

谈《劳动合同法》的新规定和不足 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E8_B0_88_E3_80_8A_E5_8A_B3_E5_c122_480642.htm

《中华人民共和国劳动合同法》已于2007年6月29日经第十届全国人大常委会第28次会议通过并将自2008年1月1日其施行。相对于原先的劳动法，劳动合同法的相关新规定更加有利保护劳动合同中弱者-劳动者的合法权益，但不可避免地劳动合同法还有一些不足之处，现笔者结合自己的办案实践和心得，谈谈劳动合同法的新规定和不足。

一、新规定及其意义

1. 单位规章制度和重大事项公示制度 笔者曾经代理过一些单位认为员工严重违纪而予以开除的劳动纠纷，但结果都因单位缺乏已将相关规章制度公示或告之的证据，仲裁庭一般都以用人单位作出开除决定无合法依据而裁定用人单位开除决定无效。劳动合同法第4条对单位制定，修改或者决定和实施规章制度和重大事项时应符合的程序加以了明确，用人单位在和劳动者签订或履行劳动合同时应该尽告之义务，否则上述单位规章制度和重大事项对劳动者无约束力，用人单位也不能根据上述单位规章制度对劳动者作出相关决定。

2. 事实劳动关系的取消和代替 长期以来，用人单位一直不和劳动者签订劳动合同或在劳动合同到期后也不办理续签劳动合同手续，这在法律上属于事实劳动关系。在司法实践上，劳动者可以随时终止事实劳动关系，而用人单位提出终止事实劳动关系的，需提前30日，但由此引发的劳动争议却不在少数。劳动法仅仅规定了用人不和劳动者签订书面劳动合同的行政责任，作为劳动者遭受的经济损失往往无法得到用人补偿劳动，而劳动

合同法对事实劳动关系的处理根据时间分别加以规定，明确了用人不和劳动者签订书面劳动合同的直接法律责任：2.1当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。（第82条）2.2当用人单位自用工之日起超过一年未与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位已订立无固定期限劳动合同。（第12条第三款）3. 劳务合同身份的正式化作为中国特定的市场经济的产物，大量的劳务工（民工）的法律问题日益加剧，劳动法对此无任何规定，其他相关的规定却把劳务合同和劳动合同区分开来，在司法实践中，由劳务合同引发的纠纷属于一般的民事纠纷，不属于劳动纠纷。这往往不利于保护的合法权益。劳动合同法第12条明确了原先的劳务合同属于劳动合同的一种类型，并明确了不得约定使用期，对广大处劳务工（民工）无疑是一个福音。4. 试用期的明显缩短原先的劳动合同法笼统的规定试用期最长不得超过6个月，也即用人单位可以决定劳动者试用期的长短，这对与用人单位签订短期合同的劳动者来说明显不利。劳动合同法第19条根据劳动合同期限对试用期加以了明确规定，一方面试用期的长短法律化，另一方面试用期明显缩短，大大保护了广大劳动者的合法权益：（1）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；（2）劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过而二个月；（3）三年以上劳动合同和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过而六个月；（4）非全日制用工、以完成一定工作任务为期限的劳动合同和不满三个月的劳动合同，不得约定试用期；（5）无单独的试用期合同。5. 用人单位解除劳动合同的

补偿新计算方法 原先的劳动法规定用人单位解除劳动合同的补偿是根据解除的劳动合同已履行的年份来计算的，并规定补偿最多不超过12个月工资，也即如双方签订的是5年期的劳动合同，如履行到第4年，用人单位解除了劳动合同，用人单位应赔偿劳动者4个月的工资。在司法实践中，这个规定有很大的漏洞，为了规避上述规定，很多用人单位故意和劳动者只签订一年期的劳动合同，到期后再续签一年，这样如用人单位到时不在需要劳动者时，不需支付任何的经济补偿。针对上述情况，劳动合同法第47条对用人单位解除劳动合同的补偿计算依据进行了调整，明确经济补偿是根据劳动者在本单位的工作年限来计算的，并不再规定补偿最多不超过12个月工资（除该劳动者工资高于本地区上年度职工平均工资三倍的情况外）。劳动合同法第14条第二款第3项则规定连续订立二次固定期限劳动合同，续订时应签订无固定期限劳动合同，这是对用人单位一年一签的行为彻底打击。

6. 向人民法院申请支付令 原先劳动者为向用人单位追索劳动报酬，需先申请劳动仲裁，然后还有可能经过一审，二审和执行程序，前后时间之长和诉讼成本之高，使得劳动者筋疲力尽，劳民伤财，一些劳动者因付不起巨额的诉讼费和律师费而不得不放弃追索劳动报酬。劳动合同法第30条规定用人单位拖欠或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，上述新规定，一方面简化了劳动者的追索劳动报酬程序，同时大大减少了诉讼成本。

7. 用人单位非法解除劳动合同后劳动者诉讼请求的选择 笔者曾经代理过一些用人单位非法解除劳动合同纠纷的案件，但劳动者的请求只能是要求确认用人单位解除劳动合同无效并继续履行合同，虽

然有些案件最终以双方终止合同用人单位给予一定补偿调解结案，但上述主动权都掌握在用人单位手里，如双方不能达成调解后判决继续履行劳动合同，劳动者一般很难继续能在用人单位上班，用人单位可以找各种理由为难劳动者。劳动合同法充分考虑了上述劳动者的尴尬境地，第48条规定劳动者即可以要求继续履行劳动合同，也可要求用人单位根据其工作年限双倍支付赔偿金，这无疑给劳动者一个主动选择的权利。

二、劳动合同法的不足和建议

1. 有关试用期的规定

劳动合同法第19条规定同一用人单位和同一劳动者只能约定一次试用期，但对劳动者和用人单位在原劳动合同期满后续签新的劳动合同是否可约定试用期无明确规定。 劳动部办公厅关于续订劳动合同是否需要规定使用期的复函 明确，如改变工种的应重新确认试用期，不改变工种的不再规定试用期。上述规定还是比较合理，不知仍然有效？

2. 有关劳动合同无效的确认

劳动合同法第26条第二款规定对劳动合同无效有争议的，由劳动仲裁机构或人民法院确认。上述规定有明显的不确定因素：

1. 选择由劳动仲裁机构或人民法院确认是应该在劳动合同争议条款中约定呢？还是可由双方在事后自由选择？
2. 申请确认劳动合同无效的时效是多少？

笔者建议上述不足可参考根据民事诉讼法和合同法相关规定办理，即选择由劳动仲裁机构或人民法院确认是应该在劳动合同争议条款中约定，申请确认劳动合同无效的时效应为自知道或应当知道起1年内。具体的相关规定可在即将出台的劳动争议调解仲裁法中规定。

3. 有关服务期和违约金的约定

劳动合同法第22条规定用人单位为劳动者提供专项培训费用进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立服务期协议，并

可约定相关的违约金，其他不得（除违反竞业限制约定）约定违约金。这会与实践操作上有很大的社会矛盾。最普遍的是用人单位原先因分配给职工住房而约定的服务期，如因劳动合同法的实施而变得无效，势必引起一批跳槽风，这对用人单位也是相当不公平的！在房价飞涨的今天，一套房子的价值应该比诸如专项培训费不知要高出多少倍，既然双方就培训可约定服务期违约金为何双方不能就住房约定服务期违约金呢？但法律既已定，暂时不可能修改。用人单位解决上述问题可采取变更原协议的变通做法，将新的协议变更为：劳动者必须服务到一定年限，在完成服务年限前房子产权属于用人单位所有。

4．有关用人单位未订立书面劳动合同的法律责任 劳动合同法第12条第三款和第82条分别规定当用人单位自用工之日起超过一个月不满一年和超过一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当承担的经济责任。这对劳动者的确是一种保护，但对用人单位却有明显的不公。签订劳动合同是双方的义务，如劳动者故意不签合同或以各种理由拖签劳动合同，那用人单位也要承担相关的法律责任吗？笔者认为，最高院在颁发劳动合同法的司法解释时应明确如属于用人单位原因未与劳动者签订书面劳动合同的才承担相应法律责任。在最高院有关劳动合同法的司法解释出来之前，用人单位如碰到劳动者故意不签合同或以各种理由拖签劳动合同，那用人单位应立即终止与该劳动者的劳动关系以保护自己的合法权益！

5．有关试用期解除劳动合同的条件 劳动合同法第39条规定在试用期间劳动者被证明不符合录用条件的，用人单位可以解除劳动合同。这和劳动法的规定相一致。但在实践操作中，如何认定试用期间却是件易事，许多用人

单位认为只要他不满意，在试用期间可任意解除劳动合同，由此产生的纠纷也很多。作为劳动者保护自己的唯一办法是保存好用人单位招聘时的职位要求以证明自己是符合录用条件；用人单位同样需劳动者对招聘时的录用条件的签字认可以免到时无法证明劳动者不符合录用条件。

6. 有关非全日制用工的特别规定 劳动合同法第五章第三节对非全日制用工的加以了特别规定，但非全日制用工与以完成一定工作任务的劳动合同如何区分呢？非全日制用工是按小时计酬，难道以完成一定工作任务的劳动合同不能按小时计酬计酬吗？在实践中上述两种合同的劳动者大都是民工，但两种不同的规定却给了用人单位有可逃避责任的机会。因此笔者建议，最高院在颁发劳动合同法的司法解释时应明确上述两种用工的区分以更好地保护劳动者的合法权益！

7. 有关劳动合同法施行后其他法律法规的有效性问题 劳动合同法施行后，本法并没有规定劳动法同时作废，同时之前大量的最高院司法解释、劳动部规章和地方法规/规章如何适用，本法也没有加以阐述，这会给司法实践带来了很多的矛盾和问题。因此笔者建议，最高院在颁发劳动合同法的司法解释时应明确上述法律的适用问题，以更好地发挥劳动合同法的作用！（作者：寿坚荣，上海市辉煌律师事务所。lawyershou@smmail.cn）

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com