



应用型系列法学教材

# 劳动合同法学

第二版

喻术红 张荣芳 编著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社



应用型系列法学教材

# 劳动合同法学

第二版

喻术红 张荣芳 编著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

劳动合同法学/喻术红,张荣芳编著.—2版.—武汉:武汉大学出版社, 2015.12

应用型系列法学教材

ISBN 978-7-307-17421-4

I. 劳… II. ①喻… ②张… III. 劳动合同—合同法—法的理论—中国—高等学校—教材 IV. D922.521

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第307014号

责任编辑:胡 荣

责任校对:汪欣怡

版式设计:马 佳

---

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷:湖北金海印务有限公司

开本: 787×1092 1/16 印张:16.5 字数:391千字 插页:1

版次:2008年9月第1版 2015年12月第2版

2015年12月第2版第1次印刷

ISBN 978-7-307-17421-4 定价:35.00元

---

版权所有,不得翻印;凡购我社的图书,如有质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

## 《劳动合同法学》（第二版）说明

《劳动合同法学》是编写在《劳动合同法》刚刚颁布之后，迄今为止，6年的时间过去了。在这6年内，我国劳动合同法律体系经历了一个逐步完善的过程，《劳动合同法实施条例》、《劳动合同法》（修正案），以及相关的法律、法规、规章大量出台，为劳动合同制度的完善和维护劳动者的合法权益起到了积极作用。为了适应劳动立法的变化，适应劳动合同法教学、科研和劳动合同法司法实践的需要，在武汉大学出版社的倡议下，我们决定对《劳动合同法学》进行修订。

本次修订在原有体系结构基本不变的基础上，重点放在以下两个方面：

第一，注重2008年之后颁布的法律、行政法规和规章的内容的补充与衔接。《劳动合同法》出台之后，为了配合其实施，又颁布出台了《劳动合同法实施条例》，通过了《劳动合同法》（修正案）；中华人民共和国人力资源和社会保障部也颁布了《劳务派遣暂行规定》；同时相关的法律如《社会保险法》和修订后的《工伤保险条例》及相关规章也颁布实施。我们在修订的过程中，非常注重有关内容的衔接与阐释，尽量完整地反映国家的最新劳动合同立法动向和法律制度体系。

第二，注重劳动法学界最新研究成果的融合与展示。在介绍具体制度时，针对不同理解，尽量将不同的观点展示出来，使大家对问题有整体的理解与把握。

此外，为了便于读者掌握每章重点，我们在每章的开头都安排了重点问题提示，末尾都布置了思考题，使学生的学习过程中能够通盘把握每章的重点问题。

在本书修订过程中，我们的具体分工如下：

喻术红：第一章、第二章、第六章、第七章、第九章和第十章；

张荣芳：第三章、第四章、第五章、第八章和第十一章。

全书最后由喻术红、张荣芳共同审稿确定。

由于水平所限，不足之处在所难免，敬请各位读者批评指教。

喻术红

2015年9月

# 目 录

|                             |    |
|-----------------------------|----|
| 第一章 劳动合同法概述.....            | 1  |
| 第一节 劳动合同的概念、特征与作用.....      | 1  |
| 一、劳动合同的概念.....              | 1  |
| 二、劳动合同的特征.....              | 2  |
| 三、劳动合同的作用.....              | 4  |
| 第二节 劳动合同与相关合同的关系.....       | 4  |
| 一、劳动合同的性质.....              | 5  |
| 二、劳动合同与相关合同的联系与区别.....      | 5  |
| 第三节 劳动合同的分类.....            | 8  |
| 一、依照合同的期限划分.....            | 8  |
| 二、依照合同存在形式划分.....           | 9  |
| 三、依照就业方式划分.....             | 10 |
| 第四节 中国劳动合同制度的历史沿革.....      | 10 |
| 第五节 劳动合同法的概念及适用范围.....      | 13 |
| 一、劳动合同法与劳动法的关系.....         | 13 |
| 二、劳动法的适用范围.....             | 15 |
| 三、《劳动合同法》在适用范围上的变化.....     | 16 |
| 第二章 劳动合同的订立.....            | 18 |
| 第一节 劳动合同订立概述.....           | 18 |
| 一、劳动合同订立的主体.....            | 18 |
| 二、《劳动合同法》关于劳动合同订立的特别规定..... | 25 |
| 三、劳动合同的订立、成立与生效.....        | 27 |
| 第二节 劳动合同订立的基本原则.....        | 30 |
| 一、合法原则.....                 | 30 |
| 二、公平原则.....                 | 31 |
| 三、平等自愿原则.....               | 32 |
| 四、协商一致原则.....               | 33 |
| 五、诚实信用原则.....               | 33 |
| 第三节 劳动合同订立的程序.....          | 35 |
| 一、劳动合同订立的基本程序.....          | 35 |

|                                 |    |
|---------------------------------|----|
| 二、劳动合同的备案 .....                 | 37 |
| 第四节 劳动合同订立的形式 .....             | 38 |
| 一、劳动合同订立形式的概念 .....             | 38 |
| 二、劳动合同的附件 .....                 | 40 |
| 第三章 劳动合同的内容 .....               | 42 |
| 第一节 劳动合同的条款 .....               | 42 |
| 一、劳动合同必备条款 .....                | 42 |
| 二、劳动合同的任意条款 .....               | 48 |
| 第二节 劳动合同双方当事人的权利义务 .....        | 55 |
| 一、劳动者的义务 .....                  | 56 |
| 二、用人单位的义务 .....                 | 58 |
| 第四章 劳动合同的无效 .....               | 60 |
| 第一节 劳动合同无效制度概述 .....            | 60 |
| 一、无效合同、可撤销合同和效力待定合同的含义和特征 ..... | 60 |
| 二、劳动关系的特殊性和劳动合同的无效问题 .....      | 61 |
| 第二节 我国劳动合同的无效制度 .....           | 64 |
| 一、《劳动法》关于劳动合同无效的规定 .....        | 65 |
| 二、《劳动合同法》关于劳动合同的无效制度 .....      | 65 |
| 三、我国《劳动合同法》关于无效劳动合同制度的特点 .....  | 69 |
| 四、我国无效劳动合同制度的完善 .....           | 70 |
| 第五章 劳动合同的履行和变更 .....            | 71 |
| 第一节 劳动合同的履行 .....               | 71 |
| 一、劳动合同的履行原则 .....               | 71 |
| 二、劳动合同双方当事人的义务 .....            | 72 |
| 三、劳动合同约定不明时的履行 .....            | 74 |
| 四、违反劳动合同的行为及其后果 .....           | 75 |
| 第二节 劳动合同的变更 .....               | 76 |
| 一、劳动合同变更的含义和特征 .....            | 76 |
| 二、劳动者职位的调整问题 .....              | 76 |
| 三、工作时间、劳动地点等要素的变更问题 .....       | 80 |
| 四、劳动合同变更的形式问题 .....             | 80 |
| 第三节 劳动合同的承继 .....               | 81 |
| 一、劳动合同承继的含义 .....               | 81 |
| 二、用人单位合并情形下劳动合同的承继问题 .....      | 82 |
| 三、用人单位分立情形下劳动关系的承继问题 .....      | 83 |

|                                 |            |
|---------------------------------|------------|
| 四、公司营业转让时劳动者权利保护问题 .....        | 86         |
| <b>第六章 劳动合同的解除与终止 .....</b>     | <b>89</b>  |
| 第一节 劳动合同的解除与终止概述 .....          | 89         |
| 一、劳动合同解除与终止的概念及二者的关系 .....      | 89         |
| 二、《劳动合同法》关于劳动合同解除与终止规定的变化 ..... | 90         |
| 三、劳动合同解除与终止后双方当事人的相关义务 .....    | 92         |
| 四、用人单位非法解除与终止劳动合同后之救济 .....     | 94         |
| 第二节 劳动合同的解除 .....               | 94         |
| 一、协议解除 .....                    | 95         |
| 二、单方解除 .....                    | 97         |
| 三、工会在用人单位解除劳动合同中的作用 .....       | 111        |
| 第三节 劳动合同的终止 .....               | 112        |
| 一、劳动合同终止的事由 .....               | 112        |
| 二、劳动合同终止的限制 .....               | 113        |
| 第四节 经济补偿金制度 .....               | 115        |
| 一、经济补偿金的内涵 .....                | 115        |
| 二、经济补偿金的支付 .....                | 117        |
| <b>第七章 集体合同制度 .....</b>         | <b>123</b> |
| 第一节 集体合同制度概述 .....              | 123        |
| 一、集体协商与集体合同的概念 .....            | 123        |
| 二、集体合同与劳动合同的关系 .....            | 124        |
| 三、集体合同的分类 .....                 | 125        |
| 四、集体合同的产生与发展 .....              | 126        |
| 五、集体合同的意义和作用 .....              | 128        |
| 第二节 集体合同的订立 .....               | 128        |
| 一、集体合同的订立主体和原则 .....            | 129        |
| 二、集体合同的主要内容 .....               | 130        |
| 三、集体合同订立的程序 .....               | 130        |
| 第三节 集体合同的效力 .....               | 131        |
| 一、集体合同的法规性效力 .....              | 131        |
| 二、集体合同的债法性效力 .....              | 133        |
| 第四节 集体合同的履行、变更、解除和终止 .....      | 134        |
| 一、集体合同的履行 .....                 | 134        |
| 二、集体合同的变更、解除 .....              | 135        |
| 三、集体合同的终止 .....                 | 135        |
| 第五节 集体合同争议的处理 .....             | 135        |

|                                   |            |
|-----------------------------------|------------|
| 一、集体合同争议的概念和分类                    | 135        |
| 二、集体合同争议的处理途径                     | 137        |
| 三、违反集体合同的法律责任                     | 139        |
| <b>第八章 劳务派遣法律制度</b>               | <b>141</b> |
| 第一节 劳务派遣概述                        | 141        |
| 一、劳务派遣的含义                         | 141        |
| 二、劳务派遣的法律特征                       | 143        |
| 三、劳务派遣与类似用工行为的区别                  | 145        |
| 四、劳务派遣对传统劳动保护制度的影响                | 146        |
| 五、我国劳务派遣规范现状                      | 148        |
| 第二节 派遣单位、用工单位和被派遣劳动者三方之间的<br>法律关系 | 148        |
| 一、派遣单位与被派遣劳动者之间的劳动关系              | 148        |
| 二、派遣单位与用工单位之间的劳动者有偿使用协议关系         | 150        |
| 三、用工单位与被派遣劳动者之间的关系                | 151        |
| 第三节 劳动保护责任在派遣单位和用工单位之间的分配         | 152        |
| 一、“单一雇主”模式                        | 152        |
| 二、“联合雇主责任”模式                      | 154        |
| 三、我国现行法律有关“雇主责任”的分配               | 154        |
| 四、被派遣劳动者的同工同酬问题                   | 157        |
| <b>第九章 非全日制用工法律规定</b>             | <b>159</b> |
| 第一节 非全日制用工概述                      | 159        |
| 一、非全日制用工的概念、特点                    | 159        |
| 二、非全日制用工的历史及发展趋势                  | 165        |
| 三、非全日制用工形式的优势与不足                  | 167        |
| 四、非全日制用工劳动合同                      | 168        |
| 五、非全日制用工劳动争议的处理                   | 170        |
| 第二节 非全日制劳动者保护的基本原则                | 170        |
| 一、平等保护原则                          | 170        |
| 二、比例保护原则                          | 171        |
| 三、不得歧视原则                          | 172        |
| 第三节 非全日制劳动者基本权利的具体内容              | 173        |
| 一、劳动报酬权                           | 173        |
| 二、社会保险与福利权                        | 177        |
| 三、非全日制劳动者的集体劳动权                   | 179        |
| 四、非全日制劳动者的工作转换权                   | 180        |



|                            |     |
|----------------------------|-----|
| 五、休息休假权                    | 181 |
| 六、职业培训权                    | 181 |
| 七、终止契约保护                   | 183 |
| <b>第十章 劳动合同监督检查法律规定</b>    | 185 |
| 第一节 劳动监督检查概述               | 185 |
| 一、劳动监督检查的概念、特点             | 185 |
| 二、劳动监督检查体系                 | 186 |
| 三、我国劳动监督检查制度的立法概况          | 187 |
| 第二节 劳动监察                   | 188 |
| 一、劳动监察的概念和特点               | 188 |
| 二、我国劳动监察体制                 | 189 |
| 三、劳动保障监察的范围                | 190 |
| 四、劳动保障监察职责                 | 192 |
| 五、劳动保障监察的实施                | 192 |
| 六、我国劳动保障监察制度存在的问题          | 198 |
| 第三节 《劳动合同法》关于监督检查的具体规定     | 199 |
| 一、劳动合同监督检查的主体              | 199 |
| 二、劳动合同监督检查的具体内容            | 199 |
| <b>第十一章 违反劳动合同法的责任</b>     | 201 |
| 第一节 《劳动合同法》的法律责任概述         | 201 |
| 一、《劳动合同法》法律责任的内涵           | 201 |
| 二、《劳动合同法》法律责任设置的特点         | 202 |
| 第二节 用人单位的法律责任              | 203 |
| 一、用人单位的法律责任概述              | 203 |
| 二、用人单位违反《劳动合同法》的民事责任       | 204 |
| 三、行政责任的形式                  | 210 |
| 四、刑事责任的形式                  | 213 |
| 第三节 劳动者的法律责任               | 214 |
| 一、劳动者的法律责任及其特征             | 214 |
| 二、劳动者的违约金责任                | 216 |
| 三、劳动者的损害赔偿责任               | 219 |
| 第四节 其他责任主体的法律责任            | 221 |
| 一、违法招用未解除劳动关系劳动者的用人单位的法律责任 | 221 |
| 二、不具备合法经营资格的用人单位的法律责任      | 221 |
| 三、个人承包经营者的法律责任             | 221 |

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| 四、劳动行政部门和其他有关主管部门及其工作人员的<br>法律责任..... | 221 |
| 附录.....                               | 223 |
| 中华人民共和国劳动法.....                       | 223 |
| 中华人民共和国劳动合同法.....                     | 233 |
| 中华人民共和国劳动争议调解仲裁法.....                 | 245 |
| 中华人民共和国劳动合同法实施条例.....                 | 252 |

# 第一章 劳动合同法概述

【本章学习重点提示】 劳动合同的概念与特征；劳动合同的性质；劳动合同与相关合同的联系与区别；劳动合同法的适用范围。

## 第一节 劳动合同的概念、特征与作用

### 一、劳动合同的概念

劳动合同，又称劳动契约、劳动协议，是确立双方当事人劳动关系的一种法律形式。所谓劳动关系，亦称为劳资关系、劳使关系、雇佣关系等，学界一般认为是劳动者与用人单位在实现劳动过程中发生的、一方有偿提供劳动力由另一方用于同其生产资料结合的社会关系。《劳动法》、《劳动合同法》并未直接规定劳动关系的概念，《劳动合同法实施条例（草案）》（征求意见稿）第3条规定：劳动合同法所称劳动关系，是指用人单位招用劳动者为其成员，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义务关系。认定劳动关系的基本标准为劳动关系的本质特征：从属性，即人格上的从属性、经济上的从属性<sup>①</sup>。

关于劳动合同的概念，学术界有不同的表述。关怀教授认为：劳动合同是劳动者和用人单位（企业、事业、机关、团体等）之间关于确立、变更和终止劳动权利和义务的协议。<sup>②</sup>王全兴教授认为：劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系，明确双方权利和义务的协议。<sup>③</sup>

两种表述有些差异，在于其所依据的法律不同。前一种依据的是《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）、《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）关于合同的界定。《民法通则》第85条规定：“合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同，受法律保护。”《合同法》第2条规定：“本法所称的合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”后一种表述依据的是《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》）。《劳动

---

① 除了人格上、经济上的从属性外，学界还有组织上从属性、技术上从属性和阶级上从属性之说。参见黄程贯著：《劳动法》，台湾“国立空中大学”2001年版，第65页。

② 关怀主编：《劳动法》，中国人民大学出版社2001年版，第119页。

③ 王全兴著：《劳动法》（第二版），法律出版社2004年版，第121页。郭捷教授等也是采取类似的表述，参见郭捷主编：《劳动与社会保障法》，中国政法大学出版社2004年版，第106页。

法》第16条规定：“劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系、明确双方权利和义务的协议。”

针对第二种表述，学者姜颖提出了不同看法，认为这种界定“没有揭示出劳动关系的实质，使劳动合同与其他民事合同难以区别”。这种表述“只反映出劳动合同订立阶段中的合意，未将劳动合同履行过程中的合意表示出来；……如果只将劳动合同定义为确立劳动关系的协议，容易使人们对劳动合同的概念仅停留在劳动合同书的签订上，认为劳动合同等同于劳动合同书，从而导致在实践中只重视合同书的订立，忽视劳动合同履行过程中的合同约定，进而大大降低劳动合同制度的作用。……”<sup>①</sup>因此，姜颖教授将劳动合同定义为：劳动合同是劳动者与劳动力使用者（用人单位）确立、变更、解除和终止劳动关系的协议。<sup>②</sup>

上述学者的观点都有其合理之处。我们认为，合同（包括劳动合同）的本质在于双方的合意，在于双方通过合同这种形式来设定各自的权利义务，并通过合同的履行来实现各自订立合同所追求的目的。因此，劳动合同是双方当事人（劳动者与用人单位）间关于建立劳动关系的一种法律形式，是设立、变更、终止劳动权利和劳动义务关系的协议。劳动者与用人单位之间是否存在劳动关系，双方当事人的劳动权利与义务有哪些，劳动者与用人单位的行为是否符合劳动合同的要求等，都可以通过劳动合同来得到证明。

## 二、劳动合同的特征

劳动合同的特征是劳动合同区别于其他合同的特性。学术界对劳动合同特点的研究比较重视，形成不同的观点。关怀先生认为劳动合同的特征表现为：劳动合同的主体具有法律的特性；劳动合同的内容的特性；劳动者在签订和履行劳动合同中的地位的特殊性。<sup>③</sup>郭捷教授在承认劳动合同主体的特性同时，指出劳动合同往往涉及第三人物质利益关系、劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系的法律形式。<sup>④</sup>王全兴教授提出劳动合同“六性”的特点，即劳动合同的诺成性、附和性、双务性、从属性、有偿性和继续性等。<sup>⑤</sup>台湾地区学者黄越钦认为，劳动合同具有从属性、继续性及集体劳动关系（团体）的影响的特色。<sup>⑥</sup>

我们认为，既然劳动合同的特征是区别于其他合同的特殊之处，就不能将其他合同具有的特点纳入劳动合同的特点中。综上所述，我们认为劳动合同的特点为：从属性、附和性、继续性、劳动者意志表达自由的不充分性等。下面将逐一进行论述。

### （一）劳动合同的从属性

劳动合同的从属性指的是劳动合同当事人一方——劳动者的从属性。在一般民事合同

① 姜颖著：《劳动合同论》，法律出版社2006年版，第4~5页。

② 姜颖著：《劳动合同论》，法律出版社2006年版，第7页。

③ 关怀主编：《劳动法》，中国人民大学出版社2001年版，第119页。

④ 郭捷主编：《劳动与社会保障法》，中国政法大学出版社2004年版，第106页。

⑤ 王全兴著：《劳动法（第二版）》，法律出版社2004年版，第121页。

⑥ 参见黄越钦著：《劳动法新论》，中国政法大学出版社2003年版，第94~96页。

关系中双方的地位是平等的,不存在一方服从另一方的问题。劳动合同在订立过程中,劳动者与用人单位的地位是平等的,劳动者有自主择业的权利,用人单位有用人自主的权利,双方通过双向选择来自由确定同谁签订合同,以及合同的类型、期限等。但是劳动合同订立以后,劳动关系一旦建立,劳动者与用人单位之间就形成事实上的隶属关系,劳动者在人格上、经济上从属于用人单位。劳动者是用人单位的职工,以用人单位名义工作,必须服从用人单位的生产管理、接受用人单位的指挥、监督,遵守用人单位的规章制度,完成劳动合同约定的任务,劳动成果归属于用人单位。当职工违反用人单位规章制度的时候,用人单位有权依照规定对违纪职工给予处罚。

## (二) 劳动合同的附和性

劳动合同的附和性,是指实践中劳动合同文本一般由用人单位提供,由于所处的弱势地位,劳动者一般缺乏议价的能力,对于对方当事人——用人单位提供的合同条款,只有接受或者不接受的权利,而一般没有对具体条款逐一进行讨价还价的能力。只要合同的内容不违法,法律就承认其效力。

## (三) 劳动合同的继续性

在合同法上,以债权债务的持续时间为标准,可以将合同分为一时性合同和继续性合同。所谓继续性合同,是指债的内容非一次给付可完结,而是继续地实现,其基本特色系时间的因素在债的履行上居于重要地位,总给付之内容系于应为给付时间之长度。<sup>①</sup>继续性合同分为继续性供给合同、固有的继续性合同和新型的继续性合同三种。<sup>②</sup>其中固有的继续性合同是指本身就具有继续性合同性质的有名合同。这类有名合同本身就是继续性合同,无论其具体内容是什么。属于固有的继续性合同有:合伙合同、租赁合同、雇佣合同、委任合同等。<sup>③</sup>

固有的继续性合同具有如下特点:第一,必须经过一定期间的持续性给付才能实现合同双方当事人的目的,合同的目的不可能通过一次性的给付实现。如雇佣合同必然要经过长时期的各种劳务的给付才能实现其目的。第二,双方当事人只需要订立一个合同,而不像有些继续性供给合同那样,同时存在基本合同和简要合同。第三,在某些继续性合同中,也存在公法上的规制。如国家对租赁合同和雇佣合同的规制。<sup>④</sup>

劳动合同的继续性是指劳动合同所处的一种存续状态。劳动合同具备固有的继续性合同的特征。劳动合同的期限一般来说较一般民事合同期限长,在合同有效期限内,双方当事人的权利义务一直连续存在;劳动者按照劳动合同的约定日复一日,年复一年地完成工作任务,用人单位则必须按照约定提供劳动报酬及履行劳动保护等义务。

## (四) 劳动者意志表达自由的不充分性

合同双方意思自治,达成合意是合同成立的基础。“契约之本质在于意思之合致。”<sup>⑤</sup>

① 叶竹盛:《论继续性合同解除制度的完善》,载《法学论坛》2007年第2期;王泽鉴著:《债法原理》(第1册),中国政法大学出版社2001年版,第131~135页。

② 栾志红:《关于继续性合同的几个问题》,载《法学论坛》2002年第17卷第5期。

③ 栾志红:《关于继续性合同的几个问题》,载《法学论坛》2002年第17卷第5期。

④ 栾志红:《关于继续性合同的几个问题》,载《法学论坛》2002年第17卷第5期。

⑤ 胡长清著:《中国民法债篇总论》,商务印书馆1934年版,第16页。

然而，在劳动合同订立过程中，由于双方所处地位悬殊，劳动力市场供求失衡，使得劳动者在自由缔结合同、选择合同相对人、决定合同内容等方面所享有的自由受到限制。劳动者并不能充分自由地选择用人单位、决定合同的主要条款。不少合同的缔结并没有完全反映出求职者的真实意愿。对于这样缔结的合同，只要不违反法律的强制性规定、不存在欺诈、重大误解和显示公平，一般是承认其效力的。对于用人单位而言，虽然在订立劳动合同时相对处于强势地位，但在约定双方的劳动权利和义务时，用人单位必须遵守法律关于工时、工资、劳动保护和社会保险等方面的强制性规定，否则约定无效。<sup>①</sup>

### 三、劳动合同的作用

劳动合同是建立劳动关系、明确双方劳动权利与义务的协议，因此，无论是对劳动者还是用人单位劳动合同具有举足轻重的作用。

首先，劳动合同是实现劳动者劳动权利的重要保障。《劳动法》第3条规定了劳动者的基本权利，其中最首要的是劳动者平等就业和自主择业的权利。这种权利是劳动者生存权和发展权的基础，是实现其他劳动权利的前提。劳动合同是保障劳动者实现劳动权的重要法律形式。劳动合同一经劳动者与用人单位签订，依照《劳动法》、《劳动合同法》的规定，就必须具备合同期限、工作内容和工作地点、工作时间和休息休假、劳动报酬、劳动保护、劳动条件和职业危害防护、社会保险及劳动纪律等内容。这就通过法律的形式明确了双方的权利和具体的义务，用人单位一旦违反合同规定，就应承担相应的法律责任。

其次，劳动合同是实现用人单位用人自主权的保障。用人单位通过劳动合同的形式，自主地招聘、录用所需的人员，并根据生产经营或者工作的需要确定招用者的条件、合同期限，确定具体的工作岗位，支付相应的劳动报酬。用人单位通过考核的方式留用合格的劳动者，淘汰不符合录用条件的劳动者。通过劳动合同，劳动者能进能出，促使劳动力得以合理的流动，使劳动力资源得到合理的配置，从而提高用人单位的劳动生产率。

最后，劳动合同可以防止和减少劳动纠纷的发生，维护双方当事人的合法权益。

劳动合同是确立劳动关系的法律形式，依法成立的劳动合同具有法律效力。劳动者与用人单位双方的权利与义务在劳动合同中得以明确后，双方当事人必须认真、切实履行合同，否则就要承担法律责任。劳动合同的存在可以督促双方全面履行各自的义务，防止纠纷的发生。一旦发生纠纷，由于劳动合同的存在，就容易区分责任，使违反劳动合同的一方承担应有的责任，使遵守合同的一方受到相应的保护。

## 第二节 劳动合同与相关合同的关系

区分劳动合同与其他相关合同，目的是在纠纷发生时能够正确地适用法律，为当事人提供相应的法律保护。要清楚区分劳动合同与相关合同，首先必须弄清楚劳动合同本身的性质。

---

<sup>①</sup> 除了上述特点外，不少学者还将劳动合同主体的特定性，劳动合同的诺成性、双务性，合同内容常常涉及第三人利益等特点作为劳动合同的特点。

## 一、劳动合同的性质

性质,是指一种事物区别于其他事物的根本属性。劳动合同的性质是指劳动合同区别于其他合同的根本属性。劳动法学界关于劳动合同特点的研究比较多,关于劳动合同性质的研究则不普遍,其中,以台湾学者黄越钦和大陆学者郑尚元、周长征、姜颖等为典型。

黄越钦教授认为,劳动契约之性质,有身份契约说、租赁契约说、劳动加工说和特种契约说四种,目前之通说为特种契约说,此说认为劳动契约系民法中所有典型契约以外的一种,已形成一种独立契约。<sup>①</sup>受黄越钦的影响,大陆不少学者在研究劳动合同性质时采纳了他的观点或者基本上接纳了他的观点。

郑尚元教授认为:关于劳动合同的性质,学理上有身份契约说、租赁契约说、劳动加工说及特种契约说。<sup>②</sup>他同意特种契约说的观点,认为劳动合同是一种独立于民事合同以外的一种独立合同,尽管劳动合同与民事合同特别是提供劳务的合同有类似之处,但在双方当事人及其关系、双方当事人的地位、劳动报酬的性质和支付方式、劳动过程中的风险责任、法律适用及争议解决等方面,存在很大差异。<sup>③</sup>

周长征教授认为,劳动合同的性质,在学理上分歧较大,主要有雇佣合同说、身份合同说、租赁合同说、独立合同说四种观点。他认为我国立法上实际采纳了劳动合同的独立说,并支持这种选择。<sup>④</sup>

与上述学者有些差异的是,姜颖教授从利益本位的角度出发,认为劳动法学界关于劳动合同的性质主要存在三种观点:国家本位的观点、个人本位的观点、社会本位的观点。姜颖教授认为劳动合同的性质应从社会法的角度去认识,同意劳动合同社会本位的观点。其理由是合同双方不具有一般合同所具有的平等性;劳动者意思表示不自由;劳动合同内容不能反映劳动关系的全部等。<sup>⑤</sup>

尽管存在不同看法,但劳动法学界通说认为,劳动合同是一种从民事雇佣合同发展演变而来的,又独立于民事合同的特殊合同。

## 二、劳动合同与相关合同的联系与区别

劳动合同与相关合同的关系,主要是指与民事合同的关系。劳动合同既然是从民事雇佣合同发展而来,那么,民事合同的一些共性的东西,如必须有双方或者多方当事人、双方意思表示一致、合同的订立必须合法、双方自愿、协商,合同要经过要约、承诺的过程,双方当事人必须诚实守信,合同一经依法订立,对双方具有约束力,一方不履行合同必须承担违反合同的责任等。但是,劳动合同毕竟是一种特殊的独立的合同,除具备民事合同的一般属性外,它还具备区别于民事合同的特性。实践中与劳动合同相类似或者说容

① 参见黄越钦著:《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第86~87页。

② 参见郑尚元主编:《劳动法学》,中国政法大学出版社2004年版,第102页。

③ 参见郑尚元主编:《劳动法学》,中国政法大学出版社2004年版,第102~103页。

④ 参见周长征著:《劳动法原理》,科学出版社2004年版,第115~117页。

⑤ 参见姜颖著:《劳动合同法论》,法律出版社2006年版,第9~12页。

易混淆的是劳务合同、雇佣合同。

### （一）与劳务合同的区别

劳务合同是一种以一方当事人提供劳务，另一方当事人接受并提供对价——劳务报酬的合同。严格来说，“劳务合同”并不属于专门的法律术语。在《合同法》的有名合同中，劳务合同主要包括承揽合同、基本建设承包合同、运输合同、保管合同、仓储合同、技术合同、委托合同、行纪合同和居间合同等。劳动合同与劳务合同有着不少相似之处，都表现为一方当事人为对方提供劳务，另一方当事人接受并支付报酬。但是，劳动合同与劳务合同存在本质区别。由于劳务合同中与劳动合同最易混淆的是承揽合同<sup>①</sup>，因此，下面主要论述劳动合同与承揽合同的区别。

#### 1. 合同当事人及当事人的独立地位不同

劳动合同的当事人，一方是劳动者个人，是自然人；另一方是用人单位，是符合劳动法规定的主体资格的法人或者其他社会组织。劳务合同包括承揽合同的主体，既可以是自然人，也可以是法人或者其他社会组织。劳务提供方（承揽人）并不接受对方当事人的管理、指挥，劳务提供方只需按照劳务接受方的具体要求，利用自身的生产工具自己来安排、组织生产劳动，具有独立性。因此，劳动过程中发生的风险也是由劳务提供方来承担。劳动合同则不同，订立劳动合同时双方的地位是平等的，但合同订立，建立劳动关系后，劳动者即是对方当事人（用人单位）的职工，劳动者的劳动是用人单位集体生产的一部分，劳动者必须接受用人单位的生产安排、服从用人单位的组织管理、指挥，违反用人单位规章制度时，还得接受用人单位的处罚。劳动合同当事人的从属性与劳务合同当事人的独立性是二者间的根本区别。

#### 2. 合同的目的不同

劳务接受方（定作人）订立承揽合同的目的，是取得承揽人完成的工作成果。承揽合同属于劳务合同，但定作人所需的并非是承揽人单纯的劳务，或者说承揽人完成工作的过程，而是其劳务的结果或者说完成工作的成果。这种成果既可以是体力劳动的成果；也可以是脑力劳动的成果，既可以是物，也可以是其他财产。但它具有特定性，即它是按照定作人的要求完成的。<sup>②</sup> 劳动合同的目的在于劳动关系的建立，进而实现劳动过程，而不是劳动成果的给付。依照劳动合同，劳动者只对劳动过程负责，只要按照合同提供了相应的劳动义务即可，而不对劳动过程之外的劳动结果负责。<sup>③</sup> 劳动产品能否由商品顺利实现货币转换，属于经营风险问题，不应由劳动者负责，只能由经营者（用人单位）自己承担。

#### 3. 国家干预程度不同

承揽合同（劳务合同）属于私合同，必须充分反映当事人的意志，除法律规定外，当事人可以自由选择、决定合同的形式与内容，国家一般不作过多的干预，这就是合同自

<sup>①</sup> 承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合同。承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。参见《合同法》第251条规定。

<sup>②</sup> 郭明瑞等著：《合同法新论·分则》，中国政法大学出版社1997年版，第215~216页。

<sup>③</sup> 参见黎建飞著：《劳动法的理论与实践》，中国人民公安大学出版社2004年版，第279~280页。



由原则的表现。劳动合同则不同，出于对处于弱势地位劳动者的保护，国家对劳动合同的订立、解除、终止及合同形式等都做了明确规定。对合同的内容设定了基本标准，当事人在协商合同条款时，不得违反这些强制性规定。否则，要承担相应的法律后果。

#### 4. 劳动报酬的性质及支付方式不同

承揽合同劳务费的支付一般遵循市场与行业惯例，遵循等价交换原则。而且承揽人只有按照约定完成工作成果后才能获得劳务报酬，不交付工作成果，劳务提供人（承揽人）无权请求对方支付报酬。劳动合同则不同，原则上劳动者的劳务给付无须担保一定成果的达成，只要劳动者付出了劳动，不论结果如何，劳动使用者必须支付劳动报酬。企业预定计划的达成不属于劳动者的义务。劳动成果的风险不应由劳动者承担。<sup>①</sup>而且法律对劳动报酬的支付标准、支付方式等都做了规定。

#### 5. 适用的法律及争议解决的机制不同

劳务合同（承揽合同）属于民事合同，适用民法的规定；劳动合同属于劳动法范畴，适用劳动法规定。因劳务合同（承揽合同）发生纠纷，当事人协商、调解不成，可以诉讼也可以仲裁；劳动合同则不同，当事人协商、调解不成，实行仲裁前置制度，只有对劳动争议仲裁不服，才能向法院起诉。

### （二）与雇佣合同的关系

雇佣合同与劳动合同的关系是学界争论较大的问题，它取决于人们对劳动关系与雇佣关系之间相互关系的认识；而这种关系的实质则体现在人们对雇佣关系特征的认识上。学界在雇佣关系上达成的共识是：作为民事关系，雇佣关系具有双务有偿性、诺成性、非要式行为的特征；雇佣关系的目的是以雇工的劳务与雇主的报酬交换而成立。因此，衡量雇工是否履行了义务，并非以雇工是否完成了雇主交给的任务为标准，有时即使没完成，只要雇工提供了劳务，雇主仍该支付报酬。<sup>②</sup>学界关于雇佣关系特征的分歧在于：双方当事人的地位（是否平等）、国家干预的程度（是否需要干预）、雇佣关系产生的领域（是否流通领域）。这些分歧实质上也会影响到雇佣关系与劳动关系相互之间的关系。注重雇佣关系建立时双方的平等关系并以此为雇佣关系本质特征的学者，会比较看重其私法上的平等性而主张双方地位平等以及国家的不干预；而注重雇佣关系中从属性的学者，则更倾向于突出雇佣关系的人身性及从属性，从而主张双方地位不平等以及国家的干预。<sup>③</sup>

雇佣合同是指雇员按照雇主的指示，利用雇主提供的条件提供劳务，雇主向提供劳务的雇员支付劳动报酬。其中，给付报酬的人为雇佣人，提供劳务的人为受雇人关于雇佣合同与劳动合同的关系，学界有两种看法：一种观点认为，雇佣合同与劳动合同是两种独立的合同；另一种观点认为，劳动合同本质就是雇佣合同。

从目前我国立法态度来看，支持第一种观点，将雇佣限定为自然人的雇佣，如家庭雇佣保姆、个人请帮工等。它们之间的关系适用民法。《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2003〕20号）将雇佣活动界定为：“从事雇主

① 参见黄越钦著：《劳动法新论》，中国政法大学出版社2003年版，第134页。

② 参见董保华主编：《劳动合同研究》，中国劳动社会保障出版社2005年版，第7页。

③ 参见董保华主编：《劳动合同研究》，中国劳动社会保障出版社2005年版，第8页。