

劳动和社会保障法论丛

第1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1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1辑/林嘉主编. —北京: 中国劳动社会保障出版社, 2015

ISBN 978-7-5167-1703-5

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 033804 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 11.625印张 278千字

2015年3月第1版 2015年3月第1次印刷

定价: 34.00元

读者服务部电话: (010) 64929211/64921644/84643933

发行部电话: (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) 80497374

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）

石美遐 叶静漪 刘明辉 张恒顺

郑尚元 郑爱青 金英杰 姜 颖

程延园

本辑执行编辑：王凤兰 史书敏 高明靖 王 超

序 言

2014年党的十八届四中全会通过了《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。劳动法和社会保障法是我国社会主义法律体系中的重要组成部分，加强劳动和社会保障法治建设，对于全面推进依法治国、维护社会和谐稳定具有重要的意义。

改革开放30多年来，我国的劳动法和社会保障法获得了长足的发展。全国人大常委会颁布了《劳动法》《工会法》《职业病防治法》《安全生产法》《劳动合同法》《就业促进法》《劳动争议调解仲裁法》《社会保险法》等法律；国务院制定了《劳动保障监察条例》《劳动合同法实施条例》《女职工劳动保护特别规定》《工伤保险条例》《失业保险条例》等行政法规；国务院各部委也制定了一系列劳动行政规章，如《集体合同规定》《工资集体协商试行办法》《劳务派遣暂行规定》等；最高人民法院相继出台了5个关于审理劳动争议案件和工伤保险行政案件的司法解释。这些法律法规和司法解释的颁布，进一步完善了我国的劳动和社会保障法律体系，规范了劳动争议案件的法律适用，对于调整新形势下的劳动关系和保险关系具有重要的意义。

劳动法和社会保障法的发展与我国社会经济发展息息相关。过去的30年，是中国经济制度和社会结构快速发展变化的时期。中国迎来了经济的高速增长期，国民财富不断增加；在世界经济全球化的背景下，中国加入了WTO，与世界经济体的联系愈加紧密；中国的城镇化步伐不断加快，农村劳动力不断向城镇转移；中国的

所有制结构和产业结构发生了重大变化，非公有制企业越来越多；社会结构基本形成，民众的法治意识和权利意识不断增强。这些因素直接影响到劳动关系的变化，使得劳动关系领域出现了许多新问题。例如，收入差距的拉大导致劳资之间的利益冲突显性化；劳动争议从过去个别劳动争议发展到现在集体劳动争议越来越突出，劳动关系中的群体性纠纷增多；劳动用工方式多元化，以劳务派遣为代表的非典型用工越来越多，导致劳动者阶层出现分化现象。此外，随着社会保障的受益主体从职工向全民扩展，整合城乡居民基本养老保险制度、基本医疗保险制度，机关事业单位养老保险并轨等问题不断引发社会关注。劳动法和社会保障法如何因应新形势下的挑战，更好地适应我国劳动关系乃至社会发展的需要，是学界同仁不容回避的现实课题。

近年来，北京市劳动和社会保障法学界的同仁们始终站在学术前沿，以深厚的理论功底，开阔的学术视野，丰富的实践经验，对劳动和社会保障法领域的相关问题进行了扎实的研究。北京市劳动和社会保障法学会每年都是从学会会员的研究成果中遴选出优秀的论文汇编出版，至今已连续出版8本。从2015年开始，学会将与中国劳动社会保障出版社合作，出版《劳动和社会保障法论丛》，每年一辑。相信本论丛的出版会在我国劳动法和社会保障法的学术园地中占有其应有席位，并大大丰富我国劳动法和社会保障法的理论研究，推动我国劳动和社会保障法治建设的发展。

林 嘉

2015年1月28日

目 录

劳动立法篇

- 加强反歧视立法，促进平等就业…………… 刘小楠 / 3
- 论涉外劳动合同立法中的弱者保护原则…………… 李文沛 / 8

劳动合同篇

- 试论因客观情况变化用人单位行使无过失性辞退权的
界限…………… 闫春生 张立鹏 / 27
- 企业规章制度对过失性解雇的效力实现途径探析…………… 刘 晓 / 33
- 经济性裁员浅谈——《中华人民共和国劳动合同法》
第四十一条第一款第四项“客观经济情况发生重大
变化”的判断标准…………… 高 婧 / 40

劳动关系篇

- 后金融危机时期中外劳动关系趋向的比较与思考…………… 乔 健 / 53
- 我国劳动关系政府规制目标研究…………… 李亮山 / 89
- 论企业并购重组中劳动者权益的维护——以我国现行
法的梳理和完善为考察重点…………… 沈建峰 / 106

论用人单位无因解除制度的建立——兼论劳动关系的人合性·····	吴克孟 / 124
关联公司混同用工问题研究·····	马卫丰 / 137
外国人在我国境内就业劳动关系归属问题分析·····	苏文蔚 潘丽丽 / 144
非典型雇佣关系从业人员工资水平影响因素的分析·····	石美遐 孙媛媛 / 153
高级管理人员若干法律问题研究·····	吴颖萍 王涵 / 168
用人单位佣金政策合法性评析标准探究·····	马 晨 / 178

劳动争议篇

对劳动人事争议调解仲裁制度改革创新的初步建议·····	王振麒 / 187
劳动争议处理单一诉讼模式的优势·····	刘明辉 / 193
劳动争议裁审关系的问题与出路·····	李彦宏 / 206
我国劳动争议诉讼调解制度的法理分析与完善思考·····	毛希彤 / 217

劳务派遣篇

“三性”原则视角的劳务派遣适用岗位范围思考·····	胡彩霄 / 233
我国劳务派遣中员工退回机制的解析与完善·····	刘义军 / 248

论劳务派遣从“同工同酬”到“同工同权”——以法院劳务派遣制书记员用工现状为切入点·····	段连俊 申峻屹 / 258
浅谈劳务派遣用工形式的认定·····	马照辉 / 269
被派遣劳动者权利保护研究·····	时福茂 / 273

竞业限制篇

双方均违反竞业限制协议时的法律责任浅论·····	毛 磊 / 285
--------------------------	-----------

工会工作与民主管理篇

中国特色社会主义工会发展道路探析·····	吴亚平 郑 桥 / 291
关于企业民主管理立法若干问题的思考·····	杨冬梅 / 301

社会保障篇

社会保障体系中的性别平等原则·····	陆海娜 / 313
促进农业转移人口市民化的法制保障研究——以劳动和社会保障法的视角分析·····	刘慧勇 / 321
事业单位工作人员患难以治愈的严重疾病后人事关系问题研究·····	沈水生 / 332
灵活就业群体生育保险制度的缺失与构建·····	唐 芳 / 339
补缴社会保险费类执行案件之探讨——以保护劳动者	

的社会保障权为视角	张心阳 袁楠 / 347
浅谈当今形势下如何完善我国社会保障 制度	中国运载火箭技术研究院— 航天长征化学工程股份有限公司工会 / 356

劳动立法

篇

加强反歧视立法，促进平等就业

刘小楠^①

我国的就业歧视问题日益严重，不仅造成社会资源的严重浪费，侵犯了公民的人格尊严，而且严重影响到社会的和谐稳定。近年来，反歧视的推动工作取得了重要进展，尤其是2013年中国政府加大了反歧视的政策支持力度，党的十八届三中全会明确提出创建公平就业环境，反对一切形式的就业歧视。2013年4月16日，教育部办公厅发出了《关于加强高校毕业生就业信息服务工作的通知》，明确指出：凡是教育行政部门和高校举办的高校毕业生就业招聘活动，要做到“三个严禁”：严禁发布含有限定985高校、211高校等字样的招聘信息，严禁发布违反国家规定的有关性别、户籍、学历等歧视性条款的需求信息，严禁发布虚假和欺诈等非法就业信息，坚决反对任何形式的就业歧视。2013年5月16日国务院办公厅关于全国普通高等学校毕业生就业工作的通知规定，不得对求职者设置性别、民族等条件，招聘高校毕业生，不得以毕业院校、年龄、户籍等作为限制性要求，不得将毕业证书发放与高校毕业生签约挂钩。2013年11月15日，中共十八届三中全会审议通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》（以下简称《决定》）全文播发。《决定》指出，规范招人用人制度，消除城乡、行业、身份、性别等一切影响平等就业的制度障碍和就业歧视。

除了缺乏平等和反歧视观念之外，立法上的缺陷也是我国就业

^① 作者单位：中国政法大学。

歧视现象普遍存在的重要原因。我国现行反歧视立法存在的缺陷主要有以下几个方面：

首先，我国没有一部反就业歧视的基本法律。2013年11月22日，《人民日报》发文指出：“反对就业歧视，《劳动法》和《就业促进法》都有明文规定，法制防护网已基本成型。但要‘消除一切就业歧视’，制度改革还得继续推进，法律法规也应该进一步细化。适当时候，可以出台专门的反就业歧视法。法律更完善，制度更严密，才是根治就业歧视的良药。”我们通过对国外反就业歧视立法发展的研究发现，制定统一的反歧视基本法是国际上反歧视立法的发展趋势。很多国家的反就业歧视法律制度已经比较系统和完善，已经不再满足于民法、劳动法等部门法中的反歧视的条款，甚至也不满足于制定像反种族歧视法、男女工作平等法这类专门的反歧视单行法律，越来越多的国家已经制定或正在着手制定反歧视的基本法，对歧视的概念和适用范围，反歧视专门机构和纠纷的处理机制都作出规定。

2006年8月，德国在已有大量反歧视法律法规的情况下，又通过了反歧视基本法《一般平等待遇法》。英国也于2010年4月通过了统一的反歧视基本法《平等法》。虽然我国制定的一些法律法规中也有一些反就业歧视的规定，如《劳动法》《就业促进法》等都有关于劳动者平等就业权利的规定，《妇女权益保护法》《残疾人保障法》也对某一特定人群的就业机会平等进行保护，但现行反就业歧视的法律仍不能适应社会发展的需要。我国尚未有一部反就业歧视的基本法，涵盖反就业歧视法律制度的基本问题，对就业歧视的定义、适用范围、反就业歧视措施、反歧视专门机构以及相应的救济机制进行规定。

其次，中国大陆现有法律没有关于反歧视概念的规定，也没有进行直接歧视、间接歧视的区分，而且现行法律中禁止就业歧视的范围太窄。从国外的立法看，很多国家都对什么是就业歧视作了明

确的界定，而且各国所禁止的反歧视领域越来越广，一般包括：性别、种族（或民族）、宗教信仰、政治观点、婚姻状况、国籍、年龄、残疾与慢性病、短期工作、性取向等 10 余个方面。我国台湾地区的《就业服务法》规定禁止 16 种就业歧视，即禁止种族、阶级、语言、思想、宗教、党派、籍贯、出生地、性别、性倾向、年龄、婚姻、容貌、五官、身心障碍或以往工会会员身份为由的歧视。而韩国禁止性别、宗教、残疾、年龄、社会地位、出生地、来源国家、民族、面貌特征、婚姻状况、种族、肤色、政治见解、家庭构成、怀孕或生育、犯罪记录、性取向、教育背景或医疗记录等 18 种就业歧视类型。

我国现有立法禁止了民族、性别、宗教信仰歧视，以及对残疾人、传染病病原携带者、农村进城就业的劳动者的歧视，但现实中还有一些相当严重的就业歧视现象，如年龄歧视、身份歧视、体貌特征歧视等，尚未被立法明确列入禁止的范围。

另外，我国现有反就业歧视立法中缺少程序上的保障和实施机制，我国没有设立专门的反歧视机构。国外反就业歧视的成功经验之一就是设立反就业歧视的专门机构，比如美国的平等就业机会委员会、加拿大的人权委员会、荷兰的平等待遇委员会、德国联邦反歧视局、法国的反歧视促平等高级公署等。这种专门机构更注重用多样化的手段，和平快捷地解决就业歧视问题，而且一般提供免费调解服务、法律咨询甚至提供法律援助。因此，与司法机构相比，反就业歧视专门机构的解决纠纷方式更具有主动性、灵活性、人性化、成本低、时间短等特点和优势。

虽然我国已经有了不少涉及反就业歧视的法律法规，但实施效果却不尽如人意，造成这种状况的一个根本原因就是现有的立法缺少有效的实施和救济机制，使得有关立法被虚置，反就业歧视的规定基本上成为一些权利性的宣告。

因此，我们迫切需要在借鉴国外相关立法和实践的基础上，制

定出一部符合我国实际情况的反就业歧视基本法，针对我国当前突出的就业歧视问题作出规定，明确就业歧视的概念，建立反歧视的专门机构，同时规定救济措施和救济机制，以真正保障劳动者遭受就业歧视后能够获得有效救济。中国政法大学宪政研究所对此进行了尝试。

2008年，宪政研究所组织全国人大法制工作委员会的专家和其他专家，起草了《〈反就业歧视法〉专家建议稿》，针对当前就业歧视的突出问题规定了各类反就业歧视的措施。做为反就业歧视领域的基本法律，该稿明确界定了就业歧视的定义，同时，针对就业歧视的两种情形——直接歧视和间接歧视，做出了具体的规定。明确规定了该法的适用范围。详细规定了针对各种就业歧视的反歧视措施。为真正发挥作用，保障劳动者受到就业歧视后获得有效救济，该法建立了平等机会委员会以及相应的救济机制。借鉴国外反就业歧视专门机构的有益经验和成功做法，该稿设专章详细规定了平等机会委员会及其设置、职权、组成等方面的内容。同时，为了能够使平等机会委员会真正发挥作用，该稿也规定了救济机制，详细规定了向平等机会委员会申诉的条件、程序、举证责任等。此外，还规定了不服平等机会委员会的裁决可以向法院起诉以及强制执行的内容。

2009年、2010年全国人民代表大会召开期间，宪政研究所通过全国人大代表、政协委员向两会提出了法律议案和提案，研究所也直接向全国人大法工委提出了法律草案的立法建议。

推动制定反就业歧视基本法是十分必要的，虽然反就业歧视法不能很快列入国家立法议程，但是，全国人大代表的相关议案会转给有关部门处理，这对推动行政部门和司法机关采取反歧视措施会有影响。另外，在其他有关的法律中加入一些反歧视的单行条款，以及推动在地方人大层面立法采取反歧视的措施，清理现行法律法规中的歧视性规定都是非常重要的。

当然，加强立法只是反歧视的途径之一。只有全社会共同关注就业歧视现象，联合各种力量，同时强化行政措施、改善司法救济，并加强对反歧视的研究、宣传和教育以提高全社会意识，公民的就业机会平等才有可能实现。