



《中华人民共和国劳动合同法》

逐 条 解 读

《四川劳动保障》咨询服务中心
成都双维劳动保障服务有限公司

二 七年八月

目 录

第一章 总则.....	1
第一条：立法宗旨.....	1
第二条：适用范围.....	2
第三条：合同订立的原则和效力.....	3
第四条：用人单位规章制度.....	5
第五条：关于劳动关系三方机制.....	7
第六条：工会在劳动合同中的作用.....	8
第二章 劳动合同的订立.....	9
第七条：劳动关系的建立.....	9
第八条：劳资双方的告知义务.....	10
第九条：禁止提供担保及扣押证件.....	11
第十条：订立书面劳动合同.....	12
第十一条：约定不明时劳动报酬如何确定.....	13
第十二条：劳动合同期限.....	14
第十三条：固定期限劳动合同.....	15
第十四条：无固定期限劳动合同.....	16
第十五条：以完成一定工作任务为期限的劳动合同.....	19
第十六条：劳动合同的生效.....	19
第十七条：劳动合同的必备条款和约定条款.....	21
第十八条：劳动报酬、劳动条件等标准约定不明确的规定.....	24
第十九条：试用期的规定.....	25
第二十条：试用期工资.....	27
第二十一条：试用期解除劳动合同的限制.....	28
第二十二条：服务期.....	29
第二十三条：保密义务和禁业限制.....	31
第二十四条：禁业限制的范围.....	33
第二十五条：违约金.....	34
第二十六条：劳动合同的无效.....	36
第二十七条：劳动合同部分无效.....	37
第二十八条：劳动合同无效后劳动报酬的支付.....	38
第三章 劳动合同的履行和变更.....	38
第二十九条：劳动合同的履行.....	38
第三十条：劳动报酬.....	39
第三十一条：加班.....	42
第三十二条：劳动者拒绝违章指挥、强令冒险作业.....	45
第三十三条：用人单位名称、法人等的变更.....	47
第三十四条：用人单位发生合并或分立.....	47
第三十五条：劳动合同的变更.....	48
第四章 劳动合同的解除和终止.....	51
第三十六条：协商解除劳动合同.....	51
第三十七条：劳动者提前通知解除劳动合同.....	51
第三十八条：劳动者解除劳动合同.....	52

第三十九条：用人单位单方解除劳动合同.....	54
第四十条：无过失性辞退.....	56
第四十一条：经济性裁员.....	57
第四十二条：用人单位不得解除劳动合同的情形.....	61
第四十三条：工会在劳动合同解除中的监督作用.....	63
第四十四条：劳动合同终止.....	63
第四十五条：劳动合同的逾期终止.....	66
第四十六条：经济补偿.....	67
第四十七条：经济补偿的计算.....	69
第四十八条：违法解除或者终止劳动合同的法律后果.....	71
第四十九条：社会保险关系跨地区转移接续.....	72
第五十条：劳动合同解除或者终止后双方的义务.....	72
第五章 特别规定.....	74
第五十一条：集体合同的订立和内容.....	74
第五十二条：专项集体合同.....	75
第五十三条：行政性集体合同、区域性集体合同.....	76
第五十四条：集体合同的报送和生效.....	77
第五十五条：集体合同中劳动报酬和劳动条件等标准.....	78
第五十六条：集体合同纠纷和法律救济.....	79
第五十七条：劳务派遣单位的设立.....	79
第五十八条：劳务派遣单位、用工单位及劳动者的权利义务.....	81
第五十九条：劳务派遣协议.....	82
第六十条：劳务派遣单位的告知义务.....	82
第六十一条：跨地区派遣劳动者的劳动报酬和劳动条件.....	83
第六十二条：用工单位的义务.....	83
第六十三条：被派遣劳动者同工同酬.....	84
第六十四条：被派遣劳动者参加或者组织工会.....	85
第六十五条：劳务派遣中解除劳动合同.....	86
第六十六条：劳务派遣的适用岗位.....	86
第六十七条：用人单位不得自设劳务派遣单位.....	87
第六十八条：非全日制用工的概念.....	87
第六十九条：非全日制用工的劳动合同.....	90
第七十条：非全日制用工不得约定试用期.....	91
第七十一条：非全日制用工的终止用工.....	92
第七十二条：非全日制用工的劳动报酬.....	94
第六章 监督检查.....	95
第七十三条：劳动合同制度的监督管理体制.....	95
第七十四条：劳动行政部门监督检查事项.....	96
第七十五条：监督检查措施和依法行使职权、文明执法.....	97
第七十六条：其他有关主管部门的监督管理.....	98
第七十七条：劳动者权利救济途径.....	99
第七十八条：工会监督监察的权利.....	100
第七十九条：对违法行为的举报.....	101
第七章 法律责任.....	102

第八十条：规章制度违法的法律责任.....	102
第八十一条：缺乏必备条款、不提供劳动合同文本的法律责任.....	105
第八十二条：不订立书面劳动合同的法律责任.....	107
第八十三条：违法约定试用期的法律责任.....	109
第八十四条：扣押劳动者身份证等证件的法律责任.....	110
第八十五条：未依法支付劳动报酬、经济补偿等的法律责任.....	113
第八十六条：订立无效劳动合同的法律责任.....	114
第八十七条：违法解除或者终止劳动合同的法律责任.....	115
第八十八条：侵害劳动者人身权益的法律责任.....	116
第八十九条：不出具解除、终止劳动合同书面证明的法律责任.....	118
第九十条：劳动者的赔偿责任.....	120
第九十一条：用人单位的连带赔偿责任.....	121
第九十二条：劳务派遣单位的法律责任.....	121
第九十三条：无营业执照经营单位的法律责任.....	124
第九十四条：个人承包经营者的连带赔偿责任.....	125
第九十五条：不履行法定责任、违法行使职权的法律责任.....	125
第八章 附 则.....	127
第九十六条：事业单位聘用制劳动合同的法律适用.....	127
第九十七条：过渡性条款.....	128
第九十八条：施行时间.....	130



第一章 总则

第一条：立法宗旨

第一条 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。

【解读】本条是关于劳动合同法立法宗旨的规定。

立法宗旨也称立法目的。本条规定的立法宗旨有三层意思：

一、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。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》，决定在国营企业中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。劳动法对劳动合同作了专章规定，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，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。

二、保护劳动者的合法权益

劳动合同法的立法宗旨是保护劳动者的合法权益，还是保护劳动者和用人单位的合法权益，也就是说“单保护”还是“双保护”是劳动合同法立法中争论的一个“焦点”的问题。在公开征求意见和审议中，一种观点认为劳动合同法应当“双保护”，既要保护劳动者的合法权益，也要保护用人单位的合法权益。因为劳动合同也是一种合同，是在平等自愿、协商一致的基础上达成的，理应平等保护合同双方当事人的权利。只提保护劳动者的合法权益，偏袒了劳动者，加大了用人单位的责任，束缚了用人单位的用人自主权，加重了用人单位的经济负担，损害了用人单位的利益，将会使劳动关系失去平衡，最后也必然损害劳动者的利益。有的甚至还认为，如果劳动合同法过分保护劳动者，不顾及用人单位的利益，将会误导境内外投资者，中国的法律不保护投资者的合法利益，甚至伤害投资者的感情，不利于我国吸引外资的政策。但是多数意见认为应当旗帜鲜明地保护劳动者地合法权益。因为我国目前的现实状况是劳动力相对过剩，资本处于强势，劳动力处于弱势，劳动者与用人单位力量对比严重不平衡，实践中侵害劳动者合法权益的现象比较普遍。劳动合同法作为一部规范劳动



关系的法律,其立法价值在于追求劳资双方关系的平衡。实践中由于用人单位太强势,而劳动者过于弱势,如果对用人单位和劳动者进行同等保护,必然导致劳资双方关系不平衡,背离劳动合同法应有的价值取向。规定平等自愿订立劳动合同的原则并不能改变劳动关系实际上不平等的状况,要使劳动合同制度真正在保持我国劳动关系的和谐稳定方面发挥更积极的作用,就要向劳动者倾斜。

最后考虑到劳动合同法是一部社会法,劳动合同立法应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。所以从构建和谐稳定的劳动关系的目标出发,立法还是定位于向劳动者倾斜。

三、构建和发展和谐稳定的劳动关系

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。法律是社会关系和社会利益的调整器,任何立法都是对权利义务的分配和社会利益的配置,立法必须在多元利益主体之间寻找结合点,努力寻求各种利益主体之间特别是同一矛盾体中相对方之间的利益平衡。在劳动关系中,应当承认劳动者一方是弱势,但是,如果立法过分扩大劳动者的权益,加大企业责任,就会使企业用人自主权受到束缚,难以实行优胜劣汰的灵活管理,影响人力资源的优化配置,最终影响企业的市场竞争力。如果劳动者权益保护不到位,对企业责任要求过少,就会影响劳动力供给,不利于高素质的健康的职工队伍的形成,最终企业利益也会受到损害。因此,劳动合同立法要在公民的劳动权和用人单位的企业责任之间找到适当的平衡点,确保劳动关系和谐。目前我国劳动用工中普遍实行劳动合同制度,将劳动合同制度化、法律化,明确劳动合同双方当事人的权利和义务,有得于建立稳定的劳动关系,减少劳动争议的发生,有利于保护劳动者和用人单位的双方的合法权益。因此,劳动合同法从构建和谐社会的大局出发,确立了构建和发展和谐稳定的劳动关系的最终目标。

第二条：适用范围

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。

【解读】本条是关于劳动合同法适用范围的规定。

劳动法第二条对劳动法的适用范围作了规定。根据劳动法第二条和1995年劳动部关于贯彻执行《中华人民共和国劳动法》若干问题的意见》,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。按照当时的设计,就是将劳动者分为两部分,一部分是公务员和参照公务员管理的人员,按照公务员进行管理;一部分按照劳动法进行管理。随着市场经济的发展,劳动关系呈现多样化,劳动法的调整范围已不适用劳动关系客观发展的需要。因此,劳动合同法在劳动法的基础上,扩大了适用范围。即增加了民办非企业单位等组织作为用人单位,并且将事业单位聘用制工作人员也纳入本法调整。此外,本法还根据征求意见的情况和现实劳动关系的需要,对非全日制用工作了专门规定。



一、企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织

企业是以盈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 个人以下的个体工商户。民办非企业单位是指企业事业单位、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,目前民办非企业单位超过 3 0 万家。

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,但他们雇用助手、工勤人员等,也要签订劳动合同。因此,也需要适用本法。

二、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,国家机关雇用工勤人员,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,可以分为三种情况:一种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。一种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。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成,为实现会员共同意愿,按照其章程开展活动的非营利性社会组织。社会团体的情况也比较复杂,有的社会团体如党派团体,除工勤人员外,其工作人员是公务员,按照公务员法管理;有的社会团体如工会、共青团、妇联、工商联等人民团体和群众团体,文学艺术联合会、足球协会等文化艺术体育团体,法学会、医学会等学术研究团体,各种行业协会等社会经济团体。这些社会团体虽然公务员法没有明确规定参照,但实践中对列入国家编制序列的社会团体,除工勤人员外,其工作人员是比照公务员法进行管理的。除此以外的多数社会团体,如果作为用人单位与劳动者订立的是劳动合同,就按照本法进行调整。

三、非全日制用工和劳务派遣工

在征求意见的过程中,有些意见建议将一些灵活用工纳入劳动合同法的调整范围。如非全日制用工、退休人员重新就业、非法用工、劳务派遣用工等等。因此,除规范正常的劳动合同用工外,劳动合同法还对劳务派遣、非全日制用工作了规定,尽可能地扩大本法的调整范围。考虑到劳动合同法是规范用人单位与劳动者之间订立劳动合同的法律规范,对一些不规范的用工,本法不好调整。所以对家庭雇工、兼职人员、返聘的离退休人员等未作规定。

第三条：合同订立的原则和效力

第三条 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。

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。

【解读】本条是关于劳动合同订立的原则和劳动合同的效力的规定。

一、劳动合同订立的原则

1. 合法原则。合法是劳动合同有效的前提条件。所谓合法就是劳动合同的形式和内容必须符合法律、法规的规定。首先，劳动合同的形式要合法，如除非全日制用工外，劳动合同需要以书面形式订立，这是本法对劳动合同形式的要求。如果是口头合同，当双方发生争议，法律不承认其效力，用人单位要承担不订书面合同的法律后果，如本法第八十一条规定“用人单位自用工之日起超过一个月但不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当支付劳动者二倍的应得劳动报酬。”其次，劳动合同的内容要合法。本法第十七条规定了劳动合同的九项内容。有些内容，相关的法律、法规都有规定，用人单位和劳动者必须在法律规定的限度内作出具体规定，如关于劳动合同的期限，什么情况下应当订立固定期限，什么情况下应当订立无固定期限，应当符合本法的规定；关于工作时间，不得违法国家关于工作时间的规定；关于劳动报酬，不得低于当地最低工资标准；还有劳动保护，不得低于国家规定的劳动保护标准等等。如果劳动合同的内容违法，劳动合同不仅不受法律保护，当事人还要承担相应的法律责任。

2. 公平原则。公平原则是指劳动合同的内容应当公平、合理。就是在符合法律规定的条件下，劳动合同双方公正、合理地确立双方的权利和义务。有些合同内容，相关劳动法律、法规往往只规定了一个最低标准，在此基础上双方自愿达成协议，就是合法的，但有时合法的未必公平、合理。如同一个岗位，两个资历、能力都相当的人，工资收入差别很大，或者能力强的收入比能力差的还低，就是不公平。再比如用人单位提供少量的培训费用培训劳动者，却要求劳动者订立较长的服务期，而且在服务期内不提高劳动者的工资或者不按照正常工资调整机制提高工资。这些都不违反法律的强制性规定，但不合理，不公平。此外，还要注意用人单位不能滥用优势地位，迫使劳动者订立不公平的合同。

公平原则是社会公德的体现，将公平原则作为劳动合同订立的原则，可以防止劳动合同当事人尤其是用人单位滥用优势地位，损害劳动者的权利，有利于平衡劳动合同双方当事人的利益，有利于建立和谐稳定的劳动关系。

3. 平等自愿。平等自愿原则包括两层含义，一是平等原则，一是自愿原则。所谓平等原则就是劳动者和用人单位在订立劳动合同时在法律地位是平等的，没有高低、从属之分，不存在命令和服从、管理和被管理关系。只有地位平等，双方才能自由表达真实的意思。当然在订立劳动合同后，劳动者成为用人单位的一员，受用人单位的管理，处于被管理者的地位，用人单位和劳动者的地位是不平等的。这里讲的平等，是法律上的平等，形式上的平等，在我国劳动力供大于求的形势下，多数劳动者和用人单位的地位实际上做不到平等。但用人单位不得于用优势地位，在订立劳动合同时附加不平等的条件。

自愿原则是指订立劳动合同完全是出于劳动者和用人单位双方的真实意志，是双方协商一致达成的，任何一方不得把自己的意志强加给对方。自愿原则包括订不订立劳动合同由双方自愿，与谁订劳动合同由双方自愿，合同的内容双方自愿约定等。根据自愿原则，任何单位和个人不得强迫劳动者订立劳动合同。

3. 协商一致。协商一致就是用人单位和劳动者要对合同的内容达成一致意见。合同是双方意思表示一致的结果，劳动合同也是一种合同，也需要劳动者和用人单位双方协商一致，达成合意，一方不能凌驾于另一方之上，不得把自己的意志强加给对方，也不能强迫命令、胁迫对方订立劳动合同。在订立劳动合同时，用人单位和劳动者都要仔细研究合同的每项内容，进行充分的沟通和协商，解决分歧，达成一致意见。只有体现双方真实意志的劳动合同，



双方才能忠实地按照合同约定履行。现实中劳动合同往往由用人单位提供格式合同文本，劳动者只需要签字就行了。格式合同文本对用人单位的权利规定得比较多，比较清楚，对劳动者的权利规定得少，规定得模糊。这样的劳动合同就很难说是协商一致的结果。因此，在使用格式合同时，劳动者要认真研究合同条文，对自己不利的要据理力争。

4. 诚实信用。就是在订立劳动合同时要诚实，讲信用。如在订立劳动合同时，双方都不得有欺诈行为。根据本法第八条的规定，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。双方都不得隐瞒真实情况。现实中，有的用人单位不告诉劳动者职业危害，或者提供的工作条件与约定的不一样等等；也有劳动者提供假文凭的情况，这些行为都违反了诚实信用原则。此外，现实中还有的劳动者与用人单位订立了劳动合同，劳动者找到别的工作后，就悔约，不到用人单位工作，这也违反了诚实信用原则。诚实信用是合同法的一项基本原则，也是劳动合同法的一项基本原则，它也是一项社会道德原则。

二、劳动合同的效力

劳动合同的效力就是劳动合同对当事人的约束力。根据本条的规定，劳动合同依法订立即具有法律效力，用人单位与劳动者应当履行劳动合同规定的义务。劳动合同依法订立，就受法律保护。非依法律规定或者征得对方同意，任何一方不得擅自变更或者解除劳动合同，否则就要承担法律责任。劳动具体劳动合同的生效时间，当事人可以在劳动合同中约定，没有约定的，应当自双方签字之日起生效。在理解本条时应当注意，劳动合同的生效时间和劳动关系的建立是两回事。劳动合同是劳动关系的表现形式，有的情况下劳动关系已建立，但并没有签订劳动合同；有的情况下劳动合同已生效，但并没有实际用工，劳动关系尚未建立。因此，违反劳动合同可以分为两种情况，一种是违反已经履行的劳动合同。这时劳动关系已建立，违反劳动合同约定，就要按照本法的规定承担法律责任，如本法第八十六条规定：“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当按照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。”另一种就是违反已生效但尚未履行的劳动合同。这时劳动关系尚未建立，劳动合同法没有对这种情况下违反劳动合同的责任作出规定，这就需要合同双方在订立劳动合同时约定。这时劳动合同约定了违约责任的，按约定办，没有约定违约责任的，就无从承担责任。因此，在订立劳动合同时，双方应当在合同中约定违约责任。

第四条：用人单位规章制度

第四条 用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。

用人单位在制定、修改或者决定直接涉及劳动者切身利益的劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。

在规章制度实施过程中，工会或者职工认为用人单位的规章制度不适当的，有权向用人单位提出，通过协商作出修改完善。

直接涉及劳动者切身利益的规章制度应当公示，或者告知劳动者。

【解读】本条是关于用人单位规章制度的规定。

一、用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度

用人单位的规章制度是用人单位制定的组织劳动过程和进行劳动管理的规则和制度的总和。也称为内部劳动规则，是企业内部的“法律”。规章制度内容广泛，包括了用人单位



经营管理的各个方面。根据1997年11月劳动部颁发的《劳动部关于对新开办用人单位实行劳动规章制度备案制度的通知》，规章制度主要包括：劳动合同管理、工资管理、社会保险福利待遇、工时休假、职工奖惩，以及其他劳动管理规定。用人单位制定规章制度，要严格执行国家法律、法规的规定，保障劳动者的劳动权利，督促劳动者履行劳动义务。制定规章制度应当体现权利与义务一致、奖励与惩罚结合，不得违反法律、法规的规定。否则，就会受到法律的制裁。本法第七十九条规定：“用人单位制度的直接劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定的，由劳动行政部门责令改正，给予警告；给劳动者造成损害的，用人单位应当承担赔偿责任。”

二、规章制度和重大事项的决定程序

规章制度的制定程序关键是要保证制定出来的规章制度内容具有民主性和科学性。规章制度的大多数内容与职工的权利密切相关，让广大职工参与规章制度的制定，可以有效地杜绝用人单位独断专行，防止用人单位利用规章制度侵犯劳动者的合法权益。

1. 关于规章制度制定程序引起的争议。职工参与企业民主管理，是企业民主管理制度的一个重要内容。这不仅仅是我国社会主义企业管理的特色，而是世界范围内企业管理的一个趋势。职工如何参与企业管理，在哪些事项上，以什么形式和途径参与，我国的相关法律都作了规定。劳动法第八条规定：“劳动者依照法律规定，通过职工大会、职工代表大会或者其他形式，参与民主管理或者就保护劳动者合法权益与用人单位进行平等协商。”工会法第三十八条：“企业、事业单位研究经营管理和发展的重大问题应当听取工会的意见；召开讨论有关工资、福利、劳动安全卫生、社会保险等涉及职工切身利益的会议，必须有工会代表参加。”公司法第十八条第三款规定：“公司研究决定改制以及经营方面的重大问题、制定重要的规章制度时，应当听取公司工会的意见，并通过职工代表大会或者其他形式听取职工的意见和建议。”在立法过程中，草案曾经规定：“规章制度涉及劳动者切身利益的，应当经工会、职工大会或者职工代表大会讨论通过，或者通过平等协商作出规定。”这样规定曾经引起较大的分歧。一种意见认为制定规章制度和决定重大事项是企业的经营管理自主权，是用人单位的“单决权”。用人单位在制定规章制度和决定重大事项时只要听取工会和职工的意见就可以了，规定经工会、职工大会或者职工代表大会讨论通过，如果意见不统一，势必造成规章制度或者重大事项久拖不决，用人单位的管理将无所事从。这样规定，限制了用人单位的经营自主权，实践中无法操作。另一种意见认为，用人单位制度规章制度应当有劳动者参与，从国外的情况看，涉及职工切身利益的事项，很多都是是用人单位和职工双方共同决定的内容，属于“共决权”。我国的《全民所有制工业企业职工代表大会条例》规定，属于职工代表大会职权范围内的企业规章制度，应当经职工代表大会审议通过。最后，综合考虑各方面意见，本法规定：“用人单位在制定、修改或者决定直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。”本法规定是针对所有企业的规章制度的制定程序，强调通过平等协商确定，并不影响国有企业继续按照《全民所有制工业企业职工代表大会条例》的有关规定执行。

2. 平等协商的内容：直接涉及劳动者切身利益的劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等规章制度或者重大事项。规章制度如工作时间、休息休假、劳动安全卫生、劳动纪律以及劳动定额管理等规章制度，重大事项如劳动报酬、保险福利、职工培训等。

3. 具体制定程序：根据本条的规定，制定规章制度或者决定重大事项，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。所以，这个程序分为两个步骤：第一步是经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见；第二步是与工会或者职工代表平等协商确定。一般来说，企业建立了工会的，与企业工会协商确



定；没有建立工会的，与职工代表协商确定。这种程序，可以说是“先民主，后集中”。

三、规章制度的异议程序

用人单位的规章制度既要符合法律、法规的规定，也要合理，符合社会道德。实践中有些用人单位的规章制度不违法，但不合理，不适当。如有的企业规章制度规定一顿吃饭只能几分钟吃完；一天只能上几次厕所，一次只能几分钟等。这些虽然不违法法律、法规的规定，但不合理。也应当有纠正机制。因此，本条规定在规章制度实施过程中，工会或者职工认为用人单位的规章制度不适当的，有权向用人单位提出，通过协商作出修改完善。

四、规章制度的告知程序

规章制度是劳动合同的一部分，要让劳动者遵守执行，应当让劳动者知道。因此，本条规定，直接涉及劳动者切身利益的规章制度应当公示，或者告知劳动者。关于告知的方式有很多种，实践中，有的用人单位是在企业的告示栏张贴告示；有的用人单位是把规章制度作为劳动合同的附件发给劳动者；有的用人单位是向每个劳动者发放员工手册。无论哪种方式，只要让劳动者知道就可以。

第五条：关于劳动关系三方机制

第五条 县级以上人民政府劳动行政部门会同工会和企业方面代表，建立健全协调劳动关系三方机制，共同研究解决劳动关系方面的重大问题。

【解读】本条是关于劳动关系三方机制的规定。

一、关于劳动关系三方机制

劳动关系三方协商机制，也称劳动关系三方原则。根据国际劳工组织 1976 年 144 号《三方协商促进国际劳工标准公约》规定，三方机制是指政府（通常以劳动部门为代表）、雇主和工人之间，就制定和实施经济和社会政策而进行的所有交往和活动。即由政府、雇主组织和工会通过一定的组织机构和运作机制共同处理所涉及劳动关系的问题，如劳动立法、经济与社会政策的制订、就业与劳动条件、工资水平、劳动标准、职业培训、社会保障、职业安全与卫生、劳动争议处理以及对产业行为的规范与防范等。三方机制协商劳动关系的机制或者说手段，是市场经济国家的通行做法，是“舶来品”，我们搞市场经济，也需要学习它，借鉴它。在计划经济条件下，劳动者与国家的利益是一体的，主要依靠行政手段调整劳动关系。随着改革开放的深入和社会主义市场经济体制的逐步建立，国家、企业、职工三方利益格局日益明晰，企业劳动关系发生了深刻的变化。在这种新形势下，依靠单一的行政手段调整劳动关系，显然与市场经济的变化不相适应。协调劳动关系已不仅仅是劳动保障部门的事情，通过政府、工会、企业组织建立三方协调机制已成为在市场经济条件下，保护稳定和谐的劳动关系和社会安定的必然选择。我国于 1990 年批准了国际劳工组织通过的《三方协商促进贯彻国际劳工标准公约》。2001 年 10 月 27 日新修正的工会法第三十四条规定对三方机制作了规定，即：“各级人民政府劳动行政部门应当会同同级工会和企业方面代表，建立劳动关系三方协商机制，共同研究解决劳动关系方面的重大问题。”这是目前我国推行三方协商制度的主要法律依据。2001 年 8 月，劳动和社会保障部、全国总工会、中国企业联合会联合宣布，国家将全面启动劳动关系三方（国家、企业、职工）协商机制，以协商的形式解决劳动关系中存在的各种问题。目前全国省级和市一级的三方机制已经基本建立。三方机制正逐步向县（市、区）和产业一级延伸，全国将建立多层次的社会层面的三方协调机制。三方机制与劳动合同制度、集体合同制度一起构成了稳定、协调和规范劳动关系的机制。

二、三方机制的组成

三方机制应当由三方组成，即由代表政府的劳动行政部门、代表职工地方总工会和代表用人单位的企业代表组织（企业联合会、企业家协会、商会等）。三方协商机制，实际上是



一种平等对话的机制。政府、企业组织和工会组织三方的职能不能替代，各有侧重和相互独立，相互没有隶属关系，切实代表基层组织和会员的利益。

1. 政府代表。工会法中明确规定政府劳动行政部门是政府的代表。一直以来，我国参加国际劳工大会的政府代表也是劳动行政部门。由此可以看出，劳动关系三方代表中政府代表应该由政府劳动行政部门担任。

2. 企业组织代表。计划经济时期，全国各地建立了企业联合会（企业家协会），应该说该组织代表的是国有企业。随着新建企业的迅猛发展，企业所有制形式呈现多元化，企业组织形式也呈现多元化，民间的商会、个体经营者协会、青年企业家协会、女企业家协会等相继出现，作为企业方代表，它们都可以成为三方协商机制的一方。目前在中央层面，还是由中国企业联合会作为企业方代表。

3. 职工代表。由于三方机制是协商劳动关系方面的重大问题，它超出了具体企业的范围。因此，代表职工参加三方机制的是各级总工会。

三、三方机制要解决的问题

根据工会法和本法的规定，三方机制解决的是劳动关系方面的重大问题。如劳动就业、劳动报酬、社会保险、职业培训、劳动争议、劳动安全卫生、工作时间和休息休假、集体合同和劳动合同等。

四、建立三方机制的意义

社会主义市场经济体制的建立与完善，对劳动关系的调整提出了与其相适应的客观要求，因此，在企业从实行劳动合同制度到开展集体协商、签订集体合同，这些符合市场经济要求的法律制度，都是为了更好地调整企业的劳动关系，促进职工队伍的稳定和劳动关系的和谐，以保证经济建设的健康和持续发展。目前，我国劳动关系出现许多新问题，如就业压力大，劳动关系紧张，群体性突发事件增多、用人单位拖欠克扣劳动者工资、不为职工按时足额缴纳社保金、任意延长工作时间、非法收取劳动者押金等。协调劳动关系，一方面，要靠落实劳动合同制度，实行集体协商制度和集体合同制度。但是，仅在企业范围内推行集体协商和实行集体合同制度是不够的，从协调劳动关系的整个社会化发展要求来看，还需要建立起能够促进劳动关系协调与稳定的发展的三方机制。用三方协商机制来体现对更高层次上的劳动关系协调作用，促进各方利益本质的相对一致性，以达到三方共同利益和目标的实现。建立三方协商机制不仅不会取代和削弱企业劳动关系双方通过协商签订的集体合同的主体地位，更不会破坏企业建立起来的劳动关系的协调机制，反之，当三方协商机制的作用发挥出来的时候，它会积极引导双方更好地实现其签订的集体合同和协议，会指导帮助企业双方更好地通过协调机制来达到双方的目标。从这个意义上讲，建立有中国特色的劳动关系三方协商机制是我国社会主义发展的必然要求。

第六条：工会在劳动合同中的作用

第六条 工会应当帮助、指导劳动者与用人单位依法订立和履行劳动合同，并与用人单位建立集体协商机制，维护劳动者的合法权益。

【解读】本条是关于工会在劳动合同中的作用的规定。

工会是职工自愿结合的工人阶级的群众性组织。维护职工合法权益是工会的基本职责。根据工会法的规定，工会在全国人民总体利益的同时，代表和维护职工的合法权益。工会必须密切联系职工，听取和反映职工的意见和要求，关心职工的生活，帮助职工解决困难，全心全意为职工服务。工会依照法律规定通过职工代表大会或者其他形式，组织职工参与本单位的民主决策，民主管理和民主监督。按照劳动法、工会法等法律规定，各级工会组织享有广泛的权利，如在参与民主管理、集体合同和劳动合同的订立和履行、劳动合同的解除、劳



动安全卫生、解决劳动争议等。这些权利行使的主要目的，是为了维护职工的合同权益。因此，这些权利同时也是工会的职责。

一、帮助、指导劳动者与用人单位订立和履行劳动合同

帮助、指导劳动者与用人单位订立和履行劳动合同，是工会一项具体的职责。工会法第20条也规定：“工会帮助、指导职工与企业以及实行企业化管理的事业单位签订劳动合同”。按照本法的规定，除了公务员和参照公务员管理的工作人员外，劳动者与用人单位都要订立劳动合同。本来订立劳动合同是劳动者和用人单位双方的事，由劳动者和用人单位双方平等协商确定。但是现阶段，广大劳动者的知识文化水平有判别，尤其是大量进城的农民工，很多人对什么是劳动合同，怎么签订劳动合同，签订什么样的劳动合同，可能都不懂，迫切需要得到工会组织的帮助和指导。这些帮助、指导不是由工会代替职工与用人单位签订劳动合同，而是对职工工作一些宣传解释工作，教育职工签订劳动合同的重要性，如何签订劳动合同，在劳动合同中有什么权利，应当履行哪些义务，怎么正确地履行劳动合同，违反劳动合同要承担什么样的责任，发生劳动争议应当怎么办？等等。目前，劳动合同的签订率不高，大量的劳动合同采取的是口头形式，有的根本就没有劳动合同，发生劳动争议，处理起来没有依据，造成一些案件久拖不决，劳动者的合法权益无从保护。针对现实中的这些情况，本法规定所有的劳动合同必须要有书面形式，并对劳动合同的内容作了明确的规定，要求比较严格，贯彻实施劳动合同法，用人单位和劳动者都有一个适应过程。因此，更需要工会发挥作用，由工会帮助、指导职工签订劳动合同，有利于劳动法、劳动合同法等法律的宣传和贯彻执行，有利于使签订的劳动合同更加符合法律、法规的规定，有利于劳动者和用人单位双方利益的平等，有利于减少劳动争议的发生。需要注意，这里的工会包括各级总工会和基层工会组织。

二、与用人单位建立集体协商机制

集体协商机制是工会作为职工方代表与企业方就涉及职工权利的事项，为达到一致意见而建立的沟通和协商解决机制。建立集体协商机制，维护用人单位职工具体的权利。它的层面比三方机制要低。主要是由企业工会与用人单位建立。当然，也不排除地方总工会与用人单位之间建立集体协商机制。工会法规定，工会通过平等协商和集体合同制度，协调劳动关系，维护企业职工的劳动权益。集体协商的内容包括职工的民主管理；签订集体合同和监督集体合同的履行；涉及职工权利的规章制度的制定、修改；企业职工的劳动报酬、工作时间和休息休假、保险福利、劳动安全卫生、女职工和未成年工的特殊保护、职工培训及职工文化体育生活；劳动争议的预防和处理以及双方认为需要协商的其他事项。企业工会与用人单位建立集体协商机制，定期或不定期地就上述事项进行平等协商，经协商达成一致意见的，工会一方应当向职工传达，要求职工遵守执行；企业方也应当按照协商结果执行。

第二章 劳动合同的订立

第七条：劳动关系的建立

第七条 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。

【解读】本条是关于用人单位与劳动者建立劳动关系的規定。

用人单位是指依法招用和管理劳动者，形成劳动关系，支付劳动报酬的劳动组织。根据本法的规定，本法的用人单位包括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；国家机关、事业单位、社会团体以及劳务派遣单位。劳动者是指达到法定年



龄,具有劳动能力,并实际参加社会劳动,以自己的劳动收入为生活资料主要来源的自然人。劳动关系是指劳动者与用人单位在实现劳动过程中建立的社会经济关系。从广义上讲,生活在城市和农村的任何劳动者与任何性质的用人单位之间因从事劳动而结成的社会关系都属于劳动关系的范畴。本法所称的劳动关系,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有报酬的劳动而产生的权利义务关系。劳动关系的一方(劳动者)必须加入某一个用人单位,成为该单位的一员,并参加单位的生产劳动,遵守单位内部的劳动规则;而另一方(用人单位)则必须按照劳动者的劳动数量或质量给付其报酬,提供工作条件,并不断改进劳动者的物质文化生活。劳动关系的基本内容包括劳动者与用人单位之间的工作时间和休息时间、劳动报酬、劳动安全卫生、规章制度、劳动保险、职业培训等。此外,与劳动关系密切联系的关系还包括劳动行政部门与用人单位、劳动者在劳动就业、劳动争议和社会保险等方面的关系,工会与用人单位、职工之间因履行工会的职责和职权,代表和维护职工合法权益而发生的关系等。本条规定了劳动关系的建立时间和建立职工名册备查两项内容。

一、劳动关系自用工之日起建立。

自用人单位招用劳动者从事劳动合同约定的工作之日起,劳动关系即确立。双方可以按照约定享受权利和履行义务,接受劳动法律、法规的约束。

二、用人单位应当建立职工名册

对于与本单位建立劳动关系的劳动者,用人单位应当建立职工名册,以备劳动行政部门查看。职工名册一般包括劳动者的姓名、性别、民族、出生年月、文化程度、政治面貌、职务、级别等内容。建立职工名册,对于用工管理、解决劳动争议、统计就业率和失业率等都有着很大帮助,同时也便于劳动行政部门行使劳动监察职责。

第八条：劳资双方的告知义务

第八条 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。

【解读】本条是关于用人单位与劳动者告知义务的规定。

为了使劳动合同当事人在订立劳动合同时,能比较全面地了解对方,防止盲目、草率签订劳动合同,避免或减少不必要的劳动争议的发生,本条对当事人在订立劳动合同前的如实告知义务作了规定。所谓如实告知义务,是指在用人单位招用劳动者时,用人单位与劳动者应将双方的基本情况,如实向对方说明的义务。告知应当以一种合理并且适当的方式进行,要求能够让对方及时知道和了解。

一、用人单位的告知义务

由于我国劳动力市场供求关系不平衡,用人单位往往处于相对强势的地位,不能平等的对待求职者。招聘单位的情况、信息对求职者的透明度往往是极低的,甚至有些单位还故意发布虚假信息,欺骗或非法招用求职者。因此,本法对用人单位与劳动者的如实告知义务作了规定。

用人单位对劳动者的如实告知义务,体现在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。这些内容是法定的并且无条件的,无论劳动者是否提出知悉要求,用人单位都应当主动将上述情况如实向劳动者说明。这些内容都是与劳动者的工作紧密相连的基本情况,也是劳动者进行就业选择的主要因素之一。选择一份适合自己的职业对于一个劳动者



而言是相当重要的。劳动者只有详细地了解了用人单位的基本情况后，才能结合自身特点来选择一份适合自己的工作。除此以外，对于劳动者要求了解的其他情况，如用人单位相关的规章制度，包括用人单位内部的各种劳动纪律、规定、考勤制度、休假制度、请假制度、处罚制度以及企业内已经签订的集体合同等，用人单位都应当进行详细的说明。

二、劳动者的告知义务

劳动者的告知义务是附条件的，只有在用人单位要求了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况时，劳动者才有如实说明的义务。劳动者与劳动合同直接相关的基本情况包括健康状况、知识技能、学历、职业资格、工作经历以及部分与工作有关的劳动者个人情况，如家庭住址、主要家庭成员构成等。用人单位不能为了解情况而侵害劳动者的隐私，这样的做法还有可能构成对劳动者的就业歧视。

用人单位与劳动者双方都应当如实告知另一方真实的情况，不能欺骗。如果一方向另一方提供虚假信息，将有可能导致劳动合同的无效。如：劳动者向用人单位提供虚假学历证明；用人单位未如实告知工作岗位存在患职业病的可能等，都属于本法规定的采取欺诈的手段订立的劳动合同，该劳动合同无效。

第九条：禁止提供担保及扣押证件

第九条 用人单位招用劳动者，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，不得扣押劳动者的居民身份证或者其他证件。

【解读】本条是关于用人单位不得要求劳动者提供担保或者向劳动者收取财物，不得扣押劳动者的证件的规定。

民法意义上的担保是指债权人为了确保债务得到清偿，而在债务人或第三人的特定的物和权利上设定的，可以支配他人财产的一种权利的行为。本条所称的担保并不是民法意义上的担保。而是用人单位以此为名义非法向劳动者收取风险抵押金、扣押劳动者身份证件的行为。

在实践中，有些用人单位为防止劳动者在工作中给用人单位造成损失，不赔偿就不辞而别的情况，利用自己的强势地位，在招用劳动者时要求劳动者提供担保或者向劳动者收取风险抵押金的行为，是一种不合法的行为。劳动监察部门对这种情况进行了大量查处，执法力度较大，使大多数用人单位不敢再明目张胆地向劳动者收取抵押金，转而采取了一些变相的方法或手段，达到向员工收取抵押金的目的。如收取服装费、电脑费、住宿费、培训费、集资款（股金）等，变相获取风险抵押金。甚至有一些犯罪分子利用劳动者求职心切，收取高额抵押金后逃之夭夭，造成新的社会不安定因素。此外，用人单位还通过扣押劳动者的居民身份证或者其他证件，如暂住证、资格证书和其他证明个人身份的证件等，以达到掌控劳动者的目的。因此本条规定，用人单位招用劳动者，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，不得扣押劳动者的居民身份证或者其他证件。

用人单位违法向劳动者收取财物的情况主要有两种：一种是建立劳动关系时收取风险抵押金等项费用，对不交者不与其建立劳动关系，对交者在建立劳动关系后又与其解除劳动关系且不退还风险抵押金等项费用；另一种是建立劳动关系后全员收取风险抵押金等项费用，对不交者予以开除、辞退或者下岗。因此，无论是在建立劳动关系之前，还是在建立劳动关系之后，只要用人单位招用劳动者，即不得要求劳动者提供担保或以其他名义向劳动者收取财物。

劳动者有权拒绝用人单位以各种形式和名义向自己收取定金、保证金（物）或抵押金（物）。根据原劳动部 1995 年《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第二十四条的规定，用人单位在与劳动者订立劳动合同时，不得以任何形式向劳动者收取定金、保证金（物）或抵押金（物）。对违反规定的，由公安部门和劳动行政部门责令用人单位立即



退还给劳动者本人。本法第八十三条也规定了向劳动者收取财物或者扣押劳动者证件的法律责任，即：用人单位违反本法规定，扣押劳动者身份证等证件的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人；依照有关法律规定给予处罚。用人单位违反本法规定，要求劳动者提供担保、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，按每一名劳动者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，用人单位应当承担赔偿责任。

依照国务院《企业职工奖惩条例》第十七条及原劳动部《工资支付暂行规定》第十六条的规定，因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可以按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。赔偿经济损失的数额，应由用人单位根据具体情况确定，从职工本人工资中扣除，但每月扣除的金额一般不要超过本人月标准工资的 20%。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准，则按最低工资标准支付。如果能够迅速改正错误，表现良好的，赔偿金额可以酌情减少。

在劳动者中确实有少数违法乱纪分子利用工作条件的便利，损害用人单位的利益。同时由于他们流动性较大，不易于管理和索赔，导致个别用人单位只能通过收取风险抵押金、抵押物或扣押身份证等方式来避免损失，这样做是不合法的。如果用人单位想要避免劳动者给单位造成损失，不承担赔偿责任就离职的风险，应当通过加强内部管理来解决，而不能简单地采用收取抵押金(物)的错误方式。

第十条：订立书面劳动合同

第十条 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。

用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。

【解读】本条是关于订立书面劳动合同的规定。

劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系、明确双方权利和义务的协议。在用人单位与劳动者建立劳动关系的同时，应当订立劳动合同。但现实中有很多不按时订立书面劳动合同的情况。由于一些用人单位与劳动者法律意识薄弱，或者一些用人单位利用其优势地位，违反法律规定，故意拖延或者拒绝与劳动者签订书面劳动合同，逃避应当履行的劳动合同义务，任意解除劳动关系，极大的损害了劳动者的合法权益。因此，对于这种情况，本法做出了相应的规定。

一、订立劳动合同应当注意的问题

1. 签订劳动合同要遵循平等自愿、协商一致的原则。平等自愿是指劳动合同双方地位平等，应以平等身份签订劳动合同。自愿是指签订劳动合同完全是出于本人的意愿，不得采取强加于人和欺诈、威胁等手段签订劳动合同。协商一致是指劳动合同的条款必须由双方协商达成一致意见后才能签订劳动合同。

2. 签订劳动合同要符合法律、法规的规定。在订立劳动合同时有些合同规定女职工不得结婚、生育子女；因工负伤协议“工伤自理”，甚至签订了生死合同等显失公平的内容，违反了国家有关法律、行政法规的规定，使这类合同自签订之日起就成为无效或部分无效合同。因此，在签订合同前，双方一定要认真审视每一项条款，就权利、义务及有关内容达成一致意见、并且严格按照法律、法规的规定，签订有效合法的劳动合同。

3. 合同内容要尽量全面。本法第十七条规定了劳动合同的内容。分为必备条款和约定条款两部分，对于必备条款，合同必须写明，对于约定条款，可以双方当事人根据劳动关系的内容和需要来约定。合同内容要尽量全面，如果条款过于简单、原则，容易产生认识和理解上的分歧和矛盾。



4. 合同的语言表达要明确、易懂。依法签订的劳动合同是受法律保护的,它涉及到当事人的权利、责任和利益,能够产生一定的法律后果。因此,签订劳动合同时,在语言表达和用词上必须通俗易懂,尽量写明确,以免发生争议。

二、订立劳动合同应当采用书面形式

劳动合同作为劳动关系双方当事人权利义务的协议,也有书面形式和口头形式之分。以书面形式订立劳动合同是指劳动者在与用人单位建立劳动关系时,直接用书面文字形式表达和记载当事人经过协商而达成一致的协议。我国劳动法和本法明确规定,劳动合同应当以书面形式订立。用书面形式订立劳动合同严肃慎重、准确可靠、有据可查,一旦发生争议时,便于查清事实,分清是非,也有利于主管部门和劳动行政部门进行监督检查。另外,书面劳动合同能够加强合同当事人的责任感,促使合同所规定的各项义务能够全面履行。与书面形式相对应的口头形式由于没有可以保存的文字依据,随意性大,容易发生纠纷,且难以举证,不利于保护当事人的合法权益。

三、未在建立劳动关系的同时订立书面劳动合同的情况

对于已经建立劳动关系,但没有同时订立书面劳动合同的情况,要求用人单位与劳动者应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。根据本法规定,用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的,视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。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应当按照企业的或者行业的集体合同规定的标准执行;没有集体合同或者集体合同未作规定的,用人单位应当对劳动者实行同工同酬。用人单位自用工之日起超过一个月但不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的,应当向劳动者支付二倍的月工资。

四、先订立劳动合同后建立劳动关系的情况

在现实中也有一种情况,用人单位在招用劳动者进入工作岗位之前,先与劳动者订立了劳动合同。对于这种情况,其劳动关系从用工之日起建立,其劳动合同期限、劳动报酬、试用期、经济补偿金等,均从用工之日起计算。

第十一条：约定不明时劳动报酬如何确定

第十一条 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应当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作规定的,用人单位应当对劳动者实行同工同酬。

【解读】本条是关于约定不明时劳动报酬应当如何确定的规定。

在实践中,有很多用人单位与劳动者已经建立了劳动关系,但并未订立劳动合同。对劳动报酬的具体事项,包括劳动报酬的金额、支付方式、支付时间等,仅仅作了口头约定,或者约定的不明确,一旦发生争议,往往无据可查,无法确定。针对这种情况,本条作了相关规定。

本法第十条明确规定,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。第十七条规定,劳动合同中应当具备“劳动报酬”的条款。劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系、明确双方权利和义务的协议。劳动合同中记载着劳动合同期限、工作内容、工作地点、工作时间以及劳动报酬等重要事项,是用人单位与劳动者履行劳动合同的依据,也是发生劳动争议时的有力证据。其中的劳动报酬,作为劳动合同的核心内容,是满足劳动者及其家庭成员物质文化生活需要的主要来源,也是劳动者付出劳动后应该得到的回报。

根据本条规定,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应当按照集体合同规定的标准执行。

集体合同制度是当今国际上普遍采用的调整劳动关系的一项重要法律制度。集体合同是指企业职工一方与用人单位就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项，通过平等协商达成的书面协议。集体合同实际上是一种特殊的劳动合同，它具有以下几个方面的特征：首先，它是一项劳动法律制度；其次，它适用于各类不同所有制企业；第三，集体合同的订立，主要通过劳动关系双方的代表或双方的代表组织自行协商解决；第四，集体合同制度的运作十分灵活，没有固定模式，并且经法定程序订立的集体合同，对劳动关系双方具有约束力；第五，集体合同制度必须遵循的一项重要原则，就是劳动关系双方在平等自愿的基础上相互理解和相互信任。

根据本法第五十五条规定：“集体合同中劳动条件和劳动报酬等标准不得低于当地人民政府规定的最低标准；用人单位与劳动者订立的劳动合同中劳动条件和劳动报酬等标准不得低于集体合同规定的标准。”集体合同制度对于保障劳动者的权益，调整和协调劳动关系发挥了很大作用，其中一项重要的作用，就是弥补劳动合同的空白。对于一些双方当事人没有在劳动合同中约定的事项，可以依照集体合同规定的标准来确定。在用人单位和劳动者还没有订立劳动合同，约定的劳动报酬不明确的情况下，就可以按照集体合同规定的劳动报酬标准来确定。

在劳动者的劳动报酬无法确定时，用人单位应当依据本单位与其相同岗位、付出相同劳动、取得相同业绩的劳动者的工资标准，向劳动者支付劳动报酬。

当然，并不是每个企业、行业或是每个区域都签订了集体合同，即使签订了集体合同，其中可能也没有关于劳动报酬的事项。如果用人单位与劳动者尚未订立劳动合同，约定的劳动报酬不明确，而且没有集体合同或者集体合同未作规定的，依照本法的规定，用人单位应当对劳动者实行同工同酬。

劳动法第四十六条规定，工资分配应当遵循按劳分配原则，实行同工同酬。这里的“同工同酬”，是指用人单位对于从事相同工作，付出等量劳动且取得相同劳动业绩的劳动者，支付同等的劳动报酬。由此可以看出，同工同酬必须具备三个条件：一是劳动者的工作岗位、工作内容相同；二是在相同的工作岗位上付出了与别人同样的劳动工作量；三是同样的工作量取得了相同的工作业绩。

一般而言，同工同酬的内容包括以下几个方面：第一，男女同工同酬。在劳动报酬分配上的性别歧视由来已久，而且难以根除；第二，不同种族、民族、身份的人同工同酬。直至今天，某些国家和地区也还存在这种分配歧视。我国自解放以来，基本消除了这种歧视现象；第三，地区、行业、部门间的同工同酬。由于各地的经济水平与生活水平差异很大，各个行业、部门的特点也都有所不同，因此，存在着地区、行业、部门间“同工不同酬”的现象；第四，企业内部的同工同酬。这是同工同酬中最重要的内容。在同一企业中从事相同工作，付出等量劳动且取得相同劳动业绩的劳动者，有权利获得同等的劳动报酬。

第十二条：劳动合同期限

第十二条 劳动合同期限分为固定期限、无固定期限和以完成一定工作任务为期限三种。

【解读】本条是关于劳动合同期限的规定。

一、什么是劳动合同的期限

劳动合同期限是指合同的有效时间，它一般始于合同的生效之日，终于合同的终止之时。任何劳动过程，都是在一定的时间和空间中进行的。在现代化社会中，劳动时间被认为是衡量劳动效率和成果的一把尺子。劳动合同期限由用人单位和劳动者协商确定。是劳动合同的



一项重要内容，有着十分重要的作用。

二、为什么劳动合同应有期限

劳动合同期限是劳动关系当事人双方享有权利和履行义务的时间。劳动合同订立后，双方当事人便建立了劳动关系，各自要依据自己的劳动行为来享受权利和履行义务。但是，这种权利义务关系不可能无头无尾，成为永恒不变的关系，尤其是市场经济条件下，劳动力的流动是必然的。劳动关系可能是较长期限的，也可能是短暂的，到底要维系多久，必须通过一定的具体时间表现出来，这就产生了劳动合同的期限。劳动合同如果没有期限，双方当事人享有权利和履行义务处于不确定状态，不利于维护各自的合法权益。

劳动合同期限是劳动合同存在的前提条件，是实现劳动合同内容的保证。劳动合同是以实现劳动过程为目的，劳动过程是一个相当复杂的过程。劳动合同如果没有期限，这个过程就难以确定，生产或工作任务的完成就无法保证，合同也就失去了存在的真正意义。正因为如此，本法把劳动合同期限作为劳动合同的必备条款之一作出规定。

三、劳动合同期限的分类

根据本条规定，劳动合同期限分为固定期限、无固定期限和以完成一定工作任务为期限三种。固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定合同终止时间的劳动合同。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。以完成一定工作任务为期限的劳动合同，是指用人单位与劳动者约定以某项工作的完成为合同期限的劳动合同。

四、如何确定劳动合同期限

合理地确定劳动合同期限，对当事人双方来说，都是至关重要的。由于劳动合同期限需要双方当事人协商确定，因此，应当遵循一定的原则，用统一的目标来约束当事人的意志。确定劳动合同期限除了坚持劳动合同订立的原则外，还要掌握这样两条原则：第一，有利于企业发展生产的原则。订立劳动合同的目的是建立劳动关系，实现社会生产劳动，使劳动者获得物质上的一定利益。而劳动者的劳动和获得的物质利益，都必须依赖企业发展生产，取得好的经济效益。因此，订立劳动合同的期限首先必须从生产实际出发，根据企业生产和工作的需要来确定。第二，兼顾当事人双方利益的原则。在坚持有利于企业发展生产的原则下，要兼顾当事人双方的利益。因为订立劳动合同是企业 and 劳动者双方的事情，关系到双方的利益。确定劳动合同期限时，不能只强调企业的生产工作需要，也应当兼顾劳动者个人利益，尊重劳动者个人意愿。总之，当事人双方都应当处理好眼前利益和长远利益的关系，合理确定劳动合同的期限。

科学合理地确定劳动合同的期限，对于用人单位和劳动者的发展都有很大帮助。用人单位可以根据生产经营的长期规划和目标任务，对劳动力的使用进行科学预测，合理规划，使劳动合同期限能够长短并用，梯次配备，形成灵活多样的格局。劳动者可以根据自身的年龄、身体状况、专业技术水平、自身发展计划等因素，合理的选择适合自己的劳动合同期限。

第十三条：固定期限劳动合同

第十三条 固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定合同终止时间的劳动合同。

用人单位与劳动者协商一致，可以订立固定期限劳动合同。

【解读】本条是关于固定期限劳动合同的规定。

固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定合同终止时间的劳动合同。具体是指劳动合同双方当事人在劳动合同中明确规定了合同效力的起始和终止的时间。劳动合同期限届满，劳动关系即告终止。如果双方协商一致，还可以续订劳动合同，延长期限。固定期限的劳动合同可以是较短时间的，如半年、一年、二年，也可以是较长时间的，如五年、十年，



甚至更长时间。不管时间长短，劳动合同的起始和终止日期都是固定的。具体期限由当事人双方根据工作需要和实际情况确定。

固定期限的劳动合同适用范围广，应变能力强，既能保持劳动关系的相对稳定，又能促进劳动力的合理流动，使资源配置合理化、效益化，是实践中运用较多的一种劳动合同。对于那些常年性工作，要求保持连续性、稳定性的工作，技术性强的工作，适宜签订较为长期的固定期限劳动合同。对于一般性、季节性、临时性、用工灵活、职业危害较大的工作岗位，适宜签订较为短期的固定期限劳动合同。

根据本法规定，订立劳动合同应当遵循平等自愿、协商一致的原则。订立哪一种期限的劳动合同，应当由用人单位与劳动者双方共同协商确定。有的用人单位为了保持用工灵活性，愿意与劳动者签订短期的固定期限劳动合同。而有的劳动者为了能有一份稳定的职业和收入，更愿意与用人单位签订无固定期限劳动合同。无论双方的意愿如何，究竟签订哪一种类型的劳动合同，需要由双方协商一致后，作出一个共同的选择。只要用人单位与劳动者协商一致，没有采取胁迫、欺诈、隐瞒事实等非法手段，符合法律的有关规定，就可以订立固定期限劳动合同。

第十四条：无固定期限劳动合同

第十四条 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。

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。有下列情形之一，劳动者提出或者同意续订劳动合同的，应当订立无固定期限劳动合同：

- (一) 劳动者已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三十九条规定的情形续订劳动合同的。

用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

【解读】本条是关于无固定期限劳动合同的规定。

一、无固定期限劳动合同的含义

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。

由于缺乏对无固定期限劳动合同制度的正确认识，不少人认为无固定期限劳动合同是“铁饭碗”、“终身制”，认为无固定期限劳动合同一经签订就不能解除。因此，很多劳动者把无固定期限劳动合同视为“护身符”，千方百计要与用人单位签订无固定期限劳动合同。另一方面，用人单位则将无固定期限劳动合同看成了“终身包袱”，想方设法逃避签订无固定期限劳动合同的法律义务。

这里所说的无确定终止时间，是指劳动合同没有一个确切的终止时间，劳动合同的期限长短不能确定，但并不是没有终止时间。只要没有出现法律规定的条件或者双方约定的条件，双方当事人就要继续履行劳动合同规定的义务。一旦出现了法律规定的解除情形，无固定期限劳动合同也同样能够解除。

二、如何解除和变更无固定期限劳动合同

无固定期限的劳动合同也是劳动合同的一种类型，在履行过程中，任何一方由于某种原因希望或已提出解除劳动合同，另一方只要表示同意，双方达成一致意见，就可以依据本法第三十六条的规定解除劳动合同。当法律规定的可以解除劳动合同的条件出现，或当事人在



合同中约定的可以解除劳动合同的条件出现,无固定期限的劳动合同就可以依法定条件或约定条件解除。如劳动者有本法第三十九条规定的情形之一出现时,用人单位就可以解除劳动合同。用人单位有本法第三十八条规定的情形之一时,劳动者就可以解除劳动合同。由此可见,无固定期限合同并不是没有终止时间的“铁饭碗”,只要符合法律规定的条件,劳动者与用人单位都可以依法解除劳动合同。

另外,有很多错误观点认为无固定期限劳动合同是不能变更的“死合同”。无固定期限劳动合同和其他类型的合同一样,也适用劳动法与本法的协商变更原则。按照劳动法的规定,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。除了劳动合同期限以外,双方当事人还可以就工作内容、劳动报酬、劳动条件和违反劳动合同的赔偿责任等方面协商,进行变更。在变更合同条款时,应当按照自愿、平等原则进行协商,不能采取胁迫、欺诈、隐瞒事实等非法手段,同时还必须注意变更后的内容不违法,否则,这种变更是无效的。

三、无固定期限劳动合同的优势

订立无固定期限的劳动合同,劳动者可以长期在一个单位或部门工作。这种合同适用于工作保密性强、技术复杂、工作又需要保持人员稳定的岗位。这种合同对于用人单位来说,有利于维护其经济利益,减少频繁更换关键岗位的关键人员而带来的损失。对于劳动者来说,也有利于实现长期稳定职业,钻研业务技术。

四、无固定期限劳动合同的订立

订立无固定期限劳动合同有两种情形。

(一)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。

根据本法规定,订立劳动合同应当遵循平等自愿、协商一致的原则。只要用人单位与劳动者协商一致,没有采取胁迫、欺诈、隐瞒事实等非法手段,符合法律的有关规定,就可以订立无固定期限劳动合同。

(二)在法律规定的情形出现时,劳动者提出或者同意续订劳动合同的,应当订立无固定期限劳动合同。

无固定期限合同一经签订,双方就建立了一种相对稳固和长远的劳动关系,只要不出现法律规定的条件或者双方约定的条件,劳动合同就不能解除。因此,法律对无固定期限劳动合同的签订条件作了严格的规定,当事人一方并不能随意的要求签订或者拒绝签订无固定期限劳动合同。

根据本条规定,只要出现了本条规定的三种情形,在劳动者主动提出续订劳动合同或者用人单位提出续订劳动合同劳动者同意的情况下,就应当订立无固定期限劳动合同。这种续订劳动合同意愿的主动权掌握在劳动者手中,无论用人单位是否同意续订劳动合同,只要劳动者提出,用人单位就必须同意续订,而且是订立无固定期限劳动合同。如果用人单位提出续订劳动合同,劳动者有权不同意。劳动者同意的,应当订立无固定期限劳动合同。这三种情形如下:

1、劳动者已在该用人单位连续工作满十年的。签订无固定期限劳动合同的劳动者必须在同一单位连续工作了十年以上,是这个情形的最基本的内容。具体是指劳动者与同一用人单位签订的劳动合同的期限不间断达到十年。如有的劳动者在用人单位工作五年后,离职到别的单位去工作了两年,然后又回到了这个用人单位工作五年。虽然累计时间达到了十年,但是劳动合同期限有所间断,不符合在“该用人单位连续工作满十年”的条件。劳动者工作时间不足十年的,即使提出订立无固定期限劳动合同,用人单位也有权不接受。法律作这样的规定,主要是为了维持劳动关系的稳定。如果一个劳动者在该用人单位工作了十年,就能说明他已经能够胜任这份工作,而用人单位的这个工作岗位也确实需要保持人员的相对稳定。在这种情况下,如果劳动者愿意,用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同,维持较长的劳动关系。



2、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。劳动合同制是以签订劳动合同的形式，明确规定用人单位和劳动者双方的权力、责任、利益，把用工与经济责任制相结合的一种新的用工制度劳动合同制度。1986年7月，我国决定改革国营企业的劳动用工制度，自1986年10月1日起，国营企业在新招收工人中普遍推行劳动合同制。随着劳动合同法法的施行，劳动合同制度在各类企业当中广泛推行。国有企业改制在二十世纪八十年代中期开始，在二十世纪九十年代成为国有企业改革的核心内容，企业通过改变企业形态，改变企业股权结构，改变企业的基本制度，转变为符合自身特点的企业资产组织形式。

在推行劳动合同制度前，或是在国有企业进行改制前，用人单位的有些职工已经在本单位工作了很长时间。推行新的制度以后，很多老职工难以适应这种新型的劳动关系，一旦让其进入市场，确实存在着竞争力弱难以适应的问题，年龄的局限又使其没有充足的条件来提高改进，应当说这是由于历史的原因造成的。他们担心的不仅是能否与原单位签订劳动合同的问题，还存在着虽然签了劳动合同但期限很短，在其尚未退休前合同到期却没有用人单位再与其签订劳动合同的问题。我们在制定法律和政策的同时，应当考虑那些给国家和企业作出过很多贡献的老职工的利益。因此，对于已在该用人单位连续工作满十年并且距法定退休年龄不足十年的劳动者，在订立劳动合同时，允许劳动者提出签订无固定期限劳动合同。如果一个劳动者以在该用人单位满十年，但距离法定退休年龄超过十年，则不属于本项规定的情形。

3、连续订立二次固定期限劳动合同且劳动者没有本法第三十九条规定的情形续订劳动合同的。

根据这一项规定，在劳动者没有本法第三十九条规定的用人单位可以解除劳动合同的情形下，如果用人单位与劳动者签订了一次固定期限劳动合同，在签订第二次固定期限劳动合同时，就意味着下一次必须签订无固定期限劳动合同。所以在第一次劳动合同期满，用人单位与劳动者准备订立第二次固定期限劳动合同时，应当作出慎重考虑。

在制定本法时，这一项规定引起了较大的争议。有一些意见认为，连续签订两次固定期限的劳动合同，有可能累计时间却很短。这一项规定仅以签订固定期限劳动合同的次数为判断标准，容易导致用人单位对一些低技能、岗位专业性不强的劳动者采取到期不续签的做法，从而规避签订无固定期限劳动合同的法律义务，加重了劳动合同短期化的问题。这一项之所以这样设计，就是为了解决劳动合同短期化的问题。根据规定，用人单位在与劳动者签订一次固定期限劳动合同后，再次签订固定期限的劳动合同时，就意味着下一次只要劳动者提出或者同意续订劳动合同，就必须签订无固定期限的劳动合同。企业为了不签订无固定期限的劳动合同，但又能同时保持用工的稳定性，防止因频繁更换劳动力而加大用工成本，就会延长每一次固定期限劳动合同的期限，从而解决了合同短期化的问题。有的意见认为，这一项规定限制了用人单位的用工自主权。这种认识是错误的。因为劳动合同是由双方当事人协商一致订立的，劳动合同的期限长短、订立次数都由双方协商一致确定，选择什么样的劳动者的决定权仍掌握在企业手中。只不过在法律规定的情形出现时，用人单位才必须与劳动者签订无固定期限劳动合同。而且这种劳动合同也不是“终身制”的，在法律规定的条件或是双方协商约定的条件出现时，用人单位可以解除劳动合同。

五、关于视为无固定期限劳动合同

本法第十条规定，建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。但在现实中有很多用人单位为了逃避义务，使劳动关系处于一种不明确的状态，在发生劳动争议的时候也无据可查，经常有不订立书面劳动合同的情况发生。对此，本法作了相关规定。对于已经建立劳动关系，但没有同时订立书面劳动合同的情况，要求用人单位与劳动者应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。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应当按照企业的或者行业的集体合同规定的标准执行；没有集体合同或者集体合同未作规定的，用人单位应当对劳动者实行同工同酬。用人单位自用工之日起超过一个月但不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者支付二倍的月工资。

根据本条规定，用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。但需要注意的是，虽然已经视为用人单位与劳动者签订了无固定期限劳动合同，但并不代表用人单位已经与劳动者签订了劳动合同。实践中很多用人单位无视法律的规定，仍然不与劳动者订立劳动合同。对于这种情况，本法第八十一条第二款规定：“用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，应当向劳动者支付二倍的月工资。”

第十五条：以完成一定工作任务为期限的劳动合同

第十五条 以完成一定工作任务为期限的劳动合同，是指用人单位与劳动者约定以某项工作的完成为合同期限的劳动合同。

用人单位与劳动者协商一致，可以订立以完成一定工作任务为期限的劳动合同。

【解读】本条是关于以完成一定工作任务为期限的劳动合同的规定。

以完成一定工作任务为期限的劳动合同，是指用人单位与劳动者约定以某项工作的完成为合同期限的劳动合同。用人单位与劳动者协商一致，可以订立以完成一定工作任务为期限的劳动合同。某一项工作或工程开始之日，即为合同开始之时，此项工作或工作完毕，合同即告终止。如以完成某项科研，以及带有临时性、季节性的劳动合同。合同双方当事人是在合同存续期间建立的是劳动关系，劳动者要加入用人单位集体，参加用人单位工会，遵守用人单位内部规章制度，享受工资福利、社会保险等待遇。这种劳动合同实际上属于固定期限的劳动合同，只不过表现形式不同。

一般在以下几种情况下，用人单位与劳动者可以签订以完成一定工作任务为期限的劳动合同：（1）以完成单项工作任务为期限的劳动合同；（2）以项目承包方式完成承包任务的劳动合同；（3）因季节原因临时用工的劳动合同；（4）其他双方约定的以完成一定工作任务为期限的劳动合同。

根据本法第十九条规定，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。以完成一定工作任务为期限的劳动合同，是以工作任务完成作为终止条件，工作任务完成的时间即为劳动合同的终止时间。对于一些工作任务而言是无法确定工作任务完成的具体时间的，而且往往这种劳动合同的期限都比较短。因此，对于以完成一定工作任务为期限的劳动合同，不得约定试用期。只要劳动者按照劳动合同的要求完成了工作任务，就能说明劳动者胜任这份工作。

第十六条：劳动合同的生效

第十六条 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。

劳动合同文本应当由用人单位和劳动者各执一份。

【解读】本条是关于劳动合同生效的规定。

一、劳动合同生效的含义



劳动合同的生效,是指具备有效要件的劳动合同按其意思表示的内容产生了法律效力,此时这份劳动合同的内容才对签约双方具有法律约束力。劳动合同的成立,是指用人单位与劳动者达成协议而建立劳动合同关系。双方在劳动合同上签字或者盖章即代表劳动合同成立,但是劳动合同的成立并不代表着合同生效。如果双方当事人根据特定的需要,在劳动合同中对生效的期限或者条件作出特别约定的,那么当事人约定的期限或条件一旦成立,劳动合同即生效。

二、劳动合同生效的条件

一份劳动合同发生法律效力必须具备一些条件,这些条件包括:

(一)劳动合同的双方当事人必须具备法定的资格;行为能力是签订合同的任何一方必须有法律上认可的签订劳动合同的资格。举个最简单的例子来说,一个10岁的小孩不具备与单位签订劳动合同的行为能力,因为法律上认为一个10岁的小孩根本不能够认识到签订劳动合同的真正含义。通常,年满16周岁、精神正常的人是具有签订劳动合同的行为能力的。

(二)劳动合同的内容和形式必须合法,不得违反法律的强制性规定或者社会公共利益。所谓强制性规定就是当事人不能约定,只能按照法律规定办的权利义务。如本法第十九条规定,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。在这种情况下即使双方在合同中约定了一个月以上的试用期,也是违反法律规定的,该条款将视为无效。

(三)劳动合同需由用人单位与劳动者协商一致订立。订立劳动合同的双方必须意思表示真实,任何一方采用欺诈、胁迫等手段与另一方签订的劳动合同是无效的。

三、劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份

劳动合同是劳动者与用人单位之间建立劳动关系的法律依据,是双方当事人明确各自权利与义务的基本形式,也是劳动者维护自身合法权益的最直接的证据。在现实生活中,不少用人单位以种种理由拒绝将属于劳动者本人的劳动合同归还劳动者,这种做法直接侵害了劳动者的合法权益。因为劳动合同一般会明确劳动合同期限、工作内容、工作时间、劳动报酬、社会保险以及约定保守商业秘密或者竞业限制等条款,这也是劳动者履行与用人单位劳动关系的依据和证明。如果劳动者手中没有这个有力的证明,一旦与用人单位发生劳动争议,劳动者则处于举证不利的境地,其合法权益极易遭受侵害。因此,本法规定,劳动合同文本应当由用人单位和劳动者各执一份。

《劳动部关于实行劳动合同制度若干问题的通知》第五条指出:“劳动合同可以规定合同的生效时间。没有规定劳动合同生效时间的,当事人签字之日即视为该劳动合同生效时间。”在大多数情况下,劳动合同成立和生效是在同时的。本条所规定的“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”就是指在劳动合同没有约定劳动合同生效时间的情况下,劳动合同以用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章时生效。当事人签字或者盖章时间不一致的,以最后一方签字或者盖章的时间为准。如果有一方没有写签字时间,那么另一方写明的签字时间就是合同的生效时间。劳动合同当事人应当按照合同约定的起始时间履行劳动合同。有时劳动合同约定的起始时间与实际履行的起始时间会不一致,这时则应按双方当事人实际履行劳动合同的起始时间确认。当事人对劳动合同的生效作出的其他约定,不得违背法律法规的规定。

劳动合同的无效有两点需要注意:第一、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。第二、劳动合同的无效或者部分无效要由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认。这一点常常被忽视。由于普通人对于无效原因的理解会发生偏差,法律将确认无效的权利限制在了仲裁和诉讼,从而保障劳动合同双方当事人的合法权益。



第十七条：劳动合同的必备条款和约定条款

第十七条 劳动合同应当具备以下条款：

- (一) 用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；
- (二) 劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；
- (三) 劳动合同期限；
- (四) 工作内容和工作地点；
- (五) 工作时间和休息休假；
- (六) 劳动报酬；
- (七) 社会保险；
- (八) 劳动保护、劳动条件和职业危害防护；
- (九) 法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

劳动合同除前款规定的必备条款外，用人单位与劳动者可以协商约定试用期、培训、保守商业秘密、补充保险和福利待遇等其他事项。

【解读】本条规定了劳动合同的必备条款以及用人单位与劳动者可以协商约定的事项。

由于相当一部分劳动者和用人单位对于如何签订劳动合同，劳动合同中应具有哪些内容缺少必要的知识和经验，随意签订了劳动合同，而合同的内容不规范、不完善，从而带来一系列的问题，影响劳动关系的和谐稳定。因此本条规定了劳动合同的必备条款和可备条款，使劳动合同能够明确、全面、具体，更好的规范双方的权利义务。

一、劳动合同的必备条款

劳动合同的必备条款是指法律规定的劳动合同必须具备的内容。在法律规定了必备条款的情况下，如果劳动合同缺少此类条款，劳动合同就不能成立。我国劳动法第十九条第一款规定：“劳动合同应当以书面形式订立，并具备以下条款：(一) 劳动合同期限；(二) 工作内容；(三) 劳动保护和劳动条件；(四) 劳动报酬；(五) 劳动纪律；(六) 劳动合同终止的条件；(七) 违反劳动合同的责任。”本条在劳动法的基础上，删去了劳动纪律、劳动合同终止条件、违反劳动合同的责任等内容，同时增加了工作时间、工作地点、职业病危害防护等内容。

1、用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人。为了明确劳动合同中用人单位一方的主体资格，确定劳动合同的当事人，劳动合同中必须具备这一项内容。

2、劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效证件号码。为了明确劳动合同中劳动者一方的主体资格，确定劳动合同的当事人，劳动合同中必须具备这一项内容。

3、劳动合同期限。劳动合同期限是双方当事人相互享有权利、履行义务的时间界限，即劳动合同的有效期限。劳动合同期限可分为固定期限、无固定期限和以完成一定工作任务为期限。签订劳动合同主要是建立劳动关系，但建立劳动关系必须明确期限的长短。劳动合同期限与劳动者的工作岗位、内容、劳动报酬等都有紧密关系，更与劳动关系的稳定紧密相关。合同期限不明确则无法确定合同何时终止，如何给付劳动报酬、经济补偿等，引发争议。因此一定要在劳动合同中加以明确双方签订的是何种期限的劳动合同。

4、工作内容和工作地点。所谓工作内容，是指劳动法律关系所指向的对象，即劳动者具体从事什么种类或者内容的劳动，这里的工作内容是指工作岗位和工作任务或职责。这一条款是劳动合同的核心条款之一，是建立劳动关系的极为重要的因素。它是用人单位使用劳动者的目的，也是劳动者通过自己的劳动取得劳动报酬的源由。劳动合同中的工作内容条款应当规定的明确具体，便于遵照执行。如果劳动合同没有约定工作内容或约定的工作内容不明确，用人单位将可以自由支配劳动者，随意调整劳动者的工作岗位，难以发挥劳动者所长，



也很难确定劳动者的劳动报酬,造成劳动关系的极不稳定,因此是必不可少的。工作地点是劳动合同的履行地,是劳动者从事劳动合同中所规定的工作内容的地点,它关系到劳动者的工作环境、生活环境、以及劳动者的就业选择,劳动者有权在与用人单位建立劳动关系时知悉自己的工作地点,所以这也是劳动合同中必不可少的内容。

5、工作时间和休息休假。工作时间是指劳动时间在企业、事业、机关、团体等单位中,必须用来完成其所担负的工作任务的时间。一般由法律规定劳动者在一定时间内(工作日、工作周)应该完成的工作任务,以保证最有效地利用工作时间,不断的提高工作效率。这里的工作时间包括工作时间的长短、工作时间方式的确定,如是8小时工作制还是6小时工作制,是日班还是夜班,是正常工时还是实行不定时工作制,或者是综合计算工时制。在工作时间上的不同,对劳动者的就业选择、劳动报酬等均有影响,因此成为劳动合同不可缺少的内容。

休息休假是指企业、事业、机关、团体等单位的劳动者按规定不必进行工作,而自行支配的时间。休息休假的权利是每个国家的公民都应享受的权利。劳动法第三十八条规定:“用人单位应当保证劳动者每周至少休息一日。”休息休假的具体时间根据劳动者的工作地点、工作种类、工作性质、工龄长短等各有不同,用人单位与劳动者在约定休息休假事项时应当遵守劳动法及相关法律法规的规定。

6、劳动报酬。劳动合同中的劳动报酬,是指劳动者与用人单位确定劳动关系后,因提供了劳动而取得的报酬。劳动报酬是满足劳动者及其家庭成员物质文化生活需要的主要来源,也是劳动者付出劳动后应该得到的回报。因此,劳动报酬是劳动合同中必不可少的内容。劳动报酬主要包括以下几个方面:(1)用人单位工资水平、工资分配制度、工资标准和工资分配形式;(2)工资支付办法;(3)加班、加点工资及津贴、补贴标准和奖金分配办法;(4)工资调整办法;(5)试用期及病、事假等期间的工资待遇;(6)特殊情况下职工工资(生活费)支付办法;(7)其他劳动报酬分配办法。劳动合同中有关劳动报酬条款的约定,要符合我国有关最低工资标准的规定。

7、社会保险。社会保险是政府通过立法强制实施,由劳动者、劳动者所在的工作单位或社区以及国家三方面共同筹资,帮助劳动者及其亲属在遭遇年老、疾病、工伤、生育、失业等风险时,防止收入的中断、减少和丧失,以保障其基本生活需求的社会保障制度。社会保险由国家成立的专门性机构进行基金的筹集、管理及发放,不以赢利为目的。一般包括医疗保险、养老保险、失业保险、工伤保险和生育保险。社会保险强调劳动者、劳动者所在用人单位以及国家三方共同筹资。体现了国家和社会对劳动者提供基本生活保障的责任。劳动者所在用人单位的缴费,使社会保险资金来源避免了单一渠道,增加了社会保险制度本身的保险系数。由于社会保险由国家强制实施,因此成为劳动合同不可缺少的内容。

8、劳动保护、劳动条件和职业危害防护。劳动保护是指用人单位为了防止劳动过程中的安全事故,采取各种措施来保障劳动者的生命安全和健康。在劳动生产过程中,存在着各种不安全、不卫生因素,如不采取措施加以保护,将会发生工伤事故。如矿井作业可能发生瓦斯爆炸、冒顶、片帮、水火灾害等事故;建筑施工可能发生高空坠落、物体打击和碰撞等。所有这些,都会危害劳动者的安全健康,妨碍工作的正常进行。国家为了保障劳动者的身体安全和生命健康,通过制定相应的法律和行政法规、规章,规定劳动保护,用人单位也应根据自身的具体情况,规定相应的劳动保护规则,以保证劳动者的健康和安全。劳动条件,主要是指用人单位为使劳动者顺利完成劳动合同约定的工作任务,为劳动者提供必要的物质和技术条件,如必要的劳动工具、机械设备、工作场地、劳动经费、辅助人员、技术资料、工具书以及其他一些必不可少的物质、技术条件和其他工作条件。职业危害是指用人单位的劳动者在职业活动中,因接触职业性有害因素如粉尘、放射性物质和其他有毒、有害物质等而对生命健康所引起的危害。根据职业病防治法第三十条的规定,用人单位与劳动者订立劳动



合同时，应当将工作过程中可能产生的职业病危害及其后果、职业病防护措施和待遇等如实告知劳动者，并在劳动合同中写明，不得隐瞒或者欺骗。此外，职业病防治法中还规定了用人单位在职业病防护中的义务：用人单位应当为劳动者创造符合国家职业卫生标准和卫生要求的工作环境和条件，并采取措施保障劳动者获得职业卫生保护；应当建立、健全职业病防治责任制，加强对职业病防治的管理，提高职业病防治水平，对本单位产生的职业病危害承担责任；必须采用有效的职业病防护设施，并为劳动者提供个人使用的职业病防护用品；应当对劳动者进行上岗前的职业卫生培训和在岗期间的定期职业卫生培训，普及职业卫生知识，督促劳动者遵守职业病防治法律、法规、规章和操作规程，指导劳动者正确使用职业病防护设备和个人使用的职业病防护用品。用人单位应当按照有关法律、法规的规定严格履行职业危害防护的义务。

二、可以在劳动合同中约定的事项

对于某些事项，法律不做强制性规定，由当事人根据意愿选择是否在合同中约定，劳动合同缺乏这种条款不影响其效力。我们可以将这种条款成为可备条款。法定可备条款是指法律明文规定的劳动合同可以具备的条款。劳动合同的某些内容是非常重要的，关系到劳动者的切身利益，但是这些条款不是在每个劳动合同中都应当具备的，所以法律不能把其作为必备条款，只能在法律中特别的予以提示。根据劳动法第十九条第二款规定，劳动合同除必备条款外，当事人可以协商约定其他内容。本条第二款规定：“劳动合同除前款规定的必备条款外，用人单位与劳动者可以协商约定试用期、培训、保守商业秘密、补充保险和福利待遇等其他事项。”这里所规定的“试用期、培训、保守商业秘密、补充保险和福利待遇”都属于法定可备条款。

1、试用期。试用期是指对新录用的劳动者进行试用的期限。用人单位与劳动者可以在劳动合同中就试用期的期限和试用期期间的工资等事项作出约定，但不得违反本法有关试用期的规定。本法第十九条对如何确定试用期作出了明确规定，劳动合同的长短、劳动合同的类型不同，试用期的长短也有所不同。本法第二十条对试用期的工资作出了明确规定，即：劳动者在试用期的工资不得低于本单位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。在试用期内，用人单位与劳动者之间的劳动关系尚处于不完全确定的状态。根据本法第二十一条规定：“在试用期中，除劳动者被证明不符合录用条件外，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。”

2、培训。培训是按照职业或者工作岗位对劳动者提出的要求，以开发和提高劳动者的职业技能为目的的教育和训练过程。根据1996年劳动和社会保障部印发的《企业职工培训规定》的规定，职工培训是指企业按照工作需要职工进行的思想政治、职业道德、管理知识、技术业务、操作技能等方面的教育和训练活动。企业职工培训应以培养有理想、有道德、有文化、有纪律、掌握职业技能的职工队伍为目标，促进企业职工队伍整体素质的提高。企业应建立健全职工培训的规章制度，根据本单位的实际对职工进行在岗、转岗、晋升、转业培训，对新录用人员进行上岗前的培训，并保证培训经费和其他培训条件。职工应按照国家规定和企业安排参加培训，自觉遵守培训的各项规章制度，并履行培训合同规定的各项义务，服从单位工作安排，搞好本职工作。

3、保守商业秘密。商业秘密是不为大众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。在激烈的市场竞争中，任何一个企业生产经营方面的商业秘密都十分重要。在市场经济条件下，企业用人和劳动者选择职业都有自主权，有的劳动者因工作需要，了解或掌握了本企业的技术信息或经营信息等资料，如果企业事先不向劳动者提出保守商业秘密、承担保密义务的要求，有的劳动者就有可能带着企业的商业秘密另谋职业，通过擅自泄露或使用原企业的商业秘密，以谋取更高的个人利益，如



果没有事先约定，企业往往难以通过法律讨回公道，从而使企业遭受重大经济损失。因此，用人单位可以在合同中就保守商业秘密的具体内容、方式、时间等，与劳动者约定，防止自己的商业秘密被侵占或泄露。

4、补充保险。补充保险是指除了国家基本保险以外，用人单位根据自己的实际情况为劳动者建立的一种保险，它用来满足劳动者高于基本保险需求的愿望，包括补充医疗保险、补充养老保险等。补充保险的建立依用人单位的经济承受能力而定，由用人单位自愿实行，国家不作强制的统一规定，只要求用人单位内部统一。用人单位必须在参加基本保险并按时足额缴纳基本保险费的前提下，才能实行补充保险。因此补充保险的事项不作为合同的必备条款，由用人单位与劳动者自行约定。

4、福利待遇。随着市场经济的发展，用人单位给予劳动者的福利待遇也成为劳动者收入的重要指标之一。福利待遇包括住房补贴、通讯补贴、交通补贴、子女教育等。不同的用人单位福利待遇也有所不同，福利待遇已成为劳动者就业选择的一个重要因素。

社会生活千变万化，劳动合同种类和当事人的情况也非常复杂，法律只能对劳动合同的条款进行概括，无法穷尽劳动合同的所有内容，当事人也可以根据需要在法律规定的可备条款之外对有关条款作新的补充性约定。

第十八条：劳动报酬、劳动条件等标准约定不明确的规定

第十八条 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，用人单位应当对劳动者实行同工同酬；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。

【解读】本条是关于劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确的情况的规定。

一、事项约定不明的情况

用人单位与劳动者虽然订立了劳动合同，但其中关于劳动报酬和劳动条件的标准约定的不明确，会引发争议。

（一）劳动报酬的约定不明

有些用人单位，为了在招到自己需要的劳动者，在劳动合同中将工资定得很高，等劳动者进入工作岗位后才发现，劳动合同中约定的工资不是标准工资，而是总的收入，包含了加班费、奖金等。劳动合同中约定的应该是标准工资，指正常工作时间内的正常劳动应得的报酬，是个定数，而不包括加班工资、效益工资和奖金等内容。为了保护自己的权益，劳动者在订立劳动合同时，约定的劳动报酬一定要明确、详细。明确约定劳动报酬要求双方应当在劳动合同中明确劳动报酬的种类、金额、支付方式、支付时间以及拖欠劳动报酬的法律后果等相关内容。

（二）劳动条件的约定不明

劳动合同中的劳动条件条款要求用人单位必须按照国家安全、卫生法规的标准为劳动者提供必要劳动保护和工作条件，从而使劳动者能够顺利完成劳动合同约定的工作任务。劳动条件是劳动者顺利履行劳动合同的重要条件，也是用人单位的重要义务，必须约定的具体实在，否则难以保障劳动者的合法权益。

除了劳动报酬和劳动条件，劳动合同也应当明确约定劳动合同期限、工作内容、工作地点、社会保险等事项，这些事项都与劳动合同的履行紧密相连，不能仅仅做简略、模糊的约定，否则将会引发争议。

根据本法有关变更劳动合同的规定，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。在劳动报酬与劳动条件等标准约定不明确从而引发争议的情况下，用人单位与



劳动者可以就这些不明确的事项重新进行协商,通过变更劳动合同,重新加以明确。用人单位与劳动者重新约定不明确事项的,应当采用书面形式。

二、重新协商不成的情况

如果用人单位与劳动者无法达成一致,不能重新确定劳动报酬和劳动条件等标准,劳动合同中约定不明的事项,适用集体合同中约定的标准。企业职工一方与用人单位通过平等协商,就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项订立了集体合同,依法订立的集体合同对用人单位和劳动者具有约束力。根据本法规定,集体合同中劳动条件和劳动报酬等标准不得低于当地人民政府规定的最低标准。对于约定不明确又协商不成的事项,用人单位与劳动者应当适用集体合同的规定。

三、没有集体合同或集体合同未规定劳动报酬的情况

有的企业、行业、区域内并没有集体合同,或是虽然有集体合同但其中并没有关于劳动报酬的约定,在这种情况下,用人单位在确定劳动者报酬时应当遵循同工同酬的原则。劳动法第四十六条规定,工资分配应当遵循按劳分配原则,实行同工同酬。即用人单位应当依照同等岗位、付出等量劳动且取得相同劳动业绩的其他劳动者的劳动报酬标准,向劳动者支付劳动报酬。

四、没有集体合同或集体合同未规定劳动条件等的情况

在没有集体合同或是集体合同没有约定劳动条件等标准的情况下,应当按照国家有关规定来确定相应事项的标准。

除了劳动法,还有很多其他法律、法规对劳动条件等事项作出了相关规定。如国务院《工厂安全卫生规程》第七条规定:“建筑物必须坚固安全,如果有损坏或者危险的象征,应该立即修理。”国务院《建筑安装工程安全技术规程》第八条规定:“遇有六级以上强风的时候,禁止露天进行起重工作和高空作业。”;对于工作时间约定不明的情况,可以按照《国务院关于职工工作时间的规定》的规定执行;对于职业危害防护约定不明的情况,可以适用《中华人民共和国职业病防治法》、《职业病范围和职业病患者处理办法的规定》的有关规定。

第十九条：试用期的规定

第十九条 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三年以下的,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。

劳动合同仅约定试用期或者劳动合同期限与试用期相同的,试用期不成立,该期限为劳动合同期限。

【解读】本条是关于试用期的规定。

试用期是指用人单位对新招收的职工进行思想品德、劳动态度、实际工作能力、身体情况进行进一步考察的时间期限。劳动法规定,劳动合同可以约定试用期,但最长不得超过六个月。在劳动合同中约定试用期,一方面可以维护用人单位的利益,为每个工作岗位找到合适的劳动者,试用期就是供用人单位考察劳动者是否适合其工作岗位的一项制度,给企业考察劳动者是否与录用要求相一致的时间,避免用人单位遭受不必要的损失。另一方面,可以维护新招收职工的利益,使被录用的职工有时间考察了解用人单位的工作内容、劳动条件、劳动报酬等是否符合劳动合同的规定。在劳动合同中规定试用期,既是订立劳动合同双方当事人的权利与义务,同时也为劳动合同其他条款的履行提供了保障。



在用工过程中,目前滥用试用期侵犯劳动者权益的现象比较普遍,包括什么样的劳动岗位需要约定试用期,约定多长的试用期,以什么作为参照设定试用期等,实践中比较混乱。用人单位通常不管是什么性质、多长期限的工作岗位,也不管有没有必要约定试用期,一律约定试用期,只要期限不超过劳动法规定的六个月即可,用足法律规定的上限。有的用人单位与劳动者签一年期限的劳动合同,其中半年为试用期;有的生产经营季节性强的用人单位甚至将试用期与劳动合同期限合二为一,一般长,试用期到了,劳动合同也到期了;有的劳动者在同一用人单位往往被不止一次约定试用期,换一个岗位约定一次试用期。试用期问题是劳动合同法立法中劳动者意见最多的问题之一。

劳动合同法针对滥用试用期、试用期过长问题做出了有针对性的规定。

(一)限定能够约定试用期的固定期限劳动合同的最短期限,并且在劳动法规定试用期最长不得超过六个月的基础上,根据劳动合同期限的长短,将试用期细化。具体规定是:

劳动合同期限在三个月以上的,可以约定试用期。也就是说,固定期限劳动合同能够约定试用期的最低起点是三个月。

劳动合同期限一年以上三年以下的,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。这是针对用人单位不分情况,一律将试用期约定为六个月,劳动合同法的具体措施。

需要说明的是,劳动合同期限长短不是约定试用期的唯一参照。实践中,很多工作本来不需要试用期过长,劳动者就能胜任,装卸工、建筑工地小工、力工等没有什么技术含量,三天就行。但有些用人单位动辄规定试用期为三五个月,甚至半年,恶意用足法定试用期限上限,这加重了劳动关系的不平等性,增加了劳动者的职业不确定性和经济负担。这就提醒劳动合同双方当事人特别是劳动者一方在约定试用期时将技术含量的因素考虑进去。对用人单位来说,在合理时间内依然不能判断劳动者是否能胜任,就应当承担因此而带来的风险。

德国《非全日制和固定期限劳动合同法》中规定,固定期限劳动合同中不能约定试用期,无固定期限劳动合同才可以约定。意大利法律规定,一般工人的试用期为十五天至三十天,技术人员为三个月,企业管理人员为六个月。

(二)同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。

这就涉及到对劳动合同中试用期性质的理解,试用期是指用人单位对新招收的职工进行思想品德、劳动态度、实际工作能力、身体情况进行进一步考察的时间期限。在录用劳动者时的试用期内这些情况已经基本搞清楚了。

(三)为遏制用人单位短期用工现象,不能所有劳动合同都可约定试用期。

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。在征求意见过程中,相当多的意见建议将可约定试用期的劳动合同的期限修改为一年以上。

(四)劳动合同仅约定试用期或者劳动合同期限与试用期相同的,试用期不成立,该期限为劳动合同期限。

在试用期问题上,需要强调以下几点:

(一)试用期是一个约定的条款,如果双方没有事先约定,用人单位就不能以试用期为由解除劳动合同。

劳动合同双方当事人用人单位和劳动者必须就试用期条款充分协商,取得一致,试用期条款才能成立。合同是双方当事人意思表示一致的结果,是在互利互惠基础上充分表达各自意见,并就合同条款取得一致后达成的协议。因此,任何一方都不得凌驾于另一方之上,不得把自己的意志强加给另一方,更不得以强迫命令、胁迫等手段签订劳动合同试用期条款。

(二)同时劳动合同法限定了试用期的约定条件,劳动者在试用期间应当享有全部的劳动权利。



这些权利包括取得劳动报酬的权利、休息休假的权利、获得劳动安全卫生保护的权利、接受职业技能培训的权利、享受社会保险和福利的权利、提请劳动争议处理的权利以及法律规定的其他劳动权利。还包括依照法律规定，通过职工大会、职工代表大会或者其他形式，参与民主管理或者就保护劳动者合法权益与用人单位进行平等协商的权利。不能因为试用期的身份而加以限制，与其他劳动者区别对待。

（三）试用期包括在劳动合同期限内。

也就是说，不管劳动合同双方当事人订立的是一年期限的劳动合同，还是三年、五年期限的劳动合同，如果约定了试用期，劳动合同期限的前一段期限（比如可能是三天、五天或者一个星期，可能是一个月或者两个月）是试用期，试用期是包括在整个劳动合同期限内。不管试用期之后当然订立劳动合同还是不订立劳动合同，都不允许单独约定试用期。

（四）劳动合同法关于试用期的规定体现了劳动合同双方当事人权利义务的大体平等。如关于劳动合同的解除中规定，劳动者在试用期内可以通知用人单位解除劳动合同；劳动者在试用期期间被证明不符合录用条件的，用人单位也可以解除劳动合同。

（五）有的用人单位为了规避法律，约定试岗、适应期、实习期，这些都是变相的试用期，其目的无非是为了将劳动者的待遇下调，方便解除劳动合同。为了保护劳动者的合法权益，应当明确这些情形按照试用期对待。

第二十条：试用期工资

第二十条 劳动者在试用期的工资不得低于本单位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。

【解读】本条是关于试用期工资的规定。

用人单位滥用试用期的另一个表现方面是试用期间付给劳动者的薪金待遇低。实践中。试用期劳动者薪金待遇低的现象非常普遍，很多用人单位视试用人员为廉价劳动力，任意压低基本薪水，甚至不给工资。还有一些单位，硬性规定在试用期间一切意外伤害不列入工作范围。这也是用人单位热衷于约定试用期的重要原因之一。对试用期内工资待遇较低的问题，社会反响非常强烈。

对试用期间劳动者待遇过低或得不到保障突出的问题，劳动合同法做出了有针对性的规定，劳动者在试用期的工资不得低于本单位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。这是劳动者在试用期间工资待遇的法定最低标准。对本条的理解，应把握以下几点：

（一）劳动者和用人单位劳动合同双方在劳动合同里约定了试用期工资，而约定的试用期工资又高于本条规定的标准的，按约定执行。

在德国，对于试用期工资待遇问题，首先看劳资双方有没有约定，再看工资协定中有没有相应规定。如果既没有约定，工资协定中也没有相应规定，试用期工资待遇应和正式工的工资待遇一致。

（二）约定试用期工资应当体现同工同酬的原则。试用期间劳动者提供的价值不意味一定小于正式工，所以不能当然地认为试用期间劳动者的工资就是最低标准，这不符合同工同酬的原则。这样理解也扼制了用人单位的利益驱动，为使用廉价劳动力提供便利而滥用试用期。同工同酬原则还体现在用人单位必须为试用期间劳动者缴纳社会保险，这是用人单位的法定义务，不能为了降低企业成本而逃避。

（三）劳动者在试用期的工资，本条实际上规定了两个最低标准：1、不得低于本单位同岗位最低档工资；2、或者劳动合同约定工资的百分之八十。这就存在着按哪一个标准执行的问题，正确的理解应当是条文里两者相比取其高。



(四)劳动者在试用期的工资不得低于用人单位所在地的最低工资标准不得低于最低工资劳动法第四十八条规定,国家实行最低工资保障制度。用人单位支付劳动者的工资不得低于当地最低工资标准。

最低工资是一种保障制度。它确保了职工在劳动过程中至少领取最低的劳动报酬,维持劳动者个人及其家庭成员的基本生活,最低工资保障制度确立了将劳动者因探亲、结婚、直系亲属死亡按规定休假期间,以及依法参加国家和社会活动,视为提供了正常劳动的规定,从法律上排除了企业以非劳动者本人原因没有提供正常劳动为由拒付工资的可能性。最低工资制度是法定最低标准条款,劳动者在试用期的工资不得低于本单位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。对违反最低工资保障制度的企业,劳动者本人可以按照有关规定,要求有关部门进行处理或者向人民法院提起诉讼。

2006年8月7日,小张应聘到东万设备公司,并与后者签订了“试用员工工资、奖金制度”协议。协议约定:小张应聘任润滑油的销售工作,试用期为3个月,基本工资为1000元,奖金在公司所派任务完成的情况下每桶提取10元。如未完成销售任务每月结款10桶润滑油,公司有权给予处罚或者不发试用期基本工资。小张称,他从合同签订之日起便开始上班,但是由于任职期间他未能推销出润滑油,公司拒绝向其支付工资。9月18日,小张申请辞职。后向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请,要求公司支付工资,仲裁委员会裁决支持了小张的请求。法院经审理认为,有关协议违反了劳动法关于用人单位支付给劳动者的工资不得低于当地最低工资标准,工资应当按月支付给劳动者本人,不得克扣或者无故拖欠劳动者工资的规定。裁定该条款的约定,不具有法律效力,公司应按协议约定1000元每月的标准向小张支付试用期工作期间的工资。小张拿到了全额工资。

最低工资制度也从客观上给企业和劳动者本人注入了竞争意识,促使企业进行公平竞争,而劳动者也必须努力提高业务水平,提高自身素质,才能在最低工资的基础上获取更丰厚的利益。

最低工资一经确定,并非永不改变。最低工资率发布实施后,如果确定最低工资时所参考的诸因素发生变化,如当地就业者增多、职工平均工资提高、经济发展水平加快等等,或者本地区职工生活费用价格指数累计变动较大时,应当适时调整本地区的最低工资。据报道,上海职工最低工资标准从2006年9月1日起由每月690元提高到每月750元,小时工最低工资标准由6元提高到6.5元。这是上海自1993年在全国率先推出最低工资制度以来,第14次提高标准。上海市政府最新出台的这一政策还明确规定,上述调整后的最低工资为实得收入,个人应缴纳的基本社会保险费和住房公积金,由单位另行支付。这意味着,上海职工每月最低能拿到剔除社保费等费用之后的750元净收入。作为就业人员与日俱增的特大城市,1993年,上海市根据国家有关部委的试行文件,在国内各大城市中率先进行最低工资保障制度的探索和实践。当年,上海首次规定,企业职工的最低工资标准为210元,只要劳动者在法定工作时间提供了正常劳动,所在企业支付的劳动报酬不得低于这个标准。1994年,上海在实施最低工资标准的第二年,依据当时的物价水平、社会平均工资水平等因素,把标准从210元调整到了220元。上海13年来连续14次提高的最低工资标准,划出了一条醒目的上行线,使低收入劳动者获得了“涨”工资的实惠。

第二十一条：试用期解除劳动合同的限制

第二十一条 在试用期中,除有证据证明劳动者不符合录用条件外,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。



【解读】本条是关于试用期解除劳动合同限制的规定。

试用期用人单位随意解除劳动合同的现象严重。有些单位利用试用期解除劳动合同相对容易的情况，任意解除，走马观花式地更换试用人员。有的餐饮业单位好像永远在招聘，永远在试用劳动者，招聘的人员竟有90%以上，甚至是100%都不合格。这是用人单位热衷于约定试用期的另一个重要原因。在立法征求意见过程中，有的建议明确规定在试用期内，除非法定事由用人单位不得任意解除劳动合同，解除劳动合同要提前通知，并规定相应的经济补偿。

为遏制部分用人单位恶意使用试用期，劳动合同法做出了针对性规定，在试用期中，除有证据证明劳动者不符合录用条件外，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。

这意味着用人单位在试用期中，要解除与劳动者的劳动合同，必须有证据，有理由，证明劳动者哪些方面不符合录用条件，为什么不合格。如果用人单位恶意使用劳动者，不尽应尽的义务，劳动者诉诸法律时，用人单位要承担败诉的风险。劳动合同法第四十八规定，用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金；用人单位支付赔偿金后，劳动合同解除或者终止。

用人单位应尽的义务是多方面的，比如意大利法律中有实习期的规定，实习期的设置主要是为了对年轻劳动者进行培训。必须保证每年不少于一百二十小时的脱产培训，培训可以在企业内进行，也可以在企业外进行。

劳动合同法第三十九条第一项和劳动法中都规定，劳动者在试用期间被证明不符合录用条件的，用人单位可以解除劳动合同。通常情况下，这是用人单位的权利。试用期是指用人单位对新招用的劳动者进行思想品德、劳动态度、实际工作能力、身体状况等进行进一步考察的时间期限。根据劳动法的规定，劳动合同可以约定试用期，其期限的长短由企业根据劳动合同期限的长短、工种的实际情况确定，但最长不得超过六个月。在试用期内，如果发现职工有不符合录用条件的，如身体条件、受教育程度、实际工作能力不符合录用条件，企业可以解除劳动合同，以保证职工队伍的素质。

同时，劳动合同法第三十七条中和劳动法第三十二条中均规定，劳动者在试用期内可以通知用人单位解除劳动合同。这说明，在试用期内依法解除劳动合同也是劳动者的权利。

第二十二條：服務期

第二十二條 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。约定违反服务期违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。违约时，劳动者所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的服务期较长的，用人单位应当按照工资调整机制提高劳动者在服务期间的劳动报酬。

【解读】本条是关于服务期的规定。

可以与该劳动者订立协议，约定服务期的培训是有严格的条件的。（一）用人单位提供专项培训费用。按照国家规定，用人单位必须按照本单位工资总额的一定比例提取培训费用，用于对劳动者的职业培训，这部分培训费用的使用不能作为与劳动者约定服务期的条件。同时，这笔专项培训费用的数额应当是比较大的，这个数额到底多高，劳动合同法没有规定一



个具体的数额，主要是考虑各地区、各企业之间情况不一样，很难划出一个统一的尺度。由各地方细化本地区的具体数额比较好操作。（二）对劳动者进行的是专业技术培训。包括专业知识和职业技能。比如从国外引进一条生产线、一个项目，必须有能够操作的人，为此，把劳动者送到国外去培训，回来以后干这个活，这个培训就是本条所指的培训。用人单位对劳动者进行必要的职业培训不可以约定服务期，也就是说不包括职业培训。劳动法规定，用人单位应当建立职业培训制度，按照国家规定提取和使用职业培训经费，根据本单位实际，有计划地对劳动者进行职业培训。从事技术工种的劳动者，上岗前必须经过培训。劳动者有接受职业技能培训的权利。以免一个正常的职业培训如上岗前必经的培训，甚至参加一个普通的会议、上个夜校都被算成是本条所称的专业技术培训。（三）至于培训的形式，可以是脱产的，半脱产的，也可以是不脱产的。有的反映，在实践中，用人单位往往因某个项目或者某种技术革新，给员工提供费用较大的培训，但脱产时间一般不会很长，更多的采取非脱产方式的专业技术培训。如果法律硬性规定必须脱产培训一定时间以上，才能约定服务期，许多接受培训的劳动者不履行约定的服务期而离职，会给用人单位造成较大的损失，这样规定，表面上看是保护了劳动者的培训利益，实际上使用用人单位在劳动者培训上产生顾虑，不利于劳动者的发展。一般情况下，越是不可或缺的人才，单位越不可能使其脱产培训很长时间，而只能采用非脱产的方式。总之，不管是否脱产，只要用人单位在国家规定提取的职工培训费用以外，专门花费较高数额的钱送劳动者去进行定向专业培训的，就可以与该劳动者订立协议，约定服务期。

法律之所以规定服务期，是因为用人单位对劳动者有投入并导致劳动者获得利益。用人单位为劳动者提供培训费用，并支付劳动报酬和其它待遇，使劳动者学到了本事。同时，用人单位使劳动者接受培训的目的，在于劳动者回来后为单位提供约定服务期期间的劳动，劳动者服务期未届满离职，使用用人单位期待落空。通过约定服务期，可以大体平衡双方利益。规定服务期的一个重要的前提是，由于用人单位通过出资培训等提供特殊待遇的劳动者在劳动力市场具有与用人单位谈判的能力。如果他们觉得有利可图就签。在这一前提下，应当鼓励用人单位给予员工特殊待遇，同时允许企业获得相应权利，从而促进劳动关系和谐稳定。鼓励其加大对劳动者技能培训的资金投入力度。

用人单位与劳动者要依法约定违约金，主要包含两层意思：第一，违约金是劳动合同双方当事人约定的结果。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。体现了合同中的权利义务对等原则，所谓“对等”，是指享有权利，同时就应承担义务，而且，彼此的权利、义务是相应的。这要求当事人所取得财产、劳务或工作成果与其履行的义务大体相当。第二，用人单位与劳动者约定违约金时不得违法，即约定违反服务期违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。违约时，劳动者所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。

在立法过程中，多数意见主张违反服务期约定的违约金数额应当予以限制。至于具体措施，有的主张单一的总金额限制，如用人单位实际为劳动者提供的特殊待遇的市场价值或劳动者年度工资收入；有的主张比例限制，如劳动者年度工资收入的百分比或用人单位实际为劳动者提供的特殊待遇的市场价值的百分比。也有意见认为，由于用人单位通过出资培训等提供特殊待遇的劳动者在劳动力市场具有与用人单位谈判的能力，对服务期的违约金没有必要统一规定，交由双方具体约定，只要不违反民法通则和劳动法规定即可。第三种意见认为，劳动者因享受用人单位提供的出资培训等特殊待遇后违约辞职，则用人单位可以根据劳动法，依法要求劳动者赔偿培训费用、生产经营损失、其它约定的赔偿费用，没有必要规定违约金责任。否则，违约金责任就带有惩戒性质，不具有补偿性质。本条第二款中规定，约定违反服务期违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。违约时，劳动者所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。体现了劳动法侧重于保护劳动者的



立法宗旨。

关于服务期的年限。在立法过程中，一种意见认为，约定服务期限限制了劳动者自由流动，对市场配置有影响，要有公共政策手段配合，做出限制，不能任由双方约定，如法律应当做出规定服务期最长不能超过几年。另一种意见认为，服务期是指劳动者因接受用人单位给予的特殊待遇而承诺必须为用人单位服务的最短期限。只要用人单位出资培训劳动者，受训劳动者就有义务为用人单位最少服务一定年限，否则，就有义务承担赔偿培训费用的责任，只是按比例递减而已。所以，劳动者接受用人单位付费在职培训后，用人单位可以与劳动者约定接受专业技术培训以后的服务期。

本条没有对服务期的年限做出具体规定。应当理解为服务期的长短可以由劳动合同双方当事人协议确定，但是，用人单位在与劳动者协议确定服务期年限时要遵守两点：第一，要体现公平合理的原则，不得滥用权利。第二，用人单位与劳动者约定的服务期较长的，用人单位应当按照工资调整机制提高劳动者在服务期间的劳动报酬。

要正确理解本条的规定，必须处理好两个关系：第一，约定与法定的关系；第二，调动用人单位提供培训的积极性与保护劳动者合法权益的关系。

第二十三条：保密义务和禁业限制

第二十三条 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。

【解读】本条是关于劳动者的保密义务和禁业限制的规定。

劳动法 22 条，劳动合同当事人可以在劳动合同中约定保守用人单位商业秘密的有关事项。反不正当竞争法第十条第三款规定，本条所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。因此商业秘密包括两部分：非专利技术和经营信息。如管理方法，产销策略，客户名单、货源情报等经营信息；生产配方、工艺流程、技术诀窍、设计图纸等技术信息。商业秘密关乎企业的竞争力，对企业的发展至关重要，有的甚至直接影响到企业的生存。商业秘密和其他知识产权（专利权、商标权、著作权等）相比，有着以下特点：第一，商业秘密的前提是不为公众所知悉，而其他知识产权都是公开的，对专利权甚至有公开到相当程度的要求；第二，商业秘密是一项相对的权利。商业秘密的专有性不是绝对的，不具有排他性。如果其他人以合法方式取得了同一内容的商业秘密，他们就和第一个人有着同样的地位。商业秘密的拥有者既不能阻止在他之前已经开发掌握该信息的人使用、转让该信息，也不能阻止在他之后开发掌握该信息的人使用、转让该信息。第三，能使经营者获得利益，获得竞争优势，或具有潜在的商业利益。第四，商业秘密的保护期不是法定的，取决于权利人的保密措施和其他人对此项秘密的公开。一项技术秘密可能由于权利人保密措施得力和技术本身的应用价值而延续很长时间，远远超过专利技术受保护的期限。

我国有关法律从不同角度对商业秘密加以了保护。第一，从商业秘密持有者与侵害商业秘密者之间的关系看，除了双方没有任何关系，但侵害者通过不正当手段，如盗窃、利诱、胁迫等侵害商业秘密情形外，侵害商业秘密主要发生在买卖、承揽、授权、雇佣关系中，其中在雇佣关系中是最容易发生侵害商业秘密行为的。反不正当竞争法对通过不正当手段侵害商业秘密的行为作了规范。合同法对存在民事合同关系情形下侵害商业秘密的行为作了规



范。反不正当竞争法对存在保守商业秘密约定或者权利人有关保守商业秘密要求的情形下的侵害商业秘密的行为作了规范，这包括民事主体之间的合同约定和雇佣关系下的约定。公司法、刑法主要对存在劳动关系的侵害商业秘密的情形作了规范。第二，在存在劳动关系的情形下，现有法律对商业秘密的保护都有一个前提，即都是劳动者自营或者为他人经营，不包括劳动者到其他企业中工作的情形。公司法第一百四十八条规定，董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。第一百四十九条规定，董事、高级管理人员不得有未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务；擅自披露公司秘密；违反对公司忠实义务的其他行为。董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有。如反不正当竞争法规定的是经营者，根据该法第二条的规定，经营者是指从事商品营利性服务的法人、其他经济组织和个人。第三，不同法律对商业秘密的保护范围不同。反不正当竞争法的保护面宽，这主要体现在三个方面：首先是反不正当竞争法对侵害主体的资格没有限制，所有知晓商业秘密并违反约定或者规定的劳动者，都可以构成侵害商业秘密。公司法规定的侵害主体为董事、高级管理人员。刑法则规定的是国有公司、企业的董事、经理。其次是反不正当竞争法既保护非专利技术，也保护经营信息。而公司法和刑法则主要保护商业机会，商业机会包括经营信息，但不包括非专利技术。最后是反不正当竞争法不仅规范劳动者工作期间的保守商业秘密行为，而且规范劳动者离职后的保守商业秘密行为。而公司法和刑法只是规范劳动者任职期间的保守商业秘密的行为。

获得商业秘密的合法手段包括：独立开发获得；合法购买；从公开渠道观察获得；合法接受许可获得及通过反向工程获得等。

劳动关系具有特定的人身属性，由劳动者对用人单位忠诚义务演化出劳动合同的保密义务（忠诚义务在英国法上被法院视作劳动合同的默示义务），并进而扩展为竞业限制或竞业禁止。竞业禁止条款蕴含了用人单位的财产权益和劳动者的劳动权利两者的矛盾，成为一个必须依据法律来调整的问题。

本条规定，对负有保守用人单位商业秘密义务的劳动者，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。在劳动合同解除后，不得使用或者披露信息的义务包含生产的秘密环节，以及足以构成商业秘密的其他信息。要确定究竟哪些信息在劳动合同解除后，劳动者仍然负有不得披露和使用商业秘密的义务，必须考虑以下因素：劳动性质。如果劳动过程中要经常性地处理秘密文件，劳动者显然要承担比一般劳动者更多的忠诚义务。也就是说，除了信息类型的限制之外，劳动者的身份和职位也会影响到竞业禁止条款的效力。如果劳动者在劳动过程中由于同客户的接触获知了客户相关的特别信息，用人单位自然可以合法地使用行业限制条款禁止该劳动者在劳动合同终止后拉拢客户。这一原则非常普遍地适用于各种行业；信息本身的性质。即用人单位是否使劳动者意识到信息的保密性。虽然用人单位只是单方面声称某些信息是保密信息本身并不充分，但是用人单位对待这些信息的态度可以帮助确定信息的性质。英国普通法中规定，在合同没有明确规定的情况下，劳动者在解除劳动合同后并不承担竞业限制的义务。事实上，只有在披露和使用商业秘密的意义上，用人单位才有权得以禁止劳动者竞业，而商业秘密的判断也通过严格的判断规则被限制在特定的范围内。

本条规定竞业禁止的目的是要保护用人单位的商业秘密，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，给用人单位造成损失的，还要依法支付损害赔偿金。但是，在用人单位存在商业秘密，劳动者亦知悉的情况下，因为劳动合同终结后，劳动者的保密义务仍旧延续，即使用人单位未与劳动者签订竞业禁止协议，劳动者也应当保守用人单位的商业秘密，否则，用人单位可因此追究劳动者的侵权责任。以法律的形式规定劳动者离职后负有竞业禁止，主要考虑目前越来越多的保密协议、竞业限制条款，极大限制了劳动者



离职后的就业范围。用人单位往往在签订竞业限制协议书时说明日常工资中就已经包括了竞业限制的经济补偿,不给劳动者经济补偿。本条规定,对负有保守用人单位商业秘密义务的劳动者,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。本条有关竞业限制补偿金及支付时间的规定,在保护用人单位的知识产权和商业秘密的同时,有利于劳动者在具备一定经济条件的基础上保护这些信息。

劳动合同到期后的竞业禁止,由用人单位和劳动者双方约定。其中最重要的内容是经济补偿,竞业限制补偿金是用人单位对劳动者履行竞业限制义务的补偿,用人单位与劳动者有竞业限制约定的,应当同时与劳动者约定在劳动合同终止或者解除时向劳动者支付的竞业限制经济补偿,竞业限制经济补偿金不能包含在工资中,只能在劳动关系结束后,在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。补偿金的数额由双方约定。用人单位未按照约定在劳动合同终止或者解除时向劳动者支付竞业限制经济补偿的,竞业限制条款失效。这是竞业限制生效的条件和劳动者遵守竞业限制义务的前提。

第二十四条：禁业限制的范围

第二十四条 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知悉用人单位商业秘密的人员。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,限制前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、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与本单位有竞争关系的同类产品、业务的期限不得超过二年。

【解读】本条是关于禁业限制的范围的规定。

用人单位可以与知悉其商业秘密的劳动者在劳动合同中约定,在劳动合同终止或者解除后的一定期限内,劳动者不得到生产与本单位同类产品或者经营同类业务的有竞争关系的其他用人单位任职,也不得自己开业生产或者经营与用人单位有竞争关系的同类产品或者业务。

尽管有些信息在劳动合同期间未经允许,劳动者不得披露给第三方或者复制,但是如果劳动者在劳动过程中凭记忆而掌握这些信息,则劳动者在解除劳动合同后可以利用。实践中,劳动者泄露用人单位商业秘密的事件时有发生,对用人单位造成了较大的损害。为了保护企业的商业秘密,用人单位可以与劳动者订立竞业限制条款。但是,如果劳动者复制或者故意记录或者以任何其他方式掌握客户名单,是为了将来解除劳动合同后使用,这种行为构成对诚信义务的违反,即便没有竞业限制协议,用人单位也可以依据有关法律规定保护自己的商业秘密。

竞业限制的实施客观上限制了劳动者的就业权,进而影响了劳动者的生存权,故其存在仅能以协议的方式确立。比如,竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定。尽管用人单位因此支付一定的代价,但一般而言,该代价不能完全弥补劳动者因就业限制而遭受的损失。因此,为了保护劳动者的合法权益,在强调约定的同时对竞业限制进行了必要的限制:

1、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知悉用人单位商业秘密的人员。实际上限于知悉用人单位商业秘密和核心技术的人员,不可能面对每个劳动者,企业每人给一份经济补偿金也无力承受。

瑞士债法第340条中规定:“竞业禁止以劳动关系中劳动者获有顾客来源或制造、营业机密,而此等知识的运用对原用人单位可能造成重大损害为限”。我国竞业禁止条款被限制



在只能和知悉本单位商业秘密或者其他对本单位经营有重大影响的信息的劳动者订立与之相似。

2、竞业限制的范围要界定清楚。由于竞业限制限制了劳动者的劳动权利，竞业限制一旦生效，劳动者要么改行要么赋闲在家，因此不能任意扩大竞业限制的范围。鉴于商业秘密的范围可大可小，如果任由用人单位来认定，难免有被扩大之虞。原则上，竞业限制的范围、地域，应当以能够与用人单位形成实际竞争关系的地域为限。

3、约定竞业限制必须是保护合法权益所必需。自由竞争和贸易自由是市场经济的基本原则，竞业限制本身是对自由竞争的一种限制。因此，竞业限制的实施必须以正当利益的存在为前提。必须是保护合法权益所必需。首先是存在竞争关系，最重要的是不能夸大商业秘密的范围，劳动者承担义务的范围被无限制的扩张，损害劳动者的合法权益。

因为忠诚义务在劳动合同终止后受到限制，在劳动合同中明确竞业禁止条款的内容对于劳动合同双方非常重要。在英国，竞业禁止条款的约定必须符合“行业限制规则”。是指所有的竞业禁止条款首先将被视作无效，除非根据“合理性”审查被证明合理。因此，雇主至少必须证明自己具有具体的财产利益需要竞业禁止条款的保护。英国法对行业限制规则可以归结为三点：限制性条款保护的信息应当是商业秘密或者同客户特殊信息有关；限制性条款应当是在合理时间和地域内保护雇主的财产利益所必需；限制性条款不应当违背公共利益。

就竞业禁止保护的信息类型而言，英国法院区分商业秘密和一般技术的诀窍是，对于商业秘密，雇主可以通过竞业禁止条款禁止劳动者在劳动合同终止后使用。如果信息并不能被明确地归类为商业秘密，竞业禁止条款将不具有约束力。因此，为防止引发争议，雇主往往需要在劳动合同中明确约定哪些信息属于商业秘密，但是无论是明确的竞业禁止条款还是默示的忠诚义务，都不能被用来限制劳动者的劳动自由。

4、在解除或者终止劳动合同后，受竞业限制约束的劳动者到与本单位生产或者经营同类产品、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与本单位有竞争关系的同类产品、业务的期限不得超过二年。

第二十五条：违约金

第二十五条 除本法第二十二条和第二十三条规定的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担的违约金。

【解读】本条是关于用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担的违约金。

实践中很多用人单位动辄在劳动合同中对劳动者约定高额违约金，以此“圈”住劳动者，而不是通过适当的待遇和和谐的劳动关系留住劳动者。最常见的是，就劳动合同期限的履行约定违约金。因此，劳动合同法规定：“除本法第二十二条和第二十三条规定的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担的违约金”。

违约金，亦称违约罚款，是指合同当事人约定在一方不履行合同时向另一方支付一定数额的货币。这种民事责任形式只有在合同当事人有约定或法律有直接规定时才能适用，当事人一方不能自行规定所谓违约金。违约金可分为赔偿性违约金和惩罚性违约金。

违反本条规定，用人单位与劳动者径自约定劳动者违反劳动合同期限的违约金责任，约定无效。主要是从保护劳动者权益的角度：一是在劳动合同及其专项协议书签订时，用人单位与劳动者经济社会地位不平等和在劳动力市场谈判能力不对称以及个别劳动关系的从属性特征，用人单位往往利用劳动者急于获得工作岗位的心理，在合同中加入不平等的条款，劳动者迫于生计不得已接受，其意思自治受到用人单位的事实上的不正当影响。二是实务中极少存在劳动合同同等约定用人单位提前解除劳动合同即解雇的违约金责任，多为约定劳动者不管何种原因提前解除劳动合同，就应当支付用人单位不菲的违约金，有无实际造成经济



损失及其多少和用人单位是否提供特殊福利待遇或承担保密义务等在所不问,而对于用人单位打破劳动者职业稳定性期待提前解雇,往往没有同等的违约金支付约定,劳动者所失甚多所得甚少,显失公平。三是劳动者具有劳动自由,任何公共机构、私人组织和个人都无权强迫劳动者劳动,这就是现代劳动法上的劳动者劳动自由原则。我国劳动法第32条也规定用人单位不能强迫劳动,否则,劳动者有权即时辞职。四是,劳动者依法享有择业自主权,用人单位当然也依法享有保护单位利益如商业秘密的权利,但劳动者的择业自主权是劳动者的生存权,是公民的基本人权之一,在权利位阶和效力上高于用人单位的相对应的权利。综上,如果用人单位没有相对应的特别对价(特殊福利待遇和承担保守商业秘密的竞业禁止经济补偿)支持,仅因为合同约定,劳动者提前解除劳动合同就必须按劳动合同约定支付用人单位违约金而不受限制的做法没有法理基础,不符合个别劳动关系的本质和劳动法和劳动合同法作为社会法的保护劳动者利益的宗旨,因而不具有合法性,最起码合法性不足。

之所以允许劳动合同就劳动者保守商业秘密事项和服务期事项约定违约金,是因为用人单位就这两项事项事先有投入,例如,用人单位因出资培训而与劳动者签订服务期条款,劳动合同就此对劳动者的辞职约定违约金,不是为了惩罚劳动者或担保合同的履行,而是补偿因劳动者辞职给企业造成的损失。这样的违约金的约定具有一定的合理性,单纯就劳动合同期限对劳动者约定的违约金显然不具有这样的合理性。劳动者干一天的活用人单位付一天的钱,违约金原则上对普通劳动者不适用。

有的观点认为,企业高级管理人员不应成为劳动法倾斜保护的对象。对企业高级管理人员和普通劳动者不作分类适用的制度安排,是我国劳动法的一大缺陷。伴随着劳动者分层、分化进程,一样作为弱势群体施以倾斜保护,这种不分青红皂白的保护,产生了诸多扭曲的现象。首先,一方面,企业高级管理人员代表着企业与普通劳动者订立劳动合同,另一方面企业也要与他们订立劳动合同,而对于企业主要管理者而言,由于他们本身就是企业的代表,因而总是会出现他们自己与自己订立劳动合同的怪异现象(部分居心不良者甚至能够利用这样的便利为自己获取不道德的利益);其二,一方面他们被赋予重要职责而获得丰厚的报酬,另一方面,他们又可以像普通劳动者一样获得相应倍数的加班工资,甚至他们中的部分人还很乐意利用有利条件制造加班事实,自我加班以获取超额利益;第三,他们中的一部分人即便不胜任工作,不能实现企业与之订立劳动合同时所期待的利益,企业也不能直接将之解雇(部分居心不良者甚至能够以自我解雇的方式制造被企业解雇的事实,以牟取高额的经济补偿),另一方面,他们又和普通劳动者一样,享有不受制约的辞职权而无需承担法律责任。凡此种种,不一而足。企业高级管理人员与其雇用者之间更具有平等色彩,因此,对这一群体,应当更多地参考用于调整平等主体间关系的民事法律制度。

由于企业高级管理人员的离职相较于普通劳动者来说对用人单位造成的影响要大,对于企业高级管理人员或高级技术人员等核心员工,除了涉及保守商业秘密事项、服务期事项外,是否应当允许就劳动合同期限的履行等事项约定违约金,我国劳动法没有明确规定。各地立法有一些不相同的规定,从地方立法看,主要有三种类型。第一种为否定型立法。例如上海、江苏、浙江等,这些地方的劳动合同条例明确规定,对劳动者的违约行为约定违约金的,仅限于违反服务期约定和违反保守商业秘密或者竞业限制约定的两种情形,除此以外,不得对劳动者的违约行为约定违约金。第二种为肯定型立法。例如北京、安徽、山东等。这些地方的劳动合同条例(规定)明确规定,劳动合同可以就劳动者提前解除合同或者违反劳动的期限等行为约定违约金。第三种是空白型立法,与劳动法一样不作规定,如吉林、河北等地。空白型立法导致的结果是劳动合同对违约金的约定和适用没有任何的约束和限制。但无论是我国的劳动法还是何种类型的地方立法,有一点是相同的,即在劳动合同中能否就劳动者履行合同期限等约定违约金的问题上,没有因劳动者的分层而作不同的规定。



第二十六条：劳动合同的无效

第二十六条 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。

【解读】本条是关于劳动合同无效或者部分无效的规定。

无效的劳动合同是指由当事人签订成立而国家不予承认其法律效力的劳动合同。一般合同一旦依法成立，就具有法律拘束力，但是无效合同即使成立，也不具有法律拘束力，不发生履行效力。合同法第五十二条规定，有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。导致劳动合同无效有以下几方面的原因：

（一）劳动合同因违反国家法律、行政法规的强制性规定而无效。包括：（1）用人单位和劳动者中的一方或者双方不具备订立劳动合同的法定资格的，如签订劳动合同的劳动者一方必须是具有劳动权利能力和劳动行为能力的公民，企业与未满十六周岁的未成年人订立的劳动合同就是无效的劳动合同（国家另有规定的除外）。（2）劳动合同的内容直接违反法律、法规的规定，如矿山企业与劳动者在劳动合同中约定的劳动保护条件不符合矿山安全法的有关规定，他们所订立的劳动合同是无效的。（3）劳动合同因损害国家利益和社会公共利益而无效。民法通则第五十八条第五项确立了社会公共利益的原则，违反法律或者社会公共利益的民事行为无效。

法律、行政法规包含强制性规定和任意性规定。强制性规定排除了合同当事人的意思自治，即当事人在合同中不得合意排除法律、行政法规强制性规定的适用，如果当事人约定排除了强制性规定，则构成本项规定的无效情形。这里主要涉及国家制定的关于劳动者最基本劳动条件的法律、法规，包括有关最低工资、工作时间、劳动安全与卫生等方面的法律与行政法规，其目的是改善劳动条件，保障劳动者的基本生活，避免伤亡事故的发生。还应当特别注意的是本项的规定只限于法律和行政法规，不能任意扩大范围。实践中存在的将违反地方行政管理规定的合同都认为无效的做法是不妥当的。

（二）订立劳动合同因采取欺诈、胁迫等手段而无效。欺诈是指当事人一方故意制造假相或隐瞒事实真相，欺骗对方，诱使对方形成错误认识而与之订立劳动合同。欺诈的种类很多，包括：（1）在没有履行能力的情况下，签订合同。如根据劳动法的规定，从事特种作业的劳动者必须经过专门培训并取得特种作业资格。但应聘的劳动者并没有这种资格，提供了假的资格证书。（2）行为人负有义务向他方如实告知某种真实情况而故意不告知的。如一家小型化工企业招聘三班倒的化工工人，所以不能用孕妇。但有的妇女来应聘，故意隐瞒其已经怀孕的情况，应聘上岗后不久就提出已经怀孕不能倒班上岗等等。采取欺诈手段订立的劳动合同是无效的。胁迫是指当事人以将要发生的损害或者以直接实施损害相威胁，一方迫使另一方处于恐怖或者其他被胁迫的状态而签订劳动合同，威胁可能涉及生命、身体、财产、名誉、自由、健康等方面。

（三）用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的劳动合同无效。这也是合同的一般原则。用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的情况通常表现为，劳动合同简单



化,法定条款缺失,仅规定劳动者的义务,有的甚至规定“生老病死都与企业无关”。“用人单位有权根据生产经营变化以及劳动者的工作情况调整其工作岗位,劳动者必须服从自己单位的安排”等霸王条款。

实践中出现较多的是造成劳动者人身伤害的免责条款。对于人身的健康和生命安全,法律是给予特殊保护的,并且从整体社会利益的角度来考虑,如果允许免除用人单位对劳动者人身伤害的责任,那么就无异于纵容用人单位利用劳动合同形式对劳动者的生命进行摧残,这与保护公民的人身权利的宪法原则是相违背的。如果与劳动法的维权宗旨相悖,劳动者放弃权利的行为就应当受到限制。例如,目前煤矿这种高危行业用工,不经过任何培训,没有任何技术,来了就签劳动合同,出事故死了给点钱就完事了,而劳动者又在高工资的引诱下自愿在用人单位不负责生命安全的劳动合同上签字,这种情况下,劳动者放弃劳动保护权的行为,即便出于自愿,亦应认定无效。

劳动合同是否有效,由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认,其他任何部门或者个人都无权认定无效劳动合同。

相关规定:《中华人民共和国劳动合同法》第18条、第97条;《中华人民共和国劳动合同法》第86条、第93条。

第二十七条：劳动合同部分无效

第二十七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。

【解读】本条是关于部分无效劳动合同效力的规定。

无效的合同可分为部分无效合同和全部无效的合同。部分无效合同是指有些合同条款虽然违反法律规定而无效,但并不影响其他条款效力的合同。有些劳动合同就内容看,不是全部无效,而是部分无效,即劳动合同中的某一部分条款不发生法律效力。在部分无效的劳动合同中,无效条款如果不影响其余部分的效力,其余部分仍然有效,对双方当事人有约束力。这一规定包含两层意思:(1)如果认定劳动合同的某些条款无效,该部分内容与劳动合同的其他内容相比较,应当是相对独立的,该部分与劳动合同的其他部分具有可分性,也就是本条所说的,劳动合同无效部分不影响其他部分的效力。如果部分无效的条款与其他条款具有不可分性,或者当事人约定某劳动合同条款为劳动合同成立生效的必要条款,那么该劳动合同的部分无效就会导致整个劳动合同的无效,而不能确认该部分无效时另一部分劳动合同内容又保持其效力。(2)如果劳动合同的月的是违法的,或者根据诚实信用和公平原则,剩余部分的劳动合同内容的效力对当事人已经没有任何意义或者不公平合理的,劳动合同应当全部确认为无效。

部分无效的劳动合同通常表现为在劳动合同中约定未经批准不得辞职,加班不给加班费,工作受伤自己负责等等。

劳动合同是否有效,由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认,其他任何部门或者个人都无权认定无效劳动合同。在司法实践中,不能任意扩大无效或者部分无效劳动合同的范围,特别要防止用人单位利用这一条款恶意解雇劳动者。如劳动者在应聘时隐瞒了一些事实,向用人单位提供了不实的个人资料等在认定劳动合同的无效或者部分无效时,就有个度的问题。实际上,劳动者实际能力符合其岗位要的,不能算作无效劳动合同,甚至部分无效劳动合同都构不成。相对于劳动合同的全部无效,实践中大部分情况是劳动合同的部分无效,如用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的大多数劳动合同。

司法实践中,部分无效劳动合同无效条件消失的,应当按照劳动合同有效处理,尽量促使劳动合同继续履行维护劳动者的权益。



相关规定：《中华人民共和国劳动法》第18条。

第二十八条：劳动合同无效后劳动报酬的支付

第二十八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。

【解读】本条是关于无效劳动合同劳动者劳动报酬数额如何确定的规定。

无效的合同一般具有以下特征：(1)无效合同具有违法性。它们大都违反了法律和行政法规的强制性规定，损害了国家利益、社会公共利益。无效合同的违法性表明此类合同不符合国家的意志和立法的目的，所以，对此类合同国家就应当实行干预，使其不发生效力，而不管当事人是否主张合同的效力。(2)无效合同是自始无效的，就是从订立的时候起，就没有法律约束力，以后也不会转化为有效合同。国家不承认此类合同的效力。对于已经履行的，应当通过返还财产、赔偿损失等方式使当事人的财产恢复到合同订立前的状态。法律既不保护无效合同当事人的权益，也不强制当事人履行无效劳动合同规定的义务。

劳动合同有其特殊性，是一种具有人身属性、重实际履行的合同，已经发生的人身从属关系，无法按照一般民事关系的处理方式，恢复到合同关系发生前的状态；已经履行的劳动给付义务，不应该恢复到合同关系发生前的状态。如果对劳动合同简单地照搬民事合同中的无效、撤销制度，已经发生的劳动给付无法处理也会引发大量的纠纷。

为了适应劳动合同的特殊性，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。另外，无营业执照经营的单位被依法处理，该单位的劳动者已经付出劳动的，由被处理的单位或者其出资人向劳动者支付劳动报酬。用人单位与劳动者有恶意串通，损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的情形除外。

劳动报酬的数额，参考用人单位同类岗位劳动者的劳动报酬确定；用人单位无同类岗位的，按照本单位职工平均工资确定。如果双方约定的报酬高于用人单位同岗位劳动者工资水平的，除当事人恶意串通侵害社会公共利益的情况外，劳动者已经付出劳动的，劳动报酬按照实际履行的内容确认。

对因用人单位的过错导致劳动合同无效的，不公要求用人单位支付劳动报酬、社会保险、经济补偿以及其他劳动者应享受的待遇，同时还要对其给予相应的制裁。本法在法律责任部分规定：劳动合同依照本法第二十六条规定被确认无效，给对方造成损害的，有过错的一方应当承担赔偿责任。

第三章 劳动合同的履行和变更

第二十九条：劳动合同的履行

第二十九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。

【解读】本条对劳动合同的全面履行作了规定。

根据本法第三条第二款的规定，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。这就是说劳动合同一经依法订立即具有法律效力，受法律保护，



双方当事人应当做到切实履行,以实现劳动合同双方当事人订立劳动合同时的预期目的。这是市场经济秩序得以维护的基本要求,也是现代法治社会的基本要求。因此本条规定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。

劳动合同的全面履行要求劳动合同的当事人双方必须按照合同约定的时间、期限、地点,用约定的方式,按质、按量全部履行自己承担的义务,既不能只履行部分义务而将其他义务置之不顾,也不得擅自变更合同,更不得任意不履行合同或者解除合同。对于用人单位而言,必须按照合同的约定向劳动者提供适当的工作场所和劳动安全卫生条件、相关工作岗位,并按照约定的金额和支付方式按时向劳动者支付劳动报酬;对于劳动者而言,必须遵守用人单位的规章制度和劳动纪律,认真履行自己的劳动职责,并且亲自完成劳动合同约定的工作任务。在劳动合同关系,劳动者提供劳动力,而用人单位则是使用该劳动力,劳动合同作为具有人身关系性质的合同,其所规定的条款相互之间有其内在联系,不能割裂,因此,全面履行劳动合同也是劳动合同的基本要求。

劳动合同的全面履行要求劳动合同主体必须亲自履行劳动合同。因为劳动关系是具有人身关系性质的社会关系,劳动合同是特定主体间的合同。劳动者选择用人单位,是基于自身经济、个人发展等各方面利益关系的需要;而用人单位之所以选择该劳动者也是由于该劳动者具备用人单位所需要的基本素质和要求。劳动关系确立后,劳动者不允许将应由自己完成的工作交由第三方代办,用人单位也不能将应由自己对劳动者承担的义务转嫁给其他第三方承担,未经劳动者同意不能随意变更劳动者的工作性质岗位,更不能擅自将劳动者调到其他用人单位工作。

劳动合同的全面履行,还需要劳动合同双方当事人之间相互理解和配合,相互协作履行。这一方面要求劳动者应自觉遵守用人单位的规章制度和劳动纪律,以主人翁的姿态关心用人单位的利益和发展,理解用人单位的困难,为奉单位发展献策出力;另一方面,也要求用人单位爱护劳动者,体谅劳动者的实际困难和需要。具体而言,劳动合同的协作履行要求双方应当做到:(1)当事人双方首先应按照劳动合同的约定和劳动纪律的规定,履行自己应尽的义务,并为对方履行义务创造条件。(2)当事人双方应互相关心,通过生产经营管理和民主管理,互相督促,发现问题及时协商解决。(3)无论是用人单位还是劳动者遇到问题时,双方应在法律允许的范围内尽力给予对方帮助,协助对方尽快解决问题。(4)劳动者违纪,用人单位应依法进行教育,帮助劳动者改正;用人单位违约,劳动者要及时发现问题,尽快协助纠正,并设法防止和减少损失。(5)在履行过程中发生了劳动争议,当事人双方都应从大局出发,根据本法和劳动法等法律法规的有关规定,结合实际情况,及时协商解决,从而建立起和睦稳定的劳动关系。

相关规定:《中华人民共和国劳动合同法》第3条;《中华人民共和国合同法》第60条。

第三十条：劳动报酬

第三十条 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。

【解读】本条是对用人单位支付劳动者劳动报酬问题的规定。

劳动者报酬指劳动者为用人单位提供劳动而获得的各种报酬。劳动者一方只要在用人单位的安排下按照约定完成一定的工作量,劳动者就有权要求按劳动取得报酬。劳动者通过自己的劳动获得劳动报酬,再用其所获得的劳动报酬来购买自己和家人所需要的消费,才能维持和发展自己的劳动力和供养自己的家人,从而实现劳动力的再生产。劳动报酬不仅是劳动



者及其家属有力的生活保障，也是社会对其劳动的承认和评价。用人单位在生产过程中支付给劳动者的全部报酬包括三部分：一是货币工资，用人单位以货币形式直接支付给劳动者的各种工资、奖金、津贴、补贴等；二是实物报酬，即用人单位以免费或低于成本价提供给劳动者的各种物品和服务等；三是社会保险，指用人单位为劳动者直接向政府和保险部门支付的失业、养老、人身、医疗、家庭财产等保险金。

劳动法中的工资是指用人单位根据国家有关规定或者劳动合同的约定，以货币形式直接支付给本单位劳动者的劳动报酬。根据国家统计局1990发布的《关于工资总额组成的规定》，一般包括计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、延长工作时间的工资报酬以及特殊情况下支付的工资等。其中，计时工资是指按计时工资标准(包括地区生活费补贴)和工作时间支付给个人的劳动报酬。计件工资是指对已做工作按计件单价支付的劳动报酬。奖金是指支付给劳动者的超额劳动报酬和增收节支的劳动报酬。津贴和补贴是指为了补偿劳动者特殊或者额外的劳动消耗和因其他特殊原因支付给劳动者的津贴，以及为了保证劳动者工资水平不受物价变化影响支付给劳动者的各种补贴。延长工作时间的劳动报酬是指劳动者在法定的标准工作时间之外超时劳动所获得的额外的劳动报酬，即加班费。特殊情况下支付的工资主要包括根据国家法律、法规和政策规定，在病假、事假和一些特殊休假期间及停工学习、执行国家或者社会义务时支付的工资和附加工资、保留工资。根据《劳动部关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》的规定，工资是劳动者劳动收入的主要组成部分。但劳动者的以下劳动收入不属于工资的范围：(1)单位支付给劳动者个人的社会保险福利费用，如丧葬抚恤救济费、生活困难补助费、计划生育补贴等；(2)劳动保护方面的费用，如用人单位支付给劳动者的工作服、解毒剂、清凉饮料费用等；(3)按规定未列入工资总额的各种劳动报酬及其他劳动收入，如根据国家规定发放的创造发明奖、国家星火奖、自然科学奖、科学技术进步奖、合理化建议和技术改进奖、中华技能大奖等，以及稿费、讲课费、翻译费等。

本条第一款规定了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问题，包含了三层意思：

第一，用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定向劳动者支付劳动报酬。

首先，结合各种灵活多变的用工形式，本法允许用人单位和劳动者双方在法律允许的范围内对劳动报酬的金额、支付时间、支付方式等进行平等协调，在劳动合同中约定一种对当事人而言更切合实际的劳动报酬制度。同时，用人单位向劳动者发放劳动报酬还要遵守国家有关规定，主要有：

1. 最低工资制度。劳动法第四十八条规定了国家实行最低工资保障制度，用人单位支付劳动者的工资不得低于当地的最低工资标准。最低工资是指劳动者在法定工作时间内履行了正常劳动义务的前提下，由其所在单位支付的最低劳动报酬。最低工资不包括延长工作时间的工资报酬，以货币形式支付的住房和用人单位支付的伙食补贴，中班、夜班、高温、低温、井下、有毒、有害等特殊工作环境和劳动条件下的津贴以及国家法律、法规、规章规定的社会保险福利待遇。此外，在劳动合同中约定的劳动者在未完成劳动定额或者承包任务的情况下，用人单位可低于最低工资标准支付劳动者工资的条款不具有法律效力；劳动者与用人单位形成或者建立劳动关系后，试用、熟练、见习期内在法定工作时间内提供了正常劳动，其所在的用人单位应当支付其不低于最低工资标准的工资。当然，企业下岗待工人员，由企业依据当地政府的有关规定支付其生活费，生活费可以低于最低工资标准。

2. 工资应当以货币形式发放。我国劳动法第五十条明确规定，工资应当以货币形式支付。根据劳动法的这一规定，工资应当以法定货币支付，不得以发放实物或有价证券等形式代替货币支付。

3. 劳动者的加班费也是其劳动报酬的一个重要组成部分。用人单位应当严格按照劳动



法的有关规定支付劳动者加班费。

4. 在一些特殊情况下,劳动者也应取得工资支付。所谓特殊情况下的工资支付是指在非正常情况下或者暂时离开工作岗位时,按照国家法律、法规规定对劳动者支付的工资。这些特殊情况主要包括:(1)劳动者依法参加社会活动期间的工资支付。比如劳动者在法定工作时间内参加乡(镇)、区以上政府、党派、工会、共青团、妇联等组织召开的会议;依法行使选举权与被选举权;出席劳动模范、先进工作者大会等。(2)非因劳动者原因停工期间的工资支付。非因劳动者原因造成用人单位停工、停产,在一个工资支付周期内,用人单位应按劳动合同规定的标准支付劳动者工资。超过一个工资支付周期的,若劳动者提供了正常劳动,则支付劳动者的劳动报酬不得低于当地最低工资标准;若劳动者没有提供正常劳动,则按照国家有关规定办理。(3)劳动者休假期间的工资支付。劳动者依法享受年休假期间,用人单位应按劳动合同规定的标准支付劳动者工资。(4)劳动者在法定休假日的工资支付。法定休假日,用人单位应当支付劳动者工资。(5)劳动者在享受探亲假期间的工资支付。劳动者在国家规定的探亲休假期内的,用人单位应按劳动合同规定的标准支付劳动者工资。(6)婚丧假期间的工资支付。婚丧假是指劳动者本人结婚假期或者直系亲属死亡的丧事假期。一般为一至三天,不在一地的,可根据路程远近给予路程假。在此期间工资照发。(7)产假期间的工资支付。另外,为了鼓励计划生育,有关法律法规对产假期间的工资发放也作相应规定。

第二,用人单位应当及时支付劳动报酬。

依照劳动法和其他有关规定,用人单位应当每月至少发放一次劳动报酬。劳动者从劳动到获得报酬,再到消费,是一个完整的周期,在这个过程中,获得报酬是实现这个周期的重要环节,而工资正是获得劳动报酬的最重要的形式,以法律的形式将支付工资的周期规定为至少一个月,可以使劳动者从劳动到获得报酬的周期不致过长,更有利保障劳动者的合法权益。

实行月薪制的用人单位,工资必须按月发放,实行小时工资制、日工资制、周工资制的用人单位的工资也可以按小时、按日或者按周发放,超过用人单位与劳动者约定的支付工资的时间发放工资的即构成拖欠劳动者劳动报酬的违法行为,应当依照本法和其他有关法律法规承担一定的法律责任。

第三,用人单位应当足额向劳动者支付劳动报酬。

用人单位对履行了劳动合同规定的义务和责任,保质保量地完成生产工作任务的劳动者,应当足额支付劳动报酬,劳动者的工资获得权和使用权受法律的保护。工资不得随意扣除,企业不得将扣发工资作为处理职工的一种处罚性手段。不支付或者未足额支付劳动报酬的,则构成劳动法“克扣”劳动者工资的行为,是依照本法和有关法律法规应受处罚的行为。根据本法第三十八条的规定,用人单位未及时足额支付劳动报酬的,劳动者可以解除劳动合同。根据本法第八十五条的规定,用人单位未按照劳动合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者工资的,劳动行政部门可以责令其支付,逾期未支付的,责令其按应付金额的50%以上100%以下的标准向劳动者加付赔偿金。

本条第二款规定了用人单位拖欠或者未足额发放劳动报酬的劳动者可以依法向当地人民法院申请支付令。

本款主要是针对用人单位拖欠劳动者工资,尤其是拖欠农民工工资问题所作的规定。基于劳动者尤其是农民工的弱者地位,为了保护劳动者特别是农民工的合法权益,本法将支付令制度引入了欠薪案件中,赋予劳动者快捷进入司法救济程序的途径。根据本法和民事诉讼法的有关规定,用人单位拖欠或者未足额支付劳动报酬的,劳动者与用人单位之间没有其他债务纠纷且支付令能够送达用人单位的,劳动者可以向有管辖权的基层人民法院申请支付令。劳动者在申请书中应当写明请求给付劳动报酬的金额和所根据的事实、证据;劳动者提



出申请后，人民法院应当在五日内通知其是否受理；人民法院受理申请后，经审查劳动者提供的事实、证据，对工资债权债务关系明确、合法的，应当在受理之日起十五日内向用人单位发出支付令；人民法院经审查认为劳动者的申请不成立的，可以裁定予以驳回；用人单位应当自收到支付令之日起十五日内清偿债务，或者向人民法院提出书面异议；用人单位在前款规定的期间不提出异议又不履行支付令的，劳动者可以向人民法院申请强制执行；人民法院收到用人单位提出的书面异议后，应当裁定终结支付令这一督促程序，支付令自行失效，劳动者可以依据有关法律的规定提出调解、仲裁或者起诉。

相关规定：《中华人民共和国劳动法》第 46 条至第 51 条；《中华人民共和国劳动合同法》第 38 条、第 85 条；《中华人民共和国民事诉讼法》第 189 至第 192 条；《劳动监督保障条例》第 26 条；《工资支付暂行规定》（劳部发[1994]489 号）；《劳动部关于贯彻执行 中华人民共和国劳动法 若干问题的意见》（1995 年）第 53 条至第 72 条；《最低工资规定》（2004 年）；《关于工资总额的规定》。

第三十一条：加班

第三十一条 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。

【解读】本条是对用人单位安排劳动者加班的限制规定。

本条规定了三层意思。

一、用人单位不得强迫劳动者加班

为了保障劳动者劳逸结合，保持其身心健康，保证其有必要的进行文化娱乐和科学技术学习，使其有必要的料理家务、教育子女、改善健康状况和生活环境，我国宪法规定公民有休息权。为了保障公民的休息权，劳动法规定了完整的工作时间和休息休假制度，本条的规定，是对劳动法的工作时间和休息休假制度的补充。

目前，我国的工作时间和休息休假制度，主要体现为以下三个方面：

1. 实行劳动者八小时工作制

1994 年的劳动法对八小时工作制作了完整的规定，即国家实行劳动者每日工作时间不得超过八小时、平均每周工作时间不得超过四十四小时的工时制度，用人单位应当保证劳动者每周至少休息一日，这是法定的标准工作时间。对于实行计件工作的劳动者的工时参照八小时工时制度加以计算，合理确定其劳动定额和计件报酬标准。当然，企业因生产特点不能实行八小时工作制和每周至少休息一日的制度的，经劳动行政部门批准，可以实行其他工作和休息办法，但该其他工作和休息办法必须使劳动休息权得到充分有效的保障。

1995 年国务院颁布实施的《国务院关于职工工作时间的规定》又在劳动法的基础上对八小时工作制作了进一步的规定，即职工每周工作四十小时。在特殊条件下从事劳动和有特殊情况需要适当缩短工作时间的，按照国家有关规定执行；这主要是指在严重有害健康和劳动条件恶劣以及对女职工和未成年工实行特殊保护的条件下实行的少于标准工作刚对数的工作时间制。国家机关、事业单位实行统一的工作时间，星期六和星期日为周休息日；企业和不能实行星期六和星期日为周休息日的事业单位，可以根据实际情况灵活安排周休息日。

2. 规定法定节假日、年休假和职工探亲假等休假制度

在元旦、春节、国际劳动节、国庆节以及法律法规规定的其他节假日，用人单位必须安排劳动者休假。

国家实行带薪年假制度。劳动者连续工作一年以上的，享受带薪年假。年休假是指，职工每年在一定时期内享有保留工作和工资的连续休息的时间。



根据《国务院关于职工探亲的规定》，享受职工探亲假的条件是，凡是在国家机关、人民团体和全民所有制企业、事业单位工作满一年的职工，与配偶不在一起，又不能在公休假日团聚的，可以享受探望配偶的待遇；与父母不在一起，又不能在公休假日团聚的，可以享受探望父母的待遇。职工探亲假，是指职工与配偶、父母团聚的时间。另外根据实际需要，给予路程假。

3. 对加班进行限制性规定

加班，也称延长劳动时间，是指用人单位经过一定程序，要求劳动者超过法律、法规规定的最高限制的日工作时数和周工作天数而工作。

为了保障劳动者的休息权和身体健康，我国严格限制用人单位延长劳动者的工作时间，劳动法明确规定用人单位不得违反劳动法的有关规定延长劳动者的工作时间。这就是说，一般情况下，用人单位不得随意安排劳动者加班。

用人单位安排劳动者加班，依据我国劳动法的有关规定，需要注意的以下几个问题：(1)首先，由于用人单位的生产经营需要，确实需要延长工作时间的。生产经营需要主要是指生产任务紧急，必须连续生产、运输或者经营的。(2)其次，必须与工会协商，经工会同意。用人单位决定安排劳动者加班的，应把安排加班的理由、涉及人数、时间长短等情况向工会说明，征得工会同意后，方可延长工作时间。如果工会不同意，不可以强令劳动者加班。(3)再次，必须与劳动者协商。用人单位决定安排劳动者加班的，应进一步与劳动者协商，因为加班需要占用劳动者的休息时间，只有在劳动者自愿的情况下才可以安排加班。如果劳动者不同意，亦不可强令其加班。因为劳动者的休息权是法定的权利，任何人非依法定程序不可剥夺。(4)此外，用人单位安排加班的时间长度必须符合劳动法的限制性规定。根据劳动法的有关规定，用人单位安排劳动者加班应严格控制延长工作时间的限度，一般每日不得超过一小时；因特殊原因需要延长工作时间的，在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间每日不得超过三小时，但是每月不得超过三十六小时。(5)最后，正常情况下，用人单位是不得随意要求员工加班的，但出现紧急事件，危害公共安全和公共利益的情况下，法律允许用人单位延长劳动者的工作时间适当突破上述规定。根据劳动法和有关国家规定，只有在下列情形时，用人单位安排加班才不受上述条件的限制：发生自然灾害、事故或者因其他原因，使人民生命安全和财产安全遭到严重威胁，需要紧急处理的；生产设备、交通运输线路、公共设施发生故障，影响生产和公共利益，必须及时抢修的；必须利用法定节假日或者公休日的停产期间进行设备检修、保养的；为完成国防紧急任务，或者完成国家在计划外安排的其他紧急生产任务。以及商业、供销企业在完成收购、运输、加工农副产品紧急任务的；法律、行政法规规定的其他情形。

当然，国家对加班人员也有一定的限制。根据劳动法和其他国家有关规定对女职工和未成年工特殊保护的规定，禁止用人单位安排未成年工、怀孕女工和哺乳未满12个月婴儿女职工在正常工作日以外加班。

目前，强迫劳动者加班的现象在相当一部分劳动密集型企业中普遍存在。有些用人单位以完成订单为借口，强令工人每天工作十四、五个小时，严重损害了工人的身体健康，侵害了工人的合法权益。有些用人单位通过扣发奖金、重罚等企业内部纪律方式胁迫工人加班。有些用人单位的负责人在下班前安排工作任务，而劳动者为了不至于失去饭碗，只能委曲求全。本法针对这些问题明确规定了用人单位不得强迫劳动者加班，否则就要承担相应的法律责任。

二、用人单位不得变相强迫劳动者加班

实践中，用人单位变相强迫劳动者加班主要表现为用人单位通过制定不合理不科学的劳动定额标准，使得该单位大部分劳动者在八小时制的标准工作时间内不可能完成生产任务，而为了完成用人单位规定的工作任务，获得足以维持其基本生活的劳动报酬，劳动者不得不



在标准工作时间之外延长工作时间，从而变相迫使劳动者不得不加班。

劳动定额是指在一定的生产和技术条件下，采用科学合理的方法，对生产单位产品或完成一定工作量应该消耗的劳动量，或在单位时间内生产产品或完成工作量所预先规定的限额标准。劳动定额一般根据过去完成该项工作或类似该项工作的实践经验来估算或者根据生产同类产品的统计资料为基础，经过整理、分析来制定，或者是通过对生产技术组织条件的分析，在挖掘生产潜力以及操作规程合理的基础上，在工作地对相关作业进行全工作日跟踪测时来制定。为了保证定额水平能够科学、先进合理，在制定定额时必需符合三条要求：一是确定一个产品或者一项工作的工作消耗，必须要有科学依据；科学依据是指设计文件、工艺文件、质量标准、过去定额完成情况的统计资料，同行业同工种在条件相似情况下的定额资料等。二是要总结和推广节约劳动的先进经验，挖掘提高劳动生产率的潜力，保证定额水平的先进性。三是要保证相同工作定额的统一和不同工作(包括不同生产单位、不同工种、不同产品)定额水平的平衡。

制定科学合理的劳动定额标准对于维护劳动者合法权益极其重要。根据劳动法和有关行政法规的规定，对实行计件工作的劳动者，用人单位应当根据每日八小时、每周四十小时标准工作时间合理确定其劳动定额和计件报酬标准。这就是说，计件工作的劳动者的劳动定额，应当是以多数劳动者在正常工作的情况下，能在每天工作8小时以内、每周工作40小时的法定工作时间以内完成的。超出这一标准，则应认定为不合理的劳动定额标准。

根据这上述规定，用人单位有权自主确定实行计件工资制的劳动者的劳动定额和计件报酬标准，但其制定的劳动定额或者计件报酬标准应当遵循科学合理的原则；劳动定额、计件报酬标准确定后应当保持稳定，用人单位可以根据生产经营的需要，适当调整劳动定额，但是同样应当以大多数劳动者可以在法定工时内完成的实际数额为限度，不得随意调整。在此基础上制定的科学合理的劳动定额标准，依据本法的规定，用人单位应当严格予以执行。

上个世纪九十年代以前，劳动定额管理是由国家劳动保障部门会同企业主管部门进行的。国家设立由各方面专家、部门负责人组成的劳动定额管理委员会，国务院有关部门制订行业劳动定额标准，企业依据“国标”和“部标”制订企业标准。1989年国家劳动部和国家体改委联合下发了《关于加强劳动定额标准工作的意见》，指出企业要加强劳动定额标准工作，并对建立、完善和制定劳动定额标准等提出了具体要求。但是，随着机构改革和部委的被撤销，专门负责制定劳动定额标准的管理部门消失了，从中央到地方，政府部门和有关行业协会都不过问企业劳动定额问题，劳动定额的制定和管理基本处于无序状态。在这种无序状态下，一些用人单位不是在岗位测评的基础上科学确定劳动定额，而是自己事先设定一个预定工资额，然后再换算成定额，制定了许多即使是熟练工在8小时内也完不成的劳动定额标准；一些用人单位特别是非公企业随意提高劳动定额，变相压低劳动者工资，使许多劳动者只好被迫“自愿”接受较长时间的加班，用人单位还无需按法定标准向其支付加班工资；还有一些用人单位将加班作为一种“企业文化”，将其与员工的“敬业精神”、工资待遇、续签劳动合同、职务升迁等挂起钩来。

针对上述现象，劳动合同法在本条中明确规定用人单位不得变相强迫劳动者加班。用人单位违反上述规定的，应当依据本法和劳动法律、法规的有关规定承担一定的法律责任。同时根据本法第四条的规定，用人单位在制定、修改或者决定劳动定额标准管理制度时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见与工会或者职工代表平等协商确定；在劳动定额标准实施过程中，工会或者职工认为用人单位的劳动定额标准不适当的，有权向用人单位提出，通过协商作出修改完善。

三、用人单位安排劳动者加班的，应当支付其加班费

加班费是指劳动者按照用人单位生产和工作的需要在规定工作时间之外继续生产劳动者工作所获得的劳动报酬。劳动者加班，延长了工作时间，增加了额外的劳动量，应当得到



合理的报酬。对劳动者而言，加班费是一种补偿，因为其付出了过量的劳动；对于用人单位而言，支付加班费能够有效地抑制用人单位随意地延长工作时间，保护劳动者的合法权益。根据劳动法和国家的有关规定，用人单位在延长劳动者工作时间的情况下应当支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬，即加班费。本条肯定了劳动法和国家其他有关规定关于支付加班费的立法精神。

按照劳动法第四十四条的规定，支付加班费的具体标准是：在标准工作日内安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬；休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬；法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于百分之三百的工资报酬。

标准工作时间以外延长劳动者工作时间和休息日、法定休假日安排劳动者工作，都是占用了劳动者的休息时间，都应当严格加以限制，高于正常工作时间支付工资报酬即是国家采取的一种限制措施。但是，在上述三种情形下组织劳动者劳动是不完全一样的，如法定休假日对劳动者来说，其休息有着比往常和休息日更为重要的意义，也影响劳动者的精神文化生活和其他社会活动，这是用补休的办法无法弥补的，因此，应当给予更高的工资报酬。用人单位遇到上述情况安排劳动者加班时，应当严格按照劳动法及本法的规定支付加班费。属于哪一种情形的加班，就应执行法这种情况所作出的规定，相互不能混淆，不能代替，否则都是违反劳动法和本法的行为，都是对劳动者权益的侵犯，应当依法承担法律责任。根据本法第八十五条的规定，用人单位安排加班不支付加班费的，由劳动行政部门责令限期支付加班费，逾期不支付的，责令用人单位按应付金额 50%以上 100%以下的标准向劳动者加付赔偿金。

根据本条的规定，变相强迫劳动者加班的，应当视为违反劳动法的有关规定延长劳动者的工作时间。劳动者可以依据劳动法和本法的有关规定，要求用人单位补发其为了完成超过合理数量劳动定额而加班工作的工资报酬。

相关规定：《中华人民共和国劳动法》第 36 条至第 45 条、第 90 条、第 91 条；《中华人民共和国劳动合同法》第 4 条、第 38 条、第 85 条；《国务院关于职工工作时间的规定》（1995 年修订）第 2 条至第 7 条；《劳动部关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第 65 条至第 72 条；《劳动部关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》第 3 条至第 7 条。

第三十二条：劳动者拒绝违章指挥、强令冒险作业

第三十二条 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。

【解读】本条是对劳动者在履行劳动合同过程中所享有的劳动安全卫生权利的进一步细化规定。

在劳动生产过程中，存在着各种不安全、不卫生因素，如不采取措施对劳动者加以保护，就会危害劳动者的生命安全和身体健康，妨碍生产的正常进行。因此，我国严格保护劳动者在履行劳动合同、进行生产劳动过程中的劳动安全卫生权利。这一点也体现在我国劳动法第五十四条中，其明确规定，用人单位必须为劳动者提供符合国家规定的劳动安全条件和必需的劳动防护用品，对从事有职业危害作业的劳动者应当定期进行健康检查。在建筑物、工作场所和通道的安全技术条件、机器设备的安全条件、电器设备的安全装置、锅炉和压力容器的安全设施、建筑工程的安全技术条件、矿山安全技术条件等方面我国都制定了大量的法律、



法规、规程和标准，对用人单位提出了严格的义务性要求，用人单位必须遵照执行，切实保护劳动者的安全卫生权利。

根据本条第一款的规定，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。

目前有些用人单位特别是私营企业、外商投资企业，存在片面追求经济效益，忽视安全生产，甚至强令劳动者违章冒险作业，严重危及了劳动者的生命安全和身体健康。用人单位强令劳动者违章冒险作业，指用人单位的管理人员明知违反国家安全卫生规程，对劳动者生命安全或者身体健康具有危险性，仍然违章指挥，强令劳动者违反有关操作规程冒险作业。劳动者在劳动过程中劳动权仍属于劳动者自己，仍由劳动者自己支配，不是把劳动权完全交给用人单位，所以在用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业时，劳动者可以不服从其指挥或者命令，并有权拒绝执行。我国劳动法和工会法等有关法律明确规定了劳动者对用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业有权拒绝执行，在危及生命安全时，劳动者有权紧急撤离现场。这是在劳动安全卫生权利受到侵害、生命健康权受到威胁时，法律赋予劳动者的紧急处置权。本法在此基础上又进一步规定，劳动者拒绝执行用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业的行为不构成违反劳动合同的行为，从而更进一步明确了劳动者在这种情况下不用承担违反劳动合同的法律责任。同时本法第三十八第二款还进一步规定，用人单位违章指挥，强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。

本条第二款规定了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。¹

根据本法、劳动法及其他有关法律、法规的规定，用人单位必须建立、健全劳动安全卫生制度，严格执行国家的劳动安全卫生规程和标准，规范化、科学化地安排生产作业，对劳动者进行劳动安全卫生教育，积极采取切实有效的劳动安全卫生措施，防止劳动过程中的事故，减少职业危害。用人单位如果没有达到国家规定的安全卫生技术标准要求，职工有权提出异议，并要求用人单位改正、改进。对于危害生命安全和身体健康的劳动条件劳动者有权对用人单位提出批评，并可以向有关主管部门检举和控告。

这里的有关主管部门主要为卫生部门、安全生产监督管理部门、特种设备安全监督管理部门等有关部门。因为依照我国有关的法律和行政法规的规定，劳动安全卫生的监督检查，由卫生部门、特种设备安全监督管理部门等有关部门依照有关的法律、行政法规执行。卫生部门主要负责用人单位职业病防治方面的监督检查，安全生产监督管理部门主要负责用人单位生产经营场所的安全生产条件、设备设施安全和作业场所的职业卫生方面监督检查，特种设备安全监督管理部门主要负责涉及公众生命安全和身体健康的锅炉、压力容器、电梯、防爆电器等特种设备的安全生产的监督管理。

需要注意的是，就用人单位和劳动者双方的市场主体地位而言，由于用人单位掌握着招收录用权、岗位分配权、生产经营的监督管理权、劳动报酬决定权等实际权力，劳动者处于相对弱势地位。因此一些用人单位随意侵害劳动者权益的现象时有发生。为此，我国法律为了保护劳动者的权益，特别赋予了劳动者在一定条件下的紧急处置权。同时，法律还赋予劳动者对于危害生命安全和身体健康的劳动条件有批评权、检举权和控告权。用人单位不得因为劳动者行使了上述权利，就对劳动者进行打击报复，否则将依法承担法律责任。

相关规定：《中华人民共和国劳动法》第 52 条至第 57 条；《中华人民共和国劳动合同法》第 38 条、第 88 条；《中华人民共和国工会法》第 24 条；《中华人民共和国职业病防治法》。



第三十三条：用人单位名称、法人等的变更

第三十三条 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。

【解读】本条对劳动合同依法订立后用人单位发生变化劳动合同如何履行的规定。

根据本条的规定，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，不影响劳动合同应当继续履行。

劳动合同订立后，用人单位一方当事人发生变化后的劳动合同的履行问题，在实践中存在这种情况，有些企业、公司或者事业单位等用人单位因更改了名称或者更换法定代表人、主要负责人而拒绝履行劳动合同，还有的用人单位也借口投资主体发生了变化而拒绝履行劳动合同。这是法律所不允许的。

用人单位的名称只是代表一个用人单位的称谓符号，用人单位的名称发生变更，也只是这一称谓符号发生了变化，而用人单位这一实体组织及其内部机构、人员并没有发生任何变动，这当然不会也不应该影响到劳动合同的履行。

根据我国民法通则和其他有关法律的规定，用人单位的法定代表人或者主要负责人的职务行为都是代表用人单位这个实体组织的行为。我国民法通则规定，法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织；法人的法定代表人，是依照法律或者法人组织章程的规定，代表法人行使职权的负责人。法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动，承担责任。可见，法人是独立于自然人的一类法律主体，它的内部由决定机构、执行机构和监督机构等组成，法定代表人是其中最为突出的一个机构，其虽然由自然人担任，但自然人的职务行为属于法人的行为，其一切法律后果由法人承担。担任法定代表人的自然人可以变动，但法定代表人的职务行为的归属却不能变，也就是说，法定代表人的行为即法人的行为没有变。因此，只要法人存在，原法定代表人与职工依法签订的劳动合同即依然有效。因此，劳动合同依法订立后，用人单位的法定代表人或者主要负责人变更的，原法定代表人或者主要负责人与劳动者订立劳动合同的职务行为的后果也仍然要由用人单位承担。

至于投资人的变更，也不会改变用人单位这个实体组织独立承担民事责任的性质，用人单位仍要继续履行其与劳动者已经订立的劳动合同。

综上，本条明确规定，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。

相关规定：《中华人民共和国民法通则》第36条、第38条；《中华人民共和国合同法》第76条。

第三十四条：用人单位发生合并或分立

第三十四条 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。

【解读】本条是关于用人单位发生合并、分立等情况后劳动合同效力的规定。

用人单位的合并一般指两种情况，一是指，用人单位与其他法人或者组织联合成立一个新的法人或者其他组织承担被合并且的用人单位的权利和义务。另一种情况是指一个用人单位被撤销后，将其权利和义务一并转给另一个法人或者其他组织。这两种情况下，原用人单位在合并后均不再存在。为了保护原用人单位劳动者的合法权益，合并后的法人或者其他组织作为一个新的用人单位承继了原用人单位所有的权利和义务，包括原用人单位对其劳动



者的权利和义务。因此根据本条的规定,用人单位订立劳动合同后合并的,原劳动合同继续有效,由合并后的新的用人单位继续履行该劳动合同。

用人单位发生分立是指,在订立劳动合同后,用人单位由一个法人或者其他组织分裂为两个或者两个以上的法人或者其他组织,即由一个用人单位分裂为两个或者两个以上用人单位。用人单位的分立分为两种情况:一种情况是原用人单位只是分出一部分财产设立了新的用人单位,原用人单位不因分出财产而终止;另一种情况是,原用人单位分解为两个以上的用人单位,原用人单位随之解体终止。为了充分保护劳动者的权利,本条首先规定了用人单位发生分立的,原劳动合同继续有效,防止用人单位以分立后原用人单位不存在或者劳动者权利和义务已经转移到新的用人单位为由损害劳动者的合法权益。其次,根据本条的规定,用人单位分立后,劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。目前有的用人单位采用“金钱脱壳”的办法逃避债务或者逃避对其他劳动者的其他义务,即不转移债务,而只是把资金转移到新设立的法人或者其他组织,使原来的用人单位丧失承担对劳动者义务的能力而拒绝履行劳动合同或者对劳动者负责。根据本条的规定,只要新成立的用人单位继承了原用人单位的权利,就应当同时承担其义务,继续履行原劳动合同和对劳动者负责。

用人单位的合并和分立不仅是现实中经常出现的情况,也是容易产生各种债权债务纠纷和劳动争议的问题。在我国市场经济秩序还未完全建成的情况下,为了防止一些用人单位假借合并和分立转移债务,逃避应当承担的各种法律责任,包括对劳动者的义务,我国民法通则第四十四条第二款规定:“企业法人分立、合并,它的权利和义务由变更后的法人享有和承担。”这一规定就是要在法人或者其他组织合并或者分立时,尽最大可能地保护对方当事人的合法权益。而本法关于用人单位合并和分立的规定,是民法通则上述立法精神在劳动法领域里的具体体现,即要最大可能地保护劳动者的合法权益。

近些年来,随着经济改革的进一步深入,不少用人单位根据市场要求和国家的政策,进行了重组和改建。一些用人单位被兼并或者被撤销;另一些用人单位分立为新的用人单位。无论用人单位的这些改变是出于何种原因,其合并或者分立后,原劳动合同都是继续有效,都应该按照本法的规定得到继续履行。

相关规定:《中华人民共和国民事诉讼法》第44条;《中华人民共和国合同法》第90条。

第三十五条:劳动合同的变更

第三十五条 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。

【解读】本条对劳动合同的变更作出了规定。

一、劳动合同的变更

劳动合同的变更是指劳动合同依法订立后,在合同尚未履行或者尚未履行完毕之前,经用人单位和劳动者双方当事人协商同意,对劳动合同内容作部分修改、补充或者删减的法律行为。劳动合同的变更是原劳动合同的派生,是双方已存在的劳动权利义务关系的发展。

根据本法第十六条和第三条第二款的规定,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。因此,劳动合同一经依法订立,即具有法律约束力,受法律保护,双方当事人应当严格履行,任何一方不得随意变更劳动合同约定的内容。但在,当事人在订立合同时,有时不可能对涉及合同的所有问题都做出明确的规定;合同订立后,在履行劳动合同的过程中,由于社会生活和市场条件的不断变化,订立劳动合同所依据的客观情况发生变化,使得劳动合同难于履行或者难于全面履行,或者使合同的履行可能造成当事人之间权利义务的不平衡,这就需要用人单位和劳动者双方对劳动



合同的部分内容进行适当的调整。否则,在劳动合同与实际情况相脱节的情况下,若继续履行,由可能会对当事人的正当利益造成损害。因此本法允许当事人在一定条件下可以变更劳动合同。双方当事人可以依据有关法律法规,经协商一致,就劳动合同的部分条款进行修改、补充或者删减,通过对双方权利义务关系重新进行调整和规定,使劳动合同适应变化发展的新情况,从而保证劳动合同的继续履行。

劳动合同的变更是在原合同的基础上对原劳动合同内容作部分修改、补充或者删减,而不是签订新的劳动合同。原劳动合同未变更的部分仍然有效,变更后的内容就取代了原合同的相关内容,新达成的变更协议条款与原合同中其他条款具有同等法律效力,对双方当事人都有约束力。

二、劳动合同变更的情形

1. 根据本条的规定,在一般情况下,只要用人单位与劳动者协商一致,即可变更劳动合同约定的内容。这就是说:首先,劳动合同是劳动关系双方协商达成的协议,当然也可以协商变更;对于劳动合同约定的内容,只要是经双方当事人协商一致而达成的,都可以经协商一致予以变更。其次,对变更劳动合同,用人单位和劳动者之间应当采取自愿协商的方式,不允许合同的一方当事人未经协商单方变更劳动合同。一当事人未经对方当事人同另一方没有约束力,而且这种擅自改变合同的做法也是一种违约行为。再次,劳动合同的变更只是对原劳动合同的部分内容作修改、补充或者删减,而不是对合同内容的全部变更的部分内容,当事人双方通过协商后,必须达成一致的意见。如果在协商过程中,有任何一方当事人不同意所要变更的内容,则就该部分内容的合同变更就不能成立,原有的合同就依然具有法律效力。最后,在变更过程中必须遵循与订立劳动合同时同样的原则,即遵循合法、公平平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。

2. 根据本法第四十条第(三)项的规定,劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行,经用人单位与劳动者协商,未能就变更劳动合同内容达成协议的,用人单位在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。由此可以确定,劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,是劳动合同变更的一个重要事由。

所谓“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化”,主要是指:

(1)订立劳动合同所依据的法律、法规已经修改或者废止。劳动合同的签订和履行必须以不得违反法律、法规的规定为前提。如果合同签订时所依据的法律、法规发生修改或者废止,合同如果不变更,就可能出现与法律、法规不相符甚至是违反法律、法规的情况,导致合同因违法而无效。因此,根据法律、法规的变化而变更劳动合同的相关内容是有必要而且是必须的。

(2)用人单位方面的原因。用人单位经上级主管部门批准或者根据市场变化决定转产、调整生产任务或者生产经营项目等。用人单位的生产经营不是一成不变的,而是根据上级主管部门批准或者根据市场变化可能会经常调整自己的经营策略和产品结构,这就不可避免地发生转产、调整生产任务或者生产经营项目情况。在这种情况下,有些工种、产品生产岗位就可能因此而撤销,或者为其他新的工种、岗位所替代,原劳动合同就可能因签订条件的改变而发生变更。

(3)劳动者方面的原因。如劳动者的身体健康状况发生变化、劳动能力部分丧失、所在岗位与其职业技能不相适应、职业技能提高了一定等级等,造成原劳动合同不能履行或者如果继续履行原合同规定的义务对劳动者明显不公平。

(4)客观方面的原因。这种客观原因的出现使得当事人原来在劳动合同中约定的权利义务的履行成为不必要或者不可能。这时应当允许当事人对劳动合同有关内容进行变更。主要有:

由于不可抗力的发生,使得原来合同的履行成为不可能或者失去意义。不可抗力是指



当事人所不能预见、不能避免并不能克服的客观情况，如自然灾害、意外事故、战争等。由于物价大幅度上升等客观经济情况变化致使劳动合同的履行会花费太大代价而失去经济上的价值。这是民法的情势变更原则在劳动合同履行中的运用。

三、劳动合同变更对应注意的问题

变更劳动合同，应注意以下问题：

1. 必须在劳动合同依法订立之后，在合同没有履行或者尚未履行完毕之前的有效时间内进行。即劳动合同双方当事人已经存在劳动合同关系，如果劳动合同尚未订立或者是已经履行完毕则不存在劳动合同的变更问题。

2. 必须坚持平等自愿、协商一致的原则，即劳动合同的变更必须经用人单位和劳动者双方当事人的同意。平等自愿、协商一致是劳动合同订立的原则，也是其变更应遵循的原则。劳动合同关系，是通过劳动者与用人单位协商一致而形成的，其变更当然应当通过双方协商一致才能进行。劳动合同允许变更，但不允许单方变更，任何单方变更劳动合同的行为都是无效的。

在实践中，有的用人单位为达到变更劳动合同的目的，采取了许多变通的手段。如某用人单位根据工作的需要，决定采取公开考试的办法，对考试不通过的职工，一律另行安排工作岗位或予以辞退。这种形式是否合法呢？我们认为劳动合同的变更需要经过双方当事人协商一致，否则不能变更。采取公开考试的办法似乎公平，在未经劳动者同意的情况下，对劳动者不具有约定力。用人单位对原合同仍应履行。

3. 必须合法，不得违反法律、法规的强制性规定。劳动合同变更也并非任意的，用人单位和劳动者约定的变更内容必须符合国家法律、法规的相关规定。

4. 变更劳动合同必须采用书面形式。劳动合同双方当事人经协商后对劳动合同中的约定内容的变更达成一致意见时，必须达成变更劳动合同的书面协议，任何口头形式达成的变更协议都是无效的。劳动合同变更的书面协议应当指明对劳动合同的哪些条款作出变更，并应订明劳动合同变更协议的生效日期，书面协议经用人单位和劳动者双方当事人签字盖章后生效。本条的这一规定，是为避免劳动合同双方当事人因劳动合同的变更问题而产生劳动争议。

5. 劳动合同的变更也要及时进行。提出变更劳动合同的主体可以是用人单位，也可以是劳动者，无论是哪一方要求变更劳动合同的，都应当及时向对方提出变更劳动合同的要求，说明变更劳动合同的理由、内容和条件等。如果应该变更的劳动合同内容没有及时变更，由于原订条款继续有效，往往使劳动合同不适应变化了的新情况，从而引起不必要的争议。当事人一方得知对方变更劳动合同的要求后，应在对方规定的合理期限内及时作出答复，不得对方提出的变更劳动合同的要求置之不理。因为根据劳动法第二十六条和本法第四十条的规定，劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，如果用人单位经与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的，则可能导致用人单位可以单方解除劳动合同。

四、变更后的劳动合同文本的执有

根据本条第二款的规定，变更后的劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。

相关规定：《中华人民共和国劳动法》第17条。



第四章 劳动合同的解除和终止

第三十六条：协商解除劳动合同

第三十六条 用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。

【解读】本条是关于协商解除劳动合同的规定。

一、劳动合同解除的概念

劳动合同的解除，是指劳动合同在订立以后，尚未履行完毕或者未全部履行以前，由于合同双方或者单方的法律行为导致双方当事人提前消灭劳动关系的法律行为。可分为协商解除、法定解除和约定解除三种情况。本条规定：“用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。”此为协商解除，是指用人单位与劳动者在完全自愿的情况下，互相协商，在彼此达成一致意见的基础上提前终止劳动合同的效力。

二、劳动合同协商解除的条件

劳动合同依法订立后，双方当事人必须履行合同义务，遵守合同的法律效力，任何一方不得因后悔或者难以履行而擅自解除劳动合同。但是，为了保障用人单位的用人自主权和劳动者劳动权的实现，本法规定在特定条件和程序下，用人单位与劳动者协商一致且不违背国家利益和社会公共利益的情况下，可以解除劳动合同，但必须符合以下几个条件：

1. 解除的劳动合同是依法成立的有效的劳动合同；
2. 解除劳动合同的行为必须是在被解除的劳动合同依法订立生效之后、尚未全部履行之前进行；
3. 用人单位与劳动者均有权提出解除劳动合同的请求；
4. 在双方自愿、平等协商的基础上达成一致意见，可以不受劳动合同中约定的终止条件的限制。

协商解除劳动合同过程中，用人单位需要注意的是按照本法第四十六条第(二)项和《违反解除劳动合同的经济补偿办法》的规定，如果用人单位提出解除劳动合同的，应依法向劳动者支付经济补偿金。

相关规定：《中华人民共和国劳动法》第24条；《中华人民共和国合同法》第93条；《违反解除劳动合同的经济补偿办法》第5条。

第三十七条：劳动者提前通知解除劳动合同

第三十七条 劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。

【解读】本条是关于劳动者单方解除劳动合同的程序的规定。

劳动者在行使解除劳动合同权利的同时必须遵守法定的等程序，主要体现在两个方面：

一、遵守解除预告期

规定劳动合同的解除预告期是各国劳动立法的通行做法。劳动者在享有解除劳动合同自主权的同时，也应当遵守解除合同预告期，即应当提前三十天通知用人单位才能有效，也就是说劳动者在书面通知用人单位后还应继续工作至少三十天，这样便于用人单位及时安排人员接替其工作，保持劳动过程的连续性，确保正常的工作秩序，避免因解除劳动合同影响企业的生产经营活动，给用人单位造成不必要的损失。同时，这样也使劳动者解除劳动合同合



法化。否则，将会构成违法解除劳动合同，而将可能承担赔偿责任。

二、书面形式通知用人单位

无论是劳动者还是用人单位在解除劳动合同时，都必须以书面形式告知对方。因为这一时间的确定直接关系到解除预告期的起算时间，也关系到劳动者的工资等利益，所以必须采用慎重的方式来表达。

本条还对劳动者在试用期内与用人单位解除劳动合同做了规定。试用期既是用人单位对新招收职工各方面的情况进行考察的期限，看劳动者是否具备录用条件，也是新招收职工用以考察用人单位的劳动条件、劳动报酬是否符合劳动合同规定的选择期限。在试用期内，劳动者与用人单位的劳动关系处于一种不确定状态，劳动者对是否与用人单位建立正式的劳动关系仍有选择的权利。为此，劳动者在试用期内，发现用人单位的实际情况与订立劳动合同时所介绍的实际情况不相符合，或者发现自己不适于从事该工种工作，以及存在其他不能履行劳动合同的情况，劳动者无须任何理由，可以通知用人单位予以解除劳动合同，但应提前三日通知用人单位，以便用人单位安排人员接替其工作。

如果劳动者违反法律法规规定的条件解除劳动合同，给用人单位造成经济损失的，还应当承担赔偿责任。劳动者提出解除劳动合同的，用人单位可以不给付经济补偿金。

相关规定：《中华人民共和国劳动法》第31条、第32条；《违反劳动法有关劳动合同规定的赔偿办法》第4条；《劳动部关于实行劳动合同制度若干问题的通知》。

第三十八条：劳动者解除劳动合同

第三十八条 用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：

- (一)未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；
- (二)未及时足额支付劳动报酬的；
- (三)未依法为劳动者缴纳社会保险费的；
- (四)用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；
- (五)因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的；
- (六)法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。

【解读】本条是关于因用人单位的过错劳动者可以解除劳动合同的规定。

特别解除权是劳动者无条件单方解除劳动合同的权利，是指如果出现了法定事由，劳动者无需向用人单位待而告就可通知用人单位解除劳动合同。由于劳动者行使特别解除权往往会给用人单位的正常生产经营带来很大的影响，所以，立法在平衡保护劳动者与企业合法权益基础上对此类情形作了具体的规定，只限于在用人单位有过错行为的情况下允许劳动者行使特别解除权。具体以下几种情况：

一、未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的

保护劳动者在劳动过程中的生命健康安全是用人单位的基本责任和义务。用人单位为劳动者提供相应的劳动保护是对劳动者基本利益的维护。劳动保护和劳动条件是指在劳动合同中约定的用人单位对劳动者所从事的劳动必须提供的生产、工作条件和劳动安全卫生保护措施。即用人单位保证劳动者完成劳动任务和劳动过程中安全健康保护的基本要求。包括劳动场所和设备、劳动安全卫生设施、劳动防护用品等。本法第十七条规定劳动保护和劳动条件是劳动合同的必备条款，即提供劳动保护和劳动条件是用人单位应尽的义务，如果用人单位未按照国家规定的标准或劳动合同的规定提供劳动条件，致使劳动安全、劳动卫生条件恶劣，



严重危害职工的身体健康，并得到国家劳动部门、卫生部门的确认，劳动者可以与用人单位解除劳动合同。

二、未及时足额支付劳动报酬的

劳动报酬，是指用人单位依据国家有关规定或劳动合同约定，根据劳动者劳动岗位、技能及工作数量、质量，直接支付给劳动者的劳动收入。在劳动者已履行劳动义务的情况下，用人单位应按劳动合同约定或国家法律法规规定的数额、日期及时足额支付劳动报酬，禁止克扣和无故拖欠劳动者劳动收入。支付劳动报酬，也是劳动合同所规定的必备条款，用人单位未按照劳动合同约定及时足额支付劳动报酬，就是违反劳动合同，也是对劳动者合法权益的侵犯，劳动者有权随时告知用人单位解除劳动合同。

三、未依法为劳动者缴纳社会保险费的

社会保险是指国家对劳动者在患病、伤残、失业、工伤、年老以及其他生活困难情况下，给予物质帮助的制度。包括养老保险、医疗保险、失业保险、工伤保险和生育保险。我国宪法第四十五条规定：“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下，有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。”宪法赋予我国公民的这一基本权利，就劳动者而言，主要是通过社会保险实现。根据我国劳动法第七十二条规定：“用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费。”对于拒不依法缴纳或延迟缴纳保险费的用人单位，劳动行政部门可以责令其限期缴纳；逾期不缴的，可以加收滞纳金。因此可以看出社会保险具有国家强制性，用人单位应当依照有关法律、法规的规定，负责缴纳各项社会保险费用，并负有代扣代缴本单位劳动者社会保险费的义务。因此如果用人单位未依法为劳动者缴纳上述社会保险费，是对劳动者基本权利的伤害，劳动者可以与用人单位解除劳动合同。

四、用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的

此项规定包含了两层含义。第一，用人单位的规章制度违反了法律、法规的规定。规章制度是由用人单位制定的旨在保证劳动者履行劳动义务和享有劳动权利的规则和制度。首先，规章制度的内容要合法。即内容不得违反国家宪法、劳动法、劳动合同法及其他法律、法规的规定，也不得与劳动合同与集体合同的内容相冲突。因为劳动合同、集体合同和规章制度往往都会涉及对劳动条件和劳动待遇的规定，劳动合同和集体合同是劳动者与用人单位双方合意的结果，而规章制度是由用人单位单方面制定的，这就要求规章制度有关劳动条件和劳动待遇的规定不得低度于合同的约定。其次，规章制度的制定和公布的程序要合法。(1)要经过一定的民主程序。规章制度的制定权虽然属于用人单位，但规章制度的内容涉及的是劳动者的劳动权利和劳动义务，因此，法律上要求用人单位在制定规章制度时，要经过一定的民主程序。(2)应当公示。职工作为规章制度的遵守者，有权了解规章制度的内容，法律不要求职工遵守一个自己不知晓或无法知晓的规章制度。本法第四条第四款规定，直接涉及劳动者切身利益的规章制度应当公示，或者告知劳动者。因此，公示是规章制度产生效力的必要条件之一。第二，损害了劳动者的权益。因用人单位没有按法律规定制定规章制度，给劳动者的权益带来了损害。只有同时具备以上两点要求，劳动者才可以以此为由通知用人单位解除劳动合同。

五、因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的

本法第二十六条第一款规定了劳动合同无效或者部分无效的几种情况。无效的劳动合同从订立的时候起就没有法律约束力，劳动者可以不予履行的，对已经履行的，给劳动者造成损害的，用人单位还应承担赔偿责任。

六、法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形

本项是一条兜底条款，以避免遗漏现行法律、法规规定的其他情况，并采用此种方法以使用该法和其他法律以及以后颁行的新法相衔接。



本条第二款规定了可立即解除劳动合同的情形。即当用人单位存在严重违法行为时，劳动者可以立即解除劳动合同无需事先告知用人单位。

1. 用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的。本条中的“暴力”是指对劳动者实施捆绑、拉拽、殴打、伤害等行为。“威胁”是指对劳动者施以暴力或者其他强迫手段。“非法限制人身自由”是指采用拘留、禁闭或其他强制方法非法剥夺或限制他人按照自己的意志支配自己身体活动的行为。人身自由是公民各种自由权利当中的一项基本权利，是公民参加社会活动和享受其他权利的先决条件。我国公民的人身自由受宪法和法律的保护，宪法第三十七条规定：“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。任何公民，非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他方法剥夺或者限制公民的人身自由……”企业强迫劳动者劳动，如把劳动者非法拘禁在特定的场所，强迫其劳动，不让他出来，是严重侵犯劳动者人身权利的行为，是非法的，劳动者有权随时解除劳动合同，而无需事先告知用人单位。

2. 用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的。对于用人单位不顾及劳动者的人身安全，对从事危险作业，如采矿工人，高空作业人员等，在没有安全防护的情况下强令劳动者进行作业的行为，劳动者有权拒绝并撤离作业场所，并可以立即解除劳动合同。

相关规定：《中华人民共和国宪法》第37条、第45条；《中华人民共和国劳动法》第32条、第6章、第9章；《社会保险费征缴暂行条例》第12条、第13条；《违反劳动法有关劳动合同规定的赔偿办法》第2条。

第三十九条：用人单位单方解除劳动合同

第三十九条 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。

【解读】本条是关于因劳动者的过错用人单位单方解除劳动合同的规定。

用人单位单方解除劳动合同主要有以下几种情形：

一、在试用期间被证明不符合录用条件的

适用此项条款首先要注意以下几点：(1)要求用人单位所规定的试用期符合法律规定。本法第十九条第一款规定：“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三年以下的，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。”用人单位只能在此范围内约定试用期。(2)是否在试用期间。试用期间的确定应当以劳动合同的约定为准；若劳动合同约定的试用期超出法定最长时间，则以法定最长时间为准；若试用期满后任未办理劳动者转正手续，则不能认为还处在试用期间，用人单位不能以试用期不符合录用条件为由与其解除劳动合同。(3)对是否合格的认定。劳动者是否符合录用条件，是用人单位在试用期间，单方与劳动者解除劳动合同的前提条件。如果没有这个前提条件，用人单位无权在试用期内单方解除劳动合同。一般情况下应当以法律法规规定的基本录用条件和用人单位在招聘时规定的知识文化、技术水平、身体状况、思想品质等条件为准。(4)对于劳动者在试用期间不符合录用条件的，用人单位必须提供有效的证明。如果用人单位没有证据证明劳动者在试用期间不符合录用条件，



用人单位就不能解除劳动合同，否则，需承担因违法解除劳动合同所带来的一切法律后果。所谓证据，实践中主要看两方面：一是用人单位对某一岗位的工作职能及要求有没有作出描述；二是用人单位对员工在试用期内的表现有没有客观的记录和评价。

二、严重违反用人单位的规章制度的

适用这一项要符合以下三个条件。首先，规章制度的内容必须是符合法律、法规的规定，而且是通过民主程序公之于众。其次，劳动者的行为客观存在，并且是属于“严重”违反用人单位的规章制度，何为“严重”，一般应根据劳动法规所规定的限度和用人单位内部的规章制度依此限度所规定的具体界限为准。如违反操作规程，损坏生产、经营设备造成经济损失的，不服从用人单位正常工作调动，不服从用人单位的劳动人事管理，无理取闹，架斗殴，散布谣言损害企业声誉等，给用人单位的正常生产经营秩序和管理秩序带来损害。第三，用人单位对劳动者的处理是按照本单位规章制度规定的程序办理的，并符合相关法律法规规定。

三、严重失职、营私舞弊，给用人单位造成重大损害的

即劳动者在履行劳动合同期间，没有按照岗位职责履行自己的义务，违反其忠于职守、维护和增进用人单位利益的义务，有未尽职责的严重过失行为或者利用职务之便谋取私利的故意行为，使用人单位有形财产、无形财产遭受重大损害，但不够刑罚处罚的程度。例如，因粗心大意、玩忽职守而造成事故；因工作不负责而经常产生废品、损坏工具设备、浪费原材料或能源等用人单位可以与其解除劳动合同。

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

劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，即我们通常所说的“兼职”。我国有关劳动方面的法律、法规虽然没有对“兼职”做禁止性的规定，但作为劳动者而言，完成本职工作，是其应尽的义务。从事兼职工作，在时间上、精力上必然会影响到本职工作。作为用人单位来讲，对一个不能全心全意为本单位工作，并严重影响到工作任务完成的人员，有权与其解除劳动合同。

根据此项规定，符合下列情形的，用人单位可以单方面解除劳动合同：(1)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的；(2)劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，经用人单位提出，拒不改正的。需要注意的是，必须是给用人单位造成“严重”影响的，如果影响轻微，用人单位不能以此为由与劳动者解除合同。

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

本法第二十六条第一款第一项规定：“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”属于无效或部分无效劳动合同。所谓“欺诈”是指一方当事人故意告知对方当事人虚假的情况，或者故意隐瞒真实的情况诱使对方当事人作出错误意思表示，并基于这种错误的认识而签订了劳动合同。“胁迫”是指以给公民及其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟，迫使对方作出违背真实的意思表示的行为，并签订了劳动合同。“乘人之危”是指行为人利用他人的危难处境或紧迫需要，为牟取不正当利益，迫使对方违背自己的真实意愿而订立的合同。本法第三条第一款规定：“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。”任何一方利用任何一种行为手段而使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同，均违反了意思自治的基本原则，是被法律所禁止的，因此自然允许利益受损害者解除当事人之间的合同关系。

六、被依法追究刑事责任的

根据《劳动部关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第二十九条的规定，“被依法追究刑事责任”是指：被人民检察院免于起诉的、被人民法院判处刑罚的、被



人民法院依据刑法第三十二条(现刑法第三十七条)免于刑事处罚的。劳动者被人民法院判处拘役、三年以下有期徒刑缓刑的，用人单位可以解除劳动合同。

相关规定：《中华人民共和国劳动法》第 21 条、第 25 条；《劳动部关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第 29 条；《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第 68 条。

第四十条：无过失性辞退

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；

(三)劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。

【解读】本条是关于无过失性辞退的规定。

对用人单位解除劳动合同，本条规定的条件是因劳动者非过失性原因和客观情况的需要而导致劳动合同无法履行时，用人单位可以向对方提前通知后或额外支付劳动者一个月工资后，方可单方解除劳动合同的几种情形，主要有：

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

根据劳动部颁发的《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》第二条的规定：“医疗期是指企业职工因患病或非因工负伤停止工作治病休息不得解除劳动合同的时限。”这里的医疗期，是指劳动者根据其工龄等条件，依法可以享受的停工医疗并发给病假工资的期间，而不是劳动者病伤治愈实际需要的医疗期。劳动者患病或者非因工负伤，有权在医疗期内进行治疗和休息，不从事劳动。但在医疗期满后，劳动者就有义务进行劳动。如果劳动者由于身体健康原因不能胜任工作，用人单位有义务为其调动岗位，选择他力所能及的岗位工作。如果劳动者对用人单位重新安排的工作也不能完成，说明劳动者履行合同不能，用人单位可以与其解除劳动合同。

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

这里所谓“不能胜任工作”，是指不能按要求完成劳动合同中约定的任务或者同工种、同岗位人员的工作量。但用人单位不得不故意提高定额标准，使劳动者无法完成。劳动者没有具备从事某项工作的能力，不能完成某一岗位的工作任务，这时用人单位可以对其进行职业培训，提高其职业技能，也可以把其调换到能够胜任的工作岗位上，这是用人单位负有的协助劳动者适应岗位的义务。如果单位尽了这些义务，劳动者仍然不能胜任工作，说明劳动者不具备在该单位的职业能力，用人单位可以解除与该劳动者的劳动合同。需要注意的是用人单位不能随意调动劳动者工作岗位或提高工作强度，借口劳动者不能胜任工作而解除劳动合同。

三、劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的

本项规定是情势变更原则在劳动合同中的体现。这里的“客观情况”是指履行原劳动合同所必要的客观条件，因不可抗力或出现致使劳动合同全部或部分条款无法履行的其他情况，如自然条件、企业迁移、被兼并、企业资产转移等，使原劳动合同不能履行或不必要履



行的情况。发生上述情况时,为了使劳动合同能够得到继续履行,必须根据变化后的客观情况,由双方当事人对合同进行变更的协商,直到达成一致意见,如果劳动者不同意变更劳动合同,原劳动合同所确立的劳动关系就没有存续的必要,在这种情况下,用人单位也只有解除劳动合同。

根据本法第四十六条第(三)项规定,用人单位因劳动者非过失性原因而与劳动者解除劳动合同的,应当给予劳动者相应的经济补偿。

相关规定:《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》第2条。

第四十一条:经济性裁员

第四十一条 有下列情形之一,需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的,用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况,听取工会或者职工的意见后,裁减人员方案经向劳动行政部门报告,可以裁减人员:

- (一)依照企业破产法规定进行重整的;
- (二)生产经营发生严重困难的;
- (三)企业转产、重大技术革新或者经营方式调整,经变更劳动合同后,仍需裁减人员的;
- (四)其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行的。

裁减人员时,应当优先留用下列人员:

- (一)与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的;
- (二)与本单位订立无固定期限劳动合同的;
- (三)家庭无其他就业人员,有需要扶养的老人或者未成年人的。

用人单位依照本条第一款规定裁减人员,在六个月内重新招用人员的,应当通知被裁减的人员,并在同等条件下优先招用被裁减的人员。

【解读】本条是关于经济性裁员的规定。

一. 经济性裁员的内涵

简单的讲,经济性裁员就是指企业由于经营不善等经济性原因,解雇多个劳动者的情形。对经济性裁员应从以下几个方面进行理解:

第一,经济性裁员属于用人单位解除劳动合同的一种情形。在市场经济中,用人单位直接面对的是市场竞争,为更好的适应市场需求,使企业保持一定的活力,用人单位必须在用人方面形成“能上能下”、“能进能出”的体制。为此,本法规定,在满足一定条件下,用人单位可以单方解除还未到期的固定期限劳动合同以及无固定期限劳动合同。经济性裁员是用人单位出于经营方面考虑,单方解除劳动合同的方式。尽管名为经济性裁员,其实质是用人单位单方解除劳动合同的一种方式。在经济性裁员中,由于是用人单位单方解除劳动合同,且劳动者并没有过错,因此用人单位应当依法向劳动者支付经济补偿。

第二,进行经济性裁员的主要原因是经济性原因,而不是劳动者个人原因。为保障劳动者的合法权益,平衡用人单位与劳动者的权利义务,促使劳动合同的正常履行,劳动合同法不允许用人单位随意单方解除劳动合同,只有在四种情况下用人单位才可以解除劳动合同:一是劳动合同双方协商一致的情况下,用人单位解除劳动合同;二是劳动者有法定过错的,如不符合录用条件的、严重违反规章制度的、严重失职,营私舞弊,给用人单位造成重大损失的、兼职的、欺诈、胁迫或者乘人之危致使劳动合同无效的、犯罪的等;三是劳动者不能适应工作的,如患病或者非因工负伤的、不能胜任工作的、客观情况发生重大变化劳动合同



无法履行的等；四是劳动者没有任何过错或者不适应工作岗位的情形，由于经济性原因而经济性裁员的。在上述用人单位解除劳动合同的四种方式中，经济性裁员有着特殊的解除原因，这些经济性原因大致可以分为三大类，一是企业因为经营发和严重困难或者依照破产法规定进行重整的；二是企业为了寻求生存和更大发展，进行转产、重大技术革新，经营方式调整的；三是兜底条款，其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变，致使劳动合同无法履行的。

第三，经济性裁员只发生在企业中。劳动合同法第二条规定了适用范围，用人单位的范围比较广，包括各类企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织。经济性裁员只能发生在企业中，只有企业才有可能进行经济性裁员。

在有些国家中，经济性裁员只发生在中型或者大型企业中，微型和小型企业不受经济性裁员规定的约束。作这样的区分，主要原因是微型或者小型企业一次性解除劳动合同的数量较少，其社会影响比较小，不需要纳入经济性裁员的范围进行规范。同时，国外的经济性裁员需要企业与工会进行谈判，而微型或者小型企业缺乏谈判的能力。在劳动合同法制定过程中，考虑到整部劳动合同法中都没有区分企业的规模，且我国经济性裁员并没有国外的谈判机制，我国经济性裁员主要是履行一些法定程序，微型或者小型企业都容易做到，因此本条中并没有区分企业的规模。

第四，构成经济性裁员必须要一次性解除法定数量的劳动合同。

在劳动合同法的制定过程中，经济性裁员究竟要一次性裁减多少人才是合适的一直是讨论的热点。劳动合同法草案曾规定，裁减人员五十人以上的构成经济性裁员。对此，在全文公开征求社会意见过程中，批评意见几乎呈一边倒的趋势，绝大部分意见都认为五十人的标准太高。有的主张人数越少越好，甚至认为只要裁减两人以上就构成经济性裁员，以保护劳动者的合法权益。还有些意见认为，规定一个固定数不全面，有些企业规模小，一次性裁员二十人以下的就可能对企业和职工来讲是一件很大的事情，建议在规定一个固定数的同时再规定一个比例。考虑到对于劳动者而言，经济性裁员是“双刃剑”，经济性裁员的人数标准太低，用人单位容易利用解除条件较为宽泛的经济性裁员进行解除劳动合同，反倒对劳动者不利。同时要考虑社会的承受力，如果一次性解雇较多劳动者但不履行说明情况、听取意见、报告程序，将会给社会带来不稳定因素。两个标准并列相对更全面，能兼顾不同的情况。因此，劳动合同法规定一次性裁减人员二十人或者裁减不足二十人但占企业职工总人数百分之十以上的，构成经济性裁员。

有的意见认为，用人单位为了规避经济性裁员的规定，可以在经济性裁员法定人数标准之下分批解雇人员，因此建议规定经济性裁员有一个时间标准，如一个月内或者三个月内等。经济性裁员对于劳动者而言是一把双刃剑，对用人单位而言，也是一把双刃剑。用人单位如果裁减人员人数不足法定标准，就不能以经济性裁员的实体条件为由成批解除劳动合同，只能按照劳动合同法第三十六条、第三十九条、第四十条的规定单个解除劳动合同，其中的权衡。决定了用人单位不会一味的规避经济性裁员。因此经济性裁员的时间标准就是一次性裁员。

二、进行经济性裁员必须满足法定条件

经济性裁员作为用人单位单方解除劳动合同的一种方式，必须满足法定条件。这些法定条件包括实体性条件和程序性条件，只有同时具备了实体性条件之一和全部的程序性条件，才是合法有效的经济性裁员。

(一)实体性条件

劳动合同法规定，在四种情形下用人单位可以进行经济性裁员：

依照企业破产法规定进行重整。企业破产法第二条规定：“企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照本法规定清理债务。企业法人



有前款规定情形，或者有明显丧失清偿能力可能的，可以依照本法规定进行重整。”依照企业破产法的规定，在三种情形下，债务人或者债权人可以向人民法院申请对债务人进行重整：一是企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务；二是企业法人不能清偿到期债务，并且明显缺乏清偿能力的；三是企业法人不能清偿到期债务，并且有明显丧失清偿能力可能的。另外，根据企业破产法第七十条第二款的规定，债权人申请对债务人进行破产清算的，在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，债务人或者出资额占债务人注册资本十分之一以上的出资人，可以向人民法院申请重整。企业破产法设置重整制度，主要目的就是使用人单位根据企业重整的经营方案、债权的调整和清偿方案以及其他有利于企业重整的方案在内的重整计划，继续经营并清偿债务，避免用人单位进入破产清算程序，使经营失败的企业有可能通过重整而得到复苏、振兴的机会。在重整过程中，用人单位可根据实际经营情况，进行经济性裁员。

生产经营发生严重困难。市场经济中的企业无时不面临着激烈竞争，一旦对市场需求判断失误或者决策偏差，企业的生产经营可能就会发生困难。在用人单位的生产经营发生严重困难时，应允许用人单位通过各种方式进行自救，而不是进一步陷入破产、关闭的绝境。在用人单位的生产经营发生严重困难时裁减人员、缩减员工规模是一项较有效的缓减措施，从全局看，对用人单位的劳动者群体是有利的，但涉及到特定劳动者的权益，应慎重处理。因此，劳动合同法在允许用人单位在生产经营发生困难时采取经济性裁员的措施，但同时要求用人单位要慎用该手段，在“困难”两字前加了“严重”的限制。

企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员。在企业生产经营过程中，企业为了寻求生存和更大发展，必然要进行结构调整和整体功能优化，这些方式包括企业转产、重大技术革新和经营方式调整。企业转产重大技术革新或者经营方式调整并不必然导致用人单位进行经济性裁员，如企业转产的，从事原工作岗位的劳动者可以转到转产后的工作岗位。为了更好的保护劳动者合法权益，同时引导用人单位尽量不使用经济性裁员手段，劳动合同法要求企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，只有在变更劳动合同后，仍需要裁减人员，才可进行经济性裁员。

第四，其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。实践中，除了本条中列举的三类情形外，还有一些客观经济情况发生变化需要经济性裁员的情形，如有些企业为了防治污染进行搬迁需要经济性裁员的，也应允许用人单位进行经济性裁员。作为兜底条款，对本规定应作较为严格的解释。

（二）程序性条件

为了尽量缓减经济性裁员对劳动者和整个社会的安定团结造成的冲击，劳动合同法延续了劳动法关于经济性裁员的程序性规定，要求用人单位进行经济性裁员必须履行一套法定程序。这些法定程序是有顺序的，须全部履行。

第一，必须提前三十日向工会或者全体职工说明情况，并听取工会或者职工的意见。由于经济性裁员涉及到较多劳动者的权益，为便于工会和劳动者了解裁减人员方案及裁减理由，获得工会和劳动者对经济性裁员行为的理解和认同，用人单位必须提前三十日向工会或者全体职工说明情况，并听取工会或者职工的意见。有的企业中已建立了工会，有的企业中还没有建立工会。已建立工会的用人单位进行经济性裁员，可以选择向工会或者全体职工说明情况，并听取工会或者职工的意见。没有建立工会的用人单位进行经济性裁员，只有向全体职工说明情况，听取职工的意见。

在修改过程中，有的提出，有些企业规模比较大，为便于操作，建议将“全体职工”、“职工”修改为“职工代表”。考虑到经济性裁员中有些职工是被裁减的，有些职工没有设裁减，如果是职工代表必然涉及到职工代表的产生方法，比较复杂，反而不易操作。听取职工意见可以有多种形式，如座谈会、设置意见箱、部门负责人收集意见等。如果是职工代表



反映的，也是职工意见，因此听取职工意见不需要修改。

第二，裁减人员方案向劳动行政部门报告。用人单位经向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见，对原裁减人员方案进行必要修改后，形成正式的裁减人员方案。按照1994年劳动部《企业经济性裁减人员规定》（劳部发〔1994〕447号）第四条规定，裁减人员方案的内容包括：被裁减人员名单，裁减时间及实施步骤，符合法律、法规规定和集体合同约定的被裁减人员经济补偿办法。该裁减人员方案需要向劳动行政部门报告，以使劳动行政部门了解裁减情况，必要时采取相应措施，防止出现意外情况，监督经济性裁员合法进行。这里的“报告”性质上属于事后告知，不是事前许可或者审批。当然，有的企业出于各种考虑，自愿提前与劳动行政部门报告协商，法律并不禁止。

三、进行经济性裁员必须遵循社会福利原则

根据实际情况，经济性裁减的人数不定，在裁减一部分劳动者时，就涉及到裁减哪些劳动者的问题。有些意见认为，用人单位进行经济性裁员时，除了出于削减人员工资费用的目的外，有时还要达到一个对员工结构进行调整以增强经营能力的目的，因此建议裁减人员名单由用人单位根据实际需要确定。这种观点有其合理的一面，但经济性裁员不能只考虑用人单位的需求，很多国家都规定经济性裁员必须遵循社会福利原则，即经济性裁员中还要考虑社会因素，优先保护对用人单位贡献较大、再就业能力较差的劳动者。在德国，劳动法规定经济性裁员时，必须裁减年龄小的、工龄短的、家庭负担轻的、身无残疾的劳动者，否则就是违法。劳动合同法规定经济性裁员中优先留用人员时，主要从劳动合同期限和保护社会弱势群体角度出发，规定了三类优先留用人员。其中与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同和订立无固定期限劳动合同的人员，主要是考虑劳动者对劳动合同的有较长期限的预期，法律应对这种预期予以相应保护。规定优先留用家庭无其他就业人员，有需要抚养的老人或者未成年人的劳动者，主要是考虑这类劳动者对工作的依赖性非常强，一份工作关系到一个家庭的基本生活，不能将其随意推向市场，对这类社会弱势群体法律应给予相应保护。三类优先留用的劳动者之间并没有谁优先的顺序，用人单位可以根据实际需要予以留用。

四、重新招用人员的，被裁减人员具有优先就业权

劳动法第二十七条第二款规定：“用人单位依据本条规定裁减人员，在六个月内录用人员的，应当优先录用被裁减的人员。”劳动合同法关于经济性裁员后，重新招用人员，被裁减人员具有优先就业权的规定主要是延续了劳动法第二十七条第二款的规定。之所以赋予被裁减人员优先就业权，主要出于三方面考虑：一是被裁减人员并不是因为个人有违法违规的行为而被解除劳动合同的，是因为用人单位经营出现严重困难等情况服从大局而被解除劳动合同的，因此在用人单位生产经营正常后，重新招用人员时，应优先照顾被裁减的劳动者；二是被裁减人员对用人单位比较熟悉，技术也熟练，对用人单位而言并不完全是负担；三是可以有效防止用人单位以经济性裁员为借口，随意裁减劳动者。同时，为更好的保护被裁减人员的合法权益，劳动合同法增加规定了，用人单位有通知被裁减人员的义务，以使被裁减人员慎重考虑，及时行使优先就业权。

有的意见提出，优先招用被裁减人员对被裁减人员是一种保护，但同时却是对其他未就业者的一种限制。为了更好的平衡被裁减人员、未就业者及用人单位的合法权益，劳动合同法对被裁减人员的优先就业权作了限制，即强调在同等条件下的优先权。如果被裁减人员各方面条件与其他劳动者的条件没有明显差距的，用人单位应当优先招用被裁减的人员。

相关规定：中华人民共和国宪法 第11条、第16条、第17条；《中华人民共和国劳动法》第27条；《中华人民共和国企业破产法》第2条、第70条。



第四十二条：用人单位不得解除劳动合同的情形

第四十二条 劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同：

- (一) 从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；
- (二) 在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；
- (三) 患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；
- (四) 女职工在孕期、产期、哺乳期的；
- (五) 在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；
- (六) 法律、行政法规规定的其他情形。

【解读】本条是关于用人单位不得解除劳动合同的规定。

根据劳动合同法第三十九条、第四十条、第四十一条的规定，出现法定情形时，用人单位可以单方解除劳动合同。为保护一些特定群体劳动者的合法权益，本法第四十二条同时又规定在六类法定情形下，禁止用人单位根据劳动合同法第四十条、第四十一条的规定单方解除劳动合同。对用人单位不得解除劳动合同规定的理解需注意以下两个方面：一是本条禁止的是用人单位单方解除劳动合同，并不禁止劳动者与用人单位协商一致解除劳动合同；二是本条的前提是用人单位不得根据劳动合同法第四十条、第四十一条解除劳动合同，即使劳动者具备了本条规定的六种情形之一，用人单位仍可以根据劳动合同法第三十九条的规定解除。

一、从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的

受到职业病威胁的劳动者以及职业病人是社会弱势群体，非常需要国家的关怀和法律的保障，因此职业病防治法的一个重要特点是以保护劳动者的合法权益为基本出发点，给予劳动者法律保障。根据职业病防治法第三十二条规定，对从事接触职业病危害的作业的劳动者，用人单位应当按照国务院卫生行政部门的规定组织上岗前、在岗期间和离岗时的职业健康检查，并将检查结果如实告知劳动者；对未进行离岗前职业健康检查的劳动者不得解除或者终止与其订立的劳动合同。第四十九条规定，用人单位在疑似职业病病人诊断或者医学观察期间，不得解除或者终止与其订立的劳动合同。值得一提的是，对于这两类情况，根据职业病防治法的规定和劳动合同法的精神，用人单位一般不得单方解除劳动合同。

二、在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的

职业病是劳动者在生产劳动及其职业活动中，接触职业性有害物质引起的疾病。因工负伤，顾名思义是因工作遭受事故伤害的情形。无论是职业病还是因工负伤，都与用人单位有关工作条件、安全制度或者劳动保护制度不尽完善有关，发生职业病或者因工负伤，用人单位作为用工组织者和直接受益者应承担相应责任。同时，一旦发生职业病或者因工负伤，都可能造成劳动者丧失或者部分丧失劳动能力，如果此时允许用人单位解除劳动合同，将会给劳动者的医疗、生活等带来困难，因此劳动合同法规定在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的，用人单位不得解除劳动合同。

职业病的认定，需要根据职业病防治法的有关规定，由专门医疗机构认定。工伤保险条例对工伤的情形作了列举，包括：在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；患职业病的；因工外出期



间,由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的;在上下班途中,受到机动车事故伤害的;法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。工伤保险条例还对视同为工伤的情形作了规定。

根据《职工工伤与职业病致残程度鉴定国家标准》规定:评残标准分为10级,符合评残标准1级至4级为完全丧失劳动能力;5级至6级为大部分丧失劳动能力;7级至10级为部分丧失劳动能力。本规定所讲的部分丧失劳动能力包括大部分丧失劳动能力和部分丧失劳动能力两种情形。完全丧失劳动能力,是指因损伤或疾病造成人体组织器官缺失、严重缺损、畸形或严重损害,致使伤病的组织器官或生理功能完全丧失或存在严重功能障碍。大部分丧失劳动能力,是指因损伤或疾病造成人体组织器官大部分缺失明显畸形或损害,致使受损组织器官功能中等度以上障碍。

三、患病或者非因工负伤,在规定的医疗期内的

根据劳动部1994年颁布的《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》(劳部发[1994]479号)的规定,所谓医疗期,是指企业职工因患病或非因工负伤停止工作治病休息不得解除劳动合同的时限。医疗期一般为三个月到二十四个月,以劳动者本人实际参加工作年限和在本单位工作年限为标准计算具体的医疗期。有几类标准:实际工作年限十年以下的,在本单位工作年限五年以下的为三个月,五年以上的为六个月;实际工作年限十年以上的,在本单位工作年限五年以下的为六个月,五年以上十年以下的为九个月,十年以上十五年以下的为十二个月,十五年以上二十年以下的为十八个月,二十年以上的为二十四个月。企业职工在医疗期内,其病假工资、疾病救济费和医疗待遇按照有关规定执行。根据《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》的第七条规定,企业职工因工致残和经医生或医疗机构认定患有难以治疗的疾病,医疗期满,应当由劳动鉴定委员会参照工伤与职业病致残程度鉴定标准进行劳动能力的鉴定。被鉴定为一至四级的,应当退出劳动岗位,解除劳动关系,并办理退休、退职手续,享受退休、退职待遇。

四、女职工在孕期、产期、哺乳期的

我国宪法和法律一贯重视对女职工的权益保护。妇女权益保障法第二十七条规定,任何单位不得因结婚、怀孕、产假、哺乳等情形,降低女职工的工资,辞退女职工,单方解除劳动(聘用)合同或者服务协议。但是,女职工要求终止劳动(聘用)合同或者服务协议的除外。所谓孕期,是指妇女怀孕期间。产期,是指妇女生育期间,产假一般为九十天。哺乳期,是指从婴儿出生到一周岁之间的期间。根据本条规定,妇女只要在孕期、产期、哺乳期的,用人单位就不得根据劳动合同法第四十条、第四十一条的规定单方解除劳动合同。

五、在本单位连续工作满十五年,且距法定退休年龄不足五年的

考虑到老职工对于企业的贡献较大,再就业能力较低,政府和社会都比较关注这部分弱势群体,因此本法加强了对老职工的保护,包括劳动者已在用人单位连续工作满十年的,应订立无固定期限劳动合同;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,应订立无固定期限劳动合同;在本单位连续工作满十五年,且距法定退休年龄不足五年的,用人单位不得根据劳动合同法第四十条、第四十一条的规定单方解除劳动合同。

六、法律、行政法规规定的其他情形

考虑到有些法律、行政法规中也有不得解除劳动合同的规定,同时为了便于与以后颁布的法律相衔接,本条规定了这个兜底条款,这有利于对劳动者的保护。

相关规定:《中华人民共和国劳动法》第29条;《中华人民共和国职业病防治法》第32条、第49条;《中华人民共和国妇女权益保障法》第27条。



第四十三条：工会在劳动合同解除中的监督作用

第四十三条 用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会。用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的，工会有权要求用人单位纠正。用人单位应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。

【解读】本条是关于工会在用人单位解除劳动合同中发挥监督职责的规定。

本条基本上延续了劳动法第三十条和工会法第二十一条第二款的规定，只是从规范劳动合同的角度在文字上作了一些处理。

一、**用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会。**为了充分发挥工会的作用，缓减矛盾，减少劳动争议的发生，工会对用人单位单方解除劳动合同的行为有知情权。根据本条的规定，用人单位凡是要单方解除劳动合同的，都必须将解除理由通知工会。为了更好的保护工会的知情权，使工会能及时发挥法定职责，用人单位还必须事先提前将理由通知工会。

二、**用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的，工会有权要求用人单位纠正。**这里的法律、行政法规主要是指有关于劳动合同解除规定的法律、行政法规，如劳动合同法、职业病防治法等。如果工会认为用人单位单方解除劳动合同是违反了法律、行政法规规定或者劳动合同约定的，有权以书面形式正式提出不同意见，要求用人单位纠正错误的解除行为。这是工会的一项法定权利，任何组织和个人都不得剥夺和侵害。工会提出不同意见，有利于用人单位发现和纠正违法或者违反约定的单方解除劳动合同的行为，防止劳动争议的出现，因此对用人单位而言，理应认真研究，慎重处理，并将处理结果以书面形式正式通知工会。

三、为了更好的保护工会及工会成员履行职责，防止工会成员因为履行职责、提出纠正意见等原因受到用人单位的排挤甚至解除劳动合同，2003年最高人民法院颁布了关于在民事审判工作中适用中华人民共和国工会法若干问题的解释，其中第六条规定，根据工会法第五十二条规定，人民法院审理涉及职工和工会工作人员因参加工会活动或者履行工会法规定的职责而被解除劳动合同的劳动争议案件，可以根据当事人的请求裁判用人单位恢复其工作，并补发被解除劳动合同期间应得的报酬；或者根据当事人的请求裁判用人单位给予本人年收入二倍的赔偿，并参照违反和解除劳动合同的经济补偿办法第八条规定给予解除劳动合同时的经济补偿金。

相关规定：《中华人民共和国工会法》第21条；《中华人民共和国劳动法》第30条。

第四十四条：劳动合同终止

第四十四条 有下列情形之一的，劳动合同终止：

- (一) 劳动合同期满的；
- (二) 劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；
- (三) 劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；
- (四) 用人单位被依法宣告破产的；
- (五) 用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的；
- (六) 法律、行政法规规定的其他情形。

【解读】本条是关于劳动合同终止的规定。

在法学理论上，所谓劳动合同终止是指劳动合同的法律效力依法被消灭，即劳动关系由



于一定法律事实的出现而终结，劳动者与用人单位之间原有的权利义务不再存在。但是，劳动合同终止，原有的权利义务不再存在，并不是说劳动合同终止之前发生的权利义务关系消灭，而是说合同终止之后，双方不再执行原劳动合同中约定的事项，如用人单位在合同终止前拖欠劳动者工资的，劳动合同终止后劳动者仍可依法请求法律救济。

我国合同法上合同终止包括合同解除的情形，我国劳动法学界也一直时劳动合同终止与解除的关系存在争议，有并列说和包容说两种观点。1994年劳动法第二十三条规定，劳动合同期满或者当事人约定的劳动合同终止条件出现，劳动合同即行终止。显然，劳动法确立了劳动合同终止与解除的并列说。考虑到劳动合同终止与解除存在以下几方面的不同，劳动合同法延续了劳动法并列说的做法。第一，阶段不同。劳动合同终止是劳动合同关系的自然结束，而解除是劳动合同关系的提前结束；第二，结束劳动关系的条件都有约定条件和法定条件，但具体内容不同。劳动合同终止的条件中，约定条件主要是合同期满的情形，而法定条件主要是劳动者和用人单位主体资格的消灭。劳动合同解除的条件中，约定条件主要是协商一致解除合同情形，而法定条件是一些违法违纪违规等行为；第三，预见性不同。劳动合同终止一般是可以预见的，特别是劳动合同期满终止的，而劳动合同解除一般不可预见；第四，适用原则不同。劳动合同终止受当事人意思自治的程度多一点，一般遵循民法的原则和精神，而解除受法律约束的程度较高，更多的体现社会法的性质和国家公权力的介入，体现对劳动者的倾斜保护。

劳动合同终止有如下情形：

第一，劳动合同期满。这主要适用于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两种情形。劳动合同期满，除依法续订劳动合同的和依法应延期的以外，劳动合同自然终止，双方权利义务结束。根据劳动和社会保障部的规定，劳动合同的终止时间，应当以劳动合同期限最后一日的二十四时为准。

实践中，对于劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作，原用人单位未表示异议的，但也未办理终止或者续订劳动合同的，该如何处理？对此，1996年，劳动部关于实行劳动合同制度若干问题的通知（劳部发[1996]354号）中规定，有固定期限的劳动合同期满后，因用人单位方面的原因未办理终止或续订手续而形成事实劳动关系的，视为续订劳动合同。用人单位应及时与劳动者协商合同期限，办理续订手续。由此给劳动者造成损失的，该用人单位应当依法承担赔偿责任。2001年，最高人民法院在关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释中规定，劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作，原用人单位未表示异议的，视为双方同意以原条件继续履行劳动合同。一方提出终止劳动关系的，人民法院应当支持。2001年劳动和社会保障部在关于对事实劳动关系解除是否应该支付经济补偿金问题的复函中规定，在上述情形下，“终止”是指劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作，用人单位未表示异议的，劳动者和用人单位之间存在的是一种事实的劳动关系，而不等于双方按照原劳动合同约定的期限续签了一个新的劳动合同。一方提出终止劳动关系的，应认定为终止事实上的劳动关系。上述的规定和司法解释，有其合理性，但对劳动者的保护显然弱了一点。根据本法，该种情形下的劳动者可以得到进一步的保护。按照本法的规定，劳动合同期满自然终止，原劳动合同消灭。如果劳动者仍在原用人单位工作，用人单位未表示异议的，应视为一个新劳动合同的开始。劳动合同法实施后，劳动者要增强劳动合同意识，立刻提出续订劳动合同。考虑到用人单位续签劳动合同的实际情况，以及在这种情形下劳动者也有一定责任，所以可依照本法第十条的规定，在前一劳动合同终止之日后劳动者提供劳动的第一天起一个月内订立书面劳动合同，否则用人单位就要承担本法第八十二条的法律责任。至于后一劳动合同的内容，除期限外，应视为与原劳动合同一致。

第二，劳动者开始依法享受基本养老保险待遇。

我国基本养老保险制度从无到有，现还处于改革过程中。1991年国务院颁布了《关于



企业职工养老保险制度改革的决定》(国发【1991】33号),要求企业逐步建立健全企业职工养老保险制度。1994年劳动法第七十三条规定:“劳动者在下列情形下,依法享受社会保险待遇:(一)退休;(二)患病、负伤;(三)因工负伤或者患职业病;(四)失业;(五)生育。劳动者享受社会保险待遇的条件和标准由法律、法规规定。”劳动法第七十三条规定的五类保险待遇分别是基本养老保险、医疗保险、工伤保险、失业保险和生育保险五大类。在劳动者退休的情况下,可以享受基本养老保险。1995年,国务院颁布了《关于深化企业职工养老保险制度改革的通知》(国发[1995]6号),规定职工到达法定退休年龄,凡个人缴费累计满15年,或本办法实施前参加工作连续工龄(包括缴费年限)满10年的人员,均可享受基本养老保险待遇,按月领取养老金。1997年,国务院颁布了《关于建立统一的企业职工基本养老保险制度的决定》(国发[1997]26号),规定本决定实施后参加工作的职工、个人缴费年限累计满15年的,退休后按月发给基本养老金。本决定实施前参加工作;实施后退休且个人缴费和视同缴费年限累计满15年的人员,按照新老办法平衡衔接、待遇水平基本平衡等原则,在发给基础养老金和个人账户养老金的基础上再确定过渡性养老金,过渡性养老养老保险基金中解决。根据法律、行政法规的规定,我国劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的条件大致有两个,一是劳动者已退休;二是个人缴费年限累计满15年或者个人缴费和视同缴费年限累计满15年。

从1951年开始,我国政府机关、城镇企业和事业单位便实行了退休制度。根据有关政策和法律规定,职工达到退休年龄(男60岁,女50岁,女干部55岁)、工龄年限(连续工龄满10年)和身体健康状况的条件,即可以申请退休。从批准退休的第二个月开始,停发工资,按照工龄及其他条件支付个人工资一定比例的退休金,直至退休人员死亡。按照劳动和社会保障部的解释(劳社厅函[2001]125号)，“国家法定的企业职工退休年龄，”是指国家法律规定的正常退休年龄，即：“男年满60周岁，女工人年满50周岁，女干部年满55周岁”。

按照现行有关基本养老保险的规定和实际做法,劳动者达到退休年龄是依法享受基本养老保险的前提,享受基本养老保险基本上可以涵盖达到法定退休年龄的情形。退休制度主要发生在国有企业中,面比较窄,而且现在退休情况比较复杂,有正常退休、提前退休、内退等。同时,不以年龄作为劳动权利行使的终止标准是国际通例。因此本条并没有以退休为劳动合同终止的情形之一。如果劳动者达到了退休年龄但并没有依法享受基本养老保险待遇的,除国家另有规定的外,其劳动合同并不终止。

第三,劳动者死亡,或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪。

民法通则第九条规定,公民自出生时起到死亡时止,具有民事权利能力,依法享有民事权利,承担民事义务。第二十条规定,公民下落不明满二年的,利害关系人可以向人民法院申请宣告他为失踪人。第二十三条规定,公民有下列情形之一的,利害关系人可以向人民法院申请宣告他死亡:(一)下落不明满四年的;(二)因意外事故下落不明,从事故发生之日起满二年的。在民事领域中,公民死亡、被人民法院宣告失踪或者宣告死亡的,将丧失民事权利能力和民事行为能力。在劳动领域中,公民死亡、被人民法院宣告失踪或者宣告死亡的,劳动合同签订一方主体资格消灭,客观上没有提供劳动的可能,之前签订的劳动合同因为缺乏一方主体而归于消灭,属于劳动合同终止的情形之一。

第四,用人单位被依法宣告破产。

企业破产法第一百零七条规定,人民法院依照本法规定宣告债务人破产的,应当自裁定作出之日起五日内送达债务人和管理人,自裁定作出之日起十日内通知已知债权人,并予以公告。第一百二十一条规定,管理人应当自破产程序终结之日起十日内,持人民法院终结破产程序的裁定,向破产人的原登记机关办理注销登记。根据企业破产法的规定,用人单位一旦被依法宣告破产,就进入破产清算程序,用人单位的主体资格即将归于消灭,因此用人单位一旦进入被依法宣告破产的阶段,意味着劳动合同一方主体资格必然消灭,劳动合同归于



终止。

第五，用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散。

公司法第一百八十一条规定，公司因下列原因解散：(一)公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；(二)股东会或者股东大会决议解散；(三)因公司合并或者分立需要解散；(四)依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；(五)人民法院依照本法第一百八十三条的规定予以解散。根据公司法的规定，公司解散是指已经成立的公司，因公司章程或者法定事由出现而停止公司的经营活动，并开始公司的清算，使公司法人资格消灭的法律行为。由于公司解散将会导致公司法人归于消灭，因此公司解散的情况下，劳动合同由于缺乏一方主体，而归于终止。考虑到与后面条文中有关经济补偿规定的衔接，因此本项仅规定用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的，劳动合同终止。

所谓吊销营业执照，是指剥夺被处罚用人单位已经取得的营业执照，使其丧失继续从事生产或者经营的资格。所谓责令关闭，是指行为人违反了法律、行政法规的规定。被行政机关作出了停止生产或者经营的处罚决定，从而停止生产或者经营。所谓被撤销，是指由行政机关撤销有瑕疵的公司登记。用人单位被依法吊销营业执照、责令关闭或者被撤销，已经不能进行生产或者经营，应当解散，以该用人单位为一方的劳动合同终止。所谓用人单位决定提前解散，是指在股东会或者股东大会决议解散，或者公司合并或者分立需要解散，或者持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，请求人民法院解散公司的情形下，用人单位提前于公司章程规定的公司终止时间而解散公司的。

第六，法律、行政法规规定的其他情形

有关劳动终止的情形，除了劳动合同法规定的五种情形外，可有法律、行政法规作出规定。考虑到保持整个劳动合同终止制度的统一性和劳动合同终止并没有地方独特性等到情况，劳动合同法并没有授权地方性法规创设劳动合同终止制度。

相关规定：《中华人民共和国劳动法》第23条；《中华人民共和国民法通则》第9条、第20条、第23条；《中华人民共和国企业破产法》第107条、第121条；《中华人民共和国公司法》第181条。

第四十五条：劳动合同的逾期终止

第四十五条 劳动合同期满，有本法第四十二条规定情形之一的，劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止。但是，本法第四十二条第二项规定丧失或者部分丧失劳动能力劳动者的劳动合同的终止，按照国家有关工伤保险的规定执行。

【解读】本条是关于劳动合同期满不得终止的规定。

劳动合同法第四十二条规定在五种情形下的劳动者，用人单位不得解除劳动合同。如果劳动者有劳动合同法第四十二条规定的五种情形的，劳动合同期满时，用人单位能否终止？本条对此作出了基本否定的回答，要求必须将劳动合同延续至相应情形消失时才能终止。其中从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，劳动合同期满的，必须等到进行了职业健康检查后，劳动合同才能终止。疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间，劳动合同期满的，必须等到排除了职业病、确认了职业病或者医学观察期间结束，劳动合同才能终止。在本单位患职业病，劳动合同期满的，必须等到职业病治愈，劳动合同才能终止，如果职业病不能治愈，劳动合同就不能终止，国家另有规定的除外。患病或者非因工负伤在医疗期内，劳动合同期满的，必须等到医疗期满后才能终止劳动合同。女职工孕期、产期、哺乳期后，劳动合同才可以终止。在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五



年的。如果劳动合同期满，由于这种工作年限的情况不可能消失，因此就不能终止劳动合同。

本条对劳动者患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的情形作了例外规定。在劳动者患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力时，劳动合同何时终止，不以相应情形消失为准，而是按照国家有关工伤保险的规定执行。按照工伤保险条例第三十三条、第三十四条、第三十五条的规定，对于劳动者被鉴定为丧失、大部分丧失、部分丧失劳动能力，劳动合同终止的标准更有不同，具体有如下规定：

第一，劳动者因工致残被鉴定为一级至四级伤残的，即丧失劳动能力的，保留劳动关系，退出工作岗位。换言之，劳动者被鉴定为丧失劳动能力的，无论其劳动能力是否恢复，用人单位都不得终止劳动合同，直至劳动者达到退休年龄并办理退休手续，享受基本养老保险待遇。

第二，劳动者因工致残被鉴定为五级、六级伤残的，即大部分丧失劳动能力的，经工伤职工本人提出，该职工可以与用人单位解除或者终止劳动关系。换言之，劳动者被鉴定为大部分丧失劳动能力的，只要工伤职工本人提出，劳动合同就可以终止，但如果工伤职工本人没有提出，不管其劳动能力是否恢复，劳动合同就不得终止。

第三，职工因工致残被鉴定为七级至十级伤残，即部分丧失劳动能力的，劳动合同期满终止。换言之，劳动者被鉴定为部分丧失劳动能力的，不管其劳动能力是否恢复，劳动合同期满即可终止。

相关规定：《中华人民共和国职业病防治法》第 32 条、第 49 条；《工伤保险条例》第 33 条、第 34 条、第 35 条。

第四十六条：经济补偿

第四十六条 有下列情形之一的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿：

- （一）劳动者依照本法第三十八条规定解除劳动合同的；
- （二）用人单位依照本法第三十六条规定向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的；
- （三）用人单位依照本法第四十条规定解除劳动合同的；
- （四）用人单位依照本法第四十一条第一款规定解除劳动合同的；
- （五）除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情形外，依照本法第四十四条第一项规定终止固定期限劳动合同的；
- （六）依照本法第四十四条第四项、第五项规定终止劳动合同的；
- （七）法律、行政法规规定的其他情形。

【解读】本条是关于支付经济补偿的规定。

一、经济补偿的性质

各方面对劳动合同中经济补偿的性质争议较大。有的认为经济补偿是违约责任，用人单位提前单方解除劳动合同就要承担违约责任，支付经济补偿。因此经济补偿是对用人单位的一种惩罚。有的认为，经济补偿是一种国家要求用人单位承担的社会责任。国家要求用人单位解除或者终止劳动合同时，支付一定经济补偿，以帮助劳动者在失业阶段维持基本生活，不至于生活水平急剧下降。这种社会责任国家承担的多一点，用人单位支付的经济补偿就少一点，国家承担的少一点，用人单位支付的经济补偿就多一点。有的认为，经济补偿是对劳动者以往为用人单位作出贡献的补偿，是对劳动者过去劳动内容和成果的肯定。劳动者对用人单位贡献不完全体现在用人单位支付给劳动者的劳动报酬中，用人单位的经营效益、持续发展能力和资产的积累都有劳动者的贡献。经研究，比较认同对经济补偿性质的第二种观点。



经济补偿是一种企业承担社会责任的主要方式之一，在我国失业保险制度建立健全过程中，经济补偿可以有效缓减失业者的焦虑情绪和生活实际困难，维护社会稳定，形成社会互助的良好社会氛围。经济补偿不同于经济赔偿，不是一种惩罚手段。

另外，经济补偿是国家调节劳动关系的一种经济手段，引导用人单位长期使用劳动者，谨慎行使解除权利和终止权利。劳动法规定，用人单位单方解除劳动合同，依法支付经济补偿。用人单位为了减少成本，避免支付经济补偿，就不会随意解除劳动合同，从而达到稳定劳动关系的目的。劳动合同法基本延续了劳动法关于用人单位单方解除劳动合同支付经济补偿的规定，同时增加规定劳动合同期满，满足一定条件的，用人单位依法支付经济补偿。这一增加规定有利于解决劳动合同短期化的问题。实践中，劳动合同一年一签的情况比较普遍，用人单位为了规避关于解除劳动合同支付经济补偿的规定，通过签订短期劳动合同，待劳动合同终止时，再结束劳动关系。劳动合同法通过规定劳动合同终止，用人单位依法支付经济补偿，可以起到遏制劳动合同短期化趋势，防止用人单位钻法律的空子，按照企业实际需求，签订劳动合同。

二、经济补偿的范围

(一)有本法第三十八条情形的，用人单位支付经济补偿。

用人单位有违法、违约行为的。劳动者可以解除劳动合同，并有权取得经济补偿。较劳动法的规定，本项经济补偿是劳动合同法增加的内容。劳动合同法第三十八条规定，在用人单位有违约、违法行为时，劳动者可以随时或者立即解除劳动合同。用人单位的违约、违法行为有：用人单位未依照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；用人单位未及时足额支付劳动报酬的；用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的；用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；用人单位有劳动合同法第二十六条中欺诈、胁迫或者乘人之危等行为致使劳动合同无效或者部分无效的；法律、行政法规规定的其他情形；用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的；用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的。

(二)双方协商一致解除劳动合同，但是由用人单位提出解除协议的，用人单位支付经济补偿。

用人单位与劳动者可以协商一致解除劳动合同，但由用人单位首先提出解除协议的，应当支付经济补偿。较劳动法的规定，本项经济补偿范围有所缩小。劳动法第二十四条、第二十八条规定，用人单位与劳动者协商一致解除劳动合同的，用人单位应当按照国家有关规定给予经济补偿。在劳动合同法制定过程中，考虑到有的情况下，劳动者主动跳槽，与用人单位协商解除劳动合同，此时劳动者一般不会失业，或者对失业早有准备，如果要求用人单位支付经济补偿不太合理，因此对协商解除情形下，给予经济补偿的条件作了一定限制。

(三)用人单位依照本法第四十条规定解除劳动合同的。

本法第四十条规定，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；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；劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的，用人单位可以在提前三十日通知或者额外支付一个月工资后，解除劳动合同。也就是说，在劳动者有一定不足，用人单位没有过错，且作了一些补救措施，但劳动者仍不符合工作要求的情况下，允许用人单位解除劳动合同，但为平衡双方的权利义务，用人单位须支付经济补偿。本项经济补偿与劳动法的规定一致。

(四)用人单位依照劳动合同法第四十一条第一款规定解除劳动合同的。

本法第四十一条规定的是经济性裁员。经济性裁员中，劳动者没有任何过错，用人单位也是迫于无奈，为了企业的发展蜀和大部分劳动者的权益，解除一部分劳动者的劳动合同。



为平衡双方的权利义务,经济性裁员中,用人单位应当支付经济补偿。本项经济补偿与劳动法的规定一致。-

(五)除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同,劳动者不同意续订的情形外,依照本法第四十四条第一项规定终止固定期限劳动合同的。

根据本项规定,劳动合同期满时,用人单位同意续订劳动合同,且维持或者提高劳动合同约定条件,劳动者不同意续订的,劳动合同终止,用人单位不支付经济补偿;如果用人单位同意续订劳动合同,但降低劳动合同约定条件,劳动者不同意续订的,劳动合同终止,用人单位应当支付经济补偿;如果用人单位同意续订,无论劳动者是否同意续订,劳动合同终止,用人单位应当支付经济补偿。在本法制定过程中,本项规定引起了较大的争议。有的意见认为,劳动合同期满劳动合同自然终止,合同双方当事人的权利义务已经履行完毕,对这种情况劳动者有明确的预期,因此用人单位不应当支付经济补偿。有的意见认为,有些用人单位利用劳动者的青春期,在固定期限劳动合同终止时,不再续订劳动合同,劳动者的年龄和身体对再次求职已有很大影响,此时用人单位给予一定的经济补偿是合理的。有些劳动者在同一用人单位工作较长时间,这些劳动者的劳动合同到期终止不给经济补偿不合情理。为平衡劳动者与用人单位的权利义务,劳动合同法在保留劳动合同期满终止给经济补偿的规定外,也作了一定限制。较劳动法的规定,本项经济补偿是增加的内容。

(六)依照本法第四十四条第四项、第五项规定终止劳动合同的。

本法第四十四条第四项规定,用人单位被依法宣告破产的,劳动合同终止。第四十四条第五项规定,用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的,劳动合同终止。企业破产法第一百一十三条规定,破产清偿顺序中第一项为破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用,所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用,以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金。用人单位因为有违法行为而被吊销营业执照、责令关闭、撤销时,劳动者是无辜的,其权益应该受到保护。劳动合同终止时,用人单位应该支付经济补偿。较劳动法的规定,本项规定是增加的内容。

(七)法律、行政法规规定的其他情形。

有些法律、行政法规中有关于用人单位支付经济补偿的规定。如《国营企业实行劳动合同制度暂行规定》规定,国营企业的老职工在劳动合同期满与企业终止劳动关系后可以领取相当于经济补偿的有关生活补助费。尽管《国营企业实行劳动合同制度暂行规定》于2001年被废止,但2001年之前参加工作的劳动者,在劳动合同终止后,仍可以领取工作之日起至2001年的生活补助费。在本法施行后,劳动者仍可依照国家有关规定领取生活补助费。

相关规定:《中华人民共和国劳动法》第24条、第28条;《中华人民共和国企业破产法》第113条。

第四十七条:经济补偿的计算

第四十七条 经济补偿按劳动者在本单位工作的年限,每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的,按一年计算;不满六个月的,向劳动者支付半个月工资的经济补偿。

劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的,向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付,向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。

本条所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。

【解读】本条是关于如何计算经济补偿的规定。



一、计算经济补偿中的工作年限

劳动者在单位工作的年限，应从劳动者向该用人单位提供劳动之日起计算。如果由于各种原因，用人单位与劳动者未及时签订劳动合同的，不影响工作年限的计算。如果劳动者连续为同一用人单位提供劳动，但先后签订了几份劳动合同的，工作年限应从劳动者提供劳动之日起连续计算。如劳动者甲自2008年在某企业工作，期间劳动合同一年一签，一直工作到2012年。最后一份劳动合同期满后终止，用人单位依法支付经济补偿时，计算的工作年限应从2008年算起，共四年。如果劳动者为同一用人单位提供劳动多年，但间隔了一段时间，也先后签订了几份劳动合同，工作年限原则上应从劳动者提供劳动之日起连续计算，已经支付经济补偿的除外。总之，本条“在本单位工作的年限”的规定，不能理解为连续几个合同的最后一个合同期限。“在本单位工作的年限”原则上应连续计算。当然，随着劳动合同法的实施，用人单位利用短期劳动合同长期用工的现象将会减少，这主要是劳动合同法规定了两个措施，一是连续签订两次固定期限劳动合同的，劳动者可以要求签订无固定期限劳动合同；二是劳动合同期满终止的，用人单位也要依法支付经济补偿。

根据劳动部1996年关于终止或解除劳动合同计发经济补偿金有关问题的请示的复函中规定，对于因用人单位的合并、兼并、合资、单位改变性质、法人改变名称等原因而改变工作单位的，其改制前的工作时间可以计算为“在本单位的工作时间”。

另外，根据本法第九十七条第三款的规定，本法施行之日存续的劳动合同在本法施行后解除或者终止，依照本法第四十六条规定应当支付经济补偿的，经济补偿年限自本法施行之日起计算；本法施行前按照当时有关规定，用人单位应当向劳动者支付经济补偿的，按照当时有关规定执行。

二、计算标准

经济补偿的计算标准为：六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。本法关于经济补偿的计算标准较我国以往的做法，更为细化了。1994年，劳动部颁布了违反和解除劳动合同的经济补偿办法。规定了计算经济补偿时，不满一年发给相当于一个月工资的经济补偿金。工作时间不满一年的，按一年的标准发给经济补偿金。劳动合同法草案也曾规定工作不满一年的，按一年的标准发给经济补偿金。在修改过程中，有的意见提出，为适应生产需求，有些企业每年招用许多季节工和临时工，这些人员一般工作期限较短，只工作几个月，却按一年支付经济补偿，加大了用人单位的负担，建议细化标准。因此，本条将计算标准进一步细化，以六个月为界限，分别支付一个月和半个月工资为经济补偿。如果劳动者工作一年又六个月，经济补偿为二个月的工资；如果劳动者工作一年又五个月的，经济补偿为一个半月的工资；如果劳动者工作五个月的，经济补偿为半个月的工资。

三、计算基数

计算经济补偿时，工作满一年支付一个月工资。关于一个月工资是劳动者本人月工资、本企业的职工月平均工资还是当地月平均工资，在劳动合同法制定过程中进行了讨论和研究，最后规定月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。之所以如此规定，主要有以下考虑：第一，保持制度的延续性，原有规定有不足的，适当进行修改。

《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第十一条规定，本办法中经济补偿金的工资计算标准是指企业正常生产情况下劳动者解除劳动合同前十二个月的月平均工资。用人单位依据本办法第六条、第八条、第九条解除劳动合同时，劳动者的月平均工资低于企业月平均工资的，按企业月平均工资的标准支付。按照该规定，月平均工资在不同的情形下有不同的内容，这样的规定一定程度上有利于保护低收入劳动者的权益，但失之于设计过于复杂，不利于劳动者掌握。同时也与其他国家和地区的做法不同。因此，劳动合同法统一了月平均工资的内容，这样便于操作，一目了然。第二，讲究公平性，平衡劳动合同双方的权利义务。劳动合同法



规定月平均工资为劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资,这样的规定一方面保护了劳动者的合法权益,有的劳动者在用人单位工作年限比较长,最初的工资可能比最后的工资要低得多,考虑到物价等因素,因此劳动合同法规定了以最近十二个月的平均工资为标准。另一方面也考虑到用人单位的实际情况。劳动者的经济补偿应与劳动者本人的工资收入相适应。一般来说,受市场规律的调节,有的工作岗位的工资水平很高,有的工作岗位的工资水平较低。某一个地区,不同企业之间有着很大差别。如果规定以企业职工平均工资或者当地平均工资为标准,将对部分劳动者和用人单位不公。

四、计算封顶

在劳动合同法制定过程中,有的意见认为有些高端劳动者,工资收入较高,谈判能力较强,在劳动关系中并不总处于弱势地位,如果完全适用经济补偿的规定,用人单位负担太重,也体现不出经济补偿的性质和特点,建议劳动合同法作出调整。这种观点有一定的合理性。目前最迫切的问题是如何更好的保护处于弱势地位的低端劳动者的基本劳动权利,对于高端劳动者,可以通过法律强制性规定和市场调节并举的方式,保护其合法劳动权益。但考虑到我国还没有将劳动者区分不同群体,并适用不同法律的先例,在立法技术上也较难处理,因此劳动合同法并没有将高端劳动者排除在保护范围之外,但在经济补偿部分对高端劳动者作了一定限制。即从工作年限和月工资基数两个方面作了限制,规定劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的上年度职工月平均工资的三倍的,用人单位向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付,向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。

另外,为督促用人单位及时支付经济补偿,本法第八十五条规定,解除或者终止劳动合同,未依照本法规定向劳动者支付经济补偿的,由劳动行政部门责令限期支付经济补偿,逾期不支付的,责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金。

相关规定:《中华人民共和国劳动法》第28条。

第四十八条:违法解除或者终止劳动合同的法律后果

第四十八条 用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同,劳动者要求继续履行劳动合同的,用人单位应当继续履行;劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的,用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。

【解读】本条是关于用人单位违法解除或者终止劳动合同法律后果的规定。

所谓“违反本法规定”,是指违反劳动合同法第三十六条、第三十九条、第四十条、第四十一条、第四十二条、第四十四条、第四十五条等规定。具体情形包括不符合法定条件用人单位单方解除的、解除时没有履行法定义务的、不符合法定条件用人单位终止的等。

用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的,首先要保护劳动者的合法劳动权益,使劳动关系“恢复原状”,不能让用人单位从违法行为中获益。同时考虑到实际情况,应尊重劳动者有关是否继续劳动合同的选择。因此,如果劳动者权衡利弊后,要求继续履行劳动合同的,用人单位应当继续履行劳动合同;如果劳动者认为继续履行劳动合同实际困难太大,不要求继续履行劳动合同的,劳动合同可以解除或者终止,同时用人单位应当依法支付赔偿金。关于赔偿金标准,劳动合同法第八十七条规定为经济补偿标准的二倍。

另外,在有的情况下,劳动合同客观上已经不能继续履行了,如原用人单位已经搬迁外地、原工作部门已经被撤销等,此时即使劳动者想继续劳动合同也无法继续,因此,在用人单位支付经济赔偿金后,劳动合同解除或者终止。为防止用人单位从违法解除或者终止中获



益,实践部门应对“劳动合同已经不能继续履行”作限制性解释,不能作宽泛理解。经济补偿与经济赔偿是两个性质不同的概念,用人单位支付经济赔偿不能免除其依法支付经济补偿的法定义务。

第四十九条：社会保险关系跨地区转移接续

第四十九条 国家采取措施,建立健全劳动者社会保险关系跨地区转移接续制度。

【解读】本条是关于社会保险转移的规定。

在劳动合同法制定过程中,有些意见提出,实践中一些用人单位不替劳动者缴纳社会保险的统筹部分,其中原因有的是用人单位利用劳动者不了解国家法律法规的有关规定,逃避责任;有的是劳动者没有缴纳社会保险的积极性,主动要求用人单位将应缴的社会保险费直接发放。这些情形,不利于我国全面建立社会保险制度,不利于劳动者退休后的生活保障。同时,有些用人单位和劳动者为规避缴纳社会保险不签书面劳动合同,劳动合同法对此应作出相应规定。

对于用人单位利用劳动者不了解国家法律法规的有关规定,逃避缴纳社会保险义务的情形,劳动合同法重申了国家建立健全社会保险制度的重大决策,不仅在劳动合同的必备条款中将社会保险列明,而且在本条中作了原则性、倡导性规定,以便劳动者了解国家关于社会保险制度的法律规定,杜绝用人单位钻空子。

对于劳动者没有缴纳社会保险的积极性,主动要求用人单位将应缴的社会保险费直接发放的情形,通过分析原因,主要是因为社会保险制度上的原因造成的。现在社会养老保险分个人账户和社会统筹账户两部分,按照各地方规定,社会统筹账户不得跨省,有的是不得跨市、跨县转移,在劳动者跨地区换工作时。有关用人单位缴纳的社会统筹部分既不能转走,也不能提取,如果劳动者不再在该地区工作的,最终也无法享受社会养老保险待遇,因此有的劳动者没有缴纳社会保险的积极性。这种情形,党和国家都非常重视,2007年政府工作报告中就讲到:继续完善企业职工基本养老保险制度,推进做实个人账户扩大试点工作。抓紧研究制定社会保险关系跨地区转移接续办法。

社会保险制度与劳动合同制度有着非常密切的关系,要求劳动合同法规范社会保险制度的社会呼声也比较高,因此劳动合同法应对社会保险制度所规定,但考虑到社会保险制度比较复杂,需要国家统筹安排,应由社会保险法作出具体规定,因此本法只作原则性规定。

相关规定:《中华人民共和国劳动法》第70条、第73条。

第五十条：劳动合同解除或者终止后双方的义务

第五十条 用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明,并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。

劳动者应当按照双方约定,办理工作交接。用人单位依照本法有关规定应当向劳动者支付经济补偿的,在办结工作交接时支付。

用人单位对已经解除或者终止的劳动合同的文本,至少保存二年备查。

【解读】本条是关于劳动合同解除或者终止后双方义务的规定。

一、用人单位有出具解除或者终止劳动合同证明的义务

根据劳动合同法及有关法律、法规的规定,依法解除或者终止劳动合同时,用人单位都必须履行出具解除或者终止劳动合同证明的义务,这包括用人单位依法解除劳动合同、劳动



者依法解除劳动合同、用人单位和劳动者依法终止劳动合同、用人单位违法解除或者终止劳动合同后依法责令用人单位解除或者终止劳动合同等情形。用人单位出具证明的时间是：在依法解除或者终止劳动合同的同时。规定用人单位有出具解除或者终止劳动合同证明的义务，主要是考虑便于劳动者办理失业登记。1999年国务院颁布的失业保险条例第十六条规定，城镇企业事业单位职工失业后，应当持本单位为其出具的终止或者解除劳动关系的证明，及时到指定的社会保险经办机构办理失业登记。根据失业保险条例的规定，用人单位出具的终止或者解除劳动关系证明是进行失业登记的必备条件，因此劳动合同法不仅将失业保险条例中城镇企业事业单位应当及时为失业人员出具终止或者解除劳动合同的证明的义务，上升为法律义务而且还规定了法律责任。在第八十九条中规定，用人单位违反本法规定未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损失的，用人单位应当承担赔偿责任。

二、用人单位有在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续的义务

在实践中，用人单位扣留劳动者档案，不明确告知劳动者社会保险缴纳情况比较普遍，因此劳动合同法作了专门规定。首先是规定用人单位为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续是用人单位的法定义务，用人单位必须依法履行。其次为有关手续办理规定了时间限制，必须在依法解除或者终止劳动合同之日起十五日内办理完毕。本法第八十四条第三款规定，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，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，按每一名劳动者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，用人单位应当承担赔偿责任。如果劳动者不提供档案转移去向的，用人单位应当自劳动者离职一个月内，按照国家有关规定将其档案转移至劳动者户口所在地有关部门。

劳动合同法草案曾规定：用人单位在三十日内履行上述义务。在修改过程中，考虑到解除或者终止劳动合同后，劳动者还要等上三十天才能办好档案和社会保险手续，这对异地就业的劳动者而言，成本过高。同时也考虑到办理有关手续有个过程，需要一定的时间，因此改为了十五日。值得一提的是，这里的“日”不是指工作日，但最后一天是节假日的，按有关规定顺延至下一工作日。

三、劳动者有按照双方约定，遵循诚实信用的原则办理工作交接的义务

劳动者在劳动合同解除或者终止时，不能一走了之，还必须履行相应的法律义务，即按照双方约定，遵循诚实信用的原则办理工作交接的义务。之所以规定劳动者有办理工作交接的义务，主要是考虑到用人单位的实际情况，为了保持用人单位相关工作的有序、顺利进行，不至于因为劳动者换人后有关工作前后衔接不上，影响正常的生产经营。工作交接主要包括公司财产物品的返还、资料的交接等。

四、用人单位有在办理交接手续时向劳动者支付经济补偿的义务

在劳动者办理交接手续的同时，用人单位应当及时支付经济补偿。劳动部《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第二条规定，对劳动者的经济补偿金，由用人单位一次性发给。如果用人单位不及时发给经济补偿的，劳动合同法第八十五条规定了法律责任：解除或者终止劳动合同，未依照本法规定向劳动者支付经济补偿的，由劳动行政部门责令限期支付经济补偿；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金。

五、用人单位有对已经解除或者终止的劳动合同文本至少保存二年备查的义务

实践中，发生在劳动合同解除或者终止之后的一些劳动争议，往往因为时过境迁，劳动合同文本灭失，导致劳动合同的约定内容无从查证。法院难以判明事实，有时对劳动者极其不利。有时劳动行政部门需要全面掌握用人单位的有关情况，需要了解以往一些劳动合同的内容。考虑到劳动合同文本是记载劳动合同双方权利义务的基本文件，用人单位有保留相关



档案的义务，为便于解决纠纷和劳动监督检查，因此劳动合同法规定了用人单位有对已经解除或者终止的劳动合同文本至少保存二年备查的义务。

第五章 特别规定

第五十一条：集体合同的订立和内容

第五十一条 企业职工一方与用人单位通过平等协商，可以就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项订立集体合同。集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论通过。

集体合同由工会代表企业职工一方与用人单位订立；尚未建立工会的用人单位，由上级工会指导劳动者推举的代表与用人单位订立。

【解读】本条是关于集体合同定义、制定程序以及签订主体的规定。

集体合同，又称团体协约、集体协议、团体协议、团体契约等，是集体协商双方代表根据法律、法规的规定就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项在平等协商一致基础上签订的书面协议。内容可以包括：有关工资制度和奖励制度的问题；有关加强劳动保护、改善安全卫生状况的问题，确定如何使用劳动保护安全生产基金以及劳动保护的具体措施与计划；有关劳动纪律的问题，制定本企业的厂规，确定对违反劳动纪律的职工给予处分的措施和制度；有关职工技术培训的各种制度，举办技术培训班、技工学校等促进职工不断提高业务、技术水平的措施；有关提高职工生活水平和举办集体福利事业的措施，以及实施社会保险的办法。

集体合同有以下特征：第一，集体合同是最低标准合同。集体合同是就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项的最低标准和企业达成的协议，企业和职工个签订的劳动合同所定的各种待遇不得低于集体合同的标准。第二，集体合同规定企业承担的义务都具有法律性质，企业不履行义务，就要承担相应的法律责任。第三，集体合同是要式合同。集体合同要以书面形式签订，并经主管机关登记备案，才具有法律效力。

集体合同是劳动关系双方通过平等协商，相互了解、相互理解、相互谅解，利益共享、风险共担，灵活有效调节劳动关系的机制。协商的过程就是说明、说理、说服和妥协的过程。劳动法调整劳动关系的主要手段是，在规定法定最低劳动标准条件的基础上，构建和谐而稳定、合法又合理的劳动关系。这主要是依靠集体合同制度进行调整，劳动关系和谐稳定的前提是劳动关系合理，合理了就稳定了，不合理就不稳定。在这个基础上，给予劳动关系双方契约自由，建立劳动关系主要通过劳动合同来实现和规范。劳动关系又是生动括泼、经常变化的，这就需要进行不断的协商调整，而劳动关系建立以后的和谐稳定问题，寻找双方利益分配的最佳契合点，恰恰就是集体合同制度的功能。可以简单地说，劳动合同是建立劳动关系的，集体合同是调整劳动关系的。

和谐稳定的劳动关系，可以促进企业发展生产，改善职工的生活福利条件。这不仅使企业和劳动者双方建立起相互依靠、相互配合的密切关系，也促使双方自觉地在平等基础上相互监督、相互制约。职工明确了企业的生产计划，可以努力完成或超额完成生产任务，促进企业生产的发展。企业生产发展了，职工的生活福利待遇也可以得到改善。集体合同体现了国家利益、集体利益和个人利益的结合，解决了生产与生活矛盾。集体合同制度是市场经济条件下协调市场化、契约化的劳动关系的重要法律制度，是维护劳动者合法权益的重要机制，集体合同制度已经成为市场经济国家协调劳动关系中普遍采用的一种法律机制和制度。



集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论通过。要体现职工在集体合同订立过程中的决定权。通常程序是：(1)深入进行调查研究，广泛征求各方面的意见和要求，提出集体合同的初步草案。(2)组织全体职工充分考虑讨论集体合同草案。集体合同草案制定出来以后，应组织全体职工或在职工代表大会上对集体合同草案进行讨论、修改和补充，使集体合同充分反映企业行政和广大职工的意见和要求。(3)修改并正式通过集体合同。根据全体职工的意见，对集体合同草案进行修改，并提交职工代表大会或者全体职工通过。(4)签字、备案。集体合同正式通过后由企业法定代表人与企业工会主席签字，并报送劳动行政部门。集体合同生效后，应向全体职工公布。集体合同草案经审议未获得通过的，由双方重新协商，进行修改。集体合同由工会代表企业职工一方与用人单位订立；尚未建立工会的用人单位，由上级工会指导劳动者推举的代表与用人单位订立。依照法律规定，工会代表职工与企业协商签订集体合同。工会代表职工签订集体合同，涉及全体职工的切身利益，因此，工会应当就草案的产生过程、主要劳动标准条件的确定依据及各自承担的主要义务向职工作出说明。集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论通过。这是法定的程序，也有利于生效后集体合同的监督执行。

协商签订集体合同是一项复杂和艰巨的工作，需要上级工会加强指导和帮助，包括法律知识、政策精神、谈判技巧、争议协调等诸多方面。这是上级工会法定的责任和义务。

订立集体合同必须遵循以下原则：(1)遵守国家法律、法规和政策的原则。订立集体合同，必须遵守国家的法律、法规，在合同的内容、形式、订立程序方面都要符合国家法律、法规的规定；(2)坚持平等自愿、协商一致的原则，只有这样，集体合同才能既得到国家法律的保护，又能得到双方当事人的切实履行；(3)结合实际原则，订立集体合同必须结合本单位的实际情况兼顾国家、企业、职工个人三方利益，只有这样，才能制定出切实可行的集体合同。

相关规定：《中华人民共和国劳动法》第33条。

第五十二条：专项集体合同

第五十二条 企业职工一方与用人单位可以订立劳动安全卫生、女职工权益保护、工资调整机制等专项集体合同。

【解读】本条是关于劳动安全卫生、女职工权益保护、工资调整机制等专项集体合同的规定。

劳动法规定，劳动者享有取得劳动报酬的权利、休息休假的权利、获得劳动安全卫生保护的权利、接受职业技能培训的权利、享受社会保险和福利的权利、提请劳动争议处理的权利以及法律规定的其他劳动权利。企业职工一方与用人单位订立劳动安全卫生、女职工权益保护、工资调整机制等关系劳动者切身利益事项的专项集体合同，正是为了维护自己的合法权益、提高劳动者的待遇。

关于工资调整机制，工资是核心条款，劳动法规定：(1)国家实行最低工资保障制度，用人单位支付劳动者的工资不得低于当地最低工资标准。(2)工资水平在经济发展的基础上逐步提高，并随着社会经济发展水平给劳动者增加工资。现在，许多企业职工工资往往都是企业领导和老板定的，这些企业领导和老板随心所欲地发工资，对提意见要求加薪的人就克扣、少发、停发甚至拖欠延时发工资。许多职工敢怒不敢言，他们不敢向企业领导和老板要求加薪，怕这些企业领导和老板打击欺压，怕这些企业领导和老板以工作不能胜任等种种借口让其下岗。

一些劳动者不能共享社会经济发展的成果。与经济调整增长形成强烈对比的是，一些劳动者的收入不仅没有随着经济增长而提高，相反却有所下降。而形成此种收入格局的重要因素是劳资双方追求自己利益的能力高度失衡。



我国劳动关系领域中出现的矛盾本质在于劳动者与用人单位的力量和地位相差悬殊,仅依靠双方自主调整只能使情况进一步恶化,因此,急需多层次的法律调整机制即宏观、中观和微观机制予以规范和协调。集体合同制度无疑成为协调劳动关系至关重要的法律制度。企业职工一方与用人单位通过工资集体协商、集体谈判机制,订立工资调整机制专项集体合同,能够有效地保障劳动者的合法权益。

关于女职工权益保护,劳动法对女职工和未成年工特殊保护设专节规定:(1)禁止安排女职工从事矿山井下、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他禁忌从事的劳动。(2)不得安排女职工在经期从事高处、低温、冷水作业和国家规定的第三级体力劳动强度的劳动。(3)不得安排女职工在怀孕期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和孕期禁忌从事的劳动。对怀孕七个月以上的女职工,不得安排其延长工作时间和夜班劳动。(4)女职工生育享受不少于九十天的产假。不得安排女职工意哺乳未满一周岁的婴儿期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和哺乳期禁忌从事的其他劳动,不得安排其延长工作时间和夜班劳动。

在通过专项集体合同保护女职工合法权益方面,一些地方已经有所作为。辽宁省已经正式发布《女职工特殊权益专项集体合同暂行办法》,规定企业必须与女职工签订女职工特殊权益专项集体合同。女职工代表与企业代表就女职工特殊权益保护事项进行平等协商,在协商一致的基础上,签订女职工特殊权益专项集体合同。已经签订集体合同的,女职工特殊权益集体合同作为集体合同的附件,与集体合同具有同等效力。特殊权益专项集体合同一生效,就必须向企业女职工公布。女职工特殊权益集体合同中规定,女职工在经期、孕期、产期、哺乳期期间公平享受工作安排、工资、福利待遇,男女职工同工同酬,男女公平竞聘上岗等权益。进城务工人员享有同等权益。辽宁省有270万女职工,其中一部分人常年工作在尘毒、射线等工作岗位,女职工劳动权益包括“四期”特殊权益都缺乏有效保护,尤其是一些农村“打工妹”,基本权益更是难以保障。一些地方的劳动关系不和谐,其中女职工的权益不能得到有效保障是一个突出的问题。

关于劳动安全卫生,劳动法关于劳动安全卫生设专节规定:(1)用人单位必须建立、健全劳动安全卫生制度,严格执行国家劳动安全卫生规程和标准,对劳动者进行劳动安全教育,防止劳动过程中的事故,减少职业危害。(2)劳动安全卫生设施必须符合规定的标准。新建、改建、扩建工程的劳动安全卫生设施必须与主体工程同时设计、同时施工、同时投入生产和使用。(3)用人单位必须为劳动者提供符合国家规定的劳动安全卫生条件和必要的劳动防护用品,对从事有职业危害作业的劳动者应当定期进行健康检查。(4)从事特种作业的劳动者必须经过专门培训并取得特种作业资格。在这个法定的也是最低标准的基础上,企业职工一方与用人单位可以订立劳动安全卫生专项集体合同。

在调整劳动关系的几个层面的制度设计上,中观层次,也就是集体合同制度,是劳动关系的自我协调层次,应该在劳动关系调整中发挥主要作用,但我国现状是集体协商和集体合同还未能形成机制,自我协调的作用得不到发挥。目前,按照全国总工会的统计,有效集体合同在70万份以上,经过劳动和社会保障部门审核的集体合同也超过55万份,劳动法规定,因签订集体合同发生争议,当事人协商解决不成的,当地人民政府劳动行政部门可以组织有关各方协调处理。但几乎没有集体协商或集体合同履行中的争议案件,更没有集体协商过程中的争议案件,从某个侧面说明还不存在真正意义上的协商和调整,还没有形成有效机制。

第五十三条：行政性集体合同、区域性集体合同

第五十三条 在县级以上区域内,建筑业、采矿业、餐饮服务业等行业可以由工会与企业方面代表订立行业性集体合同,或者订立区域性集体合同。



【解读】本条是关于建筑业、采矿业、餐饮服务业等行业订立行业性集体合同的规定。

集体合同与劳动合同有着明显的区别，主要表现在：1. 合同的主体不同。集体合同的一方当事人是企业行政方面，另一方必须是职工自愿结合而成并具有法人资格的工会；劳动合同的一方当事人是企业行政方面，而另一方当事人是劳动者个人。2. 合同的内容不同。集体合同规定的是劳动者集体劳动的劳动条件、工作时间、劳动报酬、福利待遇等。明确的有关企业的整体性措施；劳动合同则仅限于规定劳动者个人和企业之间的权利义务。3. 适用范围不同。集体合同适用于企业的全体职工，即一份集体合同适用于企业的每一名职工；劳动合同则只适用于劳动者个人，对企业其他劳动者没有约束力。4. 法律效力不同。集体合同的法律效力高于劳动合同的法律效力，它是企业订立劳动合同的重要依据，劳动者个人与企业订立的劳动合同的条款的标准不得低于集体合同的规定，两者出现不一致时，应以集体合同规定的条款为准。

集体合同又可以是多层次的，包括全国性、行业性、地域性、专项性及个别企业的集体合同。我国目前集体合同的规定及实践主要集中在企业层面上。对于区域和行业、产业层面的集体合同没有明确规定。企业的集体合同要有，但是由于企业工会与企业存在的难以割舍的依赖关系，一些企业层面上的集体合同难免流于形式。行业性的集体合同应当更为重要，这样可以加强劳强劳动者一方的力量，因为双方的力量是明显不对等的。

考虑到建筑业、采矿业、餐饮服务业这三个行业在用工上问题比较多，通过单个劳动合同、企业集体合同很难解决问题。因此本条规定，建筑业、采矿业、餐饮业可以订立行业性集体合同。例如在制定建筑业行业性集体合同时，针对建筑业是高危行业，可以把职工保险等难点问题纳入集体合同文本中。

考虑到地区间的差别，特别是工资待遇差别比较大，所以行业性集体合同的层级又不能太高，规定在县级以下区域内，建筑业、采矿业、餐饮服务业等行业可以由工会组织与企业方面代表订立行业性集体合同。在1993年之前，意大利只有国家一级的集体合同。国家一级的集体合同主要是约定最低工资水平，保证劳动者收入的实际购买力，而企业一级的集体合同是根据企业的经营状况，约定相应的工资水平，提高劳动者收入的实际购买力。集体合同的有效期为四年，其中有关工资报酬标准每两年根据通货膨胀率进行调整。一般只有大中型企业才有企业一级的集体合同，意大利有30%的企业订立了企业一级集体合同，但企业一级的集体合同涉及到了70%的劳动者。鉴于企业之间千差万别，因此有人提议取消国家级的集体合同，只保留企业一级的集体合同。

涉及本行业全体职工的切身利益，行业性、区域性集体合同对当地本行业、本区域的用人单位和劳动者具有约束力。

第五十四条：集体合同的报送和生效

第五十四条 集体合同订立后，应当报送劳动行政部门；劳动行政部门自收到集体合同文本之日起十五日内未提出异议的，集体合同即行生效。

依法订立的集体合同对用人单位和劳动者具有约束力。行业性、区域性集体合同对当地本行业、本区域的用人单位和劳动者具有约束力。

【解读】本条是关于集体合同生效条件和效力范围的规定。

劳动合同法和集体合同制度，是调整劳动关系最基础、最核心的法律制度。在市场经济条件下，劳动关系主要通过劳动者与用人单位订立劳动合同来建立。由于劳动者个人相对于企业而言总是处于弱势地位，在劳动合同中容易出现一些对劳动者不利的条款，这就需要通过集体合同来矫正，以提高企业的整体劳动条件和职工的工资福利待遇。鉴于集体合同制度在调整劳动关系方面的特殊地位，法律通常规定了更加严格的订立程序和赋予其更高的法律



地位。

集体合同订立后应当报送劳动行政部门，这是法定程序，也是集体合同生效条件。劳动行政部门有审查集体合同内容是否合法的责任，如果发现集体合同内容有违法、失实等情况，不予登记或暂缓登记，发回企业对集体合同进行修正。

如果劳动行政部门在收到集体合同文本之日起十五日内，没有提出意见，集体合同即发生法律效力，企业行政、工会组织和职工个人均应切实履行。

职工授权工会与企业一方签订的集体合同一经生效，对用人单位和本企业的全体劳动者具有约束力。如果是行业性集体合同，对于集体合同所涉及的同一行业的全体职工、所有企业都具有约束力。集体合同双方当事人必须全面履行集体合同规定的义务，任何一方都不得擅自变更或解除集体合同。如果集体合同的当事人违反集体合同规定，就要承担相应的法律责任。企业劳动者个人与企业订立的劳动合同中有关劳动条件和劳动报酬等标准不得低于集体合同规定，否则，以集体合同为准。

集体合同一般规定有效期，期限届满，其效力终止。在德国，劳资协议的有效期一般为两年。

相关规定：《中华人民共和国劳动法》第 34 条、第 35 条。

第五十五条：集体合同中劳动报酬和劳动条件等标准

第五十五条 集体合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于当地人民政府规定的最低标准；用人单位与劳动者订立的劳动合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于集体合同规定的标准。

【解读】本条是关于劳动条件和劳动报酬等法定标准、劳动合同标准、集体合同标准三者效力关系的规定。

集体合同中劳动条件和劳动报酬等标准应当不低于当地人民政府规定的最低标准。集体合同是指职工代表与企业经营者或者双方代表组织就有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、职工福利与保险等事项，经平等协商达成的协议。集体合同对劳动者和用人单位都有着重要意义。一般来说，法律中有关劳动合同的规定为最低限度的规定，合同双方均不得违背，比如劳动法关于工作时间和休息休假规定：(1)国家实行劳动者每日工作时间不超过八小时、平均每周工作时间不超过四十小时的工时制度。(2)用人单位应当保证劳动者每周至少休息一日。(3)用人单位在下列节日期间应当依法安排劳动者休假：元旦、春节、国际劳动节、国庆节、法律、法规规定的其他休假节日。(4)国家实行带薪年休假制度。劳动者连续工作一年以上的，享受带薪年休假。这是关于工作时间和休息休假最低限度的规定。集体合同是在法定最低条件的基础上，就劳动事项作进一步的约定，该约定是特定领域中的所有劳动合同的最低标准。由于签订集体合同的一方当事人为工会和职工代表，相对于单个劳动者而言无论是谈判能力还是谈判实力都有极大的提高，因此集体合同一般都要比法定条件更有利于劳动者。用人单位则可以通过集体合同来维持正常的用工秩序。

如果工会和企业就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项达成协议，签订了集体合同，那么企业今后和任何一个本企业、本行业职工个体签订劳动合同的时候劳动条件和福利待遇等均不能低于集体合同。劳动法第三十五条中规定：“职工个人与企业订立的劳动合同中劳动条件和劳动报酬等标准不得低于集体合同的规定。”

为防止企业规避签订劳动合同，规定凡是涉及事实劳动关系的，发生劳动争议处理时，劳动者劳动条件和劳动报酬等标准不得低于集体合同的标准。

相关规定：《中华人民共和国劳动法》第 35 条。



第五十六条：集体合同纠纷和法律救济

第五十六条 用人单位违反集体合同，侵犯职工劳动权益的，工会可以依法要求用人单位承担责任；因履行集体合同发生争议，经协商解决不成的，工会可以依法申请仲裁、提起诉讼。

【解读】本条是关于工会在集体合同履行过程中和因履行集体合同发生争议对职责的规定。

工会法第二十条第四款规定：“企业违反集体合同，侵犯职工劳动权益的，工会可以依法要求企业承担责任；因履行集体合同发生争议，经协商解决不成的，工会可以向劳动争议仲裁机构提请仲裁，仲裁机构不予受理或者对仲裁裁决不服的，可以向人民法院提起诉讼。”工会对集体合同实施履行监督责任。集体合同生效后，当事人必须严格地履行集体合同规定，任何一方都不得随意变更、解除。工会组织应当负有监督和督促企业及时、全面履行集体合同的责任，维护职工的合法权益。当发现企业违反集体合同规定，侵犯了职工的合法权益时，工会可以也应当进行交涉，责成违约企业履行集体合同规定的义务并承担违约责任。

因履行集体合同发生争议的，工会有权利也有义务按照劳动争议的处理程序申请仲裁，直至向法院起诉。

劳动争议处理的程序是：先协商，这体现了劳动争议处理特殊性，也有利于建立和谐的劳动关系；经协商解决不成的，劳动争议仲裁委员会仲裁；人民法院裁决、判决。由于因履行集体合同发生的争议本身就发生在用人单位与全体职工间，所以当事人协商解决不成的，也无需再由用人单位内部的劳动争议调解委员会调解，而是直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁；对仲裁裁决不服时，可以自收到仲裁裁决之日起15日内向人民法院起诉。人民法院将依照民事诉讼法所规定的普通程序处理。工会法规定，仲裁机构不予受理的，工会可以向法院起诉。

如果企业不履行集体合同规定的义务，有关人员应负责任，根据情况对直接责任人员予以批评、教育或者给予一定的纪律处分。如果企业因不履行集体合同的规定而侵犯了劳动者的物质利益时，企业负有经济赔偿的责任。如果企业行政管理人员故意违反集体合同，并造成严重后果的，应根据我国刑法的有关规定，追究其刑事责任。

相关规定：《中华人民共和国工会法》第20条。

第五十七条：劳务派遣单位的设立

第五十七条 劳务派遣单位应当依照公司法的有关规定设立，注册资本不得少于五十万元。

【解读】本条是关于劳务派遣企业的设立的规定。

立法背景

劳务派遣，在人力资源界一般称之为人力派遣或租赁，在德国、日本以及我国台湾地区等国家和地区的劳动法学界一般称之为劳动派遣。其通常是指，劳动力派遣机构与派遣劳工签订派遣契约，在得到派遣劳工同意后，使其在被派企业指挥监督下提供劳动。劳务派遣的最大特点是劳动力雇佣与劳动力使用相分离，派遣劳动者不与被派企业签订劳动合同，发生劳动关系，而是与派遣机构存在劳动关系，但却被派遣至要派企业劳动，形成“有关系没劳动，有劳动没关系”的特殊形态。

劳务派遣近年来在我国迅速发展，劳务派遣用工形式非常普遍，使用劳务派遣的原因有多种：第一、降低成本，包括人力资源管理成本、税收成本、解约成本等。企业使用劳务派遣工，除了给工资和社保外，只要给劳务派遣单位一定数量的管理费。使用劳务派遣工还可



以使企业少交企业所得税。使用劳务派遣工，企业就没有解除劳动合同给付经济补偿金的风险。第二、有些企业的业务季节性很强，使用劳务派遣工能很好的解决短期用工的需求，否则将会导致严重加班行为。第三、国有企业都有减员增效的指标，没有劳动力计划，但正常的业务需要人去做，因此营业窗口、分拣、投递等岗位都使用劳务派遣工。第四、当地政策规定，企业不能自己招用保安，保安必须都是由当地保安公司派遣。第五、企业的理念是集中精力进行专业化生产，其他辅助性的工作，如食堂、绿化、手工包装等不是企业的强项，这些辅助性业务进行外包或者使用劳务派遣工效率更高。第六、有的企业只能从事生产，自己不能从事销售业务，因此只能使用劳务派遣工从事销售业务。这种情况下的劳务派遣工并不处于弱势地位，有的工资待遇要高于企业的正式员工。

劳务派遣一方面一定程序地解决了就业，另一方面也带来很多问题，特别是在劳动者权益保护方面的问题尤为突出。根据调查。各方面反映劳务派遣中主要有以下几个问题需要规范：第一、劳务派遣公司随意克扣劳务派遣工工资。有的企业反映，企业按每名保安每月一千四百元标准给工资，但保安实际拿到的工资只有八、九百元，其中的差价给劳务派遣公司拿走了。对此，有些接受单位采取了相应的对策，明确约定劳务派遣单位只收取管理费用，不能克扣劳务派遣工的工资。设立专门的工人工资账户，该账户只能发工资，不能提现，且只有劳务派遣单位和接受单位同时签字才能使用该账户。第二、劳务派遣工同工不同酬问题。有些企业中正式工与劳务派遣工从事同样工作，如加油、从事窗口业务，工资要差一倍。有的反映，在国有企业或者国有企业改制企业中，劳务派遣工与正式工很难做到同工同酬，原因在于正式工不愿意降低工资待遇。第三、劳务派遣工得不到正常晋升和工资增长问题。由于劳务派遣工不是接受单位的正式员工，因此得不到正常的晋升和工资增长，这导致了劳务派遣工与正式工同时进单位，几年下来工资待遇差距很大。建议法律作出相应规定。第四、为降低成本，滥用劳务派遣问题。有的企业正式员工 400 人，劳务派遣工却有 3000 人。除了管理人员是正式职工之外，其他职位如话务员、形象代表、柜台人员都用年轻的劳务派遣工。劳务派遣不能成为常态的用工形式，国外劳务派遣只适用临时性、季节性的工作，因此建议限制劳务派遣的适用岗位，明确规定长期性岗位不能使用劳务派遣。第五、工伤等责任不明确问题。实践中，有的劳务派遣工受到了工伤，工伤赔偿责任是由劳务派遣单位承担，还是由接受单位承担规定不明确，容易造成相互推诿责任，建议法律规定连带责任，如果由于生产安全措施不到位的原因造成工伤的，由接受单位承担责任，如果接受单位没有过错的，由劳务派遣单位承担责任。

我国现行的法律法规中很难找到有关劳务派遣方面的规定。只是散见于一些地方管理部门为解决管理问题制定了一些规定，如北京市劳动保障局于 1999 年印发了《北京市劳务派遣组织管理暂行办法》，对下岗职工通过劳务派遣形式实现再就业提供优惠扶持的政策。这些规定不仅数量少，层次低，就内容来说，只涉及部分人群，如下岗职工、技术人员的规定，对劳务派遣涉及的其他重要内容则没有规定。可以说，劳务派遣在我国法律中基本上处于空白的状态。这导致由劳务派遣引发的关系及争议无法规范和处理，劳务派遣已在很大程度上成为用人单位降低用工成本、侵犯劳动者权益的手段。

由于目前有关劳务派遣的法律法规严重欠缺，不同地区劳动部门及企业对劳务派遣的认识很不一致，有关劳务派遣单位的设立做法不同。如浙江省绍兴市的劳务派遣单位都有着强烈的政府色彩，全市有八家劳务派遣单位，其中市区两家，六个区县各一家。市区的两家劳务派遣单位分别是绍兴市劳动保障事务代理中心，为市就业局下属集体企业，另一家是人事局下属的人才中心管理的代理中心。各区县的劳务派遣企业均为劳动保障部门归口管理。江苏省南通市劳动局劳务公司为南通市劳动局的下属企业，原来主要是将南通籍的劳务派遣工派到上海市的企业中，现在主要派遣来自其他地方的劳务派遣工。在南通市，除了该劳务公司外，劳动保障部门还批了三十五家劳务派遣单位。上海市的劳务派遣单位和从事劳务派遣



的单位都是市场主体，与劳动保障部门之间没有隶属关系。基于上述的认识和现状，对劳务派遣进行法律规制已成为当务之急。本法用了一节对劳务派遣作了特别规定。

根据本条的规定，劳务派遣单位的设立必须符合公司法设立公司的全部规定，并明确规定注册资金不得少于五十万，且资金应当一次全额到位。有的同志建议，对设立劳务派遣公司应当实行行政许可制度，并提出，国外对劳务派遣公司的设立也大都实行行政许可制度。从目前我国的情况看，行政管理体制正在改革，减少行政许可是行政管理体制改革的一项基本内容，行政许可法对设立行政许可也规定了基本的原则。对劳务派遣公司的设立实行行政许可并不能解决劳务派遣中存在的问题，劳务派遣这种形式就有可能产生对劳动者保护缺位的问题，法律应主要是解决劳务派遣中三方关系的问题，设立前置许可对于规范劳务派遣治标不治本，实践中劳动保障部门也难以对其展开有效的监管，同时又会引发其他的问题。因此本法没有规定对劳务派遣公司的设立实行行政许可制度。以后，地方和有关部门的规定中，不得规定对劳务派遣公司的设立实行行政许可制度。

第五十八条：劳务派遣单位、用工单位及劳动者的权利义务

第五十八条 劳务派遣单位是本法所称用人单位，应当履行用人单位对劳动者的义务。劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同，除应当载明本法第十七条规定的事项外，还应当载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况。

劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立二年以上的固定期限劳动合同，按月支付劳动报酬；被派遣劳动者在无工作期间，劳务派遣单位应当按照所在地人民政府规定的最低工资标准，向其按月支付报酬。

【解读】本条规定了劳务派遣的劳动合同基本内容。

本条主要有三个方面的内容：

第一，劳务派遣单位是本法所称用人单位，应当履行用人单位对劳动者的义务。这一规定，明确了劳务派遣单位与劳动者形成本法规定的正式劳动关系。这些权利义务在本法已经有明确的规定。如派遣单位承担依法招用劳动者、签订劳动合同以及解除劳动合同时支付经济补偿金、支付工资、参加社会保险并依法缴费等义务；用人单位应允许劳动者参加或组织工会等义务，并对派遣单位承担的解除劳动合同时支付经济补偿金、支付工资、参加社会保险并依法缴费等义务承担连带责任。

第二，劳务派遣单位与被派遣劳动者订立书面劳动合同。这一规定也就是再次明确了劳务派遣单位与劳动者之间形成劳动关系，劳动合同除了要有一般劳动合同的必备条款外，还要明确约定被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况。

第三，劳务派遣单位与被派遣劳动者至少要订立二年以上的固定期限的劳动合同。劳动合同的期限本应当是由劳动合同双方约定。可以是固定期限的劳动合同，也可以是无固定期限的劳动合同，还可以是以完成一定工作为期限的劳动合同。就固定期限的劳动合同，也是双方约定期限。但是本法就劳务派遣中的劳动合同的期限作出了法定期限，即不得少于二年，可以多于二年。

本条在适用中，劳务派遣单位一定要与劳动者签订二年以上的劳动合同，合同条款除应具备劳动合同的一般必备条款外，还应当有用工期限、工作岗位等内容。劳动者在订立劳动合同的二年内如果有一段时间没有用工单位接受其服务，用人单位至少也要按最低工资标准支付劳动者工资。



第五十九条：劳务派遣协议

第五十九条 劳务派遣单位派遣劳动者应当与接受以劳务派遣形式用工的单位（以下称用工单位）订立劳务派遣协议。劳务派遣协议应当约定派遣岗位和人员数量、派遣期限、劳动报酬和社会保险费的数额与支付方式以及违反协议的责任。

用工单位应当根据工作岗位的实际需要与劳务派遣单位确定派遣期限，不得将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议。

【解读】本条是关于劳务派遣协议的规定。

本条第一款规定，劳务派遣单位派遣劳动者应当与用工单位订立劳务派遣协议，此协议性质上应当属于民事合同。在该劳务派遣协议中，应当明确派遣岗位和人员数量、派遣期限、劳动报酬和社会保险费的数额与支付方式以及违反协议的责任等内容。这里，派遣岗位是指被派遣劳动者在用工单位中将被安排的工作性质、职位；派遣期限是指被派遣劳动者依派遣单位的派遣受用工单位指挥、管理的时间。在劳务派遣协议中明确劳动报酬和社会保险费的数额与支付方式以及违反协议的责任等内容，将有利于明确派遣单位与接受以劳务派遣形式用工的单位（即用工单位）的权利义务，从而避免发生争议时派遣单位与用工单位互相推诿现象的出现，有利于劳动者合法劳动权益的保护，也有利于和谐、稳定劳动关系的构建和发展。

用工单位应当根据工作岗位的实际需要与劳务派遣单位确定派遣期限，不得将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议。在订立劳务派遣协议时，用工单位与劳务派遣单位应当遵循实际需要的原则来确定派遣期限。此外，将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议是不允许的。分割订立数个短期劳务派遣协议往往成为相关单位实践中躲避社会保险、正常的工资调整等的手段，这对劳动者合法劳动权益是一种侵害，对其进行禁止，有利于保护劳动者合法劳动权益。

第六十条：劳务派遣单位的告知义务

第六十条 劳务派遣单位应当将劳务派遣协议的内容告知被派遣劳动者。

劳务派遣单位不得克扣用工单位按照劳务派遣协议支付给被派遣劳动者的劳动报酬。

劳务派遣单位和用工单位不得向被派遣劳动者收取费用。

【解读】本条规定了劳务派遣单位的义务。

目前从事劳务派遣的企业中，作法不一，良莠不齐。运作规范的劳务派遣单位，与劳务派遣工都要签订书面劳动合同，在合同中将工资、社会保险等都规定清楚，同时与接受单位都签订劳务派遣协议，在劳务派遣协议中明确约定两个单位之间的权利义务。如果劳务派遣工被接受单位无故提前解除劳动关系的，有的劳务派遣单位还要与接受单位谈判，要求支付经济补偿金等。有一些劳务派遣单位由于自身实力和认识等原因，很少承担用人单位的责任，如不参与招聘，在接受单位完成招聘工作后，只是补签劳动合同。平时对劳务派遣工很少关心，除了每年年初签订劳动合同外，几乎没有什么联系，更没有履行相应的保障义务。劳务派遣工在接受单位的工作结束后，劳动合同也自动结束，不承担任何责任。对这些不规范的劳务派遣单位，劳务派遣工与用工单位都表示不满。有的劳务派遣工认为其与劳务派遣单位没有什么关系，双方之间缺乏基本的沟通。有的用工单位认为劳务派遣单位只知道收取管理费，其他一律不管，相反用工单位为了稳定员工队伍，履行了很多劳务派遣单位的职能，非常不公平。应当说，劳务派遣方式更多的是资本的选择而不是劳动者的选择，因为企业的目



的是以此降低用工成本，因此，被派遣劳动者的权益极易受到侵犯，对其进行立法规范就显得格外重要。我国劳动力市场的就业压力巨大并将在相当长时期内持续，大量进城务工人员、大中专毕业生和国有企业下岗分流人员构成就业市场中劳动力的主要部分。有些劳动者或就业能力较低。或流动性较大，劳务派遣所提供的短期、临时的工作适应了这些劳动者的需要，一定程度上缓解了就业的压力。但是由于我国劳务派遣还基本没有法律法规的约束，造成劳务派遣单位滥用劳务派遣，侵犯劳动者的合法权益。

本条规定了劳务派遣单位的义务，即劳务派遣单位有义务将劳务派遣的内容告知被派遣劳动者。另外，还有对劳务派遣单位的禁止性规定，即劳务派遣单位不得克扣用工单位按照劳务派遣协议支付给被派遣劳动者的劳动报酬。劳务派遣单位和用工单位不得向被派遣劳动者收取费用。

本条在适用中要注意三方面的内容。第一，派遣单位应当将派遣协议中与劳动者有关的内容全部告知被派遣的劳动者。第二，派遣单位必须将用工单位支付给劳动者的劳动报酬全部支付给劳动者，不得克扣。有些行业，如有些保安公司克扣保安员劳动报酬的行为将受到处罚。第三，不论是派遣单位还是用工单位都不得向被派遣的劳动者收取任何费用。

第六十一条：跨地区派遣劳动者的劳动报酬和劳动条件

第六十一条 劳务派遣单位跨地区派遣劳动者的，被派遣劳动者享有的劳动报酬和劳动条件，按照用工单位所在地的标准执行。

【解读】本条是关于跨地区派遣劳动者的规定。

有些劳务派遣不仅在本行政区域内派遣，而且还跨地区进行。本条主要是为了防止克扣被派遣劳动者的劳动报酬、降低劳动条件。

用人单位根据自身工作和发展需要，通过正规劳务派遣公司，派遣所需要的各类人员，这是一种新的用人方式，可跨地区、跨行业进行。用工单位与劳务派遣单位应签订劳务派遣协议。如果用工单位与劳务派遣单位是不同地区的，劳务派遣协议中劳动者的劳动报酬和劳动条件应当按照用工单位所在地的标准执行。如甲省劳务派遣工到乙地务工，乙地的劳动报酬标准可能比甲省高几百元，依照劳动合同法的规定，劳务派遣单位与用工单位就应当以乙地地区的标准签订协议，并按乙地的标准支付被派遣劳动者的劳动报酬。

法律之所以规定劳动者的劳动报酬和劳动条件应当按照用工单位所在地区的标准执行，就是因为劳务派遣往往是由经济较落后而劳动力相对过剩的地区向经济较为发达但劳动力相对短缺的地区进行的，也就是说，用工单位所在地区的劳动报酬和劳动条件一般要优于劳务派遣单位所在地区。在现实中，这种劳动报酬和劳动条件的差距往往成为用工单位和劳务派遣单位剥夺劳动者正当权益的缘由，劳动者的合法权益往往因此受到伤害，仅仅可以拿到劳务派遣单位所在地区标准的工资，这甚至成为了劳务派遣的吸引力所在。基于这种情况，本法对这一劳务派遣中的问题作了明确规定，跨地区派遣的，劳动者享有的劳动报酬和劳动标准，应当按照用工单位所在地的标准执行。

第六十二条：用工单位的义务

第六十二条 用工单位应当履行下列义务：

- (一) 执行国家劳动标准，提供相应的劳动条件和劳动保护；
- (二) 告知被派遣劳动者的工作要求和劳动报酬；
- (三) 支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇；



(四) 对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所必需的培训；

(五) 连续用工的，实行正常的工资调整机制。

用工单位不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位。

【解读】本条规定了用工单位的义务。

为保护被派遣劳动者的合法权益，本条规定了用工单位要履行的义务，这些义务包括：

(一) 执行国家劳动标准，提供相应的劳动条件和劳动保护。

劳动条件是指劳动者完成劳动任务的必要条件，如必要的劳动工具、工作场所、劳动经费、技术资料等必不可少的物质技术条件和其他工作条件。劳动保护，是指用工单位为了保障劳动者在劳动过程中的身体健康与生命安全，预防伤亡事故和职业病的发生而采取的有效措施。在生产劳动过程中，存在着各种不安全、不卫生的因素，国家为了保障劳动者的身体健康和生命安全，通过制定相应的法律和行政法规，规定劳动保护规则，以保护劳动者的健康和安全。在劳动保护方面，凡是国家有标准规定的，用工单位必须按照国家标准执行，不得使劳动者的生命安全受到威胁、身体健康受到侵害。

(二) 告知被派遣劳动者的工作要求和劳动报酬。 工作要求是指用工单位安排劳动者从事的岗位对劳动者的能力和绩效要求。劳动报酬是指劳动者在用工单位的工作岗位付出劳动后所应得的工资。被派遣劳动者的工资是由劳务派遣单位与用工单位之间协议约定的，劳动者在用工单位劳动，理应知道自己的劳动报酬所得。并且本法已作了规定，劳务派遣单位不得克扣被派遣劳动者的劳动报酬。用工单位的告知义务可以有效地保护被派遣劳动者的合法权益。

由于用人单位在生产经营过程中，可能会出现加班加点的情况，而加班费的支付与数额不可能在劳务派遣协议中与劳务派遣单位事先约定。绩效奖金是一个时期或者一项任务的完成而按照劳动者劳动绩效计算、发放的奖金，也不能事先约定。提供与工作岗位职责相关的福利待遇是体现劳务工与用工单位其他职工同工同酬。因此，加班加点工资报酬的加班费、绩效奖金、与工作岗位职责相关的福利待遇等都应当在劳务派遣单位支付的工资之外，由用工单位向被派遣劳动者支付。

(三) 对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所必需的培训。 派遣单位应当按照用工单位的要求派遣符合后者要求的劳动者。但如果用工单位在接受被派遣劳动者后认为按照本单位的岗位需要须进一步对劳动者进行培训的，则由用工单位自己负责对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所必需的培训该费用由用工单位承担。

(四) 连续用工的，实行正常的工资调整机制。 这主要是要求用人单位被派遣劳动者的工资随着工作时间的长短，根据有关规定，按照工资调整机制得到提高。据调查，有的被派遣工在同一用工单位工作近十年，工资从没有调整。用工单位连续用工的，工资需要进行定期的调整，此调整机制用工单位须依法实行。

本条第二款是对禁止用工单位再派遣的规定。用工单位与派遣单位订立劳务派遣协议，双方应当按照该协议履行各自义务。在用工单位方面，其应当按照劳务派遣协议的约定使用被派遣劳动者，不得将这些劳动者再派遣到其他用人单位，也就是说接受以劳务派遣形式用工的单位接受被派遣劳动者必须是用于本单位岗位。

劳动合同法明确规定用工单位的义务，在派遣单位和用工单位之间作了明确划分，使得在出现劳动争议时有法可依，避免产生责任推诿现象，从而保护了劳动者的合法劳动权益。

第六十三条：被派遣劳动者同工同酬

第六十三条 被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。用工单位无同类岗位劳动者的，参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的



劳动报酬确定。

【解读】本条规定了被派遣劳动者与用工单位的劳动者享有同工同酬的权利。

目前劳务派遣领域中对劳务派遣工进行身份歧视的问题比较突出,集中体现为劳务派遣工与正式工之间虽从事相同的工作但工资待遇相差较大。有的企业中劳务派遣工与正式工的基本工资相差 30%至 40%。在缴纳社会保险方面,劳务派遣工与正式工也有差别,正式工的社会保险是按照公司上年度平均工资的标准缴纳的,而劳务派遣工的社会保险是按照当地最低工资标准缴纳的。有的用工单位是将劳务派遣工的工资待遇和劳务派遣单位的管理费一并交给劳务派遣单位,再由劳务派遣单位根据自己的薪酬制度确定劳务派遣工的工资待遇,因此对于用工单位而言,无法做到劳务派遣工与正式工的同工同酬。某市总工会的调查报告显示,同样从事一线岗位工作,劳务派遣工的平均工资收入仅为正式工的 8152%。在一些企业中,从事同样工作的劳务派遣工工资与正式工工资最多要差一半。据对某矿区的调查,劳务派遣工在原煤一线生产人员中-与百分之八十以上,大多已成为熟练工人和中坚力量,但他们的工资实际和全民工、合同工有明显的区别,突出表现在:基本标准工资低;看病要自费;没有病假、探亲假等;不论工作表现如何,都不能评先进;没有疗养、休养的权利,也不能申请困难补助。用工单位大量使用派遣员工,一个重要的原因就是派遣员工工资水平较低,且没有正式员工的福利,使人工成本大大降低。因此,劳动合同法规定被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。这不仅是一个法律问题,也是一个社会问题。用工单位应当保证劳务派遣工和正式工做到同工同酬。

适用注意事项:

第一,同工同酬的权利是劳动者的宪法权利,必须贯彻执行。第二,对被派遣的劳动者,用工单位有同类岗位的,劳动报酬应大体相同;无同类岗位的,参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

第六十四条：被派遣劳动者参加或者组织工会

第六十四条 被派遣劳动者有权在劳务派遣单位或者用工单位依法参加或者组织工会，维护自身的合法权益。

【解读】本条是关于被派遣劳动者参加或者组织工会权利的规定。

在市场经济条件下,参加和组织工会,利用集体的力量争取自身合法、正当权益是劳动者最基本的权利之一,被派遣劳动者因为其自身地位及与劳务派遣单位和用工单位关系的特殊性,其参加和组织工会的权利更应该得到强调和保护。我国工会法和劳动法均规定,“劳动者有权依法参加和组织工会。”“工会代表和维护劳动者合法权益,依法独立自主地开展活动。”本条明确规定,被派遣劳动者无论是在劳务派遣单位,还是在用工单位都有依法参加和组织工会的权利。实践中,劳务派遣工参加工会的情况比较特殊,劳务派遣单位由于将职工都派遣出去了,职工很分散,所处的环境又不同,因此很少有组建工会的,即使组建了,工会工作也很难开展。同时,劳务派遣工尽管在用工单位工作,但不是用工单位的职工,因此劳务派遣工一般也不被允许参加用工单位的工会。正是考虑到这些特殊情况,本法规定了劳务派遣工组织和参加工会的权利,以维护自身的合法权益。至于是参加劳务派遣单位的工会,还是参加用工单位的工会,可以根据实际情况定。

适用注意事项:

作为工会会员,理论上应当只是一个单位的会员,如果在派遣单位参加了工会,就不一定在被派遣单位参加工会。为了更好的解决被派遣劳动者加入工会的问题,全国总工会应当在本法实施后作出进一步的具体规定。同时工会也应当依据工会法的有关规定保障被派遣劳动者依法参加工会的权利。



第六十五条：劳务派遣中解除劳动合同

第六十五条 被派遣劳动者可以依照本法第三十六条、第三十八条的规定与劳务派遣单位解除劳动合同。

被派遣劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定情形的，用工单位可以将劳动者退回劳务派遣单位，劳务派遣单位依照本法有关规定，可以与劳动者解除劳动合同。

【解读】本条是关于劳务派遣各方解除劳动合同的规定。

本条第一款规定了被派遣劳动者的劳动合同解除权。即劳动者可以依劳动合同法第三十六条、第三十八条的规定与劳务派遣单位协商解除劳动合同，或者由于劳务派遣单位与用工单位有违法行为的，可以与劳务派遣单位解除劳动合同。

本法第三十六条规定，用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。第三十八条规定：用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：(一)未按照劳动合同约定提供劳动保护和劳动条件的；(二)未及时足额支付劳动报酬的；(三)未依法为劳动者交纳社会保险费的；(四)用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；(五)因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的；(六)法律、行政法规规定的其他情形。用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。

本条第二款规定，劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定情形的，用工单位可以将被派遣劳动者退回派遣单位，由劳务派遣单位依照本法有关规定与被派遣劳动者解除劳动合同。可见，用工单位退回被派遣劳动者只能是因为劳动者不符合录用条件或者严重违纪违法，以及不胜任工作等情形。这样劳务派遣单位就可以依照劳动法的有关规定解除劳动合同。

第六十六条：劳务派遣的适用岗位

第六十六条 劳务派遣一般在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。

【解读】本条是关于劳务派遣适用岗位范围的规定。

由于我国法律对劳务派遣还没有规范和限制，用人单位为降低用工成本，逃避劳动法的责任，任意使用劳务派遣工，使劳务派遣范围不断扩大，派遣劳动者人数也不断增加。在一些行业的企业中，劳务派遣工甚至已占到一半以上，成为用工的主流形式。在一些长年稳定需求的工作岗位，也使用劳务派遣工，如银行的前台柜员等。如果不对这一用工形式加以规范，任其发展，劳务派遣很有可能在不久的将来成为所有企业用工的常态，劳动关系的基础将受到严重的挑战，劳动法的作用无法发挥，劳动者的合法权益将无法得到应有的保障，社会公平也将难以维护和实现。因此劳动合同法明确规定了劳务派遣一般仅适用于临时性、辅助性或者替代性的工作岗位，以力图解决劳务派遣这种用工形式日益扩大的现象。

从一些国外和地区的一些规定看，大多数国家在劳务派遣初期都是对其实行了严格的管制，对工作岗位都作一定的限制。日本在1985年制定的《日本劳务派遣法》明确规定了禁止从事劳务派遣的某些行业领域，如港湾运送等业务。我国台湾地区的“派遣劳动法”也是以划分行业限定劳务派遣的范围。《法国劳动法典》将劳动区分为经常性劳动和临时性劳动，劳务派遣的范围限制在法律明确规定临时性劳动范围中。秘鲁与法国相同，也将劳务派遣限



制在临时性工作的范围。有些同志提出，劳务派遣是目前全世界范围的用工的发展方向，我国劳动合同法对此不应当严格管制。从国外情况看，一些发达国家对劳务派遣经历了由管制到逐步放开的一个过程。劳务派遣这种用工形式在我国还刚刚起步，没有经验，出了一些问题，所以本法对其作了一些限制性规定。随着劳动力市场机制的逐步健全，劳务派遣这种用工形式也会发挥其特有作用，逐步发展。

本条原则规定了劳务派遣的岗位适用范围，包括临时性、辅助性或者替代性的工作岗位。具体的工作岗位可以由国务院劳动行政部门或者合同有关部门制定。劳动行政部门正抓紧制定中。

这一条规定得较原则，应由政府有关行政机关尽快出台相应的规定，使这一法律规定落到实处。二是有关部门在制定具体岗位时要全面听取有关方面的意见，做到岗位确定的科学合理。三是，具体的岗位一旦确定下来，社会各方面就要一体遵照执行。

第六十七条：用人单位不得自设劳务派遣单位

第六十七条 用人单位不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者。

【解读】本条是关于用人单位不得自设劳务派遣企业的规定。

在当前的社会经济生活中，劳务派遣被许多企业广泛用于各种可能的岗位。有的企业为了降低用工成本，将一些原来的正式职工以改制名义，分流到本企业设立的劳务派遣公司，然后又以劳务派遣公司的名义派遣到原岗位。有的企业将内设的劳动管理机构又挂一个劳务派遣公司的牌子，将招用的员工以劳务派遣公司的名义派遣到所属企业。将一个本来完整的劳动关系人为地分割开。这不利于劳动者合法权益的保护，不利于和谐稳定劳动关系的构建和发展，给劳务派遣的发展造成了不利影响。

这里所说的所属单位可以理解为：一是母公司与子公司的关系，二是集团公司与下属公司的关系，三是具有关联性质的公司关系。这也是为了解决劳务派遣中出现的异常现象作出的特别规定。

第六十八条：非全日制用工的概念

第六十八条 非全日制用工，是指以小时计酬为主，劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过四小时，每周工作时间累计不超过二十四小时的用工形式。

【解读】本条是关于非全日制用工定义的规定。

非全日制用工是与全日制用工相对的概念，在我国出现的时间不长，但作为灵活就业的一种重要方式，近年来呈现出较快增长的趋势，劳动合同法针对非全日制用工的特点设专节作了相应规定。

一、对非全日制用工的引入

我国从上世纪八十年代中后期年开始，推行全员劳动合同制，打破“固定工”制度。当时非全日制用工这种用工形式几乎还没有出现，更不是突出问胚，因此1994年劳动法并没有关于非全日制用工的规定。2005年国务院提交全国人大常委会审议的劳动合同法草案也没有对非全日制用工进行规定。在全国人大常委会初审后，根据审议意见和社会各方面意见，劳动合同法二审稿开始对非全日制用工进行了专节规定。劳动合同法引入非全日制用工主要有以下考虑：



第一、现实发展的需要。

近十年来,随着我国经济结构的调整,非全日制用工作为一种新颖的用工形式在我国得到了较为快速的发展。有关资料显示,目前我国城镇大约有 6000 万至 7000 万劳动者从事各种灵活就业,其中有相当一部分劳动者从事非全日制工作。有关媒体报道,根据劳动部门分析,目前有的大型城市中“小时工”从业人员已超过百万,其中大部分为非全日制用工。非全日制用工与全日制用工相比,尽管工作对间长短不同,具体适用规则也有所不同,但是在非全日制用工与全日制用工中,劳动者与用人单位之间形成的都是劳动关系。现实针对性是法律的重要价值之一,劳动合同法不能对目前社会广泛存在的非全日用工现象视而不见。因此,劳动合同法对非全日制用工进行了相应规范,以明确非全日制用工中劳动合同双方的权利和义务,更好的保护非全目制用工中劳动者的合法权益。考虑到非全日制用工促进灵活就业等特点,在具体劳动合同制度方面有一些特殊的规定,因此劳动合同法对非全制用工在特别规定一章中作了专节规定。

第二、用法律形式来规范非全日制用工是国际上通行做法。

国际劳工组织一向对各种灵活就业方式持肯定的态度,为了防止劳动者受到歧视和不公平待遇,国际劳动组织通过了《非全日制工作公约》和《非全日制工作建议书》。欧盟对非全日制用工的态度有一个由消极限制向积极引导转变的过程。欧盟在《非全日制工人指南》和(就业关系法)中都对非全日制用工作出了规定。西班牙在 1998 年通过了关于促进稳定的非全日制就业的协议,强调要在社会对话的前提下,给予非全日制就业合同相应平等的法律地位。德国在就业促进法以及正在制定过程中的《非全日制就业法规》中对非全日制用工作出规范。有关国际组织和国家都以法律形式来规范非全日制用工形式,一方面显示了承认并鼓励非全日制用工已经成为国际共识,另一方面也说明非全日制用工中劳动者处于较为弱势的地位,需要法律规范来保护劳动者的合法权益。

第三、有利于保护劳动者合法权益。

由于我国劳动法中并没有关于非全日制用工的规定,因此非全日之用工是否有合法地位,从事非全日制工作的劳动者有哪些劳动权益,以及如何保护这些劳动权益不清楚,缺乏法律依据,这给劳动者维护其合法权益造成了很大的困难。实践中,从事非全日制工作的劳动者大多属于低端劳动者,主要包括进城的农民工、城市下岗职工、部分离退休人员等,这些群体有的文化程度不高,工资收入水平较低,其合法权益更容易被侵害。2003 年劳动和社会保障部作出了《关于非全日制用工若干问题的意见》(劳社部发[2003]12 号),一些省、自治区、直辖市对非全日制用工制定了规范性文件,这些规范性文件对于解决实践中非全日制用工中存在的问题起到了积极的作用,使劳动者合法权益保护有了基本的规则。但由于这些规范性文件法律位阶较低,而非全日制用工中很多规则都要突破劳动法中关于劳动合同制度的一些规定,因此这些规范性文件本身受到了社会的一些质疑。劳动合同法对非全日制用工作出规范,首先是以法律的形式确认了非全日制用工为合法的用工形式,因非全日制用工形成的劳动关系为合法的劳动关系,从事非全日制工作的劳动者具有合法的地位,依法享有劳动权益;其次是非全日制用工中劳动者有明确的权利,包括取得不低于用人单位所在地人民政府规定的最低小时工资标准的工资、结算工资的周期以及劳动法中有关劳动权益的规定,如劳动保护等;再次是确认了非全日制用工属于劳动关系性质,因此发生争议时形成的是劳动争议,可以向劳动监察部门反映,也可以申请劳动仲裁和提起诉讼。

第四、有利于完善劳动合同制度。

随着社会的发展,加强对劳动者的保护已成共识,劳动合同的领域呈现扩大化趋势,凡是涉及用人单位用工的,劳动关系双方形成的都属于劳动合同,而不是民事合同。另一方面,劳动关系的形式越来越多样化,除了传统的劳动合同外,非全日制用工劳动合同、劳务派遣中的劳动合同都已出现,劳动合同法关于非全日制用工的规定,既有一般劳动合同的原则,



如订立劳动合同必须遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用原则，也有不同于一般劳动合同的具体规则，如不得约定试用期、不支付经济补偿金等。这样的规定使得劳动合同制度与社会发展相适应，丰富了劳动合同制度的内容，可以说是对劳动法关于劳动合同制度规定的新发展。

第五、有利于促进就业。

从世界范围看，非全日制用工主要有两项功能，一是作为灵活就业的重要形式，非全日制用工有利于缓减国家就业压力，促进劳动者就业；二是在一些发达国家，对一些劳动者，特别是女性劳动者而言，非全日制用工是提高生活质量的有效途径。我国就业压力比较大，据有关文件显示，到2010年，我国劳动力总量将达到8.3亿人，城镇新增劳动力供给5000万人，而劳动力就业需求岗位只能新增4000万个，劳动力供求缺口在1000万个左右在劳动合同法之前，非全日制用工并不是一个法律概念，只是在一些规范性文件中被承认，因此很多企业劳动者都不太愿意涉足非全日制用工领域。有的企业也曾试行过非全日制用工，但由于缺乏法律和政策依据，且在劳动关系、工资分配、社会保险等方面难以与劳动法中规定的以全日制用工为基础的管理体制和法律规定相衔接，最后被迫停止了尝试。劳动合同法赋予非全日制用工正式的法律地位和明确的规则，不但理顺了非全日制用工与全日制用工的关系，也给社会一个信号，国家至少并不反对非全日制用工这种就业形式，这将对我国非全日制用工的发展，促进灵活就业起到积极的作用。

二、非全日制用工的定义

本条对非全日制用工下了定义，可以从三个方面来理解非全日制用工的概念。

第一、非全日制用工是一类特殊的用工形式。非全日制用工的本质是一类用工形式，因此在非全日制用工中，用人单位和劳动者之间形成的是劳动关系，而不是民事雇佣关系；双方达成的协议是劳动合同，而不是民事合同。在实践中，非全日制工作形式多样，包括家庭和个人雇工中的“小时工”，但是根据劳动合同法对非全日制用工的定义，家庭和个人雇佣的“小时工”并不适用劳动合同法关于非全日制用工的规定。

非全日制用工是相对于全日制用工的一类特殊的用工形式，其特殊性就在于“灵活性”，即与全制用工相比，形成相对宽松的劳动关系，具体包括：劳动合同形式不拘书面性，允许达成口头劳动合同；劳动关系存续时间不确定性，合同双方均可随时解除劳动关系，不必提前通知，用人单位无须支付经济补偿；劳动关系双重性甚至多重性，允许同一劳动者同时存在两个或者两个以上的劳动关系。非全日制用工中形成的是劳动合同关系，因此除了特别规定外，非全日制用工应遵循劳动合同法的一般原则和一般规定，劳动法中有关劳动安全保护、职业危害防护等保护性的规定同样适用于非全日制用工。当然，针对非全日制用工的特殊性，有关部门可以根据实际情况，在劳动合同法的框架内，作进一步的规定。

第一、非全日制用工的实质标准是：在同一单位平均每日工作时间不超过四小时，每周工作时间累计不超过二十四小时。以工作时间的长短作为界定非全日制用工的标准是国际通行的做法，但国际劳工组织和各国对具体时间的规定不尽相同。国际劳工组织对非全日制用工的定义是：低于法定或集体合同规定的工作时间的就业形式。挪威规定，每星期工作时间不荫37小时。美国、日本、瑞典、澳大利亚等国规定，每星期工作时间不满35小时。芬兰、马来西亚规定，每星期工作时间不满30小时。法国规定，每星期或者工作时间比法定工作时间少五分之一。我国劳动合同法界定非全日制用工采用每日工作时间结合周工作时间的标准，即一般平均每日不超过四小时，同时每周累计不超过二十四小时。在同一单位中，如果劳动者每日工作时间不超过四小时，但每周累计工作时间超过二十四小时的，将构成一般的劳动关系，而不是非全日制用工关系；如果劳动者每天平均工作时间超过了四小时，即使每周累计不超过二十四小时，也将构成一般的劳动关系，而不是非全日制用工关系。

这里的工作时间应理解为劳动合同约定的工作时间，用人单位可以根据实际业务需要，



偶尔要求劳动者进行加班，凡超出约定工作时间以外的，用人单位应支付加班工资。为体现非全日制用工的特点，禁止用人单位长期要求劳动者加班。有关非全日制用工中加班的问题，可由有关部门作出具体规定。

2003年，劳动和社会保障部《关于非全日制用工若干问题意见》(以下简称《意见》)中将非全日制用工界定为“在同一用人单位平均每日工作时间不超过五小时累计每周工作时间不超过三十小时的用工形式”。应该说劳动合同法关于非全日制用工的定义借鉴了劳动和社会保障部《意见》的规定，但在时间标准上要比《意见》中的标准严格，分别缩短了一小时和六小时。与各国关于非全日制用工的定义相比，劳动合同法确定的标准也是较严格的。这可以看出我国立法者对于非全日制用工这个新事物首先是承认了，但比较谨慎，为防止非全日制用工对全日制用工造成冲击，因此规定的条件比较严格。

值得一提的是，从工作时间这个角度而言，劳动关系除了非全日制用工和正常用工外，不存在第三种情况，即没有一种劳动关系可以既不是正常用工，也不是非全日制用工。

第三、非全日制用工中工资形式以小时计酬为主。所谓工资形式，是指工资分配所采取的具体方式，最基本的两种方式是：计时工资和计件工资。计时工资是根据职工工资标准和工作时间来计算工资额的一种方式。计件工资是按照职工生产的合格产品数量或者完成的工作量，根据企业内部确定的计件工资单价，计算工资额的一种方式。计件工资主要适合一些生产型企业，在目标取向上与非全日制用工不一致，计件工资有利于提高劳动生产率，一般是在企业行产任务饱满的情况下实施的，而非全日制用工一般适用于服务行业，工作任务不平均的情形。因此，非全日制用工一般不实行计件工资。计时工资一般有四种具体计算标准：小时工资制、日工资制、周工资制和月工资制。鉴于非全日制用工具有用工临时性、工作时间短且灵活等特点。无论是实行日工资制、周工资制还是月工资制都存在一些客观障碍，容易产生纠纷，因此非全日制用工中适合实行小时计酬方式。目前，各地开始制定最低小时工资标准，制定的具体方法与最低月工资标准的制定方法并不完全一致。为更好的保护劳动者的合法权益，非全日制用工一般应以小时计酬。

第六十九条：非全日制用工的劳动合同

第六十九条 非全日制用工双方当事人可以订立口头协议。

从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同；但是，后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行。

【解读】本条是关于非全日制用工劳动合同形式和多重劳动关系的规定。

一、非全日制用工中可以订立口头劳动合同

在制定劳动合同法之初，解决书面劳动合同签订率低的问题是劳动合同法主要任务之一。为提高书面劳动合同签订率，国务院提交审议的劳动合同法草案曾规定，建立劳动关系但不签订书面劳动合同的，一律视为已订立无固定期限劳动合同。根据全国人大常委会审议意见和各方面意见，劳动合同法确立了劳动合同应当以书面形式订立的原则，并规定了三个措施以使用人单位及时订立书面劳动合同。一是结合实际情况，给用人单位一个月宽限期，在用工之日起应当签订书面劳动合同；二是超过一个月不签订书面劳动合同的，用人单位向劳动者支付二倍工资；三是超过一年不签订书面劳动合同的，支付二倍工资一年后，视为订立了无固定期限劳动合同。

口头合同具有方便、成本低的特点，对一些文化素质较低的劳动者而言更容易接受，但口头合同往往“口说无凭”，很难将合同内容圆定下来，有时易被一些用人单位钻空子，一旦发生争议对劳动者极其不利。考虑到非全日制用工临时性、灵活性的特点有时劳动关系存续时间很短，有时劳动关系并不连续，如果一味要求签订书面劳动合同，既不现实，也不必



要，因此劳动合同法又作出特别规定，允许非全日制用工中可以订立口头劳动合同。

值得一提的是，这里只是规定非全日制用工可以订立口头协议，而不是必须订立口头协议。为更好的明确劳动关系双方的权利义务。减少争议的发生，在非全日制用工中，如果条件允许应当鼓励用人单位订立书面劳动合同。如果其他法律、法规规定，一定条件下非全日制用工必须订立书面劳动合同，这样的规定并不与本条“非全日制用工可以订立口头协议”的规定相抵触。

二、非全日制用工中可以有双重或者多重劳动关系

劳动者能否同时与两个以上用人单位建立劳动关系，即劳动者能否兼职？我国一直主张劳动关系单一化，对双重或者多重劳动关系持保留态度。1994年劳动法尽管有明确禁止双重或者多重劳动关系，但在第九十九条中规定：“用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成经济损失的，应当依法承担连带赔偿责任。”劳动法第九十九条规定了用人单位的连带赔偿责任，实际上是引导了用人单位尽量不要招用尚未解除劳动合同的劳动者。劳动合同法反对劳动者兼职的态度更为鲜明，主要有两方面规定：第一、在第三十九条中规定：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，用人单位可以解除劳动合同。该规定实际上赋予了用人单位解除兼职劳动者的权利，一经用人单位提出不赞同兼职的意见，劳动者拒不改正兼职行为的，用人单位就可以解除劳动合同，因此，最后剩下的还是单一劳动关系。第二、在第九十一条中规定，用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，对原用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任。这条是对招用兼职劳动者的用人单位不利的规定，立法者通过经济手段，引导用人单位不用兼职劳动者。

非全日制用工中可以有双重或者多重劳动关系，即从事非全日制用工的劳动者可以兼职。这是非全日制用工不同于全日制用工的显著区别之一。由于本法明确规定非全日制用工可以有双重或者多重劳动关系，因此非全日制用工不适用劳动合同法第三十七条和第九十一条的规定，也不适用劳动法第九十九条的规定。在我国历来反对劳动者兼职，且现在还是反对的情况下，为什么允许非全日制用工中有兼职现象呢？这主要与非全日制用工自身特点有关。首先，非全日制用工中，劳动关系比较松散，既存的劳动关系中，劳动者对用人单位的依附性较低，且劳动关系的存续有着很大的不确定性，要求劳动者为一个随时结束的劳动关系而放弃另外一个工作是不合理的。其次，非全日制用工的工作时间比较短，每天工作时间不超过四小时，因此非全日制用工中劳动者有较多的空闲时间，一般不会因为从事其他工作而影响开展现有工作。再次，从人道主义出发，非全日制用工的时间较短，因此非全日制用工中劳动者的收入是较低的，为维持劳动者基本生活，提高劳动者的生活质量，应当允许非全日制用工中劳动者凭借自身能力，从事两种或者两种以上的工作。

理解本条规定需要注意两点：一是允许非全日制用工中双重或者多重劳动关系，这里的劳动关系都是非全日制劳动关系，劳动者不能从事一项非全日制工作，同时兼另一项全日制工作。二是允许非全日制用工中双重或者多重劳动关系不是毫无约束的，必须满足“后订立的劳动合同不得影响先订立劳动合同的履行”的前提。

相关规定：《中华人民共和国劳动法》第99条。

第七十条：非全日制用工不得约定试用期

第七十条 非全日制用工双方当事人不得约定试用期

【解读】本条是关于非全日制用工不得约定试用期的规定。

在劳动领域中，试用期的规定比较普遍。试用期发生在建立劳动关系之初，设立试用期主要有两个目的，一是在试用期间，用人单位可以考察劳动者是否符合招聘条件，劳动者的



业务水平、工作能力和协作精神与其从事的工作和岗位是否相称。二是给劳动者适应新工作，进行学习和自身调整的时间，为劳动者保留了进一步择业的权利。因此，试用期既是考察期，又是适应期、缓冲期，是劳动合同双方“双向选择”的延伸。在试用期间，劳动关系较为松散，这体现在解除劳动合同的条件上。对于劳动者而言，在试用期间可以提前三日通知解除劳动合同。对于用人单位而言，在试用期间，只要证明劳动者不符合录用条件或者符合法定解除情形的，就可以解除劳动合同，且不用支付经济补偿。

在实践中，用人单位滥用试用期，侵害劳动者合法权益的现象比较多，如何规范试用期成为了劳动合同法的立法重点之一。针对用人单位只约定试用期的情形，劳动合同法规定了两项措施，一是试用期与劳动合同期限相同的，试用期不成立；二是以完成一定工作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。针对用人单位任意延长试用期的情形，劳动合同法主要以劳动合同期限为标准，规定试用期的上限，试用期最长不得超过六个月。针对用人单位任意压低试用期工资的情形，劳动合同法规定试用期的工资不得低于本单位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。针对用人单位在试用期间任意解雇劳动者的情形，劳动合同法规定在试用期中，除符合法定解除情形外，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。

应该说，劳动合同法对试用期的规定比较明确也较为严格，但为什么还规定非全日制用工中不得约定试用期呢？这主要有以下几个考虑：一是非全日制用工中劳动关系比较松散，试用期间劳动关系也比较松散，如果允许非全日制用工中约定试用期，劳动关系过份松散，处于极不稳定的状态，容易被用人单位滥用，不利于保护劳动者的合法权益；二是试用期的功能是考察期、适应期、缓冲期，法律赋予劳动者和用人单位在试用期间进一步进行双向选择，允许劳动者和用人单位可以较为容易解除劳动关系。非全日制用工具有松散、灵活的特点，非全日制用工中劳动者和用人单位可以随时进行双向选择，可以随时解除劳动合同，因此试用期的主要功能非全日制用工也具有，为避免重复，因此非全日制用工中不必再约定试用期；三是非全日制用工的劳动合同期限普遍较短，如果折算成全日制用工的合同期限就更短，一般也达不到可以约定试用期的最低劳动合同期限，因此非全日制用工中无需再约定试用期；四是较全日制用工，非全日制用工中用人单位早位所承担的义务大大的减少了，为了更好的平衡劳动合同双方的权利义务，也要相应减轻劳动者的有关义务、减少用人单位的有关权利。总体而言，试用期对劳动者而言更多的是义务、负担，而对用人单位而言更多的是权利，因此非全日制用工中禁止约定试用期。

非全日制用工中不得约定试用期是我国一贯的做法。劳动和社会保障部《关于非全日制用工若干问题的意见》（劳社部发[2003]12号）中就规定，非全日制劳动合同的内容由双方协商确定，应当包括工作时间和期限、工作内容、劳动报酬、劳动保护和劳动条件五项必备条款，但不得约定试用期。

如果用人单位违法约定试用期的，根据本法第八十二条的规定追究法律责任。由劳动行政部门责令改正，违法约定的试用期已经履行的，由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准，按已经履行的试用期的期限向劳动者支付赔偿金。

第七十一条：非全日制用工的终止用工

第七十一条 非全日制用工双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工。终止用工，用人单位不向劳动者支付经济补偿。

【解读】本条是关于非全日制用工结束劳动关系以及经济补偿的规定。

对一个国家而言，在稳定与流动之间取得较好平衡的劳动关系才是健康、良性的劳动关



系。为了实现构建和谐稳定的劳动关系的目，精心设计劳动合同的解除与终止环节是重要手段之一。如果劳动合同的解除和终止的条件过于严格，有可能导致劳动关系的僵化，产生不良的社会效果。如果劳动合同的解除和终止的条件过于宽松，将可能导致劳动关系的不稳定，同样会产生不良的社会效果。我国目前劳动领域中，主要矛盾是劳动关系的不稳定，劳动合同短期化问题较为严重。因此，劳动合同法对劳动合同的解除和终止分别作了较为详细的规定。对劳动合同的解除作了以下规定：双方可以协商解除；劳动者提前三十日以书面形式通知解除；劳动者在试用期内可以提前三日通知解除劳动；用人单位有法定过错，如未按约提供劳动报酬、社会保险、劳动保护和劳动条件等的，劳动者可以通知解除；用人单位有严重违法行嗜的，劳动者可以立即解除；劳动者有法定过错的，用人单位可以解除；劳动者有法定不适合工作情形的，用人单位可提前三十日通知解除，或者额外支付一个月工资解除；用人单位可以进行经济性裁员；符合法定条件的，用人单位不得解除等。列举了劳动合同的终止情形：劳动合同期满的、已开始依法享受基本养老保险待遇的、劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的、用人单位被依法宣告破产的、用人单位解散、被吊销营业执照或者责令关闭的、法律、行政法规规定的其他情形。劳动合同法原则上不允许劳动者或者用人单位任意解除合同，一般都有相应的制约条件，即在付出相应“代价”，如提前通知、额外支付一个月工资、支付经济补偿、支付赔偿等，才可以提前解除劳动合同。劳动合同法同时规定了可以不支付“代价”的几类提前解除合同情形：用人单位有本法所列举的严重过错行为或者违法行为时，劳动者可以解除合同；试用期间劳动者可以随时解除劳动合同；劳动者有本法所列举的法定过错行为时，用人单位可以解除合同。

如果说全日制用工中分别有不允许解除合同、支付一定“代价”后允许解除合同以及满足法定条件，但不用支付一定“代价”就允许解除合同三类情形的话，在非全日制用工中，只有既不用满足条件，也不需要支付一定“代价”的解除合同一种情形。对非全日制用工中随时解除劳动合同中的“随时”可以作以下理解：第一、非全日制用工中劳动合同的解除不需要遵循程序性规定，如提前通知、经济性裁员中的说明情况、听取意见、报告等程序；第二、非全日制用工中劳动合同的解除不需要满足劳动合同法关于劳动合同解除的条件规定。即对于劳动者而言，不需要因为用人单位有过错或者违法行为，才可以解除劳动合同。对于用人单位而言，不需要具备劳动者有违法违纪违规行为或者不适合工作岗位的情形或者经济性裁员等理由，才可以解除劳动合同。换言之，在非全日制用工中，解除劳动合同是完全放开的劳动者或者用人单位都可以随时无理由解除劳动合同。显然，这里的终止用工，仅指劳动合同的解除，没有劳动合同终止的意思。

值得一提的是，非全日制用工中，合同双方约定工作期限时，还是否需要遵守约定？如果不遵守，是否需要承担法律责任？劳动合同中除了国家强制规定外，其他内容都需要合同双方来约定根据一般法律原则，在不违反国家强制性规定外，约定优于法定因此，非全日制用工中合同双方约定工作期限的，应该遵守约定但根据本条的规定，非全日制用工中，劳动合同一方违反约定提前解除劳动合同，不属于违反本法规定解除劳动合同的情形不承担法律责任。

为了更好的构建和谐稳定的劳动关系，劳动合同法规定了在一定的解除和终止劳动合同的情形下，用人单位向劳动者支付经济补偿。同时规定了经济补偿的标准以及不依法支付经济补偿法律责任。支付经济补偿的情形包括：劳动者解除劳动合同的但用人单位有法定过错，如未按约提供劳动报酬、社会保险、劳动保护和劳动条件等，和用人单位有严重违法行为的，用人单位支付经济补偿；用人单位解除劳动合同的，但劳动者有法定不适合工作情形的，用人单位支付经济补偿；用人单位进行经济性裁员的，用人单位支付经济补偿；一定条件下劳动合同期满终止的，用人单位支付经济补偿；劳动合同因为用人单位被依法宣告破产的或者用人单位解散、被吊销营业执照或者责令关闭而终止的，用人单位支付经济补偿等。



在非全日制用工中，所有解除劳动合同行为，不管是出于什么原因，不管用人单位或者劳动者是否有过错，用人单位都不支付经济补偿。之所以这么规定，主要有两个原因：一是经济补偿的主要功能之一是帮助劳动者在解除或者终止劳动合同后，渡过重新寻找工作的待业期。非全日制用工中，劳动关系本来就宽松，寻找一份非全日制工作相对容易，劳动者还可以兼职，因此对劳动者而言，待业期本来就模糊，对随时结束劳动关系早有心理预期，经济补偿难有适用的条件。二是目前我国使用非全日制用工的企业多为微型、小型企业，生存压力比较大，如果要求其支付经济补偿生产成本过高，将很难存续。

第七十二条：非全日制用工的劳动报酬

第七十二条非全日制用工小时计酬标准不得低于用人单位所在地人民政府规定的最低小时工资标准。

非全日制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过十五日。

【解读】本条是关于非全日制用工最低工资标准以及工资支付时间的规定。

1994年我国劳动法第一次以法律的形式确立了最低工资制度，劳动法第四十八条第一款规定：“国家实行最低工资保障制度。最低工资的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定，报国务院备案。”所谓最低工资，一般是指劳动者在法定工作时间内提供了正常劳动后，用人单位应当支付的最低劳动报酬。从理论上讲，最低工资既是最低小时工资，也包括最低日工资、周工资、月工资、年工资，且最低小时工资、日工资、周工资、月工资、年工资之间可以相互换算，标准是一致的。在实践中，人们对劳动法中所规定的最低工资约定俗成的理解为月最低工资，从各地公布的最低工资标准看，也都是月最低工资。本条中所规定的最低小时工资，并不是通常理解的最低月工资换算后的最低小时工资，而是专门针对非全日制用工的最低小时工资。由于结合了社会保险费的因素，因此最低小时工资往往要比通常理解的最低月工资的标准高。这可以从最低工资的确定因素看出。我国劳动法根据国情，规定了确定和调整最低工资标准应当综合参考的因素：(1)劳动者本人及平均赡养人口的最低生活费用；(2)社会平均工资水平；(3)劳动生产率；(4)就业状况；(5)地区之间经济发展水平的差异。劳动和社会保障部《关于非全日制用工若干问题的意见》(劳社部发[2003]12号)中规定，确定和调整小时最低工资标准应当综合参考以下因素：当地政府颁布的月最低工资标准；单位应缴纳的基本养老保险费和基本医疗保险费(当地政府颁布的月最低工资标准未包含个人缴纳社会保险费因素的，还应考虑个人应缴纳的社会保险费)；非全日制劳动者在工作稳定性、劳动条件和劳动强度、福利等方面与全日制就业人员之间的差异。

劳动合同法是从草案三审稿后才开始规定非全日制用工中的最低小时工资标准，这主要是参考了实践中发生的一起侵害非全日制劳动者合法权益的社会事件后对劳动合同法草案作出的修改。实践中，从2001年开始，北京、天津、上海、江苏以及深圳、大连、青岛等地陆续颁布了非全日制用工中的最低小时工资标准。考虑到我国各地经济发展水平不平衡，非全日制用工的特点，以及实践中已有的做法，因此劳动合同法规定非全日制用工中的最低小时工资标准可由用人单位所在地人民政府规定。

劳动法第五十条规定：“工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人。不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资。”劳动法规定工资支付方式为月付，否则就视为拖欠工资行为。针对非全日制用工中每日劳动时间较短、劳动关系存续时间较短、实践中拖欠工资现象较普遍等因素，劳动合同法规定非全日制用工劳动报酬结算周期最长不得超过十五日，即用人单位可以按小时、按日或者按周结算并支付非全日制用工的劳动报酬，但结算支付劳动报酬的最长期限不得超过十五天，否则就是拖欠工资行为。



第六章 监督检查

第七十三条：劳动合同制度的监督管理体制

第七十三条 国务院劳动行政部门负责全国劳动合同制度实施的监督管理。

县级以上地方人民政府劳动行政部门负责本行政区域内劳动合同制度实施的监督管理。

县级以上各级人民政府劳动行政部门在劳动合同制度实施的监督管理工作中，应当听取工会、企业方面代表以及有关行业主管部门的意见。

【解读】本条是关于劳动行政部门监督管理的规定。

劳动行政部门监督管理，是指国务院劳动行政部门和县级以上人民政府的劳动行政部门，以自己的名义，代表国家对劳动合同制度的实施进行监督管理的行政执法活动。劳动行政部门监督管理是一种专业性的行政执法，有着与其他部门和群众监督不同的作用，因此它是劳动合同法监督检查体系中最主要的一种。劳动行政部门监督管理具有以下三个特点：

第一，监督管理的主体是代表国家行使监督管理职权的劳动行政部门。

第二，劳动行政部门监督管理是一种执法行为。这种执法行为具有六个主要特征：(1)国家意志性。行政执法是由具体的行政主体实施，行政执法的实质是国家行政权的运行，是国家意志的体现，可以说，行政执法是行政主体以其名义实施的国家意志行为。无论是行政主体还是行政管理相对人都必须服从国家意志(2)执行性。劳动行政部门的监督管理能够将有关法律、法规和规章的规定落到实处。(3)具体性。劳动行政部门监督管理的相对人只能是特定的用人单位和劳动者。劳动行政部门监督管理机关作出的处理决定，也只能对相对人发生法律效力，不具备普遍约束力。(4)强制性。劳动行政部门监督管理活动是以国家强制力作为后盾的，相对人只能接受并配合劳动行政监督机关的监督管理活动，相对人拒绝履行设定的义务，劳动行政部门有依法强制执行或申请法院强制执行等权力。(5)优益性。劳动行政机关的行政执法行为依法享有优惠条件，行政管理相对人有协助的义务。(6)单向性。劳动行政执法行为是行政机关单方发生的行为其效力的发生不以行政管理相对人的意志为转移。

第三，劳动行政部门监督管理是一种行政法律行为。这种监督管理的结果会导致一定的法律后果的产生，如对违法现象和不当行为采取制裁措施等。监督管理主体要对这种后果负法律责任。监督管理对象对监督管理处理不服，可以提起行政复议或行政诉讼。

一、劳动行政部门监督管理的分类

劳动行政部门监督管理按照主体的不同可以分为两类：(1)国务院劳动行政部门；(2)县级以上地方人民政府劳动行政部门。

国务院劳动行政部门监督管理是普遍管辖，县级以上地方人民政府劳动行政部门监督管理是地域管辖；地方人民政府劳动行政部门监督管理不包括乡镇一级。根据《劳动保障监察条例》(国务院令 第423号)的规定，县级、设区的市级人民政府劳动保障行政部门可以委托符合监察执法条件的组织实施劳动保障监察。

二、劳动行政部门监督管理的内容

劳动行政部门负责劳动合同制度实施的监督管理。监督的内容是对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的情况。具体说来，就是本法第七十四条列举的七项内容。



三、劳动行政部门的意见听取机制

劳动行政部门对劳动合同制度的实施情况进行监督管理的过程中涉及三个方面的关系。一是与监督对象用人单位的关系，二是与保护对象劳动者的关系，三是与有关行业主管部门的工作关系。理清三个方面的关系有助于监督管理工作的顺利开展，因此有必要听取代表劳动者的工会、企业方面代表以及有关行业主管部门的意见。

相关规定：《中华人民共和国劳动法》第9条、第85条；《中华人民共和国劳动合同法》第5条。

第七十四条：劳动行政部门监督检查事项

第七十四条 县级以上地方人民政府劳动行政部门依法对下列实施劳动合同制度的情况进行监督检查：

- (一) 用人单位制定直接涉及劳动者切身利益的规章制度及其执行的情况；
- (二) 用人单位与劳动者订立和解除劳动合同的情况；
- (三) 劳务派遣单位和用工单位遵守劳务派遣有关规定的情况；
- (四) 用人单位遵守国家关于劳动者工作时间和休息休假规定的情况；
- (五) 用人单位支付劳动合同约定的劳动报酬和执行最低工资标准的情况；
- (六) 用人单位参加各项社会保险和缴纳社会保险费的情况；
- (七) 法律、法规规定的其他劳动监察事项。

【解读】本条是关于县级以上地方人民政府劳动行政部门监督检查事项的规定。

劳动行政部门开展监督检查的方式主要有三种：(1)经常性地进行检查。对用人单位执行劳动合同制度的情况进行检查要坚持制度化、经常化、规范化，及时发现问题及时处理。(2)集中力量，进行突击性的监督检查。当某一时期，企业等用人单位遵守和执行劳动合同制度普遍存在着严重问题，迫切需要解决这种问题的时候，可以组织力量进行突击性检查。这种做法声势浩大，威慑力强，便于及时解决问题。(3)有针对性地对某些用人单位进行监督检查。用人单位发生了伤亡事故，或者有关组织、劳动者检举控告用人单位有违反劳动合同制度的行为，劳动行政部门应派人对该企业进行调查，明辨是非，及时恰当地作出处理。

本法为了加强对劳动合同制度实施情况的监督检查，特别列举了如下劳动监察事项：

(一) 用人单位制定规章制度及其执行的情况

劳动法第四条规定，用人单位应当依法建立和完善规章制度，保障劳动者享有劳动权利和履行劳动义务。相对应地，劳动合同法第四条对此予以详细规定：“用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。”“用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。”“在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。”“直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。”依据该条规定，劳动行政部门在监督检查的时候，要注意检查规章制度和重大事项决定的内容、形式是否合法，以及制定的过程是否符合程序要求，是否保障了职工的知情权和参与权等。监督检查的后续性结果就是追究法律责任，依据劳动合同法第八十条的规定，用人单位制定的直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定的，由劳动行政部门责令改正，给予警告；给劳动者造成损害的，用人单位应当承担赔偿责任。

(二) 用人单位与劳动者订立和解除劳动合同的情况



这一事项对应着本法第二章、第三章的规定，劳动行政部门应当依法对用人单位订立和解除劳动合同的情况进行监督检查。例如，目前存在着很多不订立书面劳动合同的情况，劳动行政部门应当依据劳动合同法第十条的规定，要求已建立劳动关系、未同时订立书面劳动合同的用人单位，自用工之日起一个月内订立书面合同。另外，根据劳动合同法第十四条的规定，用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。除此之外，还有法律责任方面的规定，依据劳动合同法第八十二条的规定，用人单位自用工之日起超过一个月但不满一年来与劳动者订立书面劳动合同的，劳动行政部门应当责令用人单位向劳动者每月支付二倍的工资。

(三)用人单位遵守劳务派遣有关规定的情况

这一事项对应着劳动合同法第五章第二节关于劳务派遣合同的规定。劳动行政部门应当监督检查以下内容，概括为：劳务派遣单位的资格；劳务派遣单位与被派遣劳动者签订劳动合同的情况；劳务派遣协议是否合法；用工单位是否履行其法定义务；被派遣劳动者是否享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利；实施劳务派遣的岗位要求是否合格等多项内容。

(四)用人单位遵守工作时间和休息休假规定的情况

劳动法对休息休假作出了专章规定(劳动法第三十六条至第四十五条)。作为劳动合同制度的一项必备条款、重要内容，用人单位与劳动者约定休息休假不能违反劳动法的规定。同时，劳动行政部门应当监督检查用人单位遵守工作时间和休息休假有关规定的情况，保障劳动者的休息休假权不受侵犯。

(五)用人单位执行最低工资标准的情况

这一事项涉及到劳动合同法第五十五的规定。依据该条规定，集体合同中劳动条件和劳动报酬等标准不得低于当地人民政府规定的最低标准。用人单位与劳动者订立的劳动合同中劳动条件和劳动报酬等标准不得低于集体合同规定的标准。随着各地人民政府逐步提高最低工资标准，劳动行政部门应当监督集体合同和劳动合同中的劳动报酬最低标准，也要相应提高。如果发现用人单位低于当地最低工资标准支付劳动者工资的，应当依据本法第八十五条的规定，责令用人单位支付其差额部分；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金。

(六)用人单位参加各项社会保险和缴纳社会保险费的情况

劳动法在第七十条至第七十六条对“社会保险和福利”作出了专章规定，而且劳动法第一百零一条规定：“用人单位无故不缴纳社会保险费的，由劳动行政部门责令其限期缴纳，逾期不缴纳的，可以加收滞纳金。”依据本法第十七条的规定，社会保险条款也是劳动合同的必备内容。劳动行政部门应当监督检查用人单位参加各项社会保险和缴纳社会保险费的情况，对于贯彻和执行劳动合同制度，构建和谐稳定的劳动关系具有重要意义。

(七)法律、法规规定的其他劳动监察事项

劳动行政部门监督检查的范围是十分广泛的，除了以上列明的事项以外，还有本法规定的像劳动安全卫生、试用期约定、女职工和未成年工特殊权益保护等也都属于这里所说的劳动监察事项。还有劳动法、《劳动保障监察条例》等其他法律、法规规定的事项，与劳动合同制度的实施有关的，都可以列入劳动监察事项。

相关规定：《中华人民共和国劳动法》第 87 条、第 36 条至第 45 条、第 70 条至第 76 条；《中华人民共和国劳动合同法》第 4 条、第 10 条、第 14 条、第 17 条、第 55 条、第 57 条至第 67 条、第 80 条、第 82 条、第 85 条、第 92 条等。

第七十五条：监督检查措施和依法行使职权、文明执法

第七十五条 县级以上地方人民政府劳动行政部门实施监督检查时，有权



查阅与劳动合同、集体合同有关材料，有权对劳动场所进行实地检查，用人单位和劳动者都应当如实提供有关情况和材料。

劳动行政部门的工作人员进行监督检查，应当出示证件，依法行使职权，文明执法。

【解读】本条是关于监督检查措施和依法行使职权、文明执法的规定。

一、监督检查措施

本条规定了两种监督检查措施：一是书面检查。即有权查阅与劳动合同、集体合同有关材料。二是劳动场所实地检查。劳动监察员是县级以上各级人民政府劳动行政部门执行劳动监督检查公务的人员。根据《劳动保障监察条例》(国务院令 423 号)的规定，劳动保障监察员依法履行劳动保障监察职责。劳动保障监察以日常巡视检查、审查用人单位按照要求报送的书面材料以及接受举报投诉等形式进行。

二、依法执法与文明执法

劳动行政部门的人员进行监督检查，应当出示证件，依法行使职权，文明执法。

(一) 依法行使职权

依法行使职权是依法行政的要求，劳动行政部门的执法人员进行监督检查时，应当严格依照法律、法规、规章规定的等程序，出示执法身份证件。根据《关于实施〈劳动保障监察条例〉若干规定》(劳动和社会保障部令 25 号)的规定，劳动保障监察员进行调查、检查不得少于 2 人。劳动保障监察机构应指定其中 1 名为主办劳动保障监察员。劳动保障监察员对用人单位遵守劳动保障法律情况进行监察时，应当遵循以下规定：(1)进入用人单位时，应佩戴劳动保障监察执法标志，出示劳动保障监察证件，并说明身份；(2)就调查事项制作笔录，应由劳动保障监察员和被调查人(或其委托代理人)签名或盖章。被调查人拒不签名、盖章的，应注明拒签情况；劳动保障监察员进行调查、检查时，承担下列义务：(1)依法履行职责，秉公执法；(2)保守在履行职责过程中获知的商业秘密；(3)为举报人保密。劳动保障监察员在实施劳动保障监察时，有下列情形之一的，应当回避：(1)本人是用人单位法定代表人或主要负责人的近亲属的；(2)本人或其近亲属与承办查处的案件事项有直接利害关系的；(3)因其他原因可能影响案件公正处理的。劳动保障行政部门调查、检查时，有下列情形之一的可以采取证据登记保存措施：(1)当事人可能对证据采取伪造、变造、毁灭行为的；(2)当事人采取措施不当可能导致证据灭失的；(3)不采取证据登记保存措施以后难以取得的；(4)其他可能导致证据灭失的情形。

(二) 文明执法

文明执法是指执法人员执法时应遵守职业行为规范和社会道德规范。文明执法包括的范围非常广泛，包括政治素养、仪表风纪、语言举止等各方面。其中应以遵守的行为规范为主，兼顾作为社会人应遵守的社会行为规范。

文明执法必须以依法执法为前提，文明执法能够在依法执法的基础上构建和谐执法氛围。

相关规定：《中华人民共和国劳动法》第 85 条、第 86 条。

第七十六条：其他有关主管部门的监督管理

第七十六条 县级以上人民政府建设、卫生、安全生产监督管理等有关主管部门在各自职责范围内，对用人单位执行劳动合同制度的情况进行监督管理。

【解读】本条是关于县级以上人民政府建设、卫生、安全生产监督管理等有关主管部门的监督管理的规定。

行政部门监督管理的主体不仅包括劳动行政部门，还包括建设、卫生、安全生产监督管



理等有关主管部门。

建设行业比较突出的问题是拖欠农民工工资问题。建筑业已成为吸纳农村富余劳动力的主要行业之一,广大农民工进入建筑业,促进了农村劳动力就业结构调整,增加了农民收入。但是,由于建筑领域存在劳动力供大于求、拖欠工程款以及劳动用工行为不规范等问题,侵害了农民工的合法权益。县级以上人民政府建设部门主要采取了以下措施:(1)开展清查工作,严厉打击拖欠和克扣农民工工资行为。县级以上人民政府建设部门定期对建筑业企业工资支付情况进行监督检查。对查出拖欠和克扣工资的建筑业企业,责令其及时补发工资;不能立即补发的,制定清欠计划,限期补发。对恶意拖欠、克扣工资的企业,严格按国家有关规定进行处罚,并向社会公布有关企业名单。(2)加强对农民工劳动合同的管理,指导企业依法与农民工签订劳动合同。加强对建筑业企业招用农民工的管理,对签订劳动合同收取抵押金、风险金等违法行伪,一经发现,要按有关规定严肃处理。对不依法与农民工签订劳动合同、或采取欺诈和威胁等手段订立劳动合同以及不按规定进行用工备案的企业,根据国家有关法律法规和政策严肃处理。(3)完善工作机制,疏通处理渠道。建设部门要建立健全解决拖欠农民工工资的工作机制,切实做到专人负责、申诉有门、处理及时、客观公正。要按照各自职责,认真负责地对侵犯农民工权益的违法行为进行处理,不得相互推诿。建立健全拖欠农民工工资举报制度,设立举报箱、开通举报电话,并设专人负责接待来访举报。信访机构要认真接待农民工因被拖欠工资等问题的上访,耐心细致地做好政策宣传解释工作。使用农民工较多的地区,县级以上人民政府建设部门与有关部门协商,成立法律援助工作站,开展法律咨询服务活动。(4)积极指导用人单位依法建立健全内部劳动合同管理制度。各级劳动保障部门要会同建设等行业行政主管部门,要指定专职或兼职人员负责劳动合同管理工作,建立劳动合同管理台帐,实行动态管理。对履行劳动合同情况,特别是工资支付、保险福利、加班加点等有关情况要有书面记录。对终止解除劳动合同的农民工,用人单位应当结清工资,并出具终止解除劳动合同证明。

本法规定,用人单位招用劳动者时,应当如实告知劳动者工作条件、职业危害等情况;劳动合同应当具备职业危害防护条款。县级以上人民政府卫生主管部门对用人单位是否履行了告知义务、是否按照本法的规定订立劳动合同,以及全面履行职业危害防护义务等事项进行监督管理。

本法规定,用人单位招用劳动者时,应当如实告知劳动者工作条件、安全生产状况等情况;劳动合同应当具备劳动保护、劳动条件条款。县级以上人民政府安全生产监督管理主管部门对用人单位是否履行了告知义务、是否按照本法的规定订立劳动合同,以及全面履行安全生产义务等事项进行监督管理。

县级以上人民政府劳动行政部门和县级以上人民政府建设、卫生、安全生产监督管理等有关主管部门应当互相配合,共同做好劳动合同制度的监督管理工作。

相关规定:《中华人民共和国劳动法》第87条。

第七十七条:劳动者权利救济途径

第七十七条 劳动者合法权益受到侵害的,有权要求有关部门依法处理,或者依法申请仲裁、提起诉讼。

【解读】本条是关于劳动者权利救济途径的规定。

本条规定突出体现了对劳动者权益受侵害要予以法律救济的思想,在理解上应当注意包括以下三层涵义:

首先,劳动者的合法权益受到侵害的,包括各种各样的情形。与本法第七十四条相呼应,劳动行政部门对实施劳动合同制度进行监督检查的事项,往往就是劳动者的合法权益容易受



侵害的地方。例如，用人单位制定规章制度的内容或者程序不合法损害到劳动者的切身利益；用人单位不与劳动者订立书面劳动合同或者随意解除劳动合同；劳务派遣单位和用工单位规避有关劳务派遣的规定，向被派遣劳动者收取费用等；用人单位不遵守工作时间和休息休假的法律规定；用人单位违法向劳动者支付低于当地最低工资标准的劳动报酬；用人单位不为劳动者缴纳或者未及时足额缴纳社会保险的情况等等。只要是本法或者其他劳动法律、法规规定的劳动者的合法权益，都必须受到法律的保护。

其次，对于本条规定中的“有关部门”的范围应作广义的理解。本法第七十五条第一款规定：“县级以上地方人民政府劳动行政部门实施监督检查时，有权查阅与劳动合同、集体合同有关的材料，有权对劳动场所进行实地检查，用人单位和劳动者都应当如实提供有关情况和材料。”第七十六条规定：“县级以上人民政府建设、卫生、安全生产监督管理等有关主管部门在各自职责范围内，对用人单位执行劳动合同制度的情况进行监督管理。”依据这两条规定，劳动、建设、卫生、安全生产监督管理等部门都承担着保护劳动者合法权益的相应职责，对于劳动者的维权要求应当依法处理，不能互相推诿，更不能将维权要求拒之门外。

再次，本条除了要求行政部门依法处理的规定之外，还规定了“申请仲裁”或者“提起诉讼”两种救济途径。这里所说的仲裁机构，是指依法设立的。经国家授权依法独立仲裁处理劳动争议案件的专门机构，一般是指劳动争议仲裁委员会。劳动争议仲裁委员会由劳动行政部门、同级工会和用人单位团体或代表用人单位方面的特定部门各自选派的代表组成。各级仲裁委员会相互间不存在行政隶属关系，各自独立仲裁本行政区域内发生的劳动争议案件。劳动者还可以向法院提起诉讼，由受理该劳动争议案件的人民法院的民事审判庭，依照民事诉讼法的有关规定进行处理。

相关规定：《中华人民共和国劳动法》第77条、第79条。

第七十八条：工会监督监察的权利

第七十八条 工会依法维护劳动者的合法权益，对用人单位履行劳动合同、集体合同的情况进行监督。用人单位违反劳动法律、法规和劳动合同、集体合同的，工会有权提出意见或者要求纠正；劳动者申请仲裁、提起诉讼的，工会依法给予支持和帮助。

【解读】本条是关于工会依法维护劳动者的合法权益，对用人单位履行劳动合同，集体合同的情况进行监督的规定。

中国工会是中国共产党领导的职工自愿结合的工人阶级群众组织。中国工会章程明确提出，中国工会维护工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家政权，协助人民政府开展工作，在政府行使国家行政权力过程中，发挥民主参与和社会监督作用。工会基层委员会和组织职工依照法律规定，通过职工代表大会和其它形式，参加本单位民主管理和民主监督。企业、事业单位工会委员会是职工代表大会工作机构，负责职工代表大会的日常工作，检查、督促职工代表大会决议的执行。参与协调劳动关系和调解劳动争议，与企业、事业单位行政方面建立协商制度，协商解决涉及职工切身利益问题。帮助和指导职工与企业、事业单位行政方面签订劳动合同，代表职工与企业、事业单位行政方面签订集体合同或其他协议，并监督执行。监督有关法律、法规的贯彻执行。协助和督促行政方面做好劳动保险、劳动保护工作，办好职工集体福利事业，改善职工生活。

《中华全国总工会关于进一步推进劳动合同制度实施的通知》（总工发[2005]23号）中指出，要加强对劳动合同执行情况的监督检查。工会要将劳动合同执行情况作为工会劳动监督的重点，

建立和完善监督检查机构和组织，积极开展监督检查工作，监督劳动合同双方认真履行



劳动合同。要加强劳动关系协调机制各项制度间的有机衔接，劳动合同的标准不得低于集体合同的规定。注意发挥劳动合同在劳动争议调解、仲裁和诉讼中的作用，做到有法可依，依法办事。企业工会要加强与行政方的沟通和协调，督促认真履行劳动合同。对于企业未兑现劳动合同的行为，工会要依法要求行政进行整改，或支持职工通过仲裁或诉讼方式解决。地方工会要加强与劳动保障部门的协调，推动开展劳动合同专项监察，在劳动法、工会法执法检查和企业劳动年检中，要将劳动合同作为重要内容，监督企业认真签订和履行劳动合同。对不签订和不履行劳动合同的企业，工会要督促劳动保障部门责令改正，依法予以行政处罚。要积极推动各级人大开展劳动法的执法检查，促进劳动合同工作取得实效。

《企业工会工作条例(试行)》(总工发[2006]41号)和各地的工会工作条例中规定了两种制度保证工会监督权的实现：(1)建立劳动法律监督委员会，地方总工会及产业、乡镇(街道)工会应当设立工会劳动保障法律监督委员会。职工人数较少的企业应设立工会劳动法律监督员，基层工会根据实际需要可以设立工会劳动保障法律监督委员会，对企业执行有关劳动报酬、劳动安全卫生、工作时间、休息休假、女职工和未成年工保护、但险福利等劳动法律法规情况进行群众监督。工会劳动保障法律监督委员会的成员为本级工会劳动保障法律监督员。镇、街道以上工会的工会劳动法律监督组织可以委派工会劳动法律监督员进入本辖区内的用人单位，履行监督、调查职责。工会劳动法律监督员应当具备以下条件：一是熟悉劳动法律、法规，具备一定的政策水平和工作能力；二是热心维护职工群众的合法权益；三是奉公守法，清正廉洁。工会劳动保障法律监督员由工会发给监督员证。(2)建立劳动保护监督检查委员会，生产班组中设立工会小组劳动保护检查员。建立完善工会监督检查、重大事故隐患和职业危害建档跟踪、群众举报等制度，建立工会劳动保护工作责任制。依法参加职工因工伤亡事故和其他严重危害职工健康问题的调查处理。协助与督促企业落实法律赋予工会与职工安全生产方面的知情权、参与权、监督权和紧急避险权。开展群众性安全生产活动。

对于用人单位违反劳动法律、法规和劳动合同、集体合同的，工会有两种处理方式：(1)有权提出意见或者要求纠正。(2)劳动者申请仲裁、提起诉讼的，工会依法给予支持和帮助。

相关规定：《中华人民共和国劳动法》第88条；《中华人民共和国劳动合同法》第6条、第56条。

第七十九条：对违法行为的举报

第七十九条 任何组织或者个人对违反本法的行为都有权举报，县级以上人民政府劳动行政部门应当及时核实、处理，并对举报有功人员给予奖励。

【解读】本条是关于组织或者个人对于违反本法的行为有权举报的规定。

举报是指组织和个人向国家机关控告或者检举违法行为的行为。举报是我国宪法和法律赋予公民的一项民主权利。我国宪法第四十一条规定：中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利；对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利，但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害。对于公民的申诉、控告或者检举，有关国家机关必须查清事实，负责处理。任何人不得压制和打击报复。由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人，有依照法律规定取得赔偿的权利。

举报为专门机关监督提供了有效的渠道和有用的线索。举报既方便了组织和个人行使监督权利，又方便了专门机关履行职能，实行专门监督，实现了群众监督和专门机关监督的有效结合。组织或者个人行使监督权利的方式可以很多，如提出建议、当面批评，或者进行工作检查等等，举报只是其中的一种。

举报可以通过电话举报、信函举报、传真举报、网上举报，也可以当面举报、预约举报



或者认为方便的其他形式进行举报。

举报权利实际上是一种监督权利。举报权利的内容是多方面的，主要包括：(1)自愿举报。是否行使举报权利由举报人自己决定，其他任何单位和个人都无权干涉，不能强制举报，也不能妨碍举报。(2)选择举报受理机关。举报人进行举报的时候，可以凭主观判断选择举报受理机构，不必受到举报机构级别和管辖分工的限制。(3)选择举报时间和举报方式。(4)有权决定是否实名举报。(5)获得保护。对于侵犯举报人合法权益的情况人有权投诉，要求予以处理。(6)获得损害赔偿的权利。(7)获得必要奖励的权利。

举报作为监督的有效形式，其作用主要包括以下几个方面：(1)方便群众对违纪、违法、犯罪等等行为的监督，任何单位和个人都可“通过举报进行检举和控告，要求予以处理。(2)方便公民行使民主权利，有效监督国家机关和国家工作人员的活动。公民可以通过举报对党和国家机关、国家工作人员的行为提出批评和建议，反映一些社会热点问题和群众关心的问题。(3)专门机关通过举报可以获得大量的举报线索，有利于专门机关履行职责，尤其是监督职责。(4)将群众监督纳入法制轨道，有利于社会的稳定。

县级以上人民政府劳动行政部门应当及时核实、处理，并对举报有功人员给予奖励。奖励的对象必须是有功人员。各地已相继出台了一些奖励举报有功人员的办法，如湖北荆门市《关于奖励举报有功人员的暂行办法》规定了奖励举报有功人员的具体标准：(1)对举报贪污、贿赂、侵占、挪用公款等经济方面的违纪违法行为及对突破重大案件起了重要作用的，按收缴赃款和赃物交价款的总额，在1%的比例内给予奖励，一般不超过5000元。(2)对举报违反财经纪律、失职渎职造成重大经济损失等违纪违法行为且为国家、集体挽回或者减少重大经济损失的，可酌情给予500元至1000元的奖励。(3)对举报其它方面的错误行为，使违纪违法者受到党纪政撤职以上处分或刑事处理的，可酌情给予奖励。

相关规定：《中华人民共和国宪法》第41条；《中华人民共和国劳动法》第88条。

第七章 法律责任

第八十条：规章制度违法的法律责任

第八十条 用人单位直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定的，由劳动行政部门责令改正，给予警告；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

【解读】本条是关于用人单位直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定的所应承担的法律责任的规定。

一、用人单位直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定

劳动合同法第四条规定：“用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。”“用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。”“在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。”“用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。”上述这些规定，明确了用人单位制定规章制度必须要遵守有关法律、法规的规定，否则是违法的，



这体现在实体和程序两个方面：

一是在实体方面，用人单位制定的规章制度的内容必须要符合法律、法规的规定，包括劳动安全卫生、劳动纪律、职工培训、休息休假以及劳动定额管理等方面的规章制度的内容，必须遵守劳动法、职业病防治法、劳动合同法还其他相关的行政法规、地方性法规的规定。不得与之相抵触，否则是违法的。如劳动法规定，劳动者每天工作的时间不得超过八小时，如果某一企业制定的规章制度规定职工每天必须工作十小时，则这一规定就是违法的；再如，劳动法规定职工在国家法定节假日工作的，企业要付给职工不低于工资的 300% 的工资报酬，如果某一企业规定职工在节假日加班，企业不付给加班工资，或者付的加班工资低于劳动法的规定，也是违法的。

二是在程序方面，用人单位制定的直接涉及劳动者切身利益的规章制度，如劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等规章制度必须遵守法律规定的程序。根据劳动合同法第四条第二款、第三款、第四款的规定，用人单位的规章制度直接涉及劳动者切身利益的，应当遵守以下三个程序：一是应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定；二是在规章制度和重大事项决定实施过程中，用人单位应当尊重工会和劳动者提出的意见，通过协商予以修改完善；三是直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项，用人单位应当公示或者告知劳动者。上述程序确定了用人单位制定的涉及劳动者切身利益的规章制度的法定程序，体现了职工参与企业民主管理的原则。如果用人单位制定规章制度违反了这三个法定程序，如拒绝让职工代表大会讨论，拒绝与工会或者职工代表平等协商，不进行公示或者不告知劳动者等，则所制定的规章制度是违法的。这里要说明两点：一是程序守法是现代法制的一项重要原则，如果用人单位制定的规章制度实体内容是合法的，但如果没有经过法定的程序作出，则也是违法的。二是本条规定的规章制度制定程序，只限于直接涉及劳动者切身利益的事项，有关其他事项的规章制度的制定，若完全属于用人单位的经营自主权的范围，可以不必遵守劳动合同法第四条的规定。

二、用人单位违法制定规章制度的法律责任

用人单位直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定的，其法律后果是：这样的规章制度不对劳动者产生拘束力，劳动者可以不予遵守；同时，劳动者一经发现用人单位制定的规章制度违反法律、法规规定的，要向当地的劳动行政部门进行投诉，由劳动行政部门对用人单位予以责令改正，并给予警告的行政处罚。此外，如果违法的规章制度对劳动者造成损害的，用人单位应当承担赔偿责任。

(一)关于责令改正

劳动行政部门对用人单位予以责令改正，这里“责令改正”并不是一种行政处罚，因为1996年10月1日起施行的行政处罚法关于行政处罚的种类的规定中，只规定了警告、罚款、没收违法所得、没收非法财物、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照、行政拘留这六种行政处罚的种类，并没有将“责令改正”也列入行政处罚的种类当中。在制定行政处罚法的过程当中，关于“责令改正”是有如下考虑的：我国现行的法律、法规中，在行政处罚的手段上都有这样的规定，责令改正违法行为，或者规定责令限期消除违法行为的后果等。考虑到对任何一种违法行为，均应当予“改正”，责令改正不应当是一种处罚，而是实施每一种行政处罚的一个前置条件，一个必经过程，即实施每一种行政处罚之前，都应当首先责令当事人改正违法行为，消除违法行为后果，然后才是实施行政处罚，因为实施行政处罚的目的决不是为罚而罚，而是为了维护公共利益和社会秩序，保护公民、法人或者其他组织的合法权益，纠正违法行为，教育公民、法人自觉守法。为此，行政处罚法第二十三条明确规定：“行政机关实施行政处罚，应当责令当事人改正或者限期改正违法行为”。

用人单位制定的规章制度违反法律、法规规定的，劳动行政部门首先要责令该用人单位



改正违法行为，即对违法的规章制度进行纠正，使之符合法律、法规的规定，成为有效的规章制度。例如，用人单位规定的劳动者适用期的期限超过了法律规定的最同时限，则必须予以改正，缩短到法律规定的幅度内，使之成为有效的规章制度。

（二）关于警告的行政处罚

行政处罚是国家法律制度的重要组成部分，是行政机关依法进行行政管理，保障法律贯彻实施的重要手段，是行政责任中的一种形式。第八届全国人民代表大会第四次会议审议通过了《中华人民共和国行政处罚法》，这部法律从行政处罚的设定、实施机关、处罚程序等方面对行政处罚进行了规范，从而完善了我国的法律责任制度，对于保障和监督行政机关有效实施行政管理，维护公共利益和社会秩序，保护公民、法人或者其他组织的合法权益具有十分重要的意义。根据行政处罚法的规定，公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为，应当给予行政处罚的，依照行政处罚法由法律、法规或者规章规定，并由行政机关依照行政处罚法规定的程序实施。行政处罚的种类有：警告；罚款；没收违法所得、没收非法财物；责令停产停业；暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照；行政拘留。

本条规定的是“警告”这一行政处罚种类。警告在学理上称为申诫罚，有告诫的意思，就是当公民、法人或者其他组织有违反行政管理秩序的行为时。行政机关可以责令其立即改正违法行为，告诫其应当遵守法律、法规的有关规定，不能违法。警告是六种处罚中相对比较轻的一种处罚，所以行政处罚法对其设定权的规定比较宽松：法律、法规、规章都可以设定警告的处罚，并且行政机关适用简易程序即可当场作出处罚决定，不必经过调查、收集证据等一般程序。

对于用人单位制定的规章制度违反法律、法规规定的，劳动行政部解除了责令用人单位改正违法行为外，还要给予用人单位警告的行政处罚，使用人单位能够对自己的违法行为有所警醒，记住这次违法的教训，避免下次再出现违法行为。

（三）关于民事赔偿责任

如果用人单位制定的规章制度给劳动者造成损失，用人单位还要承担民事赔偿责任。例如，用人单位制定的劳动安全卫生方面的规章制度不符合劳动法和职业病防治法的规定，如按照职业病防治法第十九条规定，用人单位应当建立、健全职业卫生管理制度和操作规程，但用人单位在其规章制度中没有规定这样的内容，因此给劳动者造成损失的，包括人身伤害和财产损失的，要给予劳动者赔偿。这里要提到的是，劳动者除了要求用人单位给予物质赔偿以外，还可以要求获得精神损害赔偿。

所谓精神损害赔偿，是指公民因其人身权利受到不法侵害而遭受精神痛苦或精神利益受到损害，要求侵权人进行金钱赔偿的一种法律制度。精神损害赔偿的条件，根据最高人民法院2001年3月8日发布的《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的规定，在下列几种情况下可以请求精神损害赔偿：第一，自然人因人格权利（包括生命权、健康权、身体权；姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权；人格尊严、人身自由权）遭受非法侵害时，有权向法院起诉请求赔偿精神损害。第二，违反社会公共利益、社会公德、侵害他人隐私或者其他人格利益，受害人有权以侵权为由向法院起诉请求赔偿精神损害。第三，非法使被监护人脱离监护，导致亲子关系或近亲属间的亲属关系遭受严重损害的，监护人有权起诉请求精神损害赔偿。第四，自然人死亡后，其近亲属因为一些侵权行为遭受精神痛苦的，有权向法院起诉请求赔偿精神损害。

实践中，有的用人单位通过制定非法的规章制度，限制劳动者的人身自由，以暴力手段强迫工人劳动；有的用人单位为了防止职工偷拿本单位财物，而规定单位保安人员可以在每天下班时，对职工进行搜身检查；还有的用人单位通过规章制度规定职工每天上厕所的次数，及每次上厕所的时间等，都是侵犯了劳动者的人格权利，包括身体权、健康权、人格尊严等，对这样的侵权行为，劳动者可以依法要求用人单位给予精神损害赔偿。



当事人承担精神损害赔偿的方式有：致人精神损害，未造成严重后果的，可判令侵权人停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉；造成严重后果的，应根据受害人一方的请求同时判令侵权人赔偿相应的精神损害抚慰金。精神损害赔偿应起到三个作用：一是对受害人的抚慰，二是对加害人的制裁，三是对社会的一般的警示。只要符合这三点要求，这样的赔偿数额就是合适的。

相关规定：《中华人民共和国行政处罚法》第 23 条；《中华人民共和国民事诉讼法》第 119 条、第 120 条。

第八十一条：缺乏必备条款、不提供劳动合同文本的法律责任

第八十一条 用人单位提供的劳动合同文本未载明本法规定的劳动合同必备条款或者用人单位未将劳动合同文本交付劳动者的，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

【解读】本条是关于用人单位提供的劳动合同文本未载明劳动合同法规定的劳动合同必备条款或者用人单位未将劳动合同文本交付劳动者的法律责任的规定。

一、用人单位提供的劳动合同文本未载明劳动合同法规定的劳动合同必备条款

劳动合同法第十七条第一款规定：“劳动合同应当具备以下条款：(一)用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；(二)劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；(三)劳动合同期限；(四)工作内容和工作地点；(五)工作时间和休息休假；(六)劳动报酬；(七)社会保险；(八)劳动保护，劳动条件和职业危害防护；(九)法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。”劳动合同法之所以作上述规定，主要是考虑到劳动合同与一般的民事合同不同，民事合同是由平等的民事主体经过平等协商而签订的，其合同内容可以由双方根据意思自治的原则，在遵守国家法律的前提下达成；而劳动合同的签订双方用人单位和劳动者显然地位上不平等，用人单位通常处于强势，而劳动者一方通常处于弱势，因此需要法律来对劳动合同的必备条款加以具体规定，以保护劳动者的合法权益不受侵犯。

一是对于用人单位提供的劳动合同文本未载明本法规定的劳动合同必备条款的行为，既包括未载明劳动合同法规定的劳动合同必备条款一项的。也包括几项的；二是对于必备条款中的有关职业病防治的内容，其适用的对象是那些有职业病危害的企业，对于那些没有职业病危险的企业，则不需要在其劳动合同中规定职业病防治的内容。

二、用人单位未将劳动合同文本交付劳动者

劳动合同法第十六条第二款规定：“劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。”劳动合同应由用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章生效，并由双方各执一份。实践中，一些用人单位存在不将劳动合同文本交付劳动者的情况，以此限制劳动者的权利，这一行为属于违法的，应当承担相应的法律责任。

三、有关法律责任

如果用人单位提供的劳动合同文本没有规定劳动合同法第十七条第一款规定的一项或者几项必备内容，或者用人单位未将劳动合同文本交付劳动者的要依法承担相应的法律责任：包括由劳动行政部门责令改正；对劳动者造成损害的，用人单位应当承担赔偿责任。

这里要着重介绍一下民事赔偿责任。

民事责任是根据民法的规定，公民或法人在违反自己的民事义务或侵犯他人的民事权利时所应承担的法律后果。构成民事责任的条件包括：(1)损害事实；(2)违法行为；(3)因果关系；(4)主观过错。承担民事责任的形式，在财产关系方面，表现为恢复被违法行为所破坏的财产权利；在人身方面，除恢复人身权利外，还必须赔偿因此而受到的财产损失。我国民法通则所规定承担民事责任的方式有：(1)停止侵害；(2)排除妨害；(3)消除危害；(4)返还



财产；(5)恢复原状；(6)修理、重作、更换；(7)赔偿损失；(8)支付违约金；(9)消除影响、恢复名誉；(10)赔礼道歉。

侵权的民事责任是一种重要的民事责任，其是指行为人由于过错侵害他人的财产、人身，依法应承担的民事赔偿责任。侵权民事责任主要是一种财产责任，它以财产赔偿的方式制裁害人，从而补偿受害人所受到的损失。侵权民事责任的构成要件有：

第一，侵权损害事实。所谓损害，是指由一定的行为或事件给人身或财产造成的不良后果和不良状态，包括一切受法律保护的权利和利益所遭受的不良后果(如财产减损、利润丧失、健康恶化、名誉玷污)和不良状态(如财物被侵占、经营受妨碍、环境被污染、行动受限制)。侵权民事责任以损害事实的存在为要件，没有损害事实的，不承担民事责任。

第二，必须有民事违法行为的存在。加害行为必须是违法的，合法行为不负赔偿责任。违法的加害行为有两种：一种是违法的作为，如殴打他人、污辱诽谤他人等，这种积极的违法行为造成他人损害要负赔偿责任是没有疑议的。另一种是违法的不作为，凡不作为的赔偿责任，必须是法律明文规定当事人有作为的义务，他不尽这种义务，即不作为，因而造成他人损害的，才负赔偿责任，应当指出的是，合法的行为有时也会造成他人损害，但可以不承担赔偿责任，如紧急避险、正当防卫行为等，但这些行为不能超过必要的限度，否则也要承担一定的赔偿责任。

第三，侵权行为与损害结果之间有因果关系。正是由于行为人的侵权行为造成受害人的损害。如该损害事实并非该违法行为所造成，则该行为人不能负赔偿责任。

第四，行为人主观上有过错。过错是构成违法行为承担民事责任的基本条件。也就是说，违法行为人对自己的行为在主观上有过错时才承担责任，否则，即使有了损害事实和违法行为，行为人也不承担赔偿责任。所谓主观过错，就是故意和过失。行为人能预见自己行为的后果，但希望这样的结果发生或放任这种结果的发生，称之为故意；行为人对行为的结果应当预见而没有预见到，或者虽然预见到，但又轻信能够避免，称之为过失。故意是行为人的恶意，对社会的危害性较大；而过失违法行为相对社会的危害性要小一些。

对于用人单位提供的劳动合同文本未载明本法规定的劳动合同必备条款或者用人单位未将劳动合同文本交付劳动者，对劳动者造成损害的，用人单位应当承担赔偿责任。劳动部于1995年5月制定了《违反(劳动法)有关劳动合同规定的赔偿办法》，该《办法》规定由于用人单位的原因订立无效的劳动合同，或订立部分无效劳动合同，对劳动者造成损害的，应按下列规定赔偿劳动者损失：(一)造成劳动者工资收入损失的，按劳动者本人应得工资收入支付给劳动者，并加付应得工资收入25%的赔偿费用；(二)造成劳动者劳动保护待遇损失的，应按国家规定补足劳动者的保护津贴和用品；(三)造成劳动者工伤、医疗保险待遇损失的，除按国家规定为劳动者提供工伤、医疗待遇外，还应支付劳动者相当于医疗费用25%的赔偿费用；(四)造成女职工和未成年工身体健康损害的，除按国家规定提供治疗期间的医疗待遇外，还应支持相当于其医疗费用的赔偿费用；(五)劳动合同约定的其他赔偿费用。

对于上述规定中有关劳动者工资收入损失的赔偿，鉴于劳动合同法第八十四条对用人单位未依照劳动合同的约定或者未依照本法规定支付劳动者劳动报酬，或者低于当地最低工资标准支付劳动者工资的，或者安排加班不支付加班费，以及解除、终止劳动合同。未依照本法规定向劳动者支付经济补偿的，明确规定由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者解除、终止劳动合同的经济补偿；劳动报酬低于当地最低工资标准的，应当支付其差额部分；逾期不支付的，责令用人单位接应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金。因此，在劳动合同法开始施行后，有关劳动者工资收入损失的赔偿应按劳动合同法的规定予以执行。

相关规定：《中华人民共和国行政处罚法》第23条；《中华人民共和国民事诉讼法》第119条。



第八十二条：不订立书面劳动合同的法律责任

第八十二条 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，应当向劳动者每月支付二倍的工资。

用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。

【解读】本条是关于用人单位自用工之日起超过一个月不满一年不与劳动者订立书面劳动合同，以及用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的法律责任的规定。

一、用人单位自用工之日起超过一个月不满一年不与劳动者订立书面劳动合同

劳动合同法第十条规定：“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。”用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。”同时，劳动合同法第十四条第三款规定：“用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。”根据上述规定，如果用人单位自用工之日起超过一个月但不满一年不与劳动者订立书面合同，就要承担相应的法律责任。这里包括三层含义：一是用人单位自用工之日起一个月内必须与劳动者订立劳动合同；二是劳动合同必须以书面形式订立，如果在一个月的时间内订立的是口头的劳动合同，则也是违法的，要依法承担法律责任；三是如果用人单位自用工之日起超过一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。对于超过一年不订立书面劳动合同的，直接适用本法有关无固定期限劳动合同的规定。此时，用人单位还不与劳动者签订劳动合同的，视为用人单位违反本法规定不签订无固定期限劳动合同的行为，按照本条第二款的规定追究法律责任，即：自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。

二、用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同

根据本法的规定：“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。”“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。”当前，我国劳务就业市场上出现了劳动合同短期化现象，对劳动关系的稳定和谐、收入分配制度及职工相关权益落实都产生了消极影响。从长远的观点来看，对企业、劳动者，对政府而言都是不利的，最终将影响到国民经济的持续、协调、稳定、健康的发展。因此，为维护劳动者的合法权益，促进劳动关系的和谐稳定，在劳动合同法中采取措施遏制劳动合同短期化是非常必要的。本法第十四条对订立无固定期限劳动合同作出了明确规定。本条中“违反本法规定不签订无固定期限劳动合同的”主要就是指用人单位违反本法第十四条第二款的规定，不与劳动者订立无固定期限劳动合同的行为，主要包括以下三种情形：（一）续延劳动合同时，劳动者已在该用人单位连续工作满十年以上，劳动者提出或者同意续订劳动合同，用人单位拒绝签订无固定期限劳动合同；（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十年以内的，劳动者提出或者同意续订劳动合同，用人单位拒绝签订无固定期限劳动合同；（三）连续签订两次固定期限劳动合同后续签的，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，劳动者提出或者同意续订劳动合同，而用人单位拒绝签订无固定期限劳动合同。

三、用人单位自用工之日起超过一个月不满一年不与劳动者订立书面劳动合同。以及用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的法律责任

对于用人单位自用工之日起超过一个月不满一年不与劳动者订立书面劳动合同，以及用



人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的违法行为,本条规定了一种惩罚性的民事赔偿责任,即:应当向劳动者支付二倍的月工资。

惩罚性赔偿,又叫做惩戒性赔偿,它指的是对受害方的实际损失予以补偿性赔偿之外的赔偿,通常是因为侵权方的一些特殊的不当行为所致。惩罚性赔偿是一项很古老的制度,它在世界上一些主要的普通法系国家,如英国、澳大利亚、新西兰,美国和加拿大等都得到了广泛的适用。实施惩罚性赔偿,是为了惩罚和阻止一些特定的行为,特别是故意或恶意所致的行为。此外,惩罚性赔偿还可以疏导受害人的愤慨情绪,防止受害一方因为侵权方的恶意侵权而采取一些以牙还牙的报复行为,全面补偿受害人所遭受的物质和精神损失。

惩罚性赔偿虽然在普通法系国家得到了广泛的运用,但在大多数大陆法系国家却没有得到承认。大多数的大陆法系国家对民事案件的损害赔偿额被限定在一定范围内,使受害人一方回复到没有受损时的状态。

我国一直以来采用大陆法系的立场,坚持赔偿采用实际损失原则,即只赔偿受害者因为侵权行为而实际受到的损失。但在1993年制定《中华人民共和国消费者权益保护法》时,借鉴了英美法系的惩罚性赔偿制度,该法第四十九条规定:“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的,应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失,增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。”这一规定第一次采用了惩罚性赔偿制度,以制裁消费领域中的欺诈行为,维护消费者的合法权益。此次,劳动合同法为了更好地保护劳动者的合法权益,对用人单位故意不签订书面劳动合同或者拖延签订劳动合同,以及故意不与劳动者订立无固定期限劳动合同的违法行为,规定了“应当向劳动者每月支付二倍的工资”这样一个惩罚性的赔偿制度,用于惩罚用人单位的违法行为,同时也是督促用人单位尽快依法与劳动者签订劳动合同,从而保护作为弱者一方的劳动者的合法权益,维护劳动关系的和谐稳定。例如:某一劳动者于某年10月8日起到某一企业工作,约定工资为每月700元,如果到了当年的12月8日,企业还没有与该劳动者签订书面的劳动合同,则该用人单位违反了劳动合同法的规定,依据本条的规定从劳动者工作的第二个月起,支付劳动者二倍的月工资。在上面的例子中,虽然该劳动者只干了两个月的工作,但由于用人单位超过一个月未与劳动者订立劳动合同,则在劳动者工作的第二个月,用人单位需要向其支付二倍的月工资,再加上第一个月的工资,到12月8日劳动者工作满两个月,此时用人单位一共需支付该劳动者三个月的工资2100元。

对于用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的,本条规定:自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。这里的“应当订立无固定期限劳动合同之日”应当理解为劳动合同法第十四条第二款、第三款规定的四种情形到来之日,包括:(1)劳动者在同一用人单位连续工作满十年后的次日。如某一劳动者1998年6月1日进入某一企业工作,到2008年6月1日已在该企业连续工作十年,如果该劳动者在2008年6月1日原固定期限劳动合同期满前或者期满当日提出续订劳动合同的,则2008年6月2日为“应当订立无固定期限劳动合同之日”。(2)劳动者在同一用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的情况下,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的日子。如某一职工已在某一企业连续工作十年,此时他53岁,距60岁的退休年龄不足10年,在此情况下,如果其所在的用人单位进行改制,确定于2008年3月1日重新与职工订立劳动合同,则这一天即为“应当订立无固定期限劳动合同之日”。(3)劳动者与企业连续订立二次固定期限劳动合同,且该劳动者没有劳动合同法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形,在此情况下,双方续订劳动合同的日子。(4)用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的,则满一年后的第一天为“应当订立无固定期限劳动合同之日”。如某一劳动者于2007年5月8日进入某一企业工作,到了2008年5月25日该企业还没有与该劳动者签订书面劳动合同,则视为企业与劳动者已经订立无固定



期限的劳动合同，“应当订立无固定期限劳动合同之日”为工作满一年后的第一天，即2008年5月9日。

第八十三条：违法约定试用期的法律责任

第八十三条 用人单位违反本法规定与劳动者约定试用期的，由劳动行政部门责令改正；违法约定的试用期已经履行的，由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。

【解读】本条是关于用人单位违反劳动合同法规定与劳动者约定试用期的法律责任的规定。

一、用人单位违反劳动合同法规定与劳动者约定试用期

劳动合同法第十九条规定：“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。”“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。”根据上述规定，用人单位在与劳动者约定试用期的时候，应当遵守劳动合同法有关试用期的最长时限、约定次数及其他有关规定，否则该试用期的约定就是违法的。

用人单位违反劳动合同法规定与劳动者约定试用期的情形包括：

(一)约定的试用期超过法律规定的最高时限的。

劳动合同法第十九条对不同期限、不同种类的劳动合同，规定了长短不同的试用期，如果用人单位与劳动者约定的试用期超过了法律规定的最高时限就是违法的。举一个例子，某企业与劳动者签订了为期一年的劳动合同，并同时约定试用期为三个月，这样一个关于试用期的约定，根据劳动合同法第十九条的规定就是违法的，因为它违反了“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”的规定。这里要指出的是，法律只对试用期的最高时限有要求，用人单位与劳动者约定的试用期只要等于或者短于法律规定的最高时限，都是合法有效的。

(二)同一用人单位与同一劳动者约定了超过一次的试用期的。

劳动合同法第十九条第二款明确规定：“同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。”假定某一劳动者与用人单位已经约定过了一次试用期，如果该劳动者在同一用人单位内调换了新的工作岗位，在此情况下，用人单位若因此又与他约定了一次试用期，则这一次的约定就是违法的，因为违反了同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期的法律规定。

(三)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，约定了试用期的。

劳动合同法第十九条第三款规定：“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。”按照这一规定，如果某一企业只与劳动者签订了二个月的劳动合同，却同时约定试用期为三十天，则这一试用期的约定就违反了法律的强制性规定，是违法。

(四)劳动合同仅约定试用期或者劳动合同期限与试用期相同的。

劳动合同法第十九条第四款规定：“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。”如果用人单位与劳动者仅约定了试用期，而没有约定劳动合同的期限，则这一试用期的约定是违法的。法律作这样的规定，是为了防止一些用人单位滥用试用期，利用劳动在试用期的工资相对较低，同时解雇于试用期的劳



动者也相对容易的特点，侵害劳动者的合法权益。

二、用人单位违反劳动合同法规定与劳动者约定试用期的法律责任

根据本条的规定，用人单位违反劳动合同法规定与劳动者约定试用期的，由劳动行政部门责令改正，违法约定的试用期已经履行的，由用人单位以劳动者月工资为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。根据这一规定，用人单位违反本法规定，与劳动者所约定的试用期，如果还没有实际履行的，由劳动行政部门责令用人单位予以改正，使之符合本法的规定；如果无效的试用期约定已经实际履行，则由用人单位以劳动者月工资为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。如法定试用期为一个月，违法约定了六个月的试用期。当这个试用期已经履行了，支付赔偿金的期间就是从试用期的第二个月至第六个月的时间。

赔偿金是承担违约责任的一个重要方式，其是指合同当事人一方违反合同约定，而给对方造成损失的，应给予一定数量货币进行赔偿。给付赔偿金的前提必须是一方违反合同约定，给另一方造成了实际损失。假定劳动者与用人单位签订的劳动合同期限为三年，按照劳动合同法的规定，试用期不得超过六个月；但该用人单位与劳动者签订了一年的试用期，并约定试用期满后的月工资为每个月1500元。在此情况下，用人单位约定的试用期是违法的。因为超过了六个月的最高时限，如果劳动者已经实际履行了八个月的试用期，则用人单位应当向该劳动者支付赔偿金，支付赔偿金的期间为已经履行的超过法定试用期的期间，即八个月减去法定的最高时限六个月的期间，是二个月。在此例子中，用人单位应当向劳动者支付 $1500 \times 2 = 3000$ 元赔偿金。

这里应当指出的是：第一，对于违法约定的试用期，只要劳动者已经实际履行，用人单位要按照已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金，对于劳动者尚未履行的期间，则用人单位不需要支付赔偿金。第二，支付赔偿金不能代替正常的劳动报酬。如果劳动者实际履行的试用期超过了法定的最高时限，则用人单位除了向劳动者支付赔偿金外，还要向劳动者支付劳动合同约定的试用期满后的月工资，实际上等同于在劳动者已经实际履行的超过法定最高时限的期间内，用人单位需要向劳动者支付双倍的月工资，以惩罚用人单位违法约定试用期的行为。第三，用人单位应当向劳动者支付赔偿金的期间为超过法定试用期的期间。在上面的例子中，如果劳动者实际只履行了五个月的试用期，此时因为实际履行的期限没有超过六个月的法定最高时限，则用人单位不需要向劳动者支付赔偿金，但要改正违法行为，将试用期的约定限定在法定的最高时限内。

第八十四条：扣押劳动者身份证等证件的法律责任

第八十四条 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。

【解读】本条是关于用人单位扣押劳动者居民身份证等证件，以担保或者其他名义向劳动者收取财物，以及扣押劳动者档案或者其他物品的法律责任的规定。

一、用人单位违反劳动合同法规定，扣押劳动者居民身份证等证件的法律责任

针对一些用人单位在招用人员时，违法扣押劳动者的居民身份证等行为，劳动合同法第九条明确规定：“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其他名义向劳动者收取财物。”对用人单位违反这一规定，扣押劳动者居民身份证等证件的，要由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人；同时，对此违法行为，要依照有关法律的规定给予处罚。这里的“有关法律”主要指的是《中华人民共和国居民身份证法》。

居民身份证法颁布于2003年6月，该法对居民身份证的申领、发放、使用和查验等作出了规定。该法第十五条第三款明确规定：“任何组织或者个人不得扣押居民身份证。但是，公安机关依照《中华人民共和国刑事诉讼法》执行监视居住强制措施的情形除外。”根据这一规定，除了公安机关依据刑事诉讼法，对可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的，以及可能判处有期徒刑以上刑罚，采取取保候审、监视居住不致发生社会危险性的犯罪嫌疑人、被告人执行监视居住的情形之外，任何组织或者个人均不得扣押他人的居民身份证。

对非法扣押他人居民身份证的违法行为，居民身份证法第十六条明确规定了法律责任：“有下列行为之一的，由公安机关给予警告，并处二百元以下罚款，有违法所得的，没收违法所得：（一）使用虚假证明材料骗领居民身份证的；（二）出租、出借、转让居民身份证的；（三）非法扣押他人居民身份证的。”根据这一规定，用人单位违法扣押劳动者身份证的，除由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人外，还要由公安机关对该用人单位给予警告、二百元以下的罚款和没收违法所得的行政处罚。

这里主要介绍一下“没收违法所得”和“罚款”两个种类行政处罚。

“没收违法所得”和“罚款”在学理上称作财产罚，所谓财产罚是指使被处罚的当事人的财产权利和利益受到损害的行政处罚，主要是对当事人的财产权予以剥夺，并不影响违法者的人身自由和进行其他活动的权利。财产罚的形式主要表现为没收其不合法占有的财物和金钱，或使其缴纳一定数额的金钱，即没收违法所得、没收非法财物和罚款。财产罚主要适用于以下三种情况：（1）有经济收入的公民或有固定资产的法人或者组织所实施的违法行为；（2）在从事以营利为目的的经营活动中所实施的违法行为；（3）行为人实施违法行为所造成的危害后果，可以通过剥夺其财产予以补偿，对这种违法行为可适用财产罚。财产罚必须以制裁违法行为为目的，依法适用，不能滥用和乱用，否则必然会产生种种弊端。

没收违法所得，是指由行政机关实施的将违法当事人的违法收入收归国有的处罚方式，实施这一处罚的前提是当事人因为违法行为而获得了非法收入，即有了违法所得才给予没收；如果当事人没有违法所得，这一处罚种类也无从实施。所以法律通常规定“有违法所得的，没收违法所得”，就是这个道理。相比警告和罚款等处罚种类而言，没收违法所得属于相对比较重的行政处罚，因此行政处罚法对其在设定和实施方面都作了严格的限定。根据行政处罚法的规定，只有法律、行政法规和地方性法规可以设定没收违法所得的行政处罚，国务院的部门规章和地方政府的规章均不得设定没收违法所得的行政处罚。行政机关在决定给予当事人没收违法所得的行政处罚时，要适用一般程序，即经过调查、收集有关证据，以及必要时依据法律、法规的规定进行检查才能作出没收违法所得的处罚决定。

这里应当注意的是：除了居民身份证外，劳动者的户口簿、护照等重要个人证件，用人单位也不得非法扣押，所以本条的表述是“用人单位违反本法规定，扣押劳动者居民身份证等证件的”，这里的“等证件”就是指的护照、户口簿等其他证件。关于护照，我国于2006年4月颁布了《中华人民共和国护照法》，该法明确规定，护照是中华人民共和国公民出入国境和在国外证明国籍和身份的证件。除了人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关、行政监察机关因办理案件需要，可以依法扣押案件当事人的护照外，任何组织或者个人不得非法扣押护照。此外，对于到中国境内工作的外国人的护照，用人单位也不得非法扣押。

二、用人单位违反劳动合同法规定，要求劳动者提供担保、向劳动者收取财物的法律责任

劳动合同法第九条明确规定：“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。”对于用人单位违反这一规定要求劳动者提供担保、向劳动者收取财物的，依据本条第二款的规定，要由劳动行政部门责令限期将违法收取的财物退还劳动者本人，并按每一名劳动者五百元以上二千元以下的标准处以罚款；对劳动者造成损害的，用人单位应当承担赔偿责任。

这里规定了罚款的行政处罚和民事赔偿责任。

(一) 罚款的行政处罚

罚款是对违反法律、法规，不履行法定义务的当事人的一种经济上的处罚，是指行政机关强制违法者承担一定的金钱给付义务的处罚方式。罚款与没收违法所得的区别是：罚款是对当事人合法财产的剥夺；而没收违法所得则是对当事人非法占有的财产的剥夺。罚款与刑罚中罚金的区别是：罚金是刑罚中附加刑的一种，主要适用于牟取非法利益的罪犯。罚款作为行政处罚的一种形式，其适用远远超出非法牟取利益的范围，对许多并无谋利目的的违法者也同样适用罚款。

本条规定了劳动行政部门对用人单位处以罚款的标准，一名劳动者处五百元以上二千元以下的罚款。用人单位求劳动者提供担保、向劳动者收取财物的违法行为，侵害了多少名劳动者的权益，就按本条确定的标准，乘以受害劳动者的人数，来决定对用人单位罚款的总数额。例如，某一用人单位违法要求 10 名劳动者提供财物担保，对此，劳动行政部门除了责令该用人单位将收取的担保费退还给这 10 名劳动者外，还要按一名劳动者 500 元至 2000 元的标准，乘以 10，来决定对该用人单位的罚款数额。

(二) 民事赔偿责任

用人单位违反劳动合同法规定，要求劳动者提供担保、向劳动者收取财物，对劳动者造成损害的，用人单位应当承担赔偿责任。这里的赔偿责任适用全部赔偿原则。所谓全部赔偿原则是指致害人对其侵权行为所造成的损害，须承担全部赔偿的责任，即赔偿受害人的所有实际损失。适用全部赔偿原则，应当注意以下两个问题：

第一，不能把实际损失只理解为直接损失。全部赔偿，是指赔偿受害人全部的实际损失。民法上所说的实际损失包括直接损失和间接损失两个方面。因此，在确定赔偿范围时，直接损失和间接损失，都不应忽视，特别是间接损失，否则，就不可能使受害人的实际损失得到全部赔偿。

第二，适用全部赔偿原则时，还要从实际情况出发，既要公平合理，又要实事求是，切实可行。劳动仲裁机构和人民法院在确定用人单位的赔偿责任时，要考虑用人单位违法的具体情节，侵权行为所涉及的受害人的数量，用人单位的经济实力，劳动者一方权益受损害的具体情况，违法行为造成的社会影响等，对这些因素要进行综合考虑，本着公平合理，实事求是的原则，依法作出赔偿的裁决或者判决。

三、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法律责任

劳动合同法第五十条第一款规定：“用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。”依法解除或者终止劳动合同是劳动者的权利，用人单位应当尊重劳动者的这一权利，依法为其办理档案和社会保险转移手续，不得以扣押档案或者其他物品的方式对劳动者进行刁难和打击报复。对于违反这一规定的用人单位，本条第三款明确了其相应的法律责任：劳动者依法解除、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，即：由劳动行政部门责令用人单位限期将非法扣押的档案或者其他物品退还劳动者本人，按每一名劳动者五百元以上二千元以下的标准处以罚款；对劳动者造成损害的，用人单位应当承担赔偿责任。

相关规定：《中华人民共和国居民身份证法》第 15 条、第 16 条。



第八十五条：未依法支付劳动报酬、经济补偿等的法律责任

第八十五条 用人单位有下列情形之一的，由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者经济补偿；劳动报酬低于当地最低工资标准的，应当支付其差额部分；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金：

（一）未按照劳动合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者劳动报酬的；

（二）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的；

（三）安排加班不支付加班费的；

（四）解除或者终止劳动合同，未依照本法规定向劳动者支付经济补偿的。

【解读】本条是关于用人单位未按照劳动合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者劳动报酬，或者低于当地最低工资标准支付劳动者工资的，或者安排加班不支付加班费，以及解除或者终止劳动合同，未依照本法规定向劳动者支付经济补偿的法律责任的规定。

一、未按照劳动合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者劳动报酬

根据劳动合同法的规定，用人单位未按照劳动合同的约定或者来按照劳动合同法的规定支付劳动者劳动报酬的情形包括以下四种：

（一）用人单位未按照劳动合同的约定或者劳动合同法的规定按时支付劳动报酬的。如果用人单位与劳动者签订的劳动合同中规定，用人单位应当在每月的某日支付劳动者上个月的工资报酬，但用人单位没有履行这一约定，拖延不予支付的，则属于本条规定的违法行为。另外，对于非全日制劳动用工形式，劳动合同法第七十二条第二款规定：“非全日制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过十五日。”如果用人单位违反了这一规定，超过十五日给劳动者结算工资报酬，则也属于本条规定的违法行为。

（二）用人单位未按照劳动合同的约定或者劳动合同法的规定足额支付劳动报酬的。劳动合同法明确规定，用人单位应当按照国家规定和劳动合同约定及时足额发放劳动报酬。如果用人单位与劳动者在劳动合同中约定工资为每月1000元，但用人单位却只支付给劳动者950元，则属于未足额发放工资，是违法的。

（三）用人单位支付在试用期间的劳动者工资低于劳动合同法规定的。劳动合同法第二十条规定：“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。”用人单位违反这一规定支付工资的，也属于本条规定的违法行为。

（四）用人单位没有依法提高劳动者在服务期期间的劳动报酬的。劳动合同法第二十二条第三款规定：“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间的劳动报酬。”用人单位违反这一规定，没有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的，则属于违反本条规定的违法行为。

二、低于当地最低工资标准支付劳动者工资

我国劳动法第四十八条明确规定：“国家实行最低工资保障制度。最低工资的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定，报国务院备案。”“用人单位支付劳动者的工资不得低于当地最低工资标准。”实行最低工资保障制度，对于适应社会主义市场经济要求，推动劳动力市场建设和工资分配法制化，充分保障劳动者合法权益具有重要意义。目前全国各省、自治区、直辖市都制定了本地的最低工资标准，如北京市规定职工每月的最低工资标准为640元，这一标准无论是对已经签订了正式劳动合同的劳动者，还是处于试用期的劳动者都适用。如果用人单位与劳动者约定的月工资低于这一标准，则是违法的。即使双方已经签订



了劳动合同，仍然因为违反了法律的强制性规定而无效。此外，对于非全日制用工的报酬。劳动合同法明确规定，非全日制用工小时计酬标准不得低于用人单位所在地人民政府规定的最低小时工资标准。如果用人单位向劳动者支付的小时工资低于所在地人民政府规定的最低小时工资标准，则也属于低于当地最低工资标准支付劳动者工资的违法行为。

三、安排加班不支付加班费

我国劳动法第四十四条规定：“有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：（一）安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬；（二）休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬；（三）法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。”如果用人单位安排劳动者加班，却不依据劳动法的上述规定支付加班工资的，属于违法行为，应当依法承担法律责任。

四、解除或者终止劳动合同，未依照本法规定向劳动者支付经济补偿

劳动合同法第四十六条规定了用人单位应当向劳动者支付经济补偿的六种情形，包括劳动者因用人单位侵犯劳动者合法权益而解除劳动合同的，劳动者因身体或者能力原因以及客观情况发生重大变化等导致劳动合同解除的，用人单位因依法破产重整而与劳动者解除劳动合同的，用人单位与劳动者协商一致解除劳动合同的，在用人单位维持或者提高劳动合同约定条件下，劳动者不同意续订劳动合同的。以及因用人单位破产、解散、被吊销营业执照或者责令关闭而导致的劳动合同终止等。对于发生上述情形的，用人单位应当依照劳动合同法第四十七条的规定，根据劳动者在单位工作的年限，按每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付经济补偿金，对六个月以上不满一年的，按一年计算补偿金；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿金。经济补偿金由用人单位一次性付给劳动者。如果用人单位没有依法向劳动者支付经济补偿金，则属于违法行为，应当依法承担法律责任。

对于上述四类违法行为，本条明确规定了相应的法律责任：由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者解除、终止劳动合同的经济补偿；劳动报酬低于当地最低工资标准的，应当支付其差额部分；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金。这里应当指出的是，关于“逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金”的规定，从性质上说属于一种类似加处罚款的执行罚措施。行政处罚法规定，当事人逾期不缴纳罚款的，行政机关可以按日加收罚款数额3%的罚款，目的是督促当事人履行行政处罚决定。同样道理，对于用人单位逾期不向劳动者支付应当支付的费用，通过加收一定数额赔偿金的手段，促使用人单位履行支付义务，以保护劳动者的合法权益。因此，责令用人单位加付赔偿金的前提，是用人单位没有按照劳动行政部门规定的履行期限履行其向劳动者支付相关费用的法定义务。如果用人单位发生本条规定的违法行为，在劳动行政部门发出限期支付劳动报酬、加班费或者解除、终止劳动合同的经济补偿等费用的责令后，该用人单位即在劳动行政部门规定的期限内履行了其支付义务的，则不必再按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金。

相关规定：《中华人民共和国劳动法》第44条、第48条。

第八十六条：订立无效劳动合同的法律责任

第八十六条 劳动合同依照本法第二十六条规定被确认无效，给对方造成损害的，有过错的一方应当承担赔偿责任。

【解读】本条是关于劳动合同依照劳动合同法的规定被确认无效，给对方造成损害的法律责任的规定。



一、劳动合同依照劳动合同法第二十六条的规定被确认为无效

劳动合同法第二十六条规定：“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。”根据这一规定，如果劳动合同属于上述三种情形之一的，属于无效或者部分无效的劳动合同。

二、无效劳动合同的法律后果

劳动法第十八条明确规定：“无效的劳动合同，从订立的时候起，就没有法律约束力。”因而，无效的劳动合同不受国家法律的承认和保护。对于劳动合同被确认无效的，其法律后果是：第一，根据劳动合同法的规定，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，参考本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。第二，无效劳动合同是由劳动合同当事人一方或者双方的过错造成的。法律上的过错，是指法律关系主体在主观上有违法错误，包括故意违法和过失违法。过错可能是一方的，也可能是双方的。它是由当事人的主观原因造成的后果，因此，对于无效的劳动合同，在确认其无效的同时，如给对方造成损害的，有过错的一方应当承担赔偿责任。

这里谈一下民事赔偿责任。根据本条的规定，对因一方的过错导致劳动合同无效的，有过错的一方要承担赔偿责任：

1. 用人单位有过错的。劳动部于1995年5月制定了《违反劳动法有关劳动合同规定的赔偿办法》，该《办法》规定由于用人单位的原因订立无效的劳动合同，或订立部分无效劳动合同，对劳动者造成损害的，应按下列规定赔偿劳动者损失：(一)造成劳动者工资收入损失的，按劳动者本人应得工资收入支付给劳动者，并加付应得工资收入25%的赔偿费用；(二)造成劳动者劳动保护待遇损失的，应按国家规定补足劳动者的保护津贴和用品；(三)造成劳动者工伤、医疗保险待遇损失的，除按国家规定为劳动者提供工伤、医疗待遇外，还应支付劳动者相当于医疗费用25%的赔偿费用；(四)造成女职工和未成年工身体健康损害的，除按国家规定提供治疗期间的医疗待遇外，还应支付相当于其医疗费用25%的赔偿费用；(五)劳动合同约定的其他赔偿费用。对于上述规定中有关劳动者工资收入损失的赔偿，鉴于劳动合同法第八十四条有相关规定，应按劳动合同法的规定予以执行。

2. 劳动者有过错的。对于因劳动者的过错而导致劳动合同无效，给用人单位造成损失的，劳动者应当按照《民法通则》所确立的实际损失原则，承担赔偿责任，赔偿因其过错而对用人单位的生产、经营和工作造成的直接经济损失。这里应当指出的是，在对劳动者追究民事赔偿责任时，要贯彻以下原则：一是赔偿与教育相结合的原则。在责令有过错的劳动者赔偿经济损失的同时，要注重对其进行思想教育。承办案件的劳动行政部门、劳动仲裁机构和人民法院对有过错的劳动者要进行劳动法律法规的宣传，做耐心的思想工作，使其真正认识到行为的危害性，这不仅有利于提高劳动者守法的自觉性，而且能增强劳动者赔偿经济损失的主动性。二是合理赔偿原则。所谓合理赔偿，是指在查清案件事实，确认用人单位确实因为劳动者的违法行为而实际存在经济损失的前提下，根据劳动者的过错程度、情节轻重、责任大小、认错态度好坏、实际承受能力等综合认定劳动者实际应承担的赔偿费用，以确保问题得到切实解决。

相关规定：《中华人民共和国劳动法》第18条；《中华人民共和国民法通则》第119条。

第八十七条：违法解除或者终止劳动合同的法律责任

第八十七条用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。



【解读】本条是关于用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的法律规定的规定。

用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的行为主要包括以下两种：

一、用人单位违反本法第四十二条的规定，在法律明确规定不得解除劳动合同的情形下解除劳动合同，即(一)从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；(二)在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；(三)患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；(四)女职工在孕期、产期、哺乳期的；(五)在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；(六)法律、行政法规规定的其他情形。为了保障处于特定情形下劳动者的权益，本法规定用人单位在上述情形下，不得以劳动合同法第四十条、第四十一条为由解除劳动合同，否则就应当按照本条的规定承担相应的法律责任。

二、用人单位在解除劳动合同时，没有遵守法定的程序。劳动合同法第四十条规定：“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；(三)劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。”在出现上述三种情形时，用人单位虽有权解除劳动合同，但应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。如用人单位解除劳动合同时没有遵守法定程序，未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的，仍属于本条规定的“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的”情况，应当按照本条的规定承担相应的法律责任。

用人单位违反劳动合同法的规定解除或者终止劳动合同的，应当承担的法律责任是，依照劳动合同法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金，即用人单位应当按照劳动者在该单位工作的年限，每满一年支付两个月工资的标准向劳动者支付。但如果劳动者在该单位的工作年限不满一年的应按一年计算；如果劳动者在该单位的工作年限不满六个月的，向劳动者支付一个月工资的赔偿金；如果受到支付经济补偿十二年限制的劳动者在该单位工作年限超过十二年的，用人单位向其支付赔偿金不超过经济补偿的最高年限十二年；如果劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，用人单位应当按照职工月平均工资六倍的数额支付赔偿金。还需要注意的是，这里所称劳动者月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。

但是，用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，劳动者要求继续履行劳动合同，用人单位同意继续履行的，可以不向劳动者支付赔偿金。因为，本条规定赔偿金的目的是对用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的一种惩罚，也是对劳动者的一种赔偿，如劳动者要求继续履行劳动合同，用人单位同意继续履行，用人单位不向劳动者支付赔偿金，则可以鼓励用人单位纠正违法行为，继续履行合同，保障劳动者的合法权益。

第八十八条：侵害劳动者人身权益的法律责任

第八十八条 用人单位有下列情形之一的，依法给予行政处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任：

- (一) 以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的；
- (二) 违章指挥或者强令冒险作业危及劳动者人身安全的；
- (三) 侮辱、体罚、殴打、非法搜查或者拘禁劳动者的；



（四）劳动条件恶劣、环境污染严重，给劳动者身心健康造成严重损害的。

【解读】本条是关于用人单位侵害劳动者人身权益的法律规定的规定。

根据本条的规定，用人单位侵害劳动者人身权益的违法行为主要包括以下四种：（一）用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动。在用人单位提供的劳动条件恶劣、不及时足额支付劳动者工资等情形下，劳动者有权随时解除劳动合同拒绝为用人单位劳动。这时一些用人单位为追求经济利益，可能会采取暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动。（二）用人单位违章指挥或者强令冒险作业危及劳动者人身安全。（三）侮辱、体罚、殴打、非法搜查或者拘禁劳动者。（四）用人单位提供的劳动条件恶劣或者环境污染严重，严重损害劳动者身心健康。用人单位的上述违法行为应当承担的法律责任主要包括行政责任、刑事责任和民事责任。

一、行政责任

行政责任是行政法律关系的主体因违反行政法律义务，而由专门国家机关依法追究或者主动承担的否定性法律后果。本条所指的行政责任是指用人单位侵犯劳动者人身权益的行政违法行为，应当依法给予的行政处罚。本条中的行政违法行为主要包括违反治安管理的行为以及违反行政管理规定的行为。违反治安管理的行为是指扰乱公共秩序，妨害公共安全，侵犯人身权利、财产权利妨害社会管理，具有社会危害性，尚不够刑事处罚，应当由公安机关依照治安管理处罚法给予治安管理处罚的行为。本条第一项、第二项、第三项规定的情形，属于违反治安管理的行为，用人单位可能因违反治安管理处罚法的下列规定而被依法给予相应的行政处罚：1. 第四十条第二项、第三项规定：“以暴力、威胁或者其他手段强迫他人劳动的”、“非法限制他人人身自由、非法侵入他人住宅或者非法搜查他人身体的”处十日以上十五日以下拘留，并处五百元以上一千元以下罚款；情节较轻的，处五日以上十日以下拘留，并处二百元以上五百元以下罚款。”2. 第四十二条规定：“有下列行为之一的，处五日以下拘留或者五百元以下罚款；情节较重的，处五日以上十日以下拘留，可以并处五百元以下罚款：（一）写恐吓信或者以其他方法威胁他人人身安全的；（二）公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人的；（三）捏造事实诬告陷害他人，企图使他人受到刑事追究或者受到治安管理处罚的；（四）对证人及其近亲属进行威胁、侮辱、殴打或者打击报复的；（五）多次发送淫秽、侮辱、恐吓或者其他信息，干扰他人正常生活的；（六）偷窥、偷拍、窃听、散布他人隐私的。”3. 第四十三条规定：“殴打他人的，或者故意伤害他人身体的，处五日以上十日以下拘留，并处二百元以上五百元以下罚款；情节较轻的，处五日以下拘留或者五百元以下罚款。有下列情形之一的，处五日以上十五日以下拘留，并处五百元以上一千元以下罚款：（一）结伙殴打、伤害他人的；（二）殴打、伤害残疾人、孕妇、不满十四周岁的人或者六十周岁以上的人的；（三）多次殴打、伤害他人或者一次殴打、伤害多人的。本条第四项的情形属于违反行政管理规定的行为，应根据相应行政法规、规章的规定给予行政处罚。

二、刑事责任

刑事责任是指犯罪人实施刑法所禁止的行为（作为或不作为）后向国家担负的刑事法律后果。刑事责任具有强制性和严厉性的特征。强制性是指刑事责任是一种强制犯罪人向国家负的法律后果，反映了国家的强制地位与犯罪人的服从和负担地位。犯罪实施了国家禁止性的行为，从而为国家所不能容忍。国家一方面通过刑法对这种行为作出否定的评价，另一方面对犯罪者加以谴责，并令其承担一定的刑事法律后果。严厉性是指刑事责任是性质最为严重、否定性评价最为强烈、制裁后果最为严厉的法律后果。刑事责任通常跟刑罚联系在一起，而刑罚是国家最严厉的制裁方法，它不仅剥夺犯罪人的财产权与政治权，还可以限制或有期、无期地剥夺犯罪人的人身自由，甚至可剥夺犯罪人的生命。根据本条的规定，用人单位可能因违反刑法的下列条款构成犯罪，被依法追究相应的刑事责任。第一百三十四条的规定：“在生产、作业中违反有关安全管理的规定，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重



后果的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处三年以上七年以下有期徒刑。强令他人违章冒险作业，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处五年以上有期徒刑。”第一百三十五条：“安全生产设施或者安全生产条件不符合国家规定，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处三年以上七年以下有期徒刑。”第二百三十二条：“故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑；情节较轻的，处三年以上十年以下有期徒刑。”第二百三十三条：“过失致人死亡的，处三年以上七年以下有期徒刑；情节较轻的处三年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定。”第二百三十四条：“故意伤害他人身体的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。犯前款罪，致人重伤的，处三年以上十年以下有期徒刑；致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。本法另有规定的，依照规定。”第二百三十五条：“过失伤害他人致人重伤的，处三年以下有期徒刑或者拘役。本法另有规定的，依照规定。”第二百三十八条：“非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。具有殴打、侮辱情节的，从重处罚。犯前款罪，致人重伤的，处三年以上十年以下有期徒刑；致人死亡的，处十年以上有期徒刑。使用暴力致人伤残、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪处罚。”第二百四十四条：“用人单位违反劳动管理法规，以限制人身自由方法强迫职工劳动，情节严重的，对直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。”第二百四十四条之一：“违反劳动管理法规，雇用未满十六周岁的未成年人从事超强度体力劳动的，或者从事高空、井下作业的，或者在爆炸性、易燃性、放射性、毒害性等危险环境下从事劳动，情节严重的，对直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。有前款行为，造成事故，又构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。”第二百四十五条：“非法搜查他人身体、住宅，或者非法侵入他人住宅的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”第二百四十六条：“以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。前款罪，告诉的才处理，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外。”

三、民事责任

用人单位的行为对劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。这里的赔偿是对劳动者因用人单位违法行为而造成的实际损害的赔偿，既包括对劳动者直接损害的赔偿，也包括间接损害的赔偿，既包括对劳动者物质损害的赔偿，也包括精神损害的赔偿。

执法过程中，应注意行政责任、刑事责任、民事责任三者之间的区别和联系，正确划分三者之间的界限，并注意相关部门之间职责的衔接。

相关规定：《中华人民共和国刑法》第134条、第135条、第232条、第233条、第234条、第235条、第238条、第244条、第244条之一、第245条、第246条；《中华人民共和国治安管理处罚法》第40条、第42条、第43条。

第八十九条：不出具解除、终止劳动合同书面证明的法律责任

第八十九条 用人单位违反本法规定未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

【解读】本条是关于用人单位违反本法规定未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明的法律责任的规定。

先合同义务、后合同义务是合同法上的一个概念，先合同义务是指当事人为缔约而接触



时,基于诚实信用原则而发生的各种说明、告知、注意及保护等义务。合同关系终止后,当事人依诚实信用原则应负有某种作为或不作为义务,以维护给付效果,或协助对方处理合同终了善后事务,称为后合同义务。我国合同法第九十二条规定:“合同的权利义务终止后,当事人应当遵循诚实信用原则,根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”这一规定明确规定了合同的后合同义务。虽然劳动合同在性质上与合同法意义上平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的合同有着显著的区别,是用人单位与劳动者在遵循合法、公平、平等自愿、协商一致的基础上就双方的权利和义务达成的一种协议,但基于诚实信用的原则同样也存在着后劳动合同义务。后劳动合同义务是劳动合同解除、终止后劳动者与用人单位根据法律规定或者原劳动合同的约定负有的作为或不作为义务。本法第五十条第一款规定:“用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明,并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。”这一规定明确了在劳动合同解除或者终止后,用人单位应当承担为劳动者出具解除或者终止劳动合同证明的后劳动合同义务。

劳动合同的后合同义务与原劳动合同有较强的关联性,后劳动合同义务实际上是劳动合同权利义务的延伸,是以原劳动合同的存在为前提的。在劳动合同解除或终止时,用人单位应当履行后劳动合同义务。由于在后合同义务的履行上不存在合同法上的抗辩权问题,即一方不得以另一方不履行后合同义务为由,拒绝履行自己的后合同义务。这样就可能使履行后合同义务的一方的权益受损害。违反后合同义务,与违反一般合同义务相同,产生债务不履行责任。

对于用人单位不履行后劳动合同义务的法律后果,本法根据对劳动者是否造成损害予以了区别规定。首先,用人单位违反本法规定未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明,未对劳动者造成损害的,应当由劳动行政部门责令改正。根据行政处罚法的规定,责令改正并不是行政处罚的一种。责令改正的目的是纠正已发生的违法行为,平衡双方的权利义务关系,使之恢复到合法的状态。对用人单位未依照本法规定向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明的违法行为,劳动行政部门应当要求用人单位在一定期限内向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明。其次,用人单位违反本法规定未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明的违法行为对劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。根据有关国家规定,下岗失业人员再就业或者自主创业时,可享受一定的税收、财政等优惠政策,而下岗失业人员要享受这些优惠政策首先就需要通过出具解除或者终止劳动合同的书面证明,证实自己符合享受优惠政策的条件。如我国《失业保险条例》第十六条规定:“城镇企业事业单位应当及时为失业人员出具终止或解除劳动关系的证明,告知其按照规定享受失业保险待遇的权利,并将失业人员的名单自终止或解除劳动关系之日起7日内报社会保险经办机构备案。”因此,如用人单位不按规定出具解除或者终止劳动合同的书面证明可能会给劳动者享受失业保险待遇。享受自主创业、再就业的优惠政策等造成阻碍,损害劳动者的合法权益。因此,本条规定用人单位应当对劳动者因此造成的损害,依法承担赔偿责任。需要注意的是,用人单位对劳动者损害的赔偿是指用人单位应当对其违反本法规定未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明而给劳动者造成的实际损害承担赔偿责任,这里的赔偿是对劳动者实际损害的赔偿,既包括对劳动者直接损害的赔偿,也包括对其间接损害的赔偿。

在劳动合同法中规定用人单位不履行后合同义务的法律后果,不仅可以纠正用人单位的违法行为,赔偿劳动者因此受到的损害,而且将有助于督促用人单位自觉履行后劳动合同义务,减少劳动争议的发生,保障劳动者的合法权益,促进劳动关系的和谐稳定。



第九十条：劳动者的赔偿责任

第九十条 劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。

【解读】本条是关于劳动者违法、违约行为的法律责任的规定。

根据本条款的规定，劳动者赔偿责任的构成要件包括三点：一是有违法行为或者违约行为，即存在劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制的行为；二是损害事实，即劳动者的违法或者违约行为给用人单位造成损失；三是损害事实与违法或者违约行为之间存在因果关系，即劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制的行为和用人单位的损失之间具有因果关系。三者缺一不可。

本法所规定的劳动者的违法行为主要包括以下两种：

一是劳动者违反本法规定解除劳动合同的行为。用人单位基于与劳动者订立的劳动合同来确定本单位的劳动者数量、工作安排、计划进度等，劳动者随意解除劳动合同将会影响用人单位正常生产经营活动的进行，给用人单位造成一定程度的经济损失。因此，应当对劳动者提出解除劳动合同的情形、时间、方式作出一定的限制，维护劳动合同解除的严肃性，同时使用人单位有合理的时间招聘新的劳动者，调度计划等。因此，本法规定劳动者违反本法规定解除劳动合同，给用人单位造成损失，应当对用人单位承担赔偿责任。本法第三十七条、第三十八条是关于劳动者解除劳动合同的规定。其中第三十七条规定：“劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。”这一规定对劳动者在劳动合同期内解除劳动合同作出了两方面的要求，一是劳动者应当提前三十日通知用人单位解除劳动合同；二是劳动者应当采取书面形式告知用人单位解除劳动合同。因此劳动合同期内，劳动者未以法律书面方式或者未提前三十日通知用人单位解除劳动合同的，都属于违反本法规定解除劳动合同的情形。需要注意的是劳动合同期内，并不是劳动者未按照法律规定的日期且以书面形式通知用人单位解除劳动合同对用人单位造成损害的，都一定要承担赔偿责任。本法还对一些特定情形下劳动合同的解除作出了特别规定，本法第三十八条第一款、第二款分别规定：“用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：（一）未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；（二）未及时足额支付劳动报酬的；（三）未依法为劳动者缴纳社会保险费的；（四）用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；（五）因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的；（六）法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。”“用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。”因此，在第一款规定的情形下，因用人单位的过错，劳动者可以不提前30日以书面形式通知用人单位解除劳动合同，只需给用人单位留出一定的时间交接，即可解除劳动合同；第二款规定的劳动者可以立即解除劳动合同的种种情形，主要是用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业的行为，已经严重违反了法律的强制性规定，损害了劳动者的合法权益，对劳动者的生命健康、人身安全造成严重危害，这种情况下，劳动者有权立即解除劳动合同，而无需对用人单位的损失承担赔偿责任。

劳动者违反本法规定解除劳动合同，对用人单位造成损失的，劳动者应赔偿用人单位下列损失：（一）用人单位招录其所支付的费用；（二）用人单位为其支付的培训费用，双方另有约定的按约定办理；（三）劳动合同约定的其他赔偿费用。



二是劳动者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制的行为。劳动合同是用人单位和劳动者对双方权利义务的约定，因此，应当充分尊重用人单位和劳动者双方的意思自治。本法第二十三条规定：“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。”对负有保守用人单位商业秘密和与知识产权相关的保密事项义务的用人单位的高级管理人员，高级技术人员和其他知悉用人单位商业秘密的人员，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，就竞业限制的范围、地域、期限作出约定。在解除或者终止劳动合同后，用人单位按照约定竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿，而该劳动者不得到与本单位生产或者经营同类产品、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与本单位有竞争关系的同类产品、业务。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。劳动者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，对用人单位造成损失的，应当对用人单位的实际损失承担赔偿责任。

第九十一条：用人单位的连带赔偿责任

第九十一条 用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任。

【解读】本条是关于用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成损失的法律规定的规定。

在商业竞争趋激烈的今天，优秀的员工越来越成为企业维持生存、保持竞争优势的奖键所在。这些员工在单位任职期间所获得的劳动技能、客户资源以及商业、技术秘密都成为一种重要的资源，因此，恶意挖人成为一些企业提升竞争力的一种捷径。我国劳动法并未明文禁止劳动者的兼职行为，因此，劳动者在一家用人单位订立劳动合同的同时，有利用下班时间兼职的权利，如来损害用人单位的利益，原则上并未违反法律规定。但是用人单位雇佣这种与其他用人单位尚未解除劳动合同的劳动者，侵害到其他用人单位利益，则该劳动者应当承担赔偿责任，而作为实际利益的获得者，用人单位也应当对此承担连带赔偿责任。因为，这种行为往往给其他用人单位造成的损失是巨大的，劳动者本人可能没有能力对此进行赔偿，而且这种行为扰乱了正常的市场竞争秩序，侵害了其他单位的权益，劳动合同法应当对用人单位的这种行为予以规范，以维护正常的市场秩序，促进劳动关系的和谐发展。法国、马达加斯加等国的劳动法对此问题也作出了规定。这些国家的法律条款对此规定较严，不仅招用未解除原劳动合同的雇员并造成损失的雇主要承担连带责任，而且招用已解除原劳动合同的雇员，如果解除行为与新雇主有关，则新雇主也要承担连带责任。

根据本条款的规定，该项法律责任的构成要件，包括以下三点：(1)用人单位有招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者的行为，即用人单位招用劳动者时，该劳动者与其他用人单位仍存在劳动关系。(2)用人单位招用劳动者对其他用人单位造成损失。(3)用人单位招用劳动者的行为与其他用人单位的损失之间存在因果关系。

根据本条款的规定，用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，对其他用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任。因此，其他用人单位既可以同时请求该用人单位和劳动者承担赔偿责任，也可任意选择该用人单位或劳动者承担赔偿责任。

第九十二条：劳务派遣单位的法律责任

第九十二条 劳务派遣单位违反本法规定的，由劳动行政部门和其他有关



主管部门责令改正；情节严重的，以每人一千元以上五千元以下的标准处以罚款，并由工商行政管理部门吊销营业执照；给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。

【解读】本条是关于劳务派遣单位违反本法规定的法律责任的规定。

劳务派遣单位违反本法规定应承担的法律责任主要包括行政责任和民事责任。

一、行政责任

根据劳务派遣单位行政违法行为情节的轻重，其应当承担的行政责任分为两种：

一是，对一般的违反本法规定的行政违法行为，由劳动行政部门和其他有关主管部门责令改正。责令改正不是一种行政处罚，只是一种补救性的行政责任，是对违法者消除违法状态，恢复合法状态的要求。这里的“劳动行政部门和其他有关主管部门”主要是指劳动行政部门和人事部门。目前，根据我国人力资源市场的分为人才市场和劳动力市场，劳动行政部门负责对劳动力市场的监管，人事部门负责对人才市场的监管。相应的，劳务派遣单位也有一部分是由劳动行政部门审批，一部分是由人事部门审批因此对劳务派遣单位的监管，应由其审批部门，即劳动行政部门或者人事部门进行。

二是，对情节严重的行政违法行为，由劳动行政部门和其他有关主管部门处以罚款，并由工商行政管理部门吊销营业执照。罚款作为最常见的行政处罚之一，是一种典型的财产罚，指行政主体强制违法的行政相对人承担金钱给付的处罚形式。与罚款是一种财产罚不同，吊销营业执照被认为是一种资格罚。资格罚又称能力罚，是指行政主体限制、暂定或剥夺作出违法行为的行政相对人某种行为能力或资格的处罚措施。根据行政处罚法第八条第四项、第五项的规定，能力罚主要包括责令停产停业、吊销许可证或者执照两种。吊销营业执照是指剥夺行政相对人的经营资格或者行为能力，行政相对人因此失去合法经营的资格，丧失相应的行为能力。我国以营业执照为企业成立要件之一，即营业执照的取得是企业成立的必不可少的条件，故营业执照与企业的存续密切相关。如公司法第七条规定：“依法设立的公司，由公司登记机关发给公司营业执照。公司营业执照签发日期为公司成立日期。”合伙企业法第十七条、个人独资企业法第十三条也分别规定于营业执照的签发日期，为合伙企业及个人独资企业的成立日期。《企业法人登记管理条例》和《公司登记管理条例》对此作出了更为明确的规定。《企业法人登记管理条例》第三条规定：“申请企业法人登记，经企业法人登记主管机关审核，准予登记注册的，领取《企业法人营业执照》，取得法人资格，其合法权益受国家法律保护。”第十六条规定：“申请企业法人开业登记的单位，经登记主管机关核准登记注册，领取《企业法人营业执照》后，企业即告成立。”《公司登记管理条例》第二十二条规定：“经公司登记机关核准设立登记并发给《企业法人营业执照》，公司即告成立。”因此，企业的成立不仅应当依法向登记机关申请设立登记，还要获得相应的营业执照，否则，就不能视为合法成立，不具有作为一个企业从事正常生产经营的行为能力。因此，吊销营业执照也就成为对企业实施监督管理最常用、最严厉和最有效的手段。

根据行政处罚法的相关规定，对劳务派遣单位的罚款应与其主管部门即劳动行政部门或者人事部门和其他主管部门实施，而吊销营业执照，则应由该营业执照的颁发机关实施。因此，吊销劳务派遣单位营业执照只能由企业登记部门，即工商行政管理部门实施。2001年4月19日，国家工商管理总局《关于公司登记机关是否有权对非本机关登记注册的公司违反登记管理规定的行为实施行政处罚问题的答复》中指出：“对公司违反登记管理规定实施吊销营业执照行政处罚的，应由原公司登记机关作出。”根据该答复意见，吊销企业营业执照应由原登记企业的工商行政管理机关实施。因此，劳务派遣单位违反本法规定情节严重的，由劳动行政部门或者人事部门处以罚款。但劳动行政部门和人事部门都不可直接行使吊销营业执照的权力，劳动行政部门和人事部门可以将该劳务派遣单位的违法情况通知相应的工商行政管理部门，提出吊销营业执照的建议，但吊销营业执照的行为，只能由企业原工商



登记机关行使。

本条款对劳务派遣单位情节严重的行政违法行为,同时给予了罚款和吊销营业执照两种处罚,但与我们所称的“一事不再罚”原则并不相违背。“一事不再罚”是一个法理学上的概念,也被认为是行政处罚的一项基本原则,目的在于防止对行政相对人的同一行为,采取相同或者相似的多次处罚,以保护行政相对人的合法权益,体现了过罚相当的法律原则以及法律安定性的要求。“一事不再罚”是指针对一个违法行为,不能给予两次或者两次以上的同一种类的行政处罚。行政处罚法第二十四条也规定:“对当事人的同一个违法行为,不得给予两次以上罚款的行政处罚。”一事不再罚原则,主要包括三方面意思,第一,一事不再罚的“一事”是指符合一个违法构成要件的行为,第二,“不再罚”是指一次处罚原则上只能给予一种处罚,特别是罚款一般情况下只适用一次。第三,作为一种例外,在法律另有规定的情况下,其他行政主体可依据不同的法律规定,再次给予性质不同,或者同一种类但一定合理限度内的处罚。因此,一事不再罚并不是指针对行政相对人的一种行为,只能给予一种处罚。本条款中,劳务派遣单位违反本法规定的,情节严重的,由主管部门按每一名劳动者一千元以上五千元以下的标准处以罚款,并同时由工商行政管理部门吊销营业执照与行政处罚法的规定并不相违背。

劳务派遣单位被吊销营业执照后,其作为企业法人的经营资格被强行剥夺,不再具有从事经营活动的行为能力,并最终导致企业法人消灭,但该企业法人并没有立即消灭,其民事诉讼主体资格依然存在。吊销执照将直接导致企业终止,但其本身仅是导致企业终止的原因,并非企业终止的时间标志,只有等清算程序结束并办理工商注销登记后该企业才归于消灭。吊销劳务派遣单位的营业执照后,劳务派遣单位应进入清算阶段。在清算阶段,劳务派遣单位并未丧失民事主体资格。但其主体资格受到严格限制,民事主体的性质由经营法人转变为清算法人,民事活动的目的由盈利转变为清算,并且不得开展新的经营活动。因此,根据上述规定,清算主体可以起诉应诉,劳务派遣单位被吊销营业执照后没有清理债权债务的,应以清算主体为诉讼主体。

二、民事责任

“给被派遣劳动者权益造成损害的,劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任”,这是对派遣劳动者权益受到损害的民事责任的规定。需要注意的是,根据连带责任的有关规定,劳务派遣单位的违法行为造成被派遣劳动者权益受到损害的,应承担赔偿责任的主体包括劳务派遣单位以及用工单位。

连带责任是我国立法中的一项重要民事责任制度,是一种加重责任,只有法律明文规定或当事人明示约定时方可认定成立,其目的在于补偿救济,即在法律许可的范围内使债权人获得最大限度的确保及满足。连带责任通过加重民事法律关系当事人的法律责任,有效地保障债权人的合法权益。民法通则规定,连带债务人都有义务向债权人清偿债务,债权人可同时或先后要求连带债务人全体或部分或人履行全部或部分义务,被请求之债务人不得以超出自己应付份额为由,提出抗辩。只要债务没有全部清偿完毕,每个连带债务人不论他是否应债权人请求清偿过债务,对没有清偿的债务部分,都有清偿的义务。除一个或几个责任人或全体责任人就责任范围承担全部责任的对外效力外,连带责任的特殊性还表现在诉讼效力和对内效力上。根据有关连带责任的规定,债权人可以向一个、数个或全体债务人同时或先后为一部或全部之请求,与之相适应,在诉讼中,债权人既可以单独起诉某一债务人,也可将数个或全体债务人列为共同被告。而且连带责任人中的一人或数人作为民事诉讼的原告或被告时,所有连带责任人具有共同诉讼人(共同原告或共同被告)的身份,不得将其中部分人列为第三人,这就是所谓的连带责任的诉讼效力。连带责任的内部效力,表现为对外的给付责任由连带责任人中一人或几人完成后,这些人成为内部的新债权人,其余责任人成为新债务人。外部原债权方若为连带的债权方,转给内部债权方后,内部债权方是二人以上时,也不成立



连带债权，只成为按份的债权；债务方是二人以上的，也不再成立连带债务，只成为按份的债权。即使无法确定各自的份额，也要原则上推定份额均等。不过，如果对外给付责任是由连带责任人中某一人或某几人过错造成的时，只由过错人成为新债务人。

因此，法律规定被派遣劳动者权益受到损害的，由劳动派遣单位和用工单位承担连带赔偿责任，这对于解决用工单位不实际承担责任，劳务派遣单位实际承担不了责任的问题，最大限度的保障被派遣劳动者受损的权益得到赔偿，都具有着重要的意义和积极的法律效果。

相关规定：《中华人民共和国公司法》第7条；《中华人民共和国行政处罚法》第24条；《中华人民共和国企业法人登记管理条例》第3条、第16条；(中华人民共和国公司登记管理条例)第22条。

第九十三条：无营业执照经营单位的法律责任

第九十三条 对不具备合法经营资格的用人单位的违法犯罪行为，依法追究法律责任；劳动者已经付出劳动的，该单位或者其出资人应当依照本法有关规定向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

【解读】本条是关于不具备合法经营资格的用人单位的违法犯罪行为的法律责任的规定。

根据本条款的规定，对于不具备合法经营资格的用人单位的违法犯罪行为，首先应当依法追究法律责任。不具备合法经营资格主要是指该单位没有依照相关法律的规定获得相应的营业执照，具备相应的经营资格。根据2003年3月1日开始施行的《无照经营查处取缔办法》的规定，无营业执照经营行为主要包括以下几种：(一)应当取得而未依法取得许可证或者其他批准文件和营业执照，擅自从事经营活动的无照经营行为；(二)无须取得许可证或者其他批准文件即可取得营业执照而未依法取得营业执照，擅自从事经营活动的无照经营行为；(三)已经依法取得许可证或者其他批准文件，但未依法取得营业执照，擅自从事经营活动的无照经营行为；(四)已经办理注销登记或者被吊销营业执照，以及营业执照有效期届满后未按照规定重新办理登记手续，擅自继续从事经营活动的无照经营行为；(五)超出核准登记的经营范围、擅自从事应当取得许可证或者其他批准文件方可从事的经营活动的违法经营行为。同时规定，“对于无照经营行为，由工商行政管理部门依法予以取缔，没收违法所得；触犯刑律的，依照刑法关于非法经营罪、重大责任事故罪、重大劳动安全事故罪、危险物品肇事罪或者其他罪的规定，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，并处2万元以下的罚款；无照经营行为规模较大、社会危害严重的，并处2万元以上20万元以下的罚款；无照经营行为危害人体健康、存在重大安全隐患、威胁公共安全、破坏环境资源的，没收专门用于从事无照经营的工具、设备、原材料、产品(商品)等财物，并处5万元以上50万元以下的罚款。对无照经营行为的处罚，法律、法规另有规定的，从其规定。”对不具备合法经营资格的用人单位违反本法规定的行为，还应按照本法有关规定，追究相应的法律责任。

其次，不具备合法经营资格的用人单位的劳动者已经付出劳动的，该单位或者其出资人应当依照本法有关规定向劳动者支付劳动报酬、经济报酬、赔偿金。不具备合法经营资格的用人单位不属于本法第二条规定的合法的用人单位，根据本法第二十六条的规定，不具备合法经营资格的用人单位与劳动者订立的劳动合同因主体违反法律规定属于无效合同。但根据公平的原则，不具备合法经营资格的用人单位被依法处理的，该单位的劳动者已经付出劳动的，仍应依照本法规定，获得相应的劳动报酬、经济报酬、赔偿金。本法针对不具备合法经营资格的用人单位被工商行政管理部门依法处理，特别是被依法取缔后，劳动者的劳动报酬、经济报酬、赔偿金无人支付问题，明确规定不具备合法经营资格的用人单位被依法处理，该单位的劳动者已经付出劳动的，由被处理的单位或者其出资人向劳动者支付劳动报酬、经济



报酬、赔偿金。因此,即使不具备合法经营资格的用人单位被依法取缔,被处理的单位或者其出资人仍应支付劳动者的劳动报酬、经济报酬、赔偿金。被依法取缔的单位不能因其被取缔、不存在为由,拒绝支付劳动者报酬、经济报酬、赔偿金。对被处理单位或其出资人拒绝支付的,劳动者可以其出资人为被告提起诉讼。

再次,不具备合法经营资格的用人单位,给劳动者造成损害的,应当由被处理的单位或者其出资人承担赔偿责任。不具备合法经营资格的用人单位被依法取缔后,劳动者的损害很难从被处理单位得到赔偿,要求出资人承担赔偿责任,有利于列劳动者权益的保护。

相关规定:《无照经营查处取缔办法》第4条、第14条。

第九十四条:个人承包经营者的连带赔偿责任

第九十四条 个人承包经营违反本法规定招用劳动者,给劳动者造成损害的,发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任。

【解读】本条是关于个人承包经营损害劳动者权益的法律责任的规定。

个人承包经营是指企业与个人承包经营者通过订立承包经营合同,将企业的全部或者部分经营管理权在一定期限内交给个人承包者,由个人承包者对企业进行经营管理。个人承包经营期间因个人承包经营者违反法律规定而对劳动者造成的损害,个人承包经营者应对其违反法律的行为承担责任,对劳动者的损害承担赔偿责任。同时针对实践中大量存在的,个人承包经营者侵害劳动者权益,却没有足够的能力对劳动者进行赔偿,或者个人承包经营者逃避承担赔偿责任,劳动者很难得到赔偿的现象,为有效保护劳动者的合法权益,劳动合同法明确规定对于个人承包经营期间,个人承包经营违反法律规定招用劳动者,给劳动者造成损害的,应当由发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任。应当注意的是,这里的“个人承包经营”也包括转包。个人承包经营中间环节无论经过多少次个人间合法或者非法的转包,承担连带责任的是可以往上追溯的“发包的组织”。中间转包的个人承包者承担赔偿责任也是不言而喻的。本条规定发包组织与个人承包经营承担连带责任的目的是防止个人承包经营者在承包经营过程中,急功近利侵害劳动者利益,或者损害劳动者利益后没有能力或逃避承担对劳动者的损害赔偿。因此,个人承包经营者违反本法规定招用劳动者,给劳动者造成损害的,个人承包经营者应当承担赔偿责任,发包组织也应承担连带赔偿责任。个人承包经营者招用劳动者时违反本法规定对劳动者造成的损害,劳动者既可以要求个人承包经营者全额或者部分赔偿,也可要求发包的组织即个人承包经营者所承包的单位全部或者部分赔偿。诉讼中,劳动者既可以单独起诉发包组织或者个人承包经营者,也可将发包组织或者个人承包经营者列为共同被告。

第九十五条:不履行法定责任、违法行使职权的法律责任

第九十五条 劳动行政部门和其他有关主管部门及其工作人员玩忽职守、不履行法定职责,或者违法行使职权,给劳动者或者用人单位造成损害的,应当承担赔偿责任;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依法给予行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

【解读】本条是关于劳动行政机关及其工作人员玩忽职守、不履行法定职责,或者违法行使职权的法律责任的规定。

一、行政违法行为



行政违法行为主要包括两种，一种是单位和个人即行政相对人违反行政法规的行为，另一种是行政机关及其工作人员即行政主体执行职务时的轻微违法行为或者违反纪律的行为。本条规定的行政违法行为是指行政机关及其工作人员的行政违法行为，主要包括玩忽职守、不履行法定职责和违法行使职权等情形。玩忽职守、不履行法定职责，是指行政机关或者被授权的组织及其工作人员不履行法律所赋予的职权，不承担相应的职责，构成违法失职行为，又称为行政不作为。实践中，表现为：（一）明确拒绝履行，行政机关及其工作人员明确否认自己对该事项具有管辖权或处理权，明确拒绝采取相应的行政行为；（二）无正当理由逾期仍不履行，即超过法定的期限仍不履行的；（三）拖延履行法定职责，即行政机关在台理的履行时限内不予答复或未明确答复。违法行使职权主要包括行政机关工作人员违法行使本人职务范围内的权力，以及超越其职权范围而实施有关行为等情形。

二、法律责任

1. 行政赔偿

劳动行政部门和其他有关主管部门及其工作人员的上述行政违法行为，侵犯用人单位或者劳动者合法权益造成损害的，应承担赔偿责任。这里的赔偿责任，是指行政赔偿责任，即行政主体违法实施行政行为，侵犯相对人合法权益造成损害时由国家承担的一种赔偿责任，由行政主体、行政违法行为、损害后果和因果关系四个要件构成。行政主体是指执行行政职务的行政机关及其工作人员。职务违法行为是指违法执行职务的行为，既包括职务行为本身的行为，也包括与职务有关联而不可分的行为。损害后果是指行政主体实施的行政违法行为对相对人合法权益造成的损害，根据我国国家赔偿法的规定，对相对人合法权益造成的损害仅指物质损害与直接损害，而不包括精神损害与间接损害。因果关系是指行政违法行为与损害后果之间存在因果关系。

2. 行政处分

劳动行政部门和其他有关主管部门及其工作人员的上述行政违法行为尚未构成犯罪的，除侵犯用人单位或者劳动者合法权益造成损害的应承担赔偿责任外，对直接负责的主管人员及其他直接责任人员应依法给予行政处分。2005年全国人大常委会制定的《中华人民共和国公务员法》，第二章、第九章分别规定了公务员的条件、义务与权利和惩戒；2007年4月4日，国务院第495号国务院令公布的《行政机关公务员处分条例》，是新中国成立以来第一部全面、系统地规范行政惩戒工作的专门行政法规，该条例对行政机关公务员的处分原则、种类、适用、权限、程序和申诉等作了明确规定。根据公务员法第五十六条、《行政机关公务员处分条例》第六条的规定，行政机关公务员处分的种类为：（一）警告；（二）记过；（三）记大过；（四）降级；（五）撤职；（六）开除。《行政机关公务员处分条例》第七条规定：“行政机关公务员受处分的期间为：（一）警告，6个月；（二）记过，12个月；（三）记大过，18个月；（四）降级、撤职，24个月。”这里需要注意的是，与刑事责任不同，行政处分的对象只能是个人，单位不可能成为行政处分的对象。

3. 刑事责任

劳动行政部门和其他有关主管部门及其工作人员的上述行政违法行为严重违法，触犯刑法的，应追究其刑事责任。刑法第三百九十七条是对国家机关工作人员滥用职权罪、玩忽职守罪及其处罚的规定。根据该条的规定，劳动行政部门和其他有关主管部门及其工作人员不履行法定职责或者违法行使职权，“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定。国家机关工作人员徇私舞弊，犯前款罪的，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定。”

相关规定：《中华人民共和国公务员法》第56条；《中华人民共和国刑法》第397条；《中华人民共和国国家赔偿法》；《行政机关公务员处分条例》第6条、第7条。



第八章 附 则

第九十六条：事业单位聘用制劳动合同的法律适用

第九十六条 事业单位与实行聘用制的工作人员订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定；未作规定的，依照本法有关规定执行。

【解读】本条是关于事业单位聘用制工作人员的规定。

事业单位是具有中国特色的组织。所谓事业单位，是指为了社会公益目的，由国家机关举办或者其他组织利用国有资产举办的，从事教育、科技、文化、卫生等活动的社会服务组织。国家通过编制管理实现对事业单位人员的配置和调控。按照国家财政拨款的多少，可以将事业单位分为三种：全额拨款的事业单位、差额拨款的事业单位和自收自支的事业单位。我国事业单位数量众多，类型不一，队伍庞大。截止 2006 年底，全国事业单位总计 126 万个，涉及教育、卫生、农业、文化、科研等多个领域，职工人数近 3035 万，其中正式职工 2923 万(包括原固定职工和使用期限在一年以上的合同制职工)。职工人数中教育业占 51.3%，卫生业占 14.3%，农业占 9.5%，文化业占 5.1%，科研占 2.4%。长期以来，我国的事业单位实行的是一套不同于企业，近似于国家机关的人事管理制度。改革开放以后，国家在企业推行劳动合同制度，对国家机关公务员的管理通过立法加以规范，事业单位的人事制度仍在原来制度的基础上运行，改革进展缓慢。为了转换事业单位用人机制，加快推进事业单位人事制度改革，2002 年 7 月 6 日，国务院办公厅转发人事部《关于在事业单位试行人员聘用制度意见》的通知，要求事业单位除按照国家公务员制度进行人事管理的以及转制为企业的以外，都要逐步试行人员聘用制度。到 2006 年底，事业单位实行聘用合同的人员 1700 多万，约占总人数的 51%。

国家对事业单位实行编制管理，按照编制核算拨款的数额。目前事业单位编制都是多年前核定的，编制基数多年不变，不能满足事业单位不断发展的需要。在编制满额的情况下，各事业单位只好大量扩充编外人员和其他人员，这样造成事业单位人员结构复杂，人事管理分割。事业单位人员结构，归纳起来分为三类：第一类是编制内聘用人员。包括签订聘用合同的编制内聘用人员和无须签订聘用合同的编制内聘用人员；第二类是编制外人员。包括档案内部管理的编外人员和档案外部管理的编外人员。编外人员一般实行企业化管理，与事业单位签订劳动合同；第三类是劳务派遣人员，是通过劳务派遣形式招用的。

事业单位人员是否应当纳入本法进行调整，是立法中争论比较大的一个问题。反对的意见提出，聘用合同与劳动合同有本质的区别。不应当纳入劳动合同法调整。从目前我国事业单位改革的发展趋势看，履行公共管理职能的事业单位要变成行政机关，从事经营的事业单位要回归企业，从事公共服务的如教育、卫生、文化、科研等事业单位，还要保留公共服务的职能，按照事业单位进行管理。事业单位与企业有本质差别，事业单位有编制、有财政拨款，内部管理机制与企业也不一样，事业单位聘用合同在合同期限、试用期、加班费、工资、福利、保险等方面都有自己对特殊性，都与企业不同，它与国家机关比较近似。事业单位实行聘用制，只是要比公务员要有一点灵活性，但不是完全推向市场。聘用制合同与劳动合同的性质不一样，调整的手段也不一样。如果将事业单位也纳入劳动合同法管理，将难以处理



好本法与事业单位改革和社会保障体系完善之间的衔接,并可能产生其他新的社会问题和矛盾,会引起事业单位管理的混乱,会出现不安定因素。处理事业单位的问题,应当循序渐进,把管理体制理顺后,再对事业单位人事制度进行立法,这样比较妥当。赞成将聘用合同纳入本法调整的意见认为,长期以来,我国人事制度是由政策和行政文件相结合建立起来的,调整人事关系几乎没有一个完整的法律规范性文件。1994年劳动法颁布时,企业的劳动关系由劳动法调整,对事业单位职工则是参照公务员管理体制进行管理。公务员法出台后,将除法律、法规授权具有公共事务管理职能并经批准参照公务员法管理之外的事业单位工作人员排除在适用范围之外,这部分事业单位工作人员不能参照公务员法,如果也不适用劳动合同法,那么,对事业单位人员的权利保护缺乏法律依据。聘用合同与劳动合同虽然有不同的地方,但本质上并无区别,不应存在两种合同制度,不应当由两个部门管就变成两个性质的合同,将聘用合同纳入劳动合同法的适用范围,解决事业单位人员实体权利保护无法可依的局面,有利于事业单位劳动关系的法制化和规范化,有利于保护事业单位工作人员的合法权利,有利于促进我国事业单位的改革。

最后,考虑到目前事业单位正处于改革过程中,用人制度的情况比较复杂,事业单位的聘用合同具有特殊性和复杂性,将事业单位实行聘用制工作人员纳入本法调整需要慎重。同时,考虑到事业单位中实行聘用制的工作人员如不纳入本法调整,将缺乏实体法依据,其合法权益得不到有效保护。因此,本法第二条关于劳动合同法的调整范围维持了劳动法第二条第二款的表述,同时在本条中规定:“事业单位与实行聘用制的工作人员订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同,法律、行政法规以及国务院另有规定的,依照其规定;未作规定的,依照本法有关规定执行。”对事业单位聘用制工作人员的劳动合同如何适用本法作出了特别规定。有人形象地说这种条文安排是“先请出去,再拉进来”。这样规定,既解决了本法与现行的事业单位人事管理制度的衔接,解决了事业单位聘用合同无法可依的局面,也为事业单位人事制度改革留下空间。

相关规定:《中华人民共和国教师法》;《中华人民共和国医师法》;人事部《关于在事业单位试行人员聘用制度意见》。

第九十七条：过渡性条款

第九十七条 本法施行前已依法订立且在本法施行之日存续的劳动合同,继续履行;本法第十四条第二款第三项规定连续订立固定期限劳动合同的次数,自本法施行后续订固定期限劳动合同时开始计算。

本法施行前已建立劳动关系,尚未订立书面劳动合同的,应当自本法施行之日起一个月内订立。

本法施行之日存续的劳动合同在本法施行后解除或者终止,依照本法第四十六条规定应当支付经济补偿的,经济补偿年限自本法施行之日起计算;本法施行前按照当时有关规定,用人单位应当向劳动者支付经济补偿的,按照当时有关规定执行。

【解读】本条是关于劳动合同法施行的过渡性条款的规定。

本条规定的是劳动合同法施行的过渡安排。从理论上说,就是回答劳动合同法的溯及力的问题。所谓法律的溯及力,就是一部新的法律施行后,对它生效前发生的行为是否适用。如果适用,就具有溯及力,如果不适用,就不具有溯及力。按照法律的溯及力理论,法律一般不具有溯及力。如果法律需要有溯及力,就应当在法律中明确。本条规定就是回答劳动合同法哪些规定有溯及力,哪些规定没有溯及力。

从1994年劳动法通过,我国现行的劳动合同制度正式确立到现在已有十多年,目前企



业已普遍实行了劳动合同制度。劳动合同法对现行的劳动合同制度进一步加以完善。劳动合同法实施以后，现行的劳动合同怎么办，这是劳动合同法必须回答的一个问题。本条的规定就是要解决劳动合同法生效以后，现行的劳动合同该怎么办？相关的制度如何衔接？本条的规定有以下四层含义：

一、本法施行后，正在履行的劳动合同怎么办

劳动合同法将于2008年1月1日施行。按照法律一般不溯及既往的理论，本法施行前已依法订立且在本法施行之日存续的劳动合同，应当有效，应当继续履行。这样，不致于形成新法施行，劳动者都需要跟用人单位重新签订劳动合同的情况，避免劳动关系发生大的波动。

二、本法第十四条第二款第三项规定连续订立固定期限劳动合同的次数如何计算

本法第十四条第二款第三项规定，连续订立二次；固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一款、第二项规定的情形，续订劳动合同的，如果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。本法施行后，就要回答连续订立二次固定期限劳动合同，是从哪一次计算。根据本条的规定，本法第十四条第二款第三项规定连续订立固定期限劳动合同的次数，自本法施行后续订固定期限劳动合同时开始计算。即劳动合同法生效前订立、劳动合同法生效后仍在履行的劳动合同，不计算在连续订立的固定期限劳动合同的次数内。如一个劳动者与用人单位订立了一个两年期限的劳动合同，劳动合同法生效时刚履行完一年，还有一年的合同期限。如果这个合同期限到期，该劳动者还与用人单位订立一个固定限期的劳动合同，这个正在履行的劳动合同，不计算在连续订立的劳动合同次数内。也就是说连续订立是从新订立的劳动合同开始计算。

三、本法施行前的事实劳动关系如何处理

目前劳动合同制度存在的一个突出问题就是用人单位不愿与劳动者签订书面劳动合同，劳动合同签订率低，发生劳动争议，处理起来没有合同依据，不利于保护劳动者的合法权益。针对这个问题，本法作了相应的规定。如本法第十条第二款规定：“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。”对超过一个月还不订立书面劳动合同的，第八十二条规定：“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，应当向劳动者每月支付二倍的工资。”对于本法施行前已存在的事实劳动关系，根据本条的规定，尚未订立书面劳动合同的，应当自本法施行之日起一个月内订立。否则，也应当承担本法第八十二条的法律后果。

四、经济补偿的年限如何计算

经济补偿是劳动合同解除或者终止后，用人单位对在本单位工作的劳动者给予的货币补偿。它既是用人单位对劳动者在本单位辛勤工作的回报，也是对劳动者重新找工作期间的一种生活补助。根据劳动法第二十八条的规定，用人单位解除劳动合同的，应当依照国家有关规定给予经济补偿。根据劳动法的这一规定，1994年劳动部制定了《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》，具体规定了给予经济补偿的情形和标准。本法根据实践的情况，结合劳动法和《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》的规定，在第四十六条规定了应当给予劳动者经济补偿的七种情形，在第四十七条规定了经济补偿的具体标准。与现行的做法相比，本法扩大了给予经济补偿的范围。即除了用人单位解除劳动合同要给经济补偿外，对劳动合同终止，也要给经济补偿。也就是说劳动合同期限届满，劳动合同自然终止，用人单位也要支付经济补偿。虽然这种做法是为了解决劳动合同短期化的举措，但客观上增加了用人单位用工的成本。对这部分成本，原来用人单位用工时并没有考虑。如果支付经济补偿的年限是从本法实施前开始计算，显然不合理。因此，本条规定本法施行之日存续的劳动合同在本法施行后解除或者终止，依照本法第四十六条规定应当支付经济补偿的，经济补偿年限自本法施



行之日起计算。同时,考虑到1986年国务院发布的《国营企业实行劳动合同制暂行规定》规定劳动合同期满,用人单位也要支付经济补偿,虽然这个《暂行规定》执行到2001年6月被废止,但劳动合同期满支付经济补偿也要执行到2001年6月。而且1993年国务院颁布的《全民所有制企业招用农民合同制工人的规定》也规定劳动合同期满,也要给农民合同制工人经济补偿。目前这个规定还有效。本法需要与现实的做法相衔接,因此本条规定:本法施行前按照当时有关规定,用人单位应当向劳动者支付经济补偿的,按照当时有关规定执行。

相关规定:《中华人民共和国劳动法》第28条;《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》;《国营企业实行劳动合同制暂行规定》(2001年6月废止);《全民所有制企业招用农民合同制工人的规定》。

第九十八条：施行时间

第九十八条 本法自2008年1月1日起施行。

【解读】本条是关于劳动合同法施行时间的规定。

法律的实施时间也就是法律的生效时间。法律的生效和法律公布是两个不同的概念。法律的公布是指法律的制定机关将通过的法律向社会予以公告,让大家知道。法律的生效是法律开始施行,开始对社会行为具有约束力。一般法律通过后都会在当日公布。但法律从何时开始生效,要根据法律的性质和实际需要来决定。通常有三种生效方式:第一种是法律自公布之日起生效施行。如全国人民代表大会和地方各级人民代表大会组织法、集会游行示威法等;第二种是法律公布后,经过一段时间后才施行,法律中明确规定生效施行的具体日期。我国的法律多数采取这种方式;第三种是法律公布后先试行或者暂行,而后由制定机关加以修改补充,再通过为正式法律,公布施行。在试行或者暂行期间,也有约束力,如1982年通过的《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》。劳动合同法采取第二种方式。本条规定:“本法自2008年1月1日起施行。”这样,从本法通过到施行,大约有半年的宣传学习时间。劳动合同法是一部调整劳动关系的重要法律,它涉及千千万万劳动者的劳动权利的保护,关系到广大企业、事业单位、个体经济组织等用人单位的用工,可以说是一部全社会都关注的法律,需要有足够的时间让大家学习、了解。所以法律留了半年的宣传和学习时间。