

企业人力资源高级法律顾问丛书

LABOR CONTRACT

# 劳动合同法及实施条例下的 人力资源管理流程再造

肖胜方 主编

企业人力资源培训最佳参考  
涵盖四部劳动立法最新内容

人力资源管理流程优化再造  
列举劳动争议预防最全对策

通俗化解读 案例化叙述 对策化分析 实战化操作

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



## 知名专家、资深律师、人力资源总监联袂推荐：

劳动律师对《劳动合同法》实施过程中出现的法律问题体会最为直接也最为深刻。本书由长期从事劳动法律服务的资深律师团队撰写，对于用人单位正确理解新法、适用新法以及降低法律风险大有裨益。

—— 陈舒 全国人大代表、广州市律师协会秘书长

一群有丰富实战经验的劳动律师写就的一本实用性极高的人力资源管理操作宝典，理应是众多劳资法律书籍中最值得拥有、最值得学习、最值得珍藏的。

—— 吴晖 广州市劳动和社会保障局原副局长 广州人力资源管理人学会会长

因应《劳动合同法》的挑战，本书从法律实务出发，提出了人力资源管理流程再造的全新理念，有助于降低用人单位人力资源管理方面的法律风险，读后让人深受启发。

—— 王自后 富力地产集团人力资源总监

### 企业人力资源高级法律顾问丛书

- 1 劳动合同条款设计及违法成本计算
- 2 劳动法律政策及劳动合同范本实用全书
- 3 劳动合同法实务操作与案例精解
- 4 劳动合同法再入门：人力资源管理 挑战·误区·对策
- 5 劳动合同法及实施条例下的人力资源管理流程再造
- 6 劳务派遣法律实务操作指引

上架建议 人力资源管理·劳动法

ISBN 978-7-5093-0790-8



9 787509 307908 >

定价：56.00 元

策划编辑：刘峰 封面设计：王魂

# LABOR CONTRACT

## 劳动合同法及实施条例下的 人力资源管理流程再造

主 编：肖胜方

副主编：周贤日

撰 稿：肖胜方、周贤日、刘继承、邓娟、  
郑贤春、江点序、王肇文

统稿、修改：肖胜方、周贤日

参与统稿、校对：吴贵华、赵丹、郭创锐、钟远珊、  
杨明媚、高鹏飞、唐艳  
(均为华南师范大学法学院研究生)

## 图书在版编目 (CIP) 数据

劳动合同法及实施条例下的人力资源管理流程再造/  
肖胜方主编. —北京: 中国法制出版社, 2008. 10  
(企业人力资源高级法律顾问丛书)  
ISBN 978 - 7 - 5093 - 0790 - 8

I. 劳… II. 肖… III. ①劳动合同法 - 基本知识 - 中国  
②企业管理 - 劳动力资源 - 资源管理 IV.  
D922.52 F272.92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 149027 号

## 劳动合同法及实施条例下的人力资源管理流程再造

LAODONGHETONG FA JI SHISHITIAOLI XIAXE RENLIZIYUAN GUANLI LIUCHENG ZAIZAO

主编/肖胜方

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787 × 960 毫米 16

版次/2008 年 11 月第 1 版

印张/23.25 字数/333 千

2008 年 11 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0790 - 8

定价: 56.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66034985

邮购部电话: 66033288



## 主编简介

### 肖胜方

暨南大学MBA，中国人民大学民商法研究生，广州十佳律师，胜伦律师事务所主任，第16届亚组委律师顾问团成员，广州总工会工资集体协商专家顾问，广州律协常务理事，广东、广州两级律协劳动法委员会主任，北京法学会劳动法学分会特邀理事，全国律协劳动法委员会委员。长期从事劳动法的理论与实务操作，处理了众多重大疑难复杂的群体性案件，为企业改制、破产重组、解散过程中员工安置工作提供法律意见；擅长针对劳资领域热点难点问题为企业进行人力资源管理提供法律策划；《劳动合同法》颁布后，为用人单位应对新法提供整体解决方案，有效降低企业运营风险；主讲了近两百场《劳动合同法》等专题讲座，受众近两万人。

# 序 言

黎建飞\*

《劳动合同法》的施行，在平衡劳动关系双方权益、建立稳定和谐的劳资关系的同时，也对用人单位的人力资源管理带来了巨大的影响。

在这部法律中，有些条文明显考虑了用人单位有效地进行人力资源管理的权利，有些为了解决用人单位自《劳动法》实施以来所遭遇困惑的条文也为人力资源管理提供了方便。新颁布实施的《劳动合同法实施条例》对于《劳动合同法》在立法与实施中出现的问题采用了多种处理方式。例如，对于“无固定期限劳动合同”条款，在坚持无固定期限劳动合同并不意味着是一种“铁饭碗”的立法理念的同时，把用人单位可以解除包括无固定期限劳动合同的十四种情况一一罗列出来，引导社会成员正确解读出无固定期限合同不是“铁饭碗”的立法含义。对于劳动者拒签劳动合同这一有悖立法本意的行为以第五条来加以矫正。尤其明确了用人单位违反《劳动合同法》的规定解除或者终止劳动合同，依照《劳动合同法》的规定支付了赔偿金的，不再支付经济补偿等。这些新规会帮助人力资源管理者正确理解和运用《劳动合同法》，依法进行有效管理。

人力资源管理的最佳模式是让用人单位充分有效地进行人力资源的发展和规划，终极目标则是实现人力资源管理部门在员工素质管理、薪资管理、绩效考核等方面的最佳配置。企业的员工承载的是企业士气，是企业凝聚力和活力的源泉。人力资源管理的凝集功能在于使员工对企业产生归属感和共同体意识。本书运用《劳动合同法》和《劳动合同法实施条例》对人力资源管理的机制、规则和原理进行分析，同时根据企业的具体情况和需求，提供

---

\* 中国人民大学法学院教授、博士生导师、民商事法律科学研究中心劳动和社会保障法研究所所长。

创建科学的考核制度、灵活的分配机制、公平的用人机制、终身教育的培训机制等范式，从而能够使员工工作在简单而真诚的人际关系中，在上下级、同级关系中和谐融洽愉快地工作。

主编肖胜方是中华全国律师协会劳动法专业委员会委员，同时身兼广东省律师协会劳动法律专业委员会主任和广州市律师协会劳动和社会保障法律专业委员会主任之职，并具有暨南大学工商管理硕士学位，是广东省著名的劳动法律师、广州市十佳律师，在劳动法方面具有较深的理论功底和丰富的实践经验，参与了《广东省劳动合同管理规定》、《广东省工资支付条例》等地方法规、规章的立法调研与研讨，并负责制定了《广东省律师协会代理劳动争议仲裁案件操作指引》。在《劳动合同法》及《劳动合同法实施条例》的起草过程中，带领广东省与广州市两级律师协会劳动法专业委员会提出了很多有见地的意见。在《劳动合同法》出台伊始，他在第一时间解读出该法第十四条第三款第（三）项的表述会产生歧义，足以见他敏锐的洞察力和深厚的理论功底。针对用人单位就劳动者拒签劳动合同的防范之策，他也前瞻性地指出其中的潜在风险。对《劳动合同法实施条例》中相关条文的准确解读为他的专业能力提供了很好的证明。而“劳动力市场会出现‘王海’现象”的预期、“立法不应应对劳动力资源稀缺的行业缺乏调整”的提醒、“违法用工成本增加的同时，守法者软性、间接用工成本也在增加”的忧虑无不体现出他高水准的专业素养。

主编所在的胜伦律师事务所是广东省和广州市在劳资纠纷方面的专业型律师事务所，经常组织讲授劳动人事管理方面的法律实务，密切关注在劳动立法和实施中的热点和难点问题，并多次联合相关部门、机构和高等院校召开专业性的学术及案例研讨会，如飞行员辞职的法律问题、洋快餐用工问题与兼职劳动者的法律保障、“三金”赔偿中的法律实务、劳动定额与劳动合同解除、带薪年假休假等，这些活动既为本书提供了鲜活的第一手资料，也保证了本书在适用中的前沿性和时效性。广东胜伦律师事务所还多次因承办群体性劳动争议案件而获得广东省律师协会与广州市律师协会“维护社会稳定奖”的表彰。值得一提的是，本书的七位作者中，有五位来自广东胜伦律师事务所，也足以体现该所在劳动法律事务方面的实力。

本书其他作者也是来自广东的劳动法专业律师，均为广东省律师协会劳动法律专业委员会和广州市律师协会劳动和社会保障法律专业委员会的委员。

他们长期从事劳动法相关领域的业务，既代理了大量的劳资纠纷案件包括群体性案件，也担任包括各类企业在内的用人单位的常年法律顾问，对作为劳动关系双方的劳动者与用人单位的情况都有非常深入的了解；他们既熟悉劳动法律法规，又了解企业的人力资源管理的具体情况，集理论研究与实践经验为一身。他们总结了企业人力资源管理中存在的诸多问题，尤其是《劳动合同法》施行后企业面临的新问题，提出了具有实操性的意见；并结合《劳动合同法》及配套规定，针对包括人力资源管理者在内的社会成员理解上的误区，分析了人力资源管理存在的问题，提出了人力资源管理流程再造的具体建议。

更为难得的是本书所分析的问题和所列举的案例大多来自法律实务、来自于他们亲历亲为、尽心尽力承办过的真实案件，从而为劳动法律的研究、适用提供了独特的视角，是一本劳动法领域实务性较强的专业读本，更是一本对人力资源管理实用性极强的法律指南。

2008年10月22日



# 总 目 录

- 第一章 招聘与录用管理流程再造 1
- 第二章 劳动合同管理流程再造 72
- 第三章 非典型劳动关系管理流程再造 104
- 第四章 工资福利管理流程再造 134
- 第五章 工时制度与休息休假管理流程再造 184
- 第六章 社会保险管理流程再造 209
- 第七章 员工培训、保密与竞业限制管理流程再造 247
- 第八章 规章制度管理流程再造 268
- 第九章 离职管理流程再造 292

# 目 录

## 第一章 招聘与录用管理流程再造

### 第一节 招聘前期管理 2

#### 一、制定录用条件 2

##### (一) 什么是录用条件 2

##### (二) 为什么要制定录用条件 3

案例：录用条件设置恰当，用人单位理直气壮 4

案例：未约定录用条件，解除劳动合同成难事 5

##### (三) 如何制定录用条件 5

#### 二、制作招聘广告 7

##### (一) 招聘广告的功能 7

案例：招聘广告和劳动合同的约定不同时，用人单位是否受招聘广告约束 8

##### (二) 招聘广告的制作 8

案例：依性别设置不同的录用标准，就业歧视不可取 10

##### (三) 招聘广告制作不当的法律风险 12

### 第二节 面试与体检 13

#### 一、面试 13

##### (一) 面试的重要性 13

案例：面试阶段审查不严，用人单位买单花冤枉钱 14

##### (二) 面试与知情权的行使 14

案例：用人单位招聘员工，审查年龄是第一关 17

案例：员工失信在先，用人单位不赔有理 21

## 劳动合同法及实施条例下的人力资源管理流程再造

- 案例：劳动者采取欺诈手段订立劳动合同，用人单位有权解除  
劳动合同 22
- (三) 如何设计面试 23
- 案例：业务能力强的劳动者不一定对用人单位最有吸引力 25
- 二、体检 26
- (一) 用人单位应重视体检环节 26
- 案例：劳动者在试用期内患病，用人单位是否可以解除劳动合同 27
- (二) 体检阶段应注意防范法律风险 27
- 案例：“乙肝病毒携带者”能否成为用人单位拒绝录用劳动者的理由 28
- 案例：用人单位拒绝录用劳动者违法，得不偿失 28
- 第三节 录 用 29
- 一、录用通知书 29
- (一) 录用通知书与劳动合同 29
- (二) 录用通知书的法律效力 30
- 案例：发出录用通知书后又反悔，用人单位是否应承担责任 31
- 二、用人单位的告知义务 32
- (一) 用人单位与劳动者的告知义务之比较 32
- (二) 用人单位告知义务的内容 33
- 案例：用人单位在什么情况下应履行如实告知义务 35
- 案例：签订劳动合同，劳动报酬能否不明确约定 35
- (三) 用人单位告知义务的途径 36
- 第四节 签订劳动合同 38
- 一、劳动合同与事实劳动关系 39
- (一) 什么是事实劳动关系 39
- (二) 事实劳动关系同样受劳动法律保护 39
- 案例：没有书面劳动合同，如何证明事实劳动关系 40
- 二、劳动合同订立与劳动关系建立 41
- 三、用人单位应避免劳动合同签订阶段的法律风险 42
- (一) 用人单位要避免陷入认识误区 42
- 案例：不签订劳动合同，不能成为免责事由 42
- 案例：非全日制用工也属于劳动法调整的范围 43
- 案例：用人单位可以随意解聘“临时工”吗 43
- (二) 用人单位有必要了解不签订劳动合同的法律风险 44

案例：用人单位不签订劳动合同，劳动者获得双倍工资	45
四、劳动合同订立流程再造	46
(一) 劳动合同订立规范管理	46
(二) 应对劳动者不签订劳动合同的风险	47
案例：劳动者故意不签订劳动合同，能否获得双倍工资	48
五、劳动合同签订一个月的宽限期——美丽的陷阱	48
案例：要及时签订劳动合同	49
第五节 劳动合同期限和试用期的选择	50
一、劳动合同期限的选择	50
(一) 劳动合同期限是劳动合同的必备条款	50
案例：劳动合同中应明确劳动合同期限	51
(二) 固定期限劳动合同	52
(三) 以完成一定工作任务为期限的劳动合同	53
(四) 无固定期限劳动合同	55
案例：劳动者有权解除无固定期限劳动合同	57
案例：用人单位也可以解除无固定期限劳动合同	57
案例：签订无固定期限劳动合同时对合同条款达不成一致意见应如何处理	61
二、试用期的选择	63
(一) 什么是试用期	63
(二) 试用期管理流程再造	64
案例：单独约定试用期的代价	65
案例：试用期是否可以不约定最长期限	68
案例：劳动者升职是否可以约定试用期	68
案例：劳动者在试用期内解除劳动合同	70

## 第二章 劳动合同管理流程再造

第一节 劳动合同内容管理的流程再造	73
一、了解劳动合同的特性对于劳动合同管理具有重要的意义	73
案例：婚姻自由不可侵犯	73
案例：违反“禁止考研”的约定不得成为合同解除的合法理由	74
二、用人单位应制订符合要求的劳动合同文本	75
三、劳动合同条款设计应注意的问题	75

- (一) 通讯方式、送达、紧急情况联系人 75
- (二) 合同期限与到岗期限 76
- (三) 工作内容、工作地点及其变更 78
- (四) 工作时间与加班、休息休假 79
- (五) 劳动报酬 80
- (六) 保密义务与竞业限制 80
- (七) 劳动合同的解除、终止及离职手续办理 81
- 四、劳动合同与规章制度之间的关系 82
  - (一) 劳动合同与规章制度的效力问题 82
  - (二) 劳动合同与规章制度的适用 83
  - 案例：劳动合同与规章制度谁说了算 84
- 第二节 劳动合同的签订、交付 84
  - 一、劳动合同的签订 84
    - (一) 一个月的签订期限存在的问题 84
    - 案例：不签劳动合同的责任归属 85
    - (二) 续签劳动合同存在的问题 86
  - 二、劳动合同的交付 86
- 第三节 劳动合同的履行 87
  - 一、劳动合同的具体履行原则 87
    - 案例1：工资调整是否需书面约定 87
    - 案例2：不违反劳动合同约定的岗位调整就一定合法吗 87
  - 二、用人单位投资人变更对劳动合同履行的影响 90
- 第四节 劳动合同的变更 92
  - 一、用人单位可以单方变更劳动合同的法定情形 92
    - (一) 劳动者因病或非因工负伤医疗期满，不能从事原工作的 92
    - 案例：医疗期内不能调整工作岗位 93
    - (二) 劳动者被证明不能胜任工作的 94
    - 案例：劳动者不能胜任工作，用人单位应提供充分证明 95
    - (三) 劳动者因工丧失大部分劳动能力的 96
    - (四) 地方法规、规章规定的用人单位可以单方变更的情形 96
  - 二、劳动合同变更的默示效力问题 97
    - 案例：客观情况发生重大变化下的合同变更争议 98
  - 三、竞争上岗存在的法律问题 99

- 案例：竞争上岗是否可以单位说了算 100
- 四、劳动合同变更流程管理的技巧——化变更为履行 101
- 案例 1：如何降低企业搬迁的法律风险 101
- 案例 2：销售人员劳动合同变更存在的问题 102

### 第三章 非典型劳动关系管理流程再造

- 第一节 劳务派遣用工管理的流程再造 105
- 一、劳务派遣的定义及存在的问题 105
- 案例：劳务派遣切断十年工龄 105
- 二、《劳动合同法》关于劳务派遣的规定及存在的问题 106
- 三、用工单位在劳务派遣管理中应注意的问题 108
- 四、劳务派遣与业务外包的区别及存在的法律问题 108
- （一）劳务派遣与业务外包的区别 108
- （二）如何防范业务外包变成劳务派遣的风险 109
- 第二节 非全日制用工管理的流程再造 110
- 一、《劳动合同法》关于非全日制用工的规定及存在的问题 110
- （一）非全日制用工制度下的超时工作问题 111
- （二）非全日制劳动关系与全日制劳动关系是否可以并存 113
- 二、在校学生兼职存在的法律问题 113
- 第三节 分支机构劳动关系管理的流程再造 116
- 一、分支机构是否具备签订劳动合同的主体资格 116
- 案例：“儿子”欠债，“老子”买单 117
- 二、分支机构作为主体签订劳动合同时应注意的问题 118
- （一）筹建中的分支机构 118
- （二）分支机构负责人的劳动合同 118
- （三）分支机构劳动合同的履行 118
- 第四节 借用借调员工管理的流程再造 119
- 案例：我的东家在哪里 120
- 一、借调关系中存在的劳动关系的认定 121
- 案例：借调期限届满劳动关系如何确认 121
- 二、借用借调纠纷的当事人 122
- 三、借用借调与劳务派遣的关系 123
- 四、借用借调关系的管理流程再造 123

- (一) 对借出单位的管理流程再造 123
- (二) 对借入单位的管理流程再造 124
- 第五节 其他劳动关系管理的流程再造 124
  - 一、涉外劳动关系管理的流程再造 124
    - (一) 办理合法用工手续是涉外劳动关系成立的前提 125
      - 案例：外国人非法就业，不受《劳动法》保护 126
    - (二) 境外人士非法就业纠纷的性质及处理程序 127
    - (三) 涉外劳动关系的注意事项 128
    - (四) 外国公司或机构驻中国办事处用工问题 129
  - 二、退休人员劳动关系管理的流程再造 129
    - (一) 聘用退休人员是否构成劳动关系 130
      - 案例：退休人员伤亡认定案 131
    - (二) 聘用退休人员存在的社保问题 133

## 第四章 工资福利管理流程再造

- 第一节 工资管理流程再造 135
  - 一、工资的概念及构成形式 135
    - 案例：计算经济补偿金时伙食补助费等应否计入工资总额 136
  - 二、用人单位约定工资报酬的技巧 136
    - (一) 劳动报酬约定必须明确 137
    - (二) 劳动报酬约定不得低于集体劳动合同的约定 139
    - (三) 劳动报酬调整必须双方协商一致 140
      - 案例：用人单位可否单方调整劳动者工资报酬 141
      - 案例：约定实行年薪制的劳动者，未满一年工资如何计算 142
  - 三、工资集体协商应注意的问题 143
    - (一) 劳动报酬、劳动定额等重大事项需要集体平等协商 143
    - (二) 订立集体合同需要依照法定程序进行 143
    - (三) 用人单位应尽量避免劳动合同约定与集体合同发生冲突 144
      - 案例：集体合同与劳动合同冲突，哪个有效 144
  - 四、工资约定不得违反法律强制性规定 145
    - (一) 最低工资标准 145
      - 案例：最低工资是否包括伙食补贴、交通补贴 147
    - (二) 事实劳动关系工资 147

案例：未签订劳动合同，离职要求双倍支付工资是否合理	149
（三）试用期工资	150
案例：试用期工资是否适用最低工资标准	150
（四）服务期工资	151
（五）无效劳动合同的工资	151
案例：受胁迫签订的劳动合同工资条款无效	152
（六）劳务派遣工资	152
（七）非全日制工资	153
五、工资支付应注意的问题	154
（一）工资支付形式	154
（二）工资支付对象	154
（三）工资支付时间	154
（四）禁止克扣工资、拖欠工资	155
案例：职工拒还同事借款，用人单位代扣还钱的行为是否合法	156
（五）工资支付的绿色通道——支付令	157
（六）特殊情况的工资支付	157
案例：如何计算工伤职工的停工留薪期及工资	159
案例：患病职工不发病假工资被迫辞职，单位应否支付补偿金	160
案例：参加了基本医疗保险，还需要支付病假工资吗	161
（七）薪酬保密制度	163
（八）违反工资支付规定的法律责任	163
案例：单位拖欠工资，劳动者主张按《劳动监察条例》支付一 倍的赔偿金	164
六、加班工资流程管理	165
（一）标准工时制加班工资管理流程再造	165
案例：约定的加班工资计算基数不明确产生争议	169
案例：未签名确认的考勤卡不能作为证据使用	171
案例：不能证明已支付加班工资视为未支付	172
（二）综合计算工时制加班工资管理流程再造	176
（三）不定时工时制加班工资管理流程再造	176
（四）加班工资计算其他应注意的问题	177
案例：约定的工资包含加班费，无须再补发加班费	178
案例：教师暑假加班招生可否要求学校支付加班费	179



## 劳动合同法及实施条例下的人力资源管理流程再造

案例：劳动者辞职，单位未足额支付工资、加班费的，应支付经济补偿金 179

### 第二节 福利管理流程再造 180

#### 一、福利待遇和范围 180

案例：停发住房补贴，是否属于克扣工资 180

#### 二、福利管理应注意的问题 181

案例：劳动者诉计划生育奖励金是否属于劳动争议 181

### 第三节 工资福利争议举证责任处理技巧 181

#### 一、举证责任的分配 182

#### 二、用人单位处理工资福利争议的注意点 182

案例：工资及加班费争议，用人单位应承担举证责任 183

## 第五章 工时制度与休息休假管理流程再造

### 第一节 用人单位应如何制定工时制度 185

#### 一、标准工时制度 185

#### 二、特殊工时制度 185

(一) 缩短工时制 185

(二) 综合计算工时制度 186

案例：综合计算工时不同于标准工时 186

(三) 不定时工作制 187

(四) 延长工时制 188

### 第二节 用人单位应如何规范休息休假管理及依法支付休息休假工资 190

#### 一、一个工作日内的休息时间 190

#### 二、两个工作日间的休息时间 190

#### 三、休息日 191

#### 四、法定节假日 191

(一) 员工自愿加班 192

(二) 班前班后交接时间需要控制 193

(三) 延长工作时间及法定节假日加班，可否安排补休不支付加班工资 193

(四) 法律对劳动者休息休假权利保障的规定越来越明确，力度越来越大，尤其是在用人单位安排劳动者在休息休假期间工作的经济补偿方面 194