

山东政法学院学术文库·法学

王永刚 著

Wang Yonggang

Laodongfa Shehui Gongneng yu Yingyong Yanjiu

劳动法 社会功能与应用研究

劳动法与劳动关系

劳动关系主体之实务研究

劳动关系主体之权利与义务研究

就业促进法律制度的社会功能

劳动合同法律制度研究

集体合同制度研究

工作时间与休息休假制度

工资制度研究

劳动安全卫生制度研究

女职工特殊保护制度研究

社会保险法律制度研究

劳动保障监察制度研究

劳动争议处理制度研究

山东人民出版社

全国百佳图书出版单位 国家一级出版社

Laodongfa Shehui Gongneng yu Yingyong Yanjiu

山东政法学院学术文库·法学

王永刚 著

Wang Yonggang

劳动法 社会功能与应用研究

山东人民出版社

全国百佳图书出版单位 国家一级出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

劳动法社会功能与应用研究 / 王永刚著. — 济南:
山东人民出版社, 2013. 8
ISBN 978-7-209-07416-2

I. ①劳… II. ①王… III. ①劳动法—社会功能—研究—中国 IV. ①D922.504

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 192099 号

责任编辑:李怀德

劳动法社会功能与应用研究

王永刚 著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址:济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编:250001

网 址:<http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

肥城新华印刷有限公司印装

规 格 16 开(169mm×239mm)

印 张 18.75

字 数 290 千字

版 次 2013 年 8 月第 1 版

印 次 2013 年 8 月第 1 次

ISBN 978-7-209-07416-2

定 价 38.00 元

如有质量问题,请与印刷厂调换。(0538)3463349

自序

“开胸验肺”^①、“本田工潮”^②、“富士康跳楼”^③以及花样百出的各种“中国式讨薪”等热门事件近些年来无不吸引着国人和世人的视线,折射出我国劳动关系不和谐的一面,牵动着劳动法的神经。劳动关系是最重要的社会关系,关系到社会的文明富强、繁荣稳定。社会的健康发展需要和谐稳定的劳动关系,但劳资双方天生是不平等的,“强资本、弱劳动”是必须正视的社会现实。在利益的驱使下,资本剥削劳动成为必然,剥削必然破坏和谐,导致劳资纠纷,直至冲突对抗。因此,社会迫切需要完善的法律制度维持劳动关系的和谐稳定,保护弱势群体的利益,让劳动者“体

① 2009年,28岁的河南某企业工人张海超工作3年后,感觉身体不适,到医院检查,被多家医院诊断为尘肺病。在申请工伤做正式鉴定时,郑州职业病防治所作出了“无尘肺合并肺结核”的诊断,排除了工伤。张海超不服,到郑州大学第一附属医院,坚决让医生为其开胸化验,医生被其感动,为其做了肺部切片检验,诊断为“尘肺合并感染”,排除了肺结核的可能。后经媒体报道,震动全国。

② 2010年5月17日,广东省佛山市的本田汽车零部件制造有限公司(“本田”)数百名员工因对工资和福利不满开始“罢工”。此后,本田先后提出两种加薪方案,因与“罢工”工人要求相去甚远,未能达成协议,“罢工”持续。5月31日,100多名胸挂“狮山工会”工卡的人员进入厂区维持秩序,却与“罢工”工人发生冲突,对“罢工”工人大打出手,造成几名工人受伤,激起了工人更大的愤怒。6月初,广汽本田总经理曾庆洪以全国人大代表的身份介入“罢工”事件,要求与工人们对话,以尽快平息“罢工”事件。在曾和当地政府的努力下,工人们终于同意谈判,并邀请和授权我国知名劳动法学者常凯作为法律顾问参与谈判,后经多方努力,终于达成协议,在长达16天的“罢工”后,工人们才终于复工。而在“本田工潮”之后,全国各地不时传出劳动者集体维权的事件。

③ 富士康是全球最大的台资电子产品生产商,闻名全球的电子产品代工厂。于1988年在深圳设厂,是当地的明星企业,模范企业,此后在大陆内地设立了多家工厂。但自2010年1月起,因低廉的工资、近乎苛刻而又缺乏人文关怀的管理等因素,富士康工人实施了震惊中外的跳楼自杀惨剧,至2010年12月,据报道已有14名富士康工人跳楼自杀,造成11死3伤的惨剧。富士康事件折射了底层劳动者在毫无尊严的工作环境下的无奈和绝望。

面劳动,尊严生活”,促进社会公正,建设文明和谐社会。关注、重视、学习、执行以及完善劳动法乃我国当务之急。

劳动法是保护劳动者的法律,其诞生已有二百余年的时间,此乃全世界劳动者长期艰苦斗争取得的成就。在这二百多年里,劳动法在世界范围内得到了空前的发展和完善,对保障人权、保护劳动者利益、促进社会公平及经济发展发挥了巨大的作用。

我国由于政治、历史、经济体制等方面的原因,劳动法在21世纪之前发展比较缓慢。在很长的时间里,劳动法未得到应有的重视,没有发挥出其应有的作用。随着经济体制改革的深化,市场经济逐渐得以确立,原有的劳动法已不适应现有的市场用工制度,由此导致大量的劳资纠纷,侵害了劳动者的权利,影响了社会稳定和经济发展。为此,近些年我国加快了劳动立法的速度,劳动法在我国正逐步得以完善。劳动法已成为目前我国发展最快的法律部门,得到了社会各界的高度关注,成为法律中的明星。进入21世纪后,随着我国经济体制改革的深入开展,社会经济得到迅速发展。为促进社会公平及文明、保障人权、保护劳动者利益、建设和谐社会,我国加快了劳动立法的步伐。仅在2007年,就出台了《劳动合同法》、《就业促进法》和《劳动争议调解仲裁法》三部劳动大法,充分显示了国家对劳动者权利的重视,2007年也被称为“劳动立法年”。劳动法由此得到社会各界的空前关注,上至国家领导,下至平民百姓都认识到了劳动法的现实作用。然而,随着经济危机的来临及其范围的蔓延和程度的加深,劳动法的高标准保护遭到了众多的诟病。不少人认为劳动法对劳动者过于倾斜的保护已危及了我国的经济发展,提出应弱化劳动法在经济发展中的功能,并提出要对劳动法“打折”执行。客观地说,《劳动合同法》是生不逢时,恰在世界经济危机到来时诞生,不少人把我国经济的倒退归咎于劳动合同法实在是失偏颇甚至过于极端了。全球经济危机周期的到来是不可抗拒的,在经济全球化、一体化的今天,任何国家都不可能置身度外,不受影响。没有劳动合同法的颁布实施,我国的经济也会因结构的不平衡和世界政治、经济形势等内外因素的影响出现倒退。真正研究劳动合同法的标准,我们会发现,其标准并不高,甚至都是最低或是用人单位本应承担的责任。当然,由于我国对劳动法的理论和实践研究

还存在不足,劳动立法并不完善,存在一些不合理甚至不公平的规定,这是需要逐渐修正和克服的。

总之,劳动法作为社会法的重要部门,更多体现的是社会利益,在促进人权保障的前提下,也肩负着推进经济发展的重任。我们应充分重视劳动法的社会功能,不断研究、完善并推进劳动法在现实中的巨大作用。基于此理念,笔者希望对劳动法进行一个全方位的研究,并以其具体的制度在现实中应发挥的作用作为重点,以推进劳动法的社会实用功能。

笔者不才,难免挂一漏万,破绽多多,还望读者及各位大方之家不吝赐教,帮助笔者进步,共同推进劳动法在现实社会中的作用,为和谐社会贡献力量。

王永刚

2013年6月18日于泉城

目 录

自 序	1
第一章 劳动法与劳动关系	1
第一节 劳动法的发展及其社会功能	1
第二节 劳动法的调整对象实务研究	5
第三节 劳动关系实务应用研究	13
第二章 劳动关系主体之实务研究	20
第一节 劳动关系主体的范围	20
第二节 特殊劳动关系主体的认定	26
第三章 劳动关系主体之权利与义务研究	33
第一节 劳动者的权利与义务	33
第二节 用人单位的权利与义务	39
第四章 就业促进法律制度的社会功能	47
第一节 就业促进概述	47
第二节 平等就业	57

第三节 特殊就业群体就业保障	60
第四节 反就业歧视实务案例研究	62
第五章 劳动合同法律制度研究	78
第一节 劳动合同功能研究	78
第二节 劳动合同分类的法律适用	80
第三节 劳动合同的形式与内容的法律适用	86
第四节 劳动合同的效力研究	99
第五节 劳动合同变更制度及实务应用	106
第六节 劳动合同解除制度研究	109
第七节 劳动合同解除和终止后的义务	121
第八节 劳务派遣法律制度研究	124
第九节 劳动合同订立实务研究	129
第六章 集体合同制度研究	136
第一节 集体合同的社会功能	136
第二节 集体合同的内容和订立	141
第三节 集体合同的变更、解除、终止和续订	145
第四节 集体合同的审查和生效	145
第五节 集体合同争议的处理	147
第六节 工会在劳动关系中的权利	149
第七章 工作时间与休息休假制度	159
第一节 工作时间制度	159
第二节 我国的工时制度	161
第三节 休息休假制度	164

第八章 工资制度研究	175
第一节 工资概述	175
第二节 最低工资制度的社会功能	179
第三节 工资支付保障制度	182
第九章 劳动安全卫生制度研究	187
第一节 劳动安全卫生制度的社会功能	187
第二节 劳动安全卫生管理制度	189
第三节 劳动关系主体在劳动安全卫生制度中的权利与义务	196
第十章 女职工特殊保护制度研究	206
第一节 女职工特殊保护的社会功能与内容	206
第二节 女职工特殊保护之实务应用	210
第十一章 社会保险法律制度研究	213
第一节 社会保险的社会功能	213
第二节 基本养老保险制度	216
第三节 基本医疗保险制度	222
第四节 工伤保险制度	224
第五节 失业保险制度	238
第六节 生育保险制度	243
第十二章 劳动保障监察制度研究	247
第一节 劳动保障监察制度的社会功能	247
第二节 我国劳动保障监察制度的内容	252
第三节 劳动保障监察实务应用研究	257

第十三章 劳动争议处理制度研究	264
第一节 劳动争议处理的社会功能	264
第二节 劳动争议的协商和调解	267
第三节 劳动争议的仲裁	271
第四节 劳动争议的诉讼	278
第五节 劳动争议处理实务研究	285
主要参考书目	292

第一章 劳动法与劳动关系

第一节 劳动法的发展及其社会功能

一、劳动法的概念

劳动法是调整劳动关系的法律规范。自 19 世纪初期劳动法诞生至今，劳动法已有 200 多年的历史，从最早的工厂工时立法，发展到现在几乎无所不包的对象和内容，劳动法得到了空前的发展和完善，成为社会法的重要分支，已被公认为是一个独立的法律部门。

劳动法的概念应从广义上去理解，当然，不同国家、不同学者对劳动法的界定也会有所不同。如英国《牛津法律大辞典》对劳动法的解释为：劳动法是与雇佣劳动相关的全部法律原则和规则。德国学者认为，劳动法是与劳动有关的法律规范的总和。史尚宽先生在其《劳动法原论》中论述道：“劳动法为关系劳动之法。详言之，劳动法为规范劳动关系及其附随一切关系之法律制度之全体。”^①

尽管以上对劳动法的界定各有立场及角度的不同，但彼此之间并不冲突和排斥。实际上，劳动法的领域一直在扩张之中，世界各国的劳动法所调整的对象都在不断扩展和延伸。目前我国学界对劳动法的概念基本形成了比较统一的观点：即劳动法是调整劳动关系以及与劳动关系密

^① 史尚宽：《劳动法原论》上海正大印书馆 1934 年版，第 1 页。

切联系的其他社会关系的法律规范的总和。^① 新中国建立以来，我国的劳动法也经历了一个从无到有，从粗糙、抽象到丰富、具体的复杂历程。劳动法的覆盖面越来越宽，从最初的只调整劳动合同制度下的劳动关系，到现在的不但调整劳动合同制度下的劳动关系还调整事业单位聘用合同制度下的人事关系，劳动法的领域得到了极大的拓展。目前，劳动法已成为中国社会最重要的法律部门之一，对维护劳动者合法权益、维持社会稳定、推动经济发展以及促进社会和谐必将发挥越来越重要的作用。

二、劳动法的起源

劳动法起源于自由资本主义时期。进入资本主义社会之后，社会上产生了两大阶级：一是占有土地、矿产等生产资料的资产阶级；二是具有人身自由但被剥夺了土地和生产资料不具有物质资料的农民和个体手工业者，即无产阶级。资产阶级须借助无产阶级的劳动实现财富的扩张，而无产阶级则需要劳动才能生存。因此，社会上便出现了劳动雇佣，资产阶级雇佣无产阶级的劳动力，以满足双方的需求，前者被称为资本家，是雇主，后者被称为工人，是雇员。资本家是为追逐资本而来，必然要追求利益的最大化，在科技不发达的当时，延长劳动时间、降低工人工资无疑是最有效的做法。同时，为了尽可能降低工资成本，资本家大量雇佣童工，在英国的纺织工厂中，最小的童工仅有四、五岁左右，更为残酷的是，他们每天工作长达近 18 个小时，吃不饱、穿不暖、睡不好，再加上恶劣的生产条件，很多童工被累病、累伤、甚至累死。广大工人阶级过着生不如死的生活，两大阶级出现严重对立的局面。

然而，为尽可能地发展资本经济，自由资本主义时期奉行的是市场自治原则，政府尽可能地不去干预市场，“契约自由”是拉动自由资本

^① 关怀主编：《劳动法学》，法律出版社 1996 年版，第 2 页。

主义经济发展的“三驾马车”之一^①。雇佣契约当时被看作普通的民事契约，由传统的民法调整，强调意思自治，任由资本家与工人们自由协商。然而，资本天生就具有强势地位，劳动永远处于弱势，先天的不平等决定了两者之间不可能平等协商，订立公平的契约。为了生存，工人们只能无奈地接受资本家提出的苛刻的待遇和条件，任由资本家剥削。当然，任何忍耐都是有限度的，当工人阶级实在无法容忍这种残忍的剥削的时候，反抗就成了必然。从自发地抵制工作、破坏机器，到有组织地进行罢工斗争，工人阶级与资产阶级展开了公开的对抗，使资本主义社会的经济发展和社会稳定遭到了极大的冲击。在此情况下，再加上当时一些启蒙思想家对人权的呼吁，政府开始意识到对于雇佣契约不能放任不管，为了社会的共同利益，有必要通过公权力进行干预，以维护实质的平等，修复失衡的劳资关系。因此，当时最发达的资本主义国家——英国，在工人阶级运动的冲击及一些社会改良派的呼吁下，于1802年颁布了一部保护学徒健康的法律——《学徒健康与道德法》。该法主要内容有：纺织工厂不得雇佣9岁以下的学徒；童工每天工作时间不得超过12个小时，而且限于清晨6时至晚间9时之间，禁止童工做夜工。依现在的标准看，这部法律的保护标准很低，而且仅限于纺织工厂的童工，局限性太强，实施的力度也很弱，但毕竟这是史上第一部专门保护劳动者的法律，标志着现代劳动法的诞生，具有里程碑式的意义。在此之后，英国政府又颁布了一系列的法规，进一步限制童工使用年龄以及工作时间，并将保护范围从童工扩大到女工再到所有工人。随后，其他资本主义国家也纷纷效仿，进行“工厂立法”，以保护劳动者的切身利益。从19世纪初期到现在，劳动法经历了一个从无到有，从简陋到完善的发展历程。时至今日，劳动法已成为各国的重要法律制度，对经济建设和社会稳定起到了巨大的推动作用。

^① 一般认为，拉动自由资本主义发展的三驾马车是“契约自由”、“过错责任”和“私有财产神圣不可侵犯”。

三、劳动法的社会功能

（一）维护劳动者的合法权益

从劳动法的起源可以看出，劳动法天生是为了保护弱势群体劳动者的利益而出现的，世界各国对此已形成通识，我国《劳动法》第一条也开门见山地明确了这一立法目的。劳动法的首要目的就是保护劳动者的合法权益，这是一种倾斜保护，这种立法精神与民法所提倡的平等保护有着本质的区别。之所以要对劳动者实行倾斜保护，是由于劳动者的弱势地位所决定的。在现实社会中，劳动力总是处于供大于求的局面，也就是说，用人单位总是处于优势地位，劳动者一直处于弱势。尤其在中国这样的人口资源大国，劳动力供大于求的现象更为突出，就业形势十分严峻。在此情况下，如果没有法律的倾斜保护，劳动者将处于非常不利的地位，从而影响劳动关系的平衡，对经济健康、持续发展及社会稳定会带来潜在的危险。因此，立法者应通过倾斜立法以保护弱势群体从而实现社会的实质平等。当今世界的立法趋势就是充分保障人权，维护弱势群体的利益。

（二）构建与发展和谐稳定的劳动关系

劳动关系是最重要的社会关系，社会的发展与进步离不开稳定和和谐的劳动关系。在建设社会主义和谐社会的今天，我们更需重视这一点。在《劳动法》及《劳动合同法》中，立法者都明确了这一立法目的。为了使劳动关系更加稳定，《劳动合同法》在《劳动法》的基础上又精心设计了很多的法律制度，比如，对书面劳动合同、无固定期限劳动合同以及对经济补偿金等的规定，在这些规定中可以充分看到立法者为促进劳动关系长期稳定的良苦用心。

当然，利益的矫正不能过枉。尽管劳动法的首要目的是保护劳动者的利益，但对用人单位的合法利益不能置之不顾，如果只顾保护一方利益，又会导致劳动关系新的失衡，这同样会导致严重的社会问题。因此，在充分保护劳动者合法权益的同时，还要兼顾用人单位的合法利益。因此，我国劳动法对用人单位也给予了其应有的权利，比如用工自

主权、内部规章制度制定权、解除合同权以及要求赔偿损失权等。劳动法正是通过对双方权利与义务的合理调整来实现劳动关系的和谐稳定。

（三）促进经济发展与社会进步

在任何阶段，经济发展都是一个社会的核心。在当前及今后很长的时期内，我国的首要任务就是要大力发展符合我国国情的市场经济制度。所有的有关市场经济的立法，都是为了促进经济健康、持续地发展，劳动立法也不例外。劳动是经济发展与社会进步的基础，而经济发展和社会进步又能提高人民的生活质量，从而提高劳动者的劳动热情和积极性。这两者是相辅相成的，并不矛盾，因此，促进经济发展与社会进步也是劳动法的重要目的之一。

第二节 劳动法的调整对象实务研究

劳动法的独立地位已被学界和社会所接受。因为劳动法有其独自の调整对象，明显区别于其他法律部门，是社会法的重要分支。从劳动法的定义可知，劳动法的调整对象有两大类：其一是劳动关系；其二是与劳动关系密切联系的其他一些社会关系。其中，前者占据主导地位，是劳动法的主要调整对象；后者处于附属地位，但因与劳动关系密切相关，也由劳动法一并调整。

一、劳动关系

（一）劳动关系的概念和特征

我国劳动法并未对劳动关系给予界定，造成实务中认定劳动关系的困难，以及劳动法适用上的困惑。2008年公布的《劳动合同法实施条例（草案）》第3条曾经将劳动关系界定为：“用人单位招用劳动者成为其成员，劳动者在用人单位的管理下，提供由用人单位支付报酬的劳动而产生的权利与义务关系。”但正式颁布的《劳动合同法实施条例》删去了该规定。立法者之所以不愿对劳动关系作出明确界定，盖因为劳

劳动关系非常复杂,认定时需要考虑诸多因素,成文的规定难以周延。^①劳动关系脱胎于雇佣关系,与雇佣关系有着千丝万缕的联系,再加劳务关系之干扰,愈使劳动关系在实务中难以认定。三种关系由不同的法律部门调整,劳动关系归劳动法,后二者归民法。在劳动关系与雇佣关系、劳务关系难以区分的情况下,就会产生法律适用的混乱。即使在学界也鲜有劳动关系的明确界定,即使有,也极为概括和抽象,对劳动关系在实务中的认定起不到太多的帮助。“所谓劳动关系,即人们在产生劳动过程中发生的社会关系。”^②“劳动关系是指劳动力所有者与劳动力使用者之间在实现劳动过程中发生的关系。”^③史尚宽先生给劳动关系的定义亦是极为概括:“劳动关系谓以劳动给付为目的的之受雇人与雇用人间之关系。”^④由此看,正是因为劳动关系的复杂性,导致立法者及学者们亦不敢轻易给劳动关系一个明确的界定。笔者人微言轻,更不敢妄下定义。但为论述之需要,勉强给予劳动关系一个抽象的定义:劳动关系是指劳动者与用人单位在劳动过程中所产生的权利与义务关系。诚然,这种抽象的定义对实务中劳动关系的认定并没有多大的作用,认定劳动关系需要综合考虑多种因素。为此,笔者试图从劳动关系的特征中找出一些规律,以弥补无法具体界定劳动关系的缺陷。笔者认为,认定劳动关系可以考虑以下特征:

1. 劳动关系产生于劳动过程中。劳动者与用人单位签订劳动合同,进入用人单位工作,劳动者在用人单位规定的时间进行职业劳动,从而与用人单位产生的这种关系才是劳动关系,在劳动过程之外的劳动不能产生劳动关系。比如,某公司职工周某在下班后帮助董事长搬家不慎从楼梯上滚下摔伤,由此引起的赔偿法律关系就不受劳动法调整,因其不是发生于劳动过程中,不属于劳动关系。

2. 劳动关系的主体是特定的。劳动关系存在两方主体,一方为劳

① 谢增毅:《劳动法的比较与反思》,社会科学文献出版社2011年版,第1页。

② 关怀主编:《劳动法》,中国人民大学出版社2005年第二版,第17页。

③ 郭捷主编:《劳动法学》,中国政法大学出版社2011年第5版,第8页。

④ 史尚宽:《劳动法原论》,台湾正大印书馆1978年版,第2页。

劳动者，另一方恒定为使用该劳动者的用人单位。其他任何两方都不可能产生劳动关系，这与民事关系的主体有明显的不同。

3. 劳动关系既有平等性又有从属性。劳动关系的双方在法律上享有平等的人格，双方的权利义务通过劳动合同公平、自愿地约定，不允许任何一方以胁迫、乘人之危或其他手段订立不公平的劳动合同。在权利实现的过程中，任何一方如非法阻碍另一方行使正当权利，对方都可以通过法定的程序，得到法律公平的保护。然而，在劳动过程中，劳动者应当服从用人单位的管理，接受用人单位对工作任务的分配，遵守工作时间、劳动纪律、劳动安全卫生规程等用人单位合法的内部规章制度。因此，劳动关系又具有典型的从属性。劳动者在人格上与经济上均需从属于用人单位，一般认为从属性是劳动关系的本质特征。“劳动法（亦称劳工法）上之劳动契约谓当事人之一方对于他方在从属的关系，提供职业上之劳动力，而他方给付报酬之契约乃为特种之雇佣契约，可称为从属的雇佣契约。”^① 德国学者也认为，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的总和。^② 然而，如上所述，劳动关系与雇佣关系联系非常密切，雇佣关系中也存在从属性，两者之间的边界有时比较模糊，而且随着社会的飞速发展，劳动关系呈现出越来越复杂的特征，使得从属性在劳动关系中有不断弱化的趋势。双重劳动关系、非全日制劳动关系、劳务派遣关系的出现，尤其是通讯业、互联网的飞速发展，导致单纯以从属性为标准认定劳动关系在实践中不断遭到挑战。

4. 劳动关系具有人身关系与财产关系的双重属性。^③ 劳动关系的复杂性首先在于劳动者在为用人单位提供劳动的时候其人身也必须在用人单位的工作场所。正是由于劳动者人身的存在，使得用人单位必须承担更多的义务以保障劳动者的人身安全及其他人身保障。用人单位必须为劳动者提供安全的工作场所，适当的劳动条件，为劳动者缴纳养老、医

① 史尚宽：《债法各论》，1960年初版，1981年台北第5次印刷，第277页。

② [德] W. 杜茨：《劳动法》，张国文译，法律出版社2005版，第1页。

③ 郭捷主编：《劳动法学》，中国政法大学出版社2011年第5版，第9页。