

LAODONG HETONGFA

ZHUANTI YANJIU SHIFENG DENGZHU

劳动合同法

专题研究

石 峰 等著

 上海大学出版社

劳动合同法专题研究

石 峰 等著

上海大学出版社

· 上 海 ·

图书在版编目(CIP)数据

劳动合同法专题研究/石峰等著. —上海: 上海大学出版社, 2016. 6

ISBN 978-7-5671-2279-6

I. ①劳… II. ①石… 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(2016)第 105161 号

策划/编辑 石伟丽 江振新

封面设计 倪天辰

技术编辑 金鑫 章斐

劳动合同法专题研究

石峰等著

上海大学出版社出版发行

(上海市上大路 99 号 邮政编码 200444)

(<http://www.press.shu.edu.cn> 发行热线 021-66135112)

出版人: 郭纯生

*

南京展望文化发展有限公司排版

江苏凤凰数码印务有限公司印刷 各地新华书店经销

开本 850×1168 1/32 印张 8 字数 193 千字

2016 年 6 月第 1 版 2016 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5671-2279-6/D·185 定价: 35.00 元

内 容 提 要

《劳动合同法》的颁布和实施,被视为中国劳动和社会保障法制建设的又一个里程碑。《劳动合同法》在现实经济生活中的运用将给职工和用人单位带来哪些影响呢?本书详尽地从劳动合同的性质与适用范围、劳动合同的订立与变更、劳动合同的解除与终止、集体劳动合同制度、劳务派遣合同制度、非全日制用工合同制度、劳动争议纠纷的诉讼制度、劳动争议解决的非诉讼机制这几大部分对《劳动合同法》予以解读。对于劳动合同法律的基本概念、具体制度,本书既有理论方面的阐述和法律条文的诠释,又有典型案例的分析;对于《劳动合同法》在实际执行过程中存在的一些问题及现行立法的缺陷之处,本书也给予了适当的评论和分析,并就我国劳动合同立法的进一步完善提出了若干学术性建议。

本书是研究劳动合同法律制度的学术类著作,可作为法学院(系)校、法学研究机构的教学、研究参考用书。

前 言

我们必须承认,《劳动合同法》是一部充满争议的法律,无论是在起草过程还是正式实施以后,无论是在立法角度、学术范畴层面,还是企业实际执行的实践的层面,不同的评价之声始终与其相随。如果我们将《劳动合同法》比作一幅画家已完成的山水长卷,那么,此作品是否成功?观画人群中一定会是众说纷纭、各抒己见的,真可谓“仁者见仁、智者见智”。一部已颁行多年的法律,还存在如此多的争议,此种情景,实属罕见。我们甚至可以预言,围绕《劳动合同法》的争论,在一个相当长的时间段内都难以得到平息。现就该法的争议热点,在此略举二三。

其一,关于立法宗旨。《劳动合同法》的立法宗旨即立法目的是什么。一部法律的立法宗旨和目的是指制定、颁布该法所要达到的目标和任务,那么《劳动合同法》的立法宗旨,是要规范劳动合同关系双方当事人的权利义务、保护双方当事人的合法权益吗?根据现行立法的规定,答案很清晰,并非是“保护双方当事人的合法权益”。《劳动合同法》第一条开宗明义地指出:“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。”显然,该法条的内容未提保护与劳动者相对应的用人单位的合法权益,只提保护劳动者的合法权益,这是引起争议的源头。这种表述方式被学者们称为“单保护”的立法表述,与我国《合同法》中的“双保

护”表述内容不一致。有学者对此予以解释,称这种规定方式只是表明偏重或者倾斜保护某方当事人的合法权益,即对某方当事人的保护力度较大,但并不意味着只保护某方当事人而不保护他方当事人。也有人主张:如果《劳动合同法》的目的条款中规定“保护劳动者和用人单位的合法权益”,则既能够体现偏重对劳动者的保护,同时也明确了对用人单位的保护。另有学者对这种“单保护”的表述方式提出了强烈的异议:《劳动合同法》第一条规定“立法目的”,仅仅规定为了“保护劳动者的合法权益”,而对保护企业的合法权益,只字不提。可见,劳动合同法无视企业的合法权益,忽视对企业合法权益的保护,源于“立法目的”之偏颇。以上充分表明,劳动合同法立法指导思想,偏离了中国特色社会主义理论,偏离了改革开放以来发展社会主义市场经济的基本经验,误将劳动合同法混同于劳动者权益保护法。不保护企业的合法权益,国民经济难于健康发展,全面建设小康社会的宏伟目标不能实现,社会主义市场经济体制就会发生动摇,改革开放的伟大事业就难于继续推进!所谓保护劳动者的合法权益,也必定落空!

其二,关于法律归类。在法理上探究《劳动合同法》的归类,其实存在两个层次的问题:首先,我国劳动合同法应当归属民法、是民法的法律部门,还是归属劳动法;其次,如果将劳动合同法归属劳动法,那么其在劳动法的体系中是处于劳动基准法的地位,还是属于劳动关系法。对于第一个问题,似乎大多数的学者赞同劳动合同法应当归属劳动法范畴,认为劳动合同法是劳动法的部门法。关于第二个问题,则明显存在争议。有人主张:劳动合同法具有劳动基准法和劳动关系法的双重特征,作为劳动基准法其必然要体现偏重保护劳动者的精神。也有人认为:劳动基准法固然应当偏重保护劳动者,但劳动合同法作为劳动关系法就不应如此,劳动关系法应以体现平等保护和契约自由精神的任意性规范为主。当

然,关于劳动合同法的法律定位,也有学者坚决主张劳动合同法应当归属民法,认为:“劳动者与企业之间有关劳动关系的协议,属于合同法的适用范围,合同法与劳动合同法之间,是一般法与特别法的关系。劳动合同是现行合同法上的合同的一种;劳动合同关系是民事权利义务关系的一种;劳动合同法是现行合同法的特别法,其立法根据和法理根据,就是现行《合同法》第二条的规定。”放眼世界,将劳动合同法归入民法范畴,在国外的立法例中并非无章可循。欧洲大陆法系民法代表国家之一的意大利,该国民法典的第五编即为劳动法的内容,其中当然也包括劳动契约。事实上,我们从法理层面来探讨劳动合同法的归类,有一个关键词是极为重要的:“合同”。不论是将劳动合同法归入民法部门,还是归入劳动法部门,合同所具有的平等、自愿、公平及“双边保护”等本质要素是不能被改变的,劳动合同既然属于合同范畴,其自然应该具备合同的本质要素,如果《劳动合同法》不遵从合同法律本身应当具备的本质要素,其法理支撑就有瑕疵、基础就不扎实,实际执行过程难免不出现问题。

其三,权利义务失衡。《劳动合同法》对劳动合同双方当事人权利义务的规定严重失衡,这也是争议的焦点之一。由于《劳动合同法》采取的是对劳动者合法权益“单边保护”的立法思路,因此在诸多具体制度设计时就体现出向劳动者利益的倾斜性,造成合同双方当事人的权利义务不对称,作为劳动合同当事人一方的用人单位,其本应享有的合同当事人对等性权利受到限制或被剥夺,却还要再增加一些不对称的义务负担。在现行《劳动合同法》的规定之下,我们不时可以看到这样一些情形:在劳动合同正常履行的情况下,合同有效期内,劳动者可以单方解除劳动合同,而用人单位无此项权利;劳动合同期满,合同在正常终止的情况下,用人单位如表示不再与劳动者续签合同,用人单位须向劳动者支付经济

补偿金；用人单位与劳动者前两次订立了固定期限劳动合同，第三次则须订立无固定期限劳动合同，或者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，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。《劳动合同法》动辄经济补偿，动辄无固定期限合同的规定，无端增加了用人单位的经济负担且严重限制用人单位自愿选择员工的自由，对用人单位而言，合同法律本应具有的意思自治、公平公正于此不见踪影。《劳动合同法》对当事人权利义务失衡的诸多规定不仅专家学者有异议，用人单位更是怨声载道，特别是那些民营的小、微企业主，他们抱怨：“我们自主创业，减轻政府压力，投入资金和精力，还要承担巨大的经营风险，办企业容易吗？为什么在劳动合同方面我们总是得不到法律保护呢？一旦打劳动官司就是输。其实，我们也是劳动者，我们的权益谁来保护啊”，“我国现在的《劳动合同法》是不是太超前了，以我国现在的国情，众多的民营企业还不能适应这部法律。”笔者也有同感，虽然现在我国的综合国力已得到很大的提升，但从总体上讲我国还属于发展中国家，中国特色的市场经济和多种经济成分共同发展的社会主义道路我们还需走一段时间。目前我国的非公有制企业的数量占据企业总数的绝大多数，他们的合法权益也是需要国家的法律体系来给予坚强保护的，《劳动合同法》当然也不能置之度外。

本书的着眼点，主要不是聚焦《劳动合同法》的争议热点、参与辩论，更不是想去放大现行立法的缺陷，而是想对我国的劳动合同制度做一学术性的考察，对《劳动合同法》所规定的基本内容，包括概念、原则及规则等进行诠释，以帮助读者正面了解我国现行的劳动合同法律制度，同时，我们对现行立法的进一步完善也提供一些建议。全书的内容，可以作为一个整体进行体系性解读，包括劳动合同法的性质与适用范围、劳动合同的订立与变更、劳动合同的解

除与终止等,也可以将每一专题的内容作为一个独立的单元来了解掌握。因《劳动合同法》是应用性较强的法律,几乎所有专题的内容均可单独在实际生活中得到实践运用。

本书各专题的写作分工如下:第一专题、第二专题和第三专题由张宗岩撰写;第四专题由石峰撰写;第六专题由石峰、汪洋撰写;第五专题、第七专题、第八专题由赵靖寅撰写。全书结构框架的初步拟定,以及最后的统稿、定稿工作由石峰完成。

本书能够顺利地出版发行,我们得到了有关人士的大力帮助与支持:上海长坤企业管理服务有限公司的倪选荣总经理,不仅对本课题的研究提供资金支持,而且在劳动合同法的实务经验方面也给予我们有益指导;法学院同仁包远寒老师,就《劳动合同法》若干条文的准确理解给予作者帮助颇多;法学院硕士研究生杨晓蓉、马晨贵、张琪参与了资料收集、整理及文字编辑等工作,为本书付出了辛勤的劳动。在此,向他们表示真诚的感谢与敬意!

石 峰

2016年2月于上海大学法学院

第一专题 劳动合同的性质与适用范围	1
一、劳动合同的性质与分类	1
(一) 劳动合同的性质	1
(二) 劳动合同的法律特征	7
(三) 劳动合同的分类	9
二、劳动合同与雇佣合同	12
(一) 劳动合同与雇佣合同的联系	13
(二) 劳动合同与雇佣合同的区别	15
三、劳动合同法适用范围分析	16
(一) 我国大陆与其他国家或地区关于劳动合同法适用范围 范围的比较	16
(二) 事业单位中的劳动合同关系分析	19
(三) 特殊劳动合同适用分析	20
(四) 特殊人员劳动合同适用分析	23
(五) 事实劳动关系的保护	25
第二专题 劳动合同的订立与变更	29
一、劳动合同订立所应遵循的原则	29
(一) 合法原则	29
(二) 平等自愿、协商一致原则	31

(三) 公平原则	32
(四) 诚实信用的原则	32
二、当事人订立劳动合同所应具备的条件以及应履行的义务	33
(一) 用人单位订立劳动合同所应具备的条件以及应履行的义务	33
(二) 劳动者订立劳动合同所应具备的条件以及应履行的义务	34
三、劳动合同的内容、形式与期限	35
(一) 劳动合同的内容	35
(二) 劳动合同的形式	38
(三) 劳动合同的期限	39
四、劳动合同中的试用期制度	43
(一) 试用期概念	43
(二) 试用期内双方当事人的权利义务	44
(三) 对于我国试用期制度的认识及改革建议	46
五、劳动合同中的竞业禁止与商业秘密协议	49
(一) 竞业禁止协议内容	49
(二) 商业秘密协议内容	51
六、大学生就业协议的法律分析	54
(一) 大学生就业协议的含义和内容	54
(二) 大学生就业协议的法律性质分析	56
(三) 大学生就业协议中的权利与义务	57
七、劳动合同的变更	58
(一) 劳动合同变更的含义	58
(二) 劳动合同变更的原因	59

第三专题 劳动合同的解除与终止	65
一、劳动合同解除的概念和种类	65
(一) 双方协议解除劳动合同	65
(二) 劳动者单方解除劳动合同	66
(三) 用人单位单方解除劳动合同	66
二、一些国家和地区关于劳动合同解除的规定	67
(一) 用人单位单方解除劳动合同	67
(二) 雇员单方面解除劳动合同	69
(三) 劳动合同解除或终止后的附随义务	69
三、劳动者单方解除	70
(一) 劳动者预告解除劳动合同	70
(二) 劳动者即时解除劳动合同	71
(三) 预告解除制度存在的问题	73
(四) 完善劳动者预告解除权的建议	76
(五) 即时解除制度存在的问题	77
(六) 完善劳动者及时解除权的法律建议	78
四、用人单位单方解除	79
(一) 过失性解除	80
(二) 非过失性解除	82
(三) 用人单位解除劳动合同的限制	83
(四) 用人单位过失性解除制度存在的问题及立法建议	85

(五) 用人单位非过失性解除制度存在的问题及立法建议	87
五、用人单位经济性裁员制度	90
(一) 经济性裁员的概念及条件	90
(二) 一些国家和地区经济性裁员制度的立法规定	94
(三) 对于我国经济性裁员制度的认识及改革建议	96
六、经济补偿金制度	97
(一) 经济补偿金的性质、特点及作用	97
(二) 劳动者依法可获得经济补偿金的情形	99
(三) 用人单位无需支付经济补偿金的情形	100
(四) 经济补偿金的标准	100
七、我国劳动合同终止制度	101
(一) 劳动合同终止与解除的区别	101
(二) 劳动合同终止的事由	102
(三) 劳动合同终止的限制	103
(四) 终止劳动合同经济补偿金	104
第四专题 集体劳动合同制度	105
一、集体合同概述	105
(一) 集体合同的概念及与劳动合同的关系	105
(二) 集体合同的性质	107
(三) 集体合同的适用范围	108
二、集体合同的内容与集体合同的分类	113
(一) 集体合同的内容	113
(二) 集体合同的分类	114
三、集体合同的订立、变更与终止	117

(一) 集体合同的订立	117
(二) 集体合同的变更和解除	120
(三) 集体合同的终止和续订	120
四、集体合同的报备管理、效力与违反合同责任	120
(一) 集体合同的报备管理	120
(二) 集体合同的法律效力	122
(三) 违反集体合同的责任	125
五、集体合同的争议及解决	126
(一) 因签订集体合同发生的争议及解决	127
(二) 因履行集体合同发生的争议及解决	128
六、集体合同制度存在的问题与完善	129
(一) 进一步推动工会的专业化和独立性	130
(二) 强化政府职能、完善三方协调机制	131
(三) 尽快制定单独统一的《集体合同法》	133
(四) 建立处理集体合同关系的程序规范体系	134
(五) 设立专门审理集体合同纠纷的劳动法院	135
 第五专题 劳务派遣合同制度	 137
一、劳务派遣概述	137
(一) 劳务派遣的基本含义	137
(二) 劳务派遣制度对传统用工模式的冲击与挑战	139
(三) 我国劳务派遣制度的发展与现状	140
二、劳务派遣三方法律关系辨析	142
(一) 派遣单位与劳动者之间的劳动法律关系	143
(二) 派遣单位与用工单位之间的劳动力契约派遣法律 关系	144

(三) 用工单位与劳动者之间的关系	144
三、劳务派遣中雇主责任的配置	147
(一) 一些国家和地区雇主责任分配模式	147
(二) 我国法律制度的缺陷及建议	149
四、被派遣劳动者集体谈判权保障制度	155
(一) 一些国家和地区有关被派遣劳动者集体谈判权的 保护措施及现状	156
(二) 目前我国被派遣劳动者集体谈判权保护现状	157
(三) 我国被派遣劳动者集体权利保护制度之完善	158
五、被派遣劳动者解雇保护与退回制度	160
(一) 一些国家和地区被派遣劳动者解雇制度保护与 员工退回制度	160
(二) 我国现行的被派遣劳动者解雇保障制度和员工 退回制度	161
第六专题 非全日制用工合同制度	163
一、非全日制用工制度概述	163
(一) 非全日制用工的概念	163
(二) 非全日制用工的特征	164
二、非全日制用工合同的适用范围、订立形式及内容	166
(一) 非全日制用工合同的适用范围	166
(二) 非全日制用工合同的订立形式	167
(三) 非全日制用工合同的内容	169
三、非全日制用工合同的计酬标准及加班工资计算	171
(一) 非全日制用工劳动报酬的核算	171
(二) 劳动报酬结算周期及其最长期限	173

第七专题 劳动争议纠纷的诉讼制度	188
一、劳动争议与劳动争议诉讼	188
(一) 劳动争议的概念	188
(二) 劳动争议的种类	191
(三) 劳动争议诉讼的概念和特点	193
二、劳动争议诉讼仲裁前置程序的缺陷和重构	194
三、我国劳动争议诉讼的主管和管辖	197
(一) 劳动争议诉讼的主管	197
(二) 劳动争议的管辖	200
四、劳动争议诉讼的当事人	202
(一) 劳动者及劳动者诉讼权利能力	202
(二) 用人单位	204

(三) 几种特殊类型案件中的当事人问题	206
五、劳动争议诉讼的证明责任	207
(一) 我国劳动争议诉讼证明责任现状及问题	208
(二) 我国劳动争议诉讼举证责任之完善	211
第八专题 劳动争议解决的非诉讼机制	215
一、协商	215
(一) 我国劳动争议协商制度现状	216
(二) 一些国家和地区协商制度	217
(三) 我国协商制度失灵的症结	218
(四) 我国劳动争议协商制度的重构	220
二、调解	221
(一) 我国现有的劳动争议调解形式	222
(二) 一些国家和地区劳动争议调解模式	223
(三) 我国劳动争议调解制度的现状	225
(四) 我国劳动争议调解制度之完善	226
三、仲裁	228
(一) 我国劳动仲裁的现状	228
(二) 我国劳动争议仲裁的缺陷	230
(三) 其他国家或地区劳动争议仲裁制度之比较	231
(四) 我国地区劳动争议仲裁制度的完善	233