



劳动与社会保障博士文库

张帆 著

Research on the Consensus Issue in the Labor Contract

中国劳动社会保障出版社

劳动合同中的合意问题研究

Research on the Consensus
Issue in the Labor Contract
Research on the Consensus
Issue in the Labor Contract
Research on the Consensus
Issue in the Labor Contract

014032803

D922.524

51

浙江警察学院资助出版

张帆 著

Research on the Consensus Issue in the Labor Contract

中国劳动保障出版社

劳动合同中的合意问题研究

Research on the Consensus
Issue in the Labor Contract
Research on the Consensus
Issue in the Labor Contract
Research on the Consensus
Issue in the Labor Contract
Research on the Consensus
Issue in the Labor Contract



D922.524
51



北航

C1721049

008580710

图书在版编目(CIP)数据

劳动合同中的合意问题研究/张帆著. —北京: 中国劳动社会保障出版社, 2013

ISBN 978-7-5167-0823-1

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 310772 号

中国劳动社会保障出版社出版发行

(北京市惠新东街 1 号 邮政编码: 100029)

*

北京京华虎彩印刷有限公司印刷装订 新华书店经销

880 毫米×1230 毫米 32 开本 8.125 印张 214 千字

2014 年 1 月第 1 版 2014 年 1 月第 1 次印刷

定价: 20.00 元

读者服务部电话: (010) 64929211/64921644/84643933

发行部电话: (010) 64961894

出版社网址: <http://www.class.com.cn>

版权专有 侵权必究

如有印装差错, 请与本社联系调换: (010) 80497374

我社将与版权执法机关配合, 大力打击盗印、销售和使用盗版
图书活动, 敬请广大读者协助举报, 经查实将给予举报者奖励。

举报电话: (010) 64954652

自序

近年来，中国在劳动关系领域的一系列立法正加速改变着劳动关系的状况。而这种改变也使得劳动法学这一学科逐渐由“冷”转“热”，与之相应的是学界关于劳动合同理论以及实务的研究也层出不穷，推动着劳动法学（尤其是劳动合同制度）研究的发展。对于《劳动合同中的合意问题研究》一书而言，其主要内容源于笔者在华东政法大学攻读经济法学博士学位时所完成的学位论文。因此，在内容上，该书算不上通俗，甚至还有几分晦涩。针对这一问题，笔者在后期修改时着力加强司法实践的内容，希望本书能够对我国当前劳动法学的研究有更强的指导或借鉴意义。

和身边很多同学一样，毕业后我也希望能够将自己的博士学位论文出版，也算是对自己这20余年求学生涯的一个总结。获得博士学位以后，笔者来到浙江警察学院从事教学和科研工作，而本书最终能够得以付梓，也得益于浙江警察学院的学术专著出版资助政策；在本书的后期完善过程中，浙江警察学院法律系的领导及诸位同事给予了大力支持。在

本书最后定稿期间，我被学校派赴韩国顺天乡大学进行为期一年的访学与交流，面对“独在异乡为异客”时的种种困难，该校国际教育交流处的各位老师也为笔者提供了若干便利的条件。在此一并致以谢意。

张 帆

2013年9月16日

于韩国顺天乡大学日升馆

目 录

导言	/1
----	----

第一章 劳动合同合意问题的法理基础	/18
-------------------	-----

第一节 合意作为合同本质的法理探讨	/18
-------------------	-----

一、合同合意理论概述	/18
------------	-----

二、法学层面上合同合意理论的历史考察	/21
--------------------	-----

三、合同合意理论在实证法上的确定	/24
------------------	-----

第二节 近代劳动法学研究对合同合意理论的扬弃	/30
------------------------	-----

一、合同合意理论与劳动关系的债权化发展	/30
---------------------	-----

二、劳动法学界对于劳动关系债权化发展的反思	/34
-----------------------	-----

三、合同合意理论在劳动法上的困境及其法律矫正	/42
------------------------	-----

第三节 合意理论在现代劳动合同制度研究中的地位	/51
-------------------------	-----

一、基于劳动法律调整层次的分析	/54
-----------------	-----

二、基于我国劳动法学发展历程的思考	/58
-------------------	-----

三、基于劳动关系未来发展走向的启示	/63
-------------------	-----

第二章 劳动合同合意的特殊性解析	/69
------------------	-----

第一节 继续性合同视角下的劳动合同合意解析	/70
-----------------------	-----

一、继续性合同理论的主要学说	/70
----------------	-----

- 二、继续性合同理论在劳动合同合意问题中的运用 /76
- 第二节 关系性合同视角下的劳动合同合意解析 /78
 - 一、关系性合同理论的主要学说 /80
 - 二、关系性合同理论对劳动关系研究的影响——以罗伯特·C.伯德的研究为例 /85
 - 三、关系性合同理论在劳动合同合意问题中的运用 /89
- 第三节 劳动合同合意问题框架的初步分析 /93
 - 一、对继续性合同理论以及关系性合同理论的评析 /93
 - 二、劳动合同合意问题的总体解说 /97
 - 三、劳动合同中合意问题的分析维度 /100

第三章 劳动合同之明示合意研究 /104

- 第一节 劳动合同明示合意形式的国际比较 /104
- 第二节 书面形式：我国劳动合同的书面化制度设置及其解析 /108
 - 一、《劳动合同法》强化劳动合同书面化的制度安排 /109
 - 二、《劳动合同法》强化劳动合同书面化的原因分析 /111
 - 三、对书面劳动合同功能的解析 /114
- 第三节 口头形式：对我国事实劳动关系立法的争论及反思 /123
 - 一、事实劳动关系的概念 /123
 - 二、事实劳动关系的法律效力问题 /125
 - 三、《劳动合同法》对事实劳动关系的法律规制及评析 /128
- 第四节 对我国劳动合同明示合意制度的反思 /133

第四章 劳动合同之默示合意研究 /139

第一节 默示条款概述 /140

一、默示条款的源起 /141

二、默示条款的类型 /143

三、默示条款适用的一般规则 /145

第二节 默示条款在劳动法中的运用与发展——以相互信任默示条款为研究中心 /148

一、相互信任默示条款的确立及发展过程 /150

二、相互信任默示条款的适用规则 /154

三、相互信任默示条款与一般默示条款之比较 /155

第三节 默示条款对我国劳动合同立法的启示 /158

一、我国《劳动合同法》中的默示性合意制度规定 /158

二、默示性合意在劳动合同合意制度中的定位 /161

第五章 劳动合同之拟制合意研究 /166

第一节 法律拟制制度的性质认识 /166

一、法律拟制制度概述 /166

二、法律拟制制度的特殊性分析——基于与一般推定之比较 /170

第二节 劳动合同拟制合意的产生基础 /172

第三节 我国《劳动合同法》中拟制合意制度分析 /174

一、对《劳动合同法》第32条第1款的分析 /175

二、对《劳动合同法》第14条第3款的分析 /176

第四节 我国《劳动合同法》中拟制合意制度的反思——基于海

峡两岸的比较视角 /177

一、海峡两岸无固定期限劳动合同制度比较 /178

二、无固定期限劳动合同拟制制度的思考 /180

三、拟制合意的制度定位 /189

第六章 劳动合同合意问题研究的理论引申与发展 /192

第一节 在管制与自治之间的我国劳动合同立法 /192

一、劳动合同立法争鸣的溯源 /192

二、我国劳动合同立法的思考——基于劳务派遣的法律规制的考量 /198

第二节 基于合意理论的劳动合同法律制度构建与完善 /215

一、劳动合同制度构建的指导原则选择 /215

二、我国劳动合同制度完善的具体意见和建议 /219

结论 /226

参考文献 /228

后记 /248

导 言

一、论题的缘起

选择劳动合同中的合意问题研究作为我的博士论文选题，源于对劳动关系管制与自治这一劳动法基础理论问题的思考。之所以将“劳动关系管制与自治关系”称为劳动法研究中的基础理论问题，原因在于对该问题的思考与把握构成了劳动法学研究的重要理论基石。劳动法中的基本原则和制度设计，以及对劳动关系双方当事人权利义务和法律责任的配置在相当程度上都取决于对该问题的认识。诚如有学者所言，在“所有的劳动法领域，指涉的，都是利益对立之劳资双方行为的管制与自治状态”。^① 在此需要明确的是，对于劳动关系的管制与自治而言，在本质上是指对劳动关系的法律调整中当事人意思自治的程度问题，“管制”意味着劳动关系当事人间意思自治的空间相对较小，而“自治”则意味着劳动关系当事人享有较大的意思自治的空间。在劳动关系的法律调整中，管制与自治往往是同时并存的，通常情况下并不大可能出现绝对管制抑或绝对自治的情形。因而，对于劳动关系管制与自治的研究所要解决的并非在两者中选择其一的问题，而是回答在对劳动关系的法律调整中是管制成分多一些，或者是自治成分多一些的问题。

在我国《劳动合同法》的立法过程中，面对我国劳动关系领域所

^① 林佳和，劳动契约的管制与自治，载2011年上海市法学会劳动法研究会“劳动合同法实施中法律强制 vs. 契约效力研讨会”会议论文。

出现的工伤矿难频发、大面积欠薪等一系列影响劳动关系和谐的现实问题,学界出现了两种不同的解读视角,并给出了不同的法律调整方案:一种观点主张我国的劳动合同立法应当从“强资本、弱劳工”的法律事实出发,加强国家公权力对于劳动关系领域的介入,进而建立起一套以高度管制为特征的劳动用工体制;而另一种观点则认为我国的劳动合同立法不仅仅要关注“强资本、弱劳工”的法律事实,更要清醒地认识到我国现阶段所呈现出的“强国家、弱社会”的整体特征。因此在劳动关系法律制度的建构上应当强化社会性的因素,促使劳动关系当事人借助存在于社会中的多元力量,自主地争取权利,努力实现以自治为主的个别劳动关系调整。^① 围绕着“劳动合同中的管制与自治”这一问题,上述两种观点展开了一场针锋相对的论战。最终我国的《劳动合同法》选择了一种旨在强化国家管制为特点的调整模式。针对我国劳动合同立法的这一特点,有学者撰文指出:“《劳动合同法》的实施,意味着劳动力市场和劳动组织中的一种新的治理结构即国家治理的建构。”^② 以无固定期限劳动合同的强制订立制度为例,这一引发社会极大争议条款的设立正是基于“强化国家对劳动关系的管制”的思路之上。在立法者看来,现实生活中劳动关系领域所出现的种种不和谐现象正是企业一方利用其强势地位损害劳动者利益所造成的。为了改变劳雇双方之间的力量对比,就要求国家公权力加大对个别劳动关系的管制力度,并对用人单位课以更多的法定义务。尽管这样的制度设置在客观上限制了企业的经营自主权,甚至增加了企业的经营成本,但是从“强资本、弱劳工”的视角出发,基于社会正义的考量,仍然具有相当的合理性以及正当性。

从立法所取得的社会效果来看,《劳动合同法》对于劳动合同当事人意思自治进行强行限制与干预的做法不仅没有起到维护劳动关系

① 董保华,《中国劳动关系的十字路口——管制与自治:富士康、本田案件提出的法命题、探索与争鸣》,2011,3

② 汪和建,李磊,《通用劳动力市场的社会治理——也论《劳动合同法》的政策效果》,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》,2011,5

和谐与稳定的目的，反而在一定程度上激化了劳动关系双方之间的对立与冲突。以无固定期限劳动合同为例，本来立法者期望通过强制续签等一系列制度的引入来扩大无固定期限劳动合同在我国劳动用工中的适用范围，实现对劳动者一方（尤其是中低收入劳动者群体）权益的保护。但是对于用人单位而言，出于对自身用工自主权将会被极大地限制乃至剥夺的担忧，开始赶在《劳动合同法》正式生效之前大量的解除和清退劳动者。而在这一过程中，处于中低收入层次的劳动者占据了相当大的一部分比例。在这里，法律似乎呈现的是一个相反的绕行逻辑，就是它表面上维护的是劳动者（尤其是中下层劳动者）的权益，但在事实上却导致了为数众多的中下层劳动者失业的结果，同时也影响了企业的活力，最终也伤害了社会经济的正常平稳运行。因此，如果从立法者所期望达到的社会效果的层面进行分析的话，本书认为《劳动合同法》所选取的加强国家管制以期建立和谐的劳动关系的法律调整模式，实有检讨反思之必要。

基于上述分析，本书认为在劳动合同制度的建构问题上，尽管劳动者一方相对于用人单位而言确实处于整体性或社会性的弱势地位，但是我们并不能够因此必然得出强化国家对劳动力市场干预的结论。因为一个显而易见的事实是：国家公权力在平衡劳动关系双方利益的功能方面不可避免地具有滞后性，同时由于个别劳动关系在实践中所表现出的复杂性以及基于此所产生国家干预成本的过于庞大，导致了在当代西方发达市场经济国家中并没有哪一个国家能够完全依赖公权力的强制性干预来实现劳动关系的公正或者平衡。而且在现代劳动立法对劳动关系实现分层次的调整之后，世界各国大多形成了劳动基准法、集体劳动合同以及个别劳动合同这样一个多层次的劳动法律调整机制。作为调整个别劳动关系的劳动合同虽然要受到劳动基准法以及集体合同内容的限制，但其仍然在相当大的程度上体现了劳雇双方之间的意思自治和合同自由。在这种思路下，笔者认为在我国劳动合同的制度建构问题上强调劳雇双方之间的协调与合作，并给予劳动合同双方当事人以必要的自由选择权，努力实现以“自治”为主的个别劳

动关系的法律调整；尽量避免因为失当的国家管制所导致的对自治的不当抑制作用。诚如有学者所指出的那样：“如果政府长期强介入干预劳动关系，全力帮助劳动者，最终的结果是劳动者完全丧失自主性，成为等待政府给予利益，而不是自己争取权利，进而去追求利益的自主独立的群体。”^① 本书的研究之所以选择以劳动合同中的合意问题为核心，也正是基于上述分析论述。

本论文所论述之合意，依照民法学上的通常见解，是指合同当事人意思表示的一致。^② 在当代的大陆法系国家的合同法理论中，合同的本质即在于当事人间的合意。例如《法国民法典》在第 1101 条将合同定义为“为一人或数人对另一人或另数人承担给付某物、作为或不作为义务的合意”，而该条款也成为大陆法系民事立法关于合同的最经典的经典性定义。在英美法系国家，虽然对于合同的概念而言通常依据《合同法重述》的规定以“允诺”来界定，但“合意”理论对于合同法学界的影响同样不容小觑。^③ 从这个角度而言，本书选择“合意”作为劳动合同制度研究的分析路径也正是从劳动关系“自治”的视角，对劳动合同制度所作出的一种解读。通过对劳动合同中当事人合意问题的分析，本书试图阐释，即使许多以“国家管制”面目出现、传统上被认为是对当事人合意进行强制性矫正的法律制度抑或规则（例如本书中所讨论的默示性合意以及拟制性合意），在其内在也都深深烙印着当事人合意的属性：适当的国家干预能够起到指导劳动合同当事人达成合意以及对合意漏洞的补充作用，进而弥补由于劳动合同本身所具有的继续性以及关系性合同的特征而导致的劳动合同当事人所达成合意的漏缺；失当的国家干预则可能会对双方利益关系的平衡以及合意的达成产生制度性的阻碍，进而伤害劳动合同关系中意

① 徐小洪. 劳动法的价值取向：效率、劳动者主体地位. 天津市工会管理干部学院学报. 2009, 1

② 陈自强. 民法讲义 I：契约之成立与生效. 北京：法律出版社，2002. 95

③ 关于合同合意理论对于英美法系国家合同理论的影响，参见本书第一章第三节的论述。

思自治的内核。因而，只有从“合意”的角度出发认识劳动合同法，才能够正确地把握国家公权力介入的程度及其作用的范围，在劳动关系的运行中实现“管制”与“自治”这两种调解手段间平衡和相互促进，从而实现我国劳动关系的和谐健康发展。

二、研究状况和文献综述

（一）国内有关劳动合同合意问题的研究综述

本书中文资料的收集主要依靠华东政法大学图书馆、华东师范大学图书馆、四川大学图书馆、上海图书馆以及中国学术期刊网等网络渠道的查询，另外通过参加“劳动合同法实施中法律强制 vs. 契约效力研讨会”等一系列的研讨会也在一定程度上确保了论文内容相关理论信息的前沿性与广泛性。通过对所收集资料的分析整理，笔者发现由于劳动合同制度在我国的确立相对较晚，在很大程度上制约了我国学界对于劳动合同制度的研究；在此背景下，我国劳动合同制度的研究也直到 20 世纪八九十年代才逐步展开。伴随着我国劳动合同立法进程的不断加快，自 2000 年开始，相关劳动合同制度的研究才日益受到理论界的重视，一大批重要的刊物相继刊载了许多有关劳动合同制度的研究成果。例如《法学》2000 年第 5 期刊登了董保华教授的《劳动合同的再认识》，该文对劳动合同的“广义说”进行了反思，并对劳动合同的特性进行了分析；同年出版的《法商研究》第 6 期刊登了李坤刚教授的《论劳动关系的稳定性和流动性——兼论我国劳动合同制度的完善》，该文对协调劳动关系稳定性与流动性两种法律模式进行了详尽的分析与探讨，也在一定程度上涉及劳动关系中的管制与自治问题。从 2001 年开始至《劳动合同法》出台前后，学界就劳动合同制度方面的研究成果获得了成倍的增长，并带动形成了一个劳动法学理论研究的学术“热潮”。在此基础上学者们基于不同认识以及研究路径形成了劳动合同制度构建的不同思路。

需要指出的是，虽然学界对于劳动合同制度的研究较之前有了较大发展，但是我国学者对于劳动合同合意问题进行系统分析讨论的文章数量却极为有限。劳动法方向的博士以及硕士论文也很少以劳动合

同合意问题作为文章选题的。此外，劳动法学界也尚未有关于劳动合同合意问题的任何专著，法学界有关合意问题的研究仍然更多地集中在民商法领域中。在现已出版发行的学术论文中，也仅有董保华、陆胤《论实际履行原则——调整个别劳动关系的基本原则》以及曹燕《劳动合同的法律构造与功能分析》这两篇文章对于劳动合同中的合意问题进行过较为系统的分析论述。其中华东政法大学的董保华教授则从关系性合同的理论的角度出发，对劳动合同中合意的特点进行了描述，认为对于一个完整的个别劳动合同关系而言很难经由一次协商所达成的合意所构成。“在个别劳动关系的履行过程中，最初的合意无法涵盖长期的发展变化，如果不产生新的合意则劳动关系无法适应发展，最终导致劳动关系无法继续发展；劳动者与用人单位不断地达成新的合意，共同推动劳动关系向前发展。”^①西北政法大学的曹燕副教授在文章中虽然肯定了劳动合同中当事人合意的本质地位，但认为与一般的民事合同相比较，“劳资双方的允诺无法依靠合同的允诺规则获得强制执行的正当性”，因而，对于劳动合同而言，“并不具备通过劳资个体自由合意达到劳动关系稳定运行的制度功能”。^②

目前国内劳动法学界与合意问题相关的中文文献主要集中在明示合意与拟制合意这两大部分，对默示合意进行研究的文章并不多见。其中对于明示合意的研究主要集中在对劳动合同书面形式以及事实劳动关系问题的研究上；对拟制合意的研究则主要集中在对我国无固定期限劳动合同的强制订立制度的研究上。

在明示合意部分，基于对书面劳动合同形式作用的不同认识，学者们在如何看待事实劳动关系这一问题上也形成了不同的观点。上海财经大学的全兴教授认为虽然有必要在劳动合同立法中强调书面形式的重要性，但不宜将其作为劳动合同的有效要件，因此应将事实劳

① 董保华. 劳动合同研究. 北京：中国劳动社会保障出版社，2005. 27

② 曹燕. 劳动合同的法律构造与功能分析. 河北法学，2009，1

动关系界定为一种“不符合法定模式的劳动关系”。^① 吉林大学的冯彦君教授则认为事实劳动关系在前社会转型时期的劳动生活中是无法避免的，建议“由《劳动法》或通过制定单行劳动立法来明确法律态度和确立处理规则，以满足现实劳动生活对劳动法的制度需求”。^② 华东政法大学的董保华教授则从劳动关系的本质属性出发，主张将事实劳动关系视为一种准劳动法律关系，在此基础上对其进行一定程度的保护。^③

在拟制合意部分，基于对无固定期限劳动合同强制订立制度的不同认识，学者们的观点也并不统一。一部分学者对该种制度设置持赞扬态度，认为伴随着《劳动合同法》及其《实施条例》的实施，无固定期限劳动合同将逐步替代固定期限劳动合同成为我国劳动合同制度中的常态。受此影响，作为用人单位的企业与劳动者之间将越来越多的建立中长期的劳动合同关系。中国人民大学的林嘉教授认为，“无固定期限劳动合同并非是‘终身制’‘铁饭碗’，劳动合同法之所以扩大无固定期限劳动合同的适用，主要是为了解决劳动合同短期化的现象，维持劳动关系的相对稳定”。^④ 上海财经大学的全兴教授认为，无固定期限劳动合同并没有束缚用人单位的灵活用工机制，“在《劳动合同法》中，大多为劳动关系运行规则，其对用工成本只有间接影响，而直接影响用工成本的劳动条件基准则少有规定……劳动合同法较之劳动法，放宽了劳动合同解除的条件”。^⑤ 而另一部分学者则对该种制度设置持批评态度，认为我国无固定期限劳动合同的制度设计由于对“职业稳定”的过分强调而抑制了用人单位用工的灵活性。华东政法大学的董保华教授指出，“《劳动合同法》将我国解雇保护的水平

① 王全兴，侯玲玲，事实劳动关系的法律定义重构，中国劳动，2006，1

② 冯彦君，口头劳动合同法律效力和事实劳动关系法律效果，中国劳动，2006，1

③ 董保华，劳动合同立法的争鸣与思考，上海：上海人民出版社，2011，475

④ 林嘉，劳动合同法的立法价值、制度创新和影响评价，法学家，2008，2

⑤ 王全兴，劳动合同法实施后的劳动关系走向，深圳大学学报（人文社会科学版），

提高到一个全新的高度。在推进无固定期限合同的一系列措施中,强制续签制度、限制约定终止条件制度、收紧法定解除制度可以称为“三管齐下”。^① 浙江大学的郭继强教授通过与由劳雇双方自主选择、共同协定的非强制性无固定期限劳动合同相比较,认为“强制性无固定期限劳动合同在增加企业成本的同时,却很难有效改善劳动者的境况,并且还会造成劳动力资源的不同配置效率和宏观经济效应”。^② 西南财经大学的吴元元教授通过对无固定期限劳动合同的利益再分配效应进行分析后,认为“无固定期限劳动合同强制订立制度非但无法保护员工的职业稳定权,反而损害了同样值得珍视的就业权,引发了一系列影响就业数量、就业质量的利益再分配效应”。^③ 南京师范大学的秦国荣教授则认为,无固定期限劳动合同的强制订立制度在相当程度上破坏了劳动合同双方主体间团结的伦理关系,认为这种“以强制手段干预劳资双方当事人意思自治的立法,不仅在实际运行过程中难以起到应有的效果,相反,这种‘不讲理’的强行立法常常最先被违反,在具体实施中甚至会沿着与立法者预期目的完全相反的方向发展”。^④

(二) 域外有关劳动合同合意问题研究的法律资源与研究述评

从域外有关劳动合同合意问题研究的文献来看,大陆法系与英美法系的学者分别基于不同的理论基础对劳动合同中的合意问题特殊性进行了解读。

在德国,学者们主要基于继续性合同理论对劳动合同的特殊性进行了探讨。有关继续性的合同理论研究,在大陆法系民法史上最早可以追溯到德国学者基尔克(Otto von Gierke)。基尔克于1914年在耶林法学年报中对继续性合同债务关系理论进行了梳理与分析。其后,

① 董保华. 论我国的无固定期限劳动合同. 法商研究. 2007, 6

② 郭继强. 强制性无固定期限劳动合同的弊端及其改进. 学术月刊. 2009, 1

③ 吴元元. 劳资契约安排的制度逻辑——无固定期限劳动合同的法律经济学重读. 现代法学. 2009, 1

④ 秦国荣. 无固定期限劳动合同: 劳资伦理定位与制度安排. 中国法学. 2010, 2