



从《劳动合同法》 看企业劳动用工风险防范

北京德恒（昆明）律师事务所

郭其岑 律师

目录 CONTENT

01

《劳动合同法》概述

02

劳动合同的订立

03

劳动合同解除

04

相关案例交流



01

《劳动合同法》概述



劳动法律体系构成

《中华人民共和国劳动法》

《中华人民共和国劳动合同法》

《中华人民共和国社会保险法》

《中华人民共和国就业促进法》

《中华人民共和国工会法》

《中华人民共和国妇女权益保障法》

《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》



《劳动合同法实施条例》

《工伤保险条例》

《失业保险条例》

《女职工劳动保护特别规定》

《职工带薪年休假条例》

《最低工资规定》

《劳动部关于职工工作时间有关问题的复函》

《工资支付暂行规定》

《云南省劳动监察条例》

《云南省劳动就业条例》

《云南省高级人民法院、云南省人力资源和社会保障厅关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》

《劳动合同法》的框架

第一章 总则(第1条-第6条)

第二章 劳动合同的订立(第7条-第28条)

第三章 劳动合同的履行和变更(第29条-第35条)

第四章 劳动合同的解除和终止(第36条-第50条)

第五章 特别规定(第51条-第72条)

第一节 集体合同(第51条-第56条)

第二节 劳务派遣(第57条-第67条)

第三节 非全日制用工(第68条-第72条)

第六章 监督检查(第73条-第79条)

第七章 法律责任(第80条-第95条)

第八章 附则(第96条-第98条)

《劳动合同法》更侧重保护谁的权益？

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

《劳动合同法》在明确劳动者和用人单位双方的权利义务并重规范基础上，又特别提出了对劳动者的合法权益予以保护。

《劳动合同法》的适用范围

(1) 中国境内的企业；

(2) 个体经济组织；

(3) 民办非企业单位——企业事业单位、社会团体和其他社会力量以及公民个人利用非国有资产举办的，从事**非营利性**社会服务活动的社会组织。

(4) 与劳动者**建立劳动关系**的国家机关、事业单位、社会团体



必须要与员工协商的制度——《劳动合同法》第四条

《劳动合同法》第四条第二款规定：用人单位在制定、修改或者决定有关**劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律**以及劳动定额管理等**直接涉及劳动者切身利益**的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。

《劳动合同法》第四条第四款规定：

用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定**公示，或者告知劳动者**。

- 召开职工大会、职工代表大会讨论
- 宣讲培训
- 公示



02

劳动合同的订立



➤ 建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。

已建立劳动关系，未订立书面合同，应当自用工之日起一个月内订立书面合同。

✚ **补充：在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。**

✚ **劳动合同只是确认劳动关系存在的书面证据**

➤ 不签订劳动合同的责任及处理：

{ 用人单位不签
劳动者拒签

禁止事项——《劳动合同法》第九条、第四十八条

招用劳动者时，单位不能：

1. 扣押劳动者的居民身份证和其他证件；
2. 要求劳动者提供担保或其他名义向劳动者收取财物；

否则，用人单位将承担以下责任：

1. 劳动行政部门责令限期退还证件并依照有关法律规定给予处罚；
2. 劳动行政部门责令限期退还收取的财物，并以每人五百元以上二千元以下的标准处以罚款。

备注：在虚假告知基础上签订的劳动合同可能导致无效。合同无效，一方有过错，且给对方造成损失的，一方应承担赔偿责任。

订立——用人单位不签（《劳动合同法》第82条）



应当：

- 用工之日起**30日**内订立**书面**劳动合同

否则：

- 满一个月不满一年，从第2个月开始支付2倍工资，补订合同；（最长不超过11个月）
- 满一年，视作无固定期限劳动合同；
- 违反规定不签定无固定期限劳动合同，自应当订立无固定期限劳动合同之日起每月支付2倍工资。

• 用人单位自用工之日起满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，二倍工资的起算点为用工之日满一个月的次日，截止点为用工之日满一年的前一日，最长不超过十一个月。劳动者请求用人单位支付用工之日满一年后的二倍工资的，不予支持。但劳动者主张确认其与用人单位自用工之日满一年的当日起存在无固定期限劳动合同关系的，应予支持；
（云南省高院会议纪要）

• 补充：《实施条例》第6-7条

订立——劳动者拒签（《实施条例》第5-7条）

➤ 用人单位**书面**提出签订劳动合同，劳动者拒绝情形的处理：

- 1个月内  ● 书面通知劳动者终止劳动关系，无需支付经济补偿金
- 满1个月，不满1年  ● 用人单位给予2倍工资后，书面通知劳动者终止劳动关系，并支付经济补偿（根据《劳动合同法》第47条、《实施条例》第6条）
- 满1年  ● 视作订立无固定期限劳动合同，立即补订劳动合同，不再支付2倍工资

劳动合同的种类

- 固定期限
 - ✓ 用人单位和劳动者协商一致约定合同终止时间的劳动合同
- 无固定期限
 - ✓ “单十”条款：劳动者已在该用人单位连续工作满10年的（**无需单位同意**）
 - ✓ “双十”条款：劳动者在该用人单位连续工作满10年且距法定退休年龄不到10年
 - ✚ **《实施条例》第九条：连续工作满10年的起始时间，自用人单位用工之日起计算，包括劳动合同法施行前的工作年限**
 - ✚ 连续订立二次固定期限，续订第三次劳动合同
 - ✚ “无效转无限”条款：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
- 完成一定工作任务
 - **《实施条例》第22条：以完成一定工作任务为期限的劳动合同因任务完成而终止的，用人单位应当依照劳动合同法第四十七条的规定向劳动者支付经济补偿。**

订立——试用期（《劳动合同法》第19-21条）

➤ 试用期期限

- ✓ 3个月 < 合同期 ≤ 1年 ~~试用期 ≤ 1个月~~
- ✓ 1年 < 合同期 ≤ 3年 ~~试用期 ≤ 2个月~~
- ✓ 3年 < 合同期（无固定期限）~~试用期 ≤ 6个月~~

* 试用期只能有一次；包含在合同期内，不能单独设立（单独签署使用期合同视为劳动合同）

➤ 试用期工资

- ✓ 试用期工资 ≥ 岗位最低档工资/80%正式工资 ≥ 最低工资标准

➤ 试用期解除：说明不符合录用条件的理由

➤ 违法约定（《劳动合同法》第83条）

- ✓ 违法约定试用期的，责令改正（取消）；违法约定的试用期已经履行的，按照试用期满工资为标准，按已经履行的超过法定试用期部分，支付赔偿金。

➤ 什么是商业秘密？

- ✓ 能够带来营利
- ✓ 不为公众知悉
- ✓ 采取保密措施

➤ 商业秘密保护的方法：

- ✓ 在劳动合同中约定保密条款，设定脱密期。
- ✓ 单独签订竞业限制协议。

➤ 什么是竞业限制？

- ✓ 相关人员在解除或者终止劳动合同后，不得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。

➤ 竞业限制人员

高级管理人员、高级技术人员、如有保密义务的人员

➤ 竞业限制期限 ≤ 2年

订立——竞业条款（《劳动合同法》第23条）

➤ 用人单位的义务

- ✓ 在合同终止前或劳动者提出解除劳动合同前，一定期间内变更岗位，但不降低待遇。
- ✓ 竞业限制期：在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内，按月支付经济补偿金。

➤ 劳动者的责任：

- ✓ 遵守保密条款或竞业限制协议。
- ✓ 违反约定的，支付违约金。

➤ 违约金金额：

- ✓ 违约金双方约定。
- ✓ 造成损失的，按实际损失赔偿。

劳务派遣与劳务外包

劳务派遣是指由劳务派遣机构与派遣员工订立劳动合同，由实际用工单位向派遣员工给付劳务报酬，劳动合同关系存在于劳务派遣机构与派遣员工之间，但用工关系则发生于派遣员工与实际用工单位之间。

劳务派遣最大的特点就是劳动关系与用工关系相分离。被派遣员工与劳务派遣机构有劳动关系但无用工关系，与实际用工单位有用工关系但无劳动关系。而劳务派遣机构与实际用工单位之间为民事法律关系，签订的劳务派遣协议为民事合同。

劳务外包核心内容是发包方将其**部分业务或工作内容**交由承包方完成，发包方按照约定向承包方支付外包费用，外包的业务或工作内容一般为**发包方的非核心业务**。实务中不少承揽合同、委托合同都可以归入劳务外包范畴。常见的劳务外包形式包括**仓储物流外包**、**辅助岗位外包**（如保安、保洁、餐饮等）、**短期项目外包**、**人力资源外包**、**培训咨询外包**等。

劳务派遣与劳务外包的区别

适用法律不同

- 劳务派遣：《劳动合同法》
- 劳务外包：《民法典》

法律关系不同

- 劳务派遣：用工单位与派遣机构；派遣机构与派遣人员；用工单位与派遣人员
- 劳务外包：发包方与承包方；承包方与外包人员（实际提供劳务者）

管理主体不同

- 劳务派遣：实际用工单位
- 劳务外包：承包人

用工范围不同

- 劳务派遣：某个岗位，临时性、辅助性、替代性
- 劳务外包：完整功能（某个部门、某个业务单元、某条生产线）

核心要素

- 劳务派遣：劳动过程
- 劳务外包：工作成果

经营资质

- 劳务派遣需具备相应资质（行政许可）

会计处理

- 劳务派遣：纳入实际用工单位工资总额的统计范围
- 劳务外包：不纳入发包方工资总额

违法后果

- 劳务派遣：给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位按《劳动合同法》承担连带赔偿责任。
- 劳务外包：发包单位与承包单位之间按双方合同承担权利义务，发包单位对承包单位的员工基本上不承担责任

结算方式

- 劳务派遣：以被派遣者作为结算主体
- 劳务外包：以工作量作为结算主体

谨防假“外包”，真“派遣”

《劳务派遣暂行规定》第二十七条规定：“用人单位以承揽、外包等名义，按劳务派遣用工形式使用劳动者的，按照本规定处理。”

劳务外包中，劳务外包单位不具有对劳动者的用工权利，而主要基于合同，通过约定或明确业务成果的质量和数量要求，购买外包方的业务成果。劳务派遣用工，单位购买的是劳动力的投入，并通过对劳动者实施管理控制来实现企业经营管理目标。劳务外包单位购买的是劳动力的产出。

若劳务外包单位介入承包方招聘、直接对外包员工进行管理，核定薪酬或支付工资，缴纳社保，直接提供劳动保护、职位危害防护等行为，极有可能被认定为劳务派遣。

由此，如国有企业或行政机关实行劳务外包（包括打包支付劳务外包费用等）但实际使用的是了劳务派遣服务，可能将产生费用审计风险。



03

劳动合同的解除



解除——分类（《劳动合同法》第36-43条）



解除——用人单位过错解除，支付经济补偿

- ✓ 未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的
- ✓ 未及时足额支付劳动报酬的（工资、奖金、补贴等）
- ✓ 未依法为劳动者缴纳社会保险费的
- ✓ 用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的
- ✓ 因劳动合同法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的
- * 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；
- ✓ 法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形
- ✓ 以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的
- ✓ 用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的
- ✓ 用人单位在劳动合同中免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；
- ✓ 用人单位违反法律、行政法规强制性规定的；

解除——劳动者过错解除（立即解除，无需补偿）

- ✓ 在试用期间被证明不符合录用条件的
- ✓ 严重违反用人单位的规章制度的
- ✓ 严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的
- ✓ 劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的
- ✓ 因本法第二十六条第一款第一项规定（* 欺诈）的情形致使劳动合同无效的
- ✓ 被依法追究刑事责任的（羁押期间不能解除，可暂停履行）

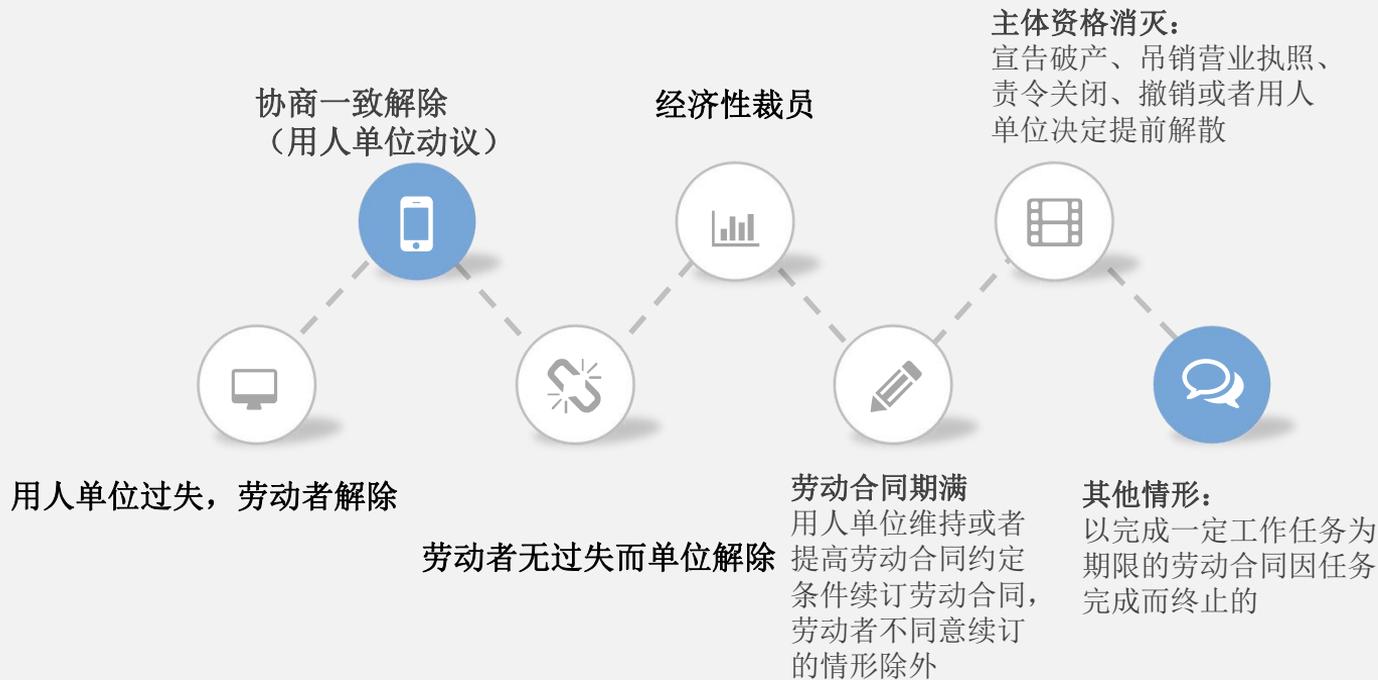
提前30日以书面通知，或者额外支付劳动者一个月工资

- ✓ 劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的
- ✓ 劳动者不能胜任工作（个人原因、评判标准、考核程序），经过培训或者调整工作岗位（制度、考核、记录），仍不能胜任工作的
- ✓ 劳动合同订立时所依据的**客观情况发生重大变化**，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的——*经营亏损原则上不能视为重大变化*

➤ 劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第四十条（提前30天通知或待通知金）、第四十一条（裁员）的规定解除劳动合同：

- ✓ 从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；
 - ✓ 在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；
 - ✓ 患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；
- *《实施条例》第23条：用人单位依法终止工伤职工的劳动合同的，除依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿外，还应当依照国家有关工伤保险的规定支付一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金。
- ✓ 女职工在孕期、产期、哺乳期的（三期员工）；
 - ✓ 在本单位连续工作满15年，且距法定退休年龄不足5年的；
 - ✓ 法律、行政法规规定的其他情形。

需支付经济补偿的情形——《劳动合同法》第四十六条



《劳动合同法》第八十七条：
用人单位**违反本法规定解除或者终止劳动合同**的，应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的**二倍**向劳动者支付赔偿金。

经济补偿金与赔偿金是否能够同时适用？

《中华人民共和国劳动合同法实施条例》（第二十五条规定

解除和终止——经济补偿标准

➤ 一般补偿

- ✓ 工作年限=1年 补偿=1个月工资
- ✓ 6个月≤工作年限≤1年 补偿=1个月工资
- ✓ 工作年限≤6个月 补偿=0.5个月工资

➤ 对高收入者双限高：劳动者月工资 ≥ 本地区上年度平均工资*3倍

- ✓ 金额上限标准：市月平均工资的3倍（市平均工资*3）
- ✓ 期限上限标准：十二年为限（市平均工资*3*12）

➤ 依法终止工伤职工的劳动合同：

- ✓ 经济补偿金+一次性工伤医疗补助金+伤残就业补助金

➤ 用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同

✚ 劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行

✚ 劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定（2倍补偿）支付赔偿金（**计算年限自用工之日起计算**）

- **《实施条例》第27条**：经济补偿的月工资标准：每月的货币性收入（工资、奖金、津贴和补贴等）

劳动合同解除或终止前12个月正常工作情况下的平均工资

解除和终止——双方义务（《劳动合同法》第49-50条）

➤ 用人单位

- ✓ 出具解除或者终止劳动合同的证明（离职证明）
 - ◆ 劳动合同期限
 - ◆ 解除或者终止劳动合同的日期
 - ◆ 工作岗位
 - ◆ 在本单位的工作年限
- ✓ 在**15日内**为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续
- ✓ 解除或者终止的劳动合同的文本，至少**保存2年**备查
- ✓ 依照本法有关规定应当向劳动者支付经济补偿的，在办结工作交接时支付。

➤ 劳动者

- ✓ 应当按照双方约定，办理工作交接。



04

相关案例交流



➤ 案情：

A为B保险公司员工，自入职起主要从事人力资源管理工作，A在工作期间经常上班打游戏，且在向财务部门提交个税核算表的时候，错把劳务收入认定为工资收入，导致B保险公司被税务监管部门要求补缴税收并缴纳滞纳金。据此B保险公司以A严重违反公司制度，给B保险公司造成损失为由解除劳动合同，A认为B保险公司违法解除，遂提起劳动仲裁。

➤ 争议焦点：A的工作职责是否包含个税核算？B保险公司的损失是否因A的行为造成？

案例2

➤ 案情：

C为D地产公司员工，自入职起主要从事地产项目的开发，担任项目总经理，后因D公司战略调整，解除了C项目负责人职务。后D公司以C未按时上班打考勤，严重违反公司制度为由解除劳动合同，并拒绝支付年度考核绩效奖金。C遂以D公司违法解除劳动合同为由，提起劳动仲裁，要求支付赔偿金及绩效奖金。

➤ 争议焦点：C是否违反制度？D公司是否应当支付绩效奖金？

➤ 仲裁员观点：

一、被申请人主张申请人免职后就需要按时考勤，**但被申请人并未举证证明已经通知申请人如何考勤**，且被申请人认可申请人上班的项目共有XX、YY、DD三个项目，但依据被申请人提交的打卡记录，上面仅显示YY项目的考勤，该证据不能全面反映申请人的上班情况，被申请人不能以此来认定申请人严重违反规章制度。

二、尽管D公司制度规定劳动合同解除，未发放的绩效奖金不予发放，且不论是绩效奖金还是绩效工资，都属于申请人的劳动报酬。故根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十条第一款“用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定，向劳动者及时足额支付劳动报酬。”应当进行支付。

案例3

➤ 案情：

E银行以F离职为由，要求F返还预发绩效。F认为E银行未足额发放其核定的薪酬，要求补充发放。

➤ 法院观点：

第一，F与E银行签订的《劳动合同书》中明确约定，E银行所制定的绩效考核制度构成劳动合同的组成部分，与合同具有同等法律效力，故虽然E银行未举证证明《2014年员工绩效考核办法》作为规章制度的制定程序合法，但作为合同的约定，《2014年员工绩效考核办法》仍然对F产生效力，双方均应按照约定履行；第二，根据《2014年员工绩效考核办法》规定，在绩效考核结束后，E银行应与F针对绩效考核结果进行一对一的面谈，并形成书面的记录，同时该规定赋予了F申诉的权利。虽然在E银行绩效与问责委员会于2017年1月17日审批通过考核结果时，F已向E银行递交辞职申请且未再上班，但**鉴于绩效考核结果涉及到F的切身利益，且此时双方劳动合同尚未解除，E银行仍应按照合同约定履行自身义务，但E银行并未举证证明该行已经将绩效考核结果告知F，且该行为间接剥夺了F针对考核结果进行申诉的权利**，在F并不认可考核结果的情况下，E银行主张按照考核结果计算、扣减F的绩效工资，本院不予支持；第三，E银行主张F应得的绩效工资为个人预发绩效工资×分行年度绩效考核系数×部门年度绩效考核系数×个人年度绩效考核系数，其中分行年度绩效考核系数为0.6383，但E银行仅举证证明了该行2015年的考核得分为63.83分，并未举证证明相应的考核系数即为0.6383，故其按照0.6383来主张F应得的绩效工资没有事实依据，故本院对E银行要求F返还超额发放的绩效工资的诉讼请求不予支持。

➤ 案情：

张某于2017年4月与劳务派遣公司签订劳务派遣合同，合同期限1年。合同签订当月，劳务派遣公司将张某派遣至物业公司食堂工作。2018年4月张某与劳务派遣公司合同到期后未续签，但其一直在物业公司食堂工作。2019年8月，张某辞职。2019年9月，张某向劳动人事争议仲裁院提出仲裁申请，要求确认其与物业公司及劳务派遣公司在2018年4月至2019年8月期间存在事实劳动关系，并要求物业公司及劳务派遣公司支付未签订书面劳动合同的二倍工资。

2019年11月，劳动争议仲裁院作出仲裁裁决，物业公司对仲裁裁决结果不服，向法院提起诉讼，经法院查明事实后作出判决：确认张某与劳务派遣公司的劳动关系于2018年4月解除，2018年4月至2019年8月期间一直在物业公司工作，但在此期间物业公司未与张某订立书面劳动合同，故判令物业公司向张某支付工作期间两倍工资。

► 案情：

某资产管理公司酒店分公司因其运营酒店的房产消防不达标，停止营业达七年之久，仅有6名员工在项目现场对房产进行维护保养，现因股东降本增效，拟通过委托第三方资产管理公司进行管理，针对员工安置，有如下方案：

一、协商一致解除劳动合同；

二、以劳动合同订立时所依据的**客观情况发生重大变化**，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的，额外支付一个月工资后解除劳动合同；

三、经济性裁员；

四、将劳动关系转入另一酒店分公司，解除现有劳动合同，工作年限可连续计算。

（《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第四十六条）

完善建议：

- 完善各岗位制度规定，并及时完成制度民主讨论及公示
- 完善各岗位之间的工作留痕记录，避免在产生争议时承担举证不利的后果
- 完善工作岗位调换后的工作交接及工作内容确认，由劳动者亲笔签字
- 预发绩效需要有明确的制度支撑，并且明确说明预发绩效的合理性，绩效预发及后续考核应当严格按照制度履行相应程序并注意工作留痕
- 在公司实际用工管理中，对劳务派遣和外包关系进行梳理，坚持在合法合规的前提下，合理运用劳务派遣和劳务外包，避免不必要的用工纠纷。



谢谢聆听

郭其岑

guoqc@dehenglaw.com