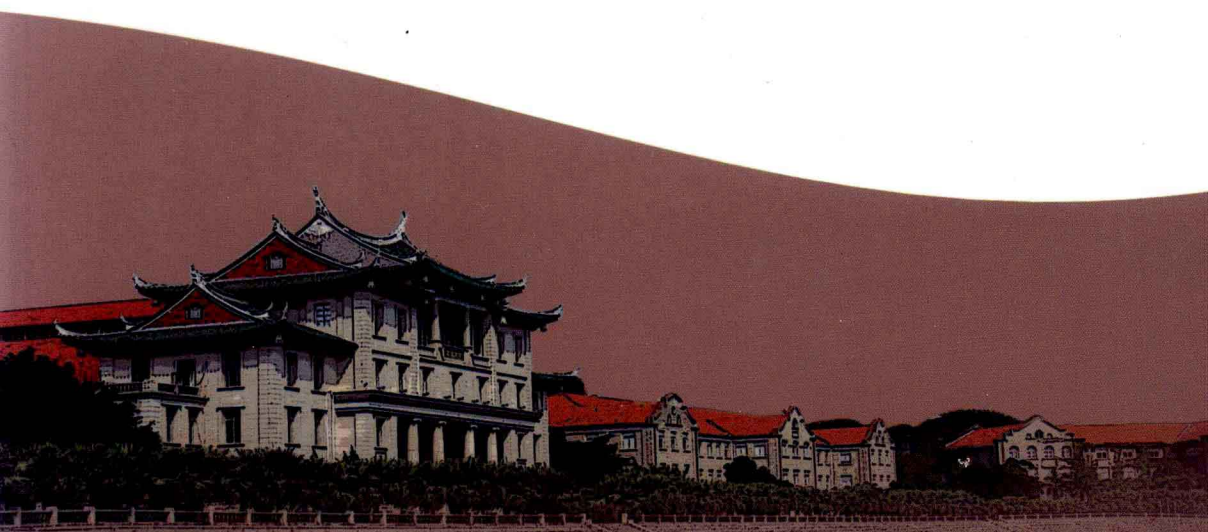


社会法专题研究论丛

蒋月◎主编

功能视域下的 劳动法制完善研究

谢天长 著



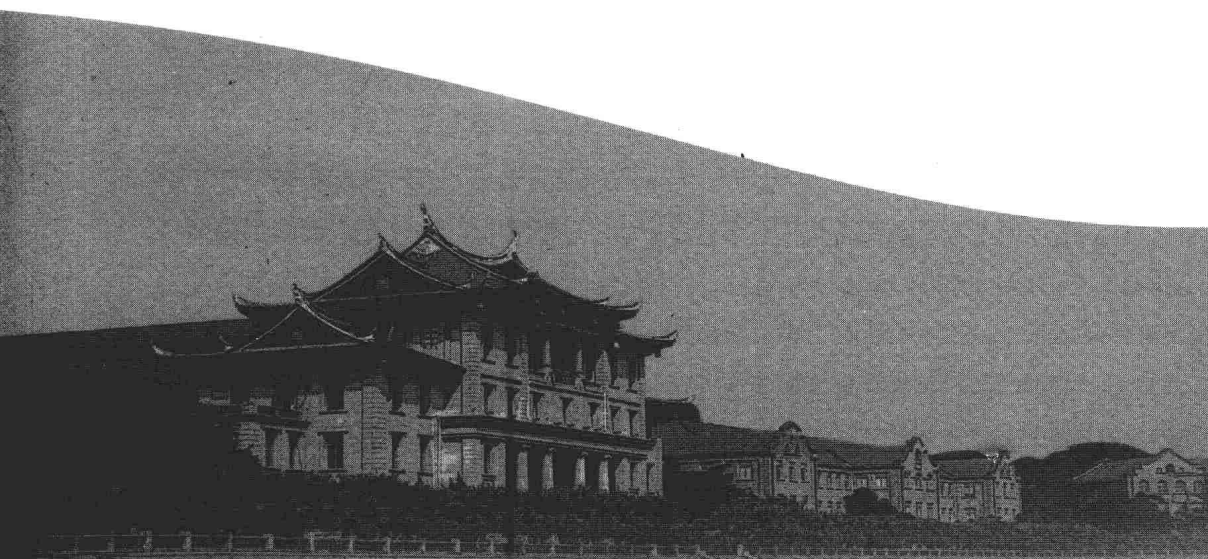
中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

社会法专题研究论丛

蒋月◎主编

功能视域下的 劳动法制完善研究

谢天长/著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

功能视域下的劳动法制完善研究/谢天长著. —北京:
中国法制出版社, 2012. 12

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4097 - 4

I. ①功… II. ①谢… III. ①劳动法 - 研究

IV. ①D912. 504

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 245490 号

策划编辑 胡斌

责任编辑 胡斌

封面设计 周黎明 郑颖

功能视域下的劳动法制完善研究

GONGNENG SHIYU XIADE LAODONG FAZHI WANSHAN YANJIU

著者/谢天长

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

版次/2012 年 12 月第 1 版

印张/ 16.5 字数/ 256 千

2012 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4097 - 4

定价: 48.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66017726

传真: 66031119

编辑部电话: 66065672

邮购部电话: 66033288

总 序

随着市场经济的推进，经济社会快速发展，我国开始加快制定现代意义上社会立法的步伐。1994年《中华人民共和国劳动法》是改革开放后全国人大常委会通过的第一部法典式社会法案。2006年以来，相继通过并实施《中华人民共和国劳动合同法》、《中华人民共和国就业促进法》、《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》等法案，社会立法速度之快居于各法律领域之首，初步形成社会立法体系，在干预社会利益分配、化解社会矛盾、增进社会公平、促进我国经济社会可持续发展上产生了重大影响。

我国社会立法处于社会主义初级阶段。在快速成长过程中，社会立法存在种种不足和问题。第一，诸多社会立法层次较低，有的重要领域尚无法可依。第二，社会立法决策针对热点问题，立法的系统性、前瞻性有待提高。第三，社会立法质量有待提高。现行社会立法风格粗犷，原则性规定多，条款的可操作性较弱，司法适用性有待加强。第四，某些立法有部门立法之嫌，利益关联过强，社会公众参与不足。第五，社会法的立、改、废偏慢。第六，已有社会立法实施效果不尽如人意。特别是在劳动基准、劳动合同、职业灾害防治、劳资关系协调、劳动争议处理等方面，“不是无法可依，而是有法不依”，问题众多，极端事件频发，弱势群体尚未充分享受到经济发展成果。

社会法面临着一系列重大挑战。第一，如何合理界定社会法的定位与功能。社会立法是什么，能够是什么，应该是什么？从16世纪英国“圈地运动”时期制定《济贫法》，为资本主义原始积累与发展的直接受害者提供生活救济，到资本主义大工业时期德国创造性地制定和实施一系列社会保险法，创设社会保险制度，以增强人们在工业社会防范各种社会风险的能力，保障人的生存权和发展权，再到1935年美国国会通过具有划时代意义的《社会保障法》，引发西方工业发达国家纷纷修订、补充各自已有的社会保障制度，从而极大地缓和了社会矛盾，促进了社会稳定与安全。社会立法的最直接目标就是给予社会个体以社会安全感，维护整个社会的安全与稳定。我国的社会法担负着怎样的使命？第二，我国社会呈现贫富两极分化、城

乡二元结构、地区发展不平衡等社会问题。在此环境下，社会立法在衡平社会利益分配过程中，应当更加积极，更有作为。第三，社会不同阶层和利益群体对已实施的社会立法有不同认识。例如，《劳动合同法》施行曾引发较大争议。学术研究应当积极回应。第四，近年来不断发生较大规模的劳资冲突事件或者严重的劳动者利益受损事件，表明在我国社会发展新阶段中，劳资关系遇到了新问题、新情况和“壁垒”，应当加强研究相关应对策略。第五，市场经济发展到一定阶段后，社会环境发生深刻变化，人心复杂，利益取向凸现，社会立法如何更有效地化解社会矛盾，促进社会和谐。

因此，亟待加强社会法各个领域和层面的研究。探讨施行中的社会立法之制定、设计是否科学、合理？是否达到了立法当初预期的目标？存在哪些主要和突出的问题？是否有必要进行适当的调整或修正？应当从哪些方面予以补充和完善？遇到了哪些新情况和新问题，需要制定哪些新的社会立法？应当采取哪些有针对性策略和措施，才能从根本上扭转有法不依的现象？如何从质量和技术上提高立法水平，使社会立法更加科学、合理，使社会法实施更有成效？这些都是我国社会法领域当前迫切需要解决的重大问题。在深入调查、研究的基础上，借鉴其他国家和地区社会立法的有益经验，提出具有现实针对性和时效性的结论与建议，意义深远。

社会法专题研究论丛立足于社会法领域的基础理论、现实问题的创新研究，强调原创性，突出为我国社会立法、司法和社会保障与福利的完善提供有益参考。本丛书具有下列五方面特点：第一，强调学术创新。每本著作选题或大或小，提倡小题大做。充分利用国内外现有资源，运用跨学科方法，多角度地研究我国社会法领域的问题。所涉主题新颖，具有较强的理论前瞻性，涵盖社会权、救助权、劳动者人格权保护、劳动基准、劳动合同、企业规章制度、社会保险、福利权等专业领域；观察、分析、反映各种社会关系及其社会利益分配中的真实状态，发现主要问题与不足，为完善我国社会政策决策提供深度参考。第二，注重实践性。我国实行改革开放政策三十余年，经济社会高速发展的同时，社会管理和服务遇到了诸多新问题、新情况，积累了许多社会风险和矛盾。贫富两极分化、群体性事件、极端事件频发，弱势群体保护不足等这些问题，促使我们反思“效率优先、兼顾公平”的发展战略，如何促进经济社会的全面进步和可持续发展？立足中国，探寻社会立法本身设计或条款存在的不足、缺漏和问题，积极探索我国社会法建构和实施中的突出问题和难点，在深入研究的基础上，注意衡平各方面利益，系统地提出对策建议，具有较强的实际应用价值。第三，为促进我国社会法理论系统化、体系化建言献策。虽

然现代意义上的社会立法诞生于西方资本主义国家，迄今已形成了完整的价值体系、理论解释范式，西方工业化国家的社会立法极为发达。中国工业化过程中应当充分借鉴西方的成功经验，但是，对西方经验抱着纯粹的“拿来主义”态度，无疑是不能解决中国所有问题的。中国正处在传统与现代化之间、东方文明与西方文明的交叉点上，对中国问题的研究、解决，必须深入中国社会实际，切中各种社会关系调整的命脉，回应中国社会深层次的利益调整需求，提出我国自己的社会立法体系建构、理论解释范式、立法策略。第四，寻求解决司法审判和仲裁中的疑难问题的路径和方案。公民的社会权利和利益的实现有赖于完备的解决争议的救济机制。本丛书社会法的司法救济研究，分析司法实践中出现的新型案件、新问题，并对之加以理论化、体系化，社会法争议的解决提供指引和参照。第五，本丛书为开放式，作者以对社会法学有专攻的中青年学者为主，以厦门大学社会法学术队伍为基础。竭诚欢迎社会法同仁们加盟，贡献社会法精深之作。

社会对法律、权利、公正、公平的需求不断增长，法律供应的复杂性增长，对社会法提出了更多更高的要求。期待本丛书能为推进我国社会法的立法、法律适用和理论研究有所帮助。

是为序。

蒋 月
2010年9月2日

目 录

Contents

导 论 / 1

第一章 劳动法功能的三维认知 / 9

第一节 劳动法的社会功能 / 9

- 一、国际金融危机冲击下面临的选择 / 10
- 二、以“底线”判断为前提的选择思路 / 16
- 三、危机应对中治标与治本的选择 / 20
- 四、社会功能认知中的“稻草人谬误” / 23

第二节 劳动法的经济功能 / 24

- 一、投资环境与劳动法 / 25
- 二、劳动法保护投资环境与生产要素 / 29
- 三、劳动法构建和谐稳定劳动关系与投资环境 / 32
- 四、劳动法协调劳资双方利益与投资环境 / 35

第三节 劳动法的政治功能 / 37

- 一、《上杭县劳动法》和《永定县保护劳动法》 / 38
- 二、《闽西劳动法》和《劳动保护法》 / 39
- 三、1931年《劳动法》和1933年《劳动法》 / 41
- 四、劳动法律制度的政治功能及其实现 / 44

第二章 若干劳动法律制度的功能分析 / 48

第一节 劳资主体制度的功能分析 / 48

- 一、案例引发的思考 / 48
- 二、功能透视：法定代表人与公司有无劳动关系 / 50
- 三、法定代表人与公司有无劳动关系的特别说明 / 53
- 四、劳动法功能实现与劳动法主体制度之完善 / 55

第二节 劳动合同制度的功能分析 / 56

- 一、劳动合同不完全性之个案观察 / 56
- 二、劳动合同不完全性的根由 / 58
- 三、劳动合同功能实现的规制成本 / 60
- 四、劳动合同履行的规制技术 / 62

第三节 工会制度的功能分析 / 63

- 一、工会功能虚化及制度创新尝试 / 64
- 二、工会：特定结社权下的组织 / 67
- 三、工会功能缺失的根由 / 69
- 四、工会功能补强：制度完善与监督倒逼 / 72

第四节 劳动规章制度的功能分析 / 73

- 一、问题的缘起 / 73
- 二、劳动规章制度的范畴与功能 / 74
- 三、用人单位“依法建立和完善劳动规章制度的义务”及其法律功能 / 76
- 四、劳动规章制度合法有效的一般规定 / 77
- 五、有瑕疵的劳动规章制度之效力 / 81
- 六、发挥劳动规章制度功能应注意的几个问题 / 82

第五节 劳务派遣制度的功能分析 / 82

- 一、劳务派遣：欲说还休的故事 / 83
- 二、劳务派遣中存在的现实问题 / 84
- 三、劳务派遣制度的设置初衷与功能变异 / 85
- 四、劳务派遣的功能回归与制度重置 / 86

第三章 劳动法调整公共部门劳动关系的功能分析 / 88

第一节 公共部门劳动关系对劳动法的特殊需求 / 88

- 一、公共部门劳动关系所处的法律环境 / 89
- 二、公共部门劳动关系协调机制的特质 / 93
- 三、对公共部门劳动者的激励 / 96

第二节 公安文职制度改革中劳动法功能的运用 / 100

- 一、公安文职用人模式的特点 / 100
- 二、现行公安文职派遣制的评价 / 102
- 三、公安文职派遣制具有局限性 / 105

四、公安文职用人模式的优化原则 / 107	107
五、几种用人模式的比较 / 108	108
六、目标模式的选定及其理由 / 112	112
七、公安文职用人目标模式的具体运用 / 114	114
八、公安文职制度在立法和法律适用上的协调 / 116	116
第三节 劳动法之就业促进功能与退役运动员就业 / 119	119
一、退役运动员的安置和就业：可能与局限 / 120	120
二、《就业促进法》下的就业促进制度设计 / 121	121
三、作为特殊就业人群的制度优惠 / 123	123
四、退役运动员的特殊就业人群地位 / 124	124
五、特殊就业人群定位下促进退役运动员就业 / 126	126
第四章 劳动法功能实现的劳动争议处理机制 / 130	130
第一节 当下劳动争议的现状 / 130	130
一、H 区企业劳动争议研究的区域背景 / 130	130
二、H 区企业劳动争议特点 / 132	132
三、劳资争议加剧的成因 / 138	138
第二节 若干突出劳动争议的处理 / 139	139
一、对低收入者劳动争议的处理 / 140	140
二、对企业高薪人员劳动争议的处理 / 146	146
三、国企改革中的劳动争议及其处理 / 151	151
四、群体性劳动争议的特点及劳动法调整 / 155	155
第三节 基层政府对劳动争议的处置策略 / 159	159
一、加强对特殊劳动关系的分析研究 / 159	159
二、对易感人群（“新生代员工”）提供心理援助 / 161	161
三、完善劳动争议的诉讼外处理机制 / 161	161
第五章 劳动法功能实现的刑法保障 / 163	163
第一节 拒不支付劳动报酬入罪的争鸣 / 163	163
一、主张拒不支付劳动报酬入罪慎行的理由 / 163	163
二、赞成拒不支付劳动报酬入罪的理由 / 165	165
第二节 拒不支付劳动报酬罪的具体适用 / 166	166
一、何谓劳动者 / 166	166

二、何谓劳动报酬 / 169	169
三、何谓“逃避支付”和“有能力支付而不支付” / 170	170
四、何谓“数额较大” / 174	174
五、何谓“经政府有关部门责令支付仍不支付” / 175	175
六、何谓“后果严重” / 177	177
七、单位犯罪还是自然人犯罪 / 178	178
八、在程序上如何追诉拒不支付劳动报酬犯罪 / 179	179
第三节 拒不支付劳动报酬罪适用中的几个关系问题 / 180	180
一、拒不支付劳动报酬罪适用中刑法与劳动法的关系问题 / 181	181
二、拒不支付劳动报酬罪适用中刑事追诉与行政执法的关系问题 / 184	184
三、拒不支付劳动报酬罪适用中罪与非罪、此罪与彼罪的关系问题 / 187	187
第四节 拒不支付劳动报酬罪之设立与制度功能 / 189	189
一、制度目的的现实消减 / 190	190
二、制度设计的通盘考虑 / 190	190
三、制度适用的嫌隙弥合 / 191	191
四、制度功能的实现路径 / 192	192
结 语 / 194	194
参 考 文 献 / 196	196
附 录	
法律阙如、政治正确与现实合理 / 207	207
——对公安机关处理劳动纠纷的调查与分析	
居家养老与反向抵押贷款制度之构建 / 220	220
论失业保险法的就业保障目标扩展 / 235	235
就业保障导向下的我国失业保险制度改善探微 / 246	246
致 谢 / 254	254

导 论

当下，对劳动法制的研究主要从劳动法律制度给劳资双方所带来的经济效果上分析劳动法律制度的缺失和不足，或者是在规范内寻找完善制度的对策。这反映了劳动法研究的两种取向，一种是从价值层面出发，探讨劳动法制的优劣问题、缺失问题，并提出完善劳动法制的对策。即认为劳动法应该是保护劳动者权益的法律，或者简单地认定劳动者处于弱势地位而需要在法律制度上予以帮扶，强化劳动者的地位和对劳动者倾斜保护。这种笼统的讨论和阐述往往难以说服读者，或者显得比较空乏。另一种是从劳动法律的规范内部研究劳动法，试图建立价值与规范的区隔，在劳动法律适用中形成法律的确定性。现有的研究成果对于推进劳动法制的进步、促进劳动法律的准确适用，起到了十分重要的作用。笔者的设想是，如果从劳动法律中的某一制度出发，具体地分析这一制度所应具有的功能，并从制度构建的初衷来审视制度的施行，或者说从制度本原的目标来观照制度的执行情况，看制度设计是否达到最初的目的，进而探究是制度设计不妥还是制度执行不力，或者相关制度配套不足，或者别有原因。弄清了制度发生错位或扭曲的缘由后，再提出制度的完善之策。这或许是更为妥适的方法，也是本书的出发点。

一、劳动法的范围

劳动法的边界何在？劳动法包含哪些内容？这关乎本书讨论的范围。通说认为，劳动法是调整劳动关系以及与劳动关系密切联系的其他社会关系的法律规范的总和。^① 常凯教授认为：劳动法是调整劳动关系的法律规范的总和，劳动法所调整的劳动关系，包括个别劳动关系、集体劳动关系和社会劳动关系。其中社会劳动关系是指以劳动力市场为基础，包括政府、劳方和资方在实现社会劳动过程中所构成的关系。^② 我国台湾的学者则认为，劳动法为规范劳动关系及其附随一切关系之法律

① 王全兴：《劳动法》（第三版），法律出版社2008年版，第26页。

② 常凯主编：《劳动法》，高等教育出版社2011年10月第1版，第7页。

制度之全体。^① 德国学者杜茨认为：“劳动法是关于劳动生活中处于从属地位者（雇员）的雇佣关系的法律规则（从属地位劳动者的特别法）的总和。”^② 日本学者本多淳亮则认为：“劳动法乃是从属劳动关系所产生的一切法律关系为对象的法律。”^③ 《牛津法律大辞典》则把劳动法解释为：“与雇佣劳动相关的全部法律原则和规则，大致和工业法相同。它规定的是雇佣合同和劳动或工业关系法律方面的问题。”^④

劳动法调整劳动关系的任务，由功能不尽相同的各种劳动法律规范承担。换言之，各种劳动法律规范都分别以其特定功能，共同实现劳动法调整劳动关系的任务。因而，有必要以劳动法律规范的功能为分类标准，建立能够表明劳动法功能分工的劳动法体系。基于上述认识，可将我国劳动法体系的结构，设计为图 0-1 所示总体框架：^⑤

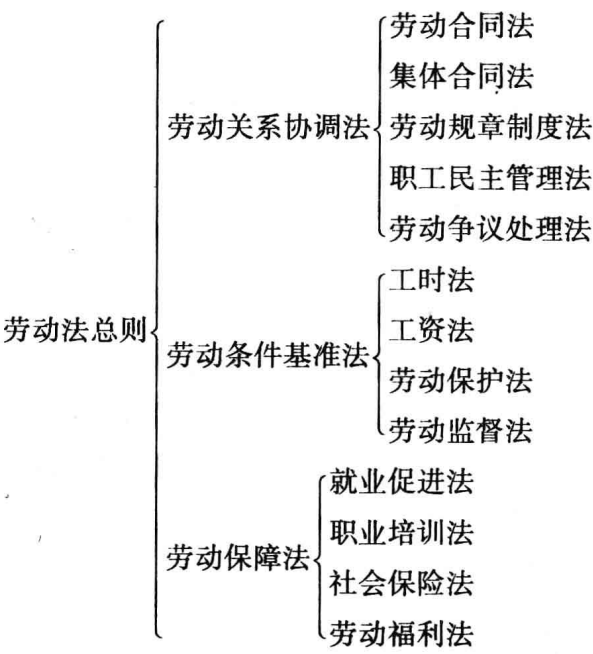


图 0-1 我国劳动法体系的结构

上述结构中，劳动关系协调法又称劳动关系法，主要由以实现劳动关系运行协

① 史尚宽：《劳动法原论》，台北正大印书馆 1978 年版，第 1 页。
② [德] W. 杜茨：《劳动法》，张国文译，法律出版社 2005 年版，第 5 页。
③ [日] 本多淳亮：《劳动法论序说》，东京劲草书房 1985 年版，第 145 页以下。转引自黄越钦：《劳动法新论》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 17 页。
④ [英] 戴维·M. 沃克：《牛津法律大辞典》，北京社会与科技发展研究所译，光明日报出版社 1988 年版，第 511 页。
⑤ 王全兴：《劳动法》，法律出版社 2008 年版，第 58-59 页。

调化为基本职能的各项劳动法律制度所构成；劳动基准法又称劳动条件基准法，主要由以实现劳动关系中劳动者权益（或称劳动条件）基准化（即制定和实施劳动基准）为基本职能的各项劳动法律制度所构成；劳动保障法则主要由以保障劳动者实现劳动权和劳动关系正常运行的社会条件，或者说实现劳动保障社会化为基本职能的各项劳动法律制度所构成。所以，这种框架可称为劳动法体系的职能结构模式。还需要指出，将各项劳动法律制度划分为上述三大类，只是一种相对意义上的分类。其中有的劳动法律制度，除了具有据以划归某一类的基本职能外，还兼有可据以划归其他类的职能。即是说，某项劳动法律制度虽然依其基本职能被划归某一类，但并不排斥其中含有体现其他职能的部分内容。所以，不同类的劳动法律制度之间，在内容和职能上有一定的交叉。

本书对劳动法的研究，正是在这一结构下来讨论劳动法律制度的完善问题。当然，这一结构下对劳动法律制度以三大类划分来概括劳动法律制度的功能并进而提出制度设计要求，是宽泛的。我们需要在这一框架下，针对某一具体制度作具体分析，以求更为深入的探讨。

二、对功能的认知

所谓“功能”，即事物的功效和作用。^①《现代汉语词典》（2002年增补本）解释为：事物或方法所发挥的有利的作用。^②在哲学范畴中，功能是指事物作用于他物的能力，即系统作用于环境的能力。功能与作用从不同角度来表达同一过程，就事物本身而言，是指它具有什么能力；就一事物与它事物的关系而言，是指它具有什么作用。作用正是功能在事物相互影响中的表现。一事物的功能总是在与环境的作用过程中表现出来的。所以，也可以把系统对环境的作用称为系统的功能。

就法律功能的内涵界定而言，丹麦的乔根森指出：“法总是有不同的功能的，其中一些是原来就有的，另外一些是因社会变得越来越复杂而后加的。”乔根森还把法律功能分成外部功能与内部功能，外部功能由政治学 and 经济学加以揭示，主要通过法律维持社会秩序、预防和解决冲突；内部功能维护公民的正义、公平、平等精神价值追求。^③魏德士也曾就法律功能作过论述，他将法律功能分为创建和调整功能、保持功能、赋予功能和法律保障功能、裁判纠纷功能、满足功能、创建与

① 《辞海》（缩印本），上海辞书出版社1989年版，第580页。

② 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（2002年增补本），商务印书馆2002年版，第438页。

③ 付子堂：《法律功能论》，中国政法大学出版社1999年版，第28页。

教育功能。^① 追根溯源, 法律功能中的“功能 (function)”之词意, 源于社会学中“功能”之意。社会学对功能的研究发端于孔德的社会观, 他指出: “我将把社会有机体的构成要素明确地分为家庭——它们是真正的要素或细胞, 接下来是阶级或喀斯特 (castes) ——它们是专门组织, 最后是城市和社区——它们是实际器官。”^② 英国新分析实证主义法学代表人物拉兹 (Joseph Raz) 第一次将法律功能分为规范功能与社会功能, 并进一步将社会功能分为直接功能与间接功能。直接功能又分为第一位功能和第二位功能。^③ 史蒂文·瓦戈则从法律与社会的关系中找寻法律的功能, 认为法律功能包括社会控制、纠纷解决以及社会变迁。^④ 拉兹认为, 法律的规范功能展现一种规范特性, 是“关于用来表述规范的一种陈述的逻辑意义问题”; 法律的社会功能则是指法律所追求的或事实的社会结果。^⑤ 就笔者的观点而言, 法律功能是指法律内生的、在调整社会关系过程中, 对人们的行为和相关社会关系所产生的正面功用和影响。法律功能具有下列特征: (1) 法律功能是法律内在所具有的。只要这项法律制度存在并实际有效, 其功能就客观存在。(2) 法律功能是法律在与社会交往中显现的, 即法律功能与外在社会状况紧紧相联。(3) 法律功能是正的, 这和功能的字面意思保持一致。法律功能就是立法者将一定的价值观和立法目的预设于法律之中, 期望通过法律的执行与实施, 获得满足社会管理要求的积极效果。

对于劳动法的功能, 似乎很少有人作出详细的概括和阐述。程延园教授把劳动法概括为具有三个主要功能: (1) 保护劳动关系双方的自愿安排并为之提供保护, 如劳动合同、集体合同制度。(2) 解决纠纷。劳动法不仅赋予劳动者劳动权和保障权, 而且规定了保证这些权利实现的司法机制, 这是民主法制的基本要求。(3) 确定基本劳动标准, 如最低工资、最低就业年龄、工作时间和休息休假、社会保险以及安全卫生标准等。^⑥ 周永平博士则强调了劳动法对国民经济运行的调整功能, 分

① [德] 魏德士:《法理学》, 丁晓春译, 法律出版社 2005 年版, 第 38 - 44 页。

② J. H. Turner, *The Structure of Sociological Theory*, California: Wadsworth Publishing Company, 1998, at 10.

③ J. Raz, *On the function of law*, In: A. W. B. Simpson, *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, 1973, at 278 - 304.

④ [美] 史蒂文·瓦戈:《法律与社会》(第九版), 梁坤、邢朝国译, 中国人民大学出版社 2011 年版, 第 13 页。

⑤ [英] 约瑟夫·拉兹:《法律的权威》, 朱峰译, 法律出版社 2002 年版, 第 145 页。

⑥ 程延园:《劳动关系》, 中国人民大学出版社 2007 年版, 第 157 页。

别体现在就业、分配、阶级对立和国民经济的良性运行等方面。^① 笔者认为,就整体上而言,关于劳动法功能的这些概括无疑是具有合理性的。本书所关注的,正是希望能在更为具体的层面、在更为细致的制度上讨论劳动法律制度的功能与制度完善问题。比如,劳动合同中保密制度的设立,其制度功能何在?围绕这一制度功能而产生的制度设计是否合理?再比如,劳务派遣制度的设计是为了实现怎样的制度功能?现行的劳务派遣制度设计是否达到了这一目的?制度失效或者制度扭曲的缘故是什么?如何进行制度完善?回答此类问题,都需要在更为细致的视角来揭示制度功能,也需要从具体制度的功能中审视制度的合理性与科学性,进而提出完善制度设计的具体方案。

三、对劳动法律制度功能差别认知的重要意义

对于劳动法律制度功能的研究,则尚未见系统的研究成果,特别是对劳动关系不同侧面、不同层面和不同方面的特质,尚缺乏全面研究。^② 整体上,劳动法学界对调适劳动关系法律制度的建构,还存在“一刀切”式的论述:要么大力彰显劳动关系中“资强劳弱”的格局,主张加强政府和法律的干预以补强劳方,以达成劳资双方的力量均衡;或者主张劳动合同法在调适劳动关系中的主导作用,强调劳资合作与协商,担心政府和法律的过度的、刚性的干预,从而形成所谓的“劳方派”和“资方派”。同时,对不同劳动法律制度在功能上存在的差别也认识不足,不能恰当处理劳动法律制度与劳动关系不同层面的准确对接问题。劳动法律中构建的诸多制度,具有不同的功能,即具有化解、协调和应对不同层面劳动关系的作用。不同制度具有不同功能,不同制度面向不同层面的劳动关系。对政府在调节劳动关系中的作用和地位,有一定夸大和偏差;对“诺斯悖论”认识不足,对政府深度介入劳动关系的风险警惕性不够。政府在调节劳动关系的过程中,固然能够在一定程度上维护公共利益,但政府还有自身的利益,难免在调适劳动关系的过程中营私牟利。因此,需要从制度功能的视角来审视劳动法律制度的作用以及不同劳动法律制度所面

① 周永平:《当代劳动关系法律制度研究》,中国方正出版社2010年版,第91-125页。

② 目前,从制度功能的角度系统研究劳动法的成果不多,散见若干成果:章辉:“劳动监察制度的生成逻辑及其功能”,载《合肥工业大学学报(社会科学版)》2009年第6期;李坤刚:“劳动合同经济补偿金的功能、性质和制度完善”,载《阅江学刊》2009年第2期;段晓红:“论人事保证的制度功能及我国的立法选择——兼评《劳动合同法》第9条”,载《华中农业大学学报(社会科学版)》2008年第5期;郑尚元:“《劳动合同法》的功能与制度价值分析——评《劳动合同法》的是与非”,载《深圳大学学报(人文社会科学版)》2008年第3期;曹燕:“劳动合同制度的政策基础与功能冲突”,载《政法论丛》2007年第3期;董保华:“《劳动合同法》应起到制度校正功能”,载《中国劳动》2005年第12期,等等。

向的劳动关系,从而为分层次、分侧面调适劳动关系提供理论支撑,也为制度设计提供依据。

现实地看,我国已经初步建立社会主义市场调节体制,市场的作用已经渗透到经济生活的所有方面,市场机制作为调节劳动法律关系的最基本、最重要的手段,已不容置疑。因此,反映在劳动法律制度的研究中,一个突出的发展趋势,就是研究者摇摆于市场调节和政府调节的左右,有的人强调市场机制的基础性作用,需要放松对劳动关系的法律约束;有的人强调政府在维护劳动者权益、维护社会基本公平中无可替代的作用,主张政府更好地发挥自身功能,加强对劳动关系的调节。实际上,这两者作用的发挥,从来就不是、也不可能是确切与恒定的,永远处于追求动态平衡之中。当然,在特定时期、特定区域、特定情势下对劳动关系的调适,存在政府调节与市场调节何者为主导的问题,也存在强调劳动关系的哪个侧面以及由此引起的制度要求问题。

因之,未来的劳动法制的研究,首先需要通过实证调研,弄清劳动关系的基本情况,特别是针对劳资纠纷数量相对较大的地区进行解剖麻雀式的调查,了解这类劳资冲突发生、发展、消除的全过程,为全面分析劳动关系奠定基础。透过实证调查和分析,调研我国劳动关系的现状,了解我国劳资纠纷中的热点、重点和难点问题,对当前劳动关系的现状作出实证的评价。这主要在于说明我国劳动关系存在层次的差异性,在不同侧面、不同层面和不同方面各具特点和各具要求,并分析当前劳资关系法律调适中存在的具体问题和制度不足,为进一步的规范研究打牢现实基础。

其次,加强在宏观上把握劳动关系调节机制的研究,针对劳动法律制度在适应劳动关系不同侧面、不同方面和不同层面上的不足,着眼于建构协调劳资关系的制度框架,指明劳动法律制度完善的“路线图”,分阶段提出劳动法律制度完善的要点。以合理配置劳动力资源、促使劳动力资源效率最大化为目的,针对不同的劳动法律制度的不同功能,区隔它们的作用范围,然后提出在不同的条件下,采取不同调节方法,设计不同调节制度,促成不同劳动法律制度的不同功能对接劳动关系的不同层面,实现对劳动关系的高效、公平的调节。

再次,要分析现有具体劳动法律制度的不同功能,即不同的劳动法律制度在协调劳动关系所发挥的不同作用,以及发生作用的层面和方面,结合前述问题,指明制度的不足及完善的对策。针对不同的具体制度,在劳动法律制度的整体框架内,对照该制度的功能,逐一解释制度的不足以及完善对策。在具体劳动关系的调节中,

说明劳动法律法规、集体合同、劳动规章制度、人力资源管理等协调劳动关系中的不同功能,指明现有调节劳动关系的具体方式的缺陷,需要对应劳动关系的不同层面、不同侧面和不同方面,结合具体劳动法律制度的不同功能,提出协调劳动关系的法律对策,并为进一步设计完善具体劳动法律制度提出具体意见和建议。

四、本研究的基本思路

当下,就是要弄清现有劳动法律法规的结构性不足,特别是对于和谐劳动关系建设的不足,突出体现为对法律法规功能的认识偏差;然后分别对劳动法律法规、集体合同、劳动法律法规等的功能进行差别认知,界定它们在调适劳动关系中的作用范围,从而有针对性地提出协调劳动关系的制度设计,依制度之不同功能和劳动关系的不同层面,分析和评价现行劳动法律法规存在的缺陷,提出促进劳动关系和谐发展的法律对策。为立法之“为”与“不为”以及“如何为”的问题,提出建设性的意见和建议,在理论上说明如何均衡劳资利益、搭建劳资合作平台、累积劳资信赖之关系,为劳动法律制度的完善提出改革的“路线图”,以利科学规划协调劳动关系的制度框架。当然,解决这个课题面临很大的难题,就是如何区隔不同制度在调适劳动关系中的作用和功能,特别是如何设定法律作用的边界;如何界定不同阶段劳动关系的特质,为设定相适应的劳动法律制度提供事实依据;如何在中国语境下构建调适劳动关系恰当制度,即既照顾制度功能和劳动关系的现实需求,又能为现有政治架构所包容和接纳。

从制度功能的视角,提出劳动法律制度中的不同具体制度的具体设计,进而形成协调劳动关系的“良法”。劳动法中的劳动基准、劳动规章、工伤保险、劳动合同、工会、职工委员会等制度,都有不同的制度功能,应用于劳动关系的不同层面和不同方面。从制度功能的差别认知出发,才能解构我国劳动法律制度的不足,在强化工会等劳动者组织的作用、增强劳动者签订集体劳动的谈判能力的同时,分阶段软化个别劳动合同的作用,突出劳动基准的保底功能,以劳资参与为核心,增强集体合同、劳动规章的自治功能,促进劳资信赖,达成劳资和谐。总之,劳动关系中的劳动保障、劳资利益平衡、劳资信赖等不同方面,需要不同的劳动法律制度予以调节,这是由具体劳动法律制度的功能所决定的,既不能任意进行制度的替代,也不能进行“制度挪用”。

本书从劳动法制的整体功能出发,分析了劳动法制的社会功能、经济功能和政治功能,接着对比较典型和重要的劳动法律制度诸如劳动者主体、劳动合同、工会、劳动规章、劳务派遣等,逐一分析了制度功能与制度实际运行间的嫌隙,并为制度