

劳动合同法理解与适用丛书

LAO DONG HE TONG FA LI JIE YU SHI YONG CONG SHU

劳动 合同法

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

劳动合同法理解与适用丛书

LAO DONG HE TONG FA LI JIE YU SHI YONG CONG SHU

劳动 合同法

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

劳动合同法热点、难点、疑点问题全解/黎建飞主编.
—北京:中国法制出版社,2007.7

(劳动合同法理解与适用丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0041 - 1

I. 劳… II. 黎… 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 093461 号

劳动合同法热点、难点、疑点问题全解

LAODONG HETONGFA 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

印张/8.75 字数/175 千

版次/2007 年 7 月第 1 版

2007 年 7 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0041 - 1

定价: 20.00 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

出版说明

《劳动合同法》是自《劳动法》颁布实施以来，我国劳动和社会保障法制建设中的又一个里程碑。

本书通过【热点问题分析】、【难点问题解惑】、【疑点问题探讨】三个栏目设置，对《劳动合同法》在立法过程中的背景、实施过程中可能遇到的难题进行了深入浅出的阐释。

总的来说，《劳动合同法》既坚持了《劳动法》确立的劳动合同制度的基本框架，包括双向选择的用人机制，劳动关系双方有权依法约定各自的权利和义务，依法规范劳动合同的订立、履行、变更、解除和终止等；同时又对《劳动法》确立的劳动合同制度作出了较大修改，使之进一步完善。概括起来，这种完善主要体现在三个方面：

第一，有针对性地解决现行劳动合同制度中存在的主要问题。现行劳动合同制度尽管在维护改革发展稳定大局中发挥了十分重要的作用，但是在实施中也存在一些问题。如一些用人单位不依法订立书面劳动合同，滥用试用期和劳务派遣，限制劳动者的择业自由和劳动力的合理流动等。这里面既有执法不到位的原因，也有立法不完善的原因。如对用人单位不依法订立劳动合同的法律责任过轻、对劳务派遣用工形式缺乏法律规范等。为此，《劳动

01\ 劳动合同法的立法宗旨 1

81\ 劳动合同法的立法原则 2

02\ 劳动合同法的立法依据 3

目 录

劳动合同法的立法宗旨

22 劳动合同法的立法宗旨 四

第一章 劳动合同法的基本问题

42\ 劳动合同法的立法宗旨 (二)

热点问题分析 42\ 劳动合同法的立法宗旨 (三)

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

22 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 /12

22 4. 港澳台同胞到内地就业是否属于我国《劳动合同法》调整 /13

(二) 地域上的适用范围 /14

(三) 时间上的适用范围 /15

难点问题解答

劳动合同法的立法宗旨

三、劳动合同法与相关法律部门的关系 16

1. 劳动合同法与合同法 /16
2. 劳动合同法与民法 /18
3. 劳动合同法与社会保障法 /20

疑点问题探讨

四、用人单位规章制度 22

- (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 /44	
(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 /59	
五、试用期	61
(一) 试用期的约定必须出于当事人的意思自治 /61	
1. 可否通过用人单位规章制度来规定试用期 /62	
2. 能否单独签订试用期合同 /63	
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 /64	
(三) 试用期的相互考察范围以及解除劳动合同的条件 /65	
六、服务期问题	66
(一) 服务期的订立条件 /66	
(二) 服务期和劳动合同期限的关系 /68	
(三) 服务期可否约定违约金 /70	

疑点问题探讨

七、劳动合同无效 70

(一) 劳动合同无效的种类 /71

(二) 劳动合同无效的法律后果 /73

第三章 劳动合同的履行和变更

热点问题分析

一、劳动报酬 75

(一) 欠薪扣薪现象 /79

(二) 欠薪保障基金制度 /86

(三) 欠薪预警制度 /87

(四) 劳动报酬相关问题 /89

1. “同工不同酬”现象 /89

2. 临时工已经成为“过去式” /91

3. 固定工称谓消失 /91

4. 农民工绝非“低人一等” /92

难点问题解惑

二、加班和加班费 93

(一) “加班惯例”现象 /96

(二) 加班费支付的难点 /102

三、劳动合同的变更 107

(一) 劳动合同主体的变更 /107

- (二) 用人单位的名称、法定代表人等事项的变更 /110
- (三) 用人单位发生合并或者分立等情况时的变更 /113
- (四) 劳动合同内容的变更 /116

热点问题探讨

四、退休返聘 121

- (一) 劳动关系还是劳务关系? /123
- (二) 工伤保险救济还是侵权诉讼? /126
- (三) 返聘报酬与养老金冲突吗? /129
- (四) 退休返聘适用同工同酬吗? /130

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 132

- (一) 劳动者享有单方解除劳动合同的权利 /133

1. 合法“跳槽” /133
2. 劳动者的单方解除权是否“过火”? /135

- (二) 用人单位解除劳动合同的情形 /140

1. 对用人单位解除劳动合同的限制 /140
2. 用人单位可以解除劳动合同的情形 /142

- 3. 用人单位单方预告解除劳动合同 /145

二、劳动合同的终止 146

- (一) 劳动合同终止的法律规定 /147

- (二) 劳动合同不能终止的情形 /148

（三）劳动合同终止后的延续 /150

三、劳动合同后合同义务 153

（一）用人单位的后合同义务 /155

1. 办理退工手续 /155

2. 出具相关证明 /157

3. 支付经济性补偿 /158

（二）劳动者的后合同义务 /159

1. 协助办理工作移交手续 /159

2. 竞业禁止 /159

3. 支付违约金或赔偿金 /159

难点问题解答

四、违约金，经济补偿金以及赔偿金 160

（一）违约金和赔偿金 /161

1. 劳动合同不得随意规定违约金 /163

2. 违约金与赔偿金的关系 /163

3. 违约金和赔偿金的适用 /165

（二）经济补偿金 /168

1. 经济补偿金和相关制度的关系 /168

2. 经济补偿金计算和支付标准 /173

疑点问题探讨

五、经济性裁员 176

（一）经济性裁员的要件 /176

1. 符合法定的裁员情形 /177

2. 因发生所列的情形致使劳动合同无法履行 /178

3. 裁员的人数必须达到法定标准 /178

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 /179

(二) 经济性裁员的特殊规定 /179

(三) 经济性裁员的程序 /180

六、培训费该由谁埋单 181

(一) 培训的现实情况 /181

(二) 培训费的类型 /182

1. 基本职业培训 /182

2. 专项职业培训 /182

(三) 培训费和服务期的关系 /183

(四) 培训费的承担规则 /184

1. 基本职业培训 /184

2. 专项职业培训 /185

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 187

（一）集体合同的效力问题 /188

1. 对人效力 /188

2. 时间效力 /190

3. 空间效力 /192

（二）集体合同签订程序 /193

1. 签订集体合同的当事人 /194

2. 集体协商的提出 /195

3. 签订集体合同应当经过的程序 /196

(三) 集体合同与劳动合同的关系 /198

二、劳务派遣 201

(一) 劳务派遣中的各种关系 /202

1. 劳务派遣——一重劳动关系 /202

2. 劳务派遣单位和被派遣劳动者——劳动关系 /203

3. 用工单位与被派遣劳动者——特殊劳动关系 /205

4. 劳务派遣单位与用工单位——劳务合同关系 /205

(二) 被派遣劳动者的权益保护问题 /206

1. 滥设派遣机构 /207

2. 同工不同酬 /207

3. 社会保险权益经常遭到侵害 /207

(三) 劳动者权益受损时的责任承担问题 /208

(四) 派遣用工的工作岗位和试用期问题 /211

难点问题解惑

三、人事代理和劳务派遣的关系 212

四、非全日制用工问题 216

(一) 非全日制劳动的适用范围 /216

(二) 非全日制劳动合同的形式 /217

(三) 非全日制劳动者的权益保护 /218

1. 非全日制劳动的工作时间和超时加班问题 /219

2. 非全日制就业的最低工资标准问题 /220

3. 社会保险问题 /221

疑点问题探讨

五、在校生实习的劳动关系 223

(一) 实习生的身份问题 /223

(二) 实习生权益受损时的责任归属 /226

1. 实习生在实习过程中身体健康受损 /226

2. 实习单位没有按约定提供适当实习条件或待遇 /229

(三) 慎重选择实习单位, 保护自身合法权益 /231

六、工会在调整劳动关系中的作用 232

(一) 工会在调整劳动关系中的地位 /233

(二) 工会在调整劳动关系中的职责 /235

1. 工会在参与民主管理方面的职责 /235

2. 工会在集体合同和劳动合同订立和履行中的职责 /236

3. 工会在用人单位解除劳动合同时的职责 /238

4. 工会在用人单位劳动安全卫生条件和设施方面的职权 /240

5. 工会在处理和解决劳动争议方面的职权 /242

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 /243

附录:

中华人民共和国劳动合同法 245

(2007 年 6 月 29 日)

劳动合同法立法（一）

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

劳动合同法立法宗旨，是指立法的主导思想、主要旨趣等，一般又称为立法的主旨，强调的是立法所要达到的主要目的、立法的中心意思和要点等等。任何法律都有其立法宗旨，《劳动合同法》也不例外。现代意义上的劳动合同法，其产生的缘由就是首先以保护劳动者的权利和利益为自己的根本宗旨和主要目的的。在社会主义制度下，人民是国家的主人，劳动者享有广泛的合法权益，劳动合同法在保护劳动者权益，改善其工作和生活条件上具有积极的作用。劳动合同法单行立法，旨在调整劳动关系，保障劳动者的合法权益，促进劳动关系的和谐稳定，维护社会的公平正义。劳动合同法立法宗旨，是指立法的主导思想、主要旨趣等，一般又称为立法的主旨，强调的是立法所要达到的主要目的、立法的中心意思和要点等等。任何法律都有其立法宗旨，《劳动合同法》也不例外。现代意义上的劳动合同法，其产生的缘由就是首先以保护劳动者的权利和利益为自己的根本宗旨和主要目的的。在社会主义制度下，人民是国家的主人，劳动者享有广泛的合法权益，劳动合同法在保护劳动者权益，改善其工作和生活条件上具有积极的作用。劳动合同法单行立法，旨在调整劳动关系，保障劳动者的合法权益，促进劳动关系的和谐稳定，维护社会的公平正义。

（一）立法依据问题

一般而言，依据又称为根据，是指把某种事物作为语言、行动或得出结论的前提、指导。所谓立法依据，又称为立法根据，是指以何者作为立法的前提或者指导。由于立法依据和立法宗旨的紧密联系，因此，立法依据不同，那么导致的立法宗旨肯定存在着差异。在《劳动合同法》的立法过程当中，对于立法依据，一直存在着争议，总的而言，有两种观点：

第一种观点认为应该以民法作为《劳动合同法》的立法依据。这种观点的理由是：《劳动合同法》所要调整的关系是劳动合同关系。而劳动合同关系属于合同关系的一种，一般而言，合同关系属于《合同法》的调整对象，而《合同法》又属于民法的范畴，所以，就立法依据而言，《劳动合同法》应该以民法为依据。

第二种观点认为应该以《劳动法》作为《劳动合同法》的立法依据。这种观点的理由是：《劳动合同法》是《劳动法》的特别法，其调整对象是劳动合同关系，这种关系属于劳动关系的一种，因此，《劳动合同法》的立法依据应该是《劳动法》。

我国《劳动合同法》对于该问题采取了回避的态度，原因似乎可以作如下的猜测，劳动合同作为合同的一种，具有合同的一般特征：是劳动者和用人单位依照法律规定达成的协议，是一种民事法律行为；是劳动者和用人单位之间意思表示一致的产物，约定的是关于劳动者和用人单位各自的权利和义务；劳动合同是劳动者和用人单位之间达成的，以设立、变更和终止民事权利义务关系为目的的民事法律行为；劳动合同双方当事人的地位平等。从这些基本特征来看，劳动合同可以适用合同法的大量规则，因

此,对于依据问题,我国《劳动合同法》采取了回避的态度,既没有规定以《劳动法》为依据,也没有规定以民法为依据。^①但是并没有在法律条文中明确规定,是否意味着就没有依据呢?恐怕不尽然,《劳动合同法》作为调整劳动合同关系的法律,其必然要以宪法作为根本的指南,同时,其是对劳动合同制度的细化、完善,因此必然要依据《劳动法》的相关规则 and 法理。

(二) 单保护还是双保护?

依照上述的两种不同的立法依据,对于《劳动合同法》的立法宗旨,得出两种不同的争议,也即是单保护还是双保护。^②

第一种观点:单保护。所谓单保护,也即依照《劳动法》第1条规定的立法宗旨^③,作为《劳动法》下位法的《劳动合同法》的立法宗旨是为了保护劳动者的合法权益。其欲表达的是,劳动合同关系中的劳动者一方与用人单位相比,相对处于弱势地位,虽然基于劳动合同应该注重对双方当事人的合法权益进行保护,但是考虑到劳动者的特殊情况,应该更加偏重保护其合法权益,即保护劳动者的力度大于保护用人单位的力度。

第二种观点:双保护。所谓双保护,也即依照民法中的债和合同法编的合同本质是双方当事人的意思自治,处于平等地位的

① 《劳动合同法》第1条规定:“为了完善劳动合同制度,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。”

② 王全兴:《我国劳动合同立法的基本取向》,载《中国劳动》2005年第7期。

③ 《劳动法》第1条规定:“为了保护劳动者的合法权益,调整劳动关系,建立和维护适应社会主义市场经济的劳动制度,促进经济发展和社会进步,根据宪法,制定本法。”