

LAODONGFA YU SHEHUI BAOZHANGFA XINLUN

劳动法 与社会保障法新论

—— 杨遂全 何 霞 王 蓓 吕海涛 甘 露 等著



四川大学出版社

劳动法 与社会保障法新论

——以《劳动合同法》《社会保险法》为中心——

LAODONGFA YU SHEHUI BAOZHANGFA XINLUN

劳动法 与社会保障法新论

—— 杨遂全 何 霞 王 蓓 吕海涛 甘 露 等著



四川大学出版社

责任编辑:李勇军
责任校对:王 平
封面设计:墨创文化
责任印制:王 炜

图书在版编目(CIP)数据

劳动法与社会保障法新论 / 杨遂全等著. —成都:
四川大学出版社, 2015. 1
ISBN 978-7-5614-8297-1

I. ①劳… II. ①杨… III. ①劳动法—研究—中国②
社会保险—行政法—研究—中国 IV. ①D922. 504

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 007790 号

书名 劳动法与社会保障法新论

著 者 杨遂全 何 霞 王 蓓 吕海涛 甘 露
出 版 四川大学出版社
地 址 成都市一环路南一段 24 号 (610065)
发 行 四川大学出版社
书 号 ISBN 978-7-5614-8297-1
印 刷 郫县犀浦印刷厂
成品尺寸 185 mm×260 mm
印 张 15
字 数 365 千字
版 次 2015 年 3 月第 1 版
印 次 2015 年 3 月第 1 次印刷
定 价 36.00 元

版权所有◆侵权必究

◆读者邮购本书,请与本社发行科联系。
电话:(028)85408408/(028)85401670/
(028)85408023 邮政编码:610065
◆本社图书如有印装质量问题,请
寄回出版社调换。
◆网址:<http://www.scup.cn>

序 言

目前,我国处在经济和社会转型时期,与市场要素相关的社会和法律机制在急剧变革。物和资金的市场化,在我国已经初步形成社会的市场运行机制。在我国的市场要素中,人力资源的市场化运行机制还在开始建设过程中。人们对直接关乎人身行为的劳动行为的机制观念正在逐步由计划经济体制向市场机制转变;体制外和体制内的劳动与社会保障法律规范仍在艰难的转轨进程中。在这一转轨时期,改革更加突出地在以法律法规的形式进行着。为了全面、深入地探讨我国这一转型时期不断改革中的劳动人事制度和社会保障制度,我们组织了几所四川高校讲授劳动与社会保障法的教师撰写了这本《劳动法与社会保障法新论》。书稿力图站在历史和经济全球化的高度认识和分析介绍我国劳动人事制度的现状和未来。

本书较为全面地反映了国内外最新的有关劳动与社会保障法的法律法规和最新研究成果。例如,关于劳动人事制度改革的分析吸收了2014年8月2日国务院颁布的关于《事业单位劳动人事管理条例》;关于反就业歧视的章节将农民工社保和工资特殊保护等有重大参考价值的行政法规纳入研究视野;有关家政工的规定以及相关国际公约的介绍属国内高校教程的最新内容;职业场所性骚扰处置法律制度的归纳属国际先进做法;“企业惩戒员工权”的制度变迁的分析对计划经济劳动人事制度的彻底改革有着自己独立的见解;保护单位商业秘密和知识产权的竞业限制制度和过错责任的探索非常实用;最新修改《劳动合同法》形成的劳务派遣和国际劳务派遣制度的最新规定也纳入其中。

该书在2014年下半年定稿,作为学术专著,同时用于四川大学和西南财经大学的法律本科和法律硕士生的必修课教材。全书内容实用、系统简练,适合高等学校法学、经济学、管理学等专业学生学习劳动与社会保障法时使用,也可作为国家机关、企事业单位、社会团体中从事劳动与社会保障工作的人员的参考书。

本书分为劳动法与社会保障法总论(杨遂全撰写)、劳动关系协调法探究(何霞撰写)、劳动基准法探究(王蓓撰写)、劳动力市场及其管理法探究(吕海涛撰写)、劳动保障与社会保障法探究(甘露撰写)、劳动与社会保障纠纷处置法探究(张晓远撰写),共计6编20章;各位作者对自己撰写的部分实行文责自负。本书全面、系统地论述了劳动与社会保障法的基础理论、劳动与社会保障法的产生和发展、劳动法主体、促进就业和职业培训、劳动合同、集体合同、劳务派遣和非全日制用工、工作时间和休息休假、工资、劳动安全卫生、职工民主管理、社会保障法的主体、社会保险、社会救助、社会福利、社会优抚、劳动争议处理、劳动保障监督、劳动保障行政复议和行政诉讼等。随着《劳动合同法》、《就业促进法》、《劳动争议调解仲裁法》的颁布和实施,以及社会保险等方面的法律法规的相继出台,我国的劳动与社会保障立法不断完善。本书力

求使学生掌握劳动与社会保障方面的基本法律问题，全面反映我国劳动与社会保障方面的立法现状和最新发展，并紧密结合社会实践，对现行相关法律法规进行阐述与分析。这些分析探寻主要代表各位作者自己的观点，如有不妥，敬请读者原谅或直接与作者联系提出。

杨遂全

2014 年 11 月



作者简介

杨遂全：四川大学法学院教授、民商法博士生导师、法经济学博士生导师，中国社会科学院民商法博士；曾获国家教委优秀青年教师、有突出贡献的专家和全国首届杰出青年法学家提名奖；发表学术论文 150 多篇（其中 30 多篇涉劳动法和社会保障法），16 项成果获司法部“七·五”优秀论文奖等全国和省部级奖；在法国孟德斯鸠大学劳动与社会保障法研究中心合作研究 1 年，在法国发表法语劳动法论文 6 篇；主持国家社科重点项目“房地产城乡间流转与继承”“正确处理小产权房与农村地制创新”等被评为国家级社科优秀成果；主编《民商法争鸣》等丛书；独撰或参与主撰全国统编教材多本。1998 年后负责四川大学劳动法硕士生研究方向的指导。

何霞：四川大学法学院 1994 级本科推荐免试攻读硕士、四川大学法学院民商法学硕士，日本九州大学法学博士，西南财经大学法学院副教授，劳动与社会保障法方向硕士生导师，曾任联合国国际劳工组织（ILO）和我国人力资源与社会保障部“促进国际劳工组织 111 号（就业与职业歧视）公约在中国的实施”项目组专家，四川省妇女发展与权益保障研究中心执行主任，曾经获“四川省三八红旗手”称号。

王蓓：四川大学法学院 1997 级法学本科保研、四川大学法学院民商法学硕士，四川大学经济学院法经济学博士毕业，四川大学法学院劳动法主讲副教授，劳动与社会保障法方向硕士生导师。四川省总工会法律顾问委员会委员，四川省总工会女职工委员会委员，都江堰市人民检察院专家咨询委员会委员。

吕海涛：四川大学法学院第一届法律硕士，四川大学法学院民商法学博士研究生，四川大学工会办公室主任兼劳动人事调解委员会委员。

甘露：中国政法大学学士，四川大学法学院经济法学硕士，四川师范大学法学院经济法、劳动法与社会保障法讲师。

张晓远：四川大学法学本科、民商法学硕士毕业、博士生，四川大学法学院副教授，四川蜀鼎律师事务所主任。四川省房地产法学会（筹备）委员会副会长兼秘书长。

目 录

第一编 劳动法与社会保障法总论·····	(1)
第一章 劳动法和社会保障法及相关学科定义·····	(1)
第一节 劳动法的定义及其本质特征探析·····	(1)
第二节 社会保障法的一般定义及其社会法特征·····	(5)
第三节 劳动法与社会保障法的关系·····	(5)
第四节 劳动和社会保障法的作用及其学科定位·····	(6)
第二章 劳动法与社会保障法的调整对象及其特征·····	(7)
第一节 劳动法与社会保障法的调整对象·····	(7)
第二节 劳动和社保关系的本质特征·····	(11)
第三节 多样化的劳动和社保关系及其调整·····	(13)
第三章 劳动法与社保法的历史与现状·····	(18)
第一节 劳动法与社保法的产生及发展·····	(18)
第二节 当代主要国家的劳动法与社保法借鉴·····	(19)
第三节 我国劳动法和社保法现状及其存在问题·····	(29)
第四节 国际劳动立法·····	(32)
第四章 劳动法和社保法的基本原则和基本权利·····	(38)
第一节 劳动法和社保法基本原则概述·····	(38)
第二节 劳动者的基本劳动权利·····	(39)
第三节 劳动者的基本劳动义务·····	(40)
第二编 劳动关系协调法律制度·····	(41)
第五章 劳动法·····	(41)
第一节 现行劳动法的主要内容·····	(41)
第二节 现行劳动法的制度缺失·····	(42)
第六章 劳动合同法·····	(44)
第一节 劳动合同概述·····	(44)
第二节 劳动合同的种类和形式·····	(47)
第三节 劳动合同的订立、内容和效力·····	(48)
第四节 劳动合同的履行和变更·····	(51)
第五节 劳动合同的终止和解除·····	(52)
第六节 劳务派遣和非全日制用工·····	(58)
第七章 集体劳动合同法·····	(62)



第一节	集体合同概述	(62)
第二节	集体合同的内容、形式和期限	(63)
第三节	集体合同的订立与效力	(64)
第四节	集体合同的履行、变更、解除和终止	(67)
第三编	劳动基准法律制度	(69)
第八章	工作时间和休息休假制度	(69)
第一节	工作时间概述	(69)
第二节	工作时间的种类	(72)
第三节	延长工作时间的法律规定	(76)
第四节	休息休假	(79)
第五节	我国带薪年休假制度的问题与完善	(84)
第九章	工资制度	(88)
第一节	工资立法概述	(88)
第二节	工资的宏观调控	(90)
第三节	工资的形式	(91)
第四节	最低工资制度	(93)
第五节	特殊情况下的工资	(94)
第六节	工资支付保障	(96)
第七节	我国农民工工资支付保障机制的问题与完善	(98)
第十章	劳动安全卫生制度	(103)
第一节	概述	(103)
第二节	安全生产法律制度	(104)
第三节	职业病防治法律制度	(109)
第四节	女职工和未成年工的特殊保护	(113)
第五节	职业病的防治鉴定与安全卫生立法反思	(116)
第四编	劳动力市场及其管理法律制度	(120)
第十一章	劳动就业管理制度	(120)
第一节	劳动就业概述	(120)
第二节	劳动就业的方针和基本原则	(123)
第三节	就业服务和管理	(124)
第四节	特殊群体就业保障	(126)
第五节	我国就业法律制度的问题与完善	(130)
第十二章	工会和职工民主管理制度	(132)
第一节	工会法与劳动法的关系	(132)
第二节	工会在调整劳动法关系中的地位和职权	(133)
第三节	职工民主管理	(135)
第四节	我国职工代表大会制度及其改革	(137)
第十三章	反就业歧视与农民工权益保护制度	(141)
第一节	概述	(141)

第二节	就业歧视的种类与认定·····	(142)
第三节	反就业歧视的法律措施·····	(144)
第三节	农民工权益特殊保护法律制度·····	(146)
第十四章	职业场所性骚扰处置法律制度·····	(148)
第一节	职业场所性骚扰的界定·····	(148)
第二节	职业场所性骚扰的法律责任·····	(150)
第三节	职业场所性骚扰的防治措施·····	(152)
第十五章	职业培训·····	(155)
第一节	职业培训概述·····	(155)
第二节	职业培训的分类·····	(157)
第三节	职业技能的鉴定·····	(159)
第五编	劳动保障与社会保障法·····	(162)
第十六章	社会保险制度·····	(165)
第一节	社会保险制度概述·····	(165)
第二节	社会保险法原理·····	(166)
第三节	养老保险·····	(169)
第四节	医疗保险·····	(172)
第五节	失业保险·····	(175)
第六节	工伤保险·····	(178)
第七节	生育保险·····	(181)
第十七章	职工福利制度·····	(184)
第一节	职工福利的概念和立法·····	(184)
第二节	职工福利机构和基金·····	(186)
第三节	职工福利的内容·····	(188)
第十八章	其他社会保障制度·····	(190)
第一节	最低生活保障制度·····	(190)
第二节	残疾人劳动保障·····	(192)
第三节	各种优抚人员社会保障制度·····	(193)
第六编	劳动与社会保障纠纷处置法探究·····	(197)
第十九章	劳动监督检查与劳动争议处理制度·····	(197)
第一节	概述·····	(197)
第二节	劳动与社会保障监察制度的基本内容·····	(201)
第三节	劳动争议的处理机构及基本原则·····	(203)
第四节	劳动争议协商·····	(204)
第五节	劳动争议调解·····	(206)
第六节	劳动争议仲裁·····	(208)
第七节	劳动争议诉讼·····	(211)
第八节	改革我国劳动争议处理制度的建议·····	(213)
第二十章	违反劳动法和社保法的法律责任·····	(216)

第一节	概述·····	(216)
第二节	用人单位的法律责任·····	(217)
第三节	劳动者的法律责任·····	(222)
第四节	其他主体的法律责任·····	(224)
第五节	与劳动和社保相关的行政或刑事责任·····	(225)
参考文献	·····	(228)



第一编 劳动法与社会保障法总论

第一章 劳动法和社会保障法及相关学科定义

法律的重要功能之一是通过明确的概念为人们提供明确的行为模式和分配各种权益。而在我国现实,作为研究定型社会机制的法律法规制度的法学,既担负着用理论解释劳动和社会保障法律法规的任务,又担负着探索如何创新劳动关系法、劳动就业管理调控和社会保障法制的历史任务。

法学是以名称概念作为代表事物的符号进行思维的。我们在司法实践和法学研究中就要首先对法律概念用语进行准确的定性和将其相互界限区分清楚。学科的划分,乃至法律的名称命名亦如此。

基于上述,就劳动和社会保障法律体系的安排和法学学科体系的安排而言,我们须首先在开篇简要地探讨劳动法与社会保障法学的学科基本概念和主要研究对象。与此同时,我们更需要从已有的最新相关研究成果和社会实践中吸取营养,探寻更能适应我国未来人力资源市场化的法律观念。本书力图站在历史和经济全球化的高度认识和分析介绍评述我国劳动人事法律制度改革现状和未来,以适应劳动力市场化、国际化、全球化的趋势。

第一节 劳动法的定义及其本质特征探析

一、以《劳动法》命名的法律文件

劳动法首先在形式意义上是指国家最高立法机构制定颁布的,直接以“劳动法”命名的法律文件,即法典式的劳动法。如《法国劳动法典》《苏俄劳动法典》。也有一些国家将此形式意义上的“劳动法”称之为“劳工法”,例如,美国的《国家劳工关系法》、^①《土耳其劳工法》等。这种法典式的劳动法又称之为狭义的劳动法。

^① [美] 道格拉斯·L. 莱斯利:《劳动法概要》,张强等译,中国社会科学出版社1997年版,第3页。

我国现行有效的形式意义上的劳动法,是1994年7月5日第八届全国人民代表大会常务委员会第八次会议通过的《中华人民共和国劳动法》。该法于1995年1月1日开始实施。它共有13章:第一章总则;第二章促进就业;第三章劳动合同和集体合同;第四章工作时间和休息休假;第五章工资;第六章劳动安全卫生;第七章女职工和未成年工特殊保护;第八章职业培训;第九章社会保险和福利;第十章劳动争议;第十一章监督检查;第十二章法律责任;第十三章附则。该法共有107条。本书研究的劳动法和相关的劳动保障法即以此为纲要,且以此安排研究的体系。

形式意义上的劳动法事实上只是劳动法的基本法。它规定了劳动法的主要原则和最重要的内容。我国概念意义上的劳动法的其他内容,则由《劳动合同法》《促进就业法》^①和诸多相关法律法规构成。而人们通常所说的劳动法,以及本书所要研讨的劳动法,不只是形式意义上的劳动法,而更多地是指实质意义上的劳动法。

二、实质意义上的劳动法

实质意义上的劳动法,又称广义的劳动法。我国多数学者认为,实质意义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社会关系的法律规范总和。^②

如我国一些学者所说,劳动关系,甚或劳资分离的劳动关系事实上由来已久;^③调整这种劳动关系的法律也产生的比较早。而人们普遍认为最初可以称之为劳动法的是英国1802年开始实行的《学徒健康和道德法》。笔者赞同我国一些学者的说法,即“劳动法是为了维护劳动者合法权益,而由国家制定的调整劳动关系以及与劳动关系有密切联系的其他社会关系的法律规范的总称”^④。通过进一步深究,我们认为,劳动法,特别是现代劳动法,不仅仅是“为了维护劳动者合法权益”,同时也是为了平衡劳资双方劳动关系中的利益而制定的法律。各国现行劳动法中都有专门约束员工辞职和员工职业流动的“竞业限制”以及“企业对员工的惩戒权”等法律制度。

基于上述,我们认为,实质意义的劳动法是为了平衡劳资双方劳动关系中双方利益而制定的调整劳动关系以及与劳动关系有密切联系的其他社会关系的法律规范的总称。

我国台湾学者认为,劳动法乃为规范劳动关系及其附随一切关系的法律制度的全体。^⑤

美国和韩国学者则认为,劳动法(Labor Law)是以劳动者和劳动使用者为调整对

① 以下法律法规名称前凡未注明国家名称的法律均指我国的。

② 参见法学教材编辑部《劳动法学》编写组编写的高等学校法学试用教材:《劳动法学》,法律出版社1983年第3页;关怀主编:《劳动法学》(司法部高等学校法学教材编辑部编),法律出版社,1996年版第2页;林嘉主编:《劳动法与社会保障法》,中国人民大学出版社2014年版第1页。

③ 在我国封建社会,地主与长工的关系形式上也是一种雇佣劳动关系。它不同于租赁性质的地主与佃户的关系。实质上它是一种人身依附关系和劳动力所有权关系。有的地主和长工相当于资本家和工人的关系,区别只在于长工在人身上更大程度地依附于地主,有些长工甚至签有卖身契,带有明显的人格从属性。所以,封建社会的这种劳动关系不是用劳动法调整的。

④ 宓明君:《劳动与社会保障法讲义》,第4页,见于MBA智库文档网经济类财政管理栏目,2014年10月11日访问<http://doc.mbalib.com/view/5045e1ef5b82292808e773fa72a6b5b1.html>。

⑤ 史尚宽:《劳动法原论》,台北,正大印书馆,1978年版,第1页。



象,以确保劳动者生存和劳动者集体活动为根本目的的各种法律法规。^①

英国学者认为:“劳动法(Labour Law)是与雇佣劳动相关的全部法律原则和规则。大体和工业法相同。它规定的是雇佣合同和劳动或工业法律方面的问题”^②。

法国学者认为:劳动法(Droit du travail)是一套通过劳动合同制约雇主与雇员之间的关系的法律规范。劳动法规,包括劳动培训,实施和终止雇佣关系的规则。它也保证尊重工会自由和劳动安全的标准,并保护弱势的工人。^③据笔者了解,在现代,它不仅是工业法,也包括农业劳动者与雇主之间的劳动合同法律规范。在法国,对农业工人,除了对农业劳动需要特殊保护的规则外,其他都要适用统一的劳动法。

德国学者认为:“劳动法是关于劳动生活中处于从属地位者(雇员)的雇佣关系的法律规则(从属地位劳动者的特别法)的总和”。^④他们更强调劳动法保护对象的特殊性。

在此,我们还必须附带说明劳动法和劳动基准法的区别。国内外所谓的“劳动基准法”是规定劳动条件最低标准的法律规范,要求雇主与劳工所订立的合同中劳动条件均不得低于该法所规定的最低标准。劳动基准法是劳动法的一种,但不等同于劳动法。

三、劳动法及其民事化的本质特征

某事物区别于它事物的特征会有很多,但是,其本质特征决定着事物的根本和发展的基本方向以及其主要内容。所以,在研讨劳动法时必须搞清楚其本质特征。

我们认为,从社会主义市场经济体制看待劳动关系机制应当由在市场起决定性作用的基本理论为前提来分析。劳动力市场调控制度应当是劳动法的根本性质所在,而当事人之间民事性的人格平等地位决定了劳动法的性质。目前,许多人民代表还在呼吁,不能让劳动者流汗又流泪,辛辛苦苦一年却“由于在法律上农民工还处于计划经济体制外,从而使承担社会主要劳动的农民工得不到体制化的工资制度保障和社保”。^⑤为了使不同所有制经济主体能平等竞争,劳动大众还在翘首期盼着《劳动法》早日升级为真正能够保障劳资平等的基本法。^⑥这种呼声已成为我国建立全面的社会主义市场经济法律机制的动力。从这一角度观察,我国目前在法律制度上并没有完全建立人力资源市场机制。我们的劳动法还需要在保障我国劳动力市场主力军的基本权益方面努力。由此,我们主张劳动法应进一步朝人力市场化的基本需求靠拢,真正让市场起决定性作用。政府干预和社会救济只有在尊重市场的决定作用的基础上,或者只有在市场失灵时,劳动力市场才需要公法或社会法的介入。

资产阶级革命胜利后,在法律上的人人平等的基本原则被确立。我国《宪法》明确确立了这种法律原则。而在法律地位上独立自主的劳动者在现代社会中毫无疑问是人数

① 参见[美]道格拉斯·L.莱斯利:《劳动法概要》,张强等译,中国社会科学出版社,1997年版。

② 《牛津法律大辞典》中译本,光明日报出版社,1988年版,第511页。

③ [法]Dictionnaire des termes juridiques(《法律词典》),Paris,DE VECCHI POCHÉ(法国巴黎,维基小词典出版社),1988,P140(1988年法语版第140页)。

④ 【德】W.杜茨:《劳动法》(第5版),张国文译,法律出版社,2005年版,第1页。

⑤ 杨遂全:《中国之路与中国民法典》,法律出版社,2005年版,第19页。

⑥ 报道:人大代表谈劳动法修改,中国劳动保障报,社会法制栏,2004-03-09出版,第3020期。



最多的社会群体，这也应该是不争之论。那么，劳动者与他人发生的平等的劳动社会关系，毫无疑问应当是现代社会中最基本的社会关系。无论如何，在社会主义市场经济社会中，这种关系不能再作为行政关系或仅仅是形式上的平等的雇佣关系，甚至不能仅仅作为社会法来定位。进一步讲，如果不用民商法调整这种最基本的民事平等的社会关系，是很难名副其实地说“我们初步建立了社会主义市场经济法律体系”。^①

现代民法诞生以后，《法国民法典》等只是将劳动行为以“劳动力的租赁”或“雇佣合同”进行调控。然而，劳动在民商事生活中所占的地位，绝对不会亚于形式上表象的人对物的财产支配或债权债务。只不过在资本主义初期，在现代民法奠基形成时，社会统治者的关注点只在乎资本家自身的利益的法律确认，绝不可能让广大劳动者被统治者在法律上真正与自己地位平等，平起平坐的。所以，即使像《意大利民法典》的制定者那样，明明看到了劳动活动体现着现代社会最基本的民间民事关系，在民法典中专门设立了“劳动编”，但是事实上仍然不会顾及资本家与广大劳动者的平等。不过，该民法典还是明确确立了劳动雇佣关系双方的“对价”交换法律形式。

在各国工人运动的影响下，西方其他国家先后被迫在现代民法颁行百年以后另行颁布《劳动法典》，同时在一些国家仍保持民商合一。笔者认为，这事实上在改变着民法典的性质，因为规范商人这些少数人行为的法律放在民法典中，规范大多数人的平等地位（哪怕是形式上劳资平等）的劳动法却不在民法典中。我国今后实行民商合一立法体例，将劳动关系完全置之度外，就更难在法理逻辑上统一。

以前我国实行的是计划经济，西方实行的是有利于资本家的市场经济体制，劳动关系用公法或弥补后果性、施舍式的“保护劳工”的社会法调整，实有其历史渊源。更何况在世界经济已经全面迈进全球化和国际化的今天，资本与劳动力的博弈已经在跨越国界，市场化和“开放经济中的劳动力市场”^②机制必然面临国际劳动力市场竞争的压力。立法必须全面权衡本国资本和劳动力要素的竞争力。在此大局下，科学、全面、最大化保护劳动者的利益，无论如何不能回避劳动力市场形成机制的基础法律关系。

未来，我国以公有制为主导多种所有制并存的市场经济体制必须从生产关系的所有构成要素市场化入手。中国目前已经初步建立了物化的财产方面的市场经济机制。中国还特别需要使几亿农民和一般城市劳动者的劳动力积极自由平等地投入到公平的市场竞争机制中。显然，市场机制靠公法性或仅仅靠社会法性质的劳动法不行。在公法或社会法所能造就的法律机制中只能培养人们的“螺丝钉”意识，绝难形成人人都能最大限度发挥自己积极性的独立主体意识，也就不可能真正使劳动力从根本上市场化。而单纯的社会法将救济和平衡关系完全取代市场本体的主体竞争性关系，肯定也难以建立真正的人力市场机制。当然，在此强调劳动法的平等性，并不能否定为了实现真正的平等而倾向性保护劳动者的利益以及劳动法的平衡作用。

国内外对劳动法的定位都经历了从公法到私法，又从私法到社会法的理论认识。但

① 高民权、万一：《中国特色社会主义法律体系的提出和形成》，2014年10月11日访问，见于中国人大网 http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/rldt/fzjs/2010-12/29/content_1613444.htm。

② [美] 大卫·桑普斯福特等主编：《劳动经济学前沿问题》，卢昌崇等译，中国税务出版社，2000年版，第257页。



是,很多国家即使把劳动法定位为社会法,而最终劳动权利义务的落脚点仍坚持要体现为“私法权利”和“民事权利”。他们认为,无论如何劳动法上的权利义务关系,在根本上仍然是平等法律主体之间的法律关系,特别是“用人单位(包括国家机关)作为民事主体产生的法律关系”。^①

第二节 社会保障法的一般定义及其社会法特征

目前,各国学者普遍认为,社会保障法是指调整有关社会保险、社会救济、社会优抚和社会福利方面的法律。通常可以简称为社保法。我国不少学者认为:“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,便是社会保障法”。^② 具体的社会保障法的概念和内涵的细究,见下文有关章节。在此只是在宏观上予以定义,以保障劳动法部分的探究过程中相关概念的使用。

事实上的社会保障法可以追溯自英国 1531 年的救贫法令,登记并允许老弱病残者行乞和领取救济。国际上多数学者认为最初可以称之为实质意义上的现代社会保障法的是德国 19 世纪 80 年代开始实行的“社会保险三法”。^③ 它们已经不同于自古以来就有的传统意义上的国家救济法。而传统的救济法自有国家以后就有,是国家职能的体现,且没有普遍的社会组织或个人的参与。现代保险法和社会保障法的主体是用人单位和劳动者不再单单是国家救济。特别是在国家由计划经济向市场经济转轨以后,越来越大比例的社会保障资金来自于他们。而国家只是给予部分经济帮助,甚至最终完全不帮助。

目前,我国多数学者认为劳动法和社会保障法同属于“社会法”,既不属于公法,也不属于私法。社会法,一般是指为了解决社会问题而制定的、具有普遍社会意义的、以社会利益为本位的法律,其目的是维护社会弱势群体的生存及增进社会整体的福利。而只有社会保障法才是纯粹的社会法。^④ 一些学者认为,劳动法和社会保障法更接近于传统的经济法的经济管理关系的特征。^⑤ 我们认为,社会保障法与劳动法有部分标志性的区别:社会保障法的社会性大于其民事性;两者有互相交叉之处,但不能完全包容。

第三节 劳动法与社会保障法的关系

劳动关系本质上是一种用人单位和劳动者平等主体之间比较单纯的民事关系。而社会保障关系主体上是一种用人单位或国家或社会组织与劳动者和普通公民之间的社会关系。因而,劳动法和社会保障法既有密切联系,又有相对分离的关系。最初的社会保障

① 参见法国最高法院 1993 年 4 月 23 日“关于法国公立机关协会雇佣员工的司法解释”(Cass. soc., 23avril 1993, Association Mission laïque française, RJS 6/97, N647),转引自伊莎贝拉·道格拉斯《劳动法学导论》,法国孟德斯鸠大学出版社,1998 年,法文版第 1 页。

② 蒋月:《社会保障法概论》,法律出版社,1999 年版,第 23 页。

③ 即疾病、养老、工伤保险立法。参见注②第 31 页。

④ 林嘉主编:《劳动法与社会保障法》,中国人民大学出版社,2014 年版,第 1 页。

⑤ 杨素霞主编:《劳动法》,现代出版社,2000 年 1 月版,第 15 页。

主要是针对劳动者本人的各种社会保险,后来逐步扩大到劳动者的亲属和其他社会关系,最终逐步形成新的社会法的领域。

笔者认为,目前还应当注意将劳动者的温饱问题与劳动者富裕作为两个不同的立法目标,以免混淆在一起引起不必要的冲突。这两个问题事实上是既有联系又有分野。农业科技的发展,已经使解决会不会饿死人的事成为社会或政府的责任;而能不能致富则应完全靠个人劳动,在社会平等竞争机制中如何把握自己,如何抓着机会。从人类社会发展的趋势看,今后世界各国均是如此。

如果靠破坏合理的社会平等竞争机制,用养懒汉、干好干坏一个样的机制来解决别人的温饱问题,结果会适得其反。当然,政府完全摆脱自己的责任,只靠竞争机制本身,也无法解决弱者或竞争过程中出现意外事故者的生存问题。这就是笔者主张的作为民事性质的劳动法和作为公法或社会法的社会保障法相分离,劳动法纳入民法典,社会保障法形成独立法律部门的社会法的实际意义。

第四节 劳动和社会保障法的作用及其学科定位

我国劳动法和社会保障法在改革开放以后对我国 30 多年的经济腾飞起着关键性作用。学界普遍认为劳动法和社会保障法在我国现实具有以下重大作用:(1)保障劳动者和公民的基本人权;(2)建立社会主义劳动组织,支撑我国经济和市场秩序持续健康发展;(3)合理规范社会劳动,提高整个社会的活力和劳动生产率;(4)扶弱救困,维护社会和谐安定;(5)提高社会文明和进步水平。

我国法学界普遍认为:劳动法学是研究劳动法及其发展规律的一个法学的重要分支学科。劳动法学与社会保障法学是研究劳动法和社会保障法及与此相关的法律现象的科学。劳动法和社会保障法在我国现实具有的重大作用,使这门学科逐步成为高等院校法学专业本科的必修课程之一。

对上述这一学科的定义和概念的概括,绝大多数学者和教材沿用,没有疑义。但是,学界对劳动与社会保障法学是否可以归属于民商法学,或归属于社会法学,目前仍有较大争议。这事实上取决于学科本身如何定位于劳动力市场调控,以及政府调控的方向性问题等。

就其学科研究对象而言,学界普遍认为,作为法学的分支学科之一,它至少应当包括下列内容:研究协调劳动关系的法律、劳动基准法、劳动管理和市场调控法、社会保障法、劳动与社会保障程序法,以及与此类法律现象相关的劳动与社会保障法的制定和修改的制度和基本原理等。^①

基于上述,我国学界多数学者主张劳动法学应当像物权法、合同法学科一样,都应当归之为民商法学的分支。教育部的学科分类亦如此,将劳动法学放在民商法学二级学科中。

^① 蒋月:《劳动法与社会保障法》;浙江大学出版社,2010年1月版,第1页。