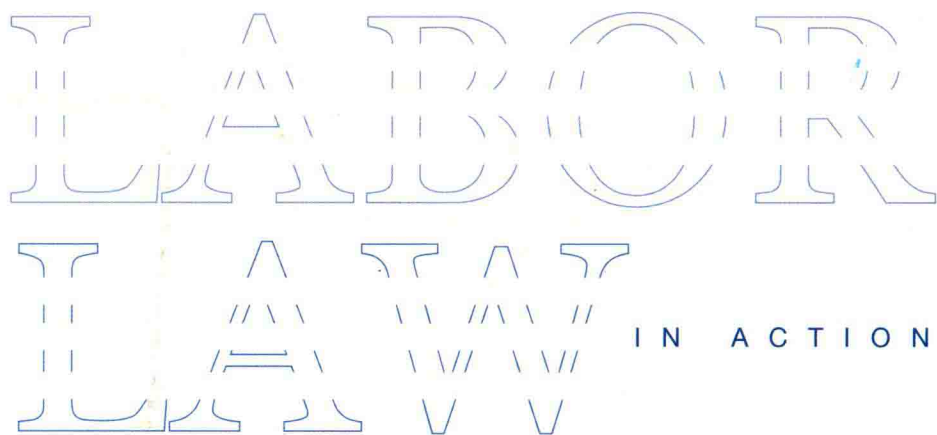


行动中的

吴伟东 著

劳动法



IN ACTION



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

LABOR

LAW

I N A C T I O N

行动中的

劳动法

吴伟东
著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

行动中的劳动法律 / 吴伟东著. -- 北京: 社会科学文献出版社, 2017. 4

ISBN 978-7-5201-0414-2

I. ①行… II. ①吴… III. ①劳动法-研究 IV.
①D912.504

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 043356 号

行动中的劳动法律

著 者 / 吴伟东

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 谢蕊芬

责任编辑 / 隋嘉滨 谢蕊芬

出 版 / 社会科学文献出版社·社会学编辑部 (010) 59367159

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367018

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 13 字 数: 167 千字

版 次 / 2017 年 4 月第 1 版 2017 年 4 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5201-0414-2

定 价 / 59.00 元

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心 (010-59367028) 联系

 版权所有 翻印必究

本次研究得到了中央高校基本科研业务费专项资金资助
(暨南启明星计划)

目 录

导 论	1
第一节 研究的背景与意义	1
一 研究的背景	1
二 研究的意义	4
第二节 研究回顾	6
一 国际学术界的研究现状	6
二 国内学术界的研究现状	9
第三节 研究设计	11
第四节 数据来源	17
 第一章 劳动合同法与劳动者的合同签订	23
第一节 法律的文本内容	26
第二节 理论视角：场域理论与交换理论	28
第三节 现实行为：劳动合同签订状况	31
一 研究设计	31
二 研究发现	34
第四节 主观意识：劳动合同签订意愿	45
第五节 结论	52

第二章 劳动合同法与劳动者的职业培训	59
第一节 法律的文本内容	62
第二节 理论视角：交换理论与生命历程理论	67
第三节 现实行为：农民工的职业培训参与	71
一 研究设计	71
二 研究发现	75
第四节 主观意识：劳动者的培训意识	81
一 研究设计	83
二 研究发现	84
第五节 结论	91
第三章 农民工的工会融入和企业参与	94
第一节 法律的文本内容	97
第二节 理论视角：政治融入	100
第三节 现实行为：农民工的工会融入	103
一 研究设计	103
二 研究发现	107
第四节 现实行为：农民工的企业参与	113
一 研究设计	113
二 研究发现	114
第五节 结论	121
第四章 最低工资规定与劳动者的收入	124
第一节 法律的文本内容	127
第二节 现实行为：新生代农民工的月收入	128
一 研究设计	130

二 研究发现	133
三 最优尺度模型分析	140
第三节 现实行为：违反《最低工资规定》的行为	141
第四节 结论	146
第五章 社会保险法与农民工的储蓄行为	149
第一节 法律的文本内容	150
第二节 理论视角：持久收入理论	156
第三节 现实行为：农民工的储蓄行为	159
第四节 结论	170
余 论	173
参考文献	177
后 记	199

第一节 研究的背景与意义

一 研究的背景

在相当长的历史时期里，道德、风俗与宗教教义在社会中发挥着个体行为导向和社会关系调节的作用。伴随着社会规模的不断扩大，以及社会的复杂性和现代性的逐渐提高，社会的异质性超过同质性并成为主导，发生社会冲突和纠纷的可能性显著提高，超出了风俗习惯和宗教教义的调节和控制范围，促使社会需要一套精细的规则及其执行机制来应对这些问题，法律制度在这种背景下逐步产生（Steven, 2009）。从 16 世纪以来，法律已经成为社会管理的首要工具（Pound, 1923）。历经几个世纪的发展，法律在包括中国在内的许多国家，已经成为国家治理的基本准绳而被赋予了最高的权威。法律成为个体的行为准则和社会关系调节的主要方式。法治经常被作为现代社会的核心标志，而与传统社会相区别。

中国以政府为主导推行“依法治国”的进程已经持续了 30 多年，从法制到法治、从器物到文化、从制度到观念，权力意识、自由精神等已经逐渐成为民众的共识，法律对社会事务的支配，无论在广度、深度上，还是数量、质量上都有了革命性的变化

(郭星华, 2011)。依据 2011 年《全国人民代表大会常务委员会工作报告》, 在 2010 年底, 中国已制定现行有效法律 236 件、行政法规 690 多件、地方性法规 8600 多件, 并全面完成对现行法律和行政法规、地方性法规的集中清理工作, “中国特色社会主义法律体系已经形成”。

在法律的重要性不断提升的背景下, 如何有效地实现法律的职能, 成为国家治理的一项重大议题。法律职能的有效实现最终体现在社会成员的现实行为上。而社会成员的现实行为, 受到多方面因素的影响。要使法律的规定成为社会成员的行为指引并最终主导社会成员的行为选择, 法律必须克服或超越个体行为的其他影响因素, 成为主导性的影响因素。然而, 尽管法律拥有强有力的支撑机制, 但现代社会的多元化, 仍然使法律发挥主导作用的过程面临各种各样的严峻挑战。

在劳动关系领域, 这一议题更加突出和艰巨, 尤其是在发展中国家。在经济全球化深度发展、资本全球流动和国际竞争激烈的背景下, 发展中国家要推动劳动法律的建设, 面临很多发达国家在以往未曾遇到的新情况和新挑战 (Kanbur, Ronconi, and Wedenoja, 2013)。以往发达国家在建设本国的劳动法律制度时, 经济全球化的程度相对较低。一个国家的劳动法律和政策制度发展, 受其他国家的影响还相对较少。而且, 在经济全球化的过程中, 发达国家主要作为资本输出国, 并不存在为了吸引外来资本而抑制本国劳动力成本的问题。而如今, 这些都成为发展中国家所面临的现实挑战。很多发展中国家拥有较为丰富的劳动力资源, 但往往缺乏足够的推动经济发展所需要的资金和技术, 需要通过吸引外来投资促进本国的经济建设。

在经济全球化的大背景下, 可供发展中国家利用的外来资金, 在总量上是有限的。近年来一些发达国家推动的资本回流计划, 更进一步加剧了这种有限性。而且最为关键的是, 这些外来资金

作为发达国家的对外投资，就其本质而言是一种追逐利润回报的行为，寻求的是利润的最大化，而不是推动发展中国家的经济发展。在多个发展中国家对同一资本存在相同需求的情况下，这一资本将进行投资回报的分析，从这些发展中国家当中选择一个最能够实现其利润最大化策略的国家作为资金投入的对象。因此，发展中国家对外来资金和技术的依赖，产生了发展中国家的相互竞争问题。在这种竞争中，由于外来资本对利润最大化的追求及其对发展中国家的劳动力资源的依赖，降低劳动力成本往往成为发展中国家在进行相互竞争时所使用的最主要手段。较低的劳动力成本，能够让外来资本在商品的全球销售中获得更多的利润。而劳动法律的建设、发展和有效执行，提高了劳动力保护的水平，维护了劳动者的权益，同时也会提高一个国家的劳动力成本，降低对外来资本的吸引力。因此，对外开放和对外贸易所带来的竞争压力，会迫使一些发展中国家对违反劳动法律的行为采取视而不见的态度，产生“探底竞争”（race to the bottom）问题（Ronconi, 2012），为了保持本国在吸引外来投资上的相对竞争力，抑制劳动力成本的上升，同时，为了保证自身利润的最大化和持续性，外国企业和商会很可能会运用自身的力量，去阻碍发展中国家建设和执行劳动法律（Hui and Chan, 2014）。

中国作为发展中的人口大国，所面临的问题更加复杂。例如，常凯（2013）指出：与传统市场经济国家不同，中国市场化的劳动关系并非在经济发展过程中自然形成的，而是通过改革从计划经济体制中转型而来。沈原（2006）指出，中国的改革开放形成了“高度总体性的国家体制与迅猛发展的市场经济并存共生、互为促进”的现象，当今的中国社会呈现不同于东欧、中欧和俄国等其他转型社会的某些独有特点。同时，庞大的人口规模，以及紧随工业化和城镇化过程的大规模的城乡劳动力转移就业，使中国对于工业生产的劳动力供给在相当长的时间里处于无限供给的

状态。1995年起实施的《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》）和2008年起实施的《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》），在实施过程中所遭遇的问题和困境，显示出劳动关系的复杂性和法律介入劳动关系的难度。要有效地实现劳动法律的功能和作用，必须在经验层面对法律干预劳动关系的实践问题进行深入的研究，探讨“行动中的劳动法律”问题。

“行动中的劳动法律”，这一提法依据的是法律社会学中关于“文本中的法”与“行动中的法”的划分。庞德（Pound, 1910）最早提出了“文本中的法”与“行动中的法”这两个概念，将在实践中真实发挥效力的法律，与文本上的法律条文相区分。而且，庞德关注的主要是“行动中的法”，务求发现在实践中控制着法律的文本规范生成为个体行为的现实规则（García-Villegas, 2006）。在这些现实规则的影响下，面对一致的法律文本规定的不同行为个体，最终形成了以“遵守法律条文规定”和“不遵守法律条文规定”为两端的行为序列。因此，要充分实现法律对个体行为的规范作用，促进社会成员的守法行为，就必须对这些现实规则进行深入的研究，并在法律制定和修订过程中进行有效的应对。

二 研究的意义

依循庞德的研究方向，本研究将依据多个社会理论，利用上海、深圳、长春等全国十个城市的问卷调查数据，以中国劳动法律中的多项文本规定为切入点，探讨“在实践中控制着法律的文本规范生成为个体行为的现实规则”。研究的意义主要在于以下方面。

首先，本研究的现实意义不仅仅在于完善中国的劳动法律和促进劳动关系的发展，推动中国的人力资源开发，更重要的在于有助于立法科学性的提高，从而提升法律的实施效能，促进中国法律体系的完善和经济社会的发展。法治是中国治国理政的基本

方式。现阶段，中国的法律体系不断完善，法律在经济社会发展中承担着越来越重要的职能。法治建设的“新十六字”方针，把“科学立法”置于首位，凸显立法的科学性是法治建设的基石。科学立法命题的提出，既是中国法治建设的经验总结，也是中国的法律制定从形式合理性迈向实质合理性的重大发展，科学立法成为中国的法律体系是否完善的价值判断标准之一（关保英，2007）。科特雷利（Cotterrell，1984）指出，法律是否能够有效地影响人的行为，是衡量立法科学性的重要标准。而要有效地影响人的行为，首先必须对人的行为规律以及法律对人的行为的作用机理具有充分的认识。在立法实践中，对社会规律认识得越清楚、把握得越准确，制定出的法律法规就会具有更高的可行性和有效性，达到比较好的立法效果，反之则难以实现应有的立法效果（冯玉军、王柏荣，2014）。探讨“在实践中控制着法律的文本规范生成个体行为的现实规则”，将有助于更全面地揭示个体在法律干预下的行为发展规律，促进立法科学性的提高，使法律能够更好地符合现实的客观规律。

其次，对劳动法律文本的行动结果的影响因素进行探索，将有助于进一步揭示“文本中的法”与“行动中的法”的衔接规律，具有十分重要的理论意义。“行动中的法”与“文本中的法”之间的差距、断裂及其衔接规律，不但是法律社会学研究的重要议题，而且是国家治理中的一项重大理论问题。法学模式和社会学模式是研究法律的两种模式，其中社会学模式关注的中心是社会结构，具体研究在特定社会结构中法律关系主体的行为，并尝试对法律关系主体的行为及其变化做出科学的解释（Black，1976）。法学的探索以国家颁布的正式法律规范为中心，以合法性作为研究的焦点，而社会学对法律现象的研究，焦点在于发现和描述法律在社会中运作的规律（朱景文，2013）。本研究所聚焦的法律行动结果的影响因素，是“行动中的法”与“文本中的法”衔接规律中的

重要组成部分。因此，探究中国劳动法律从“文本中的法”到“行动中的法”的过程中，法律的文本内容演变为社会关系中行为主体的现实行为结果的影响因素，将有助于进一步揭示法律调节劳动关系的运作机理，为这一重大理论问题的研究和解决提供一些新的素材。

法律社会学有三个基本发展阶段：第一阶段是交流看法的阶段，基本和一般性的社会学的理论分析被引入法律领域；第二阶段是社会学的工匠阶段，社会学家应用社会学的分析方法和视角分析法律规定和制度的特定问题；第三阶段是真正的法律社会学独立和成熟的阶段，社会学家超越单纯的技术人员或工程师的角色，研究特定人类事业的更宏大的目标和指导性原则（Selznick, 1959）。中国的法律社会学研究，在目前很可能仍停留在第一个阶段，迫切需要推动相关的研究，促进法律社会学的发展。

第二节 研究回顾

一 国际学术界的研究现状

依照庞德关于“文本中的法”与“行动中的法”的经典论述和研究路径，国外学术界开始更多地关注在实践过程中存在哪些影响劳动法律文本的行动结果的因素。前期的探索性实证分析包括艾文（Evan）和麦考莱（Macaulay）的研究。艾文对1936年至1958年间两家美国公司与劳动者之间的劳动仲裁裁决书进行了分析，发现劳动者与用人单位的相对谈判力量、双方代表的专业技能差异、工会的介入以及仲裁方的法制取向，都对最终的裁决结果存在影响。麦考莱利用对访谈资料的分析发现，法律制裁在关系调节和争议解决实践中应用得并不多，法律合同只有在签订合同所获得的效益能够超过签订合同的成本时才会得到使用，而效益是否超过成本的判断受到个体职业角色的影响。个体的职业角

色，在法律能否得到执行和是否签订合同的关键议题上，对法律实践效能的发挥存在影响。此外，李维斯（Levis，1981）针对英国关于不公平解雇的法律规定的实施效果，依据经验数据指出，司法系统本身的问题阻碍了立法目标的有效实现。随着劳动法律的不断发展和调节领域的扩大，国际学术界的研究也在继续推进。譬如，艾米莉亚（Armenia）、格斯特尔（Gerstel）和温（Wing）对美国在1993年颁布的《家庭与医疗休假法案》的执行情况进行了探讨，并分析了企业的特征对企业是否遵守这部法律的影响。江原（Ehara）对日本公立医院违反劳动法律的行为进行了研究，发现那些提供医疗培训项目和急诊服务的医院，有更高的可能性违反劳动法律关于工作时间的规定。

历经大半个世纪的分析和探讨，国际学术界在劳动法律的行动效果上仍然存在很大的分歧。一些学者认为，法律对劳动关系的干预有助于使劳动关系更加稳定和长久（Cazes and Tonin，2010）。而稳定的劳动关系，能够鼓励劳动者去接受培训和提升技能，并促使用人单位愿意在劳动者培训方面进行资金投入，借此提高劳动生产率和劳动力的内部流动，使企业能够更好地适应不断变迁的市场需求（Piore，1986；FitzRoy and Kraft，2005；Jirjahn, Mohrenweiser, and Backes-Gellner，2011）。而且，劳动法律有助于促进劳动者的创新行为（Acharya, Baghai, and Subramanian，2012），是促进本地就业和增强国际竞争力的首要工具（Vranken，2009）。但同时，也有不少的研究指出，法律的干预提高了用人单位的劳动力成本，抑制了就业机会的增加（White，1981；D'souza，2010；Lonnie，2011；Melchiorre and Rocca，2013）。甚至经济合作与发展组织（OECD，1994）在20世纪90年代也曾提出弱化劳动法律的观点，认为这一举措将有助于增强劳动力市场的灵活性，并由此促进工作机会的创造。一些人质疑劳动法律对雇佣和就业的保护作用，并提出了“劳动法律

已死”（death of labour law）的论断（Vranken, 2009）。研究和观点的分歧带来了实践上的不同。很多国家或地区要对劳动关系进行法律干预或改变干预力度时，往往会引发大范围的争论。2006年，欧盟委员会发布《促进劳动法律现代化 应对 21 世纪的挑战》绿皮书，务求构建一套法制体系，能够有助于实现劳动法律在就业灵活性和就业保障之间的协调与平衡（Murcia, 2007）。

近年来，一些依托新的研究方法和新的统计数据所得出的成果开始出现。毕思莱和伯吉斯（Besley and Burgess, 2004）对印度 16 个邦 1958 ~ 1992 年的面板数据进行回归分析，发现在模型中纳入了时间变量之后，法律干预对劳动者就业机会的增减不再具有显著性影响。同时，随着一些国际数据库（如欧盟的数据库）的建立，学术界得以超越一个国家的范围进行研究，从而能够控制国家因素（传统文化、政治制度、经济发展水平等）对于干预效果的影响，更准确地评估法律的“净效应”。卡则斯和托宁（Cazes and Tonin, 2010）依据欧盟统计局关于薪酬和就业的统计数据，对欧盟 25 个成员国在 1999 ~ 2006 年的劳动力就业状况进行分析，发现劳动者的工作任期（employees' job tenure）并不存在总体性的下降，但多个成员国的青年劳动者（15 ~ 24 岁）的工作任期的确存在短期化的趋势。他们的回归分析结果表明，这种短期化趋势与法律对劳动保护的弱化有关。堪布、隆柯尼和韦德诺加（Kanbur, Ronconi, and Wedenoja, 2013）使用法国、英国、德国、瑞典、日本和美国六个国家在 1970 ~ 2010 年的数据，进行了面板数据分析。他们的研究发现，劳动法律的实施在总体上并不会导致更高的失业率，而且有助于提高劳动者报酬在国民收入中的分配比例，改善国民收入分配结构，促进平等主义的分配效应（egalitarian distributional effects）。总的来看，国际学术界对于劳动法律的干预效果，经过几十年的探讨和研究，仍存在较大的分歧。近年来国际学术界开始探讨劳动法律在就业灵活性和就业保障之

间的平衡问题。

聚焦到中国内地，国际学术界的研究成果还非常少。中国于1995年起实施《劳动法》，明确规定“建立劳动关系应当订立劳动合同”。格思里（Guthrie，1998）以上海的81家企业为调查样本，发现在经济转型过程中经历过经济领域或行政领域的不确定性挑战的企业，更有可能在整个企业的层面实现劳动合同的制度化。而对于2008年的《劳动合同法》，有研究者（Cheng, Wang, and Chen, 2014）依据问卷调查数据发现，农民工对《劳动合同法》的认识有助于增加他们签订劳动合同的机会，通过对劳动者的法律宣传，有助于从劳动者的主观方面推动和促进劳动法律文本在现实行动中的实现。此外，德莱叶（Delteil，2014）在广东省开展了定量和定性的实证研究，从“跨国制度主义”（transnational institutionalist approach）的视角出发，探讨了跨国企业对本地劳动法律制定和实施的影响。

二 国内学术界的研究现状

在这个领域，国内学者目前的实证研究十分有限。在为数不多的几项实证研究中，刘宝坤（2013）从“文本中的法”和“行动中的法”这一研究框架出发，纳入“交易”的概念进行分析，将劳动者与用人单位之间的交易划分为合法的交易、违法的交易与灰色的交易三种类型，分别与“得到遵守的劳动合同法”、“被违背的劳动合同法”和“变形的劳动合同法”相对应，并运用全国总工会的问卷调查数据进行分析，验证在中国劳动法律领域中“行动中的法”的存在。聚焦于农民工群体，郑广怀和孙中伟（2011）通过对问卷调查数据的分析发现，劳动法律并未能够有效保护大多数农民工的劳动权利。他们后续的理论分析认为，在劳动法执行过程中形成了一个低于法定劳动标准的“次标准”，并推断这一“次标准”的形成是法律文本与法律实践由于对应不同的

需求而长期分离的结果。

其余的一些实证研究，主要围绕劳动法律的就业效应、收入分配效应以及对企业经营弹性的影响展开。譬如，程延园和杨柳（2012）运用问卷调查数据，分析了《劳动合同法》对劳动力供求行为的影响。廖冠民和陈燕（2014）以2003~2012年中国A股上市公司为样本，发现《劳动合同法》所增强的劳动保护，会导致企业的经营杠杆系数的提高，损害了企业经营的灵活性。面对人口红利逐渐消失、经济增速放缓、制造业萎缩等一系列挑战，现有劳动立法尤其是劳动合同立法承载的劳动力成本能否与劳动效率相匹配，成为新时期中国劳动合同立法面临的新考验和新课题（李雄，2015）。王杰（2012）从劳动经济学的视角出发，探讨了《劳动合同法》所产生的收入分配效应，并在研究中发现，企业对于法律规避的“机会主义”，显著影响了《劳动合同法》的干预效果。此外，研究者在一些针对劳动权益保护的实证研究当中，也部分探讨了法律干预劳动关系的影响因素。譬如，万向东等学者（2006）的研究发现，中国的外资企业主要是来自发达国家的跨国企业，在管理模式上具有比较深远的法治传统；而私营企业大多由个体经营发展而来，由于产权特点和发展阶段等问题，对劳动关系的处理较为简单和粗糙。企业的法治传统，有助于提升法律对劳动关系的干预效果。而刘林平和陈小娟（2010）针对农民工群体的研究发现，不同企业面临的制度环境的压力存在差异，国有企业和外资企业距离主导制度环境更近，因此面临的制度合法性压力也更大，农民工的劳动合同签订率较高。企业的制度环境，对法律干预劳动关系的实际效果也存在显著影响。最后，刘林平等学者（2011）通过珠三角和长三角地区的对比研究，发现区域因素对劳动权益的保护具有影响。

总的来看，国内学术界对劳动法律的研究，已经取得了一些有益的成果，不但验证了法律文本与法律实践的分离问题，而且