

湖北省社会科学基金项目资助

湖北省中小企业研究中心资助

HUBEISHENG SHEHUI KEXUE JIJIN XIANGMU ZIZHU

HUBEISHENG ZHONGXIAO QIYE YANJIU ZHONGXIN ZIZHU

不当劳动论衡

BuDang LaoDong LunHeng

问清泓 著

湖北省社会科学基金项目资助

湖北省中小企业研究中心资助

HUBEISHENG SHEHUI KEXUE JIJIN XIANGMU ZIZHU

HUBEISHENG ZHONGXIAO QIYE YANJIU ZHONGXIN ZIZHU

不当劳动论衡

BuDang LaoDong LunHeng

问清泓 著

 中国劳动社会保障出版社

图书在版编目(CIP)数据

不当劳动论衡/问清泓著. —北京: 中国劳动社会保障出版社, 2014
ISBN 978-7-5167-1447-8

I. ①不… II. ①问… III. ①劳动法-研究-中国 IV. ①D922.504

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 218399 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

787 毫米×1092 毫米 16 开本 26.5 印张 400 千字

2014 年 9 月第 1 版 2014 年 9 月第 1 次印刷

定价: 58.00 元

读者服务部电话: (010) 64929211/64921644/84643933

发行部电话: (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) 80497374

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

**本书为湖北省社会科学基金
资助项目“不当劳动论衡”
【编号：2013015】**

**本书为湖北省中小企业研究中心
资助项目“中小企业不当劳动研究”
【编号：2013HSB006】**



作者简介

问清泓，男，1965年生，湖北荆州人，法学博士，教授。硕士研究生毕业于中南财经政法大学法学院经济法专业，博士研究生毕业于武汉大学法学院民商法专业。现为武汉科技大学文法与经济学院法律系教授，同时任武汉科技大学政策法规研究室副主任、武汉科技大学学术委员会常务副秘书长。主要从事劳动关系、劳动法与社会保障法的教学与研究。

前言



本书借用东汉著名哲学家思想家王充的《论衡》之书名，并借用清华大学法学院于2000年创刊的《清华法治论衡》之法学刊名，结合本书特点而确定为“不当劳动论衡”，以期彰显文人所应当秉承的“疾虚妄而不辟上圣、求真理而不崇拜偶像”的中华民族的传统文化；笔者也更期盼能够不断“感悟”当代先进之法治思想，论明劳动法之曲直，衡定不当劳动之是非，为我国劳动法制的建设和发展壮大而不懈努力。

古之，王充之《论衡》，比较侧重学术批判，反对世俗“好信师而是古”的盲从迷信态度，指出“圣贤之言，上下多相违”，诸子之文也或失“实”。强调学习要“知难问”，要有批判的态度。要敢于“问孔”“刺孟”“非韩”，表现了理性的批判精神。法律理论研究应当学习王充求实、求是的科学精神。王充挺身而出，不承认偶像，不迷信圣贤之言；不信上天，不信鬼，疾虚妄不避上圣，求真理不论正统偶像，反对任何形式、任何内容的虚妄，坚持求实、求是，敢于追求和坚持真理。王充之忧心社稷安危，心系民生疾苦，以治平天下为己任的高尚情操更值得法学研究者学习。

今之，清华大学之《清华法治论衡》，高鸿钧教授就曾经以无比精炼之词，高度概括了我中华民族的法治之路。“其实，法治乃古已有之。”“百年风云，世事沧桑。屡经磨难、反复试错之中国，于20世纪后期，终步入法治之途。然法治之路遥遥，非一日之功可逮。西人之行之凡数百载，尚远非完善。欲将法治理想化为现实，必经长期艰辛之努力。‘斯业之艰钜，乃什百于畴襄’（梁启超语）吾辈学人，虽识浅力绵，仍愿与法治同忧同乐。”^①

吾之，《不当劳动论衡》，虽为我国第一部有关不当劳动之专著，庶几可

^① 高鸿钧. 清华法治论衡. 清华法治论衡, 2000 (1).



以填补研究空白，实不敢比之于王充之《论衡》“意在褒是抑非，实事求是；悟迷惑之心，知虚实之分；往轻重之言，立真伪之平。”（高鸿钧语）也无法达到高鸿钧先生之要求，仅可谓“博学而笃志，切问而近思”（《论语》）之伟大追求而已；亦可称“辨析法理，探求治道”（高鸿钧语）之“贵在参与”罢了。吾之《不当劳动论衡》仅为笔者学法、悟法之维，与“得道”还甚远，可谓“位卑未敢忘忧国、言轻岂能论大法”。

“衡”者，衡器、衡镜也，秤也，乃辨别是非善恶的标准；“衡”者，古同“横”，纵横之意，本书乃对不当劳动之纵横论述。本书借用“论衡”古今之名和实，以期对不当劳动行为的规制理论有所新论，并可成为法制与法治实践的一些制“衡”和劳资双方利益的公平之“衡”，此为本书《不当劳动论衡》之要旨。

全书分为九章。

第一章为绪论，主要阐述了域外主要国家和地区之不当劳动的理论研究概况。日本是世界上比较发达的国家，其有关不当劳动行为的理论研究也是领先的，“不当劳动行为”已经是日本劳动法的重要概念，不管是劳动法教材或专著还是学术论文，对“不当劳动行为”的研究已经是非常普遍的现象。我国台湾学术界对不当劳动制度的研究有一个显著特色，除了长时期不定期的分散型的研究外，还集中反映在“集体劳动三法”修改之立法活动前后，可以说这是不当劳动行为研究对立法的修正，使不当劳动行为之长期理论研究成果真正开始转化成了立法之实践。大陆有关不当劳动行为的研究几乎还处于空白状态，不当劳动行为一直还不是法律概念，更没有纳入劳动法的调整范畴。

第二章“不当劳动一般原理”从宏观上概括阐释了发达国家美国和日本之不当劳动行为制度的一般原理。其均为狭义上的不当劳动，不当劳动行为已经纳入了它们劳动法的重要范畴，不当劳动行为的救济制度更是其劳动法不可或缺的组成部分，其范式主要形成于工会法中。不当劳动的主要内容包括两个方面：一是狭义上的内容，即雇主之“反工会或抑制工会”行为，域外的不当劳动主要就是此狭义上的不当劳动行为规制或救济制度；二是广义上的内容，即本书笔者所阐述之广义上的不当劳动，除了包括狭义上的内容外，还主要包括：不当差别待

遇、不当劳务派遣、不当业务外包、不当劳动合同（即合同欺诈）、不当劳动用工、不当产业行动和不当解雇等内容。

第三章“域外不当劳动制度”主要论述了美国、日本、意大利和我国台湾的不当劳动制度。美国不当劳动的立法是世界上最早的，美国法关于不当劳动制度的主要特征是：一是立法模式的先进性；二是主体规制的全面性；三是救济机构的权威性；四是，工会制度的受制性。日本不当劳动的立法渊源是美国法，但对其进行了改造，形成了自己的特征：第一，团结权的保障制度；第二，谈判权的救济制度；第三，独特的复数代理制；第四，可操作的救济程序。意大利不当劳动立法的特色是：立法模式的单一性；集体谈判的形式化。我国台湾的特征是：旧法不当劳动制度的极大局限性；新法规定了不当劳动的主要类型；新法明确了雇主之诚信谈判义务；新法独创了不当劳动之裁决制度。

第四章“不当差别待遇”阐述了不当劳动行为之差别待遇这一不当劳动行为最为典型代表的内涵。构建反不当劳动的制度，必须首先解决差别待遇问题，而反差别待遇最为有效的办法就是构建平等待遇制度。平等待遇是平等权的下位概念即平等待遇权，它既是宪法或法律特别是劳动法的基本原则即平等待遇原则，又是劳动者享有的具体权利。日本劳动法之平等待遇原则主要体现在反歧视待遇上，其反歧视待遇的规定主要有两个方面：一是反对女性的工资歧视；二是反工资歧视之外的歧视待遇，主要由判例法规制。日本法对平等待遇的规定还有一个特色，通过对“伪装承包”和“不当劳动行为”的规制，来实现对劳务派遣者之平等待遇的法律救济。欧盟劳动法之平等待遇原则的规定首先体现在男女平等的规定上。德国法规定平等待遇原则的重要特点是将平等待遇直接规定为雇主的法定义务即“平等对待义务”。我国劳务派遣和业务外包之平等待遇问题的理论研究和立法都显得非常滞后。

第五章“不当劳务派遣”主要从广义上论述了我国不当劳动之一的劳务派遣，我国劳动法既没有将不当劳动行为纳入自己的范畴，更没有关于不当劳务派遣的规定，仅有极少数专家对不当劳务派遣进行了研究，笔者认为不当劳务派遣可分为以下三种：隐名派遣、自设派遣和逆向派遣。隐名派遣之不当性主要在



于：主体资格的失当性和隐名派遣是应当受到法律制裁的违法行为。自设派遣已经是我国劳动法所明确禁止的派遣类别，这说明自设派遣是一种非法派遣。关于逆向派遣的法律效力问题，目前学界观点不一：“有效论”观点认为逆向派遣是正当的和合法的；“无效论”认为逆向派遣是不正当的和非法的，此观点为主流观点。治理不当劳务派遣：一是要明确三性界分；二是要科学设置用工比例；三是构筑许可报告制度。

第六章“不当业务外包”专门阐述了由于业务外包还不是真正的法学范畴，对不当业务外包就相应的不能以合法与非法来界定，只能是从法理上进行分类。笔者认为，不当业务外包主要包括“假外包真派遣”或叫“伪装外包”和“假外包（假承揽）真雇佣”两种形态。我国劳务派遣已经被有些企业滥用，在研究和解决这一问题时，都是将业务外包和劳务派遣分开研究的。在《劳动合同法修正案》实施后，许多不当劳务派遣将以合法的业务外包之新身份出现，并将再次实现业务外包的被动的第二次“飞跃”发展，因此，如何有效遏制旧有的业务外包，又如何有效规制和管制新出现的不当业务外包，将是一个全新的课题。治理不当业务外包应当：统一劳动关系立法，打击混业经营行为，积极发挥工会作用，构建三联三动机机制。

第七章“不当劳动合同——合同欺诈”研究了我国劳动合同欺诈的一般形式包括三种：由劳动者（雇员）实施的欺诈；由用人单位（雇主）实施的欺诈和集体合同欺诈；还重点论述了劳动合同欺诈的特殊形式——第三人欺诈，分析了第三人欺诈的一般原理和“第三人”的界分。治理劳动合同欺诈的路径有四：将劳动合同欺诈纳入不当劳动的范畴；重塑劳动合同效力制度——新建劳动合同可撤销制度；新建反第三人劳动合同欺诈制度；重点规制劳务派遣与业务外包之合同欺诈。

第八章“不当劳动用工”比较全面地阐释了我国的不当劳动用工及法律规制问题。本章对“胁迫、强迫儿童用工”的现状和原因进行了分析，并提出了禁止使用童工的法律对策。本章还对我国公权力之强迫劳动之“未决羁押之强迫劳动”进行了剖析，认为未决羁押之强迫劳动是不正当的，是违背宪法和法律法规

的违法行为，看守所实施对未决羁押者的胁迫或强迫劳动是侵犯公民劳动权益的行为。第四节对“强迫劳动之刑法管制即强迫劳动罪”进行了比较深入的探索，我国目前尚未批准《强迫劳动的公约》和《废止强迫劳动公约》这两项公约，但我国的立法和司法实践对禁止强迫劳动做得还是非常不错的，我国《刑法》就有相关强迫劳动的规定如“强迫职工劳动罪”，现已经改为“强迫劳动罪”，更具有立法的先进性。将“强迫职工劳动罪”的罪名修改为“强迫劳动罪”，将该罪的主体由原来的“用人单位”这一特殊主体改变为一般主体，将非法的用人单位纳入了用人单位的范畴，克服了原来的争议，同时还将一般的自然人也纳入了进来，克服了原来仅仅为单位的缺陷。新规定还将“单罚制”改为了“双罚制”。新修正案还将“协同”强迫劳动犯罪纳入了强迫劳动犯罪的范畴，意义重大。第五节对我国公权力之强迫劳动——劳动教养制度进行了全面的研究。“唐慧案”再次引起了对劳教制度的批判，关于劳教制度的争鸣主要有两派：一是“改革派”；二是“废除派”。“改革派”倾向于改造劳教制度而不是一举废除它，认为可以从法制的角度将其重新改造；“废除派”认为应当将劳教制度完全废除。在废除劳教制度的观点中，许多人认为用《违法行为教育矫治法》取而代之是比较可行的办法。第六节对我国传统的“劳动改造制度”进行了分析，劳动改造制度与其他不当劳动的主要区别是其实施强迫行为的主体不是一般的用人单位或雇主，而是代表国家公权力的强制机关的行为，它完全是统治阶级强制性意志的反映，因此，劳改制度具有合法性和正当性。同时，劳改制度是针对那些少数违法犯罪分子的强迫劳动，因而，又具有社会正义性。

第九章“不当产业行动”主要论述了西方发达国家的产业行动制度的概念和一般原则，并对我国目前大量涌现的产业行动如“罢工”事件进行了法律解读和法律定性，提出了处理和规制我国目前不当产业行动的办法。产业行动是集体合同法中的重要制度，完备的产业行动制度直接指导和引领着集体劳动关系中的产业行动，产业行动中的对话机制保障了其产业行动的有序性，避免和减少了产业行动对社会稳定与和谐所带来的负面影响。我国还没有建立起这样的制度，这是我国劳动立法特别是集体劳动关系立法的重大缺漏，也是导致极端劳资冲突事件



如“罢工”事件多发的重要原因。我国当前的产业行动包括罢工，因为还没有宪法和法律的授权或容许，不具有合法性或正当性，因此，都只能将之称为不当产业行动或不当罢工。对我国目前不当产业行动的处理和规制，还没有法律法规的直接规定，在处理和规制时，应当避免集体“闹事”来处理，不能用游行示威等集体“突发事件”来处理，也不能当集体信访事件处理，在处理和规制不当产业行动时应当特别注意发挥工会的积极作用。

本书是笔者长期从事劳动关系、劳动法与社会保障法教学与研究的产物，书中对不当劳动的研究具有一定的创新性，至少从形式上看，此书是我国首部关于不当劳动的专著，虽然笔者尽了最大努力，也花费了大量时间和精力，但由于资料 and 水平的限制，书中不当或谬误之处在所难免，恳请各位同仁和读者批评指正。

问清泓

2013年10月于武汉科技大学

目 录

第一章 绪论——不当劳动研究概览	/1
第一节 日本不当劳动研究概况	/1
一、普遍研究与类型化研究	/1
二、集体劳动三权研究	/2
第二节 我国台湾地区不当劳动研究概况	/4
一、溯源性比较研究	/4
二、针对性立法研究	/6
第三节 我国大陆不当劳动研究概况	/9
一、理论研究尚在初始阶段	/10
二、缺少理论支撑	/10
第二章 不当劳动一般原理	/12
第一节 不当劳动的主要内容	/12
一、不当劳动的狭义内容	/14
二、不当劳动的广义内容	/17
第二节 不当劳动的前提条件和立法模式	/20
一、不当劳动的前提条件	/20
二、不当劳动的立法模式	/22
第三节 不当劳动的权利属性——集体劳动权	/33
一、个人权利抑或集体权利	/33
二、工会的法律身份和地位	/36



第三章 域外不当劳动制度	/39
第一节 美国不当劳动制度	/39
一、立法模式的先进性	/40
二、主体范围的全面性	/41
三、救济机构的权威性	/44
四、工会制度的受制性	/46
第二节 日本不当劳动制度	/52
一、团结权的保障制度	/53
二、谈判权的救济制度	/54
三、独特的复数代理制	/55
四、可操作的救济程序	/57
第三节 意大利不当劳动制度	/58
一、立法模式的单一性	/59
二、集体谈判的形式化	/60
三、可复制的成功经验	/63
第四节 我国台湾地区不当劳动制度	/66
一、旧法不当劳动制度的局限性	/66
二、新法规定的不当劳动主要类型	/68
三、新法明确雇主的诚信谈判义务	/70
四、新法独创不当劳动的裁决制度	/71
第四章 不当差别待遇	/75
第一节 内涵界定	/75
一、不当差别待遇的内涵	/75
二、平等待遇的一般内涵	/78
第二节 劳动法语境下之反不当差别待遇	/81



一、劳务派遣之平等待遇	/81
二、业务外包之平等待遇	/83
三、我国平等待遇之宏观内容	/88
第三节 日本法之反不当差别待遇	/91
一、劳务派遣之平等待遇	/93
二、业务外包之平等待遇	/99
第四节 欧盟之反不当差别待遇	/101
一、欧盟指令之平等待遇	/101
二、德国法之平等待遇	/106
三、意大利法之平等待遇	/108
 第五章 不当劳务派遣	 /111
第一节 隐名派遣	/112
一、主体资格的失当性	/112
二、派遣行为的违法性	/113
第二节 自设派遣	/114
一、所属单位的界分	/115
二、自设派遣的认定	/116
第三节 逆向派遣	/119
一、虚拟派遣——合谋派遣	/120
二、逆向派遣的效力	/121
第四节 不当劳务派遣的治理	/125
一、明确三性界分	/125
二、设置用工比例	/130
三、构筑许可报告制度	/134



第六章 不当业务外包	/139
第一节 不当业务外包的新动向	/139
一、业务外包的一般状况	/139
二、业务外包的新变化	/141
第二节 假外包真派遣——伪装外包	/144
一、法律定性	/145
二、域外经验	/146
第三节 假外包真雇佣——假承揽	/151
一、法律界定——承揽与雇佣之辨	/151
二、台湾的启示	/154
第四节 不当业务外包的治理	/157
一、统一劳动关系立法	/157
二、打击混业经营行为	/159
三、积极发挥工会作用	/160
四、构建三联三动机机制	/163
第七章 不当劳动合同——合同欺诈	/167
第一节 民法语境下的欺诈与合同欺诈	/167
一、民事欺诈的基本内涵	/167
二、民事欺诈的立法现状	/172
三、欺诈合同的效力研判	/176
第二节 劳动合同欺诈的一般形式	/182
一、雇员实施的欺诈——学历欺诈	/183
二、雇主实施的欺诈	/189
三、集体合同之欺诈	/202
第三节 劳动合同欺诈的特殊形式——第三人欺诈	/206

一、民法之一般原理	/206
二、第三人界分比较	/210
三、劳务中介之欺诈	/216
第四节 劳动合同欺诈的治理路径	/227
一、将欺诈纳入不当劳动范畴	/227
二、重塑劳动合同之效力制度——新建可撤销制度	/228
三、新建第三人欺诈禁止制度	/242
四、重点规范劳务派遣之欺诈	/243
 第八章 不当劳动用工	/258
第一节 概念界定及立法评述	/258
一、劳动用工的一般界定	/258
二、不当劳动用工的界定	/265
三、劳动用工之立法述评	/267
四、胁迫、强迫劳动之内涵	/272
第二节 儿童之胁迫、强迫劳动——童工	/282
一、胁迫、强迫儿童用工的现状	/282
二、胁迫、强迫儿童用工的原因	/286
三、禁止童工劳动的法律对策	/291
第三节 未决羁押之强迫劳动	/298
一、缘起	/298
二、内涵界定	/299
三、强迫劳动之不当	/300
第四节 胁迫、强迫劳动之刑法管制——强迫劳动罪	/304
一、典型案例导读	/304
二、劳动刑法辩争	/308
三、刑法管制沿革	/314



第五节 不当公权力之劳动用工制度——劳动教养制度	/322
一、劳动教养制度的改革缘起——“唐慧案”解读与启示	/322
二、劳动教养制度之“改革派”	/329
三、劳动教养制度之“废除派”	/333
第六节 不当劳动用工适用除外制度——劳动改造制度	/339
一、不当劳动用工除外之概述	/339
二、劳动改造制度的国内沿革	/340
三、劳动改造制度的国际视野	/346
四、劳动改造产品的国际立法	/353
第九章 不当产业行动	/358
第一节 产业行动比较分析	/358
一、产业行动的概念界定与比较	/358
二、与狭义不当劳动的一般比较	/363
三、与狭义不当劳动的特殊比较——黄犬契约与野猫罢工	/369
第二节 产业行动基本原则	/370
一、工会引领原则	/370
二、和平义务原则	/375
三、集体协商原则	/380
四、严格程序原则	/384
第三节 我国产业行动的法律界定	/393
一、产业行动（罢工）之“合法论”	/394
二、产业行动（罢工）之“非法论”	/396
三、产业行动（罢工）之“折中论”	/398
四、产业行动（罢工）之“不当论”	/399
第四节 不当产业行动的处理和规制	/399
一、不能当“突发事件”处理	/401