

◎魏青松 主编

Research on
Legal Practices of
**LABOR
CONTRACT
LAW**

劳动合同

实务新解



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

◎魏青松 主编

Research on
Legal Practices of

实务新解



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

劳动合同法实务新解 / 魏青松主编. —北京:法律出版社, 2011. 3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1691 - 7

I. ①劳… II. ①魏… III. ①劳动合同法—法律解释—中国 IV. ①D922.525

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 003432 号

©法律出版社·中国

责任编辑/徐 晶

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/9.25 字数/240 千

版本/2011 年 3 月第 1 版

印次/2011 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1691 - 7

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

主 编： 魏青松

副主编： 丁莎莎

撰稿人： 第一章： 丁莎莎

第二章： 张 燕

第三章： 刘 洋

第四章： 张光莹

第五章： 周 燕

第六章： 桑 敏

第七章： 张 慧

第八章： 卞如江

目 录

第一章 总则	(1)
第一节 劳动合同概述	(1)
一、劳动合同的概念和特征	(1)
二、劳动合同的性质	(2)
三、劳动合同与其他类似合同	(2)
第二节 《劳动合同法》实施的意义	(6)
一、新中国成立后、《劳动合同法》颁布前的劳动立法 回顾	(6)
二、《劳动合同法》的立法背景及意义	(7)
第三节 《劳动合同法》的基本原则	(9)
一、一般性原则	(9)
二、特别原则一——倾斜保护原则	(10)
三、特别原则二——三方协商原则	(10)
第四节 《劳动合同法》的适用范围	(12)
一、适用的事项范围	(12)
二、适用的主体范围	(17)
三、适用的时间范围	(27)
四、适用的地域范围	(29)
第五节 用人单位的劳动规章制度	(32)
一、用人单位劳动规章制度概述	(32)
二、关于劳动规章制度的相关法律、法规	(32)

三、合法劳动规章制度的内在要求	(33)
第六节 劳动关系三方协商机制	(36)
一、劳动关系三方协商机制简介	(36)
二、劳动关系三方协商机制的运行结构	(37)
三、我国劳动关系三方协商机制的现实问题及对策	(38)
第七节 工会在劳动合同订立、履行以及集体协商中的 作用	(40)
一、工会在劳动合同订立、履行中的作用	(40)
二、工会在集体协商机制中的作用	(41)
第二章 劳动合同的订立	(43)
第一节 劳动合同订立概述	(43)
一、劳动合同订立的概念	(43)
二、劳动合同订立的原则	(44)
第二节 劳动合同订立的意义	(47)
一、标志着劳动法律关系的成立并推定其生效	(48)
二、明确了劳动合同双方当事人的权利和义务	(48)
三、有助于定纷止争	(50)
第三节 劳动合同订立的形式	(50)
一、概述	(50)
二、书面形式	(51)
三、其他形式	(53)
第四节 劳动合同的种类	(54)
一、固定期限劳动合同	(54)
二、无固定期限劳动合同	(55)
三、以完成一定工作任务为期限的劳动合同	(60)
第五节 劳动合同订立的程序	(61)
一、招收录用阶段	(61)
二、劳动合同签订阶段	(63)
第六节 劳动合同的内容	(64)

一、必备条款	(64)
二、约定条款	(67)
第七节 劳动合同无效	(68)
一、劳动合同的无效	(68)
二、无效劳动合同的处理	(71)
第三章 劳动合同的履行和变更	(73)
第一节 劳动合同履行的概念及原则	(73)
一、劳动合同履行的概念	(73)
二、劳动合同履行的原则	(73)
第二节 用人单位义务之一——支付劳动报酬	(74)
一、工资支付形式	(75)
二、延长工作时间的工资支付	(77)
三、特殊情况下的工资支付	(78)
四、最低工资	(81)
五、工资保障制度	(84)
第三节 用人单位义务之二——执行劳动定额标准	(87)
一、劳动定额标准的概念	(87)
二、工作周和工作日	(87)
三、休息时间	(91)
四、加班	(97)
第四节 用人单位义务之三——劳动保护	(98)
一、劳动保护制度概述	(98)
二、劳动保护的程序性制度	(99)
三、劳动保护的实体性制度	(99)
四、特殊劳动者的劳动保护	(100)
第五节 特殊情况下劳动合同的履行	(104)
一、用人单位名称变更	(104)
二、用人单位法定代表人、主要负责人或者投资人等事 项的变更	(105)

三、用人单位合并、分立	(105)
第六节 劳动合同的变更	(106)
一、劳动合同变更的概念	(106)
二、劳动合同变更的原因	(106)
三、劳动合同变更的种类	(107)
四、劳动合同变更的特点	(108)
五、劳动合同变更后的法律效力	(109)
六、劳动合同变更的常见情况——调职、调岗和调薪	(109)
第四章 劳动合同的解除和终止	(113)
第一节 劳动合同的解除	(113)
一、劳动合同解除的含义及特征	(113)
二、劳动合同解除的情形	(114)
第二节 劳动合同的终止	(132)
一、劳动合同终止的含义及特征	(132)
二、劳动合同终止的情形	(133)
第三节 劳动合同解除和终止的异同	(139)
一、是否由劳动合同主体作出意思表示不同	(139)
二、适用情形不同	(140)
三、是否需要履行法定程序不同	(140)
四、是否需要支付经济补偿金略有不同	(142)
第四节 劳动合同解除和终止后的附随义务	(144)
第五章 特别规定	(149)
第一节 集体合同	(149)
一、集体合同概述	(149)
二、集体合同的订立	(156)
三、集体合同的效力范围	(161)
四、集体合同的履行、变更、解除和终止	(163)
五、集体合同相关争议解决	(165)

第二节 劳务派遣	(166)
一、劳务派遣概述	(166)
二、劳务派遣单位与被派遣劳动者之间的法律关系	(171)
三、劳务派遣单位与用工单位之间的法律关系	(178)
四、用工单位与被派遣劳动者之间的法律关系	(179)
第三节 非全日制用工	(182)
一、非全日制用工概述	(182)
二、我国现行劳动法关于非全日制用工劳动合同的特 殊规定	(185)
第六章 监督检查	(189)
第一节 劳动合同监督检查制度的形成	(189)
第二节 劳动行政部门的监管职责	(189)
一、劳动行政部门实施监管的特点	(189)
二、劳动行政部门监督检查的职权范围	(190)
第三节 劳动行政部门的监督检查措施与文明执法	(194)
一、劳动行政部门的监督检查措施	(194)
二、劳动监察员文明执法	(195)
三、其他组织和个人对劳动合同制度实施情况进行监 督	(196)
第七章 法律责任	(203)
第一节 劳动规章制度违反法律、法规的规定	(203)
第二节 劳动合同未载明必备条款或合同文本未交付劳 动者	(205)
第三节 用人单位不与劳动者订立书面劳动合同、无固 定期限劳动合同	(207)
一、用人单位超过法定期限不与劳动者订立书面劳动 合同的法律责任	(207)
二、用人单位不与劳动者订立无固定期限劳动合同的	

法律责任	(209)
第四节 用人单位违法约定试用期	(210)
第五节 违法扣押劳动者居民身份证等证件及要求劳动者提供担保、向劳动者收取财物	(212)
一、用人单位扣押劳动者居民身份证等证件应当承担的法律责任	(212)
二、用人单位违法以担保或者其他名义向劳动者收取财物等应当承担的法律责任	(213)
三、劳动者依法解除或者终止劳动合同,用人单位扣押劳动者档案或者其他物品应当承担的法律责任	(213)
第六节 用人单位不按规定或约定支付劳动报酬和经济补偿	(214)
一、用人单位未按照合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者报酬	(214)
二、用人单位低于当地最低工资标准支付劳动者工资	(216)
三、用人单位安排加班不支付加班费	(217)
四、解除或者终止劳动合同,未依照《劳动合同法》规定向劳动者支付经济补偿	(218)
第七节 劳动合同无效	(219)
第八节 用人单位违法解除或终止劳动合同	(220)
第九节 用人单位侵害劳动者人身权益	(223)
一、行政责任	(223)
二、刑事责任	(224)
三、民事责任	(224)
第十节 用人单位未依法出具解除或者终止劳动合同的书面证明	(224)
第十一节 劳动者违法解除劳动合同、违反劳动合同的保密义务、竞业限制条款	(225)
一、劳动者违法解除劳动合同的法律责任	(225)

二、劳动者违反约定的保密义务或者竞业限制义务的法律 责任	(226)
第十二节 用人单位招用与其他单位尚未解除或终止劳动 合同的劳动者	(228)
第十三节 劳务派遣单位以及用工单位违法	(229)
一、劳务派遣单位的法律责任	(230)
二、用工单位的法律责任	(231)
第十四节 不具备合法经营资格的用人单位	(232)
第十五节 个人承包经营者违法招用劳动者	(233)
第十六节 监管部门不履行职责或者违法行使职权	(234)
第十七节 用人单位未建立职工名册	(236)
第八章 劳动争议解决	(237)
第一节 劳动争议解决总则	(237)
一、《劳动争议调解仲裁法》的立法目的	(237)
二、《劳动争议调解仲裁法》的适用范围	(238)
三、劳动争议的处理原则	(243)
四、劳动争议的和解	(243)
五、劳动争议的处理程序	(244)
六、劳动争议纠纷中的举证责任分配	(245)
七、劳动争议的代表人调解/仲裁/诉讼制度	(246)
八、协调劳动关系三方机制	(247)
九、劳动争议的行政投诉	(247)
第二节 劳动争议调解	(247)
一、劳动争议的调解组织	(247)
二、劳动争议调解组织的调解员	(250)
三、劳动争议调解申请的形式	(250)
四、劳动争议调解方式	(250)
五、调解协议书及其效力	(251)
六、不履行调解协议的法律后果	(251)

七、劳动争议中的支付令	(252)
第三节 劳动争议仲裁	(255)
一、我国劳动争议仲裁制度的变革	(255)
二、我国的劳动争议仲裁基本制度	(258)
三、我国劳动争议仲裁制度中存在的主要问题及对策	(269)
第四节 劳动争议诉讼	(273)
一、劳动争议诉讼的定义	(273)
二、劳动争议诉讼的受理条件	(274)
三、劳动争议诉讼的受理范围	(277)
四、劳动争议诉讼的管辖	(278)
五、劳动争议诉讼的审判机构	(279)
六、劳动争议诉讼的举证责任	(283)

第一章 总 则

第一节 劳动合同概述

一、劳动合同的概念和特征

劳动合同的概念有广义和狭义之分。广义的劳动合同是指“一方对他方负劳动给付义务之契约”。^① 因此通常所说的雇佣合同、承揽合同甚至是居间合同、委托合同、行纪合同等均属于劳动合同。而劳动法意义上的劳动合同,则是指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。

劳动合同具有以下主要特征:

1. 劳动合同是诺成性合同,只要双方当事人意思表示一致劳动合同就可成立。

2. 劳动合同是双务合同,劳动者和用人单位之间互负义务,双方各自享有的权利是以各自所负的义务为对价。

3. 劳动合同是有偿合同。劳动者通过向用人单位提供劳动来换取劳动报酬。现阶段,我国各地均规定了最低工资标准以保障劳动者的权益。

4. 劳动合同是继续性合同。所谓继续性合同是指合同内容非一次给付可完成,而是继续地实现的合同。继续性合同无效、被撤销、解除应向将来发生效力,过去的合同关系不受影响。因此在处理劳动合同无效等问题上,用人单位对于劳动者已经付出的劳动都需要支付相应的劳动报酬。

① 史尚宽:《劳动法原论》,正大印书馆 1978 年版,第 13 页。

二、劳动合同的性质

在学术界,对于劳动合同的性质研究曾是一个重大的课题。学者们研究发现,早期的民事立法大都将劳动合同纳入民事合同范畴进行统一调整。如法国《民法典》将劳动合同归为租赁合同范围,称为劳动力租赁;德国《民法典》将劳动合同纳入劳务合同关系中;意大利《民法典》则干脆将整个劳动问题规定为一编。可见早期劳动合同被认为与普通的民事合同并无大的差异。之后伴随着社会实践的发展,关于劳动合同的性质先后涌现出了“身份契约说”、“租赁契约说”、“劳动加工说”、“特种契约说”等各种学说。现行主流的观点为“特种契约说”。该种观点认为,劳动契约是独立于传统民法中所有典型契约之外的一类契约,且劳动合同独立于民法、单独立法规制是大势所趋。

在我国,现阶段不少学者认为:从劳动法的发展历史来看,劳动合同的确来源于民法的雇佣合同,但劳动合同涉及的工作时间、休息休假、劳动保护、社会保险、集体协商、劳动争议等方面的内容已经完全超越了民法的范围,并最终从民法中独立出来。且从实践来看,虽然劳动合同亦强调双方当事人的合意,但与普通民事合同相比,双方地位的不平等性、从属性更加明显,政府的干预和调控也更加深入。在工会组织发达的国家,劳动合同不再是个体力量的对比,而是更广泛程度上的雇主和工人组织的力量博弈,这些都是传统民事合同所不具备的。正因为劳动合同的前述特性,使得越来越多的人认可劳动合同并非民事合同、劳动法是社会法、是公法和私法巧妙融合的结晶的观点。

三、劳动合同与其他类似合同

(一) 劳动合同与雇佣合同

不同的国家对于这两者之间的关系有着不同的观点,且深刻地影响着各国的立法。1911年颁布实施的瑞士《民法典》最初是将劳动合同作为雇佣合同的一种来规定的,但是1971年瑞士对其《民法典》中的债法进行了重大修改,将其中雇佣合同一章改为劳动合同,

为民法典中以“劳动合同”取代雇佣合同之创举。德国立法也曾认为雇佣合同是一方给付劳动一方给予报酬,劳动合同是雇佣合同的一种,其特质在于劳动合同当事人之间存在从属性。在我国,雇佣合同虽然未在民事立法上作出明文规定,但在实务以及最高人民法院的司法解释中均有涉及。在实务中也是将这两者和劳动合同区别对待的,分别由传统民法和劳动立法调整。

这两者从共性上看,均是给付劳动且均具有一定的从属性,在不少情况下较难区分。但是又由于这两种合同在风险承担方面有着很大的不同(例如,劳动者在工作过程中遭受伤害,劳动者通常会主张构成劳动合同而非雇佣合同,应当享受工伤待遇等),因此在现实生活中最易发生争议。在传统上区分这两者时,主要的参考因素是“雇主”一方的主体资格、“雇主”一方的支配权范围大小、“劳务给付”还是“成果给付”、劳动者是否连续稳定地从事工作。然而这些标准依然较为模糊,而且伴随着《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)中的“非全日制工”制度的进一步确立、社会分工日益复杂,这些曾经的标准都不再灵验了。笔者认为,鉴于这两者的较多一致性和风险责任承担问题,我国可以考虑以列举式立法的形式明确哪些属于雇佣合同,在此之外的均属于劳动合同。鉴于判断是劳动合同还是雇佣合同的关键在于如何区分劳动关系和雇佣关系,笔者将在下文对这两者作进一步的比较分析。

(二) 劳动合同与承揽合同

在理论上,两者的区别主要有以下几点:(1) 承揽合同以劳动成果为目的,劳动成果所有权的移转是承揽合同较为突出的特征。而劳动合同以劳动给付为目的,劳动者在用人单位的组织中进行劳动,通常使用单位提供的生产工具,劳动成果通常归属于用人单位。(2) 劳动合同履行过程中劳动者受到较多的控制,要严格遵守用人单位的管理;而承揽合同中的承揽人虽然也要受到定作人一定程度的监督,但在劳动过程中享受更多的自由。承揽人工作具有独立性。承揽人应以自己的设备、技术和劳力亲自完成约定的工作,不受定作

人的指挥管理。(3)劳动合同双方当事人之间的关系相对稳定和持续,通常一个劳动者仅与一个用人单位建立劳动关系(特别是全日制工作岗位),而一个人可以同时成为多个同时履行的承揽合同的当事人。(4)根据承揽合同的风险承担规则,承揽人因意外事故或自身过错造成人身伤亡时,无权要求定作人承担损失,须独自承担责任。在实践中,区分这两者通常主要依据《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第251条的规定,该条第2款列举了最主要的六种承揽合同,即加工、定作、修理、复制、测试和检验等。在实际生活中,除此之外还有洗染、打字、翻译、广告制作、测绘、搬运等多种形式。笔者认为,在区分承揽合同与雇佣合同、劳动合同时,还可以考虑劳动者付出劳动的特定性,承揽合同的缔结目的是利用承揽人独特的专业知识完成某一特定的工作成果,因此较少发生工作任务发生变更的情况。

(三) 劳动合同与委托合同

委托合同可以有偿合同,也可以是无偿合同,而劳动合同则一定是有偿合同。且委托合同双方当事人之间没有从属关系的存在,委托合同缔结的根本目的在于具体委托事项的处理。从某种角度上看,委托合同与承揽合同略有相似,都是比劳动合同更加强调当事人固有的专业性(包括但不限于知识、技能、资格),在缔结合同之时或之后通常不会给予对方当事人专门的从业培训以使其满足履行合同目的之需要。

(四) 劳动合同与合伙合同

这两者的区别十分明显:合伙合同的当事人之间存在共负盈亏之责;而劳动者仅在故意或者重大过失的情况下对用人单位造成损害时承担赔偿责任,通常情况下劳动者对用人单位之盈亏不负责任。且合伙合同之当事人存在共同管理之权利,而普通劳动者则无此种权利。之所以研究合伙合同与劳动合同,其重要的实践意义在于合伙合同与劳动合同竞合的处理。现阶段,合伙企业作为企业组织的一种形式无论在《中华人民共和国劳动法》(以下简称《劳动法》)中

还是在新出台的《劳动合同法》中都属于合法的用人单位。对于合伙人而言,《中华人民共和国合伙企业法》(以下简称《合伙企业法》)已经确认了其雇主的地位,但是其是否同时又是劳动者,无论是原来的《劳动法》还是新颁布的《劳动合同法》都没有给出明确答案。

笔者曾听说上海的一家会计师事务所就曾发生过这样的案例。注册会计师 A 是合伙人之一,并且是该事务所设立时的出资人之一。《劳动合同法》实施后,事务所要求 A 签订书面劳动合同,否则事务所将终止双方的劳动关系。对此,A 认为因双方间的关系已由出资人协议和公司章程明确,且双方间的关系不是劳动关系,故其未与事务所签订劳动合同的情形不属应签订劳动合同而未签订的情形,其可以不与事务所签订书面劳动合同。之后,双方发生争议。

实践中,这种既是老板又是打工仔,既是主人又是仆人的现象随着经济的发展日益增多,这两种关系的竞合在法律适用上也会产生尴尬。按照《合伙企业法》的规定,A 是投资人、合伙人,应纳入民法范围内进行调整,由《合伙企业法》调整。而 A 又是经注册在事务所执业的会计师,《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》)第 3 条规定,依法成立的会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会,属于《劳动合同法》规定的用人单位。因此,按照《劳动合同法》的相关规定是必须签订书面劳动合同的。最终相关法院作出了折中判决:否定事务所因 A 不签订书面劳动合同就解除劳动关系的做法,判决维持双方的劳动关系,保证其能够继续执业的同时,维护其作为投资者的资格。但法院判决未处理之后 A 是否仍应当与事务所签订劳动合同的问题。

(五)劳动合同与劳务派遣合同

劳务派遣,又称为临时劳动关系、派遣劳动、员工租赁等。从产生的先后顺序来看,通常认为劳务派遣合同发源于劳动合同。劳务派遣单位与劳动者签订劳动合同明确劳动关系的归属之后,再与用工单位签订劳务派遣合同。从两种合同所规范的关系来看,劳动合