

Laodong Hetongfa
De Lijie Yu Shiwu Yunyong



《劳动合同法》的 理解与实务运用

史玲 吴永科 编著



中国人民公安大学出版社

《劳动合同法》的理解与 实务运用

史 玲 吴永科 编著

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

《劳动合同法》的理解与实务运用/史玲, 吴永科编著, —北京: 中国人民公安大学出版社, 2012. 12

ISBN 978 - 7 - 5653 - 1121 - 5

I. ①劳… II. ①史…②吴… III. ①劳动合同法—基本知识—中国 IV. ①D922. 52

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 282692 号

《劳动合同法》的理解与实务运用

史 玲 吴永科 编著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京泰锐印刷有限责任公司

版 次: 2012 年 12 月第 1 版

印 次: 2012 年 12 月第 1 次

印 张: 9.25

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 250 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 1121 - 5

定 价: 28.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

公安综合分社电话: 010 - 83901870

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

目 录

第一章 劳动合同法概述	(1)
第一节 劳动合同概述	(1)
第二节 劳动合同法概述	(10)
第三节 实务运用与案例评析	(18)
第二章 规章制度	(26)
第一节 规章制度的概念和作用	(26)
第二节 规章制度的生效要件	(28)
第三节 用人单位制定规章制度违反法律、法规的 后果	(31)
第四节 实务运用与案例评析	(32)
第三章 劳动合同的订立	(38)
第一节 劳动关系的建立	(38)
第二节 劳动合同订立的基本原则	(42)
第三节 订立劳动合同的形式和程序	(44)
第四节 劳动合同的内容	(48)
第五节 劳动合同的效力	(67)
第六节 实务运用与案例评析	(71)

第四章 劳动合同的履行与变更	(88)
第一节 劳动合同的履行	(88)
第二节 劳动合同的变更	(111)
第三节 实务运用与案例评析	(113)
第五章 劳动合同的解除与终止	(119)
第一节 劳动合同的解除	(119)
第二节 劳动合同的终止	(132)
第三节 劳动合同解除和终止的法律后果	(135)
第四节 实务运用与案例评析	(143)
第六章 集体合同	(157)
第一节 集体合同概述	(157)
第二节 集体合同争议的处理	(168)
第三节 实务运用与案例评析	(169)
第七章 劳务派遣	(173)
第一节 劳务派遣概述	(173)
第二节 劳务派遣的三方法律关系	(174)
第三节 实务运用与案例评析	(181)
第八章 非全日制用工	(186)
第一节 非全日制用工概述	(186)
第二节 非全日制用工的特殊规定	(189)
第三节 实务运用与案例评析	(191)
第九章 劳动争议的处理	(195)
第一节 劳动争议处理概述	(195)

第二节 劳动争议的处理机构	(199)
第三节 劳动争议的处理程序	(203)
第四节 实务运用与案例评析	(214)
参考文献	(219)
附 录	(223)
中华人民共和国劳动法	(223)
中华人民共和国劳动合同法	(239)
中华人民共和国劳动争议调解仲裁法	(258)
劳动人事争议仲裁办案规则	(268)
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	(278)
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 (二)	(283)
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 (三)	(287)

第一章 劳动合同法概述

第一节 劳动合同概述

一、劳动合同的概念和特征

自 1900 年比利时颁布劳动契约法以后，劳动合同就成为各国立法的一项重要内容。先是少数工业化国家在民法中承认了劳动合同的法律效力，接着许多资本主义国家相继颁布了劳动契约法，并在劳动法中规定了专门的劳动合同法或在劳动法典中列有劳动合同的专章，具体规定劳动合同的内容和形式，以及订立、变更和解除的条件与程序。劳动合同源于传统民法中的雇佣合同，“由雇佣契约到劳动契约，乃是一种社会化的进程”。^① 现在，世界上很多国家都已经有了劳动合同的立法，把劳动合同作为调整劳动者和用人单位关系的一种法律制度确定下来。关于劳动合同的概念，《布莱克法律辞典》对劳动合同的法律定义为：“劳动合同是雇主与雇员之间就劳动管理、工作条件、工资、津贴和奖惩做出的约定。”在我国学术界对劳动合同的定义已基本取得共识。我国有学者认为：“劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系，明确双方权利义务的协议。”^② 也有人称，“劳动合同为劳动契约，是劳动者与用人单

① 黄越钦著：《劳动法新论》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 133 页。

② 郭捷等著：《劳动法学》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 114 页。

位之间确立劳动关系，依法协商达成的双方权利和义务的协议”。^①我国《劳动法》第16条第1款将劳动合同定义为：“劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系、明确双方权利和义务的协议。”劳动合同的内容是确立双方的权利和义务，劳动者成为用人单位的员工，有义务完成用人单位交给的工作任务，有义务遵守劳动纪律和内部规章制度；劳动者有权利要求用人单位支付劳动报酬、提供劳动条件和劳动安全卫生保障。而用人单位则有义务按照劳动者提供的劳动数量和质量支付劳动报酬，提供劳动条件、劳动保护，保证劳动者享受本单位成员的各种权利和福利待遇。

劳动合同是合同的一种，它具有合同的一般特征，劳动合同也有其自身的基本特征：

1. 劳动合同主体的特定性

劳动合同双方当事人中一方是劳动者，即具有劳动权利能力和劳动行为能力的中国人、外国人和无国籍人。根据《劳动法》的规定，劳动者的法定最低就业年龄为16周岁。除法律另有规定以外（指文艺、体育和特种工艺单位可招用未满16周岁的未成年人），任何单位不得与未满16周岁的未成年人发生劳动法律关系。另一方是用人单位，即具有用人权利能力和用人行为能力，运用劳动力组织生产劳动，且向劳动者支付工资等劳动报酬的单位。在我国，用人单位可以是依法成立的企业、国家机关、事业组织、社会团体、个体经济组织以及民办非企业单位等。双方在实现劳动过程中具有支配与被支配、领导与服从的从属关系。

2. 劳动合同内容具有劳动权利和义务的统一性和对应性

劳动合同双方当事人的权利和义务是统一的，即双方当事人既是劳动权利主体，又是劳动义务主体，劳动者与用人单位均享有一定的权利并履行相应的义务，没有只享有劳动权利而不履行劳动义

^① 李景森、贾俊玲主编：《劳动法学》，北京大学出版社2002年版，第68页。

务的，也没有只履行劳动义务而不享有劳动权利的。劳动合同双方当事人权利和义务的对应性是指一方的劳动权利是另一方的劳动义务，反之亦然。如劳动者按规定完成工作任务，有获得劳动报酬的权利，相应的用人单位有义务按照劳动者提供的劳动数量和质量支付劳动报酬；劳动者有权享受法律、法规及劳动合同规定的劳动条件和社会保险，用人单位有义务提供劳动法律、法规及劳动合同规定的劳动保护条件和社会保险。但是劳动者的权利与用人单位的义务并非完全重合，一般来讲，劳动者的权利大于用人单位的义务，如社会保险方面。

3. 劳动合同具有平等性和隶属性

劳动合同关系的平等性体现在两个方面：一是在签订劳动合同时，劳动者和用人单位的地位是平等的，针对劳动合同的内容进行平等协商，最终签订劳动合同，缔结劳动关系。二是发生劳动争议时双方的法律地位是平等的。

劳动合同的隶属性体现在劳动关系缔结之后的劳动合同履行过程中，劳动者一方必须加入到用人单位一方中去，成为用人单位的一名职工，接受用人单位的管理，服从用人单位的指挥，听从调配，遵守用人单位的劳动纪律和规章制度。这就形成了所谓的隶属性，也就是不平等性。

4. 劳动合同内容具有较强的法定性

劳动合同双方当事人在缔结劳动合同时，虽然允许劳动者和用人单位协商订立劳动合同的内容，但协商的内容不得违反法律、行政法规，否则无效。如对劳动时间、劳动保护条件、最低工资、休假等都作出了强制性规定。不允许合同当事人排除其适用或任意变通，当事人必须遵照执行。

二、劳动合同的种类

以不同的标准可对劳动合同进行多种分类，其中具有法律意义的分类主要有：

(一) 固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同、以完成一定任务为期限的劳动合同

按照合同的期限不同,劳动合同可以分为固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同、以完成一定任务为期限的劳动合同。

1. 固定期限劳动合同

固定期限劳动合同,是指用人单位与劳动者约定合同起始和终止时间的劳动合同。具体是指劳动合同双方当事人就在劳动合同中明确规定了合同效力的起始和终止时间。合同期限届满,双方当事人的劳动法律关系即行终止。如果双方同意,还可以续订合同,延长期限。固定期限的劳动合同可以是较短时间的,如半年、1年、2年,也可以是较长时间的,如5年、10年,甚至更长时间。不管时间长短,劳动合同的起始和终止日期都是固定的。具体期限由当事人双方根据工作需要和实际情况确定。

固定期限的劳动合同适用范围广,应变能力强,既能保持劳动关系的相对稳定,又能促进劳动力的合理流动,使资源配置合理化、效益化,是实践中运用较多的一种劳动合同。对于那些常年性工作,要求保持连续性、稳定性的工作,技术性强的工作,适宜签订较为长期的固定期限劳动合同。对于一般性、季节性、临时性、用工灵活、职业危害较大的工作岗位,适宜签订较为短期的固定期限劳动合同。

2. 无固定期限劳动合同

无固定期限劳动合同,又称不固定期限劳动合同,是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。订立无固定期限的劳动合同,劳动者可以长期在一个单位或部门工作。这种劳动合同适用于工作保密性强、技术复杂、又需要保持人员稳定的岗位。这种劳动合同对于用人单位来说,有利于维护其经济利益,减少频繁更换关键岗位的关键人员而带来的损失。对于劳动者来说,拥有长期稳定的职业,有利于钻研业务技术。

由于缺乏对无固定期限劳动合同制度的正确认识,不少人认为

无固定期限劳动合同是“铁饭碗”、“终身制”，认为无固定期限劳动合同一经签订就不能解除。因此，很多劳动者把无固定期限劳动合同视为“护身符”，千方百计地要与用人单位签订无固定期限劳动合同。另一方面，用人单位则将无固定期限劳动合同看成了“终身包袱”，想方设法地逃避签订无固定期限劳动合同的法律义务。其实，这些观点都是错误的。实际上这里所说的无确定终止时间，是指劳动合同没有一个确切的终止时间，劳动合同的期限长短不能确定，但并不是没有终止时间。只要没有出现法律规定的条件或者双方约定的条件，双方当事人就要继续履行劳动合同规定的义务。一旦出现了法律规定的情形，无固定期限劳动合同也同样能够解除。在履行过程中，任何一方由于某种原因提出解除劳动合同，另一方只要表示同意，双方达成一致意见，就可以协商解除劳动合同。当法律规定的可以解除劳动合同的条件出现，或当事人在合同中约定的可以解除劳动合同的条件出现，无固定期限的劳动合同就可以依法定条件或约定条件解除。所以，无固定期限合同并不是没有终止时间的“铁饭碗”，只要符合法律规定的条件，劳动者与用人单位都可以依法解除劳动合同。

另外，无固定期限劳动合同是可以变更的，按照劳动法的规定，用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。除了劳动合同期限以外，双方当事人还可以就工作内容、劳动报酬、劳动条件和工作时间等方面进行协商、变更。在变更合同条款时，应当按照自愿、平等的原则进行协商，不能采取胁迫、欺诈、隐瞒事实等非法手段，同时还必须注意变更后的内容不违法，否则，这种变更是无效的。

根据《劳动合同法》第14条的规定，订立无固定期限劳动合同的情形有：（1）用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。订立劳动合同应当遵循平等自愿、协商一致的原则。只要用人单位与劳动者协商一致，没有采取胁迫、欺诈、隐瞒事实等非法手段，符合法律的有关规定，就可以订立无固定期限劳

劳动合同。(2) 在法律规定的情形出现时, 劳动者提出或者同意续订劳动合同的, 应当订立无固定期限劳动合同。具体情形有: ①劳动者已在该用人单位连续工作满 10 年的。签订无固定期限劳动合同的劳动者必须在同一单位连续工作 10 年以上, 是这个情形的最基本的内容。具体是指劳动者与同一用人单位签订的劳动合同的期限不间断达到 10 年。《劳动合同法》第 14 条第 2 款规定的连续工作满 10 年的起始时间, 应当自用人单位用工之日起计算, 包括《劳动合同法》施行前的工作年限。劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的, 劳动者在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位的工作年限。②用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时, 劳动者在该用人单位连续工作满 10 年且距法定退休年龄不足 10 年的。这一规定主要考虑那些给国家和企业作出过很多贡献的老职工的利益。在推行新的劳动合同制以前, 用人单位有些职工已经在本单位工作了很长时间, 推行新的制度以后, 很多老职工难以适应这种新型的劳动关系, 一旦让其进入市场确实存在竞争力弱、难以适应等问题, 年龄的局限又使其没有充足的条件来提高自己的技能, 所以这一规定可以说是对老职工的有力保障。③连续订立二次固定期限劳动合同且劳动者没有出现《劳动合同法》第 39 条规定的用人单位可以解除的情形续订劳动合同的, 用人单位应与其签订无固定期限劳动合同。(3) 视为订立无固定期限劳动合同的情形, 用人单位自用工之日起满 1 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。但需要注意的是, 虽然已经视为用人单位与劳动者签订了无固定期限劳动合同, 但并不代表用人单位已经与劳动者签订了劳动合同。实践中很多用人单位无视法律的规定, 仍然不与劳动者订立劳动合同。对于这种情况, 《劳动合同法》第 82 条第 2 款规定: “用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的, 自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。”

3. 以完成一定任务为期限的劳动合同

以完成一定任务为期限的劳动合同，是指用人单位与劳动者约定以某项工作的完成为合同期限的劳动合同。以完成一定任务为期限的劳动合同是以工作任务完成作为终止条件，工作任务完成的时间即为劳动合同的终止时间。对于一些工作任务而言是无法确定工作任务完成的具体时间的，而且往往这种劳动合同的期限都比较短。因此，对于以完成一定任务为期限的劳动合同，不得约定试用期。只要劳动者按照劳动合同的要求完成了工作任务，就说明劳动者能胜任这份工作。

实践中一般有下列情形之一的，用人单位与劳动者可以签订以完成一定任务为期限的劳动合同：（1）用人单位与劳动者协商一致，可以订立以完成一定任务为期限的劳动合同；（2）以完成单项工作任务为期限的劳动合同；（3）以项目承包方式完成承包任务的劳动合同；（4）因季节原因临时用工的劳动合同；（5）其他双方约定的以完成一定任务为期限的劳动合同。

（二）录用合同、聘用合同、借用合同

按照劳动合同产生的方式来划分，劳动合同可分为录用合同、聘用合同和借用合同。

1. 录用合同

录用合同，是指用人单位通过公开招收、择优录用的方式订立的劳动合同。录用合同是劳动合同的基本类型，一般适用于招收普通劳动者。录用劳动合同的特点是：用人单位按照预先规定的条件，面向社会，公开招收劳动者；应招者根据用人单位公布的条件，自愿报名；用人单位全面考核、择优录用劳动者；双方签订劳动合同。

2. 聘用合同

聘用合同，也叫聘任合同，它是指用人单位通过向特定的劳动者发聘书的方式，直接建立劳动关系的合同。这种合同一般适用于招聘有技术业务专长的特定劳动者，如聘请专家、技术顾问、法律

顾问等。

3. 借用合同

借用合同，也叫借调合同，它是借调单位、被借调单位与借调职工个人之间，为借调职工从事某种工作，明确相互责任、权利和义务的协议。借调合同一般适用于借调单位急需使用的工人或职工。当借调合同终止时，借调职工仍然回原单位工作。借调职工在借调期间，属于借调单位的劳动者，但与被借调单位（原单位）的劳动关系保留。

（三）全日制劳动合同和非全日制劳动合同

依据用工方式的不同，劳动合同可分为全日制劳动合同和非全日制劳动合同。

全日制劳动合同是劳动者与用人单位约定的以日作为工作时间单位确立劳动关系的协议。

非全日制劳动合同是劳动者与用人单位约定的以小时作为工作时间单位确立劳动关系的协议。《劳动合同法》第68条规定：非全日制用工，是指以小时计酬为主，劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过4小时，每周工作时间累计不超过24小时的用工形式。非全日制用工是随着市场经济的就业形式多样化而发展起来的用工形式。与全日制用工相比，非全日制用工更为便捷、灵活，既有利于用人单位灵活用工，也有利于创造更多的就业机会，促进劳动者就业。

（四）个人劳动合同和集体劳动合同

按照劳动者人数的不同，可以分为个人劳动合同和集体劳动合同。个人劳动合同，是由劳动者个人与用人单位签订的劳动合同。集体劳动合同，亦称团体协约、劳动协约、集体协议，是集体协商双方代表根据法律、法规的规定就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项在平等协商一致的基础上签订的书面协议。《劳动法》第33条规定：“企业职工一方与企业可以就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事

项, 签订集体合同……”《劳动合同法》第 51 条第 1 款规定: “企业职工一方与用人单位通过平等协商, 可以就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项订立集体合同。集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论通过。”

三、劳动合同与劳务合同的区别

劳务合同与劳动合同是社会生活中比较普遍的两类合同, 从正确适用法律的角度上说, 有必要明确二者的区别。

1. 主体不同

劳动合同的主体是确定的, 只能一方是法人或组织, 即用人单位, 另一方则必须是劳动者个人, 劳动合同的主体不能同时都是自然人, 也不能同时都是法人或组织; 劳务合同的主体可以双方都是单位, 也可以双方都是自然人, 还可以一方是单位, 另一方是自然人, 劳务合同对主体没有特殊要求。

2. 双方当事人关系不同

劳动合同的劳动者在劳动关系确立后成为用人单位的内部职员, 接受用人单位的管理, 遵守用人单位的规章制度, 双方之间具有领导与被领导、支配与被支配的隶属关系; 劳务合同的双方当事人之间只有财产关系, 劳务提供方无须成为劳务接受方的成员即可提供劳务, 双方之间的地位自始至终是平等的, 不具有支配与被支配的隶属关系。

3. 确定报酬的原则不同

在劳动合同中, 用人单位按照劳动的数量和质量及国家的有关规定给付劳动报酬, 体现按劳分配的原则; 而劳务合同中的劳务价格是按等价有偿的市场原则支付的, 完全由双方当事人协商确定。

4. 主体的待遇不同

劳动关系中的劳动者除获得工资报酬外, 还有保险、福利待遇等; 而劳务关系中的自然人, 一般只获得劳动报酬。

5. 适用法律和争议解决方式不同

劳动合同是确立劳动关系的依据,属于劳动法的范畴。当发生劳动合同纠纷后,应先到劳动争议仲裁委员会申请仲裁,不服裁决的在法定期限内才可以到人民法院起诉,劳动仲裁是前置程序。劳务合同是建立民事法律关系的依据,主要由民法、合同法调整。当发生劳务合同纠纷后可以协商,协商不成的可以选择向人民法院起诉。

6. 受国家干预程度不同

劳动合同受国家干预程度较强,为了保护劳动者,《劳动法》给用人单位强制性地规定了许多义务,如必须为劳动者交纳养老保险、医疗保险、失业保险、工伤保险、生育保险,用人单位支付劳动者工资不得低于政府规定的当地最低工资标准等,这些必须履行的法定义务,不得协商变更。劳务合同受国家干预程度低,以意思自治为基本原则,除违反国家法律、法规强制性规定外,在合同内容的约定上主要取决于双方当事人的意思自治,由双方当事人自由协商确定。

7. 法律责任不同

劳动合同不履行、非法履行所产生的责任不仅有民事上的责任,而且还有行政上的责任,如用人单位支付劳动者的工资低于当地的最低工资标准,劳动行政部门责令用人单位限期补足低于标准部分的工资,拒绝支付的,劳动行政部门同时还可以给用人单位警告等行政处分。劳务合同所产生的责任只有违约和侵权的民事责任,不存在行政责任。

第二节 劳动合同法概述

1994年7月4日《中华人民共和国劳动法》颁布,1995年1月1日施行。原劳动部相继制定了一系列有关劳动合同制度的配套规章和政策,但十几年的实践证明,劳动法及其相关的配套法规中有关劳动合同的一些条款已经不合时宜。实践中,用人单位不签订

劳动合同，劳动合同短期化、滥用试用期等问题日益严重。因此，制定一部全国统一的劳动合同法，成为现实中的迫切需要。《中华人民共和国劳动合同法》是在2007年6月29日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过并由中华人民共和国主席令发布的关于劳动合同的法律条文。《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。

一、《劳动合同法》的立法宗旨

法律的宗旨是法律的灵魂，是指导我们正确理解和把握法律精神实质的关键。每部法律都有其特定的立法目的。《劳动合同法》第1条明确规定：“为了完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系，制定本法。”《劳动合同法》规定的立法宗旨有三层意思：

一是完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利和义务。这是《劳动合同法》的最基本目的也是最直接的目的，这一目的是通过规范劳动合同的订立、履行、变更、解除和终止行为来实现的。明确劳动合同中双方当事人的权利和义务，促使稳定的劳动关系的建立，预防和减少劳动争议的发生。

二是保护劳动者的合法权益。在经济快速发展的同时，维护好劳动者的合法权益，是科学发展与社会和谐的迫切要求。但是在现实的劳动用工中，用人单位处于强势地位，由于劳动力供大于求的残酷现实，广大劳动者处于弱势地位，劳动者在劳动就业过程中随时面临侵害，在劳动维权过程中常陷入举步维艰的困境。如果对用人单位和劳动者进行同等保护，必然导致劳资双方关系不平衡，背离《劳动合同法》应有的价值取向。规定平等、自愿订立劳动合同的原则并不能改变劳动关系实际上不平等的状况，要使劳动合同制度真正在保持我国劳动关系的和谐稳定方面发挥更积极的作用，就要向劳动者倾斜，所以立法还是定位于向劳动者倾斜。当然，“保护劳动者的合法权益”的表述并不意味着法律就不保护用人单