

# 劳动力市场灵活性与 劳动合同法的修改

谢增毅\*

---

**内容提要：**劳动力市场的灵活性主要涉及解雇保护、合同变更、工作时间、工资等规则。从我国劳动合同法等法律文本以及国别横向对比看，我国劳动力市场的灵活性不够，尤其是解雇保护较为严格。但我国劳动力市场十分复杂，部分劳动合同规则较为灵活，现实中的农民工劳动力市场极为灵活，而且我国的失业保险等社会保障机制仍不完善，劳动行政执法水平和工会作用依然薄弱，因此，我国劳动力市场也存在安全性不足的问题。为此，一方面应修改劳动合同法，适度提高劳动力市场的灵活性，另一方面又不宜过度提高灵活性，应平衡好灵活性和安全性的关系。修改劳动合同法应坚持该法已确立的立法理念和基本原则，既对劳动者实行倾斜保护，也要兼顾企业合理诉求，使规则更具弹性。劳动合同法应重点修订有关固定期限合同和无固定期限合同、劳动合同解除的条件和程序、经济补偿、劳动合同变更等规则，并对小微企业和特殊雇员实行差别对待。

**关键词：**劳动力市场 灵活性 劳动合同法 劳动法

---

随着经济下行压力的增大，2016年以来，劳动合同法再次成为经济学界、法学界以及政界讨论的热点问题。一些经济学家，例如张五常，批评劳动合同法限制了契约自由，影响了经济的发展。<sup>〔1〕</sup> 时任财政部长楼继伟在多个场合指出了劳动合同法存在的不足。2016年2月19日，在中国经济50人论坛2016年年会上，楼继伟表示，现行劳动合同法“降低了劳动力市场的流动性和灵活性”。<sup>〔2〕</sup> 值得关注的是，人力资源和社会保障部部长尹蔚民

---

\* 中国社会科学院法学研究所研究员。

〔1〕 参见2016年7月23日，天则经济研究所中国企业家研究中心和人文经济学会共同举办“劳动合同法与供给侧改革”学术研讨会，经济学家张五常教授的视频连线演讲，见凤凰网，[http://finance.ifeng.com/a/20160727/14646466\\_0.shtml](http://finance.ifeng.com/a/20160727/14646466_0.shtml)，2016年9月25日访问。

〔2〕 2015年4月，楼继伟在清华经管学院演讲中也曾表示，“劳动合同法的弊端主要在于降低了劳动力市场的流动性和灵活性”。见<http://finance.sina.com.cn/stock/t/2016-02-19/doc-ixprupc9490003.shtml>，2016年12月7日访问。另外，在2016年3月十二届全国人大四次会议期间，楼继伟在“财政工作和财税改革”的相关问题记者招待会上指出，劳动合同法“在企业方面和雇员方面，保护的程度是不平衡的，它所构建的用工的基本模式，是那些标准工时的模式，也不太适合于灵活用工的模式”，劳动合同法“本意是保护劳动者，但可能最终损害了一些劳动者的利益，还可能导致了薪酬的过快上涨”。见新华网[http://news.xinhuanet.com/legal/2016-03/07/c\\_128779543.htm](http://news.xinhuanet.com/legal/2016-03/07/c_128779543.htm)，2016年11月13日访问。

在2016年2月29日举行的新闻发布会也提及,劳动合同法“在实施的过程中,也反映出一些问题,主要集中在两个方面:第一,劳动力市场的灵活性不够。第二,企业用工成本比较高”。〔3〕从有关文件看,研究修改劳动合同法已列入人社部的议程。〔4〕劳动力市场的灵活性以及相关政策立法也得到了中央层面的关注。中共中央政治局2016年7月26日召开的会议强调,“降成本的重点是增加劳动力市场灵活性、抑制资产泡沫和降低宏观税负”。〔5〕因此,劳动力市场的灵活性已成为当前国家政策和修法的热门话题。

总体上看,目前关于劳动合同法的争论主要集中在两个方面,一是劳动合同法是否提高了企业用工成本,二是劳动合同法是否导致劳动力市场的灵活性不够。这两个方面虽然有关联,但并不相同。前者主要是制度实施的效果问题,后者主要是制度本身的设计问题。前者主要涉及对企业用工成本及其构成和原因的判断,需要更多从实证数据寻找答案;后者则需要对劳动合同法的立法理念和具体规则进行深入分析,也是更为本质的问题。本文拟主要从劳动力市场灵活性的角度分析劳动合同法的修改。

## 一、我国劳动力市场灵活性的判断:文本与现实

### (一) 劳动力市场灵活性和安全性的含义

劳动力市场的灵活性和安全性是一组相对应的概念。根据经济合作与发展组织(OECD)的研究,劳动力市场的灵活性包括五个维度:(1)外部数值灵活性,又称就业灵活性,指企业针对当前需要调整雇佣数量的能力,该维度对企业而言表明其雇佣和解雇工人的难易程度。(2)内部数值灵活性,指在不改变雇员数量的前提下企业调整和分配工作时间的能力。(3)功能灵活性,又称工作结构灵活性,指企业调动员工工作或改变其工作内容的自由程度。该维度反映工人在企业内流动的情况。(4)工资灵活性,该维度反映企业随劳动力市场或竞争条件调整工资的自由度。(5)外部化灵活性,指企业通过各类商业合同,从而在不签订劳动合同的情况下获得外部劳动者或企业服务的自由程度。〔6〕也有学者将灵活性概括为前四个方面,即外部数量灵活性、内部数量灵活性、功能灵活性和工资灵活性四类,内容和含义也基本一致。〔7〕与此相对应,劳动力市场的安全性主要包括四个维度:(1)工作安全性。该维度确保雇员在被解雇和工作条件改变时,可以获得必要保护,是就业保护立法的主要目标。(2)就业或就业能力安全性。该维度意味着企业的冗余人员或失业者的任职资格以及就业经历符合一定要求的,就能及时获得工作岗位。(3)收入或社会安全性,即在失业时可以获得收入保护。(4)组合安全性,即能够协调好工作和其他

〔3〕《国新办就就业和社会保障有关情况举行发布会》,2016年2月29日,人力资源社会保障部部长尹蔚民介绍就业和社会保障有关情况, [http://www.china.com.cn/zhibo/2016-02/29/content\\_37880605.htm](http://www.china.com.cn/zhibo/2016-02/29/content_37880605.htm), 2016年11月13日访问。

〔4〕《中共人社部党组关于专项巡视整改情况的通报》(2016年8月27日)指出,“关于增强劳动力市场灵活性问题……目前正在前期工作基础上,研究适时提出修改劳动合同法的意见建议”。参见中央纪委监察部网站, [http://www.ccdi.gov.cn/yw/201608/t20160825\\_85817.html](http://www.ccdi.gov.cn/yw/201608/t20160825_85817.html), 2016年9月25日访问。

〔5〕《中共中央政治局召开会议》,新华社消息,见 [http://news.xinhuanet.com/politics/2016-07/26/c\\_1119285168.htm](http://news.xinhuanet.com/politics/2016-07/26/c_1119285168.htm), 2016年11月13日访问。

〔6〕参见王阳:《劳动力市场灵活安全性研究述评》,《经济学动态》2010年第11期,第103页。

〔7〕参见杨伟国、唐穗:《欧洲灵活保障模式:起源、实践与绩效》,《欧洲研究》2008年第3期,第91页。

社会责任间的关系，包括工作和生活的平衡或工作和家庭的平衡。<sup>〔8〕</sup>亦有学者将安全性分为工作安全、就业安全、收入安全和综合安全四类，内涵也大致相同。<sup>〔9〕</sup>

可见，灵活性和安全性有时体现于同一制度当中，主要涉及灵活性和安全性的兼顾和平衡。例如，就业灵活性和工作安全性主要体现于解雇保护制度以及该制度对雇主和雇员利益的衡量。同时，灵活性和安全性也可通过不同制度加以体现和保障。灵活性主要体现于劳动法（最典型的是解雇保护制度）当中；安全性尤其是就业安全、收入安全和综合安全，不仅体现于劳动法，也体现在失业保险等社会保障（社会保护）制度中。而且，劳动力市场的政策或法律也往往通过不同的制度实现灵活性和安全性的配合协调。相应地，从国际上看，劳动力市场保护主要有两类，一类是对就业的保护，另一类是对失业的保护或社会保护。就业保护通常使用法律制度限制企业裁员，因此对劳动力市场灵活性的影响较大，就业保护程度越高，劳动力市场的灵活性就越低；而社会保护对劳动力市场灵活性的影响较小。目前，世界各国的劳动力市场上都是两类保护同时并存，但在不同国家因两类保护程度不同而产生了不同的劳动力市场保护模式。<sup>〔10〕</sup>总体看来，低就业保护、高社会保护的保障模式更能够兼顾到劳动力市场灵活性、保障水平和经济增长之间的关系，<sup>〔11〕</sup>低就业保护意味着劳动力市场灵活性高，通过高社会保护可以弥补其不足。因此，全面准确地理解劳动力市场灵活性和安全性的含义，有助于全面审视我国劳动力市场的灵活性和安全性状况以及相应的法律和政策。尤其是，审视我国劳动力市场的灵活性和安全性及其完善不能仅从劳动法角度考虑，还需要考虑社会保障法等法律确立的社会保护规则。

## （二）我国劳动力市场灵活性和安全性的变迁

计划经济时代，我国实行国家统包统分的就业政策和能进不能出的固定工制度，企业和劳动者没有自主性，劳动力市场缺乏灵活性。改革开放之初，我国着力解决计划经济时期采取的就业政策和制度。1980年代，我国开始在国有企业引入劳动合同制，打破传统的僵化用工机制。中央提出建立“国家宏观调控、企业自主用工、多种形式并存、全员劳动合同”的新型劳动用工制度。1992年，党的十四大明确了建立社会主义市场经济体制的目标，为劳动力的市场化改革进一步明确了方向。劳动合同制的推行，鼓励用人单位和劳动者自主选择，增强了劳动力市场的灵活性。1994年劳动法确立了劳动合同制的改革方向，建立了劳动合同制度。总体上看，改革开放以来，我国劳动力市场的改革方向是引入市场机制和劳动合同制度，让市场在劳动力资源配置中发挥主导作用，这对于优化劳动力资源配置，激发劳动者积极性，提高劳动生产率是十分必要的。

然而，由于劳动法制定当时主要是为了建立和完善劳动合同制度，保障劳动力市场化改革的成果，比较注重提高灵活性；加上我国长期以来劳动力市场处于供大于求的状态，导致劳动法通过后的一段时期我国劳动力市场灵活性有余、安全性不足。实践中，劳动合

〔8〕 参见前引〔6〕，王阳文，第103页以下。

〔9〕 参见前引〔7〕，杨伟国等文，第91页。

〔10〕 概括来看，世界各国主要采取四类劳动力市场保护模式：第一是采取就业保护程度高、社会保护程度也高的模式，如法国和德国；第二是采取就业保护程度高、社会保护低的模式，如日本、葡萄牙、希腊、意大利和西班牙等国；第三是采取就业保护程度低、社会保护程度高的模式，如丹麦、比利时、荷兰、芬兰、爱尔兰等国；第四是采取就业保护程度低、社会保护程度也低的模式，如美国和英国。参见张车伟：《中国30年经济增长与就业：构建灵活安全的劳动力市场》，《中国工业经济》2009年第1期，第27页。

〔11〕 同上引张车伟文，第27页。

同签订率低,出现劳动争议时劳动者的合法权益得不到有效保护。2005年全国人大常委会在劳动法执法检查中发现,中小型企业和非公有制企业的劳动合同签订率不到20%,个体经济组织的签订率更低。实践中还存在的突出问题是劳动合同短期化,劳动关系不稳定。全国人大常委会劳动法执法检查显示,有60%以上的用人单位与劳动者签订的劳动合同是短期合同,多是一年一签,有的甚至一年几签。劳动合同短期化的主要原因是用人单位试图通过短期劳动合同最大限度地自由选择劳动者,并减少因解除劳动合同而应向劳动者支付的经济补偿。<sup>[12]</sup>有鉴于此,2007年制定劳动合同法时,我国将劳动关系的和谐稳定作为立法的重要宗旨。该法要求当事人订立书面劳动合同,推行无固定期限劳动合同,确立严格的劳动合同变更规则,扩大经济补偿的适用范围,明确违法解雇的赔偿标准,提高违法行为的惩处力度等,在一定程度上降低了劳动力市场的灵活性,提高了劳动力市场的安全性。

综上,我国劳动力市场改革经历了计划经济时期过度的安全性和缺乏灵活性,到逐步提高灵活性,到灵活性有余、安全性不足,又到逐步提高安全性、降低灵活性的波浪式改革历程。这恰好也说明了劳动力市场的灵活性和安全性是一个动态的平衡,需要根据劳动力市场和经济发展状况不断调整,法律也应不断修改完善,不断平衡安全性和灵活性二者的关系。从改革历程也可以看出,劳动力市场的灵活性和安全性是高度辩证统一的关系,灵活性不足、安全性有余的劳动力市场缺乏效率,也难以维护公平;安全性不足、灵活性有余的劳动力市场缺乏公平,最终也将缺乏效率。

### (三) 劳动合同法等法律与劳动力市场的灵活性:文本的解释

我国劳动力市场灵活性如何,是否需要提高,这是关涉应否以及如何修改劳动合同法的重要问题。如上述,人社部部长尹蔚民2016年指出“劳动力市场的灵活性不够”。还有学者认为,劳动合同法“过度强化管制、限制自治,由此产生十大系统性失衡问题”,包括存在“劳动力市场灵活性不够”三大问题,即“严格限制用人单位解雇权利与过度放任劳动者辞职自由的失衡”、“全面静态书面化的法律要求与用人单位动态调整的失衡”、“标准劳动关系与非标准劳动关系的失衡”。<sup>[13]</sup>当然,对劳动力市场的灵活性也有不同看法。有学者指出,劳动合同法的规定并不会导致劳动力市场僵化。<sup>[14]</sup>以上主要从定性角度论述我国劳动力市场的灵活性,其中关于我国劳动力市场灵活性不足的观点值得关注,但其论据还有待深入探究。

观察中国劳动力市场的灵活性,还可以从横向和定量角度进行对比分析。《经济合作与发展组织2013年就业展望》对经合组织34个成员国及9个非成员国(包括中国)的就业保护立法的就业保护程度进行了比较,该报告具有重要的参考价值。<sup>[15]</sup>报告区分无固定期

[12] 参见《全国人大法律委员会主任委员杨景宇解读劳动合同法》,见新华网 [http://news.xinhuanet.com/legal/2007-07/23/content\\_6418697.htm](http://news.xinhuanet.com/legal/2007-07/23/content_6418697.htm), 2016年11月13日访问。

[13] 董保华:《〈劳动合同法〉的十大失衡问题》,《探索与争鸣》2016年第4期,第10页以下。

[14] 参见前引〔10〕,张车伟文,第28页。

[15] 参见《经济合作与发展组织2013年就业展望》(OECD Employment Outlook 2013, OECD Publishing, Paris),第78页以下。这43个国家为:34个经合组织成员国澳大利亚、奥地利、比利时、加拿大、智利、捷克、丹麦、爱沙尼亚、芬兰、法国、德国、希腊、匈牙利、冰岛、爱尔兰、以色列、意大利、日本、韩国、卢森堡、墨西哥、荷兰、新西兰、挪威、波兰、葡萄牙、斯洛伐克、斯洛文尼亚、西班牙、瑞典、瑞士、土耳其、英国、美国,以及9个非成员国巴西、中国、印度、印度尼西亚、俄罗斯、南非、阿根廷、拉脱维亚、沙特阿拉伯。

限合同（下称“不定期合同”）工人（permanent workers）、派遣用工（temporary-work-agency employment）以及临时合同（temporary contracts，包括派遣用工和定期合同）用工，从不同方面对经合组织国家和部分非成员国的就业保护立法进行了比较。在不定期合同工人个别解雇的解雇难度方面，我国略低于印度尼西亚，位列所有国家第二，并大大超出经合组织国家的平均保护水平。在不定期合同工人个别解雇的整体保护方面，我国低于印度尼西亚、印度，位列第三，并超出了所有经合组织成员国的保护水平。在不定期工人个别和集体解雇的总体保护方面，我国位列所有国家之首。在标准固定期限合同（standard fixed-term contracts，下称“定期合同”）的规制方面，我国略高于经合组织国家的平均值，属于中等保护水平。在派遣用工规制方面，我国保护水平略低于经合组织国家平均水平，也属于中等保护水平。<sup>[16]</sup> 在临时合同规制方面，我国保护水平略低于经合组织国家平均保护水平。<sup>[17]</sup> 此外，根据经合组织在其就业保护数据库中的“就业保护立法的严格度：个别和集体解雇（1985—2013）”，以数据较为齐全的2012年为参考，我国在43个国家中位列第四，仅次于印度尼西亚、葡萄牙和印度。<sup>[18]</sup> 从经合组织的数据和排名可以看出，从法律条文看，我国工人尤其是不定期合同工人的解雇保护水平是比较高的。

如何看待经合组织的排名？劳动力市场的灵活性，从法律规则上看，就雇主而言，意味着雇主单方面决定解雇、工作岗位、工作时间和工资等事项的自由度，以及雇主和雇员自行协商上述事项的空间。法律干预越少，雇主对前述事项享有越大的自主权或者与雇员协商的空间越大，雇主的灵活性或劳动力市场的灵活性就越高。从我国法律文本内容看，经合组织的对比分析具有一定说服力，我国法律条文对解雇的保护的确较为严格。具体而言：（1）在雇员存在不当行为的解雇中，雇主解雇雇员的实质性条件要求较高，雇员的不当行为一般要达到“严重”的程度，雇主才可以解雇雇员，如果雇员只存在轻微的不当行为，雇主不能将其解雇。而且，雇主可否解雇很大程度上依赖于雇主的规章制度，而规章制度需要履行较为严格的程序。<sup>[19]</sup>（2）因雇员的健康和工作能力的个人原因而难以完成工作时，雇主应首先通过调整岗位、培训等方式，尽量避免解除合同，雇主只有履行了调岗、培训等义务后才能解雇雇员。（3）“客观情况发生重大变化导致合同无法履行”的解雇中，“客观情况”必须发生“重大”变化，且雇主应首先与劳动者协商变更劳动合同的内容，无法就变更合同达成协议时，雇主才可以解除合同。<sup>[20]</sup>（4）经济性裁员的程序较为复杂，需要向工会或全体职工说明情况，听取职工代表的意见，且裁员的方案需要向劳动行政部门

[16] 2012年12月28日第十一届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国劳动合同法〉的决定》，修改的主要内容是加强劳务派遣规制。经合组织2013年的报告中有关中国的数据截至2012年，因此，中国本次修法的内容可能没有体现在该报告中。如果把修法内容考虑进去，我国派遣用工的保护水平将会更高。

[17] 此外，在不定期合同工人非过失性的个别解雇的通知期和离职补偿保护方面，我国的保护强度在所有国家位列第一，并且大大超过了经合组织国家的平均保护水平；在不定期合同工人个别解雇的程序规制方面，我国的保护水平略低于经合组织国家的平均保护水平。

[18] OECD: Strictness of employment protection legislation: individual and collective dismissals, [http://www.oecd-ilibrary.org/employment/data/employment-protection-legislation/strictness-of-employment-protection-legislation-individual-and-collective-dismissals\\_data-00658-en?isPartOf=/content/datacollection/lfs-epl-data-en](http://www.oecd-ilibrary.org/employment/data/employment-protection-legislation/strictness-of-employment-protection-legislation-individual-and-collective-dismissals_data-00658-en?isPartOf=/content/datacollection/lfs-epl-data-en), 2016年12月7日访问。

[19] 见劳动合同法第39条，第4条。

[20] 见劳动合同法第40条。

报告。<sup>[21]</sup> (5) 与许多国家相比,我国劳动合同法规定的劳动合同终止和解除的经济补偿适用范围广、补偿金额高,<sup>[22]</sup>企业解雇雇员的成本较高。由于我国劳动法、劳动合同法对雇主解雇雇员的事由、程序和经济补偿等有较为全面、详细且严格的明文规定,因此,经合组织将我国的就业保护立法排名靠前,不无道理。

中国的就业保护之所以名列前茅,除了我国法律对解雇有较为详细而严格的明文规定,还得益于许多国家在成文法上对解雇保护的规定并不明确和具体,而更多地通过判例确立规则的做法。现实生活中,可能引起解雇的正当事由包括与雇员和雇主有关的事由丰富多样,在立法上难以列举和穷尽,因而许多成文法国家并不在法律上规定具体的规则,仅在成文法中作原则性规定,并通过判例确立相关规则,以应付现实的复杂性,规则较为灵活。例如,法国以就业保护严格著名,但法国法并没有列举在哪些情形下雇主可以合法解雇,甚至也没有像我国劳动合同法那样概括一些情形。法国法提出了一个判断解雇是否具备合法理由的标准——“实际的和严肃的理由”,但何为“实际的和严肃的理由”,法律并未给出一个定义,其具体涵义和要求是通过一系列司法判决确立的。<sup>[23]</sup>又如,日本关于解雇的立法并不完善,没有关于解雇限制的完整立法,只有关于解雇理由的个别的限制立法以及解雇预告制度等手续上的规制,所以围绕“解雇自由”,其学说和判例创造和发展了一些相关的法律规制。<sup>[24]</sup>在日本,对解雇的规制是通过法院运用其民法第1条第3款的权利滥用原则而发展起来的。日本最高法院在一个案例的判决中指出,“解雇,在欠缺合理的理由,不被社会通常理念所允许时,作为雇主权利的滥用而无效。”<sup>[25]</sup>该原则后来被纳入日本劳动基准法(第18条之2)以及劳动契约法(第16条)。德国虽然制定了专门的解雇保护法,但其主要内容侧重于程序的规定,对解雇事由的规定也是相当概括,而非具体列举。该法第1条第1款规定,如果解雇不是基于雇员本身、雇员的行为以及紧迫的经营需要导致无法继续在企业中雇用雇员的原因,解雇缺乏社会正当性。<sup>[26]</sup>如何解释这些原因,主要依靠法院判例提供的规则。综上,由于上述国家的成文法对解雇保护的规定较为原则,大量规则留在判例中,因此,其就业保护立法的排名并不靠前,并均位列中国之后,就不足为奇了。

解雇保护是反映劳动力市场灵活性的核心规则。根据上文分析的灵活性的含义,我国除了解雇保护规则较为严格外,其他规则也比较严格。例如,在内部数值或工作时间灵活性方面,我国规定了较为严格的8小时工作制,且加班时间受到严格限制。<sup>[27]</sup>在功能灵活性即企业调动员工工作和改变工作内容方面,我国对劳动合同的变更采取严格的书面协商一致规则,<sup>[28]</sup>雇主单方变更劳动合同包括调整雇员的岗位受到严格限制。从工资灵活性角度看,虽然工资主要由市场决定,但我国劳动法规定了最低工资制度、数额非常高的加班

[21] 见劳动合同法第41条。

[22] 参见谢增毅:《劳动法上经济补偿的适用范围及其性质》,《中国法学》2011年第4期,第103页以下。

[23] 参见郑爱青:《法国劳动合同法概要》,光明日报出版社2010年版,第131页。

[24] 参见田思路、贾秀芬:《日本劳动法研究》,中国社会科学出版社2013年版,第219页。

[25] Tadashi A. Hanami, Fumito Komiya, *Labour Law in Japan*, Kluwer Law International, 2011, p. 128.

[26] 见德国不当解雇保护法(“Protection Against Unfair Dismissal Act”)(英文版,2001年)第1条。See Stefan Lingemann, Robert von Steinau-Seinrück, Anja Mengel, *Employment and Labor Law in Germany*, Verlag C. H. Beck, 2003, p. 128.

[27] 见劳动法第4章。

[28] 见劳动合同法第35条。

工资补偿制度<sup>[29]</sup>以及欠薪时雇主比较严格的责任。<sup>[30]</sup>从外部化灵活性看,我国2012年对劳务派遣作了更为严格的限定,雇主使用劳务派遣等劳动合同制之外的用工方式受到了严格限制。<sup>[31]</sup>因此,从文本看,用人单位在解雇雇员、工作时间、变更合同、工资决定等方面受到了严格限制,官方关于“劳动力市场的灵活性不够”的基本判断是正确的,我国劳动力市场的灵活性存在提高的空间,相关规则也存在修改完善的必要。同时也应看到,劳动力市场的灵活性尤其是有关工作时间、工资等规则,不仅与劳动合同法有关,也与劳动法等法律有关,不能将劳动力市场灵活性的问题完全归咎于劳动合同法。

#### (四) 劳动合同法等法律与劳动力市场的灵活性:现实的考量

虽然经合组织从文本上将中国的就业保护排名靠前,但中国劳动力市场的灵活性不能仅从文本分析,还需要从现实出发,多角度进行考量,以探究我国劳动力市场灵活性和安全性更加全面、真实的情况。

第一,经合组织在不定期合同工人个别和集体解雇的总体保护方面,将我国排在43个国家之首,也导致了我国在不区分工人类型的解雇保护方面位列43个国家的前列。而现实情况是,在大部分经合组织国家中,不定期合同是劳动合同的主流,而不定期合同在我国并非主流。例如,《经合组织2014年就业展望》中,2011—2012年度的平均数据显示,在33个国家中,不定期合同用工比例最高为97.3% (立陶宛),最低为69.5% (智利)。<sup>[32]</sup>而在我国,根据2010年的调查统计,外来劳动力签订定期劳动合同的比例为75.36%,签订不定期合同的比例为19.93%;城市本地劳动力签订定期劳动合同的比例为53.48%,签订不定期合同的比例为44.58%。<sup>[33]</sup>因此,我国不定期合同的签订率是相当低的,我国大部分劳动者并未得到针对不定期合同的解雇保护。因此,经合组织实际上拉高了我国的排名,如果考虑我国不定期合同工人的比例,我国真实的解雇保护水平排名可能会下降。

第二,尽管我国劳动合同法在劳动合同解除和变更上的规定较为严格,灵活性不足,但也有一些规则灵活性有余而安全性不足。最典型的是有关非全日制工的规定。劳动合同法对非全日制工的规定非常特殊,排除了部分重要的劳动法规则的适用。其主要规定,一是“非全日制用工双方当事人可以订立口头协议”(第69条);二是排除解雇保护规则的适用,“非全日制用工双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工。终止用工,用人单位不向劳动者支付经济补偿”(第71条)。解雇保护是保护劳动者的有力措施,也是协调灵活性和安全性的重要内容,但非全日制工的雇主可以随时解雇雇员,将使非全日制工处于

[29] 我国的加班工资相比大部分国家高。例如,在日本,加班工资是在正常劳动时间或劳动日工资基础上的25—50%的范围内计算,在法定劳动时间外的加班工资为正常工资的125%,如果每月加班时间超过60小时,超过部分加班工资为正常工资的150%;休息日劳动加班工资为正常工资的135%。参见前引[24],田思路等书,第219页。而我国劳动法第44条规定,“(一)安排劳动者延长工作时间的,支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬;(二)休息日安排劳动者工作又不能安排补休的,支付不低于工资的百分之二百的工资报酬;(三)法定休假日安排劳动者工作的,支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。”

[30] 见劳动合同法第85条。

[31] 见劳动合同法第5章第2节“劳务派遣”。

[32] 这些国家包括31个经合组织成员国澳大利亚、奥地利、比利时、加拿大、智利、捷克、丹麦、爱沙尼亚、芬兰、法国、德国、希腊、匈牙利、冰岛、爱尔兰、意大利、日本、韩国、卢森堡、荷兰、挪威、波兰、葡萄牙、斯洛伐克、斯洛文尼亚、西班牙、瑞典、瑞士、土耳其、英国、美国(无数据),以及2个非经合组织成员国拉脱维亚、立陶宛。See OECD Employment Outlook 2014, OECD Publishing, Paris, p. 148.

[33] 参见王美艳:《劳动合同法的实施:问题与对策建议》,《贵州财经学院学报》2013年第1期,第27页。

非常不利的境地。更重要的是,我国关于非全日制工的立法与应然的立法精神和理念——平等待遇相违背。例如,欧盟早在1998年就通过了保护非全日制工人平等权的97/81号指令。<sup>[34]</sup>该指令的首要目的是“消除针对非全日制工人的歧视以及提高非全日制工作的质量”;其基本原则是“非歧视”,即在劳动条件上,非全日制工人和相对应的全日制工人相比,不能仅因其非全日制工作而受到不利待遇,除非差别待遇具有正当和客观的理由。<sup>[35]</sup>类似地,日本于1993年制定了非全日制劳动法,并于2007年对该法进行了修订,主要目的是限制雇主对非全日制和全日制工人实行差别待遇,进一步强化平等待遇的原则。<sup>[36]</sup>而我国的现实情况是,“现阶段对于非全日制用工的法律规定,仍接近一种放任的状态”。<sup>[37]</sup>除了非全日制工的保护不足,我国在定期合同的规制方面也过于简单,给雇主和劳动者留下了过高的灵活性(下文详述)。

第三,我国存在大量农民工,农民工的劳动力市场过于灵活。根据国家统计局抽样调查结果,2015年我国农民工总量为27747万人,其中,本地农民工10863万人,外出农民工16884万人,可见农民工群体数量极为庞大。值得关注的是,由于农民工有返乡过春节的传统习惯,加上其他因素,导致外地农民工年从业时间只有10.1个月,<sup>[38]</sup>这意味着大量农民工必须主动中断劳动关系,甚至可能频繁更换雇主,因此,农民工事实上很难得到法律所提供的解雇保护。数据也表明,农民工在其他方面受保护的程度也很低。例如,2015年,日从业时间超过8小时的农民工占39.1%,周从业时间超过44小时的农民工占85%。2015年与雇主或单位签订了劳动合同的农民工比例为36.2%,其中,签订无固定期限劳动合同的比例为12.9%,1年以下劳动合同的比例为3.4%,1年及以上劳动合同的比例为19.9%;没有签订劳动合同的比例为63.8%。2015年,被拖欠工资的农民工所占比重为1%。被拖欠工资的农民工人均被拖欠工资为9788元。<sup>[39]</sup>此外,农民工的社会保险问题十分突出。以2014年国家统计局抽样调查数据为例,2014年全国农民工总量为27395万人,但农民工“五险一金”的参保率仅分别为:工伤保险26.2%、医疗保险17.6%、养老保险16.7%、失业保险10.5%、生育保险7.8%、住房公积金5.5%。<sup>[40]</sup>农民工的参保率非常低,尤其是失业保险参保率低,意味着农民失业期间的收入难以得到保障。可见,在实践中,农民工在签订劳动合同、订立长期合同或不定期劳动合同、工作时间、工资、社会保险等方面受到的保护是很低的。换言之,农民工的雇主在解雇、工资、工时、参加社会保险等方面享有高度的自由,农民工劳动力市场的灵活性很高,安全性严重不足。甚至有人认为,“农民工所面临的劳动力市场恐怕是世界上最灵活的劳动力市场”。<sup>[41]</sup>概言之,农民

[34] Council Directive No. 97/81 concerning the framework agreement on part-time work concluded by UNICE, CEEP and the ETUC (1998).

[35] Clause 1, 2, 4 of Council Directive No. 97/81 concerning the framework agreement on part-time work concluded by UNICE, CEEP and the ETUC.

[36] 参见田野:《日本〈部分工时劳动法〉的修正——以均等待遇原则为中心》,《日本问题研究》2013年第4期,第69页。

[37] 林嘉:《审慎对待〈劳动合同法〉的是与非》,《探索与争鸣》2016年第8期,第60页。

[38] 见国家统计局:《2015年农民工监测调查报告》,2016年4月28日发布。

[39] 同上。

[40] 见国家统计局:《2014年全国农民工监测调查报告》,2015年4月29日发布。

[41] 前引[10],张车伟文,第28页。

工劳动力市场的真实灵活性要大大高于法律文本所规定的灵活性，这是中国劳动力市场的一个突出特点。

相反地，在实践中，部分国有单位包括国有企业和国有事业单位仍然延续传统的用工制度，基本上是“能进不能出、能上不能下”，企业在解雇、调整岗位等方面受到极大限制，劳动力市场灵活性不足、安全性有余，这种体制难以激发劳动者的积极性，不能形成合理的人员流动，也不利于劳动生产率的提高。因此，国有单位劳动力市场呈现出的灵活性和安全性也与法律文本有较大出入。

第四，中国的失业保障和其他社会保护措施还不完善。如上所述，对劳动力的保护可通过就业保护和失业保护（社会保护）两种政策、法律手段相互配合。由于二者可以起到相互补充的效果，如果一方比较薄弱，则需另一方提供较为有利的保障，以保证劳动者的安全性和社会的和谐稳定。在评估我国劳动力市场灵活性和安全性的政策法律时，除了考虑就业保护尤其是解雇保护立法，还需要考虑失业保护和其他社会保护的立法及其实践。现实情况是，我国的失业保障等社会保障制度尽管取得了巨大成就，但目前仍面临不少挑战，保障水平并不高。以2015年为例，年末全国就业人员77451万人，其中城镇就业人员40410万人。年末全国参加城镇职工基本养老保险人数为35361万人，参加职工基本医疗保险人数28893万人，参加失业保险人数为17326万人，参加工伤保险人数为21432万人，参加生育保险人数为17771万人。<sup>[42]</sup>可见，虽然我国社会保险覆盖面不断扩大，但和我国的就业人口相比，许多人群还没有被社会保险覆盖。除了社会保险覆盖面不高，我国社会保险金水平也不高。以体现失业者收入的安全性的主要指标——失业保险金为例，在相对发达的北京地区，<sup>[43]</sup>按照2016年的标准，失业保险金月发放标准根据累计缴费时间的长短为1212—1321元，<sup>[44]</sup>大大低于北京市的月最低工资标准1890元。<sup>[45]</sup>由于目前我国失业保障和其他社会保障制度和实践还不完善，保护水平不高，因此，我国就业保护水平不应过低，以避免就业保护水平低和社会保护水平低并存所带来的社会问题。

第五，除了社会保护水平较低的现实，我国劳动法的实施水平和工会因素也是制定劳动力市场灵活性政策和立法需要考虑的重要因素。我国的劳动监察队伍建设和执法水平仍然比较薄弱。截至2013年底，全国共有劳动保障监察机构3291个，各级人力资源社会保障部门配备专职劳动保障监察员2.5万人。<sup>[46]</sup>而根据统计，截至2013年9月底，全国实有企业1469.31万户，实有个体工商户4311.57万户。<sup>[47]</sup>因此，相比企业、个体工商户和雇员的数量，劳动监察机构和人员的数量明显不足。由于劳动监察机构和人员数量有限，劳动监察主要通过接受投诉而被动进行，主动进行劳动监察的比例较低，影响了劳动监察的效果。例如，2010年，全国劳动社会保障监察机构查处各类劳动保障违法案件38.4万件，

[42] 见人力资源和社会保障部：《2015年度人力资源和社会保障事业发展统计公报》。

[43] 根据社会保险法第47条的规定，“失业保险金的标准，由省、自治区、直辖市人民政府确定，不得低于城市居民最低生活保障标准。”

[44] 参见《关于调整失业保险金发放标准的通知》（京人社就发〔2016〕146号）。

[45] 参见《关于调整北京市2016年最低工资标准的通知》（京人社劳发〔2016〕128号）。

[46] 见人力资源和社会保障部：《2013年度人力资源和社会保障事业发展统计公报》。

[47] 国家工商行政管理总局：《2013年第三季度全国市场主体发展报告》，见该机构网站，<http://www.saic.gov.cn/zwgk/tjzl/zhtj/bgt/201310/P020131015377705296718.pdf>，2016年12月7日访问。

其中,调查处理举报投诉案件33.6万件,占查处违法案件数量的比例为87.5%;2011年的相应比例为91.3%;2012年的相应比例为88.8%。<sup>[48]</sup>可见,我国劳动监察等劳动行政执法依然薄弱。此外,除了立法和劳动行政执法,很多国家的工会通过开展有效的集体协商并签订集体合同,为劳动者争取了法律没有明文规定的待遇和福利,这是保护劳动者的重要机制。而我国工会由于各种原因,在开展协商、为劳动者提高待遇方面仍面临诸多挑战。我国劳动行政执法水平不高,加上工会作用有限,也决定了我国对劳动者保护必须主要倚靠法律的明文规定,相应地,我国在劳动合同法等法律条文上对劳动者的保护不应过低。

## 二、劳动合同法修改的原则

以上分析表明,从立法看我国劳动力市场灵活性不足,有必要修改劳动合同法,提高劳动力市场的灵活性。从外部环境看,进入新世纪以来,随着技术特别是互联网技术的发展,新的产业、新的业态、新的用工和就业形式不断出现,加上近年来世界经济复苏乏力,增长动力不足,给各国劳动力市场的政策和法律带来巨大挑战。当前我国也面临经济下行的巨大压力,随着“大众创业、万众创新”政策、“互联网+”计划等的加快推进,我国新的业态和就业形式也不断发展,对灵活就业和劳动力市场灵活性也提出新的要求,也有必要修改劳动合同法。

从国际上看,近年来,许多国家都对劳动法进行改革或大幅修改。例如,法国2016年对劳动法进行较大幅度的修改,赋予企业更多的自主性;<sup>[49]</sup>近年来日本劳动基准法也频繁修改。<sup>[50]</sup>除了发达国家,一些转型国家也已经或者计划对劳动法进行改革或重大修改。例如,匈牙利2012年实施了新的劳动法典,为当事人协商提供更多空间。<sup>[51]</sup>虽然各国劳动法改革或修改的背景和目的有所不同,但从总体上看,改革或修改主要是为了应对失业压力的增大以及灵活就业的增长,劳动法改革也呈现出放松管制、提高劳动力市场灵活性的总体趋势。

劳动法作为实践性很强的法律,并非一成不变,应随着实践的发展不断修改完善。修改劳动合同法并非是否定劳动合同法,而是使之更好地适应实践发展的需要。根据上文关于我国劳动力市场灵活性和安全性的分析,在修改劳动合同法时应坚持以下几个原则。

### (一) 坚持劳动合同法的立法宗旨和价值取向不变

从理论渊源看,劳动法的产生以及制度建构是建立在雇主的强势地位以及劳动者弱势地位的经典理论之上的。19世纪末和20世纪初,在法律上,劳动合同的缔结和内容取决于自由合意,但事实上,雇主相对于劳动者在经济上的优势地位导致劳动条件在很大程度上由雇主单方决定,<sup>[52]</sup>这一现象导致了劳动法的发展。时至今日,劳动法学者仍然将劳动者

[48] 见人力资源和社会保障部:2010、2011、2012年度《人力资源和社会保障事业发展统计公报》。

[49] 参见刘扬:《法国劳动法改革顶层设计之争》,《中国劳动》2016年第12期,第13页以下。

[50] 参见前引[24],田思路等书,第331页。

[51] 参见匈牙利劳动法典(“Act I of 2012 on the Labor Code”,匈牙利国会2011年12月13日通过)。

[52] 参见[德]雷蒙德·瓦尔特曼:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社2014年版,第43页。

的弱势地位作为劳动法存在的理论基础，中外概莫能外。劳动法的“主要目的在于保护劳资关系中处于弱势地位的工人权利”。<sup>[53]</sup>因此，劳动者作为一个群体，与用人单位相比处于弱势的地位不应被否认，劳动立法的主要目的在于保护工人（劳动者）权利的基本立法价值也不应被颠覆。虽然劳动合同法自出台以来一直面临争议甚至严厉批评，但也有学者通过翔实的实证调研得出结论认为，劳动合同法的出台和实施是非常合乎时宜的。该法有效地规范了劳动力市场的运行，有利于保障劳动者的正当权益。<sup>[54]</sup>

劳动合同法发挥的积极作用应当得到充分肯定，尤其是劳动合同法在提高劳动合同签订率、提高长期固定期限合同和无固定期限合同比例、提高社会保险参保率、减少劳动社会保障违法行为、为劳动者提供法律救济等方面发挥了重要作用。例如，2015年末，全国企业劳动合同签订率达到90%。<sup>[55]</sup>因此，尽管劳动合同法在规则设计上存在缺陷，灵活性不足，劳动合同法的基本理念和价值追求并没有根本错误，在修改劳动合同法时，还应坚持对劳动者进行适度倾斜的原则，以保护劳动者的权利为其核心要义，不应动摇劳动合同法确立的基本理念和立法原则，不宜进行大刀阔斧的颠覆性修改。

### （二）协调好灵活性与安全性的关系，适度提高灵活性

劳动法作为调整用人单位和劳动者之间劳动关系的法律，用人单位用工的灵活性以及劳动者就业的安全性始终是一个核心问题，也是需要科学合理平衡的问题。近年来，随着劳动力市场的发展，许多国家和地区都提出了劳动法应追求灵活与安全的双重目标，且二者不可偏废。在德国，从一开始，在劳动法中就涉及有利于企业的弹性与有利于雇员的安全之间的“恰当”的平衡，在当代人们称为“灵活兼安全”（flexicurity）。2007年欧盟委员会发布《应对21世纪挑战的现代劳动法》，提出将灵活与安全相结合的理念。<sup>[56]</sup>我国劳动合同法也应坚持这一原则，既要维护企业的用工灵活，也要保证劳动者的就业安全。

劳动合同法一些条款灵活性不足，主要表现在用人单位解除、变更劳动合同比较难、成本比较高。应修改劳动合同法，适度提高劳动力市场灵活性，并降低企业的用工成本。同时也应看到，我国劳动力市场的灵活性和安全性非常复杂。我国非全日制工劳动力市场的规则、实践中的农民工劳动力市场存在灵活性有余、安全性不足的问题；我国的失业保障等社会保障制度仍不完善；当前的劳动行政执法力量和工会作用还比较薄弱。在修改劳动合同法时必须充分考虑这些因素，合理平衡好灵活性和安全性的关系，审慎修改劳动合同法。劳动合同法涉及劳动者基本权利以及平衡灵活性和安全性的重要原则和制度不应轻易改变。对中央提出的“降成本的重点是增加劳动力市场灵活性”，应有正确理解。贯彻这一精神应在坚持总体平衡的前提下，整体上适度提高劳动合同法规则的灵活性，但并非现行劳动合同法所有条款都要提高灵活性，而是对需要增加灵活性的条款增加灵活性，对维护劳动者安全性不足的条款，则应适当增强安全性。

### （三）劳动合同法与劳动法协同修改

我国劳动法和劳动合同法的关系极为密切，二者内容既有交叉，又有所侧重。劳动法

[53] [意] T. 特雷乌：《意大利劳动法与劳资关系》，刘艺工、刘吉明译，商务印书馆2012年版，第12页。

[54] 参见前引[33]，王美艳文，第31页。

[55] 见人力资源和社会保障部：《2015年度人力资源和社会保障事业发展统计公报》。

[56] 参见前引[52]，瓦尔特曼书，第40页。

是一部综合性法律，全面涉及劳动制度的主要内容，也包括劳动合同的基本制度（第三章）。劳动合同法主要涉及劳动合同的主要制度，但同时也涉及劳动法的其他内容，比如集体合同、劳务派遣等。由于二者的内容有交叉，且都是现行有效的法律，因此修改劳动合同法应该考虑二者的协同修改。具体理由在于：第一，劳动力市场灵活性的规则不仅体现在劳动合同法中，也体现在劳动法中，特别是有关工作时间、工资的规则主要规定于劳动法，只修改劳动合同法难以对劳动力市场的灵活性和安全性作出全面的调整和完善。第二，劳动法颁布于1994年，作为劳动制度的基本法律，其大量条款被后续颁布的其他法律取代而成为“僵尸”条款，极大损害了作为劳动基本法的劳动法的权威，修改劳动法可以改变这种局面。第三，劳动合同法、就业促进法、劳动争议调解仲裁法等法律的出台并不能解决所有问题，一些重要问题，比如劳动基准包括工作时间、工资、休息休假以及集体合同、劳动监察等问题，仍然需要通过修改劳动法加以完善。第四，同时修改劳动合同法和劳动法，可以整体协调两部法律交叉的内容，把劳动合同法中有关劳务派遣、集体合同、规章制度等非劳动合同的内容移至劳动法中，纯化劳动合同法的相关内容，使两部法律的结构和内容更加协调和优化。

### 三、劳动合同法修改的重点

与劳动力市场灵活性相关的规则主要涉及解雇保护、合同变更、工作时间和工资等。根据上述更好协调劳动力市场灵活性和安全性，适度提高劳动力市场灵活性的指导思想和基本原则，着眼于劳动力市场灵活性的含义以及劳动合同法与劳动力市场灵活性密切相关的条款，修法时应重点关注以下内容。

#### （一）无固定期限（不定期）合同和固定期限（定期）合同规则

劳动合同期限制度是与劳动力市场灵活性密切相关的制度。定期合同到期自然终止，雇主无需受解雇保护制度约束；不定期合同则相反，雇主只有具备正当事由才能解雇雇员，灵活性受到较大限制。因此，定期合同和不定期合同的适用范围及其他规则是劳动合同法的重要内容。从其他国家和地区来看，不定期合同是劳动合同的常态。比如，我国台湾劳动基准法第9条第1款规定：“劳动契约，分为定期契约及不定期契约。临时性、短期性、季节性、及特定性工作得为定期契约；有继续性工作应为不定期契约。”在德国，不定期合同占据合同数量的绝对主导地位，定期合同的比例很低。例如，1999年，只有6.7%的雇员签订了定期合同，经过近年来的变化，目前处于固定期限劳动关系的雇员比例达到10%。<sup>[57]</sup>立法之所以将定期合同作为劳动合同的例外情形并加以限制，理由在于，定期合同到期自然终止，如果不对其进行限制，雇主就会使用频繁签订定期合同的做法规避解雇保护的规则，雇员就业安全的权利就会落空。因此，德国、法国等欧陆国家对定期合同有严格的规制。这些国家将定期合同定性为“临时性”合同，严格规制定期合同适用的情形（一般只适用于类似我国劳务派遣的“临时性、辅助性、替代性”岗位）、合同最长期限（通常是18个月到2年）、订立方式（没有书面合同视为不定期合同）、订立次数（严格限定合同续

[57] 参见[德]沃尔夫冈·多伊普勒：《德国劳动法》（第11版），王倩译，上海人民出版社2016年版，第363页。

订或延长次数)、合同解除(雇员和雇主解除合同受到严格限制,雇主通常只有在雇员有严重不当行为、不可抗力的情形下才可以解除合同)、定期合同向不定期合同的转换(不符合定期合同订立条件的合同转换为不定期合同,定期合同到期后事实劳动关系继续持续的视为不定期合同)。<sup>[58]</sup>可见,定期合同与不定期合同的定位和规则有明显差别。欧陆国家一方面通过严格限制定期合同的适用,使不定期合同有更多的适用余地;另一方面通过限定定期合同双方解除的条件,甚至规定比不定期合同更为严格的解除条件,推广不定期合同。

我国定期合同制度的产生和发展的背景有其自身特点。改革开放以来,尤其是我国实行社会主义市场经济体制后,打破传统的僵化用工体制特别是固定工制度,实行劳动合同制,一直是改革的方向。而定期合同有利于打破终身制和固定工的僵化模式,成为最符合改革精神的一类合同。因此,定期合同成为1994年劳动法倡导的一种用工制度,劳动法自然未对其施加限制。但在实践中,因订立定期合同可以规避合同解除的严格规定,定期合同被广泛使用甚至被滥用,导致了劳动合同的短期化,劳动者处于十分不利的地位。2007年劳动合同法根据以往实践的不足,倡导无固定期限合同,规定了第14条。<sup>[59]</sup>但劳动合同法并没有充分体现两类合同的不同目的,对两类合同的适用范围、期限、解除规则并不作严格区分,目前两类合同的目的和定位并不清晰,导致推行不定期合同存在诸多障碍。上文统计数据也表明,定期劳动合同仍然是中国劳动合同类型的主流,不定期合同并没有按照劳动合同法的预期,成为主流的合同类型。

完善我国劳动合同期限制度,需要统筹规划、整体安排。目前,我国有关定期合同的立法虽然简单,但独具特色。一方面,我国对定期合同的适用情形不作限制,也没有对定期合同的期限作出限制,定期合同具有广泛的适用性,这体现了我国定期合同灵活性的一面;同时,我国劳动合同法规定了劳动者订立两次定期合同后必须订立不定期合同,具有一定的刚性。我国在修法时是否有必要借鉴德国、法国的立法例,对定期合同的适用范围进行严格限制?答案是否定的。理由有二:一是定期合同的本意虽然是“临时性合同”,但究竟哪些岗位属于“临时性”的,在立法和实践上难以界定。不对定期合同适用情形作出限制,可以避免类似我国劳务派遣立法遇到的难题(即将劳务派遣限定在“临时性”、“辅助性”或“替代性”岗位上,导致这些模糊概念难以清晰界定以及规则难以执行),比较符合目前我国企业用工的诚信环境和劳动执法的整体水平,避免制度繁杂和难以执行带来的挑战。二是,定期合同的适用范围已呈现出扩大和放开的趋势。由于定期合同可以促进就业,满足劳动力市场多样化和灵活性的需求,立法对定期合同适用的限制逐渐缓和。例如,德国2001年的立法就在一定程度上放开定期合同。<sup>[60]</sup>为了适应提高劳动力市场灵活性的趋势,避免制度繁杂造成实施困难,我国不必重走老路,无需对定期合同的适用情形和范围作出严格限制。

同时,由于解雇保护和就业安定是劳动法的一项核心价值,因此,倡导不定期合同仍

[58] 参见前引[57],多伊普勒书,第363页以下;前引[23],郑爱青书,第42页以下。

[59] 劳动合同法第14条规定,有下列情形之一,劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的,除劳动者提出订立固定期限劳动合同外,应当订立无固定期限劳动合同:(一)劳动者在该用人单位连续工作满十年的;(二)用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时,劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的;(三)连续订立二次固定期限劳动合同,且劳动者没有本法第39条和第40条第1项、第2项规定的情形,续订劳动合同的。

[60] 参见德国非全日制用工和固定期限劳动合同法(2001年)。

应是劳动合同法修改必须坚持的基本方向,不应放弃对不定期合同作为主流合同形式的追求,用人单位订立定期合同必须受到一定的限制。因此,劳动合同法第14条关于两次订立定期合同后需订立不定期合同的规则应当继续保留,不宜轻易改动。我国对定期合同的适用范围没有严格限制,体现了灵活性的一面;而第14条关于强制订立不定期合同的要求则体现了安全性,两方面的规则正可以兼顾灵活性与安全性,并且规则简单易行。同时,虽然修法时不必限定定期合同的适用范围,但可以考虑规定定期合同的最长期限(比如3—5年)、定期合同的解除条件以及定期合同向不定期合同转换的规则。而且,修法应适度放宽不定期合同的解除条件,为企业留有更多的空间,从而鼓励企业签订不定期合同。总之,应充分考虑我国定期合同和不定定期合同制度的特殊背景以及我国的劳动执法水平,构建科学合理、切实可行的规则。

## (二) 劳动合同解除的条件和程序(解雇保护制度)

劳动合同解除规则是劳动法的核心问题,也是体现灵活性和安全性的核心制度。实践中,大量案件也和合同解除有关。例如,2014年我国劳动人事争议仲裁机构当期案件受理数为715163,其中有关解除、终止劳动合同的案件数为155870,<sup>[61]</sup>比例超过20%。一些地区的比例更高。例如,深圳市2015年全市劳动仲裁案件中,以经济补偿(赔偿)为主要诉求的立案案件占立案总量的44.7%。<sup>[62]</sup>国外也是如此。2012年德国劳动法院系统审理的总共400998起案件中,有201232起案件的诉由是劳动合同解除,超过一半。<sup>[63]</sup>因此,完善劳动合同解除规则十分重要。

上文分析表明我国劳动合同解除规则或解雇保护规则比较严格,但从条文上看,与大多数欧陆国家的解雇原则是相通的。问题主要是在法律实施中,对解雇的条件和程序要求较高,企业反映解雇比较难。有学者指出,虽然劳动合同法从形式上看似乎给了企业许多解雇的通道,但实际上这些规定在具体实施中有相当难度,再加上仲裁和司法裁判在个案中适用法律的收紧,导致实践中出现企业“解雇难”的问题。<sup>[64]</sup>因此,有关劳动合同的解除条件和程序,应通过对现行规则更加公平合理的解释以及对部分规则的完善,来适度降低解雇难度,提高劳动力市场灵活性。

第一,对现行规则的解释和实施应更加公平,合理兼顾劳资双方利益。(1)对“严重违反用人单位的规章制度的”,“严重失职、营私舞弊,给用人单位造成重大损害的”,“劳动者患病”,“劳动者不能胜任工作”,“客观情况发生重大变化”等原则性条款作出适当解释,做到宽严得当,不宜作出对雇主要求过高的严格解释。(2)对于规章制度没有明确规定的劳动者的不当行为,可以通过引用劳动法中有关劳动者遵守劳动纪律和职业道德等原则条款,作为企业解雇雇员的依据。<sup>[65]</sup>在认定解雇原因时不宜过分依赖于单位规章制度的内容,因为规章制度不可能穷尽劳动者的各种行为。对用人单位培训或调整工作岗位的义务也不宜要求过高。(3)在解雇案件的司法实践中,裁判机构支持“继续履行合同”的做

[61] 见《中国统计年鉴2015》,国家统计局网站, <http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/2015/indexch.htm>, 2016年12月7日访问。

[62] 见汤庭芬主编:《深圳劳动关系发展报告(2016)》,社会科学文献出版社2016年版,第56页。

[63] 参见王倩:《德国解雇保护制度》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第57卷,法律出版社2015年版,第627页。

[64] 参见林嘉:《劳动法的原理、体系与问题》,法律出版社2016年版,第23页。

[65] 见劳动法第3条。

法应更加谨慎。裁判机构是否支持“继续履行合同”，应视纠纷是否已经损害了双方的信任以及合作的基础而定，如果双方关系严重受损或者继续履行合同存在较大困难，就不宜支持“继续履行合同”的请求，以避免后续更多的纠纷。

第二，完善经济性裁员规则。劳动合同法规定的裁员时优先留用人员的规则过于简单和刚性，<sup>[66]</sup>没有考虑企业的合理需求。许多国家都明确了经济性裁员时优先留用人员或解雇对象的选择标准。比如，德国解雇保护法要求雇主在经济性裁员时要进行“社会性挑选”，挑选标准限定为“企业工龄”、“年龄”、“抚养义务”和“重度残疾”四者，即在裁员时要优先留用工龄较长、年龄较大、负有抚养义务以及重度残疾的人。<sup>[67]</sup>德国法确立的这四个标准具有一定合理性，“企业工龄”反映了雇员对企业的贡献度，优先留用具有一定合理性；通常随着年龄增大，就业能力下降，对年龄较大者进行照顾也具有合理性；负有“抚养义务”的人负担较重，重度残疾者就业能力较弱，对二者的照顾体现了扶弱济贫的社会政策目的，也具有一定合理性。但法律规定需要优先照顾的人员往往是企业希望裁减的对象，因为，企业通常倾向于留用年轻、健康、家庭等负担较轻的员工。在这方面，德国法也照顾到了雇主的合理诉求，在规则上体现了相当的灵活性。一方面，对上述挑选标准进行限定。比如，雇主未必要遵循“年龄越大，越值得保护”的原则，而是可以只在雇员的年龄严重影响他在劳动力市场上的机会时，才需要给予关注；只有当雇员是单身母亲或者单身父亲的，才特别强调抚养义务；一般的残疾不能和重度残疾相提并论，等等。换言之，优先留用对象是受到严格限制的。另一方面，法律也给予雇主许多弹性的空间。例如，现行法允许把那些“其继续雇用对经营利益关系重大”的雇员排除在社会性裁员挑选之外，即雇主可以保留一些“骨干力量”；雇主还可以为了保持企业合理的人员结构而把某些雇员排除在解雇对象挑选范围之外。<sup>[68]</sup>相较而言，我国劳动合同法有关裁员时优先留用人员的规则过于照顾特殊对象，没有兼顾企业的合理诉求。修法时可参考德国做法，平衡特殊雇员保护和企业合理需求，使经济性裁员时的优先留用人员规则更富弹性。

第三，完善劳动者辞职的规则（劳动合同法第37条）。该规则受到诸多诟病，批评者认为劳动者辞职过于容易，造成劳动者频繁跳槽，影响企业正常运营。理论上，由于劳动者的辞职权涉及劳动者劳动自由（包括劳动以及不劳动）的基本价值，因此，除非定期合同，原则上法律不应限制雇员辞职的权利，雇员只要履行了提前通知的义务，应允许辞职。但我国劳动合同法对于通知期的规定（提前30天）过于单一和僵化，应加以完善。在一些特殊行业，比如学校、医院以及其他重要岗位，30天的通知期过短，雇主难以在如此短暂的时间内找到替代的劳动者或作其他应对。在德国，为了照顾到各行各业的不同需求，民法典允许双方在集体合同或劳动合同中约定长于法律规定的解除合同通知期；而且，雇主解雇雇员的法定通知期也与雇员的工龄挂钩，而不是“一刀切”。<sup>[69]</sup>因此，劳动者辞职的通知期规则应更具灵活性，劳动合同法修改时应该允许双方在合同中作适当约定，比如双方可以约定1—3个月或者1—6个月的通知期。对于雇员辞职作一些程序上的限制，可以避

[66] 见劳动合同法第41条。

[67] 参见前引〔57〕，多伊普勒书，第265页。

[68] 同上书，第265页以下。

[69] 见德国民法典第622条（陈卫佐译注，法律出版社2015年版）。

免雇员跳槽过于容易和频繁流动而影响企业的合理预期和正常运行,更好平衡雇员辞职和雇主解雇雇员的难易程度。

### (三) 经济补偿和赔偿金制度

经济补偿是与劳动合同解除密切相关的制度,也是影响劳动力市场灵活性和企业成本的重要制度。相比许多国家和地区,我国劳动法上经济补偿的适用范围比较宽泛,补偿标准也比较高。从横向对比以及降低企业解雇成本的角度出发,我国修改劳动合同法时可对经济补偿制度作适当调整。第一,考虑到经济补偿和失业保险金具有一定的替代功能,我国可以在完善定期合同制度和失业保险制度的基础上,规定定期合同到期终止不必支付经济补偿,或者降低经济补偿的标准。因为定期合同与不定期合同不同,定期合同到期终止属于双方的约定事项,且是雇员可预见的结果,雇主支付经济补偿的必要性较低。第二,劳动合同解除的经济补偿也可以适当降低标准。为更加合理分配雇主和雇员的风险和责任,适度降低雇主的成本,可以考虑区分由于雇员个人的原因、客观情况以及雇主的原因导致的解雇,适用不同的经济补偿标准;因雇员个人的原因导致的解雇的经济补偿标准应当低一些,因雇主的经济原因或客观情况导致的解雇,补偿的标准可以高一些。第三,对经济补偿和赔偿金设置最高额限制,避免过高的经济补偿和赔偿金数额,合理限制雇主的责任。对雇主责任进行限制,既有利于控制雇主的风险和成本,鼓励其积极雇用劳动者,也有利于鼓励离职的雇员尽快寻找工作,避免因补偿或赔偿金过高而怠于继续工作,造成人力资源的浪费。对雇主的责任进行限制也是许多国家的通行做法。例如,德国不当解雇保护法第10条第1款规定,赔偿金一般情况下以12个月的工资为上限。但是考虑到雇员年龄越大在劳动力市场上越没有竞争力,且其工资及其他福利待遇也往往和企业工龄挂钩,所以该条第2款规定,雇员年满50且劳动关系存续15年以上的,赔偿金上限为15个月的工资;雇员年满55且劳动关系存续20年以上的,赔偿金上限为18个月的工资。<sup>[70]</sup>

### (四) 劳动合同变更

劳动合同变更规则是劳动法的一大难题。关于合同变更规则,法国判例区分劳动合同的变更和劳动条件的变更,前者是合同主要事项的变更,雇主必须得到雇员同意才能变更,后者是非主要内容的变更,不需要雇员的同意。当然,何为劳动合同的变更和劳动条件的变更,判例并没有给出清晰答案,只能具体案件具体分析。<sup>[71]</sup>英国的做法和法国类似,对于劳动合同的重要条款,雇主不得单方变更,重要条款之外的条款属于企业经营管理和雇主指挥管理的范畴,雇主可以单方变更。<sup>[72]</sup>在日本,原则上雇主变更作为劳动契约内容的劳动条件必须和劳动者达成合意,但雇主可以通过变更就业规则来变更劳动条件。只是法律要求,就业规则的变更要与劳动者受到不利益的程度、劳动条件变更的必要性、变更后就业规则的适当性、与工会等交涉的状况以及其他就业规则变更的有关事项相对照为“合理”时,方可变更。<sup>[73]</sup>德国要求劳动合同变更应具有“社会正当性”,即劳动法院应审查劳动合

[70] 见德国不当解雇保护法第10条;前引〔26〕,Stefan Lingemann等书,第133页。

[71] 前引〔23〕,郑爱青书,第117页以下。

[72] 参见孙国平:《论雇主劳动合同条款变更权之控制》,《比较法研究》2016年第1期,第33页。

[73] 见日本劳动契约法第9、10条。

同变更是否符合社会正当性，新的劳动合同条件是否对双方的利益作了公平合理的安排。<sup>[74]</sup>

由于劳动合同的长期性以及内容的不确定性，雇主需要根据市场环境、企业业务和人员状况对劳动者的工作岗位和工作内容作适当调整，以适应形势变化和企业经营的需要，而工作岗位等变动往往涉及工作内容、工资、岗位级别、所需技能等的变化，对劳动者影响巨大。因此，在劳动合同变更上，雇主的用工自主权和劳动者的就业安定权形成一定的张力，较难平衡。有关工作岗位变动和劳动合同变更的学说和判例更是五花八门，难以统一。<sup>[75]</sup> 由于劳动合同变更的复杂性，欧陆国家通常不在成文法中规定劳动合同变更的具体规则，而是交由裁判机构通过判例形成适当的规则，并根据个案进行灵活处理。劳动合同变更的基本法理是，原则上雇主对合同内容尤其是重要或主要事项的变更须经雇员同意，但在符合一定条件时，雇主也可单方变更。这一原则既符合当事人应尊重契约内容的法理，也满足了雇主根据情况变化对期限较长且内容无法事先详细约定的劳动合同作出适当调整的客观需要。我国劳动合同法对劳动合同变更坚持书面协商一致原则，<sup>[76]</sup> 制度较为刚性。但在我国司法实践中，一些地方法院的指导意见给予用人单位更大的自主权，只要调岗合理或者合同变更合理，双方是否达成合意并不是变更的必备条件。<sup>[77]</sup> 借鉴国外立法例和学说，结合我国地方实践，我国修改劳动合同法时，应总结地方实践，适当增加劳动合同变更规则的弹性，允许用人单位在符合一定条件时，遵循诚实信用、公平合理等原则单方变更劳动合同，适度提高用人单位在调整岗位等用人管理上的灵活性。

#### （五）小微企业和特殊雇员的特殊规则

总体上看，劳动合同法的规则统一适用于所有用人单位，没有考虑用人单位的特点进行区别对待，这种整齐划一的制度安排缺乏灵活性，造成部分规则难以适用。小微企业的数量占企业总数的绝大多数，是吸纳就业的重要载体。但由于小微企业规模小、人员少、资金少等特点，在用工上需要更多的灵活性，<sup>[78]</sup> 在许多方面难以和一般企业适用同样的劳动法规则。一些国家和地区，例如德国、美国、日本、韩国以及我国台湾地区，都在劳动法上对小企业实行一定的优惠待遇，对其豁免劳动法的部分规则，典型代表是德国的解雇保护法不适用于雇员 10 人以下的企业。<sup>[79]</sup> 为了更好地扶持小微企业发展，尤其是促进小微企业吸纳就业，并适应小微企业的实际情况，我国应在劳动合同解除、规章制度、合同订立形式等方面对小微企业（通过设定雇员人数的一定标准）实行一定的优惠待遇，赋予小

[74] 参见前引 [57]，多伊普勒书，第 278 页。

[75] 参见焦兴铠等：《“劳动基准法”释义——施行二十年之回顾与展望》，台湾新学林出版股份有限公司 2009 年版，第 146 页以下。

[76] 见劳动合同法第 35 条。

[77] 例如浙江省高院《关于审理劳动争议案件若干问题的意见（试行）》（浙法民一（2009）3 号）第 42 条规定：用人单位调整劳动者工作岗位，一般应经劳动者同意。如没有变更劳动合同主要内容，或虽有变更但确属用人单位生产经营所必需，且对劳动者的报酬及其他劳动条件未作不利变更的，劳动者有服从安排的义务。《广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》（粤高法〔2012〕284 号）第 22 条规定，用人单位调整劳动者工作岗位，同时符合以下情形的，视为用人单位合法使用用工自主权，劳动者以用人单位擅自调整其工作岗位为由要求解除劳动合同并请求用人单位支付经济补偿的，不予支持：（1）调整劳动者工作岗位是用人单位生产经营的需要；（2）调整工作岗位后劳动者的工资水平与原岗位基本相当；（3）不具有侮辱性和惩罚性；（4）无其他违反法律法规的情形。

[78] 参见谢增毅：《劳动法与小企业的优惠待遇》，《法学研究》2010 年第 2 期，第 98 页以下。

[79] 参见前引 [57]，多伊普勒书，第 259 页。

微企业更多的用工灵活性。

除了应对小微企业实行优惠待遇，在劳动者内部也应考虑不同群体的特点，实行特殊规则。例如，公司高管是非常特殊的群体，劳动法应在工作时间、最低工资、加班补偿、解雇保护以及合同订立形式等方面为高管雇员提供特殊规则。<sup>〔80〕</sup>除了高管雇员，立法还可针对劳动者群体内部其他特定类型雇员，包括网络时代共享经济就业人员的特殊性和特点作出特别规定。总之，传统的劳动法规一体适用于所有用人单位和所有劳动者，不考虑调整对象差异以及规则适应性的调整模式需要改进，应对特殊主体提供适当的特殊规则。

---

---

**Abstract:** The flexibility of labor market is mainly embodied in rules concerning dismissal protection, change of contracts, working time, wage, etc. A review of the written rules in Chinese Labor Contract Law and other laws in comparison with those of other countries shows that the Chinese labor market is not flexible enough. Particularly, although China has a strict dismissal protection. However, Chinese labor market is a very complex one. Some rules in Labor Contract Law are too flexible, and in reality, the migrant worker's market is extremely flexible. In addition, the social security system, including the unemployment insurance system, is not sound in China, and the enforcement of labor law and the role of trade unions are still weak. As a result, the Chinese labor market is not secure for employees in some aspects. To solve these problems, China should, on one hand, increase the flexibility of its labor market by revising the Labor Contract Law and, on the other hand, not make the labor market too flexible, but strike a balance between the flexibility and security of labor market. In the revision of the Labor Contract Law, the doctrines and principles that have already been established in the Law should be adhered to, and inclined protection should still be given to workers while, at the same time, the reasonable interests of the employer should be taken into account and some rules should be made more flexible. The revision of the Labor Contract Law should focus on the rules concerning fixed-term contracts and non-fixed term contracts, the conditions and procedures of termination of labor contracts, economic compensation, change of labor contracts, and special treatment for small and mini enterprises and special employees.

**Key Words:** labor market, flexibility, labor contract law, labor law

---

---

〔80〕 参见谢增毅：《公司高管的劳动者身份判定及其法律规则》，《法学》2016年第7期。