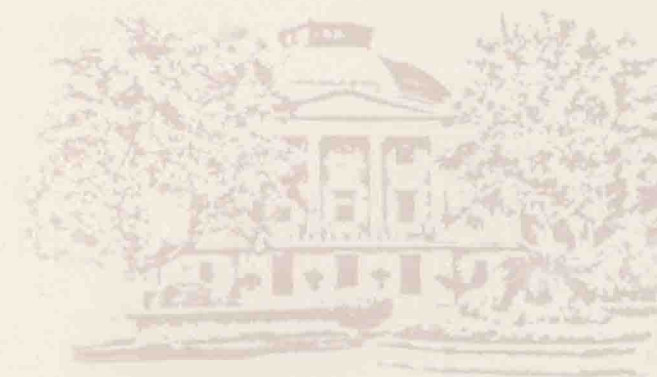


SOUTHEAST UNIVERSITY

东南大学法学学术文库

劳动法热点问题研究

欧运祥 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



SOUTHEAST UNIVERSITY
东南大学法学学术文库

劳动法热点问题研究

欧运祥 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

劳动法热点问题研究 / 欧运祥著. —北京: 法律出版社, 2014. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6957 - 9

I. ①劳… II. ①欧… 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 229176 号

劳动法热点问题研究

欧运祥 著

责任编辑 黄琳佳

装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9 字数 214千

版本 2014 年 10 月第 1 版

印次 2014 年 10 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

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 - 6957 - 9

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

笔者自2000年进入东南大学工作以来,一直负责劳动法学的教学和科研工作,多年来也一直坚持从事劳动争议案件处理的实务工作。这些年,常常为劳动法学的一些理论和实务问题产生困惑,在各种学术会议上,也会将这些问题拿出来与学术同仁和实务界人士进行研究和探讨。

相对于其他部门法而言,劳动法学无疑还很很不成熟。即便是作为劳动法发源地的英国和法国,现代意义上的劳动立法也只是一百多年的历史。而相比于西方发达国家,我国的劳动立法和理论研究就显得更加滞后。到目前为止,理论界和实务界对于一些基本的理论问题仍然莫衷一是,争论不休。例如关于劳动者的身份界定、劳动关系与雇佣关系的区别、劳动关系与劳务关系的区别、工伤保险与民事赔偿的竞合等。当然,上述问题仅仅是现行劳动法学理论问题所暴露出的冰山一角而已。

2008年《劳动合同法》的颁布实施,在很大

程度上统一了劳动执法和司法的尺度,对于推动我国劳动法学的理论研究起到了积极的作用。然而,《劳动合同法》实施不久,就很快暴露出这部法律的先天不足。由于《劳动合同法》的立法宗旨倾向于保护劳动者,劳动者与用人单位原有的均势被打破,用人单位普遍面临“想要的人留不住,不想要的人辞不了”的两难境地,用人单位的用工成本和风险急剧增加。成本和风险的增加,很快催生了庞大的劳务派遣业务,各地的劳务派遣公司如雨后春笋般冒了出来。很多原来与用人单位签订劳动合同的劳动者,一夜之间变成了劳务派遣员工,劳动者的合法权益难以得到有效保护。此外,由于《劳动合同法》对于标准劳动关系的管控严厉,各地法院不得不出台审理劳动争议案件的指导意见,从而进一步加剧了劳动司法尺度的不统一。同样性质的劳动争议案件,不同地区法院的裁决结果完全不同;甚至同样性质的案件,相同地区法院在不同时期的裁决结果也可能完全相左。

笔者认为,实务中的混乱在相当程度上源自于理论上的混乱。正是由于在理论上没有搞清楚就业歧视的概念和类型,因此包括《就业促进法》所规定的反歧视措施在实践中难以得到有效执行,各种就业歧视现象仍然大行其道。也正是由于理论界对于顶岗实习的性质和特征缺乏系统研究,简单地将顶岗实习生混同于一般的教学实习,从而导致这一庞大群体难以得到现行劳动法的有效保护,在实践中催生了对于顶岗实习生法律救济方式和途径的分歧和争论。

拙著是笔者多年来教学科研的心得和体会,旨在对一些重大的理论和制度问题提出解决和完善措施。由于劳动法学所涉及的问题极为广泛,既有早已被纳入劳动法学体系中的社会保障制度,还包括到目前为止仍然存在广泛争议的事业单位聘用合同制度,也包括目前社会大众极为关心的机关事业单位养老改革问题。笔者限于学识和精力所限,对于这些同属于劳动法学的难点和热点问题不可能面面俱到。

在诸多问题当中,笔者选取了五个方面的专题展开研究。第一章重点讨论了我国就业歧视法律制度所存在的问题,通过介绍国外反就业歧视的经验和做法,对于我国现有的反就业歧视制度和措施进行了深入探讨和研究。第二章重点研究了劳务派遣制度,对于《劳动合同法》修订前后的劳务派遣法律制度进行了系统研究,对包括现行劳务派遣制度的可行性和所存在的缺陷进行了分析和探讨。第三章重点研究了无固定期限劳动合同制度,事实证明,现行的无固定期限劳动合同制度难以适应用人单位的实际经营需要,现行的劳动合同解除和协商变更制度,极大地限制了用人单位应有的用人自主权。第四章重点讨论了工伤法律问题,除了对于现行工伤认定过程中的繁冗程序提出完善建议外,重点分析了工伤赔偿与民事赔偿的竞合问题。这个问题在我国现行的法律制度中仍然存在截然不同的条文规定,这不仅加剧了司法实务中的混乱,也在客观上形成了“一次受伤,两次赔偿”的不公平现象。第五章主要讨论了顶岗实习生的权益保障问题,我国劳动法律制度中对于实习生缺乏明确的规定,顶岗实习生与普通劳动者并不存在本质差别,他们不仅像普通劳动者那样为用人单位提供劳动,也同样面临各种职业风险,同样需要劳动法律制度的保护。

有感于近年来很多学术著作理论阐述过多,而实践关注不足的弊病,本书在写作体例上基本遵循“理论与实践相结合”的原则,基本上每一个理论问题均会提供一到数个现实案例予以佐证和分析,力图避免枯燥的理论分析。

限于笔者学识水平,书中谬误之处一定不少。书中所提出的一些现实问题也缺乏有效的解决措施,希望学界同行和读者提出批评。笔者写作本书的目的,旨在激起劳动法学界对于上述热点问题的讨论和研究,进而对于完善我国现行的劳动法律制度有所裨益。

欧运祥
2014年9月

目 录

第一章 就业歧视法律问题研究	1
一、我国反就业歧视法律制度的 基本架构	5
二、我国反歧视法律制度的缺陷 与不足	8
三、就业歧视的界定	15
(一) 歧视概念的法律界定	15
(二) 就业歧视的含义	17
四、就业歧视的类型	22
(一) 直接歧视	23
(二) 间接歧视	31
五、我国反就业歧视法律机制的 完善建议	35
(一) 反歧视专业机构的建立	35
(二) 举证责任的合理分配	39
(三) 歧视行为法律责任的完善	42

第二章 劳务派遣法律问题研究	48
一、劳务派遣概述	51
(一) 劳务派遣界定	51
(二) 劳务派遣特点	53
(三) 劳务派遣种类	55
二、劳务派遣的起源和发展	56
(一) 国外劳务派遣的发展	57
(二) 我国劳务派遣的发展历程	63
(三) 我国劳务派遣的现状分析	64
三、劳务派遣在实践中的困境	68
(一) 派遣机构经营混乱	68
(二) 异地监管困难	71
(三) 滥用现象严重	72
(四) 同工不同酬现象突出	73
四、我国劳务派遣法律制度的缺陷及完善建议	75
(一) 劳务派遣适用范围过于宽泛	78
(二) 缺乏对劳务派遣逃逸的管控措施	85
(三) 同工同酬权利难保障	91
五、劳务派遣连带责任问题研究	107
(一) 一重劳动关系说及其责任分配	108
(二) 一重劳动关系说下的责任分配	110
(三) 双重劳动关系说	111
(四) 双重劳动关系说下的责任分配	112
(五) 我国劳务派遣的责任分配模式	115
(六) 我国劳务派遣责任分配模式的完善建议	118
第三章 无固定期限劳动合同法律问题研究	121
一、现行无固定期限劳动合同的理论之争	123
(一) 劳资冲突说	124

(二) 劳动者分层保护说	125
二、国外无固定期限合同制度	130
(一) 法国	131
(二) 德国	132
(三) 日本	134
三、无固定期限合同面临的现实挑战	137
(一) 中小企业短期化的影响	137
(二) 劳动者诉求多样化的影响	139
四、严厉解雇保护条件的负面影响	141
(一) 即时解雇的实务分析	142
(二) 预告解雇的实务分析	150
(三) 裁员的实务分析	156
第四章 工伤法律问题研究	159
一、工伤认定三要素的理论和实务分析	162
(一) 工作时间的认定	162
(二) 工作场所的认定	164
(三) 工作原因的认定	168
二、现行工伤认定程序的缺陷与完善	171
(一) 工伤认定与赔偿程序的衔接	172
(二) 工伤与劳动关系认定的处理	179
三、工伤赔偿与民事赔偿的竞合问题	189
(一) 工伤赔偿与民事赔偿的差异	192
(二) 两种救济方式的差异和冲突	193
(三) 工伤赔偿与民事赔偿的关系模式	194
(四) 工伤赔偿与民事赔偿的处理建议	201
四、完善雇主责任保险的若干思考	206
(一) 雇主责任险的功能与作用	207
(二) 雇主责任险与工伤保险的差别	209

(三)我国雇主责任险存在的问题和建议	213
第五章 顶岗实习生权益保障法律问题研究	215
一、关于顶岗实习的理论纷争	220
(一)实习类型	222
(二)顶岗实习的含义	224
(三)顶岗实习生的身份争议	225
(四)顶岗实习生的身份误区	235
二、域外国家和地区的经验 and 启示	239
(一)相关国家和地区的立法和实践	240
(二)借鉴意义	246
三、顶岗实习生权益损害现状	248
(一)权益侵害的主要表现	249
(二)权益侵害的原因分析	255
四、顶岗实习生权益保障的完善建议	260
(一)完善法律保障制度	260
(二)加强实习指导和监管	261
(三)强化法律教育和管理	262
(四)建立各方风险分担机制	263
附录 郭某诉江苏益丰大药房连锁有限公司劳动 争议案	264
参考文献	270

第一章 就业歧视法律问题研究

2007年1月18日,黎某在网上向东莞诺基亚移动电话有限公司投递了应聘测试技术员岗位的简历。之后,黎某顺利通过笔试和面试。该公司人力资源部通知黎某被录用,和他谈了薪水等待遇,并要他到指定的医院参加入职体检,如果体检合格他就可以到公司上班了。1月27日,黎某到东莞同济医院进行入职前的体检。

“我以为像诺基亚这样的大公司不会有乙肝歧视,在体检结果还没出来时就主动告诉人力资源部负责人自己是乙肝病毒携带者。该负责人称,情况不太严重不会影响录取。”黎某告诉记者,1月30日他又一次到东莞同济医院进行测试,检查结果显示其病毒不具有传染性。

但是,诺基亚依然拒绝了黎某。黎某说,公司给他的答复是“公司所有人都是在同一个饭堂吃饭,同一个工作环境,担心他会传染给公司其他人,建议他换一份轻松点的工作。这是分公司

的规定,也是和分公司领导商量过后决定的”。

黎某因此将东莞诺基亚移动电话有限公司及其在中国的总部告上了法庭。在起诉书中,黎某写道:根据我国宪法及相关法律规定,公民有平等就业的权利,任何单位和个人不能侵犯公民的平等就业权。我国《劳动法》规定,劳动者享有平等就业的权利,劳动者就业不应受到歧视。原告作为乙肝携带者,《病毒性肝炎防治方案》规定,乙肝病毒携带者除了不能献血或从事直接接触入口食品和保育工作外,不能视为现症肝炎病人处理。原告是乙肝携带者,身体符合从事测试技术员的条件。但被告根据体检结果拒绝录用原告的作为,违反了传染病法不得歧视乙肝携带者的有关规定,严重侵犯了原告的平等就业权利,使原告精神上受到极大打击。黎某在起诉书中要求请求法院依法确认诺基亚以乙肝小三阳为由不予录用原告违法,并且请求依法判令被告诺基亚赔偿精神损害抚慰金50万元。东莞市人民法院根据黎某的民事起诉书,在5月8日立案。

2007年8月15日下午,黎某起诉诺基亚公司乙肝歧视案在东莞市人民法院正式开庭审理。在审理过程中,诺基亚的代理人坚称,拒录理由是黎某“色盲”,而非黎某携带乙肝病毒。为证明自己被拒绝录用是由于企业“歧视乙肝病毒携带者”,原告黎某出具了自己与应聘公司人力资源部工作人员对话的录音。根据录音材料内容显示,企业在回绝原告时,提到他“携带乙肝病毒”的体检结果。而诺基亚的代理人则直接推翻录音材料的证明效力,坚称其企业并不存在录音资料中回答黎某提问的工作人员。法院对该案进行了两个小时左右的审理之后,宣布择日将再次开庭或宣判。

这是一起典型的涉及“就业歧视”的争议,用人单位在招用员工时,往往处于强势地位,是否录用员工,基本上由企业说了算。但是,随着近几年劳动法律法规的日益健全以及员工维权意识的提高,就业歧视问题开始明显地受到立法者、执法者以及新闻媒体的关注。“就业歧视”中最为突出的就是对乙肝病毒携带者的招聘歧

视,其他典型问题还涉及性别歧视、年龄歧视、身高歧视、相貌歧视等等。2007年已经发生多起因“就业歧视”而引发的劳动争议案件,本案即为其中较有代表性的案例。在日益竞争激烈的就业环境下,在构建和谐社会的政策背景下,2007年国家各层次的立法已经对“就业歧视”问题作出了正面的回应。2008年1月1日,《中华人民共和国就业促进法》、《就业服务与就业管理规定》以及《劳动合同法》等几部新法正式实施。在这些新颁布的法律法规中,均严格禁止用人单位以传染病病原携带者为由拒绝录用员工,同时也规定了用人单位不得在招用人员简章或招聘广告中包含就业歧视性的内容。

本案谁胜谁败已经不重要,对广大用人单位来说,更为重要的警示意义在于,招聘新员工时,应以员工的工作能力作为是否招用员工的主要依据,择优录取,而不应当跟乙肝病毒携带、身高、性别等与工作能力不相关的因素挂钩。

随着我国社会经济的发展和公民权利意识的觉醒,人们对于社会公平的诉求大大提高,就业公平就是其中最为重要的表现之一。对于现代社会的成员来说,劳动已经不再是简单对国家和社会所承担的义务,它已经成为个人谋生的手段,并且在很大程度上影响到个人的人生价值的实现。因此,包括我国在内的诸多国家都将公民的就业权利上升到宪法保护的高度,不仅如此,“公民的劳动权还成为国际人权法促进保护的主要权利之一”。^①

近年来社会上出现了形形色色的就业歧视现象,乙肝歧视、性别歧视、户籍歧视、学历歧视、身高歧视、残疾歧视、相貌歧视、属相歧视、酒量歧视等等时常见诸报端,“就业歧视”也已经成为就业市场上的关键词。就业歧视引起了社会的广泛关注,反就业歧视诉讼也成为一个新的社会热点。有关就业公平也成为社会所关注的热点,

① 邵沙平主编:《国际法》,中国人民大学出版社2007年版,第532页。

围绕就业歧视所引发的批评和讨论时有发生,甚至引发恶性事件,就业歧视已经成为影响劳动关系和谐稳定的一个重要因素。基于此,我国在2008年前后出台了包括《就业促进法》在内的一系列新的劳动法律、法规,对于现实生活的各种就业歧视行为进行调整和规范,以最大限度地实现就业公平。

近代人权运动的历史,从某种意义上来说就是人类反就业歧视和追求平等的历史,在历史的发展长河中,人类所追求的自由和平等是两个非常重要的价值诉求。近代历史就是在不断的填平人类权利的塌陷而进行的各种斗争的历史。西方世界在“二战”以后建立了一套反就业歧视的法律框架,使得社会走向安定,经济持续发展。

客观地说,《就业促进法》等劳动法律、法规的实施,对于就业歧视起到了一定的效果,但离政府的公平就业目标还有相当的差距。“乙肝歧视、性别歧视、户籍歧视、学历歧视、身高歧视、残疾歧视、相貌歧视、属相歧视、酒量歧视等形形色色的就业歧视现象时常见诸报端,就业歧视已经引起了社会的广泛关注,反就业歧视诉讼也成为一个新的社会热点。”^①

袁某是IBM上海分公司的研发工程师,2006年他与IBM(中国)公司签订了一份为期5年的劳动合同。

然而,巨大的工作压力导致袁某身心疲惫,2007年6月,袁某被确诊为抑郁症。由于感觉自己无法承受巨大的工作压力,他于2007年6月19日向公司递交了辞职申请,后经公司有关人员主动提议,转成了病假。

但是,当袁某的病情有所好转时,他两次拿着上海市精神卫生中心“建议边工作边治疗”的医疗鉴定,请求公司恢复工作,均被公司

^① 胡八一:《新劳动合同法下的人力资源管理》,人民邮电出版社2010年版,第65~66页。

有关方面拒绝。

2008年1月11日,公司通知他办理解除劳动合同手续。同年1月24日,袁某向公司总裁信箱发出投诉信,对公司单方面解除劳动合同提出申诉。2月20日,IBM(中国)公司人力资源负责人告知袁某,公司作出的决定不能更改。2月27日,IBM上海分公司向袁某出具了解除劳动合同通知书,以袁某多次违反公司纪律,严重影响公司正常工作秩序且屡教不改为由,解除与他的劳动合同。

袁某认为,IBM 中国公司上海分公司与之解除劳动合同通知是为了执行其“不录用抑郁症员工”的歧视性政策。于是将公司诉至劳动争议仲裁部门,提出了继续履行劳动合同、补偿工资及精神损害赔偿等要求。

2008年6月18日,上海市浦东新区劳动争议仲裁委员会作出裁决:IBM(中国)公司与抑郁症员工袁某继续履行劳动合同,并赔偿其4个月工资及奖金共计57,332元。

这一案件不仅牵扯到知名外企 IBM,还被称为“反抑郁症歧视第一案”,因此受到社会各界的广泛关注,对于推动我国的反就业歧视法制进程具有积极意义。

一、我国反就业歧视法律制度的基本架构

与西方发达国家相比,我国仍未制定专门的反就业歧视法,现有的反就业歧视法律条文主要散见于《宪法》、《劳动法》、《就业促进法》等法律、法规、规章之中。此外,我国已经加入的相关国际公约,也成为我国反就业歧视法律制度的重要组成部分。

我国《宪法》第42条第1款规定:“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。”依此规定,就业权是《宪法》赋予每一个公民的神圣

权利。同时,《宪法》还在第 45 条第 3 款中规定:“国家和社会帮助安排盲、聋、哑和其他有残疾的公民的劳动、生活和教育。”第 48 条规定:“中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。国家保护妇女的权利和利益,实行男女同工同酬,培养和选拔妇女干部。”上述规定确立了我国反就业歧视的基本法律框架。

2005 年 8 月,全国人大常委会批准加入《国际劳工组织关于就业和职业歧视的第 111 号公约》。为履行此公约义务,我国于同年对《妇女权益保障法》进行了修改,在第四章对妇女劳动权利的保障特别作出规定,要求男女同工同酬,妇女在“享受福利待遇”、“晋职、晋级、评定专业技术职务等方面”与男子享有平等权利,并规定用人单位应当“依法保护妇女在工作和劳动时的安全和健康,不得安排不适合妇女从事的工作和劳动。妇女在经期、孕期、产期、哺乳期受特殊保护”,同时在第八章规定,妇女权益受到侵害的,有权提起诉讼。

《劳动法》针对就业歧视作出了明确的规定,该法第 12 条规定:“劳动者就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视。”第 13 条规定:“妇女享有与男子平等的就业权利。在录用职工时,除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外,不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。”

为了保障残疾人的就业权利,我国于 2008 年对《残疾人保障法》进行了修订,该法第四章对残疾人的就业权作出了特别保护,其特点是规定了大量推动残疾人就业的积极措施。例如,按照该法规定,“各级人民政府应当对残疾人劳动就业统筹规划,为残疾人创造劳动就业条件”,同时“实行按比例安排残疾人就业制度。国家机关、社会团体、企业事业单位、民办非企业单位应当按照规定的比例安排残疾人就业,并为其选择适当的工种和岗位。达不到规定比例的,按照国家有关规定履行保障残疾人就业义务。国家鼓励用人单

位超过规定比例安排残疾人就业”。

2008年1月1日开始实施的《就业促进法》，标志着我国反就业歧视立法进入了一个新的阶段。

《中华人民共和国就业促进法》

第三条 劳动者依法享有平等就业和自主择业的权利。

劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视。

第二十七条 国家保障妇女享有与男子平等的劳动权利。

用人单位招用人员，除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外，不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。

用人单位录用女职工，不得在劳动合同中规定限制女职工结婚、生育的内容。

第二十九条 国家保障残疾人的劳动权利。

各级人民政府应当对残疾人就业统筹规划，为残疾人创造就业条件。

用人单位招用人员，不得歧视残疾人。

第三十条 用人单位招用人员，不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用。但是，经医学鉴定传染病病原携带者在治愈前或者排除传染嫌疑前，不得从事法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使传染病扩散的工作。

第三十一条 农村劳动者进城就业享有与城镇劳动者平等的劳动权利，不得对农村劳动者进城就业设置歧视性限制。

特别值得一提的是，《就业促进法》第一次明确了劳动者基于就业歧视提起诉讼的权利，该法第62条规定：“违反本法规定，实施就业歧视的，劳动者可以向人民法院提起诉讼。”从而为劳动者的就业平等权提供了司法救济。