



#### 论文精粹

[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)

#### 论文精粹

 

## 董保华:劳动立法中道德介入的思辨

发表于: 2012-04-07 12:55 点击: 249

【内容提要】“劳善资恶”的认识作为一种道德标准,在黑砖窑事件后,被学者上升为法律伦理化,亦即立法的道德介入。这是各国在社会发展中都曾面临的课题,诚信原则的确立就是道德介入法律的典型表现之一。对诚信原则产生的原因及其目标,当前我国部分劳动法学者却给出了与西方历史经验截然不同的解读:西方历史经验显示,道德介入法律是让法律从抽象走向具体,以填补法律漏洞;我国部分劳动法学者则相反,认为法律伦理化应从具体走向抽象,否定现行法律秩序。我国劳动立法当前正处在道路选择的十字路口,向前可以巩固社会本位这种多层次的调整模式,向后可以退回国家本位的单一层次的调整模式,而这如何选择在很大程度上将取决于道德是否能适当地介入劳动立法。

【关键词】劳动立法/道德介入/诚信原则

中图分类号:DF47 文献标识码:A 文章编号:1005-9512(2011)07-0116-12

### 一、劳动立法中道德不当介入的现象

道德评价介入立法应当区分适当与不当:适当的介入是让法律从抽象走向具体,能填补法律的漏洞;不当的介入则使法律从具体变为抽象,与现行法律秩序相背离。回顾2010年的案件,有一类矿难事故引人关注:通过故意杀人,人为制造矿难事故,并以被杀害劳动者家属的名义进行索赔。这类虚假的矿难事故早在2007年就已经存在,近年来有愈演愈烈的趋势。这类案件很自然地让人联想到2007年那起轰动全国的黑砖窑事件<sup>①</sup>,如果说犯罪分子在黑砖窑事件中以用人单位的身份来实施非法拘禁、强迫劳动,那么在一系列非正常的矿难事故索赔案件中,犯罪分子的故意杀人与诈骗索赔,性质上与前者是相类似的。然而,这两类相似的案件产生了完全不同的社会影响:人为制造矿难事件让人们震惊于人性丑恶的同时清楚地知道须用刑法对其进行严惩;而黑砖窑事件却催生了一部重要的社会法——《劳动合同法》。

“应该说黑砖窑事件的出现,使《劳动合同法》最后能够全票通过。”<sup>②</sup>这种说法也得到了全国人大法工委证实,“一起突发事件让《劳动合同法》的出台突然加速。如果没有发生这个事情,这部法律可能还得讨论一段时间”。<sup>③</sup>中央电视台有一篇报道《劳动合同法诞生记——黑砖窑案助其全票通过》,<sup>④</sup>说明了《劳动合同法》的全票通过与之前发生的山西“黑砖窑”事件有很大的关系。<sup>⑤</sup>“黑砖窑”事件在促成一部法律通过时,也大大膨胀了“劳善资恶”的思维定式。在该法的通过、实施过程中,伴随着黑砖窑事件的宣传,“资本无道德”成为一种广为流行的说法。<sup>⑥</sup>

有学者将这种看法上升到了理论形态。<sup>⑦</sup>黑砖窑事件之前就有学者将《劳动法》视为侵权法,<sup>⑧</sup>提出《劳动合同法》立法宗旨应当确定为“单保护”<sup>⑨</sup>,即只保护劳动者。<sup>⑩</sup>黑砖窑事件之后,部分学者将这种思维上升到一种被称之为“价值理性”的理论高度。“《劳动合同法》的哲理价值在于,通过对劳动者的保护,体现了人文关怀,实际上是强调了价值理性的重要性,从而体现了工具理性与价值理性并重的新理念。”<sup>(11)</sup>不说这些学者理解的《劳动合同法》的哲理价值是否正确,至少在一部分学者的观念中认为,黑砖窑事件充分说明了“劳善资恶”作为一种对客观事实的道德判断是正确的,且这种道德判断应当(事实上也已经被这些学者)上升为某种对劳动立法产生重要影响的理论形态。

笔者在此无意对“劳善资恶”这种道德判断的准确性予以评论,然而,法律和道德是两个不同层次、不同要求的社会规范,道德如何介入立法即道德介入立法的适当性是我们必须思考的,否则法律将不能有效应对纷繁的现代社会。

### 二、道德介入立法形成两种不同的形态

劳动立法虽然遵循社会立法所特有的倾斜保护原则<sup>(12)</sup>,但其仍然是法体系的组成部分,同样受法律发展普遍规律的制约,所以要分析劳动立法中道德介入的适当与否,必须反思和回顾道德介入立法的两种理论形态。

道德介入立法,亦即法律伦理化,是指在社会转型期中,由于社会矛盾的日益尖锐、复杂化与法律自身的滞后性、局限性难以达致平衡,造成部分道德评判和道德标准在立法中产生影响并进而可能成为法律规范的内容的一种现象。中

国目前正处于社会转型期，党中央和国家领导人对于现阶段社会矛盾的尖锐化有所预计，“在当前和今后相当长一段时间内，我国经济社会发展面临的矛盾和问题可能更复杂、更突出”，并提出要总结各国“因为举措得当从而促进经济快速发展和社会平稳进步的成功经验，也有因为应对失误从而导致经济徘徊不前和社会长期动荡的失败教训”。(13) 为了避免走弯路，世界各国在道德介入立法方面的成功经验与失败教训，是我们不能忽视的。

### (一) 法律伦理化的产生

法律之所以会出现伦理化倾向，是缘于某种社会变化使原有的法律秩序出现问题。这种现象并不是我国特有的，而是社会转型期的普遍现象。从人均GDP突破1000美元的时间上看，美国是1942年，法国是1953年，联邦德国是1957年，日本是1966年，在此之前也都出现过某种道德谴责的思潮。

日本学者川岛武宣认为近代市民社会的法律具有非“伦理性”，即“法在原则上只限于规定冷静而有区别的形式性的命令、禁止和利害调整，人不被要求基于伦理性的情怀去行使权利，履行义务。债权人不管债务人贫穷与否而有决定行使或不行使债权的自由”。(14) 近代市民法与伦理发生了分离。法的非伦理性对于发展资本主义的市场经济是绝对必要的，诚如川岛先生所言：“为邻居的和睦而放弃自己的债权，以人道的精神过分地减价出售财产等在伦理上是值得称赞的行为，但是这种做法又只能是搞乱商品等价关系的偶然未知数而已。近代市民社会的法排除了伦理性，建立了可以精确计算的法典法。”(15) 盛行于19世纪的理性主义哲学思潮导致了立法上的“严格规则主义”，即立法者通过大量的法典法力图使社会生活的方方面面处于法典的控制之下。法典法“试图对各种特殊而细微的实情开列出各种具体的，实际的解决办法，它的最终目的是想有效地为法官提供一个完整的办案依据以便使法官在审理任何案件时都能得心应手地引律据典，同时又禁止法官对法律作任何解释”。(16) 19世纪末20世纪初，资本主义社会迈向大工业的社会化生产，社会生活日新月异，随之出现了劳工问题、环境问题、消费者保护等问题，社会矛盾愈演愈烈。私法是将这些社会关系的当事人均视为平等主体而形成的法律体系，只能维护私法意义上的个人利益，而这种私法意义上的个人利益与社会安全、稳定的社会利益矛盾日益尖锐。面对法律与社会的脱节，法官经常作出削足适履的处理。

就我国的情况而言，以贫富对立为核心的道德话语系统形成的社会背景与西方是相类似的。“近年来，中下阶层被剥夺的情形愈加严重，底层民众生活维艰，以致民怨沸腾，社会矛盾加剧。这些情形业已引起全社会普遍关注，而来自不同方面、具有不同指向的主张、吁求互相作用，转而催生和强化了一种以贫富对立为核心的道德话语：贫者弱，富者强；贫者可悯，富者不仁；贫者当助，富者当抑。”(17) 从这一历史背景上看，可以理解黑砖窑事件所激起的社会愤怒，但是当这种愤怒情绪促使一部“还得讨论一段时间”(18) 的法律提前公布时，我们就不得不警惕某些社会情绪可能对立法产生的某些负面影响。

### (二) 法律伦理化的两种不同形态

从诚信原则为立法所采纳的历史和缘由以及人们对它的不同理解可以看到，法律伦理化可能会产生出道德的普遍评价与道德的片面谴责两种截然不同的理论形态；道德的普遍评价可能会构成道德对立法的恰当介入，道德的片面谴责则只能造成道德对立法产生不当的影响。

#### 1. 道德的普遍评价：催生诚信原则的产生和发展

“法律道德化”或称为“法律伦理化”是针对法律的非伦理化而提出来的，道德评价的对象是普遍的，而并不局限在某一当事人。就“伦理化”而言，奉行严格规则主义的近代资本主义社会的市民法排除了法官的自由裁量权，使法官不能在具体案件中发挥能动性。为了缓解这一问题，自1907年瑞士民法典开始，西方各国纷纷引入作为“道德法律技术化”的“诚实信用原则”。其意义正如王泽鉴先生所言：“诚信原则具有弹性，内容不确定，系有待于就特定案件予以具体化……实体法赖以与外界的社会变迁，价值判断及道德观念相联系，互相声息，庶几能与时俱进。”(19) 诚实信用原则使法官借助具有语言的模糊性特征的私法基本原则，适时地处理社会生活中不能为法典法涵盖的新情况、新问题，从而使法律免于陷入僵化。诚实信用作为道德性规范被引入法律，使民法不再被认为“不能理解人的崇高伦理之感情，只是堕落为单单作为冷冰冰的利害计算的技术”。(20) 有了这样的道德化的法律工具，法官可以在个别案件的利益衡量中，排除当事人的意思自治，以衡平社会弱者的社会地位，并在一定程度上实现社会正义。(21)

在历史上，英国法中的契约默示条款是法院弥补当事人意思表示不完善时的灵活工具。同最早进入自由资本主义时期的其他国家一样，在18世纪、19世纪个人主义的哲学思潮和自由主义的经济思维影响下，契约自由及与此相关的意思自治原则成为支配英国契约法的基本原则，充分尊重当事人的选择成为法律最基本的使命。然而，一旦发生契约纠纷，而契约中所规定的明示条款又无法适用于该纠纷时，为了使该纠纷得以解决，法院就必须充分利用普通法系的灵活机制，将默示条款纳入契约内容之中。从一定意义上来说，默示条款的日益广泛运用并作为修正契约的工具，实际上是对意思自治原则所作的某种程度的修正。同时，默示条款也成为意思自治原则与法院行为相调和的中介。(22)

无论是英美法系还是大陆法系，都经历了个人主义的哲学思潮和自由主义的经济思想，也都经历了法律上片面强调当事人意思的自治最终都面临了由此造成的法律困境的阶段。由于法律传统的不同，两大法系选择了不同的发展路径。无论大陆法系的诚实信用原则还是英美法系的默示条款制度，都是对当事人意思自治的限制和保护。

由此可见，作为私法核心的契约制度所强调的当事人意思自治具有“先天的不足”，诚信原则作为一种道德介入法

律的典型表现，正是为了弥补这种不足而产生的，但这仅仅是道德介入法律时基于法律对道德的需求的原因。通过上文对西方诚信原则产生的历史分析，笔者认为，诚信原则之所以能为立法所采纳并作为一项重要的法律原则成功运行至今，其背后还有一个重要原因，即从介入法律之初，诚信这种道德标准就是以一种普遍的、平等的要求对陷于权利义务纠纷中的各方当事人进行评价的，这种道德的普遍评价，其最终的目的仍在于努力探寻各方当事人的真实意思表示，所以其既不会因为当事人的身份或社会地位不同而区别对待并展开片面评价，也不会破坏现有的法律秩序，从而成功实现了弥补法律不足的目的。

## 2. 道德的片面谴责：否定诚信原则的普遍价值

与道德的普遍评价不同，道德介入法律的另一种理论形态是道德的片面谴责。道德的片面谴责是指先将一定的道德标准施加于不同的当事人并产生评价结果(具体到劳动法领域，即先认定劳方善良、资方邪恶)，然后将这种既定的道德评价结果作为立法中规范各主体权利义务乃至法律责任的主要依据。所以，如果说道德的普遍评价是道德依据法律的需求以及实施法律的目标而介入法律的话，那么道德的片面谴责则是道德在不考虑法律实施目标的情况下依据道德本身的评价结果对立法产生影响。众所周知，道德一般是较法律更高层次的要求，且在不同地区或宗教中道德的要求又是不一样的，(23)因此将片面的道德评价结论作为立法的主要依据，将很难保证立法的稳定性和普遍适用性。具体到对诚信原则的理解，若不以弥补法律的不足、探究当事人真实意思表示为目标，而事先就当然地判定某类当事人(如劳方)一定是诚信的，对方当事人(如资方)可能是不诚信的，那么这样的道德介入造成的结果就必然是立法在分配权利义务时，以及司法在处理纠纷时无法实现法律本应实现的社会公平正义目标。笔者认为，这就从根本上否定了诚信原则的普遍价值。从目前我国劳动法领域一些学者对各地法院运用诚信原则解决实际问题持批评态度的现象中，就可以见到这种情况。比如，有人认为，“与浙江《意见》不同之处在于，上海《意见》不仅从《劳动法》中找出了‘劳动纪律’这一僵尸条款，而且还从民法中找出了‘诚实信用原则’这一杆大旗。”“这一规定与浙江省《意见》一样，都不符合《劳动合同法》推动企业加强规章制度建设的精神。”(24)《劳动法》是目前正在执行的法律，“诚实信用原则”也是《劳动合同法》第3条明定的原则，将《劳动法》“劳动纪律”条款称为“僵尸条款”，将依据《劳动合同法》原则作出的解释，故意称为“从民法中找出”的“一杆大旗”，从这种语句中可以看出，在这些学者的观念中“依据民法的诚信原则”已经成为贬义词，那些被称为举起诚信原则大旗的地方法院受到了众多劳动法研究者的严厉批评。这些学者认为诚信原则须进行某些改造方可使用。王全兴认为：“劳动关系中强调诚信有其特殊性。首先，诚信对劳资双方的要求是不一样的。资方强势，劳方弱势，应该说资方的诚信责任更重。也就是说，这种诚信首先要雇主诚信；当然劳动者也要诚信，但对其诚信义务的要求应当相对减轻。”(25)什么叫做“对其诚信义务的要求应当相对减轻”？这些学者有更进一步的解释：“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。”(26)可见，从劳善资恶的价值观出发，诚信度已经分出高低，欺诈也要看对象，在道德片面谴责介入法律后，《劳动合同法》中规定的诚信原则就被理解为是一种单方诚信。

### (三)我国对诚信原则的理解及其在劳动法领域的适用

#### 1. 我国对诚信原则的理解

目前，民法学界在诚实信用原则上以“一般条款说”为通说。以笔者的理解，“一般条款说”将诚实信用原则确定为两个方面的内容。首先，是指导当事人进行民事活动的原则要求，即不欺诈、恪守信用。这实际上是道德准则直接在法律领域的反映，就是徐国栋先生所提出的“主观诚信”。作为一项人类社会的基本道德原则，其适用的领域是全面的，在个别劳动关系中也不能例外，这也正是诚信原则可以成为这种关系调整基础的原因。其次，是授予法官自由裁量权填补法律漏洞、补充双方当事人约定不足的作用。这实际上是要求法官从事后的角度去探寻当事人真实意思的表示，也就是徐国栋先生所主张的“客观诚信”。(27)究其本质，是要求法官从统一的诚实信用的价值标准对客观的行为做出评价。

在劳动法领域，对比国内外学者对“诚信原则”的不同态度，可以看到两种观点的显著差异。虽然都是在社会剧烈变动过程中引入了某种道德评价，但两者的社会效果完全不同。从事前的法律调整看，作为指导当事人进行社会活动的原则，诚实信用原则要求所有的主体均承担不欺诈、恪守信用的义务，这实际上是道德准则直接在法律领域的反映；劳善资恶的道德评判主张将自由分配给劳动者，成为“劳动者的契约自由”；(28)将诚信分配给用人单位，使“资方的诚信责任更重”。从事后的法律救济看，诚信原则授予法官自由裁量权填补法律漏洞、补充双方当事人约定不足的作用，这实际上是要求法官从事后的角度去探寻当事人真实意思的表示；劳善资恶的道德评判则主张“法律的作用就是扶持弱势达到双方权利的平衡”。(29)

可见，民法引入诚实信用的道德准则是为了更真实地反映当事人的意思表示，因而是建设性的；一些学者对这一原则进行了某种改造，其目的显然并不是为了通过当事人真实意思表示来探求社会生活的真相，而是为实现他们心目中所谓的社会正义，从价值判断上看，带有虚假的成分，其所制造出来的对立情绪具有破坏性。

#### 2. 诚信原则在我国劳动法领域的适用

《劳动合同法》在公开讨论的草案(一审稿)中将《劳动法》第18条对无效劳动合同的认定标准“采取欺诈、威胁等手段订立的劳动合同”改为“用人单位以欺诈、胁迫的手段订立劳动合同的”。在“欺诈、胁迫的手段”前加了主语“用人单位”。只有“用人单位以欺诈、胁迫的手段订立劳动合同的”才被认定为无效劳动合同。换言之,劳动者以欺诈、胁迫的手段订立劳动合同的不被认定为无效。参与这一草案形成过程的王全兴教授曾对这一制度设计解释道:“劳动合同订立过程中双方信息不对称,即劳动者的信息条件一般劣于用人单位,并且用人单位在招工过程中有权对劳动者进行考试和考核,而劳动者对用人单位没有与此对等的权利。故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。”(30)与欺诈类似,王教授还主张给劳动者留下滥用权利的机会。他说:“《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。”(31)

笔者曾进行回应:“只要信息不对称就可以采用欺诈手段,那么国家与公民的信息严重不对称,是不是公民均可采用欺诈手段?”“一部法是不应该故意给滥用者留下机会的,试问牺牲全社会诚信而只有留下一纸合同还有什么意义呢?”(32)如果王教授逻辑成立,“我们的刑法是不是也应该给贪污、盗窃者留下机会,以改进国家机关以及各企事业单位的管理?一个国家怎么能拿‘滥用权利’与‘欺诈’作为促使企业守法的手段呢?以这种方式制定的法律有社会公正性可言吗?能起到改善法制环境的作用吗?”(33)

这种双方签订的合同,只有一方欺诈、胁迫被认定为无效合同的规定在审议过程中受到了全国人大常委会委员的批评。厉无畏委员说:“法律应该要鼓励诚信,草案中有许多条款规定,如果企业带有欺诈、胁迫,合同就无效。反过来说,如果员工不诚信、欺诈等,那么是不是所签订的合同也无效?对此法律也应有一定规定。”(34)程贻举委员建议,在规定用人单位告知义务时应当规定劳动者的告知义务,“应该在第10条中规定劳动者的告知义务,比如你的身体有传染病,就不适应到食品行业中去工作。建议第39条增加劳动者隐瞒其不适宜从事用人单位工作的疾病的情况,用人单位也可以解除合同”。(35)这一无效合同的表述从国务院送审稿到一审稿、二审稿,期间不断有人质疑,但依然未被改动。人大代表的严厉批评下,在人大的三审稿中终于重新改成了类似《劳动法》的提法:“以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背其真实意思的情况下订立劳动合同的”为无效劳动合同。

如果这一“双方签订的合同,只有一方欺诈、胁迫被认定为无效合同”提法被立法采纳,几乎可以断言其会成为中国立法史上的一个污点。为什么这么浅显的道理,在立法中却成了艰难的选择?笔者认为,这正是因为道德片面谴责介入立法后造成了许多人对诚信原则产生了不同于西方要求利用诚信原则探究真实意思表示的理解。如前文所述,既然“劳动者一定诚信,只有用人单位才可能不诚信”的道德判断在立法前就已经作为一种“标准答案”植根于人们的观念中,那么在立法中只给用人单位分配诚信义务而不要求劳动者诚信就不足为奇了。但事实上,诚实信用原则作为一项人类社会的基本道德准则以及法律原则,其适用的领域是全面的,其被法律所采纳的目的在于弥补法律自身的缺陷以探究事实真相,我国《劳动合同法》引入这一原则的目的亦在于此。不欺诈、恪守信用,是这一原则最基本的要求,也应当是对签约双方以及法官的要求。当我们将诚信改造成只对一方当事人的要求时,诚信原则其实本身就不存在了,也根本无法实现发现当事人真实意思表示的目的,最终只会与法律本身的价值取向背道而驰。笔者认为,以破坏法律秩序为代价,劳动者的利益是不可能得到保障的。诚信对于每一个公民尚且为法律与道德的底线,一个国家决不能拿劳方“滥用权利”与“欺诈,作为促使企业守法的手段。

### 三、这两种不同形态折射出对不同劳动法制目标的追求

在道德对法律的介入过程中,我国劳动法领域中出现了道德的片面谴责,这种道德评价在立法过程中显得非常抽象,这与大部分法治国家那种“道德法律技术化”的表现形式有很大的差别。在道德话语系统基础上,两种不同形态折射出学者对于法制目标的不同追求。

#### (一)道德的普遍评价:以诚信为原则,要求法律从抽象走向具体

“诚实信用原则”一般被视为“道德法律技术化”,作为一种法律工具,其表现形式是具体的。不仅如此,这一原则的引入还使民法在一定程度上摆脱了高度抽象的印象。从世界范围看,传统私法规制对象是“抽象人”。“抽象的”法律人格,是将所有的人都视为被抽象掉了各种能力和财力的差别而存在的平等的个人。民法典是“不知晓农民、手工业者、制造业者、企业家、劳动者等之间的区别的”。(36)法律的伦理化很大程度上是对这种抽象法律人格的一种再认识,诚信原则通过授予法官自由裁量权,起到填补法律漏洞、补充双方当事人约定不足的作用。里佩尔在他的《职业民法》中写到:“法律不是为了一个国家内的全体人们,而是以各种职业集团为对象而制定的”,“我们必须给法律上的抽象人(例如甲、乙)穿上西服和工作服,看清他们所从事的职业究竟是什么”。(37)里佩尔注意到了原则上的平等与事实上的不平等之间的差距。平等只有在抽象中存在,而不平等则在具体的法律关系中存在。有了这样的伦理化的法律工具,法官可以在个别案件的利益衡量中,在一定程度上排除当事人的意思自治,以衡平社会弱者的法律地位,实现社会正义。(38)这也是诚信原则被尊为“帝王条款”的原因。

道德的普遍评价使诚信这种道德标准成为弥补法律缺陷的具体工具,这种具体的表达形式,是与其要实现的法制目标相符合的。如果说诚信原则是一种“法律道德化”,同时也是一种“道德法律化”,那么通过诚实信用原则这样的伦

理化的法律工具，对立法权与司法权的重新调配，就是对法律缺陷进行修补，其目的是维护而非冲击已经存在的法律秩序，因为道德的普遍评价本身就是以实现法律探寻当事人真实意思表示的目的作为自己的评价目标的。因此，修补现存法律秩序的法制目标决定了道德介入法律的具体表现形式。

### (二) 道德的片面谴责：否定诚信原则，要求法律从具体走向抽象

如果说，借助诚信原则这样的伦理化的法律工具，现代民法开始摆脱僵化，那么，我国的一些劳动法研究者则是以否定诚信原则为起点，借助法律的伦理化形成的抑资扶劳的抽象价值观，使劳动法这一原本就是以“具体人”作为研究对象的学科走向抽象的不平等。在劳动合同法的讨论中，劳善资恶的道德评价被上升为某种信仰，以极其抽象的方式存在，学者强调其具有“非工具性”。“法律工具理性的效用常常淹没了价值理性的光辉”。(39)一些学者往往将自己的行为与信仰联系，以体现“价值理性的光辉”。(40)一些参加立法起草的工作人员有时也做类似的表态。(41)与“诚实信用原则”一般被视为“道德法律技术化”不同，面对立法引发的社会讨论，一些学者往往这样来表述他们的观点：“这个分歧远远超过技术层面，实质是怎样立法才更能维护‘公平正义’这一立法的基本目标。”(42)道德一旦上升为信仰，就和“公平正义”画上了等号，与那种“技术层面”的“工具理性”就不是一个层面的东西，而且“远远超过技术层面”。一旦“价值理性”取得了某种优越地位，便可对“技术层面”的“工具理性”百般征讨，对各地法院随意指责；反之则不行。

道德的片面谴责这种抽象的表达方式，是与其要实现的批判性目标相联系的。在一些劳动法学者看来，“就目前来说，资本不仅在经济上占有优势，掌控着经济资源，而且在社会上、政治上的影响力也大大超过劳工。我们这个社会基本上就是以资本为中心，我们的主流意识形态，也是资本的意识形态”。(43)那种道德的片面谴责是以否定现存的“主流意识形态”及由此形成的基本法律秩序为前提的。因此否定现存的法律秩序的法制目标决定了道德介入法律的抽象表现形式。

### (三) 由不同法制目标引发的劳动法治思考

在前文那段“在《劳动法》实施的过程中，我们看到了强资本的影子，我们看到了黑砖窑。黑砖窑这个血汗工厂我认为已经够残酷了”(44)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。黑砖窑不是用人单位，与“强资本”也没有关系，如同非正常的矿难事故中的犯罪分子的行为不能代表劳动者及其家属是一样的道理。劳资冲突至少是建立在现代文明基础上的。黑砖窑的“强迫劳动”是以黑恶势力绑架、拐卖的方式获取的“劳动力”，以剥夺自由和威胁生命的暴力手段实现强迫劳动；非正常的矿难事故中是暴力剥夺生命，诈骗工亡抚恤金。如同绑架发生在教室中无法责怪教育法，杀人发生在公路上无法责怪道路交通安全法一样，黑砖窑、非正常的矿难事故的出现，与劳动法的实施并无直接的关联。

更有学者认为企业权力的惯性与黑砖窑式的堕落联系在一起，(45)需要引入政治学理论来调整劳动关系，从而达到对企业进行限权的目的。我们进一步看到行政法与公司法的混淆：“《劳动合同法》的政治学与管理学价值在于，通过对企业权利的限制，实际上将政治学理论引入了企业管理理论。”“实际上，企业和劳动者的关系与政府和公民的关系有着很大的相似性，企业处于明显的强势地位，对于劳动者有着很大的权力。”在引用了阿克顿爵士、孟德斯鸠、汉米尔顿的名言后，(46)该学者认为：“虽然这些观点属于政治学，讨论的是政府的权利，但对雇主也同样适用。”(47)国家主体与企业主体是性质不同的两类主体，国家作为政治上唯一的垄断主体自然要以“依法行政”的方式来限制行政权力，但以这种方式来限制企业经营权便会使企业丧失活力，也会带来社会关系的混乱。

刑民不分也好，行政法与公司法混淆也好，其错误认识的根源都在于道德对法律的不当介入，而方向则都是要扩大国家的公权力。有些学者对此做了更清楚的表述：“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，使个别劳动关系实现相对的平等或平衡。”(48)众所周知，公权力本身有两种作用方式，一种是作为私权利的救济手段，另一种则是政府主动介入。以“限制雇主的权利”为目标的“公权力的介入”，显然是指后一种。这种政府干预本身是不需要以合同作为媒介的。在这些学者的眼中，《劳动合同法》并不是为了规范双方当事人签订、履行、终止劳动合同的行为，只是为了给政府干预或公权力介入提供法律依据，而双方当事人的意思表示都是无足轻重的。“《劳动合同法》颁布的意义就在于使劳动关系法治化，有了最基础的在政府主导下个别劳动关系调整机制，相对来说比较平衡。”(49)用人单位与劳动者本应以合同方式形成的劳动关系，这些学者却认为应当改变为“政府主导”。进一步探究便会发现：既然已经是政府主导，那还有什么必要缔结合同？这些学者所说的“政府主导”还是那些摆脱“限权”观念的旧的国家观。(50)在国家意志面前，当事人意志可以说是堪一击的。如果说西方的法律伦理化，最终要通向法治，那么我国一些学者倡导的法律伦理化则是要以“国家化”的方式通向政府“强介入”。一些官员之所以要将华为集团、肯德基与黑砖窑相提并论，是为了强调“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问题”。(51)对于行政主体或半行政主体而言，永远有扩大权力的冲动。

有学者对于这种政府“强介入”的想法有很深入的分析：“‘强劳动’‘强介入’的思路在中国这种‘官本位’社

会中非常具有市场、有吸引力，也非常容易为精英和大众所接受，在某些方面，短期也能取得立竿见影的效果。政府强介入的结果也并不一定会帮助劳动者，原因有三。其一，政府公共决策的过程是各阶层权利博弈的过程，政府要能形成协调、平衡各阶层利益的公共决策，其前提是各阶层的利益诉求能到达政府决策过程，才能在政府决策中得到体现。但中国现实中，劳动者群体没有强大的组织，没有畅通的表达渠道，他的利益诉求很难全面、真实地进入政府决策过程。其二，政府并不是中性的，其自身也是利益群体，他们也要追求政治利益和经济利益，在中国现实中，最可能出现的就是官商勾结。其三，政府‘强介入’的效果并不一定会理想。政府‘强介入’是对市场运行的直接干预，而直接干预的效果往往是‘适得其反’。”(52)因此可以说，由道德的片面谴责介入法律而形成的以颠覆现有法律秩序为法制目标形态，其对我国劳动法所产生的影响必然是为政府公权力的过度干预提供理论支持甚至是法律依据，而这种政府“强介入”劳动法律关系的行为本身则是偏离现代劳动法治轨道的。

#### 四、道德适当介入劳动立法的实证建议

中国正在经历着一个特殊的时期，面对一些社会乱象，直接的社会反应是泛道德化的批判。社会关系一旦被置于道德分析的框架之中，就不会再被视为利益分歧，而被归结为好与坏、对与错、良心与黑心、正义与邪恶的对垒。(53)近年来一系列非正常矿难事故的案件已经充分说明了泛道德化的危害。笔者认为，道德的普遍评价是道德适当介入劳动立法的应然选择，而要在实践中贯彻这一理念，还可以从以下三方面予以关注。

##### (一) 坚持对我国劳动法律已经确立的诚信原则给予正确解读

我国《劳动合同法》第三条规定：“订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。”笔者认为，《劳动合同法》中确立的诚信原则应当与民法中确立的诚信原则具有同样的内涵，即为了探究当事人之间的真实意思表示，在遵守现有法律秩序的前提下，运用诚信的道德标准普遍、平等地对双方当事人进行评价，以此来弥补法律僵化和滞后的不足，实现公平正义。劳动法律作为社会法的重要组成部分，其虽然应当遵循倾斜保护的社会法原则，但倾斜保护绝不应当是通过道德片面谴责颠覆现有法律秩序的方式予以实现的，事实上通过这种方式也不可能实现，毕竟法律对当事人的行为评价总是具体的、个案的，显然不能说所有的“资”都是恶的，而所有的“劳”都是善的。因此，正确解读我国现行劳动法律已经确立的诚信原则，并以此作为今后劳动立法、司法的指导思想，当是进一步实现我国劳动法治的可行之策。

##### (二) 坚持穷尽现有法律调整社会关系的原则

前文已经提及，我国目前公众舆论甚至劳动法学界在面对类似“黑砖窑事件”的案件的认识及处理上有刑民不分或行政法与公司法混淆的情况，笔者认为其错误认识的根源就在于道德对法律的不当介入，因为道德的片面谴责介入法律的表现形式本身就是不顾现有的法律秩序，以抽象的、既定的道德判断结论作为立法、司法的主要依据。也正是这种事先就植根于人们脑中的道德判断结论(甚至有些人对这种道德判断的认可已经上升到对其信仰的程度)才使人们(甚至是部分劳动法专业人士)在面对其实并不复杂的法律关系时(只是因该法律关系“穿上了劳动关系的外衣”)产生了错误的认识并进而基于此错误认识做出了错误的处理决定。笔者认为，无论是法律体系的建立还是法律秩序的形成，必然会经过一段漫长的过程并经受各种情况的考验，不应当轻易对其实施改造。所以在处理各种社会事件时，首先应当对现有法律制度展开检索，只有当确信现有法律无法或者不能适当地规制该事件时，才可以开始评价是否有改造现有法律秩序或者建立新的法律规范的必要，而不能任凭我们脑海中已有的道德标准对具体事件做出了片面评判后就冲动地对现有法律秩序给予否定性评价，进而以该道德的片面评判结论作为建立新的法律秩序的主要依据。

##### (三) 坚持道德介入劳动法的层次性

就我国目前的法律制度而言，除了在私法中引入诚信原则外，作为社会法的调整对象，我国劳动法律制度亦早已确立了三个层次的调整模式：宏观上以劳动基准法、中观上以集体合同、微观上以劳动合同来调整劳动关系。总体看来，这种多层的调整结构是符合我国的实际情况的，不应否定而应巩固这样的调整体系。另外特别值得注意的是，这三个层次的调整模式各自的侧重点不同，因此在这三个层次中道德介入法律的情形也是不同的，笔者认为，应当坚持我国现有的道德介入劳动法的层次性。

第一，宏观上，以行政权维护劳动者的生存权为理念，道德无须介入。在劳动关系调整的宏观层次上，各种形式的劳动基准法以强制性规范将国家规定的标准反射在用人单位与劳动者这样一种私法关系的基础上，当双方约定的标准低于国家强制性标准时，以国家规定的标准为准。作为一类公法关系，宏观层次上引入政治学的控权理论来控制国家的行为是恰当的。无论学者与部分起草者如何宣传信仰，从依法行政的角度来看，这里并没有多少道德空间，一个成熟的法律体制，是要让不同信仰、不同道德观念的公务员都只能按法律规定行事。

第二，微观上，以维护当事人合意为理念，应强调道德的适当介入。在劳动关系调整的微观层次上，劳动合同法在法律规范上，仍应强调其任意性规范的重要性。劳动契约源于私法性质的民事契约，并且劳动争议双方可以协商让与、放弃某些权利，(54)所以劳动法仍应保留私法意思自治的特征。因此，对于微观层次上的劳动法调整应强调道德适当介入，以弥补微观层面劳动法律规范在调整劳资双方劳动合同权利义务时的不足，具体则是应当正确执行《劳动合同法》第三条确立的诚信原则。

第三,中观上,以维护当事人团体交涉为理念,应避免道德的不当介入。中观层次应以团体交涉或团体优位为原则。就我国目前的情况来说,人力资源管理制度的不发达与缺乏劳动者“用手投票”这种纠偏机制有着密切的关系。应该进一步完善劳动者利益维护的动力机制,通过完善工会职能来与人力资源管理形成良性互动。这个社会空间应该避免以道德的不当介入为理论支持由国家力量来进行替代,否则只能窒息这个空间。

## 五、结论

我国劳动立法当前正处在道路选择的十字路口,向前可以巩固社会本位这种多层次的调整模式,向后可以退回国家本位的单一层次的调整模式,而这很大程度上取决于我们是否能依据正确的理论形态来使道德适当介入劳动立法。对于我国当前出现的一些社会问题需要进行综合治理才可能取得成效。“劳善资恶”的道德评价希望强化国家介入来解决我国当前面临的问题,笔者以为此路是走不通的。经过对法律伦理化历史的考察,特别是对诚信原则为立法所采纳的原因的分析,笔者发现,我国当前的这种以“劳善资恶”的单一道德标准来指导劳动立法的做法不仅与道德介入法律的普遍历史经验背道而驰,而且很可能由此将我国的劳动法律引向片面化、极端化。

### 注释:

①黑砖窑事件的详情可参见赵向南:《山西黑砖窑事件初步处理情况发布:已批捕10人》,2007年6月23日《山西日报》。

②引自代表全国总工会参与《劳动合同法》起草工作的谢良敏的讲话。

③引自人大法工委行政室副主任张世诚的讲话。

④⑤《劳动合同法诞生:记黑砖窑案助其全票通过》——央视《经济半小时》,2007年12月27日。

⑥参见成露:《警惕侵犯劳动者权益的新动向》,《工人日报》,转引自中国网,  
<http://acftu.people.com.cn/GB/6480850.html>,2009年4月19日访问。

⑦(11)(47)刘诚:《点击〈劳动合同法〉的重要理论价值》,《劳动关系》,2008年第2期。

⑧参见常凯:《关于劳动合同立法的几个基本问题》,《当代法学》2006年第6期。

⑨参见《常凯:劳动者和企业都保护是很荒唐的问题》,载《博客中国》2007-11-19。

⑩参见常凯与郭凡生的对话与辩论,《对话》——《劳资新格局》,CCTV中央二套——经济频道,2008年1月2日。

(12)社会法立法遵循的倾斜保护原则有两层含义:一是,立法可以在法律维护的利益上有所倾斜,但在司法上却必须严守平等的原则,否则如果将倾斜的重点放在司法上,由于法官“自由裁量”的尺度不同,就有可能形成新的利益分配不公;二是,在立法利益的分配上,也只是限定在“倾斜”上,仍给当事人的协商留出充分的余地。参见董保华:《社会法原论》,中国政法大学出版社2001年版,第145页。

(13)引自:《胡锦涛在省部级主要领导干部专题研讨班的讲话》,载  
<http://gb.cri.cn/3821/2005/06/26/922@598379.htm>,访问日期:2011-3-15。

(14)(15)(20)[日]川岛武宜:《现代化与法》,王志安等译,中国政法大学出版社1994年版,第24-25页,第27页,第28页。

(16)亨利·梅里曼:《大陆法系》,第42页,转引自徐国栋:《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社1992年版,第152页。

(17)梁治平:《立法何为?——对〈劳动合同法〉的几点观察》,《书屋》2008年第6期。

(18)《劳动合同法诞生:记黑砖窑案助其全票通过》,央视《经济半小时》,2007年12月27日。

(19)王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第一册),中国政法大学出版社1998年版,第303页。

(21)(38)梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第303页。

(22)苏号朋、朱家贤:《论英国法中的契约默示条款》,《法商研究》1996年第5期。

(23)百度百科:<http://baike.baidu.com/view/10153.htm#4>,2011年4月5日访问。

(24)周长征:《企业正当利益与劳动者违约责任的界限》,载《2010两岸劳动法学术研讨会劳动契约法律化:台湾劳动基准法与大陆劳动合同法之同步观察》,第146页。

(25)(28)陆占奇、刘晓倩、张皓:《“多赢”的期待:劳动关系市场化博亦的评价与前瞻》,《劳动关系》2008年第2期。

(26)参见王全兴:《劳动合同立法争论中需要澄清的几个基本问题》,《法学》2006年第9期。

(27)详见徐国栋:《诚实信用原则二题》,《法学研究》2002年第4期。

(29)“现实生活中,强资本、弱劳工的问题越来越突出,由此引发很多社会的问题。法律的作用就是扶持弱势达到双方权利的平衡。”常凯:《劳权保障与劳资双赢——〈劳动合同法〉》,中国劳动社会保障出版社2009年版,第206页。

(30) 王全兴: 《劳动合同法立法争论中需要澄清的几个基本问题》, 《法学》2006年第9期。

(31) 王全兴: 《试论劳动者进出劳动关系宽严选择》, 《中国劳动》2006年第9期。

(32) 董保华: 《劳动关系宽严的立法选择与劳动者的实际进出》, 《中国劳动》2006年第10期。

(33) 董保华: 《十大热点事件透视劳动合同法》, 法律出版社2007年版, 第133-134页。

(34) 苏大城: 《劳动行政部门的监督检查及本法的法律责任——审议劳动合同法草案发言摘登(八)》,

<http://www.npc.gov.cn/zgrdw/common/zwCwhnew.jsp?label=WXLK&id=356063>, 2007年6月20日访问。转引自董保华: 《十大热点事件透视劳动合同法》, 法律出版社2007年版, 第134页。

(35) <http://www.npc.gov.cn/zgrdw/common/zw.jsp?label=WXLK&id=356068&pdm=1503>, 转引自董保华: 《十大热点事件透视劳动合同法》, 法律出版社2007年版, 第134页。

(36) [德]拉德布鲁赫: 《法学入门》, 碧海纯一译, 东京大学出版会1962年版, 第109页。

(37) [法]里佩尔: 《职业民法》, 转引自[日]星野英一: 《私法中的人》, 王闯译, 载梁慧星主编: 《民商法论丛》, 第8卷, 第187页。

(39) 彭光华: 《执著地关注〈劳动合同法〉》, 载彭光华主编: 《劳动关系》2008年第2期。

(40) 常凯教授将自己的使命定位为: “擎起劳动者权利的天空”。如此宏大的目标, 自然决定了不同凡响的治学观: “‘劳动关系和劳动法学的基本理念, 就是要调动各利益相关方, 特别是政府的力量, 共同维护作为弱势一方的劳动者的权益’, 这也是常凯教授作为一名追求独立、公正、良心的知识分子的根本治学之道。”李宇宙、王群会: 《常凯擎起劳动者权利的天空》, 《大地》2007年第12期。

(41) 人大法工委行政室副主任、《劳动合同法》起草的负责人张世诚称: “就我二十多年来参与的行政法、社会法立法工作来说, 一个基本的原则是, 要保证劳动者、公民利益最大化。”参见汤耀国: 《立法者的酸甜苦辣》, 《瞭望》2010年3月7日。

(42) 汤耀国: 《保护劳动者权益博弈深化立法公正》, 《瞭望》2007年第27期。

(43) 常凯: 《劳权保障与劳资双赢——〈劳动合同法论〉》, 中国劳动社会保障出版社2009年版, 第247页。

(44) 常凯: 《常凯驳张五常: 劳动法有利中国》, 《中国青年报(北京)》2008年2月1日。

(45) 刘诚说: “由于市场地位不平等性, 劳资双方实际上是不平等的, 需要对企业的权力加以限制以免其无限扩张而侵犯劳动者利益。黑砖窑事件雄辩地说明, 如果企业权力不受限制、一般违法行为如果得不到惩罚, 必然变本加厉, 惯性会令其最后走向堕落。”参见刘诚: 《点击〈劳动合同法〉的重要理论价值》, 《劳动关系》2008年第2期。

(46) 阿克顿爵士有句名言: “权力导致腐败, 绝对权力导致绝对腐败”。正因为人性具有不可克服的弱点, 所以越拥有权力的人其破坏性可能越大, 法律必须对公共权力施加限制。孟德斯鸠也认为权力的滥用是一条亘古不变的真理, “一切有权的人们使用权力一直到遇到界限的地方才休止。”汉米尔顿则认为, 一切权力都具有侵略性, 都希望扩张自己的权力以达到控制的目的。

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

(49) 常凯: 《劳权保障与劳资双赢——〈劳动合同法〉论》, 中国劳动社会保障出版社2009年版, 第247页。

(50) 这些学者主张行政权摆脱行政法控制的观点, 笔者在《劳动法的国家观》一文中有较为详细的论述。该文载《当代法学》2006年第6期。

(51) 郭军在接受《南方周末》的记者采访时表示“黑砖窑事件也不是孤立的。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, 到今天的黑砖窑, 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问题。”引自《新劳动合同法: 劳工为大还是资方为大?》, 《南方周末》2007年7月5日。

(52) 徐小洪: 《劳动法的价值取向: 效率、劳动者主体地位》, 《天津市工会管理干部学院学报》2009年第1期。

(53) 中国社科院研究员韩朝华认为泛道德化批判无益于制度建设。参见韩朝华: 《跳出“放乱收死”循环实现社会治理创新——改革30年的制度得失》, 《探索与争鸣》2008年第1期。

(54) 赵红梅: 《劳动法: 劳动者权利义务融合之法——社会法的视角且以加班工资为例》, 《上海财经大学学报(哲学社会科学版)》2010年第4期。

原载于《政治与法律》2011年第7期



