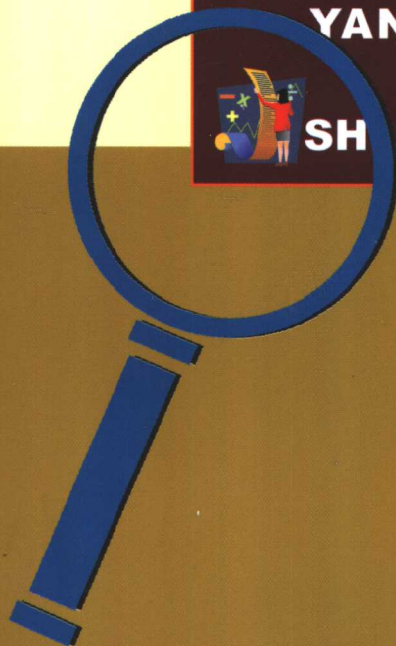


劳动合同研究与实践

LAODONG
HETONG
YANJIU
YU
SHI JIAN

杜 波 著



煤炭工业出版社

劳动合同研究与实践

杜 波 著

煤炭工业出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动合同研究与实践/杜波著. —北京: 煤炭工业出版社, 2003

ISBN 7-5020-2289-9

I. 劳… II. 杜… III. 劳动合同—研究—中国
IV. D922.524

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 021008 号

煤炭工业出版社 出版
(北京市朝阳区芍药居 35 号 100029)
网址: www.cciph.com.cn
北京房山宏伟印刷厂 印刷
新华书店北京发行所 发行

*

开本 850mm×1168mm¹/₃₂ 印张 8¹/₂
字数 190 千字 印数 1—1,000
2003 年 7 月第 1 版 2003 年 7 月第 1 次印刷
社内编号 5061 定价 18.00 元

版权所有 违者必究

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 本社负责调换

前言

在建立和完善社会主义市场经济体制的今天，劳动制度的改革必须与经济体制改革同步进行，市场经济条件下劳动制度运行的基础就是建立劳动合同制。与物质财富的创造（如农民种庄稼、工人开矿山等）和精神财富的创造（如小说、图画等艺术创作）不同的是，法学家所孜孜以求的是第三种文明建设——制度文明建设，即建立一个文明的法律体系。这种文明是介于物质文明和精神文明之上的一种文明，其基本标准包括三个要素：作为法律制度基础的公平和正义；法律制度运行的有效性和成本节省；法律制度表现形式的规范性和科学性。●劳动合同制度是这种制度文明建设的一个重要组成部分。

站了多年的大学讲台，在讲授劳动法学、劳动合同时总觉得力不从心。由于我国目前还没有出台《劳动合同法》，所以处理劳动合同问题主要依照《中华人民共和国劳动法》进行。而《中华人民共和国劳动法》对劳动合同的原则性规定不能满足我国劳动制度与人事制度改革的需要。法律的原则性规定与实践中存在的问题促使我对劳动合同制度进行了研究。这是本文研究的现实基础。研究劳动合同的理论意义在于，劳动合同是规范用人单位与劳动者行为的法律，是建立劳动关系的法律形式，是国家对劳动力市场进行管理的有效手段之一。但目前

● 张新宝，《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社，第17页。

有关劳动合同的理论和实际应用研究比较零散，许多实际中出现的问题尚没有在理论上得到合理的解释，无法适应日新月异的社会主义经济建设的需要；同时随着国家多种所有制经济的发展，企业用工制度方面所出现的变化也有待在理论上进行探讨，这些都构成了本文研究的理论基础。考虑到我国劳动法律建设仍在不断完善过程中，法律、法规对劳动关系各方面的规范尚不够齐全，本文拟以现在实际工作中仍发挥重要作用的《中华人民共和国劳动法》、《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》、劳动部“关于贯彻执行《中华人民共和国劳动法》若干问题的意见”、劳动部“关于实行劳动合同制度若干问题的通知”、《北京市劳动合同规定》、《上海市劳动合同条例》等法律规范作为研究的法理依据。

本文对劳动合同的研究首先注意其系统性。将劳动合同的相关概念、劳动合同的订立、劳动合同的效力、劳动合同的履行与劳动合同的变更、劳动合同的解除、劳动合同的终止与劳动合同的续订、违反劳动合同的责任、劳动合同争议的解决方式、劳动合同的管理等内容作为一个有机整体进行系统分析，并在研究过程中阐明自己对劳动合同制度建立的目的、组成劳动合同制度的要素及通过建立劳动合同法律制度所要达到的公平、正义与效益理念的理解。

2 本文的研究其次强调其现实性。劳动合同制度是在现实生活中直接发挥作用的，因此对劳动合同制度的研究必须从现实出发，研究其法律规定在现实生活中的应用问题，并针对我国某些现行的劳动法规在调整企业劳动关系方面出现的各种矛盾和问题，提出有利于完善我国劳动合同法律制度的立法建议。

第三，本文的研究着力于劳动合同法律法规的可操作性，强调法律的精髓在于实施。将法律制定的规范性和法律实施有

效性、合理性结合在一起，并在可能的情况下提出推进劳动合同有效实施的可操作性的建议。

本文是在前人研究的基础上，通过总结自己多年的讲课体会，改写自己已经发表的有关劳动合同领域的论文等方式完成的。本书能够顺利出版，在很大程度上得力于煤炭工业出版社向云霞主任的大力支持和帮助。她的经验和一些好的建议也使得本书比之以前的初稿更有条理。在此我首先对向云霞主任表示深深的谢意，并对田静编辑为本书所做的编辑工作表示感谢。

由于本人研究能力的限制，掌握相关资料的不足，文中难免会存在很多不足之处，敬请读者批评指正。

目 录

第一章 概 述	1
第一节 劳动合同	1
一、劳动合同的概念	1
二、劳动合同的特征	1
三、劳动合同的作用	7
四、劳动合同的种类	10
五、与劳动合同有关的合同	20
第二节 劳动关系	25
一、劳动关系的概念	25
二、劳动法律关系	29
三、事实劳动关系	31
四、事实劳动关系的法律调整措施	34
第二章 劳动合同的订立	42
第一节 订立劳动合同的原则	42
一、平等、自愿、协商一致原则	42
二、遵守法律、行政法规的原则	50
第二节 劳动合同的主体	57
一、用人单位	57
二、劳动者	59
三、对劳动合同主体的思考	62

四、劳动合同主体的缔约能力	64
第三节 劳动合同的主要内容	74
一、法定必备条款	75
二、约定条款	85
第四节 订立劳动合同的程序	98
一、要 约	98
二、承 诺	100
三、工会在订立劳动合同时的作用	101
第五节 劳动合同的形式	103
一、劳动合同的书面形式	103
二、劳动合同的口头形式	105
三、格式劳动合同	106
第三章 劳动合同的效力	108
第一节 劳动合同的有效	108
一、劳动合同有效的概念	108
二、劳动合同的生效要件	108
第二节 劳动合同的无效	110
一、无效劳动合同的概念	110
二、对无效劳动合同的判断	110
三、对无效劳动合同的确认	119
四、无效劳动合同的法律后果	120
第四章 劳动合同的履行和劳动合同的变更	124
第一节 劳动合同的履行	124
一、劳动合同履行的原则	124
二、关于劳动合同约定不明的履行	126

三、劳动合同的中止履行·····	127
第二节 劳动合同的变更·····	130
一、劳动合同变更的条件·····	131
二、劳动合同变更的程序·····	133
三、劳动合同主体的变更·····	135
第五章 劳动合同的解除·····	145
第一节 劳动合同解除的特征及分类·····	145
一、劳动合同解除的特征·····	145
二、劳动合同解除的种类·····	147
第二节 劳动合同解除的条件及程序·····	152
一、双方当事人协商解除劳动合同·····	153
二、用人单位单方解除劳动合同·····	154
三、劳动者单方解除劳动合同·····	161
第三节 劳动合同解除的法律后果·····	165
一、用人单位的义务·····	165
二、劳动者的义务·····	169
三、经济补偿金的有关问题·····	170
第六章 劳动合同的终止与劳动合同的续订·····	182
第一节 劳动合同的终止·····	182
一、劳动合同终止的概念·····	182
二、引起劳动合同终止的事由·····	182
第二节 劳动合同的续订·····	186
一、劳动合同续订的概念及特征·····	186
二、劳动合同续订的条件·····	188
三、劳动合同续订的程序·····	191

第七章 违反劳动合同的违约责任	193
第一节 违约责任	193
一、违约责任的涵义	193
二、违约责任的作用	196
三、违约责任的构成要件	197
第二节 承担违约责任的方式	203
一、实际履行	204
二、支付违约金	207
三、支付赔偿金	211
四、赔偿损失	219
五、承担行政责任	222
六、违约金、赔偿损失、赔偿金及经济 补偿金的区别	223
第八章 劳动合同纠纷的解决方式	230
第一节 劳动合同纠纷	230
一、劳动合同纠纷的含义	230
二、劳动合同纠纷与劳动争议	231
三、解决劳动合同纠纷的意义	233
第二节 劳动合同纠纷的解决方式	234
一、协商	235
二、调解	236
三、劳动与社会保障部门的干预	239
四、仲裁	240
五、诉讼	243

第九章 劳动合同的管理	244
第一节 劳动合同管理体制	244
一、劳动合同管理的概念	244
二、劳动合同管理的必要性	244
三、劳动合同管理的体制	246
第二节 劳动合同管理的主要方法	248
一、劳动手册	249
二、劳动合同的示范文本	251
三、监督劳动合同的履行	252
四、劳动合同的备案	255
五、劳动合同的鉴证	258
六、劳动合同档案管理	259

第一章 概 述

第一节 劳 动 合 同

一、劳动合同的概念

劳动合同又称劳动契约。我国台湾学者普遍认为，劳动合同有广义和狭义之分。就广义言之，凡一方对他方负劳务给付义务之契约，皆为劳动合同。举凡雇佣契约、承揽契约、居间契约、出版契约、委任契约、行纪契约、运送契约、合伙契约等皆属之。^① 狭义的劳动合同是指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。本文所称的劳动合同是指狭义的劳动合同。

二、劳动合同的特征

1. 合同的特征

合同是当事人之间产生、变更、终止民事权利义务的意思表示一致的法律行为。劳动合同是合同的一种特殊形式，只有在把握了合同的特征的基础上，才能更好地理解劳动合同。合同的法律特征主要有：

(1) 合同是一种民事法律行为。民事法律行为，是指民事主体实施的能够引起民事权利和民事义务的产生、变更或终

^① 史尚宽，《劳动法原论》，台北正大印书馆。

止的合法行为。合同既然是一种民事法律行为，则在性质上不同于事实行为。[●]所谓的事实行为，是指不以意思表示为要件并不能产生当事人预期法律效果的行为，如侵权行为等。

(2) 合同以产生、变更或终止民事权利义务关系为目的。合同当事人订立合同都有一定的目的和宗旨，即合同的当事人希望通过订立合同而产生、变更、终止民事权利义务关系。所谓产生民事权利义务关系，是指当事人订立合同旨在形成某种法律关系，从而具体地享有民事权利，承担民事义务；所谓变更民事权利义务关系，是指当事人通过订立合同使原有的合同关系在内容上发生变化，变更合同关系通常是在继续保持原合同关系效力的前提下变更合同内容；所谓终止民事权利义务关系，是指当事人通过订立合同旨在消灭原法律关系。

(3) 合同是两个以上的意思表示相一致的协议。合同是合意的结果，因此它必须包括以下要素：第一，合同的成立必须有两个或者两个以上的当事人；第二，各方当事人必须相互作出意思表示；第三，各个意思表示是一致的，即合同是当事人达成一致的协议。

2. 劳动合同与合同的一致性

劳动合同又称劳动契约、劳动协议，是当事人之间达成的关于劳动的权利与义务的协议。作为合同形式的一种，劳动合同具有合同所共有的一般的特性，具体表现在：

(1) 都是合同双方当事人之间达成的关于权利与义务的协议。劳动合同与合同都是合同双方当事人按照法律规定，按照法律规定的程序达成的协议。订立协议的行为必须符合法律规

● 梁慧星，《民法学说判例与立法研究》，第241页。

定。通过合同的形式约定当事人的权利与义务；通过订立、履行、变更、解除合同的过程，在合同当事人之间形成的权利义务关系必然是合同当事人意思表示一致的结果，是受法律保护的。

(2) 当事人法律地位平等。合同当事人的地位在事实上可以是千差万别的，但在合同中合同双方当事人的法律地位是平等的。在订立合同时，合同的任何一方当事人不得对对方当事人进行欺诈、胁迫，使其违背自己的真实意愿订立合同，不得将自己的意志强加给对方。如果发生限制或强迫对方当事人接受自己的意思的情况，订立的合同也不能受到法律的保护。

(3) 合同订立、履行过程中所适用的原则一致。当事人在订立合同时应当遵循的各项原则中，诚实信用原则是订立合同的“帝王原则”。在订立劳动合同时，无论是用人单位，还是劳动者都必须诚实守信。在履行合同时的协作原则，在履行劳动合同过程中同样适用。

3. 劳动合同的特征

劳动合同与合同尽管有一致性，但在劳动合同的订立、履行、变更、解除、终止及承担违约责任等方面又有其特殊性。具体表现在：

(1) 劳动合同是建立劳动关系的一种法律形式。通过缔结劳动合同，在劳动合同的双方当事人之间建立起用人单位对劳动者的使用与管理、劳动者服从用人单位的管理并且通过支付劳动力获得赖以生存的生活资料的这样一种社会关系。《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》）第16条第2款规定：“建立劳动关系应当订立劳动合同。”缔结劳动合同的目的在于使用用人单位与劳动者之间的社会关系由国家法律调整，形成劳动法律关系，即在劳动合同的当事人之间形成关于劳动的

权利和义务关系。

一般来说,合同的订立主要是在当事人之间建立起财产流转关系。而劳动合同的订立,是要在劳动者与用人单位之间建立起劳动关系,劳动合同的这一特点与合同有区别。

(2) 劳动合同的当事人是特定的。劳动合同的主体只能是特定的,只有两方当事人,一方固定为劳动者,另一方固定为用人单位。作为一方当事人的劳动者必须具有劳动权利能力和劳动行为能力;作为另一方当事人的用人单位是劳动力的使用者,必须具有用人权利能力和用人行为能力。用人单位包括企业、个体经济组织以及和劳动者建立劳动关系的国家机关、事业单位、社会团体。而合同的主体可以是特定的,也可以是不特定的。

(3) 劳动合同的主体之间具有从属性。作为劳动合同一方当事人的劳动者,在订立劳动合同后就成为劳动合同另一方当事人——用人单位中的一员,用人单位有权指派劳动者完成劳动合同规定或约定的任务;劳动者有义务服从用人单位的指挥和命令。在劳动合同双方当事人之间存在着管理上的依从关系、指挥与服从关系、领导与被领导关系。具体地,如果劳动者经过用人单位同意或在本用人单位的指派下,以本用人单位的名义对外从事活动,劳动者在劳动过程中给他人造成损害的,由用人单位先承担责任,然后再由用人单位按照法律规定向劳动者进行追偿。由此进一步可以看出,劳动合同的主体之间具有从属性。

劳动合同的主体之间具有从属性,这与合同的主体之间的关系不同。不同之处具体表现在:①合同强调合同主体地位平等。合同是平等主体间的协议,是“合同自由”的体现。而劳动合同主体间存在着用人单位对劳动者管理的关系,他们的地

位事实上是不平等的。②国家干预程度不同。由于合同的主体法律地位平等,合同才可能是合同当事人合意、“意思自治”的结果。因为劳动合同的主体间存在管理与被管理的关系,出于对劳动者的保护,在劳动合同主体的意思表示方面,劳动合同则更多地体现国家对劳动合同的管理。③解决纠纷的方式上也有所不同。合同在解决争议的方式的选择上有较大的自由。由于劳动合同主体存在隶属关系,法律需要对处于被管理的劳动者特别加以保护,制约用人单位的“任意行为”,在解决劳动争议时,强调劳动与社会保障行政部门对用人单位的监督管理。

(4) 劳动合同的目的在于劳动过程的实现。劳动法意义上的劳动,专指职工为谋生而从事的,履行劳动法、集体合同和劳动合同规定的义务的集体劳动。劳动合同中的“劳动”具有以下特点:①劳动是法律允许范围内劳动者从事的劳动。②劳动是用人单位依照法律规定或劳动合同约定向劳动者支付劳动报酬的有偿的劳动。③劳动是基于用人单位与劳动者之间存在的劳动关系的劳动。④劳动体现的是劳动者的职业性的劳动。⑤劳动是在用人单位与劳动者之间存在隶属关系的隶属性的劳动。⑥劳动是限制主体的劳动。包括对劳动合同当事人的限定,对作为劳动合同一方主体的用人单位资格的限定,也包括对作为劳动合同的另一方当事人的劳动合同主体资格的限定。

劳动合同的目的在于劳动过程的实现,而不是劳动成果的兑现。由于社会劳动的复杂性,劳动过程本身也相当复杂,所以并不是所有的劳动都能直接创造出劳动成果。在劳动社会化的情况下,劳动者完成的不是某种或某项个人独立完成的特定的具体劳动任务,而是完成属于该集体劳动中的特定种类的工作。集体劳动中的特定种类的工作还必须是在用人单位所提供的必要条件下完成的。用人单位通过履行劳动合同所确定的义

务，协助劳动者实现劳动过程。因此，劳动合同的内容主要是要确定劳动合同双方当事人劳动过程中实现各自的权利、义务及各方当事人实现各自的权利与义务所需要的条件。

而千差万别的合同的目的是合同当事人通过合同的订立实现财产的流转，资源的有效配置。

(5) 劳动合同当事人之间的权利义务多是由法律直接规定的。考察我国及其他国家和地区的劳动合同立法和劳动立法，可以看出劳动合同当事人的权利义务，特别是有关劳动者在劳动过程中享有的权利，一般都由劳动法律在法律条文中直接加以规定。劳动合同中的诸多内容，尤其是涉及到劳动合同双方当事人权利与义务，法律往往对此作出了明确的规定，从而限制了劳动合同当事人对相互权利与义务的约定，因而劳动合同的内容具有法定性和强制性的特点。如，劳动合同中有关工资报酬、工作时间、劳动保护、社会保险与福利等的标准等内容，一般不允许劳动合同的双方当事人通过协商约定。劳动合同的订立、变更、终止或解除的各个环节，也必须严格按照国家劳动法律、法规所规定的条件、程序进行。

合同当事人之间的权利义务，可以是当事人在法律允许的范围内，协商约定，即合同的当事人享有较大的“意思自由”。

(6) 劳动合同往往涉及到与劳动者有关的第三人的物质利益。我国宪法规定，中国公民在年老、疾病、丧失劳动能力时，有获得物质帮助的权利。在劳动者与用人单位订立劳动合同时，往往会就劳动者供养的直系亲属的物质利益与用人单位达成协议。如，在劳动合同中约定，用人单位不仅要承担对劳动者的社会保险责任，而且有义务对劳动者直系亲属给予一定的物质帮助，这样在劳动合同中就出现了涉及第三人利益的约定。劳动合同的这一特点与合同也有差别。