

劳动合同立法的争鸣与思考

董保华 著

劳动合同立法的争鸣与思考

 上海人民出版社

劳动合同立法的争鸣与思考

董保华 著

图书在版编目(CIP)数据

劳动合同立法的争鸣与思考/董保华著. —上海:
上海人民出版社, 2011

ISBN 978-7-208-09831-2

I. ①劳… II. ①董… III. ①劳动合同法-立法-研
究-中国 IV. ①D922.524

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 024785 号

责任编辑 王舒娟 刘林心
封面装帧 王小阳

劳动合同立法的争鸣与思考

董保华 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

江苏启东人民印刷有限公司印刷

开本 787×1092 1/16 印张 53.25 插页 4 字数 1,124,000

2011 年 4 月第 1 版 2011 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-09831-2/D·1843

定价 120.00 元



作者简介

董保华，1954年3月出生。1982年2月毕业于华东师范大学，现任华东政法大学教授、博士生导师、中国法学会社会法研究会副会长、中国劳动法学研究会副会长，中国劳动学会常务理事，上海市劳动学会劳动法专业委员会主任委员，上海市法学会劳动法研究会主任委员。曾参与《中华人民共和国劳动法》论证和起草工作。

1987年开始从事劳动法学研究以来，公开发表有关劳动法律方面的论著约700万字。撰写劳动法方面的著作30余本，公开发表论文约300篇。其中在法学、劳动科学方面国家级的核心期刊上发表的论文约100篇，并有50多篇论文获得司法部或上海市等有关部门评选的优秀论文奖；同时，还主持或参与10多项司法部或上海市有关部门的研究课题并多次获奖。参与了美国、荷兰、加拿大等国的10多项国际项目的主持与实施。

总 序

改革开放伊始的1978年,中国人均GDP不足200美元。2008年,这一数字首次突破3000美元大关,达到3266美元的历史高点,2009年更达到3603美元。理论和经验都表明,人均GDP突破3000美元是传统社会与现代社会的“分水岭”,标志着一国经济步入了新的发展阶段。此时,在社会转型过程中不可避免地会遭遇“市场失灵”和“政府失灵”的双重困境,诸如人口贫困、高失业率、社会保障缺失等社会问题必须得到妥善的解决。如果政府不能制定适当的社会政策,将经济增长的成果惠及大众,特别是社会弱势群体,那么,整个社会的不公平感会增加,甚至出现社会动荡。历史上,不少国家都曾在这一阶段掀起进步运动或是民权运动的高潮就是最好的例证。中国已经进入“黄金发展时期”,要使“中国奇迹”延续下去,必须避免民生问题成为“发展陷阱”。目前,民生问题已经引起中国政府的高度关注。随着科学发展观和构建社会主义和谐社会等战略思想的提出,实现经济与社会的协调发展已成为全社会的共识。

如何有效地解决民生问题也是我国学者在努力探索的一个重要课题。面对日益凸显的社会矛盾,有的学者主张借助国家权力,通过立法或是行政干预来实现对弱势群体的保护;有的学者则认为应当发动社会力量,通过自由结社、民主参与的形式,推动民权的发展。到底是强化国家强权还是依靠社会自治,这样的争论可能会持续下去。我们认为,应当整合一切有利于解决社会矛盾的力量共同发挥作用,国家只是其中的一部分,而不是全部。我国的社会转型必然与经济转型相伴而生,“国家—社会—市场”的三元结构已经逐渐清晰并将趋于稳定。在这一趋势下,国家应当从“全能政府”回归为“有限政府”,以调控经济、监督市场和提供公共服务为己任,避免对经济生活的直接干预。与此同时,我国的市民社会将随着民间组织的蓬勃兴起而不断发展壮大,社会弱势群体通过团体自治提升自身地位、维护自身利益,以使失衡的社

会关系重新归于平衡。

基于理论研究和社会实践的需要,华东政法大学政治学与公共管理学院与上海人民出版社合作推出了“社会法与社会政策论丛”。分别从法学、经济学、管理学、人口学等多种视角阐释了当前中国社会面临的诸如劳动就业、劳动关系、社会保障、人口风险等民生问题,本书与该论丛密切相关,反映了社会法与社会政策领域最新的研究成果,同时体现了理论与实践紧密结合的精神。我相信本书的出版也将促进中国学术界对民生问题更加深入的研究,同时,也将为政府部门制定相关的法律法规和社会政策提供理论支持。

华东政法大学校长 何勤华

2010年5月31日

目 录

总序	1
----------	---

总 论

第一章 劳动关系重构中的典型案例及其评析	3
一、立法帷幕拉开与落下时的两个案例	3
二、新法通过两周年时的两个案例	11
三、新法通过三周年时的两个案例	20
四、典型案例引发的思考	29
五、小结	34
第二章 劳动者的分层保护说	36
一、“劳动者分层保护说”的形成及影响	36
二、劳动者的分层分析	42
三、用人单位的广义分析	48
四、劳动合同立法的扩范围与升标准	56
五、各国对劳动法适用范围的认识	62
六、对劳动合同立法草案的批评	74
七、小结	87
第三章 “劳资冲突”的国内视角	89
一、“劳资冲突说”的形成和演变	89
二、“劳资冲突说”与“劳动者分层说”的异同	97

三、“劳资立法博弈”的现实观察	104
四、“劳资立法博弈”的评析	113
五、小结	122
第四章 “劳资冲突”的国际视角	124
一、劳动立法讨论中的角色预定	124
二、美国工会、美国商会与对华关系	132
三、美国“第二种选择”的新战略	138
四、小结	146
第五章 立法宗旨的争鸣	149
一、单保护之争	149
二、职业稳定之争	159
三、立法宗旨的官方表态	165
四、小结	173
第六章 国家职能的定位	175
一、“劳动关系广义说”的兴衰与思考	175
二、劳动行政权的扩大	183
三、劳动行政权的制约	193
四、小结	202
第七章 企业社会责任的探索	205
一、劳动法律与人力资源管理的相互关系的争鸣	205
二、企业社会责任与经济责任	210
三、企业社会责任与法律责任	216
四、企业社会责任与管理方式	222
五、企业社会责任与相关理论	227
六、小结	232
第八章 社会团体与团体社会	234
一、社会团体与团体社会的概述	234
二、从私权本位的视角认识社会团体	241
三、从公权本位的视角认识社会团体	250

四、群体性劳动争议中工会影响的实证分析·····	262
五、中国社会团体的改革之路·····	270
六、小结·····	275
第九章 新法公布之初的评价之争 ·····	277
一、华为、张茵事件引发的争论·····	277
二、感性评价引发的争鸣·····	281
三、理性评价引发的争鸣·····	289
四、小结·····	300
第十章 新法实施之后的解读之争 ·····	302
一、“专家误导论”·····	302
二、“企业误读论”·····	310
三、“员工误读论”·····	315
四、“法院误读论”·····	322
五、反思“误读”“误导”的基本逻辑·····	330
六、小结·····	341
第十一章 立法争鸣的溯源 ·····	343
一、劳动法研究中的三种本位思想·····	343
二、过去：以私权本位为方向的“殊途同归”·····	351
三、现在：以公权本位为方向的“殊途同归”·····	357
四、从历史的视角反思殊途同归现象·····	365
五、从理论的视角反思殊途同归现象·····	373
六、小结·····	383

分 论

第十二章 规章制度 ·····	387
一、新旧立法中规章制度的规定·····	387
二、规章制度的法律规范说·····	392
三、规章制度的集体合意说·····	400

四、规章制度的契约规范说	407
五、各地理解引发的争鸣	418
六、小结	426
第十三章 书面合同	428
一、书面形式的制度安排	428
二、事实存在的契约关系	436
三、书面与事实的冲突与协调	445
四、小结	457
第十四章 事实劳动关系	459
一、事实劳动关系的概念及其立法演变	459
二、劳动合同立法开始前的学术争鸣	467
三、劳动合同立法开始后的学术争鸣	476
四、事实劳动关系的立法思考	483
五、小结	492
第十五章 无效劳动合同	494
一、我国无效劳动合同的含义及制度变迁	494
二、意思表示不真实的合同	499
三、违反强制性规定的合同	511
四、小结	524
第十六章 无固定期限合同	526
一、我国无固定期限合同的制度重整	526
二、从学术的视角透视无固定期限合同	533
三、从历史的视角透视无固定期限合同	547
四、从国际的视角透视无固定期限合同	554
五、从现实的视角透视无固定期限合同	562
六、小结	567
第十七章 解雇保护	570
一、我国解雇保护的目标设定和效果评价	570
二、用人单位的终止	576

三、用人单位的解除	581
四、关于我国解雇保护制度的思考	592
五、小结	600
第十八章 辞职制度	602
一、新旧辞职制度的比较	602
二、劳动合同立法开始前的学术争鸣	612
三、劳动合同立法开始后的学术争鸣	624
四、关于我国辞职制度的思考	631
五、小结	639
第十九章 经济补偿金	641
一、解雇经济补偿金	641
二、竞业限制补偿金	657
三、解雇补偿与解雇理由	667
四、小结	676
第二十章 非标准劳动关系	678
一、非标准劳动关系的定位	678
二、劳动关系与劳动关系重合	686
三、劳动关系与服务关系界定	700
四、劳动关系与经营关系重合	705
五、非标准劳动关系的思考	714
六、小结	724
第二十一章 劳务派遣	727
一、劳务派遣的概念及特征	727
二、劳务派遣的存废之争	730
三、劳务派遣的规范之争	751
四、劳务派遣的立法及学术观点的演变	773
五、小结	779
第二十二章 法律责任	782
一、强制性用语与强制性规范	782

二、赔偿制度	791
三、惩罚制度	799
四、惩罚性赔偿制度	805
五、法律责任的历史定位	819
六、小结	827

后记：三人行	829
--------------	-----

主要参考著作	835
--------------	-----

—
总
论
—



第一章

劳动关系重构中的 典型案例及其评析

劳动合同法是一次破纪录的立法,从立法机构收到的意见数量上来看,自2006年3月20日开始,到2006年4月20日截止,短短的一个月内,全国人大共收到各地人民群众意见191 849件,远远超过在此之前的另一个争议极大的法案《物权法》,物权法草案征求意见时,收到群众意见11 543件,并在当时创造了一个单行法规征求意见的最高纪录。从《劳动合同法》影响范围的广度来看,其不仅在国内引发激烈讨论,更是在国际上掀起了轩然大波;从其影响的深度来说,不仅在劳动法学界引发了激烈争论,更是波及社会的各阶层;从其影响持续的时间来看,自草案征求意见开始一直延续到《劳动合同法》公布实施,关于它的争论从来没有停止过。从某种意义上说,《劳动合同法》是社会氛围的产物,任何简单的学术说理,对于理解这场引发了举国上下大讨论的立法活动都会显得苍白。典型案例作为一种缩影,可以折射出这场大讨论的情绪特点,由此入手有助于我们最直观地认识这场大讨论。

一、立法帷幕拉开与落下时的两个案例

总理为农民工讨薪和黑砖窑事件,无疑是对《劳动合同法》立法最具影响力的两个案例,前者拉开了劳动合同立法的帷幕,后者促使帷幕落下。这两个案例也为我们理解《劳动合同法》立法时的社会氛围提供了线索。

(一) 总理为农民工讨薪拉开了劳动合同立法的帷幕

总理为农民工讨欠薪意义重大,标志着中央政府对弱势群体的诸多民生问题倾注了越来越多的关注,《劳动合同法》正是在这样的背景下应运而生的。

1. 总理为农民工讨薪

2003年10月24日,国务院总理温家宝赴三峡库区万州走访三峡移民。在与云

阳县人和镇龙泉村 10 组移民们亲切交谈时,温总理关心地问村民们:“大家还有什么困难?有什么需要我们做的?”农村妇女熊德明因为其爱人李建明在修建新县城中心广场阶梯的工程打工,被包工头拖欠工资 2 000 多元钱已经一年,影响孩子们交学费而向总理诉说时,总理的心情相当沉重。回到县城,总理立即为熊德明一家欠薪之事询问了县里的负责人,并要求处理,当天夜里 11 时多,熊德明夫妇拿到了拖欠的 2 240 元务工工资。^①之后温家宝总理特意作出批示,称“解决拖欠农民工工资问题仍需高度重视”,曾培炎副总理也要求建设部门在春节前清理完拖欠的所有农民工工资。温总理为农民工讨回欠薪一事一经媒体报道,立即引起了国内与海外舆论的关注和人们的思考。

劳动者为讨薪而采取各种极端行动的报道时有出现在各类媒体。“堵路讨薪”、“跳楼讨薪”、“跳桥讨薪”,甚至出现了农民工为讨薪杀人的事件。2005 年 7 月 11 日《南方都市报》报道了广西籍打工者“阿星”因被主管开除并拖欠工资,愤而杀害主管的事件,引发了社会上对农民工欠薪杀人案的思考与讨论。^②然而时隔不久,农民工王斌余数次讨薪未果,连杀四人重伤一人的极端个案再次发生。所不同的是,王斌余在多次讨薪失败后所杀害的并不是拖欠他工资的包工头,而是和他一起打工并帮助过他的工友及其无辜的亲属。^③

在“总理为熊德明讨欠薪”的示范效应下,2003 年 10 月 25 日,云阳县政府发文,要求全县建筑企业清理拖欠的民工工资。11 月 22 日,国务院办公厅印发了《关于切实解决建设领域拖欠工程款问题的通知》。12 月初,建设部、国家发改委等 6 部门联合召开电视电话会议予以贯彻,要求限期清偿拖欠工程款,严罚拖欠民工工资者。最高人民法院出台规定,对于民工与用人单位的劳动争议纠纷,要快立案、快审判、快执行。全国各地各级政府也纷纷出台有力政策,严打拖欠民工工资行为。2004 年 3 月 5 日,温家宝总理在政府工作报告中郑重表态“国务院决定,用三年时间基本解决建设领域拖欠工程款和农民工工资问题”,把“讨薪风暴”推向新的高潮。全国迅速出现了一场声势浩大的“清欠风暴”。2007 年温家宝在作政府工作报告时表示:2004 年我们提出用三年时间基本解决建设领域历史上拖欠工程款和农民工工资的问题,这项工作基本完成,各地已偿还拖欠工程款 1 834 亿元,占历史拖欠的 98.6%,其中清付农民工工资 330 亿元。正是在这样的背景下,2005 年劳动合同法拉开了帷幕。

2. 讨薪事件的意义及其引发的争论

在 20 世纪 90 年代,随着改革开放的深入发展,越来越多的农民流向了大城市,形成了波澜壮阔的“民工潮”。“民工潮”是中国社会转型时期的社会现象,它是经济

① 孙杰、黄骞:《温总理为农民追工钱》,载 http://news.xinhuanet.com/newscenter/2003-10/27/content_1145427.html, 2007 年 5 月 10 日访问。

② 陈文定、姜英爽、陈学斌、付可:《阿星杀人事件透视》,载《南方都市报》2005 年 7 月 11 日;刘畅:《忽视平衡意味忽视社会责任——阿星事件一些媒体报道反思》,载《中国青年报》2005 年 7 月 18 日。

③ 孟昭丽、刘佳婧、刘晓莉:《死囚王斌余心酸告白》,载《新华每日电讯》2005 年 9 月 4 日。

体制改革冲破二元社会结构的表现。进入 21 世纪,当中国加入 WTO 后,具有国际竞争优势的劳动力密集型产业有了进一步发展,更加剧了农村迁移劳动力的步伐。农村剩余劳动力向城市的转移,既是经济发展到一定阶段的必然结果,又是经济进一步向高层次发展的必要条件。农民工为社会第二、第三产业的发展提供了劳动力保障,对促进社会发展起到了不可或缺的作用。据资料显示,在过去 20 年中,我国 GDP 年均增长率为 9%,其中劳动力从农业转向非农业的贡献率为 20%。^①我们可以从表 1.1 的数据看到日益壮大的农民工队伍。

表 1.1 农民工流动的数量及其在城市劳动力市场的比重

年份	农民工数量(万人) (1)	城镇从业人员数量 (万人)(2)	农民工占城镇从业人员的 比例(%) (1)/(2)
2000	7 849	21 274	36.9
2001	8 399	23 940	35.1
2002	10 470	24 780	42.3
2003	11 390	25 639	44.4
2004	11 823	26 476	44.7
2005	12 578	27 331	46.0
2006	13 212	28 310	46.7

资料来源:“农民工数量”来源于国家统计局农村社会经济调查总队(农村司):《中国农村住户调查年鉴》(历年),中国统计出版社。“城镇从业人员数量”来源于国家统计局人口和就业统计司和劳动和社会保障部规划财务司:《中国劳动统计年鉴》(历年),中国统计出版社。

以总理讨欠薪的这个群体看,“农民工”这个职业身份群体,正如这种称谓所表明的,反映的是一种极为矛盾的现实。他们既不是传统意义上的农村人,也不是纯粹意义上的城市人。他们所处的是这样一种边缘状态:他们被社会承认的那些活动都是在城市社区中进行的,他们服务的对象是城市社区,而且,在许多城市中,他们的活动已经成为不可缺少的一部分;但是,他们却不被他们所服务的那个社区所接纳,甚至被排斥,他们在那里找不到自己的社会位置,他们的孩子无法在那里上学入托。即使能够上学入托,也被列入需高交费的“另册”。^②他们处在社会分层中的底层。

据全国总工会公布的资料显示,2004 年以前全国进城务工的新产业大军(农民工)被拖欠的工资在 1 000 亿元左右,目前全国农民工的数量有 1 亿人左右,即每名农民工平均被拖欠 1 000 元左右,近 70%的农民工有过被拖欠工资的经历。^③全国

① 王珏:《聚焦农民工》,载《政府法制》2005 年第 1 期。

② 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。

③ 郭爱萍:《和谐社会构建中的劳资关系思考》,载《求实》2006 年第 8 期。