

德国社会性挑选制度 及其对我国优先留用制度 的镜鉴^{*}

王 倩

摘 要：针对经济性裁员,《劳动合同法》第41条要求用人单位在决定被裁减人员的具体人选时优先留用三类人员。此优先留用制度是立法者在借鉴德国法经验的基础上引入的新规则,但是现行规定有较大缺陷,既没有真正实现优先保障对用人单位贡献较大、再就业能力较差、家庭负担重的劳动者的立法目的,也没有兼顾到用人单位生产经营的合理需求。所以,有必要深入研究立法时作为参照物的德国社会性挑选制度,在结合我国国情的基础上改造优先留用制度,具体包括明确优先留用的覆盖范围、重构优先留用的标准、设置保留骨干员工的例外、限定优先留用的错误后果、厘清相关举证责任的分配五个方面。

关键词：优先留用； 经济性裁员； 社会性挑选

作者简介：同济大学 法学院 副教授 上海 200092

中图分类号：D951.625

文献标识码：A

文章编号：1005-4871(2020)04-0095-16

^{*} 本文是国家社会科学基金一般项目“劳动合同履行障碍规则体系研究”(编号:19BFX177)的阶段性成果,也受到同济大学欧洲研究双一流建设基金的资助。

针对经济性裁员,我国《劳动合同法》第41条在第2款中规定,“裁减人员时,应当优先留用下列人员:(一)与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的;(二)与本单位订立无固定期限劳动合同的;(三)家庭无其他就业人员,有需要扶养的老人或者未成年人的”。不同于《劳动法》第27条,这一被称为“优先留用制度”的规定属于《劳动合同法》的创新之处。立法者指出,“就涉及裁减哪些劳动者的问题,有些意见认为,用人单位进行经济性裁员时,除了出于削减人员工资费用的目的外,有时还要达到一个对员工结构进行调整以增强经营能力的目的,因此建议裁减人员名单由用人单位根据实际需要确定。这种观点有其合理的一面,但经济性裁员不能只考虑用人单位的需求,很多国家都规定经济性裁员必须遵循社会福利原则,即经济性裁员中还要考虑社会因素,优先保护对用人单位贡献较大、再就业能力较差的劳动者。”立法者甚至还特地提到:“在德国,劳动法规定经济性裁员时,必须先裁减年龄小的、工龄短的、家庭负担轻的、身无残疾的劳动者,否则就是违法。”^①可见,立法者要求用人单位不可恣意按照自己的喜好和需求决定裁员人选,而是借鉴了德国经验,规定挑选人员时必须体现社会因素。

一、德国的社会性挑选制度

虽然我国立法者在引入优先留用制度时提到了德国的社会性挑选制度,却语焉不详,改造优先留用制度确实可以借鉴德国经验,但是应该建立在深入了解的基础上。需要明确的是,与我国只适用于经济性裁员的优先留用制度不同,德国《解雇保护法》第1条第3款至第5款所规定的“社会性挑选”(Sozialauswahl)的规则针对的是基于经营原因的解雇,也就是说社会性挑选并非只适用于《解雇保护法》第17条意义上的规模性裁员,即使雇主基于经营原因只解雇一个雇员,也要进行社会性挑选。如果已经确定了存在“紧迫的经营需求”,也无法通过短时工作制、减时减薪、调动工作岗位等更为温和的措施来避免解雇,那么剩下的问题就是,在多个有可比性的雇员当中应该解雇哪一个?按照德国立法者的社会理念,这个将要被解雇的人选不是雇主可以随意决定的,而是应该按照法定标准和程序找出那个社会保护需求最弱的雇员,社会性挑选的任务就在于将“抽象的劳动力过剩”与“具体的将被解雇的雇员”联系起来,^②经过社会性挑选的过程,最后被辞退的可能不是那个因为经营决策的影响而直接丧失工作岗位的雇员,而是那个社会保护需求最弱从而对工作岗位依赖最少的雇员。

^① 全国人大常委会法制工作委员会行政法室编著:《中华人民共和国劳动合同法解读与案例》,北京:人民出版社,2013年版,第172页。

^② APS/Kiel, 4. Auflage, § 1 KSchG Rn. 654.

（一）社会性挑选的范围

雇主首先应该确定因为经营决策的影响而直接丧失工作岗位的雇员，以他为核心在企业范围内找出与他有可比性的其他雇员，从而划定进行社会性挑选的范围。社会性挑选应当以“企业”(Betrieb)为界，既不是以“公司”(Unternehmen)^①为界，也不是以“企业部分”(Betriebsteil)或者“企业部门”(Betriebsabteilung)为界。按照联邦劳动法院的理解，所谓企业是指“一个独立的组织体，在这个组织体中，雇员和雇主为了实现特定的劳动技术意义上的目的使用物质和非物质的生产资料共同努力，此目的不限于满足自身需求”。^② 由于某企业可能同时追求多个劳动技术意义上的目的，所以判定是否构成一个企业的核心在于是否存在一个独立的组织体，而构成独立的组织体的最重要的特征在于有较为独立的领导团队和管理权限，原则上能够在这个组织体内完成社会事务、人事事务上的决策，比如行为规范、工作作息、薪酬分组等。^③

有可比性的雇员是指那些可以被丧失工作岗位的雇员接替工作的人。具体来说，一方面，丧失岗位的雇员必须具备从事有可比性的雇员的工作岗位所必备的知识技能，经过短暂培训后^④能够胜任工作也可以，^⑤另一方面，有可比性的雇员应该与丧失岗位的雇员处于企业组织体中的同一个层级，与某雇员有可比性的不会是他的上司和下级，如果允许纵向的比较，那么可能导致从上而下的挤出效应，因为处于高层级的雇员往往能够接手处于低层级的雇员的工作，反之则不然。^⑥ 还有一些雇员不能被纳入社会性挑选的范围内，比如受到特殊解雇保护的雇员。

为了帮助理解，不妨举例说明：一家经营百货商店的有限责任公司在汉堡、柏林、慕尼黑等十个城市都开设了分店，这十家分店在组织管理上较为独立，都是劳动法意义上的企业，现在汉堡分店的男装部撤销，男装部所有的销售员的工作岗位

① 请注意区分 Betrieb 与 Unternehmen，德国劳动法意义上的“企业”(Betrieb)是指一个追求劳动技术意义上的目的的组织，从事具体的生产或者服务活动，比如生产鞋子、提供膳食、提供旅游服务，它跟通常意义上的企业(Unternehmen)不同，通常意义上的企业追求的是经济或者公益的目的，是一个经济实体。Unternehmen和 Betrieb 可能会重合，比如某个从事家具制造的公司所有的生产经营都在一处，并无分支，Unternehmen也可能由多个 Betrieb 构成，比如一个经营百货商店的有限责任公司(通常意义上的企业)在十个城市设有分店，即十个生产经营单位(劳动法意义上的企业)，那么每一个分店都可以选举产生自己的企业职工委员会。为了避免引起误解，此处用“公司”来指代通常意义上的企业。参考[德]沃尔夫冈·多伊普：《德国劳动法》，王倩译，上海：上海人民出版社，2016年版，第17页。

② BAG 3. 12. 1954, AP Nr. 1 zu § 88 BeVfG.

③ BAG 15. 3. 2001, NZA 2001, 831ff.

④ 就雇主应当容忍的培训时长，联邦劳动法院曾认为不应超过三个月，详见 BAG 5. 5. 1994, NZA 1994, 1023ff.

⑤ BAG 17. 2. 2000, NZA 2000, 822.

⑥ 详见 APS/Kiel, 4. Auflage, § 1 KSchG Rn. 680ff.