

规制研究与集体劳动关系法学的交汇

——以美国为样本的观察

阎 天

内容提要:规制研究与部门法学之间在过去数十年间发生了广泛的对话和互构,美国集体劳动关系法学是研究这一学科交汇现象的合适样本。规制研究与美国集体劳动关系法学的交汇经历了全面疏离和有限接触两个阶段,两个学科在第一阶段相互疏远,在第二阶段则以回应型规制理论的提出为契机,以集体劳动关系法学引入该理论为标志展开接触。概念和价值上的妥协为接触创造了可能,而现实的政治考量则是妥协的动因。在美国,规制研究与集体劳动关系法学的交汇仍处于初步阶段,但由于两个学科达成进一步妥协的空间已经较为有限,交汇的前景并不乐观;在我国,这一交汇虽然尚未起步,但是理论上的障碍比美国更小,前景更为积极。通过对二者交汇的研究,可以更为深入地了解规制研究与集体劳动关系法学的概念认知、价值基础和演进规律,探索推进我国规制研究的有效方式。

关键词:规制 回应型规制 劳动法 美国集体劳动关系法

阎天,北京大学法学院助理教授。

过去数十年间,规制研究作为一个相对独立的法学思潮,与经济和社会领域的诸多部门法学发生交汇,展开对话乃至互构。这种交汇已然极大地改变了部门法学的面貌,为部门法学增添了新的研究议程、工具和进路;这种交汇也推动规制研究走向成熟,使其不但成长为行政法学的重要分支,而且在各部门法学之间发挥了粘合剂的作用,增强了法学作为学科的整体性。那么,这种交汇何以发生,有何表现?如何评价交汇,从中又能得到怎样的启示?交汇为规制研究和部门法学揭示了怎样的前景?这是本文致力于回答的主要问题。

为了回答这些问题,本文选择规制研究与美国集体劳动关系法学的交汇作为讨论的样本。规制研究发端于20世纪80年代,导源于美国政学两界对于规制弊端的反思。学

者将社会科学方法特别是经济学方法引入法学,凝聚成一个与部门法学者既有交叉、又相对独立的群体。所谓集体劳动关系法,是指国家规制劳动者结成工会等组织,与用人单位展开谈判、罢工等形式的斗争和合作,订立和履行集体谈判协议,建立和维护职场秩序,实现劳资自治的法律。在历史上,美国集体劳动关系法学并没有像某些其他部门法学那样直接倒向规制研究,而是经历了从疏离到接触的态度转变;接触过程也并非全无保留,而是原则与妥协并存。这种复杂性有助于呈现出规制研究与部门法学之间关系的多重面向。透过规制研究与美国集体劳动关系法学的交汇,可以更深入地理解两个学科的概念认知、价值基础和演进规律,进而可能推及其他国家和其他部门法学。

本文拟分别回溯规制研究与美国集体劳动关系法学之间关系的疏离期和接触期,分述双方的态度,探讨其表现和成因。同时对双方关系的全过程进行评估,从中寻找对于法学研究的启示,并提出对这种关系的进一步展望。

一 规制研究与集体劳动关系法学的全面疏离

20世纪80年代,规制研究与美国集体劳动关系法学处于全面疏离状态,相互之间很少交流。造成这种状况的原因是双向度的:从规制研究一方来说,对规制概念的理念、对美国国情的认识,加上对辩论话语的考虑,都阻止了学者将集体劳动关系法学当作重要的论证范例;而从集体劳动关系法学一方来说,学者不仅与规制研究存在概念之争,更存在难以调和的价值对峙,导致他们很难将规制研究的方法引入自身学科领域。

(一) 规制研究的疏离态度

依照常理揣度,规制研究对于集体劳动关系法学应当会产生相当的兴趣。集体劳动关系是美国政府最早介入和规制的重要社会问题之一。国家建立专门的规制机构——国家劳动关系委员会,聘请专业人士出任委员,赋予委员会规则制定权和纠纷解决权,这些规制举措都为后来的许多规制项目所借鉴。规制研究与美国劳动法学的另外两个支柱——个别劳动关系法学和反就业歧视法学——也都建立了广泛而深入的互动。^[1] 在这种背景下,规制研究对于集体劳动关系法学的疏离态度显得尤为醒目。虽然规制研究的代表学者如布雷耶、桑斯坦等人都曾在著作中提及集体劳动关系,^[2] 但是他们论证核心观点的例证往往来自环境、资源等规制领域。^[3] 集体劳动关系法学散见于规制研究文献的各个角落,从未获得整体性的回应。

规制研究疏远集体劳动关系法学的原因何在? 虽然学者从未明言,但是从规制研究

[1] 桑斯坦曾以职业安全与健康管理局为例,计算规制每拯救一条生命所需的成本,以此为据研究规制的正当性问题。参见[美]凯斯·R. 桑斯坦著:《权利革命之后:重塑规制国》,钟瑞华译,中国人民大学出版社2008年版,第265-266页。个别劳动关系法学者与规制研究学者合作发文也并非个例,参见 Ian Ayres & Stewart Schwab, *The Employment Contract*, 8 *Kan. J. L. & Pub. Pol'y* 71, 71 (1998)。

[2] 参见[美]史蒂芬·布雷耶著:《规制及其改革》,李洪雷等译,北京大学出版社2008年版,第260页。

[3] 例如,桑斯坦在《权利革命之后:重塑规制国》一书中的主要例证取自“对环境、职业安全与健康、广播电视以及歧视的规制”。参见[美]凯斯·R. 桑斯坦著:《权利革命之后:重塑规制国》,钟瑞华译,中国人民大学出版社2008年版,第1页。

的开山之作布雷耶的《规制及其改革》一书当中,可以爬梳出答案的若干线索。^[4] 规制研究对于集体劳动关系法学的冷淡态度主要源自三方面的因素:

一是对规制概念的理解。布雷耶不想把规制扩张到与政府对社会经济的干预同义的程度,试图给规制的概念设定某些界限,而集体劳动关系法恰恰处于界限之外,至少也与中心相距甚远。其一,布雷耶将“规制性”不足的政府干预措施排除出了规制的概念。“规制性”是指以政府干预替代市场主体自治,而集体劳动关系法学却主张以劳资集体自治作为职场秩序的基础,国家更多通过促进自治的方式间接干预劳资关系,而不是通过摧毁自治的方式来直接干预,这就构成了“规制性”的不足。其二,布雷耶将“经济性”不足的政府干预措施排除出了规制的概念。当代规制研究普遍采用经济性与社会性规制的二分法,而经济性规制历来是规制研究的核心。因为,经济性规制的目标——经济效率——明确且可度量,而社会性规制的目标往往不够清晰,更不易度量;经济性规制有明确的替代性机制——市场,而社会性规制则没有;社会性规制往往牵涉某些人文价值,如果加以改革,就可能被指责为缺乏人文关怀。^[5] 这就将集体劳动关系法这种典型的社会规制推离出规制研究的视线。其三,布雷耶将若干规制手段界定为“经典规制”,将包括谈判在内的其他手段理解为“经典规制”的替代措施,而集体劳动关系法学却主张以劳资集体谈判作为建立职场秩序的主要手段,要求国家将大部分力量投入到促进谈判当中。在布雷耶之后,对规制概念的理解继续阻碍规制研究关注集体劳动关系法学。例如,英国学者奥格斯认为,法律设定“不可转让的权利”并不属于一种规制措施,因为“在确保与特定目标的一致上,国家并没有扮演主动的或积极的角色”。^[6] 而集体劳动关系法的基石之一,就是工会不得代劳动者向资方转让某些权利,例如通过司法手段寻求救济的权利。通过不断给规制的概念设定新限制,规制研究与集体劳动关系法学之间的障碍越来越多。

二是对美国国情的认识。规制研究的议程并非学者们所制定,而是对规制改革这一政治议程的回应。集体劳动关系问题虽然曾一度占据国家政治舞台的中心,但是自 20 世纪 60 年代起,美国工人运动持续衰落,工会覆盖率不断走低。20 世纪 70 年代后期,尽管民主党同时控制了总统职位和国会两院,但是集体劳动关系法的改革动议仍然落空,导致人们对改革普遍绝望。20 世纪 80 年代初,里根上台之后立即采取断然手段,弹压了全国空管业大罢工,沉重挫败了工会的气势。工人运动从此一蹶不振,集体劳动关系也移出了规制改革的议程,自然难入规制研究者的视野。规制研究的兴起与保守主义在美国社会的日益高涨几乎是同步的,而保守主义在诸多方面与集体劳动关系法不相容。正如布雷耶所指出的,“谈判能力的不平等”虽然可以论证规制的正当性,却在美国并不常用,这无疑崇尚自由压过平等的保守主义意识形态发挥作用的产物。^[7] 而劳资谈判能力的不平等正是论证劳方应当结社对抗资方的关键论据,舍此则整个集体劳动关系法学将失去依托。作为一个实用主义者,布雷耶甚至可能把集体劳动关系法学当成麻烦和包袱,担心

[4] 除非特别说明,本部分布雷耶的观点均引自[美]史蒂芬·布雷耶著:《规制及其改革》,李洪雷等译,北京大学出版社 2008 年版,第 10、230 页。

[5] See Philip J. Harter, Book Review, 67 *Minn. L. Rev.* 1065, 1067-1068 (1983).

[6] [英]安东尼·奥格斯著:《规制:法律形式与经济学理论》,骆梅英译,中国人民大学出版社 2008 年版,第 261 页。

[7] 参见[美]史蒂芬·布雷耶著:《规制及其改革》,李洪雷等译,北京大学出版社 2008 年版,第 49 页。

劳动法学者激怒保守力量,诱发后者阻碍规制改革的进程。

三是对辩论话术的考虑。在规制研究的新创时代,周边学科特别是政治学对于规制持有很不友好的态度。政治学家倾向于用管制俘获和利益集团理论来解释规制产生的原因,否定了“规制为实现公共利益而生”的观点,也否定了规制存在的正当性。布雷耶的立场是改革而非废除规制,就如桑斯坦的立场是重塑而非摧毁规制国。^[8] 为了避免与政治学家正面交锋,布雷耶将规制研究限定在规范主义的立场上,只考虑如何将规制的目标和手段更好地匹配起来,而不去质疑规制本身。^[9] 不巧的是,集体劳动关系法正是政治学家用来论证管制俘获和利益集团存在的例子。他们主张作为规制对象的工会反过来俘获了规制者,使得集体劳动关系法的制定和实施都偏向自己;工会作为重要的利益集团,在游说规制立法时所促进的并非公共利益,而是工会及其会员的利益。^[10] 如果过多谈论集体劳动关系,将不可避免地卷入一场竭力回避的纷争,这大概是规制研究学人三缄其口的重要原因。

(二)集体劳动关系法学的疏离态度

与规制研究对集体劳动关系法学的顾虑和疏远相似,集体劳动关系法学对规制研究也缺乏热情。一个典型的例子是关于强制雇主披露信息的研究。在集体劳动关系法上,雇主负有善意谈判义务,其内容之一是要向谈判对手即工会披露若干信息。诸如工资福利等与工会所代表的员工利益直接相关的信息,应当以披露为原则、以不披露为例外;反之,涉及工会所代表的员工以外的第三方的信息,以不披露为原则、以披露为例外。^[11] 这一规定的目的是缓解集体谈判双方的信息不对称,防止工会一方由于缺少相关信息而居于劣势地位。集体劳动关系法上的这些规定与规制研究的热门议题——信息规制——可谓高度契合。规制研究指出,信息规制可以服务于分配性的目标,强制信息披露有助于增进社会弱势群体的福利。^[12] 然而,集体劳动关系法学却并没有就此与规制研究展开对话。这一点尤其表现在集体劳动关系法学的代表学者萨缪尔·伊斯特莱彻(Samuel Estreicher)身上。1993年,伊斯特莱彻发表了自己的代表作,提出了改革集体劳动关系法的方案,其中专门讨论了如何改进立法以鼓励劳方与资方共享信息,却并没有谈及规制研究的任何成果。^[13] 耐人寻味的是,当学术焦点从向工会披露信息转移到向员工披露信息、从集体劳动关系法转向个别劳动关系法之后,劳动法学界就毫无障碍地参考了信息规制的研究成果。^[14]

[8] See Frank H. Easterbrook, Book Review, 90 *J. Polit. Econ.* 1300, 1302 (1982).

[9] 参见[美]史蒂芬·布雷耶著:《规制及其改革》,李洪雷等译,北京大学出版社2008年版,第12-16页。

[10] 例如,奥格斯曾引述公共选择理论的论断:与消费者权益组织之类代表公共利益的组织相比,诸如工会、生产者组织之类代表局部利益的组织更能克服集体行动的困境,更能对立法产生影响,以至于“规制是产业所要求的并主要为其利益而设计和运作的”。[英]安东尼·奥格斯著:《规制:法律形式与经济学理论》,骆梅英译,中国人民大学出版社2008年版,第72-73页。译文将工会(trade union)误作“贸易联盟”。

[11] See Samuel Estreicher & Matthew T. Bodie, *Labor Law*, Foundation Press, 2016, pp. 128-132.

[12] 参见[英]安东尼·奥格斯著:《规制:法律形式与经济学理论》,骆梅英译,中国人民大学出版社2008年版,第127页。

[13] Samuel Estreicher, Labor Law Reform in a World of Competitive Product Markets, 69 *Chi.-Kent L. Rev.* 3, 41-42 (1993).

[14] 例如,在其关于信息披露的文章开篇之处,集体劳动关系法学者东林馨即引用了规制研究学者桑斯坦的成果。See Cynthia Estlund, Just the Facts: The Case for Workplace Transparency, 63 *Stan. L. Rev.* 351, 351 (2011).

集体劳动关系法学疏远规制研究的原因何在? 疏离是双向的,两个学科对于彼此的顾虑也有相似之处。双方都认为,“规制”与“集体劳动关系”在概念层面存在不可调和的分歧。前文指出,在布雷耶看来,规制与自治、规制与谈判之间都是替代关系;而在集体劳动关系法学看来,如果劳资集体自治和集体谈判被替换掉,就从根本上背离了学界对于集体劳动关系的设想。美国劳动法学的创始人阿奇博德·考克斯(Archibald Cox)曾经这样描述整个设想:集体谈判是“工业自治政府的机制”,《华格纳法》(*The Wagner Act*)等立法及法院判例构成这一政府的“宪法”,集体谈判协议是“立法”,而申诉和仲裁程序则是“行政和司法裁判庭”。^[15] 如果与规制研究联合的前提是摒弃整个构想,集体劳动关系法学断然无法接受。

除了概念之争以外,集体劳动关系法学与规制研究之间更存在价值之争。正像布雷耶所坦承的那样,规制或者说“干预的正当化根据在于人们所宣称的市场在处理特定结构性问题上的无能”,^[16] 也就是市场失灵。规制研究所关注的规制目标几乎都可以归结到矫正市场失灵、实现资源配置效率最大化上;超出这一范围的其他规制目标即使获得承认,也处于非常边缘的状态。例如,规制学者西德尼·夏皮罗(Sidney Shapiro)和约瑟夫·托梅因(Joseph Tomain)在合著的教材当中,用十六页的篇幅论述了规制的经济目标,即矫正市场的缺陷;而讨论非经济目标的内容只有四页,其中就包括“改善财富的分配”和“让交易服从于集体价值”这两个明显可以适用于集体劳动关系法的目标。两位学者进一步指出,规制的经济目标与非经济目标之间可能存在冲突,追求非经济目标可能降低市场运行的效率,这使得两类目标之间的选择充满对抗,具有高度的政治性。^[17] 不难设想,规制研究的选择偏向经济目标,而集体劳动关系法学的选择偏向非经济目标。出身批判法学的集体劳动关系法学者艾伦·海德(Alan Hyde)颇为辛辣,他在批评一些人将集体劳动关系法学归入规制研究的一支——新治理理论(New Governance)——时断然宣称:“某些法律学者通过修炼某种法学院的瑜伽,将自己从一切道德和政治的承诺中解脱了出来,而新治理理论似乎就是对这些学者的某种神秘崇拜。而其他人士仍然服膺道德和政治承诺,他们身躯过分‘僵硬’,无法加入‘柔韧’的新治理理论瑜伽者之列。”^[18] 换言之,集体劳动关系法学所服膺非经济目标具有道德性,包括新治理理论在内的规制研究却压制这些目标,这在海德看来无异于“缺德”。两个学科的握手言和可谓困难重重,遥遥无期。

二 规制研究与集体劳动关系法学的局部接触

第一个十年的疏离之后,规制研究与集体劳动关系法学出现了接触的迹象。接触围

[15] 阎天著:《美国劳动法学的诞生》,中国民主法制出版社 2018 年版,第 219 页。

[16] [美]史蒂芬·布雷耶著:《规制及其改革》,李洪雷等译,北京大学出版社 2008 年版,第 19 页。

[17] See Sidney A. Shapiro & Joseph P. Tomain, *Regulatory Law and Policy: Cases and Materials* (3rd ed.), LexisNexis, 2003, pp. 40-65.

[18] [美]艾伦·海德:《劳动法理念这回事:一则寓言》,阎天译,载林嘉主编《社会法评论》(第七卷),中国人民大学出版社 2020 年版,第 132 页。

绕回应型规制(responsive regulation)理论展开:规制研究者在构建该理论的过程中率先释放出态度转变的信号,将集体劳动关系用作其核心观点——三方制——的论证依据;集体劳动关系法学人继而相应,吸收该理论的不同元素,提出了集体劳动关系的新构想。双方的接触虽然各有目的,但都是出自现实政治的考量。现实的压力迫使双方在概念和价值层面各自作出妥协,缓解了彼此的对立,为接触开辟了空间。

(一) 规制研究的态度转变

从20世纪90年代开始,规制研究对集体劳动关系法学的态度发生了局部变化。以伊恩·艾尔斯(Ian Ayres)和约翰·布莱斯维特(John Braithwaite)创立的回应型规制理论为代表,集体劳动关系成为了规制研究的重要对象,集体劳动关系领域的发展被规制研究采纳为论证核心观点的依据。1992年,艾尔斯等发表了《回应型规制》一书,尝试对传统的规制理论加以修正。^[19] 传统的规制架构有两个特点:一是双方制,规制者与规制对象在结构上分离,呈对峙态势;二是命令—控制机制,规制者居于主动一方并发号施令,而规制对象居于被动地位,与规制者之间缺乏交流和反馈。这两个特点正是回应型规制的改革对象。命令—控制机制过分僵化,无法适应各个规制对象的不同特征;由于沟通的匮乏,规制者无法切实引导和激励规制对象采取合规举措;片面强调对抗的结构也使得执法中的冲突增多、成本高企。为了解决这些问题,回应型规制主张不能只搞惩罚,而是要说服与惩罚并用。规制者和规制对象应当在执法过程中保持不断的沟通。通过沟通,可以甄别出具有守法意愿的对象,执法者对他们以说服为主,从而降低执法成本;而对缺乏守法意愿的对象则加重惩罚,震慑其违法意图。甄别的依据是对象愿意为违法付出的代价,为此,规制者应当遵循从轻到重的顺序,从所谓惩罚手段金字塔的底端开始,逐级向上选择惩罚手段,确保守法的努力能够换来惩罚的减轻。

在回应型规制的理论构想之中,充分的沟通是说服与惩罚并用能够奏效的关键。离开了沟通,就无法判断执法对象的守法意愿,更无法确定合适的执法手段。然而,双方在沟通过程中频繁接触,规制对象由此获得了“俘获”规制者的机会。腐败将导致规制者沦为维护规制对象利益的工具。为了避免俘获,艾尔斯等主张建立三方制,引入独立第三方监督执法过程的透明和清廉。可以充当第三方的既包括非政府组织,也包括规制对象内部的组织如工会。除了防止俘获以外,建立三方制还可以增进民主。受到规制影响的除了规制对象,还有其他利益相关者;而这些利益相关者过于分散,可能导致规制对象接受规制、而代价却由利益相关者承受的问题。三方制给予利益相关者参与权,让他们与规制对象平等沟通,决定如何应对规制,这本身就是一种决策民主。

为了论证三方制的可行性,规制研究学者所举出的关键证据正是集体劳动关系。美国职业安全与健康局设立了合作守法项目,在企业中建立由政府、劳方和资方代表共同组成的三方制安全委员会,其中劳方代表通常由工会指派。实证研究表明,对于大部分涉及工伤和职业病的简单案件,各方无需援引法律即可协商结案,无需诉诸外部干预;而对于

[19] 除非特别说明,本部分艾尔斯等人的观点均引自 Ian Ayres & John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, 1992, pp. 3, 7-15, 17-86, 88-89。

无法达成共识的案件,双方也都有较高的依法办事的意愿,较少发生到法院挑战执法的现象。这既减少了资方买通执法者损害劳动者的工伤和职业病待遇的问题,又提高了执法的效率,减少了劳资之间、企业和执法者之间的矛盾,降低了执法成本。通过三方制,集体劳动关系与规制联系起来,前者成为后者减少腐败、提高效率、增进民主的工具;也是通过三方制,集体劳动关系法与个别劳动关系法联系起来,前者成为促进后者实施的手段。

回应型规制理论之所以能够接纳集体劳动关系法学,是因为它对规制的概念和价值进行了重构。在规制的概念方面,回应型规制理论改变了双方制的结构预设,建立了三方制,这让规制的概念得以包容工会等第三方机构;在规制的价值方面,它改变了市场效率作为单一价值追求的局面,引入了民主,这让规制的目标函数得以与集体劳动关系法相兼容。那么,回应型规制理论又是因何而起呢?规制研究为什么要展开这样一场自我革命?根本原因在于新理论更加符合美国的国情。罗斯福新政以后,规制国家快速兴起;自 20 世纪 70 年代以降,“去规制”的呼声日渐高涨;到了 20 世纪 90 年代初,规制与去规制的观点形成僵局。艾尔斯等人认为,时代的主题既不是规制,也不是去规制,而是规制、去规制与再规制的混合。他们将这种状态描述为规制波动,并且从历史中找到了规制波动的证据:20 世纪 70 年代初的尼克松总统虽然立场保守,却推出了包括职业安全与健康规制在内的大量规制项目;继任者卡特总统虽然来自新政的发起者——民主党,却大刀阔斧地减少了航空、铁路、金融等经济领域的规制;他的继任者里根虽然被贴上了新自由主义的标签,所采取的去规制措施却没有卡特那么激进,以至于有学者断言“去规制已经失败”。每位总统都兼有支持和反对规制的侧面,这就是“波动”的含义。在“波动”已经成为常态的前提下,单纯主张规制或者去规制都有失偏颇,反而是在二者之间寻求“中道”更加符合现实。正如艾尔斯等人在《回应型规制》一书的副题中所言,他们的目的就是要“超越关于去规制的争论”。回应型规制就是这样一种将规制与自治(去规制)结合在一起的规制方案。

在中道理念的指引下,回应型规制理论进一步论证了建立三方制和引入民主价值的意义,从而为接触集体劳动关系法学扫清了障碍。在三方制问题上,有人认为引入工会之类第三方没有价值,因为,如果国家采取去规制政策,相当于站到资本一边,那么劳动者即使有工会帮助也对抗不了资本;而如果国家采取规制政策,相当于站到劳动者一边,那么劳动者即使没有工会帮助也足以对抗资本。以中道理念视之,这种观点是不正确的,因为国家的真实政策取向介于规制与去规制之间,所以工会的介入恰恰是有意义的。正如艾尔斯等所言,工会构成对业界(资本)权力的真实制约。在民主问题上,中道理念下的国家既不当采取去规制的立场,对民主价值放任不问;也不应当采取重规制的态度,以规制替代民主决策;而是应当采取所谓社会民主国家的立场,“一方面积极对财富加以再分配,为市场发挥力量创造条件;另一方面积极对参与权加以再分配,为民主发挥力量创造条件”。^[20] 而集体劳动关系法本身就是通过赋予劳动者参与权来实现职场民主的机制。

[20] Ian Ayres & John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, 1992, pp. 17 - 18.

规制研究与集体劳动关系法学的联合呼之欲出。

(二) 集体劳动关系法学的态度转变

规制研究的态度转变获得了集体劳动关系法学界的回应。自 21 世纪初开始,以东林馨(Cynthia Estlund)和大卫·杜雷(David Doorey)为代表的一部分集体劳动关系法学者运用回应型规制理论,重新构想职场秩序。东林馨的设想主要吸收了回应型规制理论中的三方制因素,被命名为“有监督的自我规制(monitored self-regulation)”;而杜雷的构想主要吸收了回应型规制理论中说服与惩罚并用的因素,被命名为“回应型职场法(responsive workplace law)”。

与艾尔斯等人一致,东林馨的论证起点也是规制与去规制之争。只不过在职场当中,这一争论呈现出更加复杂的样态。19 世纪末 20 世纪初,劳动法曾经严厉束缚工人运动,这导致规制在劳动领域名声不佳。新政时代制定的集体劳动关系法主张劳资集体自治,去除规制,被冠以“集体自由放任”之名,而规制的功能被局限在保障自治格局不被颠覆上。20 世纪 60 年代以后,工会不断衰落,自治范围缩窄,维护劳动者利益的希望被转而寄托在规制上,由此催生了以国家直接干预劳动力市场为特征的个别劳动关系法。重要立法包括:打击职场歧视的《1964 年民权法》,保护劳动者身心健康的《职业安全和健康法》,维护关厂企业职工利益的《劳工调整与通知限制法》,监管职工养老基金运营的《雇员退休收入保障法》,赋予职工休假权限的《家事和医疗假法》等。在去规制的大潮之下,工作场所规制的发展成为醒目的例外。20 世纪 80 年代以后,例外有动摇的趋势,国家开始尝试用放松规制换取用人单位主动采取合规措施,这被称为“自我规制”(self-regulation)。例如,法院将合规措施认定为免责事由,而行政机关则推出合作守法项目,前文所述艾尔斯等人所研究的职业安全与健康守法项目即为一例。^[21] 回望过去的一个世纪,劳动关系领域经历了规制——去规制——再规制——再去规制的复杂演进;而在第二次轮回中,集体劳动关系法几乎完全缺席。怎样在职场当中开辟规制与去规制之间的中道?集体劳动关系法在新的道路上又将扮演何种角色?这是东林馨的理论所致力于回答的问题。

在东林馨看来,所谓中道,就是在自我规制之外引入第三方监督,建立“有监督的自我规制”。这无疑是回应型规制理论中三方制的职场翻版。三方制在劳动法上并不是什么新事物。早在 20 世纪初,劳动法研究的先驱约翰·康芒斯(John Commons)和路易斯·布兰代斯(Louis Brandeis)等人就设想和实践过三方制。1911 年,根据康芒斯的建议,威斯康星州建立了工业委员会,这是美国第一个由政府建立的三方制纠纷解决机构,由资方和工会各出一人,加上一名代表公共利益的公众代表,共同处理重大劳资争议。时至今日,三方制还是包括国际劳工组织在内的许多劳动法相关机构的组织原则。^[22] 而东林馨的三方制与康芒斯有两点重要不同:其一,国家的角色发生变化,从作为三方之一的谈判

[21] See Cynthia Estlund, Rebuilding the Law of the Workplace in an Era of Self-Regulation, 105 *Colum. L. Rev.* 319, 322 (2005).

[22] 参见国际劳工组织官方网站对该组织“三方制构成”的简介, <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/who-we-are/tripartite-constituents/lang-en/index.htm>, 最近访问时间[2021-03-05]。

者地位,转变为针对资方的规制者以及资方自我规制的激励者;^[23]其二,劳方的构成发生变化,从工会垄断劳方代表权限,转变为工会或其他劳动组织与劳动者个人分工协作。在这种协作当中,一方面,工会以外的劳动组织如劳工中心只要能够独立于资方,且对劳动者和公众负责,就可以担当起代表劳动者的职责;另一方面,劳动者个人不能完全指望代表维权,而要积极发挥检举、传递信息和日常监督的作用,支持代表的工作。本来工会可以单独胜任第三方监督的职责,然而考虑到工会长期不振,只能将工会的职责一分为二,由新的劳动组织与劳动者个人分担,才能够起到和工会类似的效果。东林馨希望,新的劳动组织能够帮助劳动者克服对资方报复的恐惧,还可以解决劳动者集体行动的难题。^[24]

东林馨的理论在集体劳动关系法的理论和实务界都引起了反响。在理论层面,有学者在欧洲法上寻得了该理论的同道,以欧洲经验佐证该理论的实用性。^[25]更为重要的研究则指出了东林馨理论的弱点,即:作为第三方的“私营公益组织(private, public interest organization)”可能滥用其所获得的授权,还可能被作为规制者的公共机关以资助手段加以控制,变得不再独立。^[26]尽管如此,学者们仍呼吁扩大该理论在实践上的运用,例如将之运用于保护家政工人和管理社会企业,^[27]甚至借鉴该理论来改造整个美国集体劳动关系法。^[28]近年来,确有个案借鉴了东林馨的“有监督的自我规制”,其中的企业管理实践至少具备了该理论的某些特征,而效果则好坏不一。观察者总结称,在美国国内,哪怕最有抱负的尝试也至多只能算是喜忧参半:由于缺乏透明度和有效的惩戒措施,以及员工不愿意向工会以外的第三方报告情况,企业违规现象仍很普遍。^[29]而在美国以外,国际劳工组织还支持诸如“改善约旦职场”(Better Work Jordan)等非政府组织充当所在国劳动监管的第三方,以期消解所在国工会羸弱的负面影响,其实际效果与美国国内差别不大。^[30]

与东林馨关注三方制相比,杜雷的关注点更多放在回应型规制理论的另一支柱,即说服与惩罚并用的机制。作为加拿大学者,杜雷发现了美国与加拿大劳动法的共同任务即寻求中道。他认为,加拿大政坛对劳动法的主流看法是“管理主义”的:既反对无条件支持工会的多元主义观点,又反对无条件打击工会的新古典主义观点。那么,怎样调和对工会的两种态度呢?杜雷的方案很有创意,他主张规制者通过不断试探,逐步将用人单位区

[23] 东林馨指出,国家为了激励资方实施自我规制,应该借鉴回应型规制理论中关于说服与惩罚并用的策略。See Cynthia Estlund, *Rebuilding the Law of the Workplace in an Era of Self-Regulation*, 105 *Colum. L. Rev.* 319, 325 (2005).

[24] See Cynthia Estlund, *Rebuilding the Law of the Workplace in an Era of Self-Regulation*, 105 *Colum. L. Rev.* 319, 358 - 359 (2005).

[25] See Matthew Dimick, *Labor Law, New Governance, and the Ghent System*, 90 *N. C. L. Rev.* 319, 319 (2012).

[26] See Andrew Elmore, *Collaborative Enforcement*, 10 *Ne. U. L. Rev.* 72, 77 - 78 (2018).

[27] See Elizabeth J. Kennedy & Michael B. Runnels, *Bringing New Governance Home: The Need for Regulation in the Domestic Workplace*, 81 *U. M. K. C. L. Rev.* 899, 899 - 942 (2013); Elizabeth J. Kennedy, *When the Shop Floor is in the Living Rooms: toward a Domestic Employment Relationship Theory*, 67 *N. Y. U. Ann. Surv. Am. L.* 643, 643 - 692 (2012); Brett H. McDonnell, *From Duty and Disclosure to Power and Participation in Social Enterprise*, 70 *Ala. L. Rev.* 77, 122 - 123 (2018).

[28] See Kenneth G. Dau-Schmidt, *Promoting Employee Voice in the American Economy: A Call for Comprehensive Reform*, 94 *Marq. L. Rev.* 765, 828 (2011).

[29] See Kate Andrias, *The New Labor Law*, 126 *Yale L. J.* 2, 45 - 46 (2016).

[30] See Kevin Kolben, *Dialogic Labor Regulation in the Global Supply Chain*, 36 *Mich. J. Int'l L.* 425, 451 - 464 (2015).

分为两类:对于守法意愿强的单位,可以逐渐降低规制强度,不鼓励在其内部建立工会;而对于守法意愿差、屡次违法违规的企业,不但要逐渐提升规制强度,而且要限制其阻止员工成立工会的权利,鼓励集体谈判。^[31] 杜雷主张对规制对象加以分类对待,这种观点取自回应型规制理论;而将组建工会和集体谈判当作一种惩罚措施则是他本人的创见,杜雷认为这有利于工会的复兴,但是引起了争议。^[32]

如果说集体劳动关系法学曾经对规制研究态度疏离的原因在于概念和价值之争,那么,集体劳动关系法学的态度转变则源于概念和价值上的妥协,而妥协的动因是实用主义的。由于工人运动的衰落,集体劳动关系法学已经到了生死存亡关头,作为生存策略的妥协几乎是不可避免的。根据美国政府的统计,截至2019年,私人部门受薪劳动者加入工会的比例已经跌至6.4%,集体劳动关系日益沦为特定地域、特定职业,乃至特定性别和种族的现像,^[33]集体劳动关系法则在最高法院的连续打击下不断衰落。^[34] 在经受过法律现实主义洗礼的学者看来,美国集体劳动法学不应当潜心于法律的内部逻辑和教义研究,而是必须正视现实,为集体劳动关系法寻找生路。否则,法律的实践衰落不堪,法律的理论却欣欣向荣,该是多么讽刺的情形!^[35] 尤为重要的是,集体劳动关系法学所坚守的内容——以工会为代表的集体自治、以民主为代表的价值追求——不仅为资方所不容,为政客所冷淡,更为劳动者所抛弃;在这种情况下,一味的坚持已然失去意义,随之而来的便是妥协。

首先是概念的妥协。东林馨和杜雷都不再坚持规制与集体自治非此即彼的思维模式,而是承认二者的结合;东林馨甚至走得更远,认为规制和集体自治还能够与资方的自我规制结合起来,而所谓自我规制在传统的劳动法学者看来无异于资方专制的委婉说法。正如有人批评的那样,自我规制很容易沦为装点门面式的合规行为,^[36]而这不但与集体自治不相容,与规制也发生冲突。东林馨对此的回应是,有了外在的规制和第三方的监督,就能够创设足够的激励让资方切实规范自己的合规行为。^[37] 东林馨还认为,集体自治未必要以工会为实现形式,只需其他劳动组织与劳动者的协作,就能实现对于工会的功能性替代。而批评者坚定地反驳道:“我相信职场的代表制必须经由真正独立的工会来实现,否则,共治就会不可避免地变异为对雇员的招安。”^[38] 至于哪一方的主张更为正确,需要更多事实来证明。

其次是价值的妥协。东林馨本人是当代职场民主理论的重要代表人物,她的专著

- [31] See David J. Doorey, A Model of Responsive Workplace Law, 50 *Osgoode Hall L. Rev.* 47, 76-85 (2012).
- [32] 例如, Jedidiah J. Kroncke, The False Hope of Union Democracy, 39 *U. Pa. J. Int'l L.* 615, 703 (2018); Cynthia Estlund, Labor Law Reform Again? Reframing Labor Law as a Regulatory Project, 16 *N. Y. U. J. Legis. & Pub. Pol'y* 383, 383-400 (2013)。
- [33] Bureau of Labor Statistics, *News Release; Union Members - 2018*, released on January 18, 2019, <https://www.bls.gov/news.release/pdf/union2.pdf>, 最近访问时间[2021-03-05]。
- [34] See Julius G. Getman, *The Supreme Court on Unions: Why Labor Law is Failing American Workers*, ILR Press, 2016.
- [35] 艾伦·海德指出,“劳动法的每一个失败,都成为劳动法理念的成功。”[美]艾伦·海德:《劳动法理念这回事:一则寓言》,阎天译,载林嘉主编《社会法评论》(第七卷),中国人民大学出版社2020年版,第129页。
- [36] See Paul M. Secunda, Book Review, 64 *Indus. & Lab. Rel. Rev.* 203, 204 (2010).
- [37] See Cynthia Estlund, *Regoverning the Workplace: From Self-Regulation to Co-Regulation*, Yale University Press, 2010, p. 211.
- [38] Paul M. Secunda, Book Review, 64 *Indus. & Lab. Rel. Rev.* 203, 204 (2010).

《共事：职场连结如何强化多元民主》有力地重申了民主作为集体劳动法核心价值中的地位。^[39] 而恰恰是这样一位民主的鼓吹者却主张，不该再把劳工的结社自由和自我决定权仅仅看做民主社会的固有价值，而是要强调其能够实现规制目标的工具价值。顺着这一思路，杜雷主张把工会结社当成促进资方合规的工具。民主从目的变成了手段，看似地位的降低，实则未尝不是回归了在职场中引入民主的本意。无论集体劳动关系法还是个别劳动关系法，都是将政治生活中的宪法秩序移植到经济生活的尝试：民主和权利是公民面对强大国家机器时的主要自卫手段，而劳动法则试图用民主和权利来帮助劳动者对抗资本。集体劳动关系法试图移植民主，而当民主无法保护劳动者时，个别劳动关系法又试图移植权利。^[40] 东林馨和杜雷的主张无非是以民主作为实现权利的手段，这仍然没有突破在职场建立宪法秩序的范畴。

三 评估、启示和展望

迄今为止，规制研究与集体劳动关系法学的交汇还很初步，并表现出下述特征：其一，交汇具有局部性的特征。无论在规制研究还是在集体劳动关系法学之中，相互感兴趣的学人都数量不多。引入回应型规制理论并没有从整体上改造集体劳动关系法学，主流学者仍然认为劳动法的前途在于用人单位的自我规制，^[41] 而不是“有监督的自我规制”。其二，交汇具有异端性的特征。伸手相握的双方在各自阵营里都未获得完全接受。艾尔斯等突破命令—控制式机制，并将民主价值引入规制；东林馨等突破集体自治范式，并将民主从价值目标降格为手段，这些思路都招致批评。其三，交汇具有单向性的特征。交汇基本是以将规制研究成果应用于集体劳动法学的形式实现的；虽然集体劳动法的实践被规制研究者当作核心论据，但是集体劳动法学对于规制研究的影响几乎看不到。两大学科之间的有效对话——而非单向灌输——仍然遥不可及。

但是，研究两大学科的交汇仍然能够提供重要的学术启示，这主要体现在三个方面。一是有助于理解学科的概念认知。一个学科是怎样界定自己的？哪些现象被接纳为研究对象，哪些现象被排除出研究视野？历史表明，规制研究对于“规制”的基本预设是命令—控制机制，这是无需论证的、当然的研究对象；而包括三方制在内的其他结构设想，如果要列入规制研究的议程，都需要以命令—控制机制为参照系进行充分论证。集体劳动关系法学对于“集体劳动关系”的基本预设是集体自治，而在自治之外增加他治、在工会之外增加其他工人代表组织，都需要加以论证。

二是有助于理解学科的价值基础。一个学科是怎样评价自己的？哪些价值被接纳为

[39] See Cynthia Estlund, *Working Together: How Workplace Bonds Strengthen a Diverse Democracy*, Oxford University Press, 2003.

[40] See Cynthia Estlund, *Rebuilding the Law of the Workplace in an Era of Self-Regulation*, 105 *Colum. L. Rev.* 319, 325 - 327, 332 - 333 (2005).

[41] 例如, Timothy P. Glynn, *Taking Self-Regulation Seriously: High-Ranking Officer Sanctions for Work-Law Violations*, 32 *Berkeley J. Emp. & Lab. L.* 279, 279 - 346 (2011)。

评价尺度,哪些价值被排除出评价清单?历史表明,规制研究的基本价值追求是市场效率,这主要通过矫正市场失灵来实现,是无需论证的、当然的评价尺度;而包括民主在内的其他价值,如果要拿来评价规制的好坏,都需要做出论证。集体劳动关系法学的基本价值追求是民主,而在民主之外增加其他价值,或者把民主从价值目标降格为手段,都需要进行充分的论证。

三是有助于理解学科的演进规律。一个学科怎样新陈代谢?演进的形式是什么?演进的动力有哪些?历史表明,妥协是学科概念和价值演进的主要形式。妥协既不是不变,也不是全变,而是在保留原则基础上的渐变。对于规制研究而言,从双方制到三方制、从单纯追求效率到同时追求民主,都是妥协的产物;对于集体劳动关系法学而言,从集体自治到接纳他治、从民主至上到民主降格,同样是妥协的结果。妥协不是衰退,而是更新的手段,它让学科得以跟上现实政治的步伐,后者恰恰是学科演进的动力所在。规制研究因规制改革而起,又为打破规制与去规制之争的僵局而提出回应型规制理论;集体劳动关系法学因劳资集体冲突而起,又为解决工人运动的生存危机而吸收回应型规制理论。政治形势对于学术发展的牵引和导向作用十分明显,这也表明,无论规制研究还是集体劳动关系法学,在美国都属于经世致用之学,侧重“法外说法”而非“就法论法”。

至于规制研究与集体劳动关系法学交汇的前景,将主要取决于两方面因素。一是理论决心,即愿意再做出多大的妥协。规制研究的妥协空间已经不大,较有弹性的是集体劳动关系法学。妥协最甚的主张是彻底否定集体劳动关系法的特殊性,认为劳动法只是克服特定集体行动问题的工具;只要类似的问题出现,无论是在职场还是在任何市场当中,都可以用同样的工具来应对。^[42]这种观点将集体劳动关系法与规制完全打通,不过主流劳动法学界恐怕很难接受。妥协较少的主张是寻找规制研究与集体劳动关系法学之间的新理论衔接点。过去,回应型规制理论充当了衔接点的角色,未来可能补充反思式法(reflexive law)理论或其他。^[43]这种观点是两大学科先前交汇思路的延续,落实的可能性较大。当然,还有一种妥协最少的主张,那就是维持局部的、异端的、单向的交汇现状。二是实践成效。两大学科都是抱着自我完善的心态走到一起的:规制研究希望在对方身上寻找证明回应型规制可行的证据,集体劳动关系法学希望在对方身上寻找复兴工人运动的出路。假如美国工人运动继续衰落,就说明这种寻找收效不大,而这恐怕是大概率事件。如此看来,两大学科交汇的前景不容乐观。

四 结 语

本文的上述讨论都是基于美国的情形。不容回避的问题是,这些讨论与我国法学是否相关?问题可以分为两个层面。其一,本文的讨论与我国的规制研究是否相关?与美

[42] See Alan Hyde, What is Labour Law?, in Guy Davidov & Brian Langille (eds.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law: Goals and Means in the Regulation of Work*, Hart Publishing, 2006, pp. 37 - 61.

[43] See Ralf Rogowski, *Reflexive Labour Law in the World Society*, Edward Elgar, 2013.

国相比,我国的规制研究发展仍较为初步,一个重要的表现是:规制研究界尚未形成稳定明确的自我认知。规制研究在中国要研究什么对象,追求什么价值,研究与政治之间的关系如何确定,诸如此类问题的讨论一直在进行之中,而照搬美国的答案显然会有南橘北枳的风险。或许可以借鉴的经验是:通过促进规制研究与部门法学的交汇,能够帮助规制研究更好地反思自己、认识自己,从而加速这个学科和思潮的成熟。在构建自身的学术传统和学人认同之外,以开放的心态从其他学科汲取养分,进而“反求诸己”,是中国规制研究值得一试的成长经验。

其二,本文的讨论与我国集体劳动关系法学是否相关?东林馨曾经谨慎地展望其理论在中国的应用前景。她发现,我国的工会和工人权益组织与她理论中的第三方差别巨大,因此反对简单机械的理论移植。^[44]这种态度无疑值得借鉴。与美国相比,我国集体劳动关系法学对于工会以外的劳工组织形式虽然陌生,但是基本没有概念层面的排斥;在价值层面,工业民主作为宪法为集体劳动关系法确立的重要价值,其意涵和机制有待进一步开释和完善,^[45]但是对于追求和协调包括民主在内的多元价值持有开放态度。这意味着我国集体劳动关系法学与规制研究的沟通较少存在观念和价值的障碍。就此而言,我国两大学科的交汇虽然发力比美国要晚,但是前景更值得期待。

[本文为作者主持的 2016 年度北京市社会科学基金项目“供给侧结构性改革中的劳动法问题研究”(16FXC024)的研究成果。]

[Abstract] In the past several decades, comprehensive dialogues and mutual constructions have been carried out between regulatory study and studies of branch laws. American scholarship on the law of collective labor relations is a good sample to observe this phenomenon. The encounter between regulatory study and American labor law scholarship is divided into two phases: the first one was a phase of total detachment and the second one was a phase of limited contact inspired by the theory of responsive regulation. Compromises on conceptual and value issues made the encounter possible, and such compromises were motivated by considerations of real-world politics. While the prospect of the encounter seems not optimistic in America, it would face fewer obstacles in China once initiated. The research on the encounter can help Chinese scholars to deepen their understanding of the concepts, values and evolution of regulatory study and the study on the law on collective labor relations and explore effective approaches to advancing regulatory study in China.

(责任编辑:田 夫)

[44] See Cynthia Estlund, *A New Deal for China's Workers?*, Harvard University Press, 2017, pp. 111 - 121. 中国劳动法的海外研究者多持类似观点,例如 Sean Cooney, *Making Chinese Labor Law Work: The Prospects for Regulatory Innovation in the People's Republic of China*, 30 *Fordham Int'l L. J.* 1050, 1082 - 1086 (2007)。

[45] 参见阎天:《美国集体劳动关系法的兴衰——以工业民主为中心》,《清华法学》2016 年第 2 期,第 179 - 185 页。