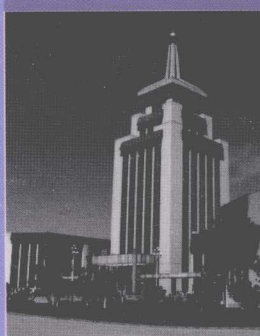




高校社科文库
University Social Science Series

教育部高等学校
社会发展研究中心

汇集高校哲学社会科学优秀原创学术成果
搭建高校哲学社会科学学术著作出版平台
探索高校哲学社会科学专著出版的新模式
扩大高校哲学社会科学科研成果的影响力



劳动合同法的理论 实践与创新

Theory, Practice and Innovation on
Labor Contract Law

肖进成/著

光明日报出版社



高校社科文库
University Social Science Series

教育部高等学校
社会发展研究中心

汇集高校哲学社会科学优秀原创学术成果
搭建高校哲学社会科学学术著作出版平台
探索高校哲学社会科学专著出版的新模式
扩大高校哲学社会科学科研成果的影响力



肖进成/著

劳动合同法的理论 实践与创新

Theory, Practice and Innovation on
Labor Contract Law

光明日报出版社

图书在版编目(CIP)数据

劳动合同法的理论、实践与创新/肖进成著. —北京:光明日报出版社,2010. 12

(高校社科文库)

ISBN 978-7-5112-0959-7

I. ①劳… II. ①肖… III. ①劳动合同法—研究—中国 IV. ①D922.524

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第229874号

劳动合同法的理论、实践与创新

著 者:肖进成

出 版 人:朱 庆

终 审 人:武 宁

责任编辑:刘书永 钟祥瑜

封面设计:小宝工作室

责任校对:徐为正 刘昌翠 陈文斌

责任印制:胡 骑 宋云鹏

出版发行:光明日报出版社

地 址:北京市东城区(原崇文区)珠市口东大街5号,100062

电 话:010-67078241(咨询),67078945(发行),67078235(邮购)

传 真:010-67078227,67078255

网 址:<http://book.gmw.cn>

E-mail: gmchs@gmw.cn

法律顾问:北京市华沛德律师事务所张永福律师

印 刷:北京大运河印刷有限责任公司

装 订:北京大运河印刷有限责任公司

本书如有破损、缺页、装订错误,请与本社发行部联系调换

开 本:690×975 1/16

字 数:267千字

印张:14.75

版 次:2010年12月第1版

印次:2010年12月第1次印刷

书 号:ISBN 978-7-5112-0959-7

定 价:38.00元

版权所有 翻印必究



前 言

《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）是我国劳动合同保障法律体系的重要组成部分，是我国劳动法制建设史上又一部具有里程碑意义的法律。这部法律从立法之初就受到了社会各界的广泛争论，尤其是遭到很多用人单位的激烈反对。他们认为《劳动合同法》实行的是“单保护”，过分地保护了劳动者的权益，损害了企业的利益，等等。有舆论甚至认为以珠三角为代表的一些企业关闭、撤并和撤离也是由《劳动合同法》所致。诚然，《劳动合同法》通过一系列的制度创新，在维护用人单位合法权益的同时，侧重于维护处于弱势一方的劳动者的合法权益，也确实加大了对劳动者的保护力度。但是，通过仔细分析和司法实践中的实际运用，我们不难发现问题所在。

如针对一些用人单位不依法订立书面劳动合同的问题，《劳动合同法》第十条明确规定：“建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立”，并通过第八十二条规定了用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的法律责任，即应当向劳动者每月支付两倍的工资。《劳动合同法》实施后，劳动合同的签订率确实有了大幅度的提高，但是，一些用人单位签订了劳动合同却以种种理由不将劳动合同文本交劳动者持有。在我们接触到的案件中，劳动者不能持有合同文本的问题普遍存在，这样不仅丧失了劳动合同的证据效力，而且还陷劳动者于更加不利的境地。由此则很难说明《劳动合同法》的立法目的已经实现。

再如针对劳动合同短期化问题，《劳动合同法》在用人单位与劳动者订立无固定期限劳动合同方面提出了更高的要求，并明确规定除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情形外，劳动合同



期满终止时，用人单位依法向劳动者支付经济补偿。《劳动合同法》实施后，新签劳动合同的平均期限虽然有所延长，但是，由于《劳动合同法》第八十七条的规定，用人单位可以以较小的代价随意非法解除各类合同。这样的劳动合同，即便期限再长，也很难达到保护劳动者权益的目的。

上述事例，不一而足。种种问题的出现，固然是部分用人单位为了逃避责任任意规避，但客观上也暴露了《劳动合同法》本身存在的缺陷。尤其是有些法律责任的规定，不能较有效地引导用人单位积极履行义务，对一些违法行为也难以起到严厉的惩戒作用，劳动者因此受到的损失也不易得到相应的补偿。

近年来，劳动合同法的相关研究不仅在理论上有了较大的发展，最重要的是它们直接推动了劳动合同立法，促成了《劳动合同法》的颁布实施。但是，对于劳动合同立法亟需解决的许多理论问题和法律问题，在现有国内法学文献中，能够充分论证并提供制度设计方案的研究成果显得相对单薄，理论研究仍然滞后于实践的需要。因此，深入研究劳动合同法的基本理论和司法实践以及运行中存在的问题，为完善劳动合同法提供科学的理论依据，仍然是从事劳动法学研究的学者和科研工作者的重要任务。

本书以《劳动合同法》为主线，吸收了近年来法学界的最新研究成果，较为系统地研究和探讨了劳动合同法学理论和实践协调的相关问题。同时，本书从用人单位和劳动者的不同角度，分析了签订劳动合同时应考虑的因素，变更或解除劳动合同时要遵循的规则和注意的问题等，不仅具有理论上的系统性和前沿性，而且具有理论与实践密切结合的适应性和研讨性。

本书的撰写得益于许多参考资料，主要参考文献已列于篇末，限于篇幅恕不能尽数列出，在此，我对各参考文献的作者表示深深的谢意。

此外，我还要感谢教育部高等学校社会科学发展研究中心对本书出版的支持；感谢北方民族大学法学院的领导和老师对本书写作过程中给予的鼓励和帮助。

限于个人学识，书稿中存在的缺点、错误在所难免，有些观点可能失之偏颇，真诚希望广大读者给予批评指正，共同促进我国劳动合同法的研究。

肖进成

北方民族大学法学院

2010年9月于银川



CONTENTS 目 录

第一章 总 论 / 1

- 第一节 劳动合同概述 / 1
- 第二节 劳动合同法概述 / 6
- 第三节 用人单位劳动规章制度 / 25
- 第四节 协调劳动关系三方机制 / 34
- 第五节 工会在劳动合同制度中的权利和作用 / 38

第二章 劳动合同的订立 / 42

- 第一节 劳动合同订立的概念和原则 / 42
- 第二节 劳动合同的形式 / 45
- 第三节 劳动合同的期限 / 55
- 第四节 劳动合同的内容 / 66
- 第五节 劳动合同订立的程序 / 92
- 第六节 劳动合同订立过程中的先合同义务 / 94
- 第七节 劳动合同的成立、生效与劳动关系的建立 / 98
- 第八节 无效劳动合同及其处理 / 105

第三章 劳动合同的履行和变更 / 111

- 第一节 劳动合同的履行 / 111



第二节 劳动合同的变更 / 121

第四章 劳动合同的解除和终止 / 124

第一节 劳动合同解除概述 / 124

第二节 双方协商解除劳动合同 / 125

第三节 劳动者单方解除劳动合同 / 125

第四节 用人单位单方解除劳动合同 / 131

第五节 劳动合同的终止 / 145

第六节 劳动合同解除和终止后的经济补偿 / 153

第七节 劳动合同解除和终止后的附随义务 / 161

第五章 特别规定 / 165

第一节 集体合同 / 165

第二节 劳务派遣 / 173

第三节 非全日制用工 / 184

第六章 劳动合同的监督检查 / 189

第一节 概述 / 189

第二节 劳动监察 / 190

第三节 政府相关部门监督检查 / 198

第四节 社会监督 / 199

第七章 法律责任 / 201

第一节 劳动合同法律责任概述 / 201

第二节 用人单位的法律责任 / 205

第三节 劳动者的法律责任 / 214

第四节 劳动行政部门和其他有关部门及其工作人员的法律責任 / 217

第五节 完善劳动合同法律责任的思考 / 219

参考文献 / 226



第一章

总 论

第一节 劳动合同概述

一、劳动合同的涵义

劳动合同,也称劳动契约、劳动协议,源于传统民法中的雇佣合同,是劳动关系^①的核心。目前,尽管我国学术界对劳动合同的概念有不同的表述,^②但基本上认同《劳动法》第十六条对劳动合同的定义,即劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系,明确双方权利义务的协议。^③由此可见,劳动合同是确立劳动者与用人单位之间存在劳动关系的法律形式。根据这一协议,劳动者成为用人单位的一员,有义务完成用人单位的生产、工作任务,并有义务遵守劳动纪律和内部规章制度;而用人单位则有义务支付劳动报酬,提供劳动条件、劳动保护及保险、福利等待遇。

① 我国《劳动法》、《劳动合同法》没有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)》第三条规定:“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。”

② 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)之间确立、变更和终止劳动权利和义务的协议(参见关怀主编:《劳动法》,中国人民大学出版社,2001年第1版,第119页);姜颖教授则将劳动合同定义为: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(参见姜颖:《劳动合同法论》,法律出版社2006年第1版,第4页)。

③ 参见:王全兴:《劳动法》(第三版),法律出版社,2008年,第125页;林嘉主编:《劳动法和社会保障法》,中国人民大学出版社,2009年第1版,第116页;黎建飞:《劳动法和社会保障法教程》,中国人民大学出版社,2007年第1版,第192页;董保华等著:《劳动合同法的软着陆——人力资源管理的的影响与应对》,中国法制出版社,2007年第1版,第3页;郭婕等主编:《劳动与社会保障法》,中国政法大学出版社,2004年第1版,第106页。



二、劳动合同的特征

劳动合同是合同的一种，它具有合同的一般特征，即合同是双方的法律行为，而不是单方的法律行为；合同是当事人之间的协议，只有当事人在平等自愿、协商一致的基础上达成一致时，合同才成立；合同是合法行为，不是违法行为；合同一经签订，就具有法律约束力等。劳动合同除具有上述合同的一般特征外，还有其自身的基本特征：

（一）劳动合同主体具有特定性

劳动合同双方当事人中，一方必须是具有劳动权利能力和劳动行为能力的劳动者本人，另一方必须是中华人民共和国境内的企业、事业单位、国家机关、社会团体、个体经济组织、民办非企业单位等组织，不能是企业的党团组织或工会组织，也不能是个人。

（二）劳动合同同时具有平等性和隶属性

1. 平等性

平等性主要是就劳动合同建立之时而言的。在劳动力市场中，劳动者和用人单位是平等的主体，两者具有平等的法律人格，是否建立劳动关系以及建立劳动关系的条件，由双方按照平等、自愿、协商一致的原则依法确立，具有显著的形式平等的特征。同时，劳动关系的平等性还表现在劳动争议发生后，双方的法律地位平等。

2. 隶属性

劳动关系是一种具有显著从属性的劳动组织关系。劳动关系一旦形成，劳动者就成了用人单位的职工，双方形成了被管理与管理的关系。用人单位有权指派劳动者完成劳动合同规定的属于劳动者劳动职能范围内的任何任务，并遵守单位内部的规章制度。《劳动法》第三条规定：劳动者应当遵守劳动纪律和职业道德。《劳动合同法》第四条规定：用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度。也就是说，用人单位依法制定的规章制度和劳动纪律，劳动者应当遵守和执行，这就形成了所谓的隶属性，即成为一种以隶属主体间的指挥和服从为特征的管理关系。这种职业上的从属关系，是劳动合同区别于其他合同的重要特点之一。

（三）劳动合同的内容具有较强的法定性以及劳动权利和义务的统一性和对应性

劳动合同内容主要以劳动法律、法规为依据，且具有强制性规定。法律虽允许劳动者和用人单位协商订立劳动合同，但协商的内容不得违反法律、行政



法规，否则无效。

同时，劳动合同双方当事人的权利和义务是统一的，即双方当事人既是劳动权利主体，又是劳动义务主体。根据签订的劳动合同，劳动者有完成工作任务、遵守本单位内部劳动规章制度的义务，用人单位有按照劳动合同的约定或者劳动者劳动数量和质量支付劳动报酬的义务；劳动者有权享受法律、法规及劳动合同规定的劳动保险和生活福利待遇，用人单位有义务提供劳动法律、法规及劳动合同规定的劳动保护条件。

三、劳动合同的分类

依照不同的标准，可以将劳动合同作不同的分类。

依照合同期限划分，劳动合同可分为固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同和以完成一定工作任务为期限的劳动合同；依照合同存在形式的不同，劳动合同可分为书面劳动合同和口头劳动合同；依照就业方式的不同，劳动合同可分为全日制劳动合同和非全日制劳动合同。

四、劳动合同与相关合同的区别

（一）劳动合同与劳务合同的区别

劳务合同是一种以劳务为标的合同类型，是一方当事人提供劳务，另一方当事人接受并提供对价——劳动报酬的合同。严格来讲，“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、技术服务合同、委托合同、信托合同和居间合同等。由于劳务活动也属于劳动，接受劳务一方应向提供劳务方支付报酬，因而，劳动合同与劳务合同有及其相似的地方。但二者也有许多区别，主要有：

1. 主体资格不同

劳动合同的主体是确定的，接受劳动的一方只能是用人单位，提供劳动的一方只能是自然人，不能同时是用人单位，也不能同时是自然人；而劳务合同的主体可以双方都是用人单位，也可以双方都是自然人，还可以一方是单位，另一方是自然人。劳务合同提供劳动一方主体的多样性与劳动合同提供劳动一方只能是自然人是区别劳动合同和劳务合同的主要特征。

2. 双方当事人关系不同

劳动合同的劳动者在劳动关系确立后成为用人单位的成员，必须遵守用人单位的规章制度，接受用人单位的管理，服从其安排，双方之间具有领导与被



领导、支配与被支配的隶属关系。因此，劳动合同的双方主体间不仅存在财产关系即经济关系，还存在着人身关系，即行政隶属关系。劳务合同的双方主体之间只存在财产关系，彼此之间无从属性，不存在行政隶属关系。劳动者提供劳务服务，用人单位支付劳务报酬，各自独立，地位平等。

3. 承担劳动风险责任的主体不同

劳动合同的双方当事人由于在劳动关系确立后具有隶属关系，劳动者必须服从用人单位的组织、支配，因此，在提供劳动过程中的风险责任须由用人单位承担；劳务合同的一方当事人并不为另一方当事人提供劳动条件，提供劳务的一方有权自行支配劳动，因此劳动风险责任自行承担。

4. 因劳动合同支付的劳动报酬主要为工资，具有按劳分配的性质

工资除当事人自行约定数额外，其他如最低工资、工资支付方式都要遵守法律、法规的规定；劳务合同支付的劳动报酬称为劳务费，是在意思自治的原则下，由当事人在法律规定的范围内约定，法律未作强制性的规定。

5. 适用法律和争议解决方式不同

劳动合同属于劳动法范畴，适用《劳动法》、《劳动合同法》的规定。因劳动合同发生争议的，一般实行仲裁前置，^①即当事人必须先向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，只有对劳动争议仲裁裁决不服的，才能向法院起诉；劳务合同属于民事合同的一种，受民法以及《合同法》调整，因劳务合同发生的争议由人民法院审理。

6. 法律责任后果不同

用人单位违反劳动合同可能承担行政责任、民事责任甚至刑事责任。比如用人单位侮辱、体罚、殴打、非法搜查和拘禁劳动者的，由公安机关对责任人员处以15日以下拘留、罚款或者警告；构成犯罪的依法追究刑事责任。违反劳务合同一般只承担民事赔偿责任，而不涉及行政和刑事责任。

（二）劳动合同与雇佣合同的区别

雇佣合同，一般而言，是指当事人双方约定一方为他方提供劳务，他方给

^① 2006年，最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第三条规定：“劳动者以用人单位的工资欠条为证据直接向人民法院起诉，诉讼请求不涉及劳动关系其他争议的，视为拖欠劳动报酬争议，按照普通民事纠纷受理。”《劳动合同法》第三十条第二款规定：“用人单位拖欠或者未足额支付劳动报酬的，劳动者可以向当地人民法院申请支付令，人民法院应当发出支付令。”



付报酬的合同。^① 给付报酬的人为雇主，提供劳务的人为雇员。劳动合同与雇佣合同都表现为一方提供劳动，另一方接受并支付报酬，一方要接受对方的监督、指挥等，但二者的区别依然存在。

1. 主体不同

劳动合同的主体是用人单位和劳动者；雇佣合同的主体是雇主和雇员。雇佣合同的雇主只能是自然人，雇员只须具备民事行为能力就行，而劳动合同的劳动者必须是年满16周岁^②且没有达到法定退休年龄的自然人。接受劳动一方的不同是构成劳动合同与雇佣合同的主要区别所在。

2. 法律干预程度不同

劳动合同的订立、履行贯穿着国家的干预。劳动合同的用人单位支付劳动者工资不得违反法律、法规的强制性规定，必须为劳动者办理参加社会保险的手续并缴纳社会保险费，而且不得协商变更，而雇佣合同的雇主则没有这些义务。雇佣合同的劳动报酬则主要由合同双方自行协商，法律不过分干预。其他诸如劳动保护、保险福利等方面，现行法律也只针对劳动合同作出规定。因此，法律对劳动合同的干预程度要高于雇佣合同。

3. 法律渊源不同

劳动合同属于《劳动法》调整，是独立的合同种类；雇佣合同属民事合同的一种，由民法和《合同法》调整。

4. 解决纠纷的程序不同

劳动合同纠纷一般采用仲裁前置程序，即一般情况下劳动合同纠纷不经过劳动争议仲裁机构处理，人民法院不予受理；雇佣合同是民事合同，审理机关是人民法院，纠纷发生后当事人无须经过仲裁，有权直接向人民法院起诉。

由于劳动合同、劳务合同、雇佣合同受国家干预的程度不同，用人单位、雇主承担的责任差别很大，实践中，有的用人单位本来与劳动者建立的是劳动关系，但签订的合同名称却是劳务合同、雇佣合同，而不是劳动合同，并且把《劳动法》、《劳动合同法》规定的用人单位的一些义务排斥在外，例如支付社会保险费的义务等，以此来逃避责任。判断一个合同是不是劳动合同，不应仅看合同的名称，更应看它的实质。只要提供劳动的一方是受接受劳动一方的管

^① 郭明瑞等著：《合同法新论分则》，中国政法大学出版社，1997年第1版，第264页。

^② 《劳动法》第十五条规定：“禁止用人单位招用未满十六周岁的未成年人。文艺、体育和特种工艺单位招用未满十六周岁的未成年人，必须依照国家有关规定，履行审批手续，并保障其接受义务教育的权利。”



理,是按照接受劳动一方的指示提供劳动的,且提供劳动的一方没有达到法定退休年龄,接受劳动的一方不是自然人,该合同就是劳动合同,就受《劳动法》、《劳动合同法》的调整。合同中排除劳动者权利、免除用人单位义务的条款因违反了《劳动法》、《劳动合同法》的规定无效。只有这样,才能切实保障劳动者的合法权益。因此,对于劳务合同和劳动合同,劳动者既要谨慎区分,同时也要根据合同的具体履行情况学会保护自己的合法权益,不能仅以合同的表面形式简单判断。

第二节 劳动合同法概述

一、劳动合同法的概念

劳动合同法是劳动法的重要组成部分,是调整用人单位和劳动者在订立、履行、变更、解除和终止劳动合同过程中发生的社会关系的法律规范的总称。^①

劳动合同法有狭义和广义之分。狭义的劳动合同法仅指劳动合同法典,即由中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议于2007年6月29日通过的,自2008年1月1日起施行的《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》),计八章九十八条。《劳动合同法》是自《劳动法》颁布以来,我国劳动和社会保障法制建设中的又一个里程碑。它在明确劳动合同双方当事人权利和义务的前提下,重在劳动者合法权益的保护,为构建和谐稳定的劳动关系提供法律保障,不仅直接规范着劳动合同行为与劳动关系,而且与用人单位和劳动者的切身利益息息相关。

广义的劳动合同法包括《劳动合同法》;《中华人民共和国劳动合同法实施条例》(以下简称《劳动合同法实施条例》,2008年9月3日国务院第二十五次常务会议通过,中华人民共和国国务院令 第535号公布,自公布之日即2008年9月18日起施行);《宪法》、《劳动法》和其他法律、法规中有关劳动合同的规定;最高立法机关有关劳动合同的立法解释。本书所研究的是广义的劳动合同法。

^① 喻术红主编:《劳动合同法学》,武汉大学出版社,2008年第1版,第16页。



二、《劳动合同法》的立法宗旨

(一) 立法宗旨的含义

立法宗旨是指制定某法的根本目的和指导思想,是立法者希望通过立法所达到的目标。因而,立法宗旨应该成为贯穿于该法整体的灵魂,并最终对该法的具体适用起着最高的指导作用,整部法律文件的所有规定,都是围绕着这一立法目标设定的。由于立法宗旨集中地体现了一部法律的基本价值判断准则,因而也是一部法律有别于其他法律的主要标志之一,它回答了立法的理由,也决定了所立之法的应有样态(如果所立之法严格遵循和完美体现了立法宗旨的话),具有弥补立法空白,确立法官解释法律方向的功能。每部法律都有其特定的立法目的,规定立法宗旨是立法的基本要求。我国的立法文件多在法的开头部分明确立法宗旨,并且许多立法文件往往将立法宗旨与立法根据规定在一个条文中;有的则是在立法根据条款后单列一条规定立法宗旨。

(二) 《劳动合同法》关于立法宗旨的规定

《劳动合同法》的立法宗旨,不仅关系到《劳动合同法》的基本定位、《劳动合同法》的具体制度设计问题,而且也关系到《劳动合同法》作为一个子法与劳动法律体系中其它法律之间的协调与衔接问题。因此,《劳动合同法》的立法宗旨是劳动合同立法中首先要明确的问题。在经过反复、多次讨论后,《劳动合同法》第一条明确规定:“为了完善劳动合同制度,明确劳动合同双方当事人的权利和义务,保护劳动者的合法权益,构建和发展和谐稳定的劳动关系,制定本法。”该条文既是《劳动合同法》的立法宗旨条款,也是我国劳动合同制度的立法目的条款。

(三) 关于《劳动合同法》立法宗旨的争论

《劳动合同法》颁布后实施前,很多用人单位认为《劳动合同法》过分地保护了劳动者的权益,是从立法上对劳动者的偏袒,担心用人单位的利益受到损害。部分用人单位采取要求职工辞职、重签劳动合同或转为劳务合同等形式以规避《劳动合同法》。少数用人单位甚至违法实施经济性裁员,一次性解除大批职工的劳动合同,以此逃避应承担的责任和义务。与此同时,珠三角一些加工贸易企业出现了关闭、撤并和撤离的现象。有些劳动者也对《劳动合同法》的立法本意有些误读,误认为《劳动合同法》是赋予他们的“尚方宝剑”,觉得以后在劳资关系方面可以胜过用人单位一筹。《劳动合同法》实施后,劳动争议案件的急速增长,便是一个很好的例证。种种问题的产生,虽不能就此认定《劳动合同法》的颁布实施,并没有实现“保护劳动者的合法权



益,构建和发展和谐稳定的劳动关系”的目的,但也确实将《劳动合同法》的立法宗旨的讨论再次推向高潮。

事实上,关于《劳动合同法》的立法宗旨,从立法之初,就引发了社会各界的激烈争论。其焦点主要集中在以下几个方面:

1. 立法依据。立法依据,又称立法根据,是指以何者作为立法的前提或者指导。由于立法依据和立法宗旨紧密联系,立法依据不同,立法宗旨肯定存在差异。^①在《劳动合同法》的立法过程中,立法依据一直存在争议,主要有两种观点:

一种是认为《劳动合同法》应当以《劳动法》作为立法依据。其主要理由是:《劳动法》是按照基本法的构架起草制定的,所确定的是劳动关系的基本制度和基本原则。《劳动法》一直是作为基本法在发挥作用。《劳动合同法》是《劳动法》范畴中的单项法,是劳动法律体系的组成部分,其调整的对象是劳动合同关系,当然其立法宗旨应与《劳动法》相一致,应当明确提出“根据《劳动法》制定本法”。由于《劳动法》开宗明义地提出“为了保护劳动者的合法权益”为其立法宗旨,作为《劳动法》法律体系的《劳动合同法》当然应义无反顾地亦以保护劳动者合法权益作为立法宗旨。^②而且,根据《劳动法》的实际地位和作用,这一法律在我国的劳动法律体系中,已经具有了基本法律的地位和作用。因此,以《劳动法》作为《劳动合同法》的直接立法依据,不管是否将这一原则直接写入法律,都是一种法理性的要求。^③

另一种观点认为《劳动合同法》应以民法作为立法依据。其主要理由是:《劳动合同法》所调整的劳动关系是劳动合同关系,而劳动合同关系属于合同关系的一种,其应该保有作为“合同”和《合同法》所应该具有的最底线的契约自由和意思自治,应当合理尊重当事人的意思自由,努力寻求劳动者和用人单位双方利益的平衡点,促使《劳动合同法》回到社会利益本位下的劳资和谐、平衡规制的轨道上来。因此,应当对合同关系双方当事人的权益一体保护,仅仅保护劳动者的合法权益有失法律公平。也正是因为合同关系属于《合同法》的调整对象,而《合同法》又属于民法的范畴,所以,就立法依据

^① 黎建飞:《劳动合同法热点、难点、疑点问题全解》,中国法制出版社,2007年第1版,第2页。

^② 关怀:《〈劳动合同法〉与劳动者合法权益的保护》,《法学杂志》2006年第5期,第8页。

^③ 常凯:《论劳动合同法的立法依据和法律定位》,《法学论坛》2008年第2期,第11页。



而言,《劳动合同法》应该以民法为依据。^①

也有观点从反面论述了《劳动合同法》不应以《劳动法》为立法依据。根据《立法法》的规定,《劳动法》是全国人大常委会制定的“基本法律以外的其他法律”,而不是基本法律。《劳动合同法》如果由人大常委会通过,其位阶和法律效力与《劳动法》平行,如果由人大通过,则高于《劳动法》。因此,以《劳动法》作为《劳动合同法》的立法根据,将会使立法层级发生混乱。^②

在《劳动合同法》的立法过程中,关于立法根据几易其稿。《中华人民共和国劳动合同法(草案)》第一条明确规定:“为了规范用人单位与劳动者订立和履行劳动合同的行为,保护劳动者的合法权益,促进劳动关系和谐稳定,根据《中华人民共和国劳动法》,制定本法。”草案第一次、第二次审议稿均沿用了该表述,但第三次审议稿审议结果的报告第一条却规定:“为了完善劳动合同制度,构建和发展和谐稳定的劳动关系,保护劳动者的权益,制定本法。”即一审稿、二审稿都明确载明以《劳动法》作为立法依据,三审稿、最终定稿中都没有再提以《劳动法》作为立法依据,而将其表述为:“为了完善劳动合同制度,明确劳动合同双方当事人的权利和义务,保护劳动者的合法权益,构建和发展和谐稳定的劳动关系,制定本法。”显然,《劳动合同法》对其立法根据采取了回避的态度。

2. “单保护”还是“双保护”

立法根据的争论,关涉到《劳动合同法》的立法宗旨,即《劳动合同法》究竟是对劳动者和用人单位平等保护还是只保护劳动者的权益,也就是“单保护”还是“双保护”。

如果以《劳动法》作为立法根据,那么,根据《劳动法》第一条规定的“为了保护劳动者的合法权益,调整劳动关系,建立和维护适应社会主义市场经济的劳动制度,促进经济发展和社会进步,根据宪法,制定本法”立法宗旨,作为《劳动法》的下位法,《劳动合同法》的立法宗旨也应当是为了保护劳动者的合法权益,即“单保护”。

如果以民法作为立法根据,则应当是“双保护”,即平等保护劳动者和用

^① 《关于立法宗旨——分组审议劳动合同法草案发言摘登(二)》[EB/OL], <http://www.npc.gov.cn/cwh/common/zw.jsp?hyid=0210027&label=WXZLK&id=364968.2007-04-29>.

^② 同①。



人单位的利益。

以《劳动法》作为立法根据,将保护劳动者权益作为《劳动合同法》宗旨,虽然解决了《劳动合同法》的立法根据问题,其立法宗旨也体现了劳动合同的人身属性,考虑到了劳动者作为弱势一方受到特别保护的重要性和必要性,但是,无法解释劳动合同作为合同的本质属性。而且,要构建和发展和谐稳定的劳动关系,也不能仅仅只保护劳动者的权益,用人单位的合法权益也不容忽视。相反地,以民法作为《劳动合同法》的立法根据,以平等保护劳动者和用人单位的利益为其立法宗旨,尽管同样解决了《劳动合同法》的立法根据问题,也充分考虑了劳动合同作为合同本质属性,但无法体现劳动合同中劳动关系的人身属性,更不能体现劳动者作为弱势一方受到特别保护的重要性和必要性。因此,无论是以《劳动法》作为《劳动合同法》的立法根据实行“单保护”,还是以民法作为立法根据实行“双保护”,都有一定的缺陷。正是因为如此,《劳动合同法》才对其立法根据采取了回避的态度,既没有规定以《劳动法》为依据,也没有规定以民法为依据。

(四) 对《劳动合同法》立法宗旨的认识

劳动合同立法宗旨中所谓“双保护”与“单保护”的争论并非只是一场由误会引起的无谓的争论,隐藏在“双保护”与“单保护”争论背后的,其实是劳动合同立法中是否需要强调私法规范的问题。如上所述,在《劳动合同法》的立法过程中,关于其立法根据及其立法宗旨,即“单保护”还是“双保护”进行了激烈的争论。《劳动合同法》颁布后出现的种种问题,其根源也在于有的用人单位认为《劳动合同法》实行的是“单保护”,过分地保护了劳动者的权益,损害了企业的利益等等。有舆论甚至认为以珠三角为代表的一些企业关闭、撤并和撤离也是由《劳动合同法》所致。^①因此,对《劳动合同法》的立法宗旨加以解读、厘清是极有必要的。

其实,劳动合同的立法宗旨既不是“单保护”,更不是“双保护”,而是倾斜保护。即《劳动合同法》以保护劳动者权益为重,同时也保护了用人单位的利益。理由如下:

首先,从《劳动合同法》立法宗旨的表述上看。《劳动法》第一条开宗明义,“为了保护劳动者的合法权益,调整劳动关系,建立和维护适应社会主义市场经济的劳动制度,促进经济发展和社会进步,根据宪法,制定本法”,明

^① 钟功延:《论围绕劳动合同法争论的几个问题》,《工人日报》2008年5月12日第1版。