

# 劳动合同法研究

Research on Employment Contract Law | 徐智华 / 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

# 劳动合同法研究

Research on Employment Contract Law | 徐智华 / 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

劳动合同法研究/徐智华著. —北京:北京大学出版社, 2011. 9

ISBN 978 - 7 - 301 - 19527 - 7

I. ①劳… II. ①徐… III. ①劳动合同法 - 研究 - 中国  
IV. ①D922.524

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 192299 号

书 名: 劳动合同法研究

著作责任者: 徐智华 著

责任编辑: 周 菲

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 19527 - 7/D · 2948

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027  
出版部 62754962

电子邮箱: [law@pup.pku.edu.cn](mailto:law@pup.pku.edu.cn)

印 刷 者: 三河市北燕印装有限公司

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 18.75 印张 267 千字

2011 年 9 月第 1 版 2011 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 36.00 元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:[fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

## 作者简介

徐智华,中南财经政法大学法学院教授,现任中南财经政法大学劳动法与社会保障法研究中心主任,中国劳动法学研究会常务理事,中国人力资源开发研究会劳动关系分会理事,中国法学会社会法学研究会理事,湖北省经济法研究会常务理事,武汉市民商法研究会常务理事。主要从事劳动法、社会保障法、经济法的教学和研究工作。近年来公开发表论文 60 余篇,撰写专著及合著 5 部。主要代表作有:《劳动者权益维护与法律适用》、《劳动法学》、《社会保障法》、《劳动争议处理的几个疑难问题研究》、《劳动争议仲裁制度的缺陷与完善》、《社会保障立法问题研究》、《失业保险立法问题研究》、《完善劳动合同立法的几个问题》等,其中有专著和多篇论文获省部级优秀成果奖。负责主持研究的课题主要有:中国法学会部级法学研究重点课题:社会保险基金运营、管理、监督制度研究;中国法学会部级法学研究课题:劳动合同法实施疑难问题研究;湖北省社科基金:和谐社会构建与弱势群体利益保障研究;湖北省社科“十五”规划第一批项目:社会保障立法问题研究;湖北省人文社会科学研究项目重点项目:湖北弱势群体利益保障研究;武汉市社科基金:国有改制企业劳动关系协调研究等。

# 前 言

我国《劳动合同法》从立法起草开始就引起全社会的广泛关注,2008年1月1日,《劳动合同法》正式开始实施,至今已三年有余,该法切实地关系着每一个劳动者的切身权益。《劳动合同法》对劳动合同的订立、履行和变更、解除和终止等主要问题作出了专门规定,为统一和完善劳动合同制度奠定了法律基础,为劳动者保护自己的合法权益提供了坚实的依据,使劳动合同立法进入了一个新的发展阶段。在《劳动合同法》实施三年多之际,总结经验,研究实施过程中存在的各种问题,提出解决问题的对策和建议,无疑极具理论和现实意义。

本书结合《劳动合同法》的规定,对劳动合同的理论和实践进行了深入的研究。本书由11章构成,系统地论述了劳动合同的基本原理,当事人的权利和义务,劳动合同的形式和内容,劳动合同的法律效力,劳动合同的订立、履行、变更、终止和解除,劳动合同的管理与法律责任,劳务派遣和非全日制用工的特别规定等。本书采用理论与实践、学与术、义理与法条相结合的方法,借鉴和参考已有的研究成果,研究和分析《劳动合同法》,以及分析现行法律法规在适用中的漏洞,全面地阐释了劳动合同法的主要制度和规定,及时地反映了劳动合同立法的新动态和劳动用工制度改革的新经验,并注意吸收和借鉴了国内外相关学科的最新研究成果。

本书特别针对《劳动合同法》实施中的一些疑难问题进行了深入的研究,诸如事实劳动关系、劳动合同解除、违约责任、劳务派遣、劳动监察、非全

## 2 劳动合同法研究

日制用工等,通过对《劳动合同法》实施情况的调查,发现其中存在的问题,并进而分析各种问题背后的本质和原因,立足《劳动合同法》实施后的政府劳动行政部门、用人单位和劳动者以及工会在适用《劳动合同法》方面的实际效果,对比立法初衷,理论结合实践,并借鉴国外先进立法经验,提出了若干有价值的完善法律规定的思路和解决问题的对策建议。

# 目 录

## **第一章 劳动合同的基本原理 / 1**

第一节 劳动合同的概念和特征之阐述 / 1

第二节 劳动合同立法概况及劳动法治评价 / 6

第三节 劳动合同与相关合同之比较 / 16

第四节 劳动合同的分类研究  
——兼论无固定期限劳动合同的  
立法完善 / 19

## **第二章 劳动合同当事人权利义务概论 / 46**

第一节 劳动权利能力和劳动行为能力 / 46

第二节 劳动法律事实和劳动法律关系 / 48

第三节 劳动合同当事人的基本权利  
与义务论 / 54

**第三章 劳动合同的形式和内容 / 75**

第一节 劳动合同的形式 / 75

第二节 劳动合同的内容 / 78

**第四章 劳动合同的订立 / 88**

第一节 劳动合同订立概述 / 88

第二节 劳动合同订立的程序 / 90

第三节 劳动合同的续订 / 94

第四节 事实劳动关系之剖析 / 97

**第五章 劳动合同的法律效力 / 114**

第一节 劳动合同的有效 / 114

第二节 劳动合同的无效 / 115

第三节 完善无效劳动合同的确认  
标准的建议 / 118

**第六章 劳动合同的履行和变更 / 121**

第一节 劳动合同的履行 / 121

第二节 劳动合同的变更 / 124

**第七章 劳动合同的终止和解除 / 127**

第一节 劳动合同的终止 / 127

第二节 劳动合同解除制度概述 / 129

第三节 劳动合同解除的概念和种类 / 131

第四节 各国和地区关于劳动合同  
解除的立法 / 134

第五节 劳动合同解除的条件 / 140

第六节 劳动合同解除的程序 / 151

第七节 劳动合同终止的法律后果 / 153

第八节 劳动合同解除立法之完善研究 / 161



**第八章 劳动合同的管理 / 175**

- 第一节 劳动合同管理的概念和体制 / 175
- 第二节 劳动合同管理的措施 / 176
- 第三节 劳动监察的一般理论 / 180
- 第四节 完善我国劳动监察制度的思路 / 187

**第九章 违反劳动合同的责任 / 202**

- 第一节 违反劳动合同责任与违约金研究 / 202
- 第二节 用人单位违反劳动合同法  
的法律规制 / 210
- 第三节 劳动者违反劳动合同法的法律规制 / 218
- 第四节 管理部门的法律责任 / 221
- 第五节 完善劳动合同违约责任制度之研究 / 222

**第十章 劳务派遣制度 / 240**

- 第一节 劳务派遣概述 / 240
- 第二节 劳务派遣的立法概况 / 243
- 第三节 劳务派遣法律关系 / 248
- 第四节 劳务派遣范围 / 253
- 第五节 完善我国劳务派遣立法的思路 / 254

**第十一章 非全日制用工制度 / 267**

- 第一节 非全日制用工的概念和特征 / 267
- 第二节 非全日制用工的立法概况 / 268
- 第三节 非全日制用工的特殊法律规定 / 269
- 第四节 完善我国非全日制用工制度的思路 / 272

**参考文献 / 289**

# 第一章 劳动合同的基本原理

## 第一节 劳动合同的概念和特征之阐述

### 一、劳动合同的概念之阐释

劳动合同亦称劳动协议或劳动契约,国外还称雇佣合同或雇佣契约。在立法上对劳动者与雇主关系进行调整始于公元6世纪的罗马法。在自由资本主义时期,根据契约自由原则,各国主张不干预雇佣关系,此时,劳动合同还未从民法中分离出来。20世纪后,各国政府对契约自由加以限制,纷纷通过立法对劳动合同进行专门规定。1900年3月10日,比利时首先制定《劳动合同法》,将劳动契约从民法中分离出来。截止到20世纪六七十年代,世界上大多数国家都对劳动合同或劳动合同的制定专门立法,或在劳动法中作出专门的规定。明确规定劳动合同的定义者为《布莱克法律辞典》,该法典规定:“劳动合同是雇主与雇员之间就劳动管理、工作条件、工资、津贴和惩罚做出的约定”。

我国《中华人民共和国劳动法》(以下简称《劳动法》)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。”“建立劳动关系应当订立劳动合同。”该条规定从法律上明确了劳动合同的含义。在我国劳动合同是劳动者与用人单位在一定条件下建立劳动关系的法律形式。用合同形式明确劳动者与用人单位的劳动关系,是我国劳动法制进步的标志,对实现劳动关系调整从行政手段向法律手段转变具有重大的意义。劳动合同是市场经济体制下用人单位与劳动者进行双向选择,确定劳动关系,明确双方权利义务的法律文件,是保护劳动者合法权益的基本依据。劳动合同法是实现劳动力资源的市场配置,维护劳动关系和谐稳定的重要法律制度,目前我国在劳动用工中已经普遍推行劳动合同制度。

综上所述,根据法律关系应具备法律关系主体、法律关系客体和法律关系内容三要素的基本原理,结合学术界关于劳动合同的各种理论,可以这样界定劳动合同的概念:劳动合同是劳动者和用人单位为确立劳动关系,依法在平等自愿基础上协商一致,明确双方劳动权利和义务的协议。劳动者和用人单位双方当事人,根据劳动合同履行相关的义务并享受一定权利,如劳动者应为用人单位提供劳动,接受用人单位管理,同时用人单位依法向劳动者支付劳动报酬、缴纳社会保险,并为劳动者提供必要的劳动条件。

## 二、劳动合同的特征之分析

劳动合同是一种特殊的合同,与其他合同相比具有以下特征:

### (一) 劳动合同的主体特定为劳动者与用人单位

劳动合同的主体具有特定性,即双方当事人特定为劳动者与用人单位。对用人单位有特定的要求,根据我国《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)第2条和《中华人民共和国劳动合同法实施条例》(以下简称《劳动合同法实施条例》)第3条及第4条的规定,用人单位包括我国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位、国家机关、事业单位、社会团体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。其中,用人单位设立的分支机构,依法取得营业执照或者登记证书的,可以作为用人单位与劳动者订立劳动合同;未依法取得营业执照或者登记证书的,受用

人单位委托可以与劳动者订立劳动合同。

另外一方当事人特定为劳动者,劳动者应具有劳动权利能力和劳动行为能力,包括中国人、外国人以及无国籍人,我国《劳动法》规定:凡年满16周岁、有劳动能力的公民是具有劳动权利能力和劳动行为能力的人,即劳动者的就业法定最低年龄为16周岁,除法律有特殊规定之外,任何单位不得与未满16周岁的公民确立劳动关系。

劳动合同是当事人确立劳动关系的法律形式,而劳动关系则是劳动者与用人单位在实现劳动过程中形成的社会关系,作为劳动法调整对象的劳动关系,具有以下特征:(1)劳动关系的双方当事人是特定的。即一方是劳动者,另一方是劳动力使用者(或称用人单位)。劳动关系的主体双方,各自具有独立的经济利益,劳动者提供劳动力,并要求获得相应的报酬和工作条件;劳动力使用者为获得经济利益,将要求包括降低人工成本等方面的经济利益。(2)劳动关系是以劳动为其主要内容并且在劳动过程中结成的关系。劳动关系是在社会劳动过程中发生的关系。劳动者按劳动合同的规定提供劳动和履行劳动义务,劳动力使用者(用工方)组织劳动者进行劳动(生产或经营),提供劳动过程所需要的生产条件和工作条件,劳动是双方主体结成的劳动关系的内容和实质,而双方当事人是在直接的劳动过程中发生的劳动关系。(3)劳动关系主体双方存在行政隶属关系,即管理和被管理关系。劳动关系建立后,劳动者作为用工单位的职工,要依法服从用人单位的行政管理,遵守劳动规章制度。这种双方之间的从属关系是劳动关系的固有的特点。

以上劳动关系的特点,可以将劳动法调整的劳动关系,与其他法律调整的与劳动有关的社会关系相区别,如承揽关系中的制作人和定作人的关系;著作人和出版社的关系等。这些关系虽与劳动有关,但这些关系不是直接在劳动过程中发生的,双方没有构成劳动关系的主体资格,双方也不存在管理与被管理关系。作为确立劳动关系的法律形式,劳动合同必须由劳动者与用人单位以当事人的身份订立。从合同法原理上说,劳动者与用人单位以当事人身份订立劳动合同的,该劳动合同对当事人双方就具有法律约

束力。

### (二) 劳动合同形式具有书面订立之特殊性

劳动合同形式的特殊性表现在,建立劳动关系应当订立书面劳动合同。我国《劳动法》规定:用人单位和劳动者建立劳动关系应当订立劳动合同,劳动合同应以书面的方式签订。《劳动合同法》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1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。”由上述规定可见,在我国只要形成了劳动关系,就应当签订书面劳动合同;形成劳动关系而没有签订书面劳动合同的,法律上称之为“事实劳动关系”。《劳动合同法》第10条对签订劳动合同的时间以及事实劳动关系的法律责任作了严格的规定。因此,此举有利于从源头上杜绝事实劳动关系的产生,根治用人单位回避与劳动者签订劳动合同,用以逃避为职工缴纳社会保险的义务以及降低解雇职工时支付经济补偿金等成本的现象。

通过订立劳动合同,劳动者成为用人单位的一员,并遵守用人单位的内部规则和制度,向用人单位提供劳动并取得劳动报酬,实现劳动力与生产资料的结合。用人单位则分配被录用劳动者的工作,按照劳动的数量与质量支付工资,并提供劳动法规定和双方协商的劳动条件,实现对劳动力的科学管理。我国法律规定,建立劳动关系应当订立劳动合同。这表明,劳动合同应当成为在劳动力市场上确立劳动关系的普遍性法律形式。

### (三) 劳动合同的内容特定为劳动权利和义务

劳动合同的内容包括工作内容、劳动保护、劳动报酬、劳动纪律、违约责任等条款,用以明确劳动者和用人单位双方当事人在劳动过程中的相互权利和义务,这些权利与义务都与劳动过程密切相关,是当事人享受劳动权利和承担劳动义务的依据。劳动合同内容的特殊性具体表现在,即劳动合同的标的是劳动者提供给用人单位的劳动行为,一方面用人单位有权依照劳动合同的相关约定管理劳动者,另一方面劳动者必须依照用人单位的规定提供劳动,这个过程的实施同时就是满足劳动合同目的的过程。劳动者向

用人单位提供劳动力,用人单位使用劳动力并向劳动者支付劳动报酬。

劳动合同作为一种双方法律行为,除具有合同的一般属性外,它还具有以下特定的法律属性:(1) 诺成性。只需双方当事人意思表示一致劳动合同即可成立,法律不要求劳动者提供劳动或用人单位支付劳动报酬作为劳动合同成立的前提条件。(2) 附合性。双方当事人就劳动合同内容意思表示一致的过程,在实践中通常表现为由劳动者对用人单位提出的劳动合同主要条款附合表示同意的过程。只要用人单位提出的合同的条款不违法,这种附合性合意行为就即为法律所允许。(3) 双务性。劳动者和用人单位都负有义务,且各方所负义务既是与各自所享有权利对应的代价,又是实现对方相应权利的保证。(4) 从属性。按照劳动合同的约定,劳动者在身份上和组织上从属于用人单位,遵照用人单位的要求为用人单位劳动、完全纳入用人单位的经济组织和生产结构之内。(5) 有偿性。依据劳动合同,劳动者一方面向用人单位提供劳动,另一方面向用人单位取得劳动报酬等劳动力再生产费用,这是一种等量劳动相交换的关系。(6) 继续性。劳动合同所约定的权利和义务在劳动关系存续期间继续存在,要求由劳动者和用人单位在此期间内继续实现。即劳动者应当日复一日、周复一周、月复一月地履行其提供劳动的义务,用人单位履行其义务的行为则应与此相伴随。

#### (四) 劳动合同运行具有较强的法定性

劳动合同的签订、履行、变更和解除都必须以法律规定为依据,且多为强制性规定。这是因为劳动关系事关劳动者的生存权和发展权,而劳动者在劳动关系中又处于弱势地位,为保护劳动者的权利,我国《劳动法》等对劳动合同进行了一定程度的限制和干预。如工作和休息时间的规定、社会保险的缴纳和劳动安全卫生标准及工资保障等强制性规定。此外,劳动合同的订立、履行、变更、解除等,国家立法也进行了相应干预,从我国《劳动合同法》及《劳动合同法实施条例》等多个条文中明显可见,这些规定都是通过限制和规范用人单位的相关行为,从而达到合法用工和保护劳动者的权益之目的。

## 第二节 劳动合同立法概况及劳动法治评价

### 一、国外劳动合同立法简况

西方工业化国家的劳动合同经历了一个由民法到劳动法的过程。20世纪以前,劳动合同被载人民法,完全适用“契约自由”原则。例如,法国1804年制定的《拿破仑法典》中有关于劳动合同的专门条款,将其称为“劳动力租赁契约”。在该法典的影响下,意大利、丹麦、西班牙等欧洲国家,加拿大、智利、阿根廷等美洲国家,日本等亚洲国家,都把劳动合同列为其民法典的内容。

到20世纪初,出于国家干预劳动合同和协调劳动关系的需要,劳动合同才由民法范围转入劳动法范围。比利时于1900年3月制定《劳动契约法》,开创了从劳动法的角度进行劳动合同立法的先河。法国于1910年颁布的《劳动法典》第一卷,把雇佣合同列为第二篇。其后,许多国家相继把劳动合同置于劳动立法的范围。

现代劳动合同的立法有三种模式:(1)在劳动法典等劳动基本法中将劳动合同单列为一章或一篇,如德国、日本、加拿大等;(2)制定关于劳动合同的专项法规,如意大利、丹麦、印度等;(3)少数国家仍然沿用民法的合同法或者按普通法由判例对劳动合同进行规范,如英国、美国等。

### 二、我国劳动合同立法概述

我国的劳动合同立法有较长的发展过程。早在1931年中央苏区颁布的《中华苏维埃劳动法》即规定:“劳动合同是一个或几个工人与雇主订立的协定,劳动合同的协定,劳动合同的条件与劳动法和现行的劳动法令及集体合同的条件较恶劣者,皆不能发生效力。”1933年,中央苏区又公布《中华苏维埃共和国劳动法》,其第87条规定:“劳动合同即两人或两人以上缔结

的契约,一方面(被雇人)因受他方面(雇主)的报酬供给他的劳动力。”抗日战争时期《陕甘宁边区劳动保护条例(草案)》中也对劳动合同作了规定,1948年8月中国第六次全国劳动大会关于中国工人运动当前任务的决议指出:“劳动须有契约。”中华人民共和国成立以来,劳动合同立法一直是劳动立法的一个重要组成部分。新中国成立初期,在劳动部制定的《失业技术员工登记介绍办法》(1950年)、《关于各地招聘职工的暂行规定》(1951年)、《关于建筑工程单位往外地招用建筑工人订立劳动合同的办法》(1954年)等法规中,都要求通过订立劳动合同来确立劳动关系。社会主义改造完成以后随着固定工制度的普遍实行,在正式工中订立劳动合同的办法消失,有关法规中仅要求临时工与用人单位订立劳动合同。在始于20世纪80年代的劳动制度改革过程中,劳动合同立法有了突破性的发展。1980年,国务院发布了《中外合资经营企业劳动管理规定》,要求合资企业职工的雇佣、解雇和辞职,以及劳动关系各项内容,都通过订立劳动合同加以规定。1984年,国务院先后颁发和批转了关于矿山、建筑和搬运装卸作业从农村招用合同制工的几个规定,使劳动合同的法定适用范围,从国营企业的临时工扩大到正式工中的农民轮换工。1986年,国务院发布了《国营企业实行劳动合同制暂行规定》,要求全民所有制单位招用常年性工作岗位上的工人,统一实行劳动合同制。此后,在《全民所有制企业招用农民合同制工人的规定》(1991年)、《全民所有制企业临时工管理暂行规定》(1989年)、《私营企业管理规定》(1989年)、《关于股份制试点企业劳动工资管理暂行办法》(1993年)、《城乡个体工商户管理暂行条例》(1987年)等法规中,都要求把劳动合同作为缔结劳动关系的法律形式。

在我国劳动合同立法的发展过程中,《劳动法》(1994年7月)具有特别重要的意义。它就劳动合同的定义和适用范围,订立、变更和无效,内容、形式和期限,终止和解除等主要问题作出专门规定,为统一和完善劳动合同制度奠定了法律基础,使劳动合同立法进入了一个新的发展阶段。此后,劳动部制定了若干项与《劳动法》配套的有关劳动合同的规章,如《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》(1994年12月)、《违反(劳动法)有关劳动合同



的赔偿办法》(1995年5月)等。

进入21世纪后,劳动和社会保障部、国务院法制办公室在调查研究,总结借鉴国内外经验的基础上,针对劳动合同制度实施中存在的主要问题,起草出劳动合同法草案。草案于2005年10月28日经国务院第110次常务会议通过后,于2005年12月提请十届全国人大常委会第十九次会议审议。最终在2007年6月29日,《中华人民共和国劳动合同法》由第十届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过,并于次日公布,自2008年1月1日起施行。这是一部重要的劳动法律,与同年9月18日颁布实施的与之相配套的《中华人民共和国劳动合同法实施条例》一起,标志着我国劳动和社会保障法律体系建设进入新的发展阶段。《劳动合同法》第1条明确规定了立法宗旨:“为了完善劳动合同制度,明确劳动合同双方当事人的权利和义务,保护劳动者的合法权益,构建和发展和谐稳定的劳动关系,制定本法。”综观全文,《劳动合同法》切切实实地关系着每一个劳动者的切身利益,从劳动合同的订立、履行和变更、解除和终止等多个方面,它进一步完善了劳动合同制度,明确了劳动合同双方当事人的权利和义务,为构建和谐劳动关系,保护劳动者的合法权益提供了坚实的法律依据。

### 三、我国劳动法治之评价<sup>①</sup>——以劳动契约为视角

#### (一) 我国劳动法治取得的成就

我国劳动法治建设自改革开放以来取得的成果,大体上可以总结为三大转变,即从行政分配向劳动契约关系的转变、从形式平等向实质平等的转变、从争议多发向和谐稳定转变。以下分别论述:

##### 1. 从行政分配向劳动契约关系的转变

从1953年起到1978年中国共产党十一届三中全会的召开,中国开始了长达二十多年的计划经济时期,劳动问题被纳入到国家计划管理的范畴,

---

<sup>①</sup> 参见徐智华、孙兵、谢小花:《中国法治三十年——劳动法篇》,本文获中国法学会等颁发的中国法治三十年优秀论文奖。