

巧用劳动合同

——劳动合同法精解与实务

L QIAOYONG
AODONG HETONG
LAODONG HETONGFA JINGJIE YU SHIW U

浩雪 著

巧用劳动合同

——劳动合同法精解与实务

浩雪 著

中国劳动社会保障出版社

图书在版编目(CIP)数据

巧用劳动合同——劳动合同法精解与实务/浩雪著. —北京: 中国劳动社会保障出版社, 2009

ISBN 978-7-5045-8099-3

I. 巧… II. 浩… III. 劳动合同法-案例分析-中国 IV. D922.525

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 200327 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

*

北京外文印刷厂印刷装订 新华书店经销

880 毫米×1230 毫米 32 开本 12.5 印张 274 千字

2009 年 11 月第 1 版 2009 年 11 月第 1 次印刷

定价: 30.00 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

谨以此书献给我的父母和妻子！

序

《中华人民共和国劳动法》实施一年多后，笔者开始步入劳动法领域。数年前，笔者顺利完成了英国志奋领奖学金（Chevening Scholarship）全额支持的学业，回到挚爱的祖国。作为一名一心报效国家、服务人民的法律人，工作中有几点体会，愿与读者朋友一同分享，以作序。简单地说，点滴体会就是忠、勤、巧、细。

“忠”是指忠于党、忠于国家、忠于人民，忠于真理、忠于实践。忠于党就是忠于中国共产党的路线方针政策，忠于马列主义、毛泽东思想、邓小平理论、三个代表重要思想和科学发展观构成的中国特色社会主义理论体系；忠于国家就是忠于国家的利益和法律制度；忠于人民就是忠于最广大人民的根本利益，要始终把实现好、维护好、发展好最广大人民的根本利益作为党和国家一切工作的出发点和落脚点。忠于真理就是忠于客观规律，特别是马克思主义辩证法的“三大规律，两大观点”（对立统一规律、质量互变规律、否定之否定规律，发展的观点和联系的观点）；忠于实践就是忠于我国当前改革开放的实际，认真践行“理论联系实际”“理论为实践服务”“实践是检验真理的唯一标准”等科学理念。实际工作中，一要深刻学习领会党的有关方针政策；二要认真研究国家的相关法律制度；三要创新调查研究方法、渠道，通过调查研究等方式全面准确地掌握与法制建设有关的基本国情，了解人民群众的迫切要求；

四要用马克思主义辩证法的“三大规律，两大观点”辩证地思考问题、研究问题和解决问题；五要认真设计出符合国家利益和最广大人民根本利益的法律制度，切实体现以人为本的理念。

“勤”是指勤于工作、勤于学习、勤于锻炼。勤于工作就是全身心地投入到自己从事的法制工作中。不仅在工作时间要努力干好手中的工作，而且在休息时间也要继续研究工作时间没有解决的难题；不仅要努力干好眼前的工作，而且要认真总结、积累经验，为干好将来的工作做好准备。勤于学习是指随时随地地注意学习理论、学习实践，向领导学习、向同事学习、向人民群众学习、向专家学习、向社会学习，应当“见贤思齐”，秉持“三人行，必有我师焉，择其善者而从之，其不善者而改之”。勤于锻炼是指认真踏实地锻炼思维、锻炼身体。锻炼思维，重在开拓视野，在静止与变化当中研究问题，尝试从不同的角度思考、用不同的方法解决各种复杂多变的问题；锻炼身体，人之健康，身心同等重要。“生命的意义在于运动”，锻炼身体重在方法科学、持之以恒，同时要保持良好心态，经得起风浪的考验，身心健康是人生的长远之计，是做好本职工作的重要保障。

对勤于学习和勤于工作，笔者体会人之学习积累（投入）和成果贡献（产出）大体可以划分为三个阶段。即：年轻时特别是学生时代应当“厚积薄发”，以学习积累为主，以成果贡献为辅；伴随年龄的增长，学习积累和成果贡献都能达到最佳状态时应当“厚积厚发”；待年龄进一步增大，记忆力已经不太好时应当“薄积厚发”。当然，上述三个阶段因人而异，不能一概而论，总体上可以描述为两条方向相对的抛物线。

“巧”是指巧于探索法律工作的规律、巧于协调不同利益群体的

矛盾、巧于提高工作效率和办案质量。第一，应当善于总结、善于思考，善于在总结和思考当中发现工作中的规律，以便提高工作效率和质量。比如，每一件具体工作都有规律可循，最起码每一类具体工作都可以找出共同的特点来，以备今后遇到相似的具体工作时可以举一反三，提高工作效率和办案质量。第二，某些工作经常面对利益不同甚至利益截然相反的群体，这就要求有耐心，要有“看似寻常最奇崛，成如容易却艰辛”的心理准备，要巧妙地了解情况、研究问题，巧妙地协调不同意见，处理好与不同利益群体的关系，要切实统筹兼顾各方利益，力争实现“多方共赢”的目标。第三，应当注意跳出固有的思维定势，避免路径依赖，既要做“当局者”，又要做“旁观者”，用崭新的视角诠释“当局者迷、旁观者清”，以便于提高工作效率和办案质量。提高工作效率和办案质量的技巧难以胜数，“勤能补拙”“熟能生巧”“四两拨千斤”是其中一些十分重要的技巧，应当在工作中不懈地历练。

“细”在法律工作中极为重要，主要包括三个方面的内容：第一，了解情况、研究问题应当全面、准确、细致入微。这就需要善于观察、善于思考，在调研或者开会时应当时刻牢记“兼听则明，偏听则暗”，必要时可以找相关单位、相关人一起研究，避免出现外国法律史上所谓的“金喇叭”现象：“金喇叭”只掌握在处于经济和政治强势地位的少数利益集团手中，而占人口大多数的利益集团却因为经济和政治上的弱势地位没有“金喇叭”。当然现代社会各种媒体都十分发达，只要我们潜心、用心、留心，就不难了解和掌握各种不同的意见，听到各种不同的声音，在此前提下，审慎决策，力求实现经济、社会、文化等方面全面协调可持续发展的目标。第二，口头表达、文字表述应当精练、准确、不出纰漏。法制工作对口头

语言和书面语言的要求都极高，口头语言应当讲究语言艺术，在言简意赅的前提下，在轻松幽默的氛围中，善于与人沟通、善于以理服人；书面语言应当用词准确、用语清楚、行文流畅，应当像唐朝诗人白居易的作品一样通俗易懂，同时书面语言应当细细推敲、精益求精，容不得半点马虎，不能有丝毫的差错。第三，与人相处应当经常换位思考、多为对方着想。人生活在社会上，“家家有本难念的经”“人人有自己的苦恼”。笔者常说：人无论从事什么工作都不容易，都有自己的难处。假如大家都能设身处地为别人着想，一般情况下，别人也会为你着想；大家相互关心、相互体谅，人与人之间就不难相处了。虽然做到这些并不容易，但我们应当努力为之，即便遭遇不理解甚至挫折也要坚持，何况人更应有“吃亏是福”的心态；对于他人不经意当中的伤害，应当把人往好处想，有大肚量、大思路，以德报怨，“得饶人处且饶人”。

当前，席卷全球的金融危机仍在持续，但也出现了“回暖”的迹象。笔者作为一名法律人，胸怀强烈的历史责任感和使命感，热切期盼尽自己的微薄之力，引导有关方面巧用劳动合同，减少劳动争议，提升人力资源管理水平，采取居“危”思“安”的策略，尽可能地减轻金融危机中的危险，巧妙利用经济危机中的机遇，切实实现中国经济又好又快的发展。

为了帮助大家精确理解、巧妙应用以及公平合理、客观公正地执行《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）及《中华人民共和国劳动合同法实施条例》（以下简称《实施条例》），避免实际工作中可能出现偏差，笔者结合《劳动合同法》及《实施条例》的有关背景情况，以订立、履行、变更、解除、终止劳动合同的流程为主线，穿插《劳动合同法》及《实施条例》的有关规定，

序

通过分析 100 多个立法原意与实际操作密切相关的“短小精悍”的案例，解答社会各界关注的疑难问题，探讨劳动合同的应用技巧，推动劳动合同的有效实施。回首本书的写作，笔者利用了一年时间中的大部分业余时间，常常挑灯夜战到凌晨一两点，有时一天奋笔疾书数千言，有时三天五天方想出一个案例，有时十天半月仍然茫然不知所措；书中的典型案例和思想火花，有的来自熟人的法律咨询，有的来自网上的疑难问题，有的来自座谈会上的观点交锋，有的来自茶余饭后的无意思索；笔者每次有一个新的想法，都要经过认真推敲、仔细琢磨，方才落笔为书。书中观点属笔者个人看法，由于水平有限，难免有不足或者不当之处，敬请读者朋友批评指正。

浩 雪

2009 年 9 月 1 日于北京观景阁

目 录

第一章 制定、实施《劳动合同法》及《实施条例》的背景	(1)
背景	(1)
一、制定《劳动合同法》的背景	(1)
二、制定《实施条例》的必要性	(8)
三、起草《实施条例》的工作过程	(9)
四、起草《实施条例》遵循的基本原则	(10)
五、全面准确理解、认真贯彻实施《劳动合同法》及 《实施条例》	(12)
六、有关方面贯彻实施《劳动合同法》及《实施条例》 的职责	(16)
第二章 适用范围应用技巧	(20)
一、《劳动合同法》及《实施条例》的适用范围	(20)
二、用人单位分支机构签订劳动合同	(27)
第三章 签订书面劳动合同的操作技巧	(35)
一、自用工之日起一个月内不订立书面劳动合同	(37)
二、自用工之日起超过一个月不满一年未订立书面劳动 合同	(41)
三、自用工之日起满一年未订立书面劳动合同	(47)
四、职工名册	(51)

第四章 无固定期限劳动合同的签订技巧	(57)
一、连续工作满 10 年的起始时间计算	(58)
二、劳动者的工作年限	(61)
三、无固定期限劳动合同的签订技巧	(64)
四、公益性岗位	(69)
第五章 劳动合同订立中的几个技巧	(74)
一、劳动合同的必备条款	(74)
二、劳动合同履行地与用人单位注册地的关系	(80)
三、试用期工资	(83)
四、培训费用	(88)
五、劳动合同期限与服务期期限的关系	(95)
第六章 劳动合同的解除、终止以及经济补偿的操作技巧 ..	(99)
一、劳动者解除劳动合同的情形	(104)
二、用人单位解除劳动合同的情形	(118)
三、额外支付一个月工资	(140)
四、劳动者达到法定退休年龄的劳动合同终止	(143)
五、以完成一定工作任务为期限的劳动合同经济补偿 ..	(148)
六、经济补偿与工伤保险待遇的关系	(153)
七、解除、终止劳动合同的证明	(155)
八、赔偿金与经济补偿的关系	(160)
九、服务期与违约金	(168)
十、经济补偿的月工资标准	(171)
第七章 劳务派遣应用技巧	(180)
一、不得设立的劳务派遣单位	(182)

二、用工单位的义务	(187)
三、劳务派遣单位与非全日制用工的关系	(192)
四、劳务派遣单位或者被派遣劳动者依法解除、终止 劳动合同的经济补偿	(195)
五、劳务派遣单位违法解除或终止被派遣劳动者劳动 合同	(202)
第八章 法律责任应用技巧	(205)
一、用人单位违反《劳动合同法》有关建立职工名册 规定的处罚	(205)
二、劳动行政部门应当责令用人单位支付两倍工资和 赔偿金	(208)
三、用工单位违反劳务派遣规定的处罚	(214)
第九章 劳动监察和劳动争议应用技巧	(219)
一、投诉、举报的处理	(220)
二、劳动合同争议的处理	(226)
附录	
中华人民共和国劳动合同法	(234)
《中华人民共和国劳动合同法》宣传提纲	(255)
中华人民共和国劳动合同法实施条例	(280)
国务院法制办负责人就《中华人民共和国劳动合同法实施 条例》答记者问	(289)
《中华人民共和国劳动合同法实施条例》宣传提纲	(295)
中华人民共和国劳动法	(305)

中华人民共和国劳动争议调解仲裁法	(322)
劳动保障监察条例	(333)
工伤保险条例	(343)
职工带薪年休假条例	(361)
最低工资规定	(363)
机关事业单位工作人员带薪年休假实施办法	(369)
企业职工带薪年休假实施办法	(372)
企业职工患病或非因工负伤医疗期规定	(376)
劳动部关于贯彻《企业职工患病或非因工负伤医疗期 规定》的通知	(378)
劳动和社会保障部关于职工全年月平均工作时间和工资 折算问题的通知	(379)
最高人民法院关于当前形势下做好劳动争议纠纷案件审判 工作的指导意见	(381)
参考文献	(386)

第一章 制定、实施《劳动合同法》 及《实施条例》的背景

若要达到“巧妙应用劳动合同，减少劳动争议，同时相应地提升人力资源管理水平”的目标，仅仅对劳动合同“知其然”还不够，更应当“知其所以然”，并在此基础上融会贯通、学以致用。准确了解《劳动合同法》及《实施条例》的有关背景情况，明确贯彻实施《劳动合同法》及《实施条例》的有关要求，有利于大家深入理解和实际应用《劳动合同法》及《实施条例》的有关规定，有利于明确劳动合同双方当事人的权利和义务，有利于用人单位和劳动者之间劳动关系的和谐。为此，本章主要阐述制定《劳动合同法》及《实施条例》的必要性、起草《实施条例》的工作过程和基本原则、理解和实施《劳动合同法》及《实施条例》的总体要求、有关方面贯彻实施《劳动合同法》及《实施条例》的具体职责与要求等内容。力争通过本章的阐述，帮助大家深入理解立法主旨。

一、制定《劳动合同法》的背景

(一) 制定和施行《劳动合同法》，是深入贯彻落实科学发展观、构建社会主义和谐社会的需要

劳动是人类最基本的社会活动，劳动关系是在劳动过程中劳动

者与劳动力使用者之间形成的一种社会经济关系，是生产关系的重要组成部分。在工业化时代，劳动关系作为一种最基本的社会关系，处于基础性地位。因为人首先是作为劳动者而与他人和社会发生各种联系的，并且这种关系影响和决定着人们其他方面的关系，是其他社会关系的基础。社会本身是一个庞大复杂的系统，构建社会主义和谐社会，要求社会中各个系统、各种要素之间相互兼容、相互协调、相互促进。劳动关系作为基础性社会经济关系，其状况深刻影响着企业乃至国家的经济发展，关系国家利益，是衡量社会是否和谐的重要标准，其协调稳定程度影响并决定着一个社会和谐的程度，是促进经济社会健康发展的必要条件，也是社会主义和谐社会的应有之义。劳动关系对于和谐社会具有基础性、决定性、标志性作用，我们要以劳动关系的和谐促进社会和谐。

党的十七大报告中提出，构建社会主义和谐社会是贯穿中国特色社会主义事业全过程的长期历史任务，是在发展的基础上正确处理各种社会矛盾的历史过程和社会结果，对发展和谐劳动关系，促进和谐社会建设提出了很高的要求。

2005年11月，国务院将《劳动合同法》草案提请全国人大常委会后，考虑到制定《劳动合同法》关系亿万劳动者的切身利益，既重要又复杂，为了把《劳动合同法》草案修改好、完善好，全国人大常委会坚持科学立法、民主立法。委员长会议决定将《劳动合同法》草案向社会公布，广泛征求意见。从2006年3月20日到4月20日，在一个月的时间里，全国人大常委会法工委共收到各方面提出的意见191849件，其中来自劳动者的意见占65%左右，基层劳动者的声音得到了比较充分的反映。用人单位和劳动者作为劳动关系两方的意见提得比较突出，这反映出社会各界对发展和谐劳动关

系的渴求和关注，迫切希望国家尽快制定一部比较完整的《劳动合同法》规范和协调劳动关系。《劳动合同法》针对劳动关系中存在的突出问题，对劳动关系的建立和运行全过程进行了全面系统的规范，对实现劳动关系双方力量与利益的平衡、促进劳动关系规范有序发展具有极大的推动作用，有利于构建和发展和谐稳定的劳动关系，深入贯彻落实科学发展观，推动社会主义和谐社会建设。

(二) 制定和施行《劳动合同法》是构建和发展和谐稳定的劳动关系的需要

1978年我国改革开放以来，经济快速发展，我国的GDP总量从1978年世界排名第15位，到现在跃居世界第3位，人均GDP已经超过了3000美元，我国的综合国力明显增强，在国际事务中的地位明显提高。30年来，我国的劳动关系发生了深刻的变化，劳动合同制度是从源头上规范劳动关系的基本制度，是构建和发展和谐稳定劳动关系的重要基础。当前，我国的劳动关系总体上保持了和谐稳定。但是，随着经济体制、社会结构、利益格局、思想观念不断发生深刻变化，以及工业化、信息化、城镇化、市场化、国际化进程日趋加快，就业形式和分配方式越来越多样化，经济社会生活中的一些深层次矛盾和问题不同程度地反映到劳动关系中来，用人单位侵害劳动者合法权益的现象时有发生，劳动关系矛盾已成为当前社会的突出矛盾之一。具体地说，伴随着改革开放进程，我国的劳动关系同时在三个方面进行着调整。

一是国有企业改革。30年来，国有企业改革经历了放权让利、承包制、产权制度改革和结构调整等几个主要阶段。与此相适应，国有企业逐步走向市场，成为独立的市场经营主体，拥有劳动用工和内部分配制度改革自主权，在与职工的关系方面实现了政府直接

管理下的行政隶属关系到市场化用工的劳动合同关系转变。国有企业职工规模也大量减少，从 1998 年至今，国有企业职工总数由 7 500 万减少到 4 000 多万。

二是所有制结构大格局的变化。在国有企业改革的同时，各种形式的非国有经济得到了突飞猛进的发展，非国有经济已经占据了经济总量的 2/3，所吸纳的就业人员也占到全部城镇就业总量的 70% 以上。在这个领域，劳动关系从一开始就是典型的市场化的劳动关系：劳动关系双方利益主体清晰，双方各自有明确的利益诉求；劳动关系的建立、工资报酬和劳动条件等都通过市场机制确定。

三是随着我国劳动力市场的逐步建立和完善，劳动者的就业形式、企业的用工和分配方式越来越多样化，劳动者流动日益频繁，非全日制就业已成为一种重要的就业渠道，改变了过去以全日制劳动关系为主要形式的格局，形成了全日制劳动关系为主，劳务派遣、非全日制以及多重劳动关系并存的劳动关系新格局。在劳动关系的变革和调整过程中，我国的劳动关系调整体制改革不断深入，适应市场经济发展要求的劳动关系调整体系逐步建立和完善，总体上保持了劳动关系的协调稳定。但是，在当前我国进入经济体制转轨的关键时期、社会经济发展的黄金时期和矛盾凸显期的情况下，劳动关系中存在的一些矛盾也逐步显现出来，成为影响经济发展与社会和谐稳定的不利因素。

据 2007 年第 18 期《求是》中《〈中华人民共和国劳动合同法〉：一部保护广大劳动者合法权益的重要法律——访全国人大法律委员会主任委员杨景宇、全国总工会书记处书记兼纪检组长张鸣起》载，杨景宇主任委员对《劳动合同法》的制定背景，概括为带有一定普遍性的问题主要有以下三个：