

《劳动合同法》修订的几点建议*

王见敏

【提要】《劳动合同法》在实施前后引发了各界激烈讨论。该法的相关条款在对创业型企业的制约、对劳动者单向度的保护、与立法伦理的偏离等三方面存在消极影响。《劳动合同法》应当从试用期约定、劳动合同解除等方面给予用人单位更大的自主权。同时,应当修订《劳动法》、《劳动合同法》、《劳动合同法实施条例》、《劳动争议法》等相关法律条款,完善关于社会保险缴费基数与劳动时长等相关规定,以提升企业的自主用人权与劳动者的发展权。

【关键词】劳动合同法 创业 单向度保护

【中图分类号】D922.52 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2016)04-0115-05

为适应“效率转向公平”的宏观经济政策导向,进一步平衡劳资双方关系、提升对员工的保护力度、保护劳动者合法权益和构建、发展和谐稳定的劳动关系,促进和谐社会建设,在1994年《劳动法》的基础上,出台了《劳动合同法》,并于2008年1月1日正式实施。《劳动合同法》实施前收到的反馈意见达191849条,创造了中国法律收集意见的纪录,而且各方意见激烈对抗,后经全国人大常委会审议4次方予通过。2012年该法修订之时,全国人大常委会仅一个月的时间内就收到557243条意见,再次创造我国有法案公开征求意见的最高纪录。2016年3月,中国财政部长楼继伟在中国经济50人论坛2016年年会上提出《劳动合同法》应该修订,来自政府、企业、学界以及实务界的很多代表和专家围绕该法产生了又一波讨论热潮。

一、无差异刚性调整对创业的消极影响

《劳动合同法》对创业的制约效应逐步凸

显,主要体现在以下几个方面:

1. 无差异刚性调整加剧初创企业竞争环境的非公平性。虽然,该法调整对象为所有企业用工关系,但用工关系因行业特性、企业规模、企业发展阶段、企业管理水平、员工职业特质等客观因素影响,体现出较大的差异性,该法的无差异刚性调整将初创企业置于相对不公平的环境中,因为创新型初创企业劳动关系更为复杂。初创企业对管理成本更加敏感。相对于成熟期企业而言,初创期企业在市场上处于相对劣势,同时在雇员岗位职责清晰度、绩效评价状况、劳动关系管理等内部管理方面也处于劣势。

2. 工时无差异刚性约束条款加大创业风险。非全日制用工条款提升了创业成本。初创企业基于产品创新与研发攻关需要,可能短期聘请外部智力资源高强度投入支持。该法第68条关于非全日制用工规定,使初创企业的灵活用工、

* 该论文是编号为贵州省软科学项目黔科合R字[2015]2009-01、国家社科基金项目(14XSH007)的部分研究成果。

临时用工、短期用工与非全日制用工可能转变成固定用工,制约了初创企业聘用外部智力资源灵活度,大幅提升了用工成本,提升了创业投入成本,抬高了创业门槛。

3. 用工规范化无差异刚性条款增加创业运营成本。初创企业运营并不规范,工作流程与工作职业不清晰甚至没有建立,工作内容随着企业经营状况随时调整,存在一人多职的情况,这也是中小企业与初创企业快速适应市场与内外环境变化、展现灵活性的竞争优势的基础。该法第8条规定的有关工作内容、工作条件等条款,制约了初创企业的灵活性,降低了初创企业的竞争优势。

二、对劳动者单向度保护带来的消极影响

《劳动合同法》单向度保障劳动者权利,存在法不公正的倾向。如新法总则第一条只提及“保护劳动者的合法权益”,而不是“保护合同双方当事人的合法权益”。《劳动合同法》立意首先将企业法人置于性本恶而员工置于性本善的角度进行思考,体现了政府对劳动力市场和企业用工行为的过度干预,容易造成劳动力市场凝固化、行政化,使企业丧失用人自主权,从而导致企业失去活力和竞争力。^①

1. 劳动合同解除条款限制了企业用工弹性。^② (1) 支付经济补偿金单向约定条款显失公平。该条款使得协商解除劳动合同也由用人单位单方承担经济补偿责任,明显违背公平原则。(2) 经济补偿金条款可能引致企业解约行为更加粗暴。该法规定,协商解除与用人单位单方解除的违约责任等同,使得企业基于处置效率与减少负面影响考虑,往往不会与劳动者协商,更倾向简单粗暴的单向解约形式。这种解约方式更易激化用人单位与劳动者之间的矛盾,进而影响社会和谐。(3) 违法解除后单方申请恢复条款削弱企业自主用人权。该法第48条规定“用人单位违法解除或者终止劳动合同,劳动者要求继续履行劳动合同,用人单位应当继续履行”,该条款限制了用人单位的自主用人权。(4) 劳动者可能拥有无限解约自主权。该法第

38条第二款、第三款规定,未及时足额支付劳动报酬或未依法为劳动者缴纳社会保险费,劳动者可以解除劳动合同。《中华人民共和国社会保险法》与《关于工资总额组成的规定》等法规中关于社会缴费基数与工资总额之间的关系界定并不清晰,过程操作过于复杂。在社会保险缴纳中,即使是管理相对规范的企业也很少将劳动者的奖金、加班工资等临时性工资项目,直接计入社保缴费基数中,这一条款等于赋予了劳动者以此为理由的无限解约权,劳动者以此为由进行解约还可向用人单位索要经济补偿金。

2. 禁止担保条款影响就业公平。在劳动用工过程中,担保一般分为财务担保与知情担保两类。该法第9条规定,用人单位招用劳动者,不得要求劳动者提供担保。第84条规定了“用人单位违反担保规定,予以纠正并处以每人500元以上2000元以下的罚款”。在现实执行过程中面临以下问题:(1) 理性选择使企业面临处罚也要违法。该条款的立法意图是防止用人单位借担保之名集资或诈骗劳动者财物,降低劳动者入职门槛。但当工作岗位经常需要管理大量财物时,在劳动者的品行未能得到充分确认前,用人单位即使面临罚款风险,也将选择担保。(2) 禁止担保条款可能影响就业公平。用人单位在财物敏感性较高的岗位招聘过程中,在禁止担保条款的约束下,往往采取熟人推荐而非社会公开招聘的方式,这种行为界定了招聘对象范围,影响了就业公平。

3. 培训费用条款阻碍企业人才培养。该法第22条规定“用人单位为劳动者提供专项培训费用,对其进行专业技术培训的,可以与该劳动者订立协议,约定服务期”,并在《劳动合同法实施细则》中第16条规定“培训费用仅用于,包括用人单位为了对劳动者进行专业技术培训而支付的有凭证的培训费用”,这一规定可能降低大学应届毕业生就业率。按照规定,企业内部自行举办的在岗专业技能培训是很难认定为企业为员工支付

① 黎建飞:《从雇佣契约到劳动契约的法理和制度变迁》,《中国法学》2012年第2期。

② 廖冠民、陈燕:《劳动保护、劳动密集度与经营弹性:基于2008年〈劳动合同法〉的实证检验》,《经济科学》2014年第2期。

的“有凭证”的培训成本，这将促使企业更愿招聘有经验的劳动者，而不愿意自主培养新进大学毕业生或经验不足的新人，同时压制了企业举办内部培训、系统培养新人的积极性与主动性。

4. 无固定期限劳动合同强制条款带来隐性成本上升。^① 该法第14条第三款规定连续订立二次固定期限劳动合同后，只要劳动者没有严重违反用人单位的规章制度、严重失职、营私舞弊或是劳动者经培训也不能胜任工作等情形，除劳动者主动要求订立固定期限劳动合同外，均应当订立无固定期限劳动合同。该法立法本意是减少劳动合同签订次数，延长单次劳动合同期限，但事如愿违：(1) 降低了企业运行效率。由于该法的约束，用人单位长期用工比例增加，以季节性零散用工为主的小型企业经营的成本上升与灵活性下降，可能让员工工作压力下降、加班时间减少、工作积极性减退，导致企业工作效率及效益降低。(2) 退出机制缩小了企业用工弹性。严格的人员退出机制，导致用人单位选择少用人或裁减现有人员，进而提高失业水平。这种现象证明该法的实施，可能已经背离立法初衷并限制了劳动者就业权利的实现。(3) 长期劳动合同降低了企业活力。固定期限、长期合同等限制部分劳动者的流动意愿，压抑了劳动者流动性，进而降低了企业活力。

5. 经济补偿金条款可能引导劳动者逾越道德底线。该法中关于试用期条款、劳动权益保障条款，明确了企业需对违法行为承担经济补偿金或赔偿金。但是，该法仅考虑企业的非道德性，而忽视劳动者的非理性与非道德性：(1) 试用期约定条款可能促使劳动者故意不签订劳动合同。劳动者可能恶意躲避或拖延而不签订劳动合同、进而索要赔偿金，给用人单位带来用工风险。(2) 经济补偿金条款可能引发劳动者的非道德性。《劳动合同法》第38条规定，用人单位有未提供劳动保护或者劳动条件、未及时足额支付劳动报酬、未依法缴纳社会保险费、规章制度违反法律法规的规定侵害劳动者合法权益等几类情形的，劳动者可以解除劳动合同，用人单位应当支付经济补偿金。该条款原意旨在保护劳动者的合法权益，但由于表述过于笼统，缺少配套规定和解释，可能被一些员工恶意利用，危

及企业劳动关系的和谐稳定。目前，深圳市出现一些劳动者利用该法的相关规定，仅仅因为企业延期一两天支付工资、以企业计算社会保险费的基数不符合规定等理由为由而解除劳动合同并要求支付经济补偿金或赔偿金情况。

三、对立法伦理偏离的消极影响

该法实施后，总体上带来了就业机会的减少，劳动争议与纠纷的增加，企业关闭和向外迁移现象持续，劳动力向内陆回流加速，^② 大量外资企业向劳动力成本相对低廉的东南亚国家迁移。这些现象的背后，深层次的原因实际上是该法在法律伦理上的偏离。立法的目的是为了创建优良的法律，优良法律的基石之一在于伦理的正当性，该法的立法伦理应当考量道德理想与价值观念的内在一致性。该法的实施目的之一是调整“牺牲劳动者权益换取效率”的社会关系。^③ 但是，该法在伦理上存在以下问题：

1. 劳资关系“性本恶”单向度考量有违社会潮流。该法将企业置于性本恶单向度考量，是将我国企业置于传统资本主义市场企业行为范式预设下的一种思考模式。在劳动人口逐步减少的国情背景下，互联网带来了信息传递成本急剧下降，劳动价值链接方式也在发生改变，企业正在朝着去中心化、规模小型化与价值差异化方面转变，物质资本社会贡献价值正在下降，劳动者作为人力资本的社会价值正在快速上升，劳动者人力资本价值与企业资源平台价值的共生互融、互利互惠正成为社会发展的必然趋势。将企业置于性本恶的单向度考量，可能导致劳动者与企业之间的互斗互伤，将有悖于当前社会发展的主潮流。

2. 忽视在社会诚信约束机制不健全背景下的劳动者的非道德性。福利经济学与经济伦理学中对经济行为道德的关注，主要体现在经济理性对

① 余向阳：《利益博弈对〈劳动合同法〉实施的影响》，《经济与法》2010年第12期。
② 张琪：《劳动合同法实施过程中遇到的问题及对策分析》，《现代企业文化》2012年第15期。
③ 常凯：《中国〈劳动合同法〉为什么不学美国（发言稿）》，http://view.news.qq.com/a/20080218/000026_2.htm [OB]. 2008-02-18。

社会理想和道德偏离修正方面,其主流观点为通过社会保障体系的重建与法律体系的完善来修正。当前,中国劳动法规与社会诚信约束机制的不健全,企业与员工在劳动关系建立初期的信息获取方面并不对等,这可能导致极少部分劳动者频繁合理利用劳动法规来获取非道德性报酬。

3. 公权对私权的过度干预影响了契约自由。公权对用人单位管理的介入水平,一般与法律对用人的规范力度、劳资力量对比程度、用人单位自律性和成熟性紧密相关。我国正处于经济和社会转型期,也是社会矛盾多发期。公权力适度介入有利于调整日益紧张的劳资关系,但《劳动合同法》中的公权力的过度介入,造成了公权与私权博弈的失衡,违反了市场行为主体的契约自由原则,限制了用人单位用人自由权,加大中小企业的管理成本,提升了制造业等劳动密集型产业转型升级的风险。^①

4. 过度保护带来了劳动者发展权与基本权的此消彼长。发展权是指国家中任何个人都有平等参与发展和享受发展成果的权利,是一项集体人权,也是一项个人人权。劳动者享有平等就业与择业的权利,同时也享有获取劳动报酬、休假、劳动安全、社会保障等权利,是劳动权的体现。但是,劳动者也应平等享受参与企业发展、接受技能培训与提升等发展权利,该法虽然加强了对劳动者的获取报酬、享受休假权、获取劳动安全、享受社会保障等基本权利,却因试用期、担保、培训、劳动派遣等过度保护条款,削减了新入职、缺乏知识技能与社会弱势劳动群体的就业机会,剥夺了这些群体参与在职获取技能培训的机会,造成了劳动者发展权与基本权的此消彼长。

5. 模糊了政府与企业的社会责任。《劳动合同法》立法的目的之一是促进稳定就业、维护就业安全,但是,政府与企业行为目的并不相同:政府行为目的是促进经济发展、维护社会稳定运转、改善民生福利,企业行为的目的则是在遵纪守法前提下获取超额利润,而保障社会就业安全、促进就业稳定是政府的社会责任,保障劳动者公平获取劳动报酬与不损害劳动者基本权益则是企业的社会责任。该法模糊了企业与政府的社会责任,促进保障就业安全、稳定就业并非企业的社

会义务。政府应该在引导而非强制要求用人单位承担社会责任基础上,逐步健全社会保障体系,通过多途径保障就业安全与就业稳定。^②

四、关于该法修订的几点建议

用人主体和劳动者都是劳动力市场的主体,双方都要遵守平等、自愿协商的原则订立劳动合同,缔结劳动关系。劳资双方均应遵守自己的权利与义务,发生争议时法律地位也应平等。因此,本文对《劳动合同法》修订建议如下:

1. 增设初创企业过渡期部分免责条款。建议修订该法实施条例,参照美国对待不同雇员规模企业的差异性做法,建议以用工规模与创立时间为约束条件,分别为用工规模在20人(不含)以下、20人(含)以上至50人以下(不含)、50人(含)以上三类初创企业分别设置两到三年过渡期内部分免责条款,同时设置免责预警与外部干预机制,促进初创型企业逐步实现劳动过程管理规范化。

2. 修订工时约定条款。建议将该法第68条的非全日制用工规定劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过四小时,每周工作时间累计不超过二十四小时的用工规定,修订为“在不违背双方自愿前提下,非全日制平均每月工作时间不超过一百小时”;同时,建议删除《劳动法》关于工时每天加班不超过一小时,特殊情况不超过三小时的条款,改为“每周正常工作时间不超过四十小时,加班总时长不超过12小时,每月加班不超过36小时”,以增加用人单位的灵活性。

3. 修订举证倒置条款。修订《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第6条等条款约定,将劳动争议纠纷中用人单位应承担举证责任,改为用人单位承担举证责任或申请劳动伦理委员会裁决。

4. 赋予企业自主解约权。建议赋予企业自主解除劳动合同并承担解约责任的权利,删除

^① 常凯:《劳动关系的集体化转型与政府劳工政策的完善》,《中国社会科学》2013年第6期。

^② 鄢圣文、谭叙:“《劳动合同法》实施一年以来相关研究述评——基于劳动力市场及其三方主体的视角”,深圳百姓网2009年9月5日。

该法第 48 条中“用人单位违法解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同，用人单位应当继续履行”条款。建议增加“除非劳动者在患病期、怀孕期与哺乳期，双方均可提出解除劳动合同”条款，同时明确在不同情形下企业主动解除应承担的解约责任，以提升企业用人自主权，同时促进劳动者勤勉尽职。

5. 修订协商解除需支付经济补偿金条款。建议将第 46 条第二款规定用人单位与劳动者协商一致解除劳动合同应当支付经济补偿金的条款，修订为“经协商双方一致解除劳动合同，不需支付经济补偿金”，以体现契约自由原则。

6. 增加劳动者主动解除劳动合同的约束条件。建议修订该法第 38 条第二款、第三款规定企业未及时足额支付劳动报酬或未依法为劳动者缴纳社会保险费时，劳动者可以解除劳动合同的内容，修订为“劳动者可以提前三十日以告知方式解除劳动合同”，以减少企业运营风险。此外，建议在该法实施条例中细化社会保险费缴费基数条款，以减少因“未足额缴社会保险费”引起的劳动争议。

7. 修订担保条款。在社会诚信体系不健全的状况下，应当修订该法第 9 条与第 84 条关于禁止担保的规定，建议禁止财产担保，不应禁止知情担保，以给弱势群体增加就业机会。

8. 修订培训费用约束条款。建议修订该法

实施细则第 16 条“培训费用仅用于，包括用人单位为了对劳动者进行专业技术培训而支付的有凭证的培训费用”内容，应将企业内部为劳动者组织的专业知识与技能培训费用纳入，包括但不限于内部讲师费用、培训期间的支付的劳动报酬、交通费用与住宿费用。将企业的真实培训费用全部纳入，可以鼓励企业自主组织企业内部培训积极性，进而提升劳动者的发展权利。

9. 修订试用期条款。建议修订该法第 19 条中关于试用期条款，增加“经双方协商可以延长试用期”条款，明确延长的条件与期限，进而增进劳资双方相互了解与准确判断，同时也有利于新入职劳动者获得学习与成长的机会，降低企业用工风险。

10. 设置劳动伦理委员会。建议针对劳动争议中举证不力、该法尚未规定状况，督促各地劳动仲裁委员会设立劳动伦理委员会，可聘请各界人士参与劳动争议的裁决，并将伦理委员会的结论作为劳动争议的判断依据。

本文作者：贵州人才发展研究所所长，贵州财经大学副教授，中国社会科学院工业经济研究所与四川九州电器集团有限责任公司联合培养博士后

责任编辑：赵俊

Suggestions to the Revision of *Labor Contract Law*

Wang Jianmin

Abstract: There was heated discussion on the *Labor Contract Law* from all sectors of China's society before and after its implementation. This paper analyzes its negative influences based on the constraints of entrepreneurial enterprises, unidirectional protection for labor and legislation ethics, resulted from some terms of the law. The paper argues that greater autonomy should be given by the *Labor Contract Law* to the employer in such aspects as setting a probation period and terminating the labor contract. To enhance the employer's autonomy of personnel selection and the worker's right to development, some terms of the *Labor Law*, *Labor Contract Law*, *Implementation Regulations of the Labor Contract Law* and *Labor Arbitration Law* should be adjusted, and some relevant stipulations be revised, such as the social insurance premium base and the working time.

Keywords: *Labor Contract Law*; entrepreneurship; unidirectional protection