

段海宇
编著

人力资源 法律风险 管控操作实务

企业HR管理全流程实用案头工具书

本书的作者是一位有着多年司
担任法律顾问●熟悉人力资源

律师●曾在多家大中型企
见的法律风险以及管控方

紧贴流程：招聘→入职→培训→薪酬→绩效→离职

实用指南：法律风险+专业提示+案例分析+法律依据

最佳参考：精细化、专业化、合法化的人力资源管理指导



HUMAN RESOURCE
MANAGEMENT

人力资源
法律风险
管控操作实务

段海宇 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目 (CIP) 数据

人力资源法律风险管控操作实务 / 段海宇编著. —北京: 北京大学出版社, 2012. 9

ISBN 978-7-301-20935-6

I. 人… II. 段… III. 劳动合同—合同法—中国—手册 IV. D922.52-62

中国版本图书馆CIP数据核字 (2012) 第154613号

书 名: 人力资源法律风险管控操作实务

著作责任者: 段海宇 编著

责任编辑: 孙尔春

标准书号: ISBN 978-7-301-20935-6/F·3251

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672

编辑部 82893506 出版部 62754962

电子邮箱: tbcbooks@vip.163.com

印刷者: 北京市密东印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

787毫米×1092毫米 16开本 24印张 360千字

2012年9月第1版第1次印刷

定 价: 68.00元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024; 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

前言 / V

第一章 规章制度法律风险管控

- 第一节 为什么要关注规章制度 / 3
- 第二节 如何让规章制度发生效力 / 4
- 第三节 法律风险 / 7
- 第四节 专业提示 / 9
- 第五节 案例分析 / 11
- 第六节 法律依据 / 13

第二章 招聘管理法律风险管控

- 第一节 为什么要关注招聘管理 / 17
- 第二节 用人单位主体资格 / 17
- 第三节 劳动者主体资格 / 27
- 第四节 招聘启事 / 43
- 第五节 应聘登记 / 56
- 第六节 录用前审查 / 60
- 第七节 履行告知义务 / 65
- 第八节 录用通知书 / 68

第三章 人职管理法律风险管控

- 第一节 入职登记表 / 79
- 第二节 制作职工名册 / 82
- 第三节 签订劳动合同通知书 / 83
- 第四节 签订劳动合同 / 84
- 第五节 固定期限劳动合同 / 90
- 第六节 无固定期限劳动合同 / 92
- 第七节 以完成一定工作任务为期限的劳动合同 / 105
- 第八节 试用期 / 109
- 第九节 劳动合同内容 / 116
- 第十节 工作岗位 / 120
- 第十一节 工作地点 / 123
- 第十二节 签订劳动合同的法律风险提示 / 124
- 第十三节 发放劳动合同和员工手册 / 130
- 第十四节 办理用工手续 / 133
- 第十五节 商业秘密保护 / 134
- 第十六节 竞业限制 / 141
- 第十七节 专项培训 / 151
- 第十八节 续签劳动合同 / 155

第四章 在职管理法律风险管控

- 第一节 劳动合同的变更 / 165
- 第二节 工时制度 / 169
- 第三节 休息休假 / 192
- 第四节 女职工劳动保护 / 206
- 第五节 劳动保护、劳动条件和职业危害防护 / 219
- 第六节 社会保险 / 235
- 第七节 劳务派遣 / 257

第五章 薪酬管理法律风险管控

- 第一节 《劳动合同法》对薪酬管理的影响 / 265
- 第二节 工资额度 / 268
- 第三节 工资支付 / 285
- 第四节 试用期工资 / 295

第六章 离职管理法律风险管控

- 第一节 协商解除劳动合同 / 299
- 第二节 劳动者单方面解除劳动合同 / 303
- 第三节 用人单位单方面解除劳动合同 / 308
- 第四节 劳动合同终止 / 338
- 第五节 劳动合同解除和终止限制性规定 / 342
- 第六节 经济补偿 / 348
- 第七节 劳动者的赔偿责任 / 357
- 第八节 劳动争议解决 / 362

HUMAN RESOURCE
MANAGEMENT

第 一 章

规章制度
法律风险管控

第一节 为什么要关注规章制度

与劳动者利益相关的规章制度是用人单位和劳动者之间的“法律”，贯穿于用人单位和劳动者互动的整个过程，是用人单位行使用工自主权（例如对劳动者的选择权，调岗调薪、解除劳动合同等劳动关系变动自主权和追究违法违纪劳动者的法律责任等方面）的重要依据。劳动者不胜任原工作岗位的，用人单位有权调整其工作岗位和劳动报酬；严重违反用人单位规章制度的，用人单位可解除劳动合同。如果没有完善的规章制度规定工作岗位的胜任力指标，没有具体规定用人单位可以解除劳动关系的违规违纪情形，用人单位对员工的调岗调薪和解雇就将缺乏依据，人力资源管理自然将会陷入困境。

《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）第四条对规章制度有大篇幅规定，“用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。……用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者”。

《劳动合同法》第八十条规定，“用人单位直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定的，由劳动行政部门责令改正，给予警告；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任”。

可见，没有有效的规章制度，人力资源管理就会因为无章可循而失去用工自主权，陷入被动。勉强为之的话，用人单位很可能因为无法得到劳动保障行政部门和司法部门的认可而陷入非法境地，因此给劳动者造成损害的，还可能承担赔偿责任。这和以往的法律相比，对规章制度的合法性要求严格了许多。

第二节 如何让规章制度发生效力

根据《劳动合同法》第四条规定，用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，与工会或者职工代表协商确定，然后将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。

根据《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》第十九条规定，规章制度必须符合“民主程序制定”、“公示”等条件。

由以上法律规定可以看出，规章制度合法的要件如下：

一、规章制度内容要合法

在实践中，不少用人单位认为自己处于强势地位，规章制度想怎么制定就怎么制定，由他们制定的内部规章制度往往违反相关法律规定，例如员工入职要交保证金、押金，用人单位可以扣押劳动者身份证等，严重侵犯了员工的合法权益。因此，用人单位的规章制度必须在现行法律的框架之内制定，不能违反现行法律法规。这里的“合法”应作广义的理解，指符合所有法律、法规和规章的规定，具体包括：宪法、法律、行政法规、地方法规、民族自治地方的自治条例和单行条例，以及关于劳动方面的行政法规。

根据《劳动合同法》第八十条规定，用人单位直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定的，由劳动行政部门责令改正，给予警告；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。所以，用人单位制定的规章制度合法是其具有法律效力的基础。

二、规章制度内容要合理

法律将制定规章制度的权力授予用人单位后，除了合法性以外，还产生“规章制度合理性”的问题。根据《劳动合同法》第三十九条规定，员工如果严重违反用人单位的规章制度或者严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的，用人单位可以解除劳动合同。但法律并没有对什么是“严重违反用人单位的规章制度”和“重大损害”做出具体的规定，这些都需要用人单位在规章制度中做出明确、具体的规定。用人单位如果不予界定或界定不合理，界定权就将移交给仲裁机构或法院，用人单位将失去主动权，多一层败诉风险。用人单位如何把握好合理的“度”是一个难点，这也是相对而言的。一般情况下，如果一个规定能得到用人单位大多数员工的认同，就是合理的；如果大多数员工都不认同，这个规定就可能存在问题。

例如某化工企业规定，在车间抽烟的属于严重违纪，予以解除劳动合同，这是合理的，因为化工企业一旦失火，将损失惨重。而某机械行业也做出相同的规定就有悖于规章制度的合理性了。再如有的单位规定，旷工一天予以解除劳动关系，这没有给员工一个改过的机会，缺乏合理性。因此，用人单位在制定规章制度时要尽量做到合理。

三、规章制度的制定要符合民主程序

用人单位制定的规章制度能否对管理起到有效作用，关键在于执行。如果让员工参与规章制度制定过程中的讨论，规章制度能体现员工的意愿并得到员工的认可，就能顺利地得到实施。《劳动合同法》第四条第二款规定，“用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定”。这就要求用人单位制定规章制度的行为是一个民主表决和集体协商的行为，而不再是职能部门制定、高层管理表决的过程。

从法律规定看，规章制度的制定、修改流程为：职工代表大会或者全体职工讨论→提出方案和意见→与工会或者职工代表平等协商确定。法律并没有规定提出方案和意见的主体是劳动者还是用人单位，因为两者都可以提出方案和意见。在如今工会不具有独立性的情况下，一般都是由用人单位整体提出方案和意见，劳动者再对此发表意见。

四、规章制度制定后要向员工公示

1. 公示的重要性

规章制度是否向劳动者公示，可直接决定用人单位在劳动争议案件中的胜败。按照最高人民法院司法解释及《劳动合同法》的规定，规章制度只有向劳动者公示才对劳动者产生约束力。司法实践中，劳动者往往以其不知道规章制度的内容为由，主张规章制度未公示，用人单位也往往无法提供已经公示的证据，很多用人单位本应该胜诉的案件最终败诉，问题往往就出在这里。员工的违纪行为本已经达到了规章制度中规定的解除劳动合同条件，但是员工称不知道有这个制度，用人单位也无法出示曾向员工公示的证据，最终败诉。

2. 公示方法

(1) 《员工手册》发放法：用人单位可以制作一份《规章制度学习书》，放在《员工手册》最后一页，一式两份，公司一份，员工一份。《规章制度学习书》内容如下：“本人确认已阅读了由×年×月×日起生效的公司《员工手册》，清楚了解了手册的全部内容，并同意接受此手册的全部内容。”让员工签上本人姓名和日期。

(2) 内部培训法：用人单位可以通过内部培训的方法向员工公示规章制度，但是注意一定要让员工在包括培训时间、地点、参与人员、培训内容的签到表签到。

(3) 劳动合同约定法：用人单位可以将规章制度作为劳动合同的附件，并在劳动合同中约定“下列规章制度作为合同的附件，与劳动合同具有同等法律效力，

乙方（员工）知悉并认可下列制度”。但是这种做法将导致合同变得很厚。

（4）考试法：必须是书面考试，开卷或闭卷都可以。必须内容齐全，有关劳动者切身利益的规章制度都应当涉及，并得到劳动者的签名。

（5）传阅法：公司将制定好的规章制度给每个部门发一份，并要求每名员工阅读后签名确认，表示知悉并认可该份制度，公司人力资源部收回有员工签名的原件作为公示的证据保留。

（6）《入职登记表》声明条款法：例如在《入职登记表》中注明以下内容并让员工签名确认：“本人已经阅读单位的招聘管理、入职管理、培训管理、考勤制度、绩效考核规定、薪酬管理、员工关系等与本人切实利益相关的所有规章制度，并已准确理解其含义，本人认可并接受这些规章制度的管理，认真履行公司对岗位人员所规定的责任和义务。”

（7）会议宣传法：用人单位通过召开会议向员工介绍规章制度，并设计一份《与会人员签到表》，做好会议纪要，详细记录会议的主题、时间、地点、与会人员 and 会议内容等。

用人单位在公示规章制度时，要尽量避免如下举证困难的公示方法：网站公布、电子邮件告知、公告栏和宣传栏张贴。

第三节 法律风险

一、规章制度无效的法律风险

无效的规章制度在仲裁或诉讼中不能作为审理劳动争议案件的依据。根据《劳动合同法》第四条和《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》第十九条的规定，有效的规章制度必须符合“民主程序制定”、“合法”和“公示”三个条件，才可作为人民法院审理劳动争议案件的依据。

二、规章制度违反法律、法规的法律风险

根据《劳动合同法》第三十八条规定，用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的，劳动者可以解除劳动合同。另外，《劳动合同法》第八十条还规定，“用人单位直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定的，由劳动行政部门责令改正，给予警告；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任”。

三、规章制度未做细化、具体化的后果

用人单位制定的规章制度不能简单概括，而应当精细化、具体化。

《劳动合同法》第三十九条规定，“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；（二）严重违反用人单位的规章制度的；（三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的”。

要想让用人单位关于上述三项的规章制度真实发生效力，就必须明确各个工作岗位的具体录用条件是什么，严重违反用人单位规章制度的具体情形和重大损害的数额是多少。否则，以此解除劳动合同将很可能被认定为非法解除劳动合同，被要求支付非法解除劳动合同赔偿金或者被迫恢复劳动合同关系。

例如，某企业市场总监对公司业绩有卓越贡献，且与现任CEO关系较好，经常迟到早退。后因企业领导换届，新任CEO遵循规范化管理制度，多次要求该市场总监严格遵守上下班打卡制度，均未引起其重视，遂以严重违反公司规章制度为由，向其发送解除劳动合同关系通知。为此，该市场总监提起诉讼，认为企业认定其严重违反公司规章制度证据不足，虽然该企业执行上下班打卡制度，但是企业规章制度中并未明确规定上下班的具体时间。因此，以此作为严重违反公司规章制度处理，证据不充分。经审理，该市场总监胜诉，企业与之解除劳动关系仍需支付相应非法解除劳动合同赔偿金。

可见，企业规章制度严谨、细化、合法化是一把利器，企业要学会利用法律赋

予其在合法范围内自行规定的权力，把握住劳动关系纠纷的源头，给员工以明示，给审判以依据，为保障和谐劳动关系把好关、站好岗。

四、用人单位在制作和执行规章制度过程中未作证据留存的后果

根据《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》第十九条的规定，规章制度必须符合“民主程序制定”、“公示”等条件。否则，将可能因为这些规章制度不能作为处理劳动争议的依据，而导致对劳动者的处理决定被认定为非法。

因此，用人单位应特别注意收集和妥善保留制定、修改、决定规章制度或者重大事项时，已依法经过职工代表大会或者全体职工讨论、提出方案和意见，且已经与工会或者职工代表平等协商确定的证据材料，包括用人单位动议制定、修改、决定规章制度或者重大事项的证据，通知职工代表大会或者全体职工参加讨论的证据，讨论会议的会议记录、职工代表大会或者全体职工提出的方案和意见以及用人单位对这些方案和意见的处理的证据，与工会或者职工代表平等协商过程的证据，以及已将这类规章制度和决定公示或者告知劳动者的证据。

上述证据的制作、收集，均须注意应有职工代表大会或者全体职工、工会、职工代表的签章确认，可以视听资料的形式固定，并妥为保存。

第四节 专业提示

一、几种特殊情况下的规章制度合法的情形

1. 《劳动合同法》实施前制定的规章制度

例如《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件程序性问题的指导意见》

第七十八条第一款规定，“用人单位在《劳动合同法》实施以前制定的规章制度，虽未经过《劳动合同法》第四条第二款规定的民主程序，但内容未违反法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示或告知的，可以作为用人单位用工管理的依据”。

2. 《劳动合同法》实施后，制定、修改规章制度，未经法定民主程序，但未违反法律、行政法规及政策规定，不存在明显不合理的情形

例如《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件程序性问题的指导意见》第七十八条第二款规定，“《劳动合同法》实施后，用人单位制定、修改直接涉及劳动者切身利益的规章制度或重大事项时，未经过《劳动合同法》第四条第二款规定的民主程序的，原则上不能作为用人单位用工管理的依据。但规章制度或重大事项的内容未违反法律、行政法规及政策规定，不存在明显不合理的情形，并已向劳动者公示或告知的，劳动者没有异议的，可以作为劳动仲裁和人民法院裁判的依据”。

3. 《劳动合同法》实施后，制定、修改规章制度，经法定民主程序，但是劳动者不同意的

例如《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件程序性问题的指导意见》第七十九条规定，“《劳动合同法》第四条第二款规定的‘平等协商确定’主要是指程序上的要求，如果平等协商无法达成一致，最后决定权在用人单位”。

二、子公司是否可以执行母公司的规章制度

关于子公司是否可以执行母公司的规章制度，现在全国还没有统一的规定，部分地区认为子公司可以执行母公司的规章制度。例如《江苏省高级人民法院、江苏省劳动争议仲裁委员会〈关于审理劳动争议案件的指导意见〉》第十八条第三款规定，“有独立法人资格的子公司执行母公司的规章制度，如子公司履行了《劳动合同法》第四条规定的民主程序，或母公司履行了《劳动合同法》第四条规定的民主程序且在子公司内向劳动者公示或告知的，母公司的规章制度可以作为处理子公司劳动争议的依据”。