

中国法学前沿·研究生教学参考书

Frontier of Chinese Law Research
Reference Books for Postgraduates

Frontier of Labor Law and Social Security Law

劳动法与社会保障法前沿问题

郑尚元 著

清华大学出版社
北京

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

劳动法与社会保障法前沿问题/郑尚元著.--北京:清华大学出版社,2011.1
(中国法学前沿·研究生教学参考书)

ISBN 978-7-302-24168-3

I. ①劳… II. ①郑… III. ①劳动法—中国—研究生—教学参考资料 ②社会保障—法律—中国—研究生—教学参考资料 IV. ①D922.5 ②D922.182.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 240803 号

责任编辑:李文彬

责任校对:王荣静

责任印制:孟凡玉

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市金元印装有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170×240 印 张:17.25 插 页:2 字 数:336 千字

版 次:2011 年 1 月第 1 版 印 次:2011 年 1 月第 1 次印刷

印 数:1~3000

定 价:35.00 元

产品编号:037262-01

前 言

劳动法与社会保障法中之相关法律问题非常复杂,其中许多领域尚属空白状态,尤其是社会法领域的学理研究空白点非常之多,例如,关于其他国家和地区全民健康保险法制之理论分析与借鉴,我国医疗保险法制化等问题。现有的一些理论研究深度有限。有些研究成果非常有价值,却很难面世,例如,每年中国法学会社会法年会之论文集就收集了不少优秀成果,但这些成果出版困难,如何使劳动法与社会法领域之研究成果面世一直是社会法学研究领域关注的一个问题。笔者尝试先将自己的作品公开出版和结集出版,企望同行分享。近年来,劳动立法进展较快,例如,《劳动合同法》颁布后,产生了很大的争论;劳动派遣现已成为关注焦点,笔者在这些领域作了一些研究,所收集的一些文章多体现在该领域。我国《社会保险法》之立法工作启动多年,现已经过人大常委会三读,通过日期仍难以确定,而且法律条文之内容无论如何不如人意,对于社会保险立法中存在的一些问题,笔者撰写了一些自认为比较重要、问题比较突出的文章,将其收集在一起。社会法领域涉及面相当广泛,我国近年来发生了许多骇人听闻的恶性杀人案件,死伤人数众多,刑事附带民事赔偿之判决往往成为“法律白条”,笔者偶有机会写就一篇,希望更多的学者关注社会补偿问题,解开刑事附带民事赔偿诉讼之死结。因参与住房保障立法工作,及近年来房价高企,中低收入阶层解决住房越来越困难,笔者近期发表了一篇文章,今后仍将继续关注该领域问题。需要指出的是,本次论文结集,其中三篇文章为我指导的两位博士研究生执笔,《中国社会保险立法进路之分析——中国社会保险立法体例再分析》系我与扈春海博士合作,我提出了一些思路并建议本文参加中国社会保障论坛论文评奖,扈春海博士执笔完成该稿,并获得了中国社会保障论坛 2008 年度论文优秀奖;《寻找被认可的劳动法——译〈中华人民共和国劳动法〉》系我与博士生李海明之合作作品,我指出了其中思路,由李海明执笔,该文参加了中国政法大学民商经济法学院举办的 2008 年度秋季论坛,并获得二等奖;《论基本养老保险立法之疑难》系我与李海明参加中国法学会社会法学研究会 2009 年年会提交的论文。以上三篇论文的观点、语境或多或少与我本人的观点、语境略有差异,但仍属于劳动与社会保障法领域可供参考之作。

本书所涉及问题是否属于学术前沿,还是需要学界的评断的。不过,是否属于理论前沿并不那么重要,关键点在于上述问题的研究能够引起学界的共鸣和公力机构

的重视。近年来,我国经济社会发展进入了一个关键的历史发展阶段,即经济发展已经取得相当成果,而发展累积起来的社会矛盾和社会问题愈来愈多,许多问题相当棘手,甚至出现了不少极端事件,例如幼儿园弑童事件反映了现阶段的社会安全问题。何为“社会安全”?即他安全、你安全、我安全,全社会安全,如果社会成员中总有一部分人群生活极端不安全,甚至无路可走,部分社会成员将走出多数人意料不到的奇路、怪路,造成无可弥补的损失甚至社会的动荡。中国社会安全的实现有赖于社会安全法制的不断完善,市场经济发达国家和地区社会安全法制之构建,一般是在劳动法制已经取得相当成果,劳动者权益维护达到一定高度之后展开的,但是,我国劳动法制与社会安全法制须同步构建,不能按照市场经济国家和地区发展的常规路径设计我国的相关制度。我国劳动法制尚不完备,但社会安全法制更为急迫,只有实现了人人安全,社会才能获得安全。中国劳动法与社会法领域的每一点进步都是全体参与者努力的结果,既有官方的深度参与,也有民众的切身体验,学界的参与也是其中一环,即便学界的参与力度较小,但仍属参与者范畴,期待众人拾柴火焰高之原理能够在该领域得到体现,更期待中国社会步入社会安全的良性通道。

本书所收集的20多篇文章,系本人近年来已发表或未发表的相关文章。文章写作的时间有先有后,有些文章的写作系在相关法律法规颁布前完成,表述上采当时语境,亦可让读者感受到当时本人的一些观点是否与现实相符,观点是否落伍。上述劳动与社会保障法方面的文章彼此之间并无直接的联系,换言之,体系性较差,但是,这些内容都属于本领域的重要问题。劳动法与社会保障法学科的研究方法既需要以严谨著称的解释法学的研究方法,同时需要以观察社会之法社会学的研究方法,研究方法至为重要。能够成为“中国法学前沿”系列之研究生参考丛书之一,有赖于清华大学出版社支持,感谢本书编辑在编辑过程中的辛勤劳动。

目 录

上编 劳动法部分

第一篇	寻找被认可的劳动法——评《中华人民共和国劳动合同法》	1
第二篇	《劳动合同法》的功能与制度价值分析——评《劳动合同法》的是与非	29
第三篇	我国劳务派遣秩序之管制——劳务派遣之《劳动合同法》规定与制度完善	36
第四篇	劳动派遣法律关系解构及其与相邻关系比较	45
第五篇	企业、事业单位人事档案纠纷之法律梳理	71
第六篇	劳动合同签订前当事人之权利义务之法学分析——兼谈就业协议书的法律性质	81
第七篇	我国劳动派遣现状与劳动者权益保护——兼谈《劳动合同法(草案)》中“劳动派遣”之立法规制	91
第八篇	对劳动合同期限制度的客观评价	98
第九篇	略论人事争议仲裁制度的定位与价值取向	102
第十篇	匡正制度理性,发掘制度价值——我国无固定期限劳动合同制度的再分析	113
第十一篇	破产清算组能否成为诉讼主体的法学透视	116

下编 社会法部分

第一篇	中国社会保险立法进路之分析——中国社会保险立法体例再分析	119
第二篇	公务员社会保险制度建立之考量与立法进路分析	133
第三篇	论基本养老保险立法之疑难	147
第四篇	制度落差与理念重塑——海峡两岸社会法制度与理念之比较	182
第五篇	《犯罪受害人补偿法》之立法思考——从邱兴华案件受害人民事赔偿之“法律白条”谈起	196
第六篇	浅谈民事赔偿与工伤补偿之法律整合——第三人责任背景下的劳动者权利救济	208

第七篇	奶酪是否存在?“蛋糕”如何分割?——谈社会保险与商业保险之 功能与定位	213
第八篇	从权力本位到权利本位之移转,看老年人权益之创制——谈《中华 人民共和国老年人权益保障法》的修改	217
第九篇	文艺工作者参加社会保险若干法律问题思考	221
第十篇	企业员工退休金请求权及权利塑造	226
第十一篇	居住权保障与住房保障立法之展开——兼谈《住房保障法》起草过程 中的诸多疑难问题	248
参考文献		265
后记		271

上编 劳动法部分

第一篇 寻找被认可的劳动法——评《中华人民共和国劳动合同法》

在劳动纠纷危及社会秩序的时候,在行政部门频频相关政令的时候,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,《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《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,法律体系应当应社会变化而变化。由于我国社会曾经经历了新中国成立后尤其是“文革”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;虽然新中国成立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,至于劳动者,无所谓失业,在这一点上,农民与工人没有差别,农民挣工分,工人挣工资。故而,“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、劳动定员与定额、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 20 多年时间里,有的直至今日,除了在形式和内容有些不同程度的变化外,基本上沿袭了下来”^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,而依靠行政命令和领导指示而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,“‘文革’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是顷刻间消逝,劳动法制建设,特别是劳动力市场化改革及其法制化过程,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。

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。

其一,农民^①的家庭承包责任制改革与农民外出务工问题。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,被称之为农民工。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—1982年的五年中),传统的计划性制度安排与不断产生、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或者能够承受。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,两相结合促成了的“三结合”就业政策的出台。1980年8月中共中央和国务院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,开创了城镇劳动政策变革

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。

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。而国企缺乏活力的突出表现是用工问题,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,但是前后之间的性质却是不同的,一个是无法之治,一个是法律之治。

其中《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其法制化的成果。“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《关于积极试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。而关于《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,并在1983年2月由原劳动人事部颁布《关于招工考核择优录用的暂行规定》,以此为基础,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得出来,其中的关键词是“增强企业活力”。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

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》,第2卷,106页,北京,人民出版社,1993。

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《中华人民共和国劳动法》(以下简称《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,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的初期,实行劳动合同制作为国企改革的重要组成部分在实质上“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。而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上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,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制建设的视角来分析《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,改革了国家同包统配的就业形式,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的经济改革的动作。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,更多地是政府推动的立法。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以围绕劳动政策而展开。可以说,《劳动法》颁布后的近10年,我们是在“贯彻”《劳动法》,

① 严忠勤等:《尽快制定〈劳动法〉》,载《经济管理》,1992(2)。

② 同上。

却不是在“遵守”《劳动法》，劳动法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台并被严格遵守。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性征。

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“下岗而不失业”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《劳动部关于扩大试行全员劳动合同制的通知》，要求1992年，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《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，在三分之二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判的程序规范，建立劳动合同签订、鉴证、履行及集体谈判和协调的规则；在非国有企业，特别是外资企业、私营企业，有条件地试行集体谈判制度。“九五”期间，初步建立与社会主义市场经济体制相适应的劳动用工制度，在全国各类企业全部职工中实行劳动合同制度，使劳动关系走上法制化轨道；在非国有企业全面建立规范化的集体谈判制度，并进行行业、地区集体谈判的试点工作；有步骤地在一些国有企业中进行集体谈判或集体协商制度。应当说，随着《劳动法》的顺利出台，劳动合同制很快深入人心，其普及速度是很快的，而就《劳动法》颁布前后的全员劳动合同制的若干部门规章以及地方法规和规章的规定来看，全员劳动合同制有如下两点值得圈点：

^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）。

其一,全员劳动合同制旨在消除同一企业中的身份差别。在实行全员劳动合同制的改革中,管理人员、技术人员、固定工、合同工、混岗工、临时工、农民工等一律称为企业职工,消除了计划经济体制下的身份差别。大体而言,全员劳动合同制消除了固定工和合同工的区别,取消了干部和工人的区别,至少,全员劳动合同制意味着再不存在固定工和干部的称谓了。值得强调的是,全员劳动合同制是针对企业的,且主要是针对国企。全员劳动合同制是相对已经出现的部分劳动合同制而言的,改革开放后的劳动合同制实践主要是在企业中进行的,而国营企业的劳动合同制探索是有选择地、部分地进行的,进一步改革实行“全员”就名副其实了。而关于“干部”这样的身份定位,我们在今天的事业单位人事管理中甚至还可以看到,也足见劳动合同制改革并没有在事业单位中进行,也印证了我国事业单位至今没有深彻改革的事实。

其二,固定工制度通过全员劳动合同制的实践渗透到了《劳动法》当中,并影响至今。全员劳动合同制改革首先是形式意义上的改革,在原固定工也适用劳动合同制这一点上讲,是取消了固定工制度,让劳动者在合同制上实现平等待遇。然而,原固定工的利益却需要得到保留,这是既得利益者的保守性所决定的。笔者认为,竞争性的市场化的合同制优于无竞争的计划性的固定工制是今天的常识性认识,但在改革过程中,全员劳动合同制必然要打破已有的利益格局,影响企业管理者和部分企业劳动者的利益,改革的障碍是肯定存在的,所以才有行政力量推动的全员劳动合同制。^①但是,行政力量主导个别企业用人改革是与企业经营权扩张同步相悖的,这就注定全员劳动合同制改革的实质目的——取消计划体制下的身份差异待遇——不可能很好地实现。如果我们以肯定原有利益为基础来分析《劳动法》中关于劳动合同的期限分为有固定期限、无固定期限和以完成一定的工作为期限的规定,就会发现其背后的实质,即分别对应的合同工、固定工和临时工。在后来对《劳动法》进行学习和研究的过程中,关于第20条第二款的批评多而尖刻,而笔者认为,这一款恰恰是固定工制度渗透到《劳动法》中的折射。劳动合同在1984年开始出现,到1986年不应再有新的固定工,这到《劳动法》的1994年颁布,1995年实施,正是十年左右,所以应符合“劳动者在同一用人单位连续工作满十年以上,当事人双方同意延续劳动合同的,如果劳动者提出订立无固定期限的劳动合同,应当订立无固定期限的劳动合同”之情形者以原固定工为主。该规定沿袭于全员劳动合同制实践对固定工利益的保留,笔者认为,该规范虽然缺乏法理逻辑的推敲,却也并不是在法理逻辑的框架下适用的,该规范的遵守是

^① 至今,国有企业没有了固定工和合同工的区别,但是仍然有各种差别措施,例如合同工和劳务派遣工的区别,笔者感觉,国有企业在用人制度上的改革并不彻底,并没有实现用人单位和劳动者的两造独立,而是以部分劳动者为圈占据了非劳动合同意义上的利益。

一种政策性的遵守,故而现实是这样的:其一,政策框架下的利益保留决定了用人单位不会拒绝“同意延续”,且往往表现为用人单位的劳动管理行为,即通过一个抽象的内部文件实现全员劳动合同制,实际上成为一个群处理行为,无需个别劳动者与用人单位形成合意;其二,在1994年前后的“下海”浪潮中,给积极选择下海的劳动者以自由成为了群处理行为的溢出效果,实际上发生的不是我们今天设想的“劳动者欲留不能”,而是劳动者欲走很难。就此而断,按照期限不同而进行的劳动合同分类并不具有市场化的劳动法理基础,如果说与市场化的劳动法理吻合了,也多属巧合,毕竟那是新皮旧势,法律下的政策。

(三)《劳动合同法》与中国劳动力市场法制化

市场包括资本和劳动两个要素,市场经济改革则分为资本市场改革和劳动力市场改革,我国资本市场改革过程中的法制化以1993年12月29日颁布的《中华人民共和国公司法》(以下简称为《公司法》)为里程碑,经过1999年和2004年的两次修正后,于2005年进行了很大幅度的修订,公司法律制度中的国企背景在十年左右的改革中逐步变淡,不以所有制为基础的公司法律制度逐步确立。与之呼应,我国劳动力市场改革过程中的法制化以1994年7月5日颁布的《劳动法》为里程碑,经过十余年的改革,劳动法律制度中的国企背景亦逐步变淡,没有“铁饭碗”的劳动力市场逐步形成,没有固定工的劳动力市场法律制度在逐步形成,并最终促动了2007年6月29日《劳动合同法》的颁布。

在《劳动法》之后和《劳动合同法》之前的十余年间,我国劳动力市场具有如下特点:其一,剧烈的变革性。在《劳动法》之后的十余年中,现代企业成为时代的宠儿,“国营”的信用被各异的品牌所替代;“打工”成为时代的新词,“工人”的称谓逐渐被“职工”、“员工”等所替代。就业方式发生了剧烈的变革,劳动力市场得以形成。其二,内在的稳定性。所谓内在的稳定性,主要是指劳动力市场化的区分处理,故而才有了下岗问题、历史欠账问题等,这些问题均是在稳定和谐的宗旨下展开的,应当说下岗是由多种因素造成的,而下岗的处理却是以政策为主导,稳定为前提的。其三,过激的私法性。所谓过激的私法性,主要指新形成的劳动力市场更多地在赤裸裸的私际交易的框架下展开,用人单位与劳动者的交易以供需为基础,弱肉强食的丛林法则导入了劳资两造之默认体系,出现所谓的零工资就业也就不是奇怪之事情。

劳动力市场化过程的如是特点给劳动力市场法制化造成了诸多障碍,一方面法制建设过程中的平等待遇与区别对待始终不能很好地协调,尽管固定工制度已经成为历史,但是受其影响的无固定期限劳动合同和长期固定期限劳动合同以职业稳定和劳动权益保障为基础仍然与短期固定期限劳动合同形成了鲜明的歧视待遇,而这种歧视的出现却不是纯粹的法律问题,而是政策和法律各执一端的结果。另一方面

劳动力市场规则处于失控的状态,劳动力市场法制化体系没有形成和完善,劳动纠纷纳入民事纠纷的范畴,劳动合同成为一种特殊的民事合同,此种民法化的劳动力市场实践是按照商品交易的规则展开的,用人单位和劳动者之间没有按照合理的劳动法理念形成最基本的法律信仰。总之,在需要规则,又无法合理确定规则的情况下,劳动力市场并没有因为《劳动法》的存在而法制化,劳动力市场法制化的路途还有一段路要走。

应当说,《劳动合同法》是劳动力市场法制化的成果。它既体现了时代需要的紧迫性,也反映了劳动力市场法制化的法理诉求。一部通则性的《劳动法》并不是劳动力市场法制化的成果或者总结,而只是劳动力市场化的法律化导入;《劳动合同法》将在劳动力市场法制化建设中处于什么样的地位,仍需要放在我国劳动法制建设和劳动法体系中深入思考,以下笔者切入《劳动合同法》出台前后的是非争议,以梳理出《劳动合同法》之评价问题。

二、《劳动合同法》的是与非

1998年第九届全国人大常委会将《劳动合同法》纳入立法规划,但是,由于种种原因,在该届人大会议期间,《劳动合同法》并没有进入审议程序。2003年第十届全国人大常委会重新将劳动合同法纳入立法规划,有关劳动合同法的立法研究和论证才开始展开。通过期刊网论文检索^①,笔者发现在2002年之前以“劳动合同法”为主题的研究寥寥无几,即便相关,亦称为“劳动合同制度”,2003年之后,则陆续出现有关劳动合同法的研究。在2005年公布《中华人民共和国劳动合同法(草案)》(征求意见稿)之后,劳动合同法通过网络很快成为一个公共话题、焦点话题,相关的学理研究成果亦呈现倍增之势,《劳动合同法》的立法审议也前后进行了四次,并最终在2007年6月29日通过。然而《劳动合同法》的通过并没有使得劳动合同基本法问题的争论得以消停,不仅在《劳动合同法》生效前出现了企业的对策行为,而且在《劳动合同法》配套法的制定中将劳动合同法的争议延续,《劳动合同法实施条例》出台之艰难即是例证。

(一) 是非热议

《劳动合同法》的是非热议首先是一个公共话题,并经过媒体的着意宣传而愈加

^① 在中国期刊网检索“劳动合同法”的主题论文,在1979年至2002年间共有期刊论文45项,硕士学位论文1项;在2003年至2005年间共有期刊论文42项,硕士学位论文8项,会议论文2项;在2006年有期刊论文258项,博士学位论文1项,硕士学位论文19项,会议论文4项;在2007年有期刊论文1142项,硕士学位论文51项,会议论文1项;在2008年有期刊论文2196项,博士学位论文1项,硕士学位论文9项,会议论文7项。访问时间:2008年10月10日。