

劳动者“集体停工”的法治化解释与出路

——基于集体劳动法与个体劳动法的双重视角

李 干*

目次

- | | |
|--|--|
| 一、问题的提出：“集体停工”现象之“实”与“停工”规则之“虚” | 三、个体劳动法视角下的“停工”争议处理
(一) 履行抗辩权之“停工”的裁审要点
(二) 违约性“停工”的裁审思路 |
| 二、集体劳动法视角下的“停工”概念解析
(一) “停工”规则并非罢工权的赋权条款
(二) 劳动者“集体停工”的正当性检视 | 四、结语：“集体停工”法治化的“理想天空”与“现实大地” |

摘要 “集体停工和群体性事件”高发是劳动争议法治化的重要议题,但我国集体劳动法所能提供的制度供给极为有限,仅《工会法》第 27 条“停工”规则与之直接相关。加之《工会法》第 27 条系原则性的程序性规则,“集体停工”高发之“实”难以通过虚化的“停工”规则在集体劳动法层面得以实体性解决,因而将“集体停工”所引发的劳动争议转化为个体劳动法层面的司法裁判之“实”,便成为现行制度条件下的现实选择。法院审理“集体停工”所引发的劳动争议,一方面需要明晰《工会法》第 27 条之“停工”并非罢工的同义词,“停工”规则更非对罢工行为的赋权条款,罢工行为在我国尚不享有责任豁免。另一方面针对最为常见的解雇争议,需根据劳动者“集体停工”的缘由,区分履行抗辩权之“停工”与违约性“停工”,结合具体事实情节判定劳动者停止工作与用人单位解雇的法律属性。

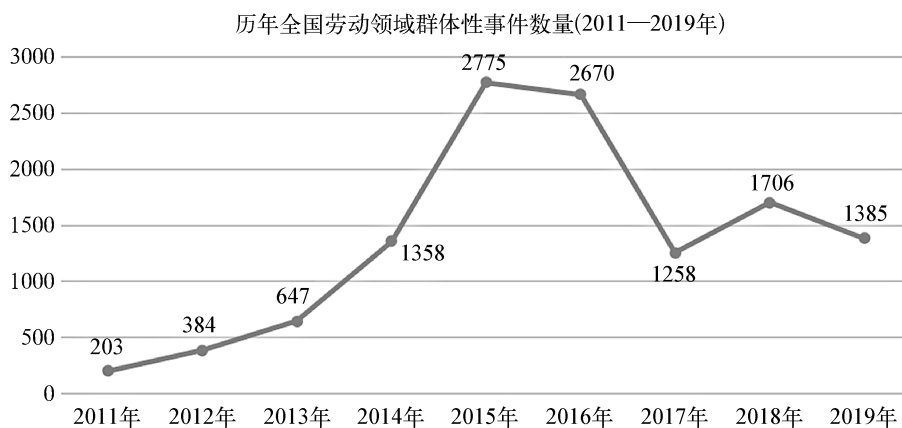
关键词 停工 罢工 集体 劳动法 履行抗辩权 劳动争议

一、问题的提出：“集体停工”现象之“实”与“停工”规则之“虚”

与以《劳动合同法》为核心的个体劳动法相比,国内有关集体劳动法的研究一直不温不火,但

* 上海对外经贸大学法学院讲师、法学博士。

劳动者自发罢工现象的高发却是学界无法忽视的社会现实。根据 2010 年人力资源和社会保障部劳动科学研究所《劳动关系中突发事件的成因及其对策探讨》课题组的研究统计,在 17 个国家和地区中,我国罢工行为的增长率是最高的。^{〔1〕}结合域外相关数据,2011 年至 2015 年,我国劳动领域群体性事件每年均以翻一倍的速度增长,2015 年达到峰值 2 774 件,2016 年与 2017 年有所下降,2018 年出现抬头之势,2019 年回落至 2014 年的水平。^{〔2〕}虽有学者对“工人自发的集体行动”持较为正面的评价,认为“工人自发的集体行动”推动了劳动关系的集体化转型,“使得集体化转型有了社会基础力量的参与和支撑”;^{〔3〕}但是,中共中央、国务院《关于构建和谐劳动关系的意见》已明确将“集体停工和群体性事件时有发生”视为构建和谐劳动关系的艰巨挑战。换言之,“集体停工和群体性事件”是构建和谐劳动关系的“病”。从实然与应然的视角出发,劳动者自发罢工现象的高发虽是客观事实,但不应成为劳动关系的常态。鉴于我国现行法律体系不存在罢工这一概念,为避免所使用概念存在来源不明、指代不清的问题,^{〔4〕}本文遵循中共中央、国务院《关于构建和谐劳动关系的意见》的表述,将现实中劳动者以表达一定权利或利益诉求为目的,在意思联络基础上发动的、拒绝提供劳务的规模性共同行动,称为“集体停工”。



“集体停工”应纳入法治化的解决渠道,但面对此类事件高发的社会现实,我国劳动法所能提供的制度供给非常有限,仅《工会法》第 27 条直接涉及这一问题,且《工会法》第 27 条只是一项颇为原则的程序性规则。^{〔5〕}《工会法》第 27 条的规制对象是“停工、怠工事件”,虽然多处使用“应当”一词,但无论工会应当代表职工与用人单位协商并协助恢复工作秩序,还是用人单位应当解决职工的合理要求,均未设置义务主体怠于履行上述行为的法律责任,各方主体在这一过程中也缺乏明确的行为规范与指引。《工会法》第 27 条的语辞表达看似强制性规范,但其现实功能更趋近于倡导性规范。“集体停工”在我国集体劳动法层面只有《工会法》“停工”规则这一个出口,而“停工”规则同时又是极度虚化的,各地政府通常借助多部门参与的联合应急机制处置此类事件。此举虽

〔1〕 参见乔健:《劳动者群体性事件的发展和特点》,载《中国改革》2010 年第 7 期,第 18—19 页。

〔2〕 相关数据参见: <https://maps.clb.org.hk/strikes/zh-cn>。

〔3〕 常凯:《劳动关系的集体化转型与政府劳工政策的完善》,载《中国社会科学》2013 年第 6 期,第 104 页。

〔4〕 国内学界存在“自发罢工”“集体行动”“集体劳动争议”“群体性劳动争议”“群体性劳资冲突”等诸多概念。

〔5〕 《工会法》第 27 条:“企业、事业单位发生停工、怠工事件,工会应当代表职工同企业、事业单位或者有关方面协商,反映职工的意见和要求并提出解决意见。对于职工的合理要求,企业、事业单位应当予以解决。工会协助企业、事业单位做好工作,尽快恢复生产、工作秩序。”

能在短时间内实现化解矛盾、维护社会稳定的目的,但需指出的是,应急机制其本身并非常态化的法律制度,相关职能部门的处理策略、规则、程序与个案中劳资双方的具体情况密切相关,处理结果更是“一事一议”,不能简单复制与照搬。与此同时,作为硬币的另一面,应急机制的有效性也易导致劳资双方形成惯性依赖,甚至让劳动者形成事情闹大、政府介入即可利益最优化的不良预期,产生激发劳动者“集体停工”意愿的反效果。

以“停工”规则之“虚”应对“集体停工”现象之“实”难免有些捉襟见肘,兼具副作用的应急机制也不是万能药。当集体劳动法难以为“集体停工”提供规则健全且实操可行的法治化路径,“集体停工”所引发的劳动争议只能落到个体劳动法层面予以解决,即多数争议进入劳动仲裁与法院寻求调解结案或实体性裁判。^{〔6〕}因此,在《工会法》“停工”规则存在明显局限性的背景下,将“集体停工”现象之“实”转化为司法裁判之“实”成为劳动争议法治化的必由之路。劳动仲裁与法院审理此类案件需准确厘清两项核心问题:第一,“停工”规则以及劳动者自发的“集体停工”行为该如何定性;第二,劳动者参与“集体停工”是否构成用人单位解雇涉事员工的正当事由。前者是解答后者的前置性问题,需进入集体劳动法的话语系统;后者是落实前者的操作性问题,需纳入个体劳动法的分析框架。

二、集体劳动法视角下的“停工”概念解析

“停工”是我国集体劳动法中的一个特定概念,在我国现行法律体系不存在罢工这一概念的情形下,《工会法》第27条之“停工”能否视为罢工的变相表达?该条“停工”规则是否事实上承认劳动者具有罢工的权利?我国实际发生的“集体停工”与域外集体劳动法视域下的罢工有何异同?是否具备域外集体劳动法普遍接受的合法罢工正当性要件?这些是寻求“集体停工”及相关劳动争议法治化解决的前置性问题。

(一)“停工”规则并非罢工权的赋权条款

部分学者将《工会法》第27条之“停工”等同于集体劳动法上的罢工,实则希望赋予劳动者罢工的权利。此种观点的论点与论据主要包括以下几个方面:其一,全国人大常委会2001年已批准联合国《经济、社会及文化权利国际公约》,且未对第8条第1款丁项“有权罢工,但应按照国家法律行使此项权利”进行保留,鉴于《工会法》并未明确禁止罢工,亦未对罢工设置否定性的法律后果,可推断法律允许劳动者在正当权益遭受严重危害的情况下“停工”,实际是对罢工权的认可。其二,国家立法部门发布的《工会法》英文版将“停工、怠工事件”翻译为“work-stoppage or slow-down strike”,因英文表述使用了“strike”一词,“strike”正是罢工的意思,因此,“中国法中的‘停工’和‘怠工’即国际上通用的‘罢工’”。其三,《工会法》第27条虽然没有明确规定劳动者享有罢工的权利,但处理“停工”事件是以劳动者享有罢工权利为前提条件的,否则法律不会要求工会“应当”代表工人提出要求,更不会要求企业“应当”解决工人合理要求,只会具体规定如何处理参与“停工”的劳动者。^{〔7〕}

〔6〕 若用人单位确实存在侵害劳动者合法权利的违法行为,劳动监察也是一种救济手段。

〔7〕 相关观点可参见陈步雷:《罢工权的属性、功能及其多维度分析模型》,载《云南大学学报(法学版)》2006年第5期,第8—9页;常凯:《关于罢工的合法性及其法律规制》,载《当代法学》2012年第5期,第111—113页;谢天长:《集体劳动关系抑或群体劳动关系:现状、根由与进路》,载《东南学术》2012年第6期,第166页;常凯:《我国劳资集体争议的法律规制体系建构研究》,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2017年第5期,第63—64页。

笔者认为对《工会法》第 27 条不宜进行过度解读,该条规则无法解释出立法者对“停工”事件本身的肯定性评价,并非罢工权的赋权条款。在法律未明确赋予劳动者罢工权或未为罢工设置责任豁免的情形下,集体劳动法之罢工不应适用“法无禁止即自由”的逻辑,反而应遵循“法无责任豁免即违法”的原则。

1. “停工”规则未对“停工”进行合法性评价

就《工会法》第 27 条“停工”规则的结构而言,“企业、事业单位发生停工、怠工事件”是事实要件,“停工”这一概念仅用以概括劳动者集体停止工作的现象。再观“停工”规则的规范要件,无论“工会应当代表职工同企业、事业单位或者有关方面协商,反映职工的意见和要求并提出解决意见”,“协助企业、事业单位做好工作,尽快恢复生产、工作秩序”,还是企业、事业单位应解决职工的合理要求,其规范对象均为劳动者之外的他方主体。“停工”规则对工会及用人单位应对、处置“停工”的行为方式提出要求,但对发动“停工”的主体——劳动者——并未直接设置法律后果,无法明确推知立法者对“停工”行为本身的价值判断。综观“停工”规则对工会与用人单位设置的上述义务,不难发现“停工”规则旨在引导、敦促工会与用人单位解决“停工”背后的劳资矛盾,尽快结束“停工”状态。立法者虽尊重“职工的合理要求”,但不乐见“停工”现象的发生与延续。

引发“停工”的原因是多样化的,《工会法》第 27 条“停工”规则仅规定“对于职工的合理要求,企业、事业单位应当予以解决”,并未规定若劳动者的要求无法律依据或明显缺乏合理性该如何处理。劳动者借“停工”所表达之诉求是否具有合法性或合理性,并不必然决定“停工”行为本身的法律性质,诉求的合法性亦不能直接转化为“停工”行为的合法性,需根据诉求的内容具体分析。

所谓“职工的合理要求”可以分为两类,一是用人单位存在侵害劳动者权利的行为,劳动者以“停工”表示抗议不满与维权诉求;二是劳动者希望自身与劳动关系相关之利益能够在既定基础上有所增益,以加薪请求最为常见。根据集体劳动法的基本法理,前者属于“权利事项”,后者属于“调整事项”。^{〔8〕}结合《劳动法》《工会法》《劳动合同法》《集体合同规定》的相关规定,“权利事项”诉求与“调整事项”诉求分别对应不同的解决路径。就“权利事项”而言,劳动者可申请劳动仲裁、提起民事诉讼,若用人单位存在违反劳动法的行为,劳动者还可向劳动监察部门投诉,工会依法给予支持和帮助;就“调整事项”而言,工会应代表劳动者启动集体协商,通过签订或更新集体合同的方式予以实现,用人单位应尽诚实磋商之义务,若工会与用人单位因签订集体合同发生争议且难以协商解决的,当地劳动行政部门可以组织有关各方协调处理。无论“权利事项”争议抑或“调整事项”争议,在我国劳动争议处理的法律制度中,均不存在“停工”这一机制,“停工”并非解决劳动争议的法定手段。

若“职工的合理要求”属于“权利事项”,有学者强调“集体停工”更多是“由于职工的劳动权益受到侵害而引发”,^{〔9〕}“集体停工”是劳动者面对“劳动关系中的矛盾尖锐或激化、劳动权利遭到严重损害”,“被迫采取的自我保护、强化斗争的手段”,^{〔10〕}上述观点以“劳动权利遭到严重损害”作为论证劳动者有权罢工的理据,存在对罢工权的误解与错用。由于“权利事项”完全可以通过公力救济途径予以解决,劳动者并无动用私力救济的必要性,劳动者或认为公力救济存在举证烦、周期长

〔8〕 “调整事项”是指劳资双方就维持或变更劳动条件所产生的争议事项;“权利事项”是指劳资双方基于法律法规、集体合同或劳动合同的规定,围绕权利之有无以及权利是否受侵害所产生的争议事项。

〔9〕 常凯:《关于罢工的合法性及其法律规制》,载《当代法学》2012年第5期,第115页。

〔10〕 陈步雷:《罢工权的属性、功能及其多维度分析模型》,载《云南大学学报(法学版)》2006年第5期,第9页。

的不便,但基于公力救济与私力救济的关系,原则上“权利事项”存在公力救济途径便不允许当事人诉诸可控性较弱的私力救济,除非情况紧急来不及寻求公力救济或公力救济的有效性变得完全不可期待,基于“法律之和平功能”“司法程序优先原则”,^[11]劳动者原则上不能针对“权利事项”发动罢工,“因为这将会用丛林法则代替法治原则——经济实力强的一方将胜出,而无需考虑权利要求本身是否公正”。^[12]我国已构建完备的劳动争议处理体系,如果以“工人权利确实长期受到侵犯而又没有正规解决途径”为由,论证“集体停工”具有“实质正当性”,^[13]实则将“集体停工”的对象指向执法机关或司法机关,使其具有政治色彩,然而即便在劳动者享有罢工权的国家,原则上也禁止政治性罢工。需明确指出的是,“权利事项”争议虽不能成为劳动者发动集体劳动法之罢工的正当动机,但用人单位在劳动关系存续期间未依法、如约履行特定义务的侵害行为,可能构成劳动者在个体劳动法层面“停工”的正当事由。此时“停工”并非集体劳动法之罢工,而是劳动者在个体劳动法框架下集体行使履行抗辩权,“其外在表现方式与罢工极为类似,即多数劳工共同有计划地拒绝履行工作义务,对雇主施加压力”,但究其实质,“多数劳工之共同行使并不改其原本契约法上个别行动之法律本质”,“其行动之‘团体性’非如罢工之具有法律上质的意义,而只具有事实上量的意义”。“纵使劳工本身自认为系在进行罢工,亦不应骤然认定其行动为罢工,若合乎履行抗辩权之要件已然存在,即应认定劳工之行动系履行抗辩权之集体行使而非罢工。”^[14]

若“职工的合理要求”属于“调整事项”,“调整事项”涉及劳资双方就未来利益分配的博弈,劳动者的诉求可能合理但缺乏成文法层面的请求权基础,司法机关无法进行实体性审理,其结果取决于双方力量抗衡与协商自治,国家应秉持中立原则。结合域外集体劳动法理论与制度实践,罢工等争议行为通常被视为劳动者一方迫使雇方开启谈判或接受己方条件的施压工具,由于罢工会导致特定区域、行业内劳动力供给的集中断供,劳动者可以此为后盾,帮助己方在集体谈判时拥有与雇方较为对等的议价能力。罢工本身并不能解决“调整事项”争议,只是劳动者通过集体谈判实现“调整事项”诉求的保障手段。集体劳动法上的合法罢工在个体劳动法层面产生中止劳动合同的效果,即劳资双方暂停履行劳动合同项下的主给付义务(合法罢工期间劳工不提供劳务,雇主亦不支付工资)。我国劳动法体系虽已建立集体谈判制度,但并未规定劳资双方是否有权发动争议行为(如罢工与闭厂)并以此作为施压手段,有学者认为遵循“法无禁止即自由”的逻辑,推定劳动者持合理“调整事项”诉求应享有罢工的权利,但这不符合集体劳动法上罢工权的生成逻辑。

2. 罢工不应适用“法无禁止即自由”的逻辑

虽然全国人大常委会已批准《经济、社会及文化权利国际公约》,但国际公约的相关内容只有通过国内法转化,才能成为受保障、有救济的权利来源,否则任何主体若直接援引国际公约提出权利主张或利益诉求,行政部门与司法机关均不会受理。问题核心在于如何解释《经济、社会及文化权利国际公约》第8条第1款丁项规定“有权罢工,但应按照国家法律行使此项权利”,而我国现行法律制度并不存在罢工规则的现状。主张“停工”实为罢工的学者认为,罢工属于自由权,应是宪法保障的一项基本人权,适用“法无禁止即自由”的逻辑,我国现行法律虽未明确赋权,劳动者仍应享有罢工的权利。然而,这一论断是否成立有待商榷。

[11] 黄程贯:《劳动法》(修订再版),台湾空中大学出版社1997年版,第262页。

[12] 肖竹:《劳动者集体行动的法律规制——以正当性判断为核心》,载《法学家》2019年第2期,第48页。

[13] 周永坤:《“集体返航”呼唤罢工法》,载《法学》2008年第5期,第9页。

[14] 黄程贯:《由罢工权及工作拒绝权之法律性质谈劳工集体休假》,载《政大法学评论》1988年6月刊,第115页。

首先,罢工并非应然的、受宪法保障的自由权。我国现行《宪法》是1982年五届全国人大五次会议通过并颁布实施的“八二宪法”,1982年《宪法》删去了1975年《宪法》中对“罢工自由”的规定。^[15]当时法学界的主流观点赞同这一举措,认为“1975年宪法规定的‘罢工自由’是极左思想的产物,是不符合社会主义发展的利益的,是不符合我们国家的具体情况的”。“罢工后停止生产,是对包括工人阶级在内的全体人民利益的一种破坏。”删去“罢工自由”是符合实事求是原则的。1975年《宪法》将“罢工自由”视为公民与官僚主义作斗争的工具,“官僚主义是应该反对的,但是可以采取罢工以外的途径和手段来反对,例如可以通过企业职工代表大会的形式来监督企业管理人员,也可以采取申诉、控告或者揭发的手段”。^[16]有学者认为,现行《宪法》虽不再有“罢工自由”的规定,但“宪法没有规定的权利并不等于没有此项权利。如果依宪法规定为边界划定人民权利的范围,则人民许多原本享有的权利就会因‘宪法未载’而被剥夺”。“关于公民权利的推定,应当遵守‘法无禁止即自由’的逻辑,宪法没有禁止,就是人民自由的范围。”^[17]综观《宪法》第二章“公民的基本权利和义务”,诸如言论、出版、集会、结社、游行、示威、宗教信仰的自由,与罢工相比存在本质区别。一方面,上述自由作为公民的基本权利,只要是具备我国国籍之公民均可平等享有,其主体并没有其他特殊的限定,而罢工原则上只涉及从事从属性劳动的劳动者;另一方面,言论、出版、结社等自由,其本身并不当然侵害他人权利,换言之,公民享有此类自由的状态并不当然侵害他人权利,只有权利主体不当行使、滥用权利时才会产生侵权结果,而罢工发生在劳动关系的存续期间,罢工究其本质是违约行为,破坏了劳动合同的预期管理功能。因此,将违约行为作为自由权并加以宪法保障是不可行的,罢工在集体劳动法语境下的必要性阐述遵循另外一套逻辑。

从域外立法例的视角来看,即便在劳动者享有罢工权的西方国家,多数国家并未直接在宪法中确立罢工的基本权地位。少数国家如法国在1946年宪法修正案的序言中规定“罢工是一项在法律规制范围内行使的权利”,^[18]可见,罢工权重在规范与制约而非放任与自由。若论及主体仅限于劳动者的自由权,部分国家在宪法中明确劳动者享有团结(同盟)自由。以德国为例,德国《基本法》第9条第3款赋予劳动者团结(同盟)自由的权利,旨在保障劳动者借助工会之力克服单个劳动者面对雇主的相对弱势地位,以团体协商与集体合同的方式维护和促进劳动与经济条件,罢工等斗争方式是确保团体协商能够切实推动、避免团体协商沦为“集体行乞”的压力手段。因此,罢工权与劳动者的团结(同盟)自由权并非同一位阶,罢工“是一种落实‘团体协约自治’所不可或缺的(也往往是最后的)压力手段,因此也是一种宪法所涵盖并予以保障之特殊价值,进而透过一种相对于基本权利而言间接的也比较低阶的(限制较多)所谓‘制度性保障’方式,来取得需要保障的争议权却碍于于‘法’无据的两难”。^[19]德国立法例对劳动者的团结(同盟)自由鲜有限制,司法例更从积极自由与消极自由两个面向保障劳动者的团结(同盟)自由,劳动者的团结(同盟)自由应同时免受来自国家、政府抑或任何私法主体的不当干预;罢工权的位阶低于团结(同盟)自由权,

[15] 1975年《宪法》第28条曾规定:“公民有言论、通信、出版、集会、结社、游行、示威、罢工的自由,有信仰宗教的自由和不信仰宗教、宣传无神论的自由。”

[16] 张友渔:《关于修改宪法的几个基本问题》,载张友渔等:《宪法论文集》,社会科学文献出版社2003年版,第12—13页。吴家麟:《论我国公民的基本权利和义务》,载张友渔等:《宪法论文集》,社会科学文献出版社2003年版,第126页。

[17] 见前注[13],周永坤文,第4页。

[18] Sylvaine Laulom, *Collective Action in France: Towards a Restriction of the Right to Strike? Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe*, Social Europe Series, Volume 23, Intersentia, 2010.

[19] Franz Gamillscheg, *KollektivesArbeitsrecht*, Bd.I, 1997, S. 943.

其行使方式则受到多方面的限制,劳动者行使罢工权不得对雇主的财产性权利造成不合比例甚至毁灭性损害,更不得侵害劳资双方之外第三人的合法权利,合法罢工需同时符合主体正当性、目的正当性、手段正当性、程序正当性等多项要求。

其次,罢工的合法性源自“责任豁免”,不应适用“法无禁止即自由”的逻辑。如果将“法”理解为国家制定或认可的行为规范,从西方法律制度的历史进程来看,罢工成为一种权利滞后于民法与刑法基本秩序的确立,因此,从传统市民法的视角出发,罢工“本质上是一种经济侵权行为,不仅直接损害用人单位利益,妨碍其正常营业,亦间接或直接损害国家利益、社会公共利益和第三人利益”。^[20] 罢工获取权利属性的途径主要通过法律责任的豁免机制,罢工不再被当然视为民事上的违约行为、侵权行为以及刑事上的犯罪行为,对于符合正当性要件的罢工,发动罢工的工会与参加罢工的劳动者无需承担法律责任,雇主也不得因劳动者参加合法罢工而将其解雇或给予显失公平的不利益待遇。可见,罢工借助责任豁免实现了法律评价的实质性翻转,这一路径虽未将罢工权上升为基本权利,但就保障劳动者不因参加合法罢工遭受不利影响而言,具有殊途同归的效果。^[21]

“正当性要件+责任豁免”构成西方主要发达国家承认与规制罢工权的基本模式。责任豁免如同在传统市民法秩序上“开口子”,劳动法“对工人组织在诱使工人破坏雇佣契约方面的各种主张给予承认”,“应该被认为是给予一种妨害这些契约的特权”。^[22] 但需指出的是,责任豁免虽然改变了符合正当性要件之罢工的法律评价,却无法改变罢工违约与侵权的事实属性,“罢工行为本身其实就是侵权行为”,但系“合法的侵权行为”。^[23] 借用犯罪论体系的三要素——构成要件该当性、违法性与法律责任——分析合法罢工的责任豁免,一般认为刑事免责系法律为合法罢工创设的“违法阻却事由”,即通过阻却违法性使其获得责任豁免,而非阻却构成要件的该当性。^[24] 易言之,责任豁免对传统市民法的修正针对的是法律评价,并非针对罢工“天然具有侵害性”之事实认定。正是基于罢工“天然具有侵害性”的事实,况且集体劳动法的保障对象(劳动者与工会)系某类特定群体,罢工等争议行为还涉及与公共秩序、第三方权益的衡量,这就对罢工的正当性以及产业秩序的自律性提出要求,^[25]因此,在责任豁免的同时为罢工权之行使套上正当性要件的枷锁显得极为必要,在我国相关规则暂且空白的条件下,承认罢工权无疑是危险的。罢工并不应适用“法无禁止即自由”的逻辑,遵循“法无责任豁免即违法”的逻辑更为妥帖。

(二) 劳动者“集体停工”的正当性检视

顾名思义,“集体停工”即劳动者集体暂时停止工作,而劳动者集体拒绝给付劳务亦是集体劳动法上罢工的基本表现形式,二者在外观上存有相似之处。但细察之可发现,现实中实际发生的“集体停工”组织松散、诉求复杂,行为方式时常不限于单纯的消极不工作,“集体停工”已超越集体劳动法上合法罢工的范畴。如前文所述,在劳动者享有罢工权的西方国家,劳动者行使罢工权须在主体、目的、手段、程序上符合相应的正当性要件,否则属于违法罢工,不享有民事与刑事上的责任豁免,雇主亦可对参与罢工的员工施以合理比例的惩戒措施,甚至解雇此类员工。借用域外有关罢工正当性要件的成熟理论与制度经验对我国“集体停工”现象予以检视,一方面可为劳动者提

[20] 侯玲玲:《比较法视野下的劳动者集体争议行动之法律规制》,载《法律科学》2013年第4期,第105页。

[21] 见前注[12],肖竹文,第45页。

[22] [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵译,商务印书馆2010年版,第44页。

[23] 见前注[11],黄程贯书,第255页。

[24] 西谷敏『労働組合法』(有斐閣,2012年)49頁以下。

[25] 渡辺章『労働法講義(下): 労使関係法・雇用関係法』(信山社,2011年)106頁。

供一定的正向指引,从而减少“集体停工”的非理性因素与破坏性因素;另一方面也可为工会、政府部门介入“集体停工”提供可借鉴的思路。由于根据公开资料难以探知“集体停工”的发动程序,本文对“集体停工”的正当性检视集中于主体、目的、手段三个方面。

1. “集体停工”的主体正当性检视

主体正当性的核心要义是,只有符合团体协商当事人的资格,方才具备发动罢工的主体资格,这是因为罢工系实现团体协商的手段。劳动者一方参与团体协商需对谈判诉求形成统一意见,否则一拥而上、众口难调让雇主无所适从,工会作为劳动者团结(同盟)自由的产物可以胜任、也应当承担该任务。为确保工会的代表性以及集体合同一经签订具有守约履行的可期待性,工会应在内部建构民主组织体系,谈判代表人选的产生应履行一定的民主程序。因此,罢工权虽归属于劳动者,但必须借助工会之手集体行使,集体意志通常体现为过半数工会会员同意发动罢工的投票决议。^[26] 完全脱离工会的“野猫罢工”(wild strike)将对雇主及社会秩序造成不可预期的巨大冲击,不应享有任何责任豁免,除非工会事后予以接管。^[27] “基于罢工行动本身之潜在侵害性、攻击性,并为达事先审核之目的,应设置一实际了解劳工、经济及劳资争议事项之机构,以保障只有在具备正当理由且不害及公共利益之情况下,始进行罢工。此种机构,就劳工方面而言,即系工会。”^[28] 再观我国劳动者“集体停工”现象,绝大多数都是“野猫罢工”,事后工会系统亦无接手之可能,现实中甚至曾发生罢工人员与工会人员的恶性冲突事件。^[29]

“集体停工”游离于工会体制之外,暴露出工会组织欠缺代表性的弊端。有学者提出,由于“工会在工人集体行动中难以作为”,因此主张劳动者通过“自赋权”的形式自主开展集体谈判与斗争,简言之,由参与“集体停工”的半数工人通过投票选举“代表”,经工人授权后,该“代表”与用人单位进行谈判、斡旋,参加争议处理程序,从而以“工人代表制”代替工会本应充当的角色。^[30] 然而,“工人代表制”存在较为明显的理论局限与现实瓶颈。其一,“工人代表制”名为代表,实为代理,劳动者与其推选之“工人代表”不过是一个个代理关系的集合。代表机制是团体参与法律秩序的产物,团体需要特定自然人代表其参与法律活动,团体与其代表人的主体是同一的。反观“工人代表制”,劳动者在“集体停工”事件中通常因特定的共同诉求集结在一起,组织性较为松散,未结成如同工会一般具有独立主体资格、结构稳定且能顺畅形成统一意志的团体,劳动者与“工人代表”只是个体秩序上的民事委托代理关系。被代理人经由委托转让给受托人的权利,不能超过其本身所具有的权利范围,我国现行法律并未赋予劳动者罢工权,作为受托人之“工人代表”自然不享有组织、发动罢工的权利。其二,若劳动者“集体停工”之诉求属“权利事项”,学者所描述之“工人代表制”的功能可由现行法律制度吸收(例如司法救济阶段的共同诉讼制度;劳动者将“权利事项”争议

[26] 例如中国台湾地区“劳资争议处理法”第54条第1款:“工会非经会员以直接、无记名投票且经全体过半数同意,不得宣告罢工及设置纠察线。”

[27] Olaf Deinert, *Collective Action in Germany: A Union-based System. Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe*, Social Europe Series, Volume 23, Intersentia, 2010.

[28] 见前注[14],黄程贯文,第112页。

[29] 在2010年广东南海本田汽车零部件制造有限公司罢工事件中,狮山镇总工会人员与参与罢工的工人曾发生肢体冲突。《南海本田罢工事件转向非正常化,谈判双方爆发冲突》,载搜狐财经网2010年5月31日, <https://business.sohu.com/20100531/n272472543.shtml>。

[30] 参见段毅、李琪:《中国集体劳动关系的生成、发展与成熟——一个自下而上的分析视角》,载《中国人力资源开发》2014年第23期,第94—104页;陈步雷、陈朝闻:《劳资自治中的劳动者“自赋权维权模式”——以广州利得鞋业公司集体劳动争议为例》,载《中国人力资源开发》2016年第8期,第100—107页。

诉诸公力救济可寻求工会、法律援助机构的支持与帮助),并无另设“工人代表制”之必要。其三,若劳动者“集体停工”之诉求属“调整事项”,学者希望劳动者可借由“工人代表制”直接与用人单位开展集体谈判、签订集体合同,但根据《工会法》与《集体合同规定》,工会是集体谈判机制下劳动者一方的当然代表主体,只有用人单位未建立工会的,方能由劳动者通过民主推荐的方式确定协商代表,且条件是经本单位所有职工的过半数同意,而非参与“集体停工”的过半数。集体合同一经签订应具有法规性效力与债权性效力,“协约成立后,当事人最重要的义务就是‘劳资关系和谐维持义务’,如当事人组织不明确,其义务之履行即不可期待,与义务履行之担保更属不能”。^[31]因此,集体合同缔约当事人对其所代表之集体合同利益关系人应具有较强的统制与管控能力。提倡“工人代表制”的学者也承认,由于“工人代表制”常是“一时一事”,“缺乏常设性、机制性”,“往往是‘曲终人散’”,^[32]即便“工人代表”与用人单位达成协议,用人单位亦难对所签之协议产生安定性的确信。最后,我国工会系统自建国以来就已存在,具有很强的政治属性,且以自上而下的一元体制为特点,上级工会组织领导下级工会组织,工会组织之间也不存在竞争关系。因此,以“工会在工人集体行动中难以作为”为由,抛开既有的工会系统另辟蹊径,既不现实,也会造成巨大的体制浪费。

2. “集体停工”的目的正当性检视

在集体劳动法的话语体系下,罢工系劳动者实现团体协商权的保障手段,因此,罢工的使用范围应限于促成以维持、改善、提高劳动条件和其他经济条件为目的的集体谈判,罢工之目的原则上不应超越以“调整事项”为主、与劳动关系相关的经济性目标。综观“集体停工”事件,劳动者的行为方式时常超越单纯地停止工作,施压对象从用人单位扩展至地方政府。以2018年为例,劳动领域共发生“集体停工和群体性事件”1701起,劳动者仅采取停止工作的共计116起,占比不到7%。劳动者最常见的行动方式是“抗议游行”,占比78%,更有226起劳动者在“停工”与“抗议游行”之外,还采取了“堵路”“堵桥”“威胁跳楼”“静坐”等行动。^[33]劳动者的行为选择体现出实用主义倾向,诸如“抗议游行”“堵路”“堵桥”“堵厂”“威胁跳楼”“静坐”除向用人单位施压,更意指地方政府,劳动者希望地方政府以特事特办的态度介入,基于维稳考量敦促用人单位接受劳动者的诉求。

即便提倡罢工权的学者也认为,罢工的“目的与结果都是经济性的,而不是政治性的”,“罢工权不是针对政府的,而是针对资本及资本管理者”,^[34]但劳动者超越“停工”的其他聚众行为,已将政府划入施压对象。虽然我国《宪法》第35条赋予公民集会、游行、示威的自由,但集会、游行、示威作为政治表现的自由,实质是“公民运用一种激烈的方式,以个人权利来对抗国家权力”,^[35]因此,劳动者使用集会、游行、示威的方式意图解决劳动争议抑或劳资纠纷,继而从用人单位处实现自身的利益诉求,这是对公民政治权利的错用,此种“集体停工”难免融入了政治性考量与政治性因素。即便在劳动者享有罢工权的西方国家,原则上也禁止政治性罢工,因为雇主无法通过集体谈判回应、满足劳动者的政治主张,此类诉求亦无法作为集体合同的内容。在德国,联邦劳动法院进一步认为“罢工的目的不能是强迫国家或者其他主体采取代表国家权力的行为”,“比如罢工的

[31] 黄越钦:《从劳动斗争权到和谐义务》,载《政法法学评论》1989年6月刊,第13页。

[32] 陈步雷、陈朝闻:《劳资自治中的劳动者“自赋权维权模式”——以广州利得鞋业公司集体劳动争议为例》,载《中国人力资源开发》2016年第8期,第106页。

[33] 相关数据参见: <https://maps.clb.org.hk/strikes/zh-cn>。

[34] 见前注[13],周永坤文,第5页。

[35] 焦洪昌:《宪法学》,中国人民大学出版社2014年版,第99页。

目的在于迫使修改法律来扩大劳方的共决权”。〔36〕也有学说区分“纯粹政治性罢工”与“政治的经济性罢工”，认为前者不应享有责任豁免并无疑义，后者尚有目的正当性之空间。〔37〕法国亦有判例认为，旨在谴责政府相关政策（如企业的国有化或私有化、社会保障、退休等）有损雇员地位与雇员利益而进行罢工是合法的。〔38〕需做出区分的是，我国劳动者“集体停工”虽产生向政府施压的效果，但并非针对政府的劳动与社会保障政策，只是希望借政府之力帮助己方实现具体劳动关系上的诉求，绝非所谓“政治的经济性罢工”。

3. “集体停工”的手段正当性检视

劳动者之所以在单纯“停工”之外采取其他斗争行为，通常是因为劳动者认为仅凭消极不提供劳务难以向用人单位施加足够的压力，亦难以引起地方政府和舆论的关注。虽有论者认为罢工并不完全排除积极的抗争行动，但劳动者的斗争行为应以和平非暴力为原则，绝不能以毁灭对方为目的，这是域外集体劳动法理论与制度的共识，若劳动者对雇主的生产工具、生产资料以及其他私人财物进行破坏与毁损，罢工将丧失手段上的正当性。在“集体停工和群体性事件”中，诸如“抗议游行”“堵路”“堵桥”涉嫌触犯劳动法之外的其他部门法，由于我国现行法律制度既没有赋予劳动者罢工的权利，也没有设置责任豁免机制，若确实存在侵害用人单位与第三人合法权益、扰乱公共秩序、破坏治安管理的不当行为，组织者、主要参加者与行为人需根据事实情节承担民事责任、行政法律责任甚至刑事法律责任，这无需多言。

与“抗议游行”“堵路”“堵桥”所不同，“堵厂”可能产生的不利影响尚且停留在劳资关系的范围之内，即便如此，在劳动者享有罢工权的西方国家，占据工厂抑或占据职场的行为原则上亦是违法的，因为“此种占据职场之争议行为样态，已经侵害到雇主之企业设施管理权，有时尚且妨害到非工会会员劳工及管理人员之正常提供劳务”。〔39〕德国主流观点认为，“如果雇员在罢工期间违反雇主的意愿在企业中逗留，那么将构成对住宅安宁的侵犯”，联邦劳动法院亦认为此种占领企业的行为是违法的。〔40〕日本最高法院进一步指出，如果劳动者违反雇主意志，将雇主之工厂、设备及资产纳入自己控制与支配之下，甚至代替雇主施展经营行为，应认定其不具备正当性。〔41〕美国最高法院则认为占领工厂是“一种通过强迫和暴力的方式强迫雇主接受劳方条件的行为”，“相关劳动者必须接受被雇主解雇的风险”。〔42〕根据劳动者占据工厂抑或占据职场的程度，域外司法例也有一些例外判定。例如，根据法国最高法院的判例，罢工不得对企业运转造成扰乱，否则构成滥用罢工权，参加罢工的劳动者不得占领工作场所，妨碍未参加罢工的劳动者继续工作，但暂时性的、不影响职工工作和企业正常运作的象征性占领不构成滥用权利。〔43〕日本亦有地方法院认为，若劳动者所占据之职场仅是雇主设施的一部分，且未实质妨害到工会会员之外人员的进出或提供劳务时，此种占据行为仍视为权利的正当行使。〔44〕“堵厂”抑或占据工厂、占据职场难免涉及集体劳动法上劳动者的另一种争议行为，即设置纠察线。设置纠察线作为常见的、罢工之附随行为，意在

〔36〕 [德] 沃尔夫冈·多伊普勒：《德国劳动法》，王倩译，上海人民出版社2016年版，第47页。

〔37〕 中国台湾劳动法学会：《集体劳动法》，新学林出版股份有限公司2019年版，第413页。

〔38〕 Cass. Soc., 15 February 2006, Bull. civ. V n°65.

〔39〕 见前注〔37〕，中国台湾劳动法学会书，第417页。

〔40〕 见前注〔36〕，多伊普勒书，第60页。

〔41〕 山田鉦業事件，最大判昭和25.11.15刑集4卷11号2257页。

〔42〕 田思路：《外国劳动法学》，北京大学出版社2019年版，第447页。

〔43〕 同上注，第93页。

〔44〕 群馬中央バス事件，前橋地判昭和29.8.3劳民集5卷4号369页。

阻止未参加罢工的劳动者继续提供劳务,以确保罢工的压力效果。但设置纠察线原则上只能采取劝导的方式,不能对未参加罢工的劳动者采取人身强制手段。

《工会法》第27条除“停工”之外,还使用了“怠工”这一概念,二者区别在于劳动者是否完全停止工作。怠工在西方主要发达国家原则上是非法的争议行为或斗争行为。法国最高法院认为,罢工的基本特征是完全停工,怠工不能视为罢工,其性质系劳动者不履行劳动合同,雇主可以对劳动者施以纪律处分。^[45] 在德国,诸如 go-slow、work-to-rule 的怠工行为同样不具有合法性。^[46] 日本司法界的观点较为特殊亦更加细致,如果劳动者的行为仅是降低作业效率,仍属正当的争议行为,^[47]但也有判例认为若怠工必须事先告知雇主;^[48]至于表面上虽采取消极怠工模式,实际却欲积极破坏损毁雇主的机械、设备、原材料或故意生产残次品的行为,当属违法行为。

综上,罢工是集体劳动法的特定概念,基于罢工行为本身违约、侵权的事实底色,罢工权的生成方式并非源自自由权的演绎,而是借助责任豁免的机制获得合法性评价,且罢工权的行使方式需严守成体系的正当性要件。罢工非不应适用“法无禁止即自由”的逻辑,反而应遵循“法无责任豁免即违法”的逻辑。《工会法》第27条之“停工”仅是一种事实概括,“停工”规则并非对罢工权的赋权条款,若将“停工”与罢工权混淆,将给行政部门与司法解雇处理相关劳动争议造成困扰。现实中“集体停工和群体性事件”的诱发原因与行动类型是复杂多样的,基本呈现混沌无序的样态,大多数都难以通过正当性的检视。

三、个体劳动法视角下的“停工”争议处理

在“停工”规则虚化的情况下,劳动者“集体停工”的诉求及后果只得归入个体劳动法层面,通过司法程序寻求最终解决。现实中,劳动者“集体停工”最常引发的后果便是用人单位援引《劳动法》第25条、《劳动合同法》第39条,以劳动者旷工、严重违反用人单位规章制度或劳动纪律为由解除劳动合同(即“过错性解雇”),法院处理此类争议需根据“停工”事由判断“停工”性质,若“停工”系劳动者集体行使履行抗辩权,则“停工”具有合理性,但是否构成过错性解雇的理由仍需进一步考察;除此之外,皆为违约性“停工”。

(一) 履行抗辩权之“停工”的裁审要点

近一两年劳动领域群体性事件的压力来源集中于规模性失业与无故拖欠农民工工资,^[49]劳动者因欠薪发动“停工”可在履行抗辩权的语境下获得一定的解释空间。劳动合同系双务合同,劳动者的主给付义务为劳务给付义务,用人单位的主给付义务为工资给付义务,二者具有牵连性且互为对价关系;劳务给付与工资给付虽在法理上不存在履行上的先后顺序,但按照劳动就业与用工管理的一般惯例,如无特别约定,劳动者先履行劳动义务,工资由用人单位次月支付。就互为对价的主给付义务而言,若一方未履行己方债务,另一方自然可以主张履行抗辩权,暂时拒绝履行债务。“与《合同法》规定相对成熟的履行抗辩权制度相比,我国《劳动合同法》中对劳动合同的履行

[45] 见前注[42],田思路书,第92页。

[46] See Olaf Deinert, *supra* note [27].

[47] 日本化学製薬厚狭作業所事件,山口地判昭和30.10.13 劳民集6卷6号916页。

[48] 日本テキストインストルメント事件,浦和地判昭和49.12.6 劳民集25卷6号552页。

[49] 参见《国务院关于进一步做好稳就业工作的意见》,国发[2019]28号,2019年12月13日发布;《又有百家企业上欠薪“黑名单”》,载《每日经济新闻》2020年1月8日,第2版。

抗辩权只字未提,只能从合同的解除事由中辗转解释。”^[50]《劳动合同法》第38条规定,用人单位“未及时足额支付劳动报酬”,劳动者可以解除劳动合同,用人单位须按照法定标准支付经济补偿金。较之于履行抗辩权,解除权虽然同样产生免除自身债务的效果,但其是债权人反应更为强烈的一种手段,即劳动者认为用人单位“未及时足额支付劳动报酬”已经达到没有必要继续维持劳动关系的程度;举重以明轻,若用人单位拖欠工资,劳动者理应有权拒绝工作,这一思路在司法实践中亦得以承认。^[51]

在劳动争议司法实践中,有关履行抗辩权之“停工”并非用人单位拖欠工资、劳动者即拒绝上班如此这般简单,有以下四个问题值得讨论。

第一,工资给付之不完全履行与劳动者履行抗辩权。基于契约之一般理论,若契约之一方当事人未履行债务,对方当事人可行使履行抗辩权,这无需多言;若契约之一方当事人履行债务不符合约定(不完全履行),对方当事人的履行抗辩权又当如何行使?我国法律对此之处理方式见《民法典》第525条,即“一方在对方履行债务不符合约定时,有权拒绝其相应的履行请求”,“这一规定突破了‘要么全有,要么全无’的两极之道”,“对同时履行抗辩作量化分析和把握”。^[52]遵循这一逻辑,若用人单位拖欠整个支付周期的工资,劳动者得以发动履行抗辩权之“停工”自不待言;若用人单位只是无故或不合理克扣部分工资,劳动者是否可以仅就被克扣部分进行阶段性、选择性的“停工”呢?笔者认为,解答这一问题需谨慎,因为阶段性、选择性的“停工”可能给用人单位造成远胜于完全“停工”所带来之损失,甚至超出用人单位的预期与承受能力。劳动者行使履行抗辩权应秉持诚实信用原则与比例性原则,如果工作任务可以拆分、逐一完成,劳动者在完成一定数量之后针对被克扣之工资进行阶段性、选择性的“停工”尚且问题不大;如果工作任务难以拆分、逐一完成,一部分“停工”将导致整个工作任务无法完成且给用人单位造成无法挽回的损失,劳动者依据履行抗辩权进行阶段性、选择性的“停工”则应受到限制,劳动者可以寻求劳动监察、司法机关等公力救济以保障其工资债权。

第二,履行抗辩权之“停工”与用人单位其他给付义务。在法律所调整的劳动关系之下,除工资给付义务,用人单位还需承担其他的给付义务,其中最为重要的一项便是用人单位需提供符合劳动合同约定的劳动保护或劳动条件,尤其是用人单位提供的劳动环境须符合法定安全条件,不得危害劳动者的生命健康,若用人单位不履行这一义务,劳动者理应享有“停工”之履行抗辩权。其理据在于,首先,用人单位提供“合乎人的条件之工作”是劳动者生存权保障的题中应有之意,如果说生存权是第一人权或首要人权,那生命权与健康权便是生存权的第一要义;其次,劳动者基于劳动关系向用人单位仅转让劳动力的使用权,虽然劳务给付具有人身性,但劳动者仍享有生命权与健康权,并有权排除他方对己方生命权与健康权的侵害,且用人单位只是在劳动合同期限内阶段性地使用劳动力,劳动者离职后还得到其他用人单位处工作,保护劳动者在工作时免受生命健康之伤害,这是劳动者得以长期、可持续生成正常水准之劳动力的必要条件;再次,用人单位对劳

[50] 林嘉:《劳动法视野下社会协商制度的构建》,载《法学家》2016年第3期,第92页。

[51] 以诚丰家具公司与刘某、肖某、邓某的劳动争议为例,公司《员工手册》规定,员工未经请假手续擅自离岗超过3天以上,视为自动离职。公司自2015年8月起拖欠工资,10月刘某、肖某、邓某等部分员工采取了停工行为,11月公司单方对部分参与停工的员工进行了跨部门调动,刘某、肖某与邓某不接受此次岗位变动,未到新职位工作。之后发生劳动争议,公司主张刘某、肖某与邓某无故旷工已超过3天,应视为其主动解除劳动关系。法院经审理认为,因公司存在拖欠劳动报酬的行为在先,推翻公司对三人存在旷工的认定。参见福建省福州市中级人民法院民事判决书(2016)闽01民终5248号、5259号、5208号。

[52] 韩世远:《构造与出路:中国法上的同时履行抗辩权》,载《中国社会科学》2005年第3期,第113页。

动者的人身、财产权益负有一定内容之保护义务,用人单位的此种保护义务区别于民事契约法中当事人的保护义务。民法契约理论通常将保护义务视为附随义务的一种类型,^[53]若一方当事人在契约履行过程中违反附随义务,原则上仅成立损害赔偿责任,不启动解除合同的权利,^[54]自然亦无成立履行抗辩权的余地。再观用人单位的保护义务,民法契约理论中的附随义务以诚实信用原则为依据,而用人单位保护义务的诸多具体内容已法定化,成为用人单位必须履行的法定给付义务,尤其是法律对劳动场所的卫生、安全条件以及作业规范进行强制性规定,属于典型的劳动基准法(劳动保护法)范畴。劳动基准法具有很强的公法性质,根据劳动基准法对劳动关系的直接私法转化效力(有学者概括为“双重效力说”),“劳工因系被纳入雇主之指挥、管领范围提供劳务,故雇主对劳工因而所可能产生之各种危害即负有强化的利益维护义务,此义务乃是由诚信原则所导出,原则上系契约上附随义务,但若公法性质劳动保护法之内容有时涉及劳工重大利益(如防止劳工之生命或身体健康之重大危害、工资或工时等重大劳动条件之保护等),则此时其所转化而成之契约义务即得为雇主之主要给付义务,而非仅是附随义务之层次。总之,公法性质劳动保护法在产生雇主对国家所负之公法义务的同时,亦透过民法关于雇主保护义务之法律机制,而形成相同内容之私法契约义务”。^[55]基于这一逻辑,用人单位提供符合劳动保护要求的卫生、安全条件已是劳动者可请求之主给付义务,若用人单位不予履行,劳动者自然可以行使履行抗辩权。^[56]即使不将其视为用人单位的一项主给付义务,而是从给付义务,根据契约之一般法理,“从给付义务应否纳入双务合同履行上的牵连关系,虽有争论,但原则上应采肯定说,尤其是与合同目的的实现具有密切关系的从给付义务,并应就具体案件依双务合同的类型及当事人的利益状态,依诚信原则加以确定”,^[57]而用人单位是否提供符合法定安全条件的工作环境直接决定实现劳动过程的成功与否,亦应得出相同的推定结果。最后,《安全生产法》明确规定,劳动者发现直接危及人身安全的紧急情况,有权停止工作或在采取可能的应急措施后撤离工作场所,用人单位不得因此降低劳动者的工资待遇或者解除劳动合同。^[58]

第三,履行抗辩权之“停工”与劳资双方约定工资给付的延后期限。现实中用人单位可能因一时难以克服或无法克服的事由,实难按时履行工资给付义务,对此可区分事由之性质,从经营困难与不可抗力分别予以分析。首先,就经营困难而言,如果用人单位确因生产经营困难使得资金周转受到影响,暂时无法按时支付工资,根据北京、上海、江苏、浙江、安徽等多地之规定,^[59]用人单位经与工会或职工代表协商一致(或征得工会或者职工代表大会同意)且告知全体劳动者之后,可以延期支付工资,但最长不得超过三十天。用人单位与劳动者在原定工资支付时间的基础上约定延后期限,实则为用人单位的工资给付义务设定了新的履行期限,成立同时履行抗辩权的一项要

[53] 保护义务,是指在由于合同接触(准备交涉、履行、受领等)而有发生侵害对方生命、身体、财产的可能性的场合,对于诸此法益不予侵害的义务。

[54] 但也有学者认为,当一方当事人违反保护义务致使债权人继续遵守合同已属不可期待时,债权人可以解除合同。参见迟颖:《我国合同法上附随义务之正本清源——以德国法上的保护义务为参照》,载《政治与法律》2011年第7期,第136页。

[55] 黄程贯:《劳动基准法之公法性质与私法转化》,载周永坤主编:《东吴法学》,法律出版社2007年版,第81—95页。

[56] 在德国,若雇主没有遵守劳动保护法规,雇员有权依照《德国民法典》第273条留置其劳动给付。

[57] 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第305页。

[58] 《安全生产法》第52条。

[59] 《北京市工资支付规定》第26条、第42条;《上海市企业工资支付办法》第10条;《江苏省工资支付条例》第40条第1款;《浙江省企业工资支付管理办法》第21条第2款;《安徽省工资支付规定》第28条。

件即“对方的债务及自己的债务均已届履行期”，因此，若用人单位在期限届满之后仍未如约支付工资，劳动者则可发动履行抗辩权之“停工”，而在该期限届满之前，劳动者不得发动履行抗辩权之“停工”。其次，就不可抗力而言，其本身即可发生免除契约债务及违约责任的效力，诸如北京、江苏、浙江及深圳、厦门有关工资支付之规范，均明确将不可抗力排除出无故拖欠工资的范畴。^[60]若用人单位因不可抗力无法支付工资，在不可抗力事由消除之前，劳动者无施展履行抗辩权的余地。对于不可抗力事由消除之后用人单位应当何时给付工资，各地的要求有所不一，^[61]或为不可抗力消除后立即支付，或为不可抗力消除后一定期限内支付（如江苏为不可抗力消除后的30日内；江西为5个工作日内）。

最后，履行抗辩权之“停工”与过错性解雇。由于履行抗辩权之“停工”的过错方为用人单位，用人单位不能仅以此为由对劳动者施以过错性（惩戒性）解雇；但若劳动者在单纯的履行抗辩权之“停工”（即以消极不作为的态度对待劳务给付）之外，做出妨害用人单位正常运营秩序或者侵害用人单位合法权利的其他行为，用人单位仍有对涉事劳动者施以过错性解雇的余地。

（二）违约性“停工”的裁判思路

劳动者和用人单位作为劳动合同的当事人，在劳动合同依法订立后，双方均应恪守合同，自觉、全面地履行合同约定义务，这亦是《劳动法》与《劳动合同法》的明确要求。由于我国现行法律并未赋予劳动者罢工的权利，若不存在触发履行抗辩权的情形，劳动者应遵照用人单位合法的工作指示提供劳务。若劳动者无正当理由旷工，或虽到岗但无正当理由不提供劳务，均系违约性“停工”。笔者认为，判定劳动者是否构成违约性“停工”需同时考虑以下三个因素：第一，用人单位的工作指令须不违反法律强制性规定；第二，用人单位的工作指令符合劳动者职责内容之合理范围；第三，劳动者无正当理由拒绝提供劳务。三者缺一不可。

首先，就用人单位的工作指令须合法而言，其内涵包含两个层面。第一，用人单位的工作指令不得违章指挥或强令冒险作业，否则劳动者有权拒绝且不视为违反劳动合同。当然，司法实践对此还需更加细致地把握。“用人单位违章指挥、强令冒险作业”通常落实到某一项具体的工作内容，因此，若用人单位的某一项指令确有“违章指挥、强令冒险作业”之嫌，劳动者依然需遵从用人单位其他合法、合理的工作指令。第二，若用人单位的工作指令并非违章指挥或强令冒险作业，而是要求劳动者从事带有违法性质的业务，劳动者是否依然有权拒绝？笔者认为答案是肯定的，用人单位虽然可以通过对劳动者的指挥管理形成组织内的某种治理秩序，但其不得违反人人均须平等遵守的外部法秩序，但与此同时，还需对工作指令违法性的严重程度及劳动者的权利行使方式进行更为细致地把握。若用人单位的工作指令所包含之违法性基于一般人之认知水平已非常明显，或可能严重危及社会公共安全（例如生产有毒有害食品），再或劳动者已掌握确切证据，劳动者可以当即拒绝；若工作指令的违法性并不明显，劳动者难以判断亦无法提供相应证据，劳动者一旦“停工”将给用人单位造成无法挽回的损失，从利益衡平的角度出发，劳动者先暂且执行，事后再向有关执法部门举报，并请求其进行核实，如此更为妥当；若在后一种情况之下，劳动者径直拒绝提供劳务，一旦发生争议，劳动者是否构成违约性“停工”便取决于事后相关权责部门对用人单位工作指令是否包含违法性内容的认定。

其次，就用人单位的工作指令需合约而言，“工作内容”是劳动合同的必备条款，用人单位与劳

[60] 《深圳市员工工资支付条例》第61条；《厦门市企业工资支付条例》第45条。

[61] 《浙江省企业工资支付管理办法》第21条第1款；《江苏省工资支付条例》第40条第2款；《江西省工资支付规定》第29条第1款。

劳动者通常会在劳动合同中约定劳动者的工作岗位与职责内容。《劳动合同法》规定,用人单位与劳动者变更劳动合同内容须协商一致且采取书面形式。在现实中,用人单位有时根据生产经营调整的需要,对劳动者的工作内容进行一定的变动,这种变动可能是暂时性的、支援性的,也可能覆盖劳动合同的剩余期间(此处所称之劳动合同变更,并非劳动者因过错招致之惩戒性降职、降薪,或用人单位对不能胜任之劳动者进行的调岗);若用人单位对此未征得劳动者同意或未采取书面形式,劳动者是否可以拒绝与原劳动合同“工作内容”不一致的工作指令呢?笔者认为不可一概而论,需要甄别用人单位变更劳动合同的合理性,具体情况具体分析。结合近年来各地有关劳动争议的裁审口径,^[62]若变更本身不具有侮辱性和惩罚性,且变更前后劳动者的工作内容未发生实质性变化,劳动者既有的知识技能仍可匹配,劳动条件、薪资待遇亦未发生不利益变更(用人单位对上述条件承担举证责任),原则上劳动者需接受用人单位的变更指令,此系用人单位在合理限度内行使指挥管理权,劳动者拒绝将构成违约性“停工”。

再次,就劳动者无正当理由拒绝提供劳务而言,关键在于“无正当理由”。若劳动者“停工”实为行使履行抗辩权,或劳动者依法享受法定假期(带薪年假、婚假、产假、陪产假、医疗期等),或经用人单位请假流程申请事假,均非“无正当理由”。若劳动者未上班且事先未向用人单位告知理由或未履行请假手续,用人单位可以要求其事后说明理由并限期补办请假手续(如确有困难可委托他人代办),劳动者不予理睬或逾期未补办请假手续,则应视为旷工,即违约性“停工”。

最后,既然劳动者的“停工”具有违约性,本应承担相应的违约责任,但民法上违约责任通常包括违约金、强制履行与赔偿损失三种形式,均不适用于劳动者违约性“停工”的后果处理。其一,就违约金而言,《劳动合同法》明确规定,除服务期与竞业限制之外,用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金,违约性“停工”并无使用违约金的余地。其二,就强制履行而言,劳务给付具有人身性,强制履行将涉嫌强迫劳动,这是劳动法所禁止的。其三,就赔偿损失而言,《劳动法》与《劳动合同法》仅规定劳动者在以下三种情形下承担赔偿责任的责任,即劳动者违反法定条件解除劳动合同、违反劳动合同约定的保密事项、因劳动者过错导致劳动合同无效给用人单位造成损害。面对劳动者违约性“停工”,用人单位没有得以追究劳动者违约责任的法律基础,仅能依据内部规章制度,依法(规章制度经民主程序且向劳动者公示或告知)、合理(符合比例性原则)对劳动者处以相应的惩戒措施,或在劳动者违约性“停工”构成严重违反规章制度或劳动纪律时,对劳动者施以过错性(惩戒性)解雇,但即使解除劳动合同,究其实质难言为劳动者不履行合同义务的法律后果,更多是用人单位避免利益减损进一步扩大的自我救济。劳动关系是否有必要存续以及劳动过程能否顺利实现,继而产生社会财富,很大程度上取决于用人单位与劳动者之间是否维系较为牢固的信赖基础,若违约性“停工”已使双方的信赖基础发生动摇或不复存在,用人单位对劳动者能否诚信、尽职地提供劳务无法形成期待,继续履行与该劳动者的劳动合同很可能导致生产资料与时间的浪费,用人单位解除劳动合同亦是一种自我保护的方式。

[62] 参见上海市高级人民法院2002年《关于审理劳动争议案件若干问题的解答》;广东省高级人民法院2012年《关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》;《2017年度北京市十大典型劳动争议仲裁案例》之五“合法合理调岗,劳动者有义务接受安排”;《重庆市六部门劳动争议案件法律适用问题专题座谈会纪要(二)》(2017年9月28日)第2条;《江苏民事审判工作例会25条意见》(2017年8月30日)第22条;《天津市贯彻落实〈劳动合同法〉若干问题实施细则》(津人社规字[2018]14号)第10条。

四、结语：“集体停工”法治化的 “理想天空”与“现实大地”

国内对于集体劳动法的研究徘徊于“理想天空”与“现实大地”之间。综观国内有关集体劳动法与劳动领域“集体停工和群体性事件”的研究,多数落脚于立法层面,即探讨承认罢工权的可行性、域外合法罢工正当性要件的具体内容、我国集体谈判与集体劳动争议解决机制的完善路径及工会体制的改革空间。通过填补立法空白使罢工在正当性要件的框架下成为协调劳动关系的一种手段,并从源头治理出发提升劳资之间各种协商机制的效能,从而及时解决劳动者合理的利益诉求,这是在“理想天空”层面对“调整事项”之“集体停工”法治化的有益探索,需长远规划与谨慎论证,难以一蹴而就,这并非本文所关注的重点。立足于我国现行法律制度未规定罢工权以及《工会法》“停工”规则虚化的“现实大地”,本文通过明晰“集体停工”与集体劳动法之罢工的形似实异,理顺司法机关处理相关劳动争议的裁审思路,越过“停工”规则之“虚”将“集体停工”现象之“实”落实为司法裁判之“实”。在集体劳动法律制度缺位的情况下,将“集体停工”所引发之劳动争议归入个体劳动法层面予以解决,是解决“集体停工和群体性事件”法治化难题的现实选择。

Abstract The high incidence of “collective work stoppage and mass disturbance” is an important issue in labor law. However, the institutional supply provided by China’s collective labor law is extremely limited, only the rule of “work-stoppage” in Article 27 of the Trade Union Law is directly related to it. Combined with the article 27 being an abstract procedural rule, it can hardly solve the “work-stoppage” substantively at the level of collective labor law. Therefore, based on the current legal system, solving the labor disputes arising from “work-stoppage” by judicial departments at the level of individual labor law becomes a realistic choice. To achieve this, it is necessary to clarify that the term of “work-stoppage” in Article 27 of the Trade Union Law is not synonymous with a strike. Besides, the “work-stoppage” rule is not an empowering provision for strikes, and strikes do not enjoy immunity from liability in China. On the other hand, according to the causes of collective work-stoppage, it is necessary to distinguish between the “work-stoppage” as a defence right of performance and the “work-stoppage” as a breach of contract. The judges should determine the legal nature of “work-stoppage” on the basis of specific facts.

Keywords Work-Stoppage, Strike, Collective Labor Law, Defence Right of Performance, Labor Dispute

(责任编辑:朱军)