

就业灵活化的世界趋势及中国的问题

李坤刚

摘要: 发达国家的劳动关系在经历了无规制期的灵活性到规制期的稳定性之后,近三十年中又在向新的灵活性就业转变。目前,我国也在讨论劳动就业灵活性不足的问题,然而却与国外的就业灵活性的新转变有两个方面不同:一是我国的劳动关系远未达到稳定性的程度,不存在从稳定性走向灵活性的基础;二是我国目前所谓的就业灵活性不足问题,既有劳动合同法制度不健全的问题,又有新的全球化的灵活就业趋势应对问题。

关键词: 稳定性; 灵活性; 劳动关系; 就业

中图分类号: D922.5 **文献标志码:** A **文章编号:** 1006-0766(2017)02-0146-08

灵活性就业是相对于稳定性就业而言的。在较早地实现了工业化的发达国家里,所谓稳定性就业是雇员与雇主直接建立的、全日制的、无终止期的劳动关系。在工业化社会中,稳定性就业是主流的就就业形式,是就业的标准形态。所以稳定就业常被称为“典型就业”(typical employment)或“标准就业”(standard employment)。灵活就业被称为“非典型就业”(atypical employment)或“非标准就业”(non-standard employment)。国外的稳定就业相当于我国的无固定期限合同制。

稳定性就业仅有一种,灵活性就业则是多样的。由于各国的经济社会背景和历史传统不同,各国的灵活就业形式也不完全相同。概括起来主要包括五种:临时工、有固定期限的合同工、劳务派遣工、非全日制工和老年工。这些本质上属于劳动关系性质的就业形式。当然,灵活就业还包括一些不具有劳动关系性质的就业形式,如自雇就业和个人承包形式的就业等,因这些属于传统的就业形式,故本文对不具有劳动关系性质的就业不作讨论。

过去三十多年中,在早期实现工业化的经济发达国家,灵活就业一直呈现上升趋势。无独有偶,自财政部楼继伟部长批评我国劳动力市场灵活性不足以来,^①我国劳动法学界和部分经济学人一直在讨论我国劳动力市场的灵活性问题。然而,笔者认为,要认清我国劳动力市场的灵活性问题的本质,需要从就业灵活性与稳定性的历史变迁和制度内涵来分析。

综观劳动关系的发展史,早期工业化国家均曾经历过从无规制的灵活性就业向有规制的稳定性就业的转化,在达到稳定性就业之后,由于世界性的经济、科技和社会发展的影响,劳动就业目前正经历着稳定性向灵活性的转变。笔者认为,我国劳动力市场的就业灵活性问题与发达国家有着较大区别。我国既有因劳动立法不完善而造成的劳动力市场不够灵活的问题,又有新的灵活性就业趋势的应对问题。在对劳动力市场灵活性进行调整时,应妥善解决这两个不同的问题,才不会有失偏颇。故撰写此文对就业灵活性问题进行分析。不足之处,欢迎批评指正。

一、工业化国家劳动关系的变迁:从灵活就业到稳定就业再到新的灵活就业

(一) 劳动关系从无规制的灵活性走向有规制的稳定性

作者简介: 李坤刚,安徽大学法学院教授(合肥 230601)

基金项目: 人社部劳科院2016年度科研合作竞选项目“经济新常态下灵活就业和新就业形态问题研究”(LKY-2016jx-05)

^① 查尔斯·克洛弗《楼继伟批评劳动合同法弊端引争议》,2016年3月11日英国《金融时报》,http://www.ftchinese.com/story/001066587,2016年3月6日。

工业化早期,在劳动合同领域奉行的是契约自由,雇主有任意解雇雇员的权利。正如学者所言,雇主投资经营事业,自然有其经营管理权,解雇是雇主经营管理权之一部分。^①在雇主的任意解雇权不受限制的情况下,总体而言,劳动关系是灵活的。后来,由于工会运动的发展和工会运动的合法化,在集体谈判中,劳方开始追求劳动关系的稳定性,通过集体协议限制雇主的解雇自由,追求工作的稳定性。于是,关于限制解雇工会会员的条款写入了集体协议。由于参加工会的会员越来越多,限制解雇逐渐成了社会的普遍现象。同时,一些国家开始立法,通过成文法的规定,限制雇主的任意解雇权。在合同形式方面的主要表现是限制签订固定期限合同。例如,1920年德国《工会法》首次对解雇保护规定了保护性措施后,德国法院很快就对订立固定期限合同设定了限制,固定期限只有在能够证明存在限制的客观理由的情况下才是合法的。^②再如,《法国劳动法典》规定有固定期限劳动合同不得超过18个月,并要求有客观理由才能签订固定期限合同。^③

早期的日本《劳动基准法》规定,雇主与雇员签订的劳动合同不得超过一年,其含义为,要超过一年就意味着雇主应长期雇用劳动者,建立无固定期限的终身制的劳动关系。当然,日本法律还是允许雇主与劳动者多次重复地签订一年以下的劳动合同,但如果次数较多,根据日本法院的判例,会判令雇主与雇员建立长期稳定的雇用关系。法院解释说,经过多次续签劳动合同,雇员产生了合理的对稳定劳动关系的期待。^④

从制度层面看,发达国家对待劳动关系稳定的问题上,只有美国是例外。美国作为普通法国家,一直在司法上奉行的是任意雇用(employment at-will)原则。从字面上解释,任意雇用就是雇主想雇就雇,不想雇就任意解雇。然而,事实并非如此。如果雇员组织了工会,就会通过集体协商限制雇主的任意解雇权。实际上,美国解雇保护主要是通过集体谈判实现,谈判签订的集体协议中大多包含了除有“正当理由”外禁止解雇员工的条款。^⑤此外,在美国的司法实践中,法院会要求雇主解雇雇员有正当理由,从而限制不正当的解雇。^⑥由此可见,其任意性解雇原则是受到很大限制的。

劳动关系学者认为,因为解雇涉及劳工经济生活基础的丧失或降低,甚至影响其生存权,晚近的观念已经扬弃契约自由原则,代之以契约自由的限制。^⑦在集体协议、成文立法、司法判例等多重力量作用下,早期工业化的国家的劳动关系呈现出了稳定性的特征,即直接签订的、全日制的、终身制的劳动合同关系,成为了雇用形式的主流。我们可以通过具体的调查统计数字,清楚地看出其劳动关系的稳定性程度。例如,在澳大利亚固定期限合同合同工仅占3.6%,^⑧在2004年英国的一项调查中,有92%的雇员说其工作是永久性的。^⑨

(二) 从稳定性就业走向新的灵活性就业

过去的三十年左右,由于经济全球化的速度加快,劳动关系出现了明显的灵活性的趋势。所谓非典型的灵活就业,是针对典型的稳定性就业而言的。一般是指,间接的(如劳务派遣)、不稳定的

① 卫民、许继峰《劳资关系:平衡效率与公平》,台北:前程文化事业有限公司,2011年,第309页。

② 曼弗里德·魏斯、马琳·施密特《德国劳动法与劳动关系》,倪斐译,北京:商务印书馆,2012年,第50页。

③ Pascal Lokiec, "Fixed-Term Contracts in France," *Regulation of Fixed-Term Employment Contracts: A Comparative Review*, Edited by Roger Blanpain, HiroyaNakakubo and Arai Takashi, Bulletin of Comparative Labor Relations - 76, Kluwer International, 2011, p. 75.

④ Takashi Araki, *Japanese Employment and Labor Law*, Institute of Labor, 2002, p. 35.

⑤ 董保华、刘海燕《解雇保护制度研究》,载《劳动法评论》(第一卷),北京:中国人民大学出版社,2005年,第214页。

⑥ 胡立峰《美国劳动法对雇主不当解雇行为的规制:源流、发展与反思》,《环球法律评论》2009年第1期。

⑦ 卫民、许继峰《劳资关系:平衡效率与公平》,第309页。

⑧ Anthony O' Donnell, "Fixed-Term Work in Australia," *Regulation of Fixed-Term Employment Contracts: A Comparative Review*, Edited by Roger Blanpain, HiroyaNakakubo and Arai Takashi, Bulletin of Comparative Labor Relations - 76, Kluwer International, 2011, p. 3.

⑨ Aristeia Koukiadaki, "The Regulation of Fixed-Term Work in Britain," *Regulation of Fixed-Term Employment Contracts: A Comparative Review*, Edited by Roger Blanpain, HiroyaNakakubo and Arai Takashi, Bulletin of Comparative Labor Relations - 76, Kluwer International, 2011, p. 24.

(如临时工、固定期限合同工)、非全日制的就业形式。伴随着灵活的、非典型就业趋势的增长,各发达国家的稳定就业率一直在下降。例如,日本在上世纪七八十年代,无固定期限的终身制就业劳动者占90%,但在2010年下降到了61.3%;^①在德国,1991年稳定的无固定期限劳动合同占71%,而到了2007年则下降到了60.1%。^②

发达国家灵活性的就业增加主要体现在以下四个方面:一是有固定期限劳动合同工的增加。例如,日本一方面在立法上放松对固定期限合同的限制,2003年将《劳动基准法》规定的固定期限劳动合同不得超过一年的限制,后放宽至三年,部分人员放宽至五年。^③另一方面,固定期限劳动合同占劳动合同的总量,从2003年的2.3%增加到2010年的3.5%。^④二是劳务派遣工数量的增加。例如,德国的劳务派遣工在1980年至2011年期间增加了9倍,^⑤日本的劳务派遣工在2003年占就业总量的2%,在2010年增加到了3%。^⑥三是非全日制就业的增加。欧盟劳动力调查(EULFS)显示,2012年,德国总就业人数(15~64岁)为3925万人,其中非全日制就业人数为1007万人,占25.65%,达到历史最高水平。^⑦2010年日本的非全日制就业在整体就业中占22.9%。四是老年工就业的增加。日本的老年工就业从2003年占就业总量的1.4%,增加到2010年的2.4%。^⑧德国2005年启动促进老年劳动力再就业的项目,2010年德国60岁至64岁年龄段的就业率达到了44.2%。^⑨此外据2014年统计,在64岁至69岁的德国人中,14%仍在工作,而这一数字在2005年仅为6%。^⑩

以前的劳动法是以典型的稳定就业为制度设计背景的,新的灵活就业形式的人员不断增加,对传统的劳动法带来了新的挑战。一方面,需要对新的就业模式进行专项立法;另一方面,需要对灵活就业带来的劳动者保护不足问题进行立法上的回应。综观发达国家针对灵活就业的立法,其立法目的有两个方面:

第一,制定专门立法规制新的灵活就业模式,处理新的灵活就业带来的问题。例如,对劳务派遣进行立法规制。日本从1985年制定《日本劳动者派遣法》,开始许可劳务派遣,德国从1972年制定《雇员转让法》,许可劳务派遣。^⑪在立法之初,日本和德国,尽管许可派遣,但开始限制较严,后来在派遣的行业、时间、次数等方面才逐渐放松。^⑫再如,对非全日就业和老年工就业,进行专门立法规制,为此,日本在1971年就制定了《高龄者雇用安定法》,^⑬德国制定了《老龄劳动者非全日制劳动法》。^⑭

① *Labor Situation in Japan and Its Analysis: Detailed Exposition 2014/1015*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, p. 2.

② Bernd Waas, "Labour Policy and Fixed-Term Employment Contracts in Germany," *Regulation of Fixed-Term Employment Contracts: A Comparative Review*, Edited by Roger Blanpain, Hiroya Nakakubo and Araiki Takashi, Bulletin of Comparative Labor Relations - 76, Kluwer International, 2011, p. 86.

③ 田思路、贾秀芬《日本劳动法研究》,北京:中国社会科学出版社,2013年,第224页。

④ Takashi Araki, *Japanese Employment and Labor Law*, Institute of Labor, 2002, p. 40.

⑤ Alexander Spermann, *How Does Temporary Agency Work Impact German Agency Workers?* IZA Policy Paper No. 70, Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit Institute for the Study of Labor, October 2013, p. 4.

⑥ *Labor Situation in Japan and Its Analysis: Detailed Exposition 2014/1015*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, p. 2.

⑦ 孙秀明、李清海《德国部分工时工作的现状及保障:基于平衡女性工作与家庭冲突视角的分析》,《德国研究》2014年第10期。

⑧ *Labor Situation in Japan and Its Analysis: Detailed Exposition 2014/1015*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, p. 2.

⑨ 刘燕妮《德国老年就业策略对中国城市老年就业的启示》,《齐齐哈尔大学学报》2015年第11期。

⑩ 卜晓明《德企大量返聘退休人员》,2015年9月17日, http://news.xinhuanet.com/world/2015-09/17/c_128236480.html, 2016年3月1日。

⑪ 杨通轩《劳务派遣之法律定位及法律选择——兼论中国(大陆)劳务派遣规定》,《国立中正大学法学集刊》2010年第29期。

⑫ Okunuki, Hifumi (27 September 2015). "Legal Change Will Make Temp Purgatory Permanent for Many Japanese Workers," The Japan Times. <http://www.japantimes.co.jp/community/2015/09/27/issues/>, 2016-02-18. legal-change-will-make-temp-purgatory-permanent-many-japanese-workers/#.V5zLKqEisns. Retrieved July 31, 2016.

⑬ Takashi Araki, *Japanese Employment and Labor Law*, Institute of Labor, 2002, p. 29.

⑭ 雷蒙德·瓦尔特曼《德国劳动法》,沈建峰译,北京:法律出版社,2014年,第321-322页。

第二, 服务于增加就业的总目标。例如, 德国就业近年来形势良好, 支持劳务派遣的人认为, 放松对劳务派遣的限制对此贡献很大, 1980年德国劳务派遣工刚达到10万人, 在2011年派遣工约有90万人, 达到了历史最高点。^① 在非全日制就业的规定上, 也体现着追求就业率提高的目标, 德国《非全日制用工和固定期限劳动合同法》第8条第1款规定, 如果全日制工申请转为非全日制, 雇主无正当理由是不能拒绝的,^② 该规定考虑的是, 全日制工转为非全日制工, 会腾出数小时岗位供他人就业, 在整体上能促进就业总量。再如, 随着老龄化社会的来临, 各国均采用立法的措施促进老年人就业, 以减轻社会养老负担, 例如, 2004年, 日本修改了《高龄者就业安定法》, 为保障60岁到65岁高龄者的雇用, 该法规定雇主必须采取以下三种措施的一种: (1) 推迟退休年龄; (2) 建立退休返聘制度; (3) 废除退休制度。^③ 从上述例子可以看出, 灵活就业的相关法律的改变, 主要目标是提高老年工的就业率。

(三) 灵活性就业需求产生的原因

日本劳动法学者荒木尚志教授认为, 劳动关系中的新的灵活性就业趋势, 在全球任何一个国家的劳动法制度中均可以看得到的。这种变化是由多种复杂的因素引起的。

第一, 经济全球化的原因。在过去的30多年中, 发达国家的制造业不断向全世界转移, 寻找廉价劳动力。经济全球化时代, 国际贸易的最大特征是不同的企业生产相同的产品, 在国际市场上进行排他性竞争。例如, 美国波音与欧洲空中巴士的民航机市场竞争, 日本丰田与美国通用的汽车市场的竞争等。^④ 总之, 经济全球化下, 竞争加剧, 产品更新换代的速度加快, 雇主需要轻装上阵参与世界范围的竞争, 导致了劳动就业模式发生转变。

第二, 科技进步的原因。在过去三十年中计算机科学和电子科学的进步, 进一步提高了工业自动化程度, 从事工业生产的人员减少, 服务业的就业得到很大提升。这也是造成就业灵活性趋势的重要原因。劳务派遣就业和非全日制就业的增加, 均与此相关。

第三, 家庭结构的变化。在现代工业化社会中, 劳动者追随着工作不断迁徙, 脱离族群和父母, 家庭变小了。有研究者指出, 夫妻两人都需出去工作的家庭越来越多, 他们也希望有一些非典型就业工作, 使得他们能够在工作和家庭之间找到平衡。^⑤ 因此, 一部分人需要将全日制工作变成非全日制工作。根据统计, 在工业化国家当中, 绝大多数非全日制工作者为女性。^⑥ 这客观反映了家庭结构变化所带来的就业形态的变化。

尽管过去三十年中发达国家经历了从稳定就业向灵活就业的转变, 但必须强调的是: 第一, 发达国家以稳定就业主流的格局并未被撼动, 稳定性就业虽然下降, 但仍是主流; 第二, 从稳定就业向灵活就业的转变, 不是简单地回到以前的任意性解雇的灵活就业模式, 而是对稳定性的就业模式的修正, 是通过放松对劳动力市场的规制, 增强雇用市场的灵活性, 以适应就业市场在全球化发展中的新需求。

二、中国劳动关系导向: 稳定性到灵活性再到稳定性和新灵活性

在过去的三十多年中, 我国的劳动关系先是经历了1995年以《劳动法》实施为标志的从稳定性向灵活性导向的转变, 后又以2008年《劳动合同法》实施为标志, 经历了从灵活导向向稳定导向的转变。目前, 在实际上未达到稳定就业导向的目标情况下, 又开始讨论“劳动力市场灵活性不足”的问题。之所以这样的忽左忽右是因为我国的工业化的背景和历程与国外发达国家有着较大的差异。

^① Alexander Spemann, *How Does Temporary Agency Work Impact German Agency Workers?* IZA Policy Paper No. 70, Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit Institute for the Study of Labor, October 2013, p. 4.

^② Maximilian Fuchs, *Part-time Work: The German Experience*, 22 *Indus. L. J. Jura*, 2001, p. 2160.

^③ *New Developments in Employment Discrimination Law*, Edited by Roger Blanpain, Hiroya Nakakubo and Takashi Araki, *Bulletin of Comparative Labour Relations* - 68, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 194.

^④ 林佳和《劳动与法论文集》II, 台北: 元照出版公司, 2014年, 第37页。

^⑤ Rafael Gomez & Morley Gunderson, *Non-Standard and Vulnerable Workers: A Case of Mistaken Identity?* 12 *Canadian Lab. & Emp. L. J.* 177 2005, p. 181.

^⑥ 张芳华《全球化下台湾部分工时工作决定因素与趋势探讨》, 《台湾劳动评论》第四卷第一期(2012年6月), 第51页。

(一) 从就业的稳定性转向就业灵活性的导向

计划经济下,不存在市场化用工,没有市场竞争,生产效率低下。改革开放后,企业开始逐渐获得独立的市场主体身份,私人企业和外资企业得到许可,于是逐渐有了市场化用工。彼时,灵活的市场化用工的高效率与稳定的计划性用工的低效率,形成了鲜明对比。1995 年开始实施的《劳动法》是以追求劳动力市场的灵活性为特征的,当时用工制度改革的目的之一是打破国企的“铁饭碗”。因此,《劳动法》规定劳动者连续工作 10 年以上才有权要求签订无固定期限劳动合同。

在严格的无固定期限合同的要求下,企业获得了极大的用工自由。绝大多数企业一般和劳动者签订的都是为期一年的合同,甚至有的根本不签劳动合同。劳动者没有指望在用人单位中长期工作,因而频繁跳槽,劳动关系不稳定。问题更为突出的是,在灵活用工局面下,许多用人单位突破法定底线用工,不签劳动合同,不办理社会保险。如果劳动者主张权利,用人单位就不与其续订合同,出现了要工作就不要权利,要权利就没有工作的局面。

如果长期允许劳动力市场过于灵活,不进行积极的法律干预,众多劳动者的基本权利无法保障,会导致劳动关系的不和谐,进而引起社会动荡,这种情况已经为国外的工业化的发展历史所证实,也是驱动国外稳定劳务关系的动力所在。同时,从我国工业化进程的需要来看,工业化过程是农村人口的城市化过程,如果大多数劳动者无法获得稳定的工作,没有对未来稳定生活的预期,也不利于工业化的稳步推进,不利于劳动人口向城市的迁移。

(二) 从灵活性导向转向稳定性导向

在《劳动法》放松劳动关系规制 13 年后,2008 年的《劳动合同法》开始致力于稳定劳动关系,希望通过稳定劳动关系,增强劳动者对用人单位的认同感,提高劳动者的积极性,促进企业的长远发展。此外,劳动关系稳定也会促使用人单位为劳动者办理社会保险,促进用人单位遵守劳动法律法规。然而,一些已经习惯了就业灵活性的企业对稳定就业是抵制的。在《劳动合同法》实施后,出现了一些用人单位大批辞退员工等规避法律的行为。^①同时,规避《劳动合同法》的行为也导致了劳务派遣用工的大量增加,2006 年前后,全国总工会估算劳务派遣工大概是 2500 万人,而 2011 年则快速增加到约 3700 万人,占全国企业职工总数的 13.1%。经济发达的地区劳务派遣的增长更为明显,如根据上海市总工会调研,劳务派遣工占 25%,比 2007 年增长了 36.1%。^②而日本和澳大利亚的劳务派遣工的数量仅占总体就业人口的 3%。^③

从目前情况看,2008 年《劳动合同法》所追求的稳定劳动关系的目标远未达到。2010 年广东省抽样调查显示,劳动合同法实施后,1 年以下期限的劳动合同所占比例从 60% 降到 10% 以下,3 年左右期限的劳动合同与无固定期限劳动合同所占比例从 30% 提高到 80% 以上。^④似乎总体上改善,但根据 2010 年 7 月深圳市总工会发布的“深圳新生代农民工生存状况调查报告”,在深圳市仅有 5.5% 的新生代劳动者与用人单位签订了无固定期限劳动合同。^⑤目前无固定期限合同的比例仍维持在这种状况。对比早期的工业化国家,虽经 30 年新灵活性就业的冲击,其稳定性就业仍占 60% 以上。因此,我国目前离稳定性就业目标还相差甚远。

我们还应注意到,我国与国外发达国家劳动关系的变化存在着时间差。从其他国家从灵活性就业走向稳定性就业,再走向新的灵活性就业的阶段看,每个阶段均经历了较长的过程。而我国是后发展国家,在经济全球化的快速推进下,在过去的 30 年中,我国的工业化走过了发达国家 200 多年的道路。这决定了我国劳动关系的变化有两大特点:一是发展阶段扁平化,变化的时间差短。我国从

① 姜恩柱 《部分企业对无固定期限劳动合同存在误解》,2008 年 3 月 4 日, http://www.china.com.cn/2008lianghui/2008-03/04/content_11535919.htm, 2016 年 3 月 5 日。

② 全总劳务派遣问题课题组 《当前我国劳务派遣用工现状调查》,《中国劳动》2012 年第 5 期。

③ Anthony O' Donnell, "Fixed-Term Work in Australia," *Regulation of Fixed-Term Employment Contracts: A Comparative Review*, Edited by Roger Blanpain, Hiroya Nakakubo and Arai Takashi, *Bulletin of Comparative Labor Relations - 76*, Kluwer International, 2011, p. 8.

④ 朱磊 《劳动合同短期化有明显改善》,《法制日报》2011 年 10 月 25 日。

⑤ 常红 《深圳新生代农民工劳动合同签订率 78.8%,加工制造业居多》,2010 年 7 月 15 日, <http://acftu.people.com.cn/GB/12156471.html>, 2016 年 1 月 18 日。

1995年的《劳动法》追求就业的灵活性,到2008年的《劳动合同法》追求就业的稳定性,时间差很短;二是总体模式相同,但慢半拍。在加入WTO之后,我国已经纳入世界经济的大循环,发达国家经历的劳动力市场变化,我国也会同样经历。但由于我国的经济是后发展的,我国劳动关系的市场变化会慢些。例如,国外灵活就业的变化,如非全日制就业等,已经持续了30年,而我国在2000年以后才逐渐出现,目前我国非全日制就业的比例与发达国家有较大差距。

综上所述,可以得出以下结论:第一,我国追求稳定劳动关系的道路是正确的,符合劳动关系的本质需求,也符合我国建立和谐社会的目标,符合中国共产党执政为民的宗旨。第二,我国的劳动关系仍是以灵活的不稳定的劳动关系为特征的。劳动者与用人单位签订无固定期限劳动合同在就业总量中所占比例较小,在就业稳定性方面,与发达工业化国家有较大差距。第三,我国稳定劳动关系推行较慢,除了法制本身的原因外,还因我国缺乏推动劳动关系稳定性的力量。根据国外的经验,稳定劳动关系的建立既要有工会在内部的推力,又要有外部的立法、行政和司法的压力,才能做到。

(三) 我国劳动力市场灵活性问题的本质

我国劳动力市场灵活性问题目前包括两个方面:一是存在因对劳动关系的流动性和稳定性认识不清所导致的用工形式僵化问题;二是对新型的非典型就业缺乏积极有效应对的问题。

流动性与稳定性之间的关系是辩证的。用人单位既需要稳定性雇员,又需要流动性的雇员,两者相辅相成。在发达经济国家,虽然在工会力量的作用 and 法律的干预下,雇主的解雇权受到限制,形成了以稳定性为主流的劳动关系,但雇主的合理的灵活性用工需要仍得以保留,以使其能应对市场的变化。同样,在计划经济时期,我国虽然是以固定工为主体,但也存在着小部分临时工,用工也是既有稳定性又有灵活性。然而,后来的劳动立法有矫枉过正的一面。《劳动法》在灵活性就业导向中忽视了稳定性,《劳动合同法》在稳定性的就业导向中忽视了灵活性。目前我国就业灵活性不足的问题,存在于《劳动合同法》的多项规定中,简述如下:

第一,取消了临时工的用工形式。在1995年劳动法实施后,我国取消了临时工的用工形式。认为在实行劳动合同的制度下,劳动合同只有期限的长短之分,已经没有了临时工和正式工的区分。其实,这种理解是错误的,即使在日本这样一个强调终身雇佣的国家里,也一直存在临时工的用工形式的,所谓的“临时”是指该劳动合同缺乏长久性,没有建立长久的劳动关系的可能。对于企业来说,会常常发生由于临时用工需求而使用临时工的需要,取消临时工使得企业的用工灵活性受到了限制。

第二,忽视了无固定期限劳动合同与有固定期限劳动合同的本质区别。在无固定期限劳动合同中,劳动者对自己终生受雇是有期待的;而在有固定期限劳动合同中,劳动者则只有期待自己受雇到合同期满。不能期待自己的合同永远继续下去。然而,我国劳动合同法规定,在固定期限劳动合同终止时,对于希望继续在用人单位工作的劳动者应支付终止补偿金,该规定混淆了这两类劳动合同的本质区别,使企业用工灵活性受到较大限制。

第三,劳动者分层不合理问题。现实中,劳动者有高、中、低三层。而我国现行劳动立法对劳动者的分层问题考虑不足。考察其他国家或地区的劳动立法,在单个劳动关系中,高层的雇员实际属于雇主的范畴。日本《劳动基准法》第10条规定,雇主系指企业主、企业经理人或代表企业主处理企业中有关工人事宜的人。我国台湾地区《劳动基准法》第2条规定,雇主是指雇用劳工之事业主、事业经营之负责人或代表事业主处理有关劳工事务之人。在集体劳动关系中,高层雇员不参加工会,工会也不允许他们加入,因为他们是单位的代表,在集体协商中,他们会站在工会的对立面。然而,在我国现行劳动立法中,将高级雇员作为普通员工给予同样的对待,导致用人单位无法对高层雇员的进行灵活管理和调动。

对于全球性的新的灵活性就业趋势,从我国劳动立法的现状来看,还缺乏积极的应对。主要体现在以下几个方面:

第一,对劳务派遣仍未能加以有效的管理。《劳动合同法》实施后,劳务派遣畸形发展,成了用人单位逃避社会保险历史欠账,规避劳动法的途径。^①从发达国家灵活就业的比例来看,劳务派遣工

^① 李坤刚 《我国劳务派遣法律规制的再思考》,《中州学刊》2013年第2期。

的比例远远低于非全日制工,而我国恰恰相反,我国劳务派遣存在严重的被滥用现象,但目前仍未得到有效的限制。

第二,对非全日制工的定位不准。从发达国家的灵活就业情况看,非全日制就业已经成为就业的主要形式之一,在日本和德国均达到了就业总量的四分之一左右。为了促进非全日制就业,欧盟及部分发达国家均制定了专门立法,通过保护非全日制工的合法权益以促进就业。然而,我国目前将非全日制工定位于“召之即来挥之即去”的劳动者,可以随时解雇,对于其劳动关系的稳定性和合法权利无任何保障,这种情况不利于非全日制就业的良性发展,不利于我国整体就业的促进。

此外,对劳动用工等其他灵活就业方式缺乏合理的规范。例如,我国学徒工问题缺乏规范,对老年工就业缺乏系统规范和通盘考虑,对借调就业无相关规定,对越来越多的承包制就业缺乏就业政策的专门考虑,等等。

三、关于解决我国就业灵活性问题的建议

(一) 合理修改劳动合同法的现有规定

第一,调整劳动合同的种类。考察发达国家目前的用工种类,除了无固定期限的正式工外,一般均有学徒工、临时工、固定期限合同工、劳务派遣工、非全日制工、老年工等形式,日本另外还有调动劳动者(transferred employees)等形式。^①然而,在我国目前没有学徒工、临时工的规定,导致企业用工方式不够灵活。笔者建议,对现行规定作以下改变:(1)对学徒工作特殊规定。我国部分用人单位中尚有学徒工,一些行业的技艺需要多年学徒过程才能掌握,非培训学校可替代,故此需作专门规定;(2)恢复临时工的种类。建议规定为,用工时间在一年以下的,因用工单位临时需要而使用的劳动者为临时工,以使企业应对临时用工需求;(3)严格限制签订固定期限合同的条件。各国对签订固定期限合同要求不同,例如,法国比较严格,将定期合同分为两种,一种是有确切的开始和终止时间,另一种有确切的开始时间但无确切的终止时间,以某个工作的完成为终止时间,雇主需要有特别的理由才能与雇员签订不超过 18 个月的固定期限合同,^②有的国家较松,如英国雇主可以两次与雇员签订每次三年的固定期限劳动合同,六年期满后,如果继续使用,则必须签订无固定期限合同。我国因无工会的内部推力,故宜严不宜松。

第二,制定符合我国国情和需要的劳动者层级规定。在企业中,高级雇员处于特殊地位,各国均根据自己的情况,对高级雇员的劳动关系调整作专门规定。在德国劳动法中,高级雇员是指雇员中承担着雇主典型功能的人,例如代理人、贸易全权代表、工厂领导或者也包括雇主的家庭成员,处于特殊的位置。德国的《工厂组织法》《代言人委员会法》《解雇保护法》《劳动时间法》等都对这些所谓的“高级雇员”作了特别的处理。但这些法律没有使用统一的高级雇员概念,而是各自分别描述了适用特别规定的人群。^③笔者认为,我国也应对高级雇员作特别的规定,建议从以下方面完善:(1)给用人单位在调整高级雇员岗位和解雇方面以更大的自由,以方便用人单位调整管理战略;(2)在劳动时间上作专门规定,取消高级雇员的加班费规定;(3)在补偿金方面,规定高级雇员遭受解雇的应进一步减少或不发经济补偿金。

(二) 制定专门规定应对就业灵活性新趋势

在经济全球化下,国外新的灵活就业的趋势已经影响到我国的就业,然而,我国对新型的灵活型趋势应对不足。笔者认为,我国在应对新的灵活就业问题方面,应从以下方面完善现有的制度:

第一,关于劳务派遣。我国在《劳动合同法》实施后,针对劳务派遣存在的问题,曾专门修改《劳动合同法》,此后,人力资源和社会保障部有专门制定《劳务派遣暂行规定》。然而从现实情况

^① Takashi Araki, *Labor and Employment Law in Japan*, Tokyo: The Japan Institute of Labor, 2002, p. 132.

^② Pascal Lokiec, "Fixed-Term Contracts in France," *Regulation of Fixed-Term Employment Contracts: A Comparative Review*, Edited by Roger Blanpain, Hiroya Nakakubo and Araiki Takashi, *Bulletin of Comparative Labor Relations - 76*, Kluwer International, 2011, p. 76.

^③ 雷蒙德·瓦尔特曼 《德国劳动法》,第 60 页。

看, 劳务派遣畸形发展的状况还是没得到根本的扭转。为此, 需进一步规制劳务派遣, 建议: (1) 规定逆向派遣为非法;^① (2) 规定劳务派遣不得超过2年;^② (3) 强化劳务派遣中的同工同酬责任。

第二, 关于非全日制就业。为了促进非全日制就业, 发达国家多已采取专门立法的形式对非全日制就业进行规制。日本1993年制定《非全日制劳动法》, 并于2003年和2013年两次进行修订。德国于2001年制定《非全日制和固定期限就业法》。^③ 基于对各国非全日制立法的考察, 笔者建议从以下方面完善我国非全日就业制度: (1) 扩大非全日制工的定义范围; (2) 规定非全日制劳动合同必须采取书面形式; (3) 规定用人单位不得任意解雇非全日制工; (4) 非全日制工应有规章制度的参与权和适用权; (5) 非全日制工和全日制工应享有平等待遇, 社会保险应按比例享有; (6) 对非全日制的超时加班和非全日制工与全日制工的转换作出明确规定。^④

第三, 关于老年人就业。在进入老龄化社会后, 发达国家均采取延迟退休年龄和鼓励老年人就业的政策。我国目前仅开始考虑推迟退休年龄, 对于老年人就业政策还关注不够。笔者建议, 对于我国老年人就业制度作以下完善: (1) 对领取退休金的和未领取退休金的老年人实行不同政策, 对领取退休金的老年人的就业权应做适当限制, 对未领取退休金的老年人则应鼓励就业; (2) 应以劳动关系从属性来判定老年就业者是否存在劳动关系, 抛弃目前以年龄或者社会保险为标准确定劳动关系的方式; (3) 对构成劳动关系的老年人就业, 应纳入社会保险体系, 这样可以平衡雇佣成本, 并增加老年工获得保障和退休金的机会。

第四, 关于就业歧视。考察国外的劳动立法史, 其无论是在从灵活性就业向稳定就业的转化中, 还是从稳定就业向灵活就业的发展中, 均重视反歧视立法的作用。如果没有强有力的反就业歧视立法, 这两种转化均难以顺利实现。例如, 在追求稳定就业的过程中, 会存在大量因年龄歧视而解雇员工的现象, 如果没有反就业歧视法中的年龄歧视规定, 就难以规制这种行为。此外, 目前发达国家的灵活就业和稳定就业相比, 主要就是待遇平等问题, 我国也存在类似问题, 如劳务派遣工与直接雇佣的劳动者待遇不平等问题。因此, 笔者认为, 应完善目前的反就业歧视规定, 并效法一些国家的做法, 成立平等就业机构专门处理就业歧视问题。

综上所述, 我国目前劳动关系的流动性仍然过强, 需要继续加强稳定性。尽管由于立法存在的问题, 企业的用工灵活性受到影响, 但不能得出结论说, 追求就业稳定性的方向是错误的。我们需要对现行立法中不合理地影响企业用工灵活性的问题加以完善, 同时, 应积极发挥工会的作用, 进一步坚持追求稳定劳动关系的目标, 以促进社会稳定与和谐。此外, 还应关注就业走向新的灵活性的新趋势, 积极做好调整新型劳动关系灵活化趋势的法律应对。

The Global Trend of Employment Flexibility and the Problems in China

Li Kungang

Abstract: In the past 30 years, the developed countries have experienced the change from security employment to flexibility employment, and now a change toward a new type of employment flexibility is happening. At present, there have been discussions on the problems of flexibility of labor market in China since last year. However, the problems of flexibility in China, where job security has not been reached, are different from those of the developed countries. Current Chinese flexibility problems arise from two aspects, the problems in the current contract law and the problems in response to the trend of flexibility employment. This paper puts forward some suggestions for resolving these two types of problems.

Key words: security, flexibility, labor relation, employment

(责任编辑: 魏 萍)

① 谢德成 《我国劳务派遣法律定位的再思考》, 《当代法学》2013年第1期。

② 李坤刚 《我国劳务派遣法律规制的再思考》, 《中州学刊》2013年第2期。

③ Susanne Burri and Helga Aune, *Sex-Discrimination in Relation to Part-Time and Fixed-Term Work: The Application of EU and National Law in Practice in 33 European Countries*, p. 128. http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/your_rights/sex_discrimination_in_relation_to_part_time_and_fixed_term_final_en.pdf.

④ 李坤刚、乔安丽 《我国非全日制用工制度完善研究》, 《江淮论坛》2015年第3期。