

企业法律与管理实务操作系列 WIN

《劳资关系》杂志、劳动法在线 联合强力推荐
HR俱乐部、人力资源管理研究中心

增订
5版

劳动合同法

实务操作与案例精解

王桦宇 著

(人力资源与用工管理专家, 著名培训师)

企业人力资源培训最佳参考 管理人员实务操作最细指南
涵盖三部劳动立法最新内容 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



购书免费分享超值服务!(见封底)

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



知名法学院校学者、资深培训业界专家、资深人力资源专家、500强企业法务高管、当当网、卓越网网友联袂推荐：

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。读者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是不可多得的一本理论指导书和工具书，特予推荐。—— 武汉大学法学院教授、博士生导师 冯果

我自己也对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。这本书给了我不少启发，我也在此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。—— 《HR经理人》杂志执行主编 欧阳晖

随着人力资源管理意识的进一步强化，培训越来越受到企业更多的关注与青睐。桦宇老师将从业以来为不同企业提供咨询服务过程中积累的实务经验和操作智慧，进一步提炼和总结为126个典型案例，为企业在新劳动法法律框架内进行实务操作提供了有益参考。—— 新华日报报业集团《培训》杂志社主编 朱伟正

在中国内地发展的新时期，人力资源将成为大到国家、小到企业的非常重要的战略资源。在劳动合同法背景下，人力资源如何实现法制化是一个非常重要的问题。桦宇老师实战经验非常丰富，他这本书建构在一定的理论基础之上，但更多针对的是具体的实务问题，通俗易懂，操作性强。—— 英格玛（中国）有限公司董事长 庄志

随着《劳动合同法》的颁布实施，如何构建和谐的劳动关系成为在华跨国公司必须面对的课题。桦宇凭着扎实的理论基础，结合多年为各类企业服务的经验积累，有针对性地许多具体实务问题进行了深入浅出的阐述，无论是对于用人单位和劳动者，都有很好的参考意义。—— 阿迪达斯体育（中国）有限公司 总法律顾问 舒海

实用！拥有具体的案例，有具体的操作指导，有法律条文的引用，对于实际的工作是有用的。将原本枯燥的法律条文和政策用清晰的语言和分析表述出来，有很好的指导作用。好比请了一个劳动法方面的专家，免除了很多后顾之忧。—— 当当网 上海网友 筱筱雯儿

好书！不像其他书籍那样只是就《劳动合同法》而论《劳动合同法》，他的视野更加开阔，深入到整个劳动法，外延涵盖其他劳动法律法规、规章条例。基本上是以人力资源管理为主线展开的，是就人力资源管理日常遇到的实际问题进行法律上的考量，简单而言即就实践法！—— 当当网 网友law6668

看了一遍觉得书非常棒，有很多实例，让人很容易把那种条条款款的东西记住，很棒，而且越读越有意思，非常推荐的一本书！—— 卓越网 网友 郭静萍

看过08年版的，这次看到增订版重新买了一本。这本书推荐HR们人手一本，非常实用。

—— 京东商城 网友janetglj



增值服务

购买本书，免费分享本书重要范本、表单及增补法规等。

下载步骤：1. 登录中国法制出版社官网（www.zgffzs.com）

2. 找到“增值服务”栏目

3. 找到“分享喜悦”分栏

4. 点击《劳动合同法实务操作与案例精解》

5. 输入密码 fxy168

6. 下载成功

上架建议 人力资源管理·劳动法·劳动合同法

ISBN 978-7-5093-3725-7



9 787509 337257 >

定价：69.80元

精读好书，分享喜悦！

企业法律与管理实务操作系列 WIN

增订
5版

《劳资关系》杂志、劳动法在线 联合强力推荐
HR俱乐部、人力资源管理研究中心 ★★★★★

劳动合同法

实务操作与案例精解

王桦宇 著

(人力资源与用工管理专家, 著名培训师)

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. —5 版.
—北京: 中国法制出版社, 2012. 6
(企业法律与管理实务操作系列)
ISBN 978 - 7 - 5093 - 3725 - 7

I. ①劳… II. ①王… III. ①劳动合同 - 合同法 -
案例 - 中国 IV. ①D922. 525

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 088951 号

策划编辑: 刘峰 (52jm. cn@163. com)

封面设计: 周黎明

劳动合同法实务操作与案例精解 (增订 5 版)

LAODONGHETONGFA SHIWUCAOZUO YU ANLIJINGJIE (ZENGDIWUBAN)

著者/王桦宇

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

印张/30.25 字数/526 千

版次/2012 年 7 月第 5 版

2012 年 7 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3725 - 7

定价: 69.80 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66034985

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

上海持万企业管理咨询有限公司

持万咨询的咨询顾问都有在中国知名高等院校、咨询公司、人力资源公司、律师事务所、会计师事务所、司法机关、仲裁机构等咨询和法律机构的从业经验，特别是劳资咨询团队的资深顾问在中国劳资关系和劳动法实务领域都有着丰实的经验，他们长期为众多具有国际性背景的客户提供专业法律服务，凭借多年积累的执业信誉与业务经验，已经深得客户之信任。

旗下劳动法在线网站：

劳动法在线网站（laborlawnet.com）依托实体机构上海持万企业管理咨询有限公司，是由知名劳动法专家和人力资源专家包括精于实践的专业咨询顾问、律师、法官和劳动仲裁员以及精于理论的专业学者联合发起设立的劳动关系、人力资源与用工管理专业咨询、培训、顾问、代理和外包网站。目标是面向企业客户提供综合性、高品质的一站式劳动关系、人力资源与用工管理项目咨询、课程培训、争议代理和专项顾问服务。

业务范围之一——人力资源与用工管理咨询模块：

- 项目解决方案
- 常年管理顾问
- 公开课与内训
- 人事外包与劳务派遣

项目咨询及内训联系方式：

联系人：何小姐（企划部）

联系电话：021-58358295 13817296311

联系邮箱：apple.he@laborlawnet.com

网址：www.laborlawnet.com

目 录

第五版序言	协商沟通与规范守法下的企业自主用工	1
第四版序言	和谐劳动关系的引导、建构与实施	5
第三版序言	成功驾驭企业人力资源风险	9
第二版序言	传统人力资源管理体系的梳理、转型与优化	15
第一版序言	法律视野下的人力资源管理重构	21

第一章 员工的人职与劳动关系的建立 25

一、员工录用知情权运用与职前调查	26
(一) 招聘录用条件的规范设计	26
案例 1: 录用条件约定不明导致解除不能	26
案例 2: 试用期以不能胜任工作为由解除合同	28
(二) 知情权的运用与入职调查	30
案例 3: 公司有权辞退依凭虚假材料入职的员工	31
案例 4: 高级人才承诺对原雇主自行承担责任的声明无效	33
二、劳动合同订立时点、种类与效力	35
(一) 劳动合同订立与劳动关系建立	35
案例 5: 三方协议订立不等于劳动关系建立	35
(二) 无固定期限劳动合同的选择权	37
案例 6: 固定期限劳动合同转换为无固定期限劳动合同	37
案例 7: 两次续签劳动合同应当订立无固定期限劳动合同	38
(三) 劳动合同订立与录用通知书操作	40
案例 8: 聘用律师、实习律师和律师助理是否需要订立劳动合同?	40
案例 9: 不订立书面劳动合同的法律风险	42
案例 10: Offer Letter 的法律效力	44

三、劳动合同内容的设计与风险预防	46
(一) 劳动合同的法定必备条款	46
案例 11: 薪资约定为不低于最低工资标准的法律后果	46
(二) 劳动合同有效与无效判定	54
案例 12: 没有法定必备条款是否意味着劳动合同无效?	54
案例 13: 劳动合同中约定自主调整工作地点无效?	56
案例 14: 劳动合同中的禁止结婚约定无效?	56
四、试用期条款的约定与试用期考核	58
(一) 试用期约定的误区分析	58
案例 15: 先签试用期合同再签劳动合同?	58
案例 16: 调整工作岗位能否再次约定试用期?	60
案例 17: 企业可以随时延长或缩短试用期吗?	61
(二) 试用期考核与解除要件	64
案例 18: 试用期考核不合格可以随时解除合同?	64
(三) 试用期解除的法定程序	66
案例 19: 违反法定程序的试用期解除无效	66
五、事实劳动关系的防治与证据保全	67
(一) 事实劳动关系的法律责任	68
案例 20: 事实劳动关系与劳务关系的判定	68
案例 21: 上海某汽车公司清洁工要求补偿案	70
(二) 事实劳动关系的风险预防	72
案例 22: 员工本人不愿意订立书面合同处理	72
案例 23: 劳务派遣协议引致的事实劳动关系	72
第二章 员工的管理与规章制度的制定	75
一、规章制度与劳动合同的协调与补充	76
(一) 规章制度的结构组成和主要内容	76
案例 24: 企业有劳动合同就不需要规章制度?	77
(二) 规章制度与劳动合同的相互关系	78
案例 25: 劳动合同与规章制度不一致时如何处理?	79
(三) 规章制度在劳动争议处理中的适用	81
案例 26: 规章制度在劳动争议案件中的作用	81
案例 27: 违法的规章制度无效及其处理	82

二、新法下的规章制度之绩效考核规则	84
(一) 试用期的考核制度	84
案例 28: 试用期考核不合格辞退败诉案	85
(二) 正式合同期间的考核制度	87
案例 29: 对不能胜任工作员工的认定与管理	87
案例 30: 定性化考核能认定员工不胜任工作吗?	89
案例 31: 不能胜任工作的员工拒绝调岗被解职	91
案例 32: 员工被末位淘汰制度淘汰无效	93
三、新法下的规章制度之薪资岗位规则	96
(一) 薪资管理制度	96
案例 33: 试用期可以支付半薪工资并不用支付社保费吗?	97
案例 34: 如何理解各地规定的最低工资标准?	102
案例 35: 员工加班加点的薪资计算基数可以自行约定吗?	105
案例 36: 依照规章制度扣除员工工资合法吗?	108
案例 37: 员工休病假情形下的工资支付	109
案例 38: 销售人员款到提成制度是否有效?	113
案例 39: 女职工“三期”薪资支付管理	115
案例 40: 员工离职仍有权要求企业支付年终奖吗?	117
案例 41: 依据规章制度调薪与劳动合同的变更	118
(二) 岗位管理制度	120
案例 42: 岗位设定不明确导致的法律风险	120
四、新法下的规章制度之休假福利规则	122
(一) 休假管理制度	122
案例 43: 员工申请法定带薪年假就必须许可?	123
案例 44: 公司规定员工指定医院就医方可认定病假?	126
(二) 特殊福利待遇设计	135
案例 45: 住房、汽车等特殊福利待遇的安排	135
五、规章制度之制订与修改的法定程序	137
(一) 规章制度的法定制定程序	138
案例 46: 规章制度没有经过公示程序不生效	139
(二) 规章制度的法定修改程序	141
案例 47: 职工提出规章制度修改动议应予支持	141

第三章 特殊员工处理与专项协议签订	143
一、特殊员工的分类与特殊员工管理思路	144
(一) 未成年员工管理思路与操作	144
案例 48: 未成年工可以享受成年工待遇而无需承担相应义务?	144
(二) 女职工管理思路与操作实务	147
案例 49: 女职工对经济性裁员的特别应对	147
(三) 军人员工管理思路与操作实务	153
案例 50: 员工应征入伍后劳动关系的处理	153
(四) 外国人就业的管理思路	156
案例 51: 非法聘用外国人从事培训遭受行政处罚	156
案例 52: 外籍高管与某跨国企业在华公司劳动争议案	160
二、特殊劳动关系与非标准化管理办法	165
(一) 特殊劳动关系的法律定位	166
案例 53: 聘用内退人员建立特殊劳动关系	166
(二) 特殊劳动关系的区别对待	168
案例 54: 退休返聘员工超时工作有无加班费?	169
(三) 特殊劳动关系的特别管理	172
案例 55: 上海首例退休人员工伤认定案	172
三、特殊工时制度选择与法定程序要件	174
(一) 综合计算工时制	174
案例 56: 综合计算工时制大量节省加班费开支?	175
(二) 不定时工时制	176
案例 57: 不定时工时制只需在规章制度中规定吗?	177
(三) 计件工时制	179
案例 58: 计件工时制就没有加班费之说吗?	179
四、人力资本投入与培训及服务期协议	181
(一) 试用期与培训服务期协议	181
案例 59: 试用期内签订的培训服务期协议无效?	182
(二) 服务期内员工与企业的法定及约定义务	183
案例 60: 员工在服务期内被违纪解除是否需要支付违约金?	184
(三) 出资培训及费用与违约金的法律约束	186
案例 61: 对培训出资的理解及与违约金的对应关系	186
五、商业秘密保护与保密竞业限制协议	189
(一) 商业秘密保护的法律手段	189

案例 62: 没有保密协议是否就意味着员工不存在保密义务?	190
(二) 商业秘密保护与保密竞业限制协议	193
案例 63: 企业能否在劳动合同期间提前支付竞业限制补偿金?	194
(三) 违反保密竞业限制义务的责任追究	196
案例 64: 违反竞业限制义务的员工可能会被追究刑事责任?	196
第四章 员工的离职与法律风险的防范	199
一、员工的离职分类与法律风险分析	200
(一) 员工离职的法律分析分类	200
案例 65: 员工辞职单位批准是协商解除还是单方解除?	201
(二) 员工离职的程序事项风险	203
案例 66: 员工离职程序瑕疵导致损害赔偿	203
二、员工主动辞职权利的扩大与泛化	207
(一) 员工行使任意解除权	207
案例 67: 高级管理人员提前 30 天就可以离职?	207
案例 68: 员工在提交书面辞职书以后能否撤销?	210
(二) 员工行使法定解除权	212
案例 69: 企业不支付奖金和津贴员工可以解除合同?	212
案例 70: 企业违法在先员工就免除服务期和竞业限制义务?	214
(三) 员工违法解除劳动合同之应对	216
案例 71: 员工未提前 30 天通知企业离职之法律追究	216
三、企业合法辞退员工的法律路径	218
(一) 企业行使法定解除权之过失性解除	218
案例 72: 与其他单位建立劳动关系能否解除劳动合同?	218
(二) 企业行使法定解除权之非过失性解除	222
案例 73: 何谓客观情况发生变化时企业可以解除合同?	222
(三) 经济性裁员之法律风险控制	226
案例 74: 经济性裁员与通常集体解除合同之差异	227
(四) 解雇保护原则与企业应对策略	229
案例 75: 农民工工伤后患病遭遇解除是否合法?	229
四、柔性化策略与协商解除劳动合同	231
(一) 柔性化策略与企业劳动人事管理	231
案例 76: 企业人文关怀与劳动法违法成本对比	232
(二) 柔性化操作与协商解除劳动合同	234

案例 77: 柔性化协商解除人事经理劳动合同	234
五、跳槽预防及合同终止之风险控制	236
(一) 员工跳槽离职法律风险防范	237
案例 78: 米果公司核心员工集体跳槽案	237
(二) 劳动合同终止法律风险防范	239
案例 79: 员工退休劳动关系终止争议处理	239

第五章 劳资利益平衡管控与法律责任 243

一、严苛化的《劳动合同法》与政府监督检查	244
(一) 劳动监察的范围	244
案例 80: 员工遭遇企业强迫长时间劳动向监察部门投诉案	245
(二) 劳动监察的监察方式	248
(三) 劳动监察的法定程序	249
(四) 劳动监察的违法处罚	250
(五) 其他机构的监督责任	250
案例 81: 其他机构也能监督企业劳动守法状况?	251
二、用人单位违反《劳动合同法》的法律责任	253
(一) 相关规章制度违法的法律责任	253
案例 82: 员工手册作为劳动合同一部分的效力如何?	254
(二) 订立劳动合同违法的法律责任	255
(三) 履行劳动合同违法的法律责任	257
案例 83: 山西黑砖窑事件中黑窑主法律责任如何?	257
(四) 终结劳动合同违法的法律责任	260
(五) 特别用工形式违法的法律责任	261
案例 84: 选择项目承包人员失误带来法律风险	262
三、社会法与终结劳动合同的经济补偿金	263
(一) 经济补偿金的法定支付情形	263
案例 85: 何种情形不需要支付经济补偿金?	264
(二) 经济补偿金的通常计算方式	266
四、契约法与违反劳动合同的约定违约金	268
案例 86: 新法背景下天价违约金能否存在?	268
五、侵权法与违反劳动合同的法定赔偿金	271
(一) 企业应如何正确运用赔偿金	271
案例 87: 未提前 30 日通知会导致员工支付巨额赔偿?	271

(二) 赔偿金与违约金的竞合处理	273
案例 88: 企业对违约员工能同时主张违约金和赔偿金?	273
第六章 集体合同制与三方协商的实施	276
一、集体协商与集体合同的法律实效化	277
(一) 平等协商制与集体合同的订立	277
案例 89: 职工方协商代表的独立性与集体合同效力	278
(二) 集体合同的内容、形式与期限	281
(三) 集体合同的履行、变更与终结	282
二、工会程序参与和企业民主管理绩效	282
(一) 工会民主参与和企业管理绩效	283
(二) 工会与企业集体协商机制的建构	283
案例 90: 平等协商和签订集体合同的程序	284
三、政府企业员工与三方协商对话机制	285
(一) 三方机制的主要职责与三方对话	286
(二) 企业三方机制的建立与民主协商	286
案例 91: 三方协商机制如何建立与实施?	286
四、劳动关系的形成与履行的工会监督	288
(一) 工会监督劳动合同的履行	288
(二) 工会监督集体合同的履行	288
案例 92: 企业工会不能监督区域性集体合同的履行?	289
五、主动性的企业职代会工会沟通渠道	290
(一) 企业工会的组建及与企业的互动	290
案例 93: 沃尔玛在中国全面组建工会	290
(二) 企业职代会的地位及其沟通方式	292
案例 94: 《劳动合同法》实施后如何操作职代会组建?	292
第七章 劳务派遣与用工模式的选择	294
一、新法下劳务派遣模式的取舍博弈	295
案例 95: 新法背景下企业是否需要使用派遣员工?	295
案例 96: 通用电气公司对非正式用工的使用情况	296
二、劳务派遣关系三方主体法律分析	300
案例 97: 劳务派遣中的三方关系与责任承担	300
三、劳务派遣公司的选择与风险控制	302

案例 98: 劳务中介机构与劳务派遣公司的用工区别	303
四、劳务派遣员工的合法管理与使用	305
案例 99: 酒店管理公司如何管理所属派遣员工?	305
案例 100: 某在华跨国公司区分员工性质实行差异化福利是否违法?	307
五、劳务派遣常见法律纠纷处理应对	309
案例 101: 派遣员工劳动关系的研判	309
案例 102: “三期”女职工以不能胜任工作为由被解除劳动合同案	311

第八章 非全日制工与用工风险的控制 315

一、用工方式灵活化与非全日制用工制	316
案例 103: 麦当劳肯德基涉嫌非法用工案	316
案例 104: 非全日制员工能否与多个企业订立劳动合同?	318
二、非全日制用工劳动关系的简化管理	318
案例 105: 非全日制用工员工老赵能要到经济补偿金吗?	319
三、非全日制用工与其他用工的风险对比	320
四、实习生、学生兼职与非全日制用工	321
案例 106: 非全日制用工工资低于最低工资标准案	321
五、非全日制用工常见劳动争议的处理	322
案例 107: 非全日制用工员工无需缴纳工伤保险?	322

第九章 劳动争议处理与调解仲裁实务 325

一、自愿原则及劳动争议和解与调解	326
(一) 自愿协调原则	326
案例 108: 协商解决劳动争议也是纠纷解决的处理方式	327
(二) 和解与调解	328
案例 109: 劳动争议调解组织调解的效力	328
案例 110: 仲裁委制作的调解协议在签收前仍可反悔	329
案例 111: 员工可以直接持调解协议书向法院申请支付令	332
二、劳动争议仲裁中的相关处理规则	334
(一) 劳动争议的范围	334
案例 112: 哪些劳动争议可以向劳动争议调解仲裁机构申请仲裁?	334
(二) 劳动争议处理体制	338
案例 113: 针对具体案件的劳动争议处理程序是怎样的?	338
(三) 劳动争议处理中的证据	339

案例 114: 无纸化办公对举证责任带来的挑战	340
案例 115: 公司不能提供特殊工时制批准文件承担不利后果	341
(四) 劳动争议仲裁管辖	343
案例 116: 公司注册地与员工工作地不一致的, 应由哪一地仲裁委管辖?	343
案例 117: 当事人能否约定或自行选择管辖法院?	344
(五) 仲裁时效与审理时限	345
案例 118: 仲裁时效是从终结劳动关系之日起计算吗?	346
案例 119: 仲裁时效中断后重新起算	347
案例 120: 仲裁时效中止, 中止情形消失后时效继续计算	347
(六) 部分裁决和先予执行	349
案例 121: 仲裁庭裁决案件应遵循审限规定	350
案例 122: 哪些案件可以适用先予执行?	351
(七) 终局裁决	352
案例 123: 员工在“一裁终局”后仍能起诉?	353
案例 124: 用人单位不服一裁终局案件能否申请撤销?	354
(八) 生效调解书、裁决书的执行	357
案例 125: 生效劳动争议裁决书如何申请执行?	357
三、集体合同争议与可选的解决方式	360
(一) 集体争议的处理方法	360
案例 126: 企业不履行集体合同遭遇仲裁案	361
(二) 不同集体合同争议的处理	362
四、新法格局下劳动争议预防与控制	363
(一) 遵守法律规则和政策规定, 注重法制化管理	363
(二) 完善劳动合同和规章制度, 注重契约化运行	364
(三) 强化证据意识和程序意识, 注重书面化操作	365
(四) 寻求劳资双赢和共生和谐, 注重人本化沟通	365
第十章 劳动合同与专项协议示例与解读*	367
一、劳动合同示例与解读	368
(一) 劳动合同示例	368
(二) 劳动合同文本解读	376

* 更多劳动合同范本及专项协议, 请阅读王桦宇编著: 《人力资源管理实用必备工具箱.rar (增订3版)》。

二、培训服务期协议示例与解读	378
(一) 培训服务期示例	378
(二) 培训服务期文本解读	383
三、保密协议示例与解读	384
(一) 保密协议示例	384
(二) 保密协议文本解读	388
四、竞业限制协议示例与解读	388
(一) 竞业限制协议示例	388
(二) 竞业限制协议文本解读	391
五、集体合同示例与解读	392
(一) 集体合同示例	392
(二) 集体合同文本解读	400
六、劳务派遣协议示例与解读	402
(一) 劳务派遣协议示例	402
(二) 劳务派遣协议文本解读	412
七、非全日制用工合同示例与解读	413
(一) 非全日制用工合同示例	413
(二) 非全日制用工合同文本解读	415
八、聘用合同示例与解读	416
(一) 聘用合同示例	416
(二) 聘用合同文本解读	421
第十一章 常用劳动人事表单指引及示例*	423
一、员工招聘类表单指引及示例	424
(一) 表单使用指引	424
(二) 表单示例	424
二、合同变更类表单指引及示例	426
(一) 表单使用指引	426
(二) 表单示例	427
三、合同终止类表单指引及示例	427
(一) 表单使用指引	427
(二) 表单示例	428

* 更多劳动人事表单, 请阅读王桦宇编著: 《人力资源管理实用必备工具箱.rar (增订3版)》。

四、合同解除类表单指引及示例	430
(一) 表单使用指引	430
(二) 表单示例	431
五、仲裁申请书及起诉书指引及示例	435
(一) 仲裁申请书及起诉书使用指引	435
(二) 仲裁申请书及起诉书示例	436
附 录	440
中华人民共和国劳动合同法	440
(2007年6月29日)	
中华人民共和国劳动合同法实施条例	450
(2008年9月18日)	
中华人民共和国劳动争议调解仲裁法	454
(2007年12月29日)	
最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释	460
(2001年4月16日)	
最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)	462
(2006年8月14日)	
最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)	464
(2010年9月13日)	
第五版后记	467

第五版序言

协商沟通与规范守法下的企业自主用工

——迈向更加积极高效的员工关系管理

透过最近指导处理几起劳动关系纠纷的个案，我们发现多数企业面对劳动争议的态度都是“结果导向”和“惩戒思维”。所谓“结果导向”，也即以事先预估的调解裁决结果作为是否启动争议解决程序的依据并以此来选择具体如何处理争议的方法；所谓“惩戒思维”，也即根据员工是否理解和配合企业作为如何处理劳动争议的主观态度。比如，在违法解除劳动合同案件中，^①企业自觉解除过程中可能存在实体和程序上的部分瑕疵，就会及早寻求和解，或者在仲裁或法院的主导下积极调解；但是若企业自觉解除过程中合法合规且证据充足，即会将官司坚持到底并进一步据此作为以儆效尤的重要示范。又如，在加班费争议中，大多数成本控制型的企业则往往会选择可控范围内的和解，或者有意延长整个争议处理的进程而让员工的讼争成本最大化。^②以上两种案例中，企业积极寻求和解往往是希望将劳动争议的影响掌握在可控的范围内，或者寻求讼争成本最小化；而企业走完劳动仲裁、法院一审和法院二审的目的则亦是基于给其他员工以某种惩戒性示范的功能，即与企业积极沟通配合则同意和解，如若不然则采取将官司进行到底的既定立场。

由于长期担任企业管理顾问，我们对《劳动合同法》施行以来企业管理过程中的

^① 《劳动合同法》第87条规定：“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。”但在实务中，员工往往会根据自身情况选择要求企业支付赔偿金或者要求恢复劳动关系。如果工龄较长或者劳动合同即将到期，员工会选择确认企业解除行为违法，并要求双倍经济补偿金作为赔偿金；如果工龄较短或者劳动合同远未到期，员工则会选择恢复劳动关系，并要求支付违法解除劳动合同期间的工资待遇，甚至会要求直至劳动合同到期时的工资待遇。

^② 就我们的经验来看，在劳动争议案件中，除违法解除劳动合同员工要求恢复劳动关系并主张期间工资待遇以及《劳动争议调解仲裁法》规定的小额劳动争议外，企业采取明知主张难以支持而坚持走完仲裁、一审和二审全部阶段，会使得整个劳动争议解决过程冗长繁复，最长的全部流程甚至超过1年。

观点和想法较为了解,^①也经常为企业针对劳动争议处理的相关建议和意见。考察不同企业的文化背景、管理模式和价值取向,对涉及员工关系管理的企业,大致可以分为和谐沟通型企业、被动守法型企业和抵触对抗型企业等三大类。^②第一类企业以欧美外企、央企和IT等高科技企业居多。在这种企业中,企业与员工之间的沟通渠道具有多样化的特点且非常畅通,员工关系较为和谐积极,企业文化也较为开放民主,在这种企业中发生劳动争议概率较小;^③第二类企业以日韩外企和大中型民营企业居多。在这类企业中,企业较为遵守劳动法规政策及相关法律法规,非常重视在稳定发展前提下的合规经营,在规章制度和劳动合同合法性审查方面相当注重,但对于在此基础上构建更为和谐的员工关系动力不足;^④第三类企业以港台企业和中小型企业居多。在这类企业中,企业尽可能穷尽各种方法控制成本(Cost Down),包括定期检讨工时工资休假的法律外结余,^⑤以维持和加强其在激烈市场竞争中的相对优势,^⑥这类企业往往潜伏着各种劳资矛盾,而又往往伴随着偶然事件一触而发。^⑦

毋庸置疑,企业的根本目标是为股东获得盈利,这也符合企业存在及发展的基本原理。但与此同时,需要特别理解到企业达成盈利目标是需要经由一个过程或者说满足相应的构成要件。根据现代公司理论,公司的存在的前提基础是资本,而对资本的理解应包括资金资本和人力资本。在公司运营过程中,不仅要重视吸纳和管理资金资本,而且要注重储备和运作人力资本。在金融资本高度发达的现代社会,通过资本金

① 关于《劳动合同法》及其《实施条例》对人力资源管理的相应影响,参见王桦宇:《劳动合同法及实施条例解读与应对策略》,中国法制出版社2008年版。

② 此处需要说明的是,这种分类具有相当的主观性,基于接触样本面上的不完整性,此处的归类仅仅是做现有样本概率上的类型化分析,并不必然得出某种类型的企业而必然归类于以上三种类型之一。

③ 部分企业发生的比如高管离职等个别劳动争议,原则上并不属于真正意义上的具有面上代表性的个体劳动争议,往往是与经济形势、行业特点以及股东偏好紧密相联的。

④ 在我们为此类企业提供咨询服务过程中,我们发现此类企业重视合规守法的程度不亚于第一类企业,但这类企业对劳动法的遵守往往采取消极的态度,并不会特别刻意在劳动法规定之外给予员工更多的参与管理的实体性权利和程序性权利。

⑤ 此处所称的法律外结余,是指企业采取积极的态度发现和借重劳动法规定的底线,相关待遇福利既不违反劳动法的相关规定,但也不超过劳动法规定的相关基准。

⑥ 基于节省用工成本并减少用工风险的目的,一些企业在进行用工方式设计时,往往会采用目前比较有争议的劳务派遣方式,但因为《劳动合同法》关于“同工同酬”和“连带责任”的规定,此种方式在具体选用时仍需进一步商榷和检讨。关于劳务派遣相关理论与操作实务,参见王桦宇:《劳务派遣法律实务操作指引》,中国法制出版社2012年增订2版。

⑦ 比如,2010年发生在广东的南海本田罢工事件、深圳富士康员工跳楼事件,等等。即便是作为高科技企业代表的鸿海集团,2010年发生的多起员工跳楼事件也使得劳资关系非常紧张,社会观感也相当负面。