

企业高级法律顾问实务操作系列

企业劳动用工 风险提示与防范指南

张思星 / 主编

李 坤 汪子元 / 副主编

QIYE LAODONG YONGGONG
FENGXIAN TISHI YU FANGFAN ZHINAN

典型案例
揭示常见纠纷

专业解析
劳动法律问题

风险预警
提前有效防范

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

企业高级法律顾问实务操作系列

企业劳动用工 风险提示与防范指南

张思星 / 主编

李 坤 汪子元 / 副主编

QIYE LAODONG YONGGONG
FENGXIAN TISHI YU FANGFAN ZHINAN

典型案例
揭示常见纠纷

专业解析
劳动法律问题

风险预警
提前有效防范

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

前言

企业的生存离不开劳动者。基于劳动者的弱势地位，我国法律法规比较侧重对劳动者权益的维护。随着《劳动法》《劳动合同法》《社会保险法》等大量规制企业劳动用工法律的诞生，用人单位要注意的问题纷繁复杂，再加上劳动者维权意识的不断提高，用人单位稍有不慎，就可能与劳动者发生劳动纠纷，从而背负民事责任、行政责任甚至刑事责任。

毫无疑问，企业劳动用工风险贯穿于企业劳动用工的整个过程，从企业招聘劳动者开始，到劳动合同订立、试用期约定、工资待遇支付、五险一金缴纳、休息加班、劳动安全与防护，直至劳动合同终止与解除，以及劳动争议等，每一个环节都存在令企业难以预料的风险点。对于企业来说，只有依法合理规范劳动用工，才有可能做到提前预警、有效防范、妥善处理，从而避免因用工给企业造成管理风险和发展风险。

在此，为了最大限度地降低企业劳动用工风险，我们精心编写了一本《企业劳动用工风险提示与防范指南》，旨在帮助企业在录用、管理劳动者时，做好劳动风险控制与防范。具体而言，本书具有以下特色：

第一，全面性。本书以企业劳动用工中涉及的聘用、任职、管理、离职等所有环节为切入点，依据用工过程中常见的《劳动法》《劳动合同法》《社会保险法》等法律法规，选取劳动风险案例进行分析，对企业劳动用工中可能面临的各种法律风险一一阐述，内容丰富、全面、翔实。

第二，实用性。本书以企业自身为立足点，充分考虑企业在劳动用工的过程中可能遇到的各种法律风险，引用相关法律条文，对企业劳动用工进行风险提示与预警，不但能帮助企业树立用工风险意识，还能切实解决用工风险问题，具有很强的实用性。

第三，专业性。所谓术业有专攻，本书编委会成员大多为企业劳动法律方面的学者、律师，在劳动法律方面有着深厚的理论功底和丰富的实践经验，对企业防范劳动用工风险有着独到的见解。本书中引用了

新的法律、典型的案例，提供了实用的预警，为企业有效化解用工风险进行谋篇布局。各企业在用工前、用工中、用工后都可以学习、对照和运用。

诚然，在现代化法治社会建设的大背景下，企业劳动用工风险具有较强的可预见性和防范性，只要企业在日常人力资源管理过程中，牢固树立风险防范意识，积极完善风险化解机制，定能够主动应对风险、有效化解风险，从而降低劳动用工成本，促进企业长期向好发展。

本书编委会

2022年8月

第1章

劳动合同订立与履行中的风险

1.

劳动者入职后，单位没有及时与其签订劳动合同有什么风险？

在实践中，有些用人单位因为种种原因，经常出现已经与劳动者建立劳动关系但并未订立书面劳动合同的情况。这种做法违反了我国法律规定，会让企业面临极大的法律风险，同时还会给企业带来不必要的损失和麻烦。此外，口头劳动协议内容难以确定，极易产生争议且举证难度大，为了更好地明确劳动者与用人单位之间的权利义务，企业在用工时应当注意按照法律规定的时间，及时与劳动者签订书面劳动合同。

风险案例

公司因未与员工签订书面劳动合同而加倍支付工资

丙市A家政服务公司（以下简称A公司）是当地一家新兴的专业从事家政服务的企业。随着该公司在各平台的宣传起势，A公司的订单越来越多。为了更好地满足客户需求，该公司在2021年5月10日招聘了十余名家政服务员。由于业务繁多，该公司人事处工作人员与应聘成功的劳动者口头商量好劳动报酬、工作内容等相关事宜后便安排他们到岗工作，并未立即与他们签订书面劳动合同。同年6月2日，应部分劳动者的要求，A公司与部分劳动者签订了劳动合同。但其中一位员工蒋某常因在工作中出错遭到雇主投诉，A公司出于观望的态度，并未及时与蒋某签订劳动合同，时间一长便忘记了这事，直到年底也未与蒋某签订劳动合同。同年12月10日，蒋某因要回老家照顾孩子而不得已辞职。临行前，蒋某经人指点，向公司提出因未签订书面劳动合同，公司应该自6月10日起每月支付其两倍的工资。

那么，蒋某的说法有法律依据吗？用人单位未与员工签订书面劳动合同的，将面临怎样的法律风险？

案例解析

蒋某的说法有法律依据。为了保障劳动者的合法权益，我国《劳动合同法》要求用人单位在与劳动者建立劳动关系的同时，应与其签订书面劳动合同。该法第十条第一款和第二款规定：“建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。”这里明确规定了两项重要内容：一是用工后要订立书面的劳动合同，而非口头的劳动合同；二是订立书面劳动合同的时间为用工之日或自用工之日起一个月内。

既然法律规定了用人单位与劳动者订立书面劳动合同的时间要求，那么，对于未订立劳动合同或者拖延订立劳动合同的用人单位该如何处置？《劳动合同法》第八十二条第一款对此作出了明确规定：“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。”也就是说，用人单位超过法律规定的订立劳动合同时限的，除第一个月的工资正常支付外，从第二个月开始工资就要加倍支付。

在上面的案例中，A公司于2021年5月10日招聘了十余名家政服务员，并于2021年6月2日与除蒋某之外的员工签订了书面劳动合同，直至2021年12月10日蒋某辞职时，也没有与蒋某订立书面劳动合同。那么，根据法律规定，A公司应当向蒋某支付除第一个月以外每月二倍的工资。比如，蒋某的工资为每月5000元，蒋某自5月10日至12月10日共计工作七个月，A公司应该向其支付的工资为65000（5000+5000×2×6）元。

此外，《劳动合同法》第十四条第三款规定：“用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。”在上面的案例中，如果蒋某在2021年年底没有辞职，后来也一直没有签劳动合同，直至超过一年，那么，蒋某就成了无固定期限劳动合同的职工，届时，用人单位将面临更多的责任和义务。

法律依据

《中华人民共和国劳动合同法》

第十条第一款、第二款 建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。

已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。

第十四条第三款 用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

第八十二条 用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。

用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。

《中华人民共和国劳动合同法实施条例》

第六条 用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并与劳动者补订书面劳动合同；劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，并依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿。

前款规定的用人单位向劳动者每月支付两倍工资的起算时间为用工之日起满一个月的次日，截止时间为补订书面劳动合同的前一日。

风险预警

- (1) 用工后要签订书面劳动合同，不能仅有口头劳动合同。
- (2) 最迟自用工之日起一个月内签订书面劳动合同。
- (3) 劳动者本人不想签订劳动合同的，用人单位也要与之签订书面劳动合同；劳动者坚持不签的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系。
- (4) 按时签订书面劳动合同是用人单位的法定义务，任何理由都不能使其免责。

2.

订立合同时要求扣押劳动者证件或要求劳动者交纳保证金的，有什么风险？

如今，人员流动在各个单位都不鲜见，跳槽是很平常的事情。跳槽给很多员工带来了机遇，同时，也会给用人单位带来一些危机。为了更好地留住人才，避免危机的产生，一些用人单位在与员工签订劳动合同的时候，就会想一些“招数”，如扣押劳动者证件或要求劳动者交纳保证金。然而，用这种“招数”对待劳动者，用人单位将受到行政处罚。

风险案例

企业招聘技术人员后扣押毕业证遭举报被罚款

某网络科技公司为了开发新项目，招聘了一批技术人员。网络科技公司考虑到这些技术人员都是新手，需要进行相应的培训，并且培养出合格的岗位工作人员需要公司付出很多的人力和财力，如果这些技术人员半路辞职，公司会有很大的损失。因此，该网络科技公司决定在这些技术人员入职签订劳动合同时，扣押他们的毕业证书，如果他们在劳动合同期限内提出辞职的，需要交纳保证金来赎回自己的毕业证书。此外，公司还考虑到，如果扣押了技术人员的毕业证书，就能减少他们偷偷跳槽的可能。

那么，网络科技公司这样做，会面临怎样的法律风险？

案例解析

在签订劳动合同时，公司扣押员工证件和要求员工交纳保证金的做法都是违法的。对此，我国《劳动合同法》第九条明确规定：“用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。”

在上面的案例中，网络科技公司为了避免新招的技术人员跳槽，在与之签订劳动合同时扣押其毕业证的行为是不合法的，属于上述法律条文中规定的扣押劳动者的居民身份证和其他证件的情形。一旦被人举报，或者与员工发生纠纷诉诸法律，会使公司面临行政处罚的风险。

《劳动合同法》第八十四条第一款和第二款规定：“用人单位违反本法规定，扣押劳动者居民身份证等证件的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并依照有关法律规定给予处罚。用人单位违反本法规定，以担保或者其他名义向劳动者收取财物的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并以每人五百元以上二千元以下的标准处以罚款；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。”由此可见，企业如果扣押员工的证件，会受到行政处罚；企业如果收取员工保证金，不仅要退还钱财，还必须接受行政罚款。需要注意的是，法律规定的是“并……处以罚款”不是“可以”，所以这个罚款是必须交的。也就是说，用人单位一旦违法向劳动者收取财物，缴纳罚款是不可规避的风险。

法律依据

《中华人民共和国劳动合同法》

第九条 用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。

第八十四条 用人单位违反本法规定，扣押劳动者居民身份证等证件的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并依照有关法律规定给予处罚。

用人单位违反本法规定，以担保或者其他名义向劳动者收取财物的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并以每人五百元以上二千元以下的标准处以罚款；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

劳动者依法解除或者终止劳动合同，用人单位扣押劳动者档案或者其他物品的，依照前款规定处罚。

风险预警

(1) 企业不能靠扣押证件和要求员工提供担保的方式留住人才，而应该在提高待遇、创新企业文化、提高发展前景方面多做努力，来吸收留住更多的人才。

(2) 随着我国普法力度的不断加大，劳动者的法律意识越来越强，企业切不可存有侥幸心理做违背法律之事。

3.

用人单位在劳动合同中任意规定自己一方的免责条款的，有什么风险？

劳动合同至关重要，事关劳动者和用人单位的权利义务，劳动合同中的每一则条款都需仔细研究。实践中，有的用人单位可能会利用自身的优势地位，在劳动合同中规定免责条款，以减轻或者免除自己的责任或义务。但用人单位排除自己法定责任、排除劳动者权利的免责条款是无效的。用人单位在劳动合同中任意规定己方免责条款的做法，极易引起劳动者和用人单位之间的法律纠纷，给企业带来法律风险的同时，还增加了企业的诉讼成本。在订立劳动合同的时候，用人单位应谨慎适用免责条款。

风险案例

公司因在劳动合同中规定不负责职工社保而被员工起诉²⁰²¹

年8月23日，甲与某汽车租赁公司签订了一份书面劳动合同。2022年9月15日，甲生育一女孩，当甲去领生育津贴时，才知道公司一直未给自己缴纳社会保险，甲因此无法领取产假生育津贴。甲便要求公司赔偿，却被公司告知签订的劳动合同中明确约定了公司不负责缴纳职工社会保险，甲既然签订了劳动合同，就表明同意该条款，所以，公司无须为甲缴纳社会保险，也无须赔偿甲因此遭受的损失。甲认为用人单位为员工缴纳社保是法律明确规定的义务，合同约定并不能免除用人单位的法定义务。

那么，甲的说法有法律依据吗？用人单位任意规定自己一方的免责条款的，将面临怎样的法律风险？

案例解析

甲的说法有法律依据。我国《劳动法》第七十二条规定：“社会保险基金按照保险类型确定资金来源，逐步实行社会统筹。用人单位和劳动

者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费。”《社会保险法》第八十六条规定：“用人单位未按时足额缴纳社会保险费的，由社会保险费征收机构责令限期缴纳或者补足，并自欠缴之日起，按日加收万分之五的滞纳金；逾期仍不缴纳的，由有关行政部门处欠缴数额一倍以上三倍以下的罚款。”由此可知，第一，为员工缴纳社会保险是用人单位的法定义务，用人单位应该依法为员工缴纳社会保险；第二，用人单位未按时足额缴纳社会保险费的，自欠缴之日起加收滞纳金或处以罚款。同时，根据我国《劳动合同法》第三十八条第一款的规定，用人单位不依法为员工缴纳社会保险的，劳动者可以单方面解除劳动合同。即使劳动者不行使解除劳动合同的权利，该免责条款也是无效的，因为我国《劳动合同法》第二十六条第二项规定，用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的合同无效或者部分无效。

本案中，该汽车租赁公司于2021年8月23日与甲签订了劳动合同，就应当按照法律规定为其缴纳社会保险，但该汽车租赁公司直到2022年9月15日也未为甲缴纳社会保险。根据法律规定，甲可以单方面解除劳动合同，如果甲不想解除劳动合同，则可以主张劳动合同中规定的用人单位不缴纳社会保险的条款无效，其他条款继续有效。用人单位应为甲补缴社会保险，并赔偿甲因此遭受的实际损失。除此之外，该汽车租赁公司还要向相关行政部门缴纳滞纳金或欠缴金额一倍以上三倍以下的罚款。

法治社会就是任何人、任何事都处于法律的监管之下，单位和个人在作出任何决定之前都要考虑法律责任和后果。如果用人单位在劳动合同中免除自己应承担的法定义务，则免除条款无效，用人单位仍然要承担相应的法律责任。

法律依据

《中华人民共和国劳动合同法》

第二十六条 下列劳动合同无效或者部分无效：

（一）以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；

（二）用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；

(三) 违反法律、行政法规强制性规定的。

对劳动合同的无效或者部分无效有争议的，由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认。

第三十八条第一款 用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：

……

(三) 未依法为劳动者缴纳社会保险费的；

……

《中华人民共和国劳动法》

第七十二条 社会保险基金按照保险类型确定资金来源，逐步实行社会统筹。用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费。

《中华人民共和国社会保险法》

第八十六条 用人单位未按时足额缴纳社会保险费的，由社会保险费征收机构责令限期缴纳或者补足，并自欠缴之日起，按日加收万分之五的滞纳金；逾期仍不缴纳的，由有关行政部门处欠缴数额一倍以上三倍以下的罚款。

风险预警

(1) 用人单位不得在劳动合同中任意规定自己一方的免责条款。

(2) 用人单位不得在劳动合同中免除自己的法定义务。

(3) 用人单位通过劳动合同免除自身法定义务的，将受到行政处罚。

(4) 按时为劳动者缴纳社会保险费是用人单位的法定义务，任何方式或途径都不能使其免于承担。

4.

用人单位在劳动合同中任意规定竞业禁止条款的，有什么风险？

商业秘密包括企业发展的重要技术信息、经营信息、客户信息等，属于企业的一项财产权利，事关企业的竞争力、发展前途，甚至直接影响企业生死存亡。用人单位基于保护自己商业秘密的目的，可以与劳动者签订竞业禁止条款或竞业禁止协议。需要注意的是，竞业禁止限制劳动者的择业权，而择业权属于劳动权的一部分，是宪法所保障的公民的基本权利之一。所以用人单位在与劳动者签订竞业禁止条款或协议时，一定要注意不能损害劳动者的基本生活权益，这是竞业禁止条款或协议有效的关键。

风险案例

单位在劳动合同中规定了显失公平的竞业禁止条款致使合同内容无效²⁰²⁰

年3月1日，A入职甲网络公司，任职技术部门总监。为保护商业秘密，公司在劳动合同中加入了竞业禁止条款，约定竞业限制期为A自离职之日起四年。该期间A不得入职与甲网络公司有竞争关系的单位，不得自主创办或与他人合办与甲网络公司属于同类经营业务的公司，如果A违反竞业禁止义务，A应向甲网络公司支付违约金15万元。2021年3月1日，A与甲网络公司解除劳动关系。2022年3月1日，A入职与甲网络公司存在竞争关系的乙网络公司，担任副总经理。2021年3月1日至2022年3月1日期间，甲网络公司未向A支付竞业禁止经济补偿金。2022年3月5日，甲网络公司得知A在乙网络公司工作，便通过司法程序要求A履行竞业禁止义务，并承担违约责任。A认为，甲网络公司虽与自己约定了竞业禁止，但并未约定竞业禁止经济补偿金，且甲网络公司未实际支付过竞业禁止经济补偿金，所以该竞业禁止条款明显不利于自己，属于显失公平的条款，应归于无效，自己无须遵守竞业禁止的约定，也无须向甲网络公司承担违约责任。

那么，A的说法有法律依据吗？单位在劳动合同中任意规定竞业禁止条款的，有什么风险？

案例解析

A的说法有法律依据。我国《劳动合同法》第二十三条规定：“用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。”由此可知，用人单位可与劳动者签订竞业禁止条款或协议，但用人单位应在解除或终止劳动合同后按月向劳动者支付经济补偿金。

除此之外，竞业禁止期限最长不得超过两年。我国《劳动合同法》第二十四条规定：“竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年。”竞业禁止条款虽是双方约定的条款，但其属于劳动合同的一部分，受劳动合同法律的约束和规范。签订劳动合同的双方在法律上是平等的，但在谈判能力上却悬殊。为了保护劳动者的权益，《劳动合同法》为劳动合同设定了基准和限度。竞业禁止期限也是《劳动合同法》设定的基准和限度之一，用人单位不能利用自己的优势地位随心所欲约定竞业禁止期限和责任。

在上面的案例中，甲网络公司与A签订的竞业禁止条款无效。首先，四年的竞业禁止期限超过了《劳动合同法》规定的最长期限；其次，竞业禁止条款未写明甲网络公司应每月向A支付经济补偿金，且自2021年3月1日A与甲网络公司解除劳动关系至2022年3月1日A入职乙网络公司，甲网络公司未实际支付A任何经济补偿金；最后，竞业禁止条款显失公平，竞业禁止条款只约定了A应遵守的义务，未约定竞业禁止期间A应享有的权利，也就是获取经济补偿金的权利，所以该竞业禁止条款无效。A无须继续履行竞业禁止条款，也无须向甲网络公司承担违约责任。



更多法律电子书尽在 docsriver.com 商家巨力书店

根据上述案例可知，用人单位在劳动合同中任意规定竞业禁止条款的，可能会导致竞业禁止条款无效。这样易造成用人单位商业秘密或技术成果泄露，对企业经济发展和市场竞争力造成不良影响。

法律依据

《中华人民共和国劳动合同法》

第二十三条 用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。

对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

第二十四条 竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。

在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年。

风险预警

- (1) 缺乏用人单位向劳动者支付经济补偿内容会导致竞业禁止条款无效。
- (2) 竞业禁止的期限不得超过二年。
- (3) 竞业禁止不得损害劳动者的基本权利。
- (4) 竞业禁止条款只限制劳动者的择业权，不限制其他权利。