

郑尚元 著

劳动法和社会法专论

清華法學文叢



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

華法學文叢

鄭尚元 著

劳动法和社会法专论


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

劳动法和社会法专论 / 郑尚元著. —北京: 法律出版社, 2015. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7289 - 0

I. ①劳… II. ①郑… III. ①劳动法—中国—文集②
社会保障法—中国—文集 IV. ①D922.504-53
②D922.182.34-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第284145号



责任编辑 刘文科 李峰云
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2015年8月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 21.5 字数 338千

印次 2015年8月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7289 - 0

定价:60.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

郑尚元

清华大学法学院教授、博士生导师，北京大学法学博士、中国社会法研究会副会长、中国劳动学会劳动争议处理专业委员会副会长、国家人力资源和社会保障部咨询专家委员会委员、中华全国总工会法律顾问委员会委员。出版个人专著《劳动合同法的制度与理念》《劳动争议处理程序法的现代化》《工伤保险法律制度研究》；论文集《劳动法和社会法理论探索》《劳动法与社会保障法理论前沿》；发表学术论文八十余篇。

寻找 21 世纪的大学之道和法治精神

——新清华法学 20 周年丛书序

清华大学法学教育最早可以追溯到 20 世纪初庚子赔款的放洋生 (1909—1925), 他们当中有一部分当年远渡重洋学习法律, 是最早一批到美国读法律的中国人, 他们毕业后带着西方法治文明, 回到多灾多难的故土报效祖国。1928 年清华学校改制为大学, 法学院是最早设立的四大学院之一。新中国成立后, 1952 年全国大学院系调整, 清华大学被改造为工科学府, 文科专业并入其他高校。几十年里, 人们对清华工科院校的形象已经固化, 似乎忘记了清华本来就是综合大学, 今天教育部仍然把清华划归“理工”类院校。

1995 年 9 月 8 日, 在那个秋高气爽、天高云淡的早晨, 清华大学校长王大中院士宣布恢复法学教育, 重建法律学系。1999 年 4 月 24 日在法律学系基础上, 清华大学复建法学院。20 年后, 作为亲历这一过程的教师, 我仍然十分佩服清华大学领导当年的远见和果断。

20 年来, 81 位教师前后在这里全职任教, 目前在职 68 位, 还有 20 多位兼职教师曾经传道于此。20 年来, 八千多优秀法治人才从这里毕业, 走向法治建设和各行各业第一线。这是一个高端“移民社会”, 每一位学人的到来都有一个故事, 有一段曲折的道路。有的离开长期执教的学校, 加盟这家新式学堂, 尝试新理念, 探索 21 世纪的大学之道, 希望人生有一个全新的开始; 有的不远万里, 从大洋彼岸来到北京, 耕耘在这片法学新天地; 有的初出茅庐, 踌躇满志, 从世界各地的著名学府直接走入清华园, 开始自己对法学和法治精神的追寻。清华一度成为法学精英心中的“延安”或者说“新大陆”, 带

给人们无限的想象空间。英雄不问出处,无论何种原因“移民”到这里,大家都看上了清华园这块学术沃土和教育重镇,毅然决然迈出人生这关键的一步。一个学生在这里学习几年,称其为校友。这些老师大部分不在清华本校毕业,也许称不上严格意义的“校友”,但他们在清华的时间远远超出任何一个学生,那是十多年、几十年乃至一辈子的承诺、坚守、守望!正是这些老师的到来,才有新清华法学的故事和奇迹。

清华再次与法学相结合,不仅仅是物理上的叠加和积累,更是奇特的化学反应,形成了独特的气派、精神和品格,产生了“新清华法学”这一法学新流派。每一个人都是一个例外。每一个大学、每一个学院也都有自己与众不同的精神特质。大学的精神特质或者说品质特征是由老师、学生、校友在特定的地方、历史和文化背景下创造出来的共同的价值追求。那么,清华大学法学院,或者说清华法律学人具有什么样独特的精神特质呢?

最突出的一点,清华法律学人无论研究理论实务,公法私法,实体程序,国内国际,无不秉承清华大学“自强不息,厚德载物”的校训,具有强烈的家国情怀,承载崇高的责任使命,饱含对人民、对国家深厚的感情。清华大学诞生于多灾多难的旧中国,起源于血雨腥风的战火,可谓民族耻辱的产物。从诞生那天起,清华大学就注定对这个国家、这个世界承担着特殊责任。也许正是戴着“赔款大学”这顶屈辱的帽子,使得一代又一代清华人特别爱国,历代清华师生先天下之忧而忧,以天下为己任,为民族复兴和国家崛起而发奋努力。从1910年第一位赴美国攻读法律的张福运,到1946年参加远东国际军事法庭审判日本战犯的中国法官梅汝璈和检察官向哲浚,以及钱端升、王铁崖、端木正、陈体强、龚祥瑞等等,一直到2010年把生命奉献给清华和国家法治事业、“一切学术为了中国”的何美欢,我们都能感受到一脉相承的清华特质和清华品格:他们精通国际,洞悉世情,又非常爱国,广阔的国际视野和发自内心对国家的热爱、对事业的执着完美结合在一起。一切学术为了中国,为了人类和平进步事业,为了那比阳光都珍贵的公平正义!这就是清华法律学人一贯的价值追求,也是永恒的大学之道。

清华法学的另一个特质就是对“道”、对真理的不懈追求。法学不仅仅是古代的“律学”或者近现代的法律学,也不仅仅是一套知识体系和技能技巧,而是关于公平正义、治国理政的大学问,终极追求是建构公正和谐的社会

秩序,保障基本人权,实现国家治理体系和治理能力的现代化。法治不仅是按照法律条款治理,更重要、更根本的是追寻法治的真谛,按照理性和法治精神治理。但法律的职业属性很容易走向只重视“术”、而忽视“道”的追求和传承。丧失理想和价值追求的职业是纯粹的技术技巧,是迷失方向的知识传授,是可怕的“术”。因此,法学研究绝非简单的职业技能研究,必须同时也是关于“大道”和真理的研究。只有建立在道德理性和人文关怀基础上的法治,才具有可持续性,因为不道德比非法更可怕。法律人永远不能让知识技巧超越人类美德的底线,不能忘记天上的星空和心中的道德律。古人讲“天理、国法、人情”表达了同样的期望和诉求。大学是文明的灯塔,是讲大道、讲真理、讲理想的地方,要引导社会,而非完全被社会所引导。大学之道,在明明德。1932 年清华法学院增设法律学系就提出“本学系宗旨,系对于应用及学理两方面,务求均衡发展,力避偏重之积习,以期造就社会上应变人才,而挽救历来机械训练之流弊”。今日清华法律学人继承了清华法学这一光荣传统,追求法治的大道大德和独立精神,带着崇高的理想和对真理的热切追求开展理论和实务研究。我们为此把“独立之精神,自由之思想”十个大字印在《清华法学》封面上,作为清华法律学人共同的学术座右铭,互勉互励。法学院大楼取名“明理”也有这方面的用意。

历史上的清华法学常常中断,命运多舛,这本身就是中国百年历史的真实写照,反映了法律、法学在中国命运的变迁。这 20 年来我也常常担心法学院会不会再次关门,这种忧虑曾经长期挥之不去。一直到 2014 年中共十八届四中全会,在中华民族历史上开启波澜壮阔的法治建设工程,我才坚信清华法学院今后再也不会关门!一个国家坚持开办自己的法学院,一百年、二百年乃至永远不动摇,不信法治建不成!只要有法学院在,法治就有希望。有位清华老领导当年参观百年哈佛法学院,看到十多栋雄伟的大楼屹立在法学院校园中,说了一句意味深长的话:光看哈佛法学院这么多大楼,就知道这个国家建设法治的决心有多大,就知道这是世界一流法学院。

20 年来,清华法律学人在学校大力支持下,一方面广筹资源,兴建大楼,让法学院永远扎根清华园沃土和中华大地上,表达对法治建设的坚定承诺;另一方面,在继承清华法学优良传统基础上,锐意改革,推陈出新,极大扩展了法学的内涵和外延,为法治中国建设贡献才智,为中国法学增添新的光彩

和荣誉。这20年既是历史的延续,也是伟大的开端。清华法学的故事时隔多年,不仅延续下来,而且扎根、升华,不断发扬光大,深入人心。在全面推进依法治国新的历史起点上,在决定中华民族前途命运的这场“广泛而深刻的革命”中,清华法律学人没有缺位,也不能缺位,必将发挥更大的作用,扮演更重要的角色。清华法学必将不负众望,不辱使命,焕发出新的生机与活力,再造新的辉煌,“历千万祀,与天壤而同久,共三光而永光”。

在这个特殊的历史时间节点上,在全面推进依法治国元年,为庆祝清华大学恢复法学教育20年,清华法律学人把自己多年的学术成果汇编成册,分批出版,意义非凡。尽管大家研究的具体领域不同,学术理想和观点也有差异,语言风格自然也各不相同,但是透过每篇文章的字里行间,人们仍然能够看到其中的共性,看到新清华法学鲜明的精神特质和价值追求。每一篇文章,每一行文字,都是呕心沥血之作,都是用真心、带着理想和深厚的情感写出来的学术精品。我不善于写序,也无法完全概括同事们取得的学术成就,只是把我所理解的清华法律学人对21世纪大学之道和法治精神的探寻加以初步总结归纳,与诸君切磋共勉,并聊以为序。

王振民

2015年5月5日

于清华园明理楼

导 读

劳动法与社会保障法领域的学术出版和学术发表较为困难,近年来,随着构建和谐社会与包容性增长的提法成为官方语境,其中情势得到少许好转。中国官方,亦即全国人大所列之“社会法”范畴包括劳动法和社会保障法,与法国、日本关于社会法的范畴大致相当,德国和我国台湾地区的社会法实则为“社会保障法”,只不过“社会保障”一词来源于英语语境,德国人直称“社会法”。笔者长久理解“社会法”大致与英美法系之“社会保障法”一致,或者说类似德国的“社会法”。所以,本文集以“劳动法与社会法专论”为题展开,概括和累积本人近四五年来的一些长短不一的论文和习作,有些已经发表,有些尚未发表;论文发表的期刊种类不一,较为分散,集合为文集便于读者和同行批评与参酌。2015年系清华大学法学院恢复建院二十周年,学院拟推出一批文集作为成果以示学人,笔者的文集有幸入选,感谢院方支持和信任,亦感谢法律出版社之鼎力。

本文集列劳动法八篇,社会法八篇。相对而言,入职清华法学院以来,笔者的研究重心略倾斜于社会保障法领域,该领域学术较之劳动法而言亦显薄弱,国内学者近些年才开始着手于教学与科研。笔者在中国政法大学奉职期间第一次在该校开出了“社会保障法”选修课程,由于该课程为新,不少老师不愿探手,近年来,这一状况在全国不少院校已经不成问题。社会保障法在发达的东瀛较之劳动法亦为落后,更难与民法、刑法、程序法等学科比拟,日本早稻田大学法学院菊池馨实教授曾到访清华法学院,与本人有过短暂交谈,之后他又邮寄两本专著过来。笔者不懂日文,但通过猜测略知该领域在日本亦为落后学科,全世界最先进的社会法在德国,德国人不仅编撰了《社会法典》,更建构了社会法院体系,真令人羡慕!而我国该领域问题的解决大多

仰赖于信访甚至上访。改革开放以来,中国劳动立法、执法和司法皆有长足进展,学术亦开始缓慢展开。但是上述两者皆处羸弱,本人从教学到科研兼顾两者,不像德国、日本和我国台湾地区学者之专心于一门,如此,研究专业性和深入度肯定欠缺,但从广度和内容之比较上更为方便。未来几十年后,在中国,学者可能会分列队伍,目前,队伍仍在一起。

《劳动合同法》的颁布,曾激起轩然大波,批评之声不绝于耳,不少外行、不少名人亦参乎其中,不免令人唏嘘。这一方面说明,该法不成熟,条文较为简单,谁都可言之一二;另一方面说明,社会心理尚属幼稚,谁都想扮演正义的化身。事实上,该法亦为专业之法,其中学问和蹊跷进去之后照样复杂和诡异。以“用人单位劳动规章制度”言,计划经济时期,中国的劳动秩序靠“劳动纪律”,市场化改革之后,统一的“纪律”几乎溃乱,如何形成市场经济背景下的劳动力市场秩序,首先靠国家法制,也就是国家颁布的法律、行政法规和规章,其次就是企业中的自治规则——“工作规则”。与社会治理相同,具有刚性约束力、柔性约束力的社会规范相当之多,法律秩序只是其中。像乡规民约、学生守则这样的社会规范也非常重要。“企业劳动规章”对于劳动法制之实施也非常重要,是劳动法制之微循环。例如考勤、请假、奖励、惩戒等皆入该规范,没有它雇佣劳动领域即使有法律、行政法规颁布,最终秩序不仅不能形成,而且极易使中国“人治”的氛围在劳动法实施领域愈加没有边界。《用人单位劳动规章制度形成理性及法制重构》系师生合作作品,是在笔者指导下,即笔者将其中思路、主要观点、研究的素材交代之,由硕士生王艺菲完成。集体谈判制度建构进程缓慢,其原因与一核心问题有关,即结社自由问题。集体谈判制度与工会法制,与结社权、交涉权和争议权密切相关,笔者曾有一两篇文章。本文集之相关文章格式不够规范,系本人参加国际会议文章之汉文版本,表达其意即可,而且,该领域的深入研究和制度建构尚需时日。劳务派遣用工近年来呈现泛滥之势,从《劳动合同法》修法专门针对“劳务派遣”可以窥视一斑,在加大对其管制之同时,须冷静分析其来龙与去脉,使其真正定位于“非典型雇佣”系列,本文集所收集文章即在于寻求“劳务派遣”之合理性与妥当性。中国职工代表大会制度系具有中国特色的“雇员代表”制度,其他国家皆建构相应的“雇员代表”制度,笔者参加日本东京大学法学院荒木尚志教授组织召开的相关学术会议,参会论文的汉语版

本列入文集,使国内其他学科学者多少能够了解职工代表大会原来是一劳动法问题。

“农民工”是中国改革开放以来的一大社会现象,亦由此产生出诸多的沉重话题。“农民工”对于中国三十多年来的工业化、城市化贡献无尽,但其自身权益却大多无法得到维护,尤其是长久以来城市排斥“农民工”和“外来工”,农民工永远处于游民的状态至今未及改变。近来,有些地方开始所谓的外来人员入籍积分办法之实施,至少开始了一部分尝试。笔者认为,如果计划经济时期,农民都能够担当“副总理”和“中央委员”略有夸张的话,那么,如今不论农民工本事多大,贡献如何,居住城市时间多久,都不能入籍而为正当之新市民就显得更加不具理性。凭什么博士、硕士一毕业未做任何贡献就可落户入籍,而定居城中村之农民工即使为能工巧匠也无法落户?笔者借取市场经济国家移民法制之一般法则,以求得这一群体的市民融入,亦是为中国最终之城市化、就业市场之法制化抛一砖头而已。自农民工张海超“开胸验肺”事件后,尘肺病这样一个对大多数人而言既不陌生又不十分清晰其为法律问题的语境,成为社会关注的热点。季卫东先生曾以“天问”为题表达了学人的关注与无奈,笔者在感叹其学术功力之外,甚至冲动想把这两个字倒个顺序——“问天”,以表达农民工之无助与无奈。记者仅关注其新奇,即是否吸引眼球,法学界的关注非常稀少则更显冷漠,想想中国几百万的尘肺病患者的境遇令人吹嘘……笔者曾组织召开了一个小型会议,承接了中国法学会的一个小课题,在博士生郑晓珊、李文静的全力配合下完成了无法学术的一篇学术文章,以供读者领略这一相对陌生的领域。

退休问题成为近年来关注的热点问题之一,但社会上多数人,甚至法学界多数人并不清晰该问题乃劳动法和社会法上一般问题,但是,中国退休制度形成于20世纪50年代后,经历一定修正,于1981年定格。虽然其立法层次不低,经由全国人大批准,授权国务院颁布行政法规而定,但是存在制度陈旧、逻辑混乱的问题,与20世纪90年代后建构的养老保险制度无法衔接等,改革退休制度,启动新的立法进程乃刻不容缓。机遇对于个人成长而言,相当重要,对于国家而言同样攸关兴衰,退休制度修正和退休立法重启是本文集相关一文的目的。近一两年来,年轻学者已开始着手研究该问题,中国社科院法学所谢增毅研究员曾在《比较法研究》撰文阐释退休问题;笔者曾在

中国政法大学指导的博士生、现中央财经大学法学院李海明副教授以“退休自愿及其限制”为题发文于《中国法学》。但他们多以英美法视角考证这一问题,点在个体;而大陆法系之退休法制,点在整体,退休既是一权利问题,亦为义务问题。笔者撰文亦在澄清该问题,并在是否延迟退休问题上进行了些许探索与分析。

中国劳动法与社会保障法制之建构导源于改革开放后中国社会的剧烈变迁,劳动法定位于劳动力市场中劳动者保护之法,基于劳动力市场公正和秩序维护;而社会保障法在于劳动力市场失灵后社会秩序之弥补。大多数国家的法律实践证明,劳动法建构在先,社会保障法建构在后,但两者有着密切的联系。如果说马克思凝思而出《资本论》,找寻出剩余价值论规律,分析工厂立法,更多应证的是“劳动法”问题,那么恩格斯所著之相关学术,如《论住宅问题》即是社会保障的范畴。台湾政治大学曾举办两岸学者劳动法与社会法学术研讨会,主办方安排笔者就大陆近十年来的劳动法和社会保障法制建构之关联性作会议主题发言,草就的文章虽然学术性略差,但内容较为丰富,对于了解中国劳动法与社会保障法概貌会有相应价值和助益。

社会保障法,亦即社会法,一般分为以下几个部分:社会保险法、社会救助法、社会促进法、社会补偿法与社会福利法。笼统地讲,上述法律皆有福利的属性,但亦存在着法律主体、法律关系、权利义务建构上的巨大差异。社会保险法是社会保障法的核心,是最为基础的社会保障法,其受益主体最为广泛,甚至不分穷富,例如养老和医疗保险即为全社会保险,覆盖社会大部分成员。而社会促进、社会救助和社会补偿相对而言针对特定人群,换言之,法律主体是为特定主体。目前,中国社会保障领域立法启动后,先着手于社会保险与社会救助,社会促进和社会补偿则几乎未被涉及。

2010年,中国颁布了《社会保险法》,多年的社会保险改革有了法制成果。该法的“可操作性”较差乃是共同认知,换言之,该法的法律适用尚需其他专项法律予以弥补。不过,社会保险入法本身已经呈现出相应的好态势,该法颁布的宣示意义远远大于实践意义。相信,未来中国社会保险法制建构的步子会不断地走下去,这是起点而不是终点。笔者与学生李海明合作完成了“社会保险法制之开启”一文,旨在宣扬该法颁布的正面价值,亦在鼓励他人和自我鼓励中进一步深入探究社会保险法制原理。在借取外来经验

和内部挖潜的基础上,中国社会保险制度终将成为真正的法律制度。2012年,笔者申请了有关社会保险法基础理论研究方面的国家社科基金项目,目前,该项目正在进行,社会保险法之由来至关重要,通过“德国社会保险法制之形成与发展”、“民国时期社会保险实践及我国台湾地区社会保险法制之展开”、“我国社会保险制度历史回眸与法制形成之展望”三篇文章,基本上可以了解社会保险法制建构的过去、现在与未来。

随着中国社会保险制度之实践展开,目前,累积的各类问题已经相当之多。《社会保险法》立法时,即有社会保险之“费”与“税”之争论,笔者早已有了不少思考,观点亦为明确。社会保险只能征收、缴纳保险费,而不是“税”,因其保险原理之存在,以及保险权利义务之建构,征税将直接破坏该制度原理,而且无法运作。同时,需要指出的是,“社会保障税”亦须开征,众所周知,我国“低保”制度以及相关制度的实施,需要大量的财政支出。在“低保”大规模铺陈之前,财政类社会扶贫是存在的,但不是如此规律和广泛。为了确保社会救助、社会促进、社会补偿以及社会福利(例如残疾人福利、鳏寡孤独人群福利)之特别支出,有必要专门开征社会保障税,以确保社会保障支出之专款专用。至于如何开征,向哪些主体开征,尚需另外探讨。近年来,社会保险欺诈渐成社会问题,老人已死后人仍在领取“养老金”的现象绝非个案,一人参加医保全家吃药的现象亦不鲜见。甚至在医保个人账户制度形成后,持医保卡刷卡消费于电气、化妆品者同样存在,医保完全变味。应《中国社会保障》杂志之约,论证社会保险欺诈之刑罚必要性,文章很短,主要是在宣传,因笔者对刑法相对陌生,不敢再作进一步研究。

本文集收集了笔者的两篇土地法文章,可能会有读者认为,劳动法和社会保障法学者怎么研究土地法问题?其实,民国时期法学学者已经对土地法的性质进行过相当深入的探讨,例如史尚宽先生就曾对土地法属于社会法进行过探讨和分析。台湾地区学者刘侑如先生也曾在其专著《社会政策和社会立法》中专章论述“土地政策和土地立法”问题。孙中山先生的平均地权、扶助劳工的政策实质上就是重要的社会政策。中共九十多年的革命与建设皆与土地政策联系密切。如今,农村宅基地、农村承包土地皆成社会热点,本人撰写四五篇该方面的文章,旨在解读中共土地政策和现行土地立法之精神。现实生活中,我国研究土地的学者跨学科度最大,有经济学学者、政治学学

者、社会学学者、法学学者以及有“三农问题”专门学者等等。各学科之间话语不一,沟通甚少。例如,对土地政策和土地立法影响较大的官员和学者队伍中有陈锡文、温铁军、党国英等,法学界关注土地问题的民法学界关注最多……这说明土地问题真不是一个纯粹的法律问题,更不是一个私法问题,各方合力才是正途,不然难免自说自话。

文集不是专著,不同文章之间难免出现没有逻辑关系的现象,笔者认为,只要是学科内应当研究的问题,也就是所谓的专业问题,没有逻辑亦是逻辑。因为点多才能成面,倘若一位学者个人能够出版多部文集,肯定能够寻找到文集本身的逻辑。期待读者的批评,期待同行更多的法学核心论文发表,期待该学术领域不断成长。

目 录

劳动法部分

用人单位劳动规章制度形成理性及法制重构	003
集体谈判(团体交涉)制度建设与中国加入集体谈判(团体交涉)	
公约之分析	024
劳务派遣用工管制与放松之辩证	
——兼谈对现行《劳动合同法》第 58 条及《劳务派遣暂行规定》之矫正	
.....	031
中国职工代表大会制度的过去、现在与未来	048
“农民工市民化”路径及其法制依赖	
——职业移民立法及其展开	069
农民工尘肺病患者权利救济研究	
——尘肺病的认定与劳动关系问题分析	080
退休制度之与时俱进与员工退休立法之考量	139
中国大陆近十年来社会保障体系之发展与劳动法制建构之关联性	171

社会法部分

社会保险法制之开启	
——评《中华人民共和国社会保险法》	193
德国社会保险法制之形成与发展	
——历史沉思与现实启示	211

民国社会保险实践及我国台湾地区社会保险法制之展开	230
我国社会保险制度历史回眸与法制形成之展望	244
法学视域下的社会保险费与税之思辨	261
社会保险法制秩序形成之刑与罚	275
宅基地使用权性质及农民居住权利之保障	
——兼谈宅基地使用权(农村居民住宅)流转及其限制	279
农村承包经营土地之权利(力)群及其疏解	
——以农民对土地之生活依赖及生存权保障为中心	300
后记	329

劳动法部分