

人事管理宝典 风险防范指南



人力资源法务管理丛书
最权威的人力资源管理指南

最新企业人力资源 管理全书

*The HR manager
meet senior lawyer*

刘红宇 安瑞超 著

当HR经理 遇上资深律师



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

当HR经理 遇上资深律师

最新企业人力资源管理全书

The HR manager meet senior lawyer

刘红宇 安瑞超 著



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

当 HR 经理遇上资深律师:最新企业人力资源管理全书 /
刘红宇,安瑞超著. —北京:法律出版社,2014. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5289 - 2

I. ①当… II. ①刘… ②安… III. ①劳动法—基本
知识—中国 IV. ①D922. 505

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 196893 号

当 HR 经理遇上资深律师:
最新企业人力资源管理全书
刘红宇 安瑞超 著

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 薛 晗
责任编辑 薛 晗 慕雪丹
装帧设计 马 帅

© 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 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

责任印制 翟国磊

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 20.5

字数 330 千

版本 2014 年 1 月第 1 版

印次 2014 年 1 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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5289 - 2

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

第一章 劳动法律法规与公司规章制度

第一节 劳动法律法规	003
一、劳动法律法规与企业的人力资源管理	003
二、我国劳动法律法规体系	004
三、劳动法律法规的适用	006
第二节 企业规章制度的制定	008
一、企业规章制度的法律地位	008
二、企业规章制度的内容	008
三、企业规章制度的制定程序	009
第三节 企业规章制度的风险误区	010
一、企业规章制度的制定主体适格	012
二、企业规章制度的内容需合法	012
三、企业规章制度制定的程序应该合法	014

第二章 招聘员工的法律风险及其防范

第一节 招聘录用条件的设置及其发布	019
一、招聘广告内容存在虚假	020
二、招聘广告内容存在歧视	021
三、其他录用条件设置不规范	022
第二节 录用通知书的设置及送达	024
第三节 拟录用人员的人职审查及管理	027

第三章 劳动合同的选择和签订

第一节 劳动合同的类型设置	033
第二节 劳动合同的主要内容设计	038
一、合同试用期条款的约定	040

二、服务期限的约定条款	041
三、违约责任与合同生效条款	043
第三节 劳动合同的签订	046
一、不签订劳动合同的后果	046
二、签订劳动合同的主体	049
三、签订劳动合同时的程序	051
四、劳动合同签订过程中的其他要求	054

第四章 集体合同的运用

第一节 集体合同的内容与订立	060
第二节 集体合同的效力	062
一、集体合同与劳动合同的差别	062
二、集体合同效力的特别之处	063
第三节 集体合同的变更和解除	067

第五章 试用期间的管理

第一节 试用期的约定	072
一、试用期的限定	074
二、试用期约定的内容与形式	075
三、试用期间员工的工资福利	077
第二节 试用期的变更与解除	078
一、试用期的变更	078
二、试用期间解除劳动合同	079

第六章 工时、工资与休假

第一节 工时	087
一、工时制度概述	087

二、工时的特征与确定原则	087
三、我国工时的类型	088
第二节 工资	092
一、工资制度概述	092
二、工资分配的原则	093
三、我国的工资制度	095
四、工资支付	096
五、加班工资的有关规定	099
第三节 休息休假制度	100
一、公休日	101
二、法定节假日	101
三、婚假	101
四、探亲假	102
五、丧假	102
六、产假	103
七、年休假	104
八、病假与医疗期	104
九、其他假期	106

第七章 劳动合同的变更

一、劳动合同变更概述	111
二、劳动合同变更的法定情形	111
三、劳动合同变更的手续	116

第八章 劳动合同的解除

第一节 双方协商解除劳动合同	121
第二节 劳动者单方解除劳动合同	123
一、提前通知解除	123
二、即时解除	124

第三节 用人单位单方解除劳动合同	127
一、过错性辞退	127
二、非过错性辞退	129
三、经济性裁员	130
第四节 离职手续的办理	131

第九章 劳动合同终止

第一节 劳动合同终止与解除	139
一、劳动合同解除与终止是否由当事人作出意思表示不同	139
二、劳动合同解除与劳动合同终止是否需要履行法定程序不同	140
第二节 劳动合同终止的适用情形及其例外	142
第三节 劳动合同终止与续签	145
一、续签劳动合同的手续	146
二、续签劳动合同的法律风险	146

第十章 经济补偿金、赔偿金和违约金

第一节 经济补偿金	153
一、解除劳动合同的经济补偿金	153
二、终止劳动合同的经济补偿金	155
三、经济补偿金的标准	158
四、经济补偿金的主张期间	162
第二节 赔偿金	163
一、用人单位应当支付赔偿金的情形	163
二、劳动者向用人单位支付赔偿金的情形	165
第三节 违约金	168

第十一章 特殊用工

第一节 劳务派遣	177
一、劳务派遣的限制	177
二、劳务派遣中的权利和义务	179
三、劳务派遣关系的解除	183
第二节 非全日制用工	189
一、非全日制用工的概念	190
二、非全日制用工的特殊规定	192
第三节 女职工的劳动保护	198
一、女职工特殊保护的概述	198
二、女职工从事工作的范围	198
三、女职工在“四期”中的特殊权利	200
四、女职工的特别假期期间的工资和福利待遇	202
五、违反计划生育规定与生育保护	203
第四节 未成年工特殊的劳动保护	204
一、未成年工从事工作的限定	205
二、未成年工健康检查制度	209
三、未成年工特殊保护登记制度	210

第十二章 社会保险

第一节 社会保险概述	215
一、社会保险的法定性和强制性	215
二、社会保险费的统筹与缴纳	218
第二节 社会保险的办理实务	221
一、基本养老保险	221
二、基本医疗保险	223
三、工伤保险	227
四、失业保险	228

五、生育保险

231

第十三章 工伤事故的处理

第一节 工伤概述	237
一、构成工伤的基本要素	239
二、工伤认定的分类	240
三、工伤保险关系的变更	241
第二节 工伤认定与劳动能力鉴定程序	243
一、工伤认定的程序	245
二、劳动能力鉴定程序	249
第三节 工伤保险待遇	253
一、由用人单位支付的工伤待遇项目及计算方法	255
二、工伤保险基金支付的工伤待遇项目以及计算	257

第十四章 劳动争议的处理

第一节 劳动争议的概述	265
一、劳动争议的特征	265
二、劳动争议的种类	266
三、劳动争议的管辖	267
第二节 劳动争议的处理程序	269
一、劳动争议的和解与调解	271
二、劳动争议的仲裁	275
三、劳动争议的诉讼	280
第三节 劳动争议中的证据和举证责任	282
一、劳动争议中的证据	282
二、劳动争议中的举证责任	286

第十五章 劳动和社会保障的行政复议与行政诉讼

第一节 劳动和社会保障行政复议	293
一、行政复议的基本概述	293
二、行政复议参加人	294
三、行政复议的范围	296
四、行政复议的程序	298
第二节 劳动和社会保障行政诉讼	302
一、行政诉讼概述	302
二、行政诉讼的受案范围	307
三、诉讼参加人	309
四、行政诉讼的程序	310



第一章

劳动法律法规与 公司规章制度

随着我国市场经济的不断发展与完善,企业作为市场重要参与者的这一角色不断得到加强。不少企业在完善企业管理制度方面取得了非常大的成绩,大中型的企业在这一方面已经有很好的突破。但是,不少中小型企业,在完善企业管理制度方面,还有很大的欠缺。尤其是在劳动人事管理方面,中小型企业,在认识上和实践上都有很大的误区。内部管理上的不规范、存在漏洞极易引起企业内部的纠纷,从而使企业在应对外部经营风险时更加脆弱。依法强化企业内部管理制度,有助于使一个企业内部运作良好,也是企业提高自身竞争力的重要内容。

第一节 劳动法律法规

企业从成立到运作再到解散,都有相关的法律法规进行规范。根据法律法规规范的内容的不同,我们可以将其归结为三个主要的方面:一是企业法,该法律是规范企业自身的法律,广义上主要包括公司法、合伙企业法、个人独资企业法、外资企业法以及破产法等方面。二是合同法。合同法主要调整民事主体在有关合同方面的法律关系,对于企业而言主要是企业与外部民事主体所发生的交易,例如,企业与企业、企业与个人在买卖原材料、销售产品等方面。三是劳动法。劳动法是调整企业与自己员工之间的劳动关系的法律,比如,企业在招聘、管理、解聘等方面所应该遵循的基本规范。劳动法是调整企业与员工权利和义务的基本准则,也是企业在进行人力资源管理过程中,所应该遵循的基本法律规范。

一、劳动法律法规与企业的人力资源管理

对于在企业中从事人力资源管理或者从事企业法务的人员来说,劳动方面的法律法规与他们的工作息息相关,不管是员工的招聘、员工的培训、绩效考核、薪酬设计、职工奖惩还是解聘员工、处理劳动争议,都将与劳动法律法规密不可分。这就需要企业的人力资源管理企业和企业的法务人员对劳动法有一个彻底的了解,不能一知半解、模糊不清,而应该密切关注劳动法律法规的调整以及法院处理劳动人事纠纷时作出的具有指导意义的判决。只有这样,才能理顺企业与员工之间的关系,才能有效地防范和化解劳动争议。

二、我国劳动法律法规体系

我国的劳动法律体系主要由宪法、法律、行政法规、地方性法规和部门规章、司法解释以及经我国权力机关批准的国家条约、惯例等构成。

(一) 宪法

宪法是我国的根本大法,具有最高的法律效力,一切法律、行政法规以及地方性法规、自治条例和单行条例、部门规章都不得与宪法相抵触。

【相关法条】



《宪法》

第四十二条 中华人民共和国的公民有劳动的权利和义务。

国家通过各种途径,创造劳动就业条件,加强劳动保护,改善劳动条件,并在发展生产的基础上,提高劳动者的报酬和福利待遇。

(二) 法律

我国的法律可以分为基本法律和其他法律。基本法律由全国人大通过。其他法律是由全国人大常委会通过。因为全国人大及其常委会是我国最高的权力机关,所以法律的效力要高于行政法规、地方性法规和部门规章。我国由全国人大及其常委会制定的法律主要有《劳动法》、《劳动合同法》、《安全生产法》、《职业病防治法》、《工会法》等。

(三) 行政法规

行政法规是由国务院制定和颁布的,国务院是最高权力机关的执行机关。其制定的行政性文件的效力高于地方性法规和部门规章。国务院颁布的劳动行政法规主要有《工伤保险条例》、《企业劳动争议处理条例》、《劳动保障监察条例》、《禁止使用童工规定》、《女职工劳动保护特别规定》等。

(四) 部门规章

部门规章主要是指国务院组成机构,在自己职权范围内根据法律和行政法规的授权,对相关问题进行的更加细致化的规定。我国劳动和社会保障部在劳动法律法规上有一系列的配套规章,主要有:《企业最低工资规定》、《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》、《集体劳动合同规定》等。

(五) 地方性法规和地方性规章

我国的法律法规赋予了地方在执行法律法规时,进一步细化相关规定的权

力,于是各地都在自己管辖权范围内的制定了大量的地方性法规。地方性法规和地方性规章与国务院组成部门的部门规章具有同等的效力,在各自的权限范围内实施。那么国务院部门的规章与地方性法规和规章发生冲突时,应该如何处理?对此,我国《立法法》给予了明确的规定。

【相关法条】



《立法法》

第八十六条 地方性法规、规章之间不一致时,由有关机关依照下列规定的权限作出裁决:

(一)同一机关制定的新的一般规定与旧的特别规定不一致时,由制定机关裁决;

(二)地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院提出意见,国务院认为应当适用地方性法规的,应当决定在该地方适用地方性法规的规定;认为应当适用部门规章的,应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决;

(三)部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间对同一事项的规定不一致时,由国务院裁决。

根据授权制定的法规与法律规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决。

(六)司法解释

司法解释是由最高人民法院和最高人民检察院根据法律赋予的职权,对审判和检察工作中具体应用法律所作的具有普遍司法效力的解释。在有关劳动争议中最高人民法院主要出台了三个指导性的司法解释,即最高人民法院于2001年发布的《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(一)》,2006年发布的《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》,2010年发布的《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》。

另外,经过我国批准的国际条约、惯例也能够成为在我国适用的劳动法体系的一部分。地方政府部门发布的政策性文件在各自的权限范围内都发挥着重要的作用,在司法实践中也可以参考使用。

三、劳动法律法规的适用

劳动法律法规的适用,即是在何种情况下其将会产生拘束力。这涉及法律法规的效力问题,主要包括空间效力、时间效力和对人效力。

(一)空间效力

法的空间效力是指法生效的地域范围,即在什么空间范围内可以发挥其效力。一般来说,一个国家的法律在其主权范围内都产生效力。也就是由全国人大及其常委会制定的法律(包括批准的国际条约、惯例)、国务院颁布的行政法规、国务院组成部门制定的部门规章以及最高人民法院制定的司法解释在全国范围内产生效力;而地方性法规和部门规章只能适用于该政府所管辖的区域,没有域外效力。

(二)时间效力

法的时间效力是指法生效和失效的时间,即法律自什么时间开始生效适用,什么时间失去效力。一般而言,法律生效的方式有两种:一种是自公布之日起生效;另一种公布之后并不生效,而是规定了一个确定的生效日期,在这一日期起开始产生效力。如2007年我国通过了《劳动合同法》,而《劳动合同法》第98条规定,本法自2008年1月1日起开始生效。失效的方式也有两种:一是法律规定终止生效或者某种条件出现时自动失效;二是颁布某种法律后原法自动失效。例如,在《劳动合同法》生效以后,原来适用的《劳动法》中与《劳动合同法》相冲突的,应该以新实施的《劳动合同法》为准,《劳动法》的相关内容会自动失效。当然,法律中对于新旧法律适用有时候会作出明确规定,以保障法律关系的连续性和稳定性。

【相关法条】



《劳动合同法》

第九十七条 本法施行前已依法订立且在本法施行之日存续的劳动合同,继续履行;本法第十四条第二款第三项规定连续订立固定期限劳动合同的次数,自本法施行后续订固定期限劳动合同时开始计算。

本法施行前已建立劳动关系,尚未订立书面劳动合同的,应当自本法施行之日起一个月内订立。

本法施行之日存续的劳动合同在本法施行后解除或者终止,依照本法第四十六条规定应当支付经济补偿的,经济补偿年限自本法施行之日起计算;本法

施行前按照当时有关规定,用人单位应当向劳动者支付经济补偿的,按照当时有关规定执行。

(三)对人的效力

法律的对人效力笼统地讲就是对哪些人产生法律效力。在劳动法的领域内就是适用于基于订立劳动合同而形成劳动法律关系的用人单位和劳动者。用人单位和劳动者之间是否存在劳动关系是正确适用劳动法律的根本前提。但是,在实践中劳务关系与劳动关系特别容易混淆。劳务关系是指两个或者两个以上的平等主体之间,就劳务事项进行等价交换的一种经济关系。劳务关系中,劳动者提供劳务,对方支付相应的报酬,各自独立、地位平等,双方之间的权利义务完全是按照市场原则进行。而劳动关系,属于用人单位管理的职工,劳动者要受到用人单位规章制度的约束,具有一定的隶属性,在劳动关系领域内始终贯穿着国家的干预。《劳动法》、《劳动合同法》等劳动法律法规给用人单位强制性的规定了很多的义务,如设立当地最低工资标准,工伤、医疗、养老、失业、生育等社会保险。这些义务是必须履行的法律义务,不能通过双方之间的协商排除。

【案情回顾】



如何确定劳动关系和劳务关系

某高校毕业生小宋毕业后没有找工作,而是在家待业。为了维持自己的生计,小宋通过招聘网站的信息,联系到一家培训机构从事校对工作。小宋接到公司给他的初稿后,回家自由完成并按照约定的工作成果获取相应的报酬。几个月后,小宋将自己的工作成果上交给公司,但是公司一直没有支付小宋相应的工作报酬。小宋一再地催促也没有任何的结果,于是小宋便将与该公司的争议提交到了劳动仲裁委员会。

【审理结果】



劳动仲裁委员会经审查认为,小宋与该公司之间的争议不是劳动关系而是劳务关系,不属于劳动争议仲裁委员会受理案件的范围,裁决不予受理。

【律师点评】



本案中争议的焦点问题是小宋与培训机构之间到底是劳动关系还是劳务