

劳动合同法

操作实务与案例释解

◎ 刘玉民 常亮 编著

Labor Contract
Law



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

劳动合同法

操作实务与案例详解

◎ 劳动法 劳动争议 实务

Labor Contract
Law

丁建东

D922.52/43

2007

劳动合同法 操作实务与案例释解

刘玉民 常 亮 编著

浙江大學出版社

图书在版编目(CIP)数据

劳动合同法操作实务与案例释解 / 刘玉民, 常亮编著.

—杭州: 浙江大学出版社, 2007. 12

ISBN 978-7-308-05665-6

I. 劳… II. ①刘…②常… 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 177447 号

劳动合同法操作实务与案例释解

刘玉民 常 亮 编著

责任编辑 徐 静 赵 静

封面设计 张作梅

出版发行 浙江大学出版社

(杭州天目山路 148 号 邮政编码 310028)

(E-mail: zupress@mail.hz.zj.cn)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

<http://www.press.zju.edu.cn>)

排 版 浙江大学出版社电脑排版中心

印 刷 富阳市育才印刷有限公司

开 本 787mm×960mm 1/16

印 张 21.75

字 数 387 千

版 印 次 2007 年 12 月第 1 版 2007 年 12 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-05665-6

定 价 32.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部邮购电话 (0571)88072522

序

《中华人民共和国劳动合同法》经过数年的起草和全国人大常委会的四次审议,于2007年6月29日由第十届全国人大常委会第二十八次会议通过,并将于2008年1月1日开始实施。《劳动合同法》的颁布和实施是我国劳动法制建设的一件大事,弥补了劳动法制的空白,进一步健全了劳动合同法律制度,加强了对劳动者合法权益的保护,为劳动者维权提供了利剑,为构建和谐劳动关系提供了有力的法律保障。

为了配合《劳动合同法》宣传、推广和普及,为了满足广大读者学习理解《劳动合同法》的迫切需要,经过长期的准备和研究,我们策划和编写了本书。与一般的学术研究与论文著述不同,本书严格按照劳动合同法自身的章节结构和条文顺序,对其进行逐一解释,突出简洁性、实用性和理论性的结合,具有鲜明的特点。每个条文基本都包括了“条文主旨”、“条文比较”、“条文评析”、“应用提示”和“案例释解”五项内容。“条文主旨”准确地概括出了条文规定的主要内容。“条文比较”通过与《劳动法》及相关配套法规规章进行比较,从法律制度演变的视角突出《劳动合同法》呈现的亮点。“条文评析”是根据法律条文的重点、难点和关键点进行的针对性的学理解析,较为详细和全面地对条文内容进行阐释和解读。“应用提示”是结合实践,突出分析条文在实践中存在的理论争议或者适用陷阱进行的具体分析和提示。“案例释解”是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,辅以深入透彻的评析,将案例中蕴涵的法规、法理充分地揭示出来。为进一步增强本书的实用性,方便读者查阅,本书在附录中收录了相关常用立法和司法解释。本书对内容的准确解读和特有的解读方法,使其既适合于理论界、实务界探讨和研究劳动合同法律制度的需要,又适合于高等院校学生学习的需要,还适合于广大劳动者了解和学习劳动合同法的普法需要。

本书由刘玉民、常亮两名同志合作编著,刘玉民撰写第一章、第二章、第三章、第四章、第六章和第八章,常亮撰写第五章和第七章。尽管我们本着对读

者认真负责的态度竭尽全力,但限于我们的学识和眼界,书中存在的错误和欠缺肯定不少,敬请广大读者批评指正。

本书在编写过程中广泛参考了现有的研究成果与资料,在此向作者与出版单位一并表示衷心的感谢。

编 者

2007 年 10 月

目 录

第一章 总 则	1
第一条 劳动合同法的立法目的	1
第二条 劳动合同法的适用范围	3
第三条 劳动合同的订立原则及法律效力	8
第四条 劳动规章制度的制定与实施	11
第五条 劳动关系的三方协商机制	15
第六条 工会在劳动关系中的职责	16
第二章 劳动合同的订立	22
第七条 劳动关系时间的确定及职工名册	22
第八条 用人单位的告知义务与劳动者的说明义务	24
第九条 用人单位招用劳动者时的禁止性规定	26
第十条 劳动合同的形式	29
第十一条 未订立劳动合同、劳动报酬约定不明的法律后果	32
第十二条 劳动合同期限种类	35
第十三条 固定期限劳动合同	37
第十四条 无固定期限劳动合同	40
第十五条 以完成一定工作任务为期限的劳动合同	45
第十六条 劳动合同的生效	46
第十七条 劳动合同的内容	49
第十八条 劳动报酬和劳动条件约定不明时的处理	52
第十九条 劳动合同试用期	57
第二十条 试用期的工资标准	62
第二十一条 用人单位在试用期中单方解除劳动合同的限制	64
第二十二条 服务期的约定及其违约处理	67

第二十三条	劳动者保守秘密和竞业限制	73
第二十四条	竞业限制义务	80
第二十五条	限制约定由劳动者承担违约金	85
第二十六条	劳动合同无效及确认	88
第二十七条	劳动合同部分无效	96
第二十八条	劳动合同无效后的报酬支付	98
第三章	劳动合同的履行和变更	102
第二十九条	劳动合同的履行	102
第三十条	劳动报酬支付及法律救济措施	106
第三十一条	劳动者加班及其加班费	113
第三十二条	劳动者享有的安全生产的权利	118
第三十三条	用人单位变更有关事项后劳动合同的履行	121
第三十四条	用人单位合并或分立后劳动合同的履行	124
第三十五条	劳动合同内容的变更	129
第四章	劳动合同的解除和终止	133
第三十六条	劳动合同可以协商解除	133
第三十七条	劳动者单方提前解除劳动合同	136
第三十八条	劳动者解除劳动合同的法定情形	140
第三十九条	用人单位因劳动者的过错而解除劳动合同	144
第四十条	用人单位非因劳动者的过错而解除劳动合同	149
第四十一条	经济性裁员的条件和程序	155
第四十二条	限制用人单位解除劳动合同的规定	161
第四十三条	工会对用人单位解除劳动合同的监督	167
第四十四条	劳动合同的终止	170
第四十五条	劳动合同终止的限制性规定	175
第四十六条	用人单位支付经济补偿金的法定情形	179
第四十七条	经济补偿的标准	183
第四十八条	用人单位违法解除或终止劳动合同时劳动者的选择权	189
第四十九条	社会保险跨地区转移接续制度	193
第五十条	劳动合同解除或者终止后用人单位和劳动者的跟随义务	195

第五章 特别规定	199
第一节 集体合同	199
第五十一条 平等协商与集体合同制度	199
第五十二条 专项集体合同的订立主体和内容	203
第五十三条 行业性、区域性集体合同	206
第五十四条 集体合同的生效条件及效力	208
第五十五条 集体合同中劳动报酬和劳动条件等最低标准与效力	211
第五十六条 工会监督集体合同履行以及纠纷解决途径	213
第二节 劳务派遣	216
第五十七条 劳务派遣单位的设立条件	216
第五十八条 劳务派遣单位与被派遣劳动者之间的关系以及被派遣单位对被派遣劳动者的义务	218
第五十九条 劳务派遣单位与用工单位之间订立劳务派遣协议	221
第六十条 劳务派遣单位和用工单位对劳动者的义务	223
第六十一条 跨地区派遣劳动者报酬支付	225
第六十二条 用工单位对劳动者的义务	226
第六十三条 被派遣劳动者的同工同酬权	228
第六十四条 被派遣劳动者参加和组织工会权利	229
第六十五条 劳务派遣中劳动合同解除	231
第六十六条 劳务派遣适用范围	233
第六十七条 用人单位不得自行劳务派遣	235
第三节 非全日制用工	236
第六十八条 非全日制用工的概念	236
第六十九条 非全日制用工的劳动合同	238
第七十条 非全日制用工不得约定试用期	241
第七十一条 非全日制用工终止用工	242
第七十二条 非全日制用工的劳动报酬	243
第六章 监督检查	245
第七十三条 行使劳动合同监督检查权力的主体资格	245
第七十四条 劳动行政部门监督检查事项	248
第七十五条 劳动行政部门监督检查职权和执法行为规范	250

第七十六条	建设、卫生、安全生产等其他主管部门监督管理职责	252
第七十七条	劳动者合法权益受到侵害时的救济渠道	253
第七十八条	工会在劳动合同制度中的监督职责	255
第七十九条	对劳动合同违法行为进行举报的规定	257
第七章	法律责任	260
第八十条	用人单位规章制度违反法律、法规规定的法律责任	260
第八十一条	用人单位提供的劳动合同缺少法定必备条款或者未将劳动合同文本交付劳动者的法律责任	262
第八十二条	用人单位不订立书面劳动合同和不订立无固定期限劳动合同的法律责任	264
第八十三条	用人单位违法约定试用期的法律责任	265
第八十四条	用人单位违法扣押身份证件及要求劳动者提供担保、向劳动者收取财物的法律责任	266
第八十五条	用人单位违反劳动报酬和经济补偿规定的法律责任	268
第八十六条	劳动合同被确认无效时的法律责任	269
第八十七条	用人单位违法解除或终止劳动合同的法律责任	271
第八十八条	用人单位侵犯劳动者人身权的法律责任	272
第八十九条	用人单位未依法向劳动者出具解除或终止劳动合同的书面证明的法律责任	275
第九十条	劳动者违法解除劳动合同或者违反保密义务、竞业限制的法律责任	276
第九十一条	用人单位招用与其他单位有劳动关系的劳动者的法律责任	278
第九十二条	劳务派遣单位违法行为的法律责任	279
第九十三条	不具备合法经营资格的用人单位对劳动者的法律责任	281
第九十四条	个人承包经营违法损害劳动者权益的法律责任	282
第九十五条	劳动行政部门和其他有关主管部门违法行为的法律责任	283

第八章 附 则.....	287
第九十六条 事业单位实行聘用制劳动合同的法律适用.....	287
第九十七条 本法施行时存续劳动合同过渡的规定.....	289
第九十八条 本法施行日期.....	293
附 录.....	296
中华人民共和国劳动合同法.....	296
中华人民共和国劳动法.....	310
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.....	322
参考文献.....	336

第一章 总 则

本章共六条,作为劳动合同法的总则部分。本章规定了劳动合同法的立法目的和宗旨、调整范围、用人单位与劳动者订立劳动合同所要遵循的基本原则,规定了各级政府劳动行政部门和工会在建立劳动关系,实行劳动用工管理,维护劳动者基本权益方面相应的职责。本章规定对其他各章的有关规定具有指导和总领的作用。

第一条 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,构建和发展和谐稳定的劳动关系,制定本法。

【条文主旨】

本条是关于《劳动合同法》立法目的的规定。

【条文比较】

《劳动法》第1条规定:“为了保护劳动者的合法权益,调整劳动关系,建立和维护适应社会主义市场经济的劳动制度,促进经济发展和社会进步,根据宪法,制定本法。”

与《劳动法》相比较,《劳动合同法》明确了三个立法目的,即完善劳动合同制度,保护劳动者的合法权益,构建和发展和谐稳定的劳动关系。

【条文评析】

立法目的是法律所要达到的目标和任务。本条规定的立法目的主要有三个方面:

第一,完善劳动合同制度

我国《劳动法》第16条规定:“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。建立劳动关系应当订立劳动合同。”根据该规定,我们可以明确看到,劳动合同是指劳动者同用人单位(包括企业、个体工商户、民办非企业单位、其他经济组织,以及国家机关、事业单位、社会团体等)为确立劳动关系,明确双方权利和义务而达成的协议。以订立劳动合同形式建立的劳动用工制度被称为劳动合同制。我国劳动合同制度源于建国初期。1949年11月22日《中华人民共和国关于劳资关系暂行办法》第2条规定,私营企业与被雇佣工人职员学徒及勤杂人员之间的关系未属本办法规定者,得由劳资双方协议签订集体或劳动契约规定之。在私营企业中工人和资本家的关系,包括工资待遇和福利等问题,用协商方式解决,然后过渡到更固定的劳资合同。建国初期的劳动合同制度对恢复建设,发展生产起到了积极的作用。1951年5月《劳动部关于各地招聘职工的暂行规定》中要求,招聘职工时雇佣与被雇佣双方应直接订立劳动契约,须将工资待遇、工时、试用期以及招往远地者来往路费、安家费等加以规定,并向当地劳动行政部门备案。这是比较广泛推广劳动合同制度的早期规定。1958年以后,中共中央提出“应广泛地适用合同工,从现在起,不论新老企业,在招收新工人的时候,除了一部分掌握复杂技术的生产骨干外,大部分应该是合同工。”1959年12月5日起草制定的《关于劳动力招收和调配的若干规定(草案)》中就明确规定:“企业、事业单位从社会招收的职工,一般的应该是临时工,在招收时必须签订劳动合同,并严格按照合同的规定执行。”这一时期直到20世纪80年代初期,劳动合同所指向的基本都是临时用工,所以此前合同工和临时工是等同的概念。

在我国,从法律意义上确立现代的劳动合同制度,应当是在对外开放,建立外商投资企业以后。1980年《中外合资经营企业劳动管理规定》第2条规定,合营企业的雇佣、解雇和辞退,生产和工作任务,工资和奖励,工作时间和假期,劳动保险和生活福利,劳动保护,劳动纪律等事项,通过劳动合同加以规定。这是最早规定现代意义的劳动合同的行政法规。以后开始在一些部门和行业推广实行劳动合同工制度。如1982年8月城乡环境保护部的《国营企业实行合同工制度的试行办法》等均明确了实行劳动合同制的目的、要求和步骤。1986年7月国务院发出《国营企业实行劳动合同制暂行规定》和《国营企业招用工人暂行规定》,这标志着全国范围内劳动制度重大改革的开始。至此,我国逐步建立起越来越完善的劳动合同制度。1994年7月5日制定通过的《劳动法》对劳动合同作了专章规定,为我国实行劳动合同制度奠定了坚实的法律基础。此后,在全国各地全面推行劳动合同制,各地方、各部门也相应地制定了许多围绕劳动合同制度的相关地方或部门立法。这些规定,基本确立了适应社会主义市场经济体制要求的劳动用工制度,发挥了保护劳动者和

用人单位合法权益的积极作用,增强了用人单位的社会责任,提高了劳动者队伍的素质。但是,由于我国劳动法只是将劳动合同作为其中的一部分内容加以规定,不可能规定得全面和具体,经过十几年的实践,也出现了一些新的劳动合同形式;实践中,劳动合同的签订率较低,劳动者权益受到侵害的情况比较严重,因此,有必要专门制定一部法律,对劳动合同的订立、履行、变更、解除和终止以及各类特殊的劳动合同作出全面规定,进一步完善劳动合同法律制度。

第二,保护劳动者的合法权益

劳动合同是调整合同双方当事人权利和义务关系的协议。劳动合同法对劳动合同在订立、履行、变更、解除和终止的各阶段双方当事人的权利和义务作了明确具体的规定,使劳动合同双方当事人按照合同的约定履行各自的义务,享受相应的权利。任何一方违约侵害了对方的权利,都要按照劳动合同约定承担相应的责任。这里要特别强调的是,本条特别规定了保护劳动者合法权益。在劳动关系中,用人单位与劳动者实际上处于不平等地位,劳动者处于弱者地位,实践中侵害劳动者权益的事情很多,统筹兼顾用人单位和劳动者双方利益,立法应当向劳动者倾斜,注重维护劳动者的合法权益。

第三,构建和发展和谐稳定的劳动关系

这是制定劳动合同法要实现的最终目标。法律往往涉及不同群体、不同阶层的利益,这些利益都希望在法律中得到体现。劳动合同法的核心问题是如何处理劳资双方的关系,劳动合同法要从我国的国情和实际出发,既要着重保护劳动者的权益,又要防止企业雇主因无利可图而影响投资环境,影响经济的发展。劳动合同法应当注重解决当前存在的劳动合同短期化问题,提倡形成稳定的劳动关系,创造劳动者与用人单位双赢的局面,为构建和发展和谐稳定的劳动关系提供保障。

【应用提示】

我国《合同法》第1条规定“保护合同当事人的合法权益”,在劳动合同中,合同当事人应当包括劳动者和用人单位,而我国《劳动法》和本法仅规定了“保护劳动者的合法权益”,而未将保护用人单位在宗旨性条款中显示,体现了立法对劳动者倾向性即优先性的保护。这意味着,在特定条件下,如果对劳动者利益的保护与对用人单位利益的保护发生冲突,法律优先保护劳动者的利益。

第二条 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,依照劳动合同法执行。

【条文主旨】

本条是关于《劳动合同法》适用范围的规定。

【条文比较】

《劳动法》第2条规定:“在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织(以下统称用人单位)和与之形成劳动关系的劳动者,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,依照本法执行。”

与《劳动法》相比较,《劳动合同法》在用人单位处增加了“民办非企业法人”,扩大了劳动合同法国家机关、事业单位、社会团体工作人员的适用范围,即除公务员和参照《公务员法》管理的工作人员外,其他所有劳动关系均受劳动合同法调整,包括合同的订立、履行、变更、解除和终止。

【条文评析】

劳动合同法适用范围包含两方面的内容:

第一,劳动合同法所调整的主体范围

本条第1款列举了三类用工主体:企业、个体经济组织和民办非企业单位。这里所说的企业,按照我国目前法律规定,应当包括:全民所有制企业、集体所有制企业、个人独资企业、合伙企业、中外合资经营企业、外资企业、中外合作经营企业、有限责任公司、股份有限公司、一人有限公司、国有独资公司等。各类企业需要依法办理审批和工商登记手续,并获得企业法人营业执照才能正式成为劳动法律关系的主体。经过批准的企业分支机构或不具有法人资格的企业领取营业执照后也可以成为劳动关系的主体。个体经济组织包括个体工商户、承包经营户以及以家庭或亲属关系组织起来的经营实体。民办非企业单位主要指在民政部门进行登记的,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举办的,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、民办体育健身场所等;另外还有一些不属于上述所列单位的,如中介组织中的律师事务所等雇用劳动者形成劳动关系,也是劳动合同法所调整的对象。上述企业或者组织在劳动合同法中统称为“用人单位”。劳动合同法调整的是用人单位与劳动者之间的关系。对一些商会和

行业协会,由于历史原因,有些成员是由国家机关工作人员兼任的。随着改革的不断深入,国务院 2007 年国办 36 号文件关于《国务院办公厅关于加快推进行业协会商会改革和发展的若干意见》中明确指出,行业协会、商会要全面实行劳动合同制度,保障工作人员合法权益。行业协会、商会作为用人单位与工作人员签订劳动合同也适用劳动合同法的规定。

本条第 2 款规定,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、解除和终止劳动合同,依照劳动合同法执行。这里明确排除了国家机关、事业单位和社会团体与公务员和参照公务员管理的人员建立的关系,不适用劳动合同法规定。按照我国公务员法的规定,公务员是指依法履行公职、纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利的工作人员。参照公务员管理的人员是指,法律、法规授权的具有公共事务管理职能的事业单位中除工勤人员以外的工作人员,如食品卫生检疫站的工作人员经法律法规授权行使一定的公共事务管理职能,可参照公务员管理。但这些机关和单位的工勤人员与其建立劳动关系,订立、履行、变更、解除和终止合同的,应当适用劳动合同法的规定。

关于事业单位聘用的人员是否适用劳动合同法规定的问题,我们认为,聘用合同也是聘用单位与被聘用人形成的一种劳动关系,从经济社会发展的趋势看,把它纳入劳动合同法调整范围,有利于保护劳动者。但由于目前我国事业单位正处于改革过程中,对一些专业人才的聘用,在聘用条件、职数限制等方面有一定的特殊性,目前法律、法规对有些专业人士的聘用有专门规定,例如医院、学校这类事业单位,《医师法》和《教师法》都有特别规定。因此,《劳动合同法》第 96 条规定,事业单位实行聘用制工作人员订立劳动合同,法律、行政法规以及国务院另有规定的,依照其规定;未作规定的,其订立、履行、变更、解除、终止合同的行为,依照劳动合同法规定执行。

第二,劳动合同法所调整的行为

本条规定,用人单位与劳动者建立的劳动关系由劳动合同法调整。这种劳动关系的建立,主要是通过劳动合同这个载体实现的。因此用人单位与劳动者订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同都要依照劳动合同法的规定执行。另外还有一些特殊形式的劳动关系,如劳务派遣、非全日制用工等其他用工形式,劳动合同法也作了专门规定。

【应用提示】

把握本条的关键是关于适用劳动合同法主体的范围。本条将民办非企业单位、事业单位纳入进来,拓展了劳动合同的适用范围,但要注意劳动关系以

外的其他主体应适用公务员法或其他相关法律、法规调整,而不属于劳动合同法调整的范围。在实践中,应当注意外国企业常驻代表机构尽管实际上也是用工者,但其并不是劳动合同的当事人。家庭保姆、农业劳动者和现役军人不属于劳动法及劳动合同法所规定的劳动者。

【案例释解】

1. 单位与职工因借款发生纠纷,是否属于劳动合同纠纷?

2003年8月,包某受聘于某公司,双方签订了为期五年的劳动合同。2006年1月,包某为春节回家探亲向公司借款8000元。事后,包某一直未向公司归还借款。2007年3月,包某因严重失职,造成公司重大损失,被公司解聘。公司在解除与包某的劳动关系的同时,要求包某归还借款。包某以没钱为由,未予归还。2007年5月,该公司经多次催要借款未果,向当地劳动争议仲裁委员会提请仲裁。

我国《劳动法》第16条规定:“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。建立劳动关系应当订立劳动合同。”《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,适用劳动合同法。”劳动争议是劳动关系当事人因劳动问题而发生的纠纷。根据《企业劳动争议处理条例》第2条的规定,劳动争议包括:(1)因企业开除、除名、辞退职工和职工辞职、自动离职发生的争议;(2)因执行国家有关工资、保险、福利、培训、劳动保护的规定发生的争议;(3)因履行劳动合同发生的争议;(4)法律、法规规定应当依照《企业劳动争议处理条例》处理的其他劳动争议。显然,职工为个人的事项向所在单位借款,不属于《劳动法》和《劳动合同法》调整的劳动关系上的权利和义务内容,借贷关系的权利和义务内容也不反映劳动关系的要求,因此而发生的争议不属于上述的任何一项劳动争议。劳动争议应该是职工与用人单位之间因劳动条件(工资、工时、生活待遇等)、劳动合同的履行、录用与调动、劳动保险、劳动保护以及劳动纪律和奖惩等劳动问题方面的争议,而不包括其他争议。在本案的借贷关系中,某公司作为出借人,居于债权人的地位,包某作为借入人,居于债务人的地位,表现的均不是劳动关系上的当事人的地位,双方之间存在的劳动关系是一个与借贷关系无关的客观事实,而不是借贷关系中所应当具备的法律事实。所以,本案当事人之间由于借贷关系而发生的纠纷不属于劳动争议的范畴,劳动争议仲裁委员会无权进行裁决。对于当事人之间实体上的权利和义务关系,可以由该公司就该借贷纠纷向人民法院提起诉讼。