

法 讯 动 态

劳 动 合 同 法 考 点 分 析

（2007年6月29日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过）

一、修 法 沿 革

在《劳动合同法》颁布实施之前，我国对劳动关系进行调整的规范性法律文件主要包括：①全国人大常委会决定于1995年1月1日起施行的《劳动法》；②1995年由原劳动部（现人力资源和社会保障部）发布的《劳动部关于执行劳动法若干问题的意见》；③最高人民法院2001年发布的《审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》、2006年发布的《审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》；④国务院1993年施行的《企业劳动争议处理条例》、2004年施行的《工伤保险条例》、《劳动保障监察条例》；⑤原劳动和社会保障部（现人力资源和社会保障部）2004年施行的《集体合同规定》、《最低工资规定》等。2008年1月1日由全国人大常委会制定通过的《劳动合同法》、《就业促进法》已经正式施行；5月1日《劳动争议调解仲裁法》开始施行；《劳动合同法实施条例》也将于近期公布施行。

《劳动合同法》作为对于劳动关系中最为重要的劳动合同进行全面调整的法律规范引发了社会的广泛关注。

二、修 法 的 目 的、指 导 思 想 与 原 则

既有《劳动法》的第三章以专章形式对劳动合同和集体合同所涉及的主要法律问题进行了规范，但是其制定于1994年，当时我国刚开始向社会主义市场经济转轨，劳动关系还比较简单，立法也保留了很多计划经济的色彩，最近十几年来随着社会经济的迅速发展，劳动关系更加多样、性质更加复杂、用工形式也日益丰富，据原劳动和社会保障部统计，1995年-2006年的12年间，劳动争议案件数量增加13.5倍，其中集体劳动争议案件数量增加5.4倍，迫切需要立法进行有效调整，但《劳动法》的许多规定处于“立而不行”的尴尬境地，规定过于模糊、欠缺执行力，致使不签订劳动合同、劳动合同短期化、滥用试用期等违法现象难以得到法律的切实规制，劳动合同对于规范劳动关系的实际效用迫切需要增强。

《劳动合同法》对处于《劳动法》核心与基础地位的与劳动合同相关的法律规范进行了增、删、改，建立了比较符合我国现有经济状况的劳动合同法律规范，其指导思想与原则在于以保护劳动者的合法权益为基点，完善劳动合同制度，兼顾劳资双方的共同利益，实现劳动关系的形式与实质平等，同时增强立法的可操作性与执行力度，以期构建与发展和谐稳定的劳动关系。

三、内容速览

总体来看，此次新颁布的《劳动合同法》在适用范围、用人单位劳动规章制度制定程序、劳动合同的订立、劳动合同的内容、劳动合同的履行、变更与解除、用人单位的经济补偿、劳务派遣与非全日制用工等问题上对既有《劳动法》进行了修改、补充或者细化。以下将《劳动合同法》与《劳动法》的主要不同规定及应掌握的要点进行简要分析，其后再以表格的形式列明。

1. 适用范围。《劳动合同法》将应与劳动者建立劳动关系的用人单位扩展至民办非企业单位，这样除公务员和参照公务员法管理的人员以及事业单位中实行聘用制的工作人员外，国家机关、事业单位、社会团体与其他劳动者均应当建立劳动关系，而与劳动关系订立、履行、变更、解除或者终止相关的法律问题都要受到《劳动合同法》的调整。
2. 与劳动合同订立有关的法律问题。①《劳动合同法》要求用人单位必须订立书面形式的劳动合同，并且对订立的时间进行限制，自用工之日起超过一个月未订立书面劳动合同则应向劳动者支付双薪，超过一年则视为订立无固定期限劳动合同；用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同而未订立的，亦以支付双薪作为惩罚。此规定意在对付用人单位故意拖延不与劳动者订立劳动合同的行为进行约束。②对《劳动法》中已经规定的无固定期限合同的订立条件与程序进行了细化。此项规定意在推动建立稳固的劳资关系，避免现实中大量存在的短期用工现象，但是引起了诸多用人单位的误读，如沸沸扬扬的“华为事件”。此外，《劳动合同法》还增加了劳资双方在订立劳动合同时的诚实告知义务，以及禁止用人单位扣押劳动者证件、要求劳动者提供担保及收取财物。
3. 劳动合同的内容方面。①在劳动合同的必备条款中增加了“社会保险”条款，促使用人单位为劳动者缴纳社会保险费用；②对约定试用期的周期、次数与工资等进行了明确规定，意在防止用人单位以试用期作为“白用期”，侵害劳动者的合法权益；③对现实生活中经常出现的用人单位与劳动者之间就培训费用承担与服务期而引起的纠纷作出了明确规范；对用人单位与劳动者之间关于保密与竞业禁止的约定，进行了法律调整，用人单位应提供相应的经济补偿。这两项规范为解决现实中大量存在的此类纠纷提供了法律指引，并将用人单位可以要求劳动者支付违约金的情形严格限制在此两类范畴中。④增加了用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的行为无效的规定；⑤明确了在劳动合同无效后，用人单位应向已付出劳动的劳动者支付相应的劳动报酬。
4. 劳动合同的履行与变更方面。劳动者拒绝用人单位违章指挥、强令冒险作业的，不认为是违反劳动合同；用人单位作为劳动合同一方主体发生合并或分立、法定代表人或名称等的变更，不影响劳动合同的履行。

5. 在劳动合同的解除与终止方面。①对劳动者在试用期解除劳动合同进行了限制；②增加了劳动者可以提出解除劳动合同的理由；③作为用人单位得以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而拒不改正为理由主张解除劳动合同；得以支付一个月工资为代价换取不提前三十个工作日通知劳动者而解除劳动合同；④对用人单位解除劳动合同的权利进行了若干限制；⑤要求用人单位在解除合同的同时必须向劳动者提供离职证明和社保转移单；⑥对用人单位裁员的条件、程序及后续措施等进行了严格规定；⑦对劳动合同终止的情形进行了明确规定；⑧对经济补偿的标准作出了规定，并限定了支付的上限与年限。
6. 劳务派遣问题。为了解决劳务派遣这一新型用工形式所产生的法律问题，《劳动合同法》从劳务派遣单位的资质、劳务派遣合同期限、劳务派遣单位与用人单位的义务等多方面进行了规范。
7. 提出了“非全日制”工的概念。《劳动合同法》弥补了《劳动法》对此的立法空白，对合同形式、试用期、工资标准及结算周期等作出了明确规定。

立法的主要差异比较表

劳动合同法	劳动法
<p>第 2 条 中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、<u>民办非企业单位等组织</u>（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，<u>订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同</u>，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。</p>	<p>第 2 条 在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织（以下统称用人单位）和与之形成劳动关系的劳动者，适用本法。国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者，依照本法执行。</p>
<p>第 10 条 建立劳动关系，应当订立<u>书面</u>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<u>用工之日起一个月内</u>订立书面劳动合同。</p> <p>第 82 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<u>每月支付二倍的工资</u>。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<u>每月支付二倍的工资</u>。</p>	<p>第 16 条 建立劳动关系应当订立劳动合同。</p>
<p>第 14 条 用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动</p>	<p>第 20 条 劳动者在同一用人单位连续工</p>

<p>合同。有下列情形之一，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：（一）劳动者在该用人单位连续工作满十年的；（二）用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的；（三）连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第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。 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。</p>	<p>作满十年以上，当事人双方同意续延劳动合同的，如果劳动者提出订立无固定期限的劳动合同，应当订立无固定期限的劳动合同。</p>
<p>第 19 条 劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满三个月的，不得约定试用期。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。</p>	<p>第 21 条 劳动合同可以约定试用期。试用期最长不得超过六个月。</p>
<p>第 23 条 用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。</p> <p>第 24 条 竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年。</p>	<p>第 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。</p>

<p>第 41 条 有下列情形之一，<u>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</u>，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）<u>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</u>；（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<u>同等条件下</u>优先招用被裁减的人员。</p>	<p>第 27 条 用人单位濒临破产进行法定整顿期间或者生产经营状况发生严重困难，确需裁减人员的，应当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，经向劳动行政部门报告后，可以裁减人员。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。</p>
<p>第五章第二节“劳务派遣”的规定 第 57 条：劳务派遣单位的设立 第 58 条：劳务派遣单位与劳动者的关系 第 59 条：劳务派遣单位与用工单位的关系 第 60 条：劳务派遣单位的义务 第 61 条：跨地区派遣的劳动标准与劳动条件 第 62 条：用工单位的义务 第 63 条：被派遣劳动者的劳动报酬 第 64 条：被派遣劳动者参加工会的权利 第 65 条：劳务派遣关系的解除 第 66 条：劳务派遣的岗位限制 第 67 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。</p>	<p>没有作出规定</p>
<p>第五章第三节“非全日制用工”的规定 第 68 条：非全日制用工的概念 第 69 条：劳动合同的订立 第 70 条：不得约定试用期的限制 第 71 条：非全日制用工的解除</p>	<p>没有作出规定</p>

四、重点问题

鉴于《劳动合同法》为2008年开始施行的法律，其直接脱胎于《劳动法》中关于劳动合同的相关规范，而纵观历年司法考试对于劳动法的考察，考点范围涉及劳动法的适用范围、劳动合同、劳动时间与休假、工资支付、社会保险、劳动争议的解决等内容，其中考点最为集中的则要数劳动合同解除的条件与劳动争议的解决方式了，因此要求考生对于最近施行的《劳动合同法》与《劳动争议调解仲裁法》的主要内容对照《劳动法》等加以理解。考虑到司法考试对于经济法的考察全部集中在试卷一中，分值在40-50分之间，而劳动法则在5-10分之间浮动，且多为法条的直接考察，故掌握法条的主要内容即可。现将历年所考察的劳动法知识点、所涉条文与真题罗列于下，以明确考察的重点，特别提示与《劳动合同法》存在若干差异而可能成为考点之处。

考点预测

重要知识点	具体条文	历年真题及说明
调整的劳动关系的范围	《劳动法》第2条 《劳动合同法》第2条	02-53; 03-14 注意《劳动合同法》扩大后的调整对象与调整范围。
劳动合同的条款	《劳动法》第19条 《劳动合同法》第17、19条	06-75（考察了保密义务条款） 注意《劳动合同法》中新增社会保险条款作为必备条款；对于保密与竞业禁止条款的规范；对于无固定期限劳动合同的新增规定；对于试用期的限制性规定。
对于未成年人的特殊保护	《劳动法》第15条	05-20
劳动者的单方解除权	《劳动法》第32条 《劳动合同法》第37、38条	02-14 注意《劳动合同法》中劳动者在试用期解除合同的提前三天通知义务；劳动者可以解除劳动合同的新增情形与可以立即解除的情形。
用人单位的单方解除权与禁止解除的情形	《劳动法》第25条 《劳动合同法》第40条	03-50; 05-19; 06-66; 07-97、99、100 注意《劳动合同法》对于用人单位得以支付一个月工资的代价换取不提前三十个工作日通知劳动者而解除劳动合同的规定；经济性裁员的实体与程序要件。

劳动者违法解除劳动合同的赔偿责任	《劳动法》第 31、102 条	02-48
用人单位解除劳动合同的经济补偿	《劳动法》第 28 条 《劳动部关于执行劳动法若干问题的意见》第 39、42、43 条 《劳动合同法》第 46、47 条	07-98 注意《劳动合同法》对于经济补偿适用情形的扩大及具体补偿标准的规定。
劳动合同与集体合同的关系	《劳动法》第 16、33、34、35 条 《劳动合同法》第 51-56 条	05-67；06-28 注意《劳动合同法》增加了对行业性、区域性集体合同的规定。
劳动时间	《劳动法》第 36、38、39、42 条	05-66；07-26
工资支付与拖欠工资的处理	第 44、50、91、92 条	04-28；04-99、100
劳动争议的认定	《企业劳动争议处理条例》第 2、39 条	02-11
劳动争议的解决方式及效力	《劳动法》第 77、79、80、82、83 条；《企业劳动争议处理条例》第 6 条；《劳动争议调解仲裁法》	02-54；03-47
社会保险基金	《劳动法》第 70、72、73、74 条	06-74