

劳动权利能力的三重限制

叶 姗

内容提要:与民事权利能力始于出生、终于死亡,几乎不会受到什么特殊限制不同,自然人的劳动权利能力受到社会法上的三重限制:第一重限制,基于侧重保护劳方权益的维度,有必要设定判断自然人是否处于适宜劳动年龄的标准。劳动权利能力始于自然人达到法定最低就业年龄且接受完法定年限的义务教育。第二重限制,基于适当兼顾资方权益的维度,有必要确立评测自然人是否具有剩余劳动能力的依据。劳动权利能力终于自然人开始依法享受基本养老保险待遇或领取养老金,劳动者因病或非因工致残、或者因其他法定或约定事由致使劳动能力完全丧失的,劳动权利能力提前终止。第三重限制,基于实现社会公共利益的维度,应当制定劳资双方都必须遵循的基本劳动标准,双方的意思自治都受到外在拘束。

关键词:劳动权利能力 适宜劳动年龄 剩余劳动能力 意思自治 利益均衡

叶姗,北京大学法学院副教授。

一 问题的提出

劳动法脱胎于民法乃大陆法系之通说,突破了私法的界限而进入社会法的领域,发展出了别具一格的理论体系。“作为具有社会法律标记的一个典型例子的劳动法,最初充其量只是使劳动和工资之间的交换成为可能的法律。”^{〔1〕}然而,劳动法究竟继受了哪些民法的基础理论呢?本文选择研究的是劳动权利能力,其究竟是民事权利能力的一种,还是另外一种权利能力呢?有学者认为,“缔结劳动合同并请求劳动报酬”属于民事行为能力;^{〔2〕}也有学者认为:“公民的权利能力,一般说来,与公民年龄无关”,“但是劳动权,婚姻权等等,都与年龄有关。这些本来不属于民法,讲它是为了进行比较,阐述公民的权利能力”^{〔3〕}民事权利能力始于出生、终于死亡,几乎不会受到什么特殊限制,那么,劳动权利能力也是如此吗?

“权利能力”的范畴最早出现于奥地利著名民法学家弗兰兹·冯·泽勒(Franz Van

〔1〕 佚名:《联邦德国的社会法和社会立法》,邱小平译,《政治与法律》1989年第2期。

〔2〕 梁慧星:《中华人民共和国民法典大纲(草案)》,载徐国栋编:《中国民法典起草思路论战——世界民法典编纂史上的第四大论战》,中国政法大学出版社2001年版,第25页。

〔3〕 佟柔著、周大伟编:《佟柔中国民法讲稿》,北京大学出版社2008年版,第141页。

Zeller)负责起草的1817年《奥地利民法典》,这是从罗马法中“人格”的概念发展而来的。“人格的始终,是指权利主体的权利能力何时发生,何时终止的问题。”〔4〕大陆法系普遍适用“权利能力”的范畴:《德国民法典》将其界定为“法律意义上的人的本质属性”;〔5〕德国学者认为:“任何人都具有该能力,特定的年龄或特定的理解力并不必要”;〔6〕日本学者认为:“权利能力是指成为权利义务主体的资格”,〔7〕“自然人是平等地享有权利能力,法人是在发挥各自独立的社会作用的范围内享有权利能力的”。〔8〕我国学者将其界定为“享受权利,负担义务之能力也,凡人皆有权利能力”〔9〕,“得以独自的意思表示,使其行为发生法律上效果的资格”。〔10〕英美法系学者也认可这一概念:“作为一个法律单位,拥有权利并有能力去获得和行使权利。它并不意味着权利本身,而是行使权利的能力”,“能力,如同身份,由法律的强制性规则来调整”。〔11〕权利能力意味着法律人格,它虽起源于民法但不局限于这一领域。

我国大陆劳动法律文本中没有规定“劳动权利能力”,更没有明确其与“民事权利能力”的关系如何。我国台湾地区“劳动契约法”第3条规定:“法定代理人允许未成年人为他人劳动时,其未成年人关于该种劳动契约之成立、变更、消灭及其履行,视为有行为能力。”这一规则深受主流民法理论的影响:尚未达到最低就业年龄的未成年人具有劳动权利能力不具有劳动行为能力,但征得法定代理人同意时,视为有劳动行为能力。《德国民法典》第113条规定:“(1)法定代理人授权未成年人提供劳务或从事劳动的,就涉及结成或废止所许可的种类的雇佣或劳动关系或履行因此种关系而发生的义务的法律行为而言,未成年人有完全行为能力。法定代理人须为之得到家庭法院的批准的合同除外。(2)该项授权可以由法定代理人收回或限制。”〔12〕可见,德国民法允许未成年人经法定代理人同意而建立劳动关系。

在“北大法宝”收录的司法案例中,与劳动权利能力有关的案例主要有两种类型:第一类,判断未达到法定最低就业年龄的未成年人或者已达到法定最低就业年龄但尚未毕业的大学生与用人单位签订的劳动合同是否有效;第二类,判断超过法定退休年龄的老年人或者开始依法享受基本养老保险待遇的劳动者与用人单位形成的用工关系是否属于劳动关系。

进言之,主要有以下几种类型的案件:第一,未满16周岁的未成年人实际受雇于用人单位,其劳动权应受法律保护,可以向用人单位请求相当于工资薪金的损害赔偿金;第二,未满16周岁的未成年人因工致残,可以向用人单位请求不低于工伤保险待遇的一次性赔偿金;第三,未满16周岁的未成年人因伪造身份证件而实际受雇于用人单位,其遭受的人身损害适用侵权责任法向用人单位请求损害赔偿,而不适用劳动法;第四,已满16周岁但尚未毕业的大学生持高校颁发的《毕业生双向选择就业推荐表》而与用人单位签订的劳动合同有效;

〔4〕周相:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第127-128页。

〔5〕[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第36页。

〔6〕[德]罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·G.莱塞:《德国民商法导论》,托尼·韦尔英译、楚建译,中国大百科全书出版社1996年版,第76页。

〔7〕[日]山本敬三:《民法讲义I:总则(第3版)》,解亘译,北京大学出版社2012年版,第25页。

〔8〕[日]我妻荣:《民法讲义I:新订民法总则》,于敏译,中国法制出版社2008年版,第39页。

〔9〕梅仲协:《民法要义(1943年初版)》,中国政法大学出版社2004年版,第53页。

〔10〕王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第248页。

〔11〕[美]罗斯科·庞德:《法理学》(第4卷),王保民、王玉译,法律出版社2007年版,第214页。

〔12〕《德国民法典(第3版)》,陈卫佐译注,法律出版社2010年版,第40页。

第五,已满 16 周岁但尚未毕业的大学生明确表达求职意愿、进行了求职登记而与用人单位签订的劳动合同有效;第六,超过法定退休年龄、但尚未开始享受基本养老保险待遇或领取退休金的老年人,与用人单位形成的用工关系属于劳动关系;第七,超过法定退休年龄、且开始享受基本养老保险待遇或领取退休金的老年人,与用人单位形成的用工关系构成雇佣关系。^[13]

劳动权利能力是否与民事权利能力如出一辙的关键还是劳动给付是否具有区别于民事给付的特殊性。笔者同意这样的认识:“劳动契约给付之对象,既为劳动力。劳动力,出乎人身,且与人身不可分开,尤其在使用劳动力之时,即同时使用其技术思想,且支配其人身之自由。”^[14]由于劳动者必须亲自完成劳动给付,而不能由他人代理,某种程度上说,要求劳动者在取得劳动合同的缔约资格时,必须具备劳动合同的履约能力,并不为过。与民法调整平等主体之间的财产关系和人身关系不同,劳动法侧重保护人身上隶属于雇主的劳动者的合法权益,这一价值取向可以说是其独立于民法而存在的重要理论依据。“各国晚近法律,对于劳工的保护,已逐渐扩充其范围”,“但这种保护,大都仍只是国家对于劳动与资本两阶级所涉的干涉”,“最近则许多国家更有承认国家须以实力辅助劳工阶级者”。^[15]与民法的保护是一种同质性、不作细分的普世性价值观不同,劳动法的保护其实是一种异质性、差别待遇的选择性价值观。

与民法调整的社会关系仅仅涉及私法意义上的双方当事人不同,劳动法调整的社会关系通常涉及社会法意义上的三方主体:劳方、资方和社会公众,后者是一个倾斜性的非均质三角结构。言及于此,笔者试图提出这样的理论假设,为了侧重保护劳方权益、适当兼顾资方权益,进而实现社会公共利益,自然人的劳动权利能力应当受到必要的限制。劳动权利能力是一种由劳动法所规定的建立劳动关系的资格,当然,其实质上决定于劳动能力,但是,由于劳动能力是否存在及其具体内容如何的信息偏在于劳动者一方,资方必须具有充分的条件和足够的时间才能够清晰识别,因此,劳动法规定了筛选“合格”劳动者的基本条件。换言之,与自然人的民事权利能力几乎不会受到什么特殊限制不同的是,劳动权利能力可能受到来自于劳方、资方和社会公众三方的限制,显而易见的是,对权利能力施加的限制必须是法定的、适度的,如何在非均质性的结构中求取利益均衡分配的结果是极其精巧的设计。

“一个国家的劳动法……总是更为深刻地带有民族历史和社会习俗的印记。”^[16]即使是在劳动者能否主张或放弃自己的权利这一问题上,也不见得都有世界范围内的普适性规则。在劳动法的部分强制性规则中,立法者以超乎当事人意思自治和私法理性的所谓“高度”,将自以为对劳动者有利的待遇强行配置给了劳动者、不允许劳动者放弃其法定权利,而对雇主施加了诸多额外的限制,即使是劳动者自愿放弃了法定权利仍视为是其受到了雇主的不当影响而作出的“无奈选择”,因此,劳动仲裁和诉讼中也倾向于保护在受到雇主潜在威胁下已经明确表示放弃法定权利的劳动者再度提出的权利主张。笔者认为,侧重保护劳方权益是劳动法的重要价值维度,但是,这不应当是其唯一的价值维度,除此之外,兼顾资方权

[13] 以劳动权利能力为关键词检索“北大法宝”,及其整理的与我国《劳动法》第 15 条有关的案例, http://www.pkulaw.cn/CLink_form.aspx?Gid=9587&tiao=15&subkm=0&km=fnl, 访问时间:2013 年 3 月 1 日。

[14] 马质夫编著:《劳动法总论及劳动契约法》,世界法政学社 1932 年版,第 18 页。

[15] 王世杰、钱端升:《比较宪法》,商务印书馆 1999 年版,第 144 - 145 页。

[16] [德]罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·G·莱塞:《德国民商法导论》,第 343 页。

益、实现社会公共利益的两种价值维度同样是不可或缺的,这是本文提出“自然人的劳动权利能力应当受到三重限制”理论假设的依据所在,符合社会法均衡分配利益的制度要旨。

二 第一重限制:适宜劳动年龄

我国劳动法学界不太重视有关劳动权利能力的研究,既有研究成果主要是与法定劳动年龄直接或间接相关的。对此,劳动法学界主要有两种观点:其一,劳动权利能力始于法定就业年龄,终于法律上确认丧失劳动能力或应当退出工作岗位的年龄;^[17]其二,劳动权利能力与生俱来,一直延续到其死亡时才终止,16周岁以下的自然人一般没有劳动行为能力。^[18]实际上,劳动权利能力是否受到限制这个问题没有像当前大部分劳动法教科书所认为的那样是不言自明的,依据我国《劳动法》、《劳动合同法》的规定,雇主雇用未满16周岁的未成年人违反法律的强制性规定,劳动合同无效;而劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的,劳动合同终止。如果雇主不知道自然人未达到法定最低就业年龄、超过法定退休年龄或者开始依法享受基本养老保险待遇,又或者自然人故意隐瞒上述事实的话,雇主与非适龄劳动者所签订的劳动合同的法律效力如何呢?简言之,非适龄劳动者是否仍然受劳动法保护呢?

我国《劳动法》第15条规定了“禁止用人单位^[19]招用未满16周岁的未成年人”的强制性规则,同时,第94条规定了用人单位非法招用未满16周岁的未成年人的行政责任,但没有规定未满16周岁的未成年人是否具有劳动权利能力;该法没有规定超过法定退休年龄的劳动者是否仍然有权要求维持或建立劳动关系,也没有规定雇主能否雇用这类劳动者。可见,我国《劳动法》采用的立法模式是规定通过禁止雇主的雇用行为来保护未成年人或老年人的公法性措施,而不是规定通过限制未成年人或老年人的权利来保护其身体健康的私法性规范。理论上说,非适龄劳动者是否具有劳动权利能力这个理论问题非但是不能回避的,而且是非常重要的。“学者的研究方向乃转向诸如劳动法、社会保障法等社会法各论领域的理论精致化与体系之严整化,对于社会法之基础理论与总论之研究,似已少有措意。”^[20]以下首先从劳动法理论研究的认识分歧谈起。

司法裁判没有完全就未满16周岁的未成年人和超过法定退休年龄的老年人是否具有劳动权利能力形成统一意见,争论集中在两个方面:其一,《劳动法》第15条限制的是雇主的用工权还是未满16周岁的未成年人的劳动权?劳动者的劳动权利能力是始于出生还是始于某一时间标志?其标志是达到法定最低就业年龄还是接受完法定年限的义务教育?其二,劳动者的劳动权利能力是终于死亡还是终于某一时间标志?其标志是超过法定退休年龄还是开始依法享受基本养老保险待遇?有学者认为,“不给幼年人劳动的权利,也就使他不承担劳动的义务,从而保护幼年人的身体健康”,^[21]而台湾地区“劳动基准法”则规定了劳工得自请退休的条件和雇主得强制其退休的情形。劳动法选择保护具有劳动能力的自然

[17] 秦国荣:《劳动权的权利属性及其内涵》,《环球法律评论》2010年第1期。

[18] 薛长礼著:《劳动权论》,科学出版社2010年版,第47-48页。

[19] 用人单位是我国大陆劳动法选择的法律术语,数年以来,诸多专家学者都提出了这一概念不尽准确之处,笔者倾向于使用雇主来指称这一主体,因此,本文除法条原文外,均使用雇主一词。

[20] 蔡茂寅:《社会法之概念、体系与范畴——以日本法为例之比较观察》,《政大法学评论》1997年第58期。

[21] 佟柔著、周大伟编:《佟柔中国民法讲稿》,第141-142页。

人依法从事的某种有报酬的劳动,从保护劳动者的身体健康的角度来说,劳动权利能力赋予处于适宜劳动年龄的自然人是必要的。问题在于,适宜与否的标准应当以某一年龄为限,还是应当更多地考虑其与相关制度之间的衔接,而不是一个固定的年限标准?自然人接受义务教育后到开始依法享受基本养老保险待遇之间是否可以推定具有劳动能力?

理论上说,劳动合同的效力状态包括有效、无效和可撤销三种情形,但是,我国劳动法只是规定了劳动合同无效的原因,而没有规定劳动合同可撤销的情形。实际上,两者所导致的法律责任截然不同:“尽管无效或撤销,劳动合同在劳动关系实际存续期间仍然具有法律上和合约上的效力,即在工作履行期间,合同约定因的标的不合法的情况除外。”^[22] 劳动合同是一种继续性合同,当劳动行政主管部门在劳动监察中发现或当事人在劳动争议发生后提起劳动仲裁或诉讼时,如果自然人仍然未达到法定最低就业年龄的,劳动合同当然归于全部无效;如果已超过法定最低就业年龄的,劳动合同仅为部分无效,尚未履行完毕的合同期限可以继续履行,无论劳动合同全部还是部分无效,已经履行完毕的劳动给付依据法律规定分别处理。^[23] “在法律意义上,对于雇员而言,雇佣合同是无效的,但以从来就不存在合同的方式对待这种雇佣关系是不符合实际的”,“从签订雇佣合同至发现合同无效的这段时间内发生的雇佣关系是有效的。因此雇佣合同的无效效力只影响未来的雇佣关系”。^[24]

只有处于法律规定的适宜劳动年龄的自然人才有可能成为劳动法意义上的劳动者,劳动者的范围之所以受到限制,与其得到劳动法的倾斜性保护是相辅相成的,但是,这不意味着不处于适宜劳动年龄的自然人的“劳动”给付就不受法律保护。某种程度上,我国采取设置行政责任的公法性措施来保护未成年人的合法权益有着特定的国情背景,^[25] 这种强制性规则的立法思路也展现了劳动法对劳动关系的直接干预路径,试图通过追究雇主的行政责任的方式来尽可能减少“童工”现象。^[26] 需要强调的是,劳动合同因违反“用人单位禁止招用未满 16 周岁的未成年人”的强制性规定而归于无效,但法律责任显然不可能与民事合同无效的后果相同:此时,“劳动者”已经实际履行完毕的劳动给付,不可能恢复原状,因此,尽管他们不受劳动法保护,不能向雇主请求支付工资薪金,也不能因工作中遭受事故或罹患职业病而享受基于劳动关系的工伤保险待遇,但是,他们仍然可以基于民法(特别是侵权行为法或称侵权责任法)向雇主在一定情形下请求相当于工资薪金水平的损害赔偿金,如果因工致残,则可以向雇主请求不低于工伤保险待遇的一次性损害赔偿金,可见,保护仍然是充分的。

通过法律规定最低就业年龄是国际惯例:国际劳工组织 1973 年第 138 号《准予就业最低年龄公约》第 2 条第 3 项规定,最低年龄应不低于完成义务教育的年龄,并在任何情况下

[22] [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 65 页。

[23] 例如我国《劳动合同法》第 28 条规定:劳动合同被确认无效,劳动者已付出劳动的,用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额,参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

[24] [德]曼弗雷德·魏斯·马琳·施米特:《德国劳动法与劳资关系》,倪斐译,商务印书馆 2012 年版,第 92 页。

[25] 例如,我国《未成年人保护法》第 68 条不仅规定了非法招用未满 16 周岁的未成年人的行政责任,而且规定了招用已满 16 周岁的未成年人从事过重、有毒、有害等危害未成年人身心健康的劳动或者危险作业的行政责任,具体包括:责令改正,处以罚款;情节严重的,吊销营业执照。

[26] 事实上,重点规制用人单位的思路确实较可行,例如,“我们一旦发现供应商雇佣未适龄劳工,或查出历史案例(审查时,工人已经离职或已经达到法定工作年龄),那么作为未适龄劳工纠正计划的一部分,我们会要求立即采取纠正行动。”参见《Apple 的供应商责任:2013 年进展报告》,http://www.apple.com.cn/supplierresponsibility/pdf/Apple_SR_2013_Progress_Report.pdf,访问时间:2013 年 3 月 1 日。

不得低于 15 岁;而第 4 项规定,如果成员国的经济和教育设施不够发达,得在与有关的雇主组织和工人组织协商后,初步规定最低年龄为 14 岁。批准了该公约的成员国规定的最低就业年龄介乎 14 岁至 16 岁之间:秘鲁、尼日尔、尼泊尔等 49 个南美洲、非洲、亚洲国家是 14 岁,捷克、新加坡、南非等 72 个国家是 15 岁,葡萄牙、阿根廷、法国等 40 个国家是 16 岁。^[27] 美国没有批准该公约,但也规定了 16 岁的最低就业年龄。概言之,15 岁是最低就业年龄的一般标准,14 岁仅适用于某些获准豁免的国家,因此,公约第 2 条第 5 项规定:“已定最低年龄为 14 岁的各会员国,应在其提交的实施报告中说明:如此做的理由,或者自某日起放弃其援用有关规定的权利。”第 3 条第 1 项规定:“准予从事按其性质或其工作环境很可能有害年轻人健康、安全或道德的任何职业或工作类别,其最低年龄不得少于 18 岁。”^[28] 与之相关的还有禁止使用童工的规则,^[29] 童工是一个世界性的问题,各国普遍禁止。

如果说我国现行劳动法律文本所规定的 16 周岁是劳动者取得劳动权利能力的形式性要件,不难发现,实践中可能存在着这样的问题:自然人年满 6 周岁时入学,^[30] 在正常情况下,接受完九年义务教育时尚未年满 16 周岁的大有人在,如果部分人不选择继续升学,是否可以提前获得劳动权利能力呢?换言之,自然人接受完九年义务教育(其形式性标志是取得初中毕业证)后,可否认定为取得劳动权利能力呢?对此,法律没有明确的规定。我国《义务教育法》第 14 条规定了“禁止用人单位招用应当接受义务教育的适龄儿童、少年”的强制性规则,同时,第 59 条第 2 项规定了非法招用应当接受义务教育的适龄儿童、少年的应当依法予以处罚。《劳动法》施行于 1995 年 1 月 1 日,而《义务教育法》施行于 2006 年 9 月 1 日,自然人取得劳动权利能力的时间究竟是年满 16 周岁还是接受完义务教育呢?后法是否优先于前法适用呢?笔者认为,两法其实没有法律效力层次上的高低之分,从可行性的角度,将自然人取得劳动权利能力的时间确定为接受完义务教育更加合适;但是,从法律解释和适用的原理以及国际劳工公约相关制度的要旨来看,将“年满 16 周岁”和“接受完义务教育”理解为自然人取得劳动权利能力必须同时具备的条件较为合适,换言之,自然人接受完义务教育且年满 16 周岁的,取得劳动权利能力,可以与雇主建立劳动关系。至于已满 16 周岁但尚未就业的在校生,除非有特殊情况,^[31] 否则,不认为具有劳动权利能力。

由于对已满 16 周岁但尚未就业的在校生是否具有劳动权利能力的认识不足,税务机关这样解释:“在校学生因参与勤工俭学活动(包括参与学校组织的勤工俭学活动)而取得属于个人所得税法规定的应税项目的所得,应依法缴纳个人所得税”,^[32] 但没有明确这究竟属于《个人所得税法》规定的工资薪金所得税目——依据劳动合同取得的劳动所得,还是属于

[27] ILO, *List of Ratifications of International Labor Conventions: Minimum Age Convention of 1973* (No. 138), <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/appl-byConvYear.cfm?hdroff=1&Lang=en&conv=C138>, 访问时间:2013 年 3 月 1 日。

[28] ILO, *Convention Concerning Minimum Age for Admission to Employment of 1973* (No. 138), <http://www.ilo.org/safework-bookshelf/english?d&nd=857172869>, 访问时间:2013 年 3 月 1 日。

[29] ILO, *Convention Concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labor of 1999* (No. 182), <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/ilo182.html>, 访问时间:2013 年 3 月 1 日。

[30] 我国《义务教育法》第 11 条第 1 款规定:凡年满 6 周岁的儿童,其父母或者其他法定监护人应当送其入学接受并完成义务教育;条件不具备的地区的儿童,可以推迟到 7 周岁。

[31] 我国高校应届毕业生就业工作从学生在校的最后一个学年开始,第二学期进入就业行动、就业签约和就业派遣阶段,笔者认为,大学生取得劳动权利能力应当自领取《毕业生双向选择就业推荐表》时起算。

[32] 《国家税务总局关于个人所得税若干业务问题的批复》(国税函[2002]146 号)。

劳务所得税目——依据民事合同取得的劳务所得。类似地,由于对超过法定退休年龄的老年人是否具有劳动权利能力的研究不够,税务机关这样解释:“离退休人员除按规定领取离退休工资或养老金外,另从原任职单位取得的各类补贴、奖金、实物,不属于……可以免税的退休工资、离休工资、离休生活补助费,应在减除费用扣除标准后,按工资、薪金所得项目缴纳个人所得税”,“对于离退休后返聘所取得的工资、薪金收入,以及离退休后重新就业取得的工资、薪金收入,属于个人离退休后重新受雇取得的收入,应按工资、薪金所得计算缴纳个人所得税”,^[33]这种观点否定了劳动权利能力随着劳动者退休而终止,但不尽合理。

三 第二重限制:剩余劳动能力

雇主需要为其招用未达到法定最低就业年龄或未接受完法定年限义务教育的未成年人承担行政责任,那么,是否需要为其安排超过法定退休年龄的老年人参加劳动承担任何法律责任呢?理论上说,自然人的身体发育成熟、经过教育获得知识,就具备了必要的劳动能力,就能取得劳动权利能力;随着年龄渐长,虽然工作经验也增加,但是,劳动能力会在到达一个高峰后逐渐削弱,这是生命周期中的一种自然现象。当然,劳动者的个人体质各异、受教育水平不同、从事的工作性质和劳动强度不一,劳动法没有禁止雇主招用已超过法定退休年龄的老年人,^[34]但是,这不意味着超过法定退休年龄的劳动者仍然具有劳动权利能力、仍然受劳动法保护。是否退休本来属于私法领域的意思自治问题,“基本理念是到了退休年龄应该由雇员自由选择去留”,“雇员处于一个有利的谈判位置:雇员到了退休年龄时,如果雇主想终止雇佣关系,雇员可以经过自己同意为条件从而获得足够的经济补偿”。^[35]

大多数国家的法律选择了规定退休年龄以简化判断劳动者丧失劳动权利能力、退出劳动力市场的标准。然而,有关退休年龄的规定“不仅意味着从劳动市场完全退出,还涉及很多制度方面,如社会保障和私人养老基金”。^[36]当退休年龄发展成一项法律制度时,就产生了强制性。各国有关退休年龄的规定不尽相同:规定男女同龄退休的国家或地区较多,而是否同龄退休与各国经济社会发展水平没有必然的关系。规定男女不同龄退休的国家或地区中,男性通常高于女性,发达国家通常高于发展中国家。^[37]某种程度上说,退休年龄是法律选择的结果,其究竟应该确定为多少合适呢?理论上说,劳动者超过法定退休年龄,就可以开始依法享受基本养老保险待遇或领取养老金,退休年龄是劳动者缴纳费用和享受待遇的分界点。然而,“退休年龄只与劳动者退休的年龄有关——劳动者停止工作的较高年龄。养老金的年龄是指劳动者有权从国家或雇主获得养老金的年龄”。^[38]实践中,劳动者退休

[33] 《国家税务总局关于离退休人员取得单位发放离退休工资以外奖金补贴征收个人所得税的批复》(国税函[2008]723号)。

[34] 例如,我国《老年人权益保障法》第69条规定:老年人参加劳动的合法收入受法律保护。任何单位和个人不得安排老年人从事危害其身心健康的劳动或者危险作业。所谓老年人特指超过60周岁的自然人。

[35] [美]曼弗雷德·魏斯、马琳·施米特:《德国劳动法与劳资关系》,第130页。

[36] [美]爱德华·P.拉齐尔:《退出劳动市场》,载[美]奥利·阿申费尔特、[英]理查德·莱亚德主编:《劳动经济学手册》第1卷,曹阳等译,经济科学出版社2009年版,第269页。

[37] 《世界各国男女退休年龄概览》,http://www.51labour.com/labour-law/show-15889.html,访问时间:2013年3月1日。该资料源于美国社会保障署编写的《全球社会保障——1999》,165个国家和地区明确规定了退休年龄或享受养老金年龄。

[38] [英]凯瑟琳·巴纳德:《欧盟劳动法》,付欣译,中国法制出版社2005年版,第374页。

后到开始依法享受基本养老保险待遇或领取养老金之间可能有时间差,此时受劳动法保护吗?德国法上规定劳动者从超过法定退休年龄到享受退休待遇之间,可归之于非典型劳动关系。

法定退休年龄的调整会直接影响财政支出的压力,“当处理养老金系统的财政失衡问题时,通常涉及三个选项——更多的收益、更低的保险金和一个更高的退休年龄”,“无论对保险金规则做些什么,重新考虑强制性退休年龄的问题总是有好处的”。^[39] 从世界范围来看,提高法定退休年龄是大势所趋:其一,人类平均寿命持续增长;其二,各个发达经济体都出现了巨大的养老金缺口。^[40] 我国“实施应对人口老龄化的社会保障政策,研究弹性延迟领取养老金年龄的政策”。^[41] 美国《雇员退休收入保障法案》(1974)规定了养老金和私人工业健康计划的最低标准以及个人退休账户制度,鼓励人民为退休而储蓄,体系渐趋完备。^[42] 也有国家认为没有提高退休年龄的必要,例如法国和俄罗斯。我国台湾地区“劳动基准法”第53、54条分别规定了劳工得自请退休的条件和雇主得强制其退休的情形:前者适用于“工作15年以上年满55岁者、工作25年以上者、工作10年以上年满60岁者”,只要劳动者符合规定的条件就可以主动向雇主提出退休,也可以请求退休金,而无需得到雇主同意;后者适用于“年满65岁者、心神丧失或身体残废不堪胜任工作者”,如果劳动者符合规定的条件,即使其没有退休的意愿,只要雇主提出让劳动者退休,劳动者就只能退休而不能提出异议。^[43] 有学者指出,上述规定不尽合理,它“无视于退休制度长久以来历史发展明显显示出之社会安全性格,结果将应属于‘分配正义’范畴之问题,强置于‘交换正义’之领域”。^[44]

我国规定的退休标准“以法定劳动年龄为主,以完全丧失劳动能力为辅”,适用于全民所有制企业、事业单位和党政机关、群众团体的工人,采取退休年龄与工作性质相结合的主要标准,还规定了判断完全丧失劳动能力的辅助标准。^[45] 由于立法上使用的法律术语是“应该”而不是“必须”,这一理念与以下理论相近:“基本理念是到了退休年龄应该由雇员自由选择去留”,“雇员到了退休年龄时,如果雇主想终止雇佣关系,雇员可以经过自己同意为条件从而获得足够的经济补偿”。^[46] 一般来说,达到退休年龄是劳动者开始依法享受基本养老保险待遇或领取养老金的时间界限,如果此前退出劳动力市场,就称为“提前退休”。我国还有特殊职业人群延长退休年龄的规定:经由《关于授权国务院对职工退休退职办法进行部分修改和补充的决定》(1983)授权,《国务院关于高级专家离休退休若干问题的暂行规定》(国发[1983]141号)规定:“对其中少数高级专家,确因工作需要,身体能够坚持

[39] [德]彼得·A·戴蒙德:《税收、不完全市场和社会保障:慕尼黑经济学讲座》,王丹枫译,上海财经大学出版社2011年版,第119页。

[40] 美国实行弹性退休制度,65岁为法定退休年龄,到2027年延长至67岁;日本法定退休年龄为60岁,但养老金领取年龄为65岁。大多数发达国家男性的退休年龄是65岁以上,女性60岁以上;大多数发展中国家男性的退休年龄是60岁以下,女性55岁左右;男女退休年龄相同的国家有100个左右。

[41] 《国务院关于批转社会保障“十二五”规划纲要的通知》(国发[2012]17号),http://www.gov.cn/zwggk/2012-06/27/content_2171218.htm,访问时间:2013年3月1日。

[42] Mark A. Rothstein etc., *Employment Law*, 4th. ed., Hornbook Series, A Thomson Reuters Business, 2010, p. 952.

[43] 林纪东等编纂:《新编六法(参照法令判解)全书》,台湾五南图书出版公司2008年版,第8-14页。

[44] 黄越钦:《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第149页。

[45] 《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》(国发[1978]104号)。

[46] [美]曼弗雷德·魏斯、马琳·施米特:《德国劳动法与劳资关系》,第130页。

正常工作,征得本人同意,经下述机关批准,其离休退休年龄可以适当延长。”另外,《国务院关于延长部分骨干教师、医生、科技人员退休年龄的通知》(国发[1983]142号)也有类似规定。

如果说我国规定的退休年龄是劳动者丧失劳动权利能力的形式性要件,不难发现,实践中可能存在着这样的问题:劳动者达到法定退休年龄、实际退休或提前退休后,却还没有开始依法享受基本养老保险或领取养老金。我国《劳动合同法》第 21 条规定:“劳动者达到法定退休年龄的,劳动合同终止。”据此,劳动者当然也不能续签或与其他雇主签订新的劳动合同。我国《社会保险法》第 16 条第 1 款规定:“参加基本养老保险的个人,达到法定退休年龄时累计缴费满十五年的,按月领取基本养老金。”而我国《公务员法》第 87、89 条规定:“公务员达到国家规定的退休年龄或者完全丧失工作能力的,应当退休”,“公务员退休后,享受国家规定的退休金和其他待遇”。从上述规定来看,在我国,判断劳动者的劳动权利能力终止的形式性标志无疑是超过法定退休年龄,然而,假如超过法定退休年龄就一概终止其劳动权利能力,而劳动者又尚未开始依法享受基本养老保险待遇或领取保险金,劳动者的生存权保障何以为继呢?笔者认为,这个阶段可以视为劳动权利能力的延长期间,可以借鉴德国法的规定:“达到社会保险法上的年龄界限不会自动导致劳动关系的终止”,“超过某一特定年龄界限或者产生了养老金的请求权不属于个人条件相关的解约理由”。^[47]

劳动者办理了退休手续后、开始依法享受基本养老保险待遇或领取养老金的,其与雇主之间重新建立的用工关系的性质到底属于什么呢?对此,一直存在劳动关系论和劳务关系论两种观点:前者认为,法定退休年龄只是劳动者开始依法享受基本养老保险待遇或领取养老金的标志,而不是限制其参加劳动的权利;后者认为,法定退休年龄届至意味着劳动者丧失了劳动法意义上的劳动能力。“雇用契约与劳动合同实际上存在着明显的差异,也存在区别二者的必要”,^[48]两者应相互协进。劳动执法部门认为:“已享受养老保险待遇的离退休人员被再次聘用时,用人单位应与其签订书面协议,明确聘用期内的工作内容、报酬、医疗、劳保待遇等权利和义务”,^[49]但没有明确退休人员再次受聘是否适用劳动法。而司法实践认为,劳动者退休后返聘或受聘于其他用人单位的,其与用人单位之间的用工关系通常被认定为劳务关系,受合同法调整。“用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议,向人民法院提起诉讼的,人民法院应当按劳务关系处理”,“未达到法定退休年龄的内退人员因与新的用人单位发生用工争议,依法向人民法院提起诉讼的,人民法院应当按劳动关系处理”,^[50]可见,司法实践以是否享受退休待遇来甄别用工关系的性质。

劳动者必须亲自履行劳动给付义务,而不能授权他人代理,除了要符合处于适宜劳动年龄的形式性标准外,还必须具备与其劳动给付义务相当的劳动能力,因此,劳动权利能力实质上决定于其劳动能力,适宜劳动年龄只是判断自然人是否具有劳动权利能力的形式性标准,劳动者的剩余劳动能力才是判断其劳动权利能力的关键所在。进一步说,除了一般意义上的身体健康,还需要考察劳动者是否具有与其拟任的职位或工种相适应的身体状态,简言

[47] [德]W. 杜茨:《劳动法》,张国文译,法律出版社 2005 年版,第 113 页。

[48] 郑尚元:《劳动合同法的制度与理念》,中国政法大学出版社 2008 年版,第 25 页。

[49] 劳动部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》(劳办发[1996]354号)第 13 条。

[50] 《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》(2010)第 7、8 条。

之,某些职业或工种可能对劳动者的健康状态规定了更高的就业门槛。^[51] 而某些职业或工种可能对部分群体的身体健康造成不良影响,因此,也就有了制定特殊保护规则的必要。^[52] 与此同时,法律也可能对劳动者的劳动能力降低要求,最典型的就是对残疾人就业的特殊照顾:不仅在职业康复、工伤福利、特殊教育等方面提供服务,而且,还制定了税收优惠政策来促进其就业,使其尽可能过上正常的生活,同时,也规定了雇主无需承担过重的义务。

有的国家的劳动法基本上都禁止雇主在就业和职业中歧视残疾人:“如果残疾人因其残疾而在待遇上或求职时逊于其他劳动者,而且,雇主无法证明有争议的区别对待是正当的,雇主就构成对残疾人的歧视。”^[53] 残疾包括身心障碍,即由于生理和心理损伤造成的自然人在社会生活方面不能充分使用自己能力的状态。身体残障和心智残障的劳动者的劳动权利都应当得到法律的充分保障。我国台湾地区“身心障碍者权益保障法”(1980)规定:“身心障碍者,是指下列各款身体系统构造或功能,有损伤或不全导致显著偏离或丧失,影响其活动与参与社会生活,经医事、社会工作、特殊教育与职业辅导评量等相关专业人员进行之专业团队鉴定及评估,领有身心障碍证明者。”此外,与身体残障劳动者不同,精神异常或智力障碍的心智障碍劳动者,无论部分还是完全丧失民事行为能力者,客观上说,参加劳动的难度都会远远高于前者。至于劳动者因负伤或患病而出现劳动功能重度障碍、致使劳动能力完全丧失的,^[54] 劳动权利能力提前终止。由于劳动者的劳动能力剩余为零,事实上不可能履行劳动给付义务,基于兼顾资方的权益维度,劳动者履行劳动给付义务不能的障碍风险应当由其自行承担。

四 第三重限制:意思自治受到限制

广义的劳动者,包括劳动力市场中所有处于适宜劳动年龄,具有劳动能力而且有就业愿望的自然人,但未必与特定的雇主建立了劳动关系。“劳动力是指或者处于就业状态,或者正在积极寻找工作,或者被临时解雇但是等待被召回的所有16岁以上的人口。”^[55] 狭义的劳动者仅仅是指其中与雇主建立了劳动关系的自然人,“除了要具有法律规定的劳动关系以外,还需要具有劳动能力条件,这主要表现为劳动者在年龄上要达到16周岁,并具有凭借自己的智力或体力完成某项工作的能力。”^[56] 自然人是否处于适宜劳动年龄只是其成为劳动者的前提条件,至于其能否与某个雇主建立劳动关系,取决于其是否具备雇主要求的劳动能力以及雇主是否愿意雇用该自然人及其是否有职位空缺等主客观因素。“个人择业自由

[51] 例如,我国《就业促进法》第30条规定:用人单位招用人员,不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用。但是,经医学鉴定传染病病原携带者在治愈前或者排除传染嫌疑前,不得从事法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使传染病扩散的工作。

[52] 例如,劳动部《女职工禁忌劳动范围的规定》和《未成年工特殊保护规定》规定了两类人群的禁忌劳动范围。

[53] Goodwin v the Patent Office(1999), Charles Barrow & John Duddington, *Briefcase on Employment Law*, 2nd. ed., Cavendish Publishing Limited, 2000, p. 211.

[54] 国务院《工伤保险条例》规定,职工发生工伤,经治疗伤情相对稳定后存在残疾、影响劳动能力的,应当进行劳动能力鉴定,包括劳动功能障碍程度和生活自理障碍程度的等级鉴定。伤残等级中,1-4级为重度残疾,5-6级为中度残疾,7-10级为轻度残疾,分别属于劳动功能重度障碍、中度障碍和轻度障碍。

[55] [美]罗纳德·G.伊兰伯格、罗伯特·S.史密斯:《现代劳动经济学:理论与公共政策》,刘昕译,中国人民大学出版社2007年版,第27页。

[56] 常凯主编:《劳动法》,高等教育出版社2011年版,第43页。

的前提是,有足够数量的相应的工作岗位和培训岗位供选择”,“要求劳动的权利不能作为基本权利”,“不论是要求提供工作岗位,还是保持现有工作岗位,都与职业自由没有联系。”^[57] 劳动者因接受义务教育且年满 16 周岁而取得劳动权利能力之后,到其开始依法享受养老保险待遇或领取退休金,或者因负伤或患病致使劳动能力剩余为零而失去劳动权利能力之前,劳动法能否规定中止或终止劳动权利能力的条款呢?雇用双方又能否约定中止事由呢?

劳动能力是一个非常复杂的概念,通常是指自然人从事创造物质财富和精神财富活动的脑力和体力的总和。劳动者是否具有劳动能力需要从客观上进行判断,与种族、肤色、性别、宗教信仰、政治见解、民族血统或社会出身等因素都没有关系,每个劳动者“都有选择职业的自由,并有获得必要技能和使用其技能与天赋的最大可能的机会,并取得一项对其很合适的工作”^[58]。如果雇主决定是否雇用或平等对待劳动者不是依据劳动能力这一根本因素,势必可能影响劳动者的劳动权益的实现。被歧视或可能被歧视的劳动者可以依法提起诉讼,既可以请求纠正歧视行为,也可以寻求损害赔偿。“在劳动法上有意义的习惯上显著性的特点包括培训、专业能力、健康状况、可靠性等等。司法判例要求习惯上的显著性具有长期性,并否认了短期疾病和怀孕具有显著性,除非怀孕将导致合同无法履行。”^[59] 换言之,除了基于某一职业、岗位或工种本身内在的要求外,雇主不得超越职业相关性而对劳动者提出过高的要求,否则,就可能构成就业或职业歧视。当前的劳动能力鉴定仅仅针对“职工发生工伤,经治疗伤情相对稳定后存在残疾、影响劳动能力的”情形,而不涉及到其他劳动能力。受教育程度、执业资格、人身支配自由、竞业限制、任职资格等因素都可能影响意思自治。

劳动法倾斜性保护其所选择的劳动者,其劳动权利能力的限制因素可能经由法定或约定。“雇主和员工被看作潜在的讨价还价者,他们有机会对他们相信将促进他们的利益、造成令人满意的雇佣关系的任何安排进行谈判”,“对于雇主和员工来说,要么调整他们的行为,要么围绕规则进行讨价还价”^[60]。一般来说,劳动者不能为其劳动权利能力自动设限,也不能承诺或答应降低法定劳动标准,即使其不是因受欺诈或胁迫而自我设限。“能力,如同身份,由法律的强行性规则来调整。一个人不能通过私人约定来由其自己放弃行为能力”^[61]。当然,权利能力更是如此。劳动者接受基础教育的程度和职业教育的情况是影响其劳动能力的基本要素,原则上,至少应当完成法定年限的义务教育,由于某些行业领域的特定上岗要求和特殊从业资格,还可能要求劳动者取得更高程度的文凭:大学本科或研究生毕业,或者获得某个专业领域或研究方向的学位;而职业教育情况证明则包括培训合格证明、上岗证书或职业资格证书等。“用人单位招用从事涉及公共安全、人身健康、生命财产安全等特殊工种的劳动者,应当依法招用持相应工种职业资格证书的人员;招用未持相应工种职业资格证书人员的,须组织其在上岗前参加专门培训,使其取得职业资格证书后方可上岗。”^[62]

[57] [德]罗尔夫·斯特博:《德国经济行政法》,苏颖霞、陈少康译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 169 页。

[58] ILO, *Employment Policy Convention of 1964*, Convention 122, http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/07/content_5003745.htm, 访问时间:2013 年 3 月 1 日。

[59] [德]W. 杜茨:《劳动法》,第 46 页。

[60] [美]帕特利霞·H. 威尔汉、塔拉·J. 拉丁、诺曼·E. 博威:《就业和员工权利》,杨恒达译,北京大学出版社 2005 年版,第 43、49 页。

[61] [美]罗斯科·庞德:《法理学》(第 4 卷),第 214 页。

[62] 劳动和社会保障部《就业服务与就业管理规定》第 21 条。

从劳动者的劳动能力的具体内容来看,劳动权利能力可以细分为抽象意义上的基本权利能力和具象意义上的高级权利能力:前者是所有介乎处于适宜劳动年龄和尚有剩余劳动能力的劳动者都具有的劳动权利能力,这是先天赋予的,自然人成为劳动者时就必然获得这种劳动能力,无需附加任何条件,通常要经过义务教育;而后者则是指因进入某一行业、从事某一职业、受聘某一机构、任职某一岗位等完成特定工作而必须拥有的高级劳动权利能力,这是后天习得的,是劳动者因接受高学历教育、素质教育或技能教育而获得的完成特定工作的劳动能力。劳动者不具有某种高级劳动权利能力可能使其意思自治受到拘束,这完全不同于民法上的意思自治原则。意思自治强调的是民事主体之间的法律关系取决于各自的自由意思,在法律没有禁止的情况下,可以依据自己的意思而为;而意思自治受限则通常是因为基于高于意思自治的价值而需要对当事人的意思施以拘束。我国台湾地区“劳动基准法”第1条第2款规定的“雇主与劳工所订劳动条件,不得低于本法规定之最低标准”,就是对雇用双方的意思自治进行限制的强制性规范。鉴于“在契约自由之下,劳动条件实际上殆由雇主片面决定”,^[63]“劳动基准法”以劳动合同为基础,设定了最低工资、最高工时和劳动安全卫生条件等一系列基本劳动标准,劳资双方不得通过约定排除法定标准,其意思自治受到限制。

如果劳动者的执业资格终止或专项权利到期,其劳动权利能力都会受到影响,即使雇主愿意雇用上述劳动者,也不能排除法律的禁止性规定。劳动者的劳动权利能力出现瑕疵,如果继续履行劳动合同,不仅影响劳动给付的效果,还可能损害社会公共利益,此时,劳动合同必须终止或变更。“所有利益不能全部得到保护也不能彻底的得到保护……如何衡量这些利益就成为摆在我们面前的一个问题,它们对立法者来说是根本问题,也是法院在选择推理起点、在解释和标准的运用中经常要面对的问题。”^[64]例如,如果劳动者的律师、会计师、医师等执业资格被取消,或者其机动车驾驶证、经营许可证等专项权利被吊销或到期,劳动者就不能继续从事工作。在这个意义上说,劳动者的劳动权利能力受到不得损害社会公共利益的拘束。《俄罗斯联邦劳动法典》第83条就规定了因双方意志以外的情况而终止劳动合同的情形:“(1)员工丧失履行劳动合同义务的执业资格或受到其他不允许履行劳动合同义务的行政处罚,(2)员工的专项权利(许可证、驾驶证、携带武器的权利和其他专项权利)有效期届满、效力中止2个月以上或丧失该权利,从而导致其不可能继续履行劳动合同义务。”^[65]该规定是以社会公共利益是否受到不当影响来判断劳动者是否保有劳动权利能力。

劳动者的劳动权利能力还可能受到其是否有人身支配自由的影响:其一,被依法判处有期徒刑、人身自由被限制或剥夺的劳动者在监狱服刑期间,无法向雇主提供正常劳动的,雇主可以依法即时解除劳动合同,简言之,劳动权利能力中止。其二,被劳动教养、取保候审、拘留或逮捕,人身自由被限制的劳动者在劳动教养、取保候审、拘留或逮捕期间,用人单位不能单方解除劳动合同。劳动教养是对屡次违反治安管理,经处罚教育不改,或者有轻微犯罪行为不够刑事处罚的人,实行强制教育改造的特殊行政措施,尽管用人单位不能依据“劳动者被依法追究刑事责任”的规定书面通知解除劳动合同,但是,劳动者被劳动教养后,必须由教

[63] 王泽鉴:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第63页。

[64] [美]罗斯科·庞德:《法理学》(第3卷),廖德宇译,法律出版社2007年版,第246-247页。

[65] 《俄罗斯联邦劳动法典》,蒋璐宇译,北京大学出版社2009年版,第60页。

养机关统一强制安排劳动,原劳动合同无法继续履行。“劳动者被劳动教养的,用人单位可以依据被劳教的事实解除与该劳动者的劳动合同”,“劳动者涉嫌违法犯罪被有关机关收容审查、拘留或逮捕的,用人单位在劳动者被限制人身自由期间,可与其暂时停止劳动合同的履行。暂时停止履行劳动合同期间,用人单位不承担劳动合同规定的相应义务”。^[66] 在劳动者的人身支配自由受限时,其不能依据其内心的真实意思来自由选择受聘之雇主。

“立法者在什么前提下以及在什么程度内可以限制公民选择和从事职业的权利,是一个具有重大意义的问题。”^[67] 择业自由权是劳动者的劳动权的核心权能,但是,当某些劳动者离开用人单位而受聘于其他可能与之构成竞争关系的商业机构时,如果该劳动者掌握了用人单位的商业秘密或技术秘密,用人单位可以约定劳动者负有保密义务以及竞业限制义务。如果劳动者违反了竞业限制协议,应当向用人单位支付违约金。简言之,在竞业限制期间,用人单位应当按月支付劳动者经济补偿,而劳动者的劳动权利能力暂时受限:不得受雇于本单位生产或经营同类产品、从事同类业务的竞争对手,也不得自行生产或经营同类产品、从事同类业务。为了平衡劳动者和用人单位的利益,约定的竞业限制期限不得超过 2 年。我国《劳动合同法》第 23、24 条规定,竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定,竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。当然,受竞业限制义务的影响是暂时的。在竞业限制期间,因劳动者的意思自治受限,其不得与新用人单位任意缔结新的劳动合同。

我国《公司法》第 147 条第 1 款规定:“有下列情形之一的,不得担任公司的董事、监事、高级管理人员:(1)无民事行为能力或者限制民事行为能力;(2)因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序,被判处刑罚,执行期满未逾 5 年,或者因犯罪被剥夺政治权利,执行期满未逾 5 年;(3)担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理,对该公司、企业的破产负有个人责任的,自该公司、企业破产清算完结之日起未逾 3 年;(4)担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人,并负有个人责任的,自该公司、企业被吊销营业执照之日起未逾 3 年;(5)个人所负数额较大的债务到期未清偿。”如果劳动者出现上述情形之一的,其担任公司的董事、监事、高级管理人员的资格就会中断,即使雇主愿意雇用上述劳动者,也不能排除法律的禁止性规定,只有在规定的期限届满后,劳动者的任职资格才能恢复,可见,双方的意思自治都受到外在的拘束。

五 结 论

劳动者是一个有着复杂的类型构成的范畴,而劳动权利能力同样是具有繁复的层次界分的概念。与民事权利能力自取得后到终止前的“静止不变”不同,劳动权利能力自取得后到终止前始终处于“变动不居”的状态。劳动权利能力具有区别于民事权利能力的特异性,可能受到社会法上的三重限制:分别源于保护劳方、资方和社会公众的需要,可以分为基本的和高级的劳动权利能力。劳动者达到法定最低就业年龄且接受完法定年限的义务教育是其取得劳动权利能力的起点,而劳动者超过法定退休年龄且开始享受基本养老保险待遇或

[66] 劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》(劳部发[1995]309号)第31、28条。

[67] [德]罗尔夫·施托贝尔:《经济宪法与经济行政法》,谢立斌译,商务印书馆2008年版,第170页。

领取养老金以及因负伤或患病而致使其劳动能力剩余为零则是其失去劳动权利能力的终点,在此期间,劳动者的劳动权利能力还可能受到受教育程度、执业资格、人身支配自由、竞业限制、任职资格等法定或约定事由的影响,即使雇主愿意雇用上述劳动者,仍然不能排除法律的限制性规定,换言之,劳资双方的意思自治受到不能损害社会公共利益的外在拘束。

“利益衡量乃在发现立法者对各种问题或利害冲突,表现在法律秩序内,由法律秩序可观察而得之立法者的价值判断。”^[68] 基于侧重保护劳方权益、适当兼顾资方权益、实现社会公共利益的三个价值维度,解析劳动权利能力受到的三重限制,有助于认定劳动合同的效力状态以及用工关系的法律性质。简言之,自然人取得劳动权利能力前签订的劳动合同无效,其实际履行的劳动给付义务受《侵权责任法》调整,自然人有过错只会减轻甚至排除雇主的行政责任,而不能减少雇主的损害赔偿赔偿责任;劳动者失去劳动权利能力后形成的用工关系属于劳务合同,其实际履行的劳动给付义务受《合同法》调整;处于劳动权利能力的起讫期间内的劳动者,如果不出现拘束劳资双方的意思自治的特殊法定或约定事由,劳动者就会受到劳动法的倾斜性保护,权利待遇明显超过了民法。总而言之,自然人是否处于适宜劳动年龄是判断其取得劳动权利能力的标准,而劳动能力剩余状况则决定了劳动者的劳动权利能力是否终止,至于社会公共利益则是高于劳资双方衡平权益的价值,是社会法的精髓所在。

[**Abstract**] Capacity for civil rights begins with birth and ends with death, which has almost nothing to be restricted particularly, what is in difference with it is that capacity for labor rights of natural person has been restricted tripe limitation of social law. The first limitation is that the standard to judge whether natural person lies in appropriate labor age is needed to be established on the basis of dimension of extra protection of rights and interests of employees. Capacity for labor rights begins with that natural person reaches minimum legal age of employment and has accepted complete compulsory education of legal age; The second limitation is that the accordance to evaluate whether natural person has residual labor ability is necessary to be established on the basis of dimension of due consideration of rights and interests of employers. Capacity of labor right of natural person ends with beginning to enjoy basic benefits of his pension or receive pension, and it will be terminated in advance if employees has lost labor capacity totally for the reason of disability caused by injured or sick, or other subjects of statutory or agreed. The third limitation is fundamental labor standard which must be followed by labor and capital should be stipulated on the basis of dimension of realization of social public interests, and the autonomy of employer and employee should be affected by external constraints both.

(责任编辑:田 夫)

[68] 杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第234-235页。