

国内第一本专门针对人力资源管理风险
作出“法律诊断”的百科式全书

HUMAN RESOURCES
LEGAL RISK TIPS
FIRE WALL

防火墙

梁枫

著

人力资源
法律风险
提示全书



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

HUMAN RESOURCES
LEGAL RISK TIPS
FIRE WALL

防火墙

梁枫 著

人力资源
法律风险
提示全书



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

防火墙:人力资源法律风险提示全书/梁枫著. —北京:
法律出版社,2009.10
ISBN 978-7-5118-0016-9

I. 防… II. 梁… III. ①劳动力资源—资源管理—劳动
法—基本知识—中国②劳动合同—合同法—基本知识—
中国 IV. D922.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第185063号

防火墙:
人力资源法律风险提示全书
梁枫/著

编辑统筹 大众出版分社
策划编辑 贺兰
责任编辑 贺兰
装帧设计 魅力天华

©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 沙磊

开本 787×960毫米 1/16
印张 28.75
字数 442千
版本 2009年12月第1版
印次 2009年12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

电子邮件/info@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(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

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978-7-5118-0016-9

定价:58.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

随着国际金融市场动荡加剧,全球经济增长明显放缓。在这场席卷全球的金融海啸中,无数企业纷纷针对时局制定自己的“过冬计划”。在这个“过冬计划”中,企业降薪,减缓招聘计划,缩减招聘预算,甚至裁员等,正在成为一些企业应对“严寒”的措施之一。

在面临金融风暴引起全球经济衰退的大环境下,企业人力资源管理将遭遇哪些法律风险?当前形势下的减薪、裁员及调整架构等优化、分流计划能否帮助企业走出困境?

正是在这一背景下,国内第一本专门针对人力资源管理风险作出“法律诊断”的专业百科式全书——《防火墙:人力资源法律风险提示全书》应运而生。

作为企业的人力资源管理者,您了解人力资源管理相关法律法规的真实地带以及隐性风险吗?怎样才能依法为企业规避人力资源管理中的法律风险、降低企业人力资源管理成本呢?无论如何,最大限度地预防劳动纠纷,降低企业人力资源管理中的法律风险,无疑将成为企业的不二选择。

《防火墙:人力资源法律风险提示全书》将解开上述所有疑惑和心结!

本书紧密结合最新的法律规定,从劳动立法的基本精神、劳动法律法规及政策的基本规定出发,以企业与员工建立的劳动关系为核心,以人力资源从业者易混淆的概念、实际遇到的典型问题和案例为主线,列出了令人力资源从业者在管理中头疼的问题,并针对性地提出具体的解决办法,具有实用、简明的指导作用。当然,即使普通的劳动者,也完全可以从本书中得到足够的借鉴和启迪。

本书摒弃枯燥的、“坐而论道”式的纯理论研究,尽量避免繁杂和冗长的专业性分析,从现实案例剖析入手,将企业在人力资源管理中经常面临的法律风险和遭遇到的法律难题一一列出,并将相关法律问题串联在一起,逐一给出法律建议和必要的风险预防提示。还从浩繁的法律条文中找出最易遇到的疑难问题和

概念,精选相关法律法规供随时查阅,使企业管理者能真正防患于未然,促进企业健康发展。

本书作者作为资深劳动法律师,不仅具有多年来人力资源法律实务方面的专业经验,更清晰地知晓自己的工作边界和范围。以“我是律师,而不是 CEO 或是 CHO”的冷静心态,从法律角度对企业人力资源管理可能遭遇的法律风险进行一一点评和解惑,同时不忘告诫企业人力资源管理者:“我给出再多的法律提示和建议,也不能代替人力资源管理本身。”因此,本书虽从法律视角洞察人力资源管理各个环节,但并不是一本“管理秘笈”。

具体来说,本书在内容方面体现了“三大价值”:

· 具有珍藏意义的实用价值。本书贯穿大量的管理实例及典型的劳动争议仲裁、诉讼案例。针对企业人力资源管理工作,以法律风险为“靶子”,全面解析法律知识与实践操作技能,并结合《劳动合同法》等新法,提出人力资源管理工作中法律风险预防与防范的现实方案。

· 具有现实意义的警示价值。俗话说“无规矩不成方圆”,对任何企业来说,建立一个符合法律要求、能够确实行之有效的人力资源管理机制,都是一个重要的基础性工作。本书中涉及的种种风险案例表明,“前事不忘,后事之师”,以此为参照,足见完善自身人力资源管理体系之重要。

· 具有学习意义的专业价值。有人说,“在目前的中国,懂人力资源的不懂劳动法,懂劳动法的不懂人力资源”。本书作者结合自身十多年来为企业担任法律顾问的职业经历,积累了大量劳动纠纷处理经验。同时,本书结合了管理类图书与法律类图书的优点,以案例入手探讨、解析相关知识,行文活泼而不失严谨,通俗易懂而不失专业。

推荐人语录

●中央电视台《今日说法》栏目主持人 撒贝宁

——在正逐步走向法治的今日中国,我们不仅要“说法”,更要深入学法、认真守法、精于用法。对于这一点,梁枫律师的这本书给我们作出了非常精彩的注解和诠释。

●中国建筑第二工程局有限公司 人力资源部总经理 马福军

——人力资源是企业的第一资源,企业所有的管理活动都是以人为中心开展的,企业如何做到以人为本和科学管理,在效率和风险中寻找最佳的平衡点,梁枫律师的《防火墙》一书为我们提供了一条新的思路,值得企业管理者,特别是我们人力资源管理者认真思考。

●海士国际商务顾问有限公司总裁 梁中锋

——我们习惯上说“招财进宝”,而实际上“招才进宝”具有同样深的意义。因此,在企业关于“才”的管理中,最大限度降低风险,无疑是实现“财”的根本所在。从这个意义上说,梁律师这本书,无疑是一本企业经营者非常实用的“枕边书”。

●艺康集团(中国)人力资源经理 周雪峰

——走进书店,站在琳琅满目的书架前,面对众多看似各异实则内容雷同的“人力资源著作”,你是不是有点无所适从?作为一本实用的人力资源指南性书籍,这本书最与众不同之处在于它没有复杂的理论与说教,只有生动的案例、明晰的风险提示与分析、切实可行的专业建议与对策分享……

●时代沃华(北京)管理咨询机构总裁、沃华传媒网总编辑 黄华

——人是最重要的生产力要素,但用人却是最复杂的一门艺术。而用人中的法律风险,其实企业考虑的都不是很多全面。长期关注这个问题的梁枫律师,他的新作相信会给你带去更多的用人智慧。

●宝日医生物技术(北京)有限公司董事、副总经理 于福功博士

——梁枫作为一名专业的律师,不但精于实务,而且善于总结,更勤于思考。

概念,精选相关法律法规供随时查阅,使企业管理者能真正防患于未然,促进企业健康发展。

本书作者作为资深劳动法律师,不仅具有多年来人力资源法律实务方面的专业经验,更清晰地知晓自己的工作边界和范围。以“我是律师,而不是 CEO 或是 CHO”的冷静心态,从法律角度对企业人力资源管理可能遭遇的法律风险进行一一点评和解惑,同时不忘告诫企业人力资源管理者:“我给出再多的法律提示和建议,也不能代替人力资源管理本身。”因此,本书虽从法律视角洞察人力资源管理各个环节,但并不是一本“管理秘笈”。

具体来说,本书在内容方面体现了“三大价值”:

- 具有珍藏意义的实用价值。本书贯穿大量的管理实例及典型的劳动争议仲裁、诉讼案例。针对企业人力资源管理工作,以法律风险为“靶子”,全面解析法律知识与实践操作技能,并结合《劳动合同法》等新法,提出人力资源管理工作中法律风险预防与防范的现实方案。

- 具有现实意义的警示价值。俗话说“无规矩不成方圆”,对任何企业来说,建立一个符合法律要求、能够确实行之有效的人力资源管理机制,都是一个重要的基础性工作。本书中涉及的种种风险案例表明,“前事不忘,后事之师”,以此为参照,足见完善自身人力资源管理体系之重要。

- 具有学习意义的专业价值。有人说,“在目前的中国,懂人力资源的不懂劳动法,懂劳动法的不懂人力资源”。本书作者结合自己十多年来为企业担任法律顾问的职业经历,积累了大量劳动纠纷处理经验。同时,本书结合了管理类图书与法律类图书的优点,以案例入手探讨、解析相关知识,行文活泼而不失严谨,通俗易懂而不失专业。

前言	1
推荐人语录	1

第一篇 风险从招聘开始

——关键词：招聘 录用 入职 试用期

第一章 法律风险提示之一·招聘录用	2
第一节 警惕招聘中的风险	2
第二节 面试中的学问	13
第二章 法律风险提示之二·入职试用	20
第一节 入职录用手续的办理	20
第二节 试用期里的“安全阀门”	38

第二篇 隐藏在规章制度里的风险

——关键词：规章制度 制定 实施

第三章 法律风险提示之三·制度起草与制定	56
第一节 把风险“扼杀”在制定过程中	56
第二节 员工手册的制定策略	68
第三节 堵住绩效考核制度的“漏洞”	77
第四章 法律风险提示之四·制度实施与执行	87
第一节 制度实施中的风险规避	87
第二节 制度执行中发生“冲突”怎么办	94

第三篇 劳动合同管理:风险无处不在

——关键词:劳动合同 签订 变更 解除 裁员 终止

第五章 法律风险提示之五·劳动合同签订与变更	104
第一节 劳动合同签订:别输在“起跑线”上	104
第二节 劳动合同变更中的“风险通道”	117
第六章 法律风险提示之六·劳动合同解除	130
第一节 公司解约:为什么总会有难题?	130
第二节 员工辞职:如何不让公司“很受伤”	153
第七章 法律风险提示之七·企业裁员	168
第一节 企业裁员的合法理由	168
第二节 企业裁员中的操作策略	174
第八章 法律风险提示之八·劳动合同终止	184
第一节 劳动合同终止的法律规制	184
第二节 劳动合同终止前后有哪些权利义务?	195

第四篇 和工资有关的风险旋涡

——关键词:薪酬 福利 社会保险 考勤 休假 补偿 赔偿

第九章 法律风险提示之九·薪酬与福利	204
第一节 工资:数字之间的风险值	204
第二节 社会保险给企业带来的成本	216
第三节 奖金、企业年金、住房公积金:一个都不能少?	232
第十章 法律风险提示之十·加班与休息、休假	243
第一节 话说加班	243
第二节 休息与休假带来的管理矛盾	256

第十一章 法律风险提示之十一·经济补偿与赔偿	271
第一节 有多少经济补偿需要支付?	271
第二节 赔偿如何依法进行?	290

第五篇 违约金能否抵挡所有风险

——关键词:培训 服务期 保密 竞业限制 违约金

第十二章 法律风险提示之十二·培训与服务期	302
第一节 企业培训:如何避免“赔了夫人又折兵”?	302
第二节 违反服务期约定如何担责?	312
第十三章 法律风险提示之十三·商业秘密保护与竞业限制	325
第一节 商业秘密:企业竞争的秘密武器	325
第二节 竞业限制中如何确保企业利益?	341

第六篇 特殊情况下的风险预防

——关键词:特殊用工 特殊状况 特殊时期 特殊劳动者

第十四章 法律风险提示之十四·特殊的用工形式	356
第一节 劳务派遣:灵活用工下的风险应对	356
第二节 非全日制用工的利与弊	364
第十五章 法律风险提示之十五·特殊的企业状况	373
第一节 公司合并与分立:如何化解“历史包袱”?	373
第二节 公司承包与租赁:如何应对错综复杂的劳动关系?	378
第十六章 法律风险提示之十六·特殊时期的用人单位	385
第一节 公司筹备期间的“法律盲区”	385
第二节 公司破产解散引发的劳资纷争	389

第十七章 法律风险提示之十七·特殊劳动者	397
第一节 在校学生:实习期间的风险承担	397
第二节 退休的返聘者:和企业到底是一种什么关系?	403

第七篇 劳资博弈:谁会笑到最后

——关键词:工会 集体协商 集体合同

第十八章 法律风险提示之十八·面对集体的力量	414
第一节 人力资源管理中的“工会意识”	414
第二节 集体协商中的风险控制	424
第三节 集体合同的订立、履行与争议处理	432
后记	445

Chapter 1

第一篇

风险从招聘开始

——关键词：招聘 录用 入职 试用期

我们通常认为，所谓的人力资源管理，就是企业对员工的管理。而事实上，从广义上讲，人力资源管理从一个人还没有成为企业的正式员工时就已经开始了——那就是招聘。也就是说，当一个企业从开始决定招收新员工的那一刻起，人力资源管理者的工作就开始了：拟定、发布招聘启事，面试，体检，录用，入职，试用，等等。当然，风险的种子也与之俱生，在那一刻同时种下……

第一章

法律风险提示之一·招聘录用

第一节 警惕招聘中的风险

世界总是矛盾地存在着。古语说：“千里马常有，伯乐不常有。”然而，在现实生活中，另外一种现象却也客观存在：“伯乐常有，千里马不常有。”于是，一方面，招聘会上求职大军人头攒动；另一方面，企业求贤若渴，却找不到合适的人才。更要命的是，在招募人才过程中，一招不慎，便会给企业带来更大的麻烦。

在如今竞争激烈的社会，求职不易，是不争的事实。然而，对于企业来说，总是很难找到合适的人才，也是事实：一是寻找人才的源头难，即在什么地方、用什么方式找到所需要的优秀人才。真正的人才是可遇而不可求的。二是吸引人才难。条件与待遇常常并不能吸引好的人才。三是识别人才难。种种难题下面是无穷无尽的风险，企业一旦选择不当，就会面临巨大的风险。因此，如何挑选和录用人才，是人力资源管理当仁不让的第一课题，这关系到企业的市场竞争力，甚至关乎企业的生死存亡。

招聘作为人力资源管理的第一环节，是与绩效考核并齐的世界性管理难题。从某种意义上说，招聘风险堪称企业面临的最大风险。

这里，我们仅来谈谈企业因招聘而引发的法律风险。

■ 招聘中切勿出现“就业歧视”

招聘伊始，首先要在招聘计划、招聘启事中审查是否有违法内容。而在招聘中最有可能引发的违法内容——也是时常会被求职者、社会以及政府执法部门

抓住“把柄”的就是涉嫌就业歧视的内容。

根据中国政法大学宪政研究所关于《中国就业歧视现状问卷调查报告》显示：目前，我国的就业和职业中充满各种歧视。歧视不但存在于企业，而且在国家机关也相当严重。调查表明，我国当前就业歧视的主要领域有民族、宗教、政治面貌、地域、残疾、户籍、性别、年龄、健康、外貌、身高、性取向等十来种；其他如学历、工作经验等在某些情况下也构成歧视。而在这中间，最严重的歧视观念当属健康歧视；而公众最反对的歧视是性别和身份（典型如地域、户籍）歧视。

所以，公司一旦确定招聘计划，首先要考虑的就是一定要在招聘中规避就业歧视的一切内容。而对人力资源管理者来说，就必须了解国家有关反就业歧视的各项规定，以避免不必要的麻烦。只有这样才能保证招聘的成功率，将企业可能遭受的风险损失降到最低的程度。

· 招聘启事上写“人妖别来”，是否涉嫌歧视就业者？

据报道，某市一饭店贴出的招聘启事让一些路人“感觉不舒服”，原因就是招聘启事上写道：“招聘服务员，月薪1000。男人女人均可，人妖就别来了。”

这则招聘启事有一张A4纸大小，白底黑字。饭店老板称，招聘启事是他让店员设计制作的，因为先前在招聘时遇到羞涩的男性，于是想到采取这样的方法来筛除不合要求的应聘者。

“站在那儿扭扭捏捏连一个字都说不出来的男人，怎么做服务员？”他说。

店员小潘表示自己在设计制作时并没有多想什么，“只是觉得句子对称，好玩而已”。他称“人妖”这个词并没有具体指向，“大家看了笑笑就好了，没必要多想”。

在路人马先生看来，招聘启事虽较有创意，但“恶搞过了头，有点歧视就业者”。

对此店老板予以否认：“我这个小店能创造多少就业机会？又能歧视多少就业者？”

那么，招聘启事用词不当是否涉嫌就业歧视问题？招聘启事若有歧视性用语会有什么后果呢？

根据《就业促进法》的规定，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。

在该条新闻中,这家饭店贴出的招聘启事中明确写着“人妖别来”,如果店主是用“人妖”这样不雅的词来对有异性化倾向的人群进行限定,那么该店就涉嫌存在就业歧视的问题。

因为招聘者的个人性取向和其所招聘的岗位没有关系,所以不能以此来限制应聘者。因此,企业在招聘启事中可以用“岗位要求”来选择适合的人员,包括工种、工作性质等,但其中不得出现涉嫌性别歧视、身高歧视、对“乙肝病毒携带者”的歧视等内容。否则,轻则会影响企业的社会形象,重则会官司缠身。

用人单位在招聘中存在就业歧视行为,一般将会面临两种后果:如果就业歧视是在招聘时针对不特定人群提出的,那么劳动行政部门可以对该用人单位进行处罚;如果用人单位在进行一对一的招聘时,以含有就业歧视的理由拒绝应聘者,那么该应聘者可以向法院提起诉讼,要求获得平等就业的机会。

■ 招聘启事中的承诺有效吗?

· 招聘启事中承诺出国培训

2006年2月,大学毕业后的的小石一心想有机会到国外进修学习。某日,他看到某公司登出了一则招聘启事,启事中称:“录用的员工将送到国外培训半年至一年。”经过面试,小石顺利地进了这家公司。入职后的小石对工作充满希望,想通过积极工作获得重视,得到出国机会。但是2年过去了,出国培训的事情依然没有动静,也没有听说哪位同事出国培训了。

小石找到单位负责人,认为单位应当履行在招聘广告中的承诺。单位负责人当面答应小石一定会考虑,但是几天过去后,单位还是没有动静。小石越想越气,觉得用人单位实在欺人太甚,明明写好的条件却不兑现,严重侵犯了自己的合法权益。随后,小石就此向当地劳动争议仲裁委员会提出了劳动仲裁。

仲裁审理中,公司辩称,公司与小石的劳动合同中,并没有规定单位具有送小石出国培训的条款,因此,单位没有此项义务。招聘启事中的条件并没有写进劳动合同中来,因此并没有法律效力。最后,仲裁委员会裁决驳回了小石的申请。

在整个招聘过程中,如何拟定招聘启事是非常重要的一个环节。或许您会认为,招聘启事只是招聘人员的一种宣传手段而已,会有什么法律风险吗?其实,风险可能会在这不经意间产生,如果招聘启事撰写得不好,就有可能暗藏“杀机”。因此,招聘启事带来的法律风险也就不能不加以重视。

现实中,用人单位通过报纸、杂志、新闻媒介等方式发布招聘启事,许多求职者正是通过这些招聘启事进行应聘。而对于企业的人力资源管理者来说,则更是要对于招聘启事的法律性质有一个清醒的认识,以便区分招聘启事具有“承诺”性质的内容和劳动合同中的约定各自的法律效力。

结合上述案件来看,从法律上讲,招聘启事中的“承诺”从法律性质上应属于要约邀请,并不具有劳动合同条款的法律效力。

首先,招聘启事的对象并不是特定的人,而是潜在的不特定的对象。其次,根据我国《劳动法》及《劳动合同法》的规定,劳动合同应当以书面形式订立,并具备法律规定的必备条款,经用人单位和劳动者双方签字、盖章。而上述招聘启事没有具备订立合同的主要条款。最后,招聘启事是指企业承担费用,通过一定的媒介和形式直接将招聘劳动者的信息向不特定的多数人发布的单方行为,并不是和应聘者协商一致的行为。

因此,用人单位对于招聘启事中的内容并不承担必须履行的义务。当然,如果用人单位和劳动者在签订劳动合同时,把招聘启事中的内容写入合同条款中,变为合同的内容,用人单位就应当受合同约束;如果用人单位不履行有关约定,受聘者可以要求用人单位实际履行。

综上所述,从法律上讲,该公司并不具有送小石到国外培训的法律义务,小石的仲裁请求当然也就未获得支持。

但是,事情并未到此全部了结。该公司对于招聘启事中的“承诺”未予兑现的行为,显然是一种不诚信的行为。一方面,该公司违背诚信原则,拒绝履行承诺,不仅违背了《劳动合同法》“如实告知”的要求,也构成虚假招聘信息,触犯了劳动和社会保障部颁布的《就业服务与就业管理规定》第14条第1款“用人单位不得提供虚假招聘信息和发布虚假广告”的规定。另一方面,尽管该公司并不需要按照招聘广告所称的将小石送往国外培训,但其以国外培训来吸引人才应聘,最终又不兑现的做法并不可取。企业没有了诚信,企业形象受损,不利于

企业的发展。当然,员工以出国培训为求职目的,而忽视价值的创造,也是与企业的发展背道而驰的。

这一切不良后果带来的法律风险,当然是祸自那则“万恶”的招聘启事。但愿上面这个案例能让所有的招聘单位在拟定招聘启事时慎之又慎,不要在招聘启事中轻易作出承诺。

■ 留心“特殊”的应聘者

· 避免招聘未与原单位解除劳动合同的人

年仅28岁的孙某前年9月进入一家外资企业甲公司担任业务总监。为了培养业务骨干,公司于2007年4月送孙某到美国接受业务培训3个月。培训结束后仅2个月,双方就为了原先约定的1年后增薪标准发生争执,直至发生劳动争议。

为了发泄不满,孙某3天后未与原单位打招呼就跳槽到了新单位乙公司,并对乙公司谎称已与甲公司解除劳动关系。而乙公司对孙某是否与甲公司已解除劳动关系,并未作深入了解,仅仅相信了孙某的一面之词,就匆忙与孙某签订了劳动合同。在这种情况下,甲公司不得不匆忙物色新的总监,调整工作和人员安排,由此至少造成15万元的直接经济损失。

该外企甲公司遂起诉孙某及招用孙某的新单位乙公司共同赔偿损失。

与用人单位建立全日制劳动关系的员工,在未与原单位解除劳动合同的情况下,同时又与另一家单位签订了全日制的劳动合同,如此“一女多嫁”,不仅员工要为自己的行为付出沉重代价,后来招聘员工的单位也要承担连带责任。这一点,在法律中有明确规定。

根据《劳动合同法》第91条的规定:“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。”此外,根据《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》(劳部发[1995]223号)第6条的规定:“用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者,对原用人单位造成经济损失的,除该劳动者承担直接赔偿责任外,该用人单位应当承担连带赔偿责任。其连带赔偿的份额应不低于对原用人单位造成经济损失总额