

企业事业单位人力资源管理人员必备

劳动法律应用指导手册系列

劳动合同法 理解与应用

主编 程延园 高云

选人 育人 用人 留人 裁人
法律风险与规避



中国劳动社会保障出版社

劳动法律应用指导手册系列

劳动合同法 理解与应用

主 编 程延园 高 云
副主编 陈倩倩 胡玉涛

中国劳动社会保障出版社

图书在版编目(CIP)数据

劳动合同法理解与应用/程延园, 高云主编. —北京: 中国劳动社会保障出版社, 2007

劳动法律应用指导手册系列

ISBN 978 - 7 - 5045 - 6593 - 8

I. 劳… II. ①程… ②高… 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(2007)第 113755 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

*

北京乾沅印刷有限公司印刷装订 新华书店经销
880 毫米×1230 毫米 32 开本 10.25 印张 279 千字
2007 年 8 月第 1 版 2007 年 8 月第 1 次印刷

定价: 22.00 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》（简称《劳动合同法》）的颁布，对实施多年的确立和规范劳动关系的模式带来重大调整，同时，也对企业人力资源管理提出了更高的要求和挑战。《劳动合同法》在规范和调整企业和劳动者权益的基础上，加大了保护劳动者合法权益的力度，也加大了工会在劳动关系中的作用，同时对用人单位应当履行的合同义务进行了更多的规范。例如企业规章制度制定程序更加严格、用人单位不签订劳动合同面临罚责、竞业限制与保密条款的“意思自治”、严格界定出资培训并对违约金的适用范围进行限制、解除或终止劳动合同时用人单位经济补偿总体成本增加、对劳务派遣的规范与限制等。这就要求企业人力资源管理活动都需要符合《劳动合同法》的要求，要与《劳动合同法》的规定接轨。

为帮助大家准确理解和应用《劳动合同法》，我们以《劳动合同法》为核心，围绕企业人力资源管理流程的选人、育人、用人、留人、裁人各环节，有针对性地搜集整理现实生活中真实发生的劳动合同的订立、试用期、培训协议、违约金、保密协议、竞业限制、劳动合同的履行和变更、劳动合同的解除、劳动合同的终止、集体合同、劳务派遣、灵活用工等方面的典型案例，或编写模拟案例（书中未标明出处的案例），力图深入浅出地解读《劳动合同法》的相关法条，形象、直观地展现2008年1月1日《劳动合同法》施行之后，人力资源管理各环节应作出的调整，以避免因人力资源管理

前 言

的制度缺陷给企业事业单位用工带来高昂的成本，并面临不必要的法律风险，树立企业良好的社会形象。

本书适合企业事业单位负责人和人力资源管理人员学习《劳动合同法》的需要，也适用于企业事业单位员工参考。由于时间仓促，本书在编写过程中难免有所疏漏，不当之处，敬请指正。

编者

2007 年 7 月

目 录

第一章 《劳动合同法》概述	(1)
一、《劳动合同法》的立法宗旨	(2)
二、《劳动合同法》的适用范围	(7)
三、订立劳动合同的原则和效力	(13)
四、依法建立和完善劳动规章制度	(23)
五、建立健全劳动关系三方机制	(29)
六、工会在维护劳动者权益方面的作用	(33)
七、《劳动合同法》对企业人力资源管理的挑战	(36)
第二章 企业用工制度的风险与规避	(40)
一、事业单位用工制度	(41)
二、劳务派遣用工制度	(44)
三、非全日制用工制度	(80)
四、如何规避用工制度中的法律风险	(87)
第三章 选人：法律风险与规避	(90)
一、劳动关系从何时建立	(91)
二、用人单位招工时的告知义务和知情权	(93)
三、招工时不得要求劳动者提供担保	(97)
四、订立书面劳动合同	(99)
五、三种期限的劳动合同	(108)
六、劳动合同的内容	(119)

七、劳动合同的生效条件	(127)
八、如何约定试用期	(131)
九、如何处理无效劳动合同	(142)
十、企业如何有效规避选人过程中的法律风险	(153)
第四章 育人：法律风险与规避	(157)
一、用人单位如何订立培训协议、约定服务期和违约金	(158)
二、哪些情况下用人单位可以与劳动者约定违约金	(164)
三、用人单位可以与负有保密义务的员工约定保密事项	(165)
四、如何约定竞业限制条款	(174)
五、企业如何防范培训投资风险及核心员工流失的风险	(179)
第五章 用人：法律风险与规避	(181)
一、劳动合同双方应按约定全面履行各自的义务	(182)
二、用人单位拖欠工资，劳动者可申请支付令	(183)
三、用人单位不得强迫劳动者加班，加班应按规定支付 加班费	(185)
四、加强对劳动者生命安全和身体健康的保护	(187)
五、哪些变更不影响劳动合同的履行	(190)
六、用人单位合并或分立时，劳动合同应如何处理	(192)
七、如何变更劳动合同	(194)
八、用人单位如何有效规避用人过程中的法律风险	(196)
第六章 留人：法律风险与规避	(199)
一、工资制度及工资支付	(200)
二、最低工资制度	(210)
三、特殊情况下的工资支付	(214)

四、企业如何合理有效地执行社会保险制度	(223)
五、用人单位如何利用薪酬制度有效留住员工	(229)
第七章 裁人：法律风险与规避	(231)
一、双方协商一致解除合同	(232)
二、劳动者单方辞职	(233)
三、用人单位辞退或解雇员工	(239)
四、经济性裁员	(251)
五、用人单位解除合同的限制性规定	(256)
六、劳动合同的终止	(262)
七、支付经济补偿金的法定情形和数额规定	(267)
八、用人单位应依法为劳动者办理档案转移手续	(273)
九、企业擅自录用未解除劳动合同的员工应承担连带 赔偿责任	(274)
十、企业解除和终止劳动合同的法律风险与规避	(275)
第八章 企业如何处理集体合同关系	(277)
一、如何订立集体合同	(278)
二、劳动者可以与用人单位签订专项集体合同	(283)
三、县级以上区域可以签订行业性、区域性的集体合同	(285)
四、集体合同的生效程序及适用范围	(288)
五、集体合同标准的确定及法律约束力	(294)
六、工会有权监督企业集体合同的履行	(296)
七、企业如何避免集体合同引发的争议	(298)
附录 中华人民共和国劳动合同法	(299)

第一章 《劳动合同法》概述

目前,我国劳动就业领域存在一些特定的问题,比如劳动力市场供大于求,劳动者在择业、就业上处于被动地位,权益得不到有效保障,从而使得劳资关系处于不平衡的状态。这些问题反映到我们的社会生活中,就呈现为劳动关系的不稳定,这已经威胁到了和谐社会的有序、稳定发展。^①《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)力图解决这些问题,在调整用人单位和劳动者双方之间劳动关系的基础上,实现构建和谐稳定的劳动关系的目标。

《劳动合同法》的颁布对企业人力资源管理的规范性和用工规范化方面提出了新的要求,比如企业人力资源管理者需要对企业内相关制度,如企业规章制度、劳动合同的管理、激励薪酬的设计、绩效考核等进行审查,及时修正其不合法的地方,并提出应对措施,在合法的基础上开展工作,避免法律风险。如何应对新形势下的挑战,使企业得到长足的发展,是每个企业管理者和相关管理人员的责任和使命。本文将在分析《劳动合同法》法条的基础上,试图帮助企业寻求到合理应用法律、有效规避风险的方法。

^① 史贵生,傅智文.劳动合同法对人力资源管理的影响.中国劳动.2007,5

一、《劳动合同法》的立法宗旨

【案例】 2005 年发生了大连日资企业罢工事件，罢工波及了包括三菱、东芝、日新工机和旭染织毛巾等十几家日资企业，罢工人数达 3 万余人。

大罢工起因于日本东芝公司发生的罢工事件。大连劳动保障监察机构发现该公司有员工每月加班超过 36 个小时的现象，于是给东芝公司下达了“整改通知”。但东芝公司为了不降低产能，提高了生产线的速度，将每一个工作流程由 20 秒压缩为 14 秒。

“这下子，劳动时间缩短了，劳动强度却增加了”，员工们抱怨道。原先需要加班才能干完的活，现在压缩在正常工作时间内，他们无法按时完成，而且“取消”加班后，员工薪水降低。一些生产线很快出现产品积压情况，日方课长对此表示不满。于是，有员工表示，他们将以罢工抗议。

7 月 27 日，东芝公司一个生产马达的流水线停工，该车间数百名员工罢工，提出要涨工资。闻讯赶来的日本管理人员宣称，将解雇参与者，重新招聘人员。双方形成对峙。3 小时后，全厂停工。

罢工惊动了当地政府，大连市开发区管委会与总工会开始介入，协调双方被激化的矛盾。最后，日方妥协，同意每月增加工资 150 元，厂庆时每位员工奖励 1 000 元，工人复工。

东芝员工罢工加薪的成功先例，给了大连市开发区其他企业员工以启发。开发区共有外资企业 1 856 家，其中日资企业 529 家，这些企业厂房、宿舍相连，各企业员工之间经常互通“薪情”。东芝之后，陆续传出小型日资企业罢工要求加薪的消息。9 月初，罢工涨薪情绪波及佳能大连有限公司，一些员工开始怠工，有的进了车间也不工作，甚至不上生产线。

9月9日,佳能公司厂庆日,早晨8时,1600多名工人聚集到公司的体育馆前举行罢工。佳能罢工加薪的热情和坚持,引发了其他日资企业工人的强烈同情。9月12日,日本电产大连有限公司员工首先声援罢工,9000多人参加。一周内,罢工波及三菱、东芝、日新工机和旭染织毛巾等十几家日资企业,罢工人数达3万余人。^①

这就是轰动全国的2005年大连日资企业大罢工事件,劳资矛盾已经引起越来越多人的关注。针对劳动关系中存在的问题,《劳动合同法》开宗明义,第一条规定: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,构建和谐稳定的劳动关系,制定本法。本条明确了《劳动合同法》的立法宗旨。

(一) 完善劳动合同制度

完善劳动合同制度是本法的首要立法宗旨。劳动合同是社会主义市场经济体制下的正常劳动关系在法律上的表现形式,劳动关系契约化是我国劳动关系的基本特点之一。在计划经济体制下,我国遵行国家、企业和个人利益高度一致的理念,企业是国家行政部门的附属物,实行以固定工为主的用工制度和方式,国家对企业职工实行统包统配,即统一计划招收、统一分配安置就业、统一制定和调整工资分配、保险福利政策。劳动关系的建立受到国家计划经济和相关政策的严格制约,具有固定、单一、行政化的特点。20世纪80年代初,一些地区和企业开始对劳动、工资和社会保险制度改革探索,1986年国务院颁布《国营企业实行劳动合同制度暂行规定》,确定国有企业对新招职工实行劳动合同制。固定用工和合同用工两种制度开始在企业并存,老职工沿袭固定工制度,新招工人实

^① 引自:凤凰周刊,2005,34(总第203期)

行劳动合同制，劳动力市场配置机制和行政配置机制同时对劳动关系发生作用。1994 年颁布的《中华人民共和国劳动法》明确规定，“建立劳动关系应当订立劳动合同”，以基本法形式确立了我国现行的劳动合同制度。无论是国有、集体企业，还是私营、外资等其他性质的企业，建立劳动关系都必须通过签订劳动合同，基于劳动合同产生的新型劳动关系逐步取代了国有企业的终身就业关系，市场机制对劳动合同关系的运行逐渐起到支配作用，劳动关系也朝着适应市场经济要求的运行方向变革，呈现双方利益主体明晰，劳动关系形成合同化、运行市场化、规范法制化的总体趋势。劳动合同制度建立了劳动者自主择业、企业自主择优用人的双向选择机制，转换了企业用人机制，实现了企业人事管理由身份管理向岗位管理转变，由单纯行政管理向法制管理转变，变过去的“国家职工”为现在的“企业职工”，变过去的“固定用工”为现在的“合同用工”，从法律上根本改变了计划用工制度。《劳动法》实施 12 年来，劳动关系发展更加多元和复杂，经济全球化带来的竞争压力以及我国劳动力市场供求长期失衡状况，使得劳资双方的谈判、要价能力存在明显差别，劳动者对工作岗位和企业的依赖程度远高于企业对劳动者的依赖程度，导致有的企业用工不签合同、滥用试用期、滥用劳务派遣形式，合同短期化趋向突出，劳动者缺乏就业保障。^① 为了保护劳动者合法权益，规范用人单位与劳动者订立和履行劳动合同的行为，《劳动合同法》的首要目的就是完善劳动合同制度。

（二）明确劳动关系双方的权利和义务，保护劳动者的合法权益

劳动合同是明确双方权利和义务的协议，是维护双方合法权益

^① 程延园. 劳动合同法立法如何平衡劳动者与企业的权益. 法学杂志. 2007, 3

的根本保证，是劳动关系得以运行的依据，劳动者与用人单位的权利和义务是双方劳动关系的主要内容。双方当事人应享有什么样的权利、履行怎样的义务，必须借助于劳动合同予以明确，即通过签订劳动合同，一方面把法律赋予劳动合同当事人的抽象的法律上的权利具体化，另一方面也需要依据当事人双方的平等协商创设一些法律上未予以明定但将给予承认并保护的權利。其中法律规定劳动者享有的权利包括就业和选择职业的权利、取得劳动报酬的权利、休息休假的权利、获得劳动安全卫生保护的权利、接受职业技能培训的权利、享受社会保险和福利的权利、提请劳动争议处理的权利以及法律法规规定的其他权利；相对应的用人单位就要承担平等和择优录用劳动者的义务、支付劳动报酬的义务、保证劳动者休息休假的义务、提供劳动安全卫生保护的义务、提供职业技能培训的义务、提供社会保险和福利待遇的义务、配合劳动者解决劳动争议的义务等。法律规定劳动者负有完成劳动任务、提高职业技能、执行劳动安全卫生规程、遵守劳动纪律和职业道德的义务；用人单位就享有生产指挥的权利和督促劳动者提高职业技能、执行劳动安全规程、遵守劳动纪律和职业道德的权利，此外用人单位也享有提请劳动争议处理的权利。劳动合同当事人双方既是合同的权利主体，又是合同的义务主体，权利和义务具有不可分割的统一性。劳动合同的权利义务具有统一性和对应性，没有只享受劳动权利而不履行劳动义务的，也没有只履行劳动义务而不享受劳动权利的；一方的权利是另一方的义务，反之，一方的义务是另一方的权利。

在劳动关系中，用人单位因拥有用人自主权而处于优势地位，劳动者处于弱势地位，用人单位和劳动者双方表面上是平等的关系，但实际上是不平等的关系，即形式上的平等掩盖了事实上的不平等。现实中，由于这种不平等关系，劳动者权益受到侵害现象严重，如最低工资保障制度得不到全面执行、超时加班现象非常普遍、社会

保险覆盖面窄、统筹层次低等等，因此，把保护劳动者合法权益作为劳动合同法的立法宗旨，从立法上给劳动者以支持，纠正失衡的劳动关系，是构建和发展和谐稳定劳动关系的需要。

（三）发展和谐稳定的劳动关系

构建和谐稳定的劳动关系是《劳动合同法》的立法目标。劳动关系是市场经济条件下最基本、最重要的社会关系，劳动关系是否和谐稳定，直接关系到社会的和谐稳定与国家经济的发展。如果一个国家的劳动关系处于不稳定、不和谐状态，经常发生劳动争议、罢工等有害社会和谐的行为，其经济发展必然受到影响，整个社会就必然处于不稳定、不和谐的状态。世界各国劳动立法的一个重要目的是通过制定法律来协调劳动关系，实现用人单位与劳动者利益的平衡，以达到社会的稳定和谐。^①我国劳动关系从总体上看是比较和谐的，但同时也存在着诸多不和谐的现象，主要原因在于一些用人单位忽视劳动者的合法权益，规避法律义务。如现实中存在的不签订劳动合同，拒绝为劳动者缴纳社会保险费，不为劳动者提供安全保护的条件下，随意加班，不付加班费，任意辞退劳动者等，这一系列侵犯劳动者合法权益的行为，严重地影响了和谐稳定劳动关系的构建，增加了劳动争议的发生。因此在肯定用人单位合法利益的同时，侧重于保障处于相对弱势一方的劳动者的合法权益，维护双方之间力量的平衡，从而构建和发展和谐稳定的劳动关系，是劳动合同法立法的重要使命和任务。

《劳动合同法》的三项立法目的是层层递进的关系，“完善劳动合同制度”才能够“明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护

^① 郑功成主编. 中华人民共和国劳动合同法释义与案例分析. 北京：人民出版社，2007

劳动者的合法权益”，在劳动者处于劳动关系中相对弱势地位的社会现实下，通过“保护劳动者的合法权益”，达到“构建和发展和谐稳定的劳动关系”的目的。

二、《劳动合同法》的适用范围

《劳动合同法》第二条规定：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。国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照本法执行。本条明确了《劳动合同法》的适用范围。

《劳动合同法》的适用范围即劳动合同法的效力范围，也就是劳动合同法对哪些人适用，在哪些地域适用，前者称为《劳动合同法》对人的效力，后者称为《劳动合同法》的空间或地域效力。《劳动合同法》的空间效力即中华人民共和国境内的用人单位，包括企业、个体经济组织、民办非企业单位，只要是与劳动者建立劳动关系都受《劳动合同法》的调整。

根据《劳动法》第二条和 1995 年《劳动部关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》，《劳动法》的适用范围具体为：（1）各类企业和与之形成劳动关系的劳动者；（2）个体经济组织和与之形成劳动关系的劳动者；（3）国家机关、事业组织、社会团体实行劳动合同制度的以及按规定应实行劳动合同制度的工勤人员；（4）实行企业化管理的事业组织的人员；（5）其他通过劳动合同与国家机关、事业组织、社会团体建立劳动关系的劳动者。排除了公务员和比照实行公务员制度的事业组织和社会团体的工作人员，以及农村劳动者（乡镇企业职工和进城务工、经商的农民除外）、现

役军人和家庭保姆等。按照当时的设计，就是将劳动者分为两部分，一部分是公务员和参照公务员管理的人员，按照公务员法进行管理；一部分按照劳动法进行管理。随着市场经济的发展，劳动关系呈现多样化，劳动法的调整范围已不适用劳动关系客观发展的需要。因此，《劳动合同法》在《劳动法》的基础上，扩大了适用范围。即增加了民办非企业单位等组织作为用人单位，并且将事业单位聘用制工作人员也纳入本法调整。

根据《劳动合同法》第二条的规定，《劳动合同法》对人的适用范围可以从两方面来把握：

（一）《劳动合同法》适用于用人单位与劳动者之间形成的劳动关系

1. 《劳动合同法》调整用人单位和劳动者之间建立的劳动关系

劳动关系是指劳动者与用人单位在劳动过程中发生的，以劳动和劳动报酬给付为主要内容的社会关系。这种社会关系具有以下特点：

（1）劳动关系是用人单位和劳动者在劳动过程中产生的社会关系，与劳动有着直接的联系。其中一方主体是劳动者即具有劳动权利能力和劳动行为能力，依法参加劳动关系的自然人；另一方主体是用人单位，包括企业、个体经济组织、民办非企业单位以及国家机关、事业单位、社会团体等。

（2）劳动关系双方具有平等性和隶属性。在劳动关系建立前，劳动者与用人单位是平等的主体，双方是否建立劳动关系以及建立劳动关系的条件由其按照平等自愿、协商一致的原则依法确立。劳动关系建立后，劳动者就被作为用人单位的一员而纳入用人单位的管理范围，就负有遵守用人单位规章制度，完成用人单位布置的生产或工作任务的义务。用人单位负有对生产的组织、指挥、协调和

监督职责，劳动者必须接受用人单位的组织指挥，这时劳动者和用人单位之间的劳动关系具有指挥与服从的隶属性。

(3) 劳动关系是兼具财产性和人身性的社会关系。一方面，劳动力存在于劳动者肌体内不能须臾分离，劳动者向用人单位提供劳动力时，就将其人身在一定限度内交给了用人单位，劳动力的支付过程也就是劳动者生命实现过程，因此就具有人身依附性；另一方面，劳动是人们谋生的手段，人们通过劳动来换取生活资料，因此，劳动关系也必然体现为劳动力的让渡与劳动报酬的交换关系。

(4) 劳动关系具有国家意志主导、当事人意志为主体的属性。劳动关系是按照劳动法律规范规定和劳动合同约定形式形成的，既体现了国家意志，又体现了双方当事人的共同意志。劳动关系具有较强的国家干预性。因此劳动关系的产生、变更和终止，以及双方当事人在劳动过程中的权利、义务以及劳动条件等都应该按照劳动法律、法规处理。

《劳动合同法》特定主体中的用人单位包括中华人民共和国境内的企业、个体经济组织和民办非企业单位。

企业，是指从事产品生产、流通或服务性活动等实行独立核算的经济单位，包括法人企业和非法人企业，国有企业和非国有企业，内资企业和涉外企业，本国企业和外国企业。

个体经济组织，是指雇工在7人以下的个体工商户。一般而言，个体经济组织包括两种，一种为具有法人资格的私营企业，另一种为不具有法人资格但经工商管理部门登记注册的个体工商户。前一种经济组织已经涵盖在我国境内的企业中，理所当然地受本法调整。后一种经济组织即个体工商户。

民办非企业单位，是指企业事业单位、社会团体和其他社会力量以及公民个人利用非国有资产举办的，从事非营利性社会服务活动的社会组织。