

陈艾华 ◎ 主编

东方社会法评论

第三卷



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

浙江省法学会社会法学研究会会刊

东方社会法评论



主 编：陈艾华

副 主 编：方益权 王宗正

执行编辑：周湖勇



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

东方社会法评论. 第3卷/陈艾华主编. —厦门:厦门大学出版社, 2016. 10
ISBN 978-7-5615-5939-0

I. ①东… II. ①陈… III. ①社会法学—文集 IV. ①D90—052

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 032464 号

出 版 人 蒋东明
责任编辑 甘世恒 邓 臻
封面设计 蒋卓群
责任印制 许克华

出版发行 厦门大学出版社
社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号
邮政编码 361008
总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)
营销中心 0592-2184458 0592-2181365
网 址 <http://www.xmupress.com>
邮 箱 xmupress@126.com
印 刷 厦门市万美兴印刷设计有限公司

开本 720mm×1000mm 1/16
印张 28.5
插页 2
字数 500 千字
版次 2016 年 10 月第 1 版
印次 2016 年 10 月第 1 次印刷
定价 79.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码



目 录

社会法与社会治理

论劳动基本权的本土化	钱叶芳 2
浅议社会治理视野中社会法的共治属性	宗志强 陆通 谢玉滨 12
论社会权的司法保护路径	张元华 22

劳动法

加班同意的法理基础与制度建构	
——基于台湾地区劳动立法与学说的考察	胡玉浪 36
“利益争议”处理机制的缺失与建立	徐小洪 48
论劳动关系社会协调机制发展的基础、重点与难点	谢天长 61
论继续履行劳动合同选择权的理论基础与立法完善	黄书建 74
从法与德的博弈中探求劳动争议案件调解新机制	李 飒 82
韩国“外国人雇佣许可制”劳工权益问题探析	吴锦宇 尹 虎 94
广东省中山市劳资纠纷源头治理的调查	
与思考	“劳资纠纷的源头治理”课题组 106

工会劳动监督专栏

主持人凌林寄语	凌 林 140
---------------	---------



充分发挥工会组织的独特优势 推动和谐劳动关系构建	谢增毅 142
论中国工会在劳动关系三方协商机制中的法律	
监督作用	浙江省总工会课题组 145
依法治国与工会劳动法律监督关系浅析	周正翔 154
论工会劳动法律监督中的知情权	
——以工会在企业工资集体协商中的知情权为例	周述荣 166
关于推进工资集体协商中加强工会	
劳动法律监督工作的思考	章金春 曹丽丽 刘丹 174
关于加强工会劳动法律监督作用的思考	樊建国 赵瑾 184
依法治会,依法履职,进一步加强工会劳动法律	
监督的思考	杨真照 189
企业工会参与集体合同争议的法律问题分析	盛杰 陈微微 194
关于报送《浙江省工会劳动法律监督条例(建议稿)》	
的函	浙江省总工会 202

社会保障法

论社会救助立法中的几个技术性问题	李长勇 212
“第二次转型”时期温州社会保障的不平衡性及社会规制研究	
——以养老保障为视角	刘芸 224
论工伤的实体保障与程序保障	陆通 264
建筑领域的劳动关系认定与工伤认定	黄百隆 279
大陆涉台社会保险法规政策分析	张秀芹 岳宗福 287

教育法

城区学生教育环境权落实与维护分析:	
以温州五所学校为例	王勇 徐建峰 296
大学学术权力司法规制的国际比较及启示	周慧蕾 314
大学有效治理:西方的经验及启示	朱家德 328
大学生创业法律风险的调查与思考	
——以温州为例	华丽佳 341



剥夺考试作弊大学生学位授予权的法理分析	凌兴玲 357
---------------------------	---------

卫生法、体育法

国家对公民健康权的给付义务	邹艳晖 366
温州医疗纠纷人民调解委员会的调查 与思考	“温州医疗纠纷人民调解委员会的调查与思考”课题组 376
从金牌体育向民生体育转型法制化路径研究 ...	布特 白晓蓉 韩成祥 384

弱势群体保护法

老年人权益保障地方立法的实证研究 ——以广东为例	杨源哲 杨振洪 402
论未成年人犯罪记录封存与社区矫正制度之融合	夏群佩 洪海波 424
广东省老年人权益保障条例(专家建议稿)	436

社会法与基本法律



社会法与社会治理

（第2版）法律专业教材系列

主编：王利明、周汉华、朱庆育、张明楷、陈兴良、林来梵、高铭耀、王利明、周汉华、朱庆育、张明楷、陈兴良、林来梵、高铭耀

出版：中国政法大学出版社（北京）



论劳动基本权的本土化

钱叶芳*

【摘要】 劳动基本权本土化首先要考虑到全球范围内劳工需求形式的变化。现行工会体制在意识形态、覆盖面、经验和组织结构等方面有潜在的优势,这是可予以利用的潜力,而工会维权者角色的实现至少要在组织独立性、经费独立性和工会诉讼代表权、基层工作人员权利完善等方面取得突破性进展。

【关键词】 劳动基本权 劳工需求 组织独立 经费独立 基层职业稳定

近30年来,伴随着劳动关系契约化、市场化而来的是劳资矛盾的普遍化,告状、上访、怠工、罢工、游行、阻碍交通、矿难、职业病、恶意拖欠工资、体罚、非法搜身,甚至打、砸、抢,屡见不鲜,而劳工团体一再缺位或错位。长久以来,中国一直是全球抑制通货膨胀的铁锚,但现在可能是那个时代结束的开端。^②在国内外及体制内外很多复杂因素相互纠结的背景下,这种开端能否沿着可控制的体面劳动的方向发展,尚待观望与判断。在现行体制框架内,如何让工会的转型与中国社会的转型同步并相互促进,并催动劳动基本权实质化与本土化相融的进程,是本文要探讨的问题。

* 钱叶芳,女,浙江财经大学法学院教授。

② 《世界工厂加薪 助涨全球物价》,载《联合报》2010年6月9号, <http://www.iarfc.org.tw/epaper/newepaper/news/100614/012.html>, 下载日期:2014年12月13日。



一、劳动基本权与劳工需求的关系

(一) 劳工对劳动基本权的基本需求不变

在市场经济发展的历史长河中,经过不断的试错和调整,以结社权为核心的劳动基本权(包括结社权、集体谈判权和罢工权)作为一枚璀璨的文明标签闪亮在各国的宪法和人权体系内,与市场经济法治同在。

劳动基本权的权利主体是劳动者自愿组织起来的工会。历史上,国家立法对工会的规定大致经过了绝对禁止、相对禁止和完全承认三个阶段。许多现代国家把工会法作为劳动法典的主要组成部分,同时为了弥补劳动法的不足,又颁布了专门的工会法。这种做法与日俱增,使工会在协调劳动关系中起着劳动行政部门难以产生的作用。^① 比如,日本比较重要的劳动法律都是在“二战”后制定的。最重要的立法有三项,即1945年制定的《工会法》、1946年制定的《劳动关系调整法》、1947年制定的《劳动标准法》。^② 20世纪70年代,日本已形成了比较完整的劳动法律体系。根据日本劳动省出版物的划分方法,日本法律体系的第一大类为劳资关系法,主要调整工会与雇主之间的集体劳资关系事宜,包括《工会法》《劳动关系调整法》《国有企业劳资关系法》等。^③ 再如,英国自1871年通过了世界上第一部工会法之后,近年来不断加强调整劳资关系的立法。如1984年颁布了新的《工会法》,1992年颁布了《工会和劳资关系法》,1993年又颁布了《工会改革与职业权利法》。^④ 甚至在灵活的、任意就业的民族精神根深蒂固的美国,《国家劳动关系法》和《劳资关系法》作为主要的劳动法规相互制约,按照各自不同的调节目标调整着劳资之间的关系,通过促进或限制工会和资方的力量来达到解决劳动纠纷的目的。

(二) 劳工对劳动基本权的需求形式发生了变化

近几十年来,西方绝大多数国家工会的会员人数不断减少,入会率持续下

① 关怀,林嘉:《劳动法》,中国人民大学出版社2006年版,第104页。

② 王益英:《外国劳动法和社会保障法》,中国人民大学出版社2001年版,第412页。

③ 张再平:《日本劳动法及其体系》,载《法学天地》1996年第6期。

④ 王益英:《外国劳动法和社会保障法》,中国人民大学出版社2001年版,第54页。



降。例如,1994年德工联拥有近977万会员,而到了2001年却减至767万。英国职工大会在20世纪70年代末入会率高达50%以上,但2001年入会率猛降至29%。美国劳联—产联在1975—1999年间损失了600万会员,入会率也从35%降至14%。加拿大劳工大会的入会率从1992年的36%降至2002年的30%以下。^①经济兴衰在一定程度上影响了工会入会率。一项调查结果显示,2008年由于美国正在遭遇几十年来最严重的经济衰退,使得长期以来呈下降趋势的工会入会率不降反升。过去两年中,美国工会入会率从2006年至2007年度的12%微升至目前的12.4%。^②工会组织力量衰退的原因很复杂,主要原因是劳工对需要工会的形式发生了从直接向间接,从一体到分层的渐变。

劳工需要工会的原始形式是一体的、直接的,这是由工业社会初期的生产关系和生产力水平决定的。其时,全体劳工的劳动条件和生存状态同等恶劣,对争取权利的集体力量有强烈的渴求和动力。他们自发组成工会,与资本和政府进行持续抗争,逐步获得从工时、工资到安全卫生等基准保护和就业服务,劳动法体系和劳动权利体系日益完备。在这个过程中,法律的作用开始渐行替代工会的作用,劳工内部开始分化,在劳动力市场供求关系中处于优势的高端劳工对工会保护的需求由强转弱。尤其是,随着现代信息和通信技术以及人力资源和长期雇用等管理理论的兴起,发达国家的传统就业部门比重下降,现代新型就业部门越来越人性化的企业内部管理模式抵消了雇员对工会的直接需求。于是,工会完成了争取劳动权利的历史使命,其立场自然从与资方对抗转移到对话。

必须强调,世界范围内工会力量的减弱并不意味着劳动基本权的重要性有所降低。一方面,在传统就业部门,尤其是在产业结构低下的发展中国家,劳资双方均需要劳动关系的集体协调来实现双赢。发达经济体也不例外。美国总审计署1994年就美国人民对加强劳动法规制所持态度进行了调查,结果发现雇主和工会代表都强烈支持加强规制。雇主和工会领袖都表达了期望在规制程序方面进行更多的合作。^③另一方面,工会的存在对现代就业部门的

① 欧阳应斌:《当前西方工运面临的挑战及其对策》,载《当代世界与社会主义》2003年第4期。

② 《经济衰退使美工会入会率上升》,载《京华时报》2009年9月9日,第046版。

③ [美]Daniel Foote,《美国劳动法的放松规制》,杜钢建、彭亚楠译,载《国家行政学院学报》2001年第5期。



雇主而言,是一种威慑,是对其善待员工的一种督促。也就是说,即使劳工未直接加入工会,完善的工会组织也以一种潜在的姿势护卫着劳动力市场的良性运行。

二、劳动基本权在我国实现的制度障碍

我国于1997年10月签署了《经济、社会和文化权利国际公约》,2001年2月28日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十次会议通过该公约,该公约对我国正式生效。关于集体劳动权的论述主要体现在公约第8条,同时该条款也是最为敏感的部分,涉及我国声明对(甲)款(即人人有权组织工会和参加他所选择的工会,以促进和保护他的经济和社会利益)保留的部分。之所以对公民自由组织工会和参与自己选择的工会的权利进行限制,主要是基于我国宪法所确认的国家政治结构,而且我国的《工会法》《社团登记管理办法》等相关法律法规也与该条款存在较大的出入。这种保留巩固了我国的一元工会体制,但一元工会体制本身并不是问题的关键,关键是这个工会必须有明确的定位和维权的动力。

我国《工会法》无形中设定了工会的实际立场。《工会法》第3条把“以工资收入为主要生活来源”作为界定工会会员资格的唯一标志。这就意味着除雇主之外的“以工资收入为主要生活来源”的管理层人员都具备工会会员的资格。第6条规定:“维护职工合法权益是工会的基本职责。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。”“人民”是个政治概念,未被剥夺政治权利的中华人民共和国公民概属人民,这其中自然就包括了企业主阶层。这使很多工会干部产生了“工会的职能不是单单保护职工的利益,企业主的利益也应保护”的错觉。2006年7月中华全国总工会通过的《企业工会工作条例(试行)》明确提出党组织负责人可以担任工会主席。^①但是党组织负责人当任工会主席未必就一定站在职工的立场和管理层谈判。江浙一带大量二线干部出任私企党委书记,企业衡量书记人选最基本的标准是“人缘

^① 见《企业工会工作条例(试行)》第23条“职工二百人以上的企业工会依法配备专职工会主席。由同级党组织负责人担任工会主席的,应配备专职工会副主席”。



好,会办事,市里各部门关系熟”^①,一句话道尽了其中的奥妙。工会本应由工人自愿组建,但《工会法》第11条并没有明确建立工会和报请批准的主体。该条规定:“……工会组织的建立,必须报上一级工会批准。上级工会可以派员帮助和指导企业职工组建工会……”实际操作程序是,首先由企业就建立工会问题与上一级工会进行商谈,由企业明确提出组建时间并申请。^②

最大的障碍是工会的经费来源制度。《工会法》第42条第2款规定“建立工会组织的企业、事业单位、机关按每月全部职工工资总额的百分之二向工会拨缴经费”,这笔经费是全国工会系统的主要经费来源。可以说这就是“老板工会”称呼之来源的社会交换学解释。^③根据民法“你给我什么我就给你什么”的对价原则,雇主和工会之间的交换在所难免。聪明的雇主往往支持成立这样的工会。中华全国总工会2009年7月公布了《行业性工资集体协商工作的指导意见》,要求我国非公有制企业员工工资标准不能由企业单方制定,而应由企业代表和行业工会或地方工会代表谈判商定。但是,行业性集体协商是否真正有效的核心问题是经费从哪里来。如果不是从劳动者那里来,行业工会能独立于地方政府和企业吗?另外,《工会法》第41条规定:“企业、事业单位、机关工会委员会的专职工作人员的工资、奖励、补贴,由所在单位支付。社会保险和其他福利待遇等,享受本单位职工同等待遇。”《企业工会工作条例(试行)》第24条进一步规定,“国有、集体及其控股企业……工会主席按企业党政同级副职级条件配备,是共产党员的应进入同级党组织领导班子。专职工会副主席按不低于企业中层正职配备。私营企业、外商投资企业、港澳台商投资企业……工会主席享受企业行政副职待遇”。这些规定旨在促使工会干部无后顾之忧地维护职工的权利,但事实上恐怕除了让他们享受来自企业和国家更多的好处从而加深他们的依赖外收效不大。

① 南方周末记者徐楠:《江浙一带二线干部出任私企党委书记成普遍现象》, <http://news.sina.com.cn/c/2005-02-03/12305760540.shtml>, 下载日期:2014年12月23日。

② 北京市大兴区工会:《组建工会的基本程序与步骤》, 2007-04-25, <http://www.dxgh.cn/web/gh/zlhb/zlhbej/44626.htm>, 下载日期:2014年12月23日。

③ 社会交换理论产生于20世纪50年代末的美国,是针对结构主义和人类学提出的一种社会学理论。该理论以个人为研究主体,认为“人与人之间所有的接触都以给予和回报等值这一图式为基础”。用著名社会学家霍曼斯的话说“人的需要是通过他人满足的”,一切社会行为都是一种交换。社会交换即行动者以自己所拥有的某种“资源”作为“代价”,从其他行动者那里换取某种“报酬”的社会互动过程。其中,行动者一方所拥有,或能够支配的“资源”和行动者另一方对换取这些“资源”所付的“报酬”即社会交换的内容。



三、现行工会体制的潜力：渐进的角色转换

（一）现行工会体制的可取之处

在劳工权益的捍卫中，很多言论指向独立工会的解禁，要求允许建立真正的有劳动者自己组织和自愿参加的工会。笔者认为，这种推倒重来、伤筋动骨的做法不切实际，并不利于经济社会的成功转型。必须看到，现行工会体制仍然有它的优点，蕴含着发展出新的、建设性机制的可能。

首先是意识形态和权威潜能。今天劳资领域发生的问题，早就超越了我国政治和法律框架下的理解，这已经是公道天理的问题。我们工会制度在意识形态上超过西方的政治和工会制度，只是在改革和经济实践中变质了，失范了，它仍然有在比较健康、比较可行的制度下回归和改善的潜能。如果当下的工会体制能够走上劳资矛盾的前沿去保护劳动者，它的力量和权威性应当比从头建起的独立工会或者民间非政府组织要大，要实际。独立工会要达到的目的也无非是平衡劳资双方的利益以分享经济增长的成果。传统的工会组织也一直在理论上和实践上进行各种探索，力求在官方工会体制的框架中获得具有积极意义的突破，中央政府也从全面、协调、可持续发展的新的发展观出发，出台了一系列有利于工人尤其是农民工的扶持政策。

其次是覆盖面潜能。《工会法》第2条规定，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。第42条规定，工会经费来源之一为建立工会组织的企业、事业单位、机关按每月全部职工工资总额的百分之二向工会拨缴的经费。据此，凡是职工或者说劳动关系的劳方当事人，不分劳动合同期限，不管是否有会员证，都是工会组织代表和保护的对象，包括农民工。这也是进步的地方。国外的工会体制主要保护加入工会的会员，而且基本上保护不定期雇佣的长期工人，对流动性强和灵活性强的劳工覆盖率低。因而，我国的工会体制具有保护劳动者群体的最大可能。

再次是经验潜能。尽管实质性一直遭受质疑，但在与资方几十年的妥协和周旋中，工会积累了丰富的处理劳资纠纷的经验。

最后是外壳潜能。从中华全国总工会到基础工会，这是一个机构庞大、组织严密的系统，经过几十年的建设，耗费了巨大的财政资金，也积累了巨大的固定资产，弃而不用是浪费。



(二) 工会角色的渐进转化

1. 从福利部门到缓冲剂

在计划经济时期,工会在国有企业中,扮演的是福利部门的角色,主要工作就是给工人发各种票证和年节慰问品,以及在工人生老病死时上门慰问吊唁等等。市场经济时期,我国工会在沿袭其福利部门角色的同时,充当了劳资矛盾的缓冲剂。如,国际金融危机期间,中国全国总工会采取了开展“共同约定行动”、保增长促发展劳动竞赛活动、困难帮扶和送温暖等一系列措施。如果说在计划经济时期,工会的福利作用遍及了所有的企事业单位,市场经济时期的区别在于,工会的福利和缓冲剂角色在很多领域和企业留下了空白。富士康“跳楼门”、本田“罢工门”,以及当下各地此起彼伏的工潮,工会在事发前后都缺席其中。

2. 从缓冲剂到谈判者

到目前为止,工会零零星星地扮演过谈判者的角色,主要集中在工资集体谈判。很显然,工会的这一尝试为昂首前行的资本所不屑。在底层劳动者已经起而抗争之际,到了劳资双方不得不寻找新平衡点的时候了。为避免每次的维权都需要付出企业停产和员工伤亡的代价,工会将不得不以谈判者的角色上场,进入到整个劳动关系之中。谈判的基本条件是主体自身的独立性和自主性。有学者认为,工会“独立自主地开展工作”要求的条件是国家健全三个方面的制度:一是工人加入(或选择不加入)工会的宪法自由和选举工会代表的民主权利;二是工会参与企业决策的集体谈判机制;三是积极维权的工会代表不受恐吓骚扰与打击报复的法律保障。^①应该说,这三个方面的制度在法律的层面已经确立起来,见之于《宪法》《劳动法》《工会法》和《劳动合同法》等。《工会法》第49条至第52条给以了积极维权的工会代表充分的法律保障,其力度并不亚于西方国家。笔者认为,我国工会之弱的症结在于前述决定工会立场的利益束缚,而立场的转变亦不得不经历一个渐进的过程。

四、劳动基本权本土化的制度建议

如前所述,劳动法制的完善和劳工对集体力量的需求之间存在一种明显

^① 张千帆:《工会“独立自主”的三条件》,载《东方早报》2010年6月10日第A23版。



的此消彼长的关系。后起国家不仅可以利用引进先进国家的技术、设备和资金的后发优势,同样也享受了引进先进法律制度的后发优势。西方工会在长期的剧烈斗争中争取到的各项劳工权利,在我国劳动法制中皆有吸收,因此,我国工会享受了西方工会的斗争成果,相应省略了斗争过程。在全球化的今天,西方工会的和平策略和我国的社会制度决定了我国工会的和平性,争取权利的历史使命让位于维护权利的职能(其中包括在权利之下争取更多的利益)。或者说,在当前阶段,我国工会的职能应当定位于在一元工会的体制下维护弱势劳动者的合法权利和应得的利益,这也是我国工会的本土特色。现行工会远未发挥其作用,如何实现其维权职能是改革的基本目标,而目标实现的最基本的条件是要满足工会的独立性要求,因而至少在以下方面有突破性进展:

(一)组织上独立于地方政府,经费上独立于用人单位

1. 地方各级工会在隶属关系和工作人员的工资待遇上要独立于同级政府。现行地方各级工会主席享受同级副职待遇,兼任同级地方党委副书记,人大副主任或政协副主席。改革的思路是:在工会组织上实行垂直管理,由全国总工会在各行政区设立派出机构,独立于同级地方政府。各级地方总工会主席由上级工会任命,总工会主席任命本级各行业工会主席。市级总工会主席由省级总工会任命,可以绕过形式化的民主选举。更重要的是,这样的主席是专职工会工作人员,不兼任何副职,基本工资和待遇由上级工会支付,不受地方政府的钳制。

2. 工会会员会费应逐步成为工会经费的主要来源。收取会费的困难有二:一是会员少;二是对工会不信任。可取的方案是将目前由企业、事业单位、机关按每月全部职工工资总额的百分之二向工会拨缴的费用转为职工工资或福利费,或者直接称之为组织费用。因为这部分钱是税前列支,打入成本,而不是企业的利润,所以并不是企业的钱。就性质而言,这部分钱是工资成本,是劳动者工资中的社会组织费用。在市场经济条件下,这部分费用应该发给工人,再由工人交给工会。正如学者所言,“作为一种历史沿袭下来的制度,我们直接由企业交给工会。这并没有改变工会经费的性质,即这是工人自己的钱,不是企业的钱”^①。既然如此,就应该消除企业主认为自己在养活工会的

^① 温秀:《外企为什么拒建工会?》, <http://finance.sina.com.cn/g/20041031/14031121333.shtml>, 下载日期:2014年12月12日。



观念。企业不再拨缴工会经费,但是必须提供工会工作必要的场所和设施。鉴于职工有人会和退会的自由,在发展会员的时候应当坚持内外有别的原则,即,在法律援助方面,坚持工会服务对象的普及型,无论会员还是非会员都应当予以帮助;在代表诉讼和代表集体谈判方面要有所区别,以吸引更多的会员,杜绝搭便车。

(二)工会的诉讼代表权

许多国家的劳动立法确认了劳动争议处理中的工会诉讼代表权。例如,德国代理雇员诉讼的代理人必须是律师或者工会的法律顾问,工会为会员提供法律咨询和代理诉讼均是免费服务,代理诉讼时如果败诉,工会还为会员承担败诉的费用。^①《俄罗斯联邦劳动法典》第391条规定,如果员工、雇主或维护员工利益的工会不同意劳动争议委员会的决定而向法院提出申请……由法院审理个体劳动争议。^②有些国家甚至规定劳动争议的当事人只能是工会,不能是个人,典型如瑞典和新加坡。新加坡规定,职工个人与雇主不订立劳动合同,其权利义务由工会与资方签订的集体协议来规定,因而新加坡劳动争议的当事人是工会和资方,只有工会才有权代表会员参与劳动争议的调解、仲裁,工会会员或未参加工会的职工都不能直接申请解决劳动争议。^③工会的维权和监督职能在我国都未能正常发挥,主要原因在于工会代表权的不完整。有报道称,“全总目前正在争取工会的直诉权,若发生劳资纠纷时,工会可以在授权或不经授权的情况下,直接向法院提请诉讼,以改变劳动者与用工企业权利不对等的局面,以此来维护劳方权益”^④。若终能实现,乃劳动者之福。

(三)完善对基层工会工作人员的权利保障

“端老板的饭碗不敢维权”,是基层工会工作面临的最大问题,各种解决方案也在不断的探索中,如工会主席直选、工会工作者职业化等。笔者认为,基

① 周贤奇:《德国劳动、社会保障制度及有关争议案件的处理》,载《中外法学》1998年第4期。

② 《俄罗斯联邦劳动法典》,蒋璐宇译,北京大学出版社2009年版,第211页。

③ 雷远龙:《新加坡劳动争议处理制度的可鉴之处》,载《工人日报》2011年8月30日。

④ 索寒雪:《全总插手收入分配改革工资条例入今年立法日程》http://www.china.com.cn/economic/txt/2010-07/25/content_20567706.htm,下载日期:2014年12月23日。



层工会主席直选必须与其法律权利完善结合起来才能真正解决问题。《工会法》第 51 条规定,对依法履行职责的工会工作人员无正当理由调动工作岗位,进行打击报复的,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。对依法履行职责的工会工作人员进行侮辱、诽谤或者进行人身伤害,构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚未构成犯罪的,由公安机关依照治安管理处罚条例的规定处罚。第 52 条规定,有下列情形之一的,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:(1)职工因参加工会活动而被解除劳动合同的;(2)工会工作人员因履行本法规定的职责而被解除劳动合同的。可见,《工会法》从岗位变动、解雇限制和人身自由方面对工会工作人员予以了就业保障。但是,他们缺一项最重要的权利——不定期合同签订权。按照我国目前的劳动合同制度,企业与基层工会工作人员签订的基本上是固定期限劳动合同,这是限制其独立性的症结,因为固定期限到期终止,企业可以选择不与工会工作人员续签合同。西方国家的工会代表之所以敢于维权,正在于其正式工身份,只要没有工作能力或行为方面的法定解雇事由,企业不得解雇。因此,建议劳动合同法和工会法予以相应修改,赋予基层工会工作人员不定期合同签订权。