

中国劳动争议网劳动法系列丛书

人力资源管理 风险点 提示与规避

人力资源管理必备案头工具书

全阶段：入职+在职+离职+劳动争议处理

超实用：风险提示+规避措施+关联法规+案例分析

新法规：新而全面的员工管理相关法律法规

程向阳等 编著

本书是由国内首位具有世界500强人力资源管理经验的劳动法专家程向阳携业内权威法律专家团队专门针对人力资源管理中存在的风险及其如何规避而编写的专业书籍。

HUMAN RESOURCE MANAGEMENT



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

人力资源管理 风险点 提示与规避

人力资源管理师(人力资源管理) 第2版

主 编 任 永 贵 副 主 编 任 永 贵 任 永 贵

编 者 任 永 贵 任 永 贵 任 永 贵 任 永 贵 任 永 贵

审 校 任 永 贵 任 永 贵 任 永 贵 任 永 贵 任 永 贵

中国劳动社会保障出版社

中国劳动社会保障出版社
地址：北京市西城区百万庄大街24号
邮编：100037
电话：(010) 6870 6870
http://www.lsgp.com.cn

H U M A N R E S O U R C E M A N A G E M E N T

人力资源管理 风险点 提示与规避

程向阳 等 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目 (CIP) 数据

人力资源管理风险点提示与规避/程向阳等编著. —北京: 北京大学出版社, 2012. 1

(中国劳动争议网劳动法系列丛书)

ISBN 978-7-301-16771-7

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 209757 号

书 名: 人力资源管理风险点提示与规避

著作责任者: 程向阳等 编著

责任编辑: 张国良

标准书号: ISBN 978-7-301-16771-7/F · 2930

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: 北京嘉业印刷厂

经销者: 新华书店

787 毫米 × 1092 毫米 16 开本 22.75 印张 442 千字

2012 年 1 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 PREFACE

本书是针对人力资源管理中存在的风险及其如何规避而编写的专业书籍，内容涵盖了入职、在职、离职与劳动争议处理阶段人力资源管理工作中的重点与难点内容，以期帮助人力资源管理者有效规避人力资源管理的风险，进而提高管理水平。

与同类图书相比，本书更为实用、简洁、有效，在指出人力资源管理中存在的风险的同时，又为相关工作人员提供了一整套科学实用的风险规避操作办法。

《中华人民共和国劳动合同法》、《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》、《中华人民共和国社会保险法》等人力资源相关法律法规出台后，人力资源管理的风险急剧上升，各地劳动争议案件数量显著提升，人力资源管理面临全新的挑战。很多用人单位和培训机构邀请编者进行相关培训，并针对人力资源管理所面临的问题，提出有效解决方案。

如何让更多的管理者有效规避人力资源管理风险，是人力资源工作的重点与难点。基于长期从事人力资源管理的经验与多年对劳动法律法规的深入研究，编者为本书倾注了许多心血，以期提升用人单位的人力资源管理水平。

购买本书后，请您登录到中国劳动争议网为本书设置的网络版专区（www.btophr.com/journal/reback.asp）填写读者反馈表，您将得到本书网络版的更新授权码，凭此授权码可在中国劳动争议网的书籍专栏（www.btophr.com/journal/book-check.asp）享受网络版的更新与阅读服务，您也可以直接拨打400-686-9595服务热线咨询相关事宜。

本书凝聚了众多劳动法专家和企业人力资源管理者智慧和心血，他们为本书付出了大量艰辛的劳动，在此一并致谢，同时衷心感谢中国劳动争议网劳动法研究中心的团队，他们为本书的出版也做出了很大的努力。

由于时间仓促，再加上笔者的水平有限，如有疏漏之处，恳请广大读者批评指正，并欢迎通过电子邮箱（gordon@btophr.com）直接与编者沟通。

目录 CONTENTS

前言 / V

第一章 员工入职管理风险提示与规避

- 第一节 远离就业歧视 / 3
- 第二节 杜绝非法用工 / 7
- 第三节 境外人员就业 / 12
- 第四节 有效利用录用条件 / 18
- 第五节 双重劳动关系 / 23
- 第六节 及时签订书面劳动合同 / 26
- 第七节 无效的劳动合同 / 31
- 第八节 违法约定试用期期限 / 36
- 第九节 违法约定试用期工资 / 39
- 第十节 最低工资标准 / 41

第二章 员工在职管理风险提示与规避

- 第一节 事实劳动关系 / 49
- 第二节 规章制度(员工手册)的效力 / 53
- 第三节 违纪处理 / 58
- 第四节 性骚扰 / 61
- 第五节 不胜任工作 / 64
- 第六节 调岗调薪 / 67
- 第七节 停工停产 / 70
- 第八节 收购与兼并 / 75

- 第九节 变更劳动合同 / 80
- 第十节 培训合同的签订 / 83
- 第十一节 保密合同与竞业限制协议 / 86
- 第十二节 工时制度 / 91
- 第十三节 工资的支付 / 97
- 第十四节 加班与加班工资 / 108
- 第十五节 法定节假日 / 113
- 第十六节 年休假 / 117
- 第十七节 病假与医疗期 / 123
- 第十八节 探亲假 / 129
- 第十九节 “三期”女职工的权益保障 / 135
- 第二十节 工伤与职业病 / 142
- 第二十一节 缴纳社会保险 / 151

第三章 员工离职管理风险提示与规避

- 第一节 劳动合同的解除 / 165
- 第二节 劳动合同的终止 / 174
- 第三节 末位淘汰制 / 178
- 第四节 裁员 / 181
- 第五节 经济补偿金 / 186
- 第六节 违约金 / 194
- 第七节 赔偿金 / 198
- 第八节 工作交接 / 204
- 第九节 离职证明 / 207
- 第十节 档案与社会保险关系转移 / 209

第四章 劳动争议处理风险提示与规避

- 第一节 劳动监察 / 215
- 第二节 劳动争议调解 / 220
- 第三节 劳动争议仲裁 / 223
- 第四节 举证责任 / 231

第五节 证据效力 / 234

第六节 支付令 / 238

第五章 人力资源管理常用法规

一、中华人民共和国劳动法 / 243

二、中华人民共和国劳动合同法 / 255

三、中华人民共和国社会保险法 / 270

四、中华人民共和国劳动争议调解仲裁法 / 284

五、劳动人事争议仲裁办案规则 / 292

六、关于贯彻执行《中华人民共和国劳动法》若干问题的意见 / 301

七、中华人民共和国劳动合同法实施条例 / 315

八、违反和解除劳动合同的经济补偿办法 / 322

九、工伤保险条例 / 325

十、工伤认定办法 / 338

十一、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(一) / 342

十二、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(二) / 347

十三、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(三) / 351

HUMAN RESOURCE
MANAGEMENT

第①章

员工入职管理
风险提示与规避

第一节 远离就业歧视

【风险提示】

风险级别：☆☆☆

就业歧视是指没有法律上的合法目的和原因而基于种族、肤色、宗教、政治见解、民族、社会出身、性别、户籍、残障或身体状况、年龄、身高、语言等原因，采取区别对待、排斥或者给予优惠等任何违反平等权的措施，侵害劳动者劳动权利的行为。

我国法律规定，劳动者依法享有平等就业和自主择业的权利。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，不得因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而区别对待。结合实践，主要有以下规定：①国家保障妇女享有与男子平等的劳动权利。②各民族劳动者享有平等的劳动权利。③国家保障残疾人的劳动权利。④用人单位招用人员，不得以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。⑤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。

如用人单位实施就业歧视的，劳动者可以向人民法院提起诉讼。用人单位侵害劳动者合法权益，造成财产损失或者其他损害的，应依法承担民事责任；构成犯罪的，将会被依法追究刑事责任。

【风险规避措施】

注意事项	操作要点
招聘广告	如将应聘者与生俱来的、自己无法改变的“个人属性”设为招聘的条件时就构成了歧视。用人单位在发布招聘广告时，不当包含各种各样的歧视性条款：如对性别、年龄、身高、民族、地域、“乙肝携带者”的歧视等。否则，轻则会影响企业的社会形象，重则会引来官司。
面试	不使用歧视性语言，不问有任何歧视性的问题。
体检	除国家法律、行政法规和卫生部规定禁止从事的工作外，不要将“两对半”（乙肝病毒血清学指标）做为体检标准；体检结果要保密。
招聘结果告知	对于未被录用的原因，不得出现“民族（如回族）、不是本市户口、年龄大了”等歧视性语言；除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妇女录用标准。
合同签订与待遇	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；用人单位和有关部门在晋职、晋级、评定专业技术职务等方面，应当坚持男女平等的原则，不得歧视妇女；女职工与男职工要同工同酬，享受相同的福利待遇。

【法律依据】

《中华人民共和国就业促进法》（自2008年1月1日起施行，中华人民共和国主席令第七十号）

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。

第二十五条 各级人民政府创造公平就业的环境，消除就业歧视，制定政策并采取措施对就业困难人员给予扶持和援助。

第二十六条 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。

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。

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。

第六十二条 违反本法规定，实施就业歧视的，劳动者可以向人民法院提起诉讼。

第六十八条 违反本法规定，侵害劳动者合法权益，造成财产损失或者其他损害的，依法承担民事责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

《就业服务与就业管理规定》（劳动和社会保障部令第二十八号，自2008年1月1日起施行）

第十六条 用人单位在招用人员时，除国家规定的不适合妇女从事的工种或者岗位外，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。

第十七条 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。

第六十八条 用人单位违反本规定第十九条第二款规定，在国家法律、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岗位以外招用人员时，将乙肝病毒血清学指标作为体检标准的，由劳动保障行政部门责令改正，并可处以下一千元以下的罚款；对当事人造成损害的，应当承担赔偿责任。

《中华人民共和国妇女权益保障法》（中华人民共和国主席令第四十号，2005年修正）

第二十二条 国家保障妇女享有与男子平等的劳动权利和社会保障权利。

第二十三条 各单位在录用职工时，除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。

各单位在录用女职工时，应当依法与其签订劳动（聘用）合同或者服务协议，劳动（聘用）合同或者服务协议中不得规定限制女职工结婚、生育的内容。

禁止录用未满十六周岁的女性未成年人，国家另有规定的除外。

第二十四条 实行男女同工同酬。妇女在享受福利待遇方面享有与男子平等的权利。

《关于维护乙肝表面抗原携带者就业权利的意见》（劳社部发〔2007〕16号）（略）

《1958年消除就业和职业歧视公约》（略）

案例分析

武汉首例反就业歧视案胜诉

近日，武汉市江汉区法院做出判决，被告某广告有限公司于10日内向原告梁某书面赔礼道歉，并向其支付精神抚慰金5000元。

原告梁某参加了被告公司的设计岗位的招聘。在经过重重筛选后，她接到了上班通知。次日，公司安排原告体检。7天后，公司突然通知原告，由于她被检出是乙肝病毒携带者，不符合公司录用规定。其后，原告一纸诉状将该公司告上法庭，要求公司向其赔礼道歉，并支付精神损害抚慰金49999元。法院经开庭审理后遂做出上述判决。

我国《就业促进法》第三条明文规定：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。第三十条规定：“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。”有专家表

示，反就业歧视“第一案”具有一定的示范意义，它保证了《就业促进法》的贯彻落实，维护了法律的威严和劳动者的公平就业权利，引导、推动了社会公平就业意识的增强。

第二节 杜绝非法用工

【风险提示】

风险级别：☆☆☆

非法用工是指违反劳动法律法规规定，务工者与用工单位所建立的非法劳动关系。常见的使用童工、无营业执照或营业执照被吊销以及未经备案登记招用员工等都属于非法用工。依法打击非法用工，是我国政府保护劳动者合法权益的具体体现。

非法用工属于违法行为，但事实上已经与劳动者形成劳动关系，对于劳动者来说，无论用工单位是合法用工还是非法用工，其提供的劳动是一样的，劳动者很难确定用工单位用工的合法性，很难了解用工单位是否具备合法经营资格。因此，《中华人民共和国劳动合同法》加大了对劳动者的保护，加重了非法用工单位的法律责任。

用工单位不符合规定招录劳动者，可能带来行政、民事及工伤等方面的法律风险。

第一，做为非法用工主体，尤其是劳动者在工伤事故受伤、患病或死亡时，因其属非法主体，要承担全部的经济责任；

第二，非法用工单位一经劳动行政监察部门查实，将面临被取缔或高额罚款的后果；

第三，对于已付出劳动的劳动者，非法用工单位及出资人要支付劳动者的工资、经济补偿金、赔偿金；

第四，对于招用童工的用工单位，劳动行政部门会责令改正，处以罚款；情节严重的，会导致被工商行政部门吊销营业执照。同时对童工造成伤害的，需承担治疗期间的全部治疗和生活费用。

【风险规避措施】

注意事项	操作要点
用人单位取得营业执照前	尽量使用劳务派遣、人力资源外包等用工方式。 如发起人为公司，可由该发起人公司与劳动者签订劳动合同。
劳动者入职时	重点审查劳动者的年龄等身份信息，避免违法使用童工的情况出现。
用工过程中	依法为劳动者缴纳工伤保险，如为高危行业，建议为劳动者缴纳补充意外伤害保险，以减轻劳动者工伤给用人单位带来的风险。

【法律依据】

《中华人民共和国劳动合同法》（2008年1月1日起施行，中华人民共和国主席令第六十五号）

第九十三条 对不具备合法经营资格的用人单位的违法犯罪行为，依法追究法律责任；劳动者已经付出劳动的，该单位或者其出资人应当依照本法有关规定向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

《工伤保险条例》（2003年4月27日中华人民共和国国务院令 第375号公布，根据2010年12月20日《国务院令 第586号关于修改〈工伤保险条例〉的决定》修订）

第六十六条 无营业执照或者未经依法登记、备案的单位以及被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的单位的职工受到事故伤害或者患职业病的，由该单位向伤残职工或者死亡职工的近亲属给予一次性赔偿，赔偿标准不得低于本条例规定的工伤保险待遇；用人单位不得使用童工，用人单位使用童工造成童工伤残、死亡的，由该单位向童工或者童工的近亲属给予一次性赔偿，赔偿标准不得低于本条例规定的工伤保险待遇。具体办法由国务院社会保险行政部门规定。

前款规定的伤残职工或者死亡职工的近亲属就赔偿数额与单位发生争议的，以及前款规定的童工或者童工的近亲属就赔偿数额与单位发生争议的，按照处理劳动争议的有关规定处理。

《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》（人力资源和社会保障部令第9号，自2011年1月1日起施行）

第二条 本办法所称非法用工单位伤亡人员，是指无营业执照或者未经依法登记、备案的单位以及被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的单位受到事故伤害或者患职业病的职工，或者用人单位使用童工造成的伤残、死亡童工。

前款所列单位必须按照本办法的规定向伤残职工或者死亡职工的近亲属、伤残童工或者死亡童工的近亲属给予一次性赔偿。

第三条 一次性赔偿包括受到事故伤害或者患职业病的职工或童工在治疗期间的费用和一次性赔偿金。一次性赔偿金额应当在受到事故伤害或者患职业病的职工或童工死亡或者经劳动能力鉴定后确定。

劳动能力鉴定按照属地原则由单位所在地设区的市级劳动能力鉴定委员会办理。劳动能力鉴定费用由伤亡职工或童工所在单位支付。

第四条 职工或童工受到事故伤害或者患职业病，在劳动能力鉴定之前进行治疗期间的生活费按照统筹地区上年度职工月平均工资标准确定，医疗费、护理费、住院期间的伙食补助费以及所需的交通费费用按照《工伤保险条例》规定的标准和范围确定，并全部由伤残职工或童工所在单位支付。

第五条 一次性赔偿金按照以下标准支付：

一级伤残的为赔偿基数的16倍，二级伤残的为赔偿基数的14倍，三级伤残的为赔偿基数的12倍，四级伤残的为赔偿基数的10倍，五级伤残的为赔偿基数的8倍，六级伤残的为赔偿基数的6倍，七级伤残的为赔偿基数的4倍，八级伤残的为赔偿基数的3倍，九级伤残的为赔偿基数的2倍，十级伤残的为赔偿基数的1倍。

前款所称赔偿基数，是指单位所在工伤保险统筹地区上年度职工年平均工资。

第六条 受到事故伤害或者患职业病造成死亡的，按照上一年度全国城镇居民人均可支配收入的20倍支付一次性赔偿金，并按照上一年度全国城镇居民人均可支配收入的10倍一次性支付丧葬补助等其他赔偿金。

第七条 单位拒不支付一次性赔偿的，伤残职工或者死亡职工的近亲属、伤残童工或者死亡童工的近亲属可以向人力资源和社会保障行政部门举报。经查证属实的，人力资源和社会保障行政部门应当责令该单位限期改正。

第八条 伤残职工或者死亡职工的近亲属、伤残童工或者死亡童工的近亲属就赔偿数额与单位发生争议的，按照劳动争议处理的有关规定处理。

第九条 本办法自2011年1月1日起施行。劳动和社会保障部2003年9月23日颁布的《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》同时废止。