

BUSINESS
&
LAW

法商实务系列
企业法律顾问



张扬律师团队
专注企业法律服务

- 风险提示直击问题要害 ·
- 证据指引帮您一招制胜 ·

HR

高效 解决方案

法律风险防范 与证据指引



张扬 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

HR

高效 解决方案

法律风险防范
与证据指引

张扬 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

HR 高效解决方案：法律风险防范与证据指引 / 张扬著. —北京：中国法制出版社，2019.5

ISBN 978-7-5216-0211-1

I. ① H… II. ①张… III. ①人力资源管理—法律—风险分析—中国
IV. ① D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 084978 号

法律资料分享, docsriver.com

责任编辑：王佩琳 (wangpeilin@zgfzs.com) 熊林林

封面设计：李 宁

HR 高效解决方案：法律风险防范与证据指引

HR GAOXIAO JIEJUE FANGAN: FALÜ FENGXIAN FANGFAN YU ZHENGJU ZHIYIN

著者 / 张 扬

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市国英印务有限公司

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次 / 2019 年 5 月第 1 版

印张 / 17.5 字数 / 251 千

2019 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5216-0211-1

定价：68.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：010-66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：010-66038139

市场营销部电话：010-66033393

邮购部电话：010-66033288

(如有印装质量问题，请与本社印务部联系调换。电话：010-66032926)

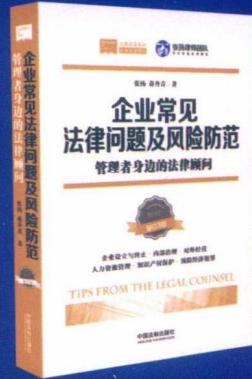
作者简介



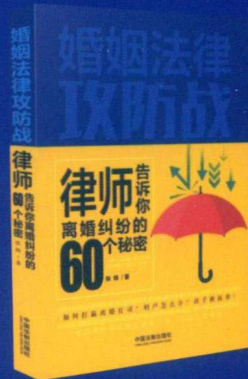
张扬

广东诺臣律师事务所合伙人、第九届广州市律师协会法律顾问业务专业委员会委员、第九届广州市律师协会宣传工作委员会委员。执业至今，为上百家企业提供法律咨询服务（如南方都市报及其关联公司、广东广播电视台珠江经济台、广州公交集团客轮有限公司、广州国际企业孵化器、美国GLC建筑设计、日本明治、台湾忆霖食品、香港楼上集团等）。已出版《劳动用工完全法律指南》《企业常见法律问题及风险防范：管理者身边的法律顾问》《婚姻法律攻防战：律师告诉你离婚纠纷的60个秘密》等著作。

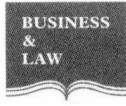
张扬律师作品



企业常见法律问题及风险防范：
管理者身边的法律顾问
(增订三版)



婚姻法律攻防战：
律师告诉你离婚纠纷的60个秘密



法商实务系列
企业法律顾问



张扬律师团队
专注企业法律服务

序

公司治理、商业经营、人力资源，这是笔者服务企业、担任企业法律顾问主要处理的三大领域。人力资源管理涉及公司内部人员管理问题，无论市场经济情况如何，这部分都是重头戏。经济好的时候涉及招聘和用工的管理，而经济不景气时则涉及大量的调岗、降薪以及解雇裁员的工作。无论任何性质的企业，劳动用工的成本在企业经营成本中占据很大的比例。如何在避免劳动纠纷的同时减少用工成本，在合法用工的同时达到劳资关系的和谐，是目前许多企业管理者非常注重的问題。笔者服务的顾问单位中有许多较大型的国有及外资知名企业，企业的负责人都非常注重劳动用工法律问题。劳动法律方面的咨询，几乎占了法律顾问总咨询量的一半。一家港资企业曾希望聘请笔者的团队担任法律顾问，该企业负责人第一次见面时向笔者询问的一个问题就是：“律师，你是否熟悉劳动与雇佣方面的法律？是否有代表企业办理劳动纠纷案件的经验？”

“十打九输”“总是败诉”是许多企业面临劳动纠纷时的感受。笔者认为，企业在劳动纠纷诉讼中败诉的主要原因在于：（1）企业使用的劳动用工文件和表单不符合法律规范。（2）企业在处理与员工关系的过程中缺乏风险防范意识。对于企业法律顾问来说，其职责包含对公司劳动合同、保密协议等文件的草拟、审查，以及对公司与员工关系处理问题（如调岗、减薪、辞退等）的方案设计、代理公司出庭应诉等。笔者的感触是，一位谙熟劳动法律以及劳动争议纠纷审判规则的法律顾问，对维护企业的合法权益，保持企业团队精神和鼓舞士气有着相当重要的作用。

本书是笔者结合团队多年来的劳动用工办案经验和研究成果，以法院公布和笔者团队实际经办的劳动纠纷案例为基础，为企业分析员工入职、在职、离职三大环节中的常见法律风险，提醒企业在每一个风险点上应该采取怎样的风险防范措施。企业 HR 可以在了解基本的法律规定的基础上，从本书的风险提示、证据指引和应对方案中发现企业存在的类似问题并找到解决方法。在此需要特别说明的是，因篇幅所限及内容具有一定的概括性，书中所提观点并不能当具体个案的法律意见来作援引。

本书之所以能够出版，首先要感谢中国法制出版社王佩琳和林林两位编辑所付出的辛劳。除此之外，还要感谢笔者团队的每一位小伙伴，是她们在日常协助笔者服务企业、办理案件的过程中总结经验、汇总案例、研讨企业应对方案，才有了今天笔者的这份成果。本书的内容具有很强的实操性和可读性，与团队成员的努力工作密不可分。律师这个职业充满魅力，做律师、做好律师，需要不断努力和坚持，所以最后笔者要感谢上天赐予的好运气，以及家人的关爱、体谅与支持。笔者才疏学浅，书中难免存在疏漏之处，读者在阅读本书的过程中，如有相关建议或批评意见，敬请不吝指正。

张扬

二〇一九年四月于广州

目 录

绪 论 / 001

- 一、法律制定较倾向劳动者 / 001
- 二、法律条文繁杂 / 002
- 三、劳动仲裁与法院审判不一致 / 004
- 四、司法审判受到不同时期政治和经济环境的影响 / 005
- 五、企业在劳动用工管理上普遍存在不规范现象 / 006

第一章 招聘及入职管理 009

第一节 招聘 / 010

- 一、谨防招聘信息中的用工条件变成劳动合同的承诺 / 010
- 二、录用通知书的法律效力 / 013
- 三、招聘员工时如何避免用工歧视? / 017
- 四、公司应避免招用尚未从其他用人单位离职的应聘者 / 021

第二节 入职 / 023

- 一、入职登记表能否作为已签订书面劳动合同的证据? / 023
- 二、劳动合同并非证明劳动关系确立的唯一证据 / 030
- 三、公司在劳动者入职时的主动告知义务 / 035
- 四、入职登记表中的告知信息可以作为解雇不诚信员工的重要证据 / 038

第三节 特殊用工主体的法律关系建立 / 044

- 一、公司应为已退休的返聘人员购买商业保险并注意其身体状况 / 044

- 二、公司招用大学生实习可以不建立劳动关系 / 047
- 三、劳务派遣转变为劳务外包需注意的问题 / 054
- 四、非全日制劳动用工关系的建立 / 058

第二章 劳动合同的签订与管理 067

第一节 签订劳动合同 / 068

- 一、企业应避免支付未签订书面劳动合同的双倍工资差额 / 068
- 二、公司应提防员工找人代签劳动合同 / 075
- 三、劳动合同应设置劳动者通信地址条款 / 078
- 四、公司应持有劳动合同的原件 / 080

第二节 试用期 / 082

- 一、公司应在试用期间就与员工签订劳动合同并购买社保 / 082
- 二、试用期期限及试用期工资不得违反法定标准 / 087
- 三、试用期的录用条件需要明确约定 / 090

第三节 劳动合同的续签 / 095

- 一、第一次签订的劳动合同到期后的续签问题 / 095
- 二、连续两次签订固定期限劳动合同后，劳动者对第三次劳动合同的签订有主动权 / 100
- 三、女职工在“三期”内劳动合同到期的处理方法 / 103

第三章 劳动用工管理 107

第一节 公司的规章制度 / 108

- 一、规章制度合法性及有效性的要求 / 108
- 二、规章制度的内容须合理并具有可操作性 / 117

第二节 调岗 / 121

- 一、合法调岗的三原则 / 121
- 二、劳动者不能胜任工作的岗位调整 / 128
- 三、调岗调薪经劳动者书面确认或已实际履行一段期间劳动者未提出异议的法律效力 / 133
- 四、通过竞聘方式对企业管理层员工进行调岗 / 137

第三节	考勤与请假 / 140	
	一、考勤表需员工签名的重要性 / 140	
	二、请假制度的建立 / 144	
第四节	保密义务与竞业限制 / 147	
	一、员工违反保密义务的认定 / 147	
	二、赔偿条款是保密协议的重要条款 / 152	
	三、竞业限制需要明确约定且仅限部分人员 / 154	
	四、与签订竞业限制协议的员工解除劳动关系后, 企业应明确竞 业限制是否生效 / 157	
第五节	劳动关系履行过程中的企业损害赔偿 / 159	
	一、违反劳动合同法规定的违约金条款无效 / 159	
	二、企业为员工提供培训福利后的服务期约定 / 164	
	三、员工行为给企业造成损害的赔偿责任认定 / 168	
第四章	劳动报酬与劳动待遇.....	177
第一节	员工的薪酬待遇 / 178	
	一、劳动用工中的月平均工资制 / 178	
	二、工资支付发生争议由企业负举证责任 / 180	
	三、公司克扣员工工资需谨慎 / 184	
	四、绩效奖金及年终奖的发放 / 187	
第二节	加班与加班费 / 189	
	一、加班事实的举证责任及加班审批管理 / 189	
	二、加班费的计算基数 / 192	
	三、工资表中的项目明细与加班费之间的法律关系 / 196	
	四、加班与值班应区分 / 202	
第三节	员工的休息休假 / 204	
	一、企业如何正确安排员工的年休假 / 204	
	二、女职工产假到期前的企业告知行为 / 208	
第四节	社保福利待遇 / 211	
	一、工伤的认定标准 / 211	

- 二、员工自愿不买社保的法律效力 / 216
- 三、新型农村合作医疗报销费用可抵扣工伤赔偿 / 218
- 四、工伤保险不足额缴纳的一次性伤残补助金差额支付 / 220
- 五、职业病危害补贴的发放 / 222
- 六、员工因病或非因工死亡待遇 / 224

第五章 劳动关系的解除与终止 229

第一节 员工解除劳动合同 / 230

- 一、员工辞职理由是企业是否需要支付经济补偿金的重要证据 / 230
- 二、公司拒收员工辞职通知并不影响员工的辞职行为 / 235
- 三、员工不按照法律规定提出辞职的法律责任 / 237
- 四、员工不按规定到岗的，公司不能简单地视为自动辞职 / 239

第二节 公司解除劳动合同 / 241

- 一、公司合法解雇员工的两大要素 / 241
- 二、公司开除员工时应尽告知义务以及通知工会 / 247
- 三、公司不得以违反计划生育为由解雇女职工 / 252
- 四、女职工在“三期”内违反劳动合同的约定或规章制度的，仍可以合法将其解雇 / 255
- 五、公司不得以末位淘汰制度解除与员工的劳动合同 / 257
- 六、推定协商一致解除劳动合同的认定 / 259

第三节 劳动关系的终止 / 261

- 一、员工离职时企业应做好工资等费用的结算 / 261
- 二、公司需要支付代通知金的情形 / 263
- 三、劳动合同期满后劳动者仍在岗工作的法律风险 / 265
- 四、“长期两不找”的劳动关系认定 / 267
- 五、已达退休年龄或已享受基本养老保险的员工与公司的劳动关系终止 / 270

绪 论

自从 2008 年《劳动合同法》实施以来，随着劳动关系复杂程度的增加以及劳动者维权意识的提高，劳动争议案件数量居高不下。对法院近年来审理的劳动争议案件进行汇总可以发现，企业在劳动争议中反而是“弱势群体”，尤其是在劳动者作为原告的情况下，企业的完全胜诉率仅有 10% 左右。笔者在对服务企业提供法律顾问工作的过程中，通过接触大量的劳动人事争议纠纷案件，认为在司法实践中，劳动法律的适用存在以下特点：（1）法律制定较倾向劳动者；（2）法律条文繁杂；（3）劳动仲裁只是前置程序，司法程序才是最终裁判；（4）司法审判受不同时期政治和经济环境的影响。笔者认为，由于劳动法本身就是一个倾斜性的立法，如果企业没有守法、合规的意识，人力资源管理存在漏洞，那么企业在劳动争议案件中就会处于非常被动的地位。

一、法律制定较倾向劳动者

由于企业在经济实力和管理角色上均处于强势地位，劳动者往往是受管理、被“欺负”的弱势一方，所以立法倾向保护劳动者是国际上普遍通行的做法，也是我国《劳动合同法》立法宗旨之一^①。在我国的劳动法律法规中存在着大量的强制性规范，对企业方规定了较多法律义务，主要表现

^① 《劳动合同法》第一条规定：为了完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系，制定本法。

在以下方面：

1. 在劳动合同的订立方面，用人单位必须在用工之日起一个月内与劳动者订立书面劳动合同，否则用人单位将会承担支付双倍工资甚至视同订立无固定期限劳动合同的风险。

2. 在规章制度的制定方面，对于直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项，如果用人单位未经民主程序制定或者制定后未予以公示，那么在日后出现劳动争议时，劳动人事争议仲裁委员会或法院很可能会认定其无效。

3. 在劳动关系的解除方面，员工跳槽比较容易，只要提前通知用人单位就可以了；企业则不能无理由解除劳动关系，否则就要承担支付高额的经济补偿金或赔偿金的义务。

此外，在劳动争议案件的处理中，举证责任倒置是公司的一个“紧箍咒”。《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》第十三条规定，“因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任”，而根据各地法院公布的劳动争议白皮书来看，这几个方面都是占比较大的劳动争议原因，如果用人单位处理不当，就要承担“举证不能”的后果。例如，北京市第二中级人民法院审理的一宗公司因为生产经营发生严重困难要与员工解除劳动合同的案件，因为公司无法举证证明自己存在生产经营困难而败诉，在该案（2017）京02民终9274号判决书中，法院指出：“依据法律规定，在用人单位的生产经营发生严重困难或者其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法继续履行时，用人单位在履行法定程序以后可以解除与劳动者之间的劳动合同，但用人单位应当提交充分证据证明其解除行为符合上述情形，否则应当承担举证不能的不利后果。”

二、法律条文繁杂

20多年来,在适应社会经济发展需要的基础上,我国的立法机构又制定和颁布了一大批劳动法律、法规,如《劳动合同法》《女职工劳动保护特别规定》《劳务派遣暂行规定》等。除此之外,各省、各市甚至各区还有很多地方性的规章制度以及政策。广东省劳动人事争议仲裁院在2010年汇编的《劳动人事争议处理法规政策大全》,整理了全国适用的劳动法律法规、司法解释,以及仅限于广东地区适用的与劳动用工相关的地方性规章和政策制度,其他非广东地区均未涉及,即便如此,整本书也有1503页之多。笔者认为,没有任何一个领域的法律法规会更为庞杂和多样。

劳动法律体系庞杂带来的首要问题就是法律规范的冲突。例如,一周的标准工作时间是多少?很多人可能会认为,根据《国务院关于职工工作时间的规定》,应该是每日工作8小时、每周工作40小时,但是《劳动法》第三十六条至今还保留着“国家实行劳动者每日工作时间不超过八小时、平均每周工作时间不超过四十四小时的工时制度”的规定。虽然实践中“五天八小时制”的观念已深入人心,但是从法律效力位阶上看,显然《劳动法》的规定效力更高。

还有一种情况是:新法没有作出规定的内容,如果旧法有规定,是否应该适用旧法?例如,公司解除或终止患病职工的劳动合同,是否需要支付医疗补助费?我们都知道,《劳动合同法》中规定了经济补偿金和赔偿金,并没有提到医疗补助费,但是在早年实施的《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》(已于2017年11月24日废止)中却有相关的规定。司法实践中,不同的法院对此看法也不一致。笔者服务过的一家外资企业,为了避免劳动争议,只好采取了最保险的做法,除了支付经济补偿金,又向劳动者支付了6个月的医疗补助费。

此外,由于立法技术的缺陷和理解的差异,对同一法律规范的理解和适用,不同地区的法院裁判观点不一。例如,连续订立两次固定期限劳动合同后,公司是否有无固定期限劳动合同续订的选择权?对于这个问题,《劳动合同法》第十四条明确规定,“有下列情形之一,劳动者提出或者同意续

订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：……（三）连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的”。但是笔者在检索了各地的裁判指引后发现，除上海市的法院支持用人单位有选择权外，北京市、江苏省、广东省、青岛市、成都市、宁波市、天津市等地法院都认为用人单位无选择权。

笔者因担任多家公司的法律顾问，已经处理了大量劳动争议案件，然而，在起诉、应诉、开庭、宣判的时候，依然会遇到自己之前没有留意到的地方规章或政策，甚至有些刚出台的法规政策，裁审人员都难以第一时间掌握清楚。而且，即便在同一个市，由于用工环境不同，各区的劳动用工政策也不尽相同。以笔者执业的广州市为例，开发区的企业、高管等公司管理人员可以申请不定时工作制，而在广州市的其他行政区，申请不定时工作制却十分困难。试想，劳动用工、人力资源管理的法律法规以及政策如此复杂，律师甚至法官都难以掌握得清清楚楚，那么公司和员工想彻底了解劳动法律就更难了。

三、劳动仲裁与法院审判不一致

与一般民事程序不同，我国劳动争议案件实行“先裁后审、一裁两审”的模式，劳动仲裁是劳动争议案件进入诉讼程序的前置程序。尽管《劳动争议调解仲裁法》设置了部分劳动争议一裁终局，但是大部分劳动人事争议案件都会经历仲裁、诉讼两道程序。

设置劳动仲裁前置程序的本来目的，是通过行政上的劳动仲裁裁决来减轻法院的压力，让一部分劳动争议案件可以在司法程序之前通过行政裁决妥善解决。但实际上，劳动仲裁机构和人民法院是两个系统，劳动仲裁委员会归属于行政机关的劳动局管理，其裁决更多地需要考虑行政意志和政策，与作为司法机关的法院在法条理解和执法思想上难免会有不同；而且，劳动仲裁员的法律专业性也普遍不如法院的法官。另外，因为行政机

关与司法机关相互独立，二者既没有上下级的领导关系，也不存在相互制约的监督关系，所以劳动仲裁委员会的裁决若日后被法院改判，也不会受到错案追究的影响，因此，劳动仲裁被法院判决改变的情况并不少见。例如，2018年8月，深圳市劳动人事争议仲裁委员会和深圳市中级人民法院联合发布了《深圳市劳动争议裁审工作白皮书（2013—2017）》。根据该份文件显示，深圳地区劳动人事争议案件法院和劳动人事争议仲裁委员会同裁同判情况，完全一致率只有61.36%，也就是说，法院判决完全变更或部分变更劳动仲裁结果的案件，达到38.64%。

不过需要肯定的是，随着裁审衔接机制日益成熟，法院和劳动仲裁部门的联系沟通渠道日益畅通，裁审理念和标准不断规范统一，裁审差异将逐步缩小，劳动仲裁的权威也能大大提升，这将为企业依法用工和劳动者依法维权提供良好的导向作用。

四、司法审判受到不同时期政治和经济环境的影响

不同时期的政策以及经济环境，都会影响劳动争议案件的裁判。比如，在经济势头好的时候，司法裁判会以有利于劳动者的原则进行处理，而作为行政机关下属的劳动仲裁委，在许多时候则考虑“维稳”等因素，裁决劳动者胜诉。但是在经济不景气的时候，为了“保增长”，司法裁判往往会对公司“网开一面”，以促使公司顺利渡过经济难关。例如，2009年南京市中级人民法院发布了《关于积极应对和妥善审理宏观经济形势变化时期劳动争议案件的实施意见》，其中第四条对在全球金融危机背景下如何处理劳动争议案件作了详细指引：对确因金融危机的影响，生产经营严重困难的企业，如该企业采用轮岗、在最低工资保障范围内通过减少劳动时间而相对降低工资待遇，但不采取裁员的途径解决困难的，人民法院应当从宽把握，不轻易认定企业的行为违法。对企业以工会组织、职代会等形式通过的应对金融危机的临时性规章制度，人民法院不宜简单以其程序上的轻微瑕疵而否定其效力。如用人单位在仲裁或诉讼阶段的合理时间内，经过合法程

序对相关规章制度的程序瑕疵进行弥补的，人民法院可视情况综合认定该规章制度的效力。在地方政府因经济形势变化已出台减轻企业负担的相应政策，如降低社会保险费率、用人单位可以缓交社会保险费等时，如劳动者在缓交期内主张补交，或仅以此为由解除劳动合同并要求用人单位支付解除劳动关系经济补偿金的，不宜认定用人单位具有过错，进而支持劳动者要求支付经济补偿金的主张。用人单位已支付一定的加班工资，仅在加班工资的计算标准等方面与劳动者存在争议，不宜认定用人单位存在故意克扣、拖欠加班工资的情形，劳动者仅以此提出解除劳动合同的，人民法院可酌情判决不支持劳动者要求支付解除劳动合同经济补偿金的请求。

此外，随着互联网技术的飞速发展和应用，网约车、网络主播等基于网络平台运营的新型行业不断涌现，从而引发了大量要求确认劳动关系的案件，法院的审判观点也会适应国家政策而作出调整。最高人民法院在《第八次全国法院民商事审判工作会议（民事部分）纪要》第六条中指出：“劳动争议案件的审理对于构建和谐劳动关系，优化劳动力、资本、技术、管理等要素配置，激发创新创业活力，推动大众创业、万众创新，促进新技术新产业的发展具有重要意义。应当坚持依法保护劳动者合法权益和维护用人单位生存发展并重的原则，严格依法区分劳动关系和劳务关系，防止认定劳动关系泛化。”由此可见，在强调“大众创业、万众创新”的背景下，平台与从业人员可以不建立劳动关系已是大势所趋。2018年8月8日，《广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接若干意见》中也确认了网络平台与从业人员之间可以约定无劳动关系。

五、企业在劳动用工管理上普遍存在不规范现象

从各地区发布的劳动争议白皮书可以看出，公司作为用人单位，本身法治意识不强，不了解用工规范，不严格适用劳动合同法，不能做到合法用工等，也是产生劳动争议的主要原因之一。