

普通高等教育法学**核心课**教材

总主编 徐祥民



# 劳动与社会保障法学



主 编 张荣芳

501



科学出版社

[www.sciencep.com](http://www.sciencep.com)

普通高等教育法学核心课教材

总主编 徐祥民

# 劳动与社会保障法学

主 编 张荣芳

副主编 段晓红 王冶英

科学出版社

北京

## 内 容 简 介

劳动与社会保障法在“十一五”期间被列为法学核心课程。本书分为劳动法和社会保障法两部分。包括劳动法概述、劳动合同、集体协商与集体合同、就业服务与职业培训、工作时间和休息休假、工资、劳动安全与卫生、劳动监察、劳动争议的处理、社会保障法概述、社会保险法、非典型就业劳动者法律保护制度等内容。力求使学生掌握劳动与社会保障方面的基本法律问题,全面反映劳动与社会保障方面的我国最新立法情况和现状,并从实践的角度出发,重点着眼于准确地对现行法律法规进行阐述与分析。

本书为普通高等教育法学专业的核心课程教材,供法学专业本科生、法律硕士研究生学习劳动和社会保障法使用,也可供参加司法考试的社会人士作为学习参考。

### 图书在版编目(CIP)数据

劳动与社会保障法学/张荣芳主编. —北京:科学出版社, 2008  
普通高等教育法学核心课教材/徐祥民总主编  
ISBN 978-7-03-021681-6

I. 劳… II. 张… III. ①劳动法-中国-高等学校-教材 ②社会保障-行政法-中国-高等学校-教材 IV. D922.5 D922.182.3

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第054514号

责任编辑:徐蕊/责任校对:张小霞

责任印制:张克忠/封面设计:陈敬

科学出版社出版

北京东黄城根北街16号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

明辉印刷有限公司印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

\*

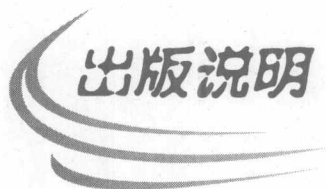
2008年6月第一版 开本:B5(720×1000)

2008年6月第一次印刷 印张:14

印数:1—4 000 字数:260 000

定价:22.00元

(如有印装质量问题,我社负责调换〈明辉〉)



## 出版说明

中国的法学教育是一种多元化的法学教育，这是与我国现阶段对法律人才的多层次需求相适应的。目前，不同法学院校在不同的教学理念支撑下，对法律人才培养目标的定位逐渐明晰，以适应社会的多元化需求。教材作为法学知识的载体，也同样应当体现多元化的教育模式。

科学出版社在“立足科技、面向教育”的指导思想下，近十年来推出了大量适应不同层次需要的高校教材。在法学教育领域，也相继推出了若干富有鲜明特色和创新特点的教材，为我国法学教育的发展注入了新的活力。我们也仍将坚持科学与人文并举的方针，推出更多更优秀的法学教材。

2006年，教育部法学学科教学指导委员会对法学核心课程重新进行了调整，除了原有的14门核心课程之外，新增了劳动与社会保障法、环境与资源保护法两门课程作为法学的核心课程。这一调整反映了新的时代要求，与这一变革相适应，科学出版社与徐祥民教授及“普通高等教育法学核心课教材”编委会的其他专家共同策划，推出了本套教材。

本套教材定位于适应法学教学需求及多元化的人才培养理念，同时与司法考试进行有机衔接。因此，在策划本套教材的过程中，尤为注意对理论阐述进行精炼的要求，尽量突出教学中的重点内容使学生明确学习重点，避免因理论阐述内容过多而造成的混乱状况，以提高学习效果。

我们期待本套教材能成为教师授课和学生学习的得力助手，从而为我国法律人才的培养贡献新的力量。

科学出版社

## 编写说明

教材是对学科发展的集中反映，学科的发展必然反映到教材中来，而教材则应主动反映学科的发展变化；教材体系是学科体系的写照，学科体系的完善一定会对教材体系产生影响，而教材体系应当对学科体系的逐步完善给予准确的表达。中国法学经过一个多世纪的发展，经过一代又一代学人为之贡献智慧，经过社会实践，尤其是法制实践的一再检验和修正，经过与中外各种学说的反复交流、碰撞，已经形成了以不断丰富的马克思主义为指导，与我国的政治、经济、社会、历史、哲学、文化等相融相通，符合我国社会主义法治发展要求的完整体系。由教育部法学教学指导委员会确定的 16 门法学核心课程是对中国法学体系的一个浓缩，也是为适应普通高等教育法学本科阶段的教学的需要而对中国法学体系所做的一个提炼。为了在教学活动中更好地表达这个经过浓缩的法学体系，我们编写了这套教材——“普通高等教育法学核心课教材”。这是一个与我国的法学体系相一致的较为完整的教材体系。

法学的每个学科，比如法理学、民法学、刑法学、环境法学等，都是从事相关学科教学、研究的学者们在对古往今来的相关法律现象，对古今中外的相关法律实践总结、提升的基础上，通过对相关法学理论以及相关哲学、经济学、历史学等的研究结论的批判、吸收、借鉴等而形成的。它们都凝结了学者们的心血和汗水，同时，它们也都不可避免地带有创建、发展或阐述、加工相关学科的学者们所赋予的某些特点。每个学科都有自己特定的研究对象、基本理论、基本知识体系等，但作为主观创造物的学科也都因“创造者”对对象的理解的不同而存在解说上的某些差异。我们这套教材在总体设计上力求反映我国学界最通行的理解，目的在于给教学第一线的教师和受教育者一个能获得最大认同的知识体系和理论体系。同时，我们也注意发挥法律实践、学术研究对学科发展的推动作用，支持在学科系统既定情况下对学科的发展完善，赞成在基本理论体系不变的前提



下对学科具体知识、观点等作适应实践需要的调整、补充。在这个意义上,这套教材是参加编写的教授、专家们的作品,是他们的精神产品。

创造这些精神产品的教授、专家是以下各卷主编及其所率领的编写组成员:

《法理学》,主编:李瑜青(华东理工大学法学院教授、博士生导师)、苗金春(潍坊学院法学院院长、副教授)

《中国法制史》,主编:袁兆春(曲阜师范大学法学院院长、教授)

《宪法学》,主编:王德志(山东大学法学院教授、博士生导师)

《行政法与行政诉讼法学》,主编:孟鸿志(山东工商学院法学院院长、教授)

《刑法学》,主编:于阜民(中国海洋大学法政学院教授)

《刑事诉讼法》,主编:姚莉(中南财经政法大学科研处处长,法学院教授,博士生导师)

《民法学》,主编:胡家强(中国海洋大学法政学院法律系主任、教授)、苑敏(济南大学法学院法学系主任,教授)

《民事诉讼法》,主编:王国征(青岛大学法学院副院长,教授)

《商法学》,主编:李光禄(山东科技大学法学院院长,教授)、袁晓波(哈尔滨理工大学法学院教授)

《知识产权法学》,主编:姜一春(烟台大学法学研究所所长,法学院教授)

《经济法学》,主编:李响(青岛科技大学政法学院副院长,教授)、任以顺(中国海洋大学法政学院教授)

《劳动与社会保障法学》,主编:张荣芳(武汉大学法学院副教授)

《环境法学》,主编:徐祥民(中国海洋大学法政学院院长、教授、博士生导师)

《国际法学》,主编:赵海峰(哈尔滨工业大学法学院院长、教授)、杨惠(中国民航大学法学院教授)

《国际私法学》,主编:王利民(大连海事大学法学院教授、博士生导师)

《国际经济法学》,主编:赵云(香港大学法律学院副教授)

李响教授、巩固博士作为本套教材编委会的秘书长和秘书,也为本套教材的出版付出了辛勤的劳动。

总主编 徐祥民

2008年5月15日于青岛海滨寓所

# 目 录

出版说明  
编写说明

<b>第一章</b>		劳工	
	<b>劳动法概述</b> .....		1
第一节	劳动法的概念和调整对象.....		1
第二节	劳动法的地位、体系和渊源.....		6
第三节	劳动法的产生和发展.....		11
第四节	国际劳动立法.....		17
<b>第二章</b>			
	<b>劳动合同法</b> .....		21
第一节	劳动合同概述.....		21
第二节	劳动合同的订立.....		24
第三节	劳动合同的履行、变更和承继.....		33
第四节	劳动合同的解除和终止.....		37
<b>第三章</b>			
	<b>集体协商与集体合同</b> .....		47
第一节	工会的法律地位及其权利.....		47
第二节	集体协商.....		52
第三节	集体合同.....		56
第四节	集体合同争议的处理.....		63
<b>第四章</b>			
	<b>就业服务与职业培训</b> .....		66
第一节	就业服务.....		66
第二节	职业培训.....		73

<b>第五章</b>		
	工作时间和休息休假 .....	82
第一节	工作时间和休息休假概述 .....	82
第二节	工作时间的种类 .....	84
第三节	关于延长工作时间的法律规定 .....	88
第四节	休息休假制度 .....	91
<b>第六章</b>		
	工资 .....	97
第一节	工资概述 .....	97
第二节	工资总额的宏观管理 .....	99
第三节	工资形式 .....	101
第四节	最低工资制度 .....	103
第五节	特殊情况下的工资支付 .....	108
第六节	工资的法律保障 .....	110
<b>第七章</b>		
	劳动安全与卫生 .....	114
第一节	劳动安全卫生概述 .....	114
第二节	劳动安全卫生管理制度 .....	118
第三节	女职工和未成年工的特殊保护 .....	125
<b>第八章</b>		
	劳动监察 .....	129
第一节	劳动监察概述 .....	129
第二节	我国劳动监察制度 .....	132
<b>第九章</b>		
	劳动争议的处理 .....	139
第一节	劳动争议处理机制概述 .....	139
第二节	劳动争议的调解 .....	143
第三节	劳动争议的仲裁 .....	147
第四节	劳动争议的诉讼 .....	152



<b>第十章</b>	<b>社会保障法概述</b> .....	157
第一节	社会保障法的概念和特征.....	157
第二节	我国社会福利法律制度.....	162
第三节	我国社会优抚法律制度.....	164
第四节	我国社会救济法律制度.....	167
<b>第十一章</b>	<b>社会保险法</b> .....	172
第一节	社会保险法律制度概述.....	172
第二节	养老保险法律制度.....	179
第三节	失业保险法律制度.....	183
第四节	工伤保险法律制度.....	188
第五节	医疗保险法律制度.....	193
第六节	生育保险法律制度.....	194
<b>第十二章</b>	<b>非典型就业劳动者法律保护制度</b> .....	198
第一节	非典型就业概述.....	198
第二节	非全日制就业劳动者的法律保护.....	199
第三节	劳务派遣的法律规制.....	203
后记	.....	212

# 第一章 劳动法概述

## 第一节 劳动法的概念和调整对象

### 一、劳动法的概念

劳动法的概念因定义的角度不同而不同,有的从保护对象的角度将其称为“从属性劳动者之保护法”,或称“从属性劳工之特别法”;有的以法律关系作为定义的重点,将其定义为“劳资关系法规”或称“规范劳动关系及其附属的一切关系之法律制度全体”或“规范劳动关系之法律的整个体系”;有的以主体和客体二者作为劳动法定义的要素,将其称为“规范从属的劳动者与雇主间权利义务关系的法律”。<sup>①</sup>我国劳动法学界主要以法律关系为标准,将劳动法界定为调整劳动关系和与之密切联系的其他社会关系的法律规范的总称,本书以此作为劳动法的定义。所以,在定义劳动法的概念时,首先应当解决劳动关系的认定问题。

劳动关系是劳动法基本、核心的问题。从理论上讲,它是劳动法的基本调整对象,是劳动法概念的核心;在实务中,劳动关系是劳动者享有相关劳动保护的前提条件,是用工者承担相关劳动保护义务的基础,在争议的处理过程中,争议处理机构首先认定争议双方是否形成劳动关系,确定争议的处理机构、程序,确定适用的实体法规范。我国《劳动法》第1条规定,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,依据宪法,制定本法。但《劳动法》和《劳动合同法》均未对劳动关系的定义加以规定。

### 二、劳动关系的认定标准

认定劳动关系的意义有:①对工人来讲,劳动关系是其享受劳动法和社会保障法保护的前提,是享受劳动法规定的最低劳动条件标准、劳动安全卫生保护,劳动者的团结权、参与权和社会保险待遇的条件。②对用工者而言,是其承担相关的雇主责任,包括劳动保护和社会保险、社会福利等方面责任的条件。劳动关系得不到认定,不仅工人缺乏保护,对雇员的个人及其家庭带来损害,对用工者也不利,因为它破坏劳动生产率——工作缺乏稳定和晋升前景的工人会对企业没

<sup>①</sup> 黄程贯:《劳动法》,空中大学,2001年,第53~54页。

有责任感,会使成本很高的劳动者替代的周转率不断上升,会扭曲企业之间的竞争。<sup>③</sup>对整个国家而言,关系到劳动者的培训和素质的提高,关系到社会稳定及国家税收。

### (一) 劳动关系的概念

劳动关系的概念是劳动法理论上最具争议的概念之一。对于劳动关系的含义、特点,劳动关系的认定标准,劳动关系与雇佣关系的区别等问题,是劳动法理论中的基础问题,不仅学界的认识不同,而且各国法律规定的差异也很大。史尚宽关于劳动关系的定义是:“劳动关系谓以劳动给付为目的之受雇人与雇佣人之间关系”<sup>①</sup>,这一概念需要进一步界定“受雇人”、“雇佣人”的含义。王全兴认为,“作为劳动法调整对象的劳动关系,是劳动力所有者(劳动者)与劳动力的使用者(用人单位)之间,为实现劳动过程而发生的一方有偿提供劳动力由另一方用于同其社会资料相结合的社会关系。”<sup>②</sup>这一定义虽然可以通过限制解释说明劳动关系的基本特点,但不够明确。董保华关于劳动关系的定义更抽象,认为劳动关系是劳动者与劳动力的使用者在劳动过程中发生的社会关系。<sup>③</sup>

对劳动关系进行定义的目的是给予实务明确的指示。我们应当把握现行法律规范的内容。《劳动合同法》虽然未对劳动关系进行定义,但2005年提交审议的《劳动合同法(草案)》第3条规定,本法所指的劳动关系,是指用人单位招用劳动者为其成员,劳动者在用人单位的管理下提供有报酬的劳动而产生的权利义务关系。劳动和社会保障部<sup>④</sup>《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部[2005]12号)规定,劳动者与用人单位未签订书面劳动合同,但具备下列情形之一的,劳动关系成立:用人单位主体与劳动者主体合格,用人单位依法制定的各项规章制度适用于劳动者,劳动者受用人单位的管理,从事用人单位安排的有报酬的劳动;劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。依此规定,我国现行的法律对劳动关系的认定标准,主要从实质内容和主体两方面加以规定。

### (二) 劳动关系的实质认定标准

各国劳动法不管是从“劳工”身份或者“劳动关系”的角度制定劳动保护制度,一个共同的特点是劳动法为从属劳动者提供特别保护,或者调整具有从属性的劳动者与用工者之间的有偿劳动关系。所以,“从属性”、“有偿性”是劳动关系的实质认定标准。

① 史尚宽:《劳动法原论》,正大印书馆,1978年,第2页。

② 王全兴:《劳动法》,法律出版社,2004年,第31页。

③ 董保华:《劳动关系调整的法律机制》,上海交通大学出版社,2001年6月,第29页。

④ 根据2008年3月第十一届全国人民代表大会通过的国务院机构改革方案,劳动和社会保障部的职责划入新组建的人力资源和社会保障部。

### 1. 从属劳动的判断标准

我国现行规范对从属劳动的判断标准主要是：劳动者接受用人单位的管理，包括抽象的管理——遵守用人单位的规章制度，以及具体管理——服从单位的具体指挥、监督，从事用人单位安排的工作岗位，按照单位要求的劳动方式工作。“是否接受管理”可以从下列要素判断：①对工作之委托、执行业务之指示是否有权拒绝，如无权拒绝，可推定为有指挥监督关系。②对业务的执行有无接受指挥监督的义务，即关于业务内容及执行业务的方法，如受具体之指挥命令时，应认为接受管理；劳动者有无进行通常业务之外的业务活动，如果没有，可以作肯定判断。③如果工作场所、工作地点受到限制时，一般认为有指挥、监督关系。④如果劳务本身可以委由他人代替提供，也是构成否定存在管理、监督关系的要素。

其他辅助判断要素有：①通常劳工没有机械、器具、原料等；②劳动者的报酬额比该企业内从事同样业务的正式员工工资明显偏高时，一般该报酬非从属劳动的对价；③其他，如是否自负执行业务产生的损害，是否有自己的商号，从属劳动者若没有自己的商号，不能自负执行业务产生的损害；④专属性的程度，从属劳动者受制度的限制，不能从事其他雇主委托的业务活动，或没有业余时间为其他雇主从事业务活动。

### 2. 报酬及其支付方式

从属劳动者提供的劳动是有偿的，并且报酬是劳动时间的对价，如迟到时扣薪，加班时加薪，应作为从事劳动的判断标准。

### (三) 劳动关系的主体认定标准

劳动法从传统民法中独立出来，设置特别的规范对从属劳动者给予保护，其前提基础是劳动者与用工者地位的不平等。在历史上，劳动法的保护范围有一个从小到大的发展过程。在工厂法时期，劳动法仅调整纺织厂和煤炭厂的劳动用工关系，保护范围主要是童工和女工，以后逐步扩大到其他工厂、企业。劳动关系的主体包括劳动的提供者和劳动使用者这两方当事人，绝大多数国家从劳工的角度界定劳动关系的范围，法律规定劳工的认定标准，接受劳工劳动的主体即为雇主，承担雇主责任。我国现阶段主要从用工者的角度界定劳动法的调整范围，规定只有为《劳动法》规定范围的主体提供从属劳动的，才形成劳动法上的劳动关系，或者说只有法定范围的从属劳动者受到劳动法的相关保护。《劳动法》第2条规定，在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织（以下通称用人单位）和与之形成劳动关系的劳动者，适用本法。国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者，依照本法执行。为了执行《劳动法》，原劳动部发布了《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》，关于《劳动法》的适用范围，其规定：①劳动法第2条中的“个体经济组织”是指一般雇工

在七人以下的个体工商户。②中国境内的企业、个体经济组织与劳动者之间，只要形成劳动关系，即劳动者事实上已成为企业、个体经济组织的成员，并为其提供有偿劳动，适用劳动法。③国家机关、事业组织、社会团体实行劳动合同制度的以及按规定应实行劳动合同制度的工勤人员，实行企业化管理的事业组织的人员，其他通过劳动合同与国家机关、事业组织、社会团体建立劳动关系的劳动者，适用劳动法。④公务员和比照实行公务员制度的事业组织和社会团体的工作人员，以及农村劳动者（乡镇企业职工和进城务工、经商的农民除外）、现役军人和家庭保姆等不适用劳动法。⑤中国境内的企业、个体经济组织在劳动法中被称为用人单位。《最高人民法院关于人民法院审理人事争议案件若干问题的规定》（2003）第1条规定，事业单位与其工作人员之间因辞职、辞退及履行聘用合同所发生的争议，适用《劳动法》的规定处理。依此规定，只有为上述主体提供从属劳动的劳动者才是《劳动法》保护的主体。

2007年6月29日通过的《劳动合同法》从扩大“用人单位”范围的角度扩大了劳动法的调整范围。《劳动合同法》第2条第1款规定，我国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。与《劳动法》相比，该法增加了“民办非企业单位等”。对于“民办非企业单位”，依据国务院《民办非企业单位登记管理暂行条例》（1998年9月25日国务院第8次常务会议通过）第2条规定，是指企业事业单位、社会团体和其他社会力量以及公民个人利用非国有资产举办的，从事非营利性社会服务活动的社会组织。《劳动合同法》第2条第2款规定，国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照本法执行；该法第96条规定，事业单位与实现聘用制的工作人员订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定，未作规定的，依照本法有关规定执行。从上述规定看，《劳动合同法》适用的劳动关系，除了法律规定的除外适用范围，即公务员和比照实行公务员制度的事业组织和社会团体的工作人员，以及农村劳动者（乡镇企业职工和进城务工、经商的农民除外）、现役军人和家庭保姆等不适用外，其他从属用工关系均适用《劳动合同法》的相关规定。

### 三、雇佣关系

“雇佣关系（employment relationships）是一个世界各国广泛使用的法律概念，它是指一个被称为‘雇员’（经常被指称为工人）的个人和与该‘雇员’在一定条件下为其工作并获得报酬的一名‘雇主’之间的关系。”“雇佣关系一直是并将继续是工人赖以在劳动法和社会保障法领域获得与就业相关的权利和利益的



主要载体。”<sup>①</sup>“确定一种雇佣关系的存在应当以事实为依据，而不是根据双方对其赋予的名称或形式来决定”，这就是“事实第一原则”。<sup>②</sup>尽管各国确定雇佣关系的要素多种多样，但有些因素是相同的，即劳动者“对雇主的依附程度、为另一个人的利益而工作以及根据指示进行工作等”。<sup>③</sup>总的来说，“雇佣关系在一名执行工作任务的人员与他为其工作以获得报酬的人员之间建立了一种法律联系。”<sup>④</sup>

我国现行立法对雇佣关系含义的规定模糊。《民法通则》没有规定；《合同法》明确不调整具有人身属性的合同关系，所以，该法中规定的有名合同中未列举“雇佣合同”；《劳动法》、《劳动合同法》中没有涉及雇佣关系的概念，但最高人民法院的司法解释却使用了雇佣关系。最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第9条规定，雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿。前款所称“从事雇佣活动”，是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。雇员的行为超出授权范围，但其表现形式是履行职务或者与履行职务有内在联系的，应当认定为“从事雇佣活动”。《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（征求意见稿）》尽管没有界定雇佣关系的含义，但第4条规定，不符合《劳动法》第2条规定的用工主体因服务或者提供劳务发生的下列纠纷，应当按照雇佣关系处理：①家庭或者个人与家政服务人员之间的纠纷；②个体工匠与帮工、学徒之间的纠纷；③农村承包经营户、个人合伙与受雇人之间的纠纷；④提供劳务的劳动者与建筑施工或者其他劳务使用人之间的纠纷；⑤外国企业或者其他组织在华常驻代表机构与雇佣的中国公民之间的纠纷。由于对雇佣关系的含义争议较大，最后在2006年正式发布的《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（二）》回避了该概念，而在第7条以否定的方式列举了不属于劳动争议的范围，这一范围中有的属于事实问题，有的属于行政争议或者一般民事争议，但该条第4~6项中规定的内容属于征求意见稿中“雇佣关系”的范畴，即：①家庭或者个人与家政服务人员之间的纠纷；②个体工匠与帮工、学徒之间的纠纷；③农村承包经营户与受雇人之间的纠纷。从最高人民法院的司法解释和法院有关判例看，雇佣关系的基本特点是：首先，劳动者（称雇员）为雇主提供有偿、从属劳动，即雇员在雇主的管理指示下为雇主的利益提供劳动。所以，在我国，雇佣关系与劳动关系在实质内容上是一致的，即劳动者提供有偿、从属劳动。其次，雇主不属于我国劳动法规定的“用人单位”范围，也不属于特别法（如《公务员法》）调整的范围，一般包括用工的家庭、个

①②③④国际劳工大会第95届会议2006年报告（五）：《雇佣关系》。



人或者未进行工商登记的其他从事经营的主体。

对于雇佣关系,我国采取与其他市场经济国家完全不同的调整模式。雇佣关系没有纳入现行劳动法的调整范围,雇主雇佣雇员,不必遵守法定的最低劳动标准,雇主不必为其雇佣的员工缴纳基本养老保险费,双方之间的关系适用传统民法的调整,二者之间的争议也按照民事争议的处理体制解决。

劳动关系与雇佣关系在我国现阶段,尽管实质相同,即不论是劳动关系的劳动者、还是雇佣关系的雇员,均为对方提供有偿、从属劳动,但因为接受劳动的主体不同,提供劳动的主体享有不同的权利和保护。

#### 四、劳动法的调整对象

我国劳动法的调整对象是劳动关系和与之密切联系的社会关系。以上部分界定了劳动关系的含义及认定标准,对于由劳动法调整的与劳动关系密切联系的其他社会关系,主要包括劳动者与用人单位在建立劳动关系之前与就业服务、就业培训机构之间形成的社会关系,在劳动关系终结之后,劳动者、用人单位与有关社会保险机构之间发生的关系;劳动关系当事人与劳动行政管理部门、劳动争议处理机构之间形成的社会关系等。这类关系的基本特点是:①它的一方当事人一般是劳动者或者用人单位,而另一方是劳动关系相关人,或者双方均为劳动关系相关人或用人单位。所谓劳动关系相关人是指劳动关系当事人之外的与劳动关系运行相关的主体,如劳动行政部门、职业培训机构、职业介绍机构、劳动争议处理机构、社会保险经办机构等。②它的目的是实现劳动关系。有的是劳动关系赖以建立的必要前提,有的是为了使劳动关系正常运行而伴随劳动关系发生的,有的是劳动关系的直接后果。<sup>①</sup>

### 第二节 劳动法的地位、体系和渊源

#### 一、劳动法的地位

劳动法的地位通常是指劳动法在国家整个法律体系中的地位,即劳动法是否属于独立的部门法,如果回答是肯定的,则将进一步探讨它与相关部门法的关系。

##### (一) 关于劳动法在我国法律体系中的地位问题

中国内地法学界大多数学者认为劳动法是宪法统帅下,与民法、经济法和行政法并列的一个独立的法律部门。主要理由如下:①劳动法具有特定的调整对

<sup>①</sup> 王全兴:《劳动法》,法律出版社,2004年,第37页。

象。划分法律部门应以调整对象为主要标准,各个法律部门都应有其特定的调整对象。劳动法的调整对象,较之民法、经济法和行政法,其特殊性是很明显的。它只限于劳动领域的社会关系,且以劳动关系为主。<sup>②</sup>劳动法具有其他法律部门不可取代的功能和重要性。劳动法最初之所以从民法中独立出来,正因为民法已不足以有效调整劳动关系,唯有将劳动关系以及与其密切联系的其他社会关系由劳动法按照有别于民法原则的调整原则进行统一调整,才能适应社会经济发展的需要。<sup>③</sup>劳动法具有作为独立法律部门的传统。自19世纪以来,尤其是20世纪初法国、前苏联编纂劳动法典以来,劳动法陆续在世界各国的法律体系中取得了独立法律部门的地位。<sup>④</sup>

德国劳动法学界之通说,认为劳动法与商法相同,属于特别私法领域。相对于特别私法的是一般私法即民法。特别私法以民法的基本原则为基础,劳动法无法脱离民法基础理论。因为劳动法调整的劳动关系是基于当事人的契约自由、相互合意而形成的社会关系,劳动关系的基础是私法自治,而民法典正是私法自治基本原则的展现。同时,劳动法在内容上同时跨越公法和私法。<sup>⑤</sup>在其他大陆法系国家,劳动法主要属于特别私法领域,在劳动保护、集体劳动关系调整等方面具有特殊的不同于传统私法的调整方式和内容,但在个别劳动关系领域,劳资双方在协商自治过程中应当遵循民法的意思自治原则。

劳动法的地位具有特殊性。它不同于传统的私法,特别是国家制定的劳动保护制度,对劳动者和用人单位均具有强制性,双方不得以协议的方式变更。这部分具有典型的公法属性。但在劳动法中,确实存在部分自治条款,特别是在个别劳动关系的调整过程中,劳动关系双方当事人在劳动基准、集体协商的基础上,可以对其劳动条件进行自主协商,签订劳动合同。这部分规范具有传统私法的属性,应当遵循传统私法的基本原理和规则。劳动法具有一定的私法属性。正因为如此,有学者认为劳动法属于独立于传统公法、私法之外的第三法域,即社会法。

## (二) 劳动法与民法的关系

不论劳动法是属于独立的部门法,还是社会法的一部分,现阶段我们讨论劳动法的地位时,主要应当解决的问题是劳动法与民法的关系,这直接涉及劳动法的适用问题。

在历史上,劳动者提供有偿劳动的社会关系一直属于民法的调整范围,直到19世纪初期工厂法的出现,国家才制定特别法调整具有从属性的劳动关系。现阶段,在大陆法系国家,劳动关系的调整首先遵守特别法的规定,在无特别法规

<sup>①</sup> 王全兴:《劳动法》,法律出版社,2004年,第39~40页。

<sup>②</sup> 黄程贯:《劳动法》,空中大学,2001年,第90~91页。

范的情形下，遵循传统私法的原则，即民法是劳动法的基本法，劳动法属于民法的特别法；在英美国家，雇佣关系的调整首先适用特别法规范，在无特别法规范的情形下，适用传统私法原则。所以，劳动法不可能完全脱离私法。

在我国现行的法律体系中，劳动法与民法属于两个独立的法律部门。《民法通则》没有规范劳动关系。《合同法》第2条第2款规定，婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定；该法规定的有名合同中，未包含雇佣合同。据此，法学界通说认为我国劳动法是与民法并列的部门法。在此前《劳动合同法》的起草过程中，有关《劳动合同法》的立法依据问题，又引起了一次争论，即该法是以《合同法》为依据，还是以《劳动法》为依据，直接表现为该法的立法宗旨，是以劳动关系双方当事人的利益保护为宗旨，还是以劳动者的利益保护为宗旨。最终，《劳动合同法》第1条规定，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。这似乎在法律上明确规定，《劳动合同法》应当是以《劳动法》为立法依据，以劳动者权益保护为宗旨，体现其社会法属性，完善脱离民法的调整轨迹。在司法实践中，劳动法、民法遵循不同的纠纷处理体制，但劳动争议在经过仲裁机构的仲裁之后，进入普通民事审理程序。所以，我国的《劳动法》与民法不论在理论上还是在实务中，均属于两个独立的部门法。

## 二、劳动法的体系

劳动法的体系，从应然的角度讲，是指劳动法的内容按照一定的标准构成的一个有机整体。对其体系的研究，可以明确劳动法应当包括的内容，有助于构建一国完整的劳动法系统；从实然的角度看，劳动法的体系是指一国劳动法按照一定的标准进行的分类。一国的劳动法律规范可以按照不同的标准进行分类，如按照劳动法律规范的功能，可以分为劳动关系协调法、劳动基准法、劳动保障法；按照劳动关系的调整模式，可以分为劳动基准法、集体劳动关系法、单个劳动关系法<sup>①</sup>；按照劳动法律规范制定的主体（或者按照其效力层次），可将其分为劳动法律、行政法规、行政规章、地方性法规、地方性规章等，即我们通常所称劳动法的渊源。前两种分类方法是指按照劳动法的内容进行的分类，后一种是按照劳动法的形式进行的分类。劳动法的体系通常是指按照劳动法的内容进行的分类。

我国劳动法的体系，不同的学者有不同的看法。作者认为劳动法依其规范内容可分为三类，即个别劳动关系法、劳动保护法、集体劳动关系法。个别劳动关系主要指调整劳动者与用人单位的劳动关系的缔结、运行、变更、终结等个别劳

<sup>①</sup> 王全兴：《劳动法》，法律出版社，2004年，第58～59页。