

21世纪
高等学校

与

系 · 列 · 教 · 材

当代劳动法 理论与实务

● 杨正喜 吕惠琴 主编

华南理工大学出版社

21 世纪高等学校社会学与公共管理系列教材

当代劳动法理论与实务

主 编：杨正喜 吕惠琴

华南理工大学出版社

· 广州 ·

内 容 简 介

我国《劳动合同法》于2008年1月1日开始实施后,《劳动合同法》的重要性日益凸显,研究《劳动合同法》,将《劳动合同法》理论与实践相结合,不仅对于理论界,而且对于实务应用都十分重要。目前绝大多数有关劳动法的教材,仍然是较少篇幅论证《劳动合同法》内容,已经远远不能适应社会现实的需要。且目前的众多相关书籍所附带的案例往往只有案情描述,没有分析,无法满足众多读者对案例分析及相关结果获悉的需求。针对以上问题,本书用1/4的篇幅论证《劳动合同法》的相关理论与知识,每一章所附案例都带有案例分析和专家意见。将理论、知识和实务紧密结合是本书的一大特点,有助于读者理解相关内容。

本书可作为高等院校相关专业学生的教材,也可以作为各类司法实务部门解决劳动纠纷,开展日常工作的工具用书。

图书在版编目(CIP)数据

当代劳动法理论与实务/杨正喜,吕惠琴主编. —广州:华南理工大学出版社,2010.6

(21世纪高等学校社会学与公共管理系列教材)

ISBN 978-7-5623-3237-4

I. ①当… II. ①杨… ②吕… III. ①劳动法—中国—高等学校—教材 IV. ①D922.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第008259号

总发行:华南理工大学出版社(广州五山华南理工大学17号楼,邮编510640)

营销部电话:020-87113487 87110964 87111048(传真)

E-mail: scutcl3@scut.edu.cn http://www.scutpress.com.cn

责任编辑:周莉华

印刷者:广州市穗彩彩印厂

开本:787mm×960mm 1/16 印张:22.75 字数:485千

版次:2010年6月第1版 2010年6月第1次印刷

印数:1~2000册

定价:35.00元

版权所有 盗版必究

21 世纪高等学校社会学与公共管理系列教材编委会

顾问：王乐夫（中山大学教授、博士生导师、教育部高等学校公共管理类学科教学指导委员会主任委员）

蔡 禾（中山大学教授、博士生导师、社会科学处处长、政治与公共事务管理学院副院长、中国社会学学会副会长）

徐永祥（华东理工大学教授、博士生导师、社会与公共管理学院院长、中国社会工作教育协会副会长）

沈关宝（上海大学教授、博士生导师、教育部高等学校社会学学科教学指导委员会委员）

包国宪（兰州大学教授、博士生导师、管理学院院长、中国地方政府绩效评价中心主任、甘肃省管理学会会长）

莫岳云（华南理工大学教授、博士、政治与公共管理学院院长）

主任：李大胜（华南农业大学副校长，教授，博士生导师）

主编：张兴杰 易 钢

编委：李建军 张兴杰 易 钢 孔繁玲 胡武贤

汤惠君 张 玉 向安强 史传林 邹静琴

吴顺辉 卓彩琴 贾海薇 钟建英 游艳玲

潘 军

编写人员

主 编：杨正喜 吕惠琴

副主编：王雪丹 马俊军 臧传宝

编 者：（以编写章节排序）

栗 阳 李平龙 杜晓溪 赵鲲鹏

范红波 范 烨 罗 熙 徐伯梅

程 琳

前言

资本和劳动的关系构成了现代社会体系所围绕旋转的轴心。伴随资本主义生产方式的发展,传统人身依附关系被打破,从而导致社会领域开始了从身份到契约的转变。“从土地中解放出来的自由人当中,领先一步成为企业家的人最终变成了资本家;而落后于他们的人则只是从土地当中解放出来而已,他们的自由只局限于或者是廉价出卖自己的劳动力,或者是等待死亡。”^①当资本主义创造新的生产方式的同时,也创造出一种新的不同于传统农业时代的关系,即工业关系(industrial relations),也有人称之为产业关系、劳资关系。

资本来到世间,从头到脚,每个毛孔都滴着血和肮脏的东西。“英国工业的威力仅仅是靠野蛮地对待工人、靠破坏工人的健康、靠忽视整代整代的人在社会关系、肉体和精神方面的发展的办法来维持的”。^②工人阶级状况成为社会一切灾难最尖锐最露骨的表现,工人展开了激烈反抗斗争。于是,在1802年,英国通过了《学徒健康与道德法》,其中规定,纺织厂童工工作时间不得超过12小时,标志着现代意义上劳资关系立法的产生。

在几个世纪的发展中,西方国家劳动立法经历了几个重要转变。第一,从公法私法化向私法公法化转变。在劳动法律体系中,劳动合同有相当程度的私法性质,要体现双方合意与意思自治。实际情况是资本往往处于强势地位,雇主一般会事先确定劳动条件,劳动者很少能与雇主就劳动合同进行自由协商,劳动者只有选择不选择的自由。鉴于此,各国对最低工资、最高工时等关键性劳动条件,一般会设定上限或下限,由劳资双方在上限或下限范围内自由协商。比如欧盟通过《欧洲煤钢共同体条约》、《欧洲社会宪章》以及其他一些具体指令文件,“设立保护劳动者的最低标准和统一劳动成本的要求在健康与安全领域产生了广泛的欧洲立法框架”。同时对就业中的健康、安全与工作条件作出具体规定:劳动者每七天的工作要求有24小时不中断的最低休息时间以及每日11小时的休息,每个工作日的时间超过6小时,每位劳动者有权享有工作休息时间。每位劳动者根据成员国立法或惯例所制定的这种带薪假的条件有权获得至少为4周的带薪年度假。^③除此以外,还对工作场所环境、有具体危

① [韩]金秀坤:《韩国劳资关系》,北京:经济科学出版社,2005年,第4页。

② 《马克思恩格斯全集》(2)北京:人民出版社,1965年,第462页。

③ [英]巴纳德:《欧盟劳动法》,北京:中国法制出版社,2005年,第439-440页。

险的群体、工作报酬等作出较为详尽的规定。总之,由于关键性劳动条件由法律予以规定而非双方约定,从而使雇主承担公法上的义务。第二,从有关个别劳权规定向集体劳权规定转变。劳动者根据法律规定和劳动合同约定,在劳动和劳动过程中所享有的权利被称为劳动权。这些权利从享有的主体角度可分为个别劳动权和集体劳动权。一般而言,劳动报酬、劳动就业、社会保险等属于个别劳动权,而团结权、集体谈判权和集体争议等权利不是由个体来行使,而是由工会代表劳动者来行使,所以被称为集体劳动权。从解决劳资问题历史发展来看,各国对劳资问题的法律规制经历了对个别劳动关系调整到重视对集体劳动关系的规范和调整的转变过程,对集体劳动关系法律规制成为劳动法的核心。可以说,“现代劳动法因集体协议之发生,而得长足之进步”。^① 劳动三权也越来越为各国政府所重视,在此基础上构建起资方、工会、政府的三方协商对话机制,成为现代劳资关系基本制度架构。

在我国,有关劳动立法要追溯到上个世纪初,而劳动立法的发展则是新中国成立之后的事。新中国成立伊始就颁布了《关于劳资关系暂行处理办法》、《关于私营工商企业劳资双方订立集体合同的暂行办法》等法律文件,对规范劳资关系,促进经济社会发展起了重要作用。如果以1994年《中华人民共和国劳动法》的颁布为标志,它意味着较为完善的劳动法律体系在我国基本形成。

改革开放前,国家几乎是唯一的雇佣者,在生产资料公有制下,也就没有所谓的劳资关系。随着改革开放推进,多种所有制经济发展,劳方与资方利益泾渭分明,劳资关系也就应运而生。由于资本的逐利性,劳动者的劳动就业、劳动报酬、劳动保护和社会保险等各种权利受到严重侵犯,劳工权益保障问题已成为转型中国最突出和普遍的社会问题。与此同时,在全球化时代,资本获得了前所未有的力量,政府的政策也受制于跨国公司,国家政策必须能满足外国投资者和跨国公司的利益,否则,跨国资本则会离开主权国到其他地方寻求更大利益,资本掌握了在劳资关系各方面更大的话语权。政府往往在保护劳工权益和鼓励外商投资二者之间总是陷于两难境地,这在中国、越南等后起工业化国家中尤为明显。^② 在强资本、弱劳工格局中,劳资矛盾和劳资冲突不断加剧,如何建立稳定、和谐的劳动关系成为转型中国迫在眉睫的问题,这需要相关法律予以规范。

经过一段时间的酝酿,2007年我国相继出台了《中华人民共和国劳动合同法》、《中华人民共和国就业促进法》和《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》等重要劳动领域法律规范。《劳动合同法》将保障我们更好地工作,《就业促进法》将促使我们更好地找到工作,《劳动争议调解仲裁法》为劳动者提供更加完善的法律救济途

① [台] 史尚宽:《劳动法原论》,台北正大印书馆,1978年,第99页。

② Hong-zen Wang. Asian Transnational Corporations and Labor Rights: Vietnamese Trade Unions in Taiwan - invested Companies, Journal of business ethics 56, 2005. P43 - 53.

径。这三部法律联系在一起，前后呼应、互相衔接，目的都是为了建立和谐稳定的劳动关系，是国家落实科学发展观、坚持以人为本、构建社会主义和谐社会的重大战略举措，是我国劳动关系领域法制建设的重要事件，它无可争议地要成为中国劳动和社会保障立法里程碑载入史册。

正是基于此，我们组织相关老师和在相关政府部门、法律实务部门的工作人员编写了《当代劳动法理论与实务》一书，对劳动领域相关法律进行较为全面系统的解释，来满足广大师生、法律工作者以及社会各界对劳动法律的需求。由于本书是一个集体努力的成果，编写者为此付出了辛勤的汗水，成果理应志明。

第一章、第十二章：栗阳，河南省社会科学院法学部。

第二章：李平龙，中山大学法学院在读博士生。

第三章：杜晓溪，华中师范大学政治学研究院。

第四章：杨正喜，华南农业大学公管学院；赵鲲鹏，华中师范大学政治学研究院。

第五章：范红波，广州开发区、广州市萝岗区劳动与社会保障局。

第六章、第七章、第八章、第十三章：王雪丹，广东商学院法学院。

第九章：范烨，广东食品药品职业学院。

第十章、第十一章：马俊军，广东省委党校法学部。

第十四章、第十五章：罗熙，广东警官学院法律系。

第十六章、第十七章：吕惠琴，华南农业大学公共管理学院。

第十八章：徐柏梅，华南师范大学增城学院法律系。

第十九章：程琳，湖南理工学院。

第二十章、第二十一章：臧传宝，北京市德恒律师事务所广州分所。

杨正喜 吕惠琴
2009年7月

目 录

第一编 劳动法总论

第一章 劳动法概述	(3)
第一节 劳动法的概念及调整对象	(3)
第二节 劳动法的适用范围	(5)
第三节 劳动法的渊源及其在法律体系中的地位	(8)
第四节 劳动法的基本原则	(12)
案例一 保姆春节加班能否要三倍工资?	(14)
案例二 中外合资企业的外籍员工是否适用中国《劳动法》?	(15)
第二章 劳动法的产生与发展	(16)
第一节 劳动法的产生与发展	(16)
第二节 国际劳动立法的产生与发展	(18)
第三节 中国劳动法的产生与发展	(21)
案例一 三友实业社劳资纠纷案	(25)
案例二 南京国民政府《最低工资法》	(26)
第三章 劳动关系与劳动法律关系	(27)
第一节 劳动关系相关概念辨析	(27)
第二节 劳动法律关系的概念和类型	(32)
第三节 劳动法律关系的构成要素	(34)
第四节 劳动法律关系的产生、变更与消灭	(42)
案例一 劳务合同不等于劳动合同	(44)
案例二 劳动合同的解除权	(45)
第四章 工会在调整劳动关系中的职权	(46)
第一节 《工会法》与工会	(46)

第二节	工会参与民主管理和进行集体谈判的权利	(54)
第三节	工会对用人单位监督和参与劳动争议处理的权利	(57)
案例一	工会维护职工权益时的代理权	(60)
案例二	辞退职工需提前通知工会	(60)
第五章	劳动就业	(62)
第一节	劳动就业概述	(62)
第二节	就业保障与服务	(71)
第三节	职业教育与培训	(75)
案例一	北京巴士公司是否侵犯劳动者平等就业权?	(78)
案例二	乙肝员工被单位拒绝录用纠纷	(79)
第二编 劳动合同法论		
第六章	劳动合同概述	(83)
第一节	劳动合同的概念和法律特征	(83)
第二节	劳动合同的分类	(86)
第三节	劳动合同与劳务合同、雇佣合同的联系与区别	(88)
案例一	三方协议书能否约束用人单位?	(89)
案例二	是劳动合同还是劳务合同?	(91)
第七章	劳动合同的订立	(93)
第一节	劳动合同订立的原则	(93)
第二节	订立劳动合同的形式、程序	(95)
第三节	劳动合同的内容	(98)
第四节	劳动合同的效力	(105)
案例一	劳动者伪造学历订立劳动合同的处理	(108)
案例二	单位辞退应签订无固定期限合同劳动者的处理	(109)
第八章	劳动合同的变更、解除与终止	(111)
第一节	劳动合同的变更	(111)
第二节	劳动合同的解除	(114)
第三节	劳动合同的终止	(127)
案例一	雀巢公司应否支付廖某和张某解除劳动合同的经济补偿金? ...	(133)

案例二 协商解除劳动合同经济补偿金问题	(135)
第九章 集体合同	(136)
第一节 集体合同概述	(136)
第二节 集体合同与劳动合同的区别	(141)
第三节 集体合同的订立、变更、解除与终止	(145)
第四节 集体合同争议的解决	(150)
案例一 曲师傅能否索要劳动合同中未约定的薪水?	(155)
案例二 集体合同有争议, 工会维权职工胜	(155)
第十章 用人单位规章制度	(157)
第一节 概 述	(157)
第二节 用人单位规章制度的效力	(161)
第三节 用人单位规章制度设计注意事项	(164)
案例一 用人单位能否单方变更劳动者的岗位和薪水?	(168)
案例二 盗打公司电话被辞退缘何获补偿?	(171)
第十一章 劳务派遣用工	(173)
第一节 劳务派遣用工概述	(173)
第二节 劳务派遣用工法律关系	(176)
第三节 劳务派遣用工的法律规制	(179)
案例一 劳务派遣是应对《劳动合同法》的灵丹妙药吗?	(183)
案例二 派遣单位对用工单位侵犯劳动者利益的行为是否承担责任? ...	(184)
第十二章 非全日制用工	(189)
第一节 非全日制用工概述	(189)
第二节 非全日制用工的特殊法律规定	(192)
第三节 非全日制用工的意义与发展趋势	(196)
案例一 赵某的请求是否合法?	(200)
案例二 该公司的做法是否违法?	(201)
第十三章 经济补偿金、赔偿金与违约金	(203)
第一节 经济补偿金	(203)
第二节 经济赔偿金	(207)

第三节 违约金	(210)
案例一 天价违约金	(213)
案例二 自动离职还是合同终止争议?	(214)

第三编 劳动基准法律制度

第十四章 工作时间和休息休假	(219)
第一节 工作时间制度	(219)
第二节 延长工作时间的法律规定	(223)
第三节 休息休假制度	(225)
案例一 周工作时间总量没有超过法定标准, 不一定合法	(228)
案例二 延长工作时间应符合法律规定	(229)
第十五章 工资	(230)
第一节 工资立法概述	(230)
第二节 工资制度与工资支付	(231)
第三节 最低工资制度	(236)
第四节 特殊情况下的工资支付	(238)
案例一 赵某的请求应否得到支持?	(239)
案例二 饶某的请求能否得到支持?	(240)
第十六章 职业病防治和工伤法律制度	(242)
第一节 职业病防治法律制度	(242)
第二节 工伤法律制度	(247)
案例一 已获交通损害全额赔偿还能否认定工伤?	(259)
案例二 甲某突发性疾病猝死应否被认定为工伤?	(261)
第十七章 特殊职工劳动保护法	(263)
第一节 女职工特殊劳动保护	(263)
第二节 对未成年工的特殊劳动保护法律规定	(271)
案例一 女职工非婚生育可否享受产假等福利待遇?	(273)
案例二 孕期检查按事假还是正常劳动时间处理?	(273)
第十八章 社会保险	(274)
第一节 社会保险概述	(274)

第二节 我国社会保险制度的产生与发展	(277)
第三节 我国社会保险制度的内容	(280)
案例一 员工写保证自愿放弃社保是否就能放弃?	(289)
案例二 退休职工刑满后能否继续享受养老保险待遇?	(290)

第四编 劳动监察与劳动争议处理及违反劳动法的法律责任

第十九章 劳动监察	(295)
第一节 劳动监察概述	(295)
第二节 劳动监督监察机构与职权	(298)
第三节 其他组织的劳动监督检查	(304)
案例一 用人单位安排怀孕7个月以上的女职工夜班,劳动监察机构应如何 处理?	(307)
案例二 厂方无执照,所扣工钱能拿回吗?	(308)
第二十章 劳动争议处理	(309)
第一节 劳动争议处理概述	(309)
第二节 劳动争议调解	(316)
第三节 劳动争议仲裁	(320)
第四节 劳动争议诉讼	(328)
案例一 工资“欠条”申请法院强制执行	(331)
案例二 劳动争议部分案件实行“一裁终局”	(332)
第二十一章 违反劳动法的法律责任	(333)
第一节 违反劳动法法律责任概述	(333)
第二节 违反劳动法责任的种类	(334)
第三节 用人单位违反劳动法的法律责任	(337)
第四节 劳动者及劳动行政部门、有关部门及其工作人员违反劳动法 的法律责任	(342)
案例一 劳动者不签合同,用人单位是否要承担责任?	(344)
案例二 劳动者被原公司起诉要求承担竞业禁止责任	(345)
参考文献	(348)

第一编

劳动法总论

第一章

劳动法概述

第一节 劳动法的概念及调整对象

一、劳动法的概念

劳动法是调整劳动关系以及与劳动关系密切联系的其他社会关系的法律规范的总称。劳动法有广义和狭义之分。广义上的劳动法是指，调整劳动关系以及与劳动关系有密切联系的其他社会关系的法律规范的总称。与劳动关系有密切联系的其他社会关系，主要是指劳动行政关系和劳动服务关系。狭义上的劳动法是指，国家最高立法机关制定颁布的全国性、综合性的劳动法。我国目前适用的劳动法是1994年7月5日第八届全国人大常委会第八次会议通过，于1995年1月1日起生效的《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》）。

我国现行《劳动法》共13章107条，包括总则和附则。制定劳动法的目的是保护劳动者的合法权益，维护、发展和谐稳定的劳动关系，维护社会安定，促进经济发展和社会进步。劳动法的内容主要包括：劳动者的主要权利和义务；劳动就业方针政策及录用职工的规定；劳动合同的订立、变更与解除程序的规定；集体合同的签订与执行办法；工作时间与休息时间制度；劳动报酬制度；劳动卫生和安全技术规程；女职工与未成年工的特殊保护办法；职业培训制度；社会保险与福利制度；劳动争议的解决程序；对执行劳动法的监督、检查制度以及违反劳动法的法律责任等。此外，还包括工会参加协调劳动关系的职权的规定。以上内容，在有些国家是以各种单行法规的形式出现的，有些国家是以劳动法典的形式颁布的。劳动法是整个法律体系中一个重要的、独立的法律部门。

二、劳动法的调整对象

劳动法的调整对象是劳动关系和与劳动关系密切联系的其他社会关系。其中包含两个层面上的关系：一个是劳动者和用人单位之间形成的劳动关系；二是政府和用人单位之间形成的劳动监察关系，以及政府和劳动者之间形成的促进就业与职业保障关系等其他社会关系。

（一）劳动关系

1. 劳动关系的概念

劳动法的主要调整对象是劳动关系，但并非所有社会劳动关系均由劳动法调整，劳动法调整的劳动关系是狭义的，即是劳动者与用人单位之间在实现劳动过程中发生的社会关系。

2. 劳动关系的特征

（1）劳动关系的当事人是特定的，一方是劳动者，另一方是用人单位。

劳动者是劳动力的所有者，可以释放其脑力和体力的劳动能力以从事物质创造和完成其他工作任务。在我国，劳动者包括在法定劳动年龄内具有劳动能力的我国公民、外国公民、无国籍人。用人单位是指使用和管理劳动者并付给其劳动报酬的单位，用人单位是生产资料的所有者、经营者、管理者，支配和使用其掌握的生产资料，有偿使用劳动者。在我国，用人单位包括依法成立的企业、个体经济组织、国家机关、事业组织、社会团体。

（2）劳动关系的内容是在实现劳动过程中发生的社会关系，是在职业劳动、集体劳动、工业劳动过程中发生的社会关系。

所谓实现劳动过程，就是劳动者参加到某一用人单位中去劳动，使劳动者与用人单位提供的生产资料相结合，而不是劳动者同自有的生产资料结合。强调劳动过程，就是强调劳动力和生产资料相结合的生产过程，从而与物物交换的实现过程相区别。一般来说，物物交换的关系属于民法的范畴，与劳动过程没有直接联系，因而不受劳动法调整。在我国，劳动法所调整的劳动关系产生于职业劳动、集体劳动和工业劳动过程中，非单位的私人雇佣劳动关系的农业劳动关系、家庭成员共同劳动关系不受劳动法调整。

（3）劳动关系具有人身关系、财产关系的属性。

劳动者向用人单位提供劳动力，就是将其人身在一定限度内交给用人单位支配，因而劳动关系具有人身属性。这一属性也决定了用人单位对劳动力的使用、管理，直接关系到劳动者的人身，关系到其健康和生命，关系到其劳动能力、劳动人格、尊严的维护，关系到其工资待遇等物质权利的保护。因而，劳动力使用者应负责提供劳动安全卫生条件和其他条件。这种人身属性也决定了劳动者必须亲自履行劳动义务，并应遵守用人单位的内部劳动规则，按照劳动力使用者的要求进行劳动。

劳动关系具有财产关系的属性，是指劳动者有偿提供劳动力，用人单位向劳动者支付劳动报酬，由此缔结的社会关系具有财产关系的性质。无偿、义务、慈善性质的劳动关系不受劳动法调整。

（4）劳动关系在建立前具有平等属性，建立后具有隶属属性。

在市场经济条件下，劳动关系是通过双向选择确立的，双方当事人建立、变更或终止劳动关系时，是依照平等、自愿、协商原则进行的，因而劳动关系在建立前具