

D923.64

03V12

00009548

●新合同法难点、热点、疑点实务操作指南丛书

劳动合同、合伙合同 实务操作指南

主 编 陈海燕 翟 超

副主编 何锦芳 卢长青



中国人民公安大学出版社



C0485401

图书在版编目 (CIP) 数据

新合同法难点、热点、疑点实务操作指南丛书/孙积禄主编. - 北京: 中国人民公安大学出版社, 1999

ISBN 7-81059-428-1

I. 新… II. 孙… III. 合同法-中国-指南 IV .D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 76344 号

中国人民公安大学出版社出版发行

(北京木樨地南里 邮编 100038)

新华书店北京发行所经销

北京牛山世兴印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 12.5 印张 304 千字

2000 年 1 月第 1 版 2000 年 1 月第 1 次印刷

印数: 0001-6000 (套)

定价: 308.00 元 (全套 14 册 每册 22.00 元)

ISBN 7-81059-428-1/D·356

(如有印装质量问题, 请与出版社联系)

编辑委员会

主任：江 平

副主任：刘心稳 孙积禄 王洪亮
刘 彰 贺 嘉 刘 青

编 委（按姓氏拼音为序）：

昌伶芬	晁农平	陈海燕
董 伟	冯 琴	李 丰
李 静	李 毅	林志农
马志刚	牛光军	曲 忠
谭 甄	王海虹	王建平
王 鹏	王铁生	闫 海
尹德勇	张建明	张守仁
周学锋		

序 言

《合同法》通过后,国内有关新合同法释义、解说、实例及研究的书籍不下上百本,所长所短各异,精品劣品参差,使读者感到眼花缭乱,无从选择。

在《合同法》出版热告一段落后,这本合同法系列丛书,才告问世,不可谓没有“后发制人”的意义,后发制人有后发制人的优势:其一,后发制人可以避免先发制人时的抢先发售商业动机。不以时间抢先取胜,而以内容质量取胜;其二,后发制人可以舍“热”而取“冷”,“冷者”,冷静思考,分析比较,取长补短,择优舍劣,取众家之所长;其三,后发制人可以在新合同法通过后生效前一段期间内所反映出来的法律空白点、疑惑点加以更深的学术探索,针对人们挖出的问题而加以回答。有此三点,足以显示后发制人之优势。

这套《合同法》系列丛书是由一些具有实践经验的博士、硕士、法官编写的,作者均具有一定的民法功底,对问题的解析较为透彻、到位,力争对每一问题的解答都具有明确的法律依据,写作范围不仅涵盖债权法相关内容,而且还编写了一些物权法的内容,从整体法律操作的角度上来研究问题,编写的合同种类也较广泛,不仅涵盖了新《合同法》中15种合同类型,而且包括担保合同,金融合同,知识产权合同,劳动合同,合伙合同,国际货物买卖、海商、保险合同,旅游、培训、演员等诸多合同,具有相当的全面性、实用性、纵深性。

新《合同法》的普及,是一个长期的任务,在法条注释阶段之后,便是法律操作阶段,其中的问题亦会层出不穷。我祝愿这套丛书能够解决一些实际问题,并有利于合同法的实施。

江 平

目 录

第一章 劳动合同	(1)
第一节 劳动合同的订立	(1)
一、用人单位在招工招聘中要受到哪些限制?	(1)
二、招聘广告内容不实的,用人单位应负什么责任?	(6)
三、如何对待用人单位的内部规则?	(10)
四、“人厂押金”的实质是什么? 如何对待用人单位 扣留劳动者身份证作抵押的行为?	(16)
五、劳动合同中是否可以约定违约金赔偿?	(21)
六、劳动合同中约定免除用人单位对劳动者工伤事故 负赔偿责任的,会产生什么法律效果?	(25)
第二节 劳动合同的履行	(31)
一、“跳槽”的法律实质是什么? 会产生什么样的法律 效果?	(31)
二、因第三人原因而导致劳动合同不能履行的,其后 果由谁承担? 如何承担?	(34)
三、用人单位长期变相延长工时的,劳动者如何保护 自己的权益?	(38)
第三节 劳动合同的变更和解除	(45)
一、在试用期间用人单位或劳动者欲单方解除劳动 合同的,如何处理?	(45)
二、劳动者在何种情况下有权利向用人单位辞职? ...	(49)

三、劳动者非因工负伤的，用人单位是否可以单方解除劳动合同？	(54)
四、临时工是否可以随时被辞退？	(59)
五、用人单位单方解除劳动合同要受到什么限制？ ...	(64)
六、企业因濒临破产而整顿的，如何解除劳动合同？	(71)
七、用人单位发生转产、合并、分立等情况是否能够成为用人单位单方变更或解除劳动合同的理由？ ...	(78)
八、如何看待用人单位开除劳动者的行为？	(82)
第四节 劳动合同的终止	(87)
一、劳动合同依法终止后，会产生什么样的法律后果？	(87)
二、用人单位经营陷入困境能否成为拖欠、减发或停发职工退休费的理由？	(94)
第五节 劳动合同的无效	(100)
因劳动合同无效而蒙受损失的当事人如何保护自己的利益？	(100)
第六节 集体合同	(106)
一、劳动合同内容是否可以改变集体合同条款？	(106)
二、集体合同中是否可以约定生产经营目标条款？	(111)
三、工会在集体合同中处于何种法律地位？	(115)
四、集体合同对订立集体合同后加入团体者是否有效？	(122)
五、集体合同是否可以被单方变更或解除？	(126)
第七节 劳动保障	(131)
一、因劳动者自身的过错造成工伤事故的，用人单位是否有义务赔偿？	(131)

二、劳动者与用人单位未签订劳动合同，劳动者因 工负伤的，如何获得赔偿？	(135)
三、如何对待用人单位从劳动者工资中扣除风险抵押 金的行为？	(140)
第八节 涉外劳动争议	(145)
一、外国企业驻华分支机构是否可以作为用人单位 招录中国劳动者？	(145)
二、外国人如何在中国就业？	(148)
第二章 合伙合同	(157)
第一节 合伙合同的订立	(157)
一、如何订立合伙合同？	(157)
二、如何确定和使用合伙的名称？	(162)
三、合伙人可以采用何种形式订立合伙合同？	(165)
四、生效的合伙合同应当符合哪些条件？	(168)
五、合伙合同应当具备哪些主要条款？	(173)
第二节 合伙合同的履行	(178)
一、合伙人可以选择哪些出资方式？	(178)
二、合伙人如何界定、管理和使用合伙财产？	(181)
三、合伙人如何进行合伙损益的分配？	(187)
四、合伙人的退伙会对合伙产生哪些影响？	(191)
五、合伙人如何参与合伙事务的执行？	(199)
六、非合伙人如何加入合伙？	(203)
七、合伙事务执行人的经营活动应该由谁来承担责任？	(208)
八、合伙人如何聘任、监督合伙企业的经营管理人员？	(213)
九、合伙人如何承担合伙的债务？	(218)

十、合伙的解散会对合伙人产生哪些影响?	(223)
十一、合伙解散后, 合伙人应当如何对合伙进行清算?	(227)
十二、合伙人如何转让其在合伙企业中的财产份额, 如何增加对合伙企业的出资?	(231)
第三节 合伙合同争议的解决	(236)
一、合伙人如何通过非诉方式解决合伙合同争议?	(236)
二、合伙人如何通过诉讼方式解决合伙合同争议?	(241)
第四节 订立、履行合伙型联营合同应当注意的问题	(247)
一、订立合伙型联营合同应当注意的问题	(247)
二、履行合伙型联营合同时应当注意的问题	(254)
 附 合同示范文本	
1. 劳动合同书	(257)
2. 全民所有制工人劳动合同书	(261)
3. 全民所有制、城镇集体所有制劳动合同制职工劳 动合同书	(264)
4. 全民所有制企业农民合同制职工劳动合同书	(270)
5. 农民劳动合同制职工劳动合同书	(276)
6. 城镇劳动合同制职工劳动合同书	(281)
7. 乡村集体所有制企业职工劳动合同书	(287)
8. 临时(季节)工劳动合同书	(292)
9. 城乡劳动者临时务工劳动合同书	(295)
10. 岗位劳动合同	(297)
11. 临时工劳动合同书	(298)

12. 农民轮换工、农民合同制工劳动合同书	(303)
13. 私营企业职工劳动合同书	(306)
14. 外商投资企业劳动合同书	(312)
15. 中外合资经营企业××有限公司劳动合同书	(317)
16. 外商投资企业集体劳动合同	(322)
17. 外资企业职工劳动合同书	(329)
18. 北京市劳动合同书	(337)
19. 广州市企业劳动合同书	(347)
20. 广州市外地职工劳动合同	(354)
21. 广州市外商投资企业劳动合同书	(359)
22. 深圳市外商投资企业劳动合同	(365)
23. 珠海市企业劳动合同书	(372)
24. 合伙合同	(375)
25. 法人型联营合同	(378)
26. 合伙型联营合同	(381)
27. 协作型联合同	(385)

第一章 劳动合同

第一节 劳动合同的订立

一、用人单位在招工招聘中要受到哪些限制？

(一) 术语解释和基本理论

1. 术语解释

要约：指向特定人发出以订立合同为目的意思表示。

承诺：指受要约人对要约内容作出完全同意，从而使合同即告成立的意思表示。

招聘：指用人单位向社会公众发出的选择劳动者，并与之订立劳动合同的意思表示。招聘不是要约，而是邀请对方向自己发出要约，是要约邀请。

2. 基本理论

按照合同的一般原理，劳动合同订立的程序包括要约和承诺两个阶段。提议订立劳动合同的一方为要约方，相对的一方为被要约方；双方协商后被要约方完全接受要约方的提议（要约）即为承诺，承诺一旦作出，双方之间的合同即告成立。劳动合同作为合同一种，其订立程序是符合合同的一般原理的；但它也有自身的特殊性，由此决定了其订立程序与一般合同程序有所不同。劳动合同的被要约方开始一般是不确定的，因此必须首先确定被要约方，才能完成要约与承诺之全部过程。

在招工招聘阶段，由用人单位与劳动者通过一定的方式相互选择，也就是我们常说的双向选择，由此来聘定劳动合同双方的当事人。一般来讲，用人单位的招聘行为和劳动者的应聘行为构

成这一阶段的行为内容，在这一阶段主要包括下列程序：

公告 用人单位在依法获准行使招聘权利后，就应以法定方式或国家机关指定的方式，公布招聘简章，在简章中载明法定的必要内容。一般应包括：(1) 应聘者条件，录用后职工的权利义务、应聘人员的报名办法、录用考核方法等等。(2) 自愿报名，因为用人单位之公告是针对不特定劳动者，所以凡认为自身条件符合的劳动者都可以按照招聘简章的要求自愿进行应招报名，并提交一些诸如身份、学历、职业技能等基本情况证明文件。(3) 全面考核，用人单位可以根据自身需要对应聘者进行考核。(4) 择优录用，根据考核结果，用人单位录取应聘人员，如有必要，可公布被录用者名单。

为了实现劳动力资源合理配置和保障劳动者就业，我国对用人单位如何选择劳动者，作了许多限制性规定。其要点有：(1) 用人单位必须以符合国家规定的职工录用基本条件的劳动者作为招工对象。(2) 用人单位应当主要在有城镇户籍的劳动者中招工，只有在国家明确规定的特殊情况下，经批准或办理其他法定手续才可以从农村招工，对进城的农村剩余劳动力只能以取得就业证者作为招工对象。(3) 用人单位一般应在本地区招工，凡需在外地招聘职工，必须经劳动行政部门批准或确认，且不得向国家规定禁止外地招聘的地区招聘；招用农民合同制工，应当以就地就近和选择群众生活困难，劳动力富余地区招收为原则。(4) 用人单位应当以国家规定的特定人员作为招工的重点对象。例如，专业对口的职业技术学校毕业生，招工时应优先录用；向农村招工时，应优先录用退伍义务兵，对其中的立功、超期服役者和女性应予以适当照顾；企业裁员后6个月内招工的，应优先录用被裁减人员。外商投资企业招工时，除外商代理人外，凡中方能够提供并胜任工作的，应招用中方人员；机关等单位向社会上录用干部时，应以城镇知识青年、闲散技术人员、自学成才人员

作为主要录用对象；劳动就业服务企业应以招用城镇失业人员为主；公有制企业应按一定比例安排残疾人就业，并为其选择适当的工种和岗位，其中的社会福利企业应以招用残疾人为主，等等。(5) 除文艺、体育和特种工艺单位经批准可招未满 16 岁的文艺工作者、运动员和艺徒外，禁止招用童工。(6) 不得招用在校学生。(7) 凡适合妇女从事劳动的岗位，不得拒绝招收女性应聘者。(8) 在固定工制度向劳动合同制度转变过程中，凡要求签订劳动合同的原固定工，包括本单位富余人员和停薪留职人员在内，用人单位应当与其订立劳动合同。

(二) 常见纠纷及注意事项

实践中常见的问题是用人单位在招聘广告中常限定被聘者的年龄、性别，下面一则真实的招聘广告即体现了这个特点：

招聘启示

某（集团）公司是国内大型的综合性服务公司，现根据市场发展的需要，诚聘下列人员：

部门	职位	名额	要 求	待遇
	外埠主管	3 名	45 岁以下，男性，大专以上学历，有开发外地市场能力	面议
	经理助理	5 名	30 岁以下，女性，大专以上学历，语言表达能力强	面议
	公关代表	20 名	中专以上学历，男女均可，形象好，表达能力强	月薪 1400 + 提成
	业务代表	20 名	高中以上学历，男女均可	月薪 1100 + 提成
	经理助理	3 名	30 岁以下，男女均可，有良好社会关系，形象好、语言表达能力强	面议
	话务小姐	10 名	25 岁以下，形象好，音质好	月薪 800 元左右

注：1. 有意者请带相关证件到公司报名

2. 公司地址：×市××区××路 501 号

3. 热线电话：（略）

以上是一则极常见的招聘广告，用人单位在广告中对应聘者的年龄、学历和性别都提出了较严格的要求，而应聘者也习惯了用人单位的这种要求。

从社会角度看，用人单位招聘劳动者不仅是用人单位与劳动者签订劳动合同的重要阶段，而且也是促进社会就业和劳动力资源再分配的过程。从用人单位角度，一般愿意聘用精干，正值壮年，学历较高的人，且喜用男性，从社会角度，如果每个用人单位都限制年龄、性别，那么在限制条件之外的大批劳动者就无法寻找到职业，这对社会的稳定是极其不利的。在市场经济尚未完全建立的时代，这种后果尚不明显，因为大批人员的就业还是依靠国家计划安置，但是，随着市场经济在社会中逐渐占据主要地位，而计划经济进一步衰退，会有大批从计划经济中走向市场的劳动者因为年龄、性别、地区、户口等方面的限制而无法走向劳动力市场。因此，开放劳动力市场，取消用人单位在招工招聘中的不合理限制，如户籍、地区、固定工等带有计划经济色彩的限制，设定合理限制，如除某些特殊职业外，不允许限制性别与年龄，使劳动市场向市场经济要求的方向发展，是发展市场经济，合理配置劳动力资源，促进社会稳定的客观要求。

（三）当事人之间的权利、义务和责任分配

招工招聘阶段是确认劳动合同当事人的阶段，故在此阶段双方均有选择权。劳动者到用人单位应聘并不是劳动者同意成为合同当事人的意思表示，用人单位也没有义务与每个应聘者签订劳动合同。用人单位对应聘者有考核的义务，应聘者有义务接受用人单位的考核。用人单位经选择发出录用通知书后，在通知书所规定的期限内，被聘用的劳动者有义务按期向用人单位报到，如不按期报到，劳动者即丧失与用人单位签订劳动合同的权利，用人单位对按期报到的劳动者，负有与其签订劳动合同的义务。在

国有企业，用人单位还有义务公开考核结果，公开录用。

(四) 法律、法规及司法解释

1. 《劳动法》第12条：劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视。

第13条：妇女享有与男子平等就业权利，在录用职工时，除国家规定不适合妇女的工种或者岗位外，不得以性别为由拒绝录用妇女或提高妇女录用标准。

2. 《国营企业招用工人暂行规定》(1986年7月12日国务院发布)

第2条：企业招用工人，必须在国家劳动工资计划指标之内，贯彻执行先培训后就业原则，面向社会、公开招收、全面考核、择优录用。

第3条：企业招收工人必须实行劳动合同制。

第4条：企业招用工人，应当公布招工简章，符合报考条件的城镇待业人员和国家规定允许从农村招用的人员，均可报考。

第5条：企业招用工人应当张榜公布经过考核合格者名单，公开录用。企业不得以任何形式进行内部招工，不再实行退休工人“子女顶替”的办法。

第6条：企业招用工人，必须具备的基本条件是：年满十六周岁，身体健康，具有初中以上文化程度，现实表现好。

第7条：企业招用工人，实行德智体全面考核，其考核内容和标准，可以根据生产、工作需要有所侧重。招用学徒工人，侧重文化考核；直接招用技术工人，侧重专业知识技能考核；招用繁重体力劳动工人，侧重身体条件考核。

第8条：企业招用工人，凡适合妇女从事劳动的工种，应当招用女工。

第9条：企业招用工人，应当规定试用期，在试用期内发现不符合招工条件的，企业可以解除劳动合同，由原户口所在地负

责接收。

第10条：企业招工工作，应当在地方人民政府领导下，由劳动行政主管部门负责管理。其主要职责是：审批下达招工计划，执行招工政策，确定招工地区，审查招工简章，对招工工作进行监督和检查。

第11条：企业招用工人，应当向当地劳动行政主管部门办理录用手续，并按照《国营企业实行劳动合同制暂行规定》签定劳动合同。

第12条：企业招用工人，应当在城镇招收。需要从农村招收工人时，除国家规定的以外，必须报省、自治区、直辖市人民政府批准。

第13条：企业招用工人，必须严格按照本规定执行。凡违反本规定招收工人，一律无效，情节严重的，应追究有关人员责任。

第14条：国家机关、事业单位和社会团体招用工人，应比照本规定执行。

第15条：省、自治区、直辖市人民政府可以根据本规定实施细则，并报劳动部备案。

第16条：本规定由劳动人事部负责解释。

第17条：本规定自1986年10月1日起施行。

二、招聘广告内容不实的，用人单位应负什么责任？

（一）术语解释和基本理论

1. 术语解释

缔约过失责任：指对在缔约的过程中造成他人的损害所承担的责任。

恶意谈判：是指不是以订立合同为目的，而是为了损害对方当事人利益为目的的谈判。

2. 基本理论

由于用人单位的招聘广告内容不实而使应聘者受到损害的，应聘者的损失如何受到补偿？我们已经知道，招聘、应聘是劳动合同订立前的磋商阶段，在这个阶段当事人受到损害的，因为合同尚未成立，不能按照违约责任予以补偿。依传统的理论，当事人应以侵权责任提起诉讼。但是，这类案件与典型的侵权损害毕竟有所不同。当事人双方虽然没有签订合同，没有形成合同关系，但已进行了谈判，进行了实际接触，他们之间的关系比普通侵权关系当事人双方的关系要密切得多。在这种情况下如果仍用侵权责任去解决问题，有可能对受害人产生不公正。依我国民法有关规则，侵权责任以过错责任为原则，且须受害人证明加害人有过错，如果受害人不能证明加害人有过错，责任就不成立，受害人亦得不到赔偿。另外，侵权责任赔偿与合同责任赔偿之间有差异，前者赔偿的范围，一般只包括现实损害，不包括可得利益；而违约责任赔偿范围除现实的损害外，还包括可得利益上的损失。侵权责任可以要求精神损害赔偿，合同责任则排除之。

在这种情况下法官认为，双方已进行了谈判，进行磋商，让它按照侵权责任去解决，受害人有可能证明不了对方过错，这样就可能得不到赔偿，即使可能得侵权责任的赔偿，也得不到可得利益的赔偿，对受害人不利。因此发达国家和发达地区的法统就改变了这个规则，创设了一个新制度，既然是谈判合同过程中产生了损害，即使合同没有成立，也能用合同法上的规则来解决，让加害人承担责任，使受害人得到赔偿。但是，合同法上的责任是违背义务的结果，在合同没有成立，当事人之间没有约定合同义务的情况下，加害人如何承担责任呢？理论上认为，按照诚实信用原则，按照行业习惯，应当认为当事人之间负有某种义务，这种义务的内容是：双方当事人为签订合同进行谈判进行接触的过程中，有相互保护、相互通知和相互协助的义务，这是依诚实信用原则延伸出的合同前义务，违背了这个义务，给对方造成损

失的，违背人应予赔偿，这就是缔约过失责任。我国现行合同法第42条确立了该原则。

劳动合同是一种重要的典型合同，其订立亦依应遵循相互通知，相互协助的义务。体现在招聘与应聘中，用人单位与应聘者都应秉承善意原则，诚实地介绍自己的情况以供对方选择，不应有夸大和隐瞒，否则为对方造成损害的，就要依缔约的过失原则负赔偿责任。

（二）常见纠纷及注意问题

由于劳动合同的订立牵涉当事人双方利益甚巨，故在订立合同过程中当事人总有自觉或不自觉的夸大或隐瞒行为，对自己的优势进行夸大，对自己的劣势隐瞒。有些用人单位在招聘广告中提高招聘人员的地位及工资，如某保健品公司在某市报纸上刊登招聘广告，声称招聘业务经理，年薪10万元，诱人的条件使众多有识学子纷纷应聘，后应聘者逐渐发现，该公司的所有业务经理在招聘前即已有人选，至于年薪10万，是指必须完成销售指标的提成，根本不是年工资。应聘者连呼上当，有些人找到该公司主管人员，该人的解释是，这样做是为了吸引人才。有些应聘者为了获得工作机会，在简历中虚构自己的工作经历，夸大自己得过的奖励，甚至伪造学历证明。这些做法都是违反合同前义务的行为。还有些用人单位在招聘广告中单方面宣布恕不退还材料，恕不通知等，不愿履行缔约前的通知和协助义务。

缔约的过失责任是合同法新确立的责任原则，在实践中远未达到当事人能够自觉应用的程度。如上例中保健品公司对其招聘中的非诚实行为仅以“吸引人才”来搪塞应聘者的指责，而应聘者对此也没有什么办法。可见，缔约的过失只是一项原则，如将其运用至典体合同中，还需要立法的细化和判例的指引。作为劳动行政管理机构，对用人单位的招聘广告内容应当进行详细的审查，一旦发现广告中有规避合同前义务的，如有“恕不通知”等