

劳动法 / 社会保障法前沿专题研究系列

和谐社会建设 与社会法保障

HEXIE SHEHUI JIANSHE YU SHEHUIFA BAOZHANG

● 主编 冯彦君

 中国劳动社会保障出版社

劳动法 / 社会保障法前沿专题研究系列

和谐社会建设 与社会法保障

HEXIE SHEHUI JIANSHE YU SHEHUIFA BAOZHANG

● 主 编 冯彦君
副主编 孙学致
董文军

 中国劳动社会保障出版社

图书在版编目(CIP)数据

和谐社会建设与社会法保障/冯彦君主编. —北京:中国劳动社会保障出版社, 2008

劳动法/社会保障法前沿专题研究系列

ISBN 978-7-5045-7241-7

I. 和… II. 冯… III. 社会法学-研究-中国-文集 IV. D912.052

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 115221 号

中国劳动社会保障出版社出版发行

(北京市惠新东街 1 号 邮政编码: 100029)

出 版 人: 张梦欣

*

北京市艺辉印刷有限公司印刷装订 新华书店经销

787 毫米×1092 毫米 16 开本 32.5 印张 1 插页 564 千字

2008 年 6 月第 1 版 2008 年 6 月第 1 次印刷

定价: 59.00 元

读者服务部电话: 010-64929211

发行部电话: 010-64927085

出版社网址: <http://www.class.com.cn>

版权专有 侵权必究

举报电话: 010-64954652

致 谢

中国法学会社会法学研究会 2007 年年会是社会法学界的一次学术盛会，与会代表们通过这个学术交流的平台，既丰富了社会法学理论研究的成果，又对社会法立法实践产生了积极的影响。本次学术会议的顺利召开，得到了多方的支持与帮助，对此我们表示衷心的感谢。

感谢中国法学会社会法学研究会领导们的信任，将承办中国法学会社会法学研究会 2007 年年会的任务交给吉林大学法学院，使我们有机会为中国社会法学的发展略尽绵薄之力，也为我院的师生提供了一次近距离接触社会法学界的专家学者并向他们学习的机会。感谢中国法学会社会法学研究会贾俊玲会长以及各位副会长、秘书长们对本次年会的倾心指导和大力支持。感谢我国台湾地区劳动法学会理事长焦兴铨教授的辛苦联络、有效组织和热情参与。

感谢国务院学位委员会委员、教育部高等学校法学学科教学指导委员会主任委员、中国法学会副会长、吉林省高级人民法院院长（时任吉林大学党委书记）张文显教授对本次年会的关心与支持；感谢吉林大学法学院以院长徐卫东教授为首的领导班子对本次年会所提供的财力、智力和人力支撑；感谢吉林大学法学院劳动法与社会保障法研究所的全体师生为本次年会的顺利召开所承担的各项繁杂的事务性工作。

感谢中国劳动社会保障出版社为本书的出版所付出的辛勤努力和鼎力支持。

冯彦君

2008 年 4 月 8 日

发学理之广大 致社会之和谐

（代序言）

“给予法律制度生命和真实性的是外面的社会世界。”美国法学家劳伦斯·弗里德曼的这句名言犹如一点星火，引领我们回顾和反思中国社会法理论和制度发展的一路历程。社会法的生命来源于对社会实质公正的执著追求，社会法的真实性立足于构建和谐社会的不懈努力。改革开放以来，从“计划经济为主，市场经济为辅”到“有计划的商品经济”，再到“建立和培育社会主义市场经济体制”目标的确立，市场经济带来了广阔的社会变革，企业产权逐步明晰，商品服务市场和要素市场相继建立，私人领域由此开始脱离大一统的公权力管理。与之相适应，法律理念和制度的革新大步向前，以民商事法律为核心的私法体系突破了公法独大的法律格局，构建起了公民私人权利的体系，形成了私人自治的空间。这一系列的努力使中国市民社会得以孕育生成并日渐成熟。历史的经验告诉我们，正是市场这只“无形之手”潜移默化地改变了人们的思维方式和行为方式，乃至引发了社会结构的变革。但市场作为资源配置的基础性手段并不是尽善尽美的，它有神奇的一面，也有无能的一面。随着市场化、城市化、工业化的全面推进，诸多社会问题也相继产生并愈演愈烈，其突出表现包括人口问题、生态环境问题、劳动就业问题、老龄问题和社会弱势群体权益保护问题等，严重地影响了社会的稳定和发展。对此，传统的公私二元法律结构并不能给予有效回应，无论是公权力还是私权利的理念和运行机制都不能给出完满的答案。原有法律框架的缺陷也正是新的法律机制生长的土壤。面对现实的难题和弱者的疾呼，以维护社会利益为本位，以保障社会弱势群体利益为取向，以社会实质公正为价值追求的一套全新的法律体系逐步萌发、

生长,其以强劲的生命力冲击着原有的法律格局,带动着法律制度整体向三元法律结构发展。具有上述制度理念和价值追求的法律体系被统称为“社会法”。根据全国人大编制的《中华人民共和国现行有效法律分类目录》,¹社会法是与民商法、刑法、行政法、经济法并列的一大类法律的总称,其中主要包括《残疾人保障法》(1990年,2008年修订)、《未成年人保护法》(1991年,2006年修订)、《妇女权益保障法》(1992年,2005年修正)、《劳动法》(1994年)、《安全生产法》(2002年)、《劳动合同法》(2007年)、《就业促进法》(2007年)、《劳动争议调解仲裁法》(2007年)等。可以说,我国社会法体系已经初步形成并日趋完善。社会法相关制度的发展也带动了社会法学科建设和理论研究的繁荣。以劳动法学和社会保障法学为核心,每年都有大量优秀的著作、论文、研究报告问世。诸多聪慧勤勉的学者投身其中,以良知和学识进行着学术的点滴积累。国家对社会法学的学科建设也给予了高度重视,教育部法学学科教学指导委员会已经遴选劳动和社会保障法学为法学核心课程。以此为契机,劳动法学和社会保障法学的教学和研究一定会更上一层楼,可以预见,社会法学大发展的春天正在向我们走来。

从党的十六大提出“社会更加和谐”的发展要求,到十六届四中全会提出构建社会主义和谐社会的战略任务,再到十六届六中全会通过《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》,“和谐”已成为中国社会发展的时代主题。党的十七大报告进一步旗帜鲜明地提出,要着力解决人民最关心、最直接、最现实的利益问题,努力形成全体人民各尽其能、各得其所而又和谐相处的局面。对此,法律制度和法学研究必须予以积极回应。以“构建和谐社会,关注民生之本”为理念的法制建设是一项庞大的系统工程,需要各个法律部门分工合作,密切配合,形成制度的合力。社会法凭借其关注社会利益、追求实质公平的价值取向应当着力实现制度保障功能,担负起更多的责任,发挥更大的作用。可以说,社会法制建设和社会法学研究的发展和繁荣是社会发展的真切需要,是构建和谐社会的必然要求,是维护社会弱

势群体的必然选择,是实现社会公平正义的必由之路。依托改革发展的国情,感悟和谐稳定的时代精神,秉承公正理性的法治理念,社会法学人正在用智慧与学术为构建和谐社会添砖加瓦。

在这样的背景下,2007年8月7日至8日,中国法学会社会法学研究会2007年年会在吉林省长春市召开。本次会议由中国法学会社会法学研究会主办,吉林大学法学院承办,共有来自祖国大陆以及台湾地区的近100位代表参加,这其中既有来自理论界的博学鸿儒,又有来自政府工会的实践精英;既有祖国大陆的知名学者,又有宝岛台湾的学界先锋;既有前辈长者,又有才俊后生,真正实现了社会法学界的一次学术大聚会。

本次年会的主题为“和谐社会建设与社会法保障”,具体包括三个议题:社会法的理念、范畴与体系探究;非典型劳动关系的法律调整;中国社会保险法律制度的改革与创新。围绕上述议题,与会代表们通过大会主题发言与分组研讨相结合的方式进行了热烈的讨论。在整个会议进程中,时而是深沉的思虑和切磋,时而是思想火花的碰撞升华,贯穿其中的是和谐、理性、宽容的会议精神,大会正是以此诠释和践行了社会法的价值理念。在这样的氛围下,与会代表们的交流和讨论实现了知识的共享和创新的启发,拓展了研究的视野,浓厚了理论积淀,取得了丰硕的研究成果。

会议共收到论文70余篇,大体可以分为四个部分。

第一,社会法的理念、范畴与体系探究。这一议题是社会法学研究会创建以来第一次对本学科基础性理论问题进行全面、系统、深入的研讨。理念、范畴与体系是学科独立和生存发展的基础,对这一议题的深入研究表征着社会法学研究的学科自觉和新兴学科自我证成的学术努力。这一部分论文主要关注以下几个方面:社会法的界定、社会法的理念、社会法的范畴和体系、劳动法与社会保障法的基础理论问题。

第二,非典型劳动关系的法律调整。随着社会经济生活的发展,非典型劳动关系的法律调整逐渐成为社会法学界关注的热点问题之一,也成为本次年会讨论的焦点。劳动法固然诞生于劳动

关系一元化的时期，以正规劳动关系为调整对象。但在现当代正规与非正规二元化并行的劳动关系图景中，非典型劳动关系的出现是劳动用工形式灵活化、多样化、实效化的体现。为此，劳动法必须积极适应时代的要求，实现对各种类型劳动关系的有效调整。学者们对此问题的讨论主要集中在以下几个方面：非典型劳动关系法律调整的一般性问题、国外非典型劳动关系的法律调整、劳务派遣中的法律问题、非全日制用工的法规制问题、其他非典型劳动关系的法规制问题。

第三，中国社会保险法律制度的改革与创新。当前，社会保险立法工作正在进行中，很多重要的理论和制度问题都没有达成共识，城乡二元结构下的制度设计问题更是立法之难点。我国的社会保险法律制度既要面对复杂多样的群体需求，又要有效利用有限的财力实现社会保障的功能，为此，必须着力解决社会保险资金筹集、运营、支付等核心问题。社会保险涉及千千万万普通民众最基本的权利，而我们所进行的立法又是在已有的现实基础上进行的制度改革和创新，必须明确的是，改革有改善和改恶之分，不成功的改革会带来更大的社会危害，其实践成本是巨大的。因此，面对如此重大的法律问题，我们必当慎之又慎，反复思量，细细斟酌制度设计的每一个细节，务求通过改革带给民众安全保障，增进民生福祉。本着这样的态度，学者们对于中国社会保险法律制度的改革与创新进行了深入的探讨，涉及了社会保险法律制度的方方面面。这其中既有宏观层面上中国社会保险法律制度的构建问题，又有养老保险制度、工伤保险制度、失业保险制度、生育保险制度以及农民工的社会保险制度的改革与完善问题。

第四，除上述规定议题之外，学者们讨论的问题还涉及了社会法领域中的其他问题。有的学者介绍了欧美就业歧视法制的最新发展；有的学者分析了我国台湾地区劳动法律中劳工债务不履行的损害赔偿責任；有的学者指出我国应确立相对独立的劳动诉讼制度，并提出了具体的制度设计方案；有的学者分析了服务期协议的本质及其法律效力；有的学者探讨了工资增长与农民工工资权的保障问题；有的学者分析了我国劳动合同制度的政策基础

与功能冲突问题等。这些分析和讨论虽然不是大会指定的议题，但是都与和谐社会建设进程中出现的问题密切相关，因此也进一步拓展了学界的视野，达到了社会法各领域观点和研究的良性互动。

年会结束后，主办单位对论文进行了精心筛选，并结集成册交付出版，其意义有二：一方面使与会学者的学术成果面世，让更为广泛的读者能够领略到社会法学前沿和热点问题的研究动态，从而进一步推进学术讨论和争鸣，为社会法学术繁荣助力；另一方面，论文中涉及诸多务实中肯的立法建议，尤其正值社会保险立法广泛讨论之际，相关建议的提出必将对立法产生积极的影响。我们深信，依靠党和政府构建和谐社会的坚定决心，凭借学界同仁长期不懈的学术努力，社会法学的理论研究一定会日益深入，社会法律体系一定会更加完善，社会弱势群体的保障机制一定会更加完备。我们在前进的道路上不能停顿和犹豫，而应当以满腔的热忱和充盈的士气大步前进。我们坚信，中国社会一定会更加公正和谐，中国人民一定会更加幸福安康，伟大祖国一定会更加繁荣昌盛！

在此论文集付梓之际，我们要衷心感谢社会法学研究会的会长、副会长和秘书长对年会的倾心指导和大力支持，还要感谢中国劳动社会保障出版社的鼎力协助。同时，本书的出版得力于吉林大学法学院的认同和财力支持，在此亦致谢忱。

冯彦君

2008年4月8日

目 录

社会法的理念、范畴与体系探究 (1)

依法构建和谐劳动关系——问题与对策 张鸣起 (3)

劳动合同法调整方法论——兼论《劳动合同法》的社会

法属性 林 嘉 范 围 (18)

社会法的界定论 郑尚元 扈春海 (31)

论社会法的兴起原因、调整对象及发展趋势 方乐华 (46)

社会法的基本理念探析 汤黎虹 (57)

论社会法的基本理念 刘光华 (66)

社会法范畴初论 李炳安 (81)

我国劳动关系理论和实务的再思考 李培志 (91)

社会法的内涵解析 董文军 (99)

劳动权的再思考 丁建安 (109)

论劳动法的基本理念及其体现 夏 蕾 (121)

社会保障权利理念问题研究 刘锦城 (129)

劳动权冲突初探 王天玉 (137)

非典型劳动关系的法律调整 (145)

论非标准劳动关系 董保华 (147)

涉承包劳动关系的法律问题研究 王全兴 黄 昆 (162)

非典型劳动关系及其法律调整 郭 捷 (186)

我国非正规就业劳动关系调整模式研究 石美遐 (201)

非典型劳动关系中的报酬权及其实现保障——对我国《劳

动合同法》相关规定之解析 冯彦君 (211)

家政服务员劳动权益社会法保护机制的几点

- 思考 张新民 杨 茂 (220)
- “劳务”语词系列研究 刘 诚 (229)
- 劳务派遣中的政府规制探析——兼议我国《劳动合同法》
- 关于劳务派遣政府规制的规定 沈同仙 (238)
- 派遣工人的职业安全与卫生保护制度 张荣芳 (248)
- 从劳资关系到职场关系：澳大利亚非典型雇佣之
- 发展 古楨彦 (262)
- 美加非典型劳动关系之研究 谢棋楠 (271)
- 非全日制劳动法律制度探讨——从洋快餐店涉嫌违法用
- 工的事件谈起 刘松珍 (283)
- 劳务派遣法律规制评析——以《劳动合同法》为视角 孙冰心 (291)
- 非标准劳动关系的类型化研究——以在校学生勤工助学
- 为标本 李凌云 (299)
- 一种新型劳动关系：农村雇工法律问题研究 高海霞 (312)
- 论家内劳动关系的法律调整 孟凡昊 (320)
- 劳动派遣中的雇主责任研究 李 哲 (328)
- 从“富裕中的贫困”到“共享和谐”——对城市农民工
- 就业劳动法调整的新思考 张潇潇 (337)

中国社会保险法律制度的改革与创新 (345)

- 社会转型时期的中国社会保障法制建设 叶静漪 (347)
- 关于完善我国社保基金运用监管制度的法律
- 思考 徐卫东 祝 杰 (356)
- 和谐社会语境下的农民工社会保险制度 章 群 牛忠江 (370)
- 关于工伤认定标准的思考 李坤刚 丁玉翠 (386)
- 区域群体的城乡衔接：中国社会保险法律体系的现实
- 选择 杨 华 (402)
- 论我国生育保险权 侯玲玲 (410)
- 冲突与抉择——论工伤保险赔偿请求权与侵权损害赔偿
- 请求权的关系 曹险峰 (417)

我国社会养老保险法律制度的改革与创新	潘红艳 (429)
其他社会法学问题	(441)
构建和谐社会与劳资冲突处理法制化	常 凯 (443)
劳动法中劳工债务不履行损害赔偿责任的其 减轻	黄程贯 邱羽凡 (450)
论我国《劳动合同法》的调整技术	孙学致 (463)
农民工工资问题是重大民生问题	邵 芬 (471)
破产企业劳动债权的法律保护	邢 丹 (484)
劳动法上的信赖规则及其适用	王丹丹 (495)
劳动缔约过失责任制度研究	太 月 (500)

社会法的理念、

范畴与体系探究

依法构建和谐劳动关系

——问题与对策

张鸣起*

一、和谐劳动关系与和谐社会

(一) 和谐劳动关系的内涵和基本要求

和谐劳动关系的内涵，主要是指劳动关系各方，既能各自履行好自己的职责，发挥好自身的作用，又能够相互了解、相互尊重，和谐相处，协调运作，稳定、持续发展。和谐劳动关系的内涵和特性要求劳动关系双方，亦即工会组织和雇主组织之间，要能够坚持平等性原则，互惠互利、互谅互让，通过直接协商、谈判、缔结契约等方式，来建立和调整相互间的关系，并解决出现的问题。

劳动关系是最基本的社会关系，也是最现实的社会关系，在国外一些发达的市场经济国家，和谐劳动关系构建的基础和路径主要是坚持劳动关系的市场化、契约化、法治化，以及政府必要的调节干预。我国建立的是社会主义市场经济体制，当前正处在社会主义和谐社会建设的进程中，社会主义市场经济体制的发展完善、社会主义和谐社会建设进程的推进，都对构建和谐劳动关系提出了新的更高的要求。为推动企业建立规范有序、公正合理、互利共赢、和谐稳定的社会主义新型劳动关系，切实维护职工的合法权益，2006年中华全国总工会在全国开展了一场创建劳动关系和谐企业活动。活动开展中逐步形成了一些成功的经验和做法。

一是严格依法执行劳动合同制度，规范劳动用工行为。企业依法与本企业全体职工（包括农民工）签订劳动合同；劳动合同内容合理、全面，管理规范，有效履行。

二是建立平等协商和集体合同制度。协商充分，程序规范，内容具体，标准量化，可操作性强，合同（协议）履行好。建立工资分配平等协商机制和职工工资正常增长机制。建立相应的职工参与、考核评价、监督检查和履

* 张鸣起，全国总工会书记处书记。

约责任追究制度。

三是依法保障职工劳动经济权益。按时足额支付工资,依法为职工缴纳各项社会保险费,切实改善职工的生产生活条件,严格执行国家劳动安全卫生法律法规和政策,建立健全安全生产责任制,实施工会劳动保护监督检查制度,无重大伤亡和职业危害事故发生。

四是依法实行民主管理。坚持和完善职工代表大会和其他形式的企业民主管理制度;公司制企业建立职工董事制度和职工监事制度;坚持厂务公开,职工的民主选举、民主决策、民主管理、民主监督权利得到有效保障。

五是尊重和维护职工精神文化权益。积极开展“创建学习型组织、争做知识型职工”活动,注重提高职工队伍素质,保障职工的教育权、发展权,开展职工喜闻乐见的文化体育活动,满足职工的精神文化需求。

六是建立健全工会劳动保障法律监督组织和企业劳动争议调解组织。工作制度完善,化解矛盾及时,有效调解劳动争议,没有发生职工群体性事件。

七是维护女职工和未成年工的合法权益和特殊权益。女职工的平等劳动权利、社会保障和福利待遇及特殊劳动保护待遇等权利依法落实。没有招用童工、损害女职工和未成年工合法权益的行为。

八是建立健全工会组织,支持工会依照《工会法》和《中国工会章程》开展工作。

笔者认为在当前和今后一个时期内,这些成功的经验和做法应当成为建立和谐劳动关系的基本要求。

(二) 稳定劳动关系在构建和谐社会中的地位

劳动关系作为生产关系要素之一,深刻影响着生产关系的形成与发展。经济基础决定上层建筑,经济结构的稳定又决定社会结构的稳定。因此,劳动关系的状况被誉为社会是否和谐的晴雨表 and 风向标,在构建和谐社会过程中起着至关重要的作用。

1. 劳动关系稳定是社会和谐的基础与前提

劳动者与用人单位之间的关系是否和谐,不但关系到两者利益目标的实现,而且直接影响到社会和谐发展。经过 20 余年的改革开放,我国的劳动关系已经发生了深刻变化,适应社会主义市场经济要求的市场化劳动关系基本形成,初步建立了劳动关系协调机制,为确保劳动关系的总体和谐,维护社会稳定发挥了重要作用。但是,劳动关系的和谐是相对的、动态的。近年来,随着社会经济的快速发展,劳动者维权意识的逐渐增强,劳动双方纠纷逐渐增加,并呈现出经济性和社会性特点,预警或是处理得稍有不慎,简单的劳动纠纷便有可能演变为社会冲突,从而影响到社会的和谐与稳定。因

此,构建社会主义和谐社会,必须首先协调和稳定劳动关系。

2. 稳定劳动关系是构建和谐社会的必然要求

我国正处在全面建设小康社会和构建社会主义和谐社会的进程中,社会主义初级阶段的特点使我国正面临着并将长期面对一些需要解决的突出矛盾和问题,其中劳动者就业结构和方式不断变化,利益分配的不平衡、就业困难、劳资关系矛盾凸显等各种不和谐的问题比较突出,影响了社会稳定。特别是劳动关系矛盾的增多已经成为当前影响职工队伍团结稳定、社会稳定的重要因素。因此,稳定劳动关系是构建和谐社会的必然要求。

(三) 依法构建和谐劳动关系

构建和谐劳动关系是建设和谐社会的基石。建设社会主义和谐社会应当把法治放在重要的地位,法治是和谐社会首要的基本特征。同样,我们构建和谐劳动关系,也应当把认真贯彻执行劳动保障法律法规放在首位,企业的劳动关系稳定有赖于企业与员工双方自觉遵守劳动保障法律法规,依法规范自身的行为。换句话说,要做到劳动关系和谐,一定是在劳动关系的建立、运行、监督、调处等环节都自觉依法办事;不仅保障企业依法经营管理和营利的权利,也依法保障企业职工的劳动经济权益、民主政治权利、精神文化权益、各项社会权利,以及组织工会等权利。从法律规范的角度来讲,我们应从以下几个方面着手,建立规范有序、公正合理、互利共赢、和谐稳定的社会主义新型劳动关系。

一是企业用工行为规范化。市场经济是法制经济,作为市场主体的企业必须树立法律意识,严格依照法律办事,确保劳动法律规定的劳动安全卫生保护的权利、接受职业技能培训的权利、享受社会保险和社会福利的权利、参与企业民主管理和就自身合法权益与用人单位平等协商的权利、提请劳动争议处理的权利等得以实现。

二是政府宏观管理规范化的。各级政府要按照“立党为公、执政为民”的要求,明确管理责任,依法行政,针对劳动关系失衡的状况,提出劳动立法建议和颁布行政规章,切实规范劳资双方的行为,以促进和扩大就业;督促企业合理地确定劳动定额和计件工资标准;制定并监督执行适合当地经济发展水平的最低工资标准,确保最低工资制度真正落到实处;通过税收和财政支付等手段,加大对困难职工群体的扶持力度,构筑与经济发展水平相适应的社会保障制度。

三是国家法律调节规范化。在法律法规方面,应尽快建立完善以《劳动法》为龙头的劳动法律体系,建立完善劳动关系调整方面的法律法规,进一步完善已有的劳动争议调节制度、仲裁制度和诉讼制度。要加强劳动执法检查,形成长效机制,保证劳动法规的落实,公正、平等、合法、高效地处理