

- ▶ 资深劳动法律师倾力打造
- ▶ 全方位多角度 助力企业人力管控职场法律风险
- ▶ 重实务附案例 以案说法精析劳动领域法律动态

RenliZiyuan FalüfengxianGuankong
Ji ShiwuCaozuoFangan

企业法律风险管理实务系列

人力资源法律风险管控^及 实务操作方案

张永红◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

RenliZiyuan FalufengxianGuankong
Ji ShiwuCaozuoFangan

企业法律风险管理实务系列

人力资源法律风险管控^及 实务操作方案

张永红◎著

HR

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

人力资源法律风险管控及实务操作方案 / 张永红著.
—北京: 中国法制出版社, 2015. 2

ISBN 978 - 7 - 5093 - 6108 - 5

I. ①人… II. ①张… 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 (2015) 第 031140 号

策划编辑: 谢玲玉

责任编辑: 岳 薇

封面设计: 杨泽江

人力资源法律风险管控及实务操作方案

RENLI ZIYUAN FALÜ FENGXIAN GUANKONG JI SHIWU CAOZUO FANGAN

著者/张永红

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/710×1000 毫米 16

版次/2015 年 5 月第 1 版

印张/18.25 字数/250 千

2015 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 6108 - 5

定价: 49.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66010678

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

序 言

2013年、2014年劳动保障领域几部重要法律法规、司法解释相继颁布实施，其中《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（四）》已于2013年2月1日起施行、修正后的《中华人民共和国劳动合同法》已于2013年7月1日起施行、《劳务派遣行政许可实施办法》已于2013年7月1日起施行、《劳务派遣暂行规定》已于2014年3月1日起施行、《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》已于2014年9月1日起施行。可以讲，随着国家劳动和社会保障立法进一步完善，人口红利逐渐消退，企业用工成本不断增加。作为企业及企业的人力资源工作人员，应掌握一定的人力资源法律风险管控知识及实务操作技能，帮助企业在人力资源管理过程中管控关键用工节点，预防法律风险的产生。本书系笔者在从事人力资源法律服务的过程中，结合自己实务操作经验以及在对企业人力资源管理人员数十期的培训和内训中总结出来的风险管控技能及实务操作方案。笔者将企业人力资源风险管控分为四大阶段，分别是招聘阶段风险管控、入职阶段风险管控、在职阶段风险管控和离职阶段风险管控。

首先对于招聘阶段企业可能涉及的就业歧视、招聘广告发布、录用条件明示、入职信息调查等关键节点风险管控进行阐述并提供实务操作建议，以便企业在招聘阶段就能够实行风险布控；其次对于入职阶段涉及的劳动合同用工、非全日制用工、劳务派遣用工等用工模式及相关协议的签订进行阐述，并对服务期、竞业限制、试用期等特殊期限的管理及协议的签订进行深度解析，以帮助企业选择合适的用工模式，从而减少不必要的法律风险产生；再次对于在职阶段涉及的社保缴纳、加班管理、工伤管理、特殊员工管理、工资支付、年休假、工作能力评定和纪律考察、工时管理、劳动合同管理、调岗调薪、无固定期限劳动合同管理、裁员管理等关键问题，因此类问题在人力资源管理过程中如处理不当易导致劳动争议的产生，所以用人单位应加以重视和规范管理；最

后离职阶段涉及劳动合同解除、经济补偿金支付、工作交接、离职证明出具、档案转移及相应的后劳动合同义务的履行，如竞业限制义务的履行和竞业限制经济补偿金的支付。与此同时，随着近些年恶意欠薪、拖欠劳动报酬的新闻常见于报端及拒不支付劳动报酬罪的入刑，为了帮助企业理解及应对相应的刑事风险，笔者对于劳动关系管理过程中的刑事风险予以阐述，并对实务中劳动争议仲裁、诉讼风险及实务操作技能予以详述。

对于本书每一个阶段每一个关键节点的风险管控，笔者均对关键节点涉及的风险予以阐述并通过实务案例评析参考、实务操作方案及疑难问题解答、热点新闻评析等方式予以深度解析，并提供实务操作方案和建议。另外通过附以核心法条提示、相关法律文书范本、相关规章制度范本的方式，以帮助企业及企业人力资源工作者能够及时掌握相关风险操作的依据及实务操作技能。

综合来讲，本书具有以下特点：

1. 针对企业人力资源工作者的特点，本书的形成过程缘于笔者的实务操作及为企业人力资源工作者进行数十期的培训、内训，通过通俗语言讲述的方式将相关人力资源管理法律风险节点予以阐述，避免枯燥的法条及理论堆砌，以便企业人力资源工作者一看就懂，一用就会。

2. 就企业人力资源工作者关心的关键风险防控点，结合国家劳动社保领域最新法律及立法动态，就问题分析问题解决问题并提供切实的可操作方案，不求面面俱到，只求方便实用、解决问题、管控风险。

3. 根据笔者实务操作案例及经验，每章节的实务疑难问题解答、实务操作方案选择、实务案例分享及热点新闻评析均以实务真实案例和操作经验与各位读者分享，以便企业人力资源工作者能够及时借鉴参考适用，鉴于保护当事人的隐私需要，笔者对部分案例予以改编处理。

在企业的经营过程中，企业的竞争本质上是各种资源要素的竞争，而在这些资源要素中，人力资源是最重要的要素，如何使得人力资源增值又能管控人力资源法律风险的产生则是企业及企业人力资源管理者需要认真对待和思考的问题。希望本书能帮助企业及企业人力资源工作者管控人力资源法律风险，减少劳动纠纷的产生，优化人力资源结构，提升人力资源价值，从而构建和谐劳动关系，助推企业发展。

在本书的成文及出版过程中，离不开客户及广大企业 HR 提供的具体案例

支持和意见反馈，离不开中国法制出版社谢玲玉编辑的细心指导和帮助，离不开律所同事的帮助和勉励，离不开郭志豪和杜桦对本书内容的校对、整理，在此对上述人员一并表示感谢。由于时间有限，加之笔者执业水平及学识所限，本书难免有疏漏谬误之处，敬请各位读者不吝赐教。

是为序

张永红

2015年1月

目 录

Contents

第一章 招聘环节风险管控

第一节 就业歧视	1
一、性别歧视	1
二、地域歧视	1
三、健康歧视	2
四、残疾人歧视	2
HR 实务操作方案及疑难解答	4
实例评析	
案例 1: 大学以错构瘤不符合入职规定为由不予办理手续法院 判决强制执行	5
案例 2: 用人单位因就业性别歧视遭索赔	6
案例 3: 入职体检惹争议, 用人单位被判赔	7
第二节 录用条件风险管控	9
一、合理设计招聘简章, 避免不实承诺	9
二、合理设计录用条件	9
三、录用条件明示的方法	10
HR 实务操作方案及疑难解答	10
实例评析	
案例 1: 录用条件未明确, 用人单位试用期解除劳动合同被判违法	10
案例 2: 招聘简章标明的工资待遇与实际支付不符, 用人单位被责 令补足差额	11

第三节 入职信息调查风险管控	12
一、善用应聘信息登记表，学会风险规避技巧	12
二、离职证明	13
三、劳动者承担的后劳动合同义务	13
HR 实务操作方案及疑难解答	14
实例评析	
案例 1：员工隐瞒婚姻状况被解除劳动合同，用人单位被判违法	15
案例 2：入职信息审查未到位，用人单位被判承担连带赔偿责任	16

第二章 入职环节风险管控

第一节 劳动合同的签订	19
一、最好在劳动者实际工作之前或者实际工作之日签订劳动合同	19
二、劳动合同的签订工作最好在用人单位的人员监督下进行	19
三、劳动合同签订后，让劳动者出具收到劳动合同的证明	20
四、在劳动者入职一个月之内签订劳动合同	20
HR 实务操作方案及疑难解答	21
实例评析	
案例 1：未及时签订劳动合同，用人单位支付二倍工资差额	29
案例 2：代签劳动合同未被劳动者追认，用人单位支付二倍工资	29
第二节 非全日制用工协议	37
一、不得超出法定用工时间，否则可能被认定为全日制用工	37
二、尊重非全日制劳动者双份或多份工作的选择，避免侵犯劳动者 的合法权益	37
三、非全日制用工不得约定试用期	38
四、用人单位可以随时解除劳动合同或者终止用工，并且不需要向 劳动者支付经济补偿金	38
五、非全日制用工的工资支付和社保缴纳	38
HR 实务操作方案及疑难解答	39
实例评析	
案例：非全日制用工操作不当，被判构成全日制用工并支付未签	

合同双倍工资	39
第三节 劳务派遣协议	43
一、劳务派遣的适用范围	44
二、采用劳务派遣用工模式，用工单位可能承担的风险	44
三、用工单位要选择有资信、口碑好的劳务派遣公司作为业务合作伙伴	45
四、将劳务派遣公司与劳动者签订的劳动合同备案留存，避免纠纷产生	45
五、明确派遣员工工资标准、发放形式，及派遣员工社保费用的承担主体	46
HR 实务操作方案及疑难解答	46
实例评析	
案例 1：用工单位采用劳务派遣不规范，被判构成事实劳动关系	49
案例 2：劳务派遣公司不交社保，用工单位被判承担连带责任	50
第四节 服务期协议	57
一、服务期协议的适用范围	57
二、服务期协议的适用主体	58
三、服务期协议的适用时间范围（试用期内最好不要约定服务期）	58
四、服务期协议违约金数额的确定	58
五、服务期协议期限与劳动合同期限不一致如何处理	58
HR 实务操作方案及疑难解答	59
实例评析	
案例：专业技术培训成立，员工被判支付违约金	60
第五节 竞业限制协议	65
一、合理甄选需要签订竞业限制协议的劳动者	65
二、合理约定竞业限制的范围和期限	66
三、合理确定竞业限制期间的经济补偿金及明确经济补偿金的发放方式	66
四、解除或者终止劳动关系时，用人单位应审查要求劳动者履行 竞业限制补偿协议的必要性	66
五、竞业限制协议和保密协议的区分	67
HR 实务操作方案及疑难解答	67
实例评析	
案例：竞业限制义务解除通知不及时，用人单位支付竞业限制补偿金	68

第六节 试用期的合理约定	73
一、严格遵循法定的试用期期限来约定试用期	74
二、不能仅仅订立试用期劳动合同	74
三、合理确定试用期工资	74
四、避免非法约定试用期	74
五、对于员工的转正考核要在试用期内完成	75
HR 实务操作方案及疑难解答	75
实例评析	
案例：用人单位单独约定试用期违法	76

第三章 在职环节风险管控

第一节 社保缴纳	79
一、关注社保缴纳时间，及时为员工缴纳社保	79
二、用人单位应尽力做到足额为员工缴纳社会保险费	79
HR 实务操作方案及疑难解答	80
实例评析	
案例：用人单位未缴纳社保致员工损失被判赔	81
第二节 加班管理	82
一、关于加班管理制度的规定	83
二、关于加班费用支付标准	84
三、加班费的计算基数	84
HR 实务操作方案及疑难解答	85
实例评析	
案例 1：公司加班制度不规范，员工主张数十万加班费被支持	88
案例 2：员工未履行加班流程，主张加班费被判败	90
第三节 工伤保险风险管控	95
一、明确工伤保险的目的，端正对工伤保险的态度	95
二、工伤保险的缴费基数和比例	95
三、构成工伤的情形	95
四、工伤保险的待遇标准	96

五、劳动能力鉴定及工伤保险待遇	97
六、劳动功能障碍等级鉴定和生活自理能力鉴定	98
七、工伤伤残待遇标准	99
八、职工因工伤死亡的，其亲属可以享受的工亡待遇	100
HR 实务操作方案及疑难解答	101
实例评析	
案例 1：下岗职工到新用人单位就职，下班途中因到菜市场买菜 遭受交通事故，应由谁承担工伤保险责任？	103
案例 2：员工不遵守公司纪律受到事故伤害，能否被认定为工伤	105
案例 3：工伤职工无故旷工，被单位以严重违纪为由开除，劳动 者主张一次性伤残就业补助金未获支持	106
第四节 特殊员工的管理及风险管控	111
一、针对中高层员工的管理和风险管控	111
HR 实务操作方案及疑难解答	111
实例评析	
案例 1：未与高管签合同，支付双倍工资代价大	114
案例 2：未与高管就分房约定清楚，赔了夫人又折兵	115
二、针对三期女职工的管理和风险管控技巧	115
HR 实务操作方案及疑难解答	116
实例评析	
案例：解除三期女工需有理有据	119
三、针对工伤和患职业病的员工的管理和风险管控技巧	120
HR 实务操作方案及疑难解答	121
四、针对非因工负伤或者患病职工的管理和风险管控技巧	121
HR 实务操作方案及疑难解答	122
五、针对企业职工或者离退休人员因病或非因工死亡，用人单位需要 承担的相关义务	125
实例评析	
案例：公司未缴社保，员工因病去世相关补偿费用由公司承担	126

第五节 工资支付	127
一、明确工资概念及包含项目	127
二、明确工资薪金计算支付的方式及种类	128
三、以实物抵工资不可取	128
四、不及时发放工资不可取	128
五、不遵循最低工资标准红线不可取	129
HR 实务操作方案及疑难解答	129
实例评析	
案例 1: 业务员未完成月度销售额, 单位仅仅支付其 800 元工资, 单位被判输	131
案例 2: 单位支付工资低于最低工资标准被处罚	132
第六节 年休假风险管控	138
一、年休假的制定要符合法律规定的天数, 不得低于法律规定的天数	138
二、明确职工享受年休假期间的工资标准, 避免不必要的支出	138
三、建立职工年休假提前申请批准制度, 避免员工因突然申请年休假 而影响到工作的正常开展	138
四、建立劳动者年休假预警制度	139
五、掌握可以不安排年休假的情形	139
六、对于无法休年休假的员工建立特别管理制度	139
HR 实务操作方案及疑难解答	139
实例评析	
案例 1: 用人单位因未安排年休假被判支付年休假工资	140
案例 2: 年休假算法案例解密	141
第七节 工作能力评定和纪律考察风险管控	147
一、明确绩效考核和工作能力评定标准, 力求客观公正	147
二、对于员工的工作能力评定和纪律考察, 应做到客观化、书面化	148
三、对于员工的工作能力和纪律考察一定做到有奖有惩, 奖惩合理	148
HR 实务操作方案及疑难解答	148
实例评析	
案例 1: 企业工作能力评定无依据, 仲裁被判赔	151

案例 2: 企业被仲裁, 纪律考察有依据, 步步为营	152
第八节 工时管理	155
一、基本工时是基础, 特殊工时是补充	155
二、明确不定时工作制度和综合计算工时制度的适用范围	155
三、明白特殊工时的工资支付标准	156
四、用人单位要根据客观情况, 及时调整特殊工时制度	156
五、做好特殊工时的考勤管理工作, 保证劳动者的休息权, 避免产生 不必要的法律纠纷	156
HR 实务操作方案及疑难解答	157
实例评析	
案例 1: 用人单位主张不定时工作制不成立, 被判支付近百万加班费 ..	158
案例 2: 不定时工作制工资支付有误区, 法定节假日也需支付加班费 ..	158
第九节 劳动合同管理风险管控	160
一、建立劳动合同台账管理制度, 明细劳动合同的签订日期、变更 日期、期满之日等关键节点	161
二、明确劳动合同期限届满, 但由于特殊情况, 用人单位需要将劳 动合同续延至特殊情况消失时止的情形	161
三、在劳动合同期满前一个月内, 用人单位有义务向劳动者提出续 签或者终止劳动合同的意向	162
四、如果劳动者愿意续签劳动合同, 用人单位应该在劳动合同期满 之日前完成续签	162
实例评析	
案例: 劳动合同到期未及时续签, 用人单位支付二倍工资差额	163
第十节 调岗调薪法律风险管控	164
一、调岗调薪的定义及法律规制的必要性	164
二、用人单位可以对劳动者进行调岗调薪的情形	165
三、用人单位调岗调薪实务操作技巧	165
HR 实务操作方案及疑难解答	168
实例评析	
案例: 公司调岗不合法, 员工被迫离职主张经济补偿金获支持	169

第十一节 无固定期限劳动合同的签订与风险预防	175
一、明白无固定期限劳动合同的适用情形	175
二、做好无固定期限员工的考核工作	176
HR 实务操作方案及疑难解答	177
实例评析	
案例：企业应科学制定用人方案避免法律风险	178
第十二节 用人单位裁员管理风险管控	180
一、正确界定经济性裁员和结构性裁员，从而采取不同的应对措施	181
二、明确经济性裁员的适用标准和范围	181
三、符合经济性裁员的条件和程序，用人单位可以直接解除与劳动者的劳动合同	182
四、明确经济性裁员时经济补偿金的支付标准	182
五、明确法律规定即便是经济性裁员也不能裁定的主体范围，避免碰触雷区	182
六、明确优先留用的人员范围	183
七、用人单位要对裁员工作进行统一的管理，注重相关信息的保密，并注意与劳动者沟通的方式	183
HR 实务操作方案及疑难解答	184
实例评析	
案例 1：企业变相裁员未成，员工集体维权成功，企业被处罚	186
案例 2：裁员处理有理有据，步步为营	186
案例 3：违法裁员，用人单位付出成本巨大	187

第四章 离职管理风险管控

第一节 劳动合同的解除和经济补偿金的支付风险管控	191
一、轻易不要主动作为合同解除的发起方	191
二、对于劳动者提出解除劳动合同的申请，要审查劳动者离职申请的具体内容之后再做出决定	191
三、明白经济补偿金的具体支付情形，做到有理有据地解除合同	192
四、最好采取协商的方式解除劳动合同	193

五、用人单位应熟悉经济补偿金的具体计算方式和一个月代通知金 的具体支付标准	193
六、用人单位在解除劳动合同前应通知工会，征求工会意见	194
HR 实务操作方案及疑难解答	194
实例评析	
案例 1：协商解除劳动关系协议补偿低于法定标准，用人单位被裁 补足差额	195
案例 2：解除劳动合同需通知工会	197
案例 3：劳动者举报用人单位违法经营，被解除劳动合同获得赔偿 ..	197
第二节 离职工作交接风险管控	205
一、是否劳动者不办理工作交接，用人单位就有权扣发其工资，或 者不为其转移社保或者档案	205
二、合理利用办理工作交接与经济补偿金支付的时间节点	205
实例评析	
案例：员工离职不交接，被判罚	206
第三节 出具离职证明、转移社保和档案风险管控	206
一、解除或者终止劳动合同证明一定要由劳动者签收或者送达劳动者 ..	206
二、及时为员工转移社保和档案	207
实例评析	
案例：员工离职，用人单位拒绝办理档案转移手续被处罚	207
第四节 竞业限制义务的履行与经济补偿金的支付风险管控	208
一、用人单位在劳动者离职时，应当根据其工作岗位实际情况，告知 劳动者是否还应履行竞业限制义务	208
二、竞业限制经济补偿金最好按月支付	208
三、用人单位根据需要，可以解除竞业限制协议，但是需要额外支付 劳动者三个月的竞业限制经济补偿金	208
四、对于需要履行竞业限制义务的劳动者，用人单位要进行监督	208

第五章 劳资关系过程中刑事风险防范

一、拒不支付劳动报酬罪	209
-------------------	-----

实例评析

案例：拒不支付劳动者工资，用人单位负责人被判承担刑事责任	211
二、强迫劳动罪	213

实例评析

案例：强迫职工劳动被判承担刑事责任	213
三、雇佣童工从事危重劳动罪	214
四、强令违章冒险作业罪	214
五、重大劳动安全事故罪	214

第六章 劳动争议仲裁、诉讼风险防范

第一节 劳动争议概述	215
------------	-----

一、协商解决	215
--------	-----

实例评析

案例：公司拒绝协商，付出代价巨大	215
------------------	-----

二、调解解决	216
--------	-----

三、劳动仲裁	217
--------	-----

第二节 劳动仲裁程序的启动	217
---------------	-----

实例评析

案例：加班举证责任有争议，劳动者亦须承担初步证明责任	219
----------------------------	-----

第三节 劳动仲裁应对	220
------------	-----

一、首先看看劳动者的仲裁申请有没有超过劳动争议仲裁法规定的 1年诉讼时效	220
---	-----

二、其次对于劳动者的仲裁请求进行分项研究，针对不同的仲裁请 求采取不同的应对措施	221
---	-----

三、再次研究有无提起劳动仲裁反申请的必要	221
----------------------	-----

四、最后也是最重要的一点就是积极搜集证据，筛选证据	221
---------------------------	-----

实例评析

案例：庭审应答需注意问题	222
--------------	-----

第四节 劳动仲裁开庭及应对	223
---------------	-----

一、态度要诚恳	223
---------	-----

二、回答问题要谨慎，不要随便认可	224
三、知晓仲裁调解	224
第五节 仲裁审理时限及终局裁决	225
实例评析	
案例：一波三折的终局裁决终被认定为非终局裁决	226
第六节 如何正确合法用工及应对和处理劳动争议	227
一、尊重人的价值，特别是知识价值	227
二、完善企业规章制度，特别是劳动规章制度，以制度管人，以制度服人	227
三、在招聘、入职、在职、离职四个环节，对员工进行动态化的管理	228
四、用人单位及人力资源工作者要树立书面化的证据意识，对员工的奖惩有章可循，有理有据	229
五、劳动纠纷产生时，用人单位要积极应对，及时沟通、协商，避免劳资矛盾扩大，对用人单位产生不利影响	229

常用法律法规

《中华人民共和国劳动合同法》	230
(2012年12月28日)	
《中华人民共和国劳动合同法实施条例》	246
(2008年9月18日)	
《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》	252
(2007年12月29日)	
《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》	260
(2001年4月16日)	
《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)》	264
(2006年8月14日)	
《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)》	267
(2010年9月13日)	
《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(四)》	270
(2013年1月18日)	