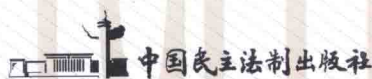


企业劳动用工法律风险防控 ——解析与案例

崔志民 主编

“以法治企”劳动用工法律风险防控课题研究组 编



企业劳动用工法律风险防控

——解析与案例

崔志民 主编

“以法治企”劳动用工法律风险防控课题研究组 编

图书在版编目(CIP)数据

企业劳动用工法律风险防控：解析与案例/崔志民主编.

—北京：中国民主法制出版社，2015.6

ISBN 978-7-5162-0876-2

I. ①企… II. ①崔… III. ①劳动法—研究—中国

IV. ①D922.504

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 146286 号

图书出品人：刘海涛

出版统筹：赵卜慧

图书策划：江 力

责任编辑：胡百涛

书名/ 企业劳动用工法律风险防控——解析与案例

主编/ 崔志民

出版·发行/ 中国民主法制出版社

地址/ 北京市丰台区玉林里 7 号(100069)

电话/(010) 63292534 63057714(发行部) 63055259(总编室)

传真/(010) 63056975 63055022

http://www.npcpub.com

E-mail:flxs2011@163.com

经销/ 新华书店

开本/ 32 开 880 毫米×1230 毫米

印张/ 4.75 字数/ 76 千字

版本/ 2015 年 7 月第 1 版 2015 年 7 月第 1 次印刷

印刷/ 北京盛源印刷有限公司印刷

书号/ ISBN 978-7-5162-0876-2

定价/ 15 元

出版声明/ 版权所有，侵权必究。

(如有缺页或倒装，本社负责退换)

编 委 会

主 编：崔志民

编 委：徐彦勇 张龙祥 李 恒 韩德成

法，国之权衡也，时之准绳也。中国共产党十八届四中全会作出了全面推进依法治国的重大战略决策，为中国现代企业依法治企提供了新依据，也为防范和应对各种法律风险提出了新要求。

与其他社会风险不同，法律风险带有明确的指向性，是由制度性法律结构所支撑着的风险体系，因此也是可以有效防控的。防范应对劳动用工法律风险已构成依法治企的重要内容，也是构建和谐劳动关系的迫切需要。为有效防范劳动用工法律风险，维护劳动者的合法权益，进一步规范劳动用工管理，也为保障企业依法依规用工提供快捷便利的法律服务，我们精心编辑了这本《企业劳动用工法律风险防控——解析与案例》。

该书结合劳动用工新形势、新常态，全面收录了与劳动用工相关的各类法律、法规以及规范性文件，从降低企业劳动用工风险着力，依据最新修订的劳动合同法及其配套法律、法规，按照员工招聘、合同签订、在职管理、绩效考核、合同变更、合同解除、员工离职等劳动用工流程，采用“法条 + 分析 + 案例”的模式编写，通过法条指引、

风险罗列、措施应对、案例分析等深入浅出地进行解读,把法律的规定,结合诉讼经验、管理需要、操作可行性的考量,转化为用工管理实务中的方法、技巧和流程,引导企业有效应对劳动用工中的法律风险问题。适应现代企业用工新形势,特增加对劳务派遣外包、工伤认定法律风险的分析,强调了用工单位对劳动争议证据的准备与运用。

凡事预则立,不预则废。招聘员工是现代企业扩大生产规模的必经过程,而人员流动是现代企业管理的基本内容。用人单位依法聘用工作人员,劳动者依法应聘;劳资双方依法变更、解除劳务关系及劳务合同,从而减少劳动用工法律风险,这对于用人单位和劳动者而言都是必需、必要的。本书正是针对这种需求撰写的。相信,这本书对于促进劳动用工方和劳动者自觉遵守和执行我国有关劳动管理方面的法律规定是有所裨益的。

本书内容全面,编排合理,指向性强,操作性强,便于查阅使用,是劳动用工方指导工作的简明实用读本,也可作为提高劳动用工管理水平的业务参考用书。

前 言	· i
-----	-----

第一章 员工招聘法律风险	· 003
一、就业歧视法律风险	· 003
二、用人单位未履行告知义务法律风险	· 005
三、招用不满 16 周岁人员法律风险	· 005
四、劳动者未与原单位解除劳动合同法律风险	· 006
五、劳动者提供虚假证件、证明法律风险	· 007

第二章 劳动合同签订法律风险	· 011
一、劳动合同签订主体不适格法律风险	· 011
二、未在法定时间内签订劳动合同法律风险	· 012
三、用人单位在签订劳动合同时向员工收取 押金、保证金法律风险	· 016
四、试用期约定不当法律风险	· 017
五、劳动合同必备条款缺少法律风险	· 020
六、员工违反商业秘密和竞业禁止法律风险	· 024
七、劳动合同无效法律风险	· 027

第三章	员工在职期间管理法律风险	• 033
一、	劳动规章制度制定法律风险	• 033
二、	用人过程中的法律风险	• 042
三、	工资支付法律风险	• 044

第四章	绩效考核法律风险防范	• 053
一、	单位如何解除绩效考核不合格的员工	• 054
二、	绩效考核与末位淘汰	• 064
三、	绩效考核与调岗降薪	• 066

第五章	劳动合同变更法律风险防范	• 071
一、	劳动合同的变更	• 071
二、	劳动合同变更的事由	• 072

第六章	劳动合同解除法律风险防范	• 079
一、	劳动合同的终止与解除	• 079
二、	经济补偿及赔偿金	• 086
三、	用人单位和劳动者解除或终止劳动合同的 附随义务	• 092
四、	如何规避解除或终止劳动合同的法律风险	• 093

第七章 员工离职法律风险	• 097
一、未出示终止或解除劳动合同证明法律风险	• 097
二、员工离职工作未交接的法律风险	• 098
三、档案和社会保险的转移法律风险	• 099
四、员工自行离职法律风险	• 100

第八章 劳务派遣和劳务外包法律风险	• 105
一、与不具备劳务派遣资质的单位签订 劳务派遣协议法律风险	• 105
二、劳务派遣协议中内容不明确法律风险	• 107
三、未明确告知劳务派遣人员需遵循的规章 制度,或上岗前未对劳务派遣人员进行 岗位培训法律风险	• 107
四、在非“三性”(临时性、辅助性、替代性) 业务岗位上使用被派遣劳动者法律风险	• 108
五、劳务派遣用工比例超过用工总量 10% 法律风险	• 110
六、用工单位二次派遣法律风险	• 110
七、涉嫌与劳务派遣人员构成劳动关系法律风险	• 111
八、未向劳动者提供规定的劳动防护用品 和劳动保护设施法律风险	• 112
九、劳务派遣相关法律风险分析	• 113
十、与个人或非法人主体签订劳务外包协议 法律风险	• 120

第九章	工伤认定法律风险	• 129
------------	-----------------	-------

第十章	劳动争议证据的准备与运用	• 135
------------	---------------------	-------

一、单方面解除劳动合同	• 135
-------------	-------

二、用人单位商业秘密被侵犯	• 137
---------------	-------

适用法律法规简称

《中华人民共和国宪法》简称《宪法》

《中华人民共和国劳动法》简称《劳动法》

《中华人民共和国劳动合同法》简称《劳动合同法》

《中华人民共和国劳动合同法实施条例》简称《劳动合同法实施条例》

《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》简称《劳动争议调解仲裁法》

《中华人民共和国就业促进法》简称《就业促进法》

《中华人民共和国烟草专卖法》简称《烟草专卖法》

努力构建中国特色和谐劳动关系,是坚持中国特色社会主义道路、贯彻中国特色社会主义理论体系、完善中国特色社会主义制度的重要组成部分,其经济、政治和社会意义十分重大而深远。

——习近平

第一章

员工招聘法律风险

现代企业的一个突出特征是拥有用人自主权,企业可以根据自身生产经营需要招用相关人才,但在招聘和用工过程中,存在以下法律风险。

一、就业歧视法律风险

》》》相关法条

《劳动法》第十二条规定,劳动者就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视。

《就业促进法》第二十六条规定,用人单位招用人员、职业中介机构从事职业中介活动,应当向劳动者提供平等的就业机会和公平的就业条件,不得实施就业歧视。

《就业服务与就业管理规定》第四条规定,劳动者依法享有平等就业的权利。劳动者就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视。

《就业服务与就业管理规定》第二十条规定,用人单

位发布的招用人员简章或招聘广告,不得包含歧视性内容。

《就业服务与就业管理规定》第六十八条规定,用人单位违反本规定第十九条第二款规定,在国家法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止乙肝病原携带者从事的工作岗位以外招用人员时,将乙肝病毒血清学指标作为体检标准的,由劳动保障行政部门责令改正,并可处以一千元以下的罚款;对当事人造成损害的,应当承担赔偿责任。

》》》法律分析

我国《宪法》《劳动法》确立了公民平等的劳动就业权利,最新公布实施的《就业促进法》更加具体明确地规定了公民平等就业的权利。随着全社会公民权利意识的提高,用人单位在招聘过程中附加对诸如传染病病原携带者、残疾人等特定群体的歧视条件,不仅要应付应聘者的投诉以及主管部门的查处,还越来越多地受到社会舆论的谴责,企业形象因此严重受损。

》》》案例

某单位招工简章中出现“谢绝三本毕业生”的字眼,这就是对“三本”毕业生的歧视!假如有较真的人,叫板这家单位:“三本”怎么了?为什么不能报名?“三本”不是国家认可的学历?如果再有媒体予以关注,会引发强烈的社会效果,将给这家单位造成严重的负面影响。所以,企业在招聘简章中要避免触及“就业歧视”的禁区,避免

出现“院校歧视”“地域歧视”“性别歧视”“身高歧视”等违法条款。

二、用人单位未履行告知义务法律风险

》》》相关法条

《劳动合同法》第四条第四款规定：“用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。”第八条规定：“用人单位招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬，以及劳动者要求了解的其他情况……”

》》》法律分析

企业在招聘过程中负有的告知义务也是不能小觑的。企业如何履行告知义务？这要求在涉及员工切身利益的事项上要有合法的公示告知程序。在实践中，法院审查这一点主要看是否通过了公示程序。法院认可的公示告知方式是多种多样的，如内部网站公告、电子邮件传送、宣传栏公示公告、员工手册发放、规章制度培训考试，等等。鉴于网站公告、电子邮件传送、宣传栏公告这三种公示方式都不易于举证，所以企业在公示时尽量采取书面形式。

三、招用不满 16 周岁人员法律风险

》》》相关法条

《劳动法》第十五条规定，禁止用人单位招用未满十

六周岁的未成年人。文艺、体育和特种工艺单位招用未满十六周岁的未成年人,必须依照国家有关规定,履行审批手续,并保障其接受义务教育的权利。

》》》法律分析

单位招用人员时,应严格按照法律的规定,核查录用人员的年龄,可以要求拟招录人员提供身份证明,避免招用不满十六周岁的未成年人。否则,将受到行政处罚,后果严重者,甚至会承担刑事责任。

四、劳动者未与原单位解除劳动合同法律风险

》》》相关法条

《劳动合同法》第九十一条规定,用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者,给其他用人单位造成损失的,应当承担连带赔偿责任。

原劳动部《关于实行劳动合同若干问题的通知》第十七条规定“用人单位招用职工时应查验终止、解除劳动合同证明,以及其他能证明该职工与任何用人单位不存在劳动关系的凭证”。

》》》法律分析

企业在新员工入职审查过程中应当要求有工作履历的应聘者提供与原用人单位解除劳动合同的书面证明。

》》》案例

某塑料厂青工刘某,曾被单位选派到外地专门学

习某项机器操作技术,单位与其签订劳动合同为五年,并约定在这五年内不准调离。刘某在该塑料厂工作三年后,由于周边另一塑料厂上马同一设备,待遇优厚,刘某瞒着单位去应聘,因其有操作该种设备工作经验而被录用,招聘人员问他与原单位的劳动关系时,他说已经解除,招聘人员信以为真,未查看其解除合同证明。后刘某从塑料厂不辞而别,致使当晚生产出的材料无法加工完成而造成部分报废,塑料厂经过调查得知其去向后,向当地劳动部门申请仲裁,要求刘某新就业的塑料厂承担连带赔偿责任并获支持。

五、劳动者提供虚假证件、证明法律风险

》》》 相关法条

《劳动合同法》第二十六条规定,下列劳动合同无效或者部分无效:(一)以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的……

》》》 法律分析

根据《劳动合同法》相关规定,劳动者通过提供虚假证件、证明等欺诈或胁迫手段与用人单位订立的劳动合同无效;劳动者给用人单位造成损失,用人单位可要求劳动者承担赔偿责任。

对该事项的查明,有助于避免企业招用不符合条件的人。此外,如今后员工对企业造成了损害,也便于企业