

趨勢與展望《勞動合同法》

編者按：全國人大法律委員會頒布最新《勞動合同法》，將於2008年1月1日實施定明「事業單位與實行聘用制的工作人員訂立、履行、變更、解除或者終止勞動合同，法律、行政法規或者國務院另有規定的，依照其規定；未作規定的，依照本法規定執行」，以完善勞動合同制度，構建和發展和諧穩定的勞動關係，保護勞動者的合法權益。

這部新法會怎樣挑戰傳統的用工觀念呢？針對新規定對於用人單位（僱主）的影響，作者特別提出以下十點，讓同業加以注意。

1. 用工不能 再不簽書面勞動合同

《勞動合同法》第十條規定，建立勞動關係，應當訂立書面勞動合同。這一規定重申了《勞動法》的規定。但在實踐中，多數企業仍有一個錯誤的認識，認為簽訂勞動合同就是將自己套牢，沒有合同就與職工沒有勞動關係，可以規避法律的規定自由處置員工的錄用與辭退，而且還可以不繳、少繳稅款和社會保險，即使員工去告，也會因缺乏證據而不了了之。

其實不然，勞動和社會保障部在2005年專門發佈的《關於確立勞動關係有關事項的通知》中早已明確，在用人單位未與勞動者簽訂勞動合同，認定雙方存在勞動關係時可參照的憑證，包括①工資支付憑證或記錄（職工工資發放名冊）、繳納各項社會保險費的記錄；②用人單位向勞動者發放的“工作證”、“服務證”等能夠證明身份的證件；③勞動者填寫的用人單位招工招聘“登記表”、“報名表”等招用記錄；④考勤記錄；⑤其他勞動者的證言等。其中，①、③、④項的有關憑證的舉證責任在用人單位。《通知》還規定了用人單位終止事實勞動關係的也需要支付經濟補償金。

因此，我國的勞動法律法規和政策明確杜絕了勞動者因沒有勞動合同而在發生勞動爭議後求助無門的情況，企業逃避責任的空間更加狹小。更為重要的是，《勞動合同法》還規定，用人單位自用工之日起不與勞動者訂立書面勞動合同的，將面臨許多懲罰措施。

- 1 用人單位自用工之日起超過1個月但不滿1年未與勞動者訂立書面勞動合同的，應當向勞動者每月支付2倍的工資。
- 2 用人單位自用工之日起1年不與勞動者訂立書面勞動合同的，視為用人單位與勞動者已訂立無固定期限勞動合同。一旦訂立無固定期限的勞動合同，沒有法律規定的可以解除勞動合同的情形，用人單位無法辭退勞動者，否則，違法辭退要支付兩倍的經濟補償金。

可見，新法實施後用人單位不簽訂書面勞動合同的，將面臨極大的法律風險。

2. 勞動合同不能再一年一簽

在以往的實踐中，用人單位用工往往喜歡一年一簽勞動合同。原因主要是，先前的法律規定

改變十大用工觀念

勞動合同到期終止的，企業不需要支付經濟補償金，因此，一年一簽勞動合同，可以規避解除勞動合同支付經濟補償金的風險。但是，這一做法在新法實施後將不再好使。

首先，《勞動合同法》第四十六條規定，除用人單位維持或者提高勞動合同約定條件續訂勞動合同，勞動者不同意續訂的情形外，依照本法第四十四條第一項規定，如要終止固定期限勞動合同的，用人單位應當向勞動者支付經濟補償金。這就意味著，勞動合同期滿後，用人單位不與勞動者續簽勞動合同，或與勞動者續簽勞動合同時提供的條件比原勞動合同約定的低，導致勞動者不願續簽勞動合同的，用人單位需要支付經濟補償金。這一規定使勞動合同到期終止與勞動合同解除在支付經濟補償金上的區別趨於淡化。

其次，《勞動合同法》第十四條規定，連續續簽兩次固定期限的勞動合同後，再次續簽勞動合同時，如果勞動者提出簽訂無固定期限勞動合同，用人單位必須同意。這意味著如果企業選擇一年一簽勞動合同，那麼兩年後，企業只有兩種選擇，要麼選擇不續簽合同，支付經濟補償金後，與勞動者分道揚鑣；要麼選擇續簽勞動合同。後者可能使企業面臨簽訂無固定期限勞動合同的風險。可見，選擇一年一簽勞動合同，對企業來說是極不利的。新法實施後，企業應注意勞動合同期限的合理搭配。

3. 違約金不能再隨意設定

勞動合同中能否為勞動者設定違約金條款，是一個比較有爭議的話題。《勞動法》對此規定並不明確，各地的地方性立法對此規定更是大相

徑庭。《勞動合同法》的出台使這一問題走向了統一。《勞動合同法》規定，只有在兩種情形下，用人單位可以約定由勞動者承擔違約金。

一是在培訓服務期約定中約定違約金。用人單位為勞動者提供專項培訓費用，對其進行專業技術培訓的，可以與該勞動者訂立協議，約定服務期。若勞動者違反服務期約定，應當按照約定向用人單位支付違約金。違約金的數額不得超過用人單位提供的培訓費用。用人單位要求勞動者支付的違約金不得超過服務期尚未履行部分所應分攤的培訓費用。

二是在競業限制約定中約定違約金。用人單位與勞動者可以在勞動合同中約定，保守用人單位的商業秘密和與知識產權相關的保密事項。對負有保密義務的勞動者，用人單位可以在勞動合同或者保密協議中與勞動者約定競業限制條款，並約定在解除或者終止勞動合同後，在競業限制期限內按月給予勞動者經濟補償。勞動者違反競業限制約定的，應當按照約定向用人單位支付違約金。

競業限制的人員限於用人單位的高級管理人員、高級技術人員和其他負有保密義務的人員。競業限制的範圍、地域、期限由用人單位與勞動者約定，競業限制的約定不得違反法律、法規的規定。在解除或者終止勞動合同後，以上規定的人員到與本單位生產或者經營同類產品、從事同類業務的有競爭關係的其他用人單位，或者自己開業生產或者經營同類產品、從事同類業務的競業限制期限，不得超過兩年。

新法實施後，除以上兩種情形外，用人單位不得與勞動者約定由勞動者承擔違約金，或者以

賠償金、違約賠償金、違約責任金等其他名義約定由勞動者承擔違約責任。

4. 試用期不再是廉價期

試用期本來是用人單位與勞動者在勞動合同中協商約定的相互考察期。但用人單位濫用試用期的現象比較嚴重。《勞動合同法》延續了《勞動法》有關試用期的一些規定，如試用期屬於勞動合同的約定條款，雙方可以約定或不約定試用期；試用期包括在勞動合同期限之內；試用期最長不得超過六個月。同時，針對實踐中一些用人單位濫用試用期的問題，如試用期過長、過分壓低勞動者在試用期內的工資、在試用期內隨意解除勞動合同等，《勞動合同法》做出了一些與《勞動法》不同的新規定。

- 1 試用期的期限與勞動合同的期限對應關係有規定，即勞動合同期限三個月以上不滿一年的，試用期不得超過一個月；勞動合同期限一年以上不滿三年的，試用期不得超過兩個月；三年以上固定期限和無固定期限的勞動合同，試用期不得超過六個月。以完成一定工作任務為期限的勞動合同或者勞動合同期限不滿三個月的，不得約定試用期。
- 2 同一用人單位與同一勞動者只能約定一次試用期。續簽勞動合同時，不論是否變更崗位都不得再約定試用期。
- 3 試用期應包括在勞動合同期限之內。單獨的試用期合同不成立，該試用期合同就是勞動合同，視為用人單位放棄試用期。
- 4 試用期工資有了新標準。新法規定：勞動者在試用期的工資不得低於本單位同崗位最低檔工資或者勞動合同約定工資的80%，並不得低於用人單位所在地的最低工資標準。
- 5 違法試用要支付賠償金。新法規定：用人單位違反本法規定與勞動者約定試用期的，由

勞動行政部門責令改正；違法約定的試用期已經履行的，由用人單位以勞動者試用期滿月工資為標準，按超過已經履行的法定試用期的期間向勞動者支付賠償金。即按超期試用的除支付試用期工資外，還要另外支付一個月轉正後的工資作為賠償金。

因此，新法實施後，試用期也不再是廉價期，用人單位在試用期的行為將受到更多的制約。

5. 辭退員工不再輕而易舉

《勞動合同法》除沿用《勞動法》關於用人單位辭退勞動者情形分為三大類：即時通知解除、預告通知解除和經濟性裁員。但是用人單位在每一類辭退員工的情形中都有條件限制，如即時通知解除勞動合同的，用人單位需要承擔舉證責任，即勞動者在試用期內不符合錄用條件或嚴重違紀或嚴重失職、營私舞弊給本單位造成重大損失，或勞動合同無效，或因員工兼職對完成本單位工作造成嚴重影響，或被追究刑事責任等；預告通知解除勞動合同的，需要符合法定情形、履行法定程式；經濟性裁員也要符合裁員的條件並履行法定程式等。

法律在規定用人單位可以辭退勞動者情形之外，還規定了用人單位不得解除勞動合同的六種情形。《勞動合同法》第四十二條規定，勞動者有下列情形之一的，用人單位不得依照本法第四十條、第四十一條的規定解除勞動合同：①從事接觸職業病危害作業的勞動者未進行離崗前職業健康檢查，或者疑似職業病病人在診斷或者醫學觀察期間的；②在本單位患職業病或者因工負傷，並被確認喪失或者喪失部分勞動能力的；③患病或非因工負傷，但仍在規定的醫療期內的；④女職工在孕期、產期、哺乳期的；⑤在本單位連續工作滿十五年，且距法定退休年齡不足五年的；⑥法律、行政法規規定的其他情形。

此外，對於有工會的，用人單位單方解除勞動合同，應當事先將理由通知工會。用人單位違

反法律、行政法規規定或者勞動合同約定的，工會有權要求用人單位糾正。用人單位應當研究工會的意見，並將處理結果書面通知工會。最後，法律規定了用人單位違法辭退員工的法律後果。

《勞動合同法》第四十八條規定，用人單位違反本法規定解除或者終止勞動合同，勞動者要求繼續履行勞動合同的，用人單位應當繼續履行；勞動者不要求繼續履行勞動合同或者勞動合同已經不能繼續履行的，用人單位應當依照本法第八十七條規定支付賠償金。《勞動合同法》第八十七條規定，用人單位違反本法規定解除或者終止勞動合同的，應當依照本法第四十七條規定的經濟補償標準的兩倍，向勞動者支付賠償金。

可見，新法實施後，用人單位辭退勞動者的條件更為嚴格、程式更為複雜、違法辭退的成本要翻倍。因此，辭退員工不再是“欲加之罪、何患無辭”。

6. 勞務派遣用工不再是避風港

勞務派遣自在我國產生以來，以其機制靈活、用工效率高、便於分散法律風險等而獲得企業青睞，逐漸成為勞動力市場上一個重要組成部分，“人力資源外包”的一種形式。但是，新法實施之後，勞務派遣將不再是企業規避風險的港灣。

1 法律明確指出用工單位應當履行的義務。《勞動合同法》第六十二條規定用人單位的義務主要包括用工單位應當執行國家勞動標準，提供相應的勞動條件和勞動保護；告知被派遣勞動者的工作要求和勞動報酬；支付加班費、績效獎金，提供與工作崗位相關的福利待遇；對在崗被派遣勞動者進行工作崗位所必需的培訓；連續用工的，實行正常的工資調整機制；應當按照勞務派遣協議使用被派遣勞動者，不得將被派遣的勞動者再派遣到其他用人單位。

2 規定用工單位與勞務派遣單位承擔連帶責任。為防止用工單位規避勞動保障法律法規，促使用工單位只有在真正符合社會化分工需要時才採用勞務派遣形式用工，並且與規範的勞務派遣單位合作、督促勞務派遣單位依法履行義務，《勞動合同法》規定，在被派遣勞動者的合法權益受到侵害時，用工單位與勞務派遣單位承擔連帶賠償責任。這一連帶責任的規定，將使企業採用勞務派遣用工的法律風險大幅度增加，勞務派遣用工方式分散法律風險的作用蕩然無存。

7. 規章制度不再單方可以決定

在企業管理者的觀念裏，企業規章制度應該是企業自主決定的，屬於企業單方決定的事項。其實不然，這一觀念已與法律的規定相衝突。《勞動合同法》第四條規定，用人單位在制定、修改或者決定有關勞動報酬、工作時間、休息休假、勞動安全衛生、保險福利、職工培訓、勞動紀律以及勞動定額管理等直接涉及勞動者切身利益的規章制度或重大事項時，應當經職工代表大會或全體職工討論，提出方案和意見，與工會或職工代表平等協商確定。這裏的“討論通過”、“提出方案和意見”、“平等協商”等規定已經使規章制度由單方行為變作雙方行為，即新法實施後，企業制定規章制度的行為將是一個民主表決和集體協商的雙方行為。

8. 拖欠勞動報酬不再可取

《勞動合同法》第八十五條規定，用人單位有下列情形之一的，由勞動行政部門責令限期支付勞動報酬、加班費或者解除、終止勞動合同的經濟補償；勞動報酬低於當地最低工資標準的，應當支付其差額部分；逾期不支付的，責令用人單位按應付金額50%以上100%以下的標準向勞動者加付賠償金：①未依照勞動合同的約定或未依照本法規定支付勞動者勞動報酬的；②低於最低工資標準支付勞動者工資的；③安排加班卻不支付加班費的；④解除、終止勞動

合同，未依照本法規定向勞動者支付經濟補償的。這一規定的出台，將大大加重用人單位拖欠工資的成本。

因為，原勞動部《違反和解除勞動合同的經濟補償辦法》規定，用人單位克扣或者無故拖欠勞動者工資的，除在規定的時間內全額支付勞動者工資報酬外，還需加發相當於工資報酬25%的經濟補償金。這次勞動合同立法加大了對無故拖欠工資行為的處罰力度，將原來加付25%的標準提高到了50%～100%。此外，《勞動合同法》還為勞動者追討欠薪開闢了綠色通道，其第三十條第二款規定：用人單位拖欠或者未足額發放勞動報酬的，勞動者可以向當地人民法院申請支付令，人民法院應當發出支付令。

因此，新法不僅規定了企業拖欠勞動報酬要加付一倍以下的賠償金，還為勞動者討薪開闢了綠色通道。欠薪的成本要大幅度增加，欠薪將得不償失。

9. 招工不可再收取押金、扣押證件

在實踐中，有些企業以防偷、防跑、防犯規等為由在與勞動者簽訂勞動合同時，收取“押金”、“保證金”等，如果沒有押金，就扣下試用期期間的工資做抵押。其實，這種做法是違反法律的，一旦勞動者向勞動部門投訴，企業將得不償失。《勞動合同法》第九條再次規定：用人單位招用勞動者，不得要求勞動者提供擔保或以其他名義向勞動者收取財物，不得扣押勞動者的居民身份證或者其他證件。而且新法還規定了用人單位違法的處罰措施，其第八十四條第一款規定：用人單位違反本法規定，扣押勞動者居民身份證等證件的，由勞動行政部門責令限期退還勞動者本人，並依照有關法律規定給予處罰。第八十四條第二款規定：用人單位違

反本法規定，以擔保或其他名義向勞動者收取財物的，由勞動行政部門責令限期退還勞動者本人，並以每人500元以上2000元以下的標準處以罰款；給勞動者造成損害的，應當承擔賠償責任。因此，新法實施後，企業在招工時收取押金、扣押證件的，不僅面臨行政處罰，還將面臨民事賠償。

10. 還工義務不再可以隨意拖延履行

勞動合同解除，終止後企業還需要積極履行相關的附隨義務，如對於從事有職業危害作業員工在勞動合同解除、終止前做身體檢查，支付經濟補償金，提出具勞動關係解除終止證明，轉移檔案、社保關係等。需要指出的是，《勞動合同法》還為這些附隨義務設定了時間表，《勞動合同法》第四十二條規定，對於從事有職業危害作業員工在勞動合同解除、終止前未做健康檢查的，單位不得解除、終止勞動合同。《勞動合同法》第五十條規定，用人單位依照本法有關規定應當向勞動者支付經濟補償的，在辦妥工作交接時支付。

《勞動合同法》第五十條規定，用人單位應當自解除或者終止勞動合同之日出具勞動關係解除終止證明，並在十五日內為勞動者辦理檔案和社會保險轉移手續。《勞動合同法》第八十四條規定，勞動者依法解除或者終止勞動合同，用人單位扣押勞動者檔案或者其他物品的，由勞動行政部門責令限期退還勞動者本人，並以每人500元以上2000元以下的標準處以罰款；給勞動者造成損害的，應當承擔賠償責任。可見，新法實施後，用人單位解除、終止勞動合同的附隨義務有了時間表，用人單位應在法定時間內積極履行附隨義務，否則，將有可能承擔賠償責任。■