

劳动合同法

LAO DONG HE TONG FA

RE DIAN WEN TI JIANG ZUO

热点问题讲座

主编 ● 林嘉

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

劳动合同法

LAO DONG HE TONG FA

RE DIAN WEN TI JIANG ZUO

热点问题讲座

主 编：林 嘉

撰稿人：(以撰写章节为序)

范 围	杨 飞	王立明
田 野	单国军	邓 娟
王 稳	林海权	

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

劳动合同法热点问题讲座/林嘉主编. —北京:中国法制出版社,2007.7

ISBN 978 - 7 - 80226 - 066 - 5

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 099441 号

劳动合同法热点问题讲座

LAODONG HETONG FA REDIAN WENTI JIANGZUO

主编/林嘉

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880×1230 毫米 32

版次/2007 年 7 月第 1 版

印张/10.875 字数/225 千

2007 年 7 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 80226 - 066 - 5

定价:22.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

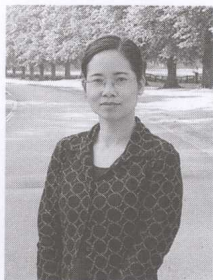
传真:66031119

网址:<http://www.zgfs.com>

编辑部电话:66010406

市场营销部电话:66033393

邮购部电话:66033288



主编简介：

林嘉，中国人民大学法学院教授、博士生导师，哈佛大学富布莱特访问学者。现任中国人民大学劳动法和社会保障法研究所所长，中国法学会社会法学研究会常务副会长、中国劳动法学研究会副会长，北京市劳动和社会保障法学会副会长。2005 年入选教育部新世纪优秀人才支持计划。曾为第十届全国人大常委会做题为《我国的劳动法律制度》的法律讲座。代表著作有：《社会保障法的理念、实践与创新》、《劳动就业法律问题研究》、《劳动法》等。

序 言

2007年6月29日是一个值得记住的日子,《劳动合同法》历经四次审议后,终于在第十届全国人民代表大会常务委员第二十八次会议上表决通过了。这是劳动法学界的一件盛事,对于广大劳动者来说更是值得欢欣的事情。

《劳动合同法》是在我国构建社会主义和谐社会的大背景下出台的。和谐社会的目标之一就是要实行社会的充分就业,发展和谐的劳动关系。《劳动合同法》的宗旨就是要保护劳动者的合法权益,构建和发展稳定和谐的劳动关系。《劳动合同法》的颁布,为劳动关系的调整提供了必要的法律支持,其开宗明义的“保护劳动者的合法权益”的立法宗旨更是为广大的劳动者撑起了法律的“保护伞”。

《劳动合同法》是继《劳动法》之后调整劳动关系的又一重要法律。随着我国社会主义市场经济制度的建立,特别是所有制结构和利益格局的变化,劳动关系领域中出现了许多新问题,劳动者权益受侵害的现象时常发生,例如,一些用人单位不与劳动者签订书面劳动合同,随意解雇员工,随意延长工作时间,拖欠工资,不办理社会保险,等等。用人单位的违法用工行为严重侵犯了劳动者的合法权益,也造成了一些企业劳动关系的紧张,影响了社会的安定。《劳动合同法》的实施将有效地弥补现行法律规范不完善的缺憾,进一步规范了用人单位

的用工行为，明确劳动合同双方当事人的权利和义务。

综观《劳动合同法》的内容，有以下几个特点：

第一，在寻求建立稳定和谐劳动关系的基础上，侧重保护劳动者的利益。自《劳动合同法》征求意见稿向社会公开以来，一直存在“单保护”、“双保护”之争。实际上，两者并非是不可协调的。在现代民主国家，法律的制定总是要在相关的利益主体之间寻求平衡，以对社会主体之间的利益进行合理的分配。在劳动关系中，大多数劳动者相对于用人单位而言处在经济上的弱势地位，需要法律的强制予以矫正，因此，《劳动合同法》在明确劳动合同双方当事人的权利和义务的同时，强调保护劳动者的合法权益，其目的也是为了建立稳定和谐的劳动关系。

第二，在尊重当事人自治的基础上，强调国家对劳动关系的强制。合同是双方当事人合意的结果，《劳动合同法》明确规定，订立劳动合同应遵循平等自愿、协商一致的原则，劳动合同的订立和变更应当充分尊重当事人的意志。但劳动合同不同于普通的民事合同，当事人经济地位的不平等，劳动者处于弱势地位决定了必须加强法律干预。现代劳动法的发展已经越来越多地体现了国家干预的特点，《劳动合同法》同样体现了这一点，在劳动合同的形式、期限、内容、劳动合同的履行和解除、经济补偿金、违约金条款等都作了明确的规定，以透过法律的强制来规范当事人的行为。

第三，与时俱进，体现了充分的灵活性和开放性。随着改革的深化，劳动关系越来越呈现出多样化和复杂化的特点，《劳动合同法》对此作了必要的回应。如规定了非全日制用工、劳务派遣等各种新型的劳动关系。此外，事业单位劳动关系是否

纳入《劳动合同法》调整一直存有争议，由于事业单位实行聘用制改革已毋庸置疑，《劳动合同法》明确规定将事业单位劳动关系纳入其中，并在第96条作了变通规定，符合事业单位改革的发展，具有前瞻性。

本书是对《劳动合同法》的热点问题所作的专题论述。每一个热点问题都包括术语解释、争议焦点和实务操作等三个方面，编者意图在立足我国劳动法实践的基础上，结合我国劳动合同立法过程中的具体争议，并通过案例分析，就相关的热点问题进行深入的分析 and 阐释，以为法律的具体适用提供参考。参与本书编写的是一批从事劳动法研究的青年学者和资深的法官，由于编写时间紧迫，并囿于水平的限制，其中的错误在所难免，恳请读者提出批评和建议。

林 嘉

2007年7月4日于人大宜园

目 录

1	劳动法律关系的认定
1	一、术语解释
3	二、争议焦点
12	三、实务操作
23	劳动合同的期限
23	一、术语解释
23	二、争议焦点
33	三、实务操作
40	劳动合同的基本内容
40	一、术语解释
41	二、争议焦点
57	三、实务操作
62	试用期制度
62	一、术语解释
62	二、争议焦点
77	三、实务操作
85	商业秘密保护与竞业限制
85	一、术语解释

二、争议焦点	86
三、实务操作	97
无效劳动合同的认定与处理	100
一、术语解释	100
二、争议焦点	100
三、实务操作	114
劳动合同的履行和变更	121
一、术语解释	121
二、争议焦点	122
三、实务操作	135
劳动合同的续订	147
一、术语解释	147
二、争议焦点	147
三、实务操作	153
用人单位规章制度	160
一、术语解释	160
二、争议焦点	160
三、实务操作	173
劳动合同的解除和终止	177
一、术语解释	177
二、争议焦点	178

196	三、实务操作
203	集体合同
203	一、术语解释
203	二、争议焦点
214	三、实务操作
219	劳务派遣
219	一、术语解释
219	二、争议焦点
237	三、实务操作
246	非全日制劳动合同
246	一、术语解释
248	二、争议焦点
261	三、实务操作
268	劳动合同监督检查
268	一、术语解释
269	二、争议焦点
279	三、实务操作
291	经济补偿金
291	一、术语解释
291	二、争议焦点
299	三、实务操作

附录:

中华人民共和国劳动法 306

(1994 年 7 月 5 日)

中华人民共和国劳动合同法 321

法

(2007 年 6 月 29 日)

劳动法律关系的认定

一、术语解释

劳动法律关系

劳动法是调整劳动法律关系及其附随关系的法律规范总和。劳动法律关系是指劳动法律规范在调整劳动关系过程中形成的法律上的劳动权利和劳动义务关系,是劳动关系在法律上的表现,是当事人之间发生的符合劳动法律规范、具有权利义务内容的关系。^①而附随关系则是劳动法在调整与劳动关系密切的其他社会关系而形成的法律关系,如:劳动行政法律关系等。

劳动关系是劳动法律关系的前提和基础,而劳动法律关系则是劳动关系在劳动法中的具体体现,是符合劳动法律规范并且纳入劳动法律规范调整的那部分劳动关系。劳动法律关系具有以下特点:

1. 劳动法律关系具有意定性,劳动法律关系是作为当事人双方的劳动者和用人单位基于各自的意思表示,达成一致而成立的法律关系;
2. 劳动法律关系具有合法性,当事人双方平等协商意思表

^① 关怀主编:《劳动法》(第二版),中国人民大学出版社2005年版,第79页。



示达成一致，建立劳动法律关系，必须符合法律规定，满足法律规定的基本要件，具体包括：主体合法，即当事人双方必须符合《劳动法》、《劳动合同法》的相关规定，对于用人单位而言必须是《劳动法》、《劳动合同法》第二条规定的“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”，而劳动者则是达到劳动年龄，具有劳动行为能力的自然人；程序合法，即劳动关系的建立程序必须符合法律规定，当事人双方必须在平等基础上协商一致；内容合法，即劳动关系双方当事人的权利义务设置必须符合法律规定，不得违反法律的强制性规定。

3. 劳动法律关系的基本构成要件包括：（1）主体，即作为双方当事人的用人单位和劳动者，而根据《劳动合同法》第2条规定：“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（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除和终止劳动合同，适用本法。国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除和终止劳动合同，依照本法执行。”用人单位应包括企业法人、合伙企业、个人独资企业、个体工商户及民办非企业单位等，当然也包括与劳动者建立劳动关系的国家机关、事业单位和社会团体；（2）内容，即双方当事人的权利义务，相互之间的权利义务具有对等性，一方享有权利，他方即负有义务，劳动者对于用人单位负有劳动给付的义务和忠诚义务等；而用人单位对劳动者负有给付劳动报酬的义务和保护照顾义务等；（3）客体，即劳动法律关系权利义务所指向的对象——劳动的给付行为，是劳动者在用人单位的指示命令下履行劳动给付义务的行为，是双方当事人的权利义务

的共同的连接点。

二、争议焦点

(一) 劳动合同法的立法模式

随着工业化进程的发展,劳工问题成为各国政府关注的社会问题,许多国家开始加强劳动立法。由于传统民法在调整劳动关系过程中所处出现的种种问题,使得各国开始重新确立调整劳动关系的法律规则,随着对于劳动合同的法律属性的认识的加深,关于劳动合同的立法模式也开始呈现多元化的发展。

1. 将劳动合同作为雇佣合同的一种,由民法典来规定。代表者如德国。德国1900年实施的《德国民法典》中,雇佣合同被视为劳动合同的上位概念,从而将劳动关系看作是一种纯粹的给付交换关系。《德国民法典》第611条至630条关于雇佣合同的规定构成了雇佣合同和劳动合同的基础。其中第611条规定:“因雇佣合同而提供劳务的人,负有履行给付约定的劳务的义务,他方当事人负有给付约定报酬的义务。雇佣合同的标的为任何一种劳务。”这是调整劳动合同关系最基本的法律规定。第617条至619条还规定了雇主在安排组织劳动过程时,应在劳务给付之本质所许可的范围内,保护劳工免于生命及健康的危险。这使得雇佣合同关系不同于一般的给付交换关系。2001年1月1日以来对民法典的修订涉及第611条至630条的规定主要是基于劳动合同的特殊性而要求对一般劳动条件进行监督。但民法典关于雇佣合同的条文显然不足以应付纷繁复杂的劳动关系,因此,德国还颁布了许多特别法,如工资给付法、工作时间法、休假法、解雇保护法、职工参与决定法、企业章程法、防止工作场所性骚扰法、非全日制和固定期限劳动合同



法、职业母亲保护法等,以进一步规范劳动关系。此外,为了使劳动合同法律体系更加统一,德国还建立了相对完善的判例体系,并由学者从学说上加以说明和充实。

2. 劳动合同完全取代雇佣合同,仍然在民法典中规定。代表者如瑞士。1911年公布实施的《瑞士民法典》最初也是将劳动合同作为雇佣合同的一种来规定的。1971年瑞士对其民法典中的债法进行了重大的修改,将其中雇佣合同一章改为劳动合同,条文从原来的44条扩大到121条,为民法典中以“劳动合同”取代“雇佣合同”之创举。落伍的雇佣合同概念从此由民法中消灭,具有浓厚社会连带色彩的劳动合同正式成为民事普通法的一部分。

3. 劳动合同作为劳动法内容来规定,劳动合同脱离于民法典。代表者如法国。法国自民法典颁布后一直将劳动关系作为劳动力租赁来规范,20世纪以来,随着劳动法观念的形成和发展,法国将雇佣关系法从民法中分离出来,规定了独立的《劳动法典》,该法典共分为9卷990条,其中第一卷关于雇用的规定主要规定了劳动合同,具体内容包括劳动合同的订立、合同形式、合同效力、合同期限、合同的终止、解除和经济补偿等。该法典将劳动合同与劳务合同作了明确区别,涉及劳务合同的内容不可适用民法典。《劳动法典》第123条规定:“适用于劳务合同的特别条例将由民法典第1787条作出规定。”^①

我国采取的第三种立法模式,将劳动合同作为劳动法的内容来规定,实际上是对劳动关系的特殊性而在调整方式上所作的相应的改进。劳动关系具有隶属性,因此需要具有社会法

^① 参见林嘉:《劳动合同若干法律问题研究》,载《法学家》2003年第6期。

属性的劳动法来倾斜保护劳动者。

(二) 事业单位是否应完全成为劳动法律关系中的用人单位

事业单位,是指为了社会公益目的,由国家机关举办或者其他组织利用国有资产举办的,从事教育、科技、文化、卫生等活动的社会服务组织。由于我国从计划经济时代以来一直实行“劳动——人事”相分离的制度,事业单位与其人员之间的人事关系,由人事部门管理,其人员享受干部待遇,享有一定的身份特权。企业与其职工之间是劳动关系,由劳动部门管理,其职工只是一般的工人,劳动力的配置具有强烈的行政色彩。随着我国社会主义市场经济体制的建立,市场经济的发展要求打破劳动力市场中的身份因素,统一劳动力市场,使劳动力资源从行政配置转为市场配置。^①

《劳动合同法》在立法过程中,对于事业单位在多大程度上纳入其适用范围的规定上争议较大:

1. 区别对待说。该观点认为不能采取一刀切的方式将所有事业单位完全纳入劳动合同法的适用范围,而应该根据事业单位人事制度改革的不同进程来区别对待,对于改革基本完成并且实行企业化管理的事业单位应该适用劳动合同制度,对于那些改革尚未完成的事业单位则应该继续适用其人事管理的相关制度。该观点具体表现为《劳动法》和《劳动合同法》(征求意见稿)第二条第二款规定:“国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动合同关系的劳动者,依照本法执行。”

^① 林嘉:《劳动合同法:突出保护劳动者是对不平等的矫正》,载《工人日报》,2007年5月21日。

2. 完全纳入说。该观点基于我国人事制度改革的前景和劳动法制的发展趋势来看,认为随着我国经济体制的转变,打破计划经济时代劳动——人事的双轨制,逐步实现“并轨”实现法制的统一,是劳动法律制度发展的必然趋势。并且,对于事业单位中的聘用合同与劳动合同在主体、内容和客体方面都具有高度的同质性。此外,从事业单位人员的权益保障来说,由于存在制度适用的断层,对于部分以科、教、文、卫为代表的事业单位的职工而言,他们没有专门的法律适用,根据最高人民法院《关于人民法院审理事业单位人事争议案件若干问题的规定》第1条,事业单位与其工作人员之间因辞职、辞退及履行聘用合同所发生的争议,适用《中华人民共和国劳动法》。

最终稿在第二条第二款规定:“国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者,订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同,依照本法执行。”而在第96条规定:“事业单位与实行聘用制的工作人员订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同,法律、行政法规或者国务院另有规定的,依照其规定;未作规定的,依照本法有关规定执行。”将以上规定结合起来分析可知,第二条第二款确立了事业单位依照本法执行的基本原则,只要是与其基于劳动合同建立劳动关系的劳动者之间就劳动合同的订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同都可以依照本法执行;但是第96条对于上述规定进行了限缩,即对于事业单位与实行聘用制的工作人员,法律、行政法规或者国务院另有规定的依照其规定。如:《公务员法》第106条规定:“法律、法规授权的具有公共事务管理职能的事业单位中除工勤人员以外的工作人员,经批准参照本法进行管理。”

我们认为,基于事业单位在经费来源、编制管理、工资福