

防疫补偿的法理基础与法制完善

章惠琴 董保华

摘要: 强制隔离发生在行政机关与相对人之间,适用行政法上的权利义务。然强制隔离又会引致劳动者劳务给付不能,引发劳动法上的权利义务关系的异动。政府、劳动者与雇主之三角关系中,究竟“谁得向谁,依据何种法律规范,主张何种权利”亟待从法理层面厘清。观察各国及地区防疫补偿制度背后的假设和逻辑,分歧在于义务人与第三人的定位。政府应对为抗疫政策而牺牲自由者制订一个公平的补偿法制,这需要其首先由间接责任向直接责任回归,更精准施策,以在劳资政之间寻求或达成一个合理的权责关系。

关键词: 强制隔离; 给付不能; 请求权; 续付义务; 行政补偿

DOI: 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2021.02.013

一、问题的提出

我国《传染病防治法》第41条及《传染病防治法实施办法》第49条对劳动者隔离期间的待遇问题作出了规定。前者针对县级以上地方人民政府对已经发生病例的场所或者该场所内的特定区域的人员实施的隔离措施,规定“被隔离人员有工作单位的,所在单位不得停止支付其隔离期间的工作报酬”。后者针对被医疗机构实施隔离措施的甲类传染病疑似病人或者病原携带者的密切接触者,规定“经留验排除是病人或者病原携带者后,留验期间的工资福利待遇由所属单位按出勤照发”。新冠疫情爆发后,人社部紧急出台《关于妥善处理疫情防控期间劳动关系问题的通知》,明确要求对新冠肺炎患者、疑似病人、密切接触者在其隔离治疗期间或医学观察期间以及因政府实施隔离措施或采取其他紧急措施导致不能提供正常劳动的企业职工,企业应当支付职工在此期间的工作报酬。该文件不仅将传染病防治法规定为甲类传染病(鼠疫、霍乱)的待遇扩大到作为乙类传染病但采取甲类传染病的预防控制措施的本次疫情,还将用人单位应当支付工作报酬的适用情形由经留验排除者扩大至所有被隔离者。

从实证法的角度看,现行疫情防控中毫无疑问应执行该制度。但是,不论是传染病防治法还是人社部通知均将劳动者隔离期间的待遇保障设定为雇主义务,问题在于自营职业者等非劳动法上之受雇人群的待遇问题由谁保障,是否会造成人群之间的不公平则不无疑问。更为重要的是,“不能提供正常劳动,应当视同正常劳动并支付正常工资”,传染病防治法的这种立法逻辑本身是否具有正当性更存争议,不无研究余地。从学界研究来看,目前主要存在两种观点:一种认为雇主负支付义务,但支付标准应降低。企业基于法定免于劳动给付义务而负有工资续付义务的,应当区别于提供正常劳动应得的工资数额^①。这种没有提供正常劳动的“工作报酬”,不应包括正常劳动才会支付的绩效工资、奖金以及各类补贴,而应只是包括基本工资,但不应该低于当地最低工资。具体标准,应该由企业通

基金项目: 教育部人文社会科学研究青年基金项目“集体协商制与员工参与制的互动关系在工业4.0时代的演进与重构研究”(18YJC820091);受华东政法大学“博士毕业生后续学术发展支持计划”资助。

作者简介: 章惠琴,上海海洋大学文法学院讲师,法学博士(上海201306;laborlawzhang@163.com);董保华,华东师范大学法学院教授(上海200241;dongbh@126.com)。

^① 侯玲玲:《防疫停工期间企业工资危险负担问题及解决方案》,《法学》2020年第6期。

过民主程序和劳动者协商确定^①。显然,此种观点是希望在现有制度框架内平衡劳动关系双方的利益。另一种观点认为由雇主支付义务不具正当性。企业正常生产情况下,劳动者隔离无法到岗的工资风险分配给用人单位,有其不合理之处^②。有学者则进一步提出“相关费用应当由政府而不是企业自身来承担”^③。“有用人单位的劳动者由企业承担工资给付义务,但需选择通过所得税、社会保险费减免或直接提供补贴等方式对企业实施补偿,同时一并规定无用人单位的非正规就业劳动者的补偿机制”^④。由此,实有必要从学理与制度层面对隔离补偿的相关问题予以厘清和回应,以为《传染病防治法》修改之借鉴。

二、防疫补偿的请求权基础

所谓防疫补偿或隔离补偿,系指经各级卫生主管机关认定应接受隔离者就接受隔离之日起至结束之日止期间可以主张的待遇。强制隔离发生在行政机关与行政相对人之间,适用行政法上的权利义务。然强制隔离又会引致劳动者劳务给付不能,引发劳动法上的权利义务关系的异动。只有厘清国家、劳动者与雇主三方主体相互之间的权利义务关系,才能明晰防疫补偿的请求权问题。

(一)公法义务与社会法义务冲突的履行

强制隔离是世界各国在控制传染病疫情时所使用的国际惯例。就其法律性质而言,属及时行政强制措施,系由职权行政主体运用行政权通过物理力所采取的单方措施,行政主体一方享有单方决定权,而相对人仅享有程序性权利,负有协力义务^⑤。面对恶性传染病,为阻绝疫情蔓延,令感染者、疑似感染者、密切接触者迁入指定处所施行适当期间之必要强制隔离处置,因没有其他侵害较小的方法,实属必要且有效控制疫情的手段。

强制隔离决定一经作出,行政相对人即负容忍义务,违反这一法定义务,将承担不利的法律后果。而雇员身份决定了其尚需履行契约上的劳务给付义务。两个法律义务在逻辑上并不矛盾,只是因为义务人需要同时履行这两个法律义务,履行其中的一个法律义务,因为没有能力履行另一个法律义务而产生冲突^⑥。此种事实上的法律义务冲突中,劳动者为履行一个法律义务,除了违反另一个法律义务外没有其他方法。一般认为,在公法义务与私法义务冲突的解决中,应当以保证公法义务优先为原则,原因在于个人利益与社会利益之间发生冲突时,社会整体利益价值更高。因此,需要确保劳动者履行公法上的隔离义务。

法律义务是法律责任产生的主要理由,没有得到履行的法律义务往往会引起法律责任的产生。当劳动者履行公法上的隔离义务时,必定会造成忽视社会法上的劳动给付义务的结果,进而损害其所承载的价值和利益。不同于金钱给付等义务的延迟履行,因劳动力本身并不可存储,如果劳动者未能在约定的时间提供所承担的劳动给付,其原则上同时就陷于履行不能,而不可嗣后补正履行。那么,应履行劳务给付义务而未履行,此时劳动者是否需要承担违约责任甚至违纪责任?根据法理上“不可能者,即无义务”的原则^⑦,面对两个不相容的法律义务,不能要求义务人履行一个义务后,同时要求义务人对没有履行的法律义务承担责任。因此,只要劳动者履行了隔离这一更高义务,即可免于给付

① 《常凯教授专访:疫情防控期间劳动关系法律规制的相关问题》, https://mp.weixin.qq.com/s/_g69Yv6TFvdG3UaYyMtWdA, 访问日期:2020年2月19日。

② 沈建峰:《疫情防控背景下劳动合同不能履行时的风险负担规则研究》,《比较法研究》2020年第2期。

③ 李静:《危机中的制度空间:重大疫情期间劳动关系的特殊调整研究》,《中国人力资源开发》2020年第5期。

④ 肖竹:《重大疫情防控中工资给付风险负担与社会补偿的法制完善》,《行政法学研究》2020年第3期。

⑤ 姜明安:《行政法与行政诉讼法》,北京:法律出版社,2003年,第548页。

⑥ 钱大军、张新:《法律义务冲突初论》,《法制与社会发展》2009年第3期。

⑦ 曾淑瑜:《论义务冲突》,《法令月刊》(台北)1998年第7期。

义务并阻却由此产生的法律责任。

从法律关系来看,劳动契约法律关系与强制隔离法律关系为两个相互独立的法律关系。劳动者的劳动权与雇主的劳动力使用权,属于劳动契约法律关系的范畴,行政强制权介入后,具有一定的形成功能,使得该劳动法律关系发生一定变化;劳动者被免除劳动义务而接受行政强制隔离,与行政机关形成强制隔离行政法律关系。在劳动契约法律关系中,雇主与劳动者互为权利与义务主体,为公共利益之需要,于劳动关系存续中,一方放弃劳动权,一方放弃劳动力的使用权,双方劳动契约客观上已无法履行;在强制隔离法律关系中,行政机关与行政相对人互为权利与义务主体,雇主在该法律关系中居于第三人地位。

(二)工资请求权的丧失

劳动者因履行隔离义务而陷于履行不能,免于劳动给付的情形下,是否丧失对待给付请求权?换言之,强制隔离的情形下,劳动者是否有权享有隔离期间的工资所得?如果无权获得,其法理基础是什么?如果有权获得,该所得的属性为何?

1.不工作则无工资。在双务契约中,一方当事人享有的权利是对方当事人所承担的义务,反之亦然,每一方既是债权人亦是债务人。当事人承担义务的目的在于获取对方给付义务,双方形成“你与则我与,你不与则我亦不与”的义务对价关系。双务契约履行遇到障碍就需要法律配备相应的救济措施以在当事人之间进行风险分配。按契约法基本原理,一方当事人基于不可归责于双方当事人的事由以致给付不能的,他方亦可不为给付;他方若已为给付的,可解除合同,并可依据不当得利请求返还业已给付的利益^①。德国民法典即规定“双务合同的一方当事人因不可归责于双方当事人的事由,致自己不能履行应履行的给付的,即丧失自己对对待给付的请求权”。履行不能制度中给付义务与对待给付义务同时归于消灭,一方面体现了债务关系牵连性的要求,另一方面体现了公平的基本要求^②。

劳动契约乃典型的双务有偿契约,虽然具有人身从属性的特点,但本质上仍属债之关系。雇主雇佣劳动者提供劳务,主要义务为支付工资,劳务提供或从事工作则为劳动者的主给付义务,两者构成劳动契约的给付与对待给付关系。有学者梳理工资定义的立法例之后指出,无论我国台湾地区的“因工作而获得之报酬”,还是日本的“劳动报酬”,乃至我国行政解释中的“劳动报酬”,都意味着工资的基本含义是对价^③。因此,“不工作则无工资”始终作为劳动法的基本原则而存在。当然,“提供劳务”与“支付对价”不能完全类同于一般商品的买卖,“劳动力对价说”因此也逐渐为“劳动支配对价说”“劳动关系对价说”所取代^④。然溯本清源,这是我们设定劳动者履行不能制度的思维起点与基本原则。根据法国劳动法,对因隔离导致无法正常工作的劳动者,雇主可以“劳动者一方因不可抗力不能履行劳动合同”暂时中止劳动合同,没有义务继续支付工资。我国劳动法的发展经历的是“公法私法化”的过程,缺乏私法精神和传统,尤其要立足双务契约上给付义务之间的牵连性而使对待给付请求权随给付义务的消灭同时消灭,在此基础之上方能允许一定的例外存在。

2.雇主续付义务的有限性。所谓例外的存在,即雇主的工资续付义务,劳动者即使未提供劳务给付,其对待义务并不当然消灭,在一定条件下其对雇主之工资请求权继续存在。这是纯粹劳动法的概念,不能用民法法理来说明。主要乃基于劳动契约当事人间具有从属性之特质以及发挥雇主对劳动者之保护照顾义务的精神等社会性考虑,劳动者虽未履行劳动给付义务,并不丧失请求对待给付的权利,具体表现在给予劳动者各种有薪“假”,此乃民法“对价等值”原则的修正^⑤。当然,工资是劳动者

^① 傅鼎生:《义务的对价:双务合同之本质》,《法学》2003年第12期。

^② 于韞珩:《论合同法风险分配制度的体系建构——以风险负担规则为中心》,《政治与法律》2016年第4期。

^③ 李海明:《从工资构成到工资定义:观念转换与定义重构》,《法律科学(西北政法大学学报)》2013年第5期。

^④ 王天玉:《工资的对价学说及其法律解释力》,《社会科学》2015年第8期。

^⑤ 黄越钦:《劳动法新论》(第五版),台北:翰芦图书出版有限公司,2015年,第150页。

给付劳务之对价,各种有薪假时劳动者实际并未提供劳动,即使雇主按原工资标准继续支付,此时劳动者之所得难谓工资,而是雇主基于法律或者自愿给予劳动者的原本得以从事工作获致工资的损失的补偿,更准确地说雇主支付的是劳动者的工资损失。工资续付义务之存在固然有其社会性考虑,仍需把握好界限,如漫无限制,则不但对雇主不公平,也会引起社会价值观念之混淆^①。尤其在不可抗力情形之下,传统民法对于由此导致的履行障碍致使不能实现契约目的的,允许当事人通过行使解除权的方式消灭契约关系。劳动法基于倾斜保护原则,除奉行自由雇佣的国家以外,一般推行解雇保护政策限制雇主解除权以稳定劳动关系。当劳动者陷于履行不能,势必只能采用中止劳动关系而非解除劳动关系的方式,这本身已是对民法的一种修正。劳动者暂停履行劳动义务,雇主并非只要不为对待给付就没有损失,还会给其带来人力使用上之不便等诸多不利益,换言之,要求雇主给“假”而非解除劳动契约已高于普通合同义务;如在给“假”之外,还需支付劳动者工资损失,此种更大程度上的矫正须基于足够正当的理由,方能平衡劳雇双方利益。总之,工资续付制度虽是尊崇伦理,也可发挥雇主对劳动者之保护照顾义务的精神,但会给雇主带来额外负担;何种情形下雇主须负续付义务,雇主在多大程度上负续付义务,负续付义务的雇主的适用范围有多广等,必须严格限定。例如,韩国2015年修改《传染病预防和管理法》,增加第41条第2款雇主的合作义务,规定如果劳动者被强制隔离,雇主可以给其带薪休假;但是如果政府为带薪休假相关费用提供支持,则雇主必须提供带薪休假。换言之,除非政府补贴雇主,雇主不负续付义务。

不同于主要市场经济国家及地区,我国在公假、婚丧假等假期制度中课以雇主有充分的工资续付义务。以公假制度为例,为了维护社会公共利益(履行公法义务),各国劳动法都有类似规定雇主于劳动者应提供劳务之工作日暂时免除其劳动义务,但劳动者需履行其公共事务之义务或行使其公共事务上的权利,例如兵役召集、选举投票等。我国《工资支付暂行规定》明确劳动者在法定工作时间内依法参加社会活动期间,用人单位应视同其提供了正常劳动而支付工资。而英国雇佣权利法虽规定每个雇员必须被允许为履行特定公共义务,如担任治安法官、法庭的成员,地方政府成员或教育机构的管理机构成员而享有合理时间段的请假,但是没有薪水^②。在病假、产假等假期中,我国虽缩减了工资续付义务,雇主负担仍较重。而加拿大则规定病假津贴由社会保险基金支付,而非雇主支付;美国、韩国等至今未制定全国性的法定带薪病假制度,劳动者一旦患病,只能休无薪病假。换言之,不管是加拿大、美国还是韩国雇主均不负续付义务。总之,各国劳动法中给“假”是普遍的,给“假”之外支付工资损失并非当然义务。劳动者在不劳动时确有维持生计的需要,雇主相对于劳动者亦确实处于优势地位,但并不能当然推导出雇主在未受领劳动时还应负担额外义务。因为劳动者生存权保障是国家或者社会的义务而非雇主的当然义务,强制雇主负担无异于劫富济贫。因此,如拟政策同意课以雇主续付义务,应限定在不给雇主带来严重经济负担而导致权利过度失衡的范围内。劳动者因隔离而告假,性质上最接近于公假,但是隔离假长达14天,相比因选举等其他事由而请之公假显然长得多,如果以企业社会责任之名,对该事实上并未工作之劳动者负担支付工资损失之义务,对雇主而言显失公平。尤其与企业正常经营时不同,疫情之下的企业普遍面临生存压力,续付义务无疑会令其雪上加霜。因此,在劳动契约法律关系中,雇主应当给“假”,但不应负担续付义务,对于隔离劳动者而言即丧失工资请求权。

(三)行政补偿请求权的赋予

劳动契约关系的特殊之处在于,劳动者以劳动换取工资维持生存,当因隔离而无法给付劳务,丧失工资请求权,生计如何保障?“谁得向谁,依据何种法律规范,主张何种权利”是请求权关系的基本模式^③。国家、劳动者与雇主之三角关系中,劳动者虽丧失向雇主主张工资请求权,尚得向国家主张

① 黄越钦:《劳动法新论》(第五版),第353页。

② 史蒂芬·哈迪:《英国劳动法与劳资关系》,陈融译,北京:商务印书馆,2012年,第139页。

③ 王泽鉴:《法律思维与民法实例》,北京:中国政法大学出版社,2001年,第50页。

补偿请求权。因为合法的公权力行为对公民自由或财产限制和损害时,公民享有补偿请求权^①。强制隔离虽为行政机关合法的行政行为,但依然会对相对人权利造成损害:一是人身自由被剥夺造成的痛苦与不便;二是财产利益的减少,最主要者乃误工损失。

1.强制隔离的法律性质。人身自由是其他自由权保障的基本前提,具无比重要性。强制隔离的目的虽非直接出于拘束受隔离者之人身自由,但事实上确是违背相对人自愿意愿,将其隔绝在一定的密闭空间,禁止其与外界接触,否则应受一定制裁;为了避免传染或感染,可能只能从一个小窗户获得食物与药物,甚至对他提供饮食药物的人还必须穿着厚重的隔离衣,他的人身自由所遭受到的限制,比起可以定时放风的受刑人,单纯客观观察人身自由受限制的程度,两者几乎没有差异,所以台湾地区有称之为“防疫监”。

惟强制隔离虽使受隔离者人身自由受剥夺,因其以保护人民生命安全与身体健康为目的,与刑事处罚本质不同。后者出于惩罚性质,对剥夺人身自由者有价值贬抑的负面评判;强制隔离则属照护型人身自由的剥夺,没有制裁或惩罚因素。也正因为没有犯罪嫌疑或违法的烙印加诸身上,原则上不会额外对被隔离者的名誉、人格产生伤害,但对其人身权和财产权仍会造成一定影响,具有损益性。对相对人来说,隔离期间无法营生没有收入将造成生活负担,一旦相对人出于生活负担而逃避隔离,那么隔离失败的结果是负面且巨大的。尽管隔离最终可以通过强制执行来实现,但仍应尽可能使得个人目标和公共目标达成一致。相对人内心获得认同配合可以使得预期公共目标得以顺利实现。行政主体应解决行政相对人后顾之忧以确保其履行行政协力义务的积极性和配合度^②。

2.相对人特别牺牲的填补。为了公共利益而牺牲个人利益是必要的,但公众受益的国家行为造成的损害应由公众负担,由个人负担是不公平的。部分社会成员因公益而受超过受忍限度之牺牲应当由公共资金予以补偿。行政补偿的理论基础有公共负担平等说、特别牺牲说等。特别牺牲说为通说,即为了公共利益,在必要时,个人必须牺牲其权益,同时,社会必须从其设立的公共资金中对个人予以补偿。公共负担平等说认为,国家在任何情况下都应以平等为基础为公民设定义务,当一部分人或个别人因国家行为而承担的义务重于相同情况下的其他人时,国家应设法调整和平衡这种义务不均衡现象。承担方式则是通过税收形式由国家对遭受损害的个人或一部分人予以补偿,从而在全体公民与受害者之间重新恢复平等机制。其实,公共负担平等理论与特别牺牲理论是相通的^③。前者是结果后者为原因,正因为个别人为社会利益做出了特别牺牲,所以受益公众应当公平负担这种损害,通过国库形式支付给特别受害人以补偿,这样,才能恢复社会公众之间负担平等的机制^④。

强制隔离法律关系中,对于未感染传染病者,仅因其具有高度危险性,而被预防式的隔离而丧失其人身自由者,这种损失是为公共利益所为之“特别牺牲”,理应给予一定的补偿。此乃超过人民一般容忍程度之特别牺牲,即使不造成财产损失,而系人身自由的损失,也应给予适当补偿。行政补偿的主体应为国家,义务机关是行政机关。只要补偿的要件该当,行政机关无拒绝的权力,亦即当事人享有请求权。按最后是否确诊可以将隔离人员分为确诊患者和被排除者。隔离是为控制传染病流行而采取的防控措施,如果被隔离的劳动者最后被确诊为新冠肺炎患者,说明对其隔离的措施是正确的,“早发现,早治疗”对其是有利的,这相当于劳动者经由诊断—确诊—治疗—康复,符合医疗期的特质,可以享有法定的病假工资。确诊患者无法工作主要不是为维护公共利益,配合行政管理,而是因为其身体状况不再适合工作,需要进行治疗,因此国家没有补偿的义务。当然,就治疗费用负担问题,可采

① 徐以祥:《行政法上请求权的理论构造》,《法学研究》2010年第6期。

② 雷娟:《配合还是强制:行政协力义务论——以突发公共卫生事件应急规则为视角》,《云南大学学报(社会科学版)》2014年第1期。

③ 姜明安:《行政法与行政诉讼法》,第548页。

④ 姜明安:《行政法与行政诉讼法》,第549页。

公费负担原则,吸引病人主动前来就诊,具有社会福利的特点;对因隔离治疗至影响家计者可以扶助,属于社会政策的一环,而与社会救助(救助指当事人生活低于贫穷线,属于社会救助法之体系)或特别牺牲补偿不同。对于疑似病人、密切接触者经医学检查,最后被排除染疫可能性的,其被隔离期间的损失应给予行政补偿^①。本次疫情中,人社部通知对于被确诊的新冠肺炎患者隔离期间给予视同提供正常劳动的工作报酬,而非病假工资的政策并不妥当。对被排除者而言,隔离作为预防措施,其本人有坚持工作的愿望和能力,其暂时离开工作岗位是出于公共安全的考虑,以防止疫情在其工作场所或向社会公众传播和爆发,为防止其在维持生计和牺牲同事或公众健康之间左右为难,应对其作出补偿,否则极易引发道德风险而逃避隔离。我国台湾地区传染病防治法第五十三条第二项即规定对于接受隔离检疫者所受之损失,应给予相当之补偿。

3.强制隔离的补偿原则。行政补偿到底是补偿人身自由受限制还是因人身自由受限而导致的财产损失?理论上讲应该都给予补偿。当然,因行政主体没有过错,政府基于法治国家原则和社会福利国家原则的要求给自己设定相应的有限额的补偿义务并无不妥^②。因此,财产损失应限于直接的财产损失,一般为误工损失。至于补偿的数额并非逻辑问题,而系政策的问题,与政府财力有关。不同的国家和地区往往会在对财政状况、公共利益等进行多方考量之下,根据实际情况确定补偿标准。如采填补性原则,需要填平补齐被隔离者的实际损失。我国台湾地区在非典时期规定雇主给予被隔离者公假及全薪,雇主再向劳保局申请工资补贴;针对“隔离”这个措施本身,另外给予每日500新台币的补偿。显然,补偿比较全面。如采抚慰性原则,补偿不足以填补被隔离者的实际损失,仅仅是安慰性地就受到的损失给予适当的弥补,以保障公民最基本的生活所需。此外,决定行政补偿具体标准时还有一个很关键的要素就是便于计算,简便易行。例如,德国《刑事补偿法》针对自由的赔偿额度为每日25欧元,能够证明的财产损失主要指的因为自由受限而丧失的可得收入也应当给与赔偿^③,属分项补偿。我国国家赔偿法规定侵犯公民人身自由的,每日赔偿金按照国家上年度职工日平均工资计算,属合并补偿。显然,对隔离劳动者之人身自由受限及误工损失作合并补偿比分项补偿操作起来更简单。

三、防疫补偿的制度逻辑

观察各国或地区防疫补偿制度背后的假设和逻辑,最大的区别在于无法远程工作的劳动者隔离期间的待遇究竟是以雇主负担续付义务的形式支付还是政府负担行政补偿的形式支付,换言之,防疫补偿究竟是政府责任还是雇主责任,呈现不同的政策选择。

(一)防疫补偿的立法例

强制隔离的直接后果是劳动者在应给付劳务之时无法履行劳动义务。此时,必须向雇主申请暂时停止劳务给付。观察主要市场经济国家及地区实践,有别于我国的雇主责任,普遍由政府直接负担劳动者隔离期间的待遇保障义务。在比较法上,防疫补偿制度可概括为两种模式:一是雇主对请假隔离的劳动者不负工资支付义务,由政府直接对劳动者进行补偿;二是雇主先行向劳动者履行隔离期间待遇支付义务,再向政府追偿。

1.政府补偿劳动者。政府向劳动者发放防疫补偿主要采取定额补助的方式。例如,加拿大联邦政府向隔离人员发放紧急救助津贴(CERB),每周500加元,不与失业前收入挂钩^④。我国台湾地区

① 方立新、邵亚萍:《行政强制隔离制度》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2006年第4期。

② 袁治杰:《国家赔偿责任的民法基础》,《政法论丛》2020年第1期。

③ 袁治杰:《国家赔偿责任的民法基础》,《政法论丛》2020年第1期。

④ Canada Emergency Response Benefit, <https://www.canada.ca/en/services/benefits/ei/cerb-application.html>, 访问日期:2020年4月1日。

《严重特殊传染性肺炎防治及纾困振兴特别条例》规定,劳动者由政府给予“因为隔离、检疫导致的人身自由受限制”的防疫补偿,补偿包含工资补偿及未染病者慰问金,每日 1000 新台币。雇主不负工资支付义务,但对给薪雇主有“给薪奖励优惠”,可于所得税之所得额中扣抵二倍给薪额,同时“受领薪资者”不能领防疫补偿;理由是疫情造成劳动者不可抗力地被隔离无法工作,这种不能归责给劳雇任何一方的事由,要雇主给公假照付工资,也就是把损失让雇主承担,不合情理。

2.政府补偿雇主。“雇主挺劳工,政府挺雇主”,亦即将劳动者因强制隔离而缺勤视为请有薪病假,先由雇主负担病假待遇支付义务,再由政府对其进行补贴。根据政府补贴金额又可以分为以下两类。

一是政府限额补偿雇主。如韩国政府针对为隔离或确诊的劳动者提供带薪休假的雇主提供补贴,补助金额根据劳动者的工资水平而有所不同,每天最高可达 13 万韩元,雇主可以向国民养老金服务处申请^①。新加坡规定收到居家隔离令(QO)的雇员将被视同带薪住院。政府对持隔离令的员工雇主或被隔离的自雇人士提供每天 100 新币的补贴,明确 100 新币是给雇主以弥补雇主支付隔离人员全薪而遭遇的损失,以确保新加坡的中小企业不会因此事被拖垮。后又给所有请缺席假(LOA)或居家通告(SHN)员工的雇主发放每天 100 新币的补贴,并且在此期间豁免其外籍劳工税^②。法国政府颁布的 2020 年 73 号政令规定隔离停工期间按病假领取社会保险局提供的等于基本日薪的 50% 的病假每日津贴,在公司中至少有一年工龄的员工除了可以享受社保局的病假津贴外,雇主从病假的第 8 天开始,向员工支付额外补偿金,保证员工获得总薪酬的 90%。

二是政府全额补偿雇主。根据德国《感染保护法》56 条规定,如果劳动者被隔离并且无法在家工作,则原则上将从雇主那里获得相当于收入损失额的补偿。收入损失被认为是劳动者在扣除税款、社会保障费用(净收入)后,在与其工作有关的正常工作时间内有获得权的适当报酬。然后,雇主可以要求政府支付补偿。美国《家庭优先新冠病毒应对法案》规定对于雇员人数少于 500 人的私营部门雇主及部分公共部门雇主的雇员,如因隔离而无法工作或远程办公,则该雇员有权享受两周每日最高 511 美元的全薪病假。雇主支付的薪资可获得 100% 的税收抵免,该规定也适用于自雇人士。英国的病假支付制度本身就包含疾病、伤害及隔离,因此为所有被建议自我隔离的人,包括没有症状的疑似病患提供法定病假工资。公司雇员总数少于 250 人的中小型企业将可以向政府全数索回支付给员工的每周 94.25 英镑的法定病假工资,每位员工的退款期限为两周^③。

(二)防疫补偿二元制度逻辑溯源

任何制度都不是孤立的存在,防疫补偿制度呈现不同模式的背后有其各自历史和现实条件下形成的特定的制度逻辑。

1.制度逻辑的比较。我国由企业以继续支付工资的形式向隔离劳动者履行补偿责任。而从主要市场经济国家及地区防疫补偿承担主体来看,不论是直接由政府向被隔离劳动者发放防疫补偿金,还是由雇主向劳动者支付隔离期间的待遇后再向政府追偿,区别仅在于行政补偿的支付方式,但均将其作为政府责任来对待。可见,主要市场经济国家及地区的制度逻辑直截了当:政府隔离,政府补偿。相反,我国的制度逻辑则比较迂回:政府隔离,企业补偿,政府再纾困企业。纾困政策具体到劳动领域主要有两大招数:一是稳岗补贴,二是社保减免。社保减负政策力度更是超出社会预期,仅去年 2 月减免的社保费即高达 1239 亿元。但是,此种“撒胡椒面”的纾困政策其实缺乏针对性,难以顾及不同企业用工成本的具体情形。不管企业有无劳动者被隔离,不管企业有无停工,可以同等享受政府的纾

① 코로나 19 극복 마중물...추경, 이렇게 쓰입니다, <http://www.gov.kr/portal/gvnrnPolicy/view/H2003000000475033?policy-Type=G00301&srchTxt=%EC%9E%85%EC%9B%90%EA%B2%A9%EB%A6%AC>, 访问日期:2020 年 3 月 25 日。

② FAQs on the COVID-19 Situation, <https://www.moh.gov.sg/covid-19/faqs>, 访问日期:2020 年 2 月 18 日。

③ Coronavirus Act 2020 of UK.

困政策,但是两种企业所要负担的成本则会因有无隔离劳动者以及有无停工而不尽相同。如果大企业勉强有能力承担,对小企业来说难保不会成为压垮骆驼的最后一根稻草。不管是劳动者的隔离措施,还是企业停工停产的倒置隔离措施,作为行政强制措施,政府需支付隔离补偿以及停工津贴,这样既承担了政府责任,保障了劳动者生活,企业也能减轻损失得以存活下来。而我们一方面在增加企业用工成本,另一方面我们却又在减少企业的社保支出成本,两种政策事实上出现相互抵消的情形^①。其实,支付隔离劳动者防疫补偿以及延迟复工津贴比对企业进行社保减免及稳岗补贴更具正当性,一是因为社保基金由劳动者与雇主共同缴费组成,理论上为社会所有,而非国家所有。社会保险法只规定了政府在社会保险基金出现支付不足时有给予补贴的义务。不管是从失业保险基金支出稳岗补贴还是阶段性减免社保费,对社保基金的健康持续运行将产生一定影响。二是减免税费的方式是直接减免企业的税费,而不是政府给予直接补助,对企业和劳动者而言,“获得感”较低,需进一步完善政府援助企业的方式和制度^②。

2.制度逻辑的溯源。究竟是“政主企辅”还是“企业主辅”的责任模式,不是凭空产生的。美国不得不由政府全额买单,法国可以由企业承担部分防疫成本,我国则让企业全部买单,这些规定并非偶然,而是各国现行制度下的必然。政府亦是利益主体,有转嫁责任的本能与资本;而能否转嫁企业以及转嫁的程度,则会受到现有的劳动法制的牵制。美国实行自由雇佣制度,政府很难甩锅企业。因为政府一旦规定由雇主负担劳动者隔离期间的补偿义务,雇主的经济人本性决定了其亦有甩包袱的本能,大量解雇隔离劳动者的后果是被推向社会的劳动者最终还是得由政府兜底。所以其现有的劳动法制度制约了政府的责任转嫁。法国解雇保护较美国严格,没有正当事由不得为解雇,所以只会移转有限责任,以确保企业不会因为负担过重而解雇隔离劳动者。虽然理论上说是政府的责任,但政府可以借助解雇保护制度,转移部分责任至企业。法定解除已经使我国成为世界上解雇保护水平最高的国家之一,最有条件将责任转嫁企业。根据各级劳动行政部门的文件,企业不仅不能依据《劳动合同法》第40条、41条与职工解除劳动合同,劳动合同到期的还须分别顺延至职工医疗期期满、医学观察期期满、隔离期期满或者政府采取的紧急措施结束。因此,即使增加企业义务,仍可确保劳动关系的稳定。可见,各国的劳动法制度体系决定了责任移转的可能性与移转的程度。

(三)我国防疫补偿制度的生成逻辑

面对突如其来的疫情,我国始终坚持人民至上、生命至上的理念。防疫补偿制度明显具有保全劳动者的政策意图,同时也有减轻国家财政负担以及操作简单快速的优势,使全国上下迅速动员起来投入到疫情防控遭遇战中,取得了防疫决定性成果。但是,这样的制度安排使劳资政三方之间的关系变得混沌,在法理上也缺乏支撑。当然,我国的防疫补偿制度并非孤立存在,而是历史与现行体制深度融合的产物。

1.扩大企业续付义务是历史惯性使然。透过一些具有历史性的分析,可以理解相关问题在一定脉络性下的真正面貌。我国关于劳动者隔离期间待遇问题最早由1991年颁布实施的《传染病防治法实施办法》作出规定。该法实施时我国市场经济体制尚未建立,企业并不是独立的经济组织,而是依赖于国家承担安置责任的一个单位。企业花国家的钱、办政府的事,这些职能由企业还是政府承担,本质上是一样的。因此,对于国家实施的行政强制措施,由企业承担补偿责任理所当然。不仅如此,当时《国家赔偿法》尚未颁布实施,对国家承担补偿性责任尚缺乏想象。至于“非典”后修改的传染病防治法的有关规定,应是承袭了上述条文的补偿路径。此外,因有上位法依据,上海等地方工资支付办法中亦只能作出同样的规定,“经隔离观察后排除的,企业应当视同劳动者提供正常劳动,支付其隔离观察期间的工资”。然而,现代企业本质上只是经济组织,希望企业“代办一切”并不现实;尤其是在

① 董保华:《疫情防控中如何平衡两类生存权》,《探索与争鸣》2020年第4期。

② 谢增毅:《劳动者因疫情无法正常劳动的工资支付分担机制》,《中国社会科学院研究生院学报》2020年第3期。

劳动力成本不断上升、企业转型压力加大的当下,大多数企业并不轻松,加上疫情的冲击,很多企业奄奄一息,无力再承担劳动者隔离期间以及停工期间的工资损失。

2.警惕制度背后的扩权冲动。行政机关强制隔离行政相对人,相对人对行政机关没有补偿请求权,而是向雇主请求续付工资,这无疑是增加了第三人雇主的义务,缺乏逻辑自洽力。依此逻辑,一遇到危机,政府习惯性地推给企业,这样的一推了之,会造成很多社会不公平。政府既然实施了行政强制,就应该承担相应的补偿责任;假设税收不够,政府可以征税,但是政府不能随意扩权让企业去承担续付义务,这无异于政府做好人,雇主增加负担,将防疫责任转嫁到了雇主身上。香港劳工团体与劳动行政部门对话时呼吁要求雇主放14天有薪病假,劳工及福利局局长罗致光表示律政司发现不能这样做。从表面看来,由企业续付隔离劳动者工资,企业碍于法律规定无奈承担下来,同时还不得为解雇。但是,企业亦是经济人,在没有收入或收入大大缩减的情况下,“不得解除劳动关系”与“保障工资支付”是存在着激烈冲突的^①。以至于隐蔽解雇、降薪成了大多数企业更为现实的选择。事实上,这部分防疫成本政府没有必要回避。截至2020年12月31日,我国内地累计追踪到密切接触者905493人,即使按照每日346.75元的国家赔偿金标准,需支出隔离补偿43.96亿元;如果按照最低工资标准支付,支出将更低。对国家而言完全可以承担,这有利于保护就业,避免大量失业者的出现。其实,尽管政府可以要求企业支付工资,但由于企业本身面临困难,很多企业往往无力支付,劳动者的工资或其他报酬未必有保障,而且也容易滋生劳资纠纷^②。如果由政府承担隔离成本,隔离人越多,耗费的资源也随之加重,这可形成反制,倒逼行政主体严格限制隔离范围,毕竟是人身自由之剥夺,也可避免造成不必要的恐惧和社会财富的浪费。另外,按照我国《传染病防治法》等规定,如果被隔离人员有用人单位,由单位承担补偿责任,那么对于不适用《劳动法》的劳动者以及无固定雇主或自营职业者又该由谁来承担补偿责任?该条规定亦会人为造成不公平。韩国、新加坡等在对被隔离人员给予补偿时都没有遗忘这部分从业者。事实上,已有地方政府积极履行政府责任,向企业发放隔离补助。如广东对于对职工因疫情接受治疗或被医学观察隔离期间企业所支付的工资待遇,按照不超过该职工基本养老保险缴费基数50%补贴企业。海南对返琼务工人员集中观察或隔离期间给予生活补助。例如三亚市以最低工资为标准,按每位隔离劳动者1064元向企业发放隔离补助。这些地方政府的做法其实也从侧面印证了政府有责任也有能力承担防疫补偿。

四、风险共担的法制完善

对于受强制隔离者予以合理补偿之机制,相关部门宜尽速检讨传染病防治法制,务必要在国家、企业与劳动者之间寻求或达成一个合理的权责关系,以同时实现两个目标:(1)劳动者的隔离义务得到履行,确保隔离防控效果。(2)劳动者隔离期间的生存权及其他合法权益得到保障。面对劳动契约关系与强制隔离关系,制度设计时应遵循保持客观法律秩序的封闭性,行政主体与行政相对人之间的“两面关系”不宜扩展到“三面关系”,更不能膨胀居于第三人地位的雇主的义务。政府应在权衡劳资关系和社会整体利益后,透过政策的调节,让责任主要是由整个社会集体来承接。

(一)明定国家义务

劳动者因隔离人身自由受限应向国家主张行政补偿请求权。国家宜及时建立补偿机制,对劳动者提供防疫补偿以保障其基本生活。这是政府为有效防控疫情必须支付的成本,不应把国家的补偿责任转移给企业承担。劳动者未提供劳动的情况下,苛以雇主工资支付义务,法理上似难自圆其说。采政府直接对劳动者提供人身自由受限的补偿或者间接补助雇主两种方式皆可。但是,直接补

^① 董保华:《疫情防控中如何平衡两类生存权》,《探索与争鸣》2020年第4期。

^② 谢增毅:《劳动者因疫情无法正常劳动的工资支付分担机制》,《中国社会科学院研究生院学报》2020年第3期。

偿相比间接补偿的优势在于可以对防疫补偿金设定条件,即在隔离期间违反规定者无法请领补助,以确保隔离防控效果。关于补偿资金的来源,可以设置补偿专项纳入政府财政预算,公共财政责无旁贷。费用负担可以由中央政府、地方政府合力承担。关于补偿比例,定额补助、全额工资补助或按比例之工资补贴皆可,主要取决于政府财政实力,但不宜低于最低工资标准。应基于比例原则在相对人获益和国家财政支出间取得平衡,在尽可能尊重被隔离人利益的基础上同时实现公共利益^①。

(二)明定雇主义务

从疫情防控的必要性与有效性角度来看,对雇主所增加的成本与不便是值得的,有其正当性,但是用人单位面对不可抗力仍维持劳动合同的存续,不让劳动者因此失业,这已是践行社会责任的一种表现。受与被隔离劳动者之间劳动契约关系的牵连,雇主作为强制隔离法律关系中的第三人,应限定其义务范围。在国家对劳动者承担主要责任后,雇主需承担次要责任。

1.雇主对国家的义务。雇主对于行政强制机关依法作出的强制隔离行为具有法律上的容忍义务。容忍义务的理论基础来自行政行为的公定力,由于行政行为的公定力是一种推定的对世的效力,第三人同样受行政行为公定力的约束^②。因此,政府要求劳动者停工隔离,用人单位应积极履行配合义务。

此外,雇主为国家履行垫付义务以保障劳动者生存权亦具有正当性。行政补偿既可以由政府以被隔离劳动者为对象直接发放补偿,亦可以通过苛以雇主工资续付义务而由雇主先行垫付,此时雇主的续付义务是暂时的,再由雇主向政府追偿。两者只有形式的不同,并不影响其实质。垫付义务的正当性来源于此种保障方式对劳动者乃最快速与简便,被隔离劳动者可以直接从日常领薪的管道,领到金额相同的薪水,不至于因为隔离而造成收入的中断或减损,除了疾病的威胁之外,再陷入经济上的困境。另外,工资只是起了一个确定标准的作用,有其存在的合理性,它毕竟考虑到了人们的收入情况,反映出限制人身自由与经济收入之间的某种关联性。

2.雇主对劳动者的义务。当隔离令这一履行障碍出现时,劳动者与用人单位之间的权利义务处于事实上的停摆状态。劳动者勿用提供劳务,雇主亦勿用支付工资。此时,雇主的主给付义务虽可免除,仍可苛以雇主一定的义务,履行与劳动契约相关的从给付义务。

首先,给予被隔离劳动者“假”的义务。劳动者在工作时间内,应在用人单位安排的岗位上履行劳动义务,不得随意离岗,这是用人单位组织生产的前提条件。对雇主而言,劳动者因隔离令造成的给付障碍,不得视为旷工,只能给“假”,但应给劳动者何种“假”?“假”的属性种类决定了劳资间的权利义务,假别的不同连带的权利义务的处理原则亦会有所不同^③。台湾地区创设了防疫隔离假,即脱离于现有的请假制度,为强制隔离创设的特殊假别;明确规定“应给予防疫隔离假,且不得视为旷职、强迫以事假或其他假别处理”。原因在于根据台湾地区《劳工请假规则》规定,“劳工因有事故必须亲自处理者,得请事假,一年内合计不得超过十四日”。如若将隔离假视为事假,劳动者日后因个人事由而必须暂时脱离工作场所将面临无假可请。当然,设定为公假或病假,由企业支付劳动者全薪或者病假工资,再由企业向国家追偿也未尝不可。但是,我国以劳动合同中止的方式确立劳动者与用人单位之间的劳动关系更为适宜,以免产生社会混淆,使政府—企业,企业—劳动者,政府—劳动者之间混沌的关系更加清晰,便于明确各自的权利义务。隔离期间双方劳动关系中止,但劳动契约关系仍然存在,雇主负将劳动者之原职予以保留之义务,只是该期间劳动者不必提供劳务,而雇主亦不必给付报酬,亦即准假不支薪。当然,我们应该鼓励企业按公假支付全薪,如果雇主愿意照常给付工资,可以按给

① 杜仪方:《何为禽流感中扑杀行为的“合理”补偿——兼论风险规制与行政补偿标准的新发展》,《行政法学研究》2016年第3期。

② 李大勇:《行政强制中的第三人权益保障》,《行政法学研究》2018年第2期。

③ 陈建文:《台风假诉求的政策思考与法理探讨》,“劳动基准法工资与工时实务研讨会”论文,台北,2008年12月,第71页。

薪数额加倍扣抵税费。

其次,不为不利益待遇的义务。雇主不得仅因劳动者请假隔离而给予不利之处分,如工龄中断计算,扣发全勤奖金等。台湾地区明确规定“于隔离、检疫期间不得扣发其全勤奖金”。根据台湾地区《劳工请假规则》规定,雇主不得因劳工请婚假、丧假、公伤病假及公假,扣发全勤奖金。该条立法目的,系基于上述假期乃符合社会常情所必须之休假,且劳动者在上述假期时,雇主仍需依劳工请假规则之规定照给工资,为避免雇主以扣发全勤奖金之方式,剥夺劳工之婚、丧、公伤病、公假之权益^①。因此,普通伤病假可以扣发全勤奖金,但是防疫隔离假不可扣发全勤奖金。

再次,社会保险缴费义务。雇主依法应为劳动者缴纳社会保险,包含养老、医疗、失业、生育及工伤保险,此属于企业之法定义务。无工作则无保险,无工资则无缴费,但是缴费义务的中断将直接影响劳动者保险权利的享有,尤其是医疗保险等即时权益。从理论上讲,劳动者如需投保,应由政府与劳动者共同缴费。但是,政府并非合格的缴费主体,尤其如工伤保险,会引发一系列理论与实践问题。此外,实践中无论劳动者实际工作一天或一整月,社保经办机构均要求按整月缴纳社会保险。因此,从企业践行社会责任角度,应由企业继续承担社会保险缴费义务为宜。

The Legal Basis and Legal System Improvement of Quarantine Compensation

Zhang Huiqin Dong Baohua

(College of Culture and Law, Shanghai Ocean University, Shanghai 201306, P.R.China;
Law School, East China Normal University, Shanghai 200241, P.R.China)

Abstract: The rights and obligations of compulsory quarantine shall be governed by the administrative law. However, compulsory quarantine prevents workers from working, which will lead to changes in rights and obligations in labor law. In the triangular relationship among the state, employees and employers, some claims urgently need to be clarified from a legal perspective. Observing the logic behind the quarantine compensation system in various countries or regions, the difference lies in the positioning of the obligor and the third party. The state should formulate a fair compensation legal system for those who sacrifice freedom for anti-epidemic policies in order to seek or reach a reasonable power-responsibility relationship among workers, employers and governments.

Keywords: Compulsory quarantine; Impossibility of performance; Claim; Renewal obligation; Executive compensation

[责任编辑:林 舒]

^① 黄程贯:《新学林分科六法——劳动法》,台北:新学林出版股份有限公司,2016年,第A-594页。