

人力资源高级法律顾问丛书

《劳资关系》杂志、劳动法在线.com 联合强力推荐

# LABOR CONTRACT

# 劳动合同法 实务操作与案例精解

王桦宇 著

企业人力资源培训最佳参考  
涵盖三部劳动立法最新内容

管理人员实务操作最细指南  
列举劳动争议预防最全对策

通俗化解读 案例化论述 对策化分析 实战化操作

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

企业人力资源高级法律顾问丛书

D922.52/39

2008

LABOR CONTRACT

劳动合同法  
实务操作与案例精解

王桦宇 著

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目 (CIP) 数据

劳动合同法实务操作与案例精解/王桦宇著. —北京:  
中国法制出版社, 2008. 4

(企业人力资源高级法律顾问丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0423 - 5

I. 劳… II. 王… 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 (2008) 第 021282 号

## 劳动合同法实务操作与案例精解

LAODONGHETONGFA SHIWU CAOZUO YU ANLI JINGJIE

著者/王桦宇

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 5 月第 1 版

印张/20.5 字数/310 千

2008 年 5 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0423 - 5

定价: 52.00 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: 66034985

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

# 序一

## 运用理论分析寻求解决实践问题的答案

《劳动合同法》、《就业促进法》、《劳动争议调解仲裁法》三部重要法律的实施标志着我国用工制度特别是人力资源管理法制化时代的到来，其中《劳动合同法》给企业及其人力资源管理带来的深刻挑战更是多方面和全局性的。很显然的问题是，《劳动合同法》究竟会对企业及其人力资源管理产生哪些具体的和实际的影响与挑战？企业又应如何从这些影响和挑战出发，去迎接和面对《劳动合同法》给企业带来的使命和责任？这是社会各界尤其是企业当下最为关心的话题。从人力资源管理的角度出发，《劳动合同法》在法律意识、经营理念、管理方法、绩效制度、薪资制度、用工模式等多个方面给企业带来了具体深刻而又客观实际的影响挑战和使命责任。作为现代企业必须尽快适应这种转变，承担起其应有的社会义务和责任。而这些事项的准备和完成，自然需要企业家和法律工作者的共同努力。

桦宇毕业于武汉大学经济法专业。在其攻读硕士学位期间，我有幸作为其业务指导老师，对其业务素养和专业知识的有着深刻的了解。当我拿到这本书稿时，便感知到了其中的学术涵养和分量，这也在我的意料之中。坦率地讲，对于当前的企业家来讲，并不单纯地是了解我国相关立法的规定，因为这方面的法律释义解读的专著已经汗牛充栋，无需再作这种学术资源的浪费。企业家更需要的是如何提升自己的法律理论修养，更深刻地把握我们这一时代的特质和脉搏，使自己及所在的企业在激烈的竞争中走得更稳，做得更卓越。

令人欣慰的是，与近期同类书籍相比，桦宇的这本新著完全成功地做到了这一点。同时，作为一个法律工作者，其任务当然不仅仅是要创造理论引导立法，更是运用理论来解释立法和事实，寻求实践中解决问题的答案。对于走向社会并不久的桦宇来说，更是一个严峻的挑战。但通读全书以后，我惊奇地发现这个年轻人已经不是三年前书斋下苦读的桦宇。透过这些文墨，折射出了作者对法制运行更为深邃的见解和对法律问题的更为准确和透彻的洞见，这一切得益于法律实践工作的锤炼，也来自于年轻人对于法律工作的挚爱和勤勉。

在法学理论与实践脱节比较严重的当下，能将理论与实务有机地结合在一起，

并非容易之举。在某种意义上讲，我带着审慎的眼光反复阅读其书稿，觉得本书写作非常平实，也很有针对性，其中在《劳动合同法》的实务分析过程时所涉及的案例就是他在工作中所接触甚至是直接处理的案例，同时读者又能在这些案例解读里面找到清晰的学理分析的脉络，汲取理论营养。我相信这本书对广大从事企业人力资源和法务工作的管理人员来说是一本不可多得的理论指导书和工具书，特予推荐。

冯 果

武汉大学法学院副院长、教授、博士生导师

## 序二

# 迎接新法背景下企业人力资源管理的挑战

人力资源管理是一门非常特殊的实践性科学，它不仅仅是学者在课堂和研究室里“思索”出来的理论结果，更是企业家和广大人力资源从业者在管理实践中不断积累的过程中形成的。特别是在中国，人力资源管理需要借鉴西方企业管理思想和实践操作的同时，更需要进行本土化和传统伦理背景下的展开和解读。中国内地的企业家和人力资源从业人员已经从自己的创业历程和管理经验中发现了企业人力资源管理的规范性意义，并开始认真评估人力资源管理对企业宏观经营管理带来的影响和作用。

2008年对中国内地的企业家和人力资源管理者是一个特殊的年份，《劳动合同法》、《就业促进法》、《劳动争议调解仲裁法》三部重要的法律先后开始实施，这对企业的人力资源规范化管理和经营成本控制带来了相当的挑战。特别是《劳动合同法》的实施，给一些企业特别是习惯了低劳动力成本的制造型企业和那些管理不规范的企业带来了相当的挑战和困惑：人力资源管理的冬天来临了吗？劳动合同终止需要支付经济补偿金、无固定期限劳动合同的扩大化、不签订书面劳动合同面临双倍工资罚则，等等，这些都会以强制性法律规则的形式赋予企业相当的义务与责任。从某种程度上讲，《劳动合同法》实施后，人力资源管理不仅仅只是经济管理学上的范畴，还更多地会涉及法学特别是企业法和劳动法上一些领域。

认识桦宇先生是在中华英才网的“大师说策”活动上，他当时是作为中华英才网邀请的专家嘉宾。在“《劳动合同法》HR应对实务”对话环节上，桦宇先生对在场HR人员的提问侃侃而谈，非常专业、务实和干练。我开始注意到这位当年以武大优秀生和诸多奖项荣誉毕业于武汉大学法学院，后又到上海一家专业律师事务所担任要职的年轻人。说他年轻是因为他年纪比我小，我的人力资源从业经验也比他长，但是他对劳动法和劳资关系的专业程度、丰富经验和火候掌握却是在我意料之外的，同时他对企业人力资源管理也有非常深刻的理解。这个判断，我从中华英才网组织的多次论坛和讲座活动反馈也能够得出。

由于经常到各地作讲座、参加论坛，会遇到许多HR的朋友问到关于劳动方法

面的问题，尤其是从2007年下半年开始，这类问题越来越多，这是整个中国人力资源管理学界和从业人员关注的一个焦点。我自己也对新的《劳动合同法》以及其对中国企业人力资源管理实践的影响非常感兴趣，拿到书稿后我认真通读，觉得写得非常实务化。桦宇先生在对《劳动合同法》进行实务分析的过程中，不仅提供了大量自己处理过的案例，还在案例解读里面加入了些许学理分析，这些对于读者都是大有裨益的。

桦宇先生的这本书给了我不少启发，我在此也郑重地推荐给各位企业家和人力资源从业者，希望大家能从中有所受益，解决人力资源管理实务中出现的各种法律问题。

欧阳晖  
中华英才网人才研究中心总监  
《HR 经理人》杂志执行总编

# 法律视野下的人力资源管理重构

## ——代自序

记得2005年11月的时候，笔者有幸参加了全国人大法工委委托上海市人大法工委组织的《劳动合同法》（草案）立法听证会，当时上海有名的劳动法学理论和实务方面的专家悉数参加，既有来自企业界的代表、工会的代表、法律服务机构的代表，也有来自劳动局系统、法院实务系统的仲裁员和法官，还有来自高校理论界的法学教授。当时的场景笔者还记忆犹新，特别是当时上海有一家最大的人力资源服务公司代表发言，表示对草案中的劳务派遣保证金的规定无法接受，到场的很多专家也提出了不少的批评意见。作为会议组织方的上海市人大法工委的有关负责人，在主持会议的时候，不得不多次建议大家主要是谈问题，不要带情绪。后来，我也参加了在上海召开的几次类似的会议，情形大抵如此。再后来，经过几次审议以后，全国人大常委会委员们的意见也都逐渐一致起来。2007年6月29日，这部法律终于获得通过，并于2008年1月1日起正式实施。

笔者在为客户提供劳资关系咨询服务期间，接触到的企业包括跨国集团公司、外商投资企业、国有企业、民营企业、事业单位等等各种类型，接触到的人群包括董事长、总经理、人力资源总监、法务总监、人事经理、法务主管、工会主席、普通员工、执业律师等各个层面，而在此过程中，特别是《劳动合同法》实施的当下，无一不体现出对这部法律的重视与关注。笔者曾经接受江苏省一家特大型民营企业的邀请，和该集团公司的总裁就《劳动合同法》对企业的影响进行专题座谈。这位当家人凭借二十多年的打拼，在家乡的热土上锻造了机电、证券和房地产领域的辉煌业绩，并成为江苏省第一家有下属子公司在新加坡上市的民营企业。显然，他对中国当下的法律执行和法制环境有着自己独特的理解，但他也不得不承认，这部法律对集团公司的影响是巨大的。尽管他还是坚持认为当下法制环境对于法律执行有效性的影响，但是毕竟也已经意识到了人力资源管理法制化阶段的即将来临。这一点上讲，他的想法代表了许多民营企业老总的观点。

外商投资企业和国有企业，一向被认为是遵守劳动法和各项法律法规的优秀典范，笔者长期在长三角地区从事劳资关系咨询服务，能够深刻地认识到这一点。笔



者曾经与一家从事专业器械生产的知名日资企业的总经理有过一次谈话，特别能感觉到日资企业的这种如家庭般爱护员工的理念。即便是竞争激烈的制造行业，他还是坚持为所有员工缴纳全部社保并严格按照法律法规规定支付全额加班费，并提供各种相对完善的福利待遇，而笔者提供劳资关系咨询服务的另一家企业，也就是他在当地的竞争对手，情况却是两样。这位在该日资企业工作长达十几年之久严格按照规则办事的中国人，也因此成为了总公司所辖子公司中第一位中方总经理，旗下带领数位日籍高管，以法律为人力资源管理的底线，以较高的人力成本，最终在制造行业创造了相对较高的法制化运作的竞争神话。笔者也曾接触过一些国有企业老总，他们对《劳动合同法》的态度与规范的外商投资企业大体一致。

但进一层而言，具体到人力资源管理（Human Resource Management）的环节，人力资源部的管理人员则更是处于相对彷徨和痛苦的境地中迎接着 2008 年的到来。董事长、总经理不会亲自去为员工办理招聘录用手续，不会直接与员工设计与签订劳动合同，不会直接去处理工伤认定与赔偿的事项，也不会忙于收集各种证据应对员工的劳动仲裁和诉讼，这些工作都是由人力资源部的管理人员来具体负责处理。也正因为如此，再加上劳动法律法规特别是《劳动合同法》对于员工的偏重保护，所以人力资源部的管理人员最能感觉到人力资源管理中的困难和苦楚。录用员工一个月内必须签订书面劳动合同，试用期解除劳动合同必须要有证据证明员工不符合录用条件，除了培训服务期和竞业限制事项以外不得约定违约金，制定重要规章制度必须经过民主和公示程序，任何一个环节不注意或不重视，都有可能使公司承担法律上的责任。而这些法律责任也意味着公司负担着更多的人力资源管理风险和违法机会成本，这恐怕是意欲合法经营的企业所不愿意看到的。

《劳动合同法》不只是一部关于劳动合同方面的法律，更意味着劳动立法进入到了一个崭新的时代，企业人力资源管理至此进入到了一个法制化的阶段。此后的《就业促进法》、《劳动争议调解仲裁法》等诸多法律法规的出台和实施，使中国内地的劳动法律法规更为完善、科学和进步。而这些法律的执行以及这种因法律执行而使中国劳动立法完善、科学和进步的达成则将意味着企业在当下法制环境下必然要完成痛苦中的凤凰涅槃。作为企业在劳资关系领域的咨询顾问，我们接触过海量的操作项目和争议案例，我们也希望通过基于专业知识、技能和经验的专业咨询服务能够给企业更多的、更妥善和更具建设性的意见和建议，能使得我们企业的日常劳动人事管理更为规范、更为科学、更富有激励性。当然，这种状况的出现，首先还是需要人力资源法制化的前提意识。

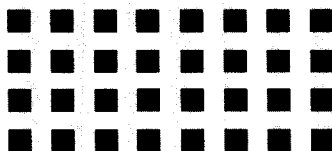
在笔者近段时间的培训日志里，不管是上海、北京、广州、深圳这样的国际大都市，还是苏州、无锡、温州、东莞这样的新兴中小城市，都凝集和记录着各类企

业家和人力资源从业者对新法律环境的关注、紧张、期盼与担忧。记得一次从温州飞回上海的旅途中，在即将抵达浦东机场时，我的助手问我此次在温州培训的感受，正好笑容可掬的空姐提醒我们检查安全带并告知飞机正在降落，我说，现在企业面对《劳动合同法》的感觉和状况，就像乘客面对飞机着陆的感觉一样，刚着陆一瞬间看起来很颠簸、很害怕，但其实一下子过去后就是在跑道上平稳的滑行，直到完全停稳。衷心祝福中国内地的企业家和人力资源从业者能够顺利通过《劳动合同法》的着陆期，企业也因此而得以在新的法律格局下稳健经营与蓬勃发展。希望本书的面世，不仅使企业的高管能够认识到这部新法对人力资源管理带来的新挑战和新突破，而且也能够给从事具体工作的企业人力资源管理人员提供实务上的指引和帮助。

王桦宇

于上海浦东

2008年5月1日



## 作者简介

### 王桦宇

劳动法与劳资关系管理专家，资深培训师，法学硕士。上海画雨企业管理咨询有限公司总经理。劳动法在线( [www.laborlawnet.com](http://www.laborlawnet.com) ) 创始人、首席顾问，《劳资关系》总编。上海市劳动学会劳动法专业委员会委员，上海市法学会财税法研究会干事，《人力资源》特约专栏供稿人。为数十家知名跨国公司和外商投资企业提供过常年劳资顾问和内训服务，近万名人力资源经理与企业管理者聆听过其劳动法和劳资关系管理课程。

电子邮箱：[simon.wang@laborlawnet.com](mailto:simon.wang@laborlawnet.com)

博客：<http://blog.sina.com.cn/wanghuayu>

# 目 录

## 第一章 员工的人职与劳动关系的建立

- 一、员工录用知情权运用与职前调查 2
  - (一) 招聘录用条件的规范设计 2
  - (二) 知情权的运用与入职调查 6
- 二、劳动合同订立时点、种类与效力 10
  - (一) 劳动合同订立与劳动关系建立 10
  - (二) 无固定期限劳动合同的选择权 12
  - (三) 劳动合同订立与录用通知书操作 15
- 三、劳动合同内容的设计与风险预防 19
  - (一) 劳动合同的法定必备条款 19
  - (二) 劳动合同有效与无效判定 27
- 四、试用期条款的约定与试用期考核 31
  - (一) 试用期约定的误区分析 31
  - (二) 试用期考核与解除要件 37
  - (三) 试用期解除的法定程序 39
- 五、事实劳动关系的防治与证据保全 41
  - (一) 事实劳动关系的法律责任 41
  - (二) 事实劳动关系的风险预防 44

## 第二章 员工的管理与规章制度的制定

- 一、规章制度与劳动合同的协调与补充 49
  - (一) 规章制度的结构组成和主要内容 49

- (二) 规章制度与劳动合同的相互关系 52
- (三) 规章制度在劳动争议处理中的适用 54
- 二、新法下的规章制度之绩效考核规则 58
  - (一) 试用期的考核制度 58
  - (二) 正式合同期间的考核制度 60
- 三、新法下的规章制度之薪资岗位规则 68
  - (一) 薪资管理制度 69
  - (二) 岗位管理制度 92
- 四、新法下的规章制度之休假福利规则 95
  - (一) 休假制度 95
  - (二) 特殊福利待遇设计 107
- 五、规章制度之制订与修改的法定程序 109
  - (一) 规章制度的法定制定程序 110
  - (二) 规章制度的法定修改程序 113

### 第三章 特殊员工处理与专项协议签订

- 一、特殊员工的分类与特殊员工管理思路 117
  - (一) 未成年员工管理思路与操作 117
  - (二) 女职工管理思路与操作实务 120
  - (三) 军人员工管理思路与操作实务 126
  - (四) 外国人就业的管理思路 130
- 二、特殊劳动关系与非标准化管理办法 135
  - (一) 特殊劳动关系的法律定位 135
  - (二) 特殊劳动关系的三项保护 137
  - (三) 特殊劳动关系的特别管理 139
- 三、特殊工时制度选择与法定程序要件 141
  - (一) 综合计算工时制 141
  - (二) 不定时工时制 143
  - (三) 计件工时制 146
- 四、人力资本投入与培训及服务期协议 148
  - (一) 试用期与培训服务期协议 149
  - (二) 服务期内员工与企业的法定及约定义务 151
  - (三) 出资培训及费用与违约金的法律约束 153

- 五、商业秘密保护与保密竞业限制协议 156
  - (一) 商业秘密保护的法律手段 156
  - (二) 商业秘密保护与保密竞业限制协议 161
  - (三) 违反保密竞业限制义务的责任追究 164

#### 第四章 员工的离职与法律风险的防范

- 一、员工的离职分类与法律风险分析 168
  - (一) 员工离职的法律分析分类 169
  - (二) 员工离职的程序事项风险 171
- 二、员工主动辞职权利的扩大与泛化 175
  - (一) 员工行使任意解除权 175
  - (二) 员工行使法定解除权 180
  - (三) 员工违法解除劳动合同之应对 185
- 三、企业合法辞退员工的法律路径 186
  - (一) 企业行使法定解除权之过失性解除 187
  - (二) 企业行使法定解除权之非过失性解除 191
  - (三) 经济性裁员之法律风险控制 195
  - (四) 解雇保护原则与企业应对策略 198
- 四、柔性化策略与协商解除劳动合同 200
  - (一) 柔性化策略与企业劳动人事管理 201
  - (二) 柔性化操作与协商解除劳动合同 203
- 五、跳槽预防及合同终止之风险控制 206
  - (一) 员工跳槽离职法律风险防范 206
  - (二) 劳动合同终止法律风险防范 209

#### 第五章 劳资利益平衡管控与法律责任

- 一、严苛化的《劳动合同法》与政府监督检查 213
  - (一) 劳动监察的范围 213
  - (二) 劳动监察的监察方式 217
  - (三) 劳动监察的法定程序 218
  - (四) 劳动监察的违法处罚 219
  - (五) 其他机构的监督责任 220

二、用人单位违反《劳动合同法》的法律责任	222
(一) 相关规章制度违法的法律责任	222
(二) 订立劳动合同违法的法律责任	225
(三) 履行劳动合同违法的法律责任	226
(四) 终结劳动合同违法的法律责任	229
(五) 特别用工形式违法的法律责任	230
三、社会法与终结劳动合同的经济补偿金	232
(一) 经济补偿金的法定支付情形	232
(二) 经济补偿金的通常计算方式	234
四、契约法与违反劳动合同的约定违约金	237
五、侵权法与违反劳动合同的法定赔偿金	240
(一) 企业应如何正确运用赔偿金	240
(二) 赔偿金与违约金的竞合处理	242

## 第六章 集体合同制与三方协商的实施

一、集体协商与集体合同的法律实效化	246
(一) 平等协商制与集体合同的订立	246
(二) 集体合同的内容、形式与期限	250
(三) 集体合同的履行、变更与终结	251
二、工会程序参与和企业民主管理绩效	252
(一) 工会民主参与和企业管理绩效	252
(二) 工会与企业集体协商机制的建构	253
三、政府企业员工与三方协商对话机制	255
(一) 三方机制的主要职责与三方对话	255
(二) 企业三方机制的建立与民主协商	256
四、劳动关系的形成与履行的工会监督	257
(一) 工会监督劳动合同的履行	258
(二) 工会监督集体合同的履行	258
五、主动性的企业职代会工会沟通渠道	260
(一) 企业工会的组建及与企业的互动	260
(二) 企业职代会的地位及其沟通方式	262

**第七章 非全日制工与用工风险的控制**

- 一、用工方式灵活化与非全日制用工制 266
- 二、非全日制用工劳动关系的简化管理 269
- 三、非全日制用工与其他用工的风险对比 270
- 四、实习生、学生兼职与非全日制用工 271
- 五、非全日制用工常见劳动争议的处理 273

**第八章 劳动争议处理与调解仲裁实务**

- 一、自愿原则及劳动争议和解与调解 277
  - (一) 自愿协调原则 277
  - (二) 和解与调解 278
- 二、劳动争议仲裁中的相关处理规则 281
  - (一) 劳动争议的范围 281
  - (二) 劳动争议处理体制 281
  - (三) 劳动争议处理中的证据 282
  - (四) 劳动争议仲裁管辖 284
  - (五) 仲裁时效与审理时限 286
  - (六) 部分裁决和先予执行 288
  - (七) 终局裁决 288
- 三、集体合同争议与可选的解决方式 291
  - (一) 集体争议的处理方法 291
  - (二) 不同集体合同争议的处理 293
- 四、新法格局下劳动争议预防与控制 294
  - (一) 遵守法律规则和政策规定, 注重法制化管理 294
  - (二) 完善劳动合同和规章制度, 注重契约化运行 295
  - (三) 强化证据意识和程序意识, 注重书面化操作 295
  - (四) 寻求劳资双赢和共生和谐, 注重人本化沟通 296

**第九章 常用劳动人事表单指引及示例**

- 一、员工招聘类表单指引及示例 299
  - (一) 表单使用指引 299
  - (二) 表单示例 299



二、合同变更类表单指引及示例	301
(一) 表单使用指引	301
(二) 表单示例	302
三、合同终止类表单指引及示例	303
(一) 表单使用指引	303
(二) 表单示例	303
四、合同解除类表单指引及示例	306
(一) 表单使用指引	306
(二) 表单示例	307