

用人单位

适用劳动合同制度

疑难问题解读

◎ 廖正江 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

用人单位适用劳动合同制度 疑难问题解读

廖正江 著

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

用人单位适用劳动合同制度疑难问题解读/廖正江著.

—北京: 中国法制出版社, 2006. 10

ISBN 7-80226-596-7

I. 用... II. 廖... III. 劳动合同-合同法-研究
-中国 IV. D922.524

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 126484 号

用人单位适用劳动合同制度疑难问题解读

YONGREN DANWEI SHIYONG LAODONG HETONG ZHIDU YINAN WENTI JIEDU

著者/廖正江

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/880×1230 毫米 32

版次/2006 年 11 月第 1 版

印张/11.625 字数/256 千

2006 年 11 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80226-596-7

定价: 22.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66026587

邮购部电话: 66033288

前 言

一切法律关系都是依据法律所结成的权利义务关系,劳动关系也不例外。劳动法确定了用人单位和劳动者在劳动关系中各自的主要权利义务,劳动合同制度则规定了双方通过劳动合同设立、变更和终止权利义务的具体规则。现行劳动法律制度注重保护处于弱势地位的劳动者的合法权益,规范用人单位的劳动用工行为,这对于维护正常的劳动秩序发挥了重要的作用。但是,我们在强调对劳动者进行特别保护的同时,往往忽视了劳动关系的另一方主体——用人单位应受到的法律保护。劳动法及其他劳动法律制度中写明了“保护劳动者合法权益”的立法宗旨。在社会舆论等方面,对于劳动者的权益保护也给予了足够的支持,但是为社会创造财富、为劳动者提供就业机会的用人单位,其权益保护问题相对较少受到社会的关注。

我国目前还处于市场经济的初级阶段,大多数用人单位经济实力不强,它们承受了法律施加于其权利上的种种约束,在劳动用工方面享有的权利空间已较为有限,如果法律很难保障这些权利的实现,用人单位出于自身实力的考虑,往往会做出一些“短视”的行为,如削减人力成本,压缩用工计划,调整人力资源政策,甚至还可能改变投资发展战略。这些行为所引起的效应是长期而持久的,它不仅不利于劳动者就业和劳动关系的改善,也不利于国民经济持续稳定的发展。因此,用人单位的权益保护问题应当引起全社会的重视。

近些年来,劳动法律制度适用方面的著述数量繁多,但多数是以劳动者为研究对象,指导劳动者如何用法、维权;间有以用人单位适用劳动法律制度为主题的论著,也多从“义务本位”的角度去考察用人单位的法律适用,很少从“权利本位”去发掘劳动法律制度中赋予用人单位的权利及实现权利的途径,更少有论者能以理论联系人力资源管理实践,为实务中的疑难问题提出法律对策。

本文作者在专职从事律师职业以前,曾长期在大中型企业工作,负责企业人力资源管理及法律事务管理近十年,并且兼职为一些企业提供法律服务,比较熟悉企业人力资源、劳动和经济法律事务的实务。由于工作需要,对企业适用劳动法律制度的问题较为关注并作了一定的思考,现将用人单位适用劳动合同制度的一些心得整理出来,供读者参考。在本书的写作过程中,作者着力体现以下几个特色:

一、注重从用人单位的视角去考察和分析法律问题。本书更多地以用人单位的权利及权利的实现作为侧重点,这一倾向在诸如就业歧视的界定、工资支付、绩效考核、对劳动者开除和除名、知识产权的保护、规章制度的制定等问题的论述上都有所反映。须说明的是,严谨性和科学性是本书的价值追求。以用人单位的视角讨论其权利问题,并不意味着无视其义务以及劳动者的权利,否则这些讨论无异于盲人说象,很难得出合理的结论。因此,作者期求以客观、理性的论述,呈现用人单位和劳动者权利义务关系的原貌,使用用人单位和劳动者对自身权利、义务有着更为全面、深入的认识。

二、紧密结合企业人力资源管理实务。作者以多年的企业管理经验,讨论了人力资源工作者经常遇到的法律问题,如就业歧视、绩效管理、劳动派遣、人事代理(外包)、调岗调薪、人事担保、竞聘上岗和末尾淘汰等,这些都是实务中的疑难问题。人力资源管

理中衍生的法律问题都是作者关注的范围,作者希望书中讨论的法律问题与人力资源管理工作相契合。

三、以现行立法为研究对象,特别是重视劳动法配套法规。由于关乎用人单位的切身利益,作者力求所论述的每一个法律问题都做到有理有据,即必须以法律规范为基础。本书涉及的法律不仅包括劳动法等基本法律,对较少受到研究者关注但在劳动争议处理实践中被广泛适用的行政法规、司法解释、地方性法规、规章,也作了大量的考察、评析工作。

由于作者的专业水平有限,书中难免存有遗疏,在此希望广大同仁不吝指教。

作者电子邮箱:lawzj@sina.com 或 llawzj254@sohu.com。

廖正江

二〇〇六年九月

目 录

第一章 总 论

第一节 劳动合同制度的立法宗旨和适用范围	1
一、对劳动合同制度立法宗旨的认识	1
二、对劳动合同制度适用范围的界定	6
三、个体经济组织	9
四、在校生	11
五、民办非企业单位	15
六、用人单位法定代表人、负责人	19
第二节 非全日制用工	25
一、非全日制用工	25
二、多重劳动关系	31
第三节 劳动派遣和人事代理	36
一、劳动派遣	36
二、人事外包(代理)	51
第四节 用人单位规章制度	60
一、规章制度的内容	60
二、制定规章制度的程序	63
三、新制定的规章制度对已有的劳动合同的约束力	66

第二章 劳动合同的订立

第一节 就业歧视和人事担保	68
一、就业歧视	68
二、人事担保	75
第二节 劳动合同订立的程序	79
一、招聘广告	79
二、录用通知	82
三、招聘行为的效力	85
四、毕业生就业协议	88
第三节 劳动合同的形式	92
一、劳动合同法定形式的效力	92
二、劳动合同的必备条款	99
三、劳动合同文本	101
四、劳动合同鉴证	105
五、聘用合同	110

第三章 劳动合同的内容

第一节 劳动合同的效力	115
一、无效的劳动合同	115
二、应聘欺诈	126
三、无效劳动合同的确认	130
第二节 劳动合同的主要内容	133
一、用人单位和劳动者的主要合同义务	133
二、告知义务	143
第三节 劳动合同的期限	148
一、无固定期限的劳动合同	148

二、以完成一定工作为期限的劳动合同	153
三、服务期	156
四、试用期	161
第四节 劳动报酬	167
一、劳动报酬的法律适用	167
二、最低工资	181
三、加班工资	187
四、休假工资	194
第五节 保密条款和竞业限制	207
一、保密条款	207
二、竞业限制	212
三、知识产权的归属	218

第四章 劳动合同的履行

第一节 劳动合同的履行、变更和转让	224
一、劳动合同的履行原则	224
二、劳动合同的变更	226
三、劳动合同的转让	230
第二节 劳动合同的中止履行	234
一、劳动合同的中止履行概述	235
二、劳动合同中止履行的情形	237
三、劳动合同中止履行的效力	240
第三节 劳动合同履行中的情势变更	242
一、情势变更原则的法律适用	242
二、对劳动法上与情势变更原则相关认识	244

第五章 劳动合同的终止与解除

第一节 劳动合同的终止	250
一、劳动合同终止的条件	250
二、劳动合同终止的法定情形	254
第二节 劳动合同的解除	256
一、劳动合同的解除	256
二、违规解除劳动合同	263
三、依法解除劳动合同	269
四、劳动者自由解约权	279
五、开除、除名与解除劳动合同	283
六、绩效考评与劳动合同解除	294
第三节 经济补偿金	300
一、经济补偿与经济赔偿	301
二、用人单位的经济补偿义务	303

第六章 违反劳动合同的法律责任

第一节 劳动合同的违约责任	310
一、劳动合同的违约责任	310
二、违约损害赔偿	318
三、违约金	326
四、惩罚性赔偿	332
第二节 违约责任与侵权责任的竞合	340
一、违约责任与侵权责任的竞合	340
二、用人单位招用未解除劳动合同劳动者的法律责任 ...	346

第一章 总 论

第一节 劳动合同制度的立法宗旨 和适用范围

一、对劳动合同制度立法宗旨的认识

《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》）第一条规定：“为了保护劳动者的合法权益，调整劳动关系，建立和维护适应社会主义市场经济的劳动制度，促进经济发展和社会进步，根据宪法，制定本法。”《劳动合同法》（草案）延续了“保护劳动者的合法权益”的立法宗旨。^① 由于法律强调了对劳动者权益的特别保护，不少用人单位对此存在疑虑，认为劳动法和劳动合

^① 《劳动合同法》（草案）第一条规定：“为了规范用人单位与劳动者订立和履行劳动合同的行为，保护劳动者的合法权益，促进劳动关系和谐稳定，根据《中华人民共和国劳动法》，制定本法。”

同制度只是保护劳动者单方利益的法律，在劳动争议案件的仲裁和诉讼中，仲裁及诉讼裁判结果都对用人单位不利。因此，当发生劳动争议的时候，不少用人单位往往选择满足劳动者的要求而达到息诉的目的，不愿意参加劳动争议的仲裁或诉讼；还有些用人单位在劳动仲裁机构作出了对其不利的裁决以后，放弃了进一步通过诉讼途径维护自身权益的努力。

其实，用人单位的这种认识是片面的，劳动法及劳动合同制度规定对劳动者权益的特别保护，并不意味着法律只保护劳动者单方利益，而排除对用人单位权益的保护。劳动法实践也证明，在劳动争议案件的仲裁和诉讼中，裁判结果并不必然对用人单位不利，法律同样维护用人单位的合法权益。

（一）从宪法的规定来看

立法宗旨，也称立法目的，是立法者为体现国家意志对有关立法活动确定的目标指向。它不仅界定了有关法律的基本原则，规定了法律制度的基本内容，而且为法律的理解、解释、适用提供了依据和指南。根据立法宗旨，我们可以准确地理解法律规范背后蕴含的立法者的主观追求，剖析法律文件的价值取向，确定适用法律规范时的含义。《劳动法》、《劳动合同法》（草案）规定的保护劳动者合法权益的立法目的，表明这两部劳动法律制度把保护劳动者的合法权益作为首要目的，并具有明显的倾向性。

但是，法律对劳动者保护不是绝对的。一方面，法律保护的是劳动者的“合法权益”，即劳动者依照法律规定在劳动方面享有的权利和利益受保护，而非法取得的利益并不受法律保护。另一方面，法律也不排除对用人单位合法权益的保护。《宪法》规定，“国有经济，即社会主义全民所有制经济，是国民经济中的主导力量。国家保障国有经济的巩固和发展。”“国家保护城乡集体经济组织的合法的权利和利益，鼓励、指导和帮助集体经济的

发展。”“国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。”“在中国境内的外国企业和其他外国经济组织以及中外合资经营的企业，都必须遵守中华人民共和国的法律。它们的合法的权利和利益受中华人民共和国法律的保护。”^①这些宪法规定都是用人单位的合法权益受法律保护的有力依据。

（二）从劳动法的定位来看

国内主流的观点，都将劳动法定位为公法和私法兼容，这一定位符合世界各国劳动法的立法现实，但是，作为公、私法兼容的劳动法，哪些属于公法规范，哪些属于私法规范，目前还缺少足够的研究。

法学界对于公法与私法的划分虽然在认识上并不一致，但通常都认为宪法、行政法、行政诉讼法、社会保障法、税收法等以保护国家及社会公共利益为目的的法律划归公法，刑法和刑事诉讼法因与公法的联系较私法更为紧密些，也被归入公法之列。私法则一般指的是民法、商法等以保护民事法律关系主体的利益为目的的法律。公法规范规定的权利义务通过国家的、行政的和其它特殊的力量强制实施；私法规范中的权利义务则通过民事活动中的主体依契约自由、私人自治的原则自主实施。

劳动法中的公法规范大致包括劳动就业、最低工资、工作时间、劳动安全、女职工和未成年工保护、社会保险等制度；私法规范大致包括劳动合同、劳动报酬等制度。当然这种划分并不是绝对的，一些公法规范也掺杂了私法规范，反之亦然。

私法规范中的权利义务是用人单位和劳动者合意的产物，是在平等、自愿的原则基础上确定的，双方在法律上的地位完全平等，由私法规范中的权利义务关系引起的劳动纠纷，国家一般不

^① 参见《宪法》第七条、第八条、第十一条、第十八条。

施加强制力量去调整任何一方的权利义务，用人单位应享有的权利和应承担的义务都是自身意志的体现；而公法规范中的权利义务是国家为维护国家或社会公共利益而规定的，具有国家强制性，其中的义务是施加在用人单位或劳动者身上的负担或不利，体现的是国家意志。尽管如此，综观劳动法律法规，公法规范的义务并不仅仅针对用人单位，针对劳动者规定的义务也大量存在，比如，法律规定用人单位应为劳动者缴纳社会保险费，同时规定劳动者个人也应当缴纳社会保险费，并由所在单位从其工资中代扣代缴。因此，即便是因公法规范中的权利义务引起的劳动纠纷，也很难说用人单位处于不利地位。

（三）从法律保护的倾向来看

《劳动法》第一条开宗明义明确了该法的立法目的是“为了保护劳动者的合法权益”，有人认为法律更注重保护劳动者的权益，是造成用人单位在劳动争议案件的仲裁和诉讼中处于不利地位的原因所在。

《宪法》规定第三十三条规定，“公民在法律面前人人平等”，也就是人们常说的“法律面前人人平等”的宪法原则。法律上的平等有法律适用上的平等和立法上的平等之分。法律适用上的平等又称“司法上的平等”，主要指司法、执法和守法上的平等。立法上的平等又称“法律内容的平等”，它不仅要求公民在适用法律上必须平等，还要求公民在法律内容上也应当享有平等权利，立法者不能制定违反平等原则的法律。

法律内容的平等，是法律平等的核心，没有法律内容的平等，法律适用的平等并不能保证真正意义上实现平等。如果法律本身是不平等的，实施法律还能平等吗？我国很多学者都曾认为，所谓法律面前人人平等就是公民在适用法律上的平等。但随着研究的深入，这种观点已经慢慢被“立法上的平等”所代替。

立法上的平等是法律追求公平与正义的价值观在立法领域的反映。美国哲学家罗尔斯 (J·Rawls) 论述了实质正义和形式正义之分, 他认为, 实质正义是指制度本身的正义, 形式正义是指对法律和制度的公正和一贯的执行, 而不管它的实质原则是什么。^① 罗尔斯所说的实质正义就是法律内容的平等、公正。形式正义意味着对所有人平等地执行法律和制度, 但这种法律和制度却可能是不正义的, 因此, 法律上公平与正义的实现必须以实质正义为前提, 即首先要保证法律内容上的平等、公正, 保证立法上的平等。立法上的平等要求立法者在制定法律的时候, 必须考虑法律调整对象利益的复杂性和不可统一性, 对于经济上、生理上或心理上的弱者, 加以特殊保护, 反之则应予以限制, 使之能与常人平衡, 以符合平等之实。

劳动者相对于用人单位来讲属于弱者, 劳动法因此在某些方面对劳动者加以特别保护, 但这不妨碍劳动法内容上的平等性, 因为只有根据不同的情势地位对劳动者或用人单位的权利义务作适当的增删损益, 才能保证双方在法律上的平等。

因此, 劳动法对劳动者予以特殊保护的倾向, 并不会造成用人单位在法律上的不平等, 也不会使用用人单位在劳动争议案件的仲裁和诉讼中处于不利地位。

(四) 从劳动争议的处理结果来看

据有关资料显示, 1995 年至 2005 年间全国省市县三级劳动仲裁委员会共受理劳动争议案件 132 万件, 其中 2004 年仲裁处理的各类劳动争议案件中劳动者胜诉或部分胜诉的占 80%; 1995 年至 2005 年间各级人民法院审理劳动争议一审案件 85.6 万件, 通

^① [美] 罗尔斯:《正义论》, 何怀宏等译, 中国社会科学出版社 1988 年版, 第 225 页。

过诉讼程序解决的案件占仲裁受理案件的64.8%。^①从这一数字可以看出,在劳动争议仲裁程序中用人单位完全胜诉比例就达到20%,加上部分胜诉以及通过诉讼程序由法院作出的对用人单位有利裁判的比例,劳动争议处理结果对用人单位并非必然不利。

【案例】

某超级市场聘用的促销员因未完成促销业绩,超级市场按公司工资管理规定扣了当月部分工资,促销员向劳动仲裁机构申请劳动仲裁,要求超级市场补发被扣工资。超级市场收到劳动仲裁机构送达的申诉书副本后,虽然对自己按规定扣促销员工资被诉感到不可理解,但认为《劳动法》是保护劳动者的,劳动仲裁结果肯定对超级市场不利,于是准备说服促销员撤回仲裁申请,并按其要求补发工资。

最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十三条、第十九条规定:“用人单位根据《劳动法》第四条之规定,通过民主程序制定的规章制度,不违反国家法律、行政法规及政策规定,并已向劳动者公示的,可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。”“因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议,用人单位负举证责任。”因此,某超级市场有权根据企业依法制定的规章制度扣减劳动者的工资,不过,它应对此负举证责任。

二、对劳动合同制度适用范围的界定

《劳动法》第二条规定适用范围:“在中华人民共和国境内的

^① 参见《全国人大常委会执法检查组关于检查〈中华人民共和国劳动法〉实施情况的报告》(全国人大常委会副委员长何鲁丽2005年12月28日在第十届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议上)。

企业、个体经济组织（以下统称用人单位）和与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。”^①《劳动法》颁布以后，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》（以下简称《劳动法意见》）、《关于劳动法若干条文的说明》两个部门规章对劳动法的适用范围问题作了进一步的明确。

依据《劳动法意见》第一条至第五条、第十二条规定：“劳动法第二条中的‘个体经济组织’是指一般雇工在七人以下的个体工商户。”“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，并为其提供有偿劳动，适用劳动法。”“国家机关、事业组织、社会团体实行劳动合同制度的以及按规定应实行劳动合同制度的工勤人员；实行企业化管理的事业组织的人员；其他通过劳动合同与国家机关、事业组织、社会团体建立劳动关系的劳动者，适用劳动法。”“公务员和比照实行公务员制度的事业组织和社会团体的工作人员，以及农村劳动者（乡镇企业职工和进城务工、经商的农民除外）、现役军人和家庭保姆等不适用劳动法。”“中国境内的企业、个体经济组织在劳动法中被称为用人单位。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劳动法执行。根据劳动法的这一规定，国家机关、事业组织、社会团体应当视为用人单位。”“在校生利用业余时间勤工俭学，不视为就业，未建立劳动关系，可以不签订劳动合同。”

劳动部《关于劳动法若干条文的说明》第二条规定：“本条第一款中的‘企业’是指从事产品主产、流通或服务性活动等实行独立经济核算的经济单位，包括各种所有制类型的企业，如工厂、农场、公司等。本条第二款所指劳动法的劳动者的适用范