

中青年法学文库

劳动合同法的制度与理念

郑尚元 著

中国政法大学出版社

D922. 52/38

2008

中青年法学文库

劳动合同法的制度与理念



郑尚元 著



中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动合同法的制度与理念/郑尚元著. —北京:中国政法大学出版社,2008. 2

ISBN 978 - 7 - 5620 - 2936 - 6

I. 劳... II. 郑... 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 020614 号

书 名 劳动合同法的制度与理念

出 版 人 李传敢

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)

北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088

zf5620@263.net

<http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

(010)58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 787 × 960 16 开本 30.5 印张 610 千字

版 本 2008 年 3 月第 1 版 2008 年 3 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5620 - 2936 - 6/D · 2896

定 价 48.00 元

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题,由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

中青年法学文库

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而，一个世纪以来中国坎坷曲折的历史始终使法律难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年“文革”期间更索性彻底停滞。先天既不足，后天又失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高；法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层

II 总 序

面以及理论分析上给实在法以导引。在建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外中国法学界的鼎力相助和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

目 录

序言	(1)
第一章 劳动合同的一般理论	(5)
第一节 劳动合同的概念、特征、性质及其作用	(5)
一、劳动合同的概念	(5)
二、劳动合同的特征	(7)
三、劳动合同的性质分析	(11)
四、我国劳动合同的作用	(14)
第二节 劳动合同与民事雇佣合同——关于民法与劳动法 调整雇佣关系的区界	(16)
一、民事雇佣契约和劳动法上劳动合同之界别	(16)
二、传统雇佣关系与劳动关系调整法律定位之匡正	(21)
第三节 劳动合同之分类——以合同期限为视角	(28)
一、固定期限劳动合同制度的现状、形成原因和价值评判	(29)
二、我国无固定期限劳动合同制度的现状、形成原因及价值评判	(34)
三、我国劳动合同期限制度的选择与判断	(38)
第四节 试用期之法学分析	(44)
一、试用期制度设计之意义及试用期之法律性质	(44)
二、试用期间劳动合同当事人之权利义务	(47)
三、我国试用期制度之滥用分析	(49)
四、《劳动合同法》之制度设计	(51)
第五节 劳动合同与承揽合同及内部承包“合同”关系之分析	(53)
一、劳动合同与承揽合同之间的关系	(54)
二、劳动合同与承包合同的关系	(58)

2 目 录

第六节 劳动合同主体之法律分析	(64)
一、《劳动合同法》起草过程中关于适用范围之大讨论	(64)
二、“用人单位”的法律内涵之理解	(65)
三、劳动法上劳动者之界定	(67)
第二章 劳动合同制度比较研究——历史沉思与制度借鉴	(71)
第一节 民国时期劳动契约理论及劳动契约立法评述	(71)
一、民国时期《劳动法典》的起草与《劳动契约法》的颁布及其 对后世之影响	(71)
二、史尚宽先生与《劳动契约法》及劳动契约法理论	(73)
三、民国时期劳动契约法理论与制度的历史价值评判	(75)
四、我国台湾地区劳动契约法律规范定位及制度传承与继受	(78)
第二节 劳动合同制度之工具化与劳动力市场法律调整之重新定位	(79)
一、计划经济体制下之劳动用工形式与存在的劳动合同	(79)
二、经济体制改革时期劳动合同的沉重使命——使企业迸放活力 之工具	(81)
三、行政主导劳动合同制与法律制度相对疏离的劳动合同	(85)
四、法学研究与劳动合同制度	(87)
五、《劳动合同法》的动议、起草与出台	(88)
第三节 域外劳动合同制度与劳动合同立法	(89)
一、法典化国家劳动合同制度之典型——法国劳动合同制度	(89)
二、德国劳动合同制度及其主要内容	(91)
三、日本劳动契约法理论及相关法律制度	(94)
第三章 劳动合同之订立及其法学分析	(96)
第一节 劳动合同签订前当事人之权利义务	(96)
一、民法之要约承诺理论与劳动契约订立当事人权利义务之差异	(96)
二、用人单位与劳动者在劳动合同签订前阶段的称谓和含义	(98)
三、我国台湾地区“雇用内定”理论与内定单位及内定者的相关 权利与义务	(98)
四、大陆地区就业协议书之法律性质及当事人之权利义务分析	(100)

五、用人单位与劳动者在劳动合同签订阶段所产生之权利与义务	(102)
第二节 招聘、应聘欺诈及诈骗之法律规制	(104)
一、民法上之合同欺诈与刑法上之合同诈骗的区分及其参照	(105)
二、招聘、应聘欺诈形成的原因和种类	(106)
三、招聘、应聘诈骗现象	(109)
四、招聘、应聘欺诈及诈骗的法律治理	(110)
第三节 关于“双重”或“多重”雇佣问题——双重劳动契约关系	
存否问题之考察	(111)
一、劳动关系在不同学科之间的理解及其差异	(111)
二、双重劳动关系及其相关分析	(115)
三、劳动关系与劳动合同关系之区别与连接	(117)
四、“双重劳动关系”法律关系之构造及法律调整问题	(120)
第四节 “事实劳动关系”解析	(122)
一、私法上之事实契约关系之学说形成及其价值评判	(122)
二、我国“事实劳动关系”的形成及其语境与性质分析	(124)
三、“事实劳动关系”之类型分析与非法“雇用”	(127)
四、我国劳动法对事实劳动关系之因应	(131)
第四章 劳动合同内容及形式之法学分析	(136)
第一节 劳动合同当事人之权利义务	(136)
一、用人单位基于劳动合同所生之权利与义务	(136)
二、劳动者基于劳动合同所生之权利与义务	(141)
第二节 劳动合同当事人之附随义务	(142)
一、劳动合同当事人附随义务之基本理论	(142)
二、劳动者附随义务	(144)
三、用人单位附随义务	(148)
第三节 商业秘密保护与竞业禁止之特别约定	(153)
一、竞业禁止之理论基础	(153)
二、在职竞业禁止之法定与约定	(155)
三、离职竞业禁止之约定	(157)

四、竞业禁止适用主体之考量	(163)
五、竞业禁止与商业秘密保护之间的关系	(165)
第四节 培训条款之特别约定	(167)
一、我国实践中培训费纠纷与跳槽纠纷现象	(168)
二、当前专门培训引发的劳动纠纷之法学透视	(170)
三、特殊培训之法律规制	(172)
第五节 服务期(最低服务年限)之特别约定	(174)
一、我国台湾地区劳动契约中约定服务年限理论及其评析	(174)
二、我国大陆地区劳动合同服务期实务问题分析	(177)
三、关于服务期约定与法定制度设计中须考量的几个问题	(181)
第六节 关于劳动合同中的档案纠纷问题	(184)
一、劳动合同纠纷以及人事争议中的档案纠纷现象及其成因	(184)
二、我国人事档案制度及其存在的法律问题	(187)
三、我国台湾地区及东亚国家员工离职证明书之性质及法律分析	(189)
四、人事档案纠纷的法律梳理	(190)
第七节 劳动合同选择书面形式的法学分析	(193)
一、民事合同成立之形式与我国台湾地区劳动契约成立形式比较	(193)
二、中国大陆劳动合同书面要式形成原因分析	(196)
三、书面劳动合同与“事实劳动关系”之间的联系	(198)
四、制度选择:书面劳动合同形式要求应否为统一之强制性规范	(200)
五、书面劳动合同文本问题研究	(204)
第五章 劳动合同之履行、变更	(207)
第一节 劳动合同之履行	(207)
一、大陆地区“劳动合同履行”之制度创制与学理解释	(207)
二、劳动合同履行与民事合同履行的异同点	(209)
三、应对“劳动合同履行”中当事人行为当与不当之制度选择与 梳理	(212)
第二节 劳动合同的变更	(214)
一、大陆地区劳动合同变更的相关规定及其理论	(214)

二、民事合同变更与劳动合同变更的对比	(215)
三、用人单位并、分、转、迁以及改制等条件下的劳动合同变更 问题	(217)
四、劳动合同内容变更及其范围——调职、调薪、工作地点 变动等	(218)
五、关联企业任职问题	(218)
第三节 工作地点变化与调动	(220)
一、劳动者工作地点变动问题	(220)
二、用人单位迁址引发劳动合同变更问题	(222)
第四节 工作岗位调整(调职)问题	(223)
一、调职含义及调职缘起	(223)
二、调职种类与法律性质	(226)
三、调职命令之合理性判断	(230)
四、调职命令权利滥用之规制	(231)
五、关于借调关系之法学分析	(233)
第五节 劳动合同之薪资待遇调整及其他事项变更问题	(236)
一、劳动者薪资调整问题	(236)
二、劳动者薪资调整之权利义务关键点	(237)
三、劳动者薪资调整与团体协议(集体合同)	(238)
四、升职与调薪、降职与调薪、个别调薪与同工同酬及雇佣歧视 问题	(239)
五、其他事项之变更	(239)
第六章 中国大陆地区劳动合同解除制度	(241)
第一节 中国大陆地区劳动合同解除制度概况	(241)
一、概念形成及制度特色	(241)
二、大陆地区劳动合同解除之情形分类及其相应法律后果	(244)
三、用人单位解除劳动合同之禁止条款及其功能	(246)
四、劳动合同解除制度的制度价值	(247)

第二节 大陆地区劳动合同解除制度检视之一——《劳动法》第31条之	
理性分析	(249)
一、问题缘起	(249)
二、争论	(249)
三、劳动者单方解除劳动合同之正解	(252)
第三节 大陆地区劳动合同解除制度检视之二——《劳动法》第32条	
规定之透视	(257)
一、劳动者在用人单位过错前提下的即时解除权行使与权利	
真实性分析	(257)
二、劳动者辞职之被迫性与用人单位损害赔偿責任	(260)
三、是否给付经济补偿金之思考	(261)
四、地方立法之启示——《山东省劳动合同条例》规定之精神	
所在	(262)
第四节 用人单位解除劳动合同之制度理性	(263)
一、用人单位即时解除劳动合同之法定情形与相应判断	(263)
二、用人单位预告解除劳动合同之法定情形与相应判断标准	(267)
三、用人单位解除劳动合同之限制情形分析	(270)
第五节 用人单位经济性裁减人员之法学透视	(274)
一、裁员之解释及法律性质分析	(274)
二、裁员原因及种类	(276)
三、域外裁员制度及我国现行裁员制度及其比较分析	(279)
四、大陆地区裁员制度的完善问题	(283)
第六节 解雇保护制度与劳动合同制度实施	(285)
一、解雇保护制度概述	(286)
二、解雇保护与劳动合同之间的关系	(290)
三、我国现行劳动合同制度解雇保护之缺失	(293)
四、私法完善与公法修补——建立中国特色的解雇保护制度	(295)
第七节 劳动合同解除制度之相关制度——预告期与经济补偿金	(297)
一、预告期制度构建与制度价值	(297)

二、经济补偿金、违约金及赔偿金	(303)
第七章 劳动合同的终止	(314)
第一节 私法上合同终止与劳动法上劳动合同终止之比较	(314)
一、私法上雇佣契约终止的含义	(314)
二、劳动法上劳动合同终止的含义	(315)
三、大陆地区现行劳动合同终止语境形成	(317)
第二节 《劳动法》之劳动合同终止制度之逻辑分析	(319)
一、《劳动法》之劳动合同终止制度空置与滥用	(319)
二、劳动合同终止制度与理论及其逻辑分析	(321)
第三节 我国台湾地区终止劳动契约制度及与大陆地区制度比较	(322)
一、名词之动词化实态——解雇与辞职之语言转换	(322)
二、与大陆地区劳动合同解除与终止制度之比较	(325)
第四节 劳动合同终止的种类和条件——《劳动合同法》之制度 修补	(331)
一、约定终止不复存在	(331)
二、劳动合同终止事由范围之扩大	(332)
三、劳动合同终止后当事人权利义务关系之分配	(335)
第八章 劳动合同之效力	(339)
第一节 劳动合同与工作规则（劳动规章）	(339)
一、工作规则含义	(339)
二、工作规则法律性质分析	(343)
三、工作规则制定与变更对劳动者利益之不正当影响	(346)
四、劳动合同与工作规则之效力冲突与协调	(350)
五、用人单位劳动规章制度完善及其法律性质之定性	(353)
第二节 劳动合同与集体合同效力比对	(356)
一、我国劳动合同与集体合同立法之合体特色及相关分析	(356)
二、我国台湾地区学者关于劳动契约与团体协约效力比较分析	(361)
三、我国大陆地区劳动合同与集体合同关系之法理塑造	(363)

第三节 我国无效劳动合同制度之创建及与民事合同无效理论之对照	(367)
一、制度确立与制度演变——中国大陆地区无效劳动合同制度	(367)
二、我国大陆劳动法学界对无效劳动合同之制度解读	(369)
三、民事合同之无效理论及其借鉴	(371)
四、《劳动法》无效劳动合同之制度反思与重构	(373)
第四节 中国“无效劳动合同制度”之应对	(377)
一、违反强行性规范等非法雇用之打击	(378)
二、劳动合同瑕疵与劳动合同补救之必要性分析	(379)
三、建立劳动合同之可撤销制度	(379)
四、我国现行雇用合意效力审查判断分类	(380)
第九章 特别雇用	(385)
第一节 管理人员雇佣问题	(385)
一、国有企业“干部”身份丢失后，我国企业管理人员身份法律规制之缺位	(385)
二、不同管理人员与企业间聘任（聘用）关系的定性	(388)
三、适用《劳动合同法》管理者及其法理分析	(393)
第二节 涉承包或涉提成类雇用问题——以出租车司机和代销人员为例	(395)
一、涉承包类雇用问题——以出租车司机与出租车公司之间特殊雇用关系分析为例	(395)
二、涉提成类雇用问题——以代销人员与商业公司之间特殊雇用关系分析为例	(400)
第三节 劳动派遣及其法律调整	(405)
一、劳动派遣含义及其法学分析	(405)
二、其他国家和地区之劳动派遣法律制度与理论分析	(416)
三、中国大陆劳动派遣产生与发展及立法因应	(423)
第四节 非正规就业（非全日制用工）中的雇佣问题	(429)
一、非正规就业现象存在及我国政府之相关价值取向	(429)

二、法律语境及比较法之分析	(431)
三、非全日制工与用人单位之间劳动合同关系之“特殊”分析	(435)
第十章 劳动合同之公法干预与特殊法律责任	(441)
第一节 劳动合同法实施之行政干预及其进退尺度	(441)
一、行政干预介入劳动合同的历史轨迹	(441)
二、劳动监督检查渗入合同关系之进程分析	(443)
三、现行劳动合同监督检查制度存在的缺陷与制度完善的 路径分析	(447)
第二节 劳动合同法上特殊法律责任之塑造	(450)
一、损害赔偿责任之倾斜性制度构建	(450)
二、《劳动合同法》上惩罚性赔偿制度之初置与制度价值之评估	(453)
三、《劳动合同法》上之连带责任制度构建及其分析	(457)
参考文献	(462)
后记	(472)

序 言

写作起因 与劳动法结缘,应当起自工作经历。1993年3月,从西南政法大学获得民法学硕士学位后,毕业分配至原国家劳动部政策法规司(现劳动和社会保障部法制司)工作,至1998年8月国务院机构改革,人员分流。本人选择了相对适合于自己的道路——学习与研究,将工作关系挂在劳动和社会保障部劳动科学研究所,于1999年9月开始在北京大学法学院攻读经济法专业劳动和社会保障法方向博士学位,至2002年3月调动至中国政法大学经济法系(现本人工作单位是中国政法大学民商经济法学院)。从人事关系角度讲,本人在劳动保障部门工作了整整九年。与我相同,原专业不属于劳动和社会保障法领域的学者,偶有机会与该工作结缘,大部分人士现仍执着于这一弱小学科的教学与研究工作。在劳动部政策法规司工作期间,我直接参与了相当多法律、法规及政府规章由草案变成法律规范的过程,这期间正是我国确立社会主义市场经济体制后的立法高速时代,接触的法律草案各门各类,至今仍有些许记忆。

最为感怀的是,我硕士毕业分配工作后,正是《劳动法》出台前法律草案反复修改、论证的紧张时期,1993年春至1994年7月《劳动法》出台前的紧张日子、使用四通打字机的日子渐渐远去,但留存的记忆仍清晰可见!《劳动法》颁布后,为了配合这部法律的贯彻实施,劳动部以部门行政规章的形式出台了17个部门规章,而这些规章是在短短的半年多时间内颁布的,工作之辛苦可以想象!

参与劳动立法的过程,实际上是学习劳动法的过程。本人本科所学是经济学专业,对于这一学科,实在找不到相应的学习方法。这个专业开设一门选修课——经济法,之后,笔者遂与法律结缘,期间自学阅读过一本劳动法教科书,是宣讲20世纪80年代中期劳动制度改革的那一类,事后逐渐忘却了。硕士专业选的是民法学,当年,西南政法大学金平教授让他的研究生给备考阶段的我写信说,本科学经济学对于民法学的研究更有帮助,赵万一老师就很优秀。应当说,民法学学得将就的话,能够应付不少工作岗位,本人就是借助一些刚刚有点感觉的民法学知识从事劳动立法工作。期间,私法上的一些理念与劳动行政部门之工作展开常常困扰着我,好在一点,在离开机关之前,对于劳动法领域之认识是:劳动争议处理制度、工伤保险制度、劳动合同制度可能是最为接近法律救济程序,是法学属性最强的几个领域,将来有机会可以写点儿东西。当然,随着中国社会的发展以及法制进程的推进,还会有更多的领域成为劳动法实在

法;随着劳动法研究队伍的不断扩大,许多问题亦是值得学术探讨的。博士毕业至中国政法大学工作后,先后出版了《劳动争议处理程序法的现代化》和《工伤保险法律制度研究》,本书的出版乃是本人的一个学术情结。

写作目的 长久以来,民法与劳动法调整雇佣问题的区界在哪里?两者到底有何差异?这些问题的自我澄清是本书写作的目的之一。该问题实在是一个复杂的问题,本书的介绍亦是粗浅的探索。我国于1936年12月就颁布过《劳动契约法》,由于多种原因该法一直未予施行,但是,劳动契约制度在我国台湾地区已通过1984年颁布的“劳动基准法”得以确立,至今已有相当理论累积。新中国成立后,曾经使用过劳动合同名词,但从法律制度角度讲,劳动合同制度的建立始于1986年,《劳动法》颁布后确立了现行劳动合同制度。与制度运行和社会实践相比,劳动合同理论研究,尤其是系统性研究一直没有因应社会需求,学术成果多为散落性成果,专著类成果非常少。1998年之后,《劳动合同法》列入九届全国人大立法规划,但该届人大没有将规划中之《劳动合同法》制定出来。2004年开始,十届全国人大常委会力促该法出台,研究劳动合同法律制度的学者越来越多,研究的问题也越来越深入。本书将为劳动合同法理论研究提供一些素材,批评素材或借鉴素材都属作者欢迎之列。此乃本书之写作目的之二。

与中国大陆学者对劳动合同法律制度之理论研究未成系统相比,完成中国劳动合同制度理论系统研究的是一位年轻的日本学者——山下昇,他于1999年完成了其博士学位论文——《中国劳动契约法之形成》,并将该论文出版。他本人对于中国计划经济时期的劳动力用工政策、市场转轨时期的劳动合同制度,以及《劳动法》确立的劳动合同制度进行了系统的研究,资料之翔实令国人汗颜!日本学者对中国之了解,与中国学者对日本之了解,两相比较可谓触目惊心,自明治维新以来,脱亚入欧之日本一跃而成世界强国,而强国学者对弱国情势之“关心”,世界上恐怕只此一例!今后若干时期,这也是无可更改的大势。笔者不懂日文,但对于中日之间问题相当关心。日本人能够将中国劳动合同制度形成学术著述,中国人自己更应如此。收集到日本学者的这本著述之后,更加坚定成书之决心!此乃写作目的之三。

此外,我国海峡两岸分治几近花甲轮回,两岸劳动合同制度与理念上存在着不少差异,同样的汉字表述,法意差异巨大。自20世纪80年代中后期,两岸人员开始往来后,大陆与台湾地区的法学交流可谓日益频繁,相对来讲,劳动法学与社会法学之学术交流相对滞后。2006年9月,焦兴钊、黄程贯二位教授带队参加大陆地区社会法学年会暨海峡两岸社会法学研讨会,两岸劳动法学与社会法学交流由是大规模展开,2007年8月,焦兴钊教授带队继续参加大陆地区年会并进行学术交流。相信未来两岸学者将同心协力,沟通话语,为中国劳动法学和社会法学继20世纪30年代后迎来新的繁荣而努力!由于大陆地区和台湾地区劳动合同法制乃至学术语境的差异,本人成书亦是为我国台湾地区学者了解大陆地区法制与学术而作。此乃写作目的之四。

作品自评 就本书而言,肯定有些新意,有些问题大陆学者尚未探讨,这些问题的分析对于学界来说,肯定有抛砖引玉之功效。世界劳动法制不过两百多年,而世界各国劳工问题多因各国国情有别而有所差异,劳动法制亦有相当不同。与成熟之法学学科相比,劳动法学学术研究也肯定存在不足。我国本属产业落后国家,新中国成立后,几代人虽奋斗不止,但至今中国仍未成工业国家。至于产业雇用问题,更有相当话语,自20世纪50年代中期我国社会主义改造完成后,产业雇用实质上转化为产业行政化社会关系,本质上并不存在雇用问题。从法律制度传承角度,新中国成立后,由于法统废除,法律传承由是中断。至改革开放后,尤其是20世纪90年代始,两岸法学交流开始,法学传承才续接香火。劳动法学研究至21世纪初才开始补课。因此,我国劳动法学研究总体上落后于产业发达国家之相关研究,大陆劳动法学研究总体而言落后于台湾地区。客观地讲,本书肯定存在不足,甚至观点谬误之处,无论如何,笔者是将20世纪30年代颁布之《劳动契约法》、现今台湾地区劳动契约法制,以及大陆地区劳动合同制度合并一起进行学术分析,也算是带有一点点历史色彩、比较色彩的著述。希望本书的出版对于劳动合同之学术研究有所助益。

常有同行善言与我:你写的东西比较深涩,难以理解。的确,笔者语言功底本来就差,但自己又极不喜欢口语化表达方式,至于学术论文和专著更应避免。笔者在机关工作几年,机关公文文风为上口流利、文字简单、随意可以宣讲之格式,自然对这些任何人都可以念、任何人都可以读、任何人甚至都可以写的文字有抵触情绪。近年来,每每翻阅民国时期法学著述以及我国台湾地区学者法学著述,论及汉字使用功底、方块字搭配,总有不少感悟,有时不禁想象:其实我们的先人给我们创造了一种神奇的文字,它可以此,也可以彼。相对而言,半文言性质的汉语表述,最易进行学术传意。笔者愚钝,可能有画虎不成而类犬之可能,但始终坚持自己的写作风。相信时日长久,这些汉字照样能为人接受,毕竟它是汉字。

有些语词使用不尽统一的问题需要解释:如“劳动契约”与“劳动合同”之使用,本来应当统一,但是,民国时期以及我国台湾地区一直使用“劳动契约”,笔者不能也不应当将其转化成“劳动合同”,大陆地区使用“劳动合同”也无须转换成“劳动契约”。在不同的学术著述和不同的背景下自然使用了不同的语词。关于“雇用”和“雇佣”问题,可能有人会区分两者差异,笔者无意再费心力考究。只是发现,劳动法学者多使用“雇用”,而民法学者多使用“雇佣”,或英美法系之语词翻译多为“雇佣”。笔者使用两个语词时,如果同时区分两者关系时,一并使用“雇佣”概念,而在劳动法背景下则使用“雇用”一词。如上问题并不少见,希望读者理解。

《劳动合同法》的颁布,不经意间使职业法律人开始关注这一领域,尤其是该法确定“民办非企业单位”为其适法主体,而民办非企业本身包括律师事务所,其与工薪律师之间的劳动合同关系将依据该法处理时,相信会有更多的律师、更多的职业法律人关注该法,当然,也肯定会促就本法之理性升华,相关问题将逐步澄清。