

Labor Contract Law

Risk prevention AND Dispute Response

劳动合同法



风险防范与纠纷应对

孙智峰 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Labour Contract Law

Risk prevention and Dispute Response

劳动合同法

风险防范与纠纷应对

王旭 著

法律出版社
LAW PRESS
• CHINA

法律出版社
LAW PRESS • CHINA

Labor Contract Law

Risk prevention AND Dispute Response

劳动合同法



风险防范与纠纷应对

孙智峰 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

劳动合同法风险防范与纠纷应对 / 孙智峰编著. —北京:
法律出版社, 2009. 1

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9149 - 2

I. 劳… II. 孙… 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 210280 号

©法律出版社·中国

责任编辑/周 洋

装帧设计/马 帅

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/12.5 字数/350 千

版本/2009 年 1 月第 1 版

印次/2009 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9149 - 2

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

2008年1月1日,备受瞩目、饱经争议的《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)正式付诸实施。为了配合该法的实施,5月1日和9月18日,《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》(以下简称《劳动争议仲裁法》)和《中华人民共和国劳动合同法实施条例》(以下简称《实施条例》)也相继实施,我国的劳动用工制度进入了一个新的时期。

上述三部法律法规突破了传统的劳动用工制度,无论是从实体上还是程序上均对劳动者实行了倾斜保护政策,体现了促进劳动关系和谐稳定的立法精神。《劳动合同法》和《实施条例》增加了无固定期限劳动合同签订的情形,加重了用人单位的责任,加大了用人单位违法用工的成本,《劳动争议仲裁法》首次明确了对部分劳动争议案件实行一裁终局和仲裁不收费制度。上述新规定实施后,劳动争议案件随即大规模爆发并呈井喷的态势,众多用人单位特别是劳动密集型企业首当其冲地卷入了劳动争议纠纷之中,企业劳动用工制度受到了巨大的冲击,生产与经营受到了较为严重的影响。

面对新法的施行,如何建立合法的劳动规章制度?如何防范和应

对劳动纠纷?……很多用人单位对此很茫然、很困惑。为了帮助用人单位正确理解及把握新的劳动法律、法规,规范内部劳动规章制度、防范用工风险、化解劳动纠纷,我们倾注了广东国晖律师事务所的专业力量,编成本书。

目前,有关劳动合同法方面的书籍琳琅满目。与已出版的同类书籍相比,本书的特点在于:

第一,本书是专业律师团队集体智慧的结晶。本书由在劳动法领域具有专业特长的律师编写而成,体现了丰富的劳动法律服务实战经验。

第二,本书内容全面系统。本书以新颁布的《劳动合同法》、《实施条例》及《劳动争议仲裁法》为基础,并融合了现行的其他劳动法律法规编写而成,共分14章,包含了招聘录用、合同订立、规章制度、工资薪酬、合同解除、仲裁程序、证据收集、法律责任等内容,基本囊括了劳动法务的全部内容,可以使读者全面地了解劳动合同法的内容。

第三,本书侧重劳动用工的实用性与操作性。本书着眼于员工入职、在职和离职等各个环节可能出现的风险及风险防范的解决方案,以降低劳动争议纠纷的发生。本书采取以案说法、风险提示的方式,在律师承办的大量实践案例中精选了45个最常见、最典型的案例,通过案情简介、争议焦点、案例评析、处理结果、案例启示等五个部分进行阐述,体现了较强的实务性。

第四,本书具有时效性和成熟性。本书选择在《劳动合同法》已经实施了一段时间、其主要的配套法律、法规也已颁布实施时编著出版,比较全面、深入地把握了劳动立法精神,充分吸收了仲裁、司法机关处理劳动争议纠纷的意见,内容较为成熟。

《劳动合同法》实施已近一年,但对于众多的用人单位而言,这仅仅是个开始。我们希望本书能成为用人单位的有力帮手,更希望用人单位以《劳动合同法》及配套法律法规的实施为契机,进一步规范劳动

用工、防范用工风险、维护自身合法权益,构建和谐劳动关系。

由于水平有限,不足之处在所难免,请读者不吝指正。

编者

2008 年 12 月 1 日

目 录

CONTENTS

第一章 劳动合同关系	1
第一节 劳动合同的概念、性质	1
第二节 劳动合同主体	3
第三节 劳动合同的内容	5
第四节 特殊劳动合同关系	7
第五节 非法用工	25
第六节 雇佣合同与劳动合同的区别	31
第二章 工会	39
第一节 工会的组建	39
第二节 工会在劳动合同关系中的作用和权利	42
第三节 企业组建工会的必要性	45
第三章 规章制度	48
第一节 规章制度的制定与生效	48
第二节 规章制度的审查、修订	55

第三节	规章制度的执行	57
第四节	员工绩效管理	60
第四章	招聘	69
第一节	招聘信息的披露	69
第二节	应聘者信息的披露	74
第三节	招聘违法	78
第五章	试用与录用	84
第一节	试用与试用期	84
第二节	录用条件	89
第六章	劳动合同的订立、内容和效力	95
第一节	劳动合同的订立	95
第二节	劳动合同条款	99
第三节	劳动合同的续订	106
第四节	各类劳动合同的签订	106
第五节	集体劳动合同	112
第六节	劳务派遣合同	116
第七节	劳动合同的效力	121
第七章	劳动合同的履行与变更	130
第一节	工作时间与考勤管理	131
第二节	假期管理	139
第三节	工资福利	145
第四节	社会保险	161
第五节	劳动安全卫生管理	163

第六节 罢工	167
第七节 劳动合同的变更	173
第八章 培训与服务期	179
第一节 培训	179
第二节 服务期	184
第九章 保密与竞业限制	190
第一节 商业秘密的认定	190
第二节 竞业限制	197
第十章 工伤保险	205
第一节 工伤保险法律关系	205
第二节 工伤认定程序	209
第三节 工伤保险待遇	222
第四节 劳动者患病、非因工伤亡待遇	228
第五节 工伤争议处理	231
第十一章 劳动合同的解除与终止	235
第一节 协商解除劳动合同	235
第二节 用人单位解除劳动合同	239
第三节 劳动者解除劳动合同	253
第四节 劳动合同的终止	267
第十二章 劳动合同关系管理	271
第一节 劳动合同管理	271
第二节 异地员工的管理	277

第三节 关联企业的员工管理	279
第四节 人事代理	280
第十三章 法律责任	283
第一节 民事责任	283
第二节 行政责任	298
第三节 刑事责任	301
第十四章 劳动争议解决	303
第一节 劳动争议调解	303
第二节 劳动争议仲裁	312
第三节 劳动争议诉讼	323
第四节 举证责任	327
第五节 裁决的执行	334
附录	
中华人民共和国劳动法	338
中华人民共和国劳动合同法	354
中华人民共和国劳动合同法实施条例	374
中华人民共和国劳动争议调解仲裁法	382

第一章 劳动合同关系

现行《劳动合同法》是以劳动合同关系作为调整对象及内容的法律,该法对劳动合同的订立、履行、变更、解除及终止等各个环节进行了规范,是用人单位与劳动者订立、履行、解除或终止劳动合同的法律依据。

第一节 劳动合同的概念、性质

一、劳动合同的概念

劳动合同,简言之就是劳动契约、劳动协议,是劳动者与用人单位之间确立劳动关系、明确双方权利和义务的协议。

在我国,劳动合同是确立劳动关系的普遍性法律形式。根据《劳动法》及《劳动合同法》的规定,建立劳动关系,除个别特殊劳动关系外,应当订立书面劳动合同。

劳动合同的表现形式有多种,依合同目的分类,有录用合同、试用期合同、聘用合同、借用合同、停薪留职合同等;依合同期限分,则有固定期限合同、无固定期限合同、以完成一定任务为期限的合同等;依工作时间分,有全日制工作合同和非全日制工作合同;依劳动者人数分,

有个人劳动合同和集体劳动合同。

二、劳动合同的性质

劳动合同作为合同的一种,具有合同的一般特征,如诺成性、附和性、双务性和有偿性等。同时,它又不同于一般的合同,具有特定的法律属性。主要表现在:

(1)合同主体的特定性。劳动合同的双方当事人是特定的,一方必须是具有劳动权利能力和劳动行为能力的劳动者本人,另一方必须是企业等用人单位。

(2)劳动合同的内容受国家的强烈干预。《劳动合同法》以劳动者在劳动关系中处于弱势为前提,重点保护劳动者的合法权益。具体表现在:

①《劳动合同法》规定,建立劳动关系应当签订书面劳动合同,否则,用人单位需向劳动者每月支付双倍工资;②《劳动合同法》规定了劳动合同的必备条款。为了保护劳动者,《劳动合同法》规定,用人单位有为劳动者缴纳养老保险、医疗保险、失业保险等法定义务,不得通过协商减少用人单位的义务,更不能协商免除用人单位的义务。③劳动合同的变更和解除必须符合《劳动合同法》及其他法律的规定。无固定期限劳动合同的解除,用人单位只有在具备《劳动合同法》和其他法律规定的可以解除劳动合同的条件时,方可解除合同。因此,劳动合同具有国家强烈干预的色彩。

(3)合同具有人身从属性。劳动者在身份上、组织上、经济上从属于用人单位,与用人单位是管理与被管理的从属依附关系。

(4)合同履行受到严格的行政监督。《劳动合同法》调整的劳动关系不是一般意义上的民法关系,除了带有民法性质的契约关系外,还包括行政管理法律关系。《劳动合同法》赋予了县级以上各级人民政府劳动行政部门对本行政区域内劳动合同制度实施监督管理的职权,并对下列实施劳动合同制度的情况进行监督检查:①用人单位

制定直接涉及劳动者切身利益的规章制度及其执行的情况;②用人单位与劳动者订立和解除劳动合同的情况;③劳务派遣单位和用工单位遵守劳务派遣有关规定的情况;④用人单位遵守国家关于劳动者工作时间和休息休假规定的情况;⑤用人单位支付劳动合同约定的劳动报酬和执行最低工资标准的情况;⑥用人单位参加各项社会保险和缴纳社会保险费的情况;⑦法律、法规规定的其他劳动监察事项。

综上,劳动合同体现的是一种劳动法律关系,而与一般民事法律关系不同。

第二节 劳动合同主体

劳动合同主体是指劳动合同法律关系的参与者,即劳动合同当事人,包括用人单位与劳动者两大类。

一、用人单位

用人单位是指在劳动关系中依法使用和管理劳动者并付给其劳动报酬的组织。具体是指在我国境内设立的各种性质的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织。

用人单位的范围主要分为两类六种形式,第一类为直接适用《劳动合同法》的单位,包括企业、个体经济组织、民办非企业单位及其他组织等;第二类为依照执行《劳动合同法》的单位,包括国家机关、事业单位、社会团体等。

第一类,直接适用《劳动合同法》的用人单位:

(1)企业。指从事产品生产、流通或服务性活动的经济单位,包括各种所有制类型,如国有企业、集体企业、外资企业、私营企业等。

(2)个体经济组织。指一般雇工在7人以下的个体工商户,公民在法律允许的范围内,经依法核准登记,从事工商业经营的,为个体工商户。

(3)民办非企业单位。指企事业单位、社会团体和其他社会力量以及公民个人利用非国有资产设立的、从事非营利性社会服务活动的社会组织。如民办学校、民办医院、民办图书馆、民办博物馆、民办科技馆等。

(4)其他组织。如会计师事务所、律师事务所等与劳动者建立劳动关系,也适用《劳动合同法》。

第二类,依照执行《劳动合同法》的用人单位:

(1)国家机关。这里的国家机关包括国家立法机关、国家行政机关、司法机关、国家军事机关等,国家机关录用和聘任公务员,适用公务员法。但国家机关招用工勤人员,执行《劳动合同法》,应与职工签订劳动合同。

(2)事业单位。事业单位是否适用《劳动合同法》,可以分为三种情况:一种是具有管理公共事务职能的组织,如证监会、保监会、银监会等,其录用工作人员是参照公务员法进行管理,不适用《劳动合同法》。一种是实行企业化管理的事业单位,这类事业单位与职工签订的是劳动合同,适用《劳动合同法》的规定。还有一种事业单位,如医院、学校、科研机构等,有的与职工签订劳动合同,这就要按照《劳动合同法》的规定执行;有的与职工签订聘用合同,这就按照法律、法规的规定执行;如法律、法规没有特别规定的,也要按照《劳动合同法》执行。

(3)社会团体。按照《社会团体登记管理条例》的规定,社会团体是指中国公民自愿组成,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。社会团体的情况比较复杂,有的社会团体,如党派团体,除工勤人员外的其他人员按照公务员法管理;有的社会团体,如工会、共青团、妇联、工商联、文学艺术联合会、足球协会等文化艺术体育团体、法学会、医学会等社会团体,公务员法虽没有明确规定这些社会团体参照执行,但实践中对列入国家编制序列的社会团体,

除工勤人员外,其工作人员是比照公务员法进行管理的。除此以外的多数社会团体,如果其作为用人单位与职员订立劳动合同,则按照《劳动合同法》进行调整。

需要特别提醒的是,目前我国用人单位的范围未包括集体所有制农业生产经营组织、农户和公民个人。

二、劳动者

劳动者是指在劳动关系中为用人单位提供劳动服务并获取劳动报酬的自然人。

劳动者包括本国、外国人和无国籍人。但并不是所有自然人都是合法的劳动者,要成为合法的劳动者,必须具备如下条件:

(1)达到法定年龄。我国最低就业年龄规定为16周岁。除文艺、体育和特种工艺单位经县级以上劳动行政部门批准可招用未满16周岁的公民外,任何单位都不得与未满16周岁的公民发生劳动关系。

(2)具有劳动行为能力。劳动行为能力是指公民依法能以自己的行为行使劳动权利和履行劳动义务的资格。它包括身体、智力、行为自由、劳动能力等几方面。

一般情况下,只要符合上述两个条件的自然人,均可成为劳动者。

第三节 劳动合同的内容

劳动合同的内容是指劳动者与用人单位双方关于劳动权利和义务的具体约定,是劳动法律关系的核心和实质,具体表现为劳动合同条款。

一、劳动合同主体的权利义务

劳动合同主体的权利和义务相互依存、不可分离,作为劳动合同主体的用人单位及劳动者在享有法律规定的权利的同时,必须履行法律规定的义务,双方的权利义务主要包括:

(1) 用人单位的权利义务

用人单位的权利一般包括以下几个方面：①录用职工方面的权利。主要是有权按国家规定和本单位需要择优录用职工，可以自主决定招工的时间、条件、数量、用工形式等。②劳动组织管理方面的权利。主要是有权按国家规定和实际需要确定机构、编制和任职（上岗）资格条件；有权任免、聘用管理人员和技术人员，对职工进行内部调配和劳动组合，并对职工的劳动实施指挥监督等。③劳动报酬分配方面的权利。主要是有权按国家规定确定工资分配办法，自主决定晋级增薪、降级减薪的条件和时间等。④规章制度和劳动纪律方面的权利。主要是有权制定和实施规章制度和劳动纪律；有权决定对职工的奖惩等。⑤决定劳动法律关系存续方面的权利。主要是有权与劳动者订立、续订、变更、解除劳动合同；在具备法定或约定条件时，有权单方解除劳动合同等。⑥法律法规规定的其他方面权利。

用人单位的义务主要包括：①支付劳动报酬的义务；②为劳动者购买社会保险的义务；③提供劳动条件和保护劳动者安全的义务；④帮助劳动者的义务；⑤合理使用和管理劳动者的义务；⑥培训劳动者的义务；⑦服从劳动行政部门以及其他有关国家机关的管理和监督的义务；⑧执行劳动法律、法规、劳动政策和劳动标准的义务。

(2) 劳动者的权利义务

劳动者的权利主要有：①平等就业和选择职业的权利；②取得劳动报酬的权利；③获得劳动卫生安全保护的权利；④享受休息、休假的权利；⑤接受职业技能培训的权利；⑥享受社会保险和福利的权利；⑦提请解决劳动争议的权利；⑧法律法规规定的其他权利。

劳动者的义务主要有：①完成劳动任务；②提高职业技能；③接受管理；④执行劳动安全卫生工作规程；⑤遵守规章制度、劳动纪律和职业道德；⑥法律法规规定的其他义务。