

理解与适用丛书
劳动合同法实施条例

劳动合同法

重点解读及 实务应对技巧

肖太福 主编

利益平衡 ★ 企业发展 ★ 和谐双赢

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

理解与适用丛书
劳动合同法实施条例

劳动合同法

重点解读及 实务应对技巧

主 编：肖太福

副主编：陈 伟 傅 芳 罗 欣

撰稿人：（按姓氏汉语拼音顺序排列）

陈 伟 陈剑峰 傅 芳 李晓兵 李 铖

罗 欣

文 肖太福

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动合同法重点解读及实务应对技巧/肖太福主编.
北京:中国法制出版社, 2008. 10
ISBN 978 - 7 - 5093 - 0833 - 2

I. 劳… II. 肖… III. 劳动合同法 - 基本知识 - 中国
IV. D922. 52

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 159503 号

劳动合同法重点解读及实务应对技巧

LAODONG HETONGFA ZHONGDIAN JIEDU JI SHIWU YINGDUI JIQIAO

主编/肖太福

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

印张/11 字数/245 千

版次/2008 年 10 月第 1 版

2008 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0833 - 2

定价: 28.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66034242

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

前言

为了解决改革开放中出现的诸多劳动问题，构建和谐劳动关系，切实保障劳动者的合法权益，第十届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议于2007年6月29日通过了《中华人民共和国劳动合同法》，于2008年1月1日起施行。2008年9月18日，国务院公布了《中华人民共和国劳动合同法实施条例》，于公布之日起施行。《劳动合同法》和《劳动合同法实施条例》的出台，为构建稳定和谐的劳动关系奠定了坚实的基础，将对企业的劳动用工管理以及人力资源管理产生广泛、深远的影响，同时也给劳动用工管理和人力资源管理工作带来了新的挑战 and 新的思路，预示着劳动用工管理和人力资源管理法律化时代的到来。正确解读《劳动合同法》和《劳动合同法实施条例》，指导用人单位和劳动者保护好各自的合法利益，寻找到平衡用人单位和劳动者双方利益的杠杆支点，是一件十分必要而且非常重要的事情。这也是我们撰写《劳动合同法重点解读及实务应对技巧》的目的所在。

《劳动合同法重点解读及实务应对技巧》的主要内容分为三大部分，选择劳动者和用人单位都需要面对和正确理解的94个问题，有理论有实务，附加45个有关劳动争议的案例，着重阐释劳动合同法和劳动合同法实施条例涉及的重点、难点和热点，具有较强的现实性、针对性和可操作性，是一部指导用人单位加强人力资源管理和劳动者审慎应对职场困境的重要书籍，是冷静应对职场的制胜法宝，也可以作为劳动合同法及实施条例培训的教材。第一部分“劳动合同法及相关法律重点解读”，主要阐述劳动者和用人单位共同面对的劳动合同法中的重点问题，帮助劳动者和用

人单位正确理解和运用劳动合同方面的法律、政策及其原理，除《劳动合同法》和《劳动合同法实施条例》之外，也涵涉《劳动法》、《工会法》、《劳动争议调解仲裁法》和《企业职工带薪年休假实施办法》等法律、行政法规、部门规章。第二部分“用人单位人力资源管理技巧”主要从实务角度阐述了用人单位经常会遇到的问题，指导用人单位如何加强人力资源管理，学会允许职工合理流动的同时实现人才稳定战略，保护好用人单位的商业秘密和经济利益。第三部分“劳动者职场制胜法宝”主要从实务角度阐述了劳动者经常会遇到的问题，指导劳动者如何应聘、如何就业、如何辞职，学会应对职场的复杂局面和陷阱，识破用人单位的“花招”，保护自身合法权益。

本书的大部分作者都是北京市泰福律师事务所的执业律师。北京市泰福律师事务所是北京市丰台区指定的法律服务单位，周期性派律师到丰台区劳动仲裁委员会和丰台区法律援助中心，接待各单位来访人员，提供法律咨询，代为主持调解用人单位与劳动者之间的争议和纠纷，深深体会和认识到用人单位的困境和劳动者的艰辛。本书中提炼出的94个问题和45个案例大部分来自劳动仲裁和法律援助的实践，具有较强的现实性和针对性，对用人单位和劳动者都有指导价值，对学术研究和实务操作都有启发和借鉴意义。

希望本书能够对保护劳动者和用人单位的合法权益，构建和谐劳动关系有所帮助。如果读者遇到问题或者有什么意见，可以登陆 www.taifulaw.com 或 www.114law.net 与我们联系，我们都会给予热情的解释和解答。我们力争为您提供最好的服务，但因资料有限、时间紧迫，书中的疏漏和不足在所难免，欢迎批评指正，诚请不吝赐教。

肖太福

2008年秋于泰福律师楼

目 录

第一部分 劳动合同法及相关法律重点解读

1	001	如何理解劳动合同法的实施过渡?	22
7	002	如何理解劳动合同法的适用范围?	23
11	003	如何建立与完善用人单位的规章制度?	24
13	004	工会有哪些权利和责任?	25
17	005	如何理解事实劳动关系?	26
20	006	订立劳动合同过程中应注意哪些事项?	27
24	007	如何理解无固定期限的劳动合同?	28
28	008	劳动合同有哪些必备条款?	29
33	009	劳动合同有哪些可选择性条款?	30
36	010	劳动合同是否可以约定违约金?	31
38	011	如何理解劳动合同中的劳动报酬?	32
44	012	劳动合同试用期有哪些规定?	33
48	013	劳动合同无效有哪些情形?	34
50	014	如何理解变更劳动合同?	35
51	015	如何理解劳动合同的协商解除?	36
53	016	劳动合同的终止有哪些事由?	37

- 55 017 哪些情形下劳动合同不能解除、终止?
- 59 018 如何办理解除和终止劳动合同的手续?
- 61 019 劳动合同赔偿金有哪些规定?
- 64 020 如何签订集体合同?
- 66 021 集体合同争议如何处理?
- 70 022 如何理解劳务派遣用工?
- 74 023 如何订立劳务派遣协议?
- 75 024 非全日制用工有哪些特点?
- 77 025 劳动行政监察事项包括哪些内容?
- 81 026 劳动行政监察程序包括哪些阶段?
- 83 027 处理劳动争议有哪些途径?
- 84 028 劳动争议的调解组织有哪些?
- 87 029 哪些劳动争议属于劳动仲裁委员会受案范围?
- 88 030 如何理解劳动仲裁中的时效制度?
- 91 031 特定类型的劳动争议的时效期间起算日期从何时开始?
- 94 032 如何理解劳动仲裁诉讼中的证据制度?
- 98 033 如何确定劳动争议仲裁的管辖机构?
- 101 034 劳动争议仲裁的程序有哪些规定?
- 106 035 如何理解劳动争议仲裁的“一裁终局”制度?
- 110 036 如何理解劳动争议仲裁的“先行裁决”制度?
- 112 037 如何理解劳动争议仲裁的“先予执行”制度?
- 114 038 哪些劳动争议属于人民法院受案范围?
- 117 039 如何理解和运用劳动争议诉讼的基本程序?
- 123 040 如何执行劳动争议案件的裁决书和判决书?

第二部分 用人单位人力资源管理技巧

- 128 041 《劳动合同法》及《劳动合同法实施条例》有哪些对用人单位有较大影响的新规定?
- 133 042 用人单位如何成功招聘、引进人才?
- 137 043 用人单位如何设计劳动合同格式文本?
- 139 044 用人单位如何审慎签订劳动合同?
- 145 045 用人单位规章制度的合法要件有哪些?
- 147 046 用人单位如何制定有效实用的规章制度?
- 151 047 如何界定用人单位的商业秘密?
- 152 048 用人单位应如何保护商业秘密?
- 156 049 用人单位如何协调与工会的关系?
- 159 050 用人单位如何签订集体合同?
- 162 051 用人单位如何进行调岗调薪?
- 165 052 用人单位如何减少劳资纠纷?
- 170 053 用人单位如何留住人才、维护职工队伍的稳定?
- 175 054 用人单位如何限制劳动者随意辞职?
- 181 055 用人单位如何确定专项业务培训中的违约金和服务期?
- 183 056 用人单位如何确定竞业限制的违约金和经济补偿金?
- 184 057 用人单位在什么情况下应当签订无固定期限劳动合同?
- 188 058 用人单位如何规范无固定期限劳动合同?
- 189 059 用工单位签订劳务派遣协议应当注意哪些事项?
- 192 060 用人单位如何运用非全日制用工的新规定?
- 193 061 用人单位支付经济补偿金的情形有哪些?

- 193 062 用人单位单方解除劳动合同的法定事由有哪些?
- 199 063 用人单位违法解除劳动合同将面临哪些法律后果?
- 200 064 用人单位哪些情况下应承担赔偿责任?
- 209 065 用人单位在劳动监察过程中有哪些权利和义务?
- 211 066 用人单位如何应对劳动监察?
- 214 067 用人单位劳动争议的调解程序是什么?
- 216 068 用人单位如何执行劳动争议调解协议?
- 217 069 特殊劳动关系引发的劳动争议案件中,用人单位的主体资格如何确定?
- 220 070 用人单位如何应对劳动争议的仲裁与诉讼?

第三部分 劳动者职场制胜法宝

- 223 071 劳动者隐瞒自己的真实情况所订立的劳动合同是否有效?
- 226 072 劳动者是否可以以劳动合同内容不全为由单方面解除合同?
- 228 073 劳动者如何识别用人单位在订立劳动合同时的各种“花招”?
- 235 074 劳动者单方解除劳动合同的法定事由有哪些?
- 238 075 劳动者违法解除劳动合同将面临哪些法律后果?
- 242 076 劳动者侵犯商业秘密应承担哪些责任?
- 246 077 劳动者在劳务派遣中享有哪些权利?
- 249 078 劳动者如何度过试用期?
- 255 079 我国法律对未成年工有哪些特殊保护?
- 256 080 我国法律对女职工有哪些特殊保护?
- 259 081 劳动者如何理解“五险一金”的具体内容?

- 265 | 082 劳动者非本人原因从原用人单位安排到新用人单位工作的，如何计算工作年限？
- 268 | 083 劳动者如何应对竞业限制与保密义务？
- 271 | 084 劳动者如何理解脱密期与竞业限制的关系？
- 272 | 085 劳动者与用人单位约定了服务期后在哪些情况下应当支付违约金？
- 273 | 086 发生工伤后，劳动者如何主张自己的权利？
- 278 | 087 解除劳动合同后，劳动者可以要求用人单位履行哪些义务？
- 281 | 088 哪些情况下劳动者有权获得经济补偿金？
- 287 | 089 劳动者如何应对单位拖欠工资的行为？
- 290 | 090 在非全日制用工模式下，劳动者如何维护自己的权利？
- 293 | 091 劳动者如何理解劳动争议和解协议的效力？
- 296 | 092 劳动者如何理解与劳动争议相关的法定期间？
- 298 | 093 如何确认劳动者的诉讼主体资格？
- 298 | 094 劳动者如何收集劳动仲裁和诉讼的证据？

附 录：

- 303 | 中华人民共和国劳动法
(1994 年 7 月 5 日)
- 317 | 中华人民共和国劳动合同法
(2007 年 6 月 29 日)
- 333 | 中华人民共和国劳动合同法实施条例
(2008 年 9 月 18 日)
- 340 | 参考文献
- 342 | 后 记

第一部分 劳动合同法及相关法律重点解读

001 如何理解劳动合同法的实施过渡?

《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)自2008年1月1日起施行,对于实施之前已经发生的事件、行为包括但不限于已经订立的劳动合同、存在的事实劳动关系等是否具有约束力?对此,《劳动合同法》作了具体规定,以确保劳资关系的稳定和双方权利义务的明确,实现劳动法和劳动合同法的有效衔接。

《劳动合同法》第97条规定:“本法施行前已依法订立且在本法施行之日存续的劳动合同,继续履行;本法第十四条第二款第三项规定连续订立固定期限劳动合同的次数,自本法施行后续订固定期限劳动合同时开始计算。本法施行前已建立劳动关系,尚未订立书面劳动合同的,应当自本法施行之日起一个月内订立。本法施行之日存续的劳动合同在本法施行后解除或者终止,依照本法第四十六条规定应当支付经济补偿的,经济补偿年限自本法施行之日起计算;本法施行前按照当时有关规定,用人单位应当向劳动者支付经济补偿的,按照当时有关规定执行。”该条文是《劳动合同法》实施的过渡性规定,基本确立了不溯及既往的原则,具体包括以下几个方面内容:

一、已订立劳动合同的效力

《劳动合同法》和《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》）都是调整劳动者和用人单位之间的劳动关系的重要法律。在《劳动合同法》施行之前，用人单位与劳动者依据《劳动法》订立的劳动合同，只要订立过程遵循平等自愿、协商一致、合法的基本原则，不存在欺诈、胁迫或乘人之危情形，且内容不违反法律、行政法规的强制性规定，是合法有效的，继续履行。即使劳动合同内容与《劳动合同法》有关规定发生了冲突，也对用人单位和劳动者具有约束力。

例如，2008年1月1日之前签订的劳动合同，约定了员工的违约金条款，这种条款在《劳动合同法》施行后还有效吗？我们认为，《劳动合同法》对已订立的劳动合同效力作出了不溯及既往的规定。虽然《劳动合同法》第17条关于劳动合同的必备条款中，取消了违约责任条款，并且第25条进一步明确除了单位出资专项培训和负有竞业限制义务的员工外，不得约定劳动者承担违约金，但是《劳动法》中规定违约责任是劳动合同的必备条款，同时允许对于违反合同约定的员工设定违约金。因此，《劳动合同法》施行前在劳动合同中约定了违约金，劳动者在《劳动合同法》实施后违法解除劳动合同的，用人单位仍然可以要求其支付违约金。

二、连续订立固定期限劳动合同次数起算点

按照平等自愿、协商一致的原则，只要劳动者与用人单位达成一致，无论初次就业，还是由固定工转制的，都可以签订无固定期限劳动合同。但是在某些特殊情形下，用人单位应当同劳动者签订无固定期限劳动合同。《劳动合同法》第14条第2款第三项规定，用人单位与劳动者连续订立两次固定期限劳动合同，且劳动者没有劳动合同法第39条和第40条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的，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。《劳动合同法》第97条规定连续订立固定期限劳动合同的次数，自劳动合同法施行后续订固定期限劳动合同时开始计算，之前劳动合同已连续续订次数不计算在内。

三、事实劳动关系的规制

《劳动法》规定，建立劳动关系应当订立劳动合同，但现实中用人单位与劳动者建立了劳动关系，不按劳动法的规定订立劳动合同的情况时有发生。通说认为，事实劳动关系，就是用人单位与劳动者虽然没有订立书面劳动合同，但双方实际履行了劳动法所规定的劳动权利义务而形成的劳动关系。事实上的劳动关系与其他劳动关系相比仅仅是欠缺了书面合同这一要件，但并不影响劳动关系的建立。事实劳动关系同样受法律保护，用人单位故意拖延不与劳动者订立劳动合同要承担一定的法律责任。

《劳动法》第98条规定：“用人单位违反本法规定的条件解除劳动合同或者故意拖延拒不订立劳动合同的，由劳动行政部门责令改正；对劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。”《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》（劳动部发〔1995〕309号）第17条规定，用人单位与劳动者之间形成了事实劳动关系，用人单位故意拖延而不订立劳动合同，劳动行政部门应予以纠正。用人单位因此给劳动者造成损害的，应按劳动部《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》（劳动部发〔1995〕223号）的规定进行赔偿。

《劳动合同法》规定，用人单位自用工之日起超过1个月不满1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；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。与过去规定相比，劳动合同法对于因用人单位的原因导致的事实劳动关系存续，设定的相应法律责任更为严苛。

在《劳动合同法》施行之前，不少用人单位与劳动者的事实劳动关系已经存续了很多年，特别是事业单位招用的编外人员和“临时工”。但是这种状态毕竟是历史形成的，《劳动合同法》规定，本法施行前已建立劳动关系，尚未订立书面劳动合同的，应当自本法施行后1个月内订立。

四、经济补偿金的计算

《劳动合同法》实施前已存在的劳动关系，《劳动合同法》实施后发生解除、终止等情形，依照《劳动合同法》规定应当支付经济补偿的，用人单位与劳动者都应特别注意其计算方法。由于《劳动合同法》对经济补偿金适用情形的规定与过去相关规定相比，有较大的变化，为了处理好《劳动合同法》的过渡衔接，《劳动合同法》第97条以实施日作为分界点来分别计算经济补偿金。

《劳动合同法》第97条规定：“本法施行之日存续的劳动合同在本法施行后解除或者终止，依照本法第四十六条规定应当支付经济补偿的，经济补偿年限自本法施行之日起计算；本法施行前按照当时有关规定，用人单位应当向劳动者支付经济补偿的，按照当时有关规定执行。”

我们从以下几个方面来比较《劳动合同法》与过去劳动法律关于解除、终止合同用人单位支付经济补偿金的规定：

1. 用人单位行为违法导致劳动者提出解除劳动合同。

对于这种情形是否支付经济补偿金，《劳动法》和劳动部发〔1994〕481号《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》并未作出明确规定。但是法释〔2001〕14号《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第15条规定，用人单位有下列情形之一的，迫使劳动者提出解除劳动合同的，用人单位应当支付劳动者的劳动报酬和经济补偿，并可支付赔偿金：（一）以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的；（二）未按照

劳动合同约定支付劳动报酬或者提供劳动条件的；（三）克扣或者无故拖欠劳动者工资的；（四）拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的；（五）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的。此规定一定程度上弥补了劳动法适用经济补偿金情形有限的缺陷，但因效力位阶为司法解释，导致实践中出现大量仲裁裁决和诉讼判决结果不一的情况。

《劳动合同法》则明确：（一）用人单位未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；（二）用人单位未及时足额支付劳动报酬的；（三）用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的；（四）用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；（五）用人单位以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使劳动者在违背真实意思的情况下，订立或者变更劳动合同的；（六）用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动；（七）用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的；上述七种情形下，劳动者解除劳动合同的，用人单位应当支付经济补偿金。

适用劳动合同法新增的几类情形而解除劳动合同的，经济补偿的年限自劳动合同法施行之日起算，按照劳动合同法规定标准计算，劳动合同法实施之前年限不计算在内。

2. 用人单位向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同。

《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》（劳部发〔1994〕481号）第5条规定，经劳动合同当事人协商一致，由用人单位解除劳动合同的，用人单位应根据劳动者在本单位工作年限，每满一年发给相当于1个月工资的经济补偿金，最多不超过12个月。《劳动合同法》也规定用人单位向劳动者提出解除劳动合同协议并与劳动者协商一致解除劳动合同的，应当支付经济补偿金。

3. 用人单位提前通知解除与经济性裁员。

由于《劳动法》与劳动部发〔1994〕481号已经规定应当支付经济补偿金,因此劳动合同法实施前后的工作年限都应计算在内。

4. 劳动合同期满终止。

在《劳动合同法》实施之前,《国营企业实行劳动合同制暂行规定》对劳动合同制工人因合同期满终止劳动合同时生活补助费有规定,但《国营企业实行劳动合同制暂行规定》已于2001年10月13日废止,对于废止后的生活补助费问题没有统一的支付标准,而且就适用范围而言仅限于国营企业。

《劳动合同法》规定除用人单位维持或提高劳动合同约定条件续订劳动合同的,劳动者不同意续订的情况外,劳动合同期满终止的,应当支付经济补偿金。

5. 因用人单位主体消失导致合同终止。

在《劳动合同法》施行之前,用人单位被宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销、提前解散的,经济补偿金的支付国家并未具体规定,实践中要结合当地政府的政策来确定。《劳动合同法》则明确规定因用人单位被依法宣告破产,单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散,劳动合同终止的应支付经济补偿金。

综合以上比较分析,结合《劳动合同法》97条之规定,我们认为在经济补偿金的适用过渡衔接上应区分不同情形遵循如下规则:

1. 《劳动合同法》实施前后都规定用人单位应当支付经济补偿金的情形。

第一,据劳动合同法实施前后的法律规定,计算经济补偿金的标准相同的,用人单位应当按标准支付经济补偿金。如对非因工负伤,在规定的医疗期满后不能从事原工作,也不能从事用人单位重新安排的工作的劳动者,用人单位依法解除劳动合同,劳

劳动合同法实施前后，法律规定的支付经济补偿金的标准是完全相同的，用人单位应当按照同一标准累加计算。

第二，据劳动合同法实施前后的法律规定，计算经济补偿金的标准是不同的，对于劳动合同法实施之日起的经济补偿金应当按照劳动合同法规定计算，对于劳动合同法实施前的经济补偿金按照《劳动法》及其配套规定计算。

2. 劳动合同法实施前的法律规定不需要支付经济补偿金，而依据劳动合同法规定应当支付经济补偿金的情形。

如劳动合同到期终止，用人单位不续订劳动合同的，依据劳动合同法实施前的法律规定，用人单位可以不支付经济补偿金，但劳动合同法实施后用人单位应当支付经济补偿金，但计算经济补偿金的年限不包括劳动合同法实施前的工作年限。

002 如何理解劳动合同法的适用范围？

法律的适用范围，是指法律规范所约束的范围，法律在什么地方和什么时间，对什么人具有约束力。具体包括空间上的适用范围，时间上的适用范围，对人的适用范围。

《劳动合同法》空间上的适用范围，仅限于中华人民共和国境内，鉴于我国的特殊情况，港、澳、台地区不适用《劳动合同法》。时间上的适用范围，就是指法律适用的有效时间以及是否具有溯及既往的效力。《劳动合同法》97条，98条专门作出了规定，可参见“如何理解劳动合同法的适用过渡”部分内容。我们在此专门对《劳动合同法》对人的适用范围予以介绍。

《劳动法》第2条对劳动法的适用范围作了规定。根据劳动法第2条和1995年劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》规定，劳动法的适用范围具体为：（1）各类企业和与之形成劳动关系的劳动者；（2）个体经济组织和与之