

# 《劳动合同法实施条例》 焦点问题与案例分析

LAODONGHETONGFASHISHITIAOLI  
JIAODIANWENTIYUANLIFENXI

郑尚元 主编

 中国工人出版社

# 《劳动合同法实施条例》 焦点问题与案例分析

郑尚元 主编

中国工人出版社

**图书在版编目 (CIP) 数据**

《劳动合同法实施条例》焦点问题与案例分析/郑尚元

主编. —北京: 中国工人出版社, 2008. 12

ISBN 978 - 7 - 5008 - 4296 - 5

I. 劳... II. 郑... III. 劳动合同法—案例—分析—中国  
IV. D922. 525

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 191712 号

---

**出版发行: 中国工人出版社**

**地 址:** 北京鼓楼外大街 45 号

**邮 编:** 100011

**电 话:** (010)62350006(总编室) (010)82075935(编辑室)

**发行热线:** (010)62033018 82081553(传真)

**网 址:** <http://www.wp-china.com>

**经 销:** 新华书店

**印 刷:** 中国纺织出版社印刷厂

**版 次:** 2009 年 1 月第 1 版 2009 年 1 月第 1 次印刷

**开 本:** 850 毫米 × 1168 毫米 1/32

**字 数:** 130 千字

**印 张:** 5.5

**定 价:** 14.00 元

---

版权所有 侵权必究

印装错误可随时退换

## 前 言

《劳动合同法实施条例》是继《劳动合同法》之后又一部重要的劳动合同法律文件。自我国劳动用工市场化以来,除1994年的一部通则性的《劳动法》之外,有关劳动合同的基本法律迟迟没能出台。按道理来说,立法的迟缓意味着法理的成熟与理性,一部晚于实务多年的劳动合同基本法应当得到各方的欢呼与赞赏,然而,2007年6月29日通过的《劳动合同法》,无论在通过前的若干草案中,还是在通过后的学习、培训和讨论中,都是一部备受关注,也备有争论的法律。正是在此背景下,《劳动合同法实施条例》以贯彻实施《劳动合同法》为宗旨,经过征求多方意见,于2008年9月3日通过,9月18日公布实施。

《劳动合同法实施条例》是贯彻实施《劳动合同法》的一部重要性配套法律,成为劳动合同法实务的重要可操作性法律文件,对解纷止争具有重大意义。《劳动合同法实施条例》在多个方面使《劳动合同法》具有可操作性,例如梳理肯定了劳动合同法的有关制度,安抚了社会心理;解决了劳动合同法某些条文的歧义性理解;对劳动合同法的制度衔接和缺失进行了进一步的补充立法;对一些新确立的制度进行详细的、可操作的规定。纵观《劳动合同法实施条例》,它在贯彻实施《劳动合同法》的基

基础上触及了诸多社会普遍关注的焦点问题，对劳动合同纠纷产生了深刻的影响。

在《劳动合同法实施条例》公布实施之际，我们编写《〈劳动合同法实施条例〉焦点问题与案例分析》一书，在梳理关涉《劳动合同法实施条例》焦点的基础上，设问、寻根、求解，给大家以理性认识，并通过案例及其分析给大家以感性认识，以帮助用人单位和劳动者了解《劳动合同法实施条例》，希望在实务中有所助益。

时间仓促，难免有不足之处，恳请读者指正。

编者

## 目 录

- 焦点问题一：律师事务所、会计师事务所及基金会是否  
是劳动合同法上的用人单位？ ..... (1)
- 焦点问题二：用人单位的分支机构能否与劳动者订立  
劳动合同？ ..... (6)
- 焦点问题三：不订立书面劳动合同的法律后果是什么？ ... (10)
- 焦点问题四：工作年限如何计算，起算点怎么确定，  
连续性怎么确定？ ..... (15)
- 焦点问题五：订立无固定期限劳动合同中如何  
协商一致？ ..... (22)
- 焦点问题六：为什么公益性岗位职工的劳动合同  
在法律适用上有例外？ ..... (29)
- 焦点问题七：当事人能否在法定劳动合同终止情形之外  
约定终止条件？ ..... (35)
- 焦点问题八：最低工资标准等劳动基准究竟是依据劳动合同  
履行地还是用人单位注册地？ ..... (41)
- 焦点问题九：试用期工资保护以及条文歧义是  
怎么回事？ ..... (46)
- 焦点问题十：在劳动合同违约纠纷中培训费用  
怎么计算？ ..... (50)
- 焦点问题十一：劳动合同期满，服务期尚未到期，  
劳动合同是否应当续延？ ..... (55)
- 焦点问题十二：可以解除劳动合同的情形有哪些？ ..... (59)

|                                                        |       |
|--------------------------------------------------------|-------|
| 焦点问题十三：用人单位非过失辞退劳动者时，<br>其额外支付的一个月工资如何确定？ .....        | (64)  |
| 焦点问题十四：劳动者没有享受养老保险待遇而达到<br>退休年龄的，劳动合同是否终止？ .....       | (71)  |
| 焦点问题十五：以完成一定工作任务为期限的劳动合同因<br>任务完成而终止的是否需要支付经济补偿？ ..... | (75)  |
| 焦点问题十六：工伤职工的劳动合同被依法终止的，<br>经济补偿和工伤保险待遇之间是什么关系？ .....   | (79)  |
| 焦点问题十七：解除、终止劳动合同的证明应当包括<br>哪些内容？ .....                 | (84)  |
| 焦点问题十八：赔偿金与经济补偿是否同时适用？<br>赔偿金如何起算？ .....               | (90)  |
| 焦点问题十九：违反服务期约定是否一定支付<br>违约金？ .....                     | (96)  |
| 焦点问题二十：经济补偿中的月工资如何确定？ .....                            | (103) |
| 焦点问题二十一：不得自设劳务派遣单位包括<br>哪些情形？ .....                    | (109) |
| 焦点问题二十二：用工单位有哪些法律义务，违反法律规定<br>如何承担法律责任？ .....          | (114) |
| 焦点问题二十三：劳务派遣单位可以招用非全日制形式的<br>被派遣劳动者吗？ .....            | (121) |
| 焦点问题二十四：劳务派遣中，解除、终止劳动合同是否<br>涉及经济补偿问题？ .....           | (126) |
| 焦点问题二十五：职工名册包括哪些内容，用人单位违反建立<br>职工名册的规定要承担什么责任？ .....   | (134) |
| 附录：中华人民共和国劳动合同法 .....                                  | (141) |
| 中华人民共和国劳动合同法实施条例 .....                                 | (162) |

## 焦点问题一：律师事务所、会计师事务所及 基金会是否是劳动合同法上的用人单位？

### 一、焦点解析

#### （一）《劳动合同法实施条例》对该问题的规定

《劳动合同法实施条例》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。”

《劳动合同法》拓展了《劳动法》中用人单位的范畴，将民办非企业单位纳入到了劳动法律关系的主体中，在此基础上，《劳动合同法实施条例》进一步明确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具备用人单位的主体资格。

#### （二）聚焦的背景

我国关于律师事务所的属性一直存在疑问。从新中国成立以来，律师业演变仅仅经过二十多年的时间，从法律顾问处到律师事务所，从单一的“国办所”到“国资所”、“合作所”、“合伙所”，逐步从行政化的管理体制中解放出来，一步步市场化，但是律师事务所的多元化现实仍然是存在的。

从法理及国外的部分实践来看，律师事务所的性质和经营是比较特殊的，律师与律师事务所的关系也有不按照劳动法律制度设置的做法。在《劳动合同法》实施之前，律师事务所作为用人单位是没有法律依据的，因为《劳动法》只确认了企业和个

体经济组织作为用人单位的基础形式。而后在《劳动合同法》中虽然确定了民办非企业单位作为用人单位的基础形式，但律师事务所是否属于民办非企业单位还存在法律上的障碍。由于我国法官对法律术语解释力比较弱，因此对律师事务所作为用人单位仍需要法律的权威性确定。应当说，律师事务所是不是《劳动合同法》上的用人单位一直有争论。这次《劳动合同法实施条例》明确地规定了律师事务所是劳动合同法上的用人单位，其最大的意义是明确了薪酬律师与律师事务所之间纠纷的法律救济途径。

会计师事务所的发展经历与律师事务所相似。在会计师法律制度改革的很长过程中，会计师事务所的组织性质被回避了。直至《劳动合同法实施条例》作了权威性的规定，确定会计师事务所是劳动合同法上的用人单位。

合伙组织和基金会是《劳动合同法实施条例》使用的新词汇，在《劳动合同法》中并没有规定。作为一个开放的概念，合伙组织不仅包括了合伙制的会计师事务所、律师事务所，而且包括合伙企业，以及将来出现的合伙制的事业性组织。基金会是完全不同于律师事务所和会计师事务所等合伙组织的一种机构。它是指利用自然人、法人或者其他组织捐赠的财产，以从事公益事业为目的，并依法成立的非营利性法人。

### （三）相关法理

#### 1. 什么是用人单位？

用人单位是与劳动者相对应的劳动合同法律关系的另一方主体，它是指依法聘用和管理劳动者并给付其劳动报酬的单位。作为劳动法律关系主体的用人单位，也应具有相应的主体资格，其法律资格主要体现在三个方面：（1）财产条件。用人单位只有具有一定的归自己独立支配的生产资料，才能够使用劳动力。

焦点问题一：律师事务所、会计师事务所及基金会是否是  
劳动合同法上的用人单位？

---

(2) 技术条件。用人单位占有的生产资料只有与一定的技术因素结合，才可能构成符合法定要求的劳动条件。(3) 组织条件。劳动关系存续期间，具有隶属性，用人单位只有形成一定的组织机构，才能够使劳动力与生产资料协作运行。

2. 劳动合同的用人单位包括哪些主体？

根据《劳动合同法》第二条的规定，企业、个体经济组织和民办非企业单位与劳动者之间的劳动合同行为必须适用《劳动合同法》，国家机关、事业单位和社会团体与劳动者之间的劳动合同行为依照劳动合同法执行。因此劳动合同的用人单位可包括以下几类：(1) 中国境内的企业，包括法人企业和非法人企业；国有企业和非国有企业；内资企业和外资企业；本国企业和外国企业。(2) 个体经济组织一般指雇工在7人以下的个体工商户。(3) 民办非企业单位，如中介机构、律师事务所、会计师事务所等。(4) 国家机关，包括国家权力机关、行政机关、审判机关、法律监督机关和军事机关。(5) 事业单位，是指国家投资、以向公众提供服务性产品为主的机构。其中的事业组织包括实行企业化管理的事业组织，即国家不再核拨经费，实行独立核算、自负盈亏的事业组织。(6) 社会团体，是指我国公民行使结社权利自愿组织，为实现会员共同意愿，按照其章程开展活动的非营利性社会组织。包括各类使用学会、协会、研究会、促进会、联谊会、联合会、基金会、商会等称谓的社会组织。(7) 其他组织。其中国家机关、事业单位、社会团体只有与其招用的工勤人员建立劳动关系时，才被认定为劳动法上的用人单位。

同时《劳动合同法实施条例》第三条又明确规定了，依法成立的会计师事务所、律师事务所及合伙组织的基金会，属于劳动合同法规定的用人单位。

## 二、相关案例

### (一) 基本案情

王某是某律师事务所的工薪律师，自 2006 年 7 月起在该律师事务所工作，一直在该律师事务所从事非诉业务，签订了二年的服务协议。2008 年 7 月，服务协议期满，由于服务期两年的薪水升级机制，某律师事务所无意与王某续订服务协议，王某向某律师事务所要求支付经济补偿，该律师事务所不予理睬。王某遂向当地劳动争议仲裁委员会提起仲裁申请。

### (二) 仲裁裁决

仲裁委员会对是否受理该仲裁申请是有不同认识的。随着《劳动合同法实施条例》的颁布，仲裁委员会受理了王某的仲裁申请。经过审理，仲裁委员会支持了王某要求经济补偿的部分要求，即支持了 2008 年 1 月至 2008 年 7 月的经济补偿。

### (三) 案例分析

该案件的特殊之处在于律师事务所是否是劳动合同法上的用人单位。《劳动合同法实施条例》明确规定了这一问题，从而在王某的仲裁诉讼之路有法可依。以法律为职业者，不能在法律的框架下给自己的权益一个明确的预期，这是法律不完善的结果，《劳动合同法实施条例》明确把律师事务所纳入劳动合同法的调整对象的范围，这是值得肯定的。

## 三、应用提示

《劳动合同法》实施后，尤其是《劳动合同法实施条例》颁布后，律师事务所、会计师事务所等类似的单位，需要与招用的工薪律师、工薪会计师补签劳动合同，并为这些劳动者办理社会保险手续，律师事务所以前在司法行政部门办理的各类社会保

焦点问题一：律师事务所、会计师事务所及基金会是否是  
劳动合同法上的用人单位？

---

险，应逐步转移到社会保险经办机构，会计师事务所同样办理社会保险手续。基金会与其招用的工作人员同样需要补签劳动合同，并为他们办理社会保险手续。

值得关注的是，律师事务所招用的律师包括合伙律师、提成律师、合伙加提成律师、工薪加提成律师、完全工薪律师等等。完全工薪律师没有问题适用《劳动合同法》及《劳动合同法实施条例》，工薪加提成律师也应属于《劳动合同法》所规定的劳动者。至于合伙及提成律师，由于合伙人本身属于投资主体，身份应属于“雇主”性质的用人单位一方，虽然合伙人有时也按月领取工资，但是，这种情形实际上是合伙制律师事务所对于合伙人收益的一种分配方式。这些律师不应属于劳动者，也就是说，他们没必要“自说自话”与自己开办的律师事务所签订劳动合同。

## 焦点问题二：用人单位的分支机构能否与劳动者订立劳动合同？

### 一、焦点解析

#### （一）《劳动合同法实施条例》对该问题的规定

《劳动合同法实施条例》第四条规定：“劳动合同法规定的用人单位设立的分支机构，依法取得营业执照或者登记证书的，可以作为用人单位与劳动者订立劳动合同；未依法取得营业执照或者登记证书的，受用人单位委托可以与劳动者订立劳动合同。”

#### （二）聚焦的背景

订立了劳动合同，却因订立合同的主体不合格使劳动者权益难以保障。实务中，即使当时的法律还未明确用人单位的分支机构是否能够独立与劳动者订立劳动合同，但出于方便和经济的考虑，许多分支机构已经以当事人的名义与劳动者订立劳动合同，这埋下了巨大的法律隐患。一旦用人单位的分支机构与劳动者产生纠纷，如果实际与劳动者订立劳动合同的当事人偏偏不具有劳动关系的主体资格，便极有可能导致劳动关系的无效，这是非常不利于保障劳动者权益的。

《劳动合同法实施条例》明确了用人单位分支机构的劳动关系的主体资格，规定用人单位设立的分支机构，依法取得营业执照或者登记证书的，可以作为用人单位与劳动者订立劳动合同；未依法取得营业执照或者登记证书的，受用人单位委托可以与劳

劳动者订立劳动合同。《劳动合同法实施条例》用“作为”，显然表明劳动合同的双方分别是用人单位的分支机构和劳动者，因此，劳动合同所规定的权利义务是用人单位分支机构和劳动者之间的权利义务；而根据相关的法律和法理，用人单位的分支机构即便取得了营业执照或者登记证书，如果不具有独立的法人资格，依然不能独立承担民事责任。用人单位的分支机构与劳动者产生纠纷，当用人单位的分支机构不能实际赔偿时，劳动者应当有权要求用人单位承担赔偿责任。而“委托”之情形，劳动合同的双方当事人仍然是用人单位和劳动者，劳动合同规定的权利义务还是用人单位和劳动者之间的权利义务，只不过用人单位的分支机构是受委托与劳动者订立劳动合同。

### （三）相关法理

#### 1. 什么是用人单位的分支机构？

用人单位是与劳动者相对应的劳动合同法律关系的另一方主体，它是指依法聘用和管理劳动者并给付其劳动报酬的单位。用人单位的分支机构是指根据用人单位的意志设立的从事单位部分业务的机构，是用人单位的一个组成部分。分支机构不是独立的权利主体，它隶属于用人单位。用人单位的分支机构可以分为两种：一种是依法取得了营业执照或登记证明的分支机构，这种分支机构在核准或登记的范围内能以自己的名义对外开展活动；另一种是未依法取得营业执照或登记证明的分支机构，不能以自己的名义独立开展对外活动，需以原单位的名义或经原单位授权，对外开展活动。

#### 2. 与劳动者订立劳动合同的当事人有什么限制？

用人单位是我国《劳动法》和《劳动合同法》及其配套法律法规中的一个特定概念。能够与劳动者订立劳动合同，建立劳动关系的只能是享有用人权的用人单位。作为劳动法律关系主体

的用人单位，必须具有用人权利能力和行为能力，用人权利能力是指用人单位依法享有的用人的权利和承担用人义务的资格或能力；用人单位的行为能力是指用人单位能够以自己的行为依法行使用工权利和履行用工义务。

《劳动合同法》第二条明确规定了用人单位的范围，包括企业、个体经济组织、民办非企业单位、国家机关、事业单位、社会团体和其他组织。只有以上这些主体才可以成为劳动合同的当事人，受劳动合同法的调整。

## 二、相关案例

### （一）基本案情

某石油公司下属炼油厂，于2008年2月招用了张某等12名劳动者，双方订立了为期三年的劳动合同。该炼油厂拥有自己的财务账户，有相应的工商登记的营业执照。2008年5月3日，该石油公司以其炼油厂超额招用员工为名，发文指令该炼油厂与张某等12名劳动者订立的书面劳动合同无效，责令该炼油厂解除张某等人的劳动关系。张某等不服，于2008年8月15日诉至某劳动争议仲裁委员会，请求确认石油公司解除劳动关系的决定无效，要求该炼油厂继续履行劳动合同。炼油厂迫于石油公司压力，宣称自己不是独立民事主体，不能承担民事责任，之所以签订劳动合同，是由于对于法律掌握得不清楚，由于自身过错招用了张某等，可以酌情给予少量补偿，不愿继续履行劳动合同。

### （二）仲裁裁决

仲裁委员会依据《劳动合同法》和《劳动争议调解仲裁法》的规定，受理了张某等人的申请。仲裁委员会在审理该案的过程中，对于炼油厂能否作为用人单位招用劳动者认识不一致。《劳动合同法实施条例》颁布后，仲裁委员会在该问题上取得了一

致，依据上述规定，裁决炼油厂与张某等人所订立的劳动合同有效，石油公司解除劳动合同的理由不充分，于法无据，炼油厂与张某等人所订立的劳动合同应当继续履行。

### （三）案例分析

本案涉及一些法理问题，即没有法人资格的分支机构是否可以签订劳动合同，而《劳动合同法实施条例》的规定明确了这个问题的答案，即用人单位的分支机构根据营业的规范程度可以签订或者受托签订劳动合同，这样的做法是符合我国的实践的。

## 三、应用提示

类似石油公司与炼油厂之间的关系，实际上属于用人单位与其分支机构之间的关系，这种情形非常普遍。例如，某集团公司由若干生产性工厂组成，这些工厂没有取得法人资格，只有生产经营许可证和营业执照，且因该公司业务范围较广，涉及若干城市。为了便于用工，公司实际上默许其工厂在一定用工额度范围内，可以自由招用职工。商业银行的支行、分理处、办事处，甚至储蓄所，皆可依据《劳动合同法实施条例》的规定，与劳动者订立劳动合同。当然，今后劳动者与这些不具有独立民事主体资格的单位订立的劳动合同，只要符合规定的，就应该受到法律的保护。

## 焦点问题三：不订立书面劳动合同的法律后果是什么？

### 一、焦点解析

(一)《劳动合同法实施条例》对该问题有什么规定

《劳动合同法实施条例》第五条规定：“自用工之日起一个月内，经用人单位书面通知后，劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，无需向劳动者支付经济补偿，但是应当依法向劳动者支付其实际工作时间的劳动报酬。”

《劳动合同法实施条例》第六条规定：“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，应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并与劳动者补订书面劳动合同；劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，并依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿。前款规定的用人单位向劳动者每月支付两倍工资的起算时间为用工之日起满一个月的次日，截止时间为补订书面劳动合同的前一日。”

《劳动合同法实施条例》第七条规定：“用人单位自用工之日起满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，自用工之日起满一个月的次日至满一年的前一日应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并视为自用工之日起满一年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同，应当立即与劳动