

# 劳动合同法之就业阻遏缺陷及其补救

刘勇

(重庆工商大学法学院,重庆 400067)

**摘要:**劳动合同法在保障劳动者劳动权益的同时,具有一定的阻遏就业的缺陷。这些缺陷表现为一方面损害了用人单位的效率,另一方面也损害了劳动者尤其是弱势劳动者群体的就业权益,造成两面不讨好的局面。对该缺陷的补救方式有三:在条件合适时进行立法修订、进行司法解释以及在劳动合同法之外寻求补救。

**关键词:**劳动合同法;阻遏就业;补救

**中图分类号:**DF472 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2013)01-0116-07

## 一、问题的提出

当前中国的基本经济形势是,在全球金融危机尚未完全得到解决的情况下,中国经济已经率先重新走上高速发展的道路。相应地,在就业领域,似乎在2009年初大家所担心的将近两千万农民工失业的问题已经不复存在,甚至在2010年初出现了沿海地区劳工严重供不应求的“劳工荒”现象。在这种背景下,讨论就业难问题甚至劳动合同法是不是阻碍了劳动者的就业似乎不合时宜。但是,笔者认为我们当下仍然必须高度重视劳动者的就业问题并有必要探讨劳动合同法在其中的作用。

这是因为,尽管当下有些地方出现了劳工荒问题,但总体来说中国经济发展还面临着许多不可预测的国际国内风险,就业难的问题随时可能再次出现。况且,中国的就业长期以来存在结构性失衡问题,即现有劳动者当中相当一部分人属于缺乏必要技能和经验的弱势劳动者,而这部分劳动者的就业难问题从来都没有得到真正的缓解和解决。此外,尽管中国现行劳动合同法在追求社会公平方面已经做出了很多努力,也取得了一定的效果,但是从整体效果看,劳动合同法至少在促进就业方面却并非那么尽善尽美。相反,在一些方面,劳动合同法还导致出现了阻遏就业,尤其是阻遏弱势劳动者群体就业的消极效果。

对此,笔者以为任何一部法律的出台都是各种利益相互博弈的结果,但是这种博弈却不一定能够带来法律本身所期待的结果。如果说最初法律的产生主要是追求公平和正义的话,那么现今任何法律至少在经济领域的法律恐怕都无法回避的一个现实就是,立法必须首先考虑到它实行的效果,而这个效果应当既包括它的积极效果,也包括它可能产生的消极效果。而就劳动合同法来讲,其主要问题仍然是如何调和公平和效率这一对矛盾。应当说,从形式公平的实现看,劳动合同法比起之前的任何一部劳动法都要更加彻底,如劳动合同的强制普及就使劳动者的权利得到了书面保障。但遗憾的是,劳动合同法的缺陷也很明显。

收稿日期:2010-07-29

基金项目:国家社科基金青年项目“我国弱势劳动者群体的就业积极行动制度研究”(09CFX045)

作者简介:刘勇(1976-),男,湖南会同人,法学博士,重庆工商大学法学院副教授。

例如,劳动合同法一问世,它就一直面临着扼杀企业效率的指责<sup>①</sup>。不过,笔者在这里关心的不仅仅是劳动合同法是否会对企业效率造成多大的损害,笔者更加关心的是劳动合同法由于损害了企业效率而反过来又损害劳动者权益,以致最终产生损害实质公平的后果。劳动合同法在就业领域产生的阻遏效应即为适例。

从这个角度看,笔者认为劳动合同法的这一问题主要还在于当初立法者没有能够充分考虑到经济现实和劳动就业的复杂性,在设计有些制度的时候要么过于理想化,以牺牲效率为代价追求公平,使有些制度比较超前,不符合当前现实经济条件;要么在立法技术上过于从法律的角度、权利保障的角度以及法律的积极影响的角度来设计制度,而没能多从促进就业的角度、制度设计是否符合真正经济现实的角度以及法律可能存在哪些消极影响的角度去思考问题,因此导致一些看起来很理想的制度反而带出了一些不理想的效果。笔者在此将专门探讨劳动合同法的这一缺陷,以期寻求补救之道。

## 二、劳动合同法阻遏就业之缺陷分析

(一)从宏观的角度看,劳动合同法及其配套法律、法规的严格执行将导致企业整体效率下降,进而影响整个就业市场的前景

劳动合同法关于强制签订劳动合同的要求、在劳动合同期限上的特别规定以及在合同解除、无效、补偿和其他方面严格保护劳动者的规定,加上劳动调解仲裁法放宽劳动争议仲裁提起条件和争议解决几乎无需缴纳任何费用的激励,如果严格执行,会带来阻遏就业的综合后果。这是因为,劳动合同法总体来讲对于企业的义务规定较多,对劳动者的保护比以往更加充分,而且比较特殊的是,在企业 and 劳动者的权利义务设计方面该法对劳动者有很多照顾性的规定,是一部具有明显倾斜性的立法。一般而言,由于劳动者与企业之间实力不均衡,劳动者往往处于弱势和被支配的地位,虽然立法通过对弱势劳动者群体的特殊照顾这种形式上的不平等来使双方不对等的实力趋于均衡从而最终实现实质平等的做法并没有违背公平原则,但在现阶段,经济实践已经证明这种做法只能是部分有效。

究其原因,比起以往的劳动法,劳动合同法对劳

动者权利的强制性保护更加全面,而且随着劳动争议解决制度的改革,劳动者几乎可以免费提起劳动争议仲裁和诉讼,劳动者动辄起诉企业,企业会承担比以往更多的成本。而在大多数中国企业尚处于低端产品生产和低附加值产品生产阶段并属于劳动密集型企业的今天,成本的不断上升已经严重地削弱了它们的市场竞争力并将直接影响中国企业尤其是大量严重依赖出口的企业的就业吸纳能力:它要么使不少企业由于成本太高而无法开工或开工不足,从而使失业率上升;要么不少企业将生产转移至劳动力成本更低的国家如印度、越南,从而减少中国劳动者的就业机会;要么企业迫于成本压力不得不改变增长模式,走技术创新道路,增加对机器的使用,减少对廉价劳动力的依赖,这同样会导致劳动者就业机会的丧失。中国当前就业市场情况充分表明,具备熟练就业技能无需担心就业问题的劳动者毕竟只是少数,不具备竞争性技能的弱势劳动者如大部分农民工却占据了大多数,而且这种就业能力不平衡结构的现状在相当长的时间内都很难彻底改变,这就决定了中国解决劳动者充分就业的问题在相当长的时间内还得依赖大量劳动密集型企业保持吸纳就业的能力。但是,劳动合同法的很多规定多少有些脱离了中国的经济现实,从另外一个角度损害了劳动者获得就业机会的起码权利,如果没有就业机会的话,无论怎么完善的劳动者权利保护机制都只是空中楼阁<sup>②</sup>。

劳动合同法另一个为人诟病的问题是,尽管该法给了劳动者很多以往没有的权利,实践当中劳动者却并不完全愿意接受。例如,劳动合同法强制企业必须签订标准的劳动合同,必须保证劳动者必要的休息时间,必须给劳动者买劳动保险,否则就要受到惩罚。但是很多劳动者,尤其是外地务工人员、农民工却并不完全看重所谓的法定休息时间和劳动保险,甚至并不觉得签订劳动合同有必要,他们需要的只是保证有稳定的工作和较多的报酬,这在实践当中已经被反复证明<sup>③</sup>。可见,劳动合同法的立法者其实不太了解劳动者就业现实需求,而这种不了解已经直接影响到了劳动者的就业。该法生效之前,为了规避法律成本,出现了全国性的用人单位大规模辞退临时工甚至正式合同工的现象,它事实上导致

<sup>①</sup>劳动合同法一出台,它就面临来自企业界、学界的各种指责,其中最为重要的指责内容就是认为它将严重地增加企业负担,降低劳动力市场的灵活性,从而影响市场效率。其时以华为公司为代表的用人单位赶在该法生效之前大规模地裁员即为对这一担忧的回应。

<sup>②</sup>以2010年以来欧洲国家尤其是希腊面临的财政、经济危机为例,政府大量立法并通过举债来保护和提高劳动者的待遇,看起来短期之内劳动者受益很深,但是一旦发生经济危机,最终受到裁员和失业威胁的便首先是劳动者,而劳动者对待遇的刚性增长预期使他们无法接受失业或待遇下降,其结果就是他们进行激烈的抗争并使整个国家陷入僵局。

<sup>③</sup>在实践当中大多数企业的劳动者都只能拿到当地的最低工资,因此往往只有多加班才能多拿报酬。在广东、浙江等地每年都会出现大规模的农民工“退保”潮。据有关机构调查,80%的企业主不赞成农民工购买养老保险,农民工83.2%不愿意买养老保险,而多数地方政府要求农民工买养老保险,居然仅仅是为了弥补现在的社保支付不足。如江苏某市,现有城市人口的养老保险有很大缺口,国有企业改制职工的保障也严重不足,因而收取农民工的养老保险金,用来支付当前的不足。

了很多原本就业就比较困难的弱势劳动者的失业。

(二)从微观的角度看,劳动合同法的很多具体规定也直接或间接地导致了劳动者尤其是一些处于弱势地位劳动者的就业困难

1. 现行的劳动合同期限制度严重地阻碍了中国当前主要的就业困难群体的就业并且将迫使已经就业的劳动者的职业趋于不稳定,同时还严重损害企业的效益

毫无疑问,中国当前面临就业问题最为严重的两大劳动者群体就是农民工和高校应届毕业生。据统计,中国的农民工总数高达3亿,随着中国农村城市化进程的不断加快,农村劳动力将会加速释放到市场,而每年毕业的高校毕业生数量也不断攀升,仅2010年的高校毕业生就有630万。将农民工归类为就业困难群体,可能不会有多少人反对,而对于大学毕业生就业困难,迄今很多人都认为是大学生择业观念的问题,认为他们应该放下身段,先就业后择业,但恐怕很少有人思考过其实他们和农民工一样有着天然的就业缺陷,而且劳动合同法的某些制度直接影响到了他们的就业。

缺乏必要的职业技能和经验,这固然是广大农民工的天然缺陷,而在现今严重脱离实践的大学教育模式下培养出来的大学生也面临同样的问题。和雇佣熟练工相比,雇佣没有工作技能与经验的农民工和大学生从经济上来讲对企业难以产生效率,因为企业需要花费时间和金钱成本来对这些新手进行培训,还要面临使用新手导致企业运行效率低下所带来的效益损失。一般而言,如果劳动力市场供过于求的话,企业会毫不犹豫地选择熟手而非生手。而假设熟手供不应求或者搜寻成本很高时,企业才不得不承担成本雇佣新手并且给予他们培训,期待他们从生手变成熟手后能够为企业带来预期效益。可惜的是,劳动合同法的劳动合同期限制度却往往扼杀了企业的这一动机。

众所周知,劳动合同法在劳动合同期限方面最为人关心和争议的内容就是在满足一定条件下的强制性无固定期限合同制度。无固定期限合同意味着只要劳动者不犯严重错误,保证身体适度健康,并且没有遭遇企业基于正当理由裁员的话,劳动者将不必担心丧失工作,而事实上这些非常容易达到。问题在于,这对企业而言却并非好事,因为一旦某个职位被劳动者占用之后,企业想要使用更优秀的员工以改善企业经营效率就将变得非常困难,而它将极大地破坏企业用工的灵活性和自主性,损害企业的效率和竞争力,所以企业必然会想方设法地规避这一法律制度。

考虑到法律规定强制性签订无固定期限合同的两大主要条件,一为劳动者在用人单位连续工作满10年的,一为用人单位与劳动者连续订立两次固定

期限劳动合同的,企业的理性反应将是:首先,为了保证企业长远的用工灵活性,将已经在企业工作接近10年的劳动者想办法解除合同,甚至不惜制造劳动者的错误或采用支付经济补偿金的方式,使已经就业的劳动者很容易地丧失掉工作机会,而事实上容易成为这一决策牺牲品的恰恰是那些再就业比较困难的弱势劳动者;其次,为了避免连续两次签订合同而被迫签订无固定期限合同,企业会尽量选择对某个劳动者的一次性使用,即只与某个劳动者签订一次性的合同,它同样会使劳动者丧失在一个企业连续稳定工作的机会。而实践中,企业一般都不愿意与劳动者签订长期合同,而倾向于签短期合同。企业考虑既然只能和劳动者签一次合同,并且不能签订长期合同,那就绝对不能轻易接收一个没有工作经验的劳动者,因为一旦接收了新手就意味着必须投入成本对他们进行培训,而好不容易将一个新手变成了熟手的时候,迫于规避无固定期限合同制度的压力,又不得不眼看着他们离开企业,其结果不但可能无法收回成本,还可能为潜在的市场竞争对手培养了人才。因此企业尽可能选择的,就是只接受已经具备工作经验和实践技能的劳动者,而经验和技能恰恰是劳动力市场上大多数农民工和高校应届毕业生所缺乏的东西,也是他们为什么面临就业困难的重要原因。

需要进一步指出的是,劳动者固然成为企业规避劳动合同法决策的牺牲品,但企业也并非从中就能获益。因为尽管企业在选择上述决策以维持企业用工的灵活性的时候,也要因此冒失去经验丰富员工的风险和面临付出搜寻新的经验丰富员工的成本的问题,以及不断换人导致的难以建立持续的企业文化和员工对企业的忠诚度等问题,从而影响企业的稳定成长。可见,一个未经成熟思考的强制性无固定期限合同制度本意是保护劳动者,但最终不仅损害了劳动者的就业,也对企业造成了伤害。

2. 劳动合同法在对用人单位和劳动者主体资格方面规定的缺陷导致实践当中弱势劳动者群体就业困难

根据劳动合同法第二条的规定,适用劳动合同法的用人单位包括企业、个体经济组织、民办非企业单位以及与劳动者建立了劳动关系的国家机关和用人单位。这条规定看起来明确了劳动关系主体的身份,但实际上由于其规定并不完全具体(例如该法就只规定了如何认定用人单位,但却没有明确规定如何认定劳动者),并没有考虑到实践当中的复杂性,所以在运行时出现了很多问题,尤其是出现了遏制就业的问题。

首先,就用人单位而言,该法并没有将实践当中用工非常普遍的个人承包经营者纳入用人单位的范畴。就目前来说,个人承包者最常见的用工情况就

是在各种建筑施工及其相关行业当中的用工,它在实践当中起到了非常重要的解决劳动者就业的作用,特别是它能够大量吸收缺乏必要技能而不能或由于各种原因不愿意直接进入企业工作的劳动者就业,这些劳动者一部分往往是作为弱势劳动者群体的农民工,另一部分则是社会上较多存在的自由职业者。导致这种个人承包者用工情况普遍的一个重要原因是,企业为规避与劳动者直接签订劳动合同的法律规定和各种经济成本而将企业业务发包给个人,因为个人承包者由于不属于劳动合同法规定的用人单位,其与劳动者之间的关系往往作为民事劳务关系处理,因此个人承包者不需要承担遵守劳动合同法所带来的成本<sup>[1]</sup>。

如果仅从解决就业的角度,不论是直接与用人单位签订劳动合同,还是与个人承包者签订民事劳务合同都不是问题,问题在于劳动合同法在此基础上的一个画蛇添足的规定,即其第94条当中规定,个人承包经营者违反本法规定招用劳动者,给劳动者造成损害的,发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任。这种规定在法律逻辑上有问题:让发包组织(通常就是企业)为与个人承包者建立民事关系的劳动者所受到的损害承担劳动法责任,并且让不是劳动合同法规定的用人单位的个人承包者按照劳动合同法规定为与其建立民事关系的劳动者所受到的损害承担责任,这一规定在法理上非常混乱。而且它事实上迫使企业不敢再将业务随便发包给个人承包者,从而减少这一非常灵活的用工形式的使用,最终损害众多依赖这一形式就业的劳动者的就业权益。

其次,就劳动者的界定来说,劳动合同法事实上没有具体规定哪些人是劳动者或者不是劳动者,这一模糊立法也会产生损害就业的后果。根据立法原理,法律没有规定时,在认定劳动者方面就往往只能以原劳动部发布的规章和意见为准,此外法院在处理劳动争议案件时一般也有一些内部标准。据此,综合起来,在实践当中通常有三种情况会导致事实上的劳动者不能被认定为劳动法上的劳动者:一是已经达到退休年龄的劳动者参加劳动的;二是已经签订劳动合同的劳动者又在其他用人单位劳动的;三是在校学生参加劳动的。这种标准在实践当中对于解决弱势劳动者的就业,进而保障他们的生活会造成不利影响。

达到退休年龄的劳动者之所以不被视为劳动者,通常认为是因为达到退休年龄就被解除了法定劳动义务,所以不能再视为劳动者,而应进入养老保障范畴。但现实是中国的养老保障制度当前并未完全建立,或者即使有也难以满足生活实际需要,而且解除法定劳动义务并不意味着剥夺劳动权利,有能力的退休劳动者可以通过继续劳动补贴生活。但是

由于他们在实践当中不受劳动法保护,所以他们的就业便充满风险,对就业风险的顾虑降低了通过这一类型就业解决生活困难,进而减少国家和社会负担的可能性。这种分析对于已经签订劳动合同又在其他用人单位劳动的劳动者同样适用。至于在校学生,主要是指在校大学生,为了缓解学生毕业之后就业困难的问题,当前教育部门不但允许学生在校期间打工赚钱或积累工作经验,而且允许有条件的学生保留学籍暂停学业进行创业或参加工作。但是因为劳动合同法和劳动法并不保护在校学生的合法权益,因此严重抑制了在校学生参加劳动的意愿。而这对学生毕业之后的就业也将会产生消极影响,这是因为如前所述高校毕业生就业困难的一个重要原因就是缺乏工作经验,劳动合同法却拒绝给予在校学生提前进行工作经验积累的激励。

一个与此相关的附带的就业遏制后果是,由于担心与具有劳动合同签订资格的劳动者签订合同会带来诸多负担,企业往往有明显的激励去雇佣那些不具备劳动合同签订资格的劳动者以节约应该付出的成本,其中就包括大量雇佣退休人员、在校学生、兼职人员等劳动者。这种做法一方面容易导致廉价地剥削上述人员的情况的出现,同时还会限制企业雇佣其他劳动者的意愿,从而降低依法应当正常就业的劳动者获得相同就业机会的可能性。

3. 劳动合同法还存在的其他或大或小的问题直接或间接地影响了劳动者的就业

比如,劳动合同法在劳务派遣方面的规定就因其本身存在很多不合理性从而削弱了这一灵活用工形式所能够发挥的解决就业的特殊功能。根据劳动合同法规定,劳务派遣单位必须与劳动者至少签订两年以上的合同,即使被派遣劳动者无工作期间,派遣单位也必须按照最低工资标准给劳动者发工资,同时用工单位不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位,而且法律还规定用工单位和派遣单位对劳动者的损害负连带赔偿责任。这些规定不合情理的地方在于最少两年的合同期限太过武断,不完全符合实际用工需要,而假设用工单位某段时间暂时不用某劳动者,在不能将该劳动者借给其他用工单位暂时使用的情况下,还必须继续给劳动者进行工资发放(而劳动者可能也只有最低工资,而不能通过自愿转借而拿到更多的工资),而且一旦劳动者利益受损,哪怕损失只是由一方的过错所造成的,用工单位仍然必须与派遣单位共担责任也不公平。据此,无论是派遣单位还是用人单位其实在这种用工形势下皆面临着非常大的风险成本压力,理性的用工单位和派遣单位将最终拒绝使用就业派遣制度,原本借助该形式就业的劳动者的就业机会将不得不落空。

劳动合同法在稳定就业方面存在的一些严重缺陷导致劳动者轻易失业。譬如,劳动合同法规定企

业可以因为劳动者的欺诈而解除合同,也可以在劳动者试用期间以劳动者不符合录用条件而解除合同,还可以在发生经济情势变化、生产经营出现严重困难以及企业进行转产、技改或经营方式调整等原因时裁减劳动者。这些看似合理的解除合同的条件却往往因为所谓的“欺诈”、“录用条件”、“经济情势变化”、“生产经营困难”等概念缺乏必要的认定标准从而扩大了企业的合同解除权。同时,劳动合同法在企业解除同时对劳动者缺乏必要的程序保护,例如提起解约之诉以阻止解约的程序、正式解约之前给予寻找新工作的合理时间、解约之后给予必要的工作证明文件等等。这些问题的存在都使劳动者的就业稳定性以及失业后实现再就业的可能性大为降低。

### 三、劳动合同法阻遏就业缺陷之补救

对于劳动合同法在阻遏就业方面的缺陷,笔者认为可以从三个方面寻求补救之道:一是根据劳动合同法在实践当中的运行效果进行适时修订,这是最为直接的做法;二是不急于对现行立法进行修订,而是通过司法解释来对劳动合同法进行诠释,以缓解执行该法过程中所遇到的各种问题,这是比较间接的做法,但往往效果不错;三是在劳动合同法之外对促进劳动者就业提供各种立法和政策支持,以抵消劳动合同法在促进就业方面的消极影响。

#### (一)适时修订劳动合同法

修订劳动合同法在理论上是一个最好也是最直接的解决问题的办法,但是目前修订法律的时机还不够成熟。首先,毕竟劳动合同法才生效两年,在那么短的时间内修订法律会给人朝令夕改的印象,从而有损法律的稳定性和权威性;其次,因为法律实施时间较短,没有经过长时间的检验,它究竟存在哪些方面的问题还不完全清楚。即使有这样或者那样的问题,但它究竟是一个短期问题还是长期问题,究竟是个别性问题还是普遍性问题都还需要进行广泛的、谨慎的和科学的调研。否则,轻易地修订法律将可能面临又受到质疑的结局,最终也会影响其实施效果。但是,如果条件成熟可以修订法律的话,则需要考虑两个方面的问题。

#### 1. 坚持尊重实际需要、考虑实际效果进行修法的原则

我们应当对中国劳动者就业的基本情况进行真实、充分的调研,真正考虑劳动者的现实需要,避免将一些过于理想的、劳动者在现阶段并不完全需要的保护制度强加于用人单位和劳动者,从而出现用人单位和劳动者都不买账的情况。譬如在现阶段完全取消户籍制度并且在相当长的时间内完全实现社会保险全国统筹尚不可能的前提下,对于广大农民工而言,强制给他们买各种社会保险(尤其是养老保险)实属不必要的负担,而非必然的福利。因为现今

广大农民工并不指望靠企业的养老保险养老,他们通常只是在一个企业短期工作,最终还是要或者必须回到户籍所在地,而让他们自己也要缴纳一部分养老保险费相当于直接减少他们的工资收入,他们在实践当中的真实想法就是不缴保险费,多发工资,而这也是企业愿意做的事情。本来是一个两厢情愿,双方互利的事情,却让强制性的立法给破坏了。可见,劳动立法,本是出于保护劳动者利益,它固然需要大量地运用强制性规范以约束用人单位的行为,但是也应当敢于突破,给予基于市场的手段以运用空间,例如适当给予劳资双方进行自愿选择的权利,或者法律使用更多具有鼓励性的规范。

#### 2. 修订劳动合同法的重点方向

(1)完善劳动法主体资格制度。首先,法律应当要么承认用工达一定人数的个人承包者也是用人单位,要么取消发包人与个人承包人对劳动者承担连带责任的规定,承认个人承包者与劳动者之间的民事劳务关系,将其与劳动关系做彻底切割,这样反而更有利于个人承包者用工形式的广泛应用,扩大其吸收就业的可能性。其次,考虑到大规模的高校毕业生就业困难,应当承认在校大学生的劳动者身份,以鼓励在校大学生利用课余时间积极参加社会劳动,积累社会经验,增强就业能力。同时适当考虑承认已达退休年龄的劳动者和第二职业劳动者的合法劳动者身份,以实现就业的多元化。

(2)适当放宽无固定期限劳动合同的强制使用范围,合理考虑企业用工的能力和岗位因素,适当维护企业用人的自主性。因为实践证明,即使你不放宽,企业也会采取各种手段来规避法律的适用,而给其一定的用人自主权反而能够减少企业以非正常方式规避法律伤害劳动者、也损害企业自己、还损害法律权威的事情发生。

(3)取消在劳动派遣当中用工单位和派遣单位对劳动者的损害承担连带责任的规定,而只由其各自承担过错责任,同时灵活处理派遣用工的合同期限以及用工单位转借被派遣劳动者的规定。对此可以借鉴欧洲关于鼓励在派遣用工当中大量使用临时合同工的规定<sup>[2]</sup>。

(4)加强就业关系稳定制度建设,进一步具体化各种劳动关系无效或解除的适用条件,制定和完善合同无效或解除的异议制度。以裁员为例,德国法关于裁员必须具备正当的社会理由,即必须明确属企业需要,是企业实际发展导致劳动力过剩的结果,并且企业裁员的决策必须与具体减少某一工作岗位有因果联系的规定就值得我们借鉴<sup>[3]</sup>。

此外,德国法规定劳动者如果对企业的解约提起了解约之诉,则企业有义务在解约争执依法结束前,根据要求在劳动条件不变的情况下继续雇用劳动者;企业应该在被解约的劳动者有要求时给予其

合理的时间寻找新的工作,并且在这一时间仍然向其支付工资;企业有义务在解约时向雇员交付相关证明文件,如有关证书、工作书面证明、带有工资证明的保险卡等。其中工作书面证明必须对所从事工作的种类和劳动关系的持续时间作出证明,并基于雇员的要求记载其总体成绩和品行,以便能够对其未来的雇主很清楚地介绍雇员<sup>[4]</sup>。这种做法也可以为中国立法所吸收,以避免企业动辄解雇劳动者的情形发生。

### (二) 加强对劳动合同法适用的司法解释

在短时间内无法修订法律时,通过司法解释来融通适用劳动合同法的一些规定,有助于缓解劳动合同法阻碍就业的问题。建议最高法院应当研讨出台关于适用劳动法的意见,专门针对实践当中劳动合同法实施效果不好的情况进行解释。例如,可以对劳动合同主体资格进行扩充解释,对在校学生的劳动者身份就可以通过司法解释加以确认,因为劳动合同法实际上尽管没有明确确认,但是也没有明确否认,现实当中之所以不认可大学生的劳动者身份,多是出于原劳动部文件的执行惯性所致,而最高法院完全可以通过其司法解释予以纠正。又例如,可以通过司法解释对劳动合同法当中的一些模糊、不明确的用语具体化、确定化,增强法律的可执行性。不过需要指出的一点是,司法解释固然在最终解决劳动争议方面能够发挥重要作用,但是它不能完全取代法律,尤其是在行政执法方面。如果法律本身没有修订,而行政机关又不愿意完全按照司法解释来执法的话,就会出现法律实施的双重标准,从而无法从根本上解决劳动合同法当中所存在的遏制就业的问题。司法解释也只是一种权宜之计,在劳动合同法本身修订之前,还需要探寻其他的补救方法。

### (三) 劳动合同法之外的就业促进补救措施

劳动合同法存在很多不利于劳动者就业的规定,而不论法律是否能够成功修订,仅仅靠劳动合同法本身都无法从根本上解决劳动者尤其是弱势劳动者的就业难问题,因此在劳动合同法之外进行配套立法和政策改革成为解决问题的重要途径。

#### 1. 采取措施促进劳动力的进一步自由和低成本流动

例如,参照日本的做法,条件成熟的时候取消户籍制度在抑制农民工就业方面的种种地域障碍<sup>[4]</sup>。长久以来,中国各地存在的各种歧视性立法和政策加大了农民工外出劳动的成本和顾虑。建议国家应该大规模地对相关地方立法和政策进行清理,清除各种在就业工作种类、工作内容、子女接受教育、参加社区医保等方面加大劳动者异地就业成本和顾虑的做法,同时加快社会保障性住房制度改革,为外来务工人员提供方便和便宜的住房。这样做的好处在

于一方面可以保证劳动者异地就业的积极性,避免“用工荒”问题的出现,另一方面由于改善劳动者待遇的成本基本上都由社会承担,而非直接由企业承担,因此能够冲抵劳动合同法加大企业用工成本的顾虑,从而促使企业稳定和增加就业。同时,由于这些做法能够提高企业效率,进而增加政府税收,反过来又能够增强政府服务社会和劳动者的能力,由此形成良性循环。

#### 2. 在《就业促进法》基础之上,制定专门的《就业训练与就业服务法》,加快建立规范而有效率的公共就业服务体系

当前中国面临的就业压力主要来自于结构性就业压力,这种结构性就业压力的基本特点就在于就业困难群体的主体是那些缺乏必要的劳动技能和经验的劳动者,其中包括当前最为核心的两大就业困难群体:农民工和高校应届毕业生。对于这些弱势劳动者来说,促进他们就业的最直接和最有效的办法就是对他们进行必要的技能培训和经验的传授,同时需要社会在他们遇到就业困难时给予各种服务和指导,从而增强他们的就业能力并顺利实现就业。政府在这当中可以起到非常积极的作用,包括提供资金保障和管理,政策诱导私人服务介入等,而具体的做法则需要通过建立统一的就业培训和服务体系来为劳动者和企业双方提供包括培训、信息提供、心理咨询、职业资格认证、职业能力认证以及职业介绍等“一条龙”和“一站式”服务。

#### 3. 针对弱势劳动者群体的就业困难,应当建立和推行就业积极行动制度以促进他们就业

所谓积极行动制度是指对一些基于生理的、历史的、社会的或时势的原因而处于弱势地位的特定劳动者群体(包括诸如农民工、高校应届毕业生、女性、残疾人等)采取特别的照顾或优惠措施的制度。该制度的核心是它只对那些处于弱势地位的劳动者给予各种特殊照顾,因此常被视为反向歧视制度。该制度的目的在于通过对特定弱势群体的照顾,改善他们的就业条件,提高他们的就业能力,最终获得平等的就业机会,实现社会整体的公平。综合说来,就业积极行动制度可以从以下几个方面展开。

(1) 实行资源调配制,即政府将某些特定的社会资源直接分配给受保护群体。例如中国政府每年预算大量的资金用于在全国范围内开展就业技能培训,而且重点针对农民工展开,这从长远来看将提高农村劳动者的就业能力,促进他们的平等就业。国外也有类似的规定,比如美国就规定,凡是和政府有5万美元以上合同的企业必须制定雇佣妇女和少数民族的特殊目标,否则将丧失政府合同。这种方式也可以视为是针对妇女和少数民族等弱势劳动者的一种资源调配。美国的这种做法值得中国在实施政府采购时予以借鉴,它对于当前中国推进企业履行

促进就业的社会责任方面具有非常重要的意义。

(2) 适度推行配额制,即雇主必须雇佣、提升、培训和提高一定比例的弱势群体成员。例如中国《残疾人保障法》第33条就规定,国家实行按比例安排残疾人就业制度,用人单位应当按照规定的比例安排残疾人就业,并为其选择适当的工种和岗位。在美国,很多大学有保证黑人学生或少数民族学生一定入学比例的规定,其目的在于保证黑人和少数民族学生在今后能够获得社会地位较高的工作职位<sup>④</sup>。而印度始于1990年的预留配额制也要求大学必须录取较低种姓和部落成员的人数必须占到学生总人数的一定比例(从最初的22.5%增加到现在的49.5%),这些规定和要求直接决定那些受到照顾的群体成员今后的就业形势<sup>⑤</sup>。比利时法律则规定,雇主必须每年空出4%~10%的岗位给有能力就业的残疾人。

(3) 完善补贴制,它是指为了鼓励和吸引雇主照顾弱势劳动者群体就业,众多国家和地区建立的各种补贴优惠制度。例如,向致力于促进代表性不足的弱势劳动者群体就业的企业提供政府合同或税收优惠,其中美国主要采取提供政府合同的方式,而德国则采纳了旨在鼓励雇佣残疾工人的税收补贴方案<sup>⑥</sup>。中国《残疾人保障法》第36条规定,国家对安排残疾人就业达到、超过规定比例或者集中安排残疾人就业的用人单位和从事个体经营的残疾人,依法给予税收优惠和各种扶持,对从事个体经营的残疾人,免除行政事业性收费。除了法律的明确规定之外,中国在实践当中还制定和实施了大量促进就

业的带补贴性质的优惠政策,例如,允许困难企业缓缴或者少缴保险费、实施再就业税收减免以及对中小企业提供金融支持等鼓励企业稳定和增加就业的政策<sup>⑥</sup>。

(4) 为了促进规模庞大的高校毕业生就业,中国还应当借鉴诸如英、法、德、日等国家所采取的有效做法,加快建立专门针对大学生的见习实习制度。这种制度应当具有一定的强制性,应当由政府对接受实习生的企业进行补贴,以减少企业成本,从而促使企业积极对大学生进行职业培训,培养大学生的工作技能和经验,增强他们的就业能力<sup>⑥-7]</sup>

#### 参考文献:

- [1] 董保华, 杨杰. 劳动合同法的软着陆[M]. 北京: 中国法制出版社, 2007: 19-20.
- [2] 若·科特尼埃尔. 欧洲就业灵活保障机制与劳动的非正规化[J]. 毛禹权, 译. 国外理论动态, 2010(1): 42-43.
- [3] W·杜茨. 劳动法[M]. 张国文, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 131-134.
- [4] 蒋丰. 日本如何化解“农民工”问题[N]. 北京: 环球时报, 2010-03-04.
- [5] 埃丽卡·李·纳尔逊. 印度采取的积极措施颠倒种姓地位[N]. 华盛顿邮报, 2006-09-25.
- [6] 青木. 欧洲大学生就业分三步走[N]. 环球时报, 2010-03-05.
- [7] 滕飞. 青年就业创业见习基地建设的现状[J]. 中国青年研究, 2010(1): 75-79.

## Limitation of Labor Contract Law in Employment and the Method of Remedy

LIU Yong

(School of Law Chongqing Technology and Business University, Chongqing 400067, P. R. China)

**Abstract:** The primary aim of Labor Contract Law is to protect the employee, at the same time the law produced the disincentive effect in employment. On the one hand, the law damaged the efficiency of employer, on the other hand, the law also damaged the employment interest of employee. There are three methods to repair the law's limitation: first is to emend the law, second is to exercise judicial interpretation and the third maybe has to find the remedy apart from the Labor Contract Law.

**Key words:** Labor Contract Law; Disincentive to employment; remedy

(责任编辑 胡志平)

④ DeFunis v. Odegaard, 416 U. S. 312 (1974) and Bakke v. Regents of the University of California, 438 U. S. 265 (1978).

⑤ Pfaff, M. and Huber, W., "Disability policy in the Federal Republic of Germany", in Public Policy Towards Disabled Workers: Cross - National Analyses of Economic Impacts ed. Robert Haveman et al., Ithaca: Cornell University Press 1984.

⑥ 中小企业在世界各国都是吸纳就业的主力军。在西欧和美国,中小企业几乎雇佣了全部劳动力的一半以上,美国的中小企业还提供了2/3以上的新工作岗位,日本、德国、意大利的比例更高,中小企业从业人员占总从业人数达七成以上,而中国中小企业解决城镇总就业量的比例也达到了75%以上。