



当代

劳动法学研究

杜曙光 / 著

DANGDAI

LAODONGFAXUEYANJIU

吉林人民出版社

JILINRENMINCHUBANSHE

当代劳动法学研究

杜曙光 著

吉林人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

当代劳动法学研究/杜曙光著.

—长春:吉林人民出版社,2005.11

ISBN 7-206-04819-6

I.当… II.杜… III.劳动法—法的理论—研究—中国

IV.D922.501

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 133308 号

当代劳动法学研究

著 者:杜曙光

责任编辑:李艳萍

封面设计:小 丫

责任校对:杨立云

吉林人民出版社出版 发行(长春市人民大街 7548 号 邮政编码:130022)

印 刷:长春市华艺印刷有限公司

开 本:880mm×1230mm 1/32

印 张:11

字数:350 千字

标准书号:ISBN 7-206-04819-6

版 次:2006 年 1 月第 1 版

印 次:2006 年 1 月第 1 次印刷

印 数:1-2 000 册

定 价:26.00 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

目 录

基础理论篇

第一章 劳动法的产生	(3)
一、法的产生	(3)
二、劳动法的产生	(5)
三、中国劳动法的崛起	(7)
第二章 劳动法的发展	(9)
一、劳动法的发展	(9)
二、国际劳工组织与我国劳动法的发展	(10)
三、难点争议: WTO 与我国劳动法的发展	(20)
四、焦点争议: SA8000 规则与我国劳动法的发展	(23)
第三章 劳动法的概念、体系、适用范围和基本原则	(29)
一、劳动法的概念	(29)
二、劳动法的体系和渊源	(31)
三、劳动法的适用范围	(36)
四、劳动法的基本原则	(51)

劳动关系篇

第四章 劳动合同制度	(57)
一、合同制度的经济观	(57)

二、劳动合同主体制度·····	(62)
三、劳动合同的签订·····	(68)
四、劳动合同的效力·····	(82)
五、劳动合同的履行和变更·····	(84)
六、劳动合同的解除和终止·····	(87)
第五章 集体合同制度·····	(108)
一、集体合同的产生与集体合同的价值·····	(108)
二、集体合同的概念、分类与效力·····	(109)
三、集体合同的签订、履行、变更与终止·····	(111)

劳动基准篇

第六章 工时制度与休息休假制度·····	(119)
一、工时制度与休息休假制度的价值·····	(119)
二、工时制度的内容·····	(120)
三、一种新的工时形式·····	(122)
四、休息休假制度·····	(125)
五、延长工作时间与经济补偿·····	(129)
第七章 工资制度·····	(133)
一、工资的理念·····	(133)
二、工资的概念和工资的形式·····	(133)
三、最低工资保障制度·····	(137)
四、工资集体协商制度·····	(141)
五、工资支付制度·····	(143)
六、工资总量宏观调控制度·····	(151)
第八章 劳动保护制度·····	(154)

一、劳动保护的概述·····	(154)
二、职业病防治制度·····	(154)
三、安全生产制度·····	(164)
四、矿山安全生产制度·····	(173)
五、劳动防护用品制度·····	(177)
六、女职工的保护制度·····	(181)
七、未成年工的保护制度·····	(182)

劳动保障篇

第九章 劳动就业与职业培训制度·····	(187)
一、劳动就业与政府责任·····	(187)
二、劳动就业的形式·····	(188)
三、劳动就业的现实压力与对策·····	(193)
四、外国人在中国的就业·····	(201)
五、职业培训与职业能力鉴定·····	(206)
第十章 社会保险制度·····	(215)
一、社会保险制度概述·····	(215)
二、养老保险·····	(217)
三、基本医疗保险·····	(223)
四、失业保险·····	(225)
五、工伤保险·····	(229)
六、生育保险·····	(241)
七、企业年金制度·····	(242)

劳动争议篇

第十一章 劳动争议制度和社会保险争议制度	(257)
一、劳动争议概述与劳动争议的处理机制	(257)
二、劳动争议调解委员会的组成及工作程序	(258)
三、劳动争议仲裁	(259)
四、劳动争议诉讼	(266)
五、社会保险行政争议处理制度	(273)
第十二章 劳动保障监察制度	(279)
一、劳动保障监察制度的概述	(279)
二、劳动保障监察的主体制度	(280)
三、劳动保障监察的实施制度	(281)
四、违反劳动保障制度的法律责任	(290)
五、工会劳动保障监督制度	(292)
六、社会保险基金监督制度	(294)

劳动者维权篇

第十三章 劳动者维权与工会制度	(301)
一、工会制度的建立	(301)
二、我国工会制度的状况	(301)
三、工会制度的发展与劳动者的维权	(308)
第十四章 劳动者维权与劳动行政执法的改进	(310)
一、劳动者维权的政治变革基础	(310)
二、行政程序与行政机关执法	(314)

第十五章 劳动者维权与法律援助制度	(322)
一、法律援助制度的内涵	(322)
二、法律援助与劳动者维权	(329)
附录 职工劳动合同文本	(331)
参考书目	(338)
后记	(341)

基础理论篇

第一章 劳动法的产生

一、法的产生

法是什么？一般的回答是：法是体现统治阶级意志的规范社会主体行为的行为规范的总和。这个回答中规中矩，没有色彩。从人类社会群居开始，人类群居的成员需要建立一种规范人与人财产关系和人身关系的行为规范，用以减少生活的成本。罗纳德·科斯在1960年发表的论文《社会成本问题》中，为了说明财产与人身法律制度的起源，创设了一个模型进行分析。这个模型是以农夫养牛为讨论的基础，为了更好地理解科斯先生的理论，我用另外一个例子来说明法律的起源。

我们假设在远古没有法律的时代，这个世界上只有两个人，每个人都进行着生产活动：A 每年的生产收获是 P_1 ，B 每年的生产收获是 P_2 ， P_1 和 P_2 可能相等，也可能不同，因为每个人的生产技能、特长和运气（野兽的破坏、天气的好坏）不同，所以 A 和 B 的收获在大多数情形下是不同的。人之初，人性既不本善也不本恶，但人类有一种追逐自己利益最大化的本能，驱使人类做事。A 和 B 发现除了自己生产之外，偷窃行为也能为自己带来利益。收获的劳动成果加上偷窃的他人的劳动成果，会大于自己的单纯的劳动所得，因此 A 或者 B 就会有一种偷窃的动机，就会有一方会去冒险去偷窃他人的劳动成果。为了避免自己的损失和增加自己的收入，无论 A 或者 B 谁先启动了偷窃行为，最终的结果是 A 和 B 都会选择偷窃行为，这是一种不完全信息博弈的后果。所以，A 和 B 除了自己生产之外，会存在偷窃对方生产收获的行为。如果只有一方实施偷窃行为，那么会增加偷窃方的收获，减少被偷窃方的生产

收获。为了减少自己的损失，被偷窃方也会决定进行相反方向的偷窃，这样无论是谁先开始偷窃行为，最终的结果是A和B都会有偷窃的行为。这样，对于A来讲，其活动会分成三份：从事生产活动；从事偷窃活动；从事反偷窃活动。同理，B的活动也是一样的。无论对于A或者B，其每天的精力和时间都是有上限的和一定的，当其从事某一方面的活动时，就会减少另一方面活动的精力投入和时间投入。在这种行为模式的安排下，A和B会发现：各自的收获减少了，因为有一部分精力耗费在没有产出的反偷窃行为方面。每个人都进行偷窃行为和反偷窃行为，所以花费在生产活动方面的投入就少了，此时A和B各自的收获应会少于 P_1 和 P_2 ，虽然偷窃行为可以为自己带来利益，增加各自的总额收获量，但双方的相互的偷窃行为也带来了各自的损失，所以总量上，A和B的收获量应少于 P_1 和 P_2 。与其这样，双方可以达成一个协议，承认对方的财产权，承诺不去偷窃对方的财产，这样，就可以把精力和时间投放到生产领域，得到自己的最佳的收益。为了使该协议得到履行，双方各自拿出一些资源用于协议履行的监督，虽然这种监督行为会消耗掉一部分资源，但是因此应由A和B支出的成本会远远少于没有协议状态下的A和B的损失，所以这种承认财产权的制度创造带来了资源使用的高效率，达到了帕雷托改进的效果，即不增加资源的投入，而增加了个体的利益收获。对生命的尊重，达成对个体生命权的相互承认的协议也是人类有意选择的生活模式。这个现实的世界不是只有两个人，而是很多人，所以就建立了专门监督协议履行的机构，这种监督协议履行的机构在今天就叫做执法机关，譬如军队、警察和法院等；这种社会个体为协议的履行而支付的费用在今天就叫做纳税。

法律是人类社会成员为了减少社会生存成本而为的一项相互妥协的社会契约，是人类的一项发明创造，是人类生存智慧的结晶。但是，属于法律所认可的相互之间尊重财产权利和人身权利的主体却不是等同社会主体，在奴隶时代，奴隶从法律地位上不是“人”，是一种财物，当然不是社会契约的签订主体，所以无法享受到权利；到了中世纪，农夫不是完整意义上的“人”，是附属于

庄园主的人，同样无法享受到作为社会契约主体的权利；到了资本主义社会，资产阶级革命者宣称：“人生而平等”，以社会契约的方式重组社会政治结构，自然人成为了权利主体。从古到今，法律作为一种社会契约的产物以存在。在古代，能够作为该契约主体的人仅是一个小圈子里的自然人，奴隶社会是奴隶主，奴隶主之间相互尊重各自的财产权和人身权，如果损害对方的奴隶就造成对方财产的损失，从而应当对此进行赔偿；在封建社会，地主阶层相互之间承认各自的财产权和人身权，部分自耕农和自治城市的市民也成为该权利体的成员。在良性的资本主义社会，公民成为社会契约的主体，享受到财产权利和人身权利。从古到今的趋势是社会契约主体在不断的扩张，从社会上的一少部分人到社会上的绝大多数人，进而等同于该国家的整体国民，这个过程是一个单方向的、不可逆转的、历史的过程。为什么人类不从文明的开始就将权利主体扩张到全体社会成员？简单的回答是：人类政治文明的进步取决于经济文明的进步。什么样的经济基础决定什么样的上层建筑，权利是斗争来的，而要通过斗争争取权利需要生产力的提高和劳动生产率的改进，使社会结构发生变革；否则，没有以社会生产力提高为基础的社会变革，只是在原来的社会运行层次上的重复，譬如中国封建王朝的更迭，变换的只是历史剧的演员，不变的仍是原来的社会制度。从奴隶社会到封建社会再到资本主义社会，随着生产力的进步，能够享有社会契约主体权利的社会成员也在一步步的扩大，法律从一少部分人的权利契约扩张到绝大多数人的权利契约，再到全体国民的权利契约，这个过程是一个经济基础决定上层建筑的过程。

二、劳动法的产生

自古以来，通过出卖劳动力获取生活资源的雇佣交易现象就一直存在，这种关系在法律领域一直通过合同法来调整，即雇佣合同关系，那时没有劳动法的产生。劳动法的产生是变化了的社会结构对管治制度的要求。无论在什么年代和时代，社会上的人总是分层的，在古代社会，以农业为主要的生产方式，奴隶与奴隶主、自由

民构成了奴隶社会人口的主流；在封建社会，地主与雇农、自耕农构成了封建社会人口结构的主流，把每个社会的主流人口管理好就等于管理好了整个社会，虽然这些社会都一直存在通过雇佣劳动生活的人，但是这些人口不占人口比例中的大多数，所以通过合同法中关于雇佣合同的规定就可以满足社会管治的需求，专门的劳动法没有产生的必要，这种情形一直持续到资本主义生产方式的兴起。在资本主义生产方式下，资源得到最大程度的开发，财富得到快速的积累，劳动者的生活得到持续的改善，与封建社会的生产方式比，这种生产方式具有先进性，从而引导了整个社会不可逆转的向市场经济制度过渡，社会出现了新的管治问题。在资本主义生产方式占主导的国家里，从事雇佣劳动且仅依靠雇佣劳动生活的人逐渐地成为了社会人口的绝大多数，此时，依然用合同法中的雇佣合同规定来管理如此庞大的社会人口，已不适应。譬如：工资约定，依据合同法的意思自治原则，雇佣合同当事人可以自由约定工资报酬，在劳动者和用人单位的实力比较中，一般而言，劳动者处于较弱的议价地位，用人单位处于较强的议价地位，那么用人单位就可以利用其的优势地位来压低劳动者的工资报酬，本来用人单位有这种行为无可厚非，但是这种压价行为往往会到极端，使劳动者无法能够赚到足够的钱养家糊口，抚养小孩，赡养老人；也使劳动者无法赚到足够的钱来维持自己的劳动力的再生产和提升自己的劳动能力。此时的社会结构是一种金字塔型社会结构，社会人口的绝大多数处于社会的底层，生活困顿，虽然这个群体中的单个个体力量都很小，但是这个社会阶层人数是如此众多，一旦被组织起来，就是一支使任何社会阶层恐惧的力量；社会的统治者和资本家处于社会的顶层，生活优裕，这些人在社会的人口比例中占有很小的比例，但掌握大量的组织资源和经济资源；在两大社会阶层中间是人口少和力量弱的中间阶层；这样的社会处于火山之巅，社会上层和社会底层的矛盾一触即发，引来社会动荡，而社会动荡对上流社会具有毁灭性的负作用，为了维护社会上层和社会底层的共同利益，统治者要对雇佣关系进行立法，设定劳动者劳动的基本标准，如工时、工资、劳动保护等，这样社会统治者就要对雇佣合同进行改造，这

就是学者所讲的国家意志对当事人意思自治的干预，及国家对雇佣关系的干预，从而形成了一种与雇佣关系不同的劳动力买卖关系，这就是我们所讲的劳动关系。

在历史长河中，1802年是一个值得记住的时间，那一年，英国颁布了《学徒健康和道德法》，这部法律被认为是世界范围内劳动法产生的标志。虽然这部法律以现代人的眼光和标准看很残忍，譬如它规定纺织厂不能雇佣9岁以下的学徒和禁止学徒作夜工，以及学徒每天工作的时间不得超过12个小时且限于早6点和晚9点之间，试想一下我们现在社会上的9岁以上的小孩子，能够做什么：麦当劳、肯德基、网络游戏、NBA，在200年前，他们已经挣钱养活自己了。虽然这部法律依现在的标准看很残忍，但是它是世界上第一部保护劳动者的法律，在此之前的许多法律是强化对劳动者的剥削和奴役的，譬如欧洲中世纪颁布的许多“劳工法规”，这些法规规定了“最低工时和最高工资”等强化剥削的内容。所以，英国在1802年颁布的《学徒健康和道德法》是一个新时代的起点，被认为是世界范围内劳动法产生的标志。当时，中国正处于嘉庆皇帝时期，国家把大量资源花费在维护稳定和加强统治上，限制工商业的发展和海外贸易，由此看来，先进国家具有先进的原因，落后国家具有落后的原因，起跑时间落后了多少年，中华民族的振兴还需要加倍的努力。中国劳动法产生的标志是1923年北洋政府颁布的《暂行工厂规则》，迟到了世界约120年。目前，我们现行的《中华人民共和国劳动法》是1994年7月5日全国人民代表大会常务委员会颁布的，于1995年1月1日开始实施的。在一国两制的模式下，中国劳动法除了指中华人民共和国劳动法之外，还包括香港特别行政区劳动法与澳门特别行政区劳动法，海峡两岸和平统一后，中国劳动法还应包括台湾地区劳动法。

三、中国劳动法的崛起

在计划经济向市场经济转型的过程中，劳动法的崛起是社会发展的必然。在社会主义计划经济时代和社会主义市场经济的前期，国有企业是社会经济活动中的主流主体。在国有企业时代，国有企

业承担起职工的生老病死等所有事项，一个国有企业就是一个结构完善的小社会；作为国有企业的职工，能从国有企业里得到众多的福利（如住房、子女入托等），而在国有企业之外的社会公民，一切都要自己扛，作为理性的社会公民，自然会选择在国有企业里就业。此时，社会主流劳动力是在国有企业里，只有少数的社会劳动力游离于国有企业之外。工人阶级是国家的领导阶级，国有企业是国家所有的企业，工人阶级和国有企业的利益是共同的，当劳动者和国有企业因为工资、工时、劳动保护等事项发生争议时，这种争议被认为是人民内部的小的争议，由国有企业的上级部门解决，直至到政府出面解决，在这种管治模式下，政府、国有企业、劳动者的利益三位一体，当发生劳动争议时，就可以在国有企业内部和通过行政方式加以解决。此时，劳动政策主导了劳动争议的解决，劳动法默默无闻地站在劳动政策的后面。随着社会主义经济体制改革的深化和社会主义市场经济的发展，民营企业和外商投资企业逐渐崛起，国有企业逐步退出竞争性的经济领域，国有企业的衰落已是一个不争的事实。随着民营企业和外商投资企业的发展，大量的社会劳动力进入到这些非国有企业做事，因为这些企业的产权不属于国有，此时政府不可以像指令国有企业那样来指令非国有企业的用工规则，劳动者和非国有企业具有利益的对立性，企业从劳动力市场获得自己需要的劳动力，并为此支付劳动力的市场价格；劳动者在就业市场上找到工作，出售自己的劳动力，获得劳动报酬，劳动者和用人单位通过市场形成劳动关系的协议，当发生劳动争议时，只能由外在的独立的具有公信力的机构来解决他们之间的利益冲突，而不能像以前似的通过企业内部和政府出面解决。在此背景下，劳动法在社会生活中的地位越来越重要，劳动法逐渐地崛起。

第二章 劳动法的发展

一、劳动法的发展

劳动法自产生以来,随着社会的变化和生产力的发展而得到相应的发展。劳动法经历了自由资本主义时期和垄断资本主义时期,并经历了第一次世界大战和第二次世界大战,到今天,劳资关系的调整互动模式已趋于平稳化与科学化,劳资关系处于一个稳定和均衡的状态。近几年来,随着经济全球一体化的发展,劳资矛盾趋于紧张,发达国家工人阶级反全球化的示威运动此伏彼起,发达国家工人阶级与欠发达国家工人阶级的矛盾日渐激烈。

中国自1949年建国以来,劳动法的发展经历了三个时期:第一时期自1949年到1953年国民经济恢复时期,此时期内劳动法得到了发展;第二时期自1953年到1978年,随着社会主义改造的完成和社会主义计划经济的建立,劳动法逐渐淡出,劳动政策成为此时期调整劳动关系的主体;第三时期自1979年开始到现在,随着社会主义市场经济制度的建立和完善,劳动法得到了全新的发展。目前,我国劳动法面临着国内和国外因素的巨大挑战,从以下三方面影响着劳动法的发展速度和发展趋势:

第一,国内劳资关系对我国劳动法的影响。随着中国经济的发展和城市化的提速,大量的工作岗位被创造出来,中国目前有大约2亿5千万左右产业工人,这个数字仍然会随着中国现代化的进程而增长,如何稳定和平衡这些劳动者和产业资本的劳资关系,从而使劳动者和资本者分享经济增长的好处,并促进国家经济的发展和国力的壮大,是一个具有挑战性的问题。可以预见的是,如果国内