

《劳动合同法》修改中的观念调整与制度更新

董保华 华东政法大学教授

在法国，不管左翼政
党上台，右翼政党
上台，都注意到一个事实，
如果想继续让法国有前途，《劳动法》是一定要修改。但是要修改这部法，事实上又是很难，因为社会抵制这样的修法，这就是今天法国的情况。



最近大家比较关注的事件是法国因为修改《劳动合同法》引发的分歧、争论，大家看到 17 万人上街游行示威。法国这次修改《劳动法》，实际上不是第一次，几十年当中不断提出要修改《劳动法》，但是不断被阻挠。十年前我们国家在讨论《劳动合同法》的时候，我们就提出过这个问题，如果我们做得不好，有可能会像法国这样——我们今天面临的局面和法国有些相似性。我们十年前在修改、制定《劳动法》的时候，法国也正想做调整——首次雇佣一些灵活性，最后没有成功；给企业雇佣新工人带来灵活性，最后也没有成功；一二百万人的游行示威，最后导致当时法国政府下台。

后来上去的萨科奇又一次想修改《劳动法》，也没有成功。左翼政党把这作为攻击他重要的点。十年前就有人说，萨科奇可能离爱丽舍宫很近，离凯旋门很远，萨科奇也没有成功。这次想修改《劳动合同法》的是非常左翼的一个政党，按道理说左翼政党会借着《劳动法》上台，当他主政一段时间以后，他也发觉《劳动法》不修改不行，但是，修改难度很高。在法国，不管左翼政党上台，右翼政党上台，都注意到一个事实，如果想继续让法国有前途，《劳动法》是一定要修改。但是要修改这部法，事实上又是很难，因为社会抵制这样的修法，这就是今天法国的情况。

十年前我就警告，我们不要搞成这样，要搞《劳动合同法》的话，大概我们会陷入这样一种状态，很不幸八年后我们面临的情况大概就是这样。现在楼部长、劳动部尹蔚民部长在这两次会上提出要修改，财政部、劳动部不约而同地讲到这部法应该修改，讲的问题非常一致。政府层面已经看到这部法如果不修改，很可能对我们经济发展带来长远的影响。但是，也不得不承认，社会今天其实有很大的抵制，当然我们不见得到法国那种地步，但是性质是类似的。

问题到底出在哪呢？我觉得法国可以用四个字“撕裂社会”。法国的这个法就是一部分人非常赞成，一部分人非常反对，做雇主的就非常反对这部法，要修改，打工的就非常赞成这部法，这两个群体就变得非常对立。法国就在这种对立的争论当中，从一流国家变成二流国家。现在政治家看得很清楚，如果不能有效阻止这种现象，就是二流国家变成三流国家，所以不管左派当政，还是右派当政，都看到《劳动法》对法国社会的阻碍，但是修改的难度很高。

中国今天的问题也是如此，对执政党来说，一般是不大愿意修改已经制定的法律。但是也看到，不修改确实有问题，要修改，现在也不是那么容易，所以很大程度上这个社会也被撕裂了。近日看了一个微博，有一个律师专门写一些法治文章，正好我前两天发了一篇文章，那个文章有人建议他看一看，他说我不看，说等董保华什么时候为批评者写文章，我就看；接下来就开始批评者下面文章，你说看；怎么来批评呢？他说对于很多人来说，我不需要看他的文章就批评。这就是我们目前的情况，他首先选择这个立场。很多大学生听我讲座，先做一个立场选择——准备打工的，他就做一个选择；支持《劳动合同法》，做创业的话，就一定做一个选择，反对《劳动合同法》。这就是我们最担心的一种效果，社会就变得非常对立，就是撕裂社会。所以我们要回头看，社会是如何被撕裂的。

接下来讲五个问题，第一认识，认识我们社会是如何撕裂的；第二是常识；第三讲见识；第四，讲共识，一部法的修改没有共识是很难的；第五讲《劳动合同法》要修改不容易，没有胆识不可能。

第一个是认识。我们今天面临的尴尬局面是如何来的？我跟常凯在这个问题上争论十年了，观点完全对立。徐小洪是我们两个人共同的朋友，曾经在劳动法学界总结，他说劳动法学界大概有三种观点，第一种观点是单保护观点，第二种观点是双保护观点，第三种观点是倾斜保护观点。徐小洪认为主张倾斜保护的就是董保华，常凯是主张单保护的。倾斜保护的觀點是 1992 年我发表的一种理论，两个方面组成，第一个是弱者理论，第二个是倾斜保护。研究劳动关系要认识一个基本前提，就是一方是强势的，一方是弱弱的。由于一方是强势，一方是弱弱的，所以在立法的时候需要有倾斜，总体上是了追求平衡。我认为倾斜应该有两点要点：第一，在利益分配上只能限定在倾斜上，给当事人协商留出充分余地，倾斜保护不以牺牲经济效益为代价；第二，立法可以是在法律上维护利益有所倾斜，司法必须严守平等。

我提出这个理论之后，国家觉得可能有帮助，我参与了《中华人民共和国劳动法》的起草。经过一年多的起草，我自己一些想法也体现在《劳动法》当中，所以我非常赞成《劳动法》所持的平衡点。

起草《劳动法》的时候，总体上我们还是希望给一个比较高的解雇保护水平。检索了德国、法国等各个主要国家——美国、英国的解雇保护太自由，所以基本上没有入大家的眼，基本上还是按照法国、德国的《劳动法》来检索的。所以我们每一条解雇保护的

标准都比德国严，请注意，我说的是《劳动法》，不是《劳动合同法》。《劳动法》和法国做一个对比，大部分的条款我们还是比它严，起草《劳动法》对这个平衡点是有选择的。平衡点选择的对错，是我常凯争论的关键。有人说常凯跟我的争论是劳资的争论，南北的争论，一个学者能代表北方，一个学者能代表南方吗？很难说。为什么一个学者代表劳方，一个学者代表资方？也很难说，学者就是学者。我基本上赞成《劳动法》的平衡点，因为《劳动法》相当一部分条款是我写的，我赞成这样平衡点的选择。当然，一些学者不太赞成这样平衡点的选择，《劳动合同法》是对平衡点做了修正。我理解这个修正就是把《劳动法》里劳弱资强改造成了劳善资恶的认识，把倾斜保护改成了单保护。《劳动合同法》通过之后，人大法工委有一个正式的表态。人大法工委分管《劳动法》起草的主要领导主编了《中华人民共和国劳动合同法的释义》，他说《劳动法》一种是单保护，一种是双保护；起草的时候旗帜鲜明的是单保护，倾斜保护是并入双保护被批评的，不认为倾斜保护是《劳动合同法》的方向，《劳动合同法》是单保护的思维。回到《劳动合同法》，说到底就是规范一种合同关系。如果规范一种合同关系，用担保合同的理论，这是非常偏颇的，也只有劳善资恶这样的理论才产生担保合同的理论。

我认为《劳动合同法》发生了非常大的转变，这样一个理念的转变，我理解在当时的人大代表都不太能接受。大家知道我们国家法律，到人大常委会都会通过。但是这样一个理念调整人大常委会都不接受，争论很长时间。有一个重要事件导致这个法通过，就是黑砖窑事件，黑砖窑事件助推了这个法。当时有两类案件很多，一类案件就是有些工人制造了一些矿难，然后去索赔，去把工人的亲人或者老乡打死，打死以后去索赔。另一类就是雇主强迫劳动。这两类，表面上一类是工人，一类是雇主，实际上雇主也不是雇主，工人也不是工人，都是犯罪分子——打死员工，剥夺人家人生命，其实都是犯罪分子。但是，一个穿着劳工外衣，一个穿着用人单位的外衣。这两类案件都产生了刑事责任，工人的打死自己的亲属骗保，他知道这是犯罪。但是雇主用皮鞭强迫劳动催生了《劳动合同法》的通过。当这样的事件催生《劳动合同法》通过的时候，是不是我们本身指导思想出了比较大的偏差？

很多人说常凯是《劳动合同法》起草者，我个人认为不是。真正的起草者应该是像法工委、总工会，或者劳动部这样一些真正参加《劳动法》起草的人，他们才真正叫起草者。在班子里直接参加起草的人，他们怎么描述这些事情？他们说突发事件让《劳动合同法》出台突然加快，如果没有这个事件，这部法律可能要考虑一段时间。强资本、血汗工厂、黑砖窑这三个概念是划等号的，黑砖窑是犯罪，强资本是劳动关系的常态，血汗工厂是社会生活中的表述。如果是颜色的话，一个是黑的，一个是白的，一个是灰的。但是起草者说都是恶的，这样的指导思想渗透到了《劳动合同法》的起草中，这是《劳动合同法》比较大的问题。我们的认识从倾斜保护转到单保护，这是起草的时候犯的认识错误。今天的社会撕裂跟这个理念有很大关系，当一个群体被表述为善，不管这个法是不是保护我，当然我不希望修改。一部分群体被这部法看作是恶，当然希望这部法修改，这就是社会的思维状态。今天讲修改《劳动法》，什么是经济下行带来的问题，但是《劳动合同法》是指导思想上的问题，是系统性的问题。

系统性失衡是违背常识，修改《劳动合同法》就是回到常识。我认为《劳动合同法》的系统性失衡，我写了文章讲十大失衡、十个有违常识的地方。我赞成劳动部和财政部对《劳动合同法》几个主要问题的表述，一是劳动力市场灵活性，一是讲企业成本。如果认为劳动力市场灵活性不够，背后有三大失衡——企业用工成本问题背后也有三大失衡。这两个问题背后有四个系统性制度失

衡，我简单介绍一下这十个《劳动合同法》当中的问题。

第一个问题，严格限制用人单位借助权利与过度放任劳动者辞职自由的失衡。20 年前的这部《劳动合同法》本来就是倾斜保护原则起草，解雇保护水平不低，《劳动合同法》又往两个方向做了修改，一个是扬一个是抑。一方面，限制了用人单位的解雇权利，主要有三点，第一是扩大无固定期限合同，原来是十年无固定，现在两次也可以无固定，第二是极大地限制终止合同。《劳动法》有解除和终止，终止条件比较宽松，《劳动合同法》把终止做了限制。签了无固定期限合同，再把终止合同限制，接下来还有一个就是解除，对解除又做了一些收紧。这样就使企业要炒员工变得比较难。另一方面做一个相反的改动，扩大了任意辞职。20 年前做的《劳动法》对劳动者辞职就比较宽松，提前 30 天预告就可以走人。不仅如此，又做两方面改动，一是放宽推定解雇制度，第二是限制服务期使用。推定借助制度是《劳动合同法》新引入的一类制度，这个制度就是员工在辞职的时候，如果找到企业的瑕疵，他不仅可以走，而且可以要求企业支付经济补偿金。这种瑕疵如果在西方做推定解雇，用人单位要根本违约，但是《劳动合同法》把这个瑕疵规定很低。比如说拖欠工资，没有按时、没有足额，拖欠工资本身要制裁，但是如果说没有按时，没有足额，这个标准就很低，如果工资晚发一天，也是没有按时。没有足额，如果工资少发五六块也叫没有足额，这样都构成推定解雇。另外，很大程度上限制了服务期的使用，服务期企业有投入，比如出了一些培训费，或者投了一套住房，引入一些人才，让人才为企业多服务几年。《劳动合同法》对各地使用的服务期做了大量的收紧，只允许培训，比如说引进人才，投一套房子，让你多为我服务几年，这在《劳动合同法》里面是禁止的，只有培训这样一种形式，培训费用最多就是赔偿损失，不能达到制裁违约的目的。

经过这样的改造，从国际标准来衡量，国际上对解雇保护有三个标准可以衡量，中国和经济组织有一个衡量标准。从 2012 年做的统计看，比我们紧的只有一个国家葡萄牙，我们在解雇保护上打到 3.26 分，美国水平我们水平只有 0.26，我们的帮助保护水平在国际上很高。葡萄牙第二年就做了调整。葡萄牙发现自己竞争力丧失，2013 年调到 2 点几。我们看到法国最近在闹的风波，其实我们可以看到法国的法案，闹得比较厉害的就是经济补偿金——法国的经济补偿金跟我们相比，正常情况下结束劳动关系，法国人经济补偿金只有我们的 1/5，但是企业主觉得重了——法国的经济补偿金欧洲最高。可以预见的是，法国再怎么修改，跟我们的《劳动合同法》也是小巫见大巫。这是我们第一个失衡。

第二个失衡，是全面静态书面化的法律要求与用人单位动态调整失衡。其实《劳动法》在我们国家是独创的一个制度，就是书面合同制度。书面合同制度是国际劳工组织一直反对的一个制度，所以大部分国家不搞。由于我们国家特殊的历史原因，我们在《劳动法》当中确定了书面合同制度，但是《劳动法》对书面合同制度限制非常严格，作用就是确定劳动关系，让劳动者拿到一个证据证明劳动关系存在。但是《劳动合同法》把书面合同作用大大放大，放大到了四个方面：劳动合同全面书面化，规章制度全面书面化，用工管理过程全面书面化，公共管理全面书面化。举个案例，在南京可以找一百个、两百个不成问题。叶某在南京从事消费者维权，打客服电话，会告诉你中文服务请按 1，英文服务请按 2，投诉服务请按几，促销服务按几，然后一层层按进去是忙音，你以为很多人在打这个电话，其实不是。这个案子揭示很多人用客服电话打私人电话，这个员工打了 441 分钟，28 次，企业觉得不能容忍，就按照规章制度，把他解除了。案子打到法院，能不能解除这个合同？法院最后判决，说他用客服电话打私人电话，虽然叶某认可利用公司电话进行外拨，但是叶某行为是否违反规章制度，是否构成解除劳动合同

的条件，公司未能提供充分证明，故公司解除行为属违法解除。这个案子仲裁一审二审都支持叶某。所以，如果过分强调书面化，会和企业动态管理大大背离。

第三个就是标准劳动和非标准劳动关系失衡。随着进入后工业化时代，各国非标准劳动关系形式都在发展，唯独我们国家《劳动合同法》一共只有两种，非全日制和劳务派遣，实际上 2012 年我们还对非全日制进行打压。

第四是劳动成本。都是楼部长和尹部长讲的成本，怎么正确理解楼部长讲的成本问题？第一，成本问题应该市场决定。劳动力成本价格就是工资，应该（由）市场决定。假设一个清洁工，市场认可 10 万美金，没有什么不对。政府故意压低或者政府故意抬高，那是不对。很多人认为楼继伟说的什么？楼继伟说要跨过中等收入陷阱。中等收入陷阱就是工资不增长，跨越陷阱就是要增加工资，但不是政府做，而是市场做。所以问题不在于高还是低，而在于政府用什么方法推动。除了大家争论比较多的最低工资外，还有一种就是集体谈判、集体合同抬高工资，这不就是市场吗？正常情况下集体谈判就是谈工资的形式，但是遗憾的是我们现在集体谈判融入很多政府因素。《劳动合同法》之后，《劳动合同法》搞行业集体合同，我们看行业集体合同怎么搞的？全国总工会最大推广力度的案子，叫武汉商贸。40 多万员工谈判怎么谈？武汉成立一个工资集体协商指导小组，就是工商、劳动、税务部门组成一个小组，由这个指导小组选出九名正式代表，九名企业代表，九名员工代表，整个谈判他们旁听，双方谈判，最后定一个标准，中心城区多少，新城区多少，厨师长多少，中式面点多少。这样企业都不需要 HR 了，政府帮你提高，提起来的多。20% 几，部长的报复就是物价上涨 20% 多。所以楼部长讲的行业集体谈判主要是指武汉这样的谈判，不应该搞，搞的结果不是市场决定工资，其实还是政府在决定工资。

另一种成本就是摩擦成本。《劳动合同法》极大地制造了摩擦，《劳动合同法》对《劳动法》做了很大修改，原劳动合同法法律责任中，四五条对企业，一条对劳动者。法律《劳动合同法》法律责任做了很大改变，16 条当中 13 条半针对用人单位，半条针对个人。八个方面增设惩罚性赔偿。惩罚性赔偿就是奖励诉讼，就是双倍工资。为什么一个劳动者要拿双倍工资？其实就是鼓励你诉讼。因为八个方面惩罚性赔偿涵盖了《劳动合同法》方方面面，非常广泛，引发了社会融资式维权很多，形成很大规模的集体事件。我们最近做了融资式维权扬州调查，同一个劳动者一年内向不同企业提出劳动争议诉讼，已经占到劳动争议诉讼原告人数 20% 以上；他到这个单位就是挑单位用人瑕疵，目的就是打官司。上海市浦东新区劳动争议仲裁委员会统计，平均每个劳动争议案件中，劳动者不合理请求占请求总量 30% 左右。本来双倍赔偿是法院判，现在用集体压力方法谋求双倍赔偿。

我们程序设计违背了基本的公平，比如程序设计的不收费用制、免费制度、减免制度，打一个劳动争议官司，仲裁不收费，诉讼是 10 块钱，如果家里比较困难就 5 块钱，调解撤诉是 2.5 块钱，跟坐公交车差不多。还有一个不合理的地方，仲裁程序应该是一裁终局，这样双方都不能告，但是现在我们是员工可以告，企业不可以告。在上海一裁终局的案件是 50%，就是说 50% 的企业没有诉讼权利，严格说是违法的，在程序面前用人单位和劳动者应该平等。

背后系统性失衡。第一是用单位照顾义务和劳动者忠诚义务失衡。用人单位照顾义务扩大借助限制范围，增设优先留用与期满终止补偿金。举个案例，阿里巴巴一个员工请病假，企业对劳动者进行照顾，但是这个劳动者请病假以后到巴西旅游了，企业觉得你不对，要处理他。最后法院判是规章制度有没有明确写请病假不能旅游？如果没有明确写是不能主张的，最后是员工胜诉。这个案子中员工不诚信，用病假骗用人单

位，用人单位照顾了，滥用了这个照顾，但是法律没有对这个案子做正当反应；如果用诚信原则，这样的案子结论应该很清楚。《劳动法》讲保护劳动者是忠诚对应义务产生，就是劳动者对用人单位是忠诚，用人单位对劳动者要照顾，这才是保护劳动者。现在法律由于担保之后，实际上只讲保护劳动者，讲忠诚义务是陌生的概念。我们只讲一面，不讲一面。带来另外一个问题就是奖勤和罚懒失衡。最高院有一个指导案例，2013 年 18 号的指导案例，之后全国各地判处一大批用人单位用竞争上岗、末尾淘汰理念处理员工全部判输。

法律保护一刀切和分层分类的失衡。十年前起草《劳动法》的时候就说过《劳动合同法》很有可能走向贵族化和官方化，事实上《劳动法》越来越走向贵族化。其中法律保护，西方对总经理、董事长不列入劳动者保护，但是我们国家也列入劳动者进行保护。最近最典型案例就是家化和王总的案例。家化把他解雇了，他打劳动法解纷，他说公司法意义上的总经理把我解雇可以，但是劳动法不行，最后是恢复劳动关系。但是不能用公司法免除一个总经理职务，劳动法已经冲击了公司法。

《劳动合同法》第十个失衡就是刚性调整与弹性引导失衡。《劳动合同法》很大程度上忘记了一部合同法，看德国制度，看法国制度，总体上是私法的特别法。作为一个合同制度要有很多弹性条款，要有弹性条款，全部都是强制性规范。如果把《劳动法》和实施细则摆在一起，可以看到我们的强制性规范——《劳动合同法》98 个条文，实施细则则有十几个条文，加在一起是 100 多个条文。但是强制性规范总量是 187 个，几乎平均一个法条有两个强行规范。这种强制力度绝对对私法的强制力度，而根本不是一个私法的强制力度。大部分人认为《劳动合同法》总体上还是私法，到了这个强制力度怎么还是私法呢？所以，我认为《劳动合同法》很大程度上忘了是一部调整两个合同主体关系的法，这是违背常识的。

第三，讲见识。这样的法一定会带来很多问题，当常识抵制法律的时候，我认为《劳动合同法》就是反常识的，一个撕裂社会就是反常识带来的。其实一个社会对常识有坚守，当一个反常识的法律不会被执行，常识会抵抗法律。有三种方法，第一种是市场自发地把标准劳动合同关系转变为民事雇佣关系。按照现在规定，哪怕一个个体户，都要执行《劳动合同法》。执行《劳动合同法》会发生什么？小餐馆招一个女服务员，要跟她会签劳动合同，签两次劳动合同之后第三次就是无固定期限合同，老板很难把她解雇，就要把她养起来，再招一个，又如法炮制又养起来。所以有个体户执行《劳动合同法》吗？没有，不是一个个体户不执行，是所有个体户都不执行，这就是常识对法律的对抗。

一个律师就曾在武汉会议上讲，我的律所完全按照《劳动合同法》建立劳动关系，招一个律师来，第一，我给他一万块钱的收入；第二，跟他签无固定期限合同；第三，搞一个严格的劳动纪律。他说也有小律所不按照《劳动合同法》操作，就按照《劳动法》操作。按照《劳动法》操作怎样呢？第一，进来没有那一万块钱的待遇怎么办？也不签无固定期限合同；第三，没有严格规章制度，做一个案子就提成多少。当然，即便按照《劳动法》，只要建立劳动关系，也还是付最低工资。他说《劳动法》是对企业亲和法，《劳动合同法》是对员工亲和法。一个问题，这些企业如果现在在执行《劳动法》，不执行《劳动合同法》，不是违法了吗？现在做一个选择，还让不让他们生存？假设严格执行《劳动合同法》，是不是这些小律所就应该去掉呢？是不是要把周边街区里面所有个体户通通关掉？一部法不能长久地执行，假说就就这么干了，请想一想，当年的比尔盖茨，当年的乔布斯，能产生出来吗？换句话说，如果我们这样执行，那就是违法了。乔布斯这样的人永远别想在中国冒出来。所以讲什么大众创新、万众创业，一句空话，就冲着《劳动合同法》严格执行，就不可能有。

第二常识，对法律对抗就是市场自发把标准劳动关系转化为非标准劳动关系。非标准劳动关系在国际上有十多种之多，我们国家共两种，很多企业就充分利用这两种，就是我们看到劳务派遣大发展。劳务派遣形式在当年立法的时候，就已经有打压的态度，当时就用一些严格条款限制劳务派遣发展。2008 年劳务派遣有 1800 万，事实上三年之后劳务派遣造成 6000 万。为什么呢？企业在做主动调整，把标准劳动关系转到非标准劳动关系，去赢得灵活性。当然，这种调整导致 2012 年打压，在上层领导即将卸任的时候，最后一波立法里就是《劳动合同法》的修正案，就是限制发展劳务派遣——以前有灵活用工，现在打压了，要走程序，要行政管制。当然，到 2012 年还是用要维护工人阶级主体地位，要巩固执政党的基础的语言来起草法律。后来经济情况不好，放缓了两年，现在正好两年满了，劳动部举棋不定，打下去还是不打下去？

(下转 04 版)