

《劳动合同法》

风险规避指南

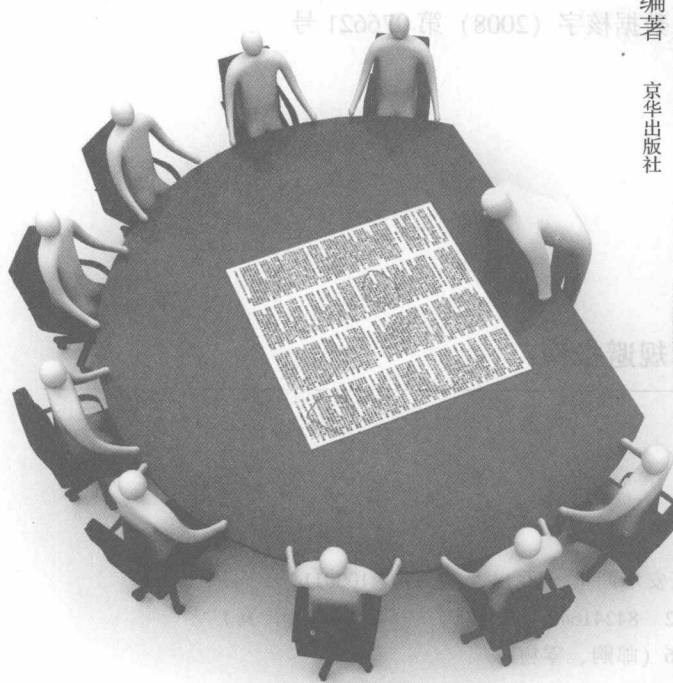
全面解析，深入浅出，通俗易懂
紧扣实际，即查即用，依法管理

黄开耿 编著 京华出版社



《劳动合同法》 风险规避指南

黄开耿 编著
京华出版社



开 本 787mm × 1092mm 1/16
字 数 320千字
印 张 14.2
印 次 2008年7月第1次
书 号 ISBN 978-7-80315-803-2
定 价 28.00元

京华

图书在版编目 (CIP) 数据

《劳动合同法》风险规避指南/黄开耿编著. —北京:京华出版社,
2008.6

ISBN 978-7-80724-563-6

I. 劳... II. 黄... III. 劳动合同法—基本知识—中国
IV. D922.52

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 076621 号

《劳动合同法》风险规避指南

作 者 黄开耿

责任编辑 陈红梅

策 划 郑春蕾

出版发行 京华出版社

(北京市朝阳区安华西里一区 13 号楼 2 层 100011)

(010) 64243832 84241642 (发行部) 64258473 (传真)

(010) 64255036 (邮购、零售)

(010) 64251790 64258472 64255606 (编辑部)

E-mail: jinghuafaxing@ sina. com

印 刷 北京科普瑞印刷有限公司

开 本 787mm × 1092mm 1/16

字 数 220 千字

印 张 14.5

版 次 2008 年 7 月第 1 版 2008 年 8 月第 2 次印刷

书 号 ISBN 978-7-80724-563-6

定 价 28.00 元

京华版图书, 若有质量问题, 请与本社联系

Preface

前言

华为补偿10亿元鼓励7000名员工辞职……
珠三角上千家鞋企倒闭，20万家小厂正常生产受影响……
在华韩企“夜半集体逃逸”……

单看上面这三个事件，就足以可见《劳动合同法》给中国带来了多大的影响和变化。这也就难怪在2008奥运年的两会上，众多代表、委员们纷纷就《劳动合同法》发表看法，掀起一番“论战”了。

难道，《劳动合同法》真的就如“洪水猛兽”那样可怕？其实不然。要知道，西方发达国家的劳动法律法规更加严厉，可是你见过他们发生过这样的企业集体恐慌吗？没有。

事实上，所谓的“恐慌”，更多是源于大家对《劳动合同法》的种种“误解”罢了。这其中，最大的“恐慌”和“误解”莫过于“无固定期限劳动合同”了。但是，如果你真正读透、读懂了《劳动合同法》，就会发现，无固定期限劳动合同并不是什么“铁饭碗”，它只不过是一种没有确定终止时间、不会因时间的推移而自行终止的劳动合同，但它仍然可以在法定的情形下得到解除，比如劳动者“严重违法用人单位规章制度”、“严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的”、“被依法追究刑

事责任的”等等。从法定条件来说，解除无固定期限劳动合同和解除固定期限劳动合同的难度是一样的。再者说，无固定期限劳动合同对于企业也有诸多好处，它有助于构建和谐稳定的劳动关系，减少频繁更换关键岗位的关键人员而带来的损失，增强员工对企业的认同感，提高劳动积极性，促进企业的长远发展。要知道，无固定期限劳动合同在西方发达国家可是一种常态，企业对此多是持拥抱态度的。

“误解”会加深企业应对《劳动合同法》的风险。要消除“误解”，就要真正领会《劳动合同法》的内涵，从每一个法律条文中找出它的风险影响，并针对这些风险影响设计好应对策略。这，正是本书要给你的帮助。

本书站在企业（用人单位）的角度上，针对《劳动合同法》的具体规定，从招聘录用、劳动合同订立、试用期、劳动合同履行和变更、劳动合同解除等各个环节出发，把隐藏在《劳动合同法》里的每一“风险”都给揪了出来，并明确清晰地给了你应对这些风险的策略、操作方法。与其他书相比，本书的条理更为清晰，操作性更强。众多实用的合同范本、协议范本、文书范本更是有助于人力资源管理者的工作。

本书由人力资源和社会保障部《劳动合同法》培训教材编写组编著，人力资源和社会保障部《劳动合同法》培训教材编写组编著。

本书由人力资源和社会保障部《劳动合同法》培训教材编写组编著，人力资源和社会保障部《劳动合同法》培训教材编写组编著。

本书由人力资源和社会保障部《劳动合同法》培训教材编写组编著，人力资源和社会保障部《劳动合同法》培训教材编写组编著。

本书由人力资源和社会保障部《劳动合同法》培训教材编写组编著，人力资源和社会保障部《劳动合同法》培训教材编写组编著。

本书由人力资源和社会保障部《劳动合同法》培训教材编写组编著，人力资源和社会保障部《劳动合同法》培训教材编写组编著。

本书由人力资源和社会保障部《劳动合同法》培训教材编写组编著，人力资源和社会保障部《劳动合同法》培训教材编写组编著。

本书由人力资源和社会保障部《劳动合同法》培训教材编写组编著，人力资源和社会保障部《劳动合同法》培训教材编写组编著。

目 录

第一章 招聘录用阶段如何规避风险

- 方法1: 招聘广告的内容一定要合法 2
- 方法2: 明确设定“录用条件” 3
- 方法3: 主动履行“告知义务” 5
- 方法4: 审查求职者的相关背景 8
- 方法5: 确认求职者是否有潜在疾病 10
- 方法6: 确定求职者是否年满16周岁 11
- 方法7: 核实求职者是否已解除劳动关系 13
- 方法8: 审查求职者是否存在竞业限制 14
- 方法9: 招用外国人要办理相关手续 15
- 方法10: 不要轻易发出“录用通知书” 16

第二章 签订劳动合同如何规避风险

- 方法11: 及时签订劳动合同 20
- 方法12: 按规定建立职工名册 23
- 方法13: 劳动合同一定要采用书面形式 24
- 方法14: 劳动合同不可缺少的九个“必备条款” 25
- 方法15: 通过“约定条款”保护自身利益 26
- 方法16: 劳动合同条款要“约定明确” 27
- 方法17: 订立劳动合同要遵循一定的原则 28
- 方法18: 明确约定劳动合同的生效时间 29
- 方法19: 劳动合同要经过双方签字盖章 30
- 方法20: 劳动合同要交给劳动者一份 31

方法21: 劳动合同到期要及时续签或终止	32
方法22: 绝不能收取财物和要求担保	33
方法23: 没有担保如何预防企业财产损失	34
方法24: “劳动者不签合同”该怎么办	35
方法25: 明确劳动合同的类型	36
方法26: 合理选择劳动合同期限	37
方法27: 一年一签劳动合同好吗	39
方法28: 如何理解“无固定期限劳动合同”	40
方法29: 哪些情况必须订立“无固定期限劳动合同”	42
方法30: 哪些情况可以视为订立“无固定期限劳动合同”	45
方法31: 合理规避“无固定期限劳动合同”的发生	46
方法32: 如何避免出现劳动合同无效或部分无效	48
方法33: 如何约定“服务期”	50
方法34: 如何约定“保密协议”	53
方法35: 如何约定“竞业限制”	55
方法36: 如何约定“违约金”	58

第三章 试用期如何规避风险

方法37: 试用期也要签劳动合同	62
方法38: 不能只约定试用期	63
方法39: 不能超标准约定试用期	64
方法40: 不能重复约定试用期	66
方法41: 试用期工资不要低于法定标准	67

- 方法42: 试用期也要为员工缴纳社保 68
- 方法43: 试用期内也要给员工医疗期待遇 69
- 方法44: 试用期内不能随便解除劳动合同 70
- 方法45: 试用期内解除劳动合同要符合法定程序 72
- 方法46: 小心预防员工在试用期内辞职的损失 73

第四章 履行和变更劳动合同如何规避风险

- 方法47: 不要拖欠和克扣工资 76
- 方法48: 正确应对“支付令” 78
- 方法49: 不要违反“最低工资标准” 79
- 方法50: 不要强迫或变相强迫加班 80
- 方法51: 严格按照规定支付加班费 83
- 方法52: 依法保护劳动者生命安全和身体健康 85
- 方法53: 劳动合同变更要符合法律规定 86
- 方法54: 用人单位变更事项不能影响劳动合同的履行 87
- 方法55: 企业分立或合并后原劳动合同继续有效 88

第五章 解除劳动合同时如何规避风险

- 方法56: 尽量通过“协商一致”解除劳动合同 90
- 方法57: 当劳动者“提前通知”解除劳动合同时怎么办 91
- 方法58: 尽可能降低劳动者“自动离职”带来的损失 92
- 方法59: 劳动者“因用人单位过错”解除劳动合同时怎么办 93
- 方法60: 怎样以劳动者“不符合录用条件”解除劳动合同 95

方法61: 怎样以劳动者“严重违反规章制度”解除劳动	
合同	97
方法62: 怎样以劳动者“严重失职”解除劳动合同	99
方法63: 怎样以劳动者“有双重劳动关系”解除劳动合同	100
方法64: 怎样以劳动者“有欺诈等行为”解除劳动合同	101
方法65: 怎么以劳动者“被追究刑事责任”解除劳动合同	103
方法66: 怎么以劳动者“医疗期满”解除劳动合同	105
方法67: 怎么以劳动者“不能胜任工作”解除劳动合同	106
方法68: 怎么以“客观情况发生重大变化”解除劳动合同	107
方法69: 怎么选择非过失性解除劳动合同的方式	108
方法70: 怎么以“经济性裁员”单方解除劳动合同	109
方法71: 合理规避用人单位单方解除劳动合同的限制	112
方法72: 规范用人单位单方解除劳动合同的程序	113
方法73: 怎样正确终止劳动合同	114
方法74: 巧妙规避解除或终止劳动合同的“经济补偿金”	118
方法75: 正确计算应向劳动者支付的“经济补偿金”数额	121
方法76: 恰当选择向劳动者支付“经济补偿金”的时间	124
方法77: 避免出现应向劳动者支付“赔偿金”的情形	125
方法78: 依法向劳动者索取“赔偿金”	127
方法79: 正确办理解除或终止劳动合同的手续	128
方法80: 正确出具解除或终止劳动合同的文书	129

第六章 规章制度的风险规避

- 方法81: 依法建立和完善规章制度 132
- 方法82: 规章制度的制定主体要适格 134
- 方法83: 规章制度的内容要合法 135
- 方法84: 规章制度的内容要合情合理 137
- 方法85: 规章制度的内容不能违反劳动合同 139
- 方法86: 规章制度的内容不能违反公序良俗 140
- 方法87: 规章制度最好是经过民主程序制定 141
- 方法88: 规章制度经过公示才有法律效力 144
- 方法89: 组建并发挥工会的沟通协调作用 146

第七章 特殊用工的风险防范

- 方法90: 谨防劳务派遣形成事实劳动关系 150
- 方法91: 谨慎签署“劳动派遣协议” 152
- 方法92: 劳动派遣用工是有法律限制的 154
- 方法93: 依法保护被派遣劳动者的权益 155
- 方法94: 用工单位要履行相应的义务 156
- 方法95: 用工单位需要承担连带赔偿责任 157
- 方法96: 合理使用非全日制用工 158

第八章 常用的劳动合同范本

- 北京市劳动合同书示范文本（固定期限） 162

北京市劳动合同书示范文本（无固定期限）	169
北京市劳动合同书示范文本（以完成一定工作为期限）	175
北京市劳动合同书示范文本（非全日制用工）	181

第九章 HR不可不知的其他相关文书

入职登记表	186
劳动合同签收登记表	187
培训协议	187
保密协议	190
竞业限制协议	193
劳动合同变更协议书	195
解除劳动合同协议书（协商解除）	196
解除劳动合同通知书（用人单位单方解除）	197
终止劳动合同通知书	198
解除（终止）劳动合同证明书	199
劳动合同续签申请表	200
续订劳动合同通知书	201
劳动合同续订书	201

附录：中华人民共和国劳动合同法 203

参考书目 217

第1章

招聘录用阶段如何规避风险

招聘录用阶段如何规避风险

方法 1：招聘广告的内容一定要合法

招聘广告的内容一定要合法	
法条链接	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。 ——《就业服务与就业管理规定》第二十条
风险影响	如果用人单位发布招聘广告时不遵循相关的法律规定，不仅会遭受行政处罚，还会对企业的形象造成不利的影响。
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，不应当包含各种各样的歧视性条款，如性别歧视、身高歧视、民族歧视、地域歧视、对“乙肝携带者”的歧视等等。否则，轻则会影响企业的社会形象，重则会引来官司。 2. 保持各种招聘广告的一致性 在招聘时，用人单位通常会通过多种途径发布招聘广告，比如网络招聘、大型招聘会、报纸广告等。不同途径、不同形式所发布的招聘广告必须保持一致性。 如果不同的招聘广告文本内容不一致或者相差太大，将可能在以后的试用过程中造成隐患，譬如以“不符合录用条件”为由辞退员工，一旦将招聘广告作为重要的裁量证据，用人单位就会陷入不利局面。

方法2：明确设定“录用条件”

明确设定“录用条件”	
法条链接	劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同： (一) 在试用期间被证明不符合录用条件的； …… ——《劳动合同法》第三十九条
风险影响	“不符合录用条件”是用人单位在试用期内解除员工的一个最常用的理由。但要想以“不符合录用条件”辞退处于试用期的员工，前提是必须有明确的录用条件。
应对策略	1. 明确设定“录用条件” 要想利用“不符合录用条件”来解除处于试用期的不合格员工，用人单位首先必须对“录用条件”有一个明确具体的规定。 明确录用条件，不但可以使员工明白岗位要求，为员工指明努力的方向，还有了明确的证据和理由认定员工“不符合录用条件”而进行合理合法的解聘，从而保障用人单位的权益。 在设定“录用条件”时，一定要明确化、具体化。岗位要求应有的放矢，从确实能够对员工进行考量的角度描述录用条件，切忌一刀切以及将录用条件空泛化、抽象化。比如说“符合岗位要求”，就不能仅仅说符合岗位要求，而应该具体说明岗位要求是什么，如何衡量是否符合岗位要求。 2. 事先公示“录用条件” 简单地讲，就是要让员工知道录用条件。从法律的角度来说，就是用人单位有证据证明员工知道了本单位的录用条件。 “录用条件”公示的方法有以下几种：

(续表)

(1) 通过招聘广告公示,在招聘广告中明确“录用条件”,注意将广告存档备查,并保留媒介的原件。

(2) 招聘员工时向其明示录用条件,并要求员工签字确认。

(3) 签订劳动合同或建立劳动关系之前,通过发送“录用通知书”的方式向员工明示录用条件,并要求其签字确认。

(4) 在劳动合同中明确约定录用条件或不符合录用条件的情形。

(5) 在岗位说明书中对录用条件进行详细约定,并将岗位说明书作为劳动合同的附件。

3. 明确区分招聘条件与录用条件

招聘广告所刊登的招聘条件与录用条件是有明确区别的。招聘条件是进行第一次简历筛选的基本门槛或者说是该岗位的基本“适岗条件”,而最终的录用条件是决定是否录用该员工的依据,两者有重合的部分,但并不完全一致。

通常情况下,用人单位在招聘广告上列明的招聘条件往往只是一些基本要求(比如学历、工作经验等),在与劳动者正式签订劳动合同时,用人单位应当对此职位的具体录用条件、岗位职责进行详细描述,明确告知劳动者并在劳动合同中载明,这样可以防止招聘条件与录用条件混淆而可能造成的法律风险。

4. 明确考核标准

如果把岗位职责等要求作为“录用条件”,还必须完善考核制度,明确界定什么是符合岗位职责要求,什么是不符合,有一个可固化、可量化、可操作的标准。否则再完美的录用条件,也仅仅是摆设。

因此,在正式签订劳动合同时,用人单位应当告知劳动者,公司在试用期内将如何对其进行考核,考核内容及评分原则,劳动者最终录用将以什么作为客观依据。

方法3：主动履行“告知义务”

	主动履行“告知义务”
法条链接	用人单位招用劳动者时，应当对劳动者如实告知工作内容、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。 ——《劳动合同法》第八条
风险分析	1. 可能导致合同无效 根据《劳动合同法》第二十六条规定，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，劳动合同无效或者部分无效。可见，如果用人单位未履行主动告知义务，或者故意告知虚假的情况，或者故意隐瞒真实的情况，诱使求职者作出错误意思表示而订立的劳动合同，则劳动者有权以企业未履行告知义务为由，主张合同无效。 2. 需要承担赔偿责任 根据《劳动合同法》第八十六条规定“劳动合同依照本法第二十六条规定被确认无效，给对方造成损害的，有过错的一方应当承担赔偿责任”，用人单位未履行告知义务，对于无效的劳动合同，在确认其无效的同时，如给劳动者造成损害的，则劳动者有权要求用人单位承担赔偿责任。 3. 员工流动性加大 员工流动性大有很多方面的原因，其中，劳动者对用人单位不了解也是一个重要原因。如果用人单位在招聘时没有履行

(续表)

	告知义务，劳动者在入职之后，发现用人单位的实际情况与自己原先的设想相差甚远，自然而然就会产生跳槽的念头。而员工频繁跳槽，损失最大的还是用人单位。因为每个员工都是用人单位花费很大的招聘成本招进来的，员工跳槽了，用人单位还得重新找人，又得花费一次招聘成本。
应对策略	1. 主动履行告知义务 必须注意，用人单位的告知义务是主动的，即不管劳动者是否提出要求，用人单位都应主动告知劳动者本单位工作方面的相关内容，以保证劳动者的知情权。如果忽视了这个主动告知义务，可能会导致发生“欺诈”的败诉风险。通常情况下，用人单位应向劳动主动告知以下情况： (1) 工作内容：工作岗位及职责、工作形式、层级关系等。 (2) 工作条件：工作环境、职业危害情况、安全生产情况等。 (3) 工作报酬：工资的结构、发放方式和周期等。 (4) 其他重要情况包括：用工形式（是否采用派遣）、社会保险（缴纳何种保险）、工作时间（工时制度）、休息休假、培训与服务时间挂钩的规定、劳动纪律、考勤制度、请假制度、处罚制度等。 2. 回答劳动者的相关咨询 对于劳动者要求了解的其他情况，如用人单位相关的规章制度，包括用人单位内部的各种劳动纪律、规定、考勤制度、休假制度、请假制度、处罚制度以及企业内已经签订的集体合同等，用人单位也应当进行详细的说明。 但是，劳动者的知情权也是有范围限制的，用人单位应履行的告知义务主要是与缔结劳动合同有关的信息，商业秘密不属于劳动者知情权的范围。