

3



盈科律师丛书

YingKe Lawyers Series

总主编：梅向荣

FRONTIERS OF PRACTICAL GUIDE AND RISK PREVENTION FOR
ENTERPRISE LABOR EMPLOYMENT

企业劳动用工 实务前沿与风险防范

王贝贝 王 霆 王 强 / 著



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

3



盈科律师丛书

YingKe Lawyers Series

总主编：梅向荣

FRONTIERS OF PRACTICAL GUIDE AND RISK PREVENTION FOR
ENTERPRISE LABOR EMPLOYMENT

企业劳动用工 实务前沿与风险防范



法律出版社

www.lawpress.com.cn



法律门
Access To

www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

企业劳动用工实务前沿与风险防范 / 王贝贝, 王霆,
王强著. —北京: 法律出版社, 2011
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1708 - 2

I. ①企… II. ①王… ②王… ③王… III. ①企业管
理: 人事管理—中国 ②劳动合同—合同法—基本知识—中
国 IV. ①F279.23 ②D922.524

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 004846 号

企业劳动用工实务前沿与风险防范
王贝贝 王霆 王强 著

编辑统筹 大众法律读物出版社
策划编辑 韦钦平
责任编辑 韦钦平 林喆
编辑助理 刘晓蕊
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 永恒印刷有限公司
责任印制 沙磊

开本 787×960 毫米 1/16
印张 26.75
字数 419千
版本 2011年3月第1版
印次 2011年3月第1次印刷

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 - 1708 - 2

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

北京市盈科律师事务所成立于2001年,秉承“诚信、卓越、合作、责任”的法律服务理念,坚持规模化、专业化、品牌化和国际化的发展方向,先后获得“法律服务先进集体”、“司法行政系统先进集体”等荣誉称号。

在盈科的发展过程中,盈科律师迎来了中共中央政治局常委、国务院总理温家宝同志的亲切接见,接受了中共中央政治局常委、中央政法委书记周永康同志的视察,也得到了中华人民共和国司法部吴爱英部长对盈科律师事务所“以党建带所建”工作的充分肯定。

截至2010年4月底,盈科律师事务所北京总部现有执业律师350余人、实习律师78人、员工总人数612人。其中硕士125人、博士18人、留学归国人员21人、外籍在所工作人员5人、各领域专家顾问40余人,办公面积近8000平方米。盈科律师事务所北京总部已成为中国规模最大的单一法律服务机构。

为了给客户提供更贴近的法律服务,完善盈科律师事务所的法律服务网络体系,盈科律师事务所计划在3年内,完成全国各省会城市和计划单列市分所的建设任务。各地分所均由总所直接投资、直接管理。现已建成上海、广州、天津、南京、沈阳、石家庄、呼和浩特七家分所,2010年正在筹建深圳、成都、苏州、青岛、武汉、长沙、昆明、厦门、鄂尔多斯等9家分所,2010年年底总所及分所律师执业人数将达到1000人,2013年年底律师执业总人数将接近3000人。届时,盈科律师事务所规模将进入亚洲第一、全球前十位。在未来的五年内,盈科律师事务所将继续引进国际化人才,拓展国际业务,完成在香港、欧洲、北美、日本、加拿大等地区 and 国家的分所建设工作,形成盈科所遍布全球的法律服务网络体系。

盈科律师事务所汇集了一大批优秀的律师人才。广博的专业知识、精湛的专业技能、丰富的实践经验和勤勉尽职的职业道德铸造了盈科所独具特色的律

师团队。盈科律师事务所的律师团队来自国内外知名大学和研究机构的各类专业律师精英和法律专家,大多数律师取得了中、美、英、法、德、日、韩等国的法学博士和硕士学位,半数以上的执业律师具有理工、医学、计算机、国际贸易、金融投资等专业背景。多数律师还具有在企业、行业协会、大学、司法机关或外国律师事务所的工作经历。盈科所还聘请了一批在国内外法学理论及实务领域享有盛誉和崇高威望的一流法律专家担任顾问。

在不同领域均能为客户提供满意的法律服务是盈科律师事务所的不懈追求。盈科所参照国际模式,结合中国经验,制定了具有国际职业水准的法律服务标准和具有良好质量控制的实务操作规范。业务领域涵盖公司并购与重组、证券与资本市场、外商直接投资、境外投资与反向收购、金融证券和银行、知识产权、房地产、基础设施建设、项目融资、政府采购与招投标、信息产业、资讯与媒体服务、文化、体育、劳动和社会保障、矿产和自然资源、国际贸易、海商与海事、诉讼与仲裁等多个法律部门和服务领域。在传统和新兴的法律业务领域,盈科所均已处于法律服务的前沿。

我们深知,专业化的律师队伍是律师事务所为客户提供专业服务的基本保证。为此,盈科律师事务所大力推进律师事务所的专业化建设,启动了以“部门主任负责制”为特征的专业化建设工作。盈科律师事务所涌现了一批在不同专业领域的大律师、名律师。我们把盈科律师在不同专业领域的研究和工作成果编辑成册,汇集成《盈科律师丛书》。我们希望《盈科律师丛书》的出版一方面能为本所律师的专业化服务提供统一的标准,另一方面也能为企业、法律界的同行交流使用。

由于《盈科律师丛书》的编辑时间比较仓促,不足之处还请大家多多指正。

北京盈科律师事务所管委会主任 梅向荣

2010年5月4日

前 言

构建和谐劳动关系是实现我国社会经济包容性增长的重要目标之一,伴随《就业促进法》、《劳动合同法》和《劳动争议调解仲裁法》于2008年1月1日和5月1日的相继施行,我国社会主义劳动关系在立法层面上有了新的发展,劳动者运用法律维护自身权益的意识越来越强,企业人力资源管理也进入了法制化的新阶段。为协调用人单位和劳动者双方的劳动关系针对当前劳动争议案件审理过程中的新问题、新特点,最高人民法院于2010年9月又出台了《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》,对于劳动争议案件的受理范围、诉讼主体、举证责任、认定标准等方面做出了明确的司法解释,以进一步促进企业和员工和谐劳动关系的形成。

人力资源是企业发展中的首要战略资源,“以人为本”的理念已经成为企业人力资源管理工作的基本出发点,企业组织目标和员工个人利益从来不应该是对立的——恰恰相反,新型员工关系强调通过有效的激励和约束机制,使企业和员工形成责任共同体、利益共同体,甚至是命运共同体,这样的组织才有可能实现持续发展和永续经营。对于企业领导和人力资源管理专业人士而言,在制定和实施企业人才发展战略的过程中,既要掌控激烈的人才市场竞争环境以吸引和保留优秀员工,同时也要充分学习了解劳动用工相关法律法规,从保护企业和员工双方利益的角度合理防范劳动法律风险。企业对劳动法律的学习和应用,重点在于加强管理过程中的法律意识和风险防范,促进企业不断完善人力资源管理制度,以尽可能避免或减少劳动纠纷和争议。在健全的劳动法律契约基础上才有可能形成企业和员工双方良好的心理契约,实现真正意义上的和谐劳动关系。

本书从劳动法律的视野对企业人力资源管理体系进行了重构,对于企业在

劳动用工实务方面的常见问题进行了系统梳理,对于劳动法律在实际应用中的焦点、热点问题进行了深入剖析。本书涵盖了企业在招聘入职、劳动合同签订、试用期管理、岗位调整、绩效管理、薪酬发放等人力资源管理全流程中的法律风险及应对策略,通过专题形式对企业劳动关系中的重点问题加以阐述,并运用大量的实务案例和详细的制度范本,为广大企业领导和人力资源管理从业人员提供全面了解劳动用工实务的工作手册,能够有效地帮助企业合理运用法律法规处理各类劳动争议事件。

我们在长期从事企业人力资源管理和劳动关系法律实务咨询的过程中,深刻认识到具备法律风险意识和掌握法律应用技能对于企业管理的重要性,“精商明法”是新时代企业领导和职业经理应当具备的基本特质。目前,我们在北京市盈科律师事务所和中国政法大学人力资源开发与管理研究中心的平台上,充分发挥研究和实务相结合的优势,从管理和法律双重视角开发企业人力资源管理系统解决方案。本书是在人力资源管理领域“法商管理”相结合的一种尝试,希望能够为广大企业管理者提供有益的帮助,从规避劳动法律风险的角度加强企业管理制度建设。本书在编写过程参考了大量有价值的文献资料,在标注过程中难免有所遗漏,在此加以说明并表示歉意。我们也希望读者能够对本书提出宝贵的意见和建议,共同推动我国和谐劳动关系的形成与发展。

最后,衷心地期望本书能够对需要了解人力资源管理实务操作的人有实质性的帮助。重大疑难案件可发送邮件至 wangbeibei@yingkelawyer.com 进行讨论。

作者
2011年1月

目录 / CATALOGUE

总则 人力资源与劳动法	1
第一节 什么是劳动法	1
一、《劳动法》和《劳动合同法》的立法目的	1
二、《劳动法》与《劳动合同法》的关系	2
第二节 企业人力资源管理及其主要内容	8
第三节 人力资源管理与劳动法的必然联系	10
第四节 规章制度在劳动争议案件中的重要地位	11
第一章 企业规章制度撰写技巧	13
第一节 规章制度的撰写	13
一、人力资源、劳动用工管理制度、员工手册的必备内容	13
二、员工手册的运用诀窍	16
第二节 新旧法对规章制度的规定的对比分析	17
第三节 制定、修改规章制度时存在的风险及常见误区	18
一、制定规章制度的必要程序	18
二、如何预防规章制度违反法律法规的规定所带来的风险	20
【案例】王某与某公司解除劳动合同纠纷案	22
第四节 规章制度的公示	24
一、一般情况下,规章制度的公示技巧与方法	24
二、无纸化、网络化办公环境下应如何有效公示或告知劳动者	25
三、如何公示更符合仲裁或诉讼的举证要求	26
第五节 规章制度能否规定对员工进行经济处罚	27
第六节 非国有用人单位如何组建“职工代表大会”	28

第二章 招聘入职时的注意事项	32
第一节 用人单位在招聘时应履行的告知义务	32
一、告知义务的新规定	32
二、如何避免告知瑕疵	32
第二节 入职把关	34
一、《求职登记表》的设计技巧及其重要性	34
二、《录用通知书》的书写	38
三、劳动者无法提交《离职证明》时的应对	39
四、双重劳动关系给用人单位带来的风险与应对	39
第三节 “应聘欺诈”	41
一、“应聘欺诈”的情形	41
二、如何预防“应聘欺诈”	42
三、如何应对“应聘欺诈”	42
第三章 劳动合同订立、变更技巧	43
第一节 劳动合同	43
一、签订劳动合同的最佳时间	43
二、签订劳动合同时应注意哪些方面	44
三、用人单位自行拟定劳动合同文本是否有效,是否需经劳动部门 备案	45
四、劳动合同期限和试用期限如何约定	46
五、劳动者借故拖延或拒绝签订劳动合同的,用人单位如何应对	47
六、劳动合同期满后仍继续留用劳动者,但未续订书面劳动合同 的,是否需支付两倍工资	48
七、用工前订立劳动合同的,在尚未用工期间,用人单位解除劳动 合同,是否需支付经济补偿	49
八、不签订劳动合同是否等于无须缴纳社会保险	49
第二节 有关劳动合同的常见问题	49
一、劳动关系和劳务关系	49
二、用人单位收购其他组织时,如何与被接收的员工签订、变更合同	51
三、在校学生与用人单位是否需要建立劳动关系	51

四、员工达到法定退休年龄而继续聘用的,应续签何种合同或协议	52
五、超龄人员与用人单位之间的争议是否为劳动争议	53
六、聘用协议要明确约定权利义务	54
七、该如何约定工作岗位/工作内容,以化解违约侵权带来的法律风险	54
八、《劳动合同变更协议书》的设计	56
第四章 无固定期限劳动合同	58
第一节 无固定期限劳动合同订立条件的显著变化对用工管理的深远影响	58
第二节 无固定期限劳动合同	61
一、无固定期限劳动合同是不是铁饭碗、终身制,会不会导致隐性成本的增加	61
二、关于视为无固定期限劳动合同	62
三、用人单位有权选择不订立无固定期限劳动合同的一个情形	62
【案例】王某与某重型机械有限公司解除劳动合同纠纷案	63
第三节 无固定期限劳动合同的常见问题	64
一、无固定期限劳动合同非不能解除和变更	64
二、合同期满劳动者由于医疗期、孕期、产期、哺乳期等原因续签劳动合同导致劳动者在该用人单位连续工作满十年,劳动者提出订立无固定期限劳动合同的,用人单位是否必须订立无固定期限劳动合同	67
第四节 《劳动合同法》中无固定期限劳动合同的新变化	68
一、有关无固定期限劳动合同订立条件规定之比较	68
二、有关无固定期限劳动合同解除条件规定之比较	69
三、对差异的分析	70
第五章 试用期相关法律问题及风险与应对	74
第一节 试用期	74
第二节 如何约定试用期	76
一、可否先试用后签合同	76
二、可否单独签订试用期协议	76
【案例一】李某与北京某公司经济补偿金纠纷案	77

【案例二】张某与某公司劳动合同纠纷案	78
第三节 试用期的延长该怎样操作才没有赔偿风险	79
【案例一】王某与某公司追索劳动报酬、经济补偿金纠纷案	80
【案例二】李某与北京某公司劳动合同纠纷案	81
第四节 用人单位能与劳动者约定几次试用期	82
【案例】张某与某公司劳动合同纠纷案	83
第五节 提前给劳动者转正,是否需要让劳动者确认	84
第六节 试用期间用人单位解除劳动合同的风险	85
第七节 不符合录用条件的范围包括哪些,如何取证证明	86
【案例】张某与某公司解除劳动合同纠纷案	87
第八节 如何依照“客观情况发生重大变化,无岗位安排”和“经济性裁员”解除劳动合同	87
一、经济性裁员解除劳动合同	87
二、因“客观情况发生重大变化”与员工解除劳动合同	92
第九节 《试用期辞退通知书》如何书写,以避免违法解除的赔偿金	93
第十节 试用期间的费用问题	94
一、试用期内是否需缴纳社会保险费	94
【案例】王某与某酒店解除劳动合同纠纷案	95
二、劳动者在试用期解除劳动合同是否需赔偿培训费	96
【案例一】朱某与某企业解除劳动合同纠纷案	98
【案例二】孙某与某企业解除劳动合同纠纷案	98
【案例三】李某与某企业劳动合同纠纷案	99
第六章 岗位调整、绩效管理体系的风险与应对	100
第一节 岗位调整	100
一、用人单位在何种情况下可对劳动者调岗调薪	100
【案例】杨某与上海某电子技术有限公司解除劳动合同纠纷案	103
二、企业单方调整岗位后,员工是否可以要求解除合同并索赔经济补偿,如何应对	105
三、用人单位变更后劳动合同是否继续有效	106
第二节 绩效引发的争议	107

一、绩效管理的概念	107
二、绩效管理的具体操作	107
三、绩效考核结果与员工工资	108
四、绩效考核与岗位调整	109
五、绩效考核与“末位淘汰制度”	110
【案例】金某与某企业解除劳动合同纠纷案	111
第七章 薪酬体系设计	114
第一节 法律上的“工资”	114
一、工资的内容和范围	114
二、延长工作时间的工资支付	117
三、医疗期、病假、工伤、休假等情形下的工资支付	120
第二节 企业薪酬体系	123
一、如何设计薪酬体系,以激励广大员工的积极性	123
二、“以岗定级、以级定薪、人岗匹配、易岗易薪”的理解和操作	124
三、以岗定薪的基础——岗位价值评估	125
四、固定工资与浮动工资的合理比例	129
五、关于“同工同酬”的理解和应用	129
六、新进员工薪资管理	131
第三节 常见问题和风险应对	133
一、年终奖如何支付才能避免法律风险	133
二、调整工作岗位后,是否可以调整薪资标准	133
三、企业单方调整薪酬,员工可以解除合同并要求经济补偿,企业该如何规避	134
四、值班算不算加班	135
五、女职工在“三八”妇女节照常工作,用人单位是否需支付加班工资	135
六、加班工资未列明或未交付工资单给劳动者,有何风险	136
第八章 劳动合同解除、终止环节的风险与应对	137
第一节 劳动合同的解除	137
一、协商解除	137
二、用人单位单方解除劳动合同	138

【案例】李某与北京某公司解除劳动合同纠纷案	140
三、劳动者单方解除劳动合同	146
【案例】金某与某公司劳动合同纠纷案	149
第二节 劳动合同终止	152
一、劳动合同终止的一般规定	152
二、劳动合同终止的补偿问题	152
三、劳动合同逾期终止	152
第九章 经济补偿金	155
第一节 用人单位需向劳动者支付经济补偿金的情形	155
【案例】汪某与上海某大酒店有限公司经济补偿金纠纷案	158
第二节 经济补偿金如何计算	159
一、工作年限的确定	159
二、工资的确定	161
【案例】白某与重庆某股份有限公司经济补偿金纠纷案	162
第三节 劳动者个人提出辞职,《劳动合同法》生效前后的经济补偿年限有何区别	164
第四节 《劳动合同法》环境下额外经济补偿金是否继续适用	166
第五节 劳动者可否同时向用人单位主张经济补偿金和赔偿金	167
第六节 经济补偿金是否需纳个人所得税	168
第十章 劳动合同中违约金的约定	170
第一节 可以约定违约金的法定情形	170
第二节 服务期	172
一、服务期与劳动合同期限	172
二、服务期协议	173
三、劳动合同期限与服务期限不一致时如何适用	174
四、劳动者违反服务期协议而无须支付违约金的情形	175
五、用人单位解除服务期协议,劳动者仍需支付违约金的情形	176
六、服务期未满,而劳动合同到期,用人单位终止劳动合同的,是否属于提前解除劳动合同	176
七、劳动者因严重过错被解雇,用人单位能否依据服务期约定要求	

劳动者支付违约金	177
【案例】张某与上海某餐厅有限公司培训费赔偿纠纷案	178
第三节 竞业限制	180
一、什么是竞业禁止约定	180
二、竞业禁止的法律特征与构成要件	181
【案例】李某与某公司支付违约金纠纷案	182
第十一章 违纪违规问题员工处理技巧	186
第一节 如何进行违纪员工的事实调查、证据固定	186
一、违纪行为的含义	186
二、违纪行为的事实调查和证据固定	186
第二节 员工违纪的处理方式有哪些	187
【案例】任某与某公司解除劳动合同纠纷案	189
第三节 违纪处理是否适用于试用期员工以及“三期”女职工	191
【案例】张某与某公司解除劳动合同纠纷案	193
第四节 立足企业规章制度,化解处理违纪员工的法律风险	194
【案例】白某与某企业解除劳动合同纠纷案	197
第五节 违纪处理与调职调薪	200
第六节 员工造成企业经济损失的赔偿责任	202
第七节 如何解雇严重违纪员工,举证责任如何分配	203
一、解雇依据	203
二、关于“严重违反”以及“重大损害”的标准问题	203
三、举证要求	203
四、收集证据的方法	204
第八节 如何制作有利于用人单位应诉的《解除劳动关系通知书》	204
【案例】金某与某运输公司劳动合同纠纷案	205
第九节 解除或者终止劳动关系通知的书面送达问题	207
第十二章 女职工“三期”劳动争议处理风险与应对	209
第一节 “三期”的含义	209
第二节 “三期”内工资如何支付	209
【案例】张某与某企业追索劳动报酬纠纷案	212

第三节 可否对“三期”内女职工调岗、调薪	213
【案例一】李某与某公司劳动合同纠纷案	215
【案例二】李某与某公司劳动合同纠纷案	215
第四节 用人单位能否辞退“三期”女职工	215
【案例一】于某与北京某公司解除劳动合同纠纷案	217
【案例二】周某某与上海某公司解除劳动合同纠纷案	218
第五节 “三期”内用人单位违法解除劳动合同的法律后果	221
【案例一】王某与北京某公司解除劳动合同纠纷案	222
【案例二】王某与北京某公司解除劳动合同纠纷案	222
第六节 “三期”内,用人单位终止到期劳动合同的有关问题	223
【案例】张某与北京某公司劳动合同纠纷案	224
第七节 未参加生育保险的,女职工检查费、接生费、手术费、住院费和药费用用人单位是否需承担	225
第八节 女职工未婚先孕、未婚生育争议如何处理	226
【案例】李某与深圳某公司解除劳动合同纠纷案	227
第九节 男职工的妻子违规生育,能否解雇男职工	228
第十节 男职工是否有看护假	228
第十一节 女职工在“三期”内,用人单位能否安排加班	229
附录一:用工管理规则制度	231
01. 入职申请表	231
02. 入职导向一览表	233
03. 劳动合同签收备案表	234
04. 新员工试用考核鉴定表	235
05. 员工提前转正审批表	237
06. 员工转正审批表	240
07. 员工手册表决通过文件	242
08. 加班申请单	243
09. 加班通知单	244
10. 加班确认单	245
11. 请(休)假单	246

12. 员工过失处罚单	246
13. 员工绩效考核表	247
14. 工作改进说明书	249
15. 变更劳动合同协议书	249
16. 变更劳动合同协议书签收单	250
17. 续订劳动合同意向通知书	250
18. 续订劳动合同意向通知书签收单	251
19. 续订劳动合同意向通知书回复函	251
20. 离职申请表	252
21. 员工离/辞职审批单	253
22. 劳动关系解除协议书	253
23. 解除/终止劳动合同证明书	255
24. 解除/终止劳动合同证明书签收单	255
25. 离职通知书	256
26. 员工离/辞职交接单	256
27. 保密协议	257
28. 绩效奖金通知	261
附录二:劳动相关法律法规	263
中华人民共和国劳动法	263
劳动部关于贯彻执行《中华人民共和国劳动法》若干问题的意见	275
违反《劳动法》有关劳动合同规定的赔偿办法	289
中华人民共和国劳动合同法	290
中华人民共和国劳动合同法实施条例	306
违反和解除劳动合同的经济补偿办法	311
实施《劳动法》中有关劳动合同问题的解答	313
关于职工探亲待遇的规定	314
国务院关于职工工作时间的规定	315
《国务院关于职工工作时间的规定》的实施办法	316
全国年节及纪念日放假办法	317
职工带薪年休假条例	318

企业职工带薪年休假实施办法	320
关于工资总额组成的规定	322
工资支付暂行规定	325
最低工资规定	327
劳动和社会保障部关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知	331
禁止使用童工规定	332
女职工劳动保护规定	334
女职工禁忌劳动范围的规定	336
未成年工特殊保护规定	337
中华人民共和国劳动争议调解仲裁法	341
中华人民共和国企业劳动争议处理条例	349
《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》若干问题解释	354
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	357
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)	361
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)	363
北京市劳动合同规定	366
北京市工资支付规定	374
关于印发《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要》的通知	380
上海市劳动合同条例	387
上海市企业工资支付办法	395
深圳经济特区劳动合同条例	399
深圳市员工工资支付条例	404