

LAODONGHETONGFASHINIANLUNWENXUAN

# 劳动合同法十年论文选

2008—2018

叶静漪 ◎ 主编

LAODONGHETONGFASHINIANLUNWENXUAN

# 劳动合同法十年论文选

2008—2018

叶静漪 © 主编

**图书在版编目 (CIP) 数据**

劳动合同法十年论文选：2008—2018 / 叶静漪主编.  
—北京：中国民主法制出版社，2018. 11  
ISBN 978-7-5162-1923-2

I. ①劳… II. ①叶… III. ①劳动合同法 - 中国 - 文集 IV. ①D922.524 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 257886 号

图书出品人：刘海涛  
出版统筹：乔先彪  
责任编辑：陈曦 许泽荣

---

书名/劳动合同法十年论文选 (2008—2018)  
作者/叶静漪 主编

---

出版·发行/中国民主法制出版社  
地址/北京市丰台区玉林里7号 (100069)  
电话/ (010) 63055259 (总编室) 63057714 (发行部)  
传真/ (010) 63056975 63056983  
**http:** //www.npcpub.com  
**E-mail:** mzfz@npcpub.com  
经销/新华书店  
开本/16开 710毫米×1000毫米  
印张/31 字数/456千字  
版本/2019年1月第1版 2019年1月第1次印刷  
印刷/北京中兴印刷有限公司

---

书号/ISBN 978-7-5162-1923-2  
定价/88.00元  
出版声明/版权所有，侵权必究。

---

(如有缺页或倒装，本社负责退换)

## 序 言

在 21 世纪中国社会法发展的历程中，《劳动合同法》的颁布与实施当属最具意义的重大事件之一。《劳动合同法》作为一部关乎社会稳定、企业发展、职工权利的社会法，在整个中国特色社会主义法律体系中都具有重要地位和深远影响。自 2008 年实施以来，《劳动合同法》已走过了十个年头。该法的实施对于保障劳动者合法权益，构建和谐稳定劳动关系发挥了重要作用。《劳动合同法》对劳动关系这一重大、基础性社会利益关系进行了全方位、深层次的系统性调整，也带动了劳动法价值理念的深刻变化。《劳动合同法》业已成为促进产业结构转型升级、供给侧结构性改革以及加强和改善民生的重要因素和保障。

十年来，《劳动合同法》得到了社会各界特别是广大劳动者的普遍赞同和高度评价，但面对复杂的利益格局调整和劳动关系在新形势下的发展变化，社会上对《劳动合同法》也存在一些不同、相左的看法，甚至尖锐的批评，使得该法一度成为热点话题，且至今仍余波未平。十年来，法学、经济学、社会学等学科就《劳动合同法》发表了数量众多的论文和研究报告，其中存在很多不同的观点和判断，乃至争论和交锋。这种现象既充分表明了《劳动合同法》在经济社会发展中的重要地位和巨大影响，也反映出其调整对象的复杂性、利益平衡的艰巨性、秩序构建的长期性。近年来，有诸多学者撰文总结、反思并进一步阐释劳动合同法的理念、制度和实施机制，既有从宏观层面关注我国劳动关系法律调整方式转变，也有在微观层面研究具体制度的发展和问题的完善。

在《劳动合同法》实施十周年之际，回顾《劳动合同法》实施十周年来所取得的成效，从理论与现实之间、历史与未来之间、传统与创新之间、学

术与服务之间梳理成果，升华理论，总结经验，展望未来，意义重大。为此，《劳动合同法十年论文选（2008—2018）》收录了十年以来劳动合同法研究中最具代表性的作品。为了全面、系统、结构化地展示我国《劳动合同法》研究的基本问题和劳动法学人解释回应《劳动合同法》现实问题的研究水平，在论文选取过程中，始终注重从题材、作者、刊源三个方面严格把关。在题材选取上，坚持以《劳动合同法》的规定为线索，与学术焦点相结合；在作者遴选上，坚持以中国劳动法学的领军学者为主，与学界新秀相结合；在刊源识别上，坚持以法学类核心期刊为主，与综合性刊物、学报相结合。

全书共分六个部分：劳动合同法总论、劳动合同的订立和履行、劳动合同的解除和终止、劳务派遣关系、集体劳动关系和新型劳动关系。本书在内容上涵盖了《劳动合同法》立法和实施中涉及的全部重大理论争议，对于梳理劳动法基础语词、范畴、现象、原理等内容的争论具有重要意义，对于总结《劳动合同法》的成就与缺憾、经验与教训，乃至推动《劳动合同法》的进一步完善和劳动法治的深入发展具有极强的引领作用。本书不仅可以作为劳动法学的教学参考书，同时也为法律人认识中国劳动法治和职业自我提供了优质读本。

特别希望本书的出版能够促使中国劳动法学人和劳动法律人更加清楚地认识到劳动法治在经济发展和社会转型中的基础性作用，全面、客观、科学评价《劳动合同法》的作用和功能，加强对《劳动合同法》基础理论的研究，以更为开阔的学术视野、更为敏锐的洞察力、更为扎实的研究成果为构建和谐稳定的劳动关系提供智力支持；也希望劳动法学人能立足社会实践，立足中国的基本国情，回应现实问题，关注互联网、大数据、人工智能为劳动法治的理论创新和制度发展提供广阔空间和丰富素材，研究和应对信息科技革命给劳动法治带来的新问题乃至挑战，抓住当下中国劳动法治面临的为世界劳动法治发展作出贡献的重大机遇，勇于创新，开拓出互联网时代劳动法治的新领域。

如斯，甚幸！是为序。

张鸣起

2018年10月29日

# 目 录

## 一、劳动合同法总论

---

- 003 从雇佣契约到劳动契约的法理和制度变迁  
黎建飞
- 024 雇佣、劳动立法的历史考量与现实分析  
董保华
- 044 挑战与应对：构建经济新常态下的和谐劳动关系  
叶静漪 肖 京
- 050 全球经济下行背景下劳动法之选择  
——兼评《劳动合同法》的相关质疑  
刘 诚
- 064 《劳动合同法》的立法价值、制度创新及影响评价  
林 嘉
- 077 劳动关系与劳动法律关系辨析  
——兼评《劳动合同法》第七条与第十条规定  
刘 俊

## 二、劳动合同的订立和履行

---

- 093 用人单位违法不订立书面劳动合同的“二倍工资”条款分析  
王全兴 粟 瑜

- 112 用人单位惩戒权的法理基础与法律规制  
谢增毅
- 133 劳动合同期限分治的立法意义及其功能性回归  
冯彦君
- 149 无固定期限劳动合同：劳资伦理定位与制度安排  
秦国荣
- 167 无固定期限合同立法完善之探讨  
姜颖
- 175 以完成一定工作任务为期限的劳动合同之探讨  
蒋月
- 187 劳动者忠实义务论  
许建宇
- 212 论用人单位内工作调动  
侯玲玲

### 三、劳动合同的解除和终止

---

- 233 论完善我国不当解雇的法律救济措施  
沈同仙
- 258 论雇员不能胜任工作的解雇规则  
叶姗
- 279 公司法与劳动法语境下竞业禁止之比较  
王林清

- 294 劳动合同变更的法理和实践探讨  
周国良

#### 四、劳务派遣关系

---

- 305 劳务派遣用工管制与放松之平衡  
——兼析《劳动合同法》第58条第2款  
郑尚元
- 323 论我国劳务派遣法律规制模式  
张荣芳
- 334 我国劳务派遣立法的模糊性及其改进路径  
谢德成
- 345 有关劳务派遣岗位“临时性”的研究  
姜俊禄 赵立行
- 353 劳务派遣中工伤损害赔偿研究  
曹艳春 张 扬

#### 五、集体劳动关系

---

- 365 劳动关系的集体化转型与政府劳工政策的完善  
常 凯
- 386 集体劳动关系的协调机制  
郭 捷
- 389 从“富士康事件”看我国劳动者权益保护机制的缺陷  
赵红梅

- 403 企业误读了《劳动合同法》吗？  
——兼论劳动立法中的三方合作原则  
周长征
- 414 论工资集体谈判的潜规则与制度的应对  
——以“民工荒”为视角所作的分析  
章群
- 425 权利争议罢工：正当性否定论  
田思路 孔令明
- 445 供给侧改革中产业行动责任豁免的适用  
闫冬

## 六、新型劳动关系

---

- 461 边界型民事雇佣劳动法律规制研究  
江峰 刘文华
- 472 就业灵活化的世界趋势及中国的问题  
李坤刚
- 487 后记



# 劳动合同法总论



## 从雇佣契约到劳动契约的 法理和制度变迁

◎ 黎建飞

### 一、理念阐述——平等与诚信两大基本原则的历史嬗变

雇佣契约到劳动契约的演进过程，经历了法律理念的变迁，进而折射到法律制度的基本原则中。具体而言，民法中的两大基本原则“平等”与“诚实信用”，在从雇佣契约到劳动契约的转化中，在民法对劳动法的传承中呈现出重大变化：前者从形式平等发展到实质平等，后者从一般诚信发展到最大诚信。

#### （一）平等原则：从形式平等到实质平等

1804年颁布的《法国民法典》承袭了罗马法的内容，将雇佣契约置于租赁契约的体系中予以规定，这是一种典型的对平等主体之间契约的法律保障。直至1896年公布的《德国民法典》将雇佣契约从租赁契约中独立出来，专节规定“雇用合同”，来处理不具有从属性的雇佣关系即以双方主体之间的关系平等作为预设的前提进行的相关制度设计。然而，德国在1896年时已然开启了工业化时代，出卖劳动力的一方不仅在机器面前是弱小的，更基于维护自身及家人生活需要而依附于接受劳动力的一方，以致德国学者批评德国民法典关于雇佣契约的内容并“没有体现已有认识的影响”<sup>①</sup>，其不应是亦不再是农业时代那种给付与对等给付的债权债务关系。即体现在债法背后的平

<sup>①</sup> 参见[德]W. 杜茨：《劳动法》，张国文译，法律出版社2005年版，第4页。

等精神：将所有人一视同仁的形式平等在“雇佣”的问题上，已经显示出调整力不从心的状态。原因就在于，民法包括其中的债法在内，以形式平等为根基，然而在市场自由竞争中，形式平等下的自由缔约最终导致了优胜劣汰的结果，这种结果明显呈现出一种强弱分化的态势，破坏了民法形式平等的根基，极端者甚至认为由于民法的根基不存在，民法已经濒临死亡。而劳动法中的劳动合同制度则关注到了这种由形式平等发展成不平等的现象，为扭转不平等的负面影响，对弱者进行强于强者的关怀、保护，区别对待弱者与强者，以达到优胜劣存的实质平等，让弱者与强者重回同一起跑线上，使丧失平等根基而濒临死亡的民法复生。

具体反映到立法目的上，民法的立法目的就在于（形式）平等地保护民事关系中双方当事人的人身和财产权益，并不存在偏袒一方或倾斜保护某一方权益。而《劳动法》在第1条就明确指出“为了保护劳动者的合法权益……制定本法”。《劳动合同法》草案前三稿的表述基本与《劳动法》保持一致，但后来雇主不同意仅仅明确表示“保护劳动者的合法权益”的表述。雇主的意见是“从劳动法到劳动合同法，都只规定保护劳动者的利益，那我的利益谁来保护呢？”民法强调的是主体平等、等价有偿这些基本原则，因此在民法的视角下，不应仅仅保护单方的合法权益，而是对双方的利益进行同等对待与保护。这在民事雇佣关系中可以实现，但在劳动关系中就另当别论了。黑格尔就曾有过这样的论述：“如果我把在劳动中获得个体化的全部时间以及我的全部作品都转让了，那就等于我把这些东西中实体性的东西、我的普遍活动和现实性、我的人格，都让给他人所有了……雅典的奴隶恐怕比今日一般佣仆担任着更轻的工作和更多的脑力劳动，但他们毕竟还是奴隶，因为他们的全部活动范围都已让给主人了。”<sup>①</sup>

不仅人与人之间的使用与所有关系不同于人与物之间的作用与所有关系，而且劳动关系中的所有者与使用者也不是地位平等的。在雇主面前，劳动者

---

<sup>①</sup> 参见[德]黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第75页。

是弱者。这甚至是民法大家与劳动法学者的共识<sup>①</sup>。劳动法的产生是从民法中分离出来的，其劳动合同的原型就是民法所调整的雇佣契约，之所以分离既是地位强弱之势不同所致，也是劳动力的特性使然。

劳动法是工业革命的产物。当土地被原来的庄园主拿去建造工厂，农民丧失了可以耕种交租的土地，剩下的便只有劳动力，只能靠出卖劳动获得报酬来维持生计。不谋而合的是资本家建立工厂也需要农民出卖劳动力。对此，马克思在《资本论》中演绎了接下来的过程：在劳动力未出卖之前，双方都是平等的。但这种平等也只在于你出不出卖劳动力和你出卖给谁（在这些方面劳动者确实是自由的）<sup>②</sup>。不过，一旦双方达成一个合意，确立了雇佣关系，情况便急转直下：“原来的货币占有者，现在摇身一变成了资本家，在前面趾高气扬地走着，而劳动力占有者作为他的工人在其后跟随。一个是目空一切，得意扬扬，一心琢磨着发财；一个是战战兢兢，畏畏缩缩，就像到集市上出卖自己的皮一样，除了遭受蹂躏外没有任何指望。”<sup>③</sup> 劳动关系的这种不平衡性在现代理论中客气地表述为劳动者对用人单位的“依附关系”，这种依附关系是在形式和内容上都表现为用人单位对劳动者的约束或者说管理，即劳动者必须服从用人单位的监督、指挥、管理和调配。这一理论客观且真实地描述了劳动关系的特性，也明示了劳动关系双方的强弱之势。

雪上加霜的是，自工业革命以来，劳动岗位的稀缺，劳动力的供大于求成为一种社会共生现象，没有一个政府有能力保证它的公民充分就业。失业不仅长期存在，而且还与时俱进。在现代社会，甚至出现 GDP 越增长，就业岗位越减少的怪相——因为高科技导致原有的岗位不再需要原来那么多的劳动者，或者干脆连原有的岗位都淘汰掉了。从形式上看，就业是个人对岗位的占有，而实质上，就业是对社会财富的占有，是社会财富分配的初始方式。因为任何岗位都需要相应的社会财富在背后作为支撑，因为任何劳动都

---

<sup>①</sup> 王利明教授曾运用历史解释的方法来论证《劳动合同法》第1条“立法目的”，得出的结论亦是劳动者是弱者，有必要对劳动者进行倾斜性保护。参见王利明：《法律解释学导论：以民法为视角》，法律出版社2009年版，第357—358页。

<sup>②</sup> 参见[德]马克思：《资本论（第一卷）》，人民出版社2004年第2版，第197页、第204页、第821—822页。

<sup>③</sup> 参见[德]马克思：《资本论（第一卷）》，人民出版社2004年第2版，第205页。

是生活资料与劳动力相结合。二者不仅缺一不可，而且后者以前者为前提。比如要当一名出租车司机，首先得有一辆出租车；要当教师首先得有学校、教室和学生。在一定时期，社会资源总是一定的和有限的，是不会随着就业者的增加而增加的。由于岗位的紧俏，找不到工作的劳动者就成为社会上“多余”的人，就从一个社会人退化为一个“生物”。更加麻烦的还在于劳动是不能储备的，即今天不劳动，劳动者明天不可能加倍地劳动，导致劳动力的闲置和丧失是一种不可逆的绝对丧失。法律在对社会关系进行调整时，对于处于弱势的一方，法律的天平需要适当地倾斜，原因在于如果势均力敌，双方都不需要法律；如果强弱之势明显，强者不需要法律。在社会中，只有那些通过自身力量正义得不到伸张、公平不能够实现的弱者才是真正需要法律的人，才是必须得到法律帮助的人。这便是黑格尔说所描述的——不法是对法的否定，法是对不法的否定，通过否定之否定，来达到一个肯定<sup>①</sup>。法律说到底是弱者的法律，体现在劳动法里面是保护弱势的劳动者一方。当然，这并不意味着用人单位的权利不受保护，因为在整个法律体系中，用人单位的权利可以通过《公司法》《物权法》等其他法律来保护。劳动法从产生开始就是维护劳动者的利益的，雇主的利益则在此前就得到了诸多其他法律的保护，目前亟须对弱者利益更加倾斜的实质平等保障。因此，在劳动法领域内，没有必要把雇主权益与劳动者权益相提并论，也没有必要实行所谓的“双保护”，没有必要纠缠于究竟应该是平等保护劳资双方利益的“平等法”，还是侧重保护劳动者权益的“倾斜法”这类伪命题。<sup>②</sup> 否则，在《妇女权益保障法》中，每规定妇女的一项权利就要规定男人也有这项权利；在《野生动物保护法》中也要规定与动物相对应的人的权利。当然，这样立法就没有意义了。尽管如此，在《劳动合同法》从草案到通过的立法过程中，从一审稿对立法宗旨“保护劳动者的合法权益，促进劳动关系的和谐稳定”的表述到通过时“明确劳动合同双方当事人的权利和义务，构建和发展和谐稳定的劳动关系，保护劳动者的合法权益”的表述还是实证了在这场立法博弈中，

<sup>①</sup> 参见[德]黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第91—109页。

<sup>②</sup> 参见王娇萍：《〈劳动合同法〉立法的背后》，载《工人日报》2009年11月17日。

《劳动合同法》由最初起草时向劳动者倾斜的立法理念向来自相对方作出让步的轨迹和后果。立法宗旨上的让步，还实实在在体现在法律条文中，比如说劳动者在试用期期间解除合同要提前三天通知，用人单位的直接涉及劳动者切身利益的规章制度由经工会、职工大会或者职工代表大会讨论通过变成与工会或者职工代表平等协商确定等，尽管权威人士强调指出《劳动合同法》“让步是有限度的”。但是，“作为社会法，劳动合同法的一个宗旨就是要矫正这个问题（即劳动者的权益被侵犯——本文作者）”<sup>①</sup>的立法初衷却没有得到很好的坚持，实质平等并没有得到很好的贯彻。

## （二）诚信原则：从一般诚信到最大诚信

《劳动合同法》第8条引入了“双方告知”，实际上来源于《保险法》上的“如实告知”规则。《保险法》将民法的“诚实信用”变成了“最大诚信”原则。所谓最大诚信，最大的特点就是要求本人必须在投保时清楚告知，因为只有本人才知道自己的身体状况或者货物船舶情况。在劳动立法中引入《保险法》的规则成就了《劳动合同法》第8条，由此可知立法者要求劳动者应当如实告知，做到最大诚信，而不是一般的诚实信用。民法中的诚信原则是仅仅将“最低限度的道德要求上升为法律要求”<sup>②</sup>，而在《劳动法》中，“雇佣契约，即按限定时间或其他限制让与我的生产操作或服务作业……其给付是以品性、信任或高等才能为根据的。”<sup>③</sup>作为雇佣契约的后生形态的劳动契约，一般诚信已无法满足劳动者与用工者之间的相互要求。黑格尔的这段话，将旧日的雇佣契约发展成现代劳动契约的合理内核，由一般诚信推至最大诚信。

在这方面，困扰用人单位的劳动者假文凭问题最为突出。劳动者主动造假的行为已经认定，假文凭已经是无法否定事实，劳动者应当承担不利的法律后果。虽然造假者本人及提供的文凭已经通过用人单位面试，但事实上，

<sup>①</sup> 参见王娇萍：《〈劳动合同法〉立法的背后》，载《工人日报》2009年11月17日。

<sup>②</sup> 参见王轶：《略论民法诸基本原则及其关系》，载《首都法学论坛（第一辑）》，北京大学出版社2005年版，第216页。

<sup>③</sup> 参见[德]黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第88页。

人的工作能力和文凭的真假是难以一眼看穿的，<sup>①</sup> 所以当用人单位识别出来后，一旦认定为文凭造假就应当允许用人单位解雇造假劳动者，而且完全可以按照劳动者过错的相关条款来解雇。

违反了最大诚信原则，已经不像违反一般诚信仅带来合同当事人的损害，劳动者的文凭造假行为不但破坏了用人单位招聘人才的心理预期，即实际上不单单用人单位的利益受到损害，此种造假行为更是对社会公共利益产生负面影响。首先，从法律所保护的秩序上看，假文凭破坏了劳动力市场竞争的秩序，造假者与其他未造假者处于不公平的起跑线上。追求自身利益的最大化无可厚非，但是需要以符合法律及道德要求的手段去追求，每个劳动者都应该凭着自己的真本事去寻找工作岗位追求自身利益。其次，从法律被破坏的结果上看，一旦造假者基于造假行为被用人单位所聘用，势必会对其他未造假者产生负面的示范效应，激励其造假。当这种造假成为一种风气，则道德将沦丧至低谷，社会不再需要具有真才实学的劳动者，而是看谁造假造的好。这是对未造假者的否定，辛苦多年的学习拼搏过程被造假者花几十元、几百元钱用几分钟就能取代<sup>②</sup>。培根早就指出“一种普遍的作伪的习惯就是一种恶德”<sup>③</sup>。

从雇佣契约的社会化开始，品性、信任或高等才能就被逐渐注入作为雇佣契约后生形态的劳动契约中，以及违反最大诚信不仅影响合同当事人利益，更会损害社会公共利益。彰显从雇佣契约到劳动契约的演进过程中，由一般诚信上升到最大诚信的合理性与正当性。因此，在这方面应当坚持“最大诚信”，对劳动者本人提出具有法律后果的实质性要求。只有这样，法院才能通过判例引导这个社会往前走。劳动者的劳动能力与他受教育程度也就是表现为文凭的标志是有关联的，一个受过专业教育的人，一般在关键时刻能够表现出不同于未经培训者的能力。如果允许文凭造假，关键时候就可能表现

---

① 这些假证件做工精美，有编号、有印章，光凭直观和经验很难分辨真伪，必须通过权威的鉴定认证方能分辨。参见余晓玲：《东莞一年收缴上千假文凭》，载《羊城晚报》2010年3月3日。

② 当然，用人单位也有一定的责任，要破除高学历崇拜，对于相应的工作岗位要设置合理的学历要求，比如招洗碗工要求本科学历甚至要达到英语四、六级的水平就显得有点过了。

③ 参见[英]培根：《培根论说文集》，水天同译，商务印书馆1983年第2版，第22页。