



劳动用工

法律疑难与风险控制

LAODONG YONGGONG
FALV YINAN
YU
FENGXIAN KONGZHI

甄灵宇 王建波 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

劳动用工

法律疑难与风险控制

甄灵宇 王建波 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

劳动用工法律疑难与风险控制 / 王建波, 甄灵宇著.
—北京: 法律出版社, 2010. 9
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1118 - 9

I. ①劳… II. ①王…②甄… III. ①劳动法—基本
知识—中国 IV. ①D922.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 161925 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/彭 雨

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/10.25 字数/245 千

版本/2010年10月第1版

印次/2010年10月第1次印刷

印数/1-4000册

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1118 - 9 定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

《劳动合同法》刚实施时,我的很多 HR 朋友们或多或少都感受到了一些压力。

其中一位有段时间天天跑仲裁,“不是正在开庭,就是正在准备”,在一系列规模、人数不等的劳动纠纷中坐上了被告席。他们单位没有及时和劳动者签订合同,又碰上停产,解聘了很多员工,结果不慎搞得烽火连天。作为诉讼代理人,他的战绩很不理想,清一色败诉。很苦很郁闷。

还有一位,隔三差五接到老板“叫他走人”的指令,又深知随便“叫他走人”的法律后果,夹缝之下,歪招迭出:指使亲信寻隙挑衅跟“解雇目标”打架,然后一真一假双双开除;签订合同后文本全部收回,发生纠纷时将内页换掉……员工管理变成阶级斗争,劳资关系很不和谐。很烦很疲惫!

烦恼不是一两家——作为 HR,大家都抱怨劳动合同法对劳动者保护过于倾斜。

现在,劳动合同法已经实施已经 3 年,最高人民法院司法解释稿也已面世,在一系列的错误、烦恼、疑惑之后,可以对劳动合同法及我们的用工操作做一个

彻底的认识、反思、修正了。

劳动合同法确实创建了很多惩罚规则,如双倍工资(用工不及时签劳动合同、满足条件不签无固定期限合同、试用期违法)、双倍经济补偿(违法解除、终止)、员工解除劳动合同时的经济补偿等,让一些 HR 觉得现在劳动用工像踩着气球跳舞,一不小心就出事,动则得咎。

其实 HR 的种种烦恼,根源在于自己没有及时调整适应。现在反观劳动合同法,她只是一个规则,规则是一种约束,也是一种途径;规则可以遵守,也可以利用。如果能对劳动合同法做出妥当的因应,用工管理完全可以成为一个得心应手的、愉悦、和谐的过程。

本书就是在笔者多年来劳动纠纷处理、用工风险诊断、咨询、培训的基础上,为了帮助 HR 彻底适应劳动合同法、找到愉悦和谐的用工管理而作。

为了能更有效地帮助 HR 人员,本书力图做到以下几点:

(1)只写 HR 最关切的问题。在对 HR 的培训和交流过程中,我知道了哪些问题是 HR 最关切、最头疼、最易误解的问题,本书不想面面俱到,只想攻其要点。

(2)务求解决实际问题。本书无意普法,不想告诉大家法律的规定“是什么”,只想告诉大家“怎么做”。把法律的规定,结合诉讼经验、管理需要、操作可行性的考量,转化为用工管理实务中的方法、技巧和流程。

(3)观点务求有依有据。文中结论性内容都用括号和异体字将相应法律依据标出;没有法律依据的将有代表性的案例附后,所有案例都是真实的判例,并都标明案例出处。

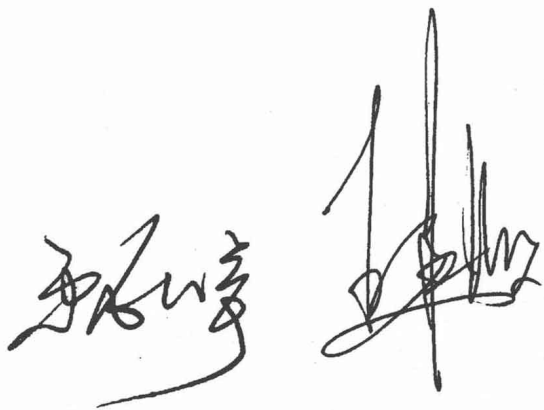
(4)不回避疑难问题。很多法无明文规定、实务中困扰 HR 的悬疑问题,都经过考察立法报告、真实判例、各地地方法规或各地高级人民法院司法意见而得出倾向性意见,供读者参考。

(5)注重信息的更新。本书撰写中收集了各地最新司法意见

或判例,力求将劳动合同法实施以来最新的司法动态搜集呈现。

(6)力求实用。为方便阅读、记忆,本书中大多数问题都在结尾总结为“一句话提示”;合同、通知等文书样本都可以在作者网站 www.vw8wv.com 上下载电子文本,文中标有下载地址。

鉴于作者水平有限,加上时间仓促,疏漏之处在所难免,欢迎读者批评指正,并经常交流。

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, interconnected strokes.

2010年10月

目 录

专题一 招聘员工技巧及风险控制	001
1.1 招聘广告如何发挥辞退员工的作用	001
1.2 招聘广告隐含什么风险,如何规避	002
1.3 录用通知书(offer letter)注意事项	004
• 真实案例链接 发出聘用通知书后拒绝录用 单位被判赔偿	006
1.4 入职登记表的设计技巧	007
1.5 聘用尚未与原单位结束关系的员工有什么风险	009
专题二 合同签署问题及应对	010
2.1 什么时间为签订劳动合同的最佳时间	010
2.2 员工拒签合同如何处理	011
2.3 单位因差错未及时签订合同如何处理	013
• 专题链接 劳动合同催签通知书样本	013
2.4 合同保管不善有何风险,如何规避	014
• 真实案例链接 人事专员盗取合同 要求公 司双倍付薪	015

专题三 合同条款设置技巧	017
3.1 新旧法关于劳动合同必备条款的对比分析	017
3.2 未载明必备条款的需承担什么法律责任	019
3.3 合同中应当约定一些什么条款更有利于保护用人单位的利益	020
• 专题链接 对单位有利的劳动合同补充条款样本	025
3.4 如何设置薪酬条款,以利于企业灵活地调整工资	027
• 专题链接 薪资条款样本	028
3.5 劳动合同中约定“单位有权根据生产经营变化调整员工工作岗位,劳动者必须服从”是否有效	028
3.6 如何设置合同期限以避免到期后因疏忽耽误续签或终止	029
专题四 试用期问题及风险控制	030
4.1 试用期与见习期、学徒期的区别	030
4.2 违反试用期限的法定限制有何后果,已违反的如何处理	031
4.3 单位只签试用期合同的,有什么后果	033
4.4 试用期内用人单位是否需缴纳社会保险费,不缴的有何后果	033
4.5 试用期内劳动者辞职是否需赔偿用人单位的培训费用	034
4.6 试用期内劳动者辞职是否需赔偿用人单位的招录费用	034
4.7 试用期内发现员工患精神病可否解聘	035
4.8 试用期内用人单位解除劳动合同的程序	035
4.9 试用期满后,单位是否还能以不符合录用条件	

	为由辞退	036
4.10	劳动者试用期不合格能否延长试用	037
	● 真实案例链接 司法实践中如何把握“不符合录用条件”	037
专题五 无固定期限劳动合同问题、风险与应对		039
5.1	符合签订无固定期限合同条件的员工签订时要求增加薪酬或不愿续签,如何处理	039
5.2	连续订立两次固定期限合同的次数从何起算	041
5.3	连续订立两次固定期限合同后,是否必须订立无固定期限合同	041
5.4	连续订立两次固定期限合同后如何变通,以合法避免签订无固定期限合同	042
5.5	员工取得订立无固定期限合同的条件后,双方又订立了固定期限劳动合同,该合同到期后,还能否要求单位签订无固定期限合同	044
专题六 规章制度制定技巧		046
6.1	规章制度在用工管理中可以起到什么重要作用	046
6.2	规章制度作为解雇依据的必要性和可行性	049
6.3	如何设计规章制度以便辞退不符合录用条件的员工	050
	● 真实案例链接 主观考核可以作为不符合录用条件的依据	052
6.4	如何设计规章制度以便辞退严重违纪的员工	054
	● 真实案例链接 抽支烟也算严重违纪吗	057
6.5	如何设计规章制度以便辞退失职员工	057
6.6	如何设计规章制度以便辞退不能胜任工作的员工	058
6.7	规章制度未经民主程序制定效力如何	060

6.8	规章制度民主程序的选择技巧和制定程序	061
6.9	规章制度如何公示更符合仲裁或诉讼的举证要求	062
6.10	规章制度制定、修改是“共议”还是“共决”	063
6.11	合理性是不是规章制度有效的前提	066
	● 真实案例链接 违反“吵架”禁令遭解雇 公司依法支付赔偿金	067
6.12	劳动合同法实施后,以前制定的规章制度是否有效,是否需要进行“民主程序的回锅”	068
	● 专题链接 关于老规章制度的效力问题	070
专题七 劳动合同履行、变更的问题与应对		071
7.1	单位如何合法调整员工薪资	071
7.2	降薪有哪些不当做法,有什么后果	074
7.3	企业能否对员工进行罚款	075
7.4	用工管理中如何进行合法惩戒	077
7.5	合同期内如何合法调整员工岗位	078
7.6	劳动者不能胜任工作,用人单位调整其工作岗位是否需签订变更协议	081
7.7	末位是否可以淘汰,如何合法有效地操作末位淘汰制	082
	● 专题链接 劳动和社会保障部:“末位淘汰制”没有法律依据	083
7.8	经济萧条时期让劳动者放假、轮岗、降薪是否合法,如何规避风险	084
	● 专题链接 政府部门关于轮岗轮休、协商薪酬的指导意见	087
7.9	单位收到法院的支付令应当如何应对	087
专题八 工资支付问题、风险与应对		090
8.1	用人单位向劳动者支付工资应当遵守什么规定	090

- 8.2 未经单位安排,劳动者自行加班的,是否需支付加班工资,“泡加班”风险如何控制 091
- 真实案例链接 未经批准加班 仲裁裁决不必付加班费 092
- 8.3 劳动者主张加班费是否有时效限制 093
- 8.4 员工加班的,能否安排补休而不付加班费,员工可否拒绝补休而要求加班费 094
- 8.5 离职后提成、奖金支付纠纷多发的原因 095
- 8.6 劳动合同未约定离职后业务提成的支付问题,事后也未达成协议,离职后提成如何处理 095
- 8.7 双方约定离职后提成不再支付或减半支付是否有效 097
- 8.8 合同约定了提成支付办法而未明确离职后的支付问题,规章制度规定离职后不付提成,该规定是否有效 098
- 8.9 员工年底前离职,是否有权要求按比例支付年终奖 099
- 8.10 员工在年底后、年终奖发放前离职,是否有权要求支付年终奖 100
- 专题九 竞业限制协议问题和签订技巧 102**
- 9.1 什么情况下应当签订竞业限制协议 102
- 9.2 竞业限制协议应当具备什么内容 103
- 9.3 竞业限制的经济补偿数额如何确定,何为合理标准 105
- 9.4 竞业限制违约金标准如何约定,违约金外是否可以要求赔偿 107
- 真实案例链接 违反竞业限制 员工赔偿10万元 108
- 9.5 用人单位没有按约定支付经济补偿的,竞业限制约定是否还有效,员工是否有权要求支付补偿 110

专题十 商业秘密问题和协议签订技巧	112
10.1 什么是商业秘密,是否属于商业秘密由谁来认定	112
10.2 未签订保密协议是否不能追究侵犯商业秘密的责任	114
10.3 签订保密协议有什么用处	115
10.4 签订保密协议后企业是否有义务支付保密工资	115
10.5 制定保密协议应当注意什么问题	116
10.6 保密协议与竞业限制协议有何区别,如何合理选择使用	118
10.7 以侵害商业秘密提出诉请的,应当提供哪些证据	119
• 真实案例链接 跳槽带走公司商业秘密 法院判赔 40 万元	119
专题十一 劳动合同解除技巧、风险及应对	121
11.1 劳动者可以解除劳动合同的情形有哪些,哪些情形中单位需要支付经济补偿金	121
11.2 如何规避员工解除劳动合同时支付经济补偿金的风险	122
11.3 员工离职不提前通知、不办理交接怎么办	126
11.4 单位可以解除劳动合同的情形有哪些,哪些需要支付经济补偿	128
11.5 怎样合法地辞退单位不满意的员工	129
11.6 试用期内如何成功地辞退员工,录用条件的制定要求是什么	131
11.7 如何成功辞退不能胜任工作的员工,工作任务指标如何设置	134
11.8 如何成功辞退严重违纪的员工	138

11.9	如何成功辞退严重失职、营私舞弊的员工	141
11.10	如何辞退建立双重劳动关系的员工	144
●	真实案例链接 隐瞒双重关系招解雇	145
11.11	客观情况发生重大变化时如何辞退员工	146
11.12	如何辞退医疗期满不能从事原工作的员工	147
●	真实案例链接 支付医疗补助金的条件是什么	149
11.13	员工原因造成合同无效的如何辞退	150
●	真实案例链接 滥用欺诈原因解雇员工被驳回	151
11.14	如何辞退被依法追究刑事责任的员工	152
11.15	辞退员工应当如何保留证据	153
11.16	如何有效增强证据效力	156
●	真实案例链接 电子邮件能当证据吗	159
11.17	辞退“三期”女职工要注意什么问题	160
11.18	辞退工伤职工要注意什么问题	162
11.19	辞退医疗期内职工要注意什么问题	164
11.20	什么条件下可以退回劳务派遣人员	164
11.21	单位解除劳动合同是否一定要出具书面通知	166
11.22	解除劳动合同的通知书是否需要签收,不签收怎么办	168
11.23	解除合同通知书的内容须注意什么问题	169
11.24	单位解除合同是否都要支付“代通金”	171
11.25	“代通金”的计算标准到底如何	171
11.26	以不能胜任工作为由辞退员工,仲裁被判违法,已支付的“代通金”如何处理	172
专题十二 经济性裁员相关问题		174
12.1	裁员的条件是什么	174
12.2	裁员条件中的“生产经营严重困难”如何界定	175
12.3	裁员条件中的“企业转产”等如何界定	176

12.4	裁员条件中的“客观经济情况变化”如何理解	177
12.5	裁员是否有人数的限制	178
12.6	裁员程序有何要求	179
12.7	裁员方案只须报告政府还是需要政府审批	180
12.8	裁员怎么支付经济补偿	181
12.9	裁员有什么限制	182
12.10	裁员有什么风险	183
专题十三 劳动合同终止环节的风险与应对		185
13.1	劳动合同终止情形有哪些,什么情形下用人单位需支付经济补偿,什么情形下无须支付	185
13.2	劳动合同期满终止,经济补偿年限从劳动者入职之日起计算还是从2008年1月1日起计算	186
13.3	用人单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的而终止合同的,经济补偿年限如何起算	187
13.4	终止以完成一定工作任务为期限的劳动合同,用人单位是否需支付经济补偿金	188
13.5	劳动者在担任工会主席、副主席、委员任职期间劳动合同到期是否可以终止	188
13.6	终止合同是否需要发出书面通知	190
专题十四 经济补偿金问题、风险及应对		191
14.1	用人单位需向劳动者支付经济补偿金的22种情形	191
14.2	经济补偿金计算基数如何确定	193
14.3	经济补偿金年限最高不超过12年的适用范围	195
14.4	经济补偿金是否需缴纳个人所得税	196
14.5	未支付经济补偿是否就要支付赔偿金	197

14.6	经济补偿金协议低于法定标准是否有效,风险如何规避	198
●	真实案例链接 协议经济补偿低于法定标准 仲裁认定无效	199
●	真实案例链接 命运一波三折的工伤协议	201
14.7	单位承担赔偿责任的规定有哪些,如何避免赔偿	203
专题十五 违约金问题及新法下留人机制的改造		207
15.1	什么情形下才能与劳动者约定违约金	207
15.2	什么情形下可约定服务期,劳动者违反服务 期约定如何承担违约金	208
15.3	服务期限长于劳动合同期限,劳动合同到期 后员工离职的,是否需承担违约责任	209
15.4	服务期限长于劳动合同期限,劳动合同到期 后,单位是否可以终止	210
15.5	服务期内单位或劳动者因对方过错而解除合 同,违约金如何处理	210
15.6	服务期如何签订才能更好地保障单位利益	211
15.7	违约金被限制使用,劳动者离职更自由,如何 设计新的留人机制	212
专题十六 劳务派遣相关问题、风险及应对		215
16.1	用工单位对派遣劳动者应当承担什么责任, 违反时有什么后果	215
16.2	退回被派遣员工的方式有哪些	217
16.3	用工单位与派遣单位约定可将员工随时退 回,是否有效	220
16.4	用工单位的规章制度对被派遣劳动者是否有效	221
16.5	劳务派遣应当在什么工作岗位上实施	222

16.6	劳动合同法下选择劳务派遣有什么好处	223
16.7	用工单位如何防范劳务派遣中的风险	226
专题十七 非全日制用工相关问题		229
17.1	什么情况下可以使用非全日制劳动者	229
17.2	使用非全日制用工有什么好处	230
17.3	非全日制用工应当注意的几个问题	231
专题十八 劳资纠纷谈判说服技巧		232
18.1	劳资纠纷谈判的重要性	232
18.2	劳资纠纷谈判前应当做哪些准备	233
18.3	为什么谈判前要选择替代方案	234
18.4	谈判中为什么要树立中间人立场,怎样树立	235
18.5	谈判中为什么要帮对手树立积极形象	236
18.6	谈判中如何开发我们的筹码	237
18.7	谈判中为什么要控制节奏,如何控制	238
18.8	谈判中如何想办法改变对方	239
专题十九 单位如何减少劳资纠纷败诉风险		240
19.1	劳资纠纷中单位败诉的原因有哪几种	240
19.2	如何完善证据以降低单位败诉风险	242
19.2.1	建立劳动关系时应保留什么证据	243
19.2.2	解除劳动关系时应保留什么证据	245
•	真实案例链接 离职申请表述不清 单位被判支付经济补偿	246
19.2.3	终止劳动关系时应保留什么证据	249
19.2.4	建立规范时应保留什么证据	250
19.2.5	进行对员工不利的操作时应保留什么证据	252

19.3 什么样的违法行为应当杜绝或变通以降低单位败诉风险	253
19.3.1 哪些违法行为将给单位带来重大风险必须杜绝	254
● 真实案例链接 单位因故未办退工 法院判其赔偿损失	259
19.3.2 如何将非法操作变通为合法操作	261
19.4 如何进行合理化操作以降低单位败诉风险	262
19.4.1 为什么有些用工操作是否合法存在不确定性	263
19.4.2 法无明文规定的事项如何合理操作才能降低败诉风险	264
● 真实案例链接 上班时间浏览色情网页 无规章制度也可解除合同	265
● 专题链接 上海高级人民法院的意见中提到诚信原则的内容	267
专题二十 劳动纠纷中单位举证的问题和对策	270
20.1 劳动争议中证据为什么无比重要	270
20.2 规章制度的证明上要注意什么问题	271
20.3 履行入职告知义务如何举证	274
20.4 订立劳动合同如何举证	275
20.5 如何证明试用期间不符合录用条件	276
20.6 过失性辞退如何举证	277
20.7 向员工发送通知时的注意事项	278
20.8 什么样的证据更有效力	279
20.9 电子邮件的证明问题和应对办法	279
● 真实案例链接 员工邮箱群发投诉信 单位除名举证不力败诉	281