

新《劳动合同法》 实用解析

葛玉辉
主编

新《劳动合同法》

实用解析

葛玉辉

主编



经济管理出版社
ECONOMY & MANAGEMENT PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

新《劳动合同法》实用解析/葛玉辉主编. —北京:
经济管理出版社, 2007.12

ISBN 978-7-5096-0116-7

I. 新... II. 葛... III. 劳动合同法—法律解
释—中国 IV. D922.525

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 184082 号

出版发行: 经济管理出版社

北京市海淀区北蜂窝8号中雅大厦11层

电话: (010) 51915602 邮编: 100038

印刷: 北京银祥印刷厂

经销: 新华书店

责任编辑: 杜 菲

技术编辑: 晓 成

责任校对: 龙 萧

720mm×1000mm/16

14.25 印张

251 千字

2008 年 1 月第 1 版

2008 年 1 月第 1 次印刷

定价: 26.00 元

书号: ISBN 978-7-5096-0116-7/F·116

· 版权所有 翻印必究 ·

凡购本社图书, 如有印装错误, 由本社读者服务部

负责调换。联系地址: 北京阜外月坛北小街 2 号

电话: (010) 68022974

邮编: 100836

前 言

“二载修改，四度审议。”《中华人民共和国劳动合同法》，（以下简称《劳动合同法》）这部承载着中国亿万劳动者期盼的法律，在许多方面突破了以往的劳动法律制度，令世人瞩目。2007年6月29日经中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议审议通过，并将于2008年1月1日起正式开始执行。

2006年3月20日，全国人大常委会办公厅将《劳动合同法（草案）》向社会公众征求意见。执行期限为1个月，其后短短1个月的时间里，通过各种渠道收到191849件立法意见。对此，舆论普遍称为“推进立法民主化的又一个标志性事件”。从另一角度审视，这就体现出《劳动合同法》的重要性，因为它直接关系到劳动者的合法权益，关系到劳动关系的和谐稳定乃至经济、社会的协调可持续发展。众所周知，劳动合同是规范劳动关系最基本的法律形式，革新《劳动合同法》的目的，是对《中华人民共和国劳动法》中劳动合同相关制度的进一步完善、细化及针对现在存在的问题加以规范，在法律上完善劳动合同制度。

在此大的社会背景下，为了满足广大劳动者和用人单位的需求，我们编写了这本《新〈劳动合同法〉实用解析》，从实用的角度来解析新《劳动合同法》，并为用人单位的人力资源管理人员提供了具体的操作方法。

本书在编写的过程中，王瑞旭、林燕燕、李伟娜、姜瑞瑞、赵惠丽、管民习同学承担了大量的工作。在此，对这几名同学表示衷心的感谢！

本书在编写的过程中，我们参阅和借鉴了大量的书籍和相关资料，在此谨向这些书籍和资料的作者表示最诚挚的谢意！

本书由于编写时间较紧难免有不足与错误，我们恳请读者和专家批评指正，以便日臻完善。

葛玉辉

2007年11月21日于上海

目 录

第一部分 《劳动合同法》的背景及形成过程.....	1
一、《劳动合同法》的基本背景	3
二、“博弈”中的焦点	4
三、“合力”推动进步	5
四、人力资源管理人员，你们准备好了吗.....	6
第二部分 新《劳动合同法》解读	7
第一章 总 则.....	9
第二章 劳动合同的订立	17
第三章 劳动合同的履行和变更	43
第四章 劳动合同的解除和终止	60
第五章 特别规定	88
第六章 监督检查.....	107
第七章 法律责任.....	116
第八章 附 则.....	141
第三部分 新《劳动合同法》案例解析	147
第一章 劳动合同案例解析.....	149
一、20年老员工要签无固定期限合同仲裁法院均未通过	149
二、令主管做了半年廉价工，《劳动合同法》维权	150
三、一方当事人利用优势，致使双方权利义务明显违反公平、 等价有偿原则怎么判.....	152
四、劳动合同没盖公章有效吗.....	153
五、“自动放弃”的条款是否属于无效	153
六、带有不平等条款的承诺对劳动者有无约束力.....	154
七、约定不为员工缴纳社会保险费的条款是否有效.....	155
八、劳动合同中约定“生死合同”等条款是否有效.....	156
九、虚构经历的劳动合同是否有效.....	156

十、单位与劳动者“代理人”签订劳动合同是否有效·····	157
十一、集体合同与劳动合同的关系案例·····	158
十二、用人单位违反规定解除劳动合同是否需要承担违约责任·····	160
十三、用人单位发生严重亏损,能否以“公司亏损”作为与劳动者解除劳动合同的理由·····	161
十四、试用期内发现员工缺一右肾,单位能否以此解除劳动合同·····	162
十五、试用期已过,用人单位能否以不符合录用条件为由解除劳动合同·····	163
十六、医疗期未满企业能否解除劳动合同·····	163
十七、对“三期”内的女工用人单位就一定不能解除其劳动合同吗·····	164
十八、以违纪为由解除合同,谁说了算·····	165
十九、可用工资替代提前30天解除劳动关系吗·····	166
二十、企业濒临破产法定整顿期间与职工解除劳动合同的程序是什么·····	166
二十一、处理决定未送达劳动者,劳动合同能解除吗·····	167
二十二、口头辞职半月即离岗,应承担违约责任吗·····	168
二十三、客观情况改变,单位可以擅自解除劳动合同吗·····	168
二十四、符合签无固定期限合同条件就一定要签吗·····	169
二十五、用人单位单方面变更劳动合同有效吗·····	170
二十六、符合法定条件无固定期限的劳动合同也可以解除·····	170
二十七、关于试用期内解除劳动合同问题·····	171
二十八、协商一致解除劳动合同也要支付经济补偿·····	173
二十九、解除劳动合同应依法办理·····	174
三十、单位派遣培训回来后若退工该如何判·····	175
第二章 工伤认定案例解析·····	176
一、退役军人申请工伤·····	176
二、违反安全操作规定致残,属于工伤吗·····	176
三、职工聚餐回家途中意外身亡·····	177
第三章 劳资索赔案例解析·····	178
一、解除劳动合同的经济补偿金该不该扣税·····	178
二、劳动者违反培训协议解除劳动合同应该承担经济赔偿吗·····	179

目 录

三、收取员工保密押金应该返还吗.....	180
四、合同期满,公司是否该支付劳动者经济补偿金.....	180
五、辞职未准擅离岗应该赔偿单位违约金吗.....	181
六、带薪读完研究生炒掉单位,应该支付赔偿金吗.....	182
七、未签保密协议,赔偿请求成立吗.....	182
第四章 其他案例解析.....	184
一、解聘违纪职工,程序必须合法.....	184
二、用人单位不得扣押劳动者身份证件.....	185
附 录	187
附录一 相关法律法规	
中华人民共和国劳动法	189
劳动保障监察条例(国务院令 第 423 号)	200
工资支付暂行规定.....	207
关于工资总额组成的规定.....	210
职工工资有关解释.....	213
附录二 相关网络链接.....	217

第一部分

《劳动合同法》的背景及形成过程

一、《劳动合同法》的基本背景

“二载修改，四度审议。”《劳动合同法》，这部承载着中国亿万劳动者期盼的法律，在许多方面突破了以往的劳动法律制度，令世人瞩目。这项法律草案最初于2005年12月提交，人大常委会2007年4月进行了讨论，2007年6月29日经中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议审议通过，并将于2008年1月1日起正式执行。这个结果说明了对于《劳动合同法》的制定、立法原则和内容架构，在立法机关达成了高度共识。

改革开放以后，随着计划经济向市场经济的转变，我国开始对计划经济下的固定工制度进行改革。1986年国务院发布了《国营企业实行劳动合同制暂行规定》，决定在国营企业新招收的职工中实行劳动合同制，开始打破劳动用工制度上的“铁饭碗”。1994年通过的《劳动法》将劳动合同制度作为法定的用工制度，规定适用不同所有制的用人单位，劳动者也从新招用的职工扩大到所有的劳动者，不分固定工和临时工，不分管理人员和普通工人。《劳动法》对劳动合同做了专章规定，是我国现行劳动合同制度的主要法律依据。《劳动法》的制定，标志着我国劳动合同制度的正式建立。《劳动法》实施十多年来的实践证明，《劳动法》确立的劳动合同制度，对于破除传统计划经济体制下行政分配用工的劳动用工制度，建立与社会主义市场经济体制相适应的用人单位与劳动者双向选择的劳动用工制度，实现劳动力资源的市场配置，促进劳动力的合理流动，发挥了十分重要的作用。但是，随着我国市场经济的建立和发展，劳动用工情况多样化，劳动关系发生了巨大的变化，出现了一些新型的劳动关系，如非全日制用工、劳务派遣工、家庭用工、个人用工，等等。同时，在实行劳动合同制的过程中出现了一些问题，如用人单位不签订劳动合同、劳动合同短期化、滥用试用期、用人单位随意解除劳动合同、将正常的劳动用工变为劳务派遣，等等，严重地侵害了劳动者的合法权益，破坏了劳动关系的和谐稳定，也给整个社会的稳定带来隐患。因此，有必要根据现实存在的问题对劳动合同制度做进一步的完善。制定《劳动合同法》，就是要规范劳动合同的订立、履行、变更、解除或者终止行为，明确劳动合同中双方当事人的权利和义务，促使稳定的劳动关系的建立，预防和减少劳动争议的发生。

2004年底，《劳动合同法》的起草工作重新启动，《劳动合同法》起草工作一启动，便成为社会各界高度关注的焦点。

二、“博弈”中的焦点

我们把目光追溯到《劳动合同法》立法的背后，可以发现，这个共识的达成“历经磨难”：两年多的立法过程中充满了博弈，矫正“资强劳弱”的原则不变，《劳动合同法》立法过程给社会公众留下深刻印象的，除创造了收集意见最多的纪录，还有各方意见对抗之激烈、立场对峙之鲜明、阵营对立之清晰。所幸的是，尽管利益相关方都表达了各自的不同意见，明确了各自的立场，最终还是形成了体现不同利益群体的共同意志。

这次，完善劳动合同制度的现实需要《劳动合同法》，在新中国立法史上也是首开先河，是其创造了法律草案公开征集意见的纪录。2006年3月20日，全国人大常委会办公厅将《劳动合同法（草案）》向社会公众征求意见。执行期限为1个月，其后短短1个月的时间里，通过各种渠道竟然共收到191849件立法意见。对此，舆论普遍称为“推进立法民主化的又一个标志性事件”。然而，从另一角度审视，这就体现出《劳动合同法》的重要性，因为它直接关系到劳动者的合法权益，关系到劳动关系的和谐稳定乃至经济、社会的协调可持续发展。众所周知，劳动合同是规范劳动关系最基本的法律形式，革新《劳动合同法》的目的是对《劳动法》中劳动合同相关制度的进一步完善、细化及针对现在存在的问题加以规范，在法律上完善劳动合同制度是巩固劳动关系之基的必然要求。

争议伴随了立法调研、起草和审议整个过程，大到立法宗旨小至每个具体条款，劳动关系双方、相关利益集团及其代言人都展开了针锋相对的意见表达，“每次审议后，《劳动合同法（草案）》内容都会有变化”。其中，最为集中和激烈的争议核心莫过于立法宗旨了，即《劳动合同法》究竟应该是平等保护劳资双方利益的“平等法”，还是侧重保护劳动者权益的“倾斜法”？

从草案一审稿对立法宗旨“保护劳动者的合法权益，促进劳动关系的和谐稳定”的表述中看出，《劳动合同法》最初起草时，遵循的是侧重劳动者的立法理念。制定《劳动合同法》的一个很重要的背景，就是近些年来我国的劳动用工领域出现了很多问题，最突出的问题之一就是劳动者的权益被侵犯，而且没有救济渠道。“作为社会法，《劳动合同法》的一个宗旨就是要矫正这个问题。”基于这样的理念，尽管立法机关在草案修改过程中为平衡各种不同意见做出了一定让步，《劳动合同法》立法宗旨在表决通过时已被确定为“明确劳动合同双方当事人的权利和义务，构建和发展和谐稳定的劳动关系，保护劳动者的合法权益”，但“让步是有限度的”。事实上，4次审议中诸多成为争议焦

点的那些“偏向”劳动者的规定，如适用范围是否包括事业单位的聘用合同和非全日制用工；劳动规章制度是否以及如何经过民主程序；劳动合同短期化是否应当规范以及如何破解；集体合同制度是否应当在《劳动合同法》中加以规定以及如何规定；劳动合同到期终止，是否支付经济补偿金以及标准；劳务派遣制度是否应当规范以及如何规范；裁员的标准条件如何界定以及程序如何规范；劳动合同是否应当以书面形式订立，以及如果不订立应该如何处理；试用期如何规范以及竞业限制和约定违约责任如何规范等，最终都在反复表达和协调中达成共识，定格为法律层面的“共同意志”。立法就是各方利益力量的博弈。在《劳动合同法》制定过程中，工会组织作为劳动者利益的代表者和维护者，在参与立法中的表现可圈可点，功不可没。

新《劳动合同法》这部法律多处赋予了工会参与权利和监督权利，如企业制定规章制度要经过职工代表大会讨论，与工会协商；企业解除劳动合同要事先将理由通知工会；企业裁员要听取工会意见等。在贯彻施行中可能会遭遇阻力，但即使困难再多、阻力再大，工会组织都会积极地尽自己所能，促进这部维护劳动者和企业的合法权益的法律得以不折不扣地贯彻执行。

三、“合力”推动进步

在经过反复修改的新版草案中，修改最多的地方似乎是其中弱化了的中国工会的角色。原版草案中有一条规定要求，雇主若想改变工作规章须先提请工会或其他员工组织批准。企业团体对这一条提出了强烈反对。新版草案对这一条的用词做了修改，变成了：雇主若想改变工作规章须先与工会或其他员工组织进行协商。修改后的这一条显得模棱两可，一些雇主担心，这依然会使工会在企业用人问题上拥有不应有的大权。草案修订稿还在涉及诸如试用期、非竞争协议、下岗和集体谈判等较为技术性的条款的用词上做出了很多改动。

美国商会表示，它对大多数的修改都感到满意。它说，自己在2006年4月草案征求意见时提出的意见有3/4都在修订稿中得到了解决。目前依然让人担忧的是，新草案中关于遣散费的要求有所提高，雇主的成本会因此而增加。新版草案中做出了一些让步，没有要求雇主为临时工提供书面合同，也没有提供一个解决太多短期合同问题的有效机制。国际工会联盟（International Trade Union Confederation）表示，草案给了监管当局更大的权力，但同时工人们依然没有成立或者选择自己工会的自由。

此次《劳动合同法》相对公开的修改过程显示出中国政府在法律形成方面已经开始越来越多地考虑不同利益集团和广大公众的意见。这种旨在改善透明

度的谨慎之举，反映了中国政府保持各方对其法律法规广泛支持的愿望，以确保其法律能适应日益复杂的经济和社会现状的需要。

对于劳动法草案引发的各种问题和忧虑，中国政府认真地予以了考虑和回应。虽说征求意见期间法律教授、工会、企业等各方展开了激烈的争论，但是这种相对公开化的做法还是广受欢迎的。立法过程中争论的焦点颇多，是劳资双方博弈下使立法走向公平正义的过程。

四、人力资源管理人员，你们准备好了吗

《劳动合同法》在明确劳动合同双方当事人的权利和义务的同时，重在劳动者合法权益的保护，为构建与发展和谐稳定的劳动关系提供了有力的法律保障。该法案的出台，将直接提升企业人力资源的管理成本，同时也将对企业人力资源管理乃至企业全面经营管理产生深远的影响。

抢在2008年1月1日新的《劳动合同法》生效之前，华为公司责令旗下工龄满8年的员工，主动辞职，重新竞聘，依次到达使近万名华为员工的工龄统统归零的目的，因为根据新的《劳动合同法》的规定，工龄满10年即可换取终身合同。既是有备而来，显然不会与法律冲突，应无法律风险。社会道德风险却难以完全规避，但华为以较高的经济补偿的形式，以换取员工的谅解，从而最小化社会道德风险。

如何利用新《劳动合同法》的契机进一步做好人力资源管理工作，提升员工关系管理水平，避免劳资冲突，建立和谐的劳动关系，已经成为人力资源管理人士和各级劳动与社会保障部门关注的重点。

第二部分

新《劳动合同法》解读

第一章 总 则

第一条 完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系，制定本法。

【条文主旨】本条是关于《劳动合同法》立法宗旨的规定。

【条文解析】

立法宗旨也称立法目的。本条规定的立法宗旨有三层意思：

1. 完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利和义务

劳动合同是市场经济体制下用人单位与劳动者进行双向选择，确定劳动关系，明确双方权利和义务的协议，是保护劳动者合法权益的基本依据。

2. 保护劳动者的合法权益

新《劳动合同法》加大了用人单位的责任，着眼于解决现实劳动关系中用人单位不签订劳动合同、拖欠工资、劳动合同短期化等诸多侵害劳动者利益的问题。

3. 构建和发展和谐稳定的劳动关系

新《劳动合同法》是实现劳动力资源的市场配置，促进劳动关系和谐稳定的重要法律制度，构建和发展和谐稳定的劳动关系是《劳动合同法》的最终价值目标。

第二条 中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下简称“用人单位”）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。

【条文主旨】关于《劳动合同法》适用范围的规定。

【条文解析】

劳动法的适用范围具体为：①各类企业和与之形成劳动关系的劳动者；②个体经济组织和与之形成劳动关系的劳动者；③国家机关、事业组织、社会团体实行劳动合同制度的以及按规定应实行劳动合同制度的工勤人员；④实行企业化管理的事业组织的人员；⑤其他通过劳动合同与国家机关、事业组织、社会团体建立劳动关系的劳动者。排除了公务员和比照实行公务员制度的事业组织和社会团体的工作人员，以及农村劳动者（乡镇企业职工和进城务工、经

商的农民除外)、现役军人和家庭保姆等。

1. 企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织

企业是以营利为目的的经济性组织,包括法人企业和非法人企业,是用人单位的主要组成部分,是本法的主要调整对象。个体经济组织是指雇工7人以下的个体工商户。民办非企业单位是指企事业单位、社会团体和其他社会力量以及公民个人利用非国有资产举办的,从事非营利性社会服务活动的组织。如民办学校、民办医院、民办图书馆、民办博物馆、民办科技馆等。

本条第一款采取列举加概括的方式明确了用人单位的范围,就是说除列举的三类用人单位外,本款还规定“等组织”。需要注意的是,这里的“等”,属于“等外”,也就是说除列举的企业、个体经济组织、民办非企业单位三类组织外,其他组织与劳动者建立劳动关系,也适用本法。这三类组织以外的组织如会计师事务所、律师事务所等,它们的组织形式比较复杂,有的采取合伙制,有的采取合作制,它们不属于本条列举的任何一种组织形式,但它们招用助手、工勤人员等,也要签订劳动合同,这部分人员适用本法。

2. 国家机关、事业单位和社会团体

根据本条的规定,国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动合同关系的劳动者,订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同,依照本法执行。

(1) 国家机关。

这里的国家机关包括国家权力机关、国家行政机关、司法机关、国家军事机关、政协等,其录用公务员和聘任制公务员,适用公务员法,不适用本法,国家机关招用工勤人员,需要签订劳动合同,就要适用《劳动合同法》。

(2) 事业单位。

事业单位适用本法,可以分为3种情况:

①是具有管理公共事务职能的组织,如证券监督管理委员会、保险监督管理委员会、银行业监督管理委员会等,其录用工作人员是参照公务员法进行管理,不适用本法。②是实行企业化管理的事业单位,这类事业单位与职工签订的是劳动合同,适用本条的规定。③还有一种事业单位如医院、学校、科研机构等,有的劳动者与单位签订的是劳动合同,签订劳动合同的,就要按照本条的规定执行;有的劳动者与单位签订的是聘用合同,签订聘用合同的,就要按照本法第九十六条的规定,即法律、行政法规和国务院规定另有规定的,就按照法律、行政法规和国务院的规定执行;法律、行政法规和国务院没有特别规定的,也要按照本法执行。

(3) 社会团体。

按照《社会团体登记管理条例》的规定,社会团体是指中国公民自愿组