



和谐劳动关系法律建构 若干重大问题的研究

叶静漪 主编

法学
借



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



和谐劳动关系法律建构 若干重大问题的研究

叶静漪 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

和谐劳动关系法律建构若干重大问题研究/叶静漪主编. —北京: 北京大学出版社, 2018. 5

ISBN 978-7-301-29470-3

I. ①和… II. ①叶… III. ①劳动关系—研究—中国 IV. ①F249.26

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 068145 号

书 名 和谐劳动关系法律建构若干重大问题研究

HEXIE LAODONG GUANXI FALÜ JIANGOU

RUOGAN ZHONGDA WENTI YANJIU

著作责任者 叶静漪 主编

责任编辑 郭瑞洁

标准书号 ISBN 978-7-301-29470-3

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

印 刷 者 三河市北燕印装有限公司

经 销 者 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 17 印张 270 千字

2018 年 5 月第 1 版 2018 年 5 月第 1 次印刷

定 价 45.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010-62756370

作者简介

一、主编

叶静漪 北京大学党委副书记兼纪委书记,法学院教授,劳动法与社会保障法研究所所长,法学博士。中国社会法学研究会法人代表、副会长兼秘书长。主持“劳动法与社会保障法论丛”,主编《劳动合同法十二讲》等书,在《中外法学》等核心期刊发表论文多篇。

二、撰稿(按姓氏拼音顺序)

谭金可 华东政法大学政治学与公共管理学院副教授。负责撰写本书第三章。

王倩 同济大学法学院副教授,法学博士。负责撰写本书第四章。

王天玉 中国社会科学院法学研究所社会法研究室副研究员,法学博士。负责撰写本书第七章。

王显勇 中国政法大学民商经济法学院副教授,法学博士。负责撰写本书第五章、第六章。

肖京 中国社会科学院法学研究所经济法研究室助理研究员,法学博士。负责撰写本书第八章。

闫冬 北京外国语大学法学院副院长、副教授,法学博士。负责撰写本书第二章。

阎天 北京大学法学院助理教授,法学博士。负责撰写本书结语。

张东 中国政法大学民商经济法学院讲师,法学博士。负责撰写本书第一章。

郑丽珍 福建师范大学法学院副教授,法学博士。负责撰写本书第九章。

北京大学法学博士研究生郭昌盛,法学硕士研究生郑媛,法律硕士研究生李强强、罗超、王林燕,参与本书编辑、校对及文献整理工作。

序

这本著作是国家社会科学基金重大项目“和谐劳动关系协调机制的法律构建研究”(批准号 11&ZD031)的最终成果之一。

在 20 世纪中国法学发展的历程中,社会法学在中国的兴起与发展具有不可替代的重要意义。中华人民共和国成立以来,我国的法制建设经历了一段崎岖、坎坷的发展进程,经过几十年的孜孜探索和栉风沐雨,由宪法相关法、民商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼法等七大法律部门构成的中国特色社会主义法律体系于 2011 年形成。由此,社会法这一法律部门的形成就成为中国特色社会主义法律基本形成的一个重要标志。截至项目立项时,我国已制定社会法方面的法律 18 件和一大批规范劳动关系和社会保障的行政法规、地方性法规;在劳动法方面的法律主要有《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国劳动合同法》等。

作为七大法律部门之一,社会法是调整劳动关系、社会保险、社会福利和社会救济等方面的法律规范,遵循公平和谐和国家适度干预原则,通过国家和社会积极履行责任,对劳动者、失业者、丧失劳动能力的人以及其他人群的权益提供必要的保障,维护社会公平,促进社会和谐。在此意义上,社会法也是典型的“民生法”。劳动法作为社会法体系中调整劳动关系的部门法,对于促进劳资关系和谐、社会安定与经济发展大局的稳定乃至整个和谐社会的建设都功不可没。因此,在中国特色社会主义法律体系形成之际,为了对和谐劳动关系构建过程中的重大问题作出理论和实践反思,国内外学者组建项目组,以“和谐劳动关系协调机制的法律构建研究”为题申请国家社会科学基金重大项目并获得批准立项。

令人欣慰的是,在项目获得批准之后,项目组成员戮力同心,就劳动关系法制化、和谐化构建中的重点、难点问题进行了攻关,以前沿性、理论性、实践性为原则,对劳动法在社会法体系中的定位、劳动法上工资制度

的内涵及外延、职业安全健康保障制度、过错解雇制度、经济补偿金制度、竞业限制制度以及集体协商机制等问题进行了研究,在广泛借鉴各国经验的基础上博收精掇、厘次部类、钩玄提要、指示门径,并形成了兼具理论价值、实践价值和交流价值的政策建议和研究成果。

关于社会法的基础理论研究,目前我国尚属初始阶段,是一个前沿性的学术内容。本书借鉴私法学体系构建方式,从现代财产权利分类的“外在制度体系”切入,这种以二元财产结构为视点的研究,是对社会法基础理论难点问题的有益探索,作为社会法一个组成部分的劳动法,已有相对独立的、比较成熟的基础理论体系。

工资、职业安全、解雇离职、集体协商、劳动争议等都是劳动法中的重要内容。其中的社会热点从提出问题到解决问题的论述方法很有实践性。从功能的视角对劳动法上工资的内涵及外延在广义、中义、狭义三个层面进行界定,凸显了工资制度在劳动者权益保护中的重要地位;从职业灾害发生、加剧、爆发和受害人康复的全过程入手,对我国职业安全健康保障制度提出了分环节、分阶段的完善路径,改变当前职业安全健康保障制度碎片化、割裂化的局面;从法律视角重新审视了我国过错解雇制度,剖析了过错解雇制度的本质,提出了“列举+兜底”的规则设计方案;从历史演变、各国实践、法理依据等方面对离职经济补偿金制度进行全面探讨,提出了将我国离职经济补偿金制度改造为以惩罚论为法理依据的法定责任型的观点;从我国竞业限制法律实践出发,分析该制度存在的问题,并且从合理性原则、效力性要件、用人单位任意解除权的限制以及争议属性等方面提出了立法建议;对国内各地区在集体协商制度上的司法实践进行了梳理,提出将诚信协商义务作为集体协商机制核心的立法理念;从劳动争议概念的理论和司法界定入手,运用翔实的数据对我国劳动争议现状进行概括总结,分析劳动争议发生的深层次原因,在此基础上对我国劳动争议处理制度进行了反思和重构。本书的作者恪守了客观立场、建设性态度和学术宽容的学术研究品格。

贸易和投资协定中的劳动标准问题在劳动法中是一个新的研究领域,涉及企业社会责任中有关劳动标准的问题。作者极具国际视野,立足本国实际,对我国在国际贸易和投资协定中的劳动标准问题进行了探讨,在坚持以人权属性为主、弱化经济属性的原则下,提出了符合跨国劳动监管整体发展趋势的经济协定劳动标准“中国方案”。在国际贸易和投资协

定中加入劳动标准对保护劳工权益有重要意义,但要以本国批准的国际劳工公约和国内劳动立法内容为条件,同时注意国际上以劳动标准为由的贸易保护主义。

本书的编排遵循了从总论到分论、从国内到国际以及劳动关系推进的三大脉络,避免了面面俱到的宏大叙述,突出了和谐劳动关系协调机制构建中的重点问题,颇具学术意蕴,是我国劳动法学研究以及劳动法治建设中取得的成果。希望本书的出版能够激发学界对劳动法治建设问题的关注,促进对劳动法学的研究,将相关研究做得更为深入和透彻,并通过和谐劳动关系的深入研究来推动整个劳动法学基础理论研究的深入发展,为我国的劳动法学和劳动法治建设作出努力和贡献。如斯,幸甚!

本书反映的是一定历史时期内的研究水平,有待深化和不足之处,敬请劳动法学人们斧正!

是为序。

贾俊玲

2018年4月于北大蓝旗营家中

绪 论 /001

- 一、目的和意义 /001
- 二、框架和内容 /002
- 三、观点和建议 /004
- 四、创新和影响 /005

第一章 社会法体系视野下的劳动法定位 /008

导论 /009

- 一、康德、主观权利与私法体系 /011
- 二、社会法的财产概念、起源与结构 /014
- 三、社会法的财产权利体系 /023
- 四、社会法的制度体系 /031

结论 /033

第二章 工资概念的功能主义界定 /035

导论 /036

- 一、工资界定所面临的问题 /036
- 二、工资功能定位的分类 /039
- 三、从功能定位出发界定工资概念 /042
- 四、从广义角度来界定工资保护的對象 /043
- 五、从中义角度来界定作为劳动权益计算基数的“工资” /044
- 六、从狭义角度来界定最低工资标准的衡量对象 /045

结论 /047

第三章 职业安全健康保障制度的完善 /048

导论 /049

一、职业安全健康法律保护的预防机制优化 /050

二、职业安全健康灾害补(赔)偿机制改善 /056

三、职业安全健康灾害康复机制的改善 /063

四、职业安全健康法律保护的三位一体协同整合 /068

结论 /071

第四章 我国过错解雇制度的不足和改进 /073

导论 /074

一、法理基础混乱及其厘清 /075

二、封闭式列举僵化及其转型 /079

三、行使过错解雇权的除斥期间缺位及其引入 /084

四、《劳动合同法》第39条的具体修改方案 /085

结论 /091

第五章 离职经济补偿金制度的前景 /092

导论 /093

一、各国或地区经济补偿金制度的类型化:法定义务、法律责任与社会保障 /095

二、法理根据论:补偿、惩罚还是保障 /100

三、制度前景:坚持、放弃还是改良 /109

结论 /114

第六章 离职竞业限制的法律纠纷与制度探讨 /115

导论 /116

一、典型案例、类型化分析及问题的提出 /117

二、竞业限制协议的法律效力 /125

三、竞业限制协议履行法律问题 /132

四、侵犯商业秘密竞业限制纠纷法律问题 /140

五、结论与立法建议 /145

第七章 集体协商中诚信协商义务的建构 /150

导论 /151

一、问题的提出：“重博弈、轻诚信”的集体协商困局 /151

二、诚信协商义务的概念解析及我国制度之检讨 /157

三、诚信协商义务的法律化：渊源、发展与保障 /167

四、集体协商诚信义务的判断标准 /175

五、我国集体协商诚信义务的完善路径 /181

结论 /185

第八章 劳动争议处理制度的现状与发展 /186

导论 /187

一、我国劳动争议的学理与司法界定 /187

二、我国劳动争议案件基本态势 /190

三、我国劳动争议发生的原因分析 /193

四、我国现行劳动争议处理法律制度的基本内容 /198

五、我国劳动争议处理法律制度的完善 /208

结论 /218

第九章 贸易和投资协定中的劳动标准问题 /219

导论 /220

一、劳动标准与贸易和投资协定挂钩的规范演进 /221

二、劳动标准与贸易和投资协定挂钩的发展

趋势对缔约方劳动法治的影响 /231

三、开放型经济新体制背景下中国劳动

法治面临的挑战与应对思路 /239

结论 /243

结 语 /244**文献汇总 /249**

绪 论

2011 年底,国家社会科学基金重大项目“和谐劳动关系协调机制的法律构建研究”正式获得立项。经过五年多的努力,项目于 2017 年 6 月完成全部研究工作。本书是项目的最终成果之一。现就本书的目的和意义、框架和内容、观点和建议、创新和影响,分述如下。

一、目的和意义

本书的目的在于:总结我国和谐劳动关系构建过程中的各项成就,借鉴各国经验教训,提出改进方案。本书的意义在于:从理论上研讨和谐劳动关系的各个要素,剖析劳动法律与劳动关系的互动关系,加强劳动法学理论研究;从实践上梳理和谐劳动关系的主要问题和进展,提出劳动关系进一步和谐化、法制化的操作方案。

近年来,我国改革开放和现代化建设蓬勃发展,取得了举世瞩目的成就。随着改革逐步进入深水区,劳动关系的面貌发生重大变化,劳动者与用人单位之间的利益之争、理念之争日益增多。劳动关系是最重要的社会关系之一,如何调整劳动关系,关系到社会安定与经济发展的大局,也得到了党和国家的高度重视。

2006 年,中国共产党第十六届中央委员会第六次全体会议作出《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》,提出社会和谐是中国特色社会主义的本质属性这一重大论断。以和谐社会为目标,劳动关系法制化、和谐化的进程由此大大加快。《中华人民共和国就业促进法》《中华人民共和国劳动合同法》《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》和《中华人民共和国社会保险法》相继出台,构建和谐劳动关系的法律体系初步成形。为了对和谐劳动关系构建过程中的重大问题作出理论和实践反思,借

鉴各国经验并提出对策,国内外学者建立项目组,以“和谐劳动关系协调机制的法律构建研究”为题,申请实施国家社科基金重大项目,并获得批准。

党的十八大以来,构建和谐劳动关系成为党和国家的一件重要工作。2015年,中共中央、国务院印发《关于构建和谐劳动关系的意见》(以下简称《意见》),这是新时期劳动关系和劳动法领域的纲领性文件。《意见》提出坚持以人为本、依法构建、共建共享、改革创新的原则,加强调整劳动关系的法律、体制、制度、机制和能力建设的目标,要求切实保障职工取得劳动报酬、休息休假、获得劳动安全卫生保护、享受社会保险和接受职业技能培训的权利。为此,《意见》决定全面实行劳动合同制度,推行集体协商和集体合同制度,健全协调劳动关系三方机制。《意见》标志着我国和谐劳动关系的构建进入了崭新的阶段。以《意见》为指针,项目组加强和改进研究工作,并于2017年6月完成全部研究工作。

二、框架和内容

(一) 研究框架

为了避免面面俱到,项目组通过学术会议、实地调研等方式,发现实践焦点,凝练研究主题,形成了包括九个专题的研究清单。这些专题是:劳动法的部门法定位、工资概念的界定、职业安全健康保障制度的完善、过错解雇制度的不足与改进、离职经济补偿金制度的前景、离职竞业限制的法律纠纷与制度的发展、集体协商中诚信协商义务的构造、劳动争议处理制度的改进,以及贸易和投资协定中的劳动标准问题。在这些专题的基础上,形成了本书的章节架构。

在本书之外,项目组又以广收博取的态度,吸纳各国构建和谐劳动关系的经验教训。为此,项目组翻译了法国、德国、意大利、比利时、西班牙、日本及拉美大陆法国家的劳动法学概况,翻译了英国、美国、加拿大等英美法系国家劳动关系研究进展的资料,并编辑成译著,作为项目的另一最终成果。

专题研究与比较研究存在互补关系。一方面,专题研究是项目的根本,反映了本项目服务国家发展、总结中国经验的旨趣。另一方面,比较研究是项目的特色,反映了本项目开放地、辩证地、批判地吸取他国经验

的态度。

五年多以来,项目组成员勠力同心,保质保量执行研究计划,开展了广泛的学术活动,取得了一系列成果。

在学术活动方面,本项目组织召开了4次较大规模的国际学术研讨会,举办了4次国内专题学术研讨会,并按计划召开了开题工作会和中期工作会。其中,“海峡两岸劳动法与社会法研究生学术论坛”于2014年1月在台北举行,由两岸劳动法青年学人联袂参与,为促进两岸学术交流作出了贡献。项目还积极展开政策建言和宣传推广工作,报送《成果要报》7篇,在《工人日报》《中国组织人事报》等发表文章多篇。

在学术成果方面,本项目形成了两项最终成果,分别为专著《和谐劳动关系法律建构若干重大问题研究》和译著《比较劳动法学》。此外,本项目还形成了一系列阶段性成果,形式为论文和译文,大多在核心期刊发表。经初步统计,已有20篇论文以本项目名义发表,其中中文社会科学引文索引(CSSCI)论文10篇,内含法学论文3篇、经济学论文1篇、社会学论文1篇、社科综合及高校学报论文5篇。论文的学科分布较好地实现了本项目立足法学、发挥多学科综合研究优势的设想。另有2篇译文以本项目名义发表。

(二) 成果内容

构建和谐劳动关系是一项长期的事业,面临艰巨的挑战。其中,社会法、劳动法占有重要的地位,各种法律协调机制是促进劳动关系和谐化、规范化的主要抓手。我国劳动法律体系已经成型,而在价值定位、功能设计、制度安排及实效评估方面,尚有许多完善的空间。《和谐劳动关系法律建构若干重大问题研究》选取对于构建和谐劳动关系至关重要的一系列制度,从实践的、比较的角度加以研究。全书各章均设有本章梗概,阐述该章所探讨制度的缘起、所要解决的主要问题、论证的主要思路及结论。全书共9章,约27万字。

在本书以外,译著《比较劳动法学》也是项目的最终成果之一。近年来,我国劳动法学界与国际学术界的联系日益紧密,劳动法学逐步摆脱闭门造车局面,走上国际舞台,讲述中国故事,加强学术交往。与此同时,国内学界对于各国劳动法及劳动法学的了解日益深入化、立体化,对于各国历史传统、制度架构和学术进路的差异认识渐多。怎样理解这种差异?

怎样看待各国学者立足国情、发展具有本国特色的劳动法学的努力?为了回答这些问题,有必要对各国劳动法学的情况进行全面的引介。为此,项目组成立编译团队,翻译各国劳动法学概况。翻译时注重了三个要点:一是原文的权威性,所选文章作者均为该国劳动法的主要学者,确保其论述准确、客观;二是法系的代表性,所选文章既包括德国、法国、日本等大陆法系主要国家,也包括英国、美国等英美法系国家;三是国家的多样性,除发达国家以外,特别选译了拉美发展中国家劳动法学的发展情况。全书共12章,约10万字。

三、观点和建议

(一) 关于劳动法在社会法体系中的定位

本书认为:社会法的内部体系应当以社会法的二元财产结构为基础。社会法上的财产包括国家间接给付的财产和国家直接给付的财产。前者是指国家对企业进行控制,进而为公民给付创造平等机会,包括促进型给付和限禁型给付,相应形成了促进型给付法和限禁型给付法。限禁型给付法即为劳动法。

(二) 关于工资的概念

本书认为:工资的概念要根据功能来界定,从广义角度来界定工资保护的对象,从中义角度来界定作为劳动权益计算基数的“工资”,从狭义角度来界定最低工资标准的衡量对象,保护劳动者底线权利。

(三) 关于职业安全健康保障制度

本书认为:应当完善职业灾害预防制度,提高可操作性;完善职业灾害补偿和赔偿制度,以工伤保险制度为核心,减少侵权行为法的比重;树立全面的建设性康复理念,改善系统的康复立法。

(四) 关于过错解雇制度

本书认为:过错解雇的实体性条件应该是劳动者严重违反了劳动义务或者附随义务。应该在列举典型解雇事由之后增加一个兜底性条款;明确

规定为期 30 日的除斥期间;相应修改《劳动合同法》第 39 条的规定内容。

(五) 关于离职经济补偿金制度

本书认为:我国经济补偿金制度属于法定义务型,但其法理根据为生活保障。应当取消依法解除劳动合同的经济补偿金制度,将经济补偿金制度改造为违法解除的法定责任制度。

(六) 关于离职竞业限制制度

本书认为:合理性原则是竞业限制法律规制的根本性要求,主体、保护对象、范围、补偿属于效力性要件;用人单位的单方任意解除权要受到限制;竞业限制纠纷属于劳动争议,也可引发民事争议。

(七) 关于集体协商中的诚信协商义务制度

本书认为:应将诚信协商义务作为集体协商机制的核心,倡导劳资自治,完善程序性和司法救济层面的规定,强化法治思维,逐渐法典化,以实现基层产业秩序及集体劳动关系的和谐稳定。

(八) 关于劳动争议处理制度

本书认为:应当首先协调学理讨论和司法界定,确定劳动争议的受案范围;根据劳动争议案件呈现的基本态势,分析其背后的不同原因,并针对各个原因对症下药,改善现有制度。

(九) 关于贸易和投资协定中的劳动标准制度

本书认为:应当在把握经济协定劳动标准属性的基础上,厘清政府和企业劳动监管中的角色,促进已批准的核心劳动公约的内化实施,排除贸易和投资保护主义。

四、创新和影响

(一) 创新之处

本书创新之处主要包括两个方面:

一是在结构上,改变了常见的面面俱到的研究模式,选取构建和谐劳

动关系的若干重大问题,加以专题论述。选题时,注重了三个因素:前沿性,即近年来涌现出的、研究尚不充分的新问题,例如,贸易和投资协定中的劳动标准;理论性,即具有理论深度的、能够为实践提供基础的问题,例如,劳动法在社会法体系中的定位;实践性,即劳动法实务上争议较多、难度较大的问题,例如,过错解雇制度、经济补偿金制度、竞业限制制度。

二是在观点上,每个专题研究都以提出政策建议为落脚点,形成了对策清单。有代表性的对策包括:在社会法体系中重新定位劳动法;根据功能,对工资的概念做不同的界定;从职业灾害的预防、补偿、康复全过程建构职业安全健康保障制度;将过错解雇定性为劳动者严重违反了劳动义务或者附随义务的法律责任;取消依法解除劳动合同的经济补偿金制度,将经济补偿金制度改造为违法解除的法定责任制度;根据合理性原则审视竞业限制法律制度的各项内容;将诚信协商义务作为集体协商机制的核心,倡导劳资自治等。

(二) 社会影响

项目执行五年多以来,项目组成员利用学术会议和其他交流平台,广泛宣传项目观点和成果,取得了广泛的社会影响。本书的主要价值包括三方面:

一是理论价值。本书选取和谐劳动关系构建的若干重大突出问题,逐一梳理其现实表现、制度根源,加以理论剖析,力图做到源于实践、高于实践,在解决问题的同时,为劳动法学的理论建构作出贡献。

二是实践价值。本书所选取的研究问题,均来自我国劳动关系和劳动法的实际经验。项目组广泛运用实证方法,在调研的基础上对信息加以分析和综合,并提出对策。项目完成后,形成政策建议清单。

三是交流价值。本书比较全面地反映了我国劳动法学的研究现状,注重汲取国内外正反两方面的经验,不但对我国的实践有所启发,而且对国际劳动法学和比较劳动法学的研究也不无裨益。借助国际交流平台,本书有望走向世界,成为展示我国劳动法制进展的一个窗口。

与本书的价值相对应,本书的应用方向是:呈送中央立法机关、国务院法制部门、最高人民法院,供制定规范时参考;根据需要,为地方各级人民政府和司法部门提供专题咨询;提供给律师事务所、法律服务机构、企业人力资源部门及工会组织,作为开展劳动法律业务的参考依据。