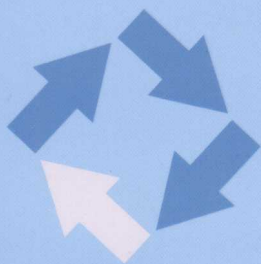


广东中元律师事务所法律丛书

张 翅 主编

刘焱白 黄东伟 吴让炜 著



劳动合同法重点 解读与操作实务

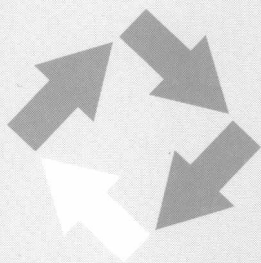
LAODONG HETONGFA
ZHONGDIAN JIEDU
YU
CAOZUO SHIWU

广东省出版集团 广东人民出版社

广东中元律师事务所法律丛书

张 翅 主编

刘焱白 黄东伟 吴让炜 著



劳动合同法重点 解读与操作实务

LAODONG HETONGFA
ZHONGDIAN JIEDU
YU
CAOZUO SHIWU

广东省出版集团
广东人民出版社

· 广州 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动合同法重点解读与操作实务/张翅主编, 刘焱白、
黄东伟、吴让炜著. —广州: 广东人民出版社, 2008. 8
ISBN 978-7-218-05896-2

I. 劳… II. 广… III. 劳动合同法—研究—中国
IV. D922.524

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 124497 号

责任编辑	陈 娟
装帧设计	陈 佳
责任技编	黎碧霞
出版发行	广东人民出版社
印 刷	广东金冠科技发展有限公司
开 本	850 毫米×1168 毫米 1/32
印 张	10
插 页	1
字 数	20 万字
版 次	2008 年 8 月第 1 版 2008 年 8 月第 1 次印刷
印 数	5000 册
书 号	ISBN 978-7-218-05896-2
定 价	23.00 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与出版社(020—83795749)联系调换。

序

《劳动合同法》颁布实施后，引发了社会各阶层的热烈讨论。企业界不少朋友认为《劳动合同法》增加了用工成本，可能会导致部分企业破产，对这部法律颇有微词；但大多数的劳动者认为，劳动者的权利得到了充分的保护，这部法律的颁布会令他们的生活更有保障。纵观我国通过的各部法律，得到赞扬和掌声最多的是《劳动合同法》，批评最多的可能也是《劳动合同法》。站在不同的立场对《劳动合同法》有不同的解读是在所难免的，但造成《劳动合同法》获得最多的掌声与最多的批评的主要原因还是对这部法律的认识不充分。企业界的担忧是必要的，但忽略了劳动者在权益上得到充分保障的前提下会对企业产生强大的归属感，进而会创造出惊人的企业利润和良好的企业文化。劳动者的欢呼是应该的，但充分的权益保障也会同时意味着充分的责任，如果忽略了自己的责任，权益是永远无法得到保障的。

作为法律人，有义务让公众充分的了解这部法律。广东中元律师事务所的同仁长期致力于构建和谐劳动关系的法律制度研究，努力创造以人为本的企业团队文化，坚持不懈地追求专业化的服务理念，该所逐渐发展成为享誉全国的知名品牌。凭借深厚的法律素养和对构建和谐劳动关系的执著，广东中元律师事务所的法律同仁积极地承担起了这份法律人的责任，编写了《劳动合

同法重点解读与操作实务》一书。在本书出版前，我有幸提前通读全书，收益颇多。该书在理论解析法律的同时，结合大量案例解读法条，使得法律真义神形俱现。我相信：《劳动合同法重点解读与操作实务》一书，对扩大和加深劳资各方对《劳动合同法》的了解、防患于未然、解决于已然、构建和谐劳动关系、实现劳资共赢，都是有很大帮助的。它应当成为提高企业管理水平的教科书，它可以使每一个员工都像董事长一样得到尊重，同时为每一个员工都愿意像董事长那样努力工作提供制度保障。

舒 扬

(广东省人大立法顾问、广东省高级人民法院法官学院特聘教授)

2008年7月于广州

第 1 章	劳动关系的界定	1
第 2 章	劳动合同关系的主体	16
第 3 章	劳动合同的订立	30
第 4 章	劳动合同的效力	44
第 5 章	劳动合同的履行	55
第 6 章	劳动合同的解除	68
第 7 章	劳动合同的终止	92
第 8 章	劳动合同期限	103
第 9 章	劳动报酬	112
第 10 章	工作时间与休息休假	124
第 11 章	劳动保护	142
第 12 章	社会保险和工伤	150
第 13 章	试用期	172
第 14 章	经济补偿金	179
第 15 章	服务期与违约金	192
第 16 章	竞业限制与违约金	203
第 17 章	用人单位的劳动规章制度	214
第 18 章	劳务派遣	224
第 19 章	非全日制用工	241
主要参考文献		251
附录一	中华人民共和国劳动合同法	252
附录二	中华人民共和国劳动法	273
附录三	广东省高级人民法院、广东省劳动争议仲裁委员会关于适用《劳动争议调解仲裁法》、 《劳动合同法》若干问题的指导意见	290
附录四	广东省劳动合同范本	299
后 记		309

第1章 劳动关系的界定

【重点解读】

劳动关系是指劳动力所有者（劳动者）与劳动力使用者（用人单位）之间，为实现劳动过程而发生的一方有偿提供劳动力由另一方用于同其生产资料相结合的社会关系。劳动合同法的调整对象就是劳动关系，^① 因此，劳动关系在劳动合同法中意义重大。

一、劳动关系与劳动法律关系^②

劳动者与用人单位是否存在劳动关系，是在日常的劳动争议司法实践中经常遇到的问题。实际上，本书所讲的劳动关系，其实就是指劳动法律关系，也就是一种法律上的权利义务关系。

劳动法律关系与劳动关系既有联系又有区别。劳动关系的双方当事人依照劳动法律规范的要求缔结劳动关系，所缔结的劳动关系便具备了法律的形式，劳动法律关系则以劳动关系为实际内

① 我国劳动合同法所调整的劳动关系一般指个别劳动关系，即个别劳动者与用人单位以劳动合同为基础所建立的劳动关系。

② 本书所述劳动关系一般是指劳动法律关系。

容。劳动关系是劳动法律关系产生的现实基础，而劳动法律关系是劳动关系在法律上的表现形式，二者相互联系，相辅相成。它们之间的区别主要在于：

1. 两者所属的范畴不同。劳动关系是一种社会物质关系，属于经济基础的范畴，因为一定的劳动关系最直接地联系着一定的生产关系，是生产关系的组成部分；而劳动法律关系则是一种法律关系，属于上层建筑的范畴，它依据国家制定的劳动法律而形成，体现了国家的意志。

2. 两者产生的前提不同。劳动关系是在劳动过程中发生的，有共同劳动存在就会有劳动关系的存在。劳动法律关系则是被劳动法律规范所调整的劳动关系，所以，它的形成必须以劳动法律规范的存在为前提。每一种具体的劳动关系之所以成为劳动法律关系，正是因为有规定和调整这种劳动关系的劳动法律规范存在。如果没有相应的劳动法律规范，就不可能形成劳动法律关系。

3. 两者的内容不同。劳动关系是以劳动为内容的，当国家没有制定相应的劳动法律规范时，这种关系因不具有法律上的权利义务关系，也就不具有国家强制力。这时，双方当事人的利益缺少有效的保护与保障。劳动法律关系是以法定的权利和义务为内容的，任何一个劳动法律关系的参加者，都是作为权利的享有者和义务的承担者出现的，同时受到国家法律保护。

因此，并不是所有的劳动关系都能转化成劳动法律关系，形成劳动法律关系必须有法律上的形式和条件。一般情况下，劳动者与用人单位签订了劳动合同，就形成了劳动法律关系。

二、劳动关系的界定标准

实践中，劳动关系的界定标准主要从劳动者的从属性来判

断，包括人格上的从属性、经济上的从属性以及组织上的从属性。简言之，人格上的从属性是指劳动者在用人单位的命令、指挥和监督下从事生产劳动；经济上的从属性是指劳动者为维持现实生活须依赖对用人单位提供劳动而获得工资；组织上的从属性是指劳动者的劳动须纳入用人单位的生产组织之内而成为用人单位生产系统的有机组成部分。

劳动部《关于确定劳动关系有关事项的通知》（劳社部发[2005] 12号）第1条对劳动关系的界定标准作出了明确规定：第一，用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；第二，用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；第三，劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。该通知第2条进一步规定了劳动关系的认定凭证，包括工资支付凭证或记录（职工工资发放花名册）、缴纳各项社会保险费的记录、用人单位向劳动者发放的“工作证”和“服务证”等能够证明身份的证件、劳动者填写的用人单位招工招聘“登记表”和“报名表”等招用记录、考勤记录、其他劳动者的证言等。

三、劳动关系与劳务关系的区分

所谓劳务关系，是指当事人依据劳务合同，一方提供劳务，另一方支付劳务报酬而形成的关系。劳务合同是一种典型的民事合同，主要包括承揽合同、建设承包合同、运输合同、保管合同、技术服务合同、委托合同和居间合同等。在司法实务中，劳动关系由劳动法来调整，而劳务关系则由民法来调整。因此，对劳动关系与劳务关系的区分具有重要意义。两者的区别主要是：

1. 建立的依据不同。劳动关系建立的依据是劳动合同，包括书面劳动合同和口头劳动合同。某种程度上可以说，劳动关系

就是劳动合同关系。劳务关系建立的依据是一些民事合同，依据那些民事合同，一方提供劳务，另一方支付劳务报酬。

2. 主体不同。劳动关系的主体恒定为：一方是劳动者，另一方是用人单位。劳务关系的主体则不是这样，类型较多，双方可以都是用人单位，也可以都是自然人。另外，劳动关系主体都须具备劳动主体资格，而劳务关系则没有主体的资格限制。

3. 隶属关系不同。在劳动关系中，劳动者与用人单位之间存在着隶属关系，劳动者是用人单位中的一员，劳动者必须亲自履行劳动合同，而不能由他人代劳。而在劳务关系中，不存在这种隶属关系，双方是平等的关系。例如，为顾客提供运输服务的出租车司机并不是该顾客的职工。而且，如果没有特别约定，劳务提供者只要能提交劳动成果就可以了，并不一定需要亲自履行，他人代劳也可以。

4. 管理不同。用人单位具有对劳动者违章违纪进行处理的管理权。例如，对严重违反用人单位劳动纪律和规章制度、严重失职、营私舞弊的职工，用人单位有权依据其依法制定的规章制度解除当事人的劳动合同，或者对当事人给予警告、记过、记过失单、降职等处分。劳务关系中的一方当事人对另一方当事人的处理不能包括对其解除劳动合同或给予纪律处分等形式。

5. 报酬支付不同。在劳动关系中，用人单位具有分配工资、奖金等权利，其支付方式为持续性支付和定期支付，且不得违反劳动法规定工资支付的强制性规定。例如，地方的最低工资标准。在劳务关系中，一方当事人向另一方支付的报酬完全由双方协商确定，并无最高或者最低的限制，其支付方式为依照约定一次性支付或分期支付。

6. 风险承担不同。在劳动关系中，风险由用人单位承担，其生产资料成为风险承担的物质基础。在劳务关系中，双方当事

人承担各自的风险或由双方约定风险的承担。

四、劳动关系与雇佣关系的区分

所谓雇佣关系，是指当事人双方约定一方为他方提供劳务，他方给付报酬而形成的社会关系。广义的雇佣关系包含劳动关系，此处仅指狭义的雇佣关系，即与劳动关系相区别的雇佣关系。从表面上看，劳动关系和雇佣关系均是一方提供劳动，另一方支付劳动报酬，并在此基础上形成一定的权利义务关系的，但二者有着本质的区别，外延亦不尽相同。从本质上看，劳动关系和雇佣关系属于不同性质的两类法律关系。前者体现的是劳动者与劳动用工方在劳动过程中的权利义务关系，适用劳动法律调整；后者体现的是平等主体之间的权利义务关系，适用民法调整。

依据《劳动法》、《工伤保险条例》及《最高人民法院人身损害赔偿条件适用法律若干问题的解释》，劳动关系和雇佣关系的区分标准主要在于：

1. 以用人单位是否需要办理营业执照或者履行登记、备案手续为判断标准。如果用人单位依法需要办理营业执照或者依法需要履行登记、备案手续，而用人单位未予办理或者履行，根据《工伤保险条例》第63条的规定，该用人单位与劳动者之间所发生的工伤争议仍应属劳动关系范畴；如果不属生产活动或服务性等经营活动，无须办理营业执照，则不属劳动关系而属雇佣关系。

2. 以用人单位和劳动者之间是否具有行政隶属关系为判断标准。劳动关系中用人单位与劳动者之间有行政隶属关系，有管理与被管理关系；在雇佣关系中，尽管劳动者在一定程度上也要接受用人单位的监督、管理和支配，但劳动者并未成为该单位的

成员，用人单位的各项规章制度对劳动者通常不具有约束力，其人身依附程度没有前者强烈，劳动者在实际工作中有时也具有相对独立的一面。

3. 以劳动者是否连续稳定地从事工作为标准。在劳动关系中，劳动者有长期、持续、稳定在用工单位工作的主观意图。而雇佣关系中，劳动者完成一定工作就会离开用工单位，不具备长期性、稳定性的特点。

4. 以用工单位对劳动力是否享有支配权为标准。劳动关系中，用工单位享有劳动力支配权，工人在为用人单位服务的同时，一般不能再为其他单位服务，而雇佣关系中，只要条件允许，劳动者一般可身兼数职。

【实务问答】

1. 如何认定双方的劳动合同关系？

答：是否存在劳动合同关系的认定标准主要包括：（1）用人单位和劳动者符合主体资格；（2）用人单位的规章制度适用于劳动者；（3）劳动者受用人单位的劳动管理、指挥、监督，从事用人单位安排的有报酬的劳动；（4）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分，而不是独立的业务或经营活动；（5）劳动者在用人单位提供的劳动具有长期性、固定性和连续性；（6）生产资料由用人单位提供。当然，认定时需对以上标准予以综合考虑。

2. 在劳动争议仲裁或诉讼中，当事人对是否存在劳动关系发生争议时，举证责任如何分配？

答：基本依循“谁主张谁举证”的原则：（1）主张劳动关系成立的一方应当提交相应的劳动合同和就工资领取、社会保险、福利待遇及工作管理提供相应证据材料；（2）劳动者已举证证明

在用人单位劳动时，但用人单位主张劳动关系不成立的，用人单位应当提交反证。因此，无论劳动者还是用人单位，都应当注意在平时有意收集和保管相关证据材料，以便仲裁委或法院支持自己的主张。

3. 劳动者与用人单位未签订劳动合同，认定双方存在劳动关系的证据主要有哪些？

答：认定劳动关系的标准主要看劳动者是否与用人单位存在管理与被管理的从属关系，以下凭证可以作为参考：（1）工资支付凭证或记录（职工工资发放花名册），缴纳各项社会保险费的记录；（2）用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件；（3）劳动者填写的用人单位招聘“登记表”、“报名表”等能够证明身份的证件；（4）考勤记录；（5）其他劳动者的证言。

【案例分析】

案例 1

案情简介 许某是一名在校大学生，由于课程不紧，2005年3月跟随其他同学一起到某快餐公司打工。快餐公司与许某等大学生签订了《兼职服务员劳务协议》。从此，许某等大学生全天候地在该快餐公司从事“兼职”劳动。但是，许某等大学生在快餐公司中的劳动却得不到劳动法的保护，在工资待遇、社会保障以及劳动条件等方面都达不到劳动法的相关要求。快餐公司的理由在于，这些“兼职”大学生不是劳动者，双方并不形成劳动关系，不在《劳动法》的调整范围内。2007年12月，许某为了维护其劳动权益而诉诸法律。

律师解析 如果许某等大学生在快餐公司的劳动属于勤工助

学性质，则其与快餐公司并不形成劳动关系。因为根据原劳动部1995年《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》的规定，在校学生利用业余时间勤工助学，不视为就业，不与用人单位建立劳动关系，可以不签订劳动合同。但根据2007年6月26日教育部和财政部联合下发《高等学校学生勤工助学管理办法》的规定，可知这些大学生的“兼职”劳动不属于勤工助学性质。该办法第4条明确规定了勤工助学的认定标准，即“本办法所称勤工助学活动，是指学生在校的组织下利用课余时间，通过劳动取得合法报酬，用于改善学习和生活条件的社会实践活动。”该办法第6条进一步规定：“勤工助学活动由学校统一组织和管理。任何单位或个人未经学校学生资助管理机构同意，不得聘用在校学生打工。学生私自在校外打工的行为，不在本办法规定之列。”

现实中，大学生外出打工，很多工作只能归于雇佣关系或劳务关系，如家教、个人翻译等。而雇佣关系发生在平等的主体之间，雇员有着独立的意志，独立完成工作，归属于民法调整范围。这些大学生在快餐公司的“兼职”劳动显然不符合雇佣关系的本质特征。而且，这种“兼职”劳动并非如承揽合同一样，也不是一方提供劳务而由另一方支付报酬的劳务关系。

劳动关系是特殊的雇佣关系，与雇佣关系、劳务关系区别的重要标准是：劳动者成为用人单位的成员，并且劳动者根据用人单位的指示完成工作。因此，劳动者对用人单位的从属性被认为是劳动关系区别于雇佣关系的根本点。在此，许某等大学生与快餐公司形成了从属性的劳动关系，快餐公司应当履行其劳动法上的义务。

案例2

案情简介 2005年1月，张某与某市气象局签订了向该市电视台送天气预报录像带的协议。协议中约定：甲方（张某）每

天15点到乙方(某市气象局)取录像带后,于16点前送达市电视台广告部。甲方不得延误送带的时间,不得随意终止送带,延误或终止送带造成的后果,由甲方承担。交通工具问题由甲方自行解决。乙方每月支付给甲方报酬400元。协议有效期自2005年1月1日至2007年12月31日。2006年2月,张某在送带途中被车撞伤,没有找到肇事者,遂要求某市气象局按照工伤处理,被拒绝。张某经与某市气象局交涉后,双方当事人未取得一致意见。张某向该市劳动争议仲裁委员会申请仲裁,要求市气象局承担用人单位的相应赔偿责任。

律师解析 本案关键点在于张某与某市气象局之间是劳动关系还是劳务关系。根据案情分析,张某与某市气象局之间只是形成了劳务关系,而没有形成劳动关系。因为张某与某市气象局签订的协议未约定某市气象局将张某招聘为员工,某市气象局也未给张某购买相应的社会保险;张某的工作时间是一个特殊的时间段,并未执行某市气象局的正常工作时间;张某完成任务的交通工具问题都由自己解决;除了提供一定劳务,张某并不受某市气象局的管理和指挥。这些特点决定了张某与某市气象局之间形成的只是劳务关系,而非劳动关系。

因此,该市劳动争议仲裁委员会应驳回张某的劳动仲裁申请。对于张某的人身损害赔偿问题,告知其按民事纠纷解决,向人民法院直接提起民事诉讼,向肇事者予以追偿。

案例3

案情简介 2007年3月,王某因装修房子,将装修工程委托给星艺装饰公司。星艺装饰公司接到委托后,派出自己的员工李某、周某等5人从事装修工作。在装修过程中,李某不慎将自己的腿砸伤,因失血过多而不幸死亡。星艺装饰公司的老板因害怕承担责任而逃逸,至今下落不明,星艺装饰公司也因此倒闭。

李某的家人在此情况下将王某诉至法院，认为李某是在给王某装修房子的过程中受伤死亡的，李某与王某存在雇佣关系，王某应对李某之死承担赔偿责任。

律师解析 房主是否应对装修工之死承担赔偿责任，这需要看房主是否雇佣了该装修工，他们之间是否存在雇佣关系或劳动关系。从本案反映的情况来看，李某仅受星艺装饰公司的雇佣，是星艺装饰公司的职工，其与星艺装饰公司之间存在劳动合同关系，李某所受之伤应为工伤，可以依《工伤保险条例》的相关规定处理。而星艺装饰公司作为承揽人，房主王某作为定作人，承揽人的职工李某与定作人王某并不存在雇佣关系，因此，王某不应应对李某之死承担赔偿责任。

案例 4

案情简介 彭某是欣欣家政服务中心的家政服务人员，受该家政服务中心安排，到张某家打扫房间，在完成张某安排的工作中，不慎从楼梯上滑倒，腿部骨折。张某将其送往医院治疗，并提出彭某是接受欣欣家政服务中心安排而在工作中受伤的，应由欣欣家政服务中心支付医疗费用，而欣欣家政服务中心则认为，彭某是为张某服务而受伤的，应由张某支付医疗费用。

律师解析 作为家政服务人员的彭某在工作时受伤，应当由谁赔偿。本案中，彭某与欣欣家政服务中心之间存在着雇佣合同关系，而该家政服务中心与客户张某之间存在服务合同关系，根据合同相对性原理，各合同主体只能根据其与对方签订的合同享有权利和承担义务。根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 11 条第 1 款规定，“雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的，赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任，也可以请求雇主承担赔偿责任，雇主承担赔偿责任后

可以向第三人追偿。”由于彭某的雇主是欣欣家政服务中心，而不是张某，张某也没有对彭某实施伤害行为，因此，彭某只能向欣欣家政服务中心索要医疗费，如果其拒绝赔付，则可以依法向人民法院提起人身损害赔偿诉讼。

案例 5

案情简介 小蒋是一名年轻教师，2006 年他来到由一位李老师开办的培训班从事家教工作。2006 年 11 月，小蒋受李老师雇佣，到其开办的家教培训班担任家教老师。小蒋提供家教服务，李老师支付劳务费用。2006 年 12 月，双方签订了正式的书面协议，约定：小蒋提供 10 个月的家教服务，李老师支付不低于 3 万元的劳务费。同时小蒋须将自己的毕业证书和教师资格证书交李老师作为抵押。小蒋在平时应集中精力备课，专心家教工作，重点科目为数学，其他科目为辅，服从统一安排，一切其他兼职家教收入须如数及时交于李老师，不提留学费等任何费用。合同期限为 2006 年 11 月至 2007 年 8 月。届时算清所有账目及办理完所有交结工作后，若小蒋不带走信息及师生和不从事与李老师有竞争的家教工作，一个月左右结清小蒋所有收入并归还抵押物。

之后，小蒋称自己干了 10 个月却没有得到合同中应得的报酬，便一纸诉状将李老师告上了法院。小蒋称，其按照协议要求，尽职尽责地完成了工作要求，但是李老师以各种理由拒不支付应得的劳务费，虽经多次催要，李老师态度仍十分恶劣，明确表示拒绝支付，也不返还他的毕业证和教师资格证。李老师答辩称：他曾是一名高中物理老师，因家教方面成绩突出，学生较多，就请了许多教师帮忙。这些教师分为专职和兼职两类：专职教师可以保证收入，但必须来坐班备课完成一定备课量；兼职教师不保证收入，按上课多少来决定。小蒋来到他那做专职教师，