而，“没有人能够十分确定地预测出哪一种补贴分类方法对设计未来的福利制度是最恰当的”。⁶²⁸

从形式上看，社会保险基金预算的收支平衡之实现，决定于法律规定的社会保险费率或缴费标准和社会保险待遇给付水平。“针对‘社会风险’的社会保障费用被以简单或复杂的方式摊派给那些未来可能遭遇风险的人，将来能获得的合理或必要的待遇，以及缴费者的缴费能力，都是确定缴费负担的标准”，“缴费收取时的状况和待遇提供时的状况之间的负差是不可能消除的”。⁶²⁹承前所述，我国《社会保险法》没有规定各社会保险险种的费率，即用人单位和职工缴纳的各项社会保险费占据本单位工资总额或本人工资收入的比例。基本养老保险的费率最高，基本医疗保险的费率次之，两者相加，占据所有社会保险险种的总费率的九成。各社会保险险种的费率基本上是 20 世纪 90 年代中期确定的，5 个主要险种的总费率之和超过 41%，特别是基本养老保险的费率，竟然高达 28%。之所以形成这样的费率结构，与社会保险制度初创时的历史负担过重有关。笔者认为，适时适当降低社会保险费率可以说始终伴随着社会保险制度的发展完善过程，问题在于，何时适合、怎样适当降低费率呢？

⁶²⁶ [美]戴维尼克·尔森等：《全民健康覆盖：给政策制定者的建议》，载吴敬琏主编：《比较》（总第 83 辑），中信出版社 2016 年版，第 36 页。

⁶²⁷ [法]乔治·多里翁、安德列·吉奥内著：《社会保险》，许福田译，商务印书馆 1998 年版，第 127 页。

⁶²⁸ [英]内维尔·哈里斯：《现行社会保障的形式与特征（包括保险，养老金与财产调查）》，载[英]内维尔·哈里斯等著：《社会保障法》，李西霞、李凌译，北京大学出版社 2006 年版，第 217-218 页。

⁶²⁹ [德]汉斯·察赫著：《福利社会的欧洲设计——察赫社会法文集》，刘冬美、杨一帆译，北京大学出版社 2014 年版，第 55-56 页。

二、现行社会保险费率结构之构成

尽管社会保险制度是一项由政府、企业、个人共同承担缴费责任的制度安排，但是，社会保险费的缴纳义务通常是由企业和个人分担的，政府承担的一般是财政补贴的补充义务。“几乎所有规划都将雇员的社会保险费加在雇员和雇主上。然而，由雇员而非雇主负担的特别税费分配比例的协议仍未达成，且政府的所有规划没有都采用这种形式。有些规划原则上将分配平均给雇员和雇主承担。有些雇主和雇员间与政府——或全部纳税人——也存在分配问题。”⁶³⁰社会保险基金的收支平衡指的是以支定收、适当结余的动态收支平衡，为此，社会保险待遇的给付应当与社会保险费的缴纳之间建立起有效的联动机制。社会保险缴付的制度模式主要包括待遇确定型（DB）的现收现付制、实账式缴费确定型（FDC）的完全积累制和记账式缴费确定型（NDC）的名义账户制，而我国实行的是社会统筹与个人账户相结合的部分积累制——简称统账结合模式，看似吸收了现收现付制和完全积累制各自的好处，却因视同缴费的制度成本和移作他用的管理失序而出现个人账户空账运行的严峻问题。

如表 1 所示，2014 年底，5 个主要社会保险险种的总费率超过 41%，其中，用人单位依法应当缴纳本单位工资总额的 30%（分项费率如下：基本养老保险 20% + 基本医疗保险 6% + 失业保险 2% + 工伤保险 1% + 生育保险 1%），职工个人依法应当缴纳本人工资收入 / 缴费工资的 11%（分项费率如下：基本养老保险 8% + 基本医疗保险 2% + 失业保险 1%，前两项分别计入各自的个人账户，账户资金的所有权属于个人所有）。2013 年，中共中央要求，扩大参保缴费覆盖面，适时适当降低社会保险费率。⁶³¹经国务院批准，人力资源和社会保障部、财政部在 2015 年先行调低了失业保险、工伤保险和生育保险等险种的费率。其中，职工个人的社会保险费率基本没有什么变化，但用人单位的社会保险费率下降到 28.25%（分项费率如下：基本养老保险 20% + 基本医疗保险 6% + 失业保险费率 1% + 工伤保险 0.75% + 生育保险 0.5%）。具体规定如下：自 2015 年 3 月 1 日起，失业保险费率暂由 3% 降至 2%；⁶³²自 2015 年 10 月 1 日起，工伤保险平均费率由 1% 降至 0.75%，

⁶³⁰ [美]V·图若尼（IMF）：《税法的起草与设计》（第 1 卷），国家税务总局政策法规司译，中国税务出版社 2004 年版，第 384 页。

⁶³¹ 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》（2013）。

⁶³² 广东省人力资源和社会保障厅、财政厅、地方税务局《关于统一企业职工养老保险缴费工资下限和单位缴费比例的通知》（粤人社函[2014]2789 号）。

而且,根据行业工伤风险程度细化基准费率档次,根据工伤发生率对单位(企业)适当上浮或下浮费率。^{6 3 3}自 2015 年 10 月 1 日起,根据基金结余将生育保险费率从不超过 1%降到不超过 0.5%,或 0.5%以内。^{6 3 4}

险种	单位费率	个人费率	政府补贴
企业职工基本养老保险	20%	8%	政府补贴
	个体工商户	20%	
	灵活就业人员	20%	
职工基本医疗保险	6%	2%	0
	灵活就业人员	6%+2%	
工伤保险	0.75% (0.2%-1.9%之间分 8 档)	0	0
失业保险	1%	1% ^{6 3 5}	0
生育保险	0.5%	0	0
机关事业单位基本养老保险	20%	8%	0
职业年金	8%	4%	0
险种	集体补助标准	个人缴费标准	政府补贴标准
城乡居民基本养老保险 ^{6 3 6}	不超过当地设定的最高缴费档次标准	100-1000 元之间分 10 档(每档增加 100 元)加上 1500 元、2000 元两档	中央财政对中西部地区给予全额补助,对东部地区给予 50%的补助。地方政府补贴标准由各省自定
城乡居民基本医疗保险 ^{6 3 7}	鼓励集体、单位或其他社会经济组织给予扶持或资助	合理确定城乡统一的筹资标准/整合后的实际人均筹资和个人缴费不得低于现有水平	均衡城乡保障待遇/主要用于支付参保人员发生的住院和门诊医药费用/在提高政府补助标准的同时,适当提高个人缴费比重
城镇居民基本医疗保险 ^{6 3 8}	0	2015 年人均不低于 120 元	2015 年人均补助 380 元
新型农村合作医疗 ^{6 3 9}	乡(镇)、村集体给予资金扶持	2015 年平均每人每年 120 元左右	2015 年人均补助 380 元

表 1 各社会保险险种的费率或缴费标准

^{6 3 3} 人力资源和社会保障部、财政部《关于调整工伤保险费率政策的通知》(人社部发[2015]71 号)。

^{6 3 4} 人力资源和社会保障部、财政部《关于适当降低生育保险费率的通知》(人社部发[2015]70 号)。

^{6 3 5} 《失业保险条例》(1998)第 6 条规定,“……城镇企业事业单位招用的农民合同制工人本人不缴纳失业保险费。”

^{6 3 6} 国务院《关于建立统一的城乡居民基本养老保险制度的意见》(国发[2014]18 号)。

^{6 3 7} 国务院《关于整合城乡居民基本医疗保险制度的意见》(国发[2016]3 号)。但该规范性文件没有对集体补助额度、个人缴费标准、政府补贴标准等作为具体的规定,而主要强调用 2-3 年的时间实现真正整合。

^{6 3 8} 人力资源和社会保障部、财政部《关于做好 2015 年城镇居民基本医疗保险工作的通知》(人社部发[2015]11 号)。

^{6 3 9} 这一比例确立于 21 世纪初:1997 年,国务院规定,企业缴费比例一般不得超过企业工资总额的 20%,个人缴费比例,1997 年不得低于本人缴费工资的 4%,逐年提高到 8%。参见国务院《关于建立统一的企业职工基本养老保险制度的决定》(国发[1997]26 号)。

从表 1 中前 6 个强制性的社会保险险种来看，费率均有降低的可能，特别是企业职工基本养老保险、职工基本医疗保险和机关事业单位基本养老保险。至于同样具有强制性的职业年金，费率也高达 8% 和 4%。社会保险制度运行过程中，社会保险待遇给付因各种原因、过度依赖在职职工和用人单位实际缴费而积累的社会保险资金，这使得降低各个险种的费率之建议虽然在理论上没有什么争议，但是，在实践中落实起来却举步维艰。经国务院同意，人力资源社会保障部决定，自 2016 年 5 月 1 日起，企业职工基本养老保险单位缴费比例超过 20% 的，都要降至 20%；单位缴费比例为 20% 且 2015 年底企业职工基本养老保险基金累计结余可支付月数高于 9 个月的省（区、市），可以阶段性降低至 19%；自 2016 年 5 月 1 日起，失业保险总费率在 2015 年基础上可以阶段性降至 1%-1.5%，其中个人费率不超过 0.5%。上述降低费率的期限暂按两年执行。⁶⁴⁰ 过高的费率不仅会损害社会保险制度自身的合理性，而且会造成法定的缴费义务主体作出逃避社会保险费缴纳义务的逆向选择，换言之，抑制了用人单位和劳动者参加社会保险的积极性，甚至间接促使其达成放弃缴纳社会保险费的协议。“解决逆向选择造成的无效配置的规范方法，是强制每个人都购买保险”，“强制式干预实现了人人参保的有效配置结果”，“另一种补救逆向选择的常用政策是对保险给予补贴”。⁶⁴¹

社会保险费率的高低既关系到社会保险基金的收支平衡能否实现，又关系到用人单位和劳动者的缴费负担之轻重、以及社会保险待遇给付的充足程度。为降低企业成本，除了阶段性降低社会保险费率外，还有允许困难企业阶段性缓缴社会保险费的措施。⁶⁴² 同时强调，确保基金应收尽收，确保参保人员各项社会保险待遇标准不降低和待遇按时足额支付。“就目前强制保险的状况而言，考虑到社会保障资金来源渠道有三个，因此缴费随风险调整就不是什么主要问题了，而主要问题在于税和费。……社会保障计划的核心内容——社会保险方案应当坚持缴费原则，……每个享受同样待遇的人都要支付相同的缴费。”⁶⁴³ 阶段性降低社会保险费率是权宜之计，但如此局部性的费率调整，充分展现了调低费率的难度

⁶⁴⁰ 人力资源社会保障部、财政部《关于阶段性降低社会保险费率的通知》（人社部发[2016]36 号）。

⁶⁴¹ [美]拉贾·切蒂、艾米·芬克尔施泰茵：《社会保险：基于理论与数据相结合的分析》，李晓琳译，载吴敬琏主编：《比较》（总第 76 辑），中信出版社 2015 年版，第 95 页。

⁶⁴² 例如，全国人大《关于 2009 年中央和地方预算执行情况与 2010 年中央和地方预算的决议》、《关于 2008 年中央和地方预算执行情况与 2009 年中央和地方预算的决议》。

⁶⁴³ [英]贝弗里奇著：《贝弗里奇报告：社会保险和相关服务》，劳动和社会保障部社会保险研究所译，中国劳动社会保障出版社 2008 年版，第 101 页。

之大。即使调整幅度很小，仍然要考虑保持基金的收支平衡：划定基金累计结余可支付数额的下限。

除了适用于职工的强制性的社会保险险种外，适用于城乡居民的偏自愿性的社会保险项目，因为缺乏可以用于计算缴费额的本单位工资总额或本人工资收入，因此，规范性文件中规定了若干档次的缴费标准。城乡居民基本养老保险、城乡居民基本医疗保险都直接规定了个人缴费、集体补助、政府补贴的标准。城乡居民基本养老保险个人缴费标准设为 12 档：100-1000 元之间分 10 档（每档增加 100 元）加上 1500 元、2000 元两档。省、自治区、直辖市政府可以根据实际情况增设缴费档次，最高缴费档次标准原则上不超过当地灵活就业人员参加职工基本养老保险的年缴费额，并报人力资源和社会保障部备案。补助、资助金额不超过当地设定的最高缴费档次标准。⁶⁴⁴城镇居民基本医疗保险和新型农村合作医疗自 2016 年起整合成城乡居民基本医疗保险。由于国发[2016]3 号文没有明确规定筹资标准和个人缴费标准，梳理“城镇居民基本医疗保险和新型农村合作医疗筹资标准”仍然很有必要平均个人缴费标准和人均补助标准均同步逐渐提高，中央财政承担了较重的补助责任，而且对西部地区的补助更高，整合成城乡居民基本医疗保险后，筹资标准和个人缴费标准还会提高。

城镇居民基本医疗保险、新型农村合作医疗也直接规定了个人缴费、集体扶持和政府资助标准。上述两种医疗保险自初创时起，至两者合并成城乡居民基本医疗保险止，个人或家庭缴费标准都很低，其进一步发展依赖于公共财政的资金支持。“财政方法应当避免给收入微薄的人带来困难，并考虑会员国和受保护的各类人员的经济状况。对缴费制度而言，由受保护的雇员所承担的保险金的总数应不超过为保障而分配的财源总数的 50%。”⁶⁴⁵自雇者缴纳的社会保险费通常高于雇员缴纳的部分，但不一定等于雇主和雇员共同缴费的制度模式下双方缴纳的社会保险费之和：前者“不依靠承担社会保险缴费义务的工资来运行。它的社会保险基准数是通过实际的、经预测的或已发布的劳动收入来计算的”，“当社会保险制度适用于全部人口时，社会保险金通常按照全部可征税收入或劳动收入来征收，且可能限制在一定金额内”，后者“社会保险金的比例是由政府和（或）与

⁶⁴⁴ 国务院《关于建立统一的城乡居民基本养老保险制度的意见》（国发[2014]18 号）。

⁶⁴⁵ [荷兰]弗朗斯·彭宁斯编：《软法与硬法之间：国际社会保障标准对国内法的影响》，王锋译，商务印书馆 2012 年版，第 38 页。

社会保险计划有关的社会保障机构决定的。构成社会保险金基准数的工资可以是实际工资或受到最高工资额限制的工资”。⁶⁴⁶

项目(亿元)	城镇职工基本养老保险基金	城乡居民基本养老保险基金	城镇基本医疗保险	工伤保险基金	生育保险基金	失业保险基金
累计结余	35345	4592	8114(含城镇居民基本医疗保险基金结存1546亿)	1285(含储备金209亿)	684	5083
2015年基金收入/支出	29341 / 25813	2855 / 2117	11193 / 9312	754 / 599	502 / 411	1368 / 736

表2 各社会保险基金的累计结余⁶⁴⁷

表2将7个社会保险险种的累计结余、基金收入、基金支出等3个关键数据汇总到同一表格中。截至2014年底,全国社会保险基金2014年年末滚存结余超过5万亿元:企业职工基本养老保险基金占比高达58.8%,城镇职工基本医疗保险基金占比次之、达到17.8%,失业保险基金占比再次之、达到8.6%,居民社会养老保险基金和基本医疗保险基金占比达到11.5%。城镇职工基本养老保险基金累计结余超过3万亿元,职工基本医疗保险基金累计结余超过5000亿元,即使是创设时间不长的城乡居民基本养老保险基金,累计结余也接近4000亿元。2015年,基金收入合计46012亿元,增长15.5%;基金支出合计38988亿元,增长18.1%。⁶⁴⁸各社会保险险种的基金当年的收入都大于支出,累计结余仍在上涨,但增长速度明显已经放缓。概言之,基本养老保险和基本医疗保险的费率偏高,其所累积的基金规模也很大,这能得出可以适当降低基本费率的结论吗?工伤保险基金和生育保险基金的收入都略高于支出,失业保险基金的收入超过支出的两倍,三者都有不同程度的降费空间,而且,事实上率先进行了调整。当然,用人单位和职工最希望能够降低费率的还是前两个险种。

三、社会保险基金预算的直接规制

现代市场经济国家的社会保险是国家通过立法创建的,由政府主办,具有强

⁶⁴⁶ [比]丹尼·皮特尔斯著:《社会保障基本原理》,蒋月、王铀译,商务印书馆2014年版,第99-101页。

⁶⁴⁷ 参见《中国社会保险发展年度报告(2014)》。

⁶⁴⁸ 《2015年度人力资源和社会保障发展统计公报》。

制性、固定性和有偿性。现代福利国家的社会保障制度要么以公共财政为支撑，要么以强制缴费为基础，后者的典型就是社会保险制度。“通过法规的制定和实施，鼓励或强制要求参保人和企业购买或提供社会保障”，“政府只扮演监管者的角色，社会保障可以通过购买获得，并不反映在政府的财政账户上”。⁶⁴⁹社会保险费率可以说是社会保险制度中最重要的条款，它反映了政府、企业、个人如何分担社会保险基金的筹资义务、能否通过预算实现收支平衡。“在疾病、生育、工伤和职业病、残疾、老年以及家庭供养者死亡情形下对工人丧失收入风险的社会保障主要基于社会保险，付费与现金津贴大致与工作收入成比例，并规定上限。”⁶⁵⁰20世纪初，现代预算制度建立，预算编制的基本原则之一是复式预算，构成复式预算体系的，最初只有经常预算和资本预算两部分，后来加入了第三类：社会保障预算，三者的性质截然不同。

社会保险基金通过预算实现收支平衡，因此，基金预算收支失衡可以说是社会保险制度难以为继的表征。社会保险制度很大程度上依赖于公共财政，特别是国有资本经营预算和一般公共预算，假若社会保险费率或缴费标准过低，或者社会保险待遇给付标准过高，都极有可能导致社会保险基金因收不抵支、偿付不能而破产，而且很有可能拖垮公共财政。“许多社会保障制度（特别是关于医疗保健和养老金的）如今都面临严重的财政问题。这主要是源于老龄人口增加和出生率降低两方面。此外，越来越多的年轻人在校学习时间逐渐变长，同时越来越多的国家采取措施在较早的阶段就让劳动者退出劳动力市场以便应对失业。”⁶⁵¹提高基本养老保险基金和其他社会保险基金的统筹层次，是解决社会保险基金收支的结构性失衡问题的重要措施。“社会保障制度的预算是由当局或其行政机关制定的。显然，政府财政给予社会保障制度更多的钱，对其的控制也将越多”，“为社会保障制度筹集资金的最常用方法是基于相关人员的社会保险金贡献和政府补贴。有时，还可加上其它‘可替代的’筹资形式”。⁶⁵²

20世纪70-80年代，现代福利国家不约而同出现了严重的财政危机，究其实质，可以说是其阶级结构和利益配置失衡使然。“福利国家的危机远远不仅是财

⁶⁴⁹ [美]维托·坦茨著：《政府与市场——变革中的政府职能》，王宇等译，商务印书馆2014年版，第279页。

⁶⁵⁰ [荷兰]弗朗斯·彭宁斯编：《软法与硬法之间：国际社会保障标准对国内法的影响》，王锋译，商务印书馆2012年版，第139页。

⁶⁵¹ [比]丹尼·皮特尔斯著：《社会保障基本原理》，蒋月、王铀译，商务印书馆2014年版，第106页。

⁶⁵² [比]丹尼·皮特尔斯著：《社会保障基本原理》，蒋月、王铀译，商务印书馆2014年版，第98页。

政的危机，而且更是结构的危机，甚至还是福利国家作为一种国家形态，它的合理性与公平性的危机”。^{6 5 3}高福利国家的社会保险制度更是难以为继，特别是北欧国家。“社会保险是一个很大的组织机构，它包括老年保险、疾病保险、失业保险和工伤保险，构成了收入保障的最大部分，这些收入已经难以为继”。^{6 5 4}即使同样属于福利国家，其社会保险制度的发展也不尽一致：可能朝向紧缩、扩张、重组三个方向。“最近几十年来，最引人注目的财政发展之一就是社会保障制度的兴起和扩展”，“对于不同的国家来说，覆盖面、受益和筹资方法都迥然不同”。^{6 5 5}企业职工基本养老保险基金收入的增长很快，2014 年比 2003 年增长了 6.18 倍，而支出的增长稍慢些，同期增长了 5.72 倍。每年都是收大于支，收支结余持续增长，至 2012 年达到了结余额的新高。自 2003 年以来，各社会保险险种的收支均有结余，这也是某种意义上的收支平衡。^{6 5 6}

现代市场经济国家的预算应当按照复式预算的原则编制：复式预算是指一个国家或地区的财政收支计划通过两个或两个以上的预算表格来体现的预算编制方法，它既能反映财政收支的流向和流量，又能反映财政收支的性质和结构。社会保险基金预算是由我国《预算法》确认的复式预算体系中的一种相对独立的预算表格。基于复式预算的原则，社会保险基金收支与一般公共收支、国有资本经营收支、政府性基金收支、社会保险基金收支有所区隔，由此，上述性质截然不同的公共资金不会因混同使用而传递收支失衡的风险。《预算法》第 5 条第 2 款明确了四种预算表格之间的关系：一般公共预算、政府性基金预算、国有资本经营预算、社会保险基金预算应当保持完整、独立。后三种预算应当与一般公共预算相衔接；^{6 5 7}我国《社会保险法》第 65 条第 1 款规定，“社会保险基金通过预算实现收支平衡”，第 69 条第 2 款规定，“社会保险基金不得用于平衡其他政府预算”。社会保险基金预算支出仅限于社会保险待遇给付，而预算收入的资金

^{6 5 3} 周弘：《福利国家向何处去》，《中国社会科学》2001 年第 3 期，第 101 页。

^{6 5 4} 潘屹：《普遍主义福利思想和福利模式的相互作用及演变——解析西方福利国家困境》，《社会科学》2011 年第 12 期，第 84 页。

^{6 5 5} [美]理查德·A·马斯格雷夫著：《比较财政分析》，董勤发译，上海人民出版社、上海三联书店 1996 年版，第 330 页。

^{6 5 6} 根据财政部公布的 2013-2014 年全国社会保险基金决算数据整理，需要说明的是，2004-2009 年间，生育保险尚未实行全国统一，因此，决算统计中使用的简表，收入项中仅总收入、缴费收入和财政补助收入。

^{6 5 7} 例如，2014 年，调入公共财政预算用于社保等民生支出 184 亿元，国有股减持收入补充社保基金支出 21.58 亿元。参见《2014 年中央国有资本经营预算收支情况》，

http://qys.mof.gov.cn/zhuantilanmu/gyzbyjys/201502/t20150205_1188824.htm，2016 年 1 月 1 日最新访问。

可能源于国有资本经营预算和一般公共预算。

我国 1994 年《预算法》主要是以一般公共预算为基础构造规范的，2014 年修改后亦是如此，仅有极少数条款涉及社会保险基金预算、国有资本经营预算、政府性基金预算等。与之相应，2010 年前，我国仅仅编制一般公共预算。与一般公共预算、政府性基金预算由财政部门代表中央政府组织编制不同，国有资本经营预算由财政部、国有资产监督管理委员会负责编制，社会保险基金预算则由财政部、人力资源和社会保障部负责编制。简言之，这 4 种预算表格的编制由不同的政府职能部门负责组织。“如果说存在着回应型法的一种典型功能的话，那么它就是调整而非裁判。概括来说，调整是精心设计和及时修正那些为实现法律目的所需要的政策的过程。”⁶⁵⁸《预算法》第 11 条是关于社会保险基金预算的原则性条款——“社会保险基金预算是对社会保险缴款、一般公共预算安排和其他方式筹集的资金，专项用于社会保险的收支预算。”“社会保险基金预算应当按照统筹层次和社会保险项目分别编制，做到收支平衡。”⁶⁵⁹《社会保险法》第 66 条与《预算法》第 11 条第 2 款的内容很相似。

我国自 2010 年起在全国范围内试编社会保险基金预算，同时，开始向全社会公布全国社会保险基金年度预算、决算，按照规定试行编制了 3 年，财政部、人力资源和社会保障部、卫生部报请国务院同意后，于 2013 年 3 月首次提请全国人大审议社会保险基金预算草案，包括社会保险法已明确的各项基金。“社会保险基金预算已试编三年，相关制度体系和管理机制逐步建立”，而且明确要“推进社会保险基金预算管理制度化、规范化”。⁶⁶⁰《社会保险法》第 67 条规定：“社会保险基金预算、决算草案的编制、审核和批准，依照法律和国务院规定执行”，而《预算法》第 28 条则规定，“社会保险基金预算的收支范围，按照法律、行政法规和国务院的规定执行”，但是，《预算法》没有规定社会保险基金预算收支的范围、也没有规定社会保险基金预算的编制内容，没有太多规则可以援引。人力资源和社会保障部《实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定》（2011 年第 13 号令）第 16 条明确了社会保险基金预算依照执行的是国务院《关于试行社

⁶⁵⁸ [美]P.诺内特、P.塞尔兹尼克著：《转变中的法律与社会：迈向回应型法》，张志铭译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 122-123 页。

⁶⁵⁹ 我国《预算法实施条例（修订草案征求意见稿）》（2015 年 7 月）第 3 条第 2 款拟规定，“社会保险基金预算应当在自身精算平衡的基础上实现可持续运行。一般公共预算可以根据需要和财力适当安排资金补充社会保险基金预算。”

⁶⁶⁰ 财政部《关于 2012 年中央和地方预算执行情况与 2013 年中央和地方预算草案的报告》。

会保险基金预算的意见》(国发[2010]2号)。

社会保险基金预算编制所依据的实体性规范主要是我国《社会保险法》和一系列行政法规、部门规章和规范性文件；而编制所遵循的形式性规范主要载于国务院《关于试行社会保险基金预算的意见》(国发[2010]2号)。“社会保险基金预算按统筹地区编制执行”，“社会保险各项基金预算严格按照有关法律法规规范收支内容、标准和范围，专款专用，不得挤占或挪作他用”。⁶⁶¹虽然社会保险基金预算收支的内容、标准和范围均由法定，且有不得用于平衡其他预算的禁止性规定，但社会保险基金的性质有别于真正的财政资金。“社会保险基金预算编制要与国民经济和社会发展规划相衔接，综合考虑影响社会保险基金收支的各种因素，全面、准确、真实、完整地反映各项社会保险基金的收入、支出和结余情况。”⁶⁶²社会保险基金通过预算实现收支平衡，主要是为了避免因社会保险待遇给付过于慷慨而促使社会保险费率上升或破坏社会保险基金给付系统性。“近几十年来，这些福利计划常常演变为几乎遍及整个社会的‘从摇篮到坟墓’的保险，而且越来越慷慨。尤其是养老保险和医疗保险。”⁶⁶³

从制度实践来看，社会保险基金预算收入包括各项社会保险基金保险费收入、一般公共预算安排补助及其他收入；而社会保险基金预算支出包括各项社会保险待遇支出及其他支出。理论上说，社会保险基金的收支平衡之实现取决于预算收入和预算支出大致相当，社会保险待遇给付属于刚性支出，尽管它的支出水平可以通过调整待遇给付标准来改变，但是，如何调整给付标准、怎样设定与之相适应的费率成为很难精确测算的难题。社会保险基金的收支平衡与否的重要标志是基本养老保险基金的收支平衡。我国基本养老保险制度经过20多年的发展，得到了同期经济高速增长的有力支持，就目前而言，基本养老保险基金的收支平衡是可以实现的。然而，“很多研究论证了中国养老保险制度要想实现长期收支平衡，就一定进行改革”，“在工资增长稳定、资本市场比较完备的成熟经济中，完全基金制很可能优于现收现付制或包含转移支付的名义账户制”。⁶⁶⁴尽管基本养老保险基金和基本医疗保险基金的年末滚动结余额最高，但是，这两个险种也

⁶⁶¹ 国务院《关于试行社会保险基金预算的意见》(国发[2010]2号)。

⁶⁶² 财政部、人力资源和社会保障部、国家卫生计生委《关于编报2014年社会保险基金预算的通知》(财社[2013]143号)。

⁶⁶³ [美]维托·坦齐、[德]卢德格尔·舒克内希特著：《20世纪的公共支出》，商务印书馆2005年版，第58页。

⁶⁶⁴ 宋铮等：《中国养老保险制度改革理论与政策》，张冰莹译，载吴敬琏主编：《比较》(总第80辑)，中信出版社2015年版，第63页。

最为复杂，很难轻易要求降低其费率。

社会保险基金预算收支增减的影响因素中，很多支出属于刚性支出，很多收入则有客观限制。简言之，社会保险基金预算的收支平衡不仅仅是对年度预算的要求，而且要用动态的眼光看待今后收支规模可能的变动趋势。社会保险费由税务机关征收的，社会保险基金收入预算草案由社会保险经办机构会同税务机关编制。社会保险费由社会保险经办机构征收的，其自行编制预算即可。社会保险基金预算“通过对社会保险基金筹集和使用实行预算管理，增强政府宏观调控能力，强化社会保险基金的管理和监督，保证社会保险基金安全完整，提高社会保险基金运行效益”，“社会保险基金预算编制采用科学、规范的方法，提高预算编制的预见性、准确性、完整性和科学性”。⁶⁶⁵ 社会保险基金预算编制的内容包括：第一，各项社会保险基金预算收入，包括社会保险费收入、利息收入、投资收益、一般公共预算安排补助收入及其他收入；第二，各项社会保险基金预算支出，包括社会保险待遇支出及其他支出。

我国基本养老保险的费率是所有的社会保险险种中最高的，而且，这一比例要大大高于其他国家，影响了经济运行效率，使得很多用人单位、甚至职工选择逃避参加社会保险，从根本上损害了劳动者的利益。“如果一个人的保险费只用于他将来养老，如果对制度长期稳定的信心能够加强，这种强制性的养老保险就不会被看做是一个负担，人们逃避缴纳保险费的行为也会减少，养老基金本身的筹资也更加广泛。”⁶⁶⁶ 我国基本养老保险基金分成社会统筹和个人账户两部分，对于职工而言，个人缴纳本人工资收入的 8%，缴入个人账户，相当于强制储蓄，职工直接受益；用人单位缴纳本单位工资总额的 20%，进入社会统筹，职工能够享受的基本养老保险待遇与其缴费情况实际上没有什么关系，收支平衡能否实现仍取决于公共财政。“权利性支出似乎带有宿命主义的特征，其不可阻挡的增长趋势已经超出我们控制或影响的范围”，“然而，权利性支出的改革并不容易”。⁶⁶⁷ 社会保险基金预算是对社会保险费率调整的直接规制，社会保险费率的调整既会影响预算编制，又会左右预算执行，在这个意义上说，预算编制时必须控制费率

⁶⁶⁵ 国务院《关于试行社会保险基金预算的意见》（国发[2010]2号）。

⁶⁶⁶ [美]达尔默·D·霍金斯等编：《21世纪初的社会保障》，侯宝琴译，中国劳动社会保障出版社2004年版，第85页。

⁶⁶⁷ [美]阿伦·威尔达夫斯基、娜奥米·凯顿著：《预算过程中的新政治（第5版）》，苟燕楠译，中国人民大学出版社2014年版，第124页。

调整的幅度，预算执行时不得任意调整既定费率结构。

四、社会保险费率和缴费基数之酌定

尽管各社会保险险种的费率或缴费标准经由法律法规或规范性文件确定，但是，由于行业的特殊性和地区的差异性，各险种的费率也有酌定的可能，即在国家规定的费率幅度内确定具体适用的费率或者加重、减轻费率。“如果能够降低社保费率，用国有资产的划拨和国有企业的分红支持社保，这样就可以降低劳动力的成本”，而且，“不会对劳动力市场产生负面影响”。⁶⁶⁸简言之，社会保险费只是社会保险待遇给付的资金来源之一。对于能否实现收支平衡存有疑虑的基本养老保险基金而言，还有全国社会保障基金这项国家社会保障储备基金，这是中央、国务院于2000年8月设立专门用于人口老龄化高峰时期的养老保险等社会保障支出的补充、调剂而设立的，事关国家前途和民族命运，极为重要。全国社会保障基金由中央财政预算拨款、国有资本划转、基金投资收益和国务院批准的其他方式筹集的资金构成。全国社会保障基金可以在中国境内市场投资运营，也可以在境外市场投资运营。作为一项国家储备基金，不仅有进一步充实基金规模的必要，而且有保持相当的投资收益率的必要。⁶⁶⁹

基本养老保险和其他社会保险险种有很大的差异，前者事实上是一种年金制度，强调的是量能负担原则；后者贯彻应益负担原则。与其它社会保险险种相比，由于基金养老保险的缴费期限和给付待遇享受期限都很可能更长一些，而工伤保险实行的是差别缴费政策，其费率调整更为频繁。工伤保险是根据行业的特殊性而酌定保险费率的典型险种。工伤保险实行与不同行业的工伤风险程度、工伤保险的实际发生频率挂钩的差别费率，我国《社会保险法》第34条规定，“国家根据不同行业的工伤风险程度确定行业的差别费率，并根据使用工伤保险基金、工伤发生率等情况在每个行业内确定费率档次。行业差别费率和行业内费率档次由国务院社会保险行政部门制定，报国务院批准后公布施行”，“社会保险经办机构根据用人单位使用工伤保险基金、工伤发生率和所属行业费率档次等情况，确定用人单位缴费费率”。人力资源社会保障部等根据行业工伤风险程度细化基准费

⁶⁶⁸ 白重恩：《供给结构不能满足需求结构的变化》，载吴敬琏等著：《供给侧改革——经济转型重塑中国布局》，中国文史出版社2016年版，第25页。

⁶⁶⁹ 截至2014年底，该项基金的资产总额1.24万亿元，自基金成立以来，年均投资收益率8.38%，相当于同期全国城镇职工基本养老保险基金累计结余3.18万亿的38.99%。

率档次，根据工伤发生率对单位（企业）适当上浮或下浮费率。通过费率浮动的办法确定每个行业内的费率档次。⁶⁷⁰

为降低工伤保险费率、保障甚至提高工伤职工的待遇，《煤炭法》（2013）第39条、《建筑法》（2011）第48条规定，鼓励企业为井下作业职工或从事危险作业的职工办理意外伤害保险，支付保险费。这种商业保险对用人单位也是有利的，由于工伤保险费率是根据工伤发生率来确定的，鼓励工伤事故高发行业的企业办理意外伤害保险，有助于降低工伤保险费率。《社会保险法》第35条规定，“用人单位应当按照本单位职工工资总额，根据社会保险经办机构确定的费率缴纳工伤保险费”，而《工伤保险条例》第10条第3款规定，对难以按照工资总额缴纳工伤保险费的行业，其缴纳工伤保险费的具体方式，由国务院社会保险行政部门规定。据此，人力资源和社会保障部制定了《部分行业企业工伤保险费缴纳办法》（第10号令）。部分行业企业是指建筑、服务、矿山等行业中难以直接按照工资总额计算缴纳工伤保险费的建筑施工企业、小型服务企业、小型矿山企业等。小型服务企业、小型矿山企业的划分标准可以参照《中小企业标准暂行规定》（国经贸中小企[2003]143号）执行。⁶⁷¹

由于各社会保险险种的统筹级次较低，各省、市、自治区通常也规定了与国家标准不尽相同的社会保险费率，特别是上海、广东等省份。由于上海市的人口老龄化问题比较严重，上海市规定的各社会保险险种的费率都要略高于国家标准。“人口的变化是任何社会保险制度必须承担的开支变化的基本因素之一”，“为了说明以往社会保险开支的变化作出某些预测，就必须知道构成投保人和受益人这两部分人口的特点”。⁶⁷²以2015年的社会保险费率为例，基本养老保险、基本医疗保险、生育保险的单位费率分别为21%、11%、1%，均比全国标准略高一些；失业保险的单位和个人费率分别为1.5%和0.5%，略不同于各承担1%的标准，而工伤保险的单位费率为0.5%，则略低一些。⁶⁷³与上海市规定了较高的单位费率相比，劳动力输入省的单位费率普遍低于20%。例如，广东省规定，从2015年1月1日起，将全省各地级以上市企业养老保险单位缴费比例统一至13%-15%，其中单位缴费比例高于15%的调整至15%，低于13%的调整至13%，单位缴费比例

⁶⁷⁰ 人力资源和社会保障部、财政部《关于调整工伤保险费率政策的通知》（人社部发[2015]71号）。

⁶⁷¹ 人力资源和社会保障部《部分行业企业工伤保险费缴纳办法》（第10号令）。

⁶⁷² [法]乔治·多里翁·安德列·吉奥内著：《社会保险》，许福田译，商务印书馆1998年版，第105页。

⁶⁷³ 上海市人力资源和社会保障局《2015年上海市职工社会保险缴费标准》。

在 13%至 15%之间的维持不变。⁶⁷⁴

除了基本养老保险外，上海市规定的各社会保险险种的费率和缴费标准都要更高或更灵活一些，例如，基本医疗保险单位费率为 11%，失业人员只要缴纳 13%的医疗保险费。⁶⁷⁵此外，城乡居民基本养老保险和城乡居民基本医疗保险的标准都要更高。上海市先后制定了《城乡居民基本养老保险办法》（2014）、《城乡居民基本医疗保险办法》（2015），分别适用于本市户籍，年满 16 周岁（不含在校学生），不属于职工基本养老保险制度覆盖范围的城乡居民；未参加本市其他基本医疗保险，且符合以下条件之一的人员：（1）具有本市户籍，年龄超过 18 周岁的人员；（2）具有本市户籍的中小学生和婴幼儿；（3）本市各高等院校、科研院所中接受普通高等学历教育的全日制本科学生、高职高专学生以及非在职研究生。前者由个人缴费、集体补助、政府补贴构成，自主选择档次缴费，多缴多得。后者实行个人缴费和政府补贴相结合，筹资标准和个人缴费标准按照参保人的不同年龄分段确定。工伤保险方面也有制度创新：《工伤保险实施办法》（2012）规定，用人单位缴纳工伤保险费实行基础费率、统一为缴费基数 0.5%。对发生工伤事故的用人单位，在基础费率的基础上，按照规定实行浮动费率。浮动费率根据用人单位工伤保险费使用、工伤事故发生率等情况确定。

部分地区对法定的社会保险险种实行统一缴费、而非分项缴费的模式，即规定统一费率，由此收取的社会保险资金用于各项社会保险待遇的统筹分配。例如，经江苏省政府同意，苏州市政府决定对苏州工业园区的公积金制度进行调整，自 2011 年 7 月 1 日起施行社会保险（公积金）制度新政策。《苏州工业园区社会保险（公积金）管理暂行办法》（2011）第 11 条第 1 款规定，园区社会保险（公积金）制度设立甲、乙两类综合社会保障计划。依据上述办法第 15 条，园区社会保险（公积金）按照社会保障计划类型分别设置缴费比例，其中，甲类计划的住房保障基金实行浮动缴费，由用人单位和员工协商缴纳，浮动缴费部分不强制征缴。如表 3 所示，苏州工业园区的社会保险总费率为 30.5%，远远低于国家规定的 39.25%。园区社会保险（公积金）制度按照社会统筹账户和个人账户相结合的原则设立基金账户。如表 4 所示，园区社会保险（公积金）制度按照社会保障

⁶⁷⁴ 广东省人力资源和社会保障厅、财政厅、地方税务局《关于统一企业职工养老保险缴费工资下限和单位缴费比例的通知》（2014）。

⁶⁷⁵ 上海市人力资源和社会保障局《2015 年上海市职工社会保险缴费标准》。

计划类型和账户设置，分别设置各账户入账比例。上述办法规定了甲类计划和乙类计划个人账户和社会统筹账户的入账比例。

保障计划	保障项目		费率		
			单位	个人	合计
甲类计划	养老、医疗、工伤、 生育、失业、住房	2011.7-2014.6	28-32%	19-23%	47-55%
		2014.7-2016.11	28-32%	18.5-22.5%	46.5-54.5%
乙类计划	养老、医疗、工伤、 生育、失业	2011.7-2014.6	20%	11%	31%
		2014.7-2016.11	20%	10.5%	30.5%

表3 苏州工业园区社会保险（公积金）缴费比例⁶⁷⁶

保障计划	账户设置及入账比例（%）									
	个人账户				统筹账户					
甲类计划	养老		医疗	住房	特殊补充	养老	失业	大病	生育	工伤
	个人	补充								
2011.7-2013.7	2	6	3	16	14	1	1	2	1	1
2013.7-2014.6	2	6	3	16	12.5	2.5	1	2	1	1
2014.7至今	2	6	3	16	12.5	2.5	0.5	2	1	1

表4 苏州工业园区分计划账户设置及入账比例⁶⁷⁷

除了费率外，我国《社会保险法》规定，社会保险费的缴纳还要依据本单位职工工资总额和本人工资，这原本是客观数据，但是，由于用人单位和职工都有想要降低社会保险缴费额、增加实际工资收入的倾向，而费率通常没有什么打折的可能，因此，用人单位和职工都有动力去降低社会保险费的缴费基数。省、自治区、直辖市对社会保险费的缴费基数及其上下限有所规定，试举例如下：北京市规定，用人单位以职工2014年度月平均工资作为申报2015年度社会保险缴费工资的依据，申报录入时，不做上下限的限制。用人单位未按时申报社会保险缴费工资的，将按照《社会保险法》第62条的规定，2015年7月起按照单位上月缴费额的110%确定2015年度社会保险缴费工资；⁶⁷⁸上海市规定，2015年4月1日至2016年3月31日，单位职工个人缴费基数上限为16353元，下限为3271

⁶⁷⁶ 苏州工业园区管理委员会《2014年调整苏州工业园区社会保险（公积金）缴费比例的通知》（2014）。

⁶⁷⁷ 苏州工业园区管理委员会《苏州工业园区社会保险（公积金）制度》（2011）。

⁶⁷⁸ 北京市社会保险基金管理中心《关于申报2015年度社会保险缴费工资的通知》（京社保发[2015]19号）。

元。单位缴费基数按单位内个人月缴费基数之和确定。⁶⁷⁹江苏省规定,自2015年7月1日起,全省企业职工基本养老保险缴费工资上限按15446元执行,缴费工资下限按3089元执行。考虑到部分地区私营企业占比较大,低收入人群数量较大,允许执行上述下限标准有困难的地区作适当调整。⁶⁸⁰

五、结论

2015年,中央首次提出了“创新、协调、绿色、开放、共享”五大发展理念,其中,共享理念要求“发展为了人民、发展依靠人民、发展成果由人民共享,作出更有效的制度安排,使全体人民在共建共享发展中有更多获得感”⁶⁸¹。在此理念指导下,社会保险费率的调整既要以社会保险基金的收支平衡为准,受到社会保险基金预算的直接规制,又要考虑到当前基本养老保险个人账户空账运行、社会保险待遇给付增长较快的现实,2013年,中共中央要求“坚持社会统筹和个人账户相结合的基本养老保险制度,完善个人账户,健全多缴多得激励机制,确保参保人权益,实现基础养老金全国统筹,坚持精算平衡原则”,⁶⁸²但没有再强调做实个人账户。有学者提出,“实行记账式个人账户制而非做实个人账户可能是明智的选择”。⁶⁸³全国人大常委会曾经提出“将目前分散在各地的养老保险基金结余由中央统一调动用于做实个人账户”的建议,而且,明确揭示“少数省市目前的养老保险单位缴费率较低”。⁶⁸⁴可见,社会保险基金可能出现给付危机甚至导致财政危机,不能推导出应当保持较高社会保险费率的结论。要保证资金充足,拓宽社会保险筹资渠道方为上策。然而,社会保险费率的下调应当循序渐进,以促使社会保险基金预算在自身精算平衡的基础上实现可持续运行。在逐渐提高社会保险基金统筹级次的目标统辖下,应当建立全国统一的社会保险费率结构。

⁶⁷⁹ 上海市人力资源和社会保障局《2015年上海市职工社会保险缴费标准》。

⁶⁸⁰ 江苏省人力资源社会保障厅《关于发布2015年度社会保险有关基数的通知》(苏人社发[2015]180号)。

⁶⁸¹ 《国民经济和社会发展第十三个五年规划纲要》(2016-2020)。

⁶⁸² 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(2013)。

⁶⁸³ 高培勇、汪德华:《中国养老保障体系资金缺口分析与对策建议》,载吴敬琏主编:《比较》(总第53辑),中信出版社2011年版,第67-68页。

⁶⁸⁴ 全国人大财经委《关于做实养老个人账户完善制度模式的研究》(2014),
http://www.npc.gov.cn/npc/ztxw/tctjcxsbtxjs/2014-05/19/content_1863614.htm, 2016年1月1日最新访问。

以案说法：社保部门涉诉案例评析

岳宗福，张秀芹

近些年，社保部门涉诉案件呈现递增的趋势，这说明随着法治环境的改善，公民、企业及其他社会组织的维权意识在不断提高。这里主要围绕工伤保险、社保费征缴问题选取两个近期案例进行评析：

案例一：LJ公司诉Y市人社局工伤行政确认案

【案情回顾】

2012年8月6日16时许，LJ公司（以下简称LJ公司）员工周某，在车间压制工作期间不慎将左手食指弄伤。此后，双方就工伤补偿问题达成协议，并签下了一张收条，收条载明：“今收到莱州LJ公司因我在一车间压制工作期间不慎将左手食指受伤期间的补助和误工工资及其他所有补贴合计26000元，公司一次性交付，本人放弃工伤鉴定，并从此永不追究。”上面有周某的亲笔签名及LJ公司的盖章，落款日期为2012年12月5日。2013年6月8日，周某向当地市人社局提出工伤认定申请，市人社局于同年7月11日进行了登记、12月25日受理、12月30日向LJ公司送达了《工伤认定调查限期举证通知书》，市人社局于2014年1月16日作出“Y人社工伤案字（2013）第11-0564号工伤认定决定书”，认定周某为因工受伤。LJ公司不服，于2014年3月18日向市政府申请行政复议，市政府于6月11日作出“Y政复决字（2014）141号行政复议决定书”，维持了原决定。

LJ公司仍不服，起诉至Y市中院。Y市中院依法受理此案，经审理认为，Y市人社局作出的工伤认定决定事实清楚，适用法律正确，符合法定程序，判决驳回原告要求撤销“Y人社工伤案字（2013）第11-0564号工伤认定决定书”的诉讼请求。LJ公司不服一审法院判决，上诉至S省高院。LJ公司上诉称：第一，一审法院判决对申请工伤的时间认定错误，LJ公司提出，周某的申请表中的申请时间有涂改，不能证实确切的申请时间；第二，Y市人社局收到申请有没有在15日内作出受理或不受理决定，也未书面要求申请人补正材料，因此工伤认定违反法定程序。Y市人社局和周某在庭前均未提交书面答辩意见。

岳宗福，山东工商学院公共管理学院教授；张秀芹，山东工商学院法学院讲师。

二审庭审中，确定了四个重点审查的问题：一是周某所受伤害是否属于工伤？二是双方达成补偿协议并受伤员工承诺放弃工伤鉴定后能否申请认定工伤？三是周某是否在法定期限内提出工伤认定申请？四是Y市人社局的工伤认定程序是否合法？

一是关于周某所受伤害是否属于工伤。《工伤保险条例》第14条规定：“职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：（一）在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；……”。本案中，周某于2012年8月6日16时许在LJ公司操作机床时，不慎被绞伤左手，医院诊断为左食指离断毁损伤。这些事实有证人证言、医院诊断证明予以证实，完全符合“三工”原则，各方当事人并无异议，其所受伤害依法应属于工伤。

二是关于双方达成补偿协议且周某承诺放弃工伤鉴定后能否申请认定工伤？周某与LJ公司达成的补偿协议系民事法律行为，而工伤系社会保险行政部门依法认定，两者不能相互代替，LJ公司也不能以协议约定派出其所应当承担的法定强制性义务，故周某提出工伤认定申请，Y市人社局作出工伤认定，并未违反法律规定（即便退一步说，他们之间的约定也只是“放弃工伤鉴定”，而未约定“放弃工伤认定”）。但是，在确定工伤赔偿金数额时，可以扣除已协议支付的补偿金。

三是关于周某是否在法定期限内提出工伤认定申请？《工伤保险条例》第17条规定：“职工发生事故伤害或者按照职业病防治法规定被诊断、鉴定为职业病，所在单位应当自事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起30日内，向统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请。……。用人单位未按前款规定提出工伤认定申请的，工伤职工或者其近亲属、工会组织在事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起1年内，可以直接向用人单位所在地统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请。”本案中，周某于2012年8月6日受伤，2013年6月8日提出申请，Y市人社局于2013年7月11日进行登记，没有超过1年的申请期限。虽然LJ公司主张申请表上的时间有涂改，不能证明真实的申请时间。Y市人社局对此解释说，2013年6月8日用铅笔标注收到申请时间，随后于7月11日填写申请表进行了正式登记。二审法院认定这属于合理解释，依法应予采信。因此，周某提出工伤认定的申请在法定期限内。

四是关于 Y 市人社局的工伤认定程序是否合法？《工伤保险条例》第 20 条第 1 款规定：“社会保险行政部门应当自受理工伤认定申请之日起 60 日内作出工伤认定的决定，并书面通知申请工伤认定的职工或者其近亲属和该职工所在单位”。本案中，Y 市人社局于 2013 年 12 月 25 日受理了周某工伤认定申请，履行了相关程序后，于 2014 年 1 月 16 日作出了涉案的“Y 人社工伤案字（2013）第 11-0564 号工伤认定决定书”，没有超出 60 日的法定期限。

综上，二审法院认为，一审法院判决认定事实清楚，适用法律正确，审判程序合法，依法应予维持。鲁俊公司的上诉理由不能成立，依法予以驳回。

【案例评析】（略）

案例二：YS 公司诉 C 市 Q 区社保局社会保险稽核案

【案情回顾】

C 市 Q 区社保局于 2014 年 3 月 4 日向重庆 YS 公司发出社会保险稽核通知，决定对该公司执行养老保险政策的有关情况进行专项检查。Q 区社保局根据 YS 公司提供的相关资料，查明在 2011 年 11 月—2014 年 2 月期间，YS 公司在为其原职工冉某缴纳养老保险费的过程中，存在少报缴费工资的情形。在 2011 年 11-12 月期间，冉某起薪当月工资为 1721 元，YS 公司按 1200 元/月的工资基数为其缴纳养老保险费，每月少报缴费工资 521 元；在 2012 年 1-12 月期间，冉某上年度月平均工资为 1212 元，YS 公司按 1767 元/月的工资基数为其缴纳养老保险费，每月多报缴费工资 432 元；在 2013 年 1-12 月期间，冉某上年度月均工资 3248 元，YS 公司按 2003/月的基数为其缴费，每月少报缴费工资 1245 元。2014 年 1-2 月期间，冉某上年度月均工资 4089 元，公司按 2270/月的工资基数为其缴纳养老保险费，每月少报缴费工资 1819 元。

Q 区社保局针对 YS 公司存在不如实申报缴费工资问题，作出《C 市社会保险稽核决定通知书》【Q 社稽决（2014）第 7 号】，限令 YS 公司在 5 个工作日内到所属社保经办机构申报补缴社会保险费。YS 公司收到稽核通知书后。认为稽核决定通知书与《社会保险法》的规定不符。于是，向 C 市 Q 区人社局提起行政复议，该局于 2014 年 8 月 29 日作出行政复议决定，对 Q 区社保局作出的具体行政行为予以维持。YS 公司仍不服，诉至法院请求撤销《C 市社会保险稽核决定通知

书》。

一审法院认为，根据《社会保险稽核办法》第3条规定，Q区社保局在其行政区域内具有对社保费缴纳情况进行核查的法定职权和义务。Q区社保局受理该案后，提前3日将稽核内容、需要的资料等事项书面通知了綦江公司，并作了调查笔录，并将稽核决定通知书予以送达，程序上并无不当。

根据《社会保险法》第12条的规定：用人单位应当按照国家规定的本单位职工工资总额的比例缴纳基本养老保险费，计入基本养老保险统筹基金。结合《C市人民政府关于统一社会保险缴费基数和社会保险登记申报程序的通知》（C府发〔2005〕11号）规定：用人单位缴费总基数为本单位属于参保缴费范围的人员缴费基数（以下简称职工缴费工资基数）之和。职工缴费基数按照本人上年度月平均工资核定；新设立单位的职工和用人单位新增的职工按照本人起薪当月的工资核定。本人上年度月均工资或起薪当月的工资低于上年度全市职工月均工资60%的，按照上年度全市职工月均工资的60%核定；超过上年度全市职工月均工资300%的，按照上年度全市职工月均工资的300%核定。由此可知，单位的缴费总基数与职工的工资收入相关。

QJ区社保局在举证期限内向一审法院提供了作出被诉具体行政行为的证据和依据：1. C市社会保险稽核通知书及其送达回证；2. C市社会保险稽核调查笔录；3. C市稽核事项确认表及回证；4. C市社会保险稽核决定通知书及其送达回证；5. 《社会保险法》第10条、第12条，《社会保险费征缴暂行条例》第4条、第12条，《C市企业职工基本养老保险实施办法》第3条，《C市人民政府关于统一社会保险缴费基数和社会保险登记缴费申报程序的通知》第1条，《C市企业职工基本养老保险实施办法若干政策问题的处理意见》第3条第1款。YS公司向一审法院提交了如下证据：1. 《C市社会保险稽核决定通知书》；2. 《行政复议决定书》。经一审法院审查，QJ区社保局、YS公司举示的证据真实、合法，且与本案具有关联性，予以采信。

在一审本案中，QJ区社保局根据綦江公司提供的资料核查到该公司未根据冉某的工资收入情况申报缴费基数，存在不如实申报缴费工资的问题。针对该问题，QJ社保局作出的处理，符合《社会保险法》第63条第1款的规定：用人单位未按时足额缴纳社会保险费的，由社会保险费征收机构责令其限期缴纳和补足。一审法院认为綦江公司诉称QJ社保局作出的通知书与《社会保险法》的规

定不符的理由不成立，判决驳回其诉讼请求。

YS 公司不服判决，上诉至 C 市第五中院，上诉称：YS 公司已经根据《社会保险法》第 12 条第 1 款规定，按照“本单位职工工资总额”的比例足额缴纳了基本养老保险费等社会保险费。QJ 社保局以“职工个人工资总额”为基准核定 YS 公司申报缴纳社保费的基数与《社会保险法》第 12 条的规定不符，属于认定事实不清，适用法律错误，请求二审法院撤销一审判决，依法改判。QJ 社保局辩称：其作出的稽核决定通知书认定事实清楚，适用法律正确，程序合法，请求二审法院平均驳回 YS 公司的上述请求，维持一审判决。二审法院经过审查，认为各方当事人对綦江社保局作出的《C 市社会保险稽核决定通知书》的行政职权、行政程序的合法性及认定事实均无异议，对此本院予以确认，遂判决驳回上诉，维持原判。

【案例评析】（略）

中国社会法学会 2016 年年会

目 录

第五部分 社会法中的其他问题（第五册）

134. 论土地征收中农民基本生活保障权.....李红 1804
135. 农村社区治理能力现代化进路之思考——基于社区发展权理论的视角.....
.....李玲玲 李长健 1813
136. 慈善信托近似原则在美国立法中的发展及其启示.....李喜燕 1828
137. 论《慈善法》存在的若干问题及完善建议.....李永军 1848
138. 声誉机制嵌入与我国慈善组织法律监管优化.....王方 1857
139. 英国慈善信托受托人监管之历史考察.....王涛 1871
..... 1871
140. 慈善法中的公益——基于英美法的考察.....杨道波 1881
141. 微公益平台网络募捐的法律制度缺位及构建研究——以“互联网+”下的自
媒体时代为视角.....袁少杰 韩鸿蕊 1890
142. 选定国家捐赠基金投资信托制度比较及创新研究.....周贤日 1912
143. 社会法域内互联网广告的规制与发展.....戴乔 1935
144. 社会法规范语境下务工人员涉刑犯罪案件中的权利保障.....龚海南 1946
145. 一种社会法的解读：环保禁令的法治解析与技术构造.....龚海南 1960
146. 特定问题调查制度在安全生产问责中的运用.....齐建东 1974
147. 环境侵扰与权利保障：社会法中不可量物侵入之补偿请求权的法律构建.....
.....石珍 1984
148. 社会法视野下转变国家治理观念的挑战与出路.....石珍 1996
149. 生态保护的实践检视：环境刑事司法之现状分析与制度修正.....石珍 2012
150. 中国特色社会主义理论发展与社会法理论创新——以习近平关于中国特色
151. 社会主义系列讲话为指引.....汤黎虹 2030
- 铁路行业社会资本准入条件制度研究.....刁道远 2042
152. 高校学位授予行为司法审查研究.....徐婷婷 2059
153. 论社会法的限制所有权原则.....余少祥 2073

154. 国家治理体系和治理能力现代化视阈下“公民反噬”现象初探.....	翟渊明 刘磊 2087
155. 社会法背景下失信惩戒机制的实践难题与制度完善.....	张琴 2096
156. 作为社会法的经济法：初论社会治理模式下经济法的宪政转型.....	张琴 2108
157. 公立医疗机构资源整合与我国复合转诊立法.....	董文勇 2120
158. 《北京市居家养老服务条例》的实施初探——主要基于居民个人的视角.....	李秀梅 李赛 李春英 2136
159. 社会护理法法律体系的建构.....	刘冬梅 2151
160. 日本居家社区养老服务的经验借鉴.....	刘萍 2159
161. 论药害事故救济制度.....	宋跃晋 2164
162. 反家庭暴力法若干规定的学理解读.....	薛宁兰 2174
.....	2174
163. 共享理念下老年人社参与的法律保障.....	张毅 2184
164. 中国居家养老服务产业法律困境与破解路径.....	左菁 2193

论土地征收中农民基本生活保障权

李 红

【摘要】随着近年我国工业化和城市化进程的加快，越来越多的集体土地被国家征收，大量的农民失去了赖以生存的土地。文章通过对农民基本生活保障权的梳理，分析了影响农民生活保障权实现的因素，并提出了相应的对策。

【关键词】土地征收 农民基本生活保障 对策

我国第四次宪法修正案，适应发展社会主义市场经济和国家尊重与保护公民财产权利的需要，对国家有关公益征收方面的内容做出了重大修改。这些重要修改，确定了国家为了公共利益有权征收公民个人财产和农民集体土地，又确定了国家实施征收时必须基于公共利益和依照法律规定，必须给予被征收人、被征用人补偿等基本原则。这些基本原则在宪法中的正式确立，体现出国家对人权的尊重和关怀，对于规范国家权力行使，促进政府依法行政、建设法治政府都有着重要的价值。但是，由于，我国现阶段有关公益征收的普通法律规范散见于各种单行法律、法规之中，缺乏可操作性，给了地方政府极大的自由裁量的空间。土地征收中，政府违法现象十分严重，极大地侵害了农民的权益，导致失地农民的社会生活水平逐渐降低，引发了一系列的社会问题。

土地是农民的生存之本，是农民重要的生产资料，也是农民最基本的生活保障。充分重视并依法保护农民的基本生活保障权，实际上就是保护农民的物质利益，尊重农民的生存权利。据统计，违法占地占合法征地的比例为 20%-30%，有的甚至更高为 80%。¹而根据《全国土地利用总体规划纲要》，2000 年至 2030 年，国家将征用耕地 3800 万亩，预计导致 8000 万以上农民失地。²如果不切实维护农民的土地权益，使其长期处于受侵夺的状态，是对农民最基本的生存权的一种严重侵犯，是不符合正义与公平的法则的。因此，有必要建立有利于保障农民权益、有利于控制占地规模的征地制度，规范政府的土地征收行为，最大限度地维护土

¹ 段应碧：《切实保护农民的土地权益》，载《经济日报》，2016 年 3 月 16 日。

² 宋斌文：《浅谈城市化进程中失地农民的问题》，载《中国劳动保障报》2015 年 11 月 13 日。

地征收中农民的基本生活保障权。

一、农民基本生活保障权概述

农民基本生活保障权，指被征地农民基本生活保障，是指依法将农民集体所有土地征为国有后，被征地农民有权获得合理的补偿，并享受基本生活社会保障的权利。是被征地农民的一项基本权利，关系到其生存权的实现。包涵着下列两方面的内容：

（一）公平补偿权

公平补偿权是指农民依法享有的对被征收的农民集体所有的土地，应得到合理补偿的权利，是农民基本生活获得保障的前提。主要包括：土地补偿、安置补助以及地上附着物和青苗的补偿。此外，农民个人所有的住房和生产经营用房因土地被征收而拆迁的，享有依法给予货币补偿或房屋产权调换的权利。在土地征收中，首先必须对农民的土地收入和收益损失进行补偿。安置补助是为了安置以土地为主要生产资料并取得生活来源的农业人口的生活而给予的补助。对于附有地上物的（如房屋、青苗等），也必须按照市场价格进行对等补偿。比如，对于房屋，通常参照房屋造价、成新等因素，比照其重置价格（不包括地价）进行补偿。

（二）社会保障权

社会保障权是指政府在对集体土地进行征收的过程中，农民失去了土地的情况下，享有的公民所应享有的基本生活需求利益的权利。

因被征收土地而失去原收入来源的农民，经土地补偿和安置补助后不能保持原有收入水平的，享受失业救济和就业优惠等权利。对于我国农民来说，土地承担着重要的社会保障功能，因此土地征收中还必须对农民失去土地后丧失的土地保障进行相应补偿。农民的土地保障首先包含了基本生活保障和养老保障等功能。因此，要把失地农民纳入当地最低生活保障和养老保障的范围，对于失去部分土地的农民，应当纳入农村最低生活保障和农村养老保障的范围，而对于失去全部土地的农民，应当将其纳入城市最低生活保障和养老保障的范围。农民的土地保障还包含就业保障的功能。农地转用过程中，有必要将失去土地的农民相应地纳入社会就业保障的范围，或者直接给予就业补助。

二、土地征收中影响农民基本生活保障权实现的因素分析

（一）补偿标准不等价

我国现行法律、法规规定，土地征收补偿以农业生产平均产值为补偿依据。根据《土地管理法》第 47 条规定：征收土地的，按照被征收土地的原用途给予补偿。征收耕地的补偿费用包括土地补偿费、安置补助费以及地上附着物和青苗的补偿费。征收耕地的土地补偿费，为该耕地被征收前三年平均年产值的六至十倍。安置补助费为该耕地被征收前三年平均年产值的四至六倍。但是，每公顷被征收耕地的安置补助费，最高不得超过被征收前三年平均年产值的十五倍。如果土地补偿费和安置补助费不能使需要安置的农民保持原有生活水平的，经省、自治区、直辖市人民政府批准，可以增加安置补助费。但是，土地补偿费和安置补助费的总和不得超过土地被征收前三年平均年产值的三十倍。这一征地补偿标准主要根据该土地被征收前三年的平均年产值来加以确定，对各地的经济发展水平和种植结构、农业耕作水平的差异缺乏体现，无法反映被征土地的区位价值。同时，由于我国农村社会保障体制尚未建立，土地对农民具有重要的保障功能与归依功能，相比较农民已有的经济基础和今后的需要，现有的补偿标准难以保证农民原有生活水平的保持或改善。而实际操作中又存在较多的问题，例如，政府向农民征收土地时是按边际收益支付补偿费的，而且常常为了筹集发展资本，降低商务成本，改善投资环境，尽量压低本来已经偏低的补偿标准，就低不就高。当它向社会拍卖时，则按土地的市场价格，征地价与市场价之间相差悬殊，往往达到数十倍之多。这就严重违背了市场经济原则，严重损害了农民权益，分到农民手中的补偿费只有很少一部分。

（二）补偿费用分配不合理

土地征收补偿款分配的分配，涉及国家、集体、农民的切身利益，更需要从法律上予以规范。《中华人民共和国土地管理法实施条例》规定：“土地补偿费用归农村集体经济组织所有；地上附着物及青苗补偿费用归地上附着物及青苗的所有者所有。”“征收土地的安置补助费必须专款专用，不得挪作他用。需要安置的人员由农村集体经济组织安置的，安置补助费支付给农村集体经济组织管理和使用，由其他单位安置的，安置补助费支付给安置单位；不需要统一安置的，安置补助费发放给被安置人员个人或者征得被安置人员同意用于支付被安置人员的保险费用。”这些规定显得过于笼统，对征地补偿费如何管理使用都未作明确

规定，对于征地补偿安置费的分配缺乏具体细则，缺乏相应的制度保障，造成各地对征地安置补偿费的分配较为混乱，村级留用管理不规范。大多数地区对土地补偿费的分配、管理、使用缺乏规范，具体表现为三方面的问题：一是乡镇参与征地补偿费分配。乡镇政府是基层组织，并非农村土地所有者，却截流了5%-8%的征地补偿费。二是村集体留存比例过大。问卷统计显示，在征地补偿安置费中，34.6%的费用留存在村级。三是对留在村集体的征地款使用和管理缺乏有效的监督，在实际中，有很多地区的农村集体经济组织并不是规范的经济组织，有的连基本的财务制度都没建立起来，缺乏公正的人格化身，承包经营的农民对于农村集体资产并没有决策权、支配权，也没有建立起有效的农民对集体资产的监督制度。不同村对所留部分征地款的使用方式不一样，利用效果也各不相同。有的村没有将留存的征地费进行合理的投资利用，有的村由于决策失误造成上百万、上千万元的征地费血本无归，还有的村干部贪污、挪用、侵吞征地费，使失地农民的保命钱白白流失。这些现象不仅使土地征用补偿费不到位，难以真正保障农民的生活，而且为乡村两级干部贪污、挥霍、挪用土地补偿费开了方便之门。

（三）农民社会保障立法欠缺

我国《宪法》第45条规定：“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下，有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救助和医疗卫生事业。”尽管我国宪法规定了公民享有该项权利，但该规定过于原则化，需要由具体的单行法来进行调整。但到目前为止，我国社会保障立法严重滞后，尚没有一部专门为社会保障制度而制定的法律。社会保障制度的立法缺陷主要表现在以下几方面：

1、最低生活保障制度欠缺。最低生活保障是指社会成员在不能维持最低生活水平时由国家和社会依法定标准向其提供满足最低生活需要的物质援助的社会措施。失地农民作为社会弱势群体，其最低的生活保障权利往往被忽略或剥夺。但是，目前我国的失地农民还无法享受城镇居民的社保待遇。农民失去土地后进城务工，就业非常困难，又无法享受相应的社会保障，生活水平逐渐降低。

2、养老保险制度空白。失地农民失去了土地，就意味着失去了收入来源。征地后一次性地货币补偿给失地农民，却无法长期地保证其今后的生活。农村居民不像城镇居民那样有养老金可以领取，一旦失去土地，生活就更加难以维

系了。农民的养老问题基本都是依靠家庭成员的帮助，也有少部分农民依靠集体组织的帮助。这种依靠道德维系的“社会保障”缺乏法律的保护，难以维护农民切身利益。³

3、医疗保障制度空白。农村生产力的普遍低下，使农民在面临疾病时缺乏强有力的保障。医学技术的进步一定程度上也造成医疗费用的不断增加，这就使得农村医疗保障制度的矛盾更加尖锐，医疗风险凸显，因病返贫现象逐渐浮现。土地被征收后，农民失去了赖以生存的土地，医疗问题更加地突出，因此，医疗保障也应当成为失地农民社会保障的重要方面。

三、保护土地征收中农民基本生活保障权的对策

（一）建立土地的市场补偿制度

在国外，确定土地征用补偿时要考虑的因素较多。加拿大征地机构的“法律出价”一般包括四个部分：被征用部分的补偿，不良影响补偿，干扰损失补偿，重新安置困难补偿。英国土地征用补偿包括土地（包括建筑物）补偿，残余地分割或损害补偿，租赁权损失补偿，迁移费、经营损失费等干扰补偿，其他必要费用支出补偿。德国土地征用补偿包括土地或其他标的物权利损失补偿，营业损失补偿，征用标的物一切附带损失补偿。日本土地征用补偿包括征用损失补偿，通损补偿，少数残存者补偿，离职者补偿，事业损失补偿。韩国土地征用补偿主要包括地价补偿，残余地补偿，迁移费用补偿，其他损失补偿。⁴

参照国外的做法，从实际出发，应当适当提高补偿标准，补偿最好能够体现土地所有权价格。也就是说，参酌国外的土地征收补偿标准，逐步实现以市场地价作为征收补偿的标准，以维持农民的现有生活水平，避免土地征收与地产经营中出现较大差距以及由此引发的征收权滥用现象。此外，为科学确定土地补偿的标准，有必要建立专业的土地评估制度，建立一套健全的完备的土地评估方法，以便在土地征收时委托具有丰富土地专业知识和经验的土地评估师，运用科学的立法进行勘查评估，以确定被征收土地的客观正常交易价格，使被征收人和征收受益人双方均能信服接受。

土地征收补偿的方式，我国原则上规定以金钱方式进行，如土地管理法第

³卢海元：《土地换保障：妥善安置失地农民的基本设想》，载《中国农村观察》，2016年第1期，第36页。

⁴王太高：《行政补偿制度研究》，北京大学出版社2009年第10期，第346页。

47 条的规定，但在某些特殊情况下也使用其他方式，如农业人口转为非农业人口，即以每征收一亩耕地安排一名符合招工条件的多余劳动人口就业，实物的产权调换，移民安置补偿等。非常明显，这种方式同其他国家并无大的差异，但是在现物补偿方面，不仅形式单一，法条简单，而且这些例外的补偿并不能解决因补偿金额过低而引发的种种问题。如前所述，国外土地征收中的现物补偿既是为了充分利用土地资源，同时也是为了减少政府筹措资金的困难和平抑人民的不满情绪。有鉴于此，我们认为，考虑到我国目前尚有许多国有土地闲置荒废或不能成为公共建设用地的状况，在我国土地征收补偿中应当赋予被征收人请求替代地（或代偿地）补偿请求权。这样一方面可以促进土地资源的利用，减少土地资源的浪费，另一方面也可以使被征收人维持其原有的生活状况，同时还可以减少需用土地人筹措资金的困难。需要指出的是，替代地或代偿地的补偿应当根据土地被征收人的请求而作出。倘若被征收人必须依靠土地来维持其营业、职业及其他重要工作时，而需用土地人又能提供适当的土地作为替代地或代偿地时，则被征收人请求补偿其一块土地而免得现金补偿。反之，倘若被征收人不愿意以替代地或代偿地补偿，则应以现金作为补偿。另外，随着市场经济体制的逐步建立和城市经济体制改革的推行，特别是劳动用工制度的改革，农业人口转为非农业人口的补偿方式也已经失去了它的意义。由于农民整体说来素质较低，根本无法在竞争中获得稳定的工作，因此计划经济条件下行之有效的“农转非”的补偿方式已经变成了使失去土地的农民沦落为城市贫困人口的渠道。这是值得我们特别重视的。

（二）明确土地补偿费的归属和运用

土地管理法实施条例规定，土地补偿费归农村集体经济组织所有。由于农村集体土地所有权的主体混乱，容易产生土地补偿费分配上的纠纷。关于农村集体土地所有权主体，一直是理论界和法律界关注的问题，直到新土地管理法出台，才对农村土地所有权的主体作出了较为明确的界定。然而问题并不在于谁行使所有权主体的权利，关键在于谁能真正地承担所有权主体的责任和义务，并以此来制约国家征收权，保护农村经济组织成员的合法权益。

因此，我们认为，第一，集体土地无论是属于乡镇、村或村民委员会的哪一级集体经济组织，其真正的所有人只能是该集体经济组织的成员，即农民。只有

从根本上实现农民对于土地的集体所有权,才能真正实现土地所有权对政府征收权的制约,也才能真正切实保障农民的合法权益。正是由于我国土地管理法缺乏一套保障农民实际享有、行使集体土地所有权的具体途径,农民对其土地所有权缺乏可操作性,因而各类土地经营管理者对土地的管理行为就不能真正表现土地所有人的意愿,对其监督也成为空谈。因此,笔者建议,应当参照村民委员会组织法的相关规定,在土地管理法中增加这样一些内容:凡涉及处分集体土地所有权的经营管理事项,必须经村民大会或村民代表大会讨论决定;对于土地征收协议以及土地征收安置方案必须经村民大会三分之二以上村民或村民代表大会三分之二以上村民代表同意,才能签订或实施,否则不具有法律效力。第二,在我国现阶段实行联产承包责任制的条件下,征地的受偿主体决不能忽视被征收土地的承包人。因为土地征收的法律后果不仅表现为集体土地所有权的丧失,同时表现为土地承包户经营权的丧失。按照民法理论,土地承包经营是一种用益物权,而用益物权是能够独立于所有权而存在的独立的权利。因此,土地补偿费不仅包括对相关集体丧失土地所有权的补偿,而且包括对土地承包人丧失经营权的补偿。再者,从实践角度来看,土地征收往往只是涉及某个集体所有土地的一部分,也就是说,对一个集体经济组织来说,部分成员的承包土地被征收而另一部分成员的土地没有征收的情形是一个常态。在这种情况下,如果只是将集体经济组织视为补偿主体而不考虑土地被征收的承包户的话,那么不管土地补偿费在一个集体经济组织内部如何分配,都将使得丧失土地承包经营权的农民利益得不到应有的保护,从而产生社会不平等现象。

(三) 建立健全失地农民社会保障制度

1、确立失地农民最低生活保障制度。享受最低的生活保障是每一个公民应当享有的基本权利,失地农民作为边缘性群体,丧失能保证其最基本生活的土地之后,更应该将其纳入城市居民社会保障体系,享受最低生活保障。但鉴于各地农村经济发展程度的差异,尚不能在全国所有农村都建立统一的最低生活保障制度。基于上述情况,笔者认为,确立失地农民最低生活保障制度,应从以下几方面着手:首先,科学确定最低生活保障标准。以我国目前的国情,适宜采用现在通行的“最低生活消费实算法”,即确定一张当地生活必需品的清单,内容包括维持社会安定最起码的生活水准的必需品的种类和数量;然后根据市场价格,计

算出拥有这些生活必需品需要多少现金，由此确定的现金金额就是贫困线。最低生活保障线划定以后，并不是一成不变的，应当随着当地的经济发展水平而有所变动。其次，准确界定保障对象。对于失地农民，只要符合条件就应当纳入国家的保障体系内，最大限度地保障失地农民的利益，不能以失地农民获得了大量的土地征收补偿费用而排除之。家庭年均收入低于当地最低生活保障线的失地农民都可以成为保障对象。当然，在实际的过程中，各地应当根据自己的经济发展水平科学确定保障对象。第三，建立合理的资金管理机构。对用于发放的资金如何进行管理是最低生活保障制度的重要内容，它关系到失地农民的切身利益，也涉及到管理机构的工作效率和社会影响。在实践中，可以从中央到地方建立专门机构，对筹备的资金进行专门管理，统筹规划。

2、建立失地农民养老保险制度。政府可以为被征地农民中超过 65 岁的老年人建立一个养老档案，每年从财政拨付养老金，数额相对稳定，与征地经营收益无关。如果政府的财力负担压力过大，集体也可以进行补助。养老金由政府统筹管理，直接发放，可以避免滥用、挪用农民养老金的情况出现。并且每月发放的养老金的数额必须保证在当地最低生活水平线以上。未达到 65 岁的失地农民也可以自筹资金建立一个社保基金账户，自愿存储，政府不予强制，存储金额达到一定数额后，还可以给予利率上的优惠。对于年龄在 55 岁—65 岁之间的农民，如果存储能力降低，政府可以按照比例承担一部分，或者集体补助一部分。

3、完善农村医疗保障体系。首先，设立多元化的医疗保障制度。政府应当建立多元化的医疗保障制度，为失地农民建立相应的社会医疗救助制度。加强多元化的投入，引导社区经济、企业、慈善机构及个人等方面的捐助，来充实失地农民医疗救助基金，如发行各种类型的彩票、开征农村社会保障税等。通过建立多元化、多层次的医疗保障制度，切实保障失地农民有病可医，有病敢医。其次，医疗保障范围重点突出。以我国目前的经济发展状况和我国失地农民的数量来看，想要全面建立面向所有失地农民的医疗保障制度，可能性是很小的。以目前的情况来看，我们应当尽快建立大病保险制度、中老年人特殊救助医疗制度。绝大多数被征地地区经济不发达，尚不具备将失地农民的医疗保障纳入社会医疗保险制度的条件。普通的小病小灾可以不纳入失地农民医疗保障的范围，但是重大病情的发生，政府应当对其有所补助。具体的哪些病情可以纳入

保障范围，可以由当地政府按照经济发展水平及其他因素进行确定。对于中老年的失地农民，政府应当建立新型的医疗保险体系。达到一定的年龄以后，政府可以对中老年失地农民免费办理医保卡，对住院治疗的失地农民采取按花费比例进行优惠，每个花费档次所享有的医疗折扣各不相同，具体的标准和年龄政府可以按照本地区的经济发达程度予以确定，确保失地农民的医疗保险得以顺利实行。

总之，在推进工业化、城市化、现代化进程中，必须始终坚持依法保护农民权益，切实维护好农民的利益，决不能以牺牲农民利益来换取经济的发展和发展的原则。不给农民公平的补偿，不解决好失地农民的出路，不仅是侵犯农民权益，而且是剥夺农业的积累，不仅是一般意义上的牺牲农民利益，而且是牺牲农民的长远生计。不仅造成政府行为不规范，而且极易滋生腐败。在全面建设小康社会，在加快城市化和工业化的进程中，土地征用应当有利于富裕农民而不是造成大批农民失地失业，应当有利于缩小城乡差距而不是扩大社会不公。

【参考文献】

1. 罗豪才：《行政法学》，北京大学出版社 2002 年版。
2. 王太高：《行政补偿制度研究》，北京大学出版社 2009 版
3. 孙笑侠：《法律对行政的控制》，山东人民出版社 2009 年版。
4. [日]盐野宏：《行政法》，法律出版社 2008 版。
5. 王家福、黄明川：《土地法的理论与实践》，人民日报出版社 2001 年版。
6. 陈新民：《宪法基本权利之基本理论》，台湾元照出版公司，1999 年版。
7. 孟醒：《统筹城乡社会保障》，经济科学出版社，2005 年版。
8. 卢海元：《土地换保障：妥善安置失地农民的基本设想》，载《中国农村观察》，2016 第 1 期。
9. 刘彤华：《农保建设中优先考虑失地农民社会保障制度》，东北财经大学学报，2010 年第 3 期。

农村社区治理能力现代化进路之思考*

——基于社区发展权理论的视角

李玲玲¹，李长健²

【摘要】农村社区治理能力现代化对于新型城镇化和农业现代化、信息化的推进具有重要的理论和现实意义。从农村社区治理的机制内涵入手，重构了农村社区治理能力现代化的价值目标，并借鉴社区发展权理论的基点、核心、内核、逻辑思路、支持条件、结构要素、研究范式与农村社区治理能力现代化间的契合点，在此基础上分析我国农村何去治理能力现代化的主体、经济、政治和文化阻碍因素，从“战略要点：制高点、切入点、突破点、着力点、载体面”、“协调匹配问题：公权力的匹配度、存量利益改革、增量利益发展”以及“治理方式方法创新”三方面探索了农村社区治理能力现代化的途径。

【关键词】农村社区 治理能力现代化 社区发展权 农民个体发展权

社区是国家治理体系的基本单元，是国家贯彻政策措施、提供公共服务和实现社会改革的“最后一环节”。十八大报告首次将“社区治理”写入了党的纲领性文件，十八届三中全会进一步提出要推进国家治理体系和治理能力的现代化，并就推进社区治理作了重要阐述。继2014年“中央一号文件”对于“改善乡村治理机制”提出了新的要求，2015年“中央一号文件”进一步提出“创新和完善乡村治理机制”。农村社区是社会治理现代化的基层综合服务管理的“基本单元”，尤其是随着新型城镇化、农业现代化、信息化的推进，构建新型农村社区治理模式、推进农村社区治理能力的现代化已成为刻不容缓的现实需求。在全面深化改革和依法治国的背景下，深刻把握农村社区治理的机制内涵、治理能力现代化的价值目标、阻碍因素，以及相关改进思路，对于进一步提升农村社区治理能力的现代化，促进政府、社区以及市场等治理主体的协同运作和加快农村社区发展与农村法治完善具有重要理论和现实意义。

社区发展权理论强调将“社区”作为一个治理主体，在其性质阐述中彰显集

体人权意义，在其价值理念上追求人的全面自由发展的集体实现，在其实现方式中凸显法治的主导地位.....而这些与当前我国农村社区治理能力现代化的价值目标所谈到的“以实现人的自由而全面发展的社区活力、社区农民民主、社区法治、农民福祉与农民权益保护”等观点具有深度的契合性，因而，社区发展权理论对于我们寻求更新、更高阶层次的农村社区治理能力现代化的提升具有重要的借鉴意义。

一、农村社区治理的显著特征及其能力现代化的内涵

相对于“农村社区管理”中较浓重的“强制管治”色彩，农村社区治理更为中性，其更着眼于社区、农民及其自治组织、社区企业，从侧重于对抗到交互联动，再到致力于合作共赢；在此过程中，农村社区治理将更加强调资源的配置从结构性的调整变化到现实的功能作用发生改变，再到最终的主体性功能发挥也产生变化，是农村社区发展、稳定从避免负和博弈，到严格限制零和博弈、再到寻求多元主体协同共治和利益均衡的正和博弈^[1]。

农村社区管理和农村社区治理既相互区别又相互联系，两者的区别与联系主要体现在以下方面：一是农村社区治理主体的内涵意蕴更为广泛。如农民并不是社区管理的主体，但其作为社区生活主体，同样是农村社区的治理主体^[2]；在农村社区治理过程中，社区也不再仅仅是治理主体，也是被治理的对象；社区中的自治组织也不仅仅是被治理主体，同样也是治理主体^[3]。二是农村社区治理权利的行使更灵活、直接。由于农村社区管理权主要来自于地方政府的授权，因而在其行使过程中会由于信息不对称等多种因素，而导致其绩效受限。而农村社区治理权当中的相当一部分由农村社区农民直接行使，体现出较强的针对性、直接性和灵活性^[4]。三是两者运作机制差异显著。农村社区管理更多的只是一种单向的，强制的，由于时常难以做到“因地制宜”，因而其有效性常常难以保证，而农村社区治理的运作模式是一种多元、包容和复合的^[5]，这也符合我国农村区域特色显著的特征，因而其治理行为的合理性得到更多的认可，有效性也大大增强。

由一元单向治理到多元协同共治的内部结构性的机理变化，意味着农村社区的治理将努力铲除政治生态上可能出现的“人治”，并使各种停留于口头的法治将“无法依存”^[6]。农村社区治理的基本方式必然是法治。而法治尤以其可预见

性、可操作性、可救济性和可持续性等优势著称，因此，需要以法治以上显著优势来凝聚社区农民的利益共识，使农村社区各利益主体在追求各种利益最大化中求同存异，并最终达到利益平衡与利益和谐。并在此过程中，形成社区办事依法、遇事找法、解决纠纷矛盾用法、处理纠纷矛盾靠法的良好法治环境，从而将农村社区的各项事务尽可能地纳入进法治轨道。由此可见，农村社区法治能力在一定程度就体现为其治理能力，或者说，农村社区治理能力的实质就是农村法治。因此如何突破当前的农村法治阻碍因素及其基本的进路设计以实现农村社区治理能力的现代化是本文着重解决的问题。

与农村社区治理能力紧密相关的一个概念是农村社区治理体系，农村社区治理体系和治理能力是一个有机整体，是硬件与软件的关系，更是结构和功能的关系。其中农村社区治理体系具有本质属性，是治理结构的转型，只有当治理结构转型并实现质的突破后，才会带来农村社区治理能力的提升。因此，只有突破了农村社区治理体系的现代化的瓶颈，才能进一步培养和发展治理能力的现代化，只有高水平的社区治理体系才能孕育出高水平的治理能力，在此过程中，治理能力的现代化又反作用于治理体系，主要包括治理主体的治理能力强不强，作用发挥如何，这将直接对治理效能产生积极或消极影响^[8]，从此方面来看，只有不断提高农村社区治理能力才能更好、更充分地发挥社区治理体系的功能和作用。

综上所述，所谓农村社区治理能力的现代化，就是使农村社区治理体系制度化、规范化、程序化、法治化，是农村社区的治理者运用法治思维和制度治理乡村，从而将特色的乡村制度优势转化为各种效能。

二、农村社区治理能力现代化与社区发展权理论

（一）农村社区治理能力现代化的价值目标

作为将农村社区治理能力现代化的首要目标设定为维护社区秩序稳定是符合当前我国农村重要政策和法规的现实要求，然而这还只是其初级目标。第一，农村社区治理应有利于激发农民作为社区终极主体的积极性。这主要体现在两方面：一方面，由于农民是其自身权益保护和社区发展的主力军和内在动力，是主要的参与者和受益者，发挥农民的积极性是农村社区建设的根本保证，必须在保障其物质利益和尊重其民主权利的基础上，把其积极性、主动性和创造性作为社区建设的根本的力量源泉。另一方面，在当前农村利益多元化和文化特征多样化

的背景下,农村社区治理既需要确保社区公共利益和基本主流道德价值得到维护,更需要协调利益,维护一种利益平衡并尊重差异、包容多样化。同时还要进一步发挥社区农民和农民组织生产、生活的积极性,使社区充满生机活力,从而保持一种动态平衡的稳定状态。第二,农村社区治理应有助于扩大社区民主。“没有民众的参与,就没有民主。没有绝对大多数民众的参与,就没有健全的民主”^[9],多数政治学家都承认政治参与对于民主实现的重要性^[10],社区农民的政治参与是其维护自身经济利益和合法权益的重要手段,也是推动社会去治理能力现代化的重要力量。农村社区农民的政治参与主要通过农村自治的渠道而获得。因此,需要广泛发动农民及其各类自治组织参与到社区治理工作中,并应其在引导农民群体行为、维护农民权益、化解农村矛盾纠纷和在社区公共事务和公益事业中勇于承担责任和贡献力量等方面发挥重要作用。第三,农村社区治理应有助于实现乡村法文化的重构。自古以来,文化就被视为是人类社会在其历史进程中由广大人民群众所共同创造出的物质和精神财富的总和。法律文化包容于广义文化概念之中,其历史变迁必然型塑着社会秩序的样态、模式及转型轨迹。法文化发展滞后极大地影响了我国法治的进程,尤其在在我国广袤的农村地区,法文化的缺失,法观念的淡漠,直接限制了农村治理能力提升的力度和深度^[11]。因此,农村社区治理能力现代化的推进一方面需要法文化的重构为其创造良好的土壤环境,另一方面法文化的重构也在农村社区治理能力现代化进程中不断地优化升级。第四,农村社区治理还应有益于保障农民权益。政治权益和经济权益共同构成农民权益最基本的两个方面,也是其权益的核心内容。其中,经济权益更为基础,并处于决定性地位,而政治权益主要对经济权益形成保障作用,并在深层次地影响着经济权益。鉴于农业在国民经济中的基础性地位,由此而带来农民这一社会主体的特殊地位。而农民权益又是农民作为一社会主体存在的基本条件,从某种层面上看,更成为其他社会主体存在的前提条件^[12]。可见,农民经济和政治权益无法得以保障是农村发展难以稳定的关键因素。因此解决和处理好农民最关心最直接最现实的利益问题和,将有助于显著提升农村社区治理能力,从而对农村稳定和经济发展将起着事半功倍的作用^[13]。

（二）农村社区发展权理论与农村社区治理能力现代化的契合性

社区发展权作为发展权理论的重要组成部分,其最核心的内容在于强调将社

区视为社区主、客体发展权互动、融合实现的时空载体，并在此互动、融合实现的过程中以社区的形式来享有各项发展权利的总和。就其实质来看，社区发展权似乎属于集体人权，但其又在某些方面区别于一般发展权。诸如，其所承载的权利是由主客体时空融合、互动而成，其表面上是社区所享有的各项发展权利，但实质上落脚到的还是社区成员所享有的现实发展权利。因而，可以说社区发展权是社区个体发展权在主、客体融合的时空载体下的一种集体实现形式^[14]。该实现过程主要包含两个层面，首先是外部发展权的实现，主要通过法律形式实现社区所享有的政治、经济与文化等各项发展权利。其次是内部发展权的实现，即通过一种内部民主治理的实现形式，并按照相关民主原则来实现社区个体的发展权利^[15]。可以这样说，社区发展权的创设突破以往静态、平面思维的权利构建，而形成了一种动态、立体的权利构建，在此种立体的构建、互动中达到里面个体人的全面自由发展的集体实现。

1.社区发展权的基点——发展利益与农村社区治理能力现代化：发展利益的阶进性

发展利益主要包括农村社区内部产生的发展利益（亦可称为存量利益）与外部对农村社区的资源供给而产生的利益（亦可称作增量利益）。对照存、增量利益，从基于对利益调整 and 平衡以及农村社区民主发展的需要，应在现有农村社区自治等存量民主的基础上发展增量民主^{5[16]}，才能较好地实现发展利益平衡与协调、平等共享。在利益发展中，通过围绕实现农民自由全面充分发展和农民权益保障出发，构建动态发展的农民民主，从而有效推进农村社区治理能力的现代化，使农民能够平等享受存量利益和增量利益。

2.社区发展权的核心——发展权利与农村社区治理能力现代化：时空载体的一致性

发展权作为 21 世纪的一项新型权利，其实质就是弱者权利。我国农民仍属于弱势群体，由其农业的基础性地位，可以导出农民这一主体的基础性和前提性地位。促进农民群体的全面、自由而充分的发展同样是当前我国农业现代化建设的必需内容。农村社区权作为一种更高阶的农民弱势群体的发展权，不仅顺应了主客体和谐发展并彼此互为整体统一，而且作为实践此种和谐的时空载体来促进

5增量民主在现实中有着重要的意义和丰富内涵，主要包括五个层次：一是，必须以足够的存量民主为基础；二是，应是原有存量民主的增加，以此形成新的突破；三是，此种突破是渐进换而的，而非突变型；四是，直觉增进放大公民利益；五是，以基层民主为突破口。

农民发展权的实现，而农村社区治理能力现代化的价值目标同样需要以农村社区作为时空载体来达成^[17]，其相关进程在某种层次上与农民发展权实现的进程保持和谐一致。

3.社区发展权理论的内核与农村社区治理能力现代化：实现目标与实现方式的一致性

社区发展权强调在社区发展的实践中促成社区成员的全面自由而充分发展的集体实现。而在农村社区治理能力现代化的过程中，社区不仅是治理的对象，同样也是治理的重要主体，当农村社区作为被治理的对象时，其表面是农村社区所享有的经济、政治与文化权利，而实质却是农村社区的农民群体所享有的现实发展权利。同时，社区发展权一方面通过法律实现社区成员所享有的发展权利（增量民主），另一方面还通过内部民主自治形式来实现（存量民主）农村社区成员的发展权利^[18]。而农村社区治理权当中，原本就有一部分由公权力的介入行使，另一部分由农村社区成员直接行使，这里面所体现的共治与自治的内涵与农村社区发展权的两种实现形式又是不谋而合。

4.社区发展权的理论逻辑思路与农村社区治理能力现代化：最终逻辑实践点的契合性

一方面，社区发展权理论体现了一种对农民权益保护理论的重要检视，更加凸显农民权益可持续保护的观念，其以和谐社会的构建为理论逻辑起点和以农民权益的可持续保障为逻辑实践点。另一方面，农村社区治理的可持续的基本方式必然是法治，并以法治的可预见性、可操作性、可救济性等优势来实现农民依法追求和实现自身利益最大化^[19]，这里面本身就体现的是一种对农民权益可持续性保护的逻辑思路。社区发展权还强调从法治视角规范农民存量利益增量利益的产生和分配，而农村社区治理能力的现代化内在的利益机制实质就是农民利益的协调与平衡，寻求一种利益和谐发展。

5.社区发展权理论的支撑条件与农村社区治理能力现代化：相互作用与反作用的一致性

社区发展权理论构建离不开主体条件、文化条件的支撑，其中重要的内容就包括农民的权利意识、民主意识的增强，以及农村法文化的发展，农村法制的变迁等，同时还包含政治、经济、社会条件。农村经济的快速发展、农民民主也在

不断完善，同时，随着新型城镇化进程的推进，社会融合也进一步加快，这都为社区发展权理论提供了主体条件、经济条件、政治条件以及文化、社会条件^[20]。农村社区治理能力的现代化同样离不开以上条件的支持，甚至深深依赖于以上条件的好坏。

6.社区发展权的内在结构要素与农村社区治理能力现代化：三要素与三能力的契合

社区发展权理论的内在要素主要是指社区个体成员在经济、政治和文化等领域所享有权利的综合，且三方面相互依存，互动互促，辩证统一。其中经济要素体现在：一方面社区经济建设是社区发展权的重要内容；另一方面社区发展权的实现也有利于促进社区经济发展。同时，社区经济发展也是社区成员经济权益及其他各项权益保障和可持续发展的重要基础和内容；政治要素主要体现在：通过社区发展来实现成员参与社区公共事务中的决策、管理与监督；文化要素主要体现在：主要体现在成员文化素质的提高，社区先进文化及文化多样性，还包括社区文化产业发展等。而农村社区治理能力现代化最基本的考量因素就包括经济治理能力、政治治理能力以及文化治理能力，这与社区发展权理论的内在三要素同样一脉相承。

7.社区发展权理论的研究范式与农村社区治理能力现代化：深层机理的内在契合性

在社区发展权理论的研究范式方面，一是社区发展权理论的构建以农民发展利益为基点，一方面通过改革和发展存量、增量利益，进一步提高可供分配的发展利益的总量，另一方面通过社区农民民主建设，努力改变农民弱势群体的地位，从而使其平等分享社会发展的成果。可见，农村社区发展为农民对发展利益的平等有效地分享提供了时空载体。二是社区发展权寻求农民合法权益保护从平等生存权向平等发展权转变，这是寻求农民合法权益更高层级的保障。三是社区发展权基于主体和客体融合、互动的视角，以社区建设为现实载体，社区农民可通过主动地、有选择性地、创造性地参与到社区实践，并在各项活动中以一种规则机制直觉实现其目的，并在社区发展的形态中确证其力量，这样达到个体与社区共同全面而充分发展的目的^[21]。而农村社区治理能力现代化致力于社区多主体协同、合作、共赢和善治的思想理念所追求的正是“对农民合法权益的可持续保障”

到“发展利益的平等分享”以及“社区农民全面自由充分发展”到最终“主客体最高状态的统一——社会和谐发展”。

三、农村社区治理能力现代化的阻碍因素分析

在上文的价值目标中，我们就谈到农村社区治理能力现代化的价值目标就包括：有利于社区治理的法治化、有利于社区法文化的重构。法治是国家严格依法治国所形成的理想状态，是法律在国家领域内和国家意义上的现实化^[22]。法治社会是法治国家基础上所追求的一种理想的社会状态，它需要一系列相应的基础条件来支撑，诸如主体意识、经济基础、民主政治以及法文化意识等，而我国农村社区治理的现状在以上方面存在着诸多阻碍因素。

一是农民治理主体的不足——农村社区治理能力现代化的主体障碍。农村社区治理意味着多元主体管理，而不是单一主体管理，而农民是当前农村社区治理中重要的基础性主体。农村治理主体是实行农村法治和实现农村社区治理能力现代化所解决的理论与实践前提。农民作为农村法治和农村社区治理能力现代化进程中最重要成员，不仅存在着法律意识淡薄、法律知识缺乏等缺陷，在借助法律制度维护自己权利，履行法定义务，实现自己利益的法律能力等层面更是存在诸多不足^[23]。而其中农民法律行为直接受支配于其法律意识和法律知识，但两者的先天不足及其相互的恶性循环，直接导致农村法治推进和农村社区治理能力现代化进程困难重重。

二是农村经济发展的落后——农村社区治理能力现代化的经济障碍。基础不牢，地动山摇。农村社区治理能力现代化进程的经济基础同样有如此的表现。历史实践证明，现代法治社会的基础是市场经济，只有市场经济才是法治社会发展的经济基础^[24]。换句话说，只有农村经济才是推进农村社区法治和提升农村社区治理能力的经济动力。农村社区治理能力现代化进程推进的基础就是农村经济，因为农村经济的基础直接决定了作为上层建筑的组成部分——农村社区治理能力。而在当前，农村经济还相当薄弱，与城市经济还有着较大的差距，在此种经济背景下，农民对于法治需求不高，对于运用法律知识来调节其政治、经济、文化社会生活的要求也不高、也不迫切，导致其对于各项经济活动中出现的纠纷、矛盾也没有相应的法律意识和法律知识支配其去采取一定的法律行为。可见，落后的经济基础一定程度上带来了农村法治推进和农村治理能力现代化进程的缓

慢演进。

三是村民自治制度实践的缺陷——农村社区治理能力现代化的民主政治障碍。一方面，由于缺乏有效的民主机制，农村社区村民委员会议事和相关社区公共事务决策的民主程度不高。对于村干部管理社区公共事务和公益事件也没有相应的硬约束，使得村民自治制度“陷于”形式。村委会常常“异化”为村干部满足个人意志和谋求一己私利的工具，更多地表现为村干部“说了算”，常常无法体现政治民主的本意。另一方面，农村社区公权力往往在实践中轻视或无视村民自治已有的制度安排，对其自治制度所规范的权力“过度侵蚀”或“过度干涉”，一方面削弱了村民民主自治的积极性和主动性，另一方面也由于“挤占”村民自治的权威，最终使其无法实现。此外，需要指出的是，民主同样是有成本的，其更需要为其主体带来利益，当前村民民主自治的积极性、主动性不高一个重要原因，是由于村民民主意识中预期参与民主的成本远大于收益，特别是由经济原因导致农民参与基层民主的途径和能力受限。

四是传统农村法文化的不足——农村社区治理能力现代化的文化障碍。我国的传统文化主要以儒家学说为思想根基，在其深层次的蕴意中侧重强调人治而轻视法治，倾向于淡试法律的地位和作用，常常将治理能力与绩效寄希望于所谓的“清官”、“圣君”、“贤达”等。我国广大农村由于受到中国传统文化的影响较深，宗法观念根深蒂固，其在某些层次总试图显现“人治”传统的“威力”，而视法律为统治工具的一种“辅助”，这与法治所要求的法律至上、权利本位、权力制约和公正、平等等法律所宣扬的理念相违背。长期以来，大量的制定法在管理农村社区事务中被各种所谓的“宗法”所规避，众多纠纷游离于法院之外^[25]，农民合法权益遭遇侵害“不找法院找政府”，轻视法治、漠视权利观念普遍存在。

四、农村社区治理能力现代化的思路重构：

基于社区发展权理论的借鉴

（一）农村社区治理能力现代化的战略要点：制高点、切入点、突破点、着力点和载体面

农村社区治理工作纷繁复杂，千头万绪，必须从整体把握，寻求有效的战略路径，找到农村社区治理的制高点、切入点、突破点、着力点和载体面。①社区发展权理论的支撑要素指向：农村法文化的伦理塑造——农村社区治理的制高点。

农村法文化与农村法治紧紧相连，其作为农村社区人口文化素质、价值观、人际交往、生活方式的反映，是我国社会主义新农村建设战略的重要组成部分。由于农村社区治理工作将直接作用于农民行为，但其行为又是受其思想的影响，因此，引导思想观念，构建先进的法文化、重新塑造社区法文化伦理，是农村社区治理能力现代化推进的更为根本之策^[26]。需要培植法文化在农村社区生存的现实根基，以实现法治秩序与农村社区自身秩序的伦理融合，这本身就是一个相当漫长的过程。

②社区发展权理论的核心指向：保障农民合法权益——农村社区治理的切入点。当前农村社会因土地征用、房屋拆迁等问题引发的矛盾纠纷多种多样，甚至演变为多起“暴力”事件，除各方面客观原因外，一个重要的深层原因就在于没有处理好社区各利益主体的利益分配问题，尤其表现为没有较好地把握好“如何保护农民弱势群体在利益分配中的合法权益”问题。实践证明，只有维护好、解决好农民最关心最直接最现实的利益问题，才能从源头减少农村社会矛盾^[27]。

③社区发展权理论结构要素的核心构成：发挥农民基础性的主体作用——农村社区治理的突破点。农民作为农村法治的最重要基础性主体，是我国实现农村法治的基础。如同其他项目一样，农村法治如果没有农民的参加如同一个强制空壳的农村法治。因此，农村法治是绝对无法脱离农民意识来完成。一方面，必须要按照法治的基本标准要求，在提高农民文化素质进程中着重配合进行必要的法制教育，增加其法治主体的知识以及引导其不断增强法治主体的意识，最终强化其作为法治主体的基本能力。另一方面还需要通过农民自治组织，让农民自己组织起来解决自己的问题，健全社区党组织为核心、以农民自治组织为主体，农村社区各方广泛参与的社区管理服务体系，努力将农村社区建成政府对农村进行管理的平台、农民日常生活的依托、农村社会和谐稳定的基础。要以扩大农民的有序参与、推进信息公开、加强农民议事协商、强化权力监督为重点，努力让社区农民更好地行使民主权利，从而提高自我管理、自我服务水平^[28]。

④社区发展权理论的本质属性的回归：农村法治——农村社区治理的着力点。历史经验证明，农村法治是农村社区治理的基本方式，别无他路。改革开放以来，我国农民创造了村民自治、依法治村等适合我国农村经济社会发展特质的制度管理形式，才使得中国农村逐步由“政治秩序”向“法治秩序”转变。毋庸置疑，在农村法治建设的道路中，必须以一种整体和差异性的眼光去审视中国农村社会的自身秩序与规律特质，就

目前而言，政府整体性的法制变迁推进方式非常必要，但完全依靠政府全面的强制性变迁肯定是不够的，结合当前社会转型、城乡结合更为紧密的背景，还必须注重培育农村内生诱导性法治变迁力量的壮大，并结合城乡法治的整体性问题和城乡互动的优势面以及农村法文化内在推动演进的道路，走一种整体与差异法治相结合的道路。^⑥农村社区治理的载体面就是社区发展权⁶。在当今主体多元化、社会关系与社会利益交织错扎、冲突的社会，农民权益同样伴随着社会主体、社会关系及社会利益的变迁而发展。仅通过个人选择已无法满足各利益主体间的利益平衡与协调，更需要通过不同组织进行集体选择的方法来实现新的利益平衡与协调。因此，农民权益保护需要以一种动态发展的眼光来拓展。因此，根据社区发展权理论的要义，应当在农民与社区互动发展的视野中，以农民为中心的主体发展权与以农村社区土地为主的客体发展权来立体、动态构建权利相关政治、经济、文化权利维度，并选择以农村社区为发展权实践的时空载体，从而寻求到农民权益保护的更高阶层次和农村社区治理的更高阶水平^[29]。

（二）农村社区治理能力现代化中的协调匹配问题：发展利益问题——社区发展权理论基点的借鉴

一是发展利益问题解决的前提：政府公权力的地位问题：政府在治理主体体系中扮演的角色。十八届三中全会指出，在当前的经济体制改革中，处理好政府和市场的关系是当前最为核心的问题，并将市场在资源配置中的“基础性”作用上升为“决定性”作用。这说明，在农村社区经济建设领域，必须发挥市场配置资源的能力，也就是说，政府必须给市场让路。但农村社区治理与农村社区经济建设还是有很大的区别，不能就此定位政府公权力在农村社区治理中的功能定位为其在农村社区经济建设中的“服务”、“补缺”角色。社区治理还包括基本秩序的维护、农村社会风险的化解、危机的处理、矛盾纠纷的处理等，而在这些方面，政府公权力的介入一定的主动权，而不能坐等社区自治组织或个人无法处理时才出面处理，如对于农民政治权利和经济利益遭受严重损害的社区，政府公权力也要积极介入。检验政府公权力介入治理中的效力问题，不仅要看其在危机中的应急、应变能力，更要以农村社区常态化中的矛盾纠纷预防和化解处理机制是否正有效运作。实践证明，政府要在维护社区秩序和化解农村社会纠纷矛盾事务

⁶这里并非为“农村社区”而为“社区发展权”，主要是想强调农民与其所生活和生产的农村社区产生的一种动态的互动而非一种静态载体。

中，对于有效避免小矛盾演化成大矛盾需要承担更多的责任，在此过程中，关键在于在农村矛盾纠纷排查、预警、化解、处置机制中把握住矛盾的源头，并将对各项矛盾纠纷实行动态监管与必要的应急处理两者有机结合^[30]，同时还应注重发挥自治组织精英和部分乡规民约的比较优势的积极作用。

二是发展利益之一——存量利益⁷的改革问题：农村社区自治组织如何提高治理能力。村民自治作为农村社区基层民主政治的形式，是一种源于农民的制度创新。当前，村民自治制度作为一项重要的农村民主制度已成为广大农民及其自治组织参与社区实践的重要法律依据，并逐步具有了成为不可剥夺性和不可转让性，其发展重心也由早期的组织重建转为目前的权利重构与权利保障，其实践重心也由选举转为治理。由于治理绩效和能力体现的表征直接指向为“是否有效果、是否产生了失灵”⁸。因此，要高度重视农村自治组织的治理能力建设。农村社区建设是农村自治的重要实践载体形式，因此，其民主治理需要普遍建立农村居民广泛参与的民主机制，以形成良性互动互促的内外部制度环境。而由于受到来自行政层面的权利干预，当前农村社区自治组织难以以“独立自主”的姿态管理社区事务，并出现一系列的“越位”与“错位”现象。主要应从以下方面完善：首先要重新配置农村社区各项公权力，凸显农村社区治理从行政权力的单向制约向多元权力的协同互动互促转变，以形成社区自治组织凭借自治制度合理配置的社区公共权力对各项公共事务和公益事业进行“份内”的组织与管理的活动，逐渐由政府主导型向社会主导型转变，其次，要尊重和保障农民参与农村社区公共事务和公益事业的权利，通过开展群众性的自助活动，充分调动村民及其自治组织的积极性，凭借“以事养人”的形式来整体提升农民自治组织治理社区事务的内在管理与服务能力，进而总体增强社区凝聚力。再次，通过社区资源的整合和公共财政的倾斜，调动农村社区自治组织广泛参与各项农村社区建设的实践中，并在此项目实践中实现对政府官员和村干部行为的监督，从而使农村社区项目实践始终以最广大农民群体的利益为方向。此种方式不仅有利于强化农村基层民主建设和拓展农民参与公共事务的途径，更有利于培育农民自治组织治理社区事务的能力，并最终形成对农民权益的可持续保障，从而促进农民个体发展权与社区集体发展权的和谐统一实现。

⁷此处的存量利益可理解为一种存量民主，而存量民主也是为了产生更多的存量利益。

⁸有关失灵的问题，政府存在，自治组织作为另一个治理主体，同样难以逃脱。

三是发展利益之二——增量利益⁹的发展问题：多元协同主体如何协同匹配、实现低成本合作。在农村社区多元主体的协同治理实践中，主要存在：多元主体间如何协同？匹配度如何？以及运作成本如何降低等问题。由于是一项复杂的系统工程，因此需要发动全社会的力量共同参与和完成。更多的表现为一种政府的引导推动、自治组织精英的主导以及农民群众的基础主体作用的发挥。实践中，还可能会因事项性质的差别而选择不同的协同治理主体进行牵头¹⁰，政府牵头会在在各方面关系的协同中呈现较好的优势，但也会出现某些社区自治组织在项目实践中存在一定的匹配度问题；而社区自治组织牵头时，那么政府公权力又该如何介入与配合，以及将在多大程度上介入和配合，都是需要深入思考的，但总体来看需要始终要把握“真正方便农民群众参与社区公共事务管理”的原则，以及“发挥村民自治精英的主导作用、发挥农民群众的主体作用”的基本定位^[31]，同时还要考虑各协同事项所付出的协同成本，通过多方案的比较和评估，尽可能做到调动了较多的积极性，又节省了较多的协同成本。

（三）农村社区治理能力现代化的方式方法创新——社区发展权理论深挖和突破的借鉴

推进农村治理体系和治理能力现代化，关键在于治理方式和方法的创新，需要着重把握以下方面：一是，非对抗性和“软法”的作用。主要通过变强制整治为利益和利益机制的诱导疏通，变刚性方法为柔性灵活处理方式。如在农村社区治理软法方面，应更加注重发挥激励性法律法规和乡规民约等自治规制的作用。二是，契约化和合作规制化。主要通过变行政命令为协商的契约，变行政指挥为耐心指导下的合作规制。如村干部作为村民自治的制度直接实施者，必须是一支德才兼备的队伍，其在制度落实过程中，需要具备高尚的道德品质，并懂得用优秀的品质感化村民，才能收到“事半功倍”的功效。三是，提供服务和民生福利。具体要求，主要通过变“高高在上”的监管为踏实服务，变强制命令为利导的竞争机制。如可在创新农村社区管理体制方面，通过以挖掘社区内部组织和个人的服务潜力为突破口来整合社区内部的各项服务资源，一方面以开展村民组织、村民间的自助和互助服务的形式来进一步促进社区村民和睦相处、友爱互助，并形成以诚信为基础的互惠互利的合作关系；另一方面还可以以“外销”社区服务资

⁹此处的增量利益可理解为一种增量民主，而增量民主就是在内部治理（自治）之外的民主，即包括多主体的协同治理。

¹⁰这里的“牵头”与“引导推动”、“主导作用”、“主体作用”并不冲突，牵头也并不等于“引导推动”。

源的方式为契机,建立特色服务型的农村社区,变服务资源优势为经济效能。四是,以利益和利益机制层级。主要从利益代表、利益表达、利益产生以及利益分配等方面出发,组织和协调好在社区治理中的利益失衡问题。如乡村法文化的重构,需要以文化利益、文化驱动与文化和谐作为我国村法文化渐进的理论根基,建构政府、社区与农民及其自治组织三元主体共同参与的农村法文化供给机制^[32]。五是,程序化与信息化手段。通过变不确定性为程序性,变边缘化为精度化。如可注重采用法律规章制度与乡规民约的程序化方式相结合的技巧来处理社区中实体上难以公正判别的矛盾纠纷问题,同时可利用信息化手段构建以农村社区农户信息为中心的管理系统来提高治理效率和增强治理精度^[33]。

【主要参考文献】

- [1].吴群刚,孙志祥. 中国式社区治理: 基层社会服务管理创新的探索与实践[M].中国社会科学出版社.2011(01):17-19.
- [2].陈家建. 中国农村治理研究的理论变迁[J]. 江汉论坛,2015,01:140-144.
- [3].韦少雄. 我国村民自治法治化的演进逻辑及其制度创新[J]. 江汉大学学报(社会科学版),2015,03:38-43+125-126.
- [4].李增元. 村民自治到社区自治: 农村基层民主治理的现代转型,山东人民出版社[M].2014(11):43-44.
- [5].刘伟红. 社区治理——基层组织运行机制研究[M].上海大学出版社.2010(08):37-39.
- [6].张艳国,尤琳. 农村基层治理能力现代化的构成要件及其实现路径[J]. 当代世界社会主义问题,2014,02:54-66.
- [7].李增元. 基础变革与融合治理:转变社会中的农村社区治理现代化[J]. 当代世界与社会主义,2015,02:164-170.
- [8].田雄. 虚置与重构: 村民自治的主体缺失与制度干预——以长三角北翼的黄江县为例[J]. 南京农业大学学报(社会科学版),2015,03:.
- [9].Mark Lawrence Kornbluh L.,Why America Stopped Voting:The Decline of Participatory Democracy and the Emergence of Modern America Politics,NewYork university Press,2000:216.
- [10]. [美]安东尼·奥罗姆(张华青,孙嘉明等译),政治社会学[M].上海人民出版社 1989 年版,第 282 页。
- [11].王虎,李长健. 对新农村建设中法文化建构的多维度考察[J]. 青岛农业大学学报(社会科学版),2008,04:26-31.

- [12].李长健. 论农民权益的经济法保护——以利益与利益机制为视角[J]. 中国法学,2005,03:120-134.
- [13].尤琳,陈世伟. 国家治理能力视角下中国乡村治理结构的历史变迁[J]. 社会主义研究,2014,06:111-118.
- [14].李长健. 农民权益保护视角下新农村社区发展法律问题之思考[J]. 政治与法律,2010,01:67-75.
- [15].李长健,伍文辉. 多维视角透析农村法治的困境[J]. 黑河学刊,2006,02:32-34.
- [16].俞可平. 民主与陀螺[M].北京大学出版社.2006(03:318~319).
- [17][18][20][29]李长健,伍文辉. 基于农民权益保护的社区发展权理论研究[J]. 法律科学.西北政法学院学报,2006,06:33-40.
- [19].吴业苗. 农村治理体制改革与社区服务发展[J]. 黑龙江社会科学,2015,05:92-98.
- [21].许远旺,卢璐. 从政府主导到参与式发展:中国农村社区建设的路径选择[J]. 中州学刊,2011,01:120-124.
- [22][24].李长健. 我国农村法治的困境与解决方略研究[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版),2005,05:622-626.
- [23].罗中枢,王卓. 公民社会与农村社区治理[M].社会科学文献出版社.2010(07):21-22.
- [25].张伟仁. 中国法文化的起源、发展和特点(下)[J]. 中外法学,2011,01:6-23.
- [26]. 王彦东,王维国. 农村社区治理的伦理路径[J]. 道德与文明,2015,03:100-103.
- [27].李玲玲,李长健. 农村社区发展推动农民权益保护绩效评价体系研究——基于 PSR 模型的分析[J]. 华中农业大学学报(社会科学版),2013,03:109-117.
- [28].唐建平,梅祖寿,刘明君. 健全组织:扩大村民在社区治理中的公共参与[J]. 华中农业大学学报(社会科学版),2013,03:104-108.
- [30].周沛. 农村社区发展道路与模式比较研究——以华西村、南街村、小岗村为例[J]. 南京社会科学,2000,10:59-66.
- [31].张铭. 乡土精英治理: 当下农村基层社区治理的可行模式[J]. 兰州大学学报(社会科学版),2008,01:10-18.
- [32].王虎,李长健. 对新农村建设中法文化建构的多维度考察[J]. 青岛农业大学学报(社会科学版),2008,04:26-31.
- [33].胡志全,马广鹏,吴永常. 农村社区治理及信息化管理模式研究[M]. 中国农业科学技术出版社,2012(12):71-73

慈善信托近似原则在美国立法中的发展及其启示

李喜燕^{* 11}

【摘要】当慈善财产无法按照捐赠人意愿得以使用时，如何既不违背捐赠人意愿，又能充分发挥慈善财产的公益效用是慈善立法必须考量并解决的问题。慈善信托近似原则在美国经历了被拒绝、被认可、进一步拓展的不同阶段，其在美国的新发展表现出相关立法日益融合、捐赠人意愿优先保障、尽可能发挥慈善财产公益效用等特点。事实表明，解决此类问题的关键是实现捐赠人意愿与公共利益之间的动态平衡。而我国当前立法尚存在近似原则界定不明、相关规定不够全面周延、适用程序不够中立灵活等问题。我国应该利用慈善事业基本法制定的契机，辩证地吸收美国经验，以达到落实捐赠人意愿与发挥慈善财产的公益效用之间平衡的最佳效果。

【关键词】慈善信托 慈善捐赠 美国 近似原则 行政背离原则

随着时间的推移和社会的发展，慈善捐赠财产往往面临无法按照捐赠人（委托人）^[1]意愿^[2]得以使用的问题。面对此类问题，如何尽可能地遵循慈善捐赠人意愿，又充分发挥捐赠财产的公益效用，是激励慈善捐赠，推动慈善事业发展的必然要求。我国已经高度重视慈善事业发展的的问题，正在紧锣密鼓地开展慈善事业基本法的制定工作，但2015年3月我国人大法工委主持起草并正在广泛征求意见的《慈善事业法（草案）》（下称草案稿）在有关捐赠人意愿与慈善财产的公益利用方面存在诸多不足。域外考察表明，慈善信托近似原则一向是英美法系国家处理类似问题的有效工具。我国学者尽管已经对此内容有所涉足，^[3]但尚缺少从动态发展的角度对该原则的分析^[4]，更欠缺从慈善捐赠人意愿与公共利益的动

11 李喜燕，重庆文理学院法学系副教授，法学博士。

【基金项目】重庆市社科规划培育项目（2014PY83），重庆文理学院重大培育项目201310。

[1] 在英美法系国家，委托人与捐赠人并没有作区分。也有其他学者常常为英国慈善法文本中同时出现的 trustor 和 donor 感到迷惑，因为在我国的民法体系中两者代表不同的法律关系，而英美法则没有作区分。参见韦伟：“论基金会法人财产运用中的‘近似原则’及其适用”，载《法商研究》2009年第3期，第63-69页。下文中提及的捐赠人在适用慈善信托的形式下也指委托人。需根据上下文情况而定。

[2] 在我国现有的文献中多数将 donor intent 翻译为捐赠人意图，但是在我国相关立法中一般使用捐赠人意愿一词，虽用词不同，但为同一个意思。

[3] 韦伟：“论基金会法人财产运用中的‘近似原则’及其适用”，载《法商研究》2009年第3期，第63-69页。万妮娅：“论近似原则在公益信托中的适用”，载《研究生法学》2007年第1期，第84-90页。吴键：“评公益信托之力求近似原则”，载《当代法学》2002年第12期，第48-58页。

[4] 尽管有学者从历史发展角度对英国近似原则的起源和演变予以一定的分析，并得出“近似原则是英国人尊重个人意愿和保护公共利益之间的这个平衡点”这一结论，但该文并未对

态平衡的研究。本文将从美国慈善信托近似原则发展轨迹切入，探寻其立法发展的趋势和特点，从而为我国慈善事业立法提出有益的建议。需要说明的是，虽然英美法系的慈善信托移植到我国后一般称作公益信托^[5]，但出于表述和行文方便，本文全文采用慈善信托的说法。

一、慈善信托近似原则的渊源

（一）近似原则的产生

“近似原则”（Cy-Près Doctrine）一词源于诺曼民族，由法语“cy pres comme possible”演变而来，意思为“as near as possible”^[6]或“as near as may be”^[7]。“Cy-Près”的法语发音似乎更像是“see pray”。传入英国以后，该词的发音类似于“si press”。更普遍的用法是法语和英语的组合“si pray”。^[8]近似原则作为一种法律原则首见于罗马的查士丁尼法典，最初主要适用于遗赠财产，其基本规则是当遗赠人的原始意愿被发现非法而不能实现时，通过适用近似原则，将该财产用于其他的目的，以保证慈善信托继续有效，而不是把遗赠财产返还给遗嘱人或者其继承人。近似原则的适用最终保障慈善财产能够继续留在慈善事业中，而不会返还给遗赠人或者其继承人。可见，该原则的缘起并非仅仅作为执行意愿的工具。因此，有人提出近似原则的根源事实上是从民法中找到的。^[9]在罗马的案例中，当捐赠人捐赠财产的特定意愿被发现非法时，该笔财产将被用于合适的目的，以保留对捐赠人的纪念。^[10]其原理在于，若因技术困难而把遗赠用于慈善目的的财产返还给遗嘱人的继承人是公平的。近似原则的适用表明捐赠人的意愿不是慈善财产利用的唯一标准，在尊重捐赠人意愿的同时，也强调发挥慈善财产的公益效用。

（二）两种近似原则的适用与区分

近似原则在 15 世纪引入英国。^[11]那时的人们普遍认为慈善遗赠的目的是为

美国有关该问题的历史发展及我国关于近似原则的适用进行分析研究。参见解锐：“从判例法到成文法：力求近似原则在英国的起源和演变”，载《青岛行政学院学报》2010 年第 1 期，第 105-109 页。

[5] 刘迎霜：“我国公益信托法律移植及其本土化”，载《中外法学》2015 年第 1 期，第 151-170 页。

[5] Estate of Jackson, 92 Cal. App. 3d 486, 489, 155 Cal. Rptr. 380, 381 (2d Dist. 1979).

[7] *Simmons v. Parsons College*, 256 N.W.2d 225, 227 (Iowa 1977).

[8] Mark S. Dennison, *Circumstances Warranting Application of Cy Pres Doctrine to Modify Terms of Charitable Trust*, 88 Am. Jur. Proof of Facts 469, 477 (2006).

[9] John S. Bradway, *Tendencies in the Application of the Cy Pres Doctrine*, 5 Temp. L.Q. 489, 490 (1931).

[10] See Joseph Willard, *Illustrations of the Origin of “Cy Près”*, 8 Harv. L. Rev. 69, 69-70 (1894).

[11] Perry, *The Law of Trusts and Trustees* § 690 (7th ed. 1929).

了赎罪以实现永恒的幸福。^[12]当特定慈善意愿不可能实现时，通过适用近似原则而将遗赠财产用于其他的慈善目的，能够救赎遗赠人的灵魂，以使其不被遗忘。

但是后来的实践中，英国法院存在两种性质的近似原则：王室特权性质和衡平司法性质。^[13]现有资料只能概括地说明现代衡平司法性质的权力源于以往的王室特权性质的权力。最初国王被视为是为了公共利益而捐赠的所有财产的宪法受托人，^[14]能够公正地对待他的臣民。后来这些权力的大部分渐渐被国王的议会所取代，然后下放给独立的大法官，^[15]成为对于大部分慈善机构适用近似原则的司法性权力。^[16]因为适用近似原则的职责通过王权授予了大法官，^[17]大法官行使了双重职能：他作为王室职能履行者适用特权性质的近似原则，作为司法官员适用司法性质的近似原则。区分两类近似原则的历史原因是模糊不清的，在能够被找到的案例中两种类型没有明确的界限。在以下两种情况下，只能通过王室特权性质的近似原则处理，一是捐赠被用于非法目的或与公共政策相反的目的而导致捐赠无效，二是捐赠用于一般的慈善机构。^[18]

不过，王室特权性质的近似原则被认为是完全不考虑捐赠人意愿的自由处置手段，而司法性质的近似原则逐渐成为实现捐赠人意愿的专用工具。能够追溯到的适用王室特权性质近似原则的案例主要是对宗教的迫害。许多向宗教用途捐赠的财产要么因违反了抑制迷信用途的立法，要么因违反了这些法规所表述的公共政策，而被适用特权性质的近似原则予以处理。^[19]在这些情况下，捐赠人的意愿不可避免地被忽略，^[20]从而招致对于特权性质近似原则的一致批评。19世纪初，这种宗教迫害已经被《宽容法案》所限制，明显的专制性特权近似原则不再具有适用空间。1803年，埃尔登勋爵（Lord Eldon）的一次判决已经成为英国司法划时代的标志。^[21]该判决试图在司法性质和特权性质的近似原则之间予以界分。

[12] Willard, *supra* note 10, at 69.

[13] *Moggridge v. Thackwell*, 7 Ves. 36, 83, 32 Eng. Rep. 15, 31 (Ch. 1803).

[14] *Story, Equity Jurisprudence* § 1583 (14th ed. 1913).

[15] *Selden Society Publications* vol. 10, xi-xlv (1896).

[16] *Story, Equity Jurisprudence* §§ 38-41 (14th ed. 1913).

[17] *Story, Equity Jurisprudence* §§ 38-42 (14th ed. 1913).

[18] *The Law of Trusts* § 399.1 (1939).

[19] *Cary v. Abbott*, 7 Ves. 490, 495, 32 Eng. Rep. 198, 200 (Ch. 1802).

[20] 非常专制的权利的最常见的案例是一项在犹太人教区支持建立阅读室的捐赠因违背公共政策而被宣布无效，运用王室特权的近似原则将该捐赠财产用于建立意愿，部分的前随后被用来支持基督教牧师。*De Costa v. De Pas*, 27 Eng. Rep. 150, 150 (Ch. 1754).

[21] *Moggridge v. Thackwell*, 7 Ves. Jr. 36, 36 (1802).

如果捐赠财产给予普遍的慈善机构，没有指明具体的目的或者没有设立一项信托，基金会会被适用于特权性质的近似原则，另一方面，如果捐赠人明确地设立一项信托，即使没有任命指定的受托人，也仅能适用司法性质的近似原则。后来，埃尔登测试被英国法院广泛采纳，但由于两个原则的结果往往是一样的，对于特权性质和司法性质近似原则的确切区分仍然成为遗留问题。^[22]由于特权性质的近似原则所采用的自由处理方式而引发了人们的强烈批评，因此，近似原则日益强调对于捐赠意愿的解释和执行。^[23]

（三）司法性质近似原则对普遍慈善意愿的要求

与特权性质的近似原则所采用的自由处理方式不同，适用司法性质的近似原则必须满足的前提条件是找到普遍的慈善意愿。通常情况下，适用近似原则的表述是，如果捐赠文书或者多重证据表明捐赠人具有让慈善机构受益的普遍慈善意愿，那么捐赠人对于让特定慈善组织受益的特定意愿的失败不会导致捐赠基金返还给捐赠人的继承人，而是通过适用近似原则将捐赠财产用于与指定的慈善机构近似的慈善组织。但因法院强调执行“死亡之手”的控制，普遍的慈善意愿往往不容易找到。如果捐赠财产用于已经存在的组织，而在捐赠人去世前该组织已终止，就不能适用近似原则，因为它表明特定的慈善意愿仅仅在特定的情况下适用，并且拒绝了任何普遍慈善意愿的可能性。^[24]但是当一项捐赠财产给予从未存在过的组织时，鉴于捐赠人对于该组织是否存在并不关心，表明他并不在意该特定的组织，^[25]该笔捐赠财产将被视为具备普遍的慈善意愿，可以适用近似原则。近似原则对于慈善捐赠人具备普遍慈善意愿的要求，表明近似原则的适用首先需要考虑符合捐赠人的慈善意愿。

二、慈善信托近似原则在美国信托立法中的发展

近似原则在美国的适用并非一帆风顺。独立后的美国司法系统最开始拒绝采纳源于英国的近似原则，^[26]原因在于法院认为近似原则在英国是不受限制任意适

[22] 除了对非法宗教目的捐赠财产做出处理以外，特权性质的近似原则与司法性质的近似原则就尽可能地符合捐赠人意愿的处理方面证明要求是一致的。See *In re Smith*, 1 Ch. 153, 174 (1932). 英国法院有时对于直接作出的捐赠认为是信托，以便法院而不是王室特权来适用近似原则。See *In re Schoales*, 2 Ch. 75 (1930).

[23] Kohn, *The Doctrine of Cy Pres in England and America*, 21 Case and Comment 628, 638 (1915).

[24] Comment 14 Harv. L. Rev. 453 (1901).

[25] *In re Harwood*, 1 Ch. 285, 285 (1936).

[26] *American Academy of Arts & Sciences v. President & Fellows of Harvard College*, 78 Mass. 582, 12 Gray 582, 595-97, 1832 WL 2469 (1832).

用的，适用该原则被认为有损美国的法律。^[27]因此，近似原则在美国法律中不存在适用空间。十九世纪中期以前，美国法院对于近似原则的排斥导致一旦出现不符合信托条款的情况，则慈善信托失败，财产被返还给委托人。

十九世纪后期，在 *Jackson v. Phillips* 一案对于特权的讨论后，法院意识到慈善机构在提供公共服务中的重大作用，认为“衡平法院对慈善信托财产的衡平适用”，可以让更多的财产用于慈善事业。^[28]由此，美国法院逐步接受并最终承认了适用近似原则的司法权力。1935年《信托法重述》是联邦立法中确认近似原则的代表性立法，适用该原则时，原告需要证明慈善捐赠人拥有普遍的慈善意愿，情况的变化使其意愿不能实现。此后，慈善信托近似原则在美国的发展日益复杂，并通过《信托法重述（二）》（*Restatement (Second) of Trusts*）（1959）、《信托法重述（三）》（*Restatement (Third) of Trusts*）（2003）、《统一信托法典》（*The Uniform Trust Code*）（下称 UTC）（2005）^[29]等信托立法予以体现。

（一）日趋宽松的适用规则

其一，适用条件为“不可能、不切实际或非法”。《信托法重述（二）》延续了《信托法重述》关于近似原则的规定，仅仅在注释方面体现的更加充实。^[30]《信托法重述（二）》第399条规定近似原则的适用标准有三：一是捐赠人创立或旨在创立特定目的的慈善信托；二是实现特定的慈善意愿变得不可能（impossible）、不切实际（impracticable）或者非法（illegal）。三是委托人具有一个更加普遍的慈善意愿。普遍慈善意愿除了充当证明责任要件外，在决定“尽可能的接近”委托人意愿中也有其相应的作用。此外，该原则的适用还有禁止性条件。如果信托财产适用于具体的慈善目的，并且信托条款明确如果目的失败，信托终止，那么因为不具备普遍的慈善目的，该财产不能适用近似原则。其二，适用条件逐步放宽。《信托法重述（三）》第67条在《信托法重述（二）》的基础上对适用近似原则的条件又予以放宽。该法关于近似原则适用的变化有：第一，“浪费”也可成为近似原则的适用条件。当信托中的财产在完成特定的慈善目的后还有剩余，尽管为实现该目的继续花费所有的基金也是可能的，但却是浪费的。若信托相关条件表明如果捐赠人知道这种没有预料到的情况出现，他将不会施加

[27] Ronald Chester· George Gleason Bogert & George Taylor Bogert, *The Law of Trusts and Trustees* § 433 (3d ed.).

[28] *Jackson v. Phillips*, 96 Mass. 539, 575-576 (1867).

[29] 当前美国适用的是2010版的《统一信托法典》，不过就近似原则部分没有发现有新的变化。

[30] 1935年信托法重述（一）有13条注释，而后有18条注释。Alberto B. Lopez, *A Reevaluation of Cy Pres Redux*, 78 U. Cin. L. Rev. 1307, 1323 (2010).

这样的限制。^[31]第二，用词及顺序的变化。《信托法重述二》中“不合法”用词为 *illegal*，位置在不可能和不切实际之后，而在《信托法重述三》中“不合法”的用词变为 *unlawful*，且排在了不可能与不切实际之前。一是表明已经把不合法作为近似原则适用的第一个考虑条件，即首先要考虑因不合法而适用近似原则的情况。二是通过 *unlawful* 更加准确的表达了近似原则的适用条件。^[32]其三，普遍慈善意愿的要求演变为缺省性规则。在适用近似原则时，UTC 与《信托法重述(三)》对于普遍慈善意愿的要求适用缺省性规则，假定信托具备普遍慈善意愿，而能够适用近似原则，除非找到相反意愿的信托条款才能阻止近似原则的适用。缺省性规则不是完全地省略了对于普遍慈善意愿的要求，而是把证明责任由从提出适用近似原则的一方主体转移到反对适用近似原则的一方主体。事实上，捐赠人的捐赠条款很少禁止近似原则的适用，因此，一般情况均可适用近似原则。^[33]普遍慈善捐赠意愿的假定也减少了近似原则申请人的适用障碍，降低了慈善信托财产返还到捐赠人或者其继承人手中的可能性。其四，适用要求日渐自由。《信托法重述(二)》要求重新分配慈善信托财产时应该与委托人的原始意愿“尽可能的接近”(as near as possible)。在制定计划时，法院将考虑委托人估计到特定的目的不能实现时的可能愿望。《信托法重述(三)》提出，新目的应“合理的接近原始目的”(reasonably approximates the designated purpose)。这种“合理的接近”标准在文本方面与“尽可能的接近”不同。从文本上说，不需要最接近，而是“有理由相似或者接近委托人指定的目的”^[34]同时，建议的多种适用方式可能属于“有理由接近原始目的”，但是法院可以选择使用“比认识到的方式更好的其他利用方式”。这就支持了“有理由认为在相对近似的目的中，慈善信托人将倾向于选择最有利于公众的方式。”而 UTC 中的近似原则采取了更为广泛的含义，只要求慈善财产的使用“与委托人原始慈善目的相一致的方式”(in a manner consistent with the settler's charitable purposes)。^[35]有学者说这已经不应该继续被称为“近

[31] Restatement (Third) of Trusts § 67 cmt. c (2003).

[32] 因为 *illegal* 虽然与 *unlawful* 常常被作同义使用，但是二者仍有差别。做出这种修改的原因应该有二：其一，是因为原来对于政府不认可的宗教在英国是被视为 *illegal* 而遭禁止的，后来对于所有的宗教信仰都持宽容的态度，不同的宗教信仰已经不再被视为 *illegal*。其二，因为 *illegal* 不仅包括法律直接禁止的行为比如谋杀、阻塞公路等，而且也指违反法定义务或社会公共政策不可强制执行的行为，而 *unlawful* 主要适用于允诺、协议、合同对价等，虽非违法（受到积极禁止）但未受到法律之允准而不能成为合法权利之基础，或因其不符合道德或因违法公共政策，从而使其在法律上无效力。显然，法律直接禁止的行为因其本身具有效力，就不会涉及到适用近似原则的问题。因此，使用 *unlawful* 而不再使用 *illegal*，体现了用词更加严谨、准确。参见薛波主编：《元照法律词典》，法律出版社 2003 年版，第 659、1384 页。

[33] Restatement (Third) of Trusts § 8 cmt. g (2003).

[34] Restatement (Third) of Trusts § 67 cmt. d (2003).

[35] John K. Eason, *The Restricted Gift Life Cycle or What Comes Around Goes Around*, 76 Fordham L. Rev. 693, 730 (2007).

似原则”，因为原来的传统用语已经不再适用，慈善捐赠人的意愿不再得到最大的保护。UTC 的改变似乎导致“一旦给予慈善机构，财产就永远的致力于慈善事业”^[36]。后 UTC 时代，近似原则使传统的近似原则蒙上重大的阴影。它不仅放松了传统近似原则的适用条件，而且在补救司法效率的同时创立了不同的理论框架。

（二）实现捐赠人意愿的制衡性措施

虽然近似原则的适用规则日益宽松，但是仍然有相应的制衡性措施保障捐赠人意愿的实现。其一，**优先考虑捐赠人原始意愿**。尽管有的学者认为《信托法重述（三）》与 UTC “扩大了法院适用近似原则的权力”，“法院是否要摆脱慈善信托法律文书的限制，取决于其关于近似原则利益平衡的立场，”^[37]但近似原则的适用也不是任意的。近似原则的适用需要满足信托目的“非法、不可能、不切实际或者浪费”时，并且只有当没有反对方来证明捐赠人不具备普遍慈善意愿时才能适用近似原则。而在为近似原则制定适用计划时，法院一般都要考虑新的方案与捐赠人原始意愿的一致性，捐赠人的原始意愿仍然是判断新用途的主要依据。这种评估办法依赖于能够获取到的促使捐赠人选择特定慈善目的的相关证据。如果方便，征求捐赠人的意见是相当合适的。比如捐赠人的顾问可能表露对于特定机构的特定项目的设计源于要使该机构受益的愿望，从而捐赠给该机构；或者相反可能会发现，委托人具有对某个特定领域或特定的慈善活动具有鼓励学习或研究的强烈愿望，然后选定在这个似乎适合的机构。前种情况下，如果没有制定出精确地计划，或者资金是多余的，法院将在委托人所选择的机构中确定不同但相关的捐赠目的或者活动。后一种情况下，法院将可能认为委托人的兴趣应该在相似或类似机构的特定领域或者慈善活动。此外，UTC 还规定了优先于近似原则的情况。当特定信托目的失败时，若信托条款另有约定，规定信托财产返还给委托人并且委托人还在世或者规定了其他受益人，且信托产生不到 21 年，信托财产将优先适用信托条款而被分配给非慈善受益人，而不适用近似原则。这种优先适用条款从另一侧面说明了对于慈善捐赠人原始意愿的尊重。

其二，**赋予捐赠人执行慈善信托条款的诉讼资格**。普通法中捐赠人不具备提起执行慈善信托条款的诉讼资格，原因在于限制性捐赠是一个完成的交易，即使

[36] Edith L. Fisch, *Changing Concepts and Cy Pres*, 44 Cornell L.Q. 382, 382 (1959).

[37] Alberto B. Lopez, *A Reevaluation of Cy Pres Redux*, 78 U. Cin. L. Rev. 1307, 1334 (2010).

捐赠人内心意愿发生变化也无权修改捐赠条款。近似原则的适用需要受托人、总检察长或者其他有特定权益的主体向法院提出申请，经过法院的批准，由法院指定新的适用计划。尽管法院在指定适用计划时一般也会考虑受托人的愿望，即使受托人不同意该计划也不受影响。但是 UTC 第 405 条改变了这种立场，其授予捐赠人执行慈善信托条款的诉讼资格，为捐赠人执行慈善信托条款提供了法规依据。^[38]同时，这种资格的赋予并不否认总检察长或者具有特定权益的人起诉执行信托的资格。但在 2004 年后，总检察长执行慈善信托的角色在各州发生了极大地变化。“有的州宁愿取消总检察长代表受益人执行慈善信托条款的权力，而另一些州则可能使总检察长在执行中承担更次要的角色。还有的州可能宁愿删除该条款。有的州可能认为只有在没有指定的慈善组织来接收慈善财产的情况下，总检察长才享有以受益人身份起诉执行慈善信托条款的资格。而另一些州宁愿不改变该执行条款。”^[39]在 2005 年，特拉华州出台了一项条款比 UTC 条款走得更远，允许捐赠人将该诉讼资格赋予其继承人。捐赠人执行慈善信托的诉讼资格为慈善捐赠人实现捐赠意愿提供了制衡性权利，为避免偏离慈善意愿起到了一定的约束作用。

三、慈善信托近似原则在美国其他立法中的延伸

慈善信托近似原则在美国的发展不仅仅表现在信托立法中，《机构基金统一管理法案》（Uniform Management of Institutional Funds Act）（1972）（下称 UMIFA）及《机构基金统一审慎管理法案》（The Uniform Prudent Management of Institutional Funds Act）（下称 UPMIFA）（2006）两部立法表明慈善信托近似原则在基金立法中予以拓展；而信托立法中行政背离原则内容的发展表明了近似原则的某些原理在行政背离原则中的延伸。

（一）基金立法逐步引入近似原则

其一，UMIFA 不限制近似原则的适用。UMIFA 规定，经过捐赠人书面同意，基金会理事会可以全部或部分地取消捐赠文书对基金的使用或者投资方面的限制。如果由于捐赠人去世、不能、不方便或者无法确认身份而无法取得其同意，理事会可以提请合适的法院取消捐赠文书在捐赠基金上施加的关于使用及投资

[38] Unif. Trust Code § 405(c), 7C U.L.A. 485 (2006).

[39] Unif. Trust Code § 405(d), cmt. (2010).

方面的限制。这种申请应该送达总检察长，总检察长有权参与庭审。如果法院发现限制已经过时(*obsolete*)、不合适(*inappropriate*)或者不切实际(*impracticable*)，将下令取消施加在基金上的全部或者部分限制。限制取消后不允许将该基金用于教育、宗教、慈善或该基金的其他慈善目的以外的其他目的。同时，该法“不限制近似原则的适用”。可见，UMIFA 允许对捐赠人限制的取消，虽未规定可以改变捐赠人限制，但运用否定的句式表明不限制近似原则的适用。^[40]

其二，UPMIFA 明确的引入了慈善信托中的近似原则，同时比 UTC 中的近似原则表现出更大的灵活性。该法规定，如果包括在捐赠文书中对于机构基金使用方面的特定慈善意愿或者限制变得不合法(*unlawful*)，不切实际(*impracticable*)，不可能实现(*impossible to achieve*)或者浪费(*wasteful*)，法院在慈善机构的申请下可以修改基金目的或者基金使用方面的限制。这种修改要与在捐赠文书中表明的目的相一致。该法与 UTC 关于近似原则的适用条件、适用程序与适用要求基本相同，但体现出更大的灵活性。首先，UPMIFA 中适用近似原则有个可选择做法，即持有该捐赠基金的机构可以经捐赠人同意直接取消限制或修改限制，在无法获得捐赠人同意时，可以申请法院取消或者修改限制，因此近似原则的适用方式不仅仅局限于法院裁决一种方式。其次，该法规定了一种适用近似原则的简易程序。如果机构认定包括在捐赠文书中的有关管理、投资或者机构基金的目的方面的限制是不合法、不切实际、不可能实现或者浪费的，而受限制的机构基金不足 25000 美元，从基金设立之日起已经超过了 20 年，并且机构以一种与捐赠文书表明的慈善目的相一致的方式使用该财产，在通知总检察长后 60 天，机构可以全部或者部分的取消或修改限制。这说明该法针对小额久远基金修改的适用程序更为灵活。这意味着当一项限制不再发挥作用，而近似原则的适用程序成本过高，则可以通过这种灵活的程序取消或者修改限制。在这种灵活程序中，基金数额和年限限制是可变的，根据不同辖区实际确定。因为基金的捐赠意味着对于所有权的绝对放弃，因此 UPMIFA 没有关于返还捐赠人捐赠基金的规定。

(二) 近似原则的辅助性原则

近似原则是对慈善财产使用目的方面的规则，而行政背离原则是对信托财产管理方面的规则。行政背离原则^[41] (*The Doctrine of Equitable Deviation*)，有时被

[40] Uniform Management of Institutional Funds Act § 7 (1972).

[41] See Frances Howell Rudko, *Cy Pres Doctrine in the United States From Extreme Reluctance to Affirmative Action*, 46 Clev. St. L. Rev. 471, 482

用作 The Doctrine of Equitable Approximation 或 The Administrative Deviation, 适用于信托的管理条款, 从管理方面保障慈善财产能够更加有效利用。《信托法重述(二)》^[42]已有关于该原则的适用条款, 该原则也是促进慈善财产能够有效利用的保障原则。UTC 在沿用原有行政背离原则规定的基础上有所变化。该法规定行政背离原则的适用情况有二: 一是因信托人没有预料的情况, 修改或者终止将更好的实现信托的目的, 法院可以修改管理条款或者处置条款 (administrative or dispositive terms) 或者终止信托。UTC 不仅允许法院修改信托管理条款, 还可以修改其处置条款, 扩大了法院适用行政背离原则的权力。比如, 如果受益人 (beneficiary) 已经因健康原因或者重伤而变得不能提供支持, 修改处置条款以获得受益人支持是合适的。二是如果现有信托条款的存续将不切实际、浪费或者损害信托的管理, 法院可以修改管理条款 (administrative terms)。^[43]与近似原则一样, 行政背离原则需要考虑委托人如果知道这种难以预料的情况发生时将做出什么决定。行政背离原则不是不顾委托人的意愿, 而是修改不合时宜的具体要求以更好的实现委托人的广义目的。在可行的程度内, 修改必须与委托人可能的意愿一致。法院在批准修改方案之前, 必须存在因委托人没有预料的情况, 而不论这种情况是在信托产生时还是产生后出现。UPMIFA 也采纳了 UTC 中的行政背离原则, 该法规定的内容与 UTC 中的行政背离原则基本一致。

行政背离原则与近似原则的相同之处在于: 一是都出现了委托人所没有预料到的情况而不能实现信托目的或阻碍了信托目的的实现;^[44]二是一般都需经过法院的程序, 由法院从可以执行的修改计划中指定新的实施方案, 并且都要求通知总检察长, 总检察长可以参加诉讼程序; 三是两个原则的适用都应该按照与委托人 (捐赠人) 的意愿相一致的方式进行。但是二者的不同在于: **一是适用内容不同**。近似原则适用于慈善目的的修改或重新确定, 而行政背离原则适用于慈善信托管理方式、投资甚至信托的处置, 但是同时有些情况下两个原则又有点相互交叉, 比如法条规定两者都可能适用于信托的处置条款。^[45]但适用行政背离原则

(1998). The Doctrine of Equitable Approximation 更加明确的具有尽可能的接近意思。但是为了与近似原则相区分, 本文称为行政背离原则, 有的论文称为行政偏离原则 (参见李喜燕, “美国慈善捐赠意愿法律保障的历史演进及其启示”, 载《河北大学学报 (哲学社会科学版)》, 2014 年第 5 期, 第 97-102 页) 但近似原则本身也算作一种平衡性质的原则, 因此便于区分, 而且也是为了说明这个原则主要适用于行政管理条款, 笔者在此称为行政背离原则。

[42] 因为找不到该国 1935 年《信托法重述》的完全版法条, 因此不清楚是否在《信托法重述》中便已经对行政背离原则予以同样的规定。

[43] Restatement (Third) of Trusts § 66 cmt. b (2003).

[44] Evelyn Brody, *From the Dead Hand to the Living Dead: The Conundrum of Charitable-Donor*, 41 Ga. L. Rev. 1183, 1186 (2007).

[45] Unif. Trust Code §§ 412-413 (2005).

时，法院不得将委托人的信托财产或者遗赠转给与信托文件设置的慈善目的不同的其他慈善实体。也就是说行政背离原则不能对慈善信托的目的做出改变，适用行政背离原则时，遗嘱人原始慈善目的仍然有效。二是适用条件的不同。近似原则的适用要求慈善捐赠人具有普遍慈善意愿，而行政背离原则的适用没有这个要求。尽管如此，在很多情况下两个原则难以被分清，二者常被称为“equitable approximation”或“approximation”。近似原则的适用条件是原慈善目的变得不合法、不可能、不切实际或者浪费时适用，而行政背离原则却适用于信托条款变得不切实可行、浪费、损害信托的管理，或者因预料不到的情况，修改或者终止信托有利于实现基金的目的。由于法院一般不容易决定哪种原则更合适，受托人一般会将慈善信托的情形描述为对受托人更加有利的原则。^[46]三是适用范围的不同。行政背离原则可以适用于私人信托，也可适用于慈善信托，而近似原则适用于慈善信托或者捐赠基金，不适用于私人信托。综上，如果特定的情况不符合近似原则的适用条件，行政背离原则在一定程度上能够为更好落实慈善委托人（捐赠人）意愿，发挥捐赠财产的公益效用提供补充性措施。

四、美国慈善信托近似原则立法发展的特点

美国慈善信托近似原则的发展特点主要体现为在捐赠人意愿与公共利益之间寻找平衡点，这种平衡的重心随社会发展不同阶段而有所不同。永久的执行捐赠人的意愿以激励慈善捐赠是正当和必要的，而追求充分利用慈善资源，最大化慈善财产的公益效用也具有其相应的合理性。于是司法实践往往面临两个风险：一是严格遵守的风险，二是过渡放松的风险。而美国近似原则的发展便体现了在严格遵守与过度放松二者之间动态平衡，从而达到遵循捐赠人意愿和发挥慈善财产的公益效用双重目的，推动了社会财富向慈善业的聚集。

（一）相关立法逐步融合

其一，适用范围日趋一致。不论是近似原则还是行政背离原则，其适用范围均在扩展，并体现为日益一致的趋势。首先，尽管近似原则发端于慈善信托，但美国的近似原则早已不限于慈善信托。美国近似原则通过信托法适用于慈善信托，通过《机构基金统一审慎管理法案》适用于非营利法人持有的基金，通过案例法

[46] Wendy A. Lee, *Charitable Foundations and the Argument for Efficiency: Balancing Donor Intent with Practicable Solutions through Expand Use of Cy Pres*, 34 Suffolk U. L. Rev. 173, 201-202 (2000).

适用于非营利法人的其他财产。^[47]其次，行政背离原则最初仅仅适用于信托，但是随着社会的发展，该原则现在不仅仅适用于信托，基金立法也明确地引入了行政背离原则。因而行政背离原则也开始适用于非营利法人所持有的限制性捐赠基金。

其二，适用条件与程序逐步趋同。首先，就近似原则的适用条件而言，最初信托法的适用条件为“不可能、不切实际或违法”，UMIFA 适用条件为“过时，不合适或不切实际”，发展到现在，无论《统一信托法》，还是 UPMIFA 近似原则的适用条件均统一为不合法、不可能、不切实际或浪费。而行政背离原则的适用条件中关于不切实可行、浪费等的要求也体现出与近似原则适用条件的趋同性。其次，除了 UPMIFA 中规定的灵活适用程序外，无论是慈善信托形式还是直接向非营利法人的捐赠，无论是近似原则还是行政背离原则，其最终的决策权均在法院，适用程序也体现出趋同性。

其三，两个原则相互补充。虽然行政背离原则与近似原则在适用前提、适用程序、适用要求方面具有一定的相似性，但是两者在适用内容、适用条件、适用范围及适用要求方面还有一定不同。当某些情况不符合近似原则的适用条件，却符合行政背离原则的适用条件时，则可以适用行政背离原则予以处置，从而补充了近似原则的适用空白。尽管行政背离原则的适用不可避免的给法院系统增加了负担，但这种方式无疑是保障慈善财产更多的用于公共利益的补充性手段。

（二）对捐赠人意愿的优先保障

虽然不论慈善信托立法和基金立法，都体现出尽力实现慈善财产的公益效用，但是对于捐赠人原始意愿的尊重仍然放在优先位置。

其一，优先考虑遵从捐赠人意愿的实体性规定。首先，在信托法和非营利法人法中，尽管在捐赠限制的修改方面等微小区分仍然不可避免，但把尊重捐赠人的原始意愿作为基本要求方面都是相同的。慈善捐赠是否被技术上看作信托，受托人（受赠人）都需要尊重捐赠人的原始意愿。对向非营利法人性质的慈善机构做出一项捐赠或许没有特别的捐赠限制，但没有法院的确认该法人不能改变其目的，即使非营利法人修订了其公司章程，也必须认真对待能够满足的原始意愿。其次，近似原则和行政背离原则的适用均要具备其适用条件。如果不符合这两个

[47] 李喜燕：“美国慈善捐赠意愿实现中的法律保障演进与启示”，载《河北大学学报》（哲学社会科学版），2014年第5期，第90-95页。

原则的适用条件，则受托人（受赠人）仍应按照捐赠人原始意愿管理和使用慈善财产。在近似原则的适用中，还需满足普遍慈善意愿的缺省性规则的要求。再次，适用这两个原则时，新目的或者经营管理方式要与捐赠人原始意愿相一致，捐赠人的意愿是主要的决定因素，并且在确定捐赠人原始意愿时需参考立法注释和相关案例，而且在修改捐赠用途时，如果能够征求捐赠人意见也被认为是合适的，也从另一侧面体现出对于捐赠人意愿的尊重。又次，捐赠人原始意愿的实质性尊重还体现在委托人的替代性处置方式优先。如果委托人在信托条款中明确的规定了信托的替代性处置方式，当出现信托失败，而且委托人在世或者信托产生之日不到 21 年，信托财产就会根据委托人指定的替代性处置方式被返还给委托人或者非慈善的受益人。最后，UPMIFA 规定经过捐赠人同意受赠人可以取消或者修改在捐赠文书中关于捐赠财产的用途、管理、投资或者机构基金目的方面的限制，也说明了对于捐赠人意愿的优先考虑。此外，美国严格禁止适用特权性质近似原则，除非有立法的明确授权，不允许有任何随意改变捐赠人意愿的情况。

其二，捐赠人意愿实现的程序性保障。首先，除小额久远基金使用目的的修改或者经过捐赠人同意取消或者修改捐赠限制两种特殊程序外，近似原则和行政背离原则的适用均需向法院申请，并最终由法院予以裁决。虽然总检察长在整个过程中均有代表慈善受益人参与法院审判程序的权力，但是没有适用近似原则或行政背离原则的决定权。这种程序尽管被认为极大的消耗甚至浪费了司法成本，却保障了近似原则或行政背离原则适用中决策主体的中立性，从而更好地保障捐赠人意愿的实现。其次，普通法中委托人只有请求返还财产的诉讼资格，而 UTC 首次确认了委托人具有执行捐赠意愿的诉讼资格，从而被视为是对保障捐赠意愿实现的一种救济性权利，^[48]通过这种制衡性的救济权更好地保障捐赠人意愿。尽管 UMIFA 与 UPMIFA 并未明确授予捐赠人执行捐赠协议的诉权，但也并未限制捐赠人执行捐赠意愿的诉讼权。实践中，采用慈善信托形式的捐赠人往往可以适用《信托法》行使其执行捐赠意愿的诉讼权，未采用慈善信托形式的捐赠人也可在符合合同法要求的基础上，运用合同法原理提起诉讼。

（三）日益强调慈善财产为公益所用

其一，适用条件逐步宽松。不论是把“浪费”作为适用近似原则的条件，还

[48] 李喜燕：《慈善捐赠人权利研究》，法律出版社 2013 年版，第 77 页。

是关于普遍慈善意愿的缺省性规定，均体现了近似原则适用条件的放宽。UTC 还规定即使有替代性的受益人或者明确的返还条款，仍然只能在信托人在世或不超过 21 年才能执行。这种近似原则适用的例外性规定，一方面说明了慈善捐赠意愿优先于近似原则的适用，体现出对于慈善信托委托人意愿的尊重；另一方面也说明除了这两种例外性规定外，基本上排除了财产返还给捐赠人的可能性，保障了慈善财产的公益效用。^[49]

其二，适用程序更为灵活。与 UTC 只有一种适用程序不同，UPMIFA 对于近似原则的适用程序有三种。第一种是经捐赠人同意取消或修改捐赠限制。第二种是经过法院批准取消或者修改限制。这种取消或修改对于近似原则与行政背离原则均可适用。第三种是对于小额久远捐赠基金的简易程序。这种小额久远基金的适用程序既避免了金额过低涉讼成本过高的浪费，又赋予受赠公益组织灵活的处理权限，提高了慈善财产的使用效率。这三种不同的适用程序体现出近似原则适用中的更大灵活性。

其三，适用要求更为自由。在适用近似原则时，UTC 明确近似原则的权力不仅适用于慈善目的的修改或信托的终止，而且可以适用于修改信托的管理或者处置条款。法院可以下令终止信托并分配给其他慈善机构。如果信托财产不仅仅满足信托的当前目的，法院也可下令终止部分信托。另一方面，UPMIFA 与 UTC 不再要求“尽可能接近”原始意愿，而是要求以一种“与委托人慈善目的相一致的方式”分配信托财产。因此，有关近似原则的现行规定扩展了法院的权力。法院要么修改信托条款，要么终止信托并重新分配信托财产，体现出更为自由的适用要求。

五、美国慈善信托近似原则立法发展对我国的启示

美国立法发展表明，最初美国强调对于捐赠人意愿的严格遵守，兼有对近似原则理解的混淆与偏见，从而拒绝适用慈善信托近似原则，因此，一旦出现不能按照委托人意愿使用财产的情况，慈善财产便返回给委托人，不利于慈善事业的发展。后来美国认识到慈善财产在公共服务中的巨大作用，不仅开始适用近似原则，而且扩展到基金立法，并放松了适用规则，其行政背离原则也逐步成为近似原则的辅助性规则。这些发展体现出一方面尽力遵从捐赠人意愿，另一方面又力

[49] *Principles of the Law of Nonprofit Organizations*, 1 The American Law Institute Preliminary Draft No. 5 (2009).

求充分发挥慈善财产的公益效用，有效地推动了美国慈善事业的发展。2012年，中国GDP约为美国的1/2，但是美国的慈善捐赠总量却是中国的近24倍。^[50]这一事实充分表明了美国慈善事业的发展程度。而根据2014年11月份统计显示，我国在世界135个国家中捐赠指数排名倒数第八，这表明我国慈善捐赠的情况与世界各国存在很大的差距。^[51]我国慈善捐赠不足的问题已经引起我国政府高度关注，2014年底国务院发布《关于促进慈善事业健康发展的指导意见》提出“鼓励社会各界开展慈善活动，鼓励开展形式多样的社会捐赠和志愿服务”。在此背景下，引入美国慈善信托近似原则相关规范，从立法上明确相关原理和规范，方能既遵从捐赠人意愿，有效激励捐赠，又充分发挥慈善财产的公益效用，从而有效促进我国慈善事业发展。

（一）我国近似原则相关立法的现存问题

其一，未见近似原则立法术语。从表面上看，近似原则似乎是对捐助入原始意思的改变，但从本质上看却是对捐助入慈善意愿的尊重。^[52]目前我国在立法上尚未明确提出近似原则的概念，仅有相关立法条款规定了相关内容，主要有《信托法》第69条、第72条^[53]，《公益事业捐赠法》第18条^[54]，《基金会管理条例》第27条^[55]，《慈善法》第18条、第42条、第57条^[56]。《信托法》中规定信托成立后发生设立信托时不能预见情形的处理或者信托终止后信托财产的处理，《公益事业捐赠法》中确需改变捐赠协议约定的用途的情况的处理，《基金会管理条例》中接收物资无法用于符合宗旨用途的做法，《慈善法》中慈善项目终止后剩余捐赠财产的处理。这些条款内容一定程度地体现了近似原则的某些精神，

[50] 黄玥：“我国年度捐赠总额连续两年下降 与国际差距依旧悬殊”http://news.xinhuanet.com/fortune/2013-09/21/c_125419034.htm，最后访问日期：2015年3月30日。

[51] 英国慈善救助基金会：“世界捐助指数中国排名为何不佳”<http://view.news.qq.com/original/intouchtoday/n3030.html>，最后访问日期：2015年3月30日。

[52] 韦祚：“论基金会法人财产运用中的‘近似原则’及其适用”，载《法商研究》2009年第3期，第63-69页。

[53] 《信托法》第69条：慈善信托成立后，发生设立信托时不能预见的情形，公益事业管理机构可以根据信托目的，变更信托文件中的有关条款。第72条：慈善信托终止，没有信托财产权利归属人或者信托财产权利归属人是不特定的社会公众的，经公益事业管理机构批准，受托人应当将信托财产用于与原公益目的相近似的目的，或者将信托财产转移给具有近似目的的公益组织或者其他慈善信托。

[54] 《公益事业捐赠法》第18条：受赠人与捐赠人订立了捐赠协议的，应当按照协议约定的用途使用捐赠财产，不得擅自改变捐赠财产的用途。如果确需改变用途的，应当征得捐赠人的同意。

[55] 《基金会管理条例》第27条：基金会的财产及其他收入受法律保护，任何单位和个人不得私分、侵占、挪用。基金会应当根据章程规定的宗旨和公益活动的业务范围使用其财产；捐赠协议明确了具体使用方式的捐赠，根据捐赠协议的约定使用。接受捐赠的物资无法用于符合其宗旨的用途时，基金会可以依法拍卖或者变卖，所得收入用于捐赠目的。

[56] 《慈善法》第18条第2款规定，慈善组织清算后的剩余财产，应当按照慈善组织章程的规定转给宗旨相同或者相近的慈善组织；章程未规定的，由民政部门主持转给宗旨相同或者相近的慈善组织，并向社会公告。第42条第2款规定，慈善组织违反捐赠协议约定的用途，滥用捐赠财产的，捐赠人有权要求其改正；拒不改正的，捐赠人可以向民政部门投诉、举报或者向人民法院提起诉讼。《慈善法》第57条规定，慈善项目终止后捐赠财产有剩余的，按照募捐方案或者捐赠协议处理；募捐方案未规定或者捐赠协议未约定的，慈善组织应当将剩余财产用于目的相同或者相近的其他慈善项目，并向社会公开。

但均未明确提出近似原则术语。分析我国的立法背景，可能存在两种原因，一种是立法者并未考察国外的相关做法，而是通过预测或者已经发现捐赠财产在特定情况下无法按照捐赠人意愿予以使用，因而做出了一定的规定；另一种可能是已经借鉴了美国等国家近似原则的内容，但未明确提出近似原则概念。不过在笔者看来，现有立法中有关近似原则的内容规定应该属于第一种原因，即立法当时并未系统研究借鉴国外的有关近似原则。而在《慈善法》中，与近似原则内容相关的法条主要有三个条文。其进步在于《慈善法》一定程度上对慈善捐赠设置了类似于近似原则的内容，但是却并未在总则中明确提出近似原则或行政背离原则概念。而根据美国经验，不论是慈善法人获得的一般慈善捐赠财产，还是通过信托设立的慈善财产，在符合特定的适用条件的情况下，均明确提出了近似原则和行政背离原则，并根据这两个原则对慈善财产做出相关处理。作为成文法系国家，我国应在慈善事业基本法中就近似原则做出一个明确的界定和纲领性规定，而《慈善法》却并未在总则中予以体现，这不能不说是一种遗憾。

其二，相关规定不够全面周延。首先，近似原则适用范围不够确切。当今美国立法对于近似原则的适用范围不仅包括慈善信托，而且包括非营利法人持有的慈善捐赠基金及其他财产，近似原则的适用范围广泛，而且行政背离原则又是近似原则的辅助性原则。反观我国的情况，尽管现有立法对于慈善信托财产、基金会财产和慈善项目终止后剩余捐赠财产一定范围下允许适用类似近似原则，但无法涵盖慈善信托和基金会运行过程中发生的各类情况。《信托法》关于近似原则的适用情况有二，一是信托成立后，发生不能预见的情况，二是当发生慈善信托终止，没有信托财产权利归属人或者信托财产权利归属人是不特定的社会公众的两种情况。《基金会管理条例》仅仅对于物资不能按照基金会宗旨使用进行了规定，其适用范围既没有包括其他慈善财产，也没有就慈善财产不能按照捐赠人意愿使用的其他情况的适用予以规定。《慈善法》虽然对慈善组织终止以后和慈善项目终止后捐赠财产有剩余的情况下做出了类似于近似原则的规定，但慈善项目终止是否包括了项目完成了预计任务而终止和项目无法完成预计任务而终止的情况则不得而知，而所谓的慈善项目是否既包括慈善捐赠财产又包括慈善信托财产也没有详细解释。针对非营利性的社会团体和民办非企业单位等其他慈善组织中也没有关于近似原则相关内容的适用规定。同时，也未见到适用于慈善财产管

理方面的类似于美国行政背离原则的规定。《信托法》第 69 条有关变更有关条款的规定是否包括管理条款尚值得商榷，即使该条的含义可以被解释为包括对慈善财产管理方面的变通，但也存在适用条件描述不够具体，适用范围指向不明确，决定主体有失公正中立等问题。除《信托法》外，在其他相关慈善立法中，更未见有关类似于美国行政背离原则所涉管理条款的变通性规定。**其次，近似原则适用条件不够周延。**《信托法》规定慈善信托成立后发生设立时不能预见的情形，适用近似原则。究竟不能预见包括哪些情况，是否包括可能出现目的不合法、不切实际、不可能实现或者浪费等情况，并未指明，实践中可能导致不确定、缩小化或扩大化解释。《公益事业管理法》规定确需改变捐赠协议约定的捐赠用途的，需要经过捐赠人同意，但是未对无法获得捐赠人同意时如何处理做出规定。《慈善法》中对于慈善项目终止后的剩余捐赠财产适用近似原则，而此处的终止如何理解，包括何种情况也不得而知，是否既包括了慈善项目完成以后的剩余慈善财产，也包括了慈善项目无法完成、尚未完成而导致项目终止的剩余捐赠财产。如果对于项目无法完成或尚未完成而剩余的捐赠财产，便由慈善组织来决定适用近似原则对慈善捐赠人的意愿难免有失尊重。

其三，适用程序不够中立灵活。美国近似原则的整个发展历史体现为在遵从捐赠人意愿与发挥慈善财产公益效用之间寻找平衡点，在适用近似原则时充分凸显其适用程序的中立性和灵活性。反观我国立法，虽然对近似原则的相关内容做出了一定的规定，但是在捐赠人意愿保障和捐赠财产的充分发挥方面欠缺灵活性和中立性，从而一方面不能充分遵从捐赠人意愿，另一方面又影响了慈善财产公益效用的发挥。**首先，捐赠人意愿保障不足。**《基金会管理条例》规定当接受捐赠的物资无法用于符合其宗旨的用途时，由基金会依法拍卖或变卖。由慈善组织决定将慈善捐赠财产用于相近的其他慈善项目，决策成本可能比较低，但是这种由慈善组织决定，缺乏中立机构参与的程序，也可能导致难以最大程度的考量和实现捐赠人意愿。同样，《慈善法》规定慈善项目实现后剩余财产的规定并未有涉及征求捐赠人意愿的规定，虽然该法对于滥用慈善财产的情况赋予了慈善捐赠人向法院起诉的权利，是对于捐赠人意愿保障的一大突破。可惜的是这一诉权规定仅限于事后的保障，而对于慈善组织不能按照捐赠协议的约定使用慈善财产，并没有关于事先征求捐赠人同意的有关规定，而是将决定权赋予了慈善组织。而

《信托法》中近似原则的适用是由公益事业管理机构决定或批准，但是哪个部门是公益事业管理机构并未明确，且仅仅通过公益事业管理机构来监督和保障实现慈善信托中委托人的目的也是难担此任。**其次，发挥慈善财产公益效用规定的灵活性不够。**虽然在我国当前形势下，更应该侧重考虑捐赠人意愿，以激励慈善捐赠，但是目前立法在促进慈善财产公益效用的灵活性方面尚显不足。这首先体现为近似原则的适用程序不够灵活。《信托法》规定变更信托条款或者变更适用目的，其决定权或批准权均归公益事业管理机构，缺乏替代性处理条款、返还条款或小额久远信托基金方面的灵活性规定，而《公益事业捐赠法》《基金会管理条例》也都缺乏类似的灵活性规定。这就可能导致处理慈善财产的实践操作中缺乏效率，影响慈善财产的公益效用。同时，关于慈善财产管理使用过程中未来情况的考虑不周延，不仅可能导致对于捐赠人意愿的保障不足，也可能致使慈善财产的公益效用不能得到有效发挥。

（二）完善我国近似原则相关立法的建议

其一，对近似原则予以统一规定。立法应该对近似原则这个基本术语予以统一规定，在慈善捐赠中，不论是基金会还是公益信托，不论是民办非企业单位还是非营利性的社会团体，只要是接受慈善捐赠，从事慈善活动，均可纳入近似原则的适用范围，并对近似原则的适用条件和适用程序等方面确立统一的规范性要求。同时，由于我国慈善事业发展不足，自应大力倡导和激励慈善捐赠，这便需要我国立法在捐赠人意愿与公益效用二者平衡的问题上，更加侧重对于捐赠人意愿的尊重和保障，以便有效激励慈善捐赠。此外，鉴于我国现代意义的慈善事业发展历程相对较短，有些情况还估计不足，有些问题还没有暴露出来，因此，我国还应该强化立法的全面性、周延性、规范性和可操作性。

其二，全面周延地规定相关内容。首先，针对慈善信托而言，信托成立后，发生设立信托时不能预见的情形，不能预见的情形包括哪些情况应该给予一定的解释。另一方面，即使是信托终止，近似原则的适用也不应该仅仅局限于没有信托财产权利归属人或者信托财产权利归属人是不特定的社会公众两种情况。对于存在信托财产权利人，但是因权利人无法确认或者其他原因不能接收慈善信托财产时也可以适用近似原则来进行处理。**其次，**针对慈善捐赠而言，对于慈善项目终止后的尚有捐赠的剩余财产的处理，一方面应该对慈善项目终止的情形予以周

延性规定或解释,另一方面对于项目终止后剩余捐赠财产的处理也应该根据不同的情况经过不同的决定程序,不应该直接由慈善组织决定,如此,方能充分体现对于捐赠人意愿的尊重,避免因丧失捐赠人信任而影响捐赠积极性。当然,这些程序中也应该设定小额或者久远的捐赠财产的灵活性简易程序。**再次**,应该针对募捐方案有规定或者捐赠协议有约定,但是捐赠目的无法实施的情况规定相应的处理程序,这样便可以避免类似白血病患者石晓燕捐赠余款纠纷案^[59],黄宁、顾云诉如师附小余款纠纷案^[60]等纠纷的出现。**最后**,我国慈善立法不仅应就近似原则相关内容予以完善,还可以借鉴美国行政背离原则的有关精神,针对慈善财产的管理和投资问题做出类似于美国行政背离原则的规定。通过近似原则解决慈善财产使用目的或者信托目的方面出现的问题,通过行政背离原则解决慈善财产行政管理、经营或者投资方面出现的问题,既要保障慈善捐赠财产的有效利用,又要充分凸显对于捐赠人(委托人)慈善意愿的尊重。

其三,设定中立灵活的适用程序。首先,设定中立的近似原则适用程序,客观解释和保障捐赠人意愿。现有立法规定对基金会接受捐赠的物资无法用于符合其宗旨的用途时,由基金会依法拍卖或变卖。《慈善法》慈善项目实现后的剩余捐赠财产,协议约定或者募捐方案有规定的按照规定,募捐方案未规定或者捐赠协议未约定的,慈善组织决定,这种决策成本可能小于法院程序,但是这种做法也可能导致慈善组织对于捐赠人捐赠意愿和捐赠人利益的漠视,应该考虑在这种程序下能够建立一个保障捐赠人意愿的制衡机制。同时,对于受托人不能按照信托文件执行信托的行为,只规定了由监察人向委托人报告,并有权以自己的名义向人民法院提起诉讼,而未规定有关委托人的权利。立法应该明确慈善信托中受托人不能按照信托文件执行信托的情况下委托人所享有的具体权利。其次,强化对慈善财产利用的灵活性,以便充分发挥慈善财产的公益效用。对于慈善信托中发生不能预见的情况,或者信托完成以后剩余财产的利用方面的规定不应该过于机械,对于达到一定的年限且在一定数额以下的慈善信托财产,可以规定一种灵

[59] 2004年12月,合肥市虹桥小学五年级学生石晓燕身患白血病无钱治疗,在虹桥小学、庐阳区教育局、少先队总队和媒体的倡议下,筹集到捐款9万多元。然而石晓燕病逝,剩下55472.8元捐款。石晓燕的父母就5万元捐款余款归属问题将虹桥小学推上被告席。合肥市庐阳区人民法院作出一审判决:驳回原告石晓斌、余红武的诉讼请求。同时发出“司法”,建议合肥市庐阳区教育局团委捐赠余款55472.8元转交给慈善或公益事业机构,用于发展相同目的的公益事业”。参见佚名:“合肥:捐款引出‘爱心’官司 捐款余款权属惹争议”,

<http://news.163.com/05/0530/08/1L04J6TI0001122E.html>, 最后访问日期:2015年10月15日。

[60] 黄宁、顾云之子黄昊1996年10月被确诊为小儿急性淋巴细胞白血病,如师附小通过媒体呼吁,筹到捐款241783元。65元。后黄昊病故,除医疗费用外,筹得余款70733元。2001年12月,黄宁、顾云起诉,要求如师附小返还剩余捐款,后撤诉。2005年再次起诉法院,如师附小作出一审判决驳回黄宁、顾云诉讼请求,10月江苏省南通市中级人民法院终审判决驳回上诉,维持原判。参见佚名:“受捐者或其继承人可操慈善款所有权——南通中院判决黄宁、顾云诉如师附小案”,<http://www.gdztour.com/thread-44383-1-1.html>, 最后访问日期:2015年10月15日。

活的处理程序，由受托人向公益事业管理部门提交报告后，经过一定时间段比如参照美国的 60 天或者更短，便可将信托财产用于宗旨相同或者相近的慈善组织或者其他慈善信托，这样一方面体现为对于委托人意愿的尊重，另一方面又避免产生高额的成本。当然此类灵活性规定也可适用于向基金会直接捐赠的慈善财产。此外，立法应该明确，无论哪种情况下适用近似原则，慈善捐赠财产必须用于慈善目的，以保证发挥慈善财产的公益效用。

五、结语

近似原则在美国整个发展轨迹体现出围绕捐赠人意愿与公共利益二者动态平衡的主线，既强调慈善财产的公益效用，又要优先考虑和尊重捐赠人的意愿。在这种平衡过程中，相关立法也日益体现出逐步融合的过程。当然，尽管美国近似原则与行政背离原则的适用内容有所交叉可能引起困惑，又因两个原则的决定权主要在法院而可能产生过高的司法成本，但不能否认，美国在慈善捐赠人与公共利益的动态平衡方面的处理模式为我国处理同样情况提供了有益的参考。当出现无法实现委托人（捐赠人）原有捐赠意愿的情况下，我国也应确立捐赠人意愿与公共利益之间动态平衡的思想，强化立法融合，在优先保障实现捐赠人意愿的前提下，最大程度的发挥慈善财产的公益效用，以达到激励慈善捐赠，促进慈善事业发展的目的。当然，这还需要我国各界对于慈善立法的广泛研讨与论证，以便近似原则能够在我国未来的立法中充分地发挥作用。

论《慈善法》存在的若干问题及完善建议

李永军

【摘要】贯彻落实《慈善法》必须对其内容全面准确理解，澄清模糊认识，完善不足之处。针对《慈善法》在慈善含义、慈善信托、慈善信息公开、慈善服务、慈善组织投资、慈善税收、国际慈善等方面存在的问题，建议在适当的时机对《慈善法》予以修订或通过司法解释、实施细则等加以完善，使慈善法形成一个完整、有序、严谨、可行的法律体系。

【关键词】《慈善法》、慈善、慈善组织、捐赠、慈善信托、慈善税收

从2006年3月民政部启动慈善事业促进法起草工作，到2016年3月16日第十二届全国人民代表大会第四次会议审议通过《慈善法》，可谓“十年怀胎，一朝分娩”。虽然《慈善法》意义重大，亮点甚多，但是笔者认为，还应当清醒地认识到慈善法和慈善活动具有相当强的专业性和技术性，同时慈善法所秉持的是现代慈善理念，因此有些问题可能存在一定疑难，而同时《慈善法》本身又难免存在一定疏漏、抵牾和不确切之处，所以贯彻落实《慈善法》有必要对其内容予以全面准确理解，并通过立法解释、司法解释、修正案、实施细则以及权威部门的释义等对一些模糊认识予以澄清，对疏漏予以弥补，对不足之处予以完善。当然，也需要剥离部分内容，清理相关法规，理顺《慈善法》与相关法律法规之间的关系，使慈善法律体系做到完整、有序、严谨、可行。下面结合《慈善法》的具体规定对上述问题予以分析：

首先，什么是慈善？

一说起慈善，很多人囿于传统慈善观联想到的可能仅仅是扶贫济困、扶老恤幼和救助灾民等，但是《慈善法》规定的却是“大慈善”，其范围不再局限于上述传统慈善领域，而扩大到促进教育、科学、文化、卫生、体育，以及防止污染和环境保护等方面，特别第三条最后一项为慈善范围的拓展预留了足够空间。

但是，令人遗憾的是，第三条忽略了“以优惠条件给予他人财产”这种慈善活动的方式，而现实中这一方式大量存在，如慈善超市廉价出售商品和社会服务

机构提供适当收费的服务等。一般认为，慈善活动是一种利他主义的非营利行为，因而是全面免费或者无偿的，这是就慈善捐赠或者志愿服务而言的。然而，无论是自然人、法人或者其他组织直接面向受益人或者由慈善组织等合法媒介实施的慈善活动均可能是收费的。这与慈善活动的非营利性质并不矛盾。^[1]尽管第三条在“捐赠财产或者提供服务”之后添加了一个“等”字，但是究竟是“等内”还是“等外”却不明确。之所以忽略收费的慈善活动，或许基于思想的误区，或者基于导向的考量，不得而知。

《慈善法》第三十五条规定：“捐赠人可以通过慈善组织捐赠，也可以直接向受益人捐赠。”根据这一规定，慈善组织似乎只是捐赠人可有可无的捐赠财产的“中转站”。但是，这一规定显然与第三条关于慈善活动的性质，即慈善的公益性，相冲突，也造成慈善组织财产属性的混乱。

一方面，应当是捐赠人“可以向慈善组织捐赠”，而不是“可以通过慈善组织捐赠”。“向”和“通过”的含义截然不同。如果是“向慈善组织捐赠”，那么受赠人是慈善组织；如果是“通过慈善组织捐赠”，那么受赠人是受益人。这就涉及到慈善组织的财产属性问题，慈善组织对于受赠的财产享有所有权吗？根据第三十五条的规定，应当没有，慈善组织只不过是捐赠财产的搬运工。如果捐赠人直接将财物交付受益人，其财产所有权的转移界线是明晰的，但是如果通过了慈善组织，捐赠人向慈善组织交付财物，当时也许根本就不知道谁将是具体的受益人，那么此时所捐财物的产权还将为捐赠人保留吗？慈善组织仅仅是代为保管吗？如果回答是肯定的，则与事实完全不符。实际情况是，一般情况下，捐赠人把财物捐赠给慈善组织，之后慈善组织会根据宗旨和一定程序将财物捐赠给受益人或作其他安排。慈善组织一般将受赠财产混同使用。当然，捐赠人也可以将财物捐赠给慈善组织自用或建设慈善服务组织。一旦慈善组织终止清算，其财产将按照“近似原则”转给宗旨相同或相似的慈善组织。总之，慈善组织不是捐赠人的代理人，而是受赠对象。“通过慈善组织捐赠”的说法只能在最终意义上站得住脚，却有悖于实践，也有害实践。

另一方面，“也可以直接向受益人捐赠”的规定是画蛇添足。虽然捐赠人向慈善组织捐赠的财物最终要施益于特定受益人，但是慈善组织的慈善活动必然经历一个由慈善对象不特定向对象特定的转变过程。比如有人通过网络等媒体向社

会求助，很多人给他汇款。不管汇款人数有多少，因为受益人特定，汇款人和求助人与人之间是民事赠与关系，而不是慈善法律关系。有人提出“慈善私益捐赠”的概念，值得商榷。因为判断私益还是公益的标准是看受益人是否特定，而不是捐赠人是否特定。当然，捐赠人有权直接向受益人赠与财物，但是私益捐赠不是慈善法意义上的慈善，不受慈善法调整。所以，《慈善法》第三十五条混淆了民事赠与行为与慈善捐赠行为。

无论第三十五条的前半句，还是其后半句，都存在着对于慈善的误读。可能源于对于慈善组织的不信任，也可能源于对于慈善专业性和技术性的忽视。另外，直接向受益人捐赠极易引发道德风险和经济纠纷。媒体上披露的因捐赠而发生的纷争无一例外都是由捐赠人直接向受益人引发的，如知乎女神骗捐案、杨某借天津大爆炸骗捐案、南京柯某涉嫌诈捐案和中大老师“公益众筹”争议纠纷案等。

因此，建议在慈善活动定义中补充“以较优惠条件给予他人财产”的内容，并且明确“较优惠条件”是指财产给予、服务提供或者其他援助行为附带有收费或者其他回报。当然，该收费或者回报不应过高以至于将那些付不起费用或者其他回报的人排除在外。此处他人不包括营利组织、政党组织或者国家机关。

建议将第三十五条改为“国家鼓励捐赠人向慈善组织捐赠”，或者直接删除。

其次，关于慈善信托

《慈善法》第五章专章规定了属于公益信托的慈善信托。这是“慈善信托”第一次作为法律概念写入法律条文。2007年学者撰文，认为“作为慈善事业重要组成部分的公益信托在我国至今仍基本处于萌芽状态。”虽然几年来公益信托有了一定发展，但对于公益信托很多人还很陌生，因此慈善信托特别需要权威部门予以详细解读。

人们对于慈善信托一章褒贬不一，有的认为，慈善信托的门槛降低，有利于慈善信托发展，预言慈善信托形式将会被广泛采用；有的认为，相对于慈善捐赠，慈善信托并无多少供委托人选择的优势，慈善信托前景不容乐观。

纵观慈善信托一章，最引人注目的两项规定，一是设立慈善信托，受托人应当向受托人所在地的县级以上人民政府民政部门备案。不备案的，不享受税收优惠；二是慈善信托的委托人根据需要，可以确定信托监察人。相比而言，《信托法》中“公益信托”一章第六十四条要求“公益信托应当设置信托监察人”。可

见，慈善信托的设立确实变得容易了。不过，受托人的范围却相对国外十分狭窄，仅限于慈善组织和信托公司。一个拥有慈善意愿的人既可以选择向慈善组织捐赠，也可以选择由慈善组织担任受托人，其中需要考量的因素十分复杂，本文不做分析。问题的关键是应当努力让人们了解慈善信托，特别是其制度优势。

再者，“慈善信托”一章对于有的问题语焉不详或没有规定。慈善法关于慈善信托的概念对于慈善信托财产必须转移所有权这一本质要求不应当含糊其辞地表达为“委托人基于慈善目的，依法将其财产委托给受托人”。清晰、准确地说明一旦实行信托，财产所有权即发生转移，有利于不必要的误解和纠纷发生。

“慈善信托”一章没有规定委托人可以享受税收优惠，在“促进措施”一章和其他章节也没有规定。相比捐赠人可以享受税收抵扣的规定，对慈善信托的委托人缺少税收激励。

对于受托人的税收优惠，《慈善法》第四十五条的规定，受托人未按照规定将相关文件报民政部门备案的，不享受税收优惠。从另一方面理解，如果按照规定将相关文件报民政部门备案了就可能享受税收优惠了。当然，受托人税收优惠的享受还必须有相关税法的具体规定。

另外，慈善法未规定受托人如何向民政部门备案？其备案的条件和程序是什么？如果民政部门拒绝备案，受托人的救济措施是什么？等等。

因此，建议增加慈善信托委托人可以享受税收优惠的内容，修订税法明确受托人可以享受的税收优惠的税种、税率和申报程序等。建议制定实施细则，明确民政部门受理慈善信托的受托人备案的程序等内容。建议在确保慈善信托设立简便、结构简单、运作灵活、财产安全的前提下制定若干措施加强慈善信托的监管，以确保慈善信托公信力，鼓励更多慈善人士选择慈善信托的方式从事慈善事业。

第三，关于慈善信息公开

《慈善法》为慈善信息的公开透明制定了大量具体可行的措施，并专章规定“信息公开”。该章规定了各个慈善参与主体所担负的信息公开义务和获取相关信息的权利。其实，慈善信息公开的精神贯穿于整个慈善法，除了专门一章外，还集中规定在慈善募捐、慈善捐赠和法律责任等章节中。同时，《慈善法》规定的信息公开并不仅仅指慈善信息的公开，还包括与慈善相关的信息的公开。

《慈善法》第七十一条规定信息公开的原则是真实、完整、及时。真实性是信息公开最根本、最重要的要求，也是慈善主体信息公开的最基本道德底线，它要求慈善组织和慈善信托的受托人不得做任何虚假记载或虚假陈述。完整原则，从反面表述就是要求公开信息不得有重大遗漏。及时性要求禁止不当延误。如果慈善主体向利益相关者提供的信息过于迟延，该信息对于利益相关者决策的意义可能丧失或大大降低。当然，及时性不要求过度提前。作为全国人民代表大会通过的法律，这三项基本原则贯穿于整个慈善法律制度和慈善规范始终，对于慈善活动和其他相关活动具有普遍指导意义。《慈善法》没有从反面对于信息公开的真实性、完整性和及时性进行强调，使文本更加简练。这一点与2006年民政部公布的《基金会信息公布办法》和2011年公布的《公益慈善捐助信息公开指引》，以及其他相关法规相比较都略有不同。《基金会信息公布办法》确立了信息公布义务人公布信息资料应当真实、准确、完整，并从反面规定不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。《公益慈善捐助信息公开指引》规定了及时、准确、方便获取、规范有序、分类公开和公开为惯例不公开为特例的原则。《北京市慈善事业促进条例》规定：“慈善信息公开应当遵循真实、准确、完整、及时的原则”。《证券法》第六十三条规定发行人、上市公司依法披露的信息，必须真实、准确、完整，不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。其他法律法规的类似规定，恕不赘述。通过比较可以发现，“准确性”作为一项普遍要求没有规定在慈善法中。准确性要求所披露的信息必须使用精确的、不含糊的语言，在内容上和表达方式上，不引人误解，排除模棱两可、含糊其辞的结果。需要说明的是，虽然第七十一条没有规定公开为惯例不公开为特例的原则，但其精神已经从各项具体要求中体现出来。建立统一的慈善信息统计制度和发布制度，建立统一的信息平台等措施，也是发布信息有序性的要求。及时性原则与方便获取原则不能相互取代。及时性原则是对信息公开义务主体的时间要求，与方便原则获取有一定联系，仅在一定程度上存在重复。

另外，美国卡耐基基金会前主席卢塞尔说过：慈善事业要有“玻璃做的口袋”；也有人说，在慈善透明的字典里没有“不可能”^[2]。这两种说法以及类似说法从精神上无疑是正确的，但是必须注意两个问题，一是依法不公开的信息，不得公开。捐赠人等不同意公开的信息，不得公开。二是并非每一份原始票据或

操作细节都要公开。公开应当符合财务技术上的要求，同时尽量减少公开的成本。一般而言，慈善组织规模越大，接受监管内容应当越多；动用社会资源不同，信息公开详细程度也不同。英国对于慈善组织实行分类管理，抓大放小政策。年收入低于 1000 英镑的小慈善组织不必注册；1000 英镑到 10000 英镑的予以注册，但只需提交简单的年表；1000 万英镑以上的，其日常开支将受到重点监管。当然，《公益慈善捐助信息公开指引》按信息类别区分不同的公开要求对信息公开的管理也是一个不错的思路。

建议通过修正案将“准确”作为基本原则补充进《慈善法》第七十一条。将分类公开原则作为一般原则要求贯彻到具体规定中。根据慈善组织规模大小和信息类别不同，决定信息公开的详细程度。

第四，关于慈善服务

《慈善法》第七章名为“慈善服务”，在第六十一条明确规定了慈善服务的两种类型，即志愿无偿服务和其他非营利服务。纵览该章，显然其他非营利服务在本章中几乎没有规定。而志愿服务恰恰是应当单独立法的内容。

其实，在以社会服务机构和社会团体为组织形式的慈善组织中，有偿非营利服务可能是其慈善业务的主体或重要部分。目前绝大部分社会捐赠通过慈善组织直接送达受益人，用于其他非营利慈善服务的比例很小，对其关注和研究也很少。当然，慈善服务也存在诸多失范现象和不足，需要慈善法对其规制。一是不按照捐赠人意愿提供慈善服务。二是受益对象选择不公正。三是慈善服务不够专业有序。应当说，《慈善法》没能为慈善服务提供充足的法律依据和规范。^[3]对于慈善服务领域、种类、服务对象、法律关系确立、履行和终止等没有做出规定。对于慈善服务收费有何特殊要求？如何提高慈善服务的专业性？如何保持慈善服务组织的非营利特性？等等问题，也没有规定。

对于慈善服务是否可以收费目前已经没有争议，但是一般认为，其收费项目和标准不应当多于和高于营利性组织。在英国，收费教育必须采取一切尽可能的措施，使那些付不起费用的人享有相应的服务，该机构才能被认定具有慈善地位。当然，无论其收取一定费用，还是免费，慈善服务都必须达到相应的专业性水准，不可因收费低廉或免费而降低服务质量。为保持慈善服务组织的非营利特性，所获利润的使用必须合乎不在设立人之间分配的原则。特别需要指出的是，在我国，

民办学校一般不宜认定为慈善组织，因为根据《民办教育促进法》第五十一条的规定“出资人可以从办学结余中取得合理报酬”，除非《民办教育促进法》修改此规定。

再者，《慈善法》大篇幅规定的志愿服务实际是需要单独立法的内容。世界上很多国家对于志愿服务给予了单独立法，如美国、加拿大、西班牙、波兰、捷克等。之所以志愿服务需要单独立法，一方面，由于其在社会生活中的广泛存在和深刻的社会影响力；另一方面，志愿服务与慈善捐赠二者捐赠的是完全不同的事物。慈善捐赠，捐赠人捐赠的是财产，而志愿服务，志愿者捐赠的是智力、体力、技能、时间等。并且，二者的区别不止于此。况且，国内已经有三十多个省市制定有志愿服务法规，加之如火如荼的志愿服务发展形势，志愿服务统一立法的条件其实已经基本成熟。2016年5月6日国务院法制办就《志愿服务条例(征求意见稿)》公开征求意见，正顺应了志愿服务单独立法的趋势。

与各地方志愿服务法规综合比较，《慈善法》关于志愿者和志愿服务的规定略显粗陋，甚至对于志愿服务与志愿者也没有给予必要界定。《慈善法》第六十一条慈善服务定义中“志愿无偿服务”的说法属于语义重复，志愿即意味着无偿，有偿服务肯定不属于志愿服务。当然，无偿是对于服务对象的无偿，不是志愿者不可以从志愿服务组织获得必要的补助或津贴，因为志愿者奉献的是智力、体力、技能、时间等，对于餐费、交通费等因志愿服务而产生的费用不应当再由志愿者承担。

建议暂时通过实施细则充实关于其他非营利服务的规定。加强对慈善服务非营利特性的审查，避免假借慈善之名行牟利之实。

建议推动志愿服务单独立法，将《慈善法》关于志愿服务内容剥离《慈善法》，或者充分发挥地方立法的优势，弥补《慈善法》关于志愿服务规定之不足。

第五，慈善组织的投资问题

《慈善法》第五十条规定，慈善组织为实现财产保值、增值可以进行投资，但该条既没有做出与慈善组织宗旨相关的投资行为和与慈善组织宗旨无关的投资行为的区分，也没有对于慈善组织投资规模予以控制和对于慈善组织可以投资或禁止投资的领域给予指引，更没有对于慈善组织投资活动的税收，慈善组织从事商业活动的会计准则，以及慈善活动与商业活动的区隔措施等做出必要规定。

当然，值得肯定是为了保持慈善组织的非营利性，要求投资取得的收益应当全部用于慈善目的；为了减少慈善组织投资活动可能产生的风险，慈善组织的重大投资方案应当经决策机构组成人员三分之二以上同意。

关于慈善组织投资的第五十四条最后一句让人费解，“慈善组织的负责人和工作人员不得在慈善组织投资的企业兼职或者领取报酬。”如果慈善组织的负责人和工作人员不在慈善组织投资的企业兼职，那么慈善组织如何行使股东权或控制权？慈善组织本质决定了必须对于慈善组织负责人和工作人员的薪酬予以适当控制，但是根据学者的研究，给付慈善组织董事以合理薪酬是董事薪酬立法的主要方向。在当今大部分国家和地区有关董事薪酬的立法中，明示或者默示允许给予董事合理薪酬的国家占绝大多数。^[4]从激励作用角度，如果没有相应的薪酬保障，慈善组织吸引专职管理人员和优秀管理人员的能力就大为减弱。

建议制定慈善组织投资活动实施细则和投资活动指引。通过实施细则规定慈善组织投资资金占全部资产的比例、禁止或限制投资的领域和更多规避风险的措施等。一方面保持慈善组织的基本属性；另一方面降低慈善组织从事投资活动的风险。对于不宜以法律作出强制性规定的，可以由民政部门制定慈善组织投资行为指引。

第六，关于慈善税收问题

《慈善法》主要从慈善组织税收优惠、慈善捐赠税收优惠和税收征收的征收管理等方面规定了慈善税收制度。根据慈善法的规定，慈善组织及其取得的收入依法享受税收优惠。自然人、法人和其他组织捐赠财产用于慈善活动的，依法享受税收优惠。境外捐赠用于慈善活动的物质，依法减赠或者免征进口关税和进口环节增值税。慈善组织、捐赠人、受益人依法享受税收优惠的，有关部门应当及时办理相关手续。这些规定都非常原则。《慈善法》作为一部综合性法律，它对税收的规定不够全面和具体，是可以理解的。因此，有待于相关部门对于税法做实质性修改。

目前我国尚未建成独立的慈善税收制度，税法对慈善组织享受税收优惠的政策包含在非营利组织的现行税收优惠政策规定中。但是，财税[2014]13号文规定的非营利组织免税资格认定条件是非常严苛的。这一局面在《慈善法》生效以前应当尽快予以改变。

其中,关于企业慈善捐赠支出超过法律规定的准予在计算企业所得税应纳税所得额时当年扣除的部分,允许结转以后三年内在计算应纳税所得额时扣除的规定,以及给予扶贫济困的慈善活动以特殊优惠的问题,是本次立法的亮点。这一举措有利于一次性大额捐赠,当然其落实也有待于财政部门制定相应的配套政策。

关于慈善信托的税收优惠,上文已经提及,不再赘述。

建议尽快将慈善法中关于慈善优惠的原则性规定转化为具体的实施办法。

第七,关于国际慈善

《慈善法》没有对于国际慈善组织和我国慈善组织跨国慈善活动做出必要回应,是《慈善法》的一大缺憾。我国刚刚通过的《境外非政府组织管理法》有些地方涉及到慈善事业,境外非政府组织也包含了境外慈善组织,在一定程度上弥补了这一缺憾。但是显然不能解决中国慈善组织走出去和境内外慈善组织合作的基本问题。

建议制定关于中国慈善组织跨国开展慈善活动和境内外慈善组织如何合作的法律规范。

总之,全面准确理解《慈善法》,建立完善、科学的慈善法体系,是《慈善法》得以贯彻落实的前提和基础。慈善法以深厚的法学、社会学等学科原理为支撑,是一套完整的法律体系,上文仅就若干突出的问题谈了粗浅认识。许多问题,只有在实践中才能更好地认识和发现。

参考文献:

[1]聊城大学慈善法研究课题组.《中华人民共和国慈善法》专家建议稿[M].北京:法律出版社,2015.

[2]佚名.慈善透明的字典里没有“不可能”[J].中国民政,2013,(5):50.

[3]孙卫东.论中国慈善的法律规制[J].社会福利,2015,(3):2.

[4]杨道波 李永军.公益法人董事薪酬控制研究[J].北方法学,2010(5):100.

声誉机制嵌入与我国慈善组织 法律监管优化

王方

【摘要】《慈善法》的出台放宽了慈善组织登记条件，预期慈善组织的数量会增加。如何规范慈善组织行为，引导慈善事业的有序发展是监管面临的巨大挑战。目前慈善组织主要是准入限制和事后惩罚结合的监管模式，基于执法负荷的压力、执法资源的限制和执法者激励的缺乏，这种监管方式效果不佳，因此有专家提出采用多元主体协同监管路径提高监管效果。协同监管扩大了监管主体，通过增加监管维度提高了信息获取效率，但并没有解决监管的激励和成本匹配问题。慈善组织的生存依赖社会大众的认可，对声誉有强敏感性，声誉机制借助利益相关者“用脚投票”影响慈善组织长期的核心利益，使其在行为时充分考虑行为不当导致的未来利益损失，进而约束当前的行为。同时声誉机制具有分散监管特性，不仅扩大了信息来源，同时将监管权力赋予不特定的主体，可以大大降低监管成本，激励监管行为发生，是慈善组织监管的有效补充。

【关键词】 声誉机制 慈善组织 协同监管 法律监管

一、问题的提出

近年来国家在继续推进社会治理机制改革的同时，也开始关注慈善性组织在福利供给、社会治理与制度耦合等方面的积极意义。慈善组织通过组织化运作以提供社会服务，传播核心价值理念，同时其非营利性、非政府性以及自愿性等特征使其作为社会管理的重要参与主体在国家和社会之间发挥沟通和补充功能。2016年3月16日通过的《中华人民共和国慈善法》取消了挂靠业务主管部门的要求¹²。《慈善法》在放开公募权、税收优惠、设置公益信托等方面也做出了规

【基金项目】本文受教育部人文社会科学基金项目（14YJC820048）、西南石油大学青年教师“过学术关”资助计划、西南石油大学人文专项基金资助(2015RW009)资助。

【作者简介】王方，博士，西南石油大学法学院讲师，研究方向：经济法。

12 《社会团体登记管理条例》第三条 成立社会团体，应当经其业务主管单位审查同意，并依照本条例的规定进行登记。《中华人民共和国慈善法》第十条规定：设立慈善组织，应当向县级以上人民政府民政部门申请登记。

定。这样一部慈善基本法的制定意味着慈善组织数量会进一步增加¹³，目前慈善组织鱼龙混杂，如何引导其合规发展成为慈善组织管理的首要课题。

《慈善法》颁布之前，我国相关法律制度试图通过严格的“准入控制”¹⁴将慈善组织纳入国家行政管理体系。然而，基于监管法律的滞后性、执法激励以及执法资源有限性等原因，法律监督效果并不理想。“郭美美事件”¹⁵、“中非希望工程事件”¹⁶等不断挑战社会民众对慈善组织的信任底线。组织的信任度可以通过制度性构建来提高，制度包括了正式制度和非正式制度¹⁷。法律是最重要的正式制度。在法律框架内有两种解决问题的途径，一是进一步完善现行法律体系，包括提高法律层级、完善具体法律制度等¹⁸；二是有学者提出，基于慈善组织产权不完整、利他性等特征，应该通过多元监管模式，赋予利益相关者监管权限，进而增强监管效果¹⁹。《慈善法》对以上两种途径进行了综合运用，在第九章对慈善组织的监督管理进行了规定。主要从法律上确定了民政部门的监管职责和权力以及对慈善组织的披露责任方面作出了规定，同时鼓励社会各方对慈善组织进行监督。然而这两种途径都有其缺陷。第一种途径并未将法律的执行约束考虑在内，而目前慈善组织的行为失范并非缺乏相关法律，更多在于执行的困难。截止2010年，民政部、财政部、国家税务总局等国务院部门共出台14部与慈善相关的部门规章和280余件相关规范性文件²⁰。地方出台的政策法规更是多达数百部，涵盖了慈善组织管理、慈善捐赠、志愿服务、税收政策和监管制度等方面。这些法律法规对慈善事业的发展起到了推动作用，但是与制定法规所付出的成本相比，其规范作用却有限。第二种途径更多是理念上的转变，实践中仍然是以监管制度完善为核心，只是通过增加监管主体以扩大监管权的覆盖面，因此在本质上并没有解决监管者激励不足、监管成本过高等问题。

13 原有的准入控制，要求有挂靠单位，导致许多组织无法注册或者以公司形式注册。在中国各地的民政部门可以管理的社会组织可能之占全部中国社会组织的10%左右，90%的社会组织不在民政部门眼界之内。李凡：《中国的结社自由问题》，载陈金罗、刘培峰主编：《转型社会中的公益组织监管》，社会科学文献出版社2012年版，第55页。

14 《社会团体登记条例》第三条、第十条、第十三条。对成立社会组织进行了一系列限制性规定。

15 《郭美美炫富事件始末：引发红十字会多年信任危机》<http://news.sina.com.cn/c/2014-08-04/011930623759.shtml>

16 《15亿中非希望工程项目迷局》http://finance.sina.com.cn/focus/HopeProject_2011/index.shtml

17 Zucker, L. G., 1986, Production of trust: Institutional sources of economic structure, 1840-1920, Research in Organizational Behavior, Vol.8, pp.53-111. 将信任理解为社会制度的产物，是建立在法规制度和其他社会制度基础上的一种社会现象。

18 参见：齐海丽 张晓军：《服务型政府建设中的社会组织参与》，《学会》2010年第2期；陈丛刊 姜晓萍：《我国社会组织发展之法制困境与改革》，《四川师范大学学报：社会科学版》2014年第4期等

19 杨清华：《协同治理与公民参与的逻辑同构和现实路径》，《北京工业大学学报（社会科学版）》2011年第4期。

20 杨刚：《2010年中国慈善政策评估报告》，载《慈善蓝皮书——中国慈善发展报告（2011）》，社会科学文献出版社2011年版。

以上两种途径都着眼于搭建慈善组织监管框架,缺乏微观的可执行机制。那么,通过何种制度设计可以优化有限法律资源配置,实现对慈善组织的有效管理?根据机制设计理论,良好的机制要解决信息效率和激励相容两个问题²¹,声誉机制可以作为法律框架下的微观机制,促使法律监管目标的实现。和社会其他组织与机构相比,慈善组织以社会信誉与民众信任为生存根本,声誉及其波动会对慈善组织产生重大。而且声誉机制作为一种分散型监管方式,具有获取信息成本相对较低、信息传播广泛、实施成本可以忽略不计的特征,可以极大降低监督成本,增加监管发生的可能性。本文试图从监管激励的角度出发,来分析以政府监管和协同监管为主的框架监管设计的缺陷,并提出以信息供给为中心完善法律制度,促进声誉威慑作用的发挥。

二、“以权力分配为中心”的监管设计之缺陷

无论是对政府监管的完善还是协同监管的采纳,本质上都是监管权力的重新分配,并非着眼于激发监管行为的实际发生。相较于第三方监管和自律监管,政府监管威慑力方面具有不可替代的优势,但其发挥作用需要受到成本和激励约束。如果政府执法资源不需要成本,而且执法者有足够的激励严格执法,那么政府监管无疑是最优的选择。但是现实情况是,目前政府的执法资源有限,且在慈善组织监管部门缺乏相应的激励,严重影响实际的监管效果。

(一)执法资源与监管需求不匹配

公共选择理论假设政府是理性的,在做出决策时受到成本收益原则的约束,具体来说法律的执行受到执法机关激励和执法负荷的影响,如果执法机关成本大于收益,则执法行为不会发生,反之,执法行为可能产生。我国登记的慈善组织目前有 20 万家左右,未登记但从事慈善工作的组织大约有 100 万家以上²²。慈善组织监管任务与执法资源不匹配,有效监督难以实现。

执法机关规模不足以承担巨大的执法任务。法律的落实最终依赖于执法部门的执行,执法部门的执行效果受执行意愿和执行能力的影响。执行能力受制于:执行机关的人员配备、经费约束等。我们以依法成立和运作一个慈善组织为例,

21 参见:田国强:《经济机制理论:信息效率与激励理论》,《经济学季刊》,北京大学出版社,第 2 卷第 2 期,2003 年 1 月;朱慧:《机制设计理论——2007 年诺贝尔经济学奖得主理论评介》,《浙江社会科学》2007 年第 6 期;郭其友 李宝良:《机制设计理论:资源最优配置机制性质的解释与应用——2007 年度诺贝尔经济学奖得主的主要经济学理论贡献述评》,《外国经济与管理》2007 年 11 月。

22 《慈善法》来了,公益的春天还会远吗? <http://topics.caixin.com/2016-03-11/100918963.html>

一个县级民政机关主管社会组织的部门需要承担常规事项为：慈善组织的申请登记、变更、注销、其他备案事项，建立慈善信息平台并保证信息的真实性。其中信息公开一项就包括慈善组织登记事项；慈善信托备案事项；具有公开募捐资格的慈善组织名单；具有公益性捐赠税前扣除资格的慈善组织名单；对慈善活动的税收优惠、资助补贴等促进措施；向慈善组织购买服务的信息；对慈善组织、慈善信托开展检查、评估的结果；对慈善组织或者其他组织和个人表彰、处罚结果等。²³除了慈善组织，其他社会服务组织都由民政部门监管。民政部发布的《2014年社会服务发展统计公报》显示，截至2014年底，全国共有社会服务机构166.8万个²⁴。根据“基金会中心网”统计，截止2016年3月17日，慈善基金会达到4866家²⁵。根据《社会团体登记管理条例》、《基金会管理条例》和《慈善法》的规定，民政部门民间组织监管机构需要负责对社会组织依法登记、年检、重大活动报批等程序，并且通过书面审查确保其提供的信息的真实性和准确性，然后根据真实有效的信息对组织给予有效的监督管理，应该有一个无比庞大的民间组织管理系统，并且在财政支出方面，也必定需要庞大的预算²⁶。

2、 监管部门监管激励不足

政府监管部门的监督，是所有监督中唯一具有强制力的监督方式，因此被寄予很大的期望。理想的状态是，如果设计得当并严格执行，这一监督方式是最有效的。但是这一监督方式成本也是最高的，而且对配套制度的依赖也更强。首先需要制定适当的法律，对立法技术提出高要求；其次，需要有效的执行。在查处慈善组织违规行为方面，监管部门缺乏激励。监管部门的激励主要来源于绩效考核和政绩压力。但是对慈善组织的监督绩效很难量化，是设定年检的通过率？还是考核违规事件的出现率？如果是前者，可能造成寻租行为，因为在慈善组织治理能力普遍不高的情况下，寻租行为可以提高通过年检的概率；如果是后一种情况，可能会造成监管机关和慈善机构的合谋，以隐藏违规事件，因为揭露本地区的慈善组织不法行为怎么也算不上是政绩。而且在我国还存在一些特殊问题：第一，现在存在主管业务部门和监督管理机构，其业务有交叉，对于暴露出的违规事件可以相互推诿，规避责任，降低了跟踪监管的动力；第二慈善机构的领导人

23 《中华人民共和国慈善法》第七十四条

24 《2014年社会服务发展统计公报》 <http://www.mca.gov.cn/article/sj/tjgb/201506/201506008324399.shtml>

25 基金会中心网 <http://www.foundationcenter.org.cn/>

26 谢海定：《中国民间组织的合法性困境》，《法学研究》2004年第2期。

与政府部门有千丝万缕的关系，可以通过关系网络来消解来自监管部门的处罚，使得监管行为不产生结果。以上原因都造成实际执行过程中的执法动力不足。

3、相关利益者监督激励缺失

针对政府监管能力和激励的缺乏，有学者主张建立政府部门、行业组织、利益相关方、第三方机构及社会公众等多元主体共同参与的立体型监督体系²⁷，即协同监管模式。协同监管模式增加了监管主体，在信息获取方面有更强的优势，如果监管者有足够的激励则会增加监管效用，如果监管者激励不足，则可能流于“人人可管，人人不管”的状态。

协同监管中的相关利益者包括捐赠人、媒体、公众、慈善组织、监管部门，他们都缺乏足够的激励行使监管权力。

第一，捐赠者的监督激励缺乏。捐赠者向慈善组织捐赠了资金，理论上，其应该关心资金的去处，有很强的监督激励。但是事实可能并非如此。原因如下：1、捐赠者可以分为个人捐赠者和企业捐赠者，一般情况下，个人捐赠者的动机有三个，一是帮助他人；二是向他人表示自己是个善良的人；三是得到内心的愉悦感。个人捐赠的数额一般情况下不会太大。相较于花费时间和精力去关心不多的钱的去处，激励不足。企业捐赠者的动机主要是：一是提高企业竞争优势。企业凭借参与慈善捐赠活动树立自身形象、提升企业声誉、获得社会地位、扩大社会影响力，这些无形资源增强并扩展了企业与外部环境之间的交往和联系，从而使之可以获得有效信息、技术和知识，捕捉市场机遇，获取竞争所需的更多的稀缺资源，进而能够保持并提升企业竞争优势。²⁸二是帮助需要的人。企业的捐赠金额一般会比较大会比较大，但是因为其关心的重点是是否达到宣传自己的效果，加之责任人业务繁忙，对钱的去向监督激励不足。事实上，现行法律已经赋予捐赠人的监督权利。《基金会管理条例》第三十九条规定捐赠人有权向基金会查询捐赠财产的使用、管理情况，并提出建议和意见。但是，目前的违规事件鲜有由捐赠人发现披露的情形。

第二，媒体的监督激励缺乏。在信息通畅的社会，媒体通过获取和传播信息，能很大程度影响慈善组织的声誉，进而影响公众的捐赠行为，对慈善组织行为起

27 谢琼：《立体监管：我国慈善事业发展的理性选择》，《国家行政学院学报》2015年4月

文青：《为有源头活水来——公益慈善组织应对信任危机的理性选择》，《社团管理研究》2011年第9期

28 参见田雪莹《慈善捐赠行为与企业竞争优势：基于企业社会资本视角》，《科学决策》，2010年第1期

到约束作用。“郭美美事件”被媒体曝光后，中国红十字会收到的捐款骤减，2011年，来自境内捐赠约752.57亿元，占全国捐赠总量的89.1%，同比下降约16.7%；来自境外捐赠92.44亿元，占全国捐赠总量的10.9%，同比下降约28.3%。²⁹但是受限于媒体本身的特征，这一监督是不稳定的，且信息的准确性有待考证。首先媒体传播的信息是选择性的。在信息泛滥时代，注意力成为稀缺资源。为了吸引更多的受众，媒体需要筛选或创造更刺激、新鲜的信息，因为人类本能倾向于将注意力资源更多的配置在异常的事物上面³⁰。这种筛选或创造意味着在一定程度上对事实真实性的舍弃。其次媒体信息具有时效性。为了吸引受众的注意力，媒体在选择信息过程中会考虑受众的偏好，但是受众的偏好是变化的，特别在媒体多元化情况下，信息焦点转移非常迅速，很难持续关注某一件事情，并且聚集成为改变的力量。基于媒体本身的特征，其激励依赖于公众的注意力，因此，难以形成持续有效的监督。

第三，公众的监督激励缺乏。公众是一个抽象的群体，现行法律已经赋予公众监督权利。《社会团体登记管理条例》第二十九条规定社会团体应当以适当的方式向社会公布接受、使用捐赠和资助的有关情况。《基金会管理条例》第三十八条也规定基金会在通过年检后，要将年度工作报告公布在登记管理机关指定的媒体上，接受公众的查询监督。基本信息、机构建设情况、业务活动情况、财务会计报告（资产负债表、业务活动表、现金流量表）、接受监督、管理的情况、审计意见、监事意见和其他信息³¹。一般的公众不具备财务、会计专业知识，难以理解工作报告的内容，更不清楚其问题所在。而且公众间存在搭便车的行为，人人都期待别人花时间和精力去监督慈善组织，而自己却缺乏动力。因此，公众这个貌似庞大的群体，监督激励确实很小的。

第四，慈善组织自律和组织之间的互律缺乏。自律的激励来自两个方面：一是本身的道德感和责任感。道德感和责任感很难认为是内生的，它们更多是被外在制度环境塑造的，内心对道德和责任的追求常常受到外在环境的影响，而人和组织通常的行为方式是从理性出发，对成本收益的衡量以后进行，因此自我约

29 《中民慈善捐助信息中心发布<2011年度中国慈善捐助报告>核心数据》，中华人民共和国民政部，

<http://www.mca.gov.cn/article/zwgk/gzdt/201206/20120600327110.shtml>

30 张雷，《信息环境中的“注意力经济人”》，《当代传播》2009.4

31 中国社会组织基金会子站，

<http://www.chinanpo.gov.cn/npowork/dc/listTitleReportAll.do?action=showList&dictionid=102&netTypeid=2&websitid=1000001&className=ndgzbg&netTypeid=2&websitid=1000001>

束的道德激励是脆弱的，不稳定的。

以上分析说明了协同监管中相关利益方的激励缺乏，但并非说明搭建协同监管结构是毫无意义的。协同监管发挥作用的障碍在于如何降低监管者获取信息和采取行动的成本，成本越低越能弥补激励不足的缺陷，而声誉机制通过借助不特定的参与者“用脚投票”作用于慈善组织的核心利益，形成对慈善组织的威慑，进而有效阻吓慈善组织放弃潜在的不法行为³²，其实施成本很低，容易形成行动。

三、 声誉机制的优势及其有效性

（一）声誉机制的优势

不管是以政府为中心的监管模式还是协同监管模式都是以法律设计为中心，他们的不同在于监管权力配置的差异。前文分析证明，要使法律制度有效运转，满足实际监管需求，受制于信息获取能力、执法能力、执法意愿等难以在短时间内改变的因素影响。从信息获取的角度看，不管是哪一种监督主体进行的监督，核心的问题都是获取真实有效的信息。慈善组织和第三方监督主体之间信息是不对称的，当然，可以通过法律规定要求慈善组织对自身的信息进行披露，但是如前文所说的，披露资产负债表等专业财务数据对于大多数人来说并不能明白其含义，因此如何获得易于辨别的信息，是发挥协同监管作用要解决的核心问题。从执行的角度来讲，各个监督主体都具有监督慈善组织行为的冲动，但是要让这一冲动转化为行为，则受行为成本的制约，因此尽可能降低行为成本，使之与激励相匹配是提高监管效率的有效途径。

声誉机制将各种分散信息的集合起来，形成市场参与各方对慈善组织过去行为和行为效果的综合评价，成为监督主体易于判断的符号，是最容易认知的信息。它之所以值得信任，是因为声誉是整个市场参与主体相互影响，共同作用形成的，被直接控制和捏造的可能性较小，值得信赖。³³同时声誉机制通过“用脚投票”的行为，对慈善组织的长期经营产生实质影响，其行为成本可以忽略不计。这两个优势能在一定程度上缓解慈善组织监管中信息效率不足和执法能力欠缺的问题。

要使第三方监督真正发生作用需要提高信息效率和激励相容度。制度激励分

32 吴元元：《信息基础、声誉机制与执法优化——食品安全治理的新视野》，《中国社会科学》2012.6

33 Paul Argenti A. and Bob Druckenmiller, 2004, Reputation and the Corporate Brand”, Corporate Reputation Review, Vol.6, pp.368~375.

为显性激励和隐性激励,通过法律设计形成的对公益组织的激励是典型的显性激励,其激励目的和方式、预期结果都是明确表示的。但因为信息不对称的存在,慈善组织可能会隐藏信息或者提供虚假的信息,特别是其产品难以测量的情况下,通过正式的法律制度设计形成的激励往往会被规避,而要获取组织内部的完全信息则是不可能的。交易主体间的信息不对称为声誉产生提供了理由。³⁴作为一种隐性激励制度,声誉机制可以通过影响慈善组织对未来的预期而对其起到约束作用,而且它作为一种分散的权力行使方式,可以避开现行制约法律制度效用发挥的因素,更加直接的发挥威慑作用,这一点在我国政府和法律信任度降低的情况下尤为有意义。

(二) 声誉监管与慈善组织特性的匹配

慈善组织不同于一般的营利性企业,它缺乏营利组织所具有的物质利益激励机制、业绩评价机制和监督机制,主要基于其、利润非分配性和产品特殊性。

明晰的产权是现行监管体系的微观基础。但是慈善组织的产权既不同于所有权明晰、剩余索取权可以自由转让的私有产权,也不同于国家作为所有权主体,并由政府代为行使的国家产权。慈善组织的资金主要来源于社会捐赠、政府拨付、经营收入及其资产增值等,其资产具有社会公共财产特性,《中华人民共和国慈善事业捐赠法》第七条规定:“慈善性社会团体受赠的财产及其增值为社会公共财产。”公益产权的本质特征在于委托权、受托权、受益权相分离并相互独立,由此带来公益财产的产权主体分离、所有者缺位、使用权受限、无自由转让权、受益主体虚拟化等重要特征³⁵。社会公共财产的产权不完整,传统的以产权完整为基础的传统激励机制效果会大大降低。

“利润非分配性”是慈善组织区别于营利部门的最重要特征³⁶,其第一层含义是指慈善组织的剩余利润不能进行分配。慈善组织的“非营利”并非指不能从事营利性活动,而是指获得的利润只能用于符合章程的目的,不能用于分配,捐赠人不是以营利为目的来运行组织。另一层含义是指任何人不得以任何形式将组织的资产转变为私人财产。慈善组织的资产既不属于捐赠人,也不属于管理者和受益人。慈善组织在解散时,它们的剩余资产不能像企业那样在成员之间分配,

34 皮天雷、张平:《声誉真的能起作用吗——逻辑机制、文献评述及对我国商业银行的启示》,《经济问题探索》2009年第11期。

35 王名、刘求实《中国非政府组织发展的制度分析》,《中国非营利评论》,2007年第1期

36 李霞:《慈善超市筹资机制研究综述》,《经济研究导论》,2013年第7期

而只能转交给政府或慈善目标相似的其他慈善组织。《慈善法》第十五条规定慈善组织的财产只能根据章程或者捐赠协议的规定用于慈善目的，不得在发起人、捐赠人以及慈善组织成员中分配。《基金会管理条例》第三十三条规定，基金会注销后的剩余财产应当按照章程的规定用于慈善目的；无法按照章程规定处理的，由登记管理机关组织捐赠给与该基金会性质、宗旨相同的社会慈善组织，并向社会公告。

慈善组织提供的产品也与企业或其他组织存在明显差别：第一，慈善组织提供的是非市场产品。一方面慈善组织提供非市场产品难以测量，多数慈善组织除提供资金外，还提供难以度量的服务；甚至部分慈善组织通过某种活动来倡导一种理念，比如“红丝带”活动、“关爱艾滋病患者”活动等，这些活动旨在引起人们对某件事情的重视或改善某种观念，使得某一群体受到更好的关注或提高其被接受的程度。慈善组织产品的具体形式除有形的物质产品外，主要提供具有外部性、消费数量、效用难以计量或品质难以评价的无形的服务、观念与实践³⁷。另一方面，慈善组织的产出和最终社会效果之间存在时间上的滞后性；比如慈善组织传播关爱艾滋病患者观念在得到人们观念上的认同之间需要有一个过程，更何况公众最终的接受程度和行为效果之间的关系难以测量。慈善组织中捐赠者和受助者之间不具有同一性。在私人捐赠中，捐赠者和受助者具有同一性，虽然捐赠者在提供资金时可以指定用途，但是资金一旦提供给慈善组织，其具体的受益人很可能是不确定的。例如捐赠者将款项赠给红十字会，专门用于儿童教育，红十字会可以将款项用于满足条件的不特定人群。非同一性使得服务质量等信息获得比较困难，客观上导致监督不能。

资产的社会公共属性、利润的非分配性和慈善产品的特殊性使得传统的法律监管通过权利和责任分配方式实现形成的结构式的外部监管形式难以发挥作用，而声誉机制通过不特定的个体实施分散监管大大增加了违规行为被发现的概率，且因其惩罚实施成本低下，较之法律监管，声誉监管能更有效的监督慈善组织行为。

四、 声誉机制的信息制度基础

(一) 信息是声誉形成的基础

37 周美芳 《非营利组织的产出》，《世界经济情况》2005 年第 22 期

声誉是人根据对信息进行接收、加工、固化最后形成的对某一主体的认知，信息是声誉产生和形成的基点。声誉机制要发挥作用，首先要满足信息要件。

信息是声誉形成的基础，但是信息并不都是有效的，有效的判断标准是是否有助于形成与组织实际情形相匹配的声誉。声誉机制是由实际和潜在的捐赠人以“用脚投票”为威慑对慈善组织产生作用的，这一需求是因为有限的理性人和信息不对称导致的。就慈善组织和捐赠者来说，因为不了解组织的实际运营状况，捐赠者可能被欺骗而将资金捐助给坏的组织，形成逆向选择；在捐赠以后，组织会基于机会主义的动机将资金进行不当用途的使用，造成道德风险。不管是事前还是事后，慈善组织都有动机伪装成好的组织。如果捐赠者能了解组织的实际运行状况，就可以在事前作出正确的判断，在捐赠后对组织形成有效的监督，进而形成对组织的总体评价。对组织的感官认知，受到信息来源和内容的影响，主要来源于直接经验和间接经验，间接经验是指通过第三方发布、传播获得的信息。可以是组织自身提供的信息也可以是第三方组织提供的信息。直接经验的真实性更强，但是在原子化的开放社会，因个人与组织交易而产生的直接经验较少，且因为资金使用的具体信息获取困难，直接经验对认知形成影响较小。更多的影响来源于间接经验。但是因为任何提供信息的主体都是理性的，任何组织都是理性的会掩藏其弱点，第三方机构也会基于自身的利益提供不真实的信息，或者制造不真实的信息。比如媒体为了吸引眼球而采取夸张的描述、政府出于保护官方慈善组织的角度隐藏决定判断的信息。这些原因都会造成信息污染，而混杂的信息难以被接受者消化也就难以形成有效认知，容易产生误判。因此，需要设计信息披露制度来改变发布方的成本收益结构，以获得更有效的信息。

（二）信息披露的原则

根据现行的信息披露制度，慈善组织应该披露的信息包括财务信息和非财务信息，基本上涵盖了公益组织运营的主要内容，但是因为信息真实性和有效性欠缺，信息结构与公众认知错位、传播渠道与公众习惯不一致，导致信息披露难以达成提供声誉信息基础的目标。笔者认为，信息披露的原则是便于受众理解，促使其做出恰当的行为，将“好的”慈善组织和“坏的”慈善组织分离。

1、信息披露的充分

类似于上市公司，慈善组织财产来源于不特定的人，一旦财产进入组织则

与捐赠者脱离，进而产生委托代理关系。相比于上市公司的资金由股东持有，公益组织的捐赠人虽然不享有捐赠款项的所有权，但是却享有监督权，慈善组织滥用资金不仅伤害其公信力，违反捐赠目的，也是对社会公共利益的伤害。而且上市公司还可能基于商业竞争的缘故，需要对某些商业秘密有所保留，而慈善组织是以完成慈善行为为目标，因此，慈善组织的信息披露应该更加充分。

2、披露的统一性

信息的统一性是信息披露有效的重要标准。信息披露内容应包括财产来源、管理及使用情况，项目运作情况及效果，以及组织的使命、价值取向、机构设置、人员构成、决策程序、管理制度等信息。但是仅仅规定“充分”披露是一个过于宽泛的概念，组织可能难于把握，可能产生差异化的披露结果，使组织之间缺乏比较基础，反而使声誉机制难以生效。而且，对组织来说，披露也是需要成本的，流水账似的进行情景再现从成本上来说是不可能的，事实上也是没有必要的。因此，首先需要通过统一的标准设计提供可相互比较的指标体系；其次，因为各个组织的衡量指标存在差异，因此应该根据公益组织的类型对组织信息披露标准进行差异性设计，以兼顾统一性和有效性。

3、信息责任的平衡

信息产品的产生分为初始信息提供，信息核定、信息披露。由慈善组织提供初始信息是一个效率的选择，但是因为慈善组织可能隐瞒不利的重大信息，因此需要对信息进行核查。如果核查义务全由监管机关承担，由于财务专业能力的限制和庞大的组织数量压力，无疑将成为监管机关不能承受之重，因此信息核定可以通过增加虚假披露的惩罚力度来降低前期审核的压力。对慈善组织来说，不仅仅可以通过罚款来惩罚，还可以通过对违规行为的权威披露实施对组织的惩罚。慈善组织的资金主要来源于捐赠者、国家拨款或者会费，罚款对于直接责任人来说难有切肤之痛，而且各个组织的具体情况不同，罚款的边际效用也不同——对于小的组织来说巨额的罚款，可能是灭顶之灾；但对于大型组织来说可能是小菜一碟，难以起到惩罚的作用。因此对违规行为的信息披露相较于罚款是对组织是更效的惩罚，这会直接影响其捐赠款项的获得，同时也实现了对组织惩罚的公平性。

4、信息的简化与明确化

我国法律和慈善组织章程都规定了信息披露的要求，在目前规定的信息披露信息分为财务信息和非财务信息，非财务信息包括组织的规章、人员构成、组织宗旨等，这些信息非常重要，而且因为是软性考核信息，不能直接反应组织的运营状况，各个组织不同，也难以比较。财务信息是硬性可以衡量比较的指标，反应组织资金运营的重要指标，而且会计财务报表有相对统一的格式和指标含义，容易进行组织间的比较。但是财务信息是专业信息，普通公众难以解读其含义，也就难以了解善款的用途。缺乏必要的“知情权”，就不能形成与事实相匹配的反应，声誉罚的威慑力就无从谈起，结果使好的和坏的组织混淆在一起，加大了区分成本，最终演变的结果是公众对所有的慈善机构都不再信任，直接影响到公益组织生存根基。从这一结果可以出，除了信息的真实性，信息还需要容易被公众接受，清晰明确，易于指引作出判断，在这一点上，排名和评级可以帮上大忙。信用评级可以由中立机构进行，中立的机构可以是公益组织的联盟组织，也可以是专门的评级机构。评级机构可以使用组织向监管部门提供的信息，也可以鼓励公益组织向评级机构主动提供数据，比如将主动提供信息作为评价标准之一。

5、信息披露渠道多元化

信息披露可以通过多方进行：互律组织、媒体、监管部门、中立组织和非营利组织自身。多方披露的目的在于形成信息披露的竞争性市场，使所披露的信息可以相互验证。不仅仅是披露公益组织自愿提供或者由监管部门提供的数据，而且可以提供经过加工、分析的数据。比如基金会中新网，在对基金会提供的年检报告进行分类、分析的基础上，对其透明度进行排名，将信息更直观的提供给公众，虽然在对红十字会的认定上有违公众直觉而引起质疑，但是这一方式可以将复杂的财务数据、抽象的组织理念等指标具体化，更好的与公众的认知结构进行对接，进而产生更大的影响力。此外，竞争的披露市场也使得信息可以相互验证，约束各披露主体行为。

（二）行为数据的采集

除了传统的以慈善组织信息披露制度以外，利用大数据技术的成果，主动采集组织的行为数据，可以交叉验证信息的真实性，丰富组织所能展现的面相，更准确的形成与之匹配的声誉。不管是财务数据还是非财务数据都是可指标化的硬性数据，由人有意识的来采集、制作和提供，从某种意义上说，都存在作假的可

能性。随着技术的发展，互联网成为人们生活的重要场所，互联网记录了大量的组织行为痕迹。不仅仅是主动公布的数据和新闻，还有其他表面上与组织运营情况没有直接联系的行为，也有可能反应组织真实情况。比如已有大数据产品通过小贷公司招聘信息中人员学历的高低来作为判断企业是真正的小贷公司还是具有非法集资目的公司的标准之一。通过大量的数据整合观察到一般的小贷公司业务要求有一定学历的人员，而以非法吸贷为目的的公司招聘人员学历要求较低。通过大数据采集分析，发现行为与结果之间的相关性，可以动态、及时的发现慈善组织的异常行为，防范于未然抑或给予其匹配的信用评价。

结 语

任何的治理活动都是系统工程，慈善组织的治理也不例外。鉴于慈善组织的固有特征、法律制度惯性以及监管成本考量，使得基于以权责分配为制度设计贺欣的政府监管实际效果有限，而发挥声誉机制的作用，通过不特定的主体进行的分散监管能在一定程度上回避上述的限制。声誉机制可以调动各监督主体的积极性，使条块化的监督变成无所不在的点状监督方式，加强对组织的威慑力，同时可以减轻执法负荷，使慈善组织可以通过自身努力得到应有的评价。声誉机制作用的发挥需要良好的信息供给制度，除了传统的信息披露制度以外，还应吸收最新的大数据技术，采集组织行为数据，更全面的还原组织全貌，形成与之匹配的声誉，进而起到规范其行为的作用，使声誉机制的嵌入真正成为优化慈善组织监管的重要辅助力量。

【参考文献】

- 【1】 杨清华：《协同治理与公民参与的逻辑同构和现实路径》，《北京工业大学学报（社会科学版）》2011年第4期。
- 【2】 杨刚：《2010年中国慈善政策评估报告》，载《慈善蓝皮书——中国慈善发展报告（2011）》，社会科学文献出版社2011年版。
- 【3】 谢海定：《中国民间组织的合法性困境》，《法学研究》2004年第2期。
- 【4】 谢琼：《立体监管：我国慈善事业发展的理性选择》，《国家行政学院学报》2015年4月
- 【5】 文青：《为有源头活水来——公益慈善组织应对信任危机的理性选择》，《社团管理研究》2011年第9期

- 【6】田雪莹《慈善捐赠行为与企业竞争优势：基于企业社会资本的视角》，《科学决策》，2010年第1期
- 【7】吴元元：《信息能力与压力型立法》，《中国社会科学》2010年第1期。
- 【8】吴元元：《信息基础、声誉机制与执法优化——食品安全治理的新视野》，《中国社会科学》2012.6
- 【9】王永钦：《声誉、认同与组织动态》，载于《财经问题研究》2007年第4期
- 【10】皮天雷、张平：《声誉真的能起作用吗——逻辑机制、文献评述及对我国商业银行的启示》，《经济问题探索》2009年第11期。
- 【11】王名、刘求实《中国非政府组织发展的制度分析》，载于《中国非营利评论》，2007年第1期
- 【12】周美芳《非营利组织的产出》，《世界经济情况》2005年第22期
- 【13】田凯：《西方非营利组织治理研究的主要理论述评》，《经济社会体制比较》2012年11月
- 【14】李刚：《慈善事业市场化运作机制创新研究报告》，上海市慈善基金会、上海慈善事业发展研究中心编，《慈善：创新与发展》，上海社会科学院出版社2009年
- 【15】【美】莱斯特·M·萨拉蒙等：《全球公民社会——非营利部门国际指数》，陈一梅等译：北京大学出版社2007年版
- 【16】【美】詹姆斯·N·罗西瑙：《没有政府的治理》，张胜军、刘小林等译，江西人民出版社，2001年版
- 【18】Kathryn Hendley, 2006, Assessing the Rule of Law in Russia , *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol.14, pp. 347-391.
- 【19】Paul Argenti A. and Bob Druckenmiller, 2004, Reputation and the Corporate Brand ” , *Corporate Reputation Review*, Vol.6, pp.368~375.
- 【20】Amna Kirmani and Akshay R. Rao, 2000 , No Pain, No Gain: A Critical Review of the Literature on Signaling Unobservable Product Quality ” , *Journal of Marketing*, Vol.64 ,pp.66~79.

英国慈善信托受托人监管之历史考察

王 涛

【摘要】慈善信托是英国慈善法的重要组成部分，始终伴随着英国慈善法律制度的发展完善。慈善信托受托人的有效监管是慈善信托实现慈善宗旨的关键。经过数百年的发展演进，英国慈善信托受托人监管经历了四个时期：慈善用益时期慈善受托人之道德约束；慈善信托产生和发展时期慈善信托受托人之法律规制；慈善信托变革时期慈善信托受托人监管之法律改革；现代慈善信托法成文化过程中慈善信托受托人监管之进一步完善。通过对英国慈善信托受托人监管之历史考察，总结其中的优点及对我国的启示，以期达到完善我国慈善信托受托人监管的目的。

【关键词】慈善信托；慈善信托受托人；监管制度

信托法源于英国，信托被誉为“英国人在法律领域最伟大的和最杰出的成就”。慈善信托既是英国信托制度中的重要品种，更是英国慈善法的重要组成部分，始终伴随着英国慈善法律制度的发展完善。追根溯源，现代的信托制度是从中世纪的用益演化而来的，但用益制度产生之初就与慈善存在非常紧密的联系，经被借助用于慈善赠与的情况。因此，可以说慈善信托是英国信托制度中最古老的信托种类之一。在信托法律关系中，受托人在信托关系中居于关键的地位，受托人义务在各国信托法中都是最核心的内容。受托人存在的目的是为了受益人的利益或依照委托人的意愿实现信托目的。相对于一般信托，由于慈善信托受益人的不确定性以及慈善信托本身的公益性质，英国相关法律制度对慈善信托受托人履行义务的要求更高，对其监管也更为严格。

根据英国慈善法的相关规定，慈善信托受托人是可以控制和管理信托财产的人。慈善信托受托人的选择是否得当，慈善信托受托人能否恰如其分地履行自己的义务是慈善信托目的能否最终得到圆满实现的关键。由于慈善信托受托人在慈善信托中的特殊重要地位，在英国慈善信托制度的发展过程中一直非常重视对慈善信托受托人义务之履行的监管。慈善信托受托人义务经历了从道德义务向法律

义务，从消极义务向积极义务的转变和发展。

一、慈善用益时期慈善受托人之道德约束

早期英国法中出现的用益制度被普遍地认为是英国信托制度的雏形。由于用益产生以后经常作为一种有效机制来处理慈善事务，因此，慈善用益成为中世纪笃信基督教的大多英国人满足虔诚的宗教信仰，获得心灵救赎的主要途径。爱德华一世为了阻止人们向教会捐赠土地，于1279年颁布了《死手律》，禁止将土地让渡给一切法人团体。为了规避《死手律》教徒们巧妙地运用了用益的设计，不再将土地直接捐赠给教会，而是将土地先转给他人经营管理，并将所得的收益全部转给教会。通过使用用益这种方式既能使教会从中获益又不违反国王颁布的法令，由此用益也受到了教徒们的广泛欢迎。同时，教皇法令宣称“用益”并不是“所有权”。因此，用益为修道士们提供了一个在不违背法律的情况下从财产中获利的机制。³⁸在用益时期，受托人一般是由委托人基于简单而纯粹的信任关系选择自己的亲戚朋友或宗教组织来担任。能够对受托人是否圆满完成被委托的事项形成约束的只是道义上的责任和义务。受托人几乎完全拥有财产所有人的权利，他基本上是根据其个人的意愿来决定是否履行当初的协议，将被委托管理的财产或者相应收益转交给受益人，委托人、受益人，抑或是其他人，谁都无法在法律当中寻求到制约受托人的任何的方法或者手段。如果遇到受托人背信弃义的情况，委托人和受益人的利益通过普通法将得不到有效地保护。

总之，在慈善用益时期，受托人所承担的义务主要是基于与委托人的信任关系的道义上的义务。由于用益制度出现的最主要动因是规避当时的相关法律制度，很多情况下受托人只是充当人头而消极地持有财产。因此，这个时期的慈善用益只是人们为了规避当时阻止向教会捐赠土地的相关法律而采取的，既不违反国王颁布的法令又能达到让教会最终获益的慈善目的之变通方式。

二、慈善信托产生和发展时期慈善信托受托人之法律规制

随着用益的影响力不断扩大，受益人和委托人针对背信弃义的受托人要求获得法律救济的呼声越来越高。衡平法的出现开始注重对用益中委托人和受益人权利的救济。依据“良心”和“正义”进行判案的衡平法院从用益的产生方式、受

³⁸ Williams S. Holdsworth, A History of Legal Law, 5th ed., 16 vols. London, 1945, pp. 416 — 417. 转引自解锟著：《英国慈善信托制度研究》，法律出版社 2011 年版，第 17 页。

托人、受托人的地位等方面对受托人进行规制。衡平法院对用益的干预促进了其进一步发展。但用益的广泛运用不但使国王和封建领主的税收锐减，同时也客观上造成了对相关债权人、相关买家的欺诈等问题。针对用益这种设计所带来的一系列问题，英国政府在亨利八世时期通过了《1536年用益法》(Statute of Uses 1536)。该法虽然初衷是恢复国王在土地上的权力，增加封建赋税，加强普通法对用益的管辖，但该法并没有涵盖所有类型的用益，衡平法院保留了对积极用益和双重用益的管辖权。积极用益和双重用益经过不断发展演化形成了现代意义上的信托。因此，《1536年用益法》客观上促进了“用益”向“信托”的演变，是英国信托制度发展史上的重要转折点。慈善信托是伴随着“用益”向“信托”的演化而逐步产生和发展的。

如前面所述，用益的最初设计主要是被用来服务于宗教这一慈善目的，如修建教堂、医院、救济院，向穷人发放救济等。但那时的慈善理念主要是宗教意义上的，慈善事务最早是由教区负责的。后来随着宗教世俗化的改革与现代慈善理念的形成，救济贫困作为当时最重要的一个慈善目的得到了空前的重视和迅速的发展。慈善开始从注重获取心灵的救赎转向更加关注那些需要救助的人和值得救助的人。越来越多的有钱人开始通过选择慈善组织以信托的形式传递自己的仁爱之心。慈善组织作为受托人在救济贫困中扮演越来越重要的角色。在这种大背景下，经过不断地尝试和努力，终于诞生了英国慈善信托发展史上最重要的一部法律——《1601年慈善用益法》(The Charitable Use Act 1601)。该法的主要目的之一就是通过建立一个有效的慈善信托监管机制来避免慈善财产的滥用。该法不但在序言中通过列举慈善目的的方式为慈善划定了一个大致的范围，而且第一次通过立法的形式创设了一个审查慈善财产滥用的程序。该法规定国家可以启动和维持对一个慈善用益彻底的调查权，以保证赠与物可以根据捐赠者的意图被使用。³⁹该法还将调查慈善用益财产滥用的权力赋予了地方政府，要求以郡为单位任命5个慈善专员，对任何违反用益的行为，包括虚假报告、闲置、隐匿和改变慈善用益财产用途等行为进行调查。一旦慈善专员发现了上述行为，慈善委员会就会提请地方政府注意，并宣布慈善用益财产已被滥用，紧接着还会发布一道命令纠

³⁹ James J. Fishman, *The Faithless Fiduciary and the Quest for Charitable Accountability 1200-2005*, Durham: Carolina Academic Press, 2007, p. 105. 转引自解银著：《英国慈善信托制度研究》，法律出版社 2011 年版，第 17 页。

正该行为或者向衡平法院提起诉讼。⁴⁰因此,《1601年慈善用益法》的颁布标志着慈善信托受托人的义务约束从单纯的道德层面上升到法律规制的高度。

《1601年慈善用益法》的颁布以后,慈善信托的数量出现了迅速的上升。由于17世纪的贫困问题和流民问题仍然是英国社会所面临的最重要问题之一,因此,这个时期的慈善信托主要用于救济贫困。18世纪英国开始进入工业革命时期,随着工业化、社会化程度不断加强,慈善信托在继续关注贫困问题的基础上,开始关注更广泛的社会需求,越来越多的慈善信托资源开始用于学校、医院及其类似的公共机构。慈善信托受托人义务的内容不但包括确保捐赠的慈善财产恰当地用于委托人制定的慈善目的,还包括确保慈善信托能更好地服务于公众与国家。为了慈善信托受托人能正确履行自己的义务,到十八世纪末期,英国开始注重加强国家层面的监管。1763年通过一个“调查慈善捐赠的活动”调查受托人的投机行为,开始了国家意义上对慈善的调查。同时,慈善捐赠的强制登记制度被建立,最早的慈善信托登记制度才出现在英国。⁴¹1786年颁布的《慈善捐赠报告法》(Returns of Charitable Donation Act 1786)是英国在国家层面上开始对慈善信托进行监管的重要标志,该法要求作为慈善信托受人的教堂或牧师提供救济贫困的数据和资料。这说明慈善信托受人报告慈善信托数据和资料的义务开始上升到国家法律的高度。

三、慈善信托变革时期慈善信托受托人监管之法律改革

进入19世纪,伴随着英国社会法治化的不断加强和对慈善信托需求的日益增长,英国慈善信托的数量得到了加速提高。为了慈善信托能适应英国社会发展的需要,伴随着这一时期的法律制度改革,慈善信托进入变革时代。慈善信托受托人义务作为慈善信托的核心内容,不论从受托人义务的内容,还是从受托人忠诚履行受托义务的保障机制方面都有了显著地进步。

第一,布鲁姆委员会的建立加强了慈善信托受托人义务的监管。进入19世纪后,慈善信托制度进入快速发展时期,不论在数量上,还是在规模上都有很大提

40 Gareth Jones, History of the Law of Charity 1532 - 1827, Cambridge University Press, 2008, P.45. 转引自解银著:《英国慈善信托制度研究》,法律出版社 2011 年版,第 17 页。

41 转引自解银著:《英国慈善信托制度研究》,法律出版社 2011 年版,第 37 页。

升。随着慈善信托数量和规模的不断增加，由于慈善信托受托人不能很好地履行义务而导致慈善信托财产滥用的问题也日益突出。慈善信托财产被受托人滥用与慈善信托的慈善本质背道而驰，为了防止慈善信托财产被滥用，以亨利·彼得·布鲁斯为代表的改革家们在社会底层人员教育专门委员会的基础上建立了布鲁斯委员会。布鲁斯委员会是英国内政部的附属机构，具有独立的财政权。布鲁斯委员会主要是通过发放问卷和实地访问的形式对慈善信托进行调查。调查的主要方面包括：慈善信托财产收益的数额、种类以及适用情况；当外部环境发生变化时，慈善信托是否能够有效地实现最初的慈善目的。布鲁斯委员会的调查工作持续了近20年的时间，调查范围非常广泛，不但向承担慈善信托监管任务的皇家检察总长提出了很多对慈善信托的起诉建议，而且根据调查结果对不少慈善信托进行了必要的改进，客观上形成了对慈善信托受托人义务的有效监管，促进了慈善信托的发展。为了更有效地监督慈善信托受托人义务的履行，加强慈善信托的良性运转，促进慈善事业的健康发展，布鲁斯委员会在其报告中提出了建立一个全国性的常设的慈善委员会的建议。

第二，慈善委员会的设立进一步促进了慈善信托受托人义务监管的制度化、规范化。从慈善信托制度出现以来，受托人误用和滥用信托财产的情况就时有发生，特别是到了十九世纪，工业革命带来了英国经济的大发展，慈善信托受托人违反信托义务，通过欺诈手段占用或转移慈善信托财产的现象越来越频繁。虽然布鲁斯委员会与1835年的调查报告中提出了建立一个全国性的常设的慈善委员会的建议，但在长达近二十年的时间，该建议一直遭到议会中守旧派，以及教会等很多方面的抵制。1852年和1853年发生的St.Cross医院以及Rochester教堂滥用慈善信托财产的丑闻，在当时社会引起了强烈的反响，同时也成为全国性常设监管机构建立的重要转折点。⁴²为了消除慈善信托受托人误用、滥用信托财产带来的负面影响，英国下议院通过的《1853年慈善信托法》明确规定了建立一个全国性的常设的慈善委员会的内容。慈善委员会的建立标志着英国以慈善委员会为中心的慈善信托监管体制的初步形成。《1860年慈善信托法》的颁布，慈善委员会获得了管理慈善信托的权力，但是该法规定慈善委员会不能干涉有关慈善组织的司法管辖争议的案件。⁴³ 1869年英国上议院采纳了汤顿委员会的建议，颁布了

42 参见解银著：《英国慈善信托制度研究》，法律出版社 2011 年版，第 118 页。

43 The Charitable Trusts Act of 1860,s.5. 转引自解银著：《英国慈善信托制度研究》，法律出版社 2011 年版，第 118 页。

《1869年受捐赠学校法》，规定对以发展教育为目的而设立的慈善信托由慈善学校委员会进行监管。自此开始，慈善委员会对发展教育为目的而设立的慈善信托的监管权就被分割出去。⁴⁴因此，在慈善委员会建立之初，关于其地位和权限的争议一直不断，使得慈善委员会在发挥监管职能方面受到诸多限制。

四、现代慈善信托法成文化过程中慈善信托受托人监管之进一步完善

进入20世纪，随着《1906年公受托人法》、《1925年受托人法》等一系列信托法律的出台，英国的信托制度取得了实质性的进展。20世纪60年代颁布的《1960年慈善法》，以及后来陆续颁布的《1961年受托人投资法》、《1972年慈善受托人法》（The Charitable Trustee Act 1972）、《1993年慈善法》、《2000年受托人法》、《2006年慈善法》等相关法律的颁布实施，使慈善信托受托人的监管得到了进一步完善。

《1960年慈善法》在慈善信托发展史上起到了承前启后的作用，有力地促进了慈善信托监管制度的完善。该法清理了大量不利于慈善信托发展的不合时宜的规则，并采纳“内森报告”⁴⁵建议，进一步扩大了慈善委员会的监管权力，强调慈善委员会应该充分发挥调查和防止慈善信托财产的滥用，并主张应建立相应的财务会计年报制度。《1972年慈善受托人法》（The Charitable Trustee Act 1972），为了完善慈善信托的受托人制度，做出了慈善委员会可以授予慈善信托受托人法人资格证书的规定。⁴⁶《1993年慈善法》进一步加强了慈善委员会对慈善信托受托人的监管，其主要表现如下：其一，为了保障慈善信托财产的安全性，强调慈善组织受托人向慈善委员会提起法人化设立的应用；慈善委员会经过严格审查，可以授予该设立证明。其二，进一步强化了慈善信托受托人资格的限制。《1993年慈善法》第72条规定具有下列情形的人应当被撤销作为慈善信托受托人的资格：其已构成涉及不诚实或者欺诈的任何犯罪；其已被宣告破产或者其财产亦被扣押，并且没有被免除责任；其与债权人已达成和解或安排，或者向其债权人授予一项信托契据，并且没有被免除责任；由于在其负有责任或有利害关系的，或因其行为而有所贡献或提供帮助的慈善组织的管理中的任何违法行为或不当管理，已被慈善委员会或高等法院罢免受托人资格；其根据《1986年公司董事撤销资格法》、

44 参见解银著：《英国慈善信托制度研究》，法律出版社 2011 年版，第 119 页。

45 1952 年由内森委员会（Nathan Committee）公布的关于英国当时的慈善组织及其相关规则的评估报告。该报告非常重视慈善委员会监管职能的发挥，主张建立一个更为完善、有效的慈善法律监管机制。

46 参见解银著：《英国慈善信托制度研究》，法律出版社 2011 年版，第 47 页。

《1989年公司（北爱尔兰）指令》和《1986年破产法》，没有资格担任董事。⁴⁷《2000年受托人法》规定了受托人的谨慎义务，对职业受托人的谨慎义务作出了更严格的要求。《2006年慈善法》明确定位了慈善委员会作为主管慈善事务政府机关的法律地位，进一步扩张了慈善委员会的监管权力。该法不仅进一步增强了慈善委员会变更慈善信托受托人的权力，而且还增加了慈善委员会对受托人撤销资格的豁免、确定向慈善组织提供服务的受托人的薪酬问题、免除受托人违反信托或义务的责任的权力等规定。目前，英国已经形成了以慈善委员会为核心，其他机构配合的完整的慈善信托受托人监管体系。慈善委员会通过对慈善信托的监管，实现其促进慈善资源有效利用，推动慈善事业发展的宗旨。

五、英国慈善信托受托人监管制度述评及对我国的启示

经过了数百年的发展演进，各项制度日趋完善，到2006年英国建立起了由慈善委员会为主导的，以慈善信托运作为内容的，对所有慈善信托全面而具体的监管制度。其中，慈善信托受托人监管制度是整个慈善信托监管的核心内容，成为英过慈善法体系中极具特色与创造性的法律制度。

（一）英国慈善信托受托人监管制度述评

1.明确的慈善信托受托人信义义务的规定。信义义务包括忠实义务和谨慎义务。根据英国的相关法律的规定，信托受托人的忠实义务主要包括以下几方面的内容：受托人不得使自己处于一种其个人的利益与自己应承担的信托义务相冲突的地位；受托人不得从其作为受托人的地位中获利。经过长期的发展演变，逐渐形成了落实受托人忠实义务的“冲突规则”和“获利规则”。慈善信托作为信托的一种形式，慈善信托受托人在严格遵循“冲突规则”和“获利规则”的基础上，还有义务为公益目的而适用力求近似原则。⁴⁸谨慎义务是指在某种信赖关系中处于被信赖地位的某些主体应承担的如同一个谨慎的、理性的、审慎的人管理他们自己的事务一样的义务。《2000年受托人法》对受托人的谨慎义务做出了非常加详尽的规定。关于谨慎义务的含义，该法第1部分第1条第1款规定：本款项下的义务无论何时适用于受托人，其必须行使合理的注意和技能，特别是顾及——(a)其具有或者自认为具有的任何特殊知识或经验，以及(b)如果其在经营或从业过程中作为受托人而行事，该种类经营或从业过程中行事的人被合理期望的任何

47 参见葛伟军译：《英国信托法：成文法汇编》，法律出版社2012年版，第246-247页。

48 参见王涛：《论公益信托受托人法的忠实义务》，《社会科学战线》，2015年第6期，第223页。

特殊知识或经验。⁴⁹明确的慈善信托受托人信义义务的规定为有效监管慈善信托受托人指明了方向

2.完备的慈善信托受托人监管机构体系。以慈善委员会作为慈善信托专门监管机构的监管模式，既是英国慈善信托长期发展演进的结果，也是英国慈善信托制度的一大特色。经过长期的发展演进，目前英国已经建立起了以慈善委员会为专门监管机构，以皇家检察总长、高等法院、遗嘱事务署、国内税务署、郡议会在内的其他机构相配合的完备的慈善信托受托人监管体系。完备的慈善信托受托人监管机构体系为有效监管慈善信托受托人配备了实施主体。

3.完善的监管机构监管权的规定。慈善委员会的监管权主要包括对慈善信托的登记权、对慈善信托运行情况的调查权、对慈善信托受托人提出的书面意见和建议的答复权以及主动对慈善信托受托人提出相关建议的权力、对慈善信托受托人是否尽到忠实义务和谨慎义务的监督权、适用力求近似原则的决定权以及新管理方案的制定权、对存在滥用信托财产或不当管理行为受托人资格的撤销权以及新受托人的任命权等。从慈善信托受托人监管的发展演进来看，慈善委员会的监管职能是从英国皇家检察总长和高等法院的传统职能中逐步分离出来的。在英国当前的监管体制中，包括皇家检察总长、高等法院、遗嘱事务署、国内税务署、郡议会在内的其他机构，各自从不同角度配合慈善委员会，行使一定的监管权力。高等法院与慈善委员会共同行使部分监管权的同时，主要行使慈善信托受托人监管中的司法救济权，如受托人对慈善委员会作出的决定不服时，可以直接向高等法院申诉。皇家检察总长的监管权主要体现为司法救济权。遗嘱事务署的监管权主要体现为涉及依遗嘱方式设立的慈善信托的受托人的监管。国内税务署的监管权主要体现为慈善信托税收豁免资格的决定权。郡议会的监管权主要体现为对辖区内的地方慈善信托评估的权力，以及对慈善信托受托人履职工作提出评价和建议的权力。完善的各监管机构监管权的规定，进一步规范了以慈善委员会为专门监管机构，其他机构相配合的监管体系的监管行为。既增加了慈善信托受托人监管立法的可操作性，同时也为监管机构之间的分工协作奠定了基础，增强了监管的实效性。

（二）英国慈善信托受托人监管制度对我国的启示

⁴⁹ 参见葛伟军译：《英国信托法：成文法汇编》，法律出版社2012年版，第334页。

1.从立法上明确慈善信托受托人信义义务的内容。我国慈善信托受托人信义义务的规定主要体现在《信托法》中，其中既有概括性的规定，也有比较具体的内容。《信托法》第25条规定：受托人应当遵守信托文件的规定，为受益人的最大利益处理信托事务。受托人管理信托财产，必须恪尽职守，履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务。⁵⁰目前还没有专门针对慈善信托受托人信义义务的立法规定。与英国慈善信托受托人信义义务的规定相比较，我国的相关规定存在明显的简单、粗糙、操作性不强等不足之处。借鉴英国慈善信托受托人监管制度的规定，我国应首先从立法上明确慈善信托受托人信义义务的内容。通过引入“冲突规则”、“获利规则”、“力求近似原则”等英国立法中比较成熟的经验做法，来完善我国慈善信托受托人忠实义务的规定；通过借鉴英国关于谨慎义务及其衡量标准的规定，从立法上明确我国慈善信托受托人应承担谨慎义务的内容，并根据我国实际确立谨慎义务的衡量标准。

2.完善我国慈善信托受托人的监管机构体系。根据我国现行法律的相关规定，慈善信托的监管主要由民政部门和相关业务主管部门负责，缺乏一个统一的监管机构。这种监管机构的设置，在现实慈善信托运作过程中，往往会出现或者因无具体机构负责而导致的监管真空的局面，或者因出现多个机构共同主管的情况，由于缺乏关于以谁为主、工作中如何相互协调的法律规定而导致的政出多门、相互推诿的局面。这样既不利于我国慈善信托制度的健康发展，更不利于把对慈善信托受托人的有效监管。因此，我们可以借鉴英国的做法，统一我国慈善信托监管权，结合我国的现实国情，在民政部下设立一个类似于英国慈善委员会的专门机构，专门负责包括慈善信托在内的慈善组织的监管，在地方民政部门也设立相应的专门机构具体负责相应区域内慈善信托的监管。还可以借鉴英国的做法，从法律上明确包括法院、税务部门、地方人大政协等相关部门配合专门机构实施监管的义务，最终形成完善的慈善信托受托人的监管机构体系。

3.完善监管监管机构监管权的规定。从监管机构监管权限的规定来看，我国的相关规定存在规定不具体、权限划分不明确的问题，严重影响了监管的实效性。而英国监管机构监管权的规定非常完善，不但监管权限的划分非常明确、而且可操作性非常强，对慈善信托的健康发展起到了非常好的促进作用。因此，我们可

⁵⁰ 中华人民共和国信托法(2001).<http://www.lawtime.cn/faguizt/67.html#4.2>

以借鉴英国的做法，从立法上明确监管机关对慈善信托的登记权、对慈善信托运行情况的调查权、对慈善信托受托人提出的书面意见和建议的答复权以及主动对慈善信托受托人提出相关建议的权力、对慈善信托受托人是否尽到忠实义务和谨慎义务的监督权、适用力求近似原则的决定权以及新管理方案的制定权、对存在滥用信托财产或不当管理行为受托人资格的撤销权以及新受托人的任命权等。而且，还应该从立法上明确其他相关监管机关在慈善信托受托人监管中的配合义务，如法院在慈善信托受托人监管中的司法救济义务，税务部门的慈善信托税收豁免资格的决定义务，地方人大政协对对辖区内的地方慈善信托评估的义务，以及对慈善信托受托人履职工作提出评价和建议的义务。

慈善法中的公益

——基于英美法的考察

杨道波

【摘要】慈善法中的公益是非营利特性的必要延伸，强调慈善必须使不特定的社会公众受有利益，是慈善法的灵魂。慈善目的公共物品属性、提供者非营利特性以及监督管理效能要求决定了慈善的公益品格。我国慈善法应在基本概念、范畴和具体制度上全面体现慈善的公益品质。

【关键词】慈善；慈善法；公益

引言

从一般意义上看，只要是出于善心而以货币、财产及财产性权利、劳务等去救助别人，就属于慈善活动。在现代法治社会中，这些行为理应当受到慈善法的规范。然而，现代各国慈善法却没有把所有的慈善活动纳入到它的调整范围之内。

慈善法调整哪些慈善活动，不调整哪些慈善活动？这些问题实际上就涉及到对慈善法意义上的慈善的认识。根据国外成熟立法经验以及我国立法实践，慈善法意义上的慈善首先要从慈善目的角度进行界定。慈善目的明确了慈善活动的主要范围领域，它体现了国家希望慈善组织从事哪些活动。但是否是只要从事了慈善目的范围内的活动，就属于慈善法意义上的慈善活动呢？这就涉及到慈善界定的第二个标准——公益要求。

何为慈善法中的公益要求，慈善法为什么要设定此要求以及这些要求在慈善立法中应如何体现？对于这些问题的回答，就形成本文的主要内容。

一、慈善法中的公益是什么：基于英美法的观察

从历史上看，人类对于慈善的认识并非与公益紧密相连。这不仅是欧洲大陆，就是在英国也经历了一个单纯以公益目的来界定法律上的慈善的时期。即早期英国王权立法主要是从认定慈善目的角度对慈善实施界定的。法律当然地假定，只

【作者简介】杨道波（1973—），男，山东莘县人，法学博士。现任聊城大学法学院教授、副院长、慈善法研究所所长。主要教学与研究领域为商法和社会法学，研究方向为慈善法。

【基金项目】本文系国家自然科学基金项目《慈善捐赠人权利研究》（项目编号：12CFX027），山东省社科基金项目《慈善目的范围与公益标准研究：基于英美法的考察》（项目编号 11CFXZ04）以及山东省社科规划项目《慈善组织高级管理人员义务研究》（项目编号：12CFXJ03）之阶段性成果。

要活动目的属于法律上的慈善目的，就属于法律上的慈善，从事这类行为的组织也被认定为慈善组织。“慈善”的定义在英格兰和威尔士在技术主要与慈善组织的目的而非活动相关联，^[1]描述的就是这个时期的慈善观念。

但是，自“从 18 世纪，英国法庭就已经认定，如果慈善目的的实施是为了公益它才属于法律上的慈善。”^[2]“单纯的穷困自身对作为慈善组织的受益人并不符合普通法的要求。”^[3](p12)“当特定捐赠授予可识别的人们的有限数量，则为私人而非慈善捐赠。”^[3]因而，公益标准逐渐成为慈善定义的必备因素。英国法院开始根据呈堂证据对于慈善的公益性质实施认定。在 *Re Hetherington Decd*(1989) 案件中，*Browne-Wilkinson VC* 法官指出：救济贫困、促进教育和倡导宗教的信托，表面看是慈善性的，除非某个特定案件的事实和证据推翻这个假定。某些案件甚至不需要任何证据，而其他一些案件是否具有公益因素是大有争议的。法院如果认为很难证明，就可能判决信托不是慈善性的。”^[4]而且，这一观念也就成为后来制定法确立慈善定义的重要基础。1958 年英国制定《娱乐慈善法》，该法首次将公益指标引入娱乐目的，从而认为有利于社会和公众的娱乐事业不仅仅是娱乐，而且也属于慈善活动。2006 年英国慈善法颁布通过，慈善定义不仅第一次在制定法上得以明确，而且还明确规定了慈善界定中的公益要求。根据该法，慈善不仅应当符合 2006 年慈善法规定的 13 项目的之一，而且还应当是为了公益而实施慈善目的，就连那些曾经被视为公益检测之例外的济贫，也被该法收纳为强制公益检测的范围。“过去假定，救济贫困、促进教育、促进宗教等慈善目的本身就是为了公益，该法取消这种假定后任何组织声称这些目的，都必须证明它是为了公益。”^[4]

那么，慈善法中公益的内涵又是什么呢？尽管 2006 年英国慈善法是第一次在制定法中明确该要求，但对于什么是慈善法上公益的解释，却仍旧留给了判例法以及英国慈善委员会的指南。早在英国历史上，对于公益的解释一直被视为一个“纠缠不清”的难题。但从受益对象的范围角度来认定慈善法上的公益，却是公益认定上的一致做法。一般来说，慈善法上的公益被表述为不特定多数人的利益。也就是慈善捐赠或者信托应当使社会公众或者社会公众的一部分受到切实的利益。对于如何确定慈善受益人是否构成社会公众的一部分存在不同的观点。一些判决认为：社会公众的一部分，不仅需要受益人在数量上是可观的，而且他们

之间也不能与特定个人相关联，例如同属于同一个直系血亲的后代；而另一些判决并不介意受益人之间是否具有管理关系，它们看重的，却是这些受益人数量或者慈善信托或捐赠的目的。在美国法院，1867年美国格雷法官就指出：法律上的慈善，可能更多地被定义为了不确定多数人的捐赠，并与现存法律一起适用，或者以教育或宗教的影响启迪人们心灵、解除人们身体的上疾病、苦难和压抑、帮助人们独立生活、建造或维持公共建筑和工程，或以其他方式减轻政府负担。而且信托法重述（2）和（3）也要求所有的慈善还必须受到受益人必须由不确定群体组成之限制。但美国司法和英国一样，对于什么是社会公众或者社会公众的一部分，仍旧没有做出明确回答，“到底对多大数量或者其他标准将满足公益性因而具有慈善地位则是不确定的。”⁵¹这个问题在其他国家的立法上也未给予解答。

根据2006年英国慈善法的授权，英国慈善委员会于2008年制定了慈善的公益指南，并于2011年被重新修订⁵¹。该指南指出：慈善并不止于做好事，而是如其支持者所认同，它是特别的。并非所有的组织都可以成为慈善组织。一个慈善组织，是一个由你是什么，做什么以及怎样做构成的复合体。其核心特征是公益。虽然慈善部门巨大且多种多样，不管其规模大小，所有慈善组织的目的必须是为了公益。公益因而是所有慈善组织活动的中心（目的）。在坚守非营利性规则基础上，该指南将公益认定原则概括为两个方面：一是公益必须是一项可以确定的利益或者多项利益。具体看，公益必须是明确具体的，指明给予、提供、促进或者提高了什么；所有的利益必须与慈善组织的目的有关，而不是部分利益与慈善组织的目的有关；利益经过衡量必须超过它带来的损害或者不利，否则，总体结果就会否定其慈善的性质。二是公益必须是面向社会公众或者部分公众开放的利益。所有的受益人必须适用于该目的，尽管一时一地还没有足够多的人受益，但能够因此而受益的人必须是开放的一类人而不是简单的数字个体；利益尽管可能是社会公众的一部分，但获取利益的机会绝对不能受到不合理的限制；私人利益尽管在特定情况下是必要的，但任何私人利益均应是附带的非主要的，且必须仅仅是推进慈善目的行动的必然延续，在数量上合理合法。这一认定标准，是对多年来英国以及其他国家司法判决的归纳和总结，也是对大陆法系国家有关公共利

⁵¹主要是删除了“受益机会不能受到受益人付费能力的限制”并撤消了关于公共利益与收费的补充指引（留待修改）。

益地位认定准则的吸收和借鉴，从而是慈善组织公益地位和身份的得以形成和维持的重要保证。

二、慈善法为什么以公益来界定慈善

作为一种民间社会关系，慈善显示了资源提供和资源接受的过程，即人们通常讲的聚财和散财。作为规范慈善活动的慈善法，不仅要解决慈善资源或者财产来自何方和谁来组织提供，更要解决如何确保提供者不谋取个人私利、确保慈善资源、财产不流到提供者及其关系人那里，也要解决慈善组织和慈善活动的有效监管等问题。慈善法的这些功能和目标的实现，就必然要求慈善活动必须仅仅围绕公益来实施。

（一）公共物品提供的定位与公益

慈善行动肇始于对贫困等社会问题解决的关照，也是“社会保障”的最初阶段和表现形式。1867年，美国 Edmund Jackson vs. Wendell Phililps & others 一案中格雷法官对慈善的界定成了广为人们引用的定义。他指出，法律上的慈善，……或以其他方式减轻政府负担。因而慈善与政府社会保障在功能上具有一致性，均是社会公共物品的重要提供机制。二者在不同历史阶段，尽管因国家提供的社会保障与慈善提供的民间保障存在此消彼长的替代，但慈善一直在解决社会问题、保障社会生存中扮演者十分重要的角色。“英国即使在二次世界大战后国家福利提供占据主要位置的时候，志愿组织也是一个英国社会政策风景中的一个持续的角色。”^[5]公共物品除了具有消费上非竞争性、非排他性之外，还具有效用的不可分割性。效用的不可分割性确立了公共物品一般是向整个社会提供的，整个社会成员共同享用，而不能将之分割为若干部分而分别归属于某些特定的个人、家庭或者企业享用，原则上也不能按照谁付款谁受益的原则，单纯使那些付款人受益。慈善作为公共物品的民间提供，其公共物品的性质并未被改变。从原则上看，遵守组织目的范围，给社会公众能够带来正面的好处，而且其受益对象的广泛性和不特定性，应是慈善作为公共物品提供的重要品质。

（二）提供主体的特性与公益

从社会部分划分看，非营利部门是与营利部门和政府部门相并列的第三部门。作为社会服务或者资源重要提供者和调剂者，慈善组织在第三部门中占有十分重要的地位。作为非营利组织的一种，慈善组织首先具有非营利组织的一般特征，

即非营利性。“慈善组织的资金不管来源于政府财政、社会捐赠还是自身经营活动，都必须用于组织章程规定的宗旨和目的，不得向组织的捐赠者、内部董事、雇员以及其他关系人员进行利润分配”；^[6]组织终止后，其财产剩余也应当转给与慈善组织宗旨和目的相同或者近似的其他慈善组织，以用于慈善目的。

慈善组织的非营利性，天然要求慈善组织的资源或者财产以及资源或者财产的增值，不能像营利组织那样实施分配。而分配的禁止，又天然地要求慈善组织服务于社会公益而非个人私利。这不仅体现在慈善组织通过其慈善活动，给社会事业带来正能量，而且体现在慈善组织通过其慈善活动，切实地服务了社会大众，而不是特定个人或者组织。当然，如果该特定组织为慈善组织，则不属于特定组织，因为该组织受益人是不特定的而其本身并非终极目的。按照这个逻辑，慈善组织的募捐活动、向慈善组织的捐赠活动以及慈善组织的资助或者服务活动等，均受到严格的公益制约。为了特定的个人而展开的募捐活动，不属于慈善法规制的典型慈善募捐活动，慈善法不予支持；慈善捐赠人也不能在慈善捐赠时附有任何利益回报的条件或者指定特定受益人；慈善资助或者服务活动也不能指向慈善捐赠人指定的特定个人或者慈善组织或捐赠人的关系人。

（三）监督管理的效能与公益

依法对慈善组织或者活动实施监管管理，是现代法治国家的普遍做法。其原因，不仅在于政府职能使然，更在于慈善组织或者慈善活动的自身特性使然。一是，慈善活动具有强烈的涉他性。慈善关系是复杂的社会关系，它关涉到捐赠人、受赠人和受益人，而社会中的每一个人均是现实或者潜在的捐赠人、受益人；在慈善募捐情况下，由于它是面向不特定的社会公众实施，这里不仅牵涉面广，而且还可能存在欺诈等不当行为。二是慈善组织或者慈善活动享有税收等国家优惠和扶持。为了鼓励慈善组织或者慈善活动，现代国家一般均会给予它们一定的税收优惠或者其他方面的扶持，但这些税收优惠或者其他方面的扶持也存在被慈善组织滥用或者通过私人安排转化为私人利益的可能。三是慈善组织从事经营活动具有与营利组织不正当竞争的嫌疑。允许慈善组织从事经营活动，是当代慈善立法的主要取向。然而慈善组织从事经营活动，可能与营利组织产生竞争。由于慈善组织自身享有税收等优惠或者其他扶持从而较其他营利组织具有特定的竞争优势，这就可能在二者之间形成不公平的竞争。

因而，为了确保捐赠人和受益人不受欺诈、保证国家税收不流失以及减弱慈善组织与非营利组织之间的不公平竞争，组织实施慈善组织或者活动的监管是必要的。但任何监管要保证其效能，必须有其监管的检验的标准。而看慈善组织的组织和运行是否符合公益要求，则是慈善监管的重要标准。慈善监管者不仅要求慈善组织真正地服务社会公众的利益而不是欺诈社会公众，基于国家税收减免而获得额外收入一定用于社公众，慈善组织的经营活动不至于过度膨胀而影响到营利组织的竞争以及影响社会公众的慈善服务。反之，如果失掉公益这个管理抓手，国家税收的流失、慈善与营利之间的非公平竞争以及慈善欺诈便不可避免，这当然也是我们不愿看到的。

三、我国慈善立法如何回应公益

公益是慈善法的灵魂。我国慈善立法中应当紧抓住公益这个牛鼻子，在基本概念、范畴和具体制度设计中体现其基本要求，以确保我国慈善法的立法质量和顺利实施。

（一）基本概念和范畴：奠基慈善的公益地位

法律调整对象和调整方法的差异决定了一国法律体系中的法律部门划分，而一个法律部门又诸多法律规范组成。在一个法律部门中，每一部立法均有着自己特定的调整对象、调整方法以及立法目的。这就决定了任何一部立法均不是万能的，甚至可能是主要调整特定类型社会关系的主要部分而不能完成这种社会关系的全部调整任务。当前进行的慈善立法也是如此。慈善立法是我国规范慈善活动的最基本的法律规范，但我们也不能奢望它能对所有的慈善活动均能给予调整。

慈善法所要规范的内容尽管很多，具体制度设计尽管也很繁琐，但严谨而科学的慈善观念是慈善立法的基石，确立慈善概念和范畴的基本属性或者定位，是其首要任务，是我国慈善法大厦的奠基工作。概而言之，慈善观念的确立主要涉及到如下两个方面：

首先是在界定慈善中确立。一是体现慈善的间接性。慈善活动可以由自然人、法人或者其他组织直接或者间接针对受益人而实施，但以慈善组织为媒介的间接性慈善活动却是慈善法的主要规范对象。这不仅符合现代慈善事业是以慈善组织为中介的社会事业这一现实和特征，而且是确保慈善真正服务于社会公众的重要保障。至于那些直接针对受益人捐赠行为的法律调整，则主要由合同法来解决。

二是服务对象的社会性。我国慈善法中慈善宗旨的确定，不仅要以社会公共物品的供给为视野，而且还要强调这些宗旨应当是为了不特定社会公众的利益而实施，以避免使慈善活动沦为捐赠人利益输送的管道或者成为慈善组织好恶选择的工具。对于那些针对特定人的捐赠行为，也是由民法、合同法来解决。

其次是在界定慈善组织、慈善捐赠、慈善募捐以及慈善信托中确立。从事慈善活动，是慈善组织或者慈善信托的最基本活动，但从事什么样的慈善活动，则需要二者界定中给予明确；接受慈善捐赠、开展慈善募捐，也是慈善组织的主要活动，但在慈善法中也应当强调这些活动的原则。具体来说，慈善立法中，应体现对慈善组织或者慈善信托不以特定个人的利益作为存在目的之声明，也要体现出对慈善组织接受那些捐赠人已经指定特定受益人的慈善捐赠以及从事针对特定受益人的募捐活动的禁止，在税收政策上更要体现区别对待。

（二）具体制度设计：服务于公益地位的维持

在确立了慈善的公益地位的基础上，慈善法还应于做好其他制度规范，以维持慈善的公益地位。这主要包括：

首先是健全组织存续中的慈善财产管理使用规则。慈善财产管理的目的无非在于财产基数增加、财产保值和增值并使其最大程度地用于慈善目的。为此，慈善法需要重点规范以下几个制度：一是对于慈善组织的年度行政办公支出和公益支出比例，做出一定程度的控制。但控制的度一定要适当，控制要注意不要影响到慈善组织自身的存在和发展，也要体现出公募资格慈善组织和非公募资格慈善组织以及运作型慈善组织和资助型慈善组织的区别对待。二是确立资金运用和增值的原则。将慈善组织可以从事的营利活动区分为与其宗旨相关的营利活动和无关的营利活动，对于相关营利活动，减免所得税，并对其增值税等其他税种实施优惠；而对于无关营利活动，则比照营利性组织征税。而且，也要对营利活动实施一定程度的规模和效果控制。营利活动的规模控制最好不采用比例控制，而主要应借助于效果控制，即要求慈善组织的营利活动不应妨碍或者影响到慈善组织宗旨范围内的正常慈善活动。此外，立法还应要求营利活动与公益活动在人员、资金、财务等方面实施严格分开，并实施不同的税收政策。

其次是严格慈善捐赠使用剩余以及慈善组织终止情况下慈善财产的处理规则。慈善财产按照捐赠人的意图使用不能或者慈善组织终止尚有剩余财产是经常

遇到的，这些情形，都要解决慈善财产的处理问题。解决这一问题的关键是如何运用好国外慈善法上的近似原则。对于慈善捐赠人或者慈善组织章程已经明确指明且符合公益要求的处理办法应当尊重，对于捐赠人或者慈善组织章程没有明确的慈善财产也应当遵守正当程序以适用近似原则。

再次强化慈善组织信息披露中的公益评估。在要求慈善组织做好其他信息披露的基础上，要求慈善组织将公益报告作为年度报告的关键性部分，在其公益报告中，要对宗旨目的是否公益要求、为此采取的措施以及为了实现其宗旨目的而实施的重要慈善活动作出全面的解释与说明，而且还要依照其宗旨目的为衡量标准来阐明其取得成绩是否符合公益要求。

结 束 语

行文至此，并不意味着慈善法中的公益问题已经完整地释明，也不意味着对其研究的结束。本文仅仅是慈善法中的公益问题提纲挈领的描述，而且就连纲领也未完全列明。诸如“慈善监督与管理”、“法律责任”等部分中的公益，作为慈善的公益地位得以维系的外部保障和刚性约束，在本文尚未被系统涉及。公益贯彻慈善法的全部，统摄整个慈善立法。因此，在坚持慈善的公益观基础上，加强慈善法其他组成部分中的公益的研究，是下一步慈善法公益问题研究的方向。

【参考文献】

- [1]The first substantive case was Jones v Williams (1769) 2 Am 651,转引自 Gareth G. Morgan • Neil J. Fletcher, Mandatory Public Benefit Reporting as a Basis for Charity Accountability: Findings from England and Wales, international society Third-Section Research, Voluntas, (2013) 24:808.
- [2]G. Morgan • Neil J. Fletcher, Mandatory Public Benefit Reporting as a Basis for Charity Accountability: Findings from England and Wales,international society Third-Section Research, Voluntas, (2013) 24:808.
- [3]Kerry O'Halloran, Myles MacGregor-Lowndes, Karla W. Simon,Charity Law & Social Policy:National and International Perspectives on the Functions of the Law Relating to Charities,Springer,2008:19.
- [4]何宝玉. 信托法原理与判例[M]. 中国法制出版社, 2013:315;330.
- [5]潘屹. 慈善组织、政府与市场[J]. 学海, 2007, (6) :114.
- [6]杨道波. 公益性社会组织约束机制研究[M]. 中国社会科学出版社, 2011:18.

微公益平台网络募捐的法律制度缺位及构建研究

——以“互联网+”下的自媒体时代为视角

袁少杰，韩鸿蕊

【摘要】随着我国首部《慈善法》的出台，慈善募捐活动得到了一定的规范和保护。然而对于伴随互联网蓬勃发展而新生的网络募捐，尤其是新型微公益平台下异军突起的网络募捐，并没有一个明确的界定与保障。特别是近期连续出现的几个震惊全国的网络诈捐案，在伤及慈善捐赠者的同时，也强化了对网络募捐法律规制的呼声。本文通过对新兴自媒体时代微公益平台下网络募捐的概念、特征、功能和意义进行梳理，以诈捐案为切入点剖析了目前网络募捐存在的公信力不足、信息欺诈屡发及监督管理缺位问题。同时对外国涉网络平台公益募捐的制度及对我国的启示进行了分析，得出只有构建相应的制度从法律层面上对网络募捐予以确认和规范，才能真正使其作为传统公益的有力补充而健康发展。

【关键词】网络募捐；诈捐；微公益；制度构建

一、引言：“互联网+”时代——慈善事业发展新机遇

近年来，伴随着互联网科学技术的深入和发展，以及个人数码终端设备性能的不断提升和价格的逐步亲民，宣告了“互联网+时代”的到来。这一互联网发展的“新常态”，作为知识社会创新 2.0 推动下的互联网形态演进，给传统生活的各个方面都带来了巨大的冲击。

根据第 37 次《中国互联网络发展状况统计报告》显示，截至 2015 年 12 月，我国网民规模达 6.88 亿，全年共计新增网民 3951 万人。互联网普及率为 50.3%，也就意味着全体国民中一半以上了解或者会使用互联网获取或者发布有关信息。同时，互联网的传播能力依托于移动终端数目的不断增加而扩大，截止 2015 年 12 月，我国手机网民规模达 6.20 亿，网民中使用手机上网人群的占比由 2014 年 85.8% 提升至 90.1%。在中国互联网发展过程中，新网民的不断增长，让互联网与经济社会深度融合的基础更加坚实。调查结果显示，2015 年新网民最主要

的上网设备是手机，使用率为 71.5%，较 2014 年底提升了 7.4 个百分点。并且，互联网对个人生活方式的影响进一步深化，融入到教育、医疗、交通等民生服务中。调查结果显示，在线教育、互联网医疗、网络约租车等公共服务类应用的用户规模均在 1 亿以上，用户习惯逐渐养成。

而与此同时，用户逐步由传统的 BBS 类网络论坛社区及 QQ 等传统网络平台向新兴的微博、微信、贴吧等新型社交性平台倾斜和过度。数据显示，中国网民各类互联网应用的使用率中只有“论坛/bbs”出现了负增长，达-7.8%，仅占 17.3%，而社交应用（平台）的使用率为 77.0%⁵²，形成了鲜明反差。相应的，新型社交性平台的用户群和影响力也不断扩大，有人称之为“新媒体时代”或“自媒体时代”。顾名思义，是因为它可以由个人发布信息，然后藉由平台推广或者用户自发挖掘，进而引起相关网络社会话题，带来一定的舆论与影响。

我国慈善事业发展伴随着和谐社会理念的深入和人民生活水平的不断提高已经达到了一个成果颇丰的阶段。人钱物力的自发捐献与志愿者的社会服务均给社会和谐篇章增加了音符。据《慈善蓝皮书：中国慈善发展报告（2015）》显示，2014 年的预期社会捐赠总量达到 1046 亿元，加上全国志愿服务小时折算和预估彩票公益金社会公益使用量，全核算社会捐赠总价值预计将达到 1981 亿元，较 2013 年增长 33.5%。“年度公益热点事件”中，既有“冰桶挑战赛”开启“轻公益 2.0”、腾讯“9·9 公益日”引爆“互联网+公益”等席卷网络的新型网络募捐公益给社会树立正能量的模式，也有“杨六斤事件”的个人公开网络募捐折射的法律、媒体、福利的棱镜门和嫣然基金、壹基金、天使妈妈等透明度较高的专项基金或基金会相继陷入网络曝料或质疑风波事件带来的日常运作和公众信任受到质疑等问题给人们的反思。

二、问题提出：慈善法出台后网络募捐何去何从？

2016 年 3 月刚刚由全国人大通过确立的我国首部《慈善法》，响应了长久以来规范我国慈善活动的呼声，填补了该领域的一个空白，完善了我国的社会保障体系，对于慈善活动的规范和保护有着极为重要的意义。从某种意义上说，《慈善法》的出台，标志着我国公益慈善事业正从原有的“感性公益和计划慈善”转向“理性公益和公民慈善”。随着公众的慈善意识提高，构建和谐社会的需求

52 此处针对社交应用平台的数据是总体条件，为了区分社交类网络服务，是各项子项目数据的概括加总。

增强，公民与政府形成良好的互动，中国已经进入全民慈善的阶段。“公民慈善、全民慈善”将成为未来社会建设和国家治理转型的强大动力，将带来一个多元共治的社会治理模式。

该立法与草案一相比，删去了广大网友关心的关于个人通过网络进行的募捐的认定与规范的内容。该部分将草案稿一中的禁止性规定，即“第三十一条 不具有公开募捐资格的组织或者个人，不得采取公开募捐方式开展公开募捐”删除，而是改用了较为温和的表述“第二十六条 不具有公开募捐资格的组织或者个人基于慈善目的，可以与具有公开募捐资格的慈善组织合作，由该慈善组织开展公开募捐并管理募得款物。”

并且对于个人开展募捐活动的表述中，仅仅在第三十三条规定了“禁止任何组织或者个人假借慈善名义或者假冒慈善组织开展募捐活动，骗取财产。”笔者斟酌文义解释，此语言是否意味着禁止任何个人开展募捐活动，还是禁止任何个人假借慈善名义开展募捐活动，或者假借慈善名义去骗取财产为目的开展募捐活动？本次《慈善法》中并没有对此作出规定，笔者认为构成了一定意义上法律的缺位，应当通过补充司法解释或者其他规范性法律文件进行指导和约束。因为依照“法无明文规定不为罪、法无明文禁止即可为”，现行法律制度并没有对此行为进行严格禁止，同时还没有采取相应监管措施来调控这一行为，仅通过对发现“不具有公开募捐资格的组织或者个人开展公开募捐的，将由民政部门予以警告、责令停止募捐活动”这一规定，试图令无法拥有公开募捐资格的个人开展的公开募捐成为被限制的对象。

而在当今社会医疗保险等保障体系尚在逐步完善的时候，一味回避个人自发进行的公开募捐并不是明智之举。尤其是社交网络化带来的便捷使得人们动动手指即可在影响力不小的网络平台上发布亟待募捐的信息，网络信息之洪流绝不是仅靠民政部门监督的过来的。网络募捐通过新平台（即区别于传统银行汇款和现金捐赠）占到了很大比例，2014年9月引起全国关注的“女童宴席上掉油锅”事件媒体曝光后，不到一周内便收到了150万元捐款⁵³，从资金来源看，网络渠道的捐款是绝对主体。约5000笔捐款中，通过支付宝支付的占压倒性优势，约占85%，金额一两元到数千元不等。此外，手机银行转账，跨行网银转账、财付

53 见凤凰公益新闻：《女童宴席上掉进油锅续：已获150余万捐款》，原网页http://gongyi.ifeng.com/a/20140917/40809521_0.shtml，访问时间2016-05-01。

通转入、往来款、网银贷记、划款等方式也成为很多人的选择，充分体现了网络时代全民慈善的特色。而笔者就此提出，无论是个人自发还是慈善组织，经由网络开展的募捐，并不应仅仅局限于法律规定的“国务院民政部门统一或者指定的慈善信息平台”⁵⁴，对新型网络慈善宣传和支付平台（即本文所定义“微公益平台”），应当给以进一步确认和保护。

三、网络募捐的微公益平台概析

微公益这个概念本身就是 web2.0 时代的产物，从名字看就是指从微不足道的公益事情着手、强调积少成多。它主要强调“人人参与，滴水汇流”，即并不计较参与者个人的身份地位、能力大小、财富多少，而是看重有没有进行点滴参与，希冀通过社会较大方面的传播与能量汇集而对具体的慈善公益事业产生预期的期望与影响力。

微公益平台，最先被新浪公司开发在自己的子应用“微博”之中，“微公益平台”网页介绍称“2010 年是中国的微博元年。那时起，“围观”的力量逐渐回归理性。变为行动，微公益应运而生。⁵⁵2011 年是微博公益井喷的一年。“免费午餐”、“微博打拐”等项目在在微博上得到了亿万网友的关注与支持，也推动了国家相关政策的重大调整。这些爱心行动表明了“微公益”在推动公共政策改进上的强大动力。此后，爱心衣橱、大爱清尘、天使妈妈、爱心包裹等公益项目在在微博上推进的更加火热。新浪微公益作为当时最大的线上公益平台，在中国公益慈善事业中也扮演着越来越重要的角色。

新浪旗下微博的微公益平台自 2012 年 2 月上线以来，个人求助、转发捐助、微拍卖等三款产品相继重磅上线，弥补了此前微博救助无序化、碎片化的弱点，最大化动员了社会公益力量，为公益组织提供完美线上合作平台。并将人们的微不足道的爱心通过微博平台超 3.68 亿网友的爱心力量汇集起来，形成了一股强大的社会力量，一定程度上实现了个人、企业、公益组织的三方共赢。在微博上，公益不再是少数人的舞台，而成为人人皆可使用的平台。微公益平台把传统公益活动的各个参与方集结到一起，使发起者、受益者和第三方机构实现了前所未有的整合。

本文所称“微公益平台”，则不仅仅局限于新浪微博的微公益一家。随着互

54 对于这一概念，目前官方和学界并没有明确界定，但是新出台《慈善法》中关于互联网募捐仅规定了这一中情形，故此本文将其单独列出，作为一种新兴概念加以讨论。

55 见新浪微博微公益平台介绍首页，网址：<http://huati.weibo.com/z/weigongyihelp/>；访问时间：2016-04-28。

联网的发展，无独有偶，腾讯公益、百度公益、轻松筹……各式各样新的公益互助模式逐渐衍生开来，而在此类模式的平台下，每个人的“微”公益，一方面体现在个人参与公益捐赠，另一方面体现在个人发起的网络募捐。所以微公益与传统大公益的区别，更多的在于公众参与公益时身份角色的变化。传统大公益的发起者往往是有一定影响力的公众人物或者经过认证的慈善组织，而微公益则使得普通公众从旁观者到参与者，藉由微公益平台衍生的受众扩大化、过程简单化与主体平民化。

再比如，腾讯公益开创的9·9公益日可谓是互联网+公益的一篇杰作。通过腾讯公益平台，“9·9公益日”共收获爱心网友捐款1.279亿元，共有205万人次参与捐款，捐款金额、参与人数均创下国内互联网的募捐记录。“它的那种启示所含的价值要远远大于2015年9·9公益日那天的公众募款，它用一次成功来告诉大家，通过互联网平台实现一种跨界的公益力量的集结，将预示着未来的一种常态。用互联网跨界来整合我们的公益资源，整合我们的公益力量，在未来它将成为一种常态。”⁵⁶这一点充分与互联网+下的“新常态”进行契合，也证明了互联网微公益平台对于公益的促进作用是不可估量的。

纵观各种微公益平台，显然可以总结得出其平台运营方式无非在于两点，信息发布或者资金募集。一些巨头公司往往同时兼具这两者，如新浪微博牵手阿里支付宝、腾讯微信搭配财付通、百度贴吧则与百度钱包共行……而一些没有独立互联网资金运营能力的微公益平台则仅仅具有信息发布的功能，如轻松筹、或者在知乎、豆瓣上求助等等。

将现在“互联网+”时代下的各种微公益平台梳理一遍，可以发现微公益平台下的网络募捐具有如下特征：1、方式多样性。藉由微公益平台进行的方式可以是多样化的，典型的如个案资金募捐、爱心基金众筹、物资网络捐赠、网络义卖筹集、慈善人力招募等，不拘泥于传统的基金会捐款等单一形式，可以满足对人、财、物、力等多方面需求与救助信息的对接。2、目的利他性。微公益平台本身的创立并非为公司或者个人牟利，募捐行为的本身正如“公益”二字所言，是完全利他的，哪怕是个案募捐，也是一种社会救助能力的体现。3、受众普遍性。微公益平台藉由目前普及度较高的互联网社交网络平台及相应手机软件和支

⁵⁶ 中国青少年基金会秘书长涂猛：《腾讯“9·9公益日”引爆“互联网+公益”》，公益时报，<http://www.gongyishibao.com/html/zhuanlan/2016/0106/9221.html>；访问时间：2016-04-28。

付方式,使得获取到公益信息的每一个公民个体都可以自主选择是否捐助以及捐助方式和金额,给予公益极大的促进。4、及时便捷性。尤其对于个案募捐或者突发性灾害事件,网络作为相比传统信息传播模式快捷的多的媒介,可以较早的对需要救助的信息进行发布和整合推广,而藉由支付平台进行的资金转移也相比传统银行汇款受工作日所限的方式快捷的多,对于事件的应对和及时解决都有着不可替代的作用。5、主体多元性。信息发布主体既可以是慈善组织、机构及民间组织,还可以是提供捐助资源的企业,也可以是需要救助者的亲朋好友或者社区、单位代发,确保了公力救济和自力救济多元统一。

通过以上分析我们可以得出,微公益平台,作为“互联网+”与慈善方面的实际结合,作为“自媒体时代”对公益事业的影响力表现,作为目前网络慈善公众最主流的参与方式,可将其定义概括为:微公益平台是基于“互联网+”和“自媒体时代”下的网络募捐载体,主要强调非国务院民政部门统一或者指定,但现实存在的慈善募捐信息的发布或者资金募集这两个环节中至少有一个藉由其进行,对公益事业有巨大推进和补充作用的网络平台。该平台分为两方面,一是募捐信息的发布渠道(如微博发布,贴吧发帖,微信公众平台或微信朋友圈转发等等),二是募捐款项的流通渠道(如微信红包,转账,轻松筹利用网银支付宝等方式进行的钱物输送等)。也就是说,本文所称“微公益平台”网络募捐,是将网络募捐根据捐赠平台进行划分的,区别于目前《慈善法》已经确认的“国务院民政部门统一或者指定的慈善信息平台”之外的平台募捐,而非仅限于个人通过网络平台发起的募捐。

四、微公益平台网络募捐的理论意义及重要地位

讨论微公益平台网络募捐的理论意义,也就是对其法律特征予以澄析。目前针对网络募捐行为中,新颁布施行的《慈善法》已经对其中由认证的具有公开募捐资格的组织在法律规定的“国务院民政部门统一或者指定的慈善信息平台”上发布的慈善募捐信息予以确认和保护。也就是说,目前所有的网络募捐行为中,只有这一部分是由法律确认的,然而,这一规定并不能完全涵盖当今社会的网络募捐模式,尤其是微公益平台下的网络募捐。因此本文将单独予以讨论。

学理上有学者曾将区别于传统公益捐赠的社会行为概括为“社会募捐”⁵⁷,

57 引自冷传莉:《社会募捐中捐款余额所有权问题探析》,载于《中外法学》,2006年第2期。

主要指现实生活中实际发生的许多由媒体、单位乃至自然人为具体某个人或因某类特定事件而进行的在一定社会范围内组织的募捐。并认为这种因募集而发生的捐赠与受赠行为与《公益事业捐赠法》所明确的特定主体受赠行为有明显区分。而在互联网逐渐普及而滋生出网络的公益的行为后,有学者进一步在“社会募捐”下提出了“私益募捐”的概念⁵⁸,主要从募集人的任意性、捐赠人的分散性和受益对象的特定性进行界定,进一步与传统“公益慈善募捐”区分。而第一次明确提出“网络募捐”概念的,则是认为其从手段上来看是属于媒体求助的范畴,是通过网络寻求资金或物资援助获得帮助的行为⁵⁹。

然而对于网络募捐,尤其是微公益平台下网络募捐行为的认定,则没有一个明确的界定。理论界的争议学说概括起来可以归纳为以下几种:1、基于信息不对称下的委托——代理理论⁶⁰。由于需要救助的对象往往并不能直接与有捐助能力的企业、组织或者个人进行对接,因此该平台作为一种类似委托代理行为的渠道,解决的是信息不对称下的社会福利资源最大化问题。2、赠与合同关系。在发起人、捐赠人和受益人的三方关系中,捐赠人与受益人之间形成赠与合同关系,此时发起人在平台上筹集捐款后,再将捐赠人的捐款转交受益人,该时平台相当于网络合同的缔约与履行地的概念。3、隐名委托代理说⁶¹。该学说认为发起人与受益人之间为隐名委托代理关系,发起人在接受捐款的过程中实际担任受益人的代理人,为隐名代理,平台为代理关系的确认。4、无因管理说。该学说认为网络募捐其实是发起人非基于法定的或约定原因而管理受益人事务,所获利益由受益人承受的一种无因管理行为,如果受益人又加以追认,则无因管理关系发展为委托代理关系。这里与微公益平台无直接关系,将其视为一个工具而已。5、信托关系说。该理论认为财产人基于信赖关系将财产交给发起人管理,所获利益又受益人承受的信托关系,可视为公益信托。故此微公益平台可视为信托信息中介。

而将这些法律关系予以梳理,则是厘清微公益平台属性的办法。笔者认为,微公益平台下的网络募捐,作为私益募捐中的一个重要方面,理应受到《慈善法》

58 见于 孙琦琳,《浅析我国慈善私益募捐》载于《知识经济》,2010 年第 21 期和 王继远、胡卫萍,《论慈善私益捐赠》载于《企业经济》,2012 年第 1 期。

59 见于,张书明《关于网络募捐的监管问题》,载于《山东师范大学学报(人文社会科学版)》.2007(04),文中对网络募捐相较于传统慈善所具有的优势及存在的问题进行了分析探讨。

60 见于,季杨,罗继程,《委托代理理论视野下公募慈善基金的监管主体研究》[J].《社团管理研究》.2011(11)。

61 参见郑夕春:《募捐纠纷的法律适用》,载于《西南师范大学学报》,2000 年第 4 期。

的规制与保护，而不仅仅将其视为民商法上的代理行为而避开《慈善法》的规定。原因如下：

（一）微公益平台网络募捐不能简单认定为民法上的赠与

有学者认为，个人救助行为、民事赠与等其实可以通过民事法律行为来规范，没有必要再纳入《慈善法》涵盖范围里。该意见认为如果将上述行为纳入慈善法范畴，可能会让《慈善法》丧失社会法的定位。并指出《慈善法》上的捐赠是指向慈善组织的捐赠，向受益人的直接“捐赠”不是捐赠，而是赠与。笔者认为该说法有待商榷，而且在一定程度上混淆了“慈善”的定义，目前并没有对慈善严格加以界定必须是由慈善组织发起或者经办的，在面对“草根公益”及“互联网+”大数据时代背景的冲击下，如何还能墨守成规，拘泥于“慈善组织”一个主体呢？否则《慈善法》应该限定为《公益慈善法》或者《慈善组织公益法》才更为妥当。经由平台的募捐，出发点既不是捐赠人基于个人感情，受赠人也不一定是捐赠人了解的对象。此类行为完全是基于慈善与公益的目的，发自内心的将自己财产捐出给予第三方的行为，怎么能与民法上的赠与相提并论呢？笔者认为不妥。基于慈善目的的赠与，应当就被界定为捐赠的范畴。毕竟民法中尊崇等价有偿的原则，但是慈善法里则是无偿为原则。

（二）微公益平台募捐欺诈的解决不能仅由民事法律进行规范

微公益网络平台受众过于广泛，以至发生法律纠纷时候，并不是简单的一对一或者多对一的民事诉讼所可以规制的。一旦诈捐等问题形成，想要追回钱款，既不能单个主体分别的去法院提起诉讼，这样是对司法资源的极大浪费，而且可能因为单个捐款人金额较小而失去诉讼意义；同时也不像环境保护、食品安全类案件有公共的受害对象和群体可以选举代表人发起公益诉讼，因为虽然是共同被诈骗的对象，但是每个个体捐赠的时候都是一次法律行为的发生。

而且，如果欺诈钱款数额构成巨大的，比如“知乎童瑶”恶意骗捐案⁶²诈捐金额 15 万元，已然构成刑法规定上的“数额巨大”⁶³，就构成类似诈骗罪了，应当纳入刑法的调整范围。此外还有部分伪造事实的网络募捐，如虚构“犬口救子”事假，但受伤严重情况是真，就不能简单认为是欺诈罪，等等。但是无论民

62 见新华网《知乎大V童瑶诈捐事件风波》转引来源《中国青年报》http://news.xinhuanet.com/legal/2016-01/21/c_128651760.htm；访问时间：2016-05-04。

63 参见《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

法和刑法对欺诈乃至诈骗罪的规定以及相关法律规范的适用，都是事后的行为，事前规范也是需要在法律层面上予以明晰的⁶⁴。故此，作为一种综合的法律行为，微公益平台的网络募捐需要的不仅是简单的民法甚至刑法的规范，而需要作为社会法的一个方面进行规范。

（三）微公益平台网络募捐行为本身不属于民法调整的对象

民法的调整对象是指民法所调整的各种社会关系，主要是指平等主体之间的财产关系和人身关系⁶⁵。民法里调整的是双方关系，但是慈善法中明显是三方关系。比如募捐要通过中间组织向或者微公益平台不特定的社会公众去惠泽，志愿服务也可能是成为一个组织的志愿者去服务需要帮助的人。传统上的《民法通则》、《合同法》等虽然不是专门规范慈善捐赠事业的法律，但是其对事业单位、社会团体的资格以及对捐赠合同的规定，也适用于慈善事业。但是微公益平台下的网络募捐活动，本质上是一种社会福利的再分配行为，其由主体个人或组织因特定事由自行发起，面向社会不特定公众开展募捐活动，关于募捐对象和金额完全没有任何可操作的空间，而且对于募捐是否成功也没有任何可控性，完全依赖于接受慈善信息的一方内心的“共鸣”，可称之为是一种同情福利⁶⁶（*sympathy welfare*），它本身与民法调整对象有着显著不同，因此，将其认为是民法调整对象而不予以在法律层面上确立，是不全面的。

（四）微公益平台募捐慈善的核心是利他而不是不特定公众

有学者认为，之所以在法律上暂时限定对于某个特定个体的救助不属于法律含义上的“慈善”，原因在于很难区分这种救助是出于公益目的，还是仅仅基于个人关系。但无论如何，其是社会法调整的方面。“但是微公益平台慈善募捐的核心是利他而不是不特定公众。的确基金会层面没有权利为特定个体去募捐，但是就慈善救助的意义来说，发生自然灾害事件后的救济和个人突遇巨大灾祸的求助从本质上是一样的，是基于社会福利救济体系的进一步扩大。从理论上来说，民法中对于主体的假定是“理性的经济人”，但是在慈善法里则是“社会人”定位，从抽象的经济人回归到一个社会主体。即回归人的社会性属性。

尤其是现在，微公益平台面临的“社交平台上利用熟人背书形式来公募”问

64 金锦萍《慈善法的有所不为》http://news.ifeng.com/a/20160309/47759269_0.shtml；访问时间 2016-05-07。

65 见王利民，《民法》（第五版），中国人民大学出版社 2010 年，第 8 页。

66 参见 Developmental relations between sympathy, moral emotion attributions, moral reasoning, and social justice values from childhood to early adolescence. *Journal of Adolescence*, Volume 37, Issue 7, 2014 年 10 月, 页码 1201-1214 作者 Ella Daniel, Sebastian P. Dyst, Marlis Buchmann, Tina Malti。

题，上述学者又认为“看起来每一次行为都是对特定朋友圈的朋友传播，但是它实际上就像石头投到水里一样，涟漪可以扩张到整个湖面。这就是网络带来的，是公募行为。”这与前文矛盾，熟人朋友圈是基于个人关系的社会网络，依照上述说法，则不应该被认为是慈善募捐，为何又要认定为公募行为呢？何况即便开始的传播者是由于个人关系发布信息，但是信息的扩散并非完全基于个人关系而更多是笔者前文阐述的“共鸣”或者同情福利，目的在于利他。

（五）微公益平台的募捐发起权作为新兴慈善形式应被确认

“互联网+”与自媒体时代，关键在于信息与社会舆论的引导。也许简单的个人募捐是动动手指的事情，但是其带来的影响是全社会性的。尤其是越来越倡导社会和谐和依法治国观念的今天，法律应该被修改和完善以适应社会的发展和人民的需要。目前越来越多的网络求助类募捐事件的发生和相当多的成功案例用事实证明其实有存在的必要与发展的前景的，更何况随着社会主义核心价值观的逐渐深入人心，人人奉献自己爱心的需是由广泛的群众基础的。我们不能剥夺平台的募捐发起权，尤其是立法不应当对私益救济权利进行垄断，不能因为界定为公益募捐要进行税收优惠而“逐一甄别对特定个体的救助是不是出于公益性目的，成本太高。”⁸⁷就堵塞这条道理，毕竟，甄别困难不是不进行规范的理由。

如果因为“尚有风俗、习惯、文化、情感等提供很多秩序，如果这些秩序要求已经能够满足社会需要，就没必要把它纳入到法律范畴里面去，很多日常生活里的利他行为就属于可以用公序良俗来维系的。”⁸⁸就取消对于微公益平台网络募捐的法律确认和调整，那么很明显，社会实际中遇到的新情况、新问题，已经显然不能由现有法律和仅仅依靠公序良俗来进行调整了。

综上，可以得出结论，当前复杂的社会现实下，微公益平台下的网络募捐既不应该单单认为是合同法和民法通则下的赠与行为，也不应该单单认为它是现行慈善法完全禁止的对象。毕竟只要出于慈善目的，无论个人还是现在流行的网络自媒体和媒体发起的募捐，都不应“一刀切”被禁止，可以通过现行法律的补充完善进行调整⁶⁷。毕竟这都有利于社会和谐发展与多层次国民救助体系的完善。

五、现行法律不足导致存在现实问题的分析

现行法律对于微公益平台代表的网络募捐目前持有的态度在前文中已有相

⁶⁷ 见于郭士玉：《禁止个人公开募捐 不如完善慈善体系》，新华网，http://news.xinhuanet.com/gongyi/2016-01/11/c_128615278.htm；访问时间 2016-05-01。

关论述，立法上如果能进行确立和保护，可以响应公众参与度、克服传统公益募捐的时效问题⁶⁸，对于突发自然灾害及大病救助方便快捷及时，能够作为社会保障救助制度有力补充而确立，而并不应该限制于“国务院民政部门统一或者指定的慈善信息平台”。

对于微公益平台募捐，在动员社会力量、为慈善提供平台并在各种案例救助中取得了巨大的成就，但不可否认的是，因为其本身依托于互联网的特质而当然的产生了一些缺陷，这些缺陷在实际操作中产生了相应的问题，给社会带来了较大的影响。对公益事业产生了一定的冲击，主要问题总结如下：

（一）微公益平台网络募捐本身公信力存在不足

公信力问题永远是第一位，因为涉及公共利益和社会资源，如果不加以面对，那么人们的通过微公益平台进行的慈善热情会被一次又一次的慈善丑闻“透支”。

微公益平台虽然采用公众人物代言、或者“大V”进行牵头，或者采用网络平台认证的方式，但是由于网络平台运营人力不足、精力有限，难以对所有信息进行审核和公开，何况现行网络中PS（照片修改）技术发达，不仅聊天记录、佐证照片可能是虚假的，甚至诊断书、身份证都可以是技术合成的，这给监管上带来了很大的难度。“知乎童瑶诈捐案”中，具有中专学历的童瑶一人成功扮演三个角色，2013年起先营造出一对恋人，自己冒充美女学霸、经过两年多铺垫才在去年6月推出自称重病而有轻生念想的“女大学生”ck小小，用大小马甲配合演出一场濒临死亡却依然向往阳光的女生求助的闹剧，居然在知乎上骗得无数同情和10多万募捐。从知乎大V“童瑶”在知乎平台诈捐，引起对知乎的一片质疑。大V诈捐事件带来对知乎用户智商的质疑毕竟只涉及知乎一家平台，对个人和第三方平台是否有权发起慈善捐助才是事件引发的最大争议，对这个争议的结论将对慈善事业和社会观念产生深远影响。而平台的公信力问题则是此类案件中的焦点和核心。

“慈善事业是一项建立在自愿和信任基础上的事业，慈善事业的成败很大程度上取决于慈善机构能否取得社会公众的信任。”⁶⁹目前微公益平台的公信力不足和缺乏透明度有关。公信力的基础应建立在透明的财务管理制度和信息公开制

68 传统慈善募捐对于募捐资格取得需要较长周期，《慈善法》27条规定“慈善组织开展公开募捐，应当取得公开募捐资格。依法登记满二年的慈善组织，可以向其登记的民政部门申请公开募捐资格。”据此，公开募捐资格的授予有2年的考察期。对于应对瞬息万变的社会情况，显得不很现实。

69 见于唐克：《国内慈善组织公信力的考察》，载于《安徽农学通报》2008年第22期。

度之上，这是慈善事业健康发展的根本保证。但目前相关信息的审核与公开仍然做得不够完善，尤其是人们广泛关心的财务制度与资金利用率问题，加之暂时匮乏相应监管机制，极易导致其内部滋生腐败。提高公信力,建立资质评估和信用等级认证制度是当前微公益平台应当遵循的重要原则。

（二）微公益平台网络募捐欺诈及骗捐屡屡发生

微公益平台是一把双刃剑，既满足了需要救助的对象的需求，也给居心不良的人留下了可乘之机。由于网络的非真实性和非现实性，带来了在平台上进行诈骗的低成本性和高收益性。发生在虚拟的微公益网络平台上的募捐诈骗，如果达到相应定罪标准，算得上是诈骗罪的一种。由于目前法律规定不够完善，对诈捐行为入罪没有直接的法律规范，量刑方面更是没有确切依据。本身在起诉阶段、侦查阶段和取证阶段都面临各种问题，加以法律没有对其专门规定导致司法实践不够统一，哪怕发现类似事件，行政执法部门对此类诈捐行为并不能及时惩治，相应的处理力度不够强硬使得诈骗人存在侥幸心理，为了收益和回报铤而走险，而受害对象往往警觉性不够，并且不会主观上去怀疑和核实信息的真实性，传播面广的时候涉案金额和范围都不容小觑。天津港爆炸诈捐案是典型案件，震惊了全国。2015年“8.12”天津港爆炸事件发生后，一女子利用事件社会关注度高的情形，通过一台入网手机在个人新浪微博账号“我的心永远属于拜仁慕尼黑 always”先后三次发布虚假信息，谎称父亲在天津港爆炸事故中去世，博取广大网友同情，并采用长微博的打赏功能共获3739名微博网友共计3856笔“打赏”，总金额达96576.44元人民币。⁷⁰关键是该女子是远在广西的一名19岁的女子，刚成年的她不需要任何现实手段，仅需要通过网络就可以诈骗到近10万元的钱款，这时社会的一个潜在隐患。2015年10月，被媒体曝光的安徽利辛的“犬口救童”女子，先是一周内收到70余万元捐款，后又被揭发出其实是在自家养狗场被咬伤，其男友承认为获捐款编造救人情节。还有上述“知乎童瑶”案诈骗的10多万募捐，这些案件共同证明了此类事件足够引起重视。虽然刑法对诈骗罪进行了规定，但是诈骗人在庭审时均称“没想到会这样”，他们认为编造虚假信息在网络上的公益平台进行募捐并非违法，那么，专门对此进行法律层面的规范和补充，则是防止此类事件继续发生的应有之义。

70 见于邓铁军：《利用“8·12”天津港爆炸事故诈骗女子被判刑三年》，网易新闻，<http://news.163.com/16/0129/15/BEGPEF7K00014AEE.html>；访问时间 2016-05-07。

（三）微公益平台下网络募捐监督管理存在缺位

目前，基于网络微公益平台进行的募捐，虽然有平台作为支撑，但是其监管仍然是薄弱环节，甚至几乎欠缺监管环节，因此造成了“郭美美”事件及各类基金会的风波，原因分析如下：1.监督部门缺失。平台上的网络募捐究竟由民政部门还是网络安全监督部门还是平台提供方监督，这一点存在争议，没有法律规定的話，会导致权责不明。2.如何进行监督。微公益网络平台相对较为公开，只要有入网功能就可以接入，募捐发起较为随意，影响力则随着信息传播而扩大，那么如何在环节中进行干预和监督，是法律需要完善和补充的方面。3.监督范围如何确定。在信息发布环节、信息核实阶段、款物筹集渠道等过程中，监督管理应该在哪些方面入手进行，监督到什么程度，这都是法律应予以构建、完善和补充的。4.监督信息公开。监督结果如何始终是人民群众关心的问题，尤其是钱物是否到账、钱物使用进度如何、余款信息以及处置情况，都是在监督进行后，应当对社会予以公开的方面。不然，将使募捐仅仅成为一种形式，同时伤害爱心人士的热情和积极性，产生社会信任危机，对和谐互助的社会风气造成严重挫伤。

六、外国网络募捐法律规定及对我国启示

互联网技术改变了人们的生活方式，创新了慈善活动的运营模式。网络微公益时代的到来，沟通了不同区域、不同种族、不同年龄的人群，使每个人都成为慈善事业中的一个重要节点。互联网技术的普及使得公益募捐活动在全球网络平台发展势头强劲。网络微公益平台发展迅猛的现状和其上募捐存在的现实问题并非我国独有，对其如何进行管理和规制的问题同样受到欧美等发达国家的关注。欧美等发达国家政府一直秉承“小政府、大社会”的行政理念（即在限制政府公权力的扩张的同时保证公民私权利的依法行使），这种理念同样贯彻到其涉微公益平台的网络慈善事业当中⁷¹。

（一）美国微公益平台相关网络募捐规制现状

美国作为互联网发展历史最悠久、普及速度最快的国家，慈善募捐事业借助网络平台的创新得到了极大地推进。据美国亚洲基金会调查数据显示，截至2016年1月，美国网络捐赠金额占其总公益捐赠金额的10%⁷²，并且保持着持续增长

71 姚建平：中美慈善组织政府管理比较研究[J]，理论与现代化，2006(2)。

72 见于陈诗松：《迎接互联网的公益社交时代》，青年报网站，<http://app.why.com.cn/epaper/qnb/html/>

2016-01/05/content_279922.htm?div=-1；访问时间：2016-05-07。

态势。在美国，立法机关一直未制定慈善法，而是依靠税收政策和社会监管制度对慈善募捐活动及组织进行管理规制。政府通过税收优惠，鼓励支持民间慈善组织（包括网络公益平台）的发展，从而扩大慈善事业的受助人群众。美国各州慈善官员全国联合会（简称为 NASCO）于 2005 年发布最终稿的因特网筹款条例“查尔斯顿原则”⁷³，明确了网络慈善筹款过程中政府的监管地位和作用，属于首次对各州的网络募捐监管作出指引。

美国将网络平台募捐纳入慈善募捐方式的范围之内，承认网络平台募捐作为民间慈善事业的重要形式，明确网络平台募捐包含于社会救助体系之内的法律地位，给与网络平台募捐以法律肯定和政策支持。在肯定网络平台募捐的地位的同时，美国规定了采取非强制性的登记管理制度⁷⁴，民间慈善组织不以登记注册作为成立条件，但是，依法经过登记注册的民间慈善组织获得政府的税收减免优惠政策。同时，建立独立第三方的公共监管机构，网络平台募捐活动信息公开和资金透明化给网民监督募捐活动提供了便利。政府监管职责的重点就是维护公益慈善组织的公信力，保证网络慈善募捐活动的公开透明，确保慈善资金的妥善筹措、有效使用和规范管理。

在美国，公益慈善活动的呼声日益增强，公益创新模式不断更新，创新理念给公益慈善带了最新定义和赋予新鲜活力。美国公益事业发展的新特点主要体现在，慈善募捐资金、慈善组织、慈善运营机制和募捐活动方式等方面结合了互联网手段、信息技术、传媒经验，为慈善募捐活动开辟了新的途径，提供了最新发展思路，从而寻求慈善事业发展的影响力和持续性。同时，也是对慈善事业的价值和使命的重新认识：慈善是促进社会再分配和社会创新的动力。

美国的微公益平台募捐、慈善基金会、公益创投、小额信贷、公益合作伙伴等公益创新模式为慈善活动提供了发展思路，给慈善资产管理确定了新方向。同时，美国慈善事业越来越关注慈善投入的成效评估，成立专业慈善评估机构对慈善活动进行监管和信息披露。基于其网络平台具有的专业化、高效率、透明性等特点，极大地减少了慈善资产在管理使用过程中的流失和浪费，增强了公益善款运营和使用的透明化。

73 见于许玲：《网络慈善与网络伦理》收录于《全球化背景下的新媒体传播》，上海人民出版社，2008 年第 6 版，第 90 页以下。

74 见于徐彤武：《美国政府对公益慈善事业的管理及启示》，中道网，<http://www.zhongdaonet.com/NewsInfo.aspx?id=6267>；访问时间：2016-05-07。

（二）英国微公益平台网络募捐规制——管理立法

在英国，作为基督教国家，具有浓厚的慈善募捐文化传统。关于慈善募捐立法最早的国家就是英国。1601年，英国颁布的《慈善法》作为世界上第一部有关民间公益组织的法规，明确规定了民间慈善募捐的合法性，以及政府鼓励民间慈善组织开展民间募捐进行个人慈善活动。近年来，随着网络时代到来，英国的慈善捐款方式从“沿街捐赠”转变为通过互联网或者个人PC端进行的“全民慈善”，募捐方式的转变带来了慈善模式的创新。目前，据统计，在英国有十多家主要提供慈善募捐活动项目的网络平台，例如“JUST GIVING”、“EVERYCLICK”以及“GLOBALGIVINGUK”等慈善募捐网站。除了网络平台外，网民还可以通过手机APP进行慈善捐赠。英国的慈善组织充分利用互联网平台促进合作，利用互联网社交媒体的影响力和传播力，为慈善活动和慈善精神的宣传和传承助力。

网络募捐的迅猛发展给政府监管工作带来极大的挑战。英国对公益慈善事业采取“行政监管模式”，专门成立了“慈善委员会”，对民间公益组织的设立采取“资格注册制”，慈善组织需经过审核登记注册，对网络募捐机构也同样如此。除此之外，政府对慈善组织的运营工作采取严格的信息披露和报告制度，保障捐赠人的知情权和公众的监督权利。各种形式的网络信息披露制度，使网络募捐的慈善款项的公开化，为新媒体的慈善监管奠定了制度基础。

同时，英国网络慈善机构接受来自社会各方的监督。监督主体主要为三大非政府性机构：募捐标准委员会、募捐协会和募捐监管协会。募捐标准委员会主要负责网路募捐的监测和对公众投诉进行评判；募捐协会负责编写并出版募捐行为准则，并对募捐标准委员会作出的评判进行评估和公开；募捐监管协会主要负责监管公共场所的募捐活动。英国政府对慈善组织的募捐活动及机构运营进行监督管理，以规范慈善组织的行为，增强公众对慈善事业的参与热情，维护公益慈善事业的公信力。⁷⁵

（三）日本微公益平台网络募捐管理规制分析

在日本，针对慈善募捐行为的立法情况同美国相类似，没有颁布国家层面的慈善募捐法律，但是日本实行中央集权制下的地方自治制度，地方政府拥有较高的自治权，各地方曾出台过相关募捐规定的条例。随着经济社会的发展，很多地

⁷⁵参见 Sonj grabner-Krauter :Web2.0 social networks :the role of trust .journal of business ethnics(2009).

方的募捐规制条例被废止，取而代之的是大力支持公众参与慈善募捐活动。根据1896年日本民法对“公益法人制度”进行了确定，日本的慈善组织统一称为“公益法人”⁷⁶。之后在1972年，日本成立了公益法人协会，其主要负责管理监督公益法人组织，承担推动和促进民间公益活动，规范和监督慈善募捐活动的职责。

日本于2008年颁布了新的公益认定法，明确规定对公益法人制度进行重大改革创新，意味着此后公益组织只要符合法律明确列明的条件，就自然具有公益法人的资格。政府直接委托公益认定委员会对公益组织的资格进行审查，审查结果经内阁总理大臣或者都道府县的市长、县长进行最后认定就具有法律效力，真正实现了公益法人组织许可机制从“审批制”到“认定制”，达到了从事前限制到事后监管的转变，尊重了公益法人团体的自治，摆脱了行政权力对公益慈善活动的过度干预。日本实行的宽松公益法人监管机制，为网络慈善募捐的发展带来了宽阔的空间。据2010年网络数据显示，日本慈善募捐数额超过10%的比例来源于网络募捐的方式。

除了赋予公益法人宽松的认定机制，日本慈善组织实行了财务公开和负责人公开的全面信息公开机制。为了取得公众对慈善组织的信任，日本的慈善组织最大程度上实现了财务和管理工作的透明化⁷⁷。基于日本公益法人对募捐活动运营管理的透明化，保证了募捐活动公正公开，日本慈善募捐活动获得了长足的发展。

基于以上三国关于网络募捐慈善立法的相关规定，显然可以得出，微公益平台网络募捐活动在西方等发达国家也同样受到重视。由于互联网时代的到来，公益慈善事业依托网络平台激发了更大的发展潜力，同时也凸显出更多的运行问题。正确分析和处理网络募捐所带了利与弊，是发挥互联网的工具价值以及实现慈善公益事业发展的必然选择。

表1 主要外国网络募捐管理情况表

国家	法律规定	发展模式	监管组织	监管职责	监管模式	网络募捐平台
美国	无专门慈善立法	民间主导型	首席检察官、国内税务局、第三方独立监察机	首席执行官对慈善财产和慈善组织监督，税务局审计慈善	募捐登记制，严	Gofundme 捐赠众筹平台；Generosity 原 Indiegogolife

76见于王会贤：《看日本如何设立并管理公益法人》，公益时报，<http://www.gongyishibao.com/html/gongyizixun/>

7372.html；访问日期：2016-04-27。

77见于田香兰：《日本民间非营利组织的发展现状、法律环境及社会贡献》[J]，日本问题研究，2013年第2期。

			构（慈善信息署；公共监督机构；慈善事业信息局、慈善事业咨询服务处等评估和监督机构）	组织年度财务报告和经营状况，对违规行为给予处罚和罚金，第三方独立监察机构进行独立公众监督。	格的政府监管和社会管制度	成立于2014年，Indiegogo众筹网站下设板块）；Kickstart；Tilt（原crowdtilt，成立于2012年）；Click to Give点击捐赠网站
英国	1601年《慈善用途法》；1736年《永业权法》；1998年，英国政府和全英慈善组织共同签署了《政府与志愿及社区组织合作框架协议》	政府-民间合作型	慈善委员会和三大非政府性机构（募捐标准委员会、募捐协会、募捐监管协会）	对各类民间公益组织的登记注册，咨询监督，解释和改善相关法规的权限，颁布法规文件，调查执法。募捐标准委员会，负责监测并评判公众投诉；募捐协会，编写并出版募捐行为准则并对募捐标准委员会作出的评判进行评估和公开；募捐监管协会主要是对公共场所募捐进行监管。	分类监管，行政监管模式	募捐网站有：“JUST GIVING”“EVERYCLICK”以及“GLOBALGIVINGUK”等十多家，除网页版外，有些网站还有手机APP
日本	无国家层面立法，地方社会募捐规制条例逐步废止。	半自治发展类型	内阁府公益认定委员会	对慈善组织资格进行认定，实行事后监管，引导组织自治	公益认定制	Japanese Red Cross Society（日本红十字会）、Unicef Japan、Save the Children和the Community Chest of Japan等

（四）外国网络募捐法律规定对我国的启示

目前，我国微公益平台网络募捐的发展速度迅猛，网络募捐影响深远，募捐活动显露出的问题日益增多，亟待立法规范和制度完善。中国网络慈善募捐过多的受到政府行政干预，慈善事业发展的自由受到限制。参见以上国家对慈善募捐尤其是网络募捐的法律规制和管理模式，对微公益平台的募捐各国持有不同的态度，但是绝大多数采取鼓励支持的态度。但是，“没有绝对的自由”，在国家支持社会慈善募捐活动的同时，良好的管理制度和监督体制是保证微公益平台的网络募捐朝着健康有序方向发展的保障。美、英、日三国在社会慈善募捐活动和慈善

组织管理方面都有较长的历史经验并且探索出完善的制度体系,三国的慈善事业比较成熟,对规范我国微公益网络平台开展的慈善募捐活动有一定借鉴作用。

1. 规范网络募捐资格的“募捐许可制”

借鉴国外对网络募捐组织资格的管理,笔者认为应当建立网络募捐资格许可制度。支持微公益网络平台进行慈善募捐的同时,成立相关机构对网络募捐资格进行审核和认定,⁷⁸颁发微公益网络募捐许可资格证,避免网络募捐平台经营管理乱象,从而做到对慈善募捐发布主体和信息资料的初步审核。但同时,政府应当抓紧网络募捐资金的管理工作,对募捐款项必须统一汇集到第三方中介账户内,保持资金管理人的独立性,避免贪污等运营过程中的道德风险,从而建立合法高效、有影响力的权威网络募捐平台⁷⁹。

根据《中华人民共和国慈善法》第22条规定的慈善组织开展公开募捐首先应当具备公开募捐资格。该资格的取得要求慈善组织依法登记运营满两年,并经过原登记的民政部门审核通过才能取得。该条规定缩小了公开募捐的主体范围,即只有合法登记运营满两年的慈善组织才具有公开募捐资格,从一定程度上否定了社会公众通过网络平台发起网络募捐的资格。如此规定不利于民间慈善组织的发展,侵害了公民的募捐发起权利。募捐许可制的目的并不在于禁止某项行为,而是通过审查以防止各种非法行为,从而建立起互联网“公益信任”的桥梁。

我国一直以来实行慈善组织的双重管理体制,在慈善立法和慈善发展的今天,应当进行变革创新。允许个人或组织不经登记也能够开展慈善活动是必然取向,但同时也要防止这种个人募捐权利的行使陷入失控状态。笔者认为,对慈善组织的管理应当采取分类登记制度,分成许可与备案两类。适用许可制的组织必须经过登记才具有公开募捐组织慈善资格,适用备案制的组织则只需要在监管机构完成备案登记入册即具有募捐资格。针对不同主体适用不同的登记制度,宽严相济,建立完善合理的慈善组织登记管理体制。

2. 给以募捐组织在微公益平台上一一定自由裁量权

我国公益慈善事业一直带有浓重的政府干预性,政府过度干预民间慈善组织和募捐活动,无法做到“抓大放小”,束缚了慈善组织的发展⁸⁰。而英国对于慈善

78 Dennis A Profatilov .Crowdfunding: online charity or modern tool for innovation projects implementation?Asina social science.2015(3)·

79 宋道雷 郝宇青,从传统公益研究到网络公益研究的变迁—中国公益研究状况述评,社会科学,2014年第2期。

80 谢海淀,《中国民间组织的合法性困境》,《法学研究》,2004年第2期。

组织的募捐活动，一直采取宽松管理的态度，支持鼓励公众参与慈善活动，并且赋予慈善组织一定的自由裁量权。英国重视引导慈善组织建立行业规范和组织内部规范，通过组织内部工作规范和行业内部运营控制，实现行业自律和组织自律，用自我监管代替行政监管，

在慈善领域，自律是慈善组织和平台发展的基础。自我监管更加方便灵活，社会成本更低，并且有利于发挥慈善组织的积极性和创造性。而法律监管和社会监管则偏向于僵化模式，建立监管体系成本高，成效不一定更好。在引导组织自我监管和行业自律的同时，政府应当保留对于网络微公益平台募捐行为的监管权力，对募捐滥用、信息披露不彻底、运营不透明等问题和行为进行外部监管，避免募捐过程中的道德风险和违法行为。其实现有慈善法草案里提出的“没有募捐资格的个人和组织可以跟有募捐资格的个人和组织去分享去合作募捐”，这一规定本身有一定问题⁸¹。一个无资格的主体如何和一个有资格的主体合作？相对合理可行的方法是参照外国，让有资格的组织设置公益项目，把个体需求纳入整体项目里来考虑。需要指出的是，在国外，慈善行业组织还可以通过对慈善组织的行为进行认定和评级来发挥激励作用。

3. 鼓励发展公益法人的网络募捐

网络平台的慈善募捐事件不断涌现，慈善募捐数额不断增多，公众利用网络寻求社会救助逐渐成为网络公益平台的寻常事。近年来，发生的数量众多的网络诈骗捐骗案件说明，公众发布募捐信息真实性有待于进一步核实，公益组织应当加强其在网络平台募捐活动的作用。相比较普通民众，公益组织经过审核信息的求助人员资料更加具有可信度。日本的慈善事业具有半自治性质，对慈善组织和慈善募捐活动，日本政府采取资格认定制度。日本民法典中规定公益法人的设立，应当经过行政主管官署的许可。公益法人成立后，政府提供一定税收优惠政策，同时对其发布的募捐信息和运营管理进行事后监督检查⁸²。

借鉴日本对慈善组织的管理规定，日本的公益法人进行公司化运营，合理控制内部成本，保证募捐资金安全，从而实现慈善公益事业的长足发展。日本慈善公益组织实行全面的信息公开披露制度，不仅是财务公开和经营公开，而且保证

81 Catherine Fairbairn: Charitable statue and Independent schools: charity of social.

82 见于俞祖成，《日本“新公共性”指向的NPO政策体系分析》，新华网，http://blog.sina.com.cn/s/blog_5bf21dee0100xi3t.html；访问日期：2016-05-03。

了组织内部负责人财产的公开化。日本最大慈善公益团体——日本财团就保证了财团会长个人财产的透明化。笔者认为我国政府应当鼓励支持公益法人参与网络募捐，通过给予慈善组织一定的税收优惠政策，鼓励民间公益事业发展。同时规范网络募捐环境，配合募捐许可制度，规制网络募捐监管现状。

4. 培育公民社会及公共监督机构

公民社会，是一个介于国家、社会与个人之间，公权力与私权利之间的一个领域，是指众多非政府性非营利性的民间组织参与社会管理同时服务于公共利益的民主社会现实。哈贝马斯提出，公民社会应当从公共性特征的角度理解，认为其承载了公民意志和公众意见，其所具有的公共性，使社会个人通过社会公共组织的交往形成了社会关系并对政府活动加以民主控制。西方国家将公民社会观念理论应用于民间慈善公益组织的监管工作中，在社会募捐、慈善公益、公民互助等方面充分利用发挥民间公益组织的引导作用，培育公民社会，壮大个人在公民社会中的力量。

随着我国民间公益组织的发展，中国已经进入公民社会。汶川地震全民捐资抢险、网络慈善公益募捐等社会事件，都彰显了我国公民社会的品质。由于互联网的广泛性、开放性、及时性和连接性等特点，“互联网+公益”的运营模式带给公益慈善事业未来发展的空间广阔。互联网深入生活、连接个人、沟通你我，能够及时快捷地发挥网络的强大号召力，激发民众的强烈参与热情，有效地为公益慈善汇聚更多的民间资本，为社会福利事业和慈善公益提供人财物保障，弥补政府管理经济社会生活存在的盲区，实现政府与公民之间的良性互动。

在美国，对慈善公益事业的管理主要采取民间主导模式，政府成立公共监督机构，负责对慈善组织和募捐活动进行全面监督检查，督促慈善组织财务公开和透明化运营，从而为广大捐款人对慈善组织行使监督权减少信息收集成本，提供信息查阅便利，提高监管效果⁸³。但是我国目前监管规定，由国家民政部门或者慈善主管部门对慈善组织进行管理，监管内容不全面，监管信息不公开，监管体制不规范，实现对慈善募捐活动的有效管理。为此，我国应当借鉴美国经验，建立公共监督机构，落实信息披露和财务账目报告制度，实施独立的第三方审计，并且充分利用公众监管的优势，旨在实现将慈善公益组织以及各种募捐活动放在

83 谢琼, 国外慈善立法的规律、特点及启示 [J], 教学与研究, 2014 (12).

“透明玻璃”中的监督管理目的。⁸⁴

结合以上英美日三国关于慈善募捐管理的法律规定以及对我国的借鉴经验,笔者认为,网络慈善募捐的日益发展是互联网时代带给社会慈善事业的机遇和挑战。网络骗捐诈捐、平台公信力不足、资金流向监管缺失等问题的出现,考验着政府监管部门的监管理念和工作能力。对于网络募捐工作的妥善处理,对网络募捐环境的秩序维护以及公众对微公益平台募捐的公信力建立具有重要意义。但同时政府监管部门应当正确认识互联网平台对慈善募捐发展壮大的巨大作用,笔者认为有关部门应审时度势,借鉴国外对慈善募捐组织和活动的规制,结合我国互联网时代的发展特性,借力互联网微公益平台的募捐发展趋势推动我国公益慈善制度的建立完善。

七、改进建议与微公益平台网络募捐制度完善

综上,近年来,经由微公益平台而发生的网络诈骗捐、骗捐事件之所以层出不穷,很重要的原因是在此类平台上,网络募捐很多时候成了点对点的行为,是一种公众给私人账号的捐款,缺乏必要的中间监督环节,就必然导致募捐资金的使用不清、善款余额的处置不明,而缺乏透明监督。根据我国慈善事业发展的现状,在充分考虑“互联网+”的时代背景、结合借鉴和参考上述外国经验制度的精华,在摸索和思考中,以现实存在的问题和人民的呼声为着眼点,进一步完善《慈善法》立法的修改和补充,不仅可以使微公益平台下网络募捐的各个环节都有法律加以规制,对违法的网络募捐行为可以进行法律惩戒,也是对整个社会的和谐与稳定起到一个良好的促进作用。具体的方面有很多,但是可以补充的点可以从以下角度出发:

(一) 规范网络募捐平台格式协议

尽管现在基于微公益平台的网络募捐是开源的,可以对所有公民、团体开放,而国家对此的要求没有很明确,那么应该规就此类平台的网络募捐格式协议进行一个大致的补充规定,类似合同的形式可以包括募捐的事由、数额、用途以及余款的处置等,这样一个相对较为明确的协议,不仅让“钱给谁、怎么用”等问题得到解决,让公众一目了然,也可以为一旦发生纠纷和诈骗的情形下,为追究违法犯罪或者违约的责任打下证据意义上的基石和铺垫。

⁸⁴ Cagla Okten· Burton A Weisbrod, Determination of donation in private nonprofit markets, Journal of public Economics 2000(75).

（二）强制网络募捐平台的中介监管

只要是面向不确定特定对象的募捐活动,可以逐步禁止私人账号募捐。政府可以指定中介机构,或者设立中介机构,对接网络募捐提供免费服务,包括募捐格式协议的合法性审查、事由的真实性调查、募集资金管理与使用处置的信息公开等,从而避免募集资金任由募捐人自主决定。现在的情形下,法律规定个人可以和有资质公开募捐的机构合作进行,但是联系这样的结构并不容易,还有可能造成募捐事由的延误。因此,直接把微公益平台整合为第三方慈善机构的平台,可以说是一个不错的选择。

（三）扶持网络募捐平台合规建设

为了避免目前网络微公益的募捐平台各种巧立名目令人真假莫辨的问题再次发生,政府可以主导令慈善管理部门和工信部门联手合作,对各种网络微公益名义的募捐平台,进行网络上的公开募捐资格的准入和认证制度,从而保证所有真正作为微公益存在的网络平台都可以发布募捐消息,但捐款接口可以限制统一到中介账户,既方便监管,又方便公开信息。中央政府主导,各省市自治区直辖市应当配套支持专属地区的社会救助体系,自己下设民政部门建立或者扶持相应的慈善公益组织建设正规的、在地区门户和老百姓心中有影响力的微公益网络募捐平台,方便各种网络募捐活动的高效开展,也能恰好的对此类活动予以监督和掌控。

总之,进一步补充和修改《慈善法》,对“互联网+”下网络信息爆炸的自媒体时代,在新公益时代人人参与的“微公益平台”进行考虑合和人民呼声及需求的考量,就要求进一步对网络募捐活动的监管体系要完善,配套制度要完备,监管主体要严格,慈善公益组织内部自律,社会监督氛围浓厚。只有这样,才能使得社会公益的风气继续扩散,使得人们互相帮助的心进一步在社会主义核心价值观体系的熏陶中不断变大,也才能为我国公益慈善事业构起一道坚不可摧的防线。相信逐渐完善的《慈善法》,将成为一座不朽的丰碑,成为中国特色社会主义法律体系的坚实基础。

选定国家捐赠基金投资 信托制度比较及创新研究

周贤日⁸⁵

(不得引用转载)

【摘要】教育捐赠基金为一国教育竞争发展提供了财政预算资金以外的重要支撑，将教育捐赠基金通过信托方式有效投资，提升基金支付水平，成为欧美高水平大学持续发展和吸引优质人才的重要资金。欧美国家公益信托制度为资金所有、使用者与投资、监管者提供了比较成熟的资金增长机制，增强了捐赠者的捐赠信心，促进了捐赠事业发达。中国公益信托欠发达，捐赠基金的投资、监管机制可以从欧美发达国家教育捐赠基金投资信托的相关机制比较中借鉴可行的规则、程序，使中国教育捐赠事业发达和良性发展。

【关键词】捐赠基金 投资 信托

一、捐赠基金的困境与创新

财税金融体制的创新发展需要有适当宽松的体制环境，财税金融体制的创新是多维度、多层次的，除了我们通常讨论的财政税收、银行保险、投融资、证券期货、互联网交易融资等等体制创新，还有与财税金融交叉的社会保障基金、公益捐赠基金的投融资体制创新等问题。这些体制的创新需要有包容、宽松的社会环境支撑。就公益捐赠基金的发展壮大来说，要构建法治化机制保护和鼓励人们的慈善友爱之心，让公益捐赠基金成为社会保障和社会救助的重要力量，使公权力保障、救济遗漏或者行使适当的社会领域同样充满爱心和没有受遗弃、遗漏的公民⁸⁶。公益慈善事业的发展，还可以对公权力和其他保障资源的公正、有效配置形成一种反射的推动力。公益捐赠事业要得到发展，除了需要完善公益捐赠的资金筹集、税收减免、传统投资途径、信息披露、内部管理、外部监督等机制外，还需要创新投资机制，将现代的信托投资制度融入捐赠基金的投资管理中。我国

85 华南师范大学教授，法学博士，博士后。

86 有个网络流传的故事大致说，“1935年纽约市一位为三位年幼失去父母的孙子偷面包的穷困老奶奶在法庭上面临10美元罚金或者拘役10天的处罚；旁听的纽约市长当庭自己掏出10美元罚金，并倡议旁听的市民每人交50美分罚金，以处罚我们生活在一个要老祖母去偷面包来喂孙子的城市。”我没有去考证这个故事的真实性，但是这个故事留给我们的震撼和思考是深远的。

《信托法》用了专章即第六章 15 个条文规定了公益信托的相关规范，但我国现实中创设公益信托和利用信托制度对公益捐赠基金投融资的公开、成功范例尚少。

梳理论述财税、金融体制创新的各种文献，可以看出从财政税收体制、银行保险业、网络融资业、证券期货业、社会保障基金、其他投融资业等方面的创新论述文献众多。而对与公益事业相关联的公益捐赠基金的融投资体制，国内的文献论述尚少。赵俐的《国家福利与公益信托：贫困助学的路径取向与制度分析》是从现存公益基金的助学路径、方式角度分析问题，提出以“公益信托形式开展贫困助学”⁸⁷。谭振亭的《救灾捐赠财产的信托法律规制》提出利用信托制度管理和处分捐赠财产，能有效管理、使用和处分救灾捐赠财产⁸⁸。这两篇论文从某一个角度分析信托制度在公益事业中发挥的作用，其侧重点不在于基金的信托投资问题。个别硕士论文对教育捐赠资金问题展开研究，但是涉及面多、论述宽泛，例如黎操的《我国高等教育捐赠资金管理问题研究》⁸⁹，主要从管理资金的角度论述问题，对投资、信托投资机制没有涉及。卓武扬的《社会捐赠的公益信托模式及现实途径》主要从鼓励和保护捐赠角度，论述完善我国信托法规定的公益捐赠及相关机制，提出要选择合适的信托机构、指定无利益关系监察人、完善公益信托活动情况的披露报告制度。⁹⁰ 其他一些论文也多数从完善我国信托法规定的公益信托制度本身展开论述，对公益信托投资机制及其创新没有深入论述。

其实，一些国家的公益捐赠基金在国民经济中的份量和影响是不可低估的。例如，加拿大有 85000 家注册的慈善组织，加上其他非营利性组织，共有 161000 家公益性组织，每年从 2220 万捐赠者那里收到 90 亿加元的捐赠。这些公益性组织雇用的人员占就业人口的 11%，创造了 1200 亿加元的财政收入，超过了矿业、汽车业、石油天然气业的财政收入总和。公益活动为国内生产总值贡献了 7.8%，如果算上志愿人员的服务，则高达 8.6%，公益事业经济总量超过加拿大最小的 4 个省的经济总量。⁹¹ 如何减少人们对慈善捐赠存在的困惑或者疑虑，保障慈善事业的透明公正，促进人们的慷慨捐赠，是与财政税收金融体制创新相关联的问题，

87 赵俐：《国家福利与公益信托：贫困助学的路径取向与制度分析》，《法学杂志》2010 年第 4 期。

88 谭振亭：《救灾捐赠财产的信托法律规制》，《贵州民族学院学报(哲学社会科学版)》2008 年第 4 期。

89 黎操：《我国高等教育捐赠资金管理问题研究》，武汉理工大学高等教育研究所 2012 年硕士论文。

90 卓武扬：《社会捐赠的公益信托模式及现实途径》，《特区经济》2009 年 12 月。

91 刘植荣：《国外慈善怎样管》，《羊城晚报》2011 年 9 月 24 日 B6。

在此不一一列举归纳。为此，本文选定将财税金融制度、信托制度和捐赠事业相关联的特定问题——捐赠基金信托投资制度为视角，尝试从一个交叉的微观角度提出与财税金融创新关联的问题思考，使捐赠制度的比较研究维度、层次更丰富、充实。

二、选定国家捐赠基金投资路径的比较选择

捐赠基金在推动教育、科研、医疗和其他社会公益慈善理念和具体措施的创新，逐步克服公益慈善领域的人财物等资源配置权力过分集中的积弊，促使公益慈善资金来源多样化，形成公益慈善领域在财政配给基本资金基础上，通过竞争性机制，以优质慈善成果从社会上获得更多的捐赠资金的机制，从而革除慈善领域的积弊陋习，凝聚人才，促进慈善事业进步，具有十分明显的积极功能。但是，仅靠社会慈善人士的捐赠及其利息，或者采取保守的银行存款，或者购买中长期国家债券方式，不足以积累持续竞争、发展的资金优势，没有良好的投资机制，也会使捐赠者对所捐赠资金的收支、运用、发展心存疑虑而影响后续捐赠及其他人群的捐赠动机和意愿。

信托，是指委托人基于对受托人的信任，将其财产委托给受托人，由受托人按委托人的意愿，以受托人的名义，为受益人的利益或者特定目的，对信托财产进行管理或者处分。由于信托制度适应了现代复杂化的交易形态和方式的需求，从事专业财产管理取得营业报酬的受托人制度即现代信托制度成为了一种重要的理财方式，现在各国在证券、期货、保险、各种投融资活动上均广泛采用信托理财方式。而欧美财团性质的基金会凭借公益信托制度为运行基础，不针对某个特定的机构或人群，而是服务于社会公益的慈善性事业，如教育、科研、医疗、救助等，使得公益基金会获得了长足的发展，凝集了人心和财力。

私人基金会起源于 16 世纪的英国，兴盛于当今美国，其制度基础是信托。通说认为，信托制度起源于英国的用益权制度。⁹²英国相继颁订 1893 年的“受托人法”、1896 年的“官设受托人法”、1906 年的“公设受托人法”、1925 年的“公益信托法”，1960 年的“公益信托法”确立了近代信托制度的体系。这些法律中，特别是 1960 年的“公益信托法”特别值得一提，公益信托法对应的英文是 Charities Act，其实就是慈善法或者公益法，英国在 2006 年修订了该法。信托

⁹² 赖源河、王志诚合著：《现代信托法论》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 3 页。

制度在英国产生后，自 19 世纪初叶，信托事业即在欧美各国相继兴起。当今信托制度成为了各国重要的财产管理制度。

至于美国，早期继受英国的信托法理。例如美国法律学院早期编纂的“信托法整编”，先后颁订 1922 年的“统一受托法”、1937 年的“统一信托法”、1938 年的“统一共同基金法”、1962 年的“统一资本及收益修正法”、1964 年的“统一受托人权限法”等法律，以及在财产法、遗嘱法、遗嘱认定法等法律中有关信托的规定，形成美国的信托法制。⁹³

可见，信托在英、美等国家早已成为一种广为人们接受的财产管理制度。公益信托机制通过受托的第三方（信托公司、基金管理公司或者其他合法设立受托的公益信托机构）持有基金的管理和投资权利，使持有管理投资资金者与享有所有权、使用权、收益分配权和监督权的分离，形成了一种独特的投资运行资金制度，在捐赠基金管理运行上形成制衡、分工、配合的法治机制，容易为捐赠人接受，使捐赠基金的科学、透明、公正运营有法治机制保障。

从国外高校的捐赠基金运行机制看，大学捐赠基金的董事会制定了投资政策和投资目标后，在具体运营上分为两类投资管理模式：一类由捐赠基金内部负责管理，另一类是委托外部的专业机构管理。两种方式的要点是通过将基金委托专业基金管理机构（公益信托机构，不管是内外的）管理投资运行，基金的所有者并不直接支配基金的投资和运行，而是由基金管理公司直接具体运作资金，基金的所有者校方会选派人员参与基金管理公司对基金投资运行的决策和监督，但不直接控制和支配资金的投资运行，在必要的时候校方会通过校方董事会形成决策指示基金管理公司按照决策操作，但校方董事会不直接操作资金，这样就使所有者类似股东的角色，而基金管理公司类似了董事会和经理层的角色，使得基金由更专业的基金管理公司按照信托法则和委托合同、及校方的相关决策开展投资经营。从 2010 年《美国高校捐赠报告》选定的高校看，这些高校捐赠基金基本采用这种投资管理模式，并取得了持续的成功。⁹⁴

美国现今的众多知名高校，将各个捐赠基金打造成有完善的法律机制、相对独立运行的基金公司，或者利用信托制度委托给专业管理公司⁹⁵投资于包括股票、

93 赖源河、王志诚合著：《现代信托法论》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 6 页。

94 2010 年 1 月《美国高校社会捐赠报告》，载：美国总审计局网站 <http://www.gao.gov>

95 丁安华、赵勇：《美国大学捐赠基金投资运作研究》，《武汉金融》2011 年第 1 期。

债券、绝对收益、房地产、风险资本和其他投资在内的投资增值服务，使得基金积累扩大和公益能力增强。例如，据相关统计，大学的排名与投资收益回报率之间存在较高的相关性，美国三间顶尖大学（哈佛大学、耶鲁大学、斯坦福大学）基金会的平均收益率为 32%，一流大学为 19%。⁹⁶

我国在 2001 年 10 月 1 日施行《信托法》，成为第一个比较详尽的在仅存几个社会主义国家民事立法中制定国内信托法的国家。⁹⁷2007 年 3 月 1 日废止原《信托投资公司管理办法》，施行了《信托公司管理办法》。我国包括教育捐赠资金在内的公益慈善资金，虽然名义上成为基金或者成立了基金会，也按照《公益事业捐赠法》、《基金会条例》、《信托法》的基本规范在运行，但是我国的主要公益慈善资金（基金）没有采取欧美发达国家普遍采取的信托机制为基本运行基础的公益基金会投融资方式，基金采取委托信托公司运营的情况尚少，其资金的积累、发展和能量受到很大的限制。

三、选定国家捐赠基金投资的信托关系

信托法律关系是特殊的民事财产法律关系。信托制度通过指定受益人和剩余财产受益人实现对信托财产运作、营业成果的分配，在不违反法律、法规及公序良俗的前提下，还可以实现利益追求目的以外的多种诉求。信托具有诸多功能，同时需要相关的配套制度。

英国在 2006 年修订了其《慈善法》。日本在经济萧条的情势下，在 2005、2006 年日本修改公司法、信托法、证券交易法（金融商品交易法）前后，日本社会提出了“从储蓄转向投资”的口号，目的就是鼓励投资，刺激经济发展。⁹⁸信托制度为扩大投资和经济发展提供了另外一项制度选择和支持。

捐赠基金投资的受托人。受托人按照信托目的管理和处分信托财产，要在严格履行信义义务和受托责任的前提下，保证最大程度实现信托财产的实效性。以 2006 年日本《信托法》为例，利用信托法律制度可以设定无指定受益人信托，即目的信托，以此实现公益或者其他非营利目的；关于无指定受益人信托，除了学术、技艺、慈善、宗教等公益目的信托以外，受托人需具有妥善处理该信托事务所需财产基础及人力资源、并属行政命令所规定的法人，除此以外的人不能够

96 北青：《6 家美国名校排队投资 A 股——耶鲁大学去年回报超 20%最抢眼》，《重庆商报》，2012 年 8 月 15 日 B22。

97 Lusina Ho B.A., B.C.L., Trust Law in China, Sweet & Maxwell Asia 2003. 1.01.

98 神作裕之著，杨林凯译：《日本信托法及信托相关法律的最新发展与课题》，《中国政法大学学报》2012 年第 5 期。

成为受托人。⁹⁹通常受托人即为某种基金的管理人，是负责管理和运作基金资产的机构。例如，根据中国《证券投资基金法》的规定，证券投资基金的管理人由基金管理公司担任。在公益信托中，公益基金的受托人即管理人亦应该是专业的管理公司，以使公益信托取得更好的公信力和保障资金安全、增值。为了制衡受托人即管理人的权限，尽量避免管理人产生道德风险，法律还设立了基金托管人制度。基金托管人指依据“管理与保管分开”的原则对基金管理人进行监督和保管基金资产的机构，在我国通常由取得托管资格的商业银行担任，这一制度应当同样适用于公益信托。

通常所说的基金投资人，即基金单位或受益凭证的持有人，所以投资人又是受益人、委托人、持有人。基金持有人可以是自然人，也可以是法人；基金持有人的权利包括：本金受偿权、收益分配权、剩余财产分配权，及参与持有人大会表决等。由于捐赠基金的特殊性，捐赠基金与其他类型基金的投资、管理机制又有差别。捐赠基金一般通过其董事会与管理人、托管人之间发生关系，通常情况下，捐赠基金本身的捐赠人通过捐赠、监管协议等与捐赠基金的董事会发生联系。当发生捐赠基金的董事会解散、不能履行职责等事由，或者设立捐赠基金时以契约设定，或者事后以符合法定或者章程规定人数、按照程序议决的捐赠人，直接履行捐赠基金董事会或管理人职权的情况下，才由捐赠人直接行使决策、管理、监督职权。

持有人与管理人之间的关系。如果是普通的投资、证券基金，基金持有人是一般的社会投资人，既可以是自然人，也可以是法人或其他社会团体；基金管理人是由职业投资专家组成的专门经营者，是依法成立的法人。通过将财产设定为信托财产，对于受益人来说该权利转换为一种具有股权要素的权利，即受益权；在该权利上形成多层化，可以创设繁多种类和内容的受益权；通过专业机构的专业人士的运作，单个的小额的信托财产得以集合并有可能高效率运作；可以满足多数受益人回避与第三人建立直接法律关系所带来的复杂关系和高成本支出；基于受托人的经营信用、信誉可以实现与第三人的顺利快捷交易。¹⁰⁰捐赠基金信托同样能够利用信托的上述功能。捐赠基金的捐赠人同样既可以是自然人，也可以是法人或其他社会团体；但是捐赠基金的捐赠人则是特殊的基金“持有人”、“投

99 神作裕之著，杨林凯译：《日本信托法及信托相关法律的最新发展与课题》，《中国政法大学学报》2012年第5期。

100 神作裕之著，杨林凯译：《日本信托法及信托相关法律的最新发展与课题》，《中国政法大学学报》2012年第5期。

资人”，其特殊性在于其捐赠的目的不是为了自己的收益获利和用于具体指定的特定机构或者特定个人，而是为了不特定机构、个人的救助性质的教育、科研、医疗、其他救助等公益目的。在设定公益信托后，通过流动化及证券化等方面的信托投资，能够发挥信托的破产隔离功能，保护公益信托基金的独立、安全、增值和免予受持有人、受托人、托管人本身经营风险或者随意干预的影响；同样捐赠基金信托可以简化法律关系，使基金持有人可以回避市场投资的复杂关系。特别是公益信托法发达的国家和地区对公益信托基金、公益信托机构、捐赠人从事公益捐赠信托事业的税收减免制度，对促进公益事业提供法律制度上的支持。

管理人与托管人之间的关系。如果是普通的投资、证券投资基金，管理人与托管人的关系是经营与监管的关系；基金管理人由投资专家组成，负责基金资产的经营，本身绝不实际接触和拥有基金资产；托管人由主管机关认可的金融机构担任，负责基金资产的保管，依据基金管理机构的指令处置基金资产，并监督管理人的投资运作是否符合法规。而捐赠基金的管理人与托管人的关系类似上述关系，但其特殊性在于捐赠基金是财团法人，其董事会根据捐赠人的意愿、决议或者根据捐赠基金的章程、规则、协议，选定管理人和托管人，不是由管理人选任托管人，这样就实现了管理人和托管人的双层互相监督、促进。但是，捐赠基金的董事会或者实际控制人存在滥用选定管理人、托管人权力的可能，可能通过直接接触、控制资金、资产，或者变相控制、干预管理人、托管人达到滥用权力的目的。因此，加强对捐赠基金的董事会或者实际控制人的制衡，是规范的重点之一。

持有人与托管人之间的关系。如果是普通的投资、证券投资基金，持有人与托管人的关系是委托与受托的关系，基金持有人把基金资产委托给基金托管人管理。而捐赠基金的特殊性在于，捐赠基金的持有人往往是某一公益性质的机构（如学校、医院、科研机构、福利机构、或者某一公益社会组织），其捐赠人已经不实际持有基金份额，而是按照该机构章程或者捐赠协议将资金捐赠于该组织，再由该组织将基金委托给专业管理机构（信托公司等）运营管理和专业托管机构（金融机构等）存管监督。

捐赠基金投资的受益人。从法律归属看，捐赠基金投资的受益人是基金的持有机构即公益组织（学校、医院、科研机构、福利机构或者持有该基金的某一公益组织），当然投资受益的最终主体是该公益组织将善款支付出去、接受善款的

某一群体或者个人。理论上讲,该公益组织本身除了必要的运行管理费用成本外,不应当直接使用、消耗善款。

综上,由于信托法律关系的特殊架构,依据中国《信托法》的规定,受托管理捐赠基金的信托公司开展公益信托业务流程大致如下:

1. 确定公益信托资金来源及设立信托的公益性目的,设立独立法人性质并且除公益信托外、不对外开展其他经营业务的公益捐赠基金(公益信托基金),基金的受益权归属于某一公益组织,但与此公益组织的财产、机构、人员、经营风险分离。公益组织与公益信托基金的关系按照基金章程、议事规则和捐赠协议处理。

2. 经公益组织或者公益信托基金按照法定程序、章程、议事规则或者捐赠协议选定后,信托公司作为受托人(管理机构)接受公益资金,可以采取单一信托和集合信托两种形式,同时设立信托监察人。¹⁰¹由于通过社会募集资金(捐赠)而设立的公益信托,委托人数量很多,甚至是匿名的,实践中难以像私益信托的委托人那样监督信托的实施,因此设立公益信托监察人有现实的必要性。

3. 委托人与受托人签定《公益信托合同》,确定具体的信托资金金额、信托期限等条款,并在托管人(托管银行)处开立公益信托专户,将公益资金交付托管人监控下的受托人投资运营专户。

4. 受托人对公益信托资金采取独立账户、封闭管理的运作方式,在公益组织、公益信托基金和信托监察人的监督下,本着诚实、信用、谨慎、有效管理的原则,运用专业知识及多种金融工具,对信托财产予以管理运用,实现信托财产的保值和增值。

5. 受托人运作公益信托资金所获得的收益归入公益信托专户,在公益组织、公益信托基金和信托监察人监督下,提取约定比例的手续费和管理费。

6. 受托人应当至少每年一次或者在少于一年的约定期限内作出信托事务处理情况及财富报告,经信托监察人认可后,报公益组织、公益信托基金核准,并由受托人依法定的方式予以公告。

7. 公益信托终止时,受托人应当于终止事由发生之日起十五日内,将终止事由和终止日期,报告公益组织、公益信托基金、公益事业管理机构。

101 信托监察人,是由委托人或者公益事业管理机构指定的、依照法律和信托文件的规定保全信托受益权、监督受托人管理信托事务的人。

8. 信托受益人在每次分配信托资金及收益时,应由受益代理人通过相关规定和程序确定,受益人自信托生效之日起,享有信托受益权。

9. 受托人作出的处理信托事务的清算报告

四、捐赠基金投资信托的域外法考察

信托制度源于英国,发达于美国,被日本、中国台湾地区等国家、地区习得和运用。当今,信托受托主体扩大、信托财产及信托目的多样化不断发展。为了维系对信托、特别是公益信托的信赖,各国立法逐步完善法律和相关保障措施。

(一) 英国《慈善法》关于慈善信托的规定

“公益信托”,翻译者多翻译为“慈善信托”,英国该制度起源于中世纪的慈善捐赠,随着用益的出现,捐赠通过慈善用益的方式实现。1601年《慈善用益法》是英国历史上第一部慈善信托法,被称为“伊丽莎白43年法”。目前英国慈善信托最新的立法成果是2006年颁布的《慈善法》(The Charities Act, 2006),有学者翻译为《公益信托法》。¹⁰²

1. 慈善信托成立的条件

关于慈善目的。《慈善法》将慈善目的的范围扩展到判例法中不认为是慈善目的的领域,使得慈善法的适用范围扩大。该法对“慈善目的”的要求有两个,一是,它须属于《慈善法》第2条第2款中所列举的目的;二是,必须满足公共利益的要求:(1)发展健康事业或者挽救生命;发展健康事业包括预防和消除疾病,促进健康饮食的行为,或是宣传发布促进健康的公共信息等活动。“挽救生命”包括一切医疗监护和救生服务。(2)促进公民身份或社区的发展;包括“乡村和城市的重建”和“促进市民责任、义务、非政府部门或者慈善组织有效性的提高”。(3)促进艺术、文化、传统或科学的发展。(4)发展业余体育运动;但在已有的判例法之下,单纯发展体育运动本身并不构成一个慈善目的。(5)发展人权、解决冲突、调和、促进宗教的发展、民族和谐、平等或者多样化。(6)环境保护的发展和提高。(7)救济年幼、老迈、疾病、残疾、经济困难或者其他弱势群体的人。(8)为了动物的利益。(9)促进王室军队的效率。(10)提高警察、消防、营救及医疗服务。(11)娱乐慈善。¹⁰³尽管该法对慈善目的的范围进行了界定,但是并没有将可能成为慈善目的的信托排除在外,只要与《慈善法》中所

102 赖源河、王志诚合著:《现代信托法论》,中国政法大学出版社2002年版,第3页。

103 解银:《英国慈善信托制度研究》,华东政法大学2010年博士学位论文。

列举的目的相类似的或者符合《慈善法》“精神”的目的都可以被视为慈善目的。

104

关于公共利益的要求。如果一个信托的目的仅属于英国法认可的慈善目的的种类，仍然不能认定该信托是一个法律意义上的慈善信托，除非能够证明它是为了公共利益。英国法中公共利益的要求体现在两方面：一是，信托是为了社会公众的利益；二是，社会公众的受益必须是客观的，而不仅仅是财产赠与人的主观愿望。但是，认定信托是否满足公共利益的要求取决于法院的判决以及慈善委员会¹⁰⁵的认可。为确定一个信托是否符合公共利益的要求，英国法院在判例中发展出两个认定标准：其一，确定受益人是否为“公众的一部分”；其二，确定受益人与委托人之间是否存在私人关系。¹⁰⁶成立一个慈善信托除了要满足公共利益的一般要求之外，不同形式的慈善信托具体的要求也有所不同，可以概括为以下几点：（1）发展教育信托；（2）发展宗教；（3）有利于社会的其它目的。

除上述两点外，英国慈善法还规定，要成为一个慈善信托还须具有绝对的公益性。如果信托设立的条件可能会使受托人将信托财产或收益适用于私益的目的，那么便不能成立慈善信托；一旦信托的目的含有非慈善的因素或者捐赠人在设立信托时对信托的目的表述含糊，那么该信托就不能成为慈善信托。

上述这些细致的设立慈善信托的技术规则，是为了避免有些人可能利用慈善信托之名，行逃避税收、转移财产、逃避债务、私下串通合意的私益损害公益之实或欺世盗名，并使得公益信托有完善的税收制度支持。

2. 慈善信托的特征

慈善信托是英国目前慈善组织常采取的管理、投资基金形式之一。慈善信托属特殊信托性质，与普通社团和慈善公司不同，后两种组织模式均属于慈善法人性质，即社团法人和慈善公法人。

慈善信托在社会生活中通常体现为，由委托人捐献或提供一定的财产作为信托财产，由受托人管理该项财产，并按照有关信托协议的规定，将信托财产用于信托文件指定的慈善目的。与一般信托不同，慈善信托具有以下特征：慈善信托

104 Con. Alexander, Jos Moule, Charity Governance, Jordan Publishing Ltd. 2008, p. 3.

105 英国设立专门的慈善信托监管机构最早可以追溯到《1601年慈善用益法》，在该法之下由5名慈善专员组成的慈善委员会完全是地方性的。直到《1853年慈善法》颁布，英国才真正有了全国性的常设的专门监管机构。慈善委员会该机构最初设立时，由于其身份和地位备受争议，因而其权力也受到极大的限制。自20世纪以来，英国先后于1960年、1993年与2006年颁布了慈善法，将该委员会的权力扩大，逐渐形成了以慈善委员会监管为中心的具有英国特色的全方位的慈善组织监管制度。

106 解银：《英国慈善信托制度研究》，华东政法大学2010年博士学位论文。

以不特定的社会公众或特定的社会群体为受益人；慈善信托具有无限的延续性；慈善信托不以严格确定的慈善意图为成立要件；慈善信托在法律上享有申请减免税收优惠的权利；慈善信托中对受托人的监督和控制、对信托财产诉请执行，依法由特定的公权机关行使，受益人没有特定的请求权；在大多数情况下，慈善信托的设立变更必须依法履行注册登记手续等。¹⁰⁷

3. 慈善信托的监管制度

建立专门的慈善委员会是英国对慈善信托实施监管的一个重要特色。慈善委员会的监管职能是从英国皇家检察总长和法院的传统职能中分离出来的。尽管这样，高等法院和皇家检察总长仍然与慈善委员会共同行使着对慈善信托的监管职能。慈善委员会是慈善信托监管的核心部门，对于促进慈善信托目的的实现起着关键作用。慈善委员会的工作成效是检验近年来英国慈善法适用效果的重要标准，它的成立及其职权的扩张弥补了传统上由司法机关对慈善信托进行监管不足的缺陷，将原先需要逐个在法院解决的问题以一种更有效、更简单的方式解决。除此之外，在英国还有其他主体享有部分对慈善信托的监管权，其中包括：高等法院、皇家检察总长、遗嘱事务署、国内税务署、地方政府、专门监督员。所有这些监管主体共同作用，构成完整的慈善信托监管体系，共同促进英国慈善事业的健康运行和发展。

4. 慈善信托的司法救济

慈善信托公益性特征决定了慈善信托受益人的不特定性及当不特定的受益人利益受到损害时，必须由皇家检察总长代表公众向法院提起诉讼的方式救济。法院依据衡平法对慈善信托的受益人提供救济。这也构成了慈善信托与私益信托的重要区别之一。

当慈善信托因受托人违反信托义务对信任利益造成损害时只能由皇家检察总长代表不特定的受益人向法院请求获得司法救济，而不能代表委托人、赠与人提起。英国慈善信托的委托人、赠与人及其继承人没有参与慈善信托管理的资格。当慈善信托成立之时，委托人即丧失了对赠与物的支配，不再对其享有财产权利，除非在信托的条款中他们保留了特殊的修改或者撤回赠与的权利。因为尽管英国法的传统中受托人要尊重赠与人的捐赠意图，但为了避免慈善信托财产受到原所

107 中国社会科学院法学研究所法律词典编委会：《法律词典》，法律出版社2004年版，第921页。

有权人的控制而影响公共利益，慈善信托的委托人捐赠财产后便不再对信托财产享有财产权利，即使是在慈善信托受托人有违背信托义务的情形下也没有要求返还财产的权利，而阻止不当信托的职责由国家法定机关代受益人以公益方式行使。

慈善信托的受益人在权利受到损害时有权请求司法救济。但是，慈善信托受益人提起司法救济的途径只能是通过皇家检察总长，而不能由某个受益人单独或若干个受益人直接提起。这是因为：一是慈善信托的最终受益人是“公众”。慈善信托的受益人只是一个媒介，受益将通过他们流向公众，公众才是真正的受益人。¹⁰⁸这是慈善信托公益性的典型体现；二是为了保证慈善信托的受托人能够有效、顺利地行使权利。慈善信托的受益人通常是公众一部分人，如果法律允许任何一个受益人都有资格对损害其利益的受托人或第三人进行诉讼，那么受托人可能经常会受到不合理起诉的干扰并因此而影响其对慈善信托财产的管理、投资；三是由皇家检察总长的地位决定的。英国的皇家检察总长是作为英国王室的代表人而出现的，19世纪开始皇家检察总长结束了只为王室利益活动的范围，开始从公共利益角度出发行使职权。慈善信托是英国法中认可的信托种类的一种，直接指向了公共利益，这种特性与皇家检察总长地位完全相吻合。

除此之外，尽管慈善委员会也可以就慈善信托的受托人违反信托的行为提起诉讼，但是这种权力是从皇家检察总长的权力中分离出来，仅是为了实践中更方便有效的操作而由慈善委员会享有，并不是慈善委员会本身固有的权力。慈善委员会对违反慈善信托行为的起诉权是其对慈善信托监管权的体现。慈善委员会与皇家检察总长行使的救济请求权的分配是随着慈善委员会职权在历史上的起起落落而互为消长。

法院依据衡平法对慈善信托进行救济是由衡平法院对慈善信托进行救济的历史以及信托受益人的权利性质决定的。信托是在衡平法院中诞生的。慈善信托的受益人并不是普通法上的认可所有权人，英国的普通法不允许债权人超越用益的受让人向受益人的利益求偿，当用益的受让人不依其承诺行使用益，普通法也不保护受益人。并且在当时用益的受托人仅仅对受益人具有道德上的义务，因而无法获得普通法上的救济。¹⁰⁹在这种情况下，衡平法院依据“良心”和“正义”保护受益人的权利。“衡平法不能容忍对侵害权利的行为没有救济”，即凡是普通

108 沈达明：《衡平法初论》，对外经贸大学出版社1997年版，第157页。

109 谢哲胜：《信托法总论》，台湾：元照出版公司2004年版，第8-9页。

法承认的侵权行为，法院应当给予受害人衡平法上的救济。对于慈善信托而言，尽管诉讼请求权是由皇家检察总长提起的，但法院最终给予的衡平法上的救济却是通过保护不特定的受益人的利益而最终实现对公共利益的维护。¹¹⁰

上述这些程序、规则的设定，是意图通过国家法律规定或者历史上形成的特别机构，按照法定程序、条件代表不特定的受益人出于维护公益目的进行诉讼，救济不特定的受益人和特定的群体实现受益权，从而最终实现公共慈善目的。

（二）美国《统一信托法》关于公益信托的规定

美国《统一信托法》是美国统一州法委员会在过往美国信托法制成果基础上经过数年编纂完成的，其后还有对该法的注解、附录和少数条文的修订。《统一信托法》与美国法学会的《信托法重述》相承接，可以说是对重述的法典化，是美国信托法发展中的重要里程碑。一方面，它初步完成了美国信托法律的系统化，为法律实务界提供了统一和详细的基本法文本；另一方面，还结合信托领域的最新发展与各州的传统，在默认规则、受托人义务和受益人权益保护等具体规则上进行了审慎的创新。¹¹¹

慈善捐赠可以以多种方式进行。可以向非营利组织创设和转让财产。在捐赠的遗嘱中，捐赠者可以直接向慈善机构捐赠。捐赠者可直接转让财产给慈善机构，但设置其使用的各种限制。最后，捐赠者可以创设一个慈善信托。¹¹²为此，美国《统一信托法》适用于慈善或非慈善的明示信托，以及按照成文法、法院判决或法律设立的并要求按照明示信托的方式进行管理的信托，适用范围广泛。

“公益信托”，或者翻译为“慈善信托”，是指为了或部分为了该法所规定的慈善目的而设立的信托。该法对一系列信托术语进行了规定。

该法注重规范配置受托人的职责、权力与受益人的权利、权益规则，这些规定特别值得注意。除非信托条款有相反规定，该法调整受托人的职责和权利、受托人之间的关系、以及受益人的权利和权益，信托条款优于该法的任何条款，除了：1. 设立信托的要求；2. 受托人善意地、按照信托目的行事的职责；3. 信托及其条款是为了受益人的利益，信托目的合法、不违背公共政策和有实现可能的要求；4. 法院变更或终止信托的权力；5. 挥霍条款的效力以及一定债权人和受让人

110 解银：《英国慈善信托制度研究》，华东政法大学2010年博士学位论文。

111 李勇：《美国〈统一信托法典〉述评》，《邵阳学院学报》2005年第1期。

112 William M. McGovern, Sheldon F. Kurtz, David M. English, Wills, Trusts, & Estates, West 2012, P474.

对信托主张的权利；6. 法院要求、免除、变更或终止担保的权力；7. 法院调整信托条款规定的、过高或过低的受托人报酬的权力；8. 通知已满 25 周岁的不可撤销信托的合格受益人有关信托的存在、受托人的身份和要求受托人报告的权利的 职责；9. 不可撤销信托的受益人要求受托人报告或汇报其他合理地与信托管理相关的信息时，对该要求做出回应的权力；10. 免责条款的效力；11. 不属于受托人或受益人的权利；12. 启动司法程序的时效；13. 法院出于公正目的采取行动和行使管辖权的权力；14. 法院的主旨管辖权以及启动司法程序的地点。

在信托的设立、有效性、变更和终止章节条款中，《统一信托法》规定了设立信托的方法、条件、有效性、信托目的等。

关于设立条件。该法规定，信托只有满足下列条件时才被设立：（1）委托人有资格设立信托；（2）委托人表示设立信托的意图；（3）信托具有确定的受益人或者信托属于：（A）慈善信托；（B）旨在照顾动物的信托；或者（C）非慈善目的 的信托；（4）受托人有履行信托义务的职责；以及（5）单一受托人和单一受益人非同一人。

关于信托目的。该法规定，信托只有在信托目的具有合法性、不违背公共政策并有实现可能性的范围内才被设立。信托及其条款必须是为其受益人的利益而 设定。

关于慈善信托。该法规定了慈善目的的信托，规定慈善信托是为了以下目的 设立：减少贫困、促进教育或宗教的进步、促进健康、政府或市政目的或者其他 旨在使社区受益的目的。如果慈善信托并没有具体的慈善目的或受益人，则法院 可以选择一个或多个慈善目的或者受益人。上述选择过程必须与委托人能被确定 的意图相一致。慈善信托的委托人可以采取诉讼程序强制实施信托。慈善信托的 委托人可以根据规定提起旨在变更信托的诉讼程序。

如果，某一慈善目的变得不合法、不切实际或造成浪费的，信托整体或部分 并不失效，信托财产并不返还给委托人或其权益继承人，但是法院可以指示信托 财产按照与委托人规定的慈善目的相一致的方式整体或部分进行运用或分配，通 过上述方式运用近似原则变更或终止信托¹¹³。慈善信托条款中的规定可能导致信 托财产分配给非慈善受益人的，只有当该条款生效时信托满足下列条件，该条款

113 美国《统一信托法》上述有关采取近似原则等规则由法院变更或者终止慈善信托的规则，与英国法通过皇家检察总长或者慈善委员会向法院起诉救济受益人的立法宗旨基本 是一致的，其目的也是为了维护慈善公益目的得以最终实现。

才优于前述规定的法院利用近似原则变更或终止信托的权力；信托财产返还给委托人且委托人仍然在世；或者自信托设立起未满 21 年。

关于受托人职位的空缺和继任受托人的指定。该法规定非慈善信托中要求填补的受托人职位空缺，必须依照下列优先顺序进行填补：（1）信托条款指定的人作为继任受托人；（2）全体合格受益人一致同意指定的人；或者（3）法院指定的人。而慈善信托中要求填补的受托人职位空缺时，必须依照下列优先顺序进行填补：（1）信托条款指定的作为继任受托人的人；（2）信托条款明确指定的、用以接收信托分配的慈善组织所选定的人，且检察长同意该选择的；或者（3）法院指定的人。从该条款看出，对于慈善信托的继任受托人的指定，要比一般的信托继任受托人的指定更加严格。

上述这些规则的设定，其目的是为了为了使慈善信托的公益目的在制度上有保障，避免一些人利用慈善信托之名，行损害慈善信托和公共利益之实，从而使民众信任慈善信托的公信力，促进更多的人乐意投身慈善事业。

（三）日本《信托法》关于公益信托的规定

日本的信托制度引进于美国，在发展过程中仍一直吸收和转化英美法系的信托制度，其经验对于我国发展信托法的理论和实践有比较特别的借鉴意义。

不同于英美，日本信托制度的建立，始于明治维新后的全面学习西方的实践活动，为了解决工业化过程中资金匮乏的问题，将信托制度转化为一种筹资工具。由此，日本在实践中开创了具有日本特色的金钱信托，业务量迅速攀升，信托公司开始执行长期金融的职能。基于其本国国情，日本以金钱信托为主。日本居民的财产以货币为主，证券等其它金融资产较少，并且日本居民缺乏将其它财产形式交予他人管理的习惯，因此，信托机构经营的对象只能是货币形态的金钱信托。加之，金钱信托的收益率比银行的存款利息要高，对委托者更具有吸引力。同时，金钱信托又通过贷款信托形式在国家基础产业项目方面大量使用，适应了日本经济较快发展的需要。

1902 年，日本的银行开办了首例信托业务，随后出现了许多信托公司。1922 年日本制定了《信托法》和《信托业法》，但由于日本信托制度往往重视信托的金融功能，而往往忽视了信托在慈善事业发展中的特有作用，因而在两部法律颁布后的近 50 年里并没有积累关于公益信托的实践经验，直到 1977 年才有了第一

件公益信托的案例。在这将近半个世纪里日本公益信托发展停滞不前，究其原因，是与当时日本《信托法》关于公益信托的规定不完善和公益法人在一定程度上已经满足了公益事业的需求相关。但后来，因为公益法人制度开始出现弊端，迫使完善公益信托的相关法律法规，从此公益信托才真正地发展起来。截止到1985年，其公益信托事例已经有134件，所涉及到的信托财产为现金41.7亿日元，有价证券1.8亿日元。¹¹⁴而到“2008年3月底，现在仍在实施的公益信托总数多达554件，账面余额共为691亿多日元”。¹¹⁵

从法律的角度而言，日本在东亚国家中率先建立了成文的信托法，系统地引入、构建起了信托法制，同时，日本之后又重新认识到了公益信托的独立价值与特殊规则，所以又单独创设了《与公益信托相关的法律》这一独立的法律，开东亚信托法之先例。因此，公益信托已经成为日本一项十分重要的慈善法律制度。

在日本，公益信托是指由个人或企业等把自己的财产委托给信托银行，由信托银行按照一定的公益目的管理和运用受托财产、为公众利益服务的制度。日本《信托法》第六十六条至七十三条系关于“公益信托”的规定，其中第六十六条规定了公益信托的类型：以祭祀、宗教、慈善事业、学术、技艺和其它公益为目的之信托，应作为公益信托。该法第六十七条至七十二条系关于公益信托的监督。公益信托的监督权限属于主管政府机关，受托者接受公益信托时、公益信托事务及财产情况的检查、信托条款的改变、受托者的辞任、权限的归属均需经主管政府机关的监督。

日本公益信托的主要特点：¹¹⁶

第一，公益信托的业务范围仅限于扶助捐赠，由信托银行负责向政府主管部门申请批准，不须法人登记。

第二，信托财产可拆分。信托银行在日本一直充当长期金融的职能，加之日本居民的财产以货币形态为主。公益信托可以将大宗的信托财产进行拆分，因此一些小额的资金也能在恰当的时机为公益活动发挥作用。

114 参见【日】川崎诚一：《信托》，刘丽京、许泽友译，中国金融出版社1989年版，第2页。

115 张军建：《信托法基础理论研究》，中国财政经济出版社2009年版，第249页。

116 高岩、杨新：《发达国家公益信托发展经验对我国公益信托发展的启示》，《兰州交通大学学报》2013年第2期。

第三，信托银行作为善意管理人，负有日本信托法规定的注意、忠实、分别管理等义务，有责任针对信托事务或财产状况每年进行公告，因此能够保障其依法忠实管理信托财产。同时，公益信托财产与信托银行的固有财产以及其他信托财产必须分账管理，因此能够保持公益信托财产的独立性，也就保证了信托财产的安全性。

第四，通过设定信托管理人来保护不特定多数受益人的利益。日本各大公司广设各种公益信托，以给予奖学金、鼓励学术研究、整备自然及都市环境和支持国际交流为最主要目的，其中又以奖学金及鼓励学术研究为最。现今，日本公益信托的公益目的范围也在不断扩大，促进教育卫生医疗科技、社会福利、城市环保等公益目的，企业在制定宏观战略时，也越来越重视对公益性的考虑和追求了。

第五，公益信托的名称中可加入财产捐赠企业或个人的名称，以永远纪念和传颂其善意。

第六，税收优惠制度的规定。在日本，政府也是利用税收优惠来鼓励信托业的发展。例如，一般设立私人信托是不征所得税的，当信托财产从委托人转移到受托人的转移本身也不征消费税。¹¹⁷但应该注意的是，委托人为个人或法人的税收优惠政策有差异，而且优惠仅限于以金钱捐赠的公益信托，其他捐赠如不动产、物质财产等尚无规范。当信托终止时，信托各关系人没有申报缴纳所得税的义务。

五、选定国家公益信托法的经验借鉴及我国制度创新

临渊羡鱼，不如退而结网。公益信托配套法规的缺乏，是制约我国公益信托发达的一个重要方面。除了《信托法》有关公益信托作了原则性规定，新通过的《慈善法》在第五章中，专章规定了慈善信托即公益信托，与之形成了一个初步完善的公益信托体系；然而相关条文依然显得简单，缺乏相应的可操作性，依然需要我们进一步研究完善，以推动我国慈善事业的进一步发展。

随着信托理念的进一步推行和普及，公益信托逐渐走入公众的视线。为此，我国在新颁布的《慈善法》中专门规定了涉及慈善信托的具体规则，这对于我国公益信托的发展具有划时代的意义。随着时机的日益成熟，慈善事业进一步发展，

117 李慧芹：《借鉴各国经验推进我国公益信托事业发展》，《社团管理研究》2009年第1期。

适时颁行我国的公益信托法是可以实现的,从更高层次实现公益信托的法律规制,推进公益信托的运用和发展。

(一) 我国公益信托制度及其存在的问题

汶川地震之后,“西安信托5·12抗震救灾公益信托计划”以公益信托方式推进灾区的教育事业,百瑞信托推出的“郑州慈善公益信托计划”,被视为真正意义上的公益信托在我国的尝试。¹¹⁸实际上,在2008年之前我国实践中已存在一些公益信托的雏形:¹¹⁹

1. 在一些基金会内部设立公益基金,共分为四种类型:创始基金、专项基金、遗产基金和公共基金。例如在青少年发展基金会中,设有中国青年基金会公益纪念基金。该基金以长期资助青少年发展事业为宗旨,接受捐赠人的捐赠,捐赠人获得基金的命名权还有类似“希望工程——金龙鱼农民工助学基金”、“濮存昕爱心公益基金”等专项公益基金。在红十字会下设立的“李连杰壹基金”也是一个典型个案。

2. 我国存在大量的公益基金类型。例如教育基金、扶贫基金、助残基金、劳保基金、医疗保险基金、养老保险基金等。但问题在于这些基金大多被各主管部门分割控制。而且主管部门大多为国家行政机关,缺乏必要的资金运作经验、技术和专业人才,无法实现专业管理和专家理财,资金运作行政色彩浓厚,不接受严格的金融监管,资金运作效率低下,甚至被挪用、盗用,无法实现基金预定的保值增值和安全的目标。

3. 各大院校所设立的各种奖学金、助学金、科研基金等。这类奖(助)学金、奖教金和专项课题研究基金大多为社会公众向高校捐赠设立。一般设立在各高校的校友会之下,设有一定的管理方式和管理机关。例如北京大学制定的《北京大学设立奖学金的管理规定》中就有如此规定。

4. 上市公司或者其他公司设立的公益基金会。从各上市公司披露的公司社会责任报告、可持续发展报告等信息看,目前多数上市公司设立了或大或小的公益捐赠基金,开展公益慈善活动。¹²⁰但这些基金受公司控制明显,独立性不强,是否存在一些上市公司行慈善之名而行某些逃避税收等责任,需要注意。

118 张丽娜:《教育事业公益信托的尝试与意义——记西安信托的“5.12抗震救灾灾区学校重建公益信托计划”》,《陕西教育(高教版)》2009年第4期。

119 金锦萍:《论公益信托制度与两大法系》,《中外法学》2008年第6期。

120 周贤日:《营利、责任与公益:上市公司社会捐赠研究——从十家上市公司2010年度报告和社会责任报告切入》,《中国政法大学学报》2013年第1期。

5. 在特定情况下筹款设立的特定账号。例如同一届的毕业生、或者同乡等为了某一特定目的，例如为了相互帮助，尤其是救助遭遇不幸的同学的目的而设立一个账号；或者为某个重症病人专门设立的账号等。这可能是管理最为松散的一种形式。

这些情形的存在无疑表明了现实生活中的公益信托的需求。但是这些“公益基金”无不存在管理和运营上的问题。为什么不能依照《信托法》中的相关规定来进行规制呢？原因主要在于：

第一，《信托法》中规定了公益信托的原则和一般规则，但是却没有明确相关事项和反向的规制，导致法律规定缺乏操作性而难以适用。《信托法》在第六章对公益信托的适用范围、设立程序、基本规则、监管机构权限和信托监察人设置进行了规定。按照《信托法》的规定，公益信托管理中很多事项，例如公益信托的设立和确定、公益信托受托人的辞任、受托人的变更、公益信托的检查、信托监察人及其选择标准、非公益信托的列明，公益信托目的的变更、公益信托的终止等都需要管理机构的批准和监督；但目前尚未确定究竟由哪个政府部门作为公益事业管理机构，致使公益信托的设立和管理无从谈起。从捐赠角度看，如果捐赠人对上述事项授权托管人行使，不需要采取行政管理机制上的批准程序，也是可以的。另外，对违反托管职责、消极履责、违反公益等，如何通过法律程序救济解决，也缺乏规定。针对公益信托，新颁布的《慈善法》对慈善信托的定性、备案、受托人的范围、受托人、监察人的义务等制度作了进一步规定，不过对涉及公益信托的专业性、规范性等问题还没有具体规则。我国《信托法》《慈善法》对公益（慈善）信托做了较为原则的规定，未涉及公益信托的具体操作规则，为规范我国公益信托活动，使其有条不紊地运行，在《信托法》《慈善法》中，除了明确公益（慈善）信托的原则原理，我们还应进一步确定公益（慈善）信托的操作规则，不过这可以通过行政法规加以规定。

第二，公益信托激励机制不足，公益信托税收减免、抵扣等规定不完善。《信托法》第 61 条只作了原则性规定：“国家鼓励发展公益信托”。具体鼓励发展公益信托的措施，例如税收措施还没有出台，在一定程度上影响了个人和组织设立公益信托的积极性。¹²¹激励制度的不足，在一定程度上影响了公益信托相关当

121 国家税务总局、财政部于 2007 年 1 月 8 日通过的《财政部、国家税务总局关于公益性捐赠税前扣除政策及相关管理问题的通知》中赋予符合条件的社会团体和基金会以捐赠税前扣除资格。此后，《企业所得税法》及其实施细则中对于符合条件的非营利性组织的收入以及公益捐赠人的税收优惠政策也予以了明确，但是这些都没有涉及公益信托。

事人的积极性。法律未能为公益信托活动的开展设置一个良好的法律氛围，影响了人们参与公益信托活动的积极性，妨碍了公益信托活动的有效运行。因此，在公益信托的税法保障上，要尽快建立、健全公益信托税收优惠法律制度，对公益信托从设立、运营到终止环节的税收优惠做出全面的规定；同时要确立反向税收出发规制，规定对违反公益的信托相关人取消税收减免的资格，追缴税款等规则。

第三，社会公众对公益信托认知度不足。公众包括一些行业主管部门对信托并不了解，这大大增加了公益信托的协调成本、运营效益和开发难度。为调动大家参与慈善活动，参与公益信托的积极性，排除公益信托开展的障碍，我国应完善公益信托的相关配套制度的建设，以营造良好的公益信托社会氛围，促进公益信托活动的良性运行。

虽然信托制度（包括公益信托制度）引入大陆法系仍存在一定的理论争议，但是并不构成制度运行障碍，日本、我国台湾地区就是可以借鉴的移植的立法例。公益信托制度在发展公益事业方面所存在的功能上具有特殊的地位和其他制度不可替代，符合我国现实需要。同时，信托制度在我国已经历了二十多年的实践，积累了一定经验，现实中存在的公益信托雏形也为公益信托发展提供了实践经验借鉴。

（二）我国公益事业的组织形式及其制度创新

在中国，个人或者组织要从事公益事业，目前有以下几种组织形式可供选择：

一是社会团体法人。1998年《社会团体登记管理条例》第二条规定，“本条例所称社会团体，是指中国公民自愿组成，为实现会员共同意愿，按照其章程开展活动的非营利性社会组织。”社会团体是基于公民结社自由权的社团。

二是基金会。2004年以前，基金会是作为社会团体法人存在的。但自《社会团体登记管理条例》将社会团体定义为成员制（会员制）的社团后，基金会已经无法在逻辑上成为社会团体的一种类型。2004年《基金会管理条例》将基金会定义为“利用自然人、法人或者其他组织捐赠的财产，以从事公益事业为目的，按照本条例的规定成立的非营利法人。”

三是民办非企业单位。1996年，中央从完善我国社会组织管理格局的角度出发，决定把民办事业单位交由民政部门进行统一归口登记，称为民办非企业单

位。1998年的《民办非企业单位登记管理暂行条例》第一次从法规上确立了这一组织形式。

社团法人是一种以成员为特征的非营利组织，这与公益信托组织有本质上不同。民办非企业单位是指利用非国有资产举办的，从事非营利性社会服务活动的社会组织，例如民办学校、私营医院、科研机构等。与此不同的是，公益信托组织并不要求一定得从事社会服务活动，大部分是为社会公益事业直接提供资金支持，是一种财团法人，对这种财团法人从事公益活动的税收减免规则要确立起来。

我国《民法通则》将法人分为机关法人、事业单位法人、社会团体法人和企业法人四种类型，没有财团法人的分类及定义，没有相对应的法律规定。在民法学界，在坚持财团法人制度的基础上，在二十世纪九十年代初之前，有学者提出了“捐助法人”、“捐献法人”、“基金法人”等对财团法人的替代性名称。¹²²但是有学者在比较了我国基金会与法人型民办非企业单位与国外财团法人之后，认为我国的基金会、民法非企业单位法人制度与国外的财团法人制度文化存在一些形式差异。但是除了在若干问题上范围较窄、若干细节规定上有些区别或者缺乏规定外，我国的基金会与国外的财团法人没有实质不同。¹²³从制度路径选择上考虑，可以将我国的基金会和法人型民办非企业单位进行制度上的整合，建构我国的财团法人制度。

我国基金会在筹集资金，从事社会公益活动方面取得了很大的成果。以青少年基金会为例，仅希望工程一项，截至2012年，希望工程累计募集捐款87.3亿元人民币，资助农村家庭经济困难学生（包括小学、中学、大学生）逾450万名，建设希望小学18002所。被誉为“中国非营利组织公益组织品牌”。¹²⁴《2012年度中国慈善捐助报告》直接指出我国年度捐赠总额连续第二年下降，其中原因之一与基金会最近频发的负面新闻不无关系，更深层次原因则是基金会这种组织

122 江平主编：《法人制度论》，中国政法大学出版社1997年版，第50页。

123 葛云松：《中国的财团法人制度展望》，《北大法学评论》2002年第5卷第1辑。

124 中国青少年发展基金会官网，历年大事，<http://www.cydf.org.cn/liniandashi/1-1999.html>，2014年5月21日最后访问。

结构及其运行过程中存在的诸多问题，影响人们的捐赠热情，害及基金本身的投资保值、增值。¹²⁵从我国法律规定和实际运作看，我国基金会制度存在以下问题：

第一，我国设立基金会的条件比较苛刻，主要体现在资金要求上，全国性公募基金会的原始基金不低于 800 万元人民币；地方性公募基金会的原始基金不得低于 400 万元人民币；非公募基金会的原始基金不得低于 200 万元人民币，而且设立程序比较繁琐。从国外公益信托制度看，公益信托通常没有起始资金的限制，只要求有确定的信托财产即可，有利于吸纳社会上闲散资金从事公益事业。

第二，在运行成本上，基金会要求配备专职人员（包括理事、监事、秘书长等），确定固定住所；而公益信托的具体运营由受托人来进行，除此之外，只需要设立信托监察人即可。

第三，基金会在实现资产保值、增值方面有诸多限制。《基金会管理条例》第二条明确基金会是从事公益事业为目的的“非营利法人”。第二十八条没有具体规定基金会所能从事的营利活动，而只是原则性地规定，基金会应按照合法、安全、有效的原则实现基金的保值、增值。“合法要求”是指基金会必须符合以下规定：中国人民银行 1990 年颁发的《基金会稽核暂行规定》，要求各地对基金会“以盈利为目的的经营活动，如直接投资、经商办厂、借贷资金等”进行检查纠正。中国人民银行 1995 年下发的《关于进一步加强基金会管理的通知》，要求“凡经营管理企业及其他营利性经济实体的基金会，要限期清理并作出适当处置”；而且“基金会基金的保值及增值必须委托金融机构进行。”同时根据《基金会条例》第二十九条规定，公募基金会每年用于从事章程规定的公益事业支出，不得低于上一年总收入的 70%；非公募基金会每年用于从事章程规定的公益事业支出，不得低于上一年基金金额的 8%。这些强制性比例的规定从一定意义上是为了促使基金会实现发展公益事业的宗旨，确保对公益事业的投入。但是，这些规定的缺陷在于缺乏可操作性，在一定程度上致使基金会投资行为受到束缚，捆绑了基金会设立公益信托投资的手脚。

可见，我国虽然已有社会团体法人、基金会、民办非企业单位三种模式供公民选择从事公益事业，但是能够满足需求的程度有限。完善我国《信托法》、《慈

125 刘光祥：《公益信托：“另类”公益》，《金融博览(财富)》2014 年第 3 期。

善法》、《公益事业捐赠法》有关公益信托制度及具体规则，特别是税收规则，确立公益信托将为发展公益事业提供乐为人们接受的另外一种途径。

结论

要促进我国的公益捐赠事业发展，除了需要完善公益捐赠的资金筹集、税收减免、投资途径、信息披露、内部管理、外部监督等机制外，还需要创新投资机制，将现代的信托投资制度融入捐赠基金的投资管理中。笔者认为，目前慈善信托制度在发展慈善事业方面具有功能的不可替代性。目前我国慈善信托的发展还处于摸索阶段，虽然英国慈善信托的发展已达数百年并趋于完善，但英美法系与大陆法系的差异决定了我国不能照搬英国慈善信托的立法和实践。虽然日本也有慈善信托的立法和实践经验，但观察其发展也只处于初期阶段。

英国最值得我国借鉴的一方面是英国慈善委员会的构建，其对于慈善信托的监管起着举足轻重的作用，同时也促进慈善信托目的的实现、维护慈善信托的稳定。日本法关于以受益人权利和受托人义务及责任为中心的私法性规范来提高公众对慈善信托的信任程度，也是一个值得参考的制度模式。

我国《信托法》《慈善法》中只是规定了公益信托的原则和一般规则，没有明确相关事项，导致公益信托法律规定缺乏操作性而难以适用。为此，建议相关部门尽快修订关于公益信托的细则，使公益信托纳入法制化轨道，推进公益信托投资机制的创新，从而更好地促进我国公益捐赠事业的发展。

社会法域内互联网广告的规制与发展

戴 乔¹²⁶

【摘要】对网络广告的有效监管不仅关系到电子商务环境的积极发展，更加关乎各通过网络平台购买商品或服务者的合法权益。第一，强化网络广告的行政机关必须遵循完善法律法规与倡导行业规范相结合原则、完善行政监管与行业自律相结合原则、完善规范与服务相结合原则。第二，健全网络广告的规制体系，需要改变传统广告法对于广告活动主体的界定，给予自然人以参与网络广告活动的主体资格，将新型的网络服务提供者纳入网络广告主体的范围。第三，互联网降低了网络广告信息发布的资质条件，面对着无限的广告信息发布者，应当改变传统的行政审批模式，推行实名的登记备案制度与网络广告主体电子认证制度。第四，解决违法网络广告的地域管辖权问题，必须坚持主体属地管辖权优先、主要违法行为地管辖为辅的管辖原则，对于跨国的网络广告违法行为，则应通过积极的国际磋商来解决上述问题。第五，只有通过技术手段，以对不诚信行为的网络广告治理为主，才能保障和维护网络广告活动秩序的正常进行。

【关键词】网络广告；行政监管；属地管辖；主要违法行为地；信息披露

随着计算机的日渐普及，网际网络逐渐兴起。由于网际网络具有成本低、无时差、无国界的特性，人们得利用网络轻易地与世界各地的网络使用者沟通，因此网际网络日益盛行。同时，藉由网际网络的强大功能，可将各种商业行为或营销活动整合，降低管销成本与通路成本，使企业更具竞争优势，因此，电子商务已成为各家企业发展之重要策略之一。越来越多的经营者开始利用网络设置网页，

¹²⁶戴乔（1981-），男，四川巴中人，西南政法大学法学硕士，现工作于重庆市大渡口区人民法院，曾获最高人民法院第24届学术讨论会优秀奖、最高人民法院第26届学术讨论会优秀奖，中国法学会第十届中国法学家论坛二等奖，中国法学会第三届京津沪渝论坛三等奖、第四届京津沪渝论坛三等奖，中国法学会第七届中部崛起法治论坛一等奖、中国法学会第七届中部崛起法治论坛三等奖，中国法学会第九届泛珠三角区域与合作法治论坛三等奖、中国法学会第九届泛珠三角区域与合作法治论坛优秀奖，中国法学会“完善食品安全法律制度”征文三等奖。联系地址：重庆市大渡口区人民法院，联系邮箱：350337815@qq.com，联系方式：18696623993。

刊登广告以招揽生意。

然而，在网络环境之下，信息虽得以高速且无界限传播，但如同在现实社会一般，在此新兴媒体上也充斥着广告违法行为，欺诈性广告或虚假宣传广告层出不穷。甚至，这些不法现象在网络环境之下似乎有过之而无不及，因为这些从事不法行为之人深谙网络既可有效率的传递其信息，又具备有相当程度之隐蔽性而不易被发现。即便被发现，由于现行法律未对电子商务中出现的种种问题进行有效的规范，政府对网络广告的监管也可能鞭长莫及。这就预示着，我们必须加大对网络广告之监管对策的研究与思考。毕竟，对网络广告的有效监管不仅关系到电子商务环境的积极发展，更加关乎各通过网络平台购买商品或服务者的合法权益。故本文选取了网络广告之监管问题作为研究对象，试图有针对性的提出完善我国网络广告监管的具体对策。

一、制定网络广告行政监管的基本原则

（一）完善法律法规与倡导行业规范相结合原则

随着互联网自身影响力的进一步提升。以其为载体的网络广告在更大的范围、更深的程度上影响着网络用户的生活和消费，这使得以往网络广告因规制不健全而出现的问题进一步暴露。¹²⁷但到目前为止，鲜有国家针对网上广告行为进行了专门的立法，网络广告一般都适用现有的广告法。然而，与传统广告不同，网络广告一般不需要借助传统的广告媒介发布，而是泛滥于日常的网络交流活动中。例如，某些点击量较多的BBS中，往往有人以消费感悟等形式间接地宣传某个产品或某项服务，那么这种行为是广告发布行为吗？如果是广告，那么广大的网民可能都会在不知不觉地情况下承担起了广告发布者的角色；对这些行为均加以监管，可能会打击过度。但若不是广告，则很多企业假借消费者名义推销产品货品服务的行为可能无法得到有效的控制。可以说，针对采取传统媒体形式发布的广告的规范，并不能有效适用于具有许多区别于传统媒体形式特点的网络广告。¹²⁸前的广告立法完全不能满足网络广告泛化的监管需求，制定与完善专门的网络广告法已经是迫在眉睫的任务。表征过于模糊的网络广告必须通过专门法律法规予以规范。只有针对网络广告的特点有的放矢在广告法作出相应的规范，才能确保网络广告的行政监管不再是一盘散沙。

¹²⁷ 黄河,江凡,王芳菲.中国网络广告十七年(1997-2014).中国传媒大学出版社.2014.139

¹²⁸ 张继东编.电子商务法.机械工业出版社.2011.195

同时,政府广告管理机关和相关广告机构虽能够对广告活动进行事前和事后管理和监督,但仍无法做到监管天衣无缝,所以行业规则对广告活动的监督也是广告发展的有益补充。特别在相关法律法规和管理尚不能跟上网络高速发展时,网络行业规范的建立就显得尤为重要。虽然,在行业规范层面,中国广告协会互动网络委员会等组织制定的相关行业准备已经标志着我国网络广告自律已经迈进组织化,但是,与网络广告发展息息相关的自律守则仍然不能解决网络广告快速发展过程中的实践问题,因此,仍需要加大力度建立专门的网络广告行业规范。具体而言,第一,这种规范的制定应当由行业所有成员共同参与,这种参与过程就是形成行业共识的过程,它有助于每个成员形成对规范的承诺;第二,必须在规范中明确规定纠查机制和程序,使得对违规的审查过程可以遵循所有成员共同接受的明确程序,保证纠查过程的公平性,提高纠查结果的可接受性;第三,必须建立明确的罚则,使得违规企业无法再享受到行业自律的收益。¹²⁹

(二) 完善行政监管与行业自律相结合原则

有限政府理论强调行政权对市场主体和市场活动应当“有限介入”。¹³⁰一方面,尽管由于我国网络广告主体具有分散性的特点,从目前来看网络广告产业的实力强到足以支配监管机关的程度暂时还难以形成,但不可否认的是网络广告业有着共同的核心追求,利益的纽带会使得它们很容易结成利益同盟;另一方面,在监管本身就存在并且不够完善的情况下,将网络广告市场转变成纯粹的自由市场的奢望根本难以实现。¹³¹这就意味着在网络广告监管的制度化设计中,面对着网络广告的种种乱象,仍然必须坚持以行政监管为主要监管方式,防止在监管秩序尚未完全建构的语境中出现利益捆绑监管。何况,因特网没有国界的限制,任何一个广告都可以对全世界发布,通过国外的ISP来发布广告就很难受到国内法的限制。¹³²这就更需要政府部门通过完善法律制度加强行政监管来解决。

但是,由于政府干预经济的不合理限度,也对市场具有破坏作用,存在着“政府失灵”问题。¹³³立法者和公民处于信息弱势,其监督权力受到严重限制,有效监督的缺乏为政府规制失灵创造了条件。¹³⁴我国各级工商行政管理部门在应对传

¹²⁹ 常健等,《中国公共冲突化解的机制、策略和方法》,中国社会科学出版社,2013,280-281

¹³⁰ 吴伟央,《证券交易所自律管理的正当程序研究》,中国法制出版社,2012,161

¹³¹ 时飞,《电子商务法》,对外经济贸易大学出版社,2012,243

¹³² 齐爱民,徐亮,《电子商务法原理与实务》,武汉大学出版社,2009,208

¹³³ 尹保红,《政府信任危机研究》,国家行政学院出版社,2014,136

¹³⁴ 关萍萍,杨建树,刘燕,《网络视频产业的业态融合与行来治理》,中国广播电视出版社,2014,191

统的广告违法形式时都显得有些疲惫不堪，更何况是信息量极大、违法形式多样且隐蔽性极强的网络广告。面对当前网络广告行政监管面临的监管难题，即使是扩大行政机构的规模，增加行政监管人员的数量以及加大监管的力度，也很难解决当网络广告面临的监管难题。故为了克服政府失灵的监管困境，对于网络广告的监管还必须辅以行业自律的方式。面对网络媒介信息传播的多元复杂性，网络行业如果具备自身的生态修复能力，是网络媒介从无序实现有序的最直接方式。¹³⁵故各国政府对广告行业自律都非常重视，各国广告自律组织都负有制定行业自律准则、建立广告审查机构、协调行业内部关系、对不良广告行为进行制裁等职责，如美国广告联合会等。¹³⁶当然，行业自律也需要行政管制来促进。毕竟，增加“监管威慑”有助于促进企业自律，因为强制监管的威胁很高，而企业自律的边际成本相对较低，因此，避免政府监管的唯一途径，就是在政府采取行动之前就主动进行自律。¹³⁷

（三）完善规范与服务相结合原则

规范、协调与服务是行政监督管理机关的三大职能。广告监督机关既要规范广告经营行为，打击违法违规行为，又要协调广告经营者之间的关系，促进其交流与合作。¹³⁸尤其是针对网络广告这一新兴事物，广告监管部门更是要积极践行规范、协调与服务原则。首先，现行广告法的构建仍是建立在传统广告之上，在网络与计算机蓬勃发展后，网络广告在时间、区域空间及速度等方面均较传统广告有着显著的差异之处。日趋复杂与多样化的网络广告必然会产生各种新兴的法律问题，这就需要国家通过更为规范的制度建设去予以规范。只有借助更为精进的规范，网络广告活动中的各方面主体才能明定各自的权利义务界限，才能确保各市场主体在有序的网络气氛下实现网络广告的良好目的。其次，正是由于由于网络广告业者所面临的是不确定的广大消费者市场，如果市场机制及法律规范无法提供消费者足够的保护时，消费者对于利用网路广告将会缺乏信任。因此，针对此种不确定性，政府应当通过行政指导等方式去引导网络广告行业的良心发展，使得网络广告行业自发地构建起相应的信任机制。其重要本质就是强调服务行政的有效性，要用公民的满意度来检验我们的规制活动。

¹³⁵ 王爱玲，中国网络媒介的主流意识形态建设研究，人民出版社，2014，0145

¹³⁶ 曾兰平编，广告经营管理，华中科技大学出版社，2014，46

¹³⁷ 常健等，中国公共冲突化解的机制、策略和方法，中国社会科学出版社，2013，278

¹³⁸ 夏永林，张熙凤编，广告与商标管理，西安电子科技大学出版社，2013，10

二、明确界定网络广告的主体身份

电子商务的广泛推广打破了时空界限,改变了贸易型态,大大加速了整个社会的商品流通,有助于降低企业的成本,提高企业竞争力,尤其是能使中小企业迅速进入国际市场直接参与竞争。在电子商务中,任何的主体既可以是信息的接受者,又可以是信息的发送者。甚至,网络交易之缔约双方当事人系存在于消费者和消费者之间。许多著名之网站,如淘宝等,提供交易平台,让消费者间透过网络就二手商品进行交易即为适例。正是由于这种传播的便捷性,网络就把信息发布的资质条件极大地降低了,把信息发布者的范围无限地扩大了;所以,也就产生了广告主、广告经营者、广告发布者身份的重合。¹³⁹要想健全网络广告的法律规制体系,就需要改变传统广告法对于广告活动主体的界定。只有明确了活动主体的身份,才能确定监管的对象以及责任的承担者,这是对网络广告进行监管的前提和基础。

(一) 给予自然人以参与网络广告活动的主体资格

在网络社会中,任何一个人均可以不受发布媒介的限制通过发帖等方式实施广告的发布行为。在这种情况下,无视个人可自由发布相关产品信息之广告的客观情况,仍然将依据现广告法中划分广告主体的类型,是非常不切实际的。我们应该逐步减少对自然人从事广告经营活动的限制,赋予自然人经营、发布网络广告的权利。例如,在淘宝网站之上,积淀着大量自然人经营主体。他们不需办理营业执照,纯粹从 C2C 业务。在这些自然人主体所经营的网店中,充斥着大量的网络广告。若不赋予这些自然人主体发布网络广告的权利,则其网店根本无法经营下去。毕竟,在电子商务中,消费者无法实际接触到所欲交易之商品或服务,故经营者究透过网站上的广告对其相关商品、服务传达何种信息就成了网络交易中消费者了解商品、服务的唯一情报来源,并是决定交易是否成立的关键。当然,对于自然人发布广告的权限并非是不受限制的。配合着电子商务制度的身份认证制度,自然人从事网上经营活动,亦应提供相关的真实讯息进行备案登记。通过政府部门的信用认证平常,消费者可以对网上广告之发布者的真实讯息加以了解,并及时维护自身权利。监管部门也可以在第一时间锁定违法广告主体的身份,进行有效的事中事后监管。

139 于志刚主编,《网络经济纠纷定性争议与学理分析》,吉林人民出版社,2001,151

（二）将新型的网络服务提供者纳入网络广告主体的范围

当网络使用者接触到网络广告时，即表示其已藉由网络连线服务(Internet Access Provider, IAP)连接上网际网络，并进入内容网站(Internet Content Provider, ICP)、入口网站或搜寻引擎等等之网络服务提供者(Internet Service Provider, ISP)网站为网络活动，并接受该等业者所播送之讯息。因网络之开放特性，原则上任一网站都可刊登广告而为媒体网站，前述之各个单位，无一者可谓与网络广告毫无关系。因此，亦有必要对网络广告的主体进行重新划分，将相关网络服务提供者与网络内容提供者均纳入到网络广告主体的范围之内，以便于行政机关能够充分地有效监管。当然，就广告网站而言，由于仍具有检视所刊登广告的能力，负起媒体经营者的连带责任比较没有争议。然而 ISP 业者若是提供连线或虚拟主机的服务，负起连带责任是否恰当，实在殊有疑问。若 ISP 之客户在其提供虚拟主机有不实广告情形时，应在整体的衡平与业者经营特质之考量，若 ISP 提供虚拟主机服务时，除其有内容控制之可能性外，参考德国立法例应加强考量技术上的可能与可期待性等因素；同时应参酌欧盟之立法例，若 ISP 业者发觉广告有违法情事，立即将其移除或使其无法再被消费者读取，此时应考量给予适度的责任免除规定，来适度调和媒体经营者之连带损害赔偿。同时，网络服务提供者应以经济与技术考量许可为条件，建立合理的、固定的时间与方式以检视广告版面之习惯(例如，每天看五个市场，十天一周看完全部)，并保留工作纪录，一方面得藉业者力量将盗版光盘等广告降至最低；再者，于具体个案发生时，若为检视之后、下次检视前方出现之非法广告，亦得以之为凭，佐证该广告出现之时间点业者并不知情。

三、确立网络广告的市场准入

受长期的计划经济影响，我国市场准入的基本方式是行政事前审批制度。通过这种审批制度，行政权力得以影响社会公众生活的各个领域，成为了政府管理社会、企业、公众的重要手段。这种审批倾向在传统的广告监管中也是显而易见的。对于传统的广告活动，经营者未经许可是不得擅自从事广告经营业务的；只有获得了行政机关的批准，获得了相关的许可资质后，其从事广告经营活动才是合法行为。但是，网络广告的相关活动有着与传统广告活动迥然不同之处。从其特点来看，网站广告拥有的是信息的发布权，是不同于传统广告经营权的一种权

力，故很多网络公司及企业在网上自行发布和经营经营广告。¹⁴⁰因此，我们应该结合网络广告的客观情况与发展态势，建立起一套符合网络广告行业发展的准入制度。毕竟，网络广告的发展速度很快，但这种发展不应当是盲目的，而应做到在规范中健康发展。

（一）改变传统的行政审批模式

当前社会，我国正处于不断推进市场经济发展的重要阶段。市场经济中，市场自由，即人(主体)、事(客体)、时(时间)、空(地域)等市场要素的自由是其最重要的前提，传统计划经济中的严格审批制度已经不完全适应现代社会的需求。故为了转变政府职能，创建服务型政府，我国已经开始推行商事登记制度的改革，即从“审批许可”转向“核准登记”。这样，在“简政放权”的同时，可能促进市场经济的发展，明确商事主体以营利为目的之本质，使其转向完全市场化管理，让市场起决定性作用。也就是说，放松管制已经成为了行政管理的未来趋势。

而对于网络广告的市场准入而言，其经营主体亦如同电子商务主体一般，存在着极大的广泛性与不确定性。借助第三方交易平台，个人便能不受地域阻碍地进行商品交易活动。若企图从事前审批的角度去提高网络广告主体进入的门槛，明显不符合网络交易的客观情况。且若网络广告活动必须进行适当的登记和审查工作，这一点因网络广告数量巨大、来源复杂、迅即易变而显得非常困难。毕竟，网络广告中主体界限十分模糊，它降低了网络广告信息发布的资质条件，若仍采取与传统媒体广告监管一般的严格设立许可审查与审批手段，面对着无限地被扩大的广告信息发布者的范围，将导致严重的违法过剩与监管不足。因此，网络广告主体的市场准入应当借助电子商务发展的东风，不断推行实名的登记备案制度。通过登记备案，政府部门可以将网络广告主体的 IP 地址与其住所进行有效的对接，便于其他电子商务主体及时了解网络广告主体的地址与身份，从而有效维护自身的权利。可以说，针对网络广告的独有特点，我们必须改变传统的监管思维，否则，不仅监管成效无法达到，反而会造成网络广告秩序的混乱无序。

（二）推行网络广告主体的电子认证制度

由于网络传播的及时迅速性、跨地区性、高度自由性，不论是对网络虚假广告行为的打击，还是对网络隐性广告的限制；不论是对不正当竞争网络广告的管理，还是垃圾广告与强制网络广告的禁止；不论是对滥用网络关键词埋置行为制

140 周鸿铎主编，网络传播与知识经济，北京广播学院出版社，2001.353

裁，还是对网络监测与评估的认可与否定，都不可能完全寄希望于现有的事前审批性的监管手段，而应该采取以登记备案为基础的事中事后监管模式。但登记备案亦可能会带来新的诚信危机的难题。

网络为一虚拟环境，交易相对人并非实际能面对面为商业行为，因此，广告主和媒体之经营者皆须对自身之身分资料使网络使用者或消费者清楚知悉。即网络交易中，交易参与者需要利用电子签名来证明自己身份并保障信息数据安全、真实、完整；而认证机构通过提供证书服务，表明并确认电子签名人身份信息的真实性，进而增加、促成交易成功机会。¹⁴¹通过电子认证服务，就能确保网络广告主体身份信息内容的真实，便于网络广告纠纷发生及时厘清主体。电子认证的重点就是使得取得了认证资格的网络企业或个人在众多的网络广告活动中树立起更加专业、诚信的形象，吸引更多的消费者接受其推荐的服务或商品，从而以此倒逼其他网络广告主体也更加注重电子认证工作的实施。对于电子认证的推行，政府部门必须承担起相应的责任，无论是资金的投入，还是技术的支持，都应该在尽最大努力予以配合。电子认证的过程中，必须注意网络广告主体身份资料的真实性。若数字证书的内容发生了变化，网络广告主体应该及时告知电子认证服务者，以便及时变更。

四、明晰网络广告监管主体的管辖权

随着网际网络越来越发达，网络使用者只要凭籍一台计算机荧幕与服务器即可于网络的世界尽情的邀游，并在不同国度或地区的网页中出入自如，网际网络已经摧毁了现实世界中以国界或地理上之分界为画分管辖区域之准则。在传统管辖原则中，如当事人之住所、国籍、财产等之所以成为管辖之基础，系因其与某执法主体地存在着物理空间上之联系，然而一旦将这些因素适用到网络空间，当事人与执法主体之关连性顿时丧失。因此，对于违法的网络广告当由何地的权力部门监管，依然是困难着广大执法者的难题。本文认为，解决地域管辖权的问题，需要遵从以下几点原则。

（一）主体属地管辖权优先

住所乃个人生活及经济活动之根据地，通常个人之一切法律关系多与住所相牵连，且个人既然于某地设置住所，不仅实际上受该地法律之保护，亦应服从该地之法律。故某个企业或自然人若在网上发布了相关网络广告，则该企业或自然

141 刘斌斌、蔡秉坤，网络交易主要法律问题研究，中国社会科学出版社，2013，187

人所在地的行政机关自然享有管辖权。若广告主、广告的经营者、广告的发布者已经相关网络服务的提供者的住所各异，则各地行政机关均有管辖权。确定属地管辖权优先原则，是因为违法网络广告产生的负面影响对这些地方产生的影响较大，这样做既有利于工商行政部门进行执法以及证据的搜取，更有利于相应执法措施的具体落实，同时有利于行政相对人对于行政监管活动的监督，对诸如行政处罚、行政审批等广告活动的行为不服及时进行复议或者诉讼，从而达到权利的有效救济。

（二）主要违法行为地为辅

法律之三段论法中，大前提为法律，小前提乃事实，最后才是涵摄部分。若欲在最后涵摄阶段之论证是正确且适当，就大前提及小前提均应调查详细并完整，而调查是否详细完整，则应仰赖证据。在小前提之事实认定方面是否正确，受到证据方法充实与否极大之影响，因此证据方法集中地即为行政管辖权确定之重要因素，举例而言，许多国家订有关于违法行为发生地之行政机关具有管辖权即为适例，因为违法行为发生时之现场，必定遗留下许多可以证明网络广告主体有无违法的证据，若违法行为地之行政机关具有处罚管辖权，其在收集证据较为快速，也较为便利，因此所下之处断结果亦较不会偏离事实太多。在论述以主要违法行为地为辅原则时，其必须包含两个必要的前提条件：一是网络广告主在本地区销售产品或者提供相应服务；二是违法网络广告在本地区产生了一定影响。之所以从以上两个方面来确定主要的违法行为地，是因为这样有利于防止管理权的泛化以及相应监管主体相互推诿监管职责，同时也有利于维护当地消费者的合法权益。同时，在以主要违法行为地为辅时也可以结合服务器终端设备所在地来对管辖区进行确定。因为网络信息由于其技术原因具有很大的不确定性，但是服务器终端设备的具体位置是可以确定的，这样在发生网络广告违法情况时就更容易进行证据的搜集以及相关资料的调取。

（三）国际磋商解决跨国纠纷

由于网际网络打破了地理上的疆界，缩短了时空的距离，使网络广告主体能够得以透过网际网络的方式，直接向国外的消费者发布广告与推送信息。可以说，与传统广告不同，网络广告完全存在于网络虚拟世界中，不再具有实体形象。网络广告的交易型态也引发了新的法律问题，如对网络广告的行为应如何加以管辖等相关问题。正是由于因为网际网路特有的虚拟性质与全球化特点，使得人类活

动领域范围可以轻易的游走于各个独立主权管辖领域,故当行为人藉由网络广告侵害了受法秩序所保障之人类法益而构成行政或刑事违法行为,而国家欲以公权力确认国家对于网路违法行为人之公权处罚之有无时,可以发现这种因网路广告行为发生之案件多半涉及境外因素,牵涉其他主权领域范围之管辖权行使问题,而产生了行使管辖权之冲突与争议。在无国界的网络世界中,厂商只要到准许的国家设立网站,就可以回避掉其本国的相关法规限制规定,使得各国主管机关面临更大的挑战。在这种情况下,消费者透过 ISP 所提供的服务,从国外网站获得相关的信息,而此等信息确属于违反我国网络广告之规范时,国内网络广告主管机关应通过积极的国际磋商来解决上述问题。总而言之,网际网络之基本目的在于讯息与资源分享,其能量快速且强烈,且其具有扩张性,急剧增长、无限延伸,由于其开放之特性,故其管制措施无法由单一国家来加以决定,故必须透过传统的世界性组织进行长期之多边协商以拟定一致之解决方案。

五、健全网络广告监管的信息披露制度

随着科学技术的发展,网络广告作为新兴的广告类型已经悄然占据了广告市场的关键地位。当前我国的网络广告业正处在发展的起点,诸多条件和制度都尚未成熟与完善,这便造成网络广告的信息真实性大幅度下降,消费者利益受损严重。典型的如虚假网络广告、隐形网络广告等给网络广告的信息真实带来了严重危害。面对着不计其数的网络广告,能够被验证的广告信息往往是十分有限的。无论是消费者,还是其他经营者都无法以一种能够使其准确地推断真实性与可靠性的方法来“审查”数以万计的网络广告。甚至,网络广告在接受者还不愿意花费巨大的时间与精力去核实纷繁复杂的网络广告。事实上,当消费者或其他网络广告接受者费时费力地去调查某个网络广告的研究时,每个人的努力可能只是别人的重复劳动,也会蚕食劳动分工带来的诸多收益。因此,如何辨识网络广告的真实可靠性,就必须进一步公开相关的监管信息。只有通过对违法行为等重大事项的披露,网络广告活动主体与网络广告接受者之间的信息不对称问题才能得到较大的缓解,进而营造一个健康稳定的网络广告行业自律环境。只有通过技术手段,以对不诚信行为的网络广告治理为主,才能保障和维护网络广告活动秩序的正常进行。

由于网络广告的时空分离和虚拟性等特性,使信用问题在网络广告监管中表现得较为突出。而健全的信息披露制度可以使商户更加注重口碑的建立,约束自

身的经营行为。具体来看，网络广告的信息披露主要包括三个方面的内涵：第一，网络广告主体应当向网络广告的受众就网络广告内容的真实性、准确性的信息进行披露，有利于防止虚假广告以及隐形网络广告等对消费者权益的损害；第二，网络广告得以发布的第三方平台应该健全消费者评价的信息披露制度，将消费者对网络广告所指向的服务或商品的评价态度一览无余地公之于众。网络广告接受者的事后评价是传统意义上机构信用评价、个人信用评价的一种横向延伸。通过记录好的和坏的行为，将所积累的卖家和买家的交易评价并做公共展示，可以对潜在交易者确定是否信任网络广告产生影响，这也可以倒逼网络广告主体注重口碑信誉的提升，减少虚假广告等违法行为的发生频次。第三，政府监管者的角色是为了维护社会公共利益，最大程度的保护消费者的合法权益，因而也需要将监管过程中发现的违法信息公之于众。从电子商务长远发展的角度看，在全社会建立一个良好的信用信息共享机制，将使电子商务信用基础更加稳定和权威。¹⁴²这种信用信息共享机制的搭建必然离不开政府部门的主导。只有发挥出网络广告主体、第三方平常、政府机关等在网络真实信息披露方面的作用，才能构建起一套和谐有序的信用体系，为网络广告的健康发展打下坚实的基础。

¹⁴² 陈显友，电子商务信用评价与治理研究，中国财政经济出版社，2014，170

社会法规规范语境下务工人员涉刑犯罪案件中的权利保障

龚海南¹⁴³

【摘要】就司法实践而言，对从事与环境污染行为相关工作的务工人员，如电镀工人，酸化、磷化人员，除锈、洗涤人员，医疗废物的分拣、加工人员等，是否构成污染环境罪，某些法院表现出了过度苛责的倾向，其理由主要是从共同犯罪的角度予以论证的。但是，《刑法修正案(八)》所规定的污染环境罪并非故意犯罪，而是过失犯罪，这就为务工人员之刑罚责任的脱逸提供了理论依据。从期待可能性的角度来看，那些为了解决生活问题而不得不忽略工作环境对自身身体将造成严重损害的务工人员，缺乏宁可摆脱雇主的命令而承受丢掉工作的损失的可能性。且务工人员所实施的单纯的排放、倾倒、处置行为并非严重污染环境结果发生的主要原因，没有取得环保许可、没有设置废水处理设备才是严重污染环境结果发生的根本原因，而防治污染义务的主体是经营者，缺乏期待务工人员回避污染结果发生的可能性。如果刑法不问过错，只要实施了污染行为就一律治罪，无异于“处处布雷”，其结果只能使得务工人员为免遭犯罪而丢掉饭碗，这种状况不仅与刑法的谦抑性格格不入，也势必会影响到社会公众的就业问题，使得那些生活困窘、就业技能落后、只能从事以健康换收入之工作的底层工人更加生活无以为继。因此，对于单位经营行为引发的污染环境行为，其责任主体中的自然人应当只局限于相关经营者、主管人员以及对污染环境结果的发生起到了极大消极作用的务工人员，而不应追究受雇于该单位提供劳务行为且对污染行为作用轻微的务工人员。这可能也是实务中大部分案例均自觉地将务工人员剔除出刑责主

¹⁴³龚海南（1976.2-），男，上海人，西南政法大学民商法博士生，重庆市第三中级人民法院研究室主任，在《法律适用》、《人民司法》、《兰州学刊》等中文核心期刊发表论文若干，曾获全国法院第20届学术讨论会优秀奖、全国法院第26届学术讨论会三等奖、全国法院第27届学术讨论会三等奖，中国法学会第七届中国法学青年论坛二等奖，重庆市人大主办“改革开放30年民主法制建设”理论研讨会二等奖，中国法学会第三届“京津沪渝法治论坛”优秀奖等，武陵山区中级法院（鄂、湘、黔、渝四省）第五届司法研讨会二等奖，重庆市法院系统调研成果评比获二等奖1次、优秀奖4次等。联系方式：13008352856。邮箱：76310183@qq.com。通讯地址：重庆市第三中级人民法院，邮编408000。

任范围的原因。

【关键词】污染环境罪；期待可能性；过失犯；务工人员；责任主体

20世纪60年代以来，工业文明日趋发达、社会高度工业化、物质时代消费文化甚嚣尘上，环境问题以前所未有的破坏力大量涌现，全球化环境问题和生态危机引起世人的警觉，人们迅速接受了环境保护的观念，并积极寻求应对之策。¹⁴⁴危害环境的行为常常是通过广大的空间和长久的时间，经过多种因素的复合累积后，才逐渐形成或扩大的，其所造成的危害不会因危害行为的停止而立即停止，从而不仅会危及不特定的多数人的生命和财产的安全，而且还会危及人类赖以生存和发展的环境，更为可怕的是，人类赖以生存和发展的环境一旦遭到破坏，要恢复原状，几乎是不可能的了。¹⁴⁵因此，为了有效防止经济主体对社会环境的肆意破坏，《刑法修正案(八)》对原来的“环境污染重大事故责任罪”进行了及时的修正。

从价值与理想的层面上看，将“环境污染重大事故责任罪”改成“污染环境罪”，降低环境犯罪的入罪门槛，扩大刑罚对环境污染行为的打击范围，不仅意味着环境领域刑事政策目标的转变，更凸显了环境权益的独立价值以及环境刑法对环境的人文关怀。毕竟，如果环境损害的行为发生在人烟稀少的地区，环境污染行为虽不会对人类形成直接损害或威胁，但从长远利益看，改变一个地区的生态环境必将影响到人类的生存和发展，其损害的生态环境价值也是无法用人类个体的直接利益进行估量的。¹⁴⁶且随着《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《关于环境污染案件若干解释》）的颁行，污染环境涉罪的案例有了极大幅度的提高。通过规范行为阶段的前移，无需等待环境污染行为造成实际后果之后就能实施刑事制裁，有效地缩减了污染环境行为造成环境损害的范围和可能，对污染环境的行为产生了一定的震慑力。

但值得注意的是，刑罚制裁手段的普及并不一定代表着社会效果的良好。加

144 刘超,《环境侵权救济诉求下的环保法庭研究》,武汉大学出版社,2013.16

145 陈泉生等,《环境法哲学》,中国法制出版社,2012.501

146 张勇,《民生刑法:刑法修正案中的民生权益保障解读》,上海人民出版社,2012.255

强对环境污染新行为的制裁力度有利于保障社会公众环境权益与安全健康的同时，也会产生一定的负面效果。例如，对从事与环境污染行为相关工作的务工人员，如电镀工人，酸化、磷化人员，除锈、洗涤人员，医疗废物的分拣、加工人员等，是否构成污染环境罪，司法实践表现出了过度苛责的倾向。对于那些为了解决生活问题而甘愿到环境卫生极差地加工厂工作的务工人员而言，以犯罪行为为之直接责任人或共同犯罪之帮助犯的理由，追究其刑事责任，可能会给处于弱势群体的务工者家庭带来毁灭性的后果。因此，本文基于保障务工人员之合法权利目的，将描述适用过程中司法裁判所表现出现的误区与错解，对通过细致地讨论厘清该误区之根源，并试图对污染环境罪的理性适用提供些许建议与对策。

一、刑罚泛滥：务工人员之环境污染刑事责任的裁判误区

案例一：胡某等污染环境案¹⁴⁷：2014年2月24日开始，被告人胡某伙同他人开办非法电镀厂。同时，雇佣被告人宋某做电镀老师，负责镀锡；雇佣被告人叶某、田某负责镀铜打底；雇佣被告人邹某、陈某负责清洗，期间产生废水通过渗洞直接排入地下及河道。被告人陈某、邹某、田某是被告人宋某介绍进厂。经检测，该厂排出废水中铜、总氰化物含量分别为825mg/L（标准限值0.5mg/L）、34.8mg/L（标准限值0.3mg/L），故法院认定被告人胡某、宋某、陈某、叶某、邹某、田某违法国家规定，排放含重金属、有毒物质严重超标废水，严重污染环境，其行为已构成污染环境罪。

案例二：金某等污染环境案¹⁴⁸：2013年8月开始，被告人A雇佣被告人B、C、D等人从事镀锌件加工生产。C与D的工作均是清洗和搬运电镀产品；而B是C、D的师傅，除了清洗和搬运电镀产品，另外还要配药水。有时B不在的时候，D也配过几次药水。A不在时，客户就会和B联系、商谈价格，如果产品急用的话，B会指派C、D等人先加工急用的产品。B、C、D均知道A所办电镀厂没有环保处理设备，生产过程中产生的废水都是直接排入厂房外的水池里。后经检测，所排废水六价铬的含量为73.3mg/L，超过《电镀污染物排放标准》中限量的三倍以上。于是，检察机关以构成污染环境罪为由对A、B提起了公诉，但未对C、D提起公诉。在审理过程中，B辩称，“其与A之间是雇佣关系，B履行的只是一种职务行为，本案造成环境污染的原因是A为了省钱而没有购置环保设

147 浙江省(2014)温乐刑初字第747号

148 浙江省(2014)甬慈刑初字第544号

备，B 作为员工只能听从老板的吩咐，与其他员工相比，B 多做了一些工作，但不能因为他踏实肯干，而认定他构成犯罪”。但法院认为，“A 开设的电镀厂由于设备简陋，并缺乏环保设施，在电镀厂的生产加工期间，给周围环境造成了严重污染。由于 A 平时很少在电镀厂工作，B 作为电镀厂的师傅，除了配置电镀溶液、履行一般员工的工作之外，还帮助 A 接待一些客户、收取加工费用、为其他员工分派工作等管理职责。为此，A 向 B 提供了优于其他员工的工资。以上事实可以看出，B 在 A 开设的电镀厂期间，为电镀厂的正常运行起了较大的作用。故公诉机关指控被告人 A、B 共同构成污染环境罪的事实清楚，证据充分，本院予以确认。”

对于上述两个案例而言，若不加以对照研究，而只是单一地进行审视，可能尚不足以发现污染环境罪在司法实践中出现的重大误区。从一般观念而言，无论是被告人胡某、宋某、陈某、叶某、邹某、田某，还是被告人 A、B，其行为均对环境污染产生了直接作用，追究其刑事责任，疑义不大。但若将此案例略加对比，就会闪现出一个不得不引人深思困惑。即为何案例二中的 C、D 没有追究相关刑事责任？比较而言，胡某与 A 均是企业的老板，即经营者；而宋某作为电镀师傅，其作用类似于 B；至于陈某、叶某、邹某、田某以及 C、D 则是电镀厂中的一般员工。案例一中，无论是经营者，还是在生产经营过程中起到了较为重要作用的电镀师傅，亦或是普通的工人，均无一例外地被追究了刑事责任；而案例二中，作为普通工人的 C、D 却未被追究刑责。案例二中选择性放弃追责，构成定罪量刑上的疏漏，属于放纵犯罪？还是案例一中一刀切的检控方式，构成刑罚上的滥用权力，属于严苛执法？这样一种疑问，当属正常。

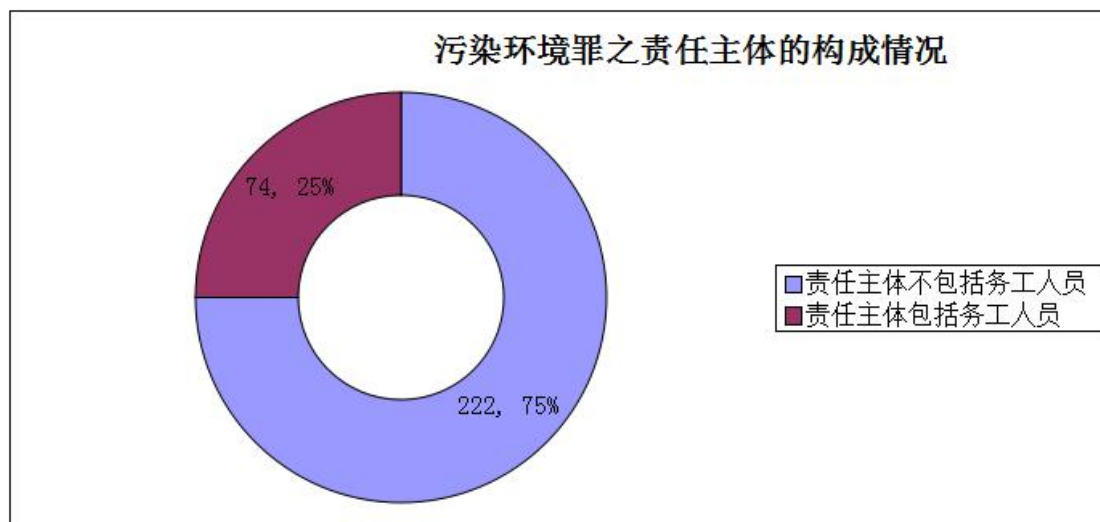
如何解释案例一和案例二在刑事责任主体上差异化处断结果，究竟应当支持何种处断方式，就必须回答一个关系到广大务工者之切身利益的问题。即在涉环境犯罪之时，与该违法排放行为有着密切联系的务工人员，是否应当被追究刑事责任。从理论上讲，《刑法修正案(八)》对刑法典分则第 338 条作了修正，内容涉及行为方式、行为对象、行为后果，充分地反映出我国利用刑事手段严厉打击污染环境行为、保护环境资源的立法态度，故似乎应该严格地追究与污染环境行为有着相当关系的务工人员的刑事责任。毕竟，务工人员的行为对那些排放有毒有害物质的小加工厂们，提供了劳务上的重大帮助；没有务工人员的电镀等行为，

类似的小加工厂不可能持续经营下去，也就无法继续污染环境。甚至，某些务工人员本身就是排放、倾倒、处置有毒有害物质的实施者，就更加应当予以追责。就如案例一所显示的，宋某、陈某、叶某、邹某、田某的行为是产生废水的直接来源，予以追究刑事责任在形式上似乎没有违反法律规定。

但值得注意的是，虽然当前在应对环境问题、制裁环境违法行为和救济环境权益时，我国的立法、执法与司法均与理想存在着较大差距。但在实践中加大对违法者的处罚力度之时，仍需要注意保护那些处于弱势地位的务工人员的权利。就以常情来看，电镀厂的工作环境极为恶劣。那些电镀工人是迫于生计才会不惜冒着健康生命危险从事电镀工作，若因此反而会被判处刑罚，那这些电镀工人该何以为生？也许有人会说，情感上的同情不应该成为判断务工人员是否构成犯罪的正当理由。故本文将细致研读北大法宝上刊载出来的所有涉及污染环境罪的裁判案例，希望能够对务工人员之环境污染刑事责任的合理配置提供参考意见。

二、过失犯罪：务工人员之环境污染刑事责任的主观恶性

本文所选取的裁判案例来源于“北大法宝”。本文以“污染环境罪”“环境污染罪”作为检索词，在北大法宝司法案例库中进行了“全文”“检索”，并经过一一甄别，最终还剩 296 例不重复的裁判文书。从裁判结果来看，有 74 例裁判文书判处务工人员也构成污染环境罪，占整个判决文书的 25%；且该 74 例裁判文书中，有 10 宗案例仅追究了部分务工者（在排污过程中起主要作用）的责任。也就是说，务工人员在更多的情况下并未被侦查机关与检察机关列为污染环境罪的责任主体，仅有少部分法院未加区分地追究了务工人员的责任。



若细致地对该 74 例裁判文书的具体内容加以分析，可以发现法院在认定务

工人员之环境污染刑事责任时，主要是从共同犯罪的角度予以论证的。例如，该74例裁判文书中，有5例明确在判决主文中，直接以“系共同犯罪”对案件进行了定性；还有15例判决虽未有“系共同犯罪”的表述，但也以“结伙非法排放含重金属的污染物”、“在明知的情况下，仍积极帮助实施”等类似的语言间接表明了其暗含“共同犯罪”之观点。也就是说，共同犯罪成为了判定务工人员之刑事责任的理论依据。然而，共同犯罪之刑事责任具有十分严厉后果。在同一罪名、相同情形下共同犯罪人承担的刑事责任重于单人犯罪或者多人参与实施但实质上为单独犯罪的刑事责任。¹⁴⁹故我国刑法所规定的共同犯罪以故意犯罪为前提。那么，污染环境罪之主观构成要件真的是故意犯罪吗？本文认为，答案恰恰相反。

《刑法修正案(八)》所规定的污染环境罪并非故意犯罪，而是过失犯罪，这就为务工人员之刑罚责任的脱逸提供了理论依据，其理由如下：

以共同犯罪之观念判处务工人员之刑事责任的裁判情况		
案由	文书号	相关表述
王某某等污染环境案	江苏省(2013)澄环刑初字第0003号系共同犯罪。
王某等污染环境案	浙江省(2014)杭萧刑初字第870号系共同犯罪。
叶某甲等污染环境案	浙江省(2014)丽云刑初字第111号系共同犯罪。
张某某等三人污染环境案	河南省(2013)濮刑初字第410号系共同犯罪。
周某某等污染环境、非法买卖、运输、储存危险物质案	浙江省(2014)丽青刑初字第368号系共同犯罪。
方某甲等污染环境、非法买卖制毒物品案	浙江省(2013)嘉善刑初字第956号	明知方某甲没有污水处理设备的情况下为方某甲提供技术和劳务支持
周某某等污染环境案	上海市(2014)金刑初字第131号	被告人周某某为牟取非法利益，在明知上述物品系危险废弃物的情况下，仍伙同被告人杨某某、张某等人进行非法处置
郑某等污染环境案	浙江省(2014)浙温刑终字第453号	被告人郑某在明知非法排放有害污水会污染环境的情况下，仍参与非法电镀生产

149 陈伟强,共同犯罪刑事责任研究,清华大学出版社,2013.101

翁文化等非法储存危险废物、污染环境案	福建省(2014)晋刑初字第412号	被告人蒋某在明知翁文化的电镀加工作坊未经相关部门许可,也未遵守国家相关法律法规规定建设水污染防治设施等,仍受雇为其提供技术帮助和劳务支持。
金某等污染环境案	浙江省(2014)甬慈刑初字第544号	被告人向某甲在明知的情况下,仍积极帮助实施。
安某等流氓、非法拘禁、污染环境案	浙江省(2014)浙温刑终字第1120号	结伙非法排放含重金属的污染物
董某等污染环境案	浙江省(2014)温瓯刑初字第826号	结伙非法排放含重金属的污染物超过国家污染物排放标准三倍以上
杜某等污染环境案	浙江省(2014)温瓯刑初字第1026号	结伙在电镀加工中非法排放含重金属的污染物(废水)
方某等污染环境、非国家工作人员受贿案	上海市(2014)金刑初字第957号	伙同他人违反国家规定,非法倾倒、处置危险废物
周某某等寻衅滋事、妨害公务、污染环境、对非国家工作人员行贿案	上海市(2014)金刑初字第441号	伙同他人违反国家规定,非法倾倒、处置危险废物
周某某等污染环境案	上海市(2014)金刑初字第131号	伙同他人违反国家规定,非法处置、倾倒危险废物
黄某甲等污染环境案	浙江省(2014)嘉盐刑初字第232号	结伙排放未经处理的有毒有害物质严重超标的生产污水
罗某污染环境案	浙江省(2014)温乐刑初字第957号	伙同他人排放有毒物质
沈正华等非法买卖制毒物品、污染环境案	浙江省(2014)温瓯刑初字第77号	结伙排放有毒物质,严重污染环境
张某等污染环境案	浙江省(2014)甬鄞刑初字第863号	合伙非法排放有毒物质

首先,故意论者的观点似乎有点道理,但不经推敲。其一,故意论者认为,从体系上看,刑法第15条第2款已经明确过失犯之法定性,而污染环境罪并无过失、过错、肇事、严重不负责任、玩忽职守等描述,故不宜将其认定为“法律有规定的过失犯罪”。但此理由不足为证,从过失犯的立法实践来看,并未有字样描述上的必然特征。即便是交通肇事罪,也不是因具有“肇事”字样而成立过失犯的。污染环境罪中“严重污染环境”与“造成……”、“致……”可以同意转换,而与妨害传染病防治罪、传染病菌种、毒种扩散罪等罪一般,成立过失犯。其二,故意论者认为,针对故意排放有害物质并造成污染环境结果之行为,过失犯无能为力。因为该行为尚不足以构成故意投放危险物质罪等其他罪,过失论将使得前

述行为无罪化，从而彰显出了过失论的谬误。但司法不是想象，环境与人无冤无仇，只具有污染环境之过错的行为，几乎不会发生。故意污染环境之目的背后往往存在着某种其他目的，如报复他人或社会，这就使得排污行为可能构成其他罪之未遂状态，而不至于被归于无罪。即使如同想象一般，存在着故意污染环境之单一主观过错，那么故意论也将陷入另一困境。对于故意损害环境但未达到严重污染环境之目的者，似乎应当成立污染环境罪之未遂。而污染环境罪之未遂犯将极大提升刑罚手段在一般排污行为中的介入力度，显然不符合刑罚之谦抑原则。其三，故意论者认为，污染环境罪的保护法益不再局限于人身财产安全的保护，而扩张到了环境法益的维持，这就为故意论提供了条件。但故意论这一论述脱离了环境法益背后的人身财产利益，纯粹的环境法益不应当成为污染环境罪的保护法益，环境利益归根结底仍是人的利益。例如，月球等外太空尚非人类之活动领域，对外太空环境的破坏尚难谓与人类息息相关，故国人破坏外太空环境虽可能侵犯了环境法益，但应归于无罪。

其次，将污染环境罪定性为过失犯罪，符合立法要义和社会现实。第一，在刑法理论之中，区分过失犯罪与故意犯罪的关键因素，不在于对行为的明知与否，而在于对结果的态度。以交通肇事罪为例，驾驶员对于其违规驾驶的行为一般是明知的，但并不意味着他对于交通事故结果的发生存在着故意，否则将以他罪论处。同样，虽然电镀加工厂的经营者对于未经许可而排放有毒有害物质的行为属于违法行为是明知，但他并不意味着该经营者存在着严重污染环境的故意。且一般来说，经营者对于严重污染环境的后果是持否定态度的。第二，若以故意犯罪对污染环境罪进行定性，那么将意味着《刑法修正案(八)》可能会导致污染环境罪犯罪圈的限缩。至少，对于确属过失行为而导致环境事故发生的污染环境者，将无法苛以刑事制裁，这显然与《刑法修正案(八)》的修改目的相违背，也与加强环境保护的理念相违背。第三，正是由于污染环境罪的主观构成要件没有变化，该罪在刑罚结果的配置上也未做改变。例如，新酒罪均是将量刑结果分为，且均为“处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金”与“处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金”两个档次。故污染环境罪应该是过失犯罪。这也才会与其他个罪在量刑幅度相匹配，否则，将污染环境罪解释为故意犯罪，将与罪刑相适应的立法原则相违背。毕竟，故意犯罪不应该低于同属环境犯罪的擅自进口固

体废物罪等。第四，只有将污染环境罪定性为过失犯罪，才能解决作为监督者的经营者或相关主管人员的责任。否则，将出现一个令人无法接受的结果，即日夜劳作且收入低下的务工人员将面对着刑法制裁的严厉性，而赚取了高额利润的经营者反而会从刑事制裁中遁隐。第五，对所谓故意污染环境之行为可能无法处罚之顾虑，实属错解。此种情况可径直追究投放危险物质罪。之所以如此，一方面是因为投放危险物质罪与污染环境罪的犯罪对象具有一致性，前者的犯罪对象是具有毒害性、放射性或含有传染病病原体等的物质，后者的犯罪对象是有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质；另一方面是因为二者的行为方式具有一致性，投放危险物质罪的行为方式是投放，污染环境罪的行为方式是排放、倾倒或者处置。¹⁵⁰

总而言之，污染环境罪仍是典型的过失犯罪，故以共同犯罪来认定务工人员的刑事责任不符合刑法的明文规定。过失犯罪应当成为阻却过度追究定务工人员之刑责的有力理由。毕竟，作为领取了较低薪资却饱受环境污染之侵蚀的务工人员，其对现实法秩序的破坏态度及与之相适应的行为方式上的反社会心理特征极为低下，无需苛以刑责。这可能也是实务中大部分案例均自觉地将务工人员剔除出刑责主任范围的原因。例如，在陈某污染环境案¹⁵¹中，“陈某让工人将生产过程中产生的工业废水用收集槽收集后与常温清洗剂清洗产品的工业废水一起装入塑料桶内，趁下雨之际通过其在厂区内私设的暗管将工业废水直接排放至溪流里”，虽然工人是排放废水行为的实施者，但仅陈某被追究了刑事责任，而其工人杨某某、曹某某二人仅被行政拘留。

三、期待可能：务工人员之环境污染刑事责任的阻却事由

从过失犯的角度可以阻断以共同犯罪之理由追究务工人员之刑事责任的路径，但这却不意味着务工人员就不能被追究刑事责任了。从行为角度出发，多数务工人员才是污染环境行为的实施者，例如电镀工人在电镀工作完成后会直接将清洗设备、物品的废水直接排放出去，造成了环境污染。这也意味着，作为有毒有害物质之排放者、倾倒者、处置者的务工人员，其行为直接导致了污染环境结果的发生，似乎非以共同犯罪之理由，亦可无障碍的追究其刑事责任。但本文认为，期待可能性理论可以构成阻却追究务工人员之刑事责任的理由。毕竟，人类

¹⁵⁰ 冯军，李永伟等，破坏环境资源保护罪研究，科学出版社，2012.26

¹⁵¹ 浙江省(2014)金磐刑初字第126

的行为之所以成为刑法所关注的对象,是因为对社会外界有害的行为源于行为人内心的意志,与其说刑法所规范的对象是人类的外在行为,不如说是人类内心的意思形成。¹⁵²普通的人们总会遭遇到非常规情况下的行为选择问题,若是法律假设每个人都是英雄或者天使,那么狭义上的期待可能性理论就没有了用武之地,如果这种法律期待成为现实,那对于广大的没有去除“脆弱人性”的芸芸众生而言,无异于是一场灾难,其效果不仅不会使普通国民都变为英雄和天使,而且只会加深国民与刑法之间的仇隙。¹⁵³故期待可能性理论应该有其适用之地。

期待可能性理论经历了时间的检验而折射出愈强的生命力,是刑法理论走向成熟和理性的一个闪光点,其在犯罪违法阻却中的应用充分体现了刑事法实质的公平。¹⁵⁴合乎规范行为的“无期待可能性”,是德国刑法学者弗洛依登塔在第一次世界大战后,从“规范罪责论”衍生创发的概念,用以作为“超法律的阻却罪责事由”。¹⁵⁵期待可能性理论产生的目的就是要把一些身陷恶境之中的行为人从刑事责任的追究中解脱出来,其动机是为了体现法律对人类普遍的脆弱人性的一种人文关怀。¹⁵⁶它所表现出的对社会底层弱势民众的同情作为一种价值观念,这是它的闪光之处,也是值得人们称赞、备受欣赏的理由所在。¹⁵⁷该理论认为,如果行为人虽作出了违法性行为,但依其自身的能力及具体情况,不可能期待该行为人在作出违法行为的心理活动中,会作出实现规范要求的适法行为,那么,相应的法律规范对该行为人来说就失去了规范的意义,因而对该行为人就不能加以非难。¹⁵⁸根据期待可能性理论,虽然行为人具有责任能力,也具有故意或过失以及违法性认识的可能性,但由于行为人行为时的条件和情况极其特殊,导致其遵守伦理规范的自由度极大削弱的情况下,就不能对其意志进行强烈的否定性评价。

对于普通的务工人员而言,其所面临的就业压力极为罕见。一方面,从事涉及污染环境犯罪之工作的务工人员,其年龄颇大,多为中老年人,且往往来自于农村地区。由于接受的文化教育水平十分低下,他们难以掌握先进的工作技能,也无法适用知识经济时代下对于创新人才的需求。除了出卖体力与健康,他们几

152 郑泽善,《刑法总论争议问题研究》,北京大学出版社,2013.322

153 陈旭文,《罪行轻重论》,中国检察出版社,2009.167

154 刘维新,《医事刑事法初论》,中国人民公安大学出版社,2009.73

155 林东茂,《刑法综览》,中国人民大学出版社,2009.108

156 杜辉,《刑事法视野中的出罪研究》,中国政法大学出版社,2012.212

157 杨兴培,《反思与批评:中国刑法的理论与实践》,北京大学出版社,2013.164

158 赵国强,《澳门刑法研究》,广东人民出版社,2009.242

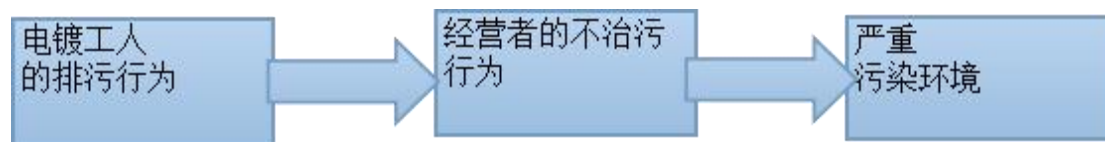
乎无从找到合适的工作。另一方面，这部分务工人员一般上有老要养，下又有孩子剩，维持艰难的生活成为这些人一辈子的追求。为了解决温饱问题，为了供养小孩学习，为了照顾年迈的长者，他们不得不忽略工作环境对自身身体的严重损害，只求能够赚取一点血汗钱来维持生计。可以说，为了生活，诸如电镀工人、酸洗工人类的务工人员，除了服从老板的工作安排，他们没有放弃工作和饭碗的可能性。对于某些务工人员而言，找到工作才是其第一目的，找好工作那是一种奢望。务工人员缺乏宁可摆脱雇主的命令而承受丢掉工作的损失的可能性，也不从事相关电镀、酸洗等工作的可能性；务工人员更加没有挑选取得了营业执照、环保手续齐全之企业工作的权利。

而且，污染环境罪属于过失犯罪。过失就是不注意，在此意义上可以表现为注意义务的违反，由此，过失犯的注意义务，亦由结果预见义务与结果回避义务所构成。¹⁵⁹然而，对于从事电镀、绣洗等工作的务工人员来说，防止与避免污染的结果回避义务并不应当由其承担。从实定法来讲，诸如《水污染防治法》和《大气污染防治法》所设立了排污许可证制度，其规制主体是经营者；从配备治污设备、履行三同时义务等责任来看，其义务主体仍然是经营者，缺乏期待务工人员回避污染结果发生的可能性。只要经营者履行了法定的义务遵守了相关的法律规范，务工人员所实施的单纯的排放、倾倒、处置行为并不会造成严重污染环境结果的发生。也就是说，务工人员所实施的单纯的排放、倾倒、处置行为并非严重污染环境结果发生的主要原因，没有取得环保许可、没有设置废水处理设备才是严重污染环境结果发生的根本原因。由于缺乏期待务工人员处理废水的可能性，故不应由务工人员承担刑事责任。换言之，务工人员的行为只是造成环境污染的事实上的原因，但刑事责任的追究上需要确定法律原因。所谓法律层面的选择，是指法律基于实现其调整和控制功能的目的，在事实判断的基础上，对原因所作的进一步限定，它应包括两个方面，一是在性质上，将原因限定在违法(规)行为的范围内；二是在发生机制上，将原因范围限定在必然因果关系和高概率因果关系的范围内，从而体现责任追究的客观性、公正性、合理性。¹⁶⁰而如前所言，作为环境污染结果的原因，包括污水处理的技术处理设施、排污许可的获得、污水排放的工作要求、污水排放的行为等原因。其中，污水排放的行为只是表征上的

159 (日)山口厚,刑法总论,付立庆译,中国人民大学出版社,2011.229

160 魏颖华,渎职罪定罪事实证据研究,中国人民公安出版社,2011.187

原因，排污之前的许可、排污之后的治理才是根本原因，这也是污染环境罪以“违反国家规定”作为前置性要件的理由。因此，务工人员不应当为诸如电镀厂的无证违法行为买单。



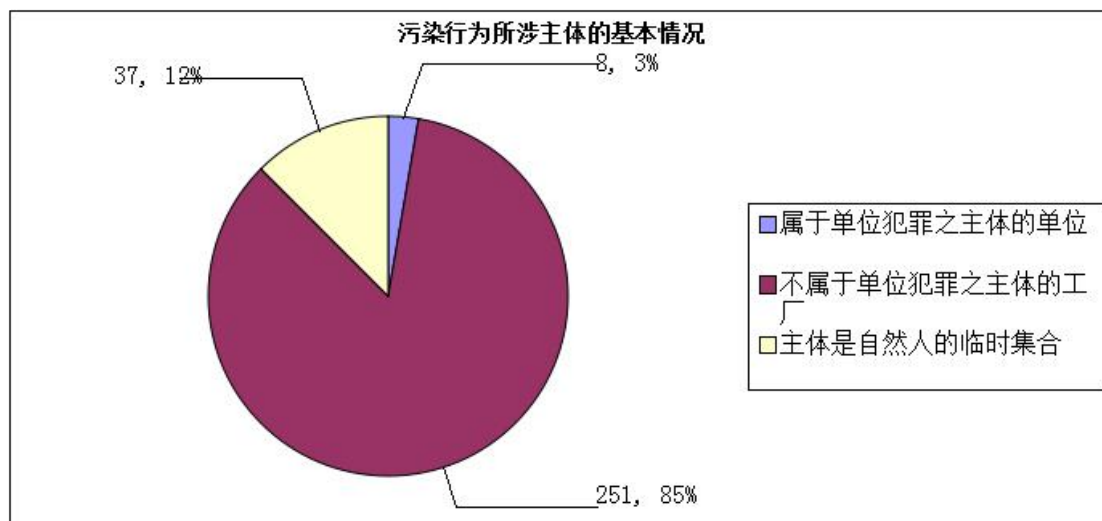
更何况，那些没有配置环保设备、去污设备的小工厂，往往出于节省成本的目的，也不会专门为务工人员配置一些防治职业病的设备。如果说电镀、绣洗厂所排放的有毒有害犯罪将危及到社会公众的健康，那么这种危险也首先由一线的从事电镀、绣洗等工作的务工人员来承受。因此，如果刑法不问过错，只要实施了污染行为就一律治罪，无异于“处处布雷”，其结果只能使得务工人员为免遭犯罪而丢掉饭碗，这种状况不仅与刑法的谦抑性格格格不入，也势必会影响到社会公众的就业问题，使得那些生活困窘、就业技能落后、只能从事以健康换收入之工作的底层工人更加生活无以为继。

四、区分对待：务工人员之环境污染刑事责任的理性适用

在司法实践中，绝大多数主体是能够产生危险废物并足以造成环境污染的生产经营者，如造纸厂、化工厂、电镀厂等。在 296 例司法裁判中，只有 8 宗案例的经营主体是构成单位犯罪之单位，有 251 宗案例的经营主体是不属于单位犯罪之单位的某某工厂，如炼铅加工厂、电镀厂、制革加工厂、制版厂、线路板抛光加工厂、模具加工厂、磨盘生产加工厂、铜酸洗加工厂等等，还有 37 宗案例中的犯罪主体是临时性集合的自然人。其中，所谓临时性集合的自然人，是指所有的犯罪主体之间没有彼此的隶属与管理关系，是因承揽关系等而聚合在一起，例如，刘某某等污染环境案¹⁶¹中，被告人刘某某、王某 1、牛某某、祖某某、赵某某、高某某、李某某、刘某某 1、董某、晏某某、葛某某、杨某某、于某某均是受王某某（已判刑）雇佣的运输工人和司机，他们与王某某之间均是承揽关系。在污染环境罪的司法实践中，大部分生产经营者，或没有办理营业执照，或没有取得排污许可，但均不能否定这些经济主体之非纯自然人的性质。虽然实践中被判处单位犯罪的数量不多，但并不能否定大部分污染环境罪之类单位犯罪的倾向。未认定单位犯罪的原因，仅在于应当属于单位的主体在形式上没有取得营业执照，

161 山东省(2014)刑初字第 135 号

或者犯罪单位的经营者与犯罪单位本身就是权利义务的一体,无法区分出该单位的独立财产。例如,方某甲等污染环境案¹⁶²,虽然被告单位某标准件厂系普通合伙企业,不具有法人资格,依法不能构成单位犯罪的主体。但在该厂的人员构建与可称为单位犯罪之主体的某些公司并无差异。通俗点讲,二者均是由出资成立工厂或公司的老板,以及其对外招聘的务工人员组成。无论是不具有法人资格的工厂,还是具有法人资格的公司,其老板对环境的影响要远远大于务工人员,大部分环境污染结果发生的根本原因均是由于老板们为了节约经营成本、牟取更多利润而未按照法定要求从事经营活动,作为务工人员的打工者其对于污染环境结果的发生几乎没有控制力。基于生活所迫,务工人员没有勇气辞去工作,更没有能力去配备相关设备对废水进行有效处理。因此,对于污染环境罪的责任主体问题,司法实践应当进行类型化的区分,针对不同的情况作出不同的认定。



(一) 区分犯罪主体情况。对于单位经营行为引发的污染环境行为,其责任主体中的自然人应当只局限于相关经营者、主管人员以及对污染环境结果的发生起到了极大消极作用的务工人员,而不应追究受雇于该单位从事正常劳动行为且对污染行为作用轻微的务工人员;对于非单位经营行为引发的污染环境行为,其责任主体一般及于污染行为的直接实施者。所谓的单位,不局限于单位犯罪中单位,某些不构成单位犯罪之主体的个体户、合伙企业等也属于此处所言的单位。毕竟,在现代环境侵害犯罪中,实施侵害行为的行为人不过是遵旨行事的工人,倘若拘守传统理论,强调事实上行为人的概念,势必发生地位低下的实际操作人员无辜沦为罪犯的不合理状况。从防止再犯的角度出发,惩罚了经营者、主管人

¹⁶² 浙江省(2014)浙温刑终字第 663 号

员以及主要的务工人员，就能达致其目的。毕竟，只要经营者在设立类似的工厂企业之时，做好了污染防治工作，则一般的务工人员就不大可能会再次实施严重污染环境的犯罪行为。毕竟，一般的务工人员只是被动实施务工行为。无论是哪种电镀工人，均需要排放、倾倒或处理废水。但该行为是否犯罪，绝大部分原因取决于经营者或主管人员所提供的污染防治条件。污染防治设备良好运行、污染防治制度与技能培训严格到位、污染防治的管理措施科学合理，那么发生严重污染环境行为的可能性便微乎其微。因此，就有必要将实施正常劳务行为的务工人员排除出污染环境罪的责任主体范围，即便其可能才是污染环境行为的直接实施者。如案例二所示，C、D二人便只是从事正常劳动行为且对污染行为作用轻微的务工人员，而B作为电镀工人的师傅与平常的管理人员，其对污染行为的持续进行起了较大的作用，故C、D被豁免刑责而只是被行政拘留符合法治之要义。

（二）区分犯罪客观情况。虽然我国不存在类似德国《违反秩序法》这样的行政法或日本《水质污浊防止法》这样的行政刑法，在刑事立法一元化、刑法容量有限化和继续有限犯罪化的立法现状下，将污染环境罪分解为若干个罪名，不太具有可操作性。¹⁶³但是，这并不意味着，我们无需区分犯罪客观要件的具体情况，而是不加区分地采取相同标准去评价不同的污染行为。以土地、水体、大气为例，它们恰好体现了三种不同的物理形态，其环境容量和自净容量也存在明显差异，受危害的机理大不一样；同样的，排污行为、倾倒行为与处置行为，其对环境危害的程度也存在着差异。因此，针对不同的犯罪客观情况，司法实践探索出不同的标准，而非千篇一律地采取相同的认定标准。例如，在蔡某污染环境案¹⁶⁴中，被告人对医疗废物进行了加工分栋，但该行为是否属于污染环境罪中“处置行为”却难定论。从裁判内容来看，并未发现该加工分栋医疗废物的行为有任何污染了空气、水体亦或是土地的情况。如果说拆解的对象涉及到液体的污染物，那么该液体只要流向地面或水流中就对后者造成污染，毕竟，液体很难于其他物质相分离。但单纯的拆解加工固体危险物的行为并不会导致该固体危险物与空气、水体、土地发生混合从而对污染后者，故在司法实践中，法官不应机械的适用《关于环境污染案件若干解释》第一条第（二）项的规定，而应根据不同行为的具体样态、不同污染对象的特殊状况而区别性地加以对待。

¹⁶³ 李希慧，董文辉，李冠煜，环境犯罪研究，知识产权出版社，2013.191

¹⁶⁴ 江苏省(2014)宿城生刑初字第0009号

一种社会法的解读：环保禁令的 法治解析与技术构造

龚海南¹⁶⁵

【摘要】由于环境污染具有持续力度极强以及恢复难度极大的特点，传统诉讼中事后赔偿等救济方法无法及时制止环境污染行为，为了应对环境污染难题，有效化解环境纠纷，保证诉讼保全制度在环境诉讼中的有效贯彻与确切落实，应当借鉴国外已经较为广泛应用的环保禁令制度来实现国家治理手段上的突破与创新。只有环保禁令制度才能有效地遏制环境违法行为以及合理的维护被申请人的合法权益，最大限度地实现当事人和社会整体环境利益的保护，既使有限司法资源的效用最大化，又提高了法律运行的实际效率。首先，诉前环保禁令以环境侵权行为地或污染结果发生地所在基层法院管辖为宜；而对于诉中环保禁令，则直接由受理了环境侵权诉讼的法院决定即可。其次，不应当将提供担保作为诉前保全的必备条件。再次，需要从以下几个方面考量环保禁令的实施：在决定采取一个诉前或诉讼中的环保禁令时，法院除了需要考虑可能造成的不可弥补的损失之外，还需要判断申请人胜诉的可能性有多大，并权衡经济、社会、环境等各种利益，确立发展经济与保护环境、维护人类健康的平衡点。

【关键词】国家治理；循环经济法；环保禁令；行为保全；胜诉可能性；利益权衡；

在 20 世纪 70 年代中期以前，环境保护的义务还很少在各国宪法中涉及。但随着全球变暖、土地荒漠化和气候异常等一系列问题愈来愈严重，世界各国，特别是工业化国家，开始通过更多地政府干预介入经济活动，试图对产生环境污染和破坏的经济行为进行限制和管理。在此过程中，20 世纪中叶诞生的可持续发

¹⁶⁵ 龚海南（1976.2-），男，上海人，西南政法大学民商法博士生，重庆市第三中级人民法院研究室主任，在《法律适用》、《人民司法》、《兰州学刊》等中文核心期刊发表论文 6 篇，全国法院第 20 届学术讨论会优秀奖，中国法学会第七届中国法学青年论坛二等奖，重庆市人大主办“改革开放 30 年民主法制建设”理论研讨会二等奖，中国法学会第三届“京津沪渝法治论坛”优秀奖等，武陵山区中级法院（鄂、湘、黔、渝四省）第五届司法研讨会二等奖，重庆市法院系统调研成果评比获二等奖 1 次、优秀奖 4 次等。联系方式：13008352856。邮箱：76310183@qq.com。通讯地址：重庆市第三中级人民法院，邮编 408000。

展理论，实际上就是人们全面反思传统发展理论、寻找人类社会发展的新出路、谋求新的发展战略、选择新的发展模式的产物。其中，无论环境保护是否构成已经成为新兴的基本人权，个人及国家都负有义务确保其所从事的任何活动，不会对环境造成损害。

但值得注意的是，在环境侵权案件中，污染或破坏环境的侵权行为通常不仅会造成受害人身体健康、生命和财产的损失，而且还会导致环境质量恶化、生态功能退化与生态系统平衡失调，严重的还会出现生态系统崩溃。这种受损害的生态环境往往难以得到修复与改善。即便是新民事诉讼法已经将公益诉讼纳入了诉讼机制之中，但由于环境污染具有持续力度极强以及恢复难度极大的特点，传统诉讼中事后赔偿等救济方法无法及时制止环境污染行为。可以说，环境保护手段的欠缺与无效问题已经威胁到人类的生存和发展。因此，为了应对环境污染难题，有效化解环境纠纷，保证诉讼保全制度在环境诉讼中的有效贯彻与确切落实，应当借鉴国外已经较为广泛应用的环保禁令制度来实现国家治理手段上的突破与创新。

一、循环经济法之环保禁令的理论背景

所谓环保禁令，又称环境诉讼中的临时性措施，是指在环境诉讼的裁判决定宣告之前，由人民法院依据职权或基于当事人的申请，要求污染环境的行为者停止实施其继续危害环境行为的一种民事裁定。由于环保禁令是针对环境污染者行为的禁令，故又被称为行为保全。究其本质，环保禁令是诉讼禁令的一种。按照诉讼禁令发布时间的不同，诉讼禁令可以分为诉前禁令、诉中禁令和诉后禁令；而循环经济法之环保禁令就是集诉前禁令与诉中禁令为一体的综合制度，它以及及时纠正环境污染行为、防止环境污染的继续恶化为根本目的，对民事诉讼的程序性规定加以了制度性地重塑。作为一种临时措施，环保禁令的这种“临时”是相对于生效裁判文书所确定的“永久禁令”而言的，即该环保禁令不会影响到当事人最终权利的实现，且可以被后续的生效裁判文书所推翻。

（一）效率正义价值的证成

正义一直被认为是法律价值的中心。比利时哲学家 C. 佩雷尔曼(Chaim Perelman)说过，正义是一个伟大的最有号召力的概念。¹⁶⁶长期以来，人们一直以为非正义主要是指实体裁判上的不公正。但正义的内涵与属性决定了正义必须

166 曾筱清,《金融全球化与金融监管立法研究》,北京大学出版社,2005.41

以人们看得见的方式及时地实现。即正义不仅是公平正义，也应当是一种效率正义。20世纪末由美国当代名法学家波斯纳和卡拉布雷西等人推动的法律经济学运动，已经成了法律中的“显学”¹⁶⁷。迟来的正义之所以为非正义，倒不是因为实体结论发生了错误或者造成了实体上的不公正，而是由于实体结论的过迟产生而造成了程序过程上的不公正。这种正义的迟到现象所损害的是司法裁判的及时性。¹⁶⁸所谓及时，应当指相对人的合法利益与权利在合理的期限内得到法律的保障，损害得以迅速地救济，即及时得到其(根据法律)应该得到的东西。¹⁶⁹

在环境损害案件中，对制止环境违法做出程序性规定，本是为了体现法律的公正，尊重被执行人的权利。¹⁷⁰然而，如果任由边执行、边诉讼、边污染行为的发生，则难以恢复原装的被污染的环境将长期处于长期的被污染状态之中。即便最终的裁判认定污染者的行为违法，也属于一种迟到的非效率正义。这种正义的迟到损害了本应该尽早得到法律保护的受害人的合法权益，迟来的处理结果所造成的非正义感将使被害人以及其他与案件结局有着直接利害关系的人，产生一种受歧视，甚至被抛弃的感觉。¹⁷¹因此，法院必须通过作出环保禁令来及时制止环境损害行为。这样才能给与社会公众利益及时的法律救济，从而将被损害的当事人合法权益、公共环境利益以及社会秩序恢复到一种实质的平等状态。只有环保禁令制度才能有效地遏制环境违法行为以及合理的维护被申请人的合法权益，最大限度地实现当事人和社会整体环境利益的保护，既使有限司法资源的效用最大化，又提高了法律运行的实际效率。

（二）环境权利保障的需要

每个人从出生时起，一刻也不能离开空气、阳光、水和大地等环境要素。¹⁷²但20世纪以来尤其是二战以后，严重的环境污染和世界范围的资源稀缺对人类自身的安全，以及经济社会的发展构成了严重的威胁。¹⁷³作为一项新的人权主张，环境权就是在这样的背景下提出来的，并逐步得到了道义上和法律上的支持。¹⁷⁴从“自然一人一社会”作为一个辩证发展的整体的角度来理解，而不是站在

167 吴育林, 社会主义道德与市场经济统一性研究, 中山大学出版社, 2007. 223

168 陈瑞华, 看得见的正义, 北京大学出版社, 2013. 62

169 周世中主编, 走出法学象牙塔——应用型法律人才培养模式创新实验区建设的理论与实践, 广西师范大学出版社, 2011. 320

170 <http://www.hshb.gov.cn/html/2012-04/6714.html>, 访问日期 2014-6-5

171 郑红秀编, 走向法治——法治话语下的程序正义论, 中国时代经济出版社, 2010. 41

172 田文富, 环境伦理与和谐生态, 郑州大学出版社, 2010. 130

173 贾卫列, 刘宗超, 生态文明观 理念与转折, 厦门大学出版社, 2010. 198

174 贾卫列, 刘宗超, 生态文明观 理念与转折, 厦门大学出版社, 2010. 198

人类中心主义,或自然中心主义的立场上,环境权利是一项自然权利,是指公民、法人及其他组织天生就应享有的保有适宜生存的环境和合理利用环境资源的权利。作为一种不同于自由财产权利也迥异于政治文化权利的新型人权,人类环境权具有代际权和共享权的特点。即由于地球只有一个,因而自然环境资源是人类世代代的共享财富,人类必须世代代予以保护方能有所继承,方能保证人类的延续。¹⁷⁵

污染物与所造成危害之间的关系往往由于事物间的复杂性、危害初期的隐蔽性、造成危害的多因素性以及危害显现的长期性等原因,使得要确定某些环境污染所造成的危害大小往往有很大的难度。而兼之环境权利所具有的代际性特点,故一旦社会环境遭到破坏,就会造成影响深远的危害后果。例如,许多污染物质,特别是一些不易分解、降解的污染物将长期存在在海洋中,并随海水的流动,充分扩散到全球海洋的每个角落,殃及全世界的海洋环境和居民及其子孙后代。¹⁷⁶因此,如果环境损害中司法裁判固守“以最终裁判文书作为救济依据”的观点,只以最终的经济补偿为救济手段,就会放任侵害行为发生与扩大,对受害人以及全社会而言都极端不利。尤其是在我国经济高速发展过程中,环境污染问题集中呈现出了压缩型、复合型特点,如不事前采取手段制止污染行为,而是在司法裁判作出之后纠正违法的环境污染行为,则将使得老的环境与新的环境问题一起发酵,造成难以估计的损害。这就需要人民法院能够在最终裁判作出前勒令停止违法行为,为环境损害受害人提供一种更为便捷有效地诉讼规则和实用程序,实现其权利救济的需要。这也是环保禁令制度的基本诉求,即通过简捷有效的程序规则,能够满足公众环境权利意识提高后权利救济的急迫需求。

(三) 民事诉讼实践的响应

我国环境问题由过去演变至今,呈现出在新老污染源存在的基础上新增污染源、传统污染类型和新的污染类型同时并存、污染范围持续扩大、污染和生态破坏产生持续性影响等恶性循环后果,增加了在治理范围、治理对象、治理手段等方面的困难。¹⁷⁷为了防止环境污染的持续发生,新修订的《民事诉讼法》以提起公益诉讼的方式赋予了法定机关和有关组织代为保护社会公共利益的权利,且更加强化了诉讼中保全制度的运用与实现。与此同时,重庆市高级人民法院于 2011

¹⁷⁵ 徐祥民,田其云等,《环境权环境法学的基础研究》,北京大学出版社,2004.125

¹⁷⁶ 朱晓东等编,《人类生存与发展的新时空:海洋世纪》,湖北教育出版社,2000.304

¹⁷⁷ 何广顺,王晓惠,周怡圃等,《基于区域经济发展的渤海环境立法研究》,北京出版社,2009.111

年 11 月 15 日率先以制度的形式推出了“环境保护禁止令制度”。随后，昆明地区紧跟而上，对“环境保护禁止令制度”做出了更为细致的规定，如环保禁止令的概念、申请范围、申请条件、申请的审查、申请错误的救济、禁止令的效力和执行。再后来，江苏省无锡市、常熟市、昆山市均开启了“环境保护禁止令”的司法实践。在贵州，依据诉讼法有关诉讼保全的规定，贵阳法院创设环境侵权案件“诉前禁令”制度，将传统意义上的财产保全扩大到行为保全。¹⁷⁸该院于 2013 年 2 月作出第一个环境侵权“诉前禁令”，有效防止环境污染损害的扩大。

可以说，法院的禁止令，不仅保障经济罚，更可以执行行为罚，这样可以更好地从严从快从重处理环境违法案件。环保禁令制度转变了传统的权利救济理念，将救济阶段由终审裁决作出后提前至诉前和诉中，以预防性救济有限度地替代补偿性救济。环以新《民事诉讼法》的施行为契机，重庆市、昆明市、贵阳市等地法院积极试点推行的环保禁令，丰富了我国环境损害的权利救济手段和救济方式，迈出了完善环境民事诉讼救济制度的重要一步。它加速了民事保全制度的部门法化，其对环境民事诉讼中权利救济理念的革新，客观上将为整个民事诉讼权利救济理念的转变提供必要的推动力量。

（四）域外禁令制度的启示

自 20 世纪晚期以来，因为天然重大灾害相继发生、科学技术进步及各国间的相互合作，已经使得环境保护的议题受到相当程度的重视，也有相当多对于如何保护环境的回应，因此，吾人须先了解域外禁令制度的相关经验。

在英美法中，禁令是衡平法上关于行为保全的救济措施，通常是在普通法对某种损害行为不能提供充分救济时，当事人就可寻求禁令来作为补救。由于民事诉讼常常要花费很长的时间，能够将侵权事态及时制止的临时禁令就显得尤为重要，否则，即使诉讼成功，侵权人很可能已经造成不可挽回的损害。故当某种民事侵害行为可能继续或者虽未发生但已迫在眉睫，法庭可依当事人的申请或依职权发出禁止令。禁令制度分为中间禁和最后禁令。简单地说，最后禁令就是在对实体问题听审后，在诉讼的最后阶段作出的禁令，具有判决的性质，而中间禁令是在诉讼程序进行过程中，法庭对实体问题进行听审前作出的禁令。¹⁷⁹“中间禁令是在法庭对案件的实体问题作出最后的判决之前所作出的快速的、短期的救

¹⁷⁸ http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2013-07/07/content_66386.htm?div=-1 访问日期 2014-6-5

¹⁷⁹ 郭小冬，*民事诉讼侵害阻断制度研究*，知识产权出版社，2010.52

济措施。这些命令适用于在等待案件实体判决时为了避免那些难以弥补的损失而需要法庭立刻采取措施的场合”。¹⁸⁰许多案件，尤其是衡乎法庭受理的案件，当事人们往往接受中间禁令，认为中间禁令说明审理极可能得出的结论，所以不再继续诉讼程序，案件就此结束。¹⁸¹当然，凡法院给与禁令时，法院的实践要求原告作出允诺：如果经过审理原告得不到所申请的救济，他应赔偿对方因禁令而遭受的一切损失。¹⁸²同样，禁止令在意大利、葡萄牙也扮演着重要的角色。相关的案件大多为海上非法捕鱼(意大利)、严重的污染以及非法的废弃物处置，尤其是存在累犯的危害性(德国)。在丹麦，阻止环境污染的禁止令措施属于行政措施，但是情节严重的污染案件一般由刑事法院实施处罚。在荷兰，实施禁止令的规定属于刑事法律范畴；在葡萄牙这一规定则完全属于行政刑法体系；在瑞典，这种处罚措施体系自成一体。¹⁸³

值得注意的是，在既有的以“行为保全”为研究对象的论述中，有部分研究成果将大陆法系的假处分制度与“行为保全”的制度相等同。如《德国民事诉讼法》中没有设“保全程序”专章，而是以“假扣押与假处分”直接命名。日本对民事保全单行立法，究其内容，也是对审判程序的假扣押与假处分和作为执行程序的假扣押与假处分作出规定。¹⁸⁴根据请求内容不同，德日等国学者又将确定临时状态的假处分区分为制止性假处分和履行性假处分。其中，对被告行为的制止是在权衡了多种因素之后，基于一种假设而作出的应急选择，即暂时承认原告在争执的法律关系中处于权利人的法律地位，为了避免损失的扩大而责令被告实施一定的行为。¹⁸⁵

英美法系和大陆法系的代表性国家都异曲同工地发展了行为保全制度，增加了保全的种类，扩充了保全的范围和方式，在法学理论和司法体系中建立起并实践了行为保全，发挥着财产保全所不可替代的作用，并与财产保全一起构建了一个较为完整的保全体系。¹⁸⁶无论是中间禁令制度还是假处分制度，都是相对终极救济而言的暂时性救济手段。这种临时救济以对申请人权利救济的效率为首要目标，其效率价值体现在以下几个方面：一是申请提出时间的灵活性，既可在诉讼

180 郭小冬,《民事诉讼侵害阻断制度研究》,知识产权出版社,2010.53

181 沈达明编,《比较民事诉讼法初论》,中国法制出版社,2002.557

182 沈达明编,《比较民事诉讼法初论》,中国法制出版社,2002.560

183 (荷兰)迈克尔·福尔,(瑞士)冈特·海因主编,《欧盟为保护生态动刑——欧盟各国环境刑事执法报告》,中央编译出版社,2009.25

184 李仁春,《民事保全程序研究》,中国法制出版社,2005.71

185 郭小冬,《民事诉讼侵害阻断制度研究》,知识产权出版社,2010.45

186 张卫平主编;施高翔,《中国知识产权禁令制度研究》,厦门大学出版社,2011.47

前，又可在诉讼开始后、终审裁判作出前；二是注重救济的迅速性，英美中间禁令在情况紧急下不经通知被申请人即可作出；三是审查范围的放宽，对案件是非曲直、请求权和请求理由、紧急审理申请范围的要求较低；四是效力的有限性，以防止过度追求效率理念给当事人的实体权利造成损害。这些均对我国构建环保禁止制度有着不可言喻的促进作用。

二、循环经济法之环保禁令的启动程序

（一）管辖权的确定

管辖权是指法院从事其行为，包括审理和判决案件的权限在内的权力。从纠纷的裁判者角度看，管辖权是司法权或审判权的基础，司法权通过对管辖权的分配而特别授予；从受裁判者角度看，只有将具有可司法性或可裁判性的事项提交法院，才能够使纠纷通过司法途径获得解决。¹⁸⁷确定管辖制度的意义都是多方面的。首先是便于当事人请求司法保护，使当事人在民事权益受到侵害或者发生争议时，能够便捷、及时地了解在哪个法院起诉或应诉；其次是保障各法院在划定的职权和职责范围内及时行使审判职权和履行审判职责，避免法院之间对民事案件相互推诿或互相争执。¹⁸⁸正是基于上述两种考虑，对于诉前环保禁令以环境侵权行为地所或污染结果发生地所在基层法院管辖为宜，这样才不至于因盲目禁止而损害行为人的合法权益，又可及时保护提出申请者的合法权利；而对于诉中环保禁令，则直接由受理了环境侵权诉讼的法院决定即可，无需诉诸其他法院，平添诉累。其他诸如案件移送、不予立案等程序可以准照一般民事诉讼程序。

但值得注意的是，管辖权异议制度的能否运用？管辖权异议，是指当事人向受诉法院提出的该院对案件无管辖权的主张。规定管辖权异议一方面可以进一步落实当事人诉讼权利平等原则，另一方面也有利于法院正确行使管辖权。¹⁸⁹但环保禁令制度是否也应有相应的管辖权异议程序呢？答案应是否定的。原因有四：其一，从环保禁令的价值追求来讲，及时有效地制止环境损害行为、实现权利救济是首要目标，繁琐的程序势必会造成申请审查效率的降低；其二，从环保禁令的程序构造来讲，它并未对被申请人的实体权利进行处分，即使管辖权有误也不会对被申请人造成不可弥补的损害；其三，从被申请人的权益保障来讲，申请人向法院提出申请时，原则上必须提供担保，这可以保障因申请错误给被申请人造成

187 (美) 爱德华兹；傅郁林等译评《美国法官裁判文书自选集（爱德华兹集）》，华中科技大学出版社，2013.99

188 王瑞，傅郁林，乔欣等《民事诉讼法》，高等教育出版社，2013.122

189 李浩《民事诉讼法学》，法律出版社，2011.84

的损失能够得到弥补；其四，由于法律没有规定相应的处罚强制措施，当事人即使没有正当理由也可以有恃无恐地在管辖问题上纠缠不休，且无须承担任何责任。¹⁹⁰因此，管辖权异议极易成为当事人拖延诉讼的“策略”，这与环保禁令所面临的不可扭转的需要及时得到纠正的污染损害相矛盾。

（二）环保禁令申请的提起

环保禁令是在案件全面审理前对当事人行为进行一种限制和约束。确立环保禁令制度的意义在于，通过裁定禁止被申请人为或不为一定行为，可以防止申请人权益或社会公共利益的继续受到不可恢复损害。因此，对于诉中环保禁令而言，人民法院可依据当事人的申请，也可基于维护公共利益的目的而依据职权决定采取环保禁令措施。但基于司法诉讼的被动性，对于诉前环保禁令，法院只能依据当事人的申请而开启环保禁令审查的程序。且由于诉中环保禁令的申请之基础在于一个已经成立的诉讼程序，故申请人一般具有提出环保禁令的资格，无需详细论述。故此处将笔墨集中于诉前环保禁令申请的提起。

现行起诉条件的制度逻辑在于，通过起诉条件控制滥诉，节约国家司法资源。然而，这一手段过于依赖立案法院的事前审查而缺乏事后规制措施，其实它对预防滥诉所起的作用是有限的。¹⁹¹按照我国广泛接受的大陆法诉权理论中的“二元诉权说”，对于起诉和受理条件加以限制做过多的限制并无根据。可以说，现行起诉制度将起诉条件与诉讼要件严重混淆，造成起诉条件高阶化和起诉难，在一定程度上限制甚至遮蔽了当事人诉权。同时，我国法律并未赋予当事人在立案阶段的程序参与权，这种程序保障的缺乏有可能导致纠纷被法院拒之门外，容易激发当事人的不满，也容易造成社会对司法权威的不信任。更为重要的是，当事人向法院提出申请，启动环保禁令程序以产生诉讼系属时，需要考虑民事诉讼起诉条件的“高阶化”与环保禁令制度追求的“高效性”之间是否存在冲突。毕竟，环保禁令制度是一种高效、便捷的救济途径，繁琐的起诉程序可能造成环境污染的不可回转。因此，在诉前环保禁令的提出时，应将原来绝大部分涉及实体问题的起诉条件审查放于实体审理过程中，只保留与实体审查无关或关系不大的“纯粹”的起诉条件。具体来说，当事人应当明确：申请事由作为审理对象要以法定形式向法院提出，提交申请书及相应证据并交纳申请费。如果环保禁令申请因容

¹⁹⁰ 张卫平、齐树洁主编《司法改革论评（第14辑）》，厦门大学出版社，2012.150

¹⁹¹ 陈桂明主编《中国法学会民事诉讼法学年会论文集（民事诉讼法学专论2007年卷）》，厦门大学出版社，2008.128

观原因欠缺某个形式要件，原则上也并不必然导致申请的失败，除申请人拒绝在合理时间内补正外，法院应予受理。

（三）环保禁令申请的担保

采取环保禁令的措施的法律意义是禁止当事人或利害关系人继续实施损害其他当事人利益或公共利益的行为，等待法院作出判决。这种禁令建立在诉讼结果尚未确定的基础之上，难免会因环保禁令的错误实施而造成对被申请人的损害。故一般而言，请求法院采取环保禁令的申请人，在提出申请时应当提供担保，申请人不提供担保的，驳回申请。若在执行停止有关行为裁定过程中，被申请人可能因采取该项措施造成更大损失的，人民法院可以责令申请人追加相应担保。申请人不追加担保的，解除有关停止措施。¹⁹²这样，一方面，环保禁令之担保责任，可以强化申请人的责任感，另一方面可以确保被申请人因申请环保禁令错误而产生的损失得以弥补。

但值得注意的是，发布环保禁令的目的在于暂定法律关系状态，防止重大危险的出现，因此，法院在审理时职权色彩明显，不严格遵循处分权主义。其原因在于：一是降低当事人适用行为保全制度的难度，二是此类行为保全可能涉及其他第三人或社会的利益(如环境公害事件行为保全所保护的利益明显具有社会性等)，为了保障第三人或社会利益免受侵害，法院应当依职权决定行为保全的方法。¹⁹³故不应当将提供担保作为诉前保全的必备条件。利害关系人申请诉前保全，申请人是否应当提供担保的问题，应当由法院自由裁量而不是由法律作出强制性的规定。¹⁹⁴比如，在一些公害性案件，以工业废水污染为例，某一工厂所排放的污水造成河流严重污染，附近居民和在该河流养殖水产品的企业申请法院采取保全措施。对于工厂来说，保全措施意味着停产，而停产则造成巨大的损失。倘若按照该损失数额要求受害人提供担保，受害人显然承担不起，而且也需要很长时间。况且保全措施对施害者造成的损失也很难确定。在日本就有公害案件的假处分因上述原因不必提供担保的例子。¹⁹⁵

另外，但是如何确定担保的范围却是一个在实践中难于把握的问题。如果担保范围过大，势必会给申请人带来很多额外的负担；反之又会无法给予被告合法

192 杨西玲主编《民事诉讼法教程》陕西人民出版社,2007.101

193 江伟主编《民事诉讼法》第5版,中国人民大学出版社,2011.209

194 毕玉谦,谭秋桂,杨路《民事诉讼法研究与立法论证》,人民法院出版社,2006.264

195 李仁春《民事保全程序研究》,中国法制出版社,2005.144-145

权益以有效、充分的保护。¹⁹⁶关于担保数额的确定，英美法系中间禁令制度和德国的假处分制度都是以被申请人可能遭受的损失为标准，我国环保禁令申请的担保数额也应以被申请人可能的直接损失为限。担保的形式依照担保法的规定。具体而言，法院确定担保数额时可以遵照以下步骤：先会同当地环保团体、行业协会、环保行政主管部门等相关单位，审查被申请人可能的损失数额以确定初步的担保数额；再根据当地的经济水平、申请人的经济能力、申请人的证据材料初步显示的其胜诉可能性等要素，对初步的担保数额作适当修正，确定最终的担保数额。例外地，如果是为了公益或者申请人有特别困难无力提供担保，人民法院经审查认为有必要进行行为保全的，法院可以裁定申请人可以不提供担保。¹⁹⁷

三、循环经济法之环保禁令的实体裁判

如果将管辖权、当事人适格、申请人提供担保作为法院审理环保禁令申请的形式要件，那么法院对环保禁令的裁判准则，则是法院作出判决所需要的实体要件。申请人若要获得期望的环保禁令裁定，必须向法院提供能够满足其裁判准则的证据，否则将会被驳回申请。与一般民事诉讼请求相比，法院认定环保禁令请求成立时所适用的裁判准则更为严格。

（一）损害不可弥补性

虽然行为保全与财产保全都为防止合法权益受到难以弥补的损害，但二者关注的重心并不相同：财产保全解决的是判决所确定的债权将来有难以实现的危险，具有将来性；而行为保全解决的是因请求权行使本身的迟延特点所产生的导致请求权缺乏实际利益的危险，具有现实性。¹⁹⁸而环保禁令作为行为保全的一种措施，也必然需要以损害的正在持续地受到被申请人的损害为基本要件。若被申请人的环境损害行为已经完成、损害结果已经出现，则没有必要使用禁令这种以停止侵权、恢复原状为内容的救济方式。因此，环保禁令的申请人必须提供有效证据来证明他人正在实施行为可能是损害社会环境的违法行为。

且在现代实践中，法院在考虑是否同意初步救济的时候，无法弥补的损害是一个考量的因素。只有当法律上没有足够的救济的时候环保禁令才能介入。例如，在环保禁令的申请过程中，被禁止的行为可能给社会环境造成“难以弥补的损害”，如用金钱难以弥补的损害。如在 *Fletcher v. Bealry* (1885) 28Ch. D.688 案中，原告

¹⁹⁶ 骆东平等主编《民事诉讼法学》，厦门大学出版社，2010.266

¹⁹⁷ 姜启波、张力《民事审前准备》，人民法院出版社，2005.134

¹⁹⁸ 最高人民法院民事行政检察厅编《民事行政检察指导与研究》总第12集，中国检察出版社，2013.82

向法庭申请禁止被告以任何一种可能污染河水的方式倾倒废物。法庭认为该损害几十年后才会发生，原告并没有因被告排放的废弃物而面临十分紧迫的危险，且有足够的时间采取避免损害发生的措施，因而不具有损害难以弥补的情形，原告的禁令申请被驳回。

当然，环境侵权危害人数往往众多，且不局限于当代人，有时还会损及后代人；而且往往同时危害生命健康权、人身权、财产权等众多权益。因此环境侵权救济中注重运用事前预防性的侵害排除手段。¹⁹⁹故在证明被禁止行为可能给其造成“难以弥补的损害”时，并不需要证明可能的侵权行为造成的损害在客观上是绝对的“难以弥补的损害”。同时，诉前环保禁令的申请不是一个自给自足的独立存在的程序，不能脱离审判程序和执行程序而存在，也即诉前环保禁令的申请程序原则上需要有诉的事后提起为前提。若申请人在合理期限内，未能及时提起诉讼，则法院可驳回诉前环保禁令的申请。

（二）胜诉可能性

在决定采取一个诉前或诉讼中的环保禁令时，法院除了需要考虑可能造成的不可弥补的损失之外，还需要判断申请人胜诉的可能性有多大。胜诉的可能性是在对诉讼各方的损害之间进行平衡比较后才能确定。当艰难的平衡决定性地倾向于原告时，原告不需要强烈地表明胜诉的可能性以获得预防性的环保禁令。莱特把这种平衡表述为一种“倾斜的平衡”。这一点可以比照专利侵权中的诉前禁令等制度。在德国、美国等专利制度发达的国家，法院在作出是否准予临时禁令措施时，都要考虑原告胜诉的可能性。²⁰⁰

这就要求法院在作出环保禁令之前，对案件的基本走向特别是申请人在实体诉讼中胜诉的几率作出预判，以避免禁令救济与案件最终的审理结果不一致对被申请人造成的损害。参照国外司法实践经验，法官认定胜诉可能性要素一般是通过审查申请人权利的有效性及其被控行为侵权的可能性两方面因素来实现。²⁰¹且由于环保禁令在时间上较为紧迫，因而法院只能就环保禁令请求有无理由进行“低密度的明显性审查”，借此判断当事人申请禁止某一行为的请求是否具备充足理由。毕竟，过度追求申请人的胜诉可能性，可能会背离环保禁令制度“及时、高效的实现权利救济为第一要务”的基本理念。因此，法院在是否发布环保禁令程

199 李爱年、李慧玲主编《环境与资源保护法》，浙江大学出版社，2008.149

200 万鄂湘、张军主编《民事诉讼法司法解释解读（中册）》，人民法院出版社，2008.1081

201 刘春霖等编《知识产权法实施中的疑难问题》，中国人民公安大学出版社，11

序中所作的审查,是较粗略,且具概括性,而不深入探究细部与过度复杂性的问题,故称为“略式审查”。申请人请求人民法院发布临时禁令时,无须提供确切的证据清楚、全面地证明被申请人环境侵权行为的存在,只要提交的初步证据能证明环境侵权行为有存在的合理性即可。另外,如果有必要作出预备性禁制令以保护原告免受严重伤害,同时对被告又不造成负担,那么即使原告证明胜诉的可能性时,理由不够充分,也可能获得禁制令。相反,如果预备性禁制令会给被告造成严重负担,原告就需要表明有更大的胜诉可能性。²⁰²

(三) 利益权衡

一项环保禁令的出台取决于主要争诉问题胜诉的可能性以及损害的紧迫性。如果由于特定原因在具体个案中不能完全确定胜诉前景,比如由于需要广泛收集证据,则要对颁布或不颁布环保禁令的后果进行利益权衡。一般而言,诉讼不仅仅是影响当事人两极间的事情,公共利益也会被牵扯进去。通常认为法院考虑公共利益,在于审查发布或拒绝禁制令对“非当事人利益”的影响;公共利益有时也指原告请求所依据的法律中体现的一般政策。²⁰³对环境侵权的原因行为,既不能完全禁止,也不能完全放任自流,而应权衡经济、社会、环境等各种利益,确立发展经济与保护环境、维护人类健康的平衡点,并据以对环境侵权的原因加以适度的调控与限制。²⁰⁴

如在 *Boomer v. Atlantic Cement Co.*, 26 N. Y.2d 1020(N.Y. 1970)案中,被告开了一家很大的水泥厂,靠近纽约奥尔巴尼。他们被相邻的土地所有者起诉,污垢、烟和工厂的振动伤害了这些土地所有者的财产。原告寻求永久性禁令和赔偿金,但是禁令的要求被拒绝了。尽管裁决的内容是:第一,存在妨碍行为;第二,原告受到实质上的损害,但否定禁令的根据是“妨碍行为和禁令造成的经济后果的巨大悬殊”。基于这种原因否定禁令,法院承认这是“推翻了在这个法院的一些例案里被持续重申的且从未被否定的法律原则,即妨碍行为被发现和提起诉讼的一方证明受到实质损害,禁令将被同意。”在纽约,以前的规定是这样的妨碍行为会被禁止,即使妨碍行为的影响和禁令的影响所造成的经济后果已经表现出明显的差异。法院指出被告对工厂的投资超过\$45000,000 并且雇佣了 300 名员工。法院确信使工厂不产生妨碍的运行的技术是不存在的;在可预见的未来这种技术

202 庄汉,正义与效率的契合——以行政诉讼中暂时权利保护制度为视角,清华大学出版社,2010.161

203 庄汉,正义与效率的契合——以行政诉讼中暂时权利保护制度为视角,清华大学出版社,2010.159

204 李爱华,李慧玲主编,环境与资源保护法,浙江大学出版社,2008.149

也不太可能开发出来。法院明确表示现在要平衡与妨碍行为造成的损害和停止妨碍行为的成本。如果这项经济费用巨大,那么没有禁令会被批准。在这类案件中,法官思维中应兼有方法论个人主义和方法论集体主义的元素,才能认识问题的复杂性,才能更好地进行利益衡量,以实现最佳利益。

【参考文献】

1. 曾筱清.金融全球化与金融监管立法研究.北京大学出版社,2005 年版。
2. 吴育林.社会主义道德与市场经济统一性研究.中山大学出版社,2007 年版。
3. 陈瑞华.看得见的正义.北京大学出版社,2013 年版。
4. 周世中主编.走出法学象牙塔——应用型法律人才培养模式创新实验区建设的研究与实践.广西师范大学出版社,2011 年版。
5. 郑红秀编.走向法治——法治话语下的程序正义论.中国时代经济出版社,2010 年版。
6. 田文富.环境伦理与和谐生态.郑州大学出版社,2010 年版。
7. 贾卫列,刘宗超.生态文明观 理念与转折.厦门大学出版社,2010 年版。
8. 徐祥民,田其云等.环境权环境法学的基础研究.北京大学出版社,2004 年版。
9. 朱晓东等编.人类生存与发展的新时空:海洋世纪.湖北教育出版社,2000 年版。
10. 何广顺,王晓惠,周怡圃等.基于区域经济发展的渤海环境立法研究.北京出版社,2009 年版。
11. 郭小冬.民事诉讼侵害阻断制度研究.知识产权出版社,2010 年版。
12. 沈达明编.比较民事诉讼法初论.中国法制出版社,2002 年版。
13. (荷兰)迈克尔·福尔,(瑞士)冈特·海因主编.欧盟为保护生态动刑——欧盟各国环境刑事执法报告.中央编译出版社,2009 年版。
14. 李仁春.民事保全程序研究.中国法制出版社,2005 年版。
15. 施高翔.中国知识产权禁令制度研究.厦门大学出版社,2011 年版。
16. (美)爱德华兹;傅郁林等译评.美国法官裁判文书自选集(爱德华兹集).华中科技大学出版社,2013 年版。
17. 王娣,傅郁林,乔欣等.民事诉讼法.高等教育出版社,2013 年版。
18. 李浩.民事诉讼法学.法律出版社,2011 年版。
19. 张卫平,齐树洁主编.司法改革论评(第 14 辑).厦门大学出版社,2012 年版。
20. 陈桂明主编.中国法学会民事诉讼法学年会论文集(民事诉讼法学专论 2007 年卷).厦门大学出版社,2008 年版。
21. 杨西玲主编.民事诉讼法教程.陕西人民出版社,2007 年版。

22. 江伟主编.民事诉讼法 第5版.中国人民大学出版社,2011年版。
23. 毕玉谦,谭秋桂,杨路.民事诉讼研究与立法论证.人民法院出版社,2006年版。
24. 骆东平等主编.民事诉讼法学.厦门大学出版社,2010年版。
25. 姜启波,张力.民事审前准备.人民法院出版社,2005年版。
26. 最高人民检察院民事行政检察厅编.民事行政检察指导与研究 总第12集.中国检察出版社,2013年版。
27. 李爱年,李慧玲主编.环境与资源保护法.浙江大学出版社,2008年版。
28. 万鄂湘,张军主编.民事法官必备法律司法解释解读(中册).人民法院出版社,2008年版。
29. 庄汉.正义与效率的契合——以行政诉讼中暂时权利保护制度为视角.清华大学出版社,2010年版。
30. 李爱年,李慧玲主编.环境与资源保护法.浙江大学出版社,2008年版。

特定问题调查制度在安全生产问责中的运用

齐建东*

【摘要】特定问题调查制度是重要的法定监督形式，但在安全生产问责中未能发挥其应有的作用。我国应当完善调查的启动机制，加强组织保障，赋予“特委会”必要的法律武器，以程序规范调查过程，建立有效的责任机制，使这一制度从规定落实到实践，保证问责的公正、权威。

【关键词】 特定问题调查 安全生产 问责

《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》于2007年1月1日开始实施，该法在第七章专章规定了“特定问题调查”的职权和程序，引人关注。而2007年以来，我国掀起新一轮安全生产“问责风暴”。2007年12月19日，山西省临汾市市长李天太因洪洞“12.5”特大煤矿事故被免职。2008年9月14日，因对“9·8”襄汾溃坝事故负有领导责任，山西省省长孟学农引咎辞职，副省长张建民被免职。2009年8月17日，因2008年“9·20”特大火灾事故，深圳市政府副市长李铭、龙岗区区长张备、时任龙岗区副区长黄海广、时任龙岗街道办事处主任黄勇等25名事故责任人被处分。2010年12月1日，国务院批复同意对2009年11月21日黑龙江省龙煤矿业集团股份有限公司鹤岗分公司新兴煤矿瓦斯爆炸事故有关责任人的处理意见，对龙煤矿业控股集团董事长高崇等28名事故责任人给予处分，同时责成黑龙江省人民政府向国务院作出深刻检查。在这场“问责风暴”中，行政问责一直居于主导地位，尚未出现人大组织“特委会”问责重大安全生产事故的先例，如何充分发挥特定问题调查制度的作用，规范问责实践，保证问责权威，值得深入探讨。

一、特定问题调查制度的法律定位与现实落差

特定问题调查权在西方国家被称为“国政调查权”，历史悠久。在17世纪的英国，代议机构就已经拥有国政调查的职能。1792年，美国众议院成立一个7人特别委员会调查克莱尔兵败印第安人事件，拉开了国会行使调查权的序幕。美国比较著名的国会调查案例包括越战调查、水门事件调查、伊朗军售问题调查、1986

* 齐建东（1978—），男，中国矿业大学文法学院副教授，法学博士。

年挑战者号航天飞机爆炸事件后对国家宇航局(NASA)的调查、克林顿绯闻案调查等等。现代各国普遍承认代议机关对行政机关进行调查的权力。例如韩国宪法第57条规定：“国会得检查国政，为此可以要求提供必要的文件，让证人出席并陈述证言和意见。但不得干涉审判和进行中的犯罪搜查及追缉。”1947年日本宪法第62条规定：“两议院得各自进行有关国政的调查，并得为此要求证人出席作证或提出证言及记录。”1931年比利时王国宪法第62条规定：“各议院拥有国政调查权。”1947年意大利宪法第82条也规定：“各议院对有关公共利益的问题均得进行调查。”²⁰⁵

特定问题调查也是我国一种法定的监督形式。《宪法》第71条规定：“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会认为必要的时候，可以组织关于特定问题的调查委员会，并且根据调查委员会的报告，作出相应的决议。”《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第31条规定：“县级以上地方各级人民代表大会可以组织关于特定问题的调查委员会。主席团或者十分之一以上代表书面联名，可以向本级人民代表大会提议组织关于特定问题的调查委员会，由主席团提请全体会议决定。……人民代表大会根据调查委员会的报告，可以作出相应的决议。……”第52条规定：“主任会议或者五分之一以上的常务委员会组成人员书面联名，可以向本级人民代表大会常务委员会提议组织关于特定问题的调查委员会，由全体会议决定。调查委员会由主任委员、副主任委员和委员组成，由主任会议在常务委员会组成人员和其他代表中提名，提请全体会议通过。调查委员会应当向本级人民代表大会常务委员会提出调查报告。常务委员会根据调查委员会的报告，可以作出相应的决议。”

虽然特定问题调查制度是重要的监督方式，但宪法和组织法上的规定过于原则，缺少具体规范，因此在很长一段时间里，特定问题调查制度很少被运用。但随着公民维权意识的提高和人大组织建设的加强，相关案例开始见诸报端：2000年8月30日，合肥市第12届人民代表大会常务委员会第20次会议通过了有关汪伦才案件调查报告的决议。在“特委会”的全力监督下，含冤三年的受害人终于得到了昭雪，有关犯罪嫌疑人受到严惩。²⁰⁶2003年3月，成都市锦江区人大常委会组建特定问题调查委员会，介入锦江区原国有企业成都化学试剂厂引进民营

205 简敏，刘洪波：《特定问题调查权的立法与完善》，《甘肃社会科学》2006年第4期。

206 《合肥市人大常委会成立特定问题调查委员会履行监督职能》，《瞭望新闻周刊》2001年7月23日第30期。

资本改制纠纷，以中立、权威的身份解决了企业合营各方的矛盾和争端。²⁰⁷2003年7月，安徽省来安县人大常委会依法成立特定问题调查委员会，对群众反映强烈的县法院占用当事人执行款情况进行了近两个月的调查，在此基础上发出监督意见书，从根本上解决了县法院占用当事人执行款问题，取得了明显的监督效果。²⁰⁸2003年7月，辽宁省兴城市人大常委会就一起法院在执行中损害国家粮库利益的案件组成了特定问题调查委员会，通过调查责令法院改正错误，维护了国有资产的安全。²⁰⁹2005年6月30日湖南省益阳市第三届人大常委会第九次会议决定成立特定问题调查委员会，对城市规划区范围内闲置土地情况进行调查。同年9月29日，市人大常委会作出决议，要求市政府对“特委会”认定的54宗闲置土地在半年内处置完毕，并建立起土地利用集约、节约、可持续发展的良好机制。²¹⁰从以上为数不多的实例中，我们可以看出当前特定问题调查制度的实践存在以下问题：

1、启动标准不统一。有的是针对群众反映强烈的普遍性问题，如湖南益阳的土地闲置问题和安徽来安的法院占用执行款问题。有的则是针对政府不便解决的个案，如成都市锦江区的例子就是因为改制是在区政府的主导下进行的，政府已经做了“运动员”，现在产生纠纷，政府不宜再当“裁判员”。有的则是纯粹的个案监督，如合肥汪伦才案、辽宁兴城案。对于原因复杂、牵涉面广、影响巨大的矿难等重大安全生产事故，则尚未出现组织特定问题调查的先例。

2、调查程序各异。比如成都市锦江区成立的特委会从各处抽调懂行的工作人员，设立调查组和政策法规组。调查组分3个小组，每组两人，由区人大和区政府人员搭配组成，每次调查都必须有至少两人以上共同参加并做好记录。政策法规组由区人大和区体改办、区法制办、区劳动局等部门的相关负责同志组成，根据各调查组收集的事实，进行政策、法律法规的认证和综合分析。而来安县特委会采取问卷调查、内查外调等方式，特委会也分为第一调查组、第二调查组和审计组。

3、处理方式各不相同。特委会在调查完毕后应当向本级人民代表大会或常务委员会提出调查报告。人大或常务委员会根据调查委员会的报告，可以作出相

207 闵捷，杨长寿，蒋传斌：《破解企业与政府间困局》，《中国青年报》2004年8月10日。

208 沈庆春：《“特调”出手 坚冰必破——来安县首次特定问题调查回眸》，《江淮法治》2006年第3期。

209 王智：《特定问题调查：国家粮库利益不容侵犯》，《民主与法制》2004年第6期。

210 田必耀：《震动益阳的“特别调查”》，《浙江人大》2006年第2期。

应的决议。决议的形式和内容在每个案例中各不相同,有的是责成相关部门整改,如辽宁兴城案是作出决议,责成兴城市人民法院撤销对红崖子粮库的两次裁定,对案件按照法律程序重新审理,同时责成法院对涉案主要人员以及主管领导做出严肃处理,结果上报市人大常委会。²¹¹有的仅是澄清问题,提出建议,如锦江区的做法是决议通过调查报告,证明了区政府有关部门在指导和审批原化试厂的改制程序合法,也没有发现政府工作人员有失职、渎职行为,同时建议矛盾双方正视和明确各自的权利、责任和义务,共同谋求公司的长远发展和根本利益的实现。

从全国范围来看,特委会这种监督方式运用得很少,制度功能未能充分实现,其原因是多方面的:

第一,法律规定过于原则,可操作性不强。在实践中进行创新具有一定的法律和政策风险,从以上案例来看,特委会成立的关键因素是当地人大、政府或党委主要领导的坚定支持。

第二,担心运用特委会这一监督方式会影响政府和司法机关的形象。在我国,对于政府侵权渎职、司法腐败等问题,人们还是习惯于行政和司法的内部监督,认为外部的人大监督会使政府“没面子”,认为这会破坏人大与“一府两院”的协调关系。因此目前的现状是,层级越高,启动“特委会”的顾虑越多,难度越大。

第三,人大的议事机制和人员配备支持不足。人大会议期较短,而人大常委会组成人员尚未实现常任化、职业化,缺乏负责组织调查的专门机构和人员,这些都限制了特定问题调查制度的广泛深入开展。

二、安全生产问责对特定问题调查的制度需求

2003年“非典”以来,“问责”成为中国政治生活的重要内容,尤其是对于矿难等重大安全生产事故,中央加大了问责力度:2006年7月19日国务院严肃处理黑龙江省龙煤矿业集团有限责任公司七台河分公司东风煤矿“11·27”特大煤尘爆炸事故相关责任人,决定对龙煤矿业集团有限责任公司总经理侯仁等21人给予相应的党纪、政纪处分,对负有领导责任的黑龙江省副省长刘海生行政记过处分,责成黑龙江省政府向国务院作出深刻检查。2006年8月16日,国务院

211 对于这种“个案监督”的处理方式是否合理,理论界尚存争议。参见贵立义:《论宪政制度下的个案监督——〈监督法〉之我见》,《中共四川省委党校学报》2009年第2期;刘练军:《司法独立不容个案监督——日本浦和充子事件之启示》,《江苏警官学院学报》2007年第3期;周安平、刘惠贵:《关于人大个案监督制度的批判——学者与法官的对话》,《中国司法》2006年第11期。

召对内蒙古新丰电厂项目违规建设和 2005 年 7 月 8 日发生的因违规施工造成 6 死 8 伤的重大施工伤亡事故作出严肃处理，对直接责任人员给予党纪、政纪处分 7 人，移交司法机关处理 2 人，并责成对项目违规建设负有领导责任的内蒙古自治区人民政府主席杨晶，副主席岳福洪、赵双连向国务院作出书面检查，对内蒙古自治区人民政府予以通报批评，所有违规电站项目一律停止建设，认真进行整顿。2006 年 11 月 24 日，国务院对中国石油天然气股份有限公司吉林石化分公司双苯厂“11·13”爆炸事故及松花江水污染事件作出处理，给予中石油集团公司副总经理段文德行政记过处分，给予吉化分公司董事长于力等 9 名企业责任人员行政撤职、降级、记大过、撤销党内职务、党内严重警告等党纪政纪处分；同意给予吉林省环保局局长、党组书记王立英行政记大过、党内警告处分，给予吉林市环保局局长吴扬行政警告处分。而在 2005 年 12 月 2 日，国家环保总局局长解振华已因该事件引咎辞职。

在这些问责实践中，我们看到的都是行政主导下的问责。根据 1989 年颁布实施的《特别重大事故调查程序暂行规定》，特大事故发生后，按照事故发生单位的隶属关系，由省、自治区、直辖市人民政府或者国务院归口管理部门组织成立特大事故调查组，负责事故的调查工作。国务院认为应当由国务院调查的特大事故，由国务院或者国务院授权的部门组织成立特大事故调查组。特大事故调查组，应当根据所发生事故的具体情况，由事故发生单位的归口管理部门、公安部门、监察部门、计划综合部门、劳动部门等单位派员组成，并应当邀请人民检察院和工会派员参加。特大事故调查组根据调查工作的需要，可以选聘其他部门或者单位的人员参加，也可以聘请有关专家进行技术鉴定和财产损失评估。特大事故调查组写出事故调查报告后，应当报送组织调查的部门。²¹²

2007 年 4 月，国务院公布了《生产安全事故报告和调查处理条例》。《条例》坚持并发展了事故调查组的处理模式，规定事故调查组由有关人民政府、安全生产监督管理部门、负有安全生产监督管理职责的有关部门、监察机关、公安机关以及工会派人组成，并应当邀请人民检察院派人参加。事故调查组可以聘请有关专家参与调查。事故调查组组长由负责事故调查的人民政府指定。事故调查组成

212 例如 2001 年广西南丹“7·17”特大透水事故后，国务院成立了由国家安全生产监督管理局局长张宝明任组长，公安部副部长罗锋、监察部副部长陈昌智任副组长，中宣部、公安部、监察部、国家安全生产监督管理局、全国总工会、国土资源部、最高人民法院等单位的人员为成员的国务院调查组。调查组成员还包括多名教授级高级工程师。各级有关部门参加事故调查的人员，最多时达 871 人。《特重大事故案例选编（2000—2001 年）》，国家安全生产监督管理局编，煤炭工业出版社 2002 年版，第 113 页。

员在事故调查工作中应当诚信公正、恪尽职守，遵守事故调查组的纪律，保守事故调查的秘密。事故调查组应当自事故发生之日起 60 日内提交事故调查报告；特殊情况下，经负责事故调查的人民政府批准，提交事故调查报告的期限可以适当延长，但延长的期限最长不超过 60 日。事故调查报告报送负责事故调查的人民政府后，事故调查工作即告结束。事故调查的有关资料应当归档保存。

对于事故的处理，《条例》规定：重大事故、较大事故、一般事故，负责事故调查的人民政府应当自收到事故调查报告之日起 15 日内做出批复；特别重大事故，30 日内做出批复，特殊情况下，批复时间可以适当延长，但延长的时间最长不超过 30 日。有关机关应当按照人民政府的批复，依照法律、行政法规规定的权限和程序，对事故发生单位和有关人员进行行政处罚，对负有事故责任的国家工作人员进行处分。事故发生单位应当按照负责事故调查的人民政府的批复，对本单位负有事故责任的人员进行处理。

目前这种行政主导的监督模式效率较高，雷厉风行，但这毕竟属于内部监督，属于执政党系统对其党员干部、行政系统对其行政干部的“同体问责”，调查组的成员与需要承担责任的人员之间有着复杂的联系，甚至自己也可能需要承担责任，这对问责的顺利开展和问责的公信力会产生负面影响。和同体问责相比，人大主导下的特定问题调查制度是一种“异体问责”，具有以下制度优势：

1、具有高度的权威性。各级人大是权力机关，拥有法定的监督权力，“一府两院”由人大产生，向人大负责并报告工作，受人大监督。造成重大人身和财产损失的重特大安全生产事故，可能涉及多个部门，有时甚至地方政府、地方主要领导也难辞其咎，这时候，行政系统内部的监督往往作用有限，只有作为权力机关的人大成立特定问题调查委员会才能进行充分的监督。

2、处于客观中立的地位。和同体问责相比，人大监督属于异体监督，特定问题调查委员会处于相对超脱地位，与责任机关和责任人（主要存在于行政系统内部）没有直接的隶属关系，能够避免和排除各种干扰，保证调查结果的客观公正。

3、充分彰显民主精神。特定问题调查制度需要组织人大代表或常委会委员成立特定问题调查委员会，能够充分发挥人大代表民主监督的代表职能。调查委员会委员通过调查活动，倾听人民群众的声音，反映选民的意愿，体现了人民当家作主的民主精神，能够使问责结果经得起民意的检验。

4、拥有人大其他监督机制的制度支持。和同体问责相比，特定问题调查制度还可以得到人大体制内更多的制度支持，根据《宪法》、《地方组织法》和《监督法》，人大代表除了参加特定问题调查委员会，行使调查权外，还可以通过行使质询权、询问权等手段向相关部门了解与调查有关的事项，在调查结束后，可以行使罢免权追究相关责任人的责任。各种监督手段相互配合，可以取得理想的监督效果。

三、强化特定问题调查在安全生产问责中的作用

强化特定问题调查制度在安全生产问责中的作用，一方面可以保证问责的权威，另一方面也可以使特定问题调查制度从规定落实到实践，推动人大监督制度不断完善。目前《监督法》仅针对各级人大常委会，没有对各级人大启动特定问题调查制度进行规范，而且《监督法》本身的规定也较为原则，因此笔者建议制定单行法或者由全国人大、全国人大常委会通过发布决定的方式详细规范特定问题调查制度。在地方上，各地的人大监督地方性立法为了适应《监督法》的实施需要系统修订，可以此为契机，在不违反《宪法》、《组织法》和《监督法》的前提下，规定适度细化，为今后开展特定问题调查提供法律依据。

笔者认为，当前迫切需要从以下几个方面加强制度建设：

（一）完善特定问题调查制度的启动机制

启动特定问题调查制度的重要前提是存在重大、复杂的“特定问题”。哪些问题如此重要，以至于需要组织“特委会”，《宪法》和《组织法》没有明确，这也是“特委会”实践不多的原因之一。在实践中，有的地方结合本地情况进行了规定。如2002年的《安徽省各级人民代表大会常务委员会监督条例》第47条曾规定：“本条例所称特定问题主要包括：（一）本行政区域内发生的违反宪法、法律、法规和上级或者本级人民代表大会及其常务委员会决议、决定的重大事件；（二）本行政区域内的国家机关工作人员的重大违法、渎职、失职事件；（三）本行政区域内有重大影响的冤案、假案、错案，以及公民和法人的重大控告、申诉案件。”但《监督法》第39条仅规定：“各级人民代表大会常务委员会对属于其职权范围内的事项，需要作出决议、决定，但有关重大事实不清的，可以组织关于特定问题的调查委员会。”²¹³重特大安全生产事故是否属于重大问题？笔者

²¹³ 为了与《监督法》保持一致，2007年1月28日安徽省十届人大五次会议修订了《安徽省各级人民代表大会常务委员会监督条例》，第42条规定：“常务委员会对属于其职权范围内的事项，需要作出决议、决定，但有关重大事实不清的，可以组织关于特定问题的调查委员会。”

认为，根据宪法和组织法，人大及其常委会负有监督法律实施、监督国家机关工作人员的职责和权力，对于造成重大人员伤亡和财产损失、可能涉及政府工作人员渎职失职责任的安全生产事故，人大及其常委会拥有调查权是毋庸置疑的。立法上可以对包括重大安全生产事故在内的需要进行特定问题调查的事项进行不完全列举，并辅以兜底条款，以明确启动标准。至于应当由哪一级人大调查，可根据事故大小进行确定，对于在全国造成重大影响的特别重大的安全事故，应当由全国人大或全国人大常委会组织调查，其他重大安全生产事故，由地方人大或常委会组织调查。

（二）加强特定问题调查制度的组织保障

《中华人民共和国全国人民代表大会议事规则》第46条规定：“调查委员会由主任委员、副主任委员若干人和委员若干人组成，由主席团在代表中提名，提请大会全体会议通过。调查委员会可以聘请专家参加调查工作。”《监督法》第41条规定：“调查委员会由主任委员、副主任委员和委员组成，由委员长会议或者主任会议在本级人民代表大会常务委员会组成人员和本级人民代表大会代表中提名，提请常务委员会审议通过。调查委员会可以聘请有关专家参加调查工作。”在实践中，由于法律规定过于原则，各地特定问题调查委员会的组成各不相同。如来安县的“特委会”由常委会主任何秋成任主任委员，副主任朱明龙、裴安朝任副主任委员，共有8名成员参加，同时从人大常委会工作机构和监察局、审计局抽调工作人员参与调查。益阳的“特委会”由主任委员1名（市人大常委会副主任谢梦阳）、副主任委员2名和委员16名组成，另从市人大常委会机关抽调8名工作人员。

其实，宪法第70条规定：“全国人民代表大会设立民族委员会、法律委员会、财政经济委员会、教育科学文化卫生委员会、外事委员会、华侨委员会和其他需要设立的专门委员会。在全国人民代表大会闭会期间，各专门委员会受全国人民代表大会常务委员会的领导。各专门委员会在全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会领导下，研究、审议和拟订有关议案。”《地方组织法》第30条也规定：“省、自治区、直辖市、自治州、设区的市的人民代表大会根据需要，可以设法制（政法）委员会、财政经济委员会、教育科学文化卫生委员会等专门委员会。……各专门委员会在本级人民代表大会及其常务委员会领导下，研究、审议和拟订有关议案；对属于本级人民代表大会及其常务委员会职权范围内同本

委员会有关的问题，进行调查研究，提出建议。”人大专门委员会的设置具有一定的灵活性，如1993年3月29日八届全国人大一次会议决定八届全国人大设立民族、内务司法、教育科学文化卫生、外事、华侨、资源保护委员会。而2003年3月6日十届全国人大一次会议决定十届全国人大设立民族、法律、内务司法、财政经济、教育科学文化卫生、外事、华侨、环境与资源保护、农业与农村委员会。因此完全可以依法在各级人大常委会下设立“监督与调查委员会”，专门负责调查的组织和日常工作，或者在各专门委员会下设专门负责组织调查的工作小组，使特定问题调查制度的运作获得组织保障。这样做也有助于在人大系统内部储备熟悉调查工作的专业干部，帮助人大代表更好地履行监督职责。

（三）赋予特定问题调查委员会必要的法律武器

《宪法》第71条规定：“调查委员会进行调查的时候，一切有关的国家机关、社会团体和公民都有义务向它提供必要的材料。”《监督法》第42条规定：“调查委员会进行调查时，有关的国家机关、社会团体、企业事业组织和公民都有义务向其提供必要的材料。”但是，法律没有明确“特委会”职权的性质，也没有规定法律责任，在实践中可能遇到阻挠调查的问题。而在美国，国会的委员会可以发出传票，任何人如果无视传票，都可能被国会以“藐视国会罪”提交法院论处。²¹⁴在意大利，调查委员会进行调查和审议时享有与司法机关相同的权力，可以直接向有关的部长索取资料 and 文件，可以要求其对有关的政策问题进行说明。²¹⁵鉴于在当前的安全生产事故调查中，瞒报、阻挠调查的情况时有发生，笔者认为，我国也应当立法明确特定问题调查权“准司法权”的特质，规定任何公民和组织必须予以配合，否则将承担妨碍公务或作伪证的法律后果。另外，“特委会”应当拥有法定的强制权力，可以申请司法机关或行政机关强制调查或采取其他强制措施。

（四）以程序规范特定问题调查的整个过程

为了调查活动的顺利开展，法律赋予“特委会”以巨大的权力，但任何一种权力如果失去控制，都可能造成危害。因此，必须以程序规范特定问题调查制度的运作。在这方面需要建立以下制度：

1、听证制度。听政是各国“国政调查”的重要手段，可以保证调查透明、

²¹⁴ 金灿荣：《试析美国国会的监督功能》，《教学与研究》2003年第2期。

²¹⁵ 意大利《代表院议事规则》第141、143条，《参议院议事规则》第28、46、47条。转引自吕艳滨：《西方主要国家议会监督手段之比较》，《环球法律评论》2003年夏季号。

公开、公正，兼听则明，避免偏见。

2、时效制度。由于“特委会”的调查对象都是较为复杂的问题，因此可以规定“特委会”的调查时限一般不超过六个月，如因案情特别复杂需要延期的，经批准成立“特委会”的机关批准，可以进行不超过六个月的延期调查。

3、回避制度。《监督法》第41条第二款规定：“与调查的问题有利害关系的常务委员会组成人员和其他人员不得参加调查委员会。”在人大组织“特委会”时，这一原则也应坚持。

（五）建立起特定问题调查制度本身的责任机制

为了提高“特委会”成员的责任心，保证特定问题调查的合法、准确，保证调查结果经得起代表和时间的检验，必须建立起特定问题调查制度本身的责任机制。人民代表大会或其常委会对“特委会”的调查委员会的报告，有权要求“特委会”成员进行解释和说明，可以批准报告并作出相应的决议，但是对事实不清、法律依据不充分的调查报告，有权要求“特委会”补充调查，可以通过决议变更“特委会”成员，严肃追究违法失职的“特委会”成员的法律责任，以此对“特委会”的工作进行监督，使监督不留死角。

环境侵扰与权利保障： 社会法中不可量物侵入之补偿请求权的法律构建

石 珍²¹⁶

【摘要】尽管《物权法》在相邻关系一章以第 90 条的形式对不可量物侵入作出了规定，故其以不完全法条的身份宣示了相邻关系视域下不可量物侵入之救济制度的缺位。同时，无论是《侵权责任法》、《民法通则》抑或是《环境保护法》，均只明确规定了环境侵权的判断标准：即以造成了“重大损害”作为判断侵入者承担民事责任的前提。该“重大损害”或以实际发生人身财产实质损害为判断标准，或以违反符合法定的排污许可或排污标准为判断标准。这样，在不可量物侵入符合法定的排污许可以及排污标准之时，只要未产生显性损害（病理性损害为显性损害），受害人即便遭受难以忍受的精神折磨，亦无法寻求相应的救济。甚至，受害人会因遭受的噪音侵害处于法定标准之上或下而获得天壤之别的司法判决。这显然有失公正。因此，本文针对不可量物侵入在程度和性质上的差异，创造性的引入了“较大损害”这一与传统实践中“重大损害”标准相对应的标准，构建出了相邻关系视域下不可量物侵入之补偿请求权。具体而言，本文认为，对于轻微侵入，相邻各方负有绝对的容忍义务；对于重大侵入，则应课以侵权法上的责任；而至于较大侵入，则应赋予受害方相邻关系上的补偿请求权。当然，较大损害的判决，必须借助于法官的自由裁量，从利益因素、时间因素、距离因素、妨害排除之可能性、不可量物妨害行为的形态性质等方面加以实际判断。

【关键词】不可量物；补偿请求权；相邻关系；较大损害；重大损害；轻微损害

²¹⁶石珍（1985-），湖南邵阳人，西南政法大学宪法学与行政法学硕士，现任深圳市市场和质量管理委员会 6 级执法员，曾在《行政法学研究》、《法律适用》、《人民司法》、《天津行政学院学院》、《岭南学刊》等刊物上发表论文三十余篇，曾在全国法院系统学术讨论会、中国法学家论坛、执法公信力论坛、青年法学论坛、京津沪渝法治论坛、泛珠三角合作与发展法治论坛、审判管理专业委员会年会、全国副省级城市法学会年会、广东社会科学学术年会、行政审判专业委员会年会”等比赛中获得三十余个省部级及其以上奖励。联系方式：13760139843；通信地址：深圳市福田区深南大道 7010 号工商物价大厦；邮编：518000；邮箱：huayuanfeiyu@163.com

不可量物侵入问题涉及公共利益与私人利益，横跨公法和私法两大法域，制度构成十分复杂。在现代大陆法系中，关乎不可量物侵入的法律调整主要有两种不同的规范模式：一种是以物权法为中心的制度模式，另一种是以侵权法为中心的制度模式。²¹⁷其中，物权法主要从相邻关系的角度对不可量物的侵入进行调整。就我国现行的立法规范而言，《物权法》第90条²¹⁸、《侵权责任法》第65条²¹⁹、《民法通则》第124条²²⁰、《环境保护法》第41条²²¹、《环境噪声污染防治法》第61条²²²、《大气污染防治法》第62条²²³等均对不可量物的侵入加以了法律层面的规制。

相邻关系制度的功能定位为对相邻之物在使用过程中的冲突进行调整，实现物之利用效率的最大化及利益平衡。而在现代相邻关系制度中，不可量物侵入制度往往处于核心地位。因此，就必须从相邻关系的视域借助利益平衡的理念对不可量物侵入的救济制度进行构建。然而，尽管《物权法》在相邻关系一章以第90条的形式对不可量物侵入作出了规定，但该条款并未对受侵入者在何时有权禁止不可量物侵入、何时对此侵入负容忍义务以及在负容忍义务时是否有补偿请求权等问题作出任何规定，因此该条款充其量在性质上只是一个用处不大的引致性法律条款。即从物权法角度对不可量物侵入实施法律规制存在着制度上的缺失。而单纯从侵权法层面规范不可量物侵入，则惟该不可量物的排放对受侵入者的身体、财产等造成了显而易见的损害或该不可量物的侵入违反了国家的强制性排放标准²²⁴，受侵入者方可请求侵入者承担损害赔偿或排除侵害的侵权责任。这样，在纷繁复杂的社会现实中，受侵入者的权利便无法得到充分救济，如侵入者在行政许可的范围内排放噪音时，受侵入者只能望而兴叹。

其实，不可量物侵入的排放标准仅仅为法律拟制的结果，不可量物的排放符合法定标准并不意味着该排放行为就没有对他人造成损害。法律将标准范围内的

217 金启洲. 民法相邻关系制度. 法律出版社, 2009. 80

218 不动产权利人不得违反国家规定弃置固体废物，排放大气污染物、水污染物、噪声、光、电磁波辐射等有害物质。

219 因污染环境造成损害的，污染者应当承担侵权责任。

220 违反国家保护环境防止污染的规定，污染环境造成他人损害的，应当依法承担民事责任。

221 造成环境污染危害的，有责任排除危害，并对直接受到损害的单位或者个人赔偿损失。

222 受到环境噪声污染危害的单位和个人，有权要求加害人排除危害；造成损失的，依法赔偿损失。

223 造成大气污染危害的单位，有责任排除危害，并对直接遭受损失的单位或者个人赔偿损失。

224 一般将之表述为“重大妨害”

侵入权利分配给侵入者，只是禁止了受侵入者以物权请求权的方式阻挠侵入者排放不可量物。若不从相邻关系的角度赋予受侵入者一定程度的补偿请求权，则对受侵入者而言难免有违公平正义。因此，对于司法实践之中，法官审理该类案件时，其所关心的不应为不可量物侵入是否达标的问题，而是更注重相邻关系视域下利益平衡的运用与权利公正的考量。它要求法官于一定条件之下发挥其主观能动性，根据一定的价值标准以保证最重要利益的最小损失，以便做出恰当的审判，并追求法律所要达到的实质正义之内在目标，实现最佳的社会效果²²⁵。其中，对于不可量物侵入未及侵权赔偿程度的行为，亦应考量其造成的利益损失而适当给予补偿。

（二）传统实践：民事侵权制度下权利救济之制度困境

案例一²²⁶：2009年，原告A认为被告B公司产生油烟、废气、空调等噪音严重影响了原告的生活，给原告的生产生活造成了不良的影响，于是提起了民事诉讼。在诉讼过程中，X县环境监测站于2006年9月12日，2006年12月27日，2007年9月19日，2008年9月27日，2009年4月20日对被告的噪声进行监测。监测结论为：1号点（原告A家）昼间噪声为60.5分贝，夜间为54.3分贝，1号点夜间超过《声环境质量标准》（GB3096-2008）中2类标准限值4.3分贝。于是，法院认定“被告B公司所有的空调、鼓风机、抽油烟机等设备产生的噪声，超过国家排放标准，给原告及其家庭人员正常生活及身心健康造成了严重的影响”，故判决被告B公司停止侵权并赔偿原告精神损害抚慰金。

案例二²²⁷：2009年，原告C认为被告B公司产生油烟、废气、空调等噪音严重影响了原告的生活，给原告的生产生活造成了不良的影响，于是提起了民事诉讼。在诉讼过程中，X县环境监测站于2006年9月12日，2006年12月27日，2007年9月19日，2008年9月27日，2009年4月20日对被告的噪声进行监测。监测结论为：2号点（原告C家）昼间噪声为51.5分贝，夜间为48.3分贝，2号点白天与夜间均未超过《声环境质量标准》（GB3096-2008）中2类标准限值。于是，法院认定“被告A公司所有的空调、鼓风机、抽油烟机等设备产生的噪声并未超标而不应当承担民事责任”，并判决驳回了原告C的诉讼请求。

²²⁵即当存在多种利益且各种利益之间存在冲突时，法官根据现行法律以及法律原理等对此做出利益考量，权衡各方利益之轻重以便寻出众多利益的折中点，做出有利于各方判决的利益协调过程。

²²⁶(2009)X法民初字第1879号

²²⁷(2009)X法民初字第1880号

上文所举两例案件都是因噪声污染而提起的侵权之诉。二者之间有着相似的案情，案例中 A、C 的生活安宁权益与健康权均遭受到了不同程度的损害，且其所受侵害与 B 公司制造的噪声存在直接因果关系。但是，法院却做出了两个截然相反的判决。这无疑是匪夷所思的。

然而，若精致的分析法律规范的要求，该法院未有错误之处。如前所言，《物权法》第 90 条款过于简单与粗糙，几乎形同虚设。因此，针对不可量物侵入的权利救济，我国立法上主要采取了环境侵权的判断标准。无论是《侵权责任法》第 65 条、《民法通则》第 124 条抑或是《环境保护法》第 41 条，均只明确规定了受受害人针对环境污染损害所享有的救济权利。而是否构成环境污染损害，我国司法实务一般采取的是两种标准：一种是以实际发生人身财产实质损害为判断标准，另一种则以符合法定的排污许可或排污标准为判断标准。对于符合法定的排污许可以及排污标准亦未造成实际人身财产实质损害的不可量物侵入，法律视之作为一种合理范围内的损失，一般要求邻人对之加以容忍。因此也就造成了上面那两个令人啼笑皆非的判决的出现。

其实，正是由于不可量物侵入具有不可衡量的性质，法律才拟定了一个排放标准对之进行了规制。这种拟制标准有其存在的必要性。它不仅仅为民法不可量物侵入提供了一个客观标准；更重要的是，通过这种做法，可以使公共利益和私人利益得以协调，避免了公法规范与私法规范之冲突，进而为实现公法和私法功能上的相互配合奠定了基础。这一标准也确定了不可量物侵权下受侵害人之损害赔偿请求权或排除妨害请求权²²⁸的适用范围，即该请求权只有在违法性²²⁹的不可量物侵入场合才有可能成立。但是，这些标准中的极限值和参数仅仅客观地反映了当前的技术水平。即便是属于上述参数和极限值所评价的侵入，如上所述，其原则上也只是一个“参考标准”，在个案中仍需要作进一步的判断。或者说，公法上的规定和标准只是增加了判断上的便利，但它并不能成为判断“侵入者之民事责任”的实质性判断标准。这就意味着未超过排污标准合法的排放行为，并非就不需要对邻人承担责任了。虽然，我国现在对于噪音、日照、建筑物间隔距离虽有确定的标准，但因不可量物的种类复杂，而且会随着科技的发展、人类追求的提高而不断扩充，有关标准的制定就会出现滞后现象。因此，就应当将加害者

²²⁸赔偿损失之目的在于弥补已经造成的各种人身财产损害，即救济已然之损失；排除妨害之目标在于预防将来可能发生的不可量物侵权之害，即防患于未然。

²²⁹此处之违法性一般指结果不法，因为结果不法理论在审判实践中更具有可操作性，更有利于判断。

权利利用的适法性和受害者的受损害程度两方面相结合进行判断。本文认为，对于排放的不可量物在法定标准范围的行为，应当以维护相邻关系为基础，视其对邻人所造成的影响程度²³⁰，而课以侵入人一定的补偿责任。这样，才能在相邻关系的主体之间形成利益上的平衡。其实，即便是对不可量物的侵权责任，也同样采取了利益衡量²³¹的方法。当出现不可量物侵权案件时，适用何种责任形式则需要法官考量当事人双方的利益。

（三）超越视域：相邻关系制度下损害赔偿之合理突围

如果说在传统的农业社会，相邻关系主要表现在流水、排水、通行、根枝竹木越界等方面，那么在现代的工商业社会，伴随工商业发展而产生的煤气、热气、噪声、震动等不可量物妨害问题则成为现代各国相邻关系制度规范的重点。²³²甚至，在现代相邻关系制度中，不可量物侵入制度往往处于核心地位。如德国民法典中不可量物的规定经过两次修正，现已形成一套十分完备和精致的制度，以至于在整个相邻关系法中处于一般条款地位。颇为遗憾的是，尽管我国《物权法》第90条规定了不可量物的排放不得违反国家规定，但是该法律并未在相邻关系的视域下继续对不可量物侵入的法律后果加以规定，从而导致了《物权法》第90条无法发挥其应有的功能。而侵权法视域下对不可量物侵入的规制缺乏梯度性的安排，对超出容忍限度的妨害，只要妨害人没有采取必要的预防措施加以避免，不问加害人主观上是否预见或回避损害发生之可能，即构成过错，应承担侵权责任；而对于容忍限度内的妨害，则不问受害人是否可能真正受到了不利影响，而一律不予以加以救济。即，侵权法中责任分配采取了全有全无的原则，要么认定侵权责任成立，要么否认侵权责任存在。这样，就无视了不可量物侵入相邻关系之时的复杂特性。

不可否认，当不可量物侵害侵犯到人们的财产权和人身权时，受害人可以选择提起侵权之诉以保护自己的权益。但是，由于不可量物侵入的特殊性，其对人体的影响并非都是显性影响。有的个体承受能力强只会产生不适的感觉（即隐性的影响），有的个体承受能力差就可能诱发某些疾病（即显性的影响）。而在仅产生了隐性影响的情况下，侵权之诉这并非最有利的救济方式。如对于符合排污许

²³⁰这种损害的程度通常是可以评估、鉴定、医学鉴定、测量等技术手段实现的。

²³¹所谓利益衡量，又称为利益考量或利益分析，指的是法官在适用法律的过程中对所涉及的相互冲突的各种利益进行比较，作出评价并加以抉择的形式。

²³²金启洲，民法相邻关系制度，法律出版社，2009，80

可以及排污标准的不可量物侵入之行为,即便该行为确实对受侵入人的生活和精神造成了不便,但只要该行为未造成人身或财产上明显的损害后果,则无法通过侵权之诉的赔偿请求权加以救济。此时,就有必要借鉴相邻关系制度中补偿请求权加以利益衡量。即一方为公共利益或他方私人利益不得已而作出“牺牲”时,有权获得一定的补偿。此时,不可量物侵入的受害方本应享有的排除妨害请求权因一项特别法律规定而被剥夺,但其同时被赋予另一项补偿请求权。这种请求权在性质上与一般侵权行为责任中的损害赔偿请求权不同:前者中的加害行为是法律所允许的,因此不具有违法性,不属于侵权责任范畴;而后者中加害行为是一种违法行为,是一种侵权责任²³³。就补偿请求权与损害赔偿请求权的区别而言,在于后者往往以可加以证明的损害存在为适用前提。如,若侵入者排放的噪音造成了被侵入者听觉上的病症,则一般可课以赔偿损失的责任;但若该听觉上的不适尚未成为病症,仅仅只表现为一种精神上的折磨,则无法适用赔偿责任条款,而只能通过补偿请求权加以救济。

可以说,不可量物侵入对人体的不利影响属于常识性的判断。这种不利影响既包括物质上的财产损失,如烟气、湿气导致房屋受损、家具物品霉变损坏;也包括身体上的损害,如噪音影响睡眠导致健康受损;还包括精神上的损害,如在居民区附近设置的殡仪馆整日播放的哀乐引致恐惧紧张甚至精神痛苦。²³⁴只是由于不同个体承受能力的不同而受到不同程度的影响。故不应当苛求受害人必须因不可量物诱发疾病才能获得救济,而对精神方面的不利影响视而不见。本文认为,针对不可量物侵入所造成的隐形影响,法官可以通过考量各相关因素之后,从相邻关系视域下的补偿请求权出发适当对受侵入者加以救济。当然,由于隐性影响的不可量性,确定是否予以补偿以及补偿额度时应当以综合考虑不可量物的排放标准、持续性以及降低其影响的技术可能性等。如上述案例中,以环境侵权为判断角度,则由于该排放的噪音未超过法定标准,原告C便无法获得法律的救济。但是,原告A、C所处环境并未有较大的差距,理应受到不相上下的法律保护。因此,就必须引入不可量物之补偿制度,避免往后A、C的诉讼结果迥然不同、防止这种显失公正的判决继续出现,就有必要引入相邻关系的视角来调和不可量物侵入的纠纷。相邻关系调整不可量物侵入时应当以利益平衡、协调发展为原则,

²³³金启洲. 民法相邻关系制度. 法律出版社, 2009. 145

²³⁴杨立新主编. 类型侵权行为法研究. 人民法院出版社, 2006. 717-719

这对于实现社会整体利益的优化配置非常重要。同时，不可量物侵入多因涉及环境问题而具有高度科学技术和利益高度冲突的特点，是在一定限度内可以容忍的危害，因此应对邻人的妨害排除请求权加以限制，这也体现了社会化确认的权利不得滥用原则。

其实，就不可量物侵入的责任构成而论，可以借鉴德国的立法模式。即采取区分原则，对需行政许可才能营业的企业或设施造成的不可量物侵害和一些特定的设施所造成的环境污染侵害实行无过错侵权责任，而对日常生活和不需许可的企业或设施造成的不可量物则考量其在维持相邻关系上的意义。²³⁵这种针对不同对象，规定不同责任，分属不同的法域，制度构成和体系安排十分合理。

三、法律回应：不可量物侵入时补偿请求之技术弥补

总的说来，不可量物侵入的救济制度大体包括三个部分内容：其一是不可量物侵入轻微损害，不得禁止之；其二是不可量物侵入较大损害，不得禁止之，可以寻求补偿救济；其三是不可量物侵入造成重大影响或重大损害，得禁止之，例外情况下不得禁止而寻求赔偿救济。其中，第三点内容属于侵权法视域下不可量物侵入之救济途径，而第二点内容则属于本文所描述的侵权法视域下不可量物侵入之救济途径。即对于符合不可量物侵权构成要件的行为，可以通过侵权责任加以规制；而对于不符合不可量物侵权构成要件的行为，则需要通过补偿责任加以规制。而以不可量物补偿的方式对受侵入者加以保护，使得对土地及不动产的使用限制扩大到对健康、精神的不可侵性、行为的自由及感情领域，更加体现“人本主义”的关怀。

二、不可量物补偿之构成要件

1、不可量物造成的侵害必须属于较大。就社会现状而言，不可量物侵入的结果呈现多样化趋势。除了对土地及相邻不动产产生侵害以外，人们更加关注其对人的身体健康、生活质量所产生的负面影响。而这种负面影响往往无法加以数量上的衡量与判断。因此，在侵入者排放的不可量物符合法定标准的情况下，受侵入者往往无法获得法律上的任何救济。这显然有违公正之涵义。此时，则可以引入“较大损害”这一概念，从赋予受侵入人补偿请求权的角度平衡相邻关系中的各方利益。就“较大损害”这一概念而言，若不可量物的侵入为违法相应的行政强制性规定，亦未对受侵入人人身财产造成实质上的损害，而仅仅是对受侵入

235金启洲. 民法相邻关系制度. 法律出版社, 2009. 151-154

人的生活或精神造成了相当程度的不利影响，即可视不可量物造成了较大侵害。当然，完全区别较大损害与重大损害有一定的困难。就其二者的区别而言，重大损害指不可量物侵入造成了实质损害或违反相应排污许可、排污标准，而较大损害则属于未造成了实质损害、亦未违反相应排污许可以及排污标准，但又接近于重大损害的情况。

2、不可量物妨害必须不是由特殊管道产生的。²³⁶如果不可量物侵害是经由特殊管道产生的，那么当然没有衡量补偿请求权的适用余地，受害人可以直接请求排除侵害，以停止该侵害之继续发生。²³⁷若行为人排放不可量物的行为是该地域或该时间范围内人们对不动产利用的通常性行为，则认为其具有时间和场所的惯行性。因此，一般不发生赔偿之责任，而发生补偿之责任。

3、相互冲突的利益都受到法律的保护。只有法律规定的权益，才会受到法律的保障，法律没有规定的权利只能算作裸权利，即没有法律上的力为之提供强有力的保护。在现代社会，不可量物妨害案件的双方当事人往往一方是企业，另一方是公民个人。因此，在不可量物妨害案件中涉及到的利益相应的就体现为企业一方的经济利益和公民一方的财产利益及人身利益。而企业的经济利益又经常关涉到一个地方的社会利益和公共利益。无论是社会利益还是企业经济利益以及个人的人身财产利益，都是法律明确规定的，都理所当然地受到同等的保护。但是，当它们发生冲突时，总是要根据一定的标准对其作出权衡和取舍。若企业以违法的手段排放不可量物，则其利益是不受法律保护的，邻人可以基于此而提起侵权诉讼。

三、不可量物补偿之技术考量

其实，在不可量物侵入救济制度的建立过程中，将不可避免地面临一个问题：如何调节社会经济发展的需要与公民生活环境利益的冲突。因产业活动产生的不可量物侵入害案件既牵涉受害人的合法权益问题，又涉及加害方企业的发展状况并进而影响到经济的发展和社会的稳定，甚至还牵涉到后代的权益问题。因此，这类案件的处理常常需要运用利益衡量原则，在经济效率与社会公平正义之间寻求最佳的平衡点。利益衡量方法赋予了法官一定的自由裁量权，由其根据司法实践中的具体案件情况，在法律规定的标准和范围内进行自由裁量，以便合理恰当

²³⁶叶知年主编：《生态文明构建与物权制度变革》，知识产权出版社，2010，355-356

²³⁷叶知年主编：《生态文明构建与物权制度变革》，知识产权出版社，2010，355-356

地调解当事人的利益冲突，最终实现公平正义。这是构建社会主义和谐社会的题中之义，也是构建和谐社会的必然要求。对于不可量物侵权妨害是否应该给予补偿，可以考量以下几个因素。

1. 利益因素

法官在进行利益衡量时，应从局部和整体两方面考虑当事人各方的利益并做出合理的选择。当利益相冲突的案件当事人之间的利益都需要保护时，法官应该判段一方的利益是否重于另一方的利益，并且应该在多大程度上给予保护，以及应当考虑这样做所产生的社会效果。如果不可量物侵入行为对社会利益的侵害远远低于其所带来的利益，则对受侵入人就无给予保护法律之必要；如果不可量物侵入行为的危害程度较大而有必要课以民事责任，则可以通过利益补偿的方式做到对各方利益的平衡与保护。

另外，还需要不可量物妨害行为对邻人造成损害的利益类型。尽管邻人的各种不同性质的利益都应受到法律的保护，但是，在价值判断上具有阶梯性和层次性。邻人的人身利益、财产利益及居住利益之保护有先后顺序、有重要和次要之分。同时，邻人的各种利益与加害企业的经济利益以及其所带来的社会效益之间，也需要法官进行恰当的利益衡量。

2. 时间因素

按照传统的相邻关系理论，如果被害建筑物存在于加害建筑物之前，加害者应向被害者赔偿所造成的损失；如果加害建筑物建设后(或企业活动开始后)，被害者才开始成为毗邻土地的所有者的，一般而言，被害者的赔偿请求不予认许。²³⁸这个理论原则上可以适用于不可量物妨害行为的救济程序。审判实践中，法官也应当借鉴日本的“自甘冒险”和“危险引受”规则进行自由裁量，对加害人利用土地在先，受害人利用土地在后并明知存在不可量物侵入可能的，适当提高受害人的容忍义务限度。但是，本文认为此处还需要考量后迁入之邻人有无预见到可量物妨害行为。对后迁入之邻人不予保护的理由在于其有自甘冒险的因素，且后迁入之邻人可能已经在不动产价格等方面获得了补偿。但是，自甘冒险行为的认定必须具备几个条件，其中之一便是行为人能预见损害之发生且默示或明示同意。因此，若后迁入之邻人有无预见到可量物妨害行为的可能性，则不应对时间因素加以考量。

238梁慧星主编：《迎接WTO：梁慧星先生主编之域外法律制度研究集（第2辑）》，国家行政学院出版社，2000，125

另外,侵害持续的时间或者重复发生的频率,对于评估排放行为造成的不利影响具有决定意义。如邻居家装修发出的噪音,如果只是在当地正常的工作时间里发出,它被认为是轻微损害;相反,如果持续到正常的休息时间,则会被认为是一种较大损害,甚至可能发展为重大损害。

3. 距离因素

不可量物侵害具有消极性和范围性的特征,是由不可量物的发散性决定的。许多不可量物产生的物质性侵害通常会随着空气、水流等扩散,造成的影响亦会随着邻接层次的不同而异,通常邻接越近造成的危害越大,随着不可量物的扩散,其作用亦不断减弱。²³⁹因此,一方面,随着经济的发展,相邻关系已经从不动产土地与土地平面的直接相连发展到土地或建筑物在立体空间上的相连接,特别是近现代高层建筑的发展演变出更为复杂的各区分所有权之间的相邻关系,随之而来的现代的许多不可量物侵害已经突破了地域性的限制。²⁴⁰因此,有无受到不可量物妨害行为的影响,不能局限于一般意义上的邻人。即便相隔数十里,只要受到了不良影响,亦应当认定其为本出所指的邻人。另一方面,又不能盲目扩张邻人的范围,使排放不可量物者承受其不可预见的义务。

4. 妨害排除之可能性

法规范或法律本身,是由许多相互对立的,不断地被争论着的各种物质、国家、宗教以及伦理等利益的协力产物。而由于个人主义本性,不可量物的排放总会产生不同的利益主张和要求。这就意味着当一种利益与另一种利益相互冲突而又不能使两者同时得到满足时,就得根据这些利益的优先秩序进行合理安排。若排放者采取相应的措施治理不可量物会付出较高的代价,且不采取措施只会造成较大损失,则可以以补偿的方式加以救济。即在判断受害地通行性之妨害或收益之减少是否超过可以期待的限度时,在考虑受害地之当地的性质、结构和目的确定的基础上,依照受害地的通常的(非具体的)利用人的感受来确定²⁴¹。

5. 不可量物妨害行为的形态性质

不可量物妨害行为的形态性质也会影响法官所进行的利益衡量。例如不可量物妨害行为是属于大气污染、水污染等常规污染行为,还是属于有毒物质或核辐

²³⁹叶知年主编,《生态文明构建与物权制度变革》,知识产权出版社,2010,330

²⁴⁰杨立新主编,《类型侵权行为法研究》,人民法院出版社,2006,717-719

²⁴¹金启洲,《民法相邻关系制度》,法律出版社,2009,110-114

射等高危行为；不可量物妨害行为是否在法律规定的污染物排放标准之内，以及造成的侵害后果是暂时的还是永久的；不可量物妨害行为的危害范围等等都是法官所需要考虑的要素。只有从多角度对不可量物妨害行为后果进行考量，综合衡量各方利益，公平客观地分配各方损失负担和利益分享，才可能实现公正的司法。一般而言，对于公益性的不可量物妨害行为，邻人所提起的妨害除去和不作为之诉请求应被限制，但仍应被赋予可提起代替妨害除去及代替不作为之诉和补偿请求之诉；对于私益性的不可量物妨害行为，邻人如能证明加害方已达到法定的侵权条件时，即可享有妨害除去请求权、不作为之诉请求权、补偿之诉请求权等完整的请求权利，不受任何限制。

四、立法对接：《物权法》第 90 条的修正意见

如上所述，由于《物权法》第 90 条存在的不足，导致了相邻关系视域下不可量物侵入之补偿请求权的缺位，从而无法公正的救济受侵入者的合法权利。故本文认为，有必要对该条款加以修正，具体意见如下：将“不动产权利人不得违反国家规定弃置固体废物，排放大气污染物、水污染物、噪声、光、电磁波辐射等有害物质”修改为“不动产权利人违反国家规定弃置固体废物、排放大气污染物、水污染物、噪声、光、电磁波辐射等有害物质的，应当承担相应的侵权责任；不动产权利人未违反国家规定弃置固体废物、排放大气污染物、水污染物、噪声、光、电磁波辐射等有害物质的，但给他人造成了较大损害的，可以责令不动产权利人给予受害者一定的经济补偿”。

此时，再结合《侵权责任法》、《环境保护法》以及相关的污染防治法，便形成了完善的关于不可量物侵入的法律救济制度，其总体结构如下：

侵害类型	容忍义务	补偿请求权	排除妨碍请求权	赔偿请求权
轻微侵害	有	无	无	无
较大侵害	有	有	无	无
重大侵害 当地通行的且不可避免的侵害	有	无	无	有
重大侵害 非当地通行的或可避免的侵害	无	无	有	有

四、结语

不可量物侵入不仅涉及私人土地所有者之间的利益冲突关系，而且也关系到整个社会的环境保护问题，不可能在一种法律中将二者很好地统一起来，故采分别立法方式。²⁴²也就是说，将相邻关系视域下的补偿请求权纳入不可量物侵入制度之中，并没有否定或排斥侵权损害赔偿请求权或侵权排除请求权的适用。只是针对不可量物侵入在程度和性质上的差异，对受侵入人之权利救济手段应加以不同的限制。即在轻微侵害场合，要求受侵入人负绝对的容忍义务；在较大侵害场合，对受侵入人的排除请求权附加一定的条件，并设损害赔偿请求权对其予以救济；而在重大侵害场合，则赋予了受侵入人排除请求权以及损害赔偿请求权。这种制度设计系从侵入之合法性出发，最大程度地实现不同土地所有人私人利益之间以及私人利益与社会经济发展之间的平衡。可以说，无论是排除请求权、相邻法上的补偿请求权，还是侵权法上的损害赔偿请求权，都是在于排除或填补受侵入人所发生的损失²⁴³，从而达到利益上的平衡。

²⁴²金启洲. 民法相邻关系制度. 法律出版社, 2009. 117-119

²⁴³金启洲. 民法相邻关系制度. 法律出版社, 2009. 221-225

社会法视野下转变国家治理观念的挑战与出路

石珍²⁴⁴

【摘要】 社会自治领域的日益扩大，以国家权力为核心的一元权力结构逐渐解体，公共权力领域和私人领域的二元性分化开始进行，治理型政府开始取代管理型政府逐步成为现代政府建构的主导形态。权利本位的治理范式，重视主体间性，激活了交往理性，关注自我管理，重塑了权力责任，凸显服务职能，涵盖了为民品质。且随着法治国家的不断演进，单纯的形式法治已经无法适应治理型政府的内涵与要求，作为一种更为合乎权利保障要求的法治形式，实质法治亦将在执法过程中发挥其独特的作用。上述执法理论与执法目的的变迁，必然又直接影响到执法理念的更新与升级。首先，公职人员必须克减干预性执法理念，缔生给付性执法理念，通过识别违法行为的培训与指导等其他柔性治理手段去达致消除违法行为的目的。其次，削损惩戒性执法理念，换持恢复性执法理念，通过补偿、调解等各方认可的治理方案，修复被损害的社会关系，防止矛盾的进一步升级与扩大。再次，摒弃自卫性执法理念，建构履职性执法理念。即便职业投诉人反复投诉、无理缠讼的行为，给执法人员带来了极大压力和冲击，公务人员也不能出于规避自身的风险责任的考虑，盲目地支持其漫天要价地请求，甚至向经营者施加压力，而应将公共权力的好钢用在维护安全与促进服务的好刃上。最后，去除专断性执法理念，接引参与性执法理念，通过参与程序向群众求计问策，以“原生态”的群众意见作为判断的“参照系”，从群众意见中汲取处理职业投诉的养分。

【关键词】 给付性执法理念；恢复性执法理念；履职性执法理念；参与性执

²⁴⁴石珍（1985-），湖南邵阳人，西南政法大学宪法学与行政法学硕士，现任深圳市市场和质量管理委员会6级执法员，曾在《行政法学研究》、《法律适用》、《人民司法》、《天津行政学院学院》、《岭南学刊》等刊物上发表论文三十余篇，曾在全国法院系统学术讨论会、中国法学家论坛、执法公信力论坛、青年法学论坛、京津沪渝法治论坛、泛珠三角合作与发展法治论坛、审判管理专业委员会年会、全国副省级城市法学会年会、广东社会科学学术年会、行政审判专业委员会年会”等比赛中获得三十余个省部级及其以上奖励。联系方式：13760139843；通信地址：深圳市福田区深南大道7010号工商物价大厦；邮编：518000；邮箱：huayuanfeiyu@163.com

法理念；治理范式；实质法治

法律是描述性和规定性的。作为“法律”而言，没有进入人的意识的“纸上的法”还不是法。法律规则为了获得最大限度的有效性，需要一种为它提供支撑的法律理念方面的基础。在不同的法律理念的指导下，公众会对法律规范产生不同的理解，并在后续采取不同的行为。即便是在当今世界，立法机关也不能仅凭巨细无遗的法律条文来规范复杂的社会实务，公职人员所持执法理念的差异往往会影响原法律条文的实然运行。无论是市场体系的成熟、公民社会的成长，还是国家治理结构的完善，执法者法律理念的萌生与显彰均直接关乎着上述目的的有效实现。可以说，公职人员在整个国家治理体系中扮演着基础性的角色。若一个国家的公职人员有过多的“越界行为”，那么这个国家就会衰退。因此，作为执法者的公职人员都应该拥有第一项公民美德，也就是良好适当地法律理念。

但是，虽然改革开放以来我国政府在不断地改变决策方式和治理模式，法治规划与服务蓝图也日益丰满，但政府主导下的管理行政依然是对目前中国社会管理模式最为恰当的概括。在此管理范式下，公职人员虽已然脱离了封建社会中统权思维的束缚，开始将自身的行为置于法律的审视与规范之下，但却陷入了形式法治思维的桎梏。以处理职业举报为例，监管部门在执法过程中，过多地考虑了自身的履职风险，人为地增添了对举报事务的处理程序，极其频繁地使用了规制性的管理手段。基于这种执法理念的“指使”，职业投诉愈演愈烈，不仅职业投诉人不曾树立起对法律的信仰与尊崇，更在一定程度上加剧了经营者对法治的不信任。更为重要的是，科以经营者繁复地检查义务将严重影响市场经济运行的秩序，从而损害政府的执法权威。因此，本文便针对执法实务中的职业投诉问题，详细分析公职人员所持执法理念上的偏差与不足，并通过治理范式理论的描述及实质法治目的的勾勒，阐释公职人员执法理念上应有的精进与突破。

一、执法理论的铺陈：管理范式到治理范式的嬗变与转型

（一）管理范式的拘囿与弊端：权力本位

在中国历史上，国家与社会长期融为一体，中国传统政治文化没有内含“社会独立于国家并获致不受国家干预的自主权利”这种确定而明晰的观念，且权力中心主义一直是传统中国难以割舍的消极观念。而受此中国传统观念的影响，新中国成立后的计划经济时代，我国行政管理最突出的特点就是以行政权力为中心，对社会事务实行多方面、全方位的管理。虽然自改革开放以来，我国政府在转变

政府职能、构建服务行政、积极维护公民权利方面取得了极其重大的发展，但管理思维依然无处不在。例如，对公民权利存在着重大损害的劳动教养制度一直存在，作为市场主体参与经济经营的行政许可制度仍未全面放开，市政建设的公众参与、重大决策的意见征集依据形同虚设。

在此种管理范式之下，社会主体是否能够享有某种权利或是否应当承担某种不利后果，能否获致从事某种行为的准入资格，以及其他各种行政目标的达成与实现，均仰赖于政府依单方意志作出某种支配行为。在社会发展中，社会公众难有意见表达和行为选择的权利和机会，除了盲目地接受政府及其职能部门的管理和支配，不能主动积极的介入社会公共管理领域。虽然，这种国家控制能力和社会动员能力极强的模式有其历史合理性，在关乎民族存亡的历史关头，它重建了自清中叶后溃败的社会政治秩序，抵抗了外族侵略，实现了民族独立和国家统一，并逐步克服政治解体和社会解组并存的总体性危机。²⁴⁵但随着市场经济的日益发展，以及公众权利的日益觉醒，这种压制性的管理范式必将产生各种社会管理危机。

（三）压缩了主体间性，克制了交往理性

在资本主义的发展进程中，理性越来越被局限于目的——手段的关系，萎缩成工具理性。所谓工具理性是指被资本主义的唯功利原则“异化”了的理性，它对实现最佳效益的途径的考量纯粹出于手段——目的的理性思考。工具理性是自由主义人性论的一部分，该理论的设立基础在于“人在本质上是互相隔绝的”，它过分地凸显个人权利，却不承认公共责任。在这种工具理性下，严格考虑自我利益的取向极其盛行。可以说，资本主义现代化的历史，实质上是工具理性越来越发达、其运用范围无限扩张的历史，西方现代化社会的许多弊病正产生于此。²⁴⁶

为了克服这种工具理性的弊端与危害，哈贝马斯以“主体间性”为内核发展出了“交往理性”理论。该理论认为，个人主义已经成为现代社会中各种问题的根源，故应主张摒弃极端的个人主义，通过主体间性来消除人与人之间的对立，实现平等主体间的自主的、合理的交互关系和相互作用。交往理性建立在相互沟通后达成理解的基础之上，这样就可以修正法律系统过分的形式理性化；同时这种建立在平等、协商基础上的理性，也让现实生活中公众所追求的是实证正义更

245 伍俊斌, 公民社会基础理论研究, 人民出版社, 2010, 236

246 任岳鹏, 哈贝马斯: 协商对话的法律, 黑龙江大学出版社, 2009, 54

加形式合理化,最终“系统与生活实际之间与之内都朝向形式且实质合理化发展”。²⁴⁷然而,作为管理范式的国家行政却强调权力流向的单程性与强制性,未曾正视为行政机关与行政相对人二者之间的对话可能。建立在国家强制力基础上的国家管理行为对于该行为的接受与否也不看重,这就极大地限制了交往理性的实现,为社会矛盾的积累与发酵提供了较大的可能。

(四) 损耗了行政效率,降低了制度信誉

管理型政府以管理者即政府为“中心”,强调“便于管理”和“全能管理”的原则,常常采用行政命令的方式、暗箱操作的方式、行政性垄断和行业垄断的方式、封闭的方式、人治的方式进行管理。而这种单向度的方式压制相对人的意愿表达,扼杀了相对人希望获得尊重和认同所带来的心情愉悦进而是智识创新上的灵感,也导致了相对人对行政管理、行政执法的厌恶;纵然行政目标有益于行政相对方,也还是难以感化人们的内心或情感从而获得相对方对行政管理的回应、支持与合作。²⁴⁸这也就使得行政管理的行为很难获致社会主体内心上的尊重,更难获致公众主动积极的配合。这种不配合,甚至对立的情绪直接制约着行政目的的及时实现,从而损耗了行政效率。而行政效率的损耗以及管理目标的未达成又反过来助推者管理手段的实施,这一点从“死灰复燃”的无证无照行为的取缔便可略窥一斑。

同时,传统公共行政强调的统一规制和监控,极大地抑制了社会主体的主动创造力;代表国家意志的政府管理和服,对市场信号和消费者需求的反应也不甚灵敏。这样一系列的因素也从一另一方面阻滞了高效行为的出现。更为重要的是,管理行政企图把纷繁复杂、瞬息多变的社会生活纳入预定的计划框架体系,使社会呈机械式的有序状态。某些行政计划式的管理手段往往有意无意地违背市场规律,以各种行政手段实现国民经济的粗放式增长,实际上便严重降低了资源的配置效率和使用效率。同时,对社会的要求与愿望反应迟钝或不愿作出反应的政府往往会遭致更为严重的权威危机、信任危机和合法性危机。

(五) 忽略了服务职能,扭曲了权力本质

随着市场经济转型的不断演进,社会竞争也日渐突出,贫困、失业、疾病等一系列社会问题严重困扰了社会公众的的自我维持与发展。在此背景之下,政府

247 王崇名,法律与社会——西方法律文明与未明的韦伯,台北杨智文化事业股份有限公司,2004,87.

248 石佑启,杨治坤,黄新波,论行政体制改革与行政法治,北京大学出版社,2009,290-291

不仅要维护公共安全和秩序、防止和抵御外来侵略和破坏，更重要的是要积极主动地为人民提供最大的服务和照顾以满足人民各项生活所需并提高全民生活水平和质量。²⁴⁹政府有责任通过行政的和组织的方法来提高国家的效率、减少浪费、降低人民的不满情绪、增进个人福利与保障，帮助人们更有效地成为能够自由发展的公民主体。然而，传统的、为缓和冲突、保持“秩序”的管理范式却忽视了政府在提供公共服务方面的服务性作用与公共责任机制的建设与发展，它已无法反映出现代公共服务所需承担的广泛的、管理的以及政策制定的角色。管理范式中单纯的权力手段已经远远不能适用时代的要求，那种死板、僵化的严格行政不能灵活地应对纷繁复杂的社会情况。而将这种公共服务职能上缺位与在对公民权利限制上的显形进行对照，便可发现管理模式实质上就是一种治民活动而非为民服务。它是权力本位或政府本位的一种集中体现，扭曲了服务与保障的权力本质。

总而言之，管理范式压缩了社会公众的主体间性，取消了社会主体与政府之间良性互动的空间，阻滞了社会秩序的发展与构建。它撕裂了社会连带，使得作为国家建构者的公众与政府之间产生了信任上的裂痕，甚至使得公民在受到政府压制之后形成了对政府憎恨，且公众无法合理预测超乎法律之外的行政权力将会如何加诸自身。更为重要的是，这种管理范式过分的强调对社会成员的消极管理却忽视了服务职能的积极实现，从而使得政府在社会管理中的合法性危机得以彰显。可以说，传统的管理范式已经在理论和实践的质疑声中陷入了“四面楚歌”的境地。所幸，我国政府在不断完善自我建设的过程中，意识到了管理范式将严重影响市场经济与公众权利的全面实现，故以十八届三中全会作为契机，正式提出了“国家治理”范式。

（二）治理范式的突破与涅槃：权利本位

管理范式的国家行政模式已然无法应对我国经济发展中所呈现出的社会需求与公众期待，故一种新型的“国家治理”模式应运而生。我党在十八届三中全会公报，明确指出“全面深化改革的总目标是完善和发展中国特色社会主义制度，推进国家治理体系和治理能力现代化。”同时，人们熟知的“社会管理”表述也变成了“社会治理”。虽然仅一字之差，但“治理”与“管理”的差别却显而易见，它是一个治国方略的总体思想的变化。较之“管理”，“治理”更强调灵活性、协调性、沟通性，彰显了国家的公平、正义，社会的和谐、有序。确切地说，

249 刘丹等. 法治政府：基本理论与框架. 中国法制出版社. 2008. 116-117

这种以“治理”形式出现的制度范式更为强调政府的导航功能，重视权利保障和社会公平的实现，致力于为社会提供公平与有效的公共服务。它集中体现的是一种权利本位的法治思想。

31. 重视主体间性，强调交往理性

通常意义上，国家政治权力体系存在着两条向度截然相反的路径，一个是自上而下的政治权威流通轨道，一个是自下而上的民意表达流通渠道。二者相辅相成，形成了一种协商、互动、可信的交往理性。传统的管理范式过度依赖于国家或政府从上至下的强权性管理，缺乏民意表达与公众参与的功能，阻滞了交往理性的实现。随着现代社会主体性的全面复苏和主体间性的迅速成长，公众的程序性权益诉求更是与日俱增，人们已经不再满足于消极、被动地等待国家供给公共物品，而要以主体身份广泛参与公共物品的生产与分配过程，寻求公域之治过程正当与结果正义的统一。²⁵⁰这就需要借助理治理范式予以实现。

在当代治理主义看来，政府组织在整个社会中虽然仍充当着非常重要的角色，在合法使用暴力和维护公民基本权利方面，仍有着其他组织无可代替的作用。但是，政府组织今天已经不再是实施社会管理功能的唯一权力核心。²⁵¹新型的治理范式能够突破强权性管理的拘囿，借助社会力量共同治理社会事务的过程，将社会成员的利益诉求与权利表达反映到政治权力的核心范畴之中，并能引起公共权力的及时回应。如贝阿特·科勒——科赫指出：“实质上，治理是关于不同公民的偏好意愿转化为有效政策选择的方法手段和多元社会利益如何转化为统一行动以及怎样实现社会行为体的服从。”²⁵²治理范式为公民参与提供了有效途径，公民通过确定和参与能够帮助自己、结成胜利同盟的利益相关团体，从而制度化、规范化地参与公共政策和公共治理，满足利益诉求，最终实现了交往理性。

32. 关注自我管理，强调权力责任

从权力来源的角度来看，治理范式强调公民与政府之间的委托代理关系。故国家治理不仅是国家机关对社会的治理，还包括正确处理国家机关之间的关系、国家与公民之间的关系以及公民与公民之间的关系，是全面有效协调社会关系的概念，涉及如何进行科学有效的权力配置、提高政府自身行政管理水平等方面。作为委托人，公民怎样行使监督权，怎样设计可行的良好的机制激励作为代理人

250 罗豪才，宋功德。公域之治的转型——对公共治理与公法互动关系的一种透视。中国法学会编。首届“中国法学优秀成果奖”获奖论文集。法律出版社。2012.6

251 张铭，陆道平主编。西方行政管理思想史。南开大学出版社。2008.308

252 Beate Kohler-Koch, Rainer Eising, The Transformation of Governance in the European Union, London: Routledge, 1999, P. 36.

的政府更好地为公众服务，减少或避免道德风险(如腐败等)和败德行为的发生²⁵³，属于治理范式必须加以回答的关键问题。在此过程中，作为治理的主要引导者，权力行使者承担起了内外两层责任：一是必须履行为大众谋取福利的义务，尽最大的能力和智力制定相关政策，改善社会机制，创造更多的机会和利益；二是在制定公共政策和提供公共服务的时候，必须对自己的行为负责，对自身在工作中的失职、失误要承担相应的法律、政治、工作责任。²⁵⁴

33. 凸显服务职能，强调为民品质

在全球化进程中，国家角色的转变、政府改革的发展、公民社会的复兴、非政治组织的崛起已经改变了传统的政治管理格局，使得公共事务呈现出日益多元、复杂和互动的特点。²⁵⁵在此过程中，由于信息掌握能力的局限性、竞争能力的弱化、社会风险的日益显化，社会主体个人难以应对层出不穷的复杂事务。面对突如其来的各种灾害、失业下岗的经济压力、再就业能力的培育等等困难，政府需要突破其在管制范式下的消极作为倾向。从治理的本质来看，虽然有需要控制和监管的一面，但最终还是应该为社会提供更多的服务。可以说，治理范式基于保障人权和服务社会的理念而产生，它强调行政权力以供给、支付等方式积极满足社会需要并最大限度地增加社会福祉。

总而言之，治理作为一种新的理念，它是一种优化、良性、多元化、多角度的管理，内涵更为全面。它对以往以管制、控制、命令为特征的统治来说是一种修正甚至是“反叛”，它适应了民主国家人们限制政府权力、摆脱行政奴役、走向自主管理的普遍诉求。这种行政范式的转变，必然要求公职人员在执法理念加以有效回应。管制范式下的干预性执法、惩戒性执法理念、自卫性执法理念、专断性执法理念需要得到及时地遏制，并不断孕育出给付性执法理念、恢复性执法理念、履职性执法理念以及参与性执法理念。

二、执法目标的更迭：形式合法到实质权威的架构与生成

受古典自由主义思潮的影响，十九世纪的立宪主义将国家定位于维持公共安全与秩序的角色，私人社会、经济领域被认为只需在自由竞争的前提下进行独立的自我调节、自我负责即可。与此相对应的传统行政法学便以形式法治的适用为其关注重点。所谓“形式法治”，是指依据国家制定的法律(亦称“人定法”或

253赵一君编，中国民族自治县公共治理优化研究，中国民族大学出版社，2012，10

254杨光斌主编，政治学导论，中国人民大学出版社，2011，289

255邵鹏，全球治理：理论与实践，吉林出版集团有限责任公司，2010，40

“实在法”），去实现国家的目的（掌握国家权力、控制社会秩序），只着眼于是否履行了法制的形式要件，而不问法制本身的理念与价值。²⁵⁶形式法治观点强调行政机关能否对公民的自由财产进行干涉以及干涉的程度与方式等均只能由经立法机关同意的法律来决定，即通过抽象的法律保留原则对行政活动进行法律化的控制。行政机关惟有通过至少形式意义上严格的执行法律才能为自身的行为寻求合法性基础。在此前提之下，以公权力的合法行使为核心的行政过程，观念上是先由法律做一般层面上的抽象规定，再由行政机关依据法律规范而具体实施行政行为，然后受该行政行为影响的主体可以申请有权机关严格按照该法律规范对行政行为的法律效力进行判断或有权的行政机关主动依职权进行法律判断，最后在必要时采取强制力贯彻实施。即行政权的具体运作过程中，形式法治将行政行为的实施理解为一个依据法律条文和案件事实而作出相应行为的逻辑推理过程；而在对行政权的监督过程中，形式法治亦将实证性的法律规范作为其合法性判断的唯一基准。通过法律规范的严格适用，通过剥离行政活动中属于实际经验、政策导向以及利益评价等法律规则以外的要素，就能对行政机关实施的行政行为进行合法性评价。若行政行为自成立之初便因不具备法律规范的确切性要件而违法，或者由于错误地行使裁量权而导致行为不当，根据形式法治的要求，行政机关应当作出该行为自成立之初就没有发生效力的意思表示。即作为执法主体而言，公职人员需要严格照搬立法机关的立法指令，将立法机关的法律贯穿于自身行政的每一个过程，完整的将法律从行政行为开始“传送”至行政行为结束，否则将面临司法审查败诉的风险。

但是，随着宪法原理的转换与现代行政的发展，传统意义上的形式法治主义已不能完全应对，由此促使了法治主义由形式法治主义向实质法治主义的转变。²⁵⁷所谓实质法治，并非不重视规则，而是超脱于规则的保守性之外，更强调规则的实效；或者说关注实现行政法律秩序、行政法治与公民自由的行政法价值，而非规则的效力、或规则的强制性本身问题。这种转变对行政执法的影响表现为以下几点：

3. 在宪法构造上，实质法治已不仅仅关注从形式上规范法与行政的关系，而更加强调对公民基本权利的尊重。

256 郭道晖. 历史性跨越：走向民主法治新世纪. 湖北人民出版社. 1999. 48

257 江利红. 日本行政法学基础理论. 知识产权出版社. 2008. 194

形式主义法治观将法治片面理解为社会行为规范体系，而忽视对法治精神实质的探究，容易产生恶法亦法的情况，从而在实践中出现德国希特勒纳粹法那样残害人类自由与尊严的暴行。²⁵⁸这种打上了工具理性烙印而离弃了价值理性和人文精神的形式法治，非但不能解决人为物所异化的问题，相反，它还成为了促成人为物所异化的一个因素。而“实质行政法制观”认为，“法治主义”并非是将“依法行政”的手段或形式进行自我目的化，而应将其目的、内容放在与人权保障为核心的相应关系中加以认识、分析与解释。即现代法治国的实质意义，是为了人民在社会上自由民主生活的利益，国家权力的运作必须受到实证法拘束，而且整个实证法内容，须符合宪法上自由民主法治的价值体系要求，并促成人的自我实现的最大可能性。²⁵⁹

（四）在行政模式上，实质法治已不仅仅关注社会自由秩序的维持，而更加强调整对公民基本福祉的提供与保障。

市民社会的形式主义法治为国家划定了活动的空间，在这个空间内国家基本上是一种扮演“夜警角色”的消极国家，是独立于市民社会和市民生活之外的存在。而市民社会本身的不自足和不自洽，又必然要求国家从消极走向积极，介入并干预经济社会生活。²⁶⁰例如，伴随着工业化的日渐增加及其所造成的贫富悬殊产生了大量的社会安全问题，且这种社会问题在通货膨胀、经济危机、房价居高不下的背景下得到了发酵，逐渐形塑出了当代给付行政（服务行政）的发展。给付行政的勃兴要求行政主体积极履行生存照顾的义务而满足社会的公共需求，这就为现代行政突破形式法治的藩篱而跨进实质法治提供了场景。在给付行政模式将大行其道的现代法治社会，国家与人民之间的关系在许多情形下已由单纯的权力服从关系，渐渐转化为一种类似于债权债务关系之请求给付关系。²⁶¹行政法不再是行政的羁绊，行政法的作用不再是作为对干预主义的国家砝码，相反，它应当增进政府行为的合法性，并基于团体主义之特征，不断推进和满足公共利益或者公共目标。²⁶²

（五）从法治原则来看，实质法治已不仅仅关注“一元鼎力”的“合乎法律”，而更加强调整“多元并行”的“合理正当”。

²⁵⁸陈凤芝，法治的道德之维：当代中国法治的人学分析，中央民族大学出版社，2008.101

²⁵⁹许育典，宗教自由与宗教法，元照出版有限公司，2005.148

²⁶⁰李永成，经济法人本主义论，法律出版社，2006.60

²⁶¹曾昭德，由法定定性论公法上情事变更原则，载城仲模主编，行政法之一般法律原则，三民书局，1994.284

²⁶²Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings . Law and Administration .London, Butterworths .1997. p. 70.

形式法治过分凸显合法行政原则的地位,强调合法行政原则在行政法原则中的“一元鼎力”。形式法治期待官员和公民对法律绝对忠诚,任何对法律的背离行为都被视为对法律秩序的威胁。²⁶³形式法治认为,合理性仅仅是立法者所应当孜孜追求的,而不能要求执法者对法律的不完善负责。²⁶⁴但实质法治更强调在法律实施过程中考虑公正合理。在公法中的功能主义看来,由于福利国家的出现和积极行政的生长,原有的议会和法院仅仅通过严格的规则来对这种服务型政府及其能动性裁量权的机械法律控制已不再有效,行政法必须从控制和权利转向功能和效率,以有效发挥行政权的自身能动性和促进社会发展的积极功能。²⁶⁵行政法实践也屡屡表现出这样的迹象,在适用法律明文规定效果不佳、会激发矛盾时,实践者会在法律规定之中注入新的精神,或者突破、甚至背弃法律明文规定,去彻底消弭矛盾,而不让“案了犹未了”。²⁶⁶

总而言之,形式法治强调的是“依法而治”,将法治作为工具性使用;实质法治强调的是“法的统治”,把法治作为一种价值。²⁶⁷随着法治建设的不断深入,依法行政观念的逐渐加强,仅停留于形式法治是远远不够的,还应向法治的更高层次即实质法治发展。²⁶⁸而较之强调秩序、偏重自上而下的管理的形式法治而言,实质法治虽也重视民众守法,但其重点不是“治民”而是“治官”。实质法治主义观倡导在司法和执法过程中,不能简单地“依照法律”,而要在适用和执行过程中善于判断法律的正义性,实现由形式法治向实质法治的转化。²⁶⁹因此,这种执法目的的更迭,必然影响到执法理念的采取与演进。所谓干预性执法、惩戒性执法理念、自卫性执法理念、专断性执法理念均是形式法治观的一种体现,只有给付性执法理念、恢复性执法理念、履职性执法理念以及参与性执法理念的秉持才能不断体现现代社会的服务基因。

三、执法理念的适配:权力至上到权利本位的精进与突破

如前所言,社会自治领域的日益扩大,以国家权力为核心的一元权力结构逐渐解体,公共权力领域和私人领域的二元性分化开始进行,治理型政府开始取代管理型政府逐步成为现代政府建构的主导形态。且随着法治国家的不断演进,单

263 卢剑峰. 行政决策法治化研究. 光明日报出版社. 2011. 92

264 姬亚平. 行政奖励法制化研究. 法律出版社. 2009. 96

265 周佑勇. 行政裁量治理研究: 一种功能主义的立场. 法律出版社. 2008. 38

266 余凌云. 行政法讲义. 清华大学出版社. 2010. 71

267 石国亮, 梁莹, 李延伟. 国外政府管理创新要略与前瞻. 中国言实出版社. 2012. 116

268 余凌云. 行政法讲义. 清华大学出版社. 2010. 71

269 江必新主编. 行政执法与行政审判(2010年第6集). 中国法制出版社. 2012. 13

纯的形式法治已经无法适应服务型政府的内涵与要求,作为一种更为合乎权利保障要求的法治形式,实质法治亦将在执法过程中发挥其独特的作用。而上述执法理论与执法目的的变迁,必然又直接影响到执法理念的更新与升级。尤其是在处理职业投诉时,如何看待职业投诉的性质,是权利行使还是权利滥用?是促进依法行政,还是浪费执法资源?是有利于规范市场秩序,还是阻碍了市场经济发展?是应当予以全面性支持,还是必须限制性否定?离离种种的思索一直困扰着基层执法工作者,也成为了市场监管人当前的“阿克琉斯之踵”。这样一个难题的厘清与解决,就必须将执法理念与治理性政府、实质法治目的进行有效对接。

就人民群众利益的实现而言,职业投诉有其值得赞颂的有利效果,也存在着不可避免的消极影响。一方面,职业投诉能够净化市场,促进经营环境的合法有序。在深圳的职业投诉实践中,职业举报极大地消减了不明码标价、销售过期食品等直接关乎群众合法权益的违法行为,危机食品安全的不利因素也得到了较大范围的抑制。因此,虽然“职业投诉”的直接目的在于个人私利,但却在一定程度上实现了公益价值的维护。但另一方面,从市场经济行为的基本效率出发,面对着标签不合格等瑕疵性的微小违法行为,细致履行了索证索票义务的善意经营者无能力也无责任对其销售的产品进行面面俱到的检查,但职业投诉却使他们疲于应对,苦不堪言。若绝对地要求经营者对职业投诉中标签不合法的行为承担起赔偿或处罚责任,则将极大地消减了市场经济效率,最终也会给人民群众的日常生活带来不可言喻的不利影响。更为重要的是,层出不穷的批量投诉消耗掉了行政机关大部分的精力,从而导致在本应投入行政资源的重大安全事项上缺乏相应行政资源的供给,捉襟见肘的执法力量也无法合理地配置到真正地安全秩序维护之上,又会反过来影响到人民群众消费安全的保障与实现。因此,职业投诉利弊交织,处理职业投诉既不能一棒子打死,又不能一味地纵容,不能因咽废食,也不能全然接受。处理职业投诉需要凭借多层次的治理理念,将对投诉事项的评判置于实质法治目标下加以审视,才能妥切合理的解决职业投诉难题。

(一) 克减干预性执法理念, 缔生给付性执法理念

所谓干预性执法理念,是指公职人员为了达成维持社会秩序或消除危害状态的目的,习惯采取事前禁止或事后惩戒形式的一种理念。在性质上,干预性执法理念属于一种管理行政范式下权力服从的思维定式,它将政府与行政相对人置于不存在对等地位与对等关系之上。而给付性执法理念,则是行政机关为了确保私

人在生活和事业上的可能性,而对私人提供精神的或物质的便利与利益的一种理念。在这种理念之下,只要没有特别的法律规定,政府往往会借助非权力性的行政合同或行政指导等形式形成法律关系,而非通过行政处罚等权力性质的手段强力推进。且这种非权力性的手段不但在给付行政领域被广泛运用,而且在传统干预行政领域也被作为权力的补充性手段而得以运用。²⁷⁰

虽然服务型政府建设在新世纪得到认同并推行,但是由于长期形成的“政府中心主义”惯性思维作祟,各级官员的服务意识仍然淡薄,官本位思想依然严重,配套制度建设不够完善。²⁷¹以处理职业投诉为例,批量投诉所反映出来的不合法状态,部分违法是基于国家标准过于陈旧(如皮蛋的标准),部分违法乃因国家标准过于泛化了食品安全标准(如字体大小、配料顺序等根本与食品安全无关),部分违法则是由于立法未关注特殊现象(如添加药膳是广东传统饮食文化的一种习惯),部分违法则处于习惯(价格标签标注的品名为“康师傅绿茶”,而非“康师傅绿茶 调味茶饮料”)。作为经营者在缺乏指导的情况下根本难以消除,一味地以事后处罚/责令改正作为等干预性执法手段克减不合法状态的出现,往往难以奏效。因此,公职人员必须缔生给付性执法理念,通过其他柔性的治理手段去达致消除违法行为的目的。例如,公职人员可以有针对性地对经营者的品管人员进行细致到位的指导与培训,将违法的商品拦截于进货关口;公职人员也可以如深圳市市场监督管理局龙华分局一般,主动性地同高校联系,召集与培养志愿者,不定时地到经营场所协助排查违法事项,纠正违法;公职人员甚至还可以对经营者的管理方式进行指导,帮助经营者构建起一套行之有效的自我监管制度。值得注意的是,给付性执法理念的缔生并不意味着放纵违法,对于违法性质较为严重、危害较大的行为仍需惩处不贷。

(二) 削损惩戒性执法理念, 换持恢复性执法理念

所谓惩戒性执法理念,是指公职人员对违反行政管理秩序的行为,偏好通过给予行政处罚施加法律制裁从而纠正违法并防止再次违法的一种理念。惩戒性执法理念深受长期的单一权威导向和严格的等级制度影响,它使政府成为了行政管理的唯一权力中心。而恢复性执法理念,则强调通过补偿、行政指导等各方认可的治理方案,修复被损害的社会关系,最终防止矛盾的进一步升级与扩大。在恢

270 杨解军. 中国大陆行政法的革命. 元照出版社. 2009. 35

271 卢剑峰. 行政决策法治化研究. 光明日报出版社. 2011. 96

复性执法理念中，权力并非解决问题的核心要素，权利保障才是治理手段采取的终极目的。

法治概念中包括两个实质性的考虑：一是类似民众正义感的民众期望；二是考量法律实

施的结果。²⁷²惩戒性执法在试图维护原有社会关系的同时，既可能因为行政行为本身的惩罚性造成涉及当事人社会关系的新破坏，也可能因为行政处罚不注重补偿受害人利益等原因，引发涉及受害人社会关系的改变，也可能因为行政处罚不注重社会或者国家利益的弥补，而导致原有违法行为的社会危害性长期存在。²⁷³而“恢复”理念则有助于公职人员从一个更为全面的视角，重新评估行政措施种类的选择与采纳，有助于公职机关把握住违法行为的社会根源，从而创新社会治理手段，一劳永逸地解决社会矛盾，实现实证正义。

在处理职业投诉的实践之中，诸如销售过期产品等某些违法行为确实对投诉人造成了一定的损害，此时经营者对购买者给予一定的补偿也属于应尽的义务。然而，由于即便公职人员妥善地处理了投诉人的申诉事宜，也不能免除对其举报事项的立案调查，故经营者往往不会选择和投诉者达成调解。毕竟，经营者无法接受既赔款又遭遇处罚的双重责难。此时，就必须凭借恢复性执法理念，加以解决。如果当事人违法的主观恶意不强，造成的社会危害性不大，又愿意承担恢复受损法律关系的责任，公职人员可以在主导民事关系处理的前提下，有条件地放弃或者调整行政处理方式，以实现“恢复”之目的。²⁷⁴另外，在执法实践之中，针对产品外包装上存在违法事项的情形，即便是处以经营者高额的行政处罚，也无法杜绝再次违法的发生。毕竟，经营者并非一切流通商品的质检员。处罚再多，经营者也无能力将标签违法状态从进货入口予以消除。因此，针对此种事项，必须秉持恢复性执法理念，指导经营者主动做好入口关的审查以及日常销售环节的排查。

（二）摒弃自卫性执法理念，建构履职性执法理念

所谓自卫性执法理念，意味着公职人员是从出于规避自身风险责任的角度考虑采取何种行政手段，而非出于维持社会安全秩序以及保障公众合法权利的目的。这种理念其实质仍然根源于传统权力结构下的官民社会，将公共权力定位于确保

272高鸿钧. 现代法治的出路. 清华大学出版社. 2003. 221

273徐敏娟. 恢复性司法理念应用于工商行政执法之构想. 中国工商管理研究. 2011(5): 47

274徐敏娟. 恢复性司法理念应用于工商行政执法之构想. 中国工商管理研究. 2011(5): 49

自身仕途一帆风顺，至于公众权利则被置之脑后。而履职性执法理念则着重强调公共服务职能的实现，一切措施的制定、一切行为的实施均以增进社会福祉、实现安全秩序为终极目标。可以说，公共性是政府的本质属性，关注社会公共利益，提供高质量的公共服务，提高国民福祉，应始终是政府的首要责任。²⁷⁵无论是行政处罚等惩戒手段的威慑与制裁，还是行政指导等柔性手段的劝导与指引，公共权力均应围绕着公共服务职能的实现而运行。至于何谓公共服务职能，则体现于三个方面：一是维持性公共服务，是指维持国家安全、行政管理正常运转的公共服务；二是经济建设服务，是政府为促进经济发展而直接进行各种经济投资的服务；三是社会服务，是指政府通过转移支付和财政支持对教育、社会保障、公共医疗卫生、科技补贴、环境保护等社会发展项目所提供的公共服务。²⁷⁶

就职业投诉而言，自卫性执法理念表现如下：1、选择性执法。对于职业投诉而言，公职人员往往面临着高强度的复议诉讼的威胁，一着不慎，便可能败诉。因此，对于职业投诉，公职人员往往会认真对待程序。即便是诸如外包装广告违法不适于普通销售行为的情形，公职人员也会采取立案-责令改正-销案的程序。但这种繁琐程序的选择却未实时地体现于处理其他投诉事务之中。这也就意味，处理职业投诉时的策略选择更多地是公职人员的一种自卫手段，并非公职人员内心依法行政、服务于民的观念迸发。2、机械式释法。在执法实践之中，若将诸如外包装内容虚假等标签违法事项均归入《食品安全法》第八十六条的射程范围，往往会给经营者一种执法机关“吹毛求疵”的“直观感受”。这种处置方法，甚至让一些普通消费者都不能理解。从法律解释的角度出发，《食品安全法》第四十八条已经明确了“生产者对标签、说明书上所载明的内容负责”，也就意味着标签虚假内容的防范并非经营者力所能及的责任。缘何一以蔽之地以《食品安全法》第八十六条处理标签违法事项，便在于规避复议诉讼责任的目的。毕竟，在处理职业投诉时，经营者鲜有不服而寻求救济，但投诉者一旦未满足其诉求，往往会纠缠至死。

自卫性执法理念，与其说是形式法治的一种体现，不如说是对公共权力的一种蔑视与滥用。他不仅助长了职业投诉漫天要价的狮子口，也加剧了基层执法机关案件多人力少的矛盾，更加损害了经营者、执法者已经投诉者对法律实施的信

275 赵颖著，公共应急法治研究，法律出版社，2011. 219

276 参见赵爱英，李晓宏著，政府行政成本与绩效研究，中国社会科学出版社，2009. 14-15

任与尊崇，最终公共道德的培育、社会安全的维护、社群关系的和谐以及法律正义的实现也将因此而受到严重威胁。因此，必须祛除掉执法为已的自卫性执法理念。即便职业投诉人反复投诉、无理缠讼的行为，给执法人员带来了极大压力和冲击，但公务人员不能畏难而盲目地支持其漫天要价地请求，甚至为避免被诉而不合法地向经营者施加压力，而应坚持公务员的基本气节，将公共权力的好钢用在维护安全与促进服务的好刃上，切实履行国家治理范式下的基本职责。也只有有效实现了公共服务职能，才可能获致社会公众对行政执法的普遍认同，最终形成一种社会共治的和谐场景。因此，必须摒弃过于关注自身利益的自卫性执法理念，构建起履职性执法理念，将实质法治的精神与内涵时刻展现于执法过程中。

（四）去除专断性执法理念，接引参与性执法理念

专断性执法理念是指，行政机关对权力的单方命令性与强制服从性表现出了异乎寻常的偏好²⁷⁷，行政权的行使方式与手段较偏重法律规范之下的强制与独断。在这种执法理念之下，公民一切都依赖政府，导致其主体意识逐渐淡薄，其竞争乃至生存能力逐渐退化。²⁷⁸行政权力凌驾于公民权利之上，也易化了权力的来源于本质，不符合治理范式下的权利本位观念。随着社会治理范式的转变，参与性执法日渐登上了行政法治的大雅之堂。所谓参与性执法理念让公众参与和高谈对话成为民主决策的形式要件，注重以交往与对话为内核进行民主决策，为当代中国的法治理念的更新提供新的可能。其中，行政合同、行政指导、行政承诺、行政奖励等非权力性手段开始大量涌现。这种伙伴式的协商关系是对传统的机械法治主义和干预行政的重要修正，使现代依法行政走向机动法治主义和福利行政，体现了现代行政管理权力手段淡化的新特点。²⁷⁹

既然职业投诉毁誉参半，则执法人员完全可以通过参与程序向群众求计问策，以“原生态”的群众意见作为判断的“参照系”，从群众意见中汲取处理职业投诉的养分。妥善处理职业投诉，需要更新治理观念，通过多元化的手段、弹性化的制度、有效的沟通与交流加以解决。面对着经营者或职业投诉人的不甚理解，也一定要以倾听的艺术、体恤的情怀、到位的解释、朴素的情感加以解答与回应，通过群众所能接受的语义表达实现法律目的。

277 杨解军. 中国大陆行政法的革命. 元照出版社. 2009. 33

278 姜明安. 法治的求索与呐喊. 中国人民大学出版社. 2012. 466

279 石国亮, 梁莹, 李延伟. 国外政府管理创新要略与前瞻. 中国言实出版社. 2012. 118

四、结语

正如英国的韦德爵士(W. Wade)曾精辟指出的,“在国家步入了法治国家的阶段之后,行政权力已经摆脱了以往只是作为执行国家统治者意志的工具的角色,进一步要为国家的发展与全体人民的福利,创造出发展的空间与秩序。”²⁸⁰但现代的公职人员并非圣贤,亦非殉道者,但是他们每个人仍须致力于集体决策,并确保这些决策能够反映人民的利益。²⁸¹若非公职人员的自我约束,决策过程中的法治精神与服务意识将难以维持。因此,无论是为了积极实现实质法治的目标,落实“人民主权”、“主权在民”之宪政精神,为行政决策与活动寻找新的正当性支点,还是为了真正落实国家治理范式的内在要求,激活交往理性并取得相对人对行政管理目标的认同,凸显服务职能从而重塑政府信用与制度权威,作为公共行政的主要实践主体,公职人员必须转变原来形式法治与管制范式下的执法理念,通过给付性执法理念、恢复性执法理念、履职性执法理念以及参与性执法理念去捍卫法律尊严、实现社会正义。

²⁸⁰陈新民,《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社,2002.3.

²⁸¹[美]彼得斯,《政府未来的治理模式》,吴爱明、夏宏图译,中国人民大学出版社,2013.2

生态保护的实践检视： 环境刑事司法之现状分析与制度修正

石珍²⁸²

【摘要】从司法实践来看，在污染环境罪的适用过程中，出现了一下几个失范的样态：第一，对于劳动者，如无证电镀企业的电镀工人、如被聘请的装运该有毒物质的司机，是否应当被追究刑事责任，在刑责苛予方面却存在极大差异化的结果；第二，出现了一种过于彰显生态法益观的倾向，这种倾向使得污染环境罪从实害犯，跨越了具体危险犯的藩篱，直接演变成了抽象危险犯；第三，法官们或是对认定环境污染行为的相关国家强制性标准加以回避，或是不直接表明其对《关于环境污染案件若干解释》的态度；第四，某些司法裁判并没有正确污染行为的特殊情节，而是僵硬化地适用相关司法解释，造成了定罪上的严重失范；第五，较多司法裁判对作为基础证据的检测依据缺乏应有的重视，针对国家标准随意选用的乱象，法官们没有进行足够严肃的审视，导致了裁判中适用标准的极度不统一，造成了定罪量刑上的不均衡。解决上述问题需要做到以下几点：首先，不宜将违法单位所雇请的劳动者进行定罪处罚，污染环境罪的罪责主体应当以经营者和承担了特殊职责的劳动者为限；其次，在具体实践中，不能直接比照《关于环境污染案件若干解释》拟定的标准便径直认定构成污染环境罪与否，污染环境罪地判断仍需司法人员结合排污行为的持续时间、污染物的超标情况、排污行为所处的地域特征、排污行为的实施方式、污染物的排放量、实际危害后果等因素进行个案的具体判定；再次，法官也不应当遗漏与定罪量刑息息相关的排污标准与司法解释，而需清晰的援引具体的污染物排放标准及其限量与相关的司法解释条款；最后，需要从完善量刑程序、量刑基准、量刑证据制度以及推进法官职

²⁸²石珍（1985-），湖南邵阳人，西南政法大学宪法学与行政法学硕士，现任深圳市市场和质量管理委员会6级执法员，曾在《行政法学研究》、《法律适用》、《人民司法》、《天津行政学院学院》、《岭南学刊》等刊物上发表论文三十余篇，曾在全国法院系统学术讨论会、中国法学家论坛、执法公信力论坛、青年法学论坛、京津沪渝法治论坛、泛珠三角合作与发展法治论坛、审判管理专业委员会年会、全国副省级城市法学会年会、广东社会科学学术年会、行政审判专业委员会年会”等比赛中获得三十余个省部级及其以上奖励。联系方式：13760139843；通信地址：深圳市福田区深南大道7010号工商物价大厦；邮编：518000；邮箱：huayuanfeiyu@163.com

业化等方面促进量刑公正的充分实现。

【关键词】污染环境罪；抽象危险犯；量刑基准；排污标准；实证分析

随着经济的发展，在享受着前所未有的物质财富的同时，生存环境却遭到极大的破坏，人们的生活中充斥着污浊的空气、污染的河水、有毒的土壤、嘈杂的噪声。²⁸³现代科技和经济的迅猛发展，在给人类物质生活带来空前繁荣的同时，也给人类带来前所未有的灾害，不仅造成资源的枯竭和生态的破坏，甚至危及人类的生存和发展。²⁸⁴正是由于环境问题已成为 21 世纪人类关注的焦点，《刑法修正案(八)》才对原环境污染重大事故责任罪进行了修正，加强了刑法介入环境保护的力度。可以说，《刑法修正案(八)》第 46 条对原环境污染重大事故责任罪的修改，是多年来理论界一直呼吁扩大刑法对环境污染行为调控范围的结果，也是立法机关对理论界多年诉求的积极回应。²⁸⁵

但是，值得注意的是，面对着整个社会对刑法寄予过高的“救火治世”的期望，我们似乎也有必要冷静地思考修订后的污染环境罪是否偏离了其应有的轨道。毕竟，一味地施以刑罚制裁，也会造成刑罚手段的滥用。简单粗暴的入罪化倾向，过分地依赖于刑罚手段，可能不仅无助于解决环境污染行为层出不穷的根本问题，反而会肆意侵犯环境污染行为实施者的正当权利，影响刑罚功能的正当实现。只有及时对实践中污染环境罪的适用状况进行细致地分析，厘清其司法误区，将污染环境罪纳入正确的轨道，才能真正实现环境保护地良性有序。从分析方法来看，大部分学者均在尝试回答应当如何完善污染环境罪之构成要件的问题，却鲜有文章从实然角度去解构污染环境罪的运行状况。故本文选取了实证分析的方法，试图从别样的角度对污染环境罪的适用困境加以描述，以突破价值层面讨论污染环境罪的局限性，并适时地提出相关建议，希冀能对污染环境罪的良好适用增添些许智识上的参考。

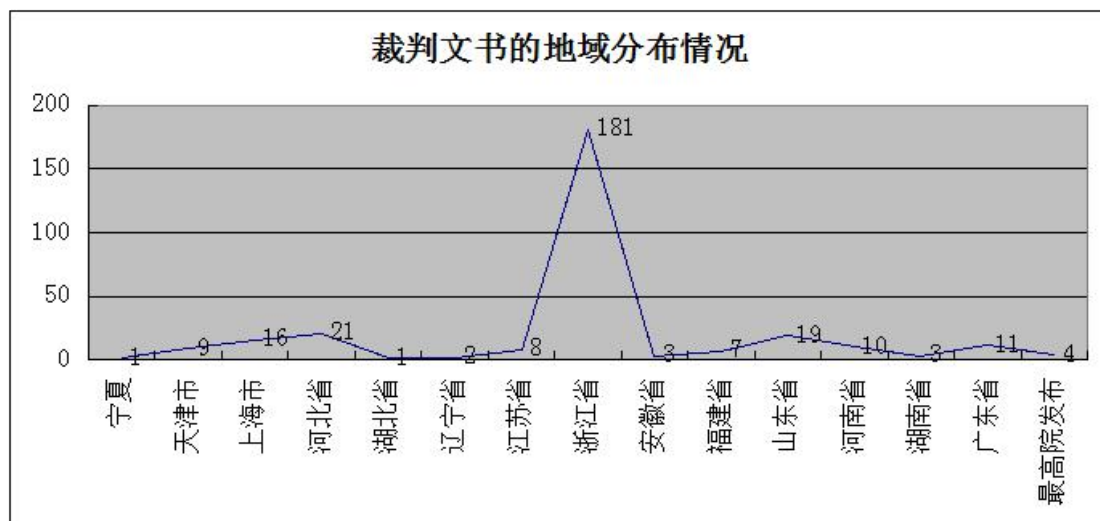
需要说明的是，本文所选取的裁判案例来源于“北大法宝”。本文以“北大法宝”作为检索平台，先后以“污染环境罪”“环境污染罪”作为检索词，在北大法宝司法案例库中进行了“全文”“检索”，一共检索到 357 例刑事裁判文书。

283 张桂梅,陈俊洁,李岩,和谐社会语境下的刑法改革,山东大学出版社,2012.108

284 刘彩灵,李亚红,环境刑法的理论与实践,中国环境科学出版社,2012.1

285 王志祥主编,《刑法修正案(八)》解读与评析,中国人民公安大学出版社,2012.455

²⁸⁶经过一一甄别,去掉重复的、或属于初审与终审关系的或仅有裁定内容的文书,最终还剩 296 例裁判文书。从裁判文书的来源来看,上述裁判文书来源于在宁夏、天津市、上海市、河北省、湖北省、辽宁省、江苏省、浙江省、安徽省、福建省、山东省、河南省、湖南省、广东省、最高人民法院,分布范围极为广泛,故 296 例文书具有一定的代表性,可以成为本文实证分析的合理对象。



一、污染环境罪之罪责主体的参差不同与理性甄别

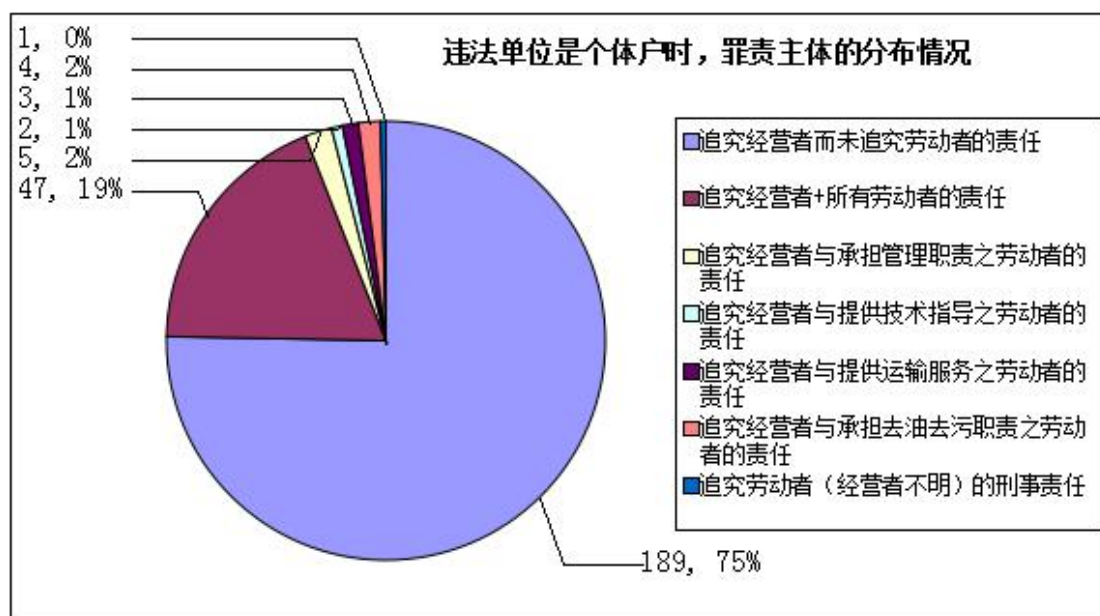
(一) 罪责主体的认定误区

就犯罪成立而言,无论是危害行为还是危害结果,都必须有一个刑事责任的承担者,这就是我们要研究的犯罪主观要件中的责任主体或称犯罪主体。一般而言,违法行为的直接实施者只要具有刑事责任能力,当然会成为刑事罪责的承担主体。例如,实施了抢劫、盗窃、故意伤害等行为的主体,不论其接受了他人的教唆指使,还是仅出于帮助他人的目的,行为主体往往是责任主体。将这样一种逻辑应用于污染环境罪,其直接结果便是,污染行为的实施者,即有毒有害物质的具体排放者、倾倒者或处置者,应当毋庸置疑地成为污染环境罪的罪责主体。但在实践中,却出现了一种奇怪的现象,即在罪责主体的认定上存在着参差不同的差异。

环境污染行为的责任主体一般有两类,一种是谋求经济利益而成立某公司、企业、个体户等生产经营主体的经营者,一种是受雇于该生产经营主体的劳动者。在司法实践中,经营者其作为生产经营主体的主管人员,成为污染环境罪的罪责主体,并无太多争议;但劳动者,如无证电镀企业的电镀工人、如被聘请的装运

²⁸⁶ 检索时间为 2015-1-10

该有毒物质的司机，是否应当被追究刑事责任，在刑责苛以方面却存在极大差异化的结果。以个体经营户污染环境为例，在前述 296 例裁判文书中，有 251 例的污染主体是个体户²⁸⁷。其中，有 189 例判决只追究了经营者而未追究劳动者的刑事责任，有 47 例判决追究了经营者与全部劳动者的刑事责任，有 5 例判决追究了经营者与承担了管理职责之劳动者的刑事责任，有 2 例判决追究了经营者与提供技术指导之劳动者的刑事责任，有 3 例追究了经营者与提供运输服务之劳动者的刑事责任，有 4 例追究了经营者与承担去油去污职责之劳动者的刑事责任，有 1 例只追究了劳动者（经营者不明）的刑事责任。甚至，还有一例判决追究了场所出租者的刑事责任。²⁸⁸这些在罪责主体之认定上的混乱，彰显出了污染环境罪的理论困境，亟需得到澄清。否则，无论是罪责主体判断上的疏漏还是扩张，均将影响到污染环境罪价值功能的实现。



（二）罪责主体的有效限缩

伴随时代与社会经济的发展进步，近几十年来，我国政府的环境法制体系建设方面亦进行了相当的努力，形成了颇具特色的环境法制体系，在应对解决中国环境问题过程中发挥了重要作用。²⁸⁹污染环境罪的修正表明立法机关已经深刻认识到我国环境污染问题的日益严重性，并决心通过拓宽刑法调控范围来强化对环境污染行为的处罚力度，这对于强化环境保护意识、保障环境治理效果、提高环

287 此处个体户，包括取得了营业执照的个体户，也包括未办理营业执照、无照经营的个体户。

288 浙江省(2014)嘉善刑初字第 558 号

289 刘斌斌,李清宇,环境犯罪基本问题研究,中国社会科学出版社,2012.19

境质量,无疑具有十分重要的现实意义。²⁹⁰但是,由于理论上对该罪的构成要件与性质存在着极大争议,无论是故意或过失之辩,还是“严重污染环境”之识,均尚无定论。这些争议便引发了司法实践的混乱,例如,在普通劳动者是否应当被追究刑责的事项上,法院的处断结果便存在着极大的差异。从过失犯之性质与经济犯罪之实质出发,本文认为应当限缩污染环境罪的罪责主体范围。对于生产经营主体之违法行为,不宜将违法单位所雇请的劳动者进行定罪处罚,污染环境罪的罪责主体应当以经营者和承担了特殊职责的劳动者为限。其理由如下。

1、污染环境罪应当是过失犯罪,而非故意犯罪。无论是从法定刑的配置,还是与其他个罪的协调来看,亦或是从排污者的实际主观来看,污染环境罪均应当是过失犯罪。一方面,污染环境罪的法定刑较轻,与刑法规定的其他过失犯罪法定刑的设置相似,因此,如果主观方面为故意也以本罪处理,难以做到罪刑相当。²⁹¹另一方面,排污行为生往往是排放者基于经济利益等个人目的而实施的,其主观上并不追求污染环境结果的发生。故意将有毒有害物质排放、倾倒或者处置在环境中,如果是为了追求或者放任严重污染环境的后果,就超出了新修正之第 338 条的范围,符合刑法第 114 条的规定。²⁹²同时,《刑法修正案(八)》第 46 条是在回应社会所需、反思刑法第 338 条存在的问题的基础上出台的,其立法意图是降低入罪门槛、增强污染环境罪的可操作性,而非基于变更主观构成要件的目的。即从污染环境罪的演变来看,其应当同其前身环境污染重大事故罪一般,是出于过失的主观过错。既然污染环境罪是过失犯,则生产经营者与其雇佣的劳动者不应成立故意犯罪。例如,在胡某等污染环境案²⁹³中,仅作为负责镀铜打底的被告人叶某、田某,并未从事清洗工作,清洗工作由他人具体负责,叶某、田某之行为虽然有帮助经营者违法生产之作用,但非排污行为的主要实施者,便不当过度地被追究刑事责任。

2、环境犯罪作为一种社会现象是在经济发展和工业化过程中,在人们对物质财富追逐中登上历史舞台的,它不同于一般传统犯罪形态,是属于现代型犯罪之一,其多为谋求经济价值所实施的犯罪行为。²⁹⁴与生产销售假冒伪劣产品等罪

290 王志祥主编,《刑法修正案(八)》解读与评析,中国人民公安大学出版社,2012.456

291 刘彩灵,李亚红,《环境刑法的理论与实践》,中国环境科学出版社,2012.68

292 赵秉志主编,《刑法修正案(八)》理解与适用,中国法制出版社,2011.405

293 浙江省(2014)温乐刑初字第 747 号

294 赵翔等,《犯罪学新论》,贵州教育出版社,2005.453

一样，该罪的主要责任者是生产经营者。在 296 例判决之中，也未发现有非基于经济利益之目的而被判处污染环境罪的情形。这种经济犯罪的性质，意味着追究其生产经营者及主要的直接负责人的刑事责任，已经能够起到防止再犯的目的。如果按照帮助犯的理论，将生产经营者所雇之劳动者的劳动行为视为污染环境犯罪行为之帮助行为，将严重损害普通劳动者的权利，也将肆意扩大刑罚制裁的打击面。以 296 例判决中所涉案例为例，其大部分违法主体均是违法经营的小作坊，如无照电镀厂等。对于所雇的劳动者而言，其主要行为是从事电镀加工、酸洗磷化产品等工作而非排污工作。在小作坊中，劳动者的排污行为就如同洗碗后将洗碗水倒进池子一样，不存在特定的排污行为，一般也不存在专门的污水处理者。几乎不可能期待这些劳动者将加工生产过程中废水自行加以收集，进行去污处理。若需要追究这些劳动者的刑事责任，那么在任何一个污水处理系统存在问题的企业工作的劳动者，都可能面临着刑事制裁的可能性，这显然不合期待可能性的原则。毕竟，在就业困难的情况之下，劳动者何来选择企业的能力？就如同三鹿奶粉案一般，虽然相关主管人员或直接负责人被追究了诸如销售有毒有害食品罪、以危险方法危害公共安全罪的刑事责任，但并不意味着应当以帮助犯之共犯理论，追求所有生产销售涉案三鹿奶粉的具体劳动者。因此，只要劳动者的劳动行为不涉及犯罪，如不是生产毒品等，该劳动者不应当被苛以严重的刑事责任；除非该劳动者被赋予了某种管理上的职权，亦或是专门的有毒有害物质的排放者、倾倒者亦或处置者。

其实，对污染环境罪的罪责主体进行限缩，已经被广大司法案例所尊崇。如前所言，在 251 例污染主体是个体户的案例中，虽然很多废水的排放是个体户所聘劳动者在加工劳动过程中所实施的，而不是在劳动者完全加工劳动行为之后由该个体户去专门排放的，但仍有多达 189 例司法裁判没有追究劳动者的刑事责任；仅有不到五分之一的案例追究了所雇电镀工人等劳动者的刑事责任。这其实便意味着，司法主体已经不由自主地限缩了污染环境罪的罪责主体。只是这种限缩规则没有明显地被援引，被提示。当然，正因限缩规则处于非显性状态，某些裁判机关才对污染环境罪产生了片面的理解，导致了部分劳动者被过度地追究了刑事责任，故才需要通过司法解释或指定性案例的方式将此限缩规则予以明确化。

二、污染环境罪之抽象危险的喧宾夺主与正本清源

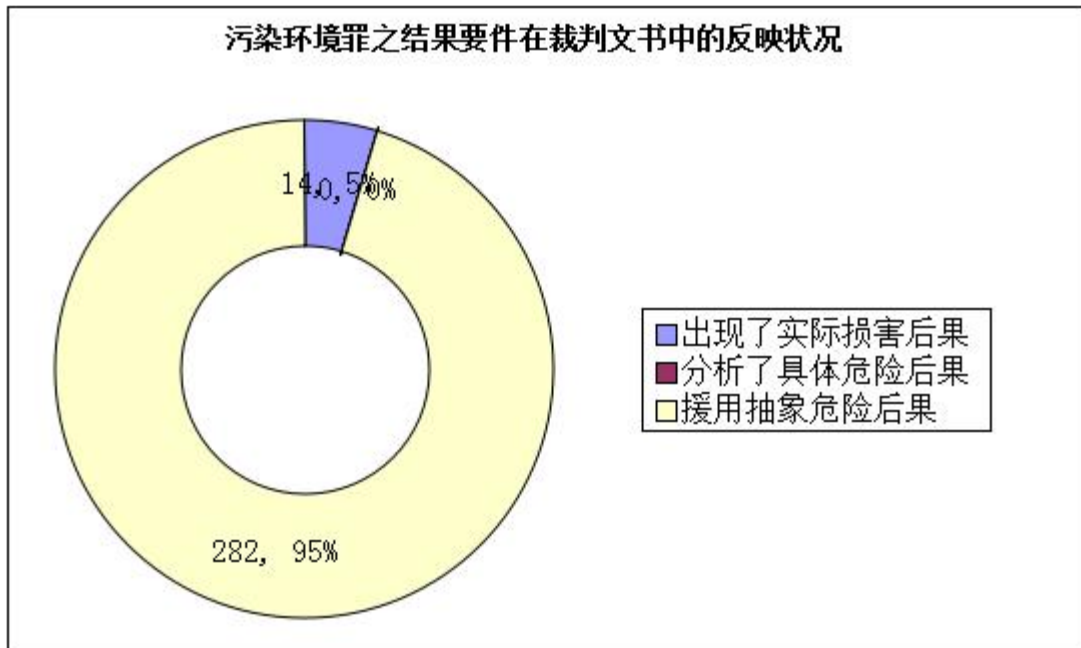
（一）抽象危险犯的过度适用

《刑法修正案(八)》对污染环境罪的完善突出了环境保护的刑事强制性，在一定程度上降低了入罪标准，扩大了处罚范围，彰显了生态主义法益理念，意味着我国刑法对环境的保护由传统的人本主义法益观向生态法益观转变。²⁹⁵但在司法实践中，却出现了一种过于彰显生态法益观的倾向。这种倾向使得污染环境罪从实害犯，跨越了具体危险犯的藩篱，直接演变成了抽象危险犯。例如，在 296 例裁判文书，仅有 14 例司法案例出现了实际损害后果，只占全部裁判文书的 5%；其余 282 例司法裁判，或径直以所含有害物质超出国家允许排放限量的三倍为依据，或径直以排放、倾倒、处置的数量为依据，或径直以排放有毒有害物质的方式为依据，认定构成污染环境罪；尚无一例裁判是从出现了具体威胁后果的角度，认定污染环境罪的。

这种实际状况与污染环境罪中“严重污染环境”之结果要件大相背离。它不仅随意地扩大了刑罚规范所拟定的犯罪圈，更是与刑罚谦抑之精神相冲突。例如，在徐某甲污染环境案²⁹⁶中，虽然被告确实在未办理环保审批手续的情况下，未采取任何有效处理便通过车间内的水沟将废水直接排放到厂外，对周边环境确实造成了一定的损害。但在该个案中，被告实施环境污染行为的时间短暂至不足一天。即便其所排放废水确实较大幅度地超出了相关国家标准，但一方面，其行为并未造成任何实质上的危害后果；另一方面，如此短暂的排放行为，在排放量并不巨大的情况下，也难谓产生了严重污染环境的具体危险，仅以抽象危险性的存在便追究被告的刑事责任，无疑是造就了抽象危险犯的喧宾夺主。

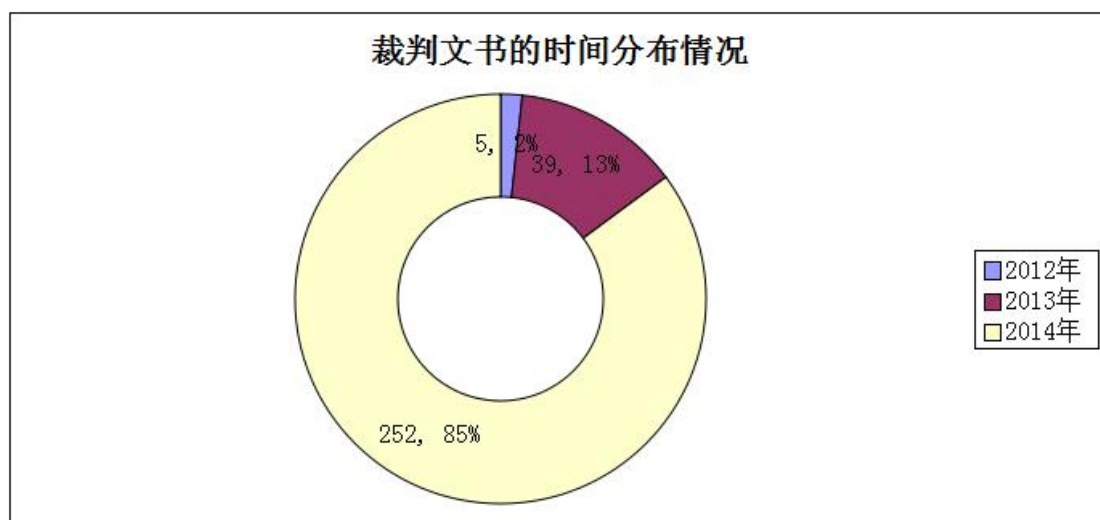
295 张勇,《民生刑法:刑法修正案中的民生权益保障解读》,上海人民出版社,2012,251

296 浙江省(2014)衢江刑初字第 169 号



（二）危害后果的多重考量

出于强化打击污染环境行为的目的，遏制生态环境被破坏的恶化趋势，《刑法修正案(八)》删去原环境污染重大事故罪中的“致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果”要件，并且将污染行为的标准降低到了“排放、倾倒、处置有毒有害物质”，从而取消了污染环境罪责的结果要求，降低了入罪门槛。且基于事先预防环境污染行为的需要，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《关于环境污染案件若干解释》）还进一步减轻了“严重污染环境”的证明标准，拟制了几种视为“严重污染环境”的行为。从实践来看，《关于环境污染案件若干解释》的颁布为司法机关认定污染环境罪提供了明确的参考标准，使得污染环境罪摆脱了被闲置的司法窘境，对生态文明的保护与环境刑事司法的运用产生了极其深远的影响。例如，在 296 例判决中，没有一例是在 2011 年判处的，只有 5 例、不到 2% 的判决是在 2012 年作出的，2013 年所刊载的文书也仅有 39 例，直到《关于环境污染案件若干解释》颁布实施后的 2014 年，污染环境罪的案例一下子发生 252 例，增幅极为明显。



但是,《关于环境污染案件若干解释》的制定并不能作为环境污染犯罪抽象危险化的法律依据。从司法解释的效力出发,它不具备更改刑法规范构成要件的能力与效力。从刑法修改的本意来看,“严重污染环境”与“造成重大环境污染事故,致使公私财产遭受严重损失或者人身伤亡的严重后果”虽然表述上不同,但这只是犯罪行为所造成的危害结果程度上的差异,并不意味着只要实施污染环境的行为即可构成本罪。²⁹⁷也就是说,无论是如何判断“严重污染环境”,该构成要件都不应被解释为抽象危险犯。《关于环境污染案件若干解释》中制定的标准并非僵硬的不可逾越的法律规则,它只是表明了司法解释者对“严重污染环境”的某种引导与解释。在具体实践中,不能直接比照上述标准便径直认定构成污染环境罪与否,污染环境罪地判断仍需司法人员结合排污行为的持续时间、污染物的超标情况、排污行为所处的地域特征、排污行为的实施方式、污染物的排放量、实际危害后果等因素进行个案的具体判定。毕竟,我国经济发展跨入正常轨道仅仅 30 多年的时间,经济总量相对不足,在这种背景下,社会公众对经济发展仍然持有较高的热情。²⁹⁸生态中心主义的绝对化与抽象危险的全面建立,将严重脱离社会实际,不仅无法达到消减环境污染行为的目的,反而可能影响经济的持续发展。

而且,虽然我国不存在类似德国《违反秩序法》这样的行政法或日本《水质污浊防止法》这样的行政刑法,在刑事立法一元化、刑法容量有限化和继续有限

²⁹⁷ 李希慧,董文辉,李冠煜,《环境犯罪研究》,知识产权出版社,2013,192

²⁹⁸ 赵秉志,张军主编,《刑法与宪法之协调发展(上卷)》,中国人民公安大学出版社,2012,562

犯罪化的立法现状下，将污染环境罪分解为若干个罪名，不太具有可操作性。²⁹⁹但即便如此，在污染环境罪之下，针对不同的污染行为，也应当摸索出一套不同的适用的标准。这种不同标准的建立也需要法官们不局限于《关于环境污染案件若干解释》所制定的标准，在个案处理时可以在充分说理的前提下形成自我判断。只有法官在面对具体个案时，不拘泥于《关于环境污染案件若干解释》中的某项标准，而是将视线往返于具体情节与规范之间，就不会将持续时间仅一天、排放量不大、污染物超标不高的行为机械地认定为污染环境罪。再以一个极端的情况为例，农药自然属于有毒有害物质，若某个农户将一瓶农药随意倒到了河里，按照《关于环境污染案件若干解释》第一条第（三）项的规定，可能也必须被追究刑事责任，但这显然与刑法所欲规制的排污行为大相径庭，也将挑战到普通公众的认知。毕竟，将农药倾倒的行为实在是太平常了，以刑法手段规制之，将极大地扩充污染环境罪的入罪范围，有违刑罚的二次规范性质。

三、污染环境罪之裁判依据的半遮半掩与适时澄清

（一）判决理由的过度缺失

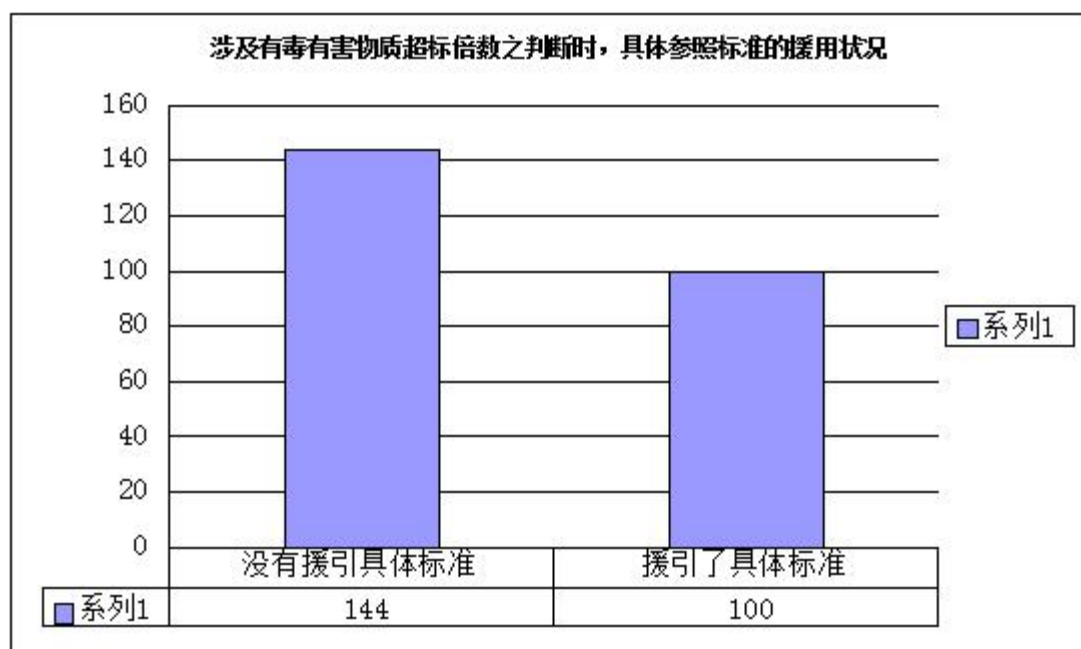
在法治社会中，规则呈现出以下特点：第一，覆盖面广，几乎包括了社会生活的各个方面；第二，就某一个具体的争议，可以适用的规则可能不只一个；第三，就被选择适用的规则而言，其可以解释的角度也是多样的。³⁰⁰因此，在作出司法裁判之时要以明确的语句援引其作出具体的裁判所依据的理由和规则，这种裁判依据的援引在存在多个不同的、甚至是相互可能冲突的规则之时，尤为重要。离开了具体援引的裁判依据，司法文书的制作、对法律事实的判定和作出文书的处理结论就缺少了法律基础，司法文书也就丧失了合法的依托，援引裁判依据可以说是司法文书制作中的“画龙点睛”之笔。但是，在司法现状中，对于判定污染环境罪的裁判规范，却呈现出了一种不同寻常地状况，法官们或是对认定环境污染行为的相关国家强制性标准加以回避，或是不直接表明其对《关于环境污染案件若干解释》的态度，这就给了社会公众极大的怀疑空间。

首先，以污染物的排放标准为例，司法实践常被援用的标准主要有污水综合排放标准、电镀污染物排放标准、铅锌工业污染物排放标准、地表水环境质量标准、农田灌溉水质标准、地下水质量标准、生活饮用水标准等几类，不同的标准

²⁹⁹ 李希慧，董文辉，李冠煜，环境犯罪研究，知识产权出版社，2013.191

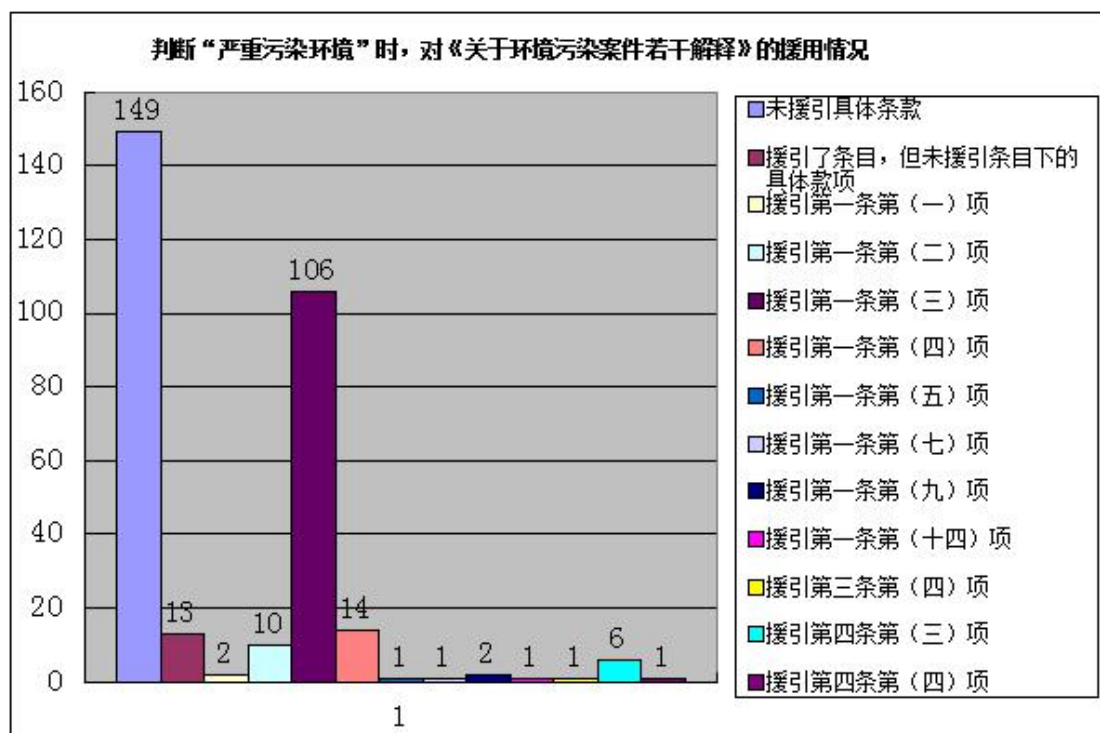
³⁰⁰ 井涛，法律适用的和谐与归一：论法官的自由裁量权，中国方正出版社，2001.7

对污染物的限量要求存在着一定差异。以不同标准的限量作为参照标准，也会得出不同的倍数结果。因此，在认定某危险物质超出排放标准的多少倍时，必须说明具体的参考标准，否则，倍数判定没有了坚实的基础。但在 296 例裁判文书中，涉及有毒有害物质超出排污标准限量多少倍之判定的案例一共有 244 例，其中却有 144 例裁判文书没有明确其所对照判断的具体标准，只是以“XXX 超过排放限值的 xxx 倍”、“XXX 超过排放标准的 xxx 倍”等表述一笔带过。这无疑使得社会公众无法对有毒有害物质超标的危险性作出恰当的评价，即便不影响其定罪判断，至少也会对量刑产生疑虑。更何况，被参照的标准是否应当被援用至具体个案，也应接受监督；不明确援用具体标准，自然让人无从对具体个案是否应以此标准为参照进行审查。



其次，对于《关于环境污染案件若干解释》的援用，司法实践也极为混乱。2007 年通过的《最高人民法院关于司法解释工作的规定》已经确立了在司法文书中援引司法解释的两条规则：作为法院裁判依据的司法解释，应当在司法文书中援引；在司法文书中同时引用法律和司法解释时，应当先援引法律、后援引司法解释。但在 296 例裁判文书中，却有 149 例文书未援引实际已作为定罪依据的司法解释，占据了全部案例的 50.3%；在剩余的 147 例裁判文书中，还有 13 例裁判文书，只笼统提及了《关于环境污染案件若干解释》第一条或第三条，却未明确阐明所涉条文的具体款项，仍不符合法律条文的援用规范。这种不规范地援用现状，无法让被告、辩护人亦或社会公众的目光有效往返于事实与规范之间，

更难以对司法裁判进行有效的判断。



(二) 裁判理由的充分表达

在现代法律实践中，承认法律适用不再是不容置疑的权威而是一种对话和论证过程已经是一种趋向；对话和论证式的司法裁判风格扬弃了那种在某种程度上对传统绝对化了的法律单一决定模式，它把司法裁判的形成建立在合理对话而非独白自语式的基础上。³⁰¹因此，判定裁判文书质量的标准，不仅在于明细胜诉者为什么胜的理由，还要说清败诉者缘何败的依据。只有这样，当事人和社会公众才能和法官进行了合理的对话与互动。同时，在现代诉讼制度中，明确表明裁判理由还可以保证裁判的客观性。法官通过裁判理由说明判决的合理性和合法性，可以抑制随意断案，同时也有利于救济程序中上级法院的审查，对于普通民众而言也可以促进判决的信服力。³⁰²因此，司法说理的充分表达对于裁判公正而言，具有十分重要的意义。

司法说理的充分表达，首先就需要表明认定事实的理由。在污染环境罪的认定过程中，被告的排污行为被认定为犯罪行为的基本要素，便是该排污行为本身的基本情况。这就需要法官们对排污行为的持续时间与实施方式、污染物中有毒物质的基本类型及其相关含量、污染物的排放标准及其限量、污染物的排放量等

301 杨知文等，法律论证具体方法的规范研究，中国社会科学出版社，2013.45-46

302 郑未嫻，自由心证原则研究：以刑事诉讼为视角，中国人民公安大学出版社，2008.142

相关事件进行了细致地描述，而非简单地模糊化处理。在这个要求之下，法官们自然也不应当遗漏与定罪量刑息息相关的排污标准，而会清晰的援引具体的污染物排放标准以及限量。只有这样充分的描述规范事实，社会公众与被告才能对法官所做的事实认定进行直观的了解与有效的驳斥。

司法说理的充分表达，其次就需要表明作出法律判断的理由。对于“严重污染环境”而言，该要件的内涵和外延十分不明确。如果没有相应的司法解释，法官就需将其将某排污行为涵摄于“严重污染环境”要件之下的理由进行详细地解释；若已有相应的司法解释，且该解释在实际上已被法官所适用，法官还需直接援引该解释规则，而不应将该规则隐藏于自我判断的内心之中。例如，在潘某污染环境案³⁰³中，法官认定被告的犯罪行为是“将产生的废水未经处理直接排放至地面，并通过渗漏的方式排放至外环境”。若不看被援引的裁判依据，被告可能会花大精力证明其排污行为非属《关于环境污染案件若干解释》第一条第（四）项之下“渗透方式”。但实际上，该行为并不影响定罪，因为法官并未援引《关于环境污染案件若干解释》第一条第（四）项，而只援引了《关于环境污染案件若干解释》第一条第（三）项。正是由于法官援引了具体规范，被告和辩护人才能有放矢地予以辩驳，从而节省诉讼精力与增强辩护效率。

四、污染环境罪之定罪量刑的不合比例与拨乱反正

（一）裁判结果的罪刑不适应

刑法发挥社会保护机能的最理想状态并不是将社会中的所有利益和价值，包括国家利益与社会伦理都纳入到刑法的保护范围之内，予以最强有力的保护，社会利益和社会价值既可以通过刑法的适用得到保护，也可以通过避免刑法的滥用得到保护。³⁰⁴因此，权利保障视野下的定罪量刑包含着两个基本内容：一是普遍性标准，定罪量刑应当具有确定性、一致性和可预测性；二是个别化标准，刑罚的实施不仅要与“所犯的罪行”相适应，还要与行为实施者的人身危险性相适应。但是，由于司法实务中，法官们对污染环境罪过度的采取抽象危险犯的态度，导致定罪量刑出现了较为严重的不合比例状况。

首先，某些司法裁判并没有正确污染行为的特殊情节，而是僵硬化地适用相关司法解释，造成了定罪上的严重失范。在 296 例裁判文书中，有 14 例案件所

303 浙江省(2014)甬余刑初字第 1610 号

304 曲伶俐主编，《刑法修正案（八）》专题研究，山东大学出版社，2012.38

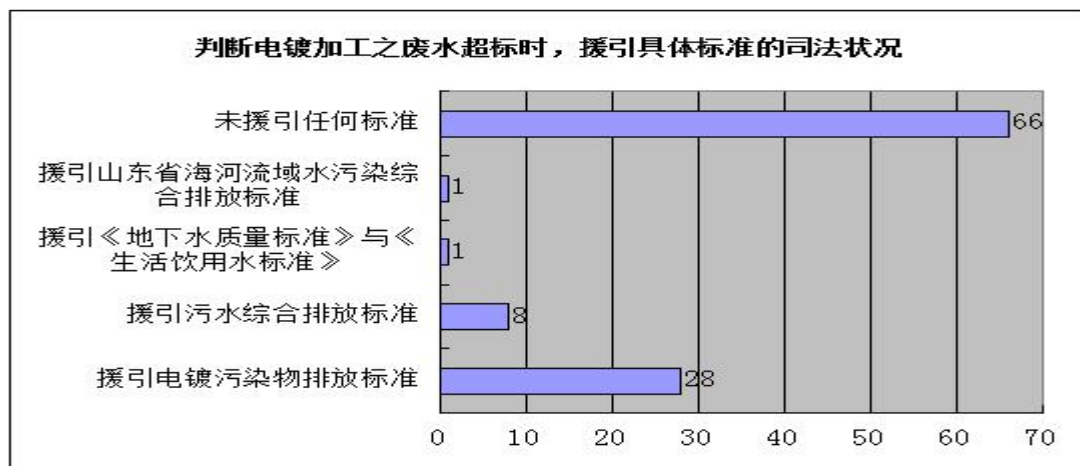
涉排污行为的时间非常短暂,在排放量上、污染对象上也未体现出极大的危害性,未造成实际危害后果。此种违法行为,完全符合违法情节显著轻微的情形,可以不予追究刑事责任,但法院却仍径直判处了污染环境罪。以姚某污染环境案³⁰⁵为例,该案所涉排污行为的时间仅有 2 天。其所排出的废水中,总铬含量为 5.04mg / L,虽然超出了国家标准 1.5mg / L 的三倍,但也不到四倍。即排污行为刚刚超出司法解释拟定的三倍标准,且排污所处地并非对环境要求极高的特殊地域,排放量也不多,违法实践较为短暂。即便法院不对该违法行为进行出罪化的处理,也应当认定为犯罪,但亦应当视其违法情节、危害后果、持续时间等要素,处以较轻刑罚,如单处罚金、缓刑、拘役、几个月的有期徒刑等,但法院却判处了极其严厉的实刑“有期徒刑一年”,可谓是极其“任性”。而在朱某甲污染环境案³⁰⁶中,环保部门对涉案加工点车间门口积水坑、车间排污沟、废水池边排入环境口、废水池出口这四个地方分别提取废水样本送检,但监测结果表明,仅废水池边排入环境口中废水的总镍浓度 26.2mg / L,在其他三个地方所抽废水样本均未超标,这本身就说明了涉案污染行为所造成后果的有限性。但法院未对三处废水未超标的实施予以考虑,单纯放大了废水池边排入环境口有毒有害物质超标的因素,最终判处了“有期徒刑一年”。这些类似的裁判,均反映出了法官们在对待污染环境罪时的司法怠惰,也反映了在定罪量刑的不合比例。这种处断的简单对待,其实质与粗暴无异,它不仅没有遵从刑罚判断上的个别判决原则,更加无法彰显现代刑罚的基本理念。

其次,较多司法裁判对作为基础证据的检测依据缺乏应有的重视,针对国家标准随意选用的乱象,法官们没有进行足够严肃的审视,导致了裁判中适用标准的极度不统一,造成了定罪量刑上的不均衡。例如,对于电镀加工行为而言,电镀加工过程中排放的废水应当以何种标准作出判断依据,实务中的做法并不统一。在 296 例裁判文书中,有 104 例判决所涉行为就是电度污染物的排放,但在辨别排污行为的犯罪构成时,其所依据的国家标准并不一致。其中,有 28 例判决明确援引的是电镀污染物排放标准,有 8 例判决援引的却是污水综合排放标准,有 1 例判决援引的是山东省海河流域水污染综合排放标准,有 1 例援引了《地下水质量标准》与《生活饮用水标准》,还有 66 例判决未提及所参考的标准。对于这

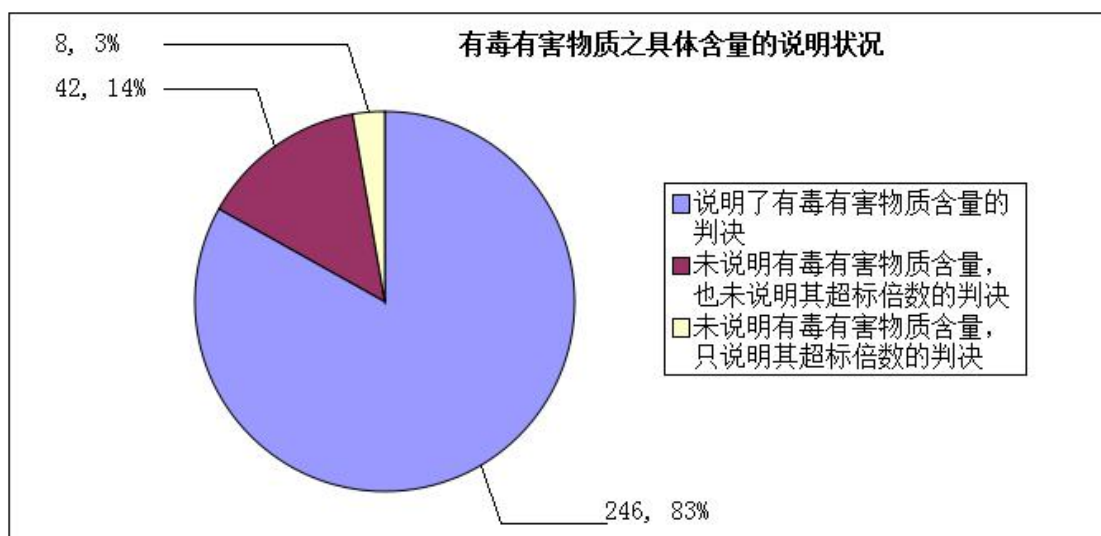
305 浙江省(2014)温乐刑初字第 876 号

306 浙江省(2014)浙金刑一终字第 46 号

66 例判决而言，社会公众和被告显然不可能对标准适用的正确与否进行审查，更加无法对照该标准去判断排污行为的危害性。



再次，较多司法裁判仍未对涉案污染行为的具体情节加以考量，量刑结果并非建立在与违法事实、危害后果、再犯可能性等基础之上。即便不考虑污染环境罪可否成立抽象危险犯，法官仍需具体参酌有毒有害物质超标的幅度、污染物排放的时间与数量、实际危害后果的发生、被告的社会危害性等具体情节，使得量刑结果与具体个案相匹配。但在 296 例裁判文书中，居然有 42 例判决未对污染物中有毒有害物质的含量进行说明，仅语焉不详地以“超出了国家标准三倍”进行笼统描述在；还有 8 例判决，虽然描述了有毒有害物质超标的倍数，也仍未对有毒有害物质的含量进行说明，在参照标准亦不详的情况下，社会公众同样无法对有毒有害物质超标的具体含量进行判断。这显然意味着，有毒有害物质的含量在许多情况下并未进入法官量刑时的考虑视线，司法臆断过于泛滥。



最后，同一法院在裁判之时，也未能做到量刑均衡的基本要求。以浙江省浦江县人民法院为例，针对生产加工磨盘而排污的行为，范某排污行为中有毒有害物质的含量明显高于邓某甲与朱某甲的，且其排污行为的持续时间更长，但处断结果反而更轻，仅为有期徒刑十个月，显然不符合刑责相适应的原则。再以浙江省瑞安市人民法院为例，针对五起电镀加工行为，在排污浓度与排污时间均相差巨大的情况之下，居然均一致地被判处了有期徒刑一年六个月的刑罚。如岑某污染环境案³⁰⁷与戴某污染环境案³⁰⁸相比，前者在排放浓度上与后者不想上下，但在持续时间却相差一年有余，裁判结果却不约而同地相同，这显然不符合量刑之公平正义。

案由	判决文书	行为性质	有毒有害物质的含量	违法行为持续时间	判决结果
范某污染环境案	浙江省(2014)金浦刑初字第734号	生产加工磨盘	含镍浓度为1210mg/L	4个月	有期徒刑十个月
邓某甲污染环境案	浙江省(2013)金浦刑初字第657号	生产加工磨盘	含镍浓度为47mg/L	1个月	有期徒刑一年
朱某甲污染环境案	浙江省(2013)金浦刑初字第861号	生产加工磨盘	含镍浓度为26.2mg/L	3个月	有期徒刑一年
蔡某污染环境案	浙江省(2014)温瑞刑初字第216号	电镀加工	总锌含量为65.1mg/L、总铬含量为645mg/L。	7个月	有期徒刑一年六个月
岑某污染环境案	浙江省(2014)温瑞刑初字第1331号	电镀加工	总锌含量为241mg/L、总铬含量为381mg/L	1个月	有期徒刑一年六个月
戴某污染环境案	浙江省(2013)温瑞刑初字第2175号	电镀加工	总镍含量为611mg/L、总铬含量为286mg/L、总铜含量为50.4mg/L	1年多	有期徒刑一年六个月

307 浙江省(2014)温瑞刑初字第1331号

308 浙江省(2013)温瑞刑初字第2175号

戴某污染环境案	浙江省(2014)温瑞刑初字第5号	电镀加工	总铬含量为54.7mg/L、总锌含量为147mg/L	3年多	有期徒刑一年六个月
董某等污染环境案	浙江省(2014)温瓯刑初字第826号	电镀加工	总铜含量为5100mg/L、总锌含量为1180mg/L	4个月	有期徒刑一年六个月

(二) 量刑制度的完善

如何恰如其分地做出裁判结论,需要从两个方面进行规范。前文已经对定罪的相关事项,如罪责主体的限缩、抽象危险犯的除斥、主观过错的判断、共犯理论的否定进行了细致的讨论,故此处着重于量刑方面的规范。量刑公正的充分实现最终必须依靠两个途径,其一为规范层面的,即完善刑法关于刑罚裁量的规范,尽可能地使量刑工作有法可依;其二为主体层面的,即法官司法品性的训练,即在规范的铁栏之外还存在着以法官的良知为保证的广阔的自由裁量空间。³⁰⁹

首先,从规范层面看,需要不断完善量刑的程序与实体规范。第一,程序性规制不仅有利于量刑个别化、法定化、科学化,也有利于对量刑裁量权形成规则化的制约;程序规制量刑功能的实践回应,既是传统刑罚理论突破的要求使然,也是刑事诉讼内在价值体现的必然结果。³¹⁰适度的程序改革举措可包括:一是限制量刑程序的适用范围,将其限定于不认罪案件和控辩双方在量刑主张上存在重大争议的案件这两种类型;二是将量刑环节设置在统一的庭审过程中,与定罪环节略有区隔即可;三是进一步推行量刑说理制度;四是完善量刑救济程序。³¹¹第二,司法应当是一个不断将自己活动程序化和将日显清晰的经验做法类型化和标准化的过程。³¹²在此过程中,通过类型化和标准化的手段,可以相对构建起一套量刑基准。量刑基准是一种“法中之法”,是法律的形式理性中隐含着的某种实质理性。³¹³特别是在法官量刑艺术整体欠佳和现实量刑程序保障不力的情况下,量刑基准具有了统一量刑基底和确保量刑均衡等重要功效,十分有利于量刑公正

309 赵秉志主编,《高铭喧刑法思想述评》,北京师范大学出版社,2013,229

310 王骥,《刑事程序改革续留问题研究》,上海人民出版社,2013,212

311 左卫民,《现实与理想——关于中国刑事诉讼的思考》,北京大学出版社,2013,227

312 王利荣,《量刑说理机制》,中国人民公安大学出版社,2012,121

313 白建军,《关系犯罪学》,中国人民大学出版社,2009,454

目标的实现。³¹⁴第三,在实践之中,法官对定罪的证据比较重视,但在量刑的时候采取比较模糊的做法,例如被告人认罪态度、一贯表现等,往往就是法官根据感觉作出量刑裁决。³¹⁵要实现量刑的规范化,还需要构建起一套合理的量刑证据制度,使那些独立于犯罪事实之外的量刑情节,能够有效地被纳入举证、质证和辩论的程序轨道内。

其次,从主体层面看,需要不断推进法官职业化的进程。法律的高度抽象和概括性决定了法律适用的复杂性与专业性,以至于只有那些终身致力于法律实务的人员才能处理法律事物。³¹⁶先行的法治发达国家均有高度自治的、权威的职业化、精英化的法官群体来支撑,并对本国的法治建设起着举足轻重的作用。³¹⁷在中国语境下,法官职业化实际上包含着两个方面的内容:从法院与外部环境的关系来看,法官职业化实际上是寻求司法独立的过程;而从法院内部来看,法官职业化则意味着法官精英化。³¹⁸因此,司法实践需要不断总结经验,完善省级统管与遴选制度,通过法官员额制度、法官保障制度等提升法官职业的吸引力,最终提高整个法官职业群体的水平。

314 姜涛,《量刑规范化》,中国检察出版社,2010,101

315 赵志梅,《量刑程序规范化改革研究》,知识产权出版社,2011,158

316 王申,《法官的实践理性论》,中国政法大学出版社,2013,553

317 王志强,吴英姿,马贵翔等,《司法公共的路径选择:从体制到程序》,中国法制出版社,2010,124

318 傅郁林,《民事司法制度的功能与结构》,北京大学出版社,2006,373

中国特色社会主义理论发展与社会法理论创新

——以习近平关于中国特色社会主义系列讲话为指引

汤黎虹*

【摘要】社会法基本理论研究的根本问题是“根据”问题，仅仅根据西方理论，会导致社会法的研究出现目标不明、立场不清和思路混乱，因此应当根据当代中国特色社会主义理论来展开研究。首先以当代马克思主义为根基，使社会法坚持以广大人民群众利益为本；其次沿着中国特色社会主义道路指引，着重在社会公平领域特别是“共建共享”的社会法要义方向展开研究；再次随着中国特色社会主义理论内容的丰富和发展，展开“社会权利本位论”的创新研究。

【关键词】中国特色社会主义 劳权 共建共享 社会法理论

一、问题的缘起

以往，中国社会法学界对社会法基本理论的研究，较多集中于社会法的定位问题。定位问题的研究，主要目的是证成社会法内涵的合理性和外延的体系性及其制度的有效性。在这一证成过程中，出现了三种情形及三个问题：一是坚持外国理论并依此论证中国的社会法定位问题；二是挖掘中国特色社会法的理论根据不够问题；三是对中国社会法的发展方向缺少有根基的判断问题。一句话，“根据”问题是社会法基本理论研究的根本问题。而正是由于这个原因，才导致社会法的研究出现目标不明、立场不清和思路混乱等问题。

在社会法基本理论的研究中，学者们找到了西方近现代理论并以此为根据，诸如：消极国家理论，国家介入理论，社会公益权利理论，机会平等理论，社会保障理论。这些理论对于形成社会法理论，包括：扶助劳动者权利及提供社会福利义务的理论、社会给付义务及就业促进义务的理论、社会公益权利的理论、社会权利中享有公平机会权利的理论、享有社会保障权利和履行社会保障义务的理论，分别的和不同程度的产生了直接的影响。³¹⁹ 其实，各种理论都因时空的不同而不同，进而对不同时空下的社会法理论发展产生影响。上述西方近现代理论，

* 汤黎虹，温州大学特聘教授，温州大学亚太社会治理与法治研究中心执行主任。原福州大学教授。兼任中国商业法研究会社会法制专业委员会主任委员，福建省法学会社会法学研究会会长，福建省城市科学学会副会长。

319 汤黎虹《社会法论纲——基于社会法历史逻辑和理论逻辑的辩考》载《福州大学学报（社会科学版）》2014年第1期，第54页。

对于当时及此后一段时期形成各种社会法理论是有基础性作用和效果的，但随着传统社会向现代社会的转变，它们的基础性作用和效果开始减弱，新的理论也随之生成；同时，各国的经济社会结构不同，理论已有差异，依此形成的社会法理论亦有不同并在不同国度间表现出不同的否定和创新。近些年，美国的部分社会法学者依据“嵌入理论”和“社会信任理论”，否定欧洲社会福利义务论，提出“脆弱性”理论³²⁰，就是见证。由此可以说，以域外的和传统的理论为根据来研究本国的现代的社会法理论，不符合社会法理论发展的历史逻辑和理论逻辑。

中国社会法基本理论的研究，应当根据中国特色社会主义理论来展开。因为中国特色社会主义理论是现代的、符合中国实际的理论，也可以说是集纳国内外传统理论和现代理论合理内涵的、创新的、具有中国特色的理论。根据这一理论研究中国社会法基本理论，符合中国社会法理论发展的历史逻辑和理论逻辑。

二、中国特色社会主义理论的新发展

中国特色社会主义理论从毛泽东时代就产生了。走符合中国实际的道路，坚持实事求是的原则，是毛泽东思想³²¹的重要组成部分之一。它被学界普遍解释为：一切从实际出发，理论联系实际，把马列主义的普遍原理和中国革命和建设的具体实践相结合。新中国成立后，它成为中国共产党的思想路线。以毛泽东为核心的党的第一代中央领导集体在此基础上，依靠中国人民选择了社会主义道路，建立了社会主义的基本制度，探索适合中国国情的带有中国特点的社会主义建设道路，取得了一系列的成果和丰富的经验教训，并为中国特色社会主义的形成和发展提供了思想渊源和理论先导，奠定了丰富的实践基础。³²²

邓小平在重新确立实事求是的思想路线和推进改革开放的进程中，进一步丰富和发展了实事求是的思想路线，提出建设有中国特色社会主义理论。主要创新点包括：（1）以初级阶段基本国情为依据，以马克思列宁主义、毛泽东思想为指导，以实践作为检验真理的唯一标准。（2）社会主义的本质是解放和发展生产力（动力是改革），消灭剥削，消除两极分化，先富带后富，最终实现共同富裕。（3）社会主义建设的保证包括：在中国共产党领导下的体制（经济、政治、文

³²⁰ 脆弱性理论，由美国埃默里大学玛莎教授提出，认为福利制度是脆弱的，因为构成依赖福利制度的每个人都有脆弱性，一旦福利终止或减少，就要“回复”，就要依赖其他人帮助，而他人必须要有帮助他人的能力；这就要求：国家履行积极义务，使他人有能力提供帮助来实现“回复性”。

³²¹ 毛泽东思想由三大大部分组成：实事求是；群众路线；自力更生。

³²² 参见文纪东《毛泽东对中国特色社会主义的贡献》，<http://www.studa.net/Socialism/090605/09314343.html>，2016年5月23日访问。

化、社会等体制) 保证、国际环境保证。

习近平 2008 年 3 月 1 日在中央党校 2008 年春季学期开学典礼上的讲话中指出：“从理论渊源上说，毛泽东思想和中国特色社会主义理论体系都坚持解放思想、实事求是、与时俱进，坚持党的群众路线，坚持独立自主地走自己的路。这是它们在立场、观点、方法等基本方面的共同点。”³²³

习近平在中国共产党第十八次代表大会后，多次强调要毫不动摇坚持和发展中国特色社会主义。例如：2012 年 11 月 17 日，习近平在中共中央政治局第一次集体学习时的讲话中强调：要深刻领会中国特色社会主义是党和人民长期实践取得的根本成就；要深刻领会中国特色社会主义是由道路、理论体系、制度三位一体构成的；要深刻领会建设中国特色社会主义的总依据、总布局、总任务；要深刻领会夺取中国特色社会主义新胜利的基本要求；要深刻领会确保党始终成为中国特色社会主义事业的坚强领导核心。2013 年 1 月 1 日，习近平在《求是》发表《全面贯彻落实党的十八大精神要突出抓好六个方面工作》的重要文章中强调：在前进道路上，我们一定要坚定不移高举中国特色社会主义伟大旗帜，坚持和拓展中国特色社会主义道路，坚持和丰富中国特色社会主义理论体系，坚持和完善中国特色社会主义制度。2013 年 1 月 5 日，习近平在新进中央委员会的委员、候补委员学习贯彻党的十八大精神研讨班开班式上发表重要讲话中强调：中国特色社会主义，是科学社会主义理论逻辑和中国社会发展历史逻辑的辩证统一，是根植于中国大地、反映中国人民意愿、适应中国和时代发展进步要求的科学社会主义，是全面建成小康社会、加快推进社会主义现代化、实现中华民族伟大复兴的必由之路。2013 年 3 月 17 日，习近平在第十二届全国人民代表大会第一次会议上的讲话中强调：实现中国梦必须走中国道路，这就是中国特色社会主义道路。2013 年 6 月 25 日，习近平在中共中央政治局第七次集体学习时强调：在新的历史条件下坚持和发展中国特色社会主义，必须坚持走自己的路，必须顺应世界大势，必须代表最广大人民根本利益，必须加强党的自身建设，必须坚定中国特色社会主义自信。³²⁴ 习近平在哲学社会科学工作座谈会上讲话围绕中国特色社会主义讲了三个问题：第一个问题：坚持和发展中国特色社会主义必须高度重

323 习近平《关于中国特色社会主义理论体系的几点学习体会和认识》，载《求是》2008 年第 7 期。

324 人民网—中国共产党新闻网 2014 年 8 月 6 日《习近平谈坚持和发展中国特色社会主义》，<http://theory.people.com.cn/n/2014/0806/c40555-25412730.html>，2016 年 5 月 25 日访问。

视哲学社会科学（从先秦思想讲到马克思主义理论及中国化，阐述重视哲学社会科学对发展中国特色社会主义理论的重要性和必要性）；第二个问题：坚持马克思主义在我国哲学社会科学领域的指导地位（指明中国哲学社会科学的本质特征、方向和方法）；第三个问题：加快构建中国特色哲学社会科学（强调中国哲学社会科学的特点：体现继承性、民族性、原创性、时代性、系统性、专业性）。

习近平的上述系列讲话，扩展了中国特色社会主义理论的“领域”，深化了该理论的“内涵”。其创新性可以概括为三点：一是将中国特色社会主义理论根基与文化发展紧密联系并凸显马克思主义的指导地位；二是将中国特色社会主义的道路与中国梦紧密联系并凸显制度优越性；三是将中国特色社会主义内容与哲学社会科学的特点紧密联系并凸显理论的体系性。

三、中国特色社会主义理论根基与社会法根基

前述的中国特色社会主义理论将中国特色社会主义与文化发展紧密联系了起来，其实表明中国特色社会主义理论是文化发展的必然，是与精神文化——哲学社会科学成果——历史演进和汇集——融为一体的。

哲学社会科学经过历史演进和汇集形成了“一体”的成果，可以称为精神文化，即通过人的精神活动及其成果来体现的人类文化，是国家或民族传承下来的被多数人认同的人的社会行为范式，是人类之间进行交流的普遍认可的一种能够传承的意识形态。

这种精神文化，是人类社会发展进步的一个重要内容和精神动力。也是这种发展进步在精神领域的一个重要标志。我国先秦时期，众多文人学者，各自以独特的视角，对宇宙、社会、人生、人性、政治、经济、教育、科学、军事、伦理、道德、逻辑等诸多领域，作了比较深入的探讨。形成对后世产生重大影响的儒家、道家、墨家、法家、名家、阴阳家、纵横家、杂家、农家以及《周易》等“百家”学派、学说，此后经过诸多朝代的众多文人学者继承和发展，包括引进吸收佛家文化和西方文化（包括马克思主义和“民主”），形成了具有中国特色的现代精神文化。这样的文化，成为凝聚中华民族力量、规范社会行为、促进社会进步的强大内涵。

历史证明：精神文化是在创新中发展的。因为，生产力（包括科学技术）的发展，使生产方式和生活方式不断地发展变化，致使人与人的社会关系也随之改

变，由此，解决社会关系问题的理论或者学说也不断与之适应，文化创新也就成为必然。古希腊和中国先秦的思想家，适应封建主义生产方式，提出了“民本”及“德治”思想。近代西方启蒙思想家，适应资本主义生产方式，在政治领域提出了“人本”及以人权为核心的“法治”思想，马克思等经典作家在批判资本主义后提出了劳动人民权利为本的“劳本”思想。新中国成立后特别是改革开放后，以最广大劳动群众利益为核心的“劳本”思想又得以进一步发展，并形成与这一“劳本”思想相适应的以广大劳动人民群众根本利益为核心的“法治”思想。总之，中国现代精神文化的“核心”，就是在传统的“民本”及“德治”、“人本”及以人权为核心的“法治”思想基础上，形成的“劳本”及以广大劳动群众根本利益为核心的“法治”思想。

当代中国特色社会主义理论，正是包含着这种精神文化在内的理论体系。在这个理论体系中，马克思主义——以广大劳动群众根本利益为核心的“劳本”思想——是中国特色社会主义理论的精髓，彰显中国文化或者哲学社会科学成果的本质特征。

习近平2010年3月1日在中共中央党校春季学期开学典礼上的讲话中指出：“坚持中国特色社会主义理论体系中贯穿的马克思主义立场，始终站在人民大众立场上，立党为公、执政为民，把服务群众、造福百姓作为最大责任。”³²⁵深刻揭示了马克思主义的要义。

什么是马克思主义？笔者曾经多次用简洁的通俗语言表述：“马克思主义就是要使广大劳动群众过上好日子。”马克思讲无产阶级革命和无产阶级专政，毛泽东讲农民运动、人民民主专政等，其主体都是广大劳动群众，目的都是要使广大劳动群众过上“好日子”。这里的“好”的内涵，虽然不断发生改变，但根本的“好”，就是物质好、精神好、身体好（三好者）。因此，中国特色社会主义的理论，就是以广大劳动群众做“三好者”为灵魂。其基点也必然是代表广大劳动群众、依靠广大劳动群众、充分调动广大劳动群众积极性的社会行为范式和意识形态。这是中国特色社会主义理论区别于西方理论的根本标志，也是中国文化的现代化和面向未来的精髓。

从“劳本”理论观点出发，首先要修正甚至否定“资本”的理论。西方现代

³²⁵习近平《深入学习中国特色社会主义理论体系 努力掌握马克思主义立场观点方法》，载《求是》2008年第7期。

理论是以“资本”为核心的理论，强调以资本家集团利益为本。中国以“劳本”为核心的理论，强调以广大劳动人民群众的利益为本。这样，就要将西方的“资本”思想去伪存真，特别是去掉以资本家集团为本的“伪”，存以广大劳动群众利益为本的“真”。

从“劳本”理论观点出发，还要修正甚至否定“官本”的理论。“官本”是一种以官为本、以官为贵、以官为尊为主要内容的价值观。其基本特征是：以“官”的意志为转移的利益特权、“唯上是从”的制度安排、以“官”为本的价值取向、以是否为官和官职大小评价社会地位的衡量标准。它往往形成追逐官位、唯上是从、唯官是从，追求政绩、忽视民生、淡化质量，以权为纲、不负责任、推诿扯皮等现象。³²⁶中国古代的“民本”思想主要表现为重民、贵民、安民、恤民、忧民、亲民、爱民等，是明君、贤臣为维护和巩固其统治而提出的一种统治观，本质还是“官本”。如果说“官本”是自上而下的，那么，当代中国的“劳本”思想则是“群众路线”，是自下而上的。这种创新是新中国社会发展的内在要求和必然选择，更加体现了社会的进步性。

一般说来，“劳本”在法律上体现为“劳权”——广大劳动人民群众的社会权利，须由社会法保障。当代中国社会法与当代中国“劳权”从根本点上是一致的，其主体都是广大劳动人民群众，内容都是突出社会权；同时，当代“劳本”的基本价值是调动广大劳动人民群众的积极性，而当代中国社会法的基本价值则是保障广大劳动人民群众的积极性，因为社会法关系是广大劳动人民群众共同参与的、维护自身权益的并相互帮扶的社会关系。

近些年来，社会法的理论研究有两个值得注意的倾向：一是强调资方和劳方的利益平衡甚至强调资方的利益，二是强调政府给付及其管理。其实，从中国特色社会主义新的理论背景看，首先应当重视大幅度提升劳动者的收入，因为，改革开放三十年的巨大成就主要是通过资源的高耗费和劳动者的低收入来获取的，第二个三十年是还“债”期，即要通过调整产业结构和增加劳动者收入来弥补第一个三十年的不足；同时，现在进行的新一轮转型是朝着消费型转变，大幅度提升劳动者的收入是其重要支撑。至于价格上涨、竞争力下降等问题则可以通过供给侧改革（特别是提高科技含量）来解决。其次应当重视社会治理，因为改革开

326 参见：360百科《官本位》<http://baike.so.com/doc/3216291-3389473.html>，2016年5月20日访问。

放三十年一直是以政府为主的资源配置模式，忽视了市场配置资源的主要作用，第二个三十年是还“债”期，即要建立市场为主配置资源模式。为此，社会法就应当研究政府给付义务及作为社会义务的问题，研究劳动者收入大幅度提升及保护问题。

四、中国特色社会主义道路与社会法理论路径

众所周知，走社会主义道路，是近代中国历史的发展的必然，是中国的必然选择。历史已经证明，这一选择为当代中国的一切发展进步奠定了根本政治前提和制度基础。

新中国成立后，几代领导人都对社会主义道路进行了伟大的探索和实践。这一探索和实践，主要是围绕公平与效率展开的。

二十世纪 50 年代中期，毛泽东就提出，我们要进行马克思主义与中国实际的第二次结合，找到在中国进行社会主义革命和建设的正确道路。苏共二十大后，毛泽东明确提出要“以苏为鉴”，并试图“找到自己的一条适合中国的路线”。进而在经济、政治、文化、社会等建设方面提出了一系列理论，诸如：综合平衡理论，人民民主理论，大众文化理论，两类矛盾理论，现代国防理论，和平外交理论，等等。与此相联系，三次提出党的总路线：即 1952 年的“逐步实现国家的社会主义工业化，并逐步实现国家对农业、对手工业和对资本主义工商业的社会主义改造”的党在过渡时期的总路线，1958 年的“鼓足干劲、力争上游、多快好省地建设社会主义”的社会主义建设的总路线；1962 年的“阶级斗争必须年年讲，月月讲，日日讲”的党在整个社会主义时期的基本路线。详细分析这些理论和路线不难发现，当时中国探索了一条从“效率优先”到“公平优先”的道路。特别是关于阶级斗争，实际是强调消灭剥削，实现经济、政治、文化、社会的公平。³²⁷

新中国建国后，在“效率优先”时期，经济发展速度较快，从“一穷二白”到初步建立起比较完整的工业体系和国民经济体系，特别是，第一个五年计划时期，工农业总产值平均每年增长 11.9%，1963—1965 年，国民收入和社会总产值年平均增长率分别高达 14.7% 和 15.5%。³²⁸ 后来，强调消灭剥削的过度重视“公平”，使“效率”越来越被忽视，到 1976 年，国民经济几乎陷入停滞。

327 参见王凯《毛泽东的社会主义公平观》，《中共云南省委党校学报》2011 年第 5 期，第 32—35 页。

328 《中国历年国民收入（国民生产总值）增长情况》，<http://www.doc88.com/p-3037600414043.html>，2016 年 5 月 22 日访问。

邓小平坚持解放思想、实事求是的思想路线，反映人民群众的强烈愿望，顺应时代发展潮流，充分调动各方面的积极性，通过改革开放找到了一条建设有中国特色的社会主义的道路。在这个过程中，首先明确了什么是社会主义，提出三个重大理论观点：一是社会主义本质，即：解放和发展生产力，共同富裕；二是社会主义初级阶段；三是社会主义也可以搞市场经济。其次明确了怎样建设社会主义的问题，提出了小康目标和现代化建设“三步走”战略，并且提出了保证这一战略目标实现的一整套方法，明确其核心是“一个中心、两个基本点”作为党在社会主义初级阶段的基本路线。根据这些理论和路线，1987年，党的十三大提出了社会主义初级阶段基本路线：领导和团结全国各族人民，以经济建设为中心，坚持四项基本原则，坚持改革开放，自力更生，艰苦创业，为把我国建设成为富强、民主、文明的社会主义现代化国家而奋斗。详细分析这些理论和路线不难发现，改革开放三十多年中国走了一条“效率优先”的道路。

改革开放三十多年，是中国经济快速发展的时期，但由于资源的有限性与需求的无限性的矛盾不断加深，其中权贵利用优势地位获取资源和财富没有得到有效控制，法律缺位使一些人钻空子发不义之财，助推了这一矛盾的深化，致使社会不公问题凸显，其直接表现就是贫富差距拉大，教育、医疗、就业等权利不平等和机会不均等问题越来越突出，同时，诸多社会不安全因素也压向弱势群体，等等。总之，公平在弱化。

2013年1月5日，习近平在新进中央委员会的委员、候补委员学习贯彻党的十八大精神研讨班开班式上发表重要讲话指出，我们党领导人民进行社会主义建设，有改革开放前和改革开放后两个历史时期，这是两个相互联系又有重大区别的时期，但本质上都是我们党领导人民进行社会主义建设的实践探索。要坚持实事求是的思想路线，分清主流和支流，坚持真理，修正错误，发扬经验，吸取教训，在这个基础上把党和人民事业继续推向前进。³²⁹2014年7月，习近平总书记在中央政治局会议上提出，经济新常态下，要遵循“三大规律”，实现“三大发展”。他指出：“我国发展必须保持一定速度，不然很多问题难以解决。同时，发展必须是遵循经济规律的科学发展，必须是遵循自然规律的可持续发展，必须是遵循社会规律的包容性发展。”³³⁰关于包容性，就是要坚持发展为了人民，发

329 《习近平谈“中国特色社会主义”：道路就是党的生命》，http://news.youth.cn/gn/201301/t20130106_2778473.htm，2016年5月23日访问。

330 戚义明《“十三五”：在共建共享中提高发展包容性》，

展成果为人民所共享，走共同富裕之路。关于这一点，习近平在任上海市委书记时就指出：“各级领导干部要动真情、下真功，深入到困难群众中去，千方百计帮助群众解决就业、就医、就学和住房等方面的现实问题，团结带领广大群众共建共享美好生活。”³³¹可见，习近平讲的社会主义道路是效率和公平同时并重的道路。

坚持走效率和公平同时并重的社会主义道路，是新的历史时期赋予中国共产党和广大劳动人民群众的历史使命，也是经济社会发展的新常态。社会法的理论对此必须做出回应并创新。以往社会法理论较多重视弱势群体权益保护和社会福利保障义务的研究，今后需要延展到社会公平领域，诸如权利的平等、分配的合理、机会的均等和司法的公正等等领域，具体深入到教育、医疗、就业、收入分配、精准扶贫等制度层面，展开研究，进而推动中国社会公平理论的发展。

社会公平理论的要义在于“共建共享”。其中，共建是指广大劳动人民群众共同参与的社会建设，只有这样的主体参与，才能实现切实达到公平建设要求，这在社会法治状态下主要体现为共同参与社会建设主体的权利。共享是指广大劳动人民群众共同享有改革和发展的成果，这是实现共同富裕目标的过程中“社会公平”原则的表现，在社会法治状态下也体现为共同享有改革和发展的成果的主体的权利，但这项权利，不是绝对平均的权利，而是有差别的、消灭贫穷的权利。

五、中国特色社会主义内容与社会法内容创新

如前所述，习近平将中国特色社会主义内容与哲学社会科学的特点紧密联系并凸显理论的体系性，是新时期对中国特色社会主义内容的创新。近平在哲学社会科学工作座谈会上讲话中，专门讲构建中国特色哲学社会科学，实际上明确了构建中国特色哲学社会科学是丰富和发展中国特色社会主义内容的必然要求，也表明了中国特色哲学社会科学与中国特色社会主义的内容是一体的。

关于中国特色哲学社会科学体现继承性、民族性，习近平强调：要围绕我国和世界发展面临的重大问题，着力提出能够体现中国立场、中国智慧、中国价值的理念、主张、方案。对国外的理论、概念、话语、方法，要有分析、有鉴别，适用的就拿来用，不适用的就不要生搬硬套。要推出具有独创性的研究成果，就要从我国实际出发，坚持实践的观点、历史的观点、辩证的观点、发展的观点，

http://news.xinhuanet.com/politics/2015-11/22/c_128453796.htm，2016年5月23日访问。

331 《习近平：团结带领群众共建共享美好生活》<http://politics.people.com.cn/GB/14562/5561024.html>，2016年5月24日访问。

在实践中认识真理、检验真理、发展真理。

关于中国特色哲学社会科学体现原创性、时代性，习近平强调：只有以我国实际为研究起点，提出具有主体性、原创性的理论观点，构建具有自身特质的学科体系、学术体系、话语体系，我国哲学社会科学才能形成自己的特色和优势。理论的生命力在于创新。理论思维的起点决定着理论创新的结果，理论创新只能从问题开始。改革开放以来，我们坚持理论创新，正确回答了什么是社会主义、怎样建设社会主义，建设什么样的党、怎样建设党，实现什么样的发展、怎样发展等重大课题，不断根据新的实践推出新的理论，为我们制定各项方针政策、推进各项工作提供了科学指导。我国哲学社会科学应该从我国改革发展的实践中挖掘新材料、发现新问题、提出新观点、构建新理论，加强对改革开放和社会主义现代化建设实践经验的系统总结，加强对发展社会主义市场经济、民主政治、先进文化、和谐社会、生态文明以及党的执政能力建设等领域的分析研究，加强对党中央治国理政新理念新思想新战略的研究阐释，提炼出有学理性的新理论，概括出有规律性的新实践。

关于中国特色哲学社会科学体现系统性、专业性，习近平强调：不断推进学科体系、学术体系、话语体系建设和创新，努力构建一个全方位、全领域、全要素的哲学社会科学体系。发挥我国哲学社会科学作用，要注意加强话语体系建设。

这些讲话，渗透着如下观点：（1）中国特色社会主义理论是通过中国特色哲学社会科学创新来丰富和发展的。（2）中国特色社会主义理论及其内容——中国特色哲学社会科学必须有中国特色、中国风格、中国气派。（3）中国特色社会主义理论及其内容是学科体系、学术体系、话语体系的集合。

社会法理论是哲学社会科学的重要组成部分，在实现中国梦这一新的历史时期，应当以中国特色社会主义理论为指引并通过不断创新加入到丰富和发展这一理论的队伍中来，同时也要有中国社会法的特色、风格、气派，要构建自身的学科体系、学术体系、话语体系。

社会法不同于行政法和民商法。行政法的假设是：纵向的国家政治权力与人民共同权利之间的不平等；民商法的假设是：交易双方的交易权利是平等的（横向关系中主体之间地位平等）；社会法的假设是：横向关系中主体之间地位是不平等的，即承认“富强与贫弱，生存能力低下与生存能力很强”的根本上的不平

等，以及由此决定的不同主体权利的不平等。³³²

早期的社会法，主要是扶助贫弱的法，诸如社会保险法、社会救助法；上个世纪开始涌现了社会福利法；现代的社会法，主要是提升生存能力的法，它突出了国家和社会的帮扶义务，强化了“就业促进”义务的中心地位，并围绕“就业促进”展开教育促进、健康促进和社会扶持等一系列社会义务。³³³ 在此基础上的社会法理论，大多属于“社会义务本位论”。这些理论有着共同的特点：一是以国家或者政府履行给付义务为出发点，二是至上而下为主的国民收入再分配，三是国家或者政府的义务对应的权利主体权利比较宽泛。它们起源于欧洲德法等国，在美国近几十年得以修正。其根源于政治需要和经济、人口等基础，包括缓和社会矛盾来保护资本利益、选举承诺的兑现，科技发展的竞争优势获得的积累，非正常的资源巧取和豪夺，人口偏少，等等。笔者认为：社会义务是一种汇集的解困义务；社会权利与社会义务是一种“需求”和“供给”的对应关系；在实践中，社会权利和社会义务都应当受到约束。“社会义务本位论”并不适用上述社会权利与社会义务的对应关系要求，其支撑的社会保障（福利）法是以社会义务为本位的，并没有顾及社会权利“需求”是否存在，按照传统立法思路（考虑现实情形的对应性和各种可能性），主观地设定国家及政府的给付义务，较少规定权利上的基准，致使社会义务缺乏与社会权利的对应，造成社会义务的盲目和混乱。³³⁴ 扶贫做不到精准的问题正是出在这里。

细致分析可见，“社会义务本位论”是不符合时代特征和中国国情的。事实是，传统的扶助贫弱法大多被社会福利法取代，其理论亦被社会福利论取代；而社会福利论，强调国家为福利目的履行给付义务，也与经济发展周期变化产生了矛盾。即经济不景气，国家收入减少，便以举债和赤字为继，从而会导致债务危机和不可持续等越来越多的困扰和诸多尖锐的社会矛盾。³³⁵ 上世纪在美国兴起的以“就业促进”义务为中心的社会促进法，也伴随着国家给付的掣肘（起因于经济危机和产业结构调整）而面临调整，本世纪的医保法案之争和脆弱性理论的批判可见一斑。中国人口众多，人均国民收入水平很低，按照翻两番的目标，靠国家给付达到中等发达国家福利水平都是做不到的。笔者在 2014 年华盛顿的世

332 汤黎虹《社会法的本质：“扶权论”的理论视角》，《江淮论坛》2015年第5期，第25页。

333 同上。第23页。

334 同上。第24页。

335 汤黎虹《中国社会法的理性求变与制度创新》，《东方法学》2015年第1期，第25页。

界成年人大会发言时指出：美国 3 亿人口，中国 13 亿人口，2025 年老年人将达到 3 亿，相当于美国的总人口，假定中国届时国民收入达到美国水平，但人均福利水平也只能是美国的 1/4。如果抛开经济危机等因素，那么，中国也必须动员全社会力量共同参与社会义务的履行，为此，必须搞准社会权利的“量”，减少浪费和解决不公问题。

可见，中国社会法理论创新，要有中国社会法的特色、风格、气派，要构建中国社会法的学科体系、学术体系、话语体系，应当从“社会权利本位论”做起，即更加重视社会权利的定性和定量的问题的研究，从而使社会义务更加“精准”的对应和履行。

六、结论

社会法理论创新的根据，不应当是西方传统的理论，而应当是现代的、符合实际的中国特色社会主义理论。习近平关于中国特色社会主义的一系列论述，赋予了中国特色社会主义理论的新的内涵。它为社会法理论创新提供了立场、观点和方法，是社会法理论创新研究的指引和规范。

社会法理论创新，首先必须按照中国特色社会主义理论的要求，打好根基。这个根基就是坚持马克思主义。其在社会法理论中，表现为突出和保护广大劳动人民群众的权益。

社会法理论创新，还必须遵循中国特色社会主义道路的指引，加强社会公平理论的研究及其要义——“共建共享”理论的研究，强调广大劳动人民群众共同参与社会建设、共同享有改革和发展成果的权利。

社会法理论创新，也要按照中国特色社会主义内容的要求，突出“社会权利本位论”的地位，更加重视社会权利的定性和定量的问题的研究，使社会法理论具有中国特色、中国风格、中国气派，有自身的学科体系、学术体系、话语体系。

铁路行业社会资本准入条件制度研究

刁道远*

【摘要】铁路行业向社会资本开放应该设置规范明确的准入条件，以便于社会资本的顺畅准入。身份准入条件、资本准入条件、技术准入条件、商业信誉准入条件和治理水平准入条件是铁路行业社会资本准入条件的重要指标。设置铁路行业社会资本准入条件制度应该从铁路企业设立和铁路业务经营资格获取两个环节进行，而且两个环节应该分开设置。在铁路企业设立准入条件制度中，应该分别从综合性铁路企业设立准入条件和铁路货物运输企业设立准入条件进行设置；而在铁路业务经营资格许可准入条件制度中，应该分别从铁路路网经营业务资格许可准入条件、铁路货物运输业务经营资格许可准入条件和铁路旅客运输业务资格许可准入条件进行设置。

【关键词】铁路行业 社会资本 准入 条件

近年来，国家发布了一系列政策鼓励社会资本投资铁路行业，³³⁶ 阐明铁路行业向社会资本开放的态度，但是，铁路行业属于关系国民经济命脉的特殊行业，兼具公益性和营利性特征，具有较高的安全性要求，所以鼓励社会资本投资并不代表所有的投资主体都可以任意地投资铁路行业，允许哪些投资主体投资铁路行业需要准入条件的限制。即只有符合准入条件限制要求的投资主体才有资格投资铁路行业，而不符合准入条件限制要求的投资主体则不能投资进入铁路行业。然而，目前铁路行业的法律法规和政策并未明确的社会资本准入条件，导致社会资本投资主体无法清晰地获悉自己是否适格，无形中增加了社会资本准入的难度，

*刁道远，石家庄铁道大学人文学院副教授，法学博士，主要研究方向：经济法、铁路法、社会法。

³³⁶ 国务院 2005 年发布了《国务院关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制经济发展的若干意见》；2010 年发布了《国务院关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》；2013 年发布了《国务院关于改革铁路投融资体制加快推进铁路建设的意见》；原铁道部 2005 年发布了《铁道部关于鼓励支持和引导非公有制经济参与铁路建设的意见》；原铁道部 2005 年发布了《铁道部关于鼓励支持和引导非公有制经济参与铁路建设经营的实施意见》；2012 年发布了《铁道部关于鼓励和引导民间资本投资铁路的实施意见》，2015 年国家发展改革委、财政部、国土资源部、银监会、国家铁路局联合发布了《关于进一步鼓励和扩大社会资本投资建设铁路的实施意见》。

使社会资本投资铁路行业在开端环节即遭遇不畅。就因此，确立科学规范的准入条件制度是社会资本能否顺畅投资铁路行业的前提条件，需要进行深入研究。

一、设置铁路行业社会资本准入条件制度的必要性

准入条件是铁路行业社会资本准入的核心环节，设置铁路行业社会资本准入条件制度是保证铁路市场主体质量的需要，也是保证铁路运输安全的需要，还是保证投资者平等准入机会的需要。

（一）确保铁路市场主体质量的需要

在熟人社会，人们对彼此之间的能力有充分的了解，很少需要借助外界的衡量标准进行评判，正如费孝通先生所言，在乡土社会中法律是无从发生的，³³⁷但是，在陌生人社会中，人们对彼此之间的能力并不了解，认可对方能力的途径往往需要借助外界依据进行评判。条件是能力的象征，是陌生人社会中评判能力的最佳途径。市场经济属于陌生人的社会，市场衡量相关主体能力的途径就是设置准入条件，准入条件是市场主体获取进入市场所应具备的基本品质。³³⁸通过准入条件的衡量，可以初步推断出符合自己需求的能力水平。

在陌生的市场环境中，铁路行业向社会资本投资主体开放，但对广泛的社会资本投资主体能力情况并不了解，因此，需要设置铁路行业社会资本准入条件制度，通过准入条件的满足，测评社会资本投资主体的能力，从而达到选择合格投资者的目的。并且，经过准入条件的筛选，将不合格的社会资本投资主体排除在外，从源头上保证进入铁路市场的主体质量。

（二）确保铁路运输安全的需要

铁路运输是系统工程，其运输安全需要铁路运输工作的整体配合，每个工作环节都必须到位，只要有某个环节出现差错都可能会危及铁路运输安全，而铁路运输中的每项具体工作都需要相关主体来执行，如果没有科学合理的准入条件限制，不具备相应能力的市场主体就可能会进入铁路运输行业，提供铁路运输服务及相关服务。这些主体的进入为铁路运输安全埋下了隐患，一旦这些主体在铁路运输工作的某个环节中出现纰漏，就可能会导致铁路运输事故的发生。因此，铁路行业社会资本准入条件是铁路运输安全的必要条件，没有准入条件的限制，不

337 费孝通：《乡土中国》，凤凰出版传媒集团、江苏文艺出版社 2011 年版。

338 参见章志远、黄娟：《公用事业特许经营市场准入法律制度研究》，《法治研究》2011 年第 3 期。

合格主体就有可能进入铁路运输市场，在主体制度上就缺乏保障铁路运输安全的制度环境；而设置了铁路行业社会资本准入条件制度，可以从制度源头上有效排除不合格主体进入铁路运输市场的可能性，确保进入铁路运输市场相关主体的质量，从而可以从主体制度上保障铁路运输安全。

（三）确保投资者平等准入机会的需要

为投资者提供平等的准入机会是市场经济努力追求的目标，而实现这一目标的主要途径是设置公平合理的准入条件。准入条件其本质是限制和要求，市场主体必须履行这种限制和要求，方可获准进入该行业的具体领域。³³⁹ 铁路行业社会资本准入条件的设置，是对所有想投资铁路行业的投资者设置了统一的门槛，该门槛就是对投资者的限制和要求。要求预投资进入铁路行业的每一个投资主体都必须履行准入条件的限制性义务，只有达到准入条件才能投资铁路行业，达不到准入条件则不能投资铁路行业。而达到准入条件的投资者，如果不允许其投资铁路行业则必须有法定的理由，否则不能任意剥夺其准入资格。因此，铁路行业社会资本准入条件对所有投资主体都是平等的，它为所有的投资主体提供了投资铁路行业的资格标准，只有达到准入条件要求的标准才有资格投资铁路行业具体业务领域，否则无权投资铁路行业，这是公平价值在铁路行业社会资本准入中的具体体现。

（四）确保铁路行业合理竞争秩序的需要

合理的竞争秩序对整个行业的发展至关重要，如果一个行业内部的竞争主体过少，则说明行业存在竞争不足，整个行业的发展没有活力，对行业的发展是阻碍；相反，如果一个行业内部的竞争主体过多，竞争过于激烈，则过度竞争对行业内部资源的争夺也会损害行业的长远发展。因此，行业的健康发展需要合理的竞争秩序，竞争不足和竞争过度均在排除之列。准入条件的设置可以有效地调节竞争不足或竞争过度的状况：当行业内部竞争不足时可以降低准入条件，让更多的投资主体符合准入条件，吸引他们投资具体行业，刺激行业内部竞争，改善行业内的竞争状况；相反，如果行业内竞争过度，就应该提高准入条件，限制潜在的投资主体投资该行业，从而改善过度竞争状况。2010年水泥行业设置《水泥行业准入条件》的主要目的就是抑制水泥行业产能过剩和重复建设，避免过

³³⁹ 葛声、安一丹：《东道国对外资银行市场准入条件法律监管探讨》，《湖北经济学院学报（人文社会科学版）》2009年第9期。

度竞争。³⁴⁰

铁路行业社会资本准入条件的设置可以调节铁路行业内部的竞争状况。如果铁路行业内部竞争不足则应该降低准入条件，在保证铁路运输安全的前提下，让更多的投资主体符合准入条件，吸引更多的投资主体投资铁路行业，刺激铁路行业的内部竞争，激发铁路行业的发展活力。相反，如果铁路行业竞争主体过多，竞争过度则应该提高准入条件，控制潜在竞争主体进入，防止竞争不断恶化。目前我国铁路行业属于内部竞争严重不足的状况，因此，正确的处理方式应该是降低准入条件，鼓励更多的社会资本投资铁路行业，刺激铁路行业内部竞争，激活铁路的发展动力。目前国家已经明确地认识到铁路行业竞争不足的问题，而且在多个规范性文件中均明确表明要放宽准入门槛，鼓励铁路行业社会资本准入。³⁴¹

二、设置铁路行业社会资本准入条件制度的指标选择

设置铁路行业社会资本准入条件制度需要针对准入条件预实现的功能，遵循资本投资的规律，按准入条件的内容，对铁路行业社会资本准入条件的核心要素进行梳理，从而甄别和筛选出用于建构准入条件制度的核心指标。

（一）身份准入条件

身份准入条件是对投资者的资格进行限制，其主要目的在于维护铁路市场公平竞争，以及保障铁路行业的安全健康发展。它主要解决允许或不允许哪些投资主体投资铁路行业，以及具体到铁路行业某些领域是否允许特殊投资主体投资的问题。为保证铁路旅客运输市场的公平竞争，英国在 1993 年制定的《英国铁路法》第 25 条规定英国不允许公营部门的经营者成为铁路旅客运输的经营者，³⁴² 因为允许这些公营部门的法人团体和个人参与铁路旅客运输经营，以他们的特殊身份和权力会破坏铁路运输市场的公平竞争。我国相关法律也有类似的规定：如《中华人民共和国公务员法》第 53 条第十四项规定公务员不得从事或者参与营利性活动，在企业或者其他营利性组织中兼任职务；《中华人民共和国法官法》第 32

³⁴⁰ 中华人民共和国工业和信息化部 2010 年发布的《水泥行业准入条件》第 1 条规定：为贯彻落实科学发展观，抑制产能过剩和重复建设，加快结构调整，引导水泥行业健康发展，根据国家有关法律法规和产业政策，特制定水泥行业准入条件。

³⁴¹ 2005 年和 2010 年国务院发布的《非公 36 条》和《新非公 36 条》，以及 2005 年和 2012 年原铁道部发布《原铁道部 2005 年意见》和《原铁道部 2012 年意见》等文件中均提出要放宽市场准入。

³⁴² 《英国铁路法》第 25 条规定公营部门经营者包括法人团体和个人，主要指王室大臣、政府机构或其他王室机构；任何地方政府；任何市县旅客交通机构；任何其成员由王室大臣、政府部门、地方政府或旅客交通机构任命的集团公司或者其成员由这样的集团公司任命的公司；还有一个持有上述这些类型的法人团体或个人的大部分股份的公司；持有或代表这些法人团体或个人的大部分表决权的公司；可被这些法人团体或个人任命或解除其大部分领导成员职务的公司；依据与其他人达成的协议，由这些法人团体或个人控制大部分表决权的公司；以及适合上述类型的子公司。参见何璧主编：《铁路改革立法规范》，中国铁道出版社 1999 年版，第 134 页。

条第十一项规定法官不得从事营利性的经营活动；《中华人民共和国检察官法》第35条第十一项规定检察官不得从事营利性的经营活动。这些特定人群由于其特殊的身份，如果允许他们从事营利性的经营活动，以他们特殊身份拥有的权力会破坏市场的公平竞争秩序。在铁路行业，如果允许这些主体投资铁路行业的具体领域参与经营活动，也会破坏铁路市场公平竞争秩序，因此，应该禁止这些主体投资铁路行业。此外，虽然我国相关法律没有规定，但按照企业国有资产的公益性属性不同，公益性较强且有明确特定目的的国有企业³⁴³也不能投资铁路行业，十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》也指出要准确界定不同国有企业功能，功能即国有企业的任务，³⁴⁴有明确特定任务的国有企业只能从事其固定的业务，不能投资其他行业，包括铁路行业。

然而，关于身份条件的运用，目前铁路行业存在的问题是过分强调而不是强调不足，是隐性强调而不是明确规范地强调。具体表现在向社会资本开放的实践中，过分强调铁路行业的系统性、规模经济、统一调度指挥等特征，排斥和抵触外资、民间资本和竞争性国有资本等社会资本投资铁路行业。虽然政策态度上强调平等性，但在具体准入环节和运营环节中设置种种玻璃门和弹簧门，将社会资本拒之门外。因此，对铁路行业社会资本身份准入条件，应该明确禁止一些投资主体投资于安全性和公益性程度较高的铁路行业具体领域，同时应该以明确规定的形式禁止一些不适格的投资主体投资铁路。除此之外，应该淡化身份条件，强调铁路行业中市场主体的平等性，并积极为铁路行业市场主体公平竞争创造条件。

（二）资本准入条件

资本是衡量企业实力的主要指标，是企业实力的象征，具体以注册资本或资产规模来表现，一般情况下人们往往通过注册资本或资产规模来判断企业的实力，尤其是对企业情况掌握不充分时，注册资本和资产规模就成为人们判断企业实力的主要指标。以前人们对注册资本的依赖程度很高，并以此作为保障债权人权益的主要依据，但随着对企业资本认识的逐步深入，人们发现注册资本对企业债权人权益的保障程度有限，相对于注册资本，企业资产更能保障债权人的权益，同时也更能衡量企业的经济实力。³⁴⁵ 在实践中，2005年《中华人民共和国公司

³⁴³ 公益性国企是指直接用于公共事业的公用企业，在中央层面主要包括如石油石化、电网、通信服务等领域的企业，而在地方则主要包括供水、供气、公共交通等方面的企业。

³⁴⁴ 杨卫东：《论新一轮国有企业改革》，《新华文摘》2014年第14期。

³⁴⁵ 参见：傅穹：《重思公司资本制原理》，法律出版社2004年版，第81-89页。此观点还可参加赵旭东：《从资本信用到资产信用》，《中国法学》，2003年第5期；朱慈蕴：《公司资

法》(以下简称《公司法》)修改时将注册资本由原来的股东一次全额缴纳改为允许股东在首次出资额不得低于注册资本的 20%的情况下,其余部分可以在两年内缴足,投资公司可以在五年内缴足。而且将有限责任公司的注册资本最低限额从原来的 50 万、30 万和 10 万统一降低为 3 万;346 股份有限公司的最低注册资本限额从原来的 1000 万降低到 500 万。2013 年《公司法》再次修改时直接取消了公司最低注册资本的限制,对公司最低注册资本不再作要求,具体出资额由公司章程规定。347

然而,尽管理论界已经认识到注册资本对企业债权人的保护程度有限,并且 2013 年修改的《公司法》取消了对注册资本最低限额的要求,但这只是对一般企业的要求。铁路企业属于特殊行业,铁路运输企业的运营对资金的需求量很大,在企业刚设立时,注册资本仍然是企业经济实力的主要衡量标准。如果注册资本过低,不仅会影响企业设立初期的资金筹集能力,而且还会影响企业后续的举债融资能力。另外,设置铁路企业设立时注册资本的最低限额要求还可以过滤缺乏资金实力的投资主体,确保投资铁路市场主体的质量,达到既能保持铁路规模经济效应,又能培育铁路运输市场良性竞争秩序的目的。348

因此,在铁路行业社会资本准入条件的设置上,应该采取区分对待的态度。首先,铁路企业设立时的资本准入条件应该设置注册资本的最低限额,以保证铁路企业设立时的资金需求以及后续的融资需求。原铁道部和原中华人民共和国对外贸易经济合作部(以下简称“原外经贸部”)在 2000 年发布的《外商投资铁路货物运输业审批与管理暂行办法》(以下简称“《外商投资铁路办法》”)第 6 条第四项规定了设立中外合营铁路货运公司注册资本额应满足从事业务的需要,最少不得低于 2500 万美元。《中华人民共和国民用航空法》(以下简称《民用航空法》)第 93 条对设立公共航空运输企业也进行了最低资本额的限制。其次,铁路企业设立后申请铁路业务经营资格许可时,资本准入条件应该对企业资产规模作出最低限额要求。企业资产是构成企业对外偿债能力的基石,349 已经设立并开始运营的铁路企业,其资产规模更能反映企业的资金实力。因此,对于已经设

本理念与债权人利益保护》,《政法论坛(中国政法大学学报)》2005 年第 3 期;冯果:《论公司资本三原则理论的时代局限》,《中国法学》2002 年第 3 期。

346 一人有限责任公司为 10 万,且要求一次缴清参见 2005 年修改的《公司法》第 59 条。

347 参见 1993 年制定的《公司法》第 23 条、78 条,2005 年修改的《公司法》第 26 条、第 59 条,以及 2013 年修改的《公司法》第 26 条、58 条、80 条等。

348 参见王道远:《社会资本投资铁路适格主体》,《河北法学》2013 年第 12 期。

349 参见傅穹:《重思公司资本制原理》,法律出版社 2004 年版,第 89 页。

立并且从事相关业务的企业申请铁路业务经营资格许可时应该以资产规模作为资本准入条件。2000年颁布的《中华人民共和国电信条例》（以下简称“《电信条例》”）第10条第三项规定经营基础电信业务，应有与从事经营活动相适应的资金；第13条第二项规定经营增值电信业务应有与开展经营活动相适应的资金。2012年发布的《中华人民共和国电信法（草案征求意见稿）》（以下简称“《电信法征求意见稿》”）第9条和第11条进行了同样的要求。1995年欧盟委员会颁布的《关于向铁路企业发放许可证的95/18/EC欧盟理事会指令》（以下简称“《欧盟委员会95/18/EC指令》”）第5条第一款规定在开展业务前铁路企业必须向所在成员国的许可证发放机构证明其在任何时候都能够符合财务状况稳健等要求，第7条第一款解释财务稳健是指提出申请的铁路企业应能够证明，假设按目前状况的12个月期间内，企业仍然能够履行其现在和将来的职责。

（三）技术准入条件

技术是衡量企业经营能力的重要指标，是企业实力的重要标志。技术条件是对市场主体从事某类行业具体业务的技术限制，是市场主体从事特定行业具体业务的基本技术要求，达不到限定的技术要求就不能从事特定行业的具体业务。构成技术条件的核心要件是技术人员和技术等级，具体表现为拥有相应技术等级的人员数量要求，它是开展具体业务的核心保障。

铁路行业社会资本准入技术条件是对设立铁路企业从事具体铁路业务的技术限制，是最基本的技术要求，达不到限定的技术要求就不能从事相关铁路业务。铁路行业社会资本准入技术条件具体表现为对拥有相应技术等级的人员数量要求，达不到限定的技术人员数量就不能设立铁路企业或者不能申请相关铁路业务的经营许可资格。它既是铁路企业经营能力的具体表现，同时也是铁路运输安全和铁路运输服务质量的重要保障，如果没有合理的技术等级人员数量保障，社会资本投资设立的铁路企业从事铁路相关业务将会直接威胁到铁路运输安全和影响铁路运输服务质量。

铁路行业向社会资本开放，对社会资本投资设立的企业申请从事铁路相关业务进行技术准入条件的限制是世界上大多数国家的通行做法，也是其他相关行业的基本要求。如《德国通用铁路法》第6条第二款规定了批准申请者从事铁路业务的条件之一就是企业主的申请人和为管理业务选任的人员通晓业务，且能保证

实行可靠的企业管理；³⁵⁰ 《欧盟委员会95/18/EC指令》第5条第一款规定了在开展业务前，铁路企业必须向所在成员国的许可证发放机构证明其在任何时候都能够符合运营专业资质方面的要求。第8条第一款对有关营运专业资质的要求进行了解释，其中重要的要求就是铁路企业负责安全的职员，尤其是司机，在其业务领域内要完全合格，并且铁路企业的职员、机车车辆和组织机构能够保证其提供的运输服务高度安全。³⁵¹ 《外商投资铁路办法》第6条规定了设立的中外合营铁路货运公司应具有从事经营业务所需要的专业技术和管理人员；《电信条例》第11条和第12条规定了经营基础电信业务和经营增值电信业务，都应当具有与从事经营活动相适应的专业人员；《民用航空法》第93条规定设立公共航空运输企业，应当具有必需的依法取得执照的航空人员。

（四）商业信誉准入条件

商业信誉是企业的一种无形资产，它反映了一个企业整体的运营状态，³⁵² 良好的商业信誉是企业守法经营的标志，是守法经营者长期经营行为的市场认可和社会认可。商业信誉准入条件是对预投资准入某个行业的投资者以前一定时间范围内的重大违法行为的否定性评价，同时也是对投资者长期守法行为的鼓励。如果投资者在限定的时间范围内有严重影响声誉的重大违法行为，将会不符合商业信誉准入条件的要求，进而不能投资某个行业。铁路行业社会资本准入商业信誉条件是对污点较大的投资主体投资铁路行业具体业务领域的限制，它要求投资主体在投资准入之前的一定期限内没有严重影响声誉的违法行为，否则将被商业信誉准入条件拒之门外，进而不能投资铁路行业的具体业务领域。铁路行业社会资本准入商业信誉条件的设置是投资主体投资铁路后合法参与铁路市场竞争的重要保障，如果投资主体以前有严重影响声誉的违法行为，那么其投资铁路后从事违法行为的可能性就大，鉴于铁路行业的特殊性，应该禁止其投资铁路行业具体业务领域，这对保障铁路运输安全和维护铁路行业的良好竞争秩序皆有重要意义。

国外铁路行业比较重视对商业信誉准入条件的设置，如日本《铁道企业法》第6条规定了铁道企业经营申请人如果在一定期限内严重影响声誉的违法行

³⁵⁰ 曹钟雄主编：《国外铁路法律法规选编》，中国铁道出版社2003年版，第202页。

³⁵¹ 曹钟雄主编：《国外铁路法律法规选编》，中国铁道出版社2003年版，第172页。

³⁵² 章志远、黄娟：《公用事业特许经营市场准入法律制度研究》，《法治研究》2011年第3期。

为则运输大臣不予批准该铁道企业设立；³⁵³ 《欧盟委员会 95/18/EC 指令》第 5 条第一款规定在开展业务前铁路企业必须向所在成员国的许可证发放机构证明其在任何时候都能够符合信誉良好的要求，第 6 条解释了信誉良好的要求是指提出申请的铁路企业或管理者从未严重触犯法律，包括商业法；从未宣布过破产；从未严重违反运输业的特定法规；从未严重违反或者屡次不能履行社会或劳动法规定的义务，包括职业安全和健康法规所规定的义务。³⁵⁴ 相比国外发达国家，国内则很少从准入条件设置的角度考虑商业信誉要求，《电信条例》第 11 条和第 12 条规定了经营基础电信业务和经营增值电信业务，都应当具有为用户提供长期服务的信誉，但在《电信法意见稿》中被删除。

商业信誉准入条件限制是资格限制，直接剥夺了投资者的准入资格，对投资者有较大的威慑力，可能比其他的惩罚措施更为有效。因此，在铁路行业社会资本准入条件设置中，应该借鉴国外的经验，对投资主体的商业信誉作出限制，既可以提高铁路运输安全的保障程度，又可以促进铁路行业良好的竞争秩序形成。

（五）治理水平准入条件

健全的治理机构对一个企业至关重要，它直接关系到企业的盈利能力和竞争实力，甚至直接关系到企业的发展和存亡。治理水平准入条件是对投资者投资设立企业的治理结构限制，它要求投资者设立的企业治理结构必须达到准入条件的要求，否则不能设立企业，投资者就无法投资具体行业。

铁路行业社会资本准入治理水平条件是对社会资本投资设立的铁路企业治理结构提出的具体要求，要求社会资本投资设立的铁路企业其治理结构必须达到准入条件限制的标准，否则铁路企业将不能设立，或者不能取得经营铁路行业具体业务的经营许可资格。设置铁路行业社会资本准入治理水平条件，可以保证铁路企业的治理结构从开始就是健全的，这为铁路企业成功获取铁路行业具体业务经营许可资格提高了组织保障，同时也为铁路企业以后健康发展提供了组织条件。因此，应该将治理水平准入条件纳入铁路行业社会资本准入条件的指标体系中。

《欧盟委员会 95/18/EC 指令》第 5 条第一款规定在开展业务前铁路企业必须向所

³⁵³ 日本《铁道企业法》第 6 条规定铁道企业经营申请人如有下列行为之一则运输大臣不予批准该企业设立：（1）被判处一年以上徒刑或监禁，且自取消执行或执行期满之日起不满两年者；（2）被撤销铁道企业经营许可证，且自撤销之日起不满两年者；（3）禁治产者、准禁治产者或破产而未恢复权利者；（4）不具备与成年人相同经营能力之未成年人，且其法人代表属于第三项中情况之一者；（5）虽系法人，但其官员（不论其名称如何，包括具有与此相等以上职权或控制力者）中有属于前述第（1）至第（3）项情形之一者。参见何璧主编：《铁路改革立法规范》，中国铁道出版社 1999 年版，第 6 页。

³⁵⁴ 曹钟雄主编：《国外铁路法律法规选编》，中国铁道出版社 2003 年版，第 172 页。

在成员国的许可证发放机构证明其在任何时候都能够符合运营专业资质的要求，第8条解释了营运专业资质的要求，其中重要的方面就是要求提出申请的企业有一个或将要成立一个管理组织机构，且在许可证中规定的营运业务范围内，该机构具备从事安全、可靠的运营管理和监督所必需的知识或经验。以前我们对治理水平准入条件的重要性认识不足，但随着人们对企业治理重要性认识的逐步深入，将健全的治理水平条件作为铁路行业准入的基本条件将逐步被人们接受。

综上所述，身份准入条件、资本准入条件、技术准入条件、商业信誉准入条件以及治理水平准入条件是衡量是否允许投资主体投资铁路行业的主要指标，但不是全部指标。除此之外，各国根据自己的情况还制定了其他相应的衡量指标。如加拿大运输署颁发铁路建设和经营项目资质合格证书的主要条件是拟定的铁路建设或经营项目有足够的责任保险覆盖范围；³⁵⁵ 日本运输大臣批准铁路企业审查的基本条件中包括经营需求的要求；³⁵⁶ 我国《外商投资铁路办法》第6条规定了设立的中外合营铁路货运公司应具有稳定的货源等。这些条件对铁路行业开放社会资本投资准入都具有一定积极意义，但相对于以上确立的五种准入条件，这些条件更加属于投资者自己需要判断和履行的行为，没有达到必须强制性要求的程度，因此，不应该属于铁路行业社会资本准入条件强制设置的指标范围。

三、设置铁路行业社会资本准入条件制度的模式选择

（一）铁路行业社会资本准入条件设置的业务环节

筛选完铁路行业社会资本准入条件指标之后需要解决的问题是明确在哪些环节进行准入条件设置。从铁路行业社会资本准入的投资方式看，主要有：其一，投资设立铁路企业，从事铁路运输等业务；其二，通过购买股票、铁路发展基金等证券投资铁路领域；其三，通过租赁铁路行包专列等参与铁路业务经营；其四，投资参与铁路企业重组，包括铁路运输企业、铁路多元化经营企业等。³⁵⁷ 其中，以购买股票和铁路发展基金等投资方式投资铁路行业的投资者资格限制条件一般由《证券法》或其他相关法律、行政法规以及部门规章规定，只要符合相关法律法规规定的条件要求即可进行投资，无需铁路法律进行专门的条件限制；

³⁵⁵ 加拿大1996年制定的《加拿大运输法》第93条第一款规定若加拿大运输署认为，拟定的建设或经营项目有足够的责任保险覆盖范围，则根据规定，加拿大运输署应该为该项目颁发资质合格证书。参见曹钟雄主编：《国外铁路法律法规选编》，中国铁道出版社2003年版，第98页。

³⁵⁶ 日本《铁道企业法》第五条规定了运输大臣批准企业审查的基本条件中第一、第二项即为企业开始经营适合运输需求和企业提供的运输能力不得与运输需求量失衡。参见何璧主编：《铁路改革立法规范》，中国铁道出版社1999年版，第4页。

³⁵⁷ 参见亏道远：《社会资本投资铁路适格主体》，《河北法学》2013年第12期。

而以购买股份、租赁铁路行包专列等方式投资铁路行业参与铁路经营，选择什么样的投资主体合作应该由相关主体自主决定，只有他们最清楚自己需要什么样的投资主体，只要不违背铁路行业社会资本禁入的要求，以及不是相关法律法规禁止从事盈利性经营活动的主体，就应该尊重投资人的意思自治，由他们自主选择决定，铁路法律不应该做出强制性的准入条件限制。因此，从铁路行业社会资本准入的业务环节考察，需要铁路法律进行准入条件限制的环节主要是铁路企业设立的准入条件设置。

另外，铁路行业是特殊行业，铁路企业设立后要从事具体的铁路业务必须取得铁路业务经营资格许可，而进行铁路业务资格许可必须有相应的准入条件限制。因此，在铁路行业社会资本准入条件设置的环节上，还需要设置铁路业务经营资格许可准入条件。

综上所述，铁路行业社会资本准入条件制度设计包括两个环节：一是铁路企业设立准入条件环节，另一个是铁路业务经营资格许可准入条件环节。

（二）铁路企业设立条件和业务经营资格许可条件分置

确立了需要设置的业务环节为铁路企业设立准入条件和铁路业务经营资格许可准入条件之后，需要解决的问题是如何处理二者之间的关系。目前理论界和实务界对铁路企业设立准入条件和铁路业务经营资格许可准入条件并没有很好的区分，一般的法律规定都只注重一种准入条件的设立，而忽视另一种准入条件的设置。如《德国通用铁路法》、《加拿大运输法》、《欧盟委员会 95/18/EC 指令》等只规定了铁路业务经营资格许可条件，而对铁路企业设立条件则没有另外单独规定；而日本《铁道企业法》、我国《外商投资铁路办法》等则只规定了铁路企业设立条件，而对铁路业务经营资格许可条件则没有单独规定。我国交通运输部 2014 年 12 月 8 日颁布的《铁路运输企业准入许可办法》只规定了铁路业务经营许可准入条件，没有规定铁路企业设立的准入条件。³⁵⁸ 另外其他相关行业也有类似规定，如我国《电信条例》只规定了电信业务经营资格许可条件，而我国《民用航空法》则只规定了公共航空运输企业设立条件，都没有对企业设立条件和业务经营资格许可条件进行分别设立。这种做法强调了二者之间的关联性，而忽略

³⁵⁸ 在原来发布的征求意见稿中题目为《铁路运输企业设立、撤销、变更审批办法》，但其内容只涉及了铁路业务经营资格许可，未规定相应的铁路企业设立等内容，在具体发布相关规定时将题目直接改为《铁路运输企业准入许可办法》。

了二者之间的独立性。铁路企业设立和铁路业务经营资格许可分别属于不同的行为，二者之间既相互联系又相互独立。

从关联性视角分析，设立铁路企业是铁路业务经营资格许可的基础；而铁路业务经营资格许可则是铁路企业设立目的的实现途径。如果没有取得业务经营资格许可，则设立后的铁路企业无法从事相关铁路业务，铁路企业设立就没有任何现实意义。

从独立性视角观察，铁路企业设立和铁路业务经营资格许可两种行为的性质、功能等皆不同。其一，铁路企业设立行为和铁路业务经营资格许可行为的性质不同。铁路企业设立行为，其结果是作为市场主体的企业产生，其行为性质是主体资格创设行为；而铁路业务经营资格许可行为，其结果是申请主体获得经营具体业务资格，具有了从事某种具体业务的能力，其行为性质是经营能力的赋予行为。其二，铁路企业设立行为和铁路业务经营资格许可行为的功能不同。企业设立条件的功能主要是保证进入铁路行业的主体质量，保证投资主体准入机会平等，以及防止铁路企业滥设，保证铁路行业合理的竞争秩序等；而铁路业务经营资格许可条件的主要功能是保证铁路运输安全，以及保证铁路运输服务质量；其三，铁路企业设立条件和铁路业务经营资格许可条件对准入条件的各种指标需求不同。二者不同的性质和功能决定了二者对准入条件的各种指标需求不同。铁路企业设立条件主要侧重于身份条件和资本中的注册资本条件的运用，最低注册资本限额条件的合理运用可以有效地保证进入铁路市场的主体质量，以及防止铁路企业滥设，保证铁路行业合理竞争秩序等功能，而身份条件的运用则可以有效地保证投资主体准入机会公平；铁路业务经营资格许可条件则主要侧重于技术条件、商业信誉条件、治理水平条件以及资本条件中资产规模条件等的运用，这些条件的合理利用可以有效地保证铁路运输安全和保证铁路运输服务质量。

铁路企业设立行为和铁路业务经营资格许可行为的不同性质决定了不同的功能，而不同的功能则决定了铁路企业设立条件和铁路业务经营资格许可条件具有不同的准入条件指标需求。因此，应该分开设置铁路企业设立条件和铁路业务经营资格许可条件，针对不同的指标需求进行不同的准入条件制度设计，进而满足不同的功能需求。

四、设置铁路行业社会资本准入条件制度的途径

（一）设置铁路企业设立准入条件的途径

铁路企业经营业务的类型不同，对铁路企业设立准入条件的各种指标需求也不同，因此，应该对铁路企业进行分类，按铁路企业类型进行相关准入条件制度设计。日本《铁道企业法》第2条将日本铁路企业分为三种类型：第一种铁路企业既修建铁路线路，又从事铁路旅客或货物运输；第二种铁路企业只从事铁路旅客或货物运输，不从事铁路修建业务；第三种铁路企业只修建铁路线路不从事铁路运输。³⁵⁹ 日本铁路企业制度的设置以这三种企业类型的分类为基础而展开，不同的企业类型，适用不同的制度。借鉴日本的铁路企业分类方法，结合中国的实际情况，按安全性和公益性标准，铁路行业主干线的路网经营业务和客运业务不应该允许社会资本投资准入，社会资本投资铁路行业的具体领域主要是修建和经营铁路支线，并以自己修建的铁路支线为基础从事铁路旅客运输和货物运输业务；单独从事铁路货物运输业务；以及从事其他铁路业务。³⁶⁰ 按照业务领域划分的基础，将铁路行业社会资本准入的企业分为三种类型：第一种类型是既从事铁路基础设施建设及运营业务，又从事铁路旅客运输和货物运输业务的综合性铁路企业；第二种类型是只从事铁路货物运输的铁路企业；第三种类型是从事铁路其他业务的铁路企业。其中第三种类型的铁路企业与一般企业相比其特殊性并不强，在铁路企业设立准入条件的设置上，只需依据一般企业设立条件即可，无需通过铁路法律特别设置这种类型企业的设立准入条件。因此，铁路企业设立准入条件设置主要是针对第一类型的综合性铁路企业和第二类型的铁路货物运输企业。

1. 综合性铁路企业设立的准入条件

第一类型的综合性铁路企业，企业设立后需要取得铁路路网经营资格、铁路货物运输资格和铁路旅客运输资格，并从事相关业务。因此，这类铁路企业的设立条件要比其他类型企业的设立条件高。主要表现在：其一，需要更高标准的最低注册资本额。由于修建铁路需要巨额资金，不仅需要投资主体在投资该类铁路企业时投入大量资金，以保证铁路建设的前期资金需求，而且修建铁路还需要进行多渠道的融资，在企业设立之初，注册资本额是企业偿债能力的主要评价指标，是企业能否成功融资的重要保障。因此，该类企业需要设置比其他企业更高标准

³⁵⁹ 参见何璧主编：《铁路改革立法规范》，中国铁道出版社1999年版，第4页。

³⁶⁰ 详情参加刁道远：《铁路行业社会资本准入领域制度研究》，史际春主编《经济法学评论》（第十五卷第2期），中国法制出版社2016年版。

的最低注册资本额。其他行业也有类似的规定，如《证券法》第127条对经营证券承销与保荐或证券自营等两项以上业务的证券公司的最低注册资本额作出了更高的要求；³⁶¹ 其二，需要更高标准的安全性保障条件。由于这一类型的铁路企业修建铁路后还要以自己修建的铁路线路为基础从事铁路旅客运输业务，而铁路旅客运输最为重要的要求是安全和舒适。因此，这一类型的铁路企业设立时，需要更高标准的技术条件、商业信誉条件和治理水平条件，以保证铁路旅客运输的安全性和运输服务质量。

2. 铁路货物运输企业设立的准入条件

第二类型的铁路企业，由于只从事铁路货物运输业务，相比于第一类型的综合性铁路企业，对准入条件指标需求相对要低，但铁路货物运输业务仍然是特殊业务，虽然相对于从事铁路建设业务其资金需求要少，相对于铁路旅客运输业务其安全性要低。但相对于一般企业从事一般业务，其资金需求量仍然比较大，安全性要求也较高。因此，设置第二类型的铁路货物运输企业设立条件仍然需要相对合理的最低资本额要求，以及合理的技术条件、商业信誉条件和治理水平条件。

（二）设置铁路业务经营资格许可准入条件的途径

鉴于铁路行业的特殊性，经营铁路业务需要得到相关部门的业务资格许可是世界上大多数国家的通行做法。如《德国通用铁路法》第6条第一款规定不经批准不允许公共交通运输企业从事铁路运输工作，也不允许公共的铁路基础设施企业经营铁路线路、行车调度和列车控制系统或站台；³⁶² 《加拿大运输法》第90条第一款规定任何无资质合格证书者不得建设或经营铁路；³⁶³ 《欧盟委员会95/18/EC指令》第4条第四款规定除非得到提供铁路运输服务的相应许可证，否则任何铁路企业不得提供本指令涵盖的铁路运输服务。³⁶⁴ 除这些国家之外，其他铁路市场化经营的国家一般都会以不同的表述在铁路相关法律中对铁路业务经营资格许可作出强制性的规定。

³⁶¹ 《证券法》第125条规定经国务院证券监督管理机构批准，证券公司可以经营下列部分或者全部业务：（一）证券经纪；（二）证券投资咨询；（三）与证券交易、证券投资活动有关的财务顾问；（四）证券承销与保荐；（五）证券自营；（六）证券资产管理；（七）其他证券业务。第127条规定证券公司经营本法第125条第（一）项至第（三）项业务的，注册资本最低限额为人民币五千元；经营第（四）项至第（七）项业务之一的，注册资本最低限额为人民币一亿元；经营第（四）项至第（七）项业务中两项以上的，注册资本最低限额为人民币五亿元。

³⁶² 曹钟雄主编：《国外铁路法律法规选编》，中国铁道出版社2003年版，第202页。

³⁶³ 曹钟雄主编：《国外铁路法律法规选编》，中国铁道出版社2003年版，第98页。

³⁶⁴ 曹钟雄主编：《国外铁路法律法规选编》，中国铁道出版社2003年版，第172页。

除铁路行业之外，其他特殊行业也基本实行业务经营资格许可制度，如我国《电信条例》第7条规定国家对电信业务经营实行许可制度，经营电信业务，必须取得国务院信息产业主管部门或者省、自治区、直辖市电信管理机构颁发的电信业务经营许可证，未取得电信业务经营许可证，任何组织或者个人不得从事电信业务经营活动；《民用航空法》第92条规定设立公共航空运输企业，应当向国务院民用航空主管部门申请领取经营许可证，未取得经营许可证的，工商行政管理部门不得办理工商登记，即意味着不能经营民用航空业务。我国铁路还未实行市场化运营，在我国的相关铁路法律中也还未建立起完备的铁路业务经营资格许可制度。虽然2014年12月8日交通运输部发布了《铁路运输企业准入许可办法》，但这只是铁路主管部门对自身工作规范作出的要求，所涉及的铁路业务经营资格许可的范围只涉及到铁路旅客运输和货物运输两种业务类型，³⁶⁵因此，该办法距离完备的铁路业务经营资格许可制度还有很大差距，我们应该借鉴国外以及其他行业的经验，尽快在我国铁路行业建立起完备的铁路业务经营资格许可制度，尤其是随着铁路行业向社会资本开放的改革深入，尽快建立铁路行业业务经营资格许可制度已经成为铁路法治建设的当务之急。

要建设铁路业务经营资格许可制度，首先就需要确立铁路业务经营资格许可条件，铁路业务经营资格许可条件是建设铁路业务许可制度的前提，只有确立了明确规范的铁路业务经营资格许可条件，才能保证具体铁路业务经营资格许可工作规范顺利地进行。按铁路行业社会资本准入领域制度确立的禁入领域，涉及铁路行业社会资本准入的业务主要包括铁路建设业务、铁路路网经营业务、铁路旅客运输业务、铁路货物运输业务和铁路其他业务。其中铁路建设业务和铁路其他业务特殊性不强，不需要获取经营许可资格，也就无需设置专门的许可准入条件。因此，铁路行业社会资本准入条件制度中需要设置铁路业务经营资格许可条件的主要是铁路路网经营业务、铁路旅客运输业务以及铁路货物运输业务。但是，这些铁路业务具有不同的性质，需要完成不同的任务，同时对准入条件指标有不同的需求，所以需要按铁路业务类型确立铁路业务经营资格许可条件。电信行业的业务经营资格许可制度就是按业务类型设置，《电信条例》第10条和第13条分别设立基础电信业务和增值电信业务的许可条件，并且2012年发布的《电信法

³⁶⁵ 《铁路运输企业准入许可办法》第3条规定本办法所称铁路运输许可的范围分别为高速铁路旅客运输、城际铁路旅客运输、普通铁路旅客运输、铁路货物运输。

（草案征求意见稿）》第9条和第11条继续确立了这种制度。但是，《铁路运输企业准入许可办法》只是在第6条中笼统地规定铁路业务经营资格许可条件，并在第7条中对从事高速铁路旅客运输业务、城际铁路旅客运输业务和普通铁路旅客运输业务的企业以及货物运输业务的企业的技术条件作出了不同的要求，同时对担任铁路运输相关业务的负责人和专业技术管理的负责人作出了商业信誉条件的要求，³⁶⁶并未从不同的业务类型进行科学的铁路业务经营资格许可条件设置。从立法论的视角分析，要建构完善的铁路业务经营资格许可准入条件制度，应该区分不同的业务类型进行制度设计。

1. 铁路路网经营业务资格许可准入条件

经营铁路路网业务主要包括铁路路网维护、铁路运输调度指挥以及铁路车站服务等业务。这些业务都需要精湛的专业技术，在具体经营这些业务过程中，轻微出现操作不当等情况就会危及铁路运输安全。因此，铁路路网经营业务资格许可需要高标准的技术条件。除技术条件外，治理水平条件、商业信誉条件和资产规模条件也是保证开展铁路路网经营业务的重要条件，在设置铁路路网业务经营资格许可条件时应该给予充分的考虑。

2. 铁路旅客运输业务资格许可准入条件

铁路旅客运输业务的核心是确保运输安全、快速和舒适，其主要指标是专业技术、科学管理和责任意识，而能够衡量专业技术、科学管理和责任意识的准入条件主要是技术条件、商业信誉条件和治理水平条件。因此，铁路旅客运输业务资格许可条件设置需要较高的技术条件、商业信誉条件和治理水平条件，而资本条件的要求相对要弱。《铁路运输企业准入许可办法》第7条第一款和第二款中对从事高速铁路旅客运输业务、城际铁路旅客运输业务和普通铁路旅客运输业务企业的技术条件要求已经有了初步体现，但其仅对负责人的经历作出了要求，并

³⁶⁶ 《铁路运输企业准入许可办法》第6条规定申请企业应当具备下列条件：（一）拥有符合规划和国家标准的铁路基础设施的所有权或者使用权；（二）拥有符合国家标准、行业标准以及满足运输规模需要数量的机车车辆的所有权或者使用权。但仅有铁路基础设施使用权的，应当拥有机车车辆的所有权；（三）生产作业和管理人员符合铁路运输岗位标准、具备相应从业资格，且其数量满足运输规模需要；（四）具有符合法律法规规定的安全生产管理机构或者安全管理人员，以及安全生产管理制度和应急预案；（五）具有铁路运输相关的组织管理办法、服务质量标准、生产作业规范；（六）法律法规和规章规定的其他条件。第7条规定拟从事高速铁路旅客运输的申请企业，铁路运输相关业务的负责人应当具有铁路运输管理工作10年以上经历，专业技术管理的负责人应当具有铁路运输本专业工作8年以上经历；拟从事城际铁路旅客运输和普通铁路旅客运输的申请企业，铁路运输相关业务的负责人应当具有铁路运输管理工作8年以上经历，专业技术管理的负责人应当具有铁路运输本专业工作5年以上经历；拟从事铁路货物运输的申请企业，铁路运输相关业务的负责人应当具有铁路运输管理工作5年以上经历，专业技术管理的负责人应当具有铁路运输本专业工作3年以上经历。办理危险货物或者特种货物运输的，相关设备设施应当符合相应货物运输的安全要求，相关生产作业和管理人员应当符合相应岗位标准和岗位培训要求；在最近2年内因生产安全事故受到行政处分的，不得担任铁路运输相关业务的负责人和专业技术管理的负责人。

未对其他技术人员的数量和资质等级等技术条件作出具体要求，在《中华人民共和国铁路法》（以下简称《铁路法》）修改中应该从铁路旅客运输业务资格许可技术条件、商业信誉条件和组织机构条件等作出系统的要求，以切实保证铁路运输的安全与服务质量。

3. 铁路货物运输业务资格许可准入条件

铁路货物运输业务的核心是运输载重量和运输效率，能够保证运输载重量和运输效率的指标主要是技术条件和治理水平条件，因此，铁路货物运输业务资格许可条件的设置需要较高的技术条件和治理水平条件，商业信誉条件和资本条件的要求相对要弱。《铁路运输企业准入许可办法》第7条第三款中对从事铁路货物运输业务企业负责人和专业技术管理负责人的经历作出了要求，同时对从事危险货物和特种货物运输业务的许可条件作出了原则性的要求，但未对其他技术人员的数量和资质等级等技术条件作出具体要求，从事危险货物和特种货物运输业务的许可条件也不够全面，更不具体，没有可操作性。因此，在《铁路法》修改中应该从铁路货物运输业务资格许可技术条件和组织机构条件等作出系统的要求，以切实保证铁路货物运输业务资格许可工作的高效顺畅运行。

高校学位授予行为司法审查研究

徐婷婷

【摘要】学位授予行为到底是高校自治行为抑或国家行政行为，是行政许可行为抑或行政确认行为，是我国学界与司法实务中对学位授予行为法律性质的两个主要争议点。而在学位授予纠纷司法案件中，学位授予行为是否需要遵循正当程序原则、高校是否可以自主设定学位授予条件与标准，则是主要司法争点。将学位授予行为定性为行政确认这一行政行为，将有助于解决学位授予纠纷司法审查程序的确定问题。同时，应在考虑尊重高校自主权与保障学生权利间平衡这一基础上，对高校学位授予行为司法审查范围与标准进行确定与完善。

【关键词】学位授予；行政行为；高校自治权；司法审查的范围与标准

一、 引言

近年来，高等院校与学生间的学位授予纠纷数量普遍增多，频频出现在人们视野中，引起了社会各界人士的广泛关注。目前，进入行政司法程序的高等院校与学生间的纠纷主要集中在学位授予和学籍管理这两方面。

随着中国经济快速发展，权利与法制意识越来越被人们所重视，教育体制的弊端逐渐显现，高校与学生间的学位纠纷数量也在不断增加。纵观各法院对高校学位授予纠纷案件的处理结果，由于国内对于高校学位授予这一行为并没有明确的法律定性，所以对于未通过英语四、六级考试以及考试作弊受到行政处分是否可以成为高校不授予学位的自主性要件等问题往往会有不同的理解，加上各个地区对于学位授予行为司法审查标准的不同理解，导致相同或类似的案件的判决结果往往会大相径庭，出现这样的现象一定程度上要归咎于法律对于学位授予行为的行为性质没有统一定性以及对于学位授予纠纷司法审查标准的模糊规定，以至于各个法院只能根据各自不同的理解来适用相关法律。这样的现象不仅阻碍了中国法制进程的建设，更重要的是对法律的公信力提出了挑战。因此，对学位授予行为的行为性质做出一个统一的法律定性就显得尤为重要。

本篇论文主要是围绕以下几个问题进行研究与探讨：第一，高等院校颁发学位证、毕业证的行为是何种性质的行为；第二，结合司法实践中具体的学位纠纷案件讨论学位授予行为的司法争议焦点；第三，从平衡学生的合法权益与高校

的自治权提出如何确定与完善学位纠纷的司法审查。

本文探索出高校的学位授予行为是行政确认行为,高校与学生间因未颁发学位证与毕业证而引起的纠纷应当成为行政纠纷的受理范围;并就具体学位授予纠纷案件中的司法争议焦点进行探讨,最后就如何做到保护学生的合法权益与保障高校有一定的自治权之间的平衡,提出了司法机关在审查高校学位授予行为时的司法审查标准、范围与启动,以便更好的通过司法行政审判对学位授予的公权力加以规范和制约,在教育领域特别是高等院校的内部管理事务上为受教育者提供更有效更公平的法律救济。这有利于高等学校规范自身的教育管理行为,形成以人为本的教育观念;也有利于保护处于弱势地位的受教育者的合法利益,减少高校与学生间的纠纷,让学生与母校维持和谐良好的关系;更有助于实现依法治校、和谐校园。

二、 高校学位授予行为法律性质的定性

(一) 高校自主行为抑或国家行政行为

法院在受理学位授予纠纷后,学位授予行为是高校自主行为还是国家行政行为一向都是学位授予行为定性的争议点之一。如果将学位授予行为归入高校自主行为,那么司法就不应当进入其中。如果将学位授予行为认定为国家行政行为,那么就可以启动行政诉讼救济。

1. 从高校与学生的法律关系角度

关于高等院校与学生间的法律关系问题,学术界至今仍然存在较大争议,争议主要围绕着以下几种观点进行:

高等院校与受教育者之间的法律关系应当属于民事法律关系。中国的理论界与实务界的传统观念倾向于将高等院校的法律地位定性为事业单位法人。事业单位法人是指以谋求社会公共利益为目的,从事教育、科研、文化、体育、新闻出版、卫生等国家管理和社会物质生产以外的活动的社会服务组织。持这种传统观念的人认为高等院校不是行政主体,它与学生一样都是民事主体,与学生之间是平等的。并且高等院校与学生的行为由当事人的自由意志决定。所以高等院校与学生发生纠纷时应当属于民事纠纷,应当依照相关的民事法律规范来解决。然而,高等院校是一个管理者,学生是一个被管理者,他们的法律地位实际上是不平等的。民事法律关系说完全否定了学生对高等院校的学位授予行为提起行政诉讼的

资格，不利于学生合法权益的司法维护。

高等院校与受教育者之间的法律关系是“特别权力关系”。这种关系与一般行政关系不同，它是指行政主体基于特别的法律原因，借助强制或自愿的方式进入，最早在特别行政领域如教育管理、监狱管理、公务员内部管理和军人内部管理内确立，管理者一方有可以根据管理的需要发布为调整特别行政关系所必须的行为规范而不需要经过法律的特别授权的权利，而被管理者必须服从的法律关系。此外，特别权力关系不属于我国行政诉讼的司法审查范围。然而，目前德国的行政法中关于一般权利关系与特别权利关系的划分已经不存在。³⁶⁷因此，将高等院校与学生间的法律关系视为特别权力关系的观点也应当逐渐淡出人们的视野。

高等院校与学生之间的关系中既有属于行政法律关系范畴的，也有属于民事法律关系范畴的。高等院校对在校学生的各种教育管理行为中既有属于行政行为的也有属于非行政行为的。高等院校的管理行为只在特定范围内才接受司法审查。本人认为这是一个比较合理的观点。我们应当保护处于弱势地位的受教育者的合法权益，但出于学术自由的考虑，高等院校也应当有一定的自治权。故而应当将高等院校的日常管理行为进行区分，只将高等院校与学生间属于行政法律行为的管理行为列入行政诉讼审查的范围。

综上所述，高等院校与学生之间的关系既有可能是行政法律关系，也有可能是民事法律关系。到底是什么法律关系是由高等院校所做的行为的性质决定的。那么高等院校在授予学生学位时，高等院校与学生之间到底是属于什么法律关系呢？高等院校学位授予行为是什么法律性质的呢？

2. 从“权、名、责”三个构成要件角度

根据行政法学界对行政主体的通常定义，虽然表述不尽相同，但要构成一个行政主体必须符合“权、名、责”这三个要素已经成为公认的标准。³⁶⁸若要是行政行为，那么必然要先满足是行政主体这个条件。因此一个行为若是行政行为，应当满足“权、名、责”三个构成要件。高等院校是一个独立的法律主体，具有独立承担责任的行为能力，故高等院校能够独立承担学位授予行为的法律后果已不容置疑。因此，下文只需从高等院校是否具有学位授予的行政权和高等院校在

³⁶⁷沈亚平、魏健馨主编：《行政法学案例分析[M]》，天津：南开大学出版社，2006.08，第39页。

³⁶⁸行政主体定义参见应松年主编：《行政法与行政诉讼法学》，法律出版社2009年版，第57页；姜明安主编：《行政法与行政诉讼法学》，北京大学出版社2007年版，第109页。曾宪义、王利明主编：《行政法与行政诉讼法学》，中国人民大学出版社2009年版，第37页。

授予学位时是否是行政主体两个角度探讨高等院校学位授予行为的法律性质。

(1) 是否具有学位授予的行政权

有一种观点认为高等院校授予学位行为不是行政行为,它的理由是行政权的文字一般用“职权、职责、权力、负责什么工作、主管什么工作”等。而教育法第二十八条用的是“权利”二字而不是“权力”这两个字,法律术语权利与权力的含义是不同的。³⁶⁹相应的,教育法第二十九用了义务二字而不是职责、职权等字眼。这些都表明就现行法律规定而言,高等院校的学业证书授予权在本质上不应该属于行政权范畴。仅仅根据法律中的某几个字就否认高校具有学位授予的行政权似乎有些以偏概全。我们不能仅仅根据法律中的某些字就得出“高等院校授予学位的行为不是行政行为”这样的结论。

高等院校学位授予行为是否属于行政行为的关键是判断高等院校是否具有行政权。而高等院校授予学生学位的权利是不是行政权归根结底还是要看现行相关行政法规是否赋予高等院校学位授予权。从学位条例第八条以及教育法第二十二条中的明确规定可以看出现行行政法规赋予高校学位授予权。³⁷⁰

此外,行政权的本质特点是具有强制性和不可处分性。公立高等院校对学生做出的是否授予学位的决定,不仅具有强制性,并且具有不可处分性,公立高等院校授予学生学位的行为不可转让、也不可以放弃。这样看来,高等院校在行使学位授予权时,行政权特征非常明显。这更加说明高等院校具有学位授予的行政权。

(2) 是否具有行政主体资格

对于高等院校是否具有行政主体资格这个问题,有一种错误的观点认为,根据法条规定,对高等院校的处分决定或处理不服的,受教育者只能向行政部门提出申诉。³⁷¹事实上,该法条表述的意思是对学校的处理不服的,学生有提起行政申诉的权利,并非在说明受教育者无司法救济权。所以这也不是从救济权的角度来说明高等院校不属于行政主体。

学位条例中明确规定了,学士学位由国务院授权的高等院校予以授予。高等

³⁶⁹ 《教育法》第二十八条第一款第五项规定,学校及其他教育机构行使下列权利:对受教育者颁发相应的学业证书。

³⁷⁰ 《学位条例》第八条规定,学士学位,由国务院授权的高等院校授予;硕士学位、博士学位,由国务院授权的高等学校和科研机构授予。《教育法》第二十二条规定,学位授予单位依法对达到一定学术水平或者专业技术水平的人员授予相应的学位,颁发学位证书。

³⁷¹ 《普通高等学校学生管理规定》第五条第一款第五项规定,学生在校期间对学校给予的处分或者处理有异议,依法享有向学校、教育行政部门提出申诉的权利。

院校虽然不是行政机关,但它仍然是法律法规明确授权代替国家行使授予学位职责的组织。高等院校代表国家授予学生毕业证和学位证时,是代表国家行使公权力。高等院校在授予学位时可以视为法律、法规授权的组织。法律、法规授权的组织是行政主体的组成之一,所以高等院校在授予学位时具有行政主体资格。

根据以上讨论可知高等院校在授予学位时是法律法规授权的组织,是行政主体之一。法律也并未规定受教育者不能对高等院校提起行政司法救济,即未从救济权的角度来说明高等院校不是行政主体。因此,无论从正面看还是反面论证,高校在授予学位时都是行政主体。

高等院校不仅是属于法律授权的组织,而且高等院校具有授予学位的行政权。高校学位授予行为同时满足“权、名、责”三个构成要件,故而高等院校在授予学位时与学生之间的法律关系应当属于行政法律关系,高等院校的学位授予行为应当属于行政行为,而不是高校自主行为。

(二) 行政许可行为抑或行政确认行为

上文探索出高等院校的学位授予行为应当属于行政行为后,可以进一步对授予学位行为的类型进行探讨。如果能将授予学位行为的类型确定下来,那么法院在司法审查时就能够按照确切的法律进行审查。有一种观点认为高等院校颁发毕业证、学位证的行为性质为行政许可。³⁷²综合《行政许可法》《行政诉讼法》和《行政复议法》中有关行政许可行为范围的法条的相关规定,行政许可行为颁发的证书范围应当包括许可证、执照、资质证和资格证等。³⁷³持这种观点的人认为高等院校颁发给学生的毕业证和学位证应当是属于资质证。另外,高校授予学位行为是依申请的行为,不可能是依职权的行为,这也符合行政许可行为是一种依申请的行政行为这个特征。因此,高等院校授予学位的行为属于行政许可行为。

也有人认为高等院校授予学生学位证、毕业证的行为的法律属性是行政确认行为。³⁷⁴行政确认是指行政主体依据法律规定对特定的法律事实、法律状态、法律关系及法律地位进行甄别,做出具有法律效力的认定并且给予确认、认可、证

³⁷²参见许中华,《高校学位授权权的行政法分析》[J],《理论界》,2007,(8):21。

³⁷³90年版《行政诉讼法》第十一条第一款第四项规定,人民法院受理公民、法人和其他组织对认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照,行政机关拒绝颁发或者不予答复的具体行政行为不服提起的诉讼。

最新版《行政复议法》第六条第一款第八项规定,公民、法人或者其他组织认为有符合法定条件,申请行政机关颁发许可证、执照、资质证、资格证等证书,或者申请行政机关审批、登记有关事项,行政机关没有依法办理情形的,可以依照本法申请行政复议。

³⁷⁴乔亚琦,《高校学位授予行为的行政法学研究》[D],上海:华东政法大学硕士学位论文,2009:26-27。

明的具体行政行为。³⁷⁵如伤残等级的确定、房屋产权登记都属于行政确认行为。证明是指行政主体根据确定的事实判明行政相对人的法律地位、权利义务或者某种情况的真实性并予以肯定。学历学位证明是对受教育者接受了高等教育学习具有一定的学识素养的法律事实的证明。因此，高等院校的学位授予行为应当属于行政确认行为。

两个观点都有一定的道理。此时，我们需要进一步对行政许可行为与行政确认行为这两个概念进行区分。许可具有后及性，使特定的行政相对人获得从事某种特定行为的权利能力；确认具有前溯性，是对相对方的法律地位、事实的确认。高校授予毕业证、学位证的行为明显是对受教育者接受了高等教育学习具有一定的学识素养的法律事实的证明，并非让学生获得从事某种行为的权利能力。因此，认为高等院校学位授予行为是行政确认行为的观点更合理。

三、 高校学位授予案件的司法争议焦点

确定高等院校学位授予行为的法律性质后，根据学位授予行为的法律性质，对司法典型案子中存在的争议焦点进行探讨，结合司法界与学术界的观点，对争议问题进行解答。

（一）撤销学位授予行为的法律性质

受教育者陈颖通过伪造大专毕业证书以同等学力报名者身份获得参加1995年中山大学研究生入学考试的资格，并且顺利通过研究生初试、复试，成功进入中山大学学习。1998年，在中山大学度过三年学习生活后，陈颖顺利取得中山大学颁发的硕士学位证和研究生毕业证书。2005年，陈颖在考取研究生时伪造大专毕业证书的行为被其工作单位广东省教育出版社的上级单位发现并告知中山大学。同年，经过调查核实后，中山大学做出了撤销陈颖硕士学位的决定。陈颖于2006年提起行政诉讼，但一审法院判决驳回原告陈颖的诉讼请求。但判决中并没有说明撤销学位行为是什么性质，那么高等院校撤销学位的行为是什么法律性质呢？

将学位授予行为定性为行政确认行为后，法院对这两年探讨比较激烈的撤销学位行为的性质也将不会有争议。既然将高等院校学位授予行为的法律性质认定为行政确认行为，那么高等院校撤销学位的行为就应当视为行政确认的撤销。

³⁷⁵参见曾宪义、王利明主编：《行政法与行政诉讼法学》，中国人民大学出版社2009年版，第139页。虽然用了自己的话表述，但大致意思是相同的。

对于高等院校撤销学位行为的法律性质,许多学者都曾写过论文来论证撤销学位行为并非行政处罚。³⁷⁶那是因为如果将撤销学位行为视为行政处罚,那么高等院校撤销受教育者学位的行为就应当适用行政处罚行为的两年处罚期限。确定高等院校撤销学位的行为属于行政确认的撤销后,高等院校撤销学位的行为将不会有期限限制。高等院校无论在何时发现学生存在可撤销学位的情形,都能够撤销本校授予学生的学位。惩罚不法者就是在保护遵纪守法者的合法权益。这有助于减少学生的学术不端等行为,有助于高校更好的管理学生,也有助于依法治校的实现。

(二) 高校自主制定的学位授予要件是否必须合法

高等院校因学生考试舞弊受到处分、未通过全国大学生英语四、六级考试等事由而不授予毕业证、学位证引发的学位授予行政纠纷是现在仍然存在较大争议的学位授予纠纷。而这其中,判断因这两种原因不授予学位的行为是否合法的实质问题是高等院校的自治性工作细则中设定的学位授予要件是否需要合法。

不少高等院校规定学生只有在大学期间通过大学生英语四级考试,才能获得该校颁发的学位证。对于因未通过大学生英语四级考试高校拒绝颁发毕业证、学位证而引起的行政纠纷,这类案件中最具代表性的是何小强因为没有通过全国大学生英语四级考试被华中科技大学拒绝授予学士学位,因此而提起行政诉讼。³⁷⁷此外,高校自主制定的校纪校规中常常有这样的学位授予要件规定:在校期间受过记过以上的处分的学生将不被授予学士学位。典型案例有樊兴华因替他人参加考试,受记过和留校察看的纪律处分后,郑州航空工业管理学院拒绝授予学士学位而提起的行政诉讼。³⁷⁸

若将高等院校与学生间的学位授予纠纷归入行政诉讼的范畴,将高等院校与学生间的关系界定为行政法律关系,将高校对学生的管理行为认定为行政行为,那么在高校对学生进行管理时自然要遵守行政法的基本原则之一即行政合法。因此,高校自主设定的学位授予要件必须合法。

确定高等院校自主设定的学位授予要件必须合法后,法院在审理学位授予纠

³⁷⁶朱志辉. 试论撤销学位的行政行为性质——由陈颖诉中山大学案引发的思考[J]. 高教探索, 2006, (6): 27;

田鹏慧, 赵建亮. 对学位撤销纠纷的思考[J]. 人民司法, 2008, (1): 85.

³⁷⁷人民法院报. 何小强诉华中科技大学拒绝授予学位案[N]. 人民法院报, 2014-12-26(2).

³⁷⁸樊兴华诉郑州航空工业管理学院重新评审并授予学士学位证书案行政判决书。

纷时就要对高等院校自主设定的校纪校规中的学位授予要件进行合法性审查,能够保护处于弱势方的学生受教育权等合法权益。

（三）学位授予行为是否必须遵循正当程序原则

学生田永在北京科技大学就读期间,在考试中作弊,该大学决定对其按退学处理。但该大学因内部原因未能及时向该学生宣布处分决定、送达变更学籍通知、办理退学手续。因此,原告田永继续以该大学大学生的身份参加正常学习及活动。修完所有学分,面临毕业之际,该大学最终却以田永不具有学籍作为理由,拒绝授予田永学士学位并拒绝颁发毕业证书。田永不服,与该高等院校协商无果后,就学位授予问题向法院提起行政诉讼。这个案件所反映出来有关于学位授予的一个问题是:高等院校对学生做出的行政管理行为是否应当遵循行政法的正当程序原则。

从田永案及其他类似案件的判决中,我们都可以看到法官都只是间接而非直接地运用正当程序原则进行审判。这是因为目前成文法中并未明确规定正当程序原则,在该原则尚未成为法律原则的现状下,它并不一概适用于所有的行政行为。然而,正当程序原则是大部分现代法治化国家普遍确认的基本原则。此外,在高等院校与学生的行政管理关系中,作为管理者的高校与作为被管理者的学生之间的法律地位实际上是不平等的。高等院校做出的一个具体行政行为,无论该行为是否合法和正当,都已经具有了公信力等法律效力。如果不给予行政相对人任何申辩的机会,学生的合法权益就很难得到有效的保护,对学校的秩序甚至整个社会的秩序是非常不利的。从充分保障当事人权益的原则以及我国行政诉讼法优先保障公民权利的立法目的出发,我国也应该确认授予学位行为应当遵循正当程序原则。

总而言之,高等院校的学位授予行为必须遵循程序正当。确认高等院校的学位授予行为必须做到程序正当后,法院在审理高等院校与学生间的学位纠纷案件时,就可以对高等院校做出是否授予学位的决定过程是否满足程序正当进行审查,这有利于更好的保护处于弱势地位的学生的合法权益。

四、 高校学位授予行为司法审查的规则

（一）高校学位授予行为司法审查的启动与范围

1. 司法审查范围：不干涉非行政行为的高校处分行为

对于司法审查范围问题，现在理论和实践都比较清晰，不存在太大争议，那就是以“被诉行为是否是行政行为”为标准。警告、记过、留校察看等纪律处分均非高校在行使行政职权，故不可诉。话句话说，学生即使已经穷尽行政救济手段，仍然对教育行政部门的最终申诉结果不服而向法院提起行政诉讼，法院目前亦不予以受理。

此外，高校对受教育者做出的警告、记过、留校察看等纪律处分不直接影响受教育者的受教育权。³⁷⁹这对学生的合法权益侵犯并不重大，为了保证司法不过分干涉高等院校的自治权，对不直接影响学生继续学业与获得学位证、毕业证的高等院校处分行为，司法不予干涉这也是合理的。

言而总之，对于非行政行为的高校处分管理行为，实行行政终局，司法不予干涉。

2. 司法审查启动：无须用尽行政救济

在行政复议法高度限制“复议前置”范围的立法态度下，没有必要借鉴国际法中的用尽当地救济原则，没有必要主张用尽行政救济原则，没有必要主张学生唯有在用尽除司法救济途径以外的其他救济途径后仍未得到救济时才能向法院提出行政诉讼。虽说高校是最了解案情的，但高校一般不会自己主动改变决定。故而向高校申诉等行政救济手段效果不佳，意义不大。这一原则的适用对于保障学生权益价值不大。此外，这一原则与我国行政诉讼法优先保障公民权利的立法目的也不符。

总而言之，就学位授予纠纷，学生无须用尽行政救济，只要向法院提起诉讼，法院就应该受理。这样有助于平衡高等院校的自主权和处于弱势方的学生的合法权益。这也有利于学位授予纠纷更加快速有效的解决。这更加有助于使高等院校与学生间维持一个和谐的关系。

（二）高校学位授予行为司法审查的标准

1. 高校校规遵循不抵触原则为合法

（1）“不抵触原则”的介绍

合法行政原则是指行政主体在设立、行使、运用行政权力时必须以法律规定

379 耿宝建. 高校行政案中的司法谦抑与自制[J]. 行政法学研究, 2013, (01), 第95页。

为依据，包括法律优先于法律保留两个小原则。那么要如何判断高等院校自主设定的学位授予要件是否合法呢？高等院校自主设定的工作细则中的学位授予要件与现行的相关法律、法规中的学位授予要件到底应当符合什么标准才不违反行政法的合法行政原则呢？

这个问题和地方性法规应当满足什么标准才不违反现行的法律、行政法规的相关规定本质上是一样的。我们可以比照地方性法规是合法有效的判断原则来设定高等院校自主设定的校纪校规是否合法的判断标准。宪法的有关规定表明在制定地方性法规时应当遵循“不抵触原则”。那么何为不抵触原则呢？学术界有种观点，但更多学者偏向于“地方性法规的规定不得与现行宪法、法律、法规等上位法的立法目的、基本精神、原则相冲突，也不得与上位法的相关明文规定内容相冲突”这种观点。³⁸⁰同理可得，高等院校在制定校纪校规时也应遵循不抵触原则，高等院校关于学位授予要件的自治性规定不得与现行有关法律、法规、规章相的立法目的、基本精神、原则、内容相冲突。

（2）关于考试作弊的校纪校规如何遵循不抵触原则

高校自主制定的工作细则中常常有这样的学位授予要件规定：学生在校期间考试作弊行为一经发现，不论情节轻重，不论给予的是什么级别的纪律处分，凡是因作弊受过纪律处分的，高等院校都不授予该学生学士学位。例如上海杉达学院自主制定的《本科毕业生授予学士学位的实施细则》中就有这样的规定，这条规定表述了学生在校期间因考试作弊受到留校察看处分的，高等院校将不授予学位。这样的规定表明将作弊行为作为学位授予的一个消极排除条件。

不授予学位是一个行政处罚。根据行政处罚的创设理论，只有法律、法规、规章可以设定行政处罚，高校自主设定的工作细则明显不是三者之一，故高等院校无权创设行政处罚。因此，高等院校的校纪校规不得超出现行法律、法规、规章等上位法规定的给予行政处罚的种类、幅度和范围。

作弊就不授予学位的规定与《普通高校学生管理规定》中的相关法条规定的内容相抵触。《普通高校学生管理规定》第十六条中规定的内容大致是学生考试作弊的，高等院校应当根据情节严重程度给予相应的纪律处分，凡是考试作弊的学生，其作弊考试科目成绩无效，悔过态度良好，确有悔过表现，表现良好的，

³⁸⁰参见王锡财. 地方立法要正确理解不抵触原则[J]. 中国人大, 2005, (10):22; 易明刚. 地方立法中的“不抵触”原则[J]. 人民之声, 2011, (4):28.

学校可以在毕业前给作弊的学生重修或补考的机会。³⁸¹于此同时,该法第五十四条第四款规定的是可以给予开除学籍处分的作弊情形。³⁸²开除学籍与不予颁发学位证书产生的效果以及对受教育权的影响程度应当是差不多的。

高等院校校纪校规中对考试作弊给予的处分等级不能明显重于《普通高等学校学生管理规定》中的相关规定。故我们可以推测出学生作弊行为的严重程度必须与开除学籍的作弊情形差不多,高等院校才能不授予学位。高等院校校纪校规中规定不授予学位的作弊行为也只能是严重程度与第四款中的作弊行为差不多的,而不能随意规定有作弊就不授予学位。换句话说,学生有作弊行为并不意味着高等院校就不应当颁发学位证书。高等院校自主制定的校纪校规中应当根据作弊行为的严重程度确定给予学生相应等级的纪律处分,不能规定有作弊行为就不授予学位。对于高等院校校纪校规中规定不授予学位的作弊行为与开除学籍的作弊情形严重程度差不多的是不违反不抵触原则的;若是作弊行为并非第四款规定的情形或者情节严重程度与规定的情形明显不同,而高等院校却规定不授予学位的就认定与现有法规相抵触。

(3) 允许合法设定学位授予学术标准

允许合法设定学位授予学术标准,即允许在不违法的前提下设定学位授予学术标准——如必须通过英语四级考试。由于《学位条例暂行实施办法》规定的学位授予要件比较原则,不少高等院校都自主制定了的学位授予要件,在高等院校工作细则中对学位授予要件做了更详细的规定,有的甚至制定了更高要求的学位授予学术标准。为了保障高等院校有一定的自治权,应当允许各高等院校根据自身的教学水平、学生的素质在不违法的前提下设定学位授予学术标准。

高等学校依照学位实施办法的有关规定,在不违法的前提下设定的学位授予学术标准,以及高校根据这个学术标准做出的是否授予学位的决定,司法部门应当保持谦抑,不应予以干涉。《学位条例暂行实施办法》第二十五条赋予高等院校在不违反授予学士学位基本原则的基础上,制定学位授予学术标准的权利。³⁸³大学在此授权范围内将全国大学英语四级考试与学士学位挂钩,这符合《学位条

³⁸¹ 《普通高校学生管理规定》第十六条中规定,学生严重违反考核纪律或者作弊的,该课程考核成绩记为无效,并由学校视其违纪或者作弊情节,给予批评教育和相应的纪律处分。给予留校察看及以下处分的,经教育表现较好,在毕业前对该课程可以给予补考或者重修机会。

³⁸² 《普通高校学生管理规定》第五十四条第一款第四项规定,学生有由他人代替考试、替他人参加考试、组织作弊、使用通讯设备作弊及其他严重作弊行为情形的;学校可以给予开除学籍处分。

³⁸³ 《学位条例暂行实施办法》第二十五条:学位授予单位可根据本暂行实施办法,制定本工作细则。

例》第四条第一项的较好的掌握基本技能的有关规定。³⁸⁴不违反法律并且符合法律规定的学位授予标准，故法院应当支持高等院校因学生未通过英语四级考试而不授予学位的决定。

司法部门在对高等院校自主设定的学位授予学术标准进行审查时不能干涉和影响高等院校的学术自治权。因此，受教育者不满足“合法的学位授予学术标准”而被高等院校拒绝授予学位的，司法不应予以干涉。

2. 高校学位授予行为遵循程序正当原则

高等院校在授予学生学位时必须遵循正当法律程序。正当法律程序包括做出行政行为前的通知与告知行政相对人，在做出行政行为时允许行政相对人说明理由并听取行政相对人的陈述和申辩，做出行政行为后向行政相对人及时送达行政文书并告知行政相对人救济途径和诉讼时效。正当程序原则中关键的一点是行政相对人在接受对其合法权益有不利影响的惩罚或处分之前，社会应为这个特定相对人提供公正的听证或其他听取其意见的机会。

因此，若我们承认高等院校与学生间的学位纠纷应归属于行政行为的范畴，那么高校在学生的行政管理中也应当遵循程序正当原则。即高等院校在对学位申请者做出不授予学位的决定时，应当听取学位申请者的意见。学位申请者的获得通知权、陈述申辩权、抗辩权等权利应当得到充分保障。

高等院校在做出学位授予行为时遵循法定程序有利于保护学生的宪法权利与法律权利，有利于学生的权利提前有效的得到救济，也有利于减少高等院校与受教育者之间的学位授予纠纷。国际法中的用尽当地救济原则是启动外交保护制度的一个重要组成条件。用尽当地救济原则是指受害人必须在用尽当地所有行政的、司法的救济手段之后仍未得到外国的合理救济时，该国才启动外交保护制度以维护本国民众的合法权益。

五、结语

高等院校与学生间的学位授予纠纷被归入行政纠纷行列已经成为一个普遍的趋势。然而，高等院校势必应当拥有一定的自治权。那么对于高等院校与受教育者之间的学位纠纷，我们又应当如何在通过司法救济保护学生的合法权利时，尽可能地让高等院校的自主权不受到侵害？

³⁸⁴《学位条例》第四条第一款第一项规定，高等学校本科毕业生，成绩优良，达到较好地掌握本门学科的基础理论、专门知识和基本技能的学术水平者，高校可以授予学士学位。

本篇论文从高等院校与学生间的法律关系以及高等院校在授予学位时是否行政权、是否是行政主体、是否能独立承担责任的角度分析论证高等院校学位授予行为是否属于行政行为。并从现有法律规定角度论证高等院校在授予学位时属于法律授权的组织，法律并没有排斥学生的司法救济权。得出高等院校学位授予行为属于行政行为后，再进一步确认高等院校学位授予行为是行政确认行为。

确定学位授予行为的法律性质后，再结合司法实践中具体高等院校学位授予纠纷案件，如陈颖案、何小强案、樊兴华案、田永案研讨学位授予行为纠纷的司法争议焦点，总共包含以下三个争议焦点：第一，高等院校撤销学位的行为的法律性质；第二，学位授予行为是否必须遵循程序正当；第三，高等院校自主制定的学位授予要件是否必须合法。

最后，根据上文得出的学位授予行为属于行政行为的结论，围绕行政诉讼案件中的争议焦点，从平衡学生的合法权益与高校的自治权角度出发提出如何确定与完善学位授予行为的司法审查规则。确认学位授予行为的法律性质是行政确认行为之后，我们又得出学位授予行为必须遵循行政法的程序正当原则以及行政法的合法行政原则。紧接着就高等院校自主设立的学位授予要件要满足什么原则才算合法，高等院校在做出是否授予学位的过程中如何遵循程序正当进行探讨。根据我国行政诉讼法优先保护公民权利的立法目的，我们不应要求受教育者必须穷尽除诉讼外的所有行政救济后法院才受理他们的案件。但于此同时，高等院校应当拥有一定的自治权，司法在介入调解高等院校与学生间的关系时应当保持一定的谦抑性，不过分干涉。因此，司法并不对非行政行为的高校处分行为进行干涉，并且尊重高等院校自主设定的必须通过大学生英语四级考试等不违法的学位授予要件。除以上两点外，还。完善学位授予的司法审查有助于平衡学生的合法权益与高等院校的自治权，以便更好的处理学位授予纠纷。这也有助于保护学生受教育权等合法权利，维护我国教育行业正常有序的运行。同时也能在一定程度上对社会矛盾起到一定的缓解作用，促进和谐社会的建设。

【参考文献】

- [1] 周光礼. 论学位授予行为的法律性质[J]. 科技进步与对策, 2004, (3): 57-59.
- [2] 朱平, 赵强, 程诗婷. 我国学位授予权的三重属性探究[J]. 学位与研究生教育, 2013, (3): 41-44.
- [3] 吴文灵. 自治与法治的博弈——论大学自治与司法介入的关系[J]. 首都师范大学学报, 2010, (3): 78-81.
- [4] 牛风蕊. 高校学位纠纷的法理学分析[J]. 中国高教研究, 2006, (7): 18-21.
- [5] 耿宝建. 高校行政案中的司法谦抑与自制[J]. 行政法学研究, 2013, (1): 93-98.
- [6] 谭晓玉. 我国首例学位教育行政诉讼案的若干分析与思考[J]. 高等教育研究, 2000, (2): 43-48.
- [7] 张军. 学生处分影响学位授予现象之再解读[J]. 学位与研究生教育, 2011, (10): 75-77.
- [8] 田鹏慧. 学生处分影响学位授予现象之法律解读[J]. 学位与研究生教育, 2007, (6): 47-50.
- [9] 唐英杰. 大学自治、学术自由与法治理想——高校学历学位纠纷司法救济及审查标准问题探析[J]. 山西师大学报, 2012, (2): 134-137.
- [10] 陈越峰. 高校学位授予要件设定的司法审查标准及其意义[J]. 华东政法大学学报, 2011, (3): 110-120.
- [11] 解瑞卿. 我国现行学位授予审查制度的反思与修正[J]. 高教探索, 2012, (1): 31-35.
- [12] 刘恒, 邱新. 我国学位标准立法研究[J]. 江海学刊, 2014, (3): 125-132.
- [13] 吕莉莎. 从我国现实的学位纠纷看法律对高等学校权力的约束[J]. 中国教育法制评论, 2006, (4): 86-109.
- [14] 刘志刚. 立法缺位状态下公立高校纠纷解决的路径分析[J]. 复旦教育论坛, 2012, (2): 44-49.
- [15] 沈岍. 试论高校惩戒学生行为的司法审查[J]. 华东政法学院学报, 2005, (06): 24-34.
- [16] 韩映雄. 世界主要发达国家学位授权制度分析[J]. 高等教育研究, 2009, (8): 79-82.
- [17] 湛中乐. 进一步改革与完善学位法律制度[J]. 中国高等教育, 2005, (2): 27-28.
- [18] 刘志刚. 立法缺位状态下公立高校纠纷解决的路径分析[J]. 复旦教育论坛, 2012, (2): 44-49.
- [19] 丛日宏, 徐晓艳. 21世纪我国学位制度研究进展综述[J]. 现代教育管理, 2014, (5): 109-113.
- [20] 应松年, 王成栋主编. 行政法与行政诉讼法案例教程[M]. 北京: 中国法制出版社, 2003. 10.
- [21] 叶必丰, 徐晨主编. 行政法与行政诉讼法案例[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2004. 12.
- [22] 沈亚平, 魏健馨主编. 行政法学案例分析[M]. 天津: 南开大学出版社, 2006. 08.
- [23] 乔亚琦. 高校学位授予行为的行政法学研究[D]. 上海: 华东政法大学硕士学位论文, 2009.
- [24] 孙莲. 论学位授予的可诉性——以行政法为视角[D]. 北京: 首都经济贸易大学硕士学位论文, 2013.
- [25] 人民法院报. 何小强诉华中科技大学拒绝授予学位案[N]. 人民法院报, 2014-12-26(2).

论社会法的限制所有权原则

余少祥*

(本文禁止转载或以其他方式在网络上传播)

【摘要】对所有权进行适当限制是社会法的基本原则，它突破了传统民法中所有权“神圣不可侵犯”的理念，赋予所有权人更多、更苛严的法律义务，或通过限制所有权实现对国民收入再分配，以保障弱势社会主体最基本的生活需要。由于现实社会生活的不平等，社会法上的权利和义务呈现明显的不对称性，即主体享有权利不以承担义务为前提，反之亦然。这种权利与义务的不对等性不同于民法上的禁止权利滥用原则，它不以权利“恶用”或“过错”为条件，而是源于权利自身的缺陷和不足，限制的也不是个体权利而是类权利。社会法对所有权的限制有一定的限度，以不造成“反向歧视”和满足弱势主体的基本生存和生活条件为尺度。

【关键词】 社会法 限制所有权 原则

法律原则是指在一定法律体系中作为法律规则的指导思想、基础或本源的综合的、稳定的法律原理和准则，它直接决定了法律制度的基本性质、内容和价值取向，是法律制度内部和谐统一的重要保障。在法理上，法律原则分为一般法律原则和特殊法律原则。前者指体现所有法律共性的东西，如正义、平等、公平原则，后者指某一法律部门所适用的、体现其基本价值的原则。比如，民法的基本原则中既有体现所有法律共性的原则如平等原则、公平原则、守法原则，也有体现其自身特殊性质的原则如意思自治原则、诚实信用原则、公序良俗原则等。³⁸⁵同样如此，社会法作为一个法律部门，除了遵循一般法律原则外，也有一些体现自身价值的特殊法律原则，其中之一就是限制所有权原则。

一. 限制所有权原则的理论基础

根据传统法律观念，平等是法律产生和发展的基础。但是，这种平等“作为近代民主政治的理念并不是实质上的，而是形式上的”。³⁸⁶正如马克思所说：“这样，至少对自由民来说产生了私人的平等。在这种平等的基础上，罗马法发展起

*作者为中国社会科学院法学所副研究员，法学博士。本文为作者主持的国家社科基金重点课题（批准号：14AFX024）“社会法总论重大理论问题研究”的阶段性成果。

385刘宗荣：《定型化契约论文专辑》，台湾三民书局1989年版，第57页。

386[日]大须贺明：《生存权论》，林浩译，法律出版社2001年版，第32页。

来了，它是我们知道的以私有制为基础的法律的最完备形式。”³⁸⁷当时，人们普遍认为，“只有这样的形式上的平等，才能和自由连接在一起”，“如果实质上加以控制，就会破坏自由竞争的社会体系，阻碍个人幸福与社会福利的发展”。³⁸⁸因此，作为一种理念，在“法律面前人人平等”指的是资格平等、机会均等，更准确地说是“人格平等”。³⁸⁹但是，根据社会法的理念，平等从来都不是抽象的，而是具体的“人对人的社会关系或人的关系”，³⁹⁰公平的概念“只有在平等的人与人关系上才有意义”。³⁹¹也就是说，我们应从“现实的个人”而非抽象的个人出发，理解法律关系，构建法律制度。比如，劳动者与雇主之间的关系表面上是平等的，而实质上是不平等的，“一旦劳动者与雇主之间的劳动关系成立，所谓财产关系便转换为人身关系，在这里，个别劳动关系和企业管理关系重合，并实际上体现为一种劳动力使用者可以对于劳动者的人身予以支配的科层管理关系”。³⁹²对此，日本学者桥本公巨说：“法的平等，所以非为绝对的平等之意，而为相对的平等之意者，系由于现实生活中之具体的人类，具有事实上之差异，如忽视此种差异，而实现数学的平等，宁为不平等之强制。”³⁹³那么，现实的不平等与所有权限在理论上是如何联系起来呢？

卢梭有一句名言：“人是生而自由的，但却无往而不在枷锁之中。”也就是说，自由绝非为所欲为，而是在法律范围内的自由。自由是一定国家的公民或社会团体在国家法律允许的范围内进行活动的权利，是主体受到法律约束，并得到法律保护，按自己的意志进行活动的权利。³⁹⁴因此，作为理性的人，其对利润的追求必须符合自由和公平双重原则，即只有实现了个体与个体、个体与社会之间的自由和利益平衡，才能真正实现社会公正。但是，在所有权绝对和非个人化市场力量的背景下，个人很难或根本不能控制其命运，社会生活的种种偶然性、个体本身能力的局限性，使得每一个社会成员都可能处于孤立无援的不利处境。而且市场体系是不可预测的，人们不能对自己的困境完全负责，国家和社会有义务帮助

387 《马克思恩格斯选集》第3卷，人民出版社1976年版，第143页。

388 [日]大须贺明：《生存权论》，林浩译，法律出版社2001年版，第34页。

389 姚辉：《论一般人格权》，《法学家》1995年第5期。

390 《马克思恩格斯全集》第2卷，人民出版社1957年版，第48页。

391 [英]彼得·斯坦等：《西方社会的法律价值》，中国人民公安大学出版社1990年版，第78页。

392 常凯：《论个别劳动关系的法律特征——兼及劳动关系法律调整的趋向》，《中国劳动》2004年第4期。

393 林纪东：《比较宪法》，五南图书出版公司1980年版，第183页。

394 付子堂：《关于自由的法哲学思想》，《中国法学》2000年第2期。

处于困境中的人。由此，社会需要一个安全保障机制，对所有权赋予适当义务或对之进行适当限制。椰林在《法律的目的》一书中提出，所有权行使的目的，不独应为个人的利益，同时也应为社会的利益，因此应以“社会的所有权”代替“个人的所有权”制度。³⁹⁵ 祁克继承了椰林的法律思想，在《德意志私法论》（第2卷）中，他说：所有权不是一种与外界对立的丝毫不受限制的绝对性权利，所有权人应“依法律程序”，并“顾及各个财产的性质与目的行使起权利”。³⁹⁶ 也就是说，要将所有权限制在社会利益所许可的范围之内行使。³⁹⁷ 正如台湾学者王泽鉴所说：“权利皆应受限制，无不受限制的权利。”³⁹⁸

罗尔斯认为，在交换过程中，当事人的权利和义务应做到基本对等和合理，这种公平可称为“交换的公平”（民法上的公平）。但仅有交换的公平是不够的，还要有“分配的公平”，即“利益、责任、社会地位等在社会成员之间的分配”，³⁹⁹ 强调与某种标准相对称的分配比例。当这种分配比例以及权利义务关系出现失衡时，法律应依据正义原则和人类理性对这种结果进行矫正。他将这种公平称为“矫正的公平”（社会法上的公平——作者注），即“在社会成员之间重建原先已经建立起来、又不时遭到破坏的均势和平衡”。⁴⁰⁰ 他说：“矫正的公平所使用的手段是一种算术上的比例方法，这与分配的公平中所用的几何比例法是不相同的。在矫正的公平方面，根本不应考虑双方的功德，各方都被看作是平等的。”⁴⁰¹ 在罗尔斯看来，基于出身和天赋的不平等是不应得的，它们只是偶然性因素，应看作是一种共同的资产。一方面，天赋上占优势者因为天分较高而得益；另一方面，必须通过社会的再分配帮助天赋较不利者得益。在此基础上，罗尔斯推导出了其正义理论的一个基本原则，即“社会和经济的不平等只要其结果能给每一个人，尤其是那些最少受惠的社会成员带来补偿利益，它们就是正义的”。⁴⁰² 根据罗尔斯的正义理论，对所有权进行适当限制，或向处境最不利者予以适度倾斜，是正义原则的实质和必然要求。

395陈华彬：《物权法原理》，国家行政学院出版社1998年版，第205页。

396温文丰：《现代社会与土地所有权理论之发展》，五南图书出版公司1984年版，第17页。

397徐国栋：《民法基本原则解释》，中国政法大学出版社1992年版，第90页。

398王泽鉴：《民法总论》，中国政法大学出版社2001年版，第548页。

399彼得·斯坦、约翰·香德：《西方社会的法律价值》，中国人民公安大学出版社1990年版，第76页。

400彼得·斯坦、约翰·香德：《西方社会的法律价值》，中国人民公安大学出版社1990年版，第76页。

401彼得·斯坦、约翰·香德：《西方社会的法律价值》，中国人民公安大学出版社1990年版，第76~77页。

402[美]罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社1988年版，第14页。

二. 限制所有权原则的产生

梅因在《古代法》一书中指出,在以家庭为单位的古代社会,个人的身份地位是依附于家族的,由此形成的不平等身份充斥在社会和法律的各个领域。近代以后,家族的依附关系逐渐消灭,“个人”不断替代“家族”成为社会的单位,个人与个人之间的契约关系逐步取代了源自家族的社会关系。因此,“所有进步社会的运动,到此为止,是一个从‘身份到契约’的运动”。⁴⁰³这种强调个人权利本位的思想,是资本主义上升时期自由主义思想和放任经济政策的产物和反映,其积极意义在于彻底荡涤了封建时代的身份关系,极力保护个人财产权,刺激自由竞争,促成了资本主义市场经济的发达。⁴⁰⁴其指导思想是所有权绝对和利润优先,也称作“股东中心主义”,即:股东在公司中处于最高地位,利润最大化是公司合法和理想的目标;⁴⁰⁵所有权绝对和利润最大化不会损害其他社会成员的利益,法律对非股东集团的保护是充分的。比如,雇员的利益可以由合同法和普通法来保护,债权人受到欺诈让渡、优先权、大宗标的转让立法以及合同的保护等。正如 Milton Friedman 所说:“公司所承担的社会责任只有一个,即在公开的、自由的和无欺诈的竞争游戏规则下,用自己的资源从事旨在实现公司股东利益的行为。”⁴⁰⁶以私法和市场经济为特征的法律制度在本质上是“为那些精于识别自己利益并且毫无顾忌地追求自身利益的极端自私和聪明的人设计的”,⁴⁰⁷把维护和实现个人利益作为立法的出发点和归宿。用黑格尔的表述就是:“在市民社会中,每个人都以自身为目的,其他一切人在他看来都是虚无”,⁴⁰⁸“他们都把本身利益作为自己的目的”。⁴⁰⁹可以说,“从身份到契约”的运动把绝对所有权、平等自愿和契约自由在社会和法律中的地位提到了最高点,整个十九世纪也因此被称为“契约的世纪”。⁴¹⁰

如前所述,私法和民法所谓的平等是一种抽象的人格平等,是舍弃了当事人之间不同社会经济地位的平等,即一种无身份差别的平等。由于人们总是处在一

403[英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1984年版,第97页。

404梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第36页。

405[美]罗伯特·C·克拉克:《公司法》,胡平译,工商出版社1999年版,第565页。

406Milton Friedman, *The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits*, *The New York Times Magazine*, Sept 13, 1970.

407[德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社1997年版,第72页。

408[德]黑格尔:《法哲学原理》,范杨、张企泰译,商务印书馆1961年版,第197页。

409[德]黑格尔:《法哲学原理》,范杨、张企泰译,商务印书馆1961年版,第201页。

410Philip A. Hamburger, *The Development of the Nineteenth-Century Consensus Theory of Contract*, *Law and History Review*, Vol. 7, No. 2 (Autumn, 1989), pp. 241-329.

定的社会经济条件下，资源占有状况、禀赋和机遇等各不相同，不可能达到真正的平等。比如，资本家与工人、生产者与消费者、大企业与中小企业的经济地位是有明显差别的，但这种差别在民法和私法中被抹去了。正如恩格斯所说：“劳动契约仿佛是由双方自愿缔结的，但是，这种契约的缔结之所以被认为出于自愿只是法律在纸面上规定双方处于平等地位而已”，⁴¹¹“这不是一个普通的个人在对待另一个人的关系上的自由，这是资本压榨劳动者的自由”。⁴¹²拉德布鲁赫在《法学导论》中写道：“这种法律形式上的契约自由，不过是劳动契约中经济较强的一方——雇主的自由，他借此获得他方提供的劳动，对于经济弱者——饥肠辘辘、两手空空，必须寻找工作的雇员，则毫无自由可言。他唯有接受他能找到的雇主向他提出的劳动条件，而不论好恶。”⁴¹³也就是说，体现私法和市场经济特征的契约自由已经变为“由经济强者之意思决定之契约内容，强要经济弱者对此无条件的接受”，⁴¹⁴这无疑为契约自由的异化，使契约自由在一定程度上丧失了真实性，并且沦为经济强者掠夺和剥削经济弱者的合法工具。斯通在《人类法与人类公平》一书中说：“实际上，与法律如何规定毫无关系的社会地位是永远不平等的。法律对人的一视同仁，在权力、智慧、个人幸福等实际上的不平等状况下，只能使不平等变得天经地义，甚至加深这种不平等”。⁴¹⁵茨威格特和克茨则明确指出：“梅因提出的从身份到契约的发展近年来已表现出相反的趋向，私人间的法律关系不再是通过自由的契约行为来实现，而是越来越多地通过身份关系来确定”。⁴¹⁶正是民法和私法调整机制的不足以及“个人本位”和“所有权绝对”法律思想的泛滥，导致了社会弱者生存困难、劳动者生存状况不断恶化和劳资对立等严重社会后果。

19世纪中后期，欧洲经济和社会发生的深刻变化促使契约法不能不对因所有权绝对而导致的经济地位不平等作出积极的反应。其思想理论基础除了当时流行的“人本主义”、“社会权利”和“社会连带”学说等，还有“公司社会责任”⁴¹⁷和利益相关人理论，“利他主义”也开始进入法律思想，认为“个人不应沉溺

411 《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1972年版，第68页。

412 《马克思恩格斯选集》第1卷，人民出版社1995年版，第227页。

413 [德] 拉德布鲁赫：《法学导论》，米健等译，中国大百科全书出版社1997年版，第81页。

414 刘得宽：《民法诸问题与新展望》，中国政法大学出版社2002年版，第159页。

415 [英] 彼得·斯坦等：《西方社会的法律价值》，王献平译，中国人民公安大学出版社1990年版，84页。

416 [德] K·茨威格特、H·克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社1992年版，第20页。

417 E Epstein, *The Social Role of Business Enterprise in Britain: An American Perspective* (1977), *The Journal of Management Studies*, P218.

于对自身利益的偏爱上，不应将自身利益凌驾于他人利益之上”，⁴¹⁸这些都与民法上的利己主义形成鲜明的对照。在立法领域，一些国家如德国和英国达成了一种社会共识，即在允许追逐个人财富最大化的同时，必须保护和补偿社会弱者，保障国民的最低生活水准和工人最低的劳动条件，认为私人自治与国家对生活生活的干预都有一定的合理性和正当性，走向任何一个极端都不能满足日益复杂的生活关系对法律的需求。限制财产权理论认为，所有权并非绝对重要，股东仅仅是“公司拥有利益者中的一员，没有理由认为其利益会或应该优于其他利益相关者”。⁴¹⁹由此，公司作为劳动关系的一方，开始越来越多地被纳入社会立法的范围，分担越来越多的社会责任。正是上述理论和社会立法的发展，直接导致了社会法的诞生。其特点就是，在立法中重新导入“身份”因素，对社会弱者提供特殊保护和帮助，对所有权课以法定义务，以纠正契约自由在两者之间造成的偏差，维护社会实质正义和公平。因此，社会法的发展在一定程度上被认为是从“契约到身份”的回归。从“契约到身份”不是对契约的否定，它包括两个内涵：第一，新的身份是对契约自由因人的不平等引起的偏差的矫正，契约自由并未丧失；第二，身份作为利益协调的新手段，是社会法在寻求平衡点上所作的突破，是“要强化弱者、弱化强者的契约自由权，以弥补他们在经济上的强弱势差，实现平均主义”。⁴²⁰因此，了解这一点比了解社会法本身更重要。⁴²¹戴雪在评价英国的劳工立法结果时说：“英国的劳工赔偿法大大地限制了工人和厂主的缔约能力：工人要求赔偿意外事故中所受损失的权利，已不是契约问题，而是身份问题了。”⁴²²施瓦茨也不无感慨地说：“相对于契约来说，身份具有一种日益增长着的重要性，这种身份是指法律后果产生于个人的身份而同他在该事务中的意志无关。”⁴²³

三. 限制所有权原则的表现形式

在实践中，社会法对所有权的限制主要体现在两个方面：一方面，赋予所有权人更多、更苛严的法律义务，以不平等的方式实现对弱势一方主体的扶助，因为所有权绝对是造成弱势一方主体处于不利地位的重要原因，也是社会法上限制

418[美]邓肯·肯尼迪：《私法性判决的形式与实质》，朱硕、杜红波译，载冯玉军选编：《美国法学最高引证率经典论文选》，法律出版社2008年版，第108页。

419[美]约翰·凯、奥伯利·西尔伯斯通：《关于“利益相关者”的争论——公司的治理结构》，宋协莉译，《经济社会体制比较》1996年第3期。

420参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第七册），北京大学出版社2009年版，第24页。

421Francois Ewald, *A concept of Social Law, Dilemmas of Law in the Welfare State*, Edited by Gunther, Teubner. Berlin :Walter de Gruyter.1986.p41.

422[美]伯纳德·施瓦茨：《美国法律史》，王军等译，中国政法大学出版社1990年版，第200页。

423[美]伯纳德·施瓦茨：《美国法律史》，王军等译，中国政法大学出版社1990年版，第201页。

所有权的依据；另一方面，通过限制所有权实现对国民收入再分配，即以累进税和转移支付等手段，将部分社会财富再分配给那些年老、失业、疾病等社会成员，为他们提供最基本的生活需要，如社会保障中的国家给付在一定程度上就是通过限制所有权实现的。所谓法律义务，是“设定或隐含在法律规范中、实现于法律关系中的、主体以相对抑制的作为或不作为的方式保障权利主体获得利益的一种约束手”。⁴²⁴作为对义务主体的抑制和约束手段，当事人不可选择、不可放弃，也是不可以讨价还价的。比如，在劳动立法中，为了平衡劳资双方事实上不平等的地位，法律规定了雇主更多的义务，赋予雇员更多的权利，以向雇员倾斜的方式保护其最基本的利益，避免其根本利益在表面上的“意思自治”、“平等协商”的掩盖下受到侵害。尤其是在买方市场条件下，工人通常不得不接受资本家很多苛刻的条件，包括工资数额。通过对资方和所有权的适当限制，劳动合同法较好地解决了这一问题。正是在这个意义上，德国学者 Dellev Joost 说，劳动法“包含的一些规则和一般民法相差甚远。这种特殊性的作用在于平衡雇员与雇主之间的实力悬殊”，因为“雇主往往是强势的一方，而雇员大多处于弱势”。⁴²⁵德国另一个学者 W·杜茨认为，现代劳动合同已“不是传统意义上的关于给付和对等给付的债权债务合同，相反它是一种带有很强人身权色彩的，关系到雇员生存基础的法律关系，因此无论如何应该被寄予希望给予生存和社会保护”。⁴²⁶事实上，世界上几乎所有国家和地区的劳动法都包含有限制资方和绝对所有权的内容，以保护劳工最基本和最核心的利益。比如，“长期以来美国劳动法的基本前提就是政府的有限规制”，“近几十年来的趋势可能更准确的应该界定为加强规制，而非放松规制”。⁴²⁷有学者认为，社会权以及社会法上的限制所有权在一定程度上是对传统民主观念的背离。如法国学者 Fabre 提出：“所有的社会权，除了受教育权，都是不民主的，也就是说，如果实施了它们，将缩减名义上的民主。”⁴²⁸因此，需要重新考量作为推进特定价值的民主和直接制度化这些价值的社会权之间的冲突。

限制所有权的另一个重要形式是社会保障立法。一般来说，通过市场的分配

424 张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社 2003 年版，309 页

425 [德] Dellev Joost：《德国劳动法之体系与基本原理》，王倩译，《大连海事大学学报（社会科学版）》2010 年第 2 期。

426 [德] W·杜茨：《劳动法》，张国文等译，法律出版社 2003 年版，第 173 页。

427 [美] Daniel Foote：《美国劳动法的放松规制》，杜钢建等译，《江海学刊》2002 年第 2 期。

428 转引胡敏洁：《论社会权的可裁判性》，《法律科学》2006 年第 5 期。

是国民财富的初次分配，其首要原则是效率原则，而社会保障属于再次分配，其首要原则是社会公平。国家实行社会保障立法，其目标是实现国民的社会保障权。社会保障权是指社会成员因年老、疾病、失业、工伤等因素而影响其生活水平的维持、提高时，可请求国家社会予以援助的权利。社会保障权是与财产权和所有权是完全不同的权利，它依据公民资格和身份取得而不遵从权利与义务一致原则。也就是说，是否享有社会保障权不以主体的贡献或承担义务为前提，只要是一国公民，即便是对社会完全没有贡献，没有承担任何义务，也可以享有社会保障权。⁴²⁹比如，社会保险权、社会救助权、社会福利权都是这一类权利。社会优抚和补偿尽管要求达到一定的条件，但属于事后优待或补偿，与民法上“权利与义务一致”的要求有很大的不同。社会保障之所以被看成与限制所有权密切关联，是因为其本质是通过累进税制，实现社会财富从高收入者向低收入者转移。以社会保险立法为例：在过去，雇主除了依据约定向工人支付工资以外，并不负有保障工人基本生活水准和生活安全的责任。但是，社会保险法要求雇主必须按比例缴纳工人的社会保险费用，劳动法要求雇主必须支付工人不低于最低标准的工资，⁴³⁰这些都是限制所有权的具体表现形式。从社会保险发展的历史看，其责任主体最初即是雇主和雇工。首先，工商业劳动使雇工失去或无法获取传统的赖以生存的土地，家庭的生存和生活保障功能极弱或受到削弱，产生了对新保障方式的需求；其次，相似的社会地位、所从事的劳动为他们的互助合作奠定了连带基础；再次，雇工有从事有薪工作的劳动者的特殊身份，能够稳定地获得雇主发放的报酬，这种优势是有些社会成员无法达到的。⁴³¹由于劳动是雇工的唯一生活来源，国家将其基本生活保障的主要责任强加给了雇主。但是，社会发展导致社会连带的范围扩大，使得社会保险的主体范围逐步扩大到无业者、自雇者和政府雇员等，社会保险的主体责任中开始融入国家责任。如德国《魏玛宪法》第2编第5章“经济生活”明确了对生存权的保障，规定了劳动者的各项权利，其实现方法是国家设立不因劳动者疾病老弱而影响生活的保障制度，同时以公共福利的为名对所有权和经济自由权进行限制。事实上，限制所有权不仅体现在社会法上，也体现在其他立法之中。比如，尽管德国民法的发展总体上没有脱离财产私有制及合同自由

429 Ravi Duggal, *Need to Universalise Social Security*, *Economic and Political Weekly*, Vol. 41, No. 32 (Aug. 12-18, 2006), pp. 3495-3497.

430 W. Rulon Williamson, *Social Insurance*, *Journal of the American Association of University Teachers of Insurance*, Vol. 15, No. 1, Proceedings of the Twelfth Annual Meeting (Mar., 1948), pp. 99-106.

431 董溯战：《论社会保障法基础的社会连带》，《现代法学》2007年第1期。

等基本原则，但在更大程度上强调了同这些原则密切相关的社会义务及责任，强调了信赖原则，强调了对居民中的社会弱者的保护。⁴³²正如美国学者伯尔曼所说：“所有的法律制度都不仅要求我们在理智上承认——社会所倡导的社会美德，而且要求我们以我们的全部生命献身于它们，所以正是由于宗教激情、信仰的飞跃，我们才能使法律的理想和原则具有普遍性。”⁴³³

四. 限制所有权原则的法律特征

在私法中，行为主体一旦被确认，其法律地位都归于平等，这是“自罗马法到近代民法一脉相承的理念和不灭的向往”。⁴³⁴在本质上，私法平等原则根植于商品经济之中，源于经济上的均衡感对交易主体的要求。由于“商品是天生的平等派”，⁴³⁵其本身意味着等价性和价值的平等性，“在这个意义上的基于商品生产而产生的财产关系参加者的平等性，换句话说，民事法律关系中各方平等性的根源应当在民事对象本身中寻求”。⁴³⁶这种等价性反映在法律关系上就是民事主体地位平等、交易中等价有偿、意思自治、完全赔偿原则等等。对此，徐国栋教授认为，“罗马法视私人平等和自由为其最终的价值追求，以此对抗随时可能被滥用的政治权力”。⁴³⁷在现代民法中，尽管对主体的自由在某些方面有所限制，但全部的任意性规范仍是建立在意定原理基础上，仅为弥补当事人意思不明确而设，其作用在于“抑制意思表示”，⁴³⁸使意思自治建立在一个不可动摇的前提上：主体平等。这就必然得出私法和民法的另一个重要原则——权利与义务对等原则，而这种理论被称之为“权利与义务的道德相关学说”。⁴³⁹其基本内涵是：权利与义务是对立统一的矛盾统一体，“同一法律规则，创造权利，亦即产生义务。创造义务，亦即产生权利”，⁴⁴⁰“权利义务，如影之随形，响之随声，在法律上具有相互之关系，故权利之所在，即义务之所在，义务之所在，亦为权利之所在”，

432[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，法律出版社2003年版，第68页。

433[美]伯尔曼：《宗教和法律》，梁治平译，三联书店1991年版，第54页。

434张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社2000年版，第30页。

435[德]马克思：《资本论》（第1卷），人民出版社1975年版，第103页。

436中国人民大学民法教研室编：《外国民法论文选》，第9-10页。

437徐国栋：《市民社会与市民法——民法的调整对象研究》，《法学研究》1994年第4期。

438董安生：《民事法律行为》，中国人民大学出版社1994年版，第62页。

439人们常说，没有义务就不可能有权利，并且说，获得和拥有权利的先决条件是承担义务和责任的能力和意愿。接受义务是任何人为了获得权利而必须付出的代价。参阅范伯格：

《自由、权利和社会正义》，王守昌等译，贵州人民出版社1998年版，第87页。

440龚铤：《比较法学概要》，商务印书馆1947年版，第164页。

⁴⁴¹ “在数量关系上，权利和义务总是等值或等额的”，⁴⁴²享有多少权利，就要承担多少义务。这一理论原则是私法的重要支撑，很多学者都有精辟论述。正如黑格尔所说，权利与义务的“每一方只有在它与另一方的联系中才能获得它自己的规定，此一方只有反映了另一方，才能反映自己。另一方也是如此。所有每一方都是它自己的对方的对方”。⁴⁴³马克思也认为，“没有无义务的权利，也没有无权利的义务”。⁴⁴⁴

社会法颠覆了私法和民法关于“权利和义务相一致”的理念，这是限制所有权原则的直接结果和体现。从理论上说，权利与义务相一致并非同一主体享有多少权利就要承担多少义务。根据霍菲尔德的分析，“权利”意味着法律上的利益，当某个人拥有某种“权利”时，意味着他人负有不干涉或者不侵犯其权利的“义务”。⁴⁴⁵比如，如果某人对一块土地拥有所有权，他人即负有不得侵入该土地的义务，否则必须承担法律上的责任。也就是说，权利与义务相一致是针对不同的主体而言的，这才是二者关系的真谛。如凯尔森认为，“一个人以一定方式行为的权利，便是另一个人对这个人以一定方式行为的义务”。⁴⁴⁶彼彻姆认为，“一个人的权利使他人承担免除干涉或提供某些利益的义务，反过来，一切义务同样使对方享有权利”。⁴⁴⁷霍布豪斯认为，“同一种权益，对于应得者便叫做权利；对于应付者则叫做义务”。⁴⁴⁸范伯格在论及二者的相关性时说：“这一学说可以归结为：一切义务都使其他人享有权利；一切权利都使其他人负有义务。”⁴⁴⁹根据日本学者高柳贤三的表述，是“法律常作二人以上之结合，使一方具有一定之意欲，一定之行动之权利者，他方负有照应于各种权利之义务者，两相关联”。⁴⁵⁰对此，罗尔斯的阐释更加具体明确，他说：“A 对 B 有权利意味着 B 对 A 有义务，B 对 A

441 欧阳麟：《法学通论》，上海会文堂新记书局 1933 年版，第 290-291 页。

442 刘隆亨：《中国税法概论》，北京大学出版社 2003 年版，第 85 页。

443 [德]黑格尔：《小逻辑》，贺麟译，商务印书馆 1980 年版，第 254 页。

444 《马克思恩格斯选集》第 2 卷，人民出版社 1972 年版，第 137 页。

445 最近，人们在各种不同的意义上区分“积极自由”和“消极自由”，与经典的区分适成对照。比如，一些人在“消极限制的缺乏”（negative absence of restraint）和“积极行动能力”（positive capacity for action）之间做出区分，另一些人在“消极自愿行动的能力”（negative capacity to act as one pleases）与“应该或者实现真实自我的积极行动能力”（positive ability to act as one ought or realize the true self）之间做出区分，还有人主张区分“私人行动的消极领域”（negative sphere of private activity）和“参与公共政治领域的积极能力”（positive capacity for participation in a public political realm），以及区分“消极不受干预”（negative non-interference）与“积极控制物质资源”（positive control over material resources）。See George Crowder, *Negative and Positive Liberty*, 40 (2) Political Science, 1988, p57.

446 [奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，大百科全书出版社 1996 年版，第 87 页。

447 Tom L Beauchamp *Philosophical Ethics*, New York: Mc Graw-Hill Book Company, 1982, p202.

448 L. T. Hobhouse *The Elements of Social Justice*, Routledge, Thoemmes Press, 1993, p37.

449 Tom L Beauchamp *Philosophical Ethics*, New York: Mc Graw-Hill Book Company, 1982, p204.

450 [日]高柳贤三：《法律哲学原理》，汪翰章译，上海大东书局 1932 年版，第 234 页。

有义务意味着 A 对 B 有权利；A 对 B 有权利意味着 A 对 B 有义务，A 对 B 有义务意味着 A 对 B 有权利。”⁴⁵¹因此，权利与义务相一致并不意味着一个人享有的权利与其承担的义务必定相等或相当。其次，一个社会全部的权利与全部义务也不是完全对等关系，即权利总量与义务总量并不相等。这是因为，一部分权利已经通过社会契约让渡和转化为公共权力，一个社会的全部义务被分为与权利相对应和与权力相对应的两个部分。在全部义务中，有一部分与权利相对应，另一部分则与权力相对应。因此，与权力相对应的这部分义务并不与权利相对应，因而是与权利分离的义务。这部分义务名副其实地是“无权利的义务”，亦可称为“有权力的义务”。⁴⁵²因此，在数量关系上，一个社会的全部权利与全部义务不可能是等值或等额的，即便完全按照权利与义务关系的现有理论，权利的总量也只能同与它本身相对应的义务总量相等，不可能同与权利相对应的义务和与权力相对应的义务之总和相等。⁴⁵³事实上，权利总量必定小于义务总量。由于权利与义务是完全分离的，并且不必然对等，恩格斯在谈到阶级社会权利义务分配不公正时说，这种社会“几乎把一切权利赋予一个阶级，另一方面却几乎把一切义务推给另一个阶级”。⁴⁵⁴

社会法上的权利与义务之所以不一致，是因为在社会生活中客观存在着一种不对等性，即事实上的不平等性。由于实际地位的不平等，法律对当事人权利和义务的设定也就不同，从而形成当事人双方权利和义务的不对称性。比如，社会保障法对富人和穷人并非一视同仁，而是向后者适度倾斜，它不追问穷人穷困的成因，也不关心穷人对自己的困境负多大责任，而只关注其贫困现实和如何帮助穷人脱困。同时，穷人获得社会保障权也不以承担义务为前提条件。以社会保险法为例，它一方面承认和遵守贡献原则，如养老保险金的数额取决于被保险人有偿受雇时缴纳的保险费——这是其私法属性使然；另一方面，政府强制雇主定期向社会保险机构缴纳保费，并为收入达不到最低生活标准线的穷困者代付应缴纳的保费——这是其公法属性使然。也就是说，一个公民即使无钱缴纳社会保险费，也可以享受社会保险待遇。⁴⁵⁵以社会救助法为例，主体享有权利也不以其承担义

451 余涌：《道德权利研究》，中央编译出版社 2001 年版，第 49 页。

452 童之伟：《对权利与义务关系的不同看法》，《法商研究》1998 年第 6 期。

453 童之伟：《对权利与义务关系的不同看法》，《法商研究》1998 年第 6 期。

454 《马克思恩格斯选集》第 4 卷，人民出版社 1995 年版，第 178 页。

455 W. R. Williamson, *Social Insurance*, Journal of the American Association of University Teachers of Insurance, Vol. 12, No. 1, Recent Developments in Group Coverage (Mar.,

务为条件。社会救助是单方行为，不遵从私法的“等价有偿”原则，也非公法的强制命令（受救助者可以放弃自己的权利），具有明显的权利义务单向性特点，即凡是符合救助条件的社会成员，都有权申请社会救助，而对于受益者来说，享受的是单纯的权利或利益，并不以其对社会的贡献或支付等价作为条件。因此，社会救助权是普遍的、平等的，没有身份、等级、贡献等限制，也没有承担相应义务的限制，任何国民，只要处于需要救助状态，都可以无条件获得救助。⁴⁵⁶以社会补偿为例，也不遵循权利与义务相一致或等价交换原则，如对妇女的生育补偿不以妇女必须工作或缴费为条件，而且这些补偿与妇女生育的贡献相比是不对等的。另一方面，与妇女在人口生育中所付出的代价和创造的价值相比，这些补偿也是微不足道的。⁴⁵⁷事实上，权利和义务不一致的情况在慈善法中更为突出。所谓慈善是指非政府组织和社会成员出于怜悯或宗教信仰而对贫弱者施以款物帮助或无偿服务的一种救济活动。从总体上看，慈善法以鼓励施善济人为宗旨，以“不图回报”为原则，与公法上的强制和私法上“等价有偿”原则完全不同。慈善是“不求回报的实施高尚无私的支持与奉献的行为”，⁴⁵⁸在慈善法中，“引人入胜的份外善行也属于允许的行为。这些行为有仁爱 and 怜悯、英勇的壮举和自我牺牲等等。这些行为是善的，但它并非一个人的义务或责任”。⁴⁵⁹比如，俄罗斯《慈善行为与慈善基金会法》明确规定，慈善行为的以“自愿”和“无偿”原则，不允许法人对自己的劳动集体和工作人员实施慈善行为，也不允许慈善基金会对自己的工作人员实施慈善行为。当然，慈善捐款可以附带条件，如需有捐赠人提出的专门名称，或只能在一定期限内和条件下才付诸实现等，但是不能以捐赠人获得同等回报为条件，否则就是交易而不是慈善。在本质上，权利与义务不一致是第三法域法的普遍特征，如在《消费者权益保护法》中，对经营者和消费者的权利义务规定是不对等的，对经营者规定的义务比较多，如保证商品和服务质量、安全，提供商品和服务真实信息等，而且在侵权的损害赔偿中还规定了“双倍罚则”。再如，在卫生法和医事法规中，对医院和患者的权利义务规定也不对等。

限制所有权原则导致的权利与义务不对等不同于民法上的禁止权利滥用原

1945), pp. 75-84.

⁴⁵⁶Bruce Bradbury, *Targeting Social Assistance*, Fiscal Studies, Vol. 25, No. 3 (Sep. 2004), pp. 305-324.

⁴⁵⁷Dev Nathan, *Social Security, Compensation and Reconstruction of Livelihoods*, Economic and Political Weekly, Vol. 44, No. 30 (Jul. 25 - 31, 2009), pp. 22-26.

⁴⁵⁸周秋光等：《中国慈善简史》，人民出版社2006年版，第6页。

⁴⁵⁹John Rawls, *A Theory of Justice (Revised Edition)*, The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, 2000, p. 100.

则。所谓权利滥用，谓“逸出权利的、社会的、经济的目的或社会所不容的界限之权利行使”，⁴⁶⁰对他人造成损害，而且专以损害他人为目的。罗马法对于所有权的限制也是存在的，这种限制主要是基于相邻关系、保护宗教利益和公共利益、基于人道主义的道德事宜等。⁴⁶¹如何界定权利滥用？根据相关研究，权利是法律分配一部分社会利益于权利人”，行使权利之结果，难免会使他人发生损害，但是“如若专以损害他人之目的，则属权利滥用”。⁴⁶²现代社会，大多数国家都明文禁止权利滥用。如法国法院在多个判例使用禁止权利滥用原则，从不动产所有权滥用的限制，扩展到合同权利、家庭关系内权利、公司股东权利、罢工权和诉权等。⁴⁶³事实上，民法的禁止权利滥用原则以“损害他人利益为前提”，本质上是“禁止权利恶用”原则。⁴⁶⁴但是，正如有的学者所说，由于恶用或过错的标准极富弹性，这一原则像“法律上的变色龙，能够根据所涉及的领域的不同而变化”，⁴⁶⁵因此将权利行使中的恶意或过错作为滥用的标准“是一种不确切的、也几乎完全无用的理论”。⁴⁶⁶而且，禁止权利滥用原则并不能创设新的法律，仅具有依法排除在原有法律所规定的权利之内容具体化时所产生的不当结果的功能，权利滥用的法律后果也仅限于行为无效、停止滥用、损害赔偿、限制和剥夺权利等。社会法对所有权的限制不以权利恶用或过错为条件，其限权的理论基础源于权利自身的缺陷和不足，限制的不是个体而是类权利，限制所有权的方式包括使所有权负有更多义务，向弱者适当倾斜等，其法律后果与禁止权利滥用也有很大的不同。

当然，社会法对所有权的限制是有一定限度的，以不造成“反向歧视”和保护社会弱者的基本生存条件和生活水准为界限。庇古认为，不论是直接转移收入或是间接转移收入措施，都要防止懒惰和浪费，以便做到投资于福利事业的收益大于投资机器的收益。因此，他反对对穷人实行无条件的补贴，认为最好的补贴是那种“能够激励工作和储蓄”的补贴，即实行补贴时先确定受补者自己挣得生活费用的能力。⁴⁶⁷这种理论在一定程度上为货币主义所继承，并发展出最低生活

460史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第714页。

461周相：《罗马法原论》（上），商务1994年版，第301页。

462胡长清：《中国民法总论》，中国政法1997年版，第386页。

463[法]雅克·盖斯坦等著：《法国民法总论》，陈鹏等译，法律出版社2004年版，第726-739页。

464史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第468页。

465[法]雅克·盖斯坦等著：《法国民法总论》，陈鹏等译，法律出版社2004年版，第715页。

466[法]雅克·盖斯坦等著：《法国民法总论》，陈鹏等译，法律出版社2004年版，第716页。

467Donald R. Stabile, *Pigou's Influence on Clark: Work and Welfare*, *Journal of Economic Issues*, Vol. 29, No. 4 (Dec., 1995), pp. 1133-1145.

保障思想中完整的负所得税制度。日本新《生活保护法》第 60 条明文规定，被保护者必须不断地根据自己的能力辛勤劳动，节约支出，并努力维持和提高生活。20 世纪 90 年代以后，公民资格理论研究出现了新的转变，就是在一定程度上复兴公民资格的共和主义传统，强调公民资格的义务一面，以克服权利导向的公民资格物质主义倾向的过度发展。因为自 20 世纪 60 年代以来，西方“福利国家”赋予了公民广泛的社会权利，但社会贫困问题依然存在，甚至出现加剧状况。正是在这个意义上，金里卡认为，在公民资格三要素之外，必须加上“公民品德”的内容，而“公民资格理论家的第一个任务就是要更具体地弄清，要有那些公民品德来维系民主制的持续繁荣”。⁴⁶⁸

468[加]金里卡：《当代政治哲学》（下），刘莘译，三联书店 2004 年版，第 519 页。

国家治理体系和治理能力现代化视阈下 “公民反噬”现象初探

翟渊明 刘磊*

【摘要】党的十八届三中全会和四中全会分别提出“推进国家治理体系和治理能力现代化”“建设社会主义法治国家”两个总目标。当前，陈水总类报复社会的极端事件严重影响国家治理现代化，以处于社会排斥状态的陈水总等人的这类事件为切入点，阐述“公民反噬”现象的特征、原因、发生机制，通过社会法治、政府善治和全民共治等来消除“公民反噬”现象发生的原因或者尽可能缩小类似事件的影响范围，以推进国家治理现代化。

【关键词】公民反噬；社会排斥；报复社会；极端事件

一、问题的提出

党的十八届三中全会指出，全面深化改革的总目标是，完善和发展中国特色社会主义制度，推进国家治理体系和治理能力现代化。十八届四中全会指出，全面推进依法治国，总目标是建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家。中央首次提出“治理体系”的概念，国家治理不仅是国家机关对社会的治理，还包括正确处理国家机关之间的关系、国家与公民的关系以及公民与公民之间的关系，是全面有效协调社会关系的概念，涉及如何进行更好的权力配置、提高政府自身的管理水平等诸多方面。国家与公民的关系是“国家治理体系和治理能力现代化”的重要组成部分，法治又可以有效的推进国家与公民的关系建设。事实上，我国国家与公民的关系也存在不和谐的情况，极端事件出现给党和人民的事业造成损失，也给国家治理带来了极其不好的影响。

2013年6月7日，福建厦门，一辆BRT公交起火，造成47人死亡、34人因伤住院，犯罪嫌疑人陈水总当场死亡，这种恶劣极端事件对处理好国家和公民关系影响恶劣。深入了解发现陈水总事件前后已有类似极端事件发生，2010年4月30日，王永来闯入尚庄小学，用铁锤打伤5名学前班学生，而后点燃汽油自

*作者简介：温州大学政法学院研究生。

焚，王永来被当场烧死；2011年5月26日江西抚州市检察院、抚州市临川区行政中心、临川区药监局旁边的马路先后发生三起爆炸案，犯罪嫌疑人钱明奇当场死亡；2014年5月12日，余跃海焚烧公交车，造成一人死亡，七十多人受伤，犯罪嫌疑人余越海当场死亡，所以，深入剖析陈水总类事件对于处理好国家和公民关系，避免类似事件再次发生，推进国家治理现代化有着重要的意义。通过对陈水总类事件详细分析，发现这类事件有着如下特点：

1. 行为人数量为一人。王永来一人持铁锤闯入学校、钱明奇一人制造连环爆炸、陈水总一人持汽油桶登上公交车，引起这类事件的人数均为一人。多人或团体造成多人伤亡的案件可能属于恐怖事件或黑社会犯罪，但不属于“陈水总”类事件。

2. 行为人处于社会排斥状态。社会排斥原意是指一国内的大民族完全或部分排斥少数民族的各种歧视或偏见，这种偏见和歧视建立在一个社会有意达成的政策基础上，当主导群体已经握有社会权力，不愿和别人分享之时，社会排斥便发生了。⁴⁶⁹随后社会排斥更多地是作为一种研究范式来研究贫困问题、社会政策问题、弱势群体问题。我国也已经将社会排斥引入社会学的研究中，并赋予了中国化的定义，用来形容社会资源的分配不平衡与社会成员政治参与度不高所导致的个人与整体之间关系的断裂。⁴⁷⁰行为人陈水总就处于社会排斥状态，一方面陈水总属于弱势群体，经济条件不好，处于社会最底层。另一方面，陈水总的生活遭遇反映出行为人在生活中被社会制度所排斥，如：陈水总两次摆摊被取缔，几十次申请户口更改被拒，多次上访无效，三口之家仅靠其做保安的收入维持生计；钱明奇无稳定工作，居住在农村，长达10年的上访也未能解决其问题；王永来虽曾担任过村民小组组长，但王永来夫妇两仍旧务农为生，一家四口住在父辈留下仅两间卧室的老房子里，在意欲阻止政府强拆期间，屡次拨打“市长热线”、“法律热线”，找过电视台均没有成效。行为人处于一种有“自”无“他”的社会排斥的状态。

3. 行为人所针对的是不特定人的生命安全。首先，行为人所采用的犯罪工具较为低廉，如：自制炸弹、汽油等，这类工具携带方便，且较为容易获得。其次，

[469] 景晓芬，社会排斥理论研究综述[J]，甘肃理论学刊，2004年第2期

[470] 黄佳豪，西方社会排斥理论研究述略，理论与现代化，2008年第6期

事件发生地点为人群集中的场所，如：余跃海、陈水总均选择在公交车上，王永来选择在校门口。复次，行为人在实施之前均无明显的征兆，为突然爆发式。最后，行为人的行为对象为社会中的不特定多数人的生命安全，行为人并不选择周围的亲属下手，而是选择社会中的不特定多数人，脱离了以往的“冤有头，债有主”的犯罪模式。行为人将不特定多数人视为社会的缩影，旨在通过实施犯罪行为来发泄对社会的不满与愤怒。

基于此，本文拟以陈水总类事件为切入点，采用“公民反噬”一词来概括此类事件，用来指代在“报复社会”这一大类之下的极端事件。首先，“公民”表明行为人的身份，是作为主权的参与者，每个人都称之为“公民”。⁴⁷¹每个国家都有自己的主权，在美国遭受了“社会排斥”的美国人不会跑到中国来实施报复社会的行为。其次，“反”表达“公民——社会”间的相对性及二者之间状态的反转。理想情况下，公民让渡权力成立国家、组成社会、服从社会，在社会中繁衍生息，国家保护公民，国家是“守夜人”，是人民利益捍卫者。但在此类事件中，该种状态被反转，公民由服从变为对抗、甚至报复。最后，“噬”形容的是公民对社会造成了损害，产生了极其恶劣的影响。综上，“公民反噬”是指：与社会联系纽带断裂的个体采用成本低廉的犯罪手段，对不特定的多数人所实施的侵害生命安全的行为。

二、“公民反噬”问题的成因剖析

诚如道格拉斯（Douglas）所言，“当一种规范缺乏、含混或社会规范变化多端以致不能为社会成员提供指导的社会情境时才会有危及社会稳定的行为出现”。⁴⁷²导致行为人处于社会排斥状态并产生犯罪动机的原因在于社会制度已经失灵或者即将失灵，从而产生了拉断公民与社会的纽带之“力”。当前社会制度的实际效果与应有效果的背离，“应然”与“实然”之间的矛盾是“公民反噬”的主要原因，具体表现在以下两个方面。

（一）利益表达通道的闭塞是公民与社会纽带松动的原因之一

一个完整的社会结构中必然会有社会矛盾的解决机制，随着生产力的不断发展，社会分工的范围越来越广，种类越来越多，分工可以带来社会的团结，但是

[471] [法]卢梭，社会契约论[M]，李平沅译，商务印书馆，2013年版，第20页

[472] [美]杰克·D·道格拉斯，越轨社会学概论[M]，张宁等译，河北人民出版社1987年版，第53页

在某些时候，分工也会带来截然不同甚至是完全相反的结果。⁴⁷³矛盾的种类随着社会分工的发展愈发复杂，社会矛盾的解决机制必然随着矛盾种类的增加而朝着多元化的方向发展。根植于我国传统中的“无讼”思想不仅使得我国形成了与别国不一样的矛盾解决机制与矛盾解决文化，更使得我国的司法制度实施效果不理想。正如贺卫方先生所形容的：“我国的表层制度都是西方化的，但是我们骨子里的运作过程，我们所遵循的一些准则，我们自觉不自觉所采取的一些方法，还都是我们两千年来所一直采取的方法。”⁴⁷⁴

一方面，我国的地理环境具有封闭性，相对封闭的地理环境将人们固定在土地上，长期依靠小农经济。人们分群而居，邻里相望，世代依着在土地上保持着稳定。当发生矛盾时，主要依靠的是宗族制度，由族内长辈直接裁断。另一方面，自周朝而来的“礼治”不仅稳定着我国封建社会的层级划分，形成了“君臣父子”的差序格局。而且，孔子认为：“听讼，吾犹人也，必也使无讼乎”（《论语·颜渊》），主张“道之以德，齐之以礼”，“出礼入刑”，将法律是为统治阶级的工具。中国古代的法律体系的特色为民刑不分，重刑轻民，对公民来说，法就是刑，是一种恐怖的象征。

随着我国开始现代化的进程，个人已经从氏族中走出，但观念却尚未转变，司法制度被悬置，“无讼”中内含的工具性的法律认同在国家公务人员中又有新的表现。有一些公务人员在经济利益的诱惑下，不惜滥用法律、违法法律，忽视法律的公平正义，并将法律置于政策之下，加深了人们对司法制度的排斥。人们渴望正义，却又不愿通过司法途径来获得正义，这导致信访制度应运而生，并成为了具有中国特色的矛盾解决机制。信访制度在新中国成立之初就广受追捧，但只是传达信息的渠道，2005年5月1日起，全国开始施行《信访条例》，2008年国务院又颁布了《关于违反信访工作纪律处分暂行规定》，各地也出台了有关信访工作的规章。信访制度从单纯的表达渠道演变成了具有一套规则的矛盾解决机制。

信访被用来解决公民与政府之间的矛盾冲突，而多数群众的越级上访，将政府工作中的问题直接反应给上级机关，影响政府本年度的绩效，导致不少政府“谈话色变”，竭力地“截访”，影响了信访制度的运转。并且，当前信访制度还存有

[473] [法] 埃米尔·迪尔凯姆，社会分工论[M]，三联书店，2000年版，第313页

[474] 贺卫方，中国司法传统的再解释[J]，南京大学法学评论，2000年第2期

以下问题：1. 信访部门体制不清，在各个地方有的称之为“信访局”有的亦称之为“信访办”还有一些地方在居委会挂牌设立信访接待室，职能部门也内设信访点。⁴⁷⁵这导致信访体制内部的层级不清。2. 信访部门的职能不清。信访部门自身没有行政职能，信访部门将其受理问题的转交给相关职能部门时，应受理的部门不愿受理，导致“皮球”踢来踢去，问题始终得不到解决。

司法制度的悬置加之信访制度的不完善导致公民的利益表达十分困难，尤其是弱势群体，第一次没有得到解决尚可“往肚里咽”，但问题长期的积压就势必使得公民进入“社会排斥”的状态。

（二）基层社会保障制度不尽人愿是公民与社会联系纽带松弛的原因之一

“社会保障是一个十分古老的问题。因为自古以来，就总有一部分社会成员需要政府的、社会的或他人的援助才能避免生存危机”。⁴⁷⁶大工业在瓦解旧家庭制度的经济基础以及与之相适应的家庭劳动的同时，也瓦解了旧的家庭关系本身，迫使人们走出家庭，将自身孤零零地置于社会之中，于是，社会保障制度不可避免地成为当今社会制度中最为重要的一部分。一方面，社会保障的资金源于国民的收入，通常情况以“高收入者多缴纳，低收入者少缴纳”为原则，但高收入者及其家庭需要社会保障的机会远少于低收入者，这样一来就实现了国民收入的再分配。有助于调整、缩短贫富之间的差距，实现社会的分配正义。另一方面，社会保障制度旨在民众暂时或永久失去劳动能力、劳动机会而致使生活发生困难时给予物质补助或物质救济，保障国民的基本生活不受影响。进而消除由于贫困带来的社会问题，增强民众的认同感与归属感，保证社会的安定有序。市场经济天生追求效率，而社会保障天生追求社会的公平正义，缓解由市场经济所带来的“恶”，化解人们现实生活中的风险与矛盾。

我国经过多年的理论探索与实践检验，摸索出了一条与我国特色社会主义市场经济相匹配的社会保障制度，涵盖了养老、失业、医疗、工伤等各个方面。但是随着改革的不断深入，新体制在逐步完善之时，对旧体制之下的社会保障的遗留问题没有完全解决。首先，发达国家仍旧处在金融危机的阴霾之下，社会保障制度的问题亟待解决，我国难以从国外找到合适的经验。其次，我国经济的快

[475] 傅恩来，论我国信访制度的缺陷及其改革方向[J]，天津行政学院学报，2011年第2期

[476] 郑功成，社会保障学——理念、制度、时间与思辨[M]，北京：商务印书馆，2003：3-4

速发展拉快了“城镇化”的步伐，各城市在基础设施与功能都不够完备的情况下，被动接受了大量的进城务工人员，导致进城务工人员的权益得不到很好的保障。且城乡之间的二元分割长期存在，农村与城市之间的保障水平相差甚远，基层社会保障形势严峻。最后，我国已经步入了人口老龄化的快速发展期，2030年将达到人口老龄化的高峰期。养老金的“空账”问题使得养老金的支付风险被转移至了后代，影响了养老保险基金的可持续发展。

除却上述宏观层面的问题，在具体的制度设计与操作上还存有以下问题：1. 操作层面中的利益博弈阻碍了推行。一些地方政府与劳动管理机构为维护自身利益，片面追求经济增长，推脱其在维护社会保障制度运行中的责任，未负起落实与监督的义务，社会保障制度的实施举步维艰。2. 国有企业、股份制和外资企业中的社会保障参保率较高，而私营企业为降低生产成本，牺牲工人的社会保障权益；3. 制度设计中存有缺陷阻碍了推行。改革中存有的不确定性使得社会保障制度难以定型，社会保障的法律法规与政策之间不能很好地衔接，且政策、方针的变动导致法律法规的滞后性尤为明显。同时，社会保险的自己监管机构与办理机构没有实现分离，社会保障资金的流转、使用令老百姓难安。

虽然不能否认我国的社会保障制度在短短几十年间取得的重大成就，但问题始终是问题，需要认真地面对与处理。这些问题的存在使得能够给人温暖的制度却让人望而却步，使得能够拉近人与社会之间距离的制度却成为了“排斥力”，使得能够增加国民认同感的制度却成为了社会矛盾的来源。

利益表达通道与基层社会保障制度所存有的弊病在“官本位”催化下显得更加尖锐。长期以往，公民（尤其是弱势群体）与社会之间联系的纽带愈发松动且随时都有断裂的风险。迪尔凯姆在《自杀论》中将自杀分为三种：利己主义自杀、利他主义自杀及反常的自杀，利己主义自杀是目前社会最容易发生的一种，而这种现象的出现正是因为与集团的联系不紧密。“我们只有在与社会保持联系时才能坚持这些活动，反之，我们越是感到自己脱离了社会，我们就越是脱离社会既是其根源又是其目的的生活”。⁴⁷⁷这恰好也说明了陈水总、钱明奇、王永来在事件中选择了自杀的原因。

三、“公民反噬”现象的发生机制

[477] [法]埃米尔·迪尔凯姆，自杀论[M]，商务印出版社，2012年版，第219页

自 1978 年，我国法治化进程开始至今，法治观念、规则意识的普及已经取得了一定的效果，陈水总和钱明奇在遇到问题时并不是直接地去闹，没有采取粗犷式的解决方法，而是采取了上访、协商等正当、理性的解决方式。这些理性的解决方式正也是为社会有序发展中遇到受挫或失败时所做的准备，但是，自上而下进行的变革没有得到自下而上的一以贯之，社会制度的失灵或即将失灵引发了社会不公的产生，导致原本为良好愿景而生的制度却加深了社会阶层的分化。恩格斯曾说：“对于一个忍受了现存社会秩序的一切坏处却享受不到它的丝微好处的阶级，对于一个只能受到现存社会制度敌对的阶级，难道还能要求他们尊重这个社会秩序吗？”^[478]排除掉行为人的精神问题后可以发现，陈水总从政治上的“自娱自乐”与经济上的“自给自足”到最后的“自生自灭”，是可以从社会中找到原因的。所以，本文旨在建立起“公民反噬”的初步框架，实现对“报复社会”这一大类事件进行精确的归类与划分，以便今后治理工作的针对性进行。

通过前文的分析可知，公民与社会之间联系的纽带断裂是“公民反噬”现象最基本的成因。“纽带”的实质是“契约力”，人通过合意达成“社会契约”，从而告别原始状态的混乱与不安，成为一被国家所保护的公民。“社会契约”中的权利与义务形成“契约力”，像一根纽带拉住公民与社会，公民能够凭借自身能力来实现自己的价值，追求自己的目标，而国家则需要保证公民的人身安全及公民基本的生活水平。但当国家未能充分履行其本身职责，使得少部分公民进入“社会排斥”状态后，公民与社会之间的纽带“岌岌可危”，一旦公民与社会之间的纽带断裂，社会将公民推向原始状态。但每个公民都不会愿意重归孤立、冰冷、无助的原始状态，此时，“反噬”便发生了。



四、“公民反噬”问题的对策

“公民反噬”现象的当事人采用非常手段制造极端事件，造成恶劣影响，将

[478] 《马克思恩格斯全集》第2卷，1957年版，第415页

严重阻碍国家治理体系和治理能力现代化。探究问题的本质，溯本求源，消除“公民反噬”现象的原因或者尽可能缩小类似事件的影响范围，不断推进国家治理能力，实现依法治国和国家治理体系和治理能力现代化的总目标。

（一）社会法治：重视权力的使用和权利的保护，发挥法治的保障作用。

重视国家和公民的关系，维系好社会契约基础、契约力的“生存大环境”，不断推进国家治理现代化完善。推进国家治理现代化就要重视政府公权力使用，法律是公权力行使的唯一依据，凡事有法可依、有法必依，依法行政、依法执政，全面推行依法治国，实现政府权为民所用、良法善治；推进国家治理现代化就是要保障公民私权利，法无明文规定不为罪，法无禁止皆自由，法律是惩奸除恶、法律是公平正义的化身，法律不是罪恶的工具、野心的面具、统治阶级排除异己的利器。在现代社会中取得社会法治，更要关注的不是权力的加强，而应该是权利的实现。慎重运用公权力，严防利维坦的侵害，疏通利益表达渠道，充分发挥法治的保障作用，特别是基层弱者的基本生活保障，优先满足公民的基本需求层次的生存权，实现社会法治。

（二）政府善治：创新社会治理方式，推进国家治理体制机制变革

推进依法治国，就是要有效协调推进法治国家、法治政府、法治社会的一体建设，“政府负责”转为“政府主导”，“政府管理”转为“政府治理”，实现良法善治，不断创新社会治理方式，推进国家治理体制机制变革。当前，群众表达渠道不够通畅，矛盾纠纷各种调节机制彼此互相衔接不够，利益分配矛盾升级等问题明显。要健全重要决策社会风险评估机制。凡是推出涉及人民群众切身利益的重大决策，都要把社会风险评估作为前置程序，决策的过程成为党委、政府倾听民意、改善民生、化解民忧的过程，最大限度的预防和化解社会矛盾的发生。要建立有序的诉求表达、心理干预、矛盾调处、权益保障机制。充分发挥人大、政协和人民团体、行业协会以及大众传媒等社会利益表达功能，完善公共决策社会公示制度、公众听证制度、专家咨询论证制度；建立健全个人心理医疗服务体系，开展个人心理调节疏导工作。要建立调处化解矛盾纠纷综合机制。进一步完善人民调解、行政调解、司法调解联动工作体系。要改革信访工作机制，实行网上受理信访制度，健全及时就地解决群众合理诉求机制；把涉法涉诉信访纳入法制轨道解决，建立涉法涉诉信访依法终结制度。

（三）全民共治：凝聚法治共识，营造法治文化共同体，

法治有其文化基础，只有当法治本身成为文化，法治才能真正发挥作用。文化是一个民族长久积淀的产物，体现民族的特征，反映民族的习惯方式，是一个民族最精华的部分。法治文化也不另外，要法治成为文化或者说营造法治文化，就要使法治首先成为生活的一部分，甚至不可或缺的一部分，真正在民族的生活中发生作用，伴随一个民族、一个国家的成长和发展，让法治本身成为文化，水到渠成，树立起全民的法治意识，营造良性法治社会生态系统，在国家与社会、政府与社会、国家与公民、公民与公民之间建立一种广泛、平等的合作关系，凝聚法治共识，营造法治文化共同体，法治国家、法治政府、法治社会的有机体，实现全民共治。

社会法背景下失信惩戒机制的实践难题与制度完善

张琴⁴⁷⁹

【摘要】虽然 S 市率先制定了相关《S 市企业信用征信和评估管理办法》，建立了相应的 S 市信用网，也取得了巨大的成效。但仍存在信用监管方式粗放、信用信息资源分散、信用公示平台落后等不足。政府部门必须通过完善邮局投递责任、分类实施年报制度、构建抽检监督模式等手段实现信用监管方式的精细化，通过强化信息交流、改进技术平台等手段实现信用公示平台的先进化，再凭借信用信息资源的集中化与信用不良责任的法律化，共同为市场信用体系的培育与建设打下坚实的基础。

【关键词】工商登记制度改革；市场信用体系；信用公示平台；信用信息资源；年报制度；抽检监督

政府与市场都是解决稀缺资源配置的制度安排，并且都在特定的历史条件和经济环境中发挥过主导作用。但随着时代与经济的发展，为了更为有效地激发市场主体的活力，优化社会资源配置，促进社会经济的可持续发展，我国开始探索从传统行政管理走向新公共管理的路径。基于传统工商管理制度所造成的市场准入门槛过高、虚假注册层出不穷、场地资源利用率极小、市场运行效率低下、发照机关监管任务繁杂而发证机关监管不足等弊病，建立与市场经济相匹配的工商登记制度成为新一轮“简政放权”的重中之重。例如，已经生效《S 市商事登记若干规定》便是从立法层面推行工商登记制度改革的有力措施。

从内容上看，《S 市商事登记若干规定》以主体资格与经营资格分离、注册资本认缴制、为主要内容，其核心内涵在于“厘清市场与政府的关系，构建有限政府，激发市场资本和场地资源运行活力”。但是，仅从程序上便利市场主体可能仍然无法解决虚假注册、监管不力的难题；单纯的宽进严管，其实质仍然是管

⁴⁷⁹张琴，女，1981 年生，西南政法大学法律硕士，重庆市大渡口区人民法院研究室副主任。联系电话 023-68901826，13983693799，邮箱 ha_hawowo@163.com，通讯地址重庆市大渡口区钢花路 29 号大渡口区人民法院研究室。曾获工商总局“商事登记制度”征文三等奖、行政审判理论研究会 2014 年年会优秀奖、中国法学会第五届“京津沪渝法治论坛”征文优秀奖、中国法学会第十届“中国·西部法治论坛”优秀奖。

制思维的表现,无法真正实现市场经济的有序秩序。从这个角度出发,除却管制手段之外,培育并健全市场信用体系,加大对违法乱纪失信行为的公示力度,才是工商登记制度改革必须倚重的核心要素。可以说,市场主体虚假登记、违法行为较多的原因,不仅在于控制市场主体直接利益的监管力度不够或罚则过轻,更在于影响市场主体潜在利益的社会信用惩戒体系未能成形。故本文拟从S市商事改革的实践出发,讨论其市场信用体系建设所面临的困境与难题,希望能够市场信用体系建设的全面推行贡献稍作参考。

一、市场信用体系建设的必然性和必要性

(一) 市场信用体系建设是工商登记制度改革的必然要求

工商登记逐渐从单一的政府管理手段向社会公共服务方式转变,其基本作用不仅在于通过法律程序创制或确定主体资格,还在于通过登记公示企业主体名称、住所等与主体资格、能力、信用和责任密切相关的登记事项,便于社会公众了解其经营身份、经营状况、经营能力,使其明智地选择和决定自己的交易行为,进而保护交易相对人和社会公众的利益。^[480]但依靠传统的工商管理手段,根本无法确保登记事项的真实可靠。毕竟,政府的审查行为很难确保企业真实确切地履行了相关信息披露义务。从效率层面,完善市场信用体系,通过信用披露额方式将企业的失信或违法行为公之于众,指导企业建立起符合自身特点的信用综合评价机制,对高度失信的企业经营行为进行风险预警,最终从内在上提升企业自觉守法、诚信经营意识,才是建立起良好市场经济秩序的根本手段。外在的惩戒只有与信用惩戒有机结合起来,才能更为有效发挥其震慑作用。若无相对应或相匹配的市场信用体系,商事登记改革中最为基础的公示公信效率便缺乏信用效应。可以说,市场信用体系的培育与建设是商事登记制度改革的必然要求。

(二) 市场信用体系建设是市场经济秩序的有效支撑

经过改革开放的不断推进,我国市场经济已经有了长足的发展,市场交易关系和交易行为更多地依赖于市场信用的约束。现代市场经济就是建立在错综复杂的信用关系基础上的信用经济;整个社会经济活动被信用关系所联络,市场化程度越高,对社会信用体系的健全程度要求也就越高。^[481]尤其是随着信息时代的发展,电子商务呈现出持续增长的趋势,它对市场信用交易的要求越来越普遍与

[480] 国家工商行政管理总局编,《市场主体准入与监管》[M].北京:中国工商出版社,2012.260-261

[481] 张绍焱,《中国社会主义市场经济学》[M].北京:经济管理出版社,2012.205

复杂化。不断完善的市场信用制度可以督促甚至迫使经营者加强自律,规范生产、储存、运输、流通等环节的市场行为,从而增加消费者对市场行为的信任度,促进市场经济的繁荣。如建立产品信息的实名档案和黑名单制,推动质量信用信息资源的共享,可以降低信用信息的搜寻成本,增加信用缺失行为的机会成本,这也将使得市场经济不至于因工商登记制度的放松管制而混乱,从而保障市场经济秩序的有序实现。只有以信用为基础的公平竞争环境,才能促进企业竞争的良性循环,才能为市场经济的发展创造可持续的价值。市场经济要规范有序运行,市场机制要充分发挥作用,必须建立市场运行规则,加强对市场的管理和监督,建立健全社会信用体系,在全社会形成良好的市场秩序和诚实守信的人文社会环境。

[482]

(三) 市场信用体系建设是社会和谐的根本保证

社会主义和谐社会建设是在平等自由的前提下实现人格和谐,在制度公正的前提下实现社会有序,在协商合作的基础上实现矛盾化解。社会和谐的深层次基础在于全社会之间拥有一种普遍的认同,人与人之间有一条可以相互信任的纽带。^[483]但改革开放以来,由于种种原因,我国出现了信用危机,严重地危害经济发展和人们的社会生活;着力推进本地社会信用体系建设,这对于保障道德、促进社会和谐进步意义重大。和谐的社会是以市场经济为基础的市民社会的和谐,市民社会的和谐不仅表现为经济基础的和谐和人与人关系的和谐,更体现为经济基础中由生产关系确定的财富分配的绝对性和相对性,及其在社会关系演变中生产关系的调整性;最终体现为短期与长期中,与生产关系相对性的制度安排变与不变中的社会和谐稳定机制——社会信用体系。^[484]只有搭建起了一套完善的市场信用体系,才能从内在道德方面减轻企业道德不良行为的发生,逐步提高企业经营者自觉抵制与抗拒违法行为的意识,使得诚信经营与商业道德不断成为日常经济交往的行为准则。只有将市场信用体系建设作为治理市场失范行为的重要手段,才能开创一个任人重道德、守信用的和谐氛围这对于最终构建和谐社会极具重要意义。

二、市场信用体系建设的现有经验与不足

工商登记制度改革不仅体现为营业登记与商事登记的分离、实缴制向认缴制

[482] 张绍焱.中国社会主义市场经济学[M].北京:经济管理出版社,2012.200

[483] 林其屏.找回缺失的信用[M].江西:江西人民出版社,2007.89

[484] 中共上海市委宣传部编.构建和谐社会:多维视角下的理论思索[M].上海:上海人民出版社,2006.116

的转变,更重要的是意味着国家市场监管理念的更新。即政府应当尽量不直接干预经济秩序,而是通过搭建市场信用平台等间接手段强化对市场经营活动的服务功能。如S市的商事制度改革不仅实现了“二十四小时发照”的“大通关服务”,更是将市场信用平台的建设作为重中之重。企业黑名单制度的构建、异常名录制度的实施、年度报告制度的提倡、处罚信息的公开都是S市场信用体系建设的基本手段。但值得注意的是,虽然S市率先制定了相关《S市企业信用征信和评估管理办法》,建立相应的S市信用网,也取得的一定的成效。但在具体的实施过程中,仍存在很多不足之处,有待改进。

(一) 信用监管方式粗放

1、邮件投递监管的粗放

工商登记制度改革后,S市场监督管理部门不再办理营业执照进行事前审批,而只是在形式上加以审查。这种流程上的简化与前置许可要件的剔除,极大地激活了市场主体登记的热情。据统计,2013年,S市新登记各类型企业167220户,较2012年的86268户增加了80952户,同比增长93.8%。如此数量庞大的经营主体涌入市场,难免泥沙俱下。为了防止“皮包公司”的泛滥,S市市场监管部门采取了委托邮局投递邮件的方式,排查不在登记地址实际经营的商事主体。即按照登记地址派送邮件,两次投递均无法接收的,被拟制为不在登记地址,从而纳入异常名录。若该被纳入异常名录的经营主体有异议,可于网上申请后,通过市场监管执法人员的巡查确认而移出。

从理论上讲,这种方式确能发现已经不在登记地址营业的主体,从而防止市场主体随意登记虚假地址而行诈骗之举。但从实践来看,此种方式过于粗放。首先,邮局工作人员工作态度有待加强,邮局代为投递排查市场主体,本身就存在较大的失灵的可能性。这点从邮局平信投递的不成功率本身就能发现。若因邮局工作的疏漏导致未投递成功,而将该后果加诸市场主体之身,有失公平正义。其次,在S市原关外的城乡结合部,地址的命名混乱不清。一般而言,大村委、小村委、房管部门、派出所均可能按照自己的需要编排门牌号,故同一处门店往往同时存在几套不同的地名。而邮局工作人员无法掌握所有的地名,投递成功率不高。这就使得很多在登记地经营的主体被错误的纳入异常名录。经营主体往往在有急事需办理之时,如小孩入学急需证明、办理贷款或税务发票等,才发现被无辜地纳入异常名录,最终因未能及时移出异常名录而遭受损失,这就会使得刚刚

出生的信用体系遭受信用危机。

2、年度报告制度的粗

除却邮局投递邮件的方式之外，S 市场监管的方式还有年度报告制度。但年度报告制度没有考虑到各类企业自身的特点，一刀切的制度规范无法实现年度报告制度的应有价值。首先，推行年度报告制度的根本目的在于将商事主体的基本经验情况一览无余地公之于众，是潜在的消费者或其他市场主体能够正确地作出交易选择决定。但是，在现有的年度报告制度下，缺乏执法机构的诚信背书，完全依赖商事主体自身履行信息披露义务，本身就缺乏实质意义公示公信效力。无论是普通的消费者，还是专业的商事主体，均无法通过简单浏览年度报告便真实掌握经营者的经营状态。即便市场监管部门会对商事主体提供的年度报告信息进行抽查监督，但因为众多经营者均未建立起详细的进售货台账，市场监管人员也无法获致确切的经营信息，使得市场监管部门难以对年度报告详细地核查。年度报告的抽检很容易就流于形式。其次，商事主体年度报告制度未区分经营主体的具体情况，不加区分地要求包括个体工商户在内的全部经营主体均应递交年度报告。这就给没有配备专业会计人员或不会操作电脑等个体工商户带来了极大的困难。大部分个体工商户均无法独立完成年度报告的递交工作，而需找专门的中介辅助其填报资料，这就增加了个体工商户的经营成本，不利于激活个体工商户经济活力。当然，个体工商户也可以选择到市场监管部门递交书面的年度报告，由市场监管监管人员代为操作录入。但这种细致的服务又让本来就捉襟见肘的执法资源更是不堪重负。

（二）信用信息资源分散

企业的信用状态只有被记载于一定的媒介之上才能清晰无虑地反映其真实状况。市场交易中信用状况的验证也需要凭借可阅读的信息资源才能完成。在实践中，反映企业信用的相关信息和数据有相当一部分来源于工商、海关、法院、税务等政府部门。然而，各部门在建立企业相关信息数据库时往往各自为政，使得这些信用信息资源极为分散，造成了收集资源的浪费。仍以 S 市场监管中年度报告制度为例，该年度报告制度中涉及到大部分数据都同企业的营业收入、营利额息息相关，而这也是税务机关收集的重要数据。只是由于信用信息分散于各部门之间，使得劳动重复，也降低了信息的准确性。更为重要的是，很多企业在申报年度报告之时，往往因害怕会影响其税收的缴纳，往往与税务系统收集的数据

无法匹配，最终反而影响到了年度报告的可信。

（三）公示平台故障不断

1、信用信息交流不畅

企业信用信息主要涉及工商、海关、国有资产管理、税务、金融、技术监督、统计、司法、地方各级政府等多个行政部门以及各大商业银行。^[485]虽然，S市已经建立起了一个统一的S市信用网，但该信用网涉及到信用信息仍有局限。例如，市场监管部门在核查年度报告之时，便无法从税务等管理部门调取相关企业信息加以核查，从而使得大量有价值的信用信息被闲置。这其实也是信用信息资源不够统一，缺乏有机整合的一种表现。信用信息交流的不畅不仅使得社会大众无法全面掌握商事主体的经营信息，还会因为缺乏比较使得各类信用信息存在着些许数据上的矛盾。

2、技术平台故障频发

除却信用平台所涉信息范围有限之外，已经搭建的S市信用网在技术上仍然存在瑕疵，有待改进。诸如无法递交申请异常名录、无法查询企业信用信息、执法人员申请移出异常名录后系统却迟迟不将该企业从异常名录中移出等等技术故障大量存在。尤其是在申请人有紧急事务需办理之时，反映迟钝的异常名录平台难免会误人大事，最终会消减经营主体对S市信用平台的理解与支持。同时，技术频发的信用平台还会引起社会公众对技术资金投入的质疑，引发信用危机。

三、市场信用体系建设的未来构想与完善

（一）实现信用监管方式的精细化

1、完善邮局投递责任

在委托邮局以投递邮件方式考察企业是否仍在登记地经营之时，需要进一步明确邮局的投递责任。从权利义务对等的角度出发，既然邮局基于市场监管部门的委托代行相关市场监管职能，那么相应地就需要担负起一定的责任。否则，因邮局投递人的过错，企业被错误地纳入异常名录，却无法追究邮局的责任，极为不公正。甚至，还是放任工作积极性不高的邮局人员懒于投递却谎称无法投递的行为的发生。因此，对于邮局投递不成功的企业，可以交由相关部门进行抽查。若抽检结果的错误率超过一定比例，则应当将该投递不成功的责任归于邮局，从而在资金上消减经费。甚至，还可以引入竞争机制，将该类投递邮件核查企业经

[485] 中国工商行政管理学会编,《企业信用监管理论与实务》[M].北京:中国工商出版社,2003.139

营状态的任务交由某些快递企业加以承担，从而更好地实现市场监管目的，维护异常名录制度本身的信用。

2、分类实施年报制度

前已述及，年度报告制度本身存在着很多不合理之处，他一方面与税务机关收集的数据有所重叠，另一方面，缺乏核查的年度报告难以彰显其公信力。因此，为了更好发挥企业年报制度的应有功能与理想效果，应当采取分类管理的方式。首先，可以适当豁免个体工商户的年度报告义务。这种年检义务的豁免也符合简政便民的发展趋势。

例如，可以跟驾照年审制度一样，个体工商户在登记之后的六年内不需要递交年度报告，超过三年才去报告。毕竟，个体工商户的流动性极大，其经营能力也十分有限，交易规模并不大。甚至，很多消费者对个体工商户的信用状况也不是特别关心。这样一种区别对待，能够减轻众多个体工商户的经营负担，尤其是那些城乡结合部或农村地区的小卖部等商事主体的经营负担。其实，这种年报义务的豁免也是实事求是的一种表现。毕竟，缺乏会计知识或会计从业人员的个体工商户，很难描述去营业收入等数据。即便是递交了年度报告，其相关的数据也是随便估算的，难免由于技能缺乏而无心的错报数据。其次，对于公司企业而言，其提供的年度报告应该与报税数据加以整合，减少企业的报送负担。且由于年度数据的专业性，市场监管部门无法进行有效监管，建议可由税务核查部门进行监管。只有这样才能在更大程度上确保年度报告相关数据的真实可靠，为信用制度的权威打下基础。

（二）实现信用信息资源的集中化

建立与完善市场信用体系，是为了将企业相关的经营信息全面的披露给社会公众，为推动整个社会诚信的发展提供制度上的保障。而从信用信息的收集情况来看，我国大部分政府部门手中都掌握着一定的企业信用信息，如何整合集中这些分散的企业信息至关重要。纵观各征信制度较为健全的国家，建立起一套功能完善的企业信用信息归集制度已经是极为普遍的成功经验。甚至，很多国家还以法律法规的形式对企业经营信息的收集、开放与披露做出了制度上的安排。只有改变现有的企业信用信息过度分散的状况，将各个政府监管部门所收集到的企业信用信息通过统一的平台加以公开，才能全面地对企业信用加以全盘的把握，实现“失信企业，重点监管”的策略，使得不良信用企业在重点监管之下无所遁形。

在实践中，掌握被征信企业信用信息数据的组织和机构一般包括银行、海关、税务、公安、法院、社会保障组织、统计等。因此，就需要将注重企业纳税信息、缴纳社会保障费用的信息、行业统计信息、法院裁决和执行信息、嘉奖信息、违规处罚信息等信息的收集与规整。

（三）实现信用公示平台的先进化

1、强化信息交流

推进信用信息的征集和披露工作，首当其冲的工作，就是要打破信用信息部门所有、相互封闭的局面，由政府建立统一的信用信息公开化平台。^[486]例如，统计部门可以根据普查资料建立企业基本资料数据库，产品质量监督部门可以根据具体工作的开展建立企业产品质量检验数据库，人民法院可以根据案件审理情况建立企业诉讼数据库，银监会可以根据银行贷款收回情况建立企业还款状况数据库等。在各个部门独立数据库的基础上，建立公共的数据交换中心系统，实现公共信用信息的开放和共享。^[487]

2、改进技术平台

不断的优化与完善信用技术平台，也是当前市场信用体系建设的重要基础。在信息化发展日渐成熟的当代社会，使用电子化的信用技术平台是必然趋势。但若信用平台的使用者无法获得良好的服务体验，那么就难以获得其对市场信用体系建设的支持。尤其是在被记录了不良信用信息的企业提出异议之时，迅速快捷地处理错误或不当的记录极为重要。毕竟，这些信用记录可能会严重影响到企业的经营状态，不及时消除错误的不良信用信息将给企业造成本可避免的损害。因此，政府部门应该加快对信用平台的技术研发力度，避免技术故障所引发的不良后果。

（四）实现信用不良责任的法律化

随着中国经济和社会的转型，社会的整体结构发生了翻天覆地的变化，频繁的社会流动导致传统的熟人社会逐渐变为陌生人社会。^[488]因此，单纯依靠诚信来维持经营者与消费者之间的信任纽带，不切实际。只有苛加信用不良者以严厉的法律责任，才能发挥出信用机制的威慑力。失信者的失信成本不仅包括本期失

[486] 何显明,何建华.信用浙江.构建区域发展新秩序[M].浙江:浙江人民出版社,2006.172

[487] 姚益龙等.企业信用与企业成长:理论与实证研究[M].北京:经济管理出版社,2009.105

[488] 王婷婷.对法律治理的反思及重构——以社会管理机制的完善与创新为视角.重庆理工大学学报(社会科学)[J].2012(9):44

信所导致的各种损失之和(如罚款、司法处置和信用等级下降、贷款受限等),还包括因本期失信而失去的未来获得潜在收益的交易机会。^[489]但诸如信用等级下降、贷款受限等后果应当以法律为基础。同时,要建立信用责任的终极救济途径,避免作为信用义务人的监管者又作为责任的追究人所引发的伦理风险,逐步建立食品安全信用案件的公益诉讼制度,对经营者、监管者未依法披露信息或扭曲食品安全标准社会化的行为通过司法制度予以救济。^[490]

四、市场信用体系建设的科学监管与创新

虽然 S 市率先制定了相关《S 市企业信用征信和评估管理办法》,建立了相应的 S 市信用网,也取得了巨大的成效。但仍存在信用监管方式粗放、信用信息资源分散、信用公示平台落后等不足。政府部门必须通过完善邮局投递责任、分类实施年报制度、构建抽检监督模式等手段实现信用监管方式的精细化,通过强化信息交流、改进技术平台等手段实现信用公示平台的先进化,再凭借信用信息资源的集中化与信用不良责任的法律化,共同为市场信用体系的培育与建设打下坚实的基础。当然在,最为关键是的,必须厘清工商登记改革本质功能,从理念上把握好市场信用体系建设的制度要求,才能构建起一套恰当的市场信用体系。

(一) 监管理念的夯实:厘清工商登记改革本质功能

随着时代经济的发展,这种以管制为核心的工商管理制度已经不能适应社会发展的需要。故中央适时提出了“全面深化改革”、“简政放权”的总要求。这个总要求落实到经济领域,就是要处理好市场与政府的关系,着力解决的是政府干预过多和监管不到位的问题。即大凡能够运用市场为人们提供他们所需要的服务的场合,就能诉诸市场;在市场无法提供服务的场合,政府就有资格动用强制性权力从事各种积极的服务活动,提供各种私人企业不愿经营或无法有效经营的设施和服务。^[491]故为了推动职能转变,优化营商环境,激发市场活力,最终为建立公平有序的市场主体准入秩序营造了更好的政策环境,商事登记改革制度应运而生。

但是,值得注意的是,仅仅依靠某一个《商事登记管理办法》并不能有效解

[489] 颜少君.我国失信惩戒机制构建研究[M].北京:中国经济出版社,2013.124

[490] 肖峰.我国食品安全信用规制的法学反思与完善.重庆理工大学学报(社会科学)[J].2012(9):62

[491] 周兰领著.政府与公立学校行政关系法治化论纲[M].北京:海洋出版社,2010.89

决“大政府、小市场”的难题。工商登记改革仅仅是“简政放权、激发市场活力”的一个环节，他需要监管制度的方方面面加以配合。例如，如“大包大揽”监管方式、“一刀切”的“事故责任倒查机制”均与工商登记制度改革“释放市场活力”的目标并不匹配。一方面，工商登记制度改革后，市场主体大幅度增加，呈现出了爆发式增长态势。从去年3月1日工商登记制度改革以来，截至当年8月31日，S市新增商事主体超过20万户，绝对数量为去年同期的2.27倍。在此背景之下，依据现行“巡查制”的监管模式，市场监管力量根本无法及时有效地进行全面的“事后监管”。可以说，日益增多的监管职能与远远滞后的执法力量成为了当前监管过程中极为显著的矛盾。另一方面，“一出事故”便倒查追究监管人员监管上的不作为责任，显然仍是“大政府”大包大揽理念的体现。毕竟，一味地要求执法人员承担“不作为”监管责任，无疑是在倒逼执法人员对其监管对象实施全面苛刻的监管。大包大揽的责任必然会导致大包大揽的监管，从而无法发挥“市场”的决定作用。其实，“小政府、大市场”的新型治理模式的基础，便在于政府行为难以应对纷繁复杂地经济环境。因此，一旦发生事故，便让监管人员承担不作为责任，显然是在强人所难。

因此，必须将工商登记制度改革置于“小政府、大市场”这一根本理念之下，才能真正健全相关配套措施。如果仅从工商登记本身去构建工商登记制度，往往会以偏概全，难以有效发挥出工商登记本身应有的制度效能。这也就意味着，工商登记制度改革需要从监管主体改革、监管方式改革、责任追究制度改革、监管事项改革等多个方面加以配合，以适应“小政府、大市场”机制的根本需求，从而发挥市场具有决策分散性特点和自我调节功能。只有这样，出了问题才能让企业主体“埋单”，才能逐步树立“谁受益谁担责”的理念，使企业真正担负起社会责任，杜绝过去那种无论大事小事一切由政府处理“善后”的不合理现象，从根本上厘清事权不分、权责不清的历史遗留问题。

（二）监管主体的配套：合理分配基层执法力量

深化体制改革之后，多个部门存在交叉的职能被予以了整合，形成了一系列大部制的部门。然而，在现有的大部制机关中，人员配置也存在着明显的不合理之处。即承担着大量日常监管任务的监管科（所）仅被配置了少量的执法力量，大量的执法人员被配置到了仅能发挥上传下达功能的指导部门。这种“两头尖，中间重”的“橄榄球型”人员分配模式加重了基层“事多人少”的矛盾。

一方面，大部制改革后，基层科（所）增加了极其繁多复杂的监管职能，但其执法力量却未增加多少。而执法人员的精力与知识水平毕竟有限，绝对无法一一应对所承担的监管事务。另一方面，基层科（所）还需应付繁多的指导部门和区、街道所下达的任务，如数据报送等等，这就使得执法人员的精力更加捉襟见肘。因此，必须将执法资源更多地往基层倾斜，精简一些不必要的“二传手”部门，使得行政人力资源呈现出“金字塔型”的配置模式，才能减缓基层科（所）的监管压力，彻底打破过去那种基层小机关大的“倒金字塔”模式。

（三）监管方式的突破：科学构建日常抽查制度

随着工商登记门槛的降低，市场经济主体呈现了喷发式的增长。如S市2013年前三季度，新登记商事主体增长了96.5%。低门槛的准入，又增强了经济主体的流动性，加大了经济主体的变动频次。故现有的执法力量根本无法对其主管辖区内的市场主体进行一一排查。而且即便发现了违法行为，执法人员在动用行政成本对其实施处罚后，并非能有效阻止其再次违法。有些违法经营者常常跟政府职能部门玩“躲猫猫”，打一枪换一个地方，“重起炉灶”。因此，必须改变现有的百分之百的“巡查制”监管方式，由监管人员随机抽查一定比例的市场主体加以监管。这就与现行商事制度下商事主体负责制相冲突，也会使得信用体系的建设遭遇困难。

所谓抽检监督模式，是相对现行的巡查监督模式而言的。顾名思义，抽检监督意味着市场监管部门需要对计划抽查比例中的市场主体进行细致的检查，这样提高市场监管人员的积极性。毕竟，在巡查检查监督模式下，基层执法人员根本不可能完全其百分之百消除违法状态的目标。面对着一项不可能完成的任务，执法人员难免破罐子破摔。既然全力去管，也无法消除风险，那还不如不管，听凭运气。因此，必须改变传统的挨家挨户巡查的监管方式，选择更为科学合理重点抽查机制。即监管人员在一年度内，不重复的监管既定比例的市场主体即可。其中，市场主体的随机挑选，由市局统一安排，以任务的形式下达。这点可以借鉴现有质监系统的监管模式。这种抽查制的监管方式，还可以改变原来“巡查制”模式下“蜻蜓点水”般的监管效果，使得监管人员能够对其任务内的监管对象实施充分监管，防止违法经济主体的“死灰复燃”，真正消除违法状态。

（四）监管责任的限缩：有效探索有限监管责任

既然执法人员无法对其辖区内的经济主体进行百分之百巡查，而只能完成

一定比例的抽查任务，那么就意味着其责任也应当是“有限”的。执法人员无需对其辖区类的一切违法事实承担责任。这种责任上的松绑才能更好地彰显政府服务行政的理念。例如，对于无照经营者，服务行政理念要求执法者采取“疏打结合”方式予以监管。即对无照经营者先进行疏导办照，若疏导后仍不办照才采取行政处罚等制裁手段。然后，若在疏导期间，因该无照经营者发生了事故却要倒查执法人员的“不作为责任”，显然将使得“疏打结合”无法实现。基于规避责任的目的，执法人员绝对不敢留置任何时间上的“疏导期限”，而只能一律以行政处罚等制裁手段即时消除违法。

可以说，“无限责任”必然与“有限政府”相矛盾，也是权责不对等的一种表现。甚至，由于执法人员在时间精力上无法掌握到辖区内的全部违法情况，却需对此种“必然”的“不作为”承担“无限责任”，则会使得执法人员滋生消极监管、放任违法的思想，最终影响到市场安全秩序的紊乱。因此，必须改变“一刀切”的“事故责任倒查机制”，将执法人员从“无限责任”的桎梏中解压出来。

作为社会法的经济法：初论社会治理模式 下经济法的宪政转型

张琴⁴⁹²

【摘要】本文将经济法置于国家与社会关系的视野之下进行了考察，通过挖掘经济法的宪政价值，提出了未来经济法的研究应该跳出“国际干预论”的角度，而更加关注宪法上的基本经济权利。本文认为，现代国家与市民社会之间主要是一种“社群主义”视角下良性互动的连带关系，它克服国家主义以及自由主义所内涵的缺陷，培育出了经济法产生与发展的土壤。尽管表面上经济法赋予了政府相应的经济调控和管理权，但本文揭示了经济法之着眼点必须是基本权之下的经济权利。因此，在此视野之下的经济法之宪政意义在于其为经济权利的实现提供一种规则之治。而在宪政视野下，保障经济权利需要完善权利保障体系以及权力制衡体系：即权利确认体系、权利实现体系与权利救济体系。

【关键词】经济宪法；国家主义；自由主义；警察国家；夜警国家；福利国家

作为一门诞生于近现代、肇始于偶然历史事件的新兴学科，经济法可谓一直在学科的夹缝与碰撞之中逐渐长成。然而，若经济法学的研究一直停留于经济法存在的独立性或正当性的层面，而不能将其置于更为广阔的背景之下，则其很可能成为水上浮萍。令人遗憾的是，当代中国经济法学理论体系的构建基础仍然局限于“市场失灵”和凯恩斯主义式的国家干预命题⁴⁹³，而忽视了宪政制度构架之下个体的经济权利以及经济法学所应担当的宪政责任。可以说，虽然今天的国家被称为经济国，但是国家的宪法——如同多数现代国家以及德国的情况一般——却完全不是“经济宪法”。⁴⁹⁴因此，本文将立足于经济法的宪政价值研究，关

⁴⁹²张琴，女，1981年生，西南政法大学法律硕士，重庆市大渡口区人民法院研究室副主任。联系电话 023-68901826，13983693799，邮箱 ha_hawowo@163.com，通讯地址重庆市大渡口区钢花路29号大渡口区人民法院研究室。曾获工商总局“商事登记制度”征文三等奖、行政审判理论研究会2014年年会优秀奖、中国法学会第五届“京津沪渝法治论坛”征文优秀奖、中国法学会第十届“中国·西部法治论坛”优秀奖。

⁴⁹³吴越，经济宪法学导论：转型中国经济权利与权力之博弈，法律出版社，2007.32

⁴⁹⁴[德]卡尔·施密特，宪法的守护者，商务印书馆，2008.130

注国家与社会关系视角之下个体基本经济权利的实现,希冀对转型时期中国的经济发展和民主宪政的发展有所助益。

一、经济法的政治基础

(一) 国家—社会关系的宪法考察

国家与社会的关系从来就是认识人类有组织活动的焦点。因近代市民社会兴起之后才实现了社会与国家的真正分离与对立,故本文主要讨论是近代社会中国家与社会的关系。⁴⁹⁵就近代社会而言,在早期学界对国家与社会之关系的典型叙事中,主要存在着国家主义模式与自由主义模式两种视角。国家主义下国家与社会之关系的模式强调国家对社会的广泛控制与高度整合,此时国家的职能类似于一个全能的、包容了全部社会内容的“利维坦”,或称之为“警察国家”。而自由主义下国家与社会之关系的模式则强调社会与国家的区分与对立。它基于保护个人自由的思考将国家对社会的作用限制到最小程度,诺齐克则称之为“最弱意义上的国家”的理论,或称之为“夜警国家”。对应两种不同的模式,一国之宪法也存在着迥异的制度安排与构造。国家主义模式下宪法制度之核心在于确认国家主权的绝对力量,以将公民自由纳入国家强制力的范围。这种模式发展到极端,就成为一种极权主义模式⁴⁹⁶,从而可能消除宪政的制度土壤,故国家主义模式几乎已经被摒弃。而自由主义模式下宪法制度之核心在于设置一套能够制衡国家权力和保障公民权利的法律运作系统,通过建立必要的运行规则划定市民社会与政治国家的界限,而使市民社会保持免受国家任意干预的自治⁴⁹⁷。此时,宪法安排下的市民社会在国家之外形成了一个独立的强大而有力的社会空间。但是,伴随着市场与经济模式下由于信息等因素造就的“囚徒困境”以及缺乏正当控制所产生“政府失灵”的凸显⁴⁹⁸,自由主义模式的宪政制度及其技术官僚的行政体制似乎越来越不能适合当今社会所面临的一系列挑战,故自由主义模式下的“夜警国家”也开始为学界诟病。

其实,上述两种模式所内涵的缺陷在于二者均简单地将市民社会与政治国家之间的关系描述为分立与对峙、妥协与抵触,而现代国家与市民社会之间主要是一种“社群主义”视角下良性互动的连带关系。如《世界人权宣言》第29条第

495 不同社会共同体所处的历史环境与其面临的历史任务会不断变迁,故国家与社会之间的关系往往表现出一种变动不居的特点。

496 唐士其,《国家与社会的关系——社会主义国家的理论与实践比较研究》,北京大学出版社,1998,47

497 吕忠梅,陈虹,《经济法原理》,法律出版社,2008,54

498 赵美荣,石珍,《司法审查之殇:行政诉讼期限起算基点的功能缺失——给付行政模式下的一种新视野》,载《西南政法大学学报》,2011(1):44

1 项就认为,“人人对社会负有义务,因为只有在社会中他的个性才可能得到自由和充分的发展。”正是立足于此种连带关系,现代国家也开始走向了“福利国家”时代。而随着福利国家、大众社会的出现,一国宪法及其法律制度也必须对这种齐头并进的“国家化”和“社会化”有所反应。这种反应体现于经济领域,便为宪法与经济法对“国家干预经济以实现公民经济权利”的授权与限权。

(二) 国家—社会关系的经济法考察

如前所言,国家主义模式过分强调国家对社会无限度的权力,否认国家之下社会个体的自由与个性。而自由主义模式下市场经济领域的自主性和“消极自由”观念决定了其自身的“自发秩序原理”,即市民社会的经济运行能允许分散的个人利益和平地进行协调,在资源的组织、分配和产品的生产过程中不需要任何政治决定⁴⁹⁹。因此,无论是国家主义抑或是自由主义,均变相的否认了经济法存在的基础。

然而,现代中国的市民社会,既不是只受国家支配的非自立存在,也不是自立于国家之外的自我完善的秩序空间,而是通过共同秩序观念而与国家体制连接起来的连续体⁵⁰⁰。矗立于这种连续性之下,国家和社会的关系模式应该是一种既能保证社会的独立性与自主性,又能充分发挥国家作为社会总体利益的代表对社会经济生活的协调与控制的模式。国家主义与自由主义所描述的国家与社会图景均非妥切之描述。只有社群主义之下国家与社会的共和与互生,才能正确表达国家与社会的关系。因此,千万不能将市民社会与国家政府简单地对立起来,重要的是在于确定社会私权力与政府公权力之间的边界,政府的归政府,社会的归社会,让社会成为个体与国家之间孕育创造活力的培养基,成为缓冲摩擦的减震器。⁵⁰¹由于国家与社会的分离,对个人自由的追求逐渐得到国家的肯定。同时由于分离的适度性,国家仍保留对社会进行适度干预的权力,有利于协调个体之间的冲突,促进和谐社会状态的实现。⁵⁰²而正是在国家力量和社会力量的斗争和妥协中,公法与私法之间进行着相互的渗透和妥协,衍生了经济法这一新的法律部

499 吕忠梅,陈虹,《经济法原论》,法律出版社,2008.54

500 王真文,《史家眼中的国民党中国》,载《知识分子》(美国)1985年春季号。转载于张世明,《中国经济学历史渊源原论》,中国民主法制出版社,2002.266

501 南山,《当代中国社会的转型与发展》,四川人民出版社,2007.137

502 张莉莉,《经济法自由理念研究》,中国检察出版社,2007.40

门，以求达到经济良性运行、协调发展之目的。⁵⁰³

（三）宪政转型与经济法的产生、发展

在近代社会的历史之中，国家的宪政结构经历了从警察国家——夜警国家（又可称为自由国家）——福利国家的发展过程。在警察国家里，作为主权者的国家凌驾于一切事物之上，自然也能够凭借其专断力量包揽全部经济生活。但是，循环经济被行政法所涵摄，无独立存在之可能。而在夜警国家里，非经法律允许，任何国家机构、组织和个人均不得干预和限制公民的自由和宁静。此时，一切的国家行动，尤其是对传统私域中的经济自主加以干涉，均需以法令详细地规定行为要件。这种羁束性规定增加，国家的裁量余地变得极为狭窄，国家取得干预经济的合法性也举步维艰。故循环经济也无独立诞生之土壤。

但是随着人口的增长与经济的发展，特别是伴随着自由竞争发展到一定阶段出现的环境污染与资源破坏的经济社会问题。市场常常不能精确地反映环境的社会价值而产生外部性问题，为解决这种缺陷，需要政府运用宏观调控与直接管制的办法进行干预，规范循环经济，保障可持续发展。⁵⁰⁴若完全自由放任的市场极易滋生诸多有损公正的社会问题，国家应当适度介入社会经济生活，以解决市场在保护非股东利益相关者利益上的失灵。故公民对政府的期望值发生了变化，即期望国家突破“夜警国家”的藩篱，不再拘泥于维持治安、不干预私人生活的信条而将积极作为、保障经济生活作为自己的责任。这样，“夜警国家”过渡到了现代“福利国家”。福利国家是指国家以社会总体利益的代表身份，通过国民收入再分配，矫正社会自身所固有的不平等与不公正的趋向，并以此作为保证经济持续增长的一种手段。⁵⁰⁵

可以说，正是在国家步入了“福利国家”阶段之后，国家经济权力才摆脱了以往只是作为执行国家统治者意志的工具的角色，进一步要为国家经济的发展与全体人民的经济权利创造出一个发展的空间与秩序。因为“警察国家”单纯以“国家之手”为调控经济的手段，“夜警国家”则过分强调“市场之手”的自我力量。而从“市场失灵”或“国家失灵”的逻辑中，我们可以看出，片面强调“市场之

503 刘文华，肖乾刚主编，经济法律通论，高等教育出版社，2006.98

504 赵福江，王雪梅，董英，循环经济动态论的法律思考，中国农业科学技术出版社，2012.4

505 赵丽江主编，政治学，武汉大学出版社，2008.39

手”和“国家之手”的作用，都存在着巨大的隐患。⁵⁰⁶而正是“福利国家”之下“市场之手”与“国家之手”的交互作用才产生了经济法。经济法之目的便在于维护社会经济总体结构和运行的秩序与效率，侧重于从社会整体角度来协调和处理个体与社会的关系。这就回应了“福利国家”关注经济权利的要求，并彰显了经济法存在的价值与意义。

二、经济法与宪法的关系

（一）经济权利与公权力

在步入了福利国家之后，国家之任务就不再限于消极保障人民不受国家过度侵害之自由，而在于要求国家必须以公平、均富、和谐、克服困窘为新的理念积极提供各阶层人民生活工作之照顾。从这个意义上说，无论是经济法学、行政法学，还是民商法学，都应当是以坚持和捍卫个体权利本位为出发点和归宿的法学。经济法学、行政法学与民商法学在这个层次上被统一起来了，尽管三者的性质和功能截然不同。⁵⁰⁷

当然，福利国家要求政府能够多层次、全方位地为经济的良性发展保驾护航，这样难免会造成对市场经济的负面影响。第一，经济权力对国民经济的介入是一种外力，它未必能够符合经济规律，有可能不能有效调节经济的发展，反而会对正常的经济生活产生破坏。第二，权力天然对权利有一定的侵犯性，即权力的天然扩张性。但是，单个的社会成员扩充权利的要求和抵制国家权力扩张的努力，同国家机关试图扩大其权力并限制单个的社会成员扩充权利的努力始终同时并存⁵⁰⁸。私人经济从未摆脱过政府的干预，国家干预在任何时候都是必要的，关键是干预的权限要有明确的来源和边界。单个的社会成员扩充权利的要求和抵制国家权力扩张的努力，同国家机关试图扩大其权力并限制单个的社会成员扩充权利的努力始终同时并存。而循环经济法就是促进经济权利和经济权力耦合的最佳法律形式。它包括两个方面的内容，一是涉及公民、企业基本经济权利的社会经济关系，一是政府的经济调控和管理权的经济关系。前者是宪法对个体基本权利的规定和保护，后者是宪法对政府经济调控和管理权力的赋予和限制⁵⁰⁹。或者说，只有经济法既可以赋予经营者和消费者以广泛的经济权利，使其可以自由的参与

506张卫华主编，经济法理论与实践与制度创新，中国法制出版社，2006.44

507吴越，经济宪法学导论：转型中国经济权利与权力之博弈，法律出版社，2007.36-67

508单飞跃，经济宪政意义的追寻，载王艳林主编，法律与贸易壁垒（第2卷），中国政法大学出版社，2006.24

509徐强胜，经济法和经济秩序的建构，北京大学出版社，2008.185

到生产经营、分配、交换、消费活动中，获取自己的经济利益；又可以更好地保证和规范经济权力对经济生活的介入在合法适度的范围内进行，使经济权利和经济权力达到最佳平衡点。⁵¹⁰

经济法的制度构建可以保证国家权力在市场经济中的自我克制和制度约束，从而实现经济权力与经济权利的良性互动。就经济法的内容而言，主要包含以下几个方面：通过宏观经济法设置竞争规则来促使增量利益的有序实现；通过国家宏观调控手段的法制化来解决个体活动所无法自行解决的自然和社会影响，使个体利益最大化的普遍持续实现；通过福利政策等手段来保障市场竞争中的弱者，维护其生存权和发展权。其中，对市场经济而言，最基本的秩序就是平等的公平竞争秩序。因此，维护竞争是贯穿于经济法之中最基本的目的，也是一个国家一项最基本的经济政策。或者说，具备了经济宪法属性或者说能够上升为经济宪法问题的问题均应该与维护竞争直接相关。具体而言，它包含两个问题：即法律是否让经济规律自由发挥作用抑或应该加以修正（也许被禁止），以及考在经济规律运行的保护失效后按照更正的措施予以矫正的形式和方式⁵¹¹。

（二）反垄断法的宪法属性

经济法的制度构建可以保证国家权力在市场经济中的自我克制和制度约束，从而实现经济权力与经济权利的良性互动。就经济法的内容而言，主要包含以下几个方面：通过宏观经济法设置竞争规则来促使增量利益的有序实现；通过国家宏观调控手段的法制化来解决个体活动所无法自行解决的自然和社会影响，使个体利益最大化的普遍持续实现；通过福利政策等手段来保障市场竞争中的弱者，维护其生存权和发展权。其中，对市场经济而言，最基本的秩序就是平等的公平竞争秩序。因此，维护竞争是贯穿于经济法之中最基本的目的，也是一个国家一项最基本的经济政策。或者说，具备了经济宪法属性或者说能够上升为经济宪法问题的问题均应该与维护竞争直接相关。具体而言，它包含两个问题：即法律是否让经济规律自由发挥作用抑或应该加以修正（也许被禁止），以及考在经济规律运行的保护失效后按照更正的措施予以矫正的形式和方式⁵¹²。而反垄断法调整的正是限制甚至消除竞争的行为，反垄断法的直接目标就是保护竞争自由以及维护

510徐孟洲，耦合经济法论，中国人民大学出版社，2010.134

511参见（德）费肯杰，经济法（第2卷），张世明，袁剑，梁君译，中国民主法制出版社，2010.50

512参见（德）费肯杰，经济法（第2卷），张世明，袁剑，梁君译，中国民主法制出版社，2010.50

市场经济体制的有效运转，故它能得到经济宪法的美誉，自然是顺理成章的事。简言之，反垄断法之经济宪法地位取决于其保护对象——竞争自由在市场经济中的根本性作用。

另外，考察经济法的发展历史可以发现，对大型企业的垄断行为进行规制正是早期经济法的历史使命。在 20 世纪 30 年代，应对垄断经营所引发了一系列严重的社会问题，美国颁布了一些反垄断法规，对大型企业的垄断行为进行规制⁵¹³。这是经济法对企业的行为进行调整的先例。同样，在德国，其《反限制竞争法》以防止限制竞争或垄断、确保竞争自由为宗旨，通过一系列的法律制度，促进和保证市场在竞争的条件下正常运转，在经济生活中发挥着基本经济政策导向和保障作用。⁵¹⁴这同样表明，反垄断法作为“经济自由的宪法”或“经济宪法”是毋庸置疑的。这也验证了，国家参与经济不是为了改变市场经济国家是由市场配置资源的本质属性，而是为了维护市场机制，使市场真正能够发挥配置资源的基础性作用。⁵¹⁵

（三）经济宪法学的思辨

尽管关乎宪法的研究汗牛充栋，但学界对经济宪法加以论述的却是凤毛麟角。我国的宪法法权结构状况是：其一，就国家权力而言，政治权力规定多，经济权力规定少；其二，就公民权利而言，政治权利规定多，经济权利规定少；其三，就国家权力与公民权利对比状况而言，国家权力规定多，公民权利规定少。⁵¹⁶这些都反映了现行宪法作为政治宪法的特点，而经济宪法的要求并未凸显出来。即便是经济法学本身，也过于将目光往返于国家经济权力与市场失灵之间，而存在着一种忽视个体基本经济权利而只重视基本经济制度和政府与经济关系的研究的现象。故未来的经济法应着墨于经济宪法学的研究，并对经济宪政的实现贡献出智识上的成功。

那么何为经济宪法以及经济宪法的内容如何？本文认为，在影响经济运行的法律形式中，经济法以对政府经济行为的法律调整为重心，这表明经济法与宪法性经济权力配置和宪法性经济制度安排密切相关。经济宪法是规范经济活动的法律和机构安排的总和，对市场经济体制来说，最重要的是竞争规则和竞争监管机

513 王玲，经济法语境下的企业社会责任研究，中国检察出版社，2008.126-128

514 吕明瑜，竞争法教程，中国人民大学出版社，2008.91

515 王晓晔主编，经济法学，社会科学文献出版社，2005.26

516 单飞跃，经济宪政意义的追寻，载王艳林主编，法律与贸易壁垒 第 2 卷，中国政法大学出版社，2006.24

构。根据德国弗赖堡学派的奥尔多(秩序)自由主义思想,自由社会与市场竞争的理想实际上是一个宪法理想。⁵¹⁷因此,经济宪法必须包含两个方面的内容:第一,经济宪法通过经济领域的权力与权利合理界定、配置和安排,力图为国家在经济领域中的权力寻求一个社会契约的基础,即寻求其存在的正当性及限度问题。第二,尽管经济宪法表面上赋予了政府相应的经济调控和管理权,但是其根本着眼点仍然必须是基本权之下的经济权利,故经济宪法必须平衡政府经济调控和管理的权力与公民基本经济权利,并最终促进与保障经济权利的实现。

三、经济法的宪政意义

(一) 规则之治

仅仅依靠非国家的市场力量或在国家力量之下消除市场的自我意识,一国经济均不能自动达到平衡。经济系统并非作为独立于国家的私人领域而存在。市场经济的法治诉求要求建立一套确定并具有强制性的市场运行规则,并且通过国家政权体系的强制力量加以推行。而经济法的宪政意义首先就体现于它为经济权利的实现提供一种规则之治。正是通过经济法对国家干预经济的范围、重点、方式做出严格的界定,才能使“国家之手”在发挥作用时有法可依,从而实现与“市场之手”的协调状态,最终促进国民经济持续、稳定和健康地发展。⁵¹⁸

具体而言,一方面,经济法规则的构建使得政府在干预经济的过程中,能够获得必要的自由裁量权,以应付复杂多变的现实经济生活,因此,标准意味着政府可能要扮演更多干预的角色,比规则规制中的政府更多干预”。另一方面,经济法规则的构建能够减少市场主体有关法定权利义务的不确定,使得市场主体在市场交易时能够根据法律规范的明确规定做出准确的预期,从而有利于交易的相对安全。⁵¹⁹同时,针对政府干预的失败,需使政府干预规范化,其中包括约束政府干预经济的权力,规范政府干预的行为,推进管理民主化和法治化。⁵²⁰它也能够使政府在干预经济的过程中根据法律规范的明确规定而确定自己的执法权限和遵守执法程序,从而使政府行为受到规范。

因此,规则之治之下的经济法既是一部授权法,更是一部限权法。尤其是对于刚刚建立(或正在转变为)市场经济体制的国家,比如中国,在宪法或经济法中

517 罗红波主编,《欧洲经济社会模式与改革》,社会科学文献出版社,2010.65

518 参见张卫华主编,《经济法理论与制度创新》,中国法制出版社,2006.44

519 参见黄茂钦,《经济法现代性研究》,法律出版社,2006.95-96

520 陈乃新,《经济法理性论纲:以剩余价值法权化为中心》,中国检察出版社,2004.161-163

增加与市场经济要求相一致的相关经济权利的规定,对于促进市场经济体制的建立和健全具有重要的意义。⁵²¹

(二) 经济民主与经济自由

经济法律规范体系的构成并非全部源自人们对一切现行法律规范中调整因市场失灵问题和政府失灵问题引起的那部分社会关系的法律规范进行的归类整理,它必然包括现行法律中关乎个体经济权利实现的规范,且后者更为重要。国家主义与自由主义两大模式固有的缺陷标明有效率的自由市场经济并不能从政府和市场自身的逻辑推导出来。因此,只有通过经济法这样的社会本位法的调整和规制,运用国家这只“看得见的手”,才能矫正市场失灵,避免企业为单纯追求股东利润最大化而对其他利益相关者利益的侵害。⁵²²但是,即使国家对经济的干预具有一定的正当性,国家干预也仅仅是一个手段性原则,而个体的经济自由、经济民主与经济平等才是经济法的目标性原则。经济法的基本价值首先仍然在于维护个体的宪法上的经济权利。

首先,从个体经济权利实现的客观需要的角度来看,经济自由无疑是最基本的价值取向,它所体现的就是契约正义。我国循环经济法中所采取的干预主义,并非意味着其经济激进主义,而仍是在尊重经济自由的前提下进行的经济干预,虽然这种干预在一定程度上压制了个体的经济自由。⁵²³有效率的制度体系(也就是正数意义上的经济自由)可以通过对个体财产的有效保护确保经济活动主体通过生产性活动获取高回报;使社会的精英力量集中在最有价值的领域;营造一个充满活力的、实验性的经济体系,在这个经济体系中可以容纳各种经济活动的尝试性实验和错误,并且不同的经济主体由于政府干涉的退位而可以展开有益的自由竞争;通过较低的、稳定的通货膨胀率确保可预期的、理性的决策行为的形成;促进贸易繁荣以及资本投向可以满足人们偏好并且有高回报率。⁵²⁴只有当个体无法积极地实现自身的经济自由的时候,他才能够获得消极性的社会保障权利,也即主张分配正义。经济自由只能通过公平的、无歧视的市场竞争秩序来保障。⁵²⁵当然,经济自由并非不受约束,而是受制于公共利益的规制。比较而言,对经济

521 王方玉,《经济权利的多维透视》,知识产权出版社,2009.114

522 王玲,《经济法语境下的企业社会责任研究》,中国检察出版社,2008.126-128

523 徐强胜,《经济法和经济秩序的建构》,北京大学出版社,2008.199

524 浙江大学公法与比较法研究所编,《公法的变迁——费善诚教授荣退文》,浙江大学出版社,2012.112-113

525 罗红波主编,《欧洲经济社会模式与改革》,社会科学文献出版社,2010.65

自由的规范性干预比其他基本权利或自由的干预更宽泛，因为，市场是通过制定规则构建起来的。⁵²⁶尽管如此，一般来说，规范性措施应当尊重经济自由的内在价值，或换言之，不应当损害经济自由的精髓。⁵²⁷

其次，经济自由是个体的核心经济权利，经济民主则是确保个体的经济自由的手段性权利。经济民主是关于经济权力配置的一种主张，这种主张是针对资本主义政治民主的不完全性和片面性而提出来的，它要求将政治事务中的民主原则推广或延伸到经济事务之中。⁵²⁸

经济民主意味着微观层面的参与市场经济活动的主体多元，只有在个体权利能够有进行集中表达和集体防卫的条件下，社会的正义、公平目标才有可能实现。作为一种集体性权利的个体的社会保障权，则是确保其经济自由和经济平等的先决条件或者说先决性权利。⁵²⁹因此，对垄断企业的限制竞争行为要严加管制，对处于劣势地位的中小企业予以扶植，成为经济民主的应有之义。而最为重要的是，经济宪政关涉的是经济领域中的民主政治规则的建构。这种建构的条件性前提是民主政治不得动摇基本的社会产权秩序与市场选择机制，私人经济关系主要交由市民商法调整，并由宪法加以固定。

经济民主是作经济垄断或经济专制的对立物存在的，其基本含义是：在充分尊重经济自由的基础上，通过公众平等参与、多数决定、保护少数的机制，在共同体内实现财富、机会、权利的均衡。⁵³⁰而经济自由关注的是一个市场经济制度体系的“质量”问题，需要一个保护产权和促进契约经济的有限政府。但从经济民主与经济自由的关系上看，市场中的“自由竞争”在本质上就是消费者——公众通过选购决策对某种产品（以及生产它的企业）能否立足进行的一种“民主表决”；自由竞争是有损于世袭财富寡头而有利于多数人利益的“经济民主”的基础。⁵³¹然而，当代中国的法学对个体的宪法上的经济权利的研究仍然是局部性和分散性的，远远还没有形成一个应有的经济权利法学研究体系。⁵³²因此，未来的经济法学研究必须跳出“国家干预论”的视野，而着力于个体经济民主、经济自

526 (瑞士) T·托斯福,《市场经济的宪法》,中国方正出版社,2009.43

527 Favoreu et al· (2000)234ss·

528 吴宇晖,《经济民主论》,社会科学文献出版社,2013.1

529 吴越,《经济宪法学导论:转型中国经济权利与权力之博弈》,法律出版社,2007.128

530 余少祥,《弱者的正义:转型社会与社会法问题研究》,社会科学文献出版社,2011.77

531 秦晖,《市场的昨天与今天:商品经济·市场理性·社会公正》,东方出版社,2012.237

532 吴越,《经济宪法学导论:转型中国经济权利与权力之博弈》,法律出版社,2007.36-67

由的实现,最终达致经济正义。从卢梭的《社会契约论》就可以看到,民主更多地包括国家的社会内容,意味着社会国家对公民经济社会权利的保护,是一种社会经济民主。民主不仅仅是一种政治意义上的自由平等,更意味着社会经济意义上的平等,公共利益高于私人利益,公民权高于财产权,国家社会的繁荣在于社会所有成员幸福。⁵³³

4. 从经济到政治的宪政建构

以往宪政研究的重心主要置于政治性场景之中,以政治权利的保障性实现、政治权力的限制性行使为核心,用以确保民主政治图式在法治架构中予以实现。⁵³⁴同样,以前经济法研究的要点也在于为经济法的独立性进行合乎正当性的证成,同时为国家干预经济提供诸多支持。此二类研究均忽视了个体经济权利之维。从宪法权利的视角出发,如果说生存权可以视为经济权利的合法性的起点和下限的话,那么发展权又可以视为界定经济权利权能内容上限的合法性依据。⁵³⁵因此,无论是经济法抑或宪法层面,必须建立起以维护与保障经济权利为中心的宪政结构。一方面,市场经济宪法尤其应当促进自治性协调,应当通过保障经济行为人的行动自由、降低其交易成本的方式约束经济行为人。另一方面,市场经济规则的内容必须保护私有产权,尊重自主权,保障所有经济行为主体的经济自由。⁵³⁶

首先,在经济层面上,国家的经济权力必须受到制约,防止其过度的侵入经济领域而扭转了市场秩序的自我规律,从而损及个体的经济权利。尽管经济宪法的目的是赋予政府相应的经济调控和管理权,以推动政府的经济行为,充分发挥政府的经济能动作用;但也要在宪政的框架内规范和约束其经济调控和管理行为,防止政府不当的经济调控和管理行为,其基础就是我们所说的首先要充分保护个体基本的经济权利。⁵³⁷经济法是以人为本的社会整合,必须从根本上注重社会弱势群体间的权利均衡,而这必然要诉诸于宪法人权。因此从法源上完善对人权的保障,为治本的方略。

其次,在政治层面,分权与制衡的理念应当贯穿于经济宪法或经济法始终。从公权与私权的关系视角来看,经济民主意味着人民相对于公权力管制具有经济

533李路曲主编:《上海师范大学政法学院主办,比较政治学研究》第4辑,中央编译出版社,2013.64

534李昌麒主编:《经济法理念研究》,法律出版社,2009.231

535莫纪宏:《实践中的宪法学原理》,中国人民大学出版社,2007.89

536(瑞士)T·托斯福:《市场经济的宪法》,中国方正出版社,2009.24

537徐强胜:《经济法和经济秩序的建构》,北京大学出版社,2008.185-186

地位利益上的自主性或主体性；从精英群体(或富强群体)与人民大众(贫弱群体)关系视角来看,经济民主意味着人民相对于精英强势具有经济地位利益上的自主性或主体性。⁵³⁸宪法需要在经济立法和经济政策的合宪性、经济行政行为权力的分配与监督以及经济行政的司法保护作出相应的安排与规定。在宪政视野下,保障经济权利需要完善的权利保障体系,这种权利保障体系包括三个部分,即权利确认体系、权利实现体系与权利救济体系。⁵³⁹

最后,若在经济领域中简单援引政治宪政规则,可能使正统性社会关系尤其是产权关系的生产与再生产濒于崩溃。人们除了考虑政府的有限理性、政府的经济人特性、权力天然的扩张性和侵略性等外,更重要的是,我们还要考虑如何通过政府的权威来主导经济社会的转型,如何把政府基于社会主义传统而背负的道义责任转化为法律责任。⁵⁴⁰故必须要建构一整套经济领域中的宪政规则,以使经济领域中的宪法性利益冲突得到调适与缓解,达到既实现宪政民主,又实践市场经济的双重目的。⁵⁴¹

五、结语

在当前社会中,经济性的建构体与实体并不会以其现有的型态而被运用(例如企业、工会、经济协会或其他利益代表团体),个别的国家公民也不是在其作为经济主体(例如作为雇主或劳工、生产者或纳税人,或者任何基于经济上的性质或贡献而产生之地位)之特质中,享有政治上的地位与国家公民权。⁵⁴²但市场经济法制应当促进自治性协调,应当通过保障经济行为人的行动自由、降低其交易成本的方式约束经济行为人。市场经济规则的内容必须保护私有产权,尊重自主权,保障所有经济行为主体的经济权利。这就需要重新塑造经济法的宪政价值,将经济民主、经济权利等内涵纳入经济法的精神之中。

538李路曲主编:《上海师范大学法政学院主办,比较政治学研究(第4辑)》,中央编译出版社,2013.70

539王方玉:《经济权利的多维透视》,知识产权出版社,2009.122

540李永成:《经济法人本主义论》,法律出版社,2006.232

541李昌麒主编:《经济法理念研究》,法律出版社,2009.231

542[德]卡尔·施密特:《宪法的守护者》,商务印书馆,2008.131

公立医疗机构资源整合与我国复合转诊立法

董文勇

【摘要】我国医疗服务领域存在各级各类医疗机构之间自由混合竞争的局面，这对必要分工合作的医疗服务体系构成冲击，造成卫生资源利用的效率和效益全面下降，公民的健康权利和经济权利受到损害。建立并实行转诊制度能够形成医疗机构之间的合作竞争机制，有助于增进医疗福利。我国已经建立的转诊制度存在体系不完整、法治化水平不高等问题，未来我国需要在目前单向转诊制度的基础上，结合双向转诊制度试点经验，建立并完善复合转诊法律制度，且需要同时完善医疗机构治理制度、社会医疗保险制度等为复合转诊制度提供紧密支持的制度。在对医疗机构和患者进行双向权利限制的同时，复合转诊制度也需要尊重保障公民的就医选择权。

【关键词】 医疗机构 卫生资源 转诊 立法

杜绝医疗资源浪费、提高医疗资源的利用效率是节约医疗费用的基本途径之一。我国的公立医疗卫生资源分布十分不均，⁵⁴³高等级医疗机构卫生人力资源质量较高、设备先进，而低等级医疗机构、基层医疗机构则卫生资源贫乏、技术力量薄弱、设备闲置。在医疗卫生资源向高等级医疗机构集中的同时，也出现了患者随着医疗卫生资源而集中的现象，高等级医疗机构患者云集、小病大治，医疗卫生资源严重供不应求；低等级医疗机构则门可罗雀，患者若非迫不得已，绝少问津。因而形成了高等级医疗机构提供过度服务、低等级医疗机构资源闲置浪费的不合理局面。一方面一般医疗卫生资源利用严重不足，而另一方面优质医疗卫生资源又供不应求，我国公立医疗机构资源整体呈现浪费性利用与闲置性浪费并存的局面。因而，不但国家要以财政来支撑那些资源利用并不充分的公立医疗机构，而且患者就医困难，并为抬高的医疗服务价格支付额外费用，增加了患者的就医成本，增加了个人卫生支出的总水平。为了提高公立医疗机构资源的利用效率、降低患者医疗费用负担和国家财政负担，有效改进卫生福利水平，我国应当依托于整合公立医疗机构资源，建立有利于医疗卫生资源充分利用的复合转诊法律制度。

543 以下除特别指出外，“医疗机构”、“医院”均指公立医疗机构、“公立医院”。

一、公立医疗机构自由混合竞争之福利减损

从医疗机构功能分工的角度看，高等级医疗机构处于医疗服务体系的顶端，其职能在于治疗不常见的疑难杂症、重大疾病，引领区域内医疗技术的进步，在医学技术上保持处于医学前沿的地位。高等级医疗机构拥有优质卫生人力资源和高精尖的医疗设备，这些资源是低风险、高质量医疗服务的人力、技术和物质保障。基层医疗机构以一般常见病和多发病的初级诊断治疗服务、慢性病管理和康复服务为主要职能，该职能决定了基层医疗机构无需配置高精尖医疗设备和精于某一专科的高级医疗技术人才，人员和设备的配置能满足普通伤病的诊疗需要即可。在我国，医疗资源分布不均衡，各等级医疗机构的运营环境差别较大，如果不考虑各类医疗机构的职能界别而简单地比较，高等级医疗机构、城市医疗机构的诊疗服务有相对明显的技术和设备优势，而基层医疗机构、乡村医疗机构则处于不利的竞争地位。在利益分配制度不利于基层医疗机构和基层医务人员的情况下，基层医疗机构的卫生资源特别是卫生人力资源不可避免地流向高等级医疗机构。⁵⁴⁴同时，在城乡卫生资源配置不均衡的条件下，农村医疗诊治水平难以提高，竞争能力被削弱，这也使得农村的优质卫生人力资源会流向城市。

卫生资源的占有水平在很大程度上影响医疗机构的服务能力，而服务能力的差异又直接影响患者的就医选择行为。医疗行为具有高风险性，在很多情况下，医疗后果具有不可逆性，⁵⁴⁵因此，出于安全、稳妥和效率的考虑，在经济条件允许的情况下，患者往往在综合考虑医疗技术、治疗成本、就医便捷性等相关因素的基础上选择对他们最有利的医疗机构，因而，高等级医疗机构的优质医疗资源成为患者治疗疾病竞相争取的首要目标。

虽然高等级医疗机构的职能不在于治疗小伤小病，但是在医疗资源尤其是优质医疗资源向高等级医疗机构集中、基层医疗机构和高等级医疗机构收费标准相差小而技术水平差距较大、患者享有充分的医疗保障或有足够的费用担负能力等条件下，高等级医疗机构自然成为患者的首选。至于各等级医疗机构的职能、所患疾病复杂严重程度与医疗机构等级的配比等因素，一般并不在患者所考虑的范围之内，一是因为患者一般不具有医学知识，无从了解所患疾病的复杂程度及各

⁵⁴⁴参见胡文华：《卫生人力资源结构不合理导致农民看病难》，《中国医药报》2006年5月30日第B6版。

⁵⁴⁵ Kenneth J. Arrow, "Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care", *The American Economic Review*, Vol.53, No.5.(Dec.,1963). PP. 941-973.

等级医疗机构的职能；二是因为，虽然医疗机构的职能与接诊疾病的合理匹配对于整个医疗卫生体系的运转有利，但是这不一定符合患者个人利益。患者所考虑的，是在法律允许的范围内，以相对较小的代价获得相对优质、有保障的医疗服务，而同时，患者就诊选择权受到的限制也非常之小。根据《城镇职工基本医疗保险定点医疗机构管理暂行办法》第九条的规定，获得定点资格的任意等级的专科医疗机构和中医医疗机构均作为统筹区域内被保险人的定点医疗机构，除此外，被保险人还可再选择最少 3 至 5 家不同层次的医疗机构；同时，根据第十三条的规定，在不同等级医疗机构就医的报销比例“可以”有所差别，以鼓励被保险人员到基层定点医疗机构就医。但是，从差别化报销比例制度实施效果来看，由于报销比例的等次差别不显著，且费用担负非为患者的首要考虑因素，因而该制度的引导作用有限，对患者就医的选择影响不十分显著，⁵⁴⁶参保患者甚至仍可以直接到三级甲等医院就医。未参保患者的就医行为则更是没有任何约束。在高等级医疗机构自由接诊、患者自由求诊的情况下，必然形成患者向高等级医疗机构集中的局面。

高等级医疗机构利用过度与基层医疗机构利用不足的现象，是医疗机构职能不清和医疗服务秩序混乱的一种外在表现。行政机制和市场机制是医疗服务制度的两个基本机制，而鉴于卫生资源的有限性和医疗服务市场的特殊性，任何国家都对医疗服务市场进行了深度干预，目的在于使医疗机构的发展符合社会政策性目标，而非放任其自由发展，区域卫生规划制度、医疗机构分级管理制度等卫生行政管理体制即是国家对医疗服务市场进行深度干预的制度体现。而国家一旦监管乏力，那么医疗机构自由竞争、无序服务的格局就会随之出现。在这一格局中，高等级医疗机构可以任意突破职能范围的限制，将业务领域向低端服务扩展，在理论上可以包揽所有繁简不一的医疗服务；基层医疗机构受资源所限，其业务范围无法向高端服务扩展。在这种近乎于自由就医、自由行医、自由竞争的医疗体制下，高等级医疗机构与基层医疗机构、城市医疗机构与乡村医疗机构事实上在同一市场上竞争，这种自由混合竞争必然会对分级医疗服务组织体系构成冲击，并倾向于将有目的、有规划、有组织的体系进行原子化分解，其结局必然是基层、农村医疗机构逐渐被淘汰。

⁵⁴⁶参见程贤淑：《今后去三甲医院看病 可能自负比例高》，《新闻晚报》2011 年 7 月 8 日第 A2-01 版。

自由混合竞争的医疗服务格局会损害医疗福利水平，主要体现为患者经济负担沉重且医疗服务质量缩水。患者自由选择到高等级医疗机构进行小病大治的确定性结果，是为可能非必要的高水平医疗消费支付更多的医疗费用；而不确定的结果，则是一旦发生服务拥挤，那么医疗服务质量可能得不到保障，即便患者支付高价可能也享受不到充分的、合乎标准的治疗。⁵⁴⁷基层医疗机构为求生存，倾向于留住本无技术能力医治的患者，因而可能会损害患者的健康、耽误其治疗机会。⁵⁴⁸尽管从短期、局部和个案角度来看，患者自由选择医疗机构可能最为符合个人利益，但是，如果从长远和整体角度来看，每一名患者都会面临越来越低的医疗质量和越来越高的医疗费用负担。这是因为，患者的自由就医行为会使医基层医疗机构失去越来越多的市场、逐渐丧失改善服务条件的机会和可能性。在患者减少的情况下，如果缺乏服务收费以外的经费来源，那么基层医疗机构、乡村医疗机构的首要目标是求得“生存”，这就必须要通过增加医疗服务收入的方式来实现，⁵⁴⁹而提升医疗技术水平成为次要的目标。当在基层医疗机构或乡村医疗机构就医的费用接近在高等级医疗机构或城市医疗机构就医的费用时，基层医疗机构或乡村医疗机构的服务就会愈发萎缩，医疗资源的利用就会更加不足，这反过来会进一步恶化基层医疗机构或乡村医疗机构的运营环境。相反，高等级医疗机构、城市医疗机构则可能会因医疗服务供不应求而出现医疗资源紧张或过度利用的问题，这些医疗机构可能会利用价格杠杆稳定就医秩序、缓解服务压力，从而导致医疗费用上涨。而经济后果以外的其他后果可能更为严重，因为自由接诊行为会破坏医疗服务体系的整体功能；自由求诊行为会挤占高质量医疗资源的利用结构和利用效率，导致医生降低对每例病案的技术投入；可能会使疑难病症患者失去应有的救治机会；另外，还会造成著名的“看病难”的问题。

各级各类医疗机构自由混合竞争的另一个结果就是国家和社会的利益受到损害。这是因为，高等级公立医疗机构享有政府的优惠待遇，但是这些医疗机构却把有限的优质医疗资源向低端服务项目分配，因而，这些优质医疗资源不能充分发挥应有的作用，降低了高额投入所支撑起来的医疗资源的使用价值；同时，基层医疗机构的医疗资源因服务对象流失而可能被闲置，并进而侵蚀和弱化其服

547 参见朱文娟、顾金华、张秋珏：《排队挂号 4 小时，看病只用 4 分钟》，载《青年报》2012 年 6 月 14 日第 A02·A03 版。

548 参见熊润频、吴晓颖、叶建平：《调查：看病难的背后是转诊制度落实难》，载《半月谈》2010 年第 21 期。

549 参见帅士东、杨佳佳：《药价高、收费乱干扰新农合进程——关于新型农村合作医疗制度建设的调查》，《中国经济导报》2009 年 7 月 16 日第 B05 版。

务能力,造成基层医疗机构不能发挥应有的职能。总之,在患者对就诊的医疗机构拥有自由选择权、各等级医疗机构打破各自职能范围进行自由混合竞争的情况下,国家、社会和个人在以较高的费用支出水平支撑了一个医疗资源严重浪费且医疗服务质量得不到保障的医疗服务体系。

二、基于转诊制度的资源整合及医疗福利促进

混合自由竞争不可避免会造成卫生资源浪费和医疗服务体系的医疗福利促进功能的下降。如果着眼于医疗服务体系所具有的国民健康保障功能、医疗服务促进功能等社会政策功能,那么对自由竞争的医疗服务领域进行国家干预则显得十分必要。而社会卫生政策目标主要通过改变医疗机构具体的医疗服务行为来体现,为此,需要对各类医疗机构的职能及相互之间的关系进行严格而明确的划定:一是通过建立法律制度来明确不同医疗机构的职能和业务范围,使不同类型、不同等级的医疗机构在各自服务范围内运营;二是建立一种制度,这种制度能够在严格划分和执行医疗服务范围制度的基础上,将医疗机构的功能加以整合,实现医疗服务体系整体功能的综合发挥。整合各类、各等级医疗机构功能的制度必然应当既富有效率又能体现公平,这就要求,各类各级医疗机构之间的关系由单纯的自由竞争关系转变为既有竞争又有合作的关系,目标在于形成医疗卫生资源共享机制。所谓“既有竞争又有合作”的关系,是指同级同类型的医疗机构之间应当是竞争关系,而同级不同类型的医疗机构之间、不同等级医疗机构之间的关系主要不应当是竞争关系,而应当是合作关系。

转诊制度是不同等级和业务类型的医疗机构之间进行业务合作的制度形式之一。“转诊”即基于诊疗需要或法律所规定的公益性目标的需要,不同医疗机构之间进行服务转移的医疗服务行为。基于合作关系的转诊制度在制度的基本理念、制度的核心价值等方面存在着根本性的差别。在自由混合竞争的医疗服务关系中,医疗机构之间是竞争关系。特别是在商业条件下,医疗机构是独立的经济主体,而患者则是一种市场资源,医患双方是合同关系,⁵⁵⁰医疗合同以医疗机构

550关于医疗服务法律关系的性质,学界有着不同的看法,我国学界主要持“民事法律关系说”,此外还有学者持“行政法律关系说”,参见杨芳、潘荣华:《医患关系的本质属性及其立法取向》,载《医学与哲学》2003年第4期。“斜向法律关系说”,参见张赞宁:《论医患关系的法律属性》,载《南京医科大学学报(社会科学版)》2001年第4期。“社会法说”,参见孔繁军:《医患关系法律属性论纲》,载《中国卫生法制》2005年第6期。另外,一些学者更为细致对“民事法律关系说”进行了深入的剖析,提出了“医疗合同说”,参见龚赛红:《医疗损害赔偿立法研究》,法律出版社2001年版,第16—17页;王岳:《论医疗合同》,载《中国卫生法制》2002年第6期。“侵权行为说”,参见何颂跃:《医疗纠纷与损害赔偿新解释》,人民法院出版社2002年版,第65—70页。“合同、侵权混合说”,参见卓小勤:《医疗事故赔偿纠纷与医疗服务合同纠纷案件的比较》,载《中国卫生法制》2005年第2期。目前持“医疗合同说”者占主流。然而,医疗合同究竟是委托合同、准委托合同、雇佣合同还是承揽合同,学界也没有一致的意见,更多的学者认为是一种不典型的无名合同。本文无意专门探讨商业性医疗服务关系的法律性质,仅将其视为一种特定的民事合同关系。

诊疗服务履行完结即告终止，医方并不承诺以健康恢复为合同终止条件，因此，如果缺乏外在的强制性约束，那么这种服务转移行为几乎不可能发生。然而，如果将医疗服务体系视为国家对公民承担健康保护责任的一种形式，那么，虽然某一医疗机构不能实现患者就医的最终目的——恢复健康，但是国家应保证整个医疗服务体系具有这种能力，因此，国家必然要求整个医疗服务体系能够通过保持医疗行为的连续性和整体性来综合应对公民的就医利益诉求。在国家组织的医疗服务体系内，每一个医疗机构——无论其类型和等级——均是这个体系的一个环节和体系的代表者，并且基于其特殊的公共服务职能，负有满足患者恢复健康的要求；即便接诊的医疗机构在客观上无力应诊，但是仍不得拒绝接诊，⁵⁵¹而应由接诊的医疗机构通过医疗服务体系内部的合作关系加以处理解决，且这种处理行为仅具有对内的法律约束力：医疗机构由于条件所限不能满足或不能全部满足治疗需求的，可以求诸于医疗体系内的其他医疗机构，但是其诊疗责任并不转移，而可以转移的只能是治疗手段。转诊制度的基本原理也表明，在公共医疗服务体系内，医疗机构之间的关系可以不是自由混合竞争关系，而且出于公共利益和国家通过医疗服务体系保障公民健康角度考虑，医疗机构之间的关系也应当首先是合作关系。若着眼于效率价值考量，医疗机构之间应横向保持适度竞争关系。总之，转诊制度是医疗机构之间合作关系的外在表现形式；而通过制度优化，可以进一步再行建立转诊对象之间的选择和适度竞争关系。

在我国，有关转诊的学说和政策法律一般强调“双向转诊”，即在医疗服务体系之内的不同等级医疗机构之间进行诊疗服务的转移，而对同等级医疗机构之间的转诊则较少提及。事实上，如果着眼于医疗机构资源和其他卫生资源的充分整合利用，那么同等级医疗机构之间的横向转诊行为也应被纳入到转诊制度框架之内。因此，完整的转诊制度应当是复合转诊制度。所谓复合转诊制度，是指基于诊疗需要，基层医疗机构与高等级医疗机构之间纵向转移诊疗服务以及综合性医疗机构与专科医疗机构之间、西医医疗机构与中医（民族医）医疗机构之间、医疗机构与卫生机构之间横向转移诊疗服务的制度。较之双向转诊制度，复合转诊制度更有利于以更为适宜的技术和经济成本为患者提供更好的医疗服务，从而

551 根据我国《医疗机构管理条例》第三十一条规定：“医疗机构对危重病人应当立即抢救，对限于设备或者技术条件不能诊治的病人，应当及时转诊。”根据此条规定，法律没有赋予医疗机构拒绝接诊的权利，同时，而“转诊”并不意味着医疗服务关系的终止、患者自己另请高明，而是根据《医院工作制度》的规定，由接诊医疗机构提供一整套的转诊服务，而转诊过程也是医疗服务过程，是接诊后的医疗服务的延续。

更够更好地保障患者的健康权利和经济权利。

复合转诊制度是以充分利用医疗资源和保障医疗质量为价值目标的制度，因而要求基层医疗机构应当作为整个医疗体系面向患者的主要“窗口”。中外医疗卫生制度运行的共同经验表明，基层医疗机构人次均门诊和住院诊疗费用均低于高等级医疗机构，⁵⁵²且经由基层医疗机构的层层转诊，能够使基层医疗机构充分发挥其作为整个医疗服务体系守门人（gatekeeper）的作用，⁵⁵³减少对稀缺的高等级医疗服务资源的滥用。因此，如果以基层医疗机构作为基本医疗服务的主体，那么就能够更大程度地降低医疗费用总体水平。

在严格划分并确定医疗服务职能的前提下，基层医疗机构接诊常见病、多发病，诊治较为简单的伤病，当由于受技术、人力或设施等条件的限制不能完全或完全不能诊治所接诊的伤病时，下级医疗机构应将患者转诊到上一级医疗机构。上一级医疗机构仍不能完全或完全不能诊治的，须再行向更上一级医疗机构转诊。同理，上一级医疗机构完成必要诊治服务，下一级医疗机构有能力接续提供后继医疗服务且不至于影响医疗效果的，则应当向下级医疗机构转诊。向下级医疗机构之间双向转诊既不影响医疗服务质量，又能通过减少非必需的高等级医疗机构的服务来保证整个治疗过程符合低成本原则。通过转诊制度，能够实现“小病在基层、大病到医院，手术在医院、康复在基层”的良性诊疗关系。同样，综合性医疗机构不足以保证治疗效果的，应横向转诊到专科医疗机构。

为了在保证医疗服务质量的前提下尽可能降低医疗费用，转诊不仅包括全部转诊，还应包括部分转诊。所谓部分转诊，系指将全部医疗服务中的某项诊疗服务向适当医疗机构转移的行为。基层医疗机构由于医疗服务设施等方面的原因需要上一级医疗机构给予配合且无转移全部诊疗服务的必要时，可部分转诊，如下一级医疗机构没有某种诊察仪器或没有能力基于检查资料作出确切诊断结论的，可以将所需诊疗服务向上一级医疗机构转移，患者的病案资料不随之转移。

通过复合转诊，能够实现医疗资源的充分利用和合理利用，减少医疗资源的浪费、提高资源利用效率，从而有助于降低医疗资源的投入水平。同时，转诊可以实现资源共享，减少医疗资源的重复投入，例如在医学检查资料相互认可的情

⁵⁵²无论对我国县属、县级市属、地级市属、省属和中央属五级综合医院收入情况来看，还是从五级医院30种疾病平均住院医药费用来看，医疗费用水平与医疗机构的等级总呈正相关性。参见中华人民共和国卫生部编：《2011中国卫生统计年鉴》，中国协和医科大学出版社2011年版，第101页、107页。

⁵⁵³ S. Graß, F. Hessel, S. Schulze, J. Wasem, "Prospects of Gatekeeping in German Social Health Insurance", *Journal of Public Health*, Vol. 12, No. 4, August 2004.

况下，可以通过减少重复检查化验而节约医疗费用。从宏观上看，实行复合转诊制度确实有助于降低患者的医疗费用负担。有学者用临床试验方法对城市社区常见四种慢性病双向转诊临床路径应用的医疗费用作出了评价，统计分析结果显示，双向转诊临床路径有利于节约Ⅱ型糖尿病、高血压、脑卒中和冠心病患者的医疗费用。⁵⁵⁴以上海岳阳医院的实践为例，以往该院脑出血或脑外伤病人术后要在该院治疗3个月以上，平均医疗费用为4-5万元。2004该院与虹口区9家社区卫生服务中心建立双向转诊关系，罹患上述疾病的患者在该院度过急性期后，及时转入社区卫生服务中心进行后续康复。相对于完全在该院治疗，通过转诊服务可使每位患者节省医疗费用1.5-2万元。2005年一年中，该院通过双向转诊机制向社区卫生服务中心转出住院病人55名，接受各社区中心转诊入院患者159名，在没有增加床位的情况下，患者平均住院天数比上一年度缩短了两天，每位转诊患者平均节省20%-30%的医疗费。⁵⁵⁵而在经济性价值之外，复合转诊制度更为重要的价值是社会效益价值，该制度能够促使医疗卫生体系从以经济效益为重转向以医疗公益效益为本，帮助医疗机构回归救死扶伤的基本功能。

三、我国复合转诊制度的实施及障碍

我国建立了转诊制度，一些相关规范性文件对此作出了规定。《全国医院工作条例》第十五条规定：“搞好划区分级分工医疗，建立逐级技术指导关系，实行转诊、转院制度。”《医疗机构管理条例》第三十一条也规定了，“对限于设备或者技术条件不能诊治的病人，应当及时转诊。”《医院工作制度》第三十项专项规定了转院、转科制度，并具体规定了转院、转科的条件、程序和医疗机构在处理转院、转科事务中的具体义务。除有关医疗服务的规范性文件外，我国有关社会医疗保险制度的有关规范性文件也从医疗保险管理的角度对转诊行为作出了规定。被保险人在统筹地区内转诊转院时，须经本人就医的二、三级定点医疗机构副主任医师以上人员填写转诊单，并由医疗机构报请医疗保险管理部门核准。在社区卫生服务机构就诊的，被保险人可转诊到与该机构建立双向转诊关系的上级医院。被保险人因病情需要转往外地就医时，持相关证明到当地医疗保险经办机构审批。在一些情况下，不履行转诊手续就医所发生的费用完全由个人负担。

尽管自1982年以来我国有关医疗卫生和医疗保障的规范性文件规定了转诊

⁵⁵⁴参见钱宁、杜雪平、周海虹等：《城市社区四种慢性病双向转诊临床路径的医疗费用评价》，《中华全科医师杂志》2005年第4卷第1期。

⁵⁵⁵参见王雅君：《重症到大医院 康复治疗在社区》，《上海商报》2006年2月14日第17版。

制度，但是，实际上这一制度至今仍不完善，转诊法治秩序仍未形成，一些因素影响了转诊制度的发展完善。这些因素至少包括以下几个方面：第一，转诊制度的法制化水平较低。尽管转诊行为是一种较为常见和普通的医疗服务行为，但是我国卫生立法还没有就转诊行为作出专门性的、系统性的规定，目前的有关规定还较为零散，不便于操作。此外，有关转诊的规范性文件的层级较低，多属于其他规范性文件，法律效力上有限，影响了相关条款的强制性和可执行性。第二，目前的有关规定较为原则，一些细节问题尚不明确，例如，何为“上级医院”或“上级医师”、这些医院或医师的范围如何等，对这些基本概念没有作出法律解释；虽然一些地方如北京、苏南地区等地已经探索建立了“双向转诊”机制，但是这种机制的建立缺乏法律基础，转诊系医院之间的合作关系，转诊的形式、程序、条件、双方的权利义务等均无法律保障。第三，目前有法可依的转诊制度是单向转诊，而目前政策倡导、实践中推行的“双向转诊”仅仅是纵向转诊，有关横向转诊的制度还没有建立起来，因此转诊制度在内容上尚不健全。第四，目前为规范性文件所明确规定的转诊制度主要着眼于医疗服务质量和医疗安全，系医疗操作规程的制度化，尚未完全转化为转诊法律规范，有关转诊的权利义务设置和行政监管机制或隐含在技术操作规程之中，或尚付阙如；制度涉及较少受到医疗经济性、医疗公平性等价值层面的影响；制度主要涉及技术层面的问题，而对于社会政策性的体现尚不充分。第五，我国没有完全建立社区首诊制度，虽然有关医疗机构分级管理和有关基本医疗保险的规范性文件就层级转诊作出了规定，并利用报销比例杠杆加以引导，但是实际上患者即便不履行转诊手续，仍不妨碍其直接到上一级定点医疗机构就诊；而关于向下转诊的规定则基本缺失。即便如此，相应规范性文件并未规定患者必须首先在社区医疗机构就诊。这些情况表明，我国的基层首诊制度是很不健全的，且没有纳入法制化轨道，因而对行为人也缺乏约束力。第六，我国医疗机构分级管理制度还不健全，目前的医疗机构分级管理制度基本是针对“医院”的分级管理制度，并不包括卫生室、诊所等其他等外医疗机构；法律依据主要是 1989 年颁布的《医院分级管理办法（试行）》、1990 年颁布的《综合医院分级管理标准（试行）》和 1993 年颁布的《中医医院分级管理办法与标准》及其补充规定，这些规范性文件层级较低且属于框架性规定，并未就各等级医疗机构的执业范围进行具体规定，因而其中有关转诊的规定实属虚置。

目前我国并不存在完整和系统的转诊法律制度,散见于各有关规范性文件中的转诊条文过于粗疏且碎片化,彼此也难以衔接。例如,基层医疗机构如何与上级医疗机构建立转诊关系、适用病例、双向转诊尤其是向下转诊的条件、上级医疗机构如何管理转诊患者等基本制度还很不明确。另外,基层医疗机构的医疗技术和医疗设施水平总体不高、高等级医疗机构与基层医疗机构相互竞争、医疗保险对于不同等级医疗机构支付的比例差异较小等因素削弱了基层医疗机构的首诊能力。⁵⁵⁶在缺乏制度规范和保障的情况下,“双向转诊”制度极有可能蜕变为“单向转诊”。⁵⁵⁷有调查显示,社区卫生服务机构向上转诊的比例达到60%以上,但上级医疗机构向下转诊的比例则较低。⁵⁵⁸在一些地区,基层医疗机构向上一级医疗机构转诊容易,危、急、重症患者从基层医疗机构上转率为100%;但是上一级医疗机构向基层医疗机构转诊则很难,上级医疗机构多不主动联系基层医疗机构,术后或恢复期下转社区的病人只占5%。⁵⁵⁹在这种情况下,难以实现“大病去医院,小病进社区”的制度目标。

四、我国复合转诊法律制度的健全和完善

2006年劳动和社会保障部制定的《关于促进医疗保险参保人员充分利用社区卫生服务的指导意见》指出,“在有条件的地区,要积极配合有关部门探索建立双向转诊制度和开展社区首诊制试点。”2007年劳动和社会保障部制定的《关于城镇居民基本医疗保险医疗服务管理的意见》指出,“要探索促进参保居民合理利用医疗服务资源的管理机制,引导参保居民充分利用社区卫生服务机构、基层医疗机构提供的医疗服务及中医药服务,探索建立双向转诊机制。”作为指导最新一轮医疗卫生体制改革的规范性文件,《中共中央、国务院关于深化医药卫生体制改革的意见》也指出,需要建立医院与社区卫生服务机构的分工协作机制,通过采取增强基层医疗机构的服务能力、降低其收费标准、提高在基层医疗机构就诊的报销比例等综合措施,引导一般诊疗下沉到基层,逐步实现社区首诊、分级医疗和双向转诊。由此可见,转诊制度是我国基本医疗卫生制度当中十分重要的一部分,在新形势下完善转诊制度是我国推进医疗卫生体制改革的内容之一。

(一) 复合转诊基本制度框架的法律建构

⁵⁵⁶参见潘景业、徐长恩、全世超:《双向转诊下转难原因的“冰山角”分析》,《中国卫生事业管理》2009年第5期。

⁵⁵⁷参见余海蓉、甘昕鑫:《双向转诊遭遇“肠梗阻”》,《深圳特区报》2010年9月8日第B01版。

⁵⁵⁸参见梁万年、王亚东、杨兴华等:《全国社区卫生服务现状调查》,《中国全科医学》2005年第9期。

⁵⁵⁹参见周瑞敏、刘姿、方艳兵:《社区双向转诊的现状与对策》,载《社区医学杂志》2005年第3卷第5期。

建立和完善复合转诊制度,首先要解决影响转诊制度建立和实施的制度性障碍。尽管基层医疗机构医疗技术和设施状况、医疗保险差别化支付水平、患者的就医习惯等因素确实影响复合转诊制度的有效实施,但是,相比之下,不同等级医疗机构的服务范围和服务职能、上下级医疗机构之间经济利益的对立是影响这一制度有效实施的根本性因素。为此,复合转诊制度的基本制度构建至少需要着眼于以下几个方面:

第一,通过整合立法建立包括医疗机构分类管理制度在内的系统的医疗机构法律制度。国家有必要在现行《医院管理条例》的基础上,吸纳有关医疗机构分类管理的部门规章和其他规范性文件,制定符合医药卫生体制改革要求的“《医疗机构法》”,通过该法明确、具体规定不同等级医疗机构的职能及其业务范围,并规定与之相关的权利义务及相应法律责任制度,以防止高等级医疗机构职能错位、越位。医疗机构超范围提供医疗服务的,医疗机构及其主管人员应承担严格的法律责任。建立有关医疗机构分类管理的法律制度是实行复合转诊制度的基本前提和基础条件,通过严格的服务范围制度和法律责任制度,为各等级医疗机构发挥应有的职能、减少医疗资源的浪费提供制度保障,同时也为基层医疗机构和农村医疗机构的生存和发展创造条件,减轻不公平竞争和经济利益争夺对复合转诊制度构成的压力。

第二,国家制定“《转诊法》”。目前的转诊制度分散于有关医疗机构管理、医疗服务和社会医疗保险三大部类法律之中,这一立法体制的弊端有三:一是相关规定过于分散,不便操作;二是制度体系和内容不完整、不完善;三是缺乏制度自身内在的自我实施机制,主要依靠医疗保险收费和报销制度引导实施。卫生资源有效利用和费用控制问题是关系整个基本医疗服务体制的大问题,国家就转诊服务进行立法十分必要,立法的体例既可以在“《基本医疗服务法》”中进行专章规定,⁵⁶⁰也可以是进行单行立法。

基层医疗机构首诊制度是与转诊制度相契合的配套制度,转诊应以基层医疗机构首诊为前提,实行层层转诊,从而可以防止无序求诊、直接到高等级医疗机构就诊。转诊立法应规定建立社区首诊制度,除规定的病例可以直接到高等级医

560 目前我国缺乏基本医疗服务立法,有关医疗服务的法律规范主要规定在《医疗机构管理条例》、《执业医师法》、《护士条例》之中,另有一些则分散于其他低位阶规范性文件中。实际上,这些零散的规定不能满足实践的需要,例如,我国《侵权责任法》第七章与其他章的规定明显不同,该章偏离了作为“责任法”的立法基调,大量地就基本医疗服务关系作出了规定。笔者认为,此等越俎代庖之举实属回应法治需求和为侵权责任条款做铺垫的不得已的选择。在边缘性卫生立法日益完善的情况下,而有关医疗领域最基本、大量的服务关系立法竟然长期空缺,实在令人费解。基本医疗服务法的缺失会引起医患关系紧张、医疗质量得不到有效保障,笔者认为,未来我国有必要专门制定一部“《基本医疗服务法》”。

疗机构或专科医疗机构治疗外，其他所有疾病的诊治必须首先由基层医疗机构负责提供。符合法定条件的，经患者申请或适格的医师决定，才能转到上级综合性医疗机构或诊治。综合性医疗机构由于条件或技术的限制不能有效保证医疗效果的，须将患者转诊到专科医疗机构就诊。

经上级医疗机构或专科医疗机构确诊无需在本医疗机构进行后续治疗的，或者经过关键性阶段治疗后无需继续由本医疗机构治疗的，应当将患者转诊到下级医疗机构或者综合性医疗机构，同时视诊疗需要给予技术指导。

向上转诊实行逐级转诊制度，不得越级转诊；向下转诊可不受医疗机构级别的限制。患者必须持下一级医疗机构医师开具的转诊单据方能转诊到上一级医疗机构就医。不按照法律规定的条件和程序转诊的，上级医疗机构应不得接诊。

（二）复合转诊制度的关键节点

复合转诊制度存在若干影响卫生资源有效利用的关键性制度节点，这些方面需要在法律上着重处理：第一，转诊包括全部转诊和部分转诊。全部转诊是指与本医疗机构的医疗服务关系终止，全部医疗服务转由接受转诊的医疗机构提供的诊疗行为；部分转诊是指与本医疗机构的医疗服务关系存续期间，特定诊疗服务转由有条件的医疗机构提供的转诊行为。为充分利用医疗资源，部分转诊应优先于全部转诊，因为对于很多疾病的治疗，下级医疗机构尤其是综合性医疗机构并非完全不能提供，而仅仅是不能实施特定医学检查或诊断，在这种情况下没有必要完全转诊。第二，转诊前所作的医学检查，在转诊后应当继续有效。除合理怀疑存在可能影响连续治疗的技术性原因外，接受转诊的医疗机构对先前的检查单证应予认可，防止转诊后医疗机构对患者反复检查、重复检查，从而减少医疗资源的浪费，减轻患者的费用负担。第三，规定转诊服务的范围。全部转诊的，医疗服务范围及于接受转诊的医疗机构的法定服务范围；部分转诊的，接受转诊的医疗机构以必要的检查和诊断为主，由下一级医疗机构根据上一级医疗机构的诊查结果和治疗方案提供治疗、护理、康复和药事服务。

（三）转诊制度的相关制度支撑

在自由市场条件下，各医疗机构之间主要是竞争关系，而转诊制度的施行却需要医疗机构之间存在合作关系，合作是转诊制度运行的前提条件和基本环境。然而，如何在市场经济条件下建立既竞争又合作的机制？这需要通过建立两个机

制和两套制度来解决。两个机制分别是法律责任机制和法律奖励机制，两套体制是医疗机构治理制度和社会医疗保险外部制约制度。

医疗机构之间转诊合作的机制建立于内部，即医疗机构依照法律所规定的法定条件实行纵向转诊和横向转诊，不依法提供转诊服务的，医疗机构及其主要责任人员应承担相应的法律责任；因出于经济利益考虑而未转诊，构成服务瑕疵、不必要医疗费用负担或造成医疗损害后果的，亦承担严格的法律责任。法律责任机制是推动医疗机构之间进行转诊业务合作的反向激励机制。转诊合作的法律奖励机制建立于外部，主要通过调整医疗服务价格管理制度和医疗保险费用分担制度来实现。在医疗服务价格管理方面，目前我国实行非营利性医疗机构服务政府指导定价制度，价格主管部门可以将基层医疗机构药品和服务的价格限定在较低水平，并与高等级医疗机构的药品和服务价格水平保持较大的差价。属于转诊到上级医疗机构就医的，诊疗费应予以一定比例的扣减；部分转诊的，应免交挂号费。在医疗保险费用分担制度方面，调整扩大按医疗机构等级分担医疗费用的比例，引导被保险患者要求和监督医疗机构依法向下转诊。

医疗机构治理制度在两个方面推动建立：一是医疗机构之间的内部整合，二是健全医疗机构行业组织的自治职能。在政府主导和市场机制相结合的医疗服务的体制条件下，⁵⁶¹通过区域卫生规划、财政补助、行政指导、支持社会资本参与部分公立医院重组等措施，引导公立医疗机构在结合市场考量的基础上自发联合、重组，⁵⁶²从而通过医疗机构资源整合的方式将外部法律约束机制内部化，降低医疗机构之间转诊合作的交易成本和政府的监管成本。该逻辑的进一步延伸是健全医疗行业组织的自治职能，政府指导各医疗行业组织完善拓展其章程，通过形成行业内部管理和自律机制实现医疗机构之间的彼此合作。此外，社会医疗保险支付制度可为充实医疗行业组织的管理职能提供支持。以德国为例，医师可以独立开业并承担几乎全部门诊服务，社会保险基金的支付对象并非医师，而是州一级的医师联合会，⁵⁶³由行业组织依照法律、保险服务合同、内部管理章程和服务绩效进行医保资金分配和支付；而对承担所有住院服务的医院则直接支付。我国

⁵⁶¹ 政府主导和发挥市场机制作用相结合原则是我国新一轮医改的基本原则之一，两种措施对于形成医疗机构之间的合作局面均必不可少。参见《中共中央、国务院关于深化医药卫生体制改革的意见》。

⁵⁶² 我国不少地区在此方面已有成功的实践。参见刘华：“‘共同体’引领医疗卫生服务新模式”，载《中国数字医学》2008年第9期。

⁵⁶³ 柯尼培（Franz Knieps）：《门诊和住院治疗双轨制的优点和问题》，载中华人民共和国劳动和社会保障部、德国技术合作公司编：《德国医疗保险概况》，中国劳动社会保障出版社2000年版，第201页。

可根据新一轮医改有关医疗保险经办管理社会化的体制改革目标,借鉴德国的经验,建立由医疗行业组织代行支付的制度。

社会医疗保险外部制约制度即通过医疗保险制度的支付功能引导医疗机构之间转诊合作的制度。目前我国社会医疗保险制度已经覆盖了 96.9%的人口,⁵⁶⁴社会医疗保险已经成为医疗服务提供的主要场域、制度背景和基本平台,医疗保险机构在事实上是医疗服务的最主要购买者,⁵⁶⁵在市场经济条件下,社会医疗保险费用支付和业务监管成为医疗机构服务行为的指挥棒。因此,通过医疗保险支付制度调整,可以实现对医疗机构资源整合、转诊合作的外部推动。目前我国医疗保险支付制度既不统一也未定型,各地均在保留按服务项目支付的基础上探索试验其他支付制度。从有利于促进转诊合作角度考虑,可以综合实行总额预算支付制度和按人头定额支付制度,通过支付制度形成的财务压力促使上级医疗机构自发产生费用节约意识、主动向下转诊或横向转诊,减少同等级医疗机构之间在经济利益上的对抗性;甚至以此促进不同等级医疗机构之间的合作甚至合并,实现技术、人员和资源的共享。

(四) 对患者就医选择权的尊重和限制

前文述及,患者自由就诊行为促成了医疗机构自由混合竞争格局,然而,是否应当就此限制患者的就医选择权?笔者认为,为了保障整个医疗服务体系的有效运行和保障公共利益,应当在尊重患者就医选择权的基础上对这一权利作适当限制。这是因为,保障患者的健康权利是我国医疗卫生法律制度的根本宗旨,医疗服务、医疗保障法律制度之设置与调整,无不以此宗旨为导向,复合转诊法律制度也不应例外。然而,既要保障患者的健康权利,又要保障整体医疗福利和全体患者的健康权利,这就需要建立一种能够兼顾二者利益的体制,其基本原则应当是:患者的就医选择权对公共利益有影响的,应当予以适当限制;对公共利益无影响的,则应予以充分尊重。本着该原则,患者到非营利性医疗机构就医的,

564 2011 年末,我国人口总计 134735 万人(参见中华人民共和国国家统计局:《中华人民共和国 2011 年国民经济和社会发展统计公报》),其中参加城镇基本医疗保险人数为 47343 万人(参见人力资源和社会保障部于 2012 年 6 月 5 日发布的《2011 年度人力资源和社会保障事业发展统计公报》),参加新型农村合作医疗的人口数达 8.32 亿人(参见卫生部于 2012 年 4 月 20 日发布的《2011 年我国卫生事业发展统计公报》)。

565 2011 年末我国全年城镇基本医疗保险基金总支出 4431 亿元(参见人力资源和社会保障部于 2012 年 6 月 5 日发布的《2011 年度人力资源和社会保障事业发展统计公报》),新型农村合作医疗基金总支出 1710.2 亿元(参见卫生部于 2012 年 4 月 20 日发布的《2011 年我国卫生事业发展统计公报》),二者相加,得出社会医疗保险总支出为 6141.2 亿元。而 2011 年度各类医院和基层医疗卫生机构业务收入共计 11207.2 亿元(本数据系根据相关统计数据计算得出,参见中华人民共和国卫生部编:《2011 中国卫生统计年鉴》,中国协和医科大学出版社 2011 年版,第 96 页),其中公立医院业务收入 8851.2 亿元,(参见中华人民共和国卫生部编:《2011 中国卫生统计年鉴》,中国协和医科大学出版社 2011 年版,第 99 页),不难看出,医疗保险市场在整个医疗服务市场中所占份额是非常大的。

无论其是否享受社会医疗保险给付服务，均应当按照有关社区首诊制度、转诊制度的规定选择医疗机构就医。患者到营利性医疗机构就医、且不愿享受社会医疗保险给付服务的，可以自由选择就诊的医疗机构；享受社会医疗保险给付服务的，仍需遵守有关社区首诊和转诊的规定就医。

对于选择到非营利性医疗机构就医的，以及对于到营利性医疗机构享受医疗保险给付服务的，患者也应享有一定的就诊医疗机构选择权。公民就诊医疗机构选择权的保留会对医疗机构改善服务具有相当的影响，数量相对固定的就诊医疗机构能够使患者与医疗机构、与医生之间建立相对稳定的医患关系，这会对医生特别是基层医疗机构的医生的诊疗行为产生强烈的约束和激励机制，⁵⁶⁶促使医生成为患者的代理人，这同样也能促进医疗机构之间的竞争。反之，患者无限制的选择权会推动医疗机构重复建设、过度竞争，所浪费的医疗资源最终还是由患者的医疗费来买单。因此，可以结合医疗保险制度的平台，由被保险人和医疗保险机构共同选择有限数量的基层定点医疗机构，再由医疗保险机构代被保险人选择若干可供转诊的二级和三级定点医疗机构。

为了充分尊重和保障公民健康权利，国家实行转诊制度须首先保障基层医疗机构和农村医疗机构具有足够的服务能力。在过去 30 余年中，国家对基层医疗机构和农村医疗机构在制度、人才、经费、技术等方面的保障先天不足，这些医疗机构的服务能力又在自由混合竞争中被极大地削弱，如果在此情况下实行社区首诊制度，那么会严重损害患者的健康权利。为此，国家有必要为促进基层和农村医疗机构发展进行专门立法，保障国家扶助责任能够履行到位。

五、结语

改革开放以来，我国医疗服务领域被植入了越来越多的市场因素，医疗服务关系也随之发生了质的变化。然而，与新的医疗服务关系相配套的法律制度建设

566 传统上的中国是一个人情社会、道德社会，人情和道德在某些方面能够促使人们自律，一定空间内的人情关系很容易促使熟人社会的形成。在熟人社会，名誉、声望、威信是一种不可流通和难以进行物质交换的稀缺资源，能够为一个人在熟人社会安身立命、提高社会地位增加筹码。为了在关系紧密的社区内提高社会地位，人们既重视物质财富的拥有，也会重视道德素养的提高，而对物质的追求也至少以不违背道德为限，或者在物质富足之后更为注重道德形象，也更愿意选择利他行为。商品社会的到来使物与物、人与物、人与人之间的流通和搭配关系呈现出前所未有的不确定性，物质成为社会关系的基础和人与人之间最主要的纽带，人也不断地通过物质来定义、诠释和自身价值（例如社会对于“成功人士”一族的理解）。由陌生人组成的商品经济社会难以建立稳定的人际关系，人情和道德对于陌生人之间的关系没有实质性的影响，不会对道德高尚者带来任何优越之处，而金钱更为适合陌生人之间建立起来的商业社会。这个问题同样可以解释医患关系。在患者自由选择医生的情况下，在医生眼里他们面对的是毫无差异的陌生病人，医生尽力为病人选择最为经济合理的治疗方式颇费心神，而且这种努力难以给医生带来任何声誉、地位的提高，因为流动性极强的陌生病人不会成为医生声望、地位的来源；而且医疗服务极为复杂，医生的医术也难以通过偶然的一次性治疗而为患者所熟知。对于医生而言，面对疗效相同而价格不同的药品，他们为陌生病人筛选的动机不强；相反，医药代表能够与医生形成稳定的合作关系，而且能够为医生提供开单提成的物质待遇，所以，在可以给患者随机选择药品的情况下，医生等倾向于选择医药代表推荐的药品；在患者对医生没有道德约束的情况下，医生自然会成为医药的总代表。总而言之，如果患者与医生的关系相对确定，彼此熟悉，不仅有利于降低医生的诊断成本，有利于医生辩证施治、对症下药，有利于患者对于医生的医术、医德进行评价和推崇，而且能够促使道德对于医生不节俭行为进行制约，因此相对固定对医患关系同样能够形成医生之间的竞争，医生和患者也能各得其所。

却相对滞后，这使得医疗服务领域成为一个缺乏国家有效干预的领域。在各级、各类医疗机构自由混合竞争的冲击下，为实现社会政策目标而构建起来的有层次、有界别的公共医疗服务体系必然会松动，医疗福利目标的实现水平也必然会打折扣。市场天然关注效率、个体利益而不负责社会公平，而促进社会公平、增进整体医疗福利、维护国民健康安全保障体系则是国家的责任。为矫正盲目的市场力量对有目的构建的医疗安全体系的冲击，国家应当充分整合医疗机构资源及附属的其他相关卫生资源，在各级医疗机构之间首先建立起一种合作关系，以确保卫生资源的利用效率和医疗服务质量，其次才是为进一步改善医疗服务效率而规范有效竞争。转诊制度是有利于实现这一政策目标的制度形式，这一制度还能够维持一种分工合作的医疗卫生服务体系，而建立必要的分工合作机制也是提高医疗卫生服务可及性和可担负性应然之举。以往我国有关转诊的制度建设严重不足，新一轮医疗卫生体制改革为建立复合转诊制度提供了良好的契机，我国卫生法制建设应顺势而为，建立符合社会需求和国家卫生政策目标的复合转诊法律制度。

《北京市居家养老服务条例》的实施初探

——主要基于居民个人的视角

李秀梅 李赛 李春英

2015年1月29日，北京市第十四届人民代表大会第三次会议通过了《北京市居家养老服务条例》（以下常常简称《条例》），这是全国首部针对居家养老服务的地方性法规。所谓居家养老服务，是指以家庭为基础，在政府主导下，以城乡社区为依托，以社会保障制度为支撑，以满足居住在家老年人社会化服务需求为主要内容的服务，包括政府提供的基本公共服务，企业、社会组织提供的专业化服务，基层群众性组织和志愿者提供的公益互助服务。《条例》的通过，标志着居家养老服务模式将在法治的引领、推动和保障下，在北京市加速发展。

一、《北京市居家养老服务条例》的立法背景、立法过程及主要内容

（一）立法背景

第一，人口老龄化形势迅猛发展，养老服务需求旺盛。按国际上通行的老龄化社会的确定标准，一个地区60岁以上老年人达到总人口的10%，或者65岁以上老年人达到总人口的7%，该地区即视为进入老龄化社会。我国在1999年进入老龄化社会，北京提前全国近十年在1990年进入老龄化社会，至今已经有二十多年的时间。截至2013年底，北京市常住老年人口292.9万；户籍老年人口279.3万，占全市户籍人口1316.3万的21.2%，其中80岁以上高龄老人47.4万，失能老人约45万，空巢老人约占老年人口的一半。北京市老年人口正在以每天400人、每年15万人左右的规模和年均6%的速度增长，2014年底，全市老年人口已超过300万，预计2020年将超过400万，人口老龄化压力巨大。

第二，家庭养老功能弱化，居家养老服务迫切需要立法。家庭养老在我国具有悠久的历史，但是，随着经济发展和工业化、城市化进程不断加快，人们的居住方式和生活方式发生了深刻变化，青年人因为求学、工作和婚姻等原因，与老年人分开居住和生活已成为普遍现象。同时，由于社会转型带来的生活节奏加快和工作压力增加，导致青年一代对年长一代的照顾变得越来越难以实现，家庭养老功能日益弱化，亟需一个完善的社会服务系统来支持。

（二）立法过程

北京市人大常委会于 2014 年年初启动了《北京市居家养老服务条例(草案)》的立法程序,经市人大内司委组织起草,市人大代表和社会各界广泛参与,市人大法制委员会反复修改,常委会会议三次审议,形成了提请市十四届人大三次会议审议的法规草案。

2015 年 1 月 25 日,大会第二次全体会议上,市人大常委会副主任柳纪纲作关于《北京市居家养老服务条例(草案)》的说明。对立法背景、起草过程、草案的主要内容作了全面介绍,并对草案的特点作了归纳,即具有引领性和推动性,具有创新性和一定的探索性。

之后,各代表团召开全体会议或小组会议,对草案进行审议,法制委员会根据代表审议意见对法规草案进行修改,形成对法规草案审议结果的报告和草案修改稿。1 月 28 日晚,大会主席团听取法制委员会关于《北京市居家养老服务条例(表决稿)》的说明,并对表决稿进行审议,决定将表决稿提请大会全体会议表决。

1 月 29 日上午,大会全体会议进行表决。会议实到代表 682 人,赞成 656 票,《北京市居家养老服务条例》以高票获得通过。

(三) 主要内容

《北京市居家养老服务条例》共二十二条,不分章节,由五部分构成:第一部分确立了北京市居家养老服务的基本模式;第二部分规范了居家养老服务的要求和内容;第三部分明确了居家养老服务中相关主体的责任;第四部分确立了居家养老服务的系列保障制度;第五部分明确了各级人民政府及其相关部门工作人员、社区养老设施的管理者、使用者等主体的法律责任。

二、关于《北京市居家养老服务条例》实施情况的调查

《北京市居家养老服务条例》自 2015 年 5 月 1 日起施行。半年之后,2016 年 1 月 24 日,在北京市第十四届人民代表大会第四次会议上,北京市人民政府作了《关于〈北京市居家养老服务条例〉实施情况的报告》(以下简称《报告》)。这份报告,洋洋洒洒过万言,从八个方面描述了实施《条例》的基本情况:积极组织实施、调整工作重心、加强统筹规划、构建居家养老服务体系、优化社区养老服务设施布局、推进医养结合、培育居家养老服务人才队伍、推进居家养老服务信息化建设。

鉴于该《报告》是北京市人民政府的工作报告，自然非常恢弘宏观，我们则围绕着《条例》的实施情况进行了一次比较小众的调查。

（一）制作调查问卷

最初的调查问卷制作出来之后，我们约请不同年龄段的几位热心人士通读，并恳请他们提出宝贵意见。经过修改，拟定了调查问卷内容，并通过“问卷网”予以发布。

关于《北京市居家养老服务条例》实施情况的调查问卷

亲爱的朋友，您好！2015年1月，《北京市居家养老服务条例》经由北京市十四届人大三次会议通过，成为全国首部以居家养老服务为内容的地方性法规。《条例》的正式施行标志着北京市将把居家养老放在与机构养老同等甚至更加重要的位置上。为了向中国社会学研究会2016年年会报告北京市居家养老方面的情况，我们特邀请您参加《北京市居家养老服务条例》实施情况的调查活动。诚请您在百忙之中勾选（填）您的选项（不局限于选择一项），完成这份调查问卷。非常感谢！

北京行政学院法学教研部 李秀梅
北京农学院社会工作系二年级 李赛
北京大兴区金锐社区服务中心原主任 李春英

1. 您首选哪一种养老方式？
①居家养老 ②社区养老 ③机构养老 ④其他_____
2. 您家有居家养老的老人吗？
①有 ②没有
3. 您知道北京市出台了《北京市居家养老服务条例》吗？
①知道 ②不知道
4. 如果您知道，您是如何知道的？
①工作要求 ②组织学习 ③自我学习 ④其他_____
5. 您了解《北京市居家养老服务条例》的内容吗？
①了解 ②不了解 ③不太了解 ④其他_____
6. 自2015年5月1日《北京市居家养老服务条例》（以下简称《条例》）实施以来，您觉得您所在社区的养老服务设施有什么改进？
①配置了托老所 ②配置了老年活动场站
③建立了养老服务驿站 ④其他_____
7. 您所在社区在为老年人提供用餐服务的哪一个方面有所改进？
①社区老年餐桌 ②定点餐饮 ③自助型餐饮配送
④开放单位食堂 ⑤其他_____
8. 您所在社区在为老年人提供医疗卫生服务的哪个方面有所改进？
①体检 ②医疗 ③护理 ④康复 ⑤其他_____
9. 您所在社区在为失能老年人提供家庭护理服务方面有改进吗？
①有 ②有一点儿 ③没有多大改进 ④其他_____

10. 您所在社区在为哪些老年人提供紧急救援服务方面有所改进？
①失能老年人 ②高龄老年人 ③独居老年人
11. 您所在社区在利用社区托老所等设施为老年人提供日间照料服务有改进吗？
①有 ②有一点儿 ③没有多大改进 ④其他_____
12. 您所在社区在为老年人提供家政服务的哪一个方面有所改进？
①家庭保洁 ②助浴 ③辅助出行 ④其他_____
13. 您所在社区在为独居、高龄老年人提供精神慰藉服务的哪一个方面有所改进？
①关怀访视 ②生活陪伴 ③心理咨询
④不良情绪干预 ⑤其他_____
14. 您所在社区在开展有益于老年人身心健康的文化娱乐、体育活动方面有改进吗？
①有 ②有一点儿 ③没有多大改进 ④其他_____
15. 子女的赡养义务因为居家养老服务而被免除了吗？
①是的 ②不是
16. 您所在的街道办事处已经建立社区养老服务平台了吗？
①建立了 ②没有 ③正在建设之中 ④不知道
17. 您所在的街道办事处已经运用信息网络服务平台开展哪一方面适合老年人的服务了？
①紧急呼叫 ②健康咨询 ③物品代购
④服务缴费 ⑤其他_____
18. 您知道为老年人志愿服务时间储蓄机制吗？
①知道 ②不太清楚 ③不知道
19. 您愿意为老年人志愿服务而获得时间储蓄吗？
①愿意 ②没有考虑过 ③不愿意 ④其他_____
20. 您知道为老年人志愿服务的激励机制吗？
①知道 ②不太清楚 ③不知道
21. 在以社会激励为主、组织内部激励为基础、自我激励为辅的志愿服务激励体系中，您最重视哪一种激励？
①社会激励 ②组织内部激励 ③自我激励 ④其他_____
22. 您所在的居民委员会或者村民委员会“协助政府对企业和社会组织管理、运营社区养老设施及其他服务项目的情况进行监督、评议，向政府反映居民对完善居家养老服务的意见、建议”了吗？
①做到了 ②不清楚 ③做得不够 ④其他_____

23. 您所在的居民委员会或者村民委员会组织开展哪方面的活动了？↵

- ①互助养老 ②志愿服务 ↵
③低龄老年人扶助高龄老年人 ④其他_____↵

24. 您所在老旧小区与老年人日常生活密切相关的哪一项生活服务设施得到了改造？↵

- ①坡道 ②楼梯扶手 ③电梯 ④其他_____↵

25. 您所在社区的卫生服务机构开展社区家庭医生式服务了吗？↵

- ①开展了 ②没有 ③不知道 ④其他_____↵

26. 《条例》第十六条规定：“市人民政府应当制定政策，支持、引导商业保险机构开发长期护理保险，为失能老年人提供长期护理保障，政府对长期护理保险的投保人给予适当补贴。”您如何看待长期护理保险？↵

- ①有意义 ②说不清楚 ③没有作用 ④其他_____↵

27. 您是否知道有人已经办理了长期护理保险？↵

- ①知道 ②不知道↵

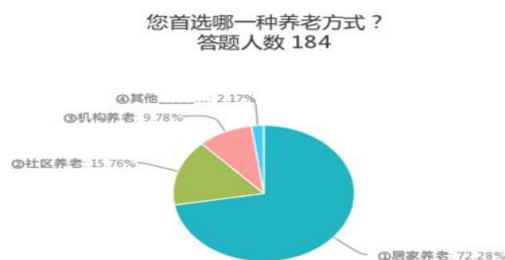
28. 《条例》第十七条中规定：“对特殊困难老年人的家庭经济情况、身体状况、养老服务需求进行评估；对符合条件的低收入、失能、失独等特殊困难老年人给予居家养老服务补贴，根据需要进行家庭无障碍设施改造，配备生活辅助器具。”您知道这方面的实例吗？↵

- ①知道 ②不知道↵

（二）调查结果和初步分析

从6月9日13:30到6月18日20:30，我们一共收到184份填写完毕的调查问卷。整理这些数据，我们大致可以得出以下调查结论：

第一，居家养老的形式的确广受欢迎。北京市绝大多数的老年人选择居家养老，这既是传统养老方式的传承和以人为本的基本需求，也是根据目前的国情、市情所必然选择的**经济实用**的养老方式。

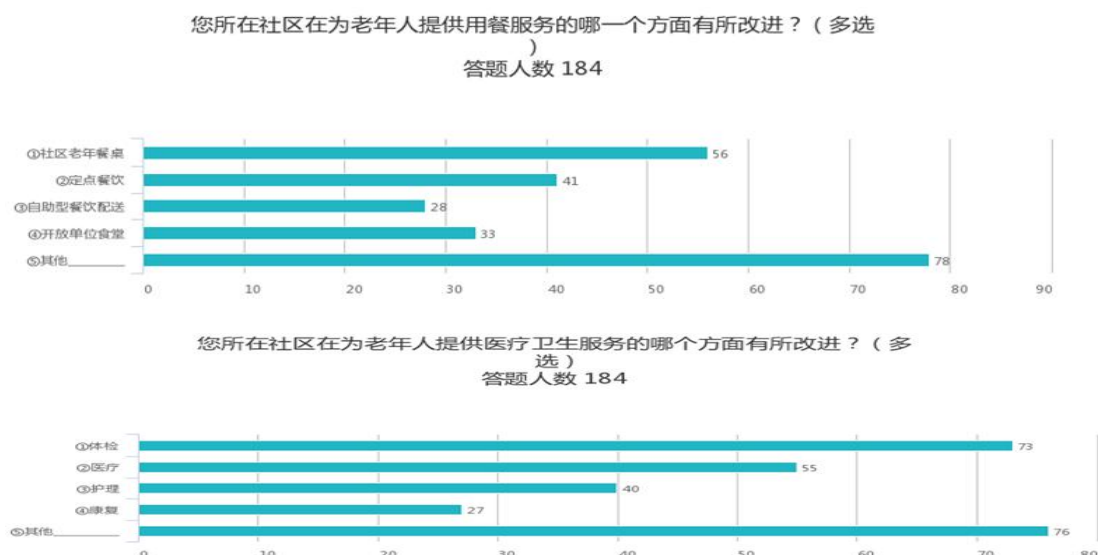


第二，《条例》的知晓度不高。《报告》中有这样一段话：《条例》颁布后，本市各级政府及其有关部门及时开展了多种形式的法规学习宣传活动，扩大了《条例》的社会知晓度。专项调查显示，被抽中调查的城六区22个街道304个社区中，95%的街道对《条例》实施进行了动员部署，61.1%的老年人通过不同渠道和方式了解到《条例》出台，69%的老年人认为《条例》对自己未来的养老

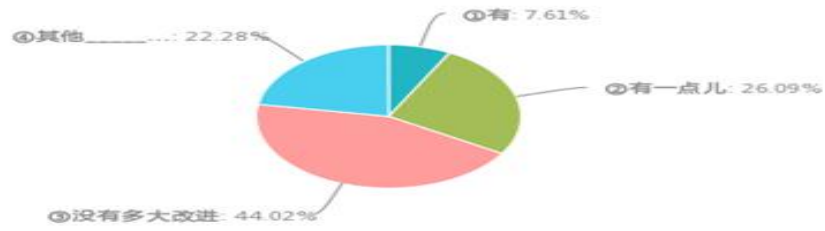
将产生积极影响。不过，我们的调查结果却与此相距甚远，过半数的被调查者不知道《条例》的出台，了解《条例》内容的只占12.5%。这可能因为提交问卷的绝大多数都是在职人员，而“在职人员或许暂时关注会少一些”。



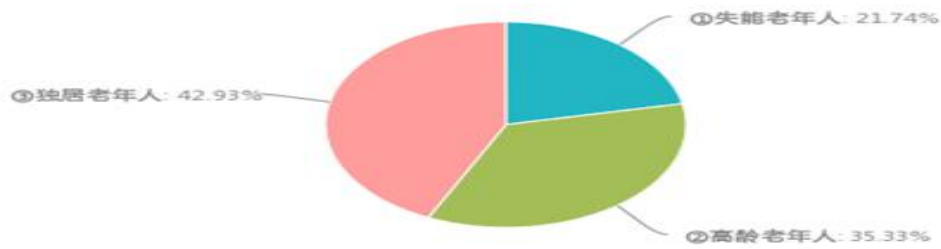
第三，居家养老服务体系基本形成，而且，八个方面都在或多或少地向前推进。其中，用餐服务做得比较到位，医疗卫生服务开展得不错，文化娱乐、体育活动方面大有进步，家政服务中的家庭保洁相对助浴、辅助出行完成得比较好。



您所在社区在为失能老年人提供家庭护理服务方面有改进吗？
答题人数 184



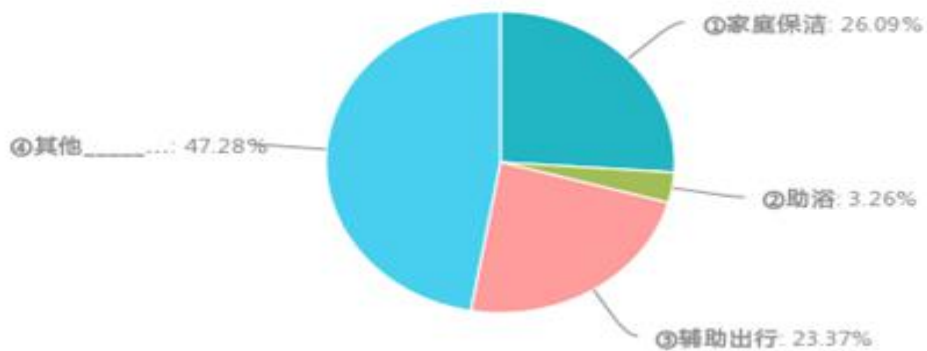
您所在社区在为哪些老年人提供紧急救援服务方面有所改进？
答题人数 184



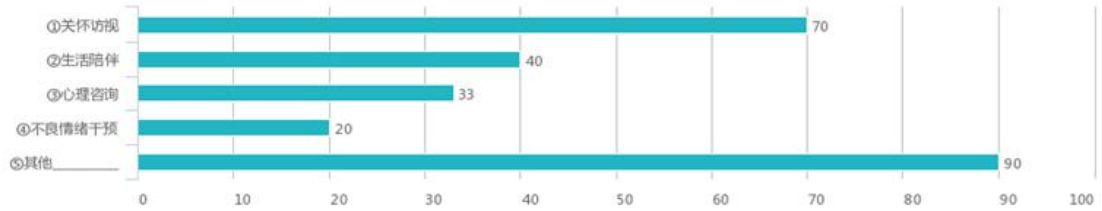
您所在社区在利用社区托老所等设施为老年人提供日间照料服务有改进吗？
答题人数 184



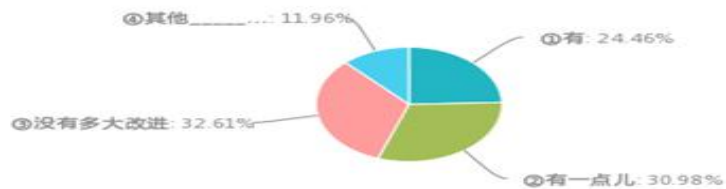
您所在社区在为老年人提供家政服务的哪一个方面有所改进？
答题人数 184



您所在社区在为独居、高龄老年人提供精神慰藉服务的哪一个方面有所改进？（多选）
答题人数 184



您所在社区在开展有益于老年人身心健康的文化娱乐、体育活动方面有改进吗？
答题人数 184



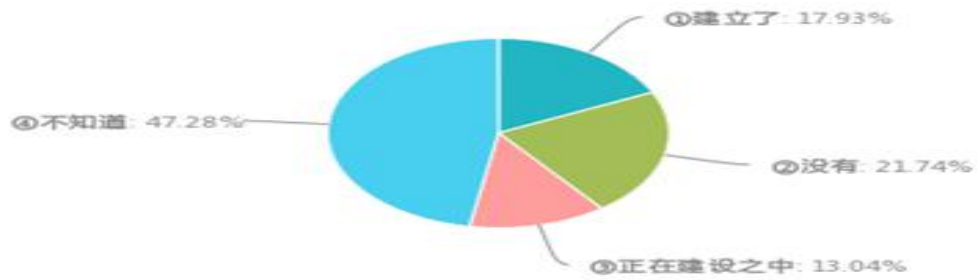
第四，居然有 6.52% 的被调查者认为“子女的赡养义务因为居家养老服务而被免除”，这是我们始料未及的。

子女的赡养义务因为居家养老服务而被免除了吗？
答题人数 184

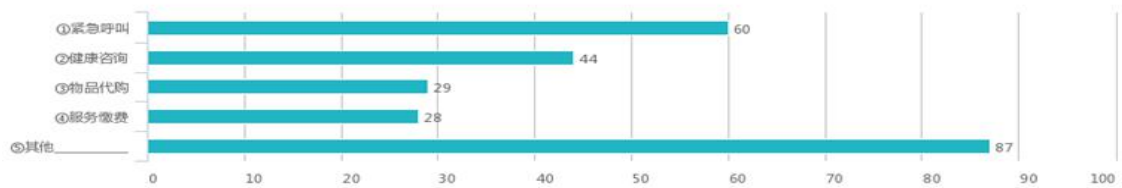


第五，居家养老服务的信息化建设开始了，主要是运用信息网络服务平台为老年人进行紧急呼叫和健康咨询的服务。

您所在的街道办事处已经建立社区养老服务平台了吗？
答题人数 184

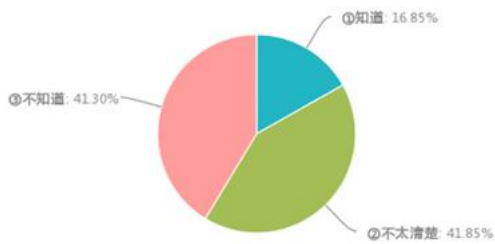


您所在的街道办事处已经运用信息网络服务平台开展哪一方面适合老年人的服务了？（多选）
答题人数 184



第六，虽然知道为老年人志愿服务时间储蓄机制和激励机制的被调查者都不足 20%，但是，却只有 3.8% 的被调查者不愿意为老年人服务而得到时间储蓄，绝大多数人都重视社会激励和组织内部激励。

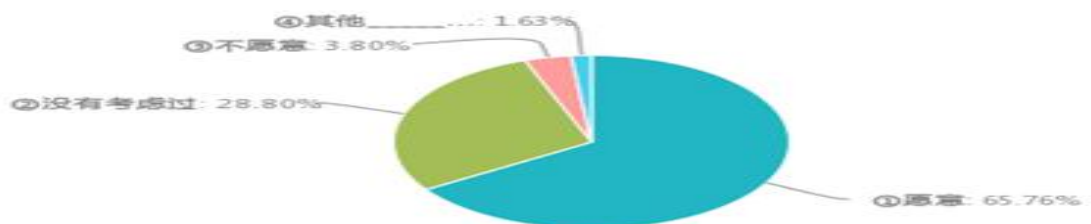
您知道为老年人志愿服务时间储蓄机制吗？
答题人数 184



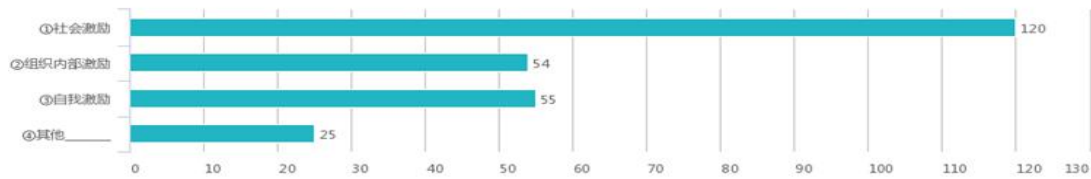
您知道为老年人志愿服务的激励机制吗？
答题人数 184



您愿意为老年人志愿服务而获得时间储蓄吗？
答题人数 184



在以社会激励为主、组织内部激励为基础、自我激励为辅的志愿服务激励体系中，您最重视哪一种激励？（多选）
答题人数 184

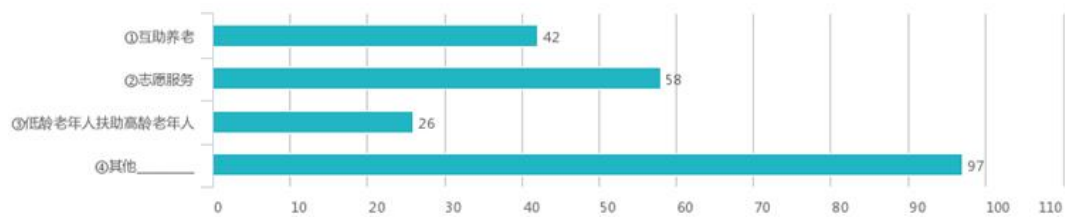


第七，居民委员会、村民委员会的民主自治功能开始发挥，居民委员会、村民委员会主要组织开展了互助养老和志愿服务。

您所在的居民委员会或者村民委员会“协助政府对企业和社会组织管理、运营社区养老设施及其他服务项目的情况进行监督、评议，向政府反映居民对完善居家养老服务的意见、建议”了吗？
答题人数 184

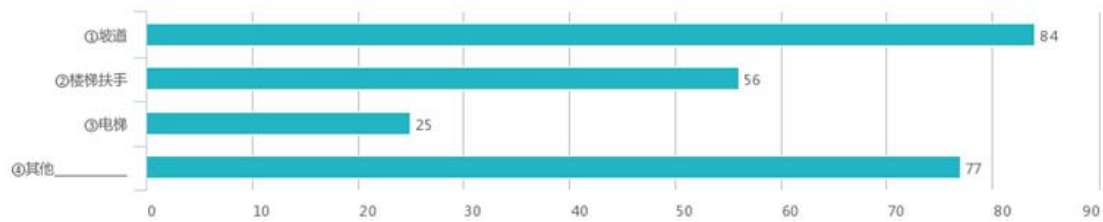


您所在的居民委员会或者村民委员会组织开展哪方面的活动了？多选
()
答题人数 184



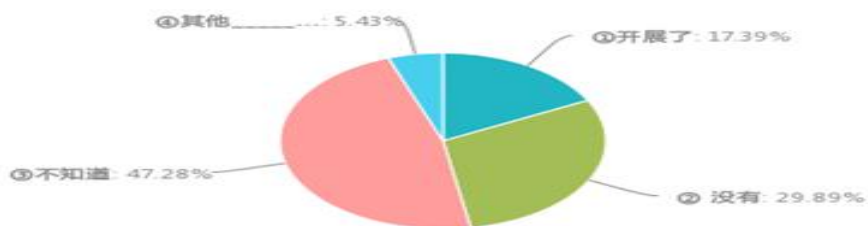
第八，被调查者所在老旧小区与老年人日常生活密切相关的坡道、楼梯扶手、电梯等生活服务设施都得到了不同程度的改造。

您所在老旧小区与老年人日常生活密切相关的哪一项生活服务设施得到了改造？（多选）
答题人数 184



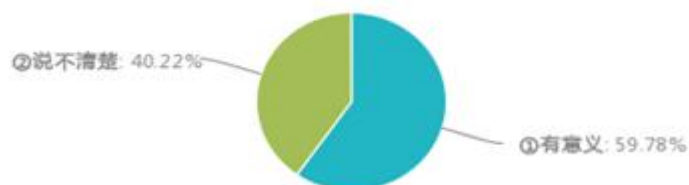
第九，《报告》里说，2015年1至10月，全北京市开展社区家庭医生式服务，签约老年人167.94万人，对老年人常见病、慢性病进行综合管理，开展医疗、护理、康复服务指导。而我们的被调查者却只有不到20%的人知道这项服务。

您所在社区的卫生服务机构开展社区家庭医生式服务了吗？
答题人数 184

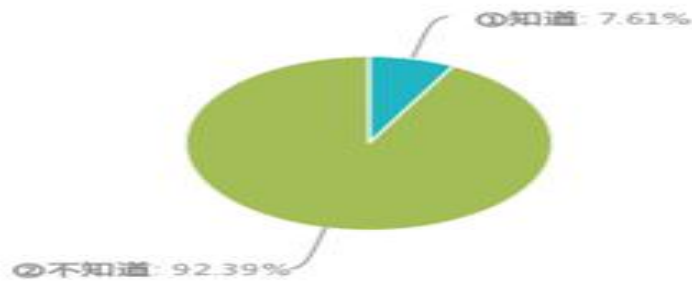


第十，虽然只有14人知道长期护理保障制度，却有近60%的被调查者认为这项制度“有意义”。

《条例》第十六条规定：“市人民政府应当制定政策，支持、引导商业保险机构开发长期护理保险，为失能老年人提供长期护理保障，政府对长期护理保险的投保人给予适当补贴。”您如何看待长期护理保...
答题人数 184



您是否知道有人已经办理了长期护理保险？
答题人数 184



三、《北京市居家养老服务条例》实施中存在的问题

总体来看，《条例》颁布实施以来，北京市居家养老服务工作有了一个好开端，《条例》的引领和推动作用初步显现。北京市人民政府的《报告》分析《条例》实施中存在五个问题：认识不够充分；政策缺乏整合；统筹力度不够；服务设施欠缺；队伍总量不足。但是，依据我们的调查，主要从居家养老服务体系建设的个体角度来看，我们认为，《条例》的实施还存在以下几个方面的问题。

（一）宣传不够，认识不到位

《条例》实施几个月以来，各级政府及其有关部门在统一思想认识和深刻理解立法精神上与《条例》要求还存在差距，把老龄事业简单认为是“花钱”的事业，把积极应对人口老龄化的政策举措“未来化”，在把握复杂的居家养老服务体系内在发展规律上还不够准确。由于《条例》实施时间较短，体系构建和政策落实还需要一个过程，与《条例》配套的政策出台还有些滞后，广大公民知晓《条例》都需要假以时日。

（二）居家养老服务体系发展不平衡

对照《条例》，纵观调查结果，可以发现，对老年人的精神慰藉服务略显不足，对失能老人的服务非常紧缺，日间照料服务有待发展。

（三）还有人心存错误的观念

在进入人口老龄化的今天，家庭仍是养老的基础，“孝亲敬老”更是我国的传统文化，是居家养老的重要保证。“子女的赡养义务不因为居家养老服务而被免除。”

（四）居家养老服务的信息化程度不够高

小一半的被调查者不知道自己所在的社区是否已经建立了社区养老服务平台，街道办事处对信息网络服务平台运用得不够，而物品代购、服务缴费等功能尚未发挥出来。

（五）居民委员会、村民委员会的民主自治功能发挥得不够

绝大多数被调查者对自身的民主自治功能不甚了了，而互助养老、低龄老年人扶助高龄老年人的活动尚未蔚然成风。

四、关于促进《北京市居家养老服务条例》实施的思考

政府是基本公共服务的提供者，在居家养老服务中起主导作用。政府在制定规划、资金保障、完善社会保障制度、设施配置、产业培育、政策支持、标准制定、市场监管、信息网络建设及统筹协调等方面负有主要职责。鉴于此，北京市人民政府的《报告》列举了关于继续推进《条例》贯彻实施的八条主要措施：调整体制机制，加强顶层设计；盘活现有资源，加强设施建设；构建标准体系，培育服务品牌；推进医养结合，探索社会保险；加强人才培育，壮大服务队伍；构建信息平台，开展精准服务；明晰工作事权，加强资金聚焦；支持基层创新，抓好示范试点。

主要从居民个体出发，我们对促进《条例》的实施有以下几点思考。

（一）加强宣传，扩大人们对《条例》的认知

中国人的养老观念倾向于选择居家养老。根据有关调研，选择居家养老的老年人占 90%，只有约 10%的老年人选择机构养老。在这种情况下，政府、社区、养老机构如何把养老服务延伸到居家养老的老年人，满足他们对社会化养老服务的需求，是必须着力解决的一个现实问题。同时，我国失能老人、高龄老人、空巢老人数量巨大。这部分人多数分散居住在各自家庭中，其养老不仅有生活照料、精神慰藉问题，更有医疗护理问题。居家养老服务人员具有一定医疗护理知识和技能，能较好解决这些问题。

居家养老服务由大连市首创。它最大的特点是解决了社会养老机构不足的困难，将大龄下岗女职工和缺乏生活照顾、需要居家看护的孤老这两个困难群体的需要相结合，调动社会和企业力量出资建立家庭养老院，成为老人、养护员、政府和多方受益的良好模式。如今，无论是基于年轻人的角度，还是从老人的位置思考，居家养老的兴起与发展都是应时所趋的。

（二）平衡发展居家养老服务体系的各项内容

《条例》第三条列出的八项内容，缺一不可，不可偏废任何一项。应当以居住在家老年人的服务需求为导向，坚持自愿选择、就近便利、安全优质、价格合理的原则，因人制宜地提供多样化、个性化的居家养老服务。

（三）子女的赡养义务和居家养老服务应该齐头并进

老年人的子女及其他依法负有赡养扶助、扶养义务的人，应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务。子女的赡养义务绝不因为居家养老服务而被免除。需要由社会提供服务的，老年人家庭根据服务项目的性质和数量，承担相应费用。

（四）构建高效的信息网络平台

形成就近、便捷、专业化的居家养老服务网络，更好地为老年人服务，是开展居家养老服务的目标。在构建服务网络过程中，应充分了解老年人的实际需要，做到“雪中送炭”，防止供需脱节，避免摆花架子和形式主义。同时，服务人员应该为老年人开展“人性化”服务，防止“模式化”倾向。开展居家养老服务应以街道社区为基本范围，设置居家养老服务网络，在条件成熟的基础上逐步孵化一批规模较大、企业化运作的居家养老服务组织，实行跨区域服务。

（五）挥洒公民的民主自治功能，广泛运用志愿者服务

《条例》的一个创新点，就是赋予居民委员会、村民委员会民主自治功能。我们应该广泛发动社会力量，扩大广大志愿者的队伍，发动社区、单位、学校利用自己的技能知识，利用节假日休息日给老人提供相应的力所能及的服务。

（六）探索建立为老年人志愿服务时间储蓄和激励机制

调查问卷显示出这方面具有良好的社会认同，那么，应该根据民政部 2012 年 10 月 23 日发布的《志愿服务记录办法》，维护志愿者和志愿服务对象的合法权益，推动志愿服务健康有序发展，志愿者组织、公益慈善类组织和社会服务机构应当将志愿服务记录与志愿者的使用、培训、评价、保障、奖励挂钩。

（七）发展社区家庭医生式服务

市卫生计生部门应当完善基层医疗卫生服务网络，构建社区卫生为老服务体系，着力开展社区家庭医生式服务。

（八）开展政策性长期照护保险试点

海淀区试点通过引入商业保险，借助其市场运作优势，采取政府补贴和个人缴纳的运营模式，为失能老年人提供长期照护保障。也可以引导商业保险机构开发长期照护保险产品，开展“以房养老”试点，筹建长期照护保险公司，为老年人提供专业的长期照护服务。

总之，居家养老是一个系统工程，居家养老服务也是一个系统工程。政府、家庭、社区、社会各个主体，只有按照《条例》的要求，一起上阵，各尽其责，各显神通，才能比较完美地完成这个工程。

【主要参考文献】

1. 关于《北京市居家养老服务条例》实施情况的报告，
http://www.bjrd.gov.cn/zdgz/zyfb/bg/201605/t20160509_162950.html。
2. 姜俊梅：《以立法引领和推动居家养老服务发展》，《北京人大》，2015年第2期。
3. 崔晶晶：《中国居家养老的发展现状及对策思考——以北京〈居家养老服务条例〉为样本》，《学理论》，2016年第3期。
4. 同春芬、汪连杰：《中国居家养老服务运营模式的现状与对策》，《社会福利》（理论版），2016年第3期。

社会护理法法律体系的建构

刘冬梅

【摘要】我国社会老龄化的发展速度要求尽快形成统一完整的老年护理保障制度,法治国家原则则要求最终以法律规范体系的形式完成老年护理保障制度的设计。本文在归纳老年护理保障制度内容的基础上,按照社会保障法的体系划分,对老年护理保障法涉及的主要方面进行了梳理,并指出了法律研究中应重视的若干基本问题。

【关键词】老年护理保障,法律规范体系,基本原则,主要内容

老年护理保障法,是为解决老年人的护理照料问题而制定的法律规范的总称。随着社会老龄化和家庭少子化,生活自理能力降低甚至丧失的老年人严重缺乏照料,“老年失能风险”成为新的社会风险,必须及时纳入社会保障法的规范范畴。我国于本世纪初进入老龄社会,2000年,中共中央、国务院作出《关于加强老龄工作的决定》,此后,《社会养老服务体系建设规划2011-2015》、《关于加快发展养老服务业的若干意见》等重要文件陆续出台,我国老年护理保障制度的规划逐渐清晰,以法律规范体系的构建来进行制度顶层设计的要求也日益迫切。

一、老年护理保障的机制构成

笔者根据现行政策归纳出了我国老年护理保障机制的主要内容,并按功能划分为老年护理服务体系、老年护理筹资与管理体制以及与其他保障制度的衔接机制:

(一) 老年护理服务体系

我国老年护理服务体系的设计原则是以居家为基础、社区为依托、机构为支撑。居家上门服务和社区日间集中照料的任务由社区承担,老年护理机构则为失能、半失能老年人提供集中生活照料和康复护理服务。目前建立了老年护理保障制度的国家,都更重视社区与居家护理。如德国社会护理保险的受益原则就是“家庭护理优先于机构护理”(Igl, 2012)。国内外文献皆提到了以社区和居家护理为主的原因:一是便于控制护理成本,避免国家背上沉重财政负担;二是更为人性化,有利于老年人正常生活。各地调研报告反映,目前社区与居家护理服务主

要依靠政府投入，由于资金来源不足、制度化程度不够，有些城市的社区居家养老服务已难以为继。学者们普遍认为制度定位不清晰、缺乏法律规制是社区居家老年护理发展的主要障碍，呼吁尽快进行统一立法（钱宁，2003；蔡中华，2013；王斐民，2014；张歌，2014）。

老年护理机构可分为公办机构和私立机构。鉴于老年护理保障制度产生时，“福利国家危机”的讨论已经开始，因此各国在制度设计时都倾向于引入社会力量，缓解国家负担。即便是在具有国家主导传统的德国，也只有10%的养老院是由政府所有和运作（杨晓奇，2014）。我国当前的普遍情况是：公办养老机构因有政府扶持，在价格、设施、服务上都比私立养老机构有优势，出现一床难求的现象。私立养老机构由于收费高、位置偏远、后续投入不足等原因，大多门可罗雀（穆光宗，2012；张晓婷，2013）。2013年，民政部在《关于开展公办养老机构改革试点工作的通知》中，要求推行养老机构公建民营，探索把公办养老机构由事业单位转制成企业。对于这一改革，存在不同看法。有学者认为，市场机制的适度引进可以推动资源的合理流动与分配，提高效率（陈忠权，2014）。也有人认为，公办养老机构转制后公益性必然降低，民营的逐利性会使收费提高，从而加重民众养老负担（李彪，2013；何勇，2014）。

（二）老年护理保障筹资与管理体系

老年护理服务体系要靠筹资体系支撑。老年护理保障的筹资方式，有财政出资、社会护理保险、商业护理保险等。比较研究表明，各国采取何种筹资方式，与本国社会保障法的基本理念密切相关。补缺型福利国家往往强调个人责任，如美国采取的是自愿性商业护理保险。荷兰也采取商业保险方式，但是由国家统一规定费率、强制投保，并给予一定补贴，实际上接近于社会保险。以传统社会保险为主要保障方式的国家，最终还是多采取法定社会护理保险的方式筹资。如德国1994年以强制性社会护理保险代替了护理救助。日本与韩国在进入老龄社会后，也仿效德国建立了法定护理保险（郝君富，2014；陈诚诚，2015）。

社会护理险在我国迄今尚未提上议事日程，老年护理服务主要靠政府出资和个人负担。以上海市的情况为例：目前居家养老服务资金主要由福利彩票公益金和财政补贴构成，其中财政补贴占93%以上。如果不在筹资方式上进行更为合理的安排，日益上涨的老年护理费用将会给政府和老年人家庭都造成巨大的经济

负担（张歌，2014）。2014年，国务院在《关于加快发展现代保险服务业的若干意见》中，提出要发展商业性长期护理保险，把商业保险建成社会保障体系的重要支柱。但是，学者们对商业护理保险10多年来的跟踪研究表明，由于商业保险费率高，各地民众购买意愿普遍不强，难以起到支撑老年护理服务的作用（张民省，2014）。有鉴于此，学者们多认为我国应建立以社会护理保险为主、商业护理保险为辅的筹资机制（杨晓奇，2014；戴卫东，2014）。为了不给企业造成更大缴费压力，有学者建议不再单独征收护理保险费，而是采取从医疗或养老保险缴费中扣取一定比例转入老年护理保险基金的方式（周阳，2014）。

（三）与医疗服务制度的衔接机制

国务院在《关于加快发展养老服务业的若干意见》中要求加强医疗卫生服务对养老服务的支撑，推动医养结合。目前我国主要存在三种医养结合模式：整合照料模式是由单一机构提供医养结合服务，如由养老机构自办医疗机构，或者医疗机构建立老年护理院。联合运行模式是由养老机构与医疗机构合作，建立双向转诊机制，由医院提供医疗服务，养老机构提供病后的护理服务。支撑辐射模式是医院或社区卫生服务机构与社区养老服务中心之间进行合作，为社区居家老年人提供健康服务（王素英，2013；黄佳毫，2014；郭斌，2015）。目前制度运行中存在的主要问题，一是主管部门分立且缺乏联动机制：养老服务由民政部门实施，医疗服务由卫生部门主管，医疗保险则由社保部门负责；二是医养结合机制尚无法解决老年患者的医疗费用报销问题。如北京具备医疗条件的养老机构中，80%没有医保资质，老年人即使能够在养老机构直接就医，也无法享受医保待遇（童曙泉，2014）。

综上，在制度层面上：（1）社区与居家养老服务体系框架基本形成；（2）机构养老服务改革方向初定但仍存争议；（3）筹资方式仍然缺乏核心机制；（4）医养结合各地做法不一。制约老年护理保障顺利发展的原因：（1）核心原则不清晰，国家政策在保留更多“公益性”还是进一步“市场化”的争论中左摇右摆；（2）缺乏顶层设计和衔接机制，制度碎片化明显，各相关体系的法律关系仍未厘清。

在学术研究层面上：国内社会学与经济学研究对我国老年护理保障的发展进行了长期跟踪与分析，为立法研究奠定了实证基础；国外研究成果与制度实践则提供了充分的比较与借鉴可能。但是与目前的制度发展状况相一致，学术研究提

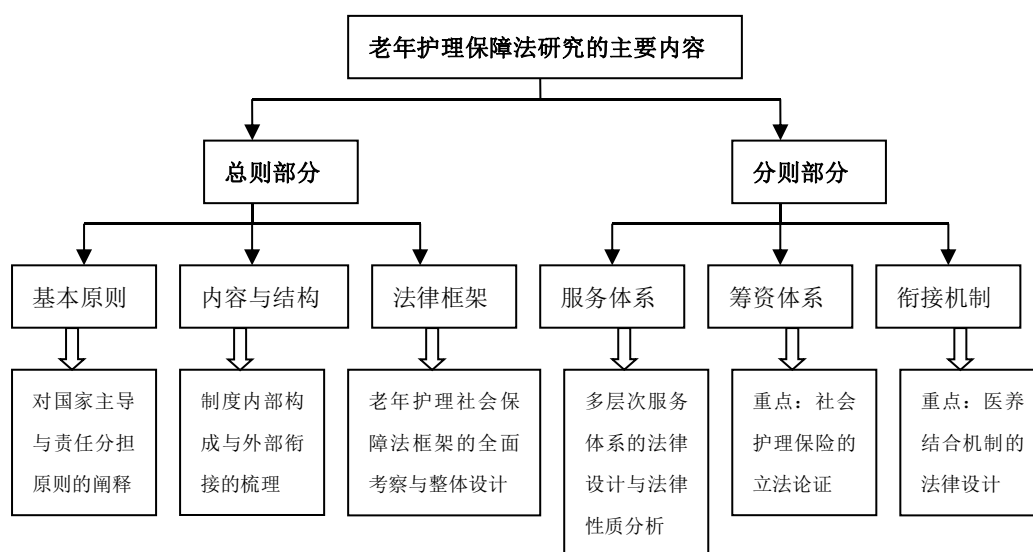
供的大多是碎片式的成果，仍然缺少老年护理保障制度的整体性认识，与解决老龄社会问题的迫切要求不相符。

上述状况表明，目前迫切需要全面开展老年护理保障原则与模式讨论，进一步廓清老年护理保障制度的内容，提炼出老年护理保障制度的结构。在此基础上，从本国社会经济制度的框架条件出发，对老年护理保障进行法律定位，并依据社会保障法的体系划分设计老年护理保障制度的法律框架，同时亦可促进该学术领域的及时建立与完善。

二、老年护理保障法律规范的主要内容

老年护理保障的内部构造和外部联系甚为复杂，具有显著的复合型制度特征。社会保障体系中亦不乏复合型制度的例子，如基本医疗卫生制度即由公共卫生服务体系、医疗服务体系、医疗保障体系、药品供应保障体系共同构成。医改的长期实践为复合型制度的构建提供了经验教训：如果长期忽视整体设计，任由制度的各个部分在较低层次各自发展，那么由于缺乏彼此之间的支撑，不仅各部分的发展会处处受限，而且将来的整合也会阻力重重。随着我国老龄化速度加快，老年失能风险日益成为重大社会风险，一些城市出于紧迫感已开始进行老年护理服务地方立法。在这种情况下，尽早开始进行整体性的立法讨论，有助于促进一体化的制度架构尽早形成，避免我国社会保障制度建设中因缺乏整体设计而常见的碎片化现象一再重演。

老年护理保障制度的原则、内容、机制等基本问题，是老年护理保障法的核心内容。目前需要讨论的主要问题是：



（一）老年护理保障制度的基本原则

老年护理保障总体上属于社会保障法的调整范畴。社会保障法既是社会保障制度的法律形式，同时它还以所包含的社会经济制度、公民基本权利、国家责任的宪法性内容，为社会保障制度设定框架条件。我国现行社会保障制度的基本方针是广覆盖、保基本、多层次、可持续；基本原则是国家主导、社会与个人合理分担责任；制度设计时主要借鉴了欧洲大陆的模式，偏重于强调社会共济的社会保险。近些年的发展重点，一是继续完善社会保险，二是大力建设基本公共服务，三是鼓励商业保险和社会力量参与，初步形成了以人人享有的基本公共服务和社会救助为托底、责任分担的社会保险为主干、自我负责的商业性保障形式为补充的多层次体系。以上是老年护理保障制度建构时必须遵循的预先设定，老年护理保障应在我国社会保障法中蕴含的社会主义基础、市场经济因素、国家主导模式的共同要求下形成它的层次与体系。

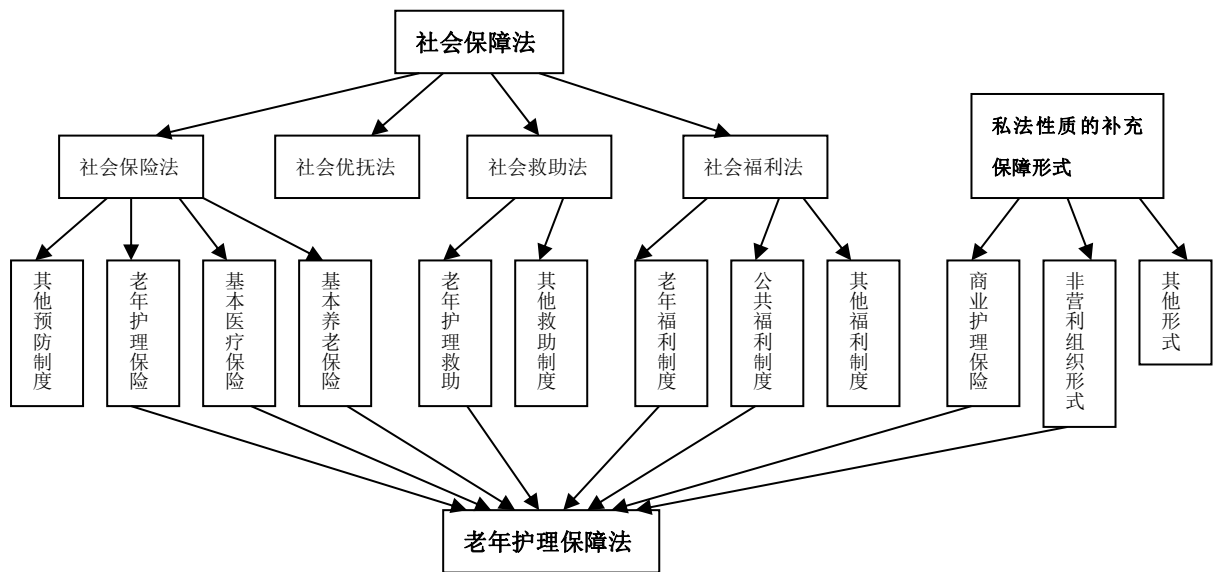
（二）老年护理保障制度的内容及结构

老年护理保障是复合型制度，表现在：（1）制度内部构成的复合性：老年护理服务体系和老年护理筹资体系是其主要构成部分，它们的大部分内容分属于社会福利法和社会保险法的调整范围；（2）制度外部衔接的复合性：老年护理保障与养老保障、医疗卫生保障、基本公共服务、社会管理等共同构成老年保障整体制度的内容；（3）主管部门与执行机构的复合性：在主管上涉及民政、医疗卫生、社会保障等部门，在执行上涉及社区管理机构、养老机构、医疗机构、社会保险经办机构等。因此，老年护理保障制度的建设是一个系统工程，需要社会保障、公共服务、社会管理、护理培训等相关制度的整体构建与合理衔接。目前的政策重点放在服务体系建设上，但从实际情况来看，其他机制的不到位直接影响了服务体系的顺利发展。因此必须进行一体化设计，以避免出现长短板现象。

（三）老年护理保障在社会保障法中的定位

作为社会保障法的一个组成部门，老年护理保障法的框架应与社会保障法的总体框架相对应。如下图，老年护理保障法的主要内容分布在社会福利法中的老年福利法、社会保险法中的老年护理保险法、社会救助法中的老年护理救助法等之中。此外，私法性质的补充保障方式，如商业护理保险、慈善事业等，也在发挥越来越大的作用。因此，老年护理保障法具有的是一个以老年护理福利法规范

服务体系、以老年护理保险法提供筹资保障、以商业保险法和非营利组织法促进与规制社会参与力量的多层次复合型法律框架。



（四）老年护理服务法律规范

公益性的老年护理服务在我国基本公共服务体系规划中定位于基本社会服务，在社会保障法中属于社会福利法的范畴。商业性老年护理服务是它的私法性质的补充方式。目前老年护理服务体系的内容与层次已基本清晰，需要讨论的法律问题主要有：（1）制度内部的护理机构系统、护理等级鉴定系统、管理系统、信息系统、人员培训系统等整体法律设计；（2）近两年政府强调“使市场在资源配置中起决定性作用”，鼓励社会资本参与服务机构建设和管理。“公私混合”的公建民营、民办公助方式使得老年护理服务体系的法律性质变得十分复杂。制度的公益属性和运营方式的市场化之间能否形成稳定的法律结构，有待更为深入的论证。

（五）老年护理筹资法律规范

我国老年护理筹资体系尚未确定，目前主要靠财政负担，可持续性较差。从国际比较看，各国多采取混合型的筹资体系，以何种方式为主，则由其社会保障基本模式决定。鉴于我国采取的是以社会保险为主干的社会保障制度，因此有必要在社会保险法的框架内，对是否建立社会护理保险进行可行性与必要性论证，涉及的问题主要有：（1）是像德日一样采取社会护理险为主的形式，还是向美国模式靠拢，用商业护理险解决筹资问题，或者借鉴澳大利亚模式，基本由国家财

政支持；（2）社会护理保险是单独缴费，还是从医疗保险或养老保险缴费中提取一定比例；（3）社会护理保险与医疗保险的任务分工；（4）社会护理保险与商业护理保险的主次关系。

（六）医养结合衔接机制的法律规范

老年护理保障与医疗保障密不可分。老年护理服务本身就包含了大量的医疗卫生服务内容；老年护理保险与医疗保险通常是捆绑关系；社区卫生服务机构由于掌握社区老年人健康数据，十分适合成为社区与居家老年护理服务的主体机构之一；医疗机构开办养老护理业务，也具有先天优势。医疗保障与老年护理保障之间存在密切联系，但由于它们在社会保障法中分属不同的系统，在管理上分属不同的部门，为了工作机制能够顺畅衔接，制度构建时必须进行一体化法律设计，包括：（1）明确卫生、民政和社会保障部门在规划、管理和监督上的分工合作；（2）统筹老年护理机构和医疗机构的建设规划；（3）明确将有医疗功能的养老机构纳入医疗保险定点单位；（4）明确教育部门在老年护理服务培训上的任务。

三、老年护理保障法律研究应注意的基本问题

老年护理保障法律研究的重点在于把握好保障政策与法律之间的辩证关系。我国老年护理保障离制度成熟还有相当距离，目前主要靠政策进行引导和规范。政策具有灵活性，可根据国家发展方针适时进行调整，但是政策也具有较大的不确定性，经济状况的波动、发展理念的变化、利益集团的博弈等都有可能让政策发生摇摆。近几年来社会保障领域的市场化与公益化之争，在老年护理保障的政策制定中也留下了痕迹。政策的不稳定增加了社会保障立法研究的难度，但另一方面，政策的不稳定也对立法研究提出了更为迫切的要求，要发挥社会法学基础研究所长，找准制度的定位，抓住制度的核心内在，排除短期政策波动对宏观趋势把握的干扰，在深刻理解制度内核的基础上提出顶层设计建议。

经济发展“新常态”和全面推进依法治国方针的提出，标志着我国社会经济发展进入了一个新阶段，由制度转轨期逐渐进入制度形成与稳定期。与前三十年“摸着石头过河”的高速发展模式不同，依法治国原则的确立代表着国家治理理念的深刻变革。这意味着，在社会保障领域，之前普遍采用的“试点先行—逐步推广—政策统一”的路径也要相应进行适当调整。地方试验先行的模式具有避免因对顶层设计争论过多而迟滞改革推进的优点，但也存在着理论基础薄弱、制度

碎片化、难以及时定型等缺陷。今后制度建设要越来越重视立法先行、于法有据，注重以法律的形式进行制度的顶层设计和分层对接。

依法治国首先是依宪治国。各领域的立法活动必须在宪法规定的框架下展开，法律原则必须由宪法原则推导而来，制度设计必须要与国家根本制度的要求相符合。对于中国社会保障法来说，社会主义制度及其强调的社会平等观、社会主义市场经济及其体现的适度自由观、社会主义初级阶段所要求的全面发展观，是制度设计的根本理论基础；从本国实际出发，总结成功实践经验，是制度推进的基本手段；有选择地借鉴国外经验，是制度完善的有益补充。

【主要参考文献】

1. 戴卫东：《中国长期护理保险制度构建研究》，人民出版社，2012.
2. 吴玉韶、党俊伍：《中国老龄产业发展报告（2014）》，社会科学文献出版社，2014.
3. 穆光宗：《我国机构养老发展的困境与对策》，华中师范大学学报，2012. 3，31-38.
4. 王素英、张作森、孙文灿：《医养结合的模式与路径》，社会福利，2013. 12，12-14.
5. 张歌：《城市居家养老服务资金发展困境：障碍与对策》，现代经济探讨，2014. 7，73-77.
6. (英) 迈克尔·希尔：《理解社会政策》，商务印书馆，2005.
7. (德) Gerhard Igl, Pflegeversicherung, in: Sozialrechtshandbuch, Nomos, 2012, S. 929-965.
8. (德) Becker/Kaufmann/von Maydell: Alterssicherung in Deutschland. Baden-Baden, 2007.
9. (德) Hans F. Zacher, 《福利社会的欧洲设计》，北京大学出版社，2014.

日本居家社区养老服务的经验借鉴

刘萍

【摘要】我国养老服务体系初步建立，如何合理配置居家养老与社区养老资源，为老年人提供更加优质的服务，值得思考。本文主要借鉴日本的居家社区养老服务制度中的立法、管理、服务内容、服务主体这几个方面的合理经验，为完善我国居家社区养老服务提供一点建议。

【关键字】居家养老 社区养老 养老服务 日本

一、居家社区养老协调化问题的产生

近年来我国人口老龄化速度越来越快，采取合理措施解决老年人的养老问题迫在眉睫。加之人口大规模流动、主要向大城市聚集的社会现象，导致空巢老人增多；由于实施计划生育，4-2-1的家庭结构导致家庭日趋小型化；失独老人没有子女赡养；失能老人无法得到科学的照顾等等原因，使得传统的居家养老不足以满足老年人的养老需求。

经过长时间的理论实践摸索，《国务院关于加快发展养老服务业的若干意见》指出：我国以居家为基础、社区为依托、机构为支撑的养老服务体系初步建立，老年消费市场初步形成。我国人口庞大，且国家整体上处于“未富先老”的状况，客观条件不允许抛弃居家养老的养老方式，如何在充分利用现有的家庭物质资源（住房与生活措施等）基础上，为老年人提供专业的养老服务，使居家与社区养老服务协调发挥作用，需要进一步思考与实践。

近年来，许多国家都把居家社区养老服务作为养老服务的重要关注点。因其服务对象具有一般性、形式多样、保障功能较为全面、参与主体多元化、成本低且效益高等特点，居家社区养老服务将成为养老服务未来发展的一个重要方向。日本是亚洲国家中最先进入老龄社会的国家，也是全球老龄化进程最快、老龄人口比例最高的国家，同时与我国有着相似的文化传统。因此，日本城市社区养老服务的经验和对策对我国有着十分重要的借鉴意义。所以笔者选取日本居家社区养老服务制度作为研究对象。

二、中、日居家社区养老服务的对比

1.养老服务的法律法规完善程度

日本从 1970 年已开始进入老龄化社会，为解决老人的照料和护理问题，日本政府早在 1963 年就颁布了《老人福利法》，这也是日本最早开始实施社会化养老的标志性文件。1982 年出台的《老人保健法》，将老年福利政策的重心开始转移到居家养老、看护方向，也进一步满足了老年人医疗保健服务的需求。1989 年制定的《推进高龄者保健福利 10 年战略计划》（简称“黄金计划”）则明确规定各级政府、民间组织以及被服务者在为老服务中的具体权利与义务。20 世纪 90 年代，日本政府为缓解人口老龄化对医疗保健机构和医疗保险的压力，开始实施“老年保健福利计划”，重点建立和实施社区综合护理系统，推进家庭护理，提供有利于老人健康的保健福利和医疗服务⁵⁶⁷。此外，2000 年颁布的《护理保险制度》在解决老年人护理照料负担的同时，构建了社会参与的家庭养老体系，推进家庭护理、保健、医疗和福利一体化是日本养老制度的基本特点⁵⁶⁸。

相比而言，我国目前缺少综合性的居家社区养老服务法律法规，如社会保障法和社会福利法等，特别是缺乏《养老服务法》，虽已相继颁布了《老年人权益保障法》、《国务院关于发展养老服务业的若干意见》等法律政策，但统筹层次较低，且并缺乏可以具体实施的原则性条文，实际上得我国居家社区养老服务的发展处于一种无法可依的状态。

2. 养老服务管理参与体系是否合理

日本的养老服务模式中居家养老居于核心地位，公共福利服务和市场服务为补充，最基本要求是家庭护理。日本坚持“属地养老”的原则，即生理或心理有障碍的老人，在自己家中接受照料，或者尽可能地在靠近他们自己社区的、类似老年之家的机构中接受照顾。老年人需要护理服务时，须先向所在的市、町、村护理保险窗口提出申请，由市、町、村派遣调查员走访老人家庭、调查老人身心状况、填写统一调查表并做出是否需要护理的判定。护理认定审查会在此判定的基础上，参考主治医师意见书及走访实录，做出最终决定并判定护理等级。

提供居家社区养老服务的主体分为四种：一是由政府 and 民政人员组成，是居家养老服务的主要提供者；二是由政府提供资助的福利性的民间组织；三是志愿者队伍，基本是来自大学生、家庭主妇以及一些健康老年人。四是企业式的养老

567 参见：季晓鹏、王志红：《日本养老经验对我国老年服务方式及评估模式的启示》，载《护理研究》2006 年第 31 期。

568 参见：尤扬：《社区居家养老模式的国际比较分析与启示》，载《社会观察》2013 年第 2 期。

服务。企业以保险方式获取资金，然后以低收费服务于老年人⁵⁶⁹。

按照工作内容不同主要分为管理员、专业工作人员和照顾员，其中工作人员和照顾员一般是由志愿者队伍组成，可以包括医生、护士、康复师、家庭服务员等。

中国养老服务管理存在多部门无序、盲目管理的混乱局面，缺乏一个权威、高效的领导部门，名义上中国的养老工作由全国老龄工作办公室协调民政部、财政部、体育总局、卫生部等多部门，但老龄办并没有直接制定政策、下拨资金的权利，导致各部门各行其是，效率低下。我国提供居家养老的主体主要是以家庭成员为主力，提供社区养老的主体也较为单一。

3.养老服务是否单一

在日本，居家养老对老年人提供的服务内容包括：（1）家政服务：由福利机构、养老机构等派遣专业服务人员到老年人家中照顾其饮食起居，包括清扫居室、清洁身体、送餐、陪同就医等，同时老人还可根据自己的需求选择日间或者夜间服务；（2）送医服务：老年医院、访问护理中心、老人保健机构派护士到老年人家中进行病情观察、诊疗护理。如果发现身体出现恶化，会及时送老年人到医院就诊。（3）健康指导服务：社区内的医疗服务人员会全面掌握痴呆孤寡老人以及家人的情况，对痴呆孤寡老人的身体健康情况作详细的评估记录，并对家中的照顾者给予饮食、用药、康复训练等方面的指导。

我国开展的居家社区养老服务项目多偏重于生活照料、家政服务，物质生活层面的多，而精神文化层面的少。在服务质量方面，由于没有统一标准和健全的评估机制导致不同地区甚至同一地区不同地点养老服务质量差异性较大。且由于待遇水平不高，工作压力大，居家养老服务人员、专业社工队伍不稳、数量偏少、缺乏专业培训使得养老服务质量建设受到较大制约。

4.是否注重专业人才培养与志愿者参与

上世纪 90 年代，日本政府扩建众多社会福利专业人才教育机构，专门培养社会福利专业人才，且形成全国统一的考核制度。社会福利人员通过全国统一的资格考试后，颁发合格证书，获得从业资格，方可从事福利工作。1987 年日本政府制订《社会福利士及看护福利士法》，规定看护福利士应具备的专业技术知

569 参见：童欣：《日本家庭经济制度变迁与养老方式选择的思考》，载《现代日本经济》2005 年第 1 期。

识和工作能力，并推出资格证书制度。1992年又修订了《社会福利事业法》和《社会福利设施职员退休法》，并制定《福利人才确保法》，从法律上对福利人才的培养和人才应该享有的经济和社会地位等予以保障。1998年日本则实施《注册社会工作者法》，对社会工作者特别是对从事老年社会工作服务的工作者提出了素质要求。社会工作专业本科的学生必须完成指定的课程并通过国家的考试。包括短期大学和专业学院在内，日本培训社会福利专业人才的学校达到473所⁵⁷⁰。

日本居家社区养老服务体系是由管理员、专业工作人员和照顾员所组成，其中工作人员和照顾员一般是由志愿者队伍组成，主要是大学生、家庭主妇以及一些健康老年人。目前我国从事居家社区养老服务的专业人才缺乏相关的准入考核机制，也没有合理的岗前培训，导致我国养老服务从业人员的综合素质较差。志愿者方面，我国的志愿者队伍还处于形成的初期阶段，志愿者参与渠道不畅，数量不足，远远不能满足居家社区养老服务的需求。

三、日本居家社区养老服务的经验借鉴

1.健全居家社区养老服务的法律法规体系

一方面，应当提高将居家社区养老服务的立法层次，在统筹社会保障措施的基础上，实施最适合居家社区养老服务的综合性法律法规。另一方面，立法也要注重可操作性，不能只是原则性的口号。可操作性体现在具体规定上，首先要通过立法明确参与社区居家养老服务主体的法律地位；其次要规范参与社区居家养老服务的组织性机构的设立条件、服务标准、服务流程等具体措施，并且还应完善其工作人员工资制度、用人标准、社会保障等方面的政策。

2.健全居家社区养老服务管理与参与

一方面，要明确我国居家社区养老服务的管理部门，由一个权威、高效的领导部门统一领导，彻底改变现行多部门管理混乱、效率低下的现状。特别是资金方面，要严格管理，专款专用，用到最合理的养老服务上。对于每个老年人适合何种养老服务级别，也要由专业的部门人员按照严密的评估标准进行科学的评估。另一方面，使服务主体多元化⁵⁷¹，让更多的职业人群参与到养老服务工作中来，各司其职，从而满足老年人的生活、身体以及精神养老需求。

3.提供多样化养老服务

570 周丹丹、周弘、马路遥：《日本非营利组织参与社区居家养老对我国的启示》，载《管理观察》2013年第17期。

571 参见：黄少宽：《国外城市社区居家养老服务的特点》，载《城市问题》2013年第8期。

提供居家社区养老工作的管理部门应当做好居家社区养老服务调研工作,及时了解老年人需求以及居家社区养老服务中存在的问题,从而改进服务,不断提高服务质量。针对身体状况不同的老人提供不同的卫生、医疗服务项目,包括定期健康检查、上门医疗服务、家庭护理服务、机构护理或康复训练等。老年人在年龄、身体状况、文化水平等各方面都存在着差异,如何构建多层次的服务体系,提供满足不同需求的老年人卫生、医疗服务以及精神慰藉等服务,还需要在实践中进一步探索。鼓励老年人再就业或文化深造来充实自己的生活,为有意愿的老年人提供力所能及的工作岗位与读书交流条件,让有能力的老人参与到为养老事业服务中来。

4.规范从业人员准入制度,注重培训与考核

建立我国社区居家养老服务人员的准入制度,主要包括管理型跟服务型两类人才。一方面,建立养老服务专业人才教育机构,专门培养养老服务专业人才,并形成全国统一的考核制度,养老服务人员需通过全国统一的资格考试、获得从业资格,才能从事相关工作。另一方面,在服务人员工作过程中,也要通过定期交流、在职教育培训、锻炼等方式,对服务人员的工作定期考核、合理淘汰,不断提高服务人员的职业技能和专业能力。

【参考文献】

1. 田原:《日本城市社区养老服务的经验与启示》,载《当代经济》2010年第9期。
2. 童欣:《日本家庭经济制度变迁与养老方式选择的思考》,载《现代日本经济》2005年第1期。
3. 黄少宽:《国外城市社区居家养老服务的特点》,载《城市问题》2013年第8期。
4. 尤扬:《社区居家养老模式的国际比较分析与启示》,载《时代报告》2013年第2期。
5. 周媛也、周德:《国外社会养老服务体系对我国的启示》,载《湖南城市学院学报》2013年第5期。
6. 季晓鹏、王志红:《日本养老经验对我国老年服务方式及评估模式的启示》,载《护理研究》2006年第31期。
7. 周丹丹、周弘、马路遥:《日本非营利组织参与社区居家养老对我国的启示》,载《管理观察》2013年第17期。

论药害事故救济制度

宋跃晋

【摘要】药害事故不断发生,而众多受害者在事故发生后却得不到有效救助。相关学者对药害事故救济的主流看法,无疑是建立一个救济委员会和成立一个救济基金,看上去很简单,但他们提出的方式仍有一些和中国现实状况水土不服的地方。文章通过仔细分析德国、日本对已发生药害事故的应对方法,解析台湾药害事故救济制度,探索地提出采取立法保障和成立专项由政府主导的药害救济委员会相结合的方式建立一套有效的药害事故救济制度。

【关键词】药品不良反应;药害事故;救济

任何领域的科技发展都有极限,我们无法也很难预先了解所有可能发生的状况。例如药品,即使研发过程完全符合规定,包括人体临床试验的进行,仍然无法完全掌握一切可能在未来使用时发生的状况。从古至今,药品在治愈疾病的同时也伴有毒副作用。^[1]近年来发生了多起药害事件,2006年以来,我国先后发生了“齐二药”、“欣弗”、“甲氨喋呤”、“美国肝素钠”、“奥美定”等一系列重大药害事件。^[2]药品损害事件接踵而至,向世人敲响了警钟。^[3]随着药品研发加大,药品品种扩展,药品更新加速,药品的双刃剑效用也凸现出来,在给病患者带来福音的同时,也不可避免地给人类制造些灾害。对此,我们是不是无能为力呢?

在国外,药品损害补偿救济制度在一些发达国家发展比较成熟,其中德国,日本尤为突出。“反应停事件”证实民事法律体系不足以保护药品发展危险的受害者,于是在德国对药品责任应予特别立法形成了共识,^[4]1978年药事法修正案正式产生。日本则在仿德国立法未成下,也另订药品受害者救济基金制度,1979年颁布《医药品副作用被害救济基金法》,后经数度修订,现已成为《医药品副作用救济、研究振兴与调查机构法》,日本偏重基金补偿制度。^[5]而在我国,由于人口、经济等其他社会原因,在这方面仍基本属于空白。

从德国、日本等国家的药害事故救济制度来看,建立适合中国的药害事故救济是亟需,但任重道远。笔者就如何建立一套适应国情的药害事故救济进行了系

统的分析。

一、药害事故救济制度的发展史

药品损害事故是我们不得不面对的事实，从来没有绝对安全的药品。^[6]根据世界卫生组织(WTO)的数据，世界各地住院病人药品不良反应比率为10%—20%，更为严重的是有5%的患者因为严重的药品不良反应而死亡。^[7]有学者曾研究认为，很多病人死亡的肇因并非自身疾病，罪魁祸首乃是药品毒副作用，全世界每三个死亡的病人有一个死于用药不当，药品不良反应致死占社会人口死因的第四位。^[8]有数据统计，我国药品不良反应状况，我国现在不合理用药占用药者的11%—26%，在我国每年住院的5000多万人次中，与药品不良反应有关的可达250多万人，还有超过500万的患者在住院期间发生过药品不良反应。^[9]药品不良反应每年导致中国24万患者死亡，是目前19种主要传染病所致死亡人数的11倍。^[10]据我国媒体调查披露，在我国还多很多孩子耳聋并非先天，而是生病时滥用抗生素造成的。据中国聋儿康复研究中心专家透露，我国7岁以下因为不合理使用抗生素造成耳聋的数量多达30万，占总体聋哑儿童的比例30%~40%。^[11]以上瞠目结舌的数据告诉我们一个现实，药品属于不可避免的危险商品，对其损害救济应当特殊考量。

此外，为供参考，笔者特意根据有关资料，以表格形式归纳了国外早期的严重药害事件：

时间	事件	后果
上世纪30年代	氨基比林致粒细胞缺乏	美国有1981人死于此病，欧洲死亡200余人
上世纪50-60年代	反应停致“海豹肢”畸形	到1963年为止，全世界已出生11000多例，近半数陆续死亡，很快引起了全世界的关注，立即停用了此药，9个月之后，再无海豹肩胎儿出生
1930—1960年	醋酸铊中毒	各国一些患者用药后近半数慢性中毒，死亡万余人
1953年以来	非那西丁致严重肾损害	国及欧洲许多国家发现用本品致肾损害

2000 余人，死亡 500 余人

1966—1969 年 己烯雌酚致少女阴道癌 美国波士顿妇科医院发现 99 例十几岁少女患阴道癌，原因是患者母亲曾因先兆流产而在孕期服用过己烯雌酚

药品损害事件带来了灾难，也促使各国加强药品监管同时，建立了对药品不良反应的受害人予以救济制度。“反应停事件”对德国药品法制建设起了极大推动作用。该事故的受害人虽最终获厂商及政府协力以基金方式赔偿，然而在 1970 年代德国尚无可与美国相类似的商品无过失责任制度，所以，以特别立法形式规范药品责任，以保障药害受害者的权益。^[12]在 1973 年国会提出第一次草案，对药品损害救济采三阶结构：即侵权过失责任、无过失责任以及基金补偿制度。后因制药产业对其中无过失责任制度反对，未能通过。二次草案改采二阶结构，成为侵权过失责任和无过失补偿基金并行。后来保险公司因担心业务流失而藉表达承保药品制造厂家无过失责任险的意愿，主张无过失责任呼声甚高。德国药害救济制度一再修改，现在药品损害采用无过失责任辅以保险机构或者金融机构介入赔偿基金制度。

日本药害救济制度的演进，与德国颇为相近。日本与德国同为大陆法系国家，所以面临大量药品损害事故时，原有法律体系如何调整，思考方向大致相同。1950 至 1960 年代“反应停事件”和亚急性脊椎视神经症等事故，对日本产生极大冲击。药害事故救济制度与同期澎湃发展，1975 年日本提出《制造物责任要纲》草案。^[13]但与德国不同，因担心无过失责任影响企业生存及有碍经济发展，日本国会就无过失责任与基金制度比较，多方评量结果，采补偿基金方式。日本目前由国家及制药企业合资设立“医药安全研究组织” OPSR (Organization for pharmaceutical Safety and Research)，综合办理医药企业的研究发展与救济业务。^[14]另外，因疫苗注射受害人补偿性质的特殊性，因为预防注射多有国家强制行为介入，是否存在行政责任，以及行政责任与药品制造者责任、医疗机构责任如何划分，有时难以厘清，常常争议不断。所以，日本 1976 年专门制定《预防接种法》，对预防接种被害人给予特别的救济途径。

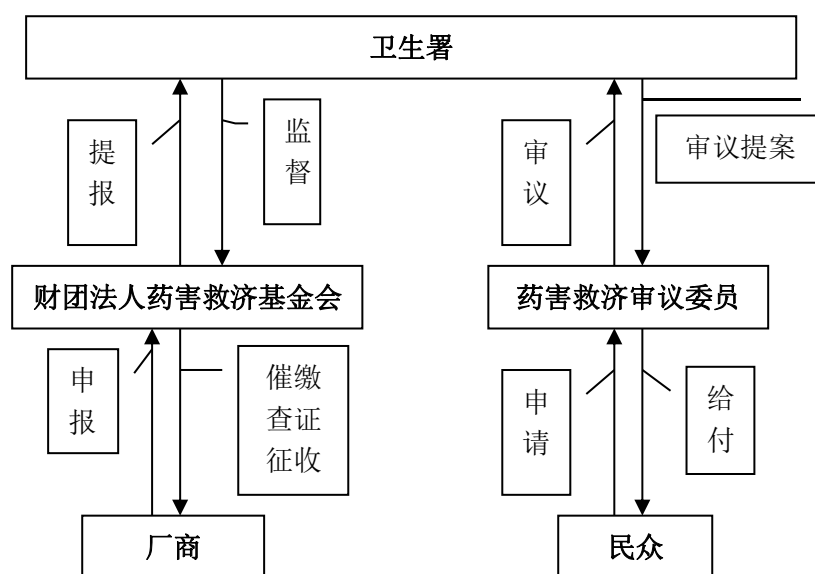
二、我国台湾地区的药害事故救济法

我国台湾地区于 2001 年 5 月 31 日颁布了《药害事故救济法》，并于 6 月 2

日起实施，以实现对药品不良反应受害人的保护。这部法立法意图是为了保护药品消费者的权益，希望在正当使用下，如果是因为药品不良反应而导致死亡、残障或严重疾病者，可以得到迅速救济。基于这样的考量，台湾制定了该法。

为了办理药害救济业务，台湾卫生主管机关设立药害救济基金。基金的来源于向药品制造者及其销售者缴纳的征收金、滞纳金、代为求偿金或者社会人士捐赠收入。药害救济基金的收支、保管及运用办法，由台湾行政院决定。台湾药害事故救济法规定，药品制造者及销售者应于主管机关规定期限内，依其前一年度药品销售额，缴纳征收金至药害救济基金。征收金一定比率，于基金总额未达到新台币三亿元（约合人民币）时，定为千分之一；基金总额达到新台币三亿元时，由主管机关视实际情形，综合衡酌基金财务收支状况，于千分之零点二至千分之二范围内，调整其比率。药品制造者或销售者未依规定期限缴纳征收金，经以书面催缴后仍未依限期缴纳者，每逾二日加征百分之一之滞纳金。

台湾卫生主管机关为办理药害救济及给付金额的审定，设立药害救济审议委员会。审议委员会有委员十一人至十七人，由主管机关遴聘医学、药学、法学专家及社会公正人士担任，其中法学专家及社会公正人士人数不得少于三分之一。药害救济的请求权时效为三年。台湾药害事故救济法规定，自请求权人从知道有药害时起，请求权因三年不行使而消灭。审议委员会受理药害救济案件后，应于收受之日起三个月内作成审定；必要时，得延长之。但延长期限不得逾一个月。台湾药害救济制度图示如下：



特别需要说明的是，并不是所有的药品损害都可以通过药害救济基金获得补偿。根据台湾药害事故救济法规定，不得申请药害救济情形有：有事实足以认定药害的产生应由药害受害人、药品制造者或销售者、医师或其他的人承担损害责任的；因接受预防接种而受害，可以依其他法令获得救济的；同一原因事实已获得赔偿或补偿的，但人身保险赔偿给付的除外；药品不良反应未达到死亡、残疾或严重疾病的程度的；因急救使用超量药物导致损害发生的；因使用试验用药物而受害的；未依药品许可证所载之适应症或效能而为药物之使用的；常见且可预期之药品不良反应。

三、制定我国药品救济制度的构想

“在现代社会，损害事故日益严重，单一制度不足解决此项问题，故各国多采用混合体制，期能兼顾‘个人自由及责任’与‘社会安全’二个基本价值，因此产生多种会损害填补制度并存之现象。”^[15] 药害事故的损害采用社会安全制度可适当平衡消费者与医药企业的利益。具体来说，就是可以建立药害事故的基金会或药品责任保险，以补偿药害事故的受害人。另一方面，这种制度分散了药品企业的风险，即使发生损害事件，药品企业也不会因负担损害赔偿而影响企业的生存和发展。

我国大陆已于2004年制定并颁布《药品不良反应报告和监测管理办法》，建立了省级及省级药品不良反应以下监测中心、监测站，以加大药品不良反应的监测力度；这仅规范了药品企业、医疗机构对药品不良反应报告的法定义务，没有涉及如何救济药品不良反应的受害人。药害事故严重侵犯了受害者的生命健康及人身财产安全，从法律角度也亟待建立我国药害事故救济制度。法制是任何一个先进文明国家的强国之本，同理，要让药品生产企业，药品经营企业能健康发展，药害受害者能维护自己合法权益，由国家成立一部完整的专业的药害事故救济的法律，让药品企业，药品消费者有法可依，就成了必须。在笔者心里，一部清晰的药害事故救济法内容大体如下。

1、法律定义药害事故的内容、范围

药害事故救济法法律第一款首先明确药害事故的法律定义，可以引用我国《药品不良反应报告和监测管理办法》第二十九条的规定：“药品不良反应主要是指合格药品在正常用法用量下出现的与用药目的无关的或意外的有害反应。”

并借鉴之前颁布的相关法律对药品不良反应的特征和构成药品不良反应的范围做出具有法律性质的解释。

2、药害事故的构成要件

以台湾地区的《药害救济法》为蓝本，我国药害事故救济法应明确药害事故救济的要件，笔者认为可做如下规定：

第一，药害事故救济的主管机关是我国药品不良反应新设的药害事故救济委员会（详见下文），但委员会并不是针对所有的主体的指示用药都给付救济金。在此法律中必须明文规定：只有依照医药专业人员之指示或药物标示的说明书而使用药物所造成的药害事故才能申请救济。具体上可以分两种情况诠释：因服用处方药招致损害，必须是持拥有处方权的执业医师或者助理执业医师开具的处方到合法的药品经营单位购买，按医嘱服用药品才属于药害事故，可以申请药害救济金；非处方药，应当是从合法药品经营机构购买，依据药品说明书的指导用药属于药害事故。此外，药害救济申请的请求权人必须是受害人本人或其法定代理人，或者为药害事故救济的法定继承人。

第二，药害事故的构成要件必须涵纳药害行为的界定，包括以下几点：首先，药害事故是药品“正当使用”而发生的损害。由于药品使用的专业性，所谓“正当使用”是依医药专业人员的指示或药品说明书的标示而使用药品，也就是说在药物的使用上应遵照医药专业人员的指示使用合法的药品。^[6]自行到药店购买医师处方用药时，不适用药害救济。其次，服用的药品必须是“合格药品”。“合格药品”是指经国家药品主管机关许可，拥有药品生产许可证、药品销售许可证等，依法制造、销售的药品。所以，对于因使用未经国家食品药品监督管理局批准而携带入境的药品因而导致伤残或死亡的，不适用药害事故救济。

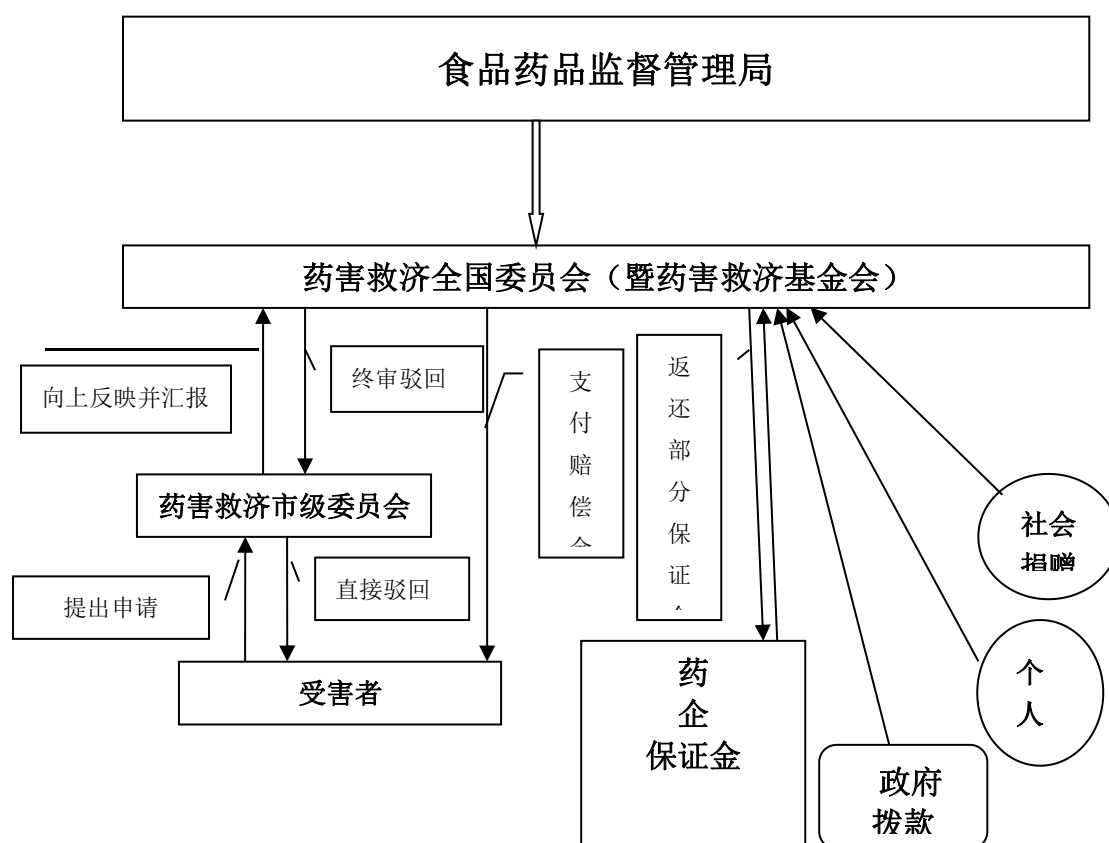
第三，救济是针对损害而言的，有损害才有救济，因此在法律意义上只有具备某种程度的损害才能引起药害救济，这称为结果要件。药品损害须达到一定损害程度始有救济的必要。参照其他国家和地区的药品损害救济制度，笔者建议申请药害救济必须是达到因药品不良反应致死亡、伤残或严重疾病程度。假如未达到严重程度，不能申请药害救济。假如药品使用人在服药后，仅发生的嗜睡、口干、皮肤轻微过敏等症状，由于伤害程度极轻，在疾病分类中不属于严重疾病，所以不得申请药害救济。

第四，法律讲究逻辑，而药害事故救济的因果要件就应该从科学上赋予药害事故救济的严谨性。药害救济的构成还需要行为与结果之间存在因果关系。正当使用合法药品的行为与药品使用者死亡、伤残或严重疾病的后果之间存在必然的、内在的联系，才能构成药害救济的责任。换句话说，受害者死亡、伤残或严重疾病必须是使用药品造成的损害后果。假如该损害结果并非药品不良反应导致的，而是由医务人员的故意或重大过失造成的，这时就不在此法律范围内，也就不没有资格申请药害事故救济了；或者因为正当使用合法的A药，但是药害是由B药导致的，这时两者之间也不存在因果关系，用药者不能以这种因果关系主张申请药害救济。

3、药害事故救济委员会的职责及架构

一旦药害事故救济法颁布，现行的ADR机构在一定程度上不能匹配此法的实施，有必要对此进行有效的改革，而笔者大胆创想在国家食品药品监督管理局下设药害事故救济国家委员会，法律授权其专项办理药害救济业务，核实药害救济申请资格，给付救济金，征收救济金及其他药害救济业务相关事项。在层级上实行2层直线制，在每座市级城市委托一间该市的重点医院设立药害事故救济市级委员会。（其架构见图 3-1）

药害事故救济市级委员会负责本地区内所有有关药品不良反应的监测和接受药品不良反应受害者的救济金申请，并依据此法对受害者的情况进行初级审议，并于一周内如实向上一级药害事故救济国家委员会反映情况并汇报初级审议结果。药害事故救济国家委员会在一个月对事件进行最终核实，并采取相应措施进行赔偿或者驳回申请。药害事故救济国家委员会的成员应按一定的比例由专业的医学、药学、法学等专家担任。而药害事故救济市级委员会可按一定的比例由该重点医院或者其他医院的医学、药学专家担任或者兼任。



4、法定药害事故救济基金来源

在众多学者和社会人士眼中，药害事故发生后，作为以此为盈利的药企必须要承担其中大部分责任，其实这是不公平的。众所周知，一种新药的研制和开发所要花费的企业财力和精力是非常巨大的，而未知科学的领域是无止境的，因此过于强调药企的责任是不明智的。纵然是处在市场经济中，盈利是企业追求的终极目标，但依据一定的风险投资才会有相对收益的市场经济定律来看，要是投资的风险超过药企的承受能力，对于药企的生存，新药的面世，未来人类的健康来说，其带来的后继影响是不可估计的。而作为药品税收的受益者——政府，药品使用的受益者——消费者来说，面对已发生的药害事故，是不是也应该公平的对待，公平的承担自己那份责任呢？

在此文中，笔者对救济基金的来源有几个设想：（1）药品生产企业在推出新药上市或者药品销售企业引进国外进口药品的时候先缴纳一定额度的部分药害事故保证金，然后按每年的销售额再提取一个稳定百分比的金额作为其余部分保证金上交药害事故救济全国委员会。而为了不损害药企的利益和积极性，在规定的年限后，没有发生药害事故，就返还一定比例的保证金给药企；（2）税

收是取之于民，用之于民，在每年国家的财政预算中，拨一定额度的税收给药害事故救济委员会作救济基金之用也是在法理之中；（3）作为每一个现代公民，一生都难免会有机会接触到药品，这就要求每个公民都有义务也有责任为自己的生命安全和健康缴税，缴纳小数额的钱但对于可能受惠一生的药害救济来说民众是能接受的；（4）接受社会团体或者个人的捐赠或其他慈善基金。当然在这几种有效来源中，药企的缴纳的药害事故保证金和政府一定的财政预算是长久的，因此长远来说，它们是占药害事故救济基金的最重要部分，而剩下其他一次性的资金来源在短时间的药害事故救济基金可能占比较重要地位。（具体见图 3-1）

5 药害事故救济申请的法定程序

药害事故怀疑受害者可通过到当地药害事故救济市级委员会申请救济，填写申请书并附送相关资料，向当地市级委员会说明大概情况，并回答市级委员会接待员的相关问题。药品受害人需要证明药品损害事实的存在和损害范围。申请时要提交主要材料有：（1）证明药害事件的直接伤害人曾经的健康状况材料；（2）证明使用致人损害的药品的材料；（3）证明药害事件所造成损失范围的材料。如经市级委员会查证申请人附送资料不合程序或不真实者，市级委员会应通知补正或者依据事实有权直接驳回，如申请人在规定期限10天内不补正所附送资料，逾期将不予受理此次申请。

经过药害事故救济市级委员会的初级审议，将符合申请资格和初级断定为药害事故的申请人资料一周内上报国家委员会，由国家委员会对其进行最终的审议，并在一个月内形成最终提案，反馈回市级委员会，并且由国家委员会直接拨出救济金给申请者账户。（见图 4-1）

综观各国药害救济制度发展，站在谋划我国医药产业健康发展的战略，同时也是对弱者的救助，我们建议尽快构建我国的药害救济制度。

【参考文献】

- [1] 陈哲峰, 为药害责任追究和救济制度呼吁[J], 中国医院院长, 2009 (7)
- [2] 方宇等, 基于价值和权力视角的药品安全监管法学分析[J], 中国药业 2010 年 18 期
- [3] 近年来一系列药害事件分别导致 13 人死亡、11 人死亡、200 人下肢瘫痪和运动性障碍、149 人死亡以及 183 人受害的严重后果。参见唐民皓: 减少药害事件需新思路.[J].健康报网
- [4]陈文瑛等, 国内外药品不良反应救济制度的探讨[J], 药品评价 2010 年 16 期
- [5]孙洲亮等, 浅谈药品不良反应救济制度的构建[J], 中国健康月刊: 学术版 2010 年 3 期
- [6]蒋兴隆,药品召回成本分析及管理研究[D],华中科技大学 2010
- [7]李玉衡等, 药品不良反应监测任重道远: 首届“药品安全性监测与再评价”论坛在京召开[J], 首都医药 2005 年 18 期
- [8]林庆丰, 试论药品不良反应民事责任和救济制度[J], 河北法学 2004 年 3 期
- [9]宋希梅,呼吁卫生行业重视药剂人员的工作[J], 中外医疗 2011-31
- [10]王永卫等,药品经营企业应积极开展药品不良反应监测工作[J],中国药事 2010 年 1 期
- [11]胡生梅,临床上滥用抗生素的危害及原因分析[J], 中国误诊学杂志 2008 年 12 期。
- [12]秦晴等,药品不良反应救济法律制度比较[J],南京医科大学学报: 社会科学版 2010 年 1 期
- [13] 左雪梅等,我国药品不良反应规制现状与缺陷刍议[J], 中国药房 2008 年 4 期
- [14] 齐晓霞,药害事故赔偿责任研究[J], 江淮论坛 2011 年 2 期
- [15] 王泽鉴.民法学说与判例研究(修订版)第二册[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2005.
- [16] 李龙, 台湾药害救济法简介[J],海峡药学 2005 年 3 期

反家庭暴力法若干规定的学理解读

薛宁兰*

家庭暴力并非中国独有，而是世界性的社会问题。修改已有民事刑事法律与制定专门反家庭暴力法并行，是近些年来国际社会防治家庭暴力的法律改革战略。⁵⁷² 2000年以来，我国先后修改婚姻法、妇女权益保障法、未成年人保护法、老年人权益保障法、刑法等法律，将“禁止家庭暴力”上升为一项法律基本原则，并确立相应救助和惩治措施；全国31个省（区、市）修订本地区妇女权益保障法实施办法，增加禁止对妇女的家庭暴力；29个省（区、市）颁行专门的预防和制止家庭暴力地方法规；新近，全国人大常委会公布实施《反家庭暴力法》。⁵⁷³ 这部法律在反家暴的立法理念和制度措施上有许多创新。受篇幅所限，本文仅对反家暴法部分条款予以学理解读，期待相关立法、司法解释及地方实施办法对该法未尽明了事项尽快做出权威解释，促其有效实施。

一、立法之目的

立法目的（或宗旨）是任何一部法律开篇即明确的内容。《反家庭暴力法》第一条指出：“为了预防和制止家庭暴力，保护家庭成员的合法权益，维护平等、和睦、文明的家庭关系，促进家庭和谐、社会稳定，制定本法。”从中可见，我国反家暴法的立法目的是多重的，相互之间环环相扣，不断递进。具体而言，预防和制止家庭暴力，保护该法所调整的社会关系主体的基本权利，是它的首要目的；其次，要建立和维护非暴力的，以“平等、和睦、文明”为特征的婚姻家庭关系；最终，促进家庭和谐与社会稳定。反家暴法恰当处理了个人基本权利保障、非暴力的新型婚姻家庭关系维护与社会和谐稳定的关系，它因此可被解读为人权保障法、文明倡导法、和谐促进法。

反家暴法不同于传统法律部门中的立法，它是一部集实体法规范与程序法规范，民法规范、行政法规范与刑事法规范于一体的社会立法。综合考察这部法律的基本原则、体系架构、特有的预防、制止与救济措施，及其法律责任体系，

薛宁兰，女，中国社会科学院法学研究所研究员。

572 黄列，家庭暴力：从国际到国内的应对（下）[J]，环球法律评论，2002（夏季号）：233-237。

573 《中华人民共和国反家庭暴力法》2015年12月27日由第十二届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议公布，2016年3月1日起施行。

笔者认为，它属于社会保护法范畴。社会保护法以反歧视，保护弱势群体利益，促进权利平等享有和实现为目标。反家庭暴力法秉持这一价值理念，是保障生活在婚姻家庭等亲密关系中的人们免遭暴力侵害，平等相处，充分享有人格尊严权、健康权、生命权等基本权利的“诸法合体式”立法。⁵⁷⁴ 因此，从法律体系角度看，反家暴法属于社会法范畴，若将之归于民法部门中的婚姻家庭法，难免有望文生义之嫌。

二、家庭暴力之界定

实施《反家庭暴力法》的首要关键，在于正确理解家庭暴力这一核心概念。反家暴法第二条将家庭暴力界定为：“家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。”理解这一概念，需从家庭暴力的关系主体、行为方式及类型两方面展开。

（一）家庭暴力的关系主体

“家庭暴力的关系主体”，是指家庭暴力的实施者和直接受害人。⁵⁷⁵ 反家暴法第二条指出家庭暴力是发生在“家庭成员之间”的不法侵害之后，第三十七条又规定：“家庭成员以外共同生活的人之间实施的暴力行为，参照本法规定执行。”因此，它所调整的家庭暴力的主体范围涵盖家庭成员和有共同生活关系的非家庭成员两类。

1. 家庭成员。家庭成员是家庭暴力侵害的关系主体中的最主要类型。家庭成员是一个耳熟能详的用语，在我国立法中被广泛使用。⁵⁷⁶ 然而，何谓“家庭成员”，确定其的标准是什么？在我国宪法、民法通则、婚姻法中并没有界定。学理上，有学者建议“将具有权利义务关系的亲属作为划定家庭成员范围的基本标准。”⁵⁷⁷ 也有学者直接对此做出界定，认为“家庭成员是指依法享有一定权利和负担一定义务的亲缘关系最近的近亲属，包括父母与子女、夫与妻、兄弟姐妹、祖父母与孙子女、外祖父母与外孙子女。”⁵⁷⁸ 两种见解的主要依据是现行婚姻法。

⁵⁷⁴ 薛宁兰：论国家家庭暴力法的定位与宗旨——基于《反家庭暴力法（征求意见稿）》的思考[J]，中华女子学院学报，2015（2）：22。

⁵⁷⁵ 蒋月：家庭暴力的概念和内涵之诠释[J]，妇女研究论丛，2016(1):7。

⁵⁷⁶ 例如，婚姻法规定“禁止家庭成员间的虐待和遗弃。”（第三条）、“家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。”（第四条）治安管理处罚法规定，虐待家庭成员，被虐待人要求处理的，或者遗弃没有独立生活能力的被扶养人的，处五日以下拘留或者警告。（第四十五条）刑法规定“虐待家庭成员，情节恶劣的，处二年以下有期徒刑、拘役或者管制。”（第二百六十条第一款）

⁵⁷⁷ 夏吟兰：家庭暴力概念中的主体范围分析[J]，妇女研究论丛，2014(5):51。

⁵⁷⁸ 同前页注释②：7。

现行婚姻法在第三章家庭关系中，确立了夫妻、父母子女、兄弟姐妹、祖孙四类近亲属间的权利义务。现行继承法所列法定继承人范围⁵⁷⁹也与婚姻法的上述规定吻合，夫妻、父母子女、兄弟姐妹、祖孙因此享有相互继承遗产的权利。儿媳与公婆、女婿与岳父母之间，通常情形下互不享有法定权利，也不承担法定义务。⁵⁸⁰可见，依照现行法，家庭成员仅限于配偶及上述所列血亲，并不包括儿媳与公婆、女婿与岳父母等姻亲。显然，这是有局限性的。反家暴法对于家庭成员范围的界定，既要注意与现行婚姻法、继承法的对接，又要基于反家暴立法的宗旨，有所突破。笔者认为，反家暴法第二条所谓“家庭成员”的范围，除包括婚姻法确立的夫妻、父母子女、兄弟姐妹、祖孙四类亲属外，还应将儿媳与公婆、女婿与岳父母等姻亲纳入。这是因为，一方面，现实生活中，夫妻双方发生纠纷后常会波及对方的父母（公婆或岳父母）及其家庭成员（姑嫂叔伯等）。对于姻亲间的暴力冲突，实务中常将之作为家庭暴力对待；另一方面，计划生育政策实施多年后，我国家庭的少子化和结构单一化成为普遍状态，姻亲尤其是直系姻亲，即便不在同一屋檐下共同生活，也不可避免地发生着情感的、经济的联系。在制定民法典，完善婚姻家庭法的当下，我国有必要在确立亲属和近亲属范围时，借鉴其他国家和地区民法典⁵⁸¹，将一定范围内的姻亲纳入法律的调整范围。

2. 有着共同生活关系的非家庭成员。反家暴法不仅要规制婚姻家庭内部的暴力，还要预防和制止其他亲密关系中的暴力行为。我国反家暴法最终将之表述为“家庭成员以外共同生活的人”。“共同生活”一词在婚姻家庭法中常被使用，它通常是指夫妻、父母子女、兄弟姐妹、祖孙等亲属之间基于亲属身份，所为的同食共寝，以及夫妻间的性生活。反家暴法第三十七条所谓“共同生活”的含义，当然不是指亲属间的共同生活，而是指非家庭成员之间基于某种特殊的情感关系或依法具有类似于家庭成员的权利与义务而形成的共同生活关系。非家庭成员间的共同生活关系类型，既包括由恋爱所形成的非婚同居关系，也包括依法形成的监护、扶养、寄养关系，同时，还包括家庭成员以外的其他亲属之间形成的事实

579 《继承法》第十条规定：“遗产按照下列顺序继承：第一顺序：配偶、子女、父母。第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。”第十一条规定：“被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的晚辈直系血亲代位继承。代位继承人一般只能继承他的父亲或者母亲有权继承的遗产份额。”

580 《继承法》第十二条规定：“丧偶儿媳对公、婆，丧偶女婿对岳父、岳母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。”可见，儿媳女婿对公婆岳岳父母遗产享有继承权，仅为该法确立的特殊情形。

581 例如，《日本民法典》第725条将六亲等内的血亲、配偶、三亲等内的姻亲确立为亲属；《韩国民法典》第767条将亲属定义为“配偶、血亲及姻亲为亲属。”我国澳门地区民法典第1461条指出：“结婚、血亲关系、姻亲关系及收养均为亲属法律关系之渊源。”我国台湾地区民法典亲属编第一章通则，在第969条、第970条、第971条中，对姻亲的概念和范围、亲等、姻亲关系的消灭做出较为详尽规定。

上的共同生活关系。

反家暴法将有着共同生活关系的非家庭成员之间的暴力纳入规制范围，其合理性可从三方面展开：（1）扩大该法调整的关系主体范围，是反家庭暴力法的性质决定的。反家庭暴力法是社会保护法，不是婚姻家庭法，它所调整的关系主体范围可以不与婚姻法完全纯合。不仅如此，在我国新近颁行的处理家庭暴力犯罪的相关规定中⁵⁸²，已将因监护、扶养、寄养、同居等关系而共同生活的人们之间的暴力犯罪纳入家庭暴力犯罪范畴；（2）这些非家庭成员间有着情感的、经济的依赖性，彼此关系接近或类似于“家庭成员关系”。他们之间暴力的特征也与家庭成员间的暴力非常相似，例如，暴力行为反复发生，具有周期性；暴力行为发生后外界难以知晓，具有隐蔽性；加害人行为的动机常常是为控制对方，等等；（3）扩大调整的主体范围是国际反家庭暴力运动经验的总结，也为许多国家及地区立法采纳。然而，已有立法例通常将之称为“特定的亲密关系之人”，并不强调双方具有“共同生活关系”。⁵⁸³ 我国法如此规定，会将没有共同生活关系的“前配偶”、“前同居者”之间发生的暴力排除在外。这样是否妥当，值得进一步观察和讨论。

（二）家庭暴力的行为方式与类型

在列举常见的家庭暴力行为方式和两种主要暴力类型后，反家暴法第二条分别用两个“等”字，予以兜底。这为今后执法和司法时，根据具体案情，认定家庭暴力，留出了解释和裁判的空间。

1. 在行为方式上，作为和不作为都可构成家庭暴力

以作为的方式实施家庭暴力是常见的，如“殴打、捆绑、残害、谩骂、恐吓，限制人身自由”等。然而，家庭成员或有共同生活关系的非家庭成员之间的不作为也可以构成家庭暴力，这主要是指监护人或扶养照料者对无或限制行为能力的被监护人、被扶养照料者负有法定作为义务，但懈怠履行此项义务，如不给他们吃饱、穿暖、不予照料护理，或将之遗弃，有病不给治疗等等，使其处于冻饿、生命健康和得不到保障的危险境地，甚或造成伤残死亡的损害后果。这些不

582 2015年3月，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》指出：“发生在家庭成员之间，以及具有监护、扶养、寄养、同居等关系的共同生活人员之间的家庭暴力犯罪，严重侵害公民人身权利，破坏家庭关系，影响社会和谐稳定”，应当依法及时、有效干预和惩治。参见黄尔梅主编：《家庭暴力犯罪案件司法政策理解适用与案例指导》，北京：人民法院出版社，2015年，第3页。

583 例如，韩国1998年《家庭暴力处罚特别法》、南非1998年《反家庭暴力法案》、美国2005年《反对针对妇女的暴力法案》，以及我国台湾地区1998年《家庭暴力防治法》、香港地区2009年《家庭及同居关系暴力条例》等，均将曾为配偶者、曾为血亲或姻亲关系者、曾为同居关系者等纳入主体范围。

作为也构成家庭暴力，如果致被监护人、被扶养照料者身体受到严重损害甚或死亡的，依照我国刑法，可构成遗弃罪或者故意杀人罪，例如，发生在南京市的一吸毒母亲将两个年幼女儿留置家中，长期不归，致使姐妹俩死亡案，审理法院最终以故意杀人罪判处被告人无期徒刑。

2. 性暴力也是家庭暴力的独立类型

反家暴法确认身体暴力和精神暴力这两种最常见的家庭暴力类型。对于性暴力能否作为家庭暴力的独立类型，立法过程中颇有争议。反家暴法最终未将性暴力独立归类，而是用“等”字涵盖在未列举的暴力类型中。

笔者认为，性暴力也是常见的家庭暴力类型，属于反家暴法第二条所谓“等行为”之列。将性暴力作为家庭暴力的独立类型，理由主要是：

(1) 它是性别间暴力的特有形式。性自主权是自然人享有的一项基本人格权，我国依法保护妇女和女童的性自主权，除在制定民法典总则编时应在民事权利一章明确列举性自主权、在刑法中设强奸罪、奸淫幼女罪外，还应在界定反家庭暴力法的核心概念——家庭暴力时，将性暴力单独列举，从而明确即便是夫妻之间，也不能借履行夫妻互负同居义务之名，在对方不愿意的情形下，采取暴力的方式强迫对方发生性关系。并且，发生在家庭等亲密关系中的性暴力不限于夫妻之间，也会出现在父母子女等其他亲属，以及共同生活者之间。2014年初，最高人民法院公布十大涉家庭暴力典型案例，案例十便是养女长期被养父性侵害的犯罪案件。

(2) 家庭内部的性暴力对受害人的损害后果严重并且持久。全国妇联和国家统计局2010年联合组织开展的“第三期中国妇女社会地位调查”数据显示，遭受家庭暴力的妇女中，有1.7%曾在婚姻生活中遭受过强迫性行为。⁵⁸⁴婚姻生活中的性暴力实为婚内强奸。它对受害人的影响和伤害远比单纯的精神暴力和身体暴力严重。由于夫妻间的性行为是婚姻家庭关系中最为私密之事，加之“家丑不可外扬”传统观念制约，许多妇女在遭受性暴力后只能默默承受。如果不将这种有损人格尊严的暴力侵害纳入法律规制范围，极易形成性暴力的“恶性循环”，并会成为一些女性实施“以暴制暴”违法犯罪行为的直接诱因。

(3) 将性暴力作为家庭暴力的独立类型有着国际法上的依据和国内先例。

584 宋秀岩主编，新时期中国妇女社会地位调查研究（下卷）[M].北京：中国妇女出版社，2013:493.

1992年联合国消除对妇女歧视委员会“对妇女的暴力行为”第19号一般性建议，1993年联合国《消除对妇女暴力宣言》、1995年北京第四次世界妇女大会《行动纲领》，都确立了性暴力在家庭暴力类型中的独立地位。将对妇女的家庭暴力概括为“在家庭内发生的身心方面和性方面的暴力行为”。1996年，联合国《家庭暴力示范立法框架》建议各国立法界定家庭暴力时“采用尽可能宽泛的有关家庭暴力行为以及在家庭暴力中的各种关系的定义”。指出“所有这些由家庭成员对家庭中的妇女所施加的以性别为基础的肉体上的、精神上的以及性的侵害行为，……都可视为‘家庭暴力行为’。”⁵⁸⁵

三、监护人资格撤销与恢复

对于遭受家庭暴力的特定人群给予特殊保护，是反家暴法确立的一项基本原则。⁵⁸⁶其中，未成年人和不具有完全行为能力的成年人，属于无或限制行为能力者，不能独立或不能完全独立进行民事活动。他们的人身、财产及其他合法权益保障通过民法监护制度，由监护人予以监督和保护。现代监护制度以保护被监护人权益为基本目的，对于父母等监护人懈怠监护义务或滥用监护权利，严重侵害被监护人利益的，国家公权力会及时介入，通过司法程序，撤销其监护资格，由其他监护人承担监护职责；没有其他监护人的，由法院另行指定监护人。在我国，对于未成年人，在没有合适人员和其他单位担任监护人的情况下，法院应指定民政部门担任监护人，由其所属儿童福利机构收留抚养。⁵⁸⁷当家庭监护失灵时，国家公权力及时介入，由公权机构（民政部门）或社会组织代表国家履行对儿童的监护责任，是当代监护制度公法化和社会法化之表现。⁵⁸⁸

严格说来，监护人资格撤销是民法监护制度的必要组成，对其制度构成的设计是民法总则和婚姻家庭法的任务。然而，由于我国民事立法长期处于婚姻法先行“独立”、民法典长期缺位、民法通则变通补遗的状态，监护制度一直存有缺漏。现行《民法通则》、《未成年人保护法》虽设专条规定监护人资格撤销⁵⁸⁹，却

585陈明侠、夏吟兰、李明舜、薛宁兰主编《家庭暴力防治法基础性建构研究》[M]，北京：中国社会科学出版社，2005:368-369。

586《反家庭暴力法》第五条第三款规定：“对于遭受家庭暴力的未成年人、老年人、残疾人、孕期和哺乳期的妇女、重病患者给予特殊保护。”

587 参见最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》第36条。

588 曹诗权《未成年人监护制度研究》[M]，北京：中国政法大学出版社，2004:240；李霞《监护制度比较研究》[M]，济南：山东大学出版社，2004:249。

589《民法通则》第十八条第三款规定：“监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担民事责任；给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格。”《未成年人保护法》第五十三条规定：“父母或者其他监护人不履行监护职责或者侵害被监护的未成年人的合法权益，经教育不改的，人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销其监护人的资格，依法另行指定监护人。”

原则性强、难以实施，致使这一制度“沉睡”多年，没有发挥应有作用。⁵⁹⁰《反家庭暴力法》在家庭暴力的处置一章专条就监护人对被监护人实施暴力，依法撤销其监护资格做出规定。第二十一条第一款规定：“监护人实施家庭暴力严重侵害被监护人合法权益的，人民法院可以根据被监护人的近亲属、居民委员会、村民委员会、县级人民政府民政部门等有关人员或者单位的申请，依法撤销其监护人资格，另行指定监护人。”与《民法通则》第十八条第三款、《未成年人保护法》第五十三条相比，《反家庭暴力法》不仅明确了监护人对被监护人实施家庭暴力是撤销其监护资格的法定情形，还明确请求权人范围，具体化了前两部法律所谓“有关人员或者有关单位”。

笔者认为，本项条款还有需进一步细化之处。首先，哪些具体情形构成本条所言“严重侵害被监护人合法权益”，这无疑会成为今后司法的焦点。2015年1月1日起施行的最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》（以下简称“意见”）对此有较为详尽列举，其第三十五条以例示性方法，详细列举六项具体情形和一项兜底条款。⁵⁹¹从中可见，该条所列可判决撤销监护人资格的六种情形，均是“严重侵害被监护人合法权益”的行为，这与反家暴法第二十一条精神相吻合。换言之，监护人有家庭暴力行为的，并非一律产生撤销其资格的法律后果，只有那些“屡教不改”，或对被监护人身心“造成严重后果”，甚或“构成犯罪”的，才属于反家暴法第二十一条第一款所言可依法撤销其监护人资格的情形。

再者，监护人资格被依法撤销后能否恢复，以及何种情形下方可恢复？对此，《反家庭暴力法》没有涉及。笔者认为，法律确立撤销监护人资格制度的目的是多重的：既是对监护人先前暴力行为的民事制裁，也是对受到侵害的被监护人的民事救济，更是阻却监护人对被监护人继续实施暴力的预防措施。对于原监护人确有悔改表现的，可在制度建构时，增加监护资格恢复的规定，为其改过自新留有空间。毕竟，家庭对于儿童、对于成年的不具有完全行为能力者而言，是其安

590 据报道，从1986年—2013年，全国无一例撤销监护人资格案件进入司法程序。参见“剥夺监护权制度‘沉睡’二十余年”，《京华时报》，2013年7月8日，第C02版。

591 《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》第35条规定：“被申请人有下列情形之一的，人民法院可以判决撤销其监护人资格：（一）性侵害、出卖、遗弃、虐待、暴力伤害未成年人，严重损害未成年人身心健康的；（二）将未成年人置于无人监管和照看的状态，导致未成年人面临死亡或者严重伤害危险，经教育不改的；（三）拒不履行监护职责长达六个月以上，导致未成年人流离失所或者生活无着的；（四）有吸毒、赌博、长期酗酒等恶习无法正确履行监护职责或者因服刑等原因无法履行监护职责，且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人，致使未成年人处于困境或者危险状态的；（五）胁迫、诱骗、利用未成年人乞讨，经公安机关和未成年人救助保护机构等部门三次以上批评教育拒不改正，严重影响未成年人正常生活和学习的；（六）教唆、利用未成年人实施违法犯罪行为，情节恶劣的；（七）有其他严重侵害未成年人合法权益行为的。”

身立命的最佳场所。在监护人资格撤销制度中增加资格恢复环节，符合反家暴法的立法目的。“意见”第四十条以“确有悔改表现”和“适宜担任监护人”做为恢复监护人资格的条件，为监护人资格恢复确立了基本判断标准。

鉴于“意见”只适用于儿童（即未成年人）监护人资格的撤销与恢复，故有必要在适用反家暴法相关解释或地方实施办法中，以该法第二条确立的家庭暴力概念为依据，对因家庭暴力致监护人资格撤销中的“严重侵害被监护人合法权益”的情形做出解释，例如，对被监护人实施身体的、性的、精神的侵害，严重损害其身心健康的；再如，将被监护人置于无人监管和照看状态，致其面临死亡的现实危险或者造成严重伤害后果。对于监护人资格恢复（及不得恢复）的情形，由于反家暴法未专条规定，实务中，可依“意见”规定执行。期待立法机关起草民法总则，编纂民法分则婚姻家庭编时，对监护人资格撤销与恢复做出全面系统完善。

四、人身安全保护令性质与内容

人身安全保护令，是人民法院为保护家庭暴力受害人的人身和财产免受施暴人侵害而依法做出的裁定。民事保护令制度是上世纪80年代以来，国际公认的保护家庭暴力受害人的有效司法救济措施。它为许多国家法律所采用，弥补了传统法律仅限于事后救助家庭暴力受害人的局限性，增强了对受害人的事前和事中保护。我国《反家庭暴力法》从实体内容到程序规范，专章系统地对民事保护令制度做出规定，内容包括：保护令的申请、申请的形式、管辖法院、适用的条件、保护令的种类、保护令的内容、保护令的有效期限，以及保护令的送达与执行。

关于人身安全保护令的性质，**首先**，它不是令加害人承担的民事法律责任，而是对受害人的司法救济措施。表面上看，民事保护令的内容，均是针对加害人的，如禁止其实施一定行为（不得继续施暴），或者责令其实施一定行为（迁出住所）。实际上，反家暴法如此规定的目的在于，通过法院发布要求加害人不为或为一定行为的命令，来保护受害人人身安全，而不是以此惩罚加害人。对于加害人行为的惩处，我国民事、行政、刑事法律中已有规定，可根据加害人行为的违法程度，决定其所应承担的法律责任。就民事法律责任而言，加害人的暴力行为因此导致离婚的，可依照婚姻法，由无过错配偶一方提起离婚损害赔偿；加害人的暴力行为致受害人有损失的，可依照侵权责任法，提起侵权损害赔偿；还可

依民法通则，对严重侵害被监护人权益的加害人，撤销其监护人资格等。再者，人身安全保护令也不属于民事强制措施。依照我国《民事诉讼法》，拘传、罚款、训诫、拘留是针对诉讼参与人（包括原被告等）和其他有妨碍民事诉讼行为的人所采取的强制措施，其目的在于保证诉讼程序正常进行，故，民事强制措施依附于已经开始的民事诉讼。人身安全保护令独立存在，申请人身安全保护令并不依赖于已经开始的民事诉讼，也不依赖于其他任何法律程序。⁵⁹² 它发挥着制止暴力、遏制暴力升级，保障受害人安全的特殊功能。

人身安全保护令的内容，是法院依法核发的，对家庭暴力受害人的具体救助与保护措施。它是民事保护令制度的核心。在其他国家及地区的法律中，基于救济范围、救济时间、适用条件等不同，将保护令分为通常保护令、暂时保护令或紧急保护令不同类型⁵⁹³，并且，不同类型保护令的内容是不同的。我国《反家庭暴力法》没有对此做出区分，仅在第二十九条一般性地列举出保护令的四项具体措施，即：（一）禁止被申请人实施家庭暴力；（二）禁止被申请人骚扰、跟踪、接触申请人及其相关近亲属；（三）责令被申请人迁出申请人住所；（四）保护申请人人身安全的其他措施。本条采例示性立法方法，列举了禁止施暴令、禁止接触令、迁出令三项具体措施，同时配以一项兜底条款。据报道，反家暴法实施后不久，各地法院陆续核发人身安全保护令，其内容主要是法条明确列举的禁止施暴令和禁止接触令。可以想见，司法实践会不断丰富人身安全保护令的内容，本条所谓“保护申请人人身安全的其他措施”，需要最高法院在司法解释中予以具体化。依其他国家和地区法律规定，紧急保护令的内容不如通常保护令广泛。例如，我国台湾地区“家庭暴力防治法”第14条确立的通常保护令的内容有十三项之多，除禁止令、迁出令、远离令外，还包括：给付令，如判令加害人支付被害人医疗费、住所租金、子女的抚养费 and 学费等；决定令，如确定其与未成年子女会面交往的时间、地点及方式，或暂时停止其行使会面交往权，或暂时停止其监护权；防治令，如命令加害人完成处遇计划等。⁵⁹⁴

592 《反家庭暴力法》第二十三条确立了人身安全保护令的独立性，规定：“当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险，向人民法院申请人身安全保护令的，人民法院应当受理。”

593 夏吟兰主编《家庭暴力防治法制度性建构研究》[M].北京:中国社会科学出版社,2011:157.

594 “加害人处遇计划”是台湾地区家庭暴力防治法第二条确立的对加害人的矫治措施，其内容包括：对加害人的认知教育辅导、亲职教育辅导、心理辅导、精神治疗、戒瘾治疗或其他辅导与治疗。

结 语

反家暴法立足于对婚姻家庭及其他共同生活关系中妇女、儿童、老人、残疾人等易受侵害群体基本权利的保障,是国家对家庭暴力进行系统化、制度性防治,推进社会治理体制创新法律制度建设的重要举措。反家庭暴力法集预防、制止、救助、惩戒等多种功能于一体,其防治措施是综合性的;它强调预防为主、早期干预,确立了若干对家庭暴力的事前预防和事中制止措施,弥补了已有相关法律过于原则和零散,侧重事后救济与惩戒之不足,丰富和强化了国家、社会干预家庭暴力的法律措施和手段,从而进一步完善了我国反家庭暴力法律体系。

共享理念下老年人社会参与的法律保障

张毅

【摘要】老年人社会参与，是宪法赋予老年人的一项基本权利。老年人平等、有尊严地参与社会生活是共享理念的具体体现。现有涉老法律制度规定笼统，缺乏可操作性，影响和制约了老年人社会参与的实现。通过完善老年人社会参与立法，建立老年人就业促进法律制度，鼓励老年群体代表参与立法决策，构建以共享理念为基石的老年人社会参与法律保障体系。

【关键词】社会参与 共享理念 法律保障

“最是人间留不住，朱颜辞镜花辞树”，变老是每个人都无法回避的话题。国家统计局公告显示，截至2015年底，我国60岁以上的老年人口已达到2.2亿，占总人口的16%左右。预计到2050年，这一数字将攀升至4.8亿，几乎占全球老年人口的四分之一。为此，2016年5月27日，习近平在中共中央政治局第三十二次集体学习时强调：“要着力增强全社会积极应对人口老龄化的思想观念。要积极看待老龄社会，积极看待老年人和老年生活。老年是人的生命的重要阶段，是仍然可以有作为、有进步、有快乐的重要人生阶段”。人口老龄化如同一把双刃剑，一方面，它会加重社会负担；但另一方面，老年人丰富的人生阅历又是社会不可多得的财富。如何发挥老年人的余热，促进老年人社会参与，实现老有所为是在全面建成小康社会进程中必须深入思考、着力解决的问题。

一. 老年人社会参与

老年人社会参与，也称老年人参与社会发展，对这一问题的探讨是伴随“老有所为”概念的提出而进行的。邬沧萍教授认为“老有所为”就是老年人保持独立性，尽量不依赖别人，在力所能及的情况下，继续为国家、社会、家庭等做出贡献^[1]。袁缉辉将老年人社会参与参与划分为狭义和广义两种方式。狭义的社会参与是指老年人通过各种形式直接参与社会活动；而广义上，还包括老年人为自己家庭成员服务的劳务和活动^{595 [2]}。联合国秘书长安南在《第二次老龄问题世界

595笔者认为，家务劳动虽然也创造价值，但其发生的领域主要局限在家庭范围内，与社会层面的互动较少，因此，不宜作为社会参与方式进行研究。本文所指的老年人社会参与行为主要体现为老年人在经济、政治、文化等方面的社会劳动与社会活动。

大会以来老龄问题领域的重大发展》报告中指出,老年人参与社会具有多种含义,其中尤其包括积极参与涉及自己切身福祉的政策执行,同年轻一代分享知识和技能,组织能够表明老年关心所在并维护老年权利的运动或社团^[3]。老年人参与社会的不同层面,是实现老年人权利的关键,也是赋予老年人权利的重要手段。

这既然人天生是社会的生物,那他就只能在社会中才能发挥其真正的天性^[4]”。这是马克思主义对人的本质的最经典概括。人是社会的人,社会属性是人的本质属性。老年人不仅渴望从自然属性上延缓衰老,更需要通过社会属性上需要的满足,来实现自身价值^[5]。老年人通过有所作为,实现内在的自我完善和外在的社会参与^[6]。社会参与使老年人对自身有一个正确的认识,同时也可获得来自社会的客观公正的评价。

老年人社会参与是老年人的共同愿望,更是社会对老年人的需要。人口老龄化不可避免地伴随着劳动力的结构性短缺、提高社会抚养比,加大养老服务需求等一系列问题,但强制性退休制度却导致老年人人力资源的极大浪费。如果老年人在退休后一定时期内继续在业或再就业,既可以开发老年人人力资源,又可以缓解劳动力结构性短缺、减轻社会负担^[7]。

就目前我国老年人社会参与的实际情况来看,总体参与水平不高,城乡差异明显。干农活、文化娱乐等“生存型”的参与行为仍是现阶段我国老年人社会参与的主要方式,而依赖一定知识和技能的“发展型”社会参与明显缺乏。在健身、娱乐、爱好、公益活动等社会参与行为中,老年人具有明显的自我性、差异性和极强的“政府依赖”情结,通常对由政府、街道和社区组织开展的活动抱有更大的参与热情和积极性。学者分析认为,要提高老年人的社会参与水平,政府必须承担主要责任。通过组织大型的高层次的活动吸引老年人参与其中,要把满足老年人多方面需要作为老龄工作的着眼点,制定行之有效的对策。

调查还发现,我国城乡老年人的社会参与行为具有明显的差异性。在城市,老年人的社会参与行为主要集中在第二、第三产业的经济活动;而在广大农村,老年人则主要参与第一产业经济活动,农村老年人的劳动参与率远远高于城市老年人^[8]。城市人口中,有近三分之一的老年人渴望退休后能继续从事有收入的工作,但实际上仅有其中的极少部分老年人能够如愿获得继续工作的机会。“低就

业率”和“高就业意愿”的矛盾十分明显。农村人口中，有近一半的老年人表示他们仍然在“干农活”，但绝大多数人坦言实际上自己已经“干不动”农活了，“高劳动参与率”与“低劳动参与能力”的矛盾非常突出^[9]。既然社会参与是老年人的一项基本权利，那么老年人就有权利选择参与或不参与，有权利选择以何种形式参与。城市老年人“就业无门”与农村老年人“被迫劳动”，这种矛盾的现实，折射了我国在支持和鼓励老年人社会参与的机制和环境上的不足，亟待制度完善。

二. 共享理念与老年人社会参与

党的十八届五中全会指出：“共享是中国特色社会主义的本质要求。必须坚持发展为了人民、发展依靠人民、发展成果由人民共享^[10]”。共享理念所追求的“人人参与、人人尽力、人人享有”，一直是人类社会发展的理想和目标。老年人作为社会的一员，曾为社会进步和经济发展作出了贡献，在共享社会 and 经济发展成果时与其他年龄的社会成员应该具有完全平等的权利和公平的机会。

1999年国际老年人年将“建立不分年龄人人共享的社会”作为主题，《联合国老年人原则》规定老年人有融入社会、参与发展、继续贡献知识和技能的权利。积极老龄化（**active aging**）理念更是强调老年人的社会参与，主张创造条件与机会让老年人能够不断地参与经济、教育、文化和社区公益服务，从而丰富老年人的生活，激发老年人的活力，提高老年人的生活质量。老年群体作为一种社会力量，完全可以被看作是一种社会资源，而不仅仅是社会的负担。共享是老年人社会参与的价值基础，共享更是老年人社会参与的价值目标。

首先，共享意味着权利。美国《独立宣言》庄严宣告，“我们相信这是不言而喻的真理：人人生而平等，造物主赋予他们若干不可剥夺的权利，其中包括生存、自由和追求幸福的权利^[11]”。老年人参与社会发展，共享社会发展的成果，是老年人之天赋人权。任何一个国家的人口构成都包括少儿人口、劳动年龄人口和老年人口。他们之间是衣钵相传的继承，是对社会资源的合理投资，是利益的分享和分配。老年人与其他年龄的人人共享，彰显着代际间的继承关系。子辈正是在祖辈、父辈积累的社会财富、社会经验的基础上，不断地进行生产和扩大再生产，从而推动人类社会向前发展。所以，享受当今社会发展的成果，是老年人

理应享有的权利。这一权利的享有，并非基于社会福利原则，而是基于更具根本性的法权，即公民权利。在公民权利的观念下，所有社会成员在政治上和法律上完全平等，老年人有权在养老、医疗、社会参与等方面得到制度化的、无歧视的保障和救助；政府有责任、有义务满足老年人的这些基本需求。老年人积极参与社会发展，无关人道主义的同情怜悯，而是对公民权利的完整回应。

其次，共享意味着平等。“平等是一切人类同胞所具有的权利，这些人同样具有知觉——感情——认识，他们被置于同等条件下：享受与他们存在的需要和官能相联系的同样的财富，并在任何情况下都不受支配，不受控制。平等被认为是一切人都可以享受的权利和正义^{【12】}”。就一个国家而言，科学、社会和经济发展的成果都应该由全体社会成员平等地享有。联合国《老龄问题维也纳国际行动计划》指出：发展的目标是在全体居民充分参与发展过程并公平分配所得利益的基础上，改善全体居民的生活…使不同年龄组的人平等分享社会资源、权利并且平等地分担责任。老年人作为社会的一员，理应在共享社会和经济发展的成果方面享有与其他年龄的社会成员完全平等的机会。然而，在从农耕文明向商工文明转变的过程中，老年人的社会地位急剧下降，社会价值被贬低已经是不争的事实。这种情况违背了社会发展、社会进步的理念，也背离了社会发展的终极目标^{【13】}。任何一个国家、任何一个时期的社会发展无不是在前人贡献和创造的基础上获得的。一个国家或社会不能割裂历史，更不能忽视、漠视甚至歧视曾经作出过贡献，如今淡出经济舞台的老年人。实质上，代际公平与合作是社会可持续发展的基本前提之一，人人皆会变老，老年人共享权利实现与否关乎每个社会成员的共同利益。

最后，共享意味着尊严。尊敬老年人、维护老年人的尊严是人类社会所独有的一种特权，是人类文明的具体体现。“今之孝者，是谓能养。至于犬马，皆能有养，不敬何以别乎？”这早在两千多年前，孔子就告诫人们不仅要奉养老人，更要尊敬老人，让每一位老人能够有尊严地老去。人权，建立在人类反思生命意义、追寻生命价值的人性基础之上，其最根本的目的便是要使所有人的尊严获得平等的承认与尊重^{【14】}。一个人为什么能够受到尊重？其原因也许很多，但最基本的，是因为这个人在社会参与中，为经济、社会发展和人类进步做出了突出贡献。人们感激他们，从而赋予他们某些权利。老年人是人群中的长者、智者，他

们曾经长期参与社会实践，不仅辛苦哺育了后代，还为推动社会的发展做出了卓越的贡献，对知识的传承和社会的和谐起着不可比拟的作用。“一位老年人去世，如同一个图书馆的焚毁”。老年人是连接过去、现在和未来的桥梁，他们理所当然该受到全社会的尊重，享有尊严！1963年，日本《老年人福利法》的制定，首开世界各国为老年人福利专门立法之先河。其基本理念便是：老年人积累了多年经验，为社会发展作出贡献，因而应受到尊敬，并保障其过上健康而安逸的生活；国家和社会应该按照老年人的希望和能力，为其提供从事适当工作以及参与其他社会活动的机会^[15]。

三. 老年人社会参与的法律保障

法律是社会关系的调节器，归根到底是社会利益关系的调节器。对涉及社会重大利益关系的问题，法律都无法回避。不言自明，相对于人类的欲望，社会资源总是有限和稀缺的，不可能满足所有人的所有需求，因此对资源的竞争是社会存在的常态。老年人继续在业、重新就业等社会参与行为不可避免地会与中青年争夺就业机会，引发利益冲突。为了更好地协调各方利益，避免各方在冲突中两败俱伤，就需要借助外力，改变事物发展的原有轨迹，使其按照预先选定的价值方向发展。法律以国家强制力为后盾，当仁不让地承担了这一重任。正如庞德所言：“法律的功能在于调节、调和与调解各种错杂和冲突的利益……以便使各种利益中大部分或我们文化中认为最重要的利益得到满足，而使其他的利益最少的牺牲^[16]”。法律须以共享理念为基石，为老年人社会参与提供制度化的保障。

（一）完善老年人社会参与立法

回顾我国有关老年人社会参与的法律、政策不难发现，随着我国人口老龄化程度的加深，老年人社会参与的主体范围不断扩大，参与内容更加具体，国家和社会对老年人社会参与的支持也在不断加大。1996年颁布实施的《中华人民共和国老年人权益保障法》（简称《老年法》）第一次用立法的形式规定了我国老年人社会参与的权利，是我国老年人参与社会发展的重要法律依据。但遗憾的是，《老年法》只是笼统地规定“国家应当为老年人参与社会主义物质文明和精神文明建设创造条件”，却无具体的实施细则，又缺少相关的配套法律措施，造成法律与政策性文件界限不清、职能不明。在《国务院关于老年服务保障体系 2011—2015 规划》和《中国老龄事业发展》白皮书等政策性文件中，虽然也论及老

年人在参与社会发展方面享有的权利，但其规定仍然是重复性、原则性和概况性的表述，对如何保障老年人权益的具体实现没有细化的法律措施。立法文件零散、实施效果差，缺乏统筹协调…这些内生性的缺陷，严重影响和制约了老年人社会参与权利的实现。

依据宪法而制定的《老年法》，是宪法保护老年人特殊权益精神的具体化，同时它又是一部维护老年人权益的专门法，是老年人维护自身特殊权益最直接、最有效的法律武器。在其立法中，应当明确保障老年人社会参与的政府责任——各级政府有义务逐步改善和提高老年人生活、健康以及社会参与的条件，保证足够的资金投入，要在各级政府的财政预算中设立促进老年人社会参与的专项资金，并以政府责任的形式在立法中予以体现。法彦云，“无救济，则无权利”，法律还应为老年人提供明确而具体的权利救济手段，在社会参与权受到侵害时，老年人可以依法向司法机关起诉，司法机关也可做到有法可依。

在司法实践中，《老年法》还应当和其他部门法一样，具备法律的基本属性：即法律的强制性，任何公民、社会组织和国家机关都必须以此为行为准则，严格贯彻执行；法律的权威性，下位的法规条例政策，不得与之相抵触；法律的稳定性，不能因领导人看法和注意力变化或领导成员的更替而改变；法律的实践性，各有关部门都要依据《老年法》所规定的原则，各司其职，确保《老年法》的贯彻执行。

（二）建立老年人就业促进法律制度

美国心理学家雷蒙德·卡特尔将人类的智力划分为流体智力和晶体智力两大类。流体智力是基本心理过程的能力，它随年龄的衰老而减退；而晶体智力是运用已有知识和技能去吸收新知识和解决新问题的能力，这些能力并不随年龄的增长而减退^{597 [17]}。老年人口是蕴藏着巨大人才资源的宝库。在这一群体中，除少数人体弱多病无法继续工作外，多数人仍能发挥作用却被强制离开了岗位，这实在是人才资源的极大浪费。为此，2006年8月全国老龄委《中国老龄事业发展“十一五”规划》中明确提出要“积极开发老年人才市场”，并要求各地“根据市场需求和老年人的志愿，积极搭建老年人才服务平台，开拓老年人才参与社会的渠道^{598 [18]}”，对老年人力资源参与社会经济发展提出了明确要求。但目前

对老年人再就业的扶持仅停留在政策层面，建议国家和地方将相关政策上升到法律层面，明确规定设立专门的老龄劳动力市场和老年人才市场，并制定老年人才登记、开发、使用和管理办法，建立老龄劳动力的人事档案和需求网络，定期发布老年人才供求信息，以满足老年人才发挥余热的愿望⁵⁹⁹【19】。还要在宪法、劳动法、劳动合同法中增加禁止年龄歧视条款，同时加强法律与政策的衔接，健全法律、政策执行监督机制和老年人就业权救济机制，切实保证老年人就业权的实现。

他山之石，可以攻玉。1975年《美国老年人法》修正案中特别增加了“老年人社区服务就业方案”条款，为“符合条件”的老年人提供从事社会服务的机会。根据该方案规定，雇用“符合条件”的老年人的机构，可以根据国内税收法典，享受免税之优惠政策。该方案还规定，为使“符合条件”的老年人能够有效地运用其技术和技能，应对其进行必要的技术训练，并在训练期间给予合理的费用和生活津贴；还要为老年人提供安全卫生的工作条件，并确保老年人受雇于社区服务机构的工资收入不低于各州和地方政府所规定的最低工资；对于符合条件的老人应给予所必需的交通费，避免老年人因负担这笔费用而放弃就业计划。

为满足老年人再就业需要，日本政府为老年人提供了各种形式的再就业辅导。由日本的社会福利协会开设的老人职业介绍所，为老年人提供免费的再就业信息服务。通过推行雇佣政策和雇佣保险两个制度保障老年人的生活和社会参与功能。1966年颁布的《雇佣对策法》对老人雇佣率、职业选择、职业资料的提供、老人再就业的促进、老人兼职支付金等内容都做出了明确的规定⁶⁰⁰【20】。不同于美国由政府直接创造雇佣机会或限制解雇，日本政府通过向雇主提供援助金，进行间接的政策目标诱导。例如高龄者雇佣稳定政策，就是通过向企业提供连续雇佣促进援助金和高龄者雇佣环境改善奖励金的方式，激励企业雇佣老年员工。上述做法，都为我国老年就业促进立法提供了有益借鉴。

（三）鼓励老年群体代表参与立法决策

心理学研究早已证实，老年人在从事创造性的主导自己未来的参与、分享活动时幸福感最强。所以在老年人的社会角色上，应体现出重视老年人个人的自我决定权倾向。现实中，很多涉老法律、政策的内容不仅直接影响老年人利益的

调整还会涉及不同群体的利益,甚至可能有严重的利益冲突。在利益攸关的法律、法规决策层面,老年群体常常是“被代言”,他们的合理诉求难以通过现有机制顺利地表达出来,老年人对法律政策猜忌、不信任在所难免。即便是科学可行的立法政策,往往因缺乏老年人的参与而导致公信力的缺失,并最终影响法律、法规的执行效果。因此,在涉老法律的立法论证和表决程序上,不仅应当强化程序公开,更要强调老年群体代表的参与。确立老年群体代表立法听证制度,用看得见、摸得着的程序性制度,赋予老年人表达自身利益的权利和机会,并将这种利益表达作为立法依据^{601 [21]}。在美国老人福利政策法律制定的过程中,为了增强参与的力量和影响力,老年人常常“握指成拳”,以组织化的方式参与其中。只有老年人参与决策,才能使这种决策更好地反映和符合老年人的要求,才能动员老年人积极参与建构属于自己的生活和活动的世界,才能正确评价其他人群或政府有关老年人的各项政策和建议。因此,在涉老法律制度制定过程中,必须“赋权”于老年人,使老年人参与到有关老年人的法律、政策、规划和措施的制定、实施和监督当中,体现老年人的真实意愿和需要。

【参考文献】

- 【1】郭沧萍, 杨庆芳 “老有所为”是我国积极应对人口老龄化的客观要求[J]. 人口与发展 2011年06期
- 【2】李宗华 近30年来关于老年人社会参与研究的综述[J]. 东岳论丛 2009年08期
- 【3】联合国老龄化议题 联合国老龄项目网站 <http://www.un.org/chinese/esa/ageing/facts5.htm> 2016-4-15
- 【4】马克思和恩格斯 《神圣家族》(1844年9月) 《马克思恩格斯全集》[M]. 北京: 人民出版社 1975
- 【5】左伟, 吕立国 高校退休教师社会参与的调查研究[J]. 吉林师范大学学报(人文社会科学版) 2008年第3期
- 【6】裴晓梅 从“疏离”到“参与”: 老年人与社会发展关系探讨[J]. 学海 2004年01期。
- 李韧 老年人社会参与的意义[J]. 学术探索 1999年05期
- 【7】熊斌, 杨江蓉 我国人口老龄化与老年人人力资源开发[J]. 重庆工学院学报 2002年03期
- 【8】王莉莉 中国老年人社会参与的理论、实证与政策研究综述[J]. 人口与发展 2011年05期
- 【9】《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十三个五年规划的建议》人民网 <http://cpc.people.com.cn/n/2015/1103/c399243-27772351-2.html> 2016-3-20
- 【10】施峰 人口老龄化: 中国和平发展必须应对的挑战[J]. 经济参考研究 2004年03期
- 【11】吴宁 社会弱势群体权利保护的法理[D]. 吉林大学博士论文 2004
- 【12】皮埃尔·勒鲁 论平等[M]. 王允道, 译. 北京: 商务印书馆 1988
- 【13】姜向群, 杜鹏 中国老年人的就业状况及其政策研究[J]. 中州学刊 2009年04期
- 【14】孙正聿 哲学通论[M]. 沈阳: 辽宁人民出版社 1998
- 【15】李兵, 张恺悌 日本老年人福利法[M]. 北京: 中国社会出版社, 2010
- 【16】付子堂 法律功能论[M]. 北京: 中国政法大学出版社 1999
- 【17】维基百科 <http://zh.wikipedia.org/zh> 2016-5-10
- 【18】中国政府网 http://www.gov.cn/fwxx/wy/2006-09/28/content_401421.htm 2016-5-10
- 【19】肖金明 老年人权益保障的法律制度[M]. 青岛: 山东大学出版社 2013
- 【20】田香兰 日本老年社会保障模式的解析[J]. 日本研究 2008年09期
- 【21】崔英男 健全公民有序参与立法的听证程序[J]. 新视野 2007年11期

中国居家养老服务产业法律困境与破解路径

左 菁

【摘要】我国自 21 世纪初步入老龄化社会的行列，老年人口激增，但老龄化既是挑战，也是机遇。居家养老服务产业市场和养老产品潜力巨大，通过发展居家养老服务产业，不仅能够破解家庭养老负担沉重的难题，也能进一步推动我国经济稳定增长。然而我国居家养老服务产业法律制度面临严重滞后的困境，以致诸多企业在居家养老服务市场面前止步不前。因此，应从立法上完善我国居家养老服务的相关制度，包括建立健全居家养老服务产业立法、明确居家养老服务法律关系、建立社会长期护理保险制度、建立规范的主体制度、完善服务项目指标体系及选择合理的救济制度。

【关键词】居家养老服务产业；社会长期护理保险制度；服务项目指标体系；居家养老服务合同

引 言

简单讲，所谓“居家养老”即是以社区为基础，以政府为依托，提供专业化服务的社会化养老服务体系。居家养老和家庭养老、机构养老一起构成目前老人的主要养老方式。和其他两种养老方式相比较，居家养老既能满足老人在家养老的亲情需求，又能获得家政服务、生活照料、医疗保健、康复护理和精神慰藉等方面的专业化服务，集家庭养老和机构养老的优点为一体，成为现代社会养老方式发展的新型制度模式。

居家养老在我国产生的时间不长，未在全国范围内形成统一的法律制度框架。各地在开展居家养老服务的过程中政策标准极不统一，且很多地方政府对社区居家养老服务的投入严重不足，导致需求与供给不匹配，服务对象受益率低下，服务项目单一，居家养老服务供给呈现无序、混乱的现状。居家养老在我国要实现可持续发展，必须纠正政府大包大揽的“角色篡位”，让位于市场和其他组织，走产业发展的道路，通过市场竞争来为老人提供内容更加多样化，价格却更为合理的居家养老服务。从国外的先进经验看，随着居家养老产品的开发和丰富，居

家养老产业链的形成和完善，居家养老产业会产生巨大的辐射带动效应，成为一国重要的经济增长点。然而，目前中国的居家养老服务产业还停留在概念阶段，居家养老服务市场迟迟发育不起来的最主要原因之一就是缺乏法律的制度保障，导致社会资本对居家养老服务投入缺乏动力。因此，在居家养老产业发展初期，应当从立法上加以构建和完善，制定系统而规范的制度措施，解决实践中存在的法律困境和制度障碍，从而保证居家养老服务市场的稳步发展。对于居家养老服务产业的制度研究，学界多从社会学和经济学角度予以阐述，因此，从法律制度层面予以探究具有极大意义。

一、居家养老的缘起与制度支撑

从世界范围看，肇始于英国 19 世纪后半期的“社区照顾”是现代“居家养老”的制度基础。二战后英国宣布建成“高福利”国家，同时基于“福利国家”的理念由政府通过养老机构承担起照顾和赡养老人的义务，并通过 1946《国民健康服务法》以及 1948《国民救助法》予以立法保障。然而由于机构照顾存在对照顾对象的忽视，甚至虐待等社会问题，再加上受到经济衰退、财政削减以及福利多元主义流行等因素的影响，英国开始提倡“去机构化”养老，即建立社区养老制度，此后经历了“在社区照顾（care in the community）——由社区照顾）（care by the community）”两个阶段。从立法上看，英国政府通过 1989 年的《社区照顾白皮书》及 1990 年的《国民健康服务和社区照顾法》继续完善社区老人照顾，促使政府角色重新转换，并鼓励和引导各种私人和市场化因素进入社区照顾领域。之后，各国纷纷效仿英国的社区照顾制度建立起符合本国国情的居家养老制度，如日本通过制定《老人保健法》及《护理保险法》建立起老年人长期护理制度；美国也通过颁布《老年法》与《老年人社区服务就业法》等系法律制度建立起“医—护—养”的社区居家养老模式，居家养老已成为欧美发达国家老年人日常生活照顾的主流方式。

我国居家养老产生的背景和西方国家截然不同。西方国家在其历史发展中子女照顾年老父母的文化传统非常薄弱，老人一般通过宗教慈善、行会互助、订立养老合同以及政府的社会救助度过老年阶段，居家养老的兴起是因为“第二次世界大战后建立的福利体系把国家责任推向新的高度，家庭责任大大弱化，国家跨越了家庭，直接对被赡养人负责，体现了国家与个人的直接联系，这是福利国家

最为重要的标志。”^[1] 而我国自古以来就有家庭养老的传统，“鳏寡孤独废疾者皆有所养”早在春秋战国时间的《礼记》中就有记载，孝敬父母、赡养老人历来是中国传统文化的核心内容。居家养老在我国的产生则是与我国近年来家庭规模不断缩小、机构养老资源严重不足、人口高龄化持续加剧，空巢家庭率不断攀升⁶⁰²及独居老人数量逐渐增多等因素密切相关。

从制度建设看，中国虽自上个世纪 90 年代已经开始福利社会化的探索，但真正标志着政府正式介入原本主要由家庭承担的养老责任的法律文件是 2008 年由全国老龄办、国家发改委等十部委联合制定的《关于全面推进居家养老服务工作的意见》。此后，2012 年 12 月新修订的《中华人民共和国老年人权益保障法》又从国家立法层面首次提出了“国家建立和完善以居家为基础、社区为依托、机构为支撑的社会养老服务体系”的制度要求。2013 年，国务院发布《国务院关于加快发展养老服务业的若干意见》，指出要“大力发展居家养老服务网络；地方政府要支持建立以企业和机构为主体、社区为纽带、满足老年人各种服务需求的居家养老服务网络”，标志着居家养老制度已成为我国养老模式发展的重要方向。

二、居家养老服务产业：以真正满足老人的居家养老服务需求为逻辑起点

居家养老服务是居家养老服务产业的研究基点。所谓居家养老服务，2008 年《关于全面推进居家养老服务工作的意见》界定为：“居家养老服务是指政府和社会力量依托社区，为居家的老年人提供生活照料、家政服务、康复护理和精神慰藉等方面服务的一种服务形式。”可见，居家养老服务项目包括生活照料、家政服务、康复护理和精神慰藉等各个方面，但从各地的居家养老实践情况看，居家养老各项服务需求并没有真正得到有效满足。根据葛丽英在成都市金牛区对居家养老需求的调查，城市中 48.5%的老年人有各种各样现实的养老服务需求，而居家养老服务需求总的满足率只有 15.9%。^[2]

从本质上讲，无论是上海、宁波还是大连模式均属于“政府购买”模式，其帮扶对象主要限于贫困、高龄、三无、残疾等老人中的部分老人，而其余的失能

[1] 孙炳耀. 当代英国瑞典社会保障制度[M]. 北京: 法律出版社, 2000. 115.

602 根据全国社会养老服务体系推进会的资料显示, 2010 年城乡空巢家庭超过 50%, 部分大中城市达到 70%。(《1.67 亿老人, 如何安心养老》, 载于《人民日报》, 2010 年 11 月 8 日。)

[2] 葛丽英, 代娅建. 居家养老服务的需求特征和产业模式初探[J]. 经济研究, 2009, (4): 39.

失智老人及独居、空巢老人，仅能够享受社区开展的娱乐、助餐或家政等收费服务。即使是获得政府补贴的前一类老人，其补贴的数额也十分有限⁶⁰³，对于很多没有经济能力进入养老机构，且需要全天护理的失能失智老人而言，无异于杯水车薪。本文认为，中国目前这种“保底”式的居家养老模式并不能满足大部分老人全方位的居家养老服务需求。尽管居家养老服务属于“准公共物品”，具有公共物品的属性，不能完全倚赖市场途径，但目前中国纯粹“政府购买式”的居家养老服务模式对于居家养老服务的供给与组织是低效率的，不仅使得主体受益面过于狭窄，而且还导致居家养老服务项目单一，服务需求的趋多性与服务供给的有限性严重不匹配。

从长远看，居家养老服务于大部分老人的巨额的资金成本不可能也不应当由政府完全承担。应打破传统格局，弥补传统居家养老的不足，一方面政府回归公共服务产业中的规划者与主导者的角色，另一方面应充分发挥社会组织的力量，在居家养老服务领域引入“产业”概念，走居家养老服务的产业化之道路，建立以社区为中心的居家养老服务产业体系，在有助于形成新的经济增长点的同时⁶⁰⁴，也能提供更丰富的、更多样的、更多元的、能满足更广大老年人需求的居家养老服务。目前，中国的居家养老服务市场还处于摸索和起步阶段，一方面归咎为没有成功的商业模式和专业护理机构和人员，但更深层次的原因则是居家养老服务市场的法律保障机制缺位，现有法律法规中对非营利组织法律地位的认可、民间组织发展的优惠扶持、居家养老服务领域民间资本的准入机制等相关规定明显缺位，极不利于我国居家养老服务产业的建立和持续发展，居家养老服务产业的相关立法亟待完善。

三、居家养老服务产业法律困境

“社会要求产生法律变化，反过来又导致重大的社会变化。”^[3] 现代社会人口老龄化、高龄化、空巢化的不断加剧催生了老年人日益多元化的养老需求，

603 很多地方采用发放服务券的方式，金额平均水平为100—300元。如《重庆市经济困难的高龄失能老年人》(2015)规定，经济困难的失能老年人和高龄老年人养老服务补贴标准均为每人每月200元。

604 据中国产业调研网发布的《中国养老服务行业发展回顾与市场前景预测报告(2015-2020年)》显示，截至2010年，我国年均均为老年人提供的产品不足1000亿元，而老年人市场需求达1万亿元左右，供需之间存在巨大市场空间。另据联合国预测，我国2020年老龄化人口将达到2.5亿，按照老龄人口2020年月均支出2000元计算，到2020年，养老市场空间可达6万亿元。

[3] 劳伦斯·M·弗里德曼，法律制度——从社会科学角度观察[M]，李琼英、林欣，译，北京：中国政法大学出版社，2004.322。

居家养老制度作为一种新兴的养老模式正是对社会新型养老需求的回应。尽管我国某些地区已经开始通过体制机制创新加快养老产业发展，如深圳市自 2013 年基于发展养老产业的理念开展了一系列的制度设计：市政府关于加快发展老龄服务事业和产业的意见、养老设施专项规划、无障碍设施建设与改造规划、《深圳市养老服务设施用地供应暂行办法》、《深圳市老年人专用智能产品与服务发展行动计划（2015—2017）》等，^[4]但居家养老服务产业现有制度规则普遍存在系统性缺乏、立法层次低、规范不全面等问题，已然成为我国居家养老服务产业有序发展的巨大瓶颈。总的来看，目前我国居家养老服务产业法律制度领域存在的问题主要有以下几个方面：

（一）居家养老服务产业法律制度严重缺位

居家养老服务产业要顺利运行，必须通过健全的法律制度框架予以保障。从世界范围看，居家养老服务产业发达的国家均制定有相对完善的法律制度，如法国自 2005 年开始将“家庭服务业促进计划”上升为国家战略发展产业，组建了家政服务管理局及医疗福利机构评估署，并积极引导私人企业进入养老服务市场，同时完善有关家政服务和养老市场监管的法律制度；日本则通过《老年福利法》、《老人保健法》及《护理保险法》等系列法律文件的颁布，建立健全居家护理服务制度；英国和美国也分别通过制定《社区照顾白皮书》、《国家健康服务与社区照顾法令》及《美国老年人法案》、《社区法》^[5]等保障本国居家养老服务产业的健康运行。

反观我国，由于居家养老服务产业在我国还属于新兴产业，政府仅对这种新型养老模式仅通过 2008 年出台的部门规章《关于全面推进居家养老服务工作的意见》给予了原则上的支持和鼓励，即仅就从重要意义、基本任务及保障措施三个方面进行了简要说明，至今尚未出台有关规范居家养老服务市场化运作的具体法律制度和实施细则，居家养老在服务项目设置、服务质量与收费、从业人员执业标准等层面上均未得到制度上的保障，居家养老服务产业立法几乎处于真空状态。实践中，我国社区居养老服务制度建设以地方性政策法规的推进为主，但这些政策性“意见”、“决定”、“通知”、“办法”缺乏稳定性、系统性和前瞻性，无法

[4] 张孔娟,朱长河,深圳市民政局副局长侯伊莎:加快养老产业发展,深圳建创新服务中心[J/OL].中国经济时报,2016-3-11.

<http://news.hexun.com/2016-03-11/182699951.html>

[5] 张新生,王剑锋.发达国家居家养老服务产业及其对我国的启示[J].理论导刊,2015,(9):79-81.

切实保障居家养老人的合法权益，无法替代制定相关法律所达到的社会效果，导致目前我国居家养老服务产业的发展呈现无序、混乱的状态。

毋庸置疑，居家养老服务产业的运行需要有力的法律支撑，我国居家养老服务产业尚处于起步阶段，需要政府加强制度建设，通过政策及法律措施引导和激励产业良性发展。虽然目前制定居家养老法律的时机还不成熟，但有必要从行政立法层面出台《居家养老服务条例》。从制度构建上看，居家养老服务产业法律制度应遵从以下的法律逻辑：“服务由谁提供——服务提供给谁——服务如何提供——提供什么服务——如何进行法律救济？”相应地，从制度层面上，居家养老服务产业法律制度应当包括的部分有：主体制度、资金保障机制、服务内容标准制度、法律救济制度。

（二）居家养老服务法律关系需进一步明晰

从目前我国居家养老服务运营的模式看，无论是上海的“居家养老服务券”模式、大连的“家庭养老院”模式、宁波的“政府购买服务”模式，还是北京的“无围墙养老院”模式，^[6]其实质都是“政府购买”模式。在该模式下，存在三方主体，居家养老服务购买者（政府）——居家养老服务提供者（服务机构）——居家养老服务受益者（老人）。于此，需要探讨的问题有二：

其一，“政府购买”模式中三方主体之间的法律关系如何界定？在该模式下居家养老服务合同的法律性质是什么？

其二，居家养老服务产业制度背景下“政府购买”模式是否具有局限性？当居家养老服务购买者范围拓展后，居家养老服务合同的法律性质又该如何认定？

（三）资金筹措机制不稳定

我国居家养老服务领域存在的最大制度瓶颈便是缺乏稳定、长效的资金筹措机制。居家养老服务资金主要依靠政府投入，用途为居家养老服务机构建设和居家养老服务享受对象补贴。但无论何种形式的政府补贴，均与政府财力和福利彩票公益金收入密切相关，即根据财政收支预算情况决定投入资金的数量。然而这样的制度安排明显是不稳定的，居家养老服务的资金需求会随着制度完善与覆盖面的扩大呈刚性上升，如果完全依靠政府投入，即便是发达地区也无法完全承受资金需求直线上升所带来的财政压力。以上海市为例，2001—2012年上海市居

[6] 曾智.我国居家养老模式比较研究[D].武汉:武汉科技大学,2008.16.

家养老的服务总人数持续增加，2001—2003 年居家养老服务资金全部来源于福利彩票公益金，政府财政在 2004 年之后才开始投入，但随着上海市居家养老服务补贴总额数量的不断增大，2010 年上海市和区县政府财政的投入占比达到 93.4%，福利彩票公益金仅占 6.6%。^[7]而不稳定的资金投入必然导致较低的人均补贴水平增长率。2008 年上海市居家养老服务补贴人数和补贴总额增长率分别为 50.56%和 49.6%，而居家养老服务人均补贴水平增长率却为-6.08%，2012 年则下滑至-9.77%。^[8]

此外，政府财政不仅不可能为每位失能失智老人买单，有限的补贴金额也不能从根本上解决失能老人的长期照顾问题，没有资金筹措的制度创新，完全依赖政府的财政投入，居家养老服务产业不能实现持续发展。在居家养老服务产业制度模式下，迅速膨胀的服务需求与资金短缺的矛盾会进一步激化，本文认为，护理保险制度可以在资金安排上最大程度保障老人的居家养老服务，但囿于我国商业护理保险的种类较少且费用较高，很难支撑居家养老服务资金的发展，也无法减轻个人或家庭的经济负担，因此，政府有必要通过建立强制性社会长期护理保险制度，使资金压力由个体或家庭承担转化为所有参保者共同承担，为有居家养老服务需求的老人，特别是失能失智⁶⁰⁵的低收入老人提供长效稳定的资金保障机制。

（四）主体制度不明确

在居家养老服务产业链中，存在三类制度主体：老人、政府与服务机构。厘清三方主体的角色定位，明确各主体之间的权利义务关系，是促进居家养老服务产业化发展需要首先解决的问题：

第一，“老人”应当如何进行界定？——应采用“年龄超过 60 周岁”的法律概念，还是仅仅划定为“高龄、特困、空巢、独居、有特殊贡献”类老人？从我国目前各地居家养老的运作模式看，地方民政部门一般划定的补贴对象限于后一类老人，属于“补缺”型模式。社会上的大多数老人能享受政府补贴居家养老服务的人数较少，背后的根本原因在于政府财力有限，不可能为所有有需求的老人提供补贴，只能给最需要、最困难的群体补贴。但服务对象不应仅仅等于补贴对

[7] 张歌,城市居家养老服务资金发展困境:障碍与对策——以上海为例[J].现代经济探讨, 2014 (7):74.

[8] 张歌,城市居家养老服务资金发展困境:障碍与对策——以上海为例[J].现代经济探讨, 2014 (7):75.

605 失能失智老人包括生活完全不能自理和生活部分不能自理的老人,以及精神失能老人。

象，目前这种侧重于“补缺”型的制度设计不利于居家养老制度的长期发展。本文认为，居家养老服务产业制度设计应当遵循“普惠”原则，即通过居家养老制度安排惠泽所有老人。根据世界卫生组织 2002 年提交联合国第二届世界老龄大会的书面建议《积极老龄化——政策框架》及《2002 年老龄问题国际行动战略》的精神宗旨，每一位老人在老年阶段都应当“享有安全而有尊严的生活”，老龄工作包括居家养老的终极目标就在于通过政府及社会各组织的通力合作，努力避免每一位老人偏离正常的生活轨道，尽力维护每一位老人生活的完整性和独立性。^[9]因此，居家服务是一种养老方式，而不是特定某部分老人的养老方式，目前的居家养老服务供给仅仅满足了极少数老年人的有限需求，我国居家养老服务长期以来存在定位问题。

其次，根据公共服务产业理论的观点，公共服务的产业化是政府主导的由市场或者社会提供公共服务的发展道路。^[10]即政府在居家养老服务运营的过程中，仅应充当主导者、规划者、组织者，发挥政策保障与法制建设、资金扶持、绩效评估、监督管理等作用，而各项具体服务的供给应当交由社会和市场来完成。然而我国各地在开展居家养老服务初期，政府角色出现严重偏差，表现在无论是养老服务设施和服务场所建设，还是居家养老服务中心的组织与设立，以及居家养老服务的各种基础性管理工作，甚至服务的购买与供给都是由政府操办。其导致的直接后果便是居家养老服务产业发展滞后，社会化的有效供给难以形成。对于居家养老的老人而言，也难以享受到市场竞争条件下所带来的高品质、低价格、多层次的养老服务产品。

最后，服务提供机构的范围究竟应该怎样划定？从各地的实践看，提供居家养老服务的组织包括民办非企业单位和营利性企业。目前要的法律问题是国家对营利性企业政策扶持缺位的问题。2015 年民政部、发改委等十部委联合下发《关于鼓励民间资本参与养老服务业发展的实施意见》，但《意见》中所提及的免征企业所得税、免征房产税、城镇土地使用税等税收优惠政策仅针对民办福利性、非营利性养老机构，而增值税、营业税、所得税的优惠政策也仅仅涉及小微企业。这也意味着，中大型营利性企业想涉足养老产业将不享受任何国家的鼓励性政策。然而养老产业本身就是微利产业，缺少国家的税收优惠，没有利润，资本是不会

[9] 刘颂, 解析居家养老服务体系建设的终极目标及运作路径——基于南京市玄武区两个街道的调查[J]. 南京人口管理干部学院学报, 2012, (1): 12.

[10] 徐虹, 吴茵茵, 郑卫军, 朱敬洁, 陈坤. 公共服务产业理论视野下农村社区卫生服务模式的构建[J]. 中国农村卫生事业管理, 2009, (1).

投入的,导致众多商业企业因为无利可图不愿涉足居家养老服务领域,居家养老服务市场得不到长足的发展。

(五) 服务项目指标体系不健全

服务是居家养老制度的核心,服务质量是居家养老供给的关键,但长期以来,针对居家养老服务的质量没有统一的立法规范,再加上地方政府财政实力、经济发展水平、人口老龄化发展水平及实施政策的不同,各地居家养老服务在项目设置及服务水平高低上一直存在巨大差异,服务的实质效果并不理想。例如张晖、王萍认为,杭州市下城区尽管在《关于开展政府资助型居家养老服务的实施细则》中规定了居家养老服务标准的“A、B、B”三类套餐,但政府所能提供的服务与老人及家庭的需求不匹配,而民政部门工作已经沦为确定是否给予老人居家养老服务政府补贴及补贴等级,“所谓评估已经完全变成发放政府补贴的工具,而不是养老服务的输送环节”,其实质与城乡最低生活保障的发放已无二异。^[11]高灵芝、刘雪所在的课题组在对济南市槐荫区的居家养老服务开展调查后指出,济南市虽然于2010年发布了《济南市居家养老服务工作实施意见》,但从济南市居家养老服务项目的政策供给情况看,居家养老服务项目的供给与需求极不匹配,供给远远满足不了需求。《意见》规定居家养老服务内容(项目)主要包括“生活照料、家政服务、精神慰藉三大类,细分为送餐、洗澡、巡诊、康复锻炼、陪送看病、打扫卫生、洗衣、做饭、电话接访、陪老人聊天、法律援助等”,但课题组经调查后发现,实践中提供给老人的服务项目主要限于打扫卫生和洗衣服,做饭的都极少,医疗保健、康复护理、心理疏导等服务还根本谈不上。^[12]

本文认为,从制度规范性和社会公平性的角度出发,有必要从法律层面建立一套规范、操作性强的城市社区居家养老服务内容评估体系。从目前的立法现状看,涉及指标体系和养老评估的法律文件仅有2012年民政部《社会养老服务发展监测指标体系》和2013《民政部关于推进养老服务评估工作的指导意见》。前者将监测体系划分为人口数据、福利补贴、服务保障、资金保障和队伍建设等5个一级指标、11个二级指标和43个三级指标。在一级指标“服务保障”下面虽包含有“社区居家养老”和“机构”两个二级指标,但“社区居家养老”所涵盖的三级指标则划分为“城乡社区居家养老服务机构数”、“城乡社区居家养老服

[11] 张晖,王萍,“居家养老服务”是服务输送还是补贴发放?——杭州的经验审视[J].浙江学刊,2013,(5):221.

[12] 高灵芝,刘雪,供需适配角度的城市居家养老服务研究[J].南通大学学报·社会科学版,2012(3):67.

务机构服务人次”、“城市日间照料场所覆盖率”及“农村日间照料场所覆盖率”，可见，但该文件的出台旨在对社会养老服务机构设置情况通过各项指标数据进行监测，作为民政部考核各省养老服务体系建设的依据，与上文所提到的对居家养老服务质量进行评估之立法目的相去甚远。后者对养老服务评估工作仅仅原则性地提出了若干总体要求、主要任务和保障措施，规定非常泛化，可操作性较差。

尽管国家层面立法匮乏，但很多地方立法对此作出了努力，如上海、浙江、江苏、宁波、深圳、郑州、成都等地均进行了有益的制度尝试。然而普遍存在的问题是，国内大部分地区的指标体系其内容主要侧重于绩效评估机制的构建，均未关注到居家养老服务项目机制的完整性和系统性。

（六）救济制度不完善

在居家养老服务供给和消费过程中，作为服务消费方的老人的权益最容易受到侵害，因为这些老人很多都是半自理和不能自理的贫困、智障、孤寡、空巢、独居老人，他们中的很大部分缺乏民事行为能力，在法律关系中属于弱势一方，在合同履行过程中对自己享有的权利不甚了解或者无法行使。因此，如何保证老人在权益受损时获得有效的法律救济途径，有必要进行深入探讨。

此外，居家养老产业链模式下存在两类购买合同——“政府购买居家养老服务合同”和“民事服务购买合同”，值得注意的是，由于政府购买居家养老服务合同的性质具有特殊性，不适用《中华人民共和国政府采购法》，那么当政府与居家养老服务机构之间，居家养老服务机构与老年人之间发生争议的时候，其法律救济途径有哪些？可以依据适用的法律法规又有哪些？能否追究政府的相关责任？

四、完善居家养老产业制度法律对策探讨

（一）建立健全居家养老服务产业立法

就居家养老服务相关立法而言，目前我国出台了《老年人权益保障法》、《老年人社会福利机构设置的基本标准》、《老年人护理分级标准》、《关于全面推进居家养老服务工作的意见》、《国务院关于加快发展养老服务业的若干意见》、《关于推进养老服务评估工作的指导意见》等政策文件，但对居家护理的定位仍不清晰，同时也缺乏与居家养老服务市场发展等直接相关的法律保障。

2011年9月，国务院关于印发中国老龄事业发展“十二五”规划的通知，重点发展居家养老服务。应当说，居家养老服务产业的发展是我国老年事业的重要组成部分。本文认为，我国应当提高立法层次，至少从法规层面尽快出台《居家养老服务条例》，对居家养老服务的理念和原则进行明确规定，厘清政府、居家养老服务机构及老人三方的权利与义务，就居家养老服务的购买和供给方式及相关的程序进行详尽的规定，实现居家养老服务内容的标准化，完善评估机制，构建居家养老服务市场准入与退出机制，推动建立统一规范的居家养老服务产业制度。具体而言，《居家养老服务条例》可分为九章：

第一章：总则。主要包括立法目的、居家养老服务法律界定、立法原则等内容。

第二章：主体制度。主要包括政府管理部门的职责、服务对象的确定、居家养老服务市场准入制度（包括公开招标制度、居家养老服务机构设立原则、设立登记的条件与程序等）

第三章：补贴与优惠制度。主要包括政府对服务对象的财政补贴范围及程序、对居家养老服务机构、组织的各种优惠措施，包括税收、土地等方面。

第四章：服务项目标准制度。主要就居家养老服务的项目、内容及配套设施建设进行统一规范。

第五章：服务人员执业制度。主要就服务从业人员的准入、职业培训与资格考试作出规定。

第六章：服务绩效评估制度。主要包括第三方估计及服务对象评估制度。

第七章：居家养老服务市场发展制度。主要从维护公平的竞争环境、开发老年新产品和服务、提高服务质量等方面进行规定。

第八章：监督检查制度。包括设置监督检查机制，税务、财政、审计等部门联合执法。

第九章：救济制度。包括救济途径及法律责任的确定。

（二）明确居家养老服务法律关系

1、“政府购买”模式下居家养老服务合同的法律性质

所谓居家养老服务的“政府购买”指的是政府为了履行公共服务的社会职能，通过政府财政向居家养老服务机构购买家政服务、生活照料、医疗照顾及精神慰

藉等居家养老服务,为符合享受标准的老年人提供老年福利的行为。而目前对于“政府购买”模式下居家养老服务合同的法律性质学界观点莫衷一是,存在分歧。程莹认为,政府购买式居家养老服务合同具有公共服务合同性质和委托合同属性;^[13]张春普则认为“政府购买居家服务合同是一种典型的行政私法合同”。^[14]本文更倾向于第二种观点。“政府购买”模式下的居家养老服务合同作为一种新兴的合同形式既有别于传统意义上的公法合同,也不同于一般的民事合同,为兼具公私法特性的一类特殊合同。首先是“公”,政府虽作为一方主体与提供养老服务的机构签订合同,但并不由此受益,其订约的动力源于实现对弱势群体生存照顾的公共行政目标。其次是“私”,一方面,政府在购买居家养老服务过程中是以民事主体的身份与养老服务机构签订合同,而不是以行政主体订立合同,与行政合同存在本质差别;另一方面,合同履行后享受服务的一方是有养老服务需求的老人,即政府机构与养老服务机构之间签订的合同为“为第三人利益合同”,符合王泽鉴先生“具有生计抚养照顾性质的为第三人利益合同”的分类。^[15]

2、居家养老服务产业模式下居家养老服务合同的法律性质

本文认为,居家养老服务产业模式构建的逻辑基点在于提供更为全面、更有效率、覆盖面更广的居家养老服务。在该模式下存在两类居家养老服务合同,第一类即是上述“政府购买居家养老服务”合同。合同签订的主体是政府和服务机构,老人只是作为第三方接受服务,并不参与合同的订立。合同服务对象仅限于特殊主体,如高龄老人、“三无”老人⁶⁰⁶和生活困难的低收入老人、“空巢”老人。但这类合同受惠覆盖面小,不能满足大多数老人的养老服务需求。第二类居家养老服务合同则是以满足大多数老人的养老服务需求为出发点,以居家养老服务产业模式为背景,将合同签订的主体扩大到愿意购买居家养老服务的老人。合同签订的主体是老人和服务机构,而政府不再参与合同的订立,但可以通过其他途径辅以老人适当补助。因此,居家养老服务产业模式下第二类居家养老服务合同的法律性质可以视为普通的民事服务合同,遵从民法和合同法的一般规定,是为私法合同。

[13] 程莹.政府购买式居家养老服务合同性质探析[J].法学研究,2013,(9):103.

[14] 张春普,张裕.政府购买居家养老服务合同的含义与性质探究—以政府购买居家养老服务合同纠纷为视角[A].见:天津市社会科学界联合会编.科学发展·惠及民生——天津市社会科学界第八届学术年会优秀论文集(中)[C].天津:天津市社会科学界联合会,2012,421.

[15] 王泽鉴.民法学说与判例研究(第七册)[M].北京:中国政法大学出版社,2005.131.

606 无劳动能力、无法定赡养人、无经济来源的老人。

（三）建立社会长期护理保险制度，保障服务资金来源

从世界范围看，凡较早进入人口老龄化社会的国家大多采用建立长期护理保险制度来化解支出庞大的老人护理费用的风险。德国、日本及美国是护理保险制度的典范。以德国为例，德国自 1994 年改变由过去长期社会救助提供护理服务的做法，通过颁布《护理保险法》，建立德国保障体系的第五大社会保险制度支柱，大大降低了政府和个人家庭对长期护理支出的沉重财务负担。根据德国《护理保险法》的规定，凡是社会医疗保险的投保人都自然成为护理保险的投保人，护理保险费由用人单位和个人共同缴纳，而护理保险待遇根据护理等级⁶⁰⁷的不同亦有所区别。

我国虽已经建立了相对完善的社会保险制度，但护理保险始终没有纳入其中。居家养老服务的重心应当是对老人的照料与护理，在我国可通过构建社会化的长期护理保险制度，为居家养老服务提供稳定的资金来源渠道，从而解决目前居家养老服务产业发展的制度瓶颈问题，一方面能极大缓解政府的财政压力，另一方面也能使得失能失智老人通过护理保险金获得真正意义上的照料服务，同时其他老人也能通过养老服务产业的发展而受惠。

本文认为，我国应当汲取西方发达国家长期护理保险制度有益经验的基础上，结合中国本土经济、社会和文化传统，制定符合我国国情的长期护理保险制度，其中特别需要注意的有以下两点：

首先，政府出台和完善有关长期护理保险的法律政策。立法先行，以法律形式对长期护理保险的内容做出相关规定，能为长期护理保险制度的构建提供坚强的后盾。采用社会性长期护理保险的日本和德国均颁布了《护理保险法》，对护理筹资、护理等级划分、护理服务给付方面都做了明确规定。即使是采用商业性长期护理保险的美国，联邦政府也在 1986 颁布《长期护理保险示范法》，指导和规范长期护理保险的发展。

其次，建立多方筹资的社会统筹账户模式。长期护理保险是一种共济互助性极强的保险项目，它的筹资不能像针对城镇职工养老保险一样走个人积累的模式，否则已经步入老年且需要长期护理保险的老年人将无法获得保险支持，因此借鉴

607 德国护理等级包括三个层次：一级护理：是指在个人日常生活方面，如身体护理、饮食或行动，每天至少需要一次帮助和每周需要多次家务帮助的被保险人；二级护理：是指在个人日常生活方面，如身体护理、饮食或行动，每天至少需要三次和每周需要多次家务帮助的被保险人；三级护理：是指在个人生活方面，如身体护理、饮食或行动，每天 24 小时需要帮助和每周需要多次家务帮助的被保险人。

城镇居民养老保险的多方筹资方式可能更加有利于应对当前的老龄化。日本和德国在建立长期护理保险时均注重资金的统一调度使用，因此，缴费资金均划入统筹账户，为现在正在使用长期护理保险的人提供资金援助。除此之外，在日本和德国的长期护理保险的资金筹集中，政府所负担的资金比例都是极大的。我国在护理保险筹资过程中政府也应当基于城乡和东西部差距，根据参保人的经济状况适当进行补贴。

（四）建立规范的主体制度

居家养老服务产业参与的法律主体主要包括：服务的享受者（老人）、服务的购买者（政府、老人）及服务的提供者（服务机构）。相应地，主体制度的建立包括以下三个层次：

第一、建立居家养老服务对象评估机制和需求等级制度

通过立法的形式保障老年人的合法权益，使所有老年人过上有保障、有尊严的老年生活，是国家和政府的职责所在。因此，《居家养老服务条例》应首先明确规定：“居家养老服务的享受者为60周岁以上的居家老人。”其次，可参考国际上巴氏量表、认知功能评估量表等国际通用的相关评估工具的做法，根据老人的年龄、认知能力、主要需求、生活自理能力、经济条件及居住环境等建立居家养老服务对象评估机制，根据评估对象的不同需求确立不同的照料方案，以实现社区养老服务的区分性和多样性。基于此，居家养老需求等级应包括三个档次：

一档	上门日常生活照顾、上门医疗、上门护理、临终关怀等服务，主要针对高龄、痴呆、残疾或重病无法（完全）自理且无家人照顾的老人。
二挡	家政服务、医疗服务、就餐服务、文化娱乐服务、其他服务（如心理咨询、法律援助等），主要针对生活尚能自理但是家人无法照料的老人。
三挡	医疗服务、文化娱乐服务、日托服务及其他服务（如心理咨询、法律援助等），主要针对身体尚可且家人也能照顾的老人。

第二、确定政府的职责范围，明确其宏观主导的地位。

公共选择理论代表人美国学者詹姆斯·M·坎布南提出，政府是公共利益的代理人，政府的作用在于弥补市场经济的不足，向全社会成员提供公共产品。^[16]政府在居家养老服务产业领域中不应当充当服务提供者的角色，而应当发挥规划者、主导者的作用。其具体职责应当限定在：

- 健全居家养老产业发展的各项法律制度；
- 制定居家养老发展规划；
- 建立居家养老服务标准和服务质量评估体系；
- 提供财政支持和政策优惠；
- 对居家养老服务提供进行绩效评估；
- 制定奖惩制度并实施监督管理。

第三、建立制度激励机制，推动服务提供者多元化发展。

居家养老服务应坚持社会化、市场化方向，建立多元化、多层次的居家养老服务体系，从而为老年人提供优质的居家养老服务。这里需要集中探讨以下三个方面的问题：

首先，社区居家养老服务中心的法律性质究竟为何？各地做法不一，如上海将其明确性为民办非营利性社会组织，而厦门市则将其挂靠在居委会，承担如政策宣传、设施维护、受理申请、统计反馈及提供具体服务等管理和协调工作，半官方色彩浓厚。^[17]大多数地区在实践中均采用后一种做法。本文认为，居家养老服务事业要长远发展，必须厘清政府和社会组织之间的关系，政府作为公共服务事业的管理者不应当充当服务提供者的角色，社区居家养老服务中心应当从政府职能的履行中剥离出去，真正实现与政府的契约关系，同时达到政府机制与市场机制的有效结合，实现公共服务的社会化供给。

其次，制度优惠政策是否应及于所有的社会组织形式？毋庸置疑，居家养老服务的供给中引入市场机制可以明显提高服务供给的效率及服务的质量，例如北京市在2015最新出台的《北京市居家养老服务条例》中已经将居家养老的服务商和服务单位扩展为一般的“企业和社会组织”，鼓励这些实体“自行兴建养老设施”和“提供服务”。但是立法矛盾之处在于，根据《关于鼓励民间资本参与养老服务业发展的实施意见》，能够享受政策优惠的主要限于非营利性组织，基

[16] 刘颂. 解析居家养老服务体系建设的终极目标及运作路径——基于南京市玄武区两个街道的调查[J]. 南京人口管理干部学院学报, 2012, (1): 10.

[17] 向永泉. 试论居家养老服务的供给主体与供给机制创新——以厦门市为例[J]. 厦门特区党校学报, 2014, (1): 53.

于此,在实践中政府一般会首先向民办非企业单位或其他非营利性组织购买居家养老服务,后者再向其他的营利性企业购买产品或服务。本文认为,《意见》的出台没有对所有的民间资本一视同仁,导致居家养老服务产业社会参与性不足、竞争性缺乏。一方面,由于政府扶持力度不高,而养老服务产业又属于微利产业,民间资本参与的积极性不高;另一方面,某些高端居家养老服务需求,如日托护理、康复护理、临终关怀等又很少有企业涉足。由此导致“有效需求不足”和“有效供给不足”同时存在,市场的“营利性”与服务需求的“低偿性”不对接,使得居家养老服务的市场化供给处于失灵状态,严重阻碍了居家养老服务产业的发展。因此,我国立法应对此予以完善,凡愿意进入居家养老服务领域的企业,无论是非营利性还是营利性,只要满足法定条件,均应一视同仁地给予土地、信贷、税收、用水、用电等方面的优惠扶持,从而更大程度上引导和支持各种社会力量进入居家养老服务市场。

最后,是否有必要制定居家养老服务行业的市场主体准入和退出机制?有学者将居家养老服务购买的模式分为“形式性”、“委托性”和“竞争性”购买,其划分的依据是购买双方是否相互独立以及购买过程是否公平和存在竞争。其中,“形式性购买”双方主体既存在依存关系,同时购买主体的选择也是非竞争性、单向度的。而后两种购买方式双方主体在法律地位上具有独立性,但“委托性购买”的购买过程仍然缺乏公开、竞争的程序,提供服务的社会组织是政府选择和指定的。只有“竞争性购买”在服务组织的选择上存在公平的竞争市场,通过招投标等系列市场准入体制,公开、透明地争取到提供公共产品的机会。^[18]在实践中“形式性购买”是主流,而“竞争性购买”只是个案。但从实施效果看,建立了居家养老服务行业的市场主体准入和退出机制的地区,如上海、江苏等地,在“契约化购买”模式下,居家养老服务对象范围较大、居家养老产品较为丰富、政府财政负担较轻、建立了专业的居家养老公共信息平台、形成了居家养老产业的良性发展局面。相反,在“形式性购买”和“委托性购买”模式下,体现政府单方面意志,难以实现契约化购买模式中主体独立性与程序独立性的原则,政府购买居家养老服务的具体内容和形式都由政府决定,信息化建设工作滞后,缺乏竞争机制,各类社会组织无法平等参与,导致服务机构单一,服务积极性不高,

[18] 吕璐璐,《政府购买公共服务研究——以部分地方政府购买居家养老服务为例》[D].长春:东北师范大学,2013.5.

服务质量和数量都难以保障。基于此，本文认为，建立公开、公正、透明的居家养老服务行业的市场主体准入和退出机制势在必行。从立法上，应当保障政府与社会组织在公共服供给中建立“契约合作”关系，确立健全的服务购买法定流程，如“公开招标——订立合同——监督管理——绩效评估”，杜绝寻租行为，严格服务标准和定价体系，并制定公平的奖惩措施，从而促进公共服务社会组织的公平竞争。

（五）完善服务项目指标体系

居家养老服务项目是指社会各类组织根据居家老年人特征和需求提供的一系列养老服务供给项目。居家养老服务项目指标体系的构建应当具有公平性、完整性和科学性。通过科学分类，才能明确各类居家养老服务产品的供给形式，亦才能为居家养老服务产品供给提供建设方向，进而为居家养老服务市场提供导向。目前，从国内理论界的研究及实务界的做法看，对居家养老绩效机制的关注较多，如宁波市民政局 2008 年发布《关于开展城市社区居家养老服务绩效评估的通知》，浙江富阳市民政局 2011 颁发的《富阳市居家养老服务工作考评办法（试行）》，而对服务项目指标体系的研究较为匮乏。

毋庸置疑，服务项目的设置是整个服务供给的核心问题，而服务项目的制度设计应当以“用户需求”为出发点，即将服务接受者——老年人的需求置于社区居家养老服务供给的核心位置。然而考察各地居家养老服务的项目设置，不难发现，很多地方居家养老服务项目的设置并不科学，忽视了老人最迫切最重要的服务需求。在实践中，很多服务供给企业仍停留在普通的同质化的家政服务竞争之中。以上海和杭州居家养老服务内容为例进行说明：

居家养老服务项目比较（上海和杭州）

上海市	杭州市
生活护理（个人卫生护理、生活起居护理）	生活照料服务（助餐、起居、助浴、卫生清洁、代办）
助餐服务（集中用餐、上门送餐）	医疗保健服务（预防保健、医疗协助、康复护理、健康咨询）

助浴服务（上门助浴、外出助浴）	家政服务（安装维修家具与家电、清洗服务、疏通服务等）
助洁服务（居室整洁、物具清洁）	紧急救助服务
洗涤服务（集中送洗、上门送洗）	精神慰藉服务（精神支持服务、心理疏导服务）
助行服务（陪同户外散步、陪同外出）	其他服务（如文化体育服务、法律咨询）
代办服务（代购物品、代领物品、代缴费用）	
康复辅助（群体康复、个人康复）	
相谈服务（谈心交流、读书读报）	
助医服务（陪同就医、代为配药）	

将二者进行对比，可以发现：首先，杭州市将上海市的“生活护理、助餐服务、助浴服务、助洁服务代办服务”统一纳入到“生活照料服务”中，而杭州市没有设置“助行和洗涤服务”；其次，在医疗保健服务方面，杭州市比上海市的安排更加全面一些，除了上海市的助医及康复辅助外，杭州市的医疗保健服务还包括预防保健、健康咨询；第三，杭州市增设“紧急救助服务”。总的来看，二者居家养老服务项目的设置考虑到了老人的一般需求，但二者在制度设计上均存在一定缺陷：

第一，对老人最为迫切的需求设计不足。根据葛丽英课题组在成都市金牛区的调研，在“你希望社区为家中老人提供哪些养老服务”多选中，86%选“医疗护理”。^[19]可见，老年人由于其年龄和身体特征，最希望满足的是医疗服务需求，特别是对针对所有老人的“定期体检”及针对失能失智老人的“上门医疗特别服务”的需求尤为迫切。但目前的医疗保健服务仅仅停留在陪同就医或者简单的医疗检查（如量血压）层面，远远达不到老人的心理预期和实际需求。此外，均未设置“安全服务”项目，如对老人居住地室内外无障碍设施进行改造及采取防滑防摔措施等。

第二，没有分类满足不同人群的需求。从英国、德国等发达国家的立法经验来看，失能失智老人是居家养老服务照顾的重点人群，各种制度通常也会向这类人群倾斜。如英国无论是1946《国民健康服务法》，还是后期的《社区照顾白皮书》及《国民健康服务和社区照顾法》，其制度输出的主要动因就是为所有由于年龄、身体残疾、虚弱或其他任何情况而需要照顾的人，提供长期的居所照顾。

[19] 葛丽英,代娅建.居家养老服务的需求特征和产业模式初探[J].经济研究, 2009, (4): 39.

我国的居家养老在制度设计之初是想为所有的老人提供全面的居家养老服务，但在实践中，由于针对失能失智老人的照顾难度大、责任大、再加上服务提供者的专业素质较低，医疗服务措施跟不上，所谓的居家养老服务站最终沦为了为生活能够自理的部分老人提供就餐和健身娱乐的场所。目前我国现有失能失智老年人近 4000 万人，预计本世纪中叶老龄化高峰期将增长至 1 亿人。^[20]这些老人中的很大一部分往往因为家庭贫困或者养老机构拒绝接收，不得不长期待在家里，在我国长期照护制度尚未建立的背景下，如何对这部分老人进行有效的照料已经成为中国未来人口老龄化特别是高龄化过程中最难解决的问题之一。

综上，本文认为，居家养老制度不应当是一种口号，也不应当仅仅做表面文章，而应当真正惠及所有需要照顾的老人。在制度设计上，首先要考虑到不同类型老人养老需求的差异性，虽然所有的老人都可以享受生活照料、家政、医疗保健及精神慰藉服务，但是对于失能失智老人要增设生活长期护理和定期上门医疗检查服务等措施。其次，在医疗保健服务中应当强调“定期体检”的重要性，组织老人就近进行体检或进行上门体检。最后，应当从老年家庭的建设入手，为老年人提供在家中养老的安全保障措施，包括增设防滑地砖、如厕时的扶手、可供轮椅自由进出的房门等，并为每户老人，特别是失能、高龄、独居老年人加装紧急呼叫系统，提供紧急救援服务。

（六）救济制度

如前所述，居家养老产业链模式下存在两类服务合同：第一类“政府购买居家养老服务合同”可视为行政私法合同，订立旨在“为第三人利益”，其参与的主体包括政府、居家养老服务机构和老人；第二类合同是老人直接和居家养老服务机构签订的民事合同，即普通的“民事服务合同”。两类合同涉及的合同当事人不同，其采用的法律救济手段也不相同。

就第一类合同而言，司法救济解决途径可参考德国行政私法理论中的“双阶理论”（Zweistufentheorie），该理论由德国学者 Ipsen 1951 年在政府拒绝提供债务保证之案例中提出。^[21]据该理论，居家养老老年人提出申请，行政主体做出是否准许给付的行政决定，是为第一个阶段（公法阶段），该阶段发生的争议

[20] 中国失能老人快速增加 建立长期照护制度引关注[J/OL].中新网, 2015-12-17.
http://nation.chinaso.com/detail/20151217/1000200032758161450355856505991239_1.html

[21] 陈敏.行政法总论[M].台湾:台湾三民书局, 1998.584.

应当遵循行政法救济途径解决；居家养老购买合同签订、履行、变更、解除及终止，是为第二阶段（私法阶段），即为实施这一许可而另行缔结民事合同等的私法行为阶段，由此发生的争议应当以私法救济的方式执行。对于后一阶段的民事责任，有两个问题需要明确：

首先，政府与居家养老服务机构之间争议的法律救济。政府购买居家养老服务合同在法律性质上是双务有偿合同，居家养老服务机构提供合同约定的服务，政府承担支付相应服务费的义务，双方发生的纠纷应当适用《民法通则》及《合同法》。当养老服务机构违约时，政府作为合同另一方有权追究其违约责任，甚至解除合同。棘手的问题是，如果政府违约，则法律适用存在困境。本文认为，虽然政府购买居家养老服务合同是一种特殊的民事合同，但是这种特殊性并不能改变政府违约后要承担违约责任。只是在实际履行中，由于各地方政府资金来源具有公共性，政府违约后支付违约金及损害赔偿又必须依据一定的法律程序，因此，居家养老服务机构利益补偿的时间较长，处于不利地位。本文建议，从事前预防及合同完善的角度出发，在此类合同中特别应当对合同条款进行细化，如在居家养老服务购买合同中对居家养老服务机构作出承诺，保证其法权益不会因为政府政策的改变而受到不利影响。此外，双方也可约定免责事由，如避免意外事件而追究政府违约责任等。

其次，居家养老服务机构与老年人之间争议的法律救济。居家养老服务机构是服务的提供方，而老人是服务的享受方，二者难免发生纠纷，如果居家养老服务机构没有按照合同规定履行合同义务，例如擅自离开，没有看护好痴呆老年人或者没有根据老年人的个人体质选择合理的食物等，一旦发生纠纷，居家养老服务提供方应当承担相应的责任。如果没有造成损害，政府作为债权人有权追究居家养老服务机构作为债务人的违约责任。如果造成了第三人（老人）的利益损害，则还应当依据《侵权责任法》要求居家养老服务机构对遭受损害的老人承担赔偿责任。

就第二类合同而言，合同当事人仅为居家养老服务机构与老年人。由于居家养老服务提供方与老年人存在合同关系，当二者产生纠纷，可依据《合同法》的相关规定执行。服务提供方无正当理由不履行给付义务或者迟延履行，应依法承担违约责任。但如果居家养老服务机构在履行服务过程中，因服务供给存在瑕疵、

服务不当或违法安全保障措施造成老年人人身损害,则产生违约责任与侵权责任的竞合。责任竞合一旦发生,根据民法一般理论,为了避免当事人获得双重赔偿,老年人可以选择对其最有利的诉由进行起诉,及要么要求对方承担违约责任,要么提起侵权之诉,但择一理由起诉后不能再以另一诉由起诉。

五、结论

居家养老的良性运行必须有赖法律制度的根本保障,然而目前我国居家养老服务仍带有浓厚的行政管理色彩,总体上仍属于政府推动型,很多服务需要依赖政府才能开展。本文认为,目前我国居家养老存在的表象问题是受益率低、服务单一,而深层次的原因则是没有从立法上明确政府的职责定位,没有为居家养老服务组织提供有效的进入与退出居家养老服务市场的制度支撑,且居家养老服务产业发展所必须建立的资金保障机制、服务标准机制、人员培训机制、司法救济机制均缺位。因此,尽快制定《居家养老服务条例》,建立健全居家养老服务产业立法、明确居家养老服务法律关系、建立社会长期护理保险制度、建立规范的主体制度、完善服务项目指标体系及规定合理的救济制度,是为当前助推居家养老服务市场发育,完善我国居家养老服务产业链的重大制度要求。