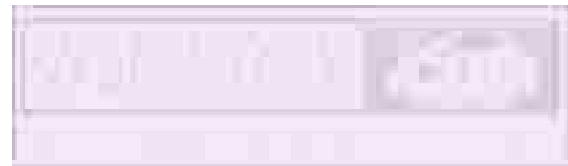


《劳动合同法实施条例（草案）》 实务解读及企业应对



劳动法在线 laborlawnet.com
上海画雨企业管理咨询有限公司

讲师 王桦宇
首席顾问



王桦宇 简介

高级劳动法咨询师、培训师。上海画雨企业管理咨询有限公司总经。劳动法在线laborlawnet.com创始人、首席顾问，《劳资关系》总编。曾参加全国人大法工委委托上海市人大法工委组织的《劳动合同法（草案）》立法听证会。独著、合著或参编《劳动合同法实务操作与案例精解》、《劳务派遣等法律实务操作指引》、《劳动合同法HR综合应用指南》等法律实务著作多部。在《工人日报》、《劳动和社会保障报》、《人才市场报》、《劳动报》、《人力资源》等多家专业媒体发表劳动法专业文章数十篇。参加国务院法制办委托课题、教育部“十五”规划教材项目等国家级科研课题多项。为花旗银行、三井住友银行、GE、可口可乐、三菱商事、科尼卡美能达、理光、西门子、欧倍德、松下、爱普生、佳能、飞利浦等沪苏两地数十家知名跨国公司、和顾问客户提供了大量涉及新劳动合同法应对方面的法律培训服务。

目录

- 一、《实施条例》的基本分析
- 二、《实施条例》的主要内容
- 三、《实施条例》的企业应对

一、《实施条例》的基本分析



一、《实施条例》的基本分析

三个“共存”：

- (一) 各界评论：赞赏与质疑共存
- (二) 具体内容：重复与遗漏共存
- (三) 立法原则：衡平与偏重共存

一、《实施条例》的基本分析

（一）各界评论：赞赏与质疑共存

示例一：腾讯网调查（截至5月20日）

投票网友：**超过12000名**

- 1、超过**64%**的被调查者认为违背“草案”违背了《劳动合同法》的本意；
- 2、超过**20%**的被调查者认为“草案”“有和没有差不多”。

一、《实施条例》的基本分析

示例二：官员学者等相关言论

1、工会系统官员：

“值得肯定”；“它确实解决了实践中感到困扰的一些具体问题”；“有这一条（第9条，关于10年工龄），草案就成功了一半。”

2、高校知名教授：

“保持了劳动合同法一贯的模糊风格”；“动机是好的”；“结果却和劳动合同法发生多处冲撞”。

一、《实施条例》的基本分析

（二）具体内容：重复与遗漏共存

示例一：部分重复之处

关于无固定期限（第28条、第29条）
劳动合同解除、终止等14项条件的罗列。



动机分析？

一、《实施条例》的基本分析

示例二：部分遗漏之处

1、关于续订劳动合同

连续订立两次固定期限劳动合同后，单位对于再次订立固定期限劳动合同是否拥有选择权？

关注：到底是一次选择权还是两次选择权？

一、《实施条例》的基本分析

2、关于特殊劳动关系

退休反聘人员、停薪留职人员、内退人员、协保人员等与用人单位形成的关系如何处理？

关联分析：

第15条 地方各级人民政府以及有关部门为安置困难人员就业而提供的给予岗位补贴和社会保险补贴的公益性岗位，其劳动合同不适用劳动合同法有关无固定期限劳动合同的规定以及支付经济补偿的规定。

——《实施条例（草案）》

一、《实施条例》的基本分析

3、关于规章制度的民主程序

(1) 如何履行规章制度“平等协商”程序？

(2) 如果原规章制度至今一直未修改或新制定的规章制度未经由民主程序，效力如何？

一、《实施条例》的基本分析

关联解读：

第20条 用人单位在《劳动合同法》实施前制定的规章制度，虽未经过《劳动合同法》第四条第二款规定的民主程序，但内容未违反法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示或告知的，可以作为用人单位用工管理的依据。

《劳动合同法》实施后，用人单位制定、修改直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，未经过《劳动合同法》第四条第二款规定的民主程序的，原则上不能作为用人单位用工管理的依据。但规章制度或者重大事项的内容未违反法律、行政法规及政策规定，不存在明显不合理的情形，并已向劳动者公示或告知，劳动者没有异议的，可以作为劳动仲裁和人民法院裁判的依据。

——最新《广东省高级人民法院、广东省劳动争议仲裁委员会关于适用《劳动争议调解仲裁法》、《劳动合同法》若干问题的指导意见》

一、《实施条例》的基本分析

（三）立法原则：衡平与偏重共存

示例一：一般法理上的偏重

——关于法的溯及力

第26条 劳动合同法施行前订立、施行后存续的劳动合同，内容与劳动合同法相抵触的，抵触部分自**2008年1月1日**起无效。

一、《实施条例》的基本分析

示例二：现行实务下的衡平

——关于享受养老保险待遇与劳动合同终止

第33条 劳动者达到法定退休年龄时尚不能依法享受基本养老保险待遇的，**用人单位可以终止劳动合同**；但是，应当依照劳动合同法第四十七条关于经济补偿标准的规定向劳动者支付经济补偿。



相关分析：是否涉嫌越权？

二、《实施条例》的主要内容



二、《实施条例》的主要内容

十二大“要点”：

- | | |
|---------------|--------------|
| (一) 劳动关系 | (二) 事实劳动关系 |
| (三) 试用期 | (四) 服务期 |
| (五) 商业秘密保护 | (六) 视为续订劳动合同 |
| (七) 无固定期限劳动合同 | (八) 劳动合同履行中止 |
| (九) 劳动合同解除或终止 | (十) 合同履行地标准 |
| (十一) 法的溯及力 | (十二) 劳务派遣 |

二、《实施条例》的主要内容

（一）劳动关系

- 1、劳动关系的三大特征
- 2、用人单位的补充性解释
- 3、提前订立劳动合同的处理

——《实施条例（草案）》第3、4、5条

二、《实施条例》的主要内容

1、劳动关系的三大特征

第3条 劳动合同法所称劳动关系，是指用人单位招用劳动者为其成员，劳动者在用人单位的管理下，提供由用人单位支付报酬的劳动而产生的权利义务关系。

——《实施条例（草案）》

二、《实施条例》的主要内容

劳动关系的三大特征：

- (1) 从属性——区别于劳务关系
- (2) 人身性——区别于一般民事关系
- (3) 有偿性——区别于教学岗位实习

相关分析：

不能同时满足三个特征的民事关系？

一、《实施条例》的主要内容

2、用人单位的补充性解释

第4条 依法成立的会计师事务所、律师事务所、基金会等组织，属于劳动合同法第二条第一款规定的用人单位。

——《实施条例（草案）》



分析：为什么会做特别解释？

一、《实施条例》的主要内容

3、提前订立劳动合同的处理

第5条 自劳动合同**订立之日至用工之日**期间，用人单位与劳动者**尚未建立劳动关系**，双方可以**依法解除劳动合同并承担双方约定的违约责任**，用人单位无需承担劳动者的医疗费用等责任，也无需向劳动者支付经济补偿。

——《实施条例（草案）》

解读：（1）此期间属于劳动关系？

（2）相应的法律后果？

（3）责任的承担方式？

特别提醒：offer letter 实务操作中的违约责任条款

二、《实施条例》的主要内容

(二) 事实劳动关系

- 1、事实劳动关系的两种情形
- 2、事实劳动关系的终止与补偿

——《实施条例（草案）》第6、7、23条

二、《实施条例》的主要内容

(二) 事实劳动关系

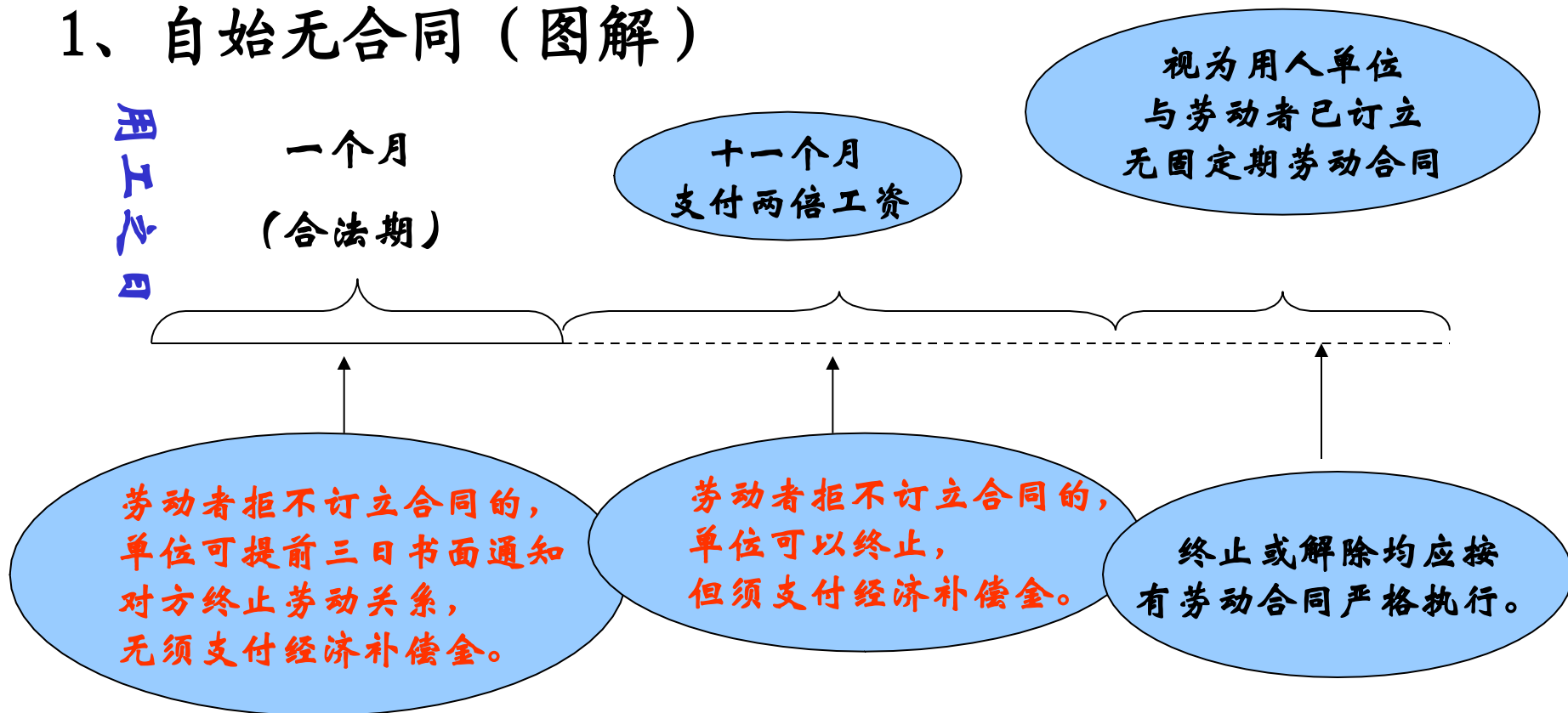
1、事实劳动关系的两种情形

(1) 自始无合同

(2) 合同过期后未续签

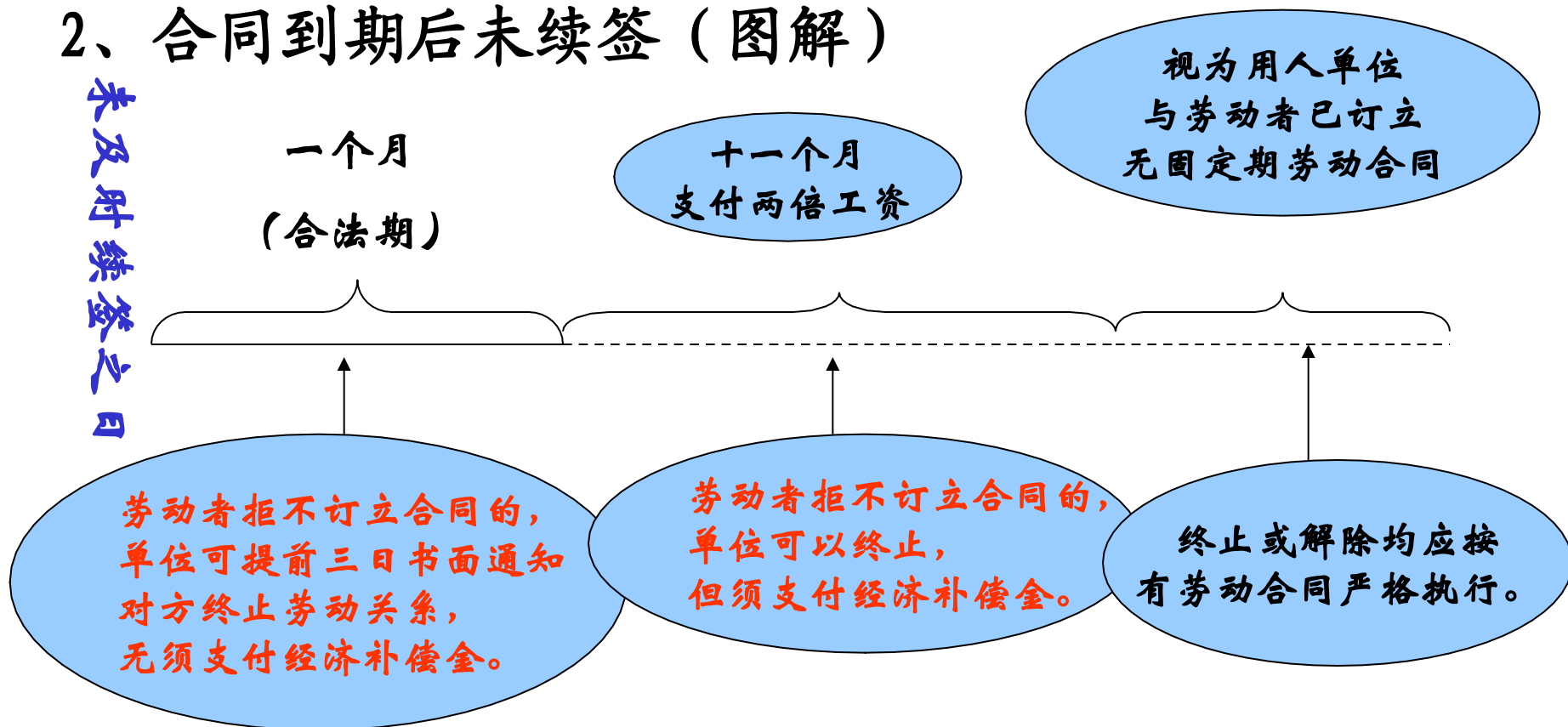
二、《实施条例》的主要内容

1、自始无合同（图解）



二、《实施条例》的主要内容

2、合同到期后未续签（图解）



二、《实施条例》的主要内容

2、事实劳动关系的终止与补偿

(1) 与原来的规定大致相同

(2) 用人单位增加了

A、“拒不签订或续签”的举证义务

B、超过1个月支付双倍工资

C、超过1年不得随意终止，需依法解除

实务操作：

A、如何举证“拒不”？

B、双倍工资的具体起算点？

C、超过1年是否仍需支付双倍工资？

二、《实施条例》的主要内容

（三）试用期

- 1、倒签劳动合同的试用期计算
- 2、关于试用期工资80%的理解
- 3、试用期解除条件的适当拓宽

——《实施条例（草案）》第6、7、23条

二、《实施条例》的主要内容

（三）试用期

- 1、倒签劳动合同的试用期计算
- 2、关于试用期工资80%的理解
- 3、试用期解除条件的适当拓宽

——《实施条例（草案）》第10、18、27条

二、《实施条例》的主要内容

1、倒签劳动合同的试用期计算

第10条 用人单位未在开始用工时订立书面劳动合同，之后补订劳动合同的，劳动合同期限自用工之日起计算。依照劳动合同法约定试用期的，**试用期自用工之日起**计算。

——《实施条例（草案）》

解读：1、正常签订合同，试用期起算的依据是？

2、倒签合同，试用期起算的依据是？

记载起始日（移前） **实际用工日** 记载起始日（挪后）



二、《实施条例》的主要内容

2、关于试用期工资80%的理解

第18条 劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资的80%或者不得低于劳动合同约定工资的80%，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。

——《实施条例（草案）》

关联解读：第20条 劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。

——《劳动合同法》

二、《实施条例》的主要内容

3、试用期解除条件的适当拓宽

《劳动合同法》规定的理由	《实施条例（草案）》增加的理由
1、试用期内劳动者被证明不符合录用条件	拓宽： 劳动者在试用期内生病或非因工负伤医疗期满，或者不能胜任工作的，可作为不符合录用条件。
2、劳动者具备过失性解除情形	
3、劳动者具备非过失性解除的第一项（医疗期）、第二项（不胜任）情形。	补充： 符合非过失性解除的第三项（客观情况重大变化）和裁员规定的，也可解除。

——《实施条例（草案）》第27条

二、《实施条例》的主要内容

（四）试用期

- 1、法律上认可之专项培训费用
- 2、服务期长于合同期之处理
- 3、违约金责任之过失责任原则

——《实施条例（草案）》第19、20、36条

二、《实施条例》的主要内容

1、法律上认可之专项培训费用

(1) 法律界定：

A、时间：用人单位**一次性**或者**12个月内累计**

B、人员：为**1名**劳动者

C、数额：支出超过**本单位上年度平均工资30%**

(2) 费用组成：**三项**

A、**有支付凭证的**培训费用、

B、培训期间的**差旅费**

C、因培训产生的**其他直接费用**。

——《实施条例（草案）》第20条

讨论：若如此规定，

(1) 培训期间工资是否算培训费？

(2) 培训协议应该如何拟定？

二、《实施条例》的主要内容

2、服务期长于合同期之处理

第20条 劳动合同期满而服务期尚未到期的，劳动合同续延至服务期满。**双方另有约定的，从其约定。**

——《实施条例（草案）》第20条



解读：默认续延，约定优先

讨论：此种续延是否被视为续签？

对策：（1）约定期满终止权
（2）约定服务期的计算方法

二、《实施条例》的主要内容

3、违约金责任之过失责任原则

(1) 单位过失在先企业员工可以解除

第36条第1款 用人单位与劳动者约定了服务期，依照劳动合同法第38条关于**因用人单位违法**，劳动者可以解除劳动合同的规定解除劳动合同的，**不属于违反服务期的约定**，用人单位不得要求劳动者支付违约金。

——《实施条例（草案）》

讨论：重新评估服务期约束力？

对策：特别管理制

二、《实施条例》的主要内容

(2) 企业被动解除合同，员工不免责

第36条第2款 有下列情形之一的，用人单位与劳动者解除约定了服务期的劳动合同的，劳动者应当按照约定向用人单位支付违约金：

- (一) 劳动者严重违反用人单位的规章制度的；
- (二) 劳动者严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；
- (三) 劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；
- (四) 因劳动者有劳动合同法第26条第1款第1项关于劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用用人单位在违背真实意思情况下订立或者变更劳动合同，致使劳动合同无效的；
- (五) 劳动者被依法追究刑事责任的。

——《实施条例（草案）》

二、《实施条例》的主要内容

（五）商业秘密保护

- 1、明确了竞业限制中的高管职位
- 2、补充规定了脱密期条款

——《实施条例（草案）》第21、22条

二、《实施条例》的主要内容

1、明确了竞业限制中的高管职位

第21条 公司中可以约定竞业限制的高级管理人员包括《中华人民共和国公司法》规定的公司经理、副经理、财务负责人、上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。

其他用人单位的高级管理人员参照前款规定确定。

——《实施条例（草案）》



讨论：竞业限制人员仅限制这些人吗？

二、《实施条例》的主要内容

2、补充规定了脱密期条款

第22条 用人单位与掌握商业秘密的劳动者在劳动合同中约定保守商业秘密有关事项时，可以约定在劳动合同终止前或者该劳动者依照[劳动合同法第37条的规定](#)提出解除劳动合同后的一定期间内变更劳动者工作岗位；但是，不得因此降低劳动者的工资待遇。

——《实施条例（草案）》

链接：《劳动合同法》第37条规定的劳动者单方解除权：

- A、正式合同期间，提前30天通知
- B、试用期期间，提前3天通知

二、《实施条例》的主要内容

相关要点：

(1) 脱密期的对象？

掌握商业秘密的劳动者

讨论：一般劳动者能否约定？

(2) 是否法定期间？

需要通过劳动合同约定

(3) 适用期间？

A、终止：到期、享受养老保险待遇、主体资格消灭等

B、解除：劳动者解除

讨论：单位依法解除能否适用？

以上内容仅为本文档的试下载部分，为可阅读页数的一半内容。如要下载或阅读全文，请访问：<https://d.book118.com/368123123011006100>