

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*
(第四卷)

主编 林 嘉

 中国人民大学出版社

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 吴 怀 贾俊玲

社会法评论

(第四卷)

主 编 林 嘉
副主编 黎建飞

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

社会法评论 (第四卷) / 林嘉主编.
北京: 中国人民大学出版社, 2009
ISBN 978-7-300-11559-7

- I. ①社…
- II. ①林…
- III. ①社会法学-文集
- IV. ①D90-052

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 224450 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 (第四卷)

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 北京山润国际印务有限公司

规 格 170 mm×240 mm 16 开本

版 次 2010 年 1 月第 1 版

印 张 24.25

印 次 2010 年 1 月第 1 次印刷

字 数 429 000

定 价 55.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

卷首语

岁值寒冬，我国的社会立法和社会法学研究却仍是暖流涌动。劳动立法的余热未尽，社会保险立法的热潮又来。虽然全球性的金融危机使人感受到阵阵寒意，但危机促使国家和社会更加重视社会保险立法。严冬过后总是春，社会保险立法亦将迎来生机盎然的春天。

在过去的一年里，我国的社会立法继续得到了立法机关的高度重视和社会各界的密切关注。全国人大常委会经对《社会保险法（草案）》第二次审议后，于2008年12月28日全文公布草案向社会广泛征求意见。截至2009年2月15日，全国人大常委会法制工作委员会共收到各地人民群众意见70501件，显示出民众对社会保险立法之关切。国务院法制办公室亦于2009年7月24日将《国务院关于修改〈工伤保险条例〉的决定（征求意见稿）》全文公布征求社会各界意见，亦引起了社会的重大反响。我国的社会立法继2007年劳动立法年之后，将于2010年迎来社会保险立法年。因此，本期在继续关注劳动法学的同时，专门开辟社会保险法学专栏，以推动学术界对社会保险法基础理论和社会保险法具体制度的深入研究。

本卷《社会法评论》共分为“劳动法学”、“社会保险法学”、“域外法研究”等三个栏目，共收录了十八篇文章。

“劳动法学”共收录了七篇文章。李海明博士和郑尚元教授的《寻找被认可的劳动法——评〈中华人民共和国劳动合同法〉》一文以企业用工为主线，以三个标志性法律文件为核心，对我国改革开放30年之劳动法制进行了简要回顾，在此基础上切入《劳动合同法》出台前后的是非争议，梳理出对《劳动合同法》的评价，寻找出劳动法被认可的路径，认为《劳动合同法》将引领劳动法律步入实践。白庆兰博士在《美国白领雇员豁免规则沿革及对我国立法的启示》一文中认为美国白领雇员豁免规则的立法变动充分展现了立法者引导或适应市场经济结构变化的意图，也积极回应了司法实践的异议，这些立法修订细节对国内相关立法的定位和内容设计有着很好的借鉴意义。田思路教授的《“派遣”与“外包”转换的轨迹——日本制造业直面“2009年问题”》一文，指出日本一些企业特别是制造业为了规避法律而将“派遣”转变为“外包”，造成劳动者保护的困难和缺失，在金融危机的背景下明晰日本从“派遣”向“外包”转换的轨迹和法律对策，对我国刚刚起步的服务外包业的

劳动者的权益保障具有重要的借鉴意义。王立明教授在《试析职工带薪年假制度的法律规制》一文从带薪年假休假权利的法律性质、实体规范和程序规范等方面对我国的带薪年假制度进行评析,通过与国外相应制度比较,揭示了劳动者休假权的社会公共福利权利属性,指出了我国现行规定存在的问题并提出完善意见。田野博士的《论非典型劳动关系》一文就非典型劳动关系的界定、对现行劳动法的挑战以及相应法律调整问题进行了详细的分析,指出非典型劳动关系的产生带来了劳动法管制放松、契约性增强以及劳动力进一步商品化等新问题,对非典型劳动关系的法律规制应当平衡灵活性与安定性,在将其纳入统一体制的同时进行类型化调整。钱叶芳副教授的《劳资关系的温州模式:演化、危机与对策》一文以温州劳资关系演变的历史为主线,渐次分析了瓯越文化主导下的劳资关系的特点、效率为先的无为治理模式对劳动关系的影响,指出目前温州经济所面临的危机与《劳动合同法》并无实质关系,相反,如果温州再不重视劳动法、不建立、健全和谐劳资关系的协调机制的话,温州经济将面临危机。谢棋楠教授的《从美国民权法反性别就业歧视看中国〈劳动合同法〉制定后之反性别就业歧视》一文首先介绍了美国民权法中反性别就业歧视的立法和施行情况,然后对照中国《劳动合同法》制定后之整体反性别就业歧视制度比较两者的异同,最后提出中国法院应积极累积相关争议案例,研究出认定歧视的标准,在此过程中美国经验值得借鉴。

“社会保险法学”栏目共收录了六篇文章。方乐华教授的《论社会保险立法的本位》在指出各国社会保险制度发展存在的瓶颈后反思社会保险立法的本位问题,提出以公民为中心的立法本位思想,明确了社会保险法的社会法属性,通过分析和强调社会保险契约的民事法律性质,主张将我国过去以政府为中心的立法本位修正为以公民为中心的立法本位。林海权博士的《社会保险法律关系的理论分析》认为社会保险法律关系的重要目的和意义即在于构建更为合理的社会保险法律规范体系,其对社会保险法律关系的性质、分类、结构、要素等基础性问题进行了细致的分析,建构了社会保险法律关系的一般理论。董文勇博士的《我国社会医疗保险制度适用的界域》认为我国多种并存的医疗保险类型决定了制度适用的复杂性,基本医疗保险、新型农村合作医疗的适用需打破身份、职业和居住区域的限制,同时我国医保制度还应当能够适应被保险人职业变动,使不同具体制度间能够相互衔接。李哲博士的《基本养老保险基金内部监管法律机制研究》在分析借鉴其他国家基本养老保险基金内部监管法律机制的基础上,分析了完善我国养老保险基金监管法律制度的途径,这对保障基本养老保险基金的运营安全和保值增值均

具有重要意义。赵廉慧博士的《工伤保险制度强制性问题研究》尝试以社会法和民法的理论对工伤保险制度的运作机制进行分析,从社会权角度对劳动者在工伤保险关系中权利的性质进行了探讨,并提出改进工伤保险制度的初步建议。于欣华博士的《农民工工伤认定问题分析》从农民工工伤认定中存在的问题出发,多角度揭示农民工工伤认定中的困境,并结合《国务院关于修改〈工伤保险条例〉的决定(征求意见稿)》提出相应的完善建议。

“域外法研究”栏目共收录了五篇文章。德国 Volker Neumann 教授著、娄宇翻译的《社会国原则和基本权利教义学》对社会国原则与宪法上基本权利的关联进行深入分析,指出社会国原则从基本权利教义学中获得了较为清晰的轮廓,该文具有很高的引证率,是一篇关于宪法学和社会法学的经典之作。法国 Otmar Seul 教授和 Peter Jansen 教授著、范围博士翻译的《欧洲的产业民主:扩大的欧盟中公司决策雇员参与的规则与实践》分析了在经济、社会和政治压力之下,西欧公司决策民主化过程中的雇员参与制度的规则和实践,并对欧盟成员国中企业层级的知情权和咨询权进行了详细介绍。德国 Heinz-Dietrich Steinmeyer 教授著、吴文芳翻译的《人口发展与社会福利国的未来》研究了德国社会保险法上的一个关键问题,即在德国人口老龄化等社会问题凸显的情况下,德国社会保险制度出现了哪些问题,法律对此有什么应对措施。德国 Rüdiger Krause 教授著、吴文芳翻译的《管制与放松管制——德国劳动法在全球化金融危机背景下的变革》以当下的全球化金融危机为背景,以管制与放松管制为主线,描述了德国劳动法近年来的主要变革,对于同样面临全球化金融危机压力的中国劳动法也具有重要的借鉴意义。林佳和教授的《德国劳动法制之最新发展趋势:2000—2007》一文介绍了德国劳动法制 2000 年至 2007 年的各项发展,指出德国劳动法制的两大发展趋势是“劳动法回归私法体系”与“劳动关系去管制”,这种貌似与我国相反的劳动法发展趋势,值得我们研究和深思。

《社会法评论》第四卷即将付梓之际,又闻全国人大常委会委员长会议决定于 2009 年 12 月 22 日至 26 日在北京举行十一届全国人大常委会第十二次会议,届时将第三次审议《社会保险法(草案)》。我国正努力进行法治国家建设,社会立法进程中的每一步,都伴随着社会法学研究的不断发展和逐步繁荣,而《社会法评论》则是这一历史进程的忠实见证。

林 嘉

2009 年 12 月

目 录

[劳动法 学]

寻找被认可的劳动法

- 评《中华人民共和国劳动合同法》…………… 李海明 郑尚元 (1)
- 美国白领雇员豁免规则沿革及对我国立法的启示…………… 白庆兰 (31)
- “派遣”与“外包”转换的轨迹
- 日本制造业直面“2009 年问题”…………… 田思路 (47)
- 试析职工带薪年假制度的法律规制…………… 王立明 (57)
- 论非典型劳动关系…………… 田 野 (66)
- 劳资关系的温州模式：演化、危机与对策…………… 钱叶芳 (91)
- 从美国民权法反性别就业歧视看中国《劳动合同法》
- 制定后之反性别就业歧视…………… 谢棋楠 (112)

[社会保 险法 学]

- 论社会保险立法的本位…………… 方乐华 (139)
- 社会保险法律关系的理论分析…………… 林海权 (158)
- 我国社会医疗保险制度适用的界域…………… 董文勇 (192)
- 基本养老保险基金内部监管法律机制研究…………… 李 哲 (213)
- 工伤保险制度强制性问题研究…………… 赵廉慧 (251)
- 农民工工伤认定问题分析…………… 于欣华 (263)

[域外法 学]

社会国原则和基本权利教义学

- …………… [德] V. 诺依曼 (Volker Neumann) 著 娄 宇译 (277)
- 欧洲的产业民主：扩大的欧盟中公司决策雇员参与的规则与实践
- …………… [法] Otmar Seul Peter Jansen 著 范 国译 (295)

人口发展与社会福利国的未来

..... [德] Heinz-Dietrich Steinmeyer 著 吴文芳译 (314)

管制与放松管制

——德国劳动法在全球化金融危机背景下的变革

..... [德] Rüdiger Krause 著 吴文芳译 (324)

德国劳动法制之最新发展趋势：2000—2007 林佳和 (338)

CONTENTS

[Labor Law Study]

Finding the Accepted Labor Law

—A Comment on the Labor Contract Law of the People's Republic of China

Li Haiming & Zheng Shangyuan (1)

The Amendment of FLSA White Collar

Exemptions and China's Counterpart Legislation **Bai Qinglan** (31)

The Orbit of the Conversion from "Dispatch" to "Outsourcing"

Tian Silu (47)

On Legal Regulation Concerning the Paid

Annual Leave for Employees in China **Wang Liming** (57)

On the Atypical Labor Relations

Tian Ye (66)

Wenzhou Model of Industrial Relations:

Evolution, Crisis and Solutions **Qian Yefang** (91)

The Anti-Sex Discrimination in Employment after the Implementation of

Labor Contract Law of the People's Republic of China:

From the View of American Civil Rights Act **Xie Qi'nan** (112)

[Social Insurance Law Study]

On the Orientation of the Social Insurance Legislation **Fang Lehua** (139)

The General Theory of the Legal Relationship of Social Insurance

Lin Haiquan (158)

The Application Boundary of Chinese Social Medical Insurance System

Dong Wenyong (192)

Research on the Internal Control Legal

Mechanism of the Basic Pension Fund **Li Zhe** (213)

Research on the Mandatory of Work Injury Insurance System

Zhao Lianhui (251)

An Analysis of the Ascertainment of Migrant Workers' Industrial Injury

Yu Xinhua (263)

[Foreign Law Study]

Sozialstaatsprinzip and *Grundrechtsdogmatik*

[Germany] Volker Neumann Translated by **Lou Yu** (277)

Industrial Democracy in Europe: Law and Practice of Employee Participation
in Decision Making in Companies of the Enlarged European Union

[France] Otmar Seul & Peter Jansen Translated by **Fan Wei** (295)

Demographic Development and the Future of Social Welfare State

[Germany] Heinz-Dietrich Steinmeyer Translated by **Wu Wenfang** (314)

Regulation and Deregulation

—German Labor Law Reform in the Context of the Global Financial Crisis

[Germany] Rüdiger Krause Translated by **Wu Wenfang** (324)

The Development Trends of German Labor Law System **Lin Jiahe** (338)

劳动法

寻找被认可的劳动法

——评《中华人民共和国合同法》

李海明* 郑尚元**

在劳动纠纷危及社会秩序的时候，在行政部门频颁相关政令的时候，劳动法却处在法学理论的边缘、法律实务的虚弱之地。所谓边缘，主要表现是研究者寥寥、学习者无几、问津者无趣；所谓虚弱，主要是法理支撑无力、法律信仰薄弱、法律运行空转。换言之，我们面对的劳动法是不被认可的劳动法。与域外劳动法学相比，与我国其他部门法相比，我国劳动法学积弱已久，《劳动合同法》备受争议也在意料之中，对《劳动合同法》的是非争议在某种程度上成为劳动法不被认可的延续。

研析不被认可的法律的首要使命便是寻找其被认可的路径。寻找被认可的劳动法既是劳动法的一个基本命题，也是劳动法思维的一个基本出发点。笔者沿着劳动法被认可的路径来分析关涉《劳动合同法》的一些问题，希望在评析《劳动合同法》这个问题上能够坦释笔者的良苦用心，也能够不失学理与公心。

一、改革开放三十年之劳动法制回顾

一个国家法律体系的构建不是一蹴而就的事情，法律自身的演绎和发展是社会变迁与发展的组成部分，法律体系因应社会变化而变化。我国社会曾经经历了新中国成立后尤其是“文化大革命”期间法制建设荒废的十年，虽然我国民国时期的劳动法制建设已经卓有成效，但是我国劳动法制建设的起点却不是民国时期；虽然新中国之后的二三十年已经形成了一整套的用人体制，但是我国劳动法制建设的起点也不是新中国成立，我国劳动法制构建应

* 中国政法大学民商经济法学院博士研究生。

** 中国政法大学民商经济法学院教授，博士生导师。

该以改革开放为起点。由于我国改革开放是以经济建设为中心而展开的,以“效率优先,兼顾公平”为导向的改革开放使得我国的劳动法制建设多年来以辅助企业改革而存在,故而回顾劳动法制建设则应从用工制度改革说起,特别是从企业的用工改革说起。以下以企业用工为主线,以三个标志性法律文件为核心,对我国改革开放三十年之劳动法制进行简要回顾。

(一) 改革开放后劳动合同法制的起步——兼论《国营企业实行劳动合同制暂行规定》

也许得益于战时高效的行政体制,也许得益于经济恢复对劳动力的特殊需求,新中国很快建立起了劳动力的统配制度,这种统配制度以农民、工人和干部的身份区分为基础,以三者之间极少的流动为特征,对全国的劳动力实行有计划的统一调配。从这个意义上讲,在用工制度上是以劳动者与国家之间的契约为基础的,对于劳动者,无所谓失业,在这一点上,农民与工人没有差别,农民挣得工分,工人获得工资。“劳动工作的重点由经济恢复时期的调整劳资关系和救济失业工人,转向国营企业工资管理、劳动力调配、技工培训和劳动保护方面。劳动部作为国家劳动工作的统一管理机构,在就业、劳动力调配、劳动定员和定额、技工培训、招工、子女顶替、安置复员转业军人、临时工和亦工亦农就业制度、订立劳动合同、处理多余职工、计划外用工、职工离职和辞退、劳改犯刑满释放后就业等方面,制定一系列政策、规定和具体措施,构成了我国高度统一的劳动就业制度的基本内容。这些基本内容,在以后的二十多年时间里,有的直至今天,除了在形式和内容有些不同程度的变化外,基本上被沿袭了下来。”^①由此看,这样一种对今天劳动法制有着深刻影响的用工制度,在当时成为政府对国营企业管理的重要组成部分,不依赖于法律制度,依靠行政命令和领导指示实现用工形式和内容的丰富与充实。但是,用工形式并没有随着现实的需求而多样化,“文化大革命”期间,“固定工制度更加强化,甚至出现集体所有制向全民所有制升级之动作,国营职工身份愈加强化”^②。

也许我们很难找到一个纯粹的固定工制度的历史断面,但是我们在分析我国劳动法制建设的起点时,以一个较纯粹的固定工制度为基本的前提性假设是没问题的,我们可以称之为统配劳动制度。统配劳动制度是我国在计划经济体制下形成的一整套用工制度,它不是法制制度,与我国现在的劳动法律制度也极少有顺承关系。但是,我国的改革开放极少直接推倒旧有的利益格局从零重来,原来形成的统配劳动制度并不能顷刻间消逝。劳动法制建设,

① 刘艾玉:《劳动社会学教程》,345页,北京,北京大学出版社,1999。

② 郑尚元:《劳动合同法的制度与理念》,81页,北京,中国政法大学出版社,2008。

特别是劳动力市场化改革及法制化过程,不仅保留和承认了历史遗留问题,以谨慎的态度容忍了诸多旧有的利益格局,而且在制度内容、法律技术等方面均受到了统配劳动制度体系的影响。这注定了我国劳动法制历史的复杂性。

在统配劳动制度基础上进行的用工制度改革是我国劳动法制建设的起点。统配劳动制度的缺点不必赘述,我们可以从以下几个方面来直接分析统配劳动制度是如何被多元的改革开放反侵蚀的:

其一,农村的家庭承包责任制改革与农民^①外出务工问题。我国的改革是从农村开始的,1978年安徽凤阳农村一个大胆之举成为我国改革的标志性事件,公认的定论是“农村大包干是新时期中国农民在农村改革中创造的家庭承包经营的主要形式。它是首先从安徽农村出现而后逐渐在全国推广开来的”^②。之前,在我国的农村经济体制中,农民与集体经济组织之间的劳动模式在向工人与工厂之间的劳动模式看齐,就劳动形式来看,农民与工人均是劳动者。然而,家庭承包责任制改革实现了家庭经济的回归,农民之劳动不再通过集体劳动的形式向产业劳动模式靠拢。应当说,与农民相关的家庭承包责任制改革不是用工制度改革,但是却是统配劳动制度瓦解的组成部分,从此农民之劳动与工人之劳动不再具有类比意义。之后,农民进城务工,被称为农民工。农民工是我国劳动法上一个亟待关注的群体,然而其法理又极其脆弱。笔者以为,如果雇佣(交易)劳动成为社会个体谋生的最基本的劳动形式,那么农民从挣“工分”到自耕,再到外出“打工”的变迁是我国社会必经的历史,也必然应该在劳动法上落下深深的一笔。

其二,城市就业问题与“三结合”就业政策。“改革开放前期(此处主要指1978年~1982年的五年中),传统的计划性制度安排与不断产生和膨胀的劳动力就业市场化需求之间的体制性矛盾引发了中国城镇就业制度的初始性局部变革。在当时社会政治经济体制尚未发生明显变化的情况下,计划经济时代的传统就业模式依然发挥主要作用,但其自身的局限性和弊端与当时城市就业安置需求之间的矛盾冲突日益显著。”^③应当说,当时城市就业问题已经无法在旧有的统配劳动体制下得以解决。另外,以1978年党的十一届三中全会为标志,全党工作重点转移到社会主义现代化建设上来。两相结合促成

① 农民,似乎是一个与劳动法制建设的起点无关的群体,但是在统配劳动制度下,农民劳动也纳入统配劳动的计划中,这里叙述统配农民劳动制度的解体,一方面在于展示统配劳动制度作为整体的解体之象,另一方面也展示我国劳动者群体多元化的历史背景,笔者感觉,与农民工有关的劳动法理实际上是我国劳动法制建设的另一个路径,只是其中的逻辑还有待阐明。

② 魏宏运:《国史纪事本末(1949—1999)第六卷改革开放时期(上)》,217页,沈阳,辽宁人民出版社,2003。

③ 苏树厚等:《新中国劳动制度发展与创新研究》,184页,济南,山东人民出版社,2006。

了“三结合”就业政策的出台。1980年8月,中共中央召开全国劳动就业工作会议,提出了“三结合”就业方针,即劳动部门介绍就业、自愿组织起来就业和自谋职业相结合的方针。1981年10月,中共中央和国务院颁布了《关于广开门路,搞活经济,解决城镇就业问题的若干决定》,肯定了“三结合”的就业政策。从社会效果看,“三结合”的就业政策有效地解决了当时的就业问题;从体制改革看,“三结合”突破了城镇的统配劳动体制,开了城镇劳动政策变革的先河。另外,自愿组织起来就业和自谋职业所引发的城市集体经济和个体经济的大量出现为我国经济多元化提供了基础,从这一点来看,城市就业者与农村就业者具有可比较之处,即均在统配劳动制度中跳出来实现了自己的责任(就业),均在公法契约中跳出来创造了私法契约。

其三,国企改革与《国营企业实行劳动合同制暂行规定》。国企改革一直是我国经济体制改革的核心,改革开放以来的诸多法律法规以及政策均是围绕国企而展开的。国企改革最初要解决的问题是国企的活力问题,从开始的放权让利,到后来的承包责任制,无不是以国企的活力为目的。国企缺乏活力的突出表现是用人问题,但是国企的用人制度改革却始终没有成为国企改革的主角,尽管国企改革经历多番周折而走向现代企业制度改革,其核心却是股份制改革,这充分说明了国企用工制度改革的特殊性和谨慎性。应当说,直到今天,国企用人制度还保留了诸多统配劳动时代所形成的做法,但是前后之间的质却是不同的,一个是无法之治,一个是法律之治。

《国营企业实行劳动合同制暂行规定》正是国企用工制度改革的重要起点性法律文件,是国营企业合同制用工的试验及法制化的成果。“最早的劳动合同制试点在1980年的上海开始实施”^①,之后劳动人事部于1983年下达《关于积极实行劳动合同制的通知》,随着劳动合同制改革的深入,国务院在1986年7月12日同时发布了关于劳动制度改革的四个规定:《国营企业实行劳动合同制暂行规定》、《国营企业招用工人暂行规定》、《国营企业辞退违纪职工暂行规定》和《国营企业职工待业保险暂行规定》,简称“劳动合同制度改革‘四项暂行规定’”,自1986年10月1日起开始实施。关于《国营企业实行劳动合同制暂行规定》,有如下几点值得圈点:

1. 国营企业实行劳动合同制是国企改革的组成部分。早在1978年4月,邓小平在全国教育工作会议上指出:“今后,不仅大中学校招生要德智体全面考核,择优录取,而且各部门招用工人也要逐步实行德智体全面考核的办法,择优尽先录用。”^② 据此,结合企业的扩权改革,招工制度开始改革,在1983

① 苏树厚等:《新中国劳动制度发展与创新研究》,201页,济南,山东人民出版社,2006。

② 《邓小平文选》,2版,第2卷,106页,北京,人民出版社,1994。

年2月劳动人事部颁布的《关于招工考核择优录用的暂行规定》的基础上,国务院的劳动合同制度改革“四项暂行规定”的出台也顺理成章。这从《国营企业实行劳动合同制暂行规定》第1条关于立法宗旨的规定也可以看出来,其中的关键词是“搞活企业活力”。在同一天就同一项制度出台四项行政法规,这未免让人感觉仓促,也使人质疑制度的理性,而当我们把用工制度改革作为国企改革的辅助来看时,采取“一揽子”之道就可以理解了。

2. 国营企业实行劳动合同制是以不触动原有固定工制度为前提的。固定工制度,是指凡是经国家各级劳动人事部门正式分配、安排和批准招收录用,在全民所有制或城镇集体所有制单位中工作的劳动者便成为固定职工。企业一般无权辞退此种固定职工,因此其岗位被称为“铁饭碗”。实行劳动合同制后对原有的固定工不触动,实行了“新人新制度,老人老制度”的制度安排,故而出现了固定工与合同工并存的双轨制,并深刻影响了我国的劳动法律制度。另外,根据《国营企业实行劳动合同制暂行规定》,企业招用合同制工人,接受劳动行政部门的指导,向当地劳动行政主管部门办理录用手续,在形式上沿袭了统配劳动制度程序上的诸多形式,这对我国劳动制度双轨制的长期纠缠产生了巨大的影响。至今,在大学生“就业分配”工作中仍然保留了此种前制度痕迹。

3. 《国营企业实行劳动合同制暂行规定》奠定了我国劳动合同法的框架。《国营企业实行劳动合同制暂行规定》包括7章36条,分总则,招收录用,劳动合同的订立、变更、终止和解除,在职和待业期间的待遇,退休养老期间的待遇,组织管理和附则。这些规定涉及劳动合同制度及相关制度的诸多内容,对后来的《劳动法》和《劳动合同法》都有影响。例如,为什么坚持书面劳动合同制度,答案就在这里,因为《国营企业实行劳动合同制暂行规定》第2条规定:“企业在国家劳动工资计划指标内招用常年性工作岗位上的工人,除国家另有特别规定者外,统一实行劳动合同制。用工形式,由企业根据生产、工作的特点和需要确定,可以招用五年以上的长期工、一年至五年的短期工和定期轮换工。不论采取哪一种用工形式,都应当按照本规定签订劳动合同。企业招用一年以内的临时工、季节工,也应当签订劳动合同。”由此可以看到较早的法律文件对书面劳动合同的强调。另外,从这一条也可以看出我国固定期限劳动合同滥用的制度起点。

由上分析可以看出,以统配劳动制度为基础的用工制度改革是伴随着我国的改革开放而逐步展开的,并反侵蚀了原有的统配劳动制度,并逐步形成了市场劳动制度,或者交易劳动制度,其最核心的思想是打破铁饭碗,以合同为纽带,以交易为特征,使人力资源得以开发。然而,在国企用工制度改革

革的初期,实行劳动合同制作为国企改革的组成部分在实质上“动了无数人的奶酪”,而实际上政策主导的改革使得这场改革具有渐进性,早期的国企合同制工人具有向固定工靠拢的色彩,国企中的合同制工人与固定工之间的差别并没有因本质属性不同而表现出应有的差距,国企中的合同制工人与私企中的合同制工人在职业稳定上仍然有天壤之别。在稍后的劳动法制改革中,国企中的合同制工人与固定工的界限消失,国企劳动者作为整体与私企劳动者之间的差距仍然在职业稳定中成为重要的公众认可点。

(二)《劳动法》与劳动法制——兼论全员劳动合同制

《劳动法》于1994年7月5日颁布,自1995年1月1日起实施,是我国劳动法制历史中最为重要的事件,也是我国劳动体制改革的标志性事件。关于《劳动法》的出台,我们至少可以从两个方面来认识和评价它的现实意义和历史地位,一方面是从我国经济体制改革的视角来分析《劳动法》的现实性;另一方面是从我国劳动法律建设的视角来分析《劳动法》的历史性。

从我国经济体制改革的视角来看,《劳动法》是我国经济体制改革的产物,它重述经济体制改革的一些做法,并服务于经济体制改革。“1979年以来,围绕转换企业经营机制,增强企业活力,对我国劳动、工资、社会保险制度逐步进行了改革,改革了国家统包统配的就业形式,引入了用人单位和劳动者双向选择的机制;改革了工资分配高度集中统一的管理体制,赋予企业在国家宏观调控下的分配自主权;进行了职工退休养老费用社会统筹和待业保险、工伤保险制度的改革等。实践证明,这些改革,符合建立社会主义市场经济体制的需要,效果是明显的。劳动制度的改革,既为制定《劳动法》提供了必要的条件,又需以《劳动法》的形式肯定下来,以利于巩固改革的成果,进一步把改革推向前进。”^①《劳动法》与经济体制改革呈现互惠之势,然而在我国经济体制急剧变革的十多年中,《劳动法》的出台变得无法从容,更多地受制于政府推动经济改革的动作。故而,经过调查研究,反复讨论修改,形成《劳动法(草案)》前后27稿^②,其中前后差异有多大我们不得而知,可以肯定的是,相关的法理研究却并没有展开,更多的是政府推动的立法。在改革方向明朗的情况下,《劳动法》迅速出台,与其说是肯定政府推行的劳动体制改革的做法,不如说是为加快政府进行的劳动体制改革保驾护航。

从我国劳动法制建设的视角来看,《劳动法》奠定了我国劳动法律体系的基本框架。《劳动法》共13章107条,包括总则、促进就业、劳动合同和集体合同、工作时间和休息休假、工资、劳动安全卫生、女职工和未成年工特

① 严忠勤等:《尽快制定〈劳动法〉》,载《经济管理》,1992(2)。

② 参见严忠勤等:《尽快制定〈劳动法〉》,载《经济管理》,1992(2)。

殊保护、职业培训、社会保险和福利、劳动争议、监督检查、法律责任以及附则,形成了我国劳动法律体系的基本框架。应当说,107条不可能详尽地规范劳动法律体系,《劳动法》并不是一部法典,而是一部通则性的法律,它涉及劳动法律的诸多方面,却并没有对劳动法律任何一个方面进行全面、可操作性的规定。《劳动法》的通则性为劳动行政部门频频颁布部门规章、发布有关解释、下达有关通知以及解答提供了空间,也使得劳动法律规范更多地围绕劳动政策而展开。可以说,《劳动法》颁布后的近十年时间里,我们是在“贯彻”《劳动法》,却不是在“遵守”《劳动法》,劳动法律规范的实体多数不是法律规范,而是政策。笔者认为,在明确建设具有中国特色的社会主义市场经济法律体系、确定进行现代企业制度改革的背景下,旧的规则体系亟待新规则的导入,而新规则的实践却不可能顷刻间成熟,这是经济体制改革的必然,一方面需要劳动法律,需要尽快制定《就业法》、《最低工资法》、《劳动合同条例》和《城镇职工养老保险条例》^①;另一方面,劳动管理还主要停留在旧有的计划管理中,新的就业政策不成熟,工资制度刚取向于市场化改革,全员劳动合同制刚刚普及,而有关社会保障的改革更是难以明朗,劳动法领域中的任何一部法律都不能在当时得以出合并被严格遵守。以下以全员劳动合同制改革为例,以展示我国《劳动法》出台背后劳动法制对经济改革的映衬关系,劳动法制框架形成的不自觉特征。

劳动合同制的探索是劳动法制建设的核心问题、焦点问题,在给企业逐步放权的过程中,首先给企业招用新人的自主权,出现了新职工的劳动合同制,而对原固定工的改革则首先从优化劳动组合开始,优化劳动组合的结果是出现了“下岗”问题,而下岗却不失业正是固定工制度所造成的。平等原则是文明社会的基本原则,改革过程中形成的身份歧视必然要在进一步改革中进行纠正。我们从1990年2月8日《劳动部关于继续做好优化劳动组合试点工作的意见》中可以看到,优化劳动组合,改革固定工制度的目的是全员劳动合同制。1992年2月25日,劳动部发布《劳动部关于试行全员劳动合同制的通知》,要求各省、自治区、直辖市以及计划单列市应选择一二个市县试行全员劳动合同制;国务院各产业部门也应选择若干个直属国营大中型企业试行。之后,1993年12月21日,劳动部发布《劳动部关于建立社会主义市场经济体制时期劳动体制改革总体设想》,其中关于劳动合同制的设想是,“八五”期间,在2/3以上地区的各类企业和职工中全面实行劳动合同制,使劳动关系的建立初步走上法制化轨道;通过制定劳动合同管理法规及集体谈

^① 参见强磊:《市场经济呼唤着我国〈劳动法〉的尽快出台》,载《中国劳动关系学院学报》,1993(2)。