

## “倾斜”抑或“一元”： 劳动权法律保护机制之理性选择

袁立

**内容提要:**在我国,二元的、倾斜性理论与制度设计无法真正保障劳动权。从理论基础看,社会分层、追求实质正义、二元经济结构、二元劳动力市场并不必然导致二元的、倾斜性法律保护。已有的倾斜性法律保护理论与制度产生了诸多问题,如重新陷入“身份”陷阱、诱发道德风险、提高社会成本、激化社会矛盾、损害资方利益、影响经济发展进程。而劳动权保障的理想出路是剔除二元、倾斜的保护思路,实行平等的、一元的法律保护机制,在理论层面,构建从身份到契约到权利、提高劳资双方合作协调能力,建立和谐劳动关系的理论。在制度层面,强化国家保护劳动权的能力,界定国家对劳动权干预的边界,建立一元化的就业制度和一元化的社会保障制度。

**关键词:**倾斜性法律保护 一元化法律保护制度 二元劳动力市场 弱势群体 同工同酬

袁立,东南大学法学院博士生。

传统劳动权<sup>[1]</sup>理论基于劳动者是弱者的前提判断,断言劳动权的基本宗旨和使命就是保护劳动者的权益。主流理论认为保护弱者的最好方法是实行倾斜性法律保护。对劳动权的倾斜性法律保护主要体现在两个方面:一是在劳动关系中,与资方相比,劳动者处于弱势地位,因此在劳动关系中应对劳动者实行倾斜性法律保护;二是在所有劳动者中,倾斜保护农民工、妇女、残疾人、老年人等弱势者的劳动权。然而,如果倾斜性保护制度和政策制定不当,可能招致更严重的问题,产生理想与现实的矛盾。

[1] 关于劳动权的含义在学界依然存在分歧,大体可分为“劳动权一元论”和“劳动权多元论”。“一元论”者主张劳动权就是指工作权。类似观点可参见沈同仙:《劳动权探析》,载《法学》1997年第8期;董保华:《社会法原论》,中国政法大学出版社2001年版,第312页;黄越钦:《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第57页。主流学界持“多元论”观点,认为劳动权包括宪法和劳动法规定的劳动者权益,包括平等就业权、自由选择职业权、劳动报酬权、休息休假权、获得劳动安全卫生保护权、职业培训权、社会保障权、诉愿权、集体协商权、民主管理权、劳动争议权等。类似观点可参见李步云:《人权法学》,高等教育出版社2005年版,第214页;贾俊玲:《劳动法学》,中央广播电视大学出版社2003年版,第43页;常凯:《劳动权论》,中国劳动社会保障出版社2005年版,第152页。本文所称的“劳动权”含义采用“多元论”意义上的劳动权。

## 一 批判与反思：劳动权倾斜性法律保护的理论与现实基础

### （一）社会分层：劳动权倾斜性法律保护的理论根源

支撑主流理论对劳动权实行倾斜性法律保护的重要理论基础是社会学的“科层理论”，认为由于不同层级获得的财富、权力和声誉的资源不同，造成了层级间的不平等，获得较少资源的群体逐渐沦落到弱势群体的地位，使其追求平等与自由的难度增加，是故应予以倾斜性法律保护。“在传统劳动法学理论中，基于劳动者是劳动关系中弱者的前提判断，断言劳动法的宗旨和使命就是保护劳动者的利益。由此也就形成一种思维定势：劳动法与劳动权是劳动者群体（工人阶级）斗争的结果，也是斗争的工具。”<sup>〔2〕</sup>然而，传统劳动权理论从不平等推导出倾斜性保护是理性选择还是一个错误？社会分层理论下的不平等是否需要通过倾斜性保护实现平等？这种倾斜性法律保护的理论设计是否具有可行性？

一般认为基于对社会分层的成因解释的不同产生了“功能论”和“冲突论”两种范式。（1）功能论范式。在此范式中迪尔凯姆最早阐述社会分层，他从社会有机体理论出发，论述了社会分化和劳动分工的重要性。他认为一个社会是按照职业的社会功能强弱分为层级，通过扩大不同职业的收入差距，吸引能者到重要岗位上，从而使社会成员和各种社会工作得以优化配置，由此产生的层级规则即为法律秩序。<sup>〔3〕</sup>戴维斯和莫尔更加明确地阐述了这种思想，他们认为不平等是确保重要工作由精英担当的一种方式，社会分层的功能即满足这种需要。<sup>〔4〕</sup>帕森斯继承了功能主义传统，并更加关注社会分层对法秩序的全面维系。<sup>〔5〕</sup>（2）冲突论范式。冲突论的典型代表是马克思，他认为自然分工引发社会分工，产生私有制由此形成阶级，社会分层是社会成员冲突的结果。韦伯比马克思走得更远，认为社会分层是多维的，除了阶级之外还有地位和党派的划分。<sup>〔6〕</sup>哈贝马斯认为阶级出现并非源于经济领域变化，而是政治秩序出现后的事物，是政治秩序通过统治关系将社会成员组织到了不同的血统中，形成不同的阶级。<sup>〔7〕</sup>

综上所述，不管是从功能论还是冲突论的社会分层都无法推导出倾斜性法律保护。功能论是从正面预期社会分层，认为社会分层实现了资源优化配置，协调各阶级关系，进行有效的社会整合，提高社会认同。社会分层是合理的，不平等的潜在功能是为了保证有效率的劳动分工，也是保持复杂劳动分工所需要的最低限度。“社会不平等就是在保障最重要的位置上有最胜任者的过程中不知不觉地发展起来的设置。继而每个社会，无论多简单或多复杂，都必须根据声望和尊重来区分不同的人，这就必定带来一定数量的制度化不平等。”<sup>〔8〕</sup>因此，社会分层下的不平等是法秩序的体现，不需要通过倾斜性法律保护来实现所谓的平等。而冲突论从资源配置不平等导致的冲突来分析社会分层，认为社会分工导致的

〔2〕 冯彦君：《劳动权的多重意蕴》，载《当代法学》2004年第2期。

〔3〕 [法]迪尔凯姆：《社会分工论》，渠东译，三联书店2000年版，第26页。

〔4〕 Neil J. Smelser, *Sociology* (alternate edition), New Jersey Prentice-Hall Inc 1984, p. 158.

〔5〕 Stephen K. Sanderson, *Macro Sociology: An Introduction to Human Society*, second edition, New York Harper Collins Publishers Inc. pp. 126 - 127.

〔6〕 [德]马克思·韦伯：《经济与社会》（下卷），林荣远译，商务印书馆1997年版，第247-253页。

〔7〕 [德]哈贝马斯：《论重建历史唯物主义》，社会科学文献出版社2000年版，第57页。

〔8〕 [美]戴维·格伦斯基：《社会分层》，王俊等译，华夏出版社2006年版，第39页。

阶层是一种不公正,需要通过法律制度予以规制,实现公正。而实际上冲突论主张通过变革经济秩序和政治秩序来改变劳动分工所形成的不平等,而不是通过倾斜性法律保护。因此,将社会分层作为倾斜性法律保护的理论基础是牵强的。

## (二) 追求实质正义:对劳动权实行倾斜性法律保护的目

基于劳动者是弱势群体的判断,因此得出的结论是不能平等地对待每一个人,规则的一致性执行,不仅不能保证产生正义的结果,反而可能导致马太效应,使“贫者愈贫,富者愈富”,加剧社会的不平等。有学者主张为了使劳动者享有实质自由,并具有劳动力的可持续发展,因此对劳动权宜实行倾斜性保护。<sup>[9]</sup>而“倾斜保护原则”以形式上不平等的方式来实现社会成员之间实际上的平等地位,进而实现现代社会进步的正义。<sup>[10]</sup>倾斜性保护主张以制度化的不平等促进平等,从形式正义走向实质正义,这种理想无可挑剔,但怎样才能把握倾斜的度?倾斜过度将造成对其他群体的歧视,致使形式正义无从保障。实质正义究竟是什么?有无衡量的基准?

正义对人类相当重要,正如罗尔斯所言“正义是社会制度的首要价值,正像真理是思想体系的首要价值一样。”<sup>[11]</sup>但对正义的理解见仁见智,诚如博登海默宣称:“正义有着一种普洛透斯似的脸,变幻无常,随时可呈现不同形状并具有极不相同的面貌。”<sup>[12]</sup>倾斜性保护不可能通过私人、市场自力解决,必须通过国家公权的干预才能实现,如罗尔斯设计的“无知之幕”下的“差别原则”,不可回避的是如何处理国家与公民的关系。不管是诺奇克还是哈耶克,无不反对政府的过度干预,赞成“最小政府”理念,批判“政府必须确使所有的人都始于平等的起点并确使他们获得同样的前提”<sup>[13]</sup>的观点。笔者认为诺奇克和哈耶克体现的是一种自由法治国的思想,而社会治国更强调国家的积极作为,实现公民的社会权。劳动权是一种典型的社会权,需要国家履行尊重、保护和给付义务才能实现,以国家对劳动权的给付义务为例,其给付基准是相同的并非倾斜的,即以保障人的尊严和生命的延续为基准,并非对农民工实行高标准的给付,如果为追求此种所谓的实质正义,实则是不正义的。

## (三) “二元”秩序:对劳动权实行倾斜性法律保护的现实选择

学界主张对劳动权实行倾斜性法律保护的另一个理论来源是刘易斯1954年《劳动无限供给条件下的经济发展》一文所提出的经济发展的二元结构模型,以及新功能社会学家皮奥雷提出的“二元劳动力市场”。所谓二元劳动力市场,是指在现代工业社会中存在着两种劳动力市场:其一是工资高、劳动条件好、工作有保障、福利优越的劳动力市场,可称为第一或首要劳动力市场;其二是工资低、工作条件差、就业不稳定、保障较少的劳动力市场,可称为第二或次要劳动力市场。这个劳动力市场之所以是“二元”的,是因为两个劳动力市场是相互隔绝的,第一劳动力市场的求职者宁愿等待就业机会也不会到第二劳动力市场中谋职,而第二劳动力市场的失业者也很难进入第一劳动力市场。<sup>[14]</sup>“二元经济结构”和“二元劳

[9] 徐钢、方立新:《论劳动权在我国宪法上的定位》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2007年第4期。

[10] 朱丽、穆随心:《“倾斜保护原则”正义价值研究——以劳动者保护展开》,载《陕西社会主义学院学报》2010年第2期。

[11] [美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社2003年版,第3页。

[12] [美]E.博登海默:《法理学 法律哲学和法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第252页。

[13] [英]弗里德里希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,三联书店1997年版,第112页。

[14] PIORE, M. J. The Dual Labor Market: Theory and Implications. In Arnold Weber. *Public-Private Manpower* (Madison, Wisc: Industrial Relation Research Association, 1969), pp. 101 - 132.

动力市场”常被用来支撑学界对农民工、妇女等弱势群体的劳动权实行倾斜性法律保护的  
理论依据,其基本推理是二元经济结构产生二元劳动力市场,农民工、妇女等处于第二劳动  
力市场,因此要保护农民工、妇女的劳动权,必须实行有别于其他劳动者的倾斜性保护。那  
么,在中国二元经济结构和二元劳动力市场是个真实的命题么?

基于中国对劳动权倾斜保护的逻辑推理,我们看看其推理究竟是否正确。首先,从二元  
经济结构推出二元劳动力市场,需弄清的基本问题是二元劳动力市场是不是经济发展的  
产物?回溯历史,1953年为解决农村人口大量涌入城市所造成的问题,中国从户籍、就  
业、口粮三个层面制定了限制农民自由迁徙、在城市获得口粮和工作的政策,从而人为切  
断了城乡之间的人员流动。在工作方面,1957年国务院发布了《关于各单位从农村招用临时  
工的暂行规定》,明确规定城市各单位一律不得私自从农村中招工和私自录用盲目流入城  
市的农民。因此,中国二元劳动力市场形成最主要的原因并非来自二元经济结构,而是人  
为的制度化的结果。其次,从二元劳动力市场推导出二元的、倾斜的法律保护能否成立?理  
论界往往以农民工自身素质差、能力差为由,认为农民工只能进入二级劳动力市场,而二  
级劳动力市场是低端劳动力市场,所以得倾斜保护。笔者认为二元劳动力市场的存在亦  
是制度化的二元、倾斜的法律保护的结果,因此如果再从二元劳动力市场推导出二元、  
倾斜法律保护不是对错误的纠正,而是错误的延续。

## 二 真实图景:劳动权倾斜性法律保护所衍生的问题

纵观我国对劳动权实行倾斜性法律保护,更多的是一种道德考量而非理性思考的结果,  
从劳动权保护现状可知,倾斜性法律保护的理论与制度并未产生强有力的实际效果,反  
而引发了以下一系列问题。

### (一) 重新陷入“身份”陷阱

我国户籍制度使“城”“乡”二元身份长期存在,农民被视为“二等公民”,由于出身而使  
劳动权得不到应有保护,这与宪法规定的平等原则背道而驰。我国《宪法》第32条第2  
款规定“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”,第42条第1款规定“中华人民共和国  
公民有劳动的权利和义务”。中国公民享有平等的劳动权,其权利主体具有普遍性。而  
劳动权倾斜性法律保护理论无不强调农民工等的弱势地位、特殊身份,提出要特殊保护。  
这种理论设计非但不是长效解决机制,而且是在制度设计上企图进一步强化农民工等群  
体与其他劳动者的身份划分,其结果只有加深群体之间的矛盾和对立,这种将劳动者分  
为三六九等,然后无休止地宣扬身份差距,将导致劳动者心理因素的突变,在制度安  
排上有意无意间也将加大对农民工等群体的歧视。如2004年针对中国东南沿海出现的  
用工荒,原国家与社会保障部在9月发布《关于民工短缺的调查报告》首次使用“民工  
荒”用语,学界亦无不将其称为“民工荒”,为什么企业用工缺口缺的都是农民工呢?  
与此同时亦有大规模的大学生处于待业状态,为何不称“大学生荒”?笔者认为“民工  
荒”用语本身即是一种赤裸裸的身份歧视。学界把脉问诊,得出“民工荒”实际是“技  
工荒”的结论,即用工缺口缺的不是一般的农民工,而是有技术的农民工,言外之意  
是将用工荒归结于农民自身素质差、受教育程度低、技术水平低,则是否是一种彻头  
彻尾的身份歧视。

## (二) 诱发伦理道德风险

劳动权倾斜性法律保护使在劳动力市场中交易一方在正常交易框架之外无对价或低对价获取一些利益。这将产生诸多不良后果:首先,当事人对无对价或低对价获取的权益往往低效率使用,如我国《劳动法》第31条规定的劳动者单方面解除合同,是一种无条件的解除合同方式,导致劳动者往往滥用辞职权。一项针对2003年跳槽状况的调查表明,在参加调查的22766人中,17%的人在2003年有过跳槽一次体验,此外,80%的人正在酝酿跳槽。其中,45%的调查对象正在考虑和设想跳槽,25%的正在积极准备跳槽,只有16%的人安心于目前的工作状态。<sup>[15]</sup>其次,当事人会作出不利于社会的选择。再次,因正常获取利益的努力的消减而导致自身能力的不足,如计划经济体制下全民福利、全民就业、“铁饭碗”政策使得国有企业经济效益下降,劳动者提升自身技能的积极性降低;复次,由于利益的保障而导致其更易作出谨慎的行为选择。如2005年8月初河北任丘华北石油管理局出台下岗职工重新上岗的新政策,其中规定“双职工都买断工龄的,有一方可以上岗;离婚后的下岗职工等同于单职工,可以上岗。”文件一经发出,4天内竟有近70对华油职工办理离婚手续。<sup>[16]</sup>

富勒将道德区分为“愿望的道德”和“义务的道德”,他认为愿望的道德是以人类所能达到的最高境界作为出发点,义务的道德则是从最低点出发。义务的道德确立了使有序的社会成为可能或使有序的社会得以达致其特定目标的那些基本规则。<sup>[17]</sup>劳动权倾斜性保护制度产生的道德风险属于义务的道德,使劳动者忽视了自己对社会的义务,做出不利于社会的选择。而当考虑到这些倾斜性制度的执行时,问题会更复杂。因为无对价或少对价获取利益犹如天上掉馅饼,是很多人所欲的,因此在这种倾斜性权利配置的制度下,必定存在受益人扩大现象,从而使假定的受益者不同于实际的受益者。<sup>[18]</sup>从执法者看,基于立法对劳动权的倾斜性保护意向,对这种道德风险更多采取的是“选择性执法”,并且成为执法机制中一种常见成分。这将造成倾斜性保护理念下劳动者低效率使用劳动权、不经谨慎考虑做出不利社会的行为,执法者选择性执法,劳动者继续重复前述行为的恶性循环。

## (三) 提升社会成本,激化社会矛盾

对劳动权倾斜性保护更依托于制度性权利倾斜配置,其结果导致制度给予受益者的利益直接减少、消亡甚至得不偿失,对这种影响需进行全面的分析、考量。第一,交易机会的减少或丧失。在权利倾斜性配置的制度下,利益受损者消极对策行为使交易对方的交易机会减少甚至丧失。如最低工资制使刚参加工作的学徒工、应届大学毕业生、农民工、妇女等更难找到工作。第二,边际成本和机会成本等的增加。一方面,利益受损者对倾斜性法律保护一般采取积极对策行为,可能使交易程序更为复杂,从而使其承受相对更多的交易成本;另一方面,利益受损者基于倾斜性法律保护采取的更多是消极对策行为,也能使其交易成本大增。第三,因交易标的质量的弱化而导致利益的减损。在劳动力市场中,交易标的质量的弱化,指的是劳动者的能力、知识、技术等等的减弱。

[15] 关于2003年跳槽调查,参见《忠于职业比忠于企业更重要》,《市场报》2004年8月17日。

[16] 周欣宇:《华北油田职工突击离婚》,《中国青年报》2005年8月24日。

[17] [美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2010年版,第8页。

[18] [美]安妮·克鲁格:《控制的政治经济:美国食糖业》,诺斯等编《制度变革的经验研究》,罗仲伟译,经济科学出版社2003年版,第200页。

我国男女退休年龄差别制是劳动权倾斜性法律保护嬗变的典型。1978年《国务院关于安置老弱病残干部的暂行办法》第4条规定,男年满60周岁、女年满55周岁的干部可以退休,同年的《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》第1条规定,男年满60周岁、女年满50周岁的工人应当退休。其立法初衷是对妇女实行倾斜性法律保护,但立法初衷和实施的客观效果相悖,业已演变成性别歧视。2005年10月,河南平顶山市女干部周香华以“单位让其55周岁退休属性别歧视、违反《宪法》规定为由”,向劳动争议仲裁委员会提起仲裁,在裁决结果不予支持后,又向法院提起民事诉讼,法院最终于2006年2月8日做出一审判决,驳回原告要求与男性同龄退休的诉讼请求。<sup>[19]</sup>男女退休年龄的差异,已引发了一系列问题,激化了社会矛盾,提升了社会成本。从世界范围来看,全球165个对退休年龄有明确规定的国家中,规定男女相同退休年龄的国家有98个,占60%。全球平均退休年龄为60.5岁,女性为58.6岁,我国男性低0.5岁,女性低8.6岁。从各国改革趋势看,男女同等就业、同等享受退休待遇,日益成为世界的普遍选择。

倾斜性保护导致劳资关系冲突加剧,失调更加严重。现在解雇保护制度上,即我国在解雇原因、解雇通知期和解雇经济补偿金方面都对雇主的解雇权进行了比较严格的限制。例如,解雇的法定通知期,我国在无过失解除的条件下,统一规定为30日,而各国一般与年资相联系,如英国规定年资在1个月以上2年以下的,通知期不少于1周。再如,根据《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》的规定,除协商解除劳动合同和因劳动者不能胜任工作而解雇的用人单位应发给劳动者的最高经济补偿金不超过相当于劳动者12个月的工资外,根据劳动者在本单位的工作年限,每满1年发给相当于1个月工资的经济补偿金,上不封顶;而大部分国家关于经济补偿一般都有最高数额的限制和不满1年工龄按比例计算的规定。<sup>[20]</sup>

#### (四) 损害资方利益,影响经济发展进程

世界各国一百多年来的发展经验无不证明,凡用过多立法来干预劳动力市场的国家,尽管立法者的初衷都是为了保护劳动者的权益,但最后都事与愿违,出现了长期持续失业和劳动者福利下降的情况,国民经济也长期处于不景气的状态。我国《劳动法》第31条规定的劳动者单方解除劳动合同,任何一个企业员工,只要满足提前30日书面通知用人单位的程序和要件,就可以使未履行期满的合同效力归于解除,而不需附加任何条件。显然,《劳动法》在该条的立法上,采取了向劳动者倾斜的立法方式。<sup>[21]</sup>然而这一权利却有意无意间损害了劳动合同另一方当事人——用人单位的利益。<sup>[22]</sup>

2009年东南沿海出现大规模的“民工荒”,浙江省人力资源市场2009年7月供求报告显示,企业需求总人数60.3万人,求职总人数35.4万人,用工缺口达25万人。深圳市4月用工缺口2.3万人,到6月份用工缺口超过6万人。传统的劳务输出大省四川招工也是困难重重。<sup>[23]</sup>企业由于用工荒不得不辞退大批订单,甚至出现小企业倒闭的现象。而与此同

[19] 李超:《男女同龄退休是梦想还是权利》,《新京报》2006年2月11日。

[20] 钱叶芳:《保护不足与保护过度——试论〈中华人民共和国合同法〉倾斜保护的“度”》,载《法商研究》2007年第3期。

[21] 于永龙:《论劳动者单方解除劳动合同》,载《当代法学》2002年第12期。

[22] 江金满:《劳动者单方解除劳动合同的几点思考》,载《中国劳动》2002年11期。

[23] 杨舸,孙磊:《从“民工慌”到“民工荒”——后金融危机时代对农民工就业问题的反思》,载《中国青年研究》2010年第1期。

时,2009年中国待业人员达1200万,登记失业人数915万。缘何出现如此怪异的现象?学界将此归结于“权利荒”,即劳动者尤其是农民工的劳动权益得到不保障,农民工工资低且增长缓慢、工作条件差、故意克扣农民工工资现象严重。笔者认为“用工荒”的实质是“权利荒”的结论是正确的,然而为何如此强调倾斜性法律保护,劳动者权益保障依然没有重大进展?是制度没有跟进还是制度跟进过多过快,抑或“过偏”?是过度强调身份差别,实行倾斜性法律保护所产生的必然结果吗?

中国社会科学院2008年发布《中国社会和谐稳定研究报告》表明,2005年农民工的月平均工资为921元,远低于城市工人的1346元,27%的农民工月工资在500元以下。基于农民工工资水平低,学界考虑是否应制定农民工最低工资标准。尽管西方经典劳动力市场理论表明,实施最低工资制度会带来许多不良后果,如造成失业人数增加、社会收入差距扩大、不平等程度增加等。但最低工资标准具有减少贫困、缓解社会矛盾等优点,笔者赞成建立最低工资标准,但决不认同制定“农民工最低工资标准”。国际上确立最低工资标准的通行做法:一是比重法,二是恩格尔系数法,尚无哪一国家针对某一特殊群体的最低工资标准,因为无论是比重法还是恩格尔系数法都考虑到了特殊人群。如果我们建立的农民工最低工资标准高于其他人群的工资标准,则是否意味着同工不同酬?意味着将加重企业负担,那么企业是否会为应对这些措施而裁员?企业是否会不堪重负而破产?设立农民工最低工资标准,则企业是否更愿意招收知识、技术等优于农民工的人员?则意味着这种倾斜性保护,将导致更大规模的农民工失业,更加激化农民工与其他群体的对立和矛盾,“人口红利”将消失不见,引发经济倒退。

### 三 理想出路:对劳动权实行一元化法律保护

针对倾斜性法律保护所产生的问题,有学者主张从基本人权、国家利益、公平精神和道德状况等标志考量倾斜性保护的“度”,以此消减倾斜性法律保护所产生的问题。<sup>[24]</sup> 如果保护水平过高,工人的工资高于劳动力市场均衡水平,就业需求就会减少,从而造成失业的增加。如果保护水平过低,将加剧“强资本、弱劳动”趋势,弱势群体权利得不到保障。然而所谓的倾斜“度”是无法量化的,因此对劳动权倾斜性法律保护不是出路,只有诉诸一元化法律保护,才能实现真正的平等、正义,才能平衡资方的经营管理权和劳动者的劳动权,才能平衡农民工、妇女等弱势群体同其他人群的劳动权益。

#### (一) 劳动权一元化法律保护的理论设计

对劳动权的一元化法律保护一直是理论界研究的薄弱环节,浩如烟海的劳动权理论多集中在个别弱势群体的倾斜性保护,缺乏整体性、高瞻性的劳动权保护理论。

##### 1. 从身份到契约再到权利的实现

我国劳动权理论提出劳动权保护需要“从身份到契约”的路径,但具体论证时却又重新陷入“身份”陷阱,以农民劳动权为例,大体有从农民到公民身份的转化路径、给予农民“国民待遇”路径、国家农民向社会农民的转变路径等,笔者认为学界是一边惊呼“农民”与“市民”的身份差别,强调农民只是一种职业,不能作为一种身份,而同时又要求“身份转变”,将

[24] 钱叶芳:《保护不足与保护过度——试论〈中华人民共和国劳动合同法〉倾斜保护的“度”》。

农民变为市民,使农民具有“公民身份”。即一边仇视“身份”,一边又赞美“身份”。<sup>[25]</sup> 因此,一元化劳动权法律保护理论设计必须彻底摒弃身份观念,强调契约化劳动和权利化劳动,所有人一律平等的享有劳动权,不受性别、年龄、身份、学历、种族、宗教等限制,取消“农民工”概念,停止目前所谓的建立农民工最低工资标准、农民工工伤保险制度、建立《农民权益保障法》等理论设计。

## 2. 平衡劳资的合作协调能力,建立和谐劳动关系

中国的经济发展,严重资本依赖导致价值取向失衡,资本的经济力量与权力的政治、法律力量形成共振效应,强化资本要素的要价和分配能力,弱化和压低劳动要素的地位和能力,导致劳资关系严重失衡,劳资冲突正逐渐从隐性转变为显性。且中国劳资纠纷未能形成良好的“体制内循环”,大多诉诸“体制外手段”,“这种转型劳动关系呈现‘混乱的专制统治’状态,工人所能采取的只能是‘集体懈怠’或‘集体不作为’”。<sup>[26]</sup> 而基于强资本、弱劳动的现实,学界不遗余力地构建倾斜的劳动权保护理论。笔者不赞成“在中国只有让部分弱势群体(比如工人)牺牲,才能实现整体利益和弱势群体利益的格局”<sup>[27]</sup> 的观点,亦不认同“压制资方以强化劳工”的做法。劳资关系应跳出此消彼长的“零和博弈”,达成“双赢博弈”结局。丹尼尔·奎因·米尔斯认为,面对世界范围内劳资冲突的加剧,我们不应该停留在对劳资对立、对抗的刻画上,而应该注重对劳资双方的合作与双赢战略方面的研究。<sup>[28]</sup>

一元化法律保护理论的构建,和谐劳动关系的建立,笔者认为重点在于处理好劳动者的劳动权和资方的经营管理权关系。劳资关系并非全部是对立的,在生产利益方面,劳资立场是一致的,在分配利益方面,劳资立场是对立的,从而可以“共益性”与“非共益性”概念来区分劳资关系内涵:将劳动者以其劳动与雇主的报酬间的对价关系视为劳动关系中的“非共益性”部分;而将企业组织中从事生产活动的组合各种生产要素所产生企业发展与劳动者的关系,视为“共益性”部分。<sup>[29]</sup> 对于“非共益性”部分通过劳动者间接参与的集体协商机制为救济;对于“共益性”部分以劳动者直接参与为主,着重于企业经营秩序的维护与成长。集体协商蕴含了实现劳资双方富有成果的合作的目的是。通过集体协商使在经济中实行民主的目的得以实现,且能促进社会进步,从这一观点看,劳工的企业共同决定权属于资方财产权中经营权的限制。<sup>[30]</sup> 要完整地实现集体协商,劳资双方必须处于阻止对方实现自身全部利益的位置上。雇主感兴趣的是其雇员有效率地工作和对雇佣组织较高的忠诚度。而工会则更会注意完善雇佣条款,提高雇佣条件,以促进工会成员利益最大化。<sup>[31]</sup>

## (二) 劳动权一元化法律保护的制度构建

劳动权改革的深层次问题无法用渐进的方式回避,而是必须进行全面的制度变革以及广泛的配套改革。劳动权一元化法律制度的构建必须在资本、劳动、国家三维框架中进行,

[25] 参见袁立:《中国农民权利保护新进阶》,载《西南交通大学学报(人文社会科学版)》,年第6期。

[26] Lee, Ching Kwan, *From Organized Dependence to Disorganized Despotism: Changing Labors Regimes in Chinese Factories*, *The China Quarterly*, 157:4471(1999).

[27] 石秀印:《只有工人牺牲,才有整体利益和工人利益?——多重博弈下的阶层分化与弱势阶层的抗争》,载选举和治理网, <http://www.chinaelections.org/newsinfo.asp?newsid=94848>, 访问时间:2010-11-27。

[28] 周长城、陈群:《集体谈判:建立合作型劳资关系的有效战略》,载《社会科学研究》2004年第4期。

[29] 刘士豪:《劳动基本权在我国宪法基本权体系中的定位》(下),载《政大法律评论》第88期,第23页。

[30] 同上,第28页。

[31] Gyorgy Szell:《欧洲劳动关系:共性卷》,易定红等译,中国劳动社会保障出版社2009年版,第10页。



处理好资本与劳动、国家与资本、国家与劳动的关系。

### 1. 强化国家保护劳动权的能力,同时界定国家干预的边界

政治和法律都非中性概念,任何政治、法律决策都包含大量的利益冲突和摩擦,因此当国家作出法律决策时,须对法律后果中谁受益、谁受损、如何补偿等问题有清醒的洞察。从国家层面看,一元化法律保护制度的构建重点涉及两个问题:一是国家能力问题,二是国家干预程度问题。因此构建一元化法律保护制度首先需要考虑如下几个因素:

第一,国家的能力限度及其效果评估。对劳动权不管实行倾斜性还是一元保护,都需要公权力的介入,然二者所需公权力介入程度却不一样,倾斜性保护公权力介入程度更深。问题是公权力是否应当介入?应介入到什么程度?能力确定边界,干预者的能力决定了干预的程度。而干预效果的评估涉及是否有必要干预,干预程度是否适当。倾斜性法律保护要求高强度的国家能力,而一元法律保护要求低得多。当前中国中央政府和地方政府拥有高强度的行政能力,立法机关能有效立法,司法机关在一定程度能独立审判,因此能力似乎不是问题,因此真正需要考虑的是干预效果的评估。对劳动权实行倾斜性保护还是一元保护,需对其效果予以评估,上文我们论述了倾斜性法律保护所产生的一系列问题,这是决策者无可回避的问题,权力的过度干预可能导致自由的丧失殆尽,并且权力运行边界也难以界分。一元法律保护是在充分尊重个人人格自主、市场自由的基础上,通过国家运用公权力以一元标准对社会利益进行的平衡。

第二,一元化法律保护制度构建的决策者应获取充分的决策信息。信息是科学决策的依据和基础,决策是否可行的关键在于占有充分的信息,包括信息的量和质。但倾斜性法律保护的决策者更像律师,为支持自己的结论去寻找证据,而不是如科学家去追求真实和准确。因此,在一元化法律保护制度的构建中,决策机关应尽可能避免这种经验主义倾向,在掌握充分信息的基础上,对信息加工、处理、预测与评估,做出科学决策。布坎南对科斯定理进行了“主观契约主义”重构,区分规则约束下的效率和规则本身的效率两个概念,他认为,在一定规则约束下,人们只要是自愿而未受强制地去交易即是有效率。如果人们一致要求改变规则,表明修改规则对交易者来说是有利的,那么规则则是无效率的;如果人们对修改规则的意见并不一致,则现行规则是有效率的。<sup>[32]</sup>因此,对已有的倾斜性保护法律法规是否修改废止,需考虑该规则约束下的效率和该规则本身的效率,应对现有的和将有的、正面的和负面的影响有全面的充分的信息把握。

第三,一元化法律保护制度构建应采用经济分析方法。劳动权的一元化法律保护制度的构建必须进行经济分析,而一个好的经济分析必然会评价社会的而不仅是私人的所得与收益。<sup>[33]</sup>因此,必须对劳动与资本、国家与资本、国家与劳动、劳动与社会等关系进行全面的经济评估与分析。通过一元化法律保护制度对现实世界产生效果的测定,包括对目标群体或现状的作用、对目标以外的群体或状况的作用、对近期以及未来情况的作用以及短期的和远期的直接成本和间接成本的估量,探寻法律通过后会发生什么。<sup>[34]</sup>目前我国劳动法律体系整体倾向于倾斜性保护,因此,要构建一元化法律保护制度,须对权利重新进行配置,而

[32] [美]布坎南:《自由、市场和国家》,平心乔、英扶民译,上海三联书店1989年版,第134页。

[33] [美]史蒂文斯:《集体选择经济学》,杨晓维等译,上海人民出版社1999年版,第383页。

[34] [美]托马斯·A.戴伊:《理解公共政策》,彭勃译,华夏出版社2004年版,第281页。

“权利的重新配置只有在为实现它而需要的交易成本小于权利再分配可能带来的价值增加时才会发生”。<sup>[35]</sup>那么,则决策者有必要对“交易成本”与“再分配带来的价值”进行比较分析论证。

第四,一元化法律保护制度构建应对利益保护进行多维度分析。国家公权力对权利的配置尤其对权利的过度规制应谨慎,对权利配置简单化处理,可能导致被保护人、被规制人以及利益相关人联动产生不利的行为生态,影响法律实施和事件发展的结局。倾斜性法律保护可能源于立法者这样的理念:立法决策应该建立在道德考虑的基础上,然后才考虑伴随而来的经济影响,在这种立法决策理念下,立法常会不顾社会成本强制进行。<sup>[36]</sup>因此,一元化法律保护制度构建应在道德、经济影响、社会成本等的充分考量基础上,对资本、劳动、国家等利益进行多维度分析,理性思考,科学决策。

## 2. 建立系统的劳动权一元化法律保护制度

首先,构建一元化就业制度。一元化就业制度重点在于反就业歧视,“一元”并不是要忽略特殊性,“一元”的核心在于所有人平等保护。权利平等和不歧视原则是国际人权法的两个核心,平等就业权是反就业歧视的“权利支点”。中国一元化就业体制构建,必须走出传统认识误区,立足国情,抓住问题要害即劳动者地位的沦落和平等就业权的短缺。就业歧视主要集中在性别、户籍、年龄、经验、学历、身材、相貌、地域等八大方面,此外还有疾病、婚姻、残疾等歧视。从形式上看,我国宪法、劳动法、劳动合同法、妇女权益保障法等都具有倾斜性保护的倾向,但实质都以平等就业权为目的。然而从平等就业权立法状况看,存在立法层次低,现有平等就业权的立法过于笼统,相关规定过于原则,缺乏可操作性,平等就业权本身存在歧视等问题。我国关于平等就业存在“文化场域”未能“中国化”、研究视角和范围狭窄、内容未能体系化和系统化等问题。<sup>[37]</sup>

劳动权是一个很复杂的综合性的权利束,需要正确处理劳动权与经营管理权、平等与效率、市场与政府、近期利益与长远利益等多种矛盾,一元化法律体系构建是项复杂的工程。第一,在制度层面,一元化法律保护首先应从《宪法》层面予以完善,对《宪法》第33条进行补充,明确禁止歧视,增加一款为第3款规定,任何人不得由于出身、社会、职务、财产状况、性别、种族、民族、语言、宗教、信仰、居住地点等原因或其他不合理的情况而受到歧视。对劳动权范围和内容进行扩充,规定含义广泛的劳动权,建议在《宪法》第33条后增加一条平等就业权条款,对42条关于劳动权的规定进行调整和完善。其次,可借鉴国际劳工组织1958年通过的《就业和职业方面的歧视公约》,建立《反就业歧视法》,对平等就业概念体系、内容体系、运行机制和保障机制等作出一元化规定。第二,除了劳动权本身一体化保护制度外,还必须仰赖相关配套设施的全面跟进,如尽快消除户籍歧视,构建一元化劳动力市场等。

其次,构建一元化的社会保障制度。第一,完善失业保险制度,扩大失业保险的范围,建立覆盖城市和农村,涉及不同所有制的企业事业单位的失业保险制度。第二,转变政府保障理念,转被动发放失业救济金为主动促进就业。在英国,把失业保险金转变为积极促进就业,也就是对原来的单纯对失业人员的生活救济转变为帮助促进失业人员重新就业,将失业

[35] [美]罗纳德·哈里·科斯:《企业、市场与法律》,格致出版社2009年版,第12页。

[36] [美]伯南斯:《管制和反垄断经济学》,冯金华译,上海财经大学出版社2003年版,第330页。

[37] 李雄,刘山川:《论我国平等就业权重构的必然性》,载《甘肃政法学院学报》2009年第5期。

保险与促进就业紧密联系起来。<sup>[38]</sup> 第三,建立社会救助制度,社会救助是社会安全防护体系最后一道生存防线,以劳动者的最低物质需求为基准。1952年国际劳工组织所制定的102号《社会安全基准公约》,1976年第128号《残废、老年给付公约》等都对社会救助予以了规定,我国《宪法》第45条亦有相关规定。劳动权社会救助制度的构建重点在于国家对符合救助条件的劳动者履行充分的给付义务。第四,建立一元的就业促进制度。德国《就业促进法》是就业促进的主要规范,目的在于防止和终止失业,包括典型的失业津贴、就业咨询与推介、身心障碍者就业等积极措施。我国亦有《就业促进法》,一元化就业促进制度构建与运行应充分考虑就业者个人和社会利益的平衡,考虑弱势群体和其他劳动者群体、劳动者与资方之间的博弈,国家积极介入促成弱势群体“可行能力”的提升,实现平等就业权。

## 四 结 语

劳动权保护理论与制度构建应改变传统倾斜性法律保护理念,合理考量劳动、资本、国家三方面关系,处理好资本与劳动、农民工等弱势群体与其他劳动群体关系,以高瞻性、系统性的眼光构建我国劳动权的一元化法律保护体系,保证基本的形式正义、机会平等。一元化法律保护机制的构建需要国家公权力的干预,应在充分尊重个人自由的基础上,在国家能力的基础上把握干预的程度和边界。一元化法律保护机制构建还需要充分考虑如下几个问题:弱势群体“可行能力”提升特殊途径何在?怎样构建和谐劳资关系,处理个人劳动权益保障和经济发展的衡平?如何克服或减少劳资对立、冲突,凸显劳资合作、协调的心理形态?怎样消减现有的倾斜性保护法律制度所产生的问题和矛盾,以及相关制度的废存所需的经济分析?如何追求政治、伦理、社会、法律等内在统一的一元化法律保护机制?

---

[ Abstract ] In China, our dual system and preferential treatment theory cannot protect labor right effectively. Theoretically, social stratification, pursuit of substantive justice, dual economic structure and labor market do not necessarily give rise to dual and preferential legal protection. Our existing legal protection theory based on preferential treatment and system have resulted in a number of problems, such as falling again into the “identity” trap, inducing moral risk, increasing social cost, intensifying social contradictions, infringing upon interests of employers and holding up economic development. The idealistic way to protect labor right should rely on the abolishment of protection based on dual and preferential treatment and implementation of an equal and unified legal mechanism. At theoretical level, efforts should be made to work out the theory covering from identity to contract to right, to improve cooperation and coordination between labor and capital and to establish a harmonious work relation. At institutional level, efforts should be made to strengthen the state’s ability for protection of labor right, to define the boundary of intervene by public power and to establish unified employment and social security systems.

---

(责任编辑:支振锋)

[38] 黄蕾:《弱势群体就业权法律保护研究》,载《求实》2007年第10期。