



劳动契约自由规制及其实施研究

The Study of Regulations on Freedom of
Labor Contract and Its Implement

李敏华 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



劳动契约自由规制及其实施研究

The Study of Regulations on Freedom of
Labor Contract and Its Implement

李敏华 著

图书在版编目(CIP)数据

劳动契约自由规制及其实施研究/李敏华著. —北京:北京大学出版社,2015. 10
ISBN 978-7-301-26236-8

I. ①劳… II. ①李… III. ①劳动合同—研究 IV. ①D912.504

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第197419号

- 书 名 劳动契约自由规制及其实施研究
LAODONG QIYUE ZIYOU GUIZHI JI QI SHISHI YANJIU
- 著作责任者 李敏华
- 责任编辑 孙战营
- 标准书号 ISBN 978-7-301-26236-8
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路205号 100871
- 网 址 <http://www.pup.cn>
- 电子信箱 law@pup.pku.edu.cn
- 新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
- 印刷者 北京宏伟双华印刷有限公司
- 经 销 者 新华书店
- 730毫米×1020毫米 16开本 17.5印张 305千字
2015年10月第1版 2015年10月第1次印刷
- 定 价 45.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目,旨在鼓励广大社科研究者潜心治学,支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审,从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响,更好地推动学术发展,促进成果转化,全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求,组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

致 谢

该项目是在博士论文基础上进行重大修改后完成的。该项目的最终完成,其间虽经历了许多艰辛,但亦收获了成长的幸福。这要特别感谢我的导师黎建飞老师,感谢中国人民大学法学院的林嘉、姚辉、叶林等各位老师,感谢清华大学法学院的郑尚元老师,是他们的学术、思想乃至人格魅力给了我滋养,他们是引领、激励我前行的榜样!感谢张铁薇、李雅琴等专家学者在写作中给我的宝贵意见与支持!感谢各位学者思想的滋养与启迪!感谢我的学友们!最后要特别感谢国家社科后期资助项目的支持,感谢评审专家中肯、独到、有力的评审意见,感谢国家社科规划办的各位领导及工作人员,是你们使该项研究有了继续并提升的可能,是你们使我坚定了勤奋、踏实做人、做事的信念!

序

夜里,手机响起了新邮件的提示音,是敏华博士的来信。正所谓酒香不怕巷子深:敏华博士的专著终于面世了!敏华说:“在北京大学出版社出版,还想请老师百忙之中作序。”我当即回复:“好事!祝贺!我做序。”

之所以兴奋如此,因为这是我期待已久的。甚至,始于敏华读博的第一天。

入学伊始,我指定了一大批精典书籍,尤以商务印书馆的汉译名著为胜。这些书,你读或者不读,它都在那里;你指定或者不指定,它还在那里。多年来,指定次数多,读完人数少。敏华是一个例外!她硬是一本本地读了!其枯燥、其眩晕、其苦涩、其寂寞,读下去的人知道,读不下去的人也知道。正是走过了炼狱般的这段路程,敏华收获了精致、深邃、宽厚和思辨。构思有逻辑,行文有层次,文章中也有了形而上的美感。

信手拈来,不一而足:前言中,有“抽象的、本质的、宏观的与具体的、表层的、微观的这两个视角,在我国的法学研究之中总是处于被割裂的状态,一直未能将二者予以中庸或适度地结合”。“自由、契约自由、劳动契约自由主宰着劳动法治的命运。”目录中,既有“劳动契约自由存在的根据——自由与强制,强制的含义,自由受强制的学者论证,以强制界定自由的内在根据,劳动契约自由的斗争性”;也有“我国劳动契约自由法律规制实施绩效提高的精神动因——法律规制实施对美德精神的依赖,劳动契约自由法律规制‘无能’之根由:实施与精神的分离,劳动契约自由法律规制实施中美德精神的优劣,劳动契约自由法律规制实施绩效提高所需美德精神的适用”。引用中,有弗里德里希·冯·哈耶克著《法律、立法与自由》、安东尼·德·雅赛著《重申自由主义》、阿玛蒂亚·森著《理性与自由》、米尔顿·弗里德曼著《资本主义与自由》、约翰·格雷著《自由主义》;也有孟德斯鸠著《论法的精神》、约翰·洛克著《政府论》、卢梭著《社会契约论》《论人类不平等的起源》。这些书,你读或者不读,是判若两人的;你用或者不用,是高下分明的。

读了这些书,便有了这样一些结论:“劳动契约自由还‘活在’劳动关系之中,所‘死去’的只是那原始的、不为现时代所认同的自由。”“劳动契约自

由法律规制适度只是劳动法治成功的前提,规制适度的劳动契约自由法律制度高效地实施则是劳动法治成功的终极性标志。”“就业质量与就业数量意义上的就业目标、经济目标实现的程度以及二者矛盾的协调是劳动契约自由法律规制适度所要考察的重要实施指标。”“中庸、法社会学的整体性思维理念是劳动契约自由法律规制适度的方向性指引;劳动关系及其法律发展史就是一个劳动契约自由中庸及与社会勾连方案得当的找寻历史,而今,则更为突出,谁能找到并能领先找到,谁就会在激烈的世界竞争中胜出。”

仅就“劳动契约自由规制及其实施研究”这一命题,也会让人联想起卢梭的名言:“人人生而平等,却无所不在枷锁之中。”具体到劳动关系中,自然而然就会契合到马克思在《资本论》中的论述:“这里所说的自由,具有双重意义:一方面,工人是自由人,能够把自己的劳动力当做自己的商品来支配,另一方面,他没有别的商品可以出卖,自由得一无所有,没有任何实现自己的劳动力所必需的东西。”劳动者有了人身自由,这是社会的文明与进步。但劳动者的人身自由是建立在劳动者一无所有基础上的,劳动者的自由也就相当地不自由了。如果说民法上的平等原则强调的是民事主体的法律地位一律平等,所有具有民事主体资格的双方在民事活动中的行为均应遵循同样的规则。这一原则的作用力在于不同使用价值的商品按照它们各自具有的价值量相交换,它保证各物质部门的生产耗费从商品的出售价格中得到补偿,并获得平均利润,从而使社会再生产得以顺利进行。那么,当我们把标的由物代换成人以后,平等也好,等价也罢,就不是那么自然而然了,因为在人与物的交换中,要正确地估算出双方的劳动耗费,从而实现等量劳动耗费的交换几乎不可能!即便我们回避人不是商品、劳动力也不是商品,劳动力不是你想买就能买等等清规戒律,也还会受制于劳动力供大于求,劳动者没有工作就没有饭碗。No job equals no money. Money 在劳动关系中表述为 Salary, Salary 源自于 Salt 即真切地说明了劳动对于劳动者的价值与意义,说明了劳动者自由所受到的根本性制约。正如食盐是人们生活中所不可缺少的,缺少食盐的人是难以生存的,工作与工资也是人的生存不可缺少的,没有工作与工资人也是难以生存的。在劳动力供大于求的现实社会中,劳动者不仅一职难求,而且一职难保,自由,或许可以先放一放。这让我们想起了马克思写给恩格斯的一封信:我们在为工人争取 8 小时工作制,我们自己却从来没有每天只工作 8 小时。这也印证了敏华书中所说的:“我们所追求的自由之利益,如果没有社会主体间契约关系目标的制约,那么,由此所产生的自由利益就不是俗世中的。”

在博士的整个学习阶段,敏华的读书都始终如一地坚持了下来。在这期

间,撰写并发表了《民生与社会保障的法哲学分析》《劳动合同服务期责任的法哲学思考》等文章,为本书的面世孕育了胚胎。更加难能可贵的是在博士论文写作的最后一年,敏华自费租住在学校旁边,面壁沉思,一字一句地完成了博士论文的写作!我说出这样的话,你或许会觉得怪怪的,因为在本来意义上,凡此种种本就是一位博士生应当身体力行的。或许吧,但如果你读过我的微信,尤其读到过“我也再次强调,在这里是来读书的,不是来住店甚至空床的!”你就会重新感觉你的感觉,重新认识这本书和这本书作者的独特价值。

是为序!

黎建飞

2015年9月22日

前 言

令我国“引以自豪”的是,我们曾经创造的,现今已被我们漠视的“中庸”或曰“适度”这一文明却被东西方国家钻研着、吹捧着,并将其用于本国的政治、经济、文化等各领域之中。我们的这种漠视亦体现在关乎我国法治建设成功与否的法学研究之中。抽象的、本质的、宏观的与具体的、表层的、微观的这两个视角,在我国的法学研究之中总是处于被割裂的状态,一直未能将二者予以中庸或适度地结合。现今,“急功近利”之追求,使法学研究更多地关注具体的、表层的、微观的论证,由其所引领的法治成功之进程亦必然受到令人担忧的影响。此正如驾驶员欲驾车达到某目的地,尽管不熟悉行走的路线,但如果总方向正确,总会能到达目的地的,否则,能否到达目的地则是不确定的。抽象的、本质的、宏观的论证是方向,它为具体的、表层的、微观的论证提供了指引,使其达致目的地更具确定性与保障性,那种仅专注具体的、表层的、微观的研究模式,会使达致目的地的几率大为减少,而且即使有幸达致目的地,亦往往会因迟到、非本质性而只能在目的地作“短暂的停留”,此即就是说,由该研究所引领的法律规制与实施会处于不断的失灵之中。总之,在法学研究的路径上及其所引领的法治建设中如何使其中庸或适度应是我们的目标。就劳动法律关系的研究而言,劳动法律的实施现状,特别是被寄予厚望的《劳动合同法》的实施状况已表明,我们必须要使劳动法学研究模式迅速脱离就事论事、各说各话的局面,从而使劳动法律规制得当及其实施高效,而这即是一个中庸或适度的找寻过程,如此才会走出困境。

2007年6月29日公布的《中华人民共和国劳动合同法》还未及于2008年1月1日施行,就已开始遭受狂风暴雨般的袭击。主要是来自经济学家和企业界的质疑。在实践中,一些企业或忙于炒雇员的鱿鱼以规避《劳动合同法》第14条关于无固定期限劳动合同的规定,或忙于关闭企业。其时,尽管许多企业倒闭、关闭的原因错综复杂,诸如国际经济下滑、金融危机的影响、周边国家经济竞争压力(如劳动力低成本的向下竞争压力)等,但借着《劳动合同法》颁布的东风,仍将该困扰一并归之于劳动者与法律工作者们正为之

欢呼雀跃的《劳动合同法》。一些经济学者断言《劳动合同法》会搞垮经济,《劳动合同法》的颁行是大错、是灾难、是不利于弱者的,并提出了旨在取消《劳动合同法》的变通之路,此即是指:允许企业自由选择适用《劳动合同法》,不愿适用《劳动合同法》者采完全的劳工合约自由模式。^①这意味着劳动市场上有两种雇佣方式:依《劳动合同法》的模式与依劳资完全的契约自由模式。甚至在2009年1月直接提出了“停止执行劳动合同法”,其理由是“《劳动合同法》造成了农民工失业,《劳动合同法》损害了中国工人阶级的利益。”^②这些反《劳动合同法》主张的主要理由是,《劳动合同法》增加了资方的成本,使资方无利可图,因此减少了投资者,造成了工人失业,不是改善而是恶化了劳动者的境遇。他们还反对在中国施行高福利、最低工资等政策与立法,其根据是中国人口多、相对资源贫乏,认为福利只适用于富裕的国家。

然而,让人始料不及的是,对《劳动合同法》的诸种“预期”并未呈现于法律实践之中,这种不利于资方、有利于劳方的立法因实施的低效、无效而已成为一种表象,资方没有如预期的那样遭受不利,劳方也没有如预期的那样获得保护。这种“预期”,就《劳动合同法》的立法宗旨而言,其应是通过倾斜于劳动者而保护劳方的利益,进而达致劳资和谐的目的;这种“预期”,就法律学者而言,是通过不利于资方或曰倾斜于劳方而获以利于劳方的目标;就经济学者而言,《劳动合同法》是通过“不利于资方”而“不利于”劳方的立法。也就是说,劳方的利益并未因立法对其的倾斜或曰对资方的不利而获以预期的保护,劳资和谐宗旨仍难以实现,但之所以如此,并非如《劳动合同法》颁行之时所预言的那样,是因“不利于”资方所致,而首先是由于相关法律没有得到劳资双方及其他法律实施主体的普遍遵从,规避、放任、破坏法律的施行仍可谓是一种常态。尽管如此,但是这种对法律的背离由于政府主导及舆论的缘故而不具有曾经的公然性、恣意性,因此可以说,《劳动合同法》颁行之后,劳方权益还是较从前改善了,然而,这种改善不是劳动法治的胜利,不是对劳动法律遵从的结果,不是劳动法律制定得良好的结果,这种改善不具有稳定性,这种改善还远不能达致预期法律实施绩效的要求。其次,这也是劳动法律规制是否适度的问题,诸如劳动法律规制中对实施视角的忽视的不适当,天然地不利于劳动法律的实施,那么,它所承载的立法预期即会落空或

^① 张五常:《灾难的先兆——三论新〈劳动法〉》,参见 <http://bbs.hefei.cc/viewthread.php?tid=1717442>,2009年8月10日访问。

^② 李强:《驳“〈劳动合同法〉的执行损害工人利益”的谬论》,参见 <http://j.peopledaily.com.cn/weekly/20090305/cnew5-1.html>,2009年8月11日访问。

减低。

总之,继《劳动法》堪忧的实施状况之后,令人众望所归的《劳动合同法》,历经几年的实践及2012年末对《劳动合同法》的修订,已充分表明了我国劳动法治的困境并未如预期那样得以解除,而且这种困境将持续下去,即使《劳动合同法》修订,对此也不能有丝毫的改变,甚或有法律“无奈”、捉襟见肘之感。由此,规制与实施仍是我们要努力的方向。不止如此,《劳动合同法》所历经的这些风波亦反映出以下值得引以关注的问题:

第一,学科划分使劳动法律研究的理性不足。这些经济学者无非是在极力主张没有干预的劳资之间的契约自由,认为市场自由更好,更有利于弱者收入状况的改善。法律学者们对此回应的不多也不够有力,更多是百姓直感上的回应。对《劳动合同法》虽也认为有不足,但仍持基本肯定态度的法学学者,没有真正与经济学者就此展开对话。如果两学科之间能够真正的对话,那么就意味着将劳动契约问题或曰劳资雇佣关系问题的研究推向一个趋近整体的视角,从不同学科视点出发,并彼此融合,因而就会愈辩愈明,找到解决问题的更好方案,减少学科分际的片面之苦。《劳动合同法》颁布之后,企业的规避行为,除了是资方自利性的缘故以外,它也不只是法本身的缘故,还有舆论、学者的导向不当的原因。经济学者的视角通常是交易费用大小、经济发展与否等,因此他们关注的自然是直接承载这一使命的公司企业,关注公司、企业发展的动力机制——利益是否受阻。经济学者的这种唯经济发展导向亦是企业在《劳动合同法》颁行之时叫苦不迭的一个诱因。法学学者更直接地看待劳动法律问题的视角是公平、正义,是对弱者的同情与保护,带有更浓厚的伦理色彩,他们自始强调《劳动合同法》是保护劳动者利益的。两学科学者的行为虽然本质上没有错,即经济要发展,民生也要关注,但由于他们各偏执于自己一方独自的立场,他们的知识、视野仅囿于各自的领域,结果不会利于劳资关系最佳处理方案的找寻与实现。《劳动合同法》确是为保护劳方利益而立,但客观上,如果不兼顾、保护资方的利益,那么,劳方利益的保护是无法实现的。然而,是否及如何兼顾,并使其达致“中庸”或“适度”,则会因人之理性的局限而具有或然性,产生人之理性局限的一个重要原因就是相关知识结构的不合理或缺乏,因而,必致视野局限之下的法律研究及践行偏离事物的内在规律性,那么,“中庸”或曰“适度”即为不可能。因学科划分极其精细化、专业化、职业化,学者在对其本领域精深的同时,其知识的广博性亦愈发地远离他,其弊害正如业务精湛的专科医生会因对非本专科领域

医学知识与业务能力的欠缺而不能找寻到疑难病情的综合治疗方案甚或贻误病情,以致危及生命。法律的理论研究及立法亦是如此,作为社会法的劳动法律具有较其他法律更为强烈的社会关联属性,使学科划分之下的人工理性局限之弊害更加突出。譬如,经济学者之所以夸大《劳动合同法》的副作用,原因之一就是他们不了解或不很了解我国劳动立法与执法状况。《劳动合同法》的许多内容并不是新的,而是对1994年公布并施行的《劳动法》的重申,而且他们对于一项同样立法在不同国度、不同时期的施行是有折扣的现实并不知晓。同样,对于某些制度设计是否会造成雇主减少从而引发“搬起石头砸自己的脚”的后果,法学学者往往疏于考虑或无力考虑。学科划分的有害性在经济学和法学两个学科上表现甚为明显^①,但并非不可克服。在强调学科纵深发展的同时,也要兼顾其横向发展性,这样才会利于为问题研究与解决提供正确的指导。

总之,适度或得当的劳动关系法律处理方案,非源于某一学科的供给,而应是研究者集各学科之力的产物,这即为劳动法律研究模式与方法提出了更高的要求,法哲学、法社会学等抽象与具体的、本质的与非本质的研究路径必须被适用。

第二,自由、契约自由、劳动契约自由主宰着劳动法治的命运。质疑《劳动合同法》的实质是对无干预自由的倾赖,即适者生存,劣者淘汰,这是社会达尔文主义意义上的自由。这种没有干预的自由不仅不符合我国关注民生的政策导向,而且也不符合世界发展趋势。世界发展历史已表明,极端的自由与极端的干预虽然在特定时期有积极的、有效的作用,但如果不适时调整,待到一定程度就会产生巨大的破坏力甚至是难以弥合的。在西方,自由放任主义与凯恩斯干预主义的成功与失败,以及在东方,计划经济体制的失败,意味着过度的自由与过度的干预都是危险的。这是因为具有权利属性的自由易使人放任以致无理性,具有权力属性的限制或干预同样易于将人引向歧途,“权利易使人腐化,绝对权力绝对使人腐化。”^②人们因此在行动上不自觉地寻求一种中间或曰适中的道路,那就是自由与干预如何结合才为适度的探索之路。

劳资关系的建立是依劳动契约而进行的,劳动契约因此成为劳资关系的

^① [英]弗里德里希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),邓正来、张守东、李静冰译,中国大百科全书出版社2000年版,第7页。

^② 此是英国历史学家阿克顿爵士所言。参见[英]安东尼·德·雅赛:《重申自由主义》,陈茅、徐力源、刘春瑞等译,中国社会科学出版社1997年版,第1页。

核心,而劳动契约在现代以前则是以契约自由为产生的依据,尔今,则是依干预之下的契约自由而产生的。因此,可以说,劳资关系的问题就是劳动契约问题,劳动契约问题解决适当与否,就是契约自由干预适度与否的问题。而这一问题在我国尤显重要,因为我国目前的劳资关系总体上是以个别劳动契约构建的,集体劳动契约基本未发挥作用。

既然劳动契约自由要以劳动者生存为导向,那么该自由必然要接受干预,干预的限度也就是如何保有适度的契约自由,虽然确定一个具体的、永恒的度量劳动契约自由限度的标准是困难的,而且也是不客观的,但是,确立一个观念框架还是客观可行的,在此框架内,斟酌各国、各时期、各领域的不同情势,充分发挥人的创造性潜能,总会有益于产生体现适度自由的规范。

然而,在契约死亡、契约衰落的一片哀叹声中,虽因“契约法教授还活着的缘故”(此是日本学者内田贵在其《契约再生》一文中谈及契约法学复兴原因时所提到的一位学者的幽默语)而又带来了契约法学复兴的景象,然而,这仍难以荡涤人们心中对“契约还有合意吗?契约还有自由吗?”诸如此类问题的疑惑,并且由于契约再生根据的理论——关系契约理论——的阐述,使人们对契约自由的存在、存在价值、存在依据等更加不确信。作为因其自由受到较一般民事契约更多限制而有些另类的劳动契约,其契约自由似乎真的死掉,似是无可争辩的。劳动契约自由在劳动法律理论研究中由此被边缘化,这是因为人们被契约与契约自由的现状与“之死”理论所迷惑,因为人们未能洞悉劳动关系发展的历史即是一个契约自由发展历史的真谛,即从无到有直至放任,从放任到限缩直至使其“奄奄一息”,人们由此即认为契约自由的世界已终结,而没有洞察到劳动关系及其法律规制的历史即是一个劳动契约自由适度找寻的历史,它不会消失,也不能放纵地存在,我们仍需要契约自由,只是它得是我们的社会所需要的。又因为作为劳动法核心内容的劳动契约,其法律社会化的主要着眼点在于对劳动契约自由的限制,换句话说,劳动契约自由是劳动契约及其制度的精髓与灵魂,它统领着劳动契约制度的方向,关于劳动契约各项问题的争论均可还原为劳动契约自由问题,因而可以说,劳动契约制度就是劳动契约自由制度,而且亦可以说,劳动契约自由制度亦是劳动法律制度,因为劳动法律规制即是对劳、资双方权利、义务的规定,换言之,即是通过劳、资双方劳动契约自由的限制而加以规定。将劳动契约以至于劳动法律问题归结为劳动契约自由问题,可克服仅囿于劳动关系具体问题研究时所出现的各说各话、不仅谁也说服不了谁而且也难以自我说服的

境况,从而认为劳动契约自由是劳动契约相关问题研究的起点与终点,并贯穿于劳动契约研究的始终。那么,我们的劳动法律规制就是使其规制的劳动契约自由因应并促进社会发展的需要,即劳动契约自由规制适度。

由此可以认为,引致劳动法律实施如此境遇的根由在于劳动契约自由的境况,具体而言:一是劳动契约自由规制不适度,因此未能使人们对其普遍遵守;二是劳动契约自由规制中未能将实施纳入考量;三是作为结果的、静态意义上的劳动契约自由规制的实施环节失控,劳动契约自由规制就因此没有了意义;四是劳动契约自由研究视角的丢弃;五是劳动契约自由研究中“中庸”理念的缺乏。此即是作者所要努力尝试改变的。

目 录 | Contents

第一章 劳动契约自由存在的根据 / 1

- 1 第一节 自由与强制
- 8 第二节 契约自由与契约之死
- 20 第三节 劳动契约自由存在的强制根据
- 28 第四节 劳动契约自由存在的一般根据

第二章 劳动契约自由规制适度的一般判定 / 41

- 41 第一节 规制与劳动契约自由
- 54 第二节 劳动契约自由规制理念的考察
- 63 第三节 劳动契约自由规制内容的考察

第三章 劳动契约自由规制的目标 / 71

- 71 第一节 劳动契约自由规制的目标与社会正义
- 88 第二节 劳动契约自由规制的目标与社会本位观

第四章 劳动契约自由规制对私法的依赖性 / 110

- 110 第一节 劳动契约与民事契约的关联性
- 120 第二节 契约自由限度对民事契约与劳动契约关联性的影响
- 127 第三节 劳动契约自由规制适度的私法依赖

第五章 实施视角下我国劳动契约自由的法律规制 / 143

- 143 第一节 我国劳动契约自由法律规制现状的突破口:实施
- 167 第二节 就业视域中的劳动契约自由法律规制
- 184 第三节 经济视域中的劳动契约自由规制
- 193 第四节 诚信视域中的劳动契约自由法律规制

第六章 我国劳动契约自由法律规制的实施绩效 / 205

- 205 第一节 我国劳动契约自由法律规制的实施绩效现状及其产生原因
- 225 第二节 我国劳动契约自由法律规制实施绩效提高的路径
- 235 第三节 我国劳动契约自由法律规制实施绩效提高的精神动因

参考文献 / 250

第一章 劳动契约自由存在的根据

第一节 自由与强制

从世界各国的经济政策、立法的发展历史,我们可以观察到:尽管其千变万化,但它们实际上都是围绕“自由”这一主线展开的。就新中国成立后直至现今,经济政策相继经历了计划经济、有计划的商品经济、计划与市场相结合以及社会主义市场经济一系列发展阶段,实际上是由不自由到不同自由程度之经济政策的发展历程,同时,自由的这种主导性也反映在法律发展中。遗憾的是,我国始终未能理性地将自由的思考贯穿到个人与社会关系或政治、经济、法律问题的对待之中,更谈不上符合时代精神与我国实际的自由观念的形成。这种现状无益于在国际上进行有效对话,进而也使我国法学理论与实践偏离其正确方向。我国《劳动合同法》出台后的一系列风波,其核心就是一个劳动契约自由干预度的问题。

自由限度研究的开端即是自由的内涵,对于自由所包含的丰富歧义,阿玛蒂亚·森引用威廉·科伯(William Cowpor)的话语来说明:“自由之风情,展千种妩媚,而奴隶却欣欣然局于幽昧”^①。因此,无论如何是不可能发掘出一种可以包罗万象的、确定的并极具说服力地将众多歧义纷繁的自由定义统合起来的方法或定义。由自由的发展历史可以看出,没有超越时代的永恒不变的自由定义,它没有既定的图式可供遵循,它情随境移,随遇而安。可以说自古迄今,无论自由放任主义者,还是保守主义者,无论是消极自由主张者,还是积极自由以及其他对自由有各种理解的人,他们对自由有一种共识:自由是受约束的或曰强制的,所分歧的是自由的范围,即约束限度上的不同。正如米尔顿·弗里德曼所言:“我移动我的拳头的自由,必须受到你的下巴接近程度的限制。”^②譬如:基督教自由是对上帝意志的服从;世俗自由是对法的服从;自然自由则是一种仅服从自己意志的自由,据此,各个体追求各自置其他于不顾的自由的自由的结果,即是终将使全体走向灾难以致毁灭的深渊,自

① [印]阿玛蒂亚·森:《理性与自由》,李风华译,中国人民大学出版社2006年版,第7页。

② [美]米尔顿·弗里德曼:《资本主义与自由》,张瑞玉译,商务印书馆2007年版,第27页。