



# 劳动法与社会保障法 热点问题探讨

陈云东 邵 芬 主编



# 劳动法与社会保障法 热点问题探讨

陈云东 邵 芬 主编

## 图书在版编目(CIP)数据

劳动法与社会保障法热点问题探讨 / 陈云东, 邵芬  
主编. —北京: 法律出版社, 2017. 6  
ISBN 978 - 7 - 5197 - 0885 - 6

I. ①劳… II. ①陈… ②邵… III. ①劳动法—研究  
—中国②社会保障法—研究—中国 IV. ①D922. 504  
②D922. 182. 34

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 114377 号

劳动法与社会保障法热点问题探讨  
LAODONGFA YU SHEHUIBAOZHANGFA  
REDIAN WENTI TANTAO

陈云东 邵芬 主编

策划编辑 高山  
责任编辑 汤子君  
装帧设计 鲁娟

出版 法律出版社  
总发行 中国法律图书有限公司  
经销 新华书店  
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司  
责任校对 王晓萍  
责任印制 陶松

编辑统筹 学术·对外出版分社  
开本 A5  
印张 9.75  
字数 229 千  
版本 2017 年 6 月第 1 版  
印次 2017 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ [www.lawpress.com.cn](http://www.lawpress.com.cn)

投稿邮箱/ [info@lawpress.com.cn](mailto:info@lawpress.com.cn)

举报维权邮箱/ [jbwq@lawpress.com.cn](mailto:jbwq@lawpress.com.cn)

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0885 - 6

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

**陈云东** 教授，博士，博士生导师，富布莱特学者

云南大学法学院教师，现任院党委书记。主要研究方向：国际法、民商法、经济法。兼任云南省法学会副会长、云南省政府法制研究会副会长、云南省人民政府法律顾问、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员、中国法学会理事、中国国际私法学会常务理事、中国国际经济法研究会常务理事、中国世界贸易组织法研究会常务理事、中国立法学研究会常务理事和中国国际法学会理事、中国商法学会理事等多项社会工作。曾留学英国剑桥大学和美国美利坚大学。出版和发表二百万余字的著作和论文。科研成果获得省部级哲学社会科学优秀成果特定奖和一等奖。主持或参与多项科研项目。

**邵芬** 教授，研究生导师

云南大学法学院教师，主要研究方向为劳动法学、社会保障法学。兼任云南省法学会劳动法与社会保障法研究会会长、中国社会法研究会理事、北京市劳动法与社会保障法学会理事等多项社会工作。出版和发表百余万字的科研成果。研究成果多次获得云南省社会科学优秀成果一、二、三等奖。先后主持完成国家级、省部级和其它科学研究项目40余项。系中国最早从事劳动与社会保障法教学与研究的知名专家。

## 前 言

在现代法律体系中,劳动法与社会保障法的地位日益凸显,劳动法与社会保障法立法是否完善,劳动和社会保障制度的安排及其社会保障水平的高低,已经成为衡量一个国家、一个社会文明程度的重要标尺。对于法律研究者与实务者而言,其关注劳动与社会保障现实问题并专注研究这些问题的本身,并不仅仅在于满足其研究,而更在于其研究成果的转化,对于发展中的中国而言,尤其如此。

在全面依法治国春风吹拂下,在本书全体拟稿人的努力下,《劳动法与社会保障法热点问题探讨》一书终于完成。本书是一群长期潜心于劳动法与社会保障法的理论研究者,以及一群长期服务于实务部门的工作者集体创作成果的总汇。本书紧扣时代的脉搏,以一种新的研究视角,展示了时代立法执法的特色,记录了中国社会改革的足迹,并试图得出一些有益的研究心得,供社会各界学习与批判。相信该书的出版发行,将在一定程度上有益于促进我国劳动与社会保障事业的健康发展。

本书由 20 位专家学者和实务部门工作人员,分别以其感兴趣的问题作为研究对象,从不同的思维方式和认知视角,结合自身多年的理论与实践,在进行分门别类的深入研究的基础上完成。本书中的每一篇文章既是理论与实践相结合的结晶,也是问题与对策精准对应的好

作品。

本书的内容丰富翔实,既有专家学者的国家社科基金或地方社科基金项目的阶段性研究成果,也有实务部门工作人员对其立法执法的感想与悟道,更有从业律师的心得与体会。

全书由四编组成。

第一编主要讨论了近年在劳动法领域出现的热点问题。其内容包括:农民工欠薪法律规制问题的探讨、我国劳动争议案件举证责任问题的探讨、我国劳动人事争议仲裁制度的完善、导游人员劳动权益保障问题的探讨、我国工伤认定制度重构问题的探讨,以及两倍工资支付问题的探讨。在本编的《论欠薪之法律规制》一文中,作者从“‘薪’之含义、欠薪现象种种及成因分析、规制欠薪的规范体系、治理欠薪的路径选择”四个方面,对农民工欠薪问题进行了深入的探讨,并提出了《必须废除刑法工具论》的观点;同时,在《我国劳动人事争议仲裁制度的完善》一文中,作者提出的“仲裁和诉讼所追求价值的不同、仲裁的优势是简便快捷和低成本”的观点,对加强地方仲裁终局工作与优化仲裁办案程序方面,无疑具有指导性的作用。

第二编主要对社会保障法方面的热点问题进行了探讨。其内容包括:关于加强社会立法问题的研究、第一代农民工基本养老保险保障问题的分析、边疆民族地区社会救助工作问题的探讨、云南省社会保障发展的现状与改革路径问题的思考、老年人社会保障地方法律体系建设问题的探究、我国农村五保对象分散供养方式问题的探讨。在本编的《第一代农民工基本养老保险问题法律探析》一文中,针对第一代农民工基本养老保险存在的突出问题和困难,作者从宏观的角度检讨了顶层设计的制度缺陷,以及体制、机制的管理漏洞和无奈现实的尴尬;从法律的角度追问深层成因和社会根源;从需要与可能、体现人文关怀与制度修补机率的实际,提出了“加强立法、建立第一代农民工基本养老

保险特别制度和全国社会保障网络”的建议。同时,在《边疆民族地区社会救助工作研究》一文中,作者通过对云南省社会救助工作的深入研究,在对边疆民族地区社会救助工作的政策制定方面,提出了政府应该“积极开展‘救急难’工作、加强与完善临时救助制度、加大有效资金的投入和加快家庭经济状况核对机制建设、加强养老服务机构建设和完善临时救助制度”的建议。

第三编的研究集中于法律援助方面的热点问题。其内容包括:少数民族农村地区法律援助问题与对策、残疾人法律援助问题、农民工法律援助问题及对策建议、农民工法律援助问题探讨。在《少数民族农村地区法律援助存在的问题与对策》一文中,作者在调查研究的基础上,提出了“加强和改进少数民族农村地区基层法律援助工作,完善习惯法在法律援助中的适用,构建少数民族农村地区的法治秩序,少数民族地区的法律援助宣传方式应多样化以及民族地区法律援助工作者应更深入了解当地民族文化”的建议。同时,在《农民工法律援助问题探讨》一文中,作者在法律援助实践基础上,提出“进一步落实国务院保护农民工权益的有关规定、加大对农民工法律援助知晓度的宣传、从资金方面适当扶持法律援助非政府组织、建立真正意义上的一元制社会、不断创新法律援助制度”的建议。

第四编主要对工会法律监督与少数人就业保障等方面的热点问题进行了探讨。其内容包括工会劳动法律监督工作创新与实践问题、自由贸易协定中的国际核心劳工标准问题、工作场所劳动者隐私权法律保护问题、我国劳动权刑法保护问题、我国反就业性别歧视法律制度完善问题与我国艾滋病患者就业保护问题等内容。在《自由贸易协定中的国际核心劳工标准评析》一文中的“国际核心劳工标准对我国自由贸易区谈判的影响及对策”部分,作者对“我国自贸区协定中的劳工标准、我国立法与国际核心劳工标准的差异、核心劳工标准纳入我国签署的

自由贸易区协议的设想”等问题进行了深入的探讨;同时,在《我国艾滋病就业保护问题探讨》一文中,作者在全面介绍国内外艾滋病就业保护立法的基础上,在指出我国艾滋病就业保护立法与执法不足的同时,提出“剔除国家艾滋病就业歧视条款、政府应该成为执行国家艾滋病就业保护规定的主体、提高艾滋病科学素养和减少社会对艾滋病的恐慌、提高艾滋病维权意识和促进司法公正”的改善艾滋病就业环境的建议。

本书既采用了法学、社会学、人类学等多学科研究的方法,又体现了劳动法、社会保障法、民法、刑法和国际法等多部门法的理论与研究成果的深度融合。每篇文章都紧紧以问题为导向,以解决问题为目的,不追求“大而全”而关注“适而止”。研究的问题都是现实生活或工作中提出的“真问题”或面对的“实问题”。在调查研究基础上提出的建议或对策都适合我国的“国情、事情、人情”与“法理”。

我们深信,本书不但可供大专院校的专家学者和学生阅读与参考,也一定能够满足相关实务部门的工作人员,以及对劳动法与社会保障法感兴趣的其他人士的需求。

由于水平有限,书中难免会存在论述不充分甚至是错误的地方,敬请赐教!

陈云东

2016年4月



# 目 录

## 第一编 劳动法热点问题探讨

- 论欠薪之法律规制 马骊华 003
- 我国劳动争议案件举证责任问题探讨 吕 强 013
- 我国劳动人事争议仲裁制度的完善 曾圣谥 023
- 导游人员劳动权益保障问题研究  
——从“云南女导游辱骂游客”事件谈起 陈庆云 034
- 我国工伤认定制度问题的探讨与重构我国工伤认定  
制度的建议 赵 耀 李 慧 045
- 二倍工资支付问题探讨 王 鹏 曾圣谥 059

## 第二编 社会保障法热点问题探讨

- 关于加强社会立法的思考  
——以云南省为例 张 钧 079
- 第一代农民工基本养老保险问题法律探析 张洪波 090
- 边疆民族地区社会救助工作研究  
——以云南省为例 杨卫东 邵 芬 098
- 云南省社会保障发展现状与改革路径 李永松 108

老年人社会保障地方法律体系建设研究

——以云南省为例 李 徽 118

我国农村五保对象分散供养问题的探讨 赵进维 127

### 第三编 法律援助热点问题探讨

少数民族农村地区法律援助存在的问题与对策

——以怒江傈僳族自治州为例 李婉琳 杨小瑜 141

残疾人法律援助问题探讨

——以云南省为例 杨金笔 155

农民工法律援助问题及其对策建议 李娅妮 167

农民工法律援助问题探讨

——基于一个非政府组织法律援助项目实施的总结 顾 帆 184

### 第四编 工会法律监督与少数人 就业保障热点问题探讨

工会劳动法律监督工作的创新与实践

——以昆明市总工会“两书”为例 刘贵红 205

自由贸易协定中的国际核心劳工标准评析 付文佚 杨国容 216

工作场所劳动者隐私权法律保护问题探讨 叶 杨 229

论我国劳动权的刑法保护 蔡 娇 251

试论我国反就业性别歧视法律制度的完善 马牧原 266

我国艾滋病就业保护问题探讨

——从我国艾滋病反就业歧视第一案说起 郑 波 赵 兵 281

## 第一编 劳动法热点问题探讨



## 论欠薪之法律规制

马骊华\*

在计划经济、城乡二元体制下,我国并无欠薪一说。实行市场经济体制之后,资源的调配等一概交由市场来完成,劳动力资源的配置也一样。随着大量进城务工人员出现,加之道德信仰的滑坡,市场风险的不可预测,拖欠工资的个案开始发端。2003年温家宝总理替农民工讨薪的个案经媒体一传播,农民工工资被拖欠的问题引发了社会各界的关注,随后,各种规范“应急式”地出台。2011年,恶意欠薪行为被纳入《刑法》的调整范围,拒不支付劳动报酬罪成了《刑法修正案(八)》新增加的罪名,此后,各方一直呼吁用刑法打击恶意欠薪。在2011年12月以后,人力资源和社会保障部先后曝光了多起极具代表性的案例,意在震慑犯罪分子,维护劳动者的合法权益。<sup>①</sup>但在2015年的春节前后,各种因欠薪引起的“跳楼秀”仍频频上演。<sup>②</sup>如何治理欠薪,这似乎依然是我们需要面对的问题。

---

\* 马骊华,云南大学法学院副教授,研究方向为刑事法学和社会法学。

① 徐博:《人力资源和社会保障部曝光3起恶意欠薪案》,载 <http://www.people.com.cn/h/2011/1222/c25408-2649016123.html?prolongation=1>,最后访问日期:2011年12月22日。

② 笔者此处并无贬义更无恶意,“秀”意在表明讨薪者仅将“跳楼”或“跳塔”等过激行为作为讨薪的一种手段,并非真正要轻生。

## 一、“薪”之含义

在日常用词习惯中，“薪”并不单独使用，而是以薪金、薪酬、薪水、薪俸等组合形式出现，而薪俸、薪金均被解释为薪水，薪水则是指工资。<sup>①</sup>

在劳动法律规范中，涉及工资的相关规定时，则又出现了不同的表述，如工资、劳动报酬、带薪年假制度、工资报酬等。例如，《劳动法》第3条规定，劳动者享有取得劳动报酬的权利，而且，在第19条的规定中，把劳动报酬视为劳动合同的必备条款，而《劳动法》第五章则是以“工资”作为标题进行规定的。此后，在《劳动合同法》及其《劳动合同法实施条例》中，也使用了劳动报酬、最低工资等术语。最高人民法院自2001年开始先后通过的几个有关审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释中，也延续了这样的使用习惯，如此的立法例，似乎给人们这样一种认识：工资即劳动报酬。而在1994年原劳动部颁发的《工资支付暂行规定》第3条中，工资被解释为“用人单位依据劳动合同的规定，以各种形式支付给劳动者的工资报酬”。2011年2月，《刑法修正案（八）》将恶意欠薪行为纳入《刑法》的调整范围，《刑法》第276条之一增设了“拒不支付劳动报酬罪”。而2013年1月，最高人民法院通过了《关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》，其中第1条规定，《刑法》第276条之一中的“劳动者的劳动报酬”是指劳动者依照《劳动法》和《劳动合同法》等法律的规定应得的劳动报酬，包括工资、奖金、津贴、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。如此的解释，得出的结论是，劳动报酬的范围大于工资。

---

<sup>①</sup> 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（修订本），商务印书馆1996年版，第1403页。

劳动报酬的范围大于工资,这种解释在王全兴教授的论著中得到了肯定。<sup>①</sup>王全兴教授认为,工资有广义和狭义之分,狭义的工资,指职工劳动报酬中的基本工资或标准工资,即劳动者在法定或约定的工作时间内提供正常的劳动所获得的报酬,广义的工资即劳动报酬,则是劳动关系中,职工因履行劳动义务而获得的,由用人单位以法定方式支付的各种形式的物质补偿,包括基本工资、奖金以及各种津贴和补贴。而黎建飞教授则认为,劳动报酬是工资的法定名称,在《保护工资公约》中,工资是指不论名称或计算方式如何,由一位雇主对一位受雇者,为其已经完成或将要完成的劳动或已提供或将要提供的服务,可以以货币结算,并由共同协议或国家法律或条例予以确定而凭口头或书面合同支付的报酬或收入。<sup>②</sup>

由此笔者认为,虽然最高人民法院的几个相关司法解释中也使用了工资、劳动报酬等术语,但是,其关于劳动报酬的界定,并非仅指劳动关系中的劳动者的劳动所得,此外,也包括了非法用工关系中的劳动者的劳动报酬,如劳务关系中劳动者一方的劳动报酬,此类性质的纠纷,并非劳动争议,因此,对这样的劳动者的权益的保护,适用的规范以及保护路径都会有所差异,当然,作为最后的保障法,刑法也要保护这些劳动者的合法利益。<sup>③</sup>

---

① 王全兴:《劳动法》(第三版),法律出版社2008年版,第283~291页。

② 黎建飞:《拖欠农民工工资中的法律问题》,载《法学杂志》2004年第2期。

③ 依据2008年5月1日施行的《劳动争议调解仲裁法》第9条的规定,用人单位违反国家规定,拖欠或者未足额支付劳动报酬的,劳动者可以向劳动行政部门投诉,劳动行政部门应当依法处理,2013年1月23日施行的《最高人民法院关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》第7条与此条规定是一致的,即“不具备用工主体资格的单位或者个人,违法用工且拒不支付劳动者的劳动报酬,数额较大,经政府有关部门责令支付仍不支付的,应当依照刑法第二百七十六条之一的规定,以拒不支付劳动报酬罪追究刑事责任”。

## 二、欠薪现象种种及成因分析

如前分析,欠薪从拖欠弱势的农民工工资开始,已经演变成了一种普遍现象,有人将我国现阶段的欠薪归结为三大类:针对农民工的恶性欠薪、针对劳务派遣者的变相欠薪以及针对大学生的隐性欠薪,<sup>①</sup>虽然这种总结并非囊括了所有的欠薪现象,但至少说明针对农民工的欠薪不但公开而且多半为恶意,而就现实中发生的欠薪来看,被欠薪者,多半为民工。例如,2014年,全国农民工总量为27,395万人,当年被拖欠工资的农民工所占比重为0.8%,被拖欠工资的农民工人均被拖欠工资为9511元,而建筑业仍是拖欠农民工工资的多发地,批发和零售业农民工被拖欠工资的比重也呈上升趋势。<sup>②</sup> 这些数据说明,欠薪仍是一个亟须解决的问题。

透过现实中的种种欠薪现象,笔者认为,导致欠薪的原因是很多的。但通过归纳、总结,我们发现,供大于求,导致劳动者与用人单位博弈地位不平等,这是欠薪的主要原因。此外,管理漏洞导致大量的事实劳动关系的存在,诚信的缺失等共同作用使欠薪久治不绝。

## 三、规制欠薪的规范体系

对于如何保障劳动者的劳动报酬权,我国法律、法规等规范作了明确的规定。

《劳动法》为保障劳动者权益的基本法律,其第3条即明确规定,劳动者享有取得劳动报酬的权利,而第50条则规定,不得克扣或者无故

<sup>①</sup> 郑巧:《欠薪百相》,载《法律与生活》2009年第12期。

<sup>②</sup> 《2014年全国农民工监测调查报告》,载国家统计局网站:[http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/201504/t20150429\\_797821.html](http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/201504/t20150429_797821.html),最后访问日期:2015年4月29日。



拖欠劳动者的工资。第91条规定用人单位如果侵害了劳动者的劳动报酬权,劳动行政部门要责令其支付劳动者的工资报酬、经济补偿,并可以责令其支付赔偿金。

《劳动合同法》是保护劳动者权益的又一部法律,其主要从劳动合同制度方面来维护劳动者的合法权益。例如,该法将未及时足额支付劳动者报酬规定为劳动者解除劳动合同的理由,此种情形下解除劳动合同,用人单位还须向劳动者支付经济补偿。另外,对于用人单位侵犯劳动者劳动报酬权的侵权行为,该法延续了《劳动法》的保护性规定;对于不具备合法经营资格的用人单位,如果劳动者已经付出劳动的,该单位或者其出资人应当依照《劳动合同法》的有关规定向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。

除法律规范外,在劳动保障行政部门制定的部门规章中,也有关于劳动报酬权的保护的相关规定。《工资支付暂行规定》为原劳动部制定于1994年的部门规章,依据该规定的第7条,工资必须在用人单位与劳动者约定的日期支付,如遇节假日或休息日,则应提前在最近的工作日支付;而第18条规定,各级劳动行政部门有权监察用人单位工资支付的情况。用人单位有拒不支付劳动者延长工作时间的工资或克扣、无故拖延劳动者工资等侵害劳动者合法权益的行为时,由劳动行政部门责令其支付劳动者工资和经济补偿,并可责令其支付赔偿金。

法律的公平与正义除实体公平与正义外,还应包括程序的公平与正义。2007年颁行的《劳动争议调解仲裁法》即是从程序上保护劳动者合法权益的法律,因此,该法也是处理欠薪纠纷的法律依据之一。

作为权益保护的最后保障法,《刑法》在2011年开始也有了保护劳动报酬权的具体规定。依据《刑法》第276条之一的规定,以转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者的劳动报酬或者有能力支付而不支付劳动者的劳动报酬,数额较大,经政府有关部门责令支付仍不支付的,处3