

LAODONG HETONG LIFA
LILUN NANDIAN JIEXI

劳动合同立法

理论难点解析

《劳动合同法（草案）研究》课题组编

主编 常凯



中国劳动社会保障出版社

劳动合同立法理论难点解析

《劳动合同法（草案）研究》课题组编

主 编 常 凯

副主编 郭 捷 叶静漪 冯彦君

中国劳动社会保障出版社

图书在版编目(CIP)数据

劳动合同立法理论难点解析/常凯主编. —北京:中国劳动社会保障出版社, 2008

ISBN 978-7-5045-6697-3

I. 劳… II. 常… III. 劳动合同法-立法-法的理论-研究-中国
IV. D922.521

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 161970 号

中国劳动社会保障出版社出版发行

(北京市惠新东街 1 号 邮政编码: 100029)

出版人: 张梦欣

*

煤炭工业出版社印刷厂印刷装订 新华书店经销
880 毫米×1230 毫米 32 开本 12 印张 347 千字
2008 年 2 月第 1 版 2008 年 2 月第 1 次印刷

定价: 30.00 元

读者服务部电话: 010-64929211

发行部电话: 010-64927085

出版社网址: <http://www.class.com.cn>

版权专有 侵权必究

举报电话: 010-64954652

国务院法制办公室委托项目 《劳动合同法（草案）研究》 课 题 组

- 顾问 贾俊玲 北京大学教授，博士生导师
邱小平 劳动和社会保障部劳动工资司司长
王 岩 国务院法制办公室政法劳动社会保障法制司副司长
张世诚 全国人大常委会法制工作委员会行政法室副主任
组长 常 凯 中国人民大学教授，法学博士，博士生导师（首席专家）
成员 郭 捷 西北政法大学副校长，教授
叶静漪 北京大学教授
冯彦君 吉林大学教授，法学博士，博士生导师
王全兴 湖南大学教授，博士生导师
谢德成 西北政法大学教授
徐小洪 浙江省总工会干部学校教授
彭光华 中国人民大学副教授，法学博士
刘 诚 上海师范大学副教授，法学博士

陈步雷 中国劳动关系学院副教授，法学博士
李坤刚 安徽大学副教授，法学博士
周长征 南京大学副教授，法学博士
周宝妹 中国青年政治学院副教授，法学博士
陶文忠 首都经济贸易大学副教授，法学博士
姜 颖 中国劳动关系学院副教授
许建宇 浙江大学副教授
曹 燕 西北政法大学讲师，法学博士
侯玲玲 华南理工大学讲师，法学博士
邱 婕 中国人民大学博士研究生
王 侃 中国人民大学博士研究生

序

《中华人民共和国劳动合同法》（简称《劳动合同法》）的制定和颁布，标志着我国有了一部较为完善的规范劳动合同关系的法律，《劳动合同法》也是我国劳动法律体系中的重要组成部分。《劳动合同法》内容体系完整，符合我国现阶段劳动关系发展变化的新形势，对规范劳动力市场、稳定用工市场秩序、促进和谐社会有重要意义。

建立适合中国特色的劳动合同法律制度，是由劳动合同关系中的一些重要因素决定的。例如：（1）劳动合同双方当事人的权利义务关系，实质反映的是劳雇双方的经济利益关系。在这种关系中，劳动者处于从属地位，在管理和被管理的关系中，劳动者先天地处于弱势地位。法律在协调、平衡利益关系中，注重保护劳动者的合法权益是必要的。（2）当代劳动合同关系已不同于大工业时期以前的劳雇双方自由契约关系。当时的契约自由实际上是雇主单方的自由。为稳定社会秩序，各国在劳动立法中，逐步强化了国家对劳动关系的干预。从我国的《劳动合同法》中，可以明显地看到在社会主义市场经济条件下，必须要有强制性规定，也就是说，劳动合同的内容并不能完全由劳雇双方自由约定，需要有国家强制性的内容。（3）《劳动合同法》体现了劳动合同法律关系中的民主精神，职工民主参与权的加强应该成为我国劳动关系发展的

趋势。《劳动合同法》中关于集体合同的各项规定就是明确的体现。

(4) 处理劳动关系的三方原则（即工会、雇主、政府）是国际上协商劳动问题的一个通用原则，《劳动合同法》也体现了这一原则。如规定了“县级以上人民政府劳动行政部门会同工会和企业方面代表，建立健全协调劳动关系三方机制，共同研究解决有关劳动关系的重大问题”等等。

《劳动合同法》在制定过程中，体现了我国立法工作的民主精神，公开公布草案，广泛征求意见。在此需要特别提到的是，立法机关充分重视相关学术界和专业人员在《劳动合同法》起草中的作用，组织了专门课题组，进行多次深入研讨。专家们长期从事劳动法研究所积累的知识 and 经验，在法律的制定过程中，发挥了应有的作用。本书的出版，是专业人员在民主立法中所取得的成果。这些成果在今后《劳动合同法》的实施中将发挥很好的作用。

中国法学会社会法学研究会会长

北京大学法学院教授

贾俊玲

2007 年 12 月

目 录

第一章 劳动合同立法的社会背景和基本定位	(1)
一、关于劳动合同法的立法背景	(1)
二、规制从属性劳动：劳动合同立法的理论出发点	(8)
三、我国劳动合同立法的基本定位	(13)
第二章 劳动合同法框架结构	(25)
一、研究现状评述	(25)
二、国外立法比较	(31)
三、地方立法评述	(33)
四、立法建议	(37)
第三章 劳动合同法的适用范围	(38)
一、现行劳动法适用范围及引发的问题	(38)
二、劳动合同立法承认“双轨制”的可行性研究	(39)
三、变通适用“双轨”原则，科学界定适用范围	(46)
第四章 事实劳动关系	(52)
上篇 事实劳动关系的学理研究	(52)
一、事实劳动关系的内涵	(52)
二、事实劳动关系评价及要素分析	(62)

三、事实劳动关系的定位	(66)
下篇 事实劳动关系的实证研究	(68)
一、主要市场经济国家和地区对劳动合同形式立法规定 及其特点	(68)
二、我国法律、法规、劳动行政规章、司法解释关于劳动 合同形式、事实劳动关系立法及缺陷	(70)
三、地方性立法关于劳动合同的形式、事实劳动关系 保护的规定	(72)
四、《劳动合同法》(草案)采取的基本态度及立法建议	(75)
第五章 劳动合同的履行和变更	(77)
一、全面履行及其相关规则	(78)
二、不利益变更及其法律规制	(83)
三、承继规则的解释与检讨	(84)
第六章 竞业限制制度	(91)
上篇 劳动关系中竞业限制的法律研究	(91)
一、竞业限制的“限制”	(91)
二、竞业限制的“被限制”	(93)
三、竞业限制:法定义务或合同义务	(95)
四、竞业限制与商业秘密保护	(97)
五、竞业限制的法律含义	(99)
下篇 我国竞业限制制度的构建	(100)
一、竞业限制的界定问题	(101)

二、我国竞业限制制度之建构·····	(108)
第七章 劳动合同期限制度·····	(118)
一、我国劳动合同期限制度的法律基础与现状·····	(118)
二、我国现行劳动合同期限制度的立法分析·····	(121)
三、其他国家和地区关于劳动合同期限制度的立法 与现状·····	(127)
四、劳动合同期限制度改革的探讨·····	(129)
第八章 劳动者派遣规制·····	(139)
一、劳动者派遣的兴起和成因·····	(140)
二、劳动者派遣造成的问题·····	(143)
三、对我国劳动市场应严格规制的理由·····	(148)
四、劳动者派遣规制中若干疑难问题研究·····	(152)
第九章 劳动合同立法与工会作用·····	(161)
一、劳动合同制度与工会·····	(161)
二、劳动合同制度实施状况·····	(165)
三、工会对《劳动合同法》立法的影响·····	(169)
四、《劳动合同法》中的工会定位与职责·····	(182)
第十章 非全日制劳动和灵活就业·····	(201)
一、非全日制劳动的发展及现状·····	(201)
二、国际劳工组织和国外有关非全日制劳动的立法·····	(206)
三、我国有关非全日制劳动的立法和规定·····	(211)
四、《劳动合同法》关于非全日制劳动的规定·····	(218)

五、对非全日制用工立法的若干思考·····	(224)
第十一章 劳动合同制度的政策基础 ·····	(230)
一、问题的提出和分析视角·····	(230)
二、中国劳动政策演进的历史进程和政策理性 ——劳动合同制度的政策基础·····	(231)
三、劳动政策目标与劳动合同制度功能之间的张力·····	(240)
四、中国政府劳动政策与劳动关系发展展望·····	(243)
第十二章 劳动合同法律责任 ·····	(245)
一、劳动合同法律责任概说·····	(245)
二、我国劳动合同法律责任理论研究综述·····	(248)
三、完善我国劳动合同法律责任立法的基本思路·····	(253)
四、完善我国劳动合同法律责任立法的具体建议·····	(255)
五、立法中仍需商榷的若干问题·····	(258)
第十三章 《劳动合同法》若干争议问题分析 ·····	(261)
一、关于《劳动合同法》的法律性质·····	(261)
二、关于《劳动合同法》的立法宗旨·····	(265)
三、关于《劳动合同法》的立法指导原则·····	(270)
四、关于《劳动合同法》的适用范围·····	(275)
五、关于用人单位规章制度·····	(278)
六、关于合同期限与终止补偿金·····	(282)
七、关于竞业限制与商业秘密·····	(286)
八、关于劳动者派遣·····	(289)

九、关于劳动监察	(295)
附录 1 中华人民共和国劳动合同法 (草案)	
(2006 年 3 月 征求意见稿)	(301)
附录 2 中华人民共和国劳动合同法 (草案)	
(2006 年 12 月 第二次审议稿)	(312)
附录 3 中华人民共和国劳动合同法 (草案)	
(2007 年 4 月 第三次审议稿)	(325)
附录 4 中华人民共和国劳动合同法 (草案)	
(2007 年 6 月 第四次审议稿)	(339)
附录 5 中华人民共和国劳动合同法	
(2007 年 6 月 29 日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)	(353)
后记	(367)

第一章 劳动合同立法的社会背景和基本定位^①

《劳动合同法》作为我国继《劳动法》颁布以来最重要的劳动法律，直接关系到中国劳动关系，主要是个别劳动关系的基本规范。劳动合同制度是我国劳动关系法制化的基础构成，这一法律如何制定，不仅涉及我国劳动合同制度的性质和特点，而且直接影响中国劳动法制的走向。因此，有关劳动合同法的性质和基本定位，便成为在劳动合同立法中首先需要厘清的问题。

本文拟从我国劳动合同立法背景切入，就劳动合同法的性质特点及立法要求等基本问题，提出以下分析。

一、关于劳动合同法的立法背景

任何法律的出台，都是为了适应一定的历史时期调整某种特定的社会关系而制定实施的。研究劳动合同法的基本定位，首先需要研究劳动合同法的立法背景。中国劳动关系市场化转型，是中国劳动合同立法的大背景，而以劳工权益保护为基本要求的劳动关系法制化，则是劳动合同立法的直接要求。

（一）经济全球化——中国劳动合同立法的国际背景

从来没有一部中国的法律，能够引起世界各方力量的如此关注。这种关注，不仅表现在美国商会和欧盟商会对于中国的劳动合同立法密切

^① 本章作者：常凯，劳动法博士，中国人民大学劳动关系研究所所长，教授，博士生导师。

关注并积极参与,还表现在主要市场经济国家的政府、议会、工会等相关组织机构,都对于中国的劳动合同立法表现出了极大的兴趣,并毫不隐讳地公开表达了自己对于这一立法的立场和观点。^①

这种情况,表明了经济全球化及中国劳动关系国际化,是中国劳动合同立法的最为突出的国际背景。中国的劳动合同立法,在全球化的背景下已经不仅仅是一个国内事件,而是具有国际意义。

所谓经济全球化,即全球市场化。而全球市场化的本质是全球资本化。无可讳言,资本主义市场经济体制,通过关贸总协定(GATT)和世贸组织(WTO)将其复制到全球范围。^②资本成为全球经济的主宰和灵魂。资本流通无国界,实力雄厚的跨国公司成为经济全球化的最大受益者。

经济全球化,一方面推动了全球经济的持续和高速发展,但同时,经济全球化也将资本主义的基本的内在的经济和社会矛盾,即资本和劳动的矛盾推向了全世界。伴随着全球经济的高速发展,世界范围内的两极分化、贫困加剧、劳资冲突等社会矛盾不断加剧。与经济全球化同时存在的是抗议反对经济全球化。^③这种抗议产生的背景是:全球化为资本造就了一个急速扩张的机会,而对于劳动力市场的直接影响则是“工资探底”,劳资矛盾和劳资冲突已经成为一个世界性的社会经济问题。在全球化的背景下,世界范围内劳动关系的格局发生了重大的变化:这种变化在:第一,经济全球化打破了劳资关系的均衡态势,强资本弱劳工的格局日趋明显。第二,经济全球化使得传统的劳动关系调整方式面

① 欧盟议会和美国国会都曾对于中国的劳动合同立法的相关问题进行过讨论,美国国会的27名议员并就中国的劳动合同立法问题中的美国商会的表现,提出专门的议案。一些国外工会和国际工会组织,也多次举办各种会议进行专题研究。

② 关贸总协定和世贸组织的宗旨,旨在通过市场开放、非歧视性和公平贸易等原则,来达到推动实现世界贸易自由化的目标。所谓自由化贸易的含义是非常清晰的,在马克思的著作中,这一概念即是资本主义的代名词。

③ 1999年的西雅图会议、2001年的多哈会议、2003年的坎昆会议、2005年的香港会议均伴随着强大的反WTO的浪潮。这一浪潮的主题是“建立一个公平的世界”“反对WTO剥夺全世界的劳动者”“保障工人的基本权益”“保障穷人的基本生活”等。

临严峻挑战。随着跨国公司的发展和生产过程的国际化,劳动关系也超越了国家界限而具有国际化的特点,但对于只能在本国范围之内活动的传统的工会运动,在组织形式、活动机制、斗争方式等方面面临着一系列新的问题。第三,经济全球化使政府在劳动关系中失去了公正的立场。官商勾结、官商合流、官商一体,成为许多国家的政治风景。以牺牲劳工的利益来追求经济的发展,已经成为许多国家公共政策的出发点。

随着中国加入 WTO,经济全球化对于中国的劳动关系的影响也愈来愈广泛和深刻。

国际资本加速了在中国的投资设厂,中国逐步成为一个“世界工厂”。中国从 80 年代中期开始引进外资,入世以后,外资企业数量和规模的增长速度明显加快,外商特别是大型跨国公司对华投资又掀新高潮,连续两年实际投资额超过 500 亿美元。截至 2005 年 5 月底,全国累计批准设立外商投资企业 52 537 家,合同外资金额 11 615 亿美元,实际使用外资金额 5 844 亿美元。^① 外资首选传统产业的制造业,主要是想利用中国丰富廉价的劳动力资源,以增加这种劳动密集型产业的竞争力和盈利率。这种以传统加工业为主的产业结构,与发达国家传统产业衰落致使产业工人减少的情况相反,在中国则是由于传统产业的发展而造就了一大批以农民工为主体的新产业工人。这种情况还直接影响了中国劳动关系的构成特点和调整方式。

其次,中国经济开始纳入国际经济体系,国际经济和商务规则以及劳动关系处理规则逐步成为中国经济关系的国内规则。加入 WTO,加

^① 外商投资企业 500 强排行榜是以参加外商投资企业联合年检企业上报的 2004 年度的销售数据为排名依据。据国际商报报道,进入 500 强的外商企业中,排名前 10 位企业中,除上海上汽大众汽车销售有限公司外,全部是制造业领域企业。这 10 家企业的销售额均在 370 亿元以上,其中以 IT 产品加工贸易为主业的富士康科技集团 [鸿富锦精密工业(深圳)有限公司] 以高达 715.77 亿元人民币的销售额跃居排名榜首。其后依次是,摩托罗拉(中国)电子有限公司、上海惠普有限公司、长城国际信息产品(深圳)有限公司、达丰(上海)电脑有限公司。

速了中国的产权制度和经营权制度与国际接轨,但劳动关系协调处理制度如何也参照和引进以国际劳工标准以及处理方式,来构建一个法制化的市场经济劳动关系运行体制,还是一个非常严峻的任务。而劳动合同法立法,正是为适应全球化下劳动关系市场化和国际化而采用的重要举措。

(二) 经济体制改革:中国劳动合同立法的国内背景

中国的劳动合同法立法的国内背景,是为了适应劳动关系的市场化转型。中国的劳动关系转型,是随着国内的经济体制改革而发生,并作为中国经济体制改革的构成部分而进行的。而所有制的改革和工资分配制度的改革,直接影响和决定了劳动关系市场化转型的过程和趋向。

首先,产权制度改革对于劳动关系产生决定性影响。

决定劳动关系的性质和特点的基本因素是所有制的性质。不同的所有制下劳动关系的性质和特点也有所不同。这是因为所有制性质直接表现在生产资料的占有和运用具有不同的形式和要求,从而必然决定和影响生产资料与劳动者结合的方式——即劳动关系的性质和特点。在“国退民进”的指导原则下,到2005年,非国有经济在国内生产总值中所占比重约为65%左右;其中内资民营经济所占比重为49.7%,外商和港澳台投资企业在国内生产总值中所占比重约为15%。^①全国工资劳动者人数为约为3.3亿人,其中国有单位就业人员只有6488万人,而非国有经济在二、三产业的就业比重达到84%,在城镇中的就业比重已经超过70%。^②

而以国有企业转制为基本内容的产权制度的改革,对中国劳动关系的性质和发展产生了重大的影响,主要表现在以下几个方面:首先,国有企业的改制,为劳动力市场提供了大量的雇佣劳动者。其次,国有企业的改制,扩大了城市中的两极分化,制造了一批作为经济暴发户的资

① 黄孟复,胡德平主编.中国民营经济发展报告(2005—2006).北京:社会科学文献出版社,2006.2.

② 冒天启.转型经济研究的现状和理论问题. <http://www.dajun.com.cn/sulian.htm>.

产所有者和一个作为贫困者的城市劳动者阶层。再次，国企改革改变了城市和企业中利益一体化的格局。劳动者和资产所有者的关系，是劳动和资本的人格化。利润最大化中国的劳资关系格局基本形成。

产权多元化和非国有经济的快速发展，使中国的劳动关系开始了市场化，而分配制度的改革，则促进了劳动关系主体的分化。

适应产权制度的改革，我国的分配制度也逐步由按劳分配转变为按生产要素分配。这是市场化的客观要求。但在这种分配过程中，不论从分配数额的比重，还是从分配过程中的话语权，劳动要素都处于一种弱势的地位。如果不对这种分配原则和方式以及程序进行严格的规制和监控，分配中的两极分化和劳动者的不利地位将会进一步加剧。实践的结果也说明，由于目前这种分配制度缺乏严格的规制和监督，劳动者在分配制度中处于一种非常不利的地位，劳动关系双方主体两极分化愈益严重。

目前，我国的收入分配已经大大超过了国际公认的 0.4 的警戒线，到达危险的边缘。根据国家统计局的测算，1988 年全国居民收入分配的基尼系数为 0.341，1990 年为 0.343，2000 年为 0.417，2003 年的基尼系数则在 0.458 以上^①。而近年来这种收入差距还有愈演愈烈的趋势。收入分配的不公以及由此带来的两极分化和劳动者群体的穷困，已经成为中国经济发展及劳动关系调整中的最重要问题。

（三）中国劳动关系的状况及其面临的问题

经过十余年的改革过程，中国的劳动关系已经初步实现了从以政府为主体的行政控制到以企业为主体的市场调节的转变。这种转变主要表现为：劳动关系的归属企业化、劳动关系调节市场化和劳动关系规范契约化。^②但劳动关系的运行机制尚不规范，目前中国劳动关系的市场运行，是一种不规范的市场运行。这种不规范突出地表现在中国的劳动法

^① 青连斌. 我国居民收入差距到底有多大. 科学社会主义. 2004, 4

^② 常凯主编. 劳动关系·劳动者·劳权——当代中国的劳动问题. 北京：中国劳动出版社，1995. 4