

A photograph of three business professionals in suits, smiling. The man on the left is in sharp focus, while the woman in the middle and the man on the right are slightly blurred. A semi-transparent grey banner is overlaid across the middle of the image.

## 控 规避用工风险的利器

-----人力资源证据管理和程序控制

## 目录页

Contents Page



制度与法规

第一章

劳动合同管理

第二章

入离职风险管理

第三章

让员工离开的途径

第四章

如何应对劳动争议

第五章

过渡页

Transition Page



## 第二章 劳动合同管理

- 劳动合同
- 试用期管理
- 解除劳动合同的几种办法


## ● 劳动合同与劳务合同

区别	劳动合同	劳务合同
主体	法人、组织 ↻ 自然人	法人、组织、 <del>自</del> 然人 自然人
雇主义务	法定义务：如五险一金、最低工资标准等	合同约定义务
法律调整不同	劳动法、劳动合同法	民法、合同法
法律责任	民事责任、行政责任	民事责任
纠纷处理	劳动仲裁等劳动部门	法院

## ● 如何订立劳动合同——及时订立

 小王入职

2015.1.1

 口头协议  
劳动合同2年  
试用期2个月

2015.6.1



 公司解约  
认为其试用期表现  
不佳，决定辞退。

2015.6.1



存在的问题及后果

## ● 如何订立劳动合同——及时订立

- 《劳动合同法》第十条 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。
- 《劳动合同法》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**。
- 《劳动合同法》第四条 .....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**。
- 《劳动合同法实施条例》第五条：自用工之日起一个月内，经用人单位书面通知后，**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，**无需向劳动者支付经济补偿**，但是应当依法向劳动者支付其实际工作时间的劳动报酬。

## ● 如何订立劳动合同——及时订立

➤ 用人单位和劳动者签订劳动合同，必须订立书面劳动合同。订立劳动合同，可以有三种方式选择：

(1) 用人单位在用工之前和劳动者就签订好劳动合同。

(2) 用人单位也可以选择用工的同时和劳动者签订劳动合同。

(3) 用人单位也可以选择自用工之日起一个月内和劳动者签订劳动合同。



## ● 如何订立劳动合同——用工之日

- > 指用人单位决定招用劳动者后,对劳动者的工作进行安排,包括安排劳动者到工作场地熟悉日后工作环境,或者学习用人单位的规章制度,或者安排劳动者进行岗前培训,或者安排劳动者进入实际的工作状态等。



## 未与劳动者签订劳动合同，存在劳动关系的情形

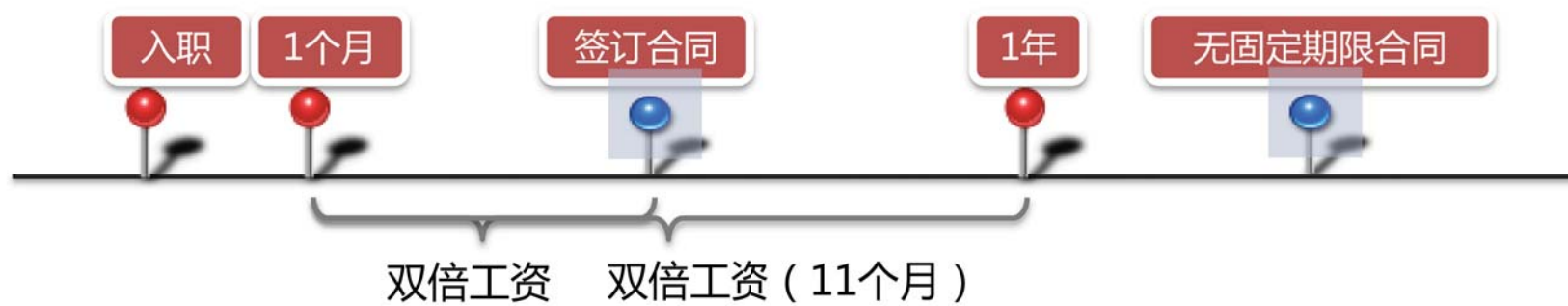
- 1、劳动者已经在用工单位工作，但没有签订劳动合同。
- 2、用人单位与劳动者签订的劳动合同期满，双方没有续订劳动合同，也没有办理终止手续，劳动者继续在用人单位工作。
- 3、劳动者因为各种原因离职，但没有办理劳动合同解除手续的。
- 4、由于企业改制导致原劳动合同与实际履行的劳动关系不配套而存在劳动关系的。
- 5、劳动者与用人单位签订的劳动合同是无效劳动合同，劳动者和用人单位存在劳动关系的。

## ● 如何订立劳动合同——事实劳动关系

- 1、工资支付凭证或记录（职工工资发放花名册）\缴纳各项社会保险费的记录
- 2、用人单位向劳动者发放的工作证\服务证等能够证明身份的证件
- 3、劳动者填写的用人单位招工招聘“登记表”\“报名表”等招用记录
- 4、考勤记录
- 5、其他劳动者的证言等

其中1，3，4项的有关凭证由用人单位负举证责任

● 如何订立劳动合同——及时订立



## ● 如何订立劳动合同——及时订立


---

 小王入职

2015.1.1




应当在2015.2.1日前签订劳动合同

 **口头协议**  
劳动合同2年  
试用期6个月

2015.6.1



应当签订书面劳动合同

 **公司解约**  
认为其试用期表现不佳，决定辞退。

2016.1.1



- 另行支付小王11个月的工资
- 变为无固定期限合同，此时辞退属于违法解除。

## ● 如何订立劳动合同——及时订立

? 如果员工不订立劳动合同怎么办?

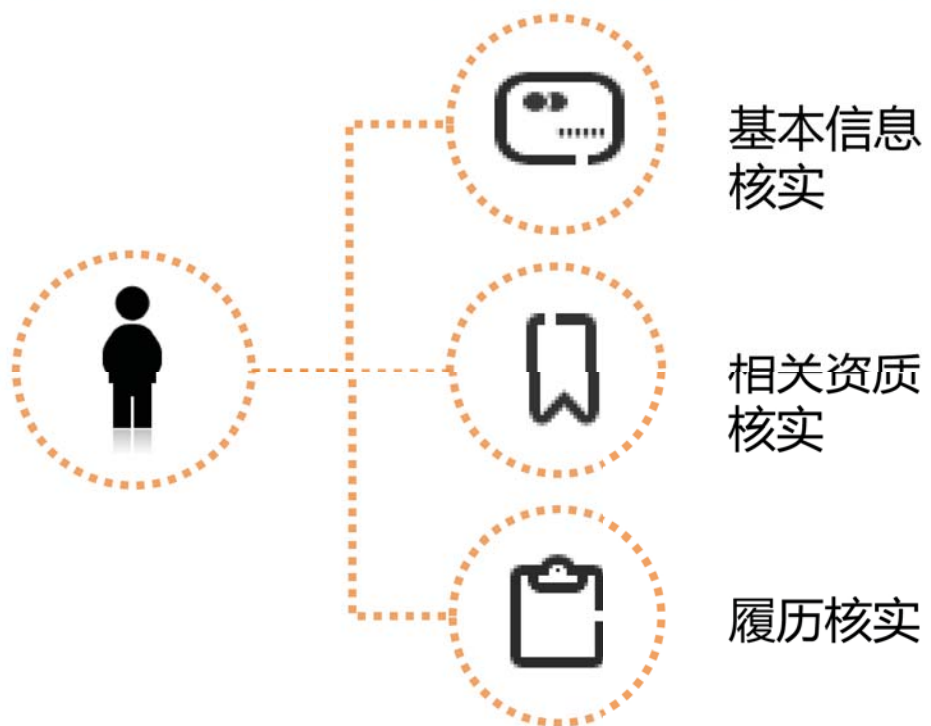


## ● 如何订立劳动合同——及时订立

- 建立先订合同后用工的习惯
- 续签合同时，亦应当在一个月内订立
- 拒不签订者，在1个月内发出书面解除通知并保留证据

## ● 如何订立劳动合同——入职审查

---





## ● 如何订立劳动合同——入职审查

---



### 基本信息核实

| 禁止招用未满16周岁的未成年人 |

> 处5000元/月罚款

提问核查，并核实身份证件

## ● 如何订立劳动合同——入职审查

---



### 相关资质核实

特殊岗位资质

外籍、台港澳人员

> 合同无效

> 5千~5万元罚款

**Tips**

证件核查、政府网站查询

## ● 如何订立劳动合同——入职审查

---



### 履历核实

原劳动合同的解除

➤ 连带赔偿责任

竞业限制

➤ 赔偿、罚款

**Tips**

要求出具离职文件  
要求承诺未与原单位签署竞业限制协议

## ● 劳动合同的生效时间

(1) 劳动合同依法成立，即具有法律效力，对当事人双方都有约束力。

注意：在这种情况下，一般是双方当事人签字盖章即等效，但《全国普通高等学校毕业生就业协议书》是毕业生、用人单位、学样三方签章才有效。

(2) 双方在合同中约定生效时间。《劳动部关于实行劳动合同制度若干问题的通知》第5条：“劳动合同可以规定合同的生效时间。没有规定劳动合同生效时间的，当事人签字之日即视为该劳动合同生效时间。”

(3) 劳动合同订立后，需要鉴证或公证的，其生效时间始于鉴证或公证之日。

## ● 什么样的劳动合同无效？

(1) 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；

(2) 用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；

(3) 违反法律、行政法规强制性规定的。

劳动合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。

## ● 无效劳动合同的处理

(1) 撤销合同

(2) 修正合同

(3) 赔偿损失

## ● 无效劳动合同由谁确认？

所谓无效劳动合同，是指所订立的劳动合同不符合法定条件，不能发生当事人预期的法律后果的劳动合同。

《劳动合同法》第二十六条第二款规定：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。劳动争议仲裁机构或人民法院应当通过仲裁程序或诉讼程序，以裁决或判决的形式确认劳动合同无效。

而对于双方无争议的无效合同或者无效的合同条款，是否必须由上述机关进行确认，《劳动合同法》并未作出明确的、强制性的规定。



## 案例：

在一个大型人才招聘会上，某外资企业的招聘台上几个大字格外醒目：“急聘5名高级工程师”，吸引了不少人驻足询问。但是当被问及能否解决住房问题时，负责招聘的人事经理答道“暂时不能解决”，一闻此言，应聘者纷纷离去。一天下来，招聘5名高级工程师的目标一个也没实现。

晚上回去，向总经理汇报了招聘情况以后，人事经理问道：“总经理，这样下去不行啊！您看能不能向应聘者许诺，在公司工作一段时间以后可以分到一套两居室的住房？先招进来再说。”总经理考虑一会说：“那就这样说吧，但是注意一定不要以文字形式出现，更不能写进合同里。”

第二天的招聘会上，人事经理按照总经理的吩咐向应聘者宣称，公司有一栋宿舍楼正在兴建，将在一年内竣工，到时，被录用的5名高级工程师每人可以分到一套两居室。结果，应聘者蜂拥而至，很快，就招到了理想的技术人才，与他们签订了五年的劳动合同。

## 案例：

几名工程师虽然对待遇和工作条件不太满意，但是一想到即将拥有一套住房，心理就平衡了一些。结果，工作了一段时间以后，他们发现公司根本没有建造宿舍楼，于是就找到人事经理询问此事。

人事经理否认有过分配住房的承诺，并说：“如果你们能拿出文字凭证，公司肯定会给你们解决住房问题。”看到几名工程师目瞪口呆、被气得一时语塞，又继续说道：“好了，别生气了，只要你们好好干，等将来公司积累了丰厚的利润以后，一定会解决你们的住房问题的！”

几名工程师气愤至极，一起提出了辞职。公司不同意，双方争执不下，诉诸劳动仲裁委员会。

## 劳动合同的内容

根据《劳动合同法》第17条规定，劳动合同应当具备以下基本条款：

- 1、用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；
- 2、劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；
- 3、劳动合同期限；
- 4、工作内容和工作地点；
- 5、工作时间和休息休假；
- 6、劳动报酬；
- 7、社会保险；
- 8、劳动保护、劳动条件和职业危害防护；

法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

## ● 必备条款和选择性条款

- 除了《劳动合同法》规定的必备条款外，用人单位与劳动者还可以在双方协商一致的基础上，在不违反法律规定的前提下，就试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等事项进行自主约定。

## ● 服务期

- 依据《劳动合同法》规定，用人单位可以与劳动者约定服务期的前提为“用人单位为劳动者提供专项培训费用并对其进行了专业技术培训的”
- 从2008年1月1日起，可以设定服务期的特殊待遇只有“专业技术培训”而不包括实物待遇等其他特殊待遇。

## ● 服务期与劳动合同期限的区别

- 用人单位应当区分劳动合同期限与服务期限，在劳动合同期限内，劳动者只要履行提前通知程序，就可解除劳动合同，劳动合同期限对劳动者并无实质的约束力。而在服务期内，劳动者不能随意解约，否则需承担违约责任。



## 单位提供什么样的培训才能与职工签订服务期条款？

- 可以与劳动者订立协议，约定服务期的培训是有严格的条件的。
  1. 用人单位提供专项培训费用。这笔专项培训费用的数额应当是比较大的，这个数额到底多高，劳动合同法没有规定一个具体的数额，将来可由各地方予以细化。
  2. 对劳动者进行的是专业技术培训。包括专业知识和职业技能。比如从国外引进一条生产线、一个项目，必须有能够操作的人，为此，把劳动者送到国外去培训，回来以后干这个活，这个培训就是本条所指的培训。
  3. 培训的形式可以是脱产的，半脱产的，也可以是不脱产的。不管是否脱产，只要用人单位在国家规定提取的职工培训费用以外，专门花费较高数额的钱送劳动者去进行定向专业培训的，就可以与该劳动者订立协议，约定服务期。



## ● 义务型培训和权力型培训

- **义务型培训**是指法定的用人单位必须提出一定比例的培训经费对职工进行的职业培训。该类培训，通常为一般层次的培训。相关法律规定：“用人单位应当建立职业培训制度，按照国家规定提取和使用职业培训经费，根据本单位实际，有计划地对劳动者进行职业培训。”“从事技术工种的劳动者，上岗前必须经过培训。”劳动部对义务型培训做了进一步的规范：一般而言，上岗前培训、入职培训、轮岗培训、调岗培训、安全卫生培训等可理解为义务型培训。
- **权利型培训**则是用人单位的高层次投入。通常是在员工已具备了本企业的基本要求，企业为提高公司的竞争力，同时也为了提高员工的素质，企业提供法定培训费用以外的费用对员工所采取的职业发展培训。如企业将优秀员工派到国外深造。

## 保密协议和竞业限制

- 《劳动合同法》第23条第二款规定：“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。”该条款将劳动者的保密义务延续到了劳动合同终结后。
- 所谓竞业限制，亦称“竞业禁止”、“竞业避止”，是指负有特定义务的员工在离开岗位后一定期间内不得自营或为他人经营与其所任职的企业同类的经营项目。
- 这一制度的设置目的就是预防和解决存在竞争关系的同业互挖墙脚，高端人才带走商业秘密所引发的纠纷。

## 保密协议和竞业限制

- 根据《劳动合同法》规定，只有知悉商业秘密并负有保密义务的劳动者用人单位才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，并约定在解除或终止劳动合同后，在竞业限制期内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应该按照约定向用人单位支付违约金。



## 保密费保密津贴与竞业限制补偿金区别

	保密费和保密津贴	竞业限制补偿金
<b>作用不同</b>	保密费、保密津贴是用人单位对劳动者承担保守单位的商业秘密而给劳动者的津贴；	竞业限制补偿金是用人单位对劳动者履行竞业限制义务的补偿
<b>性质不同</b>	保密是员工的法定义务，因此保密费、保密津贴在一般情况下可发可不发；	由于竞业限制是对员工离职后一定时间内重新择业的限制，法律规定应当支付劳动者经济补偿金。
<b>支付时间不同</b>	保密费、保密津贴是用人单位在劳动者在职期间支付给劳动者的；	竞业限制经济补偿金是用人单位应在劳动者离职后支付给劳动者的。
	<b>保密费和保密津贴可发可不发，因为保密义务是法定的</b>	<b>竞业限制补偿金是必须支付的，否则竞业限制协议可能无效。</b>

## ● 保密费保密津贴与竞业限制补偿金区别

- 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。
- 用人单位并没有必要与公司的每一位员工均签订竞业限制协议。
- 《劳动合同法》规定，竞业限制期限不得超过两年。且该期限应是连续计算的。
- 并不是约定的期限越长对于用人单位的利益保护就越全面和越完善。

## HR如何设计竞业禁止协议？

一、制定限制范围条款。包括时间、地域、限制领域等。限制领域，即限制离职员工从事某种技术、产品、经营、服务等的企业或工作岗位。

二、禁止劝诱离职。即离职后离职员工不得诱使其他知悉企业商业秘密的员工离职。

三、补偿费。作为对员工牺牲一定程度择业自由的补偿，企业应支付一定数额的竞业禁止补偿金。具体标准可由双方约定或执行相关行业或地方的规定。





## 竞业限制的经济补偿计算标准

- 对于竞业限制的经济补偿金数额，法律法规并没有强制规定，一般尊重双方的约定。但是，如果双方没有约定，而劳动者又履行了竞业限制义务，那么经济补偿怎么计算？根据《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（四）》（以下简称《解释四》）第六条规定：“当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制，但未约定解除或者终止劳动合同后给予劳动者经济补偿，劳动者履行了竞业限制义务，要求用人单位按照劳动者在劳动合同解除或者终止前**十二个月平均工资的30%按月支付经济补偿**的，人民法院应予支持。”
- 同时，又根据《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》（以下简称《会议纪要》）第39条规定：“用人单位与劳动者在劳动合同或保密协议中约定了竞业限制条款，但未就补偿费的给付或具体给付标准进行约定，不应据此认定竞业限制条款无效，双方可以通过协商予以补救，经协商不能达成一致的，可按照双方劳动关系终止前最后**一个年度劳动者工资的20%-60%**支付补偿费。”如果经济补偿低于合同履行地最低工资标准的，按照最低工资标准支付。
- 同时，北京的一些特殊地区、特殊行业的补偿数额会更高，比如，根据《中关村科技园条例》第四十四条规定：“知悉或者可能知悉商业秘密的员工应当履行竞业限制合同的约定，在离开企业一定期限内不得自营或者为他人经营与原企业有竞争的业务。企业应当依照竞业限制合同的约定，向负有竞业限制义务的原员工按年度支付一定的补偿费，补偿数额不得少于该员工在企业**最后一年年收入的二分之一**。”



## 违约金的计算标准

- 在《劳动合同法草案》中就曾明确过违约金的**上限**，即：劳动者违反竞业限制约定的，应当向用人单位支付违约金，其数额**不得超过**用人单位向劳动者支付的**竞业限制经济补偿的3倍**，但是该规定在后来正式实施的《劳动合同法》中被删除，笔者认为，虽然该条最后未写入劳动合同法中，但是，也为司法实践提供了有益的借鉴。
- 同时，笔者认为，基于公平合理的原则，在出现违约金过高或者过低时，当事人可以要求增加或者减少违约金的数额，仲裁和法院可以根据公平合理原则，参照给企业造成损失的大小进行相应调整。



## ● 劳动者履行竞业限制义务后，仍然可以要求用人单位支付补偿金

- 当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿，当事人解除劳动合同时，除另有约定外，用人单位要求劳动者履行竞业限制义务，或者劳动者履行了竞业限制义务后要求用人单位支付经济补偿的，用人单位应该支付。

## ● 劳动者支付违约金后，是否需要继续履行竞业限制协议

- 劳动者违反竞业限制约定，向用人单位支付违约金后，用人单位要求劳动者按照约定继续履行竞业限制义务的，人民法院应予支持。

## 竞业限制协议的解除

### 1、协商解除

用人单位和劳动者协商一致可以解除竞业限制协议。

### 2、用人单位解除

在竞业限制期限内，用人单位请求解除竞业限制协议时，可以解除。但是劳动者有权要求用人单位额外支付劳动者三个月的竞业限制经济补偿金。

### 3、劳动者要求解除

当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿，劳动合同解除或者终止后，因用人单位的原因导致三个月未支付经济补偿，劳动者请求解除竞业限制约定的，人民法院应予支持。

另外，如果用人单位明确表示不支付补偿费的，竞业限制条款对劳动者不具有约束力。

## 案例：

- 李某于2008年1月入职某公司任市场部经理，公司与李某签订了一份《保密和竞业限制协议》，协议约定李某应当保守公司商业秘密，且劳动合同解除后的2年内不得到有竞争关系的单位任职，否则承担违约金100000元。公司员工手册对工资构成做了如下规定：工资包括基本工资、加班工资、绩效工资、各项津贴和补贴，以及竞业限制补偿金。根据李某的工资表，李某的月工资为：基本工资1500元、竞业限制补偿金500元、加班工资800元和绩效工资2000元。2008年7月份，李某与公司协商解除劳动合同，公司未再向李某支付竞业限制补偿金。9月李某入职一家与某公司经营同类业务的公司，某公司申请劳动仲裁，认为公司每月支付了竞业限制补偿金500元，李某应当承担竞业限制义务，要求李某支付违约金100000元，并在二年内不得到有竞争关系的单位任职。

## ● 劳动仲裁庭经审理认为

- 虽然某公司与李某签订有《保密和竞业限制协议》，而且在工资组成中包含每月500元的竞业限制补偿金。但是按照法律规定，竞业限制补偿金应该在员工离职后支付。离职前，包含在工资中的竞业限制补偿金，不具有法定的竞业限制补偿金的性质，应当被认定为工资。而公司因未支付李某竞业限制补偿金，竞业限制条款无效。李某无需向公司支付违约金，以不妨碍其到任何企业求职工作的权利。

Made by

ALTA

目  
录

## ● 劳动合同的依法订立

劳动合同与劳务合同

如何订立劳动合同

试用期

## ● 试用期



### 小王入职

仅约定试用期为3个月  
试用期工资2千元  
正式工资5千元

2015.1.1



### 再次约定

试用期6个月  
劳动合同2年

2015.6.1



### 公司解约

认为其试用期表现  
不佳，决定辞退。

2016.9.1



存在的问题及后果

## ● 试用期

- 试用期的相关规定
  - 时间要求

正式合同期限	试用期期限
3个月及以下	不得约定试用期
正式合同3个月~1年	不超过1个月
1年~3年	不超过2个月
3年~无固定期限	不超过6个月

## ● 试用期

---

### ! 试用期的相关规定

#### ☰ 工资要求

- > 不得低于合同约定的正式工资的80%
- > 不得低于同岗位最低档工资的80%
- > 不得低于单位所在地最低工资标准  
北京：每小时不低于7.2元，每月不低于1260元。



## ● 试用期

---

### ! 试用期的相关规定

#### 🔗 其他要求

- > 不得单独约定试用期，否则视为劳动合同期限
- > 试用期只能约定一次
- > 试用期内仍需缴纳各项保险

## ● 试用期

---

### ! 试用期的相关规定

#### ⊖ 违法约定试用期的责任

第八十三条 用人单位违反本法规定与劳动者约定试用期的，由劳动行政部门责令改正；违法约定的试用期已经履行的，由用人单位以劳动者**试用期满月工资**为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者**支付赔偿金**。

## ● 试用期

### 小王入职



仅约定试用期为3个月

试用期工资2千元

**2015.1.1** 正式工资5千元



仅约定了试用期，该期限视为劳动合同期限

### 再次约定



试用期6个月  
劳动合同2年

**2015.6.1**



仅可约定一次试用期

### 公司解约



认为其试用期表现不佳，决定辞退。

**2015.9.1**



属于违法解除劳动合同

## ● 如何将约定条款转化为履行条款？？？

- ✓ 绩效评价
- ✓ 岗位胜任能力
- ✓ 重大经营环境的变化
- ✓ 不可抗力。

## ● 单位在劳动合同签订前的告知义务：

- ① 公司的规章制度（员工手册等）
- ② 岗位任职条件
- ③ 劳动定额标准（岗位职责）
- ④ 休息休假
- ⑤ 待遇
- ⑥ 劳动条件及职业危害因素
- ⑦ 保密义务
- ⑧ 其它：工作地点、安全生产状况等

建议：将规章制度、岗位任职条件和劳动定额标准（岗位职责）作为劳动合同的附件

## ● 劳动者签订合同的告知或承诺义务

- ① 对提供证件及复印件的真实性承诺
- ② 对履历真实性的承诺
- ③ 对单位规章制度、岗位任职条件、劳动定额标准等的理解承诺（知晓且充分理解并无异议）
- ④ 对邮投地址的真实性及变更地址的告知承诺

**注意：对所有的承诺应留下签名证据。**

## ● 关于试用期

### • 尽量避免的错误

- ① 试用期的长短和劳动合同的期限不对等
- ② 超期限延长试用期
- ③ 反复约定试用期
- ④ 试用期工资不符合法规要求
- ⑤ 试用期解除，同样要收集证据
- ⑥ 以完成一定工作任务为期限的合同不得约定试用期

## ● 劳动合同解除、终止的分类及适用情况

合同结束类别	适用情形
解除劳动合同	协商解除
	辞退解除
	辞职解除
终止劳动合同	法定条件出现终止
	约定条件出现终止



## ● 关于辞职通知期

### 第三十七条

- ✓ 劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。
- ✓ 劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。

## ● 企业过错离职

- （一）未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；
- （二）未及时足额支付劳动报酬的；
- （三）未依法为劳动者缴纳社会保险费的；
- （四）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；
- （五）因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的；
- （六）法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。
- 用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。

## ● 员工过错离职

(一) 在试用期间被证明不符合录用条件的；

(二) 严重违反用人单位的规章制度的；

(三) 严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；

(四) 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；

(五) 因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；

(六) 被依法追究刑事责任的。

## ● 过错离职的举证责任

- ✓ 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。

## ● 过错解除的三个必要程序

- 1、证据-是否违纪
- 2、依据-有无制度
- 3、程序-能否送达

## ● 员工无过错离职

有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：

（一）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；

（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；

（三）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。

## ● 员工无过错离职

有下列情形之一的，需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：

（一）依照企业破产法规定进行重整的；

（二）生产经营发生严重困难的；

（三）企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；

（四）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，致使劳动合同无法履行的。

## ● 医疗期满解除的七要件

- 1、法定医疗期满
- 2、不能从事原工作
- 3、新安排工作也不能从事
- 4、劳动能力鉴定（非所有程序）
- 5、提前30日书面通知/一个月工资
- 6、支付经济补偿金
- 7、支付医疗补助费或额外医疗补助费（原劳动和社会保障部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》（劳部发〔1996〕354号）第二十二条之规定）



## ● 慎用！！

- 1、与企业文化相悖
- 2、经济性较差
- 3、采用更加有效益的举措
- 4、尽量采用一次性处理方式

## ● 不能胜任工作解除的五要件

- 1、不能胜任工作
- 2、培训或调整岗位
- 3、考核仍然不胜任
- 4、提前30日书面通知/一个月工资
- 5、支付经济补偿金

## 案例：

某公司员工，与公司订立了无固定期限劳动合同。公司在参加竞标中失利，该员工负责的一家长期客户流失。公司遂以客户流失，岗位不再存在为由安排该员工待岗。

在此期间，公司安排他到另外一个部门进行试训，但该员工没有通过试岗考核，未能实现上岗。此后，公司又为该员工安排两个岗位，均被该员工拒绝。

随后，公司即以不胜任工作为由，提前30日通知该员工解除劳动合同。

问题：公司的解除合同行为是否合法？

## 案例分析

### ● 如何转化使用??

- ① 不胜任转化为协商离职
- ② 要求是必须有不胜任的前提
- ③ 面谈和以人为本是关键环节
- ④ 补偿是重要手段
- ⑤ 转变一个观念：不胜任还要给钱？

## ● 客观情况变化解除的四要件

- ① 客观情况变化致使合同无法履行
- ② 无法达成协商变更
- ③ 提前30日书面通知/一个月工资
- ④ 支付经济补偿金

## ● 客观情况变化的理解

### ● 属于客观情况发生重大变化

- ① 企业迁移；
- ② 企业分立或被兼并
- ③ 资产转移；
- ④ 企业改制
- ⑤ 部门撤并或做重大调整；
- ⑥ 企业经营战略调整；
- ⑦ 企业产品结构调整。

## ● 客观情况变化的理解

### ● 不属于客观情况发生重大变化

- ① 单位变更名称;
- ② 法人代表/法定代表人更换;
- ③ 企业内部承包。

## 案例：

某公司在外地有一家企业，目前想将其并入广州企业，但有将近300名员工。公司遂发出通知，以客观情况变化为由解除了300人的劳动合同，并支付了高于国家规定的经济补偿。

问题：这种解除是否合法？



## ● 建议科学使用

- ① 属于一种经营自主权
- ② 自主经营不等于随意经营
- ③ 应该将运营思路与员工沟通
- ④ 逐步建立企业变更无时不在的观念

## 案例：

某跨国公司计划裁员，由于员工潘某的合同即将到期，于是公司与其协商不按照正常终止程序终止而是解除合同、支付经济补偿。于是，双方签署离职协议书，潘某领取了经济补偿。

后潘某进行体检，发现患有脑瘤。于是员工潘某翻悔，认为签署解除合同协议时不知自己是患有重症，属于重大误解，要求认定离职协议无效，继续履行合同并享受医疗期待遇。

## ● 不需支付补偿的情形

- ① 劳动者主动不续签合同；
- ② 劳动者退休；
- ③ 劳动者辞职；
- ④ 劳动者死亡或宣告失踪、死亡；
- ⑤ 续签合同。

过渡页

Transition Page

## 第三章 入职、离职中的法律风险



- 辞职、辞退、自动离职概念、差别
- 如何在入职时就控制好风险
- 离职手续怎么签到避免劳动仲裁

**控** 规避用工风险的利器

人力资源证据管理和程序控制

谢谢！