



劳动合同法 实务一本全

梁智·主编

L A O D O N G H E T O N G F A S H I W U Y I B E N Q U A N

第十条

建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。

已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。

用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。

法条释义

本条是关于书面劳动合同的规定。

劳动合同的目的就是确立双方的劳动关系，明确双方在劳动关系中的权利和义务。这种权利义务表现为，劳动者成为用人单位的职工，参加用人单位分配的生产劳动或者工作任务·····

关于本条情形的案例

小林是搞电脑软件开发的高级人才，所以有几家软件公司都想请他到公司工作，小林先后去了几家公司洽谈后，想比较一下哪家公司待遇更好。就在这时有一家A公司的待遇让小林比较满意·····

本案法律适用

就本案情形而言，涉及的主要法律问题是，用人单位与劳动者订立书面劳动合同，但是没有形成劳动关系和形成了劳动关系却没有订立劳动合同，那么，应该如何处理案中的情况·····

专家指引

在此需要提醒用人单位的是，与劳动者建立劳动关系必须要订立劳动合同，而且劳动合同必须是书面形式，不能是口头形式。用人单位在法定期间（用工后的一个月）内即使不与劳动者订立劳动合同，也不影响已经存在的劳动关系·····

劳动合同法 实务一本全

主 编 : 梁 智
副 主 编 : 王立明 毛 晶 翟继满
参与编写人员: 张海盛 高红玲 陈亚光
王家瑛 李 燮 段 磊
赵 旭 任 江 王 珂
张振中 唐丽花 李永旭
卢伟豪 陈保良 孙东旭

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动合同法实务一本全/梁智主编. —北京: 中国法制出版社, 2007. 8

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0102 - 9

I. 劳… II. 梁… 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 136610 号

劳动合同法实务一本全

LAODONG HETONGFA SHIWU YIBENQUAN

主编/梁智

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/787×960 毫米 16

版次/2008 年 2 月第 1 版

印张/24 字数/458 千

2008 年 2 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0102 - 9

定价: 56.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66010403

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

导读

一、劳动合同法立法背景

(一) 社会现象

1995年1月1日颁布的《劳动法》，在我们国家已经施行了十二年了。虽然它对我们国家在改革开放的初期推行的全员劳动合同制起到了应有的作用，但是，2005年10月，全国人大常委会组织了《劳动法》执法检查组，对十年来《劳动法》执行情况进行了检查。在检查时发现问题颇多，主要存在劳动合同签订率低、劳动合同短期化倾向明显、滥用试用期坑害劳动者、合同内容不规范劳动者权利无从保护、随意解除终止劳动合同劳动关系不稳定等问题。在全国范围内有的用人单位为规避劳动法律义务，不与劳动者签订长期合同，大部分劳动合同期限在1年以内，甚至一些餐饮单位与服务员一次只签一个月的劳动合同；有的用人单位滥用劳动合同试用期，只约定试用期和连续签订试用期合同，而且过后就不续用，以此盘剥劳动者；还有的用人单位不与劳动者签订劳动合同，而是用所谓的“劳务合同”代替劳动合同，以此来规避劳动法律义务；有的用人单位的劳动合同中虽然有劳动报酬的条款，但却不写具体数字；有的用人单位支付给劳动者的工资过低而且能拖就拖、能欠就欠，情况严重；有的用人单位在劳动合同中只规定劳动者的义务和用人单位的权利，使劳动合同成了劳动者的卖身契；有的用人单位虽然与劳动者签订了劳动合同，但合同也往往包含了损害劳动者权益的内容；有的用人单位以为劳动者发放工作服和劳动工具为借口，收取劳动者押金，借以敛财；有些用人单位签订劳动合同不与劳动者协商，甚至让劳动者在空白合同上签字；有的用人单位安排劳动者超时工作，却不支付加班工资，不安排补休；有的用人单位制定的劳动合同甚至规定“生老病死都与企业无关”、“发生事故企业不负任何责任”等违法条款；有的用人单位不按相关规定为劳动者办理社会保险，出现了保险事件还一味地推卸责任；有的用人单位安排劳动者劳动但劳动保护缺位，劳动条件恶劣，存在诸多不安全和职业病侵害的隐患等等。

全国人大检查组在这次检查和调研过程中发现，上述种种侵犯劳动者合法权益的情况出现的原因，不仅仅是由于各地行政部门和司法机关贯彻落实《劳动法》不够，更主要的是《劳动法》本身就存在一些自身无法克服的先天不足。一是《劳动法》立法时的社会情况在这十年里发生了翻天覆地的变化，出现的很多情况是当年立法时无法预计的；二是《劳动法》规定的一些法律规范过于原则，不具有可操作性；三是《劳动法》中确实

存在一些不严密的地方，给一些违法的用人单位钻法律的空子创造了条件。作为国家的最高立法机关当然清楚，对违法的用人单位自然应该在立法上加以规范和制约，而且有可以操作的一部法律，相关部门在执法上也可以在查清事实之后对违法的用人单位课以严厉的制裁。

那么，是对《劳动法》设立的劳动合同制度进行修改、补充和完善，还是制定一部《劳动合同法》来规制用人单位的用工行为，保护劳动者，进而达到稳定劳动关系的目的，就成为了立法者必须考虑的问题。正如我们大家看到的，立法机关最终选择了制定一部全新的《劳动合同法》，以适应现实社会的需要。

（二）劳动部、国务院、全国人大常委会的立法过程

在全国人大进行《劳动法》执法检查之前，作为国家最高的劳动行政机关——劳动和社会保障部就已经组织人力着手编写《劳动合同法》（草案）了。在劳动和社会保障部形成了这部法律草案的初稿上报到国务院之后，国务院法制办就对它进行了大量的征求意见和修改工作。笔者也有幸参与到这部重要的法律草案的修改过程。作为国家法律实施的重要参与者——律师，由于职业的特点和工作的角度对现行的法律存在的问题有着自己的感受，对国家的立法也有着自己的想法和意见。这次国务院在对《劳动合同法》（草案）的制定和修改时，特别注意到了律师作为法律的实践者对立法的建言作用，他们在依法履行职责时对法律的实证研究是非常重要和宝贵的，因为他们具有非常独特的视角和思维方式，也是其他职业和部门无法替代的。特别是劳动法律又具有非常强的社会实践性，不是可以靠关在密室里能够研究出来的。所以，全国律师协会劳动法与社会保障法专业委员会就成为了国务院成立的三个《劳动合同法》（草案）修改项目课题组之一。作为全国律协劳动法委员会副主任的笔者同委员会主任姜俊禄博士一起，与中国人民大学课题组、中国政法大学课题组同时和国务院法制办签订了课题研究协议。这是有史以来第一次国务院与中国的律师以平等的身份和地位签订协议，说明国家和政府越来越重视律师的作用，这也是律师地位在逐渐提高的一个历史佐证。承接了这样一个历史性的任务之后，我们这个课题组收集了长期从事劳动法律实务律师的建议和意见，并在上海召开了《劳动合同法》（草案）专题研讨会，最后由组长姜俊禄博士归纳和整理出课题组的修改意见报送给了国务院。国务院在三个课题组提出的意见基础上，并且也听取了一些专家和各界意见，形成了《劳动合同法》（草案）报送给了全国人大常委会。全国人大常委会在《劳动合同法》立法立项之后，也在征求了各方意见的基础上，形成了征求意见稿，于2006年3月20日向全社会公布并征求社会公众的意见。在一个月的时间里，共收到各方面的修改意见191849件。这是新中国成立以来社会公众参与立法的第二个高峰，也表明整个社会对《劳动合同法》立法的关注程度。

（三）劳资之间以及各利益集团之间的博弈

在劳动合同法的立法进程一开始，对于立法依据是劳动法，还是合同法，是对劳动者进行单保护，还是对用人单位和劳动者进行双保护，就成了各方争论的焦点。

在全国人大常委会向全社会征求修改意见时收到的191849件修改意见中，有七成多

是来自于劳动者方面的声音，而余下的近三成修改意见主要来自于资方——用工主体方面。虽然，资方在人大向社会征求意见过程中没有占据上风，但是，他们表达自己观点的活动却没有停止过。国内一些企业组织频繁召开会议，有的积极寻找代言人转达他们的诉求，有的协会拿出了厚厚的几百页的修改意见直接上报给全国人大。一些国外企业团体的人员还在上海闯入全国劳动法专家“《劳动合同法》学术研讨会”的会场，上演了一场以“撤资”相威胁的闹剧。而且在人大常委会一审、二审、三审，乃至四审表决通过时，代表职工的工会方面与企业方面的代言人的立场和观点十分鲜明，互不相让。甚至在律师之间也形成了完全对立的代表劳方的和代表资方的不同的立场和观点。在国际上，各自侧重于劳方和资方的两个方面的不同声音和意见也在通过不同的渠道反映到我们的立法机关。可见，在《劳动合同法》立法过程中劳资双方的博弈的激烈程度。

从劳动部形成《劳动合同法》（草案）初稿，到国务院征询各方意见形成的送审稿报送全国人大，再到全国人大纷纷向社会公布《劳动合同法》（草案）征求社会各界意见，乃至到全国人大常委会四次审议，《劳动合同法》（草案），先后出现过十几个版本。对于劳动合同法的立法依据和立法宗旨出现了多次言辞、顺序的变化，这里面彰显出劳资双方，甚至是社会各利益集团的激烈博弈，也暗含了立法思路的调整。

在全国人大常委会初审中有人认为，劳动合同法涉及劳动合同双方当事人的权利和义务，对用人单位也应予以保护，这应该体现在劳动合同法的立法宗旨当中。在二审分组审议时，一些全国人大常委会委员还提出对草案的正式修改意见，提出要平等保护双方当事人的合法权益。之后，在草案二审稿征求中央有关部门和地方人大意见时，又有十几个部门提出了类似的意见。后来，《劳动合同法》的立法宗旨由第一次送审稿的“保护劳动合同双方当事人的合法权益”，变为征求意见稿的“规范用人单位与劳动者订立和履行劳动合同的行为，保护劳动者的合法权益，促进劳动关系和谐稳定”，继而在二审稿中又变为“构建和发展和谐稳定的劳动关系，保护劳动者的合法权益”，这个过程表明，这样立法就是对劳动者合法权益保护的地位明显次要化。

另外，关于劳动合同法立法依据的问题也是在历时一年多的人大立法过程当中存有争论比较集中的一个问题。一种意见认为应以劳动法为立法依据，因为劳动合同法属于劳动法律的系列法。要是按照这样一个立法思路，就应当是向其他劳动法律一样，在整个法律当中表现出向处于弱势的劳动者重点倾斜的立法取向；另一种意见认为应按照民事法律的立法思路，以合同法为立法依据，他们的理由是：既然是规范合同双方的权利和义务的法律，那么当事人双方的法律地位就应该是平等的，所以应当把对用人单位和劳动者进行同等程度保护作为立法的出发点。前者在理论界被概括为：“单保护”，后者被概括为：“双保护”。立法的过程就是劳资双方博弈的过程，立法中的争论，不同观点的碰撞，各方利益诉求都充分表现在劳动合同立法上。劳动合同法从立法之初，始终就在应该不应该提高劳动标准，劳动标准是高了还是低了，劳动合同法对劳动者是否要倾斜保护也就是“单保护”，还是劳动者、用人单位利益的平等保护也就是“双保护”，一方面顺应社会进步文明的呼吁加强对劳动者的保护，另一方面，对劳动力保护会不会影响企业竞争力，对

企业的发展带来负面影响等问题上争论不休。

但是,全国人大常委会明确否定了“双保护”的这类意见。全国人大法制委员会对三审稿所做的审议结果认为,劳动合同不属于经济合同,前者是属于社会法的劳动合同法调整的,后者是属于民法的合同法调整的。《劳动合同法》应当侧重保护劳动者。现在,已实施的《劳动合同法》依然坚持了这样的观点。

最后确定的《劳动合同法》的立法宗旨为:“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”。表明了,在明确劳动合同双方当事人权利和义务的前提下,强调的是保护劳动者的合法权益,这是非常重要的,也是非常必要的。因为《劳动合同法》属于劳动法律系列,属于社会法范畴,必须确立“向劳动者倾斜”的立法取向和立法原则。

二、立法原则

(一) 是社会法还是私法

要搞清楚《劳动合同法》到底属于普通的民事法律范畴,还是归属介于公法、私法之间的第三法域——社会法范畴,首先要搞清楚它所调整的哪种法律关系,以及该法律关系所具有的特点和属性。劳动合同法所调整的是:劳动者——劳动力的所有者与用人单位——劳动力的使用者之间,以实现劳动为实质而发生的劳动力与生产资料相结合的社会关系,即劳动关系。正像列宁同志所讲的那样,劳动关系是“劳动的社会形式、劳动的社会结构,换句话说,是人们在参加社会劳动方面彼此的关系”(列宁全集第六卷)。劳动关系具有自然关系和社会关系的双重属性,还具有人身关系和财产关系兼具的特点。它不仅表现为单纯的劳动力的使用和被使用关系,也就是人与自然的关系,同时还包含着复杂的社会经济、文化、道德和政治等的社会关系。劳动关系表现出来的特点也很特殊,它表现在两方面:一方面是劳动关系的主体双方开始形成劳动关系的洽谈过程中,具有平等性,即具有签订劳动合同和契约的平等自主权;另一方面是劳动者和用人单位这两个主体一旦建立了劳动关系,劳动者就要接受用人单位的管理和制约,形成了一方是管理者,另一方是被管理者的不平等性。也就是说劳动关系是一种兼具平等性与隶属性较为复杂的社会关系。平等性表现在用人单位与劳动者通过劳动力市场相互选择和平等协商用劳动合同的方式确定劳动关系,并通过平等协商的方式来履行、变更、解除或终止双方的劳动关系,因为用人单位虽然拥有生产资料等其他更多的资源,但是这些生产资料等物质条件不与拥有对其自身具有的劳动力占有权和使用权的劳动者相结合,就不可能创造更多价值,带来更大的利益;隶属性即不平等性表现在双方一旦结合形成劳动关系,劳动者的劳动力就让渡给用人单位使用,劳动者就成为了用人单位的一员,因而就要求劳动者在劳动过程中遵守用人单位的规章制度,因为劳动者和其具有的劳动力浑然一体、密不可分,用人单位在使用和支配劳动力的同时,也就对劳动力的拥有者进行管理和指挥了,从而形成了管理和被管理的不平等的隶属关系。劳动关系这一特征决定了与平等主体之间的民事关系以及与管理、被管理完全不平等主体之间的行政关系具有本质的不同。所以不能简单地把调整劳动者与用人单位之间表面上平等、实质上不平等的社会关系的劳动合同法定位在普通

的民事法律系列之中。它应该归属于以国家本位为特征的公法和以个人本位为特征的私法之外的第三法域——社会法。

社会法则是以社会本位为特征的,以“扶持弱者,倾斜立法”作为基本原则的,以表面平等、实质上不平等的社会关系为规制对象的一系列法律。

社会法系列调整对象有别于调整平等关系的私法系列,也有别于调整不平等关系的公法系列。它的规制对象是两者兼而有之。它是兼具了私法和公法因素,并以扶助社会资源占有的份额相对较少的弱势群体为立法取向的一系列法律。比如,《未成年人保护法》、《消费者权益保护法》、《社会保险法》等等。《劳动法》和《劳动合同法》也概莫能外,它们都是调整表面平等、实质上不平等的社会关系的法律,而且都具有、也应该具有扶助弱者的“倾斜”立法取向,用法律垫高劳动关系当中不平等的主体中弱者的一方的地位,使他们与强者能够真正的平等起来的功能。

《劳动法》和《劳动合同法》都秉承了侧重保护劳动者的合法权益的立法宗旨,体现了独立于公法(行政类法律)和私法(普通的民事法律)之外的社会法(以社会为本位,公权力进行干预)的立法取向,即重点维护社会弱势群体的合法权益。这也是社会法系当中的劳动法律体系与普通的民事法律不能相类同的重要区别之处。

(二) 立法的价值取向

一部法律的灵魂就是它的立法宗旨。立法宗旨反映出了这部法律的主导思想和价值取向。要想加深对劳动合同法立法宗旨这一问题的认识,就应该弄清楚《劳动合同法》与《劳动法》的关系以及它和《合同法》的区别。正如前面我们讲的,由于《劳动法》调整的劳动关系兼有平等关系和隶属关系、兼有人身关系和财产关系的特征,所以《劳动法》的性质不再属于公法或私法的范畴,而是属于社会法的范畴。社会法的价值目标即在于通过保护弱者的合法权益以维护社会公平与正义。因此,《劳动法》的立法宗旨重点在维护劳动者合法权益上。劳动合同制度是劳动法律的核心,《劳动合同法》专门规制劳动合同制度的,自然属于社会法范畴、劳动法律系列。它的立法宗旨当然要体现对劳动者的倾斜保护,而不是在形式上同等维护当事人双方的合法权益,这不是劳动法律应具有立法取向。明确这一点,对《劳动合同法》的内容、理解和适用意义重大。

《劳动合同法》第一条这样规定:“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,构建和发展和谐稳定的劳动关系,制定本法”。这就是它的立法宗旨。

这说明《劳动合同法》确实是对劳动者进行倾斜保护的。劳动系列法律之所以要求对劳动者进行倾斜保护,一是因为,劳动系列法律归属于社会法体系,而社会法体系是以社会为本位“抑强扶弱”为基本原则,它就是要求社会法体系在调整涉及社会弱势群体的法律事务的过程中,全面、充分体现保护弱势群体合法权益的职能。即使在弱势群体与其相对方出于比较接近的情况下,也要优先考虑弱势群体的保护问题。比如,劳动者与用人单位都存在举证不能的情况下,举证不能的后果一般也都要由强势一方用人单位来承担。二是因为,在现实生活中,弱势群体一方——劳动者的合法权益被损害的情况也大量

地发生,客观的存在。

虽然《劳动法》在十多年前确立了我国的劳动合同制度,但是,它只做了一些原则性的规定,还缺乏比较详细的具有可操作性的规范性规定,而且经过十几年的实践,社会现实表明,它所设立的劳动合同制度,也还存在着明显的缺陷和不足,很难规制现在社会上存在的不签订劳动合同现象、劳动合同短期化现象,更缺乏对劳务派遣、灵活用工形式等在其出台之后涌现出的新型的复杂的劳动关系的规范。所以我们制定《劳动合同法》,就是为了在《劳动法》所确立的劳动合同制度框架上建立和健全规范现有的各种新型劳动关系的劳动合同制度,丰富和发展对已经出现的劳动法领域内的相关问题进行规制的调控措施和法律手段。为了达到“构建和发展和谐稳定的劳动关系”这一构建和谐社会重要方面的目标,而必须“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”,进而起到“保护劳动者的合法权益”的作用。在这里,完善劳动合同制度,就必须明确劳动合同双方当事人的权利和义务,明确了双方的权利和义务,目的就是为了保护处于弱勢的劳动者群体的合法权益。这充分体现出了社会法系列、劳动法系列“抑强扶弱”的立法趋向和特征。

《劳动法》的立法宗旨开宗明义是“为了保护劳动者的合法权益”,劳动法的各个章节条款都充分体现了这一立法精神,即向劳动者倾斜。要使我国的劳动合同制度真正在保持我国劳动关系的和谐稳定方面发挥更积极的作用,《劳动合同法》与《劳动法》一样,在立法时依然要确立向劳动者倾斜的立法精神和宗旨。因为平等自愿协商签订劳动合同的法律规定并不能改变劳动合同实际履行上不平等以及劳动关系固有的不平等的状况。因而,以保护劳动者的合法权益为立法宗旨来制定《劳动合同法》是构建和谐劳动关系的前提和保证。

事实上,《劳动合同法》的内容也已充分体现了这一点,整个《劳动合同法》都自始至终地贯穿了保护劳动者合法权益这一主线。

(三) 法律位阶的问题

《宪法》是我们国家的根本大法,一切法律、法规、规章都不得与宪法相抵触。《劳动合同法》明确了劳动合同双方当事人的权利和义务,对劳动者的《宪法》赋予的合法权益立法予以保护,就是依照和遵循了我们国家的《宪法》,是与《宪法》原则相一致的。虽然《劳动合同法》所依据的是我们国家的《宪法》及其原则,但是没有必要每一部法律中都要明确载明“根据宪法”作为其立法依据。

另外,《劳动合同法》与《劳动法》之间到底是什么关系?《劳动法》是不是《劳动合同法》的上位法?这也是我们应该明确的问题。

《劳动合同法》的颁布与施行标志着我们国家劳动法律制度正在日趋完善。《劳动合同法》与《劳动法》是在目前的劳动法律制度下同时并存的两部重要的劳动法律。它们都对用人单位的劳动合同制度以及都有对劳动关系双方订立、履行、变更、解除和终止劳动合同的行为作出了法律上的规范,但是,两者对同一问题的规定却不完全一致,有的还存在明显的不同。那么我们应该怎样认识两者的关系?

全国人大常委会在制定《劳动合同法》的过程中，曾经一度在审议稿中有过这样的字样：“根据劳动法，制定本法。”这引起了劳动法律理论界和实务界的强烈反响。因为，如果根据《劳动法》制定《劳动合同法》，就意味着《劳动法》是《劳动合同法》的上位法。而根据我国《立法法》及相关法理，下位法的《劳动合同法》是不能突破和修改上位法《劳动法》的。但是根据全国人大制定《劳动合同法》的立法本意，就是要用《劳动合同法》对《劳动法》没有规范到的作出规范，用前者修改后者规定错误的地方。如果一旦有了“根据劳动法，制定本法”的字样，《劳动合同法》的整个立法活动就毫无意义了。易言之，如果有了这样的表述，《劳动合同法》又突破了《劳动法》，那么就与《立法法》及相关法理相悖，所制定的《劳动合同法》也就成了违法之作了。包括笔者在内的教授、律师都向有关立法者表达了不能把《劳动法》作为《劳动合同法》立法根据的观点和意见。后来，全国人大采纳了我们的意见，删除了这样错误的表述。

《劳动法》是1994年全国人大常委会审议通过的法律，《劳动合同法》也是全国人大常委会审议通过的法律，因此两者的法律位阶是一样的。由上述规定可见，《劳动合同法》怎么能根据《劳动法》来制定呢。但是，在两法同时并存期间，在同一问题上两者又有着不同的法律规定，那要依据哪部法律呢？由于《劳动合同法》通过在《劳动法》之后，根据“新法优于旧法”的原则，在同一问题上如果《劳动合同法》与《劳动法》规定的内容不一致，应该优先适用《劳动合同法》。

三、《劳动合同法》的突破

《劳动合同法》对《劳动法》在诸多方面都进行了广泛的修改和补正。有的地方甚至是对《劳动法》那些已经疑为恶法规定的弊端颠覆性的修正。比如，《劳动法》中对劳动关系的确立与劳动合同签订哪个是前提和基础的规定、法律适用范围的规定、订立劳动合同应当遵循的法定原则的规定、用人单位规章制度的规定、劳动合同试用期的规定、违约金的规定、劳动合同终止条件的规定、无固定期限劳动合同签订条件的规定、劳动合同必备条款的规定、劳动者对劳动合同解除权的规定等。《劳动合同法》增加了《劳动法》应有而实缺的一些法律规制。比如，用人单位招用劳动者应履行的告知义务的规定、禁止用人单位扣押劳动者证件和提供担保的规定、工会在劳动合同运行过程中的监督作用的规定、劳动行政部门不作为和违法行使职权法律责任的规定等。《劳动合同法》还切合社会现实，对《劳动法》立法时无法预计的劳务派遣、非全日制用工形式等新出现的劳动问题作出了法律上的规制。

以上这些《劳动合同法》对《劳动法》确立的我国劳动合同制度相关问题的修改、补充、完善和发展，都是《劳动合同法》立法中突出的闪光点。也可以说是对《劳动法》在劳动合同制度方面的全面修正和重大突破！特别是对《劳动法》法理和理念上的突破尤为闪亮。这也是《劳动合同法》最大的亮点、最大的突破！《劳动法》错误地规定：“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。”这完全颠倒了劳动关系这一劳动法律的调整对象与一纸书面劳动合同的本末关系。这样规定是把用人单位与劳动者订立书面劳动合同当作了双方建立劳动

关系的基础，给人们造成了这样一个错觉，就是只要没有订立书面劳动合同，用人单位就没有与劳动者建立劳动关系。虽然后来劳动行政部门出台了相应的规范性文件，“借鉴”、套用当时存在的“事实婚姻关系”的概念，创制出了“事实劳动关系”这样一个与法与理都相悖的概念，来解决《劳动法》立法法理上荒谬的错误，但是由于缺乏相应的处罚手段和法律责任规制，不签订劳动合同被捉住，大不了与正式签订书面劳动合同承担一样的经济补偿责任，而且，劳动者又很难在这种情况下拿出证据证明与单位存在“事实”劳动关系。这也是后来社会上普遍存在的用人单位不与劳动者订立劳动合同，即劳动合同签订率低的一个立法上的原因，也是一个根本的原因！

《劳动合同法》对此进行了明确地规定：用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。进而规定：已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。还明确规定了不订立书面劳动合同的法律责任：用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。这样规定，既明确了法律的调整对象与这种法律关系的书面证据载体的本末关系，又明确了用人单位应为而不为的法律责任，更重要的是还了劳动关系与书面劳动合同孰本孰末的本来面目。这是从法律上明确了产生劳动关系的基础是用工行为的发生，而并非是双方订立了什么劳动合同；书面劳动合同的订立，仅仅是用人单位实际用工、与劳动者建立了劳动关系的同时（或者之后）的强制性法律义务。可以说这是真正地在“正本清源”！

劳动关系与书面劳动合同之间的关系，从理论上讲其实并不复杂。因为劳动法律是一门实践性科学。它是根据实践中发现的客观存在的社会具体问题，探索具体的解决社会现实问题之途径的一门学问，而并不是根据什么原理推理出什么权利的一个法门。当然，劳动法律也并非没有原理根源，但它的原理是根据社会实践中的具体问题而产生，即所谓“有劳动就有劳动关系”。劳动法律又是以解决社会问题价值取向的社会法体系中的重要组成部分。从社会法是以社会问题为研究对象来寻求解决其问题的方法的角度看，劳动法律也可以说是对象科学。为了调整劳动关系这一社会关系，就借用了法律上比较成熟的技术手段——合同。为了实现调整劳动关系的目的，我国的劳动法创造出“劳动合同”这一法律技术名词，用以代替所谓雇用合同、劳务合同。这也可不难得出一个基本的原理，即所谓“有劳动关系才有劳动合同”。所以，劳动的发生是劳动关系之母，而劳动关系的存在是劳动合同的前提。

四、本书适用人群

（一）执法者

客观现实表明，劳动关系中很多问题的出现，不是因为没有法律规定，而是法律规定得不到很好地执行。《劳动法》的规定也可以算是比较全面的，但实践中，用人单位随意终止劳动合同、拖欠工资、不给职工上社会保险等问题照样发生，究其原因，就是一些执法者有法不执行或者执法不力，使得一些违法的用人单位的违法行为得不到制裁，越来越狂妄和嚣张。《劳动合同法》作出了许多符合现实需要的规定，总体上来说，是一部好

法。但是法立得再多再好也没有用，关键在于是否能够切实地贯彻执行。要想使《劳动合同法》真正起到维护和谐社会劳动关系的作用，则必然要求执法者能够尽到自己的应尽的责任。当然，我们也应该客观地看到，一些执法者不是主观上就是不想依法办事，而是缺乏必要的劳动法律的基础知识的学习、理解和运用。说白了，就是执法水平不高。当前社会劳动关系矛盾日益突出，固然存在有法不依、执法不严、违法不究的原因，但是对有法不依、执法不严、违法不究行为的制裁无法可依也是问题的所在。这次《劳动合同法》给予了劳动保障主管部门及其工作人员相应权力，同时也明确了其责任，规定其不作为、甚至违法滥用职权行为所要承担的具体法律责任。这就要求我们的这些执法者不仅要提高认识、转变观念，还要认真学习和领会《劳动合同法》。我们这本书就是从劳动合同法的实务出发，结合现行劳动法律、法规的规定，为大家提供的实务参考用书，希望共同学习。

（二）人力资源管理者（HR）、劳动人事工作者、律师和法律工作者

《劳动合同法》已于2008年1月1日正式实施，它在一些规定上相对于《劳动法》更具有针对性，更具备实际的操作性。做为从事人力资源或人事工作的人员应该认真学习《劳动合同法》，领悟其立法的宗旨，更好的处理好企业与劳动者之间的劳动关系，让其更具合法性，否则必将增加企业违法用工、违法侵权的成本，既侵害了劳动者的权益，也必将给单位的发展带来不利影响。同时，希望大家能够注意到，《劳动合同法》的施行，是历史给予了我们HR一个提升自己地位的绝好良机，请大家抓紧时间认真学习。另外，作为律师和法律工作者，也应认真学习此法，了解其各个条款的内涵，以便帮助劳动者维权时能够更有针对性，取得更好的结果。

（三）劳动关系的当事人

作为劳动关系的一方主体——投资者，虽然我们拥有很多社会资源，虽然在过去我们在处理劳动关系或者劳动者利益的问题上有过违法的地方，而且没有被捉住过，或者被捉住过，也没有承担多大的法律责任，但是《劳动合同法》施行之后，情况就不允许我们盲目乐观了。这部法律大大地加重了我们资方的违法成本。如果现在不好好学习《劳动合同法》，理解和掌握它的相关规定，并且认真做好执行工作，在这部法律实施后，当我们付出惨痛代价的时候，可能会追悔莫及。

作为劳动关系中的弱势群体——劳动者来说，《劳动合同法》的颁布实施，将给劳动者提供一个更好的维权武器，《劳动合同法》相对于《劳动法》来讲，在一些条款的规定上更详尽并具有很强的操作性，对于劳动者更好的维权提供了法律依据，劳动者应该认真学习此法，明确自己的权利与义务，当自己的合法权益受到非法侵害时，要懂得积极维权。

五、本书体例

1. 法律条文：将《劳动合同法》的条款规定逐一注明。
2. 法条释义：针对法律条文做出相应的解释说明，写明法律条文所规定的详细内容及其所包涵的意义，使读者能够明白该条款规定的用意何在。

3. 关于本条规定情形的案例：通过列举案例，展现劳动者在现实中经常遇到的问题，来生动说明该条款的实用所在。

4. 本案法律适用：结合案例，指出其适用的法律条款，使读者在现实中遇到问题时，能够明白用哪一条款维权。

5. 专家指引：由劳动法律方面的顶级专家团逐一进行分析和点评，从理论与实务方面都做了详尽的剖析，对于用人单位和劳动者都提出了相关的提醒建议，能够帮助劳动者更深刻的理解《劳动合同法》的相关条款规定，方便学习，以备维权时使用，能够知法、懂法、用法。能够指引用人单位更好的了解这部法律，以减少违法成本，更好的稳定员工队伍。

这部书采用理论与实务相结合的方式著成，内容即全面又实用，对于广大读者更好的学习《劳动合同法》将提供切实的帮助，对于推动《劳动合同法》的贯彻执行将起到积极的指引作用。

《劳动合同法》于2008年1月1日施行，是继《劳动法》之后我国劳动法律体系中的一部重要法律。它的颁布实施，对于保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系，具有十分重要的意义。本书在编写过程中，参考了大量的法律法规、司法解释、部门规章、地方性法规、规范性文件以及典型案例，力求做到内容全面、重点突出、实用性强。本书共分八章，第一章至第四章主要规定劳动合同的订立、履行、变更和解除，第五章至第八章主要规定劳务派遣、非全日制用工、集体合同、劳动争议处理等。本书可作为用人单位和劳动者学习、参考的实用工具书，也可作为劳动法律实务工作者的参考用书。

本书在编写过程中，参考了大量的法律法规、司法解释、部门规章、地方性法规、规范性文件以及典型案例，力求做到内容全面、重点突出、实用性强。本书共分八章，第一章至第四章主要规定劳动合同的订立、履行、变更和解除，第五章至第八章主要规定劳务派遣、非全日制用工、集体合同、劳动争议处理等。本书可作为用人单位和劳动者学习、参考的实用工具书，也可作为劳动法律实务工作者的参考用书。

本书在编写过程中，参考了大量的法律法规、司法解释、部门规章、地方性法规、规范性文件以及典型案例，力求做到内容全面、重点突出、实用性强。本书共分八章，第一章至第四章主要规定劳动合同的订立、履行、变更和解除，第五章至第八章主要规定劳务派遣、非全日制用工、集体合同、劳动争议处理等。本书可作为用人单位和劳动者学习、参考的实用工具书，也可作为劳动法律实务工作者的参考用书。

附为详本，正

附为一至五章劳动合同法实施条例，文条注释

内容为劳动合同法实施条例全文，条文注释，司法解释，部门规章，地方性法规，规范性文件

五章劳动合同法实施条例全文，条文注释，司法解释，部门规章，地方性法规，规范性文件

CONTENTS

导 读 /1

第一章 总 则 /1

- 第一条 【立法宗旨】 /1
- 第二条 【适用范围】 /7
- 第三条 【基本原则】 /15
- 第四条 【规章制度】 /20
- 第五条 【协调劳动关系三方机制】 /25
- 第六条 【集体协商机制】 /28

第二章 劳动合同的订立 /32

- 第七条 【劳动关系的建立】 /32
- 第八条 【用人单位的告知义务和劳动者的说明义务】 /34
- 第九条 【用人单位不得扣押劳动者证件和要求提供担保】 /38
- 第十条 【订立书面劳动合同】 /41
- 第十一条 【未订立书面劳动合同时劳动报酬不明确的解决】 /45
- 第十二条 【劳动合同的种类】 /47
- 第十三条 【固定期限劳动合同】 /50
- 第十四条 【无固定期限劳动合同】 /53
- 第十五条 【以完成一定工作任务为期限的劳动合同】 /59
- 第十六条 【劳动合同的生效】 /61
- 第十七条 【劳动合同的内容】 /64
- 第十八条 【劳动合同对劳动报酬和劳动条件约定不明确的解决】 /75
- 第十九条 【试用期】 /78

第二十条	【试用期工资】	/82
第二十一条	【试用期内解除劳动合同】	/85
第二十二条	【服务期】	/88
第二十三条	【保密义务和竞业限制】	/92
第二十四条	【竞业限制的范围和期限】	/97
第二十五条	【违约金】	/101
第二十六条	【劳动合同的无效】	/103
第二十七条	【劳动合同部分无效】	/109
第二十八条	【劳动合同无效后劳动报酬的支付】	/111

第三章 劳动合同的履行和变更 /116

第二十九条	【劳动合同的履行】	/116
第三十条	【劳动报酬】	/120
第三十一条	【加班】	/124
第三十二条	【劳动者拒绝违章指挥、强令冒险作业】	/131
第三十三条	【用人单位名称、法定代表人等的变更】	/135
第三十四条	【用人单位合并或者分立】	/137
第三十五条	【劳动合同的变更】	/141

第四章 劳动合同的解除和终止 /145

第三十六条	【协商解除劳动合同】	/145
第三十七条	【劳动者提前通知解除劳动合同】	/147
第三十八条	【劳动者解除劳动合同】	/149
第三十九条	【用人单位单方解除劳动合同】	/156
第四十条	【无过失性辞退】	/163
第四十一条	【经济性裁员】	/168
第四十二条	【用人单位不得解除劳动合同的情形】	/174
第四十三条	【工会在劳动合同解除中的监督作用】	/180
第四十四条	【劳动合同的终止】	/182
第四十五条	【劳动合同的逾期终止】	/187
第四十六条	【经济补偿】	/189
第四十七条	【经济补偿的计算】	/195
第四十八条	【违法解除或者终止劳动合同的法律后果】	/199

第四十九条 【社会保险关系跨地区转移接续】 /204

第五十条 【劳动合同解除或者终止后双方的义务】 /207

第五章 特别规定 /212

第一节 集体合同 /212

第五十一条 【集体合同的订立和内容】 /212

第五十二条 【专项集体合同】 /218

第五十三条 【行业性集体合同、区域性集体合同】 /222

第五十四条 【集体合同的报送和生效】 /225

第五十五条 【集体合同中劳动报酬、劳动条件等标准】 /229

第五十六条 【集体合同纠纷和法律救济】 /232

第二节 劳务派遣 /236

第五十七条 【劳务派遣单位的设立】 /236

第五十八条 【劳务派遣单位、用工单位及劳动者的权利义务】 /240

第五十九条 【劳务派遣协议】 /246

第六十条 【劳务派遣单位的告知义务】 /249

第六十一条 【跨地区派遣劳动者的劳动报酬、劳动条件】 /252

第六十二条 【用工单位的义务】 /254

第六十三条 【被派遣劳动者同工同酬】 /260

第六十四条 【被派遣劳动者参加或者组织工会】 /262

第六十五条 【劳务派遣中解除劳动合同】 /264

第六十六条 【劳务派遣的适用岗位】 /267

第六十七条 【用人单位不得自设劳务派遣单位】 /269

第三节 非全日制用工 /271

第六十八条 【非全日制用工的概念】 /271

第六十九条 【非全日制用工的劳动合同】 /272

第七十条 【非全日制用工不得约定试用期】 /275

第七十一条 【非全日制用工的终止用工】 /277

第七十二条 【非全日制用工的劳动报酬】 /279

第六章 监督检查 /282

第七十三条 【劳动合同制度的监督管理体制】 /282

- 第七十四条 【劳动行政部门监督检查事项】 /284
- 第七十五条 【监督检查措施和依法行政、文明执法】 /289
- 第七十六条 【其他有关主管部门的监督管理】 /291
- 第七十七条 【劳动者权利救济途径】 /293
- 第七十八条 【工会监督检查的权利】 /295
- 第七十九条 【对违法行为的举报】 /298

第七章 法律责任 /301

- 第八十条 【规章制度违法的法律责任】 /301
- 第八十一条 【缺乏必备条款、不提供劳动合同文本的法律责任】 /305
- 第八十二条 【不订立书面劳动合同的法律责任】 /309
- 第八十三条 【违法约定试用期的法律责任】 /312
- 第八十四条 【扣押劳动者身份证等证件的法律责任】 /314
- 第八十五条 【未依法支付劳动报酬、经济补偿等的法律责任】 /318
- 第八十六条 【订立无效劳动合同的法律责任】 /324
- 第八十七条 【违法解除或者终止劳动合同的法律责任】 /326
- 第八十八条 【侵害劳动者人身权益的法律责任】 /329
- 第八十九条 【不出具解除、终止书面证明的法律责任】 /333
- 第九十条 【劳动者的赔偿责任】 /335
- 第九十一条 【用人单位的连带赔偿责任】 /338
- 第九十二条 【劳务派遣单位的法律责任】 /341
- 第九十三条 【无营业执照经营单位的法律责任】 /346
- 第九十四条 【个人承包经营者的连带赔偿责任】 /349
- 第九十五条 【不履行法定职责、违法行使职权的法律责任】 /352

第八章 附 则 /357

- 第九十六条 【事业单位聘用制劳动合同的法律适用】 /357
- 第九十七条 【过渡性条款】 /360
- 第九十八条 【施行时间】 /365