

劳动法要论

laodongfa yao lun

周宝妹 著

群众出版社

劳 动 法 要 论

周宝妹 著

群 众 出 版 社

2006 年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动法要论 / 周宝妹著. — 北京: 群众出版社,
2006. 6

ISBN 7 - 5014 - 3703 - 3

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 023891 号

劳动法要论

著 者/周宝妹

责任编辑/白玉生 魏群

出版发行/群众出版社 电话:(010) 52173000 转

社 址/北京市丰台区方庄芳星园三区 15 号楼

网 址/www.qzchs.com

信 箱/qzs@qzchs.com

经 销/新华书店

印 刷/北京国工印刷厂

850 × 1168 毫米 32 开 10.5 印张 232 千字

2006 年 6 月第 1 版 2006 年 6 月第 1 次印刷

印数: 0001—3000 册

ISBN 7 - 5014 - 3703 - 3/D · 1753 定价: 21.00 元

序

最近有人预言，劳动法学将会成为我国法学界的显学。我作为“半路出家”进入劳动法学界^①的一介学者，当然感到幸运，但也感到心情沉重。我国劳动法学较之其他部门法学科，曾具有“冷学科，热问题”的特征^②。即在我国法学界，劳动法学一直是一门弱小学科，所得到的研究资源远远少于其他学科，在现行的本科法学专业课程体系中未被列入主干或核心课程，在现行的研究生法学二级专业目录中也未见其名。改革开放以来，法学虽然一直是热门学科，劳动法学却一直是冷门学科。尽管如此，现实社会对劳动法知识和理论具有强烈的需求，官方和民间都非常看重劳动法所涉及的问题。如劳动制度改革、就业、劳动安全卫生、社会保险、劳动争议、WTO与社会条款、企业社会责任、人权保障等，都是这些年来和今后相当长时期内的热点问题。这些问题在法学以外的学科，如经济学、社会学中，都受到特别重视。而在法学界，研究这些问题的学者和成果都不多。可见，法学界较之其他学界，面对现实问题显得反应迟钝。值得高兴的是，伴随着社会政策目标在

① 本人在1990年以前以经济法学的教学和研究为主业，直到1990年调入中南政法学院执教才开始劳动法学的学习、教学和研究。

② 王全兴：《劳动法》（第二版）“前言”，法律出版社2004版。

国家政策目标体系中地位的不断提升，尤其是国家提出构建和谐社会的目标，劳动关系和谐被确定为构建和谐社会的重点，劳动立法步入“黄金阶段”，《劳动合同法》、《就业促进法》、《劳动争议处理法》和《社会保险法》的制定被列入国家立法规划。这或许就是预言劳动法学将成为显学的依据。然而，面对劳动法学由“冷”向“热”的突变，尤其是劳动立法“黄金阶段”的来临，高兴之余又不得不对劳动立法的法学资源稀缺感到担忧。由于劳动法学在法学界（特别是法学教育界）长期受到冷落，精通劳动法理论的专门人才极少，法律职业队伍中熟悉劳动法知识的专门人才也不多见，即使劳动执法队伍中也少有劳动法专业素质高的人才；对于劳动立法中急需解决的许多理论问题和法律问题，在现有国内法学文献中，足以充分论证和提供制度设计方案的研究成果显得相对单薄。在此背景下，宝妹博士的专著《劳动法要论》，对于缓解劳动立法的理论准备不足的局面，无疑可起到添砖加瓦的作用。

看到宝妹博士的成果，自然就联想到她的博士生导师贾俊玲教授及其领导的北京大学劳动法和社会保障法研究所对我国劳动法学的贡献。在法学界（特别是法学教育界）长期冷落劳动法学的大环境中，全国高校的法学院（系）大多只有一个或半个教师从事劳动法学教学和研究，而北京大学法律学系^①于1997年成立了劳动法和社会保障法研究所。作为我国第一家专门研究劳动法、社会保障法理论和实践，并把劳动法学和社会保障法学作为专门学科进行建设的高校学术研究机构，在所长贾俊玲教授的领导下，一直起着全国劳动法学和社会保障

① 北京大学法律学系是北京大学法学院的前身。北京大学法学院于1999年6月成立。

法学研究中心和基地的实际作用。近十年来,该研究所每年都举办或组织不少于两三次的全国性或国际性劳动法和社会保障法理论研讨会,引领着我国劳动法和社会保障法研究的方向,为全国各高校中研究劳动法学和社会保障法学的“散兵游勇”提供合作研究的园地,从而使我国劳动法学和社会保障法学的微弱薪火得以传承。尤其值得称道的是,贾俊玲教授及其领导的劳动法和社会保障法研究所在我国法学界还无愧于是培养劳动法和社会保障法专业师资和高级研究人才的工作母机,包括宝妹博士在内的一批在我国劳动法和社会保障法研究中已崭露头角的优秀中青年学者,大多得益于贾俊玲教授的亲自指导和北京大学劳动法和社会保障法研究所提供的学习、研究的平台。这对于长期遭受冷落之后急速转为热门学科的劳动法学来说,实属幸运!

我国社会主义市场经济条件下的劳动法学研究,面临着两大任务:一是应对我国劳动法理论转型的需要,创立和完善社会主义市场经济的劳动法原理;二是针对我国劳动制度改革和劳动法制建设过程中出现的问题,提出相应的法律对策,尤其是为劳动立法提供论证和建议。与此对应,劳动法学研究应当遵循两种路径,即原理研究和问题(对策)研究。

解放后至“文化大革命”前的劳动法学,所研究和论述的是计划经济体制下的劳动政策法规,深受前苏联劳动法学的影响。“文化大革命”后的劳动法学,虽然主要是研究和论述经济体制改革中的劳动政策法规,但在1986年国务院制定《国营企业实行劳动合同制暂行规定》以前,劳动政策法规还是计划经济那一套,直到1994年以前,计划经济的色彩在劳动政策法规中还很浓厚,故劳动法学还是或基本是与计划经济体制对应的劳动法理论,其观点、体系和方法仍未摆脱前苏联劳动

法学的影响。1994年制定的《劳动法》，是劳动制度和劳动法发生根本转变的主要标志，它为社会主义市场经济的劳动制度奠定了法律基础，要求放弃与计划经济体制相对应的劳动法理论，建立与市场经济体制相对应的劳动法理论。此时的劳动法学需要以市场经济的劳动制度和劳动法为研究对象，面临着内容更新和体系重构的任务。这种研究既要摆脱对以往劳动法理论的路径依赖，又不能照搬西方国家的劳动法理论，而需要创建符合中国国情的市场经济的劳动法理论。在此意义上，我国劳动法学无异于一门新学科。正是基于劳动法理论转型的需要，应当沿着原理研究的路径，研究我国市场经济条件下劳动关系法律调整的基本法理，为劳动法制建设提供理论基础。

劳动法学作为社会法域中率先出现的一门独立学科，起源于西方国家工业化时期为缓解劳资冲突，治理以工人运动为中心的社会危机，对劳资问题及其法律对策所展开的研究；并且，劳动法学的发展一直以劳资问题及其法律对策的研究为主线。在此意义上，劳动法学就其研究范式而言，属于问题法学（或称危机对策法学）。换言之，在公法、私法分立的传统法学理论不足以说明和解决市场机制所导致的社会问题和社会危机的情势下，劳资问题及其法律对策的研究才得以突破传统私法理论和公法理论的界限，使劳动法学作为一门独立学科顺应法律社会化的潮流得以形成和发展。社会法域中随劳动法学之后相继出现的社会保障法学、经济法学、环境保护法学等学科的形成和发展，在演进路径和研究范式上也大体如此。可见，劳动法学较之传统的私法、公法学科，应当更加重视问题（对策）研究的路径。我国现阶段，在改革开放的大背景下，劳动制度改革和劳动关系运行过程中已出现许多严重的社会问题，强资本、弱劳工的格局已危及社会安全，而国家对此还缺少相

应的法律对策。这就需要我国劳动法学界对问题（对策）研究路径给予特别的重视。

对于面临经济体制转型期出现的社会问题而需要理论转型的我国劳动法学而言，原理研究和问题（对策）研究都不可或缺。原理研究主要追求原理上的完整、创新和发展，多注重方法论、学说、观点、范畴之类的论证和价值、原则、体系、机制之类的探讨。问题研究是从实务中的具体问题切入，以务实、灵活为特点，解决问题至上，为解决问题可不择理论和方法，其创新主要体现在原因分析和对策方案上，不过也可起到丰富、深化、创新原理的效果。在学科发展中，原理研究处于基层和高层地位，问题（对策）研究处于中层地位。展开问题（对策）研究需要有原理作基础和指导，并且，问题（对策）研究除了找出原因和拿出对策外，还应当上升到原理上的贡献，否则，难显示出高档次。因此，原理研究和问题（对策）研究都不可忽视，而应当二者结合，只不过在不同研究场合各有侧重或需要二者并重。我国现阶段的劳动法学，对这两种研究路径的需求都很强烈，唯有将二者并重且有机结合，才可能完成其肩负的历史使命。

我在草草阅读宝妹博士这本专著的电子稿后发现，原理研究与问题（对策）研究相结合正是其主要风格。在这本专著中，所选择的研究对象、体现的研究取向、展示的研究思路和得出的研究结论，无论对劳动法原理还是对劳动立法对策都有所贡献，真可谓一箭双雕。例如，劳动关系、劳动者和用人单位是劳动法中三个最基本的范畴，而在我国，现行劳动立法中却没有给出明确定义，且劳动法学界也少有深入研究的成果并存在理论分歧。劳动关系理论、劳动者理论和用人单位理论的是劳动法原理中核心的理论要素，目前劳动立法中遇到的许多

疑难问题，如劳动法和劳动合同法调整范围的界定，劳动合同异于民事合同的特殊性和制度安排，劳动派遣的特别法规制，劳动争议处理的受案范围，都在一定程度上缘于劳动关系理论、劳动者理论和用人单位理论的不成熟。故宝妹博士同时从原理和问题（对策）两个层面将劳动关系、劳动者和用人单位作为重点对象展开研究。在原理研究和问题（对策）研究都较欠缺的我国劳动法学界，宝妹博士在这本专著中所作的尝试，无疑是值得肯定、仿效和继续的。当然，尝试中也留下了遗憾，因为原理研究与问题（对策）研究的结合，贵在深入，而就这本专著所列入的各个研究对象来说，研究的深入度参差不齐，即对有的问题的研究还深入不够。对于这种遗憾，相信宝妹博士和学界同仁今后一定能够在继续研究中弥补。

以上所言，仅是笔者对我国劳动法学发展历程的点滴感受和对劳动法学研究路径的浅薄思考，而对宝妹博士的《劳动法要论》，只可勉强为“序”。

王全兴

2006年2月15日

目 录

序.....	1
第一章 劳动法的概念和基本原则.....	1
一 劳动法的概念.....	1
二 劳动法的基本原则	24
第二章 劳动法的主体	45
一 劳动者	45
二 劳动者的组织：工会	67
三 用人单位	76
四 用人单位的组织	84
五 劳动行政管理主体	87
六 劳动服务主体	92
第三章 劳动合同	95
一 劳动合同的性质和特征	95
二 劳动合同的形式：兼论事实劳动关系.....	107
三 无效劳动合同.....	109
四 劳动合同的变更.....	117
五 劳动合同的终止和解除.....	119
六 劳动派遣.....	131

七	劳动者的竞业限制义务·····	137
第四章	工资和工作时间·····	149
一	工资的含义和形式·····	149
二	最低工资·····	157
三	工资的保护·····	161
四	工作时间的概念和种类·····	165
五	工作时间的延长和限制·····	170
六	休息、休假的含义和种类·····	172
七	对我国休假法律制度的反思：休假法律制度的完善·····	177
第五章	工作环境安全的法律保护·····	187
一	工作环境的安全，需要法律保护·····	187
二	工作环境安全的技术保证：职业安全卫生的技术规程·····	188
三	提供安全的工作环境：用人单位的义务与权利·····	190
四	保护安全的工作环境：安全生产制度的建立和完善·····	194
五	工伤的认定和待遇·····	200
六	职业病的防治·····	207
七	“过劳死”的探讨·····	215
八	就业领域的性骚扰·····	217
第六章	集体谈判与集体合同·····	229
一	集体谈判与集体合同的国际立法·····	229

目 录

二	我国集体谈判与集体合同的法律规定·····	234
三	劳动者的产业行动：罢工·····	240
第七章	劳动者的民主参与·····	245
一	企业的社会责任与劳动者的民主参与·····	245
二	共同决策：组织形式的共决·····	250
三	成员参与：董事会和监事会中的劳动者代表·····	260
四	工会的参与权·····	263
五	劳动者个人的民主参与权·····	264
六	双重身份：劳动者持股·····	266
第八章	劳动监察·····	271
一	劳动监察的含义·····	271
二	劳动监察的国际标准·····	273
三	我国的劳动监察制度·····	279
第九章	劳动争议的处理·····	289
一	劳动争议的内涵和外延·····	289
二	我国劳动争议的现行解决途径·····	292
三	个人劳动争议的解决·····	299
四	集体争议的处理·····	305
参考书目 ·····		314
后记 ·····		319

第一章 劳动法的概念和基本原则

一 劳动法的概念

(一) 劳动法产生的基础：社会化劳动

劳动法如果从字面理解，显然是与“劳动”有关的法。我国台湾学者史尚宽认为：“劳动法为关于劳动之法，详言之，劳动法为规律劳动关系及其附随一切关系之法律制度之全体。”^① 如何界定劳动法的概念，是劳动法学研究中的基础问题。通过考察我国劳动法概念的历史变迁，可以发现，学者们如何界定劳动法不仅选择不同的方法，同时也受到社会经济发展的影响，甚至是立法的影响。我国台湾劳动法学者黄越钦认为：“劳动法领域仍在扩张之中，除以劳动关系展开之一切法律之外，并与社会法、财经法有相当密切的关系。在界定劳动法时，尚复与其他法律相区别，始能得出一较完整的概念。”“劳动法之内容，应为一切劳动关系直接、间接有关法律之总和。”^②

劳动法作为关乎“劳动”之法，如果要理解劳动法，显然

① 史尚宽著：《劳动法原论》，正大印书馆，中华民国六十七年，台北重刊，第1页。

② 黄越钦著：《劳动法新论》，中国政法大学出版社，2003年版，第17页。

对于“劳动”的理解就成为不可逾越的问题。什么是“劳动”?从人类发展史上说,劳动是人类产生和发展的动力和条件。没有劳动,就没有人类的产生。劳动使人与动物区分,人成为人。但这种对于“劳动”的理解,显然与劳动法中的“劳动”不同。劳动法中的劳动,“属于劳动力所有者将其劳动力有偿地提供他人使用的劳动。”^① 劳动法作为法学殿堂中历史较短的独立部分,其产生是社会经济和法学发展的必然结果。无论在我国还是在外国,无论在大陆法系还是英美法系,劳动法都已经成为一个独立的法学部门。但其独立的时间还很短,与传统的法学部门有着千丝万缕的联系,这种联系并没有因为劳动法的独立而疏远。尽管劳动法越来越多地体现出自身的独特内涵,而一些根深蒂固的法学原理与观念仍然在劳动法学原理中充满生机。

从法学对于“劳动”的调整考察,在法律出现的早期,劳动已经成为法律中一个被调整的方面。传统民法中将劳动力作为一种商品,按照一般的商品买卖规则进行调整。但由于劳动力这种商品本身的特殊性,规定了一些特殊的法律规范,保护劳动力的提供者。从劳动法产生的历史来看,只有“劳动”成为“社会化的劳动”,劳动法才能够产生。也就是说,劳动法中的“劳动”是社会化的劳动。这种社会化的劳动,以劳动脱离人身依附,劳动力提供者与劳动成果相分离,劳动力提供者主要以获得金钱报酬为特征。劳动法独立出现,是在人类进入资本主义时期以后。在原始氏族社会,氏族成员共同劳动,劳动成果属于全体氏族成员所有,劳动力的提供者——氏族成

① 王全兴著:《劳动法》(第二版),法律出版社,2004年版,第31页。

员，并没有与劳动成果相分离。这时的劳动是一种氏族成员为共同生存而进行的劳动，原始社会并没有更多的法律去调整这种劳动。在奴隶社会，劳动力的提供者奴隶没有独立的人格，与牛马等一样，是奴隶主的私人财产。封建社会的农民（农奴）与封建主之间仍然存在人身的依附，劳动力并不是劳动者的自愿和自由提供。直到资本主义社会初期，“劳动”的历史仍然没有脱离“人身依附性”，而随着资本主义的原始积累，土地的失去，使劳动力的提供者与生产资料分离，摆脱了人身依附，开始在城市中进行劳动力的“销售”，劳动不再仅仅是为了取得劳动所得的“物化成果”，而是为了取得金钱报酬，再用此金钱报酬购买所需的生活资料。于是，劳动成为了“社会化的劳动”。劳动法的概念不能脱离劳动法产生的历史，当劳动成为了一种社会化劳动，体现为有固定生产场所，固定的劳动者在固定的时间内出卖自己的劳动，以此换取金钱报酬，满足自己及家庭成员必须的生活需要时，劳动法产生了。因此，劳动法所调整的劳动关系，最初并在很长的一段时间内表现为这样的一种劳动者在固定生产场所和固定的工作时间内，在某个人或几个人的具体指导下进行的社会化大生产劳动。

（二）模糊的劳动法：劳动法概念的解析

对于劳动法的概念，劳动法学界较为普遍的观点认为：劳动法是调整劳动关系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。这个被广泛认同的概念却存在着致命的弱点：

1. 对劳动法稍有了解的人都很清楚，劳动法上的劳动关系有着其特定的含义，不同于普通意义上所说的因劳动而产生的社会关系。显然，要明确劳动法，首先还要对劳动法调整的劳动关系有所了解才能明了。

2. 劳动法除了调整劳动关系之外，还调整与劳动关系密切联系的社会关系，这里麻烦就出现了。什么是与劳动关系密切联系的社会关系？如何界定“密切”一词。“密切联系”是否可以理解为“直接联系”？

3. 作为“法律规范的总称”，劳动法是一系列法律的规范，而劳动法是否成为一个独立的部门？通常劳动法学者会将劳动法作为独立的法学部门看待，那么如何从部门法的意义上理解劳动法？

劳动法与社会经济发展密切相关。在我国，从建国后到现在，经历了由计划经济向市场经济体制的转变。这一转变，影响了我国劳动法在建国后的发展和完善，也同样影响到我国劳动法概念的提出和发展。

解放初期，劳动领域的立法成为新中国立法之中的重要组成部分。1949年9月通过的《共同纲领》中规定：“在国家经营的企业中，目前时期应实行工人参加生产管理的制度，即建立在厂长领导之下的工厂管理委员会。”而当时，对于用人单位和劳动者（雇主和雇员）的认识不可避免地打上了阶级的烙印，主要是关于一些民族资本企业的劳资关系的法律规定，如：《关于劳资关系暂行处理办法》《关于私营工商企业劳资双方订立集体合同的暂行办法》等。在对私有制改造完成后，社会主义计划经济体制的建立，使得劳动法中的大量规定失去了存在的基础，如：工资实行全国统一的级别，固定工制度的建立也就使劳动合同失去了存在的可能。比较普遍的观点是，将社会主义的劳动法与资本主义的劳动法划分了泾渭分明的界限，认为两者之间不存在相同或类似的基础。社会主义的劳动关系建立在人民当家做主的基础之上，作为国家主人的劳动者显然也就成为了占用人单位大多数的国有企业的主人。既然是

主人，也就不存在雇佣和被雇佣的关系，不存在劳动者为用人单位提供劳动。劳动者劳动的提供，是劳动者当家做主。其既是国家的主人，也是用人单位的主人。

改革开放后，伴随着法律的复兴，劳动法的理论研究逐渐开始发展，立法工作也开始提到了国家的立法进程之中。伴随着《中华人民共和国劳动法》的起草和颁布，劳动法的概念也逐步清晰，并形成了一个长期以来被广泛认可的定义。1988年，劳动科研所劳动法学研究会编《劳动法手册》，将劳动法定义为“调整劳动关系以及于劳动关系密切联系的其他社会关系的法律规范的总称。”^①全国高等教育自学考试教材《劳动法学》（法律专业）第二版中，劳动法的概念为：“劳动法一词，在我国可以作广义和狭义两种理解。狭义上理解的劳动法，是指由国家最高权力机关颁布的关于调整劳动关系以及与劳动关系有密切联系的其他关系的、全国性的、综合性的法律，即第八届全国人民代表大会常务委员会第八次会议于1994年7月5日通过，自1995年1月1日起施行的《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》）。广义上理解的劳动法，是指调整劳动关系以及与劳动关系有密切联系的其他关系的法律规范的总和。”同时，还指出：“劳动法学中所称的劳动法，一般都是指广义上理解的劳动法而言。”^②2003年版的《劳动法学》中对劳动法概念的解释是：“劳动法的概念，是回答什么是劳动法的问题。

① 劳动科研所劳动法学研究会编：《劳动法手册》，经济管理出版社，1988年版。

② 李景森主编：《劳动法学》（第二版），全国高等教育自学考试指定教材，法学专业，北京大学出版社，1995年版，第4页。