

最新

《中华人民共和国劳动合同法》

解读与应用

——法律风险防御全攻略

熊春景著

上海人民出版社

《中华人民共和国劳动合同法》

解读与适用

——法律条文与案例对照——

张其成 著

中国劳动社会保障出版社

D922.52/23

2007

《中华人民共和国劳动合同法》 解读与应用

——法律风险防御全攻略

熊春景著

上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

《中华人民共和国劳动合同法》解读与应用:法律风险
防御全攻略/熊春景著. —上海:上海人民出版社,
2007

ISBN 978 - 7 - 208 - 07430 - 9

I. 中... II. 熊... III. 劳动合同法-基本知识-中国
IV. D922.52

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 154446 号

责任编辑 曹勇庆

特约编辑 章 怡

封面设计 杨德鸿

《中华人民共和国劳动合同法》解读与应用

——法律风险防御全攻略

熊春景 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行 上海华文印刷厂印刷

开本 890×1240 1/32 印张 9.25 插页 4 字数 230,000

2007 年 10 月第 1 版 2007 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 208 - 07430 - 9/D·1272

定价 22.00 元

前 言

随着劳动关系的日益复杂,用人单位与劳动者双方利益的日渐公开化、法制化,对法律风险的防御和处理,正日益成为企业人力资源管理的主要内容。核心员工的跳槽,会让企业陷于人才危机;商业秘密的泄露,会给企业带来巨大损失;而重大伤亡事故的发生,又能在瞬间将企业置于死地;至于因劳动合同条款而引发的纠纷,更是让企业碰到的问题不胜枚举……然而,实践中,很多人力资源管理者对于劳动法律、法规的了解程度往往十分有限,更谈不上熟练运用劳动法律维护企业权益的策略和技巧了。

同时,企业人力资源管理也面临着日益激烈的市场竞争。人才优胜劣汰速度加快,人才培养和维护成本加大,劳动纠纷与经济波动的关系日趋紧密,猎头顾问的触角无处不在……这一切决定了企业人力资源管理者必须充分运用法律来维护企业的劳动权益,必须学会将法律法规渗入日常管理之中,学会将用人法律风险防范于用工流程的每个细节,学会鉴别和利用人力资源管理相关法律法规的真空地带……

特别是2007年6月29日,《中华人民共和国劳动合同法》(以

下简称《劳动合同法》)出台,并将于2008年1月1日正式实施,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。如何利用《劳动合同法》颁行的契机进一步做好人力资源管理工作,提升管理水平,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者 and 各级劳动与社会保障部门所关注的重点。

笔者长期从事劳动法研究,在对劳动合同有关新旧法律法规对比的基础上,针对企业劳动管理者在新的劳动合同法法律体制下容易出现误区,结合本人多年从事劳动法律实务经验,对劳动管理者普遍感到困惑的问题做出了解答,并对管理者实务操作中应予注意的事项,一并整理成书。希望此书的出版,能为法律专业人士和企业人力资源管理者带来切实有用的帮助。

本书第一编对《劳动合同法》进行了深入解读,从立法背景、特点到主要变化,到对用人单位用工机制的冲击都进行了深入浅出的分析,尤其是对条文所设计到的主要问题,从旧法的不足,到《劳动合同法》的完善,以及对《劳动合同法》的正确理解,《劳动合同法》引发的新问题,对用人单位的影响及操作建议等方面进行了重点论述;第二编实务问答,按照企业用工流程,将各个注意点提炼为一个具体的问题,并通过风险揭示、操作提示及案例分析等环节,点明企业在操作中应注意的要点和技巧。

目录 CONTENTS

前言 /1

第一编 最新《劳动合同法》解读 /1

第一章 《劳动合同法》立法背景及主要特点 /1

第一节 《劳动合同法》立法背景 /1

- 一、我国现行劳动法律体系的缺陷 /1
- 二、现行《劳动法》不能满足社会发展的需要 /2
- 三、劳资矛盾已经成为影响社会和谐发展的重要因素 /7

第二节 《劳动合同法》立法进程与特点 /9

- 一、《劳动合同法》的立法进程 /9
- 二、《劳动合同法》的主要特点 /11

第二章 《劳动合同法》主要变化及对企业人力资源管理的冲击 /12

第一节 争议焦点及其在历次审议稿中的演变趋势 /12

- 一、劳动关系成立日期趋于明确 /12
- 二、试用期期限和工资标准趋于严格 /13
- 三、服务期适用空间趋于萎缩 /14
- 四、经济性裁员的情形趋于增多 /16
- 五、经济补偿金标准趋于明确 /17
- 六、集体合同地位趋于突出 /18

第二节 《劳动合同法》重要变化对 企业人力资源管理的冲击 /18

- 一、《劳动合同法》对企业招聘机制的影响 /19
- 二、企业解聘员工将受重重限制,成本加大 /21
- 三、对企业留人制度的影响 /22
- 四、企业灵活管理、自主管理的权利受到限制 /23
- 五、劳动关系管理面临挑战 /24

第三章 《劳动合同法》具体内容解读 /24

第一节 《劳动合同法》立法宗旨 /24

- 一、地方立法关于劳动合同立法宗旨的规定 /24
- 二、《劳动合同法》的立法宗旨 /25
- 三、解读:《劳动合同法》立法宗旨包含三层意思 /25
 - (一) 明确劳动合同双方当事人的权利和义务 /25
 - (二) 保护劳动者的合法权益 /26
 - (三) 构建和发展和谐稳定的劳动关系 /27
- 四、《劳动合同法》立法宗旨的新特点 /27

第二节 《劳动合同法》的适用范围 /28

- 一、旧有劳动合同制度适用范围狭窄 /28
- 二、地方立法对劳动合同适用范围的突破 /29
- 三、《劳动合同法》对劳动合同适用范围的继承和完善 /31
 - (一) 用人单位的种类扩充,民办非企业单位等被纳入用人单位范畴 /31
 - (二) 事业单位中订立劳动合同的聘用制用工纳入调整范围 /32
 - (三) 对灵活用工关系的法律适用做出详细规定 /33
 - (四) 肯定了外包制劳动关系的存在 /33
- 四、《劳动合同法》未解决的问题 /33

(一) 自然人用工被排除在外 /33

(二) 涉外劳动关系的法律适用不够明确 /33

第三节 用人单位规章制度的制定 /34

一、旧有规章制度的法律规定笼统、抽象 /34

(一) 用人单位规章制度的含义 /34

(二) 用人单位规章制度的范围 /34

(三) 用人单位规章制度的效力 /34

二、《劳动合同法》关于规章制度规定的正确理解 /36

(一) 强调用人单位规章制度的合法性 /36

(二) 企业制定规章制度应当考虑利益平衡 /36

(三) 重大事项须民主程序讨论通过 /37

(四) 规章制度或重大事项的制定、修改或决定程序
有章可循 /37

(五) 规章制度的异议程序有规定 /38

(六) 直接涉及劳动者切身利益的
规章制度必须进行公示 /38

(七) 规章制度违法的法律后果 /39

三、新旧法差异 /39

四、《劳动合同法》关于规章制度规定的不足 /40

(一) 未明确平等协商的合法程序 /40

(二) 重大事项未作明确界定 /40

五、《劳动合同法》对用人单位的影响 /40

六、友情提示 /41

第四节 工会在劳动合同中作用 /41

一、立法对工会维权职能呈强化趋势 /41

(一) 《工会法》的相关规定及不足 /41

(二) 《劳动法》中的工会形同虚设 /43

二、《劳动合同法》对工会职权的强化 /44

(一) 劳动合同方面,工会作用贯穿始终 /44

- (二) 规章制度制定方面,工会责无旁贷 /44
- (三) 经济性裁员方面,工会享有建议权 /44
- (四) 集体合同方面,工会享有代表权 /44
- (五) 在解聘员工方面,工会享有知情权和监督权 /45
- (六) 在劳动争议中,工会负有支持和帮助义务 /45
- (七) 总体上的监督检查权 /46
- (八) 工会是三方协调机制的重要组成部分 /46

三、《劳动合同法》的不足 /46

四、《劳动合同法》实施后企业应注意的问题 /46

第五节 劳动合同的订立 /46

一、劳动合同订立形式与事实劳动关系 /46

- (一) 劳动合同订立形式分为书面和口头两种 /46
- (二) 未签订书面劳动合同可导致
事实劳动关系的产生 /47
- (三) 旧法对用人单位不与劳动者
签书面劳动合同无能为力 /48
- (四) 《劳动合同法》下企业不与劳动者
签订书面劳动合同弊大于利 /49
- (五) 新规定对用人单位影响巨大 /51
- (六) 新规定引发的思考 /52
- (七) **友情提示** /52

二、劳动合同订立的告知义务 /52

- (一) 地方法规的立法探索 /53
- (二) 《劳动合同法》对告知义务的继承与完善 /53
- (三) 《劳动合同法》关于告知义务规定的不足 /55
- (四) **友情提示** /56

三、劳动合同必备条款问题 /56

- (一) 《劳动合同法》对劳动合同必备条款有增有删 /56
- (二) 《劳动合同法》必备条款的解读 /57

四、劳动合同的期限 /60

- (一) 劳动合同期限类型及存在的问题 /60
- (二) 《劳动合同法》应对固定期限劳动合同短期化 /61
- (三) 《劳动合同法》扩充无固定期限劳动合同的
适用情形 /61
- (四) “连续两次固定期限合同应签无固定期限合同”的
争议与理解 /64
- (五) 以完成一定的工作任务为期限的
劳动合同隐藏风险与机遇 /66
- (六) 《劳动合同法》关于合同期限规定的不足 /69
- (七) 《劳动合同法》关于合同期限规定
引发的新问题 /71
- (八) 用人单位的应对之策 /72

五、劳动合同试用期新变化 /72

- (一) 用人单位滥用试用期现象严重 /73
- (二) 《劳动合同法》对试用期做出全面规范 /75
- (三) 《劳动合同法》关于试用期规定的不足 /79
- (四) 友情提示 /81**

六、服务期新变化 /81

- (一) 明确服务期与劳动合同期的关系 /82
- (二) 《劳动合同法》缩小了服务期的适用范围 /82
- (三) 《劳动合同法》服务期规定引发的新问题 /84
- (四) 服务期变化对用人单位的影响 /84

七、保密条款和竞业限制 /85

- (一) 商业秘密的现有劳动法律保护缺少操作性 /86
- (二) 现行法律框架下竞业限制难以兑现 /87
- (三) 现行法律框架下保密协议与
竞业限制协议的区别与联系 /91
- (四) 《劳动合同法》对商业秘密和竞业限制的

人群和行业做出限定 /95

(五)《劳动合同法》保密与竞业限制规定的不足 /97

八、违约金的新变化 /98

(一)旧有违约金制度性质不明、适用混乱 /98

(二)《劳动合同法》做出统一规定 /100

(三)违约金条款对用人单位的影响 /100

(四)友情提示 /101

九、无效劳动合同 /102

(一)现行法律和实践中对无效劳动合同的认定 /102

(二)辨别无效劳动合同情形应注意的几个问题 /103

(三)《劳动合同法》对无效合同规定的完善 /106

(四)《劳动合同法》关于

无效劳动合同规定的不足 /107

第六节 劳动合同的履行和变更 /108

一、劳动合同的履行 /108

(一)《劳动法》对劳动合同履行的规定比较原则化 /108

(二)地方立法的补充及完善 /108

(三)《劳动合同法》针对热点问题做出回应 /109

二、劳动合同变更 /110

(一)劳动合同变更的现行法律规范标准不一 /110

(二)地方立法的实践和完善 /112

(三)《劳动合同法》关于合同变更的

规定及正确理解 /113

(四)《劳动合同法》关于合同变更规定存在的不足 /114

三、工资约定不明时支付标准及工资追索程序新变化 /115

(一)工资约定不明的支付标准 /115

(二)工资追索程序新变化 /117

第七节 劳动合同的解除 /118

一、劳动合同的协商解除 /118

- (一) 现行协商解除制度存在歧义且对老员工不利 /119
- (二) 《劳动合同法》的规定及进步 /120
- (三) 友情提示 /120
- 二、劳动者单方面解除劳动合同 /120
 - (一) 劳动者预告辞职 /121
 - (二) 随时解除 /122
 - (三) 《劳动合同法》的不足 /125
- 三、用人单位随时解除劳动合同 /126
 - (一) 旧法关于用人单位随时解除的理解及问题 /126
 - (二) 《劳动合同法》增加了用人单位随时解除的情形和程序要求 /128
- 四、用人单位非过失性单方解除劳动合同 /130
 - (一) 旧法关于适用非过失性辞退的规定及解析 /131
 - (二) 《劳动合同法》相关规定比较灵活 /134
- 五、用人单位经济性裁员 /135
 - (一) 旧法关于经济性裁员的适用要求及问题 /135
 - (二) 《劳动合同法》对经济性裁员的规定及解读 /139
- 六、用人单位单方面违法解除劳动合同 /143
 - (一) 现行规定及存在的问题 /143
 - (二) 地方立法的相对完善 /145
 - (三) 《劳动合同法》关于违法解除的变化 /146
- 七、《劳动合同法》关于劳动合同解除存在的三个方面缺陷 /147
- 第八节 劳动合同终止与经济补偿金问题 /148
 - 一、旧法关于劳动合同终止制度的规定及问题 /148
 - (一) 法律法规的规定及存在问题 /148
 - (二) 上海对劳动合同终止的补充及完善 /150
 - 二、新旧对比及解读 /151
 - (一) 《劳动合同法》取消了约定终止条件的规定 /151

- (二) 终止情形的新旧对比 /151
- (三) 劳动合同终止限制的新旧对比 /151
- (四) 违法终止方面的新旧对比 /153
- (五) 劳动合同终止后双方义务的新旧对比 /154
- (六) 合同终止支付补偿金的正确理解 /155
- (七) 《劳动合同法》关于终止规定引发的新问题 /156

三、经济补偿金新变化 /157

- (一) 我国经济补偿金制度的现状与问题 /157
- (二) 旧法下经济补偿金的适用及问题 /157
- (三) 《劳动合同法》扩充了
经济补偿金制度的适用 /159
- (四) 《劳动合同法》关于经济补偿金规定
可能引发的问题 /161

第九节 劳动合同中的特殊问题 /162

一、集体合同 /162

- (一) 集体合同的特点与作用 /162
- (二) 集体合同的相关规定及不足 /165
- (三) 《劳动合同法》对集体合同充分重视 /167
- (四) 《劳动合同法》仍有不足 /168

二、劳务派遣用工 /169

- (一) 劳务派遣用工制度概述 /169
- (二) 我国劳务派遣的现状和人们的认识 /169
- (三) 《劳动合同法》对劳务派遣进行了全面规制 /170
- (四) 《劳动合同法》关于劳务派遣规定的解读 /171
- (五) 劳务派遣的新规定对企业的影响 /176
- (六) 《劳动合同法》引发的新问题 /176

三、非全日制用工 /177

- (一) 非全日制用工的界定 /177
- (二) 非全日制用工的法律规定及问题 /177

(三) 非全日制用工的新旧对比及解读 /179

第十节 其他规定 /181

一、三个连带责任问题 /181

(一) 招用尚未与其他用人单位解除或终止劳动关系的劳动者,给其他用人单位造成损失的 /181

(二) 派遣单位违反《劳动合同法》规定给劳动者造成损害的 /181

(三) 个人承包经营者违反《劳动合同法》规定招用劳动者给劳动者造成损害的 /182

二、过渡期条款 /182

(一) 《劳动合同法》施行前订立的合同在施行后的效力问题 /182

(二) 连续订立两次固定期限劳动合同次数的计算始期问题 /183

(三) 《劳动合同法》实施前存在的事实劳动关系在实施后的处理问题 /183

(四) 跨越《劳动合同法》和旧法的劳动合同解除或终止的经济补偿问题 /183

第二编 企业用工流程中的主要法律风险及防御 /185

第一章 员工入职管理常见风险及防御 /185

第一节 员工招聘管理与风险防范 /185

一、用人单位的界定 /185

问1: 哪些单位属于《劳动合同法》当中的“用人单位”? /185

问2: 《劳动合同法》关于用人单位方面有什么新规定? /185

问 3: 对用人单位界定方面会有哪些误区? /186

问 4: 哪些用工关系不属于《劳动合同法》

调整的范围? /186

二、用工方式的选择 /186

问 5: 企业有哪几种用工形式可以选择?

各种用工形式有什么区别? /186

问 6: 劳务派遣用工的优缺点各是什么? /187

问 7: 对于哪些人员用人单位

可考虑选择劳务派遣用工方式? /188

问 8: 企业选择劳务派遣用工应注意哪些问题? /189

问 9: 企业与派遣单位签订

劳务派遣协议应注意的问题? /190

问 10: 企业采取非全日制用工应注意哪些问题? /190

问 11: 非全日制劳动合同怎么签订? /190

问 12: 非全日制用工与小时工相同吗? /191

问 13: 大学生兼职是否属于非全日制用工? /191

三、招聘中的法律风险防范 /191

问 14: 对用人单位在招聘中要注意的问题

主要体现在哪几个方面? /192

问 15: 试用期内未完成指标,公司能解雇他吗? /193

【案例】

问 16: 用人单位在不知情的情况下雇佣未解除

合同的员工,也要承担赔偿责任吗? /194

【案例】

问 17: 企业如何规避招聘所暗含的法律风险? /195

第二节 员工录用管理与风险防范 /195

一、劳动合同的签订 /196

问 18: 新进员工是否可以试用后再签合同?

签约与不签约的法律后果有何不同? /196

问 19: 单位如何规避事实劳动关系的法律风险? /196

问 20: 员工不签劳动合同怎么办? /196

问 21: 录用通知书是否有法律效力?

是否可以算作合同? /197

问 22: 针对《劳动合同法》严出宽进的特点,
用人单位如何控制法律风险? /197

问 23: 单方解约,为什么要赔那么多钱? /198

【案例】

问 24: 劳动合同应何时签订最合适? /199

问 25: 劳动合同订立的程序是什么? /200

问 26: 劳动合同何时成立和生效? /201

问 27: 在合同订立过程中,劳动者负有哪些
告知义务? 用人单位如何行使知情权? /201

问 28: 订立劳动合同能不能
要求劳动者提供担保? /201

二、劳动合同期限的确定 /202

问 29: 用人单位在约定劳动合同试用期时
应注意什么问题? /202

问 30: 试用期是否可以延长? 延时办理转正手续
(延长试用期),企业会有何种风险? /202

问 31: 用人单位如何规避试用期法律风险? /203

问 32: 劳动合同期限有几种形式?
各有什么区别? /203

问 33: 确定劳动合同期限时应考虑哪些因素? /204

问 34: 什么情况下必须签订无固定期限合同? /205

问 35: 什么情况下用人单位可以不用与劳动者
签订无固定期限劳动合同? /206

问 36: 用人单位违反法律规定,
不签无固定期限合同有什么法律风险? /206