

劳动与社会保障法 入门笔记

*Labor Law and Social Security Law
in a Nutshell*

曹燕·主编



重点知识 | 一目了然 | 涵盖司考



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



法学笔记系列

劳动与社会保障法 入门笔记

*Labor Law and Social Security Law
in a Nutshell*

主 编·曹 燕

副主编·沈建峰 张好娅

撰稿人·(以撰写章节先后为序)

陈静媛 孙冰心 魏 倩

刘晓倩 刘凤杰



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

劳动与社会保障法入门笔记 / 曹燕主编. -- 北京 :
法律出版社, 2017
ISBN 978 - 7 - 5197 - 1865 - 7

I. ①劳… II. ①曹… III. ①劳动法—中国②社会保
障法—中国 IV. ①D922.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 000275 号

劳动与社会保障法入门笔记 LAODONG YU SHEHUI BAOZHANGFA RUMEN BIJI	曹 燕 主 编	策划编辑 谢清平 责任编辑 谢清平 装帧设计 李 瞻
--	---------	----------------------------------

出版 法律出版社 总发行 中国法律图书有限公司 经销 新华书店 印刷 天津嘉恒印务有限公司 责任印制 张建伟	编辑统筹 社项目运营中心 开本 720 毫米×960 毫米 1/16 印张 13.5 字数 190 千 版本 2018 年 4 月第 1 版 印次 2018 年 4 月第 1 次印刷
--	--

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073) 网址/ www. lawpress. com. cn 投稿邮箱/ info@ lawpress. com. cn 举报维权邮箱/ jbwq@ lawpress. com. cn	销售热线/010 - 63939792 咨询电话/010 - 63939796
---	--

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073) 全国各地中法图分、子公司销售电话: 统一销售客服/400 - 660 - 6393 第一法律书店/010 - 63939781/9782 上海分公司/021 - 62071639/1636	西安分公司/029 - 85330678 深圳分公司/0755 - 83072995 重庆分公司/023 - 67453036
---	---

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1865 - 7 (如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)	定价:32.00 元
---	------------

主 编 简 介



曹燕，1975年出生，北京市人。法学博士，西北政法大学经济法学院劳动与社会保障法学教研室主任、教授，西北政法大学人权研究院研究员，中国法学会社会法学研究会常务理事。赴韩国外国语大学校访问学者、全职讲师（2006.08—2007.08）。长期从事劳动法学研究，在劳动法基础理论、劳动保护法和劳动合同法等领域出版两部学术专著，在《法学家》《政法论坛》《法学论坛》等核心期刊公开发表专业论文十余篇。

“法学笔记系列教材”编委会

主 任

竺 效

副主任

蒋大兴 程 啸 何其生

张 翔 何志鹏 李建伟

委 员

(以姓氏笔画为序)

李秀清 李雨峰 李忠夏

刘亚军 刘志云 杜 宇

吴英姿 初北平 周尚君

胡 铭 姜 涛 曹 燕

戚建刚 谢进杰

总 序

法学、神学与医学是人类最古老的知识体系,其知识谱系的演变体现了人类文明与法治的进步。在我国,法学教育对于建设法治国家具有基础性、根本性与前瞻性的作用,是全面实施依法治国伟大工程中的重要一环。改革开放以来,我国的法学教育发展取得了显著成绩,为社会主义法治国家建设提供了有力的支持与人才保障。目前,随着我国法治事业的不断发展与法律服务市场的变化,社会需要越来越多适应时代要求的法治人才,这对大学的法学教育提出了新要求。如何提高法律人才培养质量,满足社会需求,已成为我国法学教育改革所面临的重要课题与挑战。

法学教育的本质并非传授单一的知识点,而是培养一种综合的法律思维能力。法律是一种职业,一种技术含量非常高的专业化的职业,这个职业有不同的研究方法,也有多元的思维方式。我们应该培养像法律人那样思考问题、解决问题的能力。随着全球化、信息化时代的到来,法律制度发生了新的变化,法律现象呈现出日益综合化的趋势。如何有效地分析和解决特定的法律问题,已经不能再局限于某一单一法学学科,而应以整体系统的法学教育为背景,通过综合的法律思维去分析、解决问题。因此,为适应社会需求,法科学生需要在短时间内系统地学习法学的理论精髓,并融会贯通。这也为法律人才培养提出了更高的要求。

在法学教育中,教师是教学的核心,尤其是青年教师,站在教学第一线。青年教师入职后面面临的挑战可能不是科研,而是教学。青年教师历经数十年的寒窗苦读、精耕科研,如何以最短的时间从研究者转换为授业者,是每一位初登讲堂者须完成的必修课。教学大纲的设计、知识点的选取、典型案例的搜集、寓理论于案例的深入浅出等均是作为“初学者”的青年教师需要攻克的难关。初登讲堂者往往都是学富五车的博士,但经历了漫长的学习生涯与科学研究过程,他们恐怕一时难以用通俗易懂的语言将法学的乐趣深入浅出地描绘给学生。

作为法学职业教育的共同体,我们须认识到,法学教育的目的是培养造就一批

信念执着、品德优良、知识丰富、本领过硬的高素质法律人才,包括法学研究型人才、法律应用型人才、复合型法律人才等适应不同层次社会需求的法律人才。为了形成知识、能力和实践之间的融合,我们需要系统地学习法律知识,但是知识并不是最重要的,关键是通过法学知识的传授培养一种能力,用能力来解决法律实践中的具体问题。对于研究型人才,我们应训练其法学思维,启迪其独立研究和思考;对于应用型人才,我们也须培养其法律思维,将理论应用于实践;对于复合型人才,我们要培养其综合性应用思维,扩展其法律知识面。

法学教育的载体和纽带在于教材的编写和选用。无论是学生的学习,还是教师的讲授,都依赖于课程的教材。传统的法学教材,植根于各学科基础理论,汇集各家观点,力求完整、全面地为读者介绍本学科的基本情况,归纳本学科的基本理论体系,诠释本学科的基本法律规范。但对于正在接受系统法学教育洗礼的本科生乃至硕士生等群体而言,存在一种瓶颈性的困境。因缺乏系统的法学知识,在各家学说与艰深理论面前,法学初学者往往会“望而却步”,期待一种通俗易懂的教材。事实上,法学是美妙而充满魅力的科学,如果有一本教材能够让学生在轻松的阅读学习中,直观了解法学知识的初貌,培养学生对深入学习本学科法学理论的浓厚兴趣,逐步引导其对这门学科开展探索,这必将是法学初学者的一种幸事。

此外,在信息化时代,法学初学者又须防范迷失于信息量过大而难以取舍、信息良莠不齐而缺乏甄别能力、知识的碎片化而难以形成法律思维等困境之中。事实上,法学知识和法律知识载体的多样化、新型化也给法学教育工作者提出了新的课题。例如,如何为法学本科生的每门专业课选择正确、适量、重点突出、便于理解的教学素材,如何使得教学素材的载体既小又大,即教材的页码少但有用信息量大;如何使得教学素材的载体既简单又复合,即教材所载学科理论和法律知识的信息重点一目了然但功能多用,能够满足学科入门、理论体系的提炼、法律知识的串联、司法考试知识点等复合型功能需求。

可喜的是,法律出版社计划出版一套“法学笔记系列教材”,这套教材由我国青年法学学者编写,突出教材的“笔记”特色。其丛书编委均是具有长期丰富一线教学经验的中青年法学才俊。当中国人民大学法学院竺效教授与我交流这套新型法学教材的提议后,我开始关注这套教材的出版进展,也浏览了由他主编的第一本教材《环境法入门笔记》。我认为,这套教材的新意在于,将目标集中于引领法学初学者进入各个法学学科领域,使法学入门者能对各学科理论有全面系统的了解,掌握其中重点,对各学科涉及的法律规定能在准确理解的基础上尝试应用,借助该套教

材,激发读者深入研习法学的兴趣。同时,也有望这套教材能为初入讲堂的青年教师提供较为高效的“教学入门速成课”。甚至可能成为那些由于各种原因从其他专业转而从事法律实践的应用型、复合型人才,提供法学各学科法律实践的入门级“工具书”。

作为从事教学工作近三十年的法学教育者,看到这套新型教材的问世,感到欣慰与欣喜——欣慰于青年教师们能够想读者之所想,想后辈之所想,想学生之所想;欣喜于青年教师们青出于蓝而胜于蓝。希望日后有更多青年学者加入本套教材的编写,为本套教材的完善提出真知灼见,在从事学术研究的同时不忘初心,致力于我国法学教育事业的发展。

中国法学教育研究会常务副会长、
中国人民大学法学院教授、博士生导师

韩大元

2016年12月25日

编写说明

随着社会的经济不断发展,我国劳动关系问题日趋繁复,劳动关系与社会保障领域发生的深刻变化及其呈现出新的问题,推动我国劳动与社会保障立法体系不断完善,法学研究不断深入。作为法学专业核心课程,《劳动与社会保障法》课程教学面临的突出问题是,如何在有限的课时内将体系如此庞杂的法律知识体系完整地传授给学生?本书是解决这个难题的初步尝试,其基本思路,以帮助学生快速掌握劳动与社会保障法的基本制度、基本理论和基本知识为主要目标,将法律制度与法学理论中的重要知识点以最简洁的方式呈现给学生,便于其记忆的同时,帮助其加深理解。这也是笔记系列教材的宗旨与特色。

本书分为十三章,包括了劳动法与社会保障法领域中的主要制度和重要知识点。本书的作者及其分工如下:

主编:曹燕,法学博士,教授,西北政法大学经济法学院劳动与社会保障法学教研室主任。中国社会法学会常务理事、陕西省法学会理事、陕西省法学会社会法学研究会副秘书长,西安市总工会专家顾问团成员。撰写本书第一章、第三章和第四章以及附录。

副主编:沈建峰,法学博士,副教授,中国劳动关系学院法学院副院长,洪堡基金会“联邦德国总理奖学金”获得者。撰写本书第九章。

副主编:张好婕,法学博士,西北政法大学劳动与社会保障法教研室讲师。撰写本书第十一章、第十二章和第十三章。

其他撰稿人(以撰写章节先后为序):

陈静媛:法学硕士,副教授,西北政法大学经济法学院劳动与社会保障法学教研室副主任。撰写本书第二章。

孙冰心:法学博士,讲师,吉林大学法学院经济法教研室教师。撰写本书第五章。

魏倩:法学博士,讲师,中国劳动关系学院劳动关系系教师,北京大学法学院劳动

法与社会保障法研究所研究员,中国社会法学会理事。撰写本书第六章和第七章。

刘晓倩:经济学硕士,中国劳动关系学院劳动关系系讲师。撰写本书第八章。

刘凤杰:英国利兹大学工作与雇佣关系专业博士候选人,利兹国际博士奖学金获得者。撰写本书第十章。

西北政法大学经济法学院劳动与社会保障法专业 2016 级硕士研究生张冉协助主编完成附录历年司法考试真题的整理工作。

目 录

第1章 劳动法总论	(1)
1.1 劳动法的基本性质	(1)
1.2 劳动法的基本概念	(6)
第2章 现行劳动法的基本构造与立法动态	(12)
2.1 现行劳动法律制度概述	(12)
2.2 现行劳动法律制度的内容	(14)
第3章 劳动合同的订立、履行与变更	(18)
3.1 概述	(18)
3.2 劳动合同的订立	(23)
3.3 附随义务	(25)
3.4 劳动合同的履行与变更	(27)
第4章 劳动合同之终止	(29)
4.1 概述	(29)
4.2 惩罚性解雇规制	(32)
4.3 一般解雇规制	(34)
4.4 经济性裁员规制	(37)
第5章 非典型劳动关系的法律规制	(40)
5.1 概述	(40)
5.2 劳务派遣法律制度	(43)

5.3 非全日制劳动关系法律制度	(49)
第6章 工资法律制度	(51)
6.1 概述	(51)
6.2 最低工资制度	(57)
6.3 工资支付保障制度	(61)
第7章 工作时间与休息休假法律制度	(66)
7.1 工作时间法律制度	(66)
7.2 休息休假保障法律制度	(77)
第8章 安全生产与劳动灾害	(87)
8.1 安全生产法律制度	(87)
8.2 劳动灾害补偿制度	(92)
第9章 集体劳动法	(98)
9.1 概述	(98)
9.2 集体合同制度	(100)
9.3 企业民主管理制度	(104)
第10章 劳动争议处理	(110)
10.1 概述	(110)
10.2 劳动争议调解	(113)
10.3 劳动争议仲裁	(116)
10.4 劳动争议诉讼	(119)
第11章 社会保障法概论	(122)
11.1 社会保障法的概念	(122)
11.2 社会保障法的产生与发展	(125)
11.3 社会保障法的调整对象和法律关系	(128)

11.4	社会保障法的基本原则与法律渊源	(132)
11.5	社会保障模式	(134)
第12章	社会保障分论一	(136)
12.1	概述	(137)
12.2	养老保险法律制度	(144)
12.3	失业保险法律制度	(147)
12.4	工伤保险法律制度	(151)
12.5	生育保险	(157)
12.6	医疗保险法律制度	(160)
第13章	社会保障分论二	(165)
13.1	社会救助法律制度	(166)
13.2	社会福利和社会优抚法律制度	(172)
附录1	近年司法考试劳动法真题汇总	(180)
附录2	教学大纲参考	(197)

第1章 劳动法总论

教学目标

- 识记和理解劳动法的基本概念；
- 识记和理解劳动法的理念和特质；
- 识记和理解劳动法的基本原则；
- 了解和识记劳动法的基本体系。

推荐参考资料

1. 王全兴:《劳动法》,法律出版社2017年第4版,第四至六章。
2. 刘俊主编:《劳动与社会保障法学》,高等教育出版社2017年版,第一章。
3. 常凯主编:《劳动法》,高等教育出版社2011年版,第一章第一节、第三节。
4. 林嘉:《劳动法的原理、体系与问题》,法律出版社2016年版,第二章第三节、第五节。

1.1 劳动法的基本性质

知识要点

1.1.1 劳动法的概念

学理通说认为:劳动法是调整参与劳动关系的各主体——劳动者、劳动力使用者(以及劳动力使用者团体)、劳动者组织及与国家之间相互关系的法律规范的总称。^[1] 劳动法有两大支柱性规范体系:第一个,个别劳动关系法,是规制个别劳动者

[1] [日]荒木尚志:《劳动法》,有斐阁2009年版,第3页。国内学者也多采该学说。

与劳动力使用者之间契约关系的法律规范的总称,包括劳动基准法与劳动契约法等多样性的个别劳动关系法律规范。第二,集体劳动关系法,是规制劳动力使用者(及其团体)与劳动者组织之间关系的法律规范的总称,包括工会组织法与劳资关系协调法等法律规范。劳动者与劳动力使用者关系成立之前因求职招聘以及劳动力培育与涵养所发生的,与劳动力市场秩序规制相关的职业安定法、劳动派遣法、职业能力开发法以及反歧视法等法律规范也是劳动法的重要构成。^[1]

1.1.2 劳动法的形成和发展

从上古至今,劳动关系的法律规制历经不自由劳动时代、租赁劳动时代、团体主义时代、雇佣契约时代、劳动契约时代以及资讯社会时代等漫长的历史发展进程。^[2]近现代的市民法使一般的市民从封建束缚中解放出来,劳动者作为市民,与其他自由的市民一样是平等自律的个人。在市民法理念之下,劳动关系是对等的劳动者与劳动力使用者之间以自由意志缔结的契约关系。劳动契约关系以劳动力买卖或者租赁借贷为特征,因此,作为契约主体,劳动者具有自律性而非他律性。然而,现实中,劳动者与劳动力使用者之间是从属性关系,劳动关系的世界是由劳动力使用者独立支配和决定的。非人性的劳动条件、恶劣的劳动环境以及职场中对劳动者进行的非人的人格侵害从雇佣劳动产生之后逐渐蔓延开来,这是劳动力使用者为应对残酷的经济竞争而倾向于大力压缩工资以及压低工作条件以获取利润最大化所致。这不能简单地归咎于劳动力使用者没有良心,而是经济结构性的问题。据此,“劳动关系是对等当事人之间形成的契约关系”的市民法观点与劳动关系的现实格格不入。在独立自主的自律决定背后,充斥着雇主独断专行,劳动者因此陷入悲惨的生活境遇以及社会矛盾激化,旨在确保劳动者体面生活条件的劳动保护法以及争取对等决定劳动条件的集体劳动关系法产生并发展起来。^[3]劳动法契约规制被劳动条件的国家强制与集体协商决定所取代,劳动法基本框架渐次形成。

1.1.3 劳动法的基本理念

劳动法的理念是指统摄劳动法原则—规则体系的基本法律精神和规范基础。对此,国内外学者的意见各异。对从私法中发展而来的劳动法,其基本性格特质与

[1] 王全兴:《劳动法》,法律出版社2008年第3版,第26页。

[2] 各个时代的劳动关系各具特色,规制方式各有不同,具体内容请参见黄越钦:《劳动法新论》,台北,翰芦图书出版有限公司2015年第5版,第33~43页。

[3] [日]西谷敏:《劳动法》,日本评论社2013年第2版,第2~3页。

民法的分野和协调问题,西谷敏教授的论述相当精辟,可为该等学说之代表。他认为:“劳动法是以把握劳动者自律性与从属性的两面性格为基点。现代民法对这种两面性格没有足够重视。新自由主义劳工政策所虚构的劳动者自由独立的人格幻象,高呼劳动法的无用论等都是对这个基本问题意识的否定而来。劳动法之根基在于维护处于从属地位的劳动者的人格尊严。”〔1〕所谓劳动者的自律性,是指劳动者作为自律理性而自由的个人,出于自愿将劳动力出卖给劳动力使用者(雇主)使用,而与使用者缔结劳动契约。据此,劳动者与民法上的自然人十分相像。然而,雇主劳动者的性格有现实的二重性,除了上述自律性之外,更体现出对雇主的从属性。劳动契约使劳动者承担如此义务:必须将其人身置于雇主的指挥命令之下。这就产生了人格被支配的风险,使劳动者成为拟制的商品,其肉体与精神均须服从经营管理之需要,基于人格独立的劳动者自律性因此失去存在的基础而被“他律性”所替代。劳动法的生成与发展完善就是为了弥合劳动者自律性与从属性之间的裂痕。

尽管劳动契约的债务履行具有他人决定性,加之劳动者必须服从雇主的管理支配,这些都与其自律性相对,然而,事实上这并不会损害其保持自律性的可能:第一,服从劳动力使用者是依劳动者自由意志决定的,劳动契约缔结与变更必须以劳动者意思自治为前提。第二,雇主的指挥命令权限范围受到劳动契约的合意限制。第三,劳动者服从雇主的指挥命令有时间限制,劳动者根据劳动契约与法律,一天内只有一段时间处于雇主的支配之下。在现代劳动法的规制下,劳动者的时间主权只有在劳动契约约定的工作时间内依照劳动者的自由意志而让渡给雇主,由其支配。第四,劳动者在工作时间尽管受到雇主的管理支配,但仍应被认为其有人格自律性,雇主不得以否认劳动者的人格自律性为前提,对劳动者实施侵犯人格尊严的管理支配行为,例如职业场所的不当监视行为。第五,雇主有提供安全健康的工作环境以及保障劳动者人身健康安全的义务和责任。

而对于劳动者经济从属性与自律性的矛盾,劳动法提供了如下解决方法:第一,承认劳动者有权通过集体合意来代替个别合意,从而实现劳资合意的对等性。第二,立法和判例共同关注并引导劳动者与劳动力使用者的个别合意在劳动条件决定中的现实作用。〔2〕

〔1〕〔日〕西谷敏:《劳动法》,日本评论社2013年第2版,第16页。

〔2〕同上注,第7~11页。

1.1.4 劳动法的立法宗旨

我国《劳动法》第1条开宗明义地提出了我国劳动立法的基本宗旨,其要点如下:

“保护劳动者的合法权益”,是从劳动关系从属性的基本特质出发,以维护劳动者的合法权益为基本制度手段,妥当解决处于从属地位劳动者的自律性与从属性的冲突问题,保障劳动者与用人单位的合意在劳动条件决定中的正当性,维护和提升劳动条件,实现体面劳动的目的。

“调整劳动关系”,是指劳动法承载着实现国家劳动政策目标的基本任务,劳动关系各方——政府、企业、劳动者及其团体等利益的各项制度配置与国家劳动政策密切相关,而劳动政策体现了国家最高决策层基于全国劳动关系运行历史变迁、现实状况和未来趋势的基础性判断而提出的原则性政策,需要通过劳动法为其实现提供工具,并引导劳动关系各方在该政策轨道上运行并维持社会安定。

在我国经济体制改革过程中,劳动政策也进行着变迁。在计划经济向市场经济转型的早期,我国政府发布了《劳动部关于建立社会主义市场经济体制时期劳动体制改革总体设想》(劳部发[1993]411号,已宣布失效)确立了我国经济体制转型早期的劳动政策目标:建立现代劳动力市场体系,期望以劳动合同为基础,形成劳资个别合意协调劳动关系的市场机制。其所强调的以合同机制协调劳动关系的调整模式深刻影响了后来《劳动法》和《劳动合同法》的价值取向,也使对劳动法基本宗旨“保护劳动者的合法权益”的解释至今仍纷扰不断。应当注意的是,该文件是二十多年前,我国经济体制从计划经济向市场经济转型的开端时期发布的,主要关注的是如何解决企业、劳动者对政府的实际依附问题。如今,我国劳动力市场已具规模,劳动法制建设有了长足进步,然而,以劳资个体合意协调劳动关系的法律规制模式不适应历史转型时期面临的严峻挑战,劳动基准法律体系以及体现劳资理性的集体劳动关系法律体系的不完备,导致劳动法规制困境日益严峻,劳动政策的转型势在必行。2015年3月21日,中共中央、国务院发布《关于构建和谐劳动关系的意见》,明确新时期我国劳动政策的基本方向:将保护劳动者根本权益作为构建和谐劳动关系的出发点和落脚点,强调建立健全我国劳动基准法律制度体系以及集体劳动关系法律规制体系,将“国家理性”和“劳资理性”的塑造作为劳动政策的核心,一改“合同自治”理念引导下依靠劳资个别合意协调劳动关系的固有模式,形成与世界劳动关系规制接轨的现代劳动法规制体系。”新时期构建中国特色的和谐劳动关系对劳动法理论与实践提出两个基本发展方向:一是我国劳动基准法体系