

劳动合同法专论

A Treatise on Labour Contract Law

喻术红 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

劳动合同法专论

A Treatise on Labour Contract Law

喻术红 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

劳动合同法专论/喻术红著. —武汉: 武汉大学出版社, 2009. 10
ISBN 978-7-307-07375-3

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 182608 号

责任编辑: 柴 艺 责任校对: 刘 欣 版式设计: 马 佳

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 湖北荆州市今印印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 19 字数: 268 千字 插页: 2

版次: 2009 年 10 月第 1 版 2009 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-07375-3/D · 949 定价: 30.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

前 言

从事劳动法的教学与研究属于很偶然的抉择。1998—1999年我随先生与儿子在哈佛生活了一年，期间经常光顾哈佛大学法学院图书馆，发现劳动法教材、专著非常多，美国学者对劳工问题非常关注，由此预见到未来中国劳工问题必然成为社会普遍关注的焦点。回国以后，适逢学校合并，院系调整，武汉大学法学院原劳动法任课教师因病无法工作，漆多俊教授征求我的意见，希望我能够担当起劳动法和商法的教学任务。于是我自然地选择了劳动法，从那时至今已有九年。九年来对劳动法经历了一个逐步熟悉、了解与深入的过程。虽然期间发表了一些研究成果，但基本上是浅尝即止，并没有从宏观上整体把握、系统思考劳动法涉及的问题。2007年《中华人民共和国劳动合同法》颁布以后，鉴于劳动合同法教学过程中教材的缺乏，我与张荣芳教授商议并得到武汉大学出版社的支持，编写出版了《劳动合同法学》。在编写、统稿时，感到受教材体系的限制，许多问题不能深入展开，于是萌生了在教材的基础上就一些热点、难点问题进一步深入、细致研究的想法，幸运的是再次得到了武汉大学出版社和张琼女士的大力支持。撰写本书的另一个考虑是对这些年来的教学、研究所得作一总结，因而该书中有些内容和观点直接取材于原先发表的成果。本书的完成，不求流传于世，仅算是对这些年来辛苦工作的一种总结。

本书内容共分为九章。

第一章论述劳动合同法的基本问题，对劳动合同的概念、性质、特点，劳动合同与相关概念的关系，劳动合同制的历史发展作了论述，以期读者对劳动合同基本问题有一个宏观的把握。

第二章阐述劳动合同订立中的特殊问题,涉及就业歧视问题、高级管理人员劳动合同的主体资格问题、退休人员劳动合同主体资格问题、在校大学生劳动合同的主体资格问题等。这些问题虽谈不上前沿,但也是立法上没有解决而实践中不得不面临的问题。本章对该问题的研究现状、主要学术观点、地方立法状况及存在的问题进行了综合论述,在此基础上提出了自己的观点。

第三章论述无效劳动合同及非法用工问题,主要就劳动合同法上的无效制度存在的问题及学者的批评意见进行综述,在此基础上对我国劳动合同无效制度的构建提出了建议,并对非法用工问题作了较全面的介绍。

第四章论述劳动合同履行与变更中的特殊问题,涉及劳动合同履行与变更制度之特性、劳动合同的承继问题、企业内部调职问题等。

第五章论述劳动合同解除中涉及的特殊问题,就劳动合同解除制度的特点及存在问题进行了评价,并专门详细地研究了劳动合同解除证明书涉及的问题,这在国内尚属首次。对飞行员辞职问题也作了系统的论述。

第六章论述经济补偿问题。

第七章论述劳务派遣及其法律规制,对劳务派遣基础问题、劳务派遣三方法律关系、被派遣劳动者的权益保护作了研究,特别是就用工单位的监督指挥权、惩戒权、被派遣劳动者的保密义务等国内学者少有涉猎的问题作了有益的探讨。

第八章论述非全日制用工劳动法律规制,内容涉及非全日制用工基本问题,非全日制用工劳动者的基本权益等。

第九章讨论事业单位及其聘用制人员《劳动合同法》的适用问题。这在劳动法学界属于比较前沿的问题。本章对事业单位人事制度改革基本问题,如事业单位的界定、事业单位聘用制人员的界定、聘用制与聘任制、聘用制与劳动合同制等问题作了开创性研究,并对事业单位适用《劳动合同法》的模式、事业单位聘用制人员劳动基准法的适用问题进行了比较深入的研究。

本书的优点明显,但不足之处也显而易见。由于时间关系,有

些问题只是提出来但未展开，或者展开得不够深入；有些资料不全面，还有待进一步补充；有些观点尚欠成熟，只有留给读者批评指正。本书原计划为 12 章，由于时间仓促，加上有些问题需做实践调研，故未能着墨，留待以后时机成熟再行补充。我亦期待着以后能够有机会再行修订与完善！

喻术红

2009 年 8 月 30 日

目 录

第一章 劳动合同法的基本问题	1
第一节 劳动合同的界定	1
第二节 中国劳动合同制度的历史发展	15
第二章 劳动合同订立中的特殊问题	20
第一节 招聘过程中的歧视及其法律规制	20
第二节 高级管理人员劳动合同的主体资格问题	41
第三节 退休人员劳动合同主体资格问题	51
第四节 在校大学生劳动合同的主体资格问题	64
第三章 无效劳动合同及非法用工问题	72
第一节 我国劳动法上无效制度之梳理	72
第二节 非法用工问题	81
第四章 劳动合同履行与变更中的特殊问题	85
第一节 劳动合同履行与变更制度之特性	85
第二节 劳动合同的承继问题	88
第三节 企业内部调职问题	97
第五章 劳动合同解除中涉及的特殊问题	108
第一节 中国劳动合同解除制度之评价	108
第二节 劳动合同解除之证明	115
第三节 飞行员辞职问题	119

第六章 经济补偿制度	134
第一节 经济补偿的界定	134
第二节 经济补偿金的适用问题	138
第七章 劳务派遣及其法律规制	147
第一节 劳务派遣基础问题	147
第二节 劳务派遣三方法律关系	161
第三节 被派遣劳动者的权益保护	175
第八章 非全日制用工劳动法律规制	181
第一节 非全日制用工基本问题	181
第二节 非全日制用工劳动者的权益	197
第九章 事业单位及其聘用制人员《劳动合同法》的适用 问题	212
第一节 事业单位人事制度改革基本问题	212
第二节 事业单位及其聘用制人员《劳动合同法》的 具体适用	224
附录1：中华人民共和国劳动法	237
附录2：中华人民共和国劳动合同法	252
附录3：中华人民共和国劳动争议调解仲裁法	270
附录4：中华人民共和国劳动合同法实施条例	280
参考文献	287

第一章 劳动合同法的基本问题

第一节 劳动合同的界定

一、劳动合同的概念、性质与特点

关于劳动合同的概念，学者基本上是按照现有立法的规定来界定的。《中华人民共和国民法通则》（简称《民法通则》）第85条规定，合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。《中华人民共和国合同法》（简称《合同法》）第2条规定，本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。《合同法》在《民法通则》的基础上增加了合同订立的主体。《中华人民共和国劳动法》（简称《劳动法》）第16条规定，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。《中华人民共和国劳动合同法》（简称《劳动合同法》）第2条规定，中华人民共和国境内的企业、个体工商户、民办非企业单位等组织，与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。

基于法律上的规定，学者将劳动合同定义为：

劳动合同，亦称劳动契约或劳动协议，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。^①

劳动合同是劳动者和用人单位（企业、事业、机关、团体等）

^① 王全兴：《劳动法》（第二版），法律出版社2004年版，第122页。

之间关于确立、变更与终止劳动权利和义务的协议。^①

第一种表述是基于《劳动法》第16条之规定；第二种表述则参照了《合同法》和《劳动合同法》的规定。但无论哪种表述，都未明确揭示出劳动合同与民事合同的差异。倒是史尚宽先生的定义弥补了这一不足。他认为，劳动契约谓受雇人以劳动给付为目的，有偿地为雇佣人所使用之契约。《劳动法（草案）》第1条曾规定，劳动契约谓当事人一方（受雇人）对他方（雇佣人）在从属的关系提供其职业上之劳动而他方给付报酬之契约。^②这种界定方法能够揭示出劳动合同的特性，区别于民事合同，但不符合合同法研究者对合同表述的思维定式。

综合以上不同表达，笔者将劳动合同界定为：劳动合同是从属性劳动关系的双方当事人就劳动力的有偿使用所达成的一种确立、变更和终止劳动权利与义务的协议。此种表述既能反映劳动合同的本质特征，又符合多数学者对合同概念的思维方式。

关于劳动合同的性质。性质，是指一种事物区别于其他事物的根本属性。劳动合同的性质是指劳动合同区别于其他合同的根本属性。劳动法学界关于劳动合同特点的研究比较多，关于劳动合同性质的研究则不普遍，其中，以台湾地区学者黄越钦、大陆学者郑尚元、周长征、姜颖等为代表。

黄越钦教授认为：劳动契约之性质，有身份契约说、租赁契约说、劳动加工说和特种契约说四种，目前之通说为特种契约说，此说认为劳动契约系民法中所有典型契约以外的一种，已形成一种独立契约。^③受黄越钦教授的影响，大陆不少学者在研究劳动合同性质时采纳了他的观点或者基本上接纳了他的观点。

郑尚元教授认为：关于劳动合同的性质，学理上有身份契约

① 关怀：《劳动法》（第三版），中国人民大学出版社2008年版，第128页。

② 史尚宽：《劳动法原论》，正大印书馆1978年版，第13页。

③ 参见黄越钦：《劳动法新论》，中国政法大学出版社2003年版，第86~87页。

说、租赁契约说、劳动加工说及特种契约说。^①他同意特种契约说的观点,认为劳动合同是一种独立于民事合同以外的一种合同,尽管劳动合同与民事合同特别是提供劳务的合同有类似之处,但在双方当事人及其关系、双方当事人的地位、劳动报酬的性质和支付方式、劳动过程中的风险责任、法律适用及争议解决等方面,存在很大差异。^②

学者周长征认为,劳动合同的性质,学理上分歧较大,主要有雇佣合同说、身份合同说、租赁合同说、独立合同说四种观点。他认为我国立法实际上采纳了劳动合同的独立说,并支持这种选择。^③

与上述学者有些差异的是,姜颖教授从利益本位的角度出发,认为劳动法学界关于劳动合同的性质主要存在三种观点:国家本位的观点、个人本位的观点、社会本位的观点。姜颖教授认为劳动合同的性质应从社会法的角度去认识,同意劳动合同社会本位的观点。其理由是合同双方不具有一般合同所具有的平等性;劳动者意思表示不自由;劳动合同内容不能反映劳动关系的全部等。^④

尽管存在不同看法,但劳动法学界普遍认为,劳动合同是一种从民事合同发展演变而来的,又独立于民事合同的特殊合同。

关于劳动合同的特点。学术界对于劳动合同特点的研究比较重视,形成不同的观点。关怀先生认为劳动合同的特征表现为:劳动合同的主体具有法律的特定性;劳动合同内容的特定性;劳动者在签订和履行劳动合同中的地位的特殊性。^⑤郭捷教授在承认劳动合同主体的特定性的同时,指出劳动合同往往涉及第三人物质利益关

① 参见郑尚元:《劳动法学》,中国政法大学出版社2004年版,第102页。

② 参见郑尚元:《劳动法学》,中国政法大学出版社2004年版,第102~103页。

③ 参见周长征:《劳动法原理》,科学出版社2004年版,第115~117页。

④ 参见姜颖:《劳动合同法论》,法律出版社2006年版,第9~12页。

⑤ 关怀:《劳动法》,中国人民大学出版社2001年版,第119页。

系、劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系的法律形式。^①王全兴教授提出劳动合同“六性”的特点,即劳动合同的诺成性、附合性、双务性、从属性、有偿性和继续性等。^②台湾地区学者黄越钦教授认为,劳动合同具有从属性、继续性及集体劳动关系影响的特色。^③

我们认为,既然劳动合同的特征是区别于其他合同的特殊之处,就不能将其他合同具有的特点纳入劳动合同的特点内。综上所述,我们认为劳动合同的特点包括从属性、附合性、有偿性、继续性、劳动者意志表达自由的不充分性等。下面将逐一进行论述。

(一) 劳动合同的从属性

劳动合同的从属性指的是劳动合同当事人一方——劳动者的从属性。在一般民事合同关系中双方的地位是平等的,不存在一方服从另一方的问题。劳动合同在订立过程中,劳动者与用人单位的地位是平等的,劳动者有自主择业的权利,用人单位有用人自主的权利,双方通过双向选择来自由确定同谁签订合同,以及合同的类型、期限等。但是劳动合同订立以后,劳动关系一旦建立,劳动者与用人单位之间就形成事实上的隶属关系,劳动者在人格上、组织上、经济上从属于用人单位。劳动者是用人单位的职工,必须服从用人单位的生产管理,接受用人单位的指挥、监督,遵守用人单位的规章制度,完成劳动合同约定的任务。当职工违反用人单位规章制度的时候,用人单位有权依照规定对违纪职工给予处罚。

(二) 劳动合同的附和性

劳动合同的附和性,是指实践中劳动合同文本一般由用人单位提供,由于所处的弱势地位,劳动者一般缺乏议价的能力,对于对方当事人——用人单位提供的合同条款,只有接受或者不接受的权

① 郭捷:《劳动与社会保障法》,中国政法大学出版社2004年版,第106页。

② 王全兴:《劳动法》(第二版),法律出版社2004年版,第121页。

③ 参见黄越钦:《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第94~96页。

利，而一般没有对具体条款逐一进行讨价还价的能力。只要合同的内容不违法，法律就承认其效力。

（三）劳动合同的有偿性

劳动者订立劳动合同的目的在于建立劳动关系，实现劳动力的价值。劳动是劳动者谋生的基本手段，劳动者的劳动一旦付出，就必须获得相应的对价——劳动报酬，用人单位不得无偿占有劳动者的劳动。

（四）劳动合同的继续性

合同法上按照债权债务的持续时间的标准，可以将合同分为一时性合同和继续性合同。所谓继续性合同，指债的内容非一次给付可完结，而是继续地实现，其基本特色系时间的因素在债的履行上居于重要地位，总给付之内容系于应为给付时间之长度。^①继续性合同分为继续性供给合同、固有的继续性合同和新型的继续性合同三种。^②其中固有的继续性合同是指本身就具有继续性合同性质的有名合同。这类有名合同本身就是继续性合同，无论其具体内容是什么。属于固有的继续性合同有：合伙合同、租赁合同、雇佣合同、委任合同等。^③

固有的继续性合同具有如下特点：

第一，必须经过一定期间的持续性给付才能实现合同双方当事人的目的，合同的目的不可能通过一次性的给付实现。如雇佣合同必然要经过长时期的各种劳务的给付才能实现其目的。

第二，双方当事人只需要订立一个合同，而不像有些继续性供给合同那样，同时存在基本合同和简要合同。

第三，在某些继续性合同中，也存在公法上的规制，如国家对

① 叶竹盛：《论继续性合同解除制度的完善》，《法学论坛》2007年第2期，第142页；王泽鉴：《债法原理》（第1册），中国政法大学出版社2001年版，第131～135页。

② 栾志红：《关于继续性合同的几个问题》，《法学论坛》2002年第5期，第53～54页。

③ 栾志红：《关于继续性合同的几个问题》，《法学论坛》2002年第5期，第54页。

租赁合同以及雇佣合同的规制。^①

劳动合同具有继续性合同特别是固有的继续性合同的特征。劳动合同的期限一般来说较一般民事合同期限长，在合同有效期内，双方当事人的权利义务一直连续存在；劳动者按照劳动合同的约定日复一日、年复一年地完成工作任务，用人单位则必须按照约定提供劳动报酬及履行劳动保护等义务。

（五）劳动者意志表达自由的不充分性

合同双方意思自治，达成合意是合同成立的基础。“契约之本质在于意思之合致。”^②然而，在劳动合同订立过程中，由于双方所处地位悬殊，劳动力市场供求失衡，劳动者在自由缔结合同、选择合同相对人、决定合同内容等方面所享有的自由受到限制。劳动者并不能充分自由地选择用人单位、决定合同的主要条款。不少合同的缔结并没有完全反映出求职者的真实意愿。对于这样缔结的合同，只要不违反法律的强制性规定，不存在欺诈、重大误解和显失公平，一般是承认其效力的。这就是为什么劳动法、劳动合同法要实行倾斜保护的缘由之一。

二、劳动合同法与合同法

劳动合同与一般民事合同关系密切。劳动合同具有一般合同的特性，即形式上的意思真实自愿、双方地位平等。《劳动法》、《劳动合同法》关于劳动合同的制度不少借鉴了《民法通则》、《合同法》的相关规定，其中包括劳动合同的定义、劳动合同的订立、条款、效力、违约责任等。而且当劳动法律制度缺乏某些合同方面的规定时，可以运用合同法的基本原则和原理指导劳动合同实施中出现的问题。但是，劳动合同毕竟是一种很特殊的合同，具有私法特性，同时又带有公法的特性。不能因为劳动合同具有一般合同的共性而将劳动合同归属于民事合同。因此，《劳动合同法》并不属

① 栾志红：《关于继续性合同的几个问题》，《法学论坛》2002年第5期，第54页。

② 胡长清：《中国民法债篇总论》，商务印书馆1934年版，第16页。

于《合同法》的特别法。^① 劳动合同法法律制度属于劳动法律制度的基本内容之一。

三、劳动关系与劳动合同的关系

之所以讨论这个问题，是因为《劳动法》、《劳动合同法》的不同规定。

《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。第17条第2款规定，劳动合同依法订立即具有法律约束力，当事人必须履行劳动合同规定的义务。第19条规定，劳动合同应当以书面形式订立。

《劳动合同法》第3条第2款规定，依法订立的劳动合同具有约束力，用人单位与劳动者应当履行劳动合同约定的义务。第7条规定，用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。第10条规定，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。

《劳动合同法》与《劳动法》上述规定之差异，引发下述问题：

（一）书面劳动合同对劳动关系的影响

从《劳动法》规定来看，将书面劳动合同作为劳动关系建立的标志。劳动关系的确立时间始于劳动合同的依法成立。那么，对于通过口头劳动合同形成的劳动关系是否有效，是否应该保护，则易引发误解。《劳动法》总则第2条适用范围中规定，在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织（以下统称为用人单位）和与

^① 对这个问题有不同的看法。王全兴教授认为《劳动合同法》与《合同法》的关系是特别法与一般法的关系。见王全兴：《劳动法》（第三版），法律出版社2008年版，第130页。还有些国家将雇佣合同规定在民法里。详细介绍请见刘诚：《劳动合同法若干争议分析》，载常凯：《劳动合同法立法理论难点解析》，中国劳动社会保障出版社2008年版，第261~265页。

之形成劳动关系的劳动者适用本法。国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者，依照本法执行。本条“与之形成劳动关系的”和“与之建立劳动合同关系的”从字面理解，既包括通过书面劳动合同形成的劳动关系，也包括通过口头劳动合同形成的劳动关系。而《劳动法》第16条、第19条则属于分则的规定。从法理上讲，总则属于统括性或者一般性规定，对分则具有指导作用，分则是对总则的具体和细化，但不能违背总则的基本精神与准则。因此，可以说两者间有一定的冲突。鉴于实践中存在大量的未订立书面劳动合同但又实际用工的状态，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》（简称《意见》）对此作了规定：中国境内的企业、个体经济组织与劳动者之间，只要形成劳动关系，即劳动者事实上已成为企业、个体经济组织的成员，并提供有偿劳动，适用《劳动法》。可见，《意见》对通过口头劳动合同形成的劳动关系是予以承认和保护。

为了解决立法上的冲突，《劳动合同法》第10条、第11条对之作作了完善：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。用人单位未在用工的同时订立书面劳动合同的，与劳动者约定的劳动报酬不明的，新招用的劳动者的劳动报酬按照集体合同规定的标准执行，没有集体合同或者集体合同未规定的，实行同工同酬。

有人认为，书面劳动合同是劳动合同唯一合法形式，不承认口头劳动合同，达成口头劳动合同的视为尚未订立劳动合同。^①也有人认为《劳动合同法》“明确规定建立劳动关系，应当订立书面劳动合同，该规定实际上否定了口头劳动合同的法律效力，明确了书面劳动合同是劳动合同唯一合法形式”。^②照此观点，通过口头合

① 《中华人民共和国劳动合同法》，中国法制出版社2007年版，第7页。

② 李援：《〈中华人民共和国劳动合同法〉解读与适用》，人民出版社2007年版，第28页。

同能否形成劳动关系？这种关系又是否受保护呢？怎么理解《劳动合同法》第10条第2款、第11条的规定呢？也就是说在用人单位已实际用工但未签订书面劳动合同的情形下，法律要求自实际用工之日起一个月内必须签订劳动合同，那么，在补签劳动合同之前存在的劳动关系是否应予以承认、予以保护？按照该学者的观点是不予承认的，当然就不应给予保护。

我们认为法律规定签订书面劳动合同，目的是明确双方的权利与义务，保护劳动者的利益，在纠纷发生时便于证据的提供。同时，对于没有签订书面劳动合同而形成事实劳动关系，法律同样提供保护：

第一，以实际用工作为劳动关系成立的标志，只要双方存在劳动关系，就应当给予保护。

第二，责令用人单位在一定期限内签订书面劳动合同。书面劳动合同补签前已存在的劳动关系依然受保护。

第三，用双倍工资和签订无固定期限劳动合同作为用人单位不签订书面劳动合同的后果。但是并未否认这种没有书面劳动合同而形成的劳动关系。对因没有书面劳动合同而导致劳动报酬约定不明的，《劳动合同法》依然给予保护：新招用的劳动者的劳动报酬按照集体合同规定的标准执行，没有集体合同或者集体合同未规定的，实行同工同酬。

因此，我们不能简单地认为法律只承认书面劳动合同的效力。《劳动合同法》也并没有将书面劳动合同作为建立劳动关系的标志，同时也并未规定欠缺书面形式的劳动合同无效。

事实上，在对待劳动合同的形式上，不同国家的做法不一。一般来讲，劳动力市场发达的国家，由于双方当事人诚信度高，加上集体合同发达，因而在劳动合同的形式上并不作严格的要求，当事人既可以采取口头形式，也可以采用书面形式，如英国、韩国、日本；也有些国家规定劳动合同一般采用书面形式，但允许在特定情形下采取口头形式，如瑞典、俄罗斯等。法国则要求定期劳动合同