

理解与适用丛书

劳动合同法实施条例

劳动合同法 及实施条例

企业实务

廖正江 / 著

—— 企业管理、用工风险必读 ——

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 及实施条例

企业实务

廖正江 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动合同法及实施条例企业实务/廖正江著. —北京:
中国法制出版社, 2009. 1

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0944 - 5

I. 劳… II. 廖… 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 200885 号

劳动合同法及实施条例企业实务

LAODONG HETONGFA JI SHISHI TIAOLI QIYE SHIWU

著者/廖正江

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2009 年 1 月第 1 版

印张/11.75 字数/255 千

2009 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0944 - 5

定价: 29.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfsz.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66026587

邮购部电话: 66033288

前言

劳动合同法的出台，对于企业长期以来形成的劳动用工管理的思维定势产生了前所未有的冲击。面对劳动法律制度的调整，很多企业显得举止无措，无所适从。劳动合同法对企业而言，在用工管理的流程和细节方面提出了新的要求，对于维持企业生机与活力的用人机制更是提出了巨大挑战。在劳动法律制度的规制下，企业引进人才要注意哪些风险？人才的长期培养和储备应选择什么样的策略？怎样进行岗位调整，实现人岗匹配？如何实施薪酬激励方案？怎样推行人才淘汰，保持合理的人才流动？因此，企业的关注点不应局限于现实的成本、风险，而应放眼于未来发展可能出现的危机。

劳动合同法颁布以后，作者撰写了《用人单位适用劳动合同制度疑难问题解读》一书（已出第二版），并受邀为国内一些大中型企业做劳动合同法培训，或者提供法律咨询服务，在此过程中积累了大量的实务资料。本书即是以这些资料为基础，研讨企业运用劳动合同法实务方面的专著。

本书各专题大致分两部分来写：一部分为劳动合同法及实施条例解析，另一部分为实务问题研讨。本书力图体现以下特色：

一是实。内容不仅是对法律条文的引述，更多的是联系实践中问题，提出解决思路。其问题解析及研讨方案，无一不与企业用工管理的重点、难点相关。

二是新。本书目的是解决企业面临的法律障碍，并提供富有

创建性的意见。书中的实务研讨意见来源于作者为大中型企业提供解决方案，每一条意见都浸透了作者的心血和智力。它力避对法律条文的刻板解读，忌片面强调企业的“义务和责任”。

三是全。书中涵盖了劳动合同法及劳动合同法实施条例的基本内容，结合就业促进法、劳动争议调解仲裁法、职工带薪年休假条例、就业服务与就业管理规定等新法实施，以及企业职工奖惩条例等法规被废止的情况，并参考大量的地方性劳动法规、劳动仲裁司法文件，论证了用工管理主要环节的思路、方法以及制度、流程等细节。四是详。书中提出的解决方案详细、明了，不少方案还附上示范文本，企业使用起来十分方便。劳动合同法实施的时间不长，不少问题有待理论和实践的不断探索和总结。由于作者的水平有限，本书的观点未必正确，疏漏之处也在所难免，欢迎读者批评、指正。作者电子邮箱：lawzj@sina.com。

廖正江

二〇〇八年十月

801	劳动合同的续订,一
011	劳动合同的续订,二
811	期限的劳动合同续订,一
811	期限的劳动合同续订,二
811	期限的劳动合同续订,三
811	期限的劳动合同续订,四
811	期限的劳动合同续订,五

目 录

第一章 总 论

第一节 劳动合同主体	1
一、用人单位	1
二、劳动者	11
第二节 规章制度	24
一、规章制度	24
二、企业处罚权	30
第三节 非全日制用工与劳务派遣	38
一、非全日制用工	38
二、劳务派遣	44

第二章 劳动合同的订立

第一节 就业歧视与人事担保	61
一、就业歧视	61
二、人事担保	71
第二节 劳动合同的订立	80
一、劳动关系与劳动合同	80
二、劳动合同的形式	93

第三章 劳动合同的内容

第一节 劳动合同的效力	103
-------------	-----

一、无效的劳动合同	103
二、告知义务	110
第二节 劳动合同的期限	118
一、固定期限劳动合同	118
二、无固定期限劳动合同	122
三、以完成一定工作任务为期限的劳动合同	137
四、服务期	139
五、试用期	149
第三节 劳动报酬	157
一、劳动报酬	157
二、劳动报酬的形式	163
三、同工同酬	181
四、加班工资	186
五、经济赔偿	192
第四节 工作时间和休息休假	194
一、工作时间	194
二、休息休假	199
第五节 工作内容及工作地点	212
一、工作内容和工作地点	212
二、工作内容和地点的调整	215
第六节 保密条款和竞业限制	220
一、保密条款	220
二、竞业限制	232
第四章 劳动合同的履行与变更	
第一节 劳动合同的履行、变更和转让	244
一、劳动合同的履行原则	244
二、劳动合同的变更	246

三、劳动合同的转让	256
第二节 劳动合同的中止履行	259
一、劳动合同的中止履行概述	259
二、劳动合同中止履行的情形	261
三、劳动合同中止履行的效力	265
第五章 劳动合同的终止与解除	
第一节 劳动合同的终止	269
一、劳动合同终止	269
二、劳动合同期满终止	271
三、劳动合同终止的法定条件	278
第二节 劳动合同的解除	283
一、劳动合同的解除	283
二、用人单位随时解除劳动合同	288
三、用人单位预告解除劳动合同	295
四、经济性裁员	303
五、用人单位单方解除劳动合同的法律限制	310
六、劳动者依法解除劳动合同	313
七、劳动合同的协商解除	324
八、违规解除劳动合同	326
九、劳动者的自由解约权	336
十、开除、除名与解除劳动合同	342
十一、绩效考评与劳动合同解除	349
第三节 经济补偿	356
一、经济补偿与经济赔偿	356
二、用人单位的经济补偿义务	357

第一章 总 论

第一节 劳动合同主体

一、用人单位

依据《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称劳动合同法）第二条第一款规定：“中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。”用人单位包括企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织。

（一）“组织”的界定

对于劳动合同法第二条中“组织”的范围，除了企业、个体经济组织、民办非企业单位外，还应包括哪些单位，法律没有明确的界定。劳动合同法第九十六条将劳动合同法的适用范围作了扩充：“事业单位与实行聘用制的工作人员订立、履行、变更、解除或者终止劳

劳动合同，法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定；未作规定的，依照本法有关规定执行。”但是，除劳动合同法第二条、第九十六条所规定的用工主体之外，社会上还存在着一些其他形式的组织，它们既不实行公务员制度或参照实行公务员制度，法律、法规又未对其与劳动者订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同作特别规定，如果不将它们纳入劳动合同法的调整范围，这些用人主体和劳动者之间的法律关系如何确定，其权利义务适用什么法律就会处于不确定状态。因此，从社会形势的长远发展来看，扩大劳动法和劳动合同法的适用范围是必然的趋势。

又依据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》（以下简称劳动合同法实施条例）虽未对劳动合同法第二条中“组织”作出界定，但该条例第三条再次扩充了劳动合同法的适用范围：“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。”

【实务分析】某省劳动和社会保障厅发布的《劳动合同示范文本》的“首部”要求填写的用人单位的基本信息：

用人单位名称：_____（以下称“甲方”）

住 所：_____

通讯地址：_____

邮政编码：□□□□□□

法定代表人或主要负责人：_____

请分析用人单位的住所在劳动法上的意义。

劳动合同法第十七条规定：“劳动合同应当具备以下条款：（一）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人……”。根据法律规定，法人以它的主要营业地或者主要办事机构所在地为住所。用人单位的住所在劳动法上主要有以下几个方面的意义：

一是劳动者工资待遇的确定。劳动者试用期工资、病假工资待遇与企业住所地的最低工资标准密切相关。

在工资标准的规定上。依据《中华人民共和国劳动法》（以下简称劳动法）第四十八条规定：“用人单位支付劳动者的工资不得低于当地最低工资标准。”劳动合同法第二十条规定：“劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。”第五十八条规定：“被派遣劳动者在无工作期间，劳务派遣单位应当按照所在地人民政府规定的最低工资标准，向其按月支付报酬。”

在病假工资的规定上。依据《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》（以下简称《劳动法意见》）第五十九条规定：“职工患病或非因工负伤治疗期间，在规定的医疗期间内由企业按有关规定支付其病假工资或疾病救济费，病假工资或疾病救济费可以低于当地最低工资标准支付，但不能低于最低工资标准的80%。”

二是工伤待遇的确定。劳动者工伤伤残津贴等待遇与企业住所地的最低工资标准密切相关。依据《工伤保险条例》第三十三条规定职工因工致残被鉴定为一级至四级伤残的，保留劳动关系，退出工作岗位，享受以下待遇：…（二）从工伤保险基金按月支付伤残津贴，标准为：一级伤残为本人工资的90%，二级伤残为本人工资的85%，三级伤残为本人工资的80%，四级伤残为本人工资的75%。伤残津贴实际金额低于当地最低工资标准的，由工伤保险基金补足差额。

三是经济补偿标准的确定。劳动合同法第四十七条第二款规定，劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过

十二年。

四是社会保险经办机构及缴费标准的确定。依据《社会保险费征缴暂行条例》第七条规定：“缴费单位必须向当地社会保险经办机构办理社会保险登记，参加社会保险。”原劳动部办公厅《职工基本养老保险个人账户管理暂行办法》第七条规定：“职工本人一般以上一年度本人月平均工资为个人缴费工资基数（有条件的地区也可以本人上月工资收入为个人缴费工资基数，下同）。月平均工资按国家统计局规定列入工资总额统计的项目计算，包括工资、奖金、津贴、补贴等收入。本人月平均工资低于当地职工平均工资60%的，按当地职工月平均工资的60%缴费；超过当地职工平均工资300%的，按当地职工月平均工资的300%缴费，超过部分不记入缴费工资基数，也不记入计发养老金的基数。”

五是劳动争议仲裁和诉讼管辖的确定。依据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十一条规定：“劳动争议由劳动合同履行地或者用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会管辖。”《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》第八条规定：“劳动争议案件由用人单位所在地或者劳动合同履行地的基层人民法院管辖。劳动合同履行地不明确的，由用人单位所在地的基层人民法院管辖。”

（二）分支机构

用人单位的分支机构包括两种，一种是依法设立的、领取营业执照的分公司、分厂等组织，另一种是没有按法定程序设立、未单独领取营业执照的办事处、联络处、内设职能部门等。

1. 分公司

依据公司法第十四条规定，公司可以设立分公司。设立分公司，应当向公司登记机关申请登记，领取营业执照。分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担。公司可以设立子公司，子公司具有法人

资格，依法独立承担民事责任。在此分公司是指公司在其住所以外设立的从事经营活动的机构。分公司不具有企业法人资格。因此，分公司只是本公司的附属机构，不具有法人资格，不能独立地承担民事责任。

分公司是否属于劳动合同法第二条规定的用人单位，是否有权以自己的名义与劳动者订立劳动合同？有观点认为，分公司为公司之必要组成部分，民事责任由公司承担，其不具有独立地承担民事责任的资格，因此，它不是劳动合同主体。

分公司作为公司设立的经营机构，是公司整体上不可或缺的组成部分，公司当然有权以用人单位的身份，与分公司的职工订立劳动合同。在此有必要探讨的是，我们能否因此否定分公司作为用人单位的主体资格呢？

“企业”是劳动合同法第二条规定的用人单位。企业既包括企业法人，又包括非法人企业，因此，分公司作为非法人企业不应被排除在用人单位的范围之外。

同时，企业法人设立不能独立承担民事责任的分支机构，由该企业法人申请登记，经登记主管机关核准，领取《营业执照》，在核准登记的经营范围内从事经营活动。分公司行使经营权具有法律依据。而劳动用工权又是企业经营权必不可少的组成部分。《全民所有制工业企业转换经营机制条例》中规定了“企业经营权”中明确规定劳动用工权为经营权。该法第十七条规定，企业享有劳动用工权。第二十二条还规定，企业经营权受法律保护，任何部门、单位和个人不得干预和侵犯。因此，从有关法律的规定来看，分公司应享有劳动用工权，可以自己的名义与劳动者订立劳动合同。劳动法中有关制度也已认可分公司独立的用人单位主体地位。原劳动和社会保障部《社会保险登记管理暂行办法》第六条规定，社会保险登记实行属地管理。缴费单位具有异地分支机构的，分支机构一般应当作为独立的缴

费单位，向其所在地的社会保险经办机构单独申请办理社会保险登记。同时，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。”因此，法律允许依法设立的分公司与劳动者订立劳动合同。

2. 未依法领取营业执照的分支机构

未依法设立并领取营业执照、登记证书的分支机构，法律没有赋予它从事经营或其他业务活动的主体资格，相应地也不享有劳动用工权。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，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。因此，未依法领取营业执照的分支机构与劳动者订立劳动合同，必须取得用人单位的授权。

未依法取得营业执照或者登记证书的分支机构，受用人单位委托与劳动者订立劳动合同，作为分支机构应以用人单位的名义还是以自己的名义？分支机构订立劳动合同的行为，其权利来源是用人单位的劳动用工权，因此，分支机构仍须以用人单位的名义与劳动者订立劳动合同。^①即便分支机构以自己的名义订立的劳动合同，由于用人单位与分支机构之间存在的委托代理关系，这个合同仍应直接约束用人单位与劳动者。^②

作为劳动者，对于用人单位的分支机构与其订立的劳动合同，他从何得知对方是否得到了用人单位的授权？假设分支机构未经授权，或者超越权限与劳动者订立劳动合同，那么，该合同的效力又如

① 《中华人民共和国民事诉讼法通则》（以下简称民法通则）第六十三条第二款：“代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为。”

② 《中华人民共和国合同法》（以下简称合同法）第四百零二条：“受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人，但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。”

何呢？依据民法通则第六十六条规定，没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为，只有经过被代理人的追认，被代理人才承担民事责任。未经追认的行为，由行为人承担民事责任。本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的，视为同意。

【实务分析】公司所属子公司、分公司如何划分劳动合同管理的权责，以便公司及时履行劳动合同法规定的义务，避免法律风险和额外用工成本的发生？

劳动合同法对于用人单位在订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同过程中的违法行为，都明确了相应法律后果。这些法律后果都可导致法律风险和额外用工成本的发生。集团型企业或者对外设立了分公司、子公司的企业，单位内部构成比较复杂，如果不理顺劳动用工管理关系，就有可能出现管理上的疏漏，例如，未在规定时限内与部分劳动者订立书面劳动合同，未及时办理社保登记或者缴费，未按时足额发放工资等。

子公司具有法人资格，能独立承担民事责任，是劳动合同法规定的用人单位，因此，子公司与劳动者建立劳动关系，应订立劳动合同，行使劳动合同管理权。

依法设立的分公司具有劳动合同的主体资格地位，可以与劳动者订立劳动合同。但也有一些企业集中管理劳动关系，由公司直接与分公司的职工订立劳动合同。但是，未依法领取营业执照的分支机构，比如事业部、办事处等未经公司授权，不得与劳动者订立劳动合同。

例如，以下是某集团公司《劳动合同管理办法》关于劳动合同管理权责划分的规定可供参考：

“本办法所称劳动合同，是指公司及所属各用人单位与员工明确劳动关系的权利和义务的协议。”

“本办法所称用人单位是指具有法人主体资格，与员工建立劳动

关系，签订劳动合同的单位。”

“公司所属的不具备法人主体资格的分支机构，以公司的名义与员工建立劳动关系，签订劳动合同。”

“本办法适用于公司劳动合同的订立、续订、履行与变更、解除或终止的管理。各子公司应参照本办法制定各子公司劳动合同管理办法。”

（三）不具备合法经营资格的用人单位

依据劳动合同法第九十三条规定：“对不具备合法经营资格的用人单位的违法犯罪行为，依法追究法律责任；劳动者已经付出劳动的，该单位或者其出资人应当依照本法有关规定向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。”不具备合法经营资格的用人单位是否属于劳动合同的主体，其与劳动者订立的劳动合同效力如何认定。有观点认为，根据劳动合同法第二十六条的规定，不具备合法经营资格的用人单位与劳动者订立的劳动合同因主体违反法律规定属于无效合同。^①即不具备合法经营资格的用人单位不属于劳动合同的合法主体。

一般来讲，“不具备合法经营资格”主要有两种情况：一是用人单位未依法登记注册成立，或者被依法吊销营业执照、撤销登记；二是虽然依法登记注册成立，但其经营活动未取得相应的资格。

对于后一种情况，用人单位违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营的规定从事经营活动，其经营行为无效，但用人单位与劳动者之间订立的劳动合同的效力并不受影响，不具备合法经营资格的用人单位仍属于劳动合同的主体。

对于前一种情况，未依法登记注册成立，或者被依法吊销营业

^① 法律出版社法规中心编：《中华人民共和国劳动合同法注释本》，法律出版社2007年版，第76页。

执照、撤销登记的单位，是否具有用工的主体资格，其与劳动者订立的合同是否无效，也值得探讨。

有人提出，未依法登记注册成立，或者被依法吊销营业执照、撤销登记的单位，不具备用工主体的资格，因而不具备订立劳动合同的主体资格。劳动合同法第四十四条第四项规定，用人单位被吊销营业执照或者被责令关闭的，劳动合同终止。劳动合同终止即表明其效力永久性消灭。

但也有观点认为，依据《工伤保险条例》第六十三条规定，无营业执照或者未经依法登记、备案的单位以及被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的单位的职工受到事故伤害或者患职业病的，由该单位向伤残职工或者死亡的直系亲属给予一次性赔偿，赔偿标准不得低于本条例规定的工伤保险待遇。前款规定的伤残职工或者死亡职工的直系亲属就赔偿数额与单位发生争议的，按照劳动争议的有关规定处理。对于非法用人单位是否有用工主体资格，法律并未予以否定。^①劳动合同法第九十三条同样也没有将不具备合法经营资格的用人单位与劳动者订立的劳动合同明文规定为无效合同。根据劳动合同法第二十八条的规定，劳动合同被确认无效，劳动者已付出劳动的，用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额，参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。而劳动合同法第九十三条规定，劳动者已经付出劳动的，该单位或者其出资人应当依照本法有关规定向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。劳动合同法第九十三条的法律适用明显不同于第二十八条无效劳动合同的有关规定。

民事主体是具有民事权利能力的自然人、法人或者其他组织，

^① 皇志坚、涂远国：《劳动争议案件审理中相关疑点问题探讨》，载《法律适用》2005年第9期。