

劳动法分类调整模式的宪法依据

王天玉*

内容提要: 在劳动者差异化日益凸显的背景下, 劳动法如何平等地保护“劳动”已成为重要议题。对于《劳动合同法》修订方案的设计, 是延续现有的“一刀切”式平等保护, 还是构建分类调整模式, 学界存有争议。对此问题的分析应回归宪法“劳动—平等”的关系中, 利用“自由权—社会权”的分析框架进行宪法文本的体系解释和历史考察, 从而发现自由权向度上的劳动保障注重人格形式平等, 社会权向度上的劳动保障追求国家积极干预下的实质平等。劳动法倾斜保护结构作为社会权的实现方式, 应当以实质平等为指引, 构建分类调整模式, 改造现有“一刀切”平等保护之弊端, 以有效回应不断发展变化的劳动用工现实。

关键词: 宪法; 劳动合同法; 劳动; 平等; 倾斜保护

一、问题、背景与方法

现代劳动法缘起于劳资关系不平等, 即劳动者在雇主指挥监督下给付劳务, 劳动者相对于雇主处于从属状态, 导致双方实质上的不平等地位, 须由国家公权力介入矫正, 创建倾斜保护劳动者的制度结构。此项认识是劳动法的基本共识和逻辑起点, 已完成从劳资双方形式平等向实质平等的转变。

经过三十多年经济结构的剧烈转型, 我国劳动力构成已发生巨大的变化, 劳动者群体内部逐步分化并日趋明显, 随之产生劳动者相互间的平等问题, 一个常见的质疑是公司高管与进城务工人员同属劳动法保障的主体, 适用同样的规则, 是否有违平等原则。⁽¹⁾ 在这个意义上说, 如何“平等”地保障“劳动”已是不可回避的问题。劳动与平等的张力是我国劳动力结构变革及劳动者分化在法律层面的表现, 在历史的维度中, 此项变革在三个阶段展开:

第一个阶段始于1978年的农村家庭承包责任制改革。在此之前, 我国已建立起劳动统配制度, 以工人、农民的身份为基础, 对全国的劳动力实行有计划的统一调配。工人和农民都称之为劳动者, 但相互之间存在严格的制度壁垒, 极少能够流动, 也不存在失业, 实际上形成了其与国家之间的雇佣契约关系。在这一点上, 农民与工人没有实质差别, 都是在集体化劳动组织中以工作量计酬。但随着农村家庭承包责任制的改革, 农民的生产方式脱离统配劳动制度, 回归家庭经济模式, 获得了自主调配劳动力的空间。⁽²⁾ 可见, 农村家庭承包责任制虽然不是用工制度改革,

* 中国社会科学院法学研究所副研究员。本文系北京市社科基金2016年青年项目“网约车平台劳动关系认定问题研究”(16FXC037)的阶段性成果。

(1) 关于公司高管、经理应当差异化适用劳动法的研究, 参见谢增毅《公司高管的劳动者身份判定及其法律规则》, 《法学》2016年第6期, 第93-101页; 王天玉《经理雇佣合同与委任合同之分辨》, 《中国法学》2016年第3期, 第282-302页。

(2) 郑尚元《劳动法与社会保障法前沿问题》, 清华大学出版社2011年版, 第3页。

却创造了释放农村劳动力的可能性。农民不再以国家为雇主，其与工人在劳动上的同质性消失。此后，随着市场化改革大幕的拉开，数以亿计的农民进城务工，从根本上变革了我国劳动力构成，奠定了劳动力市场庞大的基座。

第二个阶段以 1986 年国务院发布《国营企业实行劳动合同制暂行规定》为标志。在计划经济下，国营企业是工人就业的主要载体，国家将国营企业作为落实计划的单元，同步实现生产指标控制与劳动力配置。在此相互关系中，工人透过国营企业与国家之间形成了稳定的雇佣关系。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工人被称为“固定职工”，单位一般无权予以辞退，故又称“铁饭碗”。⁽³⁾ 随着全面改革的启动，国有企业改革成为经济体制改革的核心，劳动力配置是其中的重要方面。1986 年劳动合同制改革旨在打破工人群体的统配劳动制度，在厘清国家与国营企业之间关系的基础上解除国家与工人之间的雇佣契约关系，使工人回归劳动力提供者的本位，能够依凭劳动合同与企业达成劳动力交易，促进劳动力市场的形成和发育。20 世纪 80 年代末，我国劳动合同制改革之初具有渐进的特点，原有固定工待遇不变，只对新招录人员实行合同制，形成了固定工与合同工并存的双轨制。到了 90 年代中后期，随着国企改革的加速，劳动合同制迅速拓展至全体国企劳动者，引发了大规模的“下岗”，⁽⁴⁾ 在政策效果上实现了统配劳动制度的彻底终结，极大地扩张了劳动力市场的规模，一个统一的劳动力市场趋于形成。⁽⁵⁾

第三个阶段是 2008 年《劳动合同法》的颁行。我国在上世纪 90 年代开启的劳动立法以 1995 年实施的《劳动法》为肇始，至 2008 年的《劳动合同法》达到一个高峰。⁽⁶⁾ 在前一、二阶段统配劳动制度逐步解体的过程中，劳动力市场的法律制度尚不完善，劳动力市场出现某种程度的管制真空，资本支配力过强，由此积累了大量的劳动问题。对此，《劳动合同法》确立了以“稳定”求“和谐”的目标，通过“强化管制、限制自治”的策略，增强劳动关系的稳定性。⁽⁷⁾ 此时，法律视野中的劳动者已然没有了工人、农民的身份属性，而是抽象为统一的劳动力提供者，即“以劳务获取报酬者”。⁽⁸⁾ 经由劳动法治化改造，劳动力市场的规则完成了“从身份到契约”的转变，工人、农民等身份符号已被抹去，劳动者形象定格为平等、理性的个体，相对于雇主处于弱势地位，相互之间则无差别。从这种认识出发，《劳动合同法》在法律技术上贯彻了平等保障的调整方法，即有关合同期限、强制缔约、解雇保护、经济补偿等规则均无差别地适用于全体劳动者，俗称“一刀切”。从这个意义上来看，一个统一的劳动力市场迎来了统一的法律规范。

然而，时至《劳动合同法》颁行十周年之际，有关该法修改的动议渐成讨论的热点，其中一个重要争点是其所秉持的“一刀切”平等保护模式。一种意见认为劳动立法应当放弃平等保护的立场，进行差异化调整。著名法学家梁慧星研究员就此指出，我国存在着复杂多样、千差万别的企业形式和经营形式，因此规范劳动关系的立法不能采用一个标准和模式，不考虑企业差

(3) 参见前引〔2〕，郑尚元书，第 5 页。

(4) 王汉生、陈智霞《再就业政策与下岗职工再就业行为》，《社会学研究》1998 年第 4 期，第 13-14 页。

(5) Mary E. Gallagher 和董保华认为 1995 年实施的《劳动法》将雇主从计划经济的束缚下解放出来，打破了“铁饭碗”和“从摇篮到坟墓”的雇佣模式，为国企改革和劳动力市场的形成铺平了道路。See Mary E. Gallagher & Dong Baohua, Legislating Harmony: Labour Law Reform in Contemporary China, in Sarosh Kuruvilla, Ching Kwan Lee & Mary E. Gallagher eds., FROM IRON RICE BOWL TO INFORMALIZATION: MARKETS, WORKERS, AND THE STATE IN CHANGING CHINA, 2011, p. 36.

(6) Brown, R., Understanding Labor and Employment Law in China. Cambridge University Press 2010, p. 2.

(7) 董保华《〈劳动合同法〉的十大失衡问题》，《探索与争鸣》2016 年第 4 期，第 16 页。

(8) 依据《劳动合同法》第 2 条规定，与企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（用人单位）以及国家机关、事业单位、社会团体建立劳动关系的劳动者，均属于劳动法调整对象。对此，郑尚元教授认为，这一规定几乎将劳动法上之“用人单位”扩展至军队以外的任何组织。参见郑尚元《劳动合同法的制度与理念》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 65 页。

别,搞一刀切。⁽⁹⁾在劳动法学界,这种判断也得到越来越多的回应,例如董保华教授认为《劳动合同法》存在“法律保护一刀切与分层分类适用的失衡”,“劳动法律统一适用于所有用人单位和劳动者,对用人单位不分类,对劳动者不分层,法律适用缺乏针对性。”⁽¹⁰⁾谢增毅研究员指出,我国劳动法调整模式存在单一化的问题,已难以适应劳动关系日趋复杂和灵活的发展趋势,因此应当从以全体劳动者为对象的综合立法模式向专门立法模式转变,针对特定类型主体和事项进行专门立法。⁽¹¹⁾

另一种意见从劳动法平等保护的定位出发,不进行调整主体的类型化和差异化分析,主张对具体制度进行修订,拓展劳资双方的自治空间,增强劳动法规制的弹性。例如,林嘉教授指出有必要调整劳动法的管制力度,在保障劳动关系安全性的同时,开放更多的自治空间以增强弹性。⁽¹²⁾沈同仙教授认为,劳动合同中的强制缔约和解雇保护两项制度对于劳动力市场灵活化的影响最大,为此应在缔约和解雇两方面扩大合同双方意思自治的空间。⁽¹³⁾

综上,现有争论的一个基本点可以概括为“法律要不要平等地保护劳动?”由此引申出来的问题包括:如何评价现有的劳动法平等保护模式?能否进行分类调整的制度设计?如果进行分类调整,是否有违“法律面前人人平等”的基本原则?⁽¹⁴⁾此类疑问关涉平等原则适用这一根本性问题,因此不能囿于劳动法,而应当回归宪法,探寻宪法文本中“劳动一平等”的相互关系。同时,宪法文本不是孤立和静止的,是存在于历史脉络所设定的宪法语境中。那么,须考察我国特定历史进程中所形成的“劳动一平等”关系,探究劳动所包含的特殊政治伦理内涵。最后,应从宪法进入劳动法,在我国现有的劳动法倾斜保护结构下,回答劳动法如何“平等”地保护劳动。

二、劳动与平等的宪法体系解释

(一)《宪法》关于劳动和平等的条款梳理

1. 直接规定平等的条款

第一,平等的一般性规定。《宪法》第33条第2款规定,中华人民共和国公民在法律面前一律平等。由于第33条是《宪法》第二章“公民的基本权利和义务”的首个条文,其第1款是关于“公民”的规定,而平等条款紧随其后,即便是“国家尊重和保障人权”这样的内容都规定于平等条款之后,实际上是“《宪法》将平等条款列在了基本权利体系之首,体现了平等条款在我国《宪法》中的重要地位。”⁽¹⁵⁾

第二,平等的补充性规定。除平等条款外,为了体现平等原则的完整性和综合性,《宪法》在第一章“总纲”与第二章“公民的基本权利和义务”的个别条款中分散规定了有关平等的内容,在需要强调平等的领域进一步阐释平等的意涵,构成平等的补充性规定,在平等的一般性规

(9)梁慧星《劳动合同法:有什么错?为什么错?》,http://www.aisixiang.com/data/29948.html,2017年7月19日访问。

(10)参见前引〔7〕,董保华文,第16页。

(11)谢增毅《我国劳动关系法律调整模式的转变》,《中国社会科学》2017年第2期,第123-124页。

(12)林嘉《审慎对待〈劳动合同法〉的是与非》,《探索与争鸣》2016年第8期,第59-61页。

(13)沈同仙《〈劳动合同法〉中劳资利益平衡的再思考》,《法学》2017年第1期,第57-65页。

(14)分类调整必然会导致差别待遇,那么这种差别待遇是否合理,是否会导致歧视则必须从宪法层面予以回答。例如,法国《劳动法典》第L1111-3条规定了员工人数的计算方式,其中固定期限劳动合同、劳务派遣以及非全日制制框架下的劳动者则依照一定比例被计入员工人数中,如一周仅工作28小时的非全日制劳动者将被计算为五分之四个员工(因为全日制工时为每周35小时)。曾有工会向法院提起诉讼,认为此项排除措施违反了宪法平等原则。宪法委员会认为,促进就业是一种合法的目标,因此在此基础上立法者可以对平等原则进行限制,设立不同的计算标准,但这一区别对待符合比例原则。Conseil Constitutionnel,29.04.2011,n°2011-122 QPC,Syndicat CGT et autre.

(15)石文龙《我国宪法平等条款的文本叙述与制度实现》,《政治与法律》2016年第6期,第70页。

劳动法分类调整模式的宪法依据

定统领下共同组成了平等的宪法规范体系。此类补充性条款编制如下:

主旨	条款	规定内容
公民权利义务平等	第 33 条第 4 款	任何公民享有宪法和法律规定的权利,同时必须履行宪法和法律规定的义务。
	第 5 条第 5 款	任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。
民族平等	第 4 条第 1 款	中华人民共和国各民族一律平等。国家保障各少数民族的合法的权利和利益,维护和发展各民族的平等、团结、互助关系。禁止对任何民族的歧视和压迫,禁止破坏民族团结和制造民族分裂的行为。
男女平等	第 48 条第 1 款	中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。
选举权平等	第 34 条	中华人民共和国年满十八周岁的公民,不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限,都有选举权和被选举权;但是依照法律被剥夺政治权利的人除外。

2. 规定差别待遇的条款

《宪法》中除了直接规定平等的条款之外,还就国家架构的基础领域规定了差别待遇条款,旨在实现宪法内含的价值取向和治理框架。此类条款主要包括:

主旨	条款	规定内容
阶级地位差异	第 1 条	中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。
所有制差异	第 7 条	国有经济,即社会主义全民所有制经济,是国民经济中的主导力量。国家保障国有经济的巩固和发展。
	第 8 条第 3 款	国家保护城乡集体经济组织的合法的权利和利益,鼓励、指导和帮助集体经济的发展。
	第 11 条第 2 款	国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展,并对非公有制经济依法实行监督和管理。
公私财产差异	第 12 条	社会主义的公共财产神圣不可侵犯。国家保护社会主义的公共财产。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产。
	第 13 条	公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。

可见,《宪法》关于差别待遇的规定针对国家基本政治制度 and 经济制度,并不存在以公民为对象的差别待遇。因而,《宪法》中有关劳动的对象以公民为整体,第 42 条第 1 款关于公民劳动权利和义务的规定乃是确立了劳动权及其所对应的国家义务。⁽¹⁶⁾

(16)王锴 《论我国宪法上的劳动权与劳动义务》,《法学家》2008 年第 4 期,第 61-62 页。

（二）“自由权—社会权”的分析框架

在平等原则与劳动权的相互关系中，由于平等原则本身不像基本权利那样具有特定而具体的内容，而必须通过与基本权利相结合，在具体的语境下呈现平等的要求与特质。因此，《宪法》中劳动权条款与直接规定平等的条款结合做体系解释，可以得出：公民平等地享有劳动权；公民的劳动权在法律面前一律平等；不同民族、性别的公民享有平等的劳动权。国家应当对公民平等的劳动权予以一体保障。以此初步解释为基础，从劳动权平等保障的角度来看，学界一般在“自由权—社会权”的框架下解释《宪法》第42条第1款所规定的国家义务，如韩大元教授指出，“劳动权作为基本权利，具有自由权与社会权的综合性质。劳动者进行劳动的权利不受国家任意侵犯，对公共利益进行防御的功能体现了自由权的基本精神。同时，劳动者通过劳动追求幸福生活，并要求国家积极创造条件，在这种意义上劳动权又具有社会权性质。”⁽¹⁷⁾此观点是我国宪法学界关于劳动权性质的主流学说。⁽¹⁸⁾在劳动法学界，冯彦君教授亦指出“劳动权是一种兼容社会权属性与自由权属性的权利类型”。⁽¹⁹⁾

在此分析框架下，国家对公民劳动权的保障应分为两个向度：在自由权向度上，劳动者平等地享有劳动的自由，此项自由权之目的在于防御国家对公民的劳动予以干预或强制，对应的是国家的尊重义务，即“国家平等地尊重公民个人依照自己意愿从事工作的自由，包括选择职业的种类、场所，开始、持续与终止劳动的自由等；无正当理由不能剥夺公民既有的工作机会；禁止通过法律或行政命令对劳动自由作不当限制；禁止强迫或强制劳动，禁止奴役；禁止歧视和不合理差别待遇。”⁽²⁰⁾可见，此向度上的劳动权在于确立国家不作为的底线，平等地尊重全体公民的劳动自由。

在社会权的向度上，国家负有保护和实现的义务。⁽²¹⁾保护义务意味着国家依法保障劳动法所规定的各项劳动者权利，保护劳动者不受雇主非法侵害，包括劳动报酬、职业安全卫生、休息休假等劳动基准以及解雇保护、经济补偿等劳动契约规范，以及对妇女、未成年人和残疾人劳动者予以特殊保护。国家应当以积极作为的方式履行保护义务，既有劳动行政部门的主动执法监督，也包括司法及仲裁提供便捷的救济渠道。保护义务要求国家有效实施法定劳动保护标准，实现立法所追求的劳动秩序。另一方面，实现义务则对国家提出了更高的积极作为要求，须在现有劳动保护标准的基础上促进就业，通过职业培训和就业指导为公民劳动权提供直接的支持或服务，并且实现劳动就业质量和薪酬待遇水平等的逐步提高。

在劳动权作为自由权的向度上，公民的劳动自由是抽象的，相应的平等原则也是抽象的，表征“价值形态的存在”，突出“反特权”的功能，⁽²²⁾犹如建立一道屏蔽国家不当干预和强制的防火墙，不区分劳动者的类型与劳动的内容而予以一体保障；而在社会权的向度上，国家的保护和实现义务则不能对劳动者的差异性视而不见。以公共服务资源有限为前提，国家对劳动权如何保护隐含着劳资之间的利益分配格局，而如何实现劳动权则隐含着不同类型的劳动者群体之间的公共资源分配格局，此二者均内化于劳动法的倾斜保护结构之中。在此利益与资源分配的具体问题上，平等原则不再是抽象、形式的平等，“从人们存在着很大差异这一事实出发……将他们置于平等的地位的唯一方法也只能是给予他们以差别待遇。”⁽²³⁾因此，平等原则在劳动者差异化日

(17)韩大元、王建学《基本权利与宪法判例》，中国人民大学出版社2013年版，第285页。

(18)王旭《劳动、政治承认与国家伦理——对我国〈宪法〉劳动权规范的一种阐释》，《中国法学》2010年第3期，第76页。

(19)冯彦君《劳动权的多重意蕴》，《当代法学》2004年第2期，第42页。

(20)徐钢、方立新《论劳动权在我国宪法上的定位》，《浙江大学学报》（人文社会科学版）2007年第4期，第55页。

(21)See Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U. S. Foreign Policy*, Princeton University Press, 1980, pp. 13-17.

(22)莫纪宏《论宪法原则》，《中国法学》2001年第4期，第53页。

(23)[英]哈耶克《自由秩序原理》，邓正来译，三联书店1997年版，第104页。

益明显的现实下不能继续将劳动者视为单一、纯粹的整体，而须确立实质平等观，以指引国家针对劳动权的社会权属性履行保护和实现义务，“必须通过保障劳动权、合理的契约标准、基本生活保障、提供教育机会等，来改变经济地位上的不平等，进而实现实质上的基本权利保障。”⁽²⁴⁾因此，根据劳动者从属性的差异，调整国家保护和促进的力度，完善劳动法的倾斜保护机制，是实现社会权之实质平等的理性选择，符合宪法平等原则之主旨，有利于在劳资之间和劳动者群体内部确立合理的利益及资源分配格局。

三、劳动与平等的宪法历史考察

理解《宪法》文本中“劳动—平等”的关系，除了在权利结构上进行逻辑分析之外，还要在历史的脉络中考察其在本土语境下的特殊内涵。对于我国宪法中劳动与平等的历史考察，某种程度上比逻辑分析更为重要，因为相对于资本主义国家宪法关于劳动的规定，我国作为社会主义国家在宪法层面对劳动的确认和保障有特殊的政治和历史背景。⁽²⁵⁾这一点体现在《宪法》关于阶级地位差异的规定，即“工人阶级领导的、以工农联盟为基础”的政体，工人、农民在身份差异之外同属劳动者或者说“劳动人民”。在这个意义上，“劳动”具有了阶级属性，成为宪法差别待遇的正当性依据。因此，理解劳动与平等的关系除了在“自由权—社会权”框架下进行逻辑分析外，还必须置身于宪法及社会变迁的时空维度中，通过历史考察发现宪法对于“劳动”认知的演进以及劳动人民范畴的变化，继而在我国特定语境下理解劳动与平等的相互关系。

(一) 1954年《宪法》中的劳动与平等

1954年《宪法》(简称“五四宪法”)是我国完成革命、建立社会主义政权的法律形态。在此时期，工人阶级和农民阶级代表了中国人民中的绝大多数，再加上小资产阶级、民族资产阶级以及其他社会阶层，它们之间的协商合作本身就足以形成人民主权，足以使得政治建国具有正当性。因此，通过制定宪法把此政治共同体用“根本法”的法律形式文本固定下来。⁽²⁶⁾由于劳动人民是执政主体，那么“劳动”就与一个阶级的法律地位密切相关。在此背景下，“五四宪法”关于劳动的规定主要集中在“总纲”部分，宣示“劳动”在国家经济社会生活中的独特作用，具体规定是：

主旨	条款	规定内容
政体	第1条	中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主国家。
劳动人民的范围	第7条	劳动群众部分集体所有制是组织个体农民、个体手工业者和其他个体劳动者走向劳动群众集体所有制的过渡形式。
	第9条	国家依照法律保护手工业者和其他非农业的个体劳动者的生产资料所有权。

(24)徐振东 《社会基本权理论体系的建构》，《法律科学》2006年第3期，第24页。

(25)王旭教授认为，我国宪法上的劳动权不仅仅是一种法律意义上的基本权利，而且具有一种内在的政治结构：劳动人民与剥削阶级的二元划分是我国宪法规定的国家性质的逻辑起点与现实基础。以工农联盟为基础的人民民主专政正是以“劳动者/剥削者（不劳而获者）”的二元代码才能进入“人民/敌人”、“民主/专政”的根本区分。因此确定劳动者所享有的劳动权已经不仅仅是宪法对自由主义意义上的原子式个人的保护，而是对国家主人的识别，体现出一种“承认的伦理”，此种伦理是任何一个国家的宪法都隐含的一种思想目标：在权威和自由之间形成相互承认的稳定结构。参见参见前引〔18〕，王旭文，第76页。

(26)强世功 《中国宪法中的不成文宪法——理解中国宪法的新视角》，《开放时代》2009年第12期，第22页。

劳动的政治伦理意义	第 16 条	劳动是中华人民共和国一切有劳动能力的公民的光荣的事情。国家鼓励公民在劳动中的积极性和创造性。
劳动的改造功能	第 19 条	国家依照法律在一定时期内剥夺封建地主和官僚资本家的政治权利，同时给以生活出路，使他们在劳动中改造成为自食其力的公民。

在将劳动作为新社会公民资格必备要件的基础上，劳动人民的范畴就成为了宪法界定“国家主人”和公民资格覆盖范围的依据。对此，刘少奇在 1954 年《关于中华人民共和国宪法草案的报告》中主要确定了两个劳动群体的性质：第一个群体是“城市和乡村的个体手工业者和其他非农业的个体劳动者”，由于此群体以劳动或主要以劳动为生活来源，因此获得了与农民同等的待遇，成为工人阶级团结的对象，纳入到了“工农联盟的范畴之内”，进而得出“在我们这里，最大多数的人民才真正是国家的主人。”⁽²⁷⁾

第二个群体是知识分子，刘少奇指出，“知识分子从各种不同的社会阶级出身，他们本身不能单独构成一个独立的社会阶级。”⁽²⁸⁾ 据此，知识分子必须与某一阶级相结合，从而成为该阶级的一部分，才能获得自身的阶级属性。基于当时的阶级划分，除去极少数反动知识分子，知识分子群体可大致分为劳动人民的知识分子、资产阶级的知识分子。但由于知识劳动不具有独立性，须与劳动人民相结合，因此无论是劳动人民的知识分子还是资产阶级的知识分子均处于既被团结，又需要思想改造的地位。可见，知识分子并未被明确纳入到劳动人民的范畴，其原因从表面上看是知识分子在政治更替中所持的立场，而深层次的原因是知识分子的“劳动”本身不具有先验的“正确性”。对比之下，工人、农民的“劳动”构成国家政体的基础，具有天然的“反剥削、反压迫”内涵。而知识分子的“劳动”只有与工农的“劳动”相结合，才能取得其正确性，否则必须思想改造，以促使两类“劳动”的结合。

在“五四宪法”框架下，“劳动”的界定是为了提炼出“劳动人民”的特质。由于当时我国仍以农业生产为主，工人、农民占人口的绝大多数，以此为基础并联合非农业个体劳动者就形成了“劳动共同体”，由此确立国家的执政基础。而处于国家执政对立面的则是需要被改造的对象，由此形成了“人民—敌人”的二元结构。⁽²⁹⁾ 对“五四宪法”关于平等规定的理解亦应在此结构之下，其第 85 条规定，中华人民共和国公民在法律上一律平等。此时，平等的主体是“公民”，即在公民范畴内部进一步分为“人民”和“国民”，二者的区分在于体现政治地位的差异：“人民”享有完整的公民权利，而“国民”则被剥夺了公民权利中的政治权利。⁽³⁰⁾ 从劳动权作为基本权利的视角看，“基本权利是作为人民的公民的权利，人民行使权利的首要目的就是维护人民这一整体的统一和纯粹。换言之，那些不再具有人民属性的个人就会成为基本权利的对立面，从而也会失去公民身份……若不能在劳动中改造为自食其力的公民，就将失去政治权利，实际上失去成为国家主人的可能，成为人民的对立面。”⁽³¹⁾

综上，“五四宪法”框架下的平等是劳动人民内部的平等，或者说实际从事劳动的公民在法律上是平等的。在当时的生产方式下，劳动人民的“劳动”基本是体力劳动，所以平等意味着

(27)刘少奇《关于中华人民共和国宪法草案的报告》(1954年9月15日在中华人民共和国第一届全国人民代表大会第一次会议上的报告)。

(28)参见前引〔27〕，刘少奇文。

(29)周林刚《宪法概念的变革——从〈共同纲领〉到“五四宪法”》，《法制与社会发展》2013年第6期，第42页。

(30)许崇德《中华人民共和国宪法史》，福建人民出版社2005年版，第124页。

(31)于文豪副教授认为，通过基本权利实践，人民的对立面部分被消灭，部分可以团结的人群经过转变成为人民的组成部分，每个独立的个人意志就与共同体实现了联结和一致。参见于文豪《“五四宪法”基本权利的国家建构功能》，《环球法律评论》2015年第2期，第35页。

各类体力劳动的平等。联系本文开篇第一部分提及的“劳动力统配制度”，工人、农民劳动的“同质性”以及进行统配的根基就在于宪法确认的“体力劳动平等”。

（二）现行《宪法》中的劳动与平等

现行《宪法》制定之初着眼于现代化建设，旨在构建长期稳定的国家治理秩序。⁽³²⁾ 时任宪法修改委员会副主任委员的彭真指出，“制定出一部有中国特色的、适应新的历史时期社会主义现代化建设需要的、长期稳定的新宪法。”⁽³³⁾ 经过 1982 年制宪和 1988、1993、1999、2004 年四次修正，“通过三十年的充分的制度实践和价值创造，‘八二宪法’及其内蕴的改革精神已经初步将现代宪政的基本价值纳入其中，为长期化的社会主义初级阶段的国家理论与宪政体制的结构性成熟定型提供了一定的制度基础。”⁽³⁴⁾ 基于此，现行《宪法》调整了劳动与平等的关系，将“劳动”去政治化，删去了“劳动的改造功能”之条款，但基本保留了具有社会主义色彩的“劳动政治伦理”条款，使得“劳动”不再局限于“体力劳动”，扩大了劳动人民的范畴，为劳动的多样化、灵活化打开了大门，平等原则也不再局限于劳动人民内部，其内涵和外延进一步拓展。

1. “劳动人民”范围扩大，将知识分子明确纳入到劳动人民中。依据《宪法》序言，工人、农民和知识分子构成劳动人民的主体。彭真在《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》中将知识分子界定为工人阶级的一部分，是“建设社会主义事业的基本社会力量”。⁽³⁵⁾

2. “公民”的外延扩大。不同于“五四宪法”以“劳动”为标准对“公民”所做的限缩性界定，现行《宪法》使“公民”回归法律原意，即“具有国籍者”，这就使得不直接从事劳动之公民成为“法律面前平等”的主体。对于这一部分公民，实际上《宪法》在序言中给予了另一个肯定性称谓，即“社会主义事业的建设者”，与“全体社会主义劳动者”相并列。此类“建设者”的产生又是与国家非公有制的放开与发展相联系的。

3. 非公有制经济的发展促使“劳动”的多样化。《宪法》序言中明确我国“发展社会主义市场经济”，非公有制经济作为市场组成部分逐步成为吸纳就业的主力，这一进程是与劳动统配制度消解、劳动力市场逐步形成相同步的。在市场机制下，合同成为劳资双方使用“劳动力”的依据，“劳动”原有的身份色彩进一步淡化。与之相配合，《宪法》第 6 条第 2 款规定了“坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度”，有学者认为此项规定极大地丰富了劳动的内涵，使得劳动的概念从“直接的物质生产劳动”向“服务型劳动”扩展，包含资本运营、科技创新、经营管理等劳动形式。⁽³⁶⁾

在平等的规定上，现行《宪法》将“五四宪法”规定的“中华人民共和国公民在法律上一律平等”改为“在法律面前一律平等”，其目的是准确地表述平等权的适用范围，即“法律面前平等”只包括法律实施上的平等，不包括立法上的平等。⁽³⁷⁾ 基于此，在历史的维度下理解现行《宪法》中劳动与平等的关系，可以得出两点初步结论：

第一，“劳动”已从“五四宪法”中的政治性概念发展为兼具政治性和法律性的复合概念。

(32) 姚中秋教授认为，五四宪法是一部革命宪法，旨在确认继续革命的政治纲领，尤其是在经济领域中进行广泛而彻底的革命。因此，该宪法在序言第二段明确地宣告自己是过渡性的，即“中华人民共和国成立到社会主义社会建成，这是一个过渡时期。国家在过渡时期的总任务是逐步实现国家的社会主义工业化，逐步完成对农业、手工业和资本主义工商业的社会主义改造。”而八二宪法之制宪者已然具有去革命之意愿，希望通过宪法确立长期稳定之秩序。参见姚中秋《从革命到文明：八二宪法序言第一段大义疏解》，《法学评论》2015 年第 2 期，第 49 页。

(33) 彭真《彭真文选：一九四一——一九九零年》，人民出版社 1991 年版，第 439、440 页。

(34) 高全喜《革命、改革与宪制——“八二宪法”及其演进逻辑——一种政治宪法的解读》，《中外法学》2012 年第 5 期，第 926 页。

(35) 王德志《论我国宪法劳动权的理论建构》，《中国法学》2014 年第 3 期，第 78 页。

(36) 参见前引〔35〕，王德志文，第 79 页。

(37) 参见前引〔17〕，韩大元、王建学书，第 41 页。

现行《宪法》在政体上的规定与“五四宪法”基本一致，强调工人阶级和工农联盟的特殊政治地位，工人、农民仍具有强烈的政治属性，主要体现在立法上处于主导地位。⁽³⁸⁾而在法律颁行后，包括工人、农民在内的一切公民均平等适用，据此将“劳动”的政治属性与法律属性相分离。

第二，分析法律属性的“劳动”可以回归“自由权—社会权”的分析框架，从而与宪法体系解释的逻辑相贯通。笔者认为，“劳动的平等”可分为两个方面：一方面，自由权向度上“劳动的平等”是指劳动者权利能力和行为能力的平等。不问劳动的具体内容，各类型劳动者在缔结劳动合同、获得劳动法保障上具有平等的法律地位，这是一种抽象的平等，劳动者可自主决定就业及自由择业，以自己的意思表示缔结劳动合同，同时，劳动者平等地获得法律的保障，以防御国家的不当干预或强制；另一方面，社会权向度上“劳动的平等”是指国家通过履行保护义务和实现义务，在劳资之间和劳动者群体内部确立合理的利益及资源分配格局。此项平等是实质意义上的平等，意味着国家应超越抽象、形式的平等，以现实的劳动多样性为依据，调整针对劳动者群体的促进和保护力度，促进实质平等。

四、“劳动的平等”在劳动法中的实现

(一) 基于宪法“劳动—平等”关系检视劳动法倾斜保护

1. “劳资不平等”之抽象性应予检讨

劳资之间的不平等是劳动法创制倾斜保护结构的基本依据，此“不平等”在制度演进上经历了从劳资双方形式平等到实质不平等的认识转变。也就是说，在自由权向度上，劳资双方在人格上处于平等地位，均依法平等地享有权利能力和行为能力；在社会权向度上，劳动者相对于雇主处于实质不平等地位，因此需要国家公权力介入，保护并促进劳动者合法权益。对此，自由权向度上的形式平等没有异议，而社会权向度上的实质不平等则值得反思，此“不平等”是对劳资双方抽象的结果，导致劳动者之间的差异以及其相对于雇主的从属性差异均在此抽象过程中被消灭，以此为基础的倾斜保护无需考察调整对象的实际差异，视之为具有“同质性”的劳动，因而形成“一刀切”式的调整模式。

其实，置于劳动法的发展史中，对劳资双方实质不平等的抽象以及倾斜保护的“一刀切”在特定时代背景下有其正当性。劳动法是西方工业社会的产物，在其发展初期，主要资本主义国家的生产方式以大工业为主，泰勒式生产模式基于工业规模化生产的需要将劳动者区分为管理、技术、生产人员，此三者之间特征清晰、边界分明，但同属一个类型的劳动者之间差别较小。⁽³⁹⁾生产工人占据最大比例，劳动力结构处于扁平化状态，未形成立体差异化的市场形态，因此便于抽象，“劳动契约制度建立时所根据的社会背景，是工业发展过程中的市场经济社会；所掌握的是成年男性劳工的工作生活特性，他们在雇主的工厂中，以不定期契约的形式，服从雇主的指示，提供特色的劳务。劳务履行的场所集中。时间节奏单一与所需技能单纯，是主要特色。”⁽⁴⁰⁾在此生产模式下，劳动具有很强的同质性，能够通过抽象呈现出劳动者与雇主之间的不平等性。劳动法基于对劳动者的抽象建构起“一刀切”式倾斜保护机制，能够实现“广覆盖”的规模化

⁽³⁸⁾人民民主专政政体在立法上的主导地位是通过中国共产党实现的。强世功教授指出，政治问题的实质决断权属于中国共产党领导下的各党派之间的政治协商，而全国人大及其常委会要对中国共产党在经过民主协商之后所作出的政治决定给予法律程序上的背书，从而将党的政治决定法律化和国家化，将政党的政治意志上升为国家意志，在国家和成文宪法意义上获得最高的法律效力。参见前引〔26〕，强世功文，第23页。

⁽³⁹⁾Robert CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale: une chronique du salariat*, Paris, France: Gallimard, 1999, p. 535.

⁽⁴⁰⁾黄越钦《劳动法新论》，中国政法大学出版社2003年版，第9页。

调整,无须纠结于个别劳动者之间的差异,是一种高效的调整机制。

但是,我国劳动法当今面对的情况早已大不相同:一方面,本土历史演进形成的劳动力结构变革仍在发展之中,大量接受高等教育,从事管理、技术等岗位的劳动者进一步加剧了劳动者群体的分化。另一方面,社会分工体系随着产业结构的调整而受到冲击,在工业转向服务业的过程中,劳动生产方式趋于弹性化,劳动者自主控制水平显著提高。⁽⁴¹⁾在此背景下,劳动早已不具有同质性,劳动力结构越发向纵向立体形态发展。以标准劳动关系为调整对象的单一劳动法规制模式越发不能适应现代社会灵活弹性的用工方式。⁽⁴²⁾如果法律仍是沿用抽象的方法,则会严重偏离劳动差异化的现实。“劳动者与雇主之间的实质不平等”这一前提假设过于强调抽象不平等,忽视了现实用工方式的多样性和复杂性,掩盖了劳动者之间具体而显著的差异,导致了劳动法制供给上“一刀切”的误区,从而引发法律适用中的诸多问题。

2. 劳动在自由权向度的平等与社会权向度的平等被混淆

劳动法倾斜保护是劳动权在社会权向度上的实现机制,劳动者相对于雇主的不平等程度意味着国家履行保护和实现义务的边界。因此,前述“劳资不平等”之抽象性实际上误导了国家履行义务的方式,即以抽象的不平等为前提,继而要求国家以“一刀切”式的平等保护实现抽象的实质平等。

基于“自由权—社会权”的分析框架,笔者认为,“一刀切”调整模式的深层次问题是用自由权向度的抽象平等替代了社会权向度的实质平等,造成二者混淆,以抽象平等设置国家的保护和实现义务,以致造成体系内在的逻辑矛盾。产生这一问题的原因在于“劳动的抽象平等”仍是现行劳动法体系的基本要素之一。依据前述历史考察,在计划时代的劳动统配制度下,社会劳动以体力劳动为主,易于被抽象为“同质化劳动”,以便计算工作量及工资。与“劳动的抽象平等”相对应,国家的保护和实现义务也是抽象平等的,由此形成了一种劳动保障逻辑,即国家在劳动抽象平等的基础上予以抽象平等的保障。但是,在经济体制改革后,劳动者与雇主在缔结劳动合同关系过程中享有自由权,确立起个别劳动者在法律上独立的、可自主进行意思表示的主体地位,突出“人格平等”。在此过程中,由于对“抽象平等”的认识局限以及历史本身强大的惯性,“劳动的抽象平等”借助自由权中抽象的“人格平等”,以“暗度陈仓”的方式保留在了劳动法体系之中,使得“人格”与“劳动”在抽象意义上“合二为一”,形成了劳动者群体在人格和劳动上均抽象平等的认识误区,由此造成社会权的实现方式仍以劳动者之间抽象的形式平等为出发点,旨在通过倾斜保护追求的实质平等实际上以形式平等为内核,此为劳动法调整模式“一刀切”弊端之根本成因。这种误解在我国劳动法制发展的早期影响较小,当时劳动力结构虽然已开始分化,但差异性尚不显著,倾斜保护“一刀切”与现实的矛盾并不突出。然而,置于当今的社会生产及用工模式背景下,“劳动的抽象平等”已明显有悖于劳动力立体差异化的现实,其与“人格形式平等”结合所造成的认识误区已成为修订劳动法调整模式的阻碍。

(二) 以实质平等为指引的劳动法修订

劳动法倾斜保护机制作为国家履行保护和实现义务的方式,应以社会权之实质平等为依归。以劳资之间抽象不平等为前提的倾斜保护是制度发展的初级阶段。随着劳动者群体的分化,劳动者之间的差异性已无法被抽象平等所掩盖,劳资之间的不平等程度因劳动者类型而不同,倾斜保护的起点应从“劳动的抽象平等”转向“劳动的具体差异”,以此为基础设置公权力介入劳资关系的边界,给予不同类型劳动者以不同力度的保障。在制度设计上,从单纯的“一刀切”调整

(41) Leisewit/Pickshaus/Reusch: Entgrenzung der Arbeit im flexiblen Kapitalismus: Anforderungen an eine Arbeitspolitik, Hamburg: VAV-Verl., 2001, 298f.

(42) Rupert Scholz, Wandel der Arbeitswelt als Herausforderung, Köln, 1988, 15ff.

模式转向分类调整，构建“基准保障”与“特别规制”相结合的规范体系，体现实质平等所包含的合理差别待遇，使倾斜保护向高级阶段升级，适应不断发展变化的劳动用工现实。基于分类调整而实现“劳动的平等”之要点包括：

1. 分类调整不违反“法律面前人人平等”原则，而是宪法平等原则的具体适用。分类调整是根据劳动者的从属性差异对其进行类型化，在工作时间、合同形式、解雇保护、经济补偿等方面予以不同程度的保障。以分类调整为基础的倾斜保护可以充分反映劳动的现实差异，能够更为弹性、灵活地施行公权力保障，体现了实质平等所包含的合理差别待遇。在“劳动”与“人格”关系辨析基础上，“法律面前人人平等”主要针对劳动者自由权向度上的人格平等。同时，劳动法不同于传统私法，更强调国家积极履行保护和实现义务，宪法平等原则在劳动法中的适用偏重社会权向度上的实质平等。

2. 分类调整机制有助于弥补我国集体劳动法制不发达的短板，提供差异化调整方案。劳动法制先进国家均有完备的集体谈判与集体合同制度，实质是以劳资自治的方式解决劳动差异化的问题，集体合同因其“法规性效力”部分修正了劳动法倾斜保护的程度，基于宪法委托成为社会权实现机制的一环。⁽⁴³⁾ 然而，我国集体劳动法制尚不发达，集体协商与集体合同发挥的作用十分有限，⁽⁴⁴⁾ 无法通过劳资自治的方式实现差异化调整，因而只能依靠法定保障机制。在这个意义上，我国劳动法引入分类调整实际上是部分替代了集体劳动法制的功能，以制度化的合理差别待遇促进实质平等。

3. 分类调整的方法是在“基准保障”的基础上通过“授权立法”与“适用除外”规定进行特别规制。由于《劳动合同法》不区分适用主体，对现有制度做具体的修改都无法使之涵盖各类型劳动者的特点，无论是“去管制”还是“强化管制”都不是有效的解决方案。那么，在修法方案的设计上，可将《劳动合同法》视为基准保障，以此为基础授权国务院在《实施条例》中进行劳动者主体分类，并就特定类型劳动者的特点修正一般性规则，劳动行政主管部门和地方立法机关以国务院行政法规为依据，可根据行业、地区的需求和实践制定部门规章，进一步细化倾斜保护的方式和手段。

责任编辑：李 剑

(43)德国学者辛茨海默(Sinzheimer)提出了“社会自治思想”并为《德国基本法》所吸收，确立集体合同具有强制性法规性效力，其法律渊源来自宪法委托，德国联邦法院就此解释为，“劳资自治”是宪法托付工会与雇主及其组织在同盟自由的范围内以保护和改善劳动、经济条件为目的在劳动生活的范围内享有的管辖权。参见吴文芳《德国集体合同“法规性效力”与“债权性效力”之研究》，《法商研究》2010年第2期，第140页。

(44)冯彦君《“和谐劳动”的观念塑造与机制调适》，《社会科学战线》2015年第7期，第220页。