

劳动法与社会法 理论探索

郑尚元/著

中国政法大学出版社

劳动法与社会法 理论探索

郑尚元 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

劳动法与社会法理论探索 / 郑尚元著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2008. 10

ISBN 978-7-5620-3305-9

I. 劳... II. 郑... III. ①劳动法-法的理论-中国-文集 ②社会保障法规-法的理论-中国-文集 IV. D922.501-53 D922.182.31-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第160557号

书 名

劳动法与社会法理论探索

出版发行

中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)

北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088

zf5620@263.net

<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

(010)58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)

承 印

固安华明印刷厂

规 格

880×1230 32开本 13.125印张 375千字

版 本

2008年10月第1版 2008年10月第1次印刷

书 号

ISBN 978-7-5620-3305-9/D·3265

定 价

32.00元

声 明

1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问

北京地平线律师事务所



作者简介 ||

郑尚元 1965年11月生，山西灵丘人。现任中国政法大学教授、博士生导师，中国政法大学劳动和社会保障法研究所所长，兼任中国法学会社会法学研究会副会长，中国劳动法研究会常务理事，中国国家机关及直属事业单位人事争议仲裁委员会委员。1988年7月毕业于山西大学经济系，获经济学学士学位，1993年3月毕业于西南政法大学，获法学硕士学位，2002年7月毕业于北京大学法学院，获法学博士学位。1993年3月至1998年7月曾在原国家劳动部政策法规司工作。主要学术著作有：《劳动争议处理程序法的现代化》（中国方正出版社2004年版）、《工伤保险法律制度研究》（北京大学出版社2004年版）、《劳动合同法的制度与理念》（中青年法学文库系列之一，中国政法大学出版社2008年版）。主编《劳动法学》（新纪元高等政法院校系列教材，中国政法大学出版社2007年版）。曾在《中国法学》、《法律科学》、《现代法学》、《法学家》、《法学》、《清华法学》、《行政法学》、《当代法学》等期刊上发表学术论文60余篇。



目 录

第一编 劳动法部分

从雇佣契约到劳动合同看民法与劳动法调整社会关系 的区界	(1)
罢工及其法律规制	(29)
浅析劳动争议诉讼程序之完善 ——兼评《最高人民法院关于审理劳动争议案件 适用法律若干问题的解释》	(54)
劳动争议案件审判制度比较与分析 ——兼谈我国劳动争议审判制度的改革走向	(71)
劳动争议处理程序之和谐 ——以“劳动仲裁时效”为例	(82)
员工竞业禁止之法学分析	(90)
劳动能力鉴定结论可否成为行政复议、行政诉讼对象 的法学透视	(117)
中国法定假日、假期理性的法律规制 ——整合我国法定假日、假期的立法思考	(125)



“集体协商”与“集体合同”词义辨	(140)
劳动仲裁建立保全制度和先予执行制度的必要性分析	(150)
实质公平与形式正义之间的《破产法》 ——再谈“劳动债权”与担保债权清偿顺序	(154)
公司社会责任与劳动权保障	(173)
监狱企业定位与劳动制度改革的法律思考	(195)
劳动派遣之立法因应 ——劳动派遣之社会价值与负效应	(207)

第二编 社会法部分

社会法的定位与未来	(240)
社会法的存在与社会法理论探索	(267)
工伤保险法的性质和地位	(293)
侵权行为法到社会保障法的结构调整 ——以受雇人人身伤害之权利救济的视角	(300)
社会法是现代法律，是有其特有范畴的法律制度	(320)
公开、规范与定型：养老保险制度从政策到法律 ——中国社会保险立法的进路分析	(325)
社会法语境与法律社会化 ——“社会法”的再解释	(346)
城郊农民失地及其权利救济 ——以失地农民生存权保障为中心	(370)
后记	(409)

第一编 劳动法部分

从雇佣契约到劳动合同看民法与 劳动法调整社会关系的区界

问题的引入：1994年《劳动法》颁布以来，就《劳动法》适用范围展开的讨论是粗线条的——《劳动法》到底适用于哪些人？适用于哪些社会关系主体？《劳动法》调整的对象到底包括哪些内容？其内涵理念和外延边界如何确定？这些问题引发了劳动法学界的关注，曾有不少教科书和其他著述进行过诠释，也有相关机构对此作出“权威”的解释，提出了“劳动关系及与劳动关系密切联系说”，“劳动关系与劳务关系区别说”等观点。关键的问题只有一个：确定《劳动法》所调整社会关系的质！上述理论探索在一定程度上对劳动立法、司法和行政执法都有裨益，但是，上述理论分析始终没有从根本上解决一些基本问题，如国家机关究竟适用不适用《劳动法》？劳动关系、劳务关系及人事关系之间的关系如何？上述问题的澄清单纯以《劳动法》诠释上述社会关系是很难做到的。本文以雇佣关系和劳动关系的法律调整为切入点，以雇佣关系法律调整的历史演变、社会经济基础为背景进行理论分析，探讨中国雇佣关系与劳动关系法律调整的区界划分问题，在此基础上，引申出对雇佣契约与劳动合同界别的分析，以此引起法学界对雇佣合同和劳动合同立法的讨论，以期促进中国劳动法的成熟和中国合同法的完善，并求教于民法学与劳动法学学界前辈与同仁。



一、雇佣关系、劳动关系法律调整的制度缺失

(一) 雇佣关系、劳动关系法律调整的现状 & 制度缺失

1994年颁布的《劳动法》创制性地提出了“用人单位”与“劳动者”的概念，舍弃了“雇主”和“雇员”作为法律主体的称谓，其中深意在于：社会主义制度消灭了剥削和被剥削现象，旧中国长期使用的、含有一定剥削因素的习惯用法——“雇佣”一词成为了辟邪的牺牲品。诚然，我们应当承认这一创制的先进性，即便是该先进性是基于“雇主”和“雇员”名词使用易产生剥削认识而辟邪的产物。笔者认为，“用人单位”与“劳动者”的使用恰恰歪打正着，这一术语的使用恰好因应了传统私法向兼具公法与私法属性之劳动法过渡的客观必然。这一对名词的使用集中反映了传统私法中抽象主义与近现代法律之实质主义的界别，使人们对“雇主——雇员”与“用人单位——劳动者”有了对比的机会，以及给学者留有了幻想的空间：这两者是有区别的！

然而，当初《劳动法》的起草者除却辟邪之外并未有其他意蕴，相反，将“用人单位”与“劳动者”之间社会关系定性为劳动关系，以“劳动关系”这一宽泛概念去注解“现代雇佣关系”，甚至以“劳动关系”去诠释法律关系主体，得出的结论自然难以自圆其说。必须指出的是，作者并非反对使用“劳动关系”这一术语，该术语早在民国年间学术界已经使用。史尚宽先生认为：“劳动关系系谓以劳动给付为目的之受雇人与雇佣人间之关系。劳动关系系从来视为纯粹私法上债的关系。然劳动关系系于债的经济的要素之外，实含有身份的社会要素，与民法上单纯的债之关系及纯经济的雇佣关系不同。”〔1〕笔者体会，在20世纪30年代，产业极其落后的旧中国，史老先生已经认识到了“劳动关系”与“雇佣关系”的差异，令人鼓舞，后人更应向前迈上一大步。诚然，“劳动关系”或“劳资关系”在一定的历史阶段可能不是一个法律概念，而是一个社会学术语。正如国外关于

〔1〕 史尚宽：《劳动法原论》，1978年台北重版，第2页。



产业关系 (Industry Relation) 的阐释一样, 这类社会关系群事实上仍处于法律调整与非调整的边缘, 因而产业关系法 (Industry Relation Law) 的提法很少。因此, 劳动关系并不能充分体现用人单位与劳动者之间的社会关系, 以粗线条的劳动关系去定性劳动法的调整对象自然难免谬误, 更不能以劳动关系圈界所有“用人”与“受雇”之间的关系。

《劳动法》第2条规定, 在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织和与之形成劳动关系的劳动者, 适用本法。国家机关、事业单位、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者, 依照本法执行。这一规定以“劳动关系”为标准去界定用人单位与劳动者之间的社会关系, 但“劳动关系”究竟为何物, 是“劳动公法关系”还是“劳动私法关系”? “劳动合同关系”是否属于“劳动私法关系”? 我们不得而知, 只是认识到上述法律条文的表述并不能准确圈界劳动法的适用者。于是, 《劳动法》颁布之后, 为了贯彻执行该法, 原劳动部于1995年8月4日发布了《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》,^[1] 其并未解释劳动关系, 而是对适法主体中用人单位一方的性质及劳动者的身份属性进行综合解释, 从而确定社会关系的劳动法调整。根据该解释, 目前以下用人单位与劳动者^[2]之间构建的“劳动关系”属于《劳动法》调整的范畴: 其一, 企业与劳动者之间存在的、以劳动与报酬对价为基础的社会关系; 其二, 个体经济

[1] 简称为“《劳动法》解释一百条”, 《劳动法》解释非常特殊, 既非立法机关对法律进行解释, 也非司法机关对法律进行司法解释, 而是由行政部门对法律进行解释, 性质如何不属于本文探讨的范围。现实情况是: 这一解释一直被行政执法甚至司法当作法律依据。

[2] 笔者认为: “劳动者”一词不是一个法律概念, 它不同于“雇员”, 在我国, 凡是从事人力资源与物力资源 (生产资料) 整合活动的, 都可以称之为劳动, 其主体可以称为劳动者。如果以劳动为谋生手段分, 劳动者既有有报酬劳动, 也分无报酬劳动, 工人、农民、知识分子都可以称之为劳动者, 因此, “劳动者”一词的使用, 如属法律术语, 只能在特定的语境中使用, 如从劳动属性、用人单位属性、劳动者身份属性等方面去阐释法律意义上的劳动者。



组织（一般指7人以下的个体工商户）与劳动者之间存在的、以劳动与报酬对价为基础的社会关系；其三，国家机关、事业单位、社会团体等公力及准公力机构与工勤人员^{〔1〕}通过订立劳动合同而建立的社会关系；其四，事业单位经营化，即企业化管理的事业单位与劳动者之间的社会关系；其五，其他通过劳动合同与国家机关、事业单位、社会团体建立劳动关系的劳动者等。上述解释粗线条地勾画了劳动法调整的用人单位与劳动者之间的几类社会关系，并将这几类社会关系界定为劳动关系。上述解释并未理清劳动法调整社会关系的质，更未能解释劳动法不予调整的社会关系的边界。

《劳动法》颁布以后仍有几类带有“雇用”性质的社会关系，游离于法律调整之外，这几类社会关系民法未予调整，劳动法亦未规制，这几类社会关系包括：

1. 劳动法所排除的传统雇佣关系。以用人单位的性质和劳动者身份为标准所界定的劳动关系之外，是传统雇佣关系。这类雇佣关系并非公力干预与私利保护相结合的劳动关系，而是表现为雇佣关系主体之间通过契约所建立起来的平等性社会关系。在现代劳动法诞生之前，雇佣关系早已存在，并为传统民法所调整；劳动法产生之后，部分雇佣关系，如产业雇佣关系的法律调整就逐步超越私法领域。但是，产业再发达也不可能使所有雇佣关系产业化，非产业雇佣将长期存在，如亚细亚生产方式中的农业雇佣，家庭消费雇佣^{〔2〕}等社会关系不属于劳动法之劳动关系的范畴，同样，我国《合同法》也舍弃了对此类社会关系的调整，即类似雇佣关系的调整目前出现了严重的法律制度缺失。传统雇佣关系实体法的法律缺失直接影响了雇佣关系当事人权利救济的程序法通道，给当事人权利救济制造了巨大的制度

〔1〕 工勤人员，以笔者理解其身份是不具有公力属性的劳动者。

〔2〕 劳动法将家庭保姆排除在该法的适用范围之外，是家庭消费雇佣的典型；此外，纯粹的私人医生、私人律师、私人保镖、私人司机等行业的兴起具有同样的性质，如果仅仅是雇佣者与受雇者之间架构起来的此类雇佣关系，笔者认为，此类雇佣关系应当由民法予以调整。



障碍。

2. 劳动法所排除的人事关系。建国以来,我国逐步形成了身份就业的基本格局——工人、农民和干部三大类职业身份,在城镇就业人群中,只有两类人员:干部和工人,从工人到干部的转变,也就是所谓的“转干”,意味着身份的巨大进阶;拥有干部身份的职业劳动者实际上又因其所在单位性质的不同划分为机关干部和事业单位干部。具有中国特色的事业单位使雇佣关系、劳动关系的区别之外,又添加了人事关系带来的法律调整上的困惑。如果说在计划经济时期,事业单位行使了部分公法主体的权力和承担了部分公法主体所应承担的职能,那么,随着市场经济的发育和成熟,事业单位改革已在悄无声息中拉开了序幕,事业单位与其职工之间社会关系的法律调整显得十分迫切。现实的情况是:劳动法将人事关系排除于该法调整之外,而民法对部分略带公力属性的事业单位与其职工之间的社会关系自然不予涉及。结果造成,这类社会关系陷入了法律调整的盲区——“今年40岁的杜莲娟没有想到,只因自己被认为具有‘干部’身份,她与聘任单位之间的劳动争议竟历经多个程序,困难重重。《劳动法》已颁布多年,然而,劳动者拿起这件武器维权时,竟发现,《劳动法》的实施依然存在着盲区。”^{〔1〕}2003年6月17日最高人民法院审判委员会第1278次会议通过了《最高人民法院关于人民法院审理事业单位人事争议案件若干问题的规定》(法释〔2003〕13号),最高法院这一司法解释具有法律效力,该规定开了新中国事业单位与其职工之间纠纷处理法律化的先河,为当事人进行权利救济开启了程序通道,欣慰之时,又不免有深深的遗憾:无实体法为依托的程序通道显得那么崎岖,当事人的权利救济因无实体法的规定而变得虚不可测。

3. 二元社会结构所产生的介于农业与非农产业之间特殊雇佣关系。十六届三中全会通过的决议中包含了消解中国二元社会结构的社会发展障碍。二元社会结构不可能短时间内解体,二元社会结构中出现的农民工现象一直是劳动法学界乃至全社会关注的热点。农民工与

〔1〕 参见“‘国家干部’让她维权无门”,载《京华时报》2002年2月5日。



其用人单位之间的社会关系被圈界于劳动法的调整对象之内。然而,农民工与用人单位之间社会关系的法律调整一直是一个突出的难题。从拖欠农民工工资现象可以看到,法律实施遇到了难题。农民工问题现今已成为一个社会问题,“农民工这个词表明的并不仅仅是一种职业,也不仅仅是一种社会身份或社会地位,而是一种社会身份与职业的结合。其中的‘农民’表明的是他们的社会身份,‘工’则表明的是他们的职业。”^{〔1〕}我国劳动法将农民工笼而统之地纳入其调整的范围,突破了劳动法不涉及传统农业的基本准则,抹杀了农民身份的特殊性,在重视其职业的同时,忽视了其身份,并且这种职业并非是农民工赖以生存的职业,那么,我们就需要考虑二元社会结构造成的这类特殊雇佣关系全部由劳动法调整的合理性。

(二) 制度缺失的原因分析——以制度基础、人文环境、法制氛围及体制障碍为背景

从上述几类社会关系法律调整的缺位现象能够得出目前我国雇佣制度或用人制度上制度缺失的结论。那么这种法律制度缺失的原因在哪里?

回答这一问题是需要费笔墨的,笔者只是从法律制度构建的社会经济基础、人文环境及法制氛围几个方面分析制度缺失的原因。不论是传统雇佣关系,还是现代劳动关系,都是建立在雇用与受雇基础上而形成的社会关系,这种社会关系都具有有偿性和一定程度的人身隶属性;建国以后,尤其是社会主义改造完成之后,构成我国经济基础的国营企业和集体企业几乎吸纳了100%的就业人口,劳动和资本合流及政企不分,从用人制度上只存在政策与制度的架构,而没有梳理劳动者与所在单位社会关系的迫切性。由于政企不分,企业与劳动者之间的社会关系被异化为准行政管理关系,“在计划体制下,国家、单位、个人形成一种纵向序列,每一个劳动者客观上都被囿于‘单

〔1〕 参见孙立平:“城乡之间的‘新二元结构’与农民工流动”,载李培林主编:《农民工——中国进城农民工的经济社会分析》,社会科学文献出版社2003年版,第152页。



位’这一狭小的空间……长期以来并没有真正意义上的企业，单位本身不负盈亏，只是国家管理的一个层次，单位与职工的关系就完全成为控制与被控制、管理与被管理、服务与被服务的格局。”^{〔1〕}从过去企业管理层的称谓——“企业行政”即可理解类似准行政管理关系并不为过。与此同时，二元社会结构中的农业社会已完全实现集体化，农业劳动也走上了类行政管理的轨道。“1958年7月1日《红旗》杂志发表了题为‘全新的社会，全新的人’的文章。文中说：‘把一个合作社变成一个既有农业合作，又有工业合作的基层组织单位，实际上是农业和工业相结合的人民公社。’”^{〔2〕}农业劳动者实际上也被异化为一类特殊的“单位人”，即人民公社社员。基于上述原因，雇佣劳动远离中国社会长达近30年。

制度的构建须依赖于特定的人文环境。例如宪政实施，就需要有主权在民的人文精神；民法制度的创建则需要市民社会所信仰的意思自治和平权观念；而劳动法制度则需要国家干预与倾斜保护的社会整合理念，当然，一定程度上也不排除需要民法所仰赖的意思自治和平权观念。建国以后，很长一段时期内，效忠、奉献和服务的劳动理念成为时代的主旋律，上层建筑乃至意识形态所酝酿的人文环境抑制了劳动与报酬对价的思维，与此相适应，“各尽所能，按劳分配”与上述理念形成了契合。^{〔3〕}由此，形成了一定历史时期可以维持的国家、单位与劳动者之间的特殊社会关系，并且这种社会关系酿制了特

〔1〕 董保华等：《社会法原论》，中国政法大学出版社2001年版，第78页。

〔2〕 孙健：《中华人民共和国经济史：1949～90年代初》，中国人民大学出版社1992年版，第248页。

〔3〕 这一问题不属于本文探讨的内容，为了说明作者的一些观点作粗浅解释。一定程度上，“各尽所能，按劳分配”以国家或单位为本位，站在不平等的立场上衔接劳动与报酬之间的连接点，所谓各尽所能，意味着每一位劳动者当竭尽全力，奉献国家和社会，并非需要多少报酬而付出多少劳动；同样，按劳分配是以国家或单位与劳动者之间的垂直领导与被领导、管理与被管理的基本思维架构劳动与报酬的另一个连接点，报酬是国家或单位的“分配”，按劳分配只是从横向上，也就是以不同劳动者之间劳动量的比较而确定的分配量，是否包含了劳动与报酬对价呢？几十年的低工资、高积累模式告诉人们，按劳分配并没有形成劳动与分配的对价。



定历史时期的人文环境，人们对努力工作、奉献国家有普遍的认同感，很少关注付出的劳动和获得的报酬之间是否公平的问题，这就是特定历史时期的人文环境。

法律制度的打造仰赖法制氛围的形成。我们应当承认，制度与法律是可以分离的，并非一涉及制度就必然是法律制度。自建国开始至20世纪70年代末期以前，中国社会虽然鲜有法律颁布，鲜有法律制度，然而，同期的制度建设是客观存在的。依靠党和政府的方针、政策，以文件形式实现社会规范到达当事人的制度打造在该时期甚为有效，“在没有法制传统文化的土壤中，不可能生长出有很高法律素养的领袖。中国革命不是依靠法律，而是靠冲破法制、靠广大人民群众的革命热情和领袖们发动群众赢得革命胜利。领袖们必然很自信和习惯于以传统的方式来从事工作。”^{〔1〕}及至今天，在建设中国特色法治社会的进程中，也不要指望制度与法律的完全并轨，政策性制度与法律制度的并存将长期存在，我们期盼的是政策性制度的理性和执行的刚性，以及法律制度的逐步扩张，最终形成法治社会。改革开放以前，我国大多数基本法律制度缺位，包括民法、刑法、程序法等基本法律制度几乎处于空白状态，1986年一部应时应急的《民法通则》出台后，才真正拉开新中国民事立法的序幕，1999年出台了《合同法》；与此同时，劳动立法亦因应社会需要而启动，在1994年《劳动法》颁布之前，国务院已经颁行了大量的劳动法规，如《国营企业实行劳动合同制暂行规定》（1986年）。从上述民事立法和劳动立法同处一个历史时期的事实分析，中国大陆民事立法和劳动立法仍处于初级阶段。然而，学术成长的轨迹却大相径庭，民法理论历经20多年的努力，逐步缩小了与我国台湾地区、日本乃至西方发达国家的学术距离，而劳动法因多种原因的影响，学术裹步不前，至今已远远落在了我国台湾地区、日本的后面，与西方发达国家的学术距离更是难以估算。雇佣关系和劳动关系调整的法律制度变迁轨迹是劳动法与民法逐

〔1〕 蔡定剑：《历史与变革——新中国法制建设的历程》，中国政法大学出版社1999年版，第93页。



步分离,尤其是雇佣契约向劳动合同的法律调整的演变表现得尤为明显,因此,我们可以初步认定:从一般意义上讲,先有雇佣关系的民法调整,之后才有劳动关系的劳动法调整。“劳动法的发展史实质就是法律不断满足劳动关系特殊法律需求的历史。劳动法根植于民法,又超越了民法。”^{〔1〕}我国法制建设的历史轨迹表明,民事立法过程中基本的物权制度、债权制度(1999年《合同法》出台前)都未及建立的情况下,不论是立法者还是学界都将应被纳入契约制度中之传统雇佣契约排除于自己的视野之外,即使偶有涉掠,也因关注不够及理性不足最终使这类社会关系的调整没有在民法合同制度中占据任何位置。民法学家梁慧星曾撰文论述《合同法的成功与不足》,他认为,未将雇佣合同纳入《合同法》之有名合同的范围是一大憾事,^{〔2〕}体现了民法学界对雇佣关系法律调整的关切。笔者认为,造成“雇佣合同”一章与《合同法》失之交臂的原因是多方面的,既有行政部门的相关阻力,也有我国民法立法较晚及民法学界对该问题关注不够的因素。^{〔3〕}

除了上述因素之外,目前,人事关系被疏离于法律调整之外原因更加复杂,一方面体制不畅是制约人事关系法律调整的重要方面。1988年,人事部与劳动部分家,原劳动人事部撤销,由一个行政部门管理的用人制度,因成立了不同的政府部门而一分为二,即通常所说的人事部管干部,劳动部管工人,这种局面现在仍未打破。某种程度上,政府公务员的规范与管理是行政法规制的范畴,属于公法范畴,

〔1〕 冯彦君:“民法与劳动法:制度的发展与变迁”,载《社会科学战线》2001年第8期。

〔2〕 参见梁慧星:“《合同法》的成功与不足”,载《中外法学》2000年第1期。

〔3〕 《中华人民共和国合同法》(草案)第444条规定:“雇佣为当事人一方为他人提供劳务,他方给付报酬的合同。国家机关、企业、事业单位、社会团体及其他组织与其雇员订立的劳动合同,劳动法无特别规定的,适用本章规定。”这一规定在没有界别民法与劳动法调整雇佣关系及劳动关系的质。此外,“雇佣合同”一章许多内容重复《劳动法》“劳动合同与集体合同”一章的规定,自然未能体现其价值。参见梁慧星主编:《民商法论丛》(第4卷),法律出版社1996年版,第524~527页。



人事部管干部应无不妥。问题出在“干部”一词不是国际通行职业,在我国也存在机关干部、事业单位干部、甚至企业干部的划分,“干部”属于身份划分的产物,而不是职业划分的结果,“干部”一定程度上属于计划经济时期的称谓;在市场经济得到相当发育的今天,该称谓已经不适宜,机关干部与事业单位干部存在的差异使法律调整这类社会关系的障碍更加突显。由于体制方面的原因,《劳动法》(草案)修改、论证阶段,来自人事部门的反馈意见是:阻却人事关系进入《劳动法》调整的领域。事实上,事业单位因其执行的职能不同也有较大差异,可以分为三类:一部分承担国家事业职能的事业单位,完全依靠财政拨款,这部分事业单位应承担公法主体的角色;另一部分事业单位并不必然或不必要承担国家事业单位职能,只是在计划体制下该事业单位国家编制而形成吃财政饭的历史惯性,并不承担公法主体的角色,这类事业单位部分已经经营化;最后一部分事业单位既部分地承担公法主体的角色,又在开发市场。2002年7月6日,国务院办公厅转发人事部《关于在事业单位试行人员聘用制度的意见》,开始启动事业单位的劳动者市场化的进程,同时,也昭示着法律调整人事关系的时间不会太久。笔者认为,事业单位并不必然是公法主体,可以通过市场化而开展的事业,应逐步成为私法主体,这类事业单位与其劳动者之间的社会关系应纳入劳动法调整的范畴,目前,人事关系调整的现状并非法律本身的问题,体制不畅是问题的关键。

二、雇佣关系、劳动关系调整之法律考察——以雇佣契约和劳动合同为视角

(一) 民法调整雇佣关系的传统及变迁

在产业社会初期,雇佣关系的法律调整一直属于私法的范畴,及至近代以工厂法为起点的劳动立法也并非以私法领域的雇佣关系为法律调整的着力点,而是从维护妇女、儿童等弱势劳动群体的健康权着手,是公权力介入私法领域之雇佣关系履行的结果。“由于工厂法在所有使用妇女、少年和儿童的工业部门的推行而被人多地加速了。强制规定工作日的长度、休息时间、上下班时间,实行儿童的换班制



度，禁止使用一切未满一定年龄的儿童等等”，^{〔1〕}即便劳动法开始运用以公力干预私际，强行法只是介入雇佣合同履行的道德性领域，以免上述特殊劳动者群体受到社会难以接受的身体健康伤害，而雇佣关系仍被视为一种债权债务关系。“18世纪自然法思想认为对人全面之支配关系乃是一种反人伦的关系，要求将一切对人羁束、压迫的法律制度予以撤废，努力将个人从所有桎梏之中解放出来，恢复人类人格之绝对，于是在法律上产生‘全然自由地对等的人格者之间之契约关系’思想，劳动关系亦承其一贯理论，逐渐丧失其身份要素，慢慢地渗入债权的要素，遂成为两个人格者间劳务与报酬之交换关系，劳动成为买卖关系中之商品，劳动关系成为纯债权关系。”^{〔2〕}

民法调整雇佣关系在实定法上得到了充分体现。1794年普鲁士普通法第869条、第894条将雇佣契约界定为：“有关劳务给付行为之契约”；1811年奥地利民法第1151条将雇佣契约规定为：“关于劳务给付之有偿契约”；1896年德国民法（修订）及1911年瑞士债法都对雇佣契约作了甚为详细的规定。民法调整雇佣关系是以个人主义为基则的有关劳务给付之法律，而劳动契约则以社会为出发点对劳动关系予以规范，两者不论质上、量上都有很大差别。1971年瑞士债法作出重大修订，修订的重点在第十章，从第319条到第362条，将原来的“雇佣契约”修订为“劳动契约”。值得一提的是，瑞士债法的修订宗旨在于实现“民法的社会化”，尽管瑞士债法中的“劳动契约”一章包含了社会化因素，对于其他国家则不一定能够实现私法包容社会化因素的劳动契约制度。瑞士乃七百年中立小国，产业关系平和，不存在激烈的劳资对抗，以平权观念之债法实现对劳动关系的调整仍能有效和到位，从雇佣契约到劳动契约的修正，“修正了民法本身重大原则，使其包容力大大扩张，影响所及公法私法之分类，强行法任意法之区别，皆有根本之作用。”^{〔3〕}在瑞士债法调整以劳动契约为中心的

〔1〕 [德] 马克思：《资本论》（第1卷），人民出版社1975年版，第520页。

〔2〕 黄越钦：《劳动法新论》，中国政法大学出版社2003年版，第5页。

〔3〕 黄越钦：“从雇佣契约到劳动契约”，载《政法法律评论》1981年第24期。