

LEGAL

主办 /

中国社会科学院法学研究所

中国社会科学院国家法治指数研究中心

实证法学研究

(第二期)

CHINESE JOURNAL
OF EMPIRICAL LEGAL
STUDIES Vol.2

主编 / 田 禾
吕艳滨

非外借

姚佳：我们需要一部什么样的劳动合同法？

栗燕杰：中国劳动者过度保护的迷思与澄清

张庆广：“以公开为常态、不公开为例外”的实施困境与实现路径

龙光伟：从《人民法院组织法》修订看人民法院内设机构改革

曹凤国：“批复性执行规范”运行效果的实践检视



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

主办 /
中国社会科学院法学研究所
中国社会科学院国家法治指数研究中心

实证法学研究 (第二期)

CHINESE JOURNAL OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES Vol.2

主编 / 田 禾
吕艳滨

图书在版编目(CIP)数据

实证法学研究. 第二期 / 田禾, 吕艳滨主编. -- 北京: 社会科学文献出版社, 2018.7

ISBN 978-7-5201-2867-4

I. ①实… II. ①田… ②吕… III. ①法学-研究
IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 115492 号

实证法学研究 (第二期)

主 编 / 田 禾 吕艳滨

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 王 绯 曹长香

责任编辑 / 曹长香

出 版 / 社会科学文献出版社·社会政法分社 (010) 59367156

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 / 三河市龙林印务有限公司

规 格 / 开 本: 787mm×1092mm 1/16

印 张: 15.5 字 数: 185 千字

版 次 / 2018 年 7 月第 1 版 2018 年 7 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5201-2867-4

定 价 / 68.00 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

《实证法学研究》 编委会

编委会主任：陈 甦

编委会成员：（以姓氏笔画为序）

左卫民 田 禾 吕艳滨 朱景文

刘 莘 李 林 吴大华 陈柳裕

陈 甦 莫纪宏

主 编：田 禾 吕艳滨

本刊编辑组：（以姓氏笔画为序）

王小梅 王祎茗 田纯才 刘雁鹏

胡昌明 栗燕杰 徐 斌

目 录

【争鸣：劳动法的利益分配】

- 我们需要一部什么样的劳动合同法? 姚 佳 / 1
- 中国劳动者过度保护的迷思与澄清 栗燕杰 / 16

【论文】

- “以公开为常态、不公开为例外”的实施困境与实现
路径 张庆广 / 28
- 多样性的统一：实证视角下政务公开“信息歧义”的产生
及应对策略 李 鹰 / 41
- 四川省成都市“双随机、一公开”实践调研
报告 陈春建 陈冠伶 / 62
- 从《人民法院组织法》修订看人民法院内设机构改革
——以深圳新设法院探索实践为基础 龙光伟 / 85
- 未成年人犯罪基础原因解构和预防体系构建
——以心理依恋、控制模型为分析路径 王振乾 / 97
- 关于涉众型经济犯罪案件的调研分析
——以北京市朝阳区人民法院 2012~2016 年
案件为样本 付想兵 肖圣雷 / 123

“批复性执行规范”运行效果的实践检视
——基于 220 部执行指导性文件的实证研究 …… 曹凤国 / 168

破产制度的运行实践与完善路径
——以构建破产案件快审机制为视角 … 岳燕妮 王 芳 / 185

论我国互联网法律服务的现状与前景 …………… 朱乾乾 / 205

【附录】

稿件规范与注释体例 …………… / 232

《实证法学研究》约稿函 …………… / 235

【编者手记】 …………… / 237

CONTENTS

[Discussion : Distribution of Interests in Labor Law]

What Kind of Labor Contract Law Do We Need? *Yao Jia / 1*

The Myth of Excessive Labor Protection in China and Its
Clarification *Li Yanjie / 16*

[Papers]

“Disclosure as a Rule and Non-disclosure as an Exception”:
Dilemma in Its Implementation and Path to Its Realization
Zhang Qingguang / 28

The Unity of Diversity: The Emergence of “Information Ambiguity”
about the Openness of Government Affairs from the Empirical
Perspective and Countermeasures Thereof *Li Ying / 41*

Investigation Report on the Practice of “Double Randomness
and One Openness” in Chengdu City of Sichuan Province
Chen Chunjian and Chen Guanling / 62

The Reform of Internal Organs of Courts from the Perspective of
the Revision of the Organic Law of People’s Courts: A Research
Based on the Exploration by Shenzhen City in the Establishment
of New Courts *Long Guangwei / 85*

Deconstruction of Fundamental Causes of Juvenile Delinquency and
Construction of the Prevention System: Taking Psychological
Attachment and Control Model as the Analytical Approach

Wang Zhenqian / 97

Analysis of Cases of Mass-related Economic Crimes: Taking the
Related Cases Dealt with by the People's Court of Chaoyang
District of Beijing Municipality between 2012 and 2016 as Samples

Fu Xiangbing and Xiao Shenglei / 123

Practical Examination of the Operational Effect of "Official Reply-
Type Enforcement Norms": Based on the Empirical Study
of 220 Enforcement Guidance Documents

Cao Fengguo / 168

Operational Practice and Improvement Path of the Bankruptcy
System: From the Perspective of Construction of the Mechanism
for the Speedy Trial of Bankruptcy Cases

Yue Yanni and Wang Fang / 185

The Current Situation and Prospect of Internet Legal Services
in China

Zhu Qianqian / 205

【 Appendices 】

Stylistic Specifications for Submissions / 232

Call for Papers / 235

【 Editor's Note 】 / 237

【争鸣：劳动法的利益分配】

我们需要一部什么样的劳动合同法？

姚 佳^{*}

摘 要：中国在国家层面始终重视劳动者保护，通过相继制定相关劳动法律法规调整劳动法律关系，但《劳动合同法》近年来却备受诟病，社会分歧较大。评价一部法律，可能无法用好坏或优劣来形容，更多的是关注其是否符合社会事实以及能否真正实现法治初衷。近年来《劳动合同法》施行效果并不尽如人意，不仅未能实现定分止争，反而引发较多矛盾。中国语境下的劳动仲裁以及劳动群体争议解决方式也在某种程度上削减法治效用。通过相关法律文本可以发现，劳动立法理念从一开始就出现了偏差，在法律解释过程中再度发生偏差，同时诸多行政化因素在强制主导劳动关系的配置，导致法律与人们的理性认识之间出现“鸿沟”，如何弥合此间差距，就成为一个亟待解决的问题。在技术迅速革新的时代，人类社会不断面临挑战，

^{*} 中国社会科学院法学研究所副编审。

如何保护劳动者，如何创造更多的劳动机会，成为人们需要深入思考的问题。

关键词：《劳动合同法》 法律实施 劳动争议 劳动法理念

引言

劳动法是关乎劳动者与企业生存发展的重要法律，人类进入现代社会以后，法学家和立法者逐渐发现劳动者不同于其他群体的“身份”性质，以及法律对劳动契约关系的调整不同于以往的契约关系。德国著名法学家拉德布鲁赫基于从社会角度所进行的观察、对劳动关系的发现，认为劳动法对时代起着引领作用，具有较高的地位。劳动法的本质则是：极限地接近生活^①。申言之，劳动者不是抽象的法律人，也不是单个人，而是“穿衣服的人”“有身份的人”和集体人^②。基于人类智识上的进步，对劳动关系的调整——如何保护劳动者以及如何平衡劳动者与企业主之间的关系，成为后世政治国家所关注的焦点。

中国在国家层面始终重视对劳动者的保护。1995年制定的《劳动法》，是中国第一个劳动法律体系中的成文法；十数年之后，为进一步以合同形式约束劳动关系，制定了《劳动合同法》。故此，中国劳动法律体系由《劳动法》和《劳动合同法》以及相关行政法规、规范性文件等构成。《劳动合同法》于2008年颁行，其产生于世界金融危机之后，此后施行的十年间也恰逢中国经济、社会快速发展

① 参见〔德〕拉德布鲁赫《法律上的人》，载〔德〕古斯塔夫·拉德布鲁赫著《法律智慧警句集》，舒国滢译，中国法制出版社，2001，第149~150页。

② 谢鸿飞：《现代民法中的“人”》，《北大法律评论》2000年第3卷。

时期，中国劳动力结构、新技术所推动的企业发展等都在经历急速变革，因此，这部调整微观用工关系的《劳动合同法》不仅在发生作用，并且此种作用也因外界生存发展环境变化而被放大。毫无疑问，从历史长河来看，拉德布鲁赫等所处的 20 世纪早期和中国当下所处的 21 世纪，社会背景、经济基础与技术发展已完全不同，劳动力结构也不再是以蓝领工人为主，而是一种以专业化和技术人才为较大比例的“白领”群体，因此，劳动法究竟旨在面向何种群体，调整何种群体关系以及如何适应时代发展也成为重要的前置基本问题。

近年来，社会上对《劳动合同法》条文质量的评价种种，无非是认为条款制定时或理性或冲动，义务、责任或严格或宽松，但这些评价可能都缺乏一个确定的标准，即相对客观的“法治”标准。颇令人遗憾的是，这部法律在近些年的实施与实践中可能并没有如被期望的那样实现了真正意义上的劳动关系法治化，反而是在“法治”与法律规则之上附加了太多的“枷锁”，如法律规则解释的非科学化、司法与执法的非公正性以及法律纠纷“信访化”倾向等等。通过国家强制力加在用人单位上的“担子”，并没有使用用人单位与劳动者信服，反而使二者之间的关系呈现一种不平衡与不和谐，甚至是极度紧张状态，最重要的是，法治的权威与稳定性受到极大挑战，使《劳动合同法》在一定程度上失去了其应有之意。

一个值得关注与思考的现象是，中国目前没有哪个领域会像劳动法领域一样，几乎任何一个涉及劳动者与用人单位关系的微观问题都可能存在争议，无论是劳动合同的签订、劳动合同期限、试用期、合同履行、合同解除，还是司法与执法中所涉及的问题。对于很多问题，即便存在相应成文法规定，用人单位的普遍理解与劳动

者的普遍理解也都存在巨大差异，管理部门与司法机关的解释与用人单位、劳动者的理解也并不一致，甚至差距较大。法律是极尽符合社会事实、极尽反映社会需要的主体行为规范，如若其内容并不符合所关涉主体的一般理解，那么就可能出现出了问题，究竟是法律文本出了问题，还是法律文本之外的原因影响了法律关系调整？这可能都需要人们深入思考的。

一 关于《劳动合同法》的争论

近些年学术界与社会对《劳动合同法》争论较多，大致呈现几种观点：第一种认为《劳动合同法》在“撕裂”社会，该法将中国此前《劳动法》中的“劳弱资强”改造成“劳善资恶”，对“资方”进行了较多不公正的主观评价，将倾斜保护改成单方面保护，此种立法理念使得该法在近些年出现较多问题，对企业甚至对经济都有所损害，因此有必要进行全面修改^①；第二种认为《劳动合同法》可以修改完善，但修法并不是否定该法，该法具有全面充分保护劳动者的积极意义；第三种是属于“中间地带”的观点，基本上无涉所谓立场，而是从《劳动合同法》本身的法律规则专业性与稳定性角度进行探讨^②。

对于上述第一种观点，有人认为其站在“资方”立场，第二种则是站在“劳动者”立场的观点，将二者截然对立，认为二者是不相容的。如果此种立场预设与前提假设是客观存在的，那么第二种观点无疑会胜出，因为劳动法本身就旨在保护劳动者，尤其在中国

① 董保华：《〈劳动合同法〉修改中的观念调整与制度更新》，《企业家日报》2016年6月3日，第W03版。

② 谭立独（策划）：《一场没有硝烟的修法之战》，《工友》2017年第7期。

的场域中，就更具有绝对的“政治正确性”。但事实是否如此？对上述两种争论中的立场认定是否客观公正？现实中的问题究竟是何种情形？法律到底应起到何种作用？这一系列问题都不能简单对待，而应当分别观之，并区分不同问题分别评析。

毫无疑问，尽管近年来《劳动合同法》颇受质疑，但其积极意义也显而易见。比如，在该法施行之前，劳动合同制度有名无实，非公企业合同签订率不足 20%，合同也不规范，劳动者权益难以得到保障^①。而该法施行之后，劳动合同至少在形式上得到了较好落实。但是，一部丰富的劳动合同法应是旨在全面、公允、有效地调整劳动法律关系，而不能仅仅停留在满足个别形式意义上的落实。因此，客观、全面地看待各方声音与争论，对完善《劳动合同法》似乎更具意义。

即便是官方，近两年也有官员曾表示现行《劳动合同法》可能是存在问题的，劳动法对企业的约束，在立法和司法层面均有所体现，最终很大程度上降低了我国劳动力市场的灵活性，不利于提高全要素生产率，最终导致劳动力效率低；同时现行用工制度脱离劳动生产率，法律造成的扭曲，使生产力大量退出，对劳动者损害很大^②。可见，国家层面也意识到《劳动合同法》可能存在的问题与缺陷，但是一部法律施行近十年，是否积重难返，尚不得而知。

有学者认为，与当年的《劳动法》相比，《劳动合同法》是沿着全面管制的方向，改造了此前《劳动法》中的相关规则，此种立法观念与方向转变不仅压缩了劳动关系双方当事人的协商自治空间，也对用人单位的用工管理自主权进行多方面限制，导致在个别劳动

① 谭立独（策划）：《一场没有硝烟的修法之战》，《工友》2017 年第 7 期。

② 《楼继伟：现行劳动合同法不利于提高全要素生产率》，http://finance.ifeng.com/a/20160219/14225648_0.shtml，最后访问日期：2018 年 1 月 3 日。

关系中管制与自治的系统性失衡^①。具体表现如下：①严格限制用人单位解雇权利与过度放任劳动者辞职自由的失衡；②全面静态书面化的法律要求与用人单位动态调整的失衡；③标准劳动关系与非标准劳动关系的失衡；④劳动力成本市场调节与政府调控的失衡；⑤劳动关系调整中经营成本与摩擦成本的失衡；⑥用人单位与劳动者争议解决成本的失衡；⑦用人单位照顾义务与劳动者忠诚义务的失衡；⑧劳动者奖勤与惩懒的失衡；⑨法律保护“一刀切”与分层分类适用的失衡；⑩刚性调整与弹性引导的失衡^②。

就劳动合同而言，合同的最主要特征即意思自治，否则就无法称其为“合同”，而“相对性”又是合同的根本特征，因此，《劳动合同法》既然最主要的是规范劳动合同，那么当事人自治就应当是前提与基础。然而对此学界也存在分歧，有学者认为“《劳动法》的立法自由主义和执法虚无主义塑造了我国企业自由用工的惯性和短期思维”^③；有学者却认为，“《劳动法》是计划经济刚刚打破时制定的，计划经济痕迹非常明显”^④。所谓“自由主义”是批评我国《劳动法》自治过度，而所谓“计划经济”则是认为我国《劳动法》管制过度^⑤。

可见，当前各界对我国现行《劳动合同法》的争论较大，围绕自治与管制、法治与强制、发展与压制，此种理念或观念之争在当下急速的社会变化与经济发展中成为基础与根本，中国劳动法的发展方向也面临艰难抉择。

① 董保华：《〈劳动合同法〉的十大失衡问题》，《探索与争鸣》2016年第4期。

② 董保华：《〈劳动合同法〉的十大失衡问题》，《探索与争鸣》2016年第4期。

③ 钱叶芳：《论我国无固定期限劳动合同研究的教义学偏离和制度调整》，《浙江学刊》2016年第6期。

④ 刘诚：《全球经济下行背景下劳动法之选择》，《探索与争鸣》2016年第8期。

⑤ 董保华：《我国劳动关系解雇制度的自治与管制之辩》，《政治与法律》2017年第4期。

二 《劳动合同法》 实施现状

《劳动合同法》领域最值得深思的问题是，法律文本看似并无太多争议，条文基于通常理解其义自见，但是在进行法律解释时往往朝着苛责用人单位的方向而使原意修改甚至会违背法律初衷。在法律实施之时，很多条款被架空，取而代之的是行政管制手段。这使得法律本身所具有的可预期性基本丧失。尽管劳动者是一个群体的统称，但劳动者更是以个体形式出现，个体中自有善意、恶意之分，当法律充任“保护”恶意劳动者的工具时，表面上看起来仅仅牺牲用人单位利益，但事实上这同时是对善意劳动者的不公。易言之，如果一部法律无法惩恶扬善，那么毫无疑问，其可能就会丧失大部分的价值甚至重要价值。劳动法近年来实施状况堪忧，很多问题可能会成为下一步法律修改完善的突破口。

（一）劳动合同解除

劳动合同解除属于劳动关系动态变化中最为激烈的情形之一。我国劳动合同解除实行的是一种“法定理由”制度，这种“法定理由”分为正向的可以解除理由与反向的不得解除理由，用人单位须举证证明这两种理由同时存在，才允许解除合同。该法定解除规则，以一种公法方式，事先明确标准，直接介入解雇理由中，倾斜保护以一种非常强烈的干预方式来体现，基本上没有给双方当事人留下协商空间。换言之，用人单位的法定解除几乎被限定在一种“被架空”的状态，使得劳动合同解除条款沦为一纸空文。

在结束劳动关系的方式上，如果以管制和自治这两种制度元素

进行配置衡量，改革开放 40 年来，我国大体经历了三个时期：改革开放初期分别配置于国有企业与外商投资企业；《劳动法》分别配置于解除与终止；《劳动合同法》分别配置于用人单位的解雇与劳动者的辞职。有学者认为，比之《劳动合同法》，《劳动法》的有关规定较为合理。劳动关系的动态和谐是在保持国家必要干预的前提下，充分发挥劳动力市场的引导作用，为劳动关系的内部协调创造前提条件^①。试问，如果法定归属于用人单位的权利都无法行使，那么法律形式上规定此条又具有何种意义？这确实耐人深思。

（二）试用期

劳动法之所以规定“试用期”，意在将“试用期”与正式的劳动合同期限相区分，旨在通过一定期限的试用，使用用人单位与劳动者在正式进入彼此紧密的“人身关系”之前得以彼此“试用”，是一个双向选择的关系与过程。《劳动合同法》中规定用人单位有权在试用期解除劳动合同的条款，即为第 39 条第 1 项，该项规定表述为“在试用期间被证明不符合录用条件的……”。事实上，实践中此条也基本上是一个被架空的条款，用人单位几乎很难运用该条行使自己的合法权利。通常在发生纠纷时，法院都要求用人单位必须明确告知劳动者有关工作岗位的职责要求，同时必须以可证明的方式证明劳动者知晓该职责要求。比如，北京市高级人民法院于 2017 年发布的《北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答》中第 11 条对《劳动合同法》第 39 条进行解释，指出“用人单位在录用劳动者时应当向劳动者明确告知录用条件，用人单位在解除劳动合同时应当向劳动者说

^① 董保华：《我国劳动关系解雇制度的自治与管制之辩》，《政治与法律》2017 年第 4 期。

明理由及法律依据”。“用人单位证明已向劳动者明确告知录用条件，并且提供证据证明劳动者在试用期间不符合录用条件的，可依照《劳动合同法》第三十九条第一项的规定解除劳动合同。”“就劳动者是否符合录用条件的认定，在试用期的认定标准可适当低于试用期届满后的认定标准。”

但是实践中在试用期用人单位解除劳动合同纠纷中，用人单位败诉占绝大部分，劳动者往往都以自己并未签字为由声称并不知晓工作职责要求而进行抗辩，用人单位也往往无法提供由劳动者签字的工作职责描述文件。近年来国内总体就业形势并不乐观，专业人才的竞争就更为激烈，很多有前景的行业以及高薪职位往往是数十人乃至上百人竞争。试问，在如此情形下，哪一个用人单位在招聘劳动者之时不告知对方有关工作职责要求？而劳动者又是在不知晓工作职责要求的情况下“盲目”应聘并签订劳动合同？即使用人单位无法提供有关工作职责描述的签字文件，公开发布的招聘条件也往往不可能铺陈巨细，但基于一种常识推理，也可知劳动者所谓完全不知晓工作职责应当是一种违背诚信的行为。然而，现实中如若发生纠纷，有的劳动者在得知司法实践中的做法之后，便矢口否认知晓工作职责要求，往往能够得到人民法院的支持，获得胜诉。此种基于司法实践中“一刀切”的简单粗暴处理方式，更激发了恶意劳动者的“逆向选择”，使得用人单位和善意劳动者都可能遭受伤害。

事实上，在实践中确实存在有的用人单位利用试用期条款而刻薄对待劳动者的情况，如保安、保洁员等较为简单的重复体力劳动工作，这些工作岗位多是用人单位恶意解除劳动合同。但是对于很多需要技术和专业知识的岗位，实际上用人单位与劳动者需要更多的“信任基础”，在试用期结束之时，双向选择无可厚非，如果机械