



火心策划

# 劳动合同法 最新理论与实务

邹 杨 丁玉海 著



FE 东北财经大学出版社  
Dongbei University of Finance & Economics Press



策划

# 劳动合同法 最新理论与实务

邹 杨 丁玉海 著

FE 东北财经大学出版社  
Dongbei University of Finance & Economics Press

大连

© 邹 杨 丁玉海 2009

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动合同法最新理论与实务 / 邹杨, 丁玉海著. —大连 :  
东北财经大学出版社, 2009. 4

ISBN 978 - 7 - 81122 - 632 - 4

I. 劳… II. ①邹…②丁… 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 (2009) 第 047581 号

东北财经大学出版社出版

(大连市黑石礁尖山街 217 号 邮政编码 116025)

总 编 室: (0411) 84710523

营 销 部: (0411) 84710711

网 址: <http://www.dufep.cn>

读者信箱: [dufep@dufe.edu.cn](mailto:dufep@dufe.edu.cn)

大连天正华延彩色印刷有限公司印刷 东北财经大学出版社发行

幅面尺寸: 148mm × 210mm 字数: 362 千字 印张: 12 1/8

2009 年 4 月第 1 版

2009 年 4 月第 1 次印刷

责任编辑: 谭焕忠

责任校对: 孙 萍

封面设计: 冀贵收

版式设计: 钟福建

ISBN 978 - 7 - 81122 - 632 - 4

定价: 28.00 元

# 前 言

千呼万唤中，备受关注的《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》），这部“二载修改，四度审议”，在短短1个月的时间里，就收到立法意见近20万件，且承载着中国亿万劳动者期盼的法律，终于在2008年1月1日正式实施。这部法律应该说在许多方面突破了以往的劳动法律制度，令世人所瞩目。劳动者迫切希望了解劳动合同法的相关规定，以期在应聘、试用期、合同的签订、工资和劳动保险等方面，保护自身的合法权益。与此同时，如何全面理解和有效运用劳动合同法，完善劳动合同具体条款设计，防范和控制劳动用工法律风险，有效避免劳动争议的发生，也成为企业管理者普遍关心的问题。另外，该部法律也受到理论界和高等院校法学、工商管理等专业以及拥有工作

实践经验的接受远程教育的学生的热切关注。为了满足各种读者学习理解《劳动合同法》的迫切需要，经过长期的准备和研究，我们撰写了本书，突出了理论性和实践性相结合的特点，使本书既有较高的学术价值，也有很强的实用价值，使其既适合于理论界、实务界探讨和研究劳动合同法法律制度的需要，又适合于高等院校学生学习的需要，还适合于企业和广大劳动者了解和学习劳动合同法的需要。

本书是按照《劳动合同法》的立法体例编写的。写作时兼顾了我国劳动合同法法律体系的内在逻辑，并结合了2008年9月18日生效实施的《劳动合同法实施条例》。全书共分9章，从理论上探讨劳动合同法的基本知识和理论体系，深入分析劳动合同法法律制度方面的最新规定，全面系统地阐述劳动合同法法律制度的基本内容和热点问题。其中，第一章至第七章都附有案例与分析，作者结合长期从事教学和为企业提供法律服务的经验及本课程的实际需要，将现实生活中比较常见的和新型的劳动合同纠纷反映在精炼、生动的案例当中，并以深入透彻的评析，将案例中蕴涵的法规、法理充分地揭示出来。附录整合了劳动合同法最新法律法规，重点为2008年颁布的几个重要法律法规，目的在于让读者在学习的同时能够及时掌握最新法律规定，能够一目了然地看到对应法条的具体规定，也便于读者能够更好地学习、理解和掌握相关法律规定。

本书由邹杨、丁玉海撰写，朱成全、谢玲艳、郑重等同志为本书提供了一些案例资料，在此表示感谢。

本书在写作过程中，参考借鉴了有关专家学者的相关科研成果，在此深表感谢！本书的不足之处，诚望大家批评指正。

作者  
2009年2月

# 目 录

<b>第一章 劳动合同法概述</b>	<b>1</b>
第一节 劳动合同	1
第二节 劳动合同法	7
第三节 用人单位劳动规章制度	21
第四节 劳动合同制度中的工会	30
本章实务操作——案例与分析	34
案例一 赵忠与晚报社之间存在的是 劳动关系吗?	34
案例二 钱询能否要求幼儿园支付赔偿金?	35
案例三 用人单位与劳动者协商一致就能不 缴纳社会保险吗?	36
案例四 李奎能被解雇吗?	37
案例五 用人单位的劳动规章制度能否与 法规相冲突?	38

<b>第二章 劳动合同的订立</b>	<b>39</b>
第一节 劳动合同订立概述	39
第二节 书面劳动合同	45
第三节 劳动合同中的必备条款和可备条款	55
第四节 劳动合同的期限	59
第五节 试用期	66
第六节 服务期	72
第七节 商业秘密与竞业限制	76
第八节 劳动合同的无效	82
本章实务操作——案例与分析	87
案例一 吴老汉能成为劳动合同的主体吗?	87
案例二 用人单位发出录用后能否反悔?	87
案例三 王非的假文凭真实力足以使得劳动合同继续有效吗?	89
案例四 未签书面劳动合同试用期内被辞退, 该怎么办?	89
案例五 陈巧拒不同顺捷咨询服务公司签订书面劳动合同, 该怎么办?	90
案例六 褚健工作满10年但期间休息了1年, 可否要求单位与其签订无固定期限劳动合同?	91
案例七 卫小红已经连续与单位订立了两次固定期限劳动合同, 能否要求单位与其签订无固定期限劳动合同?	92
案例八 永远签不到无固定期限劳动合同吗?	93
案例九 这种试用期的约定有效吗?	94
案例十 工作岗位调整时是否可以再次约定试用期?	95
案例十一 服务期未履行完毕需要支付多少违约金?	96
案例十二 不支付经济补偿, 竞业限制条款无效	97
案例十三 对劳动者进行转岗培训, 可否约定服务期?	98
案例十四 员工兼职, 单位能否要求其支付违约金?	99
案例十五 因持假文凭而订立的劳动合同无效	100
案例十六 用人单位有权要求员工在职期间不得结婚吗?	100
案例十七 用人单位能否以保密为由收取劳动者押金、证件?	101

<b>第三章 劳动合同的履行与变更</b>	103
第一节 劳动合同的履行	103
第二节 劳动合同的变更	131
本章实务操作——案例与分析	133
案例一 员工接受岗前培训需要交费吗?	133
案例二 劳动合同约定工程款结清后再支付劳动报酬,是否有效?	134
案例三 用人单位能否以实物替代工资发放?	135
案例四 请人替班行为能否导致解除劳动合同?	136
案例五 用人单位有无权利临时变更工时制度?	137
案例六 “自愿加班”不需要支付加班费吗?	137
案例七 单位拖欠工资,华安能否申请支付令?	138
案例八 对于用人单位的违章指挥、强令冒险作业的,劳动者有权拒绝吗?	139
案例九 用人单位可否随意调整劳动者的工作岗位?	140
案例十 劳动者能否因用人单位的法定代表人、名称、组织形式等发生变化而要求解除劳动合同?	140
案例十一 劳动合同期满劳动者胁迫企业续订劳动合同的,该如何处理?	141
<b>第四章 劳动合同的解除与终止</b>	144
第一节 劳动合同的解除	144
第二节 劳动合同的终止	167
第三节 劳动合同解除、终止的法律后果	172
本章实务操作——案例与分析	186
案例一 双方协商解除劳动合同,用人单位是否需要支付经济补偿金?	186
案例二 员工在试用期内解除劳动合同,是否需要征求用人单位的同意?	188
案例三 劳动者能否以用人单位不按合同约定支付报酬而	



	解除合同?	189
案例四	劳动者没有完成销售指标,用人单位能否解除 劳动合同?	190
案例五	用人单位能否以末位淘汰制为由而单方解除 劳动合同呢?	191
案例六	员工工作日午间饮酒,单位不留情炒其鱿鱼	193
案例七	用人单位能否以丈夫擅自离职而株连其妻?	193
案例八	劳动者脚踏两只船能否被炒鱿鱼?	195
案例九	用人单位能这样进行经济性裁员吗?	196
案例十	工会主席任期未届满而劳动合同期限届满被终止 劳动合同,该如何处理?	197
案例十一	女职工怀孕能被解除劳动合同吗?	199
案例十二	如何计算经济补偿金?	200
案例十三	用人单位是否有权扣留员工的档案吗?	201

## 第五章 集体合同 203

第一节	集体合同概述	203
第二节	集体合同的订立	207
第三节	集体合同的内容与效力	214
第四节	集体合同的履行、变更与解除、终止	221
第五节	集体合同的争议与解决	223
	本章实务操作——案例与分析	225
案例一	用人单位能否选取职工代表来订立集体合同?	225
案例二	用人单位能依据未报劳动行政部门审查的集体 合同而解除与劳动者之间的劳动合同吗?	226
案例三	集体合同能否对“临时工”适用?	227
案例四	劳动合同的内容与集体合同的内容相冲突, 该怎么处理?	228
案例五	用人单位没有签订行业性集体合同,劳动者能否 依据该合同要求用人单位履行义务?	229
案例六	用人单位不履行集体合同,工会该怎么办?	231

<b>第六章 劳务派遣</b>	232
第一节 劳务派遣概述	232
第二节 劳务派遣单位的设立	241
第三节 劳务派遣的效力	243
本章实务操作——案例与分析	254
案例一 被派遣劳动者能否起诉用工单位要求支付工资?	254
案例二 设立劳务派遣单位需要满足什么条件?	255
案例三 人事代理是劳务派遣吗?	256
<b>第七章 非全日制用工</b>	258
第一节 非全日制用工概述	258
第二节 非全日制用工合同	260
第三节 非全日制用工的管理与服务	263
第四节 非全日制用工的争议解决	264
本章实务操作——案例与分析	264
案例一 非全日制劳动合同下劳动者与聘用方是劳动关系 还是劳务关系?	264
案例二 非全日制用工能否要求用人单位对其工伤负责?	265
案例三 劳动者与两个用人单位签订非全日制劳动合同的, 因履行劳动合同而发生冲突的,该怎么处理?	266
<b>第八章 监督检查</b>	268
第一节 监督检查概述	268
第二节 监督检查的体制	269
<b>第九章 法律责任</b>	284
第一节 劳动合同法律责任概述	284
第二节 用人单位的法律责任	286
第三节 劳动者的法律责任	295
第四节 劳动行政部门和其他有关主管部门的法律责任	296

<b>附录 劳动合同法的相关法律法规</b>	<b>297</b>
中华人民共和国劳动合同法	297
中华人民共和国劳动合同法实施条例	313
中华人民共和国劳动争议调解仲裁法	319
中华人民共和国劳动法	327
关于贯彻执行《中华人民共和国劳动法》若干问题的意见	340
中华人民共和国集体合同规定	356
工资支付暂行规定	365
对《工资支付暂行规定》有关问题的补充规定	368
职工带薪年休假条例	370
企业职工带薪年休假实施办法	371
<b>参考文献</b>	<b>375</b>

## 第一章 劳动合同法概述

### 第一节 劳动合同

#### 一、劳动合同的概念和特征

##### (一) 劳动合同的概念

《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)已由中华人民共和国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日通过并公布,于2008年1月1日起开始施行。该法的公布施行,是我国劳动立法进程中又一重要的大事,具有里程碑式的意义。它不仅丰富劳动法律制度的内容,而且进一步健全和完善了我国劳动合同法律制度,必将对保护劳动者的合法权益、构建与发展和谐稳定的劳动关系起到至关重要的作用。

虽然《劳动合同法》对劳动合同制度进行了较为全面的、详细的、专门的规定,但是对劳动合同的概念却没有进行相应的规定。对此,我们可以从1995年1月1日施行的《中华人民共和国劳动法》(以下简称《劳动法》)中找到相应的说明,该法第十六条第一款规定:“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。”基于此,劳动合同是确定劳动者和用人单位之间存在劳动关系的法律形式,具体来说,它是劳动者与用人单位之间就是否确立劳动关系、怎样确立劳动关系、确立什么样的劳动关系进行协商谈判以达成合意,进而明确劳动者与用人单位相互间权利义务关系的约定。由此可见,劳动合同是劳动者与用人单位之间劳动关系维系的纽带,对促进劳动者和用人单位之间和谐稳定的劳动关系发挥着举足轻重的作用。

##### (二) 劳动合同的特征

劳动合同是劳动者与用人单位之间的双方法律行为,也是一种特殊

的法律行为，与其他类型的合同相比，有其自身的特点。一般来说，劳动合同的法律特征主要体现在以下几个方面：

### 1. 劳动合同的主体具有特定性

在劳动合同法律关系的主体中，在用人单位这一方，则具有广泛性，可以是企业（如个人独资企业、合伙企业、有限责任公司、股份有限公司等），可以是个体经济组织（如个体工商户等），也可以是民办非企业单位（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等）。而在劳动者一方，则恒定为自然人，其主体具有单一性，这是因为用人单位和劳动者订立劳动合同的目的在于使用劳动力，而劳动力只能为自然人所有，故而这就决定了劳动合同的一方恒定为自然人。

### 2. 劳动合同的标的具有限定性

劳动合同的标的为劳动者向用人单位提供的劳动行为。从用人单位角度来说，用人单位聘用劳动者的目的，不在于聘用劳动者本身，而在于通过聘用劳动者来获取劳动者提供劳动的行为。而从劳动者角度而言，劳动者与用人单位签订劳动合同也不是其最终的目的。如果劳动者要继续维持自身及其家庭生活的需要以及进一步实现自己人生价值的目标，那么需要向用人单位提供劳动行为以换取相应的劳动报酬。因此，在劳动者与用人单位签订劳动合同后，劳动者即成为该单位的一名职工，有接受该单位的指示从事一定工作或提供劳动行为的义务。

### 3. 劳动合同的内容具有法定性

虽然劳动合同是劳动者与用人单位双方自由进行协商的结果，体现了双方当事人自由的意志，但是劳动合同的诸多内容是由不得双方当事人自由约定的。根据我国《劳动合同法》第十七条的相关规定，用人单位在与劳动者签订劳动合同涉及工作年龄、劳动保护、劳动条件、职业危害防护以及最低工资等内容时，不得违反法律的强制性规定，否则包含上述内容的劳动合同因此可能得不到法律的确认和保护。

### 4. 劳动合同的形式具有严格性

根据我国《劳动合同法》第十条第一款的规定：“建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。”由此可见，劳动合同是一种要式合同，即用人单位和劳动者之间必须签订书面的劳动合同，用人单位与劳动者签订

书面劳动合同是法律赋予其的义务，用人单位必须履行这一法定义务。劳动合同法对用人单位与劳动者签订劳动合同的行为进行了明确的规定，如已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起1个月内订立书面劳动合同，否则要追究用人单位相应的法律责任。

此外，劳动合同作为一种特殊的合同，还具有附合性、继续性、从属性等特点。其附合性体现在签订劳动合同时，往往是由用人单位一方提供劳动合同，只要用人单位提供的劳动合同不违法，劳动者附合表示同意该劳动合同便成立；其继续性体现在劳动者和用人单位的权利义务在合同期限内长期存在，双方均应根据劳动合同的约定履行自己的义务，并实现自己的权利；其从属性体现在劳动合同签订后，劳动者成为用人单位的一名职工，二者之间的法律地位发生相应的变化，成为管理者与被管理者的关系。劳动者应按照合同的约定接受用人单位的指示从事工作或提供劳务，并对自己的行为进行一定的约束以遵守用人单位的规章制度，否则用人单位可以对劳动者进行一定的处罚等等。

## 二、劳动合同与类似合同的比较

### （一）劳动合同与劳务合同

在现实生活中，我们经常提到劳务合同，但是二者却各有所指，因为劳务合同是一个宽泛的概念，其种类繁多，如承揽合同、技术服务合同、保管合同、建设工程承包合同、委托合同、居间合同、运输合同、雇佣合同等等。劳动合同与劳务合同二者之间存在着很多相似之处，如二者都是双务有偿合同，都是以劳动行为（或劳务）为合同的标的，即一方需要根据合同的约定向另一方提供劳动行为，另一方则需要根据合同的约定向提供劳动行为的一方支付报酬。由于二者之间这种相似之处，从而经常导致在认识上出现错误和在适用上出现混淆，因此有必要加以甄别。下面我们从劳务合同的总体角度与劳动合同进行比较，以揭示二者之间的差异。总的来说，二者的区别主要体现在以下几个方面：

1. 二者适用的法律不同。劳动合同由专门的法律来调整，即主要由《劳动合同法》及其实施条例来调整，同时《劳动法》中也有劳动合同的相关规定，也对劳动合同起着一定的调整作用；而劳务合同，我

国没有专门的法律规定,《中华人民共和国合同法》在其分则部分对部分劳务合同(如承揽合同、技术服务合同、保管合同、建设工程承包合同、委托合同、居间合同)以专章的形式作出了规定,而对于《中华人民共和国合同法》没有规定的其他劳务合同,在司法实践中,主要适用《中华人民共和国民法通则》的规范来进行调整。

2. 二者的主体资格及关系不同。(1) 在主体资格方面,劳动合同主体具有特定性,即劳动合同的主体一方必须是用人单位,主要包括企业、个体经济组织、民办非企业单位(包括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)等,而主体的另一方须是16周岁以上具有一定劳动能力的自然人;而劳务合同的主体则没有任何限制,可以是自然人,也可以是法人或组织。(2) 在主体间的关系方面,这主要体现在:一是,在经济关系方面,在劳动合同中,劳动者不仅可以从用人单位获得工资,还享受用人单位的法定的养老保险、医疗保险、失业保险、工伤保险以及福利待遇等;而在劳务合同中,劳动者只能从用人单位获得劳动报酬。二是,在行政关系方面,在劳动合同中,一旦劳动合同订立后,劳动者除向用人单位提供劳动之外,还立刻成为用人单位的内部职工,与用人单位之间产生行政上的隶属关系,须接受其管理,服从其安排,遵守其规章制度。同时,对内享受本单位职工的权利并承担本单位职工的义务,对外以单位的名义从事生产经营的管理活动;而劳务合同则不具备上述特征,彼此之间无从属性,不存在行政上的隶属关系,各自的法律地位独立、平等。

3. 二者的合同内容的任意性程度不同。在劳动合同中,合同内容的任意性程度较低,国家干预程度较高,其合同的主要条款均由法律加以明确规定,不能由当事人进行协商,如最低工资的规定以及用人单位要为劳动者提供符合国家规定的劳动条件和劳动保护等;而在劳务合同中,除违反国家法律、法规的强制性规定之外,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,因此其任意性程度较高,国家干预程度相对较低。

4. 二者的终止或解除的条件不同。在劳动合同中,为了保护劳动者的合法权益不受侵害,解除或终止劳动合同尤其在用人单位单方解除或终止劳动合同时,须符合劳动合同法的相关规定,遵循严格的程序,

还需要不具备法律规定的禁止解除劳动合同的种种情形，方可解除或终止劳动合同。此外，用人单位还须按照法律规定对劳动者进行补偿或赔偿，否则不得解除或终止劳动合同；而在劳务合同中，解除或终止劳务合同时，则没有上述种种的限制，一般取决于双方当事人之间的自由协商。

5. 二者的争议处理的程序不同。在劳动合同中，当劳动合同发生争议时，如果劳动者与用人单位要以诉讼手段解决纠纷，那么必须先经过劳动仲裁程序，换言之，劳动仲裁是劳动诉讼必经的前置程序，否则司法机关无法介入劳动纠纷；而在劳务合同中，除了双方当事人在合同中约定了争议解决的方式（如约定仲裁）外，一般没有程序上的限制，当事人可以协商，也可以达成一致意见进行仲裁，也可以直接进行诉讼解决双方之间的纠纷。

6. 二者承担的法律 responsibility 不同。在劳动合同中，当一方违反劳动合同中约定的义务时，不仅会产生民事责任，而且还会产生行政责任。从劳动者角度而言，当劳动者不履行职责或违法履行职责给用人单位造成损失时，那么用人单位可以要求劳动者进行赔偿，同时还可以给劳动者以内部行政处分（如降级、降职等）。从用人单位角度而言，当用人单位支付劳动者的工资低于当地的最低工资标准时，劳动行政部门应限期用人单位补足低于标准部分的工资。如果用人单位拒绝支付差额部分，那么劳动行政部门同时还可以给用人单位以警告等行政处分；而在劳务合同中，当一方因自己的违法行为侵害对方的合法利益时，可能承担违约责任，也可能是侵权责任，但一般仅限于民事责任，不会产生行政责任。

## （二）劳动合同与借调合同

借调（劳动）合同，亦称借用（劳动）合同，是指借调单位因工作关系或者业务上的需要，将被借调单位的职工借调到本单位从事一定的工作，从而由借调单位、被借调单位和被借调职工三方之间订立的约定在借调期间相互之间权利义务关系的协议。由此可见，借调合同是劳动合同中的一种，是一种特殊的劳动合同，与一般的劳动合同相比较，显得更为复杂。从借调合同与劳动合同相比较的角度来看，借调合同的特点和内容主要有：



1. 在合同的主体方面，在劳动合同中，一般只涉及两方主体，即用人单位和劳动者（劳务派遣合同除外）；而在借调合同中，常常涉及三方主体，即劳动者、用人单位（即被借调单位）和实际用人单位（即借调单位）。

2. 在权利义务方面，在劳动合同中，劳动者和用人单位的权利义务虽然可以通过劳动合同进行约定，但是劳动合同的内容，法律直接规定的部分居多；而在借调合同中，由于涉及三方主体，涉及劳动者与借调单位之间的权利义务关系、劳动者与被借调单位之间的权利义务关系、借调单位与被借调单位之间的权利义务关系，而彼此之间的权利义务发生了很大的变化。这主要体现在：在借调期间，被借调的劳动者属于被借调单位的职工，要服从借调单位的工作安排，遵守借调单位的规章制度。但是劳动者与被借调单位的劳动关系不解除，仍然保留。借调合同一般为短期性劳动合同，在借调期间届满后，被借调的劳动者仍然要回被借调单位工作。因此，被借调单位仍然负有向劳动者支付工资、缴纳保险和支付福利待遇的义务，而借调单位一般只需承担为劳动者提供相应的工作条件和劳动保护等义务。至于借调单位和被借调单位之间的权利义务，则在借调合同中协商确定。

3. 在劳动者主体方面，在劳动合同中，与用人单位签订劳动合同的劳动者一般只需满足劳动法规定的条件同时为用人单位所需要即可；而在借调合同中，被借调的劳动者即借调的对象，一般是借调单位急需的人员，可能是一般工人，但更多的是富有工作经验或掌握一定技术的工人、管理人员或技术人员。

4. 在合同期限方面，在劳动合同中，合同期限由劳动者和用人单位在劳动合同中约定。在决定合同期限方面，劳动者有一定的决定权，尤其在劳动者和用人单位连续签订两次固定期限合同后，若需要再签订劳动合同时，此时劳动者的决定权是至关重要的，如果劳动者表示要订立无固定期限劳动合同，则用人单位应当满足劳动者的这一要求；而在借调合同中，合同期限的长短往往更多地取决于借调单位的需要，由借调单位和被借调单位协商确定，当然也需要征求劳动者的意见，不过此时劳动者的意见更多地要服从用人单位的需要。