

本书贴近实际、视角独特，从劳动争议处理和工会实务的角度，对劳动法律在实施中的焦点、难点问题进行了详尽解析。

YONG REN DAN WEI
LAO DONG ZHENG YI
QIAN YAN WEN TI YU SHI JIAN



用人单位劳动争议 前沿问题与实践

北京市劳动和社会保障法学会 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



用人单位劳动争议 前沿问题与实践

北京市劳动和社会保障法学会 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

用人单位劳动争议前沿问题与实践 / 北京市劳动和社会保障法学学会编. —北京: 法律出版社, 2010. 3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0493 - 8

I. ①用… II. ①北… III. ①劳动争议—劳动法—研究—中国 IV. ①D922. 591. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 033169 号

用人单位劳动争议前沿问题与实践
北京市劳动和社会保障法学学会 编

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 薛 晗
责任编辑 薛 晗
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

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 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶 松

开本 A5
印张 17. 125
字数 468 千
版本 2010 年 3 月第 1 版
印次 2010 年 3 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)

电子邮件/info@lawpress. com. cn

网址/www. lawpress. com. cn

销售热线/010 - 63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

重庆公司/023 - 65382816/2908

北京分公司/010 - 62534456

西安分公司/029 - 85388843

上海公司/021 - 62071010/1636

深圳公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 0493 - 8

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)

序

随着改革开放政策的深入发展,我国的劳动关系发生了显著的变化,非公有制的劳动关系陆续增加了比重,劳动争议案件的数量不断上升。广大人民群众热切地期盼构建和谐劳动关系,劳动法与社会保障法越来越受到社会的关注,加强劳动法制成为人们的强烈愿望。

在被誉为劳动立法年的 2007 年,全国人大常委会顺应这一客观形势,在一年之内相继通过了《劳动合同法》、《就业促进法》、《劳动争议调解仲裁法》,在这些法律颁布实施之后,全国人大常委会目前正抓紧制定《社会保险法》,并已进行了数次审议。这些法律的贯彻实施,一直是从事劳动法和社会保障法有关工作的研究者所关注的问题。为了进一步推动这些法律的贯彻实施,大家对劳动法与社会保障法进行了深入的研究与阐释。在 2009 年,我们学会收到了大量的论文,为了使这些论文得以传播和进行学术交流,我们特将这些论文集结出版问世。

本集论文的作者包括以下几种人员,一批是高等院校从事劳动法与社会保障法教学与研究的教师,一批为从事劳动案件处理的仲裁员和法官,一批是从事劳动与社会保障工作的干部,还有不少从事劳动案件处理的律师,其共同的特点是长期从事劳动和社会保障法的研究,他们撰写的这些文章能够注意理论与实际相结合,应该说是有关这一问题的佳作。

根据这些论文的内容,我们定书名为《用人单位劳动争议前沿问题与实践》编辑出版。这本书分上下两篇,上篇为“劳动争议前沿问题”,内容包括有关劳动法的理论、劳动就业、劳动合同、劳动报酬、社会保险的文章;下篇为“工会实务与劳动争议处理”,内容包括了有关

2 | 用人单位劳动争议前沿问题与实践

工会的理论与维权工作的论文和有关劳动争议处理的论文。

我们希望有关劳动法与社会保障法的研究更加繁荣。

关 怀

2010 年 3 月

目 录

上篇 劳动争议前沿问题

3	六十年来我国劳动法的发展与展望	关 怀
16	中国社会保障法制建设三十年	林 嘉
20	劳动关系的内涵及雇员和雇主身份之认定	谢增毅
38	论事实劳动关系之法律地位	陆敬波 罗 欣
45	双重劳动关系的法律地位	金晓莲
53	国际金融危机对我国的影响及应对 ——兼谈国际金融危机下的劳动关系	沈水生
66	金融危机下我国就业的形势与策略	石美遐 田洪川
74	就业保护立法严格性对劳动力市场安全灵活性的影响	程延园
87	析我国乙肝就业歧视案件的法律适用	王立明
93	论工会在促进和保障残疾人就业中的作用	杨冬梅 曹 荣
101	必须充分肯定《劳动合同法》的颁布与实施	关 怀
109	《劳动合同法》给工会工作带来的机遇和挑战	金英杰
121	无固定期限合同被“误读”的法律分析	姜 颖
131	无固定期限劳动合同制度 ——“新法”与“旧法”、域内与域外之比较	胡彩霄
148	经济补偿金制度的变化与适用	李国庆 范韶华

155	关于《北京市劳动合同规定》的修改建议	阎付克	邢 薇
174	日韩解雇中的法律和经济问题		程延园
184	关于同工同酬的若干思考		吴颖萍
191	企业工资集体协商义务初探		郑爱青
197	对民主管理与集体合同两项“基本制度”的分析		么书心
203	金融危机与集体协商机制的完善		乔 健
208	厂务公开、民主管理是构建和谐企业的重要保证		钱景臣
213	中德产业民主比较	石美遐	李亮山
224	对《社会保险法》(草案)的几点意见		刘明辉
233	完善我国社会保险法的几点思考		张丽云
252	我国工伤保险范围分析 ——基于比较研究的方法		于欣华
266	我国失业保险法律制度的问题及其完善 ——兼评《社会保险法(草案)》(征求意见稿)中 有关失业保险的规定		范 围
283	中国生育保险制度存在的问题及其对策研究		张丽云
293	关于我国农民工医疗保障体系的探析	方富贵	侯 峥
301	浅谈农民工权益保障的相关问题		李 博

下篇 工会实务与劳动争议处理

311	工会改革创新的理论思考		乔 健
322	发挥优势服务大局 切实发挥企业工会在构建和谐社会 中的作用		张玉龙
328	工会在构建和谐企业中的地位和作用		曹淑珍

334	工会在构建和谐劳动关系中的服务价值 ——从《劳动合同法》角度	梁 枫
347	工会是参与推动国家人权行动计划的重要力量	林燕玲
354	服务型工会的基本内涵及实现途径	范韶华
359	推进服务型工会建设	张 丽
366	论三级工会服务体系的建构	章 群
373	创建服务型工会:工会职能的中国式发展	王慧民
380	打造服务型工会是建设中国特色社会主义工会的 本质要求	赵长树
388	建设服务型工会,推进职工素质教育工程	张雨泽
397	关于建立工会三级服务体系工作机制的思考	石燕秋
402	在服务中彰显工会的职能作用	何宝宏 周 忠
410	北京市工会三级服务体系建设的探析	高大慧
417	国际视野下中国服务型工会的建设	冯同庆
422	全球化背景下的工会振兴理论和服务型工会	赵 炜 王 彬
429	浅谈基层工会强化维护职能的基本途径	霍 婕
435	工会社会化维权机制建设与法律援助制度创新	张恒顺
441	从《劳动合同法》的角度谈工会的维护职能与 服务的关系	阎付克 赵玉来
446	实施《劳动争议调解仲裁法》存在的突出问题及对策	王振麒
452	论劳动争议和解协议的性质、效力和争议处理 ——兼论劳动争议调解协议的性质、效力和争议处理	王向前
458	劳动争议仲裁与司法制度衔接的考察分析 ——从公平与效率的关系展开	章 群 牛忠江
467	劳动争议处理中的举证责任问题研究	宋艳慧

480	职场性骚扰案件的证明责任研究 ——兼从推定角度谈举证责任分担	曹艳春	刘秀芬
498	完善劳动争议仲裁制度不可忽视三方原则		黄 龙
502	企业劳动争议调解的思考与实践	王紫薇	董惠凤
507	工会在劳动争议协商中的身份、地位和作用		吴亚平
513	新法实施对工会劳动争议调解工作的影响和对策		黄 龙
520	“两法”实施后劳动争议发展的新动向调研报告	钱 炼 段占民	冯喜良
532	从中国工会组织的角色定位看中国工会职能的转变		张丽云

上 篇

劳动争议前沿问题

六十年来我国劳动法的发展与展望

自1949年10月1日中华人民共和国诞生以来,已度过了60年岁月,历经了一个甲子的光辉历程。60年来,在中国共产党的英明领导下,全国人民艰苦奋斗,经历了风风雨雨,我们的共和国发生了巨大变化,具有了新的风貌,在政治、经济、文化和社会各个方面获得了巨大的发展,人民的生活水平有了显著的改善,新中国的国际地位明显提高,受到了各国的重视,我们共和国的辉煌业绩令人欢欣鼓舞。

60年来我国的法制建设走过了一条曲折发展的道路,摆脱了极左思潮与法律虚无主义的干扰,走上了不断发展、不断完善的康庄大道,为我国的政治、经济、文化的发展发挥了法律应有的强有力的保障作用。

作为法制建设的重要组成部分的劳动法,60年来经历了曲折的历程,从无法可依到有法可依,从残缺不全到日臻完善,走过了不断前进的光辉历程。我国劳动法在构建和谐劳动关系,实现用人单位与职工双赢互利、保障经济的不断发展等方面发挥了重要的作用。

一、新中国成立后至党的十一届三中全会以前的劳动法

(一)20世纪50年代我国的劳动法

1949年10月,我国人民的革命斗争在中国共产党领导下取得了伟大的胜利,中华人民共和国的建立结束了帝国主义、封建主义、官僚资本主义在中国的统治,代之以工人阶级领导的以工农联盟为基础的人民民主专政,揭开了中国历史的新篇章,我国的劳动法也进入了一个崭新的历史时期。

在新中国成立初期,我国在财政经济上存在许多困难。由于帝国主

义的长期掠夺和国民党反动派的压榨,工农业生产凋敝,旧中国给我们留下了一堆烂摊子,必须进行整顿和恢复。根据这种形势,国家面临的中心任务是发展生产、繁荣经济。毛泽东同志在1950年6月6日中国共产党七届三中全会上所作的《为争取国家财政经济状况基本好转而斗争》的报告中明确地规定了这一时期的经济任务是全力恢复和促进生产的发展,以争取国家财政经济状况的基本好转,这是当时全国人民的任务,实际上也是经济恢复时期劳动法律的总任务和总要求。当时由于私营企业的存在,我国出现了国营企业的社会主义劳动关系与私营企业的劳资关系并存的局面,这就要求我国的劳动法规必须反映这些特点,利用一切办法促进国营企业劳动关系的巩固和发展,以及促使私营企业的劳资关系向社会主义性质的劳动关系过渡。为此,劳动立法必须正确地贯彻“劳资两利、公私兼顾”的政策。

在经济恢复时期,我国劳动法的主要特点是:

(1)废除一切不合理的压迫工人的制度,建立新的民主管理制度和吸收职工参加企业管理的制度,以实现管理民主化。

(2)从法律上保障职工的政治权利和经济权利。

(3)在发展生产的基础上逐步改善职工的物质文化生活,提高工资标准和改进劳动条件以及对职工在年老、疾病或丧失劳动能力的情况下给予物质帮助。

(4)对旧中国遗留下来的失业职工进行救济,采取措施避免失业现象的扩大和逐步解决失业问题。

(5)制订处理劳资关系的办法,调整劳资关系,以达到对私营企业利用、限制和改造的目的。

根据当时的政治经济形势,在1949年召开的中国政治协商会议所通过的《共同纲领》的第32条对劳动立法提出了指导原则,其规定:在国家经营的企业中,当前时期应实行工人参加生产管理的制度,即建立厂长领导下的工厂管理委员会。私人经营的企业,为实现劳资两利的原则,应由工会代表工人职员与资方订立集体合同,公私企业目前一般应实行8小时至10小时的工作制,特殊情况得酌情办理。人民政府应按

照各地各业情况规定最低工资。逐步实行劳动保险制度。保护青年女工的特殊利益,实行工矿检查制度以改进工矿安全和卫生设备。为了贯彻《共同纲领》的劳动立法原则,国家颁布了一系列的劳动法规:

(1)1950年2月中央财经委员会公布了《关于国营公营工厂建立工厂管理委员会的指示》,规定在国营、公营企业中建立有工人代表参加的工厂管理委员会,保证了广大职工实现参加企业管理的权利,这大大提高了职工的生产积极性。

(2)1950年3月政务院公布了《关于废除各地搬运事业中封建把持制度暂行处理办法》,在同一时期,中央人民政府燃料工业部于1950年3月21日发出了《废除把头制度的通令》,这些法令搬掉了压在搬运工人和矿工头上的大山。

(3)1950年6月,中央政府颁布了《工会法》,这一法律规定了工会的性质、权利、义务和工会与人民政府的关系以及工会与国营、私营企业的关系。《工会法》的颁布,充分反映了我国工人的政治权利和经济权利,改善了企业行政与当时资方和工人的关系,大大地促进了工人运动的开展。

(4)1950年5月劳动部公布了《工厂卫生暂行条例(草案)》,这对改进工厂的卫生工作很有作用。为了与生产中的事故作斗争,劳动部于1952年12月公布了《关于防止沥青中毒的办法》。

(5)1950年5月政务院公布了《关于救济失业工人的指示》;同一时期,劳动部公布了《救济失业工人暂行办法》,1952年8月政务院发布了《关于劳动就业问题的决定》。这些法令,对于当时解决失业工人的困难和积极解决失业人员的就业问题起了很好的作用。

(6)1951年2月政务院公布了《劳动保险条例》。这一条例减轻了工人生活中的特殊困难,使暂时或长期丧失劳动能力的职工在生活上有了保障,对于生、老、病、死、伤、残等情况的保险都有了具体规定。劳动保险条例颁布时,国家财政经济状况尚未根本好转,并处在抗美援朝战争时期,这充分证明党和人民政府对于劳动者利益的无比关怀。

(7)1950年11月,劳动部颁布了《关于劳动争议解决程序的规定》。

这对合理解决劳动纠纷提出了适当的办法。

当上述的各项劳动法规颁布实施之后,1954年9月我国公布了新中国的第一部《宪法》。这部宪法对我国的劳动和社会劳动关系的调整与公民的基本权利和义务做了规定:第16条,明确规定了我国劳动的性质和国家对待劳动的鼓励与支持的态度;第91条,规定了公民的劳动权与国家对待职工工资待遇与改善劳动条件的原则;第92条,规定了公民的休息权;第93条规定了公民的物质帮助权;此外,在第100条中规定了公民有遵守劳动纪律的义务。这些条文都是我国劳动立法的基本原则。

在进入大规模建设时期以后,在工资立法方面,比较重要的是1956年6月国务院公布的《关于工资改革的决定》和1956年10月颁布的《关于新公私合营企业工资改革中若干问题的规定》。这些决定改进了工资制度,同时使工资水平得到了适当增长。在劳动保护立法方面,1956年5月国务院颁布了《工厂安全卫生规程》、《工人职员伤亡事故报告规程》以及《关于防止厂矿企业中矽尘危害的决定》。这些规定的颁布使得厂矿企业在改进劳动保护工作方面有了统一的依据和标准。

社会主义改造基本完成以后,中国共产党领导全国各族人民开始转入全面的大规模的社会主义建设中。1958年我国开始了第2个五年计划。同年,国务院公布了《关于工人、职员退休处理的暂行规定》、《关于企业、事业单位和国家机关中普通工和勤杂工的工资待遇的暂行规定》、《关于国营、公私合营、合作经营、个体经营的企业和事业单位的学徒的学习期限和生活补贴的暂行规定》、《关于工人、职员回家探亲的假期和工资待遇的暂行规定》4项重要规定。这些办法是根据党的八届三中全会对几十年来劳动工资工作的总结制定的;这些规定反映了统筹兼顾、合理安排劳动工资的精神,注意了工人阶级内部关系以及工农关系,在安排生产与生活方面既照顾了职工的眼前利益,又照顾了长远利益;既照顾了个人利益,也照顾了国家利益。

(二)20世纪60年代我国的劳动法

进入20世纪60年代之后,我国出现了极左思潮和冒进倾向,这大

大地影响了劳动法的发展。特别是1966年5月至1976年10月间我国处于动乱时期,在这一期间,我国的生产建设陷于停顿和混乱状态,从而使党和国家及人民遭到了新中国成立以来最严重的挫折与损失。

由于“文化大革命”在一系列重大理论和政策问题上混淆了是非,否定了新中国成立17年以来的正确方针、政策和成就,林彪、江青反革命集团恶毒地诅咒合理的劳动法规是“管、卡、压”,而大搞无政府主义。他们任意侵犯劳动者的劳动权、休息权、物质帮助权,任意扣发工资,开除职工,对劳动者实行法西斯专政。他们不仅不承认按劳分配规律的存在,而且污蔑“按劳分配”是产生资产阶级的经济基础,是复辟资本主义的温床,这种错误的思想以及当时在全国范围内取消了计件工资和奖励制度的做法,大大地助长了平均主义的倾向。

在“文化大革命”期间,劳动法仅有几项重要的法令是:1971年11月国务院发布的《关于改革临时工、轮换工制度的通知》,1971年11月30日国务院颁布的《关于调整部分工人和工作人员工资的通知》,1975年4月国务院发布的《关于转发〈全国安全生产会议纪要〉的通知》,这些仅有的劳动法规,基本是在粉碎林彪反革命集团以后,周恩来同志主持中央日常工作时期和1975年邓小平同志主持中央日常工作时期发布的,但由于江青反革命集团的破坏与“左”倾错误长期占统治地位,这些做法起不到应有的作用,劳动工作中的无政府主义、平均主义一直没有得到有力的纠正。

二、十一届三中全会促进了我国劳动法的发展

1978年12月党的十一届三中全会的召开,把我国引入了一个新的历史时期,是我们历史发展的巨大转折点。十一届三中全会揭开了我国改革开放的大幕,我国的法制建设逐步得到了加强,劳动立法工作迎来了春天。

邓小平同志在党的十一届三中全会的预备会议——党中央工作会议上指出,“为了保障人民民主,必须加强法制”,“应该集中力量制定刑法、民法、诉讼法和其他必要的法律,例如工厂法、人民公社法、森林法、草原法、环境保护法、劳动法、外国人投资法等。经过一定的民主程序讨

论通过,并且加强检察机关和司法机关,做到有法可依、有法必依、执法必严、违法必究。”邓小平明确地提出制定劳动法是加强社会主义法制建设的重要任务。

在正确路线的指引下,我国的劳动立法取得了较大的发展,从党的十一届三中全会到1982年,我国颁布了450余件劳动方面的规范性文件,其中由全国人民代表大会常务委员会、国务院颁布和批准的法规有14件之多。自1982年起,我国陆续出台了一些重要的劳动法规,如1982年3月国务院发布《矿山安全条例》、《矿山安全监察条例》和《锅炉压力容器安全监察暂行条例》;1982年4月,国务院发布了《企业职工奖惩条例》;1983年2月,劳动人事部发布了《关于积极试行劳动合同制的通知》;1986年7月国务院发布了《国营企业职工待业保险暂行规定》及《国营企业招用工人暂行规定》和《国营企业辞退违纪职工暂行规定》;1986年9月中共中央、国务院联合发布了新的《全民所有制工业企业职工代表大会条例》;1987年6月劳动人事部发布了《严格禁止招用童工的规定》;1987年7月国务院发布了《国营企业劳动争议处理暂行规定》;1988年7月,国务院发布了《女职工劳动保护规定》;1990年1月,劳动部颁发了《女职工禁忌劳动范围的规定》。这些法规涉及劳动关系的方方面面,如果没有十一届三中全会正确方针的指引,我国就不可能在劳动立法方面获得如此巨大的成绩。这些劳动法规正是实行劳动制度改革成果,是落实“调整、改革、整顿、提高”方针的产物,是实行劳动制度改革的有力武器,也是劳动制度改革的经验总结。

对这些劳动法规的颁布实施我们应予肯定,但它们毕竟还不是法典式的《劳动法》,只是从某一方面提出了解决矛盾协调劳动关系的行政规范,立法层次低,有的还存在着一些矛盾。为了建立完备的劳动法律体系,还必须遵循邓小平同志在1978年12月提出的号召,尽快制定具有法典性质的《劳动法》。

三、1994年《劳动法》的颁布奠定了我国劳动法的基础

在1978年12月邓小平同志提出制定《劳动法》之后,我国政府立即重新启动了《劳动法》的制定工作。