

六和律師事務所
L&H LAW FIRM

卓越HR的法律圣经 专业律师的案头必备



最新

企业人力资源管理

法律风险防范与
实务操作指南

王旭东◎主编

程岚 楼一萍◎副主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

六和律师事务所系列丛书

最新 企业人力资源管理

法律风险防范与 实务操作指南

王旭东◎主编

程岗 栾一菲◎副主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

最新企业人力资源管理法律风险防范与实务操作指南 /
王旭东主编. —北京:法律出版社,2015.8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8221 - 9

I. ①最… II. ①王… III. ①企业管理—人力资源
管理—劳动法—中国—指南 IV. ①D922.5 - 62

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 167781 号

最新企业人力资源管理法律风险防范 与实务操作指南	编辑统筹 政务分社 策划编辑 张瑞珍 责任编辑 崔丽 装帧设计 李瞻
王旭东 主编	
程岚 楼一萍 副主编	

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社	开本 787 毫米 × 1092 毫米 1/16
总发行 中国法律图书有限公司	印张 27
经销 新华书店	字数 398 千
印刷 北京泰山兴业印务有限责任公司	版本 2015 年 10 月第 1 版
责任印制 吕亚莉	印次 2015 年 10 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)

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

电子邮件/info@lawpress.com.cn

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:

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

重庆公司/023-65382816/2908

深圳公司/0755-83072995

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8221 - 9 定价:65.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

自 2008 年《劳动合同法》实施以来,调整劳动关系的重大法律法规不断出台和更新,如《劳动争议调解仲裁法》《职工带薪年休假条例》《工伤保险条例》(修订)、《社会保险法》《职业病防治法》(修订)、《劳务派遣暂行规定》等,国家对调整劳动关系的立法建设在不断加快和加强,对企业规范用工提出了很多新的要求,也在客观上较大程度地激发了劳动者的维权意识。

由于受众多劳动立法实施的影响,以及 2008 年后国际及国内宏观经济形势的影响,全国各地劳动争议案件的数量在 2008 年前后均出现了成倍的增长。以浙江省为例,2007 年法院受理的劳动争议案件数量仅为 7393 起,2008 年则增加为 19,193 起,近两年则均在 2 万起以上,可以预见的是,在未来几年乃至相当长一段时期内,劳动争议案件的数量仍会呈较高的增长趋势。

另据相关部门近年统计,劳动争议纠纷大多数集中在经济发达区域,全国前六位的省市分别为:北京、上海、广东、江苏、山东、浙江,总数占全国案件总数的 50% 以上。同时,与其他诉讼案件相比,劳动争议纠纷呈现出的另一显著特点是,绝大部分案件均是企业败诉。以浙江省为例,根据浙江省劳动人事争议仲裁院的统计,劳动争议案件较多的地市分别为宁波、杭州、绍兴、台州、温州,劳动争议案件 80% 以上集中在民营企业,且 80% 以上的案件是企业败诉。

而就劳动争议纠纷的类型来看,拖欠劳动报酬纠纷一直是传统的劳动争议案件类型,在 2008 年以前约占劳动争议案件的 80%,一些地区达到 90%。但近年来,劳动者的诉求日益多样化、复杂化。主张未签订劳动合同的双倍工资、加班工资、工资变更等案件逐渐增多,请求解除劳动合同的经济补偿金、要求缴纳社会保险、给予工伤保险待遇等诉讼请求也较为常见,还出现年休假工资纠纷、劳务派遣纠纷、同工同酬纠纷、签订无固定期限合同纠纷、竞业限制纠纷、事

业单位经济补偿金的支付等案件类型。

基于2008年以后,劳动争议纠纷大量增加以及纠纷发生后绝大多数案件企业均败诉的实际情况,众多大中型民营企业迫切希望劳动法专业律师能协助其规范用工,帮助其在纠纷发生前发现企业自身在各个用工环节中可能存在的违法情形,并为其提供合法、可行的解决方案。为此,六和律师事务所自2008年开始着力研究企业各个用工环节的风险及应对策略,结合大量劳动争议仲裁、诉讼实践经验,经过反复的论证和研究,对企业各个用工环节可能出现的违法风险进行仔细的梳理,并针对每个风险节点设计切实可行的解决方案,以此为内容,本人累计为浙江省各地企业讲授“企业常见劳动法律风险防范”课程100多场次,受训人次逾万,解答各类用工法律问题数千人次。

为使更多的企业了解“企业常见劳动法律风险防范”课程的核心内容,本人与六和律师事务所劳动人事法律业务部的全体同人,以上述课程大纲为模板,进一步深入细致分析,将该课程的核心思想整理出版,涉及员工入职到离职的各个用工环节,分成14个专题详细阐述,阐述时紧密联系实际,采用常见实务问题解读、案例借鉴、实务指导等通俗易懂的写作方式。

通过本书,相信读者将获得以下收益:

1. 增强劳动法律风险意识

不少企业老板总以为劳资纠纷无大事,输了也无非赔个几万元,而通过本书众多企业败诉的真实案例,读者会发现劳动争议纠纷如果处理不当,也会给企业造成重大经济损失。例如,违法辞退高管,高管有权要求继续履行劳动合同并补发仲裁及诉讼期间的工资,最后补发的工资可能会高达数百万;又如,群体性的加班费纠纷,一旦企业败诉,后果同样会十分严重。

2. 增强风险防范意识

企业有较强的劳动法律风险意识仅是一个基础,通过本书的众多真实案例,读者会发现很多劳动争议纠纷,如果事先企业能够做好某项工作,案件就不会败诉;如果事先未做好某项工作,则一旦纠纷发生,无法再亡羊补牢。例如,企业辞退违纪员工,通常的前提必须是企业规章制度合法有效,而规章制度合法有效的前提之一必须是规章制度已告知员工,如果企业在辞退某违纪员工前,未履行规章制度告知程序,则案件必输无疑。因此,劳动法律风险的事先防

范十分重要,即要“未雨绸缪”,事先了解风险并规避风险才是最重要的。

3. 增强用工管理的书面化意识

通过阅读本书的众多真实案例,读者会发现,很多企业的劳动争议纠纷之所以最终败诉,是因为企业无法提供诸如员工违纪、不胜任工作、试用期不符合录用条件的证据,等等。据相关部门统计,企业辞退员工的案件中,约有30%系因企业无法提供相关有效证据而败诉。

4. 了解企业用工各个环节的常见法律风险

从企业招聘员工开始,不同的用工形式即有不同的用工风险,高薪引进人才,签订劳动合同,约定试用期,调岗、降薪、裁员,辞退长病假员工、不能胜任工作的员工、违纪员工,等等。每个用工环节均隐含着众多的法律风险。通过本书,读者将会了解企业用工各个环节的常见法律风险,进而了解企业自身存在的用工风险。

5. 掌握解决常见劳动法律风险的方法

对风险的了解显然不是最终目的,规避风险,防范风险才是众多企业最想知道、最需要掌握的,本书中介绍的众多规避用工风险的方法大多均是经过案件检验、行之有效的、与资深仲裁员共同研讨得出的,是作者们多年实践和心血的结晶,如果企业借鉴本书的建议进行操作,能够极大地减少各类用工风险,预防劳动纠纷的发生。

6. 获得专为企业设计的重要劳动用工示范文本

本书向广大企业提供了部分六和律师事务所为顾问单位设计的重要劳动用工示范文本,如《劳动合同》《保密协议》《竞业限制协议》《专业技术培训服务期协议》等,这些文本是从企业的视角设计的,原本不对外公开,对保护用人单位的合法权益、减少用工风险具有重要作用。当然,由于涉及知识产权,本书中仅披露了小部分常用文本。

劳动关系是生产关系的重要组成部分,是最基本、最重要的社会关系之一。劳动关系是否和谐,事关广大职工和企业的切身利益,事关经济发展与社会和谐。2015年3月21日,中共中央、国务院印发了《关于构建和谐劳动关系的意见》(中发[2015]10号)(以下简称《意见》),这是改革开放以来中共中央下发的首个劳动关系方面的文件,是新时期构建中国特色和谐劳动关系的顶层设计

和总体部署,是劳动关系领域具有里程碑意义的纲领性文件。《意见》要求全党和各级政府充分认识构建和谐劳动关系的重大意义,要求“把解决广大职工最关心、最直接、最现实的利益问题,切实维护其根本权益,作为构建和谐劳动关系的根本出发点和落脚点”,“健全劳动保障法律法规,增强企业依法用工意识,提高职工依法维权能力,加强劳动保障执法监督和劳动纠纷调处”,“实现劳动用工更加规范,职工工资合理增长,劳动条件不断改善,职工安全健康得到切实保障,社会保险全面覆盖,人文关怀日益加强,有效预防和化解劳动关系矛盾,建立规范有序、公正合理、互利共赢、和谐稳定的劳动关系”。上述《意见》印发后,全国各地劳动社会保障部门相继掀起了一股认真学习贯彻《意见》的热潮,在接下来的一段时期内,可以预见的是,劳动保障法律法规的立法会进一步加强,对企业规范用工的要求会进一步提高,职工依法维权的能力和途径会进一步增强,劳动者维权的意识也会更上一个台阶,在此等大环境下,如企业仍对规范用工不引起足够重视,对人力资源管理仍是粗放式的管理、不依法进行管理,那么当企业自身经济效益下滑时,劳资矛盾极有可能集中爆发,将使企业的处境“雪上加霜”。

企业的发展应当顺应国家的政策,紧跟时代的潮流,企业的人力资源管理同样应当顺应国家的政策,能否构建和谐劳动关系,关系一个企业能否持续、健康、稳定发展,劳动法律风险防范是以规范用工为前提的合法防范,通过风险防范做到规范用工。广大企业应当深刻理解中央构建和谐劳动关系的重要政策,认清当前劳资关系现状,加强劳动用工的规范化管理,及早作出相应的安排和部署,预防劳动纠纷。

由于时间、精力及学识所限,本书部分内容尚不够详尽,疏漏谬误之处在所难免,并且由于劳动纠纷的相关政策地域差别较大,本书作者提供的部分建议或许并不适用于所有地域,仅供读者参考,企业因参照本书作者建议操作而产生的法律后果本书作者概不负责,如有重大劳动法律事务建议找专业劳动法律师直接咨询或解决,如对本书内容有任何疑问或指正欢迎来信来电,本人邮箱是 wangxd@liuhelaw.com。

本书由王旭东统稿,各章节的撰稿人如下:王旭东:第一章、第八章、第十章、第十一章;程岚:第二章、第三章、第四章、第十二章;楼一萍:第五章、第六

章、第十三章;俞琳琼:第十四章;章百益:第九章;陈淦:第七章。

最后,感谢浙江省劳动人事争议仲裁院吴正院长对本书提出的宝贵意见和建议,感谢浙江六和律师事务所劳动人事法律业务部的各位同人为完成本书而付出的辛勤劳动,感谢本人助理泮美丹在本书法规整理、文稿校对方面的细致工作。

王旭东

于杭州·公元大厦

二〇一五年九月

目 录

第一章 招聘与录用的劳动法律风险防范	(001)
第一节 员工入职的劳动法律风险防范	(001)
第二节 录用条件的设定	(015)
第三节 不同用工方式的选择	(019)
第二章 劳动合同签订的法律风险防范	(028)
第一节 劳动合同概述	(028)
一、劳动合同的主体	(028)
二、劳动合同的类型	(031)
三、劳动合同的效力	(032)
第二节 劳动合同核心条款的设计技巧	(034)
一、劳动合同期限如何约定	(034)
二、工作岗位条款如何约定	(036)
三、工作地点条款如何约定	(038)
四、工作时间条款如何约定	(039)
五、劳动报酬条款如何约定	(040)
六、通信方式及紧急联络人条款	(042)
第三节 劳动合同签订的法律风险防范	(050)
一、没有及时签订劳动合同的法律风险防范	(050)
二、劳动者不愿签订劳动合同如何处理	(056)
三、常见劳动合同无效条款	(058)
四、无固定期限劳动合同的签订风险	(060)

第三章 试用期的法律风险防范	(063)
第一节 试用期概述	(063)
一、试用期的含义	(063)
二、试用期的期限	(063)
三、试用期的工资	(063)
第二节 试用期常见的管理风险	(064)
一、试用期未签订劳动合同	(064)
二、签订单独的试用期合同	(066)
三、约定的试用期超过法律规定的最长期限	(066)
四、延长试用期	(068)
五、与同一劳动者多次约定试用期	(068)
六、试用期内未为劳动者缴纳社会保险费	(069)
七、在试用期内给予劳动者专业技术培训并约定服务期	(070)
第三节 试用期辞退员工的法律风险防范	(071)
第四章 加班的法律风险防范	(074)
第一节 加班概述	(074)
一、加班定义	(074)
二、哪些情况下,用人单位可以安排劳动者加班	(075)
三、对延长工作时间的时限是如何规定的	(076)
四、加班工资如何计算	(077)
五、特殊工时制如何计发加班工资	(078)
第二节 加班管理的法律风险防范	(079)
一、安排加班的基本原则	(079)
二、加班管理流程设计	(080)
三、如何控制加班成本和风险	(082)
第三节 加班费争议的举证责任分配	(085)
第四节 值班和加班的区别	(088)

第五章 病假与“三期”女职工管理的法律风险防范	(091)
第一节 医疗期概述	(091)
一、什么是医疗期	(091)
二、医疗期如何计算	(093)
三、医疗期内的待遇	(094)
四、医疗期终结,员工不能从事原工作怎么办	(095)
五、医疗期的延长	(095)
第二节 病假管理的法律风险防范	(095)
一、如何防范劳动者滥用医疗期	(095)
二、对病假单的真实性存疑时如何处理	(097)
三、对“泡病假”的行为如何处理	(098)
四、长期请病假的怀孕女职工如何处理	(099)
第三节 女职工法律保护概述	(102)
一、立法状况	(102)
二、女职工法律保护的主要内容	(103)
第四节 “三期”女职工管理的法律风险防范	(104)
一、女职工违反计划生育规定时如何处理	(104)
二、“三期”女职工严重违反企业规章制度时企业应该如何处理	(106)
三、“三期”女职工的劳动合同到期如何处理	(108)
四、“三期”女职工不胜任工作能否调岗、降薪	(109)
五、“三期”女职工医疗期满仍需休息如何处理	(110)
第六章 带薪年休假的法律风险防范	(111)
第一节 带薪年休假概述	(111)
一、带薪年休假的概念	(111)
二、带薪年休假的享受范围、期限	(111)
三、职工不能享受年休假的情形	(112)
四、未安排年休假的责任	(112)
第二节 带薪年休假管理的常见法律风险	(113)
一、新入职员工如何享受当年度年休假	(113)

二、员工可享受年休假天数如何计算	(115)
三、员工入职当年及离职当年的年休假如何折算	(115)
四、未休年休假工资报酬的日工资收入如何计算	(116)
五、员工放弃年休假的认定	(117)
六、主张未休年休假工资的仲裁时效如何确定	(118)
第七章 专业技术培训服务期约定的法律风险防范	(122)
第一节 专业技术培训服务期概述	(122)
一、专业技术培训服务期的概念与特点	(122)
二、专业技术培训服务期的立法现状	(123)
三、约定专业技术培训服务期的作用	(124)
第二节 专业技术培训服务期约定的常见法律风险	(124)
一、服务期约定的无效风险	(124)
二、服务期违约金的约定风险	(125)
三、服务期限的确定	(127)
第八章 竞业限制的法律适用和实务操作	(134)
第一节 竞业限制概述	(134)
一、什么是竞业限制	(134)
二、用人单位为什么要和劳动者约定竞业限制	(134)
三、我国竞业限制立法现状	(135)
第二节 签订竞业限制协议的法律风险防范	(137)
一、用人单位可以和哪些劳动者签订竞业限制协议	(137)
二、竞业限制的范围、地域和期限	(140)
三、竞业限制补偿金的约定	(143)
第三节 竞业限制履行和解除的法律风险防范	(148)
一、竞业限制补偿金应当如何支付	(148)
二、如何支付竞业限制补偿金对用人单位更有利	(150)
三、竞业限制协议解除的法律风险防范	(152)

第四节 违反竞业限制的责任追究	(155)
一、追究竞业限制违约责任是通过劳动仲裁还是法院审判	(155)
二、继续履行竞业限制义务	(156)
三、违反竞业限制协议的违约金	(157)
四、新用人单位的连带赔偿责任	(159)
五、违反竞业限制义务的证据收集	(160)
第九章 劳务派遣的法律适用和实务操作	(162)
第一节 劳务派遣概述	(162)
一、何为劳务派遣	(162)
二、劳务派遣的优势	(163)
三、2012 年对劳务派遣的改革	(164)
第二节 订立劳务派遣协议的法律风险防范	(164)
一、劳务派遣岗位设置的法律风险防范	(164)
二、劳务派遣公司选择的法律风险防范	(167)
三、劳务派遣协议的主要内容	(168)
第三节 劳务派遣管理的实务操作	(178)
一、劳务派遣单位对被派遣劳动者的管理	(178)
二、用工单位对被派遣劳动者的管理	(178)
三、跨地区派遣的法律风险防范	(180)
四、劳务派遣用工的退回	(181)
五、劳务派遣中的纠纷处理	(183)
第十章 企业规章制度民主程序的实务操作	(187)
第一节 规章制度制定“民主程序”概述	(187)
第二节 没有工会和职代会时民主程序的实施	(190)
第三节 职代会与民主程序	(192)
第十一章 劳动合同解除与终止的法律风险防范	(195)
第一节 解除、终止劳动合同概述	(195)
一、解除、终止劳动合同的法定情形	(195)

二、解除、终止劳动合同的程序	(198)
三、违法解除、终止劳动合同的后果	(201)
第二节 过失性解除劳动合同的法律风险防范	(203)
一、劳动者严重违反用人单位的规章制度时,解除劳动合同的法律风险防范	(204)
二、劳动者严重失职,营私舞弊,给用人单位造成重大损失时,解除劳动合同的法律风险防范	(207)
三、辞退兼职员工的法律风险防范	(208)
第三节 非过失性解除劳动合同的法律风险防范	(210)
一、用人单位辞退医疗期满仍不能从事工作的员工的法律风险防范	(210)
二、用人单位辞退不能胜任工作的员工的法律风险防范	(212)
三、客观情况发生重大变化解除劳动合同的法律风险防范	(214)
第四节 协商解除劳动合同和经济性裁员的法律风险防范	(217)
一、协商解除劳动合同的法律风险防范	(217)
二、经济性裁员的法律风险防范	(218)
第十二章 经济补偿金与赔偿金的法律适用	(222)
第一节 经济补偿金和赔偿金概述	(222)
一、什么是经济补偿金、赔偿金	(222)
二、哪些情形用人单位需要支付经济补偿金	(222)
三、什么情形用人单位应当支付赔偿金	(224)
四、经济补偿金和赔偿金如何计算	(224)
五、用人单位未依法支付劳动报酬、经济补偿金等费用,也需要支付赔偿金吗	(225)
第二节 经济补偿金和赔偿金常见疑难问题	(225)
一、劳动关系跨越2008年的经济补偿金和赔偿金如何计算	(225)
二、经济补偿金中的月工资数额如何确定	(228)
三、劳动者因非本人原因被安排到新单位工作的,经济补偿金年限如何计算	(229)

四、赔偿金与经济补偿金能否同时主张	(230)
五、用人单位与劳动者就经济补偿金达成和解协议后,劳动者 能否反悔	(230)
六、经济补偿金和赔偿金是否需要缴纳个人所得税	(231)
第十三章 社会保险的法律风险防范	(233)
第一节 社会保险概述	(233)
一、我国社会保险体系的基本框架	(233)
二、我国各项社会保险制度的覆盖范围	(233)
三、用人单位违反《社会保险法》应当承担的法律责任	(234)
四、劳动者与用人单位发生社会保险争议的处理途径	(235)
第二节 社会保险常见的法律风险防范	(236)
一、用人单位未为劳动者缴纳社会保险的劳动争议风险	(236)
二、社会保险费补缴的法律风险防范	(238)
三、劳动者不愿意参加社会保险如何处理	(244)
第十四章 工伤的法律适用和实务操作	(246)
第一节 企业工伤责任概述	(246)
一、什么是工伤	(246)
二、我国工伤保险制度概述	(247)
三、用人单位应承担的工伤责任	(248)
四、企业如何减少和化解工伤法律风险	(250)
第二节 工伤认定的法律适用和实务操作	(251)
一、工伤认定常见实务问题	(251)
二、属于工伤的各种情形解析	(255)
三、视同工伤的各种情形解析	(272)
四、不属于工伤的各种情形解析	(276)
第三节 工伤待遇与赔偿的法律适用和实务操作	(278)
一、工伤保险待遇项目	(278)

二、各项工伤待遇标准及实务操作	(280)
第四节 工伤常见疑难问题法律适用和实务操作	(293)
一、工伤“私了”的风险及应对	(293)
二、因第三人侵权造成工伤能否双重赔偿	(295)
三、用人单位和劳动者均未申报工伤如何处理	(302)
四、转分包、挂靠、派遣等过程中的人员发生工伤如何处理	(303)
五、超过法定退休年龄人员的工伤如何处理	(306)
六、劳动者在职期间再次发生工伤如何享受工伤保险待遇	(307)
七、非法用工的工伤待遇	(310)
附录:常用劳动法司法解释、解答	(313)
最高人民法院司法解释	(313)
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	
(2001年4月16日法释[2001]14号)	(313)
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)	
(2006年8月14日法释[2006]6号)	(318)
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)	
(2010年9月13日法释[2010]12号)	(322)
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(四)	
(2013年1月18日法释[2013]4号)	(326)
最新北京、上海、广东、深圳、浙江高级人民法院指导意见、解答	(330)
北京市高级人民法院关于印发《2014年部分劳动争议法律适用	
疑难问题研讨会会议纪要》的通知	
(2015年1月5日)	(330)
北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议	
案件法律适用问题研讨会会议纪要(二)	
(2014年5月7日)	(336)

上海市人力资源和社会保障局、上海市高级人民法院关于劳务派遣适用法律若干问题的会议纪要 (2014年12月31日)	(349)
上海市高级人民法院劳动争议案件审理要件指南(一) (2013年12月)	(353)
广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要 (2012年6月21日)	(365)
2013年深圳市劳动人事争议疑难问题研讨会纪要 (深劳人仲委[2014]1号)	(373)
浙江省高级人民法院民事审判第一庭、浙江省劳动人事争议仲裁院关于印发《关于审理劳动争议案件若干问题的解答(二)》的通知 (浙高法民一[2014]7号)	(376)
浙江省高级人民法院民一庭关于审理劳动争议纠纷案件若干疑难问题的解答(一)/浙江省劳动仲裁院关于劳动争议案件处理若干问题的解答 (2012年12月26日 浙劳仲院[2012]3号)	(382)
浙江省行政复议与行政审判联席会议第七次会议纪要 (2012年6月27日)	(387)
浙江省高级人民法院民事审判第一庭关于印发《关于审理劳动争议案件若干问题的意见(试行)》等三个指导性意见的通知 (2009年4月16日 浙法民一[2009]3号)	(394)
杭州市中级人民法院民事审判第一庭关于印发《杭州地区法院审理劳动争议案件若干实务问题的处理意见(试行)》的通知 (2009年7月2日)	(403)
最高人民法院其他相关司法解释、规定、答复、批复等 (因篇幅所限,不收录正文内容)	(408)