


劳动合同法原理与应用

Laodonghetongfa

Yuanli yu

Yingyong

王伟杰 © 著

 中国人民大学出版社

劳动合同法原理与应用

王伟杰 著

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动合同法原理与应用/王伟杰著.
北京:中国人民大学出版社,2009
ISBN 978-7-300-10949-7

- I. ①劳…
II. ①王…
III. ①劳动合同法-研究-中国
IV. ①D922.52

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 224469 号

劳动合同法原理与应用

王伟杰 著

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511398 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京联兴盛业印刷有限公司		
规 格	160 mm×230 mm 16 开本	版 次	2009 年 12 月第 1 版
印 张	17.5	印 次	2009 年 12 月第 1 次印刷
字 数	289 000	定 价	42.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

酝酿了两年之久，本书终于在《劳动合同法》实施两周年之际即将付梓出版。关于《劳动合同法》的纷争、讨论远自颁布之前就已经开始，而且异常激烈。2005年12月第十届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议首次审议《劳动合同法》（草案），2006年3月将其向全国公布，广泛征求社会各界意见，开始掀起了这场波及中国不同阶层、各个地域的关于劳动法律的大讨论。及至2007年6月四审稿提交全国人民代表大会常务委员会，并于6月29日被正式审议通过，关于草案的讨论才终于告一段落。

但是关于《劳动合同法》的讨论并没有因此结束，专家、媒体又对于已颁布的《劳动合同法》的条款展开激烈讨论，对其拍手称快者有之，大力抨击者有之，全力维护者有之，恶语攻击者有之，一时间在劳动法律界简直是山雨欲来风满楼。专家层面，就有分别以中国人民大学的常凯与华东政法大学的董保华为代表的被媒体称为南北派的争论；媒体层面，报纸、电视、网络，纷纷开始专栏进行讨论；其他方面，比如各地的劳动保障部门、工会以及企业等，也根据各自角度和理解发表着对《劳动合同法》的意见。当然，必须说明的是，尽管讨论很激烈，但是主要是限于民间的讨论，官方的意见还是很明确的。那就是维护《劳动合同法》的尊严，严格实施《劳动合同法》，并对违反《劳动合同法》的行为进行打击。

由于《劳动合同法》作为国家法律，仍然具有宏观性和抽象性，很多条款需要进一步细化以使之具有操作性；同时，也因为《劳动合同法》受到较多的批评和压力，社会各界一直期望及时出台与《劳动合同法》配套的实施办法（细则）。然而，实施办法的出台确实一拖

再拖：一开始拟由原国家劳动和社会保障部起草颁布实施细则，2008年中，社会上也流传着所谓的《劳动合同法实施细则》，但是最后升格为直接由国务院制定《劳动合同法实施条例》，于9月18日颁布实施。该条例的出台，确实解决了《劳动合同法》操作性上的一些问题，但是对一些比较尖锐的问题也没有下定论。比较典型的就是对劳务派遣的三性问题——临时性、辅助性、替代性——避而不谈。同时，关于劳动合同的解除，反而是花了大量的篇幅把《劳动合同法》中已经作了非常明确的规定的的内容进行了分类和归纳，被认为是《劳动合同法》的立法部门向批评意见的一种妥协。

笔者从2002年开始进入劳动法学界，是年正值《上海市劳动合同条例》颁布。自此本人深受此条例的影响，并在实践中积极研究和贯彻该条例。纵观当今的《劳动合同法》，也吸收了该条例中的大量被实践证明适当有效的条款。基于在实践中贯彻和研究的需要，笔者对《劳动合同法》中几个比较重要的问题一直有着浓厚的兴趣，并积攒了一些资料、经验和体会，现在把它们整理出来，以利于企业劳动关系的实践者参考和借鉴。

本书的主要内容是对《劳动合同法》及其相关规章制度在企业管理中的应用进行理论探讨与应用指导，包含两大部分：第一部分为《劳动合同法》中重大问题的分析，包括：《劳动合同法》中劳动规章制度的效力、内容与企业的制定实务；《劳动合同法》中事实劳动关系的实践分析、法律规定与企业应对实务；《劳动合同法》中的无固定期限劳动合同理论探讨、国际比较与实践误区以及企业应对实务；《劳动合同法》中劳动合同解除的分析、新旧劳动法比较以及企业实际的应对。第二部分为对《劳动合同法》及其相关法律法规的详细解读与企业实践指导，包括：《劳动合同法》的要点解读、分析与实务应对；《劳动合同法》与《上海市劳动合同条例》的比较与实务；《劳动合同法实施条例》的解读与实务应对；《职工带薪年休假条例》及其实施办法的解读与实践应用。

本书的写作得到我在中国人力资源前沿网（www.hr163.net）的同事刘海燕的大力帮助，她帮我收集了大量的资料，并做了很多的基础性工作，应该说本书包含了她的辛勤劳动和汗水。鉴于时间仓促以及本人的能力所限，本书肯定存在着缺陷和瑕疵，欢迎读者批评指正，来信请发邮件至 weijie@sass.org.cn，或致电 021-63596382。

王伟杰
于淮海中路上海社会科学院院部

第一章 劳动规章制度研究^①

第一节 劳动规章制度的概念与效力

一、劳动规章制度的概念

(1) 劳动规章制度是用人单位^②规章制度的组成部分。它是以用人单位为制定主体，以公开和正式的用人单位行政文件为表现形式，并且只在本单位范围内适用。因而，它属于用人单位劳动规章制度，既不同于法规和政策，也不同于社会团体规章。

(2) 劳动规章制度是劳动者^③和用人单位在劳动过程中的行为规则。它的调整对象是在劳动过程中用人单位与劳动者之间以及劳动者相互间的关系，即是说，它所规范的行为是作为劳动过程必要组成部分的劳动行为和用人行为。因而，它在本单位范围内，既约束全体劳动者，又约束单位行政的各个组成部分。但是，它对劳动者和用人单位的约束只限于劳动过

① 之所以使用劳动规章制度一词，而不是规章制度，是要与《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）第4条第1款的用词保持一致。《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》）的第4条中使用的是规章制度，这个大家要注意有所区别。《劳动法》在先，《劳动合同法》在后。推测原因，《劳动合同法》之所以要使用劳动规章制度而不是规章制度，是为了和企业规章制度所区别（企业规章制度的范围远远超过劳动规章制度）。事实上，在实践中，我们一般不去区分劳动规章制度和规章制度的区别，而是混在一起使用。《劳动合同法》第39条就直接使用了规章制度，而不是劳动规章制度。

② 关于用人单位的概念，这是我国《劳动法》独创的一个名词，而且只有在《劳动法》体系中才使用这个词。即使是相关的法律，如《中华人民共和国安全生产法》、《中华人民共和国工会法》等，都没有使用这个词。相对应而言，国外一般使用的是“employer”这个词，直译为汉语的话，就是“雇主”，但是很显然，这个词对于中国的老百姓而言，是比较反感的一个词语。关于用人单位的适用范围，在《劳动法》第2条和《劳动合同法》第2条、第96条都有规定，这里不再赘述。

③ 关于劳动者的概念，我国《劳动法》一直没有非常明确的界定。曾经有人批评过，整部《劳动法》是关于劳动者的权利和义务的，但是却没有去界定劳动者这个概念。一般而言，我们认为劳动者的主要界定是从两个方面：一个是从业身份，涉及机关公务员、事业单位聘用人员的身份问题；一个是从业年龄上界定，比如16岁到退休年龄。

程，在用人单位劳动规章制度中，凡是关于劳动过程之外事项的规定，都不属于劳动规章制度。

(3) 劳动规章制度是用工自主权和劳动者民主管理权相结合的产物。制定和实施劳动规章制度，是用人单位在其自主权限内用规范化、制度化的方法对劳动过程进行组织和管理的行为。也就是说，是用人单位行使用工自主权的一种形式和手段。劳动者作为劳动过程的要素和主体，既有权参加劳动规章制度的制定，又有权对用人单位遵守劳动规章制度实行监督，这是劳动者民主管理权的重要内容。因而，劳动规章制度具有协调劳动关系的功能。

(4) 建立和完善劳动规章制度是用人单位的法定权利和义务。《劳动法》第4条和《劳动合同法》第4条，都明确了建立和完善（劳动）规章制度是法定的权利和义务，而且用词基本相同：“用人单位应当依法建立和完善（劳动）规章制度，保障劳动者享有劳动权利和履行劳动义务”。原劳动部在《劳动部关于对新开办用人单位实行劳动规章制度备案制度的通知》中，对此也作出明确的规定，新开办用人单位应依照《劳动法》的有关规定制定劳动规章制度（主要包括：劳动合同管理、工资管理、社会保险福利待遇、工时休假、职工奖惩，以及其他劳动管理规定），并在正式开业后半年内将制定的劳动规章制度报送当地劳动行政部门备案。^①

二、劳动规章制度的效力

(1) 劳动规章制度是法律的延伸和具体化。《劳动法》第4条规定：“用人单位应当依法建立和完善规章制度，保障劳动者享有劳动权利和履行劳动义务。”也就是说，劳动规章制度应当依法建立，而依法制定的劳动规章制度是对有关法律法规所规定内容的具体细化，是具体表现对国家法律法规的贯彻执行。在此意义上，劳动规章制度是实施劳动法律法规的必要手段，法律应当赋予劳动规章制度以效力。

(2) 劳动规章制度是劳动合同的附件。在劳动合同订立时，劳动者有权了解企业的劳动规章制度，企业可在劳动合同中约定劳动者应当遵守劳动纪律，也应当按照本单位的劳动规章制度提供劳动条件和劳动待遇。劳动者与企业签订劳动合同后，就表明劳动者承认劳动规章制度并愿意受其

^① 参见《劳动部关于对新开办用人单位实行劳动规章制度备案制度的通知》（劳部发[1997] 338号）。

约束。这样一来，劳动规章制度实际上就成了劳动合同的附件。法律赋予劳动规章制度的效力，是强化劳动合同效力的必然要求。^①

(3) 劳动规章制度是实现劳动过程的自治规范。企业依法制定劳动规章制度，是行使其用人自主权的法律行为；劳动者或者工会只要认可劳动规章制度的内容，就表明这些劳动规章制度是企业 and 全体劳动者的共同意志。只要劳动规章制度不违反国家法律法规的规定，法律就应认可其效力。

第二节 劳动规章制度的内容与制定

一、劳动规章制度的内容

劳动规章制度中到底该规定些什么内容？这一问题并不容易回答，主要是劳动本身具有弹性，劳动规章制度系约束劳动者行为及相关问题的制度，内容复杂。《劳动合同法》第4条第2款规定的劳动规章制度涵盖内容几乎涉及《劳动法》上相关制度的大部分内容。目前，我国大部分用人单位劳动规章制度的做法是抄袭《劳动法》相关规定，基本没有针对用人单位特色需求，甚至流于形式。总体来说，以下内容应当属于劳动规章制度规定的相关内容：

(1) 具体工作流程与规范相关问题。包括：上下班时间、上下班签到、签退、工作（服务）态度、仪表仪容、公物保护、同事关系处理、不得泄密、不得携带危险品进入工作厂区、交通驾驶员须遵守交通规则、加班规定等。

(2) 工资待遇问题。工资等级制度、调级晋升规则、加班工资、补助等。工资待遇的透明化、规则化与制度化是调动劳动者积极性的重要手段，能够使劳动者对工作努力有期望，劳动规章制度中必须体现这些内容。对于工资不透明的企业，不必说该企业是否遵守劳动法律，单以工资的无法估算即可能逃避税法管制，长期而言，这样的企业竞争力下降是必然的。^② 因此，

^① 现行法律的规定也体现出了一定的差异。《劳动法》第19条规定，劳动纪律是劳动合同的必备条款，而《劳动合同法》第17条中劳动合同的必备条款中则没有了劳动纪律这一项。推测原因，是认为规章制度更多是用人单位自治的意思，而不是合同约定。

^② 关于工资是否保密问题，企业管理学界和实践界一直是莫衷一是。究其原因，无非是认为各有利弊。笔者几年前曾经参加一场研讨会，与会者对于这一问题的争论激烈异常。笔者认为，企业的工资制度应该是公开的、透明的，这样的工资体系才会对劳动者有激励性。但是，至于劳动者最后拿到的工资数额，倒是不一定公开的。因为，以现在的人力资源管理技术，尚无法做到真正的公平、公正，全部公开，可能会挫伤一部分员工的积极性。

工资待遇及其调整须在劳动规章制度中有所体现。

(3) 请假与休假问题。目前我国休假制度尚未完成，即使国家颁布年休假的相关法规，也不影响劳动规章制度的休假细则的制定，标准可以高于国家的规定。^① 事假规定，如全年天数限制。病假规定，我国有患病或非因工负伤医疗期规定，但是，医疗期是否为住院治疗尚不清晰、是否可以间断享受医疗期也不是非常明确。现实生活中，经常遇到请病假的事例，因此须在劳动规章制度中详细规定病假待遇问题。产假，我国已有法定的最低标准，用人单位可以在此基础上设置相应的产假规定。婚丧假，婚丧假期的标准也须制定。

(4) 奖惩问题。奖励与惩戒是用人单位管理的必要内容，赏罚有度才能调动员工积极性；赏以绩优，罚以过失。上述行为的规则化、制度化则更是必须的，如赏罚无度，劳动者在无成文规则下对赏罚没有预期判断，有可能发生两个极端：一个是行为谨小慎微，工作缩手缩脚；另一个是行为鲁莽冒失，工作大胆妄为，甚至违反职业安全卫生的强行法规范。因此，必要的奖惩制度是劳动规章制度的重要内容。

(5) 年度考核问题。日常工作的监督、指挥与管理，劳动规章制度可以全面覆盖，而年度考核则是全方位对劳动者当年工作的全面检验，其中，考核标准、考核内容、年度奖惩、考核程序等都是劳动规章制度必备内容。

二、劳动规章制度的制定要求

1. 内容合法

劳动规章制度内容必须合法是制度生效的前提条件，即要求其内容必须严格遵守法律、法规规定的调整劳动法律关系的基本原则和要求，符合法律、法规和相关政策文件的规定。^②

^① 现行的关于休假的法律法规中，最重要的莫过于2007年12月7日国务院通过的《职工带薪年休假条例》和国家人力资源和社会保障部2008年9月18日颁发的《企业职工带薪年休假实施办法》。

^② 在《劳动部关于〈中华人民共和国劳动法〉若干条文的说明》中，第4条规定：“用人单位应当依法建立和完善规章制度，保障劳动者享有劳动权利和履行劳动义务。本条中的‘依法’应当作广义理解，指所有的法律、法规和规章。包括：宪法、法律、行政法规、地方法规，民族自治地方，还要依据该地方的自治条例和单行条例，以及关于劳动方面的行政规章。”规定得异常明确。

劳动规章制度要做到内容合法，必须注意以下几点：

(1) 对于法律、法规所列举的必备事项，应当在企业的劳动规章制度中作出规定，其中有关劳动基准、劳动保护、劳动条件、劳动报酬及员工的其他福利待遇的规定，不得低于法定最低标准或集体合同所约定的最低标准；

(2) 劳动法律、法规中没有作出强制性的规定，而留给企业自主确立的行为规范，也必须体现权利、义务的一致性，做到劳动者利益与效益并重、奖惩结合；

(3) 在制订处罚条例时尤其需要注意，必须与法律、法规规定的惩罚条款相符，不能任意加重处罚，否则将存在认定处罚无效的风险；

(4) 不能简单孤立地理解内容合法，在注重合法性的同时，也要注意内容的合理、公平和公正，特别对于规范员工行为的劳动规章制度，在法律、法规没有作出规定的情况下，条款应足够合理、公平公正，不能畸轻畸重、不近情理，否则显失公平也不能作为规范劳动者的有效依据。

2. 民主程序

由于用人单位制定的大部分劳动规章制度与劳动者休戚相关，因此《劳动合同法》规定，劳动规章制度的制定过程必须要有企业劳动者的民主参加。从经济学的角度讲，投资者追求的是利益最大化，而劳动者的目标是劳动权益的最大化。这两个目标的实现在一定程度上受劳动者民主参与程度的影响，劳动者参与程度越低，用人单位就越是忽视劳动者的权益，甚至会为达目标而牺牲劳动者的利益。根据《劳动合同法》第4条的立法意思，用人单位依法建立和完善劳动规章制度是为了保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。但由于用人单位与劳动者在利益追求上的矛盾冲突，且地位并不完全平等，因而要达到法律所规定的目标，单靠用人单位的单方行为是不可能实现的。因此，《劳动合同法》在第4条中也明确了劳动规章制度建立所必经的民主程序。^①

根据《劳动合同法》第4条的规定，用人单位草拟的涉及劳动者切身

^① 除了《劳动合同法》，读者也可以参见2001年《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（一）》第19条的规定：“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。”这是本书使用“民主”一词的来源。不过，《劳动合同法》第4条等于说是把民主程序的操作性的做了一个很大的推进，让普通的HR和劳动者也可以把握什么是民主程序。

利益的劳动规章制度或重大事项，不能就此生效，必须经过法定的民主程序：

- (1) 将草拟的劳动规章制度内容交由劳动者选举出的职工代表大会讨论，没有职工代表大会的企业可将草案交由全体职工^①讨论；
- (2) 让职工代表大会或者全体职工提出方案和意见；
- (3) 待职工的方案和意见反馈到用人单位后，要进行分析加工，充分吸收来自各方面的意见和建议；
- (4) 修改草案后再与工会或者职工代表平等协调，最终确定。

前述程序虽然复杂，但却必须严格照此操作，否则会存在前功尽弃的风险。

当然，民主程序不只适用于劳动规章制度的制定、修改过程。人的立法思维毕竟不能穷尽所有的内容，在劳动规章制度生效实施后，工会或者职工认为某一劳动规章制度不适当的，仍然有权向用人单位提出，通过协调、谈判修改完善。

提到民主制度，不得不涉及的就是职工代表大会、职工代表^②和工会。虽然职工代表大会和工会并不是企业中必须建立的组织，但这两大组织在企业劳动规章制度制定、修订过程中所起的作用是不容忽视的。上述几步民主程序中，虽然可以用与全体职工的讨论、平等协商代替职工代表大会及工会的功能，但劳动规章制度的修订相对来说还是比较频繁的，如果总是组织全体职工讨论或与其协商，对于企业，尤其是规模较大的企业来

^① 请大家注意，这里《劳动合同法》又使用了“职工”一词，显然是为了和其他法律用词相一致。比如《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国工会法》等。为了和法律保持一致，本书此处也是用“职工”一词来代替“劳动者”。实际上，两者表达的意思是完全一致的。不过，这也是比较奇怪的地方，就是在一部法律里面在指代同一对象时，采用了两个词！

^② 现行法律中与职工代表大会、职工代表相关的主要是1986年的《全民所有制工业企业职工代表大会条例》。涉及非全民所有制怎么办？集体、合资、民营、外资怎么办？只能是参照执行。如果不搞职工代表大会也可以，那就参照职工代表大会进行职工代表的选举，让职工代表来代理职工代表大会的权限。否则，现行企业制定劳动规章制度的程序很难说是完全合法的。这个主要是在该条例的第11条和第12条：第11条规定，职工代表的产生，应当以班组或者工段为单位，由职工直接选举。大型企业的职工代表，也可以由分厂或者车间的职工代表相互推选产生。第12条规定，职工代表中应当有工人、技术人员、管理人员、领导干部和其他方面的职工。其中企业和车间、科室行政领导干部一般为职工代表总数的五分之一。青年职工和女职工应当占适当比例。为了吸收有经验的技术人员、经营管理人员参加职工代表大会，可以在企业或者车间范围内，经过民主协商，推选一部分代表。职工代表按分厂、车间、科室（或若干科室）组成代表团（组），推选团（组）长。

说，无疑增加了组织难度、降低了工作效率。因此，建议企业配合职工建立职工代表大会及工会，一方面加强企业员工民主参与度，增强企业员工的归属感、安定感；另一方面也可以规范企业的管理。

3. 公示程序

用人单位制定的劳动规章制度既然要求劳动者遵照执行，就应当告知劳动者，否则未尽公示或告知义务的，劳动规章制度即不发生法律效力。《劳动合同法》虽然规定了必经公示程序，但并未规定以任何形式进行。一般来说，可采用印制分发、在工作场所张贴公告、组织培训、开会宣读或其他方式公示。

公示程序看似简单，但在实践中却是最易出现漏洞的。比如，随着电子科技的进步，很多企业实行无纸化办公，劳动规章制度在内部互联网上公布或通过电子邮件发送告知，让员工自行浏览查阅。而这种情况，一旦发生争议，公示程序的举证责任在用人单位，而用人单位又很难举证证明某一劳动规章制度曾在内部网上公布过或以电邮形式发送过，这就会导致用人单位在争议处理过程中的被动局面，这种情况可谓是屡见不鲜。^①

企业管理实践中常见的公示方法有：

- (1) 将规章作为劳动合同的附件，人手一册，在劳动合同中专款约定“《劳动规章制度》已经确定收到并详细阅读，且愿意遵守履行”。
- (2) 将规章制度交由员工阅读，并且在阅读后由员工本人签字确认。
- (3) 在企业公共区域将规章制度内容全文公告，并且将公告的现场以拍照、录像的方式记录备案。
- (4) 召开全体职工大会或者组织全体职工进行集中学习、培训，让员工在报到表上签名。

三、劳动规章制度的制定实务

在《劳动合同法》的制度环境中，完备的劳动规章制度是用人单位进行正常管理的基本保障。合法合理是对劳动规章制度内容的基本要求。劳

^① 根据笔者个人的经验，因为公示程序的问题，导致用人单位在劳动争议中败诉的例子是举不胜举。众多的用人单位在制定规章制度时非常重视，但是一旦制定完毕，就束之高阁，既没有在法律上履行公示程序，也没有在实际上履行告知程序，没有让劳动规章制度发挥它应有的作用。

动规章制度内容要合法，这是劳动规章制度和劳动纪律的底限要求。《劳动合同法》规定用人单位应当依法建立和完善规章制度，因此任何劳动规章制度的内容都不得与法律相抵触。如部分企业要求女劳动者不得怀孕、同一公司员工不得结婚，这些规定直接与《中华人民共和国人口与计划生育法》、《中华人民共和国婚姻法》等法律规定相抵触，属于无效规定。同时用人单位制定劳动规章制度时需考虑社会公众心理，符合公序良俗，劳动规章制度应当适用于实际工作，可操作性强。严密实用是劳动规章制度应达到的技术水平，劳动规章制度表述必须文义清楚，逻辑严密，不能留有漏洞，劳动规章制度中应当穷尽列举各项违纪行为。具体而言，用人单位可以从四方面入手拟订劳动规章制度内容：

1. 对法律已经有明确规定处理方式的行为不必列入劳动规章制度

法律对劳动者的部分过错行为直接规定用人单位可以解除劳动合同，在法律已经有明确规定的情况下，单位的劳动规章制度不必对此种行为再作详细规定，例如对于劳动者的刑事犯罪行为，如其被追究刑事责任，用人单位可以直接解除劳动合同，不必按严重违纪处理。但用人单位在处理时需要准确理解法律的含义。例如《劳动法》规定劳动者被依法追究刑事责任的，用人单位可以解除劳动合同，《劳动合同法》沿用了这一规定。两者文字表述一致，但在内涵上有所区别。^①

2. 将国家原有明确规定但现由用人单位自行规定的内容列入劳动规章制度

按照《劳动合同法》的规定，严重违纪解除劳动合同必须依据劳动规章制度进行，不能直接适用国家的规定。例如《企业职工奖惩条例》中规定了大量员工的违法乱纪行为，企业原本可以按照国家规定对这些劳动者进行惩处^②，但《劳动合同法》实施后，由于严重违纪解除劳动合同必须依据劳动规章制度进行，因此劳动者虽然有违法行为，如未被追究刑事责任，用人单位不能直接解除劳动合同。当劳动规章制度与法律规定的违法乱纪行为出现脱节时，可能出现劳动者有违法行为可以正常就业、违纪却要解除合同的现象，故用人单位有必要将部分法律法规规定的违法乱纪行为引入劳动规章制度，使之成为劳动规章制度的一部分。在劳动规章制度

^① 《劳动合同法》第39条第6项。

^② 《企业职工奖惩条例》是国务院于1982年4月10日发布施行，于2008年1月15日被国务院516号令废止，并明确该条例被《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国劳动合同法》代替。

具体设计时，用人单位可以将诸如《企业职工奖惩条例》中规定的如经常迟到、早退、旷工、消极怠工、玩忽职守、滥用职权等违法乱纪情形规定为严重违纪行为。这样当劳动者出现违法乱纪行为时，企业可以以劳动规章制度为依据解除合同。

3. 对法律有提示性规定的内容在劳动规章制度中细化

在劳动者有严重过错的情形下，用人单位可以解除合同，不需要提前通知，也不需要支付经济补偿金。由于劳动者失去了工作，导致劳动争议的可能性极大，用人单位需要在劳动合同解除争议中承担举证责任，故用人单位应当谨慎处理。《劳动合同法》体现了书面化管理的立法思路，书面化管理也应成为用人单位适应新法的基本方式。^①劳动规章制度不仅是严重违纪解除合同的依据，也可以为其他过失性解除合同提供依据。

4. 根据企业自身实际进行具体条款的设计

违纪本质上是员工的一种故意行为，违纪程度是否严重并不取决于造成损失的大小，而应从性质恶劣程度去判断。例如虚报病假行为，可能给企业造成的损失并不大，但很多企业将这种不诚实行为作为严重违纪处理，实践中也一般予以支持。不同企业对何种行为属于严重违纪行为认识也不一致，例如工作时间吸烟行为在部分企业属于正常现象，在部分行业则作为违纪处理，在某些化工企业甚至作为严重违纪处理。由于不同企业的具体情形千差万别，对何种行为属于严重违纪行为法律并无规定，用人单位应当根据自身情况和公序良俗予以事先确定。

在自行根据自身情况设计劳动规章制度时，单位应当对不同违纪行为予以区分。例如可以从性质上分为违反安全规范行为、违反生产秩序行为、违反商业道德行为、违反公序良俗行为等，在程度上分成一般违纪行为、较重违纪行为、严重违纪行为等，然后根据不同的违纪行为和违纪程度给予相应的处罚，严重违纪行为予以解除劳动合同等。

只有在劳动规章制度已经明确将某种行为列为严重违纪行为时，企业才可以对员工进行解除劳动合同处罚，所以违纪解除合同的关键在于认定员工的行为的严重性，由于不同的人对同样的违纪行为会作出不同的评价，导致实践中常常会对某项行为是否属于严重违纪产生争议。为减少争议，单位可以设计违纪处罚累进制度，如将违纪行为分成一般违纪行为、

^① 《劳动合同法》的一个比较突出的特征是非常强调书面证据，无论是劳动合同，还是离职通知，还是离职后的后附义务，都强调了书面证据。笔者粗略统计了一下，“书面”一词在《劳动合同法》中出现了8次，还不包括其他类似书面意思的词语，比如“文本”等。

较重违纪行为、严重违纪行为，规定有一定数量的一般违纪行为后即按较重违纪行为处理，一定数量的较重违纪行为后即按严重违纪行为处理。

第三节 相关案例

一、上班吸烟员工被解聘，被解聘员工起诉获法院支持

因在厂区内吸烟，陈先生被公司以违反员工手册规定而辞退。陈先生申请仲裁后诉至法院，要求公司支付工资差额和支付违法解除劳动合同赔偿金。

日前，闵行区人民法院作出公司除支付陈先生工资差额4 000 余元外，还应支付违法解除劳动合同的赔偿金 16 000 余元等一审判决。

【事情缘由】

来自江西新余的陈先生于 2007 年 1 月 15 日进入公司工作，后来签订的书面劳动合同有效期为 2007 年 6 月 1 日至 2008 年 5 月 31 日，从事销售中心管理岗位工作。

然而，合同期限还没有到，2008 年 3 月 17 日，陈先生就被公司以违反员工手册规定为由解聘了。公司给出了一个解聘的理由是：2008 年 2 月 4 日，他在办公楼的厕所内抽烟，违反了公司员工手册规定，属严重违纪行为。

2008 年 5 月 14 日，陈先生申请仲裁，提出除要求公司支付工资和提成外，还要求公司支付违法解除劳动合同的赔偿金。但仲裁裁决只支持了公司支付 2008 年 2 月工资差额 3 000 元和 2008 年 3 月工资差额 1 844.71 元，对陈先生的其余请求未予支持。

对此，陈先生不服，遂诉至闵行区人民法院。法院判决要求公司除支付其工资差额4 000 余元外，还应支付违法解除劳动合同的赔偿金 16 000 余元等。

【员工说法】

陈先生说，2008 年 2 月 4 日，他确实是在办公楼的厕所内抽过烟，但这并不会给公司带来危害。而即使这一次抽烟要受处罚，也只能按公司 2004 年版的员工手册规定进行处罚，即罚款 50 元，因为他仅有公司 2004 年版的员工手册，从未收到过公司 2008 年版的员工手册，公司不能在他不知道的情况下，就按公司的“新规”进行重罚。

【公司说法】

公司则认为，公司系高新技术企业，生产所有原料及产品均为易燃易爆性物品等，故对厂区环境有特殊的要求。陈先生即使是在厕所内吸烟，但厕所也在厂区内，即违反了公司 2008 年新版员工手册第 66 条的规定，应予辞退。

【法院判定】

法院认为，2004 年版员工手册中对吸烟的处罚仅为罚款。而 2008 年版员工手册第 63 条与第 66 条均涉及对吸烟的处罚内容，但上述两条处罚规定并不相同——第 63 条规定的处罚为警告，而第 66 条规定的处罚为解除劳动合同。

公司未能对 2008 年版员工手册中对吸烟行为的不同处罚一节给予合理的解释，而不同的处罚规定也会导致员工认识的偏差，故公司依据 2008 年版员工手册第 66 条之规定与陈先生解除劳动关系之行为确有不当之处。现陈先生要求支付其违法解除劳动关系的赔偿金之请求有依据。

【矛盾的厂规】

这家公司有三种不同的禁烟处罚规定。最早的一种为 2004 年版的员工手册，在该员工手册的第 56 条中，公司有进行罚款的明文规定：“下列行为予以扣薪……5. 公司（含厂区）内部禁烟，违者一次扣款 50 元……”

而到 2008 年，该公司新版的员工手册对吸烟处罚更严重了。在员工手册的第 66 条中，公司规定：“有下行为之一者，解除劳动合同……5. 在厂区内吸烟”

不过，同样是这次的新版员工手册中，公司对员工吸烟还有另外处罚。在第 63 条中，公司有这样的规定：“有下列行为之一者，给予警告：1. 提早用餐、更衣、洗澡，吸烟时间过长……”等诸如此类自相矛盾的规定。^①

二、黄小姐的请求能得到支持吗？

【案情简介】

黄小姐 2008 年 3 月进入一家外资公司工作，2008 年 8 月底就来到了市劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求撤销单位作出的解除劳动合同的决

^① 参见 <http://why.eastday.com/eastday/qnj/q/20090803/u1a609109.html>；最后访问日期：2009 年 10 月 14 日。

定，恢复劳动关系。仲裁委员会依法受理。

【仲裁庭审】

黄小姐称：2008年3月15日进入该公司工作，同日，双方签订了一份3年期限的劳动合同。2008年7月，主管要求自己至公司的下属工厂工作5个月，自己不愿意。一周以后，就接到单位的解除劳动关系的通知，解除理由是不服从主管的工作安排。现在要求撤销单位的解除劳动合同的决定，恢复劳动关系，并要求支付仲裁期间的工资损失。

公司辩称：公司的员工手册规定，员工不服从主管的工作安排，公司可以解除劳动合同。黄小姐的主管要求她至公司的下属工厂工作5个月，确因工作需要，黄小姐不服从安排，打乱了工作计划，严重违反了规章制度的规定。公司为了正常的管理秩序，不得已依据法律和规章制度解除了双方的劳动合同。

仲裁庭审查明：双方签订了期限为2008年3月15日至2011年3月14日的劳动合同，合同约定黄小姐担任经理助理职务，每月工资人民币7500元。2008年7月中旬，黄小姐的主管通知她，因为下属工厂加工任务紧迫，缺少人手，要求黄小姐去工厂协助工作5个月。黄小姐认为自己的岗位是经理助理，不应该到下属工厂工作，因此不愿意去。经过几番交涉，公司于2008年7月29日以不服从主管的工作安排为由，解除了劳动合同。

公司员工手册规定：员工不服从主管的工作安排，公司可以解除劳动合同。黄小姐认为公司从来没有将员工手册的规定告知员工，且内容违反了《劳动合同法》的规定。公司未能提供相关证据材料证明员工手册的制定经过了职工代表大会或者全体职工的讨论，公示或明确告知了黄小姐。

仲裁委在事实查明的基础上认为：《劳动合同法》规定用人单位在制定有关劳动报酬、劳动纪律等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定，且用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。公司的员工手册虽然有规定，员工不服从主管的工作安排，可以解除劳动合同，但公司未能证明该员工手册的制定已公示或告知，且员工已知晓。在员工不知晓的情况下，按照未公示的规章制度操作显失妥当。故应当撤销公司作出的解除劳动合同的决定，双方劳动关系恢复，继续履行劳动合同，公司还应当支付黄小姐仲裁期间的工资损失。