



防范用工风险的法律依据  
减少劳资纠纷的专家建议

# 企业用工与劳动合同法

中国政法大学 金英杰/著

中国工人出版社

D922.52/24

2007

# 企业用工与劳动合同法

金英杰 著

中国工人出版社

**图书在版编目 (CIP) 数据**

企业用工与劳动合同法 / 金英杰著. —北京: 中国工人出版社, 2007. 7

ISBN 978 - 7 - 5008 - 3900 - 2

I. 企… II. 金… 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 (2007) 第 101955 号

---

**出版发行: 中国工人出版社**

**地 址:** 北京鼓楼外大街 45 号

**邮 编:** 100011

**电 话:** (010)62350006(总编室) (010)82075935(编辑室)

**发行热线:** (010)62033018 82081553(传真)

**网 址:** <http://www.wp-china.com>

**经 销:** 新华书店

**印 刷:** 中国纺织出版社印刷厂

**版 次:** 2007 年 7 月第 1 版 2007 年 7 月第 1 次印刷

**开 本:** 850 毫米 × 1168 毫米 1/32

**印 张:** 6.25

**定 价:** 15.00 元

---

版权所有 侵权必究

印装错误可随时退换

# 前 言

20世纪80年代以来，企业社会责任运动在西方发达国家起步，并迅速波及全球。所谓企业社会责任，是指企业在为股东谋取最大利润的同时，应当充分考虑利益关系人的利益，承担对员工、消费者、社区和环境的社会责任，包括遵守商业道德、保障生产安全和职业健康、保护劳动者的合法权益、保护环境、支持慈善事业、捐助社会公益、保护弱势群体等。其中保护劳动者的合法权益是企业应承担的重要社会责任之一。

2007年6月29日出台的《中华人民共和国劳动合同法》，关乎劳资双方切身利益，备受世人瞩目，乃至世界瞩目，它标志着我国劳动立法进入了成熟期。《劳动合同法》对用人单位在劳动合同订立、履行、变更、解除、终止各阶段应承担的责任，做出了明晰的规定，是法定责任，也是企业的社会责任。

《劳动合同法》的实施必然要求企业更重视劳动者权益的维护，而企业加大保护劳动者权益的投入是否必然意味着企业运作成本的提高呢？笔者认为不尽然，企业社会责任在现代社会是一种竞争力。劳动力成本、生态环境都是社会资源，忽视劳动者劳动权益的维护，会导致资源受损，影响企业社

会形象，降低企业竞争力。“民工荒”“技工荒”的出现，就是企业不重视对劳动力资源的投入，劳动者用脚“投票”的结果。企业忽视劳动者权益保护的投入，不知法更不知守法，或知法不守法，轻则会造成社会资源的损失和浪费，重则会引起社会的一致谴责、法律的严厉制裁、政府的严格监管甚至取缔，也会引发劳工的抗议，甚至可能会引发社会动荡，这既损害社会公共利益，也会损害企业的利益。因为现代社会是共生共存的社会，任何一个主体都不可能脱离社会而存在，都是利益相关体。一个企业的可持续性发展，既有外部环境的影响，内部关系的和谐也非常重要，只有合作，共同重视企业利益、社会利益的实现，才能实现双赢甚至多赢。社会利益、国家利益、劳动者的利益不仅需要国家维护，企业也应承担相应的社会责任。创造安全、舒适的劳动环境，构建、发展和谐稳定的劳动关系，实现社会和谐，企业责无旁贷。

基于以上观点，本书在编写时，主要是侧重讨论《劳动合同法》对企业用工的重大影响，说明如何依法进行人力资源管理，有效控制用工风险，构建和谐劳动关系，并辅之以生动的案例说明，具有较强的实用性。

《劳动合同法》于2008年1月1日起生效。在生效之前，企业还有一定的调整时间，希望本书能够为企业这一过渡时期的人力资源策略的调整及水平的提升提供帮助。

金英杰

2007年7月

# 目 录

<b>第一章 《劳动合同法》的立法背景与立法趋势</b>	(1)
一、《劳动合同法》的立法背景	(3)
二、《劳动合同法》的立法趋势	(8)
三、《劳动合同法》主要解决了劳动领域的 哪些问题	(11)
<b>第二章 《劳动合同法》的基本理论</b>	(14)
一、《劳动合同法》的立法目的	(14)
二、《劳动合同法》的主要内容	(20)
三、《劳动合同法》与《劳动法》的关系	(21)
四、劳动合同的定义及与劳务合同、雇佣 合同的区别	(22)
五、劳动合同适用的法律	(32)
六、《劳动合同法》的适用范围	(34)
七、劳动合同订立时应遵循的原则	(39)
八、劳动合同与集体合同的关系	(42)
<b>第三章 企业用工与劳动合同制度</b>	(44)
一、《劳动合同法》对劳动合同种类的 影响及企业的选择	(44)
二、《劳动合同法》对企业劳动规章制度的	

影响及企业如何完善劳动规章制度 .....	(58)
三、《劳动合同法》对用人单位订立劳动 合同的影响及用人单位应履行的义务 .....	(73)
四、《劳动合同法》对试用期的影响和 用人单位应履行的义务 .....	(91)
五、《劳动合同法》对商业秘密和竞业 限制条款的规范 .....	(100)
六、用人单位约定服务期协议时应注意的 问题以及违约金条款的法律约束 .....	(109)
七、劳动合同解除与终止制度的选择 .....	(119)
八、用人单位、劳动者在解除、终止劳动 合同时的法律义务 .....	(136)
九、《劳动合同法》在劳动者辞职权 行使上的变化 .....	(137)
十、关于经济补偿金 .....	(143)
十一、《劳动合同法》对劳务派遣用工的 影响及用人单位的选择 .....	(148)
中华人民共和国劳动法 .....	(155)
中华人民共和国劳动合同法 .....	(172)

# 第一章 《劳动合同法》的立法 背景与立法趋势

2007年6月29日，在第十届全国人大常委会第二十八次会议上，《中华人民共和国劳动合同法》被提交会议表决，表决结果是一百四十五票赞成，零票反对，一票弃权。牵动每一个劳动者的心，同样也牵动着每一个企业利益的《劳动合同法》终获高票通过。

当我们追溯《劳动合同法》的立法进程时，发现还没有一部法律受社会关注度如此之高，2006年3月20日全国人大常委会向全国公布《劳动合同法》第一次审议稿后，收到十九万多条意见（其中百分之六十是劳动者的意见），而同期的《中华人民共和国物权法》收到意见只有一万多条；还没有一部法律立法过程是如此审慎，历经第十届全国人大法律委员会四次审议；还没有一部法律像劳动合同立法这样参与者如此之众多，立法进程中，立法部门多方听取意见，劳动者、企业、商会、专家学者、全国总工会、政府有关部门均广泛参与。有专家评述说劳动合同立法堪称是一次民主立法、科学立法的生动实践。

《劳动合同法》早就被列入第十届全国人大常委会立法规划。2005年1月，劳动和社会保障部将《中华人民共和国劳动合同法（草案送审稿）》报请国务院审议。2005年10月28日，国务院一百一十次常务会议讨论通过。2005年11月26日，《劳



劳动合同法（草案）》首次提请第十届全国人大常委会第十九次会议审议。草案共分七章六十五条，分别为总则、劳动合同的订立、劳动合同的履行和变更、劳动合同的解除和终止、监督检查、法律责任和附则。2006年3月20日，全国人大常委会向全国公布草案，广泛征求社会各界意见。

2006年12月11日，全国人大常委会法律委员会对修订后的《劳动合同法（草案）》进行第二次审议。2006年12月24日，修改后的第二稿通过。2007年4月24日，全国人大常委会法律委员会通过三审稿。三审稿共分八章九十八条，增加了第五章特别规定，规定了集体合同、劳务派遣合同和非全日制用工。2007年6月24日，全国人大常委会法律委员会第四次审议《劳动合同法（草案）》。2007年6月29日，全国人大常委会第二十八次会议表决通过，通过的《劳动合同法》于2008年1月1日起生效。至此，《劳动合同法》的立法进程告一段落。

立法的过程就是博弈的过程。立法中的争论，不同观点的碰撞，各方利益的诉求都充分表现在劳动合同立法上。《劳动合同法》从立法之初，始终就在争论不休——应该不应该提高劳动标准；劳动标准是高了还是低了；《劳动合同法》是“雪中送炭”，还是“锦上添花”；对劳动者是否要倾斜保护，还是劳动者、用人单位利益的平等保护。一方面顺应社会进步文明的呼吁，加强对劳动者的保护；另一方面，对劳动力保护会不会影响企业竞争力，会不会削弱竞争，甚而会不会影响投资环境、甚至影响经济的发展。如何有效地寻求劳动者、用人单位、国家利益的平衡，成为立法争论焦点。当尘埃落定之时，对这些问题的争论仍然没有停止。而对立法背景的追寻，有助于我们理解、认识《劳动合同法》，有助于我们更好地运用《劳动法》。本书是探讨企业用工与《劳动合同法》这一专题的。《劳动合同法》的出台

必将对企业用工产生影响，劳动条件标准的提高势必会间接或直接地提高企业的劳动成本。就企业来说，关注更多的是自身利益，而对社会整体利益关注不够，对劳动合同法立法本意理解不够，必然会导致运用的偏差。为了使企业更好地理解、运用《劳动合同法》，有必要分析其立法背景。

## 一、《劳动合同法》的立法背景

制定《劳动合同法》是协调劳动关系、维护劳动者合法权益的需要，是建立和谐社会的需要。

我国现行《劳动法》严重滞后于现实需要。20世纪90年代我国开始了市场经济的进程，为适应市场经济的发展，1994年7月4日《中华人民共和国劳动法》颁布，1995年1月1日起施行。这部《劳动法》是我国建国以来第一部调整劳动关系，保护劳动者合法权益的法律。自实施以来，它在保护劳动者合法权益、协调劳动关系、促进经济发展方面发挥了重要作用。十多年来，我国劳动用工制度发生了巨大变革，劳动力市场机制得以建立，在全社会范围内逐渐形成了竞争机制、风险机制和能进能出的机制，使劳动力资源的效率配置成为可能，劳动者的劳动权也日益受到重视。《劳动法》的实施、劳动制度的改革，不仅使劳动者的权益得到法律保护，使企业的效益有了提高，也极大地提高了我国经济发展速度，使人民物质生活水平明显提高。但也不能不看到，我国政治、经济发展迅速，制定于十多年前的《劳动法》日益显现严重滞后于现实需要的弊端。

其弊端主要有：

### （一）适用范围窄，影响《劳动法》作用的发挥

《劳动法》制定时，既为了保护劳动者的合法权益，同时也是为了对企业用工制度进行改革，因而侧重于企业劳动关系的调

整。而对事业单位、社会团体及其他用工形式的劳动者不完全适用，甚至不适用，造成适用范围较窄，不能使所有劳动者都一律平等地获得《劳动法》的保护，这已成为影响《劳动法》权威性和发挥保护劳动者合法权益作用的瓶颈。

### （二）劳动关系法律规制复杂化

随着我国经济的发展，灵活用工形式增多，出现用工主体多样化、用工形式多样化，如劳务派遣用工、非全日用工、承包工、民办非企业单位用工等。这些新的用工形式在《劳动法》中没有规范或规范较少，出现法律的真空。缺乏规制的结果就是权利维护的缺位。

### （三）劳动合同短期化现象普遍，影响劳动者职业稳定和企业、国家的长远发展

用人单位出于用工成本低廉的考虑，普遍与劳动者签订短期劳动合同，使劳动者缺乏职业安全感，影响构建和谐稳定的劳动关系。同时，由于劳动者缺乏职业安全感，对企业没有归属感，对企业的忠诚度低，导致员工流动率过高。企业长远发展需要稳定的训练有素的员工队伍，短期用工影响企业长远发展，同时对国家拉动内需、促进经济发展也不利。

### （四）劳动关系法制化落实难

由于《劳动法》对法律责任追究规定不完善，致使法律明文规定的劳动者的权益不能得到有效及时保护。据抽样调查统计，我国劳动合同平均签订率并不高，特别是建筑业、餐饮服务业的签订率只有40%左右。农民工劳动合同签订率在30%左右，中小型非公有制企业签订率不到20%（资料来源：《有效寻求劳资诉求契合点劳动合同法草案今表决》，吴坤，《法制日报》，2007年6月29日）。《劳动法》明文规定劳动合同应采取书面形式，但并未规定不以书面形式签订劳动合同将承担什么法律责

任。因此，这一规定虽已实施了十多年，但有些用人单位仍然无视法律而不与劳动者签订书面劳动合同，致使劳动者维护权益时难以证明与企业之间存在劳动关系，国家劳动监察机构行使监察权也无法律依据。

#### （五）劳动力成本持续探低，对国家经济总体发展不利

企业在市场经济中是追逐利润最大化的经济组织，人力资源的对策主要就是如何降低劳动成本，同时也由于劳动立法规范不够或规范空缺等因素，使企业在用工时更多倾向于低劳动成本，造成如：工资标准长期得不到提升，劳务派遣工与非劳务派遣工的不同工同酬，非全日制工的低工资，试用期成“白用期”，廉价使用劳动力，拖欠工资严重等。改革开放以来，我国工资总额占GDP的比例呈现走低趋势，1978年为16.1%，1990年为15.8%，2000年为10.7%，2005年为10.9%，而市场经济成熟国家，劳动者的工资总额占GDP的比例普遍都在54%~65%之间，如美国为58%。即使像印度这样的不发达国家，劳工工资也比我国高。印度人均GDP只有中国的一半，但是其制造业工人的全部报酬却是中国的2.5倍（资料来源：《优先保护劳动者权益是正确选择》，高明华，《新京报》，2007年1月5日）。劳动力成本持续探低，会造成用人单位将低劳动力成本作为取得竞争优势的“法宝”，而忽视以科学管理、技术更新提高企业竞争优势的积极作用，长此下去不利于科学技术的自主创新，影响国家科学技术水平的提升。而劳动力成本的探低、社会保障制度的不健全、劳动者职业安全感的丧失，会动摇其消费欲望，抑制其消费水平和消费能力，影响消费市场的扩张，乃至国民经济的发展。

#### （六）劳动者的择业自由权受到极大限制

择业自由权，是指劳动者根据《劳动法》规定，有自由选

择职业和工种的权利。《劳动法》第三十一条规定：“劳动者解除劳动合同，应当提前三十日以书面形式通知用人单位。”根据这一规定，劳动者单方解除劳动合同时，只需要履行提前三十天书面通知义务，三十天期满，该解除就可以发生法律效力。而有的用人单位为了防止员工“跳槽”，约定“违反劳动合同的期限即视为违约”，即只要劳动者在劳动合同期限内提出解除劳动合同，就视为违约，并设立高额违约金，以此限制劳动者自由择业权的行使。

法律是反映社会现实的，是社会关系的调整器。《劳动法》实施过程中日益显现的严重滞后于现实需要的弊端，有必要立法予以调整。

同时，法律的调整与政府的执政理念也有关系。我国改革开放已有二十多年，在改革开放之初，为使国民经济迅速发展，提出“效率优先、兼顾公平”的发展原则。这一原则的实施，对推动国民经济的发展起了极大作用，我国国民生产总值连年上升，国力迅速增强，但发展中效率优先的结果有失公平，牺牲了一部分人的利益。尤其是国有企业改制中的老职工的利益；在劳动领域，在追求劳动力效率配置的同时，忽视了公平。2006年10月召开的中国共产党第十六届六中全会上通过了《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》，明确阐述了构建社会主义和谐社会的指导思想、目标任务和原则，也确定了本届政府的执政理念之一是构建和谐社会。而在构建和谐社会的过程中，必须把构建和谐劳动关系放在首位，因为劳动关系是市场经济条件下最广泛、最基本的社会关系，也是最重要的社会关系，劳动关系和谐稳定直接关系到整个社会的和谐稳定，关系着劳动者能否获得权利的充分保护，企业能否获得良好的发展空间，国家能否获得可持续发展。在建立社会主义市场经济体制过

程中,《劳动合同法》是我国建立和维护劳动关系协调机制的基础性《劳动法》律规范。

我国的国情也决定了有必要制定《劳动合同法》。我国的基本国情是就业市场严峻,劳动力市场供大于求的状况始终存在,用人单位相对于劳动者无论是在经济上、组织上、就业市场上、资源的配置上都处于强势地位。“强资本、弱劳工”现象在劳动关系领域普遍存在,在劳动领域引发一系列问题,如:农民工工资被大量拖欠,黑煤窑奴役“劳工”,“血汗工厂”屡禁不绝,用人单位拖欠巨额社会保险费,劳动争议案件连年递增等。劳动关系领域的不和谐、不稳定现象,既损害劳动者权益,给我国经济发展带来障碍,也带来严重的政治问题。劳动风险有可能演化为社会风险,甚而政治风险,会引发社会动荡。在有关国家“中国威胁论”甚嚣尘上之际,劳动领域的问题也会有损我国的国际形象,给中国政府做负责任的大国的承诺带来负面影响。可见,劳工权益的维护不仅是经济问题,更重要的是政治问题。

我国工会的力量尚有限,尤其是基层工会组织,一般难以取得与用人单位平等的地位,集体合同、集体协商制度尚未完善,因此利用团体力量解决劳动条件、劳动标准的合理、公平问题还有一定难度,对劳动关系的调整更多地需要依靠国家立法。这也反映了我国劳动立法的特色,即侧重于个别劳动关系的调整。

另外,从全球范围看,经济全球化的发展,使我国经济与世界经济顺利接轨,取得了前所未有的发展机遇,尤其是制造业发展迅速,在国际市场上占有一定的竞争优势。产品价格包含劳动力的价格。我国丰富的、低廉的劳动力成本成为在国际市场上取得竞争优势的因素之一。但一国竞争力的维持与提高是否可以长久、持续地依靠低廉的劳动力成本呢?显然不尽然。在国际贸易竞争十分激烈的今天,不少发达国家出于对本国市场、就业的保

护，以各种借口设置贸易壁垒，挤压中国产品的出口空间，例如“反倾销”，发达国家以低于市场价格倾销为名，对我国出口产品征收高额反倾销税。根据世贸组织统计，1995年至2004年间，中国始终是世界遥遥领先的反倾销头号目标国。据我国商务部统计，1979年至2004年5月底，已有34个国家和地区发起了637起涉及我国出口产品的反倾销、反补贴、保障措施及特保调查，其中反倾销调查573起，反补贴2起，保障措施调查51起，特保调查11起，涉及商品4000多种（资料来源：《我国进入贸易摩擦多发期》，龚雯，《人民日报》，2004年6月5日第2版）。还有些国家设置“绿色标准”、“劳工标准”、技术标准、动植物卫生检验检疫措施、知识产权保护等各种形式的贸易壁垒，限制我国产品的输出，使我国依靠低廉的劳动力成本进行国际竞争越来越困难。在激烈的国际贸易竞争中，我国要想获取市场，一方面适时坚持低劳动力成本的优势，另一方面也必须适时调整，多方位发展，不能总是处于全球产业链的末端。要提高自有技术的含量，本届政府也提出了自主创新的发展口号。而产业提升、产业结构调整，提高技术研发水平，乃至提高一国的科学技术水平，都必须在人力资源上投资，“科技以人为本”。

制定《劳动合同法》，是中国调整劳动关系的必然，是建立和发展和谐社会的必然，同样也是中国政治、经济发展的必然。劳工权益维护，社会和谐发展，提升科学技术水平，社会进步和文明的要求，都呼唤中国要加强劳动立法，尽早制定《劳动合同法》。

## 二、《劳动合同法》的立法趋势

《劳动合同法》适当地提高了劳动标准，例如，劳动合同终止与解除都要支付给劳动者经济补偿金，对招用劳动者、订立劳

动合同时用人单位应承担的法律义务等内容的规定，必然会加大用人单位的劳动成本和管理成本。这主要是为了解决劳动者职业安全问题。而且中国需要适当提高劳动标准，实现产业升级，提高竞争能力。劳动者收入的增加也会拉动内需，促进经济发展。

《劳动合同法》强调劳动者合法权益的维护，明确提出其立法目的是保护劳动者的合法权益。《劳动合同法》立法过程中，一直存在着是“单保护”还是“双保护”的争议。“单保护”即主张《劳动合同法》是向劳动者权益倾斜保护的律；“双保护”则主张《劳动合同法》既保护劳动者的合法权益，也保护用人单位的合法权益。从社会舆论看，一方面要求立法保护处于弱势的劳动者的呼声一直非常强烈，认为我国劳动力供大于求的状况始终存在，“强资本、弱劳工”是普遍的事实，立法不能只重视形式上的平等，忽视事实上的不平等，更应通过法律的扶弱抑强，实现实质公平。另一方面，以企业家为代表的诸多人士，反对“单保护”，在《劳动合同法（草案）》一审稿公布后，代表中国企业利益的中国企业家联合会、外资企业在华代表机构，如中国欧盟商会、美国商会等，都曾向立法机关提出建议，要求“双保护”。他们认为，如果实施过分强调保护劳动者权益的法律，将大幅增加劳动用工成本，对中国的投资环境造成消极影响。但最终立法仍然是坚持写上“保护劳动者的合法权益”，而没有写上保护用人单位的合法权益。可以说，各部门立法各有特色。《劳动合同法》是调整劳动关系的，鉴于劳动者是劳动关系中的弱者，因之立法上突出劳动者权益维护，而规范企业（《劳动法》中的用人单位）的组织和行为的《公司法》，强调保护公司、股东和债权人的合法权益，并没有强调要保护职工的权益，这是立法的惯例。而且保护劳动者合法权益，并不意味着不保护或忽视用人单位的合法权益，《劳动合同法》是劳动者权益保护



法，也是人力资源配置法，劳动者与用人单位是共生体，劳动者权益维护到位，人力资源的效率配置才能实现。人力资本同物质资本一样也是企业竞争力之一。

《劳动合同法》加大了用人单位的违法成本。明确规定用人单位的权利义务，对不履行法律义务的，规定承担相应的行政责任、民事责任，甚而刑事责任。在法律责任的追究上较为重视经济责任的承担，例如，用人单位不与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资；用人单位违法要求劳动者提供担保、向劳动者收取财物的，由劳动行政部门处以罚款，额度为五百元以上二千元以下。诸如此类的经济责任条款在法律责任追究上是较为普遍的。这恰恰也是吸取了1995年实施的《劳动法》因为法律责任追究的不完善，造成执法困难的教训。

《劳动合同法》加重了国家劳动监察责任。在市场经济条件下，意思自治受重视，国家干预降低。但是，中国“强资本、弱劳工”的现实，集体合同、集体协商制度尚不完善的现状，决定了在我国劳动关系的协调不能放任劳资双方意思自治，不能放任市场自发调节，国家必须予以适度的干预，以政府的权威制止、制裁违法行为。因而，《劳动合同法》的国家干预色彩较为浓厚，在法律责任的追究上，几乎对列举的每一项违法行为，都规定有劳动行政部门可以行使劳动监察权，赋予了国家和地方劳动行政部门对违法行为追究行政责任的职权，这就加大了政府责任。同时，为防止劳动行政部门滥用职权或不履行法律职责，规定劳动行政部门和其他有关主管部门及其工作人员玩忽职守、不履行法定职责，或者违法行使职权，给劳动者或者用人单位造成损害的，应当承担赔偿责任；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。