

Labor
Relations

劳动关系的法律调整

——超越部门法的局限

LAODONG GUANXI DE FALU TIAOZHENG
——CHAOYUE BUMENFA DE JUXIAN

周宝妹 著



中国人民公安大学出版社

劳动关系的法律调整

——超越部门法的局限

周宝妹 著

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动关系的法律调整: 超越部门法的局限 / 周宝妹著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2019. 3

ISBN 978-7-5653-3569-3

I. ①劳… II. ①周… III. ①劳动法-研究-中国 IV. ①D922. 504

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 037058 号

劳动关系的法律调整——超越部门法的局限

周宝妹 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷有限责任公司

版 次: 2019 年 3 月第 1 版

印 次: 2019 年 3 月第 1 次

印 张: 15.5

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数: 215 千字

书 号: ISBN 978-7-5653-3569-3

定 价: 59.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn

www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com

zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010-83903254

读者服务部电话 (门市): 010-83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010-83903253

公安业务分社电话: 010-83905641

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

本书咨询电话: (010) 63485228 63453145

目 录

绪 论	(1)
一、劳动关系法律调整：部门法的反思	(1)
二、劳动关系法律调整的展望：超越部门法的局限	(6)
三、我国劳动关系法律调整的历史和现状	(8)
四、本书的核心观点和主要内容	(10)
第一章 劳动关系与劳动合同：概念辨析和相互关系	(11)
一、劳动关系的概念辨析	(11)
二、劳动关系主体范围的选择：劳动法律规定的 局限性和突破	(22)
三、劳动关系的从属性	(39)
四、劳动关系和劳动合同的关系：基于我国劳动合同 制度建立和发展的历史考察	(53)
第二章 特殊类型劳动关系的法律调整	(63)
一、现代学徒制背景下学徒的劳动者身份与劳动关系的 法律调整	(63)
二、劳务派遣用工模式下的劳动关系的法律调整	(76)

第三章 社会保险制度对劳动关系的影响：现行制度的反思与完善建议	(97)
一、劳动者社会保障权利的制度保证	(100)
二、基于劳动关系设计的社会保险制度之不足：以网络从业者社会保险待遇的趋利选择为例	(104)
三、用人单位的缴费义务和劳动者社会保险待遇的取得	(106)
四、社会保险和劳动关系分离的可能性和可行性：以医疗保险为例	(108)
五、个案公平与制度设计：劳动关系与工伤待遇的获得	(120)
六、住房公积金的法律定位	(137)
第四章 用人单位劳动规章制度的解析	(144)
一、劳动规章制度的含义和性质	(145)
二、劳动规章制度在劳动关系中的地位和作用：兼论其与劳动合同、集体合同的关系	(154)
三、劳动规章制度的界限：用人单位对劳动者进行管理的权利边界	(169)
第五章 工会的地位和作用：以集体协商和参与企业民主管理为中心	(177)
一、工会的性质、职责和组织规则	(179)
二、工人代表权利的特殊规定	(182)
三、集体合同的订立和履行：兼论其对劳动关系的作用	(186)
四、企业民主管理	(192)

目 录

第六章 劳动关系的国家干预	(203)
一、三方协调机制：政府宏观和间接干预劳动关系的方式与途径	(204)
二、法律强制性规定对劳动合同合意的约束	(212)
三、附着在劳动关系之上的劳动者社会保险权利的保护：政府的职责	(218)
四、劳动监察制度	(228)
参 考 文 献	(238)

绪 论

一、劳动关系法律调整：部门法的反思

一般情况下，劳动法被定义为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称。劳动法学界通常认为劳动法具有独立地位，即作为独立的部门法而存在。^① 在部门法的划分中，通过强调劳动法与其他部门法，特别是与民法、行政法的区别而确认其独立的部门法地位。而这一独立的部门法地位在很多时候面临着各种质疑和挑战。对于调整劳动合同关系的法律定位，劳动法一直与民法纠缠不清，劳动合同是特殊的民事合同还是单独存在的合同类型一直存在争议；劳动行政执法的规则又体现出行政法的特质。

《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》）对劳动合同作出了规定，《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）在起草中虽然有规范劳动合同的意愿，但在最终通过时并没有将劳动合同纳入调整范围，特别是2007年《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）的出台，似乎昭示着劳动合同和民事合同的彻底分立，但是无论从劳动合同和民事雇佣合同的理论研究，还是从《合同法》和《劳动合同法》具体法律条文的比较分析，更甚至在司法实践中审理劳动合同案件的法律依据选择，劳动合同与民事合同并没有截然分开。劳动合

^① 《劳动与社会保障法学》编写组编：《劳动与社会保障法学（第二版）》，高等教育出版社2018年版，第15页。

同对于劳动关系双方权利义务分配是劳动法对劳动关系进行调整的重要内容，劳动合同的法律定位，必然反射到对劳动法的定位。随着《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》）的发布、民法典的起草、劳动关系和劳动合同的定位，劳动法和民法之间的关系这个历史性问题再一次被广泛关注，虽然劳动法学界主流观点仍然认为劳动法具有独立性，并不隶属于民法，但是也有观点认为劳动法是特殊私法。^①

随着研究的深入，在强调劳动法与民法区别的基础上，以公法和私法划分为背景，学者们提出了社会法的概念。对于社会法可以从两个角度理解：一是作为法域存在的社会法，即在公法和私法之外存在着社会法域，民法属于私法法域，劳动法被划归为社会法法域。二是作为部门法存在的社会法。早在1993年就有研究成果认为，我国社会主义市场经济法律体系框架主要由民商法、经济法、社会法构成的设想。^②2001年，时任全国人大常委会委员长李鹏在第九届全国人民代表大会第四次会议上作的全国人大常委会工作报告中提出的中国特色社会主义法律体系的七个法律部门划分中，社会法赫然在列。在这一工作报告中，社会法被定义为调整政府与社会之间、社会不同部分之间的法律关系的法律部门，

① 参见沈建峰：《论劳动法作为特别私法——〈民法典〉制定背景下的劳动法定位》，载《中外法学》2017年第6期。

② 中国社会科学院法学研究所课题组：《建立社会主义市场经济法律体系的理论思考和对策建议》，载《法学研究》1993年第6期。

并将劳动法划归其中。^① 但是这种立法上的法律部门分类是否能够作为理论研究中部门法划分的依据仍需要进一步研究。迄今为止,对于社会法的研究并没有形成统一或多数意见,各种观点众说纷纭。虽然在理论研究中社会法并没有形成统一认识,但是无论是从法域还是从法律部门角度理解,劳动法通常被认为属于社会法,并再一次与民法分立。

无论是从法域还是从部门法角度来理解,劳动关系的法律调整均需要回答一个基础问题——为什么需要对调整劳动关系的劳动法和调整民事关系的民法进行划分,特别是对于劳动合同的规范,两者之间是否存在无法跨越的鸿沟?作为社会关系的一种,劳动关系发生于平等的社会主体之间,兼具财产性和人身性,而民法则是调整平等主体间的人身关系和财产关系的法律规范,劳动关系并不必然被排除在民法调整范围之外。从劳动关系本身的特性来看,劳动者和用人单位之间的劳动关系是一种形式上平等,而在实质上不平等的社会关系,特别是在劳动关系建立后,劳动者成为用人单位的一员,其行为需要接受用人单位的指挥,服从用人单位的管理,双方地位在实质上并不平等。基于此,劳动关系又与民事关系不同。^② 自愿、公平、诚实信用是民法的基本原则,民事

① 2001年,时任全国人大常委会委员长李鹏在第九届全国人民代表大会第四次会议上作的全国人大常委会工作报告中提出:“常委会根据立法工作的实际需要,初步将有中国特色的社会主义法律体系划分为七个法律部门,即宪法及宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼及非诉讼程序法。社会法是在国家干预社会生活过程中逐渐发展起来的一个法律门类,所调整的是政府与社会之间、社会不同部分之间的法律关系,是调整劳动关系、社会保障、社会福利和特殊群体权益保障等方面关系的法律规范,包括劳动法、社会保险和社会福利法、特殊群体权益保障法。”载中国人大网。

② 虽然在民事关系中,也有一些关系的主体地位在实际上不平等,如消费者和经营者之间的消费合同关系,但是消费者和经营者之间不具有从属性,消费者无须听从经营者的指挥和管理,在这一点上,消费者与经营者之间的消费合同关系与劳动者和用人单位之间的劳动关系有着本质区别。

关系强调意思自治，而在劳动关系达成和存续的过程中，意思自治被广泛限制。比如，劳动者与用人单位达成合意放弃某些权利，这种意思自治并不总是被法律所允许；涉及劳动者自身信息的情况时，从保护劳动者权利的角度出发，诚实信用原则亦可以暂且退居后位。^① 基于此，通过强调劳动关系的特殊性，进而强调劳动法的独立性，从而将劳动法与民法截然分开。同样从劳动关系本身出发，尽管在劳动关系建立之后，劳动者需要服从用人单位的管理，但是这种管理并不等同于法律地位的不平等，双方仍然具有平等的法律地位，是否建立劳动关系仍然基于双方自愿，劳动关系的建立仍然需要体现公平原则和诚实信用原则，即使法律赋予双方当事人单方解除劳动关系的权利，劳动关系仍然可以基于双方自愿而解除，劳动关系存续期间允许双方协商一致对权利义务进行变更，因此，劳动关系显然并不能完全独立于民事法律调整的基本框架。

劳动者和用人单位双方建立劳动关系应当签订劳动合同，劳动合同是劳动者和用人单位协商一致建立劳动关系，明确双方权利义务的协议，劳动关系建立和存续应当依照劳动合同的约定。劳动合同作为劳动者和用人单位之间达成的合意，很大程度上遵循自治原则，而如果仅仅从合意的角度审视劳动关系，则不免偏颇。虽然劳动合同对于劳动关系的规制具有重要作用，但是劳动关系的规制不应当仅仅停留在劳动合同的层面，更不应该仅仅关注劳动者和用人单位之间的合意，双方之间的关系并非只遵照劳动合同的约定。从历史的角度分析，劳动关系起源于民事雇佣关系，但是以机械化大生产为基础的劳动关系与“私领域”中的雇

① 劳动者的个人信息受到保护，与工作无关的个人信息，用人单位无权索取，当用人单位让劳动者提供这些信息时，劳动者如果没有如实提供，并不必然构成欺诈。

佣关系^①存在重大的差异。^②而随着社会经济的发展,产生和存在于劳动者与用人单位之间的劳动关系已经不能仅仅局限于“私领域”,对于劳动关系的法律调整也就突破了私法的界限。

劳动力市场需要国家的干预以减少、避免市场调节的失衡和失灵,当然国家的干预也应当有合理的界限。国家对于劳动关系的干预体现了劳动关系这一“私领域”的社会关系向“公领域”的发展,使劳动关系区别于传统私领域的民事合同关系,从而具有了“社会性”。“劳动关系的核心是劳动者与用人单位之间的契约关系。如果将契约中当事人意思自治的内容视为契约的内部性内容,法律的强制性规定则视为契约的外部性内容。劳动关系中国家的外部介入,除了对契约正义的考量(抑或契约的实质自由),更融入了对劳动者从属性与生存权的关照,主要体现在通过强制性规则对涉及劳动基准的事项进行底线性规定,对劳动者的权益予以最基本的保障。”^③因此,劳动关系的法律调整不能仅仅局限于劳动者和用人单位两者之间的关系,需要在更为广阔的社会背景下进行考量,劳动关系的稳定和谐关系到劳动力市场的有序与社会经济的发展。

从社会关系的发展来看,以政府为代表的国家之手已经全方位介入市民社会,无论是公法的私法化,还是私法的公法化都揭示了现实社会

① 此处是从狭义上使用“雇佣关系”这一概念,与劳动关系并列,并相区别。

② 即使在认为劳动合同属于雇佣合同范畴的欧陆国家,也仍然承认劳动合同与普通雇佣合同的差异,并构建了专门的法律体系规范。以德国为例,德国法中虽然认为劳动合同是雇佣合同的一种特殊类型,尽管宪法保障根据私人自治原则自主建立、终止劳动关系以及安排劳动关系内容的原则性自由,但是立法者可以安排或者限制宪法所保障的、与私人自治原则相适应的自由。参见〔德〕雷蒙德·瓦尔特曼著,沈建峰译:《德国劳动法》,法律出版社2014年版,第130页。

③ 董保华、李干:《构建和谐劳动关系的新定位》,载《南京师大学报(社会科学版)》2016年第2期。

与公私法划分所面临的彼时社会发生了巨大改变，公私截然分开的社会已经成为过去。就部门法的划分而言，面对现实社会，刻意从强调部门法差异的角度对劳动关系的法律调整进行分析，片面突出劳动关系（劳动合同）的平等属性将其纳入民事法律调整范畴，或是过分强调劳动关系的特殊性，完全摒弃民事法律的基本原则，从而凸显劳动法对劳动关系的全面规范均可能在一定程度上走入误区，并对劳动关系的调整造成障碍。因此，超越部门法的局限，从劳动关系本身的特性出发，构建合理的劳动关系调整法律体系就具有了必要性和现实基础。

二、劳动关系法律调整的展望：超越部门法的局限

劳动关系调整并不仅仅是劳动合同和劳动合同法所能全部涵盖的，将劳动关系中所有问题的解决都寄希望于双方的合意，寄希望于《劳动合同法》的规定，既不现实也不合理。劳动关系的调整并不能仅仅局限于劳动合同本身，更不应当仅仅局限于《劳动合同法》的条文。政府的干预、集体谈判和集体协商制度的确立、用人单位内部劳动规章制度与劳动合同一起对劳动关系的建立和履行、变更和终结发挥作用。对于政府干预、集体谈判和集体合同、用人单位内部规章制度进行调整的法律很难划归入某一个部门法。从劳动关系的特点和需求出发，打破部门法的界限，对劳动关系进行综合性的法律调整或更具合理性。

劳动合同是劳动者和用人单位之间为建立劳动关系达成的合意，劳动合同对双方权利义务进行约定，受到法律规范。但是劳动关系不仅仅被劳动合同所约束，劳动者和用人单位之间的合意受到国家的劳动标准、集体合同和用人单位内部规章制度的制约，通常情形下，劳动合同的约定不能违反国家的强制性劳动标准和集体合同的约定。工会作为劳动者的组织，其基本职责是维护劳动者的合法权益。个体劳动者相对于用人单位而言处于弱势地位，两者地位失衡。劳动者组织（工会）的出现为劳动者权益的保护提供了组织保证。强大的工会组织取得了能够与用人单位（雇主）进行平等谈判的地位，为维护工会会员的权利而进行

一系列的集体谈判行动并通过罢工等手段向雇主施压。通过集体谈判，工会和雇主（雇主组织）之间签订集体合同约定劳动者个人和用人单位之间的劳动关系，保护劳动者权益。集体合同与劳动合同的区别在于其“集体性”“组织性”，工会作为劳动者的组织成为协议的主体。在集体谈判和签订集体合同之外，工会亦作为劳动关系三方协商机制中的一方，与国家劳动行政机构、用人单位代表（雇主代表）共同协商解决劳动关系调整中的重大事项；在企业内部，工会作为职工代表大会（职工大会）的常设机构代表劳动者参与企业的民主管理。

劳动关系具有从属性，建立劳动关系之后，劳动者在用人单位的指挥下进行劳动，服从用人单位的管理。用人单位为行使本单位的经营管理权利，有权制定本单位内部的劳动规章制度对劳动者进行管理。用人单位内部的劳动规章制度对劳动关系具有重要作用。与劳动合同不同，劳动规章制度的制定通常被认为是用人单位的权利，并不需要与劳动者个人协商，但是劳动规章制度的制定涉及了劳动者权益，必然受到来自劳动者一方的制约，如劳动规章制度制定的民主程序的设立。劳动规章制度与劳动合同之间的效力关系相对复杂，根据我国的法律规定，在用人单位内部规章制度合法的前提下可以作为法院的司法依据，但是又需要和合同本身约定的内容相比较，法院会对其合理性进行审查。

劳动关系的外部性使得劳动关系需要国家的干预，并且这种干预不仅仅发生在纠纷出现之后，而是贯穿劳动关系发生发展的整个过程，或者说国家需要对劳动力市场进行干预。不仅是我国，在市场经济发达国家，仍然可以看到国家之手对于劳动关系的干预。此时国家（政府）作为劳动关系的“第三方”主体存在。当然这种“第三方”主体并非将劳动关系转化为劳动者、用人单位和政府之间的三方关系，而是强调国家对于劳动关系的干预作用。在劳动合同之外，国家全方位干预劳动关系，这种干预不仅体现为劳动合同立法，合同约定不得违反法律强制性规定，更体现为以政府为代表的国家对劳动关系存续过程中的全面监察和劳动关系三方协调机制的建立。

三、我国劳动关系法律调整的历史和现状

我国劳动者和用人单位之间关系的调整模式经历了用人单位作为国家代理人管理劳动者的计划经济调整模式向市场经济体制下劳动力市场配置调整模式的转变。计划经济体制下的就业依赖于国家计划分配，劳动者和用人单位之间并不需要签订劳动合同，不需要双方形成合意，劳动者和用人单位之间的权利义务通过国家颁布的各种劳动标准进行调整；全民所有制背景下的企业中，劳动者和用人单位的利益一致性也没有为集体谈判提供土壤，因此，在计划经济体制下，劳动关系是一种由国家计划安排、统一调控的劳动关系，其本质是国家和劳动者之间的“劳动关系”，在劳动关系存续的过程中，劳动者和用人单位的权利义务均听从国家的安排。伴随着经济体制改革的开始和深入，劳动者的“铁饭碗”被打破，在废除固定工的社会背景下，劳动合同制开始被引入，并被不断强化。市场经济条件下现代企业制度得以建立，企业不再是完全听从国家计划指令的“生产车间”，成为独立经营、自负盈亏的市场经营主体，享有独立的用工权利。在法律规制层面，不仅《劳动法》对劳动合同专门作出规定，我国还专门颁布了《劳动合同法》。特别是《劳动合同法》的颁布施行，社会公众对于劳动合同的关注已经超越了劳动合同本身，甚至将劳动关系的调整和规制等同于《劳动合同法》，从而又将《劳动合同法》等同于劳动法，^① 进而希望《劳动合同法》解决劳动关系中出现的一切问题。按照这一逻辑，劳动合同的重要性被过分提高，从而扭曲了劳动关系有序发展的本身要求。虽然在劳动关系的法律调整中，劳动合同和《劳动合同法》的确具有重要的作用，但是仅仅将劳动关系限制在合同领域，过分关注于双方之间的合意存在一定的缺陷。从现行法律规定来看，无论是《劳动法》还是《劳动合同法》以及其他有关劳

^① 在《劳动合同法》颁布之时，很多新闻媒体将其宣传为“新《劳动法》”。

劳动合同的法律规定，虽然将劳动者和用人单位协商作为劳动合同成立、变更、解除等的前提条件，但是双方的意思自治被明显限制，如不能在法定范围之外约定违约金，劳动合同单方解除的条件要求，等等。随着劳动关系的日益复杂化，劳动合同的意思自治重新被提起，司法实践中对于合意的重视逐步加强，引发了双方协商一致与国家标准（法律强制性规定）之间孰先孰后的争议，如在用人单位支付加班费的前提下，劳动者和用人单位双方是否可以通过协商一致超过法定标准进行加班；为实现多劳多得的分配原则，劳动者和用人单位双方约定以提成方式支付劳动报酬，但是规避了最低工资标准；如果仅从合意的角度，在双方真实意思表示的情形下，似乎可以得出肯定的结论，但是这种双方的合意是对公共利益的侵犯，应当为法律所禁止。

在我国现实生活中，劳动关系的国家干预表现明显，《劳动合同法》通过大量的强制性规定对劳动合同的意思自治作出限制；集体谈判（集体协议）虽然有所发展，但是集体谈判和集体协议更多的流于形式，没有发挥应有的作用；国家对于劳动标准的立法仍然带有计划经济的成分，滞后性明显，在适用中遇到了很多困难；企业的自主经营产生了自我管理需要，但计划经济时期形成的“行政式管理”模式根深蒂固，在很长的时间内，由全民所有制转变而来的国有企业对劳动者的管理按照行政管理式的《企业职工奖惩条例》进行，对于非国有企业，限于《企业职工奖惩条例》的调整范围，对劳动者进行管理并没有明确的法律依据，而随着《企业职工奖惩条例》的失效，对于所有类型的企业，如何在劳动过程中管理劳动者既失去了法律依据，也没有成熟的社会实践经验借鉴，企业内部劳动规章制度要么没有，要么随意制定。基于此，在我国的社会实践中，劳动关系的调整方式主要体现为国家干预下的劳动者和用人单位之间的协商，国家干预不仅表现为法定标准的制定，也体现为政府的直接干预；集体谈判作用有限，用人单位内部的劳动规章制度越来越被重视，但是并没有统一的法定标准和裁判规则。

四、本书的核心观点和主要内容

大陆法系国家的劳动关系调整经历了雇佣合同向劳动合同的转变，作为调整雇佣合同的一般规则虽然在民事法律中规定，但是对于因雇佣关系发展而来的劳动关系则由专门的劳动法律加以规范，并非单纯依赖雇佣合同和雇佣合同法律规则；因私法调整不能满足保护劳动者权利、稳定劳动关系的需要，劳工运动的发展促使集体谈判法律规则、国家法定劳动标准出现和完善，出于企业自身经营发展的需要，企业内部劳动规章制度也得到充分发展。我国市场经济体制下的劳动关系的产生和发展有着特殊的历史脉络，并没有经历雇佣关系到劳动关系的发展过程，而是伴随着市场经济体制改革，以计划用工体制的废除为基础，通过国家立法和政策的引导产生和发展。本书认为，劳动关系的法律调整应当从我国国情出发，跳出劳动法和其他部门法相互对立和各自封闭的窠臼，在吸收、借鉴国际和境外理论研究与法律实践的基础上，构建具有我国特色的劳动关系调整法律制度。

本书的主体内容从劳动合同、用人单位内部规章制度、工会的地位和作用、政府对劳动关系干预四个角度探讨劳动关系的法律调整，尝试在多个维度下考察劳动关系法律调整的可能性和合理性，以期对我国劳动关系的法律规范提供一个可行的思路。

第一章 劳动关系与劳动合同： 概念辨析和相互关系

一、劳动关系的概念辨析

（一）劳动关系的概念

劳动关系是劳动法中的基本概念。劳动法理论的通说认为，劳动法是调整劳动关系和与劳动关系密切联系的社会关系的法律规范的总称。劳动关系是劳动法所调整的重要的基础性社会关系。通常情况下，“劳动关系”，是指个体的劳动关系（或者称为“个别劳动关系”），即劳动者个人和用人单位之间的劳动关系，在个别劳动关系之外，广义的劳动关系还包括集体劳动关系（或者称为“团体劳动关系”），其是工会和用人单位（用人单位组织）之间的劳动关系，从狭义上理解劳动关系，集体劳动关系则属于“与劳动关系密切联系的其他社会关系。”^① 随着对劳动法学研究的深入，在上述通说之外，有学者认为，将我国劳动法所调整的劳动关系限定为个别劳动关系，与市场经济初期劳动关系的特点和劳动法律调整的特点直接相关，虽然个别劳动关系的调整是劳动立法最初的和最基础的内容，但集体劳动关系和社会劳动关系的调整将会随着劳动关系的发展而成为劳动法律的主要内容，因此，劳动法所调整的劳

^① 史尚宽著：《劳动法原论》，正大印书馆 1977 年重印版，第 2 页；王全兴著：《劳动法（第四版）》，法律出版社 2017 年版，第 31—33 页。