

劳动合同法

LAODONG

HETONGFA SHIYONG DUBEN

实用读本

主编 潘传平



湖南大学出版社

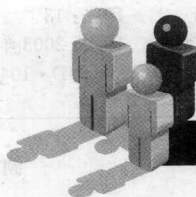
劳动合同法

LAODONG

HETONGFA SHIYONG DUBEN

实用读本

主编 潘传平



湖南大学出版社

内 容 简 介

本书针对新颁布施行的《劳动合同法》，及时整理了相关典型案例，通过律师导读法条、点评案件的方式，对《劳动合同法》适用范围、时间效力，劳动合同的订立，劳动合同的履行与变更，劳动合同的解除与终止，劳动合同的特别规定，劳动合同的监督检查等内容进行了分析解读。用通俗易懂的语言，对劳动合同双方的权利、义务进行了深入浅出的评点，为读者提供了很好的法律参照。

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动合同法实用读本/潘传平主编.

—长沙: 湖南大学出版社, 2008.1

ISBN 978-7-81113-293-9

I. 劳... II. 潘... III. 劳动合同法—基本知识—中国

IV. D922.52

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 012294 号

劳动合同法实用读本

Laodong Hetongfa Shiyong Duben

主 编: 潘传平

责任编辑: 谌鹏飞

装帧设计: 吴颖辉

出版发行: 湖南大学出版社

社 址: 湖南·长沙·岳麓山

邮 编: 410082

电 话: 0731-8821691 (发行部), 8821339 (编辑室), 8821006 (出版部)

传 真: 0731-8649312 (发行部), 8822264 (总编室)

电子邮箱: presschenpf@hnu.cn

网 址: <http://press.hnu.cn>

印 装: 长沙鸿发印务实业有限公司

开本: 880×1230 32 开 印张: 13

字数: 302 千

版次: 2008 年 3 月第 1 版 印次: 2008 年 3 月第 1 次印刷

书号: ISBN 978-7-81113-293-9/D·104

定价: 25.00 元

版权所有, 盗版必究

湖南大学版图书凡有印装差错, 请与发行部联系

劳动合同法实用读本

编审委员会

主 任

杨 翔

副主任

徐涤宇 杨次伟 唐纯初 肖时照 杨志德
祝 改 朱燕翼 潘传平

委 员

贺志元 何 麟 刘 剑 朱俭华 汤序均
吴锡林 何海清 罗 强 周 宇 何 山
叶守忠

主 编

潘传平

副主编

廖建华 陈湘零 丁千红

撰稿人

黄俊峰 张国柱 熊 伟 潘 鑫 阮叶兰
周 政 何海清 宋树峰 赵鸿杨 吴革丹
陈莉华 成 静 薛桂龙 刘锦海 汤建国
刘 杰 周高华 陈卓扬 陈潇潇 程 婷
彭 艳 易 浩 潘 洁 李科丰 杨树成
彭明霞 李 铭 周 磊

心挂

權

必

謹

孟憲



丁亥年
腊月初八

唐纯初（孟宪），中国书法家协会副会长；原湖南省人民政府驻上海办事处党组书记、主任。

劳动关系是影响经济发展的重要因素，它直接关系到社会的和谐。湖南人和律师事务所及潘传平主任组织编写的《劳动合同法实用读本》以案说法、深入浅出，是引导劳资双方正确理解《劳动合同法》、理顺劳资关系的最佳读物。

肖时照

2007年12月28日

肖时照，珠海市湘籍企业家协会会长，原中共珠海市委委员、原政协珠海市委副主席，原珠海市中级人民法院院长。

案例说法 深入浅出

解读劳动法规

服务群众 理顺关系

促进社会和谐

杨志德
2007-12-29

杨志德，原长沙市中级人民法院院长。



序 一

劳动历来是人类社会的大问题，就一定意义上而言，从劳动到劳动合同的过程也就是人类社会进步发展的过程。“……可以说，所有进步社会的运动，到此处为止，是一个‘从身份到契约’的运动。”这是英国著名法律史学家亨利·梅因《古代法》中最为精彩的一段话，“从身份到契约”已经成为一个著名的社会进步公式。基于劳动在人类历史发展过程中的巨大作用和劳动关系在社会关系中的显著地位，梅因的这一论断对于理解和阐释劳动关系的历史演变，其重要性更加不言而喻。

“在原始社会组织中，必须首先了解的一点是，个人并不为自己设定任何权利，也不为其自己设定任何义务。他所应遵守的规则，首先来自他所出生的场所，其次来自他作为其中成员的户主所给他的强行命令。在这样的制度下，就很少有‘契约’活动的余地。”梅因所说的这种情况其实并不仅仅存在于原始社会。尽管身份社会和契约社会的区分并不具有绝对性，但将之用于描述特定条件下的人类生活状况仍然具有实际价值，至少我们可以用以考察人们在以身份为主导社会和以契约为主导社会的生活各有何不同。根据梅因的方式，这种区别是明显的。在自然人基于出生、婚姻、继承等特定法律事实取得特定法律地位的身份社会中，人的权利主要来自于其特定的身份；而在契约社会中，人的权利主要来自于他与别人订立的契约。两者的重要差别在于，当事人的身份是一种既成事实，而契约则是当事人基于自己的意愿所创设的权利义务关系。按照传统



的并且至今仍然具有充分说服力的划分人类社会历史发展阶段的标准，劳动活动中劳动者人身与土地等生产资料所有者的关系形态在一定程度上决定了当时社会历史阶段的归属。

在古代奴隶制社会，奴隶为其主人劳动并不形成劳动关系。奴隶只是奴隶主的私有财产，因而其劳动力也属于奴隶主所有，奴隶不是法律上的权利义务主体，并不能作为一方当事人与奴隶主形成任何法律关系。驱使奴隶劳动只是奴隶主行使财产权利的方式，奴隶的劳动体现出一种财产的支配关系而非劳动关系，在这种关系中只有身份没有契约。这种状况在欧洲的古罗马奴隶制和我国西藏历史上的农奴制都存在。

与奴隶社会相比，欧洲中世纪和中国漫长封建社会的劳动关系具有了显著的进步，劳动者开始成为劳动关系的主体一方。但是，正如德国著名学者拉德布鲁赫指出的：“中世纪劳动关系建立在人身权基础之上；劳动义务产生于人身隶属性，导致对雇主的服徭役义务，不过另一方面也出现了针对雇主要求保护和照顾的权利，因此产生了相互的信赖关系。”这种情况在英国实际上延续到工业革命前。当时的大土地所有者的权利，并不是仅仅及于空旷的土地，而且及于在那些土地上劳作的人，甚至及于那些对在土地上劳作的人享有权利的小领主。在英国特有的土地保有权范畴体系中，保有人受领主支配，除了领主接纳他或承认其继承人的某种义务之外，他没有任何可以称为权利的东西。他不能通过自己的交易把他享有的任何权利授予他人。而且他自己不会卷入有关土地的争议，因为原则上必须由领主来决定谁是其土地的保有人。显然，在这个时期，尽管劳动关系已经从财产关系中独立出来，但劳动关系当事人双方之间在人身上的依附、支配的关系仍然非常密切并且十分牢固，中



国经历的长时间封建社会也具有同样的特征。在这一历史过程中，商业经济受到严重压制，与此相应，劳动关系的主要形态便仍然是或者主要是一种身份关系。尽管“契约”一词在这一时期已经得到了广泛的使用，但与今天所说的契约有着很大的差别。在各种契约关系中人身隶属关系大都具有特别的位置。特别在雇佣关系中存在通过拟制血缘似的尊卑关系来加强当事者结合状态的情况。这种关系在中国既不是完全出生而确定身份关系，也不一定是根据不变的身份而决定的人身隶属，而是通过卖身契约等形态而形成的“主仆之分”或从属关系。这种所谓“契约”只能被理解为一种特殊的法律事实，是一种确认或者构成身份的途径或者工具，因此，在这种法律事实的基础上形成的劳动关系也只是一种特殊的身份关系。

建立于 19 世纪的自由资本主义社会开始真正实现商品经济与劳动关系的契约化——通过契约表达当事人的真实意思，形成建立在合同形式上的劳动关系。与自由的市场经济和国家适当干预的市场经济相适应，劳动合同也存在着完全的契约自由和受国家干预的契约自由两种状况。在完全的契约自由时期，整个社会以人文主义为价值基础，以市场经济为根植土壤，以国家履行消极职能为政治保障。因此，通过法律提供给人们表达个人真实意思的机会，并且制定法律保障人们表达个人意思的自由。在这种契约自由的社会中，以前那种影响甚至严重制约各种社会关系形成及其内容的血缘、婚姻、宗教等身份因素不再具有法律意义，契约既是当事人平等表达个人意思自由的方式，也是当事人平等表达个人真实意思的自由，这种契约自由的方式，也是证明当事人平等表达个人真实意思的证据。然而，人们总是处在一定的社会经济条件下，从而有不同的社会经济地位，资本家与工人、雇主与雇工，不同的经济地位决定了



他们缔约能力的实质不平等。近代民法否定了等级不平等的身份制，极大地解放了生产力和人，但由于它没有考虑自然人个体在智力、知识、经济等方面的差异性，其所保护、调整和关切的对象是剔除了年龄、性别、职业等具体因素的抽象的人，正如拉德布鲁赫对建立在契约自由之上的劳动关系的剖析：“这种形式上的契约自由，不过是劳动契约中经济较强的一方——雇主的自由，对于经济上的弱者——饥肠辘辘、两手空空必须寻找工作的雇员，则毫无自由可言，他唯有接受他能找到的雇主向他提出的劳动条件，而不论好恶。”因此完全契约自由事实上使民法中的平等民事主体出现了分化与对立，企业主与劳动者的对立。在经济地位不平等的交易者之间，契约自由成了弱肉强食的工具。

问题必须得到解决——对自由资本主义时期的契约自由进行必要的改造。这就是当代社会要对劳动合同进行适当干预或者制约的理由，是劳动法从单纯民法向社会法转变的重要原因。这种改造首先是对自由资本主义时期实行绝对的市场经济、当事人绝对的意思自治理念和制度的一种改变。通过法律对契约具体条款、内容进行一定程度直接规范，实际上是在当事人个人契约关系中增加国家意志的内容，把国家作为契约关系的第三方当事人，以实现个人劳动契约从形式平等到实质平等。因为在现代法律制度中，民事主体法律地位平等的制度条件的客观存在并不能完全能消弭当事人在能力、年龄、性别、经济等方面的差别而出现的社会学意义上的社会角色的差别，而这种差别的存在又确实会引起形式平等之后的实质上不平等问题。在某些特定的法律关系中，比如雇主和雇员的雇佣关系中，一方当事人因在信息、组织和财富等资源方面拥有优势，而成为强势当事人，另一方则成为相对的弱势当事人。造成强势当事人



与弱势当事人的强弱区别的因素可能在合同订立之前就已经存在，但当事人之间的角色差异则在他们参与了某种市场交易并与对方当事人订立了契约时才开始凸现其作用和影响。这种影响的结果就是对自由资本主义契约追求的平等理想，包括形式和实质意义的平等理想的损害。因此，在契约关系中，国家进行一定程度的干预，对弱势当事人加以特别保护，不但没有否定当事人自由选择的权利，而且更好地保证了弱势当事人在缔约过程中真正作出真实意思表示；对于强势当事人而言，国家干预和强制性法律规范的增多也并未否定他们自己的自由意志，这原本就是契约制度的本质要求。换句话说，国家干预和法律强制性规定的增多是对契约自由原则异化现象的克服，是对完全契约自由原则的必要改造。从契约角度看，这是发生在契约法领域的从绝对的契约自由到适度的国家干预的变化；从劳动关系看，这种现象是国家在市场失灵的情况下通过立法实施国家干预，干预经济力量的自由放任，对弱势当事人予以特别的保护，以实现当事人权利义务和社会秩序的平衡，实现社会实质正义。

新中国的劳动关系经历了独具特色的发展过程。在 20 世纪 50 年代到 70 年代末期，以中央高度集权的国家计划经济为基础，劳动关系体现出强烈的行政管理特征。用人单位被分为国家机关、事业单位、全民所有制企业和集体所有制企业，劳动者也就相应被分为干部、全民所有制职工和集体所有制职工等不同类型，每个劳动者与提供工作岗位的“组织”即政府之间的固定不变的依附关系（铁饭碗）成为劳动关系的常态。在这种劳动关系中，劳动者与用人单位之间存在着一定的身份依附，其中曾经广泛存在过的“顶替制”的劳动人员改变方式，比如子继父职、弟接兄岗等现象，更加突出地反映了身份在当时劳动关系中的重要作用。契约既不能形成劳动



关系，也不能改变或者消灭劳动关系。没有劳动者辞职和自谋职业的概念，劳动者工作单位和岗位的变动称为组织调动，其中劳动者本人虽然可以用一定方式表达自身的意愿，但调动与否，决定权完全在用人单位即“组织”或者政府手中，在法律上劳动者本人只能服从。这种意愿的表达不是一种法律行为，在实体上几乎没有任何可以遵循的法律规则，程序上也没有任何的救济方式可以运用，因此也就不会产生任何有价值的法律效果。这一时期可以看成劳动关系身份化或者劳动行为单方意志性阶段。

这种状况在 20 世纪 80 年代开始出现变化。随着国家经济改革和对外开放的逐步深入，现代民法精神及其基本范畴开始在调整社会关系中发挥作用，各种以追求经济效益最大化的措施的实施的结果是导致在行政管理和民事活动中双方协商和意思自治的出现，劳动关系开始归入民法范畴并且走上契约化过程。作为改革的试验，1986 年国务院发布了《国营企业实行劳动合同制暂行规定》，决定在国营企业中新招收的职工中实行劳动合同制，开始打破劳动用工制度上的“铁饭碗”，1991 年国务院又出台了《全民所有制企业招用农民合同工的规定》。这些行政法规规定在一部分劳动者之中取消了身份差别以及其他与工作单位之间的人身依附关系，使他们能以合同的形式建立劳动关系。但是，这种劳动关系的合同化仅仅涉及某些用人单位和某些劳动者，对于当时仍然大量存在“固定工”，依旧沿袭着计划经济体制所形成的工作单位之间的人身依附关系。因此，在合同工与固定工之间、在城市合同工和农民合同工之间，仍然存在着很大的身份差别。这个阶段劳动关系的特点可以归纳为：契约和身份并存，身份为主，契约为辅。

肇始于 20 世纪 90 年代的我国社会主义市场经济建设为劳动关



系全面契约化过程提供了真正坚实的基础，市场经济快速发展导致了资本和劳动者之间符合现代民法精神的契约关系的出现。在劳动关系上，当时的中国俨然是一个充分的合同社会和契约社会。这在以追求经济活动的经济效益最大化的私营或者民营部门尤其表现明显。即使在以国有企业为主体的公共部门，市场机制引入以后，它们自然也会要抛掉非经济功能，转变小社会形象。而原先那种建立在人身依附上的劳动关系，那种既限制劳动者个人意愿表达自由又包揽员工生老病死的劳动关系必然首先成为改革的目标。1994年通过的劳动法将劳动合同制度作为法定的用工制度，规定适用不同所有制的用人单位，劳动者也从新招用的职工扩大到所有的劳动者，不分固定工和临时工，不分管理人员和普通工人，劳动合同逐步地成为用人单位和劳动者之间的一种最为主要的法律关系——建立和终止劳动关系由双方按照自愿平等、协商一致的原则，以订立和解除劳动合同的方式进行。因此，在国家机关之外“铁饭碗”不再存在；用工上的计划性行政审批转变为用经济杠杆进行宏观调控；通过劳动力市场就业或再就业成为劳动力资源配置的常态，所有劳动者与提供工作岗位的组织之间那种固定不变的人身依附关系开始松弛并逐步消失。

在当今中国，劳动合同在劳动关系中无疑已经处于核心地位，劳动关系自然已经成为一种契约关系，一个“从身份到契约”的转变过程正在接近完成。值得特别指出的是，我国劳动关系的这种改变在时间上正好与西方国家呈现出相反状态，在西方国家劳动关系立法中对劳动权利义务的直接规定逐渐增多的同时，我国劳动关系立法中却出现了当事人意思自治范围逐渐扩大的趋势。而发生在19世纪欧洲自由资本主义社会的契约自由中的不公平问题在我国这一时



期也未能避免。由于在劳动力市场上长期存在供过于求，各级政府又长时间主要以追求经济建改和发展为核心指标，因此我国的劳动关系契约化过程中，某些政府部门在管理劳动事务时往往把保护企业的生产积极性和经济效益放在首位，致使在涉及劳动报酬、劳动时间、劳动环境、保障机制等许多方面，许多契约实质上是单方面加于劳动者之上的。在资本方能够充分利用资本、市场，甚至是政府力量的情况下，劳动者面对的是无助，比如大学生就业常常面临的户籍门槛、苛刻的工伤赔偿制度、用人单位不签订劳动合同、劳动合同短期化、滥用试用期、用人单位随意解除劳动合同、将正常的劳动用工变为劳务派遣等等，这种现象从东部沿海的合资企业、独资企业等逐步蔓延到中部与西部的相同企业，直至出现山西黑煤窑的现代奴隶式用工悲剧。2007年6月全国人大常委会制定的《劳动合同法》开始了国家更具体、更直接干预劳动关系的阶段，表明国家放弃了至少是在劳动领域的完全契约自由理念，表明国家希望通过法律对劳动权利义务的直接规定达到契约形式上的实质公平正义。在完全的市场经济条件下，政府必须扮演主角，遵循“倾斜保护”的社会法观念，在发展与分配、效率与公平之间扮演一个强有力的关系协调者。特别是在劳动领域，政府应当承担起规则制定者的责任，制定并运用保护弱者的法律，以平衡各种社会力量，尽量避免在社会中发生某一阶层随心所欲地侵害另一阶层的事件。从这层意义上看，劳动合同法仅仅是解决劳动关系领域的社会公平正义的开始。

从完全契约自由到国家干预下的契约自由，从劳动关系的民法化到劳动立法进入社会立法体系，我国仅仅经历了不到30年的时间，而这种对于弱者的保护和支持同样也遭遇到雇主或者资本方的



强力抵触和反对。发生在 2007 年末的由深圳某著名企业开先河的所谓“工期归零”、“全员解聘”事件，带动了几乎全国范围的用人单位为应对劳动合同法的热潮。这种对劳动者权利、尊严进行公然藐视和损害的法律规避行为，与其说是基于经济的原因，毋宁说是实施法律规避行为者自身的道德和精神危机。因此，仅有政府的社会意识和责任是不够的，仅有体现社会正义的法律也是不够的，我们还必须拥有能够准确解读法律精神并且有足够的勇气和智慧实现法律目的的职业人群，使规避法律者承担巨大的法律责任。

律师就是这个人群中值得特别期待的一个群体。2007 年 10 月新修订的《律师法》第 2 条为律师角色的定位确定了两个方面的要求：本法所称律师，是指依法取得律师执业证书，接受委托或者指定，为当事人提供法律服务的执业人员。律师应当维护当事人合法权益，维护法律正确实施，维护社会公平和正义。经历近 30 年的变迁和发展，现代律师已逐渐从国家法律工作者、社会自由职业者这样模糊的景像中走出来，逐渐形成了他们特有的法律人形象——具有较高的法律专业素养和高超的言辞技巧，敏锐的判断力和宽阔的人际关系，尤其重要的是对法律的信仰和严格的遵守。诚然，这个人群中确实存在着一些人为追逐经济利益而热忱于为权势服务，有些人甚至为追逐经济利益而不惜触犯他们自身赖以生存和执业的法律制度，但绝大多数律师仍然在当下并非理想的执业环境中兢兢业业地工作着，他们关注着法律的尊严，关注着法律机制中弱者权利的保护。湖南人和律师事务所的潘传平律师与他的同仁认真总结了历年来从事劳动法律实务的心得，用以对《劳动合同法》进行鲜活的实例解读。这是法律职业人员来自于“法律田野”调查的经验，尽管可能少了些注释、流派或者理论分析，但其可贵之处在于书中所阐述的



都是现实中发生的而非模拟的事情，这对于那些劳动关系的当事人无疑具有顾问和指导作用，对于研究者来说，书中的案例也可以成为独具特色的研究材料。作为本书付梓之前的读者，我曾建议作者增加导言部分，简要地介绍劳动法制度的历史发展过程以增强本书的完整性，不想潘律师转而要我为书作序，或言可以把导言的内容体现在序里，一举两得。我向来主张律师走专家化道路，而潘律师与其同仁就是这样的实践者，他们的期待实在辜负不得，因此拉扯着说了上面那些别人或者也如是说过的话。好在王全兴教授是劳动法领域的权威，我的错误此后便有王教授的即刻纠正，料想不至于流误长久。

杨翔

2008年2月



【杨翔，湖南省司法厅副厅长，湘潭大学法学院教授，中国法学会理事。】