



劳动合同法及实施条例解读

主讲教师： 商继政

电子科技大学法律系

2008. 12





第一节 劳动合同的订立

一、哪些单位要订立劳动合同

《劳合法》第2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。

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

《实施条例》第3条 依法成立的会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会，属于劳动合同法规定的用人单位。

第4条 劳动合同法规定的用人单位设立的分支机构，依法取得营业执照或者登记证书的，可以作为用人单位与劳动者订立劳动合同；未依法取得营业执照或者登记证书的，受用人单位委托可以与劳动者订立劳动合同。



二、订立劳动合同时间和形式

注意：劳动关系从用工之日起成立，劳动关系的建立合劳动合同的订立不一定同步。

《劳合法》第7条 用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。

(一) 先订后用

(二) 同时签用

(三) 先用后签

1、先用后签应的宽限期

《劳合法》第10条：建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。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。



2、用人单位不与劳动者订立劳动合同的法律处理

(1) 自用工之日起超过一个月不满一年的

《实施条例》第6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，应当依照劳动合同法第82条的规定向劳动者**每月支付两倍的工资**，并与劳动者**补订书面劳动合同**。

前款规定的用人单位向劳动者每月支付两倍工资的**起算时间为用工之日起满一个月的次日**，**截止时间为补订书面劳动合同的前一日**。

第11条 用人单位未在用工的同时订立书面劳动合同，与劳动者约定的劳动报酬不明确的，**新招用的劳动者的劳动报酬按照集体合同规定的标准执行**；**没有集体合同或者集体合同未规定的，实行同工同酬**。



(2) 自用工之日起满一年的

《条例》第7条 用人单位自用工之日起满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，自用工之日起满一个月的次日至满一年的前一日应当依照劳动合同法第82条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，**并视为自用工之日起满一年的当日已经与劳动者订立无固定期限的劳动合同，应当立即与劳动者补订书面劳动合同。**



3、劳动者不订立劳动合同的法律处理

(1) 自用工之日起一个月内的

《条例》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**。



(2) 超过1个月不满1年的

《条例》第6条 自用工之日起超过一个月不满一年，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，并依照劳动合同法第47条的规定支付经济补偿。**

(3) 超过1年的？——有何后果？



三、订立劳动合同的程序

一) 基本原则:

《劳合法》第3条规定: 订立劳动合同, 应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。

二) 签订前: 用人单位的告知义务与劳动者的说明义务

《劳合法》第8条 用人单位招用劳动者时, 应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬, 以及劳动者要求了解的其他情况; 用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况, 劳动者应当如实说明。

注意: 单位要如实告知, 否则构成欺诈

告知时单位的义务

了解劳动者的知情权不得侵犯劳动者的隐私



三) 如何制定对企业有利的劳动合同

1、《劳合法》规定的必备条款必须约定

1) **期限条款：**劳动合同分为固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同和以完成一定工作任务为期限的劳动合同。用人单位应综合考虑各种因素选择适合自己单位的劳动期限。



2) 工作内容和工作地点条款

3) 工作时间和休息时间条款

(1) 大多数情况下，单位都是选择标准工时制，除非是某些特殊行业和岗位，单位才采取不定时工作制和综合计算工时制，如果选择这两种工时制，企业必须事先到当地劳动部门审批，经批准后才能实行。

(2) 休息时间法律大多有明确规定，用人单位只需在规章制度中作出详细规定就可以了，不必在劳动合同中作详细规定。



4) 劳动报酬条款

企业在劳动合同中应当写清楚劳动报酬的具体数额、支付日期、计件工资写清楚计算标准和依据、不得低于当地最低工资标准。

5) 社会保险条款

属于强制性规定，劳动合同中直接约定按照国家及当地规定办理就可以了。

6) 劳动保护、劳动条件和职业危害防护条款

必须符合国家标准和国家法律法规的规定

7) 法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项

比如劳动法规定的劳动纪律等



2、充分利用可以约定条款

1) 商业秘密条款

约定商业秘密条款的好处

最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释（法释〔2007〕2号）

第11条 具有下列情形之一，在正常情况下足以防止涉密信息泄漏的，应当认定权利人采取了保密措施：

- （一）限定涉密信息的知悉范围，只对必须知悉的相关人员告知其内容；
- （二）对于涉密信息载体采取加锁等防范措施；
- （三）在涉密信息的载体上标有保密标志；
- （四）对于涉密信息采用密码或者代码等；
- （五）签订保密协议；
- （六）对于涉密的机器、厂房、车间等场所限制来访者或者提出保密要求；
- （七）确保信息秘密的其他合理措施。



2) 知识产权成果的归属

3) 竞业限制条款

《劳合法》第23条 用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的**商业秘密和与知识产权相关的保密事项**。

对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定**竞业限制条款**，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者**经济补偿**。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位**支付违约金**。

第24条 竞业限制的人员限于用人单位的**高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员**。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。

在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的**竞业限制期限，不得超过二年**。



4) 培训及服务期条款

《劳合法》第22条 用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，**可以与该劳动者订立协议，约定服务期。**

劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。

用人单位与劳动者约定服务期的，不影响按照正常的工资调整机制提高劳动者在服务期期间的劳动报酬。



《条例》第16条 劳动合同法第22条第2款规定的**培训费用**，**包括**用人单位为了对劳动者进行专业技术培训而支付的有凭证的培训费用、培训期间的差旅费用以及因培训产生的用于该劳动者的其他直接费用。

第17条 劳动合同期满，但是用人单位与劳动者依照劳动合同法第22条的规定约定的服务期尚未到期的，劳动合同应当续延至服务期满；双方另有约定的，从其约定。



5) 其他约定条款

只要不违反法律法规的规定，用人单位可以根据本单位的实际情况与劳动者约定其他条款，比如试用期。



四) 用人单位在订立劳动合同过程中应当注意的事项

(一) 试用期不可以不签合同

(二) 不得扣押证件或要求劳动者提供担保、保证金，不得以其他名义向劳动者收取财物

《劳合法》第9条 用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。

第84条 用人单位违反本法规定，扣押劳动者居民身份证等证件的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并依照有关法律规定给予处罚。

用人单位违反本法规定，以担保或者其他名义向劳动者收取财物的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并以每人五百元以上二千元以下的标准处以罚款；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

劳动者依法解除或者终止劳动合同，用人单位扣押劳动者档案或者其他物品的，依照前款规定处罚。



(三) 注意置备职工名册的强制性要求

1、必须置备职工名册

《劳合法》第7条 用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。用人单位**应当**建立职工名册备查。

2、如何制作职工名册

《条例》第8条 劳动合同法第7条规定的职工名册，应当包括**劳动者姓名、性别、公民身份号码、户籍地址及现住址、联系方式、用工形式、用工起始时间、劳动合同期限**等内容。



(四) 试用期的法律风险防范

- 1、**试用期内要注意考核**：如果想以试用期内不符合录用条件解除合同，要注意考核的标准与录用条件的协调（证据）
- 2、**不能单独签订试用期劳动合同**

《劳合法》第19条第4款 试用期包含在劳动合同期限内。
劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。

风险分析

- 1) 到期后除劳动者不同意续订外，要支付经济补偿金
- 2) 到期后签订正式的劳动合同，以前签订的劳动合同将被视为已经签过一次劳动合同，可能面临必须签订无固定期限合同的风险。



3、试用期内也应为员工缴纳社会保险

否则劳动者有权解除劳动合同并要求经济补偿

4、试用期的期限要合法

《劳合法》第19条 劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。

同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。

以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满三个月的，不得约定试用期。

风险分析:

- 1) 超过法定试用期的，将按第83条规定承担责任（责令改正、支付赔偿金）
- 2) 如果随意延长试用期，期满后辞退的，将视为违法解除劳动合同，要对劳动者支付补偿金。



5、试用期的工资支付要合法

《劳合法》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。

《条例》第15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。



6、试用期内解除劳动合同要合法

《劳合法》第21条 在试用期中，除劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形外，用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的，应当向劳动者说明理由。

《劳合法》第39条 劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同

- (一) 在试用期间被证明不符合录用条件的；
- (二) 严重违反用人单位的规章制度的；
- (三) 严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；
- (四) 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；
- (五) 因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；
- (六) 被依法追究刑事责任的。

第四十条 有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：

- (一) 劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；
- (二) 劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；



(五) 劳动合同不得约定的内容

《劳合法》第25条 除本法第22条（服务期）和第23条（竞业禁止）规定的情形外，用人单位不得与劳动者约定**由劳动者承担违约金**。

《条例》第13条 用人单位与劳动者不得在劳动合同法第44条规定的劳动合同终止情形之外约定**其他的劳动合同终止条件**。



四、三方协议不是劳动合同

五、关于订立无固定期限的劳动合同

一) 无固定期限的劳动合同不是“铁饭碗”

《劳合法》第14条第1款 无固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。

二) 可以订立无固定期限劳动合同的情形

《劳合法》第14条第2款 用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。



三) 应当订立无固定期限劳动合同的情形

《劳合法》第14条第2款 有下列情形之一的，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：

(一) 劳动者在该用人单位连续工作满十年的；

(二) 用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的；

(三) 连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第39条（劳动者过错）和第40条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的。

第40条第1、2项

(一) 劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；

(二) 劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；



《条例》第9条 劳动合同法第14条第二款规定的**连续工作满10年的起始时间**，应当自用人单位用工之日起计算，包括劳动合同施行前的工作年限。

劳动合同法第十四条第二款第一项规定劳动者在该用人单位连续工作满十年的，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同。实践中存在一种误解，认为这里的“连续工作满十年”也应当从**2008年1月1日**开始计算连续**10年**。本条规定“连续工作满十年”的起始时间自用人单位用工之日起计算，且包括劳动合同法施行前的工作年限，消除了实践中的误读。



四) 视为订立无固定期限劳动合同的情形

用人单位自用工之日起满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，视为自用工之日起满一年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同，应当立即与劳动者补订书面劳动合同。



第二节 劳动合同的效力、履行、变更

一、劳动合同的生效

《劳合法》第3条第2款 **依法订立**的劳动合同具有约束力，用人单位与劳动者应当履行劳动合同约定的义务。

第16条 劳动合同由用人单位与劳动者协商一致，并经用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章生效。

劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。



二、劳动合同的无效

一) 无效的原因与种类

《劳合法》第26条 下列劳动合同无效或者部分无效:

- (一) 以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危, 使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的;
- (二) 用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的;
- (三) 违反法律、行政法规强制性规定的。

对劳动合同的无效或者部分无效有争议的, 由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认。

第26条 劳动合同部分无效, 不影响其他部分效力的, 其他部分仍然有效。



二) 无效的后果

《劳合法》第28条 劳动合同被确认无效，劳动者已付出劳动的，用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额，参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。



三、劳动合同的履行

一) 履行的基本规则

《劳合法》第29条 用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定，全面履行各自的义务。

二) 劳动基准特别保障

1、工资支付保障

第30条 用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定，向劳动者及时足额支付劳动报酬。

用人单位拖欠或者未足额支付劳动报酬的，劳动者可以依法向当地人民法院申请支付令，人民法院应当依法发出支付令。

2、加班约束保障

第31条 用人单位应当严格执行劳动定额标准，不得强迫或者变相强迫劳动者加班。用人单位安排加班的，应当按照国家有关规定向劳动者支付加班费。



3、劳动安全卫生保障

第32条 劳动者拒绝用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业的，不视为违反劳动合同。

劳动者对危害生命安全和身体健康的劳动条件，有权对用人单位提出批评、检举和控告。

三) 不影响履行之情形

第33条 用人单位变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人等事项，不影响劳动合同的履行。

第34条 用人单位发生合并或者分立等情况，原劳动合同继续有效，劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。



四) 履行的特殊规则

《条例》第14条 劳动合同履行地与用人单位注册地不一致的，有关劳动者的最低工资标准、劳动保护、劳动条件、职业危害防护和本地区上年度职工月平均工资标准等事项，按照劳动合同履行地的有关规定执行；用人单位注册地的有关标准高于劳动合同履行地的有关标准，且用人单位与劳动者约定按照用人单位注册地的有关规定执行的，从其**约定**。

《劳合法》第18条 劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确，引发争议的，用人单位与劳动者可以重新协商；协商不成的，适用集体合同规定；没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的，实行同工同酬；没有集体合同或者集体合同未规定劳动条件等标准的，适用国家有关规定。



四、劳动合同的变更

一) 劳动合同变更的规定

《劳合法》第35条 用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。

变更后的劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。



第三节 健全规章制度

一、如何制定完备的企业规章制度

一) 企业规章制度的作用

- 1、保障企业的运作有序化、规范化、降低企业经营成本
- 2、防治管理的任意性，创造有序的工作环境；合理的规章制度能满足员工的公平感需要
- 3、良好的规章制度通过合理的权利义务与责任设置，激励员工工作的积极性
- 4、是劳动合同的重要组成部分，补充完善劳动合同的内容
- 5、最大限度地降低劳资纠纷，在发生纠纷时作为证据使用

最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释 法释

[2001]14号) 第19条 用人单位根据《劳动法》第4条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。



二) 企业规章制度的主要内容

一般包括以下内容

- 1、劳动报酬制度
- 2、保险福利制度
- 3、职工培训制度
- 4、劳动纪律制度
- 5、职工奖惩制度
- 6、工作休息制度
- 7、其他制度：设备使用制度、费用报销制度、出差管理制度等。

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/375313321014011224>