

劳动合同法实施指导系列

LAODONGHETONGFASHIDAREDIANPINGXI

劳动合同法 十大热点评析

◎ 郑爱青 主编

 中国劳动社会保障出版社

劳动合同法律实施指导系列

劳动合同法 十大热点评析

主 编 郑爱青

编写人员 郑爱青 杨 飞

金英杰 刘明辉

中国劳动社会保障出版社

图书在版编目(CIP)数据

劳动合同法十大热点评析/郑爱青主编. —北京:中国劳动社会保障出版社, 2008. 11
ISBN 978-7-5045-7465-7

I. 劳… II. 郑… 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(2008)第 168981 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)

出 版 人: 张梦欣

*

北京人卫印刷厂印刷装订 新华书店经销

787 毫米×960 毫米 16 开本 14.75 印张 186 千字

2008 年 11 月第 1 版 2008 年 11 月第 1 次印刷

定价: 32.00 元

读者服务部电话: 010-64929211

发行部电话: 010-64927085

出版社网址: <http://www.class.com.cn>

版权专有 侵权必究

举报电话: 010-64954652

前 言

2008年1月1日开始实施的《中华人民共和国劳动合同法》（下文简称《劳动合同法》）在立法阶段和实施前后一直都是社会各界关注的焦点，一项劳动立法前所未有的地被如此广泛、激烈、持久和深入地关注和讨论，这在我国还是第一次。这应该说是一件大好事。我们认为这一法律事件体现了我国社会在多个方面都有进步。其一是民生立法更民主，在法律起草阶段，立法机关公布《劳动合同法草案》并在2006年3月20日至4月20日的一个月时间内广泛征求社会公众的意见。其二是社会各界民生意识增强，从政府到市民社会，都有更多的人关注劳工问题这个基本的民生话题。在公开征求意见的时间内征求到191 849条意见，表现了公众对这部法律的责任感和热情。其三就是劳动立法的进步，劳动立法在劳资利益冲突中立场鲜明，突出保护劳动者的合法权益。最后是言论自由方面有改善，无论是资方、劳方还是社会各界都较充分和自由地表达了自己的观点。

在这场伴随着《劳动合同法》立法和实施过程的全民大讨论中，一些企业界、经济学界对《劳动合同法》的误解、负面评价和一些著名企业公开逃避《劳动合同法》规定的种种“解雇招数”强烈地吸引着人们的眼球，刺激着已经处于不平衡状态的劳动关系的天平。如何看待和分析这些言论？如何看待社会上广泛流传着的对这部法律的种种评论？如何分析某些企业裁员行为？企业如何来积极适用而不是抵制和对抗这部法律？这部

法律对企业的真正影响在哪里？这些问题是每一个关注我国劳动关系现状和未来的专业人士和社会公众都会自觉不自觉地思考和面对的问题。你顺从还是反对这些观点？抑或你有自己的分析？

笔者认为，从劳动法的角度看，《劳动合同法》虽然在立法技术上存在一些问题，但是，瑕不掩玉，它的鲜明的立法思想使它成为我国劳动立法自 1994 年第一部《劳动法》以来的又一座重要里程碑，因为它克服了《劳动法》的瑕疵，突出了劳动合同法作为私法而被公法化的特征，鲜明地体现出对劳动者利益给予倾斜保护的立法思想。它给个人劳动关系规范带来了变革，使集体劳动关系规范得到加强，对完善我国劳动关系调整规范具有重大意义，显示了在劳资利益博弈中立法者应有的智慧和胆识，也与我国开始转向可持续发展、以人为本的新型经济和社会发展战略相一致。我们看到，国务院 2008 年 9 月 18 日颁布实施的《劳动合同法实施条例》坚持了《劳动合同法》的立法思想，对《劳动合同法》中规定较为原则的问题加以细化，提高了法律的操作性。

种种负面评论和行为或多或少地冲击着这部法律的实施环境。推动这部法律的实施以及今后的完善，我们必须正面种种非议。笔者认为，首先，不能盲目地跟从某些观点，因为其中大部分的负面评价都是来自对这部法律本身性质和规定的匮乏和误解。例如，对无固定期限劳动合同的误读。其次，要在一个更大的背景下去看待这部法律出台和制定的目的、影响，不能仅仅从惯用的经济学分析角度来评价法律的影响。最后，还要客观地看待这部法律及其实施条例在某些具体规定上的不足，这种不足不是指导思想上的，而是和我国当前的一些待定的劳动人事制度改革、社会保险制度完善、企业内部民主和参与制度的重构等制度密切相关的，如适用范围问题、非全日制用工问题、劳务派遣问题、企业规章制度问题，等等。

关于如何理解《劳动合同法》的规定，网站和有关书籍已经有了不

少。我们认为，虽然这部法律已经付诸实施近一年，然而仍然非常有必要深入探讨其中的一些问题，尤其是直面种种对这部法律的责难。在制定和实施过程中产生了若干热点问题，这些问题直接关系到劳动者职业生活的每一天，也关系到企业用工管理的每个环节。为了给社会公众和有关专业人士提供一个更广泛、更全面和更直接的分析视角，本书选取了最受关注或者有待完善的十大热点问题，从关于该热点的社会公众事件或司法判例入手，紧扣《劳动合同法》和《劳动合同法实施条例》中的相关规定，阐述其中的立法背景或原委，从理论和实务的角度直触公众事件或者公众行为的核心和实质，指出当前一些流行言论的软肋，同时，提出这部法律在某些具体规范上存在的不足，并提出相应的改进建议。作者希望通过本书，为那些愿意透过现象看到本质的社会大众和专业人士奉献自己的思考和论证，希望有更多的人对这部法律持有客观的看法。

本书的写作和分工如下：

郑爱青：热点之一、四、五、六。

杨 飞：热点之二、三。

金英杰：热点之七、八。

刘明辉：热点之九、十。

本书由郑爱青统稿。

由于作者认识水平和信息掌握的有限，书中的观点难免有疏漏之处，敬请读者不吝赐教。

郑爱青^①

2008年10月27日

于人大明德法学楼

^① 郑爱青：中国人民大学法学院副教授，硕士生导师，法国巴黎第一大学社会法博士。

目 录

热点之一 《劳动合同法》的立法宗旨——良法还是恶法

热议劳动合同法

有人欢喜有人忧 /1

“单保护”还是“双保护”？抑或“平等保护”“倾斜保护” /2

立法博弈彰显利益冲突 /3

经济学界看法不一 /3

《劳动合同法》是否是一部“善良的恶法” /5

相关法律法规

热点评析

劳动合同法立法——对契约自由的限制。对《劳动合同法》

立法目的的误解，源自对劳动合同立法性质的无知 /7

《劳动法》的瑕疵及后果——对合同自由原则毫无限制，

使劳动者的弱者地位更弱 /10

克服《劳动法》瑕疵，变革个人劳动关系规范——《劳动合同法》

倾斜保护劳动者合法权益，以纠正失衡的劳动关系 /12

《劳动合同法》增加企业成本有限，有利于企业转型和持续发展，

有利于实现社会公正 /15

热点之二 《劳动合同法》的适用范围——谁在覆盖范围内

案例聚焦

- 高级管理人员加班费案 /24
- 上海首例退休人员工伤认定案 /25
- 山西“黑砖窑”非法用工案 /25
- 西门子高级管理人员解雇补偿案 /26

相关法律规定

热点评析

- 适用《劳动合同法》的各类企业 /28
- 个体经济组织、民办非企业单位也要适用《劳动合同法》/29
- 适用《劳动合同法》的其他组织 /30
- 国家机关也是《劳动合同法》上的用人单位 /33
- 事业单位是否适用《劳动合同法》视情况而定 /33
- 社会团体多数适用《劳动合同法》/37
- 用人单位的分支机构如何订立劳动合同 /37
- 谁是《劳动合同法》上的劳动者 /40
- 劳动合同法关于适用范围规定存在的问题和改善建议 /43

热点之三 劳动合同的订立形式——书面还是非书面

案例聚焦

- 未签书面劳动合同案 /52
- 事实劳动关系案 /53

不签书面劳动合同赔偿双倍工资案 /53

相关法律规定

热点评析

劳动合同书面形式是指什么 /56

用人单位负有及时与劳动者订立书面劳动合同的义务 /57

用人单位未订立书面劳动合同的法律后果 /57

劳动者拒绝订立书面劳动合同的法律后果 /61

建立劳动关系与订立书面劳动合同的关系 /65

书面形式的要求未必合理 /67

书面劳动合同的要求并不完全有利于保护劳动者权利 /67

国外关于劳动合同订立形式的要求 /68

改善劳动合同订立形式的建议 /70

热点之四 劳动合同的期限——企业为何担心无固定期限劳动合同

案例聚焦

企业强迫辞职后再入职或者改为派遣工，目的：工龄归零、

规避《劳动合同法》第十四条 /71

相关法律规定

热点评析

《劳动合同法》第十四条的内容和立法目的 /74

《劳动合同法》第十四条出台的背景——《劳动法》缺陷

- 导致劳动合同短期化严重 /76
- 树立对无固定期限劳动合同的正确认识——它既稳定
又灵活,对单位和劳动者都有利 /79
- 无固定期限劳动合同不等于“铁饭碗”“终身制”
——企业有单方解除权 /82
- 企业为何惧怕无固定期限劳动合同 /85
- 企业如何合法应对无固定期限劳动合同 /86
- 对某些强迫集体辞职、突击解雇行为的评价 /88
- 《劳动合同法》在规范劳动合同期限上存在的问题 /90

热点之五 劳动合同的解除——《劳动合同法》束缚企业解雇的手脚了吗

热议劳动合同法

- 围绕《劳动合同法》是否会造成企业解雇难的正反面争论 /92

相关法律法规规定

热点评析

- 什么是劳动合同解除,它与劳动合同终止有何不同 /97
- 双方协商解除劳动合同的真实含义及其法律后果 /98
- 张某与四川某公司劳动争议纠纷上诉案 /99
- 过错性解雇及其法律后果——用人单位可以解除劳动合同情形之一 /100
- 非过错性解雇及其法律后果——用人单位单方解除劳动合同的情形之二 /103
- 经济性裁员及其法律后果——用人单位单方解除劳动合同的情形之三 /104
- 听取工会意见——用人单位解除劳动合同的程序 /107
- 书面通知解雇——用人单位解除劳动合同的有效形式 /108
- 禁止解雇的情形——用人单位单方解除劳动合同的禁区 /109

- 违法解雇的法律后果——用人单位任意解雇的成本加大 /112
- 劳动者主动辞职及其后果——劳动者单方解除劳动合同的可能性之一 /113
- 劳动者被迫辞职及其后果——劳动者单方解除劳动合同的可能性之二 /114
- 用人单位在用工时构成犯罪——劳动者立即解除劳动合同成为理所当然 /117
- 《劳动合同法》在劳动合同解除上的设计不但没有束缚企业解雇的手脚，
反而更有利于企业，但企业面临管理理念和方式的转变 /118
- 《劳动合同法》下的经济性裁员制度尚不周全，当需重构 /120

热点之六 规章制度——谁说了算？它与劳动合同、集体合同谁的效力更高

热议劳动合同法

- 规章制度的制定权在谁？《劳动合同法（草案）》引发争论 /124

相关法律规定

热点评析

- 《劳动合同法》第一次从法律角度对规章制度作了分类 /125
- 规章制度合法性的条件从此要分别而论 /127
- 规章制度与劳动合同之间的区别、联系和效力差别 /130
- 集体合同有特定含义 /132
- 依法订立的集体合同对用人单位、工会和劳动者有约束力 /134
- 《劳动合同法》在集体合同方面的新规定 /137
- 规章制度中的“劳动者利益规则”与集体合同重合 /137
- 集体合同的效力高于劳动合同 /138
- 英法德三国在企业规章制度方面的做法 /139

热点之七 竞业限制条款——企业和劳动者各有何种权利义务

案例聚焦

相关法律规定

热点评析

竞业限制的含义 /146

《劳动合同法》之前我国竞业限制立法分散和规范不力 /146

竞业限制产生的理论基础 /148

竞业限制条款是两项权利冲突下的平衡选择 /150

竞业限制是双方约定义务，不是法定义务 /150

竞业限制适用人员范围有限制 /152

竞业限制的行业、地域范围由双方约定 /153

竞业限制的时间上限为两年 /154

用人单位必须给予劳动者经济补偿 /154

《劳动合同法》没有明确的若干问题 /156

完善《劳动合同法》的建议 /158

热点之八 培训协议——企业和劳动者如何应用

案例聚焦

飞行员辞职引发争议 /159

相关法律规定

热点评析

- 《劳动合同法》首次规范培训协议 /164
- 培训协议的适用前提——用人单位提供了专业技术培训 /164
- 用人单位提供的培训费用包括哪些 /165
- 劳动合同期限与服务期的关系 /167
- 用人单位在订立培训协议中应注意事项 /167
- 劳动者在订立和履行培训协议中应注意事项 /169

热点之九 劳务派遣——如何规范更科学**案例聚焦**

- 徐延格诉肯德基北京公司劳动争议案 /171

相关法律法规**热点评析**

- 《劳动合同法》规范劳务派遣的立法背景 /176
- 为什么要设立劳务派遣单位的“门槛” /178
- 劳务派遣单位有哪些“门槛” /179
- 劳务派遣单位设立中的禁区 /182
- 使用劳务派遣的岗位规定得太原则 /183
- 国外关于劳务派遣适用范围的相关规定 /186
- 劳务派遣中的三方关系——谁是劳动者的用人单位 /187
- 劳务派遣单位的义务一项都不少 /190
- 用工单位的义务必须要履行 /195
- 《劳动合同法》特别强调的被派遣劳动者享有的劳动权利 /196

被派遣劳动者合法权益被侵犯，以谁为被告 /198

劳务派遣单位能否解雇被派遣的劳动者 /199

劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任的前提

——被派遣的劳动者有损害 /200

各国关于连带责任的相关规定 /201

热点之十 非全日制用工——为何有特殊的规矩和有完善的必要

案例聚焦

与全日制工签订非全日制用工协议案 /203

相关法律规定

热点评析

非全日制用工：特定的工时要求 /205

我国规范和促进非全日制用工的必要性 /206

非全日制用工形式灵活——可以订立口头协议 /208

非全日制用工禁区之一——不得约定试用期 /209

非全日制用工禁区之二——工资支付不得超过15日 /209

非全日制用工解除灵活——随时终止劳动关系、不需支付经济补偿 /212

非全日制用工不适用劳务派遣 /212

非全日制工的社会保险问题尚需明确 /213

大学生勤工俭学是否适用最低工资保障制度 /214

双重或多重劳动关系问题——《劳动合同法》有所明确 /219

国外对双重或多重劳动关系的规定 /220

《劳动合同法》的立法宗旨

——良法还是恶法

《劳动合同法》的立法宗旨在立法阶段和法律通过之后一直是激烈争论的内容之一，如何确立立法宗旨？如何理解立法宗旨？社会各界都有不同的声音。清楚地阐述和理解立法宗旨既关系如何正确理解和看待这部备受企业界责难的法律，也关系它能否在实践中得到有效实施。

热议劳动合同法

◎ 有人欢喜有人忧

2006年3月20日《劳动合同法草案》公布，劳动者和企业老板们的表情和感觉定格截然不同。劳动合同到期终止后，单位要给劳动者经济补偿；订立两次固定期限劳动合同后劳动关系就转化为无固定期限劳动合同；单位逾期不支付工资得向劳动者加付50%至100%的赔偿金……“这些条款太好了！”北京某网站的一位职员毫不掩饰他的喜悦。“这些条

款太“狠”了!”一位私企老板则用几乎“悲愤”的口气表达心中的郁闷^①。企业界的反应也并不都是如此的否定。管理规范的企业,无论是内资还是外资,并不认为该法是企业的负担,他们对该法的认同感源于他们本身的用工管理制度较为规范。富士康老板郭台铭认为该法“是促进劳资双赢的一部法律”。

在《劳动合同法》实施前夕,很多企业纷纷使用“工龄归零”或者突击解雇的招数规避该法关于无固定期限劳动合同的规定,也有企业家明确向媒体表达心中的不满。最有代表性的是2006年“胡润中国财富榜”的“女首富”、全国政协委员张茵对香港《文汇报》的记者抱怨,当前中国未建立完善的劳保福利制度,新法实施为之过早,而且法规过于保护劳工,甚至规定将来企业不可以炒人,这对企业的发展是种障碍,“新法偏于劳工,我们没有意见,但过于保护劳工的话,企业就很难运作了”。

并非所有的企业主都如此误读和责难《劳动合同法》。有民营企业撰写文指出:《劳动合同法》符合国际惯例,《劳动合同法》是一部能够促进企业内部和谐的好法律,保护劳动者的合法权益决定中国的繁荣。^②

◎“单保护”还是“双保护”?抑或“平等保护”“倾斜保护”

《劳动合同法》对劳动者具有明显倾向性的条款,也在学界乃至社会其他各界引起了激烈的争论。在立法阶段,学界就有人提出该法的草案提高了劳动标准,有“锦上添花”之意而无“雪中送炭”之功^③,更有学者加入到“单保护”还是“双保护”论争中,即劳动合同法保护劳动者

① 阿计. 劳动合同法:艰难的“倾斜”. 浙江人大. 2006, 7: 29

② 向文波. 坚决实施劳动合同法. 人民日报, 2008-03-18

③ 董保华. 锦上添花抑或雪中送炭——析《中华人民共和国劳动合同法(草案)》的基本定位. 法商研究. 2006, 3: 45~53

合法权益还是保护劳动者和用人单位双方合法权益^①。在该法通过之后，争论更加明显地表现为“平等保护”还是“倾斜保护”之争，即劳动合同法应当平等保护劳动者和用人单位合法权益还是对劳动者合法权益倾斜保护^②。

◎ 立法博弈彰显利益冲突

“在劳动合同法立法博弈过程中出现的立法话语权失衡，考量着现行的民主立法机制。在利益冲突不断加剧的时代，立法机关如何合理地倾听各方诉求，平衡各方利益，各利益群体，尤其是弱势群体如何平等地参与立法博弈，将直接检验中国立法的公平和公正。”^③

◎ 经济学界看法不一

经济学界对法律的评价往往站在经济效益和利润最大化的立场，不太容易站在社会公正和正义的角度看问题，所以，法学界和经济学界就不可能有一致的结论。

对于这部《劳动合同法》，有经济学家较为客观地说，新劳动法是中共历史上最偏向劳动者的一部法律，不过效果如何还有待观察。

也有极端攻击的言论。就职于香港大学的经济学家张五常 2007 年 12 月 11 日起在自己的博客上发表了一系列责难《劳动合同法》的文章，一时间在网上传得沸沸扬扬。他认为该法“有机会把改革得大有看头的经济搞垮了”，是“中国伟大经济改革的致命伤”。他认为该法人为地干预企业与员工之间的合约，势必加重企业用工成本，导致企业倒闭或者裁员，最终损害劳动者的利益。无法承受用工成本急剧上升，将迫使成千

① 董保华. 论劳动合同法的立法宗旨. 现代法学. 2007, 11: 69~75

② 阿计. 劳动合同法. 艰难的“倾斜”. 浙江人大. 2006, 7: 29. 董保华. 论劳动合同法的立法宗旨. 现代法学. 2007, 11: 69~75

③ 宁维武. 利益冲突时代的民主断想. 政府法制. 2006, 8: 29