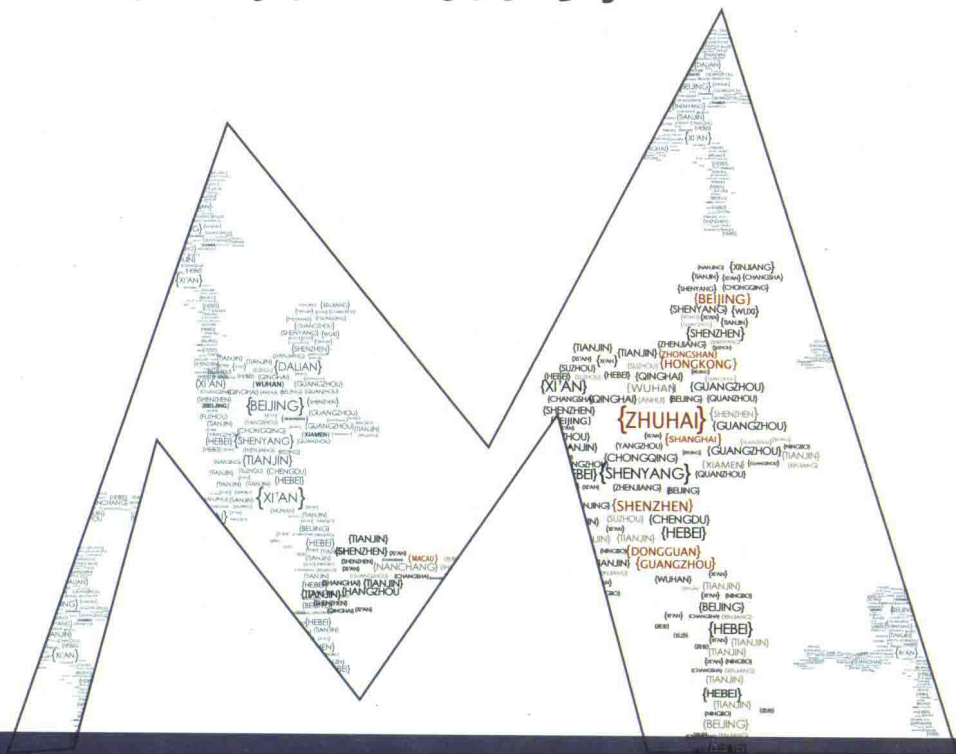


The Legal Risk Management Guidelines to Human Resources

人力资源 法律风险管理指引



编著 / 蒋进

- 律师帮您构建和谐劳资关系；
- 梳理法律风险点、讲解实务案例、指引预防对策、设计管理流程、规范表单文件、完善规章制度；
- 规范用工关系，实现企业从“被动应对”转为“主动管理”。

More King Lawyers Series



摩金律师丛书

1

The Legal Risk Management Guidelines to Human Resources

人力资源 法律风险管理指引

编著 / 蒋进

图书在版编目 (CIP) 数据

人力资源法律风险管理指引 / 蒋进编著. —北京:
中国电影出版社, 2013. 12
(摩金律师丛书)
ISBN 978 - 7 - 106 - 03802 - 1

I. ①人… II. ①蒋… III. ①人力资源管理—劳动法
—研究—中国 IV. ①D922. 504

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 283693 号

人力资源法律风险管理指引

蒋进 编著

出版发行 中国电影出版社 (北京北三环东路 22 号) 邮编 100013
电话: 64296664 (总编室) 64216278 (发行部)
64296742 (读者服务部) Email: cfpvgb@126.com

经 销 新华书店
印 刷 珠海市华昌印刷有限公司
版 次 2013 年 12 月第 1 版 2013 年 12 月珠海第 1 次印刷
规 格 开本/787 × 1000 毫米 1/16
印张/16.75 插页/0 字数/200 千字

书 号 ISBN 978 - 7 - 106 - 03802 - 1/D · 0025
定 价 36.00 元

目 录

第一章 招聘与入职管理	1
第一节 法律风险点梳理与剖析	1
第二节 管理流程法律设计	12
第三节 关键性表单文件法律设计	13
第四节 管理制度制订与规范	16
第二章 试用期管理	20
第一节 法律风险点梳理与剖析	20
第二节 管理流程法律设计	25
第三节 关键性表单文件法律设计	25
第四节 管理制度制订与规范	27
第三章 劳动合同管理	30
第一节 法律风险点梳理与剖析	30
第二节 管理流程法律设计	55
第三节 关键性表单文件法律设计	57
第四节 管理制度制订与规范	65
第四章 考勤管理	69
第一节 法律风险点梳理与剖析	69
第二节 管理流程法律设计	74
第三节 关键性表单文件法律设计	75
第四节 管理制度制订与规范	75

第五章 加班管理	78
第一节 法律风险点梳理与剖析	78
第二节 管理流程法律设计	86
第三节 关键性表单文件法律设计	87
第四节 管理制度制订与规范	88
第六章 休假制度管理	90
第一节 法律风险点梳理和剖析	90
第二节 管理流程法律设计	100
第三节 关键性表单文件法律设计	100
第四节 管理制度制订与规范	101
第七章 职业危害防护管理	106
第一节 法律风险点梳理与剖析	106
第二节 管理流程法律设计	117
第三节 关键性表单文件法律设计	118
第四节 管理制度制订与规范	119
第八章 培训管理	125
第一节 法律风险点梳理与剖析	125
第二节 管理流程法律设计	131
第三节 关键性表单文件法律设计	132
第四节 管理制度制订与规范	135
第九章 保密管理	141
第一节 法律风险点梳理与剖析	141
第二节 管理流程法律设计	149
第三节 关键性表单文件法律设计	150
第四节 管理制度制订与规范	156
第十章 薪资管理	161
第一节 法律风险点梳理与剖析	161

第二节	薪资结构法律设计	187
第三节	关键性表单文件法律设计	188
第四节	管理制度制订与规范	189
第十一章	奖惩管理	194
第一节	法律风险点梳理与剖析	194
第二节	管理流程法律设计	204
第三节	关键性表单文件法律设计	205
第四节	管理制度制订与规范	207
第十二章	离职管理	213
第一节	法律风险点梳理与剖析	213
第二节	管理流程法律设计	235
第三节	关键性表单文件法律设计	235
第四节	管理制度制订与规范	239
第十三章	申诉与争议解决管理	245
第一节	法律风险点梳理与剖析	245
第二节	管理流程法律设计	255
第三节	关键性表单文件法律设计	258
第四节	管理制度制订与规范	258

第一章

招聘与入职管理

招聘与入职环节是用人单位用工管理的起始环节,也是人力资源法律风险管理重要的开始。实务中,劳动争议纠纷之隐患往往就在这里开始产生。因此,规范招聘与入职管理就成为用人单位的人力资源管理基础性工作。

第一节 法律风险点梳理与剖析

实务操作中,在招聘与入职的环节,其法律风险点主要集中在有关就业歧视、侵犯知情权、劳动者欺诈、聘用未解雇人员、撤销录用通知等方面,具体梳理与剖析如下。

(一) 用人单位就业歧视

劳动者依法享有平等就业和自主择业的权利;劳动者的就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受到用人单位的歧视。

※ 法律依据

1. 《劳动法》

第三条 劳动者享有平等就业和选择职业的权利、取得劳动报酬的权利、休息休假的权利、获得劳动安全卫生保护的权利、接受职业技能培训的权利、享受社会保险和福利的权利、提请劳动争议处理的权利以及法律规定的其他劳动权利。

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。

2.《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。

第二十七条 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。

第二十八条 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。

第二十九条 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。

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。

第三十一条 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。

3.《就业服务与就业管理规定》

第十八条 用人单位招用人员，不得歧视残疾人。

第十九条 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。

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。

第二十条 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。

※ 法律解读

依据前述法律规定,我们的理解是:

用人单位在招聘劳动者时,法律严禁出现就业歧视,在其发布的招聘简章或招聘广告中,不应出现有关性别、种族、残疾人、传染病等具有歧视性内容的字眼;否则,易构成就业歧视的法律认定,从而承担相应的法律责任风险。

※ 实务案例

案情简介:

王某曾是一家B公司的助理工程师,通过面试被A公司录取;但在王某正式办理了B公司的离职手续且支付了服务期违约金5000元之后,A公司却拒绝与王某签订劳动合同,理由是其体检结果为“小三阳”。

王某认为,A公司的行为违反了相关法律规定,故一纸诉状将公司告上法院,要求其赔偿相应损失。

案例解析:

上述案例中,很明显A公司构成了相关法律法规有关就业歧视规定,该案中A公司应向王某书面赔礼道歉,并应向王某赔偿经济损失。

※ 律师指引

1. 现行法律已明确规定禁止就业歧视,因此,用人单位在规范招聘与入职管理时,首先应当避免就业歧视,提倡就业机会均等,这不仅仅是法律的强制要求,也是企业社会形象的必然需要。

2. 另外,用人单位在实务操作中,应注意以下重点工作:

(1) 避免直接采取具有歧视性内容的字眼(如招聘广告中包含对招聘者“性别、年龄、婚姻状况、民族、户籍、健康状况如乙肝“小三阳”等方面的不合理或不合法限制),不要与法律红线直接冲突。

(2) 用人单位可以使用《入职登记表》等关键性表单文件以书面记录的形式让劳动者自我陈述申报个人情况,若其申报的情况不符合公司岗位特殊要求时,可予以拒绝;若劳动者申报不实,构成欺诈,则其承担相应的法律责任,用人单位可依法应对和处理。

(二) 用人单位告知义务

※ 法律依据

1. 《劳动合同法》

第八条 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;用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况,劳动者应当如实说明。

2.《职业病防治法》

第三十四条 用人单位与劳动者订立劳动合同(含聘用合同,下同)时,应当将工作过程中可能产生的职业病危害及其后果、职业病防护措施和待遇等如实告知劳动者,并在劳动合同中写明,不得隐瞒或者欺骗。

劳动者在已订立劳动合同期间因工作岗位或者工作内容变更,从事与所订立劳动合同中未告知的存在职业病危害的作业时,用人单位应当依照前款规定,向劳动者履行如实告知的义务,并协商变更原劳动合同相关条款。

用人单位违反前两款规定的,劳动者有权拒绝从事存在职业病危害的作业,用人单位不得因此解除与劳动者所订立的劳动合同。

3.《就业服务与就业管理规定》

第十二条 用人单位招用人员时,应当依法如实告知劳动者有关工作内容、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。

※ 法律解读

依据前述法律规定,我们的理解是:

用人单位在聘用劳动者时应向其履行相关事宜的告知义务,用人单位告知义务的主要内容为:

(1)用人单位应将建立劳动关系的主要内容明确告知劳动者,包括劳动者的工作内容、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。

(2)劳动者若存在从事职业危害的岗位,用人单位应当将职业危害及其后果、职业防护措施和待遇如实告知劳动者。

※ 实务案例

案情简介:

某公司聘用李某时,仅告诉李某从事工厂的生产线现场工作,并未能说明具体的工作内容、工作地点及劳动报酬;李某入职后,有时从事货物搬运工

作,有时顶替他人从事一些机械作业,没有固定工作内容;一个月后,李某以公司未能履行告知义务违法在先为由而离职并因此要求公司承担经济补偿金。

李某的要求合法吗?

案例解析:

依据法律规定,若未能如实告知劳动者而形成劳动关系,则可能导致用人单位构成欺诈的法律风险,劳动者有权解除劳动关系,并有权要求用人单位支付经济补偿金。

※ 律师指引

1. 用人单位未履行告知义务将会对劳动合同的效力产生影响,若用人单位隐瞒或虚构事实情况,诱使劳动者作出错误的判断而签订劳动合同的,将被认定为欺诈,用人单位应承担由此导致劳动合同无效的法律后果。

2. 从实务操作角度,用人单位履行告知义务可以通过书面形式,并要求劳动者进行书面确认;例如,用人单位可透过《入职登记表》、《劳动合同》、《岗位职责说明书》等形式履行法定的告知义务,避免产生争议。

3. 若涉及职业危害岗位的,用人单位应慎重处理,在劳动者入职时可采取以《入职登记表》、《岗位职责说明书》、入职培训并形成培训纪录等书面文件形式将工作过程中有可能产生的职业危害及其后果、职业病防护措施和待遇等内容如实告知劳动者,并由劳动者本人在上述文件中签署确认。

(三) 用人单位要求劳动者提供担保

※ 法律依据

《劳动合同法》

第九条 用人单位招用劳动者,不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件,不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。

第八十四条 用人单位违反本法规定,扣押劳动者居民身份证等证件的,由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人,并依照有关法律规定给予处罚。

用人单位违反本法规定,以担保或者其他名义向劳动者收取财物的,由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人,并以每人五百元以上二千元以下的标准处以罚款;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。

劳动者依法解除或者终止劳动合同,用人单位扣押劳动者档案或者其他物品的,依照前款规定处罚。

※ 法律解读

依据上述的法律规定,我们的理解是:

用人单位招用劳动者时,不得要求劳动者提供担保,也不得以其他名义向劳动者收取财物,不得扣押劳动者的证件等。

※ 实务案例

案情简介:

某公司招聘出纳,张某应聘,在入职时,公司称该职位比较特殊,故要求张某提供房产作抵押担保;张某无奈,同意该要求,并与公司签署劳动合同时一并签署了抵押协议。

该抵押协议有效吗?

案例解析:

本案结合法律规定,很显然,用人单位违反禁止担保的法律规定;是故,该抵押协议应无效。

※ 律师指引

1. 用人单位在招用劳动者时,不能以任何形式收取和扣押劳动者的财物,或采取其他方法变相为之,如收取服装费、报名费等;同时,用人单位不能要求劳动者提供任何其他形式的担保,包括人保或物保,否则,不但达不到预期的作用,还将存在被予以行政处罚的风险。

2. 用人单位避免采取直接使用担保等与法律规定直接冲突的形式;在聘用特殊岗位(如出纳等)的人员时,用人单位应严格审查该类岗位人员的资信、财产状况,对该类人员进行资格能力和资信能力审查,即采取其他方面的措施从而实现保障自身的权益。

(四) 用人单位聘用未解雇人员

※ 法律依据

《劳动合同法》

第九十一条 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。

※ 法律解读

依据上述的法律规定,我们的理解是:

若用人单位存在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的行为,且因该行为对原用人单位造成损失的,该用人单位就应当对其损失承担连带赔偿责任。

※ 实务案例

案情简介:

某公司聘用赵某,并签署了劳动合同;然一个月后公司收到一份起诉状,即赵某与原用人单位发生争议,且原用人单位称某公司聘用赵某时,赵某并没有与公司解除劳动合同关系,要求某公司对赵某给原用人单位造成的经济损失承担连带赔偿责任。

原用人单位要求合法吗?

案例解析:

根据《劳动合同法》及其相关规定,用人单位违反法律、法规和有关规定从其他单位在职职工中招录人员,给原用人单位造成损失的,用人单位应当承担连带赔偿责任;结合本案,原用人单位的要求是有法律依据的。

※ 律师指引

对于招用在职人员带来的法律风险,实际上用人单位只要严格审查和规范招聘管理,自然就可以避免,具体操作如下:

1. 用人单位在招聘劳动者时,可要求劳动者提供相关离职证明或劳动者已与原用人单位解除或终止劳动合同的其他证明文件;若劳动者无法提供的,用人单位可以要求劳动者提供原用人单位的联系方式或证明人,以便进行工作背景调查。除此之外,用人单位还可运用《入职登记表》等形式要求劳动者如实申报、告知,以防范风险。

2. 另外,用人单位值得注意的是,若劳动者与原用人单位签订有如竞业限制协议之类的限制再就业的相关法律文件,用人单位在招用劳动者,尤其是中高层管理人员时,应理清该应聘者在本单位工作是否违反相关协议。

(五) 劳动者欺诈

※ 法律依据

《劳动合同法》

第八条 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;用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况,劳动者应当如实说明。

第二十六条 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。

.....

※ 法律解读

依据前述的法律规定,我们的理解是:

用人单位与劳动者双方都应当如实告知另一方真实的情况,不能隐瞒、欺骗;如果一方向另一方提供虚假信息,且该虚假信息直接影响劳动合同关系的形成,则将导致劳动合同的无效。

如劳动者向用人单位提供虚假的学历证明而影响劳动合同的形成,则被认为是欺诈,用人单位有权解除劳动合同并不予支付经济补偿金。

※ 实务案例

案情简介:

某公司聘用某软件编程岗位人员,要求本科学历,三年编程经验;赵某应聘,事实上赵某为中专学历但提供了虚假的大学本科学历证明,而其他条件皆符合该岗位要求;很快公司决定聘用了赵某并签署了三年的劳动合同。

然,一年以后,公司发现赵某为中专学历,并非大学本科学历;于是该公司提起劳动仲裁,请求认定劳动合同无效,并解除与赵某的劳动合同关系。

公司的请求合法吗?

案例分析:

根据《劳动合同法》之相关规定,用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况,劳动者应当如实说明;若欺诈的情况系聘用的主要条件

时,如本案所要求的本科学历,则导致该劳动合同无效。

※ 律师指引

1. 用人单位可以用《入职登记表》、《岗位职责说明书》等书面形式进行明确,规定劳动者在入职和在职过程中应向企业如实告知其个人基本信息、履约能力等,并提供真实有效的个人情况及相关资料,且对其提供的文件的真实性作出书面承诺或保证。

2. 用人单位可以在《岗位职责说明书》、规章制度等文件中,明确界定招用的主要条件和具体内容,并明确规定不予聘用的情形。

(六) 用人单位撤销录用通知

※ 法律依据

《合同法》

第十三条 当事人订立合同,采取要约、承诺方式。

第二十一条 承诺是受要约人同意要约的意思表示。

第二十五条 承诺生效时合同成立。

第二十六条 承诺通知到达要约人时生效。

※ 法律解读

录用通知的法律效力在我国劳动法律法规中虽无明确的规定,但它可参照《民法通则》和《合同法》等规定的一般民事法律关系的相关法律规定,因录用通知的法律性质属于承诺,承诺是一经送达即生效的,故录用通知书亦是自送达至应聘者处即生效。

※ 实务案例

案情简介:

C小姐经面试后成功应聘上A公司,A公司于是向C小姐发出了录用通知书,录用通知明确C小姐的职位为行政经理,且明确报到期限。

于是C小姐立即向原公司辞职,且因服务期协议约束而向原公司支付了违约金5000元;当C小姐在报到期限内正准备到A公司上班时,突然接到A公司人事部通知称由于客观情况发生变化,决定撤销对C小姐的录用通知。C小姐收到A公司的通知后惊呆了,原单位工作已辞了,新单位又不要她了,

C小姐该何去何从。C小姐认为A公司不讲诚信,准备通过法律途径来维护自己的合法权益。

A公司的做法是否合法?

案例解析:

C小姐应聘A公司为要约,A公司发出录用通知书为承诺,契约关系虽成立,然而劳动关系需自用工之日起成立,而本案中A公司与C小姐尚未建立起劳动关系;因此,用人单位并不需要承担用人单位的责任和义务,但需承担因缔约过失造成C小姐的经济损失赔偿责任。

※ 律师指引

用人单位应当认识到,其所发出的书面录用通知书已形成订立劳动关系的承诺,故一经发出送达至应聘者处即应予以遵守执行,并承担相关的缔约责任。

因此,用人单位对于录用通知书的发出及其实质内容等均应重视,妥善处理。

(七) 入职前职业危害防范

※ 法律依据

《职业病防治法》

第三十四条 用人单位与劳动者订立劳动合同(含聘用合同,下同)时,应当将工作过程中可能产生的职业病危害及其后果、职业病防护措施和待遇等如实告知劳动者,并在劳动合同中写明,不得隐瞒或者欺骗。

第三十六条 对从事接触职业病危害的作业的劳动者,用人单位应当按照国务院安全生产监督管理部门、卫生行政部门的规定组织上岗前、在岗期间和离岗时的职业健康检查,并将检查结果书面告知劳动者。职业健康检查费用由用人单位承担。

用人单位不得安排未经上岗前职业健康检查的劳动者从事接触职业病危害的作业;不得安排有职业禁忌的劳动者从事其所禁忌的作业;对在职业健康检查中发现有与所从事的职业相关的健康损害的劳动者,应当调离原工作岗位,并妥善安置;对未进行离岗前职业健康检查的劳动者不得解除或者终止与其订立的劳动合同。

※ 法律解读

依据前述的法律规定,我们的理解是:

1. 用人单位应告知从事职业危害岗位的劳动者,有关其工作过程中可能产生的职业病危害及其后果、职业病防护措施,为劳动者提供个人使用的职业病防护用品。
2. 原用人单位应当为职业病危害岗位的劳动者进行上岗中、离岗前的职业健康检查。

※ 实务案例

案情简介:

某模具公司聘用李某从事现场打模工作,三个月后,李某声称公司现场噪音大,听力减弱,要求进行职业病诊断。经初步检查,发现李某确实存在听力减弱的症状。

该公司领导感到疑惑,该公司一直依照职业防护要求做了防范工作,且公司从来没有发生过类似的事件;后经私下调查,发现李某在入职前,在另一家公司从事打模工作长达七年,且该公司并没有遵循职业防护要求做防范工作。

然李某认为是现在模具公司造成的,与原公司无关。

案例解析:

依据《职业病防治法》的规定,对于职业病诊断采取的是无过错责任原则,即没有证据否定职业病危害因素与病人临床表现之间的必然联系的,在排除其他致病因素后,应当诊断为职业病;因此,在实务中,若用人单位在劳动者入职时的管理把控不严,如同此案例,则当劳动者被诊断出职业病的结果时,会对当前用人单位产生不利影响。

※ 律师指引

1. 用人单位可在劳动者入职时,认真审查和全面仔细了解劳动者曾接触或从事职业病危害岗位的信息,并做到对劳动者进行上岗前的职业健康检查;以防范风险。
2. 同时,用人单位应审慎履行职业危害岗位的特殊告知义务,应当告知劳动者其工作过程中可能产生的职业病危害及其后果、职业病防护措施,并为劳动者提供个人使用的职业危害防护用品;做好职业危害防范工作。