

集体合同效力的生成与实现

——以营造“和谐劳动”为目标

冯彦君*

〔摘要〕 集体合同能否发挥实现劳资团体自治和营造和谐劳动的制度功能,取决于其效力的生成与实现状况。我国劳动立法秉持集体合同效力肯定观,为集体合同的效力生成与实现提供了法律保障,立法态度和精神值得肯定。但现行立法并未对集体合同效力具否之判定、效力射程之厘定、效力可诉性之有无等问题作出系统、明确的规定,需要在立法论和解释论层面上予以弥补。集体合同效力的实现及其治理功能的发挥,深受工会体制和团体机制的制约,也需要探寻改革和破解之道。

〔关键词〕 集体合同;效力;生成;实现;和谐劳动

引言

构建和谐劳动关系是构建和谐社会的重要内容和基础保障,是当代中国劳动法治建设的总目标和总任务。构建和谐劳动关系不仅要有目标的确立,也需要有观念的更新,更离不开法律机制的建构与调适。基于构建和谐劳动关系的视角,我国劳动法涉及的劳动契约、集体协商与劳工基准等三大制度板块都有完善和调适的空间,更需要努力推进相关制度之运行与实现。其中,集体协商机制最能体现和彰显劳动法的社会法属性,是实现集体劳动关系法律治理、促进和谐劳动的支柱性制度框架。其功能有二:适度限缩劳动契约自由空间以提升个体劳动之境遇和条件;发挥团体自治的机理性功能以营造和谐劳动之氛围等。

在集体劳动关系法律调整的制度构造中,以“劳动三权”为逻辑起点,融团结(结社)→谈判(缔约)→行动(罢工等)三位一体,环环相扣。其中,结社为前提;行动是保障;谈判及其成果(集体合同)则居于中枢之地位。劳动者行使结社权组织或加入工会,主要目的亦在于借由团体之代表开展集体谈判(我国称其为集体协商)达致集体合同订立之结果。综观当代各国劳动立法,肯认罢工等集

* 吉林大学法学院教授、博士生导师,130012。本文是司法部国家法治与法学理论研究项目“社会权的可诉性及其实现机制研究”(12SFB2048)的阶段性成果。

体行动(集体争议)之合法性实乃多数。究其目的,无非在于期望运用这些压力手段保障和促进集体谈判有效展开以达成团体协约,据以改善劳工群体的职业条件和工作环境。由此可见,集体劳动关系法律调整必须紧紧围绕集体合同这个中心环节展开与型构。遗憾的是,“无论是劳动法治活动还是劳动法学理论研究都以个别劳动关系及其法律规制为关注点,忽视甚至在某些方面回避集体劳动关系及其法律规制问题。这是我国劳动法制建设和劳动法学理论研究的一个鲜明的特色,这在某种意义上也是一个不足或缺陷。”^①正因如此,强化和完善集体劳动关系的法律调整,应当也必须以集体合同为中心和切入点来系统思考和探求。

但凡合同,皆为特定之主体采取特定形式为意思表示而达成之合意,集体合同亦然。既然是合同,其效力问题就至关重要,不可不察,更不应予以回避。从我国现行立法来看,关于集体合同的法律效力问题,相关立法对其约束对象和规范功能均有所涉及^②,但效力有无之判定、效力射程之厘定、效力实现的可诉性之有无等内容却为立法所回避和淡化,形成明显之法律漏洞,集体劳动关系法律调整的严密性、完整性和有效性也因此深受影响,即便是现有制度规则也存在着理念上的混沌和制度设计上的自洽性缺失^③。故而,着眼于应然,从立法论和解释论两个维度对集体合同效力之生成与实现问题进行深入研讨,不仅具有拓展、深化劳动法学研究的理论意义,更具有强化集体劳动关系法律治理的实践价值。

集体合同既然是一种法律意义上的合同,法律赋予其约束力使其具有法律效力(简称“效力”)即为题中应有之义。广而言之,集体合同效力问题应包括两大方面内容:一是集体合同是否具有效力(应然和实然层面是否生效);二是有效的集体合同能够产生何种约束力(有效之效果及其体现)。在研讨这两个问题之前,需要澄明集体合同概念和性质上的认识误区,以期为探究集体合同效力内容及其实现问题确立必要的理论前提。

一、“集体合同”认识误区之澄明

“集体合同”认识误区之一即为概念使用上的混淆,即以“集体劳动合同”指称或取代“集体合同”这一专有的概念称谓,把“集体合同”混同于“集体劳动合同”。换言之,就是将集体合同纳入劳动合同范畴,视为劳动合同的一种具体的或特别的类型。这种认识不仅体现于对集体合同概念的学理界定中,而且还被固化于《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)的所谓“特别规定”之中。在《劳动合同法》出台之前,《劳动法》《工会法》《集体合同规定》等相关立法均未作出如此这般立法安排,均将集体合同视为与劳动合同并列的合同类型来对待和处理。客观而言,《劳动合同法》在其立法框架内涵括了集体合同,在当前无专门“集体合同法”的背景下,为确保和提升集体合同法律调整的层次和效力,由《劳动合同法》附带实施一些兼职性法律调整,就其必要性而言,当然无可厚非。但从立法技术和概念逻辑的角度加以考量,其是否妥当实为一个需要认真检讨的立法论问题,也是评价《劳动合同法》利弊得失的一个重要视点。对此,笔者曾指出,“不应将‘集体合同’纳入‘劳动合同’的范畴而交由《劳动合同法》统一规制。”^④作此论断,乃在于集体合同与劳动合同具有本质之差异,其作用机理与方法论遵循亦显著分野。就二者的本质属性而言,劳动合同是关于劳资“联

①冯彦君:《中国特色社会主义社会法学理论研究》,《当代法学》2013年第3期,第21页。

②参见《劳动法》第35条;《劳动合同法》第54、55、56条;《工会法》第20条。

③详见吴文芳:《从混沌到自洽:中国集体合同效力图景解说》,《学术月刊》2014年第3期。

④冯彦君:《理想与现实之间的〈劳动合同法〉——总体评价与创新点解析》,《当代法学》2008年第5期。

姻”之权利义务安排的具体化契约形式,是个体劳动者进行职业劳动对象选择和条件肯认的法律工具,本质上仍属私域之契约,是依凭并展示个体力量的作用机制,遵循和体现着个体主义方法论原则。与此不同,集体合同则为劳动者团体与资方就劳动者群体劳动条件之确立所达成的基本框架,藉此将诸种利益主张转化为权利诉求,以期为个体劳动条件的提升夯实社会化的实现保障,是劳动者群体谋求劳动境况之改善的法律机制,本质上属于社会领域之契约,是发挥团体力量的作用机制,遵循和体现着团体主义方法论原则。集体谈判的展开和集体合同的订立、履行不仅体现、践行着团结与合作的社会法观念,而且也是对“适度斗争”与“必要妥协”之民主精神的生动诠释和有效塑造,在构建“人性化”的和谐劳动关系,寻求“效率、公平与发言权之间的平衡”等方面不可或缺,不可替代。就此而论,劳动合同远不具有集体合同的制度价值和功能。因而,应当也必须将集体合同与劳动合同分而认知并分而治之,需要分别遵循不同的法理与机理寻求治理之道。

“集体合同”认识误区之二即为性质之混淆,即将集体合同视为劳动立法的一种具体表现形式,换言之,将集体合同视为劳动法的法源之一。集体合同是否为法源之一?这是集体合同法律性质的定位问题,该问题源于学理上一些关于劳动法法源的阐释。依一般法理,法源应为法之渊源的简称,用以指称立法的具体形式。集体合同如为劳动法之法源,则其效力问题与立法之效力问题等同,如此,只要直接探寻立法效力即可,实无必要另寻作为契约之效力的问题了。尽管因集体合同之条款(主要是其中标准性条款)在一定范围内发挥着规范之效力,具有某些立法规范的功能,但充其量也只能视其为准立法,而非严格意义上的立法。因为,立法与契约毕竟不是同一层面上的法律事物,二者存在着显著的本质差异:其一,立法乃立法者(一般为国家)之意志,其所体现的意志之内容具有普遍性和代表性;契约乃当事人之意思合意,其意志内容具有特殊性和直接性。其二,立法具有广泛的约束力,对主权范围内的一切约束对象均具有效力;而契约则只对有限的当事人具有约束力,除依“侵犯债权理论”对契约相对性原理进行突破外,契约只能对相对人(契约主体)具有约束力;其三,立法效力来自于国家强制力,契约效力则来源于国家立法,是立法赋予的效力。基于立法与契约的上述本质性差异加以审视,将集体合同作为或视同为劳动法法源之一,极易造成概念之混淆,实属不妥。即便我们可以通过广义解释“法源”概念将集体合同归入其中,也不过是在理论上满足了自圆其说的目的而已,并不能赋予集体合同以真正意义的法源性质,并无实际意义可言,且仍有混淆概念之虞。诚然,集体合同与劳动合同在效力层面上有所不同:集体合同意志的形成与表达上亦呈现出一定的代表性,是工会或劳工之代表经授权在一定范围内做出的意志表达。同时,集体合同不仅约束缔约双方主体,也约束作为缔约主体之一的特定工会的全体会员或其代表的全体成员,特别是因其对劳动合同的内容可以产生约束性影响而具有一定的广泛性。也许正因为如此,才有人将其作为或认为是劳动法的一种法源。但集体合同在本质上毕竟只是合同而并非立法,其规范效力也只是类似于法律规范的效力而已。我们也注意到,即便是将集体合同(集体协议)视为或列为劳动法的渊源的观点中也承认集体合同与一般作为来自于国家的立法规则具有的明显不同。^① 本文严格界分立法与契约,确信,集体合同只是合同之一种,具体而言就是劳动法上的一种合同^②,并非一种名副其实的法源。

①[意]T·特雷乌:《意大利劳动法与劳资关系》,北京:商务印书馆,2012年,第24页。

②所谓“劳动法上的合同”即为作为劳动关系法律调整机制的合同或称劳动法所规定的合同,可简称为劳动法合同但不可简称为劳动合同,因为,劳动法上的合同包括劳动合同和集体合同两种类型,劳动法合同与劳动合同并非同一关系和并列关系而是包含关系。

二、集体合同效力立法观之殊异

集体合同效力又称集体合同的法律效力,是指集体合同在法律上的约束力,换言之,是指集体合同在法律上具有的可执行力。一般言之,集体合同因属契约之一种,应具有法律效力,此为肯定集体合同效力的法律态度,可将其称之为“效力肯定立法观”。在劳动法的世界与视界中,大多数国家就集体合同均持效力肯定观。但令人不解的是,恰恰是作为近代劳动法发祥地的富有劳工运动传统的英国则殊为例外,独持“效力否定观”。“虽然集体谈判在英国劳动关系规范体制中居于重要地位,但通过集体谈判(应为“集体协商”——笔者注)所签订的团体协议的效力具否问题上却不同于其他国家。一般说来,团体协议具有强制性和优先效力,……但依照判例和学理,工会与雇主签订的团体协议并非合同,不具有法律上的拘束力,因此不能请求法院强制执行,违反团体协议的当事人不负违约责任。其结果是,一方面团体协议在规范劳动关系中居相当重要的地位,而另一方面,团体协议本身却不具有法律效力。”^①为什么会呈现出如此悖反的现象呢?英国这种法律传统的根源何在?对此,英国权威劳工法学者弗雷德(Otto Kahn—Freund)教授解释为,主要原因系由于当事人欠缺创设法律关系之意思。团体协议在当事人之间虽然亦产生“权利”与“义务”,但此等“权利”与“义务”,不具有法律上之意义,仅具有“君子协定”之性质。团体协议之履行,不是依赖法律之制裁,其所依赖的,是社会制裁。^②那么,为何当事人欠缺创设法律关系进而受团体协议拘束之意思呢?对此,王泽鉴教授解析为:“系工会对法律欠缺信心,尽量避免法院可能之干涉”^③。团体协议不具有法律拘束力,可谓是英国劳工法之一大特色,尽管该特色可能契合英国劳工运动和法律文化之传统,但却并不符合当今世界劳工立法之潮流。包括我国在内的绝大多数国家均承认集体合同的法律契约之属性,立法明确赋予其法律拘束力。对此,我国劳动立法旗帜鲜明地表明立法态度,反复强调集体合同所应具有的法律效力,这是值得予以充分肯定的立法精神与技术。诚然,立法肯认集体合同的应然效力,并不等同于集体合同在事实上就能生成效力,而且即便集体合同在事实上生成效力(生效),也不必然在事实上能够深切实现其效力。一般而言,集体合同能否生效,取决于其是否符合生效要件,即是否具备和符合生效所需的各种条件;而生效的集体合同能否在事实上实现其效力,则取决于主体对其恪守及其救济的程度,在深层次上取决于契约文化、工会体制、社会制裁和可诉性之实现等诸种影响要素。以上述这些观念和理论为前提,接下来需要进一步探讨的问题,已不是在应然层面上立法是否应赋予集体合同以法律效力的问题,而是在实然层面上集体合同是否有效以及有何效力的问题。

三、集体合同效力具否之判定

已如上述,集体合同效力的生成与实现,取决于三个方面的决定性条件是否具备:一是现行法是否肯认集体合同可以发生法律效力;二是集体合同是否符合法定生效要件;三是集体合同在事实上能否实现其应有的法律效力。对于第一方面,我国法律已予以明确确认,立法态度昭然;对于第二方

^①王益英主编:《外国劳动法和社会保障法》,北京:中国人民大学出版社,2001年,第45页。

^②参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第二册),北京:中国政法大学出版社,1998年,第362—363页。

^③参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第二册),第363页。

面除规定需要报送审查和通过民主讨论等程序性规定^①外再无明确系统之规定,既没有从正面系统规定集体合同的生效要件,也没有从反面规定集体合同的无效情形。就目前立法实况而言,学理和司法实践分析和研判集体合同是否生效问题,一般只能参照一般合同立法所规定的合同生效要件加以类推或依据劳动合同法所规定的劳动合同无效规则予以反推集体合同的生效要件。关于第三个方面的集体合同事实上的效力实现问题,实为涉及体制、机制和法律环境诸多因素的大问题,十分复杂,难于归因也难于求果,此乃掣肘我国集体合同法律效力实现的核心问题与关键症结。

一般而言,合同是否具有效力,取决于其是否符合法定的生效要件。合同效力具否之判定要件即为分析和研判影响合同效力的各种因素和事由,主要涉及主体资格、意思表示、内容与形式、程序等方面。主体不适格、形式不适当、内容不合法、表意不真实、程序未履行都会影响合同效力之生成。基于集体合同在确立集体劳动关系中的重要性及其效力的广泛影响,其形式上的书面化要求、程序上的报批审查和民主讨论等内容为立法所普遍强调,故无特殊讨论之必要。本人仅就主体的适格性、意思表示的真实性和内容的合法性三方面展开分析,重在提出并解答这些效力要件适用中的困惑和疑难问题。

1. 主体适格性之考量。主体适格性问题,本质上就是主体的缔约能力问题,其影响和决定着集体合同的效力能否生成。集体合同乃通过集体协商所达成的协议。集体协商本质上是订立集体合同的磋商和博弈的动态过程,集体合同则是对集体协商结果的静态确认和公示。故一般而言,集体合同的主体与集体协商的主体是一致的。根据我国《劳动合同法》的规定,集体合同为企业职工一方与用人单位通过平等协商,就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全、保险福利等事项所订立的劳动法上的合同。其主体为劳动者一方即劳动者群体和用人单位一方即用人单位行政。劳动者一方,在成立工会的情况下,应由工会来代表完成表意行为,其实质是工会依法行使代表权。我国《工会法》规定,工会代表职工与企业以及实行企业化管理的事业单位进行平等协商,签订集体合同。这既赋予了工会以法定的代表权,也确立了工会代表职工进行集体协商、订立集体合同的义务,本质上是工会的一项重要职责。据此,在成立工会的情况下,工会依法获取代表权,无需职工另行授权。在未成立工会的情况下,由劳动者推举集体协商代表并对其授权,此时的代表权属于约定代表权。这里需要进一步探究两个问题:一是在有工会的情况下,劳动者可否另行推举代表与用人单位订立集体合同;二是在用人单位有分支机构(如分公司)的情况下,诸分支机构可否与其劳动者一方进行集体协商订立集体合同。就前者而言,代表劳动者与用人单位进行集体协商订立集体合同是工会的权利,称为工会的代表权。工会的代表权是法定权利,也是工会法律角色的固有之体现,该项权利是由工会法所规定和赋予的,并非是基于约定或劳动者群体授权而来。工会的代表权不能由劳动者单方面或通过与工会协商予以撤销或解除。因此,在有工会的情况下,一般是不能抛开工会另行推举代表进行集体协商订立集体合同的,否则所订立的集体合同因主体不适格当归无效。但是也应该看到,代表劳动者与用人单位进行集体协商、订立集体合同既是工会的权利,也是工会的义务,是一项作为性的法定义务。当工会不履行该作为性义务,或者在履行此义务时未恪尽职守,损害职工利益时,除可确认劳动者对工会的诉求之外,承认劳动者有推举代表与用人单位进行集体协商、订立集体合同的权利不失为一种有效的救济措施。如此不得已而为之的集体合同应该赋予其法律效力。就后者而言,涉及集体协商的层次问题。依据现行法律规定,集体协商似乎仅限于用人单位中观层面。这样就产生一个疑问:如果超越用人单位层面而在地区、行业或者全国的宏观层面进行集体协商是

^①参见我国《劳动法》第34条与《劳动合同法》第54条第1款、《集体合同规定》第42—45条之相关规定。三者对报送的程序性要求基本一致,也都明确了“即行生效”的制度规则。所不同的是,前两者只提出报送之要求,并未明确劳动行政部门审查之义务。《集体合同规定》具体明确了报送、登记、审查等具体内容,特别是明确了对集体合同的合法性审查的具体内容。

否合法,其所订立的集体合同是否有效?根据我国《工会法》,除用人单位基层工会以外,我国法律尚承认和肯定地方工会、行业工会和全国总工会。那么,超越用人单位而由地方总工会、行业总工会、全国总工会分别与其相应层次的用人单位之团体(雇主协会、企业家协会等)进行集体协商,订立的集体合同,应具有法律效力。这是较高层次的集体协商,其所订立的集体合同的规范效力也更为突出。

2. 表意真实性之考量。在本质上,集体合同是群体意志之表达与合意,其意思表示的真实性亦为影响集体合同效力的重要因素。我国现行立法并未明确规定集体合同订立中出现欺诈、胁迫导致意思表示不真实的效力问题。如果从订立集体合同要充分进行集体协商这一要求所体现的立法精神实质以及以采用欺诈、胁迫等手段违背对方真实意思导致劳动合同无效的的制度设计加以类比分析,可得出如下的结论:集体合同订立过程中如果存在欺诈、胁迫等违背双方真实意思的情形,集体合同当归无效。不过,即便是集体合同立法所作出的绝对之刚性无效的制度安排也存在着学理检讨的必要性^①。同时,到底是否存在欺诈、胁迫以及这种欺诈、胁迫的程度是否足以导致集体合同全部无效,则属于司法裁判需要认定或裁量的问题。目前,就此既无相应司法解释可依,亦无典型判例可循。整体而言,这是集体合同效力制度一个明显的法律漏洞,有待未来集体合同立法或司法裁判活动创造出相应的规则予以填补。

集体合同表意的真实性还牵连着工会代表权的正确行使问题。依我国现行立法之规定,工会具有法定之代表权,其进行集体协商、订立集体合同的意思表示之效果及于全体职工或工会会员。但能否确保工会正确形成和有效表达全体职工或工会会员的意思与意志,是代表权行使的核心问题。防止工会在行使代表权中的恣意、曲解和任性,需要在法律机制上寻求防范和治理之策。我国立法设置了集体合同草案提交职工代表大会或全体职工讨论通过的民主程序,就是为此目的所作出的积极立法应对。这一民主程序可以有效确保“团体意思应当基于内部的民主机制形成,从而保证成员有机会参与意思形成。从另一个角度看,团体内部的民主机制也是对团体侵入司法上个人意思自决领域造成个人自治损害的补偿。”^②

3. 内容合法性之考量。集体合同的内容涉及范围十分广泛,在《劳动法》和《劳动合同法》对其加以概括明晰的基础上,《集体合同规定》第二章共使用10个条文采用列举加兜底的立法技术规定和解释了集体协商和集体合同的具体内容。通过集体协商所确立的集体合同的诸项内容必须与国家的劳动基准所确立的具有强行法性质的标准和条件相契合,不能抵触和违背。集体合同内容的合法性主要包括标准合法性和其他义务设定或权利限制的合法性。从类型化角度说,集体合同内容与国家劳动基准的关系无非有三种可能:一是完全与国家劳动基准所确立的最低或最高标准相等同;二是集体合同内容优于国家劳动基准;三是集体合同内容劣于国家劳动基准。这里所谓的优与劣都是相对的衡量尺度,相对于国家制定的最低标准(例如工资标准),高于其为优,低于其则为劣;相对于国家制定的最高标准(工时、劳动强度等),高于其为劣,低于其则为优。就集体合同内容的合法性而言,“等同”和“优于”这两种情形则都不违反法律规定,具有合法性。而第三种“劣于”情形则违反强行法之规定,不具有内容上的合法性。由于我国实行劳动合同报送审查制度,劳动行政机关在审查劳动合同内容时一般会及时发现其违反国家劳动基准的内容,故而在通常情况下,堂而皇之公然违反国家劳动基准立法的现象较少出现。与此不同的是,集体合同内容等同于国家劳动基准这种情形虽然具有合法性,并可以据此形成团体之劳动条件。但是由于其并未能在国家劳动基准水平的基

^①参见冯彦君、董晓丽:《劳动合同的效力认定与效力扩张——普遍性与特殊性的双重审视》,台湾:《月旦民商法》2007年第6期。

^②转引自吴文芳:《从混沌到自治:中国集体合同效力的图景解说》,《学术月刊》2014年第3期。

础上通过集体协商予以提升,因此其在事实上不能为个体劳动条件之形成确立起优于国家劳动基准的规范准据,集体合同的保障性制度功能无形中被弱化。设想,此种情形等于是集体合同内容照搬了国家之立法规定,无非就是体现国家力量的劳动基准转化为体现社会力量的集体合同而已,形式遮蔽了实质。因为即便是没有集体协商和集体合同这个转录环节,个体劳动条件之确立同样需要遵守国家劳动基准立法之规定,换言之,劳动合同内容之标准同样会获得国家劳动基准立法之保障。

除上述集体合同内容在标准上的合法性之外,其他义务设定或权利限制的合法与否,也是影响集体合同效力的重要因素,特别是影响集体合同的债务效力之生成。比较而言,此种内容的合法与否并非显而易见,有时甚至处在合法与违法的边界与模糊地带,实难轻易给出结论。例如,集体合同规定劳动者放弃辞职权、自愿无偿加班或某些较为苛刻的管理性规定等,判定其是否合法有效,除寻求法律依据之外,合理性审查有时也不可或缺。合理性审查中的“理”可以多元解释为法理、道理、伦理和事理四个层面的涵意设定。依此而论,所谓的合理性审查,就是审查集体合同的条款内容是否符合基本法理、人伦道理和生活常理的精神和准则。有违基本法理、人伦道理、生活常理的集体合同内容应为无效。

四、集体合同效力射程之厘定

依一般法理,立法效力的范围问题通常需要在三个层面进行考察:空间效力、时间效力和对人效力。就集体合同而言,其空间效力问题较为单纯而明晰,无特别分析之必要。比较而言,时间效力和对人效力所涉问题较为复杂,存在解释与适用上的困惑,需要加以深入研析。时间效力包括效力期间及其能否溯及既往的问题,是时间上的效力射程问题;对人效力是指对哪些人有效,是对单位全体职工有效,还是对工会会员有效,实质是对象上的效力射程问题。此外,当用人单位发生合并、分立的情形,原有的集体合同是否可以承继适用于新的用人单位,此问题也可以涵括到对象射程中一并加以考察。

集体合同亦应设有期限,该期限特定了一个期间,在此期间内,集体劳动条件因其而形成和相对固化,集体合同双方主体的和平义务被设定。一般而言,集体合同只能在此期间内发生效力,期间届满即需要启动新一轮的集体谈判以订立新的集体合同。集体合同与立法不同,一般不会产生溯及既往的效力。但依“有利原则”之要求,只要集体合同相关内容有利于劳动者,则集体合同在该方面的效力亦应溯及于之前所定之劳动合同。但是,在溯及方式上,集体合同生效前所订立的劳动合同低于集体合同所确立的标准,此时,是直接按照集体合同标准执行,抑或视为劳动合同的相关条款自然变更为集体合同标准之内容。这是一个较为复杂的理论问题,需要另文进行深入研讨。

我国劳动立法明确,集体合同对全体职工和用人单位都发生法律效力,这是我国集体合同效力制度上的一个特色。其效力基础在于,我国单位内部的职工都当然、自动、全员成为本单位的工会会员,在入会问题上事实上不存在自主选择权。这样,全体职工因皆为工会会员,故而工会行使代表权所订立的集体合同就顺理成章地对作为工会会员的全体职工具有约束力。行业性、区域性集体合同亦同因同果,对本行业、本区域的用人单位和劳动者也都具有约束力。这种全员入会、整体生效的对人效力模式尽管是中国工会体制下的实然选择,但并非能够充分发挥集体合同制度功能的应然的效力模式选择。从应然角度观之,“制度调整的妥当方式是规定集体合同内容强制性地覆盖工会会员,作为工会成员的劳动者基于强制性效力而获得法律上的请求权,可以通过行政或司法途径保障集体合同上的利益。对于非工会会员,集体合同上的利益应视为双方自由约定事项,而不属于强制性保

障的范围。”^①这种集体合同效力的区分适用有助于调适集体劳动关系团体自治与个别劳动关系个体自治之边界,防止劳动法的过渡公法化和集体合同制度功能的异化。当然,改革这种对人效力模式必须建立在一个前提基础上:中国工会的入会模式由“法定当然入会制”变革为“自由选择入会制”。这种前提性的制度变革在深层次上又有赖于中国工会体制和团体机制的深刻变革。

我国《劳动合同法》第34条规定了劳动合同在用人单位合并或者分立等情形下的概括承继规则。其目的在于维护劳动者的职业安定和保障劳动者的工作权,制度价值毋庸置疑,但这种不考虑劳动者个人意愿的概括而绝对的承继安排,实难经得起正当性与合理性上的追问。就集体合同而言,显然不能直接适用劳动合同的承继规则,而现行劳动立法对集体合同承继问题并未明确表态。那么,用人单位发生合并或分立,集体合同对新用人单位和劳动者是否应该或可以适用从而发生法律效力。对此,应该区分不同情形进行具体考量,难于做出统一的规定。但制定专门的“集体合同法”或修改《劳动法》似乎对此问题都不能回避,为此应该加强理论研究和司法探索。

五、二元效力的机理及其可诉性之阐释

集体合同与劳动合同在效力层面的显著差异即在于其可依法生成与界分为两种效力层次或效力形态:“债务(债法)效力”和“规范效力”。债务效力为所有契约所共有之效力;规范效力则为集体合同所独有。具体言之,所谓债务效力是指集体合同对双方主体所具有的令其恪尽注意义务履行契约义务的效力,基于此种效力可产生契约义务履行之请求权。所谓规范效力是指依凭集体合同可以形成集体劳动条件和为个体劳动条件之形成确立准据,基于此种效力可决定劳动合同某些内容效力之有无。如前所述,严格说来,尽管集体合同不是法的渊源之一,但其能够生成与法之渊源相似的规范的效力。正如道德伦理可以产生规范效力但其不是法规范一样,集体合同可以发生规范性效力,但其本身也并非为严格意义上的法规范。令人欣慰的是,集体合同的两种效力层次已为我国劳动立法所明确规定^②。但我国劳动法学界长期以来没有对集体合同的两个效力层面进行概念性认知和功能性阐释,对两个效力层面的可诉性问题也没有进行深入研究。近年来,受外来法学理论特别是日本和我国台湾地区劳动法学理论的影响,将集体合同界分为两种效力层次的“债务(债法)效力”和“规范效力”的概念范畴才开始为学界所引鉴和使用^③,并在此基础上对集体合同进行功能性和可诉性的精细考量。

整体而言,集体合同的两种效力都具有营造和谐劳动关系的制度功能,寻求管制与自治二元模式下劳动关系团体自治空间之合理扩张。倘若具体探究其机理,二者又分别承载着彼此不同的制度旨趣:债务的效力致力于相对固化利欲之主张、维系合作之框架、确保和平义务之履行;规范的效力则意在为个体劳动契约权利义务之意定确立高于劳工基准立法之准据,弥补劳动者个体弱势而致谈判能力之不足。两种效力形态的实现有赖于集体合同之恪守和集体合同违反之救济。一般而言,集体合同两种效力通常都是以集体合同双方主体及其约束对象的履约行为为基础性的实现路径,这种实现方式简约而经济,是主导性、常态化的顺向实现方式。相反,通过逆向否定评价与责任追究实现对集体合同违反之救济,则只能是一种具有辅助地位和司法保障性质的实现方式。任何时代、任何

^①吴文芳:《从混沌到自治:中国集体合同效力的图景解说》,《学术月刊》2014年第3期。

^②我国《劳动法》第35条、《劳动合同法》第55条、第56条、《工会法》第21条、《集体合同规定》第6条第三款、第55条。对此均有规定。

^③参见吴文芳:《从混沌到自治:中国集体合同效力的图景解说》,《学术月刊》2014年第3期。

国家,契约效力都不能也不应该主要或大量依赖司法救济渠道来实现。否则,契约的交易成本和治理成本都会提高,契约经济生活的效率则会减损甚至丧失。但是,契约之违反的客观存在又是现实生活中不争的事实和无奈的实况,通过司法救济以实现其效力则为必然之选择和路径之依赖。不过,就集体合同的两种效力形态而言,是否都具有可诉性,是需要予以明晰的问题。

可诉性作为当代法律的基本属性之一,已广为认同并期许。法的可诉性是“可以被任何人(特别是公民和法人)在法律规定的机构中(特别是法院和仲裁机构中)通过争议解决程序(特别是诉讼程序)加以运用的可能性。”^①法律的权威性和实效性固然取决于诸多因素,但其获得有效的司法检阅和保障,是至关重要的法律实施途径。一部立法是否可诉,一个法律部门是否能够走近司法,是衡量其成熟与完善的重要标志。“一种法律制度如果不能保证当事人参加到裁判活动中来,就会使裁判的内容受到破坏。”^②我国宪法、经济法(如预算法等宏观调控法)、社会法(特别是社会权、集体合同等)之可诉性理念的确立与机制的建构,是当前需要加强研究并认真对待的法治抉择问题。社会法是宣言保障社会权的法律机制,社会法的可诉性实质上可以高度集中和聚焦于社会权的可诉性问题上。社会权乃为社会法所确立、为社会法上之契约(集体合同和劳动合同)所量化和具体化的法定利益表征。围绕这种法定利益所产生的争议为权利争议,其与因意在争取某种利益诉求为法律所肯认、为契约所确证的利益争议具有明显的可诉性上的差异,即权利争议具有可诉性而利益争议通常不具有可诉性。此点已为我国学理和立法所广泛认同。我国劳动立法只规定了集体合同在履行过程中所发生的争议可以通过仲裁或诉讼的途径予以解决,而对订立集体合同所发生的争议其是否可诉的问题没有明确态度。这种立法实况并非法律漏洞,乃为明智的立法举措。作出此种判断,主要基于以下三点认识:第一,因订立集体合同所发生的争议不是集体合同争议,而是集体协商争议,本质上属于利益争议。利益争议通常都没有明确的是非标准和裁判依据,对利益诉求可以进行合理性审查但难于进行合法性判断,为此司法之裁判难于有效推演和运行。第二,在国外,这种利益争议通常都是通过集体行动机制(罢工和闭厂等)予以抗治和排解的,亦非通过司法途径予以解决;第三,既然由其本质所决定,集体协商争议在司法上不可诉,又因我国集体行动机制受限于工会体制掣肘和罢工权之缺失而无法顺畅运行,故而只能另寻它图予以消解。在此背景下,政府的必要介入(调解或协调)就被迫走向前台。不过,在纯正的集体协商机制下,政府介入集体谈判的合法性也备受质疑,其介入的程度也极其有限。

对于已订立并依法生效的集体合同而言,通过司法维护其效力之实现则顺理成章,但两种效力形态的可诉性却呈现为不尽相同的路向:对于债务违反的效力通过提起违约之诉予以实现,显然是直接的可诉性机制,相反,对于规范的效力只有通过劳动合同内容对集体合同规范性要求之遵守以及违反而无效的机制加以实现。其实质是通过劳动合同的可诉性间接实现集体合同的规范效力。

已如上述,特定为集体合同上的权利是法定社会权的具体化和量化,其实现的程度固然与有效的司法救济密切相关,但司法救济的实现必须以其具有可诉性为前提。即便是某种社会权具有可诉性,能够获得司法救济,也不能过度依赖和首选该种实现方式,司法诉讼充其量只是一种后盾性保障和类似于原子弹的威慑力量。基于此理,探寻集体合同效力之实现问题,除应分析其可诉性问题之外,更应分析那些影响甚至左右集体合同效力实现的诸多法社会学层面的因素,消解其负面影响,为集体合同效力的充分实现创造直接或间接的社会条件。

^①王晨光:《法律的可诉性:强化现代法治国家中法律的特征之一》,《法学》1998年第8期。

^②[法]托克维尔:《论美国的民主》(上卷),董果良译,北京:商务印书馆,1991年,第110页。

结论

我国集体协商、集体合同制度虽已具雏形,也颇具中国特色,但整体而言,其制度体系尚未完善,运行效果并不理想。受法律之内外多重因素的影响和制约,其制度运行效果与制度期求存在较大的反差,其形式意义往往大于实质意义。这种状况虽为无奈的事实,但并非理想的制度图景。本文透过效力生成与实现的视角探求集体合同制度功能有效发挥之路径,虽不能解决全部问题,但却是最为关键、核心的问题。因为,从制度机理上说,集体合同能否发挥其实现劳资团体自治和营造和谐劳动的制度功能,在一定意义上取决于集体合同效力的生成与实现状况。我国劳动立法旗帜鲜明地秉持效力肯定观,为集体合同效力的生成与实现提供了法律保障,这种立法态度和精神值得肯定。但现行立法更应该对集体合同效力具否之判定、效力射程之厘定、效力可诉性之有无等问题作出系统、明确的规定。改变现行制度零散而粗糙、规则欠缺之现状,需要在立法论和解释论层面予以消解和探寻。制定专门的“集体合同法”实属必要,当然在系统修改《劳动法》时亦可对此制度进行完善。同时也应清醒认识到,效力之内的建构无论如何也不能代替效力之外的变革。因为“中国集体合同制度功能孱弱的原因是立体的、多元的、复杂的。它由政治、社会、文化与法律等多种因素交织而成。”^①当前,我国“工会体制改革除应完成内部整合、重塑工会组织基础,还应体现对外代表、重整工会代表权行使的相关法律制度。”^②可见,集体合同效力的实现及其治理功能的发挥,在深层次上受制于既有工会体制和团体机制的深层制约,所以,着眼于未来,需要不懈探寻相关法制改革和制度破解之道。

(责任编辑:王永贵)

Generation and Achievement of the Effectiveness of the Collective Contract: Aiming at Creating “Harmonious Labor”

FENG Yan-jun

Abstract: The extent to which the effectiveness of the collective contract has been generated and achieved determines whether the contract is able to play the institutional functions of achieving autonomous governance for labor and capital organizations and creating a harmonious relationship between the labor and the capital. The positive view on our labor legislation on the effectiveness of the collective contract provides a legal guarantee for its generation and achievement. This type of legislative attitude and spirit is worthy of approval. However, the current legislation fails to systematically specify for the effectiveness of the collective contract such issues as the determination of its existence, the definition of its range, and its justifiability. This inadequacy should be overcome at the levels of legislative theory and interpretative theory. The achievement of the effectiveness of the collective contract and the development of its management functions, deeply restricted by the trade union system and the organization mechanism, need to find a way out of the difficulties through reform and innovation.

Key words: collective contract; effectiveness; generation; achievement; harmonious labor

^①吴文芳:《从混沌到自治:中国集体合同效力的图景解说》,《学术月刊》2014年第3期,第112页。

^②董保华:《劳动关系调整的社会化与国际化》,上海:上海交通大学出版社,2006年,第200页。