

劳动法律应用指导手册系列

劳动合同法及实施条例 理解与应用

主编 程延园

选人·育人·用人·留人·裁人

法律风险与规避

本书从企业人力资源管理角度出发，对劳动合同法及其实施条例的关键条款及其适用进行了解读和分析，对企业执行劳动合同法过程中可能遇到的问题进行了剖析，对企业如何调整、修改人力资源管理制度给出了建议。



中国劳动社会保障出版社

中国劳动法律实务案例与法律问答

劳动合同法及实施条例 理解与应用

主编 张其成

高洪宾·张其成·陈其华·陈其华·陈其华

法律出版社·北京

本书是《劳动合同法》及《劳动合同法实施条例》的权威解读，由劳动法专家、学者、实务专家共同编写，内容翔实，观点权威，是法律工作者、企业法务、人力资源管理者、劳动者等必备的参考书。

中国劳动法律实务案例与法律问答

劳动合同法及实施条例 理解与应用

主 编 程延园

撰稿人 陈立闻 王光华 李春云

江 舵 王甫希 陈 可

程小虎 程延园

中国劳动社会保障出版社

图书在版编目(CIP)数据

劳动合同法及实施条例理解与应用/程延园主编. —北京: 中国劳动社会保障出版社, 2008

ISBN 978-7-5045-7446-6

I. 劳… II. 程… III. 劳动合同法-法律解释-中国 IV. D922.525

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 162702 号

中国劳动社会保障出版社出版发行

(北京市惠新东街 1 号 邮政编码: 100029)

出 版 人: 张梦欣

*

煤炭工业出版社印刷厂印刷装订 新华书店经销
880 毫米×1230 毫米 32 开本 9.25 印张 219 千字
2008 年 11 月第 1 版 2008 年 11 月第 1 次印刷

定价: 22.00 元

读者服务部电话: 010-64929211

发行部电话: 010-64927085

出版社网址: <http://www.class.com.cn>

版权专有 侵权必究

举报电话: 010-64954652

前 言

2008年1月1日正式实施的《中华人民共和国劳动合同法》（简称劳动合同法）从起草、颁布到实施，引起了社会各界的广泛关注，利益博弈、观点争鸣、法理思辨贯穿始终。劳动合同法施行以来，劳动争议数量大幅度上升，部分地区劳动争议呈现“井喷”态势。一些企业为了减少和规避劳动合同法带来的影响，采取了诸如“买断工龄”“重签合同”“强行将员工派遣到新用人单位”，甚至另行注册公司等办法，试图将劳动者以往的工龄归零，以规避无固定期限劳动合同。一些劳动者为方便“跳槽”而拒签劳动合同，甚至采用“过度维权”“非理性维权”的维权方式。企业、劳动者和社会有关方面对劳动合同法的一些规定存在模糊认识和理解上的分歧，使其在实施中遇到了一些矛盾和问题。2008年9月18日国务院公布实施的《中华人民共和国劳动合同法实施条例》（简称实施条例），对劳动合同法进行了梳理和补充，并对劳动合同法表述上存在的一些容易产生不解和歧义的条款作了具体解释和完善，实施条例的规定更趋理性、务实，法条表述更为直接，大大提高了劳动合同法的可操作性。

劳动合同法及其实施条例的颁布和实施，将对企业人力资源管理产生深远的影响和挑战，预示着用工成本科学预算和人力资源管理法制化时代的到来。劳动合同法对企业用工机制、人力资源的“选、育、用、留、裁”都进行了规范和调整，在企业用工机制方面，劳动合同法及其实施条例确立了劳务派遣和非全日制用工方式，在满足企业灵活用工需求的同时，也对派遣单位和用工单位在劳务

派遣中的责任分担进行了规制。在企业人力资源管理方面,劳动合同法及其实施条例严格禁止事实用工,强化了书面合同规定,明确了拒签书面合同的法律后果,规定事实劳动关系超过一年即视为无固定期限劳动合同,重申无固定期限劳动合同不是“铁饭碗”“终身制”;固定期限劳动合同到期终止,也要向劳动者支付经济补偿;连续订立两次固定期限劳动合同的,在该用人单位连续工作满十年的,要订立无固定期限劳动合同;强调“培训费用”须有支付凭证;明确经济补偿与赔偿金不可兼得;规定劳务派遣单位不得以非全日制用工形式招用被派遣劳动者,等等,这些规定贯穿于企业人力资源管理活动的整个过程,企业人力资源管理活动如何适应劳动关系法律的新调整?如何顺应劳动关系立法变化趋势,对企业人力资源制度进行修订和完善,是每一个人力资源管理者面临的新挑战。本书从企业人力资源管理角度出发,对劳动合同法及其实施条例的关键条款及其适用进行了解读和分析,对企业执行劳动合同法过程中可能遇到的问题进行了剖析,对企业如何调整、修改人力资源管理制度给出了建议。

近年来,笔者为国内几十家知名企业提供了劳动关系和人力资源整合制度设计、人员分流安置方案,为数百家国企、跨国公司提供劳动关系和人力资源管理内训。深感劳动关系问题已经成为人力资源管理的难点和焦点,劳动关系是否和谐稳定将直接影响到企业的社会形象、品牌价值,甚至企业的经营业绩。在劳动合同法及其实施条例的背景下,企业如何趋利避害,依法管理,变挑战为机遇,规范从招聘到培训、用人、留人和裁人等人力资源的各个环节和流程,利用劳动合同法的契机进一步做好人力资源管理工作,提升管理水平,避免劳资冲突,已经成为人力资源管理人员的关注重点。

程延园

2008年10月20日

目 录

第一章 总则	(1)
一、劳动合同法实施条例立法宗旨	(2)
二、劳动合同法及实施条例适用范围	(5)
三、律师事务所等合伙组织和基金会属于用人单位	(9)
四、分支机构能否直接与劳动者签订劳动合同	(11)
五、劳动行政部门如何推动劳动合同法贯彻实施	(13)
六、工会如何推动劳动合同法贯彻实施	(15)
七、人力资源管理面临的法律环境和挑战	(19)
第二章 企业用工制度的风险与规避	(23)
一、劳动合同法原则上适用事业单位聘用制工作人员	(25)
二、劳务派遣用工制度	(28)
三、非全日制用工制度	(64)
四、如何规避用工制度中的法律风险	(72)
第三章 选人：法律风险与规避	(75)
一、用人单位招聘时的知情权和告知义务	(76)
二、劳动关系建立始于用工之日，而非劳动合同签订 之时	(80)
三、建立劳动关系应签订书面劳动合同	(81)
四、劳动者拒签，如何处理	(84)
五、无固定期限劳动合同不是“铁饭碗”	(88)

六、如何签订无固定期限劳动合同	(90)
七、签订无固定期限劳动合同应当遵循哪些原则	(95)
八、公益性岗位不适用无固定期限劳动合同的有关 规定	(97)
九、如何约定劳动合同的条款	(99)
十、如何约定试用期	(106)
十一、试用期工资不得低于相同岗位最低档工资的 80%	(111)
十二、职工名册应该包括哪些内容	(112)
十三、无效劳动合同的确认和处理	(114)
十四、企业如何规避选人过程中的法律风险	(123)
第四章 育人：法律风险与规避	(128)
一、企业如何订立培训协议、约定服务期	(129)
二、如何认定“专项培训费用”	(134)
三、服务期与合同期不一致怎么办	(135)
四、如何约定违约金	(137)
五、如何约定竞业限制条款	(141)
六、企业如何规避核心员工流失风险	(147)
第五章 用人：法律风险与规避	(149)
一、劳动合同双方应全面履行合同约定义务	(150)
二、依法建立和完善企业规章制度	(151)
三、劳动合同履行地与公司注册地不一致时，劳动标准 如何确定	(156)
四、如何调岗变薪	(158)
五、单位变更名称、法定代表人或者投资人，不影响 劳动合同履行	(160)
六、单位合并或分立时，劳动者的劳动关系如何处理 ...	(161)

七、用人单位如何有效规避用人过程中的法律风险	(163)
第六章 留人：法律风险与规避	(166)
一、工资的法律含义和形式	(167)
二、拖欠工资，劳动者可申请支付令	(170)
三、如何理解和适用“同工同酬”	(174)
四、特殊情况下的工资支付	(178)
五、企业如何合理有效地执行社会保险制度	(185)
六、用人单位如何利用薪酬制度有效留住员工	(189)
第七章 裁人：法律风险与规避	(193)
一、协商一致解除无固定期限劳动合同	(195)
二、劳动者单方解除无固定期限劳动合同	(196)
三、用人单位单方解除无固定期限劳动合同	(205)
四、经济性裁员，对无固定期限劳动合同也适用	(219)
五、劳动者达到法定退休年龄，劳动合同终止	(221)
六、服务期内解除劳动合同，如何支付违约金	(223)
七、经济补偿新规定	(226)
八、劳动合同解除或终止，单位有义务出具证明	(231)
九、经济补偿与赔偿金不可兼得	(233)
第八章 正确处理集体合同关系	(235)
一、集体合同的法律含义	(236)
二、专项集体合同的签订	(249)
三、如何应对行业性、区域性集体合同的新挑战	(251)
四、订立集体合同的程序	(253)
五、集体合同应当依法履行	(255)
附 录 中华人民共和国劳动合同法	(258)
中华人民共和国劳动合同法实施条例	(279)

第一章 总 则

《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称劳动合同法）公布施行以来，企业劳动用工情况总体上比较平稳，劳动关系比较和谐，法律颁布前存在的劳动合同签订率低、劳动合同短期化、侵害劳动者合法权益等突出问题，正在逐步得到解决。企业依法用工意识逐步增强，职工参与企业管理的程度逐步提高，劳动用工秩序进一步规范。但是，在法律实施过程中也遇到了一些困难和问题。有些是对法律的理解和解释问题，有些是法律条款规定得比较原则或需要增强操作性问题，这些问题都影响着法律的贯彻实施。因此，社会各方面都要求制定配套法规，解决法律实施中的问题。

《中华人民共和国劳动合同法实施条例》（以下简称实施条例）是劳动合同法的重要配套行政法规，它的公布施行，对于进一步推进劳动合同法的贯彻实施具有十分重要的作用。它有利于消除疑虑与分歧，统一社会各界的思想认识，同时也增强了劳动合同法的可操作性。

实施条例对企业人力资源管理提出了新的要求，其中关于无固定期限劳动合同、劳务派遣、经济补偿等内容的规定与劳动合同法相比更加明确。本书将在分析劳动合同法实施条例的基础上，帮助企业找到合理应用法律、有效规避风险的方法。

一、劳动合同法实施条例立法宗旨

【案例】原中国新华航空有限责任公司飞行员郭岳炳 2008 年 1 月向新华航空有限责任公司快递书面辞职申请，要求解除劳动合同，但公司一直没有为其办理相关手续，于是他申请劳动仲裁。郭岳炳说，在工作期间，航空公司违反规定，长期、多次、超时为他安排飞行任务，侵犯他的疗养休假、年假等权益，并拖欠、克扣他的劳动报酬，存在不将其军龄计算为工龄、无故克扣飞行安全奖等行为。除要求解约，郭岳炳还要求航空公司移交其档案资料以及赔偿工资损失，补发飞行安全奖、工龄工资及经济补偿金等共计 105 万余元。

航空公司对此反驳称，公司从来没有给郭岳炳安排超时飞行任务，在疗养休假的问题上也没有违反规定，且郭岳炳不符合享受安全奖的条件。航空公司认为，他们为郭岳炳支付了巨额培训费用，他的辞职给公司造成了巨大经济损失。公司反诉要求郭岳炳赔偿违约金和赔偿费共计 700 余万元。

2008 年 4 月 18 日，北京市顺义区劳动仲裁委员会裁决新华航空公司与郭岳炳解除劳动合同；自双方解除劳动合同之日起 15 日内为其办理档案转移手续；驳回新华航空公司索赔 750 万赔偿费的反诉请求。

顺义区劳动仲裁委裁决后，双方都向法院提起诉讼，航空公司仍坚持 700 余万元索赔要求。8 月 26 日，北京顺义法院一审判决郭岳炳可“零赔付”解约，同时航空公司应支付工资差额及经济补偿金 7 800 余元。

8 月 29 日郭岳炳向法院递交上诉状，请求二审法院在“零赔付”解约的基础上，判决新华航空公司再赔偿他违约金等损失共计 130 万余元。

在诉讼请求中,郭岳炳请求二审法院判令航空公司一次性补发拖欠自己的飞行安全奖及经济补偿金共计 9.1 万元;重新计算自己的工龄,补发工龄工资,并加发经济补偿金,共计 6.7 万元;支付因超时飞行及未按规定安排疗养所应给付的违约金 10 万余元;赔偿因未兑现给自己解决北京户口的承诺而给自己造成的经济损失费和精神损失费共计 105 万余元,合计 130 万余元。其律师表示,他们有充分的法律依据去争取得到二审法院的支持。^①

这是 2008 年在劳动法律界引起广泛关注的首例飞行员辞职“零赔付”案件。劳动合同法的实施给中国企业的人力资源管理带来了巨大的变化,那么作为配套法规的实施条例又将给企业的人力资源管理带来哪些变化呢?实施条例开宗明义,第一条规定:为了贯彻实施《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称劳动合同法),制定本条例。本条明确了实施条例的立法原则。

(一) 一致性原则

实施条例作为劳动合同法的配套行政法规,必须维护劳动合同法的严肃性和权威性,与劳动合同法规定的制度相一致。法律是由国家制定或认可的社会规范,由国家强制力保证实施,是国家意志的一种体现,必须维护法律的严肃性和权威性。因此一致性是实施条例不可或缺的立法原则。

实施条例集中表述劳动合同法中的某些内容。例如实施条例归纳了劳动者可以解除劳动合同的 13 种情形和用人单位可以解除劳动合同的 14 种情形。这种集中表述的方式在保证与劳动合同法一致性的前提下,消除了人们对于无固定期限劳动合同是“铁饭碗”“终身制”的误解。

^① 根据《新华网》2008 年 8 月 27 日与《人民网》2008 年 9 月 1 日相关报道整理。

实施条例重申了劳动合同法中部分内容。例如实施条例为了防止用人单位规避劳务派遣中的责任，重申了劳务派遣中用工单位要履行提供相应的劳动条件和劳动保护等义务。此外实施条例还对劳动合同法的部分内容进行了补充和细化。

无论是集中表述、重申还是补充或细化劳动合同法，实施条例始终保持着一致性这一原则。

(二) 协调性原则

实施条例根据劳动合同法的规定，妥善处理好经济发展和社会就业的关系、企业发展和维护职工合法权益的关系、保护职工利益长远目标与现阶段目标的关系，准确体现了劳动合同法的立法宗旨，维护劳动者的根本利益，努力实现用人单位和劳动者双方权利、义务关系的协调。

严格的劳动立法在保护劳动者合法权益的同时，会对社会经济发展和劳动者就业产生一定的影响，劳动立法的目的是实现劳动者、用人单位以及国家的多赢。劳动关系是社会关系的重要组成部分，劳动关系的调整不能脱离现阶段的社会发展水平。劳动合同法实施以来，国内外的社会经济环境发生了较大的变化：国内持续通货膨胀，中小企业面临巨大的生存压力；国外美国的次贷危机愈演愈烈，全球大量国家卷入其中。实施条例根据中国现阶段所处的社会环境，征求多方意见，妥善处理了经济发展和社会就业、企业发展与职工权益之间的关系。

(三) 可操作性原则

实施条例重点是针对劳动合同法中一些社会上存在误解的条款和比较原则的规定作出具体的规定和必要的衔接，增强劳动合同法的可操作性。

劳动合同法实施之后，社会上对于劳动合同法存在众多理解，不同的理解严重影响了劳动合同法的可操作性，不利于企业人力资源管理活动的开展。例如对于劳动合同法中无固定期限劳动合同签订条件的错误理解，导致了大量企业盲目地去规避无固定期限劳动合同，浪费了企业大量的财力与精力。

同时劳动合同法作为一部法律，其规定往往比较原则，这需要实施条例作进一步的解释，同时作出一些补充性规定，使得劳动合同法更具有操作性。例如实施条例第八条对劳动合同法第七条中职工名册的含义进行了进一步的解释，职工名册应当包括劳动者姓名、性别、公民身份号码、户籍地址及现住址、联系方式、用工形式、用工起始时间、劳动合同期限等内容，这无疑会使企业日常人力资源管理工作的变得更加明确。

二、劳动合同法及实施条例适用范围

劳动合同法第二条规定：“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。”第九十六条规定：“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。”实施条例第三条规定：“依法成立的会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会，属于劳动合同法规定的用人单位。”以上这些规定明确了劳动合同法及实施条例的适用范围。

劳动合同法及实施条例的适用范围指的是劳动合同法及实施条

例的效力范围，即劳动合同法和实施条例对哪些人适用，在哪些地域适用。前者称为劳动合同法和实施条例对人的效力，后者称为劳动合同法和实施条例的空间或地域效力。劳动合同法和实施条例的空间效力即中华人民共和国境内的用人单位。

劳动合同法中的用人单位包括各类企业、个体经济组织和民办非企业单位，并将与劳动者订立劳动关系的国家机关、事业单位和社会团体纳入劳动合同法的调整中，同时劳动合同法也对事业单位实行聘用制的工作人员进行了规定。

实施条例在劳动合同法的基础上扩大了适用范围，即将依法成立的会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会作为用人单位。

根据劳动合同法 and 实施条例的相关规定，我们可以从四个角度理解劳动合同法的适用范围。

(一) 企业、个体经济组织和民办非企业单位与劳动者之间形成的劳动关系

劳动合同法特定主体中的用人单位包括中华人民共和国境内的企业、个体经济组织和民办非企业单位。企业是指从事产品生产、流通或服务性活动等实行独立核算的经济单位，包括法人企业和非法人企业、国有企业和非国有企业、内资企业和涉外企业、本国企业和外国企业。个体经济组织是指雇工在 7 人以下的个体工商户。一般而言，个体经济组织包括两种，一种为具有法人资格的私营企业，另一种为不具有法人资格但经工商管理部门登记注册的个体工商户。前一种经济组织已经涵盖在我国境内的企业中，理所当然地受劳动合同法调整，后一种经济组织即个体工商户。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社会组织。

劳动合同法特定主体中的劳动者是指具有劳动权利能力和劳动

行为能力，依照劳动法的规定能够参加劳动关系，给付劳动并获取劳动报酬的自然人，包括脑力劳动者，也包括体力劳动者；包括我国公民，也包括外国人和无国籍的人。作为劳动合同当事人的劳动者，必须具备法律规定的下列条件：

(1) 年龄条件。在我国，劳动者应该是年满 16 周岁的公民，不满 16 周岁不能就业，不能与用人单位订立劳动合同。某些特定行业（文艺、体育和特种工艺单位）需要招收未满 16 周岁的人员，要得到国家有关部门的批准。此外，对有可能危害未成年人健康、安全或道德的职业或工作，劳动法规定劳动者不应低于 18 周岁。劳动法禁止用人单位招用不满 18 周岁的劳动者从事过重、有毒、有害的劳动或危险作业。

(2) 劳动能力条件。由于劳动者从事劳动只能亲自进行，因此要求劳动者必须具有劳动能力。而且，对于一些特定的行业，劳动者的劳动能力还必须满足该行业的特殊要求，如患有传染病的人不能从事餐饮业等。劳动者的劳动能力还包括劳动者必须具备的行为自由，只有具备支配自己劳动能力所必要的行为自由，才有可能以自己的行为去实现劳动权利和履行劳动义务。如果劳动者的行为自由被限制或剥夺，也不能与用人单位订立劳动合同，建立劳动关系。

(二) 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

国家机关是指从事国家管理或者行使国家权力，以国家预算作为独立活动经费的中央和地方各级国家机关，包括中国共产党的机关、人大机关、行政机关、政协机关、审判机关、检察机关、民主党派机关、国家军事机关等。劳动合同法虽然不调整公务员工作关系，但是在国家机关中，除了公务员外，还有聘用的从事服务性的一部分劳动者（也称工勤人员），他们不属于公务员，用人单位在聘

1

用他们时，是通过订立劳动合同建立劳动关系的，因此，由劳动合同法对他们的劳动关系进行调整。

事业单位是指从事社会各项事业，拥有独立经费或财产的各种社会组织，如各级各类公立学校、科研机构、公立医院、新闻出版单位、博物馆等。事业单位的工作人员大多是实行聘任制，但也有一部分从事辅助性工作的劳动者，他们是与用人单位订立劳动合同来建立劳动关系的，这部分劳动者适用劳动合同法。

社会团体是由若干成员为了共同目的而自愿组成的各种社会组织，包括：党派团体，人民群众团体，文艺、体育团体，学术 research 团体，社会经济团体，专业协会以及各种经济技术咨询机构，宗教团体，爱好者团体，其他社会团体等。社会团体中除了依法参照公务员法管理的工作人员以外，其他劳动者与社会团体建立劳动关系，都适用劳动合同法。参照公务员法管理的工作人员主要是指依法参照公务员法管理的人民团体、群众团体，如工会、共青团、妇联中的工作人员，以及法律、法规授权的具有公共事务管理职能的事业单位中经有权机关批准的除工勤人员以外的工作人员。

（三）事业单位与实行聘用制的工作人员参照劳动合同法执行

随着事业单位人事制度改革的不深入，事业单位已经普遍实行聘用制，即在平等自愿、协商一致的基础上，通过聘用合同确定聘用单位和受聘人员的权利义务。这使得传统的人事关系、人事制度逐渐纳入了法律调整的范畴，在法律性质上，人事关系与劳动关系已经没有本质区别。劳动合同法将人事关系纳入劳动合同法中进行统一规范和调整，这对于建立我国市场经济体制下统一的劳动力市场，消除脑力劳动和体力劳动的法律身份区别以及保护事业单位劳动者的合法权益将起到积极的作用。但是，考虑到事业单位特别