

- 教育部人文社会科学研究项目基金资助
- 湖北省社会科学基金项目资助
- 湖北省教育厅人文社会科学研究项目资助
- 湖北省中小企业研究中心项目资助

问清泓 著

劳动合同法 制度与实践研究

LAODONGHETONGFA
ZHIDUYUSHIJIANYANJIU

湖北长江出版集团
湖北人民出版社

问清泓 著

劳动合同法 制度与实践研究

LAODONGHETONGFA
ZHIDUYUSHIJIANYANJIU

湖北长江出版集团
湖北人民出版社

鄂新登字 01 号

图书在版编目(CIP)数据

劳动合同法制度与实践研究/问清泓著.
武汉:湖北人民出版社,2011.4

ISBN 978 - 7 - 216 - 06764 - 5

I. 劳…

II. 问…

III. 劳动合同—合同法—研究—中国

IV. D922.524

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 037269 号

劳动合同法制度与实践研究

问清泓 著

出版发行: 湖北长江出版集团
湖北人民出版社

地址:武汉市雄楚大街 268 号
邮编:430070

印刷:武汉贝思印务设计有限公司

印张:17.875

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32

插页:3

版次:2011 年 4 月第 1 版

印次:2011 年 4 月第 1 次印刷

字数:462 千字

定价:50.00 元

书号:ISBN 978 - 7 - 216 - 06764 - 5

本社网址:<http://www.hbpp.com.cn>

特 别 感 谢

教育部人文社会科学研究项目基金资助：“和谐劳动关系与《劳动合同法》研究”（编号 09YJA820060）

湖北省社会科学基金项目资助：“《劳动合同法》制度与实践研究”（编号 [2009] 130）

湖北省教育厅人文社会科学研究项目资助：“和谐劳动关系与劳动法研究”（编号 2009y015）

湖北省中小企业研究中心项目资助：“《劳动合同法》背景下中小企业劳资关系研究”（编号 WH2009004）

前 言

劳动法是笔者为大学法学本科生和研究生讲授的主要课程，也是笔者一直从事研究的部门法。从 2002 年开始一直到现在，每年上半年为本科生和研究生讲授经济法，下半年则为本科生和研究生讲授劳动法，弹指已经九年了，我与劳动法的教学与研究已经结下了深深的“缘分”。缘起于教，教学相长；研源于教，教研互进。2006 年是让人难以忘怀的一年，3 月，我国《劳动合同法》（草案）开始向全社会公开征求意见，开启了民主立法、开门立法的先河，引起了巨大的社会反响，并一直持续到 2008 年 1 月 1 日《劳动合同法》实施之后。在我国还没有任何一部法律像《劳动合同法》这样如此广泛、深入、持久和激烈地被关注和争论，从其草案的制订，到四审稿和最终稿的颁布及实施，整个过程一直都是社会各界关注的热点。本人对劳动法的教、学、研也同样被卷进了这场激流中，一发不可收拾，劳动合同法也成为了我教学与研究中的主要的部分。本人的博士论文也是围绕着劳动合同法而进行的，即本书的第一章“劳动合同之‘三分法’解析”。经过四年的学习、研究和写作，最终于 2009 年完成的博士论文，在双向匿名评审中获得了好评，并通过了答辩，本人也因此获得了武

汉大学的法学博士学位，可以说，对劳动合同法的教、学与研究成就了我的最高学历。沐珞珈灵气数载，悟劳动法义终身。

劳动法学历长期以来是一门较小的学科，在国家学科目录中还没有劳动法这样的二级学科，劳动法还是其他二级学科如经济法或民商法下属的学科方向，这极大地影响了劳动法的教学与研究，也一直是我国高等法学教育的“软肋”，在高校中劳动法这门课程也一直不是主干核心课程，仅仅还是选修课，由此可见，劳动法的学科地位较低。

笔者在教学与研究的过程中，发现我国的劳动法制度设计中有许多非常特别和让人困惑的地方。《劳动合同法》并没有完全克服原来的立法缺陷。于是，在长期教学与研究的基础上，经过几年的思考和写作，终成此文。撰写本书的主要目的是对这几年来对劳动法特别是劳动合同法的“教—学—研”之所得作一总结，书中的有些观点和内容直接来源于原先已经公开发表的成果，有的是没有发表过的新作，时间跨度为 2005 年至今。本书仅仅可以算是笔者这几年来关于劳动法的教学与研究的小结，悟劳动法义将是我的毕生所求。

劳动合同按照合同期限的不同，可以分为三种：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为期限的劳动合同，此即为劳动合同的“三分法”。“三分法”的实质就是以劳动合同的三种期限为主线，构建劳动合同制度，这已经成为了劳动合同立法的一般规律和趋势，我国的劳动立法也一直沿袭了这一普遍做

法。但是，我国劳动法一直还是非常弱小的学科，它从传统民法中脱离而出，但是还没有形成自己真正的学科体系和理论。劳动法的许多理念、价值和制度设计，都让人迷惑不解，尤其是“三分法”下的一些劳动合同的制度构建更是如此。劳动合同的有些制度设计完全脱离了“私法”合同自由之契约精髓和价值理念，不合法理；有的将“私法”和“公法”或“社会法”的理念杂糅在了一块，显得不伦不类；制度设置中还有一些主要遗漏，凸显立法空白。由于我国没有完全“吃透”很多国家和地区的三种劳动合同的深刻内涵，制度的借鉴和移植中存在着严重的“水土不服”，有的甚至背离了世界劳动合同制度发展的一般规律和趋势。《劳动合同法》颁布实施以来，这些问题更加凸现，迫切需要我们研究，以探寻破解之法。

本书共分为十章。

第一章以劳动合同的期限制度为主线，以劳动合同的“三分法”下的三种劳动合同为重点，以立法缺陷及解决对策为落脚点，采用比较分析、立法研究与司法实践相结合的方法，对固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同和以完成一定工作为期限的劳动合同进行了解析，对如何完善我国的劳动立法、如何科学理解和正确实施现行劳动合同法，提出了相关的建设性的建议。“固定期限劳动合同”分析了固定期限劳动合同的特征、我国固定期限劳动合同制度形成的原因、固定期限与服务期期限的竞合以及我国固定期限劳动合同制度的缺陷。“无固定期限劳动合同”分析了无固定期限劳动合

同制度的三种主要模式，阐述了我国无固定期限劳动合同的成因、无固定期限劳动合同的订立和我国无固定期限劳动合同制度设计的误区及对策。“以完成一定工作任务为期限的劳动合同”分析了此类合同与固定期限劳动合同的区别、订立范围、合同解除或终止的经济补偿及以完成一定工作为期限劳动合同的制度检讨及重构。

第二章阐述了试用期制度定义、形式、性质和期限，将试用期与见习期、学徒期等进行了比较分析，对试用期间的主要权利进行了分析，特别是对我国试用期制度的立法缺陷进行了全面的解析，提出了构建“学徒合同”制度的新观点。

第三章论述了服务期法律性质、服务期的条件，对我国服务期制度的立法缺陷进行了深刻解析，对试用期与服务期条款的竞合问题进行了分析，具有一定的理论创新性。

第四章解析了违约金制度，对劳动合同之违约金的法律性质进行了新的研究，提出了劳动合同中的违约金法律性质应为补偿性和非对称性的新观点。

第五章分析了劳动合同之后合同义务。重点阐述了劳动合同之后合同义务中的抗辩权问题、诉讼时效和权利失效问题，观点比较独特。

第六章研究了劳动合同之竞业限制问题。竞业限制分为法定竞业限制或禁止和约定竞业限制或禁止。《劳动合同法》对竞业限制进行了专门规定，具有很高的立法价值，但是，还存在“法定”与“约定”之争，没有体现出违约金的补偿性的性质，偏漏了劳动关系存在时

的竞业限制义务。

第七章对内部劳动规则进行了解析，比较分析了内部劳动规则和集体合同的四个维度，内部劳动规则具有集体合同的属性，可以将内部劳动规则视作集体合同之一种或一部分。这是笔者提出的新观点。

第八章对集体合同、产业行动和争议调解仲裁中的三方机制进行了剖析。产业行动制度是发达国家劳动法特别是集体合同法中的重要制度，产业行动中之原则与和平义务，充分保障了产业行动的有序性。我国急需建立产业行动制度，依法规制、正确引导和解决劳资冲突事件，构建和谐劳动关系。

第九章比较分析了域外的反性骚扰立法问题。我国应当在劳动法特别是《劳动合同法》中用工作环境权构建反性骚扰制度，以规制工作场所的性骚扰。在现有法律体系下，求职中的性骚扰问题应当纳入劳动法领域加以规制。

第十章阐述了特殊劳动关系的理论和实践。高级管理人员的劳动关系是否由劳动法调整，是有争议的问题，笔者从法理、立法例和司法实践分析认为高级管理人员的劳动关系是不能受劳动法调整的；大学生勤工俭学行为应当受到《劳动合同法》的保护；农民工是我国劳动法与劳动合同法上的劳动者，理应受到劳动法和劳动合同法的全面保护，雇佣合同应当与劳动合同合并立法，一起受劳动法的调整，集体合同特别是专项集体合同，应当是保障农民工劳动权益的重要制度选择之一；劳务派遣作为一种新兴的用工形式，受到用人单位的热

捧，特别是逆向劳务派遣更为普遍，逆向劳务派遣有一些新问题值得探讨；本书还对非全日制用工之多重劳动关系的认定和多重劳动关系中的疑难问题进行了新的探讨。

本书是笔者长期从事劳动法和劳动合同法教学与研究的积淀，很多观点具有创新性和实际应用价值，但是还有很多问题研究得不够深入；有些资料还不够详实；有些观点和论证还比较粗糙。笔者将在今后的教学与研究中不断努力，以期更进一步。

问清泓

2010年9月16日

目 录

第一章 劳动合同之“三分法”解析	(1)
第一节 劳动合同的立法理念	(1)
一、劳动合同之“三分法”类型化	(1)
二、国外的立法理念	(8)
三、我国的立法理念	(22)
第二节 固定期限劳动合同	(26)
一、固定期限劳动合同的特征	(26)
二、我国固定期限劳动合同制度形成的原因	(38)
三、固定期限与服务期期限的竞合	(43)
四、我国固定期限劳动合同制度的缺陷	(50)
第三节 无固定期限劳动合同	(84)
一、无固定期限劳动合同制度的比较与借鉴	(86)
二、我国无固定期限劳动合同的成因分析	(100)
三、我国无固定期限劳动合同的订立	(105)
四、我国无固定期限劳动合同制度设计的误区及对策	(124)
第四节 以完成一定工作任务为期限的劳动合同	(136)
一、与固定期限劳动合同的区别	(138)
二、以完成一定工作为期限劳动合同的范围	(145)
三、合同解除或终止后的经济补偿	(150)
四、以完成一定工作为期限劳动合同的制度检讨及 重构	(157)
第二章 试用期制度	(167)

第一节 概述	(167)
一、试用期的定义	(167)
二、试用期的形式	(171)
三、试用期的性质	(177)
四、试用期的期限	(182)
第二节 试用期与见习期、学徒期的比较	(188)
一、见习期	(188)
二、学徒期、熟练期、实习期	(190)
三、试用期与见习期、学徒期、熟练期、实习期的区别	(191)
四、试用期与见习期、学徒期规定之检讨——“学徒合同”之构想	(192)
第三节 试用期间的主要权利	(200)
一、劳动者的权利	(200)
二、用人单位的解除权	(204)
第四节 我国试用期制度的立法缺陷	(208)
一、试用期的最长期限太长	(208)
二、试用期的豁免制度缺失	(213)
三、期限与职业岗位没有挂钩	(216)
四、短期合同试用期规定欠妥	(221)
第三章 服务期制度	(223)
第一节 服务期的法律性质	(223)
一、服务期的定义	(223)
二、服务期的性质	(224)
第二节 服务期的条件	(228)
一、服务期立法现状	(228)
二、服务期的条件	(230)
第三节 服务期制度之改进	(233)
一、设置服务期的期限限制	(233)

二、明确界定专业技术培训·····	(236)
三、增加约定服务期的条件·····	(239)
四、应当在劳动合同期满而服务期未满时,有效均衡 双方利益·····	(243)
第四节 试用期与服务期条款的竞合·····	(249)
一、试用期内也可以约定服务期·····	(250)
二、效力认定及责任竞合·····	(251)
第四章 违约金制度·····	(256)
第一节 违约金的含义及法律性质·····	(256)
一、民法中违约金的含义及法律性质·····	(256)
二、劳动合同之违约金的含义及法律性质·····	(258)
第二节 我国劳动法之违约金的立法现状·····	(264)
一、劳动法及法规对违约金的规定·····	(264)
二、地方规章对违约金的规定·····	(265)
三、《劳动合同法(草案)》关于违约金的规定·····	(269)
四、《劳动合同法》关于违约金的规定·····	(273)
第三节 立法选择·····	(274)
一、直接禁止立法例·····	(275)
二、限制性允许立法例·····	(277)
三、放任自由立法例·····	(280)
第五章 劳动合同之后合同义务·····	(282)
第一节 劳动合同之后合同义务的特征·····	(282)
第二节 劳动合同之后合同义务的抗辩权·····	(285)
第三节 劳动合同之后合同义务争议·····	(289)
一、争议的性质·····	(289)
二、诉讼时效及权利失效问题·····	(290)
第四节 劳动合同之后合同义务的内容·····	(293)
一、用人单位的后合同义务·····	(293)
二、劳动者的后合同义务·····	(306)

第六章 劳动合同之竞业限制	(310)
第一节 竞业限制的概念	(310)
第二节 法定竞业禁止和约定竞业禁止比较分析	(312)
第三节 《劳动合同法》竞业限制条款的立法价值	(313)
第四节 《劳动合同法》竞业限制条款的立法缺陷	(316)
一、“法定”与“约定”没有达到有效均衡	(316)
二、没有明确规定竞业限制的范围	(318)
三、没有明确竞业限制的补偿标准	(320)
四、没有明确规定劳动关系存在时的竞业限制义务	(321)
五、竞业限制条款的效力有待厘定	(322)
第七章 内部劳动规则	(324)
第一节 内部劳动规则的性质	(324)
一、契约说或合同说	(325)
二、法规说	(326)
三、事实说	(327)
四、根据二分说	(328)
五、集体合意说	(328)
六、格式条款说	(328)
第二节 内部劳动规则的主体	(331)
第三节 内部劳动规则的内容	(332)
第四节 内部劳动规则的制订程序	(334)
第五节 内部劳动规则的效力	(337)
第八章 三方机制	(339)
第一节 三方机制的法律渊源	(340)
第二节 集体合同中的三方机制	(342)
一、三方对话意思的形成	(342)
二、集体合同订立中的对话	(344)
第三节 产业行动中的三方机制	(348)

一、产业行动的内涵·····	(348)
二、产业行动对话的特征·····	(350)
第四节 争议调解仲裁中的三方机制·····	(355)
一、我国劳动争议调解和仲裁中的对话·····	(355)
二、与英瑞美劳动争议调解和仲裁的比较与借鉴·····	(357)
第五节 美国三方机制之借鉴·····	(360)
一、权利争议之三方机制·····	(362)
二、利益争议调解之三方机制·····	(363)
三、利益争议仲裁之三方机制·····	(365)
四、中美劳动争议之三方机制比较·····	(371)
第九章 反性骚扰问题·····	(378)
第一节 域外反性骚扰立法分析·····	(379)
一、美国反性骚扰立法分析·····	(379)
二、英国反性骚扰立法分析·····	(383)
三、我国台湾反性骚扰立法分析·····	(384)
第二节 我国反性骚扰的立法构想·····	(388)
一、在《妇女权益保障法》的基础上, 出台司法解释 ·····	(388)
二、在劳动法或劳动合同法中建立反性骚扰制度, 以 规制工作场所的性骚扰·····	(389)
三、在民法或民法典中建立反性骚扰侵权制度, 以 规制工作场所之外的性骚扰·····	(393)
四、出台性骚扰防治法·····	(395)
第三节 求职中的性骚扰问题·····	(395)
一、求职过程中性骚扰的法律分析·····	(395)
二、将求职中的性骚扰纳入劳动法领域加以规制是 我国解决该问题的唯一可行的途径·····	(398)
第十章 特殊劳动关系的理论和实践·····	(403)
第一节 高级管理人员劳动关系之调整·····	(403)

一、立法现状分析·····	(403)
二、法理比较分析·····	(408)
三、司法实践分析·····	(414)
四、企业应对之策·····	(417)
第二节 大学生勤工俭学问题·····	(418)
一、大学生勤工俭学行为的法律性质·····	(419)
二、《劳动合同法》非全日制用工规定对大学生劳动 权益的保护·····	(424)
第三节 农民工劳动权益保障问题·····	(428)
一、劳动法上的劳动者与农民工的关系·····	(430)
二、劳动合同与农民工劳动权益保障·····	(434)
三、集体合同与农民工权益保障·····	(441)
四、工会法与农民工权益保障·····	(447)
第四节 逆向劳务派遣研究·····	(462)
一、逆向劳务派遣的法律定义·····	(462)
二、逆向派遣的法律性质分析·····	(463)
三、逆向劳务派遣法律规制·····	(465)
第五节 非全日制用工之多重劳动关系研究·····	(472)
一、非全日制用工中多重劳动关系的立法演进·····	(472)
二、多重劳动关系的认定·····	(474)
三、多重劳动关系之疑难问题分析·····	(477)
附录·····	(488)
一、中华人民共和国劳动法·····	(488)
二、中华人民共和国劳动合同法·····	(504)
三、中华人民共和国劳动争议调解仲裁法·····	(524)
四、中华人民共和国劳动合同法实施条例·····	(534)
五、最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律 若干问题的解释(一)·····	(542)
六、最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律	

若干问题的解释（二）	（547）
七、最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律	
若干问题的解释（三）	（551）
后记	（555）