

劳动与社会保障法

2008年，教育部法学学科教学指导委员会将“劳动法”确立为法学专业“211”核心主干课之一，并正式更名为《劳动与社会保障法》。本书最大的特色在于及时反映劳动与社会保障法领域的最新立法和最新理论成果，力求从体系到内容上有所创新……

■ 主编 王允武 罗 澍 廖 娟 ■



电子科技大学出版社

劳动与社会保障法

LAODONG YU Baozhangfa
SHEHUI

主 编 王允武 罗 澍 廖

劳动和社会保障法

主 编 王允武 罗 澍 廖

出版：中国劳动社会保障出版社（北京市西城区百万庄大街22号） 邮编：100021

电子邮箱：nestcp@nestcp.com.cn

www.nestcp.com.cn

印张 20.2 字数 498 千字

成品尺寸：185mm×260mm

版次：2008年3月第1版

印次：2008年3月第1次印刷

书号：ISBN 978-7-81114-775-8

定价：38.00元

版权所有 侵权必究

◆ 发行部电话：058-83505493，邮购部电话：058-83508003

◆ 本社如有缺页、错页、漏页，请寄回印刷厂调换。

◆ 未经许可，不得翻印、复制或传播。

ISBN 978-7-81114-775-8 定价：38.00元

IV. D922.71 劳动法 中国—高等学校—教材

中国劳动社会保障出版社 (3008) 第 018728 号

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动与社会保障法 / 王允武, 罗澍, 廖娟主编. — 成都: 电子科技大学出版社, 2008.3
ISBN 978-7-81114-772-8

I. 劳… II. ①王…②罗…③廖… III. ①劳动法—中国—高等学校—教材②社会保障—行政法—中国—高等学校—教材 IV. D922.5 D922.182.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 018758 号

劳动与社会保障法

主 编 王允武 罗 澍 廖 娟

出 版: 电子科技大学出版社 (成都市一环路东一段 159 号电子信息产
业大厦 邮编: 610051)
策划编辑: 周清芳
责任编辑: 谢应成
主 页: www.uestcp.com.cn 电子邮箱: uestcp@uestcp.com.cn
发 行: 新华书店经销
印 刷: 电子科技大学出版社印刷厂
成品尺寸: 185mm×260mm 印张 20.5 字数 498 千字
版 次: 2008 年 3 月第一版
印 次: 2008 年 3 月第一次印刷
书 号: ISBN 978-7-81114-772-8
定 价: 38.00 元

■ 版权所有 侵权必究 ■

- ◆ 发行部电话: 028-83202463, 邮购部电话: 028-83208003
- ◆ 本书如有缺页、破损、装订错误, 请寄回印刷厂调换。
- ◆ 课件下载在我社主页“下载专区”。

编写说明

2007年,教育部法学学科教学指导委员会将《劳动法》确立为法学专业16门核心主干课之一,并正式更名为《劳动与社会保障法》。作者结合多年的劳动与社会保障法的教学实践,特编写本教材。本书最大的特色在于及时反映劳动与社会保障法领域的最新立法(本教材所使用的法律法规截至2008年1月1日)和最新理论成果,力求从体系到内容上有所创新,全体编写人员历经多次修改与讨论,最终形成该书。即便如此,本书的疏漏之处在所难免,敬请读者批评指正。

本书撰稿分工如下(按撰写章节排序):

主 编:王允武 罗 澍 廖 娟

撰稿人:贺玲:第一章

吴容:第二章

罗澍:第三章、第五章和第六章

廖娟:第四章、第十章

陈云霞:第七章、第八章

张文淼:第九章、第十二章

廖娟、陈云霞:第十一章

全书由王允武提出编写大纲、统筹全书,并由王允武、廖娟、罗澍修改定稿。

编 者

2007年12月4日

目 录

第一章 劳动与社会保障法概述.....	1
第一节 劳动与社会保障法的概念和特点.....	1
第二节 劳动与社会保障法的调整对象与适用范围.....	4
第三节 劳动与社会保障法的渊源与体系.....	7
第四节 劳动与社会保障法的基本原则.....	11
第五节 劳动与社会保障法的地位与作用.....	15
本章小结.....	17
第二章 劳动与社会保障法简史.....	19
第一节 劳动法的起源.....	19
第二节 当代各主要国家劳动法的发展.....	20
第三节 中国的劳动立法.....	28
第四节 国际劳动立法.....	32
第五节 社会保障法的历史演变.....	36
本章小结.....	46
第三章 劳动与社会保障法主体制度.....	48
第一节 法律关系与主体制度.....	48
第二节 劳动法主体及三方协调机制.....	53
第三节 劳动者及用人单位的主体资格确定.....	58
第四节 劳动者和用人单位的劳动权利和劳动义务.....	60
第五节 社会保障法主体.....	66
本章小结.....	68
第四章 劳动就业制度.....	69
第一节 劳动就业概述.....	69
第二节 就业和职业歧视.....	75
第三节 劳动就业服务.....	87
第四节 劳动就业管理.....	95
第五节 特殊就业群体就业保障.....	99
本章小结.....	107
第五章 劳动合同制度.....	108
第一节 劳动合同制度概述.....	108
第二节 劳动合同的订立与效力.....	118
第三节 劳动合同的履行和变更.....	132
第四节 劳动合同的解除和终止.....	135

第五节 劳务派遣	143
第六节 非全日制用工的法律规定	147
本章小结	150
第六章 集体合同制度	151
第一节 集体合同概述	151
第二节 集体谈判	155
第三节 集体合同的订立、变更、解除和终止	159
第四节 集体合同的审查	163
本章小结	164
第七章 工作时间与休息休假制度	165
第一节 工作权和休息权及其意义	165
第二节 工作时间制度	167
第三节 休息休假制度	174
本章小结	177
第八章 工资制度	178
第一节 工资制度概述	178
第二节 工资形式与基本工资制度	180
第三节 工资保障制度	185
第四节 工资总额宏观控制	189
本章小结	193
第九章 劳动保护制度	194
第一节 劳动保护制度概述	194
第二节 劳动保护法的一般规定——劳动安全与劳动卫生	195
第三节 劳动保护法的特殊规定	199
第四节 劳动保护法的例外规定	202
本章小结	203
第十章 社会保障制度	204
第一节 社会保障制度概述	204
第二节 社会救济法律制度	212
第三节 社会福利法律制度	223
第四节 社会优抚法律制度	229
第五节 社会保险法律制度	240
本章小结	282
第十一章 劳动争议处理制度	284
第一节 劳动争议处理制度概述	284
第二节 劳动争议处理体制	288
第三节 劳动争议调解	291
第四节 劳动争议仲裁	293
第五节 劳动争议诉讼	298

第六节 劳动争议的举证责任.....	301
本章小结.....	302
第十二章 劳动监督检查制度	304
第一节 劳动监督检查概述.....	304
第二节 劳动保障监察制度.....	305
第三节 其他监督主体的监督检查制度.....	311
本章小结.....	313
附 录	314
附录一 参考文献.....	314
附录二 我国批准的国际劳工公约（截至 2007 年 2 月 16 日）.....	316
附录三 法律法规索引.....	316

第一章 劳动与社会保障法概述

第一节 劳动与社会保障法的概念和特点

一、劳动与社会保障法的概念

劳动法是一个重要的法律部门,它调整劳动关系以及与劳动关系密切联系的其他社会关系。社会保障法作为一个独立的法律部门,调整的是社会保障关系。

(一) 劳动法的概念

劳动法的概念在国外向来有不同的说明和主张。英国《牛津法律大辞典》对劳动法的解释是:“与雇佣劳动相关的全部法律原则和规则,大致与工业法相同,它规定的是雇佣合同和劳动或工业关系法律方面的问题。”^①在《元照英美法词典》中,对劳动法的定义也与之一致。^②日本学者认为劳动法是调整雇佣劳动关系的法律规范的总称,这种雇佣关系在日本经济学中被称为劳资关系,是指劳动者受雇主雇佣,并在其指挥下从事劳动的被动性劳动关系。^③德国学者则认为,劳动法是与劳动有关的法律规范的总和。这里的劳动的概念不是物理意义的,而是经济意义上的,包括了脑力劳动和体力劳动。俄罗斯劳动法调整全体劳动者的劳动关系,其劳动合同是劳动者与企业、机关和团体之间关于劳动者必须按照专业、技能和职务完成其工作并遵守内部劳动规则;企业、机关和团体必须为劳动者支付劳动报酬并保障劳动法、集体合同和双方协议规定劳动条件的协议。^④

我国民国时期法学界的史尚宽先生就曾在其《劳动法原论》中论述道:“劳动法为关系劳动之法。详言之,劳动法为规范劳动关系及其附随一切关系之法律制度之全体。”^⑤目前,我国法学界关于劳动法的概念的通说认为,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和。^⑥

(二) 社会保障法的概念

社会保障是政府和社会为了保持经济的发展和社会的稳定,对劳动者或社会成员因年老、伤残、疾病、失业而丧失劳动能力或丧失就业机会,或因自然灾害和意外事故等原因面临生活困难时,通过国民收入分配和再分配提供物质帮助和社会服务,以确保其基本社会需要的制度。社会保障法是与全体社会成员有着密切关系的法律,涉及社会保险、社会救助、社会福利和社会优抚等人们基本生活的诸多方面。

① 《牛津法律大辞典》中译本,光明日报出版社1988年版,第511页。

② 薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第775页。

③ 王权典,陈莉主编:《当代劳动法学概论》,华南理工大学出版社2005年版,第6页。

④ 《劳动法基本概念研究》, <http://www.99lawyer.com>。

⑤ 史尚宽:《劳动法原论》,正大印书馆1934年版,第1页。

⑥ 《法律辞典》,法律出版社2003年版,第839页;徐开墅主编:《民商法辞典》,上海人民出版社2004年版,第307页;王全兴:《劳动法》,法律出版社2004年版,第29页;关怀主编:《劳动法》,中国人民大学出版社2005年版,第16页。

关于社会保障法的概念,从国内有关社会保障法的著述看,主要有以下几种定义:(1)社会保障法是调整社会保障关系的法律规范的总称;^①(2)社会保障法是国家为维护社会安定和经济稳步发展而制定的,保障社会成员基本生活需要和经济发展享受权的各种法律规范的总和;^②(3)凡是依据社会政策制定的,用以保护某些特别需要扶助人群的生活安全,或用以促进社会大众福利的立法,就是社会保障法;^③(4)社会保障法是调整以国家和社会为主体,为保证有困难的劳动者和其他社会成员,以及特殊社会成员的基本生活,并逐步提高其生活质量而发生的社会关系的法律规范的总称;^④(5)社会保障法是调整社会保险、社会救济、社会福利等活动中各种关系的法律规范的总称。^⑤

考察以上几种关于社会保障法的定义,所采取的都是属加种差的定义方法,以其属(法律规范)加上各差(调整的社会关系)来定义社会保障法,因而有一定的缺陷。第一种定义的缺陷在于定义项“社会保障关系”本身是一个不太明确的概念,无法用以明确被定义项,所以很难使人对社会保障法这个概念有一个清晰的把握。第二种定义以社会保障法的功能作为它的种差来定义社会保障法。但在这一定义中,定义项的外延大于被定义项的外延,犯了定义过宽的逻辑错误。因此“国家为维护社会安定和经济稳步发展而制定的,保障社会成员基本生活需要和经济发展享受权的各种法律规范”不仅包括社会保障法,也可以包括其他一些法律规范,诸如民法、经济法甚至刑法中的许多规范同样有此功能。所以,这个定义还是未能揭示概念的本质和内涵。第三、第四种定义同样犯了定义过宽的逻辑错误,社会保障法的主体应包括国家、社会(用人单位)和全体社会成员,而仅“以国家和社会为主体”势必将部分社会保障法律规范排除在外。第五种定义方式以列举形式将社会保障法所包含的内容加以罗列,采取外延定义的方法,但欠缺概括性描述,其外延势必不周延。

综上所述,我们认为,社会保障法是一个独立的法律部门,任何一个独立的法律部门调整的社会关系都有其独特性,所调整的社会关系的不同,也正是一法律部门同其他法律部门的区别所在。那么,对于社会保障法到底调整哪些社会关系,这些社会关系的属性是什么的回答便成为界定社会保障法内涵的关键。基于对社会保障法所调整的社会关系的理解,我们认为社会保障法是:调整以国家、社会 and 全体社会成员为主体,为了保证社会成员的基本生活需要并不断提高其生活水平以及解决某些特殊社会群体的生活困难而发生的经济扶助关系的法律规范的总和。社会保障关系包括国家与社会成员,社会保障实施机构与政府,社会保障机构与社会成员,社会保障管理机构之间的关系和社会保障监督关系五种。

二、劳动与社会保障法的特点

概括我国目前关于劳动与社会保障法相互关系的各种看法,大致可以归为三种观点:一是认为劳动法包括社会保障法的内容;二是认为劳动与社会保障法相互交叉;三是认为

① 覃有土,樊启:《社会保障法》,法律出版社1997年版,第69页。

② 方乐华:《社会保障法论》,世界图书出版社2000年版,第23页。

③ 蒋月:《社会保障法概论》,法律出版社1999年版,第23页。

④ 史探径:《社会保障法研究》,法律出版社2000年版,第31页。

⑤ 林嘉:《社会保障法的理念、实践与创新》,中国人民大学出版社2002年版,第31页。

劳动法从属于社会保障法。其中,第二种观点是较为普遍的观点。2007年,教育部将传统《劳动法》课程改为《劳动与社会保障法》,并将之列为法学专业16门核心主干课之一,强调了两者联系的同时,承认了两者的差异性。下面,我们在分别阐述两者的特点的基础上对其加以区别。

(一) 劳动法的基本特点

1. 以侧重保护劳动者为基本价值取向。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。所以作为劳动关系双方的劳动者和用人单位不应处在同等水平予以保护,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。

2. 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。但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,因此必须专门作出规定,这就使得劳动法既有实体法的内容又有程序法的内容。

3. 强制性规范与任意性规范相结合,以强制性规范为主。劳动基准方面的法律规范是公法性质的集中展现,如最低工资法、工作时间法、劳动安全与卫生法等都属于强制性规范,用人单位必须遵守执行。劳动关系自主化、合同化则是私法性质的主要体现,但是作为劳动法上的任意性规范与调整一般民事合同关系的任意性规范也有所不同。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,劳动法是典型的社会法。

(二) 社会保障法的基本特点

1. 以保障生存权,实现社会公平为基本价值取向。保障社会成员的生存权,满足最基本的生活需求乃是社会保障法的基本目标。从社会保障的利益主体而言,通常是社会中的弱势群体,在初次分配中处于劣势,为给予帮助,由社会保障加以调配,也体现了社会保障法实现社会公平的目标。

2. 实体法和程序法相统一。社会保障法调整的是一个在社会保障领域中由各种社会关系、各个运行环节组成的系统,因而社会保障法就必须不仅有具体的权利义务的规定,还要有维持程序正常运转的程序性规定。例如社会救助法,既有救助对象所享受的权利义务的实体规定,又有救助对象资格认定以及发放手续的程序性规定。

3. 严格的强制性。社会保障法是国家为保障社会成员的基本生活而制定的,涉及公共利益,所以必须由国家强制实施,强制性使社会保障主体的权利义务和职责明确化。

4. 广泛的社会性。只有社会保障具备了广泛的社会性,才能让全体社会成员都受益,才能真正发挥社会保障制度在社会发展中的作用。在社会保障法的目的、权利主体及义务主体三方面都体现了广泛的社会性。

第二节 劳动与社会保障法的调整对象与适用范围

一、劳动与社会保障法的调整对象

(一) 劳动法的调整对象

劳动法作为一个独立的法律部门，有特定的调整对象，包括劳动关系以及与劳动关系有密切联系的其他社会关系，其中，劳动关系是最基本的调整对象。

1. 劳动关系

(1) 劳动关系的概念

劳动法中的劳动关系是指劳动者在运用劳动能力、实现劳动过程中，与用人单位之间发生的社会劳动关系。

(2) 劳动关系的基本特征

第一，劳动关系的双方当事人分别为劳动者和用人单位。劳动关系双方在维护各自经济利益过程中有着平等的地位。

第二，劳动关系是社会劳动过程中所发生的关系。劳动是这种关系的实质与内容。劳动者在劳动关系存续期间将劳动力使用权让渡于另一方当事人——用人单位，由其根据自己的需要对劳动力的使用进行安排，以不损害劳动者本身及劳动力再生产为限制。同时，用人单位也负有为劳动者提供必要的劳动条件，及保障劳动力再生产和提高所需要的物质、技术、培训等方面的义务。由于劳动者让渡的仅仅是劳动力的使用权，劳动力的所有权仍然隶属于劳动者本身，故用人单位还不得妨碍劳动者在用人单位的劳动时间之外使用劳动力的自由。

第三，劳动者作为一方当事人在企业、事业单位、机关、团体中进行劳动，并遵守各用人单位的各种规章制度。主体双方存在着管理和被管理的关系。

第四，劳动关系的发生、变更和终止，当事人双方在劳动过程中的权利、义务以及劳动条件都按照国家有关法律法规处理。

(3) 劳动关系的属性

第一，人身关系属性与财产关系属性相结合。劳动者让渡劳动力使用权以获取用人单位支付的劳动报酬，这体现了劳动关系的财产属性。然而，劳动力与劳动者人身不可分割，故在劳动时间内，其人身也由用人单位所控制，由此体现劳动关系的人身属性。

第二，平等性与不平等性相结合。劳动关系建立在双方相互选择平等协商的基础上，并可以通过协议来延续、变更、暂停、终止劳动关系，这体现了劳动关系平等性的一面。然而，在劳动关系存续期间，劳动者成为用人单位的职工从而隶属于用人单位，由用人单位按照劳动合同进行管理和支配，由此体现劳动关系的不平等性。

2. 与劳动关系有密切联系的其他社会关系

(1) 与劳动关系有密切联系的其他社会关系的概念

劳动关系是劳动法调整的主要对象，但劳动关系作为社会关系的一种，并非孤立的社会关系，而是与其他类型的某些社会关系有着广泛的联系，这些社会关系因为与劳动关系有着紧密的联系从而纳入劳动法的调整范畴。

(2) 与劳动关系有密切联系的其他社会关系的基本特征

第一, 主体一方通常是劳动关系当事人, 另一方为劳动关系相关人, 即劳动关系当事人以外的与劳动关系运行相关的主体, 包括劳动保障行政部门、职业培训机构、职业介绍机构、劳动争议处理机构、社会保险经办机构等。^①

第二, 实现劳动关系是其产生的目的。这些关系或者是劳动关系产生的前提条件, 如劳动人事部门与用人单位在职工招用和职工流动方面发生的社会关系, 职业培训机构与劳动者、用人单位之间因就业培训而发生的社会关系, 职工介绍机构与劳动者、用人单位之间因职业介绍而发生的社会关系等。^②或者是为了维护劳动关系的正常运行而附随劳动关系产生, 如工会与用人单位之间因保护职工合法权益而发生的社会关系, 劳动争议仲裁机构因处理职工与用人单位之间的劳动争议而发生的社会关系, 劳动监察机构因履行劳动监察职责而与用人单位之间发生的社会关系等。或者是劳动关系的直接后果, 如社会保险机构与失业人员、离退休人员、死亡职工家属之间在社会保险方面的社会关系等。

(3) 与劳动关系有密切联系的其他社会关系的类型^③

第一, 劳动行政管理关系

指劳动行政管理机关和经过授权具有行政管理职能的有关机构因执行劳动行政管理职能而与用人单位、劳动者和劳动服务主体之间发生的社会关系。

第二, 劳动服务关系

指劳动服务主体, 如职业介绍机构、职业培训机构等与用人单位和劳动者间由于为劳动关系运行提供社会服务而发生的社会关系。

第三, 劳动争议处理关系

指劳动争议处理机构与劳动争议当事人或关系人之间因处理劳动争议而发生的社会关系。如有关国家机关、人民法院和劳动仲裁机构因调节、仲裁和审理劳动争议而产生的关系。

(二) 社会保障法的调整对象

社会保障法的调整对象, 即社会保障法所调整的社会关系, 简称为社会保障关系。

社会保障关系基本特征有以下五点:

1. 社会保障关系产生于社会保障活动过程中。社会保障是这种社会关系的质的规定性, 没有社会保障活动就没有社会保障关系。

2. 社会保障关系的核心有三方面:

(1) 筹集社会保障基金, 是社会保障基金的物质前提。

(2) 确定何种困难程度的社会成员可享受何种程度的社会保障, 是社会保障的目的所在。

(3) 发放社会保障基金, 是社会保障的实现。

3. 在社会保障的主体一方必须有社会保障职能机构介入。

4. 社会保障关系是一种社会连带关系。

① 王全兴:《劳动法》, 法律出版社2004年版, 第37页。

② 曾咏梅:《劳动法》, 武汉大学出版社2005年版, 第6页。

③ 此处所谓类型的划分是就社会关系的性质而言, 此分类参见王全兴:《劳动法》, 法律出版社2004年版, 第38页; 曾咏梅:《劳动法》, 武汉大学出版社2005年版, 第5页。

5. 社会保障关系是一种以人身关系为基础的财产关系。

依据不同的分类标准,对社会保障关系可从不同角度加以划分:依其内容不同可分为社会保障关系、社会救助关系、社会福利关系、社会优抚关系;依其活动不同可分为社会保障资金筹集关系、社会保障项目标准确立关系、社会保障金发放关系、社会保障管理关系、社会保障监督关系等;依社会保障的主体关系可分为政府与社会成员之间的关系、政府与社会组织之间的关系、社会组织与公民之间的关系、公民之间的关系。

二、劳动与社会保障法的适用范围

所谓劳动与社会保障法的适用范围,就是指劳动与社会保障法的效力范围,即对哪些人适用、在什么地域内适用和适用的时间范围。

(一) 适用的空间范畴

法的空间上的效力,是指法在哪些地方生效。在我国,凡是全国人民代表大会及其常务委员会制定和颁布的法律,国务院制定和颁布的法规,除非有特殊规定,在我国领域内都发生效力;地方权力机关和行政机关制定的地方性法规、规章,只在其管辖的范围内发生效力。如《中华人民共和国劳动法》由第八届全国人民代表大会常务委员会通过,依法适用于我国全部行政区域,但我国的香港、澳门和台湾地区除外。到目前为止,我国还没有专门的社会保障法律,但在其他法律规范中不乏有关社会保障的相关规定。如《失业保险条例》,由国务院常委会审议通过,作为行政法规,适用于全国。

(二) 适用的时间范畴

法适用的时间效力范围主要是关于法的生效时间和终止时间问题。《劳动法》自1994年7月5日由第八届全国人民代表大会常务委员会通过,法律明文规定于1995年1月1日起施行。在《劳动法》中并没有规定其失效的特定时间和条件,所以现行《劳动法》将一直存续到新的劳动法律规范生效前。

(三) 对人的适用范畴

我国《劳动法》第2条规定:“在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织和与之形成劳动关系的劳动者,适用本法。国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者,依照本法执行。”具体而言,我国《劳动法》调整以下两种劳动关系:

1. 中国境内的企业、个体经济组织和劳动者形成的劳动关系

(1) 所谓形成劳动关系,即劳动者事实上已经成为企业、个体经济组织的成员,并为其提供有偿劳动而形成的关系,包括已经签订劳动合同的和应当签订而没有签订劳动合同的两种。

(2) 企业是指从事商品生产、流通或提供服务等独立经营、独立核算的经济单位。包括各种法律形态、各种所有制形式、各种行业的企业。

(3) 个体经济组织是指从事个体经营且有雇工的一种对私营经济的统称,根据雇工人数,一般雇用8人以上为私营企业,雇用7人以下的为个体工商户。

2. 国家机关、事业组织、社会团体和劳动者间的劳动合同关系

(1) 劳动者必须同国家机关、事业组织或社会团体之间订有劳动合同,相互间建立起劳动关系,它们之间才受劳动法调整。这些劳动者一般是国家机关、事业组织或社会团体的工勤人员,如清洁工、打字员、司机及其他后勤人员等,企业化的事业组织的非工勤人

员以及其他通过劳动合同与国家机关、事业组织或社会团体确立劳动关系的劳动者。

(2)劳动者与国家机关、事业组织或社会团体之间的非合同劳动关系的不受《劳动法》调整。国家公务员和依法参照执行公务员制度的劳动者与用人单位之间建立的劳动关系由公务员法调整。

为了更好地理解《劳动法》对人的效力范围,在此我们列举几类特殊的劳动者加以分析。

第一,农村农业劳动者。农村农业劳动实行以家庭为单位的联产承包责任制,以家庭的组织形式进行,由《中华人民共和国农业法》调整。但是对于进城务工人员(农民工)与用人单位形成的劳动关系应由《劳动法》调整,《劳动法》中规定的劳动合同、劳动安全卫生、女职工和未成年工特殊保护等条款当然无区别的适用于农民工,农民工完全可以依据《劳动法》规维护自己的合法权益。

第二,家庭佣人。家庭佣人与雇主间形成的关系有其特殊性,在以下五方面不同于《劳动法》所调整的劳动关系,而在学理上被称为劳务关系:(1)当事人权利义务指向的对象不同。劳动关系仅指与劳动过程相联系,双方权利义务指向的对象是劳动者提供的劳动力的使用权,劳动结果与劳动者没有直接的关系;劳务关系虽与劳动过程相联系,但双方权利以为指向的对象是劳动结果。(2)人身依附性不同。劳动关系中,劳动者属于用人单位的内部职工,劳动者与用人单位具有隶属关系,劳动者应服从用人单位的指挥;劳务关系中,劳动者不是需要劳务方的内部职工,劳动者与需要劳务方不具有人身依附性。(3)主体范围不同。劳动关系中,提供劳动力的主体只能个人;劳务关系中,提供劳动力的主体可以是单位,也可以是个人。(4)经营风险责任不同。劳务关系中,劳务提供方自行承担劳动中的经营风险责任;劳动关系中,由用人单位承担经营风险责任。^①(5)劳动报酬的性质、支付方式不同,基于劳动关系发生的劳动报酬是工资,具有按劳分配性质,其支付方式是一种持续的、定期的支付,基于劳务关系发生的劳动报酬是劳务费,具有劳务市场价格属性,其支付方式为一次性劳务价格支付。正是由于以上五方面的不同导致二者适用法律不同,劳动关系由《劳动法》调整,劳务关系由《民法》调整。

第三,现役军人。现役军人指根据《中华人民共和国兵役法》义务服兵役或志愿报兵役的人员,现役军人与军队之间的关系是命令与服从的关系,由相关军事法律法规加以调整。

作为社会保障法主要内容的社会救助法、社会保险法和社会优抚法则各有适用的对象:社会救助法适用于不能维持最低限度生活水平的人;社会保险法适用于参加各项保险的劳动者;社会优抚法适用于社会成员中具有光荣身份的军人、伤残警察、民兵及其家属。

第三节 劳动与社会保障法的渊源与体系

一、劳动与社会保障法的渊源

(一)劳动与社会保障法律渊源的概念

法律渊源指法律的具体表现形式。我国劳动与社会保障法的渊源指由国家有权机关制

① 曾咏梅:《劳动法》,武汉大学出版社2005年版,第4页。

定或认可的劳动与社会保障法律规范的具体表现形式。

1. 劳动法的渊源

自《劳动法》颁布时起,我国已初步建立了以《劳动法》和其他法律为主体,行政法规、部门规章、地方性法规和地方政府规章、司法解释和国际公约等为辅的劳动法律制度。我国的劳动法律制度主要包括以下部分:

(1) 宪法。《宪法》是国家的根本法,我国《宪法》中与劳动法有关的条文是制定劳动法律规范的立法基础。

(2) 法律。《劳动法》是调整劳动关系的基本法律。此外,由全国人大及其常委会制定的有关劳动关系的法律规范,同属劳动法律的渊源范畴。如《中华人民共和国合同法》(以下简称《劳动合同法》)、《中华人民共和国就业促进法》(以下简称《就业促进法》)、《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》(以下简称《劳动争议调解仲裁法》)、《中华人民共和国工会法》(以下简称《工会法》)、《中华人民共和国职业病防治法》(以下简称《职业病防治法》)、《中华人民共和国安全生产法》(以下简称《安全生产法》)、《中华人民共和国矿山安全法》(以下简称《矿山安全法》)等。

(3) 行政法规。国务院根据《宪法》和劳动法律的规定而颁布制定的劳动行政法规,是我国调整劳动关系的重要依据。主要有《女职工劳动保护规定》、《禁止使用童工规定》、《工伤保险条例》、《企业劳动争议处理条例》、《劳动保障监察条例》等。

(4) 地方性法规。根据《宪法》规定,有权制定地方性法规的地方人民代表大会及常务委员会制定的有关劳动关系的法规也构成劳动法的渊源。

(5) 规章。劳动规章主要指国务院各部委,特别是劳动和社会保障部制定的有关劳动关系的规范性文件以及省、自治区、直辖市人民政府以及省、自治区人民政府所在地的市和国务院批准的较大市的人民政府制定的有关劳动关系的规范性文件,这些规章是调整劳动关系重要而具体的规范。劳动和社会保障部颁布的配套规章主要有《就业服务与就业管理规定》、《集体合同规定》、《最低工资规定》、《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》、《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》、《工伤认定办法》等。

(6) 司法解释。最高人民法院作为国家最高司法机关根据法律赋予的职权就具体应用劳动法律问题所制作的具有普遍司法效力的规范性文件对处理劳动争议也起了重要的作用。如《最高人民法院关于审理劳动争议案诉讼当事人问题的批复》、《关于审理劳动争议案件有关问题的司法解释》、《最高人民法院关于人民法院审理事业单位人事争议案件若干问题的规定》等。

(7) 我国政府缔结或参与的国际公约。我国政府批准的国际劳工公约在我国具有法律效力,也是我国劳动法的组成部分。如《同酬公约》、《最低年龄公约》、《劳动行政管理公约》、《(就业和职业)歧视公约》等。

(8) 工会制定的经政府认可或与国务院部委联合发布的有关劳动问题的规范性文件。工会虽然不是立法主体,但是经政府部门认可或者是工会与国务院有关部委联合公布的有关劳动问题的规范性文件则具有普遍约束力,从而成为劳动法的渊源。

2. 社会保障法的渊源

与我国劳动法律制度相对完善不同的是,目前,我国社会保障立法尚不健全,还没有建立起统一的、适用范围较大的社会保障法律制度。一般而言,社会保障法的法律渊源主

要有:

(1) 宪法。《宪法》中与社会保障法有关的条文是制定社会保障法律规范的立法基础。如,《宪法》中第14条第4款规定:“国家建立健全同经济水平相适应的社会保障制度。”该规定为我国建立健全社会保障制度,切实维护公民的社会保障权奠定了宪法基础,另外,第45条规定:“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。……国家和社会帮助安排盲、聋、哑和其他有残疾的公民的劳动、生活和教育。”

(2) 法律。指由全国人大及其常委会制定的有关社会保障的法律规范,如《中华人民共和国老年人权益保障法》(以下简称《老年人权益保障法》)、《中华人民共和国妇女权益保障法》(以下简称《妇女权益保障法》)、《中华人民共和国残疾人保障法》(以下简称《残疾人保障法》)中都有关于社会保障的法律规范,均属于我国社会保障法的法律渊源。

(3) 行政法规。国务院制定颁布的社会保障行政法规,是我国调整劳动关系的重要依据。如《劳动保险条例》、《残疾人就业条例》、《失业保险条例》、《农村五保供养工作条例》、《关于企业职工养老保险制度改革的决定》、《城市居民最低生活保障条例》等。

(4) 地方性法规。根据宪法规定,有权制定地方性法规的地方人民代表大会及常务委员会制定的有关社会保障的规范性文件也构成社会保障法的渊源。

(5) 规章。包括由国务院有关部委和具有行政管理职能的直属机构制定的关于社会保障的规范性文件以及由省、自治区、直辖市人民政府以及省、自治区人民政府所在地的市和经济特区所在地市和经国务院批准的较大的市的人民政府制定的有关社会保障的规范性文件。如劳动部颁布的《企业职工生育保险试行办法》、《未成年工特殊保护规定》、《社会保险行政争议处理办法》等。

(6) 我国政府缔结或参与的国际公约。如,我国于1997年签署的联合国《经济、社会及文化权利国际公约》第9条规定:“本公约缔约各国承认人人有权享受社会保障,包括社会保险。”

二、劳动与社会保障法的体系

(一) 劳动与社会保障法体系的概念

劳动与社会保障法的体系,是指一国的全部劳动和社会保障法律规范按照一定标准分类组合所形成的,具有一定纵向结构和横向结构的有机整体。^①通常所说的劳动与社会保障法体系是就其横向结构而言,即全部劳动与社会保障法律规范按照一定标准划分成若干相互联系的法律制度。它由劳动法体系与社会保障法体系两部分构成。劳动和社会保障部根据党的“十六大”提出的“2010年形成中国特色社会主义法律体系”的目标要求,就劳动与社会保障法律体系框架的构成进行了研究,初步提出由《劳动法》、《社会保险法》、《就业促进法》、《劳动合同法》、《集体合同法》、《职业教育法》、《民办教育促进法》、《工资法》、《劳动标准法》、《劳动争议调解仲裁法》十部法律,《劳动保障监察条例》等30部行政法规以及90余部行政规章组成具有中国特色的社会主义劳动与社会保障法律体系。

① 王全兴:《劳动法》,法律出版社2004年版,第56页。

（二）劳动与社会保障法的体系结构

1. 我国劳动法的体系结构

“我国《劳动法》制定时主要针对的是计划经济时代的劳动关系。随着市场经济的发展，劳动关系日益多样化和复杂化，劳动法体系也逐渐健全。基于对劳动法律规范划分的标准不同，劳动法体系结构呈现不同的模式。在此，我们依照劳动和社会保障部提出的具有中国特色的社会主义劳动与社会保障法律体系的内容对劳动法的体系加以分析说明：

（1）劳动基本法。即《劳动法》是调整劳动关系最基础的法律制度，由《劳动法》统帅所有的劳动法律规范。

（2）劳动就业法。就业涉及广大劳动者最基本的利益，中国就业人口庞大，这一基本国情决定了劳动立法必须将劳动者的就业作为法律保障的重点和核心。劳动就业法包括《就业促进法》、《职业教育法》、《民办教育促进法》等。

（3）劳动关系协调法。劳动关系是劳动法最主要的调整对象，围绕劳动关系的协调有《劳动合同法》、《集体合同法》以及有关三方协商机制方面的法律规范。

（4）劳动基准法。指国家制定的实现劳动关系中关于劳动者最基本劳动条件的法律法规，由《工资法》、《劳动标准法》、《职业安全卫生法》等构成。其目的是改善劳动条件，保障劳动者的基本生活，避免伤亡事故的发生。劳动基准属于强制性规范，用人单位必须遵守执行。

（5）劳动保障法。由实现劳动保障社会化为基本职能的各项劳动法律制度构成，包括《劳动保障监察条例》等。

（6）劳动争议处理法。劳动关系的复杂化导致劳动争议的数量不断上升。《劳动争议调解仲裁法》是及时依法处理劳动争议，维护当事人双方合法权益的主要法律规范。

2. 我国社会保障法的体系结构

我国的社会保障立法体系应当由社会保障基本法和社会保障单行法所构成。社会保障基本法是社会保障制度的基本法，是制定单行社会保障法的立法依据；社会保障基本法应当规定社会保障制度的基本内容，如社会保障的对象、范围和实施，社会保障项目的确立和标准，社会保障基金的来源和管理、社会保障机构的设置和运作，法律责任等。在社会保障基本法的基础上，应当分别制定不同的单行法，即社会保险法、社会救济法、社会福利法和优抚安置法。

（1）社会保险法

社会保险法是社会保障法的核心内容。社会保险包括养老保险、工伤保险、医疗保险、生育保险、失业保险等。我国《劳动法》第70条规定：“国家发展社会保险，建立社会保险制度，设立社会保险基金，使劳动者在年老、患病、工伤、失业、生育等情况下获得帮助和补偿。”社会保险法主要应当规定如下内容：第一，社会保险基金的筹集和管理。社会保险基金除国家建立基本保险制度积累保险基金外，企业可根据本单位的实际情况为职工建立补充保险；提倡个人进行储蓄性保险；确定社会保险基金的财务会计管理制度，严格控制社会保险基金的使用，坚持专款专用。第二，社会保险基金经办机构和监督机构的设置。应当依法设立社会保险基金经办机构和监督机构，并对其职责作出规定。社会保险基金经办机构依法收支、管理和运营社会保险基金，并负有使社会保险基金保值增值的责任。社会保险基金监督机构依法对社会保险基金的收支、管理和运营实施监督。第三，社会保