

企业劳动法律 风险防范实务

郭飞 云晓燕 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

企业劳动法律 风险防范实务

郭飞 云晓燕 著

HR



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

企业劳动法律风险防范实务 / 郭飞, 云晓燕著. --
北京: 法律出版社, 2018

ISBN 978-7-5197-2137-4

I. ①企… II. ①郭… ②云… III. ①劳动法—研究—中国 IV. ①D922.504

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 069924 号

企业劳动法律风险防范实务

QIYE LAODONG FALU FENGXIAN
FANGFAN SHIWU

郭 飞 云晓燕 著

策划编辑 王 曦

责任编辑 王 曦

装帧设计 贾丹丹

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 固安华明印业有限公司

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法规出版分社

开本 A5

印张 11

字数 268 千

版本 2018 年 5 月第 1 版

印次 2018 年 5 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

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn



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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5197-2137-4

定价: 45.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

近年来,伴随着我国经济体制改革日渐深化、所有制结构不断调整,作为市场经济中最为敏感的要素,劳动力市场的总体特点和发展形势也发生了巨大的变化,劳动领域面临着诸多复杂而艰巨的挑战,劳动关系矛盾处于凸显期和多发期。2007年全国劳动争议案件共50万件,2008年劳动争议案件骤升到96.4万件,2016年劳动争议案件达到177.1万件。而从劳动争议处理的实践来看,用人单位败诉或者部分败诉的案件比例一直较高,据有些地区的统计,近五年来,在劳动争议案件中,劳动者胜诉以及部分胜诉的案件占到全部判决结案案件总数的70%以上。劳动争议高发以及用人单位高败诉比例,在一定程度上影响了劳动关系的和谐稳定,损害了劳动者的利益,同时也给用人单位带来了较高的法律风险和用工成本。提高用人单位依法用工的水平和用工风险防范的能力对于构建和谐劳动关系,维护劳动者权益以及减少用人单位用工成本等都具有非常重要的意义。

《劳动合同法》在规范劳动关系活动中,把握住了“强资本、弱劳动”的基本劳动关系特征,为劳动者依法维权提供了强有力的依据和保障,同时也充分考虑了用人单位的合法权益,在双方权利义务的配置上相对比较合理,对用人单位长期的稳定发展具有积极的促进作用。我们在实践中发现,许多劳动争议都是由于用人单位的“无意之

举”或疏忽大意造成的。有的企业管理者对一些常识性的法律规定不了解或了解得较为片面,犯了一些本来很容易避免的错误;有的管理者不认真研究法律条文的实质内涵,总是琢磨如何规避法律规定,如何钻法律的空子;也有一些企业对劳动者特别是对无固定期限的劳动者感到无计可施,容之纵之,严重影响了企业正常的经营管理;还有很多企业管理者不了解关于培训、保密、竞业限制、劳动者过错赔偿等保护用人单位合法权益的规定。对于这些风险的防范,在本书中均有对法条的解释运用,同时还配有简单易懂、针对性强的案例指导及分析。

习近平总书记在党的十九大报告《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利》中强调,我国社会主要矛盾已转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。同时进一步把全面依法治国提高到了构成新时代坚持和发展中国特色社会主义基本方略的层面,把深化依法治国实践列为下一步的重要任务,特别强调“必须坚持厉行法治,推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法”。劳动关系是最基本的社会经济关系,构建和谐劳动关系对于保障和改善民生、促进社会财富与个人财富共同增长有着极其重要的意义;而牢固树立法治思维、不断强化法律意识、切实做到知法守法,是构建和谐劳动关系最根本的保证。劳动关系双方既存在具体利益差别,又具有根本利益的一致性,这就需要用人单位统筹处理好维护劳动者权益与促进企业发展的关系,统筹处理好维护劳动关系双方当前利益与长远利益的关系。企业与劳动者是一个“共同体”,这个共同体的和谐是企业稳定发展的前提,是双方合作共赢的基础。这个共同体,是利益共同体、事业共同体、命运共同体。

在现代社会,我们不可能要求每一个企业经营者都是法律专家,也不可能要求企业的管理者对劳动法律了如指掌。在现代社会,我

们的企业经营者、管理者需要有的是法治观念、法律意识,需要有的是对法律的敬畏之心,而不是对规则的漠视,不是把逃避、规避法律规定当作“本事”。社会的发展必然要走向规范化、法治化,特别是在十九大召开后,中国经济社会的发展模式将发生根本性的转变。规则,将越来越彰显它的力量;法治化,一定会得到全面推进。“货悖而入者亦悖而出”。任何逾越规则的行为最终都会付出比所得多得多的代价,守法是成本最低的行为选择。这就要求我们的企业切实树立法治观念和法律意识,静下心来好好学习研究包括劳动法律在内的法律制度,把法律赋予用人单位的权利行使好、运用好。本书通过分析风险、引用法条、举例说明的方式,提出规范用工和防范用工风险的有效建议,以期给用人单位在人力资源管理过程中做出针对性较强的法律指导,对企业建设和谐劳动关系有所裨益。

目 录

第一部分 招聘录用风险防范

一、招聘广告内容一定要合法	3
二、录用条件要明确	6
三、用人单位要主动履行“告知义务”	9
四、认真审查求职者的相关背景信息	12
五、认真审查求职者是否有潜在疾病	16
六、审查求职者是否年满 16 周岁	18
七、核实求职者是否已经解除原劳动关系	20
八、审查求职者是否与原用人单位存在竞业 限制协议	22
九、要审查求职者社保缴纳情况	25
十、招用外国人要办理相关就业手续	26
十一、用人单位作出“录用通知书”要慎重	30

第二部分 劳动合同签订风险防范

一、及时签订劳动合同	37
二、劳动合同应当采用书面形式	41

三、订立劳动合同要遵循法律规定的原则	43
四、劳动合同不可缺少的九个“必备条款”	47
五、通过“约定条款”保护用人单位自身利益	49
六、劳动合同条款内容要明确	52
七、劳动合同要经过双方签字盖章方可生效	54
八、劳动合同要交给劳动者一份	56
九、劳动合同到期需及时续签或终止	58
十、用人单位不能向劳动者收取抵押金、抵押物	61
十一、劳动者不签合同怎么办	63
十二、明确劳动合同的类型和期限	66
十三、如何理解和适用“无固定期限劳动合同”	70
十四、哪些情况可以“视为订立”无固定期限 劳动合同	74
十五、如何正确对待“无固定期限劳动合同”	76
十六、如何避免劳动合同无效或部分无效	79
十七、如何约定服务期	84
十八、如何约定“保密协议”	87
十九、如何约定“竞业限制”	90
二十、如何约定“违约金”	94
二十一、建立劳动合同档案管理制度	96

第三部分 试用期风险防范

一、试用期也要签订劳动合同	101
二、不能任意规定试用期	102
三、不能重复约定试用期	105
四、试用期工资不得低于法定标准	107

五、试用期也要为劳动者缴纳社会保险费	109
六、员工试用期内也应享受社会保险待遇	111
七、试用期内不能随便解除劳动合同	113
八、怎样以劳动者试用期内不符合录用条件解除 劳动合同?	116
九、怎样预防劳动者在试用期内辞职产生的损失	119
十、实习期、见习期该不该签订劳动合同	120

第四部分 劳动合同履行和变更风险防范

一、不要拖欠和随意克扣工资	125
二、正确应对支付令	129
三、不要违反最低工资标准	131
四、同工同酬	134
五、不得强迫或者变相强迫加班	137
六、严格按照规定支付加班费	141
七、依法保护劳动者生命安全和身体健康	145
八、用人单位要保障劳动者的休息权、休假权	148
九、如何处理劳动者请假问题	154
十、劳动者患病可享受的工资待遇和病假天数	156
十一、注意保障女职工的权益	160
十二、用人单位应及时为劳动者办理社会保险 手续	163
十三、劳动者工伤的处理	166
十四、劳动合同变更要符合法律规定	169
十五、用人单位的变更不能影响劳动合同的履行	172
十六、用人单位分立或合并后原劳动合同继续有效	174

第五部分 解除劳动合同风险防范

一、尽量通过协商一致解除劳动合同	179
二、劳动者提前提出解除劳动合同	180
三、劳动者可以因用人单位过错解除劳动合同	183
四、以劳动者严重违反规章制度解除劳动合同	185
五、怎样以劳动者严重失职解除劳动合同	189
六、怎样以劳动者有双重劳动关系解除劳动合同	192
七、怎样以劳动者有欺诈、胁迫等行为解除劳动 合同	194
八、怎样以劳动者被追究刑事责任解除劳动合同	196
九、怎样以劳动者医疗期满解除劳动合同	198
十、怎样以劳动者不能胜任工作解除劳动合同	201
十一、怎样以客观情况发生重大变化解除劳动 合同	203
十二、怎样选择非过失性解除劳动合同的方式	205
十三、怎样以经济性裁员单方解除劳动合同	207
十四、合理规避用人单位单方解除劳动合同的 限制	211
十五、用人单位解除劳动合同要通知工会	214
十六、怎样正确终止劳动合同	216
十七、合理避免解除或终止劳动合同的经济补偿	220
十八、如何计算经济补偿	225
十九、恰当选择向劳动者支付经济补偿的时间	227
二十、避免出现应向劳动者支付赔偿金的情形	229
二十一、用人单位可以依法向劳动者索取赔偿 金的情形	232
二十二、如何正确办理解除或终止劳动合同的手续	235

第六部分 制定规章制度风险防范

一、依法建立和完善规章制度	242
二、规章制度的制定主体要适格	244
三、规章制度的内容要合法	246
四、规章制度的内容要合情合理	247
五、规章制度与集体合同或劳动合同的内容有 冲突时怎么办	250
六、规章制度内容不能违反公序良俗	252
七、规章制度要经民主程序制定	253
八、规章制度经过公示才有效	255
九、组建并发挥工会的沟通协调作用	258
十、用人单位要慎用经济处罚权	260

第七部分 特殊用工风险防范

一、劳务派遣	267
(一)谨防劳务派遣形成事实劳动关系	268
(二)谨慎签署劳务派遣协议	271
(三)用工单位要履行相应的义务	273
二、非全日制用工	276
(一)防止被认定为全日制用工	277
(二)依法保障用人单位与非全日制劳动者的 合法权益	279
(三)关于非全日制用工劳动者的工伤费用 问题	281

三、劳务关系	282
(一) 劳务关系与劳动关系的区别	283
(二) 在校生活和用人单位之间的用工关系	286
(三) 专项工作发包、分包及外包	288
(四) 达到法定退休年龄人员和用人单位之间的用工关系	290
(五) 工程承揽关系	292
(六) 公司尚未成立时的用工关系	294
四、多重劳动关系	297

第八部分 用人单位如何积极应对劳动争议

一、劳动纠纷案件的解决途径和基本程序	303
二、应了解的关于劳动仲裁的一般性规定	305
三、注意仲裁裁决的终局仲裁情形	309
四、用人单位如何积极应诉	312
五、用人单位无故缺席庭审,将承担不利后果	316
六、用人单位要注重通过仲裁调解解决劳动争议	318
七、用人单位在日常人事管理中要加强证据意识	321
八、证据的类型及效力	324
九、用人单位要了解举证的基本常识	329
十、用人单位必须承担举证责任的情形	331
十一、用人单位在劳动争议中要加强时效意识	335
十二、用人单位不执行仲裁裁决的后果	339
后 记	341

第一部分

招聘录用风险防范

招聘录用员工是用人单位的常态，是整个劳动关系的起点。如何把好员工的“入门”关、合理利用入职流程来保护用人单位的合法权益十分重要，但很少有用人单位重视招聘录用阶段法律风险的控制与防范。不少用人单位认为员工入职时的招聘录用程序很简单，就是发放招聘广告、组织开展面试。用人单位普遍对招聘录用过程中存在的潜在法律风险重视程度不够，认识有限，更谈不上风险防范。招聘录用工作是规范劳动关系的前提和基础，正所谓“好的开始等于成功的一半”，有瑕疵的招聘录用环节，可能埋下很多隐患，很容易给用人单位日后的管理带来诸多问题。控制和防范用人单位用人风险、降低用人成本应当从招聘录用环节打好基础。

PART 1

一、招聘广告内容一定要合法

风险分析

用人单位准备招聘员工时,常常简单地认为,招聘广告只是招募员工的一种宣传手段。但实际上,一旦与新入职员工发生争议,招聘广告很可能成为员工“打官司”的有力证据。因此,撰写和发布招聘广告存在很多法律风险。如果用人单位发布招聘广告时不遵守相关法律规定,不但会受到相应的行政处罚,而且还会对用人单位的形象造成不利影响。如果招聘广告中有不合法、不真实、不合理、不恰当之处,还很可能给以后的用人及管理埋下祸根。因此用人单位应将风险前移,从作出用人要约邀请——发出招聘信息开始就加强规范意识,为建立合法的劳动关系打下稳固的基础。

相关法条

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

第十三条 妇女享有与男子平等的就业权利。在录用职工时,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。

《就业促进法》第三条 劳动者依法享有平等就业和自主择业的权利。

劳动者就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视。

第三十条 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。

《就业服务与就业管理规定》第十四条 用人单位招用人员不得有下列行为:

- (一)提供虚假招聘信息,发布虚假招聘广告;
- (二)扣押被录用人员的居民身份证和其他证件;
- (三)以担保或者其他名义向劳动者收取财物;
- (四)招用未满 16 周岁的未成年人以及国家法律、行政法规规定不得招用的其他人员;
- (五)招用无合法身份证件的人员;
- (六)以招用人员为名牟取不正当利益或进行其他违法活动。

第六十七条 用人单位违反本规定第十四条第(二)、(三)项规定的,按照劳动合同法第八十四条的规定予以处罚;用人单位违反第十四条第(四)项规定的,按照国家禁止使用童工和其他有关法律、法规的规定予以处罚。用人单位违反第十四条第(一)、(五)、(六)项规定的,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。

自 典型案例

2015 年 6 月,李某与某派遣公司签订了书面劳动合同,劳动合同期限为 2015 年 6 月 1 日至 2018 年 5 月 31 日。后该派遣公司将李某派遣至某传媒公司工作,李某担任该传媒公司的节目编导。工作期间,派遣公司按法律规定足额为其支付劳动报酬,缴纳社会保险费。2016 年 10 月,传媒公司发现李某怀孕后,以其不能胜任现在岗位为由,将其退回派遣公司。该派遣公司的人力资源部负责人找李某谈话,要求李某自己提出辞职,李某不同意。后负责人把招录李某时的

招聘广告拿出来,告知李某当时招录广告明确载明拟招用人员条件为“结婚且有孩子”,李某看招聘广告上面确实有这一条,就回家再未上班。2016年11月,该派遣公司向李某下达解除劳动合同通知书,解除理由为李某处于怀孕期间,不符合用人单位的录用条件。李某认为,她与该派遣公司的劳动合同是2018年5月31日到期,公司的处理决定侵害了她孕期应受国家法律保护的正当权益,因此多次找公司谈判,均无果。于是,李某于2016年12月初向当地劳动人事争议仲裁机构提起仲裁,要求恢复劳动关系。仲裁机构认为,用人单位以入职广告设定条件——“结婚且有孩子”为由解除与李某的劳动关系缺乏法律依据,且违反了劳动法律中关于对女职工“三期”劳动保护的有关规定,故最终支持了李某的主张。

◎ 应对策略

1. 招聘广告应避免歧视性条款。用人单位在发布招聘广告时,不应当包含歧视性条款,如性别歧视、身高歧视、民族歧视、地域歧视等。本案中,用人单位的招聘广告明确载有只招录“结婚且有孩子”的人员,明显存在对未婚未孕女性的限制问题。

2. 保持各种招聘广告中录用条件的一致性。在招聘时,用人单位通常会通过多种途径和媒体发布招聘广告,如网络招聘、招聘会、报纸、电视广告等,不同途径所发布的广告应当保持一致性,如入职条件等。如果不同的招聘广告文本的内容不一致或者差别过大,很可能给以后的用人和管理带来不便。一旦用人单位给员工提供的待遇或条件与招聘广告不符,员工若以于己有利的招聘广告作为证据进行维权的话,用人单位将陷入被动局面。另外,用人单位要注意招录时间结点与招聘广告的发布时间段相符。

3. 注意招聘广告与劳动合同的一致性。招聘广告中最好注明“以最终劳动合同为准”。劳动合同内容要涵盖招聘广告中录用条件