

应用型系列法学教材



劳动合同法学

主编 / 喻术红 副主编 / 张荣芳



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

应用型系列法学教材



劳动合同法学

主编 / 喻术红 副主编 / 张荣芳



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

劳动合同法学/喻术红主编;张荣芳副主编. —武汉: 武汉大学出版社, 2008. 9

应用型系列法学教材

ISBN 978-7-307-06505-5

I. 劳… II. ①喻… ②张… III. 劳动合同法—中国—高等学校—教材 IV. D922.52

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 133584 号

责任编辑: 胡 荣

责任校对: 刘 欣

版式设计: 詹锦玲

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 湖北省通山县九宫印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 18.25 字数: 321 千字

版次: 2008 年 9 月第 1 版 2008 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-06505-5/D · 826 定价: 28.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

《劳动合同法学》编写说明

《中华人民共和国劳动合同法》（简称《劳动合同法》）经过四次审议、修订，终于于2007年6月29日在第十届全国人大常委会第28次会议上获得通过，并于2008年1月1日起正式实施。《劳动合同法》的颁布实施，是我国劳动立法史上的一件大事，它对于劳动关系的协调发展，推动和谐社会的构建，将发挥出积极而重要的作用。

法律贵在实施。《劳动合同法》颁布生效以后，人们对于《劳动合同法》条文的正确理解与把握，是贯彻实施《劳动合同法》的关键。基于此，我们几位从事劳动法教学、研究的教师和研究生，在多年研习劳动法的基础上，花费大量的精力，收集整理了有关的资料，对《劳动合同法》进行了潜心研究，编写了《劳动合同法学》这本教材。本教材具有新颖性、实用性和理论性的特点，既适合于法学本科生教学，又对从事实务工作的律师、企业人力资源管理工作等具有指导作用。

本书编写分工如下：

喻术红：第一章、第九章、第十章第二节；

赵丽鹏：第二章；

张荣芳：第三章、第五章、第八章；

王 华：第四章；

陈会玲：第六章；

段晓红：第七章、第十章第一节；

吴雪玲：第十一章。

全书由喻术红主编、张荣芳任副主编，并由二人共同审稿。

由于水平有限，时间仓促，编写错误与不足在所难免，敬请各位读者批评指正。

喻术红

2008年7月10日

目 录

第一章 劳动合同法概述	1
第一节 劳动合同的概念、特征与作用	1
一、劳动合同的概念	1
二、劳动合同的特征	2
三、劳动合同的作用	5
第二节 劳动合同与相关合同的关系	6
一、劳动合同的性质	6
二、劳动合同与相关合同的联系与区别	7
第三节 劳动合同的分类	10
一、依照合同的期限划分	10
二、依照合同存在形式划分	11
三、依照就业方式划分	12
第四节 中国劳动合同制的历史沿革	12
第五节 劳动合同法的概念及适用范围	16
一、劳动合同法与劳动法的关系	16
二、劳动法的适用范围	18
三、《劳动合同法》在适用范围上的变化	19
第二章 劳动合同的订立	21
第一节 劳动合同订立概述	21
一、劳动合同订立的条件	21
二、《劳动合同法》关于劳动合同订立的具体规定	23
三、劳动合同的订立、成立与生效	25
四、劳动合同订立中涉及的特殊问题	28
第二节 劳动合同订立的基本原则	38
一、合法原则	39
二、公平原则	40

三、平等自愿原则	40
四、协商一致原则	41
五、诚实信用原则	41
第三节 劳动合同订立的程序	43
一、劳动合同订立的基本程序	43
二、劳动合同的备案	45
第四节 劳动合同订立的形式	47
一、劳动合同订立形式的概念	47
二、劳动合同的附件	49
 第三章 劳动合同的内容	51
第一节 劳动合同的必备条款	51
一、劳动合同必备条款的含义	51
二、《劳动合同法》有关合同必备条款与《劳动法》规定的区别	52
三、《劳动合同法》有关合同的必备条款的具体内容	53
第二节 劳动合同的约定条款	57
一、试用期条款	58
二、服务期条款	60
三、商业秘密的保护和竞业限制条款	64
 第四章 劳动合同的效力	68
第一节 劳动合同效力概述	68
一、合同效力的含义	68
二、劳动合同效力概念	69
三、劳动合同的效力范围	69
第二节 劳动合同的有效要件	71
一、主体要件	72
二、内容要件	75
三、意思表示要件	76
四、劳动合同的形式	77
第三节 劳动合同的无效	79
一、国外立法对无效劳动合同的规定	79
二、我国现行的法律规定	79
三、劳动合同无效的情形	80

四、无效劳动合同的确认机构	84
五、无效劳动合同的处理	85
第五章 劳动合同的履行和变更	88
第一节 劳动合同的履行	88
一、劳动合同的履行原则	88
二、劳动合同双方当事人的义务	89
三、劳动合同约定不明时的履行	92
四、违反劳动合同的行为及其后果	93
第二节 劳动合同的变更和承继	94
一、劳动合同的变更	94
二、劳动合同的承继	99
第六章 劳动合同的解除与终止	105
第一节 劳动合同的解除	105
一、协议解除	105
二、单方解除	108
第二节 劳动合同的终止	125
一、劳动合同终止的概念及事由	125
二、劳动合同终止的限制	129
三、劳动合同解除、终止后的相关义务	130
第三节 经济补偿金	132
一、经济补偿金的内涵	132
二、经济补偿金的支付	136
第七章 集体合同法律制度	142
第一节 集体合同概述	142
一、集体合同的特点	142
二、集体合同的产生与发展	143
三、集体合同的意义	145
四、集体合同的签订	146
五、集体合同的内容和效力	147
六、集体合同的履行、变更、解除和终止	149
第二节 集体合同争议的处理	151

一、集体合同争议的特点	151
二、处理集体合同争议的程序	151
第八章 劳务派遣法律制度	154
第一节 劳务派遣概述	154
一、劳务派遣的含义	154
二、劳务派遣的基本特点	156
三、劳务派遣与类似用工行为的区别	157
四、劳务派遣对传统劳动保护制度的影响	159
第二节 被派遣劳动者的法律地位及“雇主责任”分配	161
一、被派遣劳动者的法律地位	161
二、“雇主责任”分配	165
第三节 我国劳务派遣三方的法律关系	170
一、派遣单位与被派遣劳动者之间的劳动关系	170
二、派遣单位与用工单位之间的劳动者有偿使用协议关系	171
三、用工单位与被派遣劳动者之间的关系	171
第九章 非全日制劳动用工法律规定	173
第一节 非全日制用工劳动关系	173
一、非全日制用工的概念、特点	173
二、非全日制用工的历史及发展趋势	179
三、非全日制用工形式的优势与不足	182
四、非全日制用工劳动合同	183
五、非全日制用工劳动争议的处理	185
第二节 非全日制用工劳动者的权益	186
一、平等待遇之权利（不得歧视之保护）	186
二、非全日制劳动者工资的支付	188
三、非全日制劳动者的社会保险与福利	192
四、非全日制用工劳动者的团结社权	194
五、非全日制与全日制的转换问题	195
六、休息休假问题	195
七、职业培训权利	196
八、终止契约保护	197

第十章 劳动合同的监督检查	199
第一节 劳动监察概述	199
一、劳动监察的意义	199
二、劳动监察的产生和发展	201
三、我国劳动监察制度	202
第二节 《劳动合同法》关于监督监察的规定	209
一、劳动合同监督监察的主体	209
二、劳动合同监督检查的具体内容	210
第十一章 违反劳动合同法的责任	211
第一节 法律责任概述	211
一、法律责任的概念	211
二、法律责任的特征	216
第二节 用人单位的法律责任	217
一、用人单位的法律责任概述	217
二、民事责任的形式	219
三、行政责任的形式	225
四、刑事责任的形式	229
第三节 劳动者的法律责任	231
一、劳动者的法律责任的特征	231
二、劳动者的违约金责任	233
三、劳动者的损害赔偿赔偿责任	237
第四节 其他责任主体的法律责任	239
一、违法招用未解除劳动关系劳动者的用人单位的法律责任	239
二、不具备合法经营资格的用人单位的法律责任	239
三、个人承包经营者的法律责任	239
四、劳动行政部门和其他有关主管部门及其工作人员的 法律责任	240
中华人民共和国劳动法	242
中华人民共和国劳动合同法	254
中华人民共和国劳动争议调解仲裁法	269

第一章 劳动合同法概述

第一节 劳动合同的概念、特征与作用

一、劳动合同的概念

劳动合同,又称劳动契约、劳动协议,是劳动关系的核心,是确立双方当事人劳动关系的一种法律形式。所谓劳动关系,亦称为劳资关系、劳使关系、雇佣关系等,学界一般认为是劳动者与用人单位在实现劳动过程中发生的一方有偿提供劳动力由另一方用于同其生产资料结合的社会关系。《劳动法》、《劳动合同法》并未直接规定劳动关系的概念,《中华人民共和国劳动合同法实施条例(草案)》(以下简称《劳动合同法实施条例(草案)》)第3条规定:劳动合同法所称劳动关系,是指用人单位招用劳动者为其成员,劳动者在用人单位的管理下,提供由用人单位支付报酬的劳动而产生的权利义务关系。认定劳动关系的基本标准为劳动关系的本质特征:从属性,即人格上的从属性、组织上的从属性、经济上的从属性。

关于劳动合同的概念,学术界有不同的表述。关怀教授认为:劳动合同是劳动者和用人单位(企业、事业、机关、团体等)之间关于确立、变更和终止劳动权利和义务的协议。^①王全兴教授认为:劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系,明确双方权利和义务的协议。^②

之所以存在不同的观点,原因在于其所依据的法律不同。前一种依据的是《中华人民共和国民事诉讼法》(简称《民法通则》)、《中华人民共和国合同法》(简称《合同法》)关于合同的界定。《民法通则》第85条规定:合

① 参见关怀:《劳动法》,中国人民大学出版社2001年版,第119页。

② 参见王全兴:《劳动法》(第二版),法律出版社2004年版,第121页。郭捷教授等也是采取类似的表述,参见郭捷:《劳动与社会保障法》,中国政法大学出版社2004年版,第106页。

同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同，受法律保护。《合同法》第2条规定：本法所称的合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。后一种表述依据的是《中华人民共和国劳动法》（简称《劳动法》）。《劳动法》第16条规定：劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系、明确双方权利与义务的协议。

针对第二种表述，学者姜颖提出了不同看法，认为这种界定“没有揭示出劳动关系的实质，使劳动合同与其他民事合同难以区别”。这种表述“只反映出劳动合同订立阶段中的合意，未将劳动合同履行过程中的合意表示出来；……如果只将劳动合同定义为确立劳动关系的协议，容易使人们对劳动合同的概念仅停留在劳动合同书的签订上，认为劳动合同等同于劳动合同书，从而导致在实践中只重视合同书的订立，忽视劳动合同履行过程中的合同约定，进而大大降低劳动合同制度的作用”^①。因此，姜颖教授将劳动合同定义为：劳动合同是劳动者与劳动力使用者（用人单位）确立、变更、解除和终止劳动关系的协议。^②

上述学者的观点都有其合理之处。我们认为，合同（包括劳动合同）的本质在于双方的合意，在于双方通过合同这种形式来设定各自的权利义务，并通过合同的履行来实现各自订立合同所追求的目的。因此，劳动合同是双方当事人（劳动者与用人单位）间关于建立劳动关系的一种法律形式，是设立、变更、终止劳动权利和劳动义务关系的协议。劳动者与用人单位之间是否存在劳动关系，双方当事人的劳动权利与义务有哪些，劳动者与用人单位的行为是否符合劳动合同的要求等，都可以通过劳动合同来得到证明。

二、劳动合同的特征

劳动合同的特征是劳动合同区别于其他合同的特性。学术界比较重视对劳动合同特点的研究，形成了不同的观点。关怀先生认为劳动合同的特征表现为：劳动合同的主体具有法律的特定性；劳动合同的内容的特定性；劳动者在签订和履行劳动合同中的地位的特殊性。^③郭捷教授在承认劳动合同主体的特定性同时，指出劳动合同往往涉及第三人物质利益关系、劳动合同是

① 姜颖：《劳动合同论》，法律出版社2006年版，第4-5页。

② 参见姜颖：《劳动合同论》，法律出版社2006年版，第7页。

③ 参见关怀：《劳动法》，中国人民大学出版社2001年版，第119页。

劳动者与用人单位确立劳动关系的法律形式。^① 王全兴教授提出劳动合同“六性”的特点,即劳动合同的诺成性、附和性、双务性、从属性、有偿性和继续性等。^② 台湾地区学者黄越钦认为,劳动合同具有从属性、继续性及受集体劳动关系(团体)的影响的特点。^③

我们认为,既然劳动合同的特征是区别于其他合同的特殊之处,就不能将其他合同具有的特点纳入劳动合同的特点内。综上所述,我们认为劳动合同的特点为:从属性、附和性、有偿性、继续性、劳动者意志表达自由的不充分性等。下面将逐一进行论述。

(一) 劳动合同的从属性

劳动合同的从属性指的是劳动合同当事人一方——劳动者的从属性。在一般民事合同关系中双方的地位是平等的,不存在一方服从另一方的问题。劳动合同在订立过程中,劳动者与用人单位的地位是平等的,劳动者有自主择业的权利,用人单位有用人自主的权利,双方通过双向选择来自由确定同谁签订合同,以及合同的类型、期限等。但是劳动合同订立以后,劳动关系一旦建立,劳动者与用人单位之间就形成事实上的隶属关系,劳动者在人格上、组织上、经济上从属于用人单位。劳动者是用人单位的职工,必须服从用人单位的生产管理,接受用人单位的指挥、监督,遵守用人单位的规章制度,完成劳动合同约定的任务。当职工违反用人单位规章制度的时候,用人单位有权依照规定对违纪职工给予处罚。

(二) 劳动合同的附和性

劳动合同的附和性,指实践中劳动合同文本一般由用人单位提供,由于所处的弱势地位,劳动者一般缺乏议价的能力,对于对方当事人——用人单位提供的合同条款,只有接受或者不接受的权利,而一般没有对具体条款逐一进行讨价还价的能力。只要合同的内容不违法,法律承认其效力。

(三) 劳动合同的有偿性

劳动者订立劳动合同的目的在于建立劳动关系,实现劳动力的价值。劳动是劳动者谋生的基本手段,劳动者的劳动一旦付出,就必须获得相应的对价——劳动报酬,用人单位不得无偿占有劳动者的劳动。

(四) 劳动合同的继续性

合同法上按照债权债务的持续时间为标准,可以将合同分为一时性合同

① 参见郭捷:《劳动与社会保障法》,中国政法大学出版社2004年版,第106页。

② 参见王全兴:《劳动法》(第二版),法律出版社2004年版,第121页。

③ 参见黄越钦:《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第94-96页。

和继续性合同。所谓继续性合同，指债的内容，非一次给付可完结，而是继续地实现，其基本特色系时间因素在债的履行上居于重要地位，总给付之内容系于应为给付时间之长度。^①继续性合同分为继续性供给合同、固有的继续性合同和新型的继续性合同三种。^②其中固有的继续性合同是指本身就具有继续性合同性质的有名合同。这类有名合同本身就是继续性合同，无论其具体内容是什么。属于固有的继续性合同有：合伙合同、租赁合同、雇佣合同、委任合同等。^③

固有的继续性合同具有如下特点：第一，必须经过一定期间的持续性给付才能实现合同双方当事人的目的，合同的目的不可能通过一次性的给付实现。如雇佣合同必然要经过长时期的各种劳务的给付才能实现其目的。第二，双方当事人只需要订立一个合同，而不像有些继续性供给合同那样，同时存在基本合同和简要合同。第三，在某些继续性合同中，也存在公法上的规制。如国家对租赁合同以及雇佣合同的规制。^④劳动合同具有继续性合同特别是固有的继续性合同的特征。劳动合同的期限一般来说较一般民事合同期限长，在合同有效期限内，双方当事人的权利义务一直连续存在；劳动者按照劳动合同的约定日复一日，年复一年地完成工作任务，用人单位则必须按照约定提供劳动报酬及履行劳动保护等义务。

（五）劳动者意志表达自由的不充分性

合同双方意思自治，达成合意是合同成立的基础。“契约之本质在于意思之合致。”^⑤然而，在劳动合同订立过程中，由于双方所处地位悬殊，劳动力市场供求失衡，使得劳动者在自由缔结合同、选择合同相对人、决定合同内容等方面所享有的自由受到限制。劳动者并不能充分自由地选择用人单位、决定合同的主要条款。不少合同的缔结并没有完全反映出求职者的真实意愿。对于这样缔结的合同，只要不违反法律的强制性规定、不存在欺诈、

① 参见叶竹盛：《论继续性合同解除制度的完善》，载《法学论坛》2007年第2期，第142页；王泽鉴：《债法原理》（第一册），中国政法大学出版社2001年版，第131-135页。

② 参见栾志红：《关于继续性合同的几个问题》，载《法学论坛》2002年第17卷第5期，第53-54页。

③ 参见栾志红：《关于继续性合同的几个问题》，载《法学论坛》2002年第17卷第5期，第54页。

④ 参见栾志红：《关于继续性合同的几个问题》，载《法学论坛》2002年第17卷第5期，第54页。

⑤ 胡长清：《中国民法债篇总论》，商务印书馆1934年版，第16页。

重大误解和显示公平，一般是承认其效力的。这就是为什么劳动法、劳动合同法要保护弱者，实行倾斜保护的缘由之一。

除了这些特点外，劳动合同还具有劳动合同主体的特定性、劳动合同的诺成性、双务性，合同内容常常涉及第三人利益等特点。

三、劳动合同的作用

劳动合同是建立劳动关系、明确双方劳动权利与义务的协议，因此，无论是对劳动者还是用人单位劳动合同具有举足轻重的作用。

首先，劳动合同是实现劳动者劳动权利的重要保障。《劳动法》第3条规定了劳动者的基本权利，其中最首要的是劳动者平等就业和自主择业的权利。这种权利是劳动者生存权和发展权的基础，是实现其他劳动权利的前提。劳动合同是保障劳动者实现劳动权的重要法律形式。劳动合同一经劳动者与用人单位签订，依照《劳动法》、《劳动合同法》的规定，就必须具备合同期限、工作内容和工作地点、工作时间和休息休假、劳动报酬、劳动保护、劳动条件和职业危害防护、社会保险及劳动纪律等内容。这样就用法律的形式明确了双方的权利和具体的义务，用人单位一旦违反合同规定，就应承担相应的法律责任。

其次，劳动合同是实现用人单位用人自主权的保障。用人单位通过劳动合同的形式，自主自由地招聘、录用所需的人员，并根据生产经营或者工作的需要确定招用者的条件、合同期限、确定具体的工作岗位，支付相应的劳动报酬。用人单位通过考核的方式留用合格的劳动者，淘汰不符合录用条件的劳动者。通过劳动合同，劳动者能进能出，促使劳动力得以合理的流动，使劳动力资源得到合理的配置，从而提高用人单位的劳动生产率。

最后，劳动合同可以防止和减少劳动纠纷的发生，维护双方当事人的合法权益。

劳动合同是确立劳动关系的法律形式，依法成立的劳动合同具有法律效力。劳动者与用人单位双方的权利与义务在劳动合同中得以明确后，双方当事人必须认真、切实履行合同，否则就要承担法律责任。劳动合同的存在可以督促双方全面履行各自的义务，防止纠纷的发生。一旦发生纠纷，由于劳动合同的存在，就容易区分责任，使违反劳动合同的一方承担应有的责任，使遵守合同的一方受到相应的保护。

第二节 劳动合同与相关合同的关系

论及劳动合同与其他相关合同的关系，目的是在纠纷发生时能够正确地适用法律，为当事人提供相应的法律保护。要清楚区分劳动合同与相关合同，首先必须弄清楚劳动合同本身的性质。

一、劳动合同的性质

性质，是指一种事物区别于其他事物的根本属性。劳动合同的性质是指劳动合同区别于其他合同的根本属性。劳动法学界关于劳动合同特点的研究比较多，关于劳动合同性质的研究则不普遍，其中，以台湾地区学者黄越钦和大陆学者郑尚元、周长征、姜颖等为典型。

黄越钦教授认为：劳动契约之性质，有身份契约说、租赁契约说、劳动加工说和特种契约说四种，目前之通说为特种契约说，此说认为劳动契约系民法中所有典型契约以外的一种，已形成一种独立契约。^① 受黄越钦的影响，不少大陆学者在研究劳动合同性质时采纳了他的观点或者基本上接纳了他的观点。

学者郑尚元认为：关于劳动合同的性质，学理上有身份契约说、租赁契约说、劳动加工说及特种契约说。^② 他同意特种契约说的观点，认为劳动合同是一种独立于民事合同以外的一种独立合同，尽管劳动合同与民事合同特别是提供劳务的合同有类似之处，但在双方当事人及其关系、双方当事人的地位、劳动报酬的性质和支付方式、劳动过程中的风险责任、法律适用及争议解决等方面，存在很大差异。^③

学者周长征认为，劳动合同的性质，学理上分歧较大，主要有雇佣合同说、身份合同说、租赁合同说、独立合同说四种观点。他认为我国立法上实际采纳了劳动合同的独立说，并支持这种选择。^④

与上述学者有些差异的是，学者姜颖从利益本位的角度出发，认为劳动法学界关于劳动合同的性质主要存在三种观点：国家本位的观点、个人本位的观点、社会本位的观点。姜颖认为劳动合同的性质应从社会法的角度去认

① 参见黄越钦：《劳动法新论》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 86-87 页。

② 参见郑尚元：《劳动法》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 102 页。

③ 参见郑尚元：《劳动法》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 102-103 页。

④ 参见周长征：《劳动法原理》，科学出版社 2004 年版，第 115-117 页。

识,同意劳动合同社会本位的观点。其理由是合同双方不具有一般合同所具有的平等性;劳动者意思表示不自由;劳动合同内容不能反映劳动关系的全部等。^①

尽管存在不同看法,但劳动法学界通说认为,劳动合同是一种从民事合同发展演变而来的,又独立于民事合同的特殊合同。

二、劳动合同与相关合同的联系与区别

劳动合同与相关合同的关系,主要是指与民事合同的关系。劳动合同既然是从民事合同发展而来,那么,民事合同的一些共性的东西,如必须有双方或者多方当事人;双方意思表示一致;合同的订立必须合法;双方自愿、协商;合同要经过要约、承诺的过程;双方必须诚实守信;合同一经依法订立,对双方具有约束力;一方不履行合同必须承担违反合同的责任等。但是,劳动合同毕竟是一种特殊的独立的合同,除具备民事合同的一般属性外,它还具备区别于民事合同的特性。实践中与劳动合同相类似或者说容易混淆的是劳务合同、雇佣合同。

(一) 与劳务合同的关系

劳务合同是一种以一方当事人提供劳务,另一方当事人接受并提供对价——劳务报酬的合同。严格来说,“劳务合同”并不属于专门的法律术语。在《合同法》的有名合同中,劳务合同主要包括承揽合同、基本建设承包合同、运输合同、保管合同、仓储合同、技术合同、委托合同、行纪合同和居间合同等。劳动合同与劳务合同有着不少相似之处,都表现为一方当事人为对方提供劳动,另一方当事人接受并支付报酬。但是,劳动合同与劳务合同存在本质区别。由于劳务合同中与劳动合同最易混淆的是承揽合同^②,因此,下面主要论述劳动合同与承揽合同的区别。

1. 合同当事人的独立地位不同

承揽合同中,劳务提供方(承揽人)并不接受对方当事人的管理、指挥,劳务提供方只需按照劳务接受方的具体要求,利用自身的生产工具自己来安排、组织生产劳动,具有独立性。因此,劳动过程中发生的风险也是由劳务提供方来承担。劳动合同则不同,订立劳动合同时双方的地位是平等的,但合同订立,建立劳动关系后,劳动者即是对方当事人(用人单位)

^① 参见姜颖:《劳动合同论》,法律出版社2006年版,第9-12页。

^② 承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作,交付工作成果,定作人给付报酬的合同。承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。

的职工,劳动者的劳动是用人单位集体生产的一部分,劳动者必须接受用人单位的生产安排,服从用人单位的管理、指挥,违反用人单位规章制度时,还得接受用人单位的处罚。劳动合同当事人的从属性与劳务合同的独立性是二者间的根本区别。

2. 合同的目的不同

承揽合同中,劳务接受方(定作人)订立承揽合同的目的,是取得承揽人完成的工作成果。承揽合同属于劳务合同,但定作人所需的并非是承揽人单纯的劳务,或者说承揽人完成工作的过程,而是其劳务的结果或者说完成工作的成果。这种成果既可以是体力劳动的成果,也可以是脑力劳动的成果,既可以是物,也可以是其他财产。但它具有特定性,即它是按照定作人的要求完成的。^① 劳动合同的目的在于劳动关系的建立,进而实现劳动过程,而不是劳动成果的给付。按照劳动合同,劳动者只对劳动过程负责,只要按照合同提供了相应的劳动义务即可,而不对劳动过程之外的劳动结果负责。^② 劳动产品能否由商品顺利实现货币转换,属于经营风险问题,不应由劳动者负责,只能由经营者(用人单位)自己承担。

3. 国家干预程度不同

承揽合同(劳务合同)属于私合同,必须充分反映当事人的意志,除法律规定外,当事人可以自由选择、决定合同的形式与内容,国家一般不作过多的干预,这就是合同自由原则的表现。劳动合同则不同,出于对处于弱势地位劳动者的保护,国家对劳动合同的订立、解除、终止及合同形式等都做了明确规定。对合同的内容设定了基本标准,当事人在协商合同条款时,不得违反这些强制性规定,否则,要承担相应的法律后果。

4. 劳动报酬的性质及支付方式不同

承揽合同劳务费的支付一般遵循市场与行业惯例,遵循等价交换原则。而且承揽人只有按照约定完成工作成果后才能获得劳务报酬,不交付工作成果,劳务提供人(承揽人)无权请求对方支付报酬。劳动合同则不同,原则上劳动者的劳务给付无须担保一定成果的达成,只要劳动者付出了劳动,不论结果如何,劳动使用者须支付劳动报酬。企业预定计划的达成不属于劳

^① 参见郭明瑞等:《合同法新论·分则》,中国政法大学出版社1997年版,第215-216页。

^② 参见黎建飞:《劳动法的理论与实践》,中国人民公安大学出版社2004年版,第279-280页。