

石先广:《劳动合同法》实施条例未出,十大问题困扰各方
PDF转换可能丢失图片或格式,建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E7_9F_B3_E5_85_88_E5_B9_BF__c122_486279.htm 备受社会各界关注的《劳动合同法》即将实施,但是,社会各界期待的“实施条例”在新法实施前终未能与大家见面,也给劳资双方带来诸多困扰,尤其是企业用工更是处于战战兢兢的境地。一、关于无固定期限合同成立的“连续工作满十年”、“连续续订两次固定期限合同”中,中断多长时间算是不连续?《劳动合同法》大大放宽了无固定期限劳动合同签订条件,其中影响最大的就是“连续工作满十年”、“连续续订两次固定期限合同”之后,劳动者提前签订无固定期限合同的,用人单位就必须签订无固定期限合同。因此,为规避无固定期限合同成立,很多企业纷纷采取措施,诸如“买断员工工龄”、“对员工工龄进行清零”等。这就抛出了一个问题需要“实施条例”来解决,即“中断”多长时间视为不“连续”。有的学者提出,最起码应该中断一个工资支付周期才能算中断,有的提出要中断1年才能算中断。因此,“中断”多长时间视为不连续需要明确界定。二、“连续订立两次固定期限劳动合同”中的“两次”如何理解?《劳动合同法》第14条规定,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项、第二项规定的情形,续订劳动合同的,劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的,除劳动者提出订立固定期限劳动合同外,应当订立无固定期限劳动合同。这里的“两次”如何理解,目前有不同的认识。有一种观点认为,2008年1月1日后,用人单位与劳动者签订一次固

定期限劳动合同后，第二次与劳动合同续订劳动合同的，劳动合同到期后，用人单位就没有终止权，第三次劳动者提出来签订无固定期限合同的，用人单位就必须签订无固定期限合同。还有一种观点主张，根据法条的意思，用人单位与劳动者连续签订两次固定期限劳动合同后，第二次合同到期的，用人单位有终止权，只是第三次用人单位愿意与劳动者续签劳动合同的，劳动者提出订立无固定期限合同，用人单位才需要与劳动者订立无固定期限合同。因此，这里的“两次”怎么理解没，即“第二次劳动合同”到期时用人单位是否有终止权，需要“实施条例”予以明确。

三、劳务派遣公司与劳动者之间签订两次固定期限劳动合同后是否要成立无固定期限劳动合同？对于劳务派遣公司与劳动者之间连续签订两次固定期限劳动合同后，是否要成立无固定期限合同，目前也有两种观点。一种观点尽管劳务派遣作为一个单独的一节，也应该适用劳动合同法一般的规定，即劳务派遣公司作为用人单位与劳务派遣劳动者签订两次固定期限劳动合同后，也应该成立无固定期限合同。还有一种观点主张，既然劳务派遣作为一个单独的章节，就不因该受劳动合同法一般规定的限制，连续签订两次固定期限合同，也不应该成立无固定期限合同。这两种解释，可谓是“公说公有理，婆说婆有理”。因此，劳务派遣公司与劳务派遣劳动者之间是否受“两次”的限制，有待于“实施条例”明确。

四、新法施之前的劳动合同中有违约金条款，劳动合同法实施后是否有效？《劳动合同法》严格限制违约金，即用人单位不能随意为劳动者设定违约金。而新法实施前，各地对违约金条款规定不一。如江苏、上海相对限制违约金，除出资招用、出资培训、提供特

殊福利待遇和劳动者违反竞业限制外，用人单位不得为劳动者设定违约金。而其他地方则不限制违约金。那么《劳动合同法》实施后，各地按照当时的法规设定的合法的违约金条款，新法实施后还能否执行，也是一个极具普遍性的问题。

一种观点主张，根据《劳动合同法》第97条第1款的规定，新法实行前签订的劳动合同，在新法实行后原劳动合同可以继续履行。那么违约金条款作为劳动合同的一个条款，应该可以继续履行，即违约金条款继续有效。还有一种观点，新法实行后与新法相冲突的条款应该归于无效。因此，新法实行后，原来劳动合同中的违约金条款是否有效？亟需要“实施条例”明确。

五、规章制度制定过程中用人单位与工会或职工代表无法达成一致意见怎么办？《劳动合同法》第4条第2款规定，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。这一规定使用用人单位制定规章制度的行为由原来的“单决”转变成了用人单位与工会或职工代表“共决”。那么，如果用人单位与工会、职工代表无法就相关内容协商一致，该怎么处理？也应该有“实施条例”进行规定。

六、用人单位违法解除、终止劳动关系向劳动者支付赔偿金后，还需要支付经济补偿金吗？《劳动合同法》第87条规定，用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照本法第47条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。那么用人单位违法解除、终止劳动合同的，在向劳动者支付赔偿后，

还需要向劳动者再支付经济补偿金。目前也有两种观点，一种观认为，赔偿金和经济补偿金不是一个概念，用人单位支付了赔偿金，并不能代替经济补偿金。还有一种观点认为，违法解除、终止劳动合同需要支付赔偿金，合法解除、终止劳动合同需要支付经济补偿金，如果违法解除、终止劳动合同也需要支付经济补偿金，逻辑上存在矛盾。因此，违法解除、终止劳动合同在支付赔偿金后，是否还需要支付经济补偿金，需要“实施条例”予以明确。

七、60岁后劳动者的社会保险如何缴纳？《劳动合同法》第44条规定，劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的，劳动合同终止。这与原来法律规定的劳动者达到退休年龄劳动合同终止有很大不同。根据目前的法律规定，劳动者领取社会保险的条件是，达到退休年龄并且累计缴满社会保险15年。将来用人单位如果与一员工成立无固定期限合同，到劳动者60岁时社保如果才缴纳5年，意味着劳动者到70岁才能终止劳动关系。因此，新法的这一变化，实际劳动者的定义也发生了变化，劳动者的界定不再是“16到60周岁（男性）或50岁（女性）”，而是“16到能依法领取基本养老保险”。那么60岁之后的劳动者如何缴纳社会保险，估计“实施条例”无法解决，需要我国相应的社会保险政策做出较大幅度的调整。

八、“专项培训费用”和“专业技术培训”如何界定？《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，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。这里的“专项培训费用”和“专业技术培训”如何界定至关重要，如“专项培训费用”的范围有哪些，劳动者脱产期间的工资是否属于“培训费用”？“专业技术培训”又包括哪些？等等

，这些都需要“实施条例”给出明确的说法。九、适用劳务派遣的“临时性”、“辅助性”、“替代性”岗位怎么界定？《劳动合同法》第66条规定，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。很明显，法律的用意是要限制劳务派遣的使用，使其不成为用工的主流。但是，新法颁布后，其结果是适得其反，很多用人单位都倾向于选择劳务派遣来规避用工风险，大规模选择劳务派遣，有的单位把原来的员工也转为劳务派遣用工。因此，要达到立法的目的，必须对“临时性”、“辅助性”、“替代性”做出界定。

十、用人单位招用在校学生是否适用《劳动合同法》？用人单位招用在校学生分两类，一是在校学生勤工助学性质的；二是学生毕业前的实习。在我们目前的实践中，一般认为在校学生因其关系在学校，还无法建立劳动关系，他们与用人单位之间不能适用劳动法。因此，就出现了洋快餐使用在校学生，小时工资低于当地的最低小时工资。还有就是用人单位招用大量的实习生，工资可以不按照最低工资标准执行。在校学生能否纳入《劳动合同法》应该没有法律障碍，因为《劳动合同法》实施后，劳动者的界定是“16周岁到能依法领取基本养老保险”期间都因该是劳动者，无论勤工助学性质的，还是毕业前实习性质的，应该可以纳入新法的调整范围。当然，这一问题还需要“实施条例”给出明确的说法。

以上是笔者在《劳动合同法》颁布后，接受各方咨询时所思考的问题，其实有关《劳动合同法》法条理解的争论远不至这些。希望“实施条例”的出台，能够澄清大家的疑惑。

作者简介：石先广，劳动法专家、培训师、律师，中国政法大学法律硕士，上海社会科学院劳动关系研究中心特邀研究

员。已与中国法制出版社、中国劳动保障出版社、法律出版社、北京大学出版社、德国福兰咨询等多家知名出版机构合作，推出10余部劳动法、婚姻家庭法作品。在北京、上海、浙江、江苏、山东、河南、江西、深圳、广州、四川、辽宁等地讲授《劳动合同法解读与企业应对》近百场。近期出版的劳动法系列作品包括：《劳动法律问题与实务操作》；《劳动合同法的深度释解与企业应对》；《律师带您深度解读劳动合同法》；《劳动合同法 您逐鹿职场的利剑》；《劳动关系管理案例教程》；《企业常用规章制度（修订版）》；《企业规章制度制定技巧与风险防范》等。近期培训的知名企业包括：东海粮油、中粮包装、长江国际、中国核工业集团、华润电力、上海思源电气股份有限公司、上海纺织控股集团公司、江苏交通控股集团公司、江苏骏马集团、上海航空、好孩子集团、资生堂(中国)、稳孚勒机械（上海）、上海石化比欧西气体、上海易初莲花、和黄药业、锦江之星、上海腾隆（集团）、银宝集团、扬州金鹰、扬子江投资集团、荣能集团、上海惠普有限公司软件服务分公司、群硕软件开发（上海）有限公司、高知特信息技术（上海）有限公司、华夏媒体信息技术（上海）有限公司、智汇科技（中国）有限公司、上海中企人力资源咨询有限公司、上海证券交易所信息网络有限公司、明瑞电子、山东宏程集团等。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