

劳动和社会保障法论丛

第3辑

北京市劳动和社会保障法学会组织编写 林嘉 主编

劳动和社会保障法论丛

第3辑

北京市劳动和社会保障法学会组织编写 林嘉 主编

图书在版编目(CIP)数据

劳动和社会保障法论丛. 第3辑/林嘉主编. —北京: 中国劳动
社会保障出版社, 2017

ISBN 978-7-5167-2943-4

I. ①劳… II. ①林… III. ①劳动法-研究-中国②社会保障
法-研究-中国 IV. ①D922.504②D922.182.34

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第041084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)

*

北京京华虎彩印刷有限公司印刷装订 新华书店经销

880毫米×1230毫米 32开本 10.75印张 264千字

2017年3月第1版 2017年3月第1次印刷

定价: 34.00元

读者服务部电话: (010) 64929211/64921644/84626437

营销部电话: (010) 64961894

出版社网址: <http://www.class.com.cn>

版权专有 侵权必究

如有印装差错, 请与本社联系调换: (010) 50948191

我社将与版权执法机关配合, 大力打击盗印、销售和使用盗版
图书活动, 敬请广大读者协助举报, 经查实将给予举报者奖励。

举报电话: (010) 64954652

《劳动和社会保障法论丛》

编 委 会

主 任：林 嘉

副 主 任：姜俊禄

编 委：（以姓氏笔画为序）

叶静漪 张恒顺 郑尚元 郑爱青

姜 颖 程延园 黎建飞

本辑执行编辑：王凤兰 陈靖远 高明靖 于 汇

惠大帅 王 超

序 言

2016年是中国特色社会主义法律体系社会法部门发展建设的关键一年，也是我国劳动和社会保障法治受到经济形势下行影响，遭遇挑战、面临转型的一年。

党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出了建设中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家的总目标，提出加快保障和改善民生、推进社会治理体制创新法律制度建设；依法加强和规范公共服务，完善教育、就业、收入分配、社会保障、医疗卫生、食品安全、扶贫、慈善、社会救助和妇女儿童、老年人、残疾人合法权益保护等方面的法律法规；加强社会组织立法，规范和引导各类社会组织健康发展；制定社区矫正法等。在社会立法方面，颁布实施了《慈善法》《反家庭暴力法》《全国社会保障基金条例》和《居住证暂行条例》等法律法规，并且修订了《人口与计划生育法》，全面放开“二孩”政策。这些立法成就，是对社会现实的及时呼应，能够在很大程度上满足人民群众的立法需求，也标志着中国特色社会主义法律体系社会法部门的建设和发展进入了一个新局面。

同时，也应当看到，一方面，受全球经济形势下行的影响，一些行业面临着停业、转型等现实压力，由劳动者转岗、失业而引发的个别劳动争议甚至大规模劳动纠纷时有发生。另一方面，为了应对当前的经济形势，许多行业步入了新业态的发展模式，以“互联网+”模式为代表，在劳动关系方面发展出了有别于传统劳动关系的新特点，这对以传统劳动关系为调整模式的我国劳动和社会保障法治，提出了时代性的挑战，如何因应因此而产生的诸如劳动关系

认定、劳动基准的实施问题，都值得深入研究。

令人欣慰的是，面对这些现实问题和挑战，北京市劳动和社会保障法学会的诸位学者和实务界的专业人士一如既往地承担起了学界智囊的角色，集思广益，建言献策。2016年度的论文集分为“劳动关系”“劳动合同”“劳动基准”“集体劳动关系”“劳动权利救济”以及“社会保障”六篇。其中收录的论文都切中现实问题，对劳动和社会保障法面临的时代挑战进行了深刻的分析，提出了具有洞见的解决方案。另外，囿于论文集篇幅所限，仍有部分优秀的论文未能收录到论文集中，对此深表遗憾。

受学会委托，我十分荣幸能够为2016年度的论文集撰写序言。当下，《劳动合同法》的修改问题正在热烈讨论，这可以看作对传统劳动法理论和制度在新经济形势下解释力和适用力质疑的一个表现，也是劳动法和社会保障法学界对一些制度的科学性进行反思的契机。这些讨论和反思，最终目标是使我国劳动和社会保障法律制度更加理性和完善，这一目标的实现，离不开学会各位同仁的携手努力！

是为序。

林 嘉

2016年11月

目 录

劳动关系篇

- 从市场化、法制化到去管制化：中国劳动关系的五次
转型..... 乔 健 / 3
- 从安德森模型看中国劳动关系调整的出路及创新
——以某外资企业“生产线调整”引发劳动争议
为例 高 峰 / 23
- 论“互联网+”新业态对传统劳动法律关系的挑战与
劳动法的变革方向 申峻屹 / 35

劳动合同篇

- 我国劳动合同变更法律规制的困境与可能调整 杨 欣 / 49
- 劳动合同解除疑难问题
研究 北京市第一中级人民法院民六庭课题组 / 63
- 论用人单位“客观情况发生重大变化”情形下的辞
退权 朱 涛 / 80
- 从劳动合同法的角度看“末位淘汰制” 秦根才 / 89

劳动基准篇

- 工资定义的法教义学分析…………… 王喜荣 / 101
- 计件工资制度下劳动报酬问题探析…………… 潘丽丽 / 118
- 和谐社会背景下探亲假制度的重构…………… 张素凤 / 126

集体劳动关系篇

- 《北京市实施〈中华人民共和国工会法〉办法》的隐性突破
——从集体劳权角度着眼…………… 高 媛 / 149
- 集体利益争议预防机制建构…………… 沈建峰 / 157
- 关于协商民主与职工民主管理的思考…………… 杨冬梅 / 172
- 劳动关系协调机制中政府支持工会工作的探讨…………… 金英杰 / 182
- 中华全国总工会对各级工会资产的终极所有权问题研究
——一种正当性基础的理论阐释…………… 李文涛 / 197

劳动权利救济篇

- 论劳动纠纷“一裁两审”机制的效率优化
——从实证视野对劳动争议处理机制进行质效
检讨…………… 张江洲 / 225
- 构建和谐劳动关系完善我国劳动争议调解制度
新思路…………… 胡彩霄 / 241

劳动诉讼程序与民事诉讼程序之间的冲突与衔接

——以劳动诉讼地域管辖制度存在的问题为

视角..... 程新桐 李彦宏 / 261

招聘广告性别歧视现状及其劳动监察存在的问题..... 刘明辉 / 282

社会保障篇

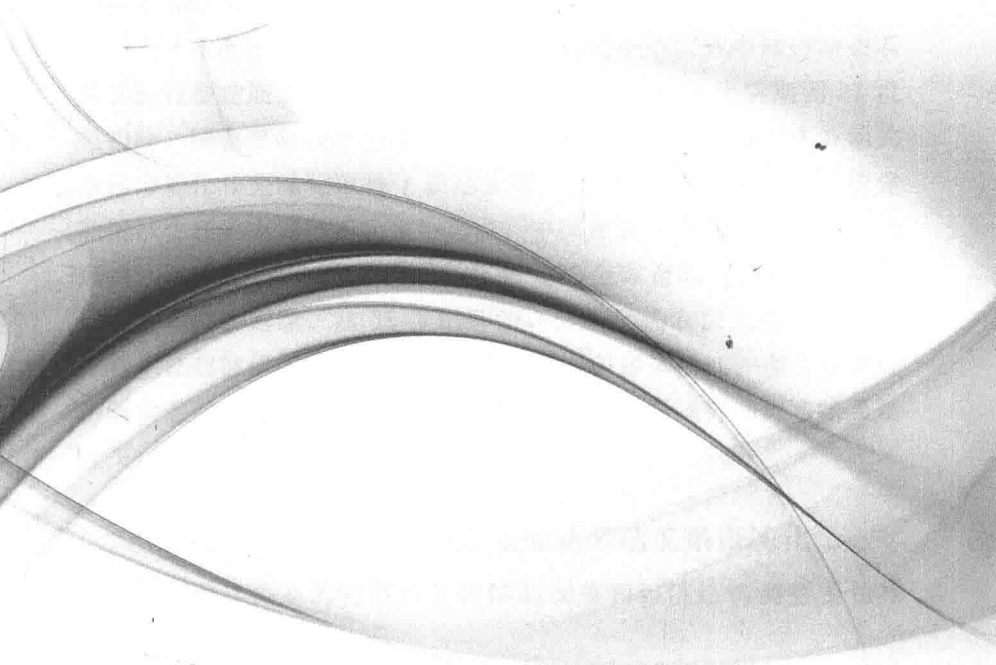
我国社会医疗保险法治建设的若干问题与解决

思路..... 娄宇 于保荣 / 305

慈善组织财产的法律定性及立法规范..... 杨思斌 / 321

劳动关系

篇



从市场化、法制化到去管制化： 中国劳动关系的五次转型

乔 健^①

所谓“转型”（transformation），意指一个国家在其发展的一定阶段，通过推行经济、政治或社会体制的转换，以促进发展的举措。中国劳动关系最近 20 年的转型发展，具体指我国的劳动关系形态和调整模式应体制改革和结构调整，向市场经济体制转变的过程，这对研究我国劳动关系的治理体系和政策模式、预测其未来走向有重要影响。

本文主要概括和探讨了 20 世纪 90 年代中期以来中国劳动关系的五次转型发展。本文力图表明，从 20 世纪 90 年代后期到 21 世纪初叶，国企改革和中国谋求加入世贸组织的背景下，中国劳动关系的市场化和全球化取得了长足发展。而以 2006 年中央推动构建和谐社会和解决农民工问题为起点，中国加快了劳动关系法制化的进程，即便经历了 2008—2009 年短暂的全球金融危机处理阶段，这一进程仍在延续。从 21 世纪开始，以新生代农民工为主体的维权行动此起彼伏，带动劳动关系从个别走向集体模式。而伴随着经济新常态的持续演进，劳动关系的去管制化和增强劳动力市场灵活性又可能成为应对经济下行的制度和政策选择。

一、第一次转型：国企改革推动劳动关系市场化

我国劳动关系的转型与经济体制改革和经济结构调整密切相

^① 作者单位：中国劳动关系学院劳动关系系。

关。20世纪90年代中期，国企冗员压力增大，经营日趋困难。1997年，全国职工再就业工作会议把“减员增效、下岗分流、规范破产、鼓励兼并和实施再就业工程”确定为国企摆脱困境的一条战略性途径，国企富余人员分流明显加快。到1997年6月末，城镇下岗职工达1000万人，其中下岗无业人员为578万人。同时，全国国有和城镇集体企业中停减发工资的困难职工为1190.3万人，下岗职工和困难职工人数都达到历年来最高点，成为制约经济和社会发展的突出问题。

在当时，下岗和困难职工群体具有以下特征：一是下岗职工女性多、中年人多、文化技术素质低；二是下岗无业周期延长，失业半年以上的占59.8%；三是下岗职工的择业观念仍有待转变；四是困难职工的地区和行业分布较为集中，老工业基地、煤炭、军工、森工、纺织、机械等行业的困难职工问题矛盾突出，其基本生活难以保障的问题仍在加剧。此外，下岗职工思想波动较大，突发性事件仍屡有发生。仅1997年一季度就发生职工集体上访和群体性事件934起，以集体上访为多，有的规模较大、人数较多。

1998年5月，中央举行国有企业下岗职工基本生活保障和再就业工作会议，其重点是建立一套适合中国国情的保障下岗职工基本生活的制度规范。针对我国目前劳动力市场不健全、失业保险不完善的现状，会议确认将再就业服务中心设在企业，对于实行劳动合同制以后参加工作并且合同期满的人员，可按照《劳动法》终止劳动关系。合同期未滿而下岗的，也要安排进入再就业服务中心。下岗职工在再就业服务中心的期限一般不超过3年，3年期满仍未再就业的，应与企业解除劳动关系，按规定享受失业救济和社会救济。下岗职工在再就业服务中心期间的基本生活费，原则上可按略高于失业救济的标准安排并按适当比例逐年递减，但最低不得低于失业救济水平，具体标准由各地根据实际情况确定。会议要求把发展第三产业，特别是商业、饮食业、旅游业、家庭和社区居民服务

业等，作为下岗职工再就业的主要方向，并通过简化手续和减免税费的优惠政策加以扶持。

1999年，政府实施了以确保国有企业下岗职工的基本生活费和离退休职工养老金的按时足额发放为主要内容的“两个确保”工作。为此，各级财政共投入资金215亿元。国企大多数下岗职工进入再就业服务中心，基本生活得到保障。据统计，截止到2001年6月末，全国累计组织了2300多万名下岗职工进入再就业服务中心，签订了不超过3年的基本生活保障和再就业协议；陆续有1700多万名下岗职工出中心。其中，有1500多万人实现了再就业，占出中心人数的87%；有360多万人与原企业解除了劳动关系，占21%。

为理顺国有企业下岗职工的劳动关系，促进下岗职工出中心的工作，2000年12月，《国务院关于印发完善城镇社会保障体系试点方案的通知》颁布，要求各地区用3年左右时间，有步骤地完成向失业保险并轨，并确定在辽宁省试点。2001年7月，国务院批准辽宁试点方案，其主要政策有：对距法定退休年龄不足5年的下岗职工，可以办理“内部退养”，同时，协议保留社会保险缴费关系。下岗职工在中心期间实现再就业和在中心协议期满后与原企业解除劳动合同的，企业都要支付经济补偿金。劳动合同期满终止劳动合同的，企业要支付生活补助费。关于拖欠下岗职工债务，各地普遍规定，债务清偿是企业的责任，政府通过制定政策，对困难企业给予帮助。最后，下岗职工与原企业解除劳动关系后，社会保险关系可以接续或保留。

辽宁试点的主要经验有：一是坚持试点与促进就业同步推进，在2001年解除劳动关系的51万名下岗职工中，有将近50%的人员实现了不同形式的再就业。二是正确处理经济因素和非经济因素、在岗职工和并轨人员的关系。凡是国家政策明确规定的，都严格按照政策操作，不打折扣。三是做好并轨人员的各项社会保险关系的

接续工作。

2002年9月，中央再度召开全国再就业工作会议，将促进就业作为与经济增长同等重要的一项长期的战略任务，鼓励国有大企业在进行结构调整、重组改制和主辅分离中，利用非主业资产和闲置资产，通过多种方式分流和安置企业富余人员。政府投资开发公益性岗位，优先安排“4050”等大龄就业困难对象。

到2003年年末，大部分竞争性国企改制基本完成，近3000万名国企员工被下岗分流。政府通过建立企业再就业中心这一具有中国特色的就业保障服务机构，推动竞争性国企实现了劳动关系的市场化。

二、第二次转型：中国加入WTO促进劳动关系全球化

利用外资是中国对外开放政策的重要组成部分，主要采取吸引外商直接投资的形式。外商直接投资始于20世纪70年代末期的经济特区，经过20世纪80年代的初步发展，“八五”期间呈现强劲的发展势头；1993年起，中国成为世界第二大外商投资国；20世纪90年代后期有所回落。

如果以一种历史的眼光加以审视，2001年11月加入WTO是中国对外开放进程的重大突破。中国希望借助“入世”这一重大举措，更深地融入经济全球化大潮，为推动新世纪的改革开放提供动力。但是，评价“入世”对中国的重要意义，不应仅仅局限于上述经济方面，“入世”对于中国的社会发展和社会政策也产生了深远影响，而劳动关系、劳工权益和劳工政策又是这一评价系统中的重要组成部分。中国加入WTO，使其劳动关系状况及其发展趋势更具国际性，而产业结构和人力资源构成的剧烈调整，以及为保持今后一个时期劳动力价格低廉的比较优势，以吸引外商大规模对华投资的努力，都将加剧中国的劳动问题和劳资矛盾，使劳动者权益保

障面临前所未有的挑战。^①然而，从以后的发展来看，中国更主要是全球化的受益者，“入世”为中国注入了强劲的增长动力，并持久推动了扩大就业。

中国加入WTO以后，外商特别是大型跨国公司对华投资又掀起了新的高潮，连续两年实际投资额超过500亿美元。截至2005年5月底，全国累计批准设立外商投资企业525 378个，合同外资金额达11 615亿美元，实际使用外资金额5 844亿美元。外商投资遍及制造业、服务业、农业、基础设施等诸多领域。到2004年，外商投资企业固定资产投资占中国全社会固定资产投资总额的近12%，工业增加值占全国工业增加值的比重达28%，出口额占全国出口总额的57%。外商投资企业中直接就业人员为2 400万人，占全国非农业劳动人口的约10%。^②改革开放30多年来，中国平均每年吸引外资在500亿美元左右，到2012年年末，累计设立外资企业74.8万家，创造了约4 500万个就业机会。^③2008年国际金融危机以来，国际资本对中国投资趋缓，但2014—2015年连续两年引资又创历史新高，到2015年年末，中国累计吸收外资超1.6万亿美元。^④由于近年中国投资成本不断推高，外企面临全球产业链重新布局、企业撤资或内迁等产业结构格局的调整。

入世带动的外资经济发展使我国劳动关系的全球化逐步深化。这意味着中国劳动关系在主体结构、劳动标准、调整方式等方面开

① 常凯，乔健。WTO：劳工权益保障[M]。北京：中国工人出版社，2001。

② 中国批准外资企业52万家[EB/OL]。[2005-07-12]。http://www.ce.cn/xwzx/gnsz/gdxw/200507/12/t20050712_4168732.shtml。

③ 商务部副部长：鼓励跨国公司在华设地区总部[N]。深圳商报，2012-06-29。张德江：中国4 500万人的就业机会来自外资企业[EB/OL]。[2010-11-06]。http://money.163.com/10/1106/10/6KQ37A5Q00254JO3.html。

④ 观察者网。商务部长高虎城回应“外资逃离中国”：不再给超国民待遇[EB/OL]。[2016-02-21]。http://news.china.com/domesticgd/10000159/20160221/21564191.html。

始出现国际化的趋向，即劳动关系的存在和调整，已经不仅是一个国家的内部事务，而且直接受到国际经贸规则和国际劳工标准的影响和制约。

首先，表现为外商对华投资企业中所结成的新型劳资关系。其特点在于，它是跨国性生产组织与国别性劳工及其组织所结成的一种特殊劳资关系。这使得劳资双方在主体的力量对比、劳动关系的运行和协调、争议的处理等方面都带有自身的特点。

其次，国际劳工标准开始对中国的劳动立法和企业劳动标准的设置发挥直接影响。截至 2014 年，中国共批准 25 个国际劳工公约，其中有三项核心劳工公约，即第 100 号、第 138 号、第 182 号公约。此外，中国政府还签署了《经济、社会和文化权利国际公约》《公民权利和政治权利国际公约》。这表明，上述国际劳工公约和人权公约都将具有国内法的效力，并成为中国劳动立法的法律渊源之一。另外，近年来流行于中国东南沿海出口加工企业的“企业守则”的认证和监察活动，无论是社会责任标准组织 SA8000，还是公平劳工协会 FLA、美国商务社会责任 BSR、贸易行为标准组织 ETI，其守则的内容主要是依据国际劳工标准而制定的，这些企业守则已开始对跨国公司在华投资企业劳动关系的规范发挥直接影响。

最后，中国协调劳动关系的手段也在更多地借鉴通行的国际惯例，这体现为劳工权益保障在一定程度上的全球化趋势。在借鉴国际惯例方面，不仅有传统的劳动者组建工会、劳资集体谈判制度、劳动争议处理制度和劳动关系三方协调机制等制度，也包括伴随着经济全球化产生的一些新的制度和形式。例如，主要来自民间推动的公司社会责任运动（CSR）或企业守则运动，已在中国东南沿海的跨国公司出口加工企业中广泛开展；以及在 WTO、TPP 等国际经贸组织协定及双边贸易协定中对贸易与劳工权益保障的挂钩做出某些制度性的安排对我国的可能影响。