

劳动法律应用指导系列

劳动合同法 实施指导

邢新民 杨喆 著

LAODONG HETONGFA
SHISHI ZHIDAO



中国劳动社会保障出版社

劳动法律应用指导系列

劳动合同法实施指导

邢新民 杨 喆 著

中国劳动社会保障出版社

图书在版编目(CIP)数据

劳动合同法实施指导/邢新民, 杨喆著. —北京: 中国劳动社会保障出版社, 2008
ISBN 978-7-5045-7283-7

I. 劳… II. ①邢…②杨… 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 148712 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

*

北京人卫印刷厂印刷装订 新华书店经销

787 毫米×960 毫米 16 开本 21.25 印张 331 千字

2008 年 10 月第 1 版 2008 年 10 月第 1 次印刷

定价: 45.00 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

《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）已于2007年6月29日，经第十届全国人民代表大会常务委员会第28次会议审议通过，自2008年1月1日起施行。《劳动合同法》是继《劳动法》颁布后，又一部专门规范劳动合同、调整劳动关系的法律。《劳动合同法》的颁布实施，对于完善劳动合同制度，规范企业用工，保护劳动关系双方主体的合法权益，加强劳动管理，构建和发展和谐稳定的劳动关系具有重要意义。2008年9月18日，国务院令第535号又正式发布了《中华人民共和国劳动合同法实施条例》（以下简称《条例》），《条例》对《劳动合同法》的内容作出了解释、细化和补充，将进一步促进《劳动合同法》的贯彻实施。

《劳动合同法》适应社会主义市场经济发展和劳动用工制度改革的需要，在劳动合同订立与劳动关系建立，劳动合同期限，劳动合同中试用期、服务期、违约金约定，劳动合同履行、变更、解除、终止、裁员，商业秘密和知识产权保护，劳务派遣用工，非全日制用工等诸多方面，都有新的变化和新的规定。这些新的变化和规定，既给企业劳动用工和人力资源管理带来了机遇，也带来了挑战；既对企业的生产经营产生积极的促进作用，也让企业面临更多的风险。对于《劳动合同法》的制定和实施，社会反响始终都很强烈，有人兴奋，有人困惑，也有人公开表示反对，而有头脑的企业家则是冷静地思考着，如何借《劳动合同法》的动力，转变和更新用工理念，提高劳动管理水平，促进企业发展。

学法才能懂法，懂法才能用好法。在企业，许多管理人员由于对法律学习不够，理解不深，往往在执行中陷入误区，《劳动合同法》及其实施条例中的名词和专业术语多达几百个，各有特定的含义，只有认真学习，弄懂其概念，才能深入理解和领会法律条文，准确把握精神实质。

《劳动合同法》中不但在实体内容上有诸多条件和标准，而且也对程序方面作出了规范，企业应严格区分、划清界限、全面理解和执行。

《劳动合同法》强化了企业执行法律的责任和义务，对违法者而言，所面临的风险是使劳动用工成本大大增加，劳动关系恶化，劳动纠纷频发，其结果将严重影响劳动者积极性，并影响企业的生产经营和发展。如何应对法律的变化，如何防范可能出现的风险，是企业贯彻实施《劳动合同法》及其实施条例的关键。

在企业，劳动关系双方最终要实现的目标和应达到的结果，是建立在公正基础上的主体双方利益的平衡。这种利益的平衡说到底是依靠法律和规范来协调保障的。企业与劳动者在生产劳动过程中，对利益的谋求是有矛盾的，《劳动合同法》可以公平合理地化解矛盾，企业贯彻实施《劳动合同法》及其实施条例，就是要依据法律规定，采取一定措施，包括以人为本、健全制度、制定策略、科学管理，从而正确处理企业与员工之间的关系。

为了帮助企业学习、理解和正确实施《劳动合同法》及其实施条例，本书分上、下篇编排，归纳综合了《劳动合同法》及其实施条例的内容。上篇——法律知识与风险防范，对《劳动合同法》的内容进行了解读，并提出了贯彻实施的具体策略；下篇——管理制度与实施方略，着重介绍了与《劳动合同法》相对应的人力资源管理制度及具体的管理方法。本书的出版，旨在对《劳动合同法》的宣传普及和贯彻实施起到积极的推动作用。

由于学习《劳动合同法》及其实施条例的时间短，水平有限，理解不一定准确，错误之处在所难免，欢迎广大读者批评指正。

编者

2008年9月

目 录

●上篇 法律知识风险防范

第1章 劳动合同订立	(3)
第一节 法律解读	(3)
劳动合同订立的主体	(3)
劳动合同订立的原则	(4)
劳动合同订立与劳动关系建立	(6)
劳动者不订立书面劳动合同的处理	(7)
劳动合同的形式	(7)
劳动合同订立前用人单位必须做的两项工作	(7)
劳动合同订立时的相关禁令	(9)
劳动合同的内容	(10)
劳动合同订立时试用期的约定及适用	(11)
劳动合同订立时违约金的约定	(15)
劳动合同订立时竞业限制条款的约定	(16)
劳动合同的期限	(18)
劳动合同的生效	(21)
劳动合同的无效	(21)
劳动合同签字的程序	(25)
劳动合同文本	(26)

职工名册	(26)
劳动合同的续订	(27)
第二节 劳动合同订立的风险与防范措施	(27)
劳动合同文本不规范或不交付劳动者的风险	(27)
不按规定签订书面劳动合同的风险	(29)
不依法订立无固定期限劳动合同的风险	(30)
试用期不符合规定的风险	(32)
扣押劳动者身份证件的风险	(33)
收取押金、财物的风险	(34)
扣押员工档案的风险	(35)
无效劳动合同的风险	(36)
招用未解除劳动关系的劳动者的风险	(37)
第三节 劳动合同订立的若干具体问题	(38)
1. 订立劳动合同时用人单位有权了解劳动者哪些基本情况?	(38)
2. 用人单位不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件, 其他证件指哪些?	(39)
3. 企业使用劳务派遣工是否应与劳动者签订劳动合同?	(39)
4. 订立劳动合同时, 劳动报酬如何约定?	(39)
5. 试用期与劳动合同期限是什么关系?	(39)
6. 订立无固定期限劳动合同是否就等于是终身劳动合同?	(40)
7. 用人单位可否替劳动者保管劳动合同文本?	(40)
8. 劳动者伪造文凭签订的劳动合同是否有效?	(40)
9. 劳动者伪造工作经验订立劳动合同如何处理?	(41)
10. 以统一管理为由收缴劳动者的证件合法吗?	(41)
11. 签订无固定期限的劳动合同是否必须经用人单位同意?	(41)
12. 企业是否可以同劳动者就某一项目签订劳动合同?	(42)
13. 续订劳动合同时, 调整工作岗位是否可以再约定试用期?	(42)

14. 试用期间可以享受医疗期吗?	(42)
15. 劳动合同中约定的条款是否只限于法律规定的事项?	(42)
16. 用人单位能否在劳动合同中约定限制劳动者解除劳动合同的条款? ...	(43)
17. 劳动合同文本上只有企业法定代表人签字而未盖公章是否生效?	(43)
18. 劳动合同中约定的劳动报酬不明确引起争议如何处理?	(43)
19. 录用通知书是否可以替代书面劳动合同?	(43)
20. 订立劳动合同时是否必须约定试用期?	(44)
21. 订立劳动合同时能否在合同中约定合同终止条件?	(44)
22. 订立劳动合同时是否可以与所有员工都约定竞业限制?	(44)
23. 劳动合同中约定竞业限制的内容有哪些?	(44)
24. 劳动合同成立的实质条件是什么?	(45)
25. 怎样确定劳动合同的生效时间?	(45)
26. 劳动合同某一条款无效会造成全部合同无效吗?	(45)
27. 为什么劳动合同被确认无效后还要支付劳动者工资?	(45)
28. 怎样识别劳动合同是否无效?	(46)
29. 怎样理解用人单位免除自己法定责任的劳动合同条款无效?	(46)
30. 劳动行政部门能否认定劳动合同无效?	(46)
31. 劳动合同被确认无效后怎样处理?	(46)
32. 实习生在企业工作是否需要签订劳动合同?	(47)
33. 用人单位未与劳动者签订书面劳动合同, 如何确定存在劳动关系? ...	(47)
34. 劳动合同中缺少某一必备条款是否为无效合同?	(47)
35. 企业被并购后, 是否需要与员工重新签订劳动合同?	(47)
36. 劳动者符合条件但不愿签订无固定期限劳动合同怎么办?	(48)
37. 聘用退休人员是否需要签订劳动合同?	(48)
38. 劳动者要求在劳动合同中约定保密津贴合法吗?	(48)
39. 劳动合同中能否约定工资已含加班费的条款?	(49)
40. 如何理解劳动合同续订?	(49)

41. 劳动合同是否都可以续订?	(49)
42. 劳动者符合哪些条件可以提出续订无固定期限劳动合同?	(49)
第2章 劳动合同的履行和变更	(51)
第一节 法律解读	(51)
劳动合同履行的定义及特征	(51)
劳动合同履行的原则及用人单位的法定义务	(51)
劳动合同履行中劳动标准的执行	(55)
劳动合同中止履行	(55)
劳动合同变更的含义和内容	(55)
劳动合同变更的条件和原则	(56)
劳动合同变更的程序和要求	(58)
劳动合同变更需要注意的事项	(59)
第二节 劳动合同履行的风险与防范措施	(61)
未及时足额支付劳动报酬的风险	(61)
低于最低工资标准支付劳动者工资的风险	(62)
安排员工加班不支付加班工资的风险	(63)
强迫劳动及劳动条件不安全的风险	(64)
第三节 劳动合同履行和变更的若干具体问题	(65)
1. 企业对有过错的员工可否调整工作岗位?	(65)
2. 劳动合同能否中止履行?	(65)
3. 劳动者工资变动是否要变更劳动合同?	(65)
4. 劳动者患病不能履行劳动合同怎么办?	(66)
5. 企业更换法定代表人是否要变更劳动合同?	(66)
6. 劳动者不服从指挥可否认为是不履行劳动合同?	(66)
7. 劳动者因事请假能否由其亲属顶替完成工作任务?	(66)
8. 由于客观因素导致企业不能履行劳动合同怎么办?	(67)

9. 劳动合同内容作简单变更, 是否可以口头协商?	(67)
10. 用人单位能否与掌握商业秘密的员工变更合同?	(67)
第3章 劳动合同解除和终止	(68)
第一节 法律解读	(68)
劳动合同解除的概念与分类	(68)
用人单位与劳动者协商解除劳动合同	(70)
用人单位单方解除劳动合同	(73)
用人单位解除不胜任工作员工劳动合同	(76)
用人单位解除因病不能从事原工作员工劳动合同	(78)
用人单位裁员解除员工劳动合同	(80)
用人单位解除劳动合同的限制	(82)
用人单位违法解除劳动合同	(84)
用人单位解除劳动合同应承担的义务	(84)
解除劳动合同违约金的支付	(88)
劳动合同终止的概念	(88)
劳动合同终止与劳动合同解除的区别	(88)
劳动合同终止的法定条件	(89)
劳动合同终止的限制条件	(91)
第二节 劳动合同终止、解除的风险与防范措施	(92)
违法终止、解除劳动合同的风险	(92)
解除、终止劳动合同不出具证明的风险	(96)
第三节 用人单位解除劳动合同的若干具体问题	(97)
1. 劳动合同解除分为哪几种情况?	(97)
2. 劳动者是否可以任意解除劳动合同?	(97)
3. 用人单位在试用期内解除劳动合同有哪些限制?	(98)
4. 劳动者有哪些过错行为, 用人单位可随时解除劳动合同?	(98)

5. 劳动者试用期满后才发现不符合录用条件, 能否解除劳动合同? (98)
6. 劳动者有哪些无过错行为, 用人单位可以预告解除劳动合同? (99)
7. 哪些劳动者虽符合无过错解除条件, 用人单位也不得解除劳动合同?
..... (99)
8. 是否只要劳动者因工负伤, 用人单位就不得解除劳动合同? (99)
9. 企业整体搬迁能否与劳动者解除劳动合同? (100)
10. 劳动者严重失职但未给用人单位造成重大损害, 能否解除劳动合同?
..... (100)
11. 劳动者与两个单位签订合同是否可以解除劳动合同? (100)
12. 劳动者有生活作风问题, 用人单位能否解除劳动合同? (100)
13. 职工在原单位生育二胎, 到新单位后发现, 新单位能否解除劳动
合同? (101)
14. 劳动者能否用电话或电子邮件通知单位解除劳动合同? (101)
15. 劳动者实施家庭暴力, 单位能否解除劳动合同? (102)
16. 劳动者在本单位连续工作满 15 年, 但距法定退休年龄超过 5 年的可否
解除劳动合同? (102)
17. 无固定期限劳动合同能否解除? (102)
18. 怎样理解劳动者在试用期内被证明不符合录用条件? (102)
19. 怎样理解劳动者严重违反用人单位规章制度? (103)
20. 怎样理解劳动者严重失职、营私舞弊, 给用人单位造成重大损害? ... (103)
21. 怎样理解劳动者医疗期满不能从事原工作, 用人单位可以解除劳动
合同? (103)
22. 用人单位单方解除劳动合同要履行什么手续? (103)
23. 劳动者未履行 30 天告知义务解除劳动合同是否应承担责任? (104)
24. 解除劳动合同通知书可否代替解除劳动关系证明? (104)
25. 企业裁员工会不同意怎么办? (104)
26. 劳动者患艾滋病能否解除劳动合同? (104)

27. 企业内部业务部门撤销后能否与劳动者解除劳动合同?	(105)
28. 非全日制工医疗期未满能否解除劳动合同?	(105)
29. 劳动者被公安机关羁押的, 劳动合同能否终止?	(105)
30. 劳动者疑似患职业病, 劳动合同期满能否终止?	(105)
31. 女职工在劳动合同期满时检查出怀孕, 用人单位能否终止劳动合同?	(106)
32. 劳动合同终止, 用人单位是否需要提前 30 日通知劳动者?	(106)
33. 劳动者失踪但法院没有宣告其失踪能否终止劳动合同?	(106)
第 4 章 劳动合同解除、终止的经济补偿	(107)
第一节 法律解读	(107)
解除、终止劳动合同支付经济补偿的法定条件	(107)
解除、终止劳动合同可以不支付经济补偿的法定条件	(108)
经济补偿金的计发办法	(109)
经济补偿金的计发标准	(109)
经济补偿金的支付时间	(110)
计发解除、终止劳动合同经济补偿的注意事项	(110)
以完成一定工作任务为期限劳动合同终止的经济补偿	(111)
第二节 劳动合同解除和终止的风险与防范措施	(111)
违法终止、解除劳动合同的风险	(111)
解除、终止劳动合同不出具证明的风险	(115)
解除、终止劳动合同后扣押劳动者档案或物品的风险	(116)
第三节 劳动合同解除、终止经济补偿的若干具体问题	(117)
1. 用人单位与劳动者协商解除劳动合同是否要支付经济补偿?	(117)
2. 用人单位单方解除劳动合同是否要向劳动者支付经济补偿?	(118)
3. 劳动者单方解除劳动合同, 用人单位是否支付经济补偿?	(118)
4. 劳动合同终止, 用人单位是否要向劳动者支付经济补偿?	(118)

15. 用人单位违法解除或终止劳动合同的, 如何支付经济补偿?	(118)
16. 劳动合同解除、终止的经济补偿标准如何计发?	(119)
17. 劳动合同中能否约定解除、终止劳动合同的经济补偿标准?	(119)
18. 经济补偿在什么时间按什么方式支付?	(119)
19. 解除劳动合同时计算经济补偿的月工资是指基本工资还是包括加班工资和奖金?	(120)
10. 用人单位与劳动者形成事实劳动关系, 劳动者提出解除合同是否支付经济补偿?	(120)

第5章 劳务派遣和非全日制用工 (121)

第一节 法律解读	(121)
劳务派遣的定义及特点	(121)
劳务派遣单位	(121)
劳务派遣用工中的三方关系	(122)
确定劳务派遣用工的岗位和人数	(122)
选择劳务派遣单位	(122)
签订劳务派遣协议	(123)
用工单位应当向劳动者承担的责任和义务	(124)
劳务派遣关系的解除	(124)
使用劳务派遣工应注意的问题	(125)
非全日制用工	(126)
第二节 劳务派遣用工的风险与防范措施	(127)
劳务派遣用工的风险	(127)
第三节 劳务派遣和非全日制用工的若干具体问题	(129)
1. 企业与劳务派遣单位签订劳务派遣协议应约定哪些内容?	(129)
2. 跨地区派遣的劳动者应执行哪个地区的劳动标准?	(130)
3. 用人单位怎样给劳务派遣工发放工资?	(130)

4. 非全日制工医疗期未满能否解除劳动合同?	(130)
5. 用工单位的规章制度能否适用于劳务派遣工?	(130)
6. 用工单位与劳务派遣工可否协商终止派遣关系?	(131)
7. 劳务派遣工能否参加用工单位的工会?	(131)
8. 非全日制工每天工作超过 4 小时, 用人单位是否支付加班费?	(131)
9. 企业使用劳务派遣工的具体工作岗位有何限定?	(131)
10. 用人单位能否将派遣劳动者退回派遣单位?	(131)

● 下篇 管理制度与实施方略

第 6 章 企业工会与民主管理	(135)
工会和企业工会的建立	(135)
企业工会在实施《劳动合同法》中的地位 and 作用	(137)
职工代表大会	(138)
协调劳动关系三方协商机制及其在企业的运用	(140)
企业劳动争议调解委员会	(142)
集体合同	(146)
第 7 章 企业劳动规章制度	(156)
企业劳动规章的概念与特点	(156)
企业劳动规章制度的地位和作用	(158)
企业劳动规章的内容	(158)
企业劳动规章制度制定的程序	(172)
企业劳动规章制度制定的要求	(175)
企业劳动规章制度的修订	(178)
企业劳动规章制度不合法的后果	(180)

第8章 劳动合同法实施方略	(182)
招用员工的行为规范	(182)
招用员工的途径	(182)
拟定招用人员简章	(182)
不得违反禁令	(183)
履行相关手续	(184)
招用16~18周岁的未成年人	(184)
招用外国人和港、澳、台人员	(185)
建立职工名册	(185)
就业登记与备案	(185)
员工录用条件的制定	(186)
员工录用条件的定义	(186)
员工录用条件的内容	(187)
制定员工录用条件的注意事项	(187)
考勤制度的建立和实施	(189)
选择合适的考勤方式	(189)
考勤制度必须有始有终	(190)
考勤记录要清楚完整	(190)
考勤结果要经过员工确认	(190)
考勤记录务必保存完整	(191)
切记与考勤相关的措施	(191)
员工工作岗位的调整	(191)
企业调整员工工作岗位的两个误区	(192)
企业调整员工工作岗位的两种形式	(192)
企业调整员工工作岗位的程序	(193)
企业对员工岗位调整不成的处理	(193)

企业调整员工工作岗位的策略	(194)
劳动合同的备案	(195)
劳动合同备案的含义	(195)
劳动合同备案的内容	(195)
劳动合同备案的时间和方式	(196)
劳动合同备案的要求和注意事项	(196)
不按规定备案的后果	(197)
服务期的约定	(197)
服务期的概念	(197)
约定服务期的条件	(197)
服务期与劳动合同期限的关系	(198)
服务期内的员工工资	(198)
员工违反服务期违约金的约定及限制	(198)
约定服务期应注意的事项	(199)
员工绩效考核	(200)
绩效、绩效考核和绩效管理	(200)
绩效考核目标定位	(201)
绩效考核的原则	(202)
绩效考核的方法	(204)
绩效考核周期	(205)
绩效考核关系	(205)
绩效考核标准的制定	(206)
绩效考核的实施	(208)
离职员工的工作交接和不良行为预防	(209)
离职员工的工作交接	(210)
离职员工不良行为预防	(211)

1401 工作场所性骚扰的防范与处理	(213)
1402 性骚扰的界定	(213)
1403 工作场所性骚扰的表现	(214)
1404 工作场所性骚扰的防范	(214)
1405 工作场所性骚扰的处理	(215)
1406 商业秘密保护	(216)
1407 商业秘密的定义及内容	(216)
1408 构成商业秘密的基本要件	(218)
1409 非商业秘密范围	(218)
1410 劳动关系中商业秘密泄露的主要途径	(219)
1411 劳动合同中保守商业秘密条款的约定	(219)
1412 员工侵犯商业秘密行为的判定	(222)
1413 善于总结保护商业秘密的实践经验	(223)
1414 知识产权保护	(224)
1415 知识产权的概念和特征	(225)
1416 企业知识产权的类别	(227)
1417 企业知识产权的内部保护途径	(227)
1418 知识产权被侵犯的补救措施	(229)
1419 商业秘密文件的管理	(230)
1420 商业秘密文件的定义与密级划分	(231)
1421 商业秘密文件的收发与保存	(231)
1422 商业秘密文件的查阅与复制	(232)
1423 商业秘密文件的传递与携带	(232)
1424 商业秘密文件的销毁	(232)
1425 商业秘密文件管理人员的选用和培养	(233)
1426 员工培训及风险防范	(233)
员工培训风险的表现方式	(233)