

劳动

2007

劳动合同
实用指南

合同法

Labor Contract Law

您逐鹿职场的利剑

石先广 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

劳动合同法

您逐鹿职场的利剑

石先广 著

2007

劳动合同
实用指南



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

劳动合同法:您逐鹿职场的利剑 / 石先广著. —北京:
法律出版社, 2007. 7

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7526 - 3

I. 劳… II. 石… III. 劳动合同法—研究—中国
IV. D922.524

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 101351 号

©法律出版社·中国

责任编辑/柯 恒	装帧设计/乔智炜
出版/法律出版社	编辑统筹/大众法律出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京中科印刷有限公司	责任印制/陶 松
开本/A5	印张/8.5 字数/195 千
版本/2007 年 7 月第 1 版	印次/2007 年 7 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	苏州公司/0512 - 65193110
书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 7526 - 3	定价: 18.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前言

备受争议和关注、历经四审，牵动了几乎所有中国劳动者、人事经理神经的《劳动合同法》在各方的期待中终于出台了，这是关系着每一位劳动者的一件大事。广大劳动者对这部法律关注颇多、期盼良多。据悉，草案公布后的一个月内收集到的 19 万余条的意见中，65% 是劳动者提的，这充分说明了劳动者对这部法律的期待、对自己权益的关心和维权意识的增强。

不可否认的是，在现实的职场中，没有劳动合同、欠薪、不缴纳社保、随意辞退等等，不仅仅困扰着广大农民工，而且也笼罩着白领阶层。“干的比驴累，起的比鸡早，下班比小姐晚，装的比孙子乖，看上去比谁都好，五年后比谁都老。”这是某世界 500 强公司一位中国员工的生活自述。笔者每天都接到为数不少的劳动者或通过电话咨询或通过电子邮件或在线咨询劳动维权事宜，对劳动者维权之路的艰辛深有体会。可喜的是，新法对现实中这些侵犯劳动者权益的种种现象给予了回应，制定了相应的制度，创设了相应的机制，如为书面劳动合同的订立设定了时间表、对试用期的设定进行了严格限制、为改变劳动合同短期化规定了劳动合同期限届满也需支付经济补偿金、为整治欠薪的顽疾加大了惩罚力度、增加了违法辞退的成本等等。新法的诸多措施都是有针对性地并且是可操作性的。

如何运用新法来维护您的劳动权益，是新法实施后劳动者极为关心的问题。您所关心的，其实也是我们所关注的。为了帮助您及时、深度把握《劳动合同法》的内容，笔者围绕新法的规定，结合作

实际和案例,采用专题讲解的形式,将《劳动合同法》的重点内容一一为您精彩呈现。同时,本书在编写过程中力求语言生动活泼、通俗易懂,使您能轻松获得运用新法维护自身权益的技巧。

我们期待《劳动合同法》能成为劳动者逐鹿职场的利剑;我们希望本书能带您走进《劳动合同法》,成为您了解新法、维护自身权益的好帮手!

我们力争为您提供最好的服务,但因时间紧迫,书中的疏漏和不足在所难免,敬请广大读者批评、谅解。如果您在阅读过程中有疑问或对《劳动合同法》的适用有困惑,您可以登陆 <http://www.law-top.com.cn> 或 <http://sxglawroom.bokee.net> 与我们进行在线交流或将问题发送至 sxg897@gmail.com,我们将竭诚为您答疑解惑。

石先广

2007年7月于上海

CONTENTS

目 录

前言	1
----	---

 I 关乎您的职场生涯 ——律师带您走进《劳动合同法》	1
--	---

▶▶ 1《劳动合同法》出台背景	1
▶▶ 2 激烈博弈下的《劳动合同法》	2
▶▶ 3《劳动合同法》的适用范围	4

 2 做好签订劳动合同的准备 ——律师帮您防患未然	7
---	---

▶▶ 1 充分行使您的知情权	7
▶▶ 2 交出您的底细	10
▶▶ 3 警惕押金、保证金骗局	12
▶▶ 4 预防劳动合同的效力风险	14



3 别不把签订劳动合同当回事

——**律师为您详解合同条款**

20

- ▶▶ | 1 劳动合同
——您维权的“利剑” 20
- ▶▶ | 2 必备条款一个都不能少 23
- ▶▶ | 3 约定自治条款可选择使用 38
- ▶▶ | 4 签订劳动合同时应注意什么 39



4 识别试用期的猫腻

——**律师借您一双慧眼**

41

- ▶▶ | 1 试用期不签订劳动合同 41
- ▶▶ | 2 将试用期从劳动合同期限中剥离出来 42
- ▶▶ | 3 试用期内不为劳动者上社保 43
- ▶▶ | 4 将试用期视为廉价期 44
- ▶▶ | 5 随意延长试用期 45
- ▶▶ | 6 续签劳动合同时再次设定试用期 46
- ▶▶ | 7 对于试用期辞职的员工要求赔偿损失 48
- ▶▶ | 8 试用期内随便辞退劳动者 49
- ▶▶ | 9 违法试用要赔偿 50

5 摆脱服务期、竞业限制与违约金的紧箍咒 51 ——**律师为您传经授宝**

- ▶▶ | 1 自由择业权 VS 服务期 51
- ▶▶ | 2 自由择业权 VS 竞业限制 54
- ▶▶ | 3 自由择业权 VS 违约金 59

6 谨防落入劳动合同履行和变更的陷阱 62 ——**律师为您支招**

- ▶▶ | 1 劳动合同履行要善始善终 62
——诚实信用
- ▶▶ | 2 劳动合同变更万变不离其宗 64
——协商一致

7 从容应对辞退 69 ——**律师教您临危不惧**

- ▶▶ | 1 协商解除劳动合同时不要打头阵 69
- ▶▶ | 2 有过失时面对辞退也不能做沉默的羔羊 69
- ▶▶ | 3 没过失时面对辞退要永不言弃 74
- ▶▶ | 4 裁员时面对辞退要竭力自保 79
- ▶▶ | 5 要将不能辞退的状态保持好 84
- ▶▶ | 6 违法辞退可要求赔偿 89

▶▶ 7 让人走就得让人顺顺利利地走	89
----------------------	----

8 跳还是不跳 **——律师帮您审时度势** 94

▶▶ 1 提前通知辞职的,不要说走就走	94
▶▶ 2 随时通知辞职的,说走就走	95
▶▶ 3 无须通知辞职的,想走就走	97
▶▶ 4 辞职时需要注意什么	97
▶▶ 5 风度辞职五步走	99
▶▶ 6 辞职时三大雷区不可踩	101

9 把握劳动合同终止的新变化 **——律师为劳动者解析新规则** 104

▶▶ 1 劳动合同终止的情形	104
▶▶ 2 逾期终止的新规定	107
▶▶ 3 终止也要支付经济补偿金	109

10 拨开经济补偿金的迷雾 **——律师为您指点迷津** 111

▶▶ 1 明确支付情形	111
▶▶ 2 双倍经济补偿金标准支付情形	114

▶▶ 3 经济补偿金的计算方法	116
▶▶ 4 计算经济补偿金的工资和工作年限	117
▶▶ 5 拒不支付经济补偿金的,可要求赔偿	120
▶▶ 6 不要忽略个人所得税	121



11 盯紧您的薪水

——律师帮您出谋划策

123

▶▶ 1 隐性欠薪面面观	123
▶▶ 2 如何保护自己的薪水	128
▶▶ 3 讨薪要走捷径	130



12 挣脱不合法规章制度的束缚

——律师为您降压减负

135

▶▶ 1 不要被狐假虎威的规章制度所震慑	135
▶▶ 2 不合法者无效	136
▶▶ 3 不合理者无效	138
▶▶ 4 与劳动合同相冲突者无效	139
▶▶ 5 未经过平等协商程序者无效	141
▶▶ 6 未公示或告知者无效	143
▶▶ 7 造成损害的可要赔偿	144

 13 消除劳务派遣“一仆二主”的烦恼 145
——**律师为您排忧解难**

- ▶▶ | 1 劳务派遣三角关系 145
——剪不断、理还乱
- ▶▶ | 2 成也劳务派遣,败也劳务派遣 147
- ▶▶ | 3 劳务派遣中如何保护自己的权益 149

 14 集体合同知多少 156
——**律师带您认知集体合同**

- ▶▶ | 1 集体合同面面观 156
- ▶▶ | 2 集体合同与劳动合同的关系要辨清 161
- ▶▶ | 3 集体合同与劳动合同、企业规章制度的效力 164
- ▶▶ | 4 集体合同争议的解决 165

 15 多请工会为您撑腰 167
——**律师带您感知工会力量**

- ▶▶ | 1 感知工会力量 167
- ▶▶ | 2 工会 168
——构建和谐劳动关系不可或缺的角色
- ▶▶ | 3 工会被寄予厚望 169

16 将劳动维权进行到底 173 **——律师带您走出劳动争议的困境**

- ▶▶ | 1 明确劳动争议的范围 173
- ▶▶ | 2 灵活选择维权途径 178
- ▶▶ | 3 劳动维权谨记“三不要” 188

17 《劳动合同法》与《劳动法》及相关配套 197 **法规解释对比表**

附录	221
▶▶ 1 中华人民共和国劳动合同法	221
▶▶ 2 中华人民共和国劳动法	238
▶▶ 3 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	252
▶▶ 4 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(二)	256



关乎您的职场生涯——律师 带您走进《劳动合同法》

律师提示:备受关注的《劳动合同法》终于出台了,它是涉及确认劳动关系、维护劳动者基本权益的一部重要法律。这部被喻为劳动者维权“利剑”的法律颁布实施之后将对您的职场生涯产生什么样的影响?新法的出台又将为您带来哪些福音呢?作为劳动者的您不仅需要关注它,而且还需要熟练掌握并灵活运用它为您的职场生涯保驾护航。

▶▶ | 1《劳动合同法》出台背景

劳动关系是现代社会最基础的经济关系,劳动关系主要地表现为劳动合同关系。为调整、规范劳动关系,1994年7月,全国人大常委会通过了《中华人民共和国劳动法》(以下简称《劳动法》),从劳动合同的定义到劳动合同的解除、终止以及法律责任都作出了相应的规定,此后国务院的劳动行政法规、劳动部的有关规章、相关司法解释等对劳动合同制度也有多方面的规定;为落实劳动法,各地相继出台了相关劳动合同管理规定或劳动合同条例。这些法律法规对于保护劳动者的合法权益、促进计划经济向市场经济转变、发展生产力起了重大的作用。

但是,《劳动法》是关于劳动和劳动者的一个基本法律,不可能在劳动法中把劳动合同制度规定得非常具体。《劳动法》中一共只

有 20 条和劳动合同有关的内容,前面是 17 条,后面有 3 条法律责任,这 20 条远远不能满足我国建立、健全劳动合同制度的需要。尽管自《劳动法》颁布以后,国家又出台了一系列与《劳动法》相配套的法律、法规、规章和其他规范性文件。但是,这些规定依然存在着落后于实践的发展,操作性不强的问题,导致劳动者合法权益受到侵害的情况越来越多。目前,劳动合同制度实施过程中主要存在以下几大问题:一是一些用人单位为规避对劳动者的义务,不订立书面劳动合同,甚至不承认与劳动者已经存在的事实劳动关系。二是劳动合同短期化趋势明显,影响了劳动关系的和谐稳定。三是有的用人单位滥用试用期,严重侵害劳动者的合法权益。四是有的用人单位随意设立违约金,限制了劳动者的择业自由和劳动力的合理流动。五是有的用人单位为规避法定义务,滥用“劳务派遣”用工形式。这些问题亟须要法律对此做出回应。

此外,在劳动合同立法方面也存在着中央立法薄弱、地方立法繁荣的局面。这种情况,导致我国劳动合同的法律法规在结构的严密、前后照应、和谐一致等立法技术方面存在诸多问题,且也不利于在全社会的范围内优化配置劳动力资源。所有问题说明在法律层面上亟需完善劳动合同立法。

所以近几年国务院有关部门和法学界都普遍反映要尽快制定专门的劳动合同法,以健全和完善我国的劳动用工制度。因此,《劳动合同法》的出台,反映了广大劳动者的心声和政府依法保护劳动者权益的信心和决心。

▶▶ | 2 激烈博弈下的《劳动合同法》

2005 年 2 月 18 日,全国人大常委会宣布《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)列入 2005 年立法计划。2005 年



10月28日,国务院常务会议讨论并原则通过《劳动合同法(草案)》。2005年12月24日,《劳动合同法(草案)》首次提请十届全国人大常委会第十九次会议审议。2006年3月20日,全国人大常委会宣布向社会全文公布《劳动合同法(草案)》,广泛征求意见。在短短一个月时间里,全国人大常委会有关方面共收到各地群众对这部法律草案的意见191,849件。这一数字创下了全国人大立法史上的新纪录。这个数字在新中国立法史中位列第二,排名第一的是新中国第一部宪法“五四宪法”。劳动合同立法也因此被评为2006年中国民主法治进程上的十个足印之一,成为全民参与立法的典范。

191,849件意见的背后,是一场利益集团的博弈过程。劳动者为了自己的利益是奔走呼号,据统计这些意见80%是来自基层;欧盟商会和上海美国商会也纷纷上书人大常委会;专家学者也为自己的利益集团摇旗呐喊,各方博弈过程中掀起的最大一场风波是“撤资风波”。据《21世纪经济报道》的描述,2006年4月23日,在上海《劳动合同法(草案)》研讨会上,时近中午,上海跨国企业人力资源协会的代表徐某(加拿大籍)要求发言,徐这样表述:“如果实施这样的法律,我们将撤资。”该协会代表54家企业,拥有26万职工。《21世纪经济报道》称,“此语一出,会场一片哗然”。据报道一名与会代表当即站起来,反驳她是在“要挟”——是以外商投资为条件,要挟我国维持劳动力低水平保护。一时间,会场内纷纷交头接耳,议论不止。

在此后的日子里,劳资双方及其代言人、相关部门及其代言人均在积极活动,各自继续在本集团利益的最大化而持续交锋,而且第二次、第三次审议稿等都吸引了各方的眼球。

实际上,忙碌的、争论的不仅仅是在劳资双方以及专家学者之间,为了充分吸取近20万件有关劳动合同法草案的立法建议,全国人大法律委员会组成人员就如何完善劳动合同法草案的条款进行

热烈争论,他们也不得加班加点。劳动合同立法关系亿万劳动者的切身利益,国家最高立法机关积极回应普通百姓的关切,正是为了“构建和发展和谐稳定的劳动关系”,更好地“保护劳动者的合法权益”。

▶▶ | 3《劳动合同法》的适用范围

1. 空间的适用范围

空间范围即我国劳动法适用的地域范围。由于制定劳动法律规范性文件的机关不同,适用的地域范围也不同。《劳动合同法》是由全国人大常委会制定的,因此,其使用范围是中华人民共和国境内,当然,鉴于我国的特殊情况,香港、澳门、台湾地区并不适用《劳动合同法》。

2. 对人的适用范围

对人的适用范围即《劳动合同法》对哪些人发生效力。具体而言,《劳动合同法》适用于基于订立劳动合同而形成劳动法律关系的用人单位和劳动者。《劳动合同法》第2条第1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(以下称用人单位)与劳动者建立劳动关系,订立、履行、变更、解除和终止劳动合同,适用本法。第2条第2款规定,国家机关、事业单位、社会团体与公务员和参照公务员法管理的工作人员以外的劳动者建立劳动关系,订立、履行、变更、解除和终止劳动合同,依照本法执行。同时,《劳动合同法》第96条规定,本法第2条第2款规定的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;未做规定的,依照本法有关规定执行。



3. 时间的适用范围

关于《劳动合同法》的时间适用范围,《劳动合同法》第98条规定,本法自2008年1月1日起施行。其实,关于《劳动合同法》的时间适用范围,最重要的问题就是劳动关系跨越《劳动合同法》施行前后的,发生劳动争议后应该适用先前的法律、法规还是应该适用新的《劳动合同法》。对于这一问题,《劳动合同法》专门规定了相应的过渡性条款。《劳动合同法》第97条规定,本法施行前已依法订立且在本法施行之日存续的劳动合同,继续履行;本法第14条第2款第3项规定连续订立固定期限劳动合同的次数,自本法施行后再次续订固定期限劳动合同起始计算。本法施行前已建立劳动关系,尚未订立书面劳动合同的,应当自本法施行之日起一个月内订立。本法施行之日存续的劳动合同在本法施行后解除或者终止,依照本法第46条规定应当支付经济补偿金的,经济补偿年限按劳动者在本单位连续工作的年限计算。这一规定包含了以下四个重要问题:

一是《劳动合同法》施行前已经订立且在新法施行之日存续的劳动合同,应该按照原来的劳动合同继续履行。

二是《劳动合同法》施行前已建立劳动关系,但是没有订立书面劳动合同的,新法施行后,劳资双方应该在本法施行之日起一个月内按照本法的规定订立书面的劳动合同。

三是关于《劳动合同法》第14条第2款第3项规定的“连续订立两次固定期限劳动合同后续订的,劳动者提出或者同意续订劳动合同的,应当订立无固定期限劳动合同。”这里的“连续订立固定期限劳动合同的次数”十分重要,因为或许《劳动合同法》施行前劳资双方已经数次连续订立了固定期限的劳动合同。鉴于此,《劳动合同法》特别作出规定,连续订立固定期限劳动合同的次数,自新法施行后再次续订固定期限劳动合同起计算。比如《劳动合同法》施行前劳资双方已经两次续订了劳动合同,那么先前的续订次数不计入