

中国法学会部级法学研究课题资助
湖北省社会科学基金项目资助

体面劳动调控论

问清泓 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

体面劳动调控论

问清泓 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

体面劳动调控论/问清泓著. —武汉: 武汉大学出版社, 2013. 9
ISBN 978-7-307-11538-5

I. 体… II. 问… III. 劳动关系—研究—中国 IV. F249.26

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 210271 号

责任编辑: 詹 蜜 责任校对: 刘 欣 版式设计: 韩闻锦

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 武汉中远印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 22.75 字数: 325 千字 插页: 2

版次: 2013 年 9 月第 1 版 2013 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-11538-5 定价: 38.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

特 别 感 谢

中国法学会 2012 年度部级法学研究课题一般项目基金
资助：

“平等权视角下劳务派遣和业务外包用工規制研究”

【编号：CLS(2012)C88】

湖北省社会科学基金项目资助：

“体面劳动调控论”

【编号：2012016】

作者简介

问清泓，男，1965年生，湖北荆州人，法学博士，教授。硕士毕业于中南财经政法大学法学院经济法专业，博士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并任校学术委员会副秘书长。主要从事劳动法研究。

前 言

体面劳动调控是构建和谐劳动关系的必然要求和基本手段，法制社会中体面劳动的调控应当是正式制度调控即依法调控，而不是由非正式制度放任自由式的调整。国家和社会有责任和义务从正式的社会制度层面，通过构建较为完备的法律制度来调整和控制劳动关系，以期达到劳动关系的公平和正义，使广大劳动者能够实现体面劳动的价值追求。

体面劳动的调控是实现体面劳动的重要路径。早在 1999 年 6 月，国际劳工组织新任局长索马维亚在第 87 届国际劳工大会上首次提出了体面劳动的新概念，明确指出所谓体面劳动，是指劳动者的权利得到保护、有足够的收入、充分的社会保护和足够的工作岗位。为了保证体面劳动这一战略目标的实现，必须从整体上平衡而统一地推进“促进工作中的权利”、“就业”、“社会保护”、“社会对话”四个目标。2008 年，中共中央总书记、国家主席、中央军委主席胡锦涛在中国举办的“经济全球化与工会”国际论坛开幕式上的致辞中也提出了体面劳动：“让各国广大劳动者实现体面劳动，是以人为本的要求，是时代精神的体现，也是尊重和保障人权的重要内容。”这一精辟论断对于我国乃至全球体面劳动的实现与维护劳动者权益的可持续发展都具有重要意义。2010 年 4 月 27 日，胡锦涛在全国劳动模范和先进工作者表彰大会致辞中再次对体面劳动进行了阐述，胡主席指出：“进一步保障劳动者权益，为促进社会和谐奠定坚实基础”，从政治、经济、社会、法律、行政等各方面采取有力措施，保障广大劳动群众权益，促进社会公平正义。要健全以职工代表大会为基本形式的企事业单位民主管理制度、厂务公开制度，组织职工依法实行民主选举、民主决策、民主管理、民主监督，使广大劳动群众的知情权、参与权、表达权、监督权得到更充分更有效的保障。要切实实施积极

的就业政策,创造更多就业岗位,促进充分就业,改善就业环境,提高就业质量,不断增加劳动者特别是一线劳动者劳动报酬。胡主席特别强调:“要切实发展和谐劳动关系,建立健全劳动关系协调机制,完善劳动保护机制,让广大劳动群众实现体面劳动。”^①

体面劳动反映了不同社会制度下的各国劳动者的普遍需求,体面劳动既包含了就业、社会保护和有尊严的劳动(废除童工劳动和强迫劳动、消除就业和职业歧视)等主要目标,也包含了实现这些目标所必不可少的工会权利(结社自由和集体谈判)和社会对话等基本手段,比较全面地反映了劳动者的基本权益。而且,它是以国际法作为支撑的,用法律手段强化了对劳动者的保护^②。体面劳动的发端和变迁有其深刻的社会根源和制度根源,因其具有道德合理性、符合社会公共利益、回应社会生产的实践需求和顺应可持续发展的规律等特点而极富生命力,颇具理论与实践价值。体面劳动的实现需要构建一个企业发挥主体力量、政府承担主导责任、工会发挥协调作用的三方协同联动机制。政府应通过制度建设将体面劳动的诉求转化为社会政策,因为制度建设是劳动者实现体面劳动、尊严生活的社会基础,政府可以借助法律制度、经济政策和社会保障政策,形成多元化的制度合力,从就业援助、就业歧视、就业促进、社会保障、职业安全等维度入手,为体面劳动的实现做好制度供给^③。笔者认为,劳动关系的调控就是要通过构建正式的社会制度,实现体面劳动。通过对个体劳动关系和集体劳动关系的制度建设与调控,通过就业促进调控制度、社会保障调控制度和劳资冲突的程序调控制度,有效开展政府、企业和工会的三方对话机制,充分保障劳动者的权益,构建和谐的劳动关系,

① 胡锦涛:《在2010年全国劳动模范和先进工作者表彰大会上的讲话》,载新华网, http://news.xinhuanet.com/politics/2010-04/27/c_1259809.htm, 发布时间:2010年4月27日,访问时间:2011年12月10日。

② 林燕玲:《体面劳动在中国的阐释和实践》,载《北京市工会干部学院学报》2011年第1期,第6页。

③ 王佳佳、牛忠江:《“体面劳动”的实现路径》,载《光明日报》2011年1月30日第007版。

实现社会的公平和正义。

制度调控是法治建设的重要手段，本书就是从法制的视阈探讨体面劳动之制度调控的七大方面。体面劳动的调控可分为实体法调控和程序法调控两大方面。实体法调控是基础和前提，程序法调控是救济和保障，二者缺一不可，共同构建和保障劳动关系的和谐与稳定。本书对传统个体劳动关系的调控——学徒合同制度进行了比较全面的阐述，还对集体劳动关系的调控——集体合同制度进行了透视。本书重点对劳动就业的调控制度即就业促进制度进行了论述，分别对政府、企业和高校在就业促进中调控作用和调控内容进行了解读。社会保障制度是劳动关系调控的重要内容之一，本书对我国的社会保障制度进行了诠释。本书重点研究了劳务派遣之同工同酬调控问题，我国劳务派遣已经泛滥成灾，劳动派遣之同工不同酬问题非常突出，严重妨碍了劳务派遣工之体面劳动的实现。本书研究了我国业务外包之法律规制和调控问题，业务外包还不是真正意义上的法律范畴，对业务外包的法律规制还是空白。体面劳动的程序法调控是体面劳动调控的另一大方面，本书对劳资冲突程序调控——争议解决制度进行了比较深刻的论述。

全书共分为七章。

第一章“传统劳动关系调控——学徒合同制度”。对学徒合同制度的历史、学徒合同制度的价值判断、学徒合同制度的立法构想和学徒合同制度与和谐劳动关系进行了解析。我国学徒合同制度的理论研究和立法都还处于空白地带，学徒制度之职业法规制的“二元制”和学徒制度之劳动法规制的“法典式”对我国都有一定的借鉴意义。我国民法并没有关于学徒合同的规定，学徒合同在我国民法领域内还属于空白地带，这也是民法的重要缺陷之一。学徒合同在我国的劳动法领域内，也是立法之空白。无论是《劳动法》，还是《劳动合同法》，都没有关于学徒合同的规定，劳动法学界对学徒合同的理论研究非常匮乏，更不能为立法提供有力的理论支撑，因此，在我国对学徒合同的理论研究意义深远。

第二章“集体劳动关系调控——集体合同制度”。本章围绕三方

机制、集体协商和产业行动三大方面展开研究，对工资的集体协商制度进行了探讨，提出了我国集体合同制度塑造的建议。三方机制是劳资关系和平解决的主要手段，是发达国家劳动法之近百年的制度积淀，我国非常有必要借鉴这一制度，以企有效调控集体劳动关系，并寻求劳资冲突和平解决的途径，构建稳定而和谐的劳动关系。

第三章“劳动就业制度调控——就业促进制度”。对政府、企业和高校三者为促进就业中的内容和法律责任进行了分别论述，特别探析了政府在公民首次就业中的就业促进义务，并对《首次就业合同法》的立法提出了构想，具有一定的创新性。政府和企业劳动就业中就业促进义务，从宏观层面就是要实现“体面劳动”的价值目标，“体面劳动”的微观层面的内容与政府和企业之就业促进义务具有一致性。在促进就业中的内容和法律责任中还特别对高校之“唯就业率”进行了剖析，本章还对就业见习制度和反就业歧视制度进行了阐述。就业见习制度是域外很多国家或地区促进青年就业的一项重要就业促进制度，是政府和企业之就业促进的重要义务和责任。从国际上看，许多国家和地区都将见习作为促进青年就业的重要措施，就业见习已成为国际社会促进就业的重要经验。就业见习制度在我国的历史还非常短暂，就业见习制度在法学界的研究几乎还是空白地带，其理论研究的滞后，也带来了其立法的缺失，这对就业促进特别是大学就业促进非常不利，是明显的法律遗漏。

第四章“劳动就业保障调控——社会保障制度”。主要研究了社会保障法的调控作用，对《社会保险法》的授权性条款进行了检视，对养老保险的“双轨制”有比较全面的审视。本章还对生育保险社会化和大学生失业保险问题进行了探讨。对《社会保险法》之授权性条款的研究、对我国养老保险之“双轨制”的审视、大学生失业保险制度的研究都有一定的创新性。《社会保险法》中有很多条款是授权性的，“转致”适用模糊，不具有直接的可操作性。社会保险立法应着力解决社保的“公平”和“普惠”问题，从公平的角度来看，要着力解决公务员与企业职工退休金“双轨制”问题。

第五章“劳务派遣之同工同酬调控”。我国劳务派遣已经泛滥成

灾，劳动派遣人员同工不同酬问题非常突出，已经成为实现劳务派遣之体面劳动的严重障碍，本章重点研究了破解同工不同酬之困局的八大路径。第一，明确界定同工同酬的内涵和法律属性；第二，明确界定劳务派遣“三性”范围；第三，建立申请许可、报告制度和准备金或保证金制度；第四，增设向直接雇佣或长期雇佣转化的规定；第五，让用工单位直接向派遣工支付工资；第六，保障农民工同工同酬权；第七，加大判例引导作用；第八，确立雇主责任原则。

第六章“业务外包之调控”。业务外包在我国市场经济中已经大量出现，并开始出现了异常繁荣的局面，但是，与此繁荣相反的是，法学界和法律界对业务外包还没有什么反应，显得非常滞后。我国目前还没有专门规制业务外包的法律法规；学界对业务外包的法律关系及属性、业务外包合同的类型化、权益保障、争议处理等问题的研究还罕有涉足，更谈不上对业务外包提供可供立法参考的理论支撑，在立法上还没有关注并响应这一新现象。本章笔者对业务外包从法学的视阈进行了研究。本章重点研究了业务外包的困惑与困难，并努力寻求了困局求解之法。

第七章“劳资冲突程序调控——争议解决制度”。比较全面地分析了三大争议即劳动争议、就业歧视争议和社会保险争议，三大争议的调控是劳资冲突之程序调控的主要内容。我国目前的“先裁后审”模式有很大的缺陷，必须改造，而“或裁或审”模式应当是比较理想的选择。我国就业歧视的立法体系不尽完善，具体操作中存在诸多弊端，这些都不利于反就业歧视上的法制建设。学术界和司法实践社会保险争议一直是有争议的，一是“劳动争议说”，二是“行政争议说”，三是“混合说”，本章对其进行了剖析。

本书从法律调控的角度对体面劳动的法律保障制度进行较为全面的解读，具有一定的理论和实践意义。第一，对贯彻落实胡锦涛总书记提出的“让广大劳动群众实现体面劳动”的要求，具有重要的政治意义；第二，对我国入世后融入国际社会，实现国际劳工组织的要求，完成与国际劳动法的对接有国际意义；第三是可以填补我国关于体面劳动之法律空白，从法理上将体面劳动作为法律特别是劳动法的

价值目标；第四是对构建和谐劳动关系具有实践意义，可以为体面劳动的实现及法律调控提供路径选择。

本书是笔者从事劳动法教学与研究的长期历史积淀，时间跨度十余年，可谓是十年磨剑。书中很多观点具有一定的创新性，虽然笔者尽了最大的努力，也花费了大量时间和精力，但由于水平有限，遗漏或谬误之处在所难免，恳请广大同仁和读者批判指正，我将在今后的教学与研究中不断努力，以期更好地感悟劳动法之法义。

问清泓

2013年5月于武汉科技大学

目 录

第一章 传统劳动关系调控——学徒合同制度	1
第一节 学徒合同制度的历史因应	1
一、传统学徒制度	3
二、学徒制度之职业法规制——双元制	4
三、学徒制度之劳动法规制——法典式	10
四、学徒制度之其他规制——单行法或专章	14
第二节 学徒合同制度的价值判断	17
一、顺应历史传统之必然	17
二、发展职业教育之需求	18
三、填补多个立法之空白	20
第三节 学徒合同制度的立法构想	22
一、学徒合同的立法例	22
二、学徒合同的形式和期限	25
三、学徒合同的试用期	27
四、工资待遇和社会保险	29
第四节 学徒合同制度与和谐劳动关系 ——对学徒争议案例的解读	30
一、学徒合同典型案例解读	31
二、导师与研究生关系之异化	40
第二章 集体劳动关系调控——集体合同制度	46
第一节 集体合同概述	46
一、集体合同的概念	46
二、西方集体合同制度的发展轨迹	48
三、我国集体合同制度的发展轨迹	50

四、我国集体合同制度的性质与价值	51
第二节 我国集体合同制度之缺陷检视	52
一、我国集体合同制度在立法上的不足	53
二、我国集体合同在协商中存在的问题	55
三、我国集体合同内容上存在的问题	57
四、我国集体合同履行中存在的问题	58
第三节 我国工资集体协商制度	60
一、工资集体协商的界定	60
二、工资集体协商制度的价值	61
三、工资集体协商制度的问题	63
四、工资集体协商制度的建构	68
第四节 我国集体合同制度的塑造	73
一、集体合同立法的完善	73
二、集体协商行为的完善	76
三、集体合同内容的完善	77
四、集体合同履行的完善	78
 第三章 劳动就业制度调控——就业促进制度	81
第一节 就业促进中的政府责任	81
一、政府促进就业之法律义务	
——《首次就业合同法》构想	81
二、政府促进就业之法律责任	91
三、执法主体问题	94
第二节 就业促进中的社会责任	96
一、企业在就业促进中的责任	96
二、高校在就业促进中的责任——“唯就业率”检视	106
第三节 就业见习制度	116
一、就业见习制度概述	116
二、就业见习制度的意义	118
三、义务和责任的划归	121

四、就业见习的立法·····	122
第四节 反就业歧视制度·····	126
一、就业歧视的界定·····	127
二、禁止就业歧视必要性·····	134
三、域外反就业歧视的现状和不足·····	146
四、我国反就业歧视的现状和不足·····	153
第四章 劳动就业保障调控——社会保障制度·····	164
第一节 社会保障法的作用·····	164
一、社会保障法有利于人权的保护·····	166
二、社会保障法有利于公平和正义·····	169
三、社会保障法有利于解决贫困问题·····	174
四、社会保障法有利于化解社会风险·····	178
五、社会保障法有利于解决老龄化问题·····	181
第二节 《社会保险法》授权性条款检视·····	185
一、授权性条款之论争·····	187
二、授权性条款的主要内容·····	188
三、减少授权性条款的因由·····	189
第三节 养老保险“双轨制”审视·····	191
第四节 生育保险社会化分析·····	197
第五节 大学生失业保险制度·····	200
一、大学生是否应当纳入失业保险的范畴·····	201
二、建立大学生失业保险制度的构想·····	206
第五章 劳务派遣之同工同酬调控·····	209
第一节 问题缘起和立法期待·····	209
第二节 劳务派遣之同工不同酬成因分析·····	212
第三节 解决劳务派遣之同工不同酬的路径·····	215
一、明确界定同工同酬的内涵和法律属性·····	215
二、明确界定劳务派遣“三性”范围·····	223

三、建立申请许可、报告制度和准备金或保证金制度·····	225
四、增设向直接雇佣或长期雇佣转化的规定·····	230
五、让用人单位直接向派遣工支付工资·····	232
六、保障农民工同工同酬权·····	235
七、加大判例引导作用·····	242
八、确立雇主责任原则·····	245
第六章 业务外包之调控·····	254
第一节 缘起与现状·····	255
第二节 困惑与困难·····	257
一、业务外包法律主体界定的困惑·····	258
二、业务外包合同的属性、类型化和法律调整·····	264
三、业务外包与劳务派遣的关系·····	270
四、争议解决机制的复杂性·····	270
第三节 困局求解·····	271
一、统一劳务、雇佣、劳动等劳动关系立法·····	271
二、统一业务外包和劳务派遣立法·····	272
三、建立健全工会组织，保障劳动者团结权的实现·····	275
四、保障业务外包工特别是农民工和大学生的同工 同酬权·····	278
五、加大离岸业务外包中劳工权益保护·····	282
第四节 结论与余论·····	286
第七章 劳资冲突程序调控——争议解决制度·····	288
第一节 劳动争议·····	288
一、“先裁后审”之检讨·····	291
二、“或裁或审”之审视·····	295
三、仲裁时效之探究·····	298
第二节 就业歧视争议·····	302
一、禁止就业歧视立法保障·····	303

二、非诉讼解决途径.....	306
三、诉讼解决途径.....	309
第三节 社会保险争议.....	315
一、由典型案例说起.....	315
二、社会保险争议种类和性质.....	318
三、社会保险争议的规范冲突.....	328
四、社会保险争议的立法构想.....	340

第一章 传统劳动关系调控 ——学徒合同制度

第一节 学徒合同制度的历史因应

人类古老而传统的劳动关系的建立是学徒制度，这种制度经历了长期的发展，由非正式制度逐渐发展为调控劳动关系的正式社会制度，学徒合同制度在当今的现代社会中仍然具有强大的生命力，是现代劳动关系中的重要组成部分之一，对学徒劳动关系的调控也成为法制社会不可或缺的内容之一。

1802年英国议会通过的《学徒健康与道德法》被普遍认为是资产阶级工厂立法的开端，也被公认为是现代劳动法的开端。从此，劳动法就与学徒制度结下了不解之缘，研究学徒合同制度在劳动法或劳动合同法中具有深远的历史意义和现实指导意义。

学徒制度是一个古老的历史制度，其起源甚早，为往昔学徒学习技艺所必经之阶段，其后机器发明，有专门学校教授技术，至此制度遂衰^①。学徒制度按其发展程度可以分为三个历史阶段：中世纪行会建立前的初步发展时期，行会制度下学徒制度的繁荣时期以及随着行会的衰落传统学徒制度的衰退时期。最初是父亲把手艺传给儿子，随着手工业作坊逐步扩大，工匠不能只靠自己的孩子去完成任务，还需要招收别人的孩子到自己的作坊做帮手，并把他们作为养子授以职业

^① 参见黄越钦著：《劳动法新论》，中国政法大学出版社2003年版，第383页。