



新时期劳动法制理论与 与实践研究

XINSHIQI LAODONG FAZHI LILUN YU SHIJIAN YANJIU

刘艳平 著

中国铁道出版社
CHINA RAILWAY PUBLISHING HOUSE

新时期劳动法制理论与 与实践研究

刘艳平 著

中国铁道出版社
CHINA RAILWAY PUBLISHING HOUSE

内 容 简 介

本书内容具有一定的独创性和先进性,同时又兼具可读性和实用性。全书共分为六部分,分别为:劳动主体相关法律问题探讨,劳动合同理论与实务问题研究,劳动争议问题研究,用人单位劳动规章制度效力判断,社会保险基金先行支付问题研究,大学生兼职的劳动法保护。

本书适合从事劳动法研究和社会人力资源保障人士阅读与参考。

图书在版编目(CIP)数据

新时期劳动法理论与实践研究/刘艳平著. —北京:
中国铁道出版社, 2016. 12
ISBN 978-7-113-22705-0

I. ①新… II. ①刘… III. ①劳动法—研究
IV. ①D912.504

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 326286 号

书 名: 新时期劳动法理论与实践研究
作 者: 刘艳平 著

策划编辑: 潘星泉
责任编辑: 潘星泉 许 璐
封面设计: 刘 颖
封面制作: 白 雪
责任校对: 张玉华
责任印制: 郭向伟

读者热线: (010) 63550836

出版发行: 中国铁道出版社(100054, 北京市西城区右安门西街8号)
网 址: <http://www.51eds.com>
印 刷: 虎彩印艺股份有限公司
版 次: 2016年12月第1版 2016年12月第1次印刷
开 本: 880mm×1230mm 1/32 印张: 6.625 字数: 160千
书 号: ISBN 978-7-113-22705-0
定 价: 20.00 元

版权所有 侵权必究

凡购买铁道版图书,如有印制质量问题,请与本社教材图书营销部联系调换。电话:(010) 63550836
打击盗版举报电话:(010) 51873659

前言

劳动法律制度是规范劳动关系的法律制度。在市场经济中，劳动、资本和技术是市场的三大基本要素，因而，调整劳动关系的劳动法律也就成为市场经济中的重要法律制度。

劳动法的调整对象主要是劳动关系，而根据相关研究和理论知识可知，我们通常所指的劳动关系是劳动法所规定的劳动关系，即现代化建设中受到劳动法律所保护的、具有一定特殊性的社会关系。劳动关系是最基本的社会经济关系，构建和谐劳动关系是保障和改善民生、维护社会安定和谐的基础。当前和今后一个时期，我国仍将处于劳动关系矛盾的多发期和各种利益关系的调整期，构建和谐劳动关系的任务十分艰巨。党的十八大报告明确提出，要健全劳动标准体系和劳动关系协调机制，加强劳动保障监察和争议调解仲裁，对构建和谐劳动关系提出了新的要求。

经过几十年的发展和改革，我国已经形成市场经济体制，劳动关系也在逐步向着市场化方向发展，但是，我国劳动关系的市场化发展还没有比较规范的体系，在劳动关系理论均衡方面还没有比较合适的法制环境和运行机制。因此，我国社会经济的不断发展会受到劳动矛盾、劳动冲突的影响，只有注重劳动关系的稳定、和谐构建，才能真正推动我国社会主义现代化建设。在经济水平不断提升

和经济全球化发展趋势不断加剧的情况下,劳动矛盾已经成为影响市场经济的最重要因素,因此,我国劳动关系的转型和劳动法学学科的重构,必须对工资、社会保障标准、劳动条件等进行全面分析,才能避免劳动矛盾被激发,从而促进市场经济稳定发展,使市场经济体系更加完善。

在实践过程中,市场经济给劳动关系调整提出的要求是:将个别劳动关系作为重要基础,将集体劳动关系调整看作核心,将社会劳动关系调整看作总体目标,以真正实现我国劳动力资源的最优化配置,从而促进我国市场经济水平快速提升。例如,工会运动、集体劳动关系的形成,是将工业化的社会化大生产看作重要背景,将产业工作看作社会基础,在合理协调我国经济结构和劳动关系的基础上,改善劳动关系、提高经济发展水平。

当前,我国劳动法制理论研究与实践处于探索时期,理论界与实务界正面临“百家争鸣”的困惑,这不利于维护不同形式的劳动群体的切身利益,无法最终促进社会和谐、健康发展。为此,本书拟通过对劳动主体、劳动合同、社会保险、用人单位劳动规章制度效力和其他一些热点问题的剖析,探讨当下劳动用工中的理论与规定、理论与实践、规定与实践脱节现象的成因,逐步推动我国劳动法理论发展与制度建设的协调统一。

本书在撰写过程中,汲取了国内外最新的研究成果,借鉴和参考了许多同行的相关著作,在此仅表示衷心的感谢!

著者

2016.11

目 录

绪论	1
第一章 劳动主体相关法律问题探讨	5
第一节 高级管理人员的劳动主体资格	5
第二节 竞业禁止问题的探讨	16
第三节 经济性裁员问题研究	31
第二章 劳动合同理论与实务问题研究	43
第一节 无固定期限劳动合同对企业的法律影响	43
第二节 劳动合同试用期问题	60
第三节 劳动者的劳动合同解除权	76
第四节 用人单位劳动合同解除权	86
第五节 劳动合同违约金制度及完善	102
第三章 劳动争议问题研究	119
第一节 劳动争议案件的举证责任	119
第二节 劳动争议纠纷案件的解决模式研究：以哈尔滨为例	130
第四章 用人单位劳动规章制度效力判断	149
第一节 用人单位劳动规章制度的概念及特征	149
第二节 用人单位劳动规章的性质	152
第三节 单位劳动规章的效力	157
第四节 完善用人单位劳动规章制度效力判断的建议	164
第五章 社会保险基金先行支付问题研究	168
第一节 社会保险基金先行支付的理论基础	168

第二节 落实先行支付制度的障碍及原因.....	170
第三节 完善社会保险先行支付制度的建议.....	180
第六章 大学生兼职的劳动法保护	188
第一节 大学生兼职以及现状.....	189
第二节 大学生兼职的特征与合法权益维护的意义	193
第三节 大学生兼职过程中劳动权益受损的法律分析	195
第四节 大学生兼职劳动权益保护的建议性对策.....	198
参考文献	205

绪 论

一、劳动法律制度概述

劳动法律制度是规范劳动关系的法律制度。在市场经济中，劳动、资本和技术是市场的三大基本要素，因而，调整劳动关系的劳动法律也就成为市场经济中的重要法律制度。

具体而言，劳动法律制度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制度。劳动关系是劳动法律制度调整的核心内容。所谓劳动关系，是劳动者与用人单位在实现劳动过程中发生的社会关系。其基本内容是劳动者提供劳动，用人单位使用该劳动并支付工资。从该意义上说，它是一种合同关系，具有合同之债的财产要素。但与民法上债的关系不同的是，它还具有身份和社会公益的要素。劳动者必须亲自提供劳动而不能由他人代理；在劳动过程中，劳动者与用人单位会形成从属关系，劳动者需服从用人单位的管理，因此，劳动者在提供劳动的同时，与用人单位也建立了身份关系。由于劳动者是社会的大众，劳工问题也就成为基本的社会问题，劳动者与用人单位的劳动关系是否和谐，与社会大众的生活是否安定有着密切的联系，因此，劳动关系不应当仅仅看作是劳动者与用人单位之间的关系，还应当着眼于整个社会的公益来看待。

此外，劳动法律制度也调整一些与劳动关系有密切联系的社会关系，这些关系是附随于劳动关系发生的。例如，劳动部门、就业服务机构在劳动力招收、职业指导、职业介绍、职业培训等方面发生的社

会关系；工会组织在集体谈判、签订集体合同和维护职工权益方面发生的社会关系；社会保险机构与劳动者和用人单位在社会保险方面发生的社会关系；劳动监察机构在监督检查劳动法实施中发生的社会关系；劳动争议处理机构在处理劳动争议中发生的社会关系等。

二、劳动立法的法律属性

如何给劳动立法的法律属性定位，是一个涉及劳动法的基本原则和价值判断的问题。

一种观点认为劳动法属于经济法范畴，另一种观点认为劳动法属于民法范畴，还有另一种观点认为劳动法属于行政法范畴。笔者认为，劳动法是起源于私法（民法）、又最终从私法分离出来的独立法律部门。从法律属性来说，它属于社会法的范畴。要说明这一点，必须简要地回顾一下劳动法的起源和发展。

劳动法产生于欧洲工业革命后。工业革命在推动社会生产力进步的同时，也带来了劳动关系的普遍化。最初，劳动力雇佣关系完全被作为财产关系由民法来调整，受合同自由原则的规制。但实际上，这只是雇主一方的自由，而非劳动者的自由。因为，劳资关系是一种不平等的关系，资本的巨大支配力很容易将劳动者的独立转化为对资本的依附。劳动力相对于资本而言总是处于弱者地位，因此，在自由资本主义时期，劳动者长期忍受着恶劣的工作条件和超长的工作时间，领取吃不饱、饿不死的“饥饿工资”，结果导致劳资关系紧张，社会长期处在动荡不安中。后来，随着工人运动的发展，特别是人权观念的进步，劳工问题成为各国政府关注的社会问题，有必要通过专门立法予以解决。然而，继续在民法范畴内解决劳动关系的调整问题已经非常困难，为了调整处于强势地位的资本家与处于弱势地位的劳动者之间的关系，需要冲破民法理念和制度的束缚，寻求公共权力的积极

介入，这种努力的结果促使大量以最高工时、最低工资、职业安全等为内容的劳动立法的出现。劳动法的兴起成为 19 世纪末 20 世纪初以来各国法律发展的重要内容，公共力量（国家）和社会力量（工会）在平衡劳资关系上的作用日益强化。

劳动法发端于民法，又超越了民法，并逐渐成为独立的法律部门。从性质上看，劳动法已经不属于私法的范畴，它具有社会法的品格。社会法是 20 世纪以来、特别是第二次世界大战以后提出的一个概念，法学界认为在传统的公法和私法划分的基础上还应当有第三种类型，即介乎于公法和私法之间的第三种法域——社会法。所谓社会法，一般是指为解决社会问题而制订的、具有普遍社会意义的、以社会利益为本位的法律，其目的是为了维护社会弱势阶层的生存及增进社会整体的福利。劳动法和社会保障法都属于典型的社会法。就劳动法而言，其社会法的属性集中表现为社会利益本位的思想。由于劳动关系是具有普遍意义的社会关系，因此劳工问题与社会的整体利益有着密切联系。劳动法的产生，就是通过国家干预来平衡劳资双方经济上的不平等。劳动法的立法宗旨就是为了协调劳资关系，保障劳动者的劳动权利，提升劳动者在社会中的地位，它代表了社会大众的普遍需求和社会发展进步的共同价值取向。劳动法以谋求劳动者的整体利益为己任，因此具有浓厚的社会法色彩。

三、劳动法制的特征

从劳动法具有的社会法属性出发，可以归纳出劳动法的几个特征：

（一）劳动立法的基本价值取向是侧重保护劳动者

有人认为，既然法律追求的是平等，那么作为劳动关系双方的劳动者和用人单位都应处在同等水平予以保护。前面已经分析过，劳动关系是一种不平等的关系，资本的巨大支配力很容易把劳动者变成它

的附属。要保护劳动者，使其获得有尊严的劳动，就必须通过法律的强制来弥补劳动者的弱势地位，因此，侧重保护劳动者是劳动法与生俱来的使命。但这并不意味着不保护资本者或经营者的利益，一方面，劳动法的制度设计也是为了建立稳定和谐的劳动关系，为了保护用人单位的利益，劳动法也规定了劳动者的许多义务；另一方面，资本者或经营者的利益可以通过其他的法律得到保护，如物权法、合同法、公司法、知识产权法等。

（二）强制性规范与任意性规范相结合但以强制性规范为主

劳动法大多属于强制性规范，尤其是劳动基准法，它是国家对用人单位设定的义务，用人单位必须严格遵守，不能降低标准，只能在最低标准之上给予劳动者更好的劳动条件和工资福利待遇。即使是调整劳动合同关系的任意性规范，也与调整一般民事合同关系的任意性规范不同。例如，在劳动合同关系中，合同自由原则既要受法定劳动基准的限制，还要受集体合同的限制，凡是与法律相冲突或低于集体合同标准的条款都无效。从这一特征也可看出，劳动法不属于以意思自治为核心理念的私法，而是典型的社会法。

（三）实体法和程序法相统一

一般而言，实体法和程序法是一种互为依存的关系，有一定的实体法，就有与之对应的程序法，例如，民法与民事诉讼法、刑法与刑事诉讼法。劳动法则不然，其本身既有实体性法律规范，也有程序性法律规范，这是由劳动法的特殊性所决定的。由于劳动争议具有复杂性和特殊性，劳动争议的解决程序也有不同于普通民事纠纷和商事仲裁的特点，因此必须专门做出规定，这就使得劳动法既有实体法的内容又有程序法的内容。

第一章 劳动主体相关法律 问题探讨

劳动法上的劳动者在国外称为雇员、雇工或劳工等，是与雇主相对应存在的，而在我国没有使用这一概念。一般认为劳动者是指达到法定年龄、具有劳动能力、以从事某种社会劳动获取收入为主要生活来源的自然人。我们从这个概念可以看出，自然人要成为劳动者必须具备一定的条件，而这就涉及了劳动者主体资格（以下简称劳动者资格）问题。

事实上，我国的劳动者内涵是多样的，既有宪法意义上的劳动者，也有劳动法意义上的劳动者，更有其他部门法意义上的劳动者。劳动者资格问题关系到劳动者合法权益的有效和全面保障，影响着整个社会的稳定和持续发展。

第一节 高级管理人员的劳动主体资格

劳动者是一个非常庞大的群体，而作为劳动者中的强势群体——高级管理人员，与一般的劳动者相比，在身份地位、经济属性方面存在很多差异。由于劳动合同主体资格并没有给高级管理人员一个明确的界定，导致高级管理人员与公司的劳动关系纠纷处理很棘手，例如高级管理人员离开公司索要巨额经济补偿金、要求补偿加班津贴等。诸如此类问题越来越多，所以研究高级管理人员的劳动主体资格的意义就在于此。对于雇主、雇员的理论认识，高级管理人员劳动主体资

格的界定在大陆法系和英美法系都有所涉及，为提出更加完善的关于高级管理人员的劳动主体资格的理论构想，本书会更加深入地研究企业主高级管理人员与其劳动关系及存在的问题等。

一、高级管理人员的立法参考

2012年7月，甲公司聘用张某为公司CEO，向其颁发聘书，聘期为3年，年薪为12万元，奖金为公司效益的千分之一。2016年5月，甲公司效益不理想，甲公司股东会决定与张某解除聘用关系。张某提出，本人为公司员工，要求公司支付经济补偿金和加班费。但甲公司认为张某并不具有劳动主体资格，拒绝赔偿张某。那么张某是否具有劳动主体资格呢？下面我们着重来探讨到底什么是高级管理人员劳动主体资格及相对应的解决措施。

（一）我国的法律，包括我国香港特别行政区、台湾省的有关规定

“高级管理人员，是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。”这是《中华人民共和国公司法》以下简称《公司法》中第十三章附则中第二百一十六条第一款的规定。《公司法》将高级管理人员排除在雇员范围外，让董事监事为同一范畴。高级管理人员的大概范围就比较清晰。

高级管理人员的范围在2004年证监会通过的《证券投资基金行业高级管理人员任职管理办法》中的规定有些不同，此规定为“本法所称证券投资基金行业高级管理人员（以下简称高级管理人员），是指基金管理公司的董事长、总经理、副总经理、督察长以及实际履行上述职务的其他人员，基金托管银行基金托管部门的总经理、副总经理以及实际履行上述职务的其他人员。”可见该法已经将董事长包括在范围之内。

与《公司法》相比较而言，这里的高级管理人员的概念显得更为宽泛，认为一切拥有经营管理决策权的人员都是高级管理人员，所以公司法定代表人也纳入到高级管理人员当中。

关于高级管理人员的概念在我国台湾省的有关规定中没有明确地给出界定，只有“公司经理人”“公司负责人”等称谓。台湾当局所谓“公司法”第八条规定，“本法所称公司负责人：在无限公司、两合公司为执行业务或代表公司之股东；在有限公司、股份有限公司为董事。公司之经理人或清算人，股份有限公司之发起人、检查人、监察人、重整人或重整监督人，在执行职务范围内，也为公司负责人。”台湾当局所谓“劳动基准法”第二条第二款，“称雇主者谓雇佣劳动之事业主、事业经营之负责人或代表事业主处理有关劳工事务之人。”我国香港特别行政区也有对雇主规定：“雇主包括已订立雇佣合约雇佣他人为雇员的人，以及获其妥为授权的代理人、经理人或代办人。”^①

（二）国外关于高级管理人员的法律规定

高级管理人员在美国的法律制度中是指被排除在雇员以外的人，主要有：

1. 高级管理人员

早在 20 世纪 70 年代，美国国家劳工关系委员会就对“高级管理人员”给出以下定义：“只有那些真正代表雇主意志，可以独立履行行使自由裁量权，能够按照一定的方式独立完成某种管理政策的人”。

2. 监督人员

1947 年美国颁布的《塔夫脱-哈特利法案》，将监督人员排除出了

^① 林晓云. 美国劳动雇佣法[M]. 北京：法律出版社，2007.

“雇员”的范围，并且规定：“监管人员是指在任何时候以雇主或者代表雇主的名义雇佣、转移、中止、召回、晋升、解雇、分配、奖励或处罚任何其他雇员，或者负责指导员工或调整员工的不满或有效建议采取行动的人员，并且他行使这些权力时，不仅仅是按照章程办事或者只是具有秘书的性质，而是需要在实践中进行独立判断。”在实践中，美国国家劳工关系委员会通常裁定这些拥有独立判断能力和人事决定权的人为监督人员，即使这样的权力很少行使。

3. 机要人员

机要人员主要是指那些拥有一个秘密的身份在劳动关系领域按照雇主的指示采取行动行使管理权的人。但是，如果员工有机会近距离接触与劳动关系无关的机密信息，那么他们就不会被排除在外。日本劳动法的相关规定认为科长以上的管理人员都属于高级管理人员的范畴。德国劳动法关于雇员中排除高级管理人员的规定有：“①法人代表或合伙人代表。在合伙企业或者法人企业工作并且依据法律、章程或者公司合同单独及代表机构被任命为法人代表或合伙人代表的人员，不属于雇员的范畴。②高级职员、企业领导人员、公司经理以及其他拥有类似的权力，能够聘用或解聘其他雇员的高级职员都不属于雇员范畴。”

如果要将某一个机要人员从劳动法中排除，就要看其履行的具体职能是否能够接触到机密信息。

二、部门法视角下的企业高级管理人员

（一）劳动法学界的观点

我国著名法学界教授董保华认为对于要受法律保护的劳动者应该区别对待，也就是分层保护，大致分为四层：第一层为职业经理人，第二层为专业技术人员，第三层为产业工人，第四层为一些失业、半

失业、无业人员。如此分层是因为《中华人民共和国合同法》简称《合同法》《公司法》中明确规定了对保护职业经纪人权益的相关法律法规，而且职业经纪人是属于雇主范围的，不能被纳入《中华人民共和国合同法》简称《劳动合同法》的保护范围；将专业技术人员归为第二层，主要考虑到他们具有一定的知识涵养，也有一定自我保护的能力，能够分析出合同的有利方面；作为第三层的产业工人，他们对法律的依赖程度很高，由于他们自己的谈判能力很弱，他们需要法律对他们采取一定的保护，从而让他们的权益得到保障；第四层的这些失业、半失业、无业人员是不被包括在劳动法律保护范围内的，他们的自我保护能力几乎没有，只能依靠法律的保护，对于此类人员我们应该加大力度保护他们，为他们提供更多的特殊保护。

在法学界的其他学者对此问题也是各抒己见，大部分学者认为对于公司的高管，在劳动法中也可以分为两种情况，虽都被剔除在雇员范围，但还有一定区别：一种是在公司持有大量股份的高管，他们完全有能力有权利去影响公司的管理及决策，他们作为一个纯粹的雇主被排除雇员范围；另外一种则是占有公司少量股份，依照公司领导的意志做事的人，他们虽也受到上层领导的控制，但他们具有一定的管理权，可以对下属进行管理，并且由于他们有较强的自我保护能力，所以也被排除在雇员以外。

（二）公司法学界的观点

由于对公司与董事、监事与高级管理人员的关系及工作职能的认识具有一定的差异性，现存在两种说法。一种说法认为，公司高级管理人员是指对外代表公司的公司行政首脑或负责人，对内执行管理公司日常经营业务的人员。另一种说法认为，公司高级管理人员是指包括我国《公司法》第二百一十六条所规定的：包括高级管理人员在内的，在公司担任董事、监事职务的人员。

（三）司法界的观点

有关司法实务界的观点认为，负责企业整体工作或涉及企业全局利益的“高层”应为高级管理人员的范围。作为公司的董事与监事应该和经理层一样都被包含在高级管理人员范围内，虽然公司与其存在的是委任关系，但并不能改变原有的属于高层的性质。

现在司法学界存在两种观点：一种认为董事、监事与公司的关系为委任关系，而高级管理人员是辅助公司运营，协调上级与下级关系，代表上级意志，按照一定方式去管理公司事务的人员，两者截然不同，不能同属于高级管理人员。另一种说法认为，董事、监事虽是委任关系，但都是公司高管，应属高级管理人员范围。^①

三、高级管理人员纳入劳动法的相关讨论

劳动者到底是什么，只有清楚劳动者的范围，我们才能真正地去思考高级管理人员是否具有劳动主体资格。

事实上，我国对劳动者定义的内涵是多样的，依据概念不同，定义也各不相同，劳动者既有宪法意义上的，也有劳动法意义上，而作为各个部门法也有其自己对劳动者的意义。在大部分人眼中，所谓劳动者就是所有从事劳动（分为体力劳动和脑力劳动）的人，包括：农民、个体经营户、教师、公务员、工人、保姆（家政人员）及农民工等。基于公平公正的理念，我们都将这类人员称之为劳动者，因为这些人员付出了辛勤的劳动，而且是通过交换自己的劳动价值获得劳动收入的。在现在这个经济高度发达的社会，劳动者也成为了一股不可忽视的阶层力量，而且他们也不再适用一元化的模式，劳动者也有多种发展模式。此外，由于劳动者不再适用单一的发展模式，劳动关系

^① 黄越钦. 劳动法新论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.