

2



盈科律师丛书

YingKe Lawyers Series

总主编：梅向荣

THE COMPLETE GUIDE TO
HUMAN RESOURCES MANAGEMENT UNDER THE NEW LABOUR LAW

新劳动法下的 人力资源操作全程指引

何力 李磊 / 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



THE COMPLETE GUIDE TO
HUMAN RESOURCES MANAGEMENT UNDER THE NEW LABOUR LAW

新劳动法下的 人力资源操作全程指引



法律出版社

www.lawpress.com.cn

法律门
Access To



www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

新劳动法下的人力资源操作全程指引 / 李磊, 何力
著. —北京: 法律出版社, 2010. 9
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1158 - 5

I. ①新… II. ①李…②何… III. ①劳动法—基本
知识—中国②企业管理—劳动力资源—资源管理 IV.
①D922.5②F272.92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 168833 号

新劳动法下的人力资源操作全程指引
李磊 何力 著

编辑统筹 法律应用出版社
策划编辑 韦软平
责任编辑 韦软平
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 永恒印刷有限公司
责任印制 陶松

开本 787×960 毫米 1/16
印张 21.5
字数 330千
版本 2010 年 11 月第 1 版
印次 2010 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 1158 - 5

定价: 48.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

北京市盈科律师事务所成立于 2001 年,秉承“诚信、卓越、合作、责任”的法律服务理念,坚持规模化、专业化、品牌化和国际化的发展方向,先后获得“法律服务先进集体”、“司法行政系统先进集体”等荣誉称号。

在盈科的发展过程中,盈科律师迎来了中共中央政治局常委、国务院总理温家宝同志的亲切接见,接受了中共中央政治局常委、中央政法委书记周永康同志的视察,也得到了中华人民共和国司法部吴爱英部长对盈科律师事务所“以党建带所建”工作的充分肯定。

截至 2010 年 4 月底,盈科律师事务所北京总部现有执业律师 350 余人、实习律师 78 人、员工总人数 612 人。其中硕士 125 人、博士 18 人、留学归国人员 21 人、外籍在所工作人员 5 人、各领域专家顾问 40 余人,办公面积近 8000 平方米。盈科律师事务所北京总部已成为中国规模最大的单一法律服务机构。

为了给客户提供更贴近的法律服务,完善盈科律师事务所的法律服务网络体系,盈科律师事务所计划在 3 年内,完成全国各省会城市和计划单列市分所的建设任务。各地分所均由总所直接投资、直接管理。现已建成上海、广州、天津、南京、沈阳、石家庄、呼和浩特 7 家分所,2010 年正在筹建深圳、成都、苏州、青岛、武汉、长沙、昆明、厦门、鄂尔多斯等 9 家分所,2010 年年底总所及分所律师执业人数将达到 1000 人,2013 年年底律师执业总人数将接近 3000 人。届时,盈科律师事务所规模将进入亚洲第一、全球前十位。在未来的 5 年内,盈科律师事务所将继续引进国际化人才,拓展国际业务,完成在香港、欧洲、北美、日本、加拿大等地区 and 国家的分所建设工作,形成盈科律师事务所遍布全球的法律服务网络体系。

盈科律师事务所汇集了一大批优秀的律师人才。广博的专业知识、精湛的专业技能、丰富的实践经验和勤勉尽职的职业道德铸造了盈科律师事务所独具

特色的律师团队。盈科律师事务所的律师团队来自国内外知名大学和研究机构的各类专业律师精英和法律专家,大多数律师取得了中、美、英、法、德、日、韩等国的法学博士和硕士学位,半数以上的执业律师具有理工、医学、计算机、国际贸易、金融投资等专业背景。多数律师还具有在企业、行业协会、大学、司法机关或外国律师事务所的工作经历。盈科律师事务所还聘请了一批在国内外法学理论及实务领域享有盛誉和崇高威望的一流法律专家担任顾问。

在不同领域均能为客户提供满意的法律服务是盈科律师事务所的不懈追求。盈科律师事务所参照国际模式,结合中国经验,制定了具有国际职业水准的法律服务标准和具有良好质量控制的实务操作规范。业务领域涵盖公司并购与重组、证券与资本市场、外商直接投资、境外投资与反向收购、金融证券和银行、知识产权、房地产、基础设施建设、项目融资、政府采购与招投标、信息产业、资讯与媒体服务、文化、体育、劳动和社会保障、矿产和自然资源、国际贸易、海商与海事、诉讼与仲裁等多个法律部门和服务领域。在传统和新兴的法律业务领域,盈科律师事务所均已处于法律服务的前沿。

我们深知,专业化的律师队伍是律师事务所为客户提供专业服务的基本保证。为此,盈科律师事务所大力推进律师事务所的专业化建设,启动了以“部门主任负责制”为特征的专业化建设工作。盈科律师事务所涌现了一批在不同专业领域的大律师、名律师。我们把盈科律师在不同专业领域的研究和工作成果编辑成册,汇集成《盈科律师丛书》。我们希望《盈科律师丛书》的出版一方面能为本所律师的专业化服务提供统一的标准,另一方面也能为企业、法律界的同行交流使用。

由于《盈科律师丛书》的编辑时间比较仓促,不足之处还请大家多多指正。

北京盈科律师事务所主任 梅向荣

2010年5月4日

序

随着《劳动合同法》、《劳动合同法实施条例》、《劳动争议调解仲裁法》等一系列劳动新法的重磅出击,人力资源管理正面临新的劳动法制环境。人力资源管理人员需要熟悉掌握这些法律,并依据这些法律再造企业人力资源管理流程。

请看下面这个案例:

京城某名记者,与某研究中心接触,后者对该记者的才华表示满意,招聘其为总编,向其发出试用备忘录,双方签字盖章。备忘录约定试用期两个月,月工资人民币一万五千元。工作十天后,双方关系恶化,该研究中心老板给了记者五千元工资,让其走人,未办理其他手续。记者心有不平,经咨询律师后,向劳动仲裁委员会提出了仲裁申请,索赔项目如下:

- 一、补发工资二万五千元;
- 二、违法约定试用期的赔偿金三万元;
- 三、到期终止未提前一个月通知的赔偿金一万五千元;
- 四、合同终止的经济补偿金五千五百八十九元。

上述各项赔偿合计七万五千五百八十九元。这些赔偿请求都是有劳动法律法规依据的。研究中心随手写下一个备忘录,却没料到会引发如此严重的后果。这便是劳动新法下用工风险的体现。这样的例子还可以举出很多。比如,根据《劳动合同法》,未签订劳动合同要向员工赔偿双倍工资,如果企业大面积地不签订劳动合同,一旦员工群起索赔,可能会导致企业倒闭。

由此可见,人力资源管理如何防范新法下的劳动法律风险,已经不再是企业无关紧要的问题,而是关系到企业的生死存亡的大问题。企业,尤其是中小企业的负责人及人力资源管理人员必须充分认识到这一点。对此,没有别的途径,只有依法操作,打造一个符合劳动新法的人力资源管理流程。这,正是本书的

目的。

最后还是必须引用那一句书籍上的套话却也是至理名言,“水平有限,不当之处,在所难免”。因此我们期待来自第一线的人力资源管理人员反馈。
lawyerheli@163.com 这个邮箱永远为您敞开。

何力 律师

2010年3月于北京市盈科律师事务所

目录 / CATALOGUE

第一章 劳动法律法规概述	1
第一节 劳动法的含义	1
第二节 劳动法的渊源	3
第三节 劳动法的宗旨	7
第二章 用工模式的选择	10
第一节 用工模式概述	10
第二节 外包关系或经济关系	13
文书范本 1: IT 服务外包合同范本	19
文书范本 2: 食堂承包合同范本	21
第三节 民事聘用关系	25
文书范本 3: 实习合同范本	30
文书范本 4: 聘用合同范本	32
第四节 非全日制用工	35
文书范本 5: 非全日制用工合同范本	37
第五节 劳务派遣(一)	39
第六节 劳务派遣(二)	52
文书范本 6: 劳务派遣协议范本	56
文书范本 7: 派遣员工劳动合同范本	63
文书范本 8: 劳务派遣用工合同范本	69
补充: 合同签订四问	77
第三章 招聘与录用	79
第一节 招聘广告的效力问题	79

第二节 避免就业歧视	83
第三节 招聘条件与录用条件	92
文书范本 9:录用条件确认函范本	95
第四节 入职前审查	96
第五节 告知义务	101
文书范本 10:员工登记表范本	103
第六节 录用通知书	104
文书范本 11:录用通知书范本	108
第七节 入职流程再造的基本要求	110
文书范本 12:职工名册范本	111
第四章 劳动合同及相关协议的拟定	113
第一节 不签订劳动合同的法律风险	113
文书范本 13:劳动合同签订通知书范本	116
文书范本 14:谈话记录范本	117
第二节 劳动合同的签订主体	118
第三节 劳动合同期限选择	120
文书范本 15:岗位聘用合同范本	126
第四节 试用期	128
第五节 工作内容与工作地点条款	131
第六节 劳动报酬条款设计	133
第七节 社会保险、劳动保护、劳动纪律条款	135
第八节 劳动合同其他条款的设计	138
文书范本 16:通用型劳动合同范本	140
文书范本 17:劳动合同续订或变更书范本	147
第九节 培训条款或培训协议的设计	148
文书范本 18:培训协议范本	151
第十节 保密协议与竞业限制协议	153
文书范本 19:保密协议范本	157
文书范本 20:竞业限制协议范本	159
第五章 休息、休假与薪酬	161

第一节 工时制度	161
第二节 休息、休假	166
文书范本 21:年休假安排通知书范本	173
文书范本 22:年休假跨年度安排征求意见表范本	175
第三节 加班风险的防范	178
文书范本 23:加班审批单范本	179
文书范本 24:月度考勤统计表范本	183
第四节 工资的构成	183
第五节 工资的标准	186
第六节 薪酬的调整	190
文书范本 25:工作调动通知书范本	191
第七节 关于工资的其他几个问题	192
文书范本 26:工资条范本	193
第六章 规章制度与员工手册	196
第一节 规章制度与员工手册的含义与内容	196
第二节 规章制度的作用	197
第三节 规章制度与劳动合同、集体合同的关系	199
第四节 规章制度内容违法的后果	200
第五节 规章制度制定的程序要求	201
文书范本 27:职工意见汇总表范本	204
文书范本 28:会议纪要范本	204
文书范本 29:会议签到表范本	205
文书范本 30:规章制度征求意见通知书范本	206
文书范本 31:规章制度考试试卷范本(节选)	208
文书范本 32:规章制度培训签到表范本	208
文书范本 33:员工手册签收页范本	209
文书范本 34:规章制度公示通知书范本	210
第六节 规章制度的内容	210
文书范本 35:适合中小用人单位的员工手册范本	216
第七章 员工离职法律风险防范	241

第一节 员工离职法律风险概述	241
第二节 员工主动离职操作	243
文书范本 36:格式化的员工辞职信范本	245
文书范本 37:离职声明	249
第三节 协商解除	250
文书范本 38:解除劳动合同协议书范本	253
第四节 单位解雇之过失性解除	254
文书范本 39:兼职改正通知书	258
第五节 非过失性解雇	260
第六节 经济性裁员	264
文书范本 40:北京地区实施经济性裁员时需向劳动行政部门提交的材料	268
文书范本 41:优先招用人员通知书	270
第七节 限制解除劳动合同的情形	271
第八节 劳动合同终止	276
文书范本 42:劳动合同终止或续签通知书	279
第九节 经济补偿金	281
第十节 离职时的违约金与赔偿金	289
第十一节 离职流程的规范化	291
文书范本 43:解除/终止劳动合同通知书	293
文书范本 44:解除(终止)劳动合同证明书	294
文书范本 45:离职面谈记录表范本	295
第八章 劳动争议仲裁与诉讼	297
第一节 有关背景介绍	297
第二节 劳动争议的范围	299
第三节 劳动争议的时效	302
第四节 劳动争议案件的管辖	304
第五节 劳动争议案件的举证规则	305
第六节 劳动争议案件的基本流程	310
文书范本 46:劳动争议仲裁申请书(填空版)	316
文书范本 47:劳动争议民事起诉状(范例)	320

文书范本 48:劳动争议仲裁撤诉申请书范本	321
文书范本 49:劳动争议仲裁应诉答辩书	321
文书范本 50:撤销劳动争议仲裁裁决申请书	322
文书范本 51:劳动争议反申请书模板	323
文书范本 52:授权委托书	323
文书范本 53:劳动争议上诉状	324
文书范本 54:通用申请书模板	325
文书范本 55:法定代表人身份证明书	326
人力资源管理人员常用劳动法规目录	327

第一章 劳动法律法规概述

【操作指引】

HR^① 应了解劳动关系管理需要涉及的法律法规;对于重要的劳动法律法规应有一定把握,并随时掌握其变动情况。

第一节 劳动法的含义

劳动法从狭义上讲,是指一部法律,即《中华人民共和国劳动法》,1994年7月5日第八届全国人大常委会第八次会议通过,于1995年1月1日起正式实施。

广义的劳动法,是调整劳动关系和与劳动关系密切相关的其他社会关系的法律规范的总称。主要包括下列法律规范:

(1) 全国人民代表大会及其常委会制定的劳动法律,如《中华人民共和国劳动合同法》,一般表述为“中华人民共和国某某法”。通常情况下人们并不将“法律”这个词与一般的“法规”相区分,但其实狭义上的、作为法律术语的“法律”,仅指全国人民代表大会及其常委会制定的法律文件;

(2) 国务院制定的劳动行政法规,如《劳动合同法实施条例》,多表述为“某某条例”;

(3) 国务院所属各部委制定的劳动规章,如人力资源和社会保障部制定的《企业职工带薪年休假实施办法》;

(4) 地方性劳动法规和劳动规章,如《北京市工资支付规定》、《吉林省劳动

^① “HR”是英文“Human Resource”的缩写,是指人力资源,也常用来指从事人力资源管理工作的人员。本书中的“HR”是后一种含义。

合同条例》;

(5)我国批准的国际劳工公约,如国际劳工组织会员国缔结的公约,其由国际劳工大会根据《国际劳工组织章程》及《国际劳工大会议事规则》规定的程序制定。截至2008年10月15日,我国共批准了26项国际劳工公约;^①

(6)其他规范性或准规范性文件,如中华全国总工会制定的《工会参与劳动争议处理试行办法》。严格来讲,工会制定的文件并不能成为法律,因为“工会是职工自愿结合的工人阶级的群众组织”^②,工会并非有立法权的国家机关,但由于现实生活中中华全国总工会的半官方地位,其制定的文件也有相当重要的参考价值。

广义的劳动法既包括专门用来规范劳动关系的法律法规,如《中华人民共和国劳动合同法》、《职工带薪年休假条例》,也包括一些其他法律里面用来调整劳动关系及其相关关系的部分,如《中华人民共和国刑法》对强迫劳动的规范。

广义的劳动法所涉及的内容主要包括:

- (1)劳动者的主要权利和义务;
- (2)工会;
- (3)劳动就业方针政策及录用职工的规定;
- (4)劳动合同的订立、变更与解除程序的规定;
- (5)集体合同的签订与执行办法;
- (6)工作时间与休息时间制度;
- (7)劳动报酬制度;
- (8)劳动卫生和安全技术规程;
- (9)女职工与未成年职工的特殊保护办法;
- (10)职业培训制度;
- (11)社会保险与福利制度;
- (12)劳动争议的解决程序;
- (13)对执行劳动法的监督、检查制度以及违反劳动法的法律责任等。

劳动法是整个法律体系中一个重要的、独立的法律部门。在本书里,加书名

^① 参见孙冬鹤:“中国核心劳工标准30年回顾与展望”,载中国劳动保障新闻网:<http://59.252.162.9/ldbzb/ldbzg/liluntansuo/54506.shtml>,2010年5月15日访问。

^② 《中华人民共和国工会法》第2条。

号的《劳动法》一般用来指代《中华人民共和国劳动法》^①这部单独的法律,而劳动法,或者劳动法律法规,则一般用来指代广义的劳动法。

第二节 劳动法的渊源

法律的渊源,作为一个法学专门术语,有几种含义。这里笔者使用它的最通常的含义,即指那些来源不同(制定法与非制定法、立法机关制定与政府制定,等等)、因而具有法的不同效力和作用的法的外在表现形式。简单地说,就是我們常常说要学习劳动法,要遵守劳动法,那么这个劳动法究竟体现在哪些规范性法律文件当中,通过何种具体的形式表现出来,这个形式与载体就是劳动法的法律渊源。这些载体,或者说劳动法的文本,是我们学习和适用劳动法的依据。

具体而言,我国劳动法的渊源包括:

一、《宪法》中有关劳动者基本权利和义务的规定

《宪法》是我国的根本大法,是国家最高权力机关制定的有关国家政治生活、经济生活、社会生活及国家安全的最高准则,它是法律制定的依据,法律、行政法规、地方性法规以及其他所有社会规范都不得与宪法相冲突。《宪法》中有关劳动者权利义务的规定、有关劳动领域事务的规定是劳动立法的依据,指导和规范劳动法的制定、修改和废止,是首要的劳动法的法律渊源。《宪法》中关于劳动保护内容的规定从根本上确立了劳动法的权威性与劳动法制的统一性。

我国《宪法》全面规定了劳动者的基本权利,如劳动权、报酬权、休息休假权、劳动安全卫生保护权、物质帮助权、培训权、结社权等。这些内容主要表现在下列条文中:

第 42 条 中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。

国家通过各种途径,创造劳动就业条件,加强劳动保护,改善劳动条件,并在

^① 中华人民共和国第八届全国人民代表大会常务委员会第八次会议于 1994 年 7 月 5 日通过,自 1995 年 1 月 1 日起施行。

发展生产的基础上,提高劳动报酬和福利待遇。

劳动是一切有劳动能力的公民的光荣职责。国有企业和城乡集体经济组织的劳动者都应当以国家主人翁的态度对待自己的劳动。国家提倡社会主义劳动竞赛,奖励劳动模范和先进工作者。国家提倡公民从事义务劳动。

国家对就业前的公民进行必要的劳动就业训练。

第43条 中华人民共和国劳动者有休息的权利。国家发展劳动者休息和休养的设施,规定职工的工作时间和休假制度。

第44条 国家依照法律规定实行企业、事业组织的职工和国家机关工作人员的退休制度。退休人员的生活受到国家和社会的保障。

第45条 中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。

国家和社会保障残废军人的生活,抚恤烈士家属,优待军人家属。

国家和社会帮助安排盲、聋、哑和其他有残疾的公民的劳动、生活和教育。

二、劳动法律及其他相关法律中的劳动法律规范

在我国,全国人大及其常委会制定的劳动法律及其他相关法律中的劳动法律规范构成第二层次的劳动法律渊源,效力仅次于《宪法》。其中,《劳动法》、《劳动合同法》^①、《劳动争议调解仲裁法》^②这三部法律需要 HR 深度掌握,本书也将对此进行详细阐述。此外,《妇女权益保障法》^③、《残疾人保障法》^④、《刑法》^⑤等法律之中也有一些劳动法律规范。

三、劳动行政法规

国务院作为最高国家行政机关,颁布了数量庞大的劳动行政法规,包括各类

① 中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议于2007年6月29日通过,自2008年1月1日起施行。

② 中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议于2007年12月29日通过,自2008年5月1日起施行。

③ 中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议于2005年8月28日通过,自2005年12月1日起施行。

④ 中华人民共和国第十一届全国人民代表大会常务委员会第二次会议于2008年4月24日修订通过,自2008年7月1日起施行。

⑤ 1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过,1997年3月14日第八届全国人民代表大会第五次会议修订,1997年3月14日中华人民共和国主席令第八十三号公布,自1997年10月1日起施行。至今已经通过了7个刑法修正案。

条例、规定、法律实施细则等。相对于其他领域而言,国务院颁布的劳动行政法规,是数量较多的一类。其效力仅次于宪法与法律,即不得与宪法、法律相抵触,但高于地方性法规和部门规章,是具有法律适用效力和行政执行效力的劳动法律规范。如《劳动合同法实施条例》^①、《职工带薪年休假条例》^②、《女职工劳动保护规定》^③、《禁止使用童工规定》^④、《工伤保险条例》^⑤、《劳动保障监察条例》^⑥等,即是其中的几部重要法规,HR 应当有所了解。其中《劳动合同法实施条例》是本书重点阐释的行政法规之一。

四、地方性劳动法规

依据《宪法》的规定,省、直辖市人民代表大会及其常委会,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定和发布地方性法规,报全国人大常委会备案。民族自治地方人民代表大会,有权依照当地民族的政治、经济、文化的特点,制定和发布自治条例和单行条例,报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。

另外,根据《立法法》的规定,省、自治区的人民政府所在地的市,经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市,这三类城市人民代表大会及其常委会也可以制定地方性法规。

地方性法规只在发布机关所管辖的地区有效。其中的劳动法规尤其是关于劳动合同、工资、社会保险等方面的规定,是该区域的 HR 应该掌握的。如《北京市工资支付规定》、《北京市劳动合同规定》等,北京的 HR 应当有所了解。

五、劳动规章

在法律术语中,地方性法规由地方各级人大及其常委会制定,而规章则由国务院各部委或地方各级政府所制定,包括下面所提到的两类规章。

国务院组成部门依据法律法规,有权在本部门范围内制定和发布规范性文件,其中关于调整劳动关系的规章,也是劳动法的渊源。《劳动法》第9条规定:“国务院劳动行政部门主管全国劳动工作。”这里的“国务院劳动行政部门”,历经

① 2008年9月3日国务院第25次常务会议通过,2008年9月18日公布,自公布之日起施行。

② 2007年12月7日国务院第198次常务会议通过,自2008年1月1日起施行。

③ 1988年6月28日国务院第11次常务会议通过,自1988年9月1日起施行。

④ 2002年9月18日国务院第63次常务会议通过,自2002年12月1日起施行。

⑤ 2003年4月16日国务院第5次常务会议通过,自2004年1月1日起施行。

⑥ 2004年10月26日国务院第68次常务会议通过,自2004年12月1日起施行。