

2013年 第1辑

总第1辑

万方数据库 收录
中国知网 (CNKI) 收录

社会法学研究

Social Law Studies

(Volume 1, Issue 1, 2013)

西南政法大学劳动社会保障法制研究中心
重庆市第五中级人民法院 合办

主 编 / 刘 俊 王中伟



【特稿】

关于我国劳动关系稳定问题的基本认识

自由职业者：劳动法上的中间群体

【专题聚焦】

社会政策和社会立法的功能扩展与发展模式调整

经济民主：一个社会法的分析框架

【理论争鸣】

论风险社会中工作安全性保护

【域外法治】

在现代职业健康安全体系中重新定位劳动者公民权

【调研报告】

劳动争议审判机构专业化的障碍与出路



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

万方数据库 收录
中国知网 (CNKI) 收录

社会法学研究

Social Law Studies

2013年 第1辑 总第1辑

(Volume 1, Issue 1, 2013)

西南政法大学劳动社会保障法制研究中心
重 庆 市 第 五 中 级 人 民 法 院 合办

主 编 / 刘 俊 王中伟



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

社会法研究. 第1辑 / 刘俊, 王中伟主编. —北京:

法律出版社, 2013. 4

ISBN 978-7-5118-4811-6

I. ①社… II. ①刘…②王… III. ①社会法学—文集

IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 068878 号

社会法研究(第1辑)

刘俊 王中伟 主编

责任编辑 王旭坤

装帧设计 汪奇峰

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16

版本 2013 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 18.25 字数 408 千

印次 2013 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 法律教育出版分社

经销 新华书店

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-4811-6

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

社会法学研究

Social Law Studies

2013年 第1辑 总第1辑

主 编：刘 俊 王中伟

副主编：胡大武 王 姝

编辑委员会

顾 问：常 凯 冯彦君 林 嘉 黎建飞 王全兴 叶静漪 郑尚元

主 任：刘 俊 王中伟

副主任：冉崇高 王伯文 许明月 张新民

委 员：白庆兰 白永亮 陈步雷 胡大武 侯玲玲 贺 玲

李满奎 李海明 李 雄 李坤刚 栗宏豪 钱叶芳

徐 华 余少祥 于新华 王天玉 谢琪兰 熊 晖

杨 飞 杨云霞 张冬梅 张龙芳 赵红梅 张 艳

本辑执行编辑：程 讷 覃柳枝 张艳蕊 王会会

英 文 审 校：白庆兰

卷首语

处在社会变革与制度变迁的中国,新旧秩序交替间必然出现许多制度更新以及伦理、观念的新旧冲突。价值多元化与伦理失范便对法律本身提出了挑战。社会法学是以实在法学为研究对象的一门法学学科,以社会法基础、社会法体系构成以及社会程序法等为研究对象。社会法学之所以以“社会”命名,不仅是因为他们用社会学的观点和方法研究法律现象,更在于他们特别强调法与社会的关系,认为法扎根于社会,与社会有着密不可分的关系。社会法调整的社会关系涉及社会问题多数是我国当前社会的热点问题,譬如社会收入分配差距、社会就业、性别歧视、社会保障等。《社会法学研究》的筹划出版,意图通过繁荣中国社会法学术研究,促进社会法法制完善,推动社会进步。

任何事物总会有其发生、发展与成熟的演进过程,学术同样如此。严格地说,我国社会法产生的历史非常短暂,理论和实践都处在探索时期。到目前为止,学者们认识到社会法学学科对谋生来讲,比不上其他学科,参与社会法学研究、教学的人员甚少,学术研究成果积累微薄。这与其独特的法律价值、重要的法律使命和法律地位极不相称。

《社会法学研究》作为高等院校与司法实务界共同构建的学术研究平台,我们的预期,远不仅仅为社会法研究同仁们提供一个精神与思想畅游的广阔天地。我们更希望看到法学院校与司法实务部门建立的无缝隙对接和实质性融合的法学研究共同体;看到一个社会法研究、法学人才培养、司法职业能力相互促进的协同创新新机制;看到学者直接从司法实践中汲取研究素材,善于观察现象、研究现象、树立问题意识的研究方法;看到社会法学者对司法实践的存在意义与价值;看到司法实务专家及其实践对社会法研究、乃至法学教育的意义与价值。

《社会法学研究》所刊载的内容主要是有关国内外劳动法和社会保障法的理论或实践方面的学术文章。在栏目设置上,既有相对固定的栏目,如“专题聚焦”、“理论争鸣”、“域外法治”、“经典译评”等,又可以根据每期稿件的具体情况,开辟更具时效性的新栏目。特别需要介绍的“司法实务”和“判决选摘”栏目,除了专题探讨当前有关劳动与社会

保障法的热点问题外,我们还希望通过对普遍性典型疑难案件的理论分析,为司法实务部门案件审理,提供理论支撑;为最高人民法院出台相关司法解释,提供前期可参考的理论和实践研究基础。

我们将秉承学术性、实践性、开放性和包容性的精神,竭诚为社会法理论与实务界专家学者服务,并热忱地希望社会各界给我们更多的支持与关注,惠赐佳作。

让我们共同铸造我国社会法学研究的繁荣!

刘 俊

2013年4月10日

征 稿 启 事

1.《社会法学研究》是由西南政法大学劳动社会保障法制研究中心同重庆市第五中级人民法院合办的学术性连续出版物。其以司法实务同理论研讨共促进、国际劳动法学者和国内法学者的相互交流为宗旨,始终坚持学术自主、自由、自尊和自律的原则,秉承兼容并蓄、思想自由的传统人文精神,现面向国内外专家学者征稿。

2.《社会法学研究》不考虑稿件作者的身份和以往学术经历,只有学术水准和学术规范的要求。

3.《社会法学研究》编辑委员会成员包括刘俊、熊晖、陈步雷、白庆兰、胡大武、李满奎、李雄、张艳、祝来新、冉崇高、王伯文、王姝、张龙芳、李海明、贺玲、李坤刚、赵红梅、谢琪兰。英文译审白庆兰。《社会法学研究》编辑委员会拥有对在《社会法学研究》上已刊作品的版权。作者应保证对其作品具有著作权并不侵犯其他个人或组织的著作权,译者应保证该译本未侵犯原作者或出版者的任何可能的权利,并在可能的损害产生时自行承担损害赔偿 responsibility。编辑委员会或其任何成员不承担由此产生的任何责任。

4.来稿原则上不低于15000字。所有稿件需同一语言下未事先在任何纸质和电子媒介上发表。来稿请提供300字左右的中文内容摘要和英文版本的文章标题、内容摘要和关键词。同时注明作者职称和联系方法。译稿需同时邮寄原文稿,并事先取得作者或出版者的翻译授权许可。翻译人承担因未取得许可所导致的所有法律后果。

5.为扩大本作品及作者知识信息交流渠道,除非作者在来稿时声明保留,则均视为同意《社会法学研究》拥有以非专有方式向万方数据库、中国期刊全文数据库(CJFD)、龙源期刊网、维普咨询网及中国知网等数据库收录第三人授予已刊作品电子出版权、信息网络传播权和数字化汇编、复制权,以及向《中国社会科学文摘》、中国人民大学书报复印资料等文摘类刊物推荐转载的权利。该社著作权使用费与作品稿酬一并支付。作者向编辑部提交文章发表的行为即视为同意上述声明。

6.《社会法学研究》现有以下几个栏目对外征稿:

专题聚焦 该栏主要刊登围绕劳动法、社会保险法等专门问题的社会法学术论文。

理论争鸣 该栏主要刊登有关劳动法、社会保障法前沿性问题的研究成果。

域外法治 该栏主要刊登港澳台地区、欧美等域外专家学者最新学术研究成果。

经典译评 该栏主要刊登国外经典报告、判决译文及其评述。

目 录

特 稿

- 关于我国劳动关系稳定问题的基本认识 王全兴 / 1
自由职业者:劳动法上的中间群体 [以色列]盖·大卫德夫 著 胡大武 译 / 8

专题聚焦:社会法哲学

- 社会政策和社会立法的功能扩展与发展模式调整 陈步雷 / 20
经济民主:一个社会法的分析框架 余少祥 / 43
论社会法之所指 李海明 / 78

理论争鸣

- 临时雇佣立法规制强度的国际比较:反思与借鉴 钱叶芳 / 90
家政工人工伤保险立法的模式选择与路径思考 张秀芹 岳宗福 / 106
“用工”法律基本问题初论
——逻辑分析与误区澄清 徐志强 / 113
达到退休年龄就业的用工关系及经济补偿金分析 苏 渝 栗宏豪 / 144
论风险社会中工作安全性保护 贺 玲 / 155

域外法治

- 台湾实施劳退年金保险需注意之相关问题之探索 谢棋楠 / 163
劳工请假法律问题探讨
——基于台湾地区劳动立法与学说的考察 胡玉浪 / 176
日本劳动法上的总工会与社区工会 [日]尚志竹内 著 王天玉 黎婉婧 译 / 189
在现代职业健康安全体系中重新定位劳动者公民权
..... [加]恩瑞克·塔克 著 李满奎 译 / 200

经典译评

公平工作:面向 21 世纪的联邦劳工标准…… [加]哈维·W.阿瑟 著 胡大武 译 / 220

司法实务

论我国社会保险争议民事可诉性的全面确立…………… 项延永 / 235

判决选摘

重庆市高级人民法院民事判决书(2011)渝高法民提字第 382 号…………… 247

调研报告

劳动争议审判机构专业化的障碍与出路

——以重庆市劳动争议纠纷案件的仲裁审判机构现状为样本

…………… 重庆市第五中级人民法院课题组 / 252

学术动态

“山城杯”有奖征文颁奖仪式暨民生视野下的劳动者权益司法保护

研讨会会议综述…………… 冉崇高 陈璐 邓瑀 / 265

中国社会法学会研究会 2012 年年会暨学术研讨会综述…………… 黄灵 / 270

编者后记 / 282

征稿启事 / 284

关于我国劳动关系稳定问题的基本认识

王全兴*

【内容摘要】在当前学界将研究的兴趣点转向集体劳动关系的背景下,不应当忽视劳动关系稳定是集体劳动关系协调机制得以发挥作用的基础和前提。我国正处在工业化、城镇化不仅加速而且与市场化、全球化重叠的发展阶段,规模巨大的农民工群体不仅流动性强而且处于“双重体制外”状态,致使劳动关系不稳定问题不仅普遍而且成为导致劳动关系协调机制失灵的主要因素。在此背景下,劳动合同制度的功能结构由以推进和保障劳动者自由流动为主转向以稳定劳动关系为主。然而,从“中国问题”的视角考察,我国劳动合同制度稳定劳动关系的功能仍然弱于西方国家;为加强此功能,既要重视解雇保护制度的完善,更要重视调整劳动合同期限结构和扭转灵活就业主流化趋向。由于劳动关系稳定的制约因素来自多方面,应当构建全方位的稳定劳动关系的法律框架,由劳动合同法扩展到整个劳动法体系,甚至扩展到经济法和社会保障法等法律部门。

【关键词】劳动关系稳定 劳动合同法 中国问题 法律框架

以2008年国际金融危机的冲击为界限,我国劳动关系协调机制建设的一个显著变化是:在冲击前,一直以单个劳动关系协调机制为重点,《劳动合同法》出台前后达到高峰。在冲击后,重点似乎转向集体劳动关系协调机制。这突出表现在,集体协商(尤其是工资集体协商)及其立法受到官方的空前重视。2010年提出:到2012年,将工资集体协商推广到已组建工会的所有企业;^{〔1〕}2012年年初提出:到“十二五”末,企业集体合同签订率要达到80% (“十一五”末为50%)。^{〔2〕}2010年下半年启动的《工会法》第三次修订中,全国总工会希望加强产业工会在集体协商中的作用,授予产业工会更多权力。截至目前,有23个省(自治区、直辖市)人大制定了集体合同规定或条例,20个省(自治区、直辖市)党委、政府下发了开展工资集体协商的文件,26个省(自治区、直辖市)将推进工资集体协商纳入本地“十二五”规划,15个省(自治区、直辖市)将工资集体协商列入党政工作考核体系,22个省(自治区、直辖市)协调劳动关系三方机构联合发文开展工资集体协商,17个省(自治区、直辖市)开展了工资集体协商集中要约行动。工资集体合同覆盖企业174.2

* 上海财经大学法学院教授。

〔1〕 国家人力资源和社会保障部、中华全国总工会、中国企业联合会/中国企业家协会《关于深入推进集体合同制度实施彩虹计划的通知》(人社部发〔2010〕32号)。

〔2〕 《国务院关于批转促进就业规划(2011—2015年)的通知》(国发〔2012〕6号)。

万家,覆盖职工超过1亿人。^[3]于是,有学者断言,我国劳动关系已发生集体化转型。^[4]然而,在此过程中,劳动争议群体化^[5]的现象日益突出,并且不因集体协商和集体合同的强力推广而有所缓解。对此,笔者认为,以集体劳动关系协调为主固然是我国劳动关系协调机制发展的方向,但在现阶段不可轻视单个劳动关系协调(尤其是劳动合同法)的重要意义;甚至可以说,单个劳动关系协调机制仍然应当作为劳动关系协调机制建设的重点;或者说,劳动关系协调机制建设中应当单个劳动关系协调机制与集体劳动关系协调机制并重。这是因为,集体劳动关系协调机制得以发挥作用,需要以劳动关系稳定为基础和前提;而劳动关系稳定的实现,则主要依赖于单个劳动关系协调机制,尤其需要劳动合同法发挥更大的作用。

一、劳动关系不稳定是我国所处历史阶段的突出问题

劳动关系是伴随着工业化、城市化而诞生和发展的一种社会关系。我国的工业化、城镇化正处在一个特殊的、关键性的历史阶段;工业化、城镇化不仅进入加速期,而且与市场化、全球化重叠。这是一个中外历史上不曾有过的、中国特色尤为明显的发展阶段。在此阶段,劳动关系的运行和发展受到工业化、城镇化、市场化、全球化等多个方面因素的综合影响。就工业化、城镇化而言,现阶段尽管在整体上处于加速期,但在区域进程上呈现不平衡状态,即分别处于工业化、城镇化的初期、中期或后期的区域同时并存;并且,城镇化滞后于工业化和工业化滞后于城镇化的现象也同时并存。于是,一方面,农村剩余劳动力向非农产业和城镇的转移加剧,出现了规模巨大的农民工,使劳动力市场呈现供大于求的总体格局;另一方面,农民工成为流动性最强的劳动者群体,并且与输入地的当地居民劳动者处于不平等状态。就作为工业化、城镇化加速之体制背景的市场化而言,尽管市场经济体制已基本形成,但仍处于不成熟阶段:不仅存在计划经济体制的残余,而且不同领域和区域的市场化程度也不均衡,城乡二元体制没有完全打破。由此决定了在劳动关系领域存在一些特有现象,例如,国有企业的用工双轨制尽管形式多变但一直存续;由于存在城乡壁垒和区域壁垒,农民工市民化程度总体偏低;民营经济发展因体制障碍而缺少适宜的宏观环境,致使就业形势严峻且民营企业平均寿命严重偏低(不足3年^[6])。在作为工业化、城镇化加速之国际背景的经济全球化中,我国作为发展中国家处于明显的弱势地位,出口依赖程度高成了经济发展战略中的不得已的选择。在此背景下,规模不等的代工企业成了低端制造业的主力,使大规模利用廉价劳动力成为必然;就业和劳动关系状况更容易受到国际经济波动的影响,尤其是国际经济(金融)危机的冲击。

[3] 王玉普:“在全总十五届六次执委会议上的工作报告”(2012年1月8日),载 <http://www.sxgh.org.cn/particular.aspx?id=15515>,2012年2月28日访问。

[4] 如常凯认为,《劳动合同法》的颁布和实施是劳动关系集体化转型的起点。孟泉:“‘中国集体劳动争议状况、特点及发展趋势’学术研讨会会议综述”,载 http://www.chineseworkers.com.cn/_d273307963.htm,2012年12月18日访问。

[5] 王全兴、倪雄飞:“我国罢工立法与罢工转型的关系”,载《现代法学》2012年第4期。

[6] 据2005年中华全国工商联会编写的《中国民营企业发展报告》透露,我国民营企业平均寿命只有2.9年,见“民营企业发展报告蓝皮书:民企寿命平均2.9年”,载《深圳商报》2005年7月1日版。

在上述时代背景因素的影响下,大部分劳动关系是农民工劳动关系,在制造业、建筑业、交通运输、仓储及低端服务等产业,农民工已成为绝对的主力军;并且,农民工群体多处于“双重体制外”状态,即在用人单位内部因多作为低端劳动者和非正规就业劳动者而成为体制外劳动者群体,在用人单位外部因市民化程度偏低而成为公共产品分享上的体制外社会群体。由此决定了劳动关系稳定程度整体偏低。据2012年2月8日清华大学社会学系联合工众网发布的《农民工“短工化”就业趋势研究报告》显示,“短工化”已经成为当前农民工就业的一个相当普遍的趋势。调查表明,“短工化”的比例相当高,66%的农民工更换过工作,25%的人在近7个月内更换了工作,50%的人在近1.8年内更换了工作;农民工平均每份工作的持续时间为2年,两份工作的时间间隔约为半年多。调查还发现,“短工化”逐年递增:2004年开始上份工作的农民工,工作平均持续时间大约为4.3年;而2008年开始上份工作的农民工,工作只持续了2.2年,缩短了近一半。^[7]从就业形式看,非正规就业主流化趋向更降低了劳动关系的稳定度。劳动派遣、外包用工、非全日制用工、临时工等非正规就业形式发展迅猛,其占从业人员的比例居高不下。据全国总工会的《国内劳务派遣调研报告》显示,全国劳务派遣工已达到6000多万人,约占城镇就业人员的20%,主要集中在公有制企业和机关事业单位;少数央企甚至2/3以上的员工属于劳务派遣。^[8]在非正规就业劳动者中,大部分是农民工。可见,劳动关系不稳定问题主要是农民工的问题,并且是与农民工群体的体制外状态相互交织和互为因果的问题。

我国现阶段的劳动关系不稳定,尤其是农民工劳动关系不稳定,已成为导致劳动关系协调机制失灵的主要因素。在市场化经济体制改革和劳动制度改革中,由劳动基准、集体合同、职工民主管理、劳动合同、劳动争议调解和仲裁等手段构成的劳动关系协调机制虽然已基本形成,但在现阶段仅徒具形式而实效低下。例如,尽管有集体合同制度和职工民主管理制度,但体制外劳动者群体未被这些制度所实际覆盖,以致虽然有工资集体协商制度却未能形成正常的工资增长机制;尤其是体制外劳动者群体成为群体劳动争议多发的主要根源。又如,在劳动关系的社會中间层协调机制中,体制内社会力量如工会、社区组织等,因其对体制外劳动群体的保护力度不及对体制内劳动者群体的保护力度,在体制外劳动者群体中缺失公信力,致使体制外劳动者群体寻求体制外社会力量的保护,从而形成体制内、外社会力量的分割,削弱了社会中间层协调机制的功能,致使劳动关系协调机制呈现“强政府+弱社会”的残缺结构。再如,《劳动合同法》尽管是规范单个劳动关系运行的基本法,但由于其着重规范的是正规就业者的劳动关系,以致灵活就业者的劳动关系虽然趋向主流化,却仍处于失序状态。

一般而言,劳动关系有矛盾并不是问题,而劳动关系矛盾加剧才可能是问题;若仅仅是劳动关系矛盾加剧也不足以成为问题,而在劳动关系矛盾加剧的同时,解决劳动关系矛盾的手段缺失或失灵,才是真正的问题。在此意义上,劳动关系不稳定,尤其是农民工劳动关系不稳定,导致劳动关系协调机制失灵,才是现阶段劳动关系领域的突出问题。

[7] 车辉:“农民工就业出现‘短工化’趋势”,载《工人日报》2012年2月1日第1版。

[8] 管亚东:“媒体称全国劳务派遣工6千万任意滥用现象严重”,载 http://www.csc.net.cn/NewsView.aspx?Cat_ID=23&Column_ID=667803,2012年4月1日访问。

二、稳定劳动关系标志着我国劳动合同制度的功能转型

我国市场化经济体制改革中的劳动人事制度改革,其实质是人力资源配置机制的转型,即人力资源由行政配置转向市场配置。劳动合同制度作为人力资源市场配置机制的法律形式,从试点到推广,从实践探索到制度化、法律化,一直是劳动人事制度改革的主线。其大致可分为四个阶段:(1)启动阶段。1978~1986年间,固定工制度虽然是劳动制度的主流,但在改革开放中劳动合同制度已经启动;即不仅从1980年开始在外商投资企业实行劳动合同制度,而且从1982年开始也在国有企业改革中进行劳动合同制度试点,劳动合同制度于是由临时工扩展到正式工。(2)双轨制阶段。1986年,国务院发布的关于劳动制度改革的“四个暂行规定”^[9]不仅将劳动合同制度的探索引向规范化和制度化,而且将劳动合同制度确立为与原有职工固定工制度并存的劳动制度改革目标模式;即废止内部招工制和退休工人子女顶替制,仅对原有职工保留固定工制度,而对新招职工普遍实行劳动合同制度。此后,国有企业在继续完善劳动合同制度的同时,对原有职工固定工制度实行劳动优化组合、破“三铁”、合同化管理等项改革,使之在用工机制上向劳动合同制度接近。(3)全面推行阶段。1995年实施《劳动法》,结束了国有企业的用工双轨制,劳动合同制度全面推行,不同所有制用人单位的劳动合同运行规则归于统一。(4)向公共部门扩展阶段。2008年实施《劳动合同法》,使劳动合同制度的适用范围进一步扩大,不仅将劳务派遣、非全日制用工等灵活用工形式纳入其中,而且适用于事业单位聘用合同。^[10]这既为实现“劳动力市场”与“人才市场”的一体化奠定了法律基础,也使劳动合同制度对人力资源市场配置的适应能力和适应程度进一步增强。近年来事业单位以全面推行聘用制为主要内容的人事制度改革,更为劳动合同制度跨入公共部门开拓了空间。上述可见,劳动合同制度的启动和发展过程,是人力资源配置市场化不断扩展和深化的过程。

在此过程中,我们可以发现,劳动合同制度作为市场化劳动人事制度改革的一种主要手段,打破计划经济体制下的劳动关系超稳定状态,转变人力资源配置机制,推进和保障劳动者自由流动,在劳动合同制度全面推行之前一直是其主要功能,此即市场化改革的功能,也是我国劳动合同制度特有的功能;而稳定劳动关系的功能,在劳动合同制全面推行之前则居次要地位。例如,一直以固定期限劳动合同为一般、无固定期限劳动合同为例外,且固定期限劳动合同多为中长期劳动合同。尽管《劳动法》中的劳动合同制度已具有稳定劳动关系的功能,但未受到重视。例如,其第20条第2款虽然把“劳动者在同一用人单位连续工作满十年以上”作为劳动者提出订立无固定期限劳动合同的实体条件,但又把“当事人双方同意延续劳动合同”作为劳动者提出订立无固定期限的劳动合同的程序前提,致使此条款难以收到稳定劳动关系的实效。之所以这样,其背景是,此阶段还未出

[9] “四个暂行规定”是指《国营企业实行劳动合同制暂行规定》、《国营企业招用工人暂行规定》、《国营企业辞退违纪职工暂行规定》和《国营企业职工待业保险暂行规定》。

[10] 《劳动合同法》第96条:事业单位与实行聘用制的工作人员订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同,法律、行政法规或者国务院另有规定的,依照其规定;未作规定的,依照本法有关规定执行。

现大规模的离土又离乡的农民工群体。而在劳动合同制度全面推行之后,尤其是出现了大规模的离土又离乡的农民工群体,还有更大规模的待转移的农村剩余劳动力;且国有企业原职工身份被市场化置换之后,劳动关系短期化、劳动合同“一年一签”现象普遍化、劳务派遣等灵活就业形式主流化等问题凸显。故在《劳动合同法》出台前后,劳动关系稳定问题受到前所未有的重视。于是,在劳动合同制度的功能体系中,稳定劳动关系的功能一跃成为主要功能。这在《劳动合同法》的制度设计中多有体现,例如,加重了用人单位订立无固定期限劳动合同的义务;解雇保护措施更为得力;劳动合同约定终止被取消而只可法定终止;对劳务派遣试图从严规制。而其市场化改革功能,则因人力资源市场配置机制的基本形成而趋向淡化。

三、研究劳动关系稳定需要“中国问题”视角

上述表明,我国现阶段的劳动关系稳定问题,从其经济社会背景和制度基础而言,是典型的“中国问题”。无论是分析其原因、表现和后果,还是探讨其走向、目标和解决措施,都需要从中国国情出发,体现中国特色。这就需要处理好立足本土与国际视野的关系,既要从国际视野上发现中外差异和把握未来趋势,又要立足本土找出原因,并以解决“中国问题”作为探索对策的根本。在经济全球化的背景下,尽管我国法学界越来越重视法律制度的国际比较研究,但所追求的不应是“请外国的和尚来念中国的经”,更不应是套用国外理论和制度来解释和解决“中国问题”,而是应当通过揭示中外差别,以寻找中国特色的解决方案。例如,尽管我国劳动合同制度的功能结构已转向以稳定劳动关系为主,但通过对劳动合同期限制度、解雇保护制度等作国际比较表明,我国现行劳动合同制度的稳定劳动关系功能仍然弱于西方国家。^{〔11〕} 首先,各国的劳动合同期限形式都分为固定期限与无固定期限,然而,西方国家以无固定期限劳动合同为常态,固定期限劳动合同为例外且仅限于短期(临时)劳动合同;而我国则以包括短期(临时)、中期、长期劳动合同在内的固定期限劳动合同为常态,无固定期限劳动合同为例外。其次,我国由于固定期限劳动合同包括短期(临时)、中期、长期劳动合同且处于常态,故解雇保护制度不仅适用于无固定期限劳动合同而且适用于固定期限劳动合同;而国外仅无固定期限劳动合同适用解雇保护制度。尽管如此,不能据此认为我国的解雇保护比国外更严,因为我国解雇保护制度的渊源仅限于成文法,西方国家解雇保护制度的渊源还有成文法以外的判例、集体合同等。最后,尽管国外也出现了开放固定期限劳动合同的迹象和就业灵活化的趋向,但远非我国的劳动合同短期化和劳务派遣等灵活就业主流化可比。也正因为如此,我国解雇保护制度的实际有效范围被大大缩小。可见,就加强我国劳动合同制度的稳定劳动关系功能而言,不能只着眼于解雇保护制度,还应当重视劳动合同期限结构的调整和灵活就业主流化趋向的扭转。并且,调整劳动合同期限结构和扭转灵活就业主流化趋向,比加

〔11〕 王全兴、钱叶芳:“劳动合同期限制度两种模式的比较及其启示”,载《劳动契约法律化:台湾劳动基准法与大陆劳动合同法之同步观察》(两岸劳动法学术研讨会论文集),政法大学法学院劳动法与社会法研究中心、台湾劳动法学会编,2010年5月版;钱叶芳:“个人解雇保护立法实践的国际比较:回应与建设”,载《法律科学》2011年第1期;钱叶芳:“裁员保护立法的国际比较及其启示”,载《法商研究》2012年第2期。

强解雇保护更重要。

四、稳定劳动关系应当扩展法律框架

我国现阶段劳动关系稳定的制约因素来自多方面,故解决劳动关系稳定问题需要从多方面着手。就稳定劳动关系的法律制度而言,应当与影响劳动关系稳定的多方面因素相对应,构建全方位的稳定劳动关系的法律体系。这就需要突破劳动合同法甚至劳动法的范围,扩展稳定劳动关系的法律框架,并按照扩展法律框架的思路研究如何稳定劳动关系的法律问题。其中,应当重视的要点有:

1. 劳动合同法固然是直接作用于劳动关系稳定的核心制度,但不可忽视劳动法体系中其他制度稳定劳动关系的作用。例如,集体合同可在法定解雇保护规则之外约定更高要求的解雇保护规则;劳动基准水平的提高可减小农民工的流动性;加强职业培训既可增强劳动者获取稳定岗位的能力,也可促使用人单位追求劳动关系稳定,尤其是出资培训服务期制度与职工培训制度结合,对稳定劳动关系更有积极意义;就业促进将就业质量目标与就业数量目标并重,而劳动关系稳定程度是就业质量的重要内容。

2. 劳动法对稳定劳动关系的作用固然重要,但不可忽视其他法律部门,尤其是经济法和社会保障法,对稳定劳动关系的作用。例如,提高农民工市民化的程度,是稳定劳动关系所需宏观环境中最为重要的因素,而在加速城镇化进程中增加农民工市民化所需公共产品的供给,则需要经济法和社会保障法共同发挥作用。又如,国有用人单位的体制外劳动者群体是劳动关系不稳定的重点之一,而要消除国有单位的用工双轨制现象,则需要继续深化包括劳动人事制度改革在内的国有企业改革、事业单位改革等各项改革,并需要经济法、行政法等多个法律部门配合发挥作用。再如,中小微型企业的健康发展是劳动关系稳定的重要经济基础,而促进中小微型企业发展,则依赖于经济法等多个部门共同发挥作用。

Abstract: In the context of the academia transfer their research interest into the collective labor relations, we should not ignore that the stability of labor relations is the foundation and prerequisite whereby by which the coordination mechanism of collective labor relations could play a role. China is in the developing stage of accelerated industrialization and urbanization overlapped with the globalization and marketization. A large number of migrant workers not only moves frequently but also is controlled by the "dual system", which is the main cause the ubiquity of the unstable labor relations and the failure of coordination. For this reason, the function of the employment contract legislation should transfer the emphasis from propelling and guaranteeing free flow of the labor to stabilizing the labor relations. However, from the perspective of "China issues", the function of stabilizing labor relations is much weaker than the counterpart of the western countries. In order to strengthen the function, reform should be taken not only to complete terms of the dismissal protection, but also to change the constructure of the Employment Contract Law and reverse the flexible employment trend. Because the obstacles for labor relation stability come from different ways, all-around legal resolutions should be considered to resolve

the problems, including employment contract law, the labor law system, and expanding to economic law and social security law.

Key words: stability of labor relations, employment contract law, China issues, legal framework

(初审人:覃柳枝)

自由职业者:劳动法上的中间群体

[以色列]盖·大卫德夫 著 胡大武 译*

引言:三个以色列案件

鲁文·斯万是一位语言学家和教师。在60年代末70年代初,他为以色列广播电台制作并播报一个每周一档的广播节目。他的雇主(顾客)——以色列广播局(IBA)草拟了一份合同,声称他不被视为雇员,斯万在这份合同上签了字。但是在被解雇后,他向以色列劳动法庭起诉,声称他事实上是雇员,应该享有遣散费和带薪假报酬这些法定权利。很明显斯万不具有任何商事实体的特点,但是法庭认为他也不具有雇员的典型特征。法院认为斯万的情况与三位以色列文学巨匠——奥特曼、西龙斯改以及阿格农相同。在早些时候,他们为日报写诗和短篇故事,有时候是每周定期写。而法官认为,将他们视同为报社雇员是不可思议的。作为一个解决方案,法院发明了一个新的法律类别:“自由撰稿人”或者“自由职业者”,意指那些既不符合雇员特征,也不具有独立承包人的特点的人。^[1]然而,事实上,劳动法律仅仅适用于“雇员”。^[2]所以,就立法目的而言,“自由职业者”就如独立承包人一样:他们被完全排除在保护范围之外。

在随后的案件中,法院认为,作家、诗人、艺术家和记者是作为自由职业者而从事业务的。他们不受任何组织性义务、任何惩戒性规定的束缚,也无服从雇主的义务。只有在他们愿意的时候,他们才把他们的工作贡献给报纸或者他们认为值得的艺术事业。^[3]在其他领域,一个人也能成为自由职业者吗?以色列国家劳动法院的答案是否定的。^[4]但是后来在最高法院,该问题则受到质疑。

* Guy Davidov 教授为以色列耶路撒冷希伯来大学劳动法 Elias Lieberman 讲席教授,国际劳动法学会发起人之一。本文为加拿大维多利亚大学 Judy Fudge 教授,澳大利亚悉尼大学 Shae McCrystal 博士和印度德里大学 Kamala Sankaran 副教授编辑,牛津和哈特出版社2012年出版的《挑战工作规则的法律边界》(Challenging the Legal Boundaries of Work Regulation)第二部分“雇佣法和商法的边界”第五章。胡大武,西南政法大学经济法学院副教授,法学博士,硕士生导师。在本文的翻译过程中,西南政法大学经济法学院程讷同学亦提出了宝贵的意见,覃柳枝同学对文章进行了校对。特此致谢,但文责自负。

[1] Israel Broadcasting Authority v. Reuven Sivan 4 PDA 520 (1973). 在后来的案件中,自由职业者通常指同一类。参见 Shaul Stdaka v. The State of Israel 36 PDA 625 (2001)。

[2] 此处劳动法包括北美国家所谓的雇佣法和 workplace 反歧视法。

[3] Ozer Admon v. The State of Israel 5 PDA 169 (1974). 这显然与斯万和以色列广播局之间的协议不同。正如上面所指出的那样,他被要求为每周的广播节目做准备。事实上,在 Shmuel Mor v. The National Labour Court 50(4) PD 628 (1996) 案件中,最高法院首席法官巴拉克就承认他原本应该将斯万视同为雇员。

[4] Gideon Angel v. Shmuel Mor judgment of May 12, 1993.