

21世纪



经济学类管理学类专业主干课程系列教材

# 劳动合同法：理论与案例

○ 主编 张华贵



清华大学出版社  
<http://www.tup.com.cn>



北京交通大学出版社  
<http://press.bjtu.edu.cn>

21 世纪经济学类管理学类专业主干课程系列教材

# 劳动合同法：理论与案例

主编 张华贵

清华大学出版社  
北京交通大学出版社

·北京·

## 内 容 简 介

随着劳动关系的发展变化,劳动法制也在不断加强,有关劳动法制的研究成果也大量涌现,在此背景下,我们编写了这本书。本书以基本理论为线索,从实际案例到法律依据,再从法律依据到理论分析,为读者学习思考劳动合同法问题提供指引。全书共分为10章,在每个章节中,我们以劳动合同法的基本内容为线索,对劳动合同法的内容从理论与实际两个层面进行了系统的分析研究。根据理论问题在每章后面分别设计了“本章学习资料”、“本章小结”、“本章复习思考题”等几个方面的内容,充分体现了理论与实践的结合。对劳动合同法中的相关问题分析完整,力争用简洁的语言剖析案例,说明法理,使读者能够一目了然。我们在书中设有复习思考题,给读者留下了学习思考的空间,启发其运用所学知识分析和解决现实问题。

本书适合法学专业的本专科学生、从事劳动合同法教学的老师及关注劳动合同法的企业相关人员和普通劳动者学习参考。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13501256678 13801310933

### 图书在版编目(CIP)数据

劳动合同法:理论与案例/张华贵主编. —北京:清华大学出版社;北京交通大学出版社,2011.8

(21世纪经济学类管理学类专业主干课程系列教材)

ISBN 978-7-5121-0663-5

I. ①劳… II. ①张… III. ①劳动合同法-中国-高等学校-教材 IV. ①D922.52

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第155050号

责任编辑:赵彩云

出版发行:清华大学出版社 邮编:100084 电话:010-62776969 <http://www.tup.com.cn>

北京交通大学出版社 邮编:100044 电话:010-51686414 <http://press.bjtu.edu.cn>

印刷者:北京瑞达方舟印务有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:185×230 印张:14 字数:314千字

版 次:2011年8月第1版 2011年8月第1次印刷

书 号:ISBN 978-7-5121-0663-5/D·98

印 数:1~3000册 定价:26.00元

---

本书如有质量问题,请向北京交通大学出版社质检组反映。对您的意见和批评,我们表示欢迎和感谢。  
投诉电话:010-51686043,51686008;传真:010-62225406;E-mail:press@bjtu.edu.cn。

# 前 言

2007年6月29日,《中华人民共和国劳动合同法》(以下称《劳动合同法》)由全国人大常委会第20次会议审议通过,并由中华人民共和国国家主席颁布,自2008年1月1日起施行。这是自《劳动法》颁布实施以来,我国劳动和社会保障法制建设中的又一个里程碑。《劳动合同法》的颁布实施,有利于完善劳动合同制度,规范和指导用工行为,明确劳动合同当事人双方的权利义务;有利于更好地保护劳动者合法权益,构建和发展和谐稳定的劳动关系。着眼于培养应用型的法律人才,培养学生的实际工作能力,我们编写了这本《劳动合同法:理论与案例》,在编写过程中,我们以劳动合同法的基本内容为主线,结合司法实践中的问题,理论联系实际,力求语言简洁,通俗易懂,系统准确地介绍劳动合同法的基本理论。由于时间仓促,难免存在错漏,敬请读者谅解。

本书由张华贵拟定写作提纲及写作要求,最后由张华贵主编修改定稿。本书撰写人及其撰写章节如下。(按照编写章节的先后顺序)

张华贵、李刚:第1章。

金新贵、周振娟:第2章。

张华贵、杨冰:第3章。

金新贵、陈良华:第4章。

彭志育:第5章。

梁家芸:第6章。

杨倩:第7章。

黄旖旎:第8章。

张华贵、易明:第9章。

张华贵、杨冰:第10章。

北京交通大学出版社的赵彩云编辑为本书的编辑出版花费了大量的心血,在此表示衷心感谢。

作者  
2011.7

# 目 录

第1章 劳动合同法的基本问题 .....	(1)
1.1 劳动合同的概述 .....	(1)
1.1.1 劳动合同的概念和特征 .....	(1)
1.1.2 劳动合同的性质 .....	(3)
1.1.3 劳动合同的分类 .....	(5)
1.2 《劳动合同法》的立法背景与宗旨 .....	(7)
1.2.1 《劳动合同法》颁布实施的重要意义 .....	(7)
1.2.2 《劳动合同法》的立法背景 .....	(8)
1.2.3 《劳动合同法》的立法宗旨 .....	(9)
1.2.4 《劳动合同法》与《劳动法》的关系 .....	(11)
1.3 《劳动合同法》的适用范围 .....	(12)
1.3.1 《劳动合同法》适用的主体范围 .....	(12)
1.3.2 《劳动合同法》适用的空间范围 .....	(14)
1.3.3 《劳动合同法》适用的时间范围 .....	(14)
1.4 劳动规章制度 .....	(15)
1.4.1 劳动规章制度的内容 .....	(15)
1.4.2 劳动规章制度的制定程序 .....	(16)
1.4.3 劳动规章制度的效力 .....	(17)
1.5 劳动关系三方协商机制 .....	(19)
1.5.1 劳动关系三方协商机制的主体与内容 .....	(19)
1.5.2 工会的地位与作用 .....	(20)
◇ 本章小结 .....	(22)
◇ 本章学习资料 .....	(22)
◇ 本章复习思考题 .....	(23)
第2章 劳动合同的订立 .....	(25)
2.1 劳动合同订立的原则 .....	(25)
2.1.1 合法原则 .....	(25)
2.1.2 公平原则 .....	(26)

2.1.3	平等自愿原则	(27)
2.1.4	协商一致原则	(28)
2.1.5	诚实信用原则	(28)
2.2	劳动合同订立的程序	(29)
2.2.1	劳动合同订立的具体程序	(29)
2.2.2	订立劳动合同要注意的问题	(29)
2.2.3	劳动合同订立中的先合同义务	(31)
2.2.4	用人单位招用劳动者的禁止性规定	(32)
2.3	劳动合同的形式与内容	(33)
2.3.1	劳动合同的法定形式	(33)
2.3.2	违反法定形式要件的责任	(34)
2.3.3	劳动合同的内容	(36)
2.4	劳动合同约定条款的特殊规定	(40)
2.4.1	试用期	(40)
2.4.2	服务期	(43)
2.4.3	竞业限制	(45)
2.4.4	限制用人单位与劳动者约定违约金的理由	(48)
2.5	劳动合同的效力	(49)
2.5.1	劳动合同的成立与生效	(49)
2.5.2	劳动合同的无效	(50)
◇	导读案例解析	(53)
◇	本章小结	(54)
◇	本章学习资料	(54)
◇	本章复习思考题	(55)
<b>第3章</b>	<b>劳动合同的履行与变更</b>	<b>(57)</b>
3.1	劳动合同的履行	(57)
3.1.1	劳动合同履行的原则	(57)
3.1.2	劳动合同履行的特殊规定	(59)
3.2	劳动合同的变更	(67)
3.2.1	劳动合同变更的意义	(67)
3.2.2	劳动合同变更的原因	(68)
3.2.3	变更的程序与法律后果	(69)
◇	本章小结	(71)
◇	本章学习资料	(72)
◇	本章复习思考题	(72)

<b>第4章 劳动合同的解除和终止</b> .....	(74)
4.1 劳动合同的解除 .....	(75)
4.1.1 劳动合同解除的概念与分类 .....	(75)
4.1.2 劳动合同解除的条件和程序 .....	(77)
4.1.3 劳动合同解除的后果 .....	(85)
4.1.4 解除劳动合同损害赔偿计算标准 .....	(87)
4.2 劳动合同的终止 .....	(90)
4.2.1 劳动合同终止的概述 .....	(90)
4.2.2 劳动合同终止的法定事由 .....	(92)
4.2.3 劳动合同终止的限制 .....	(94)
4.2.4 劳动合同终止的法律后果 .....	(96)
◇ 导读案例解析 .....	(98)
◇ 本章小结 .....	(99)
◇ 本章学习资料 .....	(100)
◇ 本章复习思考题 .....	(100)
<b>第5章 集体合同</b> .....	(103)
5.1 集体合同的概述 .....	(103)
5.1.1 集体合同的概念与特征 .....	(103)
5.1.2 集体合同的分类 .....	(106)
5.2 集体合同的订立与效力 .....	(107)
5.2.1 集体合同的订立 .....	(107)
5.2.2 集体合同的内容 .....	(110)
5.2.3 集体合同的效力 .....	(112)
5.3 集体合同争议的处理 .....	(113)
5.3.1 集体合同争议的概念 .....	(113)
5.3.2 集体合同争议的处理 .....	(113)
◇ 导读案例解析 .....	(115)
◇ 本章小结 .....	(116)
◇ 本章学习资料 .....	(116)
◇ 本章复习思考题 .....	(117)
<b>第6章 劳务派遣</b> .....	(119)
6.1 劳务派遣的适用 .....	(119)
6.1.1 劳务派遣的概念与特征 .....	(119)
6.1.2 劳务派遣的适用 .....	(121)
6.2 劳务派遣关系的主体与内容 .....	(122)

6.2.1	劳务派遣关系的主体 .....	(122)
6.2.2	劳务派遣的内容 .....	(126)
6.3	劳务派遣协议 .....	(129)
6.3.1	劳务派遣协议的当事人 .....	(129)
6.3.2	劳务派遣协议的内容 .....	(129)
◇	本章小结 .....	(131)
◇	本章学习资料 .....	(131)
◇	本章复习思考题 .....	(132)
<b>第7章</b>	<b>非全日制用工</b> .....	<b>(135)</b>
7.1	非全日制用工的含义与适用 .....	(135)
7.1.1	非全日制用工的意义 .....	(135)
7.1.2	非全日制用工的适用 .....	(138)
7.2	非全日制用工的特殊规定 .....	(139)
7.2.1	非全日制用工的劳动合同的形式与期限 .....	(139)
7.2.2	非全日制用工劳动合同的终止 .....	(141)
7.2.3	工资标准与结算 .....	(141)
7.2.4	非全日制用工的其他规定 .....	(144)
◇	本章小结 .....	(146)
◇	本章学习资料 .....	(146)
◇	本章复习思考题 .....	(147)
<b>第8章</b>	<b>劳动监督检查</b> .....	<b>(149)</b>
8.1	劳动监督检查概述 .....	(149)
8.1.1	劳动监督检查的概念 .....	(149)
8.1.2	劳动监督检查的意义 .....	(149)
8.1.3	劳动监督检查体系 .....	(150)
8.1.4	监督检查的原则 .....	(151)
8.2	劳动行政部门的监督 .....	(152)
8.2.1	劳动行政部门监督的特点与内容 .....	(152)
8.2.2	劳动行政部门监督检查的实施 .....	(154)
8.3	其他部门和劳动者的监督 .....	(156)
8.3.1	其他部门和劳动者的监督的含义和内容 .....	(156)
8.3.2	政府有关部门对劳动合同的监督管理 .....	(156)
8.3.3	工会维护劳动者的合法权益 .....	(158)
8.3.4	群众监督 .....	(159)
◇	本章小结 .....	(161)

◇ 本章学习资料 .....	(162)
◇ 本章复习思考题 .....	(162)
<b>第9章 法律责任 .....</b>	<b>(164)</b>
9.1 法律责任概述 .....	(164)
9.1.1 法律责任的含义 .....	(164)
9.1.2 违反《劳动合同法》的责任形式 .....	(165)
9.2 用人单位的法律责任 .....	(166)
9.2.1 用人单位劳动规章制度违法的法律责任 .....	(166)
9.2.2 用人单位违反劳动合同文本制度的法律责任 .....	(169)
9.2.3 用人单位与劳动者未依法订立劳动合同的法律责任 .....	(171)
9.2.4 用人单位与劳动者违法约定试用期的法律责任 .....	(173)
9.2.5 用人单位违法扣押证件、违法向劳动者收取财物的法律责任 .....	(175)
9.2.6 用人单位违反劳动报酬、经济补偿等的法律责任 .....	(176)
9.2.7 用人单位违法解除或者终止劳动合同的法律责任 .....	(178)
9.2.8 用人单位侵犯劳动者人身权益的法律责任 .....	(181)
9.2.9 用人单位的其他法律责任 .....	(183)
9.3 劳动者的法律责任 .....	(186)
9.3.1 劳动者法律责任的特征 .....	(186)
9.3.2 劳动者违反《劳动合同法》的法律责任 .....	(186)
9.4 劳务派遣单位的法律责任 .....	(188)
9.5 行政机关的法律责任 .....	(189)
◇ 本章小结 .....	(191)
◇ 本章学习资料 .....	(191)
◇ 本章复习思考题 .....	(191)
<b>第10章 劳动合同纠纷疑难问题 .....</b>	<b>(194)</b>
10.1 劳动合同与劳务合同、雇佣合同的联系与区别 .....	(194)
10.1.1 劳动合同与劳务合同 .....	(194)
10.1.2 劳动合同与雇佣合同 .....	(197)
10.1.3 涉及劳动关系、劳务关系、雇佣关系的案例分析 .....	(198)
10.2 事实劳动关系的认定与处理 .....	(200)
10.2.1 事实劳动关系的概念特征 .....	(200)
10.2.2 法律对事实劳动关系的规制 .....	(201)
10.3 退休返聘者与单位之间的关系 .....	(203)
10.3.1 退休返聘是否属于劳动关系 .....	(203)
10.3.2 退休返聘的几个相关问题 .....	(205)

10.4 在校大学生兼职或实习中与用人单位的关系 .....	(207)
10.4.1 在校大学生在兼职或实习时的身份 .....	(207)
10.4.2 实习生权益受损时的权益保护 .....	(208)
◇ 本章小结 .....	(211)
◇ 本章学习资料 .....	(211)
◇ 本章复习思考题 .....	(211)
参考文献 .....	(213)

# 第1章

## 劳动合同法的基本问题

### 本章导读

本章的主要内容是劳动合同的概述、劳动合同法的适用范围、劳动规章制度的制定及劳动关系的三方协商机制。

劳动合同是整个劳动关系的核心，是劳动关系的基础。劳动合同法的基本问题，是认识和学习该部门法的前提和基础，必须作为一个首要的问题予以理解和掌握。

### 1.1 劳动合同的概述

#### 1.1.1 劳动合同的概念和特征

##### 1. 劳动合同的概念

对劳动合同的概念，理论上有着不同的表述，有的认为“劳动合同是劳动者与用人单位依法在平等自愿的基础上，经过协商而确立劳动关系、明确双方劳动权利和义务的协议。”<sup>①</sup> 有的认为“劳动合同是劳动者和用人单位之间关于确立、变更和终止劳动权利和义务的协议”。<sup>②</sup> 还有的认为“是指劳动者与用人单位之间确立劳动关系，依法协商达成双方权利和义务的协议”。<sup>③</sup> 我国《劳动法》第16条明文规定：“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。”2008年1月1日施行的《劳动合同法》未对劳动合同的概念作出界定，但却非常强调劳动合同的书面形式。综合理论与立法的表述，我们认为劳动合同是指用人单位与劳动者确立劳动关系，明确双方权利义务关系的书面协议。

##### 2. 劳动合同的特征

“由雇佣契约到劳动契约，乃是一种社会化的进程。”<sup>④</sup> 由此可见，劳动合同与民事合同有密切的关系，具体而言，劳动合同除具有民事合同所具有的平等性、自愿性等特征外，还

① 支果，吴斌，涂强．劳动合同法学．成都：西南交通大学出版社，2007.

② 关怀．劳动法．北京：中国人民大学出版社，2001.

③ 贾俊玲．劳动法学．北京：中央广播电视大学出版社，2003.

④ 黄越钦．劳动法新论．北京：中国政法大学出版社，2003.

具有以下特征。

### 1) 主体的特定性

劳动合同是在两个特定的主体之间订立的，一方是劳动力的所有者和让渡者，另一方是劳动力的使用者，我国劳动法中分别将其称之为“劳动者”和“用人单位”，国外则一般称之为“雇员”和“雇主”。作为劳动合同主体的劳动者，是指具有劳动权利能力和劳动行为能力，并受用人单位雇用的自然人。包括与用人单位建立劳动关系的本国公民、外国公民和无国籍人等。劳动者的劳动权利能力是指公民依法享有劳动权利和承担劳动义务资格。它表明公民依法可以享受哪些劳动权利，承担哪些劳动义务。劳动行为能力是指公民依法能够以自己的行为行使劳动权利和履行劳动义务资格。它表明公民依法可以行使哪些劳动权利，履行哪些劳动义务。用人单位是指具有用工权利能力和用工行为能力，雇用或者聘用劳动者的主体。根据我国《劳动合同法》第2条及《劳动合同法实施条例》第3条的规定，用人单位包括：中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织以及依法成立的会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会。

### 2) 劳动者地位的双重性

劳动者在劳动合同中的地位具有双重性。一方面，劳动者与用人单位的地位是平等的，这主要表现在劳动合同的订立过程中。《劳动合同法》第3条规定：“订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。”劳动者和用人单位具有双向选择权，这也符合意思自治原则，有利于人尽其用，实现人力资源的优化配置。另一方面，劳动者隶属于用人单位，这主要表现在劳动合同的履行过程中。劳动合同订立后，劳动者要进入用人单位，让渡自己的劳动力归用人单位支配。劳动者要按照劳动合同的约定，遵照用人单位的要求为其劳动，服从用人单位的管理指挥，遵守劳动纪律，劳动成果归属于用人单位，在劳动过程中发生的劳动风险由用人单位承担等。《劳动合同法》第29条规定：“用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定，全面履行各自的义务。”该隶属性顺应了社会化大生产对企业管理的要求，有利于促进竞争，实现优胜劣汰，从而使社会整体效率得以提高。然而必须明确的是，无论是在订立合同时，还是在合同的履行过程中。用人单位必须依据劳动法规对劳动者进行支配、管理和指挥，并对自己的违法行为承担责任。

### 3) 内容具有较强法定性

劳动合同的内容具有较强的法定性。劳动合同的订立主要以劳动法律、法规为依据，一方面，劳动法律、法规中多为强制性规定，如《劳动合同法》第17条就对劳动合同的必备条款作出了强制而明确的规定，其范围涉及劳动者与用人单位的基本信息、劳动合同的期限、工作条件、劳动报酬、社会保险等诸多方面；另一方面，法律虽然允许当事人就某些非必备条款进行协商，但协商的内容亦不得违反法律的强制性规定。由此可见，当事人就劳动合同内容自由约定的空间相对较小。

劳动合同的这一特点主要基于以下两方面的原因。第一，按照法律的分类，劳动法当属社会法，而社会法的出现正是为了弥补传统公、私法在解决一些新出现的社会问题时存在的

不足,如环境问题、弱势群体问题等,其显著特点是通过国家干预手段维护社会公共利益和弱势群体利益。从劳动法产生和发展的历程不难看出,对劳动者福利的维护始终为其重要使命,而其最好的方式莫过于立法中的强制性规定。第二,虽然在劳动合同的订立阶段,法律赋予劳动者与用人单位就劳动合同条款平等协商的权利,但一个不可否认的事实是,在劳动力市场供大于求的背景下,劳动者在与用人单位谈判中处于弱势地位,若在立法上对劳动合同的内容放弃监管,用人单位必将凭借其优势地位,侵害劳动者的合法权益,危害劳动关系的和谐与稳定。

### 3. 劳动合同与劳务合同的区别

(1) 主体不同。劳动合同的主体具有特定性,即一方是劳动者,另一方是用人单位,不能同时都是自然人。而劳务合同的主体具有广泛性,双方当事人可以是自然人、法人或其他组织。所以,某银行与某清洁公司达成的清洁服务协议就属于劳务合同而非劳动合同。

(2) 主体的地位不同。劳动合同的双方主体间不仅存在财产关系,还存在着人身关系,劳动者在劳动合同中的地位具有双重性。而劳务合同的双方主体之间只存在财产关系,二者地位平等,彼此之间无从属性,亦不存在隶属关系。

(3) 主体的待遇不同。对于劳动者而言,劳动合同的必备条款中明确规定了劳动者的劳动报酬、社会保险待遇及其他劳动条件等;而劳务关系中的提供劳务者,一般只能获得劳动报酬。对于接受劳务的一方而言,其义务亦不同,在劳动关系中,法律给用人单位课以较多义务,以保护劳动者的合法权益,弥补劳动者的弱势地位;而在劳务关系中,因为双方主体的平等地位,法律并未给劳务合同的雇主课加特别的义务。

(4) 合同的内容不同。劳动合同的主要条款由法律明确规定,当事人自由协商的空间较小,合同内容体现了较强的国家干预和强制性;而劳务合同的主要内容 by 双方协商决定,合同内容体现了较强的意思自治。

(5) 合同的形式不同。《劳动合同法》第10条规定:“应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。”因此劳动合同的形式应当是书面的,而劳务合同则一般没有这种要求。

(6) 适用的法律不同。劳动合同由劳动法律、法规来调整;劳务合同主要由民法调整。

(7) 纠纷的处理方式不同。劳动合同纠纷发生后,若协商未果,应先到劳动仲裁委员会仲裁,不服仲裁时可在法定期间到人民法院起诉,劳动仲裁是诉讼的前置程序。劳务合同纠纷出现后,可双方协商解决,亦可直接诉讼。

## 1.1.2 劳动合同的性质

劳动合同的性质问题是劳动合同基本理论研究的课题之一,又具有重要的实践意义。对劳动合同的性质,中外学者在不同时期有不同的观点。

### 1. 国外有关劳动合同性质的学说

在西方,关于劳动合同性质的学说主要有以下四种。

(1) 租赁契约说。该说认为劳动合同就是一种对人的租赁，租赁的标的是劳动力。该说源于罗马法对租赁的分类，根据罗马法，租赁分为物之租赁、工作租赁和劳务租赁三种，此项罗马遗制为法国民法所沿袭，其第1708条规定：“租赁契约，可以分为两种：物的租赁契约；劳动力租赁契约。”将劳动合同视为与“对物租赁”相对应的“对人租赁”，租赁标的为劳动力，当合同关系消灭以后就应当回复劳动力。<sup>①</sup>

(2) 身份契约说。该说认为劳动力的给付与受领非单纯的债务契约，尤其从劳动地位的取得来观察，其所具有的身份性更为明显，且将劳动关系视为有身份上的从属关系更有利于劳工权利之维护。理论上认为该说之形成源自日耳曼法摒弃罗马法以债权法的契约关系规范劳动关系的做法，将雇佣关系亦规定在身份法之中，成为类似亲子间监护关系，并与处理亲子关系遵循相同原则。<sup>②</sup>

(3) 雇佣合同说。该说将劳动关系视为纯债权关系，并成为自由资本主义时期的主流学说，1896年的德国民法及1911年的瑞士债法均规定了这样的雇佣合同。

(4) 特种契约说。该说认为劳动合同不属于民法中的典型契约，已经形成一种特殊合同。<sup>③</sup>虽然对何为特殊合同，各种学说有不同的观点，理解和看法不一致，但都承认劳动合同是劳动法独立的体现，在立法上多对劳动合同作出了限制性的规定，改变了自由资本主义时期认为雇佣合同是纯债权关系的看法。该说为目前之通说。

## 2. 我国有关劳动合同性质的学说

在我国，关于劳动合同性质的学说主要有以下三种。

(1) 公法说。公法说是一种传统观点，产生于《劳动法》颁布之前，并与计划经济相适应。该说强调国家对劳动合同的干预，认为所有职工都与用人单位存在着劳动合同关系。“……录用通知书、报到证明文件和任职文件，等等，这些有关创建工作的文件，即属于劳动合同性质的文件，说明双方达成了协议，产生了劳动法律关系……”。<sup>④</sup>

(2) 私法说。该说基于合同的私法性质，从合同的平等、自愿原则出发，强调当事人双方合意性。与此同时，认为在立法体例上，应以合同法为核心，辅之以其他法律构建劳动合同制度。认为劳动力作为一种商品，“应当由无关统一的《合同法》进行调整，并一同遵循《合同法》的基本原则和准则。”<sup>⑤</sup>

(3) 社会法说。该说基于劳动关系兼具财产性和人身性、平等性和隶属性的特点，强调劳动合同的社会性。有学者认为：“劳动合同是劳动基准法和集体合同的基础上，对劳动者个人的劳动关系进行约定。”<sup>⑥</sup>还有学者认为：“劳动合同已经不是一种完全意义上的合

<sup>①</sup> 郭捷. 劳动与社会保障法. 北京: 中国政法大学出版社, 2007.

<sup>②</sup> 黄越钦. 劳动法新论. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.

<sup>③</sup> 郭捷. 劳动与社会保障法. 北京: 中国政法大学出版社, 2007.

<sup>④</sup> 关怀. 劳动法学. 北京: 群众出版社, 1987.

<sup>⑤</sup> 钱斐. 劳动合同法研究综述. 中国劳动, 2004 (7).

<sup>⑥</sup> 董保华. 劳动关系调整的法律机制. 上海: 上海交通大学出版社, 2000.

同,而是一种在合同自由原则基础上渗透了国家公权力必要干预的、以社会利益为本位的合同。”<sup>①</sup>

分析国外关于劳动合同性质的学说,其从劳动合同所体现的私权性质出发,着眼点在于劳动合同与一般民事合同的联系与区别上。而分析国内关于劳动合同性质的学说,其从劳动合同所体现出的国家干预出发,立足点在于法律部门的划分上。从劳动合同和劳动法产生与发展的历史以及劳动合同自身的特征看,我们赞同特种契约说的观点,同时结合社会法说,我们认为,劳动合同应是一种私法主导兼具公法性质的复合性质的合同类型。因为劳动合同所体现的劳动关系本质上是一种私法关系,要适用私法上的合同自由原则,这就决定了劳动关系的产生、变更与消灭都要遵循合同自由的原则。另一方面,劳动关系的从属性和人身性使其具有社会性,公权力应当在必要时介入,这就使之具有了公法的属性,只是这种公法介入是一种补充和保障。

### 1.1.3 劳动合同的分类

劳动合同按不同的标准,可以分为不同的类型。

#### 1. 按照用工形式划分

按照用工形式,劳动合同可分为全日制劳动合同和非全日制劳动合同两种。

(1) 全日制劳动合同。全日制劳动合同也称为典型劳动合同,是基于全日制用工而建立的劳动合同。全日制用工是指劳动者在同一用人单位每日和每周工作时间的平均数超过一定小时的用工形式。我国《劳动合同法》的一般规定都是以全日制劳动合同为对象的,其中第10条规定:“建立劳动关系,应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系,未同时订立书面劳动合同的,应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的,劳动关系自用工之日起建立。”此类劳动合同可统称为全日制劳动合同。

(2) 非全日制劳动合同。非全日制劳动合同是基于非全日制用工而建立的劳动合同,我国《劳动合同法》第68条规定:“非全日制用工,是指以小时计酬为主,劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过四小时,每周工作时间累计不超过二十四小时的用工形式。”非全日制用工是一种灵活的用工形式,它有利于适应用人单位降低人工成本、推进灵活用工的客观需要,也促进了下岗职工的再就业,从而缓解劳动力市场供求失衡的矛盾。与全日制劳动合同相比,非全日制劳动合同的特点如下。第一,非全日制劳动合同的形式比较灵活,双方当事人可以订立书面协议,亦可订立口头协议。而全日制劳动合同必须以书面形式订立。第二,非全日制劳动合同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。而全日制劳动合同的劳动者一般只能与一个用人单位建立劳动关系,若其同时与其他用人单位建立劳动关系,对完成

<sup>①</sup> 王全兴·劳动法学·北京:高等教育出版社,2004.

本单位的工作任务造成了严重影响，或者经用人单位提出却拒不改正，用人单位可以解除劳动合同。另外，用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任。第三，非全日制劳动合同的双方当事人不得约定试用期，而全日制劳动合同双方当事人可以约定试用期。第四，非全日制劳动合同双方当事人中任何一方均可随时通知对方终止用工，而且用人单位不用向劳动者支付经济补偿金。而在全日制用工合同中，用人单位必须依法解除或终止劳动合同，并且应依法向劳动者支付经济补偿金。第五，非全日制劳动合同的劳动报酬结算支付周期最长不得超过十五日，而全日制用工劳动报酬结算周期最长不得超过1个月。

## 2. 按照劳动合同的期限划分

《劳动合同法》第12条规定：“劳动合同分为固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同和以完成一定工作任务为期限的劳动合同。”与此同时，劳动合同亦可划分为固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同及以完成一定的工作为期限的劳动合同三类，这也是关于劳动合同的基本分类。

### 1) 固定期限劳动合同

固定期限劳动合同又称定期劳动合同，是指用人单位与劳动者约定合同终止时间的劳动合同。当事人在合同中明确规定了劳动合同有效的起止日期，合同约定的期限届满，劳动合同即告终止。由于固定期限劳动合同的期限范围广，所以其应变能力较强，既能保持劳动关系的相对稳定，又能促进劳动力的合理流动，是目前最为普遍的一种合同。

### 2) 无固定期限劳动合同

无固定期限劳动合同又称不定期劳动合同，是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。劳动合同只写明合同生效日期，而未明确合同终止的日期。一般而言，它适合于工作保密性强、技术复杂、生产需要长期保持人员稳定的工作岗位。

根据《劳动合同法》第14条及《劳动合同法实施条例》第7条的规定，用人单位与劳动者订立无固定期限劳动合同有三种情形。第一，在双方协商一致的情况下可以订立。第二，在一定条件下应当订立。必须具备法定情形才属于应当订立无固定期限劳动合同的情形。这里所指的条件包括：① 续延劳动合同时，劳动者已在该用人单位连续工作满10年以上，劳动者提出或者同意续订劳动合同；② 用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时劳动者在该用人单位连续工作满10年且距法定退休年龄10年以内的，劳动者提出或者同意续订劳动合同；③ 连续签订两次固定期限劳动合同后续签劳动合同的，且劳动者没有《劳动合同法》第39条和第40条第1、2项规定的情形，劳动者提出或者同意续订劳动合同。在这三种情况下，除劳动者自己提出签订固定期限的劳动合同外，用人单位都应当与劳动者签订无固定期限劳动合同。第三，法律视为已经订立无固定期限劳动合同。用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为自用工之日起满一年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同。

### 3) 以完成一定工作任务为期限的劳动合同

以完成一定工作任务为期限的劳动合同，是指用人单位与劳动者约定以某项工作的完成为合同期限的劳动合同。这种合同没有规定合同的具体终止时间，合同约定的工作任务一旦完成，合同自然终止。这实际上是一种特殊的固定期限劳动合同，但不存在合同延期的问题，它一般适用于铁路、桥梁、水利、石油勘探等工程项目及季节性很强的工作。

### 3. 按照劳动合同主体的数目为标准划分

按此标准，可将劳动合同分为个人劳动合同和集体劳动合同两类。

(1) 个人劳动合同。是指由单个的劳动者本人与用人单位依法签订的劳动合同，它规定个别劳动关系，其内容具有个别性，是劳动合同的常态。

(2) 集体劳动合同。是指由劳动者推举的代表或者工会代表企业职工一方，通过与用人单位或其团体、协会，就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项平等协商而订立的合同。它规定的是集体劳动法律关系，其内容具有广泛性、整体性。我国《劳动合同法》对集体合同作了专门规定。

## 1.2 《劳动合同法》的立法背景与宗旨

### 1.2.1 《劳动合同法》颁布实施的重要意义

继我国《劳动法》在1995年1月1日实施以来，《劳动合同法》的颁布实施，标志着我国劳动保障立法体系的进一步完善。2007年6月29日，《劳动合同法》由第十届全国人大常委会第20次会议审议通过，并由中华人民共和国国家主席颁布，自2008年1月1日起施行。这是自《劳动法》颁布实施以来，我国劳动和社会保障法制建设中的又一个里程碑。《劳动合同法》的颁布实施，有着非常重要的意义。

#### 1. 有利于更好地保护劳动者合法权益

制定《劳动合同法》是尊重劳动、保护劳动者的重要举措。因为劳动者是社会主义国家的主人，切实保护广大劳动者的合法权益，是我国社会主义现代化建设的根本要求，也是社会主义制度生命力和优越性的体现。《劳动合同法》通过对劳动合同的订立、履行、解除、终止等作出符合社会主义市场经济要求和我国国情的规定，在尊重用人单位用工自主权的基础上，要求用人单位必须与劳动者订立书面劳动合同、规定用人单位必须全面履行劳动合同、引导用人单位合理约定劳动合同期限、规范用人单位解除和终止劳动合同行为、要求用人单位在解除和终止劳动合同时必须依法支付经济补偿，从而在劳动者十分关心的这些问题上，有效地保护劳动者的合法权益。

#### 2. 构建和发展和谐稳定的劳动关系

落实科学发展观、构建和谐社会是当今社会的主要发展任务。劳动是人类社会最基