

新冠肺炎疫情下劳动合同不可抗力事由 的正当性及其效力

向春华*

内容提要：新型冠状病毒肺炎疫情这一灾难性突发公共卫生事件的法律属性属于不可抗力。《劳动合同法》相关条款混合了不可抗力与情势变更规则，采行以协商变更劳动合同、预告期、支付经济补偿为条件的无过错解雇制度。该规则无法有效应对不可抗力导致的企业停业停产状态，无法保护劳动者的长远利益，实际上放大了不可抗力的社会风险。传统理论因为没有充分考虑不可抗力制度，无法解释劳动合同中的过错责任，无法合理界定对劳动者保护的限度，从而对企业可能显失公平，无法有效化解不可抗力的社会风险。应当在劳动合同制度中确立不可抗力事由，采用社会保护理念，以失业（就业）保险、就业促进等社会政策对抗不可抗力社会风险，在雇主、雇员、社会和政府之间合理分配不可抗力导致的用工风险和劳动者收入保护责任，平衡劳动者利益与企业利益。

关键词：新型冠状病毒肺炎 不可抗力 劳动合同

为了应对新型冠状病毒肺炎疫情（以下简称“新冠疫情”）这一灾难性的突发公共卫生事件，我国采取了诸多强有力的防控措施，其中对劳动关系影响较大的即是停工停产。一方面，在强制企业停业停产的同时，政策要求，对特定不能提供正常劳动的职工，企业应当支付工作报酬，并不得依据相关规定解除劳动合同。^{〔1〕} 劳动法包括劳动关系法、劳动保护法和集体劳动法，^{〔2〕} 其产生后的首要目标就是保护劳动关系中的劳动者。^{〔3〕} 上述政策无疑体现了这一目标要

* 向春华，中国劳动关系学院法学院讲师。

本文为国家社会科学基金一般项目“中国社会立法问题研究”（19BFX176）的阶段性成果。

〔1〕 参见人力资源社会保障部办公厅《关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》（人社厅明电〔2020〕5号）以及各地政策规定。

〔2〕 参见〔德〕雷蒙德·瓦尔特曼：《德国劳动法》，沈建峰译，法律出版社2014年版，第5页。

〔3〕 参见〔德〕W·杜茨：《劳动法》，张国文译，法律出版社2005年版，第1页。

求。另一方面，根据清华大学经济管理学院、北京大学汇丰商学院以及北京小微企业综合金融服务有限公司联合对 995 家中小企业的调查结果，就现金流而言，34%的企业只能维持 1 个月，33.1%的企业可以维持 2 个月（两者合计 67.1%），最大的支出是员工工资和五险一金（62.78%）。〔4〕自 1 月下旬至本文成文之时，已两月有余，很多地方（特别是湖北）、行业（如餐饮、旅游、院线）仍难言复工复产。即便政府已经作出了减免中小企业社保费的决策，中小企业难以为继者、未按上述要求支付劳动者工资者恐不在少数。如果企业已无财产执行上述政策要求，或者承受的代价是企业破产、更多工人失业，该当如何？

上述政策要求实际上是以劳动合同的持续为前提的。从主流界定来看，疫情以及相应的隔离、延期复工等公共政策属于不可抗力。由雇佣契约向劳动契约的进化，彰显了保护弱者的思想，实践着维护实质平等的法律理念。〔5〕诚哉如此，但我们需要思考的是：当企业面临不可抗力乃至生死存亡之际，是否依然不能解除劳动合同而必须承担对雇员的保护责任；雇主所应承担的责任边界究竟应在何处；雇主保护义务与社会（政府）保护义务的界限在哪里。就用人单位的法定解除权而言，法律上的分类只是描述性分类，并没有探知用人单位解除的根本原因和尺度。〔6〕本文试图分析，“新冠疫情”这样的不可抗力对劳动合同究竟有何影响，如何调适解除权与解雇保护，如何在雇主保护与社会保护之间进行责任分配。

一、新冠疫情与不可抗力制度

（一）新冠疫情的法律性质

关于“新冠疫情”这一突发公共卫生事件，以及政府采取的相应疫情防控措施，全国人大常委会法工委发言人在接受记者采访时表示，属于不能预见、不能避免并不能克服的不可抗力。〔7〕4 月 20 日，最高人民法院颁布了相关文件。〔8〕根据其规定，疫情或疫情防控措施直接导致合同不能履行的，属于不可抗力；如仅导致合同履行困难的，应属于情势变更事由。

最高人民法院对类似疫情法律性质究竟属于不可抗力还是情事变更的判断基本类同。《最高人民法院关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》（法〔2003〕72 号）规定，由于“非典”疫情原因，按原合同履行对一方当事人的权益有重大影响的合同纠纷案件，可以根据具体情况，适用公平原则处理；因政府及有关部门为防治“非典”疫情而采取行政措施直接导致合同不能履行，或者由于“非典”疫情的影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷，按照《合同法》第 117 条和第 118 条的规定妥善处理。前段更符合情势变更

〔4〕 参见《清华、北大联合调研 995 家中小企业，85%的企业撑不过 3 个月》，载 <http://finance.sina.com.cn/roll/2020-02-06/doc-iimxxste9282960.shtml>，最后访问时间：2020 年 2 月 9 日。

〔5〕 参见黎建飞：《从雇佣契约到劳动契约的法理和制度变迁》，载《中国法学》2012 年第 3 期。

〔6〕 参见沈建峰：《劳动法作为特别私法〈民法典〉制定背景下的劳动法定位》，载《中外法学》2017 年第 6 期。

〔7〕 参见《全国人大常委会法工委就疫情防控有关法律问题答记者问》，载 <https://www.chinalaw.org.cn/portal/article/index/id/27621.html>。最后访问时间：2020 年 3 月 11 日。

〔8〕 参见《最高人民法院关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（一）》（法发〔2020〕12 号）。

之表述,后段更符合不可抗力之表述。学者认为,司法实践主要是“结果导向的法思维”,当裁判者需要免责或者部分免责的结果时,便将非典作为不可抗力;当裁判者需要调整或者变更合同内容时,便将“非典”作为情事变更。^{〔9〕}

不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。^{〔10〕}“‘不可抗力情况’是指,致使债务‘不可能履行’的各种事件,而不是指‘仅仅使债务履行需要更大代价’的事件。”^{〔11〕}情事变更^{〔12〕}是指合同有效成立后,因当事人不可预见的事情的发生,导致合同的基础丧失或动摇,若继续维持合同原有效力则显失公平,应允许变更合同或解除合同。^{〔13〕}“所谓情事,泛指作为合同成立基础或环境的客观情况。”^{〔14〕}不可抗力与情势变更制度的区别主要表现在功能、适用范围、可预见性和可避免程度、对合同履行的影响、法律后果等方面。^{〔15〕}

就“新冠疫情”而言,如果其导致合同不能履行,应界定为不可抗力;如果其仅仅对合同履行造成重大影响而非不能履行,应界定为情势变更。就劳动合同而言,这两种情形都有可能发生,基于本文研究目的,主要分析其作为不可抗力的情形。

(二)《劳动合同法》是否涵盖了不可抗力制度

《劳动合同法》未使用“不可抗力”这一表述。其第40条第3项、第41条第1款第4项规定劳动合同订立的客观情况发生重大变化导致劳动合同无法履行且无法变更的,用人单位可以解除劳动合同或者裁员。立法者认为,该规定是指履行原劳动合同所必要的客观条件,因不可抗力或其他情况如自然条件、企业迁移或被兼并、企业资产转移等的出现而发生变化,致使原劳动合同全部或部分条款无法履行。^{〔16〕}这一解释实际上为原劳动部的相关解释。^{〔17〕}

该解释混合了不可抗力与情势变更,有学者直接将其称为“情势变更解除”^{〔18〕}。一是,从“不可抗力适用于合同不能履行、情势变更系合同尚可履行”来看,上述规定因为强调“无法履行”应属于不可抗力。二是,从具体的客观情形如企业迁移、兼并等来看,其是可以预见并可以克服的,不会或很难导致“劳动合同无法履行”,应属于情势变更而非不可抗力。三是,不可抗力如地震、战争、传染病大流行等属于客观情况,但不是合同订立的基础。就“劳动合同订立的客观情况发生重大变化”这一表述来说,亦应属于情势变更。还有学者认为,“客观情况发生重大变化”使劳动合同目的无法实现,最终导致解除,而合同目的落空,亦即“目的不达”,属于英美法制度,其属于情事变更。^{〔19〕}由此可见,《劳动合同法》规则混杂了情势变更与不可抗力。这样一种不伦不类的混合性规则是否恰当呢?如果适应劳动法与劳动合同法的要求,自无问题;反之,则有反思与改革之必要。

〔9〕 参见韩世远:《不可抗力、情事变更与合同解除》,载《法律适用》2014年第11期。

〔10〕 参见《民法总则》第180条第2款。

〔11〕 《法国民法典》,罗结珍译,法律出版社2005年版,第873页。

〔12〕 “情事变更”与“情势变更”含义相同。本文在表述时采用“情势变更”,但在引述时则根据作者的表述分别使用。

〔13〕 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第488页。

〔14〕 崔建远主编:《合同法》,法律出版社2016年版,第90页。

〔15〕 参见王利明:《合同法研究》(第2卷),中国人民大学出版社2015年版,第386-387页。

〔16〕 参见全国人大常委会法制工作委员会:《中华人民共和国劳动合同法释义》,法律出版社2007年版,第143页。

〔17〕 参见劳动部办公厅公布的《关于〈中华人民共和国劳动法〉若干条文的说明》(劳办发〔1994〕289号)第26条第3款。

〔18〕 李孝保:《中国劳动法基本理论问题研究》,法律出版社2019年版,第240页。

〔19〕 参见前引〔13〕,韩世远书,第492页。

（三）劳动合同解除及相关制度之困境

首先，混合规则无法应对新冠疫情及类似不可抗力的现实状况。根据该规则雇主解除劳动合同至少须具备两个条件：（1）与雇员就变更劳动合同进行协商，“即劳动合同内容上的协商，尤其是工作岗位与薪金待遇之调整方面的协商”〔20〕；（2）遵守30日的预告期或支付同等金额补偿金。在停工停产、企业资金完全耗尽时，雇主无法与雇员就劳动合同内容变更进行协商，也无法遵守该预告期或支付经济补偿的要求；规则的适用很可能导致企业破产，雇员的劳动债权无法清偿。这显然与该规则的保护目的背道而驰。

其次，混合规则可能成为“压死骆驼的最后一根稻草”，使所有雇员以及潜在雇员利益受损。假定允许雇主在面临新冠疫情及类似不可抗力时（如不可抗力发生后15日）解除劳动合同，雇主因而不致破产。在不可抗力终结后，雇主可重聘原雇员或新聘其他雇员，可以解决更多人、更长期的雇用维持与就业保障。但混合规则使中小型企业走上灭亡之路，雇用维持与就业保障只能成为“水中月，镜中花”。不能因为保护大多数人的利益就当然牺牲少数人或个别人利益，同样，牺牲多数人利益保护少数人利益也未必正当。

此两项困境根源于混合规则更多考虑的是劳动合同订立时的客观情况之变化即情势变更，而没有充分考虑新冠疫情等不可抗力。在前者，雇主仍有相当履行能力；而在后者，雇主对于所有或大部分雇员已无履行劳动合同可能。

再次，从效力来看，该混合规则包含了劳动合同的变更与劳动合同的解除。而该规则中的劳动合同变更与一般变更即合意变更完全相同，实为画蛇添足。如果雇主只想解雇，自然不可能达成变更，该项变更形同虚设；如果雇主确愿变更，适用一般变更规则即可达成，该项变更可被束之高阁。其根源在于混淆了情势变更与不可抗力的不同效果。

最后，混合规则无法充分说明解除的根源及其正当性。学者将其概括为无过失解除（预告解除）以及经济性裁员。〔21〕但是，为什么雇主享有解除权呢？此种解除或裁员的法理基础是什么？目前以各种价值为基础提出的论证都值得商榷。〔22〕

正因为混合规则存在上述缺陷，所以需要引进和借鉴不可抗力制度。而这需要解决一个前提性问题，即：在劳动合同中是否可以引进和借鉴不可抗力制度，或者，在劳动法/社会法体系中是否可以借鉴私法的不可抗力制度。

二、劳动合同中引进不可抗力理论的正当性

（一）劳动法的部门法属性与民法理论的借鉴

关于劳动法的属性，有社会法说、〔23〕独立法律部门说、〔24〕特别私法说〔25〕等理论。但即便

〔20〕 参见郑尚元：《劳动合同法的制度与理念》，中国政法大学出版社2008年版，第270页。

〔21〕 参见林嘉：《劳动法的原理、体系与问题》，法律出版社2016年版，第210-211页。

〔22〕 参见前引〔6〕，沈建峰文。

〔23〕 参见前引〔21〕，林嘉书，第36-41页。

〔24〕 参见王全兴：《劳动法》，法律出版社2017年版，第44页。

〔25〕 参见前引〔6〕，沈建峰文。

认为劳动法属于独立的法律部门，论者也依然承认劳动法与民商法等法律部门在调整对象、调整方法、法律原则等方面存在交叉。^[26]这一论断是显而易见的。民法是市场经济的基本法，是市民社会的基本法。^[27]诸如法人制度、自然人权利能力与行为能力等基本制度均由民法设定，劳动法必须遵循民法的基本制度，其实质是遵循社会基本制度。劳动法起源于市场配置劳动力资源，其社会保护的属性无法让劳动法离开民法。^[28]

需要进一步回答的是，在劳动合同领域能否、应否适用民法尤其是合同理论。有观点认为，在法律适用上，劳动法的案件不能适用民法的规则，即使是在劳动合同领域，当《劳动合同法》没有规定时，也不能适用民法的一般原理。^[29]相反观点则认为，民商法中某些反映合同一般特征的规定，可在一定条件下用来规范劳动合同。^[30]

劳动合同虽然有国家强制性干预的介入——这正是劳动法的基本特征之一，例如在符合一定条件时强制认定劳资双方为无固定期限劳动合同，但依然是劳资双方之间的合同。劳动合同是私人之间的合同，私法或合同法的规则仍有适用余地。^[31]虽然要符合国家强制性法律规定，但劳资双方订立劳动合同，在绝大多数情形下、其绝大多数条款都遵循意思自治原则。“私人自治和国家规制是劳动法须臾不忘之核心议题。”^[32]劳动合同法从民法汲取营养，在比较中相互促进。^[33]而对于作为合同法重要制度的不可抗力，劳动合同法也就不存在必然排斥的问题。

（二）劳动合同的合意属性对契约自由及其限制的借鉴

不可抗力的基本功能是阻却法律责任，在合同法中即为对违约责任的排除。在劳动合同中能否引进不可抗力理论还需考察劳动合同中的契约自由问题。一般认为，在近代民法向现代民法转变的过程中，经历了私法自治到私法自治的限制，^[34]即从合同自由到对合同自由的限制，^[35]兼顾了契约自由与契约正义^[36]。但是，并非由后者取代了前者。^[37]在劳动合同中，立法对于合同自由的干涉更甚于普通民事合同，但这同样并不意味着契约自由即合同自由已经不在。

纵观国内关于劳动合同的文献资料，关于劳动合同对于契约自由体现的论述很少。但几乎无一例外的是，均认为劳动合同即劳动契约、劳动协议，系劳资双方订立的协议。^[38]从域外法来看，亦如此，如《德国民法典》第611条，《法国民法典》第1779条、第1780条，《瑞士债法

[26] 参见前引 [24]，王全兴书，第46页。

[27] 参见王利明、杨立新、王轶、程啸：《民法学》，法律出版社2019年版，第7页。

[28] 参见前引 [6]，沈建峰文。

[29] 参见林嘉：《劳动合同若干法律问题研究》，载《法学家》2003年第6期。

[30] 参见前引 [24]，王全兴书，第46页。

[31] 参见谢增毅：《民法典编纂与雇佣（劳动）合同规则》，载《中国法学》2016年第4期。

[32] 许可：《劳动合同的自治与规制——以“违反强制性规定的劳动合同”为中心》，载《法学家》2017年第2期，第56页。

[33] 参见郑尚元：《民法典制定中民事雇佣合同与劳动合同之功能与定位》，载《法学家》2016年第6期。

[34] 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社2017年版，第4-5页。

[35] 参见王利明：《合同法研究》（第1卷），中国人民大学出版社2015年版，第180-185页。

[36] 参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第32页。

[37] 参见前引 [34]，梁慧星书，第5页。

[38] 参见前引 [20]，郑尚元书，第11-12页；前引 [21]，林嘉书，第151页；前引 [24]，王全兴书，第131页；谢增毅：《劳动合同论》，社会科学文献出版社2019年版，第189页；徐智华：《劳动合同法研究》，北京大学出版社2011年版，第1页；黄越钦：《劳动法新论》，中国政法大学出版社2003年版，第86页。

典》第10章等相关条款均列在“合同”下。而协议就是“合意”，是当事人意思表示的一致。^{〔39〕}既然劳动合同仍是“合同”“契约”或“协议”，那么不管有多少独特之处，其必须具备合同最基本的特征。劳动合同是一种公力干预的合同，但同样遵循合同的一般规律。^{〔40〕}其本质是合意。^{〔41〕}劳动合同没有、也不可能完全排斥契约自由。

在劳动合同仍须遵循契约自由原则的前提下，无论是从契约自由的视角，还是从公权力干预的视角，不可抗力均有其存在的空间。就前者而言，存在劳资双方可否就不可抗力进行约定的问题；就后者而言，则存在公权力能否就不可抗力情形下劳动权利与劳动义务进行干预，以及干预的界限问题。

（三）合理分配法律责任的需要

在过错责任原则的背景下，不可抗力致使合同不能履行，债务人对此无过错，自然不负违约责任。在无过错责任原则下，在发生不可抗力场合债务人仍应负责任，只是法律出于伦理、风险分配等考量而“特赦”。^{〔42〕}我国劳动合同的解除存在过错解除与无过错解除两种情形。^{〔43〕}但劳动合同的特殊性在于，虽然不是由于自己的过错导致违约，而系不可抗力导致，但并不能直接免除行为方的法律责任，因此更类似于无过错责任。

由于雇员享有辞职权，且除了特定情形如有服务期制约，其无过错解除几乎不受限制，因此不可抗力下对雇员辞职权几无限制。对于不可抗力下用人单位的解除权主要体现在《劳动合同法》第40条第3项、第41条第1款第4项。一方面，基于劳动关系，需要考虑此种情形下为何雇主仍然要承担法律责任；另一方面，要考虑不可抗力免除了何种责任，或者说限定了何种解除条件，为什么要进行此种限制。没有不可抗力理论很难对此解说清楚。

三、不可抗力的效力及其限制^{〔44〕}

（一）作为不負責任（免責）事由

不可抗力作为法定免责事由，在民法理论中已成定论，且为世界各国立法所普遍确认。^{〔45〕}针对劳动合同，亦有观点认为，不可抗力作为劳动违约责任免责事由存在的合理性毋庸置疑。^{〔46〕}此结论过于简单，既不符合我国立法现实，也没有在理论上分析清楚。

一方面，当不可抗力发生时即免除雇主责任，不符合劳动法“倾斜保护劳动者的原则”^{〔47〕}。另一方面，完全不免除雇主责任，不符合“过错归责原则”^{〔48〕}的要求，不能体现过错“对个人

〔39〕 参见前引〔13〕，韩世远书，第3页。

〔40〕 参见前引〔20〕，郑尚元书，第12页。

〔41〕 参见沈建峰：《论劳动合同在劳动关系协调中的地位》，载《法学》2016年第9期。

〔42〕 参见崔建远：《不可抗力条款及其解释》，载《环球法律评论》2019年第1期。

〔43〕 参见前引〔24〕，王全兴书，第213页。

〔44〕 限于文章篇幅，本文效力部分主要针对不可抗力对于雇主的影响而论。

〔45〕 参见刘凯湘、张海峡：《论不可抗力》，载《法学研究》2000年第6期。

〔46〕 参见太月：《劳动违约责任免责事由的适用分析》，载《当代法学》2013年第4期。

〔47〕 参见前引〔21〕，林嘉书，第52页。

〔48〕 秦国荣：《劳动违约责任：归责原则、构成要件及立法完善》，载《当代法学》2006年第2期，第52页；太月：《劳动违约责任研究》，对外经济贸易大学出版社2015年版，第63页。

行为的非道德性、反社会性的价值判断”的意义并由此确定其责任的有无，从而使行为的责任界限得到明确划分。^{〔49〕}《劳动合同法》规则的逻辑结构是：不可抗力仍然是雇主的不负责任事由——雇员没有提供劳动且不可归责于雇主，故雇主不应承担责任，但基于劳动法的保护目的，限制了不可抗力的免责效力。现行规范的主要问题是：限制的边界是否合理。

从新冠疫情的现实来看，在雇员没有提供劳动、雇主没有过错且遭受巨大损失而无法维系时，人社部相关政策及规章、地方性法规、地方政府规章规定均仍然要求雇主在相当长的期间内支付全额工资、履行其他义务，并承担部分给付义务。严格来说，这并未承认不可抗力的免责效力，最多仅承认了其减责效力（从广义而言也可认为是免除了部分责任）。其对不可抗力的免责效力限制的边界过宽。就特定雇主而言，可能导致雇员更多利益、更多雇员利益无法实现——在雇主破产的情形下。这时其保护目的未必能够实现。

基于劳动法的本质属性，完全采行民商法中不可抗力的免责效力几不可行，但宜基于过错评价、客观现实、利益平衡、政策措施、制度比较等各种因素，缩小对其免责效力的限制。

（二）作为解雇事由

解除是一方合同当事人以终止劳动关系为目的向另一方当事人作出的单方须受领的意思表示。^{〔50〕}不可抗力可作为合同解除的事由。^{〔51〕}如前所述，在不可抗力发生时，《劳动合同法》虽然允许解除合同，但需协商并有30日的预告期。我国台湾地区“劳动基准法”第11条规定，因不可抗力暂停工作在1个月以上时，预告期为10—30日，未规定协商为必要条件。因此，不可抗力作为解雇事由在理论上与实务上均得到承认。但同时亦基于劳动法的本质属性，而对其效力予以限制。该规则同样存在限制过宽的问题，无法有效应对新冠疫情的现实，亦应综合考虑各种因素，缩小对不可抗力解雇效力的限制。

（三）作为变更事由

当不可抗力对于合同履行的影响没有达到“不能实现合同目的”的程度时，不发生解除权，合同关系继续存在，但合同的内容可能需要变更调整。^{〔52〕}社会动乱、自然灾害等可引起劳动合同的变更。^{〔53〕}

现行规则的问题在于：一是其将变更作为解雇的条件之一，将两者混杂；二是其所谓的“变更”与一般劳动合同的变更并无不同，此种变更实无存在之必要。亦即，现行立法虽承认不可抗力的变更效力，但此“变更效力”不同于不可抗力应有的“变更效力”。有鉴于此，一是可以考虑直接赋予雇主解雇权。如果出现了一定事实，结合个案中的所有情况并权衡双方当事人的利益，该事实使得对解除人来说劳动关系继续存续至解除期限或约定的劳动关系终止之时难以合理期待，则基于该重要原因双方当事人可以不遵守解除期限进行解除。^{〔54〕}在此种情形下无须进行变更。二是单设变更条款，赋予一方当事人变更请求权，赋予对方当事人变更义务。即在未根本

〔49〕 参见王卫国：《过错责任原则：第三次勃兴》，中国法制出版社2000年版，第158页。

〔50〕 参见前引〔2〕，雷蒙德·瓦尔特曼书，第241—242页。

〔51〕 参见前引〔15〕，王利明书，第545页。

〔52〕 参见前引〔13〕，韩世远书，第486页。

〔53〕 参见前引〔38〕，徐智华书，第124—125页。

〔54〕 参见前引〔2〕，雷蒙德·瓦尔特曼书，第252页。

影响劳动合同的目的、有变更履行的可能时，一方当事人请求变更，对方当事人应予变更。当协商不成时，可进行司法（劳动仲裁）变更。

（四）延缓履行与劳动合同中止

不可抗力的另一个效力是可以延缓履行合同。若不可抗力仅引起暂时的不能履行，在不可抗力现象消失后，即可采取迟延履行等补救措施而非解除合同。^{〔55〕} 迟延履行本属于违约行为，在因不可抗力发生时免责，实质上仍属于免责效力。从新冠疫情来看，免除雇主迟延给付的责任是存在的，如延期支付工资不承担法律责任。

在我国劳动合同制度中，没有设立迟延履行的规则，或因劳动法的保护目的，不允许雇主基于任何原因迟延履行。从这个角度来说，现行立法规则并不周延，政策性免除雇主迟延给付责任充分说明了此点。

与此问题相关，学界有关于劳动合同中止的观点，认为不可抗力应作为劳动合同中止事由。值得思考的是，民商事合同中并无“中止”一说，劳动合同中的“中止”说究竟能否成立，值得探讨。因此问题非本文重点，仅简要分析之。

一般认为，劳动合同中止即劳动合同履行的暂停，指在劳动合同履行过程中，因出现法定或约定事由，而暂停履行劳动合同约定的主要义务，待该事由消除后恢复履行。中止事由包括因不可抗力致使合同暂时不能履行。^{〔56〕} 因不可抗力导致的劳动者失踪、客观上不能履行劳动合同，应适用劳动合同中止。^{〔57〕} 从其概念来看，劳动合同中止系指履行中止而非效力中止，那么在劳动合同效力依然存在时，当事人又可拒绝履行，两者显然是矛盾的。无论从现行立法还是劳动法理论来看，在不可抗力发生时，特别是不可抗力仅仅影响雇员、而对雇主影响甚微时，完全排斥雇主义务也是不可行的。且不论现行法如医疗期等保护性规范，仅从劳动法的解雇保护理论来看，如果完全按照民商事合同处理，从而完全免除雇主对雇员的生活保障义务，那么，如何体现雇员对雇主的人身和经济依赖性，又如何体现雇主对雇员的照顾和保护义务？

唯一涉及合同中止的是保险法中保费分期支付的人寿保险合同效力的中止，学界共识认为是指效力的中止，也称失效、停效。^{〔58〕} 其目的在于平衡分期付款的长期寿险（通常为终身寿险）合同中投保人、被保险人与保险人之间的利益，避免投保人已经长期缴纳保费后因一时不能缴费而保险人解除保险合同致使投保人和被保险人利益受损、保险人坐收渔利之不公平结果。其逻辑关系是：按照一般合同法理论，投保人违约，保险人可以解除保险合同；但基于保险的保障功能，保险法仅允许人寿保险合同暂时失效，允许复效。保险法中的这一共识是准确的。认为劳动合同可因不可抗力而发生履行中止的效力是不恰当的。在不可抗力发生时，无论是普通合同、劳动合同、保险合同，并非无效，亦非不应履行，而是不能履行，并由此发生是否要承担法律责任、是否可以变更或解除的问题。

〔55〕 参见叶林：《论不可抗力制度》，载《北方法学》2007年第5期。

〔56〕 参见前引〔24〕，王全兴书，第202-203页。

〔57〕 参见秦国荣：《劳动合同中止制度：劳动者权利维护及制度架构》，载《政法论丛》2010年第4期。

〔58〕 参见樊启荣：《保险法》，北京大学出版社2011年版，第207页；贾林青：《保险法》，中国人民大学出版社2014年版，第138页；温世扬主编：《保险法》，法律出版社2016年版，第193页；李玉泉：《保险法》，法律出版社2019年版，第236页；江朝国：《“保险法”逐条释义（第四卷 人身保险）》，中国台北元照出版有限公司2015年版，第442-455页。

四、不可抗力、劳动合同与社会保护

（一）利益倾斜与利益平衡

传统劳动法理论认为需要对劳动者进行倾斜保护，这或许正是不可抗力理论难以在劳动法中生根发芽的根本原因。这一理论认为保护劳动者首先就是要保护劳动者的基本利益，雇主向雇员支付的利益不得低于最低标准。^{〔59〕}“倾斜保护劳动者，以确保劳动者的生存。”^{〔60〕}解约保护试图给予构成雇员一般生存基础的劳动关系以存在保护，^{〔61〕}实施解雇保护以保护劳动者的生存权和就业权^{〔62〕}。但这一理论无法解释劳动合同中过错责任的存在。劳动者即便犯了严重过错，难道其基本生活就不需要保护吗？既然需要保护，为什么还可以解雇呢？该理论也无法解释保护的平衡问题。如果说最低工资构成基本生活保护，那么远高于最低工资的全额工资还应当保护吗？

不可抗力的落脚点是重新分配当事人的利益和负担。^{〔63〕}对于不可抗力的效力限制，立法者也认为是基于利益平衡，“是在平衡保护劳动者与企业合法利益基础上作出规定的，无过错解除情形下用人单位对劳动者的给付责任，目的是对劳动者进行保护，为劳动者寻求新的工作提供必要的时间保障”^{〔64〕}。因不可抗力而预告终止劳动契约，资遣费乃是雇主保护照顾义务之效力所衍生的一种义务，其法律性质为对受解雇劳工之“离职补贴”。^{〔65〕}然而，为何过错解除下雇主就没有保护义务了？就大陆法而言，离职与新工作期间的生活保护本有失业保险保障，为何还需要雇主保护？双重保护是否占用了更多社会资源而未尽公平？

传统劳动法理论通过解雇保护等制度限制不可抗力制度的适用，以平衡雇主与雇员之间的利益。但从新冠疫情这一典型的不可抗力事件来看，传统劳动法理论对雇员过于倾斜的保护，不仅可能严重损害雇主利益，也很可能损害雇员的根本利益。我国工人解雇保护水平是比较高的，甚至高出了经济合作与发展组织（OECD）许多发达国家的保护水平，应合理兼顾劳资双方利益。^{〔66〕}兼顾的依据或许就是，无论雇员还是雇主，都应当也只能得到其应当得到的。而不可抗力制度则提供了界定是否属于“应当得到的”的理据。但在传统制度框架下，适用不可抗力制度可能导致雇员利益无法保护的问题，因此存在两难。

（二）劳动法作为社会政策

遵循不可抗力制度会在相当程度上“解放”雇主，但雇员利益可能“落空”，这显然也是不能容许的。一方面，劳动者因疫情等不可抗力无法提供劳动，非其自身过错所致，若因此使其无法获取收入、失业而终使其生活陷入困顿，对其自身及其家庭显失公平；另一方面，因疫情等不

〔59〕 参见前引〔24〕，王全兴书，第58页。

〔60〕 前引〔21〕，林嘉书，第53页。

〔61〕 参见前引〔3〕，W·杜茨书，第127页。

〔62〕 参见前引〔20〕，郑尚元书，第288-292页。

〔63〕 参见前引〔55〕，叶林文。

〔64〕 参见前引〔16〕，全国人大常委会法制工作委员会书，第141页。

〔65〕 参见前引〔38〕，黄越钦书，第158页。

〔66〕 参见前引〔38〕，谢增毅书，第189页。

不可抗力致使劳动者无法提供劳动、企业陷入停产等厄境，亦非企业原因所致，令企业仍旧承担给付义务，甚至令已完全无履行能力之企业继续承担对劳动者之照顾义务，实乃强人所难，既难言公平，亦不现实。妥善的化解之道应是寻求社会风险及其因应之社会政策。

风险使这个地球上所有的生命形态都处在危险之中。^{〔67〕}通过制造或限制涟漪效应产生的后果，会导致风险的放大或弱化。^{〔68〕}新冠疫情等不可抗力，均属于社会风险而不可归责于劳资任何一方。仅仅让企业一方承担，实际恶化了企业状况，最终会导致风险的扩大。减缓风险的“典型行动包括救灾、医疗措施和家庭援助”^{〔69〕}。即通过社会政策，由政府通过采取公共行动来确保国民的生活不会因为不幸、经济压力或者社会弱势而受到影响。^{〔70〕}

申言之，新冠疫情等不可抗力所造成的困境乃社会风险所致，应采抵抗社会风险之社会政策待之，既可保劳动者及其家庭周全，亦不致强使雇主陷入更大之困境，可在更大的范围内使企业对更多劳动者的长远利益发挥更好的保护功能。具体而言，可采以下方略，透过生活保障与就业促进的双重措施对劳动者实施社会保护，为发挥不可抗力之效力、平衡劳动者利益与企业利益保护奠定坚实基础。

第一，在如“新冠疫情”以及相应的停产措施等不可抗力发生致使企业完全无法履行及变更劳动合同时，应径赋企业以预告解雇权。预告期应大幅度缩短，如为7日。同时应设定企业重新雇用之义务，即如企业逃脱此劫重新营业需要新雇员工时，必须先行雇用因不可抗力而解雇之员工。其核心要义在于，在雇主没有过错且难以承受保障义务时，原则上不令企业承担保障义务。

第二，对于不可抗力主要影响雇员义务提供、而没有对企业整体营业造成根本性不利影响之情况，应与第一种情形分别待之。一是可适当延长解雇预告期；二是可免除雇主预告期内部分给付义务，如降低薪酬。在此种情形下，雇主所受影响较小，尚有履行一定的保护义务，亦为稳定劳动关系计，其所负保护义务应较第一种情形为多。

第三，增设社会保险给付义务。失业（就业）保险的功能包括生活保障、稳定就业、促进就业。^{〔71〕}故对于因不可抗力而被降低薪酬、解雇之雇员，可透过失业保险、其他社会保险项目或财政资源，给付损失补偿。给付标准应高于现行失业保险金标准，以确保雇员及其家庭基本生活为限；给付期限直至不可抗力终结，且该期限不计入失业保险金领取期限；不可抗力事件终结时，失业雇员尚未就业的，变更为失业保险金。

第四，在改造失业保险为就业保险之同时，透过财政政策等综合就业促进措施，优先促进因不可抗力而失业之劳动者重新就业，包括在原单位重新就业及以其他方式实现再就业。将雇主的就业维持与社会和政府的就业促进有机衔接。

劳动合同立法既是一项立法活动，也是一种重要的社会政策，其宗旨包括对劳动者倾斜保

〔67〕 参见〔德〕乌尔里希·贝克：《风险社会：新的现代性之路》，张文杰、何博闻译，译林出版社2018年版，第7页。

〔68〕 参见〔英〕尼克·皮金、〔美〕罗杰·E·卡斯帕森、保罗·斯洛维奇：《风险的社会放大》，谭宏凯译，中国劳动社会保障出版社2010年版，第26页。

〔69〕 〔美〕珍妮·X·卡斯帕森、罗杰·E·卡斯帕森：《风险的社会视野》（下），中国劳动社会保障出版社2010年版，第20页。

〔70〕 参见〔美〕Neil Gilbert、Paul Terrell：《社会福利政策引论》，沈黎译，华东理工大学出版社2013年版，第37页。

〔71〕 参见向春华：《社会保险请求权与规则体系》，中国检察出版社2016年版，第467页。

护、平衡劳资关系并追求和谐稳定、促进经济社会发展。^{〔72〕}借取民法雇用契约长久形成之法理，辅之以劳动法实施社会政策之矫正，乃是我国劳动合同制度完善的必由之路。^{〔73〕}通过社会政策的实施，劳动者因不可抗力所遭受的收入与就业风险获得社会保护，才有可能“解放”或限缩雇主的保护边界，才能扫清发挥不可抗力效力的障碍。

五、结 论

就法学以观，新冠疫情作为不可抗力，在劳动合同中亦应具有存在价值，以合理界分劳资双方的法律责任。法律上之所以未能正确规范不可抗力制度、未能有效发挥其效力，而使雇主承担了无法承受之重，不仅源于对该制度的理论探究不足，更源于未能准确洞悉新冠疫情的他面属性。在更宏观的社会视角下，新冠疫情此等不可抗力属于现代社会可能遭受之社会风险，不仅雇员无法独立承受此等社会风险，作为个体的独立雇主亦无法承受该等社会风险。应从社会政策视角，综合采用社会保障制度等策略因应此种社会风险，实现劳动法与社会保障法、社会政策的交融。雇员、雇主、社会、国家每个主体都应承担起各自应当承担的责任。唯有如此，才能使劳动关系更和谐，企业更稳健存续，劳动者的利益得到更好的、更长远的保障，不可抗力制度也才能从“应然”走向“实然”。

Abstract: The outbreak of COVID-19 was a force majeure event. The relevant provisions of Labour Contract Law combine the rules of force majeure and change of circumstances, and adopt the no-fault dismissal system with the conditions of negotiation and change of labor contract, advance notice and payment of economic compensation. This rule can not effectively deal with the state of business suspension caused by force majeure, and can not protect the long-term interests of workers, which actually magnifies the social risk of force majeure. Because the traditional theory does not fully consider the force majeure system, it cannot explain the fault liability in the labor contract, cannot reasonably divide the limit of labor protection, and may be unfair to the enterprise. The force majeure system should be established in the labor contract. Social policies, such as unemployment (employment) insurance, employment promotion, should be adopted to combat social risks of force majeure. And it is needed to reasonably distribute the responsibility for the employment risk and income protection caused by force majeure among the employer, the employee, the society and the government.

Key Words: COVID-19, force majeure, labor contract

(责任编辑: 朱晓峰 赵建蕊)

〔72〕 参见李雄:《论我国劳动合同立法的宗旨、功能与治理》,载《当代法学》2015年第5期。

〔73〕 参见前引〔33〕,郑尚元文。