

劳动法系列丛书

总主编 常凯

劳动就业法

Employment Promotion Law

周宝妹 著

Promotion Law

高等教育出版社

非
外
借

劳动法系列丛书
总主编 常凯

劳动就业法

周宝妹 著

Employment
Promotion
Law

高等教育出版社·北京

图书在版编目(CIP)数据

劳动就业法 / 周宝妹著. -- 北京 : 高等教育出版社, 2017.6

(劳动法系列丛书 / 常凯主编)

ISBN 978-7-04-047366-7

I. ①劳… II. ①周… III. ①劳动法—中国—高等学校—教材 IV. ①D922.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第021772号

策划编辑	王亚敏	责任编辑	王亚敏	特约编辑	朱学敏	封面设计	张申申
版式设计	王艳红	责任校对	殷 然	责任印制	尤 静		

出版发行	高等教育出版社	咨询电话	400-810-0598
社 址	北京市西城区德外大街 4 号	网 址	http://www.hep.edu.cn
邮政编码	100120		http://www.hep.com.cn
印 刷	北京佳信达欣艺术印刷有限公司	网上订购	http://www.hepmall.com.cn
			http://www.hepmall.com
开 本	787mm × 1092mm 1/16		http://www.hepmall.cn
印 张	18.75	版 次	2017年 6 月第 1 版
字 数	280 千字	印 次	2017年 6 月第 1 次印刷
购书热线	010-58581118	定 价	35.00 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请到所购图书销售部门联系调换

版权所有 侵权必究

物 料 号 47366-00

第一章 劳动就业法概述 01

第一节 劳动就业的概念和特征.....	02
一、劳动就业的概念	02
二、劳动就业的特征	03
三、失业的概念	04
第二节 劳动就业的特殊情形	05
一、非全日制就业	05
二、在校学生的实习和勤工俭学	06
三、家政服务	09
第三节 劳动就业法的基本原则.....	11
一、就业自由原则	11
二、就业公平原则	16
三、就业稳定原则.....	19
四、就业安全原则.....	24
第四节 我国的劳动就业政策和立法	28
一、计划经济时期的就业政策和立法	28
二、以市场为导向的就业政策的确立和立法的发展.....	30

第二章 劳动就业的国际立法 35

第一节 联合国有关劳动就业的立法	36
一、将就业权规定为人权的内容	36
二、消除就业歧视	37
三、儿童就业权利的保护	39
四、联合国可持续发展目标和促进就业措施	39
第二节 国际劳工组织有关劳动就业的立法.....	41
一、国际劳工组织和国际劳工标准	41
二、关于就业政策基本要求的国际劳工标准	42

三、关于就业服务和机构的国际劳工标准	44
四、关于职业指导和培训的国际劳工标准	46
五、关于就业保障的国际劳工标准	50
第三节 欧盟的劳动就业立法	51
一、欧盟与欧盟法	51
二、欧盟基础性法律中有关劳动就业的主要内容	53
三、欧盟派生性法律中关于劳动就业的主要内容	57

第三章 劳动者 63

第一节 劳动者的概念和就业年龄条件	64
一、劳动者的概念	64
二、劳动者就业的年龄条件	65
第二节 劳动者的就业权利	71
一、权利与劳动者权利	71
二、就业权利的法律保护	74
第三节 在内地就业的台湾、香港、澳门人员	75
一、在内地就业的台港澳人员范围	75
二、台港澳人员在内地就业的条件	76
三、台港澳人员在内地就业的许可制度	76
四、台港澳人员的失业登记	77
第四节 在我国就业的外国人	78
一、外国人的含义	78
二、外国人就业权利保护的国际标准	79
三、外国人在我国就业的管理	81

第四章 用人单位 87

第一节 用人单位的含义和范围	88
一、用人单位的含义	88

二、用人单位的范围	90
第二节 招聘与录用过程中用人单位的权利	99
一、自主招聘与录用的权利	100
二、对劳动者个人信息的知情权	103
三、公平招聘的权利和禁止不正当竞争	107

第五章 政府与劳动就业 109

第一节 政府促进就业的法定职责	110
一、政府促进就业职责的法律规定	110
二、劳动就业行政管理主体的职责范围	112
第二节 政府促进就业的财税金融政策	113
一、设立促进就业的专项财政资金	113
二、促进就业的税收优惠政策	114
三、促进就业的金融优惠政策	116
第三节 促进高校毕业生就业的政策	118
一、高等学校毕业生就业政策的改革	119
二、鼓励高校毕业生基层就业的政策	119
三、高校毕业生就业见习制度	126
四、困难家庭高校毕业生的就业援助政策	127
五、离校未就业高校毕业生就业促进计划	128
六、鼓励高校毕业生自主创业的政策	130
七、鼓励用人单位录用高校毕业生的政策	130
第四节 失业保险制度的建立和完善	132
一、失业保险制度与就业促进的关系	132
二、失业保险的对象	136
三、失业保险基金	138
四、失业保险待遇	139

第六章 禁止就业歧视 141

第一节 就业歧视概述.....	142
一、就业歧视的含义和类型	142
二、就业歧视诉讼	143
第二节 禁止就业民族种族歧视.....	145
一、禁止就业民族种族歧视的法律规定.....	145
二、少数民族人员就业的法律保障	146
第三节 禁止就业性别歧视.....	147
一、就业性别歧视的含义.....	147
二、域外法律经验.....	148
三、我国的法律规定	149
第四节 禁止就业残疾歧视.....	153
一、残疾人概念和残疾人评定标准	153
二、就业残疾歧视的含义.....	155
三、禁止就业残疾歧视的国际立法	156
四、我国的法律规定	159
第五节 禁止就业健康歧视.....	162
一、就业健康歧视的概念	162
二、我国对传染病病原携带者就业的法律规定.....	163
三、用人单位的知情权	165
第六节 禁止就业户籍歧视	166
一、就业户籍歧视的含义	166
二、我国户籍制度的建立和改革	167
三、农业户籍劳动者劳动权益的保护	170
第七节 禁止就业年龄歧视.....	174
一、就业年龄歧视的含义.....	174
二、大龄劳动者就业权利的保护.....	175

第七章 就业服务 177

第一节 就业服务概述	178
一、就业服务的概念	178
二、我国就业服务的发展和法律规制	178
三、劳动服务企业的兴衰	181
第二节 经营性就业服务	189
一、经营性就业服务的概念	189
二、职业中介机构的一般规定	190
三、境外就业中介机构的特别规定	192
四、外资职业介绍机构的特别规定	196
五、人才市场的服务与管理	197
六、中外合资人才中介机构的特别规定	200
七、香港澳门服务提供者在内地设立的独资职业介绍机构	202
八、我国经营性就业服务立法的完善	204
第三节 公共就业服务	207
一、公共就业服务机构的设置	207
二、公共就业服务的主要内容	208
三、公共就业服务的资金来源	214

第八章 劳务派遣 215

第一节 劳务派遣概述	216
一、劳务派遣的概念	216
二、《劳动合同法》对劳务派遣法律规定的变化	217
三、被派遣劳动者的权利	222
第二节 劳务派遣法律关系	223
一、劳务派遣单位与用工单位之间的法律关系	223
二、劳务派遣单位与被派遣劳动者之间的法律关系	226
三、用工单位与被派遣劳动者之间的法律关系	227

第三节 劳务派遣的行政许可	230
一、劳务派遣行政许可法律规定的主要内容	230
二、劳务派遣行政许可制度的评析	233
第四节 特殊劳务派遣的法律规范	235
一、涉外劳务派遣	235
二、船员派遣	239

第九章 职业教育 245

第一节 职业教育概述	246
一、职业教育的概念	246
二、劳动者职业教育权的保护	249
三、职业教育立法	251
第二节 职业教育的形式	260
一、职业学历教育(职业学校教育)	260
二、职业培训	272
三、残疾人的职业教育和职业培训	277
第三节 职业学校学生实习	280
一、职业学校学生实习的含义	280
二、学生实习的组织和管理	280
三、实习关系的性质与劳动法的适用	282
第四节 职业资格制度	283
一、职业资格与职业资格证书的含义	283
二、我国职业资格制度的建立与发展	285

主要参考文献 287

第一章

劳动就业法概述

第一节 劳动就业的概念和特征

一、劳动就业的概念

劳动就业有广义、中义和狭义之分。从广义上讲,是指劳动者有一份工作,无论这份工作是自己的还是从他人那里得到的。在他人那里就业,是指劳动者在非本人成立的“单位”中劳动;劳动者也可以自己成立一家单位,实现就业。我国对于就业人员的统计指标就是从广义角度规定的,即我国在统计就业人员时,统计对象包括16周岁以上,从事一定社会劳动并取得劳动报酬或经营收入的人员。狭义上的劳动就业,即受到劳动法调整的就业,是指具有劳动能力的劳动者在法定劳动年龄内从事有一定劳动报酬的合法职业,劳动者与用人单位要形成劳动关系。^[1]有的劳动者虽然在某一单位劳动,但是受我国劳动法的调整范围限制,并没有与该单位形成劳动法所调整的劳动关系。如在国家机关就业,是国家机关的公务员;在事业单位工作,是参照公务员法管理的事业单位工作人员等。这一类劳动者所从事的劳动,同样应当属于劳动就业的范围,因此,劳动者在一个单位从事劳动而形成的就业可以作为劳动就业的中义解释。我国的《就业促进法》特别提到了自主创业,并且在一定程度上将其作为促进就业的一个途径,因此,《就业促进法》中的劳动就业包括劳动法上的劳动就业和劳动者自谋职业。

劳动就业还有正规就业和非正规就业之分。传统意义上的劳动就业,又称为正规就业,是指劳动者在规定的时间内在用人单位提供的工作场所按照用人单位的指挥从事劳动的就业。劳动者要成为单位的一员,即要与一个单位形成劳动关系。这种就业是现代劳动法产生的背景,即机器大工业生产下的就业。但是随着社会经济的发展,传统的就业模式不断发生变化,各种灵

[1] 本书中的劳动就业,如不特殊说明,一般情况下指劳动法所调整的劳动就业。

活就业方式出现了，特别是随着网络的发展，工作时间和工作地点都可以由劳动者灵活掌握，同时为多个单位劳动也变得可能。非正规就业，也可以称为非典型就业、非标准就业或灵活就业，是与正规就业不同的就业方式。传统的正规就业，其用人单位是依法成立和依法登记的单位，工作时间为法定的全日制工作时间，劳动关系的建立通过正规的法定程序，劳动报酬在法律保护的工资范围内。而与此相反，非正规就业在很多方面都具有不规范性和复杂性。^[1]非正规就业是指在劳动时间、收入报酬、工作场地、社会保险、劳动关系等几方面（至少是一方面）不同于建立在工业化和现代工厂制度基础上的、传统的主流就业方式的各种就业形式的总称。^[2]在我国法律规定中，也出现了灵活就业的概念，如2003年劳动和社会保障部办公厅发布的《关于城镇灵活就业人员参加基本医疗保险的指导意见》中，将非全日制、临时性和弹性工作等灵活形式就业的人员称为灵活就业人员，《就业促进法》中也多次提到劳动者自主创业、自谋职业、灵活就业。

二、劳动就业的特征

（一）劳动就业是合法的就业

1. 劳动就业的劳动者符合法定最低就业年龄标准并具有劳动能力

我国《劳动法》第15条规定：“禁止用人单位招用未满十六周岁的未成年人。”是否年满16周岁成为我国判断自然人能否建立劳动关系的最低年龄标准。劳动者具有劳动能力是指劳动者个人能够独立行使劳动权利，履行劳动义务。

2. 劳动者从事的是合法的职业

在现代社会，只有合法的就业才能够受到法律的保护。合法就业是指劳动者从事为法律所保护的劳动。劳动者所从事的就业活动是合法劳动，也就

[1] 石美遐著：《非正规就业劳动关系研究——从国际视野探讨中国模式和政策选择》，中国劳动社会保障出版社2007年版，第11页。

[2] 何平、华迎放等著：《非正规就业群体社会保障问题研究》，中国劳动社会保障出版社2008年版，第4页。

是说劳动者所从事的职业应当是有益于国家和社会的职业,是为国家法律所允许的职业,从事任何非法的活动,都不能称为就业。

(二) 劳动就业必须出自劳动者的自愿

劳动就业是公民的一项权利,行使或放弃这项权利,完全取决于公民自己的意愿。但是,劳动者就业权利的实现必须以主观上有求职的愿望为前提。劳动就业是自由的就业,劳动者不能被强迫劳动。

(三) 劳动者从事的必须是有一定劳动报酬或劳动收入的职业

劳动者就业的目的之一是付出劳动以换取劳动报酬,从而有稳定的经济来源去满足自身和家庭成员的生活需要。在一定程度上,劳动报酬的稳定取得,是劳动者及其家庭成员基本生存权的重要保障。“对于绝大多数家庭来说,他们的劳动所得是唯一重要的收入来源。”^[1]我国《劳动法》明确了劳动者享有“取得劳动报酬的权利”,并在第五章中作了专章规定。

劳动就业应当是一种有报酬的就业,从而与没有报酬的志愿者劳动相区别。2013年颁布的《中国注册志愿者管理办法》中规定,志愿者是指不以物质报酬为目的,利用自己的时间、技能等资源,自愿为社会和他人提供服务帮助的人。志愿服务是指志愿者组织的,服务社会公众的生产、生活,促进社会发展进步的行为。志愿者的志愿活动与劳动者的劳动就业之间最主要的区别在于是否有报酬,简言之,志愿者的志愿活动是没有报酬的无偿活动,而劳动者的就业则是指劳动者要从事有报酬的劳动。^[2]

三、失业的概念

失业是一个与就业对应的概念。由社会经济发展的客观情况决定,人

[1] [美] 保罗·A. 萨缪尔森、威廉·D. 诺德豪斯著:《经济学(第12版)》,高鸿业等译,中国发展出版社1992年版,第1021页。

[2] 虽然在理论研究中为了鼓励更多的人参与志愿服务成为志愿者,有学者提出了津贴志愿者的概念,但是这一观点仍然肯定津贴不是志愿者的劳动报酬,而是国家、社会对志愿者向社会和他人提供非营利性服务的一种认可方式,是一种激励更多公民参与志愿服务、鼓励志愿者提供更多服务的机制。参见汪智汉、吴猛:《津贴志愿者概念及其论证》,载《中国青年政治学院学报》2006年第2期。

类社会至今没有实现有劳动能力的社会成员全部就业，因此存在失业的情形。失业是指有劳动能力的自然人没有实现就业。不具有劳动能力的人不存在就业的问题，也就不会出现失业的情形。从广义来讲，失业是指有劳动能力的自然人在法定劳动年龄范围内没有从事职业的一种社会情况。有劳动能力但没有从事职业的自然人都可以称为失业者或失业人员，包括自愿失业人员，即自愿离开工作岗位，不再工作的人。狭义的失业是指在法定劳动年龄范围内具有劳动能力且有就业愿望的自然人没有就业的情况。劳动法意义上的失业一般是从狭义的角度来理解的，只有有就业愿望但没有实现就业的有劳动行为能力和劳动权利能力的劳动者才是劳动法意义上的失业者。^[1]

第二节 劳动就业的特殊情形

一、非全日制就业

劳动者在一个用人单位按照标准工时的要求从事劳动的，称为全日制就业。全日制就业是劳动就业的标准形式。标准工时，即标准工作时间，是指根据法律规定在正常情况下的工作时间，分为标准工作日和标准工作周。法定以日为计算单位的工作时间称为工作日。标准工作日是指根据法律规定在正常情况下1个工作日的工作时间。法定以周为计算单位的工作时间称为工作周。标准工作周是指根据法律规定在正常情况下1周内的工作时间。这里

[1] 在国家统计数据中，我国国家统计局统计的是城镇登记失业人员和城镇登记失业率。城镇登记失业人员指有非农业户口，在一定的劳动年龄范围内（16周岁至退休年龄），有劳动能力，无业而要求就业，并在当地劳动保障部门进行失业登记的人员。城镇登记失业率是指城镇登记失业人员与城镇单位就业人员（扣除使用的农村劳动力，聘用的离退休人员、港澳台及外方人员），城镇单位中的不在岗职工，城镇私营业主，个体户主，城镇私营企业和个体就业人员，城镇登记失业人员之和的比。这也在一定程度上可以解释为什么国家公布的失业率和社会生活中很多人自身感觉的失业状况有差距。

的“周”指的是日历周。根据现行法律规定,我国标准工作时间,每日为8小时,每周为40小时。^[1]在广义上,没有达到以上标准工作时间要求的就业都可以称为非全日制就业。狭义上的非全日制就业是指《劳动合同法》中所规定的非全日制就业,即劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过4小时,每周工作时间累计不超过24小时,并以小时计算劳动报酬的就业形式。非全日制就业是一种典型的非正规就业形式。

《劳动合同法》对非全日制就业形式下,劳动者和用人单位之间的劳动合同作出了规定。主要内容如下:(1)劳动合同的签订。非全日制用工双方当事人可以订立口头协议。从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同;但是,后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行。非全日制用工双方当事人不得约定试用期。(2)劳动合同的终止。非全日制用工双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工。终止用工的,用人单位不向劳动者支付经济补偿。(3)劳动报酬。非全日制用工的小时计酬标准不得低于用人单位所在地人民政府规定的最低小时工资标准。非全日制用工的劳动报酬结算支付周期最长不得超过15日。

二、在校学生的实习和勤工俭学

(一) 在校学生实习与就业

实习是学校教学活动的组成部分,是在校学生应当完成的学习任务。实习作为教学环节,要求学生取得学分,并需要一系列的评估标准;实习又需要实习单位的配合,因此,实习就不仅仅是学校和学生之间的关系,还关系到实习单位与学校之间、实习学生与实习单位之间的一系列法律关系。对于职业学校的学生而言,实习是必须的,一般由学校统一安排。与职业学校的在校生实习相比,在校大学生^[2]的实习显得更为复杂。在校大

[1]《国务院关于职工工作时间的规定》(1994年发布,1995年修订)第3条规定:职工每日工作8小时,每周工作40小时。

[2]高等职业学校在校大学生除外。以下如不特别说明,在校大学生均指高等职业学校之外的高等学校的在校学生。

学生的实习是指按照学校要求,列入学生培养计划(教学计划)的社会实践活动。一般包括两类:一类是社会实践,即非毕业年级的学生所进行的社会实习;另一类是毕业实习,即毕业年级的学生所进行的实习。无论是社会实践还是毕业实习,都是学校教学活动的组成部分。目前,对在校大学生的社会实践和毕业实习,虽然学校仍然会有统一的安排,但是很多专业的学生实习是自主进行的,也就是学生自己找社会实践单位或实习单位。非毕业年级学生所进行的实习(社会实践)往往时间较短,没有报酬;毕业年级学生所进行的毕业实习往往时间较长,有些单位会付报酬。对于学生而言,毕业实习往往与就业相关,“学生的实习活动不仅仅是为了积累实践经验,丰富生活阅历,更重要的是通过实习获得与用人单位签订劳动契约的机会”^[1]。在司法实践中,已经有法院将实习学生与实习单位之间的关系作为劳动关系来处理。^[2]

(二) 在校学生的勤工俭学与就业

一般情况下,勤工俭学被理解为在校学生(主要是在校大学生)在学习之余通过自己的劳动赚取一定报酬的活动,即学生在校学习期间为了增长社会经验或减轻家庭的经济负担所从事的有一定劳动报酬的活动。勤工俭学是自愿性质的,是学生自己的选择,不属于学校的教学活动。勤工俭学的形式多样,可以在学校内完成(如打扫教室、在学校食堂帮工),也可以在学校之外进行(如做家教)。到公司、企业等用人单位进行劳动是在校学生勤工俭学的重要途径。1995年劳动部颁发的《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》(以下简称《劳动法意见》)第12条规定:“在校生利用业余时间勤工助学,不视为就业,未建立劳动关系,可以不签订劳动合同。”在当时的社会环境下,这一规定并没有引起太多的问题,但是随着

[1] 江必新、何东宁、王莉著:《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用·劳动争议卷》,中国法制出版社2013年版,第5页。

[2] 法院认为,即将毕业的大专院校在校学生以就业为目的与用人单位签订劳动合同,且接受用人单位管理,按合同约定付出劳动,用人单位在明知求职者系在校学生的情况下,仍与之订立劳动合同并向其发放劳动报酬的,该劳动合同合法有效,应当认定双方之间形成劳动合同关系。参见郭懿诉江苏益丰大药房连锁有限公司劳动争议案,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2010年第6期。

社会经济的发展和教育制度的改革,在校学生,特别是在校大学生利用课余时间从事有报酬劳动的现象日益增多,其中出现了很多学生权益受到侵害的情形。与用人单位的正式员工相比,在校学生从事同样的劳动,同样受用人单位的用工管理,仅仅因为其在校学生的身份而不被视为“就业”,对在校学生而言并不公平。

承认在校学生享有就业权利,有限地适用现行劳动法律规定,有利于保护其合法劳动权益,对劳动关系的整体也并没有任何损害。将在校大学生排除在劳动法所调整的劳动者范围之外,有一个假设条件,即学生实行全日制学习,无法与用人单位形成全日制的劳动关系。但是在如今看来,这一条件存在的合理性值得质疑。《劳动合同法》已经明确规定了非全日制劳动,因此,符合最低就业年龄标准的在校学生,特别是在校大学生,在课余时间是可以从事非全日制劳动的。特别是对于在校大学生而言,其符合法定最低就业年龄条件,且具有劳动能力,可以成为劳动法所调整的劳动者,其在用人单位劳动,应该属于就业。

(三) 在校学生的劳动报酬与工伤保险待遇

对于在校学生这一特殊就业者群体而言,其获得劳动报酬权和享受工伤保险待遇的权利是最容易受到侵害的,亟需法律给予保护。

1. 获得劳动报酬权。根据《职业学校学生实习管理规定》^[1]的规定,职业学校学生实习,实习单位应向实习学生支付合理的实习报酬。但对于在校大学生实习是否应支付实习报酬,并没有相应的法律规定。在实践中,在校大学生的社会实践和毕业实习很多是没有报酬的。对于勤工俭学的在校学生,则必须支付报酬。我国劳动法对于劳动报酬的规定可以适用于勤工俭学的在校学生。

2. 享受工伤保险待遇的权利。1996年劳动部发布的《企业职工工伤保险试行办法》对学生实习中出现的伤害比照工伤作出了规定:“到参加工伤保险的企业实习的大中专院校、技工学校、职业高中学生发生伤亡事

[1]《职业学校学生实习管理规定》,2016年4月,教育部、财政部、人力资源和社会保障部、安全监管总局、中国保监会联合发布。