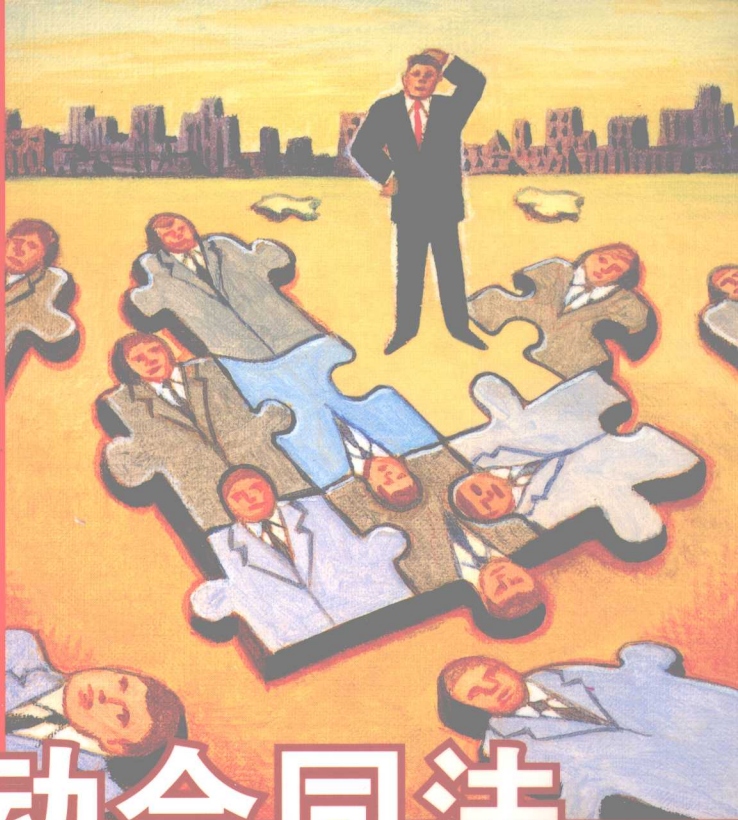




Labor
Contract
Law

HR Strategy



劳动合同法 HR全攻略

企业用工管理全程操作与风险防范

王明著

- 用工管理全程无忧 > 从招聘到离职
企业用工管理全程操作
- 劳资争议解决有道 > 企业劳动争议预防与应对
- 最新制度应对自如 > 劳动合同法/员工福利制度下
的企业法律风险防范

Labor Contract Law
HR Strategy

劳动合同法HR全攻略

企业用工管理全程操作与风险防范

王明著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

劳动合同法 HR 全攻略:企业用工管理全程操作与风险防范/王明著. —北京:法律出版社,2008.8

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8674 - 0

I. 劳… II. 王… III. 劳动法—研究—中国 IV. D922.504

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 108473 号

© 法律出版社·中国

劳动合同法 HR 全攻略:企业
用工管理全程操作与风险防范
王明 / 著

编辑统筹 大众法律出版社
策划编辑 涂俊杰
责任编辑 涂俊杰
装帧设计 乔智炜

出版 法律出版社

开本 A5

总发行 中国法律图书有限公司

印张 11.75

经销 新华书店

字数 281 千

印刷 北京中科印刷有限公司

版本 2008 年 9 月第 1 版

责任印制 沙磊

印次 2008 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

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(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

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 - 5036 - 8674 - 0

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

近几年,国家加强了对劳动者的保护力度,劳动方面的立法可谓频繁。2004年12月1日《劳动保障监察条例》实施,2006年10月1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)》实施,2008年1月1日《劳动合同法》和《职工带薪年休假条例》实施,2008年2月5日《机关事业单位工作人员带薪年休假实施办法》实施,2008年5月1日《劳动争议调解仲裁法》实施,中国对劳动者的保护力度越来越强。作为企业的董事长、经理或者人力资源部门、法务部门的领导,你是否做好了充分的心理准备和应对措施来避免企业因用工而产生的危机?

笔者先是长期在大型企业法律部门担任法务总监,后在律师执业过程中,长期担任大型企业的法律顾问,熟悉企业内部法律操作流程和法律风险所在,为帮助企业预防法律风险,笔者特意撰写本书。本书以企业的董事长、总经理、企业人力资源部门、企业法律部门的人士为读者对象,以新的《劳动合同法》、《劳动争议调解

仲裁法》等中国现有的劳动法律制度作为参考依据,深刻地解读了在新的劳动合同法时代,作为一名企业雇主,应该采取哪些措施避免企业用工危机的出现。本书将以企业用工顺序作为线索,详细地阐释在每一个阶段,企业应该注意的问题,最大可能地帮助企业预防法律风险。

本书有三个特色:一是按照从员工招聘到员工离职的顺序编写,使企业非常清楚地知道在每一个阶段应该注意什么问题,并附有大量的实用性的文书。二是根据《劳动合同法》、《职工带薪年休假条例》详细地阐释员工在企业中应该享有的福利待遇、五险一金并指出企业不给予的违法后果及企业的应对措施,这将是目前市场上该类书籍中所独有的。三是根据《劳动争议调解仲裁法》的规定,为企业应对劳动争议提供一些法律建议。

我们致力于为企业用工预防法律风险,我们希望为您提供最好的服务,但因资料和时间所限,因实践中出现的情况各种各样、千变万化,在此不可能一一涉及,因此,如果您所在的企业遇到什么疑难问题和潜在法律风险,欢迎登录我们的网站“中国法律巅峰网”(www.lawtop.com.cn)或者王明律师专业的劳动法博客:laodongfa79.blog.sohu.com或者发邮件至 wangming79@126.com 进行咨询,我们将竭诚为您服务。

王明
2008年8月

目 录

前言 / 1

第一章 用工管理,从招聘做起 / 1

第一节 发布招聘广告谨防误区 / 1

第二节 面试有技巧 / 15

第二章 不可忽视的时期——录用与试用期 / 24

第一节 发放录用通知书应注意的问题 / 24

第二节 如何制定对企业有利的劳动合同 / 50

第三节 试用期的法律风险要防范 / 93

第三章 员工日常管理制度要健全 / 102

第一节 如何制定完备的公司规章制度 / 102

第二节 劳动合同的变更、续签中的法律风险防范 / 120

第四章 争议多发期——离职与经济补偿 / 133

第一节 员工离职八大情形及应对 / 133

第二节 经济补偿金等费用的支付 / 167

第三节 离职工作交接程序 / 185

第五章 企业劳动争议预防与应对 / 201

第一节 《劳动争议调解仲裁法》的新变化与应对 / 201

第二节 如何预防和应对劳动争议 / 220

第六章 员工福利制度下的企业法律风险防范 / 228

第一节 如何利用好各种工时制度 / 228

第二节 关于法定节假日的加班问题 / 242

第三节 解读员工各种假期中的待遇 / 244

第四节 法律对女职工及未成年人的特殊保护 / 268

第五节 员工“五险一金”解读 / 282

第七章 企业用工管理中的常见问题解读 / 328

第一节 关于竞业限制 / 328

第二节 解析劳务派遣新规定 / 338

第三节 非全日制用工利弊分析 / 352

第四节 利用好以完成一定工作任务为期限的劳动合同 / 355

第五节 解读无固定期限的劳动合同 / 357

第六节 解读集体劳动合同 / 363

第一章

用工管理,从招聘做起

大多数人认为,只有用人单位与劳动者签订劳动合同以后才有可能产生纠纷,如果用人单位根本没有录用劳动者、没有签订劳动合同,就不会产生纠纷,其实这种理解是错误的。很多时候,可能就是由于用人单位在招聘阶段的一些错误做法,导致了劳动争议纠纷的产生。本章将详细介绍用人单位在招聘阶段应该注意的问题。

第一节 发布招聘广告谨防误区

一、发布招聘广告的四大数据区

1. 录用条件太笼统

很多企业在发布招聘广告的时候,对于录用条件都写得非常笼统。比如很多企业在招聘销售人员的时候,录用条件大多写的是:专科以上,有3年以上相关工作经验等。而且大多数企业认为,录用条件写得越笼统,自己挑选的范围就越大,对企业就越有利。其实这种理解是错误的,由于招聘广告的条件设置的不合理,

可能会导致很多法律风险的出现。

《劳动合同法》第 21 条规定:“在试用期中,除劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形外,用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的,应当向劳动者说明理由。”因此,用人单位如果想在试用期内辞退劳动者,劳动者必须具备《劳动合同法》第 39 条或者第 40 条第 1 项、第 2 项中的情形,而且用人单位必须向劳动者说明理由,否则不得辞退劳动者,反之,就属于违法解除劳动合同,就要承担相应的法律后果。很多用人单位认为,只要在试用期内,就可以随便辞退劳动者,不需要任何理由,其实这种认识是错误的。

【典型案例】

某公司招聘化妆品连锁加盟渠道经理,录用条件为:大学本科以上,3 年以上相关工作经验。李某经过面试后被录用为连锁加盟渠道经理,试用期为 6 个月,在第 5 个月的时候,公司突然与李某解除了劳动合同,李某问公司为什么要与他解除劳动合同,公司答复说认为他不合适这个工作岗位,公司对他的表现不满意,所以与他解除了劳动合同。李某不服,向劳动争议仲裁委员会提起仲裁,公司向劳动争议仲裁委员会答辩称,李某虽然有 3 年以上的连锁加盟渠道工作经验,但由于李某此前工作的单位的化妆品与本公司的化妆品在客户群定位、渠道方面差别很大,因此李某入职 5 个月来,仅发展加盟商 15 家,离公司要求的目标太远,李某没有完成公司的考核目标,不能胜任工作,不符合录用条件,因此公司有权解除劳动合同。劳动争议仲裁委员会裁决,李某所在的单位解除劳动合同违法,应支付李某经济补偿金、经济赔偿金和代通知金共计 15000 元。

【律师点评】

很多企业想当然地认为,在试用期内,只要公司对员工不满意,就可以无条件地辞退员工,不需要理由,这种想法是错误的。

而且很多企业把录用条件和考核目标混淆,认为员工在试用期内没有完成公司的考核目标,公司就有权解除劳动合同。在本案中,李某所在的公司就是犯了这样的错误,把考核目标和录用条件混为一谈。录用条件是指应聘员工必须具备的条件,而考核目标是公司对员工的工作设置的考核目标,公司不能以员工在试用期内没完成考核目标为由辞退员工,如果员工不符合录用条件,是可以辞退的。

假设在本案中,公司经过查证,李某不是本科毕业,李某所提供的毕业证书是虚假的,李某所在的公司就可以以李某不符合录用条件辞退李某。

2. 有歧视性用语

很多企业可能认为,招聘员工时,自己想招聘什么样的员工就招聘什么样的员工,自己想怎么写就怎么写,别人不能干预。我们经常看到在招聘报纸中看到这样的招聘广告:本单位招聘业务员,必须是男性,汉族,具有北京市城镇户口,身体健康,不得是残疾人,不得是乙肝病毒携带者。对于这样的招聘广告,我们可能也习以为常,认为没有什么不妥。招聘男性、女性由单位说了算,自己单位就要招聘具有北京市城镇户口的,而且必须身体健康的,好像也没有什么违法之处。其实这则招聘广告中,含有大量歧视性用语,很多地方有违法之处,甚至有可能给企业带来诉讼风险。

根据《就业促进法》的规定,用人单位施行就业歧视的,劳动者可以向人民法院提起诉讼。

(1) 不得施行就业歧视

《就业促进法》第 26 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。”

(2) 对妇女不得施行就业歧视

《就业促进法》第 27 条规定:“国家保障妇女享有与男子平等的劳动权利。用人单位招用人员,除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外,不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。用人单位录用女职工,不得在劳动合同中规定限制女职工结婚、生育的内容。”

同样的道理,对男性也不得实行就业歧视,除非不适合男性的工作单位,用人单位也不能以是男性为由拒绝录用男性。如果用人单位在合同中规定限制女职工结婚、生育的内容,该条款无效,给女职工造成损害的,职工可以向人民法院提起诉讼,要求赔偿。

(3) 对少数民族不得施行就业歧视

《就业促进法》第 28 条规定:“各民族劳动者享有平等的劳动权利。用人单位招用人员,应当依法对少数民族劳动者给予适当照顾。”

(4) 对残疾人不得施行就业歧视

《就业促进法》第 29 条规定:“国家保障残疾人的劳动权利。各级人民政府应当对残疾人就业统筹规划,为残疾人创造就业条件。用人单位招用人员,不得歧视残疾人。”

《残疾人保障法》第 34 条规定:“国家保护残疾人福利性企业事业组织的财产所有权和经营自主权,其合法权益不受侵犯。在职工的招用、聘用、转正、晋级、职称评定、劳动报酬、生活福利、劳动保险等方面,不得歧视残疾人。对于国家分配的高等学校、中等

专业学校、技工学校的残疾毕业生,有关单位不得因其残疾而拒绝接收;拒绝接收的,当事人可以要求有关部门处理,有关部门应当责令该单位接收。残疾职工所在单位,应当为残疾职工提供适应其特点的劳动条件和劳动保护。”

(5)对传染病病原携带者不得施行就业歧视

《就业促进法》第30条规定:“用人单位招用人员,不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用。但是,经医学鉴定传染病病原携带者在治愈前或者排除传染嫌疑前,不得从事法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使传染病扩散的工作。”

对乙肝病毒携带者不得施行就业歧视,我国是乙肝高流行地区,每年报告乙肝新发病例近100万例。按照1992年全国肝炎血清流行病学调查结果推算,全国约有1.2亿人是乙肝表面抗原携带者。乙肝表面抗原携带者虽被乙肝病毒感染,也具有传染性,但肝功能在正常范围,肝组织无明显损伤,不表现临床症状,在日常工作、社会活动中不会对周围人群构成威胁。乙肝病毒主要有血液、母婴垂直(分娩和围产期)和性接触三种传播途径,不会通过呼吸道和消化道传染,一般接触也不会造成乙肝病毒的传播。《传染病防治法》将乙肝列为乙类传染病。

为此,国家就乙肝病毒携带者的就业权利保护问题,连续出台了相关规定,劳动和社会保障部2007年颁布了《关于维护乙肝表面抗原携带者就业权利的意见》,该意见中明确指出:①保护乙肝表面抗原携带者的就业权利。除国家法律、行政法规和卫生部规定禁止从事的易使乙肝扩散的工作外,用人单位不得以劳动者携带乙肝表面抗原为理由拒绝招用或者辞退乙肝表面抗原携带者。②严格规范用人单位的招、用工体检项目,保护乙肝表面抗原携带者的隐私权。用人单位在招、用工过程中,可以根据实际需要将肝

功能检查项目作为体检标准,但除国家法律、行政法规和卫生部规定禁止从事的工作外,不得强行将乙肝病毒血清学指标作为体检标准。各级各类医疗机构在对劳动者开展体检过程中要注意保护乙肝表面抗原携带者的隐私权。

劳动和社会保障部 2007 年颁布的《就业服务与就业管理规定》第 19 条规定:“用人单位招用人员,不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用。但是,经医学鉴定传染病病原携带者在治愈前或者排除传染嫌疑前,不得从事法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使传染病扩散的工作。用人单位招用人员,除国家法律、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外,不得强行将乙肝病毒血清学指标作为体检标准。”

因此,用人单位在员工体检的时候,不得强行将乙肝病毒血清学指标作为体检标准,除法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使传染病扩散的工作外,不得以乙肝病原携带者为理由拒绝录用。根据《就业服务与就业管理规定》的规定,用人单位在国家法律、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 1000 元以下的罚款;对当事人造成损害的,应当承担赔偿责任。

【典型案例】

今年 24 岁的黎胜出生于河南省巩义市一个普通农民家庭,爸爸是司机,妈妈在家务农。依靠爸爸微薄的收入和家里的节衣缩食,黎胜完成了大学学业。2007 年 1 月 18 日,黎胜在网上向东莞诺基亚移动电话有限公司投递了应聘测试技术员岗位的简历。之后,黎胜顺利通过笔试和面试。该公司人力资源部通知黎胜被录

用,和他谈了薪水等待遇,并要他到指定的医院参加入职体检,如果体检合格他就可以到公司上班了。1月27日,黎胜到东莞同济医院进行入职前的体检。

“我以为像诺基亚这样的大公司不会有乙肝歧视,在体检结果还没出来时就主动告诉人力资源部负责人自己是乙肝病毒携带者。该负责人称,情况不太严重不会影响录取。”黎胜告诉记者,1月30日他又一次到东莞同济医院进行测试,检查结果显示其病毒不具有传染性。但是,诺基亚依然拒绝了黎胜。黎胜说,公司给他的答复是:“公司所有人都是在同一个饭堂吃饭,同一个工作环境,担心他会传染给公司其他人,建议他换一份轻松点的工作。这是分公司的规定,也是和分公司领导商量过后决定的。”

黎胜因此将东莞诺基亚移动电话有限公司及其在中国的总部告上了法庭。在起诉书中,黎胜称:根据我国《宪法》及相关法律规定,公民有平等就业的权利,任何单位和个人不能侵犯公民的平等就业权。我国《劳动法》规定,劳动者享有平等就业的权利,劳动者就业不应受到歧视。原告作为乙肝携带者,《病毒性肝炎防治方案》规定,乙肝病毒携带者除了不能献血或从事直接接触入口食品和保育工作外,不能视为现症肝炎病人处理。原告是乙肝携带者,身体符合从事测试技术员的条件。但被告根据体检结果拒绝录用原告的作为,违反了《传染病防治法》不得歧视乙肝携带者的有关规定,严重侵犯了原告的平等就业权利,使原告精神上受到极大打击。黎胜在起诉书中要求请求法院依法确认诺基亚以乙肝小三阳为由不予录用原告违法,并且请求依法判令被告诺基亚赔偿精神损害抚慰金50万元。东莞市人民法院根据黎胜的民事起诉书,在5月8日立案。

8月15日下午,黎胜起诉诺基亚公司乙肝歧视案在东莞市人

民法院正式开庭审理。在审理过程中,诺基亚的代理人坚称,拒录理由是黎胜“色盲”,而非黎胜携带乙肝病毒。为证明自己被拒绝录用是由于企业“歧视乙肝病毒携带者”,原告黎胜出具了自己与应聘公司人力资源部工作人员对话的录音。根据录音材料内容显示,企业在回绝原告时,提到他“携带乙肝病毒”的体检结果。而诺基亚的代理人则直接推翻录音材料的证明效力,坚称其企业并不存在录音资料中回答黎胜提问的工作人员。法院对该案进行了两个小时左右的审理之后,宣布择日将再次开庭或宣判。该案至今没有结果。

2008年,法制日报《公司法务》专刊、《人力资源》杂志以及劳动法世界网站联合评选出了“2007年十大劳动争议案件”,该案被评为2007年十大劳动争议案件之一。

【律师点评】

该案的最终结果如何,我们目前还无法得知,但这是一起典型的因“就业歧视”而引起的劳动争议案件。用人单位在招用员工时,往往处于强势地位,是否录用员工,由企业说了算。但是,随着近几年劳动法律法规的日益健全以及员工维权意识的提高,就业歧视问题开始明显地受到立法者、执法者以及新闻媒体的关注。“就业歧视”中最为突出的就是对乙肝病毒携带者的招聘歧视,其他典型问题还涉及性别歧视、年龄歧视、身高歧视、相貌歧视等。2007年已经发生多起因“就业歧视”而引发的劳动争议案件,本案即为其中较有代表性的案例。在日益竞争激烈的就业环境下,在构建和谐社会的政策背景下,2007年国家各层次的立法已经对“就业歧视”问题作出了正面的回应。2008年1月1日,《就业促进法》、《就业服务与就业管理规定》以及《劳动合同法》等几部新法即将正式实施。在这些新颁布的法律法规中,均严格禁止用人

单位以传染病病原携带者为由拒绝录用员工,同时也规定了用人单位不得在招用人员简章或招聘广告中包含就业歧视性的内容。

本案谁胜谁败已经不重要,对广大用人单位来说,更为重要的警示意义在于,招聘新员工时,应以员工的工作能力作为是否招用员工的主要依据,择优录取,而不应当跟乙肝病毒携带、身高、性别等与工作能力不相关的因素挂钩。

(6)对农村劳动者不得施行就业歧视 《就业促进法》第31条规定:“农村劳动者进城就业享有与城镇劳动者平等的劳动权利,不得对农村劳动者进城就业设置歧视性限制。”

但是,遗憾的是,现行法律规范在责任追究方面存在不足。由于没有就业歧视的法律责任条款,就无法去处罚相关的就业歧视行为,这是时下就业歧视愈演愈烈的根源之一。比如,对于“就业机会歧视”之法律责任,“同工不同酬”,“男女就业不平等”等法律责任都尚未作出明确具体的规定。

现行既有的禁止就业歧视的法律规范,更是缺乏对就业歧视行为出现后的诉讼程序、法律后果和判断标准的规定。由于就业歧视发生在劳动关系建立之前,不能按劳动仲裁的程序解决,导致实践中类似情况多以侵犯《宪法》中的平等权来起诉。同时由于法律没有规定歧视后的法律后果,而此时招聘往往已经结束,导致案件是否具有可诉性颇受争议。在判断标准中没有赋予法院对于招聘的限制条件“合理性”的自由裁量权,使法院处境也很尴尬。

3. 没有妥善保存招聘资料

很多企业在发布招聘广告时,对招聘广告并没有进行存档备查,认为只要招到人就可以了,留着招聘资料也没有什么用处,其

实这是一种错误认识。

【典型案例】

A公司通过某招聘网站招聘网管,条件为:计算机本科以上学历,两年以上工作经验,最终录用了唐某。唐某声称毕业证放在了老家,等以后再向公司提供,A公司觉得唐某也不可能在学历上说谎,于是也就没要求唐某提供,2个月后,唐某转正。但转正后,A公司感觉唐某能力上确实有问题,于是对唐某产生了怀疑,经过查证,发现唐某根本不是计算机本科毕业,而只是自考专科,于是A公司与唐某解除了劳动合同。唐某不服,提起仲裁,要求A公司支付经济补偿金,并且需要支付1个月的代通知金。A公司声称唐某向公司陈述的学历是假的,不符合录用条件,因此公司有权与其解除劳动合同。而唐某声称,A公司并没有要求必须计算机本科学历以上,自己没有过错。由于A公司在网站上发布招聘广告的资料没有做任何备档保存,在与唐某的劳动合同中也没有任何关于学历的约定,劳动争议仲裁委员会经过审理后认为,A公司提供的现有证据不能证明招聘广告中要求学历必须是计算机本科以上,不能证明唐某在学历上做了虚假陈述,因此支持了唐某的仲裁请求,裁决A公司赔偿唐某各种损失7000元。

【律师点评】

在本案中,由于A公司没有保存好招聘时的资料,无法证明招聘时的录用条件,也就无法证明唐某不符合录用条件,无法证明唐某向公司进行了虚假陈述,最终A公司向唐某作出了赔偿。

因此,公司在招聘时,必须保存好招聘时的资料,以便在与职工发生纠纷时,有据可查。

4. 发布虚假招聘广告

很多用人单位认为,用人单位在提供招聘信息、发布招聘广告