■专栏

新劳动合同法会不会成为一个摆设

在新的劳动合同法中,法学家们忽略了理性约束和成本两个非常重要的问题。签订一份多长时期的合同,是雇员和企业之间的事,法律为什么要干预呢?如果在企业的用工细节上都设限定,那么这部法律也许会成为摆设。

⊙周业安

无论是沃尔马、三星这样的国际知名公司,还是华为这类国内知名公司,现在都无一例外地被新的劳动合同法所困扰,更别提各种各样的普通企业了。当这部法律准备实施时,人们惊喜于中国劳动者权益保障的进步,原先处于弱势的劳动者群体似乎有了依靠。岂料企业的普遍反应对此泼了一盆冷水。媒体也好、学者也好,民众也好,政府官员和工会组织也好,都铺天盖地地指责企业缺乏社会责任。当少数学者提醒新劳动合同法可能带来的危害时,立马就被塑造成资本的代言人。但在义正辞严的背后,有多少人在冷静思考:是企业错了,还是法律错了?

先不说新劳动合同法可能对企业的人工成本带来的影响,现在争议最多的是合同期限。这究竟该如何确定?这是一个经济问题。雇主在选择雇员的时候,不仅要考虑雇员自身的人力资本和发展潜力,而且还要考虑企业的发展前景和外部环境约束。如果身处一个经济繁荣期,如果一家企业正不断扩张,相应的雇员数量也就会持续上升。此时如果企业一激动,决定和每个雇员签订一份长期合同,结果会怎么样?也许人们会说,这个企业是承担社会责任的典范!但从经济学的视角看,这个企业注定是一个失败者!道理再简单不过,长期合同降低了用工的灵活性,使得企业无法及时应对未来的环境变化。一旦未来经济不景气,企业为了瘦身将会面临巨大的交易成本。所以,企业在确定劳动合同期限时,一定会权衡成本和收益,这样做的企业恰恰是有效率的,尽管看起来不太仁慈。

对于雇员来讲,同样也会考虑类似的问题。合同到底是签短期还是长期?如果是短期,缺点是保障度低,会面临未来再就业的麻烦;优点是灵活,能够给自己更多机会。反之,如果是长期,看起来有保障,风险低,但自己未来的选择机会也就下降了。所以,签订一份多长时期的合同,是雇员和企业之间的事,与社会无关。合同的最优期限,取决于企业与雇员双方对风险的态度和相互了解程度、雇员的人力资本、企业的发展状况、劳动市场的供求状况以及其他环境因素等。如果光以劳动期限来评价企业的社会责任,认为企业提供的长期合同越多,就越讲社会责任,实在非常荒谬。华为事件外热内冷,不就是最好的注解么?在局内人看来,局外人想得太多。

既然选择合同期限是企业和雇员双方的事情,法律为什么要干预呢?在新的劳动合同法中,我们可以很明显看出这种成文法的致命弱点:意在追求完备的法律条款,可实际上导致了法律的僵化!法学家们忽略了理性约束和成本两个非常重要的问题。法学家们自认为能够代替民众制定出一部非常完备的法律,这部法律要考虑到权利的方方面面,并且要设想各种侵权的途径,并对其防范和救济。但计划没有变化快,一方面,社会经济关系是不断演变的,当一部法律出台开始实施的时候,已经面临了可能完全不同的环境,原先的许多条款有可能立即面临不适应的尴尬局面;另一方面,法学家能够预见未来的可能情形吗?绝对不可能。有限理性学说早已说明,人们对现有的复杂关系和未来的不确定性根本无法正确认知;并且即使对某些关系能够认知,也很难以文字精确表达。这两个方面的因素必然导致法律的不完备,这也就意味着任何成文法的法律都必然存在漏洞。麻烦在于,如果成文法试图要弥补这个漏洞,必须耗时耗力重新修订法律,等新一轮修订完成,再次会发现法律的滞后,于是我们所习惯看到的法律低水平重复就出现了。

现有的新劳动合同法除了具备上述不完备性外,还出现了另一个问题,那就是法律的成本。法律如果不考虑成本,那必然无法有效实施。法律的成本多种多样,比如诉讼、取证、执法等各个环节都会发生费用,除此以外,还有一些更重要的成本,那就是由法律引发的间接交易成本。任何法律条款有利就有弊。比如新劳动合同法规定,劳动者在该用人单位连续工作满十年可以获得无固定期限劳动合同,据说华为等公司正是为了规避该条款而对部分职工提前解约的。这个条款有问题吗?看起来是为了有效保护老员工啊。但一考虑到执行成本,这个条款其实毫无效果。对一个企业来说,为了避免以后解雇的麻烦,当新法实施时,完全可以对新员工试用期满后仅仅签订一份9年的合同,而不需要提供无固定期限合同。我想稍具常识的人都知道这一点。那么规定这个10年期限有什么意义呢?换句话说,这个条款写成15年或者20年,都不影响这部法律本身。它本来就是多余的。

为什么是10年?在经济学中,好歹还可以求出一个雇佣合同的最优期限,但其中的核心是不同信息和风险分布下的成本和收益的权衡。法学家们是否从成本和收益的角度计算过这个最优期限?我实在想不出这个10年确定的理由在哪。当华为作出反应以后,一些法学家们并不去反思法律本身,而是指责华为缺乏社会责任,但这些法学家自己也不得不承认,华为的做法并不违法。劳动法的核心是平衡劳资双方的权益,如果某些条款对双方都没有意义,那么这个条款就是多余的。

毫无疑问,法律应该切实保护劳动者的权益,但一部法律如果在企业的用工细节上都设限定,那么这部法律也许会成为摆设。在法律不可能完备的前提下,一部看似完备的法律仅仅会增加法律的成本,却很难保障人们的权益。

(作者系中国人民大学经济学院教授、博士生导师)

杭萧钢构案可能成为内幕交易民事赔偿第一案

⊙宋一欣

12月3日,浙江省丽水市人民检察院依法以涉嫌泄露内幕信息罪对杭萧钢构股份有限公司证券办副主任、证券事务代表罗高峰,以涉嫌内幕交易罪对公司原证券办主任陈玉兴与职业股民王向东提起公诉。这样,杭萧钢构案从以虚假陈述为特征的"中国牛市违法第一案"将可能变成兼有虚假陈述和内幕交易特征的"第一案",而且,将是迄今为止中国证券市场中涉案金额最大的内幕交易案。

根据《中华人民共和国刑法》180条及其《修正案》的规定,如果以内幕交易罪定案,罗高峰、陈玉兴与王向东有可能被判处五年以上十年以下有期徒刑,其中,陈玉兴因有立功表现,估计能减轻处罚至五年以下有期徒刑;同时,将依法没收其非法所得4073万余元并处违法所得一倍以上五倍以下罚金,考虑到违法所得金额比较巨大,有可能只处最低限额即一倍——4073万余元的罚金。

但是,这中间出现了一个新的问题。在杭萧钢构案中,由于虚假陈述和内幕交易的侵权行为并存、联动、呼应、互为因果而非单立,故出现了侵权责任竞合(从侵权人角度)或请求权竞合(从受害人角度)。在杭萧钢构案中同时出现虚假陈述与内幕交易竞合的现象,还是第一次。而且,过去相关案件中发生的侵权责任或请求权的竞合,只限于行政责任或刑事责任,没有涉及民事责任,而这次的杭萧钢构案中,有可能出现民事侵权责任或请求权的竞合,也是第一次,这在《证券法》及相关司法解释中,是语焉不详的。

从法理上说,权益受损的投资者向侵权人追究民事责任,可能会是多方面的。但法院审理时,则应当根据避免增加讼累的原则处理之,即在同一损害后果情况下,应尽量避免出现多案由、多诉请、多审理、多案判决并存的局面。投资者起诉时,若已经涉及多种责任,则自不待言,但若仅涉及某一责任时,则法院应告知存在多种责任。若法院当时因故不知存在多种责任或投资者拒绝涉及多种责任,再涉讼时,后案应扣除前案已定责任承担范围,若前案未审结发生后案,两案应合并审理。此点还可能涉及主体范围、举证责任、责任归并、权利义务确定、诉讼时效、管辖权等一系列法律问题,有待澄清或确认。

因此,在杭萧钢构案中,一旦生效并认定有罪的《刑事判决书》形成,因虚假陈述提起民事赔偿的投资者,应当考虑在原案中追加内幕交易民事赔偿的侵权原告责任人为被告,使法院能归并虚假陈述、内幕交易两种侵权民事责任或民事诉讼请求权,予以单案审理,并由此明确两种侵权责任与责任人应承担的责任范围。对此,法院应当向涉讼的投资者明确告知。虚假陈述民事赔偿的民事责任人主要是杭萧钢构公司等的证监会行政处罚对象,而内幕交易民事赔偿的民事责任人将是由丽水中院认定有罪的犯罪人。

投资者一般比较关心民事赔偿诉讼中的财产保障问题,虚假陈述民事赔偿中的杭萧钢构公司自不待言,而在内幕交易民事赔偿中的被告其财产同样是有保障的,丽水中院将在内幕交易刑事诉讼中,依法对内幕交易行为人没收巨额违法所得并处以巨额罚金。如果今后的内幕交易民事诉讼中,被告(内幕交易行为人)若无力承担民事赔偿款项,原告投资者可以要求通过已没收款项与已收取罚金来支付。

目前,杭萧钢构虚假陈述民事赔偿案处于暂停状态,11月23日,杭州市中级人民法院向部分原告投资者送达了《民事裁定书》,裁定诉讼中止,理由是"存在诉讼障碍",又一次出现在银广夏虚假陈述民事赔偿案、科龙电器虚假陈述民事赔偿案中曾出现过的暂停受理情况。虽然法院最终仍会恢复受理杭萧钢构民事赔偿案,但作为原告投资者仍迫切地希望法院尽早恢复受理并审理该案,使投资者的损失得到补偿。

(作者系上海新望闻达律师事务所律师)

特别说明

评论版投稿信箱已经正式改为plb@ssnews.com.cn,请各位作者继续惠寄稿件。请勿一稿两投。

不必太看重"预测"

⊙郭凤霞

时下,各大机构对2008年证券市场的预测报告、投资策略报告已成为年复一年的"股市贺岁片"。众多耳熟能详的重量级机构,相继推出了自己的研究成果。投资策略报告最吸引眼球的部分,自然是对明年股市走势的预测。以不完全统计,目前多家券商和机构预测2008年市场波动的幅度几乎都在4500-7000点之间。只有招商证券认为,在非理性状态下,上证综指的波动区间则可能在4500-10000点之间。以一句话概括,看法比较一致,至多"大同小异"。

这些研究成果无疑代表了目前中国资本市场高端的研究水平,集中了许多重量级研究机构和研究人员的智慧。然而,笔者却认为,对这些预测不必太看重。

何以见得?其一,近年来机构对上证指数最高点位的预测屡屡失算。就拿眼前的事情来说,2005年年末各大券商机构对2006年的预测,1500点已是最高目标位的顶部了,当时有个别专家分析股改大势后提出,1300点将成为历史性底部时,不少分析人员还嗤之以鼻。但事实上,2006年却是以2675点最高点位收盘。到了2006年年末,绝大多数机构对2007年上证指数的预测都远远低于4000点,而实际上今年以来,将近半年以上时间都是在4000点上方运行,10月份上证指数还一度突破6100点。"失算"的时候多于"胜算",已经成为一种常态。

其二,上证指数严重失真已成为众所周知的"公开秘密"。随着超级大盘蓝筹股登陆、香港H股回归速度加快,指数失真现象可能会更加突出。今年8,9月份以来,上证综指快速从4000点起步,仅仅两个月时间就上行到6000点,除了少数权重股、指数股之外,百分之八十的股票都阴跌不止,大多趴在4000点下方。而中国石油计入上证综指当天,中国石油走低带动权重板块全线杀跌,沪指跌破5300点关口,但盘面上,90%的股票却出现了不同程度的上涨,下跌个股仅不到10%。指数与市场表现如此严重背离的现状令人大跌眼镜。2008年如果有更多的超级大盘股上市,上证综指失真的现象肯定会愈演愈烈,而当它不能正确反映市场状况时,对它的任何预测,便失去了最基础的要素了。

其三,不以股指涨跌而"大悲大喜"的理性投资,开始成为一种趋势。随着投资者风险教育的深入,理性投资者队伍的扩大,知识结构趋向多元,这一切都使得众多的投资者以着重研究上市公司基本面为主要"功课"。美国最成功的投资者沃伦·巴菲特不预测市场走势,不相信股评家的投资理念也正在被更多的人接受。"分析市场的运作与试图预测市场是两码事,了解这点很重要。我们已经接近了解市场行为的边缘了,但我们还不具备任何预测市场的能力。复杂适应性系统带给我们的教训是,市场是在不断变化的,它顽固地拒绝被预测。"巴菲特坚持认为,预测在投资中根本不会占有一席之地,他的方法就是投资于业绩优秀的公司。他还说道,"事实上,人的贪欲、恐惧和愚蠢是可以预测的,但其后果却是不堪设想。"

由此观之,"预测"读读无妨,但不必太看重。

工资集体协商重在强化工会作用

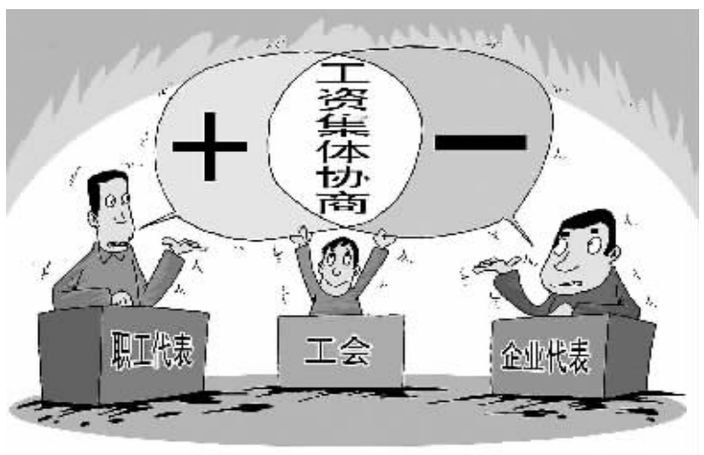
⊙褚洪波

国务院总理温家宝近日在《浙江温岭市新河镇羊毛衫行业工资集体协商机制的主要做法》上批示:"温岭的做法可以总结推广。"为落实温总理的批示精神,在全国推广温岭的做法,全国总工会向温岭市派出了调研组。

工资集体协商在西方国家是一种非常成熟的工资谈判机制,我国从2000年开始引入这种制度。所谓工资集体协商,是指职工代表与企业代表依法就企业内部工资分配制度、工资分配形式、工资收入水平等事项进行平等协商,在协商一致的基础上签订工资协议的行为。

建立工资集体协商制度非常重要。对职工而言,它有利于维护职工权益,使工资增长与企业效益提高相适应,确保每个职工分享企业发展的成果,并缩小市场经济中不合理的收入分配差距。对于企业来说,它有利于调动职工的积极性,增强企业的凝聚力,建立和谐稳定的劳资关系。

但是,工资集体协商的实际效果或者协商的质量并不令人乐观。以广东省为例,截至今年6月底,该省累计签订工资集体协议1.4万多份,仅占全国的2.69%。而广东省是众所周知的劳动力非常集中的省份,其工资协商制度之所以遇到障碍和阻力,主要源于四个方面即"四不":企业不愿谈,担心协商工资损害了企业方的利益;职工不敢谈,担心提出协商要求被企业解雇;职工对相关工资法规政策不熟悉不会谈;工会组织不健全不能谈。



漫画 刘道伟

去年,广东省还发生了引起全国关注的工会主席被企业开除事件:广州市花都区朗盛水产养殖场工会主席陈传力和广东阳江龙达集团工会副主席杨观趣,为职工工资、养老保险等问题向企业提出要求,结果两人均被企业除名。可见工会的独立性是何等疲弱。目前,有的企业还没有工会,有些企业建立的是"老板式工会",根本无法作为职工的代言人。

由于企业工会缺少独立性,甚至连工会主席、副主席都无自保之力,工资协商制度在推行过程中的难度是不难想象的。

西方国家的协会组织、工会组织之所以能够在职工工资谈判中发挥巨大影响力,源于其法律对劳方组织严格的保护。比如,《美国国家劳资关系法》规定:"本法宣布,美国的政策,是鼓励集体谈判的做法和程序。"劳工组织"存在的全部或部分目的是为了各种申诉、劳资争议、工资、待遇等级、工时、工作条件等问题上同雇主进行交涉。"

西方发达国家为了确保工资集体协商的能够真实反映各方意愿,甚至连谈判的地点都要求必须能够体现出中立的特征,既不能在资方的办公室,也不能在工会的办公场所,而必须在一个与双方没有利益纠葛的中立之地进行。

温岭市的做法之所以得到了总理的高度肯定,源于他们通过建立行业工会这一组织,弥补了企业工会疲弱这一缺陷。从2001年开始,温岭市新河镇的羊毛衫生产企业"因工资问题引发的上访、罢工等现象时有发生,影响了企业和社会的稳定",但从2003年起,温岭市连续组建14家行业工会,并在条件成熟的羊毛衫等7家行业工会中开展行业工资集体协商之后,职工工资水平增加了5%—12%,劳资矛盾迎刃而解。到2006年底,温岭市已基本实现了工资纠纷零投诉。

在我国工会的独立性普遍不够的情况下,温岭市通过组建行业工会,并让行业工会参与工资集体协商,有效避免了企业工会受制于资方的弊端,这是温岭市工资集体协商制度取得成效的根源。但是,我们也应该认识到,要想使工资集体协商制度充分发挥效力,最根本的还是确保单位(包括企业)工会的独立性,单位(包括企业)工会更熟悉本单位情况,更能代表劳方的利益诉求,并且,是直接面对资方与资方谈判,不再通过行业工会这一中间环节,更能够提高工资集体协商制度的效率。

当然,在我国企业法制意识尚且淡薄的情况下,树立起对法律的尊重、通过法律确保工会的独立性还需要一个过程,在这种情况下,温岭市行业工会在工资集体协商中的作用非常值得推广和期待。**(作者系中国管理科学经济学院副院长)**

■上证观察家

2008年A股投资环境悄然改变

经历了两年多的牛市后,A股的投资环境已悄然发生了改变。投资者需要察微杜渐、重新审视市场的变化,及时调整投资思路,以尽快适应市场变化,规避可能出现的风险。

⊙高上

2007年底市场出现了较大幅度的调整,11月份沪综指以18.19%的跌幅创13年纪录,但从此轮行情先后经历了1500点、3000点、4000点和6000点的四次调整,以及全年77%的整体涨幅来看,牛市的格局依然没有被打破。

但可能被我们忽略的是,经历了两年多的牛市后,A股的投资环境已悄然发生了改变。市场所处的上升阶段、机构投资者队伍的扩大、大盘股集中度的提高、解禁股累积数量的陡增,同时伴随着央企重组大幕的开启以及政策监管力度的加强等等,与两年前相比都发生了质的改变,加上A/H股联动性加强、股指期货以及创业板推出在即等等因素的影响,投资环境更趋复杂。为此,有必要重新审视2008年的投资环境。

此轮行情起步于2005年8月股改启动后、上证综指下破1000点大关,当时市场平均股价仅8元,平均市盈率才10倍,低于绝大多数成熟国家的估值水平。但短短两年多,市场平均股价已达18元,市盈率攀上了40倍,环顾全球证券市场的估值水平,让人突然有了种高处不胜寒的感觉。

而2008年证券市场也将在这种背景下开局。预计未来的一年里,市场多数时间沪综指仍将运行在6000点以上的高位,不排除见到8000点的可能性,但从市场整体PE在40倍以上、上市公司净利增长有可能回落至35%以及PEG大于1的估值角度来看,股指每向上前进一步,并要维持高度,均要通过资金推动来创造巨大的换手,以抵御不断增强的市场压力。

尤其值得一提的是,基金规模扩容速度似火箭升空,打破了股票的供需平衡。目前基金资产净值3万亿,持有2.12万亿流通市值,占到总流通市值7.85万亿的27%,已成为不容置疑的机构主力,我们注意到,基金资产从5000万到1万亿用了九个月,从1万亿到2万亿仅用了3个月,而从2万亿到3万亿只用了2个月。其发展速度之快,不可避免地助长了蓝筹泡沫。而背后的持有人所呈现的散户化特征,让交叉持股的筹码随着市场的波动而发生松动,在遭遇市场突变的过程中,可能会成为压倒骆驼的最后一根稻草,导致股价雪崩,在做空机制缺失的市场,可以说风险控制仍然是基金难以跨越的障碍。

从基本面来看,2008年经济有可能步入全面通胀的初期阶段。收入分配与生产要素价格面临制度性变革,由此可能推动企业成本全面上扬,也带动劳动力成本与服务价格的上升。统计显示,尽管经济呈现强势特征,但居民收入与2002年的国民可支配收入相比下降了8.7个百分点,为此,增加企业职工收入比例迫在眉睫,加上未来进一步加息,企业经营环境面临着成本上升的压力。此外,资源品价格机制的改革尽管利好部分上游企业,但由于价格传导机制的延迟效应,多数企业盈利增长可能会进一步放缓。上市公司盈利在2006年第一季度出现的上升通道,有可能在2008年一季度被打破,通胀带来的成本压力成为未来一年影响企业盈利上升的主要因素。

从新股扩容速度来看,大盘股的回归对市场的影响将被进一步放大,而A/H的联动打破了市场的封闭性,伴随港股的"A股化"进程以及受国际市场联动的影响,A股的走势反过来也受制于港股的波动。

此外,伴随解禁股的进一步累积,对承接资金的考验更趋严峻。尤其需要注意的是,2005年股改的上市公司在2008年陆续开始进入全流通,部分非流通股东借机集中兑现筹码的可能性加大,而做高盈利的动力也将逐渐衰竭,投资者可能要直面被揭开面纱、卸妆之后的公司"真面目"。显然,伴随经济增长的趋缓,类似2007年前三季度70%左右的大跃进提升盈利的市况将难以再现,解禁股的流通速度会进一步加大对市场走势的影响。

2008年也是重组大戏开启的一年,央企重组将为市场注入强心针。股改之后的全流通为央企大规模重组创造了有利条件,不仅资产定价方式得以市场化,借解禁股的全流通之际,央企做大做强上市公司,规避关联交易带来的股东利益的侵蚀、解决上市公司治理问题都成为重组的动力。目前证监会颁布的《上市公司重大资产重组管理办法》为分布在能源、军工、航空、电信等领域的三十余家核心央企进入实质性重组扫除了障碍。

2008年投资环境受市场急剧攀升出现的高估值以及经济强劲增长带来的通胀压力下共同作用与影响,尤其遭遇2008年的后奥运经济时代,加息步入上升轨道,并伴随着股指期货、创业板的推出等等都使得2008年的证券市场的运行更趋复杂。对投资者而言需要察微杜渐、重新审视市场的变化,并及时调整投资思路,以尽快适应市场的变化,规避可能出现的风险。

我们认为,机会是跌出来的,尤其是近期大盘的快速调整,修正了9月以来大盘股的疯狂表现,使得基金不得不承担交叉持股带来的后果,但恰好也给2008年春季行情腾出了上行空间,而在各种复杂因素的交织下,2008年下半年市场可能出现的调整风险需要引起投资者特别警惕。 **(作者系中原证券研究所所长)**