

劳动和社会保障法论丛

第2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2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2辑/林嘉主编. —北京: 中国劳动社会保障出版社, 2016

ISBN 978-7-5167-2438-5

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(2016)第 046130 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 12.875印张 316千字

2016年3月第1版 2016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）

石美遐 叶静漪 刘明辉 张恒顺

卓 识 郑尚元 郑爱青 金英杰

姜 颖 程延园 黎建飞

本辑执行编辑：王凤兰 陈靖远 曹克奇 高明靖

王 超

序 言

2015年是我国改革发展中承前启后的重要年份，既是“十二五”规划的收官之年，又是“十三五”规划的展望之年；既是全面推进依法治国的开局之年，也是经济社会发展新常态背景下稳增长调结构的关键之年。

“十二五”期间，我国劳动和社会保障法治建设取得了巨大的成就，各项法律制度逐步发展完善。在劳动法方面，《职业病防治法》《劳动合同法》《安全生产法》《就业促进法》等主要劳动法律分别进行了修改；国务院及人社部也针对现实需求，先后颁布了《女职工劳动保护特别规定》《劳务派遣暂行规定》等重要的行政法规和部门规章。在社会保障法方面，以《社会保险法》的实施为契机，《实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定》《社会保险基金先行支付暂行办法》《在中国境内就业的外国人参加社会保险暂行办法》等配套规章相继出台，以养老、医疗为核心的社会保险各项制度也在进一步探索和完善；此外，《社会救助暂行办法》的颁布标志着我国社会救助法制体系的初步形成。

十八届三中全会和四中全会分别对深化改革和依法治国做出全面部署，对照这些要求，我国的劳动和社会保障法治仍然存在着不少差距。主要体现在：首先，在立法理念方面，过于强化国家干预，忽略了社会组织自治与个人自治的重要性。其次，在制度构建方面，法制化发展程度不均衡，立法层次总体较低。再次，在执法层面，各项法律制度之间的逻辑关系没有理顺，导致制度难以衔接、运行困难。最后，在司法方面，劳动权和保障权的权利救济途径分散，不利于争议的解决。

北京市劳动和社会保障法学会自成立以来，始终站在劳动法和社会保障法学领域的学术前沿，在新形势下不断提升法学研究的质量，取得了大量优秀的学术成果。2015年度，学会继续从年会和学会品牌活动“劳动人事争议案例研讨会”的参会论文中选取部分佳作，出版成集。该论文集内容涉及劳动法中的劳动关系、劳动合同、劳务派遣、劳动争议解决以及社会保障法中养老保险和工伤保险等诸多领域，兼具理论与实践价值，期待能够对劳动法和社会保障法的学术繁荣和实践问题解决有所助益。囿于篇幅所限，仍有部分优秀作品未能收入本书，对此深感遗憾。

最后，希望北京市劳动和社会保障法学会能够继续蓬勃发展，在学会全体成员的共同参与和努力下，把学会的学术和实践活动与落实“十三五”规划的理念、目标和部署紧密地结合起来，为首都和我国的劳动和社会保障法治建设做出新的贡献。

是为序。

林 嘉

2016年1月

目 录

劳动关系篇

- 略论中国特色和谐劳动关系…………… 乔 健 / 3
- 个人自治、国家强制与集体自治在劳动关系协调中的互动
- 基于对德国劳动关系协调机制的梳理…………… 沈建峰 / 30
- 当前确认劳动关系纠纷中的难题及
- 对策…………… 北京市第一中级人民法院民六庭课题组 / 43
- 建筑行业农民工劳动关系确认的思考…………… 金英杰 赖 玥 / 58
- TPP 劳工条款及其对中国的影响及应对研究…………… 罗凯天 / 68
- 劳动法视角下的职场性骚扰…………… 高 媛 / 91
- 政府与工会联席会议制度需加强法制保障…………… 杨冬梅 / 97

劳动合同篇

- 新时期劳动法之“劳动者”界定…………… 李 娜 / 107
- 论签订和履行劳动合同侵害第三方利益时法律责任的
- 承担…………… 梁 枫 / 122
- 困境与重构：劳动合同的继续履行
- 以实质性解决纠纷为视角…………… 程立武 / 133
- 劳动合同终止相关问题探析…………… 吴颖萍 张凤婷 / 154

- 论我国行业性、区域性集体合同的约束力…………… 肖 竹 / 161
- 事业单位聘用合同法律适用的清晰化
- 《事业单位人事管理条例》实施后《劳动合同法》
- 第九十六条的适用新解…………… 刘慧勇 / 185
- 工作任务劳动合同中劳动者权益保护…………… 王宝荣 / 206
- 劳动者代理人恶意不作为的滥用代理权行为分析
- 以多重法律关系竞合为视角…………… 李文涛 赵洪石 / 214

劳务派遣篇

- 劳务派遣员工退回机制刍议…………… 张 毅 / 229
- 论劳务派遣的司法规制
- 以逆向劳务派遣为进路…………… 薛长礼 / 241
- 浅论我国劳务派遣中同工同酬问题…………… 詹璐璐 / 262

劳动争议解决篇

- 劳动审判的理念变迁与利益衡量方法
- 以《劳动合同法》第四十八条为例…………… 王萍 张海玲 / 273
- 集体性劳动争议处理制度探析…………… 王振麒 / 283
- 集体劳动权益争议处理机制研究…………… 芦玉杰 / 289
- 我国劳动争议处理制度变革与展望
- 从个别劳动争议处理的视角…………… 黄 龙 / 298

争议与应对：劳动合同解除决定送达规则的反思与 重构·····	李彦宏 / 306
简论劳动者举证能力不足之平衡·····	吴克孟 / 318
英国雇佣裁判所劳动审判模式的改革与借鉴 ——以苏格兰雇佣裁判所的考察为切入·····	杨 欣 / 328
为劳动者权益救济注入新力量 ——企业社工介入劳动争议调解的可行性 研究·····	邱春阳 孟 强 / 341

社会保障篇

德国养老金计发和调整办法及对我国的启示·····	沈水生 / 361
统一的城乡居民养老保险制度实施中的困境及 对策·····	胡彩霄 / 367
论雇主责任与工伤保险责任之间的关系·····	程新桐 / 383
残疾人就业保护研究·····	胡 洁 徐晓娜 / 396

劳动关系

篇



略论中国特色和谐劳动关系

乔 健^①

摘要：近年中国展开了对构建“中国特色和谐劳动关系”的探索，并逐步形成了迥异于工业化国家的治理理念和体制机制格局。本文在梳理国内外文献的基础上，对中国特色和谐劳动关系的形成过程与理论内涵进行探讨，梳理了这个治理体系的两个维度，并论述了其治理机制。本文认为，中国特色和谐劳动关系是建设中国特色社会主义的产物，亦是中国社会治理的重要组成部分，基于和谐理念的三方协调机制、区域和行业集体协商模式及“大调解”式的劳动争议处理机制丰富了劳动关系治理体系。但终其根本，这套体系并非以保障劳动关系主体的权利为依归，其最终目标是保持国家和社会稳定，促进实现“两个一百年”的中国梦。

关键词：中国特色和谐劳动关系 强政府 法治 工会的民主问责 治理能力

2008年金融危机以来，国际劳动关系格局最大的变化是，在欧美国家放弃劳动法对集体劳动关系的规制，听任集体谈判分散到企业层级，而雇佣法仅保障雇员的最低劳动基准（Colvin and Darbishire, 2013）的背景下，中国却逆势上扬，不仅密集颁行劳动立法，中共十八大还推动“更高质量的就业”，且协调机制正在从个别走向集体劳动关系，并首创“中国特色和谐劳动关系”的新治理模式。

^① 乔健，副教授，中国劳动关系学院劳动关系系主任，主要从事劳动关系、工会和职工状况等方面的研究。

按照制度主义的解析，制度是一个社会或政体的结构性特征，它具有稳定性并影响人的行为，且制度凝聚着内在的价值和意义（彼得斯，2011）。在国际比较雇佣关系研究主要涉及的议题有：（1）多样化资本主义（VoC）研究法（Bamber，赵曙明等，2012），将市场经济国家分为自由式和协调式市场经济体，但其中缺乏对中国市场经济特征及其对劳动关系影响的概括，且对近年中国趋向“和谐劳动关系”制度模式的新变化几无研究。（2）各国雇佣关系形态的趋同（convergence）与分化（divergence）。早期学者倾向推动制度趋同，且它建立在“工业化逻辑”的基础上，创造了各国产业社会的共同特征和必备条件（Kerr，1983）。但是，越来越多的学者倾向于分化论并提出证据（Frenkel and Kuruvilla，2002）。著名学者 Harry Katz 将其概括为“在趋同中分化”，他注意到，各国产业关系存在广泛持久的差异，部分是受到国家整套制度因素的影响（Katz and Darbishire，2000）。（3）在此种研究框架下，有国外华人学者认为，与西方国家沿着“放任自流”到有组织的对抗，然后向社会统合主义的路径演变不同，中国劳动关系的趋势是由国家主义过渡为国家统合主义，并向社会统合主义演化（邵思军，2013）。（4）国外与“和谐劳动关系”相仿的概念是“劳资伙伴关系”，包括多种劳资合作方式，是一种产业民主和新统合主义（neo-corporatist）（Ackers et al.，1998）。

在国内，国家领导人极为关注“和谐劳动关系”的特质和体制格局。习近平（2011）指出，我国现阶段劳动关系与资本主义社会的劳动关系根本不同，它建立在劳动者是国家和社会主人、劳资在根本利益上一致的基础上。他还提出要建立党委领导、政府负责、社会协同、企业和职工参与的工作格局。党的十八届三中全会全面深化改革决定强化了国家主导与劳资参与相结合的劳动关系调整模式，要求加强劳动关系矛盾的源头治理，构建中国特色和谐劳动关系。

我国学术界亦愈加关注劳动关系调整模式的选择。常凯(2013)将劳动关系的调整模式划分为利益抗衡型、利益一体型和利益协调型三种,认为在转型期劳动关系的调整模式不应是单一形态而应是复合形态的,即目标和谐,承认冲突,通过法治,实现双赢。有学者用国际比较法研究我国劳动关系协调机制(程延园,2013),认为保障劳动者的基本工作权利是剧变时期解决劳资冲突成本最低的方式。有学者运用比较方法探讨了劳动关系调节机制等议题(赵小仕,2009;李丽林等,2011),还有部分学者(李继霞,2011;解梅娟,2013)从提升主体能力和完善制度等方面论述了提高劳动关系协调效能的途径。

总体上看,由于本论题的复杂性和前沿性,国内外文献并不充分。尽管已有成熟的国际比较研究框架,但国外学者对金融危机以来各国劳动关系情势的变化尤其是中国模式缺乏敏感度。国内学术界依然沉浸在学习、跟从西方经验、体系和范式,对本土经验没有站在一个历史性转折的高度进行概括和提炼。

本论题的研究意义在于,金融危机以来,渐趋形成了劳动关系协调机制的中国模式。我们应在经济新常态的背景下对这一模式进行探讨,从而彰显中国特色道路的路径依赖、优势特点。本文拟以文献梳理和制度演进分析的方法,评述中国特色和谐劳动关系治理理念、原则的形成及影响因素。对中国构建和谐劳动关系的体制机制进行评述,全景展示迄今中国特色和谐劳动关系的进展情况。

一、中国特色和谐劳动关系的形成过程与理论内涵

1. 中国特色和谐劳动关系的形成过程

对中国劳动关系治理模式的探讨,源于21世纪以来全国总工会对中国特色社会主义工会发展道路的探索。2004年12月召开的全总十四届二次执委会议,确定了“组织起来、切实维权”的工作方针。2005年7月,全总十四届六次主席团会议通过了《关于坚持

走中国特色社会主义工会发展道路的决议》。在这期间，全总对“中国特色社会主义新型劳动关系”作了专题研究^①，认为这种劳动关系治理模式既不同于任何类型的资本主义劳动关系，也不同于我国计划经济时期的劳动关系，是一种在国家、社会、企业和劳动者根本利益一致基础上，通过市场调节与国家干预相结合，化解利益冲突和促进社会公正的稳定协调型劳动关系。

劳动关系调整模式亦得到党中央的关注。2006年10月，中共十六届六中全会通过《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》。针对当时我国劳动关系存在的许多不和谐因素，如劳动合同签订率低、期限短、内容不规范；许多企业缺乏社会责任感，劳动条件和职业卫生状况十分恶劣，强迫超时加班；企业工资分配机制不完善，拖欠和克扣职工工资时有发生；劳动关系协调机制不能充分发挥作用，劳动争议调处和监察力度不够，群体性事件经常发生等问题，为保障社会公平正义，完善社会管理，《决定》首次提出“发展和谐劳动关系”，并将其作为推进以改善民生为重点的社会建设、构建和谐社会的重要任务。此后，我国劳动立法密集出台，仅2008年实施的就有《劳动合同法》《就业促进法》和《劳动争议调解仲裁法》。

2010年夏，以富士康“十三连跳”、南海本田工人罢工为代表的工潮汹涌而至。这一年7月召开的全总十五届四次执委会上，王兆国主席提出“两个普遍”，即在未来三年内，在全国企业中普遍组建工会，在已建工会的企业中普遍建立工资集体协商制度。随后，中国工会集体协商制度的建设重点逐步转向区域性、行业性协商，以解决企业工会不发挥作用、企业协商走形式的问题。同时，劳动关系调整模式的重心开始从贯彻《劳动合同法》、建立完善劳动合同制度的个别劳动关系调整转向以“两个普遍”、特别是行业

^① 全总课题组，中国特色社会主义新型劳动关系研究[J]，工运研究，2005（24）。

协商为代表的集体劳动关系调整模式。

2011年春夏，在中央政策研究室等六部委参与下，完成了从浙江到全国、从民营企业到各类企业构建和谐劳动关系的经验调查。当年8月，举行全国构建和谐劳动关系先进表彰暨经验交流会。这次会议是改革开放以来第一次全国性研究部署构建和谐劳动关系的工作会议，也首次明确把构建和谐劳动关系作为一项重要而紧迫的政治任务，是增强党的执政基础的重要举措，“企业兴则经济兴，职工稳则社会稳”。时任中央政治局常委、国家副主席习近平代表中央作了长篇讲话，要求着重解决以下突出劳动关系问题：部分企业用工不规范、损害职工合法权益；部分职工特别是劳动密集型企业一线职工工资偏低、增长缓慢；部分企业忽视职工发展需要、缺少人文关怀；劳动关系基层基础工作薄弱、能力不足。他提出，形成规范有序、公正合理、互利共赢、和谐稳定的劳动关系，是劳动关系工作的目标要求。这个要求同时也写进了国家十二五规划纲要。他还提出，要形成党委领导、政府负责、社会协同、企业和职工参与的工作格局，并明确提出构建“中国特色和谐劳动关系”这一概念，要求各级党委要统揽全局、把握方向，及时研究和解决劳动关系中的重大问题。此外，要创新劳动关系体制机制，形成反应灵敏、运转有序的协调劳动关系机制，是有效预防、化解，处置劳动关系矛盾的关键。

自2011年全国劳动关系大会以来，据不完全统计，已有河南（2011）、辽宁（2011）、广东（2012）、湖北（2012）、重庆（2012）、广西（2014）等多个省（区）市以省委、省政府名义颁行了《构建和谐劳动关系的意见》，要求建立构建和谐劳动关系的组织体制；把职工共享改革发展成果作为评价各级党政干部实绩的重要内容，纳入考核体系；有的地方还要求各级党校、行政学院把协调劳动关系课程列入对党政领导干部、企业负责人的培训内容，切实提高其工作能力。

2013年,人力资源和社会保障部领导在全国劳动关系工作座谈会上分析了党的十八大报告提出的实现经济持续健康发展、加强社会主义民主法治、改善民生和加强社会建设,对劳动关系工作提出的新任务、新要求,要求全面加强劳动关系矛盾源头治理,即通过加强协调劳动关系的法律、体制、制度、机制和能力建设,从源头上预防和减少劳动关系矛盾。同时,要求在劳动关系领域加强民主和法治建设^①。这些新思路的提出,标志着“中国特色和谐劳动关系”治理模式的初步形成。

2013年11月,党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》虽未直接涉及劳动关系体制,但《决定》在“创新社会治理体制”部分中要求改进社会治理方式,坚持系统治理,加强党委领导,发挥政府主导作用,鼓励和支持社会各方面参与,实现政府治理和社会自我调节、居民自治良性互动。同时要求坚持依法治理,加强法治保障,运用法治思维和法治方式化解社会矛盾。这些论述都为中国特色劳动关系治理体系和模式的形成提供了指导原则。

2. 中国特色和谐劳动关系的理论内涵

首先,对现阶段劳动关系性质和劳资矛盾的认识,建基于官方意识形态之上。如早期的全总课题组报告认为,中国特色社会主义新型劳动关系是中国特色社会主义生产关系在劳动关系中的反映,它既不同于任何类型的资本主义劳动关系,也不同于传统的计划经济时期的劳动关系,它是在中国特色社会主义的前提条件下,在国家、社会、企业、劳动者根本利益一致的基础上,能将劳动关系各个主体的利益诉求纳入法律和制度的框架范围内,依法予以实现和

^① 邱小平. 稳中求进 开拓进取 全面推进构建中国特色和谐劳动关系 [J]. 中国劳动, 2013 (5).