

董保华◎主编

Thoughts on Labor Law in Famous Cases

名案

背后的劳动



○●○●○●○
黑砖窑案件引发的法律思考
从富士康事件看劳动关系之管制与自治
从「开胸验肺」到「开胸验法」
解读京城解聘第一案

○●○●○●○
飞行员擅自返航事件的深层思考
黄伟木卧底维权引发的争议与思考
两个「过劳死」案例留下的法律思考
劳动立法博弈的国际视野



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



名案

背
后
的
劳
动



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

名案背后的劳动法思考/董保华主编. —北京:
法律出版社, 2012. 3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3127 - 9

I. ①名… II. ①董… III. ①劳动法—案例—分析—
中国 IV. ①D922. 505

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 018711 号

©法律出版社·中国

责任编辑/李 群

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/法规出版分社
经销/新华书店
责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16
版本/2012 年 3 月第 1 版

印张/32.5 字数/620 千
印次/2012 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908
上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3127 - 9

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前言：从《水浒传》说起

作为“董保华品名案”系列丛书中的一本，本书介绍了《劳动合同法》公布前后，劳动领域发生的一些著名案件，这些案件绝大部分引起过媒体的高度关注，可以折射劳动执法的基本状况，从中也可反映出我国劳动立法的一些主要特点。本书涉及的案例中，“草莽英雄”、“逼上梁山”被媒体频频提到，于是有了本前言的标题。从《水浒传》出发，我们可以来解读当今的商道、侠道、王道以及背后的天道。

一、商道

商道是契约型社会的一种典型形态。契约型社会，在人类历史上指的是资本主义以后的社会形态，该社会的基本关系是建立在各种各样公开或隐蔽的契约关系基础之上，这本是《水浒传》之后出现的。在契约关系中当事人都是自己的立法者，因而被认为最能体现个人的独立人格。劳动争议涉及的本应是商道，然而，近年来这一本应和谐的领域，却充满血腥，“英雄”频出，让人恍如回到《水浒传》的年代。

1. “命案”不再成为“名案”

写作本书的第一步，当然是选取我国劳动领域中发生的最著名的案例。根据收集的案例，本书最初定名为《劳动争议中的命案与名案》并已经做了公开预告。^①之所以更名原因大致有二。一是，觉得太过血腥，经再三思考，大大删减了“命案”的比例；二是，成书过程中，“名案”的标准发生了变化，过去“命案”往往会引起各方关注、聚焦而成为“名案”；现在随着命案频发，人们多少有些麻木，大量的“命案”不再能吸引眼球使之成为“名案”。

尽管“命案”所占的比例已经被删减，然而在“黑砖窑案件引发

^① 董保华：《实施劳动法疑难问题深度透视——十大热点事件之名家详解》，法律出版社2010年版，封底折页。

的法律思考”^①、“黑砖窑案件引发的道德思考”^②、“从富士康事件看劳动关系之管制与自治”^③、“从王斌余杀人事件反思我国劳动领域中以暴制暴的思维”^④、“通钢改制事件中所有者、经营者和生产者的利益纠葛”^⑤、“两个‘过劳死’案例留下的法律思考”^⑥、“美的、格力员工冲突致死事件中责任竞合的法律规制”^⑦、“以‘剖腹自医’事件剖析社会保障权利的实现”^⑧、“美国反歧视立法对我国的启示”^⑨、“刘汉黄的故事”^⑩、“万科的故事”^⑪十一篇文章中涉及各种类型的死亡事件。在“从‘开胸验肺’到‘开胸验法’”^⑫、“解析我国职场性骚扰案中用人单位的法律责任与社会责任”^⑬、“‘毒苹果’事件中的法律责任和社会责任”^⑭、“武大两教授的待遇差异折射我国高校教育体制内外的马太效应”^⑮四篇文章中则涉及各种原因造成的伤病。这种生命的剥夺、身体的流血，仍能折射出当前劳动领域中日益紧张的各方关系。

2. “英雄”造就了“名案”

随着“命案”不再能吸引人们的眼球，各种“英雄”开始吸引人们的眼球。当今的网络是虚拟空间，不仅可以时空转换，更可以速成英雄。劳动领域中的一些案件似乎也因为这样的“英雄”而成为“名案”。

《水浒传》首先是“英雄传”，在刀光剑影、血肉横飞中成就了《水浒传》中的古代英雄。今天，“恍然间，我们开始置身于一个‘草莽英雄’的时代。在网络丛林中，新的英雄豪杰是刘汉黄。”^⑯刘汉黄之所以会演变为“草莽英雄”，显然与“布衣之怒，伏尸二人，血流五步”的议论有关。黄伟木^⑰作为现代的好汉，不仅是网络英雄，更是媒体宠儿。与刘汉黄“白刀子进去，红刀子出来”不同，黄伟木曾自称：“要在万众瞩目的网络

① 见本书第1~12页。

② 见本书第13~34页。

③ 见本书第35~47页。

④ 见本书第99~106页。

⑤ 见本书第275~285页。

⑥ 见本书第286~303页。

⑦ 见本书第304~318页。

⑧ 见本书第333~345页。

⑨ 见本书第372~385页。

⑩ 见本书第437~446页。

⑪ 见本书第468~473页。

⑫ 见本书第48~58页。

⑬ 见本书第162~172页。

⑭ 见本书第319~332页。

⑮ 见本书第346~357页。

⑯ 杨耕身：“杀高管的打工者何以又成网络英雄”，载《东方早报》2009年6月18日版。

⑰ 董保华：“黄伟木卧底维权引发的争议与思考”，见本书第188~208页。

上向汇晟家族公然下刀”,并用挥袖之间“风云变幻”、“暴风雨的颠覆和洗礼”来形容自己的力量。^①从周一超^②、王斌余^③到刘汉黄^④,劳动者的持刀行凶似乎总能激起喝彩;黄伟木使用的网络暴力更是赢得官方的赞扬。“绿林好汉”、“为民除害”甚至于“民族英雄”的提法频频出现。^⑤

“飞行员擅自返航事件”中,在网上出现对飞行员的一片批评声时,^⑥一些权威媒体却开始引导人们进行“实质分析”,将这一事件与“罢工”扯上关系,一旦转成罢工的定性,飞行员自行返航就不仅是“妥当”的问题,甚至是一次促使劳资和谐并载入史册的英雄壮举。飞行员“集体返航”已经远远超出拒绝工作的范围。如果将其理解为合法,正如一些网友所担心的,医生以后觉得待遇低会把切开皮的患者晾在手术台上,司机会把乘客晾在半路上。在这些案件的分析中,学术界、公开媒体甚至比网络情绪更为极端。^⑦

3. 商道:无法无天?

当今的劳动者使用暴力之所以被人们同情,首先是因为他们也面临着暴力的实际威胁,如黑砖窑窑主的残暴^⑧、“血苹果”事件中随意动用私刑^⑨、“毒苹果”事件中对有毒材料的放任^⑩。除了明目张胆的暴力,劳动关系中也存在恶意欠薪^⑪、社会保障不周^⑫等诸多问题。更值得注意的是,现实生活中还存在对暴力的错误解读。如果说《水浒传》中以“虎”作为一种暴力的象征,武松、李逵、解珍、解宝都因打虎而成英雄。今日暴力的象征则是“狼”,强调“资本无道德”。^⑬劳动者与用人单位本是互相依存的,当华

① 转引自黄伟木“黑马宣言”,载 <http://bbs.ifeng.com/viewthread.php?tid=3356288>,2011年10月31日访问。

② 董润青:“美国反歧视立法对我国的启示”,见本书第372~385页。

③ 李干:“从王斌余杀人事件反思我国劳动领域中以暴制暴的思维”,见本书第99~106页。

④ 董保华:“刘汉黄的故事——关于‘布衣之怒’的联想”,见本书第437~446页。

⑤ 罗洁琪:“刘汉黄刺杀台商始末”,载《财经》2009年7月9日版。

⑥ 民航局的结论以及企业的处理基本上也反映了网友的看法,截至4月11日,接受搜狐网上调查的23,919人中,不赞成飞行员罢飞做法的占72.6%,69.5%的人认为“应该追究飞行员的责任”。“3·31返航事件背后:创纪录的索赔,必然引发创纪录的返航 飞行员与航空公司积怨调查”,载《法制日报》2008年4月13日版,转引自 <http://news.sohu.com/20080413/n256258792.shtml>,2009年2月20日访问。

⑦ 董保华:“飞行员擅自返航事件的深层思考”,见本书第138~161页。

⑧ 董保华:“黑砖窑案件引发的法律思考”,见本书第1~12页。

⑨ 董保华:“从富士康事件看劳动关系之管制与自治”,见本书第35~47页。

⑩ 丁在铎:“‘毒苹果’事件中的法律责任和社会责任”,见本书第319~332页。

⑪ 李干:“从王斌余杀人事件反思我国劳动领域中以暴制暴的思维”,见本书第99~106页。

⑫ 章惠琴:“以‘剖腹自医’事件剖析社会保障权的实现”,见本书第333~345页。

⑬ “警惕侵犯劳动者权益的新动向”,载《工人日报》2007年11月30日版,转引自 http://www.sznews.com/zhuanti/content/2007-11/30/content_1687202.htm,2008年10月9日访问。

为被称为“狼为”，^①劳资关系被刻意地描绘成狼羊关系时，暴力的含义本身被曲解。当羊的可怜与狼的可恨被反复宣传时，打“狼”便可成为英雄。

在一些人眼中，“华为”、“肯德基”这样的企业与黑砖窑应当“一视同仁”，都以“资恶”的道德评判来谴责。^②“强资本”与“血汗工厂”、“黑砖窑”本是三个完全不同的概念，“强资本”是相对“弱劳工”来说的，不仅合法而且是一种经济生活的常态；“黑砖窑”是一个违法，甚至于刑事犯罪的概念；“血汗工厂”是法律上的灰色区域，作为一个外来概念，在媒体宣传中是从道德的可谴责性来讲的。在一些立法者那里，这三个概念也被混为一谈。^③ 当我们把白、黑、灰三个概念联系在一起，统一冠以“够残酷”时，我国的商道便以“无法无天”的黑暗形象呈现在人们眼前，“强资本”有了道德上的可谴责性。

在将“强资本”与“血汗工厂”、“黑砖窑”混为一谈的说法中我们看到了刑民不分、劳动关系与犯罪关系混淆的情况。在华为发生胡新宇案后，我国劳动法学界最负盛名的劳动法学者，提出了“过劳死”“企业主应受刑事制裁”^④的建议。而实际的状况是，黑砖窑的奴工案与伪造矿难敲诈案都是在2007年便告破，但由于两类犯罪分别披上了“狼皮”与“羊皮”，类似的案件却有了冰火两重天的关注度。披着羊皮的犯罪，开始大大膨胀起来。2007年以来，伪造矿难敲诈案变得一发不可收拾。^⑤ 在职场性骚扰案件中，作为性侵犯本是两个自然人之间的行为，各种学说试图将用人单位作为侵权主体，要求其承担法律责任，其结果是将用人单位推到性侵犯主体的一边，两者联手，反而使劳动者遭到侵犯后，由于举证困难，更处于孤立无援的地位。用人单位不仅没有承担法律责任，连社会责任也放弃了。^⑥ 凡此种种，说明当我们将商道描绘成“狼道”时，劳动者只会受到更大的伤害。

“强资本”、“血汗工厂”、“黑砖窑”这三个概念，如果说有什么共性，也许就是趋利本性。所不同的是，前者是以合法、正当的方式，而后两者是以不道德或者不合法的方式。

① 董保华：“华为的故事——关于‘狼’的传说”，见本书第456～465页。

② 郭军在接受南方周末的记者采访时表示，“黑砖窑案件也不是孤立的。从华为集团员工的过劳死，到肯德基等洋快餐员工的超时劳动，到今天黑砖窑，都有一个共同问题，就是政府在这方面的反应能力和执法力度都存在”，转引自“新劳动合同法：劳工为大还是资方为大？”，载《南方周末》2007年7月5日版。

③ 董保华：“黑砖窑案件引发的道德思考”，见本书第13～34页。

④ 20世纪50年代就曾参与劳动法的起草工作的中国人民大学法学院教授关怀称，他准备写一份立法建议书，修改劳动法。具体而言，他认为“过劳死是企业剥夺员工的休息权，造成劳动者超负荷工作并导致其死亡，企业主应受刑事制裁”。苏永通、陆占奇：“胡新宇‘过劳死’死了白死？”，载《南方周末》2006年6月15日版。

⑤ 董保华：“黑砖窑案件引发的道德思考”，见本书第13～34页。

⑥ 董润青：“解析我国职场性骚扰案中用人单位的法律责任与社会责任”，见本书第162～172页。

式追逐利益。“资本无道德”^①谴责的正是合法的趋利本性。改革开放前,中国其实并不存在企业,因为当时的所谓企业并无趋利本性,而只是国家实施管理和保障的一个环节。因此,企业领导本身会有行政级别。为了将过时的理念披上现代的外衣,福特公司被打扮成只讲社会责任,没有趋利本性的公司。然而,当我们走近这一公司时,发觉这只是诗人的幻想。^② 值得注意的是,当某些企业家去主动装扮诗人^③,对于共和国的长子我们只怒其不俭却容其不争,^④通过推行无固定期限合同,企业被要求承担某种政府的安置职责时,^⑤至少说明现实生活中存在某种病态,这种病态才构成了对商道的真正威胁。

可见,当我国的商道被描绘为无法无天时,其实是在强调商道无道。通过劳动者私力救济的“侠道”以及政府公力救济的“王道”来改善无法无天的商道,便成为天经地义的事情。其实,当企业被变性为丧失趋利本性的安置主体时,政府的“王道”吞并了企业的“商道”,才真会出现商道无道的情形。

二、侠道

古今“英雄”的共同特点是不同程度的依赖“私力救济”来解决争端。英雄壮举折射出来的是对“公力救济”的不信任,但仅以此来概括《水浒传》英雄至少是不全面的。《水浒传》英雄的作为个体的“仗义行侠”以及作为群体的“替天行道”恰恰是当代网络、媒体捧红的“英雄”们所缺乏的。

1. 《水浒传》中的“仗义行侠”

《水浒传》是在民间话本的基础上形成的。严格说来,《水浒传》的作者并不只是施耐庵,这代表着一种民间的看法。广大读者之所以会将一种目无法纪的行为赞为英雄行为,是由于这些行为依据一个“义”字,水浒英雄具有侠肝义胆,仗义执言,仗义行侠。《水浒传》不仅是“英雄传”更是“侠义传”,这是依据道德标准来惩恶扬善。

当今的社会需要是在各种利益之间寻求恰当的平衡和兼顾。而从道德角度来看问题,则不同的利益诉求间只有对错之分,只能非此即彼,绝无调和、妥协、折中的余地。就此而论,《水浒传》的侠义标准并不适应当今社会。近年来,随着泛道德化“反思”的蔓延,全社会中弥漫起一股暴戾之气。它不是引导公众正确地认识和思考中国社会正面临的制度改革和创新任务,反而人为地勾勒群体对立,诱发敌意攻讦,激化社

① “警惕侵犯劳动者权益的新动向”,载《工人日报》2007年11月30日版,转引自 http://www.sznews.com/zhuanti/content/2007-11/30/content_1687202.htm,2008年10月9日访问。

② 董保华:“福特故事——‘阳光不锈’之外国版”,见本书第464~467页。

③ 董保华:“万科的故事——‘阳光不锈’之中国版”,见本书第468~473页。

④ 董保华:“中石油的故事——关于‘加油’的冷思考”,见本书第474~478页。

⑤ 董保华:“解读京城解聘第一案”,见本书第107~123页。

会矛盾。^① 如果这种暴戾之气被引向某种偏听偏信,我们会比水浒英雄走得更远。在刘汉黄杀人案中我们看到公开媒体为刘汉黄杀人寻找依据。^② 这样的“仗义执言”意义何在?不仅如此,更有人为“仗义执言”中的“义”和“言”给出新标准。

“黑砖窑案件引发的道德思考”^③一文揭示了“义”的标准被重新打造的想法。参与立法讨论的劳动法专家提出,“劳动者欺诈则不一定劳动合同无效”,^④并提出以“滥用权利”与“欺诈”作为促使企业守法的手段。^⑤ 这种观点曾写入公开讨论的《劳动合同法(草案)》。将劳善资恶的道德片面谴责引入劳动关系时,会促使劳动者降低道德标准,用人单位则以“破财消灾”的方式来避免指责,用人单位的处理方式本身会进一步促使劳动者降低道德底线,诱发犯罪。从伪造矿难敲诈案件中可以看到,劳动者、用人单位的行为都在趋向某种极端,最终受损的是无辜的受害者。^⑥

“‘张茵事件’引发的话语权之争”^⑦一文揭示了“言”的标准被重新打造的过程。当说真话被口诛笔伐时,假话必然流行。针对广东企业的“倒闭潮”这一现象,不同的政府部门给出了不同的统计数据:从广东省中小企业局所公布的 7148 家^⑧,到广东省工商局所公布的 62361 家,^⑨前后增加了八九倍。如果说这种现象可以解释为收集数据逐步完善,随后这一数字大幅度缩小,就让人百思不得其解。从人力资源和社会保障部组织的专题调研组所公布的 57508 家,^⑩再到广东省长所公布的 4900 多家,前后又缩小了十几倍。这一系列的统计数据建构了一个令人费解的“数字迷局”,其中的原因值得玩味。

“义”是道德标准,并不简单的是“劫富济贫”,更强调“惩恶扬善”。李逵放李鬼是“同情弱者”,李逵杀李鬼是“违反诚信”。当我们以“同情弱者”为道德依据,将“仗义

① 载《报刊文摘》2008 年 2 月 18 日版。

② “杀台商民工为何愿死?”,载《南都周刊》2009 年 9 月 15 日版。

③ 董保华:“黑砖窑案件引发的道德思考”,见本书第 13~34 页。

④ “法律对用人单位欺诈的规制严于对劳动者欺诈的规制,即用人单位欺诈必然导致劳动合同无效,而劳动者欺诈则不一定劳动合同无效。”王全兴:“劳动合同法立法争论中需要澄清的几个基本问题”,载《法学》2006 年第 9 期。

⑤ “《草案》正因为给有宽进企图的劳动者留下滥用的机会,才足以促进企业重视签订书面合同。”王全兴:“试论劳动者进出劳动关系宽严选择”,载《中国劳动》2006 年第 9 期。

⑥ 董保华:“黑砖窑案件引发的道德思考”,见本书第 13~34 页。

⑦ 张帆:“‘张茵事件’引发的话语权之争”,见本书第 85~98 页。

⑧ “危机袭来 珠三角中小企业是倒闭潮还是加速洗牌?”,载 <http://www.chinahardware.org.cn/guanlizix-un/2009-02-18/2237.html>, 2011 年 1 月 24 日访问。

⑨ “广东否认 5 万企业倒闭:前三季度仅关闭 7148 家”,载 <http://news.qq.com/a/20081117/000308.htm>, 2011 年 1 月 24 日访问。

⑩ “人力资源社会保障部部长称城镇登记失业率为 4%”,载 <http://news.qq.com/a/20081104/003196.htm>, 2011 年 1 月 24 日访问。

执言”演变为办假事、说假话，我们不仅离淳朴的古风越来越远，也远离了现代的道德观。古代英雄至少有“路见不平，拔刀相助”的境界，当代“英雄”却只为满足自己的私利。在私力救济中，法官利用“法袍”来为妻“维权”^①，飞行员利用飞机及乘客来为己争利，周一超、王斌余、刘汉黄用利刃来发泄怒火。有公器用公器，无公器用私器，这种私力救济均得到了媒体的公开同情，甚至于被称为“是在为‘法律的信仰’而战”。^②其实，某些私力救济的行为本身就是建立在对法律秩序破坏的基础上的。这种私力救济的蔓延也在极大地恶化劳动关系的运行状况。

2.《水浒传》中的“替天行道”

当《水浒传》英雄们以“侠义”为标准聚集在一起并成为一个社会团体时，法律上是一个非法团体，但他们却共同选择“天道”。水浒英雄虽然无法，但不是无天，仗义行侠的好汉们，作为一个群体，在水泊梁山树起了“替天行道”的大旗，利用团体的力量来实现“惩恶扬善”。

黄伟木的卧底维权曾被公开媒体认为比《水浒》英雄杀贪官、地主、恶霸、劣绅更有意义，是“为自己争权利，就是为国家争进步”^③，“人人都可学学黄伟木”。^④果然，之后全国涌现出一大批职业诉讼者，于是又有人将这种现象称为“碰瓷式维权”。其实这种公益诉讼应当由社会团体来承担，社会团体则应依法规范。当今的社会团体基本上分为互益型、公益型两种类型，从实际运行来看，均不够理想。

互益型社会团体，通常以追求会员群体的内部利益为他们的最主要目的，主要功能侧重于代表成员的利益，协调成员与外界的关系，例如各种行业组织，像工会、农会、行会、商会之类，以及各种社区组织、消费者组织等。在本田事件中，头戴黄色帽子的工会人员与身着白色工服的工人挥拳相向，大打出手^⑤，让人很难相信前者是代表后者利益的。

公益型社会团体，追求的目标或者提供的公共物品并非仅由成员内部来享受，而是更广义的公共利益，如像环保组织、人权组织、妇女权益保护组织，以及形形色色的扶贫、慈善、公益基金等。这类非政府组织的功能侧重于以志愿机制为社会提供公共物品。“一则普通的劳务派遣案是如何炼成名案的”中，员工在完全胜诉的情况下，被其代理律师出于所谓“公益”的目的，包装成败诉案件，以引起媒体的同情和关注。^⑥在劳动领域中，由于缺乏公益诉讼的法律机制，极大地扭曲了这类组织的行为

① 董保华：“冯缤的故事——关于法官告法院的感慨”，见本书第447～455页。

② 黄秀丽：“法官穿法袍上访 为妻维权将自己单位告上法院”，载《南方周末》2010年4月16日版。

③ 秋刀：“为自己争权利，就是为国家争进步”，载《南方农村报》2008年9月18日，转引自 <http://www.nanfangdaily.com.cn/epaper/nfnc/content/20080918/Article02002FM.htm>，2009年2月17日访问。

④ 首席时评：“劳工维权：人人都可学学黄伟木”，载《羊城晚报》2008年9月6日版。

⑤ 董保华：“从本田停工看劳动者自发罢工的合法性”，见本书第255～274页。

⑥ 董保华：“一则普通的劳务派遣案是如何炼成名案的”，见本书第124～137页。

方式。

于是,我们看到了群体矛盾走向另一个方向。在飞行员擅自返航事件中,“资资冲突”被包装为“劳资冲突”,当天使的可爱与妖魔的可憎如此一目了然时,妖魔就会努力躲到天使的背后,这也正是这一事件中挖人的民营航空公司身影消失,而劳资冲突作为一种群体纠纷愈演愈烈的原因。^① 通钢改制事件中所有者、经营者和生产者的利益纠葛导致经营者被打死,尽管该案轰动全国,但最终却被以经营者缺少民主管理的借口轻易搪塞过去。^② 劳动者的“替天行道”竟成为一些丑恶现象的遮羞布。

可见,本书一些案例反映出来的“英雄行为”,其实是一种“无法无天”的状态,以《水浒传》“无法有天”的标准来衡量,其实也是应当予以否定的。今天,某些崇尚暴力的所谓“英雄行为”,只可能制造某种社会混乱,应当给予否定性评价。

3. 侠道:无法有天

“侠道有道,无法有天”,这本是《水浒传》传递给我们的信息。然而,在我们的宣传过程中,却演变为“侠道无道,无法无天”。这种改造其实是与“商道无道,无法无天”相对应的。媒体宣传这一观点时,是想强调既然“商道无道”,“侠道无道”也可接受,这种宣传的代价是整个社会陷入“无法无天”。当一些法律专家热衷于这样的话题时,其实是在推销一种法律理想,用他们的语言来概括,称之为“劳资不成熟,公权需介入”。^③ 这句话有三层含义:其一,“资方不成熟”,商道被描绘为无法无天,资方“过度的剥削工人”,^④“靠剥夺劳动者来维持企业生存”,是“靠压榨工人生存的企业”^⑤。企业被劳动者视为奸商。^⑥ 其二,“劳方不成熟”,侠道被描绘为无法无天,造成“劳动者的自发反抗”。^⑦ 企业将劳动者视为刁民。^⑧ 其三,当劳动关系是刁民和奸商的关系,劳资既然都不成熟,结论只能是“公权需介入”,就是强调行政广泛干预。“劳动合同法的作用就在于通过劳动法律的矫正功能追求一种实质上相对平等的关系。这种矫正功能的基本手段,即是通过公权力的介入,适度限制雇主的权利以保障劳动者的权利,使个别劳动

① 董保华:“飞行员擅自返航事件的深层思考”,见本书第138~161页。

② 朱佳佳、陈旭:“通钢改制事件中所有者、经营者和生产者的利益纠葛”,见本书第275~285页。

③ 汪伟:“常凯:劳资不成熟,公权需介入”,载《新民周刊》2006年5月24日版。

④ 常凯观点,参见“劳动合同法争论继续:谁真正代表工人利益”,载《第一财经日报》2006年4月7日版。

⑤ 董保华:《劳动合同法立法的争鸣与思考》,上海人民出版社2011年版,第90页。

⑥ 常凯表示,“工人把老板当什么呀?你到南方去问问,用香港话说叫不良雇主,通俗一点讲叫奸商,”CCTV中央二套2008年1月2日。

⑦ “无视劳资矛盾的客观存在或对于这一矛盾采用放任主义政策,其实质只能是偏袒和纵容资产所有者,其结果只能是激化劳资矛盾,并造成劳动者的自发反抗。”常凯:《劳权论》,中国劳动社会保障出版社2004年版,第27页。

⑧ 常凯面对企业家表示:“恰恰是我们现在的话,就是企业家和员工这个关系,你比如说把他当成是刁民。”CCTV中央二套2008年1月2日。

关系实现相对的平等或平衡。”^①这里的逻辑是：“商道无道”、“侠道无道”，只有“王道有道”。

依笔者看来，这些专家也许正好开反了药方。我们不妨依然回到《水浒传》。《水浒传》所要描绘的是苛政猛于虎的社会环境，打虎英雄作为个体时，面对这样的社会环境，常常显示出无奈和无助，如解珍、解宝遇到的毛太公。水浒英雄所处的年代小至镇关西、毛太公，大至高俅、蔡京，自上而下形成了一般强大的恶势力，这是比老虎更强的暴力威胁，这种暴力恰恰是源于我们学者推崇的那种不受制约的公权力。《水浒传》讲的“水浒”是何含义？“《水浒传》一百零八将中第一个出场的人物是史进”，“‘史进’就是‘诗经’的谐音，暗示读者该到《诗经》中去寻找‘水浒’的真正含义。”^②金圣叹批注中强调了《诗经》“率土之滨，莫非王臣；普天之下，莫非王土。”^③“水浒者，水滨也，王化之外也！”^④这是一块不受正统体制影响的边荒之地，偏偏在这里有一群侠肝义胆的英雄豪杰。水浒成为落草人的乐土。在中国传统认识中，本应是“王道乐土”，而《水浒传》却告诉我们，“乐土往往不在王道所在的地方，恰恰在那王道不及的遥远的水浒！”^⑤当王土无道，王法不再体现为天道时，江湖成了“替天行道”的力量源泉，这是一种虽然没有“王法”，但是却有着“天道”的乐土。正是“王法”脱离了“天道”，“侠道”才会盛行。“侠道”是为制约“王道”而非“商道”发展起来的。刘汉黄案中“布衣之怒”的议论用错了地方，“布衣之怒”本是针对“天子之怒”而发的。^⑥

长久以来，“撞破天罗归水浒，掀开地网上梁山”，江湖作为王化之外反叛力量而存在。对于水浒英雄来说，“体制之内几乎是死门；而生门所在，恰是体制之外的江湖。”^⑦当宋江将“聚义堂”改为“忠义堂”，试图调和两者关系时，注定了失败的命运。其结果是“天罡地煞，散了，死了，埋了，都没了；谗臣贼子，一个一个还在朝廷作奸作恶，作威作福”。^⑧“水浒”的悲剧是一个时代的悲剧。在公权力强大到一元法律结构时，这种悲剧是无法避免的。有人以为，国家的慈善可以代替江湖的侠义，其实不给弱势群体说话的权利，争取权利的权利，监督强者的权利，慈善就像往一只没有底的杯子里注水。我们是否能够在现代法治结构中，再造一个合法且和平的对话江湖？其可行性正在于其要改造的社会结构是契约型社会而非身份型社会，改造的关键是要让侠道变“无法有天”为“有法有天”。

① 常凯：“关于劳动合同法立法的几个基本问题”，载《当代法学》2006年第6期。

② 鲍鹏山：《鲍鹏山新说〈水浒〉》，复旦大学出版社2009年版，第1页。

③ 施耐庵：《水浒传》，北方联合出版传媒（集团）股份有限公司、万卷出版公司2007年版，第2页。

④ 鲍鹏山：《鲍鹏山新说〈水浒〉》，复旦大学出版社2009年版，第3页。

⑤ 鲍鹏山：《鲍鹏山新说〈水浒〉》，复旦大学出版社2009年版，第3页。

⑥ 董保华：“刘汉黄的故事——关于‘布衣之怒’的联想”，见本书第437~446页。

⑦ 鲍鹏山：《鲍鹏山新说〈水浒〉》，复旦大学出版社2009年版，第3页。

⑧ 鲍鹏山：《鲍鹏山新说〈水浒〉（2）》，复旦大学出版社2009年版，第316页。

在重庆计程车司机停运事件中,我们看到了某种旧体制的痕迹。一方面,工人的要求有合理性;另一方面,其行为又有违法性。如何让合理与合法二者统一?^① 沃尔玛组建工会似乎做出了回答,因而,该事件曾被中华全国总工会副主席提到“将载入中国工运史册”的高度,^②然而,农家出身的高海涛两年来依靠自己准律师的法律专业素养和工会主席的责任感,顽强而又艰难相争了两年。尽管有全国总工会的支持,但高海涛最终还是选择了离去。在一种自上而下的体制面前,高海涛面临的问题也是我国工会基层干部面临的普遍问题。^③ 他们的力量不是来源于大地,而是天空。从中我们看到再造江湖的复杂与艰难,尽管困难,但这是我们这一代人应当完成的历史使命。

三、王道

“他,本是一个法官,因为替妻出头,身着法袍上访,还曾斗殴被拘,或是知法犯法,或是逼上梁山,或是二者兼有?”这是《羊城晚报》为“法官穿法袍为妻维权案”^④提的一首诗。“逼上梁山”这一个词汇在一些名案的评论中频频出现,例如,在王斌余杀人案^⑤、刘汉黄杀人案^⑥中均有很多媒体、网友提到了这一概念。何谓“逼上梁山”?金圣叹提到两层含义:一是乱自上作,二是官逼民反。这是一种“有法无天”的状态,虽有王法,但却暗无天日。

1. 《水浒》中的“乱自上作”

金圣叹在讲到《水浒传》人物出场顺序时说到了原因:“一部大书——先写高俅者,盖不写高俅,便写一百八人,则乱自下生也;不写一百八人,先写高俅者,则是乱自上作也。”^⑦这一写法深刻反映了当时的社会现状,由此引入“官逼民反”的主题。“王道”是靠“王法”来维持的,当“王法”不被遵守或者“王法”不符合“天道”时,“侠道”便会盛行。

就今天的社会环境而言,高俅者在我国毕竟是极少数,也不构成体制上的动乱因素。然而,面对社会矛盾的激化,从事先防范的角度,依然有必要引入金圣叹所说的“乱自下生”与“乱自上作”的分类标准。在我国这样一个权力高度集中的国家,管理者的失误,危害巨大,在执行过程中会被放大。这种“乱自上作”大体可以区分为两类:一是有法不依,二是无法可依。

就有法不依而言,四年后,有全国总工会的官员回忆“洋快餐打工引发企业雇用在

① 董保华:“从重庆市计程车停运看集体协商”,见本书第235~254页。

② “沃尔玛中国首家工会组建始末时间”,载《第一财经日报》2006年8月3日版。

③ 董保华:“从沃尔玛组建工会透视我国的团结权”,见本书第209~234页。

④ 鲁钺山:“穿法袍为妻维权法官提再审申请尚无结果”,载《羊城晚报》2010年8月11日版。

⑤ 李干:“从王斌余杀人事件反思我国劳动领域中以暴制暴的思维”,见本书第99~106页。

⑥ 董保华:“刘汉黄的故事——关于‘布衣之怒’的联想”,见本书第437~446页。

⑦ 转引自鲍鹏山:《鲍鹏山新说〈水浒〉》,复旦大学出版社2009年版,第10页。

校大学生的争议”^①时称,“当时舆论哗然,全国总工会也积极‘介入调查’,竭力维护大学生的利益。”但最后发现,其实国家有相反的规定,^②四年前的说法与之完全相反。^③问题是,全总在帮助大学生维权之前为何不事先了解相关规定轻率地将一个现行法中毫无争议的话题演变为最具争议的问题。^④这种做法本身就是不负责任的。

就无法可依而言,2004年我国《工伤保险条例》开始实施,2010年进行了修订,巧合的是,这两次立法不久,我国发生了华为员工胡新宇、普华永道员工潘洁两个极其类似的案例,均被称之为“过劳死”而受到关注。随着两个年轻生命的逝去,我国工伤保险的立法及修订思路开始受到人们广泛的质疑。这两个案例也对我国现行的立法思路提出了挑战。从方便国家机关认定和处理的角度来立法,我国离现代“过劳死”认定的方向越来越远。^⑤在张海超“开胸验肺”案中,我们看到了类似的情况,正是职业病自证其责、垄断机构、体内循环三个问题,使专业的诊疗机构无法得出一般诊疗机构可以轻易得出的医疗结论。^⑥

公共选择学派认为个人不仅在经济市场上是自利的“经济人”,而且在政治市场上也是关注自身权力和利益最大化的“经济人”,^⑦他们倾向于利用手中的职权进行寻租(Rent-seeking)。从这个角度说,政府并不比其他机构更圣洁、更正确。“部门利益”恐怕是我国难以回避的顽症。我国的立法起草工作往往是由主管部门来进行的,这种既是立法者,又是执法者的状况,必然要将执法利益最大化。这也构成了我国“政府失灵”的诱因。

2.《水浒传》中的“官逼民反”

《水浒传》中,林冲等许多梁山好汉都有“官逼民反”的经历。随着“执政为民”理念的确立,总体上我们并不存在“官逼民反”的社会氛围。然而,有10元的“低价诉

① 董保华:“洋快餐打工引发企业雇用在校大学生的法律争议”,见本书第59~84页。

② “2007年上海一些肯德基和麦当劳餐厅对打工的中国在校大学生,没有执行国家最低工资标准,当时舆论哗然,全国总工会也积极‘介入调查’,竭力维护大学生的利益。但最后发现,1995年原劳动部在《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》中明确,“在校生利用业余时间勤工助学,不视为就业,未建立劳动关系,可以不签订劳动合同”,此事最终以工会和大学生“败诉”结束了争议。参见降蕴彰:“《劳动法》或明年修订 相关法律体系统一框架”,载 <http://www.51labour.com/show/175871.html>,2011年12月14日访问。

③ “这次博弈,各级工会的行动都在法律的框架内进行,都有法律依据。无论《工会法》、《劳动法》,还是相关条例、规定,一一引证,逐条对照,言之有理,持之有据,用严谨的法律法规令对方服膺。”张刃:“从‘洋快餐’的博弈看践行工会维权观”,载《工人日报一天讯在线》2007年4月17日版,转引自 <http://finance.sina.com.cn/review/20070417/09373508361.shtml>,2011年10月21日访问。

④ 董保华:“洋快餐打工引发企业雇用在校大学生的法律争议”,见本书第59~84页。

⑤ 董保华:“两个‘过劳死’案例留下的法律思考”,见本书第286~303页。

⑥ 董保华:“从‘开胸验肺’到‘开胸验法’”,见本书第48~58页。

⑦ 汪翔、钱南:《公共选择理论导论》,上海人民出版社1993年版,第50~51页。

讼”,便会有 256 兆美元(2010 年我国国内生产总值约为 6.04 兆美元)的天价求偿。^①当我们一些法律制度设计的不合理,自上而下推行时,“乱自上作”便会转化为“乱自下生”。这是我们应当防范的。“政府失灵”、“制度失灵”也会带来巨大的社会震荡。

《劳动合同法》公布不久,就有起草者将其解读为“帮助劳动者重拾‘铁饭碗’”,^②这一说法引起企业的一片恐慌和反弹。随着裁员潮、倒闭潮、撤资潮汹涌而来,事后有关部门不断出来申明这是误读并将华为视为“领头狼”。一些企业在批评华为的基础上,强调自己“慢下来,让公平跟上效率”,^③然而,在员工以死相拼的突发事件中,我们看到其实他们做着与华为同样的事。^④

如果说这是较为显性的情形,一些隐蔽情形就不易察觉。表面看来,刘汉黄的持刀杀人是“乱自下生”,如果我们从制度上反思,便会发现只有结束劳动关系才能获得一次性赔偿,作为一个致残的外地打工者,若结束劳动关系就没有了在这一城市的立足之地,如何进行诉讼?最好的解决方式是建立工伤保险基金的垫付制度。然而,现实的状况是,一方面,在“过劳死”这种典型的工伤情形下,劳动者不被认定工伤;在已经认定的工伤事故中,一些外地农民工也无可奈何地放弃那唯一的一份工伤赔偿或者接受打折的调解;另一方面通过“搭便车”而进入工伤认定的交通事故,本地的工程师却可获得双份赔偿。^⑤这样的规则难道不是在制造“乱自下生”的条件吗?

3. 王道:有法无天

在《水浒传》中作为一种身份型的封建等级社会,构成了一元的法律结构。在一个缺乏制约的环境下,王法往往会脱离天道,反叛的江湖成为唯一制约因素,社会也由此陷入震荡。时代在发展,今天的社会环境已经有了翻天覆地的变化,从身份型社会转向契约型社会。改革开放以来,政府与市场的分野,政治与经济的界定,从根本上打破了传统的社会结构。在两元的法律结构中,市场本身对政府形成了制约,有助于克服“政府失灵”的巨大震荡。在上述的一些案例中,“开胸验肺”案最终认定了一般诊疗机构的结论,“过劳死”案中虽然政府没有认定工伤,但企业给出了妥善处理。市场行为本身对政府一些不合理的举动进行了修正。然而,市场也存在失灵的现象,值得警惕的是,随着市场失灵引发的社会矛盾,我国也出现了重新强化国家主体、固化等级地位这样一些向传统社会体制回潮的想法与做法。

① 江锴:“‘天价求偿’案对我国劳动争议处理的一些启示”,见本书第 173~187 页。

② 全国人大法工委行政法室副主任张世诚表示,《劳动合同法》对订立无固定期限劳动合同的要求更严格。“由于《劳动合同法》对签订无固定期限的劳动合同作出了详细规定,此举将帮助劳动者重拾‘铁饭碗’”。参见“劳动部门:警惕用人单位大规模裁减老员工”,载《东方早报》2007 年 8 月 12 日版。

③ “王石看新劳动合同法:慢下来 让公平跟上效率”,载《中国企业家》2008 年 3 月 5 日版,转引自 <http://finance.jrj.com.cn/news/2008-03-05/000003367081.html>,2009 年 7 月 16 日访问。

④ 董保华:“万科的故事——‘阳光不锈’之中国版”,见本书第 468~473 页。

⑤ 董保华:“刘汉黄的故事——关于‘布衣之怒’的联想”,见本书第 437~446 页。

在国家主体中,除了政府还应包括一些虽然被称为社团,其实是按二政府运作的社团,以及国家附属的一些事业单位。武大两教授的待遇差异折射出我国高校教育体制内外的马太效应。两位教授,尽管一位有国际影响力,另一位只在国内有影响力,但前者是体制外学者,后者是体制内学者,境遇迥异,前者是雪上再加霜,后者是锦上添花。官本位的教育体制使学堂沦为衙门。^①至于真正的衙门,人们更是趋之若鹜,2008年6月这一特定的时间,法官冯缤看到了一次让妻子从体制外进入体制内的机会,他决心抓住《劳动合同法》上的一个漏洞,“执拗到底”。^②可惜的是,对于体制的强大力量缺乏估计。《劳动合同法实施条例》迅速弥补了漏洞。从最终结果上看,不仅他的妻子,连他本人也被体制抛弃。^③

如果说在刘汉黄案中我们看到了本地员工与外地员工工伤待遇上的实际差异^④,那么在“从‘达娃之争’看涉外争议中的‘避风港’策略”一文中可以看到,高管在大部分国家的《劳动法》中是不受保护的,我国却在底层劳动者尚缺乏有效保护的情况下,给予董事长、总经理以特别优惠的保护,中国成为董事长、总经理等高管利益保护的最佳地点,以致形成了涉外争议中的“避风港”策略,尽量将诉讼地选择在中国内地。“娃娃哈哈在中国境内提起的29起案件中,达能均以败诉告终,而达能在斯德哥尔摩仲裁院提起的8项仲裁中,则大获全胜。”^⑤我国推行的无固定期限合同制度,其实也是少数上层员工受益,而底层员工受损的制度。^⑥

管制体制也会对企业行为发生影响。为响应政府号召,富士康以“千人培训”、“万人签约”以及郭台铭的“三全表态”,^⑦赢得官方的高度赞扬,一个在国际上常被称为血

① 张芯幸:“武大两教授的待遇差异折射我国高校教育体制内外的马太效应”,见本书第346~357页。

② 黄秀丽:“法官穿法袍上访 为妻维权将自己单位告上法院”,载《南方周末》2010年4月16日版。

③ 董保华:“冯缤的故事——关于法官告法院的感慨”,见本书第447~455页。

④ 董保华:“刘汉黄的故事——关于‘布衣之怒’的联想”,见本书第437~446页。

⑤ 张翼飞:“从‘达娃之争’看涉外争议中的‘避风港’策略”,见本书第416~436页。

⑥ 董保华:“解读京城解聘第一案”,见本书第107~123页。“华为的故事——关于‘狼’的传说”,见本书第456~463页。

⑦ 第一是“全面”,全面积极、彻底地拥护和实施《劳动合同法》;第二是“全力”,全力推动有富士康特色的“劳动合同法”,以创造劳资双赢的“保护弱势”、“留住人才”、“淘汰劣才”的指导原则;第三是“完全”,富士康科技集团所有的经营层、管理层、执行层必须推心置腹,围绕在“工会管理、政府监督”下依劳动合同法所明确规定的法律责任完全执行并合法经营。参见“富士康组织68万工人听劳动法讲座 称必拥护新法”,载 http://cn.china.cn/article/n260704_4b914f_d1768_5770.html, 2009年8月13日访问。

汗工厂的企业一跃成为“公益之星”^①、“广大企业的代表”^②。与此同时,随意动用私刑致使员工跳楼事件开始演变为连跳事件,这种反差,总能让人想起一个“下跪”的寓言^③，“爷”总是从“孙”演变而来。不过,富士康也许遇到了一群不愿当“孙子”的新生代农民工。

在高度管制的社会,社会资源是通过国家来进行纵向分配的,政治等级也成为经济等级,越是靠近国家这一分配主体的人,越是取得某种优势地位。这种政治、经济的优势地位总是伴随着对某些社会成员歧视而存在的,社会歧视就成为管制社会无法避免的制度内涵。近年来,一方面劳动条件并无实质性的改善;另一方面,由于户籍制度的歧视,许多城市制定了二元的就业、社会保障政策,造成了二元劳动力市场的分割。由于户籍制度的存在以及由此衍生出来的社保、子女教育福利制度的存在,使农民工子女就学学费高、入学难,这种制度性歧视有越拉越大的趋势,使得农村劳动力流动到城市,存在巨大的成本。

“美国反歧视立法给我国带来的启示”一文指出:“稳定劳动关系,很大程度上是稳定了体制内核,并以各种有利于社会的名义将这部分内核转为隐性。当歧视转为隐性,不仅不会被立法反对,甚至可能被立法所支持,从而构成制度性歧视。可见,造成这种制度性歧视的根本原因就是我国体制的差别。”“相对于美国的制度,我国当前制度由于缺乏灵活性以及人员的流动性,再加上我国固有的制度性歧视,不但无法很好地解决当前以反歧视为代表的社会矛盾,甚至可能导致此类社会矛盾变得更加尖锐,我们应当及早改变这种状态。”^④

四、天道

契约型社会存在的现实矛盾,当商道、侠道都被宣传为无法无天时,其实是在呼唤

① 由中国社会工作协会、中国红十字总会、中华慈善总会等共同主办的第三届“中国十大社会公益之星”表彰大会在北京人民大会堂举行,台湾实业集团鸿海精密工业股份有限公司董事长郭台铭先生获此殊荣。台湾实业家郭台铭荣获“中国十大社会公益之星”,载 <http://www.huaxia.com/xw/zhxw/2007/12/364571.html>, 2009年8月21日访问。

② 《劳动合同法》正式实施之前,2007年12月29日下午,全国人大常委会法制工作委员会、劳动和社会保障部、国务院法制办公室、中华全国总工会、中华全国工商业联合会、中国企业联合会,在人民大会堂联合召开了劳动合同法、就业促进法、劳动争议调解仲裁法贯彻实施座谈会。富士康是该会唯一的企业代表,富士康总裁郭台铭在会上作了发言。该会的会议记录可参见 http://yonshen-wan.blog.hexun.com/16047373_d.html, 2011年12月14日访问。

③ 张峰:“第一次在主子面前下跪的人,肯定也会觉得很委屈,很痛苦。慢慢地,习惯了,感觉也就不那么不好了。后来,他就跪上了瘾,主子让他站起来,他会觉得很习惯,无所适从。再后来,他甚至会觉得旁边那些挺着腰板不跟他一道下跪的人简直就是大逆不道。于是,他想方设法也要让他们跪下去。”载《广州日报》2007年10月21日版,转引自《报刊文摘》2007年10月29日版。

④ 董润青:“美国反歧视立法对我国的启示”,见本书第372~385页。