

劳动法苑 laodongfa.com 网站联合推出

# 劳动合同法 HR应用指南

陆敬波·著

劳动争议的预防与应对

中国社会科学出版社

劳动法苑 laodongfa.com 网站联合推出

D922.52/28

2007

# 劳动合同法

## HR应用指南

D922.52  
28

陆敬波·著

劳动争议的预防与应对

中国社会科学出版社

**图书在版编目 (CIP) 数据**

劳动合同法 HR 应用指南/陆敬波 著;—北京:中国社会科学出版社,  
2007. 11

ISBN 978 - 7 - 5004 - 6521 - 8

I. 劳… II. 陆… 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 171529 号

责任编辑 张 林

特约编辑 王 琪

封面设计 李 辉

责任印制 张 辉

---

出版发行 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010 - 84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京富生印刷厂 装 订 北京富生装订厂

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

开 本 787 × 1092 1/16

印 张 21.25

字 数 337 千字

定 价 38.00 元

---

凡购买中国社会科学出版社图书,如有质量问题请与本社发行部联系调换

**版权所有 侵权必究**

## 前言

---

《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）终于出台，几家欢乐几家愁。愁的是谁？当然是企业以及企业的人力资源主管（即 HR）们，因为该法对他们提出了新的挑战。这种挑战的严峻程度，从该法出台前后用人单位的培训需求激增上可见一斑。在该法出台之前，即有许多的跨国企业和大型国有企业“预订”笔者该法出台后的培训，有的甚至是系列培训。而该法出台后，更是有许多的企业和培训机构争相邀请笔者去对他们进行相关的培训。

在大量的培训过程中，笔者一方面了解到了各个企业对该法实际关心和存有疑问的问题，另一方面也感到了这些问题的共性。讲解和培训固然是一种很好的方法，但笔者认为，要让更多的企业学法、知法、用法，或许将自己平时的讲解和培训进行梳理，并进一步地总结、提高形成一本著作，广泛传播，才是更好的方法。本书即因此而生。

不难想象，该法出台后会有各类相关的著作问世。那么，在这些著作中，本书如何形成自己的特色呢？首先，它不是教科书；其次，它不单单是对条文的释义；再次，它更不是理论科研著作。本书是一本以 HR 实务需求为主导、以《劳动合同法》为主线、以笔者多年的劳动关系法律实务经验为主体的 HR 实务操作指引。

全书的章节设计、内容编排、具体章节的撰写等各方面都是紧紧围绕 HR 实务的。在章节设计方面，本书开篇就突出强调了《劳动合同法》对人力资

源管理的影响及总体应对策略，包括管理意识转变、人工成本提高、违法成本加重、用工风险增长、管理难度加大、用工规范加强、用工方式调整、人才竞争加剧、劳动争议增多和异地管理统一等。另外，在内容的编排方面，本书没有按照传统的劳动法律理论体系，而是针对人力资源管理的需要，侧重了具体实务操作。而在具体章节的撰写过程中，本书更是突出了实务的需要，案例丰富实用，分析言简意赅。

在本书问世的过程中，笔者再一次感受到了团队的巨大力量，可以说，没有同事的鼎力协助就不会有这本书。在此，衷心地感谢我的同事：阎付克律师、詹德强律师、孙琳律师、崔亚娜律师、杨傲霜律师、卢真杰律师、王桦宇讲师、屈晓蓉讲师。他们功不可没。

最后，希望本书是一把钥匙，能开启大家彼此交流的大门，也希望本书是一位参谋，能随时为您出谋划策。

由于时间仓促，再加上笔者的水平所限，书中疏漏之处在所难免，恳请广大读者批评指正。

陆敬波

# 目 录

## 前 言

### 第一章 《劳动合同法》对人力资源管理的十大影响

- 第一节 管理意识转变 /3
  - 一、对强势、弱势的认识 /3
  - 二、对企业居高临下姿态的调整 /4
  - 三、对人本管理的提倡 /4
- 第二节 人工成本提高 /5
  - 一、入职成本提高 /5
  - 二、开发成本提高 /6
  - 三、使用成本提高 /6
  - 四、离职成本提高 /7
- 第三节 违法成本加重 /7
  - 一、被劳动者解约的成本 /7
  - 二、应签未签的成本 /8
  - 三、违法解雇的成本 /8

|     |              |     |
|-----|--------------|-----|
| 第四节 | 用工风险增长       | /9  |
| 一、  | 劳动者离职风险      | /9  |
| 二、  | 劳动者适任风险      | /10 |
| 三、  | 商业秘密保护风险     | /11 |
| 第五节 | 管理难度加大       | /12 |
| 一、  | 依法管理的要求提高    | /12 |
| 二、  | 成本与风险控制的要求提高 | /12 |
| 三、  | 工会的权利扩大      | /13 |
| 四、  | 人力资源管理的地位提升  | /13 |
| 第六节 | 用工规范加强       | /14 |
| 一、  | 规范的内容要合法     | /14 |
| 二、  | 规范的内容要完备     | /15 |
| 三、  | 规范的制定程序要合法   | /15 |
| 第七节 | 用工方式调整       | /16 |
| 一、  | 劳务派遣用工的再考虑   | /16 |
| 二、  | 非全日制用工的采用    | /17 |
| 三、  | 专业外包的推广      | /17 |
| 第八节 | 人才竞争加剧       | /18 |
| 一、  | 劳动者辞职权的扩大    | /18 |
| 二、  | 竞业限制的收紧      | /18 |
| 三、  | 培训服务期的限制     | /18 |
| 第九节 | 劳动争议增多       | /19 |
| 一、  | 新旧法“交叉”与“转型” | /19 |
| 二、  | 劳动者权利的增加     | /19 |
| 三、  | 劳动者维权意识的提高   | /20 |

第十节 异地管理统一 /20

一、异地管理有难题 /21

二、合同管理可统一 /21

三、异地规定仍有异 /21

第二章 劳动关系与劳动合同

第一节 劳动关系的认定 /25

一、劳动关系的基本特征及其认定的重要性 /25

二、劳动关系与劳务关系 /26

三、劳动关系与特殊劳动关系 /27

四、劳动关系与其他民事关系 /28

第二节 用人单位与劳动者 /29

一、用人单位的认定意义 /29

二、用人单位的认定范围与方法 /30

三、劳动者的认定范围与方法 /31

第三节 劳动合同 /32

一、劳动合同的主体 /32

二、劳动合同的内容 /33

三、劳动合同的形式 /33

第三章 规章制度

第一节 规章制度与劳动合同 /37

一、规章制度的含义 /37

|                  |     |
|------------------|-----|
| 二、规章制度的功能        | /37 |
| 三、规章制度与劳动合同      | /38 |
| 第二节 规章制度的制定及生效   | /41 |
| 一、制定主体           | /41 |
| 二、制定内容           | /41 |
| 三、规章制度生效三要件      | /41 |
| 四、惩罚制度的制定        | /46 |
| 五、举证责任           | /47 |
| 第三节 规章制度的制定与审查修订 | /47 |
| 一、制定理念           | /48 |
| 二、制定原则           | /48 |
| 三、制定步骤           | /49 |
| 四、专业性审查          | /49 |

## 第四章 劳动合同的信息披露与担保禁止

|           |     |
|-----------|-----|
| 第一节 信息披露  | /53 |
| 一、为何披露    | /53 |
| 二、披露什么    | /53 |
| 三、如何披露    | /54 |
| 第二节 担保禁止  | /59 |
| 一、担保禁止的内容 | /59 |
| 二、违反禁止的后果 | /60 |

## 第五章 劳动合同的文本与效力

- 第一节 文本的形式 /65
  - 一、书面劳动合同 /65
  - 二、劳动合同版本 /66
- 第二节 文本的内容 /66
  - 一、文本的必要条款 /66
  - 二、文本的任意条款 /67
  - 三、文本的禁止条款 /67
  - 四、文本内容的解释 /67
- 第三节 文本的制作、提供与签订 /68
  - 一、文本的制作 /68
  - 二、文本的提供 /70
  - 三、文本的签订 /70
- 第四节 劳动合同的效力 /71
  - 一、劳动合同的生效 /71
  - 二、劳动合同的无效 /72

## 第六章 事实劳动关系

- 第一节 事实劳动关系的认定 /77
  - 一、何谓事实劳动关系 /77
  - 二、事实劳动关系的认定纠纷 /77
  - 三、事实劳动关系的认定要件 /78

|                 |     |
|-----------------|-----|
| 四、事实劳动关系的认定证据   | /80 |
| 五、事实劳动关系的举证责任   | /81 |
| 六、事实劳动关系的起始时间   | /83 |
| 第二节 事实劳动关系的法律后果 | /84 |
| 第三节 事实劳动关系的避免   | /85 |
| 一、调整招聘流程        | /85 |
| 二、规范管理劳务派遣工     | /85 |
| 三、建立合同到期预警机制    | /86 |
| 四、约定到期自动顺延条款    | /87 |
| 五、加强对非员工人员的管理   | /87 |
| 六、及时补签劳动合同      | /88 |

## 第七章 劳动合同期与试用期

|              |      |
|--------------|------|
| 第一节 劳动合同期    | /91  |
| 一、劳动合同期的种类   | /91  |
| 二、无固定期限劳动合同  | /91  |
| 三、劳动合同期的合理选择 | /93  |
| 第二节 试用期      | /96  |
| 一、严格适用       | /96  |
| 二、严格工资       | /98  |
| 三、严格解约       | /99  |
| 四、严格后果       | /104 |

## 第八章 培训、服务期与违约金

### 第一节 服务期与劳动合同期 /107

一、服务期与劳动合同期的差异 /107

二、服务期与劳动合同期的联系 /108

### 第二节 特殊培训协议 /109

一、可约定服务期与违约金的出资培训 /109

二、培训费与违约金的数额规定 /110

三、试用期内的出资培训 /112

### 第三节 特殊福利待遇 /113

一、面临的难题 /113

二、应对策略 /115

## 第九章 保密与竞业限制

### 第一节 商业秘密的界定 /119

一、企业如何界定商业秘密 /119

二、涉秘人员的确定 /120

### 第二节 竞业限制的运用 /122

一、竞业限制的适用人员 /123

二、竞业限制的适用范围、地域与期限 /123

三、竞业限制的经济补偿 /123

四、竞业限制的违约责任 /124

- 五、竞业限制条款的效力 /125
- 六、竞业限制的解除 /127
- 七、竞业限制协议的签订 /127
- 八、竞业限制中的时效问题 /127
- 第三节 商业秘密的法律保护方法 /131
  - 一、劳动法保护方法 /131
  - 二、民法保护方法 /133
  - 三、刑法保护方法 /134

## 第十章 劳动合同的履行与变更

- 第一节 劳动合同的履行 /139
  - 一、劳动合同的履行原则 /139
  - 二、《劳动合同法》对劳动合同履行的几点强调 /140
  - 三、用人单位发生变更时的履行 /141
- 第二节 劳动合同的变更 /142
  - 一、劳动合同变更的认定 /142
  - 二、劳动合同变更的程序与效力 /145

## 第十一章 协商解除劳动合同

- 第一节 劳动合同的解除 /151
  - 一、解除与终止、开除、除名 /151
  - 二、解除的方式 /156

|     |           |      |
|-----|-----------|------|
| 第二节 | 协商解除      | /157 |
| 一、  | 协商解除的适用范围 | /157 |
| 二、  | 协商解除的法律后果 | /158 |
| 三、  | 协商解除的重要性  | /159 |
| 四、  | 协商解除的有效运用 | /161 |

## 第十二章 用人单位单方解除劳动合同

|     |                |      |
|-----|----------------|------|
| 第一节 | 用人单位过错性解除劳动合同  | /169 |
| 一、  | 过错性解除的理由       | /169 |
| 二、  | 过错性解除的程序       | /177 |
| 三、  | 过错性解除的后果       | /178 |
| 四、  | 过错性解除的适用范围     | /178 |
| 第二节 | 用人单位非过错性解除劳动合同 | /179 |
| 一、  | 非过错性解除的理由      | /179 |
| 二、  | 非过错性解除的程序      | /183 |
| 三、  | 非过错性解除的后果      | /185 |
| 四、  | 非过错性解除的适用范围    | /185 |
| 第三节 | 经济性裁员          | /185 |
| 一、  | 裁员理由           | /186 |
| 二、  | 裁员界定           | /186 |
| 三、  | 裁员程序           | /187 |
| 四、  | 裁员后果           | /187 |
| 五、  | 裁员保护           | /187 |

第四节 用人单位合法解除的认定与违法解除的法律责任 /188

一、合法解除的认定标准 /188

二、违法解除的法律后果 /190

第十三章 劳动者单方解除劳动合同

第一节 劳动者提前通知解除劳动合同的情形 /193

一、劳动者提前通知的期限 /193

二、提前通知 /194

第二节 劳动者即时解除劳动合同的情形 /198

一、试用期内劳动者解除劳动合同 /198

二、事实劳动关系中劳动者终止劳动关系 /198

三、用人单位违法、违约时劳动者解除劳动合同 /199

四、解除劳动合同的程序以及法律后果 /202

第三节 劳动者违法解除劳动合同的法律责任 /203

一、劳动者违法解除劳动合同的情形 /203

二、劳动者违法解除劳动合同所需承担的法律责任 /204

第十四章 劳动合同的终止

第一节 劳动合同终止的事由 /211

一、终止的法定事由 /211

二、终止的约定事由 /215

第二节 劳动合同终止的限制 /216

一、限制的情形 /216

|               |      |
|---------------|------|
| 二、限制期间的劳动合同   | /217 |
| 第三节 劳动合同终止的程序 | /218 |
| 一、终止的通知程序     | /218 |
| 二、终止的附随程序     | /220 |
| 第四节 劳动合同终止的后果 | /221 |
| 一、合法终止的后果     | /221 |
| 二、违法终止的后果     | /221 |

## 第十五章 经济补偿金

|                   |      |
|-------------------|------|
| 第一节 经济补偿金的特征与类型   | /225 |
| 一、经济补偿金与赔偿金、违约金   | /225 |
| 二、单位赔偿与劳动者赔偿      | /227 |
| 三、经济补偿金的类型        | /230 |
| 第二节 经济补偿金的支付范围    | /231 |
| 一、应当支付的情形         | /231 |
| 二、无需支付的情形         | /235 |
| 第三节 经济补偿金的支付标准与时间 | /237 |
| 一、支付标准            | /237 |
| 二、经济补偿金的支付限制      | /239 |
| 三、支付时间            | /240 |

## 第十六章 劳务派遣

|                     |      |
|---------------------|------|
| 第一节 《劳动合同法》对劳务派遣的影响 | /243 |
| 第二节 劳务派遣单位          | /244 |
| 一、劳务派遣单位的资格问题       | /244 |

|                    |      |
|--------------------|------|
| 二、劳务派遣单位应当承担的责任与义务 | /244 |
| 第三节 被派遣劳动者         | /245 |
| 一、被派遣劳动者的权利        | /245 |
| 二、被派遣劳动者应当履行的基本义务  | /246 |
| 第四节 用工单位           | /247 |
| 一、用工单位的获益          | /247 |
| 二、用工单位应当履行的义务      | /247 |
| 三、对使用派遣劳动者的用工单位的建议 | /248 |
| 四、用工单位应当注意的法律问题    | /248 |
| 第五节 劳务派遣三方关系       | /249 |
| 一、劳务派遣三方法律关系示意图    | /249 |
| 二、劳务派遣单位与被派遣劳动者的关系 | /249 |
| 三、劳务派遣单位与用工单位的关系   | /250 |
| 四、用工单位与被派遣劳动者的关系   | /250 |
| 第六节 与劳务派遣近似的法律关系   | /251 |
| 一、劳务派遣与职业介绍        | /251 |
| 二、劳务派遣与工程承揽        | /252 |
| 三、劳务派遣与劳务中介        | /252 |
| 四、劳务派遣与业务借调        | /253 |
| 五、劳务派遣与人事代理、外包     | /253 |

## 第十七章 非全日制用工

|                    |      |
|--------------------|------|
| 第一章 非全日制用工的界定      | /259 |
| 第二节 非全日制用工的灵活性体现   | /260 |
| 第三节 招用非全日制用工时的注意事项 | /261 |