

【劳动法学】

我国《劳动法典》编纂 若干基本问题的初步思考

王全兴

【摘 要】作为一项彰显中国特色的重大立法工程,我国《劳动法典》编纂中,基于劳动法是公法私法化/社会化之产物的社会法定位,应从劳动法整体和各项制度中作出社会化公、私法因素有机融合的安排,并弥补因公法路径依赖所致局部性私法化不足和社会化滞后的缺陷;基于多维度劳动法二元结构,应兼顾现阶段和长远的发展需要,选择劳动法二元结构的类型,并在原则普适和规则统一基础上作出分类安排;基于劳动法与民法分工合作的缺口和《民法典》的相关规定,应适度扩大劳动法保护范围,分层次安排“两法”分工合作,并完善劳动法规范,以适度限制民法规范对劳动关系和经济从属性劳务关系的适用,且与人格权民法规范对接;基于现行劳动法在工具体系、形式体系和规范体系上的不足,应以解决体系性问题为导向,设计《劳动法典》的结构,布局其与以下位阶立法对劳动法律规范的安排。

【关键词】劳动法典;公私法融合;劳动法二元结构;民法典;劳动法体系

【作者简介】王全兴,上海财经大学法学院教授。

【原文出处】《北方法学》(哈尔滨),2022.6.5~14

伴随我国《民法典》编纂的巨大成功和广泛影响,乘国家“适时推动条件成熟的立法领域法典编纂工作”^①之东风,《劳动法典》编纂已成为立法界积极关注和相关学界与实务界热烈讨论的主题。讨论中对启动《劳动法典》编纂工作的必要性和可行性已达成共识,即政治、法治、经济、社会发展对劳动法法典化的需求越来越强烈,且《劳动法典》编纂的条件已基本具备。然而,对改革开放40余年历程中生成的社会主义市场经济的劳动法而言,其法典编纂是一项彰显中国特色的重大立法工程,在理论基础和立法技术上有众多问题亟待研究。这里仅就若干基本问题略呈浅见。

一、私法、公法与社会法的关系

劳动法作为公法与私法融合的社会法部门,在其体系中,公法、私法与社会法的关系是设计劳动法典的结构和内容所绕不开的论题。有观点认为德国一直试图编纂一部体系型劳动法典而没有成功的重要原因之一是,强调潘德克顿体系的公法、私法二元划分逻辑,劳动法因利益主体有公私且法律关系内部公私混杂,而难以编入一部法典,尤其总则中难以形成统一的逻辑。鉴于此,我国劳动法典可由劳动私法编和劳动公法编组成,前者包括总则、个别劳动合同、集体协商和集体合同,后者包括劳动基准与劳动保护、劳动力市场促进、劳动监察、劳动争议处

理,分别践行私法和公法的理念,既遵循一般法理逻辑,又能够彰显中国特色和中国经验。^②其中引出的问题是,对劳动法领域中的公法与私法究竟是作板块式组合解读还是作渗透式融合解读?回答此问题,前提要明确何谓公法和私法,亦即公法与私法如何划分。而这在法学上历来有多种理解,其要者如:依主体说,即规定公主体之间及公主体与私人之间法律关系的法为公法,规定私人之间法律关系的法为私法;依利益/目的说,以保护公共利益为目的的法为公法,以保护私人利益为目的的法为私法;依意思说,奉行意思自治的法为私法,奉行法定主义亦即排斥意思自治的法为公法。凡此种种,皆各有其道理而无可对之错之分,但各有其优势和局限。既然如此,若仅依主体说界定公法和私法,对劳动法中的公法与私法作板块式组合解读,即劳动公法制度与劳动私法制度共同组成劳动法体系,尚且未尝不可;但若依利益/目的说、意思说等或综合说界定公法与私法,对劳动法中的公法与私法则宜作渗透式融合解读。这是因为,市场经济中的劳动关系因其当事人双方强弱差异性和功能上强外部性,而成为兼有私法关系与公法关系双重属性的法律关系,如既含意思自治又受公共干预,既倾斜保护私益又保护公共利益。故劳动法体系中的各项法律制度都含有公法因素和私法因素,尽管各项法律制度中公法因素或私法因素的分量不尽相同。正因为公法因素与私法因素相互渗透于劳动关系和各项劳动法律制度,才会有私法公法化与公法私法化结合中“化”的效果。

不仅如此,还要将劳动法中公法与私法融合置于法律社会化的背景和框架中解读。所谓法律社会化,是一个由私法社会化和公法社会化到第三法域形成和发展的法律变迁过程,既体现在法律价值上对民生保障、人权保障、社会安全、社会公平等社会政策目标的追求,也体现在法律功能上对社会问题和社会危机的解决和治理,还体现在法律机制上社会力量参与和政府与社会合作共治。在西方国家,

劳动法是法律社会化的最早产物。即起因和生成于为应对最早在劳动关系领域凸显的社会问题和社会危机而由劳方、资方、政府三方协调的法律社会化实践,从而率先突破公法与私法分立框架。可见,私法与公法融合本就依托于法律社会化,或者说法律社会化是贯穿私法与公法融合的主线。于是,劳动法中的公法与私法已不再是公法与私法分立框架中的纯公法和纯私法,而是已社会化的私法和公法,无论个体劳动法还是集体劳动法,都体现着私法公法化、公法私法化与法律社会化的有机结合。正因为如此,在西方国家,尽管雇用合同/劳动合同被置于民法体系内,但其作为特别私法而与民法体系外的劳动基准法和集体劳动关系法共同构成对劳动者倾斜保护和社会保护的 legal 体系。

在我国,社会主义市场经济中作为社会法的劳动法,并非私法公法化和私法社会化的产物,而是计划经济的公法性劳动法(政策)经由经济体制市场化改革背景下公法私法化和公法社会化而逐步建构的。一方面,基于劳动力资源配置市场化改革,以统包统配就业转向市场调节就业、固定工制转向劳动合同制为代表的公法私法化;另一方面,为应对因劳动力资源市场配置而使劳动者弱势地位和社会风险凸显,以对劳动者倾斜保护和社会保护为标志的公法社会化。^③在由此所形成的劳动法体系和劳动关系协调机制中,无论公法还是私法,本就不曾有过西方国家法律社会化前的公法与私法分立阶段,而在公法私法化/社会化中都被注入社会化因素,其作为社会法之精髓的倾斜保护、社会保护和劳资政三方协调,都共存于劳动合同、集体劳动关系、劳动基准等各项制度。正因为如此,《劳动民法典》的结构和内容,无论总则编还是分则各编,都应当且可以遵循统一于法律社会化的公法与私法渗透式融合的逻辑。例如,劳动条件基准法和劳动监察法尽管公法色彩浓厚,但劳动条件基准本就有工会和企业方组织参与制定,且除保底功能外还有其超底追求,应当给集体协商留有空间;劳动监察法体系中,不仅应当

有工会劳动法律监督的一席之地,而且还应当有“三方四家”协调和监察职能与公共服务职能相结合的制度安排。

还有观点认为,我国的社会法定性于公法与私法融合,但公法色彩现在愈加明显,因为社会法领域越来越明显地体现出“公法调节国家与公民之间的关系”的特征。^④由此引出的问题是,对作为社会法的劳动法中公法色彩愈加明显应当如何评价,《劳动法学》编纂中公法色彩应当如何安排?应当承认,我国作为社会法的劳动法中公法色彩明显是一种颇具“中国特色”的法律现象。因为作为社会法的劳动法来自于公法私法化和公法社会化的劳动制度变迁,其中的公法色彩明显可以看作是公法路径依赖与公法私法化/社会化相伴随的一种必然表现。例如,劳动合同法来自于国有企业固定工制转向劳动合同制的劳动用工制度改革;跨所有制劳动法来自自由公有制劳动法到公有制劳动法与非公有制劳动法并存且以前者为主,再到劳动立法淡化所有制差别的结构变革;社会保险法来自国家劳动保险经由劳动保险社会化的社会保险制度改革。于是,在由此而来的劳动法中,公法色彩明显有其经济和社会体制原因。尽管如上所述,对于作为社会法的劳动法中基于公法路径依赖的公法色彩明显,仍应当作正负两个方面的评价。就其正面意义而言,劳动法中的公法色彩明显是与市场化经济体制改革和劳动制度改革的政府主导型特征相对应的,不仅有效地配合了渐进式产权改革和农村剩余劳动力转移,有助于保护改革进程中的劳动者尤其是职工身份转换者的就业和社会保障权益,并妥善解决其中的历史遗留问题。而且从长远看,有助于强调和落实政府对劳动者尤其是农民工群体促进就业、构建和谐劳动关系、完善社会保障的责任。但值得注意的是,公法色彩在明显有其一定合理性的同时,对于作为社会法的劳动法,特别是作为公法私法化/社会化之产物的劳动法而言,公法路径依赖不失为劳动法领域局部性、结构性的私法化不足和社会化滞后于私法化

现象的原因之一。私法化不足如事业单位、国有企业或其转型企业的用工双轨制问题,社会化滞后于私法化如劳动力市场灵活化中灵活就业劳动者权益保护缺失问题。

有鉴于此,《劳动法学》编纂应当基于劳动法作为社会法的定性和定位,既立足当下又放眼长远地对待和安排劳动法中的公法色彩。其核心是矫正现行劳动立法中公法因素、私法因素和社会化因素的缺位、越位、错位现象。重点是:(1)在公法私法化的维度,针对私法化不足问题,降低公法路径依赖的程度,相应增加私法化的分量。例如,前述用工双轨制问题中,无疑应当坚持市场化取向,逐步消除体制内劳动者源于旧体制的特殊利益和规则。(2)在公法社会化的维度,针对社会化滞后于私法化问题,力求社会化与私法化同步。例如,补足劳动力市场灵活化中灵活就业劳动者权益保护的短板;对劳动关系协调机制中的集体劳动关系法,不仅提高其地位,而且优化其规则。

二、多维劳动法二元结构与《劳动法学》编纂的关系

在市场化经济体制和劳动制度改革背景下,社会主义计划经济的劳动法(政策)转向社会主义市场经济的劳动法的历程,一直呈现二元结构的特点,即劳动法体系中存在着适用对象或范围不同且有制度差异的两类劳动法律制度。然而,在改革的不同阶段,劳动法二元结构的维度有所变化。1994年《劳动法》出台以前,劳动法二元结构表现为两种:一是在公有制经济为主体、多种经济成分并存的基础上,按所有制形式分别立法所形成的公有制劳动法与非公有制劳动法;二是国有企业劳动用工制度改革所形成的固定工制劳动法与劳动合同制劳动法。伴随着《劳动法》的施行,跨所有制劳动法成为主流,且劳动合同制全面推行,此前的两种劳动法二元结构虽然遗留一定影响但逐步消失,代之以另外两种劳动法二元结构:一是以《劳动法》第2条第1款和第2款规定为依据的非公共部门劳动法与公共部门劳动法;

二是以农村剩余劳动力向非农产业和城镇大规模转移为背景的城镇户籍劳动者劳动法与农民工劳动法。2008年《劳动合同法》施行以来,又有两种劳动法二元结构凸显:一是以劳动力市场灵活化加速为背景的正规就业劳动法与灵活就业劳动法;二是以新一轮信息技术革命尤其是数字经济快速发展为背景的传统经济劳动法与数字经济劳动法。上述劳动法二元结构的演变表明:(1)劳动法二元结构取决于劳动形态、劳动关系或劳动者类型的二元结构,而劳动形态、劳动关系和劳动者类型的二元结构取决于一定经济体制和劳动力市场状态下的劳动关系协调和劳动权益保护的差异化政策法律需求。(2)劳动法体系的完备,不仅在于劳动法工具组合的完备,即劳动法工具箱中应当包括负载劳动关系协调和劳动权益保护所需功能的各种工具;而且还在于劳动法工具配置类型化安排的完备,即对不同类型的劳动形态、劳动关系和劳动者,应当有适应其特殊需求的劳动法工具组合。(3)《劳动法》施行以来的各种劳动法二元结构中,都存在二元劳动法之间地位和完备程度上的失衡(如正规就业劳动法相对完备而灵活就业劳动法残缺等),从而成为劳动法体系的结构缺陷。既然劳动法二元结构是我国劳动法体系的常态,且现行劳动法二元结构存在缺陷,对作为劳动法体系化之最高形式的《劳动法典》编纂而言,劳动法二元结构问题既加重其必要性(即通过法典编纂协调二元劳动法的关系),又影响其可行性(即加大法典编纂的难度),故就应当把完善劳动法二元结构作为其立法技术上的重要任务。其中至少面临以下两大问题:

一是《劳动法典》编纂应当安排哪几种劳动法二元结构。作为劳动法体系的集成,《劳动法典》对劳动法二元结构的选择,应当既有总结性又有前瞻性,兼顾劳动法现阶段和长远的发展需要。其要点有:(1)凡是有存续依据的劳动法二元结构都应当纳入《劳动法典》。如非公共部门劳动法与公共部门劳动法并存,其所依据的劳动人事管理体制在改革中虽

然有并轨合一的取向,但仍然有相对分立的需要;正规就业劳动法与灵活就业劳动法、传统经济劳动法与数字经济劳动法的并存,^⑤分别与劳动力市场灵活化、经济发展数字化的走向相符。(2)过渡性劳动法二元结构因其存续依据消失而不宜纳入《劳动法典》。例如,公有制劳动法与非公有制劳动法之划分已为跨所有制劳动法所替代,固定工制劳动法因非合同劳动关系已被严格限定于公务员法而失去其依存基础。再如,作为城镇户籍劳动者劳动法与农民工劳动法并存之依据的农民工问题,将随着农民工市民化的完成而消失,并且现阶段农民工的就业灵活化问题可为正规就业劳动法与灵活就业劳动法这种二元结构所吸收,故在《劳动法典》中可不必就农民工劳动法作出安排。(3)根据经济社会发展需要,可在《劳动法典》中安排新的劳动法二元结构。例如,新时代的劳动者结构中,高素质劳动者的规模和占比的不断扩大已成为普遍性趋势,建设知识型、技能型、创新型劳动者大军已被列为国家重大战略目标。^⑥这给以产业工人、低端或普通劳动者为主要样本的劳动法带来的挑战是,如何回应高素质劳动者群体人力资源开发和配置、劳动关系协调、劳动权益保障的新问题和新要求,公共部门劳动法虽然以高素质劳动者为主要对象,但因受其适用范围和人事管理体制的局限而对此不足以应对。鉴于我国现行政策中多见将“劳动力、人才”并列的概念表述和制度安排,^⑦有必要设置劳动力型劳动法与人才型劳动法这种有特定视角和功能的二元结构。

二是《劳动法典》编纂对劳动法二元结构应当如何安排。设置劳动法体系的二元结构,并非否定劳动法体系的统一性,而是强调在坚持劳动法原则普适和规则统一的基础上,对类型化的对象作出有适度差异且相互衔接的制度安排。《劳动法典》对上述劳动法二元结构所作出的安排,应当注意下述要点:(1)二元劳动法的定位问题。此即在劳动法二元结构中,对二元劳动法是作并重还是主辅的选择问题。劳动法体系中,各元劳动法在二元结构中的重要程

度,不仅取决于其所涉劳动者群体的规模和状况,而且还取决于其所涉的政策目标和背景因素,虽然会有动态性,但一般而言,不宜作并重或同等的判断,而宜作主辅之分。例如,非公共部门劳动法相对于公共部门劳动法,其地位显然更重要;灵活就业劳动法虽然在劳动力市场灵活化趋势中地位日显重要,但以正规就业为主流仍是应然目标;数字经济劳动法虽然契合数字时代的需要,但数字化并不能取代传统经济的基础性地位;人才型劳动法的重要地位虽然有人才强国等政策目标和人力资源发展趋势作支撑,但高中低端劳动者群体规模的“金字塔”式结构仍然决定着劳动力型劳动法的地位更为重要。(2)二元劳动法间的一般法或特别法归属问题。此即劳动法二元结构中哪一元劳动法为一般法或特别法的问题。这既要考虑其中的主辅地位之分,还要考虑各自适用对象间一般与特殊之分,以及在法律变迁中的生成先后之分。总体而言,在非公共部门劳动法与公共部门劳动法、正规就业劳动法与灵活就业劳动法、传统经济劳动法与数字经济劳动法、劳动力型劳动法与人才型劳动法之间,宜作前者为一般法、后者为特别法的安排,在规则设计上,特别法不必重复一般法的规定。至于特别法的安排方式,可设置专门的节、章或编,就某种特别法作相对集中的规定;也可分别将特别法规则与相对应的一般法规则一起作分散和混合的规定。例如,灵活就业劳动者的劳动/用工合同法,公共部门工作人员的聘用合同、劳动报酬与福利,宜于相对集中规定为主;数字经济劳动法、人才型劳动法、灵活就业劳动者的劳动条件基准法,宜于分散和混合规定为主。(3)二元劳动法的规则供给平衡问题。在现行劳动法二元结构中,通常存在一元劳动法的规则相对完备或有相对成熟的可完备条件而另一元劳动法则反之的失衡问题。《劳动法典》编纂中,当然要以补足规则供给短板为重点,如重点补足灵活就业劳动法、数字经济劳动法、人才型劳动法的规则。即使规则供给短板的原因主要在于可完备的条件欠成熟,也应当

力求作出有前瞻性的纲要式规定。

三、《民法典》与《劳动法典》编纂的关系

我国法律体系中民法与劳动法的关系,在法律属性上是私法与社会法的关系,在目的和功能上是以劳动者权益保护为主题分工合作的关系,在法律技术上是一般法与特别法的关系。基于这三个层次的理解,讨论《民法典》与《劳动法典》编纂的关系应当聚焦于:在《民法典》和现行劳动立法的基础上,如何通过《劳动法典》编纂以完善劳动者权益保护的“两法”分工合作。这就给《劳动法典》编纂至少提出以下两道考题:

一是如何扩大劳动法保护范围,以解决灵活就业劳动者保护盲区问题。在我国市场化经济体制改革和与之伴随的法治建设进程中,作为私法的民法和作为社会法的劳动法几乎同时产生且生成过程并行,^⑧“两法”在立法上一直是分立格局,由此所产生的劳动者权益保护的分工合作缺口问题一直延续至今。在劳动交换关系中,^⑨劳动法仅调整典型劳动关系和部分非典型劳动关系(如临时工、劳务派遣、非全日制),且以人格或组织从属性和主体资格^⑩作为界定劳动关系的标志;凡未纳入劳动法调整范围的劳动交换关系,如具有人格或组织从属性但主体不适格(如自然人雇主、超龄劳动者、学生工)的雇用关系,有或无经济从属性的劳务关系,都纳入民法调整范围,而民法不仅没有雇用合同制度,而且有名劳务合同制度中对劳务提供方当事人未作个人或组织之分,故对包括个人劳务关系在内的劳动交换关系几乎未作专门规定,也就不会有倾斜保护和社会保护的规定。于是,在民事雇用关系和经济从属性劳务关系中,劳动者虽为灵活就业也应受到一定保护却不给予保护,而被置于“两法”分工合作的缺口。伴随着劳动力市场灵活化的加速,尤其是网络平台经济背景下的去劳动关系化,这种缺口不断加大,亦即灵活就业劳动者保护盲区不断扩宽。由于《民法典》仍然坚守“两法”分立格局,弥补此缺口就成为《劳动法典》编纂义不容辞的使命。

那么对缺口和盲区中的各种劳动形态(部分非典型劳动关系、民事雇用关系、经济从属性劳务关系),是全部置于劳动法体系中作为非典型劳动关系予以一定保护?还是全部置于民法体系中作为经济从属性劳务关系予以一定保护?或者是部分置于劳动法体系、部分置于民法体系分别予以一定保护?笔者倾向于最后一种方案。在法律社会化和社会法的运行机制中,对灵活就业劳动者的倾斜保护和社会保护,虽然异于正规就业劳动者,但也应当构建由多种保护手段所组成的法律体系。其中的“两法”分工合作可以作出层次性安排:其一是合同法层次的分工合作。即由民法体系中的服务合同特别法和劳动法体系中的劳动合同特别法分别对经济从属性劳务关系和非典型劳动关系(包括民事雇用关系)的运行予以规范。其二是合同法与集体劳动关系法、劳动条件基准法的跨层次分工合作,即在集体劳动关系法、劳动条件基准法中分别设计适应于灵活就业劳动者的特别法,对灵活就业劳动者无论是经济从属性劳务关系还是非典型劳动关系,都纳入集体劳动关系法、劳动条件基准法的保护范围。因此,在《劳动法典》编纂中,应当就灵活就业劳动者权益保护在劳动合同法、集体劳动关系法、劳动条件基准法中作出特别法安排。

二是如何对应《民法典》中的一般法规定以解决特别法短缺问题。《民法典》虽然对劳动交换关系几乎未作专门规定,但给“两法”分工合作设计了一般法与特别法的衔接机制:第11条规定,其他法律对民事关系有特别规定的,依照其规定;第128条规定,法律对未成年人、老年人、残疾人、妇女、消费者等的民事权利保护有特别规定的,依照其规定。在这种衔接机制中,民法属于一般法,劳动法属于特别法,对于劳动关系和经济从属性劳务关系,劳动法有规定的优先适用其规定,劳动法无规定的可补充适用相应的民法规定。根据这种法律机制,《民法典》基础上的《劳动法典》编纂至少面临以下要求:(1)以特别法适度限制民法规范对劳动关系和经济从属性劳务

关系的适用。民法规范作为一般法补充适用于劳动交换关系,以作为特别法的劳动法未作规定为前提。现行劳动立法中,仅对典型劳动关系和部分非典型劳动关系有规定,这就意味着凡是劳动法未作规定的劳动交换关系(如民事雇用关系、劳务关系)和劳动关系中劳动法未作规定的情形,都可以适用相应的民法规范,尤其是其中对劳务提供方未作组织与个人之分而不考虑从属性问题且无倾斜保护的有名劳务合同制度。这就必然导致因民法规范适用泛化而以降低劳动力市场安全性换取劳动力市场灵活性的不当代价和社会风险。现阶段的劳动争议处理实践中,因劳动立法对劳动关系中某些情形本应当有特别规定而无规定,民法规范对劳动争议案件不当适用的问题已见诸案例。^⑩为此,《劳动法典》编纂中,应当加强和完善基于从属性的倾斜保护规定,给民法规范对劳动关系和经济从属性劳务关系的适用以必要限制。(2)以特别法对接人格权民法规范。《民法典》的时代特色之一是突出人文关怀价值,不仅民法调整对象表述中将“人身关系”置于“财产关系”之前,而且专门设置“人格权编”,确立人格权益优先于财产权益的地位。^⑪比较“人格权编”规定的人格权益内容和《劳动法》第3条关于劳动权利的规定就可发现,前者比后者更为全面,劳动权益应当扩容。由于“人格权编”的规定多为纲要式、宣示性规定,《劳动法典》编纂不仅应当以“人格权编”为依据,增加劳动权益内容,尤其是劳动者的精神性人格权益;而且应当基于劳动者的从属性地位,就劳动者的人格权益保护设计特殊和具体的规则,尤其是细化和落实用人单位保护劳动者人格权益的义务,如保护劳动者个人隐私权、个人信息和防治职场性骚扰,并将劳动者人格权益保护落实于各种劳动法保护工具和劳动关系协调机制之中。

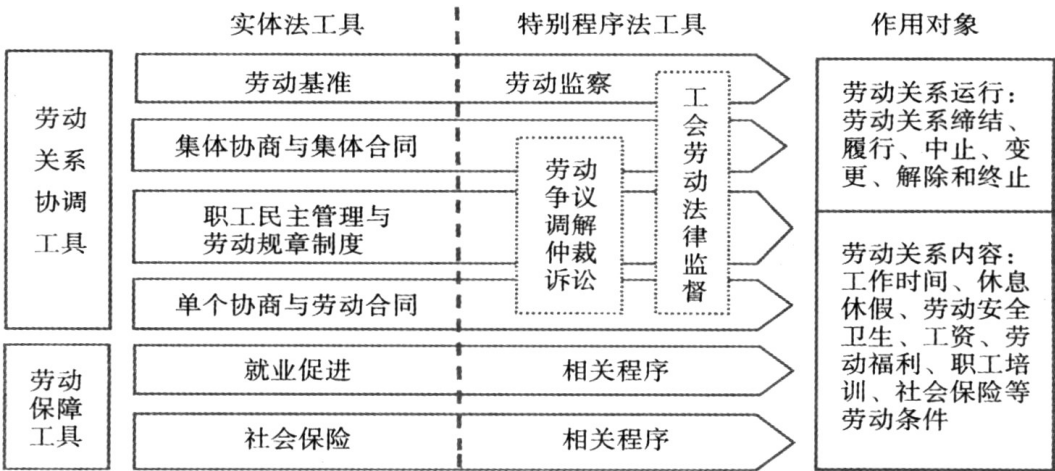
四、劳动法体系与《劳动法典》编纂的关系

劳动法体系可作三个层次即劳动法工具体系、劳动法形式体系和劳动法规范体系的理解,《劳动法典》编纂应当从这三个层次弥补现行劳动法体系的

不足,以实现高水平的劳动法体系化目标。

(一)劳动法工具体系与《劳动法典》编纂的关系
劳动法在一定程度上是运用特定法律工具作用

于劳动关系运行和内容的法律部门。我国市场化经济体制改革中的劳动立法,已形成如下图所示的劳动法工具体系。



现行劳动法工具体系中,需要通过《劳动法典》编纂解决的体系性问题,既有整体性问题,如劳动关系协调工具体系的结构失衡;也有局部性问题,如安全生产和职业病防治是否以及如何纳入法典、劳动保障工具是归属于劳动法还是归属于社会保障法。较之现代劳动关系协调机制的目标模式,现行劳动关系协调工具体系的整体性结构缺陷是强政府而弱社会、重劳动合同法而轻集体劳动关系法,^⑧程序法与实体法欠匹配。为弥补此缺陷,《劳动法典》编纂中的着力点主要在于:(1)加强集体劳动关系法的地位并优化集体劳动关系机制。在《劳动法典》中,将集体协商/集体合同法和职工民主管理法分别独立成“编”,既可确立集体协商与职工民主管理在集体劳动关系机制中的并重地位,还可从整体上提高集体劳动关系机制在劳动关系协调机制中的地位。其机制优化的方向,一是将其适用范围由正规就业劳动者扩展到灵活就业劳动者,并为灵活就业劳动者参与集体协商和职工民主管理提供特别法保障;二是继续保持中国特色。尤其是,以劳资协商型而非劳资斗争型为取向,兼顾公有制集体劳动关系与非公有制集体劳动关系的差异性和一致性,扩大集体协商与职工民主管理的事项范围,规范集体协商与

职工民主管理的互动。(2)同步完善劳动争议处理法和劳动监察法。现行劳动立法中,劳动争议处理法和劳动监察法都滞后于对应的劳动实体法,且劳动监察法滞后于劳动争议处理法。《劳动法典》应当将二者置于并重的地位,分别独立成“编”,并在编纂中解决实践中已暴露的问题。二者需要解决的共性问题包括:如何将灵活就业劳动者尤其是其中的经济从属性劳务关系纳入劳动争议处理和劳动监察的范围;如何重构劳动争议仲裁与劳动监察的案件受理分工与职能合作;如何根据其在程序法体系中的特别法定位,就劳动争议处理与民事诉讼、劳动监察与行政复议和诉讼的衔接以及劳动争议诉讼、劳动行政复议和诉讼的程序作出特别法安排。劳动争议处理法需要解决的突出问题是,总结裁审体制改革的经验和教训,重构劳动争议处理体制。劳动监察法需要解决的突出问题如,在劳动监察准据上,是只限于劳动条件基准还是包括劳动关系运行基准;在劳动监察职能结构上,如何落实被动监察与主动监察、刚性监察与柔性监察的并重;在劳动监察体制中,工会劳动法律监督如何加强和安排。

在劳动条件基准法体系中,^⑨现行安全生产和职业病防治法因其适用范围超出劳动关系、技术规范

占比大、执法体制独立于劳动行政部门,而引出是纳入《劳动法典》还是另行安排单项法律的问题。对此,需要考虑的是,《安全生产法》《职业病防治法》虽然将其适用范围由用人单位扩及生产经营单位、由劳动者扩及从业人员,但安全生产和职业病防治从劳动关系视角看亦即劳动安全卫生条件,且其适用的主要对象是用人单位和劳动者。虽然安全生产和职业病防治监督管理部门独立于劳动行政部门之外,但其安全生产和职业病防治监督管理职能原本属于劳动行政职能,只是由于其技术专业性强和业务量大才分离出来,而这种职能部门调整并未改变其劳动行政职能属性,安全生产和职业病防治实体规范的劳动条件基准属性更未因此而改变。因此,基于劳动法法典化的统一性和体系性追求,基于安全生产和职业病防治监督管理职能在其职能部门调整后仍应保持劳动行政职能属性和劳动条件基准属性的需要,在《劳动法典》中应当将劳动安全、卫生基准法分别独立或集成“编”。至于其适用范围及于劳动关系之外主体、执法体制独立于劳动行政部门等所带来的特殊问题,可通过在《劳动法典》内、外作出特别法安排而予以解决。

作为劳动保障工具的就业促进和社会保险,虽然不像劳动关系协调工具那样直接作用于劳动关系的运行和内容,却为劳动者实现劳动权和劳动关系正常运行提供社会条件,是间接作用于劳动关系的社会化保障。故《劳动法》将就业促进和社会保险纳入劳动法体系。但在最近的讨论中,对就业促进和社会保险是否纳入《劳动法典》存在分歧。关于就业促进法,大多主张纳入《劳动法典》;但有否定观点认为,不应纳入《劳动法典》而应纳入《社会保障法典》。^⑮关于社会保险法,大多主张纳入《社会保障法典》;但有相反观点认为,不应整体纳入《劳动法典》,建议仅将就业劳动者的社会保险纳入《劳动法典》。^⑯笔者认为,就业促进法作为劳动法工具体系中一种有着特殊职能和地位的工具,应当在《劳动法典》中独立成“编”。这是因为,就业促进法虽然不直

接以劳动关系为调整对象,但就业和劳动关系都以劳动力与生产资料相结合为要素,劳动关系运行亦即劳动就业,并且是普遍和基本的就业形式;就业促进与劳动关系协调不仅具有同一目的即保障劳动者实现就业,而且相继存续于同一过程,即劳动者通过劳动关系运行以实现就业的过程。在此意义上,劳动法亦即劳动就业法,有的国家将涵盖就业前和就业中而具有劳动基本法地位的立法称为“就业法”(如《新加坡就业法》)或“就业促进法”(如《秘鲁就业促进法》)。可见,就业促进法理应成为劳动法体系的必要组成部分。还值得注意的是,就业促进与劳动关系协调虽然共处于劳动者通过劳动关系运行以实现就业的过程,但毕竟相继存续于两个不同阶段即就业前和就业中;就业促进法既促进劳动就业,还促进创业就业和其他形式就业;政策支持就业、反就业歧视、公共就业服务、人力资源市场规制、人力资源开发、就业援助等就业促进工具,较之劳动关系协调工具,其所涉领域更广,所涉法律关系类型更多。故在《劳动法》的体系中,就业促进法被排序于分则之首。这种定位可为《劳动法典》所承继。

关于社会保险法的归属安排,需要明确以下几点:(1)《劳动法》将社会保险纳入劳动法体系有其体制改革背景和体制依据。在市场化劳动制度改革进程中,社会保险来自劳动保险社会化,其覆盖范围以劳动关系为界限,劳动者与社会保险经办机构之间的法律关系以劳动关系为前提和依托,故社会保险当然归于劳动法体系。(2)社会保险的定位已在社会体制改革中转型。伴随着经济与社会体制改革的深化,作为劳动法体系组成部分的社会保险已转向作为社会保障法体系组成部分的社会保险,其主要标志是覆盖范围突破劳动关系界限,即由劳动者扩展到居民,亦即原劳动保险社会化意义上的社会保险转向社会保障意义的社会保险。这种转型已为《社会保险法》所肯定和启动。^⑰(3)社会保险的“转型中”现象已显露弊端且具有阶段性。因社会保险定位的转型尚未到位,还局部性存在职工社会保险与

居民社会保险分立、灵活就业劳动者社会保险相对独立于职工社会保险、社会保险与劳动关系捆绑等现象,其致使灵活就业劳动者社会保险缺失、阻碍社会保险公平化和统一化等弊端日渐凸显。故将社会保险整体置于《社会保障法典》,较之以是否就业劳动者为界限将社会保险分别置于《劳动法典》或《社会保障法典》,显然更符合社会保障制度改革和发展的方向。(4)鉴于失业保险是一种兼具生活保障职能和促进再就业并稳定就业职能的社会保险,且其促进再就业和稳定就业职能在失业保险职能体系和就业促进政策体系中的地位越来越受到重视,故可考虑将失业保险置于“就业促进法编”;也可考虑区分其职能,在“就业促进法编”中就其促进再就业和稳定就业职能作出规定,而在《社会保障法典》中就其生活保障职能作出规定。这在国外立法中已有先例,如《法国劳动法典》第三卷第五篇为“失业工人”;《俄罗斯联邦居民就业法》设有“社会保障和补偿”专章。

此外,劳动保障工具体系中还有社会福利的安排问题。《劳动法》第76条所规定的“福利”,有第1款规定的“社会福利事业”和“公共福利设施”;第2款规定的“集体福利”。前者为国家和社会为包括劳动者在内的全体居民提供的公共福利,属于社会保障体系中的社会福利,应当纳入《社会保障法典》;后者是劳动关系中由用人单位为劳动者提供的作为劳动条件的福利,属于劳动福利,其基准应当在劳动基准法中规定。

(二)劳动法形式体系和规范体系与《劳动法典》编纂的关系

各种劳动法工具在立法上都是劳动法形式与劳动法规范的结合,劳动法形式承载劳动法规范并以其位阶赋予所载劳动法律规范一定的效力等级。在我国现行的劳动法形式体系中,高位阶法律形式(法律、行政法规)较少而低位阶法律形式较多;除《立法法》所规定的法律、行政法规、地方性法规等法律形式外,还有大量的作为准法律形式的规范性文件(如

司法解释、劳动政策、技术标准、工会规章等)。与此对应,现行的劳动法规范体系中,大量的是低位阶法律规范,有的劳动制度中高位阶法律规范尤为短缺;高位阶法律规范中,完全性规范较少而不完全性规范较多;低位阶法律规范中,欠成熟性规范、地方差异性规范、法律适用性规范(如司法解释、规范性裁判规则)较多。上述现象既是特点,在一定意义上也是缺陷。现行的劳动法形式体系和规范体系之所以呈现上述特点,原因是多方面的。例如,市场化经济体制改革和劳动制度改革的渐进性,劳动力市场灵活性与安全性比重的动态性,工业化和城镇化区域不平衡背景下劳动力供求状况的区域差异性,多维劳动法二元结构的复杂性,数字经济中的业态欠稳定性,都导致劳动立法体制上只得作出劳动法律引领与以下位阶法律形式配套并行、中央劳动立法先导与地方配套规则创新结合的安排。

故而,站在中国特色社会主义新时代的节点和方位上,劳动法法典化可从现行的劳动法形式体系和规范体系中得到的启示包括:(1)劳动法法典化只可选择编纂式《劳动法典》,而不能选择汇编式《劳动法典》。因为现行劳动立法的上述特点和缺陷,决定了法典化要承担消除法律冲突和弥补法律缺漏的任务。(2)给《劳动法典》编纂既增强了可行性,也加大了难度。现行的劳动法形式体系和规范体系作为《劳动法典》编纂的基础,一方面不仅提供可编纂的巨量法律规范资源,而且其在实施中显示的正负效果,可作为编纂过程中参考的实践依据;另一方面其规范内容庞杂,且有法律冲突和法律缺漏,尤其是欠成熟性规范、滞后性规范、地方差异性规范,或者难以编纂入法典,或者给编纂带来法律技术障碍。(3)《劳动法典》编纂应当处理好《劳动法典》与下位阶法律形式在劳动法律规范安排上的关系。《劳动法典》编纂旨在提高劳动法体系化的水平,并非将全部劳动法律规范集成于一部《劳动法典》,故应当给下位阶劳动立法预留必要的空间。这需从以下几个方面考虑:其一,入典质量。将法律以下位阶的劳动

法律规范编纂入《劳动法典》,不只是位阶的上升,更是立法质量的提高。《劳动法典》中的法律规范应当具有与其权威地位匹配的高稳定性和强适应性,故应当有明确的入典质量标准,凡符合质量要求的法律规范才可入典。为确保《劳动法典》在劳动领域动态中有足够的稳定性和适应性,在法典编纂中可承继现行劳动立法中纲要式立法的经验,对诸如新就业形态之类的样本可采用纲要式立法技术进行法律规范设计。其二,入典比重。鉴于现行劳动法律规范多为法律以下位阶尤其为低位阶法律规范的状况,无疑应当提高劳动法律规范入典的比重。这不仅是法治统一原则的要求,更是加快建设全国统一大市场的迫切需要。^⑩全国统一大市场实质上是统一全国市场规则,劳动法法典化就是统一全国人力资源市场规则的重大法治举措。其三,制度特殊性。以劳动安全卫生基准法为例,鉴于其法律规范中有巨量的技术规范,可将技术规范以技术标准的形式置于《劳动法典》之外;鉴于其执法体制独立于劳动行政部门,可就其特殊的行政执法事项在《劳动法典》之外安排与《劳动法典》中“劳动监察编”相衔接的单项立法。其四,效力关系。在《劳动法典》与下位阶劳动立法的效力关系中,不仅要遵循《立法法》规定的下位法不得与上位法抵触的规则,还应当强调由劳动法主旨所决定的劳动法体系中下位法规定的劳动者利益不得低于上位法所规定标准的“不低于”(或称“更有利”)规则。该规则应当在《劳动法典》总则编有明确规定,这样才可保障劳动法治的统一。

注释:

①习近平:《坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》,载《求是》2021年第5期,第10页。

②参见姜宇:《我国劳动法典宜采用分编体系型模式》,载《民主与法制》2022年第5期,第49页。

③参见王全兴、石超:《新中国70年劳动法的回顾与思考》,载《求索》2020年第3期,第125页。

④参见《“社会学法学高端学者讲座之二:中国社会学体系建设的现状与发展”成功举办》,资料来源于北京大学法学院网站:<https://www.law.pku.edu.cn/xwzx/xwdt/139213.htm>,最后访问时间:2022年6月5日。

⑤数字经济对正规就业劳动法和灵活就业劳动法都有挑战,故数字经济劳动法和传统经济劳动法都有正规就业劳动法与灵活就业劳动法之区分,而不应将数字经济劳动法等同于灵活就业劳动法。

⑥参见习近平:《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》。

⑦例如,(1)党的《十九大报告》(2017年)指出,“破除妨碍劳动力、人才社会性流动的体制机制弊端,使人人都有通过辛勤劳动实现自身发展的机会。”(2)中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于促进劳动力和人才社会性流动体制机制改革的意见》(2019年)。

⑧参见前引③,第122页。

⑨“劳动交换”一词是指不以实物形式而以劳动形式为他人提供某种效用的活动。参见《现代汉语词典》,商务印书馆2005年版,第816页。本文中的“劳动交换关系”,是指劳动者个人以其劳动力、劳动行为或劳动成果与他人交换的关系,属于从属劳动的劳动关系和民事雇用关系,属于独立劳动或准从属性独立劳动的个人劳务关系都包括其中。但以组织为劳动提供方的劳动交换关系未包括在内。

⑩依《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发〔2005〕12号)第1条的规定,劳动关系成立须“用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格”。

⑪如“朱某与上海麦克森实业有限公司劳动合同纠纷案”中,法院在认定朱某承诺就业落户服务期因违反法律规定而无效的同时,以“朱某违反了当今社会所倡导的且人人应当遵循的诚信原则”为由,判决其承担赔偿责任。参见上海市第一中级人民法院(2018)沪01民终5652号民事判决书。笔者认

为,有承诺义务的事项才可纳入诚信评价的范围,依《劳动合同法》第37条关于无因预告辞职的规定,除有出资培训服务期的情形外,劳动者并无义务承诺履行劳动合同至合同期届满,对劳动者无义务承诺之事项就不应当适用诚信原则。

⑫参见王利明:《论民事权益位阶:以〈民法典〉为中心》,载《中国法学》2022年第1期,第46-49页。

⑬参见王全兴、谢天长:《我国劳动关系协调机制整体推进论纲》,载《法商研究》2012年第3期,第126-129页。

⑭狭义劳动基准即劳动条件基准,广义劳动基准还包括劳动关系运行基准。参见王全兴:《劳动法》,法律出版社2017

年版,第65-66页。

⑮参见沈建峰:《劳动法法典化的目的与技术》,载《民主与法制》2022年第5期,第50页。

⑯参见中央党校(国家行政学院)国家高端智库:《编纂〈劳动法典〉的必要性与可行性》,2021年。

⑰王全兴、汤云龙:《转型中的〈社会保险法〉》,载《中国工人》2011年第4期,第8-11页。

⑱参见中共中央、国务院《关于加快建设全国统一大市场的意见》(2022年3月25日)中规定,“健全统一规范的人力资源市场体系,促进劳动力、人才跨地区顺畅流动。”

Preliminary Reflections on Several Basic Issues in the Codification of China's Labor Code

Wang Quanxing

Abstract: As a major legislative project highlighting Chinese characteristics, in the compilation of China's Labor Code, it should base on the social law positioning of the Labor Law as a product of the privateization/socialization of public law, the arrangement of the organic integration of socialized public law factors and socialized private law factors should be made from the whole of the Labor Law and its various systems, so as to make up for the partial lack of private legalization and socialization lag, which originates from the path dependence of public law; Based on the multi-dimensional nature of the dual structure of the Labor Law, the specific selection of the dual structure type should take into account the current stage and long-term development needs, and make arrangements on the basis of adhering to the universality of the principles and the unification of rules of the Labor Law; Based on the gap between the division of the Labor Law and the Civil Law and the relevant provisions of the Civil Code, the scope of protection of the Labor Law should be appropriately expanded, the division of labor and cooperation between the "two laws" should be arranged at different levels, and the Labor Law norms should be improved so as to appropriately limit the application of the Civil Law norms to labor relations and economic subordinate labor relations, and to dock with the personality rights norms in the Civil Law; Based on the shortcomings of the current labor law in the tool system, formal system and normative system, the structure of the Labor Code should be designed to solve systemic problems, and the arrangement of the Labor Law norms with the following levels of legislation should be laid out.

Key words: the Labor Code; integration of public and private law; dual structure of the Labor Law; the Civil Code; the Labor Law system