

全国中小企业“依法治企”操作实务指南  
系列丛书 ——

# 劳动法与劳动风险管理

《全国中小企业“依法治企”操作实务指南系列丛书》编委会 编

翟继光



王守国



雷润琴



杨林荣



赵德坤



魏镇胜



陈艳华



中国财经出版传媒集团



经济科学出版社  
Economic Science Press

全国中小企业“依法治企”操作实务指南系列丛书

# 劳动法与劳动风险管理

《全国中小企业“依法治企”操作  
实务指南系列丛书》编委会 编

中国财经出版传媒集团



经济科学出版社  
Economic Science Press

## 图书在版编目 (CIP) 数据

劳动法与劳动风险管理/《全国中小企业“依法治企”操作实务指南系列丛书》编委会编. —北京: 经济科学出版社, 2017. 7

(全国中小企业“依法治企”操作实务指南系列丛书)

ISBN 978 - 7 - 5141 - 8189 - 0

I. ①劳… II. ①全… III. ①企业管理 - 人事管理  
IV. ①F272. 92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 159968 号

责任编辑: 于海汛 段小青

责任校对: 王苗苗

责任印制: 潘泽新

## 劳动法与劳动风险管理

《全国中小企业“依法治企”操作实务指南系列丛书》编委会 编

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销

社址: 北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮编: 100142

总编部电话: 010 - 88191217 发行部电话: 010 - 88191522

网址: [www. esp. com. cn](http://www.esp.com.cn)

电子邮件: [esp@ esp. com. cn](mailto:esp@esp.com.cn)

天猫网店: 经济科学出版社旗舰店

网址: [http: //jjkxcbs. tmall. com](http://jjkxcbs.tmall.com)

北京密兴印刷有限公司印装

787 × 1092 16 开 8.25 印张 170000 字

2017 年 9 月第 1 版 2017 年 9 月第 1 次印刷

印数: 0001—3000 册

ISBN 978 - 7 - 5141 - 8189 - 0 定价: 22.00 元

(图书出现印装问题, 本社负责调换。电话: 010 - 88191510)

(版权所有 侵权必究 举报电话: 010 - 88191586)

电子邮箱: [dbts@ esp. com. cn](mailto:dbts@esp.com.cn))

主 编：翟继光 魏镇胜 俞 敏 赵德坤

编委会成员：翟继光 魏镇胜 俞 敏 赵德坤 秦根才  
雷润琴 戴中伟 蒋秀峰 杨林荣 陈谷军  
李 赛 闫申虎 陈艳华 王守国 陈 枫  
李成博 赵东燕

# 总 序

《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确提出“推进法治中国建设”，《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》更是具体提出了依法治国的重大制度建设与具体举措，其中就包括“推进多层次多领域依法治理”。广大中小微企业作为重要的基层单位，是推进依法治理的重要领域。

十八届四中全会以来，随着依法治国的理念不断深入人心，举国上下讲法、学法、守法、用法的热情不断高涨。在“大众创业、万众创新”以及财政、税收等政策支持下，中小微企业作为全国经济拉动的发力点，被进一步激活。在此政策与经济两大背景下，推动中小微企业法治建设，提高中小微企业依法治企能力与市场竞争力正当其时。

中国企业法律顾问网在各级中小企业主管部门的指导下，联合全国各中小企业协会、企业法律顾问协会，提出中小微企业两个“三年法治建设规划”，即通过六年时间，两个三年法治建设规划，使中小微企业在思维认识、制度建设、法律队伍建设、法律信息化服务等各方面上一个新台阶，达到目前国内中央企业、大型企业法治建设的水平，部分中小企业达到国际法律管理标准，从而提高中小微企业市场竞争力，实现李克强总理提出的让中小微企业“活下去，活的好”的目标。

为帮助广大中小微企业更好地学法、守法以及运用法律武器维护自身合法权益，我们组织相关领域的专家编写了《全国中小企业“依法治企”操作实务指南系列丛书》。本套丛书包括四本，分别为《公司法与公司管理》《劳动法与劳动风险管理》《合同法与合同风险管理》《融资纳税刑事风险专题》。

《公司法与公司管理》一书全面讲解了公司设立、公司治理、股权设计、公司合并分立以及公司解散的基本法律制度及其所涉及的法律风险与控制。《劳动法与劳动风险管理》一书全面讲解了劳动合同订立、履行、解除、终止、休息休假、工资支付、经济补偿、工伤待遇、劳务派遣、劳动仲裁、劳动诉讼的基本法律制度及其所涉及的法律风险与防范。《合同法与合同风险

管理》一书全面讲解了合同签订、履行、解除、合同管理等领域和阶段的基本法律制度及其所涉及的法律风险与防范。《融资纳税刑事风险专题》一书分四个主题讲解了企业运营法律风险防控、新三板企业融资精选案例、中小企业纳税筹划及企业家刑事法律风险。

本套丛书的特色是理论结合实践，突出实用性和操作性。丛书通过大量案例来讲解相关制度以及操作方法，有利于广大中小微企业迅速掌握相关的技巧与操作方法，迅速将理论知识和书本知识转化为实践知识。

本套丛书适宜作为广大中小微企业进行法律培训的教材，也适宜作为广大企业家/老板、企业管理层、企业律师、企业法律顾问掌握公司法、劳动法、合同法、税法、金融、企业家刑事责任等相关领域实务操作技能的参考书。

教材编委会

2017年7月20日

# 前 言

企业用工就会发生用工成本，用工还必须符合法律规定，否则不仅用工成本会急剧增加，而且还会背上违法的恶名。随着《劳动合同法》的颁布、实施，很多单位的领导开始惶惶不安起来，这些企业家们感到自己的用工成本突然越来越高，以至于有人打算把企业搬迁到内地经济落后的地区或采用转产、关门等方式避免与日俱增的企业成本，这就是企业的用工风险，或者说是违法风险。

其实，企业控制成本是时刻应当关注的事情，现代劳动法律实施的目的并不是为了加重企业的负担，也无意去压制企业的发展，它的本意旨在督促企业规范用工，创建和谐社会。只要企业依法用工，依法管理企业，企业不仅不会增加成本，并且还能降低成本、提高经济效益、同时提升企业形象。

企业的风险存在于企业建立之初，录用员工进入单位、签订劳动合同、履行劳动合同、直到离开单位甚至离开单位后的几年中。这些风险主要体现在：企业在员工招聘录用环节的法律风险，企业在劳动合同订立、履行中的法律风险，企业在劳动合同解除、终止时的法律风险，企业在处理休息休假、工资支付时的风险，企业在处理违约金、经济补偿金、赔偿金的法律风险，企业在处理工伤、工伤待遇的法律风险，企业在劳务派遣中的风险以及企业在劳动仲裁、诉讼中的风险，等等。

是要事先防范这些风险还是等风险来临时再设法去应付呢？对于这个问题，在企业家之间始终存在着争论。我们也曾向众多企业家做过调查，过半的企业家认为应当进行防范，但不知道该怎么防。少数的企业家认为“我一直这么过来的，麻烦不多，有了再解决，不用防”……各种说法不一。那到底要不要事先防范呢？我们认为是要事先防范的。因为等潜在的风险来临时，就变成了现实的麻烦，常见的如发生诉讼，诉讼是对麻烦的处理，从法理上是一种补救措施。企业不仅费财、费时、费力，而且还不一定有好的结果，因证据不足败诉或虽然胜诉了但执行不到位的事也屡见不鲜。我们常把麻烦的处理比作是患上疾病去医院治疗，患者可能花了大价钱，饱受了痛苦还不一定有好的医疗结果。而风险的防范好比是我们定期的体检，价钱相对

就医来说要便宜得多，尽早地发现问题，可以花最少的价钱及时处理隐患，效益要高得多。话说到此，到底是否要少花钱做事先防范呢？答案应该是很明确的。

风险防范是每一个企业家或管理者想做、应做的事情，要做到实实在在的风险防范就必须首先要明白自己企业的风险在哪里，知道风险在哪里才能知道如何去防范。企业常见的法律风险主要分为两个方面：外部事务风险和内部事务风险。外部事务风险主要是指企业对外的经济事务，一般都是关系到合同的法律事务，此类纠纷相对较少，因为企业之间的经济合同往来，互相之间有相互的利益存在。合同履行中间发生问题一般相互协调处理解决的较多，除非不想再合作了才会对簿公堂。内部事务风险主要是指企业与内部员工之间用工过程中发生的管理上的法律事务，即劳动合同履行中的争议。

据媒体报道劳动争议在全国在逐年递增，在有些经济发达的地区成倍上升。究其原因就不得不分析、研究一下企业或老板和员工的关系了。他们的这层关系的本质是永远的雇佣与被雇佣的关系。一个员工每天起早贪黑的到单位来上班，辛辛苦苦地工作，为了什么？他们首先是为了那一份工资，以便来解决自己及其家庭的温饱问题。当单位因各种原因侵犯到他的这份利益，当然会引起他对单位的不满，但为了避免和单位发生正面冲突而失去现有的饭碗，权衡利弊后很多员工选择保持沉默和忍耐。此事不是就这么不了了之了，而是员工认为时机不够成熟，到时机成熟时他还是要和单位算这笔账的。所以，在许多看似风平浪静的“水面”上，实际暗潮涌动。一旦某天单位不想继续使用该员工了，或该员工不想在这里再做下去了，那么积压已久的矛盾就会全面爆发出来，举报、投诉单位违法，去申请劳动仲裁、向法院起诉、甚至罢工、闹事等事件就会接踵而来。本来单位中处于弱势群体的员工，在仲裁机构和法院的保护下，他们的力量变强大了。而本来处于绝对强势的企业，这时候在法院和仲裁机构面前只能像一只可怜的小鸟。因此，企业内部即用工的风险是当今企业面临的所有风险中最大的风险。

如何避免、化解这些与员工之间的矛盾和纠纷是企业永远挥之不去的烦恼，如何避免和化解这些矛盾，如何建立一个行之有效的风险防范体系，并使企业能够稳定发展才是老板们需要真正考虑的问题。不是员工不好，也不是企业不好，只是他们之间的关系没有处理好。在这里，本书将企业常见的用工风险要点加以归纳、剖析，同时推荐企业建立一套专属自己的用工风险防范体系。

# 目 录

|                             |    |
|-----------------------------|----|
| 第一章 企业规章制度不足的风险及防范 .....    | 1  |
| 第一节 企业规章制度的重要性 .....        | 1  |
| 第二节 《劳动合同法》对规章制度的影响 .....   | 4  |
| 第三节 企业规章制度不足的风险、成因及防范 ..... | 6  |
| 第四节 与规章制度相关的典型案例 .....      | 9  |
| 第二章 企业招聘录用环节的风险及防范 .....    | 15 |
| 第一节 企业招聘录用过程中的法律风险 .....    | 15 |
| 第二节 企业招聘录用过程中的风险防范对策 .....  | 16 |
| 第三节 与招聘录用相关的典型案例 .....      | 17 |
| 第三章 劳动合同订立、履行中的风险及防范 .....  | 24 |
| 第一节 不及时签订书面劳动合同的风险及防范 ..... | 24 |
| 第二节 劳动合同效力的风险及防范 .....      | 29 |
| 第三节 试用期管理的风险及防范 .....       | 32 |
| 第四节 服务期中的法律风险防范 .....       | 36 |
| 第五节 竞业限制中的法律风险及防范 .....     | 44 |
| 第六节 劳动合同履行和变更中的风险及防范 .....  | 49 |
| 第四章 劳动合同解除、终止中的风险及防范 .....  | 57 |
| 第一节 双方协商解除中的法律风险及防范 .....   | 57 |
| 第二节 劳动者单方解除的风险及防范 .....     | 58 |
| 第三节 用人单位单方解除的风险及防范 .....    | 62 |
| 第四节 劳动合同终止中的风险及防范 .....     | 68 |
| 第五节 迟延退工的风险及防范 .....        | 72 |
| 第五章 休息休假、工资支付中的风险及防范 .....  | 76 |
| 第一节 休息休假管理中的风险及防范 .....     | 76 |
| 第二节 工资支付中的常见风险及防范 .....     | 78 |
| 第三节 与休息休假、工资支付相关的典型案例 ..... | 79 |

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| 第六章 违约金、经济补偿金、赔偿金的风险及防范 ..... | 87  |
| 第一节 与劳动合同违约金有关的风险及防范 .....    | 87  |
| 第二节 经济补偿金、赔偿金运用中的风险及防范 .....  | 87  |
| 第三节 关于经济补偿金、赔偿金的常见问题及规定 ..... | 89  |
| 第七章 工伤风险及防范 .....             | 92  |
| 第一节 工伤认定及其申请程序 .....          | 92  |
| 第二节 劳动能力鉴定与工伤保险待遇 .....       | 94  |
| 第三节 工伤风险防范对策 .....            | 95  |
| 第四节 与工伤认定、工伤待遇相关的案例 .....     | 96  |
| 第八章 劳务派遣的法律风险及防范 .....        | 105 |
| 第一节 劳务派遣用工常见风险及防范 .....       | 105 |
| 第二节 与劳务派遣相关的典型案例 .....        | 107 |
| 第九章 劳动仲裁、诉讼中的风险及防范 .....      | 114 |
| 第一节 劳动争议仲裁、诉讼风险要点 .....       | 114 |
| 第二节 用人单位举证责任的风险及防范 .....      | 115 |
| 第三节 与劳动仲裁、诉讼风险相关的案例 .....     | 116 |

# 第一章 企业规章制度不足的风险及防范

## 第一节 企业规章制度的重要性

无规矩不成方圆，管理一个国家需要制定各种各样的法律、法规，管理一个企业同样如此。以往很多企业都不太重视规章制度的设计和制定，有的企业习惯于靠人管人，而不是靠制度管人；有的企业虽然有一定的规章制度，但过于简单，没有可操作性。规章制度实质上是用人单位制定的组织劳动过程和进行劳动管理的规则和制度的总和，也称为企业内部劳动规则，是企业内部的“法律”，是企业经营、管理的重要依据，其重要性主要体现在以下方面：

### 一、完善的规章制度有助于企业实现用工规范化管理

#### （一）正面引导与教育作用

规章制度作为企业内部规范员工行为的一种准则，具有为员工在生产过程中指引方向的作用。规章制度公布后，员工就清楚地知道自己享有哪些权利，怎样获得这些权利，应该履行哪些义务，如何履行义务。比如规章制度中规定上下班时间，员工就知道了什么时候是工作时间，什么时候是休息时间，就可以指引员工按时上下班，以防止因迟到或早退而违反劳动纪律。再如，规章制度中规定工作中的行为规范，可以引导、教育员工约束自己的行为，防止出现不良行为。

#### （二）反面警戒与威慑作用

反面的警戒和威慑作用主要体现在：首先，通过对员工违反规章制度的后果做出规定来威慑员工，使员工能够事先估计到在劳动生产过程中作为以及作为的后果，自觉抑制违纪或不法行为的发生。其次，通过对违反规章制度的行为予以惩处，让违纪员工从中受到教育的同时也使其他员工看到违反规章制度的不利后果，从而达到警戒和威慑全体员工的效果。

### （三）防患未然与补充劳动合同的作用

企业生产劳动的过程，也是劳资双方履行义务、享受权利的过程。当劳资双方的权利和义务以及权利和义务实现的措施、途径和方法通过规章制度加以明确、具体后，就可以预防和减少争议的发生。比如，休息休假属于劳动合同的必备条款，但是劳动合同中可能仅仅涉及假期的种类，至于各类假期的请假条件、请假手续、休假期间的待遇等一般不会在劳动合同中进行详尽约定，这就需要企业在规章制度中对休假事项做出具体规定，否则容易引发诸多纠纷。

### （四）证据支持与裁判依据的作用

由于劳动关系具有对抗性的一面，劳资矛盾是无法避免的，人力资源管理者所能做到的也只是尽量缓和矛盾，无法消除、杜绝劳资矛盾。当劳资矛盾爆发后无法通过协商、调解方式解决时，诉诸法律就是唯一的选择。劳动争议仲裁机构和法院审理劳动争议案件时，需要依据国家法律、法规、政策、劳动合同、集体合同。2001年《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：“用人单位根据《劳动法》第四条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。”当国家法律、法规、政策、劳动合同、集体合同对争议事项规定不明确时，规章制度则显得至关重要，有时其重要性贯穿于企业管理和纠纷解决的全过程。

#### 【案例 1-1】

某公司以连续旷工 12 天为由单方解除了与张某的劳动合同关系，并及时办理了退工手续。随后，张某申请劳动仲裁，要求支付赔偿金。庭审中，双方各执一词：张某拿出了自己手写的请假条以及部门经理的批准证明，用以证明这期间属于请事假而非旷工；而用人单位则出具了经过张某曾经签收的《员工手册》。该《员工手册》明确规定了各级员工的请假审批程序：“员工一次性请假 1 天以内的，由部门主管审批；一次性请假 3 天以内的，由部门经理审批；一次性请假 5 天以内的，由部门部总审批；一次性请假 7 天以内的，由公司分管领导审批；一次性请假 8 天以上的，由总经理批准；否则，视为旷工”。同时，单位还规定了“连续旷工 10 天以上属于严重违反规章制度，可以解除劳动合同关系”。劳动争议仲裁委员会认为：单位的规章制度经过员工签收，是合法有效的；而张某提供的请假条并未按照单位《员工手册》规定的请假审批程序办理，手续不合法，应视为旷工。根据法律的规定，单位在有合法证据证明员工严重违反用人单位的规章制度的情况下是可以单方解除劳动合同关系的。劳动争议仲裁委员会据此支持了单位的主张。

### 【案例 1-2】

谢某是一家大型中外合资企业一位流水线上的员工，因对年终奖数额问题和单位领导发生冲突。该员工在情绪失控下将流水线上的关键生产设备拆下并藏匿起来，致整条生产线停工一天，单位无法按时交货，不得不承担延迟交货的违约金 10 万元。企业当即决定解除与该名员工的劳动合同关系，员工不服，遂申请劳动仲裁，要求恢复劳动关系。仲裁过程中，单位提供了经员工签字认可的《员工手册》，该《员工手册》中的奖惩制度里面明确规定了“破坏生产设备”属于违纪行为，而且也同时明确规定了关于“严重”违反规章制度的标准，即对公司造成直接经济损失达到 3 万元及以上者为“严重”。最后，劳动争议仲裁委员会驳回了谢某的请求。

上述两个案例均以企业胜诉告终。企业胜诉的原因在于这两个企业的规章制度内容具体且合法。案例一中，企业对员工请假审批程序事先作出了详细的规定，员工张某请假 12 天没有按照规定的请假手续办理请假事宜，最后被认定为旷工，且该企业的规章制度也明确了连续旷工 10 天即属于严重违纪行为。案例二中，企业对于违纪行为的“严重”标准作出了界定，谢某破坏生产设备给企业造成的损失超过了企业预先规定的“严重”标准，属于严重违纪的行为。由此可见，企业规章制度不仅仅在管理过程中扮演着极其重要的角色，同时也是企业在劳动争议中制胜的法宝。科学合理的规章制度可以使企业在劳动争议处理中把握主动权，降低败诉的风险。

## 二、不完善的规章制度将成为劳动争议的诱因，企业败诉的主因

完善的规章制度可以帮助企业实现规范化管理。不完善的规章制度可能适得其反，不但达不到帮助企业规范管理的目的，反而为企业引发麻烦。

### 【案例 1-3】

小刘于 2005 年 7 月进入某公司工作，公司发放的《员工手册》规定：员工实行每周六天工作制，工作时间为上午 8:30~12:00，下午 13:00~17:30。2007 年 5 月合同到期后，小刘离开公司，同时要求公司支付工作两年期间的周六加班工资近 6 万元，公司认为自己仅仅在《员工手册》上规定了周六工作，事实上公司并非每周六都安排员工工作，且即使安排周六加班，加班工资都已在平时的工资中支付，不同意支付。协商不成，小刘提起劳动仲裁。案件经过仲裁、一审，庭审中，小刘提供了公司的《员工手册》作为公司安排自己每周六加班的证据，在公司没有提供有力证据支持自己主张的情况下，法院最终判决支持了小刘加班工资的诉讼请求。

该案企业败诉的教训无疑是深刻的。现实中，很多企业的规章制度有类似的情况。如有的企业在规章制度中规定，员工每天的工作时间是 10 小时，但其实每天工作没有那么久。如果有这样的规定，将来员工拿企业的规章制度去打官司，公司若提不出充分有效的证据加以反驳，败诉则是必然的。因此，企业在制定规章制度时，切记要规范和完善。

### 三、规章制度可成为企业解除中长期劳动合同的依据

在《劳动法》之下，企业在终结劳动关系方面用得最多的是劳动合同终止制度，企业可以选择短期劳动合同，即一年一签甚至一年签订多次劳动合同。当企业不想再继续使用劳动者时，只需等到劳动合同到期终止即可，不仅简便，而且也无风险。但是，《劳动合同法》为解决劳动合同短期化问题，大大放宽了无固定期限劳动合同的成立条件。如劳动者在该单位连续工作满十年，用人单位连续与劳动者签订两次固定期限劳动合同，用人单位自用工之日起超过一年不与劳动者签订书面劳动合同的，都将可能导致无固定期限劳动合同成立。

企业一旦与劳动者签订中长期劳动合同或者无固定期限劳动合同，那么终止制度将不再好使，企业提前与劳动者解除劳动合同将受到诸多限制。企业若想在受到诸多限制的情况下行使提前解除权，必须事先完善自身的规章制度，将法律赋予用人单位可以单方解除的“严重违纪”、“重大损害”、“不能胜任工作”等情形界定清楚，一旦劳动者达到企业规章制度事先规定的情形，用人单位便可以据此提前解除劳动合同。

## 第二节 《劳动合同法》对规章制度的影响

《劳动合同法》的主要内容是规范用人单位与劳动者之间如何签订、履行、变更、解除、终止劳动合同等事项。此外，这部法律对规章制度也有很多新的规定。

### 一、《劳动合同法》为规章制度的制定提供法律依据

《劳动合同法》第4条第一款规定，用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。此规定意味着建立、健全规章制度既是用人单位的权利，也是用人单位的义务。该规定为用人单位制定规章制度提供了法律依据，用人单位可以结合本单位的实际情况制定规章制度，以保障本单位生产经营活动的正常运行。用人单位制定的规章制度主要包括：劳动合同管理、工资管理、社会保险福利待遇、工时休假、职工奖惩等。

### 二、《劳动合同法》中规章制度的制定发生了改变

《劳动合同法》第4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。法律最后的用词是“平等协商确定”，由此可见，用人单位在制定规章制度时已不再是自己单方面的行为

了，而是需要与工会或职工代表平等协商确定。即规章制度的制定由用人单位的单方制定转变为用人单位与工会或职工代表的共同制定。

### 三、《劳动合同法》为企业制定规章制度提供更大的操作空间

《劳动合同法》第39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：

- (1) 在试用期间被证明不符合录用条件的；
- (2) 严重违反用人单位的规章制度的；
- (3) 严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；
- (4) 劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的……

《劳动合同法》第40条规定，有下列情形之一的，用人单位提前30日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者1个月工资后，可以解除劳动合同：

- (1) 劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；
- (2) 劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的……

从上述规定可知，法律规定的用人单位可以单方解除劳动合同的诸多情形缺乏具体操作的标准，如“录用条件”、“严重违反用人单位的规章制度”、“重大损害”的界定标准、“劳动者同时和其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响”、“不能胜任工作”的界定等等。

虽然《劳动合同法》对用人单位的用工给予了较多的规定和限制，但是也同时赋予了用人单位更广泛的权利细化空间，用人单位可以通过规章制度加以细化与完善，使之变得具有可实用性。

### 四、《劳动合同法》对规章制度制定程序的要求

《劳动合同法》第4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。《劳动合同法》第4条第四款规定，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。

上述规定要求用人单位在制定规章制度过程中要遵循平等协商程序或民主程序、公示或告知程序。如果用人单位不遵守上述程序，单方制定规章制度，或者制定后不履行告知义务，那么单位的规章制度将不能作为处理劳动争议案件的依据，这样的规章制度将因违法而无效。

## 五、《劳动合同法》对规章制度的实施、修改规定

《劳动合同法》第4条第三款规定，在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。

《劳动合同法》第74条规定，县级以上地方人民政府劳动行政部门依法对下列实施劳动合同制度的情况进行监督检查：用人单位制定直接涉及劳动者切身利益的规章制度及其执行的情况……

上述规定是对用人单位规章制度实施监督的规定，其中一部分规定可以称为“内部监督”，即工会或职工有权监督用人单位规章制度的实施，在实施过程中发现规章制度的内容有不合理、不适当的，可以要求用人单位修改完善。另一部分规定可以称为“外部监督”，即劳动行政部门可以对用人单位的规章制度及其执行情况进行监督，就是在发现用人单位有不合法的，可以责令其改正。

## 六、《劳动合同法》的处罚力度

《劳动合同法》第38条规定，用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同……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……

《劳动合同法》第46条规定，有下列情形之一的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿：劳动者依照本法第38条规定解除劳动合同的……

《劳动合同法》第80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。

与之前的法律相比较，《劳动合同法》加大了对用人单位违法规章制度的处罚力度，如用人单位有过错劳动者不仅可以随时解除，还可以要求用人单位还须支付经济补偿金。此外，第80条规定了规章制度若违法，用人单位有可能承担的行政责任与民事责任。

## 第三节 企业规章制度不足的风险、成因及防范

### 一、企业规章制度不足的风险分析

《劳动合同法》赋予了企业有制定内部规章制度的权利，但如果企业不依据法律规定的内容和程序制定内部规章制度，就会丧失法律效力，存在法律风险，企业也将因此承担不利的法律后果。主要法律风险体现如下：

### （一）无效的规章制度不能作为处理劳动争议案件的依据

根据 2001 年最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第 19 条的规定，用人单位的规章制度，只有通过民主程序制定，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，才可以作为裁判机关审理劳动争议案件的依据。否则，用人单位的规章制度将因无效而不予适用。

### （二）企业可能因违法的规章制度承担民事赔偿责任

根据《劳动合同法》第 80 条的规定，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，给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

### （三）企业可能因违法的规章制度承担行政责任

根据《劳动合同法》第 80 条的规定，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。

### （四）劳动者可以随时解除劳动合同并获得经济补偿金

根据《劳动合同法》第 38 条和第 46 条的规定，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，劳动者可以随时通知用人单位解除劳动合同，并有权要求用人单位支付经济补偿金。

### （五）企业失去抵御劳动争议风险强有力的工具

企业制定规章制度的主要目的是维护企业日常管理及生产正常秩序。由于劳动争议的复杂多样，仅靠劳动合同是不够的，企业更需借助规章制度才能解决。如果制定的规章制度无效，企业在面临劳动争议时将失去强有力的抵御工具，从而遭受不必要的损失。

## 二、企业规章制度存在风险的主要原因

某些企业规章制度看似详尽，但如果在内容与法相悖，程序上不合规定，则是存在法律风险的主要原因有：

### （一）内容不合法

一些单位制定的内部规章制度不同程度存在着违法内容，有的在工时、休假、加班等方面违反国家规定的基本标准；有的规定员工在劳动合同期间不能结婚生育，上下班要搜身检查，严重侵犯了公民的基本权利；有的规定员工入职要交保证金；有的随意延长员工工作时间而不发加班工资等，这些规章制度都将因违法而无效。

企业规章制度内容还应当合情合理。对于法律允许用人单位在规章制度中细化和完善的内容，如何谓“严重违纪”、“重大损害”、“严重失职”，等等，企业应结合本单位