

理解与适用丛书
劳动合同法实施条例

劳动合同法 及实施条例

热点·难点·疑点 问题全解

主编：黎建飞

中国人民大学民商法律研究中心
劳动法和社会保障法研究所所长

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

理解与适用丛书
劳动合同法实施条例

劳动合同法 及实施条例

热点·难点·疑点 问题全解

主 编：黎建飞

参编人员：周德洋 赵莹莹

周 培 申屠利条

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动合同法及实施条例热点·难点·疑点问题全解/
黎建飞主编. —北京: 中国法制出版社, 2008. 9
ISBN 978 - 7 - 5093 - 0755 - 7

I. 劳… II. 黎… III. 劳动合同法 - 中国 - 问答 IV.
D922. 525

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 141211 号

劳动合同法及实施条例热点·难点·疑点问题全解

LAODONGCHETONGCE JI SHISHITIAOLI REDIAN · NANDIAN · YIDIAN WENTI QUANJIE

主编/黎建飞

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2008 年 10 月第 1 版

印张/11 字数/226 千

2008 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0755 - 7

定价: 28.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66070042

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

前 言

甚至在《劳动合同法》还没有实施前，社会就期待并呼吁着相关的实施办法、细则或者意见出台。这与我国现阶段许多新法面世后所遇到的社会反应似乎并无二致。人们似乎已经习惯于等待一部法律的实施细则，等待着遵守或者执行一部新法的实施细则而不是新法本身。当某部新法已经开始实施但相应的细则却未出台时，人们惊讶甚至惊呼该法在“裸奔”。

作为专业人员，法律工作者们并不能从中得到欣慰，至少说经受过专门法学教育的法律专业人员并不追求这样的结果。因为从立法权限、立法层次和立法技术上讲，立法机关所制定的法律都应当直接成为社会成员的行为准则，并且是一种准确、具体和可依据的行为准则。普通的社会成员应当能够直接理解并遵守立法机关制订的法律规则，因为这些规则是明白的、简单的，是任何社会成员都能够理解和遵循的。当然，权宜地看，现在通行的立法模式似乎也并不是不可圈可点的。因为宽泛的条款比之具体的条款更能为社会所接受，开放性并颇具弹性空间的规则比之“红停绿行”更具回旋余地，也即更能在未来的实施中具有生命力。更为重要的是，这样的立法更加容易通过。这便如我在《劳动合同法》通过时所说的：“有胜于无”在立法上尤其必要，有

缺陷立法远优于无法可依。如果我们进一步看到修改完善一部有缺陷的立法比之制订一部新法更为容易和更为可行时，我们更可以有理由相信鲁迅：有缺点的战士依然是战士。

但《劳动合同法》的情况似乎更加特殊，社会成员的反应和期待并不仅仅是操作性的实施细则，以便准确遵循或者执行相关的条款。一些社会成员对待一些特定的条款并不只是期待理解，而是压根儿就表现出难于接受或者不予接受，如《劳动合同法》第14条规定的“无固定期限”条款；一些社会成员对于一些明白无误的条款进行了实用性抉择，生生地把立法意图引向立法者本不希望的方向，如《劳动合同法》第10条关于“已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。”本意在于提高劳动合同的签订率，更有效地保护劳动者的合法权益，并且以14条“用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。”和第82条“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未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。”来加重用人单位的法律责任，以促进其签订劳动合同，但短短几个月的实施却屡屡出现劳动者拒签劳动合同的现象。我在《劳动合同法》制定过程中多次提及的“不要低估社会成员将法律条文引向反面的想象力和创造力”少见地由劳动者加以佐证。这实非我所愿，亦非我所赞。当然也有一些条款意思表达不确切，让人理解与适用都歧义自见，如《劳动合同法》第87条“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金”的规定，生发出了此“赔偿金”与彼“经济补偿金”

是二者兼得，还是合二为一的纠缠。

新颁布实施的《劳动合同法实施条例》对于《劳动合同法》立法与实施中出现的问题采用了具体问题具体分析，不同问题不同处理的方式。例如，对于“无固定期限”条款，在坚持无固定期限合同并不意味着是一种“铁饭碗”的立法理念的同时，也采用集中表述的方式，把用人单位可以解除包括无固定期限劳动合同的14种情况一一罗列出来，引导社会成员正确解读出无固定期限合同不是“铁饭碗”的立法含义。对于劳动者拒签劳动合同这一有悖立法本意的行为，《劳动合同法实施条例》以第5条“自用工之日起一个月内，经用人单位书面通知后，劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，无需向劳动者支付经济补偿，但是应当依法向劳动者支付其实际工作时间的劳动报酬。”来加以矫正。这一矫正的意义还突显出立法后制定实施条例的独特作用，即可以在极短的时间内，以最少的社会代价框正或者由立法失误或者由人有意为之而必须正确施行的法律规则。而对于经济补偿金及其相关的问题，《劳动合同法实施条例》更是从五个方面做出了具体规定，即明确了经济补偿与赔偿金的关系，明确了经济补偿与一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金的关系，明确了计算经济补偿的工资基数，明确了以完成一定工作任务为期限的劳动合同依法终止要支付经济补偿，明确将劳务派遣纳入了经济补偿制度。尤其是明确了用人单位违反劳动合同法的规定解除或者终止劳动合同，依照劳动合同法的规定支付了赔偿金的，不再支付经济补偿。这些“明确”会使在劳动合同中具有特别重要的意义的经济补偿与赔偿制度准确有效地在社会生活中得到实现。

《劳动合同法》的实施没有能够有效地制止或者纠正一些用人单位滥用劳务派遣用工形式的现象，也是立法者所始料未及的。《劳动合同法实施条例》对劳务派遣进一步做出了一些具体规定。要求用人单位履行《劳动合同法》第62条规定的支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇，连续用工的要实行正常的工资调整机制等义务；劳务派遣单位不得以非全日制用工形式招用被派遣劳动者；劳务派遣单位或者被派遣劳动者依法解除或者终止劳动合同的，劳务派遣单位也应当向该劳动者支付经济补偿。这些规定，有用但也有限，因为它们并没有有效地解决诸如：“临时性、辅助性或者替代性的工作岗位”、“将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议”等等。这些规定还不如第28条：“用人单位或者其所属单位出资或者合伙设立的劳务派遣单位，向本单位或者所属单位派遣劳动者的，属于劳动合同法第六十七条规定的不得设立的劳务派遣单位”来得实在。相比之下，我更欣赏《劳动合同法实施条例（草案）》第38条第1款的规定：“用工单位一般在非主营业务工作岗位、存续时间不超过6个月的工作岗位，或者因原在岗劳动者脱产学习、休假临时不能上班需要他人顶替的工作岗位使用劳务派遣用工。”尽管“一般”之类的概括性用语在立法文字中一般不宜使用。

黎建飞

2008年9月22日于凤凰古城

目 录

第一章 劳动合同法的基本问题

热点问题分析

- 一、劳动合同法的立法宗旨 1
 - (一) 立法依据问题 /2
 - (二) 单保护还是双保护? /3
 - (三) 现行法律的规定 /4
- 二、劳动合同法的适用范围 6
 - (一) 主体适用范围 /7
 - 1. 主体适用范围立法模式之争 /7
 - 2. 主体范围的特殊问题 /9
 - 3. 外国人是否属于我国《劳动合同法》调整 /13
 - 4. 港澳台同胞到内地就业是否属于我国《劳动合同法》调整 /14
 - (二) 地域上的适用范围 /14
 - (三) 时间上的适用范围 /15

难点问题解惑

- 三、劳动合同法与相关法律部门的关系 17
 - 1. 劳动合同法与合同法 /17

2. 劳动合同法与民法 /19
3. 劳动合同法与社会保障法 /21

疑点问题探讨

- 四、用人单位规章制度 23
 - (一) 立法模式 /23
 - (二) 规章制度的制定程序 /24
 - (三) 用人单位规章制度的效力 /26
 1. 用人单位规章制度发生效力的条件 /26
 2. 用人单位规章制度的效力 /27

第二章 劳动合同的效力

热点问题分析

- 一、劳动合同书面化 29
 - (一) 书面形式抑或任意形式之争 /30
 - (二) 书面劳动合同形式的效力 /33
- 二、劳动合同短期化 35
 - (一) 劳动合同短期化形成原因 /37
 - (二) 劳动合同短期化的危害 /38
 - (三) 劳动合同短期化的防范 /40

难点问题解惑

- 三、竞业限制条款 44
 - (一) 竞业限制条款的依据——劳动者的忠诚义务 /45
 - (二) 竞业限制条款的内容——类型与限制 /46

(三) 竞业限制条款的效力——劳动合同期内与期满后 /48	
(四) 竞业限制条款与保密条款约定中的问题 /51	
(五) 审理竞业限制与保守商业秘密案件中的问题 /52	
四、事实劳动关系	53
(一) 事实劳动关系的界定之争 /54	
(二) 事实劳动关系存在有无意义 /56	
1. 事实劳动关系和无效劳动关系 /57	
2. 事实劳动关系和劳务关系 /58	
(三) 现行《劳动合同法》对事实劳动关系的态度 /60	
五、试用期	61
(一) 试用期的约定必须出于当事人的意思自治 /62	
1. 可否通过用人单位规章制度来规定试用期 /63	
2. 能否单独签订试用期合同 /64	
3. 劳动合同可否仅仅约定试用期 /64	
(二) 试用期间劳动报酬的法律控制手段 /65	
(三) 试用期的相互考察范围以及解除劳动合同的条件 /66	
六、服务期问题	67
(一) 服务期的订立条件 /67	
(二) 服务期和劳动合同期限的关系 /69	
(三) 服务期可否约定违约金 /71	
七、无固定期限劳动合同	72
(一) 无固定期限劳动合同的概念和特征 /72	
(二) 订立无固定期限劳动合同的情形 /73	

(三) 无固定期限劳动合同的变更、解除和终止 /79

(四) 解除无固定期限劳动合同的经济补偿问题 /83

疑点问题探讨

八、劳动合同无效 85

(一) 劳动合同无效的种类 /86

(二) 劳动合同无效的法律后果 /88

第三章 劳动合同的履行和变更

热点问题分析

一、劳动报酬 90

(一) 欠薪扣薪现象 /94

(二) 欠薪保障基金制度 /102

(三) 欠薪预警制度 /103

(四) 劳动报酬相关问题 /104

1. “同工不同酬”现象 /104

2. 临时工已经成为“过去式” /106

3. 固定工称谓消失 /107

4. 农民工绝非“低人一等” /108

难点问题解惑

二、加班和加班费 109

(一) “加班惯例”现象 /111

(二) 加班费支付的难点 /117

三、劳动合同的变更 122

- (一) 劳动合同主体的变更 /122
- (二) 用人单位的名称、法定代表人等事项的变更 /125
- (三) 用人单位发生合并或者分立等情况时的变更 /128
- (四) 劳动合同内容的变更 /131

疑点问题探讨

四、退休返聘 136

- (一) 劳动关系还是劳务关系? /138
- (二) 工伤保险救济还是侵权诉讼? /140
- (三) 返聘报酬与养老金冲突吗? /143
- (四) 退休返聘适用同工同酬吗? /145

第四章 劳动合同的解除和终止

热点问题分析

一、劳动合同的解除 147

- (一) 劳动者享有单方解除劳动合同的权利 /148
 - 1. 合法“跳槽” /148
 - 2. 劳动者的单方解除权是否“过火”? /151
- (二) 用人单位解除劳动合同的情形 /155
 - 1. 对用人单位解除劳动合同的限制 /155
 - 2. 用人单位可以解除劳动合同的情形 /158
 - 3. 用人单位单方预告解除劳动合同 /161

二、劳动合同的终止 163

(一) 劳动合同终止的法律规定 /164

(二) 劳动合同不能终止的情形 /165

(三) 劳动合同终止后的延续 /167

三、劳动合同后合同义务 170

(一) 用人单位的后合同义务 /172

1. 办理退工手续 /172

2. 出具相关证明 /174

3. 支付经济性补偿 /175

(二) 劳动者的后合同义务 /176

1. 协助办理工作移交手续 /176

2. 竞业禁止 /176

3. 支付违约金或赔偿金 /176

难点问题解惑

四、违约金，经济补偿金以及赔偿金 177

(一) 违约金和赔偿金 /178

1. 劳动合同不得随意规定违约金 /180

2. 违约金与赔偿金的关系 /181

3. 违约金和赔偿金的适用 /183

(二) 经济补偿金 /186

1. 经济补偿金和相关制度的关系 /186

2. 经济补偿金计算和支付标准 /192

难点问题探讨

五、经济性裁员 196

(一) 经济性裁员的要件 /196

1. 符合法定的裁员情形 /196
2. 因发生所列的情形致使劳动合同无法履行 /198
3. 裁员的人数必须达到法定标准 /198
4. 征求工会或者全体劳动者的意见，并向劳动
行政部门报告 /198
- (二) 经济性裁员的特殊规定 /199
- (三) 经济性裁员的程序 /199
- 六、培训费该由谁埋单 201
- (一) 培训的现实情况 /201
- (二) 培训费的类型 /201
 1. 基本职业培训 /202
 2. 专项职业培训 /202
- (三) 培训费和服务期的关系 /202
- (四) 培训费的承担规则 /204
 1. 基本职业培训 /204
 2. 专项职业培训 /205

第五章 劳动合同中的特殊情形

热点问题分析

- 一、集体合同的效力 207
- (一) 集体合同的效力问题 /208
 1. 对人效力 /208
 2. 时间效力 /210

3. 空间效力 /212

(二) 集体合同签订程序 /213

1. 签订集体合同的当事人 /214

2. 集体协商的提出 /215

3. 签订集体合同应当经过的程序 /216

(三) 集体合同与劳动合同的关系 /218

二、劳务派遣 221

(一) 劳务派遣中的各种关系 /222

1. 劳务派遣——一重劳动关系 /222

2. 劳务派遣单位和被派遣劳动者——劳动关系 /223

3. 用工单位与被派遣劳动者——用工管理关系 /225

4. 劳务派遣单位与用工单位——用工合同关系 /226

(二) 被派遣劳动者的权益保护问题 /227

1. 滥设派遣机构 /227

2. 同工不同酬 /228

3. 社会保险权益经常遭到侵害 /228

4. 随意退回被派遣的劳动者 /229

(三) 劳动者权益受损时的责任承担问题 /229

(四) 派遣用工的工作岗位和试用期问题 /232

难点问题解惑

三、人事代理和劳务派遣的关系 233

四、非全日制用工问题 237

(一) 非全日制劳动的适用范围 /237

(二) 非全日制劳动合同的形式 /238

（三）非全日制劳动者的权益保护 /239

1. 非全日制劳动的工作时间和超时加班问题 /240
2. 非全日制就业的最低工资标准问题 /241
3. 社会保险问题 /242

疑点问题探讨

五、在校生实习的劳动关系 244

（一）实习生的身份问题 /244

（二）实习生权益受损时的责任归属 /247

1. 实习生在实习过程中身体健康受损 /247
2. 实习单位没有按约定提供适当实习条件或待遇 /250

（三）慎重选择实习单位，保护自身合法权益 /252

六、工会在调整劳动关系中的作用 253

（一）工会在调整劳动关系中的地位 /254

（二）工会在调整劳动关系中的职责 /256

1. 工会在参与民主管理方面的职责 /256
2. 工会在集体合同和劳动合同订立和履行中的职责 /257
3. 工会在用人单位解除劳动合同时的职责 /259
4. 工会在用人单位劳动安全卫生条件和设施方面的职权 /261
5. 工会在处理 and 解决劳动争议方面的职权 /263
6. 工会就用人单位遵守劳动法律、法规的情况进行监督的职权 /264

第六章 新法律制度下用人单位与劳动者对策

- 一、劳动合同条款设计 266
 - (一) 必要条款设计 /266
 - (二) 补充条款设计 /271
- 二、用人单位违法成本 287
 - (一) 与订立劳动合同相关的违法成本 /287
 - (二) 与履行劳动合同相关的违法成本 /294
 - (三) 与解除劳动合同相关的违法成本 /302
- 三、劳动者应对要点 306
 - (一) 加强法律意识和树立法制观念 /306
 - (二) 求助劳动监管部门 /309
 - (三) 依法仲裁或者诉讼 /310

附录:

- 中华人民共和国劳动合同法 311
 - (2007年6月29日)
- 中华人民共和国劳动合同法实施条例 329
 - (2008年9月18日)