

LAO DONG FA YU SHE HUI BAO XIAN FA
QIAN YAN WEN TI YAN JIU



劳动法与社会保险法

前沿问题研究



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



劳动法与社会保险法

前沿问题研究

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

劳动法与社会保险法前沿问题研究 / 北京市劳动和社会保障法学会编. —北京:法律出版社, 2011. 3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1794 - 5

I. ①劳… II. ①北… III. ①劳动法—研究—中国②
社会保险—保险法—研究—中国 IV. ①
D922. 504②D922. 182. 34

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 020486 号

劳动法与社会保险法前沿问题研究
北京市劳动和社会保障法学会 编

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 薛 晗 贺 兰
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 16. 25
字数 443 千
版本 2011 年 3 月第 1 版
印次 2011 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

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1794 - 5

定价:39.80 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

随着市场经济的深入发展,我国的劳动关系日趋复杂。生产资料所有制的性质决定了劳动关系的性质,由此我国的劳动关系呈现为性质多元化并存的复杂局面:既有国有企业和集体企业的劳动关系,也有私有企业的劳动关系,还有中外合资经营企业或合作经营企业的劳动关系以及外商独资经营企业的劳动关系。这种复杂的劳动关系是全社会都非常关注的问题,也是研究和从事劳动法与社会保障法的学者与实务工作者需要关注的问题。

为了构建和谐劳动关系,最重要的是健全劳动立法。我国于1994年7月颁布了《劳动法》,《劳动法》是我国调整劳动关系的基本法,但仅有《劳动法》是不够的。1994年8月22日劳动部颁发的《关于贯彻实施〈中华人民共和国劳动法〉的意见》中提出“《劳动法》是劳动法律体系中的基本法,要使其规定的各项基本原则得到很好的贯彻执行,还必须制定与之配套的《促进就业法》、《劳动合同法》、《工资法》、《安全生产法》、《劳动保护法》、《职业技能开发法》、《社会保险法》、《劳动争议调解仲裁法》和《劳动监察法》等项法律、法规,形成完善的劳动法律体系”。为了落实这一意见,我国的立法机关作出了努力。2002年6月29日第九届全国人大常委会第二十八次会议通过了《安全生产法》。经过起草、多次修订与审议,经全国人大常委会审议通过,于2007年6月29日颁布了《劳动合同法》、2007年8月30日颁布了《就业促进法》、2007年12月29日颁布了《劳动争议调解仲裁法》。接着于2010年10月28日颁布了《社会保险法》。这些法律的相继颁布丰富了劳动法律体系的内容,从各个角度为劳动关系的调整提供了法律武器。这一切深得广大

人民群众的赞赏与拥护。

在这些法律的贯彻实施过程中,取得了很好的效果,但也产生了一些新的问题,这表明我们需要加强这些法律的宣传和阐释,也需要对进一步健全劳动立法问题进行探讨和研究。

2010年北京市劳动和社会保障法学会的年会收到了一批论文,学会的会刊《劳动与社会保障》编辑部也收到了一些论文,这些论文针对这几年颁布的调整劳动关系的单项法律进行了探讨,经过搜集、整理,我们选出了数十篇论文。这些论文分为以下类别:

- (1) 劳动关系
- (2) 劳动合同
- (3) 集体合同
- (4) 竞业禁止、劳务派遣、罢工立法及其他
- (5) 民主管理
- (6) 社会保险
- (7) 劳动争议

从上述论文的内容看,有些是对法学理论与立法精神的探讨,有些是对法律规定的阐释,有些是对立法工作提出的建议,有些是对自己工作中的经验与体会的总结,有些是对外国劳动立法的介绍。就其质量而言,这些文章论述精辟、透彻、明晰,且材料丰富,堪称佳作。

为了使这些论文得以传播和进行学术交流,我们特将2010年期间的这些论文结集出版,以供广大读者评阅。

衷心期望劳动法与社会保障法的研究更加繁荣,能够涌现更多的优质论文。

关 怀
2011年3月

目 录

一、劳动关系

- | | | |
|----|----------------------|-------------|
| 3 | 金融危机对劳动关系的影响及法律调整的适应 | 杨汉平 杨思斌 李 敏 |
| 15 | 浅谈劳动关系的界定 | 王 辉 |
| 25 | 论司法实践中事实劳动关系的认定 | 杨 夏 |
| 33 | 国际金融风暴敲响劳动关系警钟 | 郭 军 |

二、劳动合同

- | | | |
|-----|---|---------|
| 41 | 对《劳动合同法》实施的积极效应再探讨
——基于金融危机的视角 | 石美遐 田一杉 |
| 58 | 用人单位试用期解除劳动合同的法律适用
——兼议如何审视《劳动合同法》的公平性 | 王向前 |
| 73 | 关于《劳动合同法》实施中若干问题的思考 | 沈哲恒 |
| 79 | 劳动合同效力制度研究
——从劳动争议案件审判的视角看劳动合同效力 | 刘 琨 李 倩 |
| 88 | 关于建立劳动合同中止制度的几点认识 | 王建平 苏文蔚 |
| 108 | 试论劳动合同约定终止的合法性 | 裘卫国 |
| 113 | 应全面认识“无固定期限劳动合同” | 范战江 |

- | | | |
|-----|-----------------------|---------|
| 117 | 做好续签劳动合同工作 争取最大的用人主动权 | 范战江 林稼茵 |
| 120 | 劳动合同约定终止条件初探 | 戴铁振 |
| 128 | 全额拨款的事业单位适用《劳动合同法》探析 | 刘 瑛 |

三、集体合同

- | | | |
|-----|---------------------------|---------|
| 139 | 用人单位的规章制度与劳动合同、集体合同的关系 | 郑爱青 |
| 147 | 用人单位劳动规章制度研究 | 于欣华 寇雅玲 |
| 161 | 论构建企业工资集体协商制度 | 寇学军 |
| 169 | 完善我国工资集体协商制度刍议 | 詹璐璐 |
| 179 | 美国集体合同制度
——构建、特点、功效及启示 | 杨思斌 |

四、竞业禁止、劳务派遣、罢工立法及其他

- | | | |
|-----|---|-------------|
| 193 | 关于家政服务各方关系的探讨 | 沈水生 |
| 205 | 竞业禁止纠纷中涉及的相关法律问题及解决途径 | 邢 颖 |
| 209 | 关于非全日制用工若干问题法律适用的探讨 | 吴颖萍 |
| 214 | 工龄的作用及其思考 | 沈哲恒 |
| 220 | 基于不同学科和国际比较视角看我国劳务派遣制度的完善 | 石美遐 |
| 227 | 我国进行罢工立法已经刻不容缓 | 王向前 |
| 232 | 对劳务派遣企业发展现状及问题的调查
——仅以北京市宣武区各劳务派遣企业为对象 | 钱 炼 张惠芳 刘卫超 |
| 240 | 关于农民工城镇化问题的探讨 | 沈水生 |

- 246 艰难的职场生育
——议女职工“三期”权益保护 金晓莲
- 253 女职工“三期”劳动权益保护研究 董晶晶

五、民主管理

- 265 民主管理立法的若干思考 梁 枫
- 277 民主管理权需要诉权保障 马照辉

六、社会保险

- 283 社会保险立法的几个基本问题 林 嘉
- 301 公务员社会保险制度建立之考量与立法进路分析 郑尚元
- 320 我国《社会保险法》应当规定的基本原则刍议 王向前 张丽云
- 329 中国生育保险制度的深层次问题及其改革路径 张丽云
- 340 农民工养老保险权利的法律救济 周长征

七、劳动争议

- 359 《劳动合同法》、《劳动争议调解仲裁法》实施效果分析报告
时福茂 王 芳
- 373 论劳动争议预防机制
——建立和谐劳动关系联席会议 季 成
- 377 我国劳动争议仲裁一裁终局制度之理解与适用 高战胜
- 397 当前劳动争议处理体制机制问题思考 王 敏
- 402 完善企业劳动争议预警机制的思考 黄 龙
- 410 仲裁实体化建设问题研究 詹璐璐

- 417 劳动争议调解进社区的理论思考与实践探索
北京市崇文区人力资源和社会保障局仲裁科
- 429 试论民间劳动争议调解组织的构建 吴颖萍 张爱菁
- 438 浅析劳动争议新特点、成因及对策 徐海威
- 448 关于工会参与劳动争议调解的几个问题 吴亚平
- 456 工会在劳动争议多元调解格局中的地位和作用 杨冬梅

附录

- 469 中华人民共和国社会保险法
- 486 国务院关于修改《工伤保险条例》的决定
- 506 最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)

一、

劳 动 关 系

金融危机对劳动关系的影响 及法律调整的适应

摘要:美国次贷危机引发的全球性金融危机对我国的劳动关系产生了重要的影响,加剧了劳动力市场的供需失衡状态,导致劳动者失业状况严峻,权益受损严重,劳动争议案件急剧攀升,劳动者的就业岗位向下迁移,劳动用工形式发生新变化等问题,给我国的劳动关系带来严峻的挑战。劳动新法的实施与金融危机导致的社会经济环境改变的叠加效应是其重要原因。强化对劳动者权益的保护,构建和谐的劳动关系,是克服金融危机影响的治本之策。为应对金融危机的影响,在劳动法制领域,需要完善劳动法律配套实施的措施,加强工会的建设力度,推广平等协商与集体合同制度,构建立体化的劳动争议处理机制,培育劳动者理性法律意识,加大社会保障的力度。

关键词:金融危机 劳动关系 劳动争议 法律调整

劳动关系是市场经济条件下最直接、最重要的社会关系,与国计民生和社会的稳定息息相关。劳动关系一方面是经济雇佣关系,受市场经济法则的调控和制约,另一方面,也是法律关系,受到劳动法律和法规的调控、制约及保护。2008年以来,美国次贷危机引发的全球性金融危机(以下简称金融危机),最终发展到实体经济危机,成为全球经济的转折点。我国的经济也受到了一定的冲击,实体经济快速发展的驱动力深受侵蚀,大量的企业无法经受信贷支持和市场容量的强烈收缩,通过裁员等行为来收缩生产规模以减少损失,金融危机一定程度使得原本脆弱的

劳动关系进一步恶化,危机对劳动关系的影响及其法律调整的适应是金融危机乃至后危机时代备受关注的议题。

一、金融危机对劳动关系影响的途径

(一)金融危机对劳动关系的影响途径

劳动关系从宏观层面上看,主要是劳动者与用人单位在实现劳动过程中建立的社会经济关系;从中观层面而言,是指一个企业或劳动组织与一群劳动者之间的雇佣关系;从微观层面上来看,主要指单个劳动者与一个企业或劳动组织建立的劳动关系。金融危机对劳动关系产生了较为严重的影响。本次金融危机起始于2007年4月美国的次贷危机,仅仅在一年时间里,次贷危机就演变为金融危机,最终发展到实体经济危机。从范围来看,全球都受到波及,中国也受到前所未有的冲击。金融危机对中国的影响表现为输入性危机,由于中国劳动密集型企业 and 产品出口型企业在整体经济中的比例较大,因此这些行业受到的影响也较大。^[1] 实际上,金融危机对我国各类企业的影响是不同的。人力资源和社会保障部部长尹蔚民在对广东等地调研后,用“四大四小”概括了国际经济形势对我国企业的影响:对外贸出口型企业影响大,对内向型企业影响小;对纺织、玩具等传统劳动密集型企业影响大,对高新技术企业影响小;对外资企业影响大,对民营企业影响小;对外来农民工影响大,对本地劳动者影响小。^[2] 金融危机对劳动关系的影响从对劳动力市场的影响开始,金融危机导致劳动力市场的供给和需求失衡,因而劳动者的工资和收入减少,甚至导致劳动者失业,从而对劳动关系产生了负面影响。

(二)金融危机对我国劳动力市场供需的影响

劳动力市场在劳动关系运行中起到基础性的关键作用,在现代经济

[1] 王菊芬:“国际金融危机对劳动关系的影响及其应对”,载《工会理论研究》2009年第2期。

[2] 尹蔚民:“经济形势的变化对中国就业影响尚不明显”,参见 <http://www.chinanews.com.cn/cj/gncj/news/2008/11-04/1437271.shtml>,访问时间:2008年11月4日。

生活中,用人单位和劳动者只有在一定的劳动力市场条件下才可能开始劳动的过程,形成相应的劳动关系。人口和经济是影响劳动力市场供求均衡的两个重要的因素。有关专家预测认为,未来20年我国人口增长仍然较为迅速,劳动力供给数量在2016年达到峰值,约为9.97亿,从目前开始到9年左右,劳动力供给相对比较丰富,而2016年劳动力供给达到峰值时的劳动力需求量约为8.1亿到8.6亿之间,明显小于劳动力供给总量。^[1]此外,伴随着资本和技术密集程度的提高,国民经济增量对就业的拉动效应明显呈下降趋势,这两个因素是劳动力市场供需失衡的相对重要的因素。受国际金融危机快速蔓延的影响,经济运行的困难增加,企业经营困难增多,有学者在东莞、深圳调查发现,中小企业生存和发展的压力加大,稳定就业岗位、扩大就业的难度增大。^[2]国家统计局的最新数据表明,2009年第一季度中国的经济增长率仅为6.1%,同比下降了5个百分点左右,就业压力较大,高校毕业生在2009年就需要710多万个岗位,加上就业需求较大的农民工群体,金融危机加剧了目前我国劳动力市场上供需失衡的状态。虽然随着我国应对金融危机的一系列政策的作用开始发挥以及中国实体经济的明显企稳向好,农民工等群体的就业状况已经发生了比较明显的改变,但是从整体上讲,中国的就业压力还是巨大的,就业形势依然严峻。

二、金融危机对劳动关系的影响

(一) 劳动者失业状况严峻

金融危机对劳动力就业的影响可以追溯到1929年爆发的世界金融危机,那时全球工业生产下降了37%,超过10万家企业破产,美国有5000万人失业,不计其数的人流离失所,美国也从此开始了长达数十年的经济大萧条时代。^[3]2001年年底国际劳工组织召开了“全球就业论

[1] 陈卫:“中国未来人口发展趋势:2005~2050”,载《人口研究》2006年第7期。

[2] 沈琴琴:“我国劳动力市场发展态势对构建和谐劳动关系的影响”,载《中国劳动关系学院学报》2009年第1期。

[3] 乔健:“发展和壮大工会组织的必要性与必然性分析——来自美国大萧条时代劳动政策的启示”,载《劳动关系》2009年第4期。

坛”会议并通过了《全球就业议程》，认为工作是人们生活的核心，是社会稳定和政治稳定的一个关键因素。在金融危机的背景下，全球及中国劳动者就业受到了严重的破坏，金融危机对劳工的就业产生了相当的威胁。目前美国次贷危机引起的全球金融危机，加剧了劳动力市场的供给失衡状态，部分企业面临破产或不得不大规模裁员的境遇，现有在岗职工也面临更为严峻的失业压力。据国家发展和改革委员会中小企业司公布的数据显示，2008年上半年，我国共有6.7万家规模以上的中小企业倒闭，其中仅纺织企业就有2000万工人失业。而下半年的情形比上半年更差，就算其他倒闭企业的工人都能重新找到工作，以同样的失业速率，今年失业工人净增人数就在4000万以上，占全部劳动力的5%，^{〔1〕}金融危机背景下的失业已经是中国比较严重的社会问题。尽管随着经济复苏，对农民工等群体而言，就业环境可能会稍显宽松，但是社会所能提供的适合劳动者就业的岗位特别是智力密集型就业机会偏少，不能满足充分就业的需求。

受此次金融危机影响最严重的主要是劳动密集型企业 and 产品出口型企业，而在这些企业里面，农民工占有相当的比例。由于我国城乡二元分割和传统的户籍制度的限制，农民工的社会保障缺失，保障水平差，工作环境和待遇都相对低，就业具有临时性的特点，农民工在此次金融危机中首当其冲。根据国家统计局对四川、河南、安徽、湖北、湖南五个劳动力大省进行了快速调查，得出的数据是提前回流的农民工占整个外出农民工总量的5%~7%；农业部根据固定观察点对10个省市的数据调查，得出农民工提前回流量占农民工总量的6.5%。2009年3月，中央农村工作领导小组办公室主任陈锡文在国新办举行的新闻发布会上表示，在1.3亿外出就业的农民工中，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而返乡，占外出就业农民工总数的15.3%。加上每年新加入到外出打工队伍的农民，当年共有2500万农

〔1〕 张爱权：“保障职工体面劳动新思考”，载《理论探索》2009年第1期。

民就业面临很大压力。^{〔1〕}

（二）劳动者权益受损严重

伴随着我国逐步融入全球化的世界经济,此次金融危机虽然对我国的冲击远不如欧美,但是对于企业,尤其是涉外企业,带来前所未有的负面影响。面对金融危机的冲击,一些企业订单减少、库存增加、资金紧张,有的企业赖账、毁约甚至是倒闭或半倒闭,企业出现随意解除员工劳动合同、大量裁员、大范围降薪,甚至做出各种严重违反我国劳动法律法规,侵犯职工合法权益的行为,给本来就比较脆弱的劳资关系带来不少的冲击。金融危机下,不仅被雇佣的劳动者在数量、结构上发生变化,资本也面临着严重的生存危机,企业为尽可能降低成本,即使运行正常的企业或遭受危机不严重的企业,也会降低职工的工资和待遇,劳动者权益受损的情况比较频繁。

劳动者权益包括就业权、职业稳定权、劳动报酬权、社会保险权和劳动安全权等几乎都受到不同程度的损害。一是职工工资待遇被进一步压低,由于受金融危机的影响,一些企业处于停产或半停产状态,企业利润严重萎缩甚至亏损,职工原本较低的工资收入被进一步缩减,有的企业更是以“困难时期”为借口拖欠、克扣、压低职工工资和福利,甚至一些做出了不裁员、不减薪、不减福利承诺的企业,事实上也已经采取了变相的裁员或者减薪;二是一些用人单位不依法签订劳动合同、签订的合同不认真履行、在签订合同过程中有意侵害劳动者合法权益的情况增多;三是一些单位没有为职工办理国家规定的社会保险,甚至为了节约成本,不惜以职工劳动条件、工作环境的恶化为代价,导致职工工作、生活质量急剧下降。弱势劳工群体的状况更差,他们是工人队伍中在就业和报酬待遇等问题上或遭受歧视和不公正对待,或竞争力不强的群体,在当前的国际金融危机中首当其冲地遭受到侵害。劳动权是劳动者生存的最基本权利,权利的损毁造成的不仅是个人的痛苦,还是社会的痛苦与国家的痛苦,因此,劳工权利保护仍是现在劳动关系的最大问题。

〔1〕 陈锡文:“金融危机致 2000 万农民工失业”,载《月度报告》2009 年第 3 期。

(三) 劳动争议案件攀升

金融危机对劳动关系的影响随着危机对国内实体经济的影响而显现,因企业裁员、减薪、劳动报酬、社会保险、经济补偿与赔偿等引发的劳资纠纷呈上升趋势。2008年以来,在历史积累、国际金融危机和劳动者维权意识明显增强等因素的共同作用下,劳动争议案件数量持续大幅上涨。2008年全国各级劳动人事争议仲裁机构共处理争议案件97万余件,其中劳动争议96.4万件。立案受理的劳动争议案件69.3万件,是上年的1.98倍,涉及劳动者121.4万人,是上年的1.9倍,超过之前两年立案受理案件所涉及的劳动者人数之和。各地劳动争议仲裁机构立案受理案件同比平均增幅98.03%,大大超过2007年12.30%的平均增幅。^[1]

金融危机下劳动争议案件以前所未有的规模和速度急剧攀升,进一步恶化了劳动关系,对企业形成了很大的压力,也给劳动争议调解、仲裁和审判机构带来了巨大的压力。金融危机背景下的劳动争议具有以下几个特点:一是由于劳动争议的关联性和示范性效应,金融危机对企业用工冲击带来的群体性劳动争议(主体一方为多人的集体劳动争议)案件数量大幅度增长。依据人力资源和社会保障事业发展统计公报,2008年集体劳动争议案件2.2万件,远远高于2007年集体劳动争议1.3万件的数字。集体劳动争议案件多数为劳动者集体起诉用人单位要求支付多年加班费、足额补缴社会保险费等案件,这些案件往往具有涉及争议时间较长,案件双方矛盾尖锐,调解难度大,处理结果带有示范效应,处理不当易引发社会问题等特点。二是劳动争议出现新类型。为最大限度地降低金融危机带来的损失,部分企业为减少经济补偿金等支出而改变工资结构、变相降低员工工资等。还有一些企业把年终双薪中的一个工资约定为预付的经济补偿金,意图把职工的工龄每年“清零”而规避签订无固定期限劳动合同等,导致新型劳动争议案件的出现,这不

[1] “关于加强劳动人事争议调解工作的意见”,参见 http://www.gov.cn/gzdt/2009-11/10/content_1460712.htm,访问时间:2009年11月10日。