

社会法与法社会论丛

CONTROL AND SELF-AUTONOMY IN LABOR CONTRACT SYSTEM

劳动合同制度中的管制与自治

董保华 著

 上海人民出版社

CONTROL AND SELF-AUTONOMY IN LABOR CONTRACT SYSTEM

劳动合同制度中的管制与自治

董保华 著

 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

劳动合同制度中的管制与自治/董保华著. —上海:
上海人民出版社, 2015

(社会法与法社会论丛)

ISBN 978-7-208-12875-0

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 054437 号

责任编辑 王舒娟

封面装帧 王小阳

劳动合同制度中的管制与自治

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.co)

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 43.25 插页 4 字数 908,000

2015 年 5 月第 1 版 2015 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-12875-0/C·485

定价 108.00 元

总 序

2015年恰逢《中华人民共和国劳动法》(以下简称《劳动法》)施行20周年。《劳动法》作为我国从计划经济固定用工向社会主义市场经济合同用工过渡的重要立法,奠定了我国当代劳动法制的基础。在过去的20年间,我国围绕劳动与社会保障进行了一系列的立法活动,构建了较为完整的劳动与社会保障法制体系。全国人大早在2001年确定了中国特色社会主义法律体系的七个法律部门,社会法就是其中之一,劳动法与社会保障法则是社会法领域的重要组成部分。劳动法与社会保障法的与时俱进,创新发展,充实并完善了社会法乃至整个中国特色社会主义法律体系。

我国社会法法制建设取得的成绩有目共睹,但基于全面深化改革、全面推进依法治国的新局面,面对党中央“更加重视劳动就业、居民收入、社会保障、人民健康状况”的新任务,社会法同样面临新的挑战。如何应对与处理新时期凸显的诸多社会问题以及如何有效化解各种复杂的社会矛盾,劳动合同立法更是引发了空前的大讨论。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,更多借助有序协商、民主参与、社会自治的形式。到底应该强化国家权力还是重视社会自治,这样的争论可能会持续下去。但无论如何,学术研究与社会治理需要理性思考,并注意两者之间的密切关联与有效平衡。

在现阶段,我国需要整合一切有利于解决社会矛盾的力量共同发挥作用,在“国家—社会—市场”的三元结构已经逐渐清晰并趋于稳定的趋势之下,政府职能的定位需从“全能政府”转为“有限政府”,政府更多着眼于调控经济、监督市场以及提供公共服务,避免对经济生活与社会事务进行过多的直接干预。与此同时,我国的市民社会将随着集体意识的萌发、草根组织的兴起而不断发展壮大,社会弱势群体在法制框架内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。因此,“社会法”与“法社会”的有机结合应是我们思考和解决当下中国社会问题的新

视角。

基于理论研究和社会实践的需要,华东政法大学社会发展学院、华东政法大学社会法研究所联合上海人民出版社共同推出“社会法与法社会论丛”,该论丛以社会法的基本理论和判例研究为主,分别从社会法哲学、个别劳动关系、集体劳动关系、劳动力市场、社会保障等方面介绍、分析、研究国内外社会法前沿理论以及实践中的热点、难点问题,为社会法的发展提供理论支持和路径选择。相信该系列丛书的出版将为中国社会法学的发展作出有益贡献,也将为政府部门制定相关法律法规与社会政策提供有价值的参考。

华东政法大学校长 何勤华

2015 年元旦

目 录

总序	1
----------	---

概 论

争鸣中的探索	3
--------------	---

总 论

第一章 劳动合同立法前的探索	25
劳动制度改革的法学探索	25
中外劳动合同制度的比较与评析	32
劳动制度改革与政府职能的转变	37
浅论全员劳动合同制的适用范围	41
推行全员劳动合同制的若干思考	44
试析劳动关系的多重性	48
劳动合同的再认识	51
第二章 劳动合同立法中的争鸣	57
世界贸易组织与我国的劳动基准制度	57
《劳动合同法》应起到制度校正功能	61
论实际履行原则——调整个别劳动关系的基本原则	64

锦上添花抑或雪中送炭——析《劳动合同法(草案)》的基本定位	70
劳动法律与人力资源管理的冲撞与协调	
——试析《劳动合同法(草案)》的缺陷	81
劳动法的国家观——劳动合同立法争鸣的深层思考	87
雪中送炭抑或锦上添花——劳动关系和谐还是劳动关系对立	92
劳动关系宽严的立法选择与劳动者的实际进出	103
劳动合同法的适用范围应作去强扶弱的调整	108
第三章 劳动合同立法后的反思	114
从裁员潮看劳动合同法的立法思路设计与调整	114
论劳动合同法的立法宗旨	121
劳动立法如何应对第三次就业高峰	130
劳动法律与人力资源管理的和谐共存	137
劳资博弈之道——兼谈劳动合同立法博弈中“强资本、弱劳工”的观点	149
中美全球战略视角下的中国劳动立法博弈	161
劳动立法中道德介入的思辨	173
分 论	
第四章 劳动合同的订立	189
试析不定期劳动合同	189
论事实劳动关系	193
论我国的定期劳动合同	201
再析不定期劳动合同	213
论我国无固定期限劳动合同	228
无固定期限劳动合同的法律适用	240
第五章 劳动合同的履行与变更	245
论企业改制中劳动关系主体的变更	245
劳动合同违约金立法评析	252
公司并购中的新话题——劳动合同的承继	255
论劳动合同中的服务期违约金	262

从法理情审视竞业限制法律规制·····	273
第六章 劳动合同的解除与终止 ·····	279
试论中外合资经营企业的辞退制度·····	279
劳动合同经济补偿金研究·····	286
劳动法上的惩罚性赔偿·····	298
劳动合同法中经济补偿金的定性及其制度构建·····	314
“末位淘汰”是否应该被淘汰·····	324
第七章 非标准劳动关系 ·····	329
劳动关系变形引起的法学思考·····	329
“隐形失业”和“隐性就业”·····	335
论劳动力派遣中的理论问题·····	339
劳动关系非标准趋势下的劳动力派遣·····	351
论“非标准劳动关系”与“共同雇主”·····	357
论非标准劳动关系·····	366
隐蔽雇佣关系研究·····	377
劳务派遣的题中应有之义——论劳务派遣超常发展的“堵”与“疏”·····	389
论劳务派遣立法中的思维定势·····	400
第八章 劳动争议处理 ·····	416
论劳动争议处理体制中的“裁审关系”·····	416
是司法解释还是权力扩张·····	424
劳动保障监察与劳动仲裁选择或互补·····	429
我国现行劳动争议处理体制的问题与思考·····	433
论我国劳动争议处理立法的基本定位·····	439
规章制度未经民主程序不应作“自始无效”处理·····	451
劳动仲裁的管辖权应由法院审定吗？·····	456
口头劳动合同的效力研判——评劳动争议司法解释草案中的 口头形式变更书面合同·····	461
谈最高人民法院劳动争议司法解释四的理念转变·····	473

劳动合同制度中的管制与自治

4

散 论

第九章 阶段一：草案征求意见	481
常态：立法讨论引发学术争鸣	481
[《〈劳动合同法〉草案立法组成员准备递交万言书》，《法学教授质疑劳动合同法：不要成为贵族法观赏法》，《中国劳动标准“高”了还是“低”了？》，《〈劳动合同法〉（草案）上海寻求答案》，《常凯、董保华再争〈劳动合同法〉》]	
嬗变一：学者观点被冠以“劳”“资”标签	494
[《劳动合同法争论继续：谁真正代表工人利益》，《我们应该要一部什么样的〈劳动合同法〉》，《董保华：劳动立法不应造成新的失衡》，《劳资利益平衡与经济协调发展》，《劳动合同法草案引发法学界分化》，《劳动合同法：倾斜还是平衡》，《一位亲身参与立法的浙江专家披露劳动合同法后面的劳资博弈》]	
嬗变二：商会意见被歪曲为“撤资”威胁	520
[《外商强硬拒绝〈劳动合同法〉草案，威胁要撤资》，《激烈利益博弈下的〈劳动合同法〉》，《决不拿职工权益换投资》，《上海美国商会称绝无意“撤资”》，《〈劳动合同法（草案）〉触动资方“神经”》，《部门利益角逐劳动合同法，外商撤资说别有用心》，《保卫劳动合同法》，《国际力量暗战中国劳动合同法》，《中美工会握手的台前幕后——美国工会的破冰之旅，是为了“全世界劳工联合起来”》]	
第十章 阶段二：新法公布伊始	543
常态：新法评价存在不同声音	543
[《新劳动合同法：别忽视福音中的一丝杂音》，《别让新劳动法成“贵族法”》，《董保华：〈劳动合同法〉倒退了20年》，《劳动合同法：激辩与冲击》]	
嬗变一：不同意见被定性为学者“误导”与企业“误读”	558
[《劳动合同法起草者郭军：企业误解了新法》，《劳动合同法不应被误读》（附：《立法何为？——对〈劳动合同法〉的几点观察》），《专家：劳动合同法绝对不是所谓“善良的恶法”》（附：《仅有善意是不够的》），《〈劳动合同法〉不会增大就业压力影响投资》（附：《李曙光：实践对劳动合同法的修正是残酷无情的》），《立法参与者回应张五常：劳动合同法将促进中国经济》（附：《新劳动法的困扰》）]	
嬗变二：华为“开枪”与“枪打”华为	587
[《华为应对新〈劳动合同法〉，万名员工自选去留》，《警惕侵犯劳动者权益的新动向》，《华为事件是企业反击劳动法的第一枪》，《劳资新政：华为的门，中国的坎》，《劳动法专家：华为事件是第一个双输案例》（附：《郑尚元：对劳动合同期限制度的客观评价》），《“华为万人辞职事件”行为无效？》]	
嬗变三：张茵“放炮”与“炮轰”张茵	605

[《女首富张茵：无固定期限劳动合同是大锅饭》，《张茵：提案门下虚弱的经济伦理》，《求解民生愿景——〈劳动合同法〉：不是要修改，而是贯彻执行》，《省总工会叫板女首富，愿与之辩论劳动法》，《张茵：总结了，再也不说了》，《前女首富张茵被曝“点血成金”，玖龙纸业被指港企之耻》]

第十一章 阶段三：法律施行多年 613

[《金融海啸成放大镜，〈劳动合同法〉或微调》，《董保华：〈劳动合同法〉应该软着陆》，《劳动合同法实施两年劳动争议案井喷，新工人求职更难》，《〈劳动合同法〉身陷围城》，《法律的权威性不容损害——一些地方法院指导意见有违〈劳动合同法〉规定现象聚焦》，《各地“裁审规定”之争》]

附 论

劳动法研究课题报告.....	633
华东政法大学劳动法律服务中心总结报告.....	651
后记：马年说“马”	676

概 论

A decorative graphic consisting of several thin, curved lines in a light gray color, sweeping across the middle of the page from left to right and then curving downwards on the right side.

争鸣中的探索^{*}

2008年《劳动合同法》、《就业促进法》、《劳动争议调解仲裁法》的相继颁布实施，使中国的劳动法学研究突然从冷转热，引发了一系列激烈的争论。本文将围绕这些大讨论，梳理2008年劳动法学的若干前沿问题。

一、劳动立法大讨论的基本冲突

劳动法学的研究建立在劳动关系是一种从属性的社会关系的认识之上。“强资本、弱劳工”的现状，确立了“保护劳动者”的原则，这是劳动法学界达成的基本共识。从这一共识出发，私法与公法融合的结果使劳动关系形成三个层次的调整模式：宏观上以劳动基准法调整全部劳动关系，中观上通过集体合同调整单位内的集体劳动关系，微观上通过劳动合同调整用人单位与劳动者之间的个别劳动关系。这种“三层次模式”使劳动领域成为私域与公域之间的一个弹性空间。然而，意思自治和国家强制之间的“度”应当如何把握构成争鸣的主线。

中国劳动法学界的立法讨论，由一场关于劳动基准的高低之争拉开帷幕。劳动基准法是劳动关系调整模式的底线，国家以公权力的方式进行维护。劳动基准线提高，必然加大公权力介入的范围，也会压缩劳动关系的协商空间，使其他两个层次的调整模式弱化，因此董保华认为不宜提倡公权力的全面介入，提出低标准、广覆盖、严执法的立法思路。^①

常凯则从另一个视角来看待劳动关系问题，他认为：“在私有制的企业中，劳动关系即是劳资关系，具有明显的阶级关系的性质……而劳资关系法制化的实质，即是通过法律来维护、保障和实现劳动者的权利。无视劳资矛盾的客观存在或对于这一矛盾采用放任主义政策，其实质只能是偏袒和纵容资产所有者，其结果只能是激化劳资

^{*} 董保华、李国庆，本文系关于2008年劳动法学前沿问题报告。该文收录于《社会科学蓝皮书 中国社会科学学术前沿（2008—2009）》，社会科学文献出版社2009年版。

^① 董保华：《锦上添花抑或雪中送炭——析〈中华人民共和国劳动合同法（草案）〉的基本定位》，载《法商研究》2006年第3期；董保华、邱婕：《劳动合同法的适用范围应作去强扶弱的调整》，载《中国劳动》2006年第9期。

矛盾,并造成劳动者的自发反抗。”^①常凯主张“国家对劳动关系的干预,贯穿于劳动关系运行的全过程”^②。

他们的分歧由来已久。早在2001年,两位学者分别接受《中国妇女报》的采访,就加入WTO可能对中国劳动者产生的影响发表了各自的观点。董保华认为中国的劳动标准部分虚高,但并未执行好,应当将重点放在执法上;常凯当时就给予了强烈的反驳。随着《新华文摘》的转载,这一争论引起广泛关注。2006年4月3日有关方面在北大专门安排了两位学者就劳动基准的话题进行辩论。由于恰逢劳动合同法公开讨论,而董保华又对劳动合同法草案的定位进行了批评,^③提出应对劳动者进行分层研究,根据不同层次的劳动者,给予不同方式的保护。这场讨论逐步演变为对劳动合同法立法的争论,原来个别、零星的讨论也演变成了一场广泛的社会大讨论,并持续了3年之久。

这场劳动基准的高低之争以及随后引发的对《劳动合同法》的评价之争,很快被媒体炒作为劳资博弈。正如一位记者所言:“若非冲突的双方——中国人民大学常凯教授和华东政法学院董保华教授——分别被冠以‘劳方代表’和‘资方代表’的刺激头衔,这场几乎已经告一段落的争论,也不会在媒体上急剧升温。”^④一些劳动法学者也接受了这种提法:“自全国人大常委会2006年3月20日向社会公布《中华人民共和国劳动合同法(草案)》(以下简称《草案》)并征求意见以来,关于劳动合同法立法的争论,尤其是带有劳方或资方倾向的对《草案》是作基本肯定还是作基本否定的争论,进入白热化阶段,不同利益集团的激烈博弈尽显其中。尽管有学者声称无意成为劳方或资方代言人,但其立场昭然若揭。”^⑤这种所谓姓劳姓资的提法在一个时期内甚至主导了劳动合同法立法的大讨论。

在公平与效率的关系上,一些学者认为公平姓劳,效率姓资。事实上,这种为公平与效率标上“劳”“资”标签,完全对立起来的认识是不科学的。也有些学者以市场经济为前提,强调了两者的辩证统一:“劳动合同法立法不能单纯强调公平或者单纯强调效率,这不是一个非此即彼的选择,单纯强调某一方面的结果都是矫枉过正,难以避免走向企业和劳动者‘双输’的局面。”^⑥

在与其他学科的相互关系上,有学者认为劳动法学姓劳,人力资源管理学姓资。部分学者认为,从人力资源管理学出发批评《劳动合同法》,“就等于完全站在资方的立场理解劳动合同法。如果完全照此,劳动合同法就变成‘工人管理法’了,这是方向

① 常凯:《劳权论》,中国劳动社会保障出版社2004年版,第27页。

② 常凯:《论政府在劳动法律关系中的主体地位和作用》,载《中国劳动》2004年第12期。

③ 这一书面意见后被媒体称为万言书。内容可参见田享华:《劳动合同法草案立法组成员准备递交万言书》,载《第一财经日报》2006年3月22日;董保华:《锦上添花抑或雪中送炭——析〈中华人民共和国劳动合同法(草案)〉的基本定位》,载《法商研究》2006年第3期。

④ 汪伟:《常凯:〈劳资不成熟,公权需介入〉》,载《新民周刊》2006年5月25日。

⑤ 王全兴:《劳动合同法立法争论中需要澄清的几个基本问题》,载《法学》2006年第9期。

⑥ 程延园:《劳动合同法立法如何平衡劳动者与企业的权益》,载《法学杂志》2007年第3期。

性错误”^①，“如果以人力资源管理理论为评判标准，劳动法只能取消；如果以人力资源管理理论为指导思想制定劳动法，是倒退到工厂立法之前，即回归‘劳工法规’阶段，是对民法的逆向矫正”^②。法律科学与管理科学确实是两门学科，但任何学科都应当是平等的，可以相互借鉴和批评。其实，劳动法律只是为人力资源管理作出一个底线性规定，并不存在姓“劳”姓“资”的界分。

揭去劳动法理论上的“劳”“资”标签，可以看到劳动法学界对于当前的立法确实出现了两种截然不同的视角，可以将其概括为“劳资冲突说”和“劳动者分层保护说”，虽然两者在中国劳动关系出现了问题以及劳动者需要加强保护上存在共识，但两种学说还是在以下三方面存有分歧：

第一，对于劳动者这一主体，两种学说是建立在不同假设上的。“劳资冲突说”是一种“抽象人”假说，将整个劳动者完全视为利益共同体，认为中国的整个劳动者的保护都出现了问题，“劳资矛盾越来越激化……劳资冲突已经成为社会最突出的问题”^③。“劳动者分层保护说”是一种“具体人”假说，不仅将劳动者视为利益共同体，更视为利益差异体，认为中国的劳动者已经出现了不同的层次，当前劳动领域的问题出现在底层，立法主要应当解决底层劳动者的保护问题。

第二，在劳动者与用人单位的关系上，“劳资冲突说”是以此消彼长的思维方式来观察劳动者与用人单位的关系，因此认为，我国正处在有产者“权利和地位不断飙升”、“劳动者的权利和地位不断下降的趋势中”^④；“劳动者分层保护说”认为劳动关系有相互对立的一面，但也存在着相互依存、相互促进的一面，不应将劳动关系底层的问题夸大为整个劳动领域的问题，劳动关系的调整要努力寻找恰当的平衡点，实现双赢。^⑤

第三，在解决中国劳动关系问题的方案选择上，“劳资冲突说”强调公权介入。“劳动者分层保护说”主张对不同层次的劳动者应当采用不同的保护方式，“公权介入”只适用于底层劳动者。为了论证各自观点，前者引入劳资力量的对比分析，^⑥他们认为，在目前工人自身及相关组织未能形成有效力量来与资本抗衡的情况下，国家劳动立法和劳动行政就必须在劳动标准方面更多地保护劳动者的权利，后来这一观点被概括为“劳资不成熟，公权需介入”^⑦。而后者认为，这种论证本身就不合逻辑，既然我们的问题出在集体谈判上，为什么学者不提倡加强工会力量，尤其是改善工会维权的动力机制上，而要以行政力量作为替代机制呢？事实上国家力量的过分介入只会使这一空间丧失活力，也使工会不可能真正形成。

随着劳动合同法的讨论、公布、实施，越来越多的学者介入了这场讨论，2008年

①③ 郭晋晖：《〈劳动合同法〉争论继续：谁真正代表工人利益》，载《第一财经日报》2006年4月7日。

② 刘诚：《全球化背景下劳动法面临的挑战及对策》，载《工会理论研究》2008年第4期。

④ 常凯：《劳权保障——社会主义市场经济中之义》，载《中国劳动》2004年第1期。

⑤ 董保华：《和谐劳动关系的思辨》，载《上海师范大学学报》（社会科学版）2007年第2期。

⑥ 徐笛：《中国劳动标准“高”了还是“低”了？》，载《北京青年报》2006年4月4日。

⑦ 汪伟：《常凯：〈劳资不成熟，公权需介入〉》，载《新民周刊》2006年5月25日。

基本上延续了这场讨论。例如,有学者认为,“通过劳动合同法加强对劳动关系的国家干预,仍然是现阶段我国构建和谐稳定劳动关系的应对之道”^①。也有学者认为,“目前同一种权利倾斜性配置的制度对不同劳动者已产生了不同效应。因此,立法者应该以某种合适的方式,针对不同劳动者弱势地位的横向差异,对劳动者主体予以细分,在主体细分的基础上,考虑选择不同度的权利倾斜性配置”^②。

以上两种视角基本上贯穿在各部立法的讨论之中。

二、劳动合同立法引发的争论

《劳动合同法》立法及实施过程中,学者在一系列具体问题上存有不同的看法,其中的三场讨论最具典型意义:在《劳动合同法》的总论中,关于立法宗旨的争鸣;在标准劳动关系中,关于无固定期限合同的争鸣;在非标准劳动关系中,关于劳务派遣的争鸣。

(一) 关于劳动合同立法宗旨的争鸣

立法宗旨最集中体现了一部法律的基本价值判断,在劳动合同立法过程中,劳动法学界出现了所谓“双保护”和“单保护”之争。所谓“单保护”是指“保护劳动者合法权益”;所谓“双保护”是指“保护劳动者和用人单位合法权益”。有人认为立法必须在“双保护”和“单保护”之间作出非此即彼的选择。^③

“双保护”观点是学者对某些人大常委会委员观点的一种概括。例如,曾宪梓在劳动合同法草案进行第三次审议的时候,认为“劳动合同是由劳资双方签订的,既应该保护劳动者的利益,也应该保护雇佣劳动者的人的利益。我们制定劳动合同法,就应该兼顾各方的利益,保护各方的权益”^④。厉无畏在接受媒体采访时也表示,《劳动合同法》一是要保护劳动者,二是要保护企业。保护了企业也就是保护了劳动者,企业的权益无法保障,劳动者的最终权益也无法保障。^⑤

主张所谓“单保护”的观点多见于劳动法学研究者,最主要的代表是王全兴。他

① 乔健的观点,参见秦平:《揭开劳动合同法争议背后的秘密》,载《法制日报》2008年3月28日。

② 应飞虎:《权利倾斜性配置的度——关于劳动合同法的思考》,载《深圳大学学报》(人文社会科学版)2008年第3期。

③ 王全兴:《我国劳动合同立法的基本取向》,载《中国劳动》2005年第7期;王全兴:《劳动合同立法争论中需要澄清的几个基本问题》,载《法学》2006年第9期。

④ 《关于立法宗旨:分组审议劳动合同法草案发言摘编(二)》,http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2007-04/29/content_364968.htm,2009年2月26日访问。

⑤ 《厉无畏建议:竞业限制补偿标准作进一步研究》,http://finance.sina.com.cn/g/20060324/09162444633.shtml,2007年4月22日访问。

认为,任何一部法律或一个法律部门,对所调整的社会关系的各方当事人都会保护其合法权益,但在立法目的条款中有的作“双保护”表述,有的作“单保护”表述。劳动法基于劳动关系中劳动者是相对弱者的假设,在保护双方当事人合法权益的同时,偏重保护劳动者合法权益,故立法目的条款中作“单保护”表述;民法基于平等主体的假设,对当事人双方的合法权益给予平等保护,故立法目的条款中作“双保护”表述。^①一些德高望重的前辈学者,以坚定姿态发表了支持“单保护”的观点:“作为劳动法法律体系的《劳动合同法》义无反顾地亦应以保护劳动者合法权益作为立法宗旨。”^②

“单保护”和“双保护”概念的形成,首先源于当时流行的“劳动法姓劳”的思维方式,透过姓劳姓资的思维,“单保护”和“双保护”之争的核心在于《劳动合同法》是否要保留或者要在多大程度上保留私法的因子。撇开姓劳姓资的标签,“单保护”与“双保护”的争论其实可以统一于“倾斜保护”这一立法主旨之下,这是一种较为传统也并无争议的认识。劳动合同立法中,倾斜保护一方面强调对弱势劳动者的保护,对失衡的社会关系作出矫正,缓解实际意义的不平等,另一方面在立法时,在利益的分配上限定于“倾斜”,给当事人的协商留出了足够的余地。事后看来,一些学者故意将一个本无太大争议的命题,以极具争议的方式提出来,这本身就具有某种象征意义。

(二) 关于无固定期限合同的争鸣

在标准劳动关系方面,《劳动合同法》对我国原有《劳动法》体制下的劳动合同期限制度进行了重大改造,将原来固定期限合同为主的用工模式改造为无固定期限合同为主的用工模式。无固定期限合同的学术争论可以分为两个时期,一是在《劳动合同法》作出调整之前学者的看法,二是《劳动合同法》作出调整之后学者的评价。

1. 《劳动合同法》作出调整之前学者的分歧

《劳动合同法》的改造是基于对现实社会矛盾的认识。对于当时中国劳动关系存在的问题有着两种并不相同的概括。一种概括认为是“劳动关系长期化与劳动合同短期化的矛盾”^③,另一种概括认为只是劳动合同短期化,“克服劳动合同短期化,是我国《劳动合同法》承载的一项重要功能”^④,“我国目前实行的短期合同制有诸多弊端”^⑤。可以看到,这两种认识对于当时劳动关系的状况有着不同的评价,也会提出不同的改造方案。

① 王全兴:《我国劳动合同立法的基本取向》,载《中国劳动》2005年第7期;王全兴:《劳动合同法立法争论中需要澄清的几个基本问题》,载《法学》2006年第9期。

② 关怀:《〈劳动合同法〉与劳动者合法权益的保护》,载《法学杂志》2006年第5期。

③ 董保华:《劳动合同研究》,中国劳动社会保障出版社2005年版,第117页。

④ 李培志:《劳动合同法应全力扭转合同短期化趋势》,载《中国劳动》2006年第2期。

⑤ 李坤刚:《劳动合同法中的抑制与平衡》,载《中州学刊》2005年第6期。