

浙江省高校重点教材



劳动法律实训教程

Training Course for Labor Law

主 编 郑布英

副主编 单 盈 程 浩



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



浙江省高校重点教材

劳动法律实训教程

Training Course for Labor Law



法律出版社

始创于 1954 年

www.lawpress.com.cn

好书,同好老师和好学生分享

图书在版编目(CIP)数据

劳动法律实训教程/郑布英主编. —北京:法律出版社, 2011. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1564 - 4

I. ①劳… II. ①郑… III. ①劳动法—中国—高等学校; 技术学校—教材 IV. ①D922. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 245634 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/21.75 字数/365 千

版本/2011 年 1 月第 1 版

印次/2011 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1564 - 4

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

郑布英 男,1958年生,浙江镇海人。毕业于浙江师范大学、浙江教育学院,硕士,法学教授,硕士生导师。现任金华职业技术学院副院长,金华市法学会副会长,中国行政管理学会政策科学研究分会常务理事,浙江省高职高专公安法律公共事务专业大类教学指导委员会副主任委员。

单盈 女,1982年生,浙江金华人。毕业于浙江大学,法学硕士。现任金华职业技术学院经济管理学院法律事务专业主任,浙江金哲律师事务所兼职律师。主要研究方向为经济法学,主持并参与多项省、市级课题,在《浙江经济》、《价格月刊》等期刊上发表论文数篇。

程浩 男,1977年生,浙江永康人。毕业于中国政法大学,浙江大学法律硕士。现任浙江省金华市劳动和社会保障局仲裁法规处处长。在《中国劳动》、《中国劳动保障》、《浙江师范大学学报》等期刊上发表文章多篇。

解少君 男,安徽六安人。毕业于苏州大学,法学硕士。主要研究方向为法理学和法社会学。现就职于浙江金华职业技术学院。发表专业论文若干篇,并主持和参与省市级课题若干项。

陆海峰 男,1981年生,浙江龙游人。毕业于中南财经政法大学,法学硕士。现为金华职业技术学院经济管理学院法律事务专业讲师。主要研究方向为行政法学,并公开发表论文数篇。

编写说明

劳动法律制度是我国现代法律体系中的重要法律部门。随着我国社会主义市场经济的深入发展,国家的经济、政治、文化和社会生活的各个方面都发生了深刻变化,与此相一致的是,我国劳动关系的运行也日趋市场化、多样化、复杂化。为了与构建社会主义和谐社会的大背景协调一致,适应新形势下劳动关系的发展变化,我国自1994年7月5日公布,并在1995年1月1日起正式施行《中华人民共和国劳动法》以来,加快了劳动法律制度的立法进程。2007年,全国人大常委会相继审议通过了《劳动合同法》、《就业促进法》、《劳动争议调解仲裁法》,2010年10月28日,又审议通过了《社会保险法》。同时,经过长期不懈的广泛宣传,广大劳动者运用法律知识来维护自身合法权益的意识也在不断增强。为了适应社会需要,教育部高等学校法学学科教学指导委员会将劳动法和社会保障法也增列为法学学科核心课程。为了配合高职高专劳动法与社会保障法的教学需要,更好地适应高职高专学生的学习特点,提高教学效率,我们编写了这本《劳动法律实训教程》。

本书系浙江省高校重点教材,在编写上力图突出以下特点:

第一,主要结合《劳动法》和《劳动合同法》的主要内容,同时有机结合劳动法律制度的其他规定,使之能系统、完整地阐述在规范和调控劳动关系过程中所涉及的实际问题,在巩固学生专业知识的同时,注重对职业技能的培养。

第二,在具体编写中,以案例教学为特色,以节为单位导入具体案例,并在节末设置拓展训练思考题,重点在于引导学生自主思考和分析,以任务互动的方式培养和提高其解决问题的能力,增强学生学习的主动性和积极性,同时也期望能有效提高其他阅读者的兴趣。

第三,在教材使用对象上,本书既考虑到高职高专法律专业学生学习需要,可以作为独立开课或选修课程的教材,同时可作为劳动法与社会保障法学理论课程的辅助阅读教材使用,劳动行政部门的有关机构进行相关社会培训、普法时也可选用本书。另外,本书也考虑到社会广大劳动者的阅读特点,可供参阅。

2 劳动法律实训教程

第四,在案例的选择上,尽可能选用近年来在劳动争议过程中发生的实际案例,体现最新颁布的劳动法律的立法精神和相关规定。

本书由郑布英任主编,单盈、程浩任副主编。编者分工如下:

郑布英:第三、八章;

单盈:第五、七、十章;

程浩:第一、六、九、十一章;

解少君:第四、五章;

陆海峰:第二、六、九章。

全书由郑布英负责统稿,单盈和程浩协助统稿。由于时间和水平所限,本书存在许多不足之处,敬请各位读者不吝赐教。

郑布英

2010年11月

目 录

第一章 劳动法律制度基础理论	(1)
第一节 劳动法律制度概述	(1)
第二节 劳动关系	(7)
第三节 劳动法律关系	(14)
第二章 就业与培训	(23)
第一节 促进就业	(23)
第二节 公平就业	(28)
第三节 劳动就业服务和管理	(32)
第四节 职业培训	(39)
第三章 劳动合同的订立	(45)
第一节 用人单位及劳动者订约前的义务	(45)
第二节 劳动合同的类型	(52)
第三节 劳动合同的形式和内容	(62)
第四节 试用期	(72)
第五节 无效的劳动合同	(77)
第六节 劳务派遣	(85)
第四章 劳动合同的履行和变更	(92)
第一节 劳动合同的履行	(92)
第二节 劳动合同的变更	(96)
第五章 劳动合同的解除和终止	(101)
第一节 劳动合同的解除	(101)
第二节 劳动合同的终止	(112)
第三节 保密与竞业限制	(116)
第四节 解除和终止劳动合同后的法律责任	(124)
第六章 劳动工资	(134)
第一节 工资概述	(134)

2 劳动法律实训教程

第二节 工资标准的确定	(141)
第三节 工资支付保障制度	(147)
第七章 工作时间与休息休假	(154)
第一节 标准工作时间	(154)
第二节 特殊工作时间	(158)
第三节 延长工作时间	(164)
第四节 休假制度	(169)
第八章 劳动保护	(177)
第一节 劳动安全卫生	(177)
第二节 工伤的认定与处理	(187)
第三节 女职工和未成年工特殊保护	(199)
第九章 社会保险与福利	(208)
第一节 社会保险基本规定	(208)
第二节 养老保险	(214)
第三节 失业保险	(218)
第四节 工伤保险	(223)
第五节 医疗、生育保险	(231)
第六节 职工福利	(237)
第十章 劳动监督和法律责任	(242)
第一节 监督检查	(242)
第二节 法律责任	(250)
第十一章 劳动争议处理制度	(259)
第一节 劳动争议处理概述	(259)
第二节 劳动争议仲裁	(268)
第三节 劳动争议诉讼	(277)
拓展思考参考答案	(283)
附录:常用劳动法律、规定索引	(325)
参考文献	(334)

第一章 劳动法律制度基础理论

本章概要

劳动法律制度属于社会法范畴,其基本价值取向是侧重保护劳动者的利益,以强制性规范为主,是公私兼顾的法律部门。劳动关系是劳动者与用人单位之间形成的基础社会关系,是确定双方权利义务的前提。劳动法律关系是劳动关系的法律形式,是劳动关系参加者之间依据法律规范而形成的一种权利义务关系。

第一节 劳动法律制度概述

一、劳动法律制度的概念及其法律属性

劳动法律制度是调整劳动关系及与劳动关系密切相关的其他社会关系的法律规范的总称。

劳动法律制度就其法律属性而言,属于社会法范畴。社会法是规范劳动关系、社会保障、社会福利和特殊群体权益保障等方面的法律关系的总和,是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。社会法以实现社会公平为价值追求,以保护公民个人权利和社会整体利益的一致性为立法宗旨。

二、劳动法律制度的特点^[1]

1. 劳动法律的基本价值取向是侧重保护劳动者的利益。劳动法律制度的立法价值取向是侧重保护劳动者的利益。在立法上倾斜立法技术保护劳动者。因为,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。相对于用人单位来说,劳动者个人明显处于弱势地位。保护

[1] 参见林嘉:“劳动法的基本理论及其立法完善”,载《中国工运》2006年第7期,第32页。

劳动者,使其获得有尊严的劳动,维护社会和谐稳定,就必须通过法律的强制来弥补劳动者的弱势地位。因此,侧重保护劳动者就是劳动法律制度与生俱来的使命。我国《劳动法》第1条就开宗明义地规定“为了保护劳动者的合法权益,调整劳动关系,建立和维护适应社会主义市场经济的劳动制度,促进经济发展和社会进步,根据宪法,制定本法”。当然,侧重保护劳动者并不意味着不保护资本者和经营者的利益:一方面,劳动法律制度的设计本身是为了建立稳定和谐的劳动关系,为了保护用人单位的合法权益,劳动法律同时也规定了劳动者在从事劳动的过程中所应当履行的许多义务;另一方面,资本者或经营者的利益还可以通过其他的法律得到保护,如物权法、合同法、公司法等。

2. 强制性规范与任意性规范相结合,以强制性规范为主。劳动法律大多属于强制性规范,尤其是劳动基准法,是国家为用人单位设定义务。用人单位必须严格遵守,不能违反,也不能降低义务履行的标准,只能在最低标准之上给予劳动者更好的劳动条件和工资福利待遇。即使是调整劳动合同关系的任意性规范,也与调整一般民事合同关系的任意性规范不同。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定,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条款都无效。因此,在法律属性上,劳动法是兼有公法和私法性质的法律部门;在劳动关系的调整上,国家干预和意思自治并存,并以国家干预为主。从总体层面上看,国家从以下几个方面实现对劳动关系的调整:

(1) 制定劳动基准法,对用人单位课以公法义务,实现底线控制,以保护劳动者的基本权益。

(2) 制定集体合同法,推动集体协商,以提高劳方谈判地位,并实现劳动关系双方的合作共赢。

(3) 制定劳动合同法,通过劳动合同调整个别劳动关系,并使劳动合同关系社会化,以协调和保护社会利益。

(4) 制定社会保险法,给劳动者提供生存保障,分散风险。

(5) 制定劳动争议处理法,设置特定的权益维护途径,防止劳资矛盾冲突而引发社会问题。

3. 实体法和程序法相统一。劳动法律制度本身既有实体性法律规范,也有程序性法律规范,这是由其特殊性决定的。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诉讼和商事仲裁的特点,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,也有程序法的内容。

三、劳动法律制度的内容〔2〕

由劳动法律制度的概念可见,劳动法律制度包括了调整劳动关系及与劳动关系密切的某些社会关系的各种法律规范,这些规范构成了整个劳动法律制度的内容。在我国,劳动法律制度的内容主要包括:

1. 劳动就业制度的规定,包括有关劳动就业的方针、原则、法律规定以及招收职工等各项规定。

2. 劳动合同制度的规定,包括劳动关系的产生、变更、终止的法律形式以及由此产生的双方当事人的权利义务、法律责任;集体合同的签订与履行办法;对解除、终止劳动合同的限制等法律规范。

3. 工作时间和休息休假制度的规定,包括对标准工作日和工作周的各项规定,对延长工作时间的规定和限制,休息时间、法定节假日、年休假等方面的规定。

4. 劳动报酬方面的制度规定,包括工资的组成、计算与支付、最低工资法律法规等。

5. 劳动安全卫生的各项规定,包括各种安全卫生的技术规程、职业病的防治、劳动保护用品发放的标准、各种安全和管理制度等。

6. 女职工与未成年工的特殊保护法律规范,包括对女职工、未成年工从事有害健康工作的规定,对女职工孕期、产期、哺乳期、经期的保护,对未成年工就业年龄和工作时间、工作内容的限制等方面的规定。

7. 职业培训的法律规范,包括技工学校制度、在职培训制度与转业培训制度、职业技能鉴定与职业资格证书制度等法律规定。

8. 社会保险与福利制度,包括养老保险、医疗保险、工伤保险、失业保险、生育保险等各种社会保险的项目和待遇,保险金的来源,工龄的计算方法,各项集体福利事业等规定。

9. 劳动争议处理制度,包括劳动争议的受理范围、劳动争议处理的机构和处理程序等。

10. 劳动法律制度执行监督检查制度,包括确定对劳动法律制度执行情况进行检查的机关和权限,监督检查的各项制度等。

11. 违反劳动法律制度的法律责任,包括规定追究违反劳动法律的法律责任的种类和惩处办法,以及执行追究法律责任的单位等。

除了以上的各项规定以外,事实上在调整劳动关系方面,还存在其他一些

〔2〕 参见关怀主编:《劳动法》(第三版),中国人民大学出版社2008年版,第19页。

法律规定,如《工会法》就规定了工会在协调劳动关系、保护职工的劳动安全与卫生等方面的职能。

上述的一系列有关调整劳动关系及与之有密切关系的法律、法规、规章等构成了劳动法律制度的完整体系。

四、劳动法的渊源

法律渊源,意即法律效力的来源。从形式意义上看,法律渊源是指不同的国家机关制定或认可的,因而具有不同法律效力或法律地位的各种类别的规范性法律文件的总称,一般又称为法律的形式。法律渊源可分为正式渊源和非正式渊源。当代我国劳动法律制度的渊源有以下方面:

(一)正式渊源

1. 宪法

宪法是我国最高的权力机关全国人民代表大会遵循最严格的程序所制定和修改的,具有最高权威性的国家根本大法。我国宪法第42、43、44、45、48条中关于劳动基本权、社会保障权等方面的规定对于劳动法律规范权威性的形成具有直接指引作用。

2. 法律

法律是指全国人大及其常委会制定或修改的规范性法律文件,它的地位和效力仅次于宪法。我国现行的劳动法律主要有:(1)《劳动法》(1994年7月5日公布,1995年1月1日起施行);(2)《劳动合同法》(2007年6月29日公布,2008年1月1日起施行);(3)《就业促进法》(2007年8月30日公布,2008年1月1日起施行);(4)《劳动争议调解仲裁法》(2007年12月29日公布,2008年5月1日起施行);(5)《工会法》(1992年4月3日公布并施行,2001年10月27日修正);(6)《职业病防治法》(2001年10月27日公布,2002年5月1日起施行)。

此外,《刑法》、《公司法》、《残疾人保障法》、《妇女权益保障法》等法律中也规定有相关的劳动法律规范。

3. 行政法规

行政法规是由国务院根据宪法和法律,在其职权范围内制定的规范性法律文件,其地位和效力仅次于宪法和法律。现行主要的劳动行政法规有:《劳动合同法实施条例》(2008年9月18日起施行)、《劳动保障监察条例》(2004年12月1日起施行)、《工伤保险条例》(2004年1月1日起施行)、《失业保险条例》(1999年1月22日起施行)、《国务院关于职工工作时间的规定》(1995年5月1日起施行)、《禁止使用童工规定》(2002年12月1日起施行)、《社会

保险费征缴暂行条例》(1999年1月22日起施行),等等。

4. 地方性法规

地方性法规是指省、自治区、直辖市,省级人民政府所在地的市,以及经国务院批准的较大的市的人民代表大会及其常务委员会,根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规抵触的前提下制定的规范性文件。以浙江省为例,现行主要的地方性劳动法规有:《浙江省失业保险条例》、《浙江省职工基本养老保险条例》、《浙江省劳动监察条例》、《浙江省劳动力市场条例》,等等。

5. 部门规章和地方政府规章

作为劳动法律制度渊源的部门规章主要是指国务院劳动保障行政部门(原劳动部、劳动和社会保障部,现为人力资源和社会保障部)为了执行相关劳动法律和行政法规、决定、命令的事项而制定的规范性文件。这方面规范的数量相当大,例如《就业服务与就业管理规定》、《劳动人事争议仲裁办案规则》、《劳动人事争议仲裁组织规则》、《集体合同规定》、《工资支付暂行规定》、《最低工资规定》、《工资集体协商试行办法》、《企业职工带薪年休假实施办法》、《工伤认定办法》、《因工死亡职工供养亲属范围规定》、《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》,等等。

作为劳动法渊源的地方政府规章是指省、自治区、直辖市,省级人民政府所在市以及经国务院批准的较大的市的人民政府,为了落实上位阶的劳动法律规范或者执行本辖区的劳动行政管理事项而制定的规范性文件。以浙江省为例,现行主要的地方性劳动规章有:《浙江省企业工资支付管理办法》、《浙江省女职工劳动保护办法》、《浙江省实施〈禁止使用童工规定〉办法》,等等。

6. 国际劳工组织公约

国际劳工组织(International Labour Organization, 简称ILO),1919年根据《凡尔赛和约》作为国际联盟的附属机构成立,1946年12月14日成为联合国的一个专门机构。ILO最主要的职能是从事国际劳动立法,制定劳工标准,以供各会员国批准和采纳。公约和建议书是为会员制定有关法律和采取其他措施提供标准的,称为“国际劳动立法”。建议书只具有参考性,而国际劳工公约是具有法律效力的文件。截至2010年8月底,国际劳工组织共有183个成员国,^[3]

[3] 参见 <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/country.htm>, 2010年9月11日访问。

通过的国际劳工公约共有 188 个,^[4]我国批准加入且目前仍有效的公约为 22 个。^[5]经我国立法机构批准的国际劳工公约在我国境内产生法律效力。

7. 司法解释

作为劳动法律制度渊源的司法解释是最高人民法院及最高人民检察院对于司法审判中的劳动法律规范的理解和适用所作的具有指导性和约束性的阐释和说明。其中最主要的是最高人民法院的司法解释。现行的与劳动法律关系相关的司法解释主要有:《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》(法释[2001]14号)、《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》(法释[2006]6号)、《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》(法释[2010]12号)、《关于在民事审判工作中适用〈中华人民共和国工会法〉若干问题的解释》(法释[2003]11号)、《关于人民法院对经劳动争议仲裁裁决的纠纷准予撤诉或驳回起诉后劳动争议仲裁裁决从何时起生效的解释》(法释[2000]18号)等。

8. 其他规范性文件

除以上七种法律渊源外,各级劳动保障行政部门以及没有立法权的各市、县、区,根据上位法的授权或为了明确法律适用,以及履行相关管理职能,颁布了大量的规范性文件,这些文件有的具有制定法的效力,大多则没有,但对职能范围内的劳动争议案件处理或者劳动关系的调整发挥了实质作用。这类规范性文件主要有两类:

(1) 上级劳动保障行政部门对下级的请示或对法律适用问题所作的回复或解释,例如,劳动部《关于职工工作时间有关问题给广州市劳动局的复函》(劳部发[1997]271号)、劳动和社会保障部《关于实施〈工伤保险条例〉若干问题的意见》(劳社部函[2004]256号)、浙江省劳动和社会保障厅《关于值班时间可否作为工作时间计算的批复》(浙劳社厅字[2005]31号)。

(2) 各级人民政府所制定的各项社保政策和实施办法,例如,浙江省人民政府《关于贯彻执行〈浙江省失业保险条例〉有关问题的通知》(浙政发[2003]49号)、浙江省人民政府《关于贯彻执行〈工伤保险条例〉有关事项的通知》(浙改发[2003]52号)、《金华市社会保险费缴纳实施办法》、《金华市城镇职工基本医疗保险实施办法》,等等。

[4] 参见 <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdispl.htm>, 2010年9月11日访问。

[5] 参见 <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifce.pl?China>, 2010年9月11日访问。

(二)非正式渊源

1. 劳动政策

劳动政策主要是指尚未被整合进法律之中的政府关于劳动领域的政策和惯例。^{〔6〕}劳动政策虽然没有成文法的效力,但在一定意义上是对成文法规范的一种重要补充,对于实施范围内的劳动事务具有重要影响。

2. 法院或劳动争议仲裁委员会的指导意见

法院和劳动争议仲裁委员会是处理劳动争议的法定机构,它们就劳动法规的理解和适用所作出的指导意见在其管辖范围内具有重要作用。如浙江省劳动争议仲裁委员会《关于劳动争议案件处理若干问题的意见(试行)》(2009年8月)、最高人民法院《关于当前形势下做好劳动争议纠纷案件审判工作的指导意见》(法发[2009]41号)、浙江省高级人民法院民事审判第一庭《关于审理劳动争议案件若干问题的意见(试行)》(2009年4月),等等。

3. 最高人民法院公报发布的关于劳动争议案件的指导案例

我国不是判例法国家,判例不属于我国的正式法律渊源。但最高人民法院正在积极探索案例对各级法院审判工作的指导作用。最高人民法院选择各地的典型劳动争议案例作为指导案例发布在《最高人民法院公报》上,或者刊登在最高人民法院编纂的其他刊物、案例选集上。这些案例对于法官审理劳动争议案件时虽没有刚性约束力,但不可否认其对于具体法院审理类似案件时的法律适用和裁判结果都会产生一定的作用,以期在类似案件上同案同判,维护裁判结果的一致性。

第二节 劳动关系

案例呈现

孟令花1992年11月18日被原河南省民权县邮电局下属豫达公司招收为合同制工人。1998年9月,民权县邮电局分营为民权县邮政局和民权县电信局。分营后,孟令花一直在被告民权县邮政局邮政储蓄岗位工作,但一直未

〔6〕 参见E.博登海默关于公共政策的定义。参见[美]E.博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第465页。

订立任何形式的劳动合同。2007年3月,民权县邮政局将原告孟令花辞退,工资发至2007年7月。期间,被告民权县邮政局没有为孟令花办理失业保险、医疗保险参保手续,未缴纳失业保险、医疗保险费用,仅缴纳养老保险金至1993年年底。2007年3月27日,孟令花依法向民权县劳动仲裁委员会申请劳动仲裁,要求:(1)确认其与被告民权县邮政局之间存在劳动关系;(2)民权县邮政局为原告孟令花补交1992年以来的养老保险金、医疗保险金、失业保险金;(3)民权县邮政局与其签订无固定期限的劳动合同。民权县劳动仲裁委员会于2007年10月8日作出劳仲案字(2007)第3号裁决,驳回孟令花的仲裁请求。孟令花不服该裁决,诉至民权县人民法院。^{〔7〕}

孟令花与邮政局之间存在劳动关系吗?为什么?

法规链接

《劳动法》有关规定^{〔8〕}

第一条 为了保护劳动者的合法权益,调整劳动关系,建立和维护适应社会主义市场经济的劳动制度,促进经济发展和社会进步,根据宪法,制定本法。

《劳动合同法》有关规定

第七条 用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。用人单位应当建立职工名册备查。

劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发[2005]12号)有关规定

一、用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同,但同时具备下列情形的,劳动关系成立。

(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格;

(二)用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者,劳动者受用人单位的劳动管理,从事用人单位安排的有报酬的劳动;

(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

二、用人单位未与劳动者签订劳动合同,认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证:

〔7〕 案例来源:崔振江:“事实劳动关系中劳动者的权益受法律保护——河南商丘中院判决孟令花与民权县邮政局劳动争议案”,载《人民法院报》2009年5月29日,第五版。

〔8〕 为了简洁起见,本书中凡涉及法律名称的,均不再在具体法律前冠以“中华人民共和国”字样,直接以具体法律称之。

(一)工资支付凭证或记录(职工工资发放花名册)、缴纳各项社会保险费的记录;

(二)用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件;

(三)劳动者填写的用人单位招工招聘“登记表”、“报名表”等招用记录;

(四)考勤记录;

(五)其他劳动者的证言等。

其中,(一)、(三)、(四)项的有关凭证由用人单位负举证责任。

一、劳动关系

劳动关系是用人单位与劳动者之间因为劳动力的有偿使用而发生的权利义务关系。

劳动关系可分为集体劳动关系和个别劳动关系。我们通常所说的多为个别劳动关系,本书若无特别说明,均指个别劳动关系。

劳动关系的存在与否,决定是否可以使用劳动法律的相关规定来解决用人单位与劳动者之间的权利义务争议。

二、劳动关系的特征

1. 从属性。从属性是劳动关系的关键特征,劳动者对用人单位主要存在人格上的从属性和经济上的从属性。

(1)人格从属性,即建立劳动关系的劳动者具有在用人单位组织内,服从该单位管理,并有接受惩戒或制裁的义务。首先,用人单位对劳动者具有指示命令权,这种权利通常表现为单位劳动定额的制定和工作任务的指派。劳动者虽然作为劳动力的所有者,但其劳务给付的内容并非由自己所决定,而是由劳动力的使用者用人单位所决定的。其次,劳动者有接受用人单位检查和制裁的义务。用人单位通过制定内部规章制度和劳动纪律,对劳动者进行约束,对违反的劳动者实施惩戒。再次,劳动者纳入用人单位生产组织体系,成为用人单位一员,与同事处于分工合作的状态。

(2)经济从属性,即劳动者在经济上不具有独立性。首先,劳动者只有依附于用人单位,即劳动力只有和资本结合起来才能实现其价值。其次,劳动者不是为自己提供劳动,而是为用人单位的目的而劳动。值得注意的是,经济从属性并不意味着劳动者的经济能力一定弱于用人单位。

从劳动关系的从属性可区别于平等民事主体之间发生的承揽、委托等以劳务给付为内容的民事关系。

2. 有偿性。劳动者向用人单位付出职业的劳动力,以换取劳动报酬作为