

RESEARCH ON EMPLOYMENT
CONTRACT LAW

RESEARCH ON EMPLOYMENT CONTRACT LAW

劳动合同法 研究

冯涛 等◎著

中国检察出版社

中国劳动法律网
www.lawlab.com.cn

劳动合同法 研究

人力资源和社会保障部
劳动关系司 编

中国劳动法律网
www.lawlab.com.cn

人力资源和社会保障部
劳动关系司 编

RESEARCH ON EMPLOYMENT
CONTRACT LAW

RESEARCH ON EMPLOYMENT CONTRACT LAW

冯涛等◎著

劳动合同法研究

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动合同法研究/冯涛等著. —北京: 中国检察出版社, 2008. 5

ISBN 978 - 7 - 80185 - 932 - 7

I. 劳… II. 冯… 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 (2008) 第 059646 号

劳动合同法研究

冯涛 等著

出版人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68630385(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市燕山印刷有限公司

开 本: 720mm × 960mm 16 开

印 张: 26. 25 印张

字 数: 510 千字

版 次: 2008 年 6 月第一版 2008 年 6 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 932 - 7/D · 1908

定 价: 48. 00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

前 言

自人类社会进入高度分工和规模生产以来，在分工劳动和规模作业的地方，每天都不断重复着生产、分配、交换和消费的经济活动。生产及其相关服务是人们生存和社会发展的基础，是通过各种要素相结合来实现的。从社会关系的角度来看，是各种要素所有者的结合；从法律关系的角度来看，是各种要素所有权权能的结合。经典经济学理论将各种要素的所有者划分为两大阵营，一方是物质资本的所有者，另一方是人力资本的所有者。由此形成了生产和分配对立统一的劳资关系。这种关系在任何社会形态的市场经济初期都表现得异常紧张。因为，财富原始积累的本性迫使物质资本所有者加大剥削的强度。而当经济和科技发展达到一定水平，人类进入知识经济时代时，纯粹的资本要素与纯粹的人力要素概念均趋向模糊。劳资关系的矛盾由紧张变为缓和。在现代市场经济中，影响生产和分配的社会关系主体，除了劳资双方以外，还有作为整个社会的组织者的政府。无论是在典型的自由市场国家、社会市场国家，还是在新兴市场国家，出于宏观经济稳定和持续发展的动机，政府均制定调整劳动关系的法律，约束和激励劳资双方的行为，规范劳资关系，预防因劳资关系矛盾激化而可能酿成灾难性社会事件。实践证明，通过特别雇佣合同——劳动合同的形式调整劳资双方之间的劳动关系，是最优的选择。基于劳资双方实力不平衡的假定和保护劳工人身权利的需要，各国劳动合同法均规定一些强制性标准，保护劳工利益，维护社会正义。

中国是新兴市场国家，又是多种所有制经济并存的国家。在社会转型时期，各种所有制经济内部，特别是私人所有制经济内部劳动者与用人单位之间的劳动争议必然经历从多发到缓和的过程。而目前正处于矛盾多发阶段。整个社会迫切要求政府制定各种合理调整劳动关系的正式制度。在此社会背景下，我国制定了一批与《劳动法》配套的法律、法规，如《劳动合同法》、《劳动争议调解仲裁法》、《就业促进法》。其中，《劳动合同法》的制定引起的社会关注度最高，社会反响最大，因为过去劳动者权益受损比较严重，人们期望通过《劳动合同法》切实保护自己的权益。

一、写作背景

劳动关系是我国最基本的社会关系。劳动合同是劳动关系的载体，又是用人单位和劳动者的权利和义务的凭证。《劳动合同法》是调整劳动合同关系的基本法律依据。我国的劳动合同制度是随着经济体制改革不断深化而逐步建立发展起来的。1986年以前，劳动合同制度开始试行时，只适用于国有企业招用的临时工；1986年国务院颁布《国营企业实行劳动合同制暂行规定》，进一步适用于国有企业新招用的职工，实行“老人老办法，新人新办法”；20世纪90年代，才逐步推广到各种企业的全体职工，实行“全员劳动合同制”。1994年7月全国人大常委会制定的《中华人民共和国劳动法》确立了与社会主义市场经济体制相适应的劳动合同制度。实践证明，劳动合同制度的确立，对于破除计划经济体制下行政分配式的劳动用工制度，建立与社会主义市场经济体制相适应的用人单位与劳动者双向选择的劳动用工制度，发挥市场在劳动力资源配置中的基础性作用，健全社会主义市场经济体制，发挥了重要作用。

随着我国工业化、城镇化和经济结构调整进程加快，企业制度改革不断深化，企业形式和劳动关系日趋多样化，劳动用工制度发生深刻变化，劳动用工领域出现了一些新情况、新问题，劳动者合法权益受到侵害的现象时有发生，在一些地区、行业 and 单位甚至相当严重，影响了劳动关系的和谐稳定，影响了社会的稳定。带有普遍性的问题主要有：劳动合同签订率低，出现劳动争议时劳动者的合法权益得不到有效保护；劳动合同短期化，劳动关系不稳定；用人单位利用自己在劳动关系中的强势地位侵犯劳动者合法权益。

为了解决这些问题，在总结实践经验和借鉴国外立法成果的基础上，我国制定了专门的《劳动合同法》，《劳动合同法》的制定对于完善劳动合同制度，合理规范劳动关系，具有重要意义。首先，制定《劳动合同法》是构建与发展和谐稳定劳动关系的需要。其次，制定《劳动合同法》是加强社会领域立法的需要。最后，制定《劳动合同法》是完善我国劳动法律制度的需要。

《劳动合同法》的制定也给劳动合同法研究提出了一些新的问题。因此，研究劳动合同法，不仅具有较强的现实意义，也具有一定的理论意义。就现实意义而言，《劳动合同法》的制定引起了社会广泛和高度的关

注，人们对《劳动合同法》将来的实施效果有各种各样的预测，为了消除人们对于《劳动合同法》的疑惑，科学认识和把握《劳动合同法》的精神实质，更好地运用《劳动合同法》维护自己的合法权益，进而在全社会形成和谐的劳动关系，需要我们从理论上比较科学地揭示《劳动合同法》的价值，解释《劳动合同法》的立法目的、立法原则、基本制度和具体制度，指出《劳动合同法》存在的问题。就理论意义而言，自《劳动法》确立劳动合同制度以来，理论界对其进行了大量的研究，形成了一批研究成果，不仅对劳动合同立法发挥了指导作用，推动了劳动合同法制，而且丰富了劳动法学理论。特别是围绕《劳动合同法》立法问题，理论界提出了新的观点，进行了激烈的争论，一些比较合理的观点和主张被立法部门所采纳，成为法律规范的一部分。对于理论界关于《劳动合同法》的立法价值、立法目的、立法原则、基本制度和具体制度的一些争论，需要我们用历史唯物主义和辩证唯物主义的世界观和方法论对之加以科学分析，去粗存精，去伪存真。为建立和完善合理的劳动法学和劳动法学，奠定坚实的理论基础，进而推动我国法学的进一步发展。

二、主要观点和研究思路

通过对劳动合同立法和劳动合同法理论的研究，本书提出以下几个基本观点：第一，劳动合同关系是最基本的社会关系，《劳动合同法》的本质是社会法。社会法是我国的一个重要法律部门，社会立法的核心是关注民生，制定和实施《劳动合同法》是加强社会领域立法的需要。构建社会主义和谐社会，要求加强社会领域立法，特别是加强关注民生、保障权利等方面的立法，切实维护广大劳动群众的合法权益。通过完善社会领域立法，使全体人民特别是广大劳动者都能享受到改革开放和经济发展的成果，激发他们的创造活力，努力形成公平正义、奋发进取、安居乐业的社会和谐局面。《劳动合同法》涉及广大人民群众的切身利益。制定和实施《劳动合同法》是实现好、维护好、发展好最广大群众根本利益的需要。第二，劳动合同立法的根本价值是形成和谐的劳动关系，进而形成和谐的社会关系。制定和实施《劳动合同法》都要着眼于建立和维护合理的劳动秩序、工作秩序，避免和化解合同签订和履行过程中的纠纷。第三，劳动合同立法的直接目的是平衡劳动关系，保护劳动者的合法权益。劳动合同关系不同于一般民事合同关系的基本特点在于当事人双方地位实

质上的不平衡。基于现实经济发展条件的制约，劳动力市场供求严重失衡，就业难度加剧等客观情况，无论在签订合同还是在履行合同的过程中，劳动者基本处于弱势地位。为了矫正劳动者和用人单位的地位失衡状况，《劳动合同法》应当本着公平原则对劳动者一方实行倾斜保护，平衡劳动关系，保护劳动者的合法权益。这种倾斜保护，应体现在《劳动合同法》的基本原则、基本制度和具体制度之中。第四，《劳动合同法》在法律规范体系上属于《劳动法》的有机组成部分，是《劳动法》的特别法。《劳动法》为《劳动合同法》的立法、执法和司法提供一般原则，《劳动合同法》的规定与《劳动法》的规定不一致时，按照特别法优于普通法的原则执行。

研究思路：在本书的第一部分首先建立了劳动合同法研究的分析框架，也就是基本理论部分，主要包括劳动合同法的基本概念、理论基础、立法目的、适用范围、基本原则、基本法律关系；其次，确立劳动合同法的基本制度和具体制度；再次，研究特别劳动合同制度；最后，研究劳动合同法的责任制度和责任追究制度。充分体现了从一般到具体，从原理到制度，从实体到程序的基本理论逻辑。

三、基本结构

全书由十四章构成。第一章研究劳动合同法基本理论，主要包括劳动合同法理论基础、立法目的、适用范围、基本原则和法律关系的构成，统领全书。第二章研究劳动合同基本制度，这是劳动合同法特有的基本制度，分析雇主规章制度与劳动合同的关系、三方机制的构成及其主要作用、集体协商的意义和内容。第三章至第八章研究劳动合同的订立、履行、变更、解除和终止制度，这是劳动合同制度的中心内容，劳动合同关系能否得到良好的建立，劳动合同的原则能否得到有效的贯彻，劳动合同权益能否得到合理合法的维护，当事人的合同目的能否切实实现，均体现在劳动合同的过程之中。第九章至第十一章研究特别合同制度：集体合同、劳务派遣合同与非全日制用工合同。第十二章至第十四章研究劳动合同权利救济制度。这种程序制度其实是对自律合同的他律监管、责任追究和权利救济，从程序制度上体现劳动合同法的社会干预和政府干预特点。

四、研究方法

本书在研究过程中，运用了哲学的一般方法和法学的具体方法。一是

逻辑分析与历史分析的方法。历史和逻辑统一的方法在理论体系创新中起着重要作用。历史方法和逻辑方法在研究劳动合同法现象和劳动合同过程中占有重要地位。它们彼此并不对立，而是在同一种运用，因为在一般和总体上，历史的起点和逻辑研究的起点是一致的。^① 逻辑分析主要按照从一般到具体、从实体制度到程序制度的逻辑进行，体现在全书整体框架结构的建立以及合同原则制度、合同过程制度和合同程序制度的内部结构等方面，如合同原则制度按照上位原则和下位原则的逻辑进行内容安排，合同过程制度按照合同订立到终止的时间逻辑进行内容安排，合同程序制度按照监督、责任和责任追究与权利救济的问题解决逻辑进行内容安排。逻辑分析还体现在市场经济发展与劳动合同法的发展关系以及劳动关系发展变化与劳动合同法的关系方面，前者决定后者的立法目的、立法方向、立法水平以及法律实施效果。历史分析体现在劳动合同法的起源、发展，劳动合同法的制定、修改、完善，劳动合同法的历史合理性及其对现实和未来立法、执法的启示，对劳动合同法的未来进行完善提出制度设计建议。

二是实证分析与规范分析的方法。实证问题主要是解释和预测，描述因果关系。规范问题则研究应该怎样，什么是最佳的方案选择和设计。^② 实证分析重在分析合同订立到终止的运行过程，分析执法和司法对劳动合同纠纷预防和纠纷解决的体制、机制和实效，分析研究劳动合同法的立法宗旨、立法原则，分析规范的结构、规范之间的逻辑关系。实证分析以现实问题为分析对象，通过案例分析，揭示劳动合同纠纷产生的社会原因和制度原因，提出解决问题的制度措施。规范分析在于准确揭示劳动合同法的内涵，通过对案例、数据等分析揭示劳动合同法存在的不足和漏洞问题，以劳动合同法目的和价值研究为核心，对劳动合同法进行完善和创新，完善立法，改进执法。

三是比较分析方法。包括中外劳动合同立法、执法的比较，合同法学理论的比较，劳动合同法规范与民事合同、商事合同规范的比较。中外比较主要分析市场经济国家，特别是发展中的市场经济国家劳动合同立法与我国有关立法的联系与区别，不同国家劳动合同法学理论产生的背景与理论应用法律环境的联系与区别。劳动合同法规范与民事商事合同法规的比较，主要分析法律性质、基本原则、权利义务以及救济

^① 刘凤义：“超越与探寻”，载《读书》杂志2007年第11期，第45~53页。

^② [美] 罗伯特·S·平狄克、丹尼尔·L·鲁宾费尔德著，王世磊等译：《微观经济学》（第六版），中国人民大学出版社2006年版，第7~8页。

措施的联系与区别。此外，对劳动争议的各种处理程序进行了比较分析。四是系统分析方法。主要分析劳动法的独立性，劳动法体系与劳动法体系和社会法体系的关系，把劳动法体系置于劳动法体系、社会法体系和社会保障法律体系之中，分析劳动法的合理性和合法性。五是多学科的研究方法。劳动法法律关系是自律关系与他律关系的有机结合，涉及当事人契约自治、行政管理、工会等社会组织参与等多方面的社会经济关系，因此，需要运用社会学、公共管理学、伦理学、经济学等相关学科的基本原理分析劳动法的立法和执法。

五、研究重点、难点和创新

所谓重点问题，一般是指具有举足轻重地位的问题。在劳动法研究中，我们认为，基本理论问题、基本制度问题居于重要地位。从劳动法的研究现状来看，人们的感性认识多于理性认识，对规范的解释性研究多于逻辑性研究，研究水平基本停留在对法律法规的解释层面，缺乏系统的全面的理论基础。这不利于科学指导劳动法的立法和执法。因此，研究劳动法，首先要建构一定的合理的基本理论。对此，本书用较大的篇幅，从基本概念、基本范畴、基本原则、基本法律关系、基本理论观点等几个方面比较系统地阐述劳动法的基本理论，突出研究了劳动法的性质、价值、立法精神等最基本的问题，力求对制度的运行提供理论指导，丰富和发展劳动法学理论和劳动法理论。其次，劳动法基本制度在基本理论和具体制度之间起着桥梁作用，具体制度的运行具有基础性作用。因此，需要重点研究基本制度的规范价值和规范设计。最后，《劳动法》的一些规定，填补了《劳动法》关于劳动合同制度的一些空白，这些新的规范如何解释、如何适用，也是需要重点研究的问题。如工资基准制度、劳务派遣制度、竞业限制制度，等等。

所谓的难点问题则是指难以解决的理论和实践问题。在研究中，基于认识的局限，我们发现以下几个问题比较难以解决。首先，理论界对于劳动法基础理论存在一些争论，比如人力资本理论与劳动合同的关系。需要综合各相关学科的知识加以合理分析。其次，劳动法的基本原则与民法的基本原则的范围和基本内容大体上是一致的。这反映了两

种合同存在共性的一面，即契约自治和当事人地位平等。但是，如何解释劳动合同法基本原则所反映的社会干预和对劳动者的“倾斜保护”呢？需要通过比较作出合理解释。最后，三方协商机制和集体协商机制的具体制度安排，以及两者之间的解决问题的范围的关系，特别是如何合理地运用于解决用人单位规章制度的制定等方面，也是难以解决的制度问题。此外，在程序制度方面，如何有效地衔接仲裁（劳动仲裁与人事仲裁）与诉讼程序，改善纠纷解决机制，减少解决纠纷的成本，也是一个难点问题。

新颖性和创造性是科学研究的生命。创新主要包括方法创新和理论创新两个方面。与以往研究成果比较，本书在研究方法和理论方面均有所突破。在研究方法方面，本书力求把逻辑与历史、规范与实证、国别制度比较与学科比较有机结合。使人们对劳动合同法的历史与现实、理论与实际、国外与国内的发展规律以及与相邻学科的关系有一个比较深刻的认识，着力解决劳动合同立法与法学方面存在的现实问题。在理论方面，我们认为本书在以下几个方面的研究取得了突破性进展：（1）初步建立了劳动合同法基本理论，避免形成纯粹的法条解释文本。（2）初步建构了包括基本理论、基本制度和具体制度，实体制度与程序制度在内的制度理论体系。（3）提出了实质公平原则是劳动合同法原则核心的观点，并以此原则为基础考量具体制度的合理性。（4）提出了以三方协商机制取代企业调解机制，依据工会的性质改革工会代表职能，使其成为劳动者利益的真正维护者。（5）提出了区别对待劳动合同书面形式的效力。（6）阐述了一般民商合同的补缺推定规则、履行抗辩权制度、保全制度、合同转让制度等在劳动合同中适用的可能性与不可能性。（7）进一步规定规章制度异议的效力，严格限制劳动者的保密义务，切实保护劳动者的利益。（8）提出了集体合同优先于个体合同的观点，提出严格限制劳务派遣的行业、职业和规模，要派单位负有安全保障责任的观点，将家政公司派出的服务人员与服务对象之间形成的关系视为派遣关系。（9）提出劳动合同签订争议实行举证责任倒置机制。在缔约程序和纠纷解决程序中作如此补充设计：如果发生了劳动争议，可由行政主管部门、仲裁机构和司法机关责令（也可由劳动者请求）雇主提供劳动者不愿意签订书面合同的证据，如果其举证不能，则认定雇主存在过错，或者认定其行为违法。一方

面，依法追究其公法上的责任，给予行政处罚；另一方面，如果给劳动者主张权利造成困难或者给劳动者造成实际损害，则确定雇主承担民事责任，即实施举证责任倒置。(10) 提出了劳动合同变更异议的可能性及其解决方法。(11) 预告辞职制度要根据劳动者的资历具体情况具体对待，对即时辞职可以设定损失责任承担。(12) 对劳动者一方遭受损害的仲裁和诉讼，采用举证责任倒置制度、简易程序制度。

作者

2007年12月

目 录

前言	(1)
----------	-------

第一篇 总 论

第一章 劳动合同法基本原理	(3)
第一节 劳动合同法的理论基础	(3)
第二节 劳动合同法的立法目的	(31)
第三节 劳动合同法的适用范围	(38)
第四节 劳动合同的法律原则	(43)
第五节 劳动合同法律关系	(50)
第二章 劳动合同基本制度	(60)
第一节 用人单位规章制度	(60)
第二节 协调劳动关系的三方机制	(70)
第三节 集体协商机制	(73)

第二篇 劳动合同制度

第三章 劳动合同的订立	(83)
第一节 劳动合同订立的意义	(83)
第二节 劳动合同的形式	(85)
第三节 劳动合同的内容	(91)
第四节 劳动合同的订立过程	(120)
第四章 劳动合同的效力	(126)
第一节 劳动合同的效力的含义	(126)
第二节 劳动合同的生效要件	(127)
第三节 无效劳动合同	(129)
第四节 劳动合同的可撤销	(138)

第五章 劳动合同的履行与变更	(141)
第一节 劳动合同的履行	(141)
第二节 劳动合同的变更	(158)
第六章 劳动合同的解除	(167)
第一节 劳动合同解除的含义	(167)
第二节 协商解除劳动合同	(172)
第三节 劳动者单方解除劳动合同	(173)
第四节 用人单位单方解除劳动合同	(193)
第七章 劳动合同的终止	(217)
第一节 劳动合同终止的含义	(217)
第二节 劳动合同终止的法定情形	(218)
第八章 劳动合同解除与终止的法律后果	(223)
第一节 劳动合同解除或者终止时的经济补偿	(223)
第二节 违法解除或者终止劳动合同的经济赔偿	(237)
第三节 劳动合同解除或者终止的社会保险转移	(239)

第三篇 特别合同制度

第九章 集体合同制度	(245)
第一节 集体合同立法	(245)
第二节 集体合同的订立与终止	(254)
第三节 集体合同的审查	(259)
第四节 集体合同的效力	(260)
第五节 集体合同争议与违法责任	(263)
第十章 劳务派遣合同制度	(272)
第一节 劳务派遣理论与立法	(272)
第二节 劳务派遣的适用与禁止范围	(290)
第三节 劳务派遣单位的设立与终止	(292)
第四节 劳务派遣合同的构成与基本内容	(294)
第五节 劳务派遣合同的解除	(300)
第六节 劳务派遣合同责任制度	(301)

第十一章	非全日制用工合同制度	(305)
第一节	非全日制用工与立法	(305)
第二节	非全日制用工合同的形式与内容	(308)
第三节	非全日制用工合同的终止	(312)
第四节	非全日制用工合同的监管与争议解决	(314)
第四篇 权利救济制度		
第十二章	劳动合同法律责任制度	(317)
第一节	劳动合同法律责任理论	(317)
第二节	违反劳动合同法的民事责任	(319)
第三节	违反劳动合同法的行政责任	(336)
第四节	违反劳动合同法的刑事责任	(342)
第十三章	劳动合同实施的监督检查制度	(346)
第一节	劳动合同监督检查体系与立法	(346)
第二节	劳动合同的行政监督检查	(348)
第三节	劳动合同的社会监督	(356)
第十四章	劳动争议调解仲裁与诉讼制度	(361)
第一节	劳动争议解决的法律体系	(361)
第二节	劳动争议解决的基本原则和途径	(367)
第三节	劳动争议调解制度	(374)
第四节	劳动争议仲裁制度	(381)
第五节	劳动争议诉讼制度	(393)
附录：规范性法律文件		(401)
后记		(403)

总 论

第

一

篇



