



以案说法 实务点评 指导实践

《中华人民共和国劳动合同法》 操作实务

中国劳动关系学院 张喜亮/著

中国工人出版社

D922.52/26

2007

《中华人民共和国劳动合同法》 操作实务

张喜亮 著

中国工人出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

《中华人民共和国劳动合同法》操作实务 / 张喜亮著. —北京: 中国工人出版社, 2007. 7

ISBN 978 - 7 - 5008 - 3902 - 6

I. 中… II. 张… III. 劳动合同法—案例—中国 IV. D922. 525

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 101957 号

出版发行: 中国工人出版社

地 址: 北京鼓楼外大街 45 号

邮 编: 100011

电 话: (010)62350006(总编室) (010)82075935(编辑室)

发行热线: (010)62033018 82081553(传真)

网 址: <http://www.wp-china.com>

经 销: 新华书店

印 刷: 中国纺织出版社印刷厂

版 次: 2007 年 7 月第 1 版 2007 年 7 月第 1 次印刷

开 本: 850 毫米 × 1168 毫米 1/32

字 数: 120 千字

印 张: 6.375

定 价: 15.00 元

版权所有 侵权必究

印装错误可随时退换

目 录

第一章 劳动合同的订立、履行与变更	(1)
一、劳动合同主体	(2)
1. 劳动合同主体概说	(2)
2. 劳动合同的主体之一——劳动者	(2)
3. 劳动合同主体之一——用人单位	(3)
4. 劳动合同主体——劳动者和用人单位之间的 关系	(5)
二、订立劳动合同的原则	(9)
1. 合法原则	(10)
2. 平等自愿原则	(11)
3. 公平原则	(13)
4. 协商一致原则	(13)
5. 诚实信用原则	(14)
三、订立劳动合同的程序	(17)
1. 订立劳动合同的步骤	(18)
2. 订立劳动合同的禁止规定	(19)
四、订立劳动合同的其他问题	(20)
1. 厂长、经理签订劳动合同问题	(20)
2. 企业工会主席订立劳动合同的问题	(20)

3. 既有的劳动者续订劳动合同的问题	(21)
4. 已与用人单位建立劳动关系但未与用人 单位签订劳动合同的补救问题	(21)
五、劳动合同期限	(22)
1. 固定期限劳动合同	(23)
2. 无固定期限劳动合同	(23)
3. 以完成一定工作任务为期限的劳动合同	(28)
六、劳动合同的内容	(29)
1. 劳动合同的必备条款	(29)
2. 劳动合同的约定条款	(30)
3. 关于劳动合同内容的若干特别规定	(38)
七、劳动合同无效要件及认定	(44)
1. 劳动合同无效要件	(44)
2. 劳动合同无效的确认	(46)
八、劳动合同的履行	(47)
1. 劳动合同履行的意义	(47)
2. 《劳动合同法》关于劳动合同履行的 规定	(47)
九、劳动合同的变更	(48)
1. 劳动合同变更概述	(48)
2. 劳动合同变更的程序	(48)
十、《劳动合同法》实施后的若干问题应对	(49)
1. 劳务派遣单位与劳务派遣工的劳动合同 问题	(49)
2. 被动签订劳动合同的问题	(52)
3. 农民工的劳动合同问题	(53)
4. 劳动合同试用期问题	(56)

5. 变动劳动者工作岗位问题	(58)
6. 劳动合同中止问题	(59)
7. 非全日制用工问题	(63)
第二章 劳动合同的解除和终止	(65)
一、劳动合同的解除	(65)
1. 劳动合同解除概述	(65)
2. 解除劳动合同的情形	(65)
二、劳动者与用人单位协商解除劳动合同	(66)
1. 劳动者依法单方解除劳动合同	(67)
2. 特定的法律事实出现劳动者单方解除 劳动合同	(70)
三、用人单位单方解除劳动合同	(75)
1. 劳动者有过错用人单位可以解除劳动合同	(75)
2. 用人单位履行法定程序单方解除劳动合同	(81)
3. 用人单位经济裁员解除与部分职工的 劳动合同	(84)
4. 用人单位不得解除劳动合同的情形	(86)
四、劳动合同的终止	(90)
1. 劳动合同终止概述	(90)
2. 劳动合同终止参考文本	(91)
五、解除或终止劳动合同的经济补偿	(92)
1. 支付经济补偿金的情况	(92)
2. 《劳动合同法》规定的具体情形	(92)

六、有关社会保险等问题	(94)
1. 社会保险概述	(94)
2. 社会保险制度管理的改革	(94)
第三章 集体合同	(96)
一、集体合同制度基本知识	(96)
1. 平等协商的概念	(96)
2. 集体合同的概念	(97)
3. 关于集体合同的法律、法规、规章	(98)
二、签订集体合同的步骤	(98)
1. 提出签订集体合同的动议	(99)
2. 组成集体协商的代表团	(99)
3. 集体协商前的准备	(101)
4. 集体协商谈判	(103)
5. 集体合同生效	(104)
三、专项集体合同和区域性行业性集体合同	(107)
1. 专项集体合同	(107)
2. 区域性行业性集体协商和集体合同	(108)
四、集体合同制度应注意的问题	(111)
1. 实行集体合同制度的目的	(111)
2. 实行集体合同制度的条件	(112)
3. 工会在集体合同中的角色	(113)
4. 集体合同与劳动合同的关系	(115)
第四章 劳动合同制度的监督检查	(126)
一、劳动行政部门的监督检查	(126)
1. 劳动行政部门监督检查的含义和权限	(126)

2. 对劳动合同制度实施的监督检查范围	(128)
3. 劳动监督检查的程序	(130)
二、其他监督检查	(131)
1. 工会组织的监督检查	(132)
2. 政府其他行政部门的监督检查	(133)
3. 群众监督	(133)
 第五章 法律责任	(136)
一、违反《劳动合同法》的法律责任概述	(136)
1. 违反《劳动合同法》的法律责任的含义和 特点	(136)
2. 承担违反《劳动合同法》的法律责任的 必备条件	(137)
3. 承担违反《劳动合同法》的法律责任 形式	(138)
二、用人单位的法律责任	(140)
1. 用人单位的法律责任的特征	(140)
2. 用人单位违反《劳动合同法》应承担的 法律责任	(141)
三、其他劳动合同法主体的法律责任	(150)
1. 劳动者的法律责任	(150)
2. 劳务派遣单位违反《劳动合同法》的 法律责任	(153)
3. 行政部门及其工作人员违法的法律责任	(155)

第六章 工会在贯彻执行《劳动合同法》中的

- 若干工作 (157)
 - 一、工会指导和帮助职工签订劳动合同 (157)
 - 1. 用人单位签订劳动合同经常出现的一些问题 (157)
 - 2. 工会做好指导和帮助劳动者签订劳动合同的工作 (158)
 - 二、工会代表职工与用人单位签订集体合同 (159)
 - 1. 关于工会代表职工签订集体合同的法律依据 (159)
 - 2. 工会要发挥好其在集体合同制度中的作用 (159)
 - 三、工会保护职工劳动权益的工作 (160)
 - 1. 制止滥用行政权力处分、处理职工的行为 (160)
 - 2. 制止违法解除职工劳动合同的行为 (161)
 - 四、工会维护基本劳权、依法调查监督企业 (162)
 - 1. 保护职工基本劳动权益免受侵害之权 (162)
 - 2. 依法调查监督企业 (163)
 - 五、工会通过劳动法律监督维护职工权益 (164)
 - 1. 工会劳动法律监督的范围 (164)
 - 2. 建立完善的工会劳动法律监督机制 (164)
 - 六、工会参与劳动争议处理 (165)
 - 1. 工会参与劳动争议处理工作的原则 (165)
 - 2. 工会代表职工参与劳动争议协商活动 (166)
 - 3. 工会参与劳动争议调解工作 (166)
 - 4. 工会参与劳动争议仲裁工作 (167)

5. 工会接受委托代理职工参与劳动争议诉讼 活动	(168)
6. 工会参与集体劳动争议和集体合同争议 处理工作	(168)
七、工会为职工维权提供法律服务	(169)
1. 工会为劳动争议当事人职工方提供法律 服务的依据	(169)
2. 工会为劳动争议当事人职工方提供法律 服务的形式	(170)
 中华人民共和国劳动合同法	 (172)
 后 记	 (193)

第一章 劳动合同的订立、履行与变更

所谓劳动合同，也被称为劳动契约，是指劳动者与用人单位依照法律的规定在平等自愿、协商一致的基础上，为建立劳动关系，明确双方的劳动法律权利和义务而签订的书面协议。

1995年1月1日，作为全面调整我国劳动关系的《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》）开始实施。《劳动法》确立了我国的基本劳动制度，劳动合同制度是其中比较重要的一项。《劳动法》第十六条规定：“劳动合同是劳动者与用人单位建立劳动关系、明确双方权利和义务的协议。建立劳动关系应当订立劳动合同。”这一规定首先确立了我国与社会主义市场经济体制相适应的劳动用工制度的基本形式，即当事人双方必须订立劳动合同。

2007年6月29日，第十届全国人大常委会第二十八次会议通过了《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》），进一步明确了以劳动合同作为确立劳动关系的基本形式。这是法律赋予劳动者实现劳动权利、维护自身合法权益的途径，也是用人单位提高经济效益、预防和减少劳动争议发生的有效手段。《劳动合同法》的实施，对于完善我国的劳动合同制度，构建社会主义和谐劳动关系，发展社会生产力都具有极大的意义。

一、劳动合同主体

1. 劳动合同主体概说

劳动合同的主体，即劳动法律关系当事人，具体说来就是指“劳动者”和“用人单位”。

与其他合同相比较，劳动合同的主体是由法律规定的，具有特定性：一方是劳动者；一方是用人单位。劳动者是用人单位的职工或雇员，而用人单位是劳动者的管理者或雇主，彼此间都要具备法律规定的劳动合同主体条件，才能签订劳动合同。不具有法定资格的公民与不具有用工权的组织和个人都不能签订劳动合同。

《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（以下简称用人单位）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。”第九十六条规定：“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。”这些规定不仅明确了我国《劳动合同法》的适用范围，同时也规定了劳动合同主体的表现形式。

2. 劳动合同的主体之一——劳动者

按照《劳动合同法》第二条的规定，劳动合同主体之一的劳动者包括：与中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位建立劳动关系的劳动者；与国家机关、事业单位、

社会团体建立劳动关系的劳动者。

从劳动合同主体的一方劳动者来说，这个劳动者不是社会学意义上一般的劳动者，而是劳动法律意义上的劳动者。社会学意义上的劳动者是指认识自然和改造自然的人，这样的人自其出生就是劳动者了。而我们所说的劳动合同主体的劳动者，是特指那些具有劳动权利能力和劳动行为能力的公民。

公民的劳动权利能力，是指劳动法律承认的、能够依法享受劳动权利和承担劳动义务的能力和资格。公民的劳动行为能力，即指公民以自己的劳动行为从事有偿劳动并获取报酬的能力。一般来说，我国规定劳动者年满十六周岁方可以取得劳动权利能力和劳动行为能力。《劳动法》第十五条规定：“禁止用人单位招用未满十六周岁的未成年人。”这就是我国公民取得劳动权利能力和劳动行为能力的法定资格。当然也有特殊情况，《劳动法》第十五条第二款又规定：“文艺、体育和特种工艺单位招用未满十六周岁的未成年人，必须依照国家有关规定，履行审批手续，并保障其接受义务教育的权利。”从这一款的规定我们可以知道，用人单位招用未满十六周岁的公民成为劳动者，只能在特殊行业或工种的用人单位，并需要严格履行国家规定的审批手续，且保障其享受国家规定的义务教育。

特别提示

劳动者作为劳动关系的当事人，即劳动合同的主体，一定是劳动权利能力和劳动行为能力同时具备了，方可以建立劳动关系，依法签订劳动合同。

3. 劳动合同主体之一——用人单位

劳动合同主体的另一方是用人单位。从我国的法律上看，所谓用人单位，即法律允许招用和使用劳动力的组织。这些组织包

括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；还包括国家机关、事业单位、社会团体。

《劳动合同法》与《劳动法》相比，在用人单位的范围上有所扩大，新增加了“民办非企业单位”。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。包括各类民办院校、科研院所等。

一般来说，用人单位应当是具备法人资格的经济组织和社会组织。但在现实中，由于我国社会情况的复杂，正处于社会转型时期，法律制度也有某些特殊性，所以有很多的经济组织并不具备法人资格，如某些私营企业、个体工商户等等。这些不具备法人资格的组织在法律上是属于“自然人”的范畴，他们按照我国劳动法律法规和劳动政策的规定也是可以招用和使用劳动力从事社会生产活动的。但要明确，无论这些经济组织是不是具有法人资格，当其招用和使用劳动力的时候，即与劳动者建立劳动关系签订劳动合同时，必须具备法律规定的用工权利能力和行为能力。

用人单位的招工、用工的权利能力和行为能力取得的方式大体上有两种：

第一，依法注册登记，取得营业执照的同时具备了用工的权利能力，该单位办理劳动法律法规和劳动政策规定的相应手续方能取得招工、用工的行为能力。

第二，用人单位取得用工权利能力和行为能力的另外一种情况就是，该单位的上级部门具有合法的用工权利能力和行为能力，上级部门法定代表人依法授权该单位招工、用工。那么，这个下级单位之招工、用工的行为也是合法的。但值得注意的是，该单位的招工、用工行为违反法律法规和劳动政策所产生的法律

后果，具有合法用工权的上级单位将承担相应的法律责任。

特别提示

那些不具有用工权利能力和行为能力的经济组织或社会组织，不能建立合法的劳动关系，所签订的劳动合同也是无效劳动合同。无效劳动合同是不受劳动法律法规和劳动政策保护的，尤其是这些组织的利益是不受保护的；相反，还要追究其签订无效劳动合同给劳动者造成损失的经济责任。《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。”

4. 劳动合同主体——劳动者和用人单位之间的关系

劳动关系的主体劳动者和用人单位的关系，从法律地位来说，是一种平等的关系。劳动者是劳动力的所有者，劳动者有权出让自己劳动力的使用权，也可以收回自己劳动力。用人单位是劳动力的使用者，用人单位可以有偿使用劳动力，也有权拒绝使用劳动力。劳动合同正是这样一种契约，即在劳动力的出让和劳动力的使用过程中，通过劳动合同加以规范，使之得以和谐地进行。因此，《劳动合同法》开宗明义地指出：“为了完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利义务，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。”“订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。依法订立的劳动合同具有约束力，用人单位与劳动者应当履行劳动合同约定的义务。”这些规定表明，虽然劳动合同签订从事生产工作后，劳动者一方承担着严格执行用人单位规章

制度义务，处于被管理的地位，但并不代表劳动合同中用人单位的主体地位高于劳动者。相反，《劳动合同法》的立法主旨，就在于以国家强制力通过劳动合同这样的契约形式，实现劳动者和用人单位平等的法律地位，保障劳动力的出让和劳动力使用的行为能够处于一种公平、和谐的状态。

〔以案说法〕谁是这起争议的真正主体？

【案情简介】内蒙某建筑总公司下属有十几家分公司。由于近年来市场竞争激烈，建筑总公司从便于企业管理成本核算的角度考虑，将全部的经营管理权力下放给了分公司。建筑总公司负责招揽工程，分公司根据要求负责施工。某分公司按照建筑总公司的要求组织施工某公路建设，由原来熟悉的包工头从不同的渠道从农村招用民工数百人。

建筑总公司把招工权、资金使用权、施工管理权等全部下放分公司。建筑总公司和分公司都签订了相应的协议。协议明确约定：建筑总公司把权力下放给分公司，分公司承担一切相应的责任。建筑总公司按照协议的约定，在开工前将资金等全部拨付分公司，分公司按照发包方的要求如期完成了修路工程。

然而，分公司在完成工程以后，数百人的民工却没有按照当初的约定获得劳动报酬。这些民工找分公司理论，分公司坦言：所有的钱都给包工头了，属于谁招用的就向那个包工头要钱，分公司不管直接支付工钱。这些包工头是否真的拿到了钱，不得而知。有的包工头说分公司只支付了一部分，有些包工头说根本没支付。无论说支付的还是说没有支付的，全无半点书面凭证，甚至还有有的包工头不知去向。于是，包括一部分包工头在内的民工们便向劳动争议仲裁委员会提请劳动争议仲裁。

劳动争议仲裁委员会依法受理此案，裁决建筑总公司承担支

付民工工资的一切责任。

建筑总公司不服劳动争议仲裁委员会的裁决，提起诉讼。不服裁决的理由是：建筑总公司与分公司有协议在先，一切资金费用包括民工工资全部拨给了分公司，对此分公司没有异议。因此劳动争议仲裁委员会裁决建筑总公司承担责任不当。

法院一审判决维持劳动争议仲裁委员会的裁决。建筑总公司以与民工没有劳动关系，劳动合同主体是分公司和民工为由，不服一审判决提起上诉。法院二审判决，建筑总公司败诉，承担支付民工劳动报酬的一切责任。

【案例评析】就劳动关系和劳动合同的形式而言，建筑总公司确实与民工们没有直接的劳动关系，也没有签订劳动合同。事实上，建筑总公司已将包括民工工资的全部款项拨交给了分公司。由此看来，建筑总公司似乎不应当承担支付民工工资的责任，相应的责任应当由分公司承担。而分公司认为，建筑总公司确实将包括民工工资在内的款项拨付给了分公司，但分公司与包工头有协议，分公司按照协议将民工的劳动报酬支付给了包工头，这一切责任应当由包工头承担。所以民工应当起诉的是包工头而不是分公司和建筑总公司。

从劳动法律的角度分析，包工头是个人的行为，他不具备招工用工的权利能力和行为能力，他只能以其信誉推荐民工。那么，分公司应当是具有招工、用工权利能力和行为能力的，因为建筑总公司实际上是授权给分公司招工、用工。从理论上说，分公司并非是独立法人单位，所以，分公司也没有用工的权利能力和行为能力，但因为分公司和建筑总公司有内部协议，分公司通过上级法人单位的授权便取得了用工的权利能力和行为能力，所以，分公司和民工签订的劳动合同是有效的。由此说来，拖欠民工的一切责任理应由分公司承担。