

中国劳工权益保障研究系列报告之一

利益的冲突与法律的失败： 中国劳工权益分析报告

中国劳工通讯
(<http://www.clb.org.hk>)

2004 年 11 月

目 录

第一章	国有企业的改革与私营企业的发展：对《劳动法》和《工会法》实施过程的背景回顾	3
一、	国有企业的最后历程	3
二、	私营企业的发展近况	4
三、	工人构成的变化	6
四、	中国的劳动政策和劳动法律	7
第二章	法律与政策的冲突（1）：对城市工人劳动权益的制度性剥夺	12
一、	国企改制与解除劳动合同：政策主导下的违法操作	12
二、	工人的就业权利与劳动条件：企业改制后工人的处境	18
三、	艰难的自我维权活动：工人集体行动的法律依据和特点	21
第三章	法律与政策的冲突（2）：对农民工劳动权益的制度性限制	27
一、	从户籍制度到就业限制：来自公共权力的障碍	27
二、	从责令改正到处以罚款：雇主违法的成本分析	29
三、	从无助到无奈：农民工维权的艰难历程	35
第四章	法律与现实的差距：对工会法实施难点的分析	38
一、	2001 版《工会法》的变化：工会的维权职能、维权手段和工会干部的权益保障	38
二、	《工会法》实施的难点之一：企业工会的依附地位	40
三、	《工会法》实施的难点之二：工会在企业中的实际角色	43
四、	《工会法》实施的难点之三：企业工会干部的双重身份	44
五、	《工会法》实施的难点之四：全总行政性工会组建运动的严重后果	46
第五章	社会力量对比的不平衡：对劳动法律失效的分析	49
一、	劳动法律的执行监督体系	49
二、	劳动法律与地方政策：劳动监察机构的行政不能为	51
三、	行政执法与官商一体：劳动监察机构的行政不敢为	52
四、	劳动监察与部门协调：劳动监察机构的行政不愿为	54
五、	“雇用合意”：劳动法律失效的另类原因	55
	结论与建议	57

近年来，中国政府渐渐意识到日益严重的社会问题和日益尖锐的劳资冲突所带来的社会、经济和政治后果，并在寻求解决问题和缓解社会冲突和不满的办法。中国政府的基本思路 and 做法是，加强和改善对保护劳工的立法及与此相关的政策的制定，加强政府对劳工法律执行情况的监督；同时，继续加强对社会的控制，包括对舆论、立法和司法的控制，继续严禁独立工会和其它独立于共产党和政府的社会组织的存在。中国政府希望通过自己对法律、政策的改善，通过新法和新政策的制定，通过对法律执行情况的监督，而不必通过广泛的社会协商和监督，不必实现社会阶层之间的力量平衡，不必通过劳工自己的组织，不必通过立法、司法的独立，就可以规范雇主和政府官员的行为，最低限度地保障劳工的权益，遏止社会矛盾和冲突的激化。

本报告分析了“经济改革”二十多年来，中国的社会和经济结构的变化，并在此基础上，对中国政府近年的上述思路和实践进行了尽量客观的描述和评价。

自上世纪 90 年代《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国工会法》颁布以来，以两部法律为基础，中国大陆在市场经济的发展过程中，逐渐建立了一套劳动法律体系。十余年来，中国的劳动关系呈现出了市场化的复杂发展趋势，这一趋势与国有企业的改革和民营企业的发展同步。在社会经济的巨大变化中，出现的两个所谓的“弱势群体”——城市下岗失业工人与农民工，他们的处境所反映了社会阶层之间的严重分化和力量对比的严重失衡。面对这种现实，法律对地方政府和雇主行为的规范软弱无力并且在继续弱化，劳动法律并没有实现其保护劳工权益的立法初衷。

本报告尝试从两个角度——法律与政策之间的矛盾、立法与执法之间的差异，对中国劳动关系中的问题作一概括分析；对《劳动法》和《工会法》作一简要评论；对立法和执法的缺陷作一客观讨论。本报告所持的观点是：在中国市场经济的发展过程中，劳动法律与政府政策之间的矛盾，直接损害着劳动者的权益，当私营企业在中国迅速崛起并与地方政府官员溶为一个利益共同体之后，劳动者甚至失去了寻求行政和司法保护的可能。本报告指出：在以法律保护劳工权益的问题上，有效实施和兑现现有法律比制定新法更为重要；使立法过程更民主、更合理要比加快立法更重要，而有效实施现有法律和将立法过程民主化，可以减少和避免各法律条文之间和法律与政府政策之间的矛盾和冲突。过去二十多年的历史证明，在改革进程中，如果没有广泛的民主协商，如果只是政府垄断法律的制定和执行，法律就不可能完善；各项法律之间、法律与政策之间的冲突就无法避免；如果没有独立于政党的劳工组织，如果没有社会各阶层之间的力量平衡，如果没有最基本的司法独立，再好的法律也难以得到执行。

本报告由五章组成：第一章是对《劳动法》和《工会法》实施过程的背景回顾，有关内容将涉及两部法律在实施过程中经济社会环境的变化。第二章分析国有企业改制政策对劳动法律的冲击，将重点描述在国有企业的改革中，城市下岗失业工人劳动权益受到的侵害，并进而讨论工人自发的集体维权行动的特点和意义。第三章讨论政府对农村流动劳动力的限制性政策和农民工保护自己权益的困境。第四章侧重于对 2001 年修改后的《工会法》条款和实施难点的分析。第五章讨论劳动法律失效的问题，重点放在政府劳动行政部门在劳动法律执法监督中所承担的角色和法律失效的原因。

本报告分析和讨论的依据包括：互联网和其他媒体报导的案例；中国的劳动法律（包括《劳动法》和《工会法》）；中央政府和地方政府有关国有企业改革、发展私营企业和建立劳动力市场的政策性文件；中国官方的统计数据；非政府组织的研究报告及相关的调查笔记。

第一章 国有企业的改革与私营企业的发展：对《劳动法》和《工会法》实施过程的背景回顾

在《劳动法》（1994 年）和《工会法》（1992 年）颁布之后，中国的社会经济环境发生了巨大变化。在私有经济发展的同时，国有企业改革走入最后阶段，随之而来的是社会结构的改变。了解这些背景，是理解中国劳动关系的变化，理解劳动者新的权益要求的形成和权益被侵害的基础。

一、国有企业的最后历程

当持续了二十余年的国有企业改革进入最后阶段时，大部分中小企业已进入了破产、关闭或私有化的程序；而大型企业也在建立“现代企业制度”的过程中，逐渐完成了企业资产重组和裁员过程。

在这二十余年间，中国政府曾试图通过不变动国有企业的所有制基础，只调整企业与政府的关系和变革企业内部管理机制等途径来提高企业效益。但是，私营企业和外资企业的激增动摇了国有企业的垄断地位，致使这一系列的改革措施未能发生预期效应。为此，中国共产党在十五届四中全会和十六届三中全会上，对国有企业的改革方向和原则作了修正，确定：第一，将国有资本控制在公益性行业、关系国家安全的行业、不可再生资源行业和对国家具有重大意义的科技开发等四个行业，国有经济原则上可以退出其它竞争性行业；第二，在保留国有部门的同时，大力发展国有资本、集体资本和非公有资本等参股的混合所有制经济，实现投资主体多元化。此后，国有企业改革主要在两个层面进行：一是通过出售、转让等多种方式将大批国有中小企业改造私营企业；二是对国有大中型企业实行股份制改造，在这些企业建立“现代企业制度”。这种改革就是当今中国媒体高频率使用的一个词——“改制”。企业改制的方式有股份制改造、兼并、合并、出售、破产等等。

来自地方政府的统计数据证实，在国有中小企业的改制过程中，国有资本大规模退出企业。从 2000 年初到 2002 年 9 月，黑龙江省累计有 2759 家国有中小企业完成了产权制度改革，改制面达到 90.7%；在已改制的企业中，国有资本占总资产额 30% 以下或完全退出的企业占 77%，其中完全退出的占 59%。¹ 这些企业基本上转为了私营企业或者职工集体所有的股份制企业。与此同时，在地方政府的鼓励之下，私营企业主收购、兼并国有企业的现象也非常普遍。2002 年，黑龙江省共有 2800 多家私营企业参与国有中小企业改制。² 同年，江西省也有 2230 家个体和私营企业以租赁、购买等方式，参与国有中小企业改制。³

“民有民营”的另一种形式是将企业资产转让给原企业的经营者和职工，将国有中小企业改组为股份合作制企业。在用这种方式转制时，各地的政策是“鼓励经营者持大股”。例如，山东省经贸委在《关于中小企业产权制度改革的指导意见》（2003 年 11 月）中规定，在企业产权制度改革时，鼓励经营者通过合法程序持有企业较大额度的股份；经营者可以通过政府给予的奖励、企业期权奖励、个人承担银行对企业的贷款等渠道获得持有企业股份所需要的资金；鼓励企业的业务、技术骨干多持企业股份，或用技术成果等要素入股。⁴ 而湖南省长沙市人民政府、市委更于 1999 年 11 月和 2000 年 1 月两次发出文件，对改制企业的“股

¹ 数字来源：“2000 年以来黑龙江省中小企业改革和发展工作情况”，“国家经济贸易委员会中小企业网”（<http://chinasmb.gov.cn>），2003 年 2 月 13 日。

² 数字来源：王军：“振兴东北掀起民营资本冲击波”，“国际在线”，（<http://big5.chinabroadcast.cn>），2003 年 12 月 23 日。

³ 数字来源：宋海峰：“雄关跨越气如虹 - 我省 GDP 实现 10.5% 增长述评之二”，“大江网”，（<http://www.jxnews.com.cn>），2003 年 1 月 11 日。

⁴ 《山西省人民政府办公厅转发省经贸委〈关于中小企业产权制度改革的指导意见〉的通知》，引自，“山西

权结构”作出规定，要求股本设置向经营层倾斜，鼓励企业经营层持大股东，避免平均持股。⁵“经营者持大股东”的政策使经营者与一般职工在持有股份方面出现巨大差异。长沙市“友谊阿波罗”股份有限公司原是一家超大型国有商业企业，有员工 5000 多人。改制后，该公司总经理持有的股份比一般职工竟高出 100 倍！⁶在这些政策的引导下，一些原来由政府行政任命的国有企业经营者们在短时间内完成了资本的原始积累，控制了企业。

以上事实是很多职工不能接受的。2002 年 8 月 7 日，新华社发表了一篇题为“‘新百万富翁’是如何产生的——国有中小企业改制调查”的文章。作者认为，企业的资产是职工多年来积累起来的，让经营者一下子切去一大块，一夜之间变成了大老板，这是“合法”的掠夺。有一些职工言词激烈：“我们在国有企业辛辛苦苦干了一辈子，最后下岗回了家，你一夜之间成为百万富翁，公理何在？”⁷实际上，改制中出现的这些不公正，正是当今中国工人集体抗争的一个主要原因。

从 1997 年开始，许多省市相继宣布“今后不再搞国有独资企业”。⁸改制的结果是中国今后的经济构成将由非公有制企业占据主导地位，而这对劳动关系和劳动法律已经产生了并将持续发生重大的影响。

二、私营企业的发展近况

中国的私营企业是在上世纪 70 年代末发展起来的。80 年代初，允许雇工 8 人以下的“个体经济”存在；80 年代中，雇工 8 人以上的个体经济被定义为私营企业。1997 年，在中国共产党第十五次全国代表大会上，总书记江泽民在政治报告中提出，非公有制经济是社会主义市场经济的重要组成部分。2001 年 7 月 1 日，江泽民在庆祝中共建党八十周年大会上发表讲话，将私营企业主称为中国改革开放以来出现的一个新的社会阶层：“在党的路线方针指引下，这些新的社会阶层中的广大人员通过诚实劳动和工作，通过合法经营，为发展社会主义社会的生产力和其他事业作出了贡献，他们也是有中国大陆特色社会主义事业的建设者”；“他们中的优秀分子也可以被吸收到中国共产党里来。”这种提法被写进修改后的《中国共产党党章》。

自中国共产党“十五大”以来，私营企业无论在数量上还是规模上都得以迅速发展。新兴的私营企业主要来自两个方面，一是根据中央政府“抓大放小”的政策，大批国有中小企业、集体企业和公有制的乡镇企业通过改制变为私营企业；二是在中央和地方政府放宽了私人投资环境后发展起来的私营企业。从上世纪 90 年代中期开始，中国私营企业的数量一直呈现快速增长的态势。根据国家统计局的普查资料，在两次全国基本单位普查期间（1996—2001 年），私营企业从 44 万户增加到 132 万户，增长了两倍；私营企业单位数占全部企业的比重由 16.9% 上升到 43.7%，提高了 26.8 个百分点；私营企业从业人员从 802 万人增加到 3170 万人，增长近 3 倍，年均增长幅度为 31.6%；私营企业从业人员占全国企业从业人员的比重由 4.4% 上升到 19.2%，提高了 14.8 个百分点。⁹

第二次全国基本单位普查资料显示，在产业结构方面，私营企业在第二产业居主导地位。

中小企业网” (<http://www.sxsme.com.cn/zcfg/zcfg.asp>)。

⁵ 秦晖：“中国当前的经济转轨”，《中国经济时报》，2003 年 1 月 13 日。转自，“中国网” (<http://www.china.com.cn>)。

⁶ 秦晖：“‘长沙案例’：国企改革的十字路口”，2001 年 4 月 11 日，“中国事务” (<http://www.chinaaffairs.org>)。

⁷ “‘新百万富翁’是如何产生的——国有中小企业改制调查”，见，“中国网” (<http://www.china.org.cn>)，2002 年 8 月 18 日。

⁸ 有关报道，见，秦晖：“中国当前的经济转轨”，《中国经济时报》，2003 年 1 月 13 日。转自，“中国网” (<http://www.china.com.cn>)。

⁹ 数字来源：国家统计局普查中心：“基普分析之二十四：我国私营企业发展的现状、问题及对策”（2003 年 8 月 19 日），“国家统计局网站” (<http://www.stats.gov.cn>)。

2001 年，从事第二产业的私营企业有 72 万户，占私营企业单位总数的 54.3%；从业人员达 2400 多万人，占私营企业从业人员总数的 76.7%。在第二产业中，私营企业集中在制造业和建筑业，在制造业中又集于传统的加工和轻纺行业。从事第三产业的企业共有 59 万户，从业人员为 712 万人，仅占私营企业从业人员总数的 22.4%。从事第三产业的私营企业主要集中在零售贸易和餐饮业、房地产业和社会服务业。从事第一产业的私营企业和从业人员为数极少。

在私营企业的企业规模方面，第二次全国基本单位普查资料显示，私营企业基本上是中小型企业，并以小型为主。在从业人员规模方面，2001 年，平均每户从业人员为 24 人，比 1996 年增加 6 人，扩大了 1/3。其中，从业人员在 50 人以下的企业有 119.7 万户，占私营企业总数的 90%；50 至 499 人的有 12.3 万户，占 9%；500 至 4999 人的有 3775 户，5000 人以上的只有 17 户。82.4% 的私营企业的资本金在 100 万元以下。

在私营企业的地区分布方面，第二次全国基本单位普查资料表明，2001 年，东部地区占 75% 左右，中部地区占 15% 左右，西部地区只占 10% 左右。截止 2002 年底，江苏、广东、浙江、上海、北京、山东等 6 省市的私营企业超过 20 万户，在全国占有近 60% 的比重。¹⁰

在个体经济基础上发展起来的私营企业，普遍具有管理权高度集中的特征。中央统战部、全国工商联和中国民（私）营经济研究会 2002 年所作的“第五次全国私营企业抽样调查”结果显示，被调查的 3258 户私营企业中，一人投资的占 85.5%；96% 的企业主担任企业的厂长或者经理。¹¹ 通过改制而成的私营企业在资本和管理权方面同样高度集中。上述调查结果显示，在接受调查的 3258 户私营企业中，有 25.7% 的企业是从国有、集体所有制企业改制而来的；在这些企业中，有 60.6% 的企业主就是原企业的负责人。即使在改制而成的股份制企业中，原企业的管理者也以不同方式控制了企业的股份，进而控制了企业的决策机制。私营企业资本的高度集中，形成了所有者—管理者在企业中实行强制性劳动管理模式的基础。

私营企业主享有的政治待遇和社会地位也今非昔比。第一，私营企业主可以加入中国共产党这个“中国工人阶级的先锋队”。在“第五次全国私营企业抽样调查”的被调查企业中，具有共产党员身份的企业主达 29.9%。第二，私营企业主正在逐渐进入参政议政的程序。北京市社会科学院社会学所副所长戴建中在 2002 年 11 月 12 日的一次讲演中提及，私营企业主担任县级人大代表的有 5400 人、省级人大代表的有 372 人、全国人大代表的有 48 人；担任县级政协委员的有 8500 人、省级政协委员的 895 人、全国政协委员的 46 人。戴建中还发现，担任县以上人大代表的私营企业主大多拥有千万元以上资产，担任全国人大代表的大多是亿元级以上的。¹² 在各级人民代表大会和各级政治协商会议中，“请民营企业代表前排就座”的召唤声生动地表达了各地政府首脑对当地私营企业主的态度。¹³ 第三，私营企业主正在以其资本的力量来获取政治上的权力。《瞭望新闻周刊》的记者在河北省清河县、吉林省江源县采访时发现，近十年来，两地共有几十名纳税大户的私营企业主担任了县或乡镇政府的副职等实职，有近 10 位私营企业主到清河县法院、劳动局等部门担任了领导职务。一位只有初中文化水平的个体户，先是到县工商局任挂职副局长，2002 年居然当上了法院副院长。从 1993 年开始，吉林省江源县政府先后将 25 名私营企业主提拔为副镇长。记者在追踪走访发现，两地 40 多名私营企业主在当上公务员后，多数人并没有放弃原来的企业经营权

¹⁰ 数字来源：黄孟复（全国工商联主席）：“2003 年中国民营经济形势分析”（2003 年 11 月 30 日），“搜狐财经网”（<http://business.sohu.com>）。

¹¹ 数字来源：中国私营企业研究课题组：“2002 年中国私营企业调查报告”，取自，“中华全国工商业联合会网站”（<http://www.acfic.org.cn>）。

¹² 戴建中：“中国私营企业主：开始发出声音”，取自，“新闻周刊”网站（<http://www.chinanewsweek.com.cn>），2003 年 1 月 10 日。

¹³ 陆金宝、于贵华：“民营企业请前排就座”，《工人日报》，2003 年 1 月 14 日，第（2）版。

或仍在企业兼职,这与现行干部人事制度中有关公务员不得从事经商、办企业的规定相违背。¹⁴ 第四,私营企业主甚至可以享有不被追究刑事责任的司法豁免权。据《中国青年报》的报导,2004年1月2日,中共河北省委、河北省政府批转了河北省政法委制定的《关于政法机关为完善社会主义市场经济体制创造良好环境的决定》。一位参与文件起草的干部对记者说,该文件的一个突破是,对民营企业经营者创业初期的犯罪行为,已超过追诉时效的,不得启动刑事追诉程序;在追诉期内的,要综合考虑犯罪性质、情节、后果、悔罪表现,及所在企业当前的经营状况,减轻、免除处罚或判处缓刑。该文件的另一个突破是,“法律没有明令禁止的生产经营行为就可以大胆做。”¹⁵

三、工人构成的变化

随着企业所有制和雇主身份的变化,中国工人的构成和特点也发生了重大的变化。这首先表现在,工人已经由过去所谓的“领导阶级”落入了社会结构的最底层。在城市公有制企业工人人数下降的同时,在非公有制企业中就业的工人以及没有城市户口的农民工的人数迅速增加,并成为中国工人队伍中的主要构成部分。

近年来国有企业改革(改制)的一个直接后果是,国有企业从业人员的比重逐渐减小。2002年底,城镇从业人员总数为24780万人,其中,国有单位从业人员7163万人,占城镇全部从业人员的30%,各类非国有单位的从业人员所占比重则已达到70%。如果减去国有单位从业人员中在行政机关和事业单位的从业人员,实际上国有企业从业人员仅有3381.9万人,仅占城镇从业人员的13.6%。2002年底,城镇各类非公有经济(包括私营、外商投资、港澳台投资企业和个体经济)的从业人员为5187万人,大大超过国有企业的从业人员(3381.9万人)。此外,在统计中,尚有一部分企业(如,联营企业、股份有限公司和有限责任公司)的所有制性质无法确认。而这些企业有相当一部分其实就是私营企业或者是“混合型”所有制企业,到2002年底,这类企业的从业人员达到1666万人。如果将这部分从业人员计算在内,在城镇非公有经济中的从业人员实际上已经达到6853万人。在农村的私营企业中,从业人员为1411万人,个体经济从业人员2474万人,乡镇企业从业人员13288万人,这些乡镇企业大部分已经通过改制转为私营企业。¹⁶ 据此,就从业人数上看,非公有制企业从业人员的所占比重已经大大超过了公有制企业。

在计划经济时期,工人阶级的官方定义是由工人、知识分子和管理者三个阶层构成的,而这种阶层定义已经发生重大变化。根据中国社会科学院“当代中国社会结构变迁研究”课题组的研究成果,原有工人阶级的三大构成阶层,已经分别融入现在社会结构的五个社会等级和十个社会阶层中。¹⁷ 在这五个社会等级中,管理者属于社会的上层和中上层,知识分子分别属于社会的上层、中上层和中中层,而工人则属于社会的中下层和底层。

¹⁴ 张涛、刘晓超:“纳税奖官,官商不分:两县‘老板公务员’惹争议”,《瞭望新闻周刊》,2004年2月13日,转自,“中国网”(http://www.china.com.cn)。

¹⁵ 许海涛、郑琳:“红头文件规定不追究民企‘原罪’有五方面突破”,原载《北京青年报》,转自,“千龙网”(http://www.qianlong.com),2004年2月1日。

¹⁶ 数字来源:劳动科学所“转型时期中国劳动关系问题研究”课题组(郭悦执笔):“转型时期中国劳动关系研究”,2004年1月9日。转自,“北京大军经济观察研究中心网站”(http://www.dajun.com.cn)。

¹⁷ 五大社会等级为:由高层领导干部、大企业经理人员、高级专业人员及大私营企业主构成的社会上层等级;由中低层领导干部、大企业中层管理人员、中小企业人员、中等专业技术人员及中等企业主构成的中上层等级;由初级专业技术人员、小企业主、办事人员和个体工商户构成的中中层等级;由个体劳动者、一般商业服务人员、工人、农民构成的中下层等级;由生活处于贫困状态并缺乏就业保障的工人、农民和无业、失业、半失业者构成的社会底层等级。十大社会阶层自高而低为:国家与社会管理者阶层、经理人员阶层、私营企业主阶层、专业技术人员阶层、办事人员阶层、个体工商户阶层、商业服务业员工阶层、产业工人阶层、农业劳动者阶层、城乡失业和半失业者阶层。见,陆学艺主编:《当代中国社会阶层研究报告》,社会科学文献出版社2002年1月版,第7-23页。

另外，工人阶层的内在构成也发生了变化。改革之前，工人主要是由国有和集体企业的产业工人所组成的，1983年，包括管理者、知识分子和工人等在内的职工人数为11515万人，其中工人大约为8000万人，在这当中，国有企业工人占76.2%，集体企业工人占23.8%。¹⁸这个数字不包括当时在乡镇企业就业的人员。到16年后的1999年，国有企业和城市集体企业的工人下降为7000多万人，而在城市非公有制企业中就业的城市工人，以及没有城市户口的农民工，则增加到近一亿人。¹⁹

现在，在以传统产业工人为主的城市工人内部，按其就业状况又分成了在岗工人和失业、下岗工人。2001年上半年，政府公布的的下岗工人人数为911.31万人，登记失业人员为595万人。²⁰当然，这一数字并不包括那些没有登记（或按政策不准登记）的失业人员和失业的农业户口的工人。如果加上这些人，估计中国城镇人口中，下岗和失业人员应超过3000万。另据来自劳动和社会保障部的数据，从1995年到2002年的七年间，国有企业累计下岗职工人数达到了3000万以上。²¹自2001年劳动和社会保障部提出“并轨”方案后，“下岗”成为了历史，城镇工人在被要求与改制后的企业脱离劳动关系之后，便“自动”成了失业人员。

在中国，持有农村户口的工人一般被称为“农民工”。实际上，相当数量的农民工在城市或在乡镇企业中已经就业多年，一直以工资收入作为主要生活来源。应该说，农民工早已成为了中国工人阶级的一个重要组成部分。不过为引述方便，本报告仍沿用“农民工”这一概念。目前，仅跨地区流动的农民工就有约1亿人，在第二产业，农民工已占全部从业人数的57.6%，在批发零售业和餐饮业中占52.6%，在加工制造业中占68.2%，在建筑业中占79.8%。²²

在《当代中国社会阶层研究报告》中，作者以组织资源、经济资源和文化资源的占有状况作为划分社会阶层的标准。作者的结论是：位于倒数第三层的产业工人阶层，只拥有少量的三种资源，而位于最底层的城市无业、失业、半失业者阶层，则基本没有三种资源。他们为什么缺少这些资源？他们是如何失去这些资源的？本报告以下部分将尝试从法律与政策的冲突和法律失效两个角度，寻求问题的答案。

四、中国的劳动政策和劳动法律

劳动力市场政策的演变过程

中国劳动政策的基本方针源自中共中央和国务院，具体内容则出于国务院下属的劳动和社会保障部门。于是，这些政策就具有了两个关键的内涵：第一，支持中央政府的各项改革措施，特别是为国有企业的“改革”和私营经济的发展提供支持；第二，赋予政府劳动行政部门具体制定、执行和监督劳动法律实施情况的权力。改革中，劳动政策可以归结为五个要点：扩大企业用工自主权、建立劳动合同制度、培育劳动力市场、发展社会保障体系和规范农业劳动力转移。在改革的不同时期，因应执政党大政方针的需要，劳动政策对这五个要点的规定有不同程度的侧重。

1978年12月，中国共产党十一届三中全会确定了对经济体制和国有企业经营管理方法进行改革。从那时起到1986年底，企业改革的基本思路是扩权让利，一直由政府严格控制

¹⁸ 数字来源：中华全国总工会编：《中国工会年鉴（2000年）》，中国统计出版社2001年3月版，第45页。

¹⁹ 数字来源：根据《中国统计年鉴》、《中国劳动统计年鉴》、《中国工会统计年鉴》以及其他有关数字综合计算而成。因笔者案头缺少近年来的统计数据，2000年之后的数字未作计算。

²⁰ 数字来源：国家统计局人口和社会科技统计司、劳动和社会保障部规划财务司编：《中国劳动统计年鉴（2001年）》，中国统计出版社2001年9月版，第67、402页。

²¹ 数字来源：劳动科学所“转型时期中国劳动关系问题研究”课题组（郭悦执笔）：“转型时期中国劳动关系研究”，2004年1月9日。转自，“北京大军经济观察研究中心网站”（<http://www.dajun.com.cn>）。

²² “超过1/3农村劳动力转移，农民工成产业工人主体”，《北京晨报》，2004年1月20日，转自，“新浪网财经纵横网”（<http://finance.sina.com.cn>）。

的用工权被列入了权力下放的范围。1984年5月，国务院发布了《关于进一步扩大国营工业企业自主权的暂行规定》，提出在10个方面扩大企业的自主权，人事劳动管理权和工资奖金使用权成为其中的两项主要内容。在此阶段，除招工权外，企业的经营管理者拥有了对职工工资、福利的决定权和奖励惩罚权。

从1987年到1990年底，企业改革的基本思路转向政企分开、所有权和经营权分离，具体措施是推行承包经营责任制，并对一些小型企业实行租赁经营。在此阶段，改革的目标直指企业内部的“固定工”制度。1987年7月12日，国务院发布《国营企业实行劳动合同制暂行规定》，要求在企业新招的工人中推行劳动合同，合同期满后企业可根据需要续延或终止合同。1987年9月，原国家劳动人事部在“全国搞活固定工制度试点工作会议”上要求，在国营企业推行“优化劳动组合”，并允许企业辞退所谓“富余职工”。

从1991年到1993年，改革的基本思路是把企业推入市场，确立国有企业独立的法人地位。在此阶段，国务院于1992年7月23日发布《全民所有制工业企业转换经营机制条例》，原国家劳动部则于1993年2月2日发布了《关于实施“全民所有制工业企业转换经营机制条例”的意见》。该文件对《全民所有制工业企业转换经营机制条例》中企业的用工权和工资奖金分配权作了规定。按照这个文件的规定，企业拥有招收工人，依法确立、变更、终止或解除与职工劳动关系的自主权。1992年2月25日，劳动部发布《关于扩大试行全员劳动合同制的通知》，要求各省选择试点市、县，试行全员劳动合同制，范围要包括企业干部和工人。全员劳动合同制的试行，终结了在国有企业实行了40多年的“固定工”用工制度。

从1993年开始到1995年，改革的重点放在建立“产权清晰、责权明确、政企分开、管理科学”的所谓“现代企业制度”上。1993年11月召开的中共第十四届三中全会通过了《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》。《决定》提出，建立现代企业制度，是国有企业改革的方向。根据这个《决定》，劳动部在1993年12月发布了《关于建立社会主义市场经济体制时期劳动体制改革总体设想》，提出，以培育和发展劳动力市场为中心，废除统包统配的就业政策，形成劳动者自主择业、企业自主用工的用工制度，逐步打破城乡之间、地区之间劳动力流动的限制。

1995年至今，国有企业改革进入最后阶段。1995年9月，在中共第十四届五中全会上，通过了《中共中央关于制定国民经济和社会发展“九五”计划和2010年远景目标的建议》，明确提出了“抓大放小”的策略。所谓“抓大放小”，就是国家抓好一批在国民经济中起骨干作用的大型企业和企业集团，对国有中小企业则“放开”，并通过改组、联合、兼并、股份合作等多种形式，加快改组进度。而“抓大放小”策略和对国有企业实施的“鼓励兼并、规范破产、下岗分流、减员增效”措施（1993年）的一个重要后果是，从1994年起，中国突然出现大量的失业和下岗工人。

从上世纪90年代初，政府对原来由企业负担职工保险和福利的制度进行改革，目的是“减轻企业负担”并为劳动力在不同所有制企业之间的流动创造条件。十多年来，中国政府也一直在尝试按市场经济原则建立养老保险、失业保险、医疗保险、工伤保险和生育保险等制度，并建立了城市居民最低生活保障制度。

从上个世纪80年代中期开始，农业劳动力开始涌入城镇，90年代后期，由于大批乡镇企业破产和农业生产收益过低，农业劳动力转移的速度加快。1993年11月，劳动部推出“农村劳动力跨地区流动有序化”工程。1994年11月，劳动部发布了《农村劳动力跨地区就业管理暂行规定》。通过这些政策，政府试图将农业劳动力的转移纳入行政规管的范围。

回顾上述改革过程，我们不难看出，政府的改革政策侧重于扩大资本所有者和企业经营者的权力。在1989年发生了镇压民主运动的惨剧之后，中央政府在深化经济改革的政策目标之上，又加上了一个“保持社会稳定”的目标，当改革政策的实施遇到工人反对，“社会稳定”受到威胁时，政府便会对企业行为加以干预，而这种干预主要是出于对社会稳定的考

虑。

劳动法律体系的特点

1994年7月5日,第八届全国人民代表大会常务委员会第八次会议通过了《中华人民共和国劳动法》,该法于1995年1月1日起实施。这是中华人民共和国建国后颁布的第一部劳动法典。它从起草到颁布历经15年,草案修改32次。这部法律奠定了当代中国的主要劳动基准,规定了雇用双方的基本权利和义务,并为其它专项劳动法规的制定和执行提供了准绳。以《劳动法》为基础,中国的劳动法律体系逐渐成型。²³尽管如此,中国劳动者的权利状况并没有因此而得到应有的改善,这里,除了法律得不到尊重和执行外,《劳动法》本身也存在着严重的先天不足。

第一,法律对劳动者权利的规定针对个人多于针对集体,这种安排清楚地显示了政府刻意限制企业民主管理和独立工人组织的意图。《劳动法》对个人的劳动合同作了细致的规定。例如,在《劳动法》第三章“劳动合同和集体合同”的19个条款中,有16条涉及个人劳动合同;在有关用人单位终止、续延、解除劳动合同的理由和程序的条款中,均以劳动者个人而不是以集体作为适用对象。政府希望以上内容从法律技术上避免发生集体劳动纠纷。而在解除劳动合同的程序中,工会对管理方解除合同的决定只可“提出意见”,并无拒绝的权力(《劳动法》第30条)。在工资方面,法律明确规定雇主有权根据生产经营特点和经济效益,自主确定工资分配方式和工资水平(《劳动法》第47条),但却没有规定劳动者就工资水平和分配方式提出集体主张的权利。这些规定几乎完全排除了劳动者依靠集体力量获得职业保障和改善就业待遇与条件的可能性。

第二,在劳动者的组织权利上,《劳动法》与《工会法》的规定互相矛盾。《劳动法》第七条规定,“劳动者有权依法参加和组织工会。工会代表和维护劳动者的合法权益,依法独立自主地开展活动”。但是,依据《工会法》,劳动者“依法参加和组织”的工会只能是中华全国总工会(以下简称“全总”)系统的工会(见,《工会法》第2、10条);“依法自主独立自主地开展活动”必须以“坚持中国共产党的领导”为前提(《工会法》第4条)。而在中国的省、市、县(区)、乡(镇),以至企业的几乎所有层面上,“中国共产党的领导”实际上就是各级党组织书记个人的领导。在企业里,党委书记通常由经营管理者兼任或者指派,在地方政府里,领导一方政府的党委书记则往往与企业主和企业经营者之间有着千丝万缕的利益瓜葛。在这种情况下,工会在党的领导下开展工作,实际上就是在党组织的书记个人和企业经营管理者个人的领导下工作。在这样的现实中,《劳动法》第七条规定的组织权便落空了。

第三,《劳动法》对集体谈判权的规定,回避了“谁是真正的职工集体代表”这个最重要的问题,因此,有关集体谈判权的规定没有任何实际的意义。由于职工不能成立自己独立的组织,企业层次上的集体谈判只能由受企业主和管理方控制的工会干部充当职工一方的代表,这样就不可能有真正意义的集体谈判。在《劳动法》颁布之后,劳动部于1994年12月5日发布了《集体合同规定》,对集体合同制度的一些具体事项作了规定。2000年11月8日,劳动和社会保障部发布《工资集体协商试行办法》,规定企业劳资双方可以就有关工资分配制度、工资分配形式和工资收入水平进行协商,并签订集体合同。2004年1月20日,劳动和社会保障部发布了新的《集体合同规定》。这些规定都要求,以受政府和资方控制的全总系统工会代表职工进行集体协商(谈判)。当然,在《劳动法》和这些行政规章中都规定,在未建立工会组织的企业中,可以由职工民主推举的代表担任集体协商代表。但是,这样的协商谈判签订的集体合同在实际操作中又不能通过政府劳动部门的审查,因为各地政府规定,

²³ 范占江:“中国劳动立法现状与发展”,“中国劳动网”, (<http://www.labournet.com.cn>), 2003年10月9日。

集体合同的提交审查,必须附带工会的证明文件。²⁴

第四,中国的《宪法》、《劳动法》和《工会法》等都没有规定工人和工会有罢工的权利。根据劳动和社会保障部 2004 年 1 月发布的《集体合同规定》,对于集体协商过程中产生的争议,“双方当事人不能协商解决的,当事人一方或双方可以书面向劳动保障行政部门提出协调处理申请;未提出申请的,劳动保障行政部门认为必要时也可以进行协调处理”(第 49 条)。也就是说,即使工会和工人代表在集体协商中努力为工人争取权益,它(他)们也无法在发生争议的时候,付诸罢工手段向雇主施加压力。由此推论,雇主也就无需考虑工人和工会的要求。既然罢工不是工人和工会的法定权利,罢工行为便不受法律保护。现实中,罢工的组织者和积极参与者不是遭雇主解雇,便是被政府追究刑事责任。

2001 年修订后的《工会法》出现了有关处理停工、怠工的规定,即:“企业、事业单位发生停工、怠工事件,工会应当代表职工同企业、事业单位或者有关方面协商,反映职工的意见和要求并提出解决意见。对于职工的合理要求,企业、事业单位应当予以解决。工会协助企业、事业单位做好工作,尽快恢复生产秩序”(第 27 条)。这里所说的“停工、怠工事件”,所指其实就是罢工。这一条款可以理解为:(1)《工会法》承认工人停工、怠工行为有其合理性;(2)确定了企业工会在处理怠工、停工事件中的角色是“代表职工”。而在 1992 年颁布的《工会法》中,企业工会被要求“会同企业行政”处理事件(第 25 条)。可以说,在确立集体争议权方面,2001 年《工会法》在法律条文上有了进步。

不过,由于组织权不在工人手上,到目前为止,这种“进步”也只停留在法律条文上。因为 2001 年的《工会法》仍然规定了中华全国总工会的垄断地位和共产党对它的领导,而在地方和企业层面上又实际表现为地方政府和管理方(企业党组织书记个人)对工会的控制。因此,这样的工会实际上既不能也不愿代表职工,也不可能履行《工会法》对赋予工会的各项维权职能。这就凸显了 2001 年《工会法》条款之间的自相冲突。

第五,政府行政管理的功能大于劳动权益保障的功能。这一点在《劳动法》的制定和颁布过程中就已经决定了。《劳动法》的起草过程始终都是由政府劳动行政部门主导的,并没有社会各阶层的广泛参与和公开讨论。当裁判者(政府、法院、检察院等)为自己立法,立法的结果是使法律有利于裁判者。²⁵原劳动部(现在的劳动和社会保障部)在起草这部法律时,便利用起草法律的机会“借法扩权”(using law drafting to expand ‘sphere of influence’),加入不少政府劳动部门的权力。²⁶这一问题尽管在法律起草后期得到纠正,以至行政管理色彩在正式的法律文本中得到掩饰,但在整个劳动法律体系中,这种行政管理的痕迹还是随处可见。由于《劳动法》对劳动者权益的规定大多比较空泛,以至各项权利只能由政府劳动行政部门的行政规章作出具体规定。因此,劳动部在这部法律颁布之后,又发布了许多“配套规章”,在这些规章中顺便加入了更多的政府意志。²⁷

当集体权利在《劳动法》及其相关的“配套规章”中得不到体现时,政府行政管理的作用就变得更加重要了。于是,劳动法律颁布实施后的实际效果便是,第一,进一步抑制了职工的罢工和自由组织工会等权利,而这种抑制又使劳动法律的贯彻落实更加依赖行政权力,

²⁴ 北京市劳动保障局:“审查集体合同需报送材料”,“北京劳动保障网”(http://www.bjld.gov.cn);天津经济技术开发区管理委员会劳动人事局:“如何办理集体合同审查备案”,“泰达政府门户网”(http://www.teda.gov.cn)。

²⁵ 谢晖:“权力缺席与权力失约——当代中国的公法漏洞及其救济”,《求是学刊》,2001 年第 8 期,第 59-65 页。

²⁶ Ngok King Lun, “The Formulation Process of the Labour Law of the People’s Republic of China: A Garbage Can Model Analysis”, Ph.D Dissertation, City University of Hong Kong, October 2000, Chapter One, footnote 11.

²⁷ 例如:《劳动法》第三条规定,劳动者享有平等就业和选择职业的权利。在 1994 年 11 月 17 日劳动部颁布的《农村劳动力跨省流动就业管理暂行规定》则规定,用人单位如需跨省招用农村劳动力,须经劳动就业服务机构核准;需招收人员的行业、工种,应在本地无法招足所需人员的行业、工种。此规定为以后各地方政府制定限制农民工就业的政策提供了依据。

从而导致行政权力膨胀；第二，由于在处理劳动关系时政府的行政权力过大，一旦政府官员因贪污受贿而行政不作为甚至执法不公，职工在其权益受到侵害时不但失去获得政府协助的机会，更会遭到来自官员本人的进一步伤害；第三，职工一旦采取《劳动法》中没有规定的行动，如罢工、游行示威、成立独立的组织等，更会遭到政府逮捕和起诉，而在诉讼过程中，也更容易获罪。

另外，中国现有的劳动争议仲裁制度在落实劳动法律和维护劳动者权利方面的作用也十分有限。在《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》（1993 年）的规定中，劳动者作为当事人，同样是以个人名义参与仲裁活动，²⁸ 而工会则被放在了调解人和仲裁人的位置上或者在仲裁程序中为工人提供支持和帮助（第 30 条）。在依据这一条例设立的市、市辖区、县等各级劳动争议仲裁委员会中，地方工会的代表虽然是委员会的成员，但在实际操作中，工会代表很少参与仲裁活动，仲裁裁决由劳动行政部门的官员作出。

《劳动法》颁布实施以来，除存在上述问题并引发一系列社会后果外，还遭遇着执行中被大打折扣的窘境。这些是以下章节所要讨论的。

²⁸ 例如，2001 年 10 月 29 日，深圳美亚电器制品厂 1000 多名员工停工静坐，抗议厂方长期不按当地最低工资标准向员工支付工资，不按法律规定支付加班工资以及在停工待料期间不支付生活费等作法。两天之后，厂方答应了工人的要求，工人复工。10 天之后，厂方陆续解雇了 300 多名员工，并在 11 月 12 日以“煽动罢工，破坏生产，给企业造成巨大经济损失”为由，将李高树、何小均、刘明等三位员工开除。李高树等三人向当地劳动争议仲裁委员会申请仲裁。对这一申诉请求和争议事实相同的争议案件，劳动争议仲裁委员会要求三名申诉人以个人的名义提出仲裁申请。

第二章 法律与政策的冲突（1）：对城市工人劳动权益的制度性剥夺

2002 年 3 月，在第九届全国人民代表大会第五次会议上，国务院总理朱镕基在《政府工作报告》中提出，政府应当关心弱势群体。这是“弱势群体”一词首次见诸官方文件。从此，在媒体和理论界善意的关注中，被视为“弱势群体”不仅包括下岗失业工人、农民工，也包括在各类企业中权利受到侵害且得不到保护的在职工人。²⁹ 本报告虽然沿用“弱势群体”这一表述，但我们认为，工人，尤其是在职工人，这一本该强大的社会阶层之所以成为“弱势群体”，真正原因在于他们自我组织的权利被剥夺了，当一个规模庞大的社会阶层被迫处于分散的个体状态时，这个阶层被沦为社会结构的底层是必然的。³⁰

一、国企改革与解除劳动合同：政策主导下的违法操作

在国有企业二十多年的改革过程中，城市工人的就业权受到三次冲击。第一次是在上个世纪 80 年代后期和 90 年代初期，中央政府在全国范围内推行劳动合同制，取消了工人的“固定工”和“终身就业”权。第二次冲击发源于 90 年代中后期，当时中央政府为振兴国有企业，提出“减员增效”政策，几年间，国有企业数以千万计的工人被迫下岗失业。第三次冲击来自进入本世纪至今尚未结束的国有企业转制。在转制过程中，工人被要求先与改制前的企业解除劳动合同，然后在毫无选择余地的情况下，在按照企业新雇主的意愿制订的劳动合同上签字。事实上，工人能否在改制后的企业就业，决定权完全在新雇主的手上，而这些新雇主中的绝大部分又都是企业改制前的厂长或经理。由此可见，城市工人就业权受到的这三次冲击，都是政府的“改革”政策所赐。一方面，国家不再为工人提供就业保障；另一方面，政府仍然禁止工人自己组织起来争取包括就业权在内的各项劳工权利，为了维持“社会稳定”，保证“良好的投资环境”而压制工人的集体维权行动。在这个背景下，国有企业改制的必然后果是侵害工人的就业权利。

职工代表大会与企业改制过程的“黑箱操作”

在企业改制中，有两个与工人利益相关的重要问题：一是对工人的安置，即工人在改制后的就业出路；二是对工人的经济补偿。在中央和地方各级政府的改制文件中，均要求将改制方案提交职工代表大会讨论通过，这种要求至少在名义上兼顾了工人的利益。以下是一些文件的有关内容：

国有企业改制方案和国有控股企业改制为非国有的企业的方案，必须提交企业职工代表大会或职工大会审议，充分听取职工意见。其中，职工安置方案需经企业职工代表大会或职工大会审议通过后方可实施改制。

— 国务院国有资产监督管理委员会“关于规范国有企业改制工作的意见”

被并购企业应向职工代表大会通报并购方案，充分听取职工意见，其中职工分流安置方案须经职工代表大会审议通过。

— 北京市“关于境外投资者和境内非公有制经济组织并购国有工业企业暂行办法”

国有企业产权制度改革方案，须经职工代表大会或职工大会审议并形成决议，由同级经贸主管部门牵头，会同国资、财政、土地、工商、劳动、税务、环保等有关部门论证后，准予实施。

²⁹ 郑杭生：“前言”，载于郑杭生主编《中国人民大学中国社会发展研究报告 2002 — 弱势群体与社会支持》，摘自“人民网”（<http://www.china.org.cn>），2003 年 1 月 20 日。

³⁰ 鉴于对两类“弱势群体”权益的分析篇幅过长，我们将其分为两章。在本章中，主要分析城市工人的劳动权益问题。

在 1986 年 9 月国务院颁布的《全民所有制工业企业职工代表大会条例》中，职工代表大会被赋予了 5 项职权。这个在 18 年前颁布的法律，不可能赋予职工代表大会对企业改制进行监督的权力。³¹ 因此，上述政策实际上是赋予职工代表大会一项新的职权。通过对改制过程的监督，政府希望能够对国有企业改制操作者的“黑箱作业”形成一定程度的制约，并使工人的不满得到抚慰。但是，改制中的事实证明，对工人来说，通过职工代表大会对改制进行监督是一种奢望。

第一，改制政策的实施通常是以贯彻行政命令的方式进行的，并被各级政府要求在限定时间内完成。作为改制操作者，政府部门和企业的管理者为了在限期内完成改制任务而无视职工代表大会的存在。一位华北胜利油田的工人在写给《中国经济周刊》的信中说：“虽然下发的文件上是要做到个人自愿报名，然后单位审核。可同时又规定了在两个月内必须买断 2 万多人的硬性指标，指标必须完成。如果是自愿的怎么会有时间和名额的限制，何谓自愿？”另一位同在胜利油田的工人在来信提到：“可气的是，在基层具体的实施过程中，基层的很多领导干部采取威胁、恐吓的态度要挟我们，如果我们不买断，以后就会让我们首先下岗，因为我们没有让他完成买断的指标。”³²

第二，职工代表大会即使召开，也只是在改制的最后阶段被用来宣布改制决定。由于工人无法获知政府有关该制的文件内容，改制操作者们又往往有意隐瞒有关信息，³³ 在职工代表大会召开之时，“生米已经煮成熟饭”，改制方案早已变成了有法律效力的文件。位于浙江余杭的均华集团就是一例。该公司曾是国家一级企业，在 2003 年为讨论企业改制而召开的职工代表大会上，职工关心的一些问题，如公布企业账目、公布企业的收购者、追究造成企业亏损者的法律责任等都不在职代会讨论的范围内。此后，工人们发现，集团中仅有的两家赢利企业都被原集团董事长儿子和女儿收购了。³⁴

第三，改制操作者通过对职工代表的利诱与威胁等手段，达到通过改制方案的目的。例如，在山西省太原市塑料四厂股份制的改制方案中，拟定职工出资占有改制后企业股份的 30%，原任厂长占 57%，拥有控股权。为使这一改制方案在职工代表大会上得以通过，原任厂长在职代会召开之前分别召见职工代表，警告他们，如果不同意这个改制方案，将被企业除名。在职工代表大会代表分组讨论这个方案时，该厂长将自己的儿子、儿媳和其他亲属安排在每个小组，最后迫使很多职工代表违心“同意”了改制方案。³⁵

在改制中，职工代表大会之所以形同虚设，主要原因还是职工没有独立地组织起来并缺少能够表达和维护他们利益的代表。当企业的负责人刻意避开职工代表大会时，职工没有任何可以依赖的组织和可以付诸的手段向他们施加压力，只能坐以待毙。而政府有关部门既然用行政命令要求企业限期完成改制，当然也会默许这种违规操作。

³¹ 在 1986 年 9 月国务院颁布的《全民所有制工业企业职工代表大会条例》中，职工代表大会被赋予的五项职权包括：“听取和审议行政负责人的工作报告或有关重要问题的报告；审查同意或否决工资、奖金分配方案及重要规章制度；审议决定有关职工福利的重大事项；评议监督各级领导干部，提出奖励或任免建议；选举或推荐行政领导人”。

³² 西木：“买不断的工龄”，《中国经济周刊》，2004 年第 2 期。转自，“人民网”，（<http://www.people.com.cn>）。

³³ 原江苏省南通海安公路管理站在 2002 年下半年改为股份制的南通万达公路养护有限公司。改制依据的文件是江苏省交通厅 2002 年 6 月 24 日发布的《全省公路、航道机构事企分开的指导意见》。据该公司工人的公开信，工人们直到改制后的 2003 年 6 月才看到这个文件的全文。与改制有关的操作性文件是南通市公路处在 2002 年 9 月 28 日发到海安公路管理站的，但是原管理站的负责人事隔一个月才在全体职工大会上宣读，而在此前的 10 月 18 日，已经确定了股份制企业的发起人。见，南通万达养护公路有限公司广大职工：“看看我们的改制”（2003 年 7 月 15 日），摘自“中路社区网”，（<http://www.chinahighway.com>）。

³⁴ 央视国际：“均华集团：改制引发矛盾”，“中央电视台经济频道”，（<http://www.cctv.com>），2004 年 2 月 20 日。

³⁵ 关明：“是改制还是侵权？——来自太原市塑料四厂企改的调查”，“天讯在线”（<http://www.grrb.com.cn>），2001 年 8 月 24 日。

在缺少职工监督的情况下，企业改制过程中的黑箱作业非常普遍。企业改制方案是由改制的操作者们(包括地方政府主管部门的官员和企业的负责人)研究确定的，在这一过程中，方案的内容对工人严格保密。当工人从其他渠道得知或最终发现改制方案严重侵害了他们利益的时候，他们的抗争往往愈加剧烈。³⁶

在改制的黑箱作业中，操作者常用的手法是，故意隐瞒信息甚至恶意制造虚假信息以误导工人，使工人们在计算不同安置方案的得失时（例如，是一次性领取经济补偿金还是用这笔款项入股以换取在改制后企业的就业岗位），会因信息误导而“自愿选择”对自己不利的、操作者希望的方案。³⁷ 辽宁省自1998年开始大规模实行企业改制。按照省政府的规定，对工人支付补偿金的标准为工作时间每满一年，发给相当于一个月工资的补偿金。不同市县规定的补偿金标准不一，高的一年工龄支付440元，最低的一年工龄只有67.4元。对依法不可买断工龄的工伤残职工，也实行一次性“工龄买断”。职工在不了解企业实际经营状况的情况下，更受到企业领导们恫吓，他们担心如果现在不买断工龄拿点补偿金，日后企业破产就什么也拿不到了，因此，尽管不满经济补偿金标准太低，也只得签字同意买断工龄。³⁸ 2003年10月，成都市人民商场约300名职工因改制问题发动罢工。罢工的原因是当地政府将这个仍在盈利、资产达9亿元人民币的企业，以3亿元的价格出售给四川迪康科技药业股份有限公司，而职工买断工龄的经济补偿金标准仅为917元，而且，这笔补偿金要留在企业做经营周转资金，职工们在退休之前还拿不到。至于这个每年工龄补偿917元的标准是根据什么确定的？9亿元的资产怎么就估算成了3亿元？这些过程职工并不知情。³⁹

劳动合同的相关法律与地方政府的改制政策

在国有企业改制过程中，工人们最为关心的问题是他们今后的就业出路。但是，各级政府发布的改制文件却常常将重点放在改制之后有关解除劳动合同的规定上，而这些规定又是与劳动法律相抵触的。《劳动法》第20条规定：“劳动者在同一用人单位连续工作满十年以上，当事人双方同意续延劳动合同的，如果劳动者提出订立无固定期限的劳动合同，应当订立无固定期限的劳动合同”。这一规定为年龄较大、工龄较长的工人提供了较好的职业保障。此外，《劳动法》和一些地方性法规亦对在“无过失”情况下解除劳动者劳动合同的条件作了严格规定。⁴⁰ 然而，在各地改制的政策文件中，对劳动合同的解除条件和劳动合同期限均作出了重大的修改。表2.1是一些地方性劳动合同的法律规定和改制政策中有关规定的比较。

³⁶ 经过2000年的大幅度减员，吉林油田7万员工中有1.6万人“提前退养”或者“买断工龄”。裁员之后，在岗员工年均奖金比2000年翻番，达到5000元以上；而油田领导干部们的收入更是急速膨胀，2001年普通科级干部奖金超万，处级干部达到5万元以上，局级干部达到10万元以上，公司的副总经理和总经理的奖金竟达到30万元和50万元！相比之下，“提前退养”的员工每月只有800至900元的生活费；“买断工龄”的员工按30年工龄计算也仅拿到9万元。巨大的反差，激起被裁减员工的强烈不满，导致了从2002年4月份开始的和平请愿上访，为期长达100天。见，东北工言：“吉林省松原市石油工人上访100天的调查报告”，“人民春秋网”（<http://maostudy.org>），2003年5月15日，总第37期。

³⁷ 石秀印：“下岗失业劳动者的生活状况和社会救助需求”，“社会政策网”（<http://www.social-policy.info>）。2002年7月25日。

³⁸ 陈尧：“劳动合同形同虚设，职工权益屡遭侵犯”，“天讯在线”（<http://www.grrb.com.cn>），2001年5月28日。

³⁹ “成都人民商场职工罢工，工人代表被抓”，“中国劳工通讯-行动号外第34期”（<http://www.clb.org.hk>），2003年11月11日。

⁴⁰ 《劳动法》的规定如下：第二十四条，经劳动合同当事人协商一致，劳动合同可以解除。第二十六条，有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同，但是应当提前三十日以书面形式通知劳动者本人：（一）劳动者患病或者非因工负伤，医疗期满后，不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的；（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；（三）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的。第二十七条，用人单位濒临破产进行法定整顿期间或者生产经营状况发生严重困难，确需裁减人员的，应当提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见，经向劳动行政部门报告后，可以裁减人员。用人单位依据本条规定裁减人员，在六个月内录用人员的，应当优先录用被裁减的人员。

表 2.1 地方政府有关劳动合同的法律规定与改制政策之比较

	有关劳动合同的地方性法规	地方政府有关企业改制的文件
安徽省	第十九条 根据《劳动法》第二十四条规定，经当事人双方协商一致，劳动合同可以解除。 第二十条 用人单位解除劳动合同，必须严格按照《劳动法》第二十五条、第二十六条、第二十七条规定执行。 - 安徽省劳动合同管理暂行办法	国有中小企业实施改制时，应依法解除或终止原与职工签订的劳动合同，职工原有身份不再保留，可以由改制后的企业重新聘用，也可以进入社会自谋职业。在改制后的企业中重新就业的，应与企业建立新的劳动关系。 - 安徽省人民政府批转经贸委关于进一步加快我省中小企业改革发展若干政策意见的通知
黑龙江省	第二十五条 有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同，但是应当提前 30 日以书面形式通知劳动者本人或者向劳动者支付 1 个月的工资后，方可解除劳动合同： （三）劳动合同订立时所依据的生产（工作）条件等客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经双方当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的。 - 黑龙江省劳动合同管理规定	企业改制为国有资本全部退出的民营企业或外资企业，原企业应当与职工解除或终止劳动合同，并按规定由企业计发经济补偿金或生活补助费。 对改制后仍保留国有资本的企业，原企业也应当与职工解除或终止劳动合同。 - 哈尔滨市关于加快推进市属国有工业企业改革改制工作的意见
湖北省	第十六条 劳动合同在履行过程中，双方当事人因某种原因，在平等自愿的情况下，通过协商一致，可以解除劳动合同。 当国家法律、法规规定或者劳动合同约定的可以解除劳动合同的情况出现时，劳动合同一方当事人也可以单方面提出解除劳动合同。 - 湖北省劳动合同管理试行办法	企业改制时，企业职工应与原国有企业解除或终止劳动关系，办理解除或终止劳动合同手续，并给付或预留一定经济补偿金。 - 武汉市政府关于进一步加快国有企业改革的政策⁴¹
河北省	第十九条 有下列情形之一的，劳动合同终止： （四）用人单位依法宣告破产、注销或者被撤销的； （五）法律、法规、规章规定或者劳动合同当事人约定的其他终止条件出现的。 第二十条 劳动合同当事人按照《中华人民共和国劳动法》的规定可以解除劳动合同。 - 河北省劳动合同管理办法	对分流到国有法人绝对控股改制企业的职工，应当采取原主体企业解除劳动合同。 对分流到非国有法人控股改制企业的职工，原主体企业应当与其办理解除劳动合同手续，并依法支付经济补偿金。 - 河北省劳动和社会保障厅文件⁴²

从表 2.1 中可以发现改制政策与劳动法律之间的冲突。改制中，各地对工人的劳动合同采取了一致的政策——解除或者终止，而解除和终止的条件都是违背劳动法律规定的。首先，在解除或者终止劳动合同的时候，法律要求用人单位与工人“协商一致”，而各地政府的政策却否定了这一点；再者，根据政策被解除了劳动合同的工人，并没有出现法律规定的“患病或者非因工负伤，不能从事原工作”或者“不能胜任工作”的情况；最后，用人单位也非“濒临破产进行法定整顿期间或者生产经营状况发生严重困难，确需裁减人员。”即使根据《劳动法》第二十六条第（三）款——“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议”，也不能为各地强行解除和终止工人劳动合同的规定找到法律依据，根据法律规定，“改制”并非足以影响到劳动合同的履行。⁴³

⁴¹此文件取自“中国武汉市武昌区招商资讯网”(<http://www.wuchanginvest.gov.cn>)，原件名称可能有异。

⁴²原件名称不详。取自，“中国劳动网”(<http://www.chinalabournet.com>)2003 年 11 月 13 日发布的一条消息，该消息名称为“河北省出台新办法规范富余人员劳动关系”。

⁴³例如，《中华人民共和国民事诉讼法通则》第四十四条第二款规定：“企业法人分立、合并，它的权利和义务由变更后的法人享有和承担”。《北京市劳动合同规定》第二十七条规定，用人单位发生合并或者分立等情况，原劳动合同继续有效，劳动合同由继承权利义务的用人单位继续履行。《浙江省劳动合同办法》第 22 条规定，用人单位经营方式发生变化，劳动合同应当继续履行。用人单位资产性质发生变化，变化后新成立的

在原有的劳动合同解除后，工人必须与改制后的企业签订新的劳动合同。根据各地政府的改制政策，工人能否与改制后的企业签订“无固定期限的劳动合同”要取决于管理方。2003年7月由劳动和社会保障部、财政部、国务院国有资产监督管理委员会发布的《关于国有大中型企业主辅分离辅业改制分流安置富余人员的劳动关系处理办法》要求，用人单位在职工符合签订无固定期限劳动合同条件的时候，如果“职工提出签订无固定期限的劳动合同，用人单位应当签订无固定期限劳动合同”；但是，如果“改制企业与职工重新签订劳动合同就劳动合同期限不能协商一致的，应当继续履行原劳动合同中尚未履行的期限；原劳动合同未履行期限短于3年的，应延长至3年”。这一规定实际上是否定了工人签订无固定期限劳动合同的权利，如果改制后的企业不愿意签订这种合同，这些工人就只能得到为期3年的劳动合同。由此可以看出，政府的政策超越了法律的规定，确定劳动合同期限要取决于企业管理方的意愿而并非依循劳动法律。通过这些分析，我们看到，在国有企业的改制中，政策常常与法律发生冲突，而在两者的冲突中，政策总是优于法律甚至最终取代法律。

“身份置换”的实质与经济补偿金的支付

政府推动企业改制的的一个重要的目的，是甩掉所谓的“国有企业的社会负担”。当国有企业转变为私营企业后，作为国有企业实际所有者的各级政府也就无需再为工人负担社会保障费用和福利费用。为达到这一目的，政府在改制中推行了被称为“买断工龄”的“身份置换”政策，由改制企业支付给职工一笔经济补偿金，在领取这笔经济补偿金后，职工便不再拥有“国有企业职工”的身份，他们再也无权向政府提出任何经济要求。

经济补偿金的支付标准是职工的工龄，而按工龄折合的补偿金数额则是由各地政府单方面确定的，通常，一年的工龄折合一个月的当地平均工资。经济补偿金本无支付上限，换言之，改制企业应当按照职工的实际工龄长度支付。但是，在一些地方政府制定的改制文件中，将经济补偿金支付的上限定为12个月，至于那些工龄超过12年的职工，也只能领取到相当12月工资的经济补偿金。⁴⁴ 根据劳动和社会保障部2002年12月对66个城市的调查数据，职工月平均工资收入为906元。⁴⁵ 依此计算，相当于12个月工资的经济补偿金仅为10872元。这里有必要指出，工人们要用这笔微薄的经济补偿金支付多种费用：他们要支付养老保险费，否则达到退休年龄时领不到养老金；或者购买改制后企业的股份，否则雇主不允许上岗；或者用作自谋职业的投资；或者为子女支付教育费用。仅以有关的社会保险福利费用为例，1998年改制初期，国有单位的从业人数为9058.1万人，为职工支付的保险福利费用总额为2797.4亿元人民币，⁴⁶ 人均保险福利费为2315元。如果按照“买断工龄”的工人平均距退休年龄尚

用人单位可以与劳动者协商变更劳动合同并应按照有关法律的规定支付相应的经济补偿金。《山东省劳动合同条例》第19条规定，用人单位资产性质或经营方式发生变化，其主体资格未改变的，劳动合同应当继续履行；主体资格改变的，变更后的用人单位可以与劳动者协商变更或者重新订立劳动合同，变更或者重新订立的劳动合同期限不得少于原劳动合同未履行的期限。

⁴⁴ 例如，在江苏省景德镇市人民政府2000年6月发布的《景德镇市企业劳动用工管理办法（试行）》中规定：国有企业改制后未进入改制后企业的职工，区分不同情况解除劳动关系。（一）...（二）实行劳动合同制以前参加工作的全民所有制职工可从以下两种安置办法中任选一种改变原身份，并与企业解除劳动劳动关系：（1）按本人12个月工资的标准，发给经济补偿金，并按规定享受失业保险；（2）一次性发放安置费，不再享受失业保险...发给职工的一次性安置费不高于全市职工上年平均工资的3倍（第十五条）。在安徽省经济贸易委员会2001年9月发布的《关于进一步加快我省中小企业改革发展的若干政策意见》中，规定：因企业改制与原企业解除劳动合同的职工，由企业按实际工龄，每满一年发给职工一个月工资标准的补偿金。因企业改制依法与原企业终止劳动合同的职工，按其每一年工龄给予本人一个月工资的标准发给补助费，但最多不超过12个月（第六条）。

⁴⁵ 数字来源：劳动科学所“转型时期中国劳动关系问题研究”课题组（郭悦执笔）：“转型时期中国劳动关系研究”，2004年1月9日。转自，“北京大军经济观察研究中心网站”（<http://www.dajun.com.cn>）。

⁴⁶ 数字来源：国家统计局人口和社会科技统计司、劳动和社会保障部规划财务司编《中国劳动统计年鉴（1999年）》，中国统计出版社1999年10月版，第13、551页。根据该年鉴的“主要统计指标解释”，“保险福利费用总额是指各单位在工资以外支付给职工和离、退休人员个人和用于集体的保险福利费用，包括：医疗

有10年的时间计算，他们至少需要23150元来自己支付这些费用。

事实上，就是如此微薄的经济补偿金，很多企业也不能及时足额支付。这些企业在改制之前基本上处在停产、半停产或者濒临破产的状态，都有不同程度的债务，有些企业甚至已经长期拖欠着工人的工资、养老保险费、集资款、医疗费、各种补贴、住房公积金等。据黑龙江省劳动和社会保障局调查，在有下岗失业工人的国有企业中，具备支付补偿金和偿还债务能力的企业仅占1.4%；有部分支付能力的占20.2%；完全没有能力支付的占78.4%。⁴⁷ 根据劳动和社会保障部2002年12月的调查数据，在中央政府所属的国有企业中，工人尚未领到经济补偿金的比例是24.3%；地方国有企业的比例达42.1%；集体企业的比例高达57.8%。⁴⁸

2003年2月25日，经济学家吴敬琏先生呼吁：改制中，政府首先应该切出足够的国有资产，以偿还对老职工的社会保障欠账。⁴⁹ 其实，这里的关键问题是，没有足够的政治上、舆论上及来自社会的压力，政府和企业是否愿意将有效资产切出来呢？如果中央政府由此意愿，地方政府是否愿意效仿呢？即使中央和地方政府都愿意切出部份资产来偿还社会保障欠帐，在没有独立于政府的管理机构监管的情况下，又怎能保证这些资产不被腐败者贪污或者挪作他用呢？不解决这些根本问题，吴先生的呼吁便不会有实际效果，中国的社会保障也就很难有足够的资金。

2002年11月，国家经济贸易委员会、财政部、劳动和社会保障部等7个中央部委和全国总工会联合发布《关于国有大中型企业主辅分离辅业改制分流安置富余人员的实施办法》，该政策启动了以国有资产为社会保障资金来源的新尝试。该《实施办法》规定，国有企业要将企业的非主业资产、闲置资产和破产企业的有效资产等“三类资产”与主体企业分离，将这三类原属于国有的资产改制为非国有法人控股的法人实体。⁵⁰ 对那些进入这类企业的人员，原主体企业要依法与其解除劳动合同，并支付经济补偿金。职工个人所得经济补偿金，可在自愿基础上转为改制企业的等价股权或债权。这个善意的“以股权拥有替代经济补偿”的政策，在实际操作中并不能保证职工拥有的股权最终能够转变成真实的经济收入，甚至最后使工人们手中的股权变为债务。原因很简单，上述“三类资产”盈利的可能性极小甚至根本不可能赢利。以“非主业资产”为例，它是原企业为职工提供福利服务的部分，包括企业兴办的酒店、餐馆、娱乐场所等。近十多年来，此类服务性行业的市场已经基本饱和，投资风险极高。⁵¹

综上所述，一方面，政府的改制政策与劳动法律的冲突造成了急剧上升的劳动争议，另一方面，政府在改制过程中默许甚至纵容操作者营私舞弊，以权谋私，既在一夜之间成就了数以万计的“新兴富豪”，也造就了数以千万计的城市弱势群体。通过以上分析，我们可以看到，企业改制之所以会造成对工人权益的严重侵害，除了工人无权组织和形成集体力量的

卫生费、丧葬抚恤救济费、职工生活困难补助、退休费、交通费补贴等。

⁴⁷ 数字来源：赵忆宁、刘心惠、钟立：“中国城市贫困人口分析”，《瞭望新闻周刊》2002年4月8日，第15期。转自，“香港中文大学中国研究服务中心网站”（<http://www.usc.cuhk.edu.hk>）。此数字所指年份不详，根据文章发表时间估计，当在2000-2001年。

⁴⁸ 数字来源：劳动科学所“转型时期中国劳动关系问题研究”课题组（郭悦执笔）：“转型时期中国劳动关系研究”，2004年1月9日。转自，“北京大军经济观察研究中心网站”（<http://www.dajun.com.cn>）。

⁴⁹ 吴敬琏：“划拨国资前先补上社保欠账”，“新华网”（<http://big5.xinhuanet.com>），2003年2月26日。

⁵⁰ 按照这个政策的定义，非主业资产指按照企业改革发展的要求和专业化分工原则，需要分离的辅业资产、后勤服务单位的资产以及与主业关联度不大的其他资产；闲置资产指闲置一年以上的企业资产；关闭破产企业的有效资产指政策性关闭破产企业中，符合国家产业政策、有一定获利能力，并用于抵偿职工安置等费用部分的资产。

⁵¹ 2003年3月28日，“大洋网讯”报道，从1999年举办世博会以后，昆明的酒店价格持续走低。位于市中心区的一家四星级宾馆在2002年的营业收入只有4000万元左右，在支付了各种费用和贷款利息后，仅赢利数万元。云南省旅游局行业管理处处长认为，酒店价格偏低的首要原因是昆明酒店多了，供给大于需求。见，“盲目建设留恶果，昆明酒店打价格战”，“大洋网讯”（<http://dailynews.dayoo.com>）。2003年北京“萨斯”危机之后，据分析人士的保守估计，约有20%到30%的弱小和不规范的餐饮企业将因此出局。见，“本报调查：北京餐饮业面临大洗牌”（2003年5月26日），“北京现代商报网站”（<http://www.bjbusiness.com.cn>）。

原因外，还包括：（一）地方政府在制定改制政策时，几乎没有考虑过工人的权益；（二）中央政府有关在改制中兼顾工人权益的政策姗姗来迟。从90年代后期至2003年11月，中央政府没有颁布过任何规范企业改制活动的法规或者文件。直到2003年11月30日，国务院办公厅才转发了国务院国有资产监督管理委员会发布的《关于规范国有企业改制工作的意见》。而这时，地方政府与法律相抵触的诸多改制政策已经执行了多年，迟到的《意见》已无法纠正地方政府的政策所造成的后果；（三）当政策与法律不一致甚至冲突时，法律迅即丧失权威性，得不到尊重和实行；（四）改制的操作者们垄断了信息和权力，没有组织的职工既不了解企业的经营状况，也无权参与改制过程，这使改制操作者可以在整个过程中肆无忌惮地违规运作，在完成政府改制指标的同时，也通过黑箱作业为自己非法获取了大量财富。

二、工人的就业权利与劳动条件：企业改制后工人的处境

上述的分析表明，从国有企业的“减员增效”到企业改制，从无固定期限劳动合同被废止到“买断工龄”，工人的就业权利彻底失去了保障。在数千万下岗工人中，最终能够重新就业者比例甚低，这些人最终被迫融入了庞大的失业大军。

再就业扶持政策与工人再就业的困境

1994年颁布的《劳动法》已经明确免除了政府对城镇劳动力就业的安置义务，代之以政府“促进就业”的协助责任。为此，中共中央、国务院在2002年9月30日颁布了《关于进一步做好下岗失业人员再就业工作的通知》，从那时起至今，劳动和社会保障部、中共中央宣传部、国家计委、国家经贸委、监察部、财政部、建设部、国土资源部、中国人民银行、国家税务总局、国家工商总局等政府部门和全国总工会，相继出台了有关对下岗失业人员享受再就业扶持政策的8个配套文件，即《关于下岗失业人员从事个体经营有关收费优惠政策的通知》、《关于印发〈进一步做好下岗失业人员再就业工作宣传提纲〉的通知》、《关于贯彻落实中共中央国务院〈关于进一步做好下岗失业人员再就业工作的通知〉若干问题的意见》、《关于促进下岗失业人员再就业资金管理有关问题的通知》、《印发〈关于国有大中型企业主辅分离辅业改制分流安置富余人员的实施办法〉的通知》、《关于下岗失业人员再就业有关税收政策的通知》、《关于促进下岗失业人员再就业税收政策具体实施意见的通知》、《关于印发〈下岗失业人员小额担保贷款管理办法〉的通知》。有人认为，这8个配套文件的出台，标志着中国政府积极的就业政策框架已基本明确。⁵²

然而，上述政策制定的根本目的，并非协助劳动者实现就业的权利，而是“为了确保社会稳定，为深化改革和促进发展奠定更好的基础”（见，《关于进一步做好下岗失业人员再就业工作的通知》）。通过文字表述，这些政策不但指出了多方面的就业途径，包括：发展第三产业，拓展商贸、餐饮等传统服务业领域的就业渠道；鼓励发展个体、私营、外商投资、股份合作等多种所有制经济扩大就业；鼓励和扶持下岗失业人员自谋职业和自主创业等等，也提供了各种扶持就业的措施，包括：减免税收、提供小额贷款、提供开业及场地上的便利、简化下岗失业人员开业的相关手续、建立公共就业服务制度、提供免费职业培训等等。但是，深入考察后发现，这些就业途径和就业措施不过是文字上的表述而已，因缺少必要的实施条件，政策的效果与官方公布的统计数字差别甚大。

中国城镇下岗失业工人、城镇新增劳动力和农村流动劳动力构成了城市就业的三大压力。在“第十个五年计划”期间（2001年—2005年），城乡新增劳动力将达到高峰，加上现有城镇下岗失业人员，每年城镇需要提供的就业岗位达到2200至2300万个，而每年新增的就业岗位则只有700至800万个，年度劳动力供求缺口为1400万到1500万个。同时，农村还有

⁵² 郑勇：“我国再就业配套政策全部出台”，《工人日报》，2003年1月25日，第（1）版。

1.5 亿富余劳动力需要转移。⁵³

既然政府要通过“市场导向”解决就业和再就业问题，那么，政府的行政政策对劳动力市场的宏观控制能力就非常有限了。正像政府无法以行政手段阻止农民工涌入城市那样，它也不可能阻止企业按照劳动力市场的供求现状选择劳动力。根据劳动和社会保障部 2002 年 12 月对 66 个城市的调查数据，下岗职工中 40 岁以上的人数占 43.8%，其中 40—44 岁的占 19.9%，45—49 岁的占 23.9%，50—54 岁的占 11.3%，55 岁以上的占 5.7%。在下岗职工中，初中文化和初级技工以下的分别占 75% 和 35%。相当部分人是在过去计划体制下被分配到国有企业的，并长期从事单一或类似的工种，没有接受过专业学习和培训，缺乏专业技能。⁵⁴ 下岗失业工人的年龄和技能弱势决定了他们在劳动力市场中的劣势地位，使他们很难达到雇主们设定的招工标准。⁵⁵ 他们的就业劣势也就不是通过再就业政策可以扭转的。

政府也提倡发展第三产业，拓展商贸、餐饮等传统服务业领域的就业渠道。这种倡导首先遇到的便是市场需求问题。如前所述，这些领域的市场需求已基本饱和，而此类行业的劳动力市场大部分也已经被农民工占据。另外，在下岗失业工人中，来自商业服务业的较少，来自制造业的则占绝大多数，他们本身的技能条件与此类劳动力市场的需求难以匹配。

政府还试图通过发展私营企业扩大就业。但是，私营企业主却不会为了协助政府解决就业问题而不顾自己的需求雇佣下岗工人。2002 年“第五次全国私营企业抽样调查”的结果显示，在接受调查的 3258 户私营企业中，尽管有 90.6% 的企业雇佣了国有企业下岗职工，但是雇佣的下岗职工的比例仅占其员工总数的 20%。而在中国西部地区被调查的企业中，这一比例更只有 17%。⁵⁶ 在一位大陆学者的调查中，有被调查者说：旧社会人们反对剥削，我现在希望受剥削，找一个剥削我的工作和老板，但是没有人来剥削我，找不到剥削我的人！⁵⁷

劳动力市场的激烈竞争趋势也使企业的招工条件不断提高，而与此同时，下岗失业工人自谋职业的能力却随着年龄的增长而逐渐下降。在上述调查中，35 岁以上的被调查者一致认为很难找到工作。他们在下岗失业初期对再就业尚有一定信心，去职业介绍所登记求职，到招工的企业应聘面试，托亲戚朋友找工作等。但是，绝大部分人都是一再碰壁。企业要招收的是年龄 35 岁以下、具有大专以上学历、具有技术资格证书、身体健康的求职者。几次碰壁之后，下岗失业者的信心急剧下降，很多人放弃了找工作的努力，整天呆在家里，既不去求职，也不愿接受培训。⁵⁸ 即使有人希望获得培训，但在生存都无法保证的情况，也没有财力支付培训费用。另外，政府也一直试图以减免税收和免除行政收费的政策鼓励下岗失业人员创业。但是，据各地有关调查，这些优惠政策的受益者并不多，而且，真正通过创业摆脱了贫困的下岗失业工人只是少数。⁵⁹ 应当承认，创业可以发财致富，也存在投资风险，对

⁵³ 数字来源：中共中央宣传部、劳动和社会保障部：“进一步做好下岗失业人员再就业工作宣传提纲”（2002 年 10 月 29 日发布）。

⁵⁴ 数字来源：劳动科学所“转型时期中国劳动关系问题研究”课题组（郭悦执笔）：“转型时期中国劳动关系研究”，2004 年 1 月 9 日。转自，“北京大军经济观察研究中心网站”（<http://www.dajun.com.cn>）。

⁵⁵ 2004 年 3 月，《北京日报》记者报导，据市人事局、市统计局等部门联合对 2004 年全市岗位需求的调查，招用年轻人是用人单位招聘的主要条件之一。其中，要求年龄在 30 岁以下的占七成，35 岁以下的超过九成。见：杜鹃：“北京今年劳动力供需比 1.7:1，约 1/3 无户籍要求”，《北京日报》，2004 年 3 月 1 日。

⁵⁶ 中国私营企业研究课题组：“2002 年中国私营企业调查报告”，取自，“中华全国工商业联合会网站”（<http://www.acfic.org.cn>）。

⁵⁷ 石秀印：“下岗失业劳动者的生活状况和社会救助需求”，“社会政策网”（<http://www.social-policy.info>）。2002 年 7 月 25 日。

⁵⁸ 石秀印：“下岗失业劳动者的生活状况和社会救助需求”，“社会政策网”（<http://www.social-policy.info>）。2002 年 7 月 25 日。

⁵⁹ 根据一项对青海省西宁地区 3392 名下岗工人的调查，有 848 人享受过优惠政策，占调查总人数的 25%；享受工商登记、场地安排、税收减免、行政收费减免的人数各占 2%；享受小额贷款只有 29 人，不足 1%；有 67% 的被调查者认为城镇再就业政策并不落实。见，青海省财政厅课题组：“青海省下岗职工再就业问题研究”，2002 年 10 月 26 日。转自，“国务院发展研究中心调查报告网”（<http://report.drc.gov.cn>）。

于那些生活上已经捉襟见肘的下岗失业工人们来说，他们是否有能力筹备到创业所需的资金？是否具备承担创业风险的能力？这些都是政策的制定者们未能充分考虑的问题。在这些问题没有解决之前，将创业作为解决就业的途径加以推广，是难以产生效果的。

根据劳动和社会保障部的统计数据，近年来，下岗职工的再就业率呈大幅下降趋势，2000年，失业下岗工人的再就业率为35%，2002年的再就业率仅为26%。⁶⁰根据劳动和社会保障部2002年在全国66个城市的抽样调查，85.4%的再就业下岗职工从事临时性工作，只有9.4%成为正式职工。⁶¹也就是说，他们中大部分人进入了工作不稳定、缺少社会保障、收入水平低的就业领域。

再就业工人向雇佣劳动者的回归

即使是重新就业的下岗失业工人，在就业之后，也要经历职业转换、收入减少和社会地位下降等变化，处境仍很艰难。他们不再享有企业提供的各项保障，却要面对以盈利为唯一目标的私营企业雇主。根据2002年全总对6个城市中6个街道或社区的调查，调查对象中工龄超过20年的失业下岗工人占80%以上，再就业者中有76.8%的人月收入在600元以下，其中有36.5%的人月收入在400元以下。⁶²而在2002年，全国年平均工资为12422元，折合月平均工资为1036元。可以说，大部分再就业者的月工资收入远低于全国平均工资水平。

以下是我们收集的一些媒体报导，这些报导从不同的方面，反映了下岗失业工人和在职工人在企业改制后的处境。

原西安某汽修厂在1998年实行股份制改制后，要求所有职工都要购买股份，否则予以除名或下岗，结果447名职工认购了股份。今年，企业又以苛刻的条件将这些购买了股份的职工（股东）予以重组，社会统筹金由个人全部缴纳，并要求职工写申请同意自愿将购买的股份作为欠缴的社会统筹金冲抵，不再持有企业股份；不论工作年限一律试用3至6个月，每月只有两天休息，每天工作12个小时。对于这些不合理的规定，职工意见非常大，要召开股东大会讨论，可是董事会不予理睬，董事长还认为改制后是民营股份制企业，不受法律约束。职工股东们一怒之下，召开大会，罢免了董事会，选举出新的董事会，但却得不到认可，无法履责。

摘自：焦晓宁、邹文生：“关注改制企业的职工权益”，《工人日报》，2003年7月1日，第（5）版。

记者就改制企业职工主人翁地位的问题，在河北省工程安装、啤酒、化纤、玻璃、食品、机械制造和金属加工等8家国有及国有控股企业进行了现场采访。…这几家企业改制后，大部分采取男职工50岁、女职工45岁被迫内退的政策。有一家企业内退更提前，女职工42岁就让离开了岗位。企业订单少时，就实行轮流上岗，下岗在家时只拿260元基本生活费。与单位领导关系一般的，直到订单饱满时，才让上班。订单多时，却长达几个月不休息。而加班既不给加班费，也不给补休，只是按完成工时在月奖金上有所体现，或实行记件工资制。一些职工因工作与领导发生了顶撞，就被宣布下岗，或被淘汰到收入低下的后勤服务班组。

摘自：田音、晓舟：“企业改制，职工应享有的权利不能‘改’！”，《工人日报》，2003年4月17日，第（7）版。

丹阳市合成日用化工厂是一家镇办集体企业，1996年9月28日，企业改制时镇政府将其转让给时任厂长的管国荣。按照转让合同，管国荣必须为该厂职工办理基本养老保险，而事实上几年来他没为职工买过一分钱的保险，直到今年1月，几十名退休人员在企业停产后领不到退休工资时才恍然大悟。几个月来，他们曾多次找法人代表交涉、向企业所在的皇塘镇镇政府反映情况，但问题始终没有得到解决。

摘自：董炳全：“江苏丹阳市合成日化厂职工的养命钱何时兑现？”《工人日报》，2002年8月9日，第（5）版。

（湖北省枣阳市）化肥厂职工还表示，企业被拍卖后，工人被迫超时劳动，每个月一天休息都不给。当有工人提出要求厂方应该按劳动法规定发加班费时，车间主任居然说，“我的话就是法律，不

⁶⁰ 数字来源：劳动和社会保障部、国家统计局：“2002年度劳动和社会保障事业发展统计公报”，“国家统计局网站”（<http://www.stats.gov.cn>）。

⁶¹ 劳动科学所“转型时期中国劳动关系问题研究”课题组（郭悦执笔）：“转型时期中国劳动关系研究”，2004年1月9日。转自，“北京大军经济观察研究中心网站”（<http://www.dajun.com.cn>）。

⁶² 劳动科学所“转型时期中国劳动关系问题研究”课题组（郭悦执笔）：“转型时期中国劳动关系研究”，2004年1月9日。转自，“北京大军经济观察研究中心网站”（<http://www.dajun.com.cn>）。

想干就走。”工人们说，当初企业拍卖后厂方说工人最低底薪是 600 元，但后来每人每月只能挣到三、四百元。

摘自，“湖北省枣阳市化肥厂上千名工人与警察发生冲突，数人受伤”，“中国劳工 通讯－行动号外第30期”（<http://www.clb.org.hk>），2003年8月20日。

改制的企业，通常是长期亏损或者停产的企业。产权转移后，企业新的所有者要处理原企业遗留的职工安置问题，并偿还原企业对职工的债务，包括拖欠职工的工资、医疗费用、社会保险金、住房公积金和集资款等。而在产权转移的谈判中，为了能够尽快将这些亏损的企业成功出售以甩掉“包袱”，出售国有企业的一方（通常是主管企业的政府部门），常常降低企业的出售价格，并以此为条件，要求收购方（通常为私营企业主或者外资公司）负责解决职工的就业问题并承担上述债务。但是，一旦企业转制完成，企业主便会通过各种手段，包括延长劳动时间、支付低水平工资和提高劳动强度等手段，迫使工人“自动离职”或以“不服从工作安排”等理由，予以解雇。⁶³ 而政府在企业改制完成之后，也就对企业主侵犯工人权益的违法行为和违反产权转让合同的行为不再关注了，此时，对企业主侵权行为是否干预，政府要以这些行为的后果是否会影响当地社会最低稳定程度为行动标准。⁶⁴

三、艰难的自我维权活动：工人集体行动的法律依据和特点

当大批国有企业转变为非公有制企业之后，工人也从“领导阶级”变成现实生活中的雇佣劳动者，地位低下且生活贫困。官方工会不愿意为他们说话，政府更站在了他们利益的对立面，于是，他们只好走上艰难的自我维权路。本来，在现代民主社会中，公民们表达利益，维护权益的途径是多元的——可以结成利益团体发出共同的利益呼声、可以通过选举代表表达利益诉求、可以利用行政申诉程序追讨被剥夺的权益、可以诉诸司法机构寻求法律救济、还可以通过媒体反映和揭露自己遇到的不公正对待。而这些途径在中国现行的宪法、劳动法、工会法、行政法以及其它法律中，也都是可以找到相关依据的。然而，这些途径对那些被迫沦为“弱势群体”的工人们来说却又是如此遥远。

工人集体行动的法律依据

在中国的现实政治环境中，各级政府和媒体一直封锁工人集体维权行动的消息。表2.2 是近年工人集体维权活动的部分纪录，主要来自“中国劳工通讯”网站：

表2.2 中国大陆部分工人集体行动纪录

时间	地点	行动方式	诉求
2000年2月	辽宁省 葫芦岛市	杨家杖子钼矿20000多名工人及家属在街头示威	提出下岗工资过低，要求惩治贪污腐败的企业经营者
2001年	江苏省 盐城市	数千名工人在市政府机关前示威	要求解决生存问题
2001年8月	重庆市	数百名下岗工人阻路示威	对每年工龄只折算为280元经济补偿金的政策不满
2002年3月	辽宁省 大庆市	5万多下岗失业的石油工人示威	抗议企业单方面地改变买断工龄的协议。

⁶³ 我们在 2002 年曾对某水泥厂的一起集体劳动争议做过调查分析。该水泥厂于 1998 年 11 月以低于资产估价一半的价格被转让给一家私营企业。在资产转让合同中，收购者同意接收全部在册职工，并为职工支付社会保险费用。但在企业转让之后，厂方并没有为一部分工人安排工作岗位，迫使他们“自动离职”；对另外一部分工人则实施各种压迫手段，例如，安排原来从事质量检验的工人到锅炉车间铲煤；管理人员喝斥、打骂工人；任意延长工作时间但不支付加班工资等，使工人在不堪重荷之下被迫辞职。一年半后，该水泥厂在岗的 300 多名工人中，只有 100 多人是原水泥厂的职工。

⁶⁴ 2002 年 4 月 1 日，当某省政府获知上述水泥厂争议案中的 200 余名工人准备到省政府上访的消息后，召开省长办公会议。会议的一个议题是如何确保社会稳定。根据办公会议纪要的要求，省公安厅要协同有关部门做好说服教育工作，对上访工人中少数不听劝告、蓄意借机闹事分子要采取果断措施，坚决打击。

2002年3月	辽宁省 辽阳市	辽阳市铁合金厂等6家工厂的近万名工人在市政府机关前示威游行	抗议政府官员和工厂负责人的贪污腐败，要求发放拖欠的工资，解决工人的生活问题。
2002年4月	甘肃省 兰州市	兰州化学总公司100多职工阻路	表达对买断工龄的不满
2002年4-7月	吉林省 松原市	吉林油田5000多提前退养和买断工龄的下岗职工进行了为期100天的上访	要求返岗上班或者提高经济补偿金标准。 ⁶⁵
2002年7月	内蒙古 包头市	包头市长征砖瓦厂2000多名到市政府请愿，后数百名工人占据了工厂	争取工作的权利和要求提高最低生活保障非标准
2002年9月	吉林省 榆树市	榆树市柴油机厂1400名工人请愿	要求拒绝由长春市接收柴油机厂
2002年9月	重庆市	川东石油公司数百人在公司前静坐示威	要求政府答复失业、养老和医疗保险问题
2002年10月	陕西省 西安市	500多名下岗工人举行抗议	抗议军工厂出售给私人并要求下岗补偿
2003年2月	湖北省 武汉市	武汉钢铁公司300多名退休工人聚集请愿	抗议武钢集团的医疗改革计划
2003年7月	湖北省 枣阳市	枣阳市化肥厂1800多名职工罢工	要求政府安排给职工们买断工龄
2003年8月	湖北省 随州市	随州市油泵厂500多名职工请愿	要求提高买断工龄的经济补偿金标准
2003年8月	广东省 韶关市	韶关市水泥厂400多名工人到政府请愿	抗议政府买断工龄的不合理做法。
2004年2月8日	湖北省 随州市	铁树纺织集团近2000名职工堵住了铁路及附近的国道。	抗议厂方破产清算组关于不能全额兑现企业内部股票、停发职工生活费、停发退休工人退休费等决定
2004年9-10月	陕西咸阳市	咸阳棉纺七厂5000多名工人罢工	不满香港华润集团的并购条件及对工人的经济补偿安排。

以上列举的仅仅是当今中国工人集体维权行动的冰山一角。尽管在政府的行政规章中，这些行动一直是被禁止的，⁶⁶但在现行法律中，这些行动可以找到充分的法律依据。《中华人民共和国宪法》第三十五条明确规定：“中华人民共和国公民有言论，出版，集会，结社，游行，示威的自由；第四十一条规定，中华人民共和国公民对任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利”；“对任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利”。但是，在现实中，工人们的这些权利被各级政府以“维护社会稳定”而否定了。

中国政府在1987年重建了劳动争议仲裁制度。这项制度对维护工人权益的作用却非常有限：第一，作为权利诉求者，下岗失业工人已经与原来雇用他们的企业脱离了劳动关系，换言之，他们和企业之间的争议已经不是一种发生在雇用期间的、有关劳动权利和义务的争议。第二，工人们的诉求通常与中央政府和地方政府的政策有关，例如，提高“买断工龄”的经济补偿金标准、抗议私有化过程中企业资产流失等等，有权对工人此类诉求做出回应的只能是具有一定级别的政府部门，并非劳动争议仲裁机构。至于工人们经常提出的惩治贪污腐败的企业经营管理者、解决下岗失业工人生活困难等等要求，更不是劳动仲裁部门可以处理的。

⁶⁵ 东北工言：“吉林省松原市石油工人上访 100 天的调查报告”，“人民春秋网”（<http://maostudy.org>），2003 年 5 月 15 日，总第 37 期。

⁶⁶ 2000 年 4 月 5 日，中华人民共和国公安部颁布《公安机关处置群体性治安事件的规定》，将群体性治安事件定义为“聚众共同实施的违反国家法律法规规章，扰乱社会秩序，危害公共安全，侵犯公民人身安全和公私财产安全的行为”，包括“人数较多的非法集会游行示威；集会游行示威和上访中出现的严重扰乱公共秩序的行为；严重影响社会稳定的罢工、罢课、罢市；非法组织或邪教组织的聚集活动；聚众围攻冲击党政、司法机关和重要警卫目标；聚众堵塞交通、破坏交通安全和占据重要公共场所的行为等。”转自，付有志：“群体性治安事件的社会学涵义”，《山东公安专科学校学报》，2000 年第 1 期，第 81—83 页。

其实，在现实中，工人在提出集体诉求时，一般也不会诉诸劳动争议仲裁。台湾学者江振昌对1997年至2000年7月发生在中国大陆的34件工人集体行动事件分析后发现，在这些集体行动之前，工人们都没有申请过劳动争议仲裁。⁶⁷

如前所述，对工人来说，目前真正有效的维权途径相当少。因此，信访制度就成了他们提出诉求的唯一渠道。根据《宪法》第四十一条建立起来的信访制度属于一种行政申诉程序。在1995年10月28日国务院发布的《信访条例》中，将信访定义为公民、法人和其他组织采用书信、电话、走访等形式，向各级人民政府反映情况，提出意见、建议和要求，依法要求有关行政机关处理的活动（第2条）。该条例还规定，信访人可以检举、揭发行政机关工作人员的违法失职行为；可以控告侵害自己合法权益的行为（第8条）。自上个世纪末以来，中国信访活动高潮迭起。据统计，1998年，全国各省市政府接待的集体上访的批次和人次分别比1997年增长50.3%和60%，而1999年这两个指标又比1998年分别增长18.7%和9.9%。⁶⁸ 据《瞭望东方周刊》获得的一份权威官方资料，在2003年7月1日到8月20日不到两个月的时间内，到中共北京市委门前上访的就达1.9万人次，群体上访达347批；到中共中央纪律检查委员会门前上访的达1万多人，群体上访453批，平均每天达100多人，最多一天达到152人，创改革开放以来的历史新高。⁶⁹ 国家信访局局长周占顺在同年11月接受新华社《半月谈》采访时承认：“近期以来，群众集体上访、重复上访和群众赴京上访上升幅度大，人数多、规模大、持续时间长、行为激烈，在一些地方和行业引起连锁反应，严重影响首都北京和局部地区的社会稳定。”⁷⁰ 据有关专家认为，这次的“全国性的上访高潮”自上个世纪90年代初期第二轮经济改革开始，至今已经持续了10多年。

信访制度采用“分级负责、归口办理”的原则”处理上访者的诉求，⁷¹ 个人或大规模的集体上访，都是转送或转交有关部门办理。⁷² 这样一来，通过信访程序解决问题的可能性不但很小，而且，一些小问题经过这一过程的拖延积累往往被激化为社会冲突。例如，工人們的信访材料几乎毫无例外的最终被转到他们要求惩治的人手中，这不但使上访者的处境更为艰难，也由此使工人们将对违法侵权的企业管理人员的不满，转为对政府的不信任甚至仇恨。根据我们了解到的情况，工人在采取集体维权行动之前都进行过信访，⁷³ 而越来越多的工人在信访无效后会采取集体行动。这一现象恰好证明，信访制度不但根本不具备政府所期望的缓解社会矛盾，疏导社会不满的作用，反而激化了社会矛盾。中国社会科学院在2004年完成的一份调查报告中指出，信访制度已经被证明是“一种弊端丛生，如果不进行彻底改革，将会产生十分严重的政治后果”的制度。⁷⁴

⁶⁷ 江振昌：“欠薪问题与近期大陆工潮：集体行为观点”，《中国大陆研究》，第43卷，2000年第9期，第81-101页。

⁶⁸ 数字来源：李科明：“信访工作面临的新情况和新问题”，《中国监察》，2001年11期，第42-43页。

⁶⁹ “2003：中国遭遇信访洪峰”，新华社《瞭望东方周刊》，转自，“厦门日报网站”，（<http://www.csn.com.cn>），2003年12月9日。

⁷⁰ “2003：中国遭遇信访洪峰”，新华社《瞭望东方周刊》，转自，“厦门日报网站”，（<http://www.csn.com.cn>），2003年12月9日。

⁷¹ 《中华人民共和国信访条例》（1995年）第一章第四条。

⁷² 《国务院信访条例》第二十六条规定：各级行政机关根据职责权限和信访事项性质，按照下列方式办理信访事项：（1）对本机关依法应当或者有权做出处理决定的信访事项，应当直接办理；（2）对依法应当由上级行政机关做出处理决定的信访事项，应当及时报送上级行政机关；（3）对依法应当由其他行政机关做出处理决定的信访事项，应当及时转送、转交其他行政机关办理。

⁷³ 在采取集体行动之前，工人们均曾试图通过正常的信访渠道提出他们的诉求，不过无一例外地没有得到解决。例如，从1998年起，辽阳市铁合金厂的工人就多方找市政府领导和有关部门反映该厂长期拖欠职工工资、福利待遇的问题，以及企业经济效益骤降背后的贪污腐败现象。为此，工人代表们还三次到北京上访。直到2001年11月该厂非法破产，工人们才发现多年来的反腐败、争权利，最终却砸了自己的饭碗。见，“铿锵玫瑰 - 记铁合金厂被捕工人代表家属”，“中国劳工通讯 - 电子报第20期”

（<http://www.clb.org.hk>），2003年1月9日。

⁷⁴ 赵凌：“只有2%问题通过上访解决 中国信访制度走到关口”，《南方周末》，转自，“网易”

工人集体维权行动的特点

总结近年来中国工人的集体维权行动，可以看到如下特点：争取本来拥有的但被剥夺了的权益，而非要求不但合理而且合法的预期利益；有组织者但无明确的组织结构；有具体的经济请求而缺少政治方面的诉求。

从表 2.2 中可以看到，工人行动的一个共同的特点是，他们的要求都十分实际，例如：得到合理的经济补偿金，获得能够维持最低生活水平的生活费或者失业救济金，发还被拖欠的工资，缴纳应由企业支付的那部分养老保险费用，报销工人自己垫支的医疗费用，等等。这些权益实际上只是工人们最基本的生存需要，相关的法律依据则一般都是工人们自己从现行的法律和政策中找到的，而非获得政府机构或者社会组织的协助。工人们并不奢望那些虽然合理合法但现行政策却不能为他们提供的权益，他们的目标在现有法律框架内都是现实可行的。比如说，他们从未要求过停止国有企业改制来保住自己的饭碗，他们更从未要求过改组政府或要求政府首脑下台；反之，他们将最后的希望寄托在了政府的身上，请求由政府过问一下他们的生活困境，让他们和他们的家庭能够在这个社会中生存下来。

工人们是在权益受到严重侵害时，才开始收集、了解有关的中央政策和国家法律，也正是因为觉察到现实与政策法律之间的巨大差异，他们才在对政策和法律深刻理解和充分认识的基础上，找到了诉求的政策和法律和政策依据。在以下这封公开信中，从政策和法律的角度上看，工人提出的诉求无懈可击：

.....

4、“提前退养”和“买断工龄”的做法违背了中央有关政策精神。

①中共中央、国务院1998年6月9日《关于切实做好国有企业下岗职工基本生活保障和再就业工作的通知》中明确指出：“企业不许逃避社会责任，把职工向社会一推了之，要对职工负责到底。”而“买断工龄”的做法显然违背了中央精神。

②“提前退养”的做法违背了中共中央、国务院1998年6月9日《关于切实做好国有企业下岗职工基本生活保障和再就业工作的通知》中提出的“要确保离退休人员的基本生活，要严格控制提前退休”的精神。

③“提前退养”和“买断工龄”的做法严重违反了《中华人民共和国劳动法》第三条的规定，剥夺了职工平等就业和劳动的权利。吉林油田是在1993-1994年与职工签订的最少十年或者长期的集体劳动合同，2000年9月绝大多数合同都没有到期，就用行政命令的方式强迫职工“提前退养”或者“买断工龄”，严重违反了劳动法的规定。

④“提前退养”的做法严重违反了1993年国务院111号令的精神（指国务院“国有企业富余职工安置规定”－笔者注），严重违反了1994年劳动部259号文件精神（指劳动部《关于严格按照国家规定办理职工退出工作岗位休养问题的通知》－笔者注），严重违反了吉林省劳动局1998年吉劳力字4号文件精神。以上三个文件明确指出，工人距离法定退休年龄5年时，方可自愿提出提前退休，有些企业违反国家规定，搞一刀切的提前退休是错误的，必须坚决纠正。而吉林油田按30年工龄强制工人“提前退养”的做法恰恰违反了以上三个文件精神，是绝对错误的！

⑤“买断工龄”的做法违背了中央有关企业改制的政策精神。劳动和社会保障部负责人早在1998年就明确指出：所谓企业“买断工龄”的做法（即企业按职工工龄给一次性经济补偿后与职工解除劳动合同，并且不再给职工社会保险待遇）是绝不允许的，也是不合法的。（详见《中国剪报》1998年12月25日头版头条）。

⑥“买断工龄”的做法严重违背了1995年国家劳动部《关于不得对企业离退休人员采取一次性结算离退休金的通知》精神（劳部发1995年262号文件），指出“买断工龄”的做法是错误的，必须予以纠正。

⑦《人民日报》2002年7月22日发表了国家经贸委的文章也指出：“有些地方没有全面理解和准确把握中央关于国有企业改革的方针政策，用行政命令的方法违规出售国有资产，搞违反国家规定的提前退休。”而吉林油田的“提前退养”则正是明显的违规操作。

引自：《吉林油田工人们的上访信》⁷⁵

从上述诉求中可以看到，工人们全部的诉求与现行的中央政府的政策和国家的法律高度

(http://news.163.com/2004w11/12726/2004w11_1099552920681.html)，2004年11月4日。

⁷⁵ 东北工言：“吉林省松原市石油工人上访100天的调查报告”，“人民春秋网”(<http://maostudy.org>)，2003年5月15日，总第37期。

吻合，因为他们在收集法律和政策时是主动的、有针对性的，因此，他们找到的法律和政策依据既全面又具体。另外，媒体对政府政绩和政策的宣传，也在一定程度上有助于他们进一步了解中央政府的政策，并增强了惩治腐败和争取自身权利的决心。

工人们的集体维权行动大多有组织者而无明确的组织结构。1992 年和 2001 年的《工会法》均规定了中国工会要代表劳动者的合法权益，但实际上，工会无法也不能履行这个职能。

《工会法》规定，“工会在维护全国人民总体利益的同时，代表和维护职工的合法权益”（工会法第 6 条）。这条法律往往被工会干部们解释为，在维护总体利益的基础上，维护职工的权益。于是，在工人的权益受到侵害时，一句“工会要首先维护总体利益”就使官办的工会退避三舍。而谁来界定“全国人民的总体利益”，谁来解释“总体利益”与工人切身利益之间的关系？这些问题又不是各级工会所能解答的，惟有听由各级政府来定义了。实际上，在工人的集体抗争中，工会要么是无声无息，要么就是充当管理方的“说客”，说服工人放弃集体行动。

近年来各地发生的工人集体维权行动，几乎都是工人自发组织发动的。所谓“自发”的含义是，第一，集体行动不是当事人以外的组织策划的，工人们采取行动是因为已经没有了其它选择。第二，在集体行动之前，工人们既没有自己的组织也缺少周全的准备。第三，工人集体行动的核心人物就是行动的参与者，与其他参与者受到同样的利益侵害并有着共同的利益诉求。第四，在政府的严厉压制下，工人们在集体行动之后不能留下一个合法的、可以存续的组织，于是，集体行动最好的结果仅仅是获得政府的一些临时性的安抚措施。第五，在取得一些阶段性的成果的同时，行动的组织者和积极分子均要受到公安部门的惩治甚至获罪。因此，在行动中，这些人通常只能在秘密状态下活动。而这种以秘密方式进行活动的直接后果是，他们很难在工人当中确立合法的代表人身份并获得工人公开的承认和支持。这样，在这种自发的工人行动中，难于产生一些具备先进思想、组织能力和阶级意识的工人领袖。

在集体行动中，工人们经济诉求通常是非常直接明确的，从工人在示威中打出的一些标语口号，诸如：“我们要吃饭”、“我们要工作”等也可以发现，这些行动要实现的是经济性目标。工人们很少提出政治诉求，至于在部分集体行动中，工人提出惩治腐败或不法官员的要求，都是因为腐败和不法行为已经严重威胁到了工人们的生存。⁷⁶

工人们在集体行动中，一直将解决困难和问题的希望寄托在政府身上。在改革中，中央政府一贯宣传“全心全意依靠工人阶级”，“在改革中顾及工人利益”等方针，而在聚集于政府门前静坐、在公共场所集会的工人们，也就呼应着中央政府的宣传，打出“拥护共产党”和“社会主义好”的标语。虽然这些标语口号有时只是一种斗争策略，但的确反映了部分工人对共产党和政府的期望。

绝大部分工人的集体行动采用了和缓的方式或者和平的方式。在吉林油田上千名职工的上访过程中，工人们保持高度理智，甚至没有任何公开的标语和口号，绝大多数人每天只是在公司机关附近的街道两旁等待上访代表的消息，工人们并主动维护街道上的交通秩序。一位老工人说，他儿子也买断工龄了，但是他不让儿子来上访，怕儿子年轻气盛一旦有过激行为被警察抓住口实。反之，油田的领导拒绝与工人代表见面，并动用大批警察封锁机关大院门口，采用拍照、录象，在楼顶安装摄像机等手段对工人们进行监视，对上访代表进行秘密监控和威胁。⁷⁷ 来自四川石油管理局的消息也证实，在 2002 年 9 月份四川川东钻探公司工人的集体行动中，工人们主要是聚集在川东钻探公司办公楼门前，要求领导对话，并没有上街示威，所谓“堵马路”也只是堵住了公司内部通行的路，没有堵外面的公路。工人们非常理

⁷⁶ Chen, Feng. 2000. “Subsistence crises, managerial corruption and labour protests in China”. *The China Journal*. July: 41-63; 江振昌：“欠薪问题与近期大陆工潮：集体行为观点”，《中国大陆研究》，第 43 卷，2000 年第 9 期，第 81—101 页。

⁷⁷ 东北工言：“吉林省松原市石油工人上访 100 天的调查报告”，“人民春秋网”（<http://maostudy.org>），2003 年 5 月 15 日，总第 37 期。

智，有组织者号召学习江泽民的讲话，要求工人保持理智，不要做出过激行为。⁷⁸

在极少数情况下，工人的集体行动手段会变得激烈一些，即被描述为“过激行为”。然而，这些行为通常是在反复的、温和的诉求不但完全得不到企业或政府的善意回应，反而受到百般压制和欺骗后发生的。例如，2003年1月2日，湖北省随州市铁树纺织集团约一千多名退休工人，打着“依法维权”、“讨回活命钱”的标语，把武汉至襄樊的铁路堵了两个多小时，抗议企业取消退休金补贴。这一行动的起因是，当日随州市一位副市长和该企业负责人在给抗议的工人做“思想工作”时竟然说：企业没钱了就不能发补贴，你们有胆量就去堵铁路。工人们被该副市长所激怒，当天下午就冲上了铁路。⁷⁹ 而于2003年7、8月份发生在湖北省枣阳市化肥厂的罢工事件中，工人们被激怒的原因也是枣阳市政府领导对工人说过的两句话，一句是“饿死你们也活该”，另一句是“你们只管去告，我黑白两道都有人”。⁸⁰ 正是由于政府官员对工人诉求表现出的漠视甚至敌意，才激怒了工人并引发了所谓的“过激行为”。

工人的集体行动有时会引发“连锁效应”，这也正是政府特别担忧的。“连锁效应”有时是区域性的，同一区域的其它企业的职工一旦听说某企业的工人通过集体行动解决了问题，便可能立即效仿，使集体行动成为越来越多人的一种选择。⁸¹ 例如，湖北省随州市在2003年9月2日一天内，三家破产企业－铁树纺织集团、油泵油嘴厂和汽车改装厂的退休工人和失业工人同时到市政府请愿，要求政府依照法律和政策安置受破产影响的职工。⁸² “连锁效应”有时则在行业系统内发生，不同地区的同一行业系统的工人，受某地区同系统企业工人集体行动的影响，也采取集体行动争取权益。最为典型的是2002年3月大庆油田5万多下岗失业工人的集体行动对其它省市油田的影响，如2002年9月，四川石油管理局重庆川东石油钻探公司800多名买断工龄工人要求发放失业救济金，重新协定养老保险金缴纳标准，并要求协助买断工龄的年轻工人就业或重新上岗；⁸³ 2002年4月到7月，位于吉林省松原市的吉林油田5000多“提前退养”和“买断工龄”的下岗职工进行了为期100天的上访。当然，现在中国工人的集体行动大部分还是以企业为单位。

暂时解决工人们提出的问题可能并不困难，但如何才能使工人拿回他们被非法剥夺了的权利，如何保障和促进他们的就业权利，以及再就业后在新岗位上的权利不会被再次非法剥夺，这些才是要解决的根本问题。但是，由于现行制度限制了工人知情权、组织权和表达权等基本社会权利，工人们虽然可以通过集体行动，迫使地方政府部门对他们的要求做出答复甚至采取一些暂时的应急措施，比如，给行动的参与者发放一些救济金、暂缓出售企业等，但是这些答复和措施毕竟是临时性、安抚性的，并非解决问题和维护社会稳定的根本出路。要想从根本上减少集体行动发展成剧烈的社会对抗的可能性，必须尽早将工人的集体行动纳入法律规范的轨道，使之建立在独立工人组织的基础上并能够合法化。

⁷⁸ “公司非法解除劳资关系成为四川工人抗争事件的焦点”“中国劳工通讯”

(http://gb.china-labour.org.hk/gate/gb/big5.china-labour.org.hk/big5/article.adp?article_id=3120)，2002年9月17日。

⁷⁹ “湖北随州上千工人堵铁路，警察搜查领头人”，“中国劳工通讯－电子报第20期”(<http://www.clb.org.hk>)，2003年1月9日。

⁸⁰ “湖北枣阳化肥厂职工罢工抗议”，“中国劳工通讯－行动号外第30期”(<http://www.clb.org.hk>)，2003年8月20日。

⁸¹ 范福明：“群体性拦车断路事件的特点和处置对策”，《铁道部郑州公安管理干部学院学报》，2001年第2期，第3-6页；雷鸣：“怎样正确对待群体性事件”，《山东公安专科学校学报》，2001年第8期，第48-49页。

⁸² 工人行动快讯：“湖北随州一日内三家破产企业职工到市政府请愿”，“中国劳工通讯－行动号外第31期”(<http://www.clb.org.hk>)，2003年9月3日。

⁸³ 中国劳工通讯新闻稿：“四川石油工人组织起来通过法律途径争取合法权利”，“中国劳工通讯－行动号外第9期”(<http://www.clb.org.hk>)，2002年9月17日。一名退休工人向《中国劳工通讯》表示，大庆石油管理局买断工龄职工2002年3月至6月连续3个多月的集体抗议行动，直接启发和鼓励了四川石油管理局

第三章 法律与政策的冲突（2）：对农民工劳动权益的制度性限制

1994年7月，中国第一部《劳动法》出台。促成这部法律出台的其中一个契机，是1993年发生在广东省深圳市龙岗区葵涌镇致丽玩具厂的一场大火。这场灾难造成87人死亡，45人伤残，伤亡者中绝大部分是来自农村的青年女工。年轻鲜活的生命在瞬间消失，给政府形象带来了极其负面的影响，这才迫使政府开始重视劳工权益，从而加速了《劳动法》的出台。但是这部法律在实施之后却未能为农民工带来更多的实际保护。该法第二条明确规定：在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织（以下统称用人单位）和与之形成劳动关系的劳动者，适用本法。依据此条规定，农民工一旦受雇于企业，应享有劳动法律规定的各项权利。但现实并非如此，农民工权益被侵害的问题触目惊心。

对今日中国超过1.3亿进城找工作谋生的农民来说，造成他们艰难境遇的原因固然复杂，但其中最根本的原因却是制度性的，是长期以来的城乡“二元”社会结构，以及由此形成的根深蒂固的城乡分隔的社会观念。因此，相对于城市工人，农民工所处的环境更艰难，也正是因此，他们被社会学家们排列在社会结构的底层。⁸⁴

一、从户籍制度到就业限制：来自公共权力的障碍

农民工权益得不到有效保障首先要归因于中国的户籍制度。为了控制农村人口向城市迁移，政府在1958年颁布了《中华人民共和国户口登记条例》及其相关配套措施。该条例规定，“公民由农村迁往城市，必须持有城市劳动部门的录用证明，学校的录取证明。”在那时建立的城市户籍管理制度，便是今日农村流动劳动力所面临的劳动就业、技能培训、子女义务教育、社会保障等方面的差别与歧视的制度基础。清华大学社会学教授李强认为，户籍是一种根据人们的先天指标确定人们地位的制度，它是一种“社会屏蔽”（social closure）制度，将社会上一部分人屏蔽在分享社会资源之外。⁸⁵

对农民工就业权利的限制便是从这种户籍制度衍生出来的。这些限制性政策的后果是为农民工实现就业权制造了一系列人为障碍。从这些政策中，我们也可以看到政策与法律的不一致甚至冲突，当然，这是在中国有了劳动法律之后才出现的现象。

1980年8月，中共中央、国务院发布《关于进一步做好城镇劳动就业工作的意见》，提出，要清退来自农村的计划外用工，对农业剩余劳动力，要采取发展社队企业等办法加以吸收。城镇企业如确需从农村招工，则须经省级政府批准。1984年1月1日，中共中央发布《关于1984年农村工作的通知》，允许自筹资金、自备口粮、在集镇有固定住所，有经营能力或者在乡镇企业事业单位长期服务的农民及其家属进入城镇务工经商。至此，在中国严格实行了26年的城乡人口户籍管理制度才开始松动。⁸⁶ 上个世纪80年代，农业劳动力主要流入东南沿海的经济开发区域，如广东深圳、珠海、东莞等地，造就了这些新兴城市的经济繁荣。从90年代开始，农业劳动力开始涌入中国东部的各大城市。

1993年11月3日，劳动部发布《农村劳动力跨地区流动有序化——“城乡协调就业计划”第一期工程》的通知，旨在鼓励农业劳动力的跨地区流动。这个计划提出了五点要求：（1）输出有组织；（2）输入有管理；（3）流动有服务；（4）调控有手段；（5）应急有措施。劳动部还明确提出：建立“异地就业劳动者的权益保障制度”；“鼓励发展为农村劳动力跨地区流动和异地就业的服务组织，包括城市职业介绍所、乡镇劳动服务站、各类培训组织及

买断工龄的工人。

⁸⁴ 陆学艺主编：《当代中国社会阶层研究报告》，社会科学文献出版社2002年1月版，第22页。

⁸⁵ 李强：“当前我国城市化和流动人口的几个理论问题”，“中国网”（<http://www.china.org.cn>），2003年6月20日。

⁸⁶ 高书生著《中国就业体制改革20年》，中州古籍出版社，1998年12月版，第150-151页。

为异地就业民工提供住宿、交通服务的其他组织”。

一年后的 1994 年 12 月，劳动部又发布了《农村劳动力跨省流动就业管理暂行规定》。在这个文件中，前述“第一期工程”的鼓励流动被限制流动所取代，“有序化流动”变成了“有限制流动”。该文件提出，用人单位跨省招用农村劳动力要经劳动就业服务机构核准；用人单位需招收人员的行业、工种，应属于在本地无法招足所需人员的行业、工种（第 5 条）。在符合上述条件的情况下，用人单位还要办理繁杂的招工手续，例如，要向农民工所在地的劳动就业服务机构提交必要的文件；农民外出之前，须持身份证和别的证明，在本地的劳动机构登记，领取外出人员就业登记卡；农民工到达用人单位后，凭就业登记卡领取外来人员就业证（第 12 条）。正是这个政策的出台，从此埋下了农民工被“合法”歧视的祸根。首先，它为地方政府制定“侵权”政策提供了依据；再者，它使大量的私营企业雇主为避免繁杂的手续而“非法”雇工；最后，它使农民工因同样的原因而“违章”打工，从而得不到法律和政府劳动行政部门的保护。

上个世纪 90 年代，城市的下岗失业工人再就业成为各级政府关注的问题。地方政府纷纷出台各种促进本地再就业的政策，其中对农村劳动力的限制政策使农民工在城市的就业状况和权利环境更为恶化。1995 年 2 月 13 日，作为推行“再就业工程”的重要举措，上海市劳动局在全国率先发布《上海市单位使用和聘用外地劳动力分类管理办法》，将行业工种分为三类：A 类为可以使用外地劳动力的行业工种，B 类为调剂使用外地劳动力的行业工种，C 类为不准使用外地劳动力的行业工种，并随即公布了不得招聘外地劳动力的首批 C 类行业工种。该政策随后被推广到全国许多城市。1996 年 3 月，北京市劳动局发布《1996 年本市允许和限制使用外地人员的行业工种范围》，规定了允许雇用外地人员的 12 个行业、204 个工种。这 12 个行业大多为劳动条件较差的行业，如农业、林业、建筑业、矿山采掘业等，或者是接触有毒有害物质的行业，如化学工业、建材业；204 个工种也多为城市劳动者不愿从事的工种，如粪便净化处理工、清扫工、尸体整容与火化工等。这一政策明确限制外地人员从事的工种有，金融与保险业的各类管理员、业务员、会计、出纳员、收银员、话务员、各类售票员、检票员、计算机录入员、办公室文秘等。在各大城市发布的有关劳动力招收或者管理的政策性文件中，几乎都规定了“先城镇、后农村；先非农、后农业；先本市、后外地”的劳动力招用原则。⁸⁷直到 2004 年，在各地开始取消对农民工就业的工种和行业限制后，广东省劳动和社会保障厅还出台了《广州地区 2004 年春运组织民工有序流动工作方案》。在此方案中，提出了春节后招工的“六不准”，即在春节后一个月内，省内所有的用人单位一律不准招收外省民工；回乡过节的民工返回工作岗位时，一律不准带新民工入粤就业；职业介绍和人才交流机构一律不准开展介绍外省民工中介活动，不准举办劳务和人才交流集市；外省驻粤劳务办事机构一律不准向广东组织劳务输出；任何组织和个人，特别是新闻单位一律不准张贴、刊登和发布招聘外省劳动力的广告或信息。⁸⁸

各地政府在对农业劳动力进城就业实行限制政策的同时，建立了各种行政性管理收费制度和证件核发制度。这些制度出自不同的行政部门且名目繁多。有人根据 2001 年 10 月的一项调查，列举了农民工进城就业的收费项目，包括，暂住证工本费、外出就业登记卡工本费及管理费、外来人口管理费、外来人口就业证工本费等 20 余种。⁸⁹农民工进城务工，还需要备齐各种证件，除身份证、外出务工证、暂住证、健康证、所在工厂工作证这五种基本

⁸⁷ “先非农、后农业”是指先招收有非农业户口的城市劳动力，后招收农业户口的劳动力。有关各地政策，可参见，“抚顺市企业招用职工管理暂行规定”（1996 年 3 月 27 日）；“青岛市用人单位招用外来劳动者和城镇用人单位招用本市非城镇户口劳动者管理办法”（2000 年 7 月 20 日）；“宁夏回族自治区劳动力市场管理规定”（1999 年 12 月 28 日）。

⁸⁸ 见，“南方报业网站”（<http://www.nanfangdaily.com.cn>）。

⁸⁹ 陈美球、乔润令：“农民工：城市给了你们什么？”，《中国改革》，2002 年第 9 期。转自，“光明日报报业集团”（<http://www.gmw.com.cn>）。

证件外，未婚妇女还需办理未婚证，已婚妇女要办理婚育证。2003 年 1 月，国务院办公厅发布《关于做好农民进城务工就业管理和服务工作的通知》，要求，“在办理农民进城务工就业和企业用工的手续时，除按照国务院有关规定收取的证书工本费外，不得收取其他费用。”而北京市劳动和社会保障局在同年 7 月 10 日发布的《关于加强外地来京务工人员就业服务工作的通知》中，仍然要求，用人单位为外地来京务工人员办理“北京市外来人员就业证”时，除了需要提交用人单位法人营业证、社会保险缴纳证明、承办人员身份证之外，还要提交外地来京务工人员的身份证、暂住证、婚育证、外埠外出人员就业登记卡等证件。而这些证、卡都不是免费发放的。

不过，政府对农业劳动力流动的百般限制，并不能有效阻止农村劳动力大规模向城市转移，⁹⁰反而将户籍制度的“社会屏蔽”功能延伸到了农民工就业的城市中，进而在城市劳动力市场形成并强化了对农民工的制度性歧视。制度性歧视的第一个后果是在城市出现了二元的劳动力市场，一个是相对规范的、劳动条件较好的，由有城市户口的劳动力构成的劳动力市场；另一个则是几乎没有规范、收入低、劳动条件恶劣、基本没有福利待遇的“次级劳动力市场”，即农业劳动力市场。制度性歧视的第二个后果是农民工无权进入社会救助和社会保障体系，他们失业后，没有资格象城市失业工人那样领取失业保险金和最低生活保障费；他们也不能参加社会保障系统，因为各种社会保障制度的构建是以户籍为基础的。⁹¹制度性歧视的第三种后果是，公共权力非但不能为农民工在城市中的就业提供必要的保障，反而造成农民工就业歧视根源。在这一背景下，农民工们不但被迫接受低于市场最低工资的工资水平和低于国家职业安全卫生标准的劳动条件，更要被迫将就业活动转入“地下”，成为私营企业中的“非法雇工”而脱离了政府劳动行政部门的监管视野。

二、从责令改正到处以罚款：雇主违法的成本分析

歧视性制度形成了劳动关系中的一种歧视性认识：社会普遍认为，处在“次级劳动力市场”的农民工什么都能忍受；他们在城市的就业是暂时的，最终还要回到家乡去。而这种歧视性认识到了雇主们那里则转变为一种歧视性管理模式：他们无须依法与农民工签订劳动合同；无须依法为农民工提供必要的劳动保护设施和装备；无须依法按照最低工资标准支付工资；无须依法及时足额支付工资；无须按照法律的规定向因工负伤的农民工支付赔偿。

除了对农民工的歧视性认识之外，这种明显违法的管理模式之所以能在现实中国社会中普遍存在另一个主要原因是，法律为雇主违法行为设定的成本太低。中国的劳动法律并不缺少对违法行为的惩罚条款。表 3.1 是对劳动法律中的罚则规定和工伤事故赔偿标准的归纳。这些构成了企业和雇主违法的成本，即他们违法之后将付出的代价。但是，一旦雇主们把违法成本与其违法行为可获得的收益作一比较后便不难发现，违法的成本小到几乎可以忽略不计，如果他们能够收买了政府官员，这些微乎其微的违法成本甚至可以不用支付。

⁹⁰ 根据李强在 1999 年对四川重庆地区十余个县外出农民工家庭作的问卷调查，政府组织的流动仅占 3%，90%以上的外出农民工都是自己或通过亲友介绍进入城市作工的，66.4%的外出农民工属于跨省作工。见，李强：“当前我国城市化和流动人口的几个理论问题”，“中国网”（<http://www.china.org.cn>），2003 年 6 月 20 日。

⁹¹ 李强：“当前我国城市化和流动人口的几个理论问题”，“中国网”（<http://www.china.org.cn>），2003 年 6 月 20 日。

表 3.1

《中华人民共和国劳动法》及有关规定的罚则概要及工伤事故赔偿标准

违法行为	罚则							
	给予警告、责令改正	罚款	支付赔偿金、补偿金	停产整顿 *	吊销营业执照**	拘留、罚款、警告***	限期缴纳、加收滞纳金	追究刑事责任 ****
违法延长劳动者工作时间	√	√						
克扣、拖欠工资；不支付加班工资；低于最低工资标准支付工资	√		√					
劳动安全设施和劳动卫生条件不符合国家规定；未提供劳动防护用品和劳动保护设施；发生重大事故，造成生命和财产损失	√	√		√				√
强令违章冒险作业，发生重大伤亡事故，造成严重后果								√
非法招用未满十六周岁的未成年人	√	√			√			
违反对女职工和未成年工的保护规定，侵害其合法权益	√	√	√					
以限制人身自由的手段强迫劳动；体罚、殴打、搜查拘禁劳动者						√		√
由于用人单位的原因订立的无效合同并对劳动者造成损害			√					
违反规定的条件解除劳动合同或者故意拖延不订立劳动合同	√		√					
无故不缴纳社会保险费							√	
阻挠行政部门及其工作人员行使监督检查权，打击报复举报人员		√						√
对非法用工单位伤亡人员受到事故伤害或者患职业病的职工的一次性赔偿标准	按赔偿基数（用工单位所在地上年度职工年平均工资）计算赔偿金：一级伤残的为赔偿基数的 16 倍，二级 14 倍，三级 12 倍，四级 10 倍，五级 8 倍，六级 6 倍，七级 4 倍，八级 3 倍，九级 2 倍，十级 1 倍。对因事故伤害或患职业病造成死亡的，按赔偿基数的 10 倍支付一次性赔偿金。							

*由县级以上人民政府决定 **由工商行政管理部门吊销 ***由公安部门作出 ****由人民检察院、法院负责。

一方面，中国的劳动监察体系是以政府劳动行政部门为主构成的，可另一方面，劳动法律中的罚则却没有给予这些部门相应的权力去制止雇主的违法行为。从表3.1可以看到，劳动部门对雇主违法行为所能采取的措施主要是责令改正、责令支付工资、责令支付赔偿金和经济补偿金、罚款等，劳动执法部门甚至连“勒令停产整顿限期改正”的权力都没有。这就大大增加了劳动部门的执法难度，也为雇主降低违法成本提供了可乘之机。

劳动合同

在上个世纪80年代推行劳动合同的时候，合同的适用对象是有城市户口的劳动力。当时的立法者并没有预见到，在10多年后的今天，中国的劳动力市场会出现如此之大的变化，也没有预见到在“次级劳动力市场中”，农民工和私营企业之间也需要签订一种契约以规范双方的行为。在《劳动法》中，规定了劳资双方要签订劳动合同，但没有规定不签订劳动合同的雇主应承担何种违法责任。在该法第九十八条中，只是简单规定了“用人单位违反本法规定的条件解除劳动合同或者故意拖延不订立劳动合同的，由劳动行政部门责令改正；对劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。”该条款的“责令改正”只能理解为，一旦劳动行政部门发现雇主不与工人订立劳动合同，除了要求补签之外，并不能再追究雇主的违法责任。而“承担赔偿责任”的前提则被设定为“对劳动者造成损害”，至于如何定义“造成损害”，法律则没有明确规定。在私营企业“家天下”的环境中，一些雇主正是利用这个法律缺陷，拒绝与农民工签订劳动合同。这样，他们就可以随便恶意盘剥农民工，一旦发生工资拖欠、工伤赔偿等劳资争议，因农民工无法提供正式的书面证据，这些雇主便可以轻易减轻甚至完全逃避法律责任。

拖欠工资

2003年11月24日，新华社的一则电讯引用了全总的资料，指出全国的农民工被拖欠的工资估计在1000亿元左右。来自劳动和社会保障部的资料显示，拖欠工资主要发生在建筑施工企业和餐饮服务等企业，其中建筑施工企业占拖欠农民工工资案件的70%。⁹²如果按照全总估算的9400万进城务工人员计算，农民工人均被拖欠的工资达到1000多元。如果按月工资500元计算，农民工一年中便有两个月拿不到工资。

目前，保障农民工工资及时、足额发放的法规相当有限。在《劳动法》中只作出如下规定：用人单位“克扣或无故拖欠劳动者工资的”，“由劳动行政部门责令支付劳动者工资报酬、经济补偿，并可以责令支付赔偿金”（第91条）；根据《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第三条的规定，经济补偿的数额按相当于工资报酬的25%的比例支付。这里的问题是，第一，《劳动法》和其他官方文件没有明确定义什么是“无故拖欠”。事实上，雇主总是能够提出无数的拖欠“理由”来。第二，法规没有指明经济补偿应当在何种情况下支付给工人。2004年春节前夕，在全国开展的拖欠工资大追讨活动中，媒体报导只是说大批农民工拿到被拖欠的工资，但却没有一则报导提到农民工还获得了经济补偿。第三，法律和行政规章缺少对拖欠者的严厉惩罚措施。所谓“由劳动行政部门责令支付劳动者工资”对拖欠者并无惩罚的含义。而“20%的经济补偿”的拖欠惩罚代价，比起农民工因工资被拖欠而造成的损失简直不值一提。为追讨被欠工资，无数农民工在工作结束后无法回家，在饥寒交迫中等待、奔波几个月，甚至数年。他们精神上和经济上的巨大损失却得不到任何赔偿。⁹³

⁹² 郑斯林：“劳保部将严查拖欠农民工工资行为”，“新华网”，2003年4月11日。转自，“中国网”（<http://www.china.org.cn>）。

⁹³ 有关报导，见，芦伟坤：“大雪寒风中27名民工盼工钱，12个人只有3张床”，《黑龙江日报》，转自“千龙网”（<http://www.qianlong.com>），2003年12月15日；王海波：“谁来解开令人头疼的政府‘债务链’？”，“红网”（<http://www.rednet.com.cn>），2004年1月29日，2004年1月29日；“血汗钱被拖欠，沈阳百多名民工饥寒交迫有家难回”，《辽沈晚报》，2001年12月10日。转自，“中国网”（<http://www.china.com.cn>）。

近年来,为解决农民工工资拖欠问题,各地政府纷纷出台一些行政措施,建立所谓“企业欠薪预警机制”(如天津市、山东省)、“企业欠薪责任追究制度”(如江西省)或者“企业欠薪基金”(如上海市、深圳市)等。这些措施能起多大的作用仍是一个疑问。例如,“企业欠薪基金”根本不可能应付大面积工资拖欠。深圳市从1997年率先实施这一制度,到2003年,“企业欠薪基金”垫付被拖欠的工资总计不过900万元,而2002年这一年,深圳市企业欠薪却达两亿元以上。⁹⁴面对这笔数额庞大的欠薪,此基金可算是“杯水车薪”了。

我们尤其担心的是,政府在解决农民工工资被拖欠的问题上,采取的仍然是传统的“运动”方式。中共领导人没有批示,党的报刊不发社论,各地政府便不会采取行动;即使采取了行动,也不过是阶段性的措施,等“风头过后”,一切便又和从前一样了。2003年底,在国务院总理温家宝过问了拖欠农民工工资问题之后,全国各地政府曾发动过一次“清欠运动”。但是,2004年5月,《南方日报》报导,记者从国家审计署了解到,贵州省铜仁地区审计机关对25个建设工程项目进行了审计调查,发现有13个项目共拖欠农民工工资188.35万元。⁹⁵一些记者和学者已公开提出,解决拖欠工资问题的根本办法是使作为“弱势群体”的农民工组织起来,不过对此提议,政府似乎还没有打算考虑。

超时工作

中国私营企业的超时工作现象十分普遍,工人每天的加班时间普遍超出《劳动法》规定的“每日最多不得超过3个小时;每月不得超过36个小时”的标准。2004年年初,广东省东莞市劳动局会同市妇联、市总工会进行了一次全市劳动执法大检查。在这次事先通知的检查中发现,大部分企业每天的“正常上班”时间都要超过8个小时;每月则超过21个工作日;其中工时最长的一个企业月加班时间竟高达208.5个小时。⁹⁶有雇主辩解说,很多工人是“自愿”加班的,因为他们希望多挣钱。而有资料显示,第一,所谓“自愿”加班的真正原因是工人的小时工资或计件工资太低。在上述东莞市的劳动执法大检查中,发现很多企业未执行深圳市最低工资标准(450元),特别是在玩具厂、染厂等小型企业,不少工人每月领取的工资连同加班费只有200元至400元。第二,农民工如果拒绝加班,则面临被解雇的危险。

相对于非法延长工人工作时间所获得的经济效益,对于雇主们来说,违法有可能受到的处罚根本可以忽略不计。在劳动部1994年12月26日颁发的《违反〈中华人民共和国劳动法〉行政处罚办法》中,对雇主此种违法行为的罚款标准为“按每名劳动者每延长工作时间一小时罚款一百元以下的标准处罚”(第4、5条)。对东南沿海地区一些雇用农民工多达上万人且常年加班的企业来说,这一标准无疑会造成巨大的违法成本。但是,从一些地方劳动行政部门发布的有关规章上看,对这种违法行为的罚款上限仅为1万元。⁹⁷

与超时工作相联系的一个重要问题,是雇主用以计算加班工资的基数。《劳动法》第四十四条虽然对加班工资的支付标准作了规定,但对加班工资的计算基数至今都没有统一。加班工资的计算基数是工资,劳动法律和政策对“工资”的定义一直采用项目列举方法。⁹⁸而

⁹⁴王怡:“防止‘欠薪’主要依靠劳工维权”,《南方周末》,转自“新浪网”(http://www.sina.com.cn),2003年12月5日。

⁹⁵郑子轩:“企业拖欠民工工资顽疾在全国各地依然普遍存在”,《南方日报》,转自,“新浪网”(http://www.sina.com.cn),2004年5月29日。

⁹⁶程义峰、文远竹:“农民工生存状况调查”,“新华网广西频道”(http://big5.xinhuanet.com),2004年2月9日。

⁹⁷例如,在广东省劳动和社会保障厅发布的“关于严格执行工时制度有关问题的通知”(2003年6月30日)中规定,对企业违反国家工时规定的行为要按照按照《广东省劳动监察条例》第二十四条的规定予以处罚;而该条例第二十四条规定的罚款标准为1000元以上10000万元以下。

⁹⁸例如,在1995年8月11日原劳动部发布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》中规定:“劳动法中的‘工资’是指用人单位依照国家有关规定或劳动合同的约定,以货币形式直接支付给本单位劳动者的劳动报酬,一般包括计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、延长工作时间的工资报酬以及特殊情况下支付的工资等。”

目前企业根据管理需要自定的工资构成名目繁多,已经大大超出了中央政府开列的“工资”范畴。现在,作为加班工资计算基数的有:企业平均工资;个人实得工资、基本工资、标准工资等等。在广东省广州市,就有中央政府、广东省政府和广州市政府的5个文件规定的3种加班工资的计算基数,在实际操作中,有的企业是按照员工月平均工资作为基数,有的则以基本工资为计算基数。⁹⁹近年来,为统一计算基数,各地政府纷纷发布规定,将加班工资的计算基数确定为最低工资。但是,最低工资只是政府统计部门提供的当地就业者及其赡养人口的最低生活费用,与当地平均工资之间的差距甚大。以北京市和深圳市为例,2002年北京市职工年平均工资达20728元,折合月平均工资1727元;而当年北京市月最低工资为435元,相差近4倍。2002年深圳市各类企业职工年平均工资为28218元,折合月平均工资2351元;而当年深圳市月最低工资为595元(关内)和460元(关外),相差倍数分别为3.95和5.11倍。可见,将最低工资作为加班工资的计算基数,是十分不合理的,因为最低工资可能成为雇主支付加班工资的最高计算基数。¹⁰⁰

职业病与工伤事故

从农村劳动力开始流动起,职业病和工伤事故就一直是伴随着成千上万农民工的噩梦。近年来,苯中毒导致的白血病、粉尘造成的尘肺病、瓦斯爆炸造成的伤亡越来越多,而媒体对职业病和伤亡事故的报导也日益频繁。从法律的角度上看,政府有关职业安全卫生的法律文件种类繁多且相对完善。然而,这套比较完善的劳动保护机制,到了企业里,尤其在民营企业,却很难甚至不可能实行。究其原因,还是违法雇主对其违法行为所支付的成本太低。

有媒体说,在中国开煤矿和开赌场一样,都可获得暴利。按一个小煤矿年产量5万吨计算,矿主一年就可以获利600万元,除去100多万元的设备开支和100多万元的人工费用,每年纯利可达300多万元。¹⁰¹2003年,当原煤价格从每吨100元左右上升到最高时的每吨近500元时,矿主认为挖煤“比挖金子都来钱”。¹⁰²相对于雇主获得的超额利润,法律为肇事雇主所设定的经济赔偿数额则低的令人咋舌。劳动和社会保障部于2003年9月23日颁布《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》,规定了在无营业执照或者未经依法登记、备案的用工单位,以及在被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的用工单位中,受到事故伤害或患职业病或死亡职工的家属的赔偿标准(见表3.1)。根据这一规定,对工伤事故死亡工人家属给予的赔偿仅为地区年平均工资的10倍。如果以2002年全国年平均工资12422元计算,仅为12万元。在一些平均工资偏低的省份,例如山西省(9357元)、河南省(9174元)、陕西省(10351元),一次性赔偿金最多为10万元左右,而这些省份又常常是伤亡事故频发的地区。实际上,媒体报导中提及的赔偿金额还要远低于上述标准。一位政府官员说:“发生死亡事故后,煤矿经营者往往采取付抚恤金和死者家属私了的方式平息事端,金额从1.5万元至2万余元不等,多的可达2.48万元,谐音‘来世发’。”¹⁰³而国家安全生产监督管理局副局长梁嘉琨在一次记者招待会上称:目前,煤矿每年的死亡人数接近6000人,基本上都是农民工,他们死亡的赔偿标准因各地的经济发展水平、地方财政政策和企业的经营状况的不同而有所区别,一般在1万元到5万元左右。¹⁰⁴

⁹⁹ “广州:法定节假日加班补休也将照发加班工资”,《南方日报》,2002年12月14日。

¹⁰⁰ 事实上,在东南沿海城市的一些私营企业中,雇主们采取了更为隐蔽的工资支付方式,如在提高劳动定额或者降低计件工资的同时,支付相当于小时工资1.5倍的加班工资,以此方式迫使工人不得不通过加班来增加工资收入,而从工人的月工资上看,他们的全部收入通常要高于最低工资。见,“穿越东部黄金海岸——广东深圳:劳工权益的苏醒”,2003年12月27日,“搜狐财经频道”(http://business.sohu.com)。

¹⁰¹ “黑色真相:关于中国矿难的多角透视”,“天讯在线”(http://www.grrb.com.cn),2002年7月10日。

¹⁰² 关明:“不让悲剧继续发生——山西煤炭安全生产思考”,《工人日报》,2003年6月26日,第(1)版。

¹⁰³ 张敏:“以生命的名义——关于安全生产的梳理与检讨”,《工人日报》2002年7月6日,第(1)版。

¹⁰⁴ “国务院新闻办公室、国家安全生产监督管理局记者招待会”,“新华网”(http://www.xinhuanet.com),2003年10月23日。

在违法成本与违法所得收益之间存在着巨大差异时，依赖政府劳动行政部门和安全生产监察部门的监察，已经不能阻止雇主对农民工持续的侵权行为。2003年3月22日，山西省吕梁地区孟南庄煤矿发生特大瓦斯爆炸事故，造成72人死亡的严重后果。而在此事故发生前的1个月内，当地安全监察部门曾4次下达停产通知书，并给煤矿贴上了封条，给设备上上了锁链。但矿主竟敢撕去封条、砸开铁锁、违规生产。¹⁰⁵ 目前，发生恶性事故后，全国各地政府无一例外都会采取停产整顿的做法，发生事故—停产整顿—死灰复燃—再停产整顿，已经成为一种官僚机构麻木不仁的常态循环。¹⁰⁶

三、从无助到无奈：农民工维权的艰难历程

与雇主们违法行为的低风险和低成本相比，农民工保护和争取权益行动的风险和成本却非常高。

在“次级劳动力市场”中，作为弱势群体的农民工缺少组织资源、经济资源和文化资源。政府不愿将维护外来农民工权益作为官员政绩考量的标准，而在政府发布的有关维护农民工权益的文件中，通常开宗明义地将维持当地社会稳定作为发布文件的目的，维护农民工权益不过是实现社会稳定的手段而已。官方的工会组织近年来一直强调要发展农民工会员，并积极在私营企业组建工会。但是，在地方工会依附党政，企业工会依附雇主的情况下，农民工利用工会这种组织资源的可能性几乎为零。

2003年7月21日，国务院总理温家宝签署发布《法律援助条例》，为农民工艰难的维权之路添加了一线曙光。但是，这个条例规定的法律援助范围，除了“请求支付劳动报酬”外，并不涉及一些与农民工权益密切相关的事项，如，工伤赔偿、职业病待遇、解除劳动合同的经济补偿金与赔偿金、人身权利损害赔偿等。¹⁰⁷ 况且，劳动争议仲裁和民事诉讼程序是耗时、费力、花钱的过程，隶属于政府司法系统的法律援助部门不可能将工作重点从城市居民转向农民工。因此，绝大多数农民工在维权活动中仍然处于孤立无援的状态。

漫长的维权之路：以工伤赔偿为例

无助的农民工在权益受到侵害时，只有两个选择，要么放弃追讨权利，要么走上自我维权之路。然而，自我维权这条路对他们来说是漫长的，甚至很可能是没有结果的。¹⁰⁸ 以追索工伤赔偿为例，根据劳动部1996年8月16日发布的《企业职工工伤保险试行办法》，当工人受伤或者患上职业病之后，他们索赔的程序要从向劳动行政部门申请工伤认定或职业病认定开始，此后再向劳动行政部门申请劳动能力鉴定；凭工伤认定、职业病认定和劳动能力鉴定，向雇工企业提出赔偿要求；如果双方无法通过协商解决问题，权利请求人还要向企业所在地劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请；如果双方对仲裁裁决不服，还要经过两级终审的民事诉讼程序。据代理过大量农民工工伤索赔诉讼的重庆市立太律师事务所周立太律师的精确计算，整个程序共需时间为1074天，即约3年时间才能得到最终结果。¹⁰⁹

¹⁰⁵ 王娇萍：“工运时评：关于安全生产的思考（一）”，《工人日报》，2003年6月10日，第（5）版。

¹⁰⁶ “关于河北辛集市鞭炮厂爆炸事故的声明”，“中国劳工通讯—行动号外第28期”（<http://www.clb.org.hk>），2003年7月31日。

¹⁰⁷ 《法律援助条例》第十条规定：公民对下列需要代理的事项，因经济困难没有委托代理人的，可以向法律援助机构申请法律援助：（1）依法请求国家赔偿的；（2）请求给予社会保险待遇或者最低生活保障待遇的；（3）请求发给抚恤金、救济金的；（4）请求给付赡养费、抚养费、扶养费的；（5）请求支付劳动报酬的；（6）主张因见义勇为行为产生的民事权益的。

¹⁰⁸ 事实上，经历过这一漫长索赔过程的农民工不乏其人。广东省番禺胜捷消防设备有限公司工人秦旺盛在2002年6月26日发生工伤事故后，历经工伤确认、伤残鉴定、劳动仲裁、一审、二审诉讼等法律程序，历时420天仍未拿到工伤赔偿金，而其本人已经疲惫不堪，一贫如洗了。见，曾飞洋：“漫长的工伤索赔路”，“打工族网”（<http://www.dagongzu.org>）。

¹⁰⁹ 郑金雄、梅贤明：“伤残农民工的伤谁来负责？—厦门一起农民工工伤执行案的启示”，“福州晚报电子

然而，这仅仅是根据法律条款来推算的理论时间，还没有将程序中的一些人为因素计算在内。在劳动争议仲裁程序和民事诉讼程序中，仲裁人员和法官作出裁决和判决的主要依据是各种证据，包括劳动合同、集体合同、工资台帐、社会保险费用缴纳凭证、工伤鉴定等等。而两个程序中的证据制度均以“谁主张谁举证”为原则。这一原则一旦应用，立显农民工的劣势，他们经常会因没有证据或难以取证而不能提出相关证据。例如，受伤的农民工要向劳动仲裁委员会提交赔偿请求的证据，只有在证明双方存在雇用关系并且确认了确属因工负伤的情况下，企业才会承担赔偿责任。但由于劳资双方常常没有签订劳动合同，雇主又极力否认事实上的雇用关系，造成农民工举证困难，进而使仲裁和诉讼程序无限期延长。2002年2月25日，陕西省山阳县30名尘肺病患者向陕西省洛南县法院提起诉讼，要求他们原来的雇主——陕西省洛南县陈耳金矿给予职业病的相关待遇。这起民事索赔案直到2003年9月，历时一年半尚未完成一审程序。洛南县法院的法官对记者说，因为农民工不能出示工伤鉴定，此案的审理只好暂时中止。而洛南县人事劳动局官员说，他们无法作出工伤鉴定，因为患尘肺病的农民工与陈耳金矿之间的雇用关系不能确定，不能确知他们是否因工患病。如果要鉴定，必须要由法院出具证明，认定每一个人与金矿的雇用关系。在此期间，已经有4名当事人相继去世。¹¹⁰

冗长的司法程序：对劳动争议仲裁程序的几点分析

在《劳动法》中，劳动争议仲裁被规定为民事诉讼的前置程序。劳动争议的权利请求人只能在对仲裁裁决不服的情况下，才可以向人民法院提起诉讼。此种程序限制了权利请求人直接选择诉讼的权利。在劳动争议仲裁裁决送达当事人15日内，当事人可以向法院提起诉讼；在仲裁裁决15日后发生法律效力时，当事人仍需向法院申请强制执行。因此，大量的劳动争议案件不能在劳动争议仲裁阶段得到最终解决。此种前置程序的另外一个问题是仲裁申请的时效期限太短。在1993年的《企业劳动争议处理条例》中规定：“当事人应当从知道或者应当知道其权利被侵害之日起6个月内，以书面形式向劳动争议仲裁委员会申请仲裁”（第23条）。而在1994年的《劳动法》中，这个期限缩短为60天。尽管按照官方的说法，缩短申诉期限，有利于劳动争议获得及时的处理，避免劳动者经济权益的损失，但对缺少法律常识和自我保护意识的农民工来说，这种期限的规定无异于剥夺了他们追讨权益的权利。在未与雇主发生劳动争议之前，他们可能根本没有听说过劳动争议仲裁这一程序；他们更可能在权益受到伤害的时候毫无察觉。¹¹¹当他们知道了一切并提出权益请求的时候，可能为时已晚，他们的仲裁申请经常被劳动争议仲裁机构以“超过申请时效”为由而不予受理。2001年4月16日，最高人民法院发布《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》，试图为超过60日申请期限而状告无门的劳动者提供相应的司法救助。该《解释》第三条规定：“劳动争议仲裁委员会根据《劳动法》第八十二条规定，以当事人的仲裁申请超过60日期限为由，作出不予受理的书面裁决、决定或通知，当事人不服，依法向人民法院起诉的，人民法院应当受理；对确已超过仲裁申请期限，又无不可抗力或者其他正当理由的，依法驳回其诉讼请求。”这一规定虽将仲裁申请时效转化为诉讼时效，但仍未能弥补仲裁申请时效过短的缺陷。而且，在这个解释中，最高法院并没有明确界定“正当理由”的定义和范围。

农民工艰难的维权路常常使他们望而却步。在权利受到侵害之后，他们常常放弃追讨，

版”（<http://www.fjsen.com/newspape>），2004年1月23日。

¹¹⁰ 王冰：“山阳尘肺民工的艰难诉讼路”，《华商报》，2003年10月8日，第（10）版。

¹¹¹ 河北省高碑店市白沟镇的箱包生产涉及周边4县1市，50多个乡镇，从业人员20万。2002年春节前后，来自河南省许昌市农村的5名女工因苯中毒死亡。这些女工生前长期接触苯含量超出安全标准的胶水。可直到住进医院之前，她们仍然将中毒症状归于“水土不服”、“打工太累，缺少睡眠”。见，张文瑞、王三已：“白沟打工，河南许昌少女由此踏上不归路”，《法制日报》，2002年3月31日。

因为追讨的成本可能要大于讨回的权利收益，¹¹² 个别农民工甚至选择“自残”、“自焚”、“跳楼”或者对雇主实施暴力等极端的方式追讨权益。

如果说城市下岗失业人员这个弱势群体的产生源于政府的政策和制度性剥夺，那么，农民工这个弱势群体的产生还应该加上政府的政策和制度性歧视。当然，中国的户籍制度正在逐渐变革当中，一些对农民工就业限制的政策也逐渐被废止。但是，代之而起的是对农民工持证上岗的要求和文化程度的限制。因此，制度性歧视的根基并没有发生动摇。我们也应当认识到，恶劣的劳动环境、超长的工作时间、长期拖欠的工资、频繁发生的工伤事故等等，并非只会发生在农民工身上。正如本报告在第二章中提及的，下岗和失业工人在重新就业于私营企业之后，其遭遇与农民工已经相差无几。正如中国一位社会学学者所言，无论是国有企业工人、集体企业工人、乡镇企业工人，城镇工人和农民工的待遇正在趋于一致，城市工人曾经有过的特权则基本消失。社会经济制度转型带来了工人阶层由异质性到同质性的转变。¹¹³

¹¹² 2002 年 12 月，劳动和社会保障部劳动科学研究所对甘肃省天水市北道区、秦安县和武威市的民营企业进行了调研。研究人员发现，当地私营企业侵权严重，但是，来自私营企业的劳动争议反而数量很小。研究人员认为，很多民营企业为劳动密集型企业，技术含量不高，雇佣的多为农村劳动力和技能水平不高的城市劳动力。在非技术性工人存在相对无限供给的条件下，这些企业替换劳动力的成本低廉而且选择空间大。这进一步扩展了企业所有者因拥有生产资料而掌握的权力。对劳动者来说，庞大的寻找工作的人群使他们的工作稳定性时时受到威胁。因为怕得罪老板而失去工作，劳动者在自己权利受到侵犯时多选择忍气吞声。见，阴漫雪：“西部民企劳资矛盾调查：侵权严重劳动争议少”，“中国网”（<http://www.china.org.cn>）。

¹¹³ 石秀印：“社会经济制度转型中的工人阶层及其与管理阶层之间的关系”，“中国社会学网”（<http://www.sociology.cass.net.cn>），2004 年 3 月 9 日。

第四章 法律与现实的差距：对工会法实施难点的分析

2001年10月，中华人民共和国第九届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国工会法〉的决定》，对1992年版的《工会法》（以下简称1992版《工会法》）的内容作了44项修改，修改后的《工会法》（以下简称2001版《工会法》）试图在全新的经济和社会环境背景下为全总系统在法律上找到更恰当的定位。但是，由于这个新的工会法律没有涉及工会独立这一根本问题，因此，它几乎不可能把全总从现实的尴尬和困境中解脱出来。

一、2001版《工会法》的变化：工会的维权职能、维权手段和工会干部的权益保障

对比1992版《工会法》，2001版《工会法》希望突出工会维权职能的用意更加明显，在法律条文的修改上则表现为，增加了有关工会维权的涵盖范围，并增加了对工会主要领导干部权益保障的内容。

2001版《工会法》第二条增加了第二款规定，即，“中华全国总工会及其各工会组织代表职工的利益，依法维护职工的合法权益”；在第六条第一款增加了“维护职工合法权益是工会的基本职责”的规定。另外，还将集体合同和企业职工代表大会确定为工会维权的主要形式和途径（第6条）。在有关职工代表大会的条款中（第19条），对雇主违反职工代表大会制度和其他民主管理制度的行为，工会从“有权提出意见”改为“工会有权要求纠正”，并加入了“法律、法规规定应当提交职工大会或者职工代表大会审议、通过、决定的事项，企业、事业单位应当依法办理”的规定。就集体合同，2001版《工会法》将集体协商和签订集体合同列为了工会的专属权利，规定工会代表有权与雇主进行平等协商，签订集体合同（第20条）。不过，这里要特别指出，第20条的规定在实际上又等于是否定了《劳动法》和其他行政法规中有关“在未建立工会组织的企业中，可以由职工民主推举的代表担任集体协商的代表，与企业、事业单位行政方面签订集体合同”的规定。对于工人来说这无疑是一项倒退。因为，在有工会的企业，工会因为受到企业管理方的控制不能真正履行法律赋予的集体谈判职能，而在没有工会的企业，工人们则因此而失去了选举自己的代表与资方谈判的权利。

关于维权职能，1992版《工会法》要求基层工会只能“非冲突性”或者“行政性”维权，工会可以直接向管理方“提出要求”、“提出意见”（第16、19、21、23、24、33条）；也可以向有关政府部门通报情况，再由这些政府部门对经营管理方“依法作出处理”（第23、24条）。2001版《工会法》在工会维权的内容上虽然有所增加，包括，对管理方侵犯工人权益的行为，“工会应当代表职工与企业、事业单位交涉，要求采取措施予以改正”；如果管理方拒不改正，“工会可以请求当地人民政府依法作出处理”。但是，这些规定仍然未能脱离“非冲突性”和“行政性”的范畴，因为是否接受工会提出的“要求、意见、建议”，还是取决于管理方；工会当然可以借助“请求人民政府依法处理”的方式对管理方施加压力，但政府部门和官员是否会“依法处理”，则不是工会能够左右的。

在2001版《工会法》中，“请求人民政府依法作出处理”的事项，从1992版《工会法》中的“管理方违反劳动安全卫生规程，强令工人违章作业”的行为，扩大到了管理方“克扣职工工资”、“不提供劳动安全卫生条件”、“随意延长劳动时间”、“侵犯女职工和未成年工特殊权益”等违反劳动法律的行为（第22条）。但是，如果工会维权手段的“非冲突性”或“行政性”性质不改变，无论维权事项涵盖范围如何扩展都不会改变工会在维权过程中无可作为的现状。因此，当我们把2001年版《工会法》放到具体的维权操作层面时便可以看出，

这一修改并非像一些媒体和学者们鼓吹的那样，使工会的维权手段“更加完备有力”了。¹¹⁴

其实，2001 版《工会法》与前版相比，最大的变化并不在工会维权方面，而是在“工会组织”这一章。首先，它对工会的组建形式作了新的规定，改变了 1992 版《工会法》对建立基层工会委员会的会员人数限制，使人数不足 25 人的企业也可以建立工会（第 10 条）。另外，2001 版《工会法》为基层工会提供了“联合工会”和“工会联合会”两种新的组织形式，适应了当今中国企业分散、规模小、工人成分逐渐复杂化的趋势。该法第十一条规定，“上级工会可以派员帮助和指导企业职工组建工会，任何单位和个人不得阻挠。”根据这条规定，全总系统的地方工会干部便有权进入私营企业组建工会，而无需事前征得企业主的许可。该法第十二条规定，“任何组织和个人不得随意撤销、合并工会组织”，这条规定旨在阻止企业管理方撤销基层工会或将工会合并到其他部门的做法。但是，法律条文仅仅为工会提供了组织空间，而能否建立真正能够代表工人利益的工会组织，要取决于工会干部是否具备组织工人的能力、意愿和胆量。这才是“官方”工会能否成为真正工会的关键。而这些关键性的前提却是那些高高在上的全总各级工会的“官员”们所不具备的，他们缺少在未经过雇主同意的情况下进入工厂去组织工人的胆量，也缺乏发动和组织工人的基本技术和能力。

2001 版《工会法》的另外一项重要修订，是为基层工会干部提供了更多的权益保障。第一，该法规定了在“职工二百人以上的企业、事业单位的工会，可以设专职工会主席。”（第 13 条），此条款有利于改变当前私营企业工会主席多为兼职的状况。第二，该法规定了基层工会干部每届任期三年或者五年（第 15 条），这是基层工会组织机构的稳定所需要的。第三，在保持 1992 版《工会法》第十五条有关“工会主席、副主席任期未满时，不得随意调动其工作”的规定之外，进一步规定了：“罢免工会主席、副主席必须召开会员大会或者会员代表大会讨论，非经会员大会全体会员或者会员代表大会全体代表过半数通过，不得罢免。”第四，该法增加了基层工会干部在任职期限内劳动合同顺延的条款，规定“基层工会专职主席、副主席或者委员自任职之日起，其劳动合同期限自动延长，延长期限相当于其任职期间；非专职主席、副主席或者委员自任职之日起，其尚未履行的劳动合同期限短于任期的，劳动合同期限自动延长至任期期满”（第 18 条）这一条款旨在保障基层工会干部在任职期内的就业权利。

2001 版《工会法》还对侵害工会组织的合法权益的行为明确了应负的法律后果。2001 年版《工会法》增加了第四十三条规定：“企业、事业单位无正当理由拖延或者拒不拨缴工会经费，基层工会或者上级工会可以向当地人民法院申请支付；拒不执行支付令的，工会可以依法申请人民法院强制执行”。新增加的“法律责任”一章还规定，工会对本组织合法权益受到的侵犯，“有权提请人民政府或者有关部门予以处理，或者向人民法院提起诉讼”；对阻挠工会组建和阻挠工人加入工会的行为，增加了“由劳动行政部门责令改正直至追究刑事责任”的处罚规定；对打击报复依法行使职权的工会干部的行为，增加“由劳动行政部门责令改正、恢复原工作；造成损失的，给予赔偿”直至“依法追究刑事责任”的处罚规定；对妨碍工会依法行使权利或者非法撤销、合并工会组织的行为，增加了由人民政府“责令改正，依法处理”的处罚规定。

概括地说，2001 版《工会法》在条款上的确为工会在基层工会的组建、工会干部保护、工会经费的收缴等诸方面提供了更多法律保障，工会在法律条文上的组织空间加大了，工会干部受到的法律保障完善了，工会的活动经费有保障了，但是，这些规定不过是为官办的工会组织和工会运作提供了一些便利而已，并非为真正代表工人利益的工会提供了生存的基础。

¹¹⁴ 王全兴、汪敏：“《工会法》2001 年修改的成功与不足”，“中国民商法律网”（<http://www.civillaw.com.cn>），2002 年 12 月 27 日。

二、《工会法》实施的难点之一：企业工会的依附地位

1992 版《工会法》确定基层工会可以取得社会团体法人资格（第 14 条），2001 版《工会法》重申了这一点（第 14 条）。从法律上讲，各级工会和同级的党政部门之间并没有隶属关系，企业工会和管理层之间也没有依附关系。2001 版《工会法》规定，各级人民政府和企业、事业单位、机关应当为工会办公和开展活动，提供必要的设施和活动场所等物质条件（第 45 条），同时也要求管理方不能因为提供了场地和设施而否定工会的独立地位。

但是，两部《工会法》都没有确立工会独立于其它政治、经济和社会组织，并只对其会员负责的独立工会地位。具体来说，两部《工会法》都明确规定中国工会必须接受中国共产党的领导。在 1992 年颁布的《工会法》中，共产党对工会的领导，是通过“工会必须遵守和维护宪法，以宪法为根本的活动准则”的规定来间接体现的（第 2 条）；而在 2001 版《工会法》中，特别在工会“依照工会章程独立自主地开展工作”之前，加入了中国共产党一贯提倡的“四项基本原则”。¹¹⁵ 于是，对各级工会来说，所谓“独立自主地开展工作”是有前提的，而这个前提又使工会无法“独立自主地开展工作”。各级工会对同级党政部门的依附关系，非但没有因 2001 版《工会法》的颁布而有所减弱，反而却被加强了，¹¹⁶

工会应该是一个代表工人（会员）利益的独立组织，不应该接受任何政治组织的领导和控制，也不谋求领导任何其它的社会、经济、政治组织，这既是工会运动的原则，也是分辨一个组织是工会而不是政党的最重要的指标。在中国也好，在其它什么国家也好，主张工会应该脱离执政党的领导与反对或拥护这个党执政无关。例如，英国的工会在大选中总是支持工党，瑞典的工会在大选中总是支持社会民主党，但这些工会却不会接受它们所支持的政党的领导和控制。其实，这里面的道理并不复杂，强行规定政党和工会的领导和被领导关系，最终只能使工会成为政党的附庸，如果政党能够以工会提出的会员利益诉求作为制定社会政治经济政策的基础；工会能够以政党的社会政治经济政策作为维护会员权益的手段，双方反而可以建立一个稳固的同盟。

遗憾的是，全总系统工会对党政部门的依附关系由来已久，这种长期的依附关系使全总的未来扑朔迷离——退一万步讲，即使有一天中共允许全总独立，全总也未必愿意独立，因为工会干部们可能不知道怎样才能独立以及独立后应该干什么。当然，本报告并不想在此就工会对共产党的依附关系展开批评，只是尝试从企业层面上，讨论全总的基层工会组织对管理方的依附关系，考察这种关系对处在全新社会经济环境中的基层工会的运行能力所造成的制约，探讨这种关系对基层工会干部的影响。

组织依附与维权能力弱化的恶性循环

在企业层面，全总系统对党政部门的依附就表现为基层工会对管理方的依附，具体地说，表现为工会干部对企业的厂长、经理、书记（如果企业有共产党的组织）的依附，在企业层面上，工会的依附性已经人格化了。在企业的所有制性质以及企业的劳动关系发生实质性变化的今天，这种依附关系不但从根本上限制了工会的职能，彻底改变了工会的性质，更威胁到工会的生存。

法律赋予工会和工人的权利，最终要落实到企业层面上才有实际意义。但是，由于工会对管理方的依附，致使《工会法》为工会规定的职能和权利无法落实。长久以来，企业工会的这种依附地位形成了一个恶性循环：工会依附管理方——维权意识和能力退化——依附性

¹¹⁵ 2001 版《工会法》规定：“工会必须遵守和维护宪法，以宪法为根本的活动准则以经济建设为中心，坚持社会主义道路、坚持人民民主专政、坚持中国共产党的领导、坚持马克思主义毛泽东思想邓小平理论，坚持改革开放”（第 4 条）。

¹¹⁶ 韩东方：“新工会法和工人权益”，“中国劳工通讯—韩东方评论”（<http://gb.china-labour.org.hk>），2002 年 2 月 28 日。

增强 — 维权意识和能力继续退化。

工会干部自身的利益和地位应当来自法律的规定和会员的授权支持，当工会依附于管理方之后，这一切就只能来自管理方的恩赐。在这种情况下，工会干部首先考虑的当然不是如何代表和维护会员利益，而是如何通过为管理方提供协助来巩固和提高自身的利益和地位。即使在工人的权益受到侵害时，工会干部们尚存同情心，他们也缺少替工人出面抗争的勇气和能力。正如工人所言：“别说没有工会，有也不行，它们不帮工人讲话。”¹¹⁷ 工会依附管理方之后，工会自身的地位也岌岌可危。在国有企业的改组改制过程中，全总系统的重灾区是在基层工会 — 大量的企业工会被裁撤，会员大面积流失，¹¹⁸ 这正是企业工会长期被管理方视为一个管理部门的结果。在企业管理结构发生变化时，为了减轻成本，管理方会毫无顾忌的撤并工会，在国有企业改组改制的操作者眼中，那个被称作“工会”的部门是否继续存在并不重要。

在那些近年组建了工会的私营企业中，我们看不到企业工会对管理方的依附有任何改变。1999年以后，全总要求加强在非公有制企业组建工会的力度。根据全总的数据，到2002年9月底，全国新建企业工会组织数达到113.4万个，会员数达到4289.0万人。¹¹⁹ 然而，2002年“第五次全国私营企业抽样调查”的结果显示，在已建工会与未建工会的私营企业之间，职工在收入、劳动保护费用、福利等方面却没有明显差别。¹²⁰ 而近年来，拖欠工资、无限制延长工作时间、工伤事故、职业病等等违反劳动法律的现象在私营企业中屡禁不止，且有愈演愈烈之势，更印证了新建工会根本无力维权。在工会普遍没有维权能力的情况下，《工会法》对工会的权益和工会主席的权益所提供的保障便成了多余条款，因为工会对管理方不构成任何威胁，也就不会引来管理方对工会权益和工会主席权益的侵犯。

工会从职业转为行政职务

在工会对企业管理方的长期依附中，工会工作早就从一种职业变成了一种行政职务。在上个世纪80年代，为加强企业工会的地位，中共中央和国务院曾要求相当于企业党委副书记、副厂长一级的干部担任企业工会主席，或者要求给予各级工会主席行政副职待遇。¹²¹ 随着工会主席名正言顺地进入企业管理层，工会主席这个维护职工权益的职业，也正式变成了企业管理层的一种行政职务。在很多情况下，工会主席还是一个安置临近退休的企业管理人员的位置或者用作后备管理人员提升的一个阶梯。我们在1998—1999年曾经对7位国有企

¹¹⁷ 汪金友：“工会为啥‘不帮工人说话’”，《杂文报》，转自“新华网”（<http://big5.xinhuanet.com>），2004年3月15日。

¹¹⁸ 尉健行（前中共中央政治局常委、全总主席）：“在全国新建企业工会组建工作会议上的讲话”（2000年11月12日）；王比学：“关注工会法修改”，“人民日报网络版”（<http://zgdxw.people.com.cn>），2001年9月19日。一位多年从事工会工作的工会干部认为，目前的工会组织处于建国以来力量最薄弱的时期。他说：“国有改制企业、大企业集团工会组织严重削弱，党群工作部实际上替代了工会组织。比较普遍的做法是，将工会组织并到党群工作部，工会主席多由单位党委副书记或纪委书记兼任，工会副主席由党群工作部部长兼任，一般只配一名工会干事，同时还兼任党群部门的其他工作。他们把党政工作当成了‘主业’，而把工会工作当成了‘副业’。对于上级工会的工作部署和开展的活动，在很大程度上是应付差事，工会工作实际上处于半瘫痪的状态，工会组织独立存在的形态，实际也已不复存在。非公有制企业建会步履维艰，速度缓慢且质量不高。近几年来，从全总到各地方工会，都十分强调做好非公有制企业工会的组建工作，层层下达了建会指标，签订责任状进行考核。在如此的压力下，非公有制企业建会速度有所加快，数量也有所增加。但仍有将近一半的企业没有建会。更为严重的是，现有的已经建会的数量，也有很多泡沫和水分，前建后散的情况也时有发生。由于私营企业经营者不重视工会，再加上有关部门从某种需要和利益关系考虑，对工会的建会工作持不积极的态度，使得非公有制企业建会工作步履维艰。见，何春祥：“工会最该维护谁”，“当代工人电子版”（<<http://www.contemporary-worker.com>>），2003年第5期。

¹¹⁹ 张俊九：“工会组建实现突破性进展，会员达1.34亿”，“中国工会第十四次全国代表大会网站”（<http://14da.acftu.org>），2003年9月11日。

¹²⁰ 中国私营企业研究课题组：“2002年中国私营企业调查报告”，取自，“中华全国工商业联合会网站”（<http://www.acfic.org.cn>）。

¹²¹ 《国营工业企业职工代表大会暂行条例》，北京：法律出版社，1981年2月版。

业的工会主席的资历背景作过一次实地考察。发现，他们在担任工会主席前，都在企业中从事过中层管理工作，并且都是从本企业一般工人被逐步企业管理层提拔上来的。他们也都是企业党委（党支部）成员。换言之，他们在企业的“领导班子”之内。

我们还发现，基层工会能否开展工作的一个关键前提，是工会主席和企业主要经营管理者之间的私人关系，这也印证了我们前述有关企业工会依附人格化的结论。一位工会主席说：“如果你想搞好工会工作，关键是要和厂长搞好关系。我自己知道这个观点是错误的，厂长代表企业行政，我代表工人，我们之间的关系应当是对立关系。但是我认为，对立是一个方面，统一是另一个方面。工会主席要维护工人利益，这是毫无疑问的，但是，如果工会主席和厂长之间没有比较密切的关系，你就无法和厂长沟通，最后维护工人利益就是一句空话。因为实现工人的经济利益，还是要得到厂长的经济支持。”甚至有的工会主席干脆承认，他和厂长的关系就像兄弟关系。工会主席们均认为：“如果没有厂长的支持，企业工会工作是搞不好的”。¹²² 按照规定，企业工会经费主要来自企业的拨款。但在现实中，能够自觉按规定拨交工会经费的企业越来越少。¹²³ 而工会组织的诸如运动会、娱乐活动、旅游活动，以及慰问退休职工、给生活困难职工“送温暖”等活动又需要财力支持。因此，企业工会的成绩在很大程度上确要取决于能否获得管理方的财政支持。工会主席与厂长、经理们私人关系的亲疏，往往决定了工会能否获得活动经费以及获得经费的数额。

基层企业工会成为全总系统的薄弱环节

企业工会对管理方的依附也阻隔了企业工会与地方工会的联系。对于缺少政治资源和经济资源的企业工会来说，如果真想有所作为的话，来自上级工会的支持还是必要的，特别是在工会与管理方发生冲突的时候。但是，即使管理方已经完全控制了企业工会，它还是要尽量企业工会从地方工会获取更多的组织资源，而基层工会干部为了保住自己在管理方那里的地位，也就不得不与上级工会保持距离。2001 版《工会法》第十一条规定了上级工会可以派员帮助和指导组建工会，这可能是上级工会与企业工会唯一的一次联系，企业工会组建之日，很可能就是与上级工会隔绝之时。可以说，在全总系统的链条中，企业工会是最重要也是最薄弱的一环。全总提倡的一些维权手段，诸如职工代表大会、集体协商和集体合同、厂务公开等等，都无法在企业层面真正实施，其主要原因正在于此。

全总从 1997 年开始推行的集体合同制度便是一个很能说明问题的例子。¹²⁴ 这项工作曾经被全总视为“贯彻实施《劳动法》这个系统工程的总枢纽、总开关”，并希望由此带动企业工会的各项工作。¹²⁵ 然而，当这套制度被落实到企业时，并没有发生全总所预期的效果。在国有企业，工会无力主导这个本应由它主导的程序，仅仅扮演了一个“龙套”角色——负责具体的宣传动员工作，筹备协商会议。在流于形式的集体协商中，双方并无争论的焦点，而工人们关注的问题，例如企业能否提供职业保障、能否增加工资等，又不是工会代表敢于提出或者能够与管理方谈判的议题。在没有建立工会的私营企业和港、澳、台商投资企业中，《劳动法》规定的可以由工人选举的代表参与集体谈判的规定已经被《工会法》所否定，因

¹²² 访谈笔记（1998 年 6 月-7 月）。

¹²³ 据统计，2002 年全国工会经费平均收缴率只有 41.9%，2003 年又降至 34.8%。近年来，在广东省佛山市的一些地区，工会经费收缴率不足 10%；国有企业和集体企业基本没有按照《工会法》规定比例拨缴工会经费，能够适量拨缴的企业只占 57%；私营企业则基本没有拨缴。见，邱根：“关于贯彻实施《工会法》的现状和对策”，“佛山电视台”（http://www.fstv.com.cn/fstv/two_metting_2004/propose-11.htm）

¹²⁴ 辽宁省沈阳市总工会宣教文体部部长在一篇文章中提到，从在基层工会调查了解到的实际情况看，签订集体合同、实行厂务公开的企业不少，但大部分并没有形成真正的协商机制，并没有起到保护职工权益的作用。至于集体合同的履约率也是低得可怜，缺乏监督和制约的一纸合同，任由经营者摆弄，根据经营者的意志行事。有的工会干部反映，集体合同不过是应付完成任务而采取的一种形式。见，何春祥：“工会没到位”，“当代工人电子版”（<http://www.contemporary-worker.com>），2003 年第 4 期。

¹²⁵ 尉健行：“在全总十二届二次执委会议上的讲话”，《工人日报》，1994 年 12 月 13 日，第（1）版。

此也就不可能建立集体合同制度；在建立了工会的企业中，工会又被资方委派的管理人员或者企业主的亲属、亲信所把持，因此也就没有可能建立真正的集体合同制度。最后，集体协商(谈判)就成为由地方工会导演的一种“仪式”，成为地方工会领导们的一项“政绩工程”。近年来，这种“仪式”都嫌多余，地方工会通常会下发一个集体合同范本，企业雇主只需签字盖章即可。

三、《工会法》实施的难点之二：工会在企业中的实际角色

尽管 2001 版《工会法》试图将工会的维权职能确定为首要职能，但劳动法律并未对工会的维权职能提供足够的依据。在《劳动法》13 章 107 个条款中，“工会”这个词只出现在 5 章的 8 个条款中，分别涉及劳动者组织工会的权利、管理方裁员程序、管理方解除劳动合同的程序、集体合同、加班时间、劳动争议调解和仲裁机构组成、劳动法律监督检查等内容。在涉及工人切身利益的章节条款中，例如，工资支付、劳动安全卫生、女职工和未成年工特殊保护、社会保障等，均没有规定工会的维权职能。

而工会在企业层面扮演的实际角色也与《工会法》的规定相差甚远，企业工会要向多个对象负责，按《工会法》，工会要“代表”工人利益，但现实中却要考虑管理方的利益并向管理方负责，另外还要接受企业外部上级工会的指令向上级工会负责。在劳资利益未发生剧烈冲突的情况下，工会多重身份的矛盾还可以掩盖，一旦劳资利益发生冲突，工会多重身份的尴尬处境就很难掩饰了。

根据我们 1998-1999 年、2000-2001 年对各类企业工会的实地考察所获得的资料，企业工会实际承担的职能是由企业管理者决定的。概括讲就是，缓解矛盾、协助生产、福利管理、“曲线维护”，这四项实际职能取代了《工会法》规定的代表和维护职能。

在国有企业，缓解劳资矛盾，减轻管理方的压力是企业管理者赋予工会的首要职能。在发生劳动争议的时候，例如，职工的医疗费不能报销、工资不能正常发放、企业裁减人员，工会主席就要以“中间人”的身份站出来，向工人解释企业的困难，说服工人谅解管理方的苦衷。工会充当“中间人”（这本身就已经背离了工会应有的身份）并不是真正的保持中立，工会干部要站在管理者的立场上，担任管理者的“说客”。一位接受我们采访的工会主席就直截了当地说：“要当一个称职的工会干部，首先要有一张‘好嘴’。在日常的劳资矛盾中，工会干部正是凭着这张‘嘴’为管理方‘说’出了一块进退空间，甚至成功地掩饰了管理方的侵权行为。

企业工会的第二项实际职能是充当管理者的生产管理助手。按照工会主席们的说法，协助企业组织生产和维护职工利益是相互联系的，“生产搞好了，（企业）有了经济效益，职工的利益才能实现，工会也就达到了维护职工利益的目的”。工会经常使用的方法是劳动竞赛，竞赛目标通常是节约原材料、降低能源消耗、限时完成生产任务等。工会组织的劳动竞赛一直长盛不衰，且不断推陈出新。¹²⁶ 在一些由工会参与制定的私营企业工会条例中，组织劳动竞赛竟然成为了私营企业工会的一项职责。¹²⁷

企业工会的第三项实际职能是为管理方承担大量的行政事务，包括：报销职工医药费用、宣传计划生育政策、调解家庭纠纷、调解劳动争议、组织文艺体育活动等等。一名工会副主席曾把工会比作“万金油”，“它必须要做一些企业管理者不想干或者不能干的事情”。工会干部认为，承担这些事务，不但减轻了管理者的压力，而且能够提高自己在工人中的声望。

¹²⁶ 肖树臣、董平、张萌：“河南省工会坚持不懈开展劳动竞赛纪实”，“新华网”（<http://www.xinhuanet.com>），2003 年 9 月 11 日；张玺：“来自内蒙古工会职工经济技术创新工作的报道”，《工人日报》，2003 年 8 月 28 日，第（1）版。

¹²⁷ 例如，《黑龙江省私营企业工会条例》（2002 年），《辽宁省私营企业工会规定》（1999 年），《福州市私营企业若干规定》（2001 年）。

一位工会主席在谈论他如何为去世的工人操办丧事后说：“我喜欢工会工作，我认为这是一项‘慈善’工作。有很高的社会效益，能够体现我个人的价值”。

如果说企业工会完全不维护工人的权益，却也言过其实。当工人与管理方发生利益冲突时，工会干部可能行使被他们称为“曲线维权”的职能。他们常以“谋士”的面目出现，对管理方的某些不当做法提出改进的建议，使管理方意识到事态扩大的严重后果。有时，他们也会向管理方转达一些工人的利益要求，但仅此而已。在实际操作中，这种“曲线维权”可以通俗地解释为：“工人找工会，工会找领导，领导不同意，工会也没办法。”¹²⁸ 一位地方总工会的宣教文体部部长认为，现在工会对职工权益的维护只能是“有条件的维护”，这些条件是：工会主席本身必须有很高的地位、素质和威信；企业必须有开明的、民主的行政领导和经营者；工会干部为维护所付出的代价和成本不能过高。否则，工会在维权工作上很难有所突破。¹²⁹ 实际上，前两个条件在企业中很难同时具备，而具有雇员身份并享受一定待遇的工会干部，在比较了维权效果和可能冒的风险之后，放弃为工人说话是必然的选择。¹³⁰

企业工会的实际职能使企业工会干部充当了多种角色。在协助生产方面，他们将自己视为管理人员；在维护企业和社会稳定方面，他们站在管理者和政府的立场上关注工人的情绪变化，这使他们在给企业和政府出谋划策的同时又能“顺便”表达一些工人的要求；当工人与管理者发生矛盾时，他们又要担任“调解人”和“说客”角色。而一旦众多角色发生了矛盾，绝大多数工会干部当然只会选择背弃工人权益而自保。

四、《工会法》实施的难点之三：企业工会干部的双重身份

2004年2月，《中国青年报》发表了一篇题为“工会主席常被欺负，工会缺席的市场经济能走多远”的短文。¹³¹ “工会主席受欺负”，用这种儿童般的弱者地位来形容中国的工会主席们的确很恰当。那么，2001版《工会法》增加的对工会干部的保护规定是否真能保障那些为数不多的还愿意替工人说话的工会干部呢？

较为人们关注的一个个案是庄应和、海南省海口市金盘工业开发区工会联合会诉海南省海口市金盘公司案。¹³² 原告庄应和，既是被告海南金盘实业有限公司的行政管理部经理，也是金盘工业开发区工会联合会主席。1999年5月，该公司实行机构调整，将工会联合会划归公司下属的公共事务部，同时撤销了庄应和任经理的行政管理部，并按待岗人员的工资标准向庄支付工资。2000年1月至2002年7月，庄应和先后通过劳动争议仲裁和司法程序，要求金盘公司继续按照公司部门经理的标准提供工资和有关待遇，但有关机构均以“劳动争议仲裁申请超过申诉时效为由”不予受理。2001年8月至2003年3月，金盘工业开发区工会联合会依据《工会法》向人民法院起诉，要求撤销金盘公司关于工会联合会归属公共事务部的决定。此案历经法院一审、二审程序，最终由海口市中级人民法院判令金盘公司依法停止对工会的侵权行为。

这里，第一个需要探讨的问题是：这是一个职工个人与法人之间的劳动争议？还是工会作为独立法人与企业法人之间的权益争议？原告庄应和的身份是金盘公司的雇员，受雇于公司并担任行政管理部经理，他在自己任职的部门被撤销后，要求继续享受原来的工资和福利待遇所引发的争议，应为其作为雇员个人与法人（金盘公司）之间的劳动争议。如将此案归类

¹²⁸ “主席被除名后私企工会出路在哪”，“南方网”（<http://www.southcn.com>），2004年3月11日。

¹²⁹ 何春祥，“工会没到位”，“当代工人电子版”（<http://www.contemporary-worker.com>），2003年第4期。

¹³⁰ 2003年8月，中国科学院半导体研究所原职工伍立京将该所工会告到法院，要求工会退还他4年缴纳的会费，理由是工会违约，没有履行维护职工权益的职责。此案使工会组织首次因维权不利成为被告。见，蒲红果：“不顾职工利益？工会首次被告上法庭”，“千龙网”（<http://www.qianlong.com>），2003年8月25日。

¹³¹ 见，“千龙网”（<http://www.qianlong.com/>），2004年2月18日。

¹³² 范南虹 赖志凯：“路漫漫其修远兮，一位工会主席五年维权无果”，《海南日报》，2004年2月9日。

为劳动争议的话，无论在劳动争议仲裁程序还是在诉讼程序，庄应和均无胜诉可能。因为，根据《中华人民共和国公司法（1999）》的规定，公司有权设立其内部组织结构（第16条）。因此，公司有权撤销行政管理部，并在庄应和落聘后，将其视为待岗人员。然而，如果将庄应和视为工会联合会主席的话，这个案件就成为两个法人之间的争议了。如前所述，由于企业工会对管理方的严重依附，导致改革的操作者无视《工会法》的规定，任意撤销、合并工会基层组织，降低工会基层组织领导人的待遇。因此，正是由于金盘公司根本完全没有意识到《工会法》和工会的存在，才无端引发了两个独立法人之间，即金盘开发区工会联合会与金盘公司的权益争议。

第二个需要讨论的问题是：庄应和的第一身份到底是什么？是公司员工还是工会法定代表人。如果将他的第一身份确定为公司雇员，公司的做法并不违反《劳动法》，而且有《公司法》为依据；如果他的第一身份被确定为工会的法定代表人，那末，公司的上述做法便显然违反了《工会法》。

现实中，几乎所有企业的工会主席均是在取得雇员的身份后，才具备成为工会主席的资格。换言之，在国有企业中，除极少数大型企业的工会主席直接由上级部门委派外，其他企业的工会主席在任职之前要首先是本企业的雇员。而且，除了一些大型企业设有专职工会主席外，企业的工会主席多为兼职，在私营企业，这种情况则占80%以上。¹³³ 2001版《工会法》规定，工会主席、副主席任期未满不得随意调动其工作。因工作需要调动时，应当征得本级工会委员会和上一级工会的同意（第17条）。但是，金盘公司并没有调动庄应和的工作岗位，只是从管理架构上取消了他任职的行政管理部经理这个工作岗位。根据劳动法的规定，雇主有权变更与劳动者签订的劳动合同。如果双方未达成协议，雇主可以提前30日书面通知劳动者解除劳动合同。¹³⁴

以个人名义提起劳动争议的庄应和，在第一次提起劳动争议仲裁（2000年1月2日）和随后提起的诉讼中，均被劳动争议仲裁及法院驳回。仲裁机构和法院在作出驳回裁定时，实际上是将他的身份确定为企业雇员，将此案视为一般的劳动争议案件，适用了《劳动法》规定的“申诉时效”。

因此，庄应和案双方当事人的冲突，实际上凸现出的是《劳动法》和《工会法》之间的冲突，在发生此类争议时，到底哪个法律有优先权，这个问题至今仍未解决。

现实中，企业工会主席享受的待遇可以分为两类：一是专职工会主席在其岗位上的待遇；一是兼职工会主席在其担任的管理岗位上的待遇。调动工作一般发生在兼职工会主席身上。如果因为工会主席在维权中触犯了管理方的权力，管理方出于打击报复的目的而调动其工作，双方的争议就是工会主席代表的工会与企业管理方之间的冲突。但问题是，在工会主席兼职的情况下，管理方完全可以不理睬其工会主席的职位，仅仅以“正常机构调整”为由，撤消其任职的管理工作岗位以及相应的工资待遇，即可达到打击报复的目的。因此，现有《工会法》实际上保障不了工会主席的利益。当然，如果工会有组织工人罢工的权利，将会出现另外一种局面。但遗憾的是，中国目前并没有保护工人罢工权的法律，这正是《工会法》得不到真正贯彻落实的主要原因，也是少数愿意为工人利益抗争的全总工会干部们的权益得不到有效保障的重要原因。

另外，违反工会法律的成本过低，也是雇主和管理方无视企业工会及工会干部权益的

¹³³ 广东省南海市总工会主席告诉中国劳工通讯，在南海市四千家企业的工会中，80%的工会主席是由管理层人员，主要是人事管理干部兼任的，其余的可能是由车间或部门主任兼任。见，“南海市工会主席的尴尬”，“中国劳工通讯 - 行动号外第8期”（<http://www.clb.org.hk>），2002年9月12日。

¹³⁴ 《工会法》规定，基层工会专职主席、副主席或者委员自任职之日起，其劳动合同期限自动延长，延长期限相当于其任职期间（第18条）。但是，这条规定并不能禁止雇主根据《中华人民共和国劳动法》第26条的规定解除与工会干部的劳动合同。该条规定，在劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的时候，用人单位可以解除劳动合同。

原因所在。2001版《工会法》规定：工会工作人员因履行职责被解除劳动合同的，由劳动行政部门责令恢复其工作，并补发被解除劳动合同期间应得的报酬，或者责令给予本人年收入二倍的赔偿（第52条）。在实际操作中，如果企业管理方拒绝恢复当事人的职务，劳动行政部门和法院均无强制性的措施；即使地方工会可以出面请当地党政领导对企业管理方施压，出于吸引投资的考虑，加之官商之间密切的利益联系，大多数政府官员也不愿为一个企业的工会主席伸张正义；在有些情况下，即使企业管理方看在地方党政部门的面子上，允许被解雇的工会主席回企业工作，也不可能为他们提供与过去同样的工作环境和待遇，这也是部分工会主席拒绝重回企业的一个原因。¹³⁵在赔偿方面，所谓“年收入二倍的赔偿”不过比企业解除一般职工的劳动合同所要支付的最高经济补偿金（12个月工资）高出一倍。这种赔偿难以包括工会主席们重新寻找工作的成本和在此期间维持正常生活水平的费用；更难以包括工会主席们在诉讼和劳动争议仲裁程序中付出的成本。

五、《工会法》实施的难点之四：全总行政性工会组建运动的严重后果

在讨论这个难点之前，首先需要指出《工会法》对中国工人结社权的违宪规定。在1948年6月国际劳工组织通过的第87号公约中，提出“结社自由和保护组织权利”，该公约规定：“工人和雇主应毫无区别地不经事先批准建立和参加他们自己选择的组织”。¹³⁶这里，“自己选择”，是结社自由原则的精髓所在。对工人来说，“自己选择”的含义是：第一，他们有加入工会和不加入工会的自由；第二，他们有组建新的工会的自由，第三，在数个已存在的工会中，他们有权选择加入任何一个工会的自由。《中华人民共和国宪法》第三十五条也规定公民有结社的自由，但是，《工会法》却否定了上述原则。在该法第二条和第十条中，中华全国总工会被规定为中国唯一的工会组织，加上“基层工会组织的建立，必须报上一级工会批准”（第十一条）等规定，中华全国总工会被赋予批准或不批准成立工会的行政权。这些规定在违背《中华人民共和国宪法》原则的基础上，确立了全总在中国工人运动中的垄断地位，中国工人的“结社权”就这样被违宪却又“合法”地剥夺了。¹³⁷凭借这种垄断地位，全总在工会组建过程中甚至违反自己的章程，采取依靠政府指令等行政手法设立工会，这里，《工会法》规定的“工人有组织工会的权利”变成了“只有全总有组织工会的权力”，宪法赋予工人的自由结社权，则被扭曲为只能加入全总系统的工会。

2001年初，全总提出“哪里有职工，哪里就必须建立工会组织”的要求，将在非公有制企业组建工会作为工作的重点，并计划到2002年底，在全国非公有制企业组建工会100万家，发展会员3600万人。¹³⁸由于组建工会成了全总的“专利”，以致全总在组建过程中可以为所欲为。此次组建，全总采取的是一种自上而下政治运动方式。这场运动的后果，不但使工会对企业管理方的依附状况更加恶化，更重要的是，扼杀了工人自己组织起来的机会。

139

¹³⁵ 2003年7月，原来担任广东省阳江市龙达集团办公室主任兼工会副主席的杨观趣被该公司除名。杨观趣认为自己以往替职工维权，“得罪”了厂方，而公司则认为杨“不服从工作分配，造谣生事”，企业有权对其作出处罚。在经过劳动争议仲裁和诉讼程序之后，2004年1月7日，龙达集团撤销除名决定，但给予杨观趣行政记大过一次，并罚款200元。当天，公司通知杨观趣到玻璃钢车间做工人。第二天，杨观趣找到公司主管，以自己年纪大、不懂技术为由，要求恢复办公室主任工作。在被拒绝之后，杨观趣又提出到车间负责安全生产的岗位或者回办公室，被再次拒绝。见，“主席被除名后私企工会出路在哪”，“南方网”（<http://www.southcn.com>），2004年3月11日。

¹³⁶ 国际劳工组织：《结社自由和保护组织权利公约》（第87号公约），第2条。

¹³⁷ 韩东方：“中华全国总工会 - 工人组织还是利益集团？”，“中国劳工通讯”（<http://www.clb.org.hk>）。

¹³⁸ 中华全国总工会：《关于加强新建企业工会组建工作的意见》，2001年2月7日发布。

¹³⁹ 2002年7月4日，《南方周末》刊登了一篇题为“外来工自治组织初现浙江瑞安”的报导，详细介绍了在浙江省瑞安市出现的农民工自治组织。7月11日，广东省总工会在《南方都市报》发表题为“外来工成立自治组织违反工会法”的声明，称有关这种自治组织的消息或评论是错误的，违反了《中华人民共和国

2001年2月7日,全总在《关于加强新建企业工会组建工作的意见》中提出了这项工作的必要性:第一个必要性是“加强党的建设,密切党与职工群众的联系,巩固党的阶级基础和执政地位的需要”;第二个必要性是“顺利推进我国经济结构的战略性调整,完善社会主义市场经济体制”;第三个必要性才是“最大限度地维护广大职工的合法权益”。其实,全总开展这一运动的主要原因,是害怕自身垄断地位受到动摇甚至被瓦解。自1989年“北京工人自治联合会”等工人独立组织出现之后,工人们组建独立的工人组织的行动从未停息,近年来更是风起云涌,对全总的垄断地位产生了巨大的威胁。因此,全总不得不动用自己的系统和政府的力量,以行政指令的方式,强行推进全总模式的“官方”工会组建工作。“哪里有职工,哪里就有工会”的口号实际是“哪里有职工,哪里就有中华全国总工会”。而且,为了获得来自党政部门的支持,它进一步强调了对执政党的服从和依赖,为了获得私营企业雇主的认可,它也要向雇主做出“保持和谐的劳资关系”的承诺。在这场运动中,全总又一次用工人的结社权与党政部门及雇主作了一次不道德交易,以保住自己的垄断地位。

在这场由行政主导的工会组建运动中,全总通过党政系统发布文件,在极短的时间内便宣布组建运动大获成功。全总第一副主席张俊九在中国工会十四大新闻发布会上宣布,截至2002年9月底,全总组建工作提前且超额完成了设定的目标,全国新建企业工会组织数达到113.4万个,会员数达到4289.0万人;全国工会基层组织数由1997年51.0万个增加到171.3万个,全国工会会员总数由9131万人增加到1.3亿人。¹⁴⁰

但是,我们在查阅收集到的各级工会组建报告后却发现,在这场由上级工会发布指标,下级工会完成指标的工会组建运动中,充满了弄虚作假和欺上瞒下。2001年下半年,山西省总工会曾派出11个督查组,分赴全省各市、地区对工会组建工作做了两次督查。督察组发现,一个县总工会报给上级的数字是,在83家私营企业和53个乡镇企业组建了工会,可实际上,该县只有27家私营企业、3个乡镇企业,其他所谓的“乡镇企业”都是已经停产的小煤矿。一位工会主席坦言,他准备了几组数字,上面需要哪个,就向上汇报哪个。¹⁴¹

这场工会组建运动的结果是强化了企业工会对管理层的依附,进一步破坏和丑化了工会在私营企业工人心目中的形象。有些时候,当政府为了面子而希望官方工会象征性地维护一下工人权利时,却往往发现,那些在统计数据中的工会要么根本不存在,要么是由雇主本人或者雇主的亲属、亲信把持。近年来,日益频繁和日趋激烈的劳资冲突本来为工人自发组织独立工会提供了不少空间,但全总的这场组建运动却污染了这部分新出现的空间,这是工会组建运动更为严重的后果。

在这场运动中,地方工会把“争得雇主的建会许可”作为工会组建的首要工作。为此,工会干部不但要到私营企业做雇主的思想工作,还要设法通过地方党政领导向雇主施加压力,有时甚至还要主动调整“组建”程序以符合雇主的要求。在浙江省湖州市总工会发布的“基层工会组建基本程序”中,第一条就规定:筹建工会的企业负责人应指定一名企业副职负责人(工会主席候选人)抓组建工作。这一条规定有三点需要注意:第一,工会的筹备人要有企业的所有者和经营者指定;第二,筹备人必须是企业的高层管理人员;第三,筹备人是未来工会的主席候选人。¹⁴² 查阅其他地方工会的网站,由企业的负责人指定一名企业高层主管或者中层管理人员承组工会已经成为一种普遍的工会组建手段。

这样,全总的工会组建运动在私营企业造就了一批“虚拟”的工会,徒有其名而无职能。例如,山东省聊城市总工会对新建企业的工会进行考核验收的标准居然是:有一个健全的工会领导班子,有一本台帐,有一个办公场所,有一块牌子,有一个章子,开展一项活动。

工会法》的规定;在中华人民共和国境内,凡有悖于此而成立的任何其它职工社团组织都是非法的。

¹⁴⁰ 张俊九:“工会组建实现突破性进展,会员达1.34亿”,“全总工会十四大网站”(http://14da.acftu.org)。

¹⁴¹ 关明:“纸上得来终觉浅——关于工会组建工作的调查与思考(一)”,“天讯在线”

(http://www.grrb.com.cn),2002年2月20日。

¹⁴² 湖州市总工会组织部:“基层工会组建基本程序”,“湖州市总工会网站”(http://zgh.huzhou.gov.cn)。

作为组建工会的先进经验，这六条标准曾在山东省“2000 年全省新建企业工会工作会议”和“2002 年全省基层工会组织建设会议”上广为传播。¹⁴³更为严重的是，这些以行政手段搞出来的“牌子工会”、“印章工会”，全部都是由雇主控制的，这一问题至今仍在恶化。某地方工会干部讲，他们对私营企业的工会干部搞培训，根本不提维护职工权益的要求，他们觉得这是一种不着边际的大话和高调。他们只是向这些工会干部提出这样的要求：“第一，企业发生侵害职工权益时，你们不要帮老板说话；第二，在不危害你们自身利益的情况下，尽量向有关部门反映情况。”¹⁴⁴也就是说，私营企业的工会只要不帮雇主说话，在不危害自己利益的前提下能够向有关部门反映情况，就已经是一个不错的工会了。

2001 版《工会法》虽以其“突出工会维权职能”而成为国内外媒体炒作的热点，但由于对 1992 版《工会法》的修改，主要集中于企业工会干部权益保障、工会经费收缴，以及惩罚侵犯官方工会权益（主要为经济权益）的行为等方面，所以，并未解决工会的角色混乱和对企业主及地方党政的依附问题。通过上述分析，我们还看到，《工会法》的文字规定是一回事，全总的实际状况则完全是另外一回事。目前中国的政治环境对真正的工人组织权仍然充满戒备和限制，这才是中国工人实现组织权，全总无法完成角色身份转换的根本障碍所在。其实，面对迅速发展经济利益多元化和急剧变化中的劳资关系，全总系统的中下层机构在地方党政和企业管理者心目中的地位已经岌岌可危，这种衰败的趋势不是一部法律的修改和一场工会组建运动所能扭转的。

自 1949 年中国共产党夺取政权以来，尤其是过去 20 多年来，中国工人权利一直受到持续不断的、各种形式的侵害，中国社会也为此付出了巨大代价。现在，在政府的公信力遭受史无前例的损失之后，在媒体的大量报导和学者们的密切关注下，在中国工人持续不断的集体维权行动的浪潮中，终于，我们看到了天边出现了一线曙光：2004 年 9 月 24 日，广东省第十届人民代表大会常务委员会第十三次会议修订通过了《广东省实施〈中华人民共和国工会法〉办法》。该办法第五条第二款规定，未建立工会组织的单位，可由十名以上会员联名，向上一级工会申报建立工会。这条规定强调了工人可以通过自下而上的途径实现自发组建工会的权利，这是对全总扭曲的工会组建原则的一个重要的修正。但是，这一修正是否能够在全总所接受，是否能够成为工人独立行使结社权的一个开端还有待时日。

¹⁴³ “聊城市总工会狠抓非公有制企业建会工作，取得重大突破”，“聊城政府网”，
(<http://www.liaocheng.gov.cn>)。

¹⁴⁴ 中国劳动科学研究所调查组（郭悦执笔）：“民营企业劳动关系调查随笔”（2004 年 2 月 14 日），转

第五章 社会力量对比的不平衡：对劳动法律失效的分析

自 1994 年《劳动法》颁布后，中国政府逐渐建立起了一套劳动法律体系。尽管这套法律存在着前述章节提及的各种缺陷，但其在设立最低劳动标准，规范劳动法律执行和监督等方面的积极作用也是不应否定的。2004 年 1 月 23 日，《京华时报》以“北京 7 项收入不计最低工资，停工也要付生活费”为题发表一条新闻，该报道称，在北京市政府新颁布的《工资支付规定》中，规定企业不得将劳动者在高温、低温、井下、有毒有害等条件下工作的津贴、在节假日加班的工资等 7 项收入计入最低工资；在企业停工期间也要向劳动者支付生活费。实际上，在劳动部 1993 年 11 月 24 日颁布的《企业最低工资支付规定》中，这些内容已经有了规定。一个地方性法规对这一问题的重申等于间接地表示，原有的劳动法律已经失效了。

法律失效说明，违法者可以不受法律追究的现象大量存在。¹⁴⁵ 查阅《劳动法》及相关法律，在违法者需要承担的三类责任—行政责任、经济责任和刑事责任中，以行政责任比重最大，经济和刑事责任都很轻，很模糊。这就大大降低了违法者的违法成本，使法律得不到尊重。这里，我们想讨论的重点是，劳动法执法机构本身的缺陷以及由此造成的劳动法律失效。

一、劳动法律的执行监督体系

依据《劳动法》的规定，劳动法执法监督体系是由各级政府的劳动部门和各级工会组成的。

劳动行政部门的功能是对劳动力市场进行监管，又称为劳动监察，其法律依据是《劳动法》第八十五条，即，“县级以上各级人民政府劳动行政部门依法对用人单位遵守劳动法律、法规的情况进行监督，对违法劳动法律、法规的行为有权制止，并责令改正。”根据 1993 年 8 月 4 日由劳动部发布的《劳动监察规定》，县（区）以上劳动行政部门要设立劳动监察机构，其主要职责是：宣传劳动法律、法规和政策；依法拟定劳动标准；制定规章；对执行劳动法的情况进行监督检查；制止违法行为；审查安全工程设施；检查劳动安全卫生；参与安全事故调查处理；对特种作业人员进行资格审查、技能鉴定；对监察人员进行监督培训等。此外，《劳动法》对劳动监察人员的职权还做出了规定，规定监察人员执行公务时有权进入劳动现场，查阅资料；有权对违法行为依法处理。劳动监察机构在履行职责时可采取不定期检查、定期的报表和年审等方式，还可以针对专题专案重点检查。

劳动监察的具体内容包括：招聘职工的情况；劳动合同的签订、履行情况；遵守国家规定的工作时间的情况；支付职工工资的情况；执行最低工资的情况；缴纳社会保险费的情况；职工福利待遇的情况；等等。¹⁴⁶

其他政府部门，如，工商行政管理、卫生管理、公安等对劳动法执法监督也负有责任，例如，工商行政管理部门可以对违反劳动法律的企业给予吊销营业执照的处罚，公安部门则对违反劳动法而涉及犯罪的行为，有进行治安处罚、刑事侦查的责任。

截止 2002 年，全国共有县级以上的劳动监察机构 3196 个，专职劳动监察员 17000 多人，兼职劳动监察员 24000 多人。¹⁴⁷ 面对要监察的数以百万计的企业，这支劳动监察队伍力量显得十分薄弱。例如，广东省深圳市劳动监察大队是中国第一个劳动监察机构，编制为 43 人，而在 2002 年底，该市国有工业企业及年销售收入 500 万元以上的非公有制工业企业已经将近万家。山西省全省有 600 多名劳动监察员，而真正从事监察工作的却只有 300 多人。

自“北京大军经济观察研究中心”网站 (<http://www.dajun.com.cn>)。

¹⁴⁵ 梁清华：“当前中国法律失灵的原因及对策”，《法学》，2000 年第 8 期，第 18-20 页。

¹⁴⁶ 见，“北京劳动保障网” (<http://www.bjld.gov.cn>)。

¹⁴⁷ 范战江，“中国劳动立法现状与发展”，“中国劳动网” (<http://www.labournet.com.cn>)，2003 年 10 月 9 日。

全国有 50 多个县的劳动监察机构没有工作人员，只挂了个牌子。¹⁴⁸ 广东省劳动监察总队负责人称，广东作为外来工最多的省份，全省专职的劳动监察人员还不到 1000 人，与企业的比例是 1:2.5 万！¹⁴⁹

据我们的访谈资料，由于地方财政困难无力拨款，现在各级劳动监察部门已经不同程度的成为了具有罚款权力的“自收自支”的机构，所谓“自收自支”，说的通俗一些，就是“自己挣钱自己花”。这样一来，劳动监察机构在性质上就成为一种准政府组织和准经济组织。说它是准政府组织，因为它并非由各级政府财政拨款来维持其运行，但是又要履行政府的职能；说它是准经济组织，因为它并非以盈利为活动的目标，但是又必须通过自身的行为获得收入以维持生存。劳动监察机构的这种双重性质对其在劳动执法中的地位、功能和行为具有重大的影响。

按照法律规定，工会也应该是劳动法执法的监督者。《劳动法》第八十八条规定：“各级工会依法维护劳动者的合法权益，对用人单位遵守劳动法律、法规的情况进行监督。”依据这一规定，全总于 1995 年 8 月 17 日颁布了《工会劳动法律监督试行办法》，要求企业工会对订立、履行、变更、解除劳动合同；执行国家有关工作时间、休息、休假规定；执行国家有关工资报酬规定；执行国家有关各项劳动安全卫生及伤亡事故和职业病处理规定；执行国家有关女职工和未成年工特殊保护规定等情况进行监督。在这个《办法》的基础上，全总建立了一个劳动监督网络，主要包括三个部分，即，县以上各级工会设立的劳动法律监督委员会；基层单位工会或职工代表大会设立的劳动法律监督委员会（监督小组）和各级工会劳动法律监督员。此外，在《工会法》和《安全生产法》（2002 年）中均规定，工会依照国家规定对新建、扩建企业和技术改造工程中的劳动条件和安全卫生设施进行监督；工会发现企业违章指挥、强令工人冒险作业，或者生产过程中发现明显重大事故隐患和职业危害，有权提出解决建议；发现危及职工生命安全的情况时，工会有权向企业建议组织职工撤离危险现场。

《劳动法》、《工会法》和《安全生产法》给全总赋予了一个劳动执法监督者的角色，但是，正如本报告第四章指出的，基层工会在企业中对管理方的依附地位，决定了工会根本无法承担这个角色。翻开《2002 年中国工会维护职工合法权益蓝皮书》，在有关“维护职工的劳动经济权利”一节中，我们看到的不过是地方工会如何参与社会政策法律的制定过程，如何给那些已经下岗失业的工人“送温暖”；看不到在雇主克扣拖欠工人工资、随意延长劳动时间、肆意侮辱虐待工人等侵权行为出现后，工会如何出面维权。全总亦承认，工会不是行政机关，没有行政处罚权，不能直接通过自己的行为阻止用人单位侵犯职工权益的行为。同时，全总仍然坚持，中国的工会是职工群众自愿组成的社会团体，担负着教育、引导工人阶级维护国家利益的重任，因此，工会必须在维护国家整体利益和社会要求的前提下进行维权。¹⁵⁰ 将全总承认的事实和全总坚持的原则合并解读，可以概括为：全总缺少维权的实力，更缺少维权的真诚。广东省总工会主席居然提出：“现在确实存在一些基层干部把招商引资、兴办民营企业与维护职工合法权益对立起来的情况，但不是普遍现象。维护外商和维护职工合法权益的基点是应该找到外商利益与职工权益的平衡点。维护外商利益和职工权益都要依法。因此，企业基层工会工作目标就是要让两者都满意。”¹⁵¹ 现实告诉我们，工会在寻找这个平衡点的过程中，却总是让劳动者不满意。因此，全总系统在劳动执法监督体系中的功能是虚置的。除了县级以上工会在参与劳动政策法规的制定和处理重大工伤事故中承担的一些“龙套”角色外，我们在各类企业日常的劳动法律执行监督过程中，很难找到工会的影子，

¹⁴⁸ 刘永威、杨改桃：“《最低工资规定》实施‘症结’何在”，“山西新闻网”（<http://www.daynews.com.cn>），2004 年 3 月 3 日。

¹⁴⁹ 刘茜、钟莹：“拖欠死结拷问现行制度”，《南方日报》。转自，“南方报业网”，（<http://www.nanfangdaily.com.cn>），2003 年 12 月 26 日。

¹⁵⁰ 郭振纲：“迎接十六大特别报道：工会维权框架基本确立”，《工人日报》，2002 年 11 月 8 日，第（5）版。

¹⁵¹ “广东 185 维权热线即将开通”，“南方报业网”（<http://www.nanfangdaily.com.cn>），2004 年 3 月 14 日。

现实中,由于全总系统无法承担劳动法律执法监督的角色,劳动执法的任务便全部落在了各级劳动监察机构的身上。因此,我们可以将劳动监察机构作为分析的基点,从劳动监察机构的行为、角色和与政府以及企业雇主关系的分析中,透析中国大陆劳动法律失效的原因。

二、劳动法律与地方政策:劳动监察机构的行政不能为

在各级政府对官员政绩考核指标中,优先强调的是地方经济的增长,生产总值、财政税收等。为实现这些目标,各级政府将招商引资视为“最大、最现实、最有效的经济增长点”。¹⁵²并层层制定、下达招商引资的指标。例如,辽宁省阜新市政府在《关于招商引资的若干规定》中,明确地将招商引资任务完成情况作为对下属各部门年终政绩考核的主要内容,将各部门的主管作为招商引资的第一责任人,对超额完成招商引资任务和贡献突出的部门及其领导给予奖励;对没有完成招商引资任务的部门给予通报批评、新闻曝光和经济、行政处罚。这类政策迫使各级政府官员为完成指标而疲于奔命,根本无暇顾及维护社会的公正。对地方政府来说,工人的待遇如何,雇佣关系是否规范等问题都不重要,重要的是要为投资人创造“良好的投资环境”。

保障并提高政府官员的生活水平是地方政府行为的另一个目标。近 20 多年来,各级政府迅速膨胀,乡镇一级政府尤甚,这导致很多地方政府要靠举债来应付庞大的财政开支。据《财经时报》2004 年的报导,中国乡镇一级政府的财政债务每年以 200 多亿元的速度递增,预计当前的乡镇基层债务额超过 5000 亿元;村级达 2500 亿元。¹⁵³为筹集费用,各地方政府纷纷开发和保护本地的财政来源,在这些财源中,私营经济无疑是一个重要的组成部分。¹⁵⁴这些企业不需要地方政府投资,需要的只是廉价的劳工和宽松的劳动法律环境。正如一些学者指出的,进入上个世纪 90 年代以后,地方政府和官员已成为私营企业忠实的保护者。¹⁵⁵在这样的背景下,我们不难理解,依附于政府的劳动监察机构的工作有多么困难:

第一,政府引资和扶植私营企业的政策限制了劳动监察机构的执法手段。如前所述,劳动监察机构执法的手段包括对违法企业责令改正和给予罚款。而在各地招商引资和对私营企业的扶植政策中,严禁政府各部门向内外商投资企业乱收费、乱罚款。这是政府对投资企业的一种承诺,也是对劳动监察机构执法手段的一种限制。我们访问过的劳动监察人员都表示,自从政府三令五申严禁罚款之后,他们执法手段大打折扣,致使行政处罚的规定几乎形同虚设。广东省广州市人民代表大会曾经发布过地方性法规,对欠薪的雇主要给予三个月以上的拘留处罚。许多雇主都害怕这个规定,不敢欠薪。但是,这个规定后来被废止了。现在,劳动监察人员在接到工人的举报赶到工厂,既不能查封厂房,又不能扣压设备,更不能扣人,

¹⁵² 见,中共安徽省明光市委、明光市人民政府:“关于进一步加强招商引资工作的实施意见”(2004 年 3 月 31 日)。摘自,“明光市人民政府网”(http://www.mingguang.gov.cn)。

¹⁵³ “乡镇基层财政负债 5000 亿,体制改革呼声日渐迫切”,《财经时报》,转自“新浪财经”(http://finance.sina.com.cn),2004 年 4 月 4 日。

¹⁵⁴ 在中国大陆东部沿海的不少县市,私有经济实际上已主宰了当地的经济基础,它的产值已占到国民生产总值的 80% 以上,其所提供的税收是当地政府实际可支配收入的主要来源。据估计,在 1990 年代中期,私有经济税收占地方财政收入的比例在地市一级为 20% 左右,在县市一级为 30%,高的甚至达 60%。见,李强:“关于私营经济的若干资料与分析”,“华夏论坛”(http://huaxia.ihw.com.cn)。转自“香港中文大学中国研究服务中心网站”(http://www.usc.cuhk.edu.hk)。更有私营企业主公开讲:“我现在虽然是老板,但是干到这个份儿上,我想不干都不行。不用说几百号人要就业吃饭,就是政府财政少了我这一大块,那些当官的也会坐不住的。人家都说是给我打工的,而我同样不也是在给他们打工吗!”见,杨清:“从超经济强制到关系性合意 - 对私营企业主政治参与过程的分析”,“当代中国研究”(http://www.chinayj.net),2000 年第 4 期。

¹⁵⁵ 中国战略与管理研究会社会结构转型课题组:“中国社会结构转型的中近期趋势与隐患”,《战略与管理》,1998 年第 5 期,第 9 页。

眼睁睁地看到雇主转移机器设备，最后只好不了了之。¹⁵⁶

第二，政府引资和扶植私营企业的措施，给劳动监察人员进入企业检查设置了更多障碍。一些地方政府为企业安排了“安静日”制度，将每月的1日至25日定为企业的“安静日”，在此期间，除必要的安全生产检查外，包括劳动监察部门在内的执法机构未经特别许可，不得对企业进行任何形式的检查；同时规定，凡是涉及企业的各项检查活动，有关职能部门必须事先到政府办公室登记领取检查证，并且不得在“安静日”进行，否则企业有权拒绝检查。¹⁵⁷ 这种规定与劳动监察法律明显抵触，根据劳动部1993年8月4日颁布的《劳动监察规定》，劳动监察机构及劳动监察员有“根据工作需要，可以随时进入有关单位进行检查”的权利（第9条第1款）。

第三，各地政府及其官员与企业雇主基于利益建立起来的良好关系，使劳动监察人员在执法中承受更大的压力。2004年3月，广东省深圳市政府提出，官员将与企业建立定期对话沟通机制，其中市政府主要领导至少每半年与企业座谈一次；市政府各有关部门至少每月与企业座谈一次，并依企业的要求或预约，随时赴企业调研或接待其来访。¹⁵⁸ 按照的一位劳动监察人员的说法，一方面，这种对话制度可以抑制各类执法人员的“权力滥用”，另一方面，这种机制也给那些正常执法的监察人员增加了心理压力。“因为劳动监察活动本身就是雇主们最为反感和抵制的，这种制度使监察人员在执法过程中不得不考虑后果，要考虑执法后自己会不会有麻烦。因为雇主可以与政府的高层直接沟通，在对话中，他们完全可以颠倒黑白，把自己说成是无辜的。这样一来，就等于砸了监察人员的“饭碗”。¹⁵⁹ 某市政府甚至规定，企业每年要对各政府部门（包括劳动行政部门）的成绩进行考核。一位劳动部门的官员讲：“我们不能得罪企业，得罪不起，不然人家年底要给我们打分，我们怎么过关？”¹⁶⁰

政府执法人员拥有过大权力，当然容易产生滥用权力、以权谋私的问题，也不会对劳工权利有所裨益。但是，为了给投资者创造“良好的投资环境”而限制劳动监察机构的权限，其结果肯定是进一步损害工人的合法权益。多年来，各级政府不顾社会公正而片面追求经济指标的增长，已经导致了资本控制政府的局面。在这种情况下，作为政府职能部门的劳动监察机构，在对劳动法进行执法监督时的行政不能为是一种必然的结果。

三、行政执法与官商一体：劳动监察机构的行政不敢为

当政府官员把对权力的追求与经济增长联系起来时，政策的天平当然要向资本倾斜，而由此衍生出的与资本勾结、受资本贿赂的官员腐败现象，也就必然迅速蔓延。一位从事私营企业研究的学者指出：“中国公认的富人阶层——私营企业主，最看重的是关系，在朋友里排第一位的是政府官员，其次是银行职员，这些关系甚至比商业机密还重要。”¹⁶¹ 其他的研究也揭示，在私营企业主关系最为密切的朋友中，政府机关的干部所占的比重最大。¹⁶²

近年来，官商之间的私下勾结已演变为公开的官商一体。在私营企业资本中，有相当一部分是属于各级政府官员的，在这些拥有资本大到数十亿元，小到几十万元的私营企业中，

¹⁵⁶ 刘茜、钟莹：“拖欠死结拷问现行制度”，《南方日报》。转自，“南方报业网”，（<http://www.nanfangdaily.com.cn>），2003年12月26日。

¹⁵⁷ 参见，江西省浮梁县人民政府《关于进一步加快发展的若干政策措施》（2001年9月30日）。“浮梁县人民政府网”（<http://www.fuliang.gov.cn/index.htm>）。

¹⁵⁸ “深圳企业可预约政府官员提意见，敷衍者将受严惩”，“北方网”（<http://news.enorth.com.cn>），2004年3月22日。

¹⁵⁹ 电话采访笔录（2004年4月4日）。

¹⁶⁰ 中国劳动科学研究所调查组（郭悦执笔）“中国劳工现状及由此引起的社会问题——民营企业劳动关系调查随笔”，2004年2月14日。转自，“北京大军经济观察研究中心”网站（<http://www.dajun.com.cn>）。

¹⁶¹ 引自，徐冰：“富人为何愤怒”，《中国经济时报》，2002年11月1日。转自“人民网-经济观察”（<http://www.people.com.cn/GB/jinji>）。

既有官员们实际投入的资金，也有以各种权力换取的“干股”。这就是“官私共有”产权在中国迅速弥漫的秘密所在。¹⁶³ 还有一些“聪明”的政府官员为私营企业办事，在位时不拿企业的钱，而在退休后或辞职去企业“打工”时，以高额薪酬的方式得到私营企业主的回报。这种现象被称为权力腐败的“期权化”。¹⁶⁴ 可以说，私营企业主正成为与各级政府官员共生的一个阶层。

官商一体造成了劳动法执行中的最大障碍，它使企业对劳动法律和执法监察人员更加藐视，不配合监察人员工作，甚至公开对抗劳动监察。一位记者从浙江省劳动监察总队了解到，由于地方政府领导对他们的活动屡屡干预，从1999年到2003年，共有20余件企业劳动违法案件得不到处理。在2001年到2003年间，劳动监察人员在执法监督中有10余次被政府官员们勒令停止检查。2003年5月，浙江省东阳市劳动保障监察大队到该市一家箱包厂调查一起集体上访案件时，在企业主的要求下，市政府领导居然要求监察人员停止调查取证工作。当地的劳动监察官员哀叹：“我们的行政执法，还不如企业主的一个电话。劳动法的尊严，还不如领导的一句话。”¹⁶⁵

官商一体就是这样使劳动法律的尊严损失殆尽。私营企业中之所以职业病和工伤事故层出不穷，各种严重的违法行为屡禁不止，其原因正在于此。一位深知煤炭行业内幕的学者揭露，在中国煤炭资源丰富的地区，存在着一个“煤产阶层”。从开矿的矿主，到政府的官员，再到煤炭的营销者，呈金字塔结构。在采煤工之上的是矿主，他们虽然可以获得丰厚的利润，也承担了极大的投资风险，一旦发生重大伤亡事故，可能血本无归；地方官员在小煤矿中占有股份，与矿主形成同一级的利益共同体；再往上便是各种管煤查煤的官员，矿主要给他们“进贡”；处在这个金字塔顶端的是各种煤运公司，这些公司通常为地方高官的子女和亲信把持，也是煤炭行业获利最大的环节。¹⁶⁶ 2002年12月2日，山西临汾市阳泉沟煤矿发生一起瓦斯爆炸事故，30人死亡，5人受伤。在2004年1月山西省政府发布的事故责任调查公告中，对21名政府官员分别作出了从党内警告处分到移交司法机关追究刑事责任的处罚，这些人包括了区乡两级党政官员和安全生产监督管理部门的主管官员，¹⁶⁷ 由此证实了这个“煤产阶层”的存在。

在这样一个利益的共同体中，雇主们无需再刻意编织自己的社会关系网络，因为他们有着与政府官员共同的利益；他们也无需再顾及违法行为所造成的严重后果，因为这个共同体中的官员本身就是执法者或者是执法者的上司。在这种情况下，雇主们可以肆无忌惮地践踏法律的尊严，只要是不出重大的伤亡事故，不惊动更高层次的政府官员，他们根本不可能受到法律的制裁。劳动监察机构的执法行为无异于是对这个共同体利益的冒犯。面对这个共同体，劳动监察人员的行政不敢为是必然的，因为他们只有在获得政府授权的情况下，才能进行行政执法过程，而这个过程往往不但触及私营企业主的关系网络，而且更为严重的是触犯了官员们的私人利益。如果他们坚持这个过程，最终的后果很可能是被免职甚至丢掉自己的“饭碗”。

¹⁶² 李培林主编《中国新时期阶级阶层报告》，沈阳：辽宁出版社1995年版，第276页。

¹⁶³ “产权改革与制度环境”，“新浪读书”（<http://book.sina.com.cn>），2003年7月28日。

¹⁶⁴ 柴骥程、张建平：“警惕权力腐败的‘期权化’”，《国际金融报》2004年03月10日，第（4）版。

¹⁶⁵ “浙江东阳：‘《劳动法》的尊严不如领导一句话’”，“新华网浙江频道”（<http://big5.xinhuanet.com>），2003年7月23日。

¹⁶⁶ “为官山西”，“四川在线”（<http://www.sconline.com.cn>），2003年4月24日。

¹⁶⁷ “山西阳泉沟矿难致30人死，省府公告事故查处情况”，“中新山西网”（<http://www.sx.chinanews.com.cn>），

四、劳动监察与部门协调：劳动监察机构的行政不愿为

作为一个“自收自支”的部门，劳动监察机构首先要考虑的不是维护法律的尊严，而是如何生存。在“自己挣钱自己花”的运行原则之下，劳动监察成了监察官员们的谋生手段，各种罚款项目成了监察机构收入来源，劳动监察官员和违法者之间的关系成为了一种与罚款数额有关的“讨价还价”关系。这里，劳动监察官员需要在履行监察职责和维持自己的生存之间寻找一个平衡点：不罚款，监察机构无法生存；执法力度大罚款重，必然触及企业的利益，并由此招来上级官员的指责。“通常的情况是，监察人员与企业（管理方）商量，可以少罚一些，但是必须即时支付。这样一来，我高兴，你也愿意。在确定罚款额的时候，以能够支付监察人员的工资和各种费用为准。”¹⁶⁸

一位劳动监察官员告诉我们，劳动监察的重点要以能否收取到费用来决定，特别是在劳动监察机构缺少人手的情况下，那些与收费无关的监察项目，例如劳动合同、集体合同的审查等，由于收不到费用便可做可不做了。而那些能够收取费用的项目则是劳动监察人员的关注点，例如，对企业用工的审查，可以收取用工管理费，这笔费用数额不大，企业一般有能力即时支付。

对企业的劳动年审是劳动监察机构最为重视的工作，其原因正是这项工作收费较高。一位对深圳市行政审批制度改革颇有研究的学者发现，在 2001 年的劳动年审中，深圳市劳动行政部门要求，企业只有在购买了价格为 600 元的计算机软件后，才能办理年审手续；在 2002 年的年审中，则要求企业报送年审资料的人要办一个“广东省劳动保障管理岗位资格证书”，付费 560 元，这些费用并不包括劳动监察机构收取的劳动年审证照费。¹⁶⁹在劳动年审这项工作中，劳动监察机构重视的是收费而不是实际效果。在实际操作中，这项工作基本上是企业自行填写劳动年审表格后报送劳动监察机构。这种方式使监察变成了“自查”，为雇工企业提供了虚报、瞒报、伪造、篡改书面资料的机会。¹⁷⁰

即使劳动监察机构认真履行监察职责，它的执法权限也是非常有限的。如表 3.1 所示，劳动行政处罚的种类包括：给予警告责令改正、罚款、没收违法所得、暂扣或者吊销许可证、责令停产停业等。但是，劳动监察机构自身的执法权限范围仅限于给予警告责令改正和罚款，缺乏工商行政管理部门、税务等部门所拥有的查封、冻结、扣押、没收、强制划拨等强制性手段。劳动监察机构即使拥有责令改正和罚款两种手段，也缺少强制执行的能力，只能通过申请法院强制执行的方式迫使不履行法律义务的相对人履行义务。这种情况决定了劳动监察执法在很大程度上呈现软弱的状态，劳动监察部门对层出不穷的违法行为常感力不从心或束手无策，难以有效地进行监督管理。劳动监察官员普遍感到，他们缺乏必要的直接强制执行权力来保证执法的权威性、严肃性，从而使劳动监察无法产生对雇主的威慑力。

如表 3.1 所示，尽管工商行政管理部门和公安部门对劳动违法行为具有更多的强制性手段，也承担着执法职责。但是，除非遇有工人集体行动、重大的工伤事故等情况，劳动监察部门很难得到其他政府部门的配合。按照劳动监察官员的说法：真正有惩罚效果的手段都不在劳动监察机构手中，需要时，劳动监察机构必须请求其它政府部门配合。但是，各执法部门不愿意增加它们的工作负担。一位劳动监察官员说：“如果企业主在违反劳动法时，并没有超越生产经营范围，工商局就不会介入；如果企业主的行为没有造成社会治安方面的问题，

2004 年 1 月 17 日。

¹⁶⁸ 电话访谈笔记（2004 年 4 月 4 日）。

¹⁶⁹ 谢孝国：“深圳改革行政审批遭实权部门阻力”。转自，“新华网”(<http://big5.xinhuanet.com>)，2003 年 7 月 25 日。

¹⁷⁰ 有农民工反映，所在的企业为了应付有关部门的检查，老板及管理人员预先要对员工进行一番排练，告诉员工怎样回答问题，并且准备一套假合同和假工资表。员工根本不敢讲真话，讲了真话就意味着被炒。见，中国劳动科学研究所调查组（郭悦执笔）：“中国劳工现状及由此引起的社会问题——民营企业劳动关系

公安局就不会介入；如果工人不起诉，法院也不会介入。”¹⁷¹更有劳动监察人员指出：“法律没有授予我们有效的执法手段，企业违法再严重，我们也不能封厂子，封银行帐户，充其量只能罚点儿款，而且罚款额度还是 90 年代初规定的几十元，最多几百元，现在这点罚款根本不起任何作用了。在日本，拖欠工资、劳动违法，劳动执法部门有权封厂、甚至可以拘留老板 24 小时，我们有什么手段？你没有严厉的制裁手段，当然老板就可以肆意妄为。”¹⁷²

拖欠职工工资问题现在已成一大顽症，各地政府为此曾经出台了不少措施，但都因为部门之间无法协调而不能发挥作用。例如，一些地方政府建立了农民工工资保证金制度，要求工程建设的施工单位按承包工程合同总价的 1% 向劳动监察部门缴纳工资保证金，一旦施工单位出现拖欠工资，劳动部门将用这笔保证金向民工支付工资。但是据贵州省遵义市劳动监察官员介绍，在这一制度建立后的一年中，该市劳动监察部门至今未能收到任何保证金，因为这项制度需要工商管理部门的配合，但是该市并没有建立统一的协调机制，导致劳动监察部门“孤掌难鸣”。¹⁷³

于是，劳动监察部门的无利可图和在行政执法中的“孤掌难鸣”，也就成为了监察人员行政不愿为的主要原因。“河南报业网”发布一条消息，四川农民工胡绍成等 44 人被骗入河南省郑州市二七区一家砖厂里，每天在非人的工作和生活条件下做苦力。后来胡绍成冒险逃离这家砖厂并找到郑州市二七区劳动监察中队，却被先推到派出所、再推到公安局、三推到政府的工业办公室。劳动监察官员的解释是：他们只管拖欠工资的事情，这些工人是被“人贩子”卖给砖厂的，与砖厂没有劳动关系，所以劳动部门管不着。该监察官员还为胡绍成出了个“主意”，要他到火车站广场去找“人贩子”，发现之后，给公安局打电话报警。¹⁷⁴

当劳动者难以自己组织起来与雇主抗衡的时候，落实劳动法律的希望就系于政府劳动监察机构之一身。而劳动监察机构的行政不能为、行政不敢为和行政不愿为最终造成了广为社会诟病的“行政不作为”。可以说，劳动法律的失效是政府监管的失灵，现实中的劳动监察机构已经不足以维持劳动法律的尊严。而劳动监察机构的弱点不仅仅是管理体制问题，人力资源不足的问题，它们要面对的已经不是企业主，而是一个官商利益的共同体。面对这个共同体，它们在执法过程中，必须事先对各种利益关系作出一系列的评估和权衡，在评估中，劳动法律并非一个必要的考虑因素，在权衡中，劳动者的权益只能是一个配重的砝码，甚至可以忽略不计。

五、“雇用合意”：劳动法律失效的另类原因

在以农民工为劳动力主体的“次级劳动力市场”中，劳资双方的关系在实质上是一种没有劳动合同的“雇用合意”。¹⁷⁵可以说，在这个拥挤着 1 亿多劳动力的市场中，这种雇佣关系对劳资双方来说的确是一种成本较低的交易方式；不过，这种方式却使劳动法律失去了效

调查随笔”，2004 年 2 月 14 日。转自，“北京大军经济观察研究中心网站”（<http://www.dajun.com.cn>）。

¹⁷¹ 电话访谈笔记（2004 年 4 月 4 日）。

¹⁷² 中国劳动科学研究所调查组（郭悦执笔）：“中国劳工现状及由此引起的社会问题——民营企业劳动关系调查随笔”，2004 年 2 月 14 日。转自，“北京大军经济观察研究中心网站”（<http://www.dajun.com.cn>）。

¹⁷³ 唐正平：“遵义建筑业民工工资保障制度形同虚设”，“新华网”（<http://www.xinhuanet.com>），2003 年 11 月 24 日。

¹⁷⁴ “这家劳动监察大驾咋恁难请”，“河南报业网”（<http://www.hnby.com.cn>），2004 年 3 月 14 日。

¹⁷⁵ 某记者采访时发现，农民工最关注的是劳动工资的高低，安全保障要求和依法自我保护意识十分薄弱。在对 30 名农民工的随机调查中，请他们回答“对工地或工场简陋的设施是否感到担心”的问题，有 25 名民工回答“没有考虑过，只考虑工资的高低和是否能够兑现”；问到“有没有上岗证”时，有 28 名民工回答“没有”；对“你对建设部门要求持上岗证才能从业是否赞成”这个问题，有 27 名民工回答“不赞成”，原因是“太麻烦，受人限制，还要交一笔费用”；对“出了事故谁负责”的问题，有 18 名民工认为“谁操作出错谁负责”，有 5 名民工认为“房东或业主应负重要责任”，还有 7 名民工认为“视具体情况而定”。见，应丽斋、严敏：“重视民工的安全生产”，“嘉兴日报网”（<http://www.jxdaily.net.cn>），2003 年 2 月 24 日。

力，因为在这种关系中，一切行为规则要由势力强大的资方来决定。

雇用合意关系是不以法律为依据的，在处于绝对优势的雇主面前，双方的“合意”实际上就是雇主满意。因为身处供过于求的劳动力市场并远离家乡，农民工惟有接受低于法律规定标准的就业条件才有可能被雇用。雇用合意关系不需要劳动合同，对雇主来说，劳动合同既对他们的违法行为构成限制，也将成为追究他们违法责任的证据；而工人们则以为，当他们无法忍受雇主的盘剥时，劳动合同有可能妨碍他们离开企业。¹⁷⁶

雇佣合意关系又是隐蔽的，这也是这种关系最重要的特征。在供过于求的买方劳动力市场中，劳动者被迫以“合意”接受雇主的苛刻劳动条件。于是，雇主延长工作时间成了“满足工人多挣钱的要求”；工人在恶劣的条件下工作是“出于自愿”；不签订劳动合同也是“工人自己不愿意”。另外，雇佣合意的隐蔽性是劳动执法监督的巨大障碍。劳动监察机构主要是通过工人的投诉来发现雇主的违法行为的，而事实上，因为没有劳动合同而且表示过“愿意”，工人们不到万不得已时是不会投诉的；即使有人投诉，面对雇主“工人自愿”的托词，劳动监察机构也常常束手无策。¹⁷⁷

“雇用合意”是劳动法律失效的另类原因，在雇用合意的关系中，时空似乎回到了十九世纪欧洲工业革命初期，超低工资、超长工时、超生理极限的劳动强度，将工人完全抛离出现代文明的社会，沦为了社会的边缘人。

劳动者的权益诉求和雇主肆无忌惮的侵权行为使政府的执法队伍面临着前所未有的挑战，而劳动监察部门的行政不作为则直接破坏了政府的公信力。劳动者不但没有一个可以信任的利益代表，甚至也失去了最后的救助者，工会靠不住，政府亦无指望。¹⁷⁸在上述众多原因造成的法律失效的情况下，将希望寄托于新的立法也是一厢情愿。在现有的法律都得不到有效执行的时候，制定更多的不能执行的法律，结果只能是法律失去更多的权威，政府失去更多的公信力。

从理论上来说，以工会为劳动法律监督体系的另一类主体，完全可以作为一种理想和完善的制度的起点，但是，如前所述，现实中的官方工会显然无法承担此项重任。改变这种状况有两个选择，一是政府通过立法允许工人自己组织起来维护自身的权益；一是允许工人直接参与工会选举，让工人自己改变官方工会的性质，使其脱离任何政治组织和雇主的控制，成为代表工人利益、向会员负责的组织。

¹⁷⁶ 谭深：“珠江三角洲外来女工与外资企业、当地政府和社会之间的关系”，“当代中国研究中心”（<http://www.thcsc.org>），2000年（具体日期不详）。

¹⁷⁷ 例如，在广东省中山市三乡镇新圩骏达五金制品厂，即使在生产淡季，每月加班也在160小时以上。雇主通过压低小时工资的方式，迫使工人不得不超时工作。工人们白天8小时的正常上班时间内的工资只有12元，即每小时工资1.5元，而加班每小时工资是1.8元。为了多挣点钱，工人们都表示希望有一定的加班时间，她们甚至感谢老板给了她们挣钱的机会。见，“中山一怀孕打工妹加班超时遭主管暴打致流产”，“博讯新闻网”（<http://www.peacehall.com/news>），2003年8月4日。

¹⁷⁸ 2004年1月，河北省涞水县东龙泉村村民郭增光代表68名农民工，向北京市大兴区法院递上一纸诉状，状告北京市大兴区劳动和社会保障局行政不作为。在2001年12月，郭增光等人来到北京市大兴区劳动和社会保障局劳动监察大队，举报河北省定州十建公司违反劳动法，请求责令其支付所拖欠工资款33735元。据郭增光讲，不算2001年12月第一次举报，仅2003年12月12日至2004年1月，他已先后6次从河北来到北京举报、等回复、听结果，仅交通费、住宿费就花去500余元。而最终从大兴区劳动监察大队得到的答复是，因为建筑公司没有提供相关的证据，这事他们不管了。见，“河北民工北京讨薪二年未果，状告劳动部门”，《中国青年报》，2004年1月16日。转自，“人民网”（<http://house.people.com.cn>），2004年3月24日。

结论与建议

当中国的经济制度向市场经济过渡之后,随着国有企业的改制和私营经济的发展,社会利益结构和劳资关系已经发生了根本的变化。这种变化主要表现在:私营企业主阶层作为改革开放的产物,其资本从无到有,已经由“社会主义市场经济的补充部分”发展为“社会主义市场经济的重要组成部分。”致使“执政党的社会基础正逐步的向拥有经济和文化资源的阶层(经理人员阶层、专业技术人员阶层,私营企业主阶层)倾斜”,¹⁷⁹私人资本的权力正在迅速扩张。与此同时,以传统产业工人和新生的农民工为基本构成的现代劳动者阶层的社会权利和政治地位则不断下降,工人们回复到以出卖劳动力为生的被雇佣状态。1949年以后曾经一度消失了的资本与劳动的利益冲突和对立,又在中国重新形成。

在这一背景下,以保障劳动者权益为宗旨的劳动法律,从其颁布开始便面临着以建立市场经济,发展私有经济为目标的政府政策的冲击。其具体体现是“经济改革”的各种政策对劳动法律在制定和执行过程中的修正、限制和歪曲。在各地政府的改制、招商引资、扶植私营企业等政策的鼓励下,资本获得了它所能得到的各种政策优惠,并以此获得了以雇主为权力中心的企业组织结构和管理模式。

在资本和劳动者的利益冲突中,政府并没有扮演一个公正的规则制定者和执行者的角色。地方政府对经济增长的追求和官商之间结成的利益共同体,构成了对雇主违法行为的有力庇护,导致了执法机构的无效率。这是中国的劳动法律不被尊重的重要原因。这种状况进一步恶化了劳动者的弱势地位,并使政府逐渐丧失了社会公信力。

当自己的基本权益被侵害时,没有独立组织的劳动者不具备抗争的手段,工人的集体抗争没有法律保护,当他们通过信访和劳动争议仲裁活动保护自己的时候,却常常受到行政机构和司法程序的冷遇。应当说,中国工人目前已经面临着一个权益全无保障,任由不法雇主和政府官员宰割的局面,这是劳动法律得不到落实的制度原因。

《工会法》于2001年修订之后,工会的维权职能只是在书面上得以突出。而在具体实施过程中,面对与政府官员有着多重利益关系的强大雇主阶层,工会却只能依附雇主和政府而生存。对工人来说,《工会法》的修改没有任何意义,企业工会的存在与否与他们也没有关系。

现在,资本与劳工的利益更加对立,两者的力量对比严重不平衡,这更加剧了中国社会的不公正和动荡。在本报告的分析中,我们看到,劳动法律尽管存在各种缺陷,但是对保护劳工最基本的权益,对遏制社会不公正的加剧,本应可以发挥作用。然而,政府政策对法律的限制和破坏,劳动法律在与政府改革政策的冲突和矛盾中屡屡败阵,不但使中国劳工权益毫无保障,也使劳动法律基本失去了规范和调解利益冲突、遏制社会不公正的效力。

没有劳工自己的组织力量,就没有社会力量的平衡,法律也就得不到尊重和执行。要维护劳工权益,遏止中国劳工工作和生活状况的恶化,遏止中国社会不公正现象的发展,仅靠新的法律的制定和法律系统的完善已经不可能达到目的。建立和发展真正的劳工自己的组织,已经不是一个意识形态和社会理念问题,而是中国社会发展和稳定的现实要求。对此,中国政府无论如何是绕不过去的。

不过,无论如何,法律文本的完备是十分重要的。因此,我们从现实出发,提出对两部法律的下列几点修改建议:

第一,法律应当重新对工人的罢工权利加以明确地规定。现阶段,劳动者在没有工会组织的情况下而自发的罢工已是一个非常普遍的现象。但在《劳动法》和《工会法》这两部法律中,罢工仍然是立法者刻意回避的问题,即使在2001版的《工会法》第二十七条中出

¹⁷⁹ 见,陆学艺主编《当代中国社会阶层研究报告》,社会科学文献出版社2002年1月版,第16、40、38页。

现了“停工”、“怠工”的概念，也不能说这是对工会组织罢工的权利和罢工合法性的法律认定。这里，我们不能用“法无禁止即自由”的解释来说明中国对工人罢工权的默认，当一种权利没有得到法律明确规定的时候，这种权利就不是真正意义上的权利。对罢工权没有明确的法律规定，也给了雇主和地方政府随意镇压工人集体行动，任意拘捕工人代表的“自由”。在没有法律保护的情况下，工人的罢工不但难以持久，也难以对雇主形成足够的压力，而没有足够的压力，雇主也就不会尊重法律，不会尊重工人的劳动权利，罢工争取和维护权利的目的也就很难达到。

法律对工人罢工权利的明确规定，受益的不仅仅是工人。根据我们了解的情况，地方政府官员对工人的遭遇与困境并非一无所知，对雇主的恶行也并非充而不闻，他们之所以要竭力压制工人的抗争，主要还是担心劳资冲突演变为地方上的社会冲突，害怕工人上街堵路，“破坏稳定”，害怕因此受到上级官员乃至中央政府的责备和追究责任。但是，在工人没有明确的、合法的罢工权的情况下，企业内部的劳资冲突引起的工人集体行动总是升级为社会冲突，一旦成为社会冲突，各级政府就难逃其责，它们要为雇主压榨工人谋取暴利的行为承担社会责任、政治责任和甚至经济责任。从这一点看，在法律明确工人罢工权利的同时，也给予政府一个解脱的机会。工人获得罢工权，便拥有了保护自己权益的自主手段。一旦发生劳资利益纠纷，面对工人合法的罢工，雇主就不得不坐下来和工人谈判。因为罢工是合法的，工人也能够并敢于选派出自己的代表进行谈判。这样，在企业内部解决劳资利益纠纷的可能性大大提高，劳资纠纷演变为社会冲突的可能性大大降低，政府官员也就无需为应付络绎不绝的示威游行、堵塞交通等工人的集体行动投入大量的人力、物力和财力。

法律对工人罢工权利的明确规定，不但提高可工人在企业内的地位，也使《工会法》和《劳动法》在企业层面上得以真正的落实。当职工的权益受到侵犯时，全总系统的工会可以合法地组织工人的罢工并与雇主开展对等地谈判，工会对管理方的依附可能由此得到改变。工人获得了合法的罢工权，将有助于《劳动法》所规定的集体合同制度真正成为企业劳资关系的调整机制。这一制度之所以至今在企业层面难以发挥正常的功能，签订的集体合同之所以被劳资双方视为“纸样文章”，其原因之一在于工会在集体谈判中缺少向对方施加压力的手段，致使工会无法表达工人的真实意愿和要求。

第二，应取消各级工会领导人“享有相当级别的党和政府领导副职待遇”这一政策规定。时至今日，中国的一些党政领导人和全总领导还坚持一种错误的认识，只要使各级工会的领导人在各级党和政府中担任重要职务，工会的作用就可以加强。事实证明，上述看法和有关政策规定加强的是工会对党和政府的依附状况，弱化的是工会对工人的维权功能。此类政策实施多年，已经使工会的领导人在生活、思想、情感及个人利益等方面远离工人，使他们忘记了工会干部真正的职责，使他们将为保持其党政领导副职的优越“待遇”而忽视工人的权益。取消这类政策规定，其重要意义还在于实现工会干部从职务到职业到回归，使那些真正愿意并且能够代表工人利益的工运领袖从基层脱颖而出，取代那些庸庸碌碌、无所作为的工会干部，从这一点看，这一举措可能是中国工会改革的一个起点。

第三，要使劳动法律真正得以完善并获得尊重和执行，最重要的是对《工会法》总则的第四条，即关于“坚持人民民主专政、坚持中国共产党的领导、坚持马克思列宁主义毛泽东思想邓小平理论，坚持改革开放”的规定作出修改。在现实的政治条件下，至少应对“坚持共产党的领导”作出明确的定义和限制，使“坚持共产党的领导”不致成为企业层面的“坚持企业所有者和管理者个人对工会的领导”，不再继续被扭曲为资方对工会的控制。如前所述，全总系统的薄弱环节在基层工会，法律规定的劳工权利也要在企业层面得到落实，基层工会的独立自主，不但是劳工权利实现之前提，也是全总系统改革之关键。在已有的政治条件下，应当给基层工会以更多的独立活动空间，这不但无损于中国共产党在中国的统治地位，反而有助于于这个社会的稳定。

“中国劳工通讯”其他研究报告与发表日期如下：

中国劳工权益保障研究系列报告之二：

官商较量与劳权缺位：中国职业安全卫生报告（2005年4月）

中国劳工权益保障研究系列报告之三：

挣扎在去留之间：中国广东省东莞女工状况的调查笔录整理报告（2005年6月）

中国劳工权益保障研究系列报告之四：

中国工人运动观察报告(2000-2004)（2005年9月）

中国劳工权益保障研究系列报告之五：

致命的粉尘：中国广东地区珠宝加工业矽肺病个案分析报告（2005年12月）

中国劳工权益保障研究系列报告之六：

**有效的工人组织：保障矿工生命的必由之路 - 中国煤矿安全治理研究报告
（2006年3月）**

中国劳工权益保障研究系列报告之七：

关于中国童工现象的实地考察报告（2006年5月）

以上报告发表于“中国劳工通讯网站”(<http://www.clb.org.hk>)