

劳动合同法

人力资源操作指引

企业法律风险防范实务经验
人力资源管理中的重点疑难问题

刘昊斌◎著

最新制度应对自如
劳资争议解决有道

- 调整人力资源管理思路
- 提升员工关系管理水平
- 避免劳资冲突
- 建立和谐劳动关系



北京航空航天大学出版社
BEIHANG UNIVERSITY PRESS

劳动合同法

人力资源 操作指引

刘昊斌◎著



北京航空航天大学出版社
BEIHANG UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

劳动合同法人力资源操作指引 / 刘昊斌著. --北京: 北京航空航天大学出版社, 2011.1

ISBN 978-7-81124-542-4

I. ①劳… II. ①刘… III. ①劳动合同法—基本知识—中国 IV. ①D922.52

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第246346号

版权所有, 侵权必究。

劳动合同法人力资源操作指引

刘昊斌 著

责任编辑 崔昕昕

*

北京航空航天大学出版社出版发行

北京市海淀区学院路 37 号(邮编 100191) <http://www.buaapress.com.cn>

发行部电话: (010)82317024 传真: (010)82328026

读者信箱: bhpress@263.net 邮购电话: (010)82316936

保定市中国画美凯印刷有限公司印装 各地书店经销

*

开本: 700×960 1/16 印张: 11.5 字数: 183 千字

2011 年 1 月第 1 版 2011 年 1 月第 1 次印刷 印数: 6 000 册

ISBN 978-7-81124-542-4 定价: 25.00 元

自序

我从2002年开始从事劳动争议处理工作，至今已经八年有余。近几年来，越来越感觉到人力资源管理者在面对劳动争议时，缺乏思路与操作技巧。而《劳动合同法》的生效实施，无疑中加剧了这一工作所面临的挑战。

作为律师，作为工作在一线的劳动法专业律师，每天都要面对很多劳动争议，有潜在的，有已经申请了仲裁的。大量的实务操作衍生出很多实操性的技巧，但这些技巧多是属于感性的，属于自发状态的，缺乏理论深度和系统总结。

本书能够经系统整理并集结成书，很大程度上源于群体的推动。感谢崔昕昕编辑，以足够的耐心与细致对待这本书。再感谢我的妻子李静，没有她的支持，本书亦不可能成书。是她一再地坚持和付出，才促成本书的成稿。一并感谢袁泉律师与周晨，两位一再通读改错，付出颇多。

本书内容谈不上深刻。更多的是一个律师在面对和办理诸多劳动争议案件时的一些体会。只希望这些心得与体会，能够为人力资源管理者或是劳动者提供一个视角。如果读者能够从中获得帮助或者启发，对我便不失为一种成就。对于书中的谬误疏漏之处，还望读者不吝指教，并多多宽容。

致谢！

刘昊斌

上篇:《劳动合同法》全文解释

第一章 新法不是猛兽

- 一、《劳动合同法》保护企业的哪些权利 /3
 - (一) 扩大了企业在试用期的权利 /3
 - (二) 减少了企业支付经济补偿金的成本 /4
 - (三) 扩大了企业解除劳动合同的权利 /7
- 二、《劳动合同法》给企业带来的风险 /8
 - (一) 不签订书面劳动合同的风险 /8
 - (二) 无固定期限劳动合同的风险 /10
 - (三) 企业支付经济补偿金的风险 /13

第二章 设计合法有利的劳动合同

- 一、企业怎样设计利于自己的劳动合同 /15
- 二、灵活设计对企业有用的合同条款 /17
 - (一) 解决送达问题 /17
 - (二) 解决调整工作岗位的问题 /17
 - (三) 解决调整工资的问题 /21

第三章 无固定期限劳动合同

- 一、建立无固定期限劳动合同评估机制 /24
 - (一) 建立员工工龄的预警机制 /24

(二) 建立员工工作岗位评估机制 / 25

(三) 评估符合签订无固定期限劳动合同条件的员工 / 25

二、有效减少签订无固定期限劳动合同的风险 / 25

(一) 以员工意愿作为签约依据 / 26

(二) 中断员工十年的工龄计算 / 26

(三) 巧用劳务派遣 / 26

三、建立无固定劳动合同管理机制 / 27

(一) 将劳动合同的期限与工作岗位的期限分开确定 / 27

(二) 加强绩效考核, 企业可以以不胜任工作为由辞退员工 / 27

四、避免事实劳动关系风险的发生 / 28

(一) 明确劳动关系建立的时间起点 / 28

(二) 明白员工入职所代表的含义 / 28

五、建立劳动关系风险防范的完全体系 / 29

(一) 杜绝事实劳动关系存在 / 29

(二) 建立职工名册 / 30

(三) 禁止下属部门临时用工 / 31

(四) 劳务派遣公司的选择 / 32

(五) 恰当签订劳务派遣协议 / 32

第四章 把好员工的进门关

一、招聘员工的管理 / 33

(一) 企业招聘风险 / 33

(二) 员工入职的管理 / 35

(三) 试用期员工的管理 / 36

二、企业怎样在试用期内合法辞退员工 / 36

- (一) 不符合录用条件 / 37
- (二) 试用期考核 / 38
- (三) 试用期考核的书面化 / 38
- (四) 业绩考核实务操作 / 39
- (五) 业绩考核与辞退之间的过渡 / 40
- (六) 不胜任工作的三次举证义务 / 40

第五章 给足但不要多付薪酬

一、薪酬管理的风险与克扣工资时员工的救济渠道 / 41

二、薪酬管理实务方面的风险 / 45

- (一) 没有约定工资 / 45
- (二) 约定工资, 但没有进行结构划分 / 46

三、企业培训管理的风险 / 47

- (一) 专业技术培训 / 47
- (二) 培训费与服务期 / 48

第六章 避免员工辞职后遗症

一、人力资源对员工辞职的管理 / 50

- (一) 审查员工辞职的理由 / 51
- (二) 辞职形式给企业带来的风险 / 51

二、保护企业商业秘密的具体操作 / 54

- (一) 公司要建立保密制度 / 55
- (二) 与接触商业秘密的员工签订保密协议 / 55

- (三) 与有保密协议的员工签订竞业禁止协议 / 56

第七章 用好法宝——员工手册

- 一、员工手册的合法性 / 60
- 二、员工手册的制定程序 / 62
 - (一) 尊重和建立职代会制度 / 62
 - (二) 设计规章制度的告知程序 / 62
- 三、员工手册的作用 / 64
 - (一) 指导性作用 / 64
 - (二) 实际操作作用 / 64
- 四、员工手册中企业辞退员工的权利 / 65

第八章 小成本辞退员工

- 一、企业辞退员工的权利与形式 / 68
 - (一) 合法辞退的形式 / 68
 - (二) 违法辞退的后果 / 70
- 二、辞退员工的经济补偿金 / 70
 - (一) 合同到期终止的经济补偿金 / 71
 - (二) 特定情形下员工辞职，企业须支付经济补偿金 / 72
- 三、离职过程中物品的交接 / 72

下篇:《劳动合同法》实务操作

第九章 逆向思索人力资源管理风险

- 一、员工的辞职信 /77
- 二、离职证明 /80
- 三、员工手册 /84
- 四、送达风险 /88
- 五、试用期考核 /90
- 六、员工考勤 /92

第十章 员工手册修改与应用

- 一、员工手册的弊病 /94
 - (一) 直接体现企业与员工之间的利益分配关系 /94
 - (二) 缺乏对员工的尊重 /94
 - (三) 内容充斥违法条款 /95
 - (四) 内容繁乱, 缺乏条理化 /95
 - (五) 内容过于片面 /95
- 二、修改员工手册的五大原则 /96
 - (一) 合法性原则 /96
 - (二) 民主制订程序原则 /97
 - (三) 公示原则 /97
 - (四) 指导原则 /99

(五) 实用原则 /100

三、如何修改学校的员工手册 /100

(一) 了解学校用工方式及种类，明确员工手册的适用范围 /101

(二) 学校假期管理具有特殊性 /101

(三) 界定清楚学校的商业秘密，并拟制相应的保密措施 /101

(四) 界定严重违反规章制度的情形 /102

第十一章 劳动合同法实施条例解读

附录：法律法规

中华人民共和国劳动合同法 /118

中华人民共和国劳动合同法（英文版） /136

中华人民共和国劳动合同法实施条例 /167

上篇

《劳动合同法》全文解释

第一章 新法不是猛兽

任何一部法律都不是保护单方利益的，《劳动合同法》的立法宗旨是保护双方的利益，是在保护企业与员工利益的同时，倾向于保护弱势劳动者的利益。

近年来劳动争议案件数量节节攀升，而其中 80% 以用人单位败诉告终。广大的企业经营者确实有必要为此深思：怎样才能预防劳动争议案件的发生，怎样才能最大限度地保障企业利益和维护企业形象呢？

一、《劳动合同法》保护企业的哪些权利

（一）扩大了企业在试用期的权利

《劳动法》规定员工在试用期提出辞职，可以随时离开单位。《劳动合同法》做了一些改变，要求试用期的员工如果要辞职，必须提前三天向单位做出通知。

法律链接

《劳动法》

第三十二条 有下列情形之一的，劳动者可以随时通知用人单位解除劳动合同：

- （一）在试用期内的；
- （二）用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的；



(三) 用人单位未按照劳动合同约定支付劳动报酬或者提供劳动条件的。

《劳动合同法》

第三十七条 劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。

企业疑问

《劳动合同法》要求在试用期的员工要提前三天提出辞职，为什么《劳动合同法》在原来《劳动法》的基础上增加了三天的限制呢？

律师解答

三天的时间实际上是《劳动合同法》给予企业的工作交接的时间，企业可以利用三天时间为即将离职的员工办理工作交接，同时可以有时间招聘到合适的员工接替这份工作，《劳动合同法》保护了企业的正常工作秩序。

(二) 减少了企业支付经济补偿金的成本

《劳动合同法》从两个方面减少了企业支付经济补偿金的成本。

1. 经济补偿金界定的期限

法律链接

《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》的通知

(劳动部发 [1994] 481 号)

第五条 经劳动合同当事人协商一致，由用人单位解除劳动合同的，用人单位应根据劳动者在本单位工作年限，每满一年发给相当于一个月工资的经济补偿金，最多不超过十二个月。工作时间不满一年的按一年的标准发给经济补偿金。



《劳动合同法》

第四十七条 经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。

律师解读

企业向员工支付经济补偿的界限，按照《劳动合同法》是员工在企业工作的时间超过半年不到一年，企业应该向员工支付一个月的工资作为经济补偿金。员工在企业工作不到半年，企业只需向员工支付半个月的工资作为经济补偿金就可以了。从这一点上我们看到，实际上《劳动合同法》在《劳动法》的基础上，对于工作时间不到半年的员工，减少了企业支付半个月经济补偿金的成本。

2. 经济补偿金的基数

法律链接

《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》的通知

(劳部发 [1994] 481 号)

第五条 经劳动合同当事人协商一致，由用人单位解除劳动合同的，用人单位应根据劳动者在本单位工作年限，每满一年发给相当于一个月工资的经济补偿金，最多不超过十二个月。工作时间不满一年的按一年的标准发给经济补偿金。

《劳动合同法》

第四十七条 经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。

劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月



平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。

本条所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。

企业疑问

北京市某企业员工月收入是两万元，在企业工作了两年零五个月，如果在这两年零五个月的时间里，企业对员工提出解除劳动关系，双方进行协商，企业就必须要向员工支付经济补偿金，那么经济补偿金应该怎样支付呢？

引发问题

按《劳动法》的规定，企业向员工支付三个月的工资作为经济补偿金，经济补偿金的计算是按照员工前12个月的平均工资作为经济补偿金的基数，由于工作的时间是两年零五个月，不到三年，应该是三个月的工资，两万元钱乘以三个月，合计金额应该是六万元。

按照《劳动合同法》的规定，企业在此情形下应该向员工支付经济补偿金的金额是不超过3万元，因为员工在企业里工作了两年零五个月的时间，两年支付两个月的工资，五个月不到半年支付半个月的工资，企业只需要向员工支付2.5个月的工资即可。员工的月工资2万元超出了市平均工资的三倍即12111元，应当按照北京市社会平均工资标准的三倍向员工支付补偿金，即12111元乘以2.5个月就可以了。

律师解答

北京市平均工资为4037元，那么市平均工资的三倍就是12111元，员工的两万元月薪是超出市平均工资三倍的，《劳动法》规定的经济补偿金是六万，《劳动合同法》规定的经济补偿金低于六万元。

企业从其员工身上节省的经济补偿金的费用就高达三万多元，企业支付经济补偿金的成本大大降低了。但同时企业也要明白，降低经济补偿金



只是针对高薪员工经济补偿的降低，对于月收入低于9 000元以下的普通员工，降低的作用并不能表现出来。

（三）扩大了企业解除劳动合同的权利

《劳动法》对于员工在外兼职的行为没有约束。

《劳动合同法》规定员工在外有兼职行为，企业可以对其辞退。

法律链接

《劳动合同法》

第三十九条 劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

- （一）在试用期间被证明不符合录用条件的；
- （二）严重违反用人单位的规章制度的；
- （三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；
- （四）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；
- （五）因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；
- （六）被依法追究刑事责任的。

律师解读

员工在外兼职，《劳动法》对于兼职行为没有约束；而《劳动合同法》规定，员工在外面做兼职影响到本职工作，经用人单位提出拒不改正的，企业可以对其辞退。

或者说员工在外面兼职，导致其业绩考核不合格的时候，企业可以员工在外兼职导致业绩不合格为由辞退员工，而这种辞退是不必支付任何经济补偿金的。