

中国法律丛书

中国 劳动法案例精读

董保华 主编

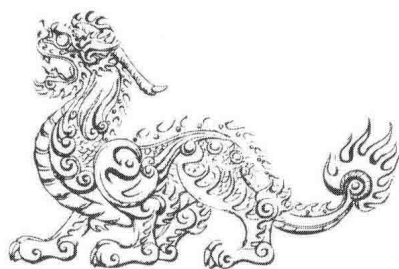


商务印书馆
The Commercial Press

中国法律丛书

中国 劳动法案例精读

董保华 主编



 商务印书馆
The Commercial Press

2016年·北京

图书在版编目(CIP)数据

中国劳动法案例精读 / 田思路等著;董保华主编. —北京:
商务印书馆, 2016
(中国法律丛书)
ISBN 978-7-100-12713-4

I. ①中… II. ①田… ②董… III. ①劳动法—案例—
中国 IV. ①D922.505

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 269913 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

中国法律丛书

中国劳动法案例精读

董保华 主编

商务印书馆出版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京市艺辉印刷有限公司印刷

ISBN 978-7-100-12713-4

2016 年 12 月第 1 版

开本 787×960 1/16

2016 年 12 月北京第 1 次印刷

印张 24 1/4

定价:55.00 元

鸣 谢

(以英文首字母为序)*

韩君玲 罗伯特·P.默吉斯^① 罗东川

宋海燕 宋海宁 汪 泽 虞政平

* 特此鸣谢《中国法律丛书》专家委员会成员。

① Robert P. Merges

目 录

中国劳动法律制度概述

一、中国劳动法的产生与发展	/ 3
(一) 概述	/ 3
(二) 中国劳动立法的形成时期	/ 6
(三) 中国劳动立法的定型时期	/ 9
(四) 中国劳动立法的争鸣时期	/ 10
二、标准劳动关系	/ 14
(一) 概述	/ 14
(二) 劳动合同的订立	/ 16
(三) 劳动合同的履行和变更	/ 22
(四) 劳动合同的终止与解除	/ 25
三、非标准劳动关系	/ 37
(一) 概述	/ 37
(二) 劳务派遣	/ 39
(三) 非全日制用工	/ 45
四、法律救济	/ 49
(一) 概述	/ 49

（二）劳动争议处理	/ 51
（三）劳动监察	/ 60

劳动关系的建立与认定

1. 人格从属性：劳动关系认定的基础	/ 75
——江苏科宁舒适家居系统集成有限责任公司诉马利娜劳动关系确认纠纷案	
2. 送奶工劳动关系之判断	/ 88
——阮某诉某乳品配送有限公司案	
3. 事实劳动关系的认定	/ 101
——吴济明诉重庆市涂邦家具厂确认劳动关系案	
4. 因签约次数而产生的无固定期限合同条件	/ 114
——徐某诉英提尔交运汽车零部件有限公司劳动合同纠纷案	
5. 劳动合同的缔约过失责任	/ 130
——张红萍诉雅当贸易（上海）有限公司劳动合同纠纷案	

6. 外国人在中国就业法律问题 / 144

——王复明诉圣戈班（中国）投资有限公司劳动合同
纠纷案

7. 精神损害赔偿在就业歧视领域的适用 / 156

——湛某斌诉标某汽车公司侵犯其隐私权、人格尊严
及平等就业权案

劳动合同的履行与变更

8. 包月工资约定之效力判定 / 173

——刘爱华诉深圳市宝安区万丰利得五金厂和利得（香
港）五金制品厂有限公司“加班工资”案

9. 特殊疾病医疗期确定 / 190

——梁介树诉南京乐府餐饮管理有限公司劳动争议案

10. 带薪年休假制度的司法实践解析 / 208

——孙某诉上海淀山湖新城有限公司支付未休年休假
折算工资报酬案

11. 劳动合同单方变更 / 232

——周某诉常熟市白雪电冰箱配件有限公司劳动争议案

12. 并购发生后公司解散的劳动合同处理 / 249

——徐某诉上海源笙软件科技有限公司继续履行劳动合同案

劳动合同的解除与终止

13. 用人单位对违背诚信义务劳动者的解除权 / 263

——唐某诉上海冠龙阀门机械有限公司劳动合同纠纷案

14. 不能胜任工作的解雇 / 277

——中兴通讯（杭州）有限责任公司诉王鹏劳动合同纠纷案

15. 劳动者预告解除的提前通知期的期限 / 290

——冯俊文诉上海某咨询公司预告解除劳动合同案

16. 禁止员工乘坐非法营运车辆上下班规章制度的效力认定 / 301

——张建明诉京隆科技（苏州）有限公司违法解除经济补偿金纠纷案

17. 违法解除劳动合同劳动者损害赔偿的认定 / 314

——潘江楠诉协鑫太阳能系统集成（苏州）有限公司解除劳动合同纠纷案

非标准劳动关系纠纷

18. 非全日制用工的认定 / 329
——保洁工诉上海中邮时代电讯科技有限公司非全日制用工纠纷案
19. 刺破劳务派遣关系的面纱 / 343
——韦乃武诉江苏南京长途汽车客运集团有限责任公司、南京益群人力资源开发服务有限公司劳动合同效力纠纷案
20. 劳务派遣用工的判定 / 363
——兰大勇诉荣丰保洁公司、万州区人民医院劳动纠纷案
- 撰稿人名录 / 377

中国劳动法律制度概述

一、中国劳动法的产生与发展

(一) 概述

从西方社会法的产生来看,在法的观念和法的制定上,有一条基本的逻辑线索:以自然经济——国家本位法观念——义务法,到自由放任经济——个人本位法观念——权利法,继而进入垄断经济——社会本位法观念——调控法。^①劳动法的产生过程是“私法公法化”的过程,国家干预加强,公法职能增长,也是社会发展合乎规律的运行结果。从中国的情况来看,则是走过了一条从高度集中统一的计划经济到在市场经济条件下形成社会法,将国家用工转化为企业用工和劳动者的自主择业,这是一个“公法私法化”的过程。

对社会主义法学理论产生影响的是列宁的一段话。列宁在1922年写给司法人民委员库尔斯基的信中说:“我们不承认任何‘私的东西’,在我们看来经济领域的一切都属于公法范围。”^②列宁这段话被社会主义国家的法学家们广泛论证,成为否认社会主义存在公、私法划分的主要依据。

列宁的观点是建立在消灭商品经济观点的基础上的。列宁当时认为,社会各企业之间的分工协作将不需要再借助于商品货币形式,“整个社会将成为一个管理处,成为一个劳动平等、报酬平等的工厂”,^③成为“一个为了消费而有计划生产的大消费合作社”。^④然而,在传统的经济模式下,这种观点得到了发展。私法产生于平等者之间商品交换中发展起来的规则,作为平等者之间的经济关系,客观上要求排除权力作为第三者的介入和干预。然而由于苏联当时将商

① 刘瑞复:《新经济法论》,中国政法大学出版社1991年版,第27页。

② 《列宁文稿》第4卷,人民出版社1959年版,第222页。

③ 《列宁全集》第25卷,人民出版社1959年版,第461页。

④ 《列宁全集》第9卷,人民出版社1959年版,第365页。

品交换限制在非常狭窄的范围，并将消灭商品经济作为基本目的，在主要方面都对经济关系进行干预，私权体系也就缺乏存在的环境；同时，由于实行计划管理体制，个人利益被抽象为一元的国家利益，作为一个“部件”，个人只有服从“大工厂”指挥者的义务，因此不可能有契约化的、相对于国家独立存在的利益群体，国家于是与整个社会二元一体。这样国家所有法律，当然就是“公法”了。由此可见，公法一元论实际上是为国家权力干预一切社会关系提供了合法性。

中国在第一个五年计划期间形成的行政集权的经济体制，是从苏联学来的，同时又带有自己历史传统形成的特点。中国历史上长时期是一个中央集权的封建大国，有时也实行地方的封建割据，自给自足的自然经济占有优势，地区之间的经济联系和商品流通历来不发达。历代封建统治又长期以“重本（农）抑末（工商）”作为国策。因此，自然经济思想有深厚的基础。这种封建主义的思想意识和小生产的传统习惯，不可避免地反映到社会主义经济体制的形成过程中来。我国经济管理体制中存在着的决策权过分集中的管理方法，以及某些“官工”、“官商”、“官农”的经营方式，都同这种历史传统有密切的关系。尤其是我国革命经过长期武装斗争，当时根据地和解放区的财经工作、供给制的经营方式和分配方式，对于保证革命战争的胜利起到过重要作用。其中有些经验是以自然经济为基础，适合于农村包围城市的革命战争条件，而不适合于建立在社会化大生产基础上的以城市领导乡村的社会主义经济的做法，给建国后的经济体制带来了平均主义的“大锅饭”、供给制、用战争动员方法领导经济等因素。这些历史传统的影响，使中国经济体制实物化的程度更大，即使在消费品选择和职业选择上，个人决策也是相当有限的。

可以说，到 20 世纪 50 年代中后期，一个相对独立的、带有一定程度自治性的社会已不复存在，也不存在独立于国家的市民社会。

直到 1978 年以后，随着改革开放，中国走向市场经济，这种状况才得以根本改变。它表现在社会成为一个相对独立的提供发展和机会的源泉，个人对国家的依附性明显降低。传统的经济模式，运用行政手段，能够把大量的人力、物力、财力集中使用到国家优先发展的部门和地区中去。在一定的历史条件下，采用这种体制，能够在相当长的时期内保持较高的积累率和经济增长率，从而使原来经济落后的国家迅速地实现工业化。实际上是运用国家高度集中统一的力量，完成了社会主义的原始积累。这种原始积累一经完成，必然要求向市场经济发展。由此决定了我国劳动法的发展走过的必然是“公法私法化”的道路。

在中国传统劳动法中，认识劳动关系具有人身性与隶属性从来不是问题，^①在一个相当长的时期里，困难的恰恰是劳动关系建立时所具有的财产性与平等性，因为这是旧体制根本不能容忍的。回顾中国劳动立法与政策制定的过程，从 20 世纪 50 年代反反复复争论的是劳动合同问题，其实质是在高度公法化（过去表现为政策化）的体系中是否有可能融入当事人的协商因素。在原国家主席刘少奇的倡导下，劳动合同用工多次试点，结果均遭失败，当时体制总体上并无这一制度的生存空间。直到 1980 年国家在上海开始了劳动合同制试点工作，以后逐步推广于北京、广西、广东、河南、湖北、安徽、甘肃等省、自治区、直辖市的部分地区。1986 年国务院以行政法规的方式将“新人新制度、老人老制度”确定下来。1995 年《劳

^① 例如，“狭义劳动关系的基本特征是当事人双方必须有一方是劳动者；劳动者必须参加对方组织并成为其中一个成员。这是因为，劳动力存在于劳动者肌体之内不能须臾分离，要把劳动力组织到生产（工作）活动中来，首先就必须把劳动者组织到生产（工作）场所中来。同时，劳动力的消耗过程亦即劳动者生命的实现过程，是劳动力消耗与劳动者生存两个过程统一，并由此决定了劳动者与用工单位之间的特殊人身关系。”参见吴超民：《劳动法通论》，华中师范大学出版社 1988 年版，第 45 页。

动法》出台，在全体员工中推行劳动合同制。劳动合同用工成功试点于 20 世纪 80 年代，推广于 90 年代绝非偶然，正是社会空间的出现才使当事人有协商的可能。《劳动法》依照市场经济规律，建立了调整劳动关系的“三层次模式”。宏观上以劳动基准法调整全部劳动关系，中观上通过企业集体合同调整企业内集体劳动关系，微观上通过劳动合同调整用人单位与劳动者之间的个别劳动关系。这种“三层次模式”使劳动领域成为私域与公域之间的一个弹性空间。如果说宏观层次体现的是管制的特点，那么中观、微观层次体现的是自治的特点。尽管《劳动法》在贯彻实施中取得了巨大的成绩，但弱势主体对于改革红利并没有取得相应的份额，劳动关系也出现了不小的问题。从一元法律结构跳跃式进入三元法律结构的现状开始暴露出制度安排上固有的问题。现行制度有了来自不同方向的调整压力。中国劳动法在经历了“公法私法化”后，要不要继续走社会化的道路，目前存在巨大分歧，管制与自治如何平衡成为了当今中国劳动立法争鸣的根本问题。

纵观新中国成立六十多年的历史，中国劳动法经历了一个曲折发展的过程，大体可以划分为三个时期，即中国劳动立法的形成时期、中国劳动立法的定型时期、中国劳动立法的争鸣时期。前一个时期基本上是与“行政一元化”法律结构相联系的；后两个时期是与三元法律结构相联系的。

（二）中国劳动立法的形成时期

新中国成立前夕，中国人民政治协商会议第一届全体会议通过了起临时宪法作用的《共同纲领》，对劳动问题曾作了若干原则性的规定。第 32 条中，就明确规定：“在国家经营的企业中，目前时期应实行工人参加生产管理的制度，即建立在厂长领导之下的工厂管理委员会。私人经营的企业，为实现劳资两利的原则，应由工会代

表工人职员与资方订立集体合同。公私企业目前一般应实行 8 小时至 10 小时的工作制，特殊情况斟酌办理。人民政府应按各地各业情况规定最低工资。逐步实行劳动保险制度。保护青工女工的特殊利益。实行工矿检查制度，以改进工矿的安全和卫生设备。”此外，第 8 条中也规定了中华人民共和国公民均有遵守劳动纪律的义务等。

这一时期，由于私营企业的存在，中国的社会劳动关系既存在着国营企业的社会主义劳动关系，同时也存在着私营企业的劳资关系。中国当时的劳动立法比较正确地反映了这一特点。通过颁布工会法、劳保条例、民主管理、劳动安全卫生、劳动争议处理等一系列法规，保障了广大职工的合法权益，也调动了劳动者的生产积极性。对于旧社会遗留下来的 400 多万城市失业人员，中国也采取了比较恰当的措施予以安置和救济，到 1952 年年底就有 240 万人即一半以上的失业人员获得了职业。但是，当时为了防止新的失业现象发生，而对一部分国家工作人员和职工实行“包下来”的政策，也埋下了固定工制度的根子。

从 1953 年起，中国开始实施第一个五年计划，随着有计划的大规模经济建设的展开，劳动法成为完成国家计划和提高劳动生产率，改善劳动者物质文化生活的重要手段。1954 年颁布的中国第一部《宪法》中，明确规定了公民有劳动权、劳动报酬权、休息权、物质帮助权、民主管理和结社自由权以及有遵守劳动纪律的义务等。这一时期，中国根据马克思、列宁的一些设想，把劳动者联合体共同占有生产资料视为全社会一个主体一个层次的劳动。认为整个社会好像一个大工厂，应由国家代表劳动者对整个社会的劳动者和生产资料进行直接的调度和安排，劳动者和掌握生产资料的企业只要绝对服从国家安排，劳动者的权利就能实现，社会生产也可以井井有条地进行。按照这一设想，中国通过劳动立法及有关的劳动政策，逐步形成在

劳动、工资、保险、福利几方面相互配套，高度集中统一的管理体制。

第一个五年计划期间，需要集中人力、物力于经济建设，全国统一的劳动、工资、保险福利制度的建立，有力地促进了第一个五年计划的实现，劳动法的积极作用应予充分肯定。但是，在这一历史时期中，中国劳动立法也反映了当时经济体制的弊端，存在着过分强调行政管理，统得过死、包得过多的问题。这些问题，党和政府在第一个五年计划后期已有所察觉，并提出了改进措施。1956年中国共产党的八大政治报告中指出：“在这里，有必要指出这样一个事实，就是上级国家机关往往对于企业管得过多、过死，妨碍了企业应有的主动性和机动性，使工作受到不应有的损失。应当保证企业在国家统一领导和统一计划下，在计划管理、财务管理、干部管理、职工调配、福利设施等方面，有适当的自治权利。”可惜的是这些想法被以后的“大跃进”引入了歧途。

1958年以后到1976年10月“四人帮”粉碎的这段漫长的时间里，鉴于“左”倾错误和“文化大革命”的干扰和破坏，一方面，中国劳动管理体制上的行政行为得到强化；另一方面，劳动工作逐步偏离法制化的轨道。这一时期，在高度集中统一的管制体制下，一个人要获得生存的基本条件，就必须从国家那里得到一份相应的资源和机会。劳动者不得不将自己的劳动纳入国家权力的调控之中，从而丧失了自己对劳动力的支配权。劳动关系严格说来是一种行政劳动关系，即形式上是劳动关系，而内容上却是行政性的。这种以行政管理手段为特征的计划经济体制赖以建立的基本指导思想是把生产资料的国家占有简单地等同于生产资料的社会占有，进而认为生产资料的国家占有的实现，将导致社会局部劳动与社会整体劳动、社会局部利益与社会整体利益的直接统一。在这种体制下国家和社会实际上是重合的。由于不存在社会空间，因此也不存在社会保障法。