优秀论文：劳动法中若干法律问题研究 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文 https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_E6_c122_484448.htm 内容概要1994年7月中华人民共和国劳动法颁布，距今已十一年了。1994年至2004年对于中国的改革而言，是由有计划的市场经济向社会主义市场经济转化的关键时期，劳动法在这个转变时期扮演了一个独特的角色，起到了很大的作用。由于我国社会发生了巨大变化，劳动法有些地方已明显滞后于现实，对社会发展造成了一定的阻碍作用，急需加以修改，因此笔者对劳动法的调整范围、劳动关系的多样化、劳动争议的解决机制表达一下意见和建议。 关键词民工 保险代理人 劳动关系多样化 劳动争议裁审体制 《劳动法》是新中国成立以来的第一部专门保障劳动者合法权益的基本法律，是劳动保障法制建设中一个重要的里程碑。《劳动法》的颁布，有力地推动了劳动立法体系的逐步形成，使劳动领域的各项工作逐步走向法治化，使劳动、工资、保险三项制度改革的成果在法治的轨道上不断得到扩大。当前和今后一段时间内，我国处于体制转轨和经济转型过程中，各种过去长期积累的一些深层次矛盾和随着改革新出现的问题交织在一起，使劳动法的贯彻实施面临着一些待解决的问题，笔者结合实践，提出一些意见和建议。 一、《劳动法》的适用范围须再扩大 1、农民工应受到劳动法的保护。 由于现行《劳动法》制定于上个世纪九十年代初，所以仍是建立在从计划经济体制沿袭下来的城乡二元结构之基础上的，其第二条就清楚地表明，它的适用范围并不包括“ 民工 ”。有人主张区分“ 劳动 ”、“ 劳务 ”、

“ 雇佣 ”三个概念，认为民工不能成为“ 劳动法律关系 ”的主体，只能成为“ 雇佣法律关系和劳务法律关系 ”的主体；主张在现行《劳动法》之外，再单独制定专门适用于民工的《雇佣法》。笔者并不赞同这种基于“ 身份识别 ”的分别立法模式，正确的解决之道应是修改现行《劳动法》，扩大其适用范围，把民工也涵盖进去。民工是农民还是工人可以有争论，民工是劳动者勿容置疑。《劳动法》颁布已经十年，但《劳动法》的阳光从未照耀在民工身上。近年来，一场声势浩大的帮民工“ 讨工钱 ”运动引起了全国人民对民工群体的普遍关注，但所“ 讨 ”的也仅仅只是“ 工钱 ”，民工的超时加班、劳动条件、社会保障等一系列问题并为得到应有的重视，这些也都是劳动者依法应享有的基本权利，这些权利在劳动法中清清楚楚。劳动法制定的目的就是基于承认二者之间不平等的现实，给处于弱势群体的劳动者特殊保护，进而保持社会稳定。笔者曾留心过媒体的报道，发现不论是用人企业、国家机关还是媒体，在很多场合下都把民工称为“ 劳务工 ”，把他们的应得报酬称为“ 劳务工资 ”。看来，许多人认为民工就是劳务工，与用工企业之间形成的是劳务关系，那么，农民工与用人单位之间到底是“ 劳务关系 ”还是“ 劳动关系 ”？劳动关系是劳动者在运用劳动能力，实现劳动过程时与用人单位之间发生的关系。劳务关系则是当事人之间因提供劳务而发生的民事关系。劳动关系与劳务关系表面上看好象差不多，劳动者都付出了劳动，也都会得到报酬，但是从理论上分析，劳动关系与劳务关系有着十分明显的区别：１、劳动力的支配权不同。在劳动关系中，劳动者的劳动力的支配权由用人单位行使，双方形成管理与被管理的

隶属关系；在劳务关系中双方当事人地位平等，所以由劳务提供方自行组织和指挥劳动过程。2、风险责任承担者不同。在劳动关系中，劳动者被单位雇佣提供劳动，只需要对劳动过程负责，并不对劳动成果的实现过程即经营风险负责，而用人单位享受劳动成果价值实现的结果，因此由用人单位承担风险责任；在劳务关系中，双方关系依据劳动成果的实现过程发生，因此劳务提供方应当自行承担风险。3、劳动报酬的性质不同。由于劳动者处于从属地位，不承担经营风险，所以劳动报酬具有分配性质，不完全和不直接随市场供求情况变动，其支付形式往往特定化为一种持续、定期的工资支付；而劳务提供方因平等的劳务关系而取得的劳动报酬则是商品价格的一次性支付， 商品价格是与市场的变化直接联系的，因此其支付的数额和方式往往是不定的。 可见，劳动关系与劳务关系最大的区别在于前者是不对等的社会关系，后者是平等的社会关系。两者区别的关键后果则是前者受劳动法的调整， 遵循“ 保护劳动者的原则 ”；而后者受民法的调整，遵循“ 平等自愿，等价有偿原则 ”。 如果农民工与用人单位形成的是劳务关系，根据上述标准，出现先工作，后付酬以及劳务报酬随行就市的情形似乎还可以理解。但稍有常识的人都可以看出，民工到用人单位做工所形成的社会关系完全符合劳动关系的内核，自1995年1月1日《劳动法》实行的那天起，就应当被毫无差别地纳入《劳动法》的调整范围。只要我们将对民工的保护纳入劳动法保护的范畴，只要劳动监察部门不折不扣地遵照执行，每年闹得沸沸扬扬的民工工资拖欠的难题便会不攻自破，根本用不着殚精竭虑地去考虑所谓制度健全、法律完善的问题。 然而笔者发现司法上还

是有把农民工当雇工的考虑，最高人民法院民事审判第一庭公开了新的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律司法解释（征求意见稿）》，在网上和《人民法院报》上全文刊出。其中第三条 下列纠纷不属于劳动争议纠纷：……（四）劳动者与不具备合法用工主体资格的单位之间产生的纠纷。第四条 不符合《劳动法》第二条规定的用工主体因服务或者提供劳务发生的下列纠纷，应当按照雇用关系处理：（一）家庭或者个人与家政服务人员之间的纠纷；（二）个体工匠与帮工、学徒之间的纠纷；（三）农村承包经营户、个人合伙与受雇人之间的纠纷；（四）提供劳务的劳动者与建筑施工或者其他劳务使用人之间的纠纷；（五）外国企业或者其他组织在华常驻代表机构与雇用的中国公民之间的纠纷。 本条是根据第三条第四项进行专门性阐述，即把貌似劳动关系实际是民事劳务关系进行了列举。也就是把保姆、帮工、学徒、临时雇工、建筑民工、外企代表处雇员等提供劳务者与劳动者进行了区分。本条中非常值得注意是首次规范了一个概念：建筑工程中的民工与承包人或者包工头之间的关系界定为劳务关系，即提供劳务的劳动者与建筑施工或者其他劳务使用人之间的纠纷不作为劳动关系，这样实际上就把原来认为建筑民工与承包人或者包工头之间是以完成一定工作内容的劳动合同关系区分出来，定义明确为民事劳务合同关系。 如果脱离了“ 用人单位 ”这个范畴，就无法清楚地界定劳动法上的“ 劳动者 ”。现行劳动法就是通过列举“ 用人单位 ”的方式来划定“ 劳动者 ”的外延的。《劳动法》第2条规定，用人单位主要是指企业和个体经济组织，事业单位、国家机关、社会团体与劳动者建立劳动合同关系的，也可称

为“ 用人单位 ”。相应的，只有在这五种用人单位管理下从事劳动并获取相应报酬的自然人，才可以成为劳动法上的“ 劳动者 ”。可以看出，上述“ 用人单位 ”的共同特征是：依法招用和管理劳动者，形成劳动关系，支付劳动报酬的社会组织。在1994年制定劳动法时，只有这五种社会组织符合“ 用人单位 ”的要求。然而，随着市场经济的发展，市民社会的壮大，各种新型的社会组织如雨后春笋般涌现，《劳动法》列举的五种组织显然已经不能涵盖所有“ 用人单位 ”的外延。正因为并不认为新型的社会组织属于《劳动法》上的“ 用人单位 ”，所以至今其从业人员仍游离于《劳动法》之外，成为劳动者队伍的边缘群体。显然，解决问题的最好办法就是将非正规就业组织、民办非企业单位列为《劳动法》上的“ 用人单位 ”，以此让它们的从业人员成为受《劳动法》保护的“ 劳动者 ”。 2、保险代理人的性质，与保险公司的关系。 根据《中华人民共和国保险法》第125条、第132条和第133条之规定， 保险代理人是根据保险人的委托，向保险人收取代理手续费，并在保险人授权的范围内代为办理保险业务的单位或者个人。同时应当具备保险监督管理机构规定的资格条件，并取得保险监督管理机构颁发的经营保险代理业务许可证，向工商行政管理机关办理登记，领取营业执照，并缴存保证金或者投保职业责任保险。保险代理人还应当有自己的经营场所。然而现实中，保险代理人不具有从事个人保险代理业务的资质，没有自已的经营场所，没有办理工商登记并领取营业执照，所以不是真正的个人保险代理人，保险代理人必须接受保险公司的培训、考核，必须接受保险公司的工作安排和岗位变动，服从保险公司的管理和约束，保

险公司为其提供了工作环境，工作条件，为其安排了工作岗位，以工资的形式向支付报酬,为其提供了工作环境，工作条件，为其安排了工作岗位，双方的关系明显是一种管理与被管理，支配与被支配的劳动关系。因而保险代理人实际是保险公司的员工。对于这一点保险公司是不愿承认的，平常无事时还无所谓，一旦出现事故就对保险代理人极为不利。笔者已经办理了一起保险业务员起诉保险公司要求工伤待遇的劳动争议案件。之所以产生争议，就是在保险业务员与保险公司是否是劳动关系上双方产生了不同的看法，保险公司拒不承认是劳动关系。由于在我国保险代理人制度还为发育成熟，导致名义上保险代理人是独立于保险公司并与之是平等的，实际上却被保险公司当成员工来管理，这样保险代理人被公司当成员工使用，却享受不到员工的待遇，这是极不公平的现象。刘群曾经是平安保险公司高级业务主任，刘群认为，当下多数保险代理人处境尴尬：“ 保险公司和我们签的是个人代理合同，而非劳动合同。从法律角度讲，我们与保险公司应是平等的法律主体。可为什么我们迟到，他要扣我们的工资？大家都知道这是不合理的。作为代理人，如果我们缺勤、迟到早退或违反一些规定，保险公司都要扣我们的工资，有时还要按照它的有关规定降级。这说明我们是你公司的员工吧？如果是公司的员工，为什么每月都从我们工资里扣5%的营业税？这又不合理了。这说明我们不是独立的个体。 ”这样的管理同时对保险代理行业的发展也不利，在中国，个人代理人并非保险公司的雇员，无法享受社会保险和公司福利。代理人的收入只是佣金，没有基本保障，不仅现在的生活不稳定，而且年迈后也无保障，所以很容易造成他

们开展业务时的短期行为。一些保险代理人急功近利，误导或诱导消费者投保，产品售后服务又跟不上，最终造成保险纠纷，使保险代理人的社会形象频频“ 打折 ”， 与保险公司发展的长期战略相悖。 建议将个人代理人一部分转化为保险公司职工；一部分归属于保险代理公司，把保险代理人纳入《劳动法》的适用范围。这样有利于保险代理人队伍行业自律管理，有利于保险监督管理机构加强对保险代理人进行系统的监督管理，促使保险代理人走上平等有序的轨道。 二、劳动关系应多样化 加入WTO后，随着国际资本的流动和国际服务贸易的发展，劳动力的流动不断加快，我国的劳动关系将呈现出许多新的特点。用人单位对劳动力的使用越来越具有“ 雇佣 ”的性质。目前我国的劳动合同制度与国际通行惯例还存在诸多不适应的地方。如《劳动法》中并没有对劳动者和经营者进行严格的定义，实践中就出现了高级管理人员算不算劳动者的问题，我国也应建立所谓“ 雇主理论 ”，明确劳动法的适用范围。对于劳动合同的形式问题，我国《劳动法》规定“ 建立劳动关系应当订立劳动合同 ”，又强调“ 劳动合同应当以书面形式订立 ”，这种传统的合同形式越来越不能适应劳动力快速流动的需要，我国应借鉴各国通行的口头合同及相应的管理模式，用更加便捷的形式促进劳动力的流动；又如事实劳动关系、多重劳动关系、跨地区人才流动放松管制的问题，应在立法层面上获得解决，使实践中大量存在的这类问题有法可依。在笔者曾经办理过的一个案例里，当事人从原单位退休，再到保险公司工作，之后发生了工伤事故，保险公司否认双方存在劳动关系的一个理由是当事人的劳动关系在原单位，一个劳动者怎么可以同时有两个

劳动关系。在办理此案过程中，笔者就此问题查阅了现有的法律文件，没有直接的规定，不过从一些法律文件中可看出并没有否认双重劳动关系的存在，如《宪法》第四十二条规定，中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。……劳动是一切有劳动能力的公民的光荣职责。劳动部《关于实施＜工伤保险条例＞若干问题的意见》第一条规定：“ 职工在两个或两个以上用人单位同时就业的，各用人单位应当分别为职工缴纳工伤保险费。 ”法律鼓励劳动者充分就业，允许退休人员再次被用人单位聘用，劳动部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》第13条规定：“ 已享受养老保险待遇的离退休人员被再次聘用时，用人单位应与其签订书面协议，明确聘用期内的工作内容、报酬、医疗、劳保待遇等权利义务 ”。仅有这些还不够，劳动部的规定效力较低，在修改《劳动法》时应对此类问题加以明确。 另外涉外劳动关系的法律适用空白。非常遗憾，劳动法作为一个基本法律，并未规定涉外劳动关系的法律适用的内容。涉外劳动关系的适用是指劳动关系的主体、客体、内容具有涉外因素时对于法律的选择，是冲突法律规范。涉外劳动关系表现形式有：外国公司雇用中国人在外国工作、外国公司雇用中国人在中国工作、外国公司在华代表处雇用外国人在中国工作、中国公司雇用外国人在外国工作、中国公司雇用外国人在中国工作、中国公司雇用中国人在外国工作而形成的关系。近年来，涉外劳动关系的问题日显突出，尤其是外国人到中国工作和中国人到外国工作的数量增多。劳动法要确定准据法，还要考虑不同劳动法律规范对于劳动者权利的影响。 三 劳动争议的解决根据现行立法，劳动争议处理机构分为三类： 第一类是企业

内部的劳动争议调解委员会，它设立于部分企业内部，由职工代表、用人单位代表和工会代表组成，调解结果虽目前公认具有合同的效力，对劳动关系当事人有一定的合同约束力，但却不具有法律意义上的强制执行力，可以说调解是法律程序外的程序。 第二类是劳动争议仲裁委员会，它按行政区划设立在各级劳动行政管理机构之侧，虽然它由劳动行政部门代表、同级工会代表和用人单位方面的代表组成，并承受了几乎全部劳动争议初级裁处的压力，但它同样存在着与形式发展不协调的因素，如行政性过强、程序规定较粗框、重要规则缺失等，这越来越让人感到完善制度、丰富处理程序的紧迫感。 第三类是司法机关即人民法院的两级审判体系，对经过劳动争议仲裁程序后的大量劳动争议承受着一次再一次的重复审判工作，使处理劳动争议的审判人员疲于应付不断增加、大量积压的劳动争议案件。 我国现行处理劳动争议案件的程序为一裁二审制，向劳动争议仲裁委员会提出申诉是司法解决劳动争议案件的必要前置程序，一裁二审只流于形式的程序机制。由于劳动争议仲裁委员会对劳动争议案件无终审裁决权，劳动争议案件的当事人对仲裁裁决不服的，可以在法定期限内向人民法院提起诉讼，人民法院是司法机关，仲裁委员会是行政机关，故人民法院既无权维持劳动争议仲裁委员会的裁决，对于认定有误的仲裁裁决亦无权改判或发回。此种程序的设置使得对仲裁委员会没有监督机制，导致仲裁程序形同虚设。另外，劳动争议案件处理经过一裁二审，审理期限比普通民事案件长，涉案当事人在此过程中诉讼成本加大，使劳动者的合法权益不能得到及时有力的保障。 并且劳动争议仲裁制度，带有强烈的行政色彩，这是因

为我国的劳动争议处理机构基本建立在各地劳动行政机关之下，隶属劳动行政机关的行政领导。劳动争议的常任工作人员，包括许多仲裁员均来自劳动行政管理机关，形成了固有行政机关工作作风。按照劳动争议处理条例的规定，劳动争议仲裁委员会由劳动行政部门代表、同级工会代表和用人单位方面的代表组成，劳动行政部门负责人法定为劳动争议仲裁委员会主任，劳动争议仲裁机构设在劳动行政部门。劳动争议仲裁委员会实际上是一个人不具有法人民事行为能力的机构，劳动行政部门独家办案就成为了必然。按照劳动争议处理条例之规定，劳动争议仲裁委员会并不直接处理劳动争议案件，而是实行仲裁员、仲裁庭办案制度；重大案件仲裁委员会还须向人民政府报告。由此可见，劳动争议仲裁委员会的所谓“三方机制”是被架空的，实际上是很难发挥三方制衡的公正裁决作用的。再者，政府作为一个行政机构承担着司法的职能，很显然是有悖于宪法精神的。从我国现行的“行政许可法”的精神中也不难体会到，政府干预或影响劳动争议处理的行为必须适应执政素质和能力的要求而革除。参考国外处理劳动争议的成功经验，以及包括我国在内的处理普通经济纠纷案件的独立仲裁体系的经验，不少人提出了改革裁审体制的设想和建议，笔者支持建议修改劳动争议案件的受理程序，参照普通民事案件的仲裁程序，将先裁后审改为或裁或审，即由用人单位与劳动者在劳动合同中协议选择由仲裁或诉讼解决劳动合同争议，对仲裁裁决不服的不能向人民法院起诉。全国范围内当属北京市劳动争议仲裁委员会近年的改革步伐有实质性表现。北京市劳动争议仲裁委员会设立的特别劳动争议仲裁庭，首开了由劳动争议双方选择

仲裁庭组成人员的先河，目前受到了社会的关注。他们引入具有实践经验的法律工作者（包括律师、工会干部、专家学者等）作为兼职劳动仲裁员，扩充仲裁队伍，增强了其社会性、民间性的特点。这种改革给我们描绘的未来劳动争议仲裁体制是一个独立的具有民间性质的仲裁机构为主导，终局裁定劳动争议案件，与审判机构相伴并存的劳动争议处理体系。裁审分离，一裁终局，分流了大量的劳动争议案件，提高了工作效力，减少了积压劳动争议给社会造成的不安定因素，这一改革设想不失为适应我国国情的一种新型模式。广东省拟设立一个独立的劳动争议仲裁机构，更大胆创新，将是极富意义的尝试，但是需要有法律的依据和法律的保障。劳动争议仲裁制度是由《中华人民共和国劳动法》确立的，广东省将设立一个独立的劳动争议仲裁机构，从法律的角度看，是否具有充足的依据？再者，这样的机构与现行的劳动争议仲裁委员会是怎样的关系？如果撤销现行的劳动争议仲裁委员会，很显然是有悖于现行劳动争议处理条例及劳动法律精神的。另外，这样独立的劳动争议仲裁机构与人民法院的关系又当如何处理呢？这样的独立的劳动争议仲裁机构其公信力又从何而来呢？所有这些问题都必须解决。因此，创新劳动争议仲裁制度还需要有法律或立法的支持。这其实也是法律创新的一个悖论。上位法不进行修改必然就给下位法的创新带来障碍。由此可见，修改《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》必须提到议事日程。从记者的报道来看，广东劳动和社会保障厅拟设立的相对独立与行政和司法的劳动争议仲裁机构，似乎指的是在不废止现在劳动争议仲裁及其它处理制度的同时，另设一

个专门性的机构。如果是这样的话，这种创新会为劳动争议处理制度的改革带来一缕春风，也许会起到启动劳动争议处理制度创新作用。这样的劳动争议仲裁机构可以由当事人自愿选择，当事人可以选择现行的劳动争议仲裁制度解决纠纷，也可以选择独立于现行劳动争议仲裁制度的仲裁机构。劳动争议的处理不同国家有不同的处理制度，但是，几乎是所有的国家的劳动争议仲裁都是独立于政府行政机构即不受政府的干预，那种一概而论均由政府控制的机构处理劳动争议的仲裁制度尚不多见。我们国家走向世界，与现代市场经济国家接轨，也需要建立起符合国际规则的劳动争议仲裁制度。给劳动争议当事人多一些选择也是符合执政为民提升执政能力的总体要求的。独立于政府行政或司法机构的劳动争议仲裁机构其公信力肯定是要受到实践考验的。这样的机构无论是在人员组成上，还是在办案程序和效率上，都应当是具有全新社会形象；其权威性不是来自权力而是来自公正廉明和高效。广东劳动和社会保障厅的这一设想如果能够得到广东省人民代表会的支持，有省人大的立法程序的保障，必将有利于推动国家《劳动争议处理法》的早日出台。 笔者认为，处理劳动争议应当调动各方面的积极性，同时充分体现自愿、中立、公平、公正的原则。从国内外的成功经验看，淡化处理机构的行政性、突出其民间性有利于提高劳动争议处理机构的社会威信。在组成调处机构的成份上，笔者认为应彻底改变目前以政府主管行政机关唱独角戏的局面，充分引入三方性的原则，尤其是加强工会和企业行业协会的作用。摆脱行政体制的束缚，不但不会削弱劳动争议处理工作的社会功能，还会因其转向社会化而扩大社会影响，赋予其更强

的生命力。尽管在当前立法和司法体制上还没有一套适应这种制度的有效组织结构和管理方法，但如果能够远瞻社会发展，尽快建立和完善这一体系则尚为时不晚。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com