

黄海华 蔡人俊 著

劳动合同法疑难问题

解读

立法过程中一些主要问题的介绍和思考

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

014042160

D922.525
53

黄海华 蔡人俊 著

劳动合同法疑难问题 解读

立法过程中一些主要问题的介绍和思考



北航

C1728574

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

D922.525

53



北航

C1728574

图书在版编目(CIP)数据

劳动合同法疑难问题解读:立法过程中一些主要问题的介绍和思考/黄海华,蔡人俊著. —北京:中国法制出版社,2014. 4

ISBN 978 - 7 - 5093 - 5352 - 3

I. ①劳… II. ①黄… ②蔡… III. ①劳动合同法 - 法律解释 - 中国 IV. ①D922. 525

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 073748 号

策划编辑 马颖

责任编辑 黄丹丹

封面设计 杨泽江

劳动合同法疑难问题解读:立法过程中一些主要问题的介绍和思考

LAODONG HETONGFA YINAN WENTI JIEDU;

LIFA GUOCHENG ZHONG YIXIE ZHUYAO WENTI DE JIESHAO HE SIKAO

著者/黄海华 蔡人俊

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

印张/6.25 字数/151 千

版次/2014 年 5 月第 1 版

2014 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5352 - 3

定价:20.00 元

值班电话:010 - 66026508

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:010 - 66031119

网址:<http://www.zgfs.com>

编辑部电话:010 - 66010678

市场营销部电话:010 - 66033393

邮购部电话:010 - 66033288

(如有印装质量问题,请与本社编务印务管理部联系调换。电话:010 - 66032926)

编写说明

劳动合同法是保护劳动者合法权益、构建和谐劳动关系的一部重要法律。2012年12月28日，十一届全国人大常委会第三十次会议审议通过了《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国劳动合同法〉的决定》，修改决定自2013年7月1日起施行，这是对2007年6月29日十届全国人大常委会第二十八次会议审议通过的劳动合同法的一次重要修改。修改决定集中围绕劳动合同法有关劳务派遣规定作了修改完善。为了更好地宣传劳动合同法，便于社会各界对劳动合同法特别是这次修改内容有全面、准确的了解，配合劳动合同法的顺利实施，我们编写了这本小书。

一是，为什么要写本书？劳动合同法出台多年后再写这本书的动力是什么？本书的两位作者分别任职于全国人大常委会法制工作委员会行政法室和社会法室，作为具体工作人员，先后参与了劳动合同法的制定、修改过程，并承担了一些事务性工作和立法研究工作。当重新翻开资料和记录，无论是两次网上公开征求意见过程中“井喷式”的19万条意见和56万条意见，还是调研以及审议过程中各种意见的激烈交锋，千头万绪、紧张有序、环环相扣的工作氛围历历在目，有时不免还会有点心潮澎湃。写本书的最大动力是对立法工作的感情二字，也希望奉献给大家一些立法片段。

二是，本书要写成什么样的书？劳动合同法出台后，专家学者和实务工作者纷纷投入到法律的解读和宣传中，市场上出现了大量的劳动合同法著作。再写劳动合同法的书，还有没有必要，是不是过时了？本书侧重从立法角度对劳动合同法的有关情况和主要制度进行介绍，力图写出特色，避免做人云亦云、没有意义的重复劳动。为此，本书的内容框架采用专题式，将劳动合同法立法的主要内容分成十四个专题，既兼顾全面，又突出重点。内容编排上作实务操作与理论探讨相结合的有益尝试，每个专题都分四块内容介绍：一是，总结回顾当时立法所面临的一些情况和立法考虑，以增强可读性；二是，归纳专题所涉及的相关法律条文，对制度作简明扼要的解读，以增强实用性；三是，全面跟踪劳动合同法实施后出台的实施条例等配套规定，尤其是本次劳动合同法修改的主要情况，以增强时代性；四是，精挑细选出劳动合同法实施过程中出现的疑难问题，结合立法原意进行评述，以增强理论性。

本书写作分工如下：黄海华撰写了第一章至第十二章，蔡人俊撰写了第十三章、第十四章。特别需要指出的是，立法是全国人大及其常委会的一项重要职权，劳动合同法的制定、修改，凝聚了领导的高水平决策、立法者的真知灼见、立法工作机构的集体参谋助手作用和各方面的宝贵智慧。希冀本书能忠实记录立法过程中的一些观点和考虑，并谨向为劳动合同法立法工作作出贡献的人们致敬。囿于作者水平有限，词不达意、意不到位在所难免，敬请各位同仁、读者批评指正。

目 录

- 第一章 立法思路和立法宗旨
——谈谈劳动合同领域要坚持什么、解决什么和实现什么/ 1
- 第二章 劳动合同法的适用范围
——谈谈哪些情形应当签订劳动合同，适用本法/ 15
- 第三章 用人单位的规章制度
——企业立规矩应当遵循的规矩/ 29
- 第四章 劳动合同的订立
——订立劳动合同时要注意的事项/ 41
- 第五章 劳动合同的类型
——无固定期限劳动合同不是铁饭碗/ 61
- 第六章 劳动合同中的试用期
——试用期是适应期，不是廉价用工或者随意解雇期/ 73
- 第七章 劳动合同中的服务期
——劳动合同双方当事人权利义务的再平衡/ 81
- 第八章 竞业限制
——凭什么限制离职劳动者的就业/ 90

第九章 劳动合同的履行与变更

——“铁交椅”说法太夸张 / 101

第十章 劳动合同的解除

——“炒鱿鱼”真那么难吗? / 112

第十一章 劳动合同的终止

——终止情形只能是法定，不得约定 / 134

第十二章 劳动合同结束后的经济补偿

——经济补偿是一种社会责任 / 144

第十三章 非全日制用工

——立法对灵活用工形式的回应 / 155

第十四章 劳务派遣

——劳务派遣是补充用工形式 / 164

第一章 立法思路和立法宗旨

——谈谈劳动合同领域要坚持什么、解决什么和实现什么

■ 立法背景

劳动合同法规范的是劳动合同制度。要探寻劳动合同法的立法思路和立法宗旨，需要从建立完善社会主义市场经济的更宽视角，历史性地看待我国的劳动合同制度。

一、劳动合同制度在我国的逐步建立

法治政府、统一市场和现代企业是社会主义市场经济的支柱性制度。劳动合同及社会保险着力于构建符合社会主义市场经济要求的用工机制，是现代企业制度的重要配套制度。随着改革开放的深入，我国的劳动合同制度经历了一个从无到有，从建立到逐步完善的过程。

新中国成立后长期的计划经济体制下，没有建立统一的劳动合同制度，只有零星的劳动合同实践。**劳动合同不符合计划经济体制的要求**。计划经济体制中企业经营自主权很小，劳动合同则是企业用工自主的直接表现。**劳动合同也没有存在必要**。在计划经济体制下，企业用工，包括用工计划、用工方式、工资分配都是按照行政主管部门的统一指令执行，劳动合同的订立及内容都是统一规定的。同时，用工主要形式是“铁饭碗”式的固定工制，只要符合招工条件，一经录取，就是国家的人，生老病死全

由企业包到底，很少有终止劳动关系的情形。同时，对于一些技术工、建筑工等工种，以及私营企业招工、国营企业的临时工，当时也要求订立劳动合同，明确约定工作任务、工作时间、工资福利待遇、试用期及来往路费、安家费等内容。但这种用工形式的范围很有限，且一般也参照固定工的一些规定。

随着计划经济向社会主义市场经济转型，改革“铁饭碗”、“大锅饭”的固定工制度，实行“能进能出”、“能上能下”的劳动合同制度成为时代潮流。**试点起步。**1983年原劳动人事部出台了《关于积极试行劳动合同制的通知》，明确将劳动合同制的试行范围定为：既包括全民所有制单位，也包括区、县以上集体所有制单位；既包括普通工种，也包括技术工种。提出的实施步骤是当前主要在新招用的工人中试行，一定时期内实行新人新制度、老人老制度，最终要达到所有职工都实行劳动合同制。**正式拉开帷幕。**1986年7月12日国务院颁布了《国营企业实行劳动合同制暂行规定》，明确要求企业在国家劳动工资计划指标内招用常年性工作岗位上的工人，除国家另有特别规定者外，统一实行劳动合同制。劳动合同开始全面适用于国有企业新招用的职工。同日，国务院还颁布了《国营企业招用工人暂行规定》、《国营企业辞退违纪职工暂行规定》、《国营企业职工待业保险暂行规定》等。**立法巩固。**1986年通过的外资企业法、1988年通过的中外合作经营企业法以及1988年出台的私营企业暂行条例，对外资企业、中外合作经营企业、私营企业实行劳动合同制度作了明确规定。**制度确立。**1994年通过的劳动法对劳动合同作了专章规定，在制度意义上确立了劳动合同制度，将劳动合同作为企业用工的统一形式，把劳动合同适用范围扩大到各类所有制企业的所有职工，并对劳动合同内容作了规定。

二、劳动法中有关劳动合同的规定

劳动法中有关劳动合同的规定有二十条，对劳动合同的订立、效力、条款内容、期限种类、试用期、约定保密义务、终止和解除情形、经济补偿以及工会作用、集体合同等作了较为全面的规定。劳动法实施以来的实践表明：劳动合同制度的确立，对于破除计划经济体制下行政分配式的劳动用工制度，建立与社会主义市场经济体制相适应的用人单位与劳动者双向选择的劳动用工制度，发挥市场在劳动力资源配置中的基础性作用，促进社会主义市场经济健康发展，发挥了重要作用。这一制度不仅要坚持，还要不断发展完善。

1994年劳动法出台时，我国劳动合同制度的实践还不能说是非常丰富，对劳动合同的认识和如何规范也有一个探索过程。在社会主义市场经济发展至今，用工主体、市场需求都有了极大变化，强资本、弱劳力的矛盾前所未有的凸显，劳动法的规定已显简略，一些规范不够有力，现有立法难以适应时代要求，对劳动合同作进一步具体规定和健全完善成为必要。

三、劳动合同法立法面临的突出问题

劳动法实施以来，随着工业化、城镇化和经济结构调整步伐加快，劳动用工领域发生了深刻变化，劳资双方经济地位差异的不断拉大、劳动力市场的长期富余，使得用人单位用工自主权与劳动者的择业自由之间的天平越来越向用人单位倾斜，不立法不足以实现两者的再平衡。劳动合同法立法主要面临三方面的突出问题，核心是用人单位在劳资关系中话语权过大。

第一，劳动合同签订率低，出现劳动争议时劳动者的合法权益得不到有效保护。2005年全国人大常委会在劳动法执法检查中发现，中小型企业和非公有制企业的劳动合同签订率不到

20%，个体经济组织的签订率更低。即使在东南沿海经济发达地区，非公有制经济组织的劳动合同签订率也很低。有些企业只与管理层、技术人员签订劳动合同，而不与一线工人签订劳动合同。劳动合同签订率低的原因很复杂。许多用人单位不愿签订劳动合同，主要是为了降低用工成本，逃避缴纳社会保险费和解雇工人的法律责任。有些劳动者不敢提出签订劳动合同的要求，主要是在劳动力供大于求的形势下，劳动者处于弱势。在没有劳动合同的情况下，一旦出现劳动争议，劳动者就很难主张自己的权利；即使申请仲裁、提起诉讼，由于缺乏有力的证据，他们的合法权益也往往得不到有效保护。

第二，劳动合同短期化，劳动关系不稳定。劳动关系和谐稳定是社会和谐稳定的重要方面。只有和谐，才能稳定。稳定又是和谐的一个标志。2005年全国人大常委会劳动法执法检查显示，有60%以上的用人单位与劳动者签订的劳动合同是短期合同，多是一年一签，有的甚至一年几签。劳动合同短期化的主要原因是用人单位试图通过短期劳动合同，最大限度地自由选择劳动者，并减少因解除劳动合同而应向劳动者支付的经济补偿。有些企业花最低的用工成本使用工人最有活力的“青春期”。这种状况不仅损害了劳动者的合法权益，也影响了劳动者的职业稳定感和对企业的归属感，影响了他们为企业长期服务的工作热情。劳动合同法草案向社会公开征求意见过程中，许多劳动者反映，每年他们都要为劳动合同到期时还能不能续签而担忧，一旦不能续签，个人及其家庭生活将会陷入困境。正反两面的经验都证明：劳动合同短期化，不仅损害劳动者的合法权益，企业自身发展也最终会受到影响。在现实生活中，有些劳动者因不能从企业的发展中受益而产生与企业的对立情绪，有的在遭受挫折、满心焦虑的情况下甚至做出损害企业利益的行为。由此可见，解决劳动合

同短期化的问题，有利于劳动关系的和谐稳定，这不仅关系到劳动者的切身利益，也关系到企业的长远发展。

第三，用人单位利用自己在劳动关系中的强势地位侵犯劳动者合法权益。劳动力供大于求是我国目前存在而且会长期存在的状况。在这个背景下，用人单位利用自己在劳动关系中的强势地位侵犯劳动者合法权益的现象时有发生。有些用人单位滥用试用期，以劳动者在试用期内达不到录用条件为“理由”，试用期满后不予录用。由于劳动者在试用期间的工资待遇较低，又没有其他劳动保障，有些用人单位便通过设定较长时间的试用期规避对劳动者的法律义务。有些用人单位违反法律、法规规定，拖延、克扣工人工资，不按国家规定缴纳社会保险费。有些用人单位不执行劳动定额标准，随意延长劳动时间，不支付加班费。如此等等。有的用人单位甚至对劳动者实行强迫劳动，致使劳动者的合法权益受到严重侵害。上述问题已经严重影响到劳动关系的和谐稳定。近些年来，劳动争议案件和因劳动纠纷引发的群体性事件数量呈不断上升的趋势。原劳动保障部的统计显示，1995~2006年的12年中，劳动争议案件数量增加13.5倍；集体劳动争议案件数量也大幅度增长，12年中增加了5.4倍。

另外，劳动领域还出现了劳动用工形式多样化等新情况，出现了一些新型的劳动关系，如灵活用工、劳务派遣、家庭用工等，这些都需要加以规范，尤其是劳务派遣，应当加大规范力度，明确是正常用工的补充形式，防止出现制造业等实体经济中用工“空心化”的趋势。

四、劳动合同法的实施效果

劳动合同法正式施行后，全国人大常委会分别在2008年和2011年组织了两次执法检查。执法检查组向常委会作的报告中，都肯定了劳动合同法的积极作用，尤其是基本解决了书面合同签

订率低和劳动合同期限短的难题。2008年的报告中提到主要成效有：劳动合同签订率明显上升，达到了93%；新签劳动合同的平均期限有所延长；劳动者工资、社会保险等合法权益得到进一步维护。时隔三年后，2011年的报告中提到，基层政府和组织对劳动合同法构建和发展和谐劳动关系宗旨的认识有了明显提高，一些企业由法律实施初期的不理解、有抵触转变为认同、支持、自觉遵守。有的企业反映，劳动合同法是近年来最深入人心的法律，对维护职工权益、提升我国企业的用工管理水平起到了积极作用。主要成效有：劳动合同签订率显著提高，全国规模以上企业达到了97%；合同期限短期化现象明显改善，广东省抽样调查显示，一年以下期限的劳动合同所占比例从60%降到了10%以下，三年以上期限劳动合同（包括无固定期限劳动合同）所占比例从30%提高到了80%以上。

■ 涉及的法律条文

【具体条文】

《中华人民共和国劳动合同法》

第1条 为了完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人权利和义务，保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系，制定本法。

【要点概览】

如何在现阶段合理划分出协商和保护的分界点，这正是立法决策的难点和重点。劳动合同法的立法思路是明确的，就是既不能回到用工制度国家分配的老路上，也不能走表面公平实质企业说了算的关系失衡的“歧路”，而是要走坚持劳动合同协商一致的基础上，在关键环节侧重保护劳动者合法权益的正道上。

【立法过程中的条文变化】

草案第1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。”对立法宗旨的条文修改主要有两次。一是初审后，引入了“完善劳动合同制度”，删去了“规范用人单位与劳动者订立和履行劳动合同的行为”和“根据《中华人民共和国劳动法》”。这主要偏重于立法技术的考虑。规定：“为了完善劳动合同制度，构建和发展和谐稳定的劳动关系，保护劳动者的合法权益，制定本法。”二是三审后，为了应对有关对用人单位合法权益也应予以保护的观点，在劳动合同法应明确劳动合同双方当事人权利和义务，同时强调保护劳动者的合法权益的“法意”之下，增加了“明确劳动合同双方当事人的权利和义务”。规定：“为了完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系，制定本法。”

■ 制度解读

立法宗旨是立法思路的浓缩和集中体现。劳动合同法第1条所规定的立法宗旨，主要是要说清楚三件事：立这部法要坚持什么制度、解决什么问题、实现什么目的。

一、整体立法思路

1. 从构建和发展和谐劳动关系的高度来设计制度，解决劳动领域中出现的新问题。改革开放以来，我国的劳动关系经历了从计划经济体制到市场经济体制的转变，这个历史性转变是成功的，解放了生产力，增加了经济发展的活力。同时，由于企业形式的多元化和市场竞争的尖锐化，劳动关系也出现了一些不容忽

视的问题，这些问题的存在影响了我国社会和经济的可持续发展，不利于构建和谐社会。因此，要解决劳动领域中存在的问题，必须从构建和谐社会的高度去解决，以和谐劳动关系来促进我国和谐社会的建设。因此，有关劳动合同法立法宗旨的最终落脚点是构建和发展和谐稳定劳动关系。

2. 坚持协商与规范相结合，以协商为基础，不断加强规范力度。由于我国没有一部劳动基准法，因此有关劳动基准的规定散见于劳动法、劳动合同法以及一些行政法规中。劳动合同法既要尊重劳动合同的协商性，也要肩负起规定劳动基准的任务。劳动合同法尊重和维护了用人单位和劳动者双方在订立劳动合同时平等自愿、协商一致表达意愿的权利。有关劳动合同的种类、劳动合同的必备条款和双方可以约定的事项、劳动合同的生效与无效等规定体现了劳动合同的双向自主选择。(1) 订立劳动合同应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用原则；(2) 劳动合同由用人单位与劳动者协商一致，并经用人单位与劳动者在劳动合同上签字或者盖章生效；(3) 用人单位与劳动者协商一致，可以订立各类劳动合同；(4) 用人单位与劳动者协商一致，可以变更、解除劳动合同；(5) 劳动合同除必备条款外，用人单位与劳动者可以协商约定试用期、培训、保守商业秘密、补充保险和福利待遇，服务期和竞业限制；(6) 如果在劳动合同订立时，对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确，引发争议的，用人单位与劳动者重新协商。

同时，劳动合同法也加强了有关强制性的规范要求，如坚持了“三条底线”，用人单位与劳动者建立劳动关系应当订立书面劳动合同，用人单位向劳动者支付劳动报酬不得低于最低工资标准，坚持同工同酬原则，同时还对试用期的最长期限、解除与终止劳动合同需符合法定情形、依法支付经济补偿等立了明确规矩。

3. 具体分析存在的问题，采用不同的解决方法。实践中存在的问题大致可以分为三类：一是劳动法有规定，没有执行好劳动法的规定，如订立书面劳动合同。对这类问题，劳动合同法主要通过设置经济惩罚措施和增加法律责任来落实法律规定。二是劳动法有规定但规定过于原则，因此在执行过程中走了样，如劳动法规定试用期不得超过六个月，实施中试用期基本都约定六个月。对这类问题，劳动合同法主要作细化规定，来增强规范性。三是有些新情况、新事物劳动法没有规定的，如劳务派遣、非全日制用工，对此，劳动合同法进行了增加规定。简单地讲，劳动合同法是在劳动法的基础上进行“拾遗补漏”，使规定更全面、更具体，不断完善劳动合同制度。劳动合同法与劳动法的适用关系，根据新法优于旧法的原则，相关内容应当以劳动合同法的规定为准。

4. 兼顾行政执法和劳动者维权，更加重视劳动者的维权。要落实劳动合同法各项制度，需要加大对违法行为的惩罚力度。劳动法侧重于行政执法手段，但在实践中劳动监察失效情形并不少见，有的地方对劳动监察设置很多障碍，规定不得对“重点保护企业”进行监督检查，劳动行政处罚必须经过“投资环境优化办公室”、“软环境办公室”批准等。因此，劳动合同法在重视劳动监察作用的同时，更着重用经济手段来方便劳动者维权。如规章制度违法，给劳动者造成损害的，承担赔偿责任；不签书面劳动合同，支付两倍工资；不签无固定期限劳动合同，支付两倍工资；违法约定试用期已经履行的，以试用期满月工资为标准，按已经履行的超过部分向劳动者支付赔偿金；以担保或者其他名义收取财物的，或者扣押档案或者其他物品，给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任；逾期不支付劳动报酬、加班费或者经济补偿的，按应付金额 50% 以上 100% 以下的标准向劳动者加

付赔偿金；劳动合同无效的，有过错一方给对方造成损害的，应当承担赔偿责任；违法解除或者终止劳动合同的，按经济补偿标准二倍向劳动者支付赔偿金；没有出具书面解除或者终止劳动合同的书面证明的，应当承担赔偿责任；劳务派遣单位违法，给劳务派遣工造成损害的，与用工单位承担连带赔偿责任等等。

二、立法宗旨

1. 坚持劳动合同制度。建立比较完善的劳动法律制度是社会主义市场经济健康发展的必要条件。1994年制定劳动法时，我国刚刚开始建立社会主义市场经济体制，对劳动力市场和劳动关系的认识还有一定的局限性。劳动法为我国的劳动合同制度奠定了基础，但其中有关劳动合同的规定不可能太详细、太具体。在总结劳动法实施实践经验的基础上，通过专门立法，完善劳动法律制度，已属当务之急。劳动合同法坚持了劳动合同制度，并力图对多种形式的用工形式作统一规范，这是立法目的之一，也是立法意义所在。需要说明的是，有的认为劳动合同法使得用工机制僵化了，认为无固定期限劳动合同使我们社会又倒退到计划经济时期。这种认识并不准确。劳动合同法绝不是开历史的倒车，其明确了坚持劳动合同制度，只是对用人单位在劳动关系中话语权过大的纠偏。

2. 解决用人单位过于强势的突出问题。一是，立法宗旨是一种立法导向，是对法律规定内容的高度概括。劳动合同法的立法宗旨应旗帜鲜明地表明本法主张什么，突出本法的主题。二是，从历史发展看，劳动法是在否定了对企业 and 劳动者进行民法意义平等保护的基础上产生的。各国劳动法等社会法都是以保护劳动者为己任。因此，劳动合同法在立法宗旨上应体现社会法的特点。三是，立法的价值在于实质公平、公正。在实践中，用人单位利用其优势经济地位，侵害劳动者的合法权益是矛盾的主要