

中国人民大学劳动法和社会保障法研究所主办

Social Law
社会法评论 *Review*
(第二卷)

主编 林 嘉

 中国人民大学出版社

中国人民大学劳动和社会保障法研究所主办

顾问 曾宪义 吴 怀 贾俊玲

D90-052

8

:2

2007

社会法评论

(第二卷)

主 编 林 嘉

副主编 黎建飞

中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

社会法评论. 第二卷/林嘉主编.
北京: 中国人民大学出版社, 2007
ISBN 978-7-300-08010-9

I. 社…
II. 林…
III. 社会法学-文集
IV. D90-052

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 050644 号

中国人民大学劳动法和社会保障法研究所主办

顾问 曾宪义 关 怀 贾俊玲

社会法评论 (第二卷)

主 编 林 嘉

副主编 黎建飞

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 河北三河市新世纪印务有限公司

规 格 170 mm×240 mm 16 开本

版 次 2007 年 4 月第 1 版

印 张 27.75

印 次 2007 年 4 月第 1 次印刷

字 数 490 000

定 价 42.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

《社会法评论》编委会名单

(以姓氏笔画为序)

王文珍 王全兴 冯彦君 叶静漪 石美遐
刘俊 刘翠霄 闫宝卿 张士诚 张鸣起
杨汉平 邵芬 林嘉 郑尚元 郑爱青
姜俊禄 郭捷 常凯 程延园 董保华
蒋月 黎建飞

编辑部成员

吴文芳 杨飞 林海权 魏丽

卷首语

当这本全新版的《社会法评论》付梓时，窗外已是一片葱郁的春色。2006年9月中国法学会社会法学研究会的成立以及研究会2006年年会暨海峡两岸社会法理论研讨会的顺利召开标志着中国社会法的研究进入生机盎然的春天。《劳动法评论》首卷出版发行后，承蒙同行专家学者及实务界的广泛关注和积极评价，编者和作者备受鼓舞。为给中国社会法学者提供更多的交流机会与更好的研究平台，提升研究范围及品味，《劳动法评论》特更名为《社会法评论》。自本期开始，《社会法评论》设立“编辑委员会”，邀国内有影响的社会法领域的专家学者加盟，同时为答谢作者与读者的厚爱，自本期开始扩版。

本期《社会法评论》“理论研究”栏目共计文章十三篇。本卷编入的第一篇是刘光华教授的《论社会法的基本理念》，论文以19世纪以来的社会转型和知识转向为背景，立足于经验实证的研究进路，从知识论的层面对“社会本位”、“实质正义”与“共同福利”等社会法的理念进行了更为全面与深刻的诠释。第二篇是编者的《中国社会保障立法的指导思想及发展思路》。第三篇是周宝妹博士的《国际劳工标准与劳动者的社会保障权》，其从法学的角度提出了国际劳工标准与劳动者的社会保障权的问题，厘清了劳动者社会保障的范围，并探讨了在国际劳工标准的框架下我国劳动者社会保障权保护的法律途径。

劳动基准法是2006年社会法学会年会的研讨主题，亦是本期评论关注的重点。喻术红教授、黑婷婷检视了中国最低工资立法存在的问题并提出立法完善的途径。李炳安教授、江琼在对两岸劳动基准立法进行文本解读的基础上，从立法整体到具体制度进行了规范分析。邵芬教授以社会法学者悲天悯人的情怀关注我国劳动者中的特殊主体“农民工”的基本权益——工资权，并对农民工工资权保障提出法律对策。谢德成教授以全新的理念与价值解读了《安全生产法》，将劳动者被动地享有“劳动安全保护权”升华到“劳工本位”的工作环境权。岳宗福教授的《国民政府最低工资立法述论》整理了旧中国的最低工资立法，为后来者提供了详细明了的研究素材。

劳动法必然涉及劳、资、政三方主体，因而从不同视角研究各主体的权利、义务与责任都很有意义。许建宇教授《促进就业与政府责任论纲》文中

将政府所承担的促进就业职责主要区分为法律性质的职责和非法律性质的职责,并就政府在“促进型立法”中承担法律责任所涉及的可诉性、诉讼形式、责任形式和规则原则作出了原创的有益探索。周长征教授从求职欺诈与求职诈骗的区别出发,力图说服司法者在劳动关系领域坚守现代刑法的谦抑性,以维护市民社会中“私”的属性不被公权力粗暴干涉。在劳资利益纠纷日益激烈复杂的背景下,黎建飞教授精心设计的ADR处理机制无疑从理念到制度构建都有益于我国劳动争议处理机制的改进。郑尚元教授、李海明以劳资共轭理论为基点为我国异化的职工参与管理制度寻求改善的良方。刘明辉教授以其独特的社会性别视角审视劳动法和社会保险法,提醒我们“社会法”领域对“弱者”保护也须关注“弱者”的主体自由。

近两年来,学者在劳动合同法领域的争鸣夯实了我国劳动合同法立法的理论基础。本期专题“劳动合同法”共有四篇文章:冯彦君教授梳理了劳动合同违约金制度的基本理论,特别强调了违约金制度与相关制度的协调,在此基础上运用比较法的研究方法——不仅有国别的比较,也有一国之内地区立法的比较——对《劳动合同法(草案)》作出评析并提出立法建议;董保华教授与郑爱青博士从不同角度对劳动力派遣的思考耐人寻味。黄昆博士在稳定与流动的价值取向间对《劳动合同法(草案)》诸多制度进行了深入分析。期待这组文章能对我国劳动合同法立法产生积极影响。

本期特别设立“台湾法研究”栏目。我国台湾地区“中国文化大学”的林佳和教授在《自由、管制与协商的辩证——台湾地区“大量解雇劳工保护法”的法政策选择分析》一文中,以我国台湾地区“大量解雇劳工保护法”为对象,从法律社会学的研究视角兼以比较法的研究方法,探求大量解雇劳工保护制度中行政权力的介入协调冲突利益的实际效果,继而对台湾地区“大量解雇劳工保护法”的得失作出基本评价——缺乏社会力量的对抗关系,单凭借行政权力的扶持,立法恐难以生发出满意的社会效果。该文不论是研究进路还是基本结论颇值得大陆学者参考借鉴。

本期的“审判与案例”栏目刊登了两位来自司法机关的作者于审判实务中总结的经验,希望对从事理论研究的学者有参考价值。案例评析的作品与劳动法上“劳动者”的界定有关:吴文芳博士从解释论与立法论的层面对实习生的法律身份进行了分析,试图对立法调整的利益格局作出事实判断从而总结出有益的立法建议。

另外,“域外法学”的三篇文章是目前国内介绍德国及英国反就业歧视法的最新资料,研究反就业歧视法的学者不可不读。英国学者A. C. L. 戴维斯著、范围博士翻译的《劳动法的人权视角》独到之处在于在人权视野中巧妙

地引入劳动权的边界以及权衡的问题。“青年法苑”刊载的是学生们的作品——也许不够成熟，但不乏灵气。最后，魏丽博士为社会法学会的第一次年会做了详细的学术综述，可供读者参考。

祝愿社会学这朵初绽的莲花在新世纪法学的百花园中开放得更加绚丽，更加璀璨！

林 嘉

2007年3月

目 录

[理论研究]

- 论社会法的基本理念 刘光华 (1)
- 中国社会保障立法的指导思想及发展思路 林 嘉 (22)
- 国际劳工标准与劳动者的社会保障权 周宝妹 (31)
- 中国最低工资制度存在的问题及其完善 喻术红 黑婷婷 (41)
- 两岸劳动基准法制比较及其启示 李炳安 江 琼 (59)
- 试论农民工工资权保障 邵 芬 (84)
- 劳动安全保护权到工作环境权
——《安全生产法》的权利理念 谢德成 (96)
- 国民政府最低工资立法述论 岳宗福 (104)
- 求职欺诈与求职诈骗的法律界限
——兼论刑法在劳动关系问题上的谦抑性 周长征 (111)
- 促进就业与政府责任论纲 许建宇 (127)
- ADR 与我国的劳动争议处理 黎建飞 张晓钟 (139)
- 现代企业中的资本与劳动的关系
——职工参与管理的理论基础之一 郑尚元 李海明 (158)
- 在劳动法和社会保险法中的性别差异及其影响 刘明辉 (175)

[本期专题]

- 我国劳动合同违约金立法研究 冯彦君 刘松珍 (193)
- 劳动力派遣的道德谴责与理性评价 董保华 (216)
- 法国对劳动力派遣行为的规范及其对我国立法的启示
——兼评《劳动合同法(草案)》相关条款 郑爱青 (241)
- 我国劳动合同立法对劳动关系稳定与流动的选择
——兼评《劳动合同法(草案)》的有关条款 黄 昆 (254)

[台湾法研究]

自由、管制与协商的辩证

——台湾地区“大量解雇劳工保护法”的法政策

选择分析 林佳和 (272)

[审判与案例]

审理劳动争议案件适用法律问题的调研报告 王明华 (300)

劳动争议仲裁与诉讼的衔接问题探讨 韩 刚 (311)

实习生的身份界定与立法思考 吴文芳 (321)

[域外法学]

德国劳动法中的反歧视制度

——浅析德国新《通用平等待遇法》

..... [德] 罗曼·弗里克著 李光译 (335)

英国反就业歧视立法与司法实践 杜红波 刘坤轮 (345)

劳动法的人权视角 [英] A. C. L. 戴维斯著 范围译 (359)

[青年法苑]

劳动法倾斜保护劳动者原则之合理性论证

——从价值判断的实体性论证规则出发进行的探讨 陈文煊 (376)

工资优先权制度探讨 魏 丽 (390)

困境与对策：现实语境中的反就业歧视诉讼 刘昕杰 (404)

[学术综述]

“中国法学会社会法学研究会 2006 年年会暨海峡两岸社会

法理论研讨会”综述 魏 丽 (415)

征稿启事 (428)

CONTENTS**[Theoretical Research]**

Theoretical Concept of Social Law

Liu Guanghua (1)

China's Social Security Legislation: The Guiding Ideology and Development Idea

Lin Jia (22)

International Labour Standards and Social Security Rights

Zhou Baomei (31)

Problems in China's Minimum Wage System and its Improvement

Yu Shuhong & Hei Tingting (41)

Comparison Between Cross-Strait Labour Standard Law and Its

Enlightenment for Us

Li Bingan & Jiang Qiong (59)

On Safeguarding of Migrant Farmer-Workers' Income Rights

Shao Fen (84)

From Labour Safety Protection Right to Workplace Environment Right

——The Ideology of Right Underlying Production Safety Law

Xie Decheng (96)

A Brief Discussion on Government's Minimum Wage Legislation

Yue Zongfu (104)

The Legal Boundary between Job Fraud and Job Deception

——And on Economy of Criminal Law Represented in Labour Relations

Zhou Changzheng (111)

Outline of Employment Promotion and Government's Responsibility

Xu Jianyu (127)

ADR and Labour Dispute Resolution in China

Li Jianfei & Zhang Xiaozhong (139)

The Relations between Capital and Labour in Modern Enterprises

- One of the Theoretical Basis for Employer's Participating in
Management

Zheng Shangyuan & Li Haiming (158)

- Gender Differences in Labour Law and Social Insurance Law and Their Impact

Liu Minghui (175)

[Special Feature]

- On the Legislation about Labour Contact Breach Fine in China

Feng Yanjun & Liu Songzhen (193)

- Moral Condemnation and Rational Evaluation of Labour Dispatch

Dong Baohua (216)

- Regulations on Labour Dispatch in France and Its Legislation

Inspiration for China

- A Review on Relevant Articles of Labour Contract Law (Draft)

Zheng Aiqing (241)

- The Choice between Stability and Flowability in China's Labour

Contract Legislation

- A Review on the Relevant Articles of Labour Contract Law (Draft)

Huang Kun (254)

[Research on Taiwan Laws]

- Dialectic among Freedom, Regulation and Negotiation

- Analysis of Legal Policy Choice for Protection Law on Mass

Unemployment of Labour in Taiwan

Lin Jiahe (272)

[Case Studies]

- Investigation Report on Legal Approach in Labour Dispute Cases

Wang Minghua (300)

- Discussion on the Marginal Problems in Labour Dispute Arbitration and Litigation

Han Gang (311)

- Definition of Intern's Legal Status and A Reflection of Its Legislation
Wu Wenfang (321)

[Foreign Law Study]

- Anti-Discrimination System in German Law
 ——A Simple Analysis of German General Equal Treatment Law
[Germany] Roman Frik Translated by Li Guang (335)
- Britain's Anti-Discrimination Law, Its Legislation and Judicial Practice
Du Hongbo & Liu Kunlun (345)
- Human Rights Perspectives on Labour Law
[U. K.] A. C. L. Davis Translated by Fan Wei (359)

[Youth Legal Garden]

- On the Rationality of Labour Law's Inclination to Protect Workers
 ——Discussion Based on the Substantiality Demonstration
 Rules of Value Judgement
Chen Wenxuan (376)
- On Wage Priority System
Wei Li (390)
- Difficulties and Solutions: Anti-Discrimination Litigation
 in Pragmatic Context
Liu Xinjie (404)

[Academic Summary]

- Summary for 2006 Annual Meeting of Social Law Seminar of China's
 Law Academy and Cross-Strait Social Law Theoretical Proseminar
Wei Li (415)
- Advertisement for Articles (428)

理论研究

论社会法的基本理念

刘光华*

对于社会法的基本理念^①，我们不仅已经通过社会法重要组成部分——经济法理念的研究，有了一定的实际感受^②，而且，更为重要的是，大陆法系法国、德国、日本及我国台湾地区社会法的研究及其结论，也已从不同侧面自觉不自觉地触及了这一点。例如，法国学者关于社会法主体是不同于法人的集合主体的观点；关于社会法特殊主体经历了从 mass 到 communion 再到 community 的三种状态的观念；以及从以“集合化”为中心的社会法定义中概括出关于社会法七个方面的特色。^③ 尤其需要指出的是，德国社会法学者在关于“社会法”的实质概念与形式概念问题上的学术研究表现及其所具有的学术价值与知识论意义。德国学者在传统知识论的指引下，在早期研究中通过将社会法概念抽象化与名词化，试图构建一个能够涵盖所有社会立法内在的本质规定性的实质性社会法概念。如查赫就将社会法定义为“关于在一个社会中，由于考虑到经济保障和服务保障，以及个人肉体生存或经济生存通过集体实现近乎平均主义的发展而存在的希望，以及满足这一希望的所有规定”。但是，诸如此类的关于社会法概念的实质性定义思路，不仅不得不借助于和使用生僻的法学、社会学及政治学等其他术语，而且就其学术实效而言，根本也无法据此而判断和划分现实中的社会法及其与相近法律领域之间的边

* 兰州大学法学院副教授，法学博士。

① 本文对“社会法”采广、中、狭三义中的中义理解。具体而言，是指包括劳动法、社会保障法和经济法在内但不包括传统法律部门的社会本位化内容的现代社会新兴法律制度。

② 参见史际春、李青山：《论经济法的理念》，载《华东政法学院学报》，2003（2）。

③ 它们包括：（1）社会法的一般功能是由成员根据对整体的精神上积极的价值的实现客观集合化；（2）社会法的约束力由法的集合化直接产生；（3）社会法的目的在于对其整体的内在生活的规定；（4）相应社会法关系的内在构造，是由从中无法游离出去的全体成员直接参与；（5）社会法的外在表现为一种与普通、无条件的强制无关的社会权力；（6）对各类组织的实现，与组织后的法相对，未经组织的法的优势在于，不允许除平等协作团体之外的别的表现形式的存在；（7）呼吁经组织后的社会法的主体、复杂的集合人格。

界。这一困境,又相应地催生了德国学者的另一种尝试,那就是通过探讨社会法的形式概念的方式实现突围。该思路以德国《社会法典》第3~10条的规定为基础,将社会法实证地描述为是“包括了培训和劳动援助、社会保险(疾病保险、事故保险、退休保险、护理保险)、健康损害的社会赔偿、家庭支出的补贴(儿童费、教育费和生活费预支)、对适当住房的补贴(住房费)、青少年援助、社会救济和残疾人适应社会(回复社会)”。而这种关于社会法的形式概念,尽管存在着不够新、不适合学科构架的需要等缺点,但它与上述社会法实质概念相比,却可以较清楚而简便地实现我们意欲划分的社会法具体界限。

然而,令人遗憾的是,对于上述理论观点,虽然许多学者都作了如此这般的引证^①,但是,他们迄今为止几乎都没有做一点具体而细致的追问:究竟是什么样的具体物质生产生活关系产生和造就了这一种特殊的法制度、法观念,为何这种新的法制度和法知识具有了这样的一反常态或者反传统?是哪些东西,又依照什么逻辑来支撑这种一反常态?这种一反常态同作为深层次的社会法理念之间又到底是什么关系?是否它就可以如同很多论者那样,可以脱语境、超时空地存在和被运用?

联系大陆法系学者在社会法领域的上述学术实践,再结合我们在社会法暨经济法基本理论研究中的经验教训^②,它实际上表明了:若从传统的揭示事物内在的、质的规定性的内涵式定义方法和形式主义类概念思维出发,社会法根本就是不可定义的^③;或者说在传统的知识框架中,社会法从制度和理念无法进行自身合法性论证,我们需要为其寻找新的知识载体。而所有这些观点、认识和疑问,如果被置于19世纪以来的社会转型和知识转向的大背景和一大系统中来考察,就会像无数曲径引领人们去往一条豁然开朗的通幽之道。

① 参见郝凤鸣:《社会法之性质及其与法体系中之定位》,载《中正法学集刊》,第10期;王卫农:《日本社会法学理论形成和发展》,载《浙江学刊》,2004(1)。

② 比如虽然仍有学者在乐此不疲地研究从“经济法”到其具体制度中的精确定义。但是,包括《谢尔曼法》在内的世界各国反垄断立法中避免出现“垄断”的现实和学者审慎研究后得出的“垄断无定义”的结论,就非常能够说明问题。参见曹士兵:《反垄断法研究》,84页,北京,法律出版社,1996。

③ 这不仅是一个我们反复强调的观点,而且它更加重要地揭示了,中国社会法特别是经济法研究中关于经济法定义及相关的调整对象之争,实际上更多的时候是个假命题。根本不存在一个能够揭示社会法或经济法内在质的规定性的唯一正确的定义。

一、社会本位理念

社会本位理念的证成，实际上是对政治国家和市民社会之外的社会及社会利益的独立价值和客观实在性的证明。近年来，关于“社会本位”作为社会法理念这个论题，国内学界存在着广泛而激烈的是非争论。究其实际结果，我们不得不指出：一方面，大多数的争论由于缺乏必要的学术规范而流于表面化和意义空洞，使得旁观者无法探知论者到底是出于什么样的研究进路并得出相应的结论；另一方面，则是作为几乎大多数社会法研究者的通病——随意简化所讨论问题的制度背景，肆意游走于西方和中国、穿梭在古代、中世纪和现代甚至后现代之间。所以，每一个论据单独看来仿佛都正确无比，但是，对于讨论和试图解决的问题而言，我们又都无法将它们作为一个有逻辑联系的论证体系看待。也即除了语词、语句的相似之外，我们无法经验地或者逻辑地感知抽象的社会本位理念的实在性。这样，它们存在的合法性受人质疑就自然是情理中的事了。

社会本位作为社会法的理念之所以具有实体意义，是因为“社会”、“社会利益”等不同的语言事实构成了不同于“个人”、“个人利益”、“国家”和“国家利益”的“特殊和真实面相”（对此我们将在实质正义理念中具体论证）。但是，它绝非等同于我们目前许多讨论中那样把“社会”、“社会利益”、“社会本位”等这些“术语”（语词）抽离于其特定的语境，而仅仅基于一个事先就预定好的“不同”的前提而循环论证它们同“个人本位”与“国家本位”之间的不同并得出自己的结论。

立足于经验实证的研究进路，正如我们在本章所开宗明义地提出的：“社会”进而“社会利益”作为一种独立存在的实在并需要新的特殊规则加以关照的原因，根植于一定的客观和现实的社会生产与生活结构中。众所周知，比之特定社会生产生活结构的先在性，由此生长和发展出的任何概念、观念和制度等都是一种后天的反映。由这种作为先在者的特定社会生产和生活结构出发来论证“社会”、“社会利益”进而“社会本位”的合法性，之所以更具有说服力和论证力，不仅仅是因为它们可以通过我们自身的经验观察和现实体验而感知到，更为重要的是它同时还是“西方”这个作为社会法的制度和知识观念先在者的先在者。这是常常被我们这些追逐法制“西方化”或曰“现代化”的人们所（客观上）忽视和（主观上）不愿提及的基本事实。

择其要者，“社会”、“社会利益”或者“社会本位”之所以超越于原子式“理性经济人”和“利维坦”国家而得到凸现，是因为它们栖身于我们白天为

之奔忙的现代化、集约化(即劳动力密集型)的工业流水线,以及为了扩大再生产(而不是生活甚或劳动的享受)而进行的生产和交易活动中;栖身于有着管线密布的地下迷宫的现代都城——钢筋水泥丛林中;栖身于我们夜幕下拖着疲惫的身影溜进的那一个个蜗牛的壳——高层公寓;栖身于贯穿国境的交通运输线路和交通工具中。对此,你不用费尽心机通过时光隧道回溯到西方当时感受它们的历史意义,只需要回想一下为什么“非典”期间要严查各种交通工具、要封路甚至断路,为什么源自广州的“非典”就同北京、香港进而全国甚至全世界有了关系?再设想一下,虽非怨非仇但却备受歧视的北京人、广东人,如果现身在现代“桃花源”或者荒蛮之地,又会产生怎样的反应?因为,恰恰是我们上述的基本生产和生活及其物质空间和关系结构,及其所必然产生的今天所谓的现代生产和生活基本指标——卫生、质量、交通、供水、电、气暖、消防等^①,才可能相应地引发的作为现代社会这个硬币的另一面——公共(卫生)事件。而这其中的所谓“公共”,作为“社会”或者“社会利益”的客观面相之一,就实实在在地既非政治国家也不是原子式个人,并具有了独立性。而且,所有这些作为“社会利益”或者“社会本位”现实载体的——物质生产生活关系、技术空间和结构等,都是触手可摸的而不再是漂移不定的!“非典”及其防治中的立足于国家本位和个人本位的公私法调控机制所面临的挑战就充分说明了这一切。^②

而也正因为如此,我们就在传统的公法和私法特别是民法和刑法之外需要卫生、质量、交通、供水、电、气暖等公用事业的特殊法律制度(对此,可以在大陆法系被认为是“行政管理”;也可以从英美法的角度而称之为“经济管理”或者“政府公共服务”)。但是,它们无论如何也不能通过调整商品交易关系的法律规则——民法来约束。因为所有标志和组成现代社会的这一切,不可能是传统的商品交易关系。而且,即使以标准合同而出现的公用事业供应或者服务合同、即使曾经以劳动力租赁合同出现的“新社会契约”等,社会经济实践也已经证明了他们自身的特性和独立性。任何时代人们的想象总是要有时代局限性的,特别是一种作为“集体记忆”的历史。我们无法超越对于之前的人们都是无法想象的。更不用说立法规制了。这不由让人想起亨利·梅里曼教授在论及大陆法系公私法划分理念时所特别指出的那种“后

① 也所以如此,我们看到,不管是传统农业社会还是计划体制下,消防更多地同公安、同蓄意破坏、同犯罪行为之间有着联系;而在现代工商业社会中,消防则同日常生产、生活间关系更加密切,而且,更多的是一种客观的“事故”。在浙江瑞安由私营企业主自发形成的“老板消防队”就非常深刻地揭示出了这一点。参见戴敦峰:《“老板消防队”涌现瑞安》,载《南方周末》,2004-04-01。

② 参见刘光华:《社会法调控机制创新论——以SARS防治对传统公私法调控机制带来的挑战和机遇为视角》,载《兰州大学学报(社会科学版)》,2004(3、4)。

来者的想象困境”^①。

再进一步讲,“社会”、“社会利益”和社会本位栖身于由上述物质结构和技术装备所形成的所有参与者或者利益相关者间不得不既互相分工,又互相依赖的生产、生活关系链条中。在这种资本主义初期的商品交易关系之外,在这种以交换为目的的生产——工业化生产及其集约化的流水线生产方式之下^②,必然形成的一种固定、长期、关系化的社会关系结构。^③它们不仅仅是日本法人资本主义经济模式下的终生雇佣^④,不仅仅是社会主义计划体制下的铁饭碗终身制;当然绝不是强加给进城打工农民的、被恶俗化的随意炒鱿鱼。它们是集体性的劳动者不得不出卖和雇主必须雇用。只要这种生产方式存在一天,我们就无法(甚至想象)劳动者集体性地被辞退或者集体性地辞职。^⑤因为当自给自足的自耕农主动或者被动转变身份为产业工人或者职业者后,他们就变为这种生产方式的基本构成要素和特征^⑥,变身为除了出卖自己劳动的自由之外一无所有,既不再是拥有生产资料的农民、更不是资本家的,一个在整体上只能出门为他人工作而谋生的特殊社会群体;当这样的群体及其成员被纳入现代工商业生产方式时,就称之为是“就业”,反之就有了另一个现代社会的基本关键词——“失业”^⑦。这样,极富戏剧性地,在前工业社会都原本很自然地作为人的质的规定性的——劳动行为^⑧,在现代工业社会中

① [美] 约翰·亨利·梅利曼著,顾培东、禄正平译:《大陆法系》,97页,北京,法律出版社,2004。

② 正因如此,最初的社会法就直接表现为“产业法”或者更直观的“工业法”(industrial law, législation industrielle)。而后来只是随着所有经济部门而非仅仅是工业部门都经历了“产业化”变革,劳动者问题成为整个产业的共通问题,才使得劳动法开始取代产业法。

③ 对它的理解应该具有两个方面,即微观上,这种关系不是一次交易而需要长期履行;宏观上,通过制定和完善劳动社会保障制度、职业培训、结社权力保障、反歧视等制度,从社会经济体制上保证有劳动意愿者皆被雇用,已成为是国家或者现代政府的一项基本义务。

④ 参见[日]奥村宏著,李建国等译:《法人资本主义》,前言,北京,生活·读书·新知三联书店,1990。

⑤ 这就是对“如果人类停止劳动一天,就如何如何”的句式所要揭示的现实内涵。也只有从这样的角度出发我们才能理解:为什么社会或者社会法就关乎特殊群体的生存权了。

⑥ 如果从传统农业社会向现代工业社会转型的角度讲,只有自耕农的结构性失业才能造就工业生产需要的集体性的自由劳动力大军。而这也正是由“圈地运动”和《惩治流浪者法》等所诠释的历史图景。

⑦ 对此,西方学者或从肯定角度认为:“在20世纪,人类理性显然已经认识到,人不仅有作为一个人格的人和公民社会的人的权利,而且还有作为从事生产和消费活动的社会的人的权利,尤其是作为一个工作者的权利”;或从批判角度而宣示:“失业是一种罪恶。”转引自沈宗灵:《现代西方法理学》,北京,北京大学出版社,1992。它同时也正是为什么我们从没人说农民在农忙季节是职业者,农闲季节是失业者的制度原因。

⑧ 它令我们再次重温恩格斯那个著名的“劳动创造了人”的论断。