



董保华品名案（二）

实施劳动法疑难问题深度透视

——十大热点事件之名家详解



董保华 著

- 从两会上总理对就业的关注看我国的就业促进法
- 从农民工卧底维权看劳动过程的书面管理制度
- 从华为为员工买断工龄看无固定期限合同制度
- 从飞行员自行返航看员工的辞职制度
- 从我国劳动基准调整看我国的工资和工时制度
- 从可口可乐的派遣看劳务派遣制度
- 从京城解聘第一案看解雇保护制度
- 从工会主席讨薪被打看工会的维权机制
- 从倒闭潮看并购和裁员制度
- 从劳动争议案件的井喷看劳动争议处理制度



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



董保华品名案（二）

实施劳动法疑难问题深度透视 ——十大热点事件之名家详解



董保华 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

实施劳动法疑难问题深度透视:十大热点事件之
名家详解 / 董保华著. —北京:法律出版社,2009.10
(董保华解名案;2)
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9951 - 1

I. 实… II. 董… III. 劳动法—研究—中国 IV.
D922.504

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 169492 号

©法律出版社·中国

责任编辑/徐 晶

装帧设计/贾丹丹

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京外文印刷厂

责任印制/吕亚莉

开本/787×960 毫米 1/16

印张/23.5 字数/408 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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9951 - 1

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前言:写在《劳动法》公布 15 周年、 《劳动合同法》公布 2 周年

1994 年 7 月 5 日《中华人民共和国劳动法》(以下简称《劳动法》)公布。2007 年 6 月 29 日《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)公布。笔者献上这本新作,作为两年前另一本著作《十大热点事件透视劳动合同法》的姐妹篇。^①本书意在介绍《劳动合同法》公布两年以来发生的新事件、公布的新法规、出现的新观点。为了对劳动关系的演变情况能有更直观的认识,本书还对两年前后发生的十大热点事件进行了对比。如果条件允许,笔者很希望每隔两三年推出这样的一本著作。笔者希望以这种形式来记录中国劳动法制建设的轨迹。

(一)两年来,一些劳动立法有了新的解释

昨天本应是一个重要的纪念日。然而,让人感到有些意外的是有什么庆祝活动也没有。意味深长的是,《最高人民法院关于当前形势下做好劳动争议纠纷案件审判工作的指导意见》于今天发布。于是笔者有了一些遐想,如果今年开展庆祝活动,是庆祝《劳动法》公布 15 周年,还是庆祝《劳动合同法》公布 2 周年?抑或两者一起庆祝?

两会期间,全国人大常委会法制工作委员会副主任信春鹰表示:大家可能要了解一下我们以前的《劳动法》,在《劳动合同法》之前我们很多的劳动标准是在《劳动法》中规定的。实在地说,《劳动合同法》里面的新的东西并不是那么多,它唯一特别强调的就是劳动关系要有劳动合同。^②在看《劳动合同法》之前,让大家先去了解《劳动法》,为什么呢?因为“《劳动合同法》里面新的东西并不是那么多”,唯一特别强调的不过就是“劳动关系要有劳动合同”,其实即便是唯一的这一亮点,《劳动法》里也早就作出了规定。两会期间立法者显然向大家发出这样一个相对无为的信号。如果按照两会给出的信号,我们应该庆祝《劳动法》公布 15

^① 除了本书外,笔者还带领研究生对劳动合同法大讨论从理论上进行了回顾。详见董保华、李国庆:“争鸣中的探索——2008 年劳动法学前沿问题报告”,载《中国社会科学学术前沿(2008~2009)》,社会科学文献出版社 2009 年版,第 487~513 页。

^② “不会因金融危机修改《劳动合同法》”,载中国网, <http://money.163.com/09/0309/16/53VQBN6S002537CH.html>, 2009 年 4 月 17 日访问。

周年。

这一无为的信号与一两年前的信号是大不相同的。想当初,《劳动合同法》在一片欢呼声中诞生,尽管《劳动合同法》的实施正值南方雪灾,北方刮过来的却是阵阵春风。全国人大副主任盛华仁指出:“制定《劳动合同法》是我国经济社会生活中的一件大事,对劳动法律制度建设具有里程碑意义。”^①对人大发出的“里程碑”信号,各地立即闻风而动,各种媒体更是尽搜各种华丽的词藻来形容这一里程碑意义的立法:“及时雨”^②、“保护神”^③、“维权利剑”、“劳资平衡线”^④、“劳动者圣经”^⑤、遏制全球“探底运动”^⑥。今天我们已经很难再现当时的盛况,随意搜集的一些赞美词可见一斑。如果按照当时给出的信号,今天我们肯定应该庆祝《劳动合同法》公布2周年。

当然,最好的方法可能还是两部法一起庆祝,以强调这两部法的一致性。思来想去,可能这是最符合当前有关方面本意的。中国人立法最讲究的是立法宗旨,于是笔者从立法宗旨中找到了一些根据。

1994年7月5日公布的《劳动法》对于立法宗旨的规定是:“为了保护劳动者的合法权益,调整劳动关系,建立和维护适应社会主义市场经济的劳动制度,促进经济发展和社会进步,根据宪法,制定本法。”

2007年6月29日公布的《劳动合同法》对于立法宗旨的规定是:“为了完善劳动合同制度,明确劳动合同双方当事人的权利和义务,保护劳动者的合法权益,构建和发展和谐稳定的劳动关系,制定本法。”

两相比较,在“保护劳动者的合法权益”的表述上,两者完全一致。随后,《劳动法》强调的是“建立和维护适应社会主义市场经济的劳动制度,促进经济发展和社会进步”;《劳动合同法》强调的是“构建和发展和谐稳定的劳动关系”。两者强调的重点似乎不同。

“和谐”与“稳定”的劳动关系是怎样的关系?直接参加《劳动合同法》起草的

① 盛华仁:“贯彻实施劳动合同法 保护劳动者合法权益”,载青岛新闻网,http://www.qingdaonews.com/content/2007-09/24/content_32566.htm,2007年9月24日访问。

② 杨景宇:“劳动合同法重在保护劳动者合法权益”,载<http://news.cctv.com/china/20070723/109584.shtml>,2008年9月30日访问。

③ “劳动者权益新添‘保护神’”,载<http://www.shfinancialnews.com/gb/xww/jrb/node5/node17/node22/userobject1ai3924.html>,2008年9月30日访问。

④ “社评:劳动合同法确立合理的‘用工平衡线’”,载《21世纪经济报道》2007年7月3日。

⑤ “劳动合同法应成为劳动者的法宝”,载《光明日报》2006年3月28日。

⑥ “坚持社会正义 促进劳资合作”,载《工人日报》2007年7月9日。

一位人大法工委的工作人员在《劳动合同法》公布不久,做出了这样的解释:“至少我感觉劳动关系极不稳定,劳动关系不稳定,应该说对于企业的发展,对于劳动者个人,对于国家来说,都不是什么好的事情。各国政府在劳动关系这方面,都力图出现一个相对比较稳定的劳动关系。劳动关系是社会关系中最基本的一个关系,劳动关系稳定了,才能谈到社会关系的和谐问题。所以,我们说《劳动合同法》在这方面下的工夫比较大。对稳定劳动关系,着力规定了一些内容,……”^①这几乎是将“和谐”与“稳定”划上了等号。从“劳动关系稳定”了才有“社会关系的和谐”的表述看,甚至于可以理解“劳动关系稳定”意义大于“劳动关系和谐”,毕竟社会关系大于劳动关系。

这样的解释也成为一时期媒体宣传的主旋律。《劳动合同法》公布后,在网站和报刊上,一下出现了许多流行语,从这些流行语中多少可以看出社会各界对《劳动合同法》是从哪个视角来进行赞扬的。比如“《劳动合同法》向劳动者一边倒,一纸合同十分保障”,^②“试用期不再是‘心中的痛’”,^③“踏踏实实工作不再是梦”,^④“打工求职,你有了新护身宝剑”,^⑤“劳动者从此有了‘大靠山’”,^⑥“对资方构成了不容忽视的‘即时威慑’”,^⑦“想炒老板鱿鱼的打工仔可以‘不留下一分血汗钱’”,^⑧“维护劳动者权益,给劳动执法部门套上了‘紧箍咒’”,^⑨“《劳动合同法》是为劳动者保驾护航的”。^⑩

这样的解释与宣传,多少有点将《劳动法》与《劳动合同法》对立起来的意思。

① 张世诚:“《劳动合同法》对中国企业管理文明的影响”,载 http://www.zwgl.com.cn/News_list.asp?Article_ID=1776,2009年7月20日访问。

② “一纸合同十分保障”,载《中山日报》2007年7月6日第4554期A2版。

③ 王娇萍:“试用期不再是‘心中的痛’——解读《劳动合同法》”,载 http://www.ce.cn/xwzx/gnsz/gdxw/200707/18/t20070718_12207146.shtml,2009年7月20日访问。

④ 王娇萍:“踏踏实实工作不再是梦”,载 <http://acftu.people.com.cn/GB/67586/5982084.html>,2007年7月13日访问。

⑤ 孙冲、朱果:“打工求职,你有了新护身宝剑”,载 <http://www.hf365.com/html/01/05/20070730/31284.htm>,2007年7月30日访问。

⑥ “劳动者从此有了‘大靠山’”,载《中山日报》2007年7月3日第4551期A8版。

⑦ “《劳动合同法》用法律强制性来保障劳动关系”,载 <http://news.zj.com/china/detail/2007-07-06/826836.html>,2007年7月6日访问。

⑧ “一语惊人:7月13日新闻语录”,载 <http://nx.people.com.cn/GB/channel3/19/200707/13/78870.html>,2009年7月20日访问。

⑨ “《劳动合同法》给劳动者撑起了‘保护伞’”,载 <http://hlj.rednet.cn/c/2007/07/04/1246329.htm>,2007年7月4日访问。

⑩ “谁为劳动合同法保驾护航”,载 <http://finance.jrj.com.cn/news/2007-07-15/000002427248.html>,2007年7月15日访问。

“劳动关系稳定”是相对“劳动关系灵活”来讲的,优胜劣汰、新陈代谢是社会主义市场经济的题中应有之义,劳动关系必然存在灵活变动的要求。当“劳动关系稳定”被解释为《劳动合同法》的主旋律时,市场经济的竞争机制可能受到损害。这也成为用人单位非常担心的问题。这样的解释和宣传也带来了争论甚至恐慌。“改革开放三十年来,还从来没有一部法律让中国的企业界,自上而下群体性感到震惊、忧虑、恐慌。守法还是违法?规避还是执行?观望还是撤资?”^①

针对社会上日益激烈的争论,2008年9月18日《中华人民共和国劳动合同法实施条例》(以下简称《劳动合同法实施条例》)将其宗旨定义为“各级人民政府和县级以上人民政府劳动行政等有关部门以及工会等组织,应当采取措施,推动劳动合同法的贯彻实施,促进劳动关系的和谐”。《劳动合同法实施条例》最引人注目的地方是将一个时期作为宣传重点的“稳定”二字去除了,这一举措显然是在传递《劳动合同法》与《劳动法》是一脉相承的信息。

有媒体如此评价:“2008年9月19日,备受瞩目的《劳动合同法实施条例》正式颁布。最终出台的此部条例和之前五版讨论稿相比,被业界称为‘180度大转弯’,其中劳务派遣一章,删繁就简,由5条缩减为3条,对劳务派遣岗位的限制性规定几乎全部取消。”“所谓‘劳方’、‘资方’的争议不过是符号,在《劳动合同法》反复摇摆的背后,是中国经济拐点凸显的当下,新劳动合同法实施细则,选择了维持就业率优先。”^②

按照《劳动合同法实施条例》的精神,各地高级人民法院也结合当地的实际情况,对《劳动合同法》条款作出具体的司法解释,以更加柔性的方式来执行《劳动合同法》。2009年7月6日最高人民法院下发的《关于当前形势下做好劳动争议纠纷案件审判工作的指导意见》中强调“努力做到保障劳动者合法权益与维护用人单位的生存发展并重。我国社会主义条件下的劳动关系矛盾本质上是非对抗性的,矛盾双方是对立统一体和利益共同体,具有根本利益的高度一致性和具体利益的相对差异性”。这在很大程度上是对各地的司法解释给予了肯定,再次强调了《劳动合同法》与《劳动法》的一致性。

(二)两年来,社会关注热点出现了新的动向

尽管在两会上官方给出了“《劳动合同法》里面的新的东西并不是那么多”的信号,对比两年前后社会关注的十大热点事件,笔者仍有三个体会。

一是在劳动领域中两年前后的一些热点事件往往存在着内在的联系,对比这

① 刘涛、王琦:“劳动合同法:激辩与冲击”,载《中国企业家》2008年第2期。

② “劳动合同法实施条例正式颁布 维持就业率优先”,载《21世纪经济报道》2008年9月20日。

些热点事件，我们可以看到人们的评价标准和行为方式已经发生了变化。

一方面，在肯德基劳务派遣案与可口可乐派遣事件中，我们看到对相同事件的官方评价标准发生了巨大的变化，这种变化使劳务派遣从丑小鸭变成白天鹅，经济危机使得中国高层介入，官方正在试图摆脱极端。

另一方面，我们也看到不同事件，背后却有着相同的线索。在黄伟木卧底调查事件中，我们分明看到了大学生洋快餐打工中记者卧底调查的影子，只是主角由记者转变为农民工，两者的目的都是为了引起新闻媒体的关注；在飞行员自行返航案中，我们看到了人才流动案件中两个用人单位的争夺转化为流入方更多地退居幕后，而让员工与企业冲撞以引起媒体的同情，这时流入方的用人单位反而能够坐收更大的利益。社会正在沿着某种惯性往极端的方向发展。

二是社会对官方行为尤其是政府行为的关注明显加强了。与过去的十大热点事件相比，在最近的十大热点事件中，对政府的直接关注占据了很大的比例。在一些个案中，我们也看到了官方对媒体和社会情绪的左右。《劳动合同法》之后的一系列劳动立法，公权力得到了明显的强化，政府在劳动关系调整中的作用日益加大，从某种意义上看，这是部门立法的必然结果。让有关方面始料不及的是，社会各界对有关部门的要求，也水涨船高，有关部门受到社会越来越多的指责。我国劳动基准调整引发的争议，从广东到底有没有发生倒闭潮，到工会如何在诸如重庆罢工事件中发挥作用等事件上，人们已经开始质疑一些地方政府或政府部门官员的诚信，过去这往往是官员对老百姓的要求。在行使权力时，应当承担相应的责任，这种理念从书斋走向社会，至少是一种进步。也许实事求是才是“取信于民”的根本之道。

三是在劳动领域中，对国外经验的关注明显减弱。与过去的十大热点事件相比，在最近的十大热点事件中几乎没有一例是直接涉及国外管理、诉讼经验的。对政府关注的加强与对国外人力资源管理经验的关注恰成反比，《劳动合同法》之后的一系列劳动立法，对用人单位的自主权有很大的限制，国外通行的一些人力资源管理方式受到了挑战。从华为买断工龄引发争议到有关方面希望通过京城解聘第一案向社会传递一个无固定期限合同不是铁饭碗的信息。这些案件无不透露出在《劳动合同法》对解雇保护制度大大强化的背景下，企业对各种优胜劣汰、新陈代谢的人力资源管理方法被淘汰的担忧。

（三）两年来，人力资源管理操作实务出现了新的认识

笔者曾在一个人力资源论坛上，遇到原本应来介绍管理经验，该经验却被一场刚刚发生的劳动争议诉讼无情地证明根本行不通，只能被迫缺席的例子。国外通行的一些人力资源管理经验正经历着中国劳动立法的无情检验。中国近期的一系

列立法正改变着劳动关系的状况,这种改变的速度之快,幅度之大远在一般的人力资源管理者的预料之外,守法本身变得更加艰难。

依笔者看来,无论我们从事人力资源研究的人是否愿意接受,中国正在出现“中国式的人力资源管理”的概念。这一概念将由中国式雇佣,中国式裁员,中国式工会,中国式集体协商,中国式薪酬体制,中国式绩效管理,中国式工时、休假、病假管理,中国式劳务派遣,中国式沟通技巧等构成。中国正在与西方尤其是以美国为代表的人力资源管理理念渐行渐远。今后,在力所能及的范围里,笔者也会对这种“中国式的人力资源管理”的概念进行更为系统的介绍。与两年前的《十大热点事件透视劳动合同法》相比,经与出版社协议,本书也在实务操作方面进行了加强,希望本书能对当前工作有更强的指导或借鉴意义。

本书得以付梓,有赖于很多人的帮助。在本书的写作过程中,本人指导的硕士研究生邹洋、姚萍、路遥、艾海燕、郭静薇、陈励卓等从网上收集了十大热点事件的相关信息;本书成稿后,邹洋、姚萍核对法条、整理注释,付出了大量的劳动。本书的出版还要感谢我另一本书的合作者杨杰,我们在该书中对《劳动合同法》的操作实务有所论述,本书有所借鉴。在本书的写作过程中,杨杰也为笔者提供了若干资料。法律出版社的徐晶女士,对全书的编辑工作付出了心血,在此一并致以谢意。

董保华

2010年2月6日

目 录

前言：写在《劳动法》公布 15 周年、《劳动合同法》公布 2 周年	(1)
第一章 从 2009 年两会上总理对就业的关注看我国的促进就业法	(1)
一、2009 年两会上总理关注就业问题	(1)
二、公平就业制度	(8)
三、公共就业服务制度	(12)
四、就业管理制度	(15)
五、关于促进就业法律制度的思考	(19)
六、企业招聘管理的操作实务	(24)
第二章 从华为为员工买断工龄看无固定期限合同制度	(28)
一、华为买断工龄引发争议	(28)
二、我国现行无固定期限合同制度的介绍	(33)
三、新旧无固定期限合同制度的比较	(38)
四、无固定期限合同的操作实务	(41)
第三章 从我国劳动基准调整引发的争议看我国的工资和工时制度	(44)
一、我国劳动基准调整引发的争议	(44)
二、最低工资制度	(49)
三、最高工时制度	(53)
四、休假制度	(58)
五、工资、工时制度引发的争议与思考	(65)
六、工资、工时管理的操作实务	(74)

第四章 从京城解聘第一案看解雇保护制度	(81)
一、京城解聘第一案	(81)
二、劳动合同过错性解除制度	(84)
三、劳动合同非过错性解除制度	(93)
四、劳动合同的终止制度	(104)
五、中国解雇制度变化对企业管理的影响	(112)
六、解除、终止合同的操作实务	(119)
第五章 从倒闭潮看并购和裁员制度	(122)
一、广东发生了倒闭潮	(122)
二、劳动合同的承继制度	(128)
三、经济性裁员制度	(133)
四、劳动合同因用人单位原因而法定终止制度	(139)
五、并购、裁员制度对企业管理的影响与应对	(143)
第六章 从农民工“卧底维权”看劳动过程的书面管理制度	(152)
一、不签订书面劳动合同等于欠下了法律的高利贷	(152)
二、劳动关系确立时的书面形式	(158)
三、劳动关系存续时的书面形式	(169)
四、劳动关系结束时的书面形式	(172)
五、事实劳动关系的认定和处理制度	(178)
六、书面化、证据化的影响与应对	(188)
第七章 从飞行员自行返航看员工的辞职制度	(195)
一、飞行员自行返航引发的争议	(195)
二、基本辞职制度	(203)
三、限制辞职制度	(207)
四、被动辞职制度	(215)
五、飞行员自行返航的思考	(219)
六、员工流动自由化对企业的影响与应对	(226)

第八章 从可口可乐的派遣看劳务派遣制度	(231)
一、可口可乐的劳务派遣引发争议	(231)
二、劳务派遣的概念和特征	(240)
三、劳务派遣关系的主体	(250)
四、劳务派遣合同的内容	(259)
五、用工单位在劳务派遣中的操作实务	(268)
第九章 工会主席讨薪被打看工会的维权机制	(273)
一、陕西工会主席帮农民工讨薪被打骨折	(273)
二、我国工会的性质和职能	(276)
三、企业工会组织与企业工会主席	(282)
四、集体协商与集体合同制度	(291)
五、劳动者维权方式的探讨	(307)
第十章 从劳动争议案件的“井喷”看劳动争议处理制度	(314)
一、劳动争议案件出现了“井喷”	(314)
二、劳动争议的调解制度	(317)
三、劳动争议的仲裁制度	(319)
四、劳动争议的诉讼制度	(332)
五、关于劳动争议案件“井喷”的思考	(338)
主要参考文献	(341)
后记：两年前后的若干记忆	(357)

第一章 从 2009 年两会上总理对就业的关注看我国的促进就业法

继 20 世纪 70 年代末知青返城、90 年代国企工人下岗浪潮后,第三次失业高峰已经到来。面对严峻的就业形势,促进就业应当是国家的责任还是社会的责任,应当主要依靠国家还是主要依靠市场来解决就业问题,是当前立法中特别需要明确的问题。我国前两次面临就业高峰时,正值我国从国家用工转向市场就业,正是由于劳动力市场机制的形成与发展,才使我国能够化解高失业带来的社会风险。

一、2009 年两会上总理关注就业问题

2009 年两会上温家宝总理提出,要千方百计促进就业,这一表态标志着我国政府已经将前一个时期重点关注农民工欠薪问题、收入提高问题,转为关注就业问题。2009 年的《政府工作报告》中对就业问题进行了特殊的关注,并提出了充分发挥服务业、劳动密集型产业、中小企业、非公有制经济在吸纳就业中的作用,实施更加积极的就业政策来促进就业。这些都是我们理解今后一个时期我国就业政策的重要依据。在促进就业中,尤其是把高校毕业生和农民工就业放在了突出的位置上加以强调。

(一) 农民工和大学生的就业问题成为关注重点

1. 农民工的就业问题

关于农民工的就业状况,“中央财经领导小组办公室副主任、中央农村工作领

【对比案件】 2003 年 10 月 24 日,中共中央政治局常委、国务院总理温家宝赴三峡库区万州走访三峡移民。在与云阳县人和镇龙泉村 10 组移民们亲切地交谈时,温总理关心地问村民们:“大家还有什么困难?有什么需要我们做的?”农村妇女熊德明因为其爱人李建明在修建新县城中心广场阶梯的工程打工被包工头拖欠工资 2000 多元钱已经 1 年,影响孩子们交学费而向总理诉说,总理心里相当沉重。回到县城,总理即就熊德明一家欠薪之事询问了县里负责人,并要求处理,当天夜里 11 时多,熊德明和丈夫拿到了拖欠的 2240 元务工工资。之后温家宝总理特意作出批示,称“解决拖欠农民工工资问题仍需高度重视”,曾培炎副总理也要求建设部门在春节前清欠完去年年底前拖欠的所有农民工工资。温总理为农民工讨回欠薪一事一经媒体报导,立即引起了国内与海外舆论的关注和人们的思考。

——《十大热点事件透视劳动合同法》第 3 页

导小组办公室主任陈锡文日前表示,全国约有 2000 万农民工由于此次金融危机失去工作或者还没有找到工作”,“加上每年新加入到外出打工队伍的农民,今年有 2500 万农民就业面临很大压力。”^①

针对农民工就业困难,政府工作报告强调,广开农民工就业门路和稳定现有就业岗位。要发挥政府投资和重大项目建设带动农民工就业的作用。鼓励和支持困难企业与员工协商薪酬,采取灵活用工、弹性工时、技能培训等办法,尽量不裁员。加强有组织的劳务输出,引导农民工有序流动。组织返乡农民工参与农村公共设施建设。

国务院发布了《关于切实做好当前农民工工作的通知》,要求采取多种措施促进农民工就业;加强农民工技能培训和职业教育;大力支持农民工返乡创业和投身新农村建设;确保农民工工资按时足额发放;努力创造有利于农民工稳定就业的良好环境;做好农民工社会保障和公共服务;切实保障返乡农民工土地承包权益。

2. 大学生的就业问题

关于大学生的就业状况,“广东 33 万今年 7 月即将毕业的大学生中,仍有 30 万人没有找到工作!昨日,广东 2009 年高校毕业生就业工作会议在广州召开,省教育厅发布了最新就业信息:截至 2009 年 3 月 1 日,全省高校毕业生的就业签约率仅 8.45% (仅 2.8 万人找到了工作),比去年同期下降了 50% 以上,另外,30 万多人的饭碗还不知在哪里!这组数字堪称‘触目惊心’。”^②

政府工作报告强调,把促进高校毕业生就业放在突出位置。高校毕业生到城乡基层社会管理和公共服务岗位就业,给予社会保险和岗位补贴;到农村基层服务和参军入伍,给予学费补偿和代偿助学贷款。鼓励承担重点科研项目的高校、科研院所和企业吸纳符合条件的毕业生从事科研工作。企业吸纳符合条件的高校毕业生就业,可按规定享受相关就业扶持政策。加快建设一批投资少、见效快的大学生创业园或创业孵化基地。

国务院下发了《加强普通高等学校毕业生就业工作的通知》,提出鼓励和引导毕业生到城乡基层就业,鼓励毕业生到中小企业和非公有制企业就业,鼓励骨干企业和科研项目吸纳和稳定高校毕业生就业,鼓励和支持毕业生自主创业等措施,帮助大学毕业生就业。^③

① “2000 万农民工因金融危机失去工作,我国今年将解决 2500 万农民就业问题”,载《上海证券报》2009 年 2 月 3 日。

② 陈红艳:“广东 30 万大学生仍未找到工作签约率仅 8.45%”,载《新快报》2009 年 3 月 19 日。

③ “教育部发布 20 条新举措促毕业生就业”,载《北京晚报》2009 年 3 月 23 日。

(二) 非标准化用工成为各地促进就业的重要措施

农民工、大学生的就业问题引起了各地的关注,各地也纷纷推出了一些新的举措。在这些举措中包括通过标准劳动关系来实现就业的措施。例如,北京推出的办理北京户口政策。“北京市 2009 年普通高校毕业生就业工作会议召开。据了解,对于重大科研项目,要聘用北京地区高校硕士以上学历的优秀毕业生参与研究。聘用的非北京生源高校毕业生,考核合格的可办理北京户口。”^①又如,北京推出的小额担保贷款,对小企业进行了政策倾斜:“招用北京生源应届高校毕业生达到在职工人数规定比例的小企业,将可享受最高为 200 万元的小额担保贷款。”^②但从各地推出的政策来看,更多的措施是通过“非正式工作”来实现的。

“非正式工作”最早是由 Audrey Freedman 在 1985 年提出的,用来特指那些附条件的和短暂的(conditional and transitory)雇佣安排。对非正式工作的需要,通常是由于一个公司在特定地点、特定时间内对某种特定服务、产品或技术的增加的需求而开始的。非正式工作包括非常广泛的用工形式,包括兼职(part-time work)、自雇(self-employment)、临时雇佣提供机构(temporary help agency employment)、外包(contracting out)、雇员租赁(employee leasing)和商业服务业的雇佣(employment in the business services industry)。事实上,任何不同于通常形式的永久、全日制工资和薪酬的工作都被认为是非正式工作。美国劳工统计局 1989 年对非正式员工给出的定义为:没有明示或默示的长期雇佣合同的任何个人,其突出特点就是临时性。我国台湾学者一般将标准的劳动关系称为典型工作,将非标准劳动关系称为非典型工作。

从我国各地为应对经济困难所推出的措施来看,主要又可以分为两类:一类是部分适用《劳动法》的用工形式;另一类是完全不适用《劳动法》的用工形式。我国的《劳动法》对就业人群呈现出“全覆盖”、“半覆盖”、“不覆盖”的新格局。

2008 年 4 月 23 日这一天,王强和他的几位同事走进泊头市劳动局,他们手里掂着一份由几十人签名的仲裁申请书。这些人就是已经遭遇解聘的治安巡防队员。按照解聘通知的内容,解聘他们的理由很简单:根据上级精神和《劳动合同法》有关条款的规定,对于招聘的巡防队员进行全部清理辞退。据泊头市政府一位知情人士透露,泊头市有关部门,选择在《劳动合同法》实施后,做出解聘巡防队员的行为,也有其苦衷。因为之前虽然对巡防队员实行合

① 王佳琳、张海涛:“北京 15 项就业政策出台 3000 教师岗位招应届生”,载《新京报》2009 年 3 月 12 日。
② 王佳琳、张海涛:“北京 15 项就业政策出台 3000 教师岗位招应届生”,载《新京报》2009 年 3 月 12 日。

同制管理,但从来没有签订过合同。如果这种情况继续下去的话,将来一旦发生纠纷,局面将十分被动。另外,有关部门也担心,这些工作了几年、十几年的巡防队员,如果提出要求签订无固定期限合同的话,有关部门也将十分被动。

——《法制日报》:“河北泊头:几十名巡防队员因劳动合同法被解聘”

1. 部分适用《劳动法》的“半覆盖”用工形式

这种形式最早是由上海创造的,面对劳动者的大量下岗,上海以双重劳动关系的方式建立起一种特殊劳动关系,即下岗职工与原单位保留着社会保险关系,又与新的用人单位建立

只是部分适用《劳动法》的特殊劳动关系。特殊劳动关系只适用《劳动法》的最低工资、工作时间、劳动保护等三项内容。退休与内部退休也适用这种特殊劳动关系的规定。

面对《劳动合同法》所确立的高标准,政府用工本身也遇到了难题,泊头市的例子说明当政府面临与企业一样的问题时,也采取了一些与企业一样的应对。我国的政府本身参与立法,因此,政府遇到的难题很容易引起重视。2008年9月18日《劳动合同法实施条例》公布。依据《劳动合同法实施条例》第12条,政府为安置就业困难人员提供的给予岗位补贴和社会保险补贴的公益性岗位,其劳动合同不适用《劳动合同法》有关无固定期限劳动合同的规定以及支付经济补偿的规定。

《劳动合同法实施条例》首先要将政府从泊头市这样的尴尬中摆脱出来。泊头市有关部门如果能再坚持4个月,其实就可不必采取这样的措施,因为他们已经没有了签订无固定期限劳动合同以及解雇员工时支付补偿金的后顾之忧了。当然,对于遭遇解聘的治安巡防队员也未必不是一件好事,至少他们可以保住来之不易的“饭碗”。

《劳动合同法实施条例》的这一规定,不仅将政府从尴尬中摆脱出来,而且还能进一步将企业从各种困境中摆脱出来,只要政府认定为公益性岗位并给予岗位补贴或社会保险补贴的,企业也可以不必签订无固定期限劳动合同以及支付补偿金。面对当前的经济困难,我国政府将关注重点转为就业问题,《劳动法》的“半覆盖”形式迅速在全国推广开来。

《江苏省高级人民法院关于在当前宏观经济形势下妥善审理劳动争议案件的指导意见》就认为,对于与原用人单位保留劳动关系的下岗、内退职工,自行到另一单位从事有偿劳动、接受管理的,应认定双方形成了非典型性劳动关系。“劳动者要求与该单位签订无固定期限劳动合同、支付经济补偿金以及办理社会保险的,人民法院不予支持。”

浙江省的一些地区也有类似的做法。宁波市积极运用失业保险基金实施稳定就业补贴,对受当前金融危机影响面临暂时性生产经营困难,处于停产或半停产状

态但恢复有望的企业给予社会保险补贴和岗位补贴,2009 年对已缴纳失业保险费的本市行政区域内职工和外来务工人员,分别按每人每月 400 元和 200 元的标准进行补贴,补贴期最长不超过 6 个月。^①

2. 完全不适用《劳动法》的“不覆盖”用工形式

完全不适用《劳动法》“不覆盖”的形式出现在帮助大学生就业的各种形式中。各地开始实施“有条件的学校实行学士后、硕士后”、“学校设立科研助理岗位、见习岗位”、“发展灵活就业形式”等措施,以应对就业压力,其实质是通过延长学籍,使一部分大学生暂不纳入劳动法的调整范围。这是由于学生在我国现行劳动法体制中是不适用劳动法的。2009 年政府工作报告中提到:“加快建设一批投资少、见效快的大学生创业园或创业孵化基地。”各地正以极大的热情落实这一政策。

见习基地。上海扩大见习基地,将部分技术含量高、存续周期长的岗位纳入见习计划,将见习计划扩展到部分事业单位和生产经营稳定且具有发展潜力的企业等。将目前 3 至 6 个月的见习期限最长延至 12 个月。见习期间由失业保险基金按规定给予当年最低工资标准 60% 的生活费补贴。^② 2009 年 3 月 21 日,“上海市科技企事业单位大学生就业、见习招聘会”就上演了一场“人才储备战”。据统计,前去会场设摊招聘的单位有 626 家,收下大学生简历共 2.1 万余份,现场达成就业或见习意向的超过 7000 人次。^③ 宁波也将实施“万名高校毕业生见习计划”。^④

学士后制度。大学本科生,担心毕业后只有理论知识而缺乏实际操作能力,难以找到满意的工作,可以尝试延迟就业时间,留校进行技能培训。广州一些大学大四学生也可以申请延长在校时间半年至一年,先进行创业技能培训,然后完成学业,拿到“毕业证”和“创业资格证”后,再申请拿到“学士后资格证”,成为“学士后”。^⑤

学士后流动站。山东:“全省计划建 1400 个学士后流动站,主要就是为了缓解就业压力,帮助那些已经从大学毕业但还未就业的大学生,毕业后到企业进行见

① “企业不裁员可获更多优惠”,载《东南商报》2009 年 3 月 19 日。

② “申城促就业将有三项特别计划”,载 http://www3.xinhuanet.com/chinanews/2009-02/12/content_15668583.htm, 2009 年 3 月 23 日访问。

③ “鼓励见习,政府两头补贴”,载 <http://finance.people.com.cn/GB/9005323.html>, 2009 年 3 月 23 日访问。

④ “宁波出新政促就业 企业录用本地生可获补贴”,载 http://www.zj.xinhuanet.com/newscenter/2009-03/19/content_15996575.htm, 2009 年 3 月 23 日访问。

⑤ “‘学士后’制度中山全省首推”,载《中山日报》2009 年 3 月 18 日第 5175 期 A2 版。