

东方法学丛书
上海市教委项目

劳动关系调整的 社会化与国际化

董保华 主编

我国目前已进入劳动立法高峰期。本书透过社会化、国际化的视角，对中国劳动关系调整的法律机制做出了全新的解读和探索

上海交通大学出版社

劳动关系调整论

劳动关系调整论

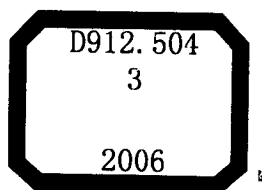
劳动关系调整的 社会化与国际化

王 健 王 健

劳动关系调整论 / 王健, 王健. — 北京: 中国劳动社会保障出版社, 2014. 12
ISBN 978-7-5045-8888-8

中国劳动社会保障出版社

东方法学丛书
上海市教委项目



劳动关系调整的 社会化与国际化

董保华 主编

上海交通大学出版社

内 容 提 要

本书突破了研究劳动关系的传统视角,提出了劳动关系调整的社会化和国际化的全新思路。劳动关系的社会化是一个弹性的、渐进的过程,也是劳动法发展的必由之路。劳动关系的国际化是我国在经济全球化的大潮中与国际劳工标准接轨的必然选择。本书阐述了国际劳工标准在不同层次上的发展趋势,着重剖析了强迫劳动、反歧视、自由结社等核心国际劳动标准对我国劳动立法的影响,并提出企业与社会职能相分离的同时要与社会责任相结合的新观点。最后,构建了更加国际化且符合中国国情的劳动争议处理制度和劳动执法体系。

图书在版编目(CIP)数据

劳动关系调整的社会化与国际化/董保华主编. —上海:
上海交通大学出版社, 2006
(东方法律丛书)
ISBN 7-313-04559-X

I. 劳... II. 董... III. 劳动法—法学—研究
IV. D912.504

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 101717 号

劳动关系调整的社会化与国际化

董保华 主编

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 877 号 邮政编码 200030)

电话:64071208 出版人:张天蔚

上海交大印务有限公司印刷 全国新华书店经销

开本:890mm×1240mm 1/32 印张:10.625 字数:302 千字

2006 年 10 月第 1 版 2006 年 10 月第 1 次印刷

印数:1~3050

ISBN 7-313-04559-X/D·139 定价:22.00 元

版权所有 侵权必究

劳动关系调整的社会化与国际化

董保华



董保华，男，1954年3月出生，1982年2月毕业于华东师范大学，现任华东政法学院教授、博士生导师，中国劳动法学研究会副会长，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总干事。曾参与《中华人民共和国劳动法》论证和起草工作。

1987年从事劳动法学研究

以来，出版有关劳动法律方面的论著约300余万字，主要有：《劳动的法律保障》、《中国劳动法学》、《劳动法教程》、《“劳工神圣”的卫士——劳动法》、《社会保障法律制度》、《劳动法原理》、《劳动法论》、《劳动关系调整的法律机制》、《社会法原论》、《社会保障的法学观》、《劳动合同研究》等；公开发表论文100余篇，其中在关于法学、劳动科学等国家级核心期刊上发表论文20多篇，并有10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；主持或参与10多项司法部或上海市有关部门的课题研究，并多次获奖。

东方法学丛书编委会

主 编:何勤华

副主编:顾功耘 游 伟 郑少华

编 委:(按姓氏笔画顺序排列)

王立民	王虎华	王嘉禔	叶 青	刘宪权
杨正鸣	邱格屏	何勤华	张天蔚(交大)	
张明军	张梓太	岳川夫	郑少华	宣文俊
徐永康	殷啸虎	顾功耘	游 伟	傅鼎生
鲍正熙(交大)				

总 序

在世纪转换的历史时刻,中华民族前所未有地感受到了实行法治对国家发展和强盛的重要意义;在千年更替的重要关头,中国人民也更加坚定地确立了法治的目标。1999年3月,九届全国人大第二次会议通过的《宪法修正案》,把“依法治国,建设社会主义法治国家”的基本方略载入了宪法,勾画出了我国法治建设在新世纪发展的宏伟蓝图。

法治目标的实现,需要全体公民的共同努力,更需要法学研究者和法律工作者的不懈追求。法律高等院校一方面承担着培养法律专业工作后备力量的重任,同时也是法学研究的一支重要力量。华东政法学院是司法部属普通高等院校之一,拥有一支法律教学和研究的师资队伍,长期以来,许多教师在从事法律教学工作的同时,辛勤地耕耘在法学研究的园地,并取得了一批成果,不仅为立法和司法实践提供了不少卓有价值的建议,也在法学理论研究方面提出了一些富有创见的观点。这些研究反过来又促进了教学质量的提高,它证明了法学研究和法学教育相互依存、相互促进的关系。

法学理论研究应当为法治建设服务,这是不言自明的道理。我国的法治建设在最近20多年取得了令世人瞩目的巨大进步和飞速发展,丰富多彩的法律实践和法治活动为法学理论工作者提供了一展身手的宽阔舞台和任意驰骋的广袤天地,也向法学研究人员提出了大量亟待解决的课题,这些都是法学研究走向繁荣的不可缺少的原动力和必要条件。

法学理论研究应当为法治建设提供指导,这是法学理论工作者必须承担的职责。我国的法治实践是在独特的历史背景和现实条件下进行的。一方面我们拥有上千年陈陈相因、绵延不绝的中华法系的传统,这一传统在近代以来却遇到了西方法律制度的巨大冲击与严峻挑战而几近中断;另一方面我们在建设社会主义现代化强国和构建社会主义

市场经济体制的过程中,又需要形成有自己特色的法律体系,而这一法律体系又必须能积极应对当今世界的共同法律规则。这些都要求我国的法学研究具有更高的立意、更广阔的视野和更新颖的理念。

正是基于上述认识,华东政法学院和上海交通大学出版社联手推出了这套《东方法学丛书》,以期尽自己绵薄之力,推动我国法学研究的开展。丛书取“东方”之名,是因为中国处于世界之东方,而上海又位居中国之东方,华东政法学院地处上海,原司法部部长、现任最高人民法院院长的肖扬同志曾称誉华东政法学院为“法学教育的东方明珠”,以“东方”二字来命名,固可区别于其他各种法学丛书,更期望能借得风气之先的这块宝地之地利,为我们这套丛书更多地汲取来自于生活这棵常青之树的养分。

收入这套丛书的著作均为华东政法学院教师的学术专著,这些著作中的观点不一定成熟,但却凝聚了作者对有关法律问题的思考。而且我们也想借丛书出版的机会,广泛地征求各方面的意见,使作者们在此基础上,能进一步深入研究,为我们奉献出更多更优秀的学术成果。

东方法学丛书编委会

目 录

导论 劳动合同立法引发的争议及思考	1
一、社会法的目的是要让社会大众分享改革的成果， 而不是改变改革的趋势	1
二、劳动合同立法中“雪中送炭”与“锦上添花”的争论， 实质上是选择“社会本位”还是选择“国家本位”的争议	4
三、只有国际化的视角才能理解社会化，否则社会化可能 成为一个体制回归的代名词	9

第一编 总 论

第一章 劳动关系调整的社会化	20
一、“社会本位”的内涵和外延	20
二、“社会化”使雇佣关系与劳动关系成为异质	28
三、社会化是一个弹性与渐进的过程	45
第二章 劳动关系调整的国际化	57
一、国际劳工标准的趋强化趋势	58
二、宏观层面——国际劳工组织的强势推动	65
三、中观层面——发达国家要求强制挂钩	71
四、微观层面——民间组织的强力渗透	75
五、国际劳工标准趋强化对我国的影响	86

第二编 劳动关系调整国际化的新趋势

第三章 消除就业与职业歧视	96
一、国际公约中消除就业与职业歧视的定义与范围	96
二、消除就业与职业歧视制度在我国的影响	98
三、我国就业与职业歧视中的消极权利观与消极立法	103
四、从消极权利观到积极权利观	111
五、变消极立法为积极立法	118
第四章 禁止强迫劳动	131
一、国际公约中的强迫劳动标准	133
二、我国与国际社会在强迫劳动标准上的差异	148
三、强迫劳动标准差异的原因分析	153
四、国际标准对我国的意义和影响	161
五、建立反强迫劳动制度	167
第五章 自由结社权与劳动结社权	174
一、国际劳工公约中自由结社权与劳动结社权	174
二、自由结社权、劳动结社权对我国及发展中国家的影响	185
三、我国工会体制的改革	190
第六章 工会代表权	200
一、工会代表权的一般理论	200
二、工会代表权的理论争鸣	204
三、集体谈判权和罢工权	214



第三编 劳动关系调整社会化的新趋势

第七章 企业与社会责任的结合	221
一、从“经济人”到“社会人”	221
二、企业社会责任的概念和特征	225
三、企业社会责任的内容	233
四、企业社会责任与企业经济责任的比较	237
第八章 企业与社会职能的分离	242
一、中国企业办社会的成因与弊端	242
二、企业办社会与企业社会责任之比较	247
三、中国企业与社会责任	251

第四编 国际化、社会化对我国劳动执法体系的挑战

第九章 劳动监察与劳动仲裁	266
一、现行劳动监察与劳动仲裁制度的特征	266
二、对现行劳动监察与劳动仲裁制度的评价	271
三、外国劳动执法制度比较	276
四、重构劳动监察与劳动仲裁制度	284
第十章 劳动仲裁与劳动审判	288
一、裁审关系研究的各方观点	288
二、对现行体制和各方观点的理论批判	296
三、国外劳动争议处理模式和评价	302
第十一章 社会协调机制	305
一、社会利益与社会协调机制	305
二、三方协商机制	307

三、社会利益诉讼	310
四、社会利益诉讼实例	317
主要参考文献	321
后记	324

导论

劳动合同立法引发的争议及思考

本书历经多年,始得完成。成稿之时又恰逢中国劳动合同法立法的大讨论,本书的材料选择和章节安排与这场讨论密切相关。

综观社会法在中国的发展变迁,以及劳动合同法立法大讨论背后的社会法理念争论,笔者深感中国的社会法学需要在前所未有的发展机遇中进行理性的反省,需要在改革开放的基本前提下进行冷静的思考。

一、社会法的目的是要让社会大众分享改革的成果,而不是改变改革的趋势

当今经济体制改革面临的挑战是,让更多的人分享经济起飞的红利。随着政府执政思路的调整,各路学者纷纷祭起了“社会法”的大旗。劳动法属于社会法。社会法具有的多重含义,使其有必要正本清源。

通常对社会法的理解包括以下几种:①社会法也称“第三法域”或“广义社会法”,相对于公法和私法而言,是以维护社会利益为宗旨的一种新的法律体系;②社会法相对于“个人法”而言,是一种以社会利益为本位的、确立约束私人利益的社会统制关系法律规范的法学思潮;③社会法相对于“国家法”而言,是由社会团体或者一部分社会群体所制定的,或者在某个群体或团体内部、因长期的历史习惯而形成的、仅适用其内部的一种行为规范;④社会法相对于“自然法”而言,是调整人在社会中与他人结成社会关系时的行为的法律规范;⑤社会法相对于“制定法”而言,是制定法作用于社会后的一种状态。

笔者主要是按第一种观点来构建社会法理论体系的。^① 社会法是以维持社会弱势主体的生存及其福利的增进为目的而形成的,调整

① 董保华,等. 社会法原论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2001.

社会弱势群体在社会活动中所产生的社会关系,兼具私法和公法特点的新型法律部门。我们是按三元法律结构来理解社会法。从第三法域的意义上认识“社会”,应当与某些弱势群体相联系,并以“结果公正”为基石来进行构建。对于我国这样一个经济体制改革取得巨大成功的国家来说,社会法最基本的要求就是要让弱势群体分享改革的成果。

当前理论界正在进行一场“姓社姓资”的讨论。法学继经济学之后,成为公共政策的争论平台,法学领域内的争议与经济学领域内的争议,议题不同,根源一致。随着《物权法》的搁置,劳动合同法成为新的热门话题,“姓社姓资”标签改换为“姓劳姓资”的标签。劳方与社会法相联系,社会法被巧妙地贴上“姓社”标签;资方与合同法相联系,合同法则被贴上“姓资”的标签。^① 部分弱势群体对我国经济体制改革中出现的问题存在不满情绪,一些学者试图以“社会法”的名义,将这种情绪引向“劳动关系国家化”的“理想”上,^② 实现制度回归。

中国的改革开放是市民社会一个艰难的发育过程。在计划经济时代,我国总体性社会结构中不存在独立于国家之外的市民社会,国家和社会实际上是完全重合的,个人利益被抽象于国家利益之中。从法律的角度看,整个社会只存在着一个层次的法律调控,“公法一元化”实际上表现为“行政一元化”。这种自上而下,以行政隶属关系为纽带而建立起来的社会关系,具有极其浓厚的人身依附性质。改革开放的20多年中,国家与社会间的结构出现分化:改革前重国家、轻社会的模式已经改变,社会成为一个相对独立的提供发展和机会的源泉;个人对国家的依附性明显降低,相对独立的社会力量逐步形成;民营企业以及较为独立的企业家阶层、个体户阶层以及知识阶层,都有明显的发展;民间

① “常凯:……现在很多人都是持着《合同法》的观点分析《劳动合同法》,这也是产生分歧的原因之一。从本质上来说,《劳动合同法》是社会法,应以社会利益作为直接的立法取向,对大量劳动者的保护是社会利益最基础的东西。那种认为《劳动合同法》是维护双方当事人权益的认识,是与《劳动合同法》性质不相符合的。当前认为《劳动合同法》向劳方‘一边倒’的观点就是基于这种认识。”郭晋晖,《劳动合同法》争论继续:谁真正代表工人利益[N]. 第一财经日报,2006-4-7.

② 赵小剑. 劳动合同法——更理想,还是更现实[N]. 南方周末,2006-6-15.

社会组织化程度增强,工会、商会、保护消费者协会等一些中间组织已经开始在经济活动中发挥越来越重要的作用。在劳动领域中,我国通过推行劳动合同、集体合同,使劳动关系中融入私法因素。与大部分国家是先形成私法与公法对立的二元法律结构、然后形成与之并列的第三法域不同,我国从原来的公法一元法律结构直接过渡到公法、私法、社会法的三元法律结构。这样的发展历程,从体制回归角度看,我国社会法更容易走向传统公法“国家本位”的一元法律结构。

同为“结果公正”,三元法律结构中第三法域的“劳动关系社会化”与一元法律结构的“劳动关系国家化”所依赖的路径是完全不同的。两者最根本的区别是国家与社会的关系。

建国以来,我国长期实行固定工制度,是一种“劳动关系国家化”的用工制度。在总体性社会结构中,国家垄断着包括物质财富、人们生存和发展的机会(如就业机会)以及信息等所有重要资源,国家对社会生活实行严格而全面的控制。职工进入企业后实行“固定工制度”。这是我国当时全民所有制单位的基本劳动制度。这种劳动关系的特征:一是凝固化,人员只进不出。职工的工作期限没有规定,就业后长期在一个单位内从事生产和工作,职工一般不能离职,单位也不能辞退;二是行政化,劳动关系采用行政调节手段。任何决策均由国家明文下达,企业只是作为上传下达的一个行政层次来对上层负责,个人对国家是一种人身依附关系;三是理想化与形式化。理论上说,员工不仅是企业的主人而且是国家的主人,企业内有各种流于形式的民主管理制度。

“劳动关系社会化”中所说的“社会”作为一个独立的领域,具有“第三条道路”的特点:当把“社会”与国家(政府)、个人(自然人、家庭、法人等个体)相并列时,“社会”则有非国家(政府)、非个人含义,如社会团体;当把“社会”与政治、经济并列使用时,“社会”则有非政治、非经济的含义;当把“社会”与私人利益与公共利益并列时,“社会利益”则有非私人利益、非国家利益的含义。社会本位在立法中表现为法以社会利益为目标,追求公正以达到社会利益的最大化。社会领域被理解成为经济与国家之间,私域与公域之间的一个互动领域。这种互动导致第三

法域的形成。一种更为先进的认识是,以团体社会为特征来理解社会领域,认为:社会领域的主要活动主体是非营利的组织,提供的主要物品是非垄断性的公共物品或准公共物品,实现的是社会利益。

劳动法将全面管理转变为底线管理,通过还权于民让出社会空间,劳动关系由“国家化”转向“社会化”。社会领域作为私域与公域之间的互动领域,国家的有形之手,有时会越过传统的公域界限,个人的利益有时提升出传统的私域界限。现行劳动法对我国劳动关系实行了一种三个层次的调整模式;宏观上,国家通过规定最低工资、最高工时等一系列倾斜立法,实现底线控制,以保护劳动者最基本的生存权利,让出了劳动关系当事人的协商空间;中观上通过集体合同调整集体劳动关系,由用人单位和劳动者进行集体协商,劳动者可以通过“用手投票”的形式调整自身在劳动关系中的权利义务;微观上,通过劳动合同调整个别劳动关系,法律承认企业人力资源管理的自主权,当劳动者对用人单位的管理无法接受时可以“用脚投票”。在这三个层次中,基准法具有传统公法性,劳动合同具有传统私法性,而集体合同则最体现社会法特征。

二、劳动合同立法中“雪中送炭”与“锦上添花”的争论,实质上是选择“社会本位”还是选择“国家本位”的争议

当我们将社会领域理解为私域与公域之间的一个弹性空间时,如何确定两种因素之间的平衡点就显得至关重要。我国现行劳动法律制度改革复杂性,不仅在于确立新的劳动关系,而且是要在旧的劳动关系基础上形成一种新型关系。《中华人民共和国劳动合同法》在起草过程中出现的争论说明,我们对立法思路存在分歧,对如何建立新型劳动关系缺乏共识。种种争论的核心是对立法平衡点的选择,可以概括为是“雪中送炭”还是“锦上添花”的争论,而实质上是选择“社会本位”还是“国家本位”的劳动关系调整模式。

(一) 劳动法的平衡点基本适当,应当扩大范围、雪中送炭

从实际运行来看,经过10年时间,用人单位和劳动者已经逐步适应了劳动法及其配套规定构建的法律环境。劳动法的平衡点基本适

当。应当看到,目前中国劳动用工中存在的最大问题不是劳动关系法律规范对劳动者缺乏保护,而是有法不依、执法不力、覆盖面太窄。要解决这些问题,主要是靠建立完善的执法程序、加强执法力度、落实现有规定、扩大法律覆盖,而不是改变现有的法律调整模式。

劳动法制定于 20 世纪 90 年代,那时的劳动者主要是指国有企业、外资企业和少量民营企业的劳动者。那时的企业是较为正规的企业,员工也是较为正式的员工。十多年来,这种情况已经发生了很大的变化。随着农民进城务工、国有企业员工下岗,劳动者出现了分层,当时劳动法所保护的对象已经属于这种分层中较高层次。如果不对这种状况加以调整,劳动法就会出现某些贵族化倾向。劳动者分层中,处在较低层的劳动者是那些技能较低、年龄较长、流动性较大、替代性较强、竞争力较弱的普通劳动者。由于劳动法的覆盖性较差,这部分员工往往会处在失范状态,这本身就是一种制度性歧视,也是当前社会不安定的根源。笔者认为,我国的劳动合同立法应当坚持一种“雪中送炭”式的思维方式,也就是在中下层劳动者中实现“广覆盖”,将重点放在调整劳动法的适用范围上。

《劳动合同法》在起草之初,起草部门的思路主要是在劳动法的基础上进行细化修改,在适用范围上略做调整,如将国家机关、事业单位的非公务员人员纳入劳动合同法调整范围,将用人单位法定代表人、主要负责人等排除出调整范围,对灵活就业中的“非全日制”、“劳务派遣”进行了专章规定。应当说这种思路基本适当,只是在具体措施上尚需斟酌。

(二) 劳动合同立法(草案) 选择升高标准,锦上添花,平衡点失当

但在立法进程中劳动合同立法思路发生了逆转,在向社会公开征求意见的法律草案中,法律适用范围基本不再做调整,而将劳动标准大幅度提高,立法思路由“广覆盖”转为“高标准”,由“雪中送炭”转为“锦上添花”。这种立法思路在《劳动合同法》(草案)中大体可以概括成为四个方面:

(1) 对企业用工实行宽进严出。企业与个人简单的商业接触都可能被认定为建立了劳动关系,“被动招工”的风险大大增加。同时